

## بررسی تاریخی قاعده نفی عسر و حرج

حمید رضا نیا<sup>۱</sup>، سمیه امین افشار<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> استادیار و عضو هیئت علمی جامعه المصطفی العالمیه، ایران

<sup>۲</sup> گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد زاهدان، دانشگاه آزاد اسلامی، زاهدان، ایران

### چکیده

از آن جا که نفی احکام حرجی به مقتضای امتنان الهی است، هرگاه شخصی، مشقت انجام چنین احکامی را متحمل گردد، عملش صحیح است به این معنا که نفی حکم حرجی از باب رخصت است نه عزیمت. همچنین این قاعده تکالیفی که شارع به هیچ وجه راضی به ترک آن نیست مانند جهاد را شامل نمی‌شود و این موارد تخصصاً خارج از بحثند. این قاعده در احکام اجتماعی نیز کاربرد دارد که موارد آن را در دو حیطة احکام خانواده و معاملات می‌توان یافت. از موارد کاربرد آن در خانواده می‌توان به این موارد اشاره کرد: جواز اجبار شوهر بر طلاق، سقوط شرطیت اذن پدر در ازدواج باکره رشیده، جواز سقط جنین به علت مشقت مادر، جلوگیری از بارداری به علت عید و حرج مادر، حضانت مادر، منع زوجه از اشتغال زوج به کاری که خلاف شئون زوجه است. قاعده که با حکومت خود بر ادله احکام اولی‌مقدم می‌شود آن است که هر حکمی که از طرف شارع تشریح می‌شود هرگاه مستلزم حرج باشد مرفوع است. البته این قاعده در محرمات بزرگی که شارع راضی به انجام آن نیست، جاری نمی‌شود چرا که رفع حکم حرجی از باب امتنان بر بندگان است و انداختن مکلف در مفسده، خلاف امتنان است. در حیطة معاملات نیز می‌توان به این موارد اشاره کرد: معافیت معید از ایفای دین تا زمان رفع اعسار و مواقعی که حکم به تخلیه مستلزم حرج برای مستأجر باشد به موجب قاعده حکم مزبور نفی می‌شود.

واژه‌های کلیدی: نفی، عسر، حرج، قاعده.

## مقدمه

آنچه مسلم است این است که موارد عمل به حکم ثانویه، از طرف رسول الله بارها و بارها اتفاق افتاده است. از جمله آن می توان به قضیه «سمره بن جندب» اشاره کرد. در جایی که موجب اضرار مرد انصاری می گشت و حضرت دستور به کندن درخت او از خانه مرد انصاری دادند؛ و قاعده مهم فقهی «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» در همان قضیه صادر شد؛ که بحث پیرامون آن در آینده خواهد آمد. در آنجا رسول اکرم (ص) با توجه به اعتقاد و احترام به حدود ملکیت اشخاص بر ما یملک، خود و این که انسان مسلط بر اموال خویش می باشد و به هر نحوی که بخواهد، می تواند آن را به کارگیرد؛ اما در عین حال حکم به ازاله این تسلط و ملکیت می نماید. چرا که موجب ضرر رساندن به دیگری می شود؛ یعنی نفی ضرر زدن به دیگری را مقدم بر قاعده تسلط انسان بر اموال خویش اعلام می دارند و بدین ترتیب قاعده کلی تأسیس می گردد و آن این که اجرای احکام اسلامی که در وهله اول، جواز آن صادر شده است و وجه شرعی دارد. چنانچه موجب ضرر دیگری را فراهم کند، انجام آن دیگر قانونی نخواهد بود و حکم اولیه از درجه اعتبار ساقط است و باید به حکم دیگری عمل کرد. بدیهی است که شناخت صحیح و عمیق مسائل علمی مستلزم وقوف و آگاهی به سیر تاریخی آن است. دانستن منشأ پیدایش و روند تحولاتی که در طول زمان داشته است، کمک شایانی به شناسایی دقیق آن می کند. نمونه دیگر در زمان پیامبر اکرم (ص) این که حضرت برای مصرف و استفاده آب در شهر مدینه و اطراف آن چراگاههای دستورات خاصی دارند و محدودیت ویژه ای را در مصرف آب و چگونگی بهره برداری از چراگاههای اطراف مدینه اعمال نمودند. در حالی که حکم اولیه در استفاده از آب انهار و زمین هایی که مالکی ندارد و چیزهایی از این قبیل، جواز استفاده برای عموم و بدون محدودیت بوده است؛ اما با توجه به شرایط خاص زمانی و مکانی، نبی اکرم (ص) حکم را در این مسأله تغییر داده و حکم جدیدی را به مرحله اجرا گذاردند. نمونه دیگری از دوران حکومت امام علی بن ابی طالب علیه السلام معروف و مشهور است: امام در زمان حکومت خود بر اسب ها نیز مالیات زکات را وضع نمودند. در حالی که پیامبر (ص) زکات را فقط در انعام سه گانه (گاو و گوسفند و شتر) مقرر کرده بودند. حکم زکات از احکام اولیه و اسلام است و متعلقات و موارد مصرف آن نیز کاملاً مشخص است. با این حال می بینیم که مولای بنی‌طالب در حکم اولیه آن تصرف نموده و حکم جدیدی مبتنی بر «زکات بر اسب» را نیز بدان منضم می نمایند. نکته مهم در مسأله زکات، انطباق آن با شرایط کنونی جامعه ما است، در صورت تعمیم موارد و متعلقات زکات بسیاری از مشکلات اقتصادی حل خواهد گردید. از این رو است که این مبحث به نظر ضروری می رسد؛ و در حد امکان درباره آن بحث می کنیم. طبیعتاً در ریشه یابی احکام اسلامی باید به صدر اسلام و در دوران مشخص پیامبر اکرم (ص) برگردیم و اولین پرسش در این زمینه این است که آیا حکم ثانوی امضایی است یا تأسیسی؟ آیا پیش از شریعت مبین اسلام و در بین اعراب جاهلی مرسوم بوده است و رسول اکرم آن را امضاء و تأیید فرمودند یا این که حکمی است که با پیدایش آیین محمدی (ص) در جریره العرب به وجود آمده و تأسیس گشته. شک نیست که حتی در بین اعراب جاهلیت نیز آنجایی که مصلحت اقتضاء می کرد، برخی آداب و رسوم برخی آداب و رسوم بر بعضی دیگر مقدم داشته می شد و در شرایط بین دو امر مهم، مهمتر را ترجیح می دادند؛ اما این که چنین مواردی به تأیید رسول الله (ص) رسیده باشد یا خیر؟ امری مهم است که نظر قاطع داشتن در این زمینه محتاج به بررسی های دقیق و عمیق است که خارج از حوصله این پژوهش است.

## مفهوم عسر و حرج

«جلب» در لغت به معنی «کشیدن، ربودن، بازداشت و دستگیری» (معین، ۱۳۷۹ ش، ج ۱، ص ۱۳۲۴) و همچنین «کشاندن از جایی به جای دیگر و از شهری به شهر دیگر برای تجارت و بازرگانی» (دهخدا، ۱۳۳۴ ش، ذیل واژه) است. «مشقت» از باب شق به معنی سخت بودن، سنگین بودن، ظالمانه و غیر قابل تحمل بودن، ناراحت کردن و دشواری و سختی در کار می باشد. قاعده «المشقة تجلب التیسیر» به معنای این است که سختی آسانی می آورد. «نفی عسر و حرج» یکی از قواعد کاربردی در علم فقه به شمار می آید که از نظر امامیه بر پایه ادله چهارگانه (کتاب، سنت، اجماع و عقل) قرار گرفته و در تمام ابواب فقه از جمله عبادات، معاملات و سیاسات جاری است. این واژه مترادف کلمه «عسر» است (آذرتاش، ۱۳۸۱ ش، ص ۳۳۷). در عبارت

«لا حرج»، «لا» به معنای نهی یا نفی است و «لا حرج» در واقع نفی حکم حرجی است. «عسر» متضاد «یسر» و به معنای «تنگی و دشواری» (سیاح، ۱۳۷۳ ش، ج ۲، ص ۱۰۴۹)، «صعب، تنگ، دشوار، بدخویی، مشکل و سخت» (محقق داماد، ۱۳۸۵ ش، ص ۸۰) و «تنگدستی، فقر و تهیدستی» (معین، ۱۳۷۹ ش، ج ۲، ص ۲۳۰۰) است. «حرج» نیز مترادف عید است و در معنای «تنگدستی و سختی» (سیاح، ۱۳۷۳ ش، ج ۱، ص ۲۸۴) و «تنگدل شدن و به کار در ماندن» (معین، ۱۳۷۹ ش، ج ۱، ص ۱۳۴۷) به کار می‌رود.

در تعریف آن گفته شده است: «هر عملی که انسان را به تنگنا و ضیق اندازد، دشوار و سخت هم هست و هر کاری که انجام دادنش، برای آدمی سخت و شاق باشد، موجب تنگی و اعمال فشار بر او نیز می‌شود. به علاوه، ضابطه تعیین مصداق عسر و حرج، عرف است که مطابق آن، هر کاری که موجب مضیقه و تنگنا باشد، حرج و دشواری نیز تلقی می‌شود». مفاد هر دو قاعده مذکور یکی است و تنها تفاوت در اسم آنها است. این دو قاعده حکم حرجی را در دین نفی می‌کنند؛ به این نحو که در اسلام هیچ حکم حرجی که موجب مضیقه و در تنگنا افتادن مکلفان باشد، تشریح نشده است. این قواعد تکلیف احکام اولیه‌ای را که سبب پدید آمدن مشقتی غیر قابل تحمل می‌گردد، برمی‌دارند یا آن حکم را تعدیل می‌کنند. البته نه هر سختی و تنگی حرج است، بلکه سختی شدید مراد است؛ زیرا اگر هر سختی وضعیتی «عسر و حرج» باشد، لازم می‌آید، همه تکالیف حرجی باشند؛ چون تکلیف از جهت تکلیف بودن مشقت و سختی همراه دارد (مشایخی، ۱۳۸۷ ش، ص ۱۴۲). همچنین در تعریف عسر و حرج به عنوان یک قاعده حقوقی آمده است: «قواعد حقوقی، به حکم طبیعت ویژه خود، به سوی عدالت نوعی که موضوع حکم نخستین است، در پاره‌ای شرایط با انصاف ناسازگار است و اجرای آن گران جلوه می‌کند. پس برای تعدیل احکام نخستین حقوقی، قواعدی تمهید شده است تا جانب انصاف نیز نگه داشته شود. نفی عسر و حرج از این گونه قواعد است. پس وظیفه هدایت قانون‌گذار ایجاب می‌کند که نه تنها امری بیرون از توان و تحمل را در زمره احکام نیاورد، بلکه به شدت و سخت‌گیری نیز نپردازد».

## آیات قرآن

نفی حرج در آیات مزبور ناظر به کلیه قوانین اسلام است و اختصاص به برخی احکام ویژه (مثل جهاد، روزه، شهادت و ...) ندارد. منظور از آیات این است که هرگاه در اثر عمل به احکام و الزامات شرعی، مکلف در عید و حرج واقع شود، این احکام و الزامات از عهده او برداشته می‌شود؛ زیرا نفی عید به صورت یک علت کلی یک حکم جزئی بیان شده است؛ بنابراین آیات نفی عسر و حرج عام است و از لحاظ ثبوتی، همه احکام را شامل می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۵ ش، ص ۸۳).

آیاتی از قرآن که در زیر اشاره می‌شود، ضمن اثبات قاعده نفی عسر و حرج، بیانگر این امر هستند که خداوند تعالی، احکام متضمن حرج و مشقت را نفی کرده و در دین مقدس اسلام احکام حرجی منسوخ هستند. این آیات عبارتند از: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج، ۷۸)، «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (مائده، ۶)، «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (بقره، ۱۸۵) و «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» (بقره، ۲۸۶). آیات دیگری نیز بر این قاعده دلالت واضح دارند. «مفاد این آیات این است که خداوند تبارک و تعالی، هیچ‌گونه حکم و قراری را در راستای حرج برای مکلفان تشریح و جعل نکرده است. مقصود از حرج هم چیزی است که انسان در انجام آن به مشقت و سختی افتاده و مستأصل شود، نه آنکه قدرت بر انجام آن نداشته باشد» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۳ ش، ص ۱).

## روایات

یکی از این احادیث است. احادیث دیگری نیز در کلام پیامبر (ص) و برخی از ائمه روایت می‌شود که به عنوان مبانی روایی این قاعده شمرده می‌شوند. همچنین در زیر جهت اختصار، دو روایت ذکر می‌شوند که دلالت بر عدم جعل و تشریح حکم حرجی دارند، چنانچه حکمی در بعضی از حالات بر اثر عوارض خارجی معنون به عنوان حرج باشد، به مقتضای قاعده لا حرج، منفی و

از صفحه تشریح مرفوع است. احادیث و روایات زیادی در نفی عسر و حرج از نبی اکرم (ص) روایت شده است. در این احادیث بر بطلان احکام حرجی و عسر‌آمیز تأکید و به یسر و آسان‌گیری توصیه شده است؛ حدیث مشهور نبوی: «مبعوث شدم به دین حنیف سهل و آسان» (حر عاملی، بی تا ج ۸، ص ۱۱۶)، روایت عبدالاعلی مولى آل سام که می‌گوید: از امام صادق (ع) درباره شخص جنبی پرسیدم که دست در ظرف پوستی (مشک) یا سنگی فرو می‌برد، فرمود: اگر دستش نجس بوده است، باید آب را بریزد و اگر غیر نجس بوده، با آن غسل کند. چنین مسائلی از کلام خدا «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج، ۷۸)، فهمیده می‌شود (مجلسی، ۱۳۷۵ ش، ج ۲، ص ۲۷۳۳). روایت محمد بن میسر که می‌گوید: از امام صادق (ع) پرسیدم: فردی جنب در بین راهی به آب قلیل دست می‌یابد. دستان او تمیز نیستند و ظرفی برای برداشت آب ندارد، چه کند؟ فرمود: دست در آن فرو برد و وضو بگیرد و سپس غسل نماید، این از کتاب خدا فهمیده می‌شود: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج، ۷۸) (حر عاملی، بی تا ج ۱، ص ۱۱۳۳).

### عقل

امر به تکلیفی که مافوق طاقت نیست را مشمول قاعده «نفی عسر و حرج» نمی‌دانند و چنین استدلال می‌کنند که اگر قسم اخیر را هم شامل شود، باید اکثر تکالیف را کنار گذارد. در پاسخ گفته شده است: چنین برداشتی نمی‌تواند معنای قاعده لاحرج باشد؛ زیرا ظاهراً ادله نفی حرج (چه آیات و چه روایات) آن است که خداوند قصد امتنان بر بندگان داشته گروهی دلالت عقل بر قاعده نفی حرج را از باب محال بودن تکلیف، به ما لا یطاق دانسته‌اند و گفته‌اند تکلیف بندگان به آنچه باعث تنگنا و فشار ایشان می‌شود و مافوق طاقت آنان است، قبیح و صدورش از طرف خداوند متعال محال است؛ و در اینکه خداوند از جعل چیزی که جعل آن ممتنع است، دست بردارد، چه امتناعی نهفته است؛ پس باید مقصود رفع احکام حرجی باشد که وضع آنان ممتنع نیست (مافوق نیستند)، بلکه موجب ضیق و تنگنا می‌باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹ ش، صص ۲۵۲ و ۲۵۳). در اثبات قاعده نفی عسر و حرج به دلیل عقلی، به طور کلی به دو دلیل تمسک شده است: یکی مبنای عقلا و دیگری لطف. گروهی معتقدند قاعده نفی عسر و حرج قاعده‌ای است و مبنای عقلا مؤید آن است. ایشان استدلال می‌کنند که تکلیف بر هر آنچه موجب مشقت تحمل ناپذیر باشد، عقلاً محال است؛ زیرا انگیزه تکلیف اطاعت و انقیاد است و در این هدف با تکلیف به «ما لا یتحمل» نقض نمی‌شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ ق، ص ۲۸۶).

### اجماع

بدین معنی که اجماع، به حسب لبّ و واقع جزء ادله به شمار نمی‌آید، اما اگر دلیلی بر وفق مجمعین نبود، پس از احراز و کشف قطعی رأی معصوم (ع) اجماع سنت را گزارش می‌کند. به تعبیر دیگر اجماع محقق سنت است، لیکن در ما نحن فیه کتاب، سنت و دلیل عقلی بر وفق مجمعین قائمند و قهراً اجماع مورد بحث در اینجا اجماع اصولی شمرده نمی‌شود و مدرکی محسوب نشده و اعتباری ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹ ش، ص ۳۶۹). اجماع امامیه و همین‌طور علمای اسلام بر عدم جواز جعل حکم حرجی در اسلام است. صغرای مسئله که همان ثبوت اصل اجماع باشد، تمام است، لیکن کبرای مسئله تمام نیست.

### قلمرو قاعده نفی عسر و حرج

آنچه که از ادله استفاده می‌شود این است که طبیعت ادله انحرالی است به این معنا که آیه «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» منحل می‌شود به عدد افراد در خارج یعنی برای تک تک افراد در جامعه اسلامی این حکم وجود دارد که حکم حرجی برای او تشریح نشده است، براساس این مبنا هر کس که تکلیفی متوجه او شده است و در مقام امتثال متحمل مشقت و حرج است براساس این قاعده آن شخص تکلیف ندارد. همچنین با دقت در روایات مستند قاعده که اهم آنها هنگام بحث از مبنای

فقهی قاعده مورد بررسی قرار گرفت، ملاحظه می‌شود که در اغلب آنها، حرج مورد سؤالی که به استناد «ما جَعَلَ عَلَیْکُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرْجٍ» نفی شده است، از حرجهای شخصی است (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص) در مواردی که حکم واقعی موجب عسر و حرج است ولی مکلف به هر دلیلی مبادرت به انجام تکلیف واقعی می‌نماید مثلاً با وجود آنکه وضو گرفتن برای او حرجی است ولی برای نماز وضو گرفته است آیا این وضو درست است و یا منفی است و باید اعاده گردد؟ به موجب یکی از دو نظریه موجود، احکام شرعی مقید به علم و جهل نیست و ملاک در رفع احکام حرج، واقع بودن حرج است و علم و جهل در آن تأثیر ندارد (میرزا محمد حسن بجنوردی، ۱۳۸۹، ه. ق، ج ۱، ص)

### مفاد قاعده لاحرج رخصت

در خصوص عبادات صاحب جواهر در ذیل مسأله سقوط روزه از شیخ، شیخه و فرد مبتلا به عطش آورده است؛ بی شک در این مقام و امثال آن از نوع عزیمت است و نه رخصت چرا که دلیل آن نفی حرج است و از امثال نفی حرج، رفع تکلیف فهمیده می‌شود. ظاهراً در این مسأله خلافی نیست و به نظر می‌رسد محدث بحرانی با تمسک به دلیل خاص «وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ» به صحت روزه افراد مذکور حکم کرده است نه آنکه قاعده را از باب رخصت بدانند. (صاحب جواهر الکلام، به نقل از جعفری، ص). رخصت بودن قاعده بدان معناست که مکلف می‌تواند در صورت حرجی بودن حکم واقعی، آن را انجام دهد و اجباری به عدم انجام آن ندارد. ولی عزیمت بودن یعنی آنکه مکلف وظیفه دارد در صورت حرجی بودن حکم واقعی را رها کند و چنانچه انجام داد، مجزی نیست بلکه باید اعاده گردد. عده‌ای عقیده دارند که در غیر عبادات، قاعده نفی عسر و حرج از نوع رخصت است، زیرا مفاد این قاعده در واقع نوعی ترخیص برای شخص واجد این عنوان است تا در صورت تمایل بتواند به استناد این رخصت شرعی و قانونی از حق خود استفاده کرده، ضیق و حرجی را که با آن مواجه است، از دوش خود بردارد و در غیر این صورت با انصراف از اعمال این حق، ضیق و حرج را تحمل کند. (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص) و عبادات ضرری را فقط به علت حرمت اضرار به نفس که حرام و مبعد است باطل می‌دانند زیرا اصولاً نهی در عبادات مقتضی فساد است نه اینکه قاعده لاضرر را از مقوله عزیمت بشمار آورند. (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص). طبق این تفصیل احکام حرجی در صورت انجام، صحیح هست ولی احکام ضرری به دلیل اضرار به نفس باطل و این بطلان بخاطر اضرار بر نفس است نه مسأله عزیمت. اما برخی قائل به تفصیل هستند بدین توضیح که عبادات حرجی را صحیح ولی عبادات ضرری را باطل می‌دانند مثلاً محقق همدانی جواز تیمم را در مواردی که مستند به نفی حرج است رخصت می‌داند و می‌گوید: اگر کسی تحمل مشقت را بر خود هموار کرد و وضو گرفت به دلیل امتنانی بودن قاعده عمل او صحیح است. خلاصه تیمم جزء در مواردی که طهارت مائیه (وضو) عقلاً و شرعاً به دلیل انجام محرم یا ترک واجبی متعذر می‌باشد واجب نیست یعنی به رغم وجود مشقت و با وجود عدم وجوب، می‌تواند به جای تیمم وضو بگیرد. آنگاه به این سؤال مقدر پاسخ می‌دهد که فعل عبادی دو مرحله ندارد (وجوب و جواز) که با حرجی بودن وجوب منتفی و جواز بماند؛ چنین جواب می‌دهد حرجی بودن مطلوبیت فعل به طور الزام را بر می‌دارد و نه مطلوبیت مطلق را (همدانی، ج ۶، ص ۳-).

### پیشینه تاریخی قاعده نفی عسر و حرج

مستثنیات اختصاص حق طلاق به زوجه در سه مورد در فقه و به تبع آن در قانون مدنی مطرح گردیده است که عبارتند از مواد ۱۱۲۹، (ترک انفاق)، ۱۱۳۰ (بروز عسر و حرج برای زوجه از ادامه زندگی زناشویی) و ۱۰۲۹ (غایب مفقودالاثرت).

عدم موجود حق توسل به طلاق برای زوجه، استثنایی بودن مواردی که زوجه می‌توانست طبق قانون درخواست طلاق نماید و مشکلات ناشی از آن ایجاب می‌کرد که مقنن راه حل مناسبی ارائه دهد. قبل از انقلاب اسلامی، قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ در ماده ۸ زوجین (مرد یا زن) را مجاز دانسته بود در صورت احراز موارد احصایی در چهار بند این ماده با مراجعه به

دادگاه مدنی خاص تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نمایند. پس از انقلاب اسلامی ایران، اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات را محدود به موازین شرعی نمود و با توجه به اوامر مورخ ۱۳۶۱/۵/۳۱ بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران مبنی بر اینکه به قوانین مخالف شرع نباید عمل شود، حذف قوانین خلاف صریح شرع ضروری به نظر می‌رسید.

همچنین وفق تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ موارد طلاق به قانون مدنی و احکام شرع محدود گردیده و این ماده به طور ضمنی ماده ۸ قانون حمایت خانواده را نسخ نمود. از سوی دیگر مشکلات عدیده‌ای که از دادن حق یک طرفه طلاق به زوج و عدم آشنایی عامه از حقوق خویش در وضع شروطی در ضمن عقد نکاح که به زوج اختیار طلاق دهد، ایجاد شد موجب گردید مقنن به فکر چاره افتد. این چاره جویی با دو گام تحقق یافت: اول - اصلاح ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ به شرح ذیل:

«در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید. در صورتی که برا محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عید و حرج است، می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده شود». یکی از مصادیق قاعده موضوع بحث نفی عید و حرج زوج از ادامه زندگی زناشویی و تخصیص حدیث نبوی «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مِنْ أَخْذِ بِلِلسِاقِ» است. نکاح از عقود رضایی است و زن و مرد با بیان صریح اراده خویش و با توافق، آن را به وجود می‌آورند. البته مقنن به منظور حفظ نظم عمومی و سهولت اثبات عقد نکاح که آثار مهمی در جامعه دارد، مقرراتی را در جهت ثبت آن در نظر گرفته و جنبه تشریفاتی به عقد نکاح داده است. بر خلاف انعقاد عقد نکاح که منوط به رضایت و توافق طرفین است، در انحلال آن به زوج اختیارات بیشتری داده شده است و غیر از موارد فسخ که بطور محصور در قانون مدنی و شرع احصاء گردیده است و زن و مرد در این موارد حق فسخ نکاح را دارند، انحلال عقد نکاح با عنوان «طلاق» از حقوق زوج است و باید گفت ایقاعی است یک طرفه از ناحیه زوج طلاق ایقاع است؛ زیرا صرفاً به اراده مرد یا نماینده او واقع می‌شود و رضایت زن بر آن بی تأثیر است. دوم: جعل شروطی در نکاح نامه‌های رسمی که به موجب آن در موارد دوازده گانه به زوج حق طلاق داده شده است. متن نکاحیه با شروط مذکور که به تصویب شورای عالی قضایی رسید، طی شماره‌های ۳۴۸۲۳ - ۱ - ۶۱/۷/۱۹ و ۱/۳۱۸۳۴ - ۱ - ۶۲/۶/۲۸ به سازمان ثبت و اسناد و املاک کشور ابلاغ گردید. شروط فوق که تقریباً مشابه موارد احصاء شده در ماده ۸ قانون حمایت خانواده می‌باشد، به زوج اجازه می‌دهد در صورت تحقق هر یک با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز، پس از انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید. همچنین به زوج وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داده شده تا در صورت انتخاب طلاق خلع و بذل، از سوی زوج قبول بذل نماید. توضیح اینکه مطابق نظر فقهای امامیه، حاکم در برخورد با مواردی که از نشوز زوج محسوب می‌شود، با درخواست زوج می‌تواند زوج را الزام به ایفای وظایف نماید و در صورت عدم امکان اجبار، وی را تعزیر کند. (نجفی ۱۴۱۲، ص ۲۴۹) - بعضی نیز در ادامه این ضمانت اجرا اضافه می‌نمایند که چنانچه زوج به حکم الزام دادگاه مبنی بر انجام وظایف زوجیت اعتنا نکند و به نشوز خود ادامه دهد، دادگاه او را به طلاق الزام نموده و در صورت امتناع وی از طلاق، رأساً طلاق را جاری می‌سازد. (محقق داماد، ۱۳۶۷، ص) بندهای ۱ - ۲ ماده ۱۱۳۰ سابق به حالات نشوز زوج اشاره نموده و در این موارد بدون نیاز به اثبات عسر و حرج، برای زن حق درخواست طلاق از حاکم را قرار داده بود. با اصلاح ماده در سال ۱۳۶۱ دامنه آن گسترده شد؛ اما حق در خواست طلاق زوج مقید به بروز عسر و حرج وی از زندگی مشترک گردید. طبق نظری «قاعده عسر و حرج به تمام عقود اشراف دارد و از آنجا که دادگستری طبق قانون اساسی مرجع رسیدگی به کلیه تظلمات می‌باشد. لذا در صورت تقدیم دادخواست مذکور، اگر با بررسی شرایط، عید و حرج زن برای حاکم احراز شود، قبل از بیان پاسخ متذکر شویم که ایجاب هیچ گونه تعهدی برای مخاطب آن به وود و اطلاق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، شوهر را به بذل بقیه مدت عقد موقت الزام و محکوم می‌نماید». (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۲، ج ۷، ص) نظر مخالف با تمسک به اینکه آثار عقد منقطع به نحوی است که عسر و حرجی که در نکاح دائم بروز می‌کند در متعه بروز نخواهد کرد قائل به عدم جواز چنین دعوی شده‌اند. (همان، ص). در بررسی نظرات فوق باید گفت ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی با ذکر واژه «طلاق» حکم آنرا مختص به عقد نکاح دائم نموده است؛ اما از آنجا که وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون

آیین دادرسی مدنی در موارد سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین مدون قاضی مکلف به مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر است تا حکم قضیه را بدهد، در پاسخ به سؤال فوق نیز دادگاه می‌تواند با مراجعه به عمومات که همانا قاعده «نهی عسر و حرج» است، به الزام زوج به بذل بقیه مدت اقدام نماید و قائل شدن تفصیل میان عقود موقت کوتاه مدت و بلند مدت فاقد وجهت عقلی و منطقی بوده و صرفاً در تشخیص عسر و حرج زوجه می‌توان به مدت عقد نکاح توجه کرد.

### عسر و حرج در روابط استیجاری

براساس قواعد اولیه چنانچه مدت اجاره تمام شود مؤجر براساس قاعده سلطنت (الناس مسلطون علی اموالهم) می‌تواند تقاضای تخلیه نماید و نمی‌توان او را اجبار به اجاره دادن نمود و لذا دادگاه حکم تخلیه می‌دهد. حال اگر براساس حکم تخلیه عسر و حرج برای مستأجر حاصل گردد در اینجا براساس قاعده نفی عسر و حرج جلوی حکم تخلیه گرفته می‌شود. البته اگر توقف حکم تخلیه موجب عسر و حرج مالک شود، دیگر قاعده در مورد مستأجر جریان پیدا نمی‌کند. زیرا با قاعده نفی عسر و حرج که در طرف مالک جاری می‌شود، قاعده نفی عسر و حرج در طرف مستأجر بی‌تأثیر می‌گردد و این نه بدلیل تعارض یا تراحم است بلکه بدلیل آنست که با جریان قاعده نفی عسر و حرج در طرف مستأجر، عسر و حرج برای مالک پدید می‌آید و با جریان قاعده در طرف مالک عسر و حرج مستأجر بی‌اثر می‌گردد و این بدان معناست که شیء علت شود برای عدم خودش (یلزم من وجوده عدمه) و چنین چیزی محال است. (موسوی بجنوردی، جزوه درسی سال ۱۳۸۳، ص) مورد دیگری که مفاد قاعده نفی عسر و حرج در قانون اعمال شده است مربوط به روابط استیجاری میان موجر و مستأجر است که در مورد آن قانونگذار در ماده ۹ قانون مالک و مستأجر مصوب ۱۳۶۲/۲/۱۳ مقرر داشته است: در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد می‌تواند، مهلتی برای مستأجر قرار دهد. (مجموعه قوانین و مقررات حقوقی، ۱۳۷۰، ص).

### نتیجه گیری

ادیان الهی خصوصاً اسلام، آنچه را که عقلاء نیکو می‌پندارند نهی نمی‌کند و آنچه را که عقلا ناپسند می‌پندارند، امر نمی‌کند و این یک اصل مسلم است که بر مبنای حسن و قبح عقلی افعال است یعنی قبل از تشریح افعال دارای ارزشهای ذاتی هستند و شریعت همواره آنچه را که بر حسب ذات نیکو می‌باشد امر می‌نماید و آنچه را که بر حسب ذات ناپسند می‌باشد نهی می‌کند. نتیجتاً اینکه قوانین الهی همگی در مسیر فطرت هستند، لذا بر این اساس، محال است که شریعت حکمی را تشریح نماید که موجب حرج و استیصال برای جامعه باشد؛ و وقتی شارع می‌گوید که حکم حرجی در اسلام تشریح نشده است این مطلب بیانگر این واقعیت است که تمامی احکامی که در لوح محفوظ تشریح شده‌اند، غیر حرجی می‌باشند و هر جا که بر اثر عوارض خارجی، حکم یا قانونی رنگ حرج به خود بگیرد، آن حکم از صفحه تشریح مرفوع است. بنابراین قاعده لاجرح عمومات و اطلاق ادله اولیه را به عدم حرجی بودن تخصیص می‌زند.

### منابع

۱. احمد بن حنبل، المسند، بی‌جا، بی‌نا، ۱۴۲۱ ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، زبده البیان فی براهین احکام القرآن.
۳. امام خمینی (ره)، مناهج الوصول الی علم الأصول، ج ۱، ص ۵۱ مؤسسه تنظیم و نشر آثار حضرت امام (ره).
۴. امامی، حسن، حقوق مدنی؛ تهران، علمیه اسلامی، ۱۳۶۴

۵. انصاری (شیخ)، مرتضی، فرائد الاصول (رسائل)، قم، انتشارات مصطفوی، ۱۳۷۴ ه.ق.
۶. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
۷. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین، قم، بی تا، ۱۴۱۷ ق.
۸. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۴ ش.
۹. سیاح، احمد، ترجمه فرهنگ بزرگ جامع نوین (المنجد)، تهران، انتشارات اسلام، چاپ شانزدهم، ۱۳۷۳ ش.
۱۰. سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن، الاشباه و النظائر، اردن، بیت الافکار الدولیه، ۲۰۰۵ م.
۱۱. عبدالفتاح بن علی مراغی (میرفتاح) عناوین، چاپ سنگی، تبریز، ۱۲۷۴ ه.ق.
۱۲. فاضل لنکرانی، محمدجواد، قاعده لاجرح، قم، نشر مرکز ائمه اطهار، بی تا.
۱۳. کاتوزیان ناصر، حقوق خانواده، تهران، انتشارات بهمن برنا، چاپ بیست و یکم، ۱۳۷۵
۱۴. مجلسی، محمد باقر بحار الانوار، ج ۲.
۱۵. مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۷۵ ش.
۱۶. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، تهران، انتشارات سمت، چاپ هشتم، ۱۳۸۵ ش.
۱۷. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، ۱۳۸۵، انتشارات سمت
۱۸. محمد بن حسن حرعاملی، وسائل الشیعه، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
۱۹. مشایخی، قدرت الله، قاعده های فقهی، تهران، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ش.
۲۰. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، مجموعه نشست های قضایی، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۲
۲۱. معلوف، لوئیس، المنجد، ترجمه محمد بندرریگی، قم، دارالعلم، چاپ پنجم، ۱۳۸۴ ش.
۲۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ پانزدهم، ۱۳۷۹ ش.
۲۳. موسوی بجنوردی، آیه الله العظمی میرزا محمد حسن، القواعد الفقهیه، نجف مطبعه الآداب، ۱۳۸۹ ه. ق.
۲۴. موسوی بجنوردی، سید محمد، جزوه درسی سال ۱۳۸۳ پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی.
۲۵. موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، ج ۱، ۱۳۷۹، پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی.
۲۶. موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، تهران، نشر میعاد، چاپ دوم، ۱۳۷۹ ش.
۲۷. نجفی محمد حسن (صاحب جواهر)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۱۲ ه.ق.

# A Diachronic Review of the Negation of Distress and Constriction Rule

Hamid Reza Nia<sup>1</sup>, Somayeh Amin Afshar<sup>2</sup>

1. Assistant professor and faculty member of Jame Al Mostafa Alamiyeh, Iran

2. Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Islamic Azad University, Branch of Zahedan, Zahedan, Iran

---

## Abstract

Since the constriction rules are negated or rejected based on Allah's gratefulness or mercy towards his slaves, when a person endures the hardship of performing such rules, their action is correct, meaning that negating the constriction rule is for permission rather than departure. Moreover, this rule does not include a duty such as Jihad (fight in the way of Allah) which the legislator leaves by no way and which is out of the question. This rule also applies to social laws with its applications and instances found in two areas of family and transaction rules. The applications of this rule in the family include: the husband's coercion for divorce, lack of need for father's permission to consent to his virgin daughter's marriage, abortion due to maternal distress, prevention from pregnancy due to mother's constriction, mother's custody, and the wife's prohibiting the husband to have a job which is contrary to the dignity of the wife. According to this rule, any rule passed by the legislator is void whenever it involves constriction. However, this rule does not apply to religiously forbidden acts as this is some kind of gratitude toward people. The application of this rule in transactions also includes the promisor's exemption from accomplishing the promise till the elimination of constriction and the cases where the decision to discharge involves constriction or hardship for the tenant, in which case the decision is negated or ruled out based on the Negation of Distress and Constriction Rule.

**Keywords:** Negation, Distress, Constriction, Rule.

---