

## تحلیل مبانی تعدیل قضایی در حقوق ایران و فقه امامیه

خدیجه مرادی<sup>۱</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۱/۱۰/۱۰ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۲/۷/۱۳)

### چکیده

تعدیل قضایی عبارتست از اینکه قاضی به استناد حکم کلی در قانون یا با استنباط از قواعد فقهی یا فتاوی معتبر فقهی، در صورتی که تعهدات بین دو طرف عقد در اثر حوادث پیش‌بینی‌ناپذیر نابرابر شده باشد، بتواند مفاد قرارداد منعقد بین متعاملین را بازبینی کند. برای توجیه تعدیل قضایی نظریاتی مطرح شده که مهم‌ترین آنها عبارتست از: نظریه شرط ضمنی، غبن حادث، قاعده نفی عسر و حرج و قاعده میسور. از بررسی نظریات مطروحه می‌توان نتیجه گرفت که قاعده نفی عسر و حرج و قاعده میسور توان بهتری برای توجیه تعدیل و تغییر مفاد قرارداد دارند.

**کلید واژه‌ها:** تعدیل، تعدیل قضایی، غبن حادث، قاعده میسور، قاعده نفی عسر و حرج.

۱. استادیار گروه الهیات دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه رازی کرمانشاه

### مقدمه

تعدیل در لغت عبارتست از برابر کردن چیزی با چیزی و راست کردن آن. (ابن منظور، ۴۷۳/۱۵) همچنین به معنای کاستن از شدت وحدت چیزی یا عملی (دهخدا، ۵۷/۴۱) به کار می‌رود. در اصطلاح حقوقی منظور از تعدیل قرارداد، «اصلاح قرارداد پیشین و تغییر در شرایط و اوصاف عوض یا معوض است. این تغییر، کاستن یا افزودن در مقدار آن دو را نیز شامل می‌گردد» (فخار طوسی، ۹۷).

تعدیل مفاد قرارداد به اعتبار سبب و منشأ آن به تعدیل قراردادی، قانونی و قضایی تقسیم می‌شود (کاتوزیان، ۷۳:۳). در تعدیل قراردادی طرفین عقد صریحاً یا تلویحاً در قرارداد تعدیل را پیش‌بینی کرده یا پس از انعقاد قرارداد به تراضی آن را انجام می‌دهند. در تعدیل قانونی، قانونگذار به‌طور مستقیم در متعادل کردن قرارداد مداخله می‌کند، به‌عنوان مثال می‌توان به ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، ماده ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی اشاره کرد. در تعدیل قضایی، تعدیل قرارداد توسط قاضی است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۲: ۱۳۸) که باید با استناد به اراده قانونگذار از حکم کلی یا از خلال مواد قانونی و یا با استنباط از احکام فقهی معتبر به تغییر مفاد قرارداد و برابر کردن آن (در شرایطی که به علت حوادث پیش‌بینی‌ناپذیر، نابرابر و برای یکی از طرفین تحمل‌ناشدنی شده است) حکم کند. آن دسته از نویسندگان حقوقی که به بررسی مسئله تعدیل قرارداد پرداخته‌اند، به چند قاعده یا نظریه در توجیه این امر استناد کرده‌اند که در نوشتار حاضر در گفتار اول: نظریه شرط ضمنی، گفتار دوم: غبن حادث، گفتار سوم: قاعده نفي عسر و حرج و در گفتار چهارم: قاعده میسور نقد و بررسی می‌شوند.

### گفتار اول: نظریه شرط ضمنی

از آنجا که عرف روشن‌کننده محدوده الزام متعاقدين است، ذکر تمامی خواسته‌های متعاقدين در زمان انعقاد قرارداد ضروری نیست. بنابراین چنانچه با بروز حادثه‌ای غیرمترقبه، آنچه به‌طور متعارف جزو شرایط ضمنی یا بنایی بوده‌است، دگرگون شود و تعادل و توازن قراردادی را به هم بزند، آیا با استناد به شرط ضمنی، می‌توان التزام به عقد را مبتنی بر ثبات اوضاع و احوال زمان عقد دانست و با تغییر آن شرایط و اوضاع و احوال، پایه التزام بر قرارداد را سست و شانه از زیر بار آن خالی کرد؟ به بیان دیگر آیا

می‌توان با در نظر گرفتن اینکه آنچه مدنظر متعاقدين بوده، با وضعیت عارض متفاوت است، التزام متعاملین را دچار خدشه کرد و قائل به تعدیل شد.

### الف) استدلال راجع به نظریه

طرفداران این نظریه بر این باورند که زمان انعقاد قرارداد، طرفین بیش از هر مسئله‌ای، سود خویش را در نظر می‌گیرند و همین مسئله موجب می‌شود تا در غالب موارد تعادلی نسبی بین تعهدات و حقوق متعاملین برقرار شود. اما در قراردادهای مستمر که انجام دادن و اجرای آنها به طول می‌انجامد، هرچند که احتمال تغییر قیمت یا ارزش مورد معامله در طول اجرای قرارداد وجود دارد، این نوسان‌های محتمل موجب اختلال در عقد نمی‌شود، بلکه سود بردن از وضع موجود محرکی برای انعقاد بسیاری از این قراردادهای تجاری می‌شود.

اما گاهی این تغییرات به حدی می‌رسد که از حد تصور طرفین و پیش‌بینی‌های متعارف خارج می‌شود، به نحوی که اجرای قرارداد موجب عسرت و مشقت تحمل‌ناپذیر برای یکی از متعاملین خواهد شد، بنابراین نمی‌توان نتایج قرارداد را بر احتمالات و پیش‌بینی‌های اولیه متعاقدين متکی کرد. پس قائلان به این نظریه بر این باورند که همواره در این‌گونه قراردادهای شرطی ضمنی وجود دارد که بر اساس آن اجرای مفاد قرارداد مبتنی بر دوام وضعیت موجود در زمان عقد است، لذا هرگاه تغییر اوضاع و احوال، اجرای قرارداد را مشقت‌بار کند، طرف متعسر به اجرای آن ملزم نیست. به اعتقاد این دسته از حقوقدانان، چنین شرطی همواره در قراردادهای مفروض بوده و طرفین با فرض وجود چنین شرطی، به انعقاد قرارداد اقدام می‌کنند و به‌طور تلویحی پذیرفته‌اند که اگر شرایط زمان عقد دچار تغییر اساسی شود، مفاد قرارداد نیز باید بر شرایط جدید منطبق شود. (حکمت، ۱۳۸۴: ۳۷-۳۹؛ السنه‌وری، ۱۹۵۹، ج ۱: ۴۱۷).

مطابق این نظریه باید وجود چنین شرطی را در اداره مشترک طرفین جست‌وجو کرد و چنانچه این امر میسر نشد، باید منشأ آن را عرف حاکم بر معاملات تلقی کرد که در این صورت باید چنین شرطی را از لوازم عقود مستمری دانست که اجرای آنها طولانی‌مدت است (بیگدلی، ۱۳۸۶: ۱۵۳).

برخی از نویسندگان معتقدند که در معاملات مستمر، توجه طرفین به طولانی بودن اجرای عقد و استمرار اوضاع و احوال موجود در زمان عقد، امری بدیهی است، لذا تعدیل یا فسخ قرارداد در شرایط پیش‌بینی‌ناپذیر را باید شرط ضمنی یا بنایی تلقی کرد و به

استناد مواد مختلف قانون مدنی به صحت چنین شرطی حکم کرد. (شفایی بررسی تطبیقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها، ۷۹).

### ب) نقد و بررسی نظریه

چنانکه در استدلال به نظریه بیان کردیم، طرفداران نظریه امکان تعدیل قرارداد در شرایط پیش‌بینی‌ناپذیر را بر شرط بنایی یا ضمنی مبتنی کرده‌اند و همان طور که می‌دانیم شرط ضمنی هم در قانون و هم در فقه (نجفی، بی‌تا، ج ۲۳: ۱۹۰؛ طباطبایی، حاشیه مکاسب، ۱۱۷/۲؛ انصاری، مکاسب، ۲۲۱) پذیرفته شده و شروط بنایی هر چند که در پذیرش آن بین فقها اختلاف نظر وجود دارد (برای دیدن اختلاف نظرها: رک: نجفی، محمدحسن: همان) در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، صراحتاً صحت و الزام آور بودن آن تأیید شده است.

سؤال اساسی که در این زمینه به ذهن متبادر می‌شود این است که آیا مسئله مورد بحث از مصادیق شروط بنایی یا ضمنی است یا خیر؟

در پاسخ به این سؤال باید اذعان کرد که شروط بنایی وابسته به مصداق‌های جزئی هستند و امکان قائل شدن به وجود چنین شرطی در گروهی از قراردادها، با مشکلات جدی روبه‌روست، پس بعید به نظر می‌رسد که بتوان تعدیل قرارداد در شرایط پیش‌بینی‌ناپذیر را به اراده متعاقدين منتسب کرد. در عین حال حتی برخی از حقوقدانان معتقدند فرض چنین شروطی امکان‌پذیر نیست، زیرا طرفین زمان انعقاد قرارداد احتمال وقوع اوضاع و احوال استثنایی (که شرایط اجرای قرارداد را به‌طور کلی دگرگون کند) را نمی‌دهند تا به استناد این احتمال بتوانند به چنین ضمانت اجرایی استناد کنند. (به نقل از بیگدلی، ۱۳۸۶: ۱۵۵).

همچنین استناد به شرط ضمنی نیز توجیه‌کننده تعدیل قرارداد نیست، زیرا اگر متعاقدين امکان تجدیدنظر در قرارداد را در شرایط پیش‌بینی‌نشده مدنظر داشتند، قطعاً نسبت به شروطی که تعادل اقتصادی موردنظر آنها را تأمین کند، اقدام می‌کردند، بنابراین سکوت متعاقدين در زمان انعقاد، نشانگر تصمیم آنها به الزام به مفاد قرارداد و اجتناب از هرگونه نقض اجرای قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۳: ۸۳).

از منظر برخی مخالفان نه تنها شرط ضمنی مبتنی بر تعدیل قرارداد در صورت بروز حوادث پیش‌بینی نشده وجود ندارد، بلکه هدف متعاقدين از انعقاد قراردادهای مستمر،

جلوگیری از تبعات وقوع چنین حوادثی است. به اعتقاد این افراد، متعاقدين علاوه بر اینکه به مصون ماندن از تبعات ناشی از تغییر اوضاع و احوال می‌اندیشند، به سود حاصل از چنین اوضاع و احوالی امید دارند و بر همین اساس به انعقاد قرارداد اقدام می‌کنند، بنابراین تعدیل قرارداد و بازنگری مفاد آن با این تحلیل، مخالف اراده متعاقدين و عرف است. (شفایی، بررسی تطبیقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها، ۹۶)

بنابراین پس از بررسی دلایل موافقان و مخالفان این نظریه، باید اذعان کرد که شرط ضمنی که احتمال وجود آن در چنین مصادیقی به سهولت تصورشدنی نیست، مستند تعدیل قرارداد واقع نمی‌شود.

### گفتار دوم: غبن حادث

این نظریه که اولین بار در حقوق فرانسه مطرح شد، به دلیل وجود اشکالاتی که بر آن وارد بود، پس از مدتی اعتبار اولیه خود را از دست داد (همان). پس برای توجیه تعدیل قضایی بر اساس نظریه فوق لازم است وسعت مفهوم نظریه غبن را بپذیریم. بنابراین برای واضح کردن این مسئله ابتدا استدلال طرفداران را بیان می‌کنیم و سپس آنها را نقد و بررسی خواهیم کرد.

### الف) استدلال طرفداران نظریه

برخی از طرفداران تعدیل قرارداد در حقوق ایران سعی کرده‌اند این نهاد را بر پایه غبن توجیه کنند. مطابق این نظریه، غبن و آثار ناشی از آن را نباید به زمان انعقاد قرارداد محدود کرد، بلکه همان‌طور که عدم تعادل فاحش در زمان انشا، خیار غبن را برای مغبون ثابت می‌کند، اگر تغییر اوضاع و احوال پیش‌بینی نشده در زمان اجرای قرارداد به نابرابری عرفی تعهدات طرفین منجر شود، بتوان به استناد آن به تعدیل قرارداد حکم کرد. (بیگدلی، ۱۳۸۶: ۱۵۷) لذا با این تفسیر باید در هر جایی که تعادل اقتصادی عوضین بر هم بخورد، این قاعده کارآیی داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۰۰). حال با توجه به صراحت قانون مدنی در محدود کردن غبن به زمان انعقاد عقد، این سؤال مطرح می‌شود که چگونه می‌توان در زمان اجرای عقد به غبن استناد کرد؟

پاسخ سؤال فوق مبتنی بر مبنای خیار غبن است؛ اگر مبنای خیار غبن جلوگیری از ضرر ناشی از نابرابری اقتصادی ایجاد شده باشد، امکان توجیه تعدیل قرارداد بر اساس آن

وجود خواهد داشت، اما اگر مبنای خیار غبن، اختلال در تراضی باشد، بر هم خوردن تعادل در زمان آینده توجیه‌کننده تعدیل قرارداد نیست، زیرا درجایی که در اثر بروز شرایط پیش‌بینی‌ناپذیر، تعادل اقتصادی عوضین بر هم می‌خورد، هیچ خللی بر تراضی طرفین وارد نمی‌آورد. برخی از حقوقدانان معتقدند مبنای اصلی خیار غبن جلوگیری از ضرر زیان‌دیده‌است (همان، ۱۰۱). البته شایان ذکر است که هرچند بیشتر فقها، مبنای خیار غبن را لاضرر می‌دانند، معتقدند معیار افزایش یا کاهش قیمت، زمان انعقاد قرارداد است، نه زمان اجرای آن و حتی بر این مسئله ادعای اجماع هم کرده‌اند (نجفی، بی‌تا: ۴۲؛ قمی، بی‌تا: ۳۳۱؛ انصاری، ۱۳۷۵: ۲۳۶).

دکتر کاتوزیان در نقد استدلال به اجماع مقرر می‌دارد: «درباره اجماع منقول از علامه حلی، می‌توان گفت، نه تنها از مفاد نوشته‌ها چنین برمی‌آید که بحث در این باره پایان نیافته‌است، احتمال دارد پایه اتفاق نظر در عهد علامه ارتباط دادن غبن به تراضی باشد، چنانکه خود او نیز چنین می‌اندیشیده است. وانگهی، آنچه فقیهان در نظر داشته‌اند با مسئله حادث کنونی تفاوت دارد. آنان می‌خواسته‌اند فزونی و کاستی بهای مبيع را در فاصله میان عقد و تسلیم در غبن بی‌اثر بدانند و این امر، به‌عنوان قاعده، منطقی و قابل قبول است. در حالی که مسئله ما به امری استثنایی و زاده تحول‌های شدید اقتصادی در سده اخیر مربوط می‌شود؛ پدیده‌های دور از انتظار و ناگهانی که باعث دگرگونی چهره عقد و ایجاد عسر و حرج می‌شود و تعادل قراردادی را چنان بر هم می‌زند که تناسب تعهد یک طرف با دیگری صوری می‌نماید. پس، شهرت در فقه یا ادعای اجماع، اگر وجود داشته‌باشد، به دلیل اختلاف در موضوع نمی‌تواند مانع اجتهاد رویه قضایی و حرکت نظریه‌های حقوقی در این زمینه شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۰۱).

پس قائلین به نظریه غبن حادث در تردید بین دو ضمانت اجرای غبن حادث، یعنی بازبینی قرارداد توسط دادرس یا ایجاد حق فسخ برای مغبون، راه حل دوم یعنی ایجاد حق فسخ را ترجیح می‌دهند، زیرا اولاً پذیرش این ضمانت اجرا با ملاک قوانین ما سازگارتر است. هرچند که استناد به خیار غبن با غبن حادث تفاوت‌هایی دارد، مبنای هر دو جلوگیری از ورود ضرر ناروا به زیان‌دیده است؛ ثانیاً به لحاظ عملی و از نظر قواعد حاکم بر قرارداد و همچنین حفظ آزادی اشخاص، دادن حق فسخ به متضرر بهتر است زیرا در این صورت هم مشکلات ناشی از تبدیل قرارداد توسط قاضی را به همراه ندارد و

هم اینکه حکم جدیدی خارج از اراده متعاقدين را بر آنها بار نمی‌کند، چون در تعدیل بر فرض که دادرس به تعدیل حکم کند، آنچه را که به نظرش عادلانه می‌رسد، بر متعاملین تحمیل می‌کند.

### ب) نقد و بررسی نظریه غبن حادث

همان‌گونه که ذکر کردیم استدلال طرفداران نظریه غبن حادث بر این مبتنی بود که مبنای غبن قاعده لاضرر باشد و حال آنکه امکان نظر در متون فقها نشانگر این مسئله است که در خصوص اینکه قاعده لاضرر مبنای غبن باشد، در بین فقها اتفاق نظری وجود ندارد، بلکه فقهای فاختری همچون شیخ انصاری لاضرر را مؤید خیار غبن تلقی می‌کنند و حتی دلیل اصلی بر خیار غبن را اجماع می‌دانند (انصاری، مکاسب، ۲۳۰-۲۳۵).

علامه حلی علت خیار غبن را اختلال در تراضی متعاقدين بیان می‌کنند و معتقدند اصل در معاملات، تعادل نسبی بین عوضین است و طرفین با فرض وجود چنین تعادلی بر انشای عقد تراضی می‌کنند و چنانچه معلوم شود این تعادل وجود ندارد، رضایت طرفین نیز مخدوش خواهد بود. به همین دلیل است که اگر طرف غابن (متعهدله) اصرار بر انجام دادن تعهد داشته‌باشد، چون رضایت مغبون وجود ندارد، در واقع «اکل مال به باطل» است (علامه حلی، بی‌تا، ج ۱: ۵۵۲). برخی دیگر از فقها مبنای غبن را شرط ضمنی می‌دانند یعنی بنای متعاقدين در قراردادهای معوض، وجود تناسب نسبی بین دو عوض است، بنابراین حتی اگر متعاقدين در زمان انعقاد قرارداد واقعاً چنین چیزی را مرقوم یا بیان نکنند، عرف آن را مفروض می‌داند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱۴: ۲۳۶؛ خوئی، ۲۹۱: ۶).

نظریه شرط ضمنی در توجیه خیار غبن علاوه بر فقها، توسط برخی از حقوقدانان نیز پذیرفته شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۱: ۱۸۴؛ امیری قائم مقامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۲۰؛ شایگان، بی‌تا، ج ۱: ۱۶۱) و عده‌ای از آنها معتقدند که دلالت التزامی ماده ۴۱۸ قانون مدنی با توجیه فوق سازگار است. (بیگدلی، ۱۳۸۶: ۱۷۰).

اشکال دیگری که می‌توان بر استدلال به نظریه غبن وارد کرد، این است که اکثر قریب به اتفاق فقها، عدم تعادل عوضین را در صورتی موجب خیار غبن می‌دانند که این عدم تناسب فاحش، در زمان انعقاد قرارداد باشد و بر این مسئله حتی ادعای اجماع هم

کرده‌اند (علامه حلی، همان) و اگر این نابرابری در زمان انعقاد عقد نباشد، خیار غبنی نیز نخواهد بود، پس برای امکان فسخ قرارداد بدون نابرابری اولیه باید به دنبال مبنای دیگری بود.

بر فرض که بپذیریم نظریه غبن مبنای تعدیل قرارداد باشد، این نظریه با هدف تعدیل قرارداد سازگار نیست، زیرا هدف اصلی از تعدیل قرارداد ایجاد راه‌حلی است که در تعهدات متعاقبین تعادل ایجاد کند تا هم عسرت و مشقت متعهد را برطرف و هم امکان اجرای قرارداد را نیز مهیا کند و حال آنکه اثر اولیه غبن، ایجاد حق فسخ برای مغبون است که با این وصف، یا عقد باید توسط متعهد اجرا و وی دچار سختی یا احیاناً ورشکستگی شود یا با انتخاب فسخ توسط متعهد، متعهدله دچار ضرر شود.

### گفتار سوم: قاعده نفی عسر و حرج

قاعده نفی عسر و حرج یکی از قواعد مهم و اساسی حقوق اسلام است که علاوه بر جریان آن در بسیاری از ابواب فقه، در قوانین موضوعه نیز تجلی یافته است. برای استدلال به این قاعده و اینکه آیا توان توجیه تعدیل قرارداد را دارد، ابتدا باید پیرامون مفهوم قاعده و مستندات و قلمرو آن بحث و سپس استدلال طرفداران و مخالفان را بررسی کنیم.

### الف) مفهوم قاعده عسر و حرج

عسر به ضم عین اسم مصدر و به معنای شدت و ضیق است (فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۲: ۱۲۶) این واژه متضاد «یسر» (جوهری، ۱۴۰۴، ج ۲: ۷۴۴) و در معنای صعب، تنگ، دشوار، بدخویی، مشکل، سخت، سختی شدید (ابن‌منظور، ۱۴۰۵: ۸) و سخت شدن روزگار، تنگی، دشواری، تنگدستی (سیاح، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۰۴۹)، فقر و تهیدستی (معین، ج ۲: ۲۳۰۰؛ نفیسی، ۱۳۴۳: ۲۳۵۱) به کار می‌رود.

حرج به فتح «حاء» و «راء» اسم مصدر به معنای تنگی، ضیق (طباطبایی، ج ۱۴: ۶۱۴؛ ابن‌اثیر، ج ۱: ۳۴۸؛ طریحی، ج ۲: ۲۸۸)، مشقت (طریحی، همان؛ سانو: ۱۷۴؛ رفیق‌المعجم، ذیل کلمه)، سختی، دشواری زیاد (موسوی، ذیل کلمه)، تنگنا، حرام و گناه (جبران، ذیل کلمه) است.



با توجه به مفهوم لغوی کلمات عسر و حرج، باید گفت که مفهوم قاعده این است که هرگاه انجام تکلیفی برای مکلف با مشقت و سختی تحمل‌ناپذیر همراه شود، انجام دادن آن از عهده مکلف ساقط می‌شود.

### ب) مبانی قاعده نفی عسر و حرج

مبانی فقهی در اثبات قاعده نفی عسر و حرج عبارتند: از کتاب، سنت، اجماع و عقل که در حد لزوم پیرامون هریک از آنها بحث خواهد شد.

#### ۱. کتاب

##### ۱.۱. آیه ۷۸ سوره حج

«وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...»  
«جهاد کنید در راه خداوند آن‌طوری که شایسته جهاد در راه اوست و او شما را برگزیده و در دین برای شما حرجی قرار نداده است.»

آیه شریفه فوق رساترین و محکم‌ترین آیه در بیان قاعده عسر و حرج است (مصطفوی، ۱۴۱۲: ۳۰۴؛ شفائی، قواعد فقه، ۱۳۲؛ شهید اول، القوائد و الفوائد، ۱۱۴؛ بجنوردی، قواعد فقه، ۱۰۷؛ آل کاشف‌العطاء، ۲۳؛ مکارم‌شیرازی، ۱: ۱۶۳) و از دیگر سو در اخبار و روایات بسیاری به آن استناد شده است. (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۸: ۲۸۲) در برخی از این روایات از آیه مذکور به‌عنوان حکمت و مصلحت تشریح احکام و در بعضی دیگر به‌عنوان علت تشریح احکام یاد شده است. با وجود این تردیدی در دلالت این آیه بر مطلوب باقی نمی‌ماند و با عنایت به روایاتی که در آنها به آیه شریفه استناد شده است، شک در دلالت آیه بر قاعده عسر و حرج باقی نمی‌ماند (مکارم‌شیرازی، همان).

البته باید یادآوری کرد که آیه فوق مخصوص جهاد نیست و تنها بر حکم شرعی جهاد حاکمیت ندارد، بلکه واژه دین در این آیه در تمامی احکام و تکالیف شرعی ظهور دارد و خداوند متعال با حکم خود خواسته است احکام حرجی را از مؤمنان و بندگان خود بردارد. (نوحی، ۱۳۸۴: ۷۴).

علاوه بر آیه مذکور آیه ۶ سوره مائده و آیات ۱۸۵ و ۲۸۶ سوره بقره نیز به‌عنوان مستند این قاعده ذکر شده است. (همان: ۸۳ به بعد).

## ۲. سنت

روایت‌های متعددی از معصومان<sup>(ع)</sup> نقل شده است که مبنای قاعده عسر و حرج قرار گرفته‌اند. برخی از روایات صریحاً به قاعده اشاره دارند و در این میان برخی ردشدنی و بعضی تأییدپذیرند. در این قسمت برخی از این روایات را ذکر می‌کنیم که به چگونگی دلالت قاعده و عمومیت آن اشاره دارند.

### ۱.۲. روایت عبدالاعلی موسی آل سام

«قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَثَرْتُ فَأَنْقَطَعَ ظُفْرِي فَجَعَلْتُ عَلَىٰ إصْبَعِي مَرَارَةً فَكَيْفَ أَصْنَعُ بِالْوَضُوءِ؟ قَالَ تُعْرِفُ هَذَا وَ أَشْبَاهَهُ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ قَالَ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ: «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» أَمْسَحَ عَلَيْهِ» (طوسی، ج ۱: ۱۳۰؛ کلینی، ج ۱: ۱۱).

از این پاسخ امام<sup>(ع)</sup> نکات زیر استنتاج می‌شود:

۱. نفی حرج قاعده‌ای کلی است و طبق رهنمود امام<sup>(ع)</sup> می‌توان از آن برای رفع احکامی استفاده کرد که برای مکلفان مضیقه‌ساز و مشقت‌آورند. زیرا نفی حرج در این روایت از قبیل علت حکم است نه حکمت حکم که قابل سریان به سایر موارد نباشد بنابراین هر جا حرجی بر شخصی وارد شد، قابل برداشت است (مکارم شیرازی، همان).
۲. از اینکه امام<sup>(ع)</sup> به جای نفی حرج ذیل آیه وضو - که تناسب بیشتری با سؤال دارد - به نفی حرج مذکور در آیه ۷۸ سوره حج استناد می‌کند، چنین برمی‌آید که لاجرم مذکور در آیه اخیر، از عمومیت و شمول بیشتری نسبت به آیه وضو برخوردار است (برای مشاهده روایات بیشتر رک: مجلسی، ج ۲: ۲۷۳؛ الحرالعاملی، باب ماء المطلق، ح ۱۴).

## ۳. اجماع

هرچند علمای اسلام بر عدم جواز جعل حکمی حرجی اجماع دارند، این اجماع پذیرفته نیست، زیرا دلیل مجمعی، آیات و روایاتی بوده است که ذکر شد. پس اجماع مدرکی فاقد اعتبار است (بجنوردی، بی تا: ۱۱۰؛ محقق داماد، قواعد فقه، ۸۹).

## ۴. عقل

در اثبات قاعده نفی عسر و حرج - به عنوان دلیل عقلی - به طور کلی به دو دلیل تمسک شده است، یکی بنای عقلا و دیگری قاعده لطف (بجنوردی، همان).

### ج) قلمرو عسر و حرج

در این قسمت از بحث برای شناخت بهتر قاعده و کاربرد آن برای توجیه تعدیل قرارداد قلمرو و دامنه قاعده نفی عسر و حرج ابتدا نسبت به احکام اولیه و سپس پیرامون احکام وضعی و جنبه اثباتی این قاعده بررسی می‌کنیم.

#### ۱. جنبه اثباتی قاعده نفی عسر و حرج

این مسئله که در بیشتر کتاب‌های قواعد فقهی با عنوان قلمرو قاعده نفی عسر و حرج نسبت به امور عدمی مطرح می‌شود، این است که وقتی از یک حکم عدمی یا به عبارت دیگر از عدم یک حکم، عسر و حرج بر یک شخص لازم آید، آیا قاعده این عدم را طرد می‌کند و اثبات حکمی را خواهد کرد یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال دو نظر متفاوت ابراز شده است:

#### ۱.۱. نظر اول

قاعده فقط شامل احکام وجودی است نه عدمی و احکام عدمی را شامل نمی‌شود. (نایینی، ۲: ۲۳۱) زیرا معنای دلیل لاجرح نفی حکم شرعی مستلزم حرج است، اما عدم یک حکم مثل عدم سلطنت مالک بر اموالش، حکمی شرعی نیست تا با قاعده نفی حرج نفی شود. دلیل لاجرح ناظر به احکام مجعوله شریعت است و تقیید آن به صورت عدم حکم، حکم مجعولی نیست تا لاجرح شامل آن شود. به علاوه اگر قاعده، احکام عدمی را دربرگیرد باید فقه جدیدی تأسیس کرد و بسیاری از مسائلی که در فقه جایز شمرده می‌شود ممنوع و بسیاری از اعمال ممنوع مجاز شود (نجفی، همان) به عبارت دیگر گسترش قاعده لاجرح به امور عدمی، دارای چنان نتایج غیرعادی است که پذیرفتن این امر به معنای تغییر بسیاری از احکام الهی و در نتیجه ایجاد فقهی جدید است (نایینی، همان).

به نظر می‌رسد منشأ این نظریه آن است که رفع حکم، حکم تلقی نشده است تا صدق عنوان «جعل شرع» بر آن بشود، پس آیه نفی حرج شامل امور عدمی نیست در حالی که عسر و حرج از صفات فعل مکلفین است و نه از صفات احکام خداوند، بنابراین منافاتی در نفی جعل احکام حرجی و حرجی بودن افعال مکلفین وجود ندارد (مکارم شیرازی، قواعد فقه، ۸۵ به بعد).

## ۲.۱. نظر دوم

قاعده هم شامل احکام عدمی و هم احکام وجودی است. زیرا خداوند چیزی را بدون حکم نگذاشته و برای هرچیز، حکمی جعل کرده است. در نهایت برخی احکام، وجودی و برخی عدمی هستند؛ همان طور که برخی وضعی و برخی تکلیفی است. (خویی، مصباح الاصول، ۵۶۰/۲) به عبارت دیگر مطابق این نظریه عدم جعل حکم در موضوعی که قابلیت جعل حکم را دارد، در واقع جعل آن حکم است. بنابراین عدم حکم در این موارد خود حکمی مجعول است، به ویژه آن که شارع مقدس هیچ چیزی را بدون حکم باقی نگذاشته و برای همه چیز حکمی جعل کرده است که برخی وجودی و برخی دیگر عدمی است. (محقق داماد، قواعد فقه، ۹۷).

طرفداران این نظریه معتقدند: هدف شارع از جعل این حکم امتنانی، برطرف کردن سختی و تنگناهای گریبانگیر بندگان است و در این زمینه تفاوتی وجود ندارد که مشقت و سختی موجود ناشی از حکم وجودی باشد یا عدمی. به علاوه اینان می گویند، دلایل ناظر به نفی حرج مانند: «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» غالباً مطلقند و دلیلی بر انحصار آنها به احکام وجودی مشاهده نمی شود، پس مقید کردن قاعده، دلیل عقلانی ندارد (بیگدلی، ۱۳۸۶: ۳۱۵).

علاوه بر این عرف تفاوتی بین «حکم» و «رفع حکم» از نظر نفی حرج در مقام امتنان خداوند نمی بیند و چنانکه برخی استدلال کرده اند بسیاری از امور عدمی قابل برگشت و تغییر به امور وجودی هستند (محقق داماد، قواعد فقه، ۱۶۷) مثلاً چنانچه فردی از سوی حاکم از اقامت در خانه غیر نهی شود و از طرفی ترک اقامت در خانه غیر مستلزم حرج وی باشد، ترک اقامت تعبیرشدنی به رفتن به منزل دیگری است.

به نظر می رسد نظریه دوم غنی تر است به ویژه با توجه به اینکه برخی از فقهای بزرگ در مسئله طلاق زنی که در اثر مفقود شدن زوج به عسرت و مشقت افتاده، به استناد قاعده نفی عسر و حرج، حکم به جواز طلاق زوجه توسط حاکم داده اند (طباطبایی یزدی، بی تا، ج ۲: ۶۷).

## ۲. قلمرو قاعده نسبت به احکام وضعی

همان طور که در مبانی قاعده مشاهده کرده ایم، اکثر قریب به اتفاق آنها ناظر به احکام شرعی بودند و این امر موجب شده تا برخی از فقها این قاعده را مختص احکام تکلیفی

بدانند. اما با امعان نظر در دلایل این قاعده باید اذعان کرد که این ادله به دو گروه تقسیم می‌شوند، گروهی که در جواب سؤالات خاص مطرح شده از سوی مکلفین بیان شده‌اند و گروه دیگر مستقلاً در مقام تبیین قاعده ارائه شده است، هرچند اکثر قریب به اتفاق روایات یا آیات گروه اول ناظر به احکام تکلیفی هستند، اما تقریباً گروه دوم به صورت مطلق بیان شده است. پس منحصر کردن قاعده به احکام تکلیفی عقلاً با فلسفه وضع این قاعده توسط شارع منافات دارد، به‌ویژه با دقت نظر در آیاتی همچون «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (بقره: ۸۵) و «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ». (مائده: ۹).

بر همین اساس بسیاری از فقها صراحتاً یا ضمناً بر شمول قاعده نسبت به احکام وضعی صحه گذاشته‌اند (نجفی، ۲۷: ۲۰۹؛ مکارم شیرازی، ۱: ۱۹۵؛ محقق داماد: ۱۱۰؛ بجنوردی، ۲۲۲).

برخی شواهد فقهی همچون امکان فسخ اجاره توسط اجیر در صورتی که کندن چاه بر اثر برخورد با لایه‌های سنگی یا سفت، با مشکل مواجه شود (بحرانی، ۱۳۷۶، ۲۱: ۶۰۱؛ نجفی، همان) و نیز حکم به طلاق زوجه در صورتی که ادامه زندگی زناشویی سبب عسر و حرج وی باشد (طباطبایی یزدی، همان) و نمونه‌های دیگری از این قبیل که در عبارات فقها وجود دارد (بحرانی، همان).

### ۳. قاعده لا حرج در قوانین ایران

قاعده نفی عسر و حرج در برخی از قوانین ایران به صراحت مورد استناد قرار گرفته است که به اهم آنها اشاره می‌کنیم: علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱. در قوانین ایران مقررات متعددی درباره اعسار مدیون یا کسی که ملزم به پرداخت مال است، وجود دارد. ماده ۲۷۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «... حاکم می‌تواند نظر به وضع مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد». و در ماده ۶۵۳ قانون مزبور در باب قرض نیز چنین آمده است: «در موقع مطالبه حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقتضای مهلت یا اقساطی قرار می‌دهد.» قانون اعسار (مجموعه قوانین سال ۱۳۱۳ روزنامه رسمی کشور، ۳۶) مصوب آذر ماه ۱۳۱۳، به کسی که به موجب حکم دادگاه به پرداخت مال در حق اشخاص محکوم یا علیه او ورقة اجراییه از اداره ثبت اسناد یا دفتر اسناد رسمی صادر شده‌است، و به واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود، قادر به

پرداخت آن نیست، اجازه داده است با مراجعه به دادگاه و اثبات اعسار خود، موقتاً تا رفع حالت اعسار از پرداخت دین معاف شود یا ترتیب پرداخت دین به صورت اقساط به وی داده شود. به موجب ماده ۳۷ قانون مذکور دادگاه و اداره ثبت در تعیین میزان و مدت وعده اقساطی که باید پرداخت شود، باید عایدات بدهکار و معیشت ضروری او را در نظر بگیرند. ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی، لباس و اشیایی که برای رفع حوائج ضروری مدیون و خانواده او لازم است و آذوقه مورد نیاز یک ماه محکوم علیه و اشخاص واجب النفقه او و وسایل و ابزار کار ساده کسبه و پیشه‌وران و کشاورزان را توقیف‌ناپذیر اعلام کرده است.

۲. در ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲/۲/۱۳ آمده 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 بدهد».

تبصره: شورای عالی قضایی مکلف است در اولین فرصت دادگاه‌های ویژه‌ای را تشکیل داده و کلیه احکام تخلیه که از طرف دادگاه‌ها یا اداره ثبت صادر گردیده و هنوز اجرا نشده است، مورد تجدیدنظر قرار دهند. چنانچه تخلیه منزل مستلزم عسر و حرج برای مستأجر باشد، آن حکم را متوقف سازد (مجموعه قوانین و مقررات حقوقی سال ۱۳۶۹: ۷۸۸).

پس از تصویب قانون مزبور، در سال ۱۳۶۴ قانونگذار اجرای مفاد قاعده عسر و حرج را به اماکن استیجاری آموزشی نیز تعمیم داد و به موجب ماده واحده قانون الحاق یک تبصره یک به ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۴/۶/۲۸ چنین مقرر داشت: «... در مواردی که دادگاه صدور حکم تخلیه اماکن آموزشی را به علت کمبود جای مناسب موجب عسر و حرج تشخیص دهد، دادگاه مکلف است تا رفع عسر و حرج به مدت پنج سال از صدور حکم خودداری کند و این قانون از تاریخ تصویب لازم‌الاجراست».

۳. به موجب ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی که از فقه امامیه اقتباس شده است: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید، همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه». همچنین به موجب ماده ۱۰۲۹

قانون مذکور، هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالایر باشد، زن او می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند. علاوه بر موارد مذکور که از مصادیق عسر و حرج هستند، ماده ۱۱۳۰ به‌طور کلی به زن اجازه داده‌است که چنانچه دوام زوجیت موجب عسر و حرج برای او باشد، برای اجبار زوج به طلاق به دادگاه رجوع نماید و در صورت میسر نشدن اجبار زوج به طلاق، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده شود.

#### د) استدلال طرفداران و نقد و بررسی آن

##### ۱. بیان استدلال

چنانکه در بررسی قاعده بیان کردیم مفهوم قاعده عبارت بود از اینکه هرگاه حکمی اعم از وضعی یا تکلیفی، موجب عسرت و مشقت مکلف شود، به استناد قاعده مذکور آن حکم ساقط می‌شود، بنابراین اگر اجرای قرارداد مستمر طویل‌المدت با حوادثی که پیش‌بینی‌ناپذیر است، مواجه شود و این مسئله موجبات مشقت و سختی را برای متعهد به همراه داشته‌باشد، به‌گونه‌ای که این عسرت قابل تحمل نباشد، اصولاً باید وی بتواند به قاعده مذکور استناد و از دادرس صدور حکم به تعدیل یا فسخ قرارداد را مطالبه کند. زیرا در بحث قلمرو قاعده لاجرح نسبت به احکام اولیه متذکر شدیم که این قاعده بر سایر قواعد و احکام اولیه حکومت دارد، بنابراین قاعده بر اصل لزوم حاکم و لزوم اجرای تعهد از عهده متعهد برداشته می‌شود که نتیجه آن فسخ یا تعدیل قرارداد خواهد بود. از طرفی در قلمرو قاعده در قوانین ایران مشاهده کردیم که قانونگذار صراحتاً در مواردی در رفع مشکلات و نیازهای جامعه به این قاعده استناد کرده است. به‌ویژه در طلاق توسط حاکم در صورت عسر و حرج زوجه نیز به این قاعده تمسک شده است، هرچند در بین فقها طرفدار چندانی ندارد.

چنانکه میرهن است در فقه اسلامی اختیار طلاق به مرد داده شده است و به استناد روایت «الطلاق بید من اخذ بالساق» تنها اراده مرد در انشاء طلاق مؤثر است. علاوه بر این با توجه به اهمیت طلاق و صحت آن از دیدگاه شرعی، نمی‌توان رأی را یافت که به نحوی اجازه طلاق را به زن داده باشد و ظاهراً در میان فقهای امامیه در ابتدا شهید اول (شهید اول، بی‌تا: ۱۲۳) و سپس سید محمد کاظم یزدی (طباطبایی یزدی، ملحقات العروه، ۱۹) در این زمینه با اعمال مفاد قاعده نفی عسر و حرج، انجام دادن طلاق توسط حاکم در شرایط عسر و حرج زوجه را پذیرفته‌اند. بنابراین پذیرفتن این رأی نادر میان

فقها توسط قانونگذار در ماده ۱۱۳۰ هر چند از احتیاط فقهی دور بوده، بیانگر اهمیت بسیار قاعده مذکور است.

طرفداران نظریه معتقدند «با توجه به مفاد فقهی قاعده لاجرح و مخصوصاً امکان اجرای آن در احکام وضعی، همچنین صدق تمام شرایط لازم برای اعمال قاعده نسبت به مصادیق نظریه عدم پیش‌بینی، به‌علاوه پذیرش عملی قاعده توسط قانونگذار، مستلزم آن است که لزوم عقل - به‌عنوان عامل ایجاد حرج - از میان برداشته شود. براساس این دیدگاه، اگر وصف الزام‌آور بودن عقد از بین برود، برای رفع حرج از متعهد، بیشتر از دو راه حل وجود نخواهد داشت: یا باید قاضی شرایط قرارداد را برای رفع عسر و حرج متعهد، تغییر دهد (تعدیل قرارداد) یا در صورت عدم امکان تعدیل، حکم به جواز فسخ عقد توسط متعهد دهد» (بیگدلی، ۱۳۸۶: ۱۹۲).

## ۲. نقد و بررسی دلایل طرفداران

مخالفان اثبات تعدیل به استناد قاعده نفی عسر و حرج از دلایل طرفداران را چنین انتقاد می‌کنند:

قاعده نفی عسر و حرج بنا به رأی بسیاری از فقها، فقط احکام حرجی را نفی کرده است و اثر اثباتی ندارد، یعنی مثبت حکم نخواهد بود. بنابراین در صورت حرجی شدن قرارداد برای متعهد، حتی اگر تمامی شرایط هم موجود باشد، قاعده لاجرح فقط لزوم عقد را برمی‌دارد و دادرسی برای تعدیل قرارداد یا عادلانه کردن تعهدات طرفین و بازبینی در مفاد قرارداد به دلیلی غیر از این قاعده نیاز دارد، چرا که قاعده نفی عسر و حرج توان اثبات تعدیل قرارداد را ندارد. همچنین برخی حقوقدانان بر این باورند که تغییر مفاد قرارداد توسط دادرسی به لحاظ عملی نیز قابل دفاع نیست، زیرا قاعده لاجرح قرارداد را به حکم ثانوی جایز می‌کند، ولی نظم جدیدی بر دو طرف تحمیل نمی‌کند، در حالی که اگر دادرسی مجوز تعدیل قرارداد را صادر کند، آنچه را که عادلانه می‌بیند به جای عقد می‌نشانند (کاتوزیان، همان).

ممکن است در پاسخ ایرادات فوق به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی استناد شود که بر اساس مفاد آن عسر و حرج زوجه، موجب حق طلاق برای حاکم شده است، یعنی قاعده نفی عسر و حرج در مسئله مذکور اثر اثباتی دارد، در جواب به این استدلال باید گفت



که این مسئله امری استثنایی است که قانونگذار به هر دلیل برخلاف نظر مشهور فقها چنین قانونی را وضع کرده است، پس این مسئله موجب نمی‌شود تا در موارد مشکوک یک مورد استثنایی مورد استناد قرار گیرد. (بیگدلی، همان).

با این اوصاف امکان فسخ قرارداد توسط متعهد در صورت بروز حوادث پیش‌بینی‌ناپذیر با قاعده نفی عسر و حرج سازگاری بیشتری دارد که این امر با دقت نظر در قراردادهای طولانی مدت حاکی از ورود ضرر یا حرج و مشقت برای طرف مقابل است که علاوه بر مخالفت با امتنایی بودن قاعده، با انصاف و عدالت نیز تنافی دارد.

### گفتار چهارم: قاعده میسور

یکی از قواعد فقهی قاعده میسور است که هم در عبادات و هم در معاملات جریان دارد. برای استدلال به این قاعده در توجیه تعدیل قرارداد، لازم است ابتدا مفهوم قاعده و مستندات و قلمرو آن را بررسی و سپس استدلال طرفداران را تحلیل کنیم.

#### الف) مفهوم قاعده

میسور اسم مفعول از یسر (الزبیدی، بی تا، ج ۷: ۶۳۴) (به ضم عین) متضاد معسور و به معنای سهل و آسان است (همان - جوهری، ۱۴۰۴، ج ۲: ۱۸۵۷). و در روایت گفته شده «إِنَّ هَذَا الدِّينَ يَسْرٌ» یعنی دینی که بر پیروانش سخت‌گیری نمی‌نماید (همان).

با توجه به مفهوم لغوی کلمه میسور باید اذعان کرد مضمون قاعده این است که هرگاه انجام دادن تکلیفی به صورت کامل با تمام اجزا و شرایط یا تمام مصادق آن دشوار یا ناممکن شود، به جا آوردن بخشی از آن، که برای مکلف ممکن و مقدور هست، از عهده او ساقط نمی‌شود، به عبارت دیگر هرگاه انجام تکلیفی برای مکلف مشکل باشد یا نتواند به طور کامل انجام دهد، آن تکلیف به طور کلی ساقط نمی‌شود بلکه آن اندازه که ممکن و مقدور باشد باید انجام دهد (محمدی، ج ۱۳۷۷: ۲۸۲).

بر مبنای این قاعده، هرگاه مولا یا قانونگذار موضوع مرکبی مثل نماز را که از اجزا و شرایط مخصوص ترکیب یافته است، از مکلف طلب کند یا به موضوعی کلی که مصادیقی دارد، مثل اکرام علما و دانشمندان امر کند، ولی مکلف از امتثال آن مرکب (صلاة) یا عام (اکرام علما) به صورت کامل عاجز شود، برای مثال به علت ضیق وقت

نتواند سوره را بخواند یا به علت ناتوانی از ایستادن در اثنای نماز، نتواند در حال ایستاده اقامه کند - یا در مثال اکرم علما - قدرت اکرام تمام آنها را نداشته باشد، مشهور اصولیون بر این اعتقادند که مکلف باید همان مقدار ممکن و میسر را انجام دهد.

### ب) مستندات قاعده

هرچند که در حجیت این قاعده بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، بیشتر فقها آن را حجت دانسته‌اند و در بسیاری از احکام تکلیفی و وضعی به آن استناد می‌کنند. قائلان به حجیت این قاعده علاوه بر روایات، به استصحاب نیز تمسک جست‌ه‌اند.

### ۱. روایات

۱.۱. روایت اول از حضرت رسول اکرم<sup>(ص)</sup> است، به این بیان «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم» (نوری طبرسی، ۱۳۹۴، ج ۳: ۲) یعنی زمانی که درباره چیزی به شما دستوری دادم، هر مقدار از آن را که می‌توانید انجام دهید. این روایت از روایات مشهور است که فقها به آن عمل کرده‌اند و همین مسئله موجب جبران ضعف سند حدیث شده است (نراقی، ۱۴۱۷: ۲۶۱).

در استدلال به این روایت گفته‌اند که کلمه «من» برای تبعیض است، پس مرجع ضمیر «منه» شیء است و آن شیء باید مرکب و دارای اجزا باشد که چنانچه قدرت بر اتیان تمام اجزا را نداشته باشیم، همان مقدار مقدور را باید انجام دهیم (فاضل لنگرانی، ۱۳۷۷، ج ۵: ۱۱۳).

برخی استدلال کرده‌اند که روایت به تکلیفی کلی که دارای مصادیق متعدد است مربوط می‌شود، ولی شامل تکلیف مرکب نیست (نائینی، تقریرات، ۸۷: ۴) اما برخلاف این گروه شیخ انصاری معتقد است که روایت هردو نوع تکلیف را شامل می‌شود (انصاری، رسائل، ۲۹۰).

۲.۱. روایت دوم از حضرت علی<sup>(ع)</sup> است که می‌فرمایند: «المیسور لایسقط بالمعسور» (همان، ۲۹۴) یعنی؛ انجام دادن مقداری از تکلیف که از دست مکلف برمی‌آید به علت دشواری یا غیر مقدور شدن مقداری از آن، کل تکلیف ساقط نمی‌شود.

در دلالت این روایت و شمول آن نسبت به هردو تکلیف کل و کلی هیچ تردیدی وجود ندارد، زیرا اطلاق روایت واضح در این امر است (همان).

۳.۱. روایت سوم نیز از حضرت علی<sup>(ع)</sup> نقل شده است: «ما لایدرک کله لایترک کله» (بجنوردی، القواعدالفقهیه، ۴/ ۱۲۹) یعنی کاری را که نمی‌توان به شکل کامل انجام داد، نباید از اساس ترک کرد.

این روایت نیز همانند روایات قبلی مورد استناد مشهور فقها قرار گرفته و از لحاظ دلالت هرچند که تعبیر «کل» در آن به کار رفته است، بیشتر فقها معتقدند که شامل هر دو نوع حکم می‌شود (یعنی هم کل و هم کلی را دربر می‌گیرد) (نایینی، تقریرات، ۸۸)

## ۲. اصل استصحاب

همان‌طور که بیان کردیم جایی این قاعده اعمال می‌شود که تکلیفی دارای اجزای متعدد باشد و در زمان انجام دادن بعضی از اجزای آن سخت یا غیرمقدور شده باشد، از این جهت شک و تردید به وجود می‌آید که آیا انجام آن تکلیف واجب است یا نه؟ با این وصف عناصر استصحاب که عبارتست از یقین سابق (وچوب کل تکلیف) و شک لاحق (مشکل یا غیرمقدور شدن مقداری از تکلیف) فراهم است و اصل استصحاب جریان می‌یابد (محمدی، ۱۳۷۷: ۲۸۵).

ممکن است اشکال شود که در ما نحن فیه وحدت موضوع استصحاب وجود ندارد. فقهای بزرگ به این اشکال پاسخ داده‌اند که در استصحاب، وحدت عرفی موضوع کفایت می‌کند (انصاری، مکاسب، ۲۸۸) و در مسئله مذکور چنین وحدتی وجود دارد.

## ج) قلمرو قاعده

در خصوص قلمرو قاعده ذکر چند نکته لازم است:

۱. قاعده هم شامل حکم تکلیفی می‌شود و هم وضعی. زیرا روایاتی که در این باب به آنها استناد شد، مطلق بودند و هر دو دسته حکم را شامل می‌شدند.
۲. قاعده هم کل را دربر می‌گیرد و هم کلی را. کل در برابر جزء و عبارت از مجموعه یا مرکبی است که وجودش به اجتماع اجزای آن بستگی دارد، به گونه‌ای که اگر یک یا چند جزء آن از بین برود، کل نیز به وجود نخواهد آمد، مانند نماز و کلی در برابر جزئی و می‌توان گفت معنایی است که در ضمن افرادی به وجود می‌آید مانند اکرام علما که ضمن اکرام هرکدام از علما، مصادیقی از آن به وجود می‌آید.

۳. قلمرو این قاعده شامل تکالیف و احکامی می‌شود که مقدور و میسور بتواند مصداق آن تکلیف معسور باشد، مثلاً عرف نماز نشسته را نماز می‌گوید (در صورت معذور بودن مکلف از خواندن نماز ایستاده) اما عرف، روزه نصف روز را، روزه نمی‌داند.

۴. این قاعده مختص عبادات نیست، هرچند که بیشتر فقها در مورد عبادات به آن استناد کرده‌اند، بلکه در معاملات نیز می‌توان مواردی را یافت که قاعده در آن کاربرد دارد. مثلاً هرگاه طرفین یا یکی از آنها از اجرای صیغه عقد عاجز باشد، فقها معتقدند اشاره کافی است (انصاری، ۲۸۷) یا در ذبح حیوان اگر مهیا کردن برخی شرایط معسور باشد، اکتفا به شرایط موجود برای حلیت ذبح کفایت می‌کند (همان).

#### د) استدلال به قاعده

در بررسی قاعده میسور مشاهده کردیم که این قاعده به احکام تکلیفی محدود نیست و اگر حکم وضعی نیز سبب عسرت و مشقت شود، این قاعده حکم می‌کند که آن مقدار معسور برداشته شود. بنابراین در قرارداد مستمری که طویل‌المدت است، اگر در حین اجرا حوادث پیش‌بینی‌ناپذیری روی دهد که موجب مشقت‌بار شدن اجرای تعهد شود، متعهد باید به میزان توان به تعهدش عمل کند. به عبارت دیگر عمل متعهد به میزان میسور، همان تعدیل قرارداد است. حتی برخی از فقهای معاصر از خطبه‌های نهج‌البلاغه مثالی آورده‌اند که شاید مؤید استدلال فوق باشد. مضمون خطبه به این صورت است که شخصی چند برده از کارگزار امام<sup>(ع)</sup> خرید، همه را آزاد کرد و بی‌آنکه بهای آنها را بدهد، فرار کرد. امام<sup>(ع)</sup> فرمود: «لَوْ أَقَامَ لَأَخَذْنَا مَيْسُورَهُ» یعنی اگر می‌ماند ما آنچه را مقدور او بود، از او می‌گرفتیم (مکارم‌شیرازی، القواعد الفقهیه، ۳: ۱۹۶) همچنین شایان ذکر است که قاعده میسور اصولاً برای از میان برداشتن آن مقداری از تکلیف است که به‌طور نامتعارف مشقت‌بار و سخت شده است و هدف اولیة آن دخل و تصرف در اصل تکلیف نیست، بلکه فقط مقدار معسور تکلیف را ساقط کرده یا تکلیف میسوری جایگزین آن را بر مکلف بار می‌کند. بنابراین، استناد به این قاعده با اصل لزوم قرارداد نیز هماهنگی دارد، زیرا متعهد را ملزم می‌کند که قرارداد را فسخ نکند، بلکه به میزان توانش به تعهد عمل کند که در واقع تشخیص میزان توان متعهد در اجرای قرارداد، به دادرسی سپرده می‌شود که با در نظر گرفتن شرایط زمان و مکان قرار داد و اجرای آن و همچنین با لحاظ وضعیت متعهد و متعهدله قرارداد را مورد بازبینی قرار دهد و به تعدیل قرارداد حکم کند.

### نتیجه‌گیری

از بررسی مبانی که برای توجیه تعدیل قرارداد ذکر شد، می‌توان نتیجه گرفت که اولاً: پذیرش نظریه شرط ضمنی، هرچند بازبینی و تعدیل قرارداد را بر اراده طرفین مبتنی کرده و نیازی به مراجعه به احکام ثانویه باقی نمی‌گذارد، استناد به آن در مصادیق مورد بحث با تردیدهای جدی مواجه است، بنابراین نمی‌توان اصل لزوم را که مبنای استحکام و ثبات قراردادهاست، مورد تعرض قرار داد و به استناد شرط ضمنی به فسخ یا تعدیل قرارداد اقدام کرد.

ثانیاً: نظریه غبن حادث هرچند در نظام حقوقی ایران - برخلاف فرانسه - غبن به عنوان قاعده‌ای عمومی پذیرفته شده، پذیرش آن به‌عنوان مبنای تعدیل با تردیدهای جدی روبه‌روست، زیرا علاوه بر اینکه ملاک برای غبن فاحش زمان انعقاد قرارداد است نه زمان اجرای آن، اثر مستقیم این قاعده عمومی فسخ قرارداد است نه تعدیل آن.

ثالثاً: قاعده نفي عسر و حرج هرچند که نسبت به نظریه شرط ضمنی و غبن حادث، توان بالاتری در توجیه تعدیل قضایی دارد، بیشتر فقها جنبه اثباتی آن را نپذیرفته‌اند و اثبات تعدیل به استناد این قاعده با مشکلات عدیده‌ای همراه است.

رابعاً: قاعده میسور از این نظر که به توان اجرای فرد در انجام تکلیف اشاره دارد، به‌عنوان مبنای تعدیل در حقوق ایران مطرح می‌شود، زیرا همان‌طور که در مستندات این قاعده متذکر شدیم، معسور موجب سقوط میسور نمی‌شود و در قراردادهای طویل‌مدتی که اجرای آن متعهد را به مشقت و سختی می‌اندازد، دادرس می‌تواند به استناد این قاعده، متعهد را در حد یسر و توانش به اجرای قرارداد ملزم کند که همان مفهوم تعدیل است.

### کتابشناسی

#### قرآن کریم

- [۱]. آل کاشف‌العطاء، محمدحسین (۱۳۵۹). تحریرالمجله، قم، مکتبه فیروزآبادی.
- [۲]. ابن‌اثیر، مبارک بن محمد (۱۳۶۷). نهایه فی غریب‌الحديث، قم، اسماعیلیان.
- [۳]. ابن‌منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۵ق). لسان‌العرب، قم، نشر ادب‌الحوزه.
- [۴]. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). حاشیه‌المکاسب، دارالمصطفی لاهیات التراث.
- [۵]. امیری قائم مقامی، عبدالمجید (بی‌تا). حقوق تعهدات، تهران، میزان.

- [۶]. انصاری، مرتضی (۱۳۷۵). مکاسب، تبریز.
- [۷]. ----- (۱۴۱۱ق). فرائدالاصول، قم، مؤسسه النشرالاسلامی.
- [۸]. بجنوردی، سیدحسن (۱۳۹۱ق). القواعدالفقهیه، نجف.
- [۹]. بجنوردی، سید محمد، قواعد فقه، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- [۱۰]. بحرانی، یوسف (۱۳۷۶). الحدائق الناضره، قم، مؤسسه النشرالاسلامی.
- [۱۱]. بیگدلی، سعید (۱۳۸۶). تعدیل قرارداد، تهران، میزان.
- [۱۲]. تبریزی، موسی، اوثق الوسائل، نجف، چاپ سنگی.
- [۱۳]. جبران، مسعود (۱۳۷۹). فرهنگ الرائدالطلاب، ترجمه عبدالستار قمری، تهران، یادواره کتاب.
- [۱۴]. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۵). دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، بنیاد راستاد.
- [۱۵]. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۴ق). صحاح اللغه، بیروت، دارالعلم للملایین.
- [۱۶]. الحرالعالمی، محمدبن الحسن (۱۲۹۱). وسائل الشیعه الی تحصیل الشریعه، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
- [۱۷]. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح (۱۴۱۸ق). العناوین، قم، مؤسسه النشرالاسلامی.
- [۱۸]. حکمت، محمدعلی (۱۳۶۴). تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر اعتبار معاهدات و قراردادهای بین المللی، مجله حقوقی، ش ۳ و ۴.
- [۱۹]. حلّی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، منشورات المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
- [۲۰]. خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۲ق). مصباح الفقاهه، قم، مؤسسه انصاریان.
- [۲۱]. ----- (۱۴۰۹ق). مصباح الاصول، قم، مکتبه داورى.
- [۲۲]. الزبیدی، تاج الروس، بیروت، دارالفکر.
- [۲۳]. سانو، قطب مصطفی (۱۴۲۰ق). معجم مصطلحات اصول الفقه، دمشق، دارالفکر.
- [۲۴]. السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۹م). الوسیط فی شرح قانون المدنی الجدید، بیروت، دارالتراث العربی.
- [۲۵]. سیاح، احمد (۱۳۷۳). ترجمه فرهنگ بزرگ جامع نوین (المنجد)، تهران، انتشارات اسلام.
- [۲۶]. شایگان، علی (بی تا). حقوق مدنی، قزوین، طه.
- [۲۷]. شفائی، محسن (۱۳۳۵). قواعد فقه، نقش جهان.
- [۲۸]. شفائی، محمدرضا (۱۳۷۶). بررسی تطبیقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادهای تهران، ققنوس.

- [۲۹]. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ملحقات عروه‌الوثقی، قم، مکتبه داوری.
- [۳۰]. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۸ق). حاشیة مکاسب، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- [۳۱]. طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیرالقرآن، قم، دارالعلم.
- [۳۲]. طریحی، فخرالدین (۱۴۰۳ق). مجمع‌البحرین، بیروت، مؤسسه الوفاء.
- [۳۳]. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن (۱۳۶۳). التهذیب، تهران دارالکتب الاسلامیه.
- [۳۴]. العجم، رفیق (۱۹۹۸م). موسوعه مصطلحات اصول الفقه عند المسلمین، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون.
- [۳۵]. عمید، حسن (۱۳۷۵). فرهنگ فارسی عمید، تهران، امیرکبیر.
- [۳۶]. فاضل لنکرانی، (۱۳۷۷). ایضاح الکفایه، به قلم سید محمد حسینی، قم، دارالکتاب.
- [۳۷]. فخارطوسی، جواد، پژوهشی در تعدیل قرارداد، فقه اهل‌بیت، ش ۲۷، سال ۷.
- [۳۸]. فیروزآبادی، مجدالدین محمد بن یعقوب، القاموس‌المحیط، بیروت، دارالمعرفه.
- [۳۹]. قانون روابط موجر و مستأجر.
- [۴۰]. قانون مدنی.
- [۴۱]. قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۲). جواز تفسیر در پوشش تعدیل و منع در پوشش آن، مدرس، دوره ۷، ش ۱.
- [۴۲]. قزوینی، سید ابراهیم، ضوابط‌الاصول، قم، چاپ سنگی.
- [۴۳]. قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، تهران مؤسسه کیهان.
- [۴۴]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها، تهران، سهامی انتشار.
- [۴۵]. کلینی رازی، ابوجعفر محمد (۱۳۹۱ق). الفروع فی الکافی، تهران.
- [۴۶]. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق). بحارالانوار، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
- [۴۷]. مجموعه قوانین سال ۱۳۱۳ روزنامه رسمی کشور.
- [۴۸]. مجموعه قوانین و مقررات حقوقی سال ۱۳۶۹.
- [۴۹]. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۶۶). قواعد فقه، تهران، اندیشه‌های نو.
- [۵۰]. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۴). قواعد فقه، تهران، سمت.
- [۵۱]. محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۷). قواعد فقه، تهران، دادگستر.
- [۵۲]. مراغه‌ای، میرفتاح (۱۴۱۸ق). العناوین، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۵۳]. مصطفوی، محمد کاظم (۱۴۱۲ق). القواعد، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۵۴]. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). قواعدالفقهیه، قم، منشورات مدرسه الامام امیرالمؤمنین.
- [۵۵]. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۶ق). انوار الاصول، قم، نسل جوان.

- [۵۶]. مکی‌العاملی، محمد بن جمال‌الدین (شهید اول) (۱۳۷۲). القوائد و الفوائد، ترجمه دکتر سید مهدی صانعی، مشهد، دانشگاه فردوسی.
- [۵۷]. موسوی، سید رضا (۱۳۷۹). آشنایی با مبادی فقه یا حقوق اسلامی، مشهد، دانش شرقی.
- [۵۸]. میر محمدی، ابوالفضل، قاعده لاجرج، نشریه مقالات و بررسی‌ها، ش ۴۱-۴۲.
- [۵۹]. نائینی، محمد حسین (۱۳۵۸). فوائد الاصول، نجف، مطبعه المرتضویه.
- [۶۰]. ----- (۱۳۵۸). منیه الطالب، نجف، مطبعه المرتضویه.
- [۶۱]. -----، تقریرات، قم، کتاب فروشی مصطفوی.
- [۶۲]. نجفی، حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
- [۶۳]. نراقی، محمد بن احمد (۱۴۱۷ق). عوائد الایام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- [۶۴]. نفیسی، علی‌اکبر (۱۳۴۳). فرهنگ نفیسی، تهران، خیام.
- [۶۵]. نوحی، حمیدرضا (۱۳۸۴). قواعد فقهی در آثار امام خمینی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- [۶۶]. نوری طبرسی، میرزا حسن (۱۳۹۴ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسه آل‌البیت.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی