

## نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه و حقوق ایران ( ۱ )

دکتر محمدحسن صادقی مقدم \*

اصل لزوم قرار داده‌ها ضامن استحکام عقود و معاملات است. طرفین قراردادی در نظر گرفتن تحولات و تغییرات قابل تصور و پیش بینی مبادرت به انعقاد عقد می‌نمایند. این سخن برای شرایط معمولی سنجیده و معقول است لیکن در بعضی از حالات و زمانها در اثر وقوع حوادث ارادی و غیرارادی در زندگی بشر آنچنان تحولی رخ می‌دهد که غیر قابل تصور، پیش بینی و اجتناب است.

چنانچه وقوع این حوادث موجب عدم امکان اجرای قرارداد گردد به موجب قوانین کشورهای مختلف از جمله ماده ۲۲۹ قانون مدنی ایران متعهد از انجام تعهد معاف می‌گردد. اما اگر در اثر وقوع حوادث و تغییر در اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد، اجرای قرارداد برای متعهد موجب دشواری بیش از حد و یا ضرر غیر متعارف گردد و در عین حال اجرای تعهد غیرممکن نشود، قانون کشور ما در این حالت راه حل روشنی ارائه نمی‌کند \*\*.

طرح این نظریه در حقوق ایران مستلزم بررسی فقهی موضوع در آثار فقها و اندیشمندان اسلامی است. در مقاله حاضر تلاش شده است پس از بررسی مبانی نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه، آثار آن نیز در قراردادهای مورد توجه قرار گیرد و پس از آن نظریه در حقوق ایران مورد بحث قرار می‌گیرد.

رتال جامع علوم انسانی

---

\* عضو هیأت علمی وزارت فرهنگ و آموزش عالی.

\*\* تبیین این موضوع مستلزم شناخت اجمالی نظریه تغییر اوضاع و احوال (( Change of Circumstances )) و تاثیر آن بر قراردادها است. نظریه های ( دشواری - Hardship ) در کشورهای انگلوساکسون، ( امپروزیون - L'imprevison ) در حقوق فرانسه، ( حوادث پیش بینی نشده - الحوادث الطارئة ) در حقوق کشورهای عربی و ( گشسفتس گروندلاگك - Geschäftsgrundlage ) در حقوق آلمان به نوعی به موضوع تغییر اوضاع و احوال و تاثیر آن بر قراردادهای می‌پردازد.

## فصل اول - نظریه تغییر اوضاع احوال در فقه

### مبحث اول - مبانی نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه

باتوجه به اینکه مبانی قوانین و مقررات در کشور ایران فقه امامیه است، در تطبیق مقررات با قواعد اسلامی سعی در تبعیت از فقه مذکور و به ویژه تامین نظر مشهور شده است. این سخن به این معنا نیست که از نظر سایر فقها و نظر غیر مشهور و یا نظر سایر مذاهب اسلامی استفاده نشده است. قبل از طرح مساله ذکر چند نکته ضروری به نظر می رسد:

نظریه تغییر اوضاع و احوال از نظریات جدیدی است که در هریک از سیستم های مختلف حقوقی به نحوی و تحت عنوانی خاص مطرح و آثاری بر آن مترتب گردیده است. اما این نظریه در سیستم حقوقی کشور ما که بیش از هر سیستم دیگری متکی به اعتقادات مذهبی است و برای اصل لزوم قداست خاصی قائل است، کاملاً جدید است. به همین دلیل منابع کافی برای تحقیق در این مننه در متون و کتب فقهی وجود ندارد.

علی رغم جدید بودن نظریه به نظر نمی رسد که موضوع در فقه بدون راه حل باشد. فقه امامیه در عین پای بندی به اصول تغییر ناپذیر، توانائی ارائه طریق برای مسائل جدید و نو را دارد. شیوه استنباط احکام که فن استخراج فروع از اصول است و انطباق قواعد کلی بر مصادیق فردی، اگر با در نظر گرفتن شرایط زمانی و مکانی قرین گردد، خواهد توانست برای هر موضوع پاسخ روشنی داشته باشد.

## طرح مسئله

قراردادی منعقد شده است. طرفین با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال زمان عقد، اقتصاد قرار داد، سود و زیان، شرایط متعارف و سایر عوامل مؤثر در انعقاد عقد، قرار دادی را منعقد کرده اند. در نتیجه باید به مفاد آن ملتزم باشند و به تعهدات ناشی از عقد عمل کنند اما اینکه التزام به تعهدات ناشی از قرارداد، بستگی تام به بقاء و ثبات شرایط و اوضاع و احوالی دارد که قرار داد در آن فضا و موقعیت منعقد شده است، چیزی است که در این مقاله در پی یافتن پاسخ برای آن هستیم.

در این نوشته در صدد طرح نظریه غیر ممکن شدن اجرای تعهد که در هریک از سیستم‌ها تحت عناوینی از قبیل «غیر ممکن شدن اجرا - Impossibility» «غیر عملی شدن اجرا - Impracticability»، «فورس ماژور - Force Majeure» مطرح شده است نیستیم. این بحث؛ یعنی غیر ممکن شدن اجرای تعهد و معافیت متعهد از خسارات ناشی از عدم اجرای و یا تاخیر در اجرا در ماده ۲۲۹ قانون مدنی ایران و در ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی فرانسه آمده است. مقصود از طرح نظریه «تغییر اوضاع و احوال» از یک طرف بررسی میزان تاثیر است که اجرای تعهد را دشوار کرده و متعهد را در شرایط حرج و مشقت قرار دهد و از طرف دیگر تعادل و توازن اقتصادی قرارداد را به هم زده و از این بابت خسارت عمده و قابل توجهی متوجه متعهد گردد. تعادل و توازنی که مبنا و اساس تراضی طرفین بوده و از لوازم عرفی تراضی به حساب می‌آمده است. بنابراین دو مطلب قابل طرح است:

- ۱) تاثیر تغییر شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد و مشکل شدن اجرای تعهد به نحوی که اجرای قرار داد برای متعهد موجب حرج گردد.
- ۲) تغییر شرایط و اوضاع زمان عقد در حالی که ثبات شرایط مذکور خود فرضی

اساسی برای ترازی بوده و اکنون با تغییر اوضاع و احوال، تعادل اقتصادی مفروض به هم خورده است. به عبارت دیگر آنچه به طور ضمنی به عنوان شرط پذیرفته شده بود، اکنون دگرگون شده است. گرچه این دگرگونی ممکن است متعهد را در شرایط حرج و مشقت قرار ندهد ولی به طور یقین وی را با خسارت قابل توجهی مواجه می‌سازد.

سؤال اصلی این است که آیا دشواری اجرای تعهد تاثیری در معافیت متعهد دارد؟ آیا تغییر در اوضاع و احوال زمان عقد به نحوی که تعادل و توازن اقتصادی قرارداد را به هم بزند و یا خسارت قابل ملاحظه‌ای را متوجه متعهد نماید، می‌تواند از التزام متعهد بکاهد؟

به عنوان راه حل و به استناد «قاعده نفی عسر و حرج» و یا «قاعده لاضرر» می‌توان التزام را از دوش متعهدی که در شرایط عسر و حرج قرار گرفته است برداشت یا خیر؟ و یا در قسمت دوم می‌توان به استناد نظریه «شرط ضمنی» متعهد را تنها ملتزم به آن چیزی دانست که وی در اوضاع و احوال زمان عقد از تعهدات قراردادی انتظار داشته است؟

برای بررسی مطالب فوق از دیدگاه فقه اسلامی مباحث را تحت عناوین تعذر اجرای تعهد، تعسر اجرای تعهد، ضرری شدن اجرای تعهد و نظریه شرط ضمنی پی می‌گیریم:

گفتار اول: تعذر اجرای تعهد.

گفتار دوم: تعسر اجرای تعهد.

گفتار سوم: ضرری شدن اجرای تعهد.

گفتار چهارم: نظریه شرط ضمنی.

باتوجه به تفاوتی که بین غیر ممکن شدن اجرای تعهد و مشکل شدن اجرای آن وجود دارد، مبحث تعذر اجرای قرارداد را به دلیل لزوم تبیین زوایای بحث طرح

و به همین سبب به طور خلاصه مطرح می شود.

### گفتار اول - تعذر اجرای قرار داد

مقصود از التزام متعاقدين به مفاد عقد، انجام تعهداتی است که هریک بر طبق عقد به عهده دارند بر اساس ماده ۱۸۳ قانون مدنی: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». تعهدی که از ناحیه قرار داد متوجه هریک از طرفین قرار داد می شود لازم الاجرا است. متعاملین علاوه بر اینکه بر طبق اصل لزوم، حق فسخ قرار داد را ندارند، باید ملتزم به مفاد عقد بوده و تعهدات خود را به انجام برسانند. ماه ۲۱۹ قانون مدنی چنین مقرر می دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

آنچه این التزام و ضرورت احترام به ثبات قرارداد و پای بندی به مفاد آن را ایجاب کرده است، اراده و خواست طرفین در هر قرارداد است. آزادی اراده طرفین در آنچه به وجود آورده اند و التزام آنها به مفاد قرارداد، این انتظار معقول را ایجاب می کند که هر دو در به نتیجه رسیدن آنچه اراده کرده اند، تلاش کنند. از طرف دیگر برابر ماده ۲۲۰ قانون مدنی: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند».

محدوده الزام طرفین قرارداد علاوه بر تصریحات قراردادی، نتایج عرفی و قانونی عقد تعیین شده است. تعهدی که در اثر انعقاد قرارداد برای طرف به وجود می آید یا باید به وسیله وی به انجام برسد و یا اینکه با سایر اسباب سقوط تعهدات، ساقط گردد. اما تا آن هنگام که با تراضی طرفین اقاله نگردد و یا با مجوز قانونی فسخ

نشود و یا با ابراء و تبدیل تعهد و تهاوتر و مالکیت مافی الذمه تعهد ساقط نگردد، برعهده وی است. اجرای تعهد، هدف نهائی و ثمره عملی برای ایجاد تعهد می باشد و بدون آن انگیزه ای برای تحقق تعهد وجود ندارد. حال اگر امکان دستیابی به نتیجه تعهد به نحوی از بین برود و به عبارت دیگر اجرای تعهد غیر ممکن و متعذر گردد، باید دید خسارات حاصله از عدم انجام تعهدی که غیر ممکن شده است به عهده کیست؟

بدون تردید طرفین قرار داد که با آزادی اراده و طیب نفس برای رسیدن به نتایج و آثار یک تاسیس حقوقی دست به انعقاد آن می زنند، به امید رسیدن به نتایج مورد نظر، تمایل به ادامه رابطه قراردادی دارند. هر متعهدی که از این مسیر منحرف و از انجام تعهد سرباز زند به حکم قانون مسئول است و به انجام تعهد اجبار می گردد و خسارات ناشی از عدم انجام تعهد و یا تأخیر در انجام آن را باید پردازد اما تنها چیزی که می تواند متعهد را از این اجبار و یا پرداخت خسارت معاف نماید، متعذر شدن اجرای تعهد به دلیل ورود حادثه ای خارجی و غیر قابل کنترل است. اگر متعهد بتواند ثابت کند که عدم انجام تعهد به واسطه علت خارجی بوده است که نمی توان مربوط به او نمود و یا به واسطه حادثه ای غیر قابل کنترل و دفع بوده است، از انجام تعهد و پرداخت خسارت معاف است. چنانچه شرایط زیر جمع باشد، متعهد از اجرای تعهد و مسئولیت معاف می شود:

- ۱) حادثه غیر قابل اجتناب باشد و یا به تعبیر نزدیک به آن حادثه خارج از کنترل متعهد باشد.
- ۲) حادثه غیر قابل پیش بینی باشد؛ یعنی به طور متعارف و معمولی مورد انتظار طرفین نباشد.
- ۳) حادثه خارجی باشد؛ به این معنا که خارج از متعهد و قلمرو مسئولیت او باشد.
- ۴) متعهد خود علت وقوع حادثه و مقصر نباشد.

۵) اجرای تعهد غیر ممکن گردد.

بعضی از حقوقدانان (۱) سه شرط نخست را برای معافیت متعهد از عدم اجرای تعهد کافی دانسته اند و برخی دیگر (۲) همه شرایط را لازم می دانند. قانون مدنی ایران در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ تنها دو شرط زیر را برای تحقق فورس ماژور که موجب معافیت متعهد از عدم اجرای تعهد و خسارات ناشی از آن است، ذکر می کند:

۱) حادثه خارجی باشد.

۲) حادثه برای متعهد غیر قابل اجتناب (غیر قابل دفع) باشد.

ذکر دو شرط دلیل بر کفایت آن نیست و با استدلال حقوقی می توان شرط غیر قابل پیش بینی بودن حادثه را به آن افزود.

با بررسی موضوعاتی که به طور پراکنده در عبارات فقها در باره تعذر اجرای تعهد توسط هریک از متعاملین مطرح است، معلوم می گردد که این موضوع به نحو مستقل مورد بحث قرار نگرفته و در نتیجه فروعات این مساله نیز به طور جداگانه مورد تحقیق و بررسی واقع نشده است. از طرفی دیگر به دلیل عدم ارتباط مستقیم بحث در موضوع مورد بحث جای تدقیق کافی و تحلیل وافی از موارد تعذر، علت و کیفیت حدوث آن، میزان تاثیر هریک از حوادث بر عقد، آثار مترتب بر تعذر، وجود ندارد. با توجه به تمرکز کلام فقها در بیع و اجاره و طرح مواردی از تعذر در تبیین عقود مذکور و مختصری در عقد ضمان و کفالت موضوع را در قسمت های زیر طرح و بررسی می کنیم:

۱ - سید حسین صفائی، قوه قاهره یا فورس ماژور، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۳ سال ۶۴، ص ۱۱۲.

۲ - عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، ج ۳، بیروت، داراحیاء التراث، بی تا، ص ۹۸۳. همچنین؛ السنهوری، نظریه العقد، بیروت، داراحیاء التراث، بی تا، ص ۹۶۳.

بند اول - تعذر تسلیم مبیع .

بند دوم - تعذر تسلیم عین مستاجر .

### بند اول - تعذر تسلیم مبیع

قدرت بر تسلیم مبیع یکی از شرایط صحت عقد بیع است . چنانچه هنگام انعقاد عقد معلوم باشد که بایع قادر بر تسلیم نیست عقد بیع باطل است (۳) . با توجه به دلایل لزوم شرط می توان گفت که قدرت بر تسلیم و معلوم بودن این قدرت برای طرفین هنگام عقد و یا حداقل عدم علم بر فقدان قدرت شرط صحت معامله است . این امر اختصاص به کلیه عقود دارد که تسلیم در مرحله اجرای عقد لازم باشد نه در مرحله تشکیل عقد . در معاملاتی که قبض شرط صحت عقد است مانند بیع صرف ، توانایی بر تسلیم لازمه صحت عقد است و بدون تسلیم عقد تحقق نمی یابد .

چنانچه معلوم گردید که بایع از ابتدا قدرت بر تسلیم نداشته است بیع باطل است اما اگر قدرت بر تسلیم و علم طرفین بر وجود قدرت و یا حد اقل عدم علم بر فقدان قدرت در زمان انعقاد عقد موجود بوده است ولیکن به سبب امری خارجی توانایی مذکور سلب شده است و یا معلوم گردد که علم طرفین بر وجود قدرت واقعی فرض صحیحی نبوده و به دلیل عدم اطلاع آنها از واقعیت بوده است فروض زیر قابل بررسی است :

۱) عدم قدرت بر تسلیم مبیع به نحو مطلق باشد و احتمال رفع داده نشود . بیع به خاطر فقدان شرط قدرت بر تسلیم باطل است .

۲) عدم قدرت بر تسلیم موقت باشد ولی احتمال رفع داده شود در صورتیکه مبیع به نحو وحدت مطلوب باشد بیع باطل است .

۳) عدم قدرت بر تسلیم موقت است ولی تسلیم مبیع به نحو تعدد مطلوب باشد به



دلیل قدرت واقعی بر تسلیم در موعد مقرر بیع صحیح است (۴).

چنانچه متعاقدین به توانائی بایع بر تسلیم مبیع در موعد مقرر علم داشته باشند ولی پس از عقد قدرت از بایع سلب گردد در این صورت نیز موارد زیر قابل بررسی است:

(۱) سلب قدرت بر تسلیم مبیع همیشگی باشد. یعنی هیچگاه بایع نتواند مبیع را تسلیم کند چون تعذر مطلق در حکم تلف است بر طبق قاعده تلف مبیع قبل از قبض، عقد منفسخ می گردد. این در صورتی است که مبیع عین شخصی باشد والا هرگاه مبیع کلی باشد بیع باطل است زیرا قدرت واقعی بر تسلیم در موعد مقرر موجود نیست.

(۲) سلب قدرت بر تسلیم مبیع موقت باشد:

الف - در صورتی که تسلیم مبیع در موعد مقرر به نحو تعدد مطلوب باشد با تاخیر در تسلیم خیار تعذر تسلیم ثابت می گردد. بنابراین مشتری می تواند بیع را فسخ و یا منتظر توانائی بایع و در نتیجه تسلیم توسط وی بماند.

اکنون لازم است به مواردی از تعذر تسلیم مبیع اشاره کنیم، چنانچه عقد بیعی با شرایط صحیح و از جمله قدرت بایع بر تسلیم واقع شده باشد بر حسب نوع بیع و شرایط تعذر صورت های زیر قابل بررسی است:

(۱) چنانچه مبیع، عین معین یا در حکم آن بوده باشد و بدون تعدی و تفریط بایع، مبیع تلف شود، بر طبق مفاد قاعده تلف مبیع قبل از قبض، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد شود (۵) تعذر مطلق و مواردی از قبیل غرق و سرقت در صورتی که احتمال به دست آوردن آن نرود، در حکم تلف و ملحق به آن است. به نظر می رسد

۴ - سید حسن امامی، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، ۵۶، ج ۱، ص ۴۲۹.

۵ - سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، نجف اشرف، مطبعه الاداب، ۱۳۸۹، هـ ق ج ۲ ص ۶۲. همچنین ماده ۳۸۷ قانون مدنی که مقرر می دارد: «اگر بیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.»

مواردی از قبیل مصادره و توقیف اموال نیز سبب انفساخ عقد بیع و استحقاق مشتری به ثمن است. روشن است که در این گونه موارد، منافع منفصله تا زمان تلف میب، متعلق به مشتری است و منافع ثمن عین خارجی یا در حکم آن متعلق به بایع است.

(۲) در صورتی که میب کلی باشد و بعد از انعقاد عقد به خاطر بروز حادثه ای غیر مترقبه، میب کمیاب شود، وظیفه بایع تهیه و تسلیم میب است، مگر اینکه کمیابی کالای مذکور به اندازه ای باشد که در عرف، نادر تلقی شود. در این مورد، قدرت بر تسلیم سلب شده است، زیرا قدرت بر تسلیم عرفی است.

در این صورت بیع باطل است. چنانچه امکان تحصیل کالای مذکور ولو با مشقت و حرج زیاد وجود داشته باشد، در این صورت بعضی از فقها به صحت چنین بیعی نظر داده اند (۶).

(۳) در بیع سلف، اگر در زمان مقرر تسلیم کالا متعذر شد، با توجه به اینکه قدرت بر تسلیم در وقت مقرر شرط صحت بیع است، چنین بیعی باطل است. فرقی نمی کند که کالا در محل تسلیم کمیاب شود و یا انتقال کالا از مناطق دیگر به محل تسلیم، مستلزم هزینه گزافی باشد. در هر حال در وقت مقرر بایع قادر بر تسلیم نبوده است و بیع باطل است. چنانچه به خاطر بروز آفتی، تسلیم محصول پیش فروش شده با تاخیر مواجه گردد و توانائی بایع بر تسلیم سلب نشده باشد و مشتری بین فسخ عقد و یا صبر مخیر است (۷).

در موارد فوق، معیار کمیاب شدن و یا متعذر شدن تسلیم، عرف است. با توجه به اینکه خداوند تکلیف به مالایطاق نمی کند، پس نمی توان متعهد را مجبور به تحمل هزینه گزاف و منتقل نمودن کالا از منطقه دیگر نمود، زیرا مشقت و حرج

۶- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸، ج ۲۴، ص ۳۰۷.

۷- سید محمد جواد الحسینی العاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، موسسه آل البیت، بی تا، ج ۴ ص ۴۶۶. همچنین ر ک: علامه حلی ایضاح الفوائد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۴۶۷. ابن قدامه، المغنی و شرح الکبیر، بیروت، دارالفکر، ۱۹۹۲، ج ۴، ص ۳۶۱.

ناشی از تلاش مضاعف متعهد، از آثار عقد مذکور نیست (۸).

## بند ۲ - تعذر تسلیم در اجاره

در این بند مواردی از تعذر تسلیم عین مستاجر را مورد بررسی قرار می دهیم. چنانچه بعد از انعقاد عقد، عین مستاجر به سبب بروز حادثه ای خارجی از اراده مستاجر و غیر مربوط به موجر و شخص ثالث تلف شود، عقد اجاره باطل می گردد. درائتای مدت اجاره نیز اگر عین مستاجر تلف گردد و یا از قابلیت انتفاع خارج شود، اجاره از زمان تلف و یا از دست دادن قابلیت انتفاع نسبت به بقیه مدت باطل می گردد (۹).

چنانچه در اثر بروز حادثه امکان استیفا از مورد اجاره برای مستاجر وجود نداشته باشد، مانند مریضی مستاجر و یا انصراف او از سفر و بدون استفاده ماندن وسیله ای که اجاره کرده است، اجاره به حال خود باقیست، زیرا عین مستاجر، قابلیت استفاده مقصوده را از دست نداده است.

اما اگر عدم امکان استفاده مستاجر از عین مستاجر خوف از خطری است که در مسیر موجود است و یا از اعدار عامه ای است که تنها به مستاجر مربوط نیست، بلکه مثلاً به دلیل برودت هوا و یخبندان و یا خوف از خطرات محتمل و موارد مشابه امکان استفاده نیست در منفعت مقصوده را از دست داده و اجاره باطل می شود (۱۰).

بعضی از فقها عذر مستاجر را به عذر خاص و عذر عام تقسیم کرده و در عذر عام که به منزله تلف است حکم به بطلان اجاره نموده اند (۱۱).

۸ - شیخ محمد نجفی، همان، ج ۲۴، ص ۳۰۷ و ۳۰۸.

۹ - سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، العروه الوثقی، تهران، انتشارات علمیه اسلامی، ۶۳، ج ۲ ص ۵۹۳

۱۰ - روح الله الموسوی الخمینی، تحریر الوسیله، قم، دارالعلم، بی تا، ج ۱، ص ۵۷۷.

۱۱ - سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، همان، ص ۵۹۳.

برای تقریب موضوع به بحث مشکل شدن اجرای تعهد و ورود به گفتار دوم؛ یعنی تعسر اجرای تعهد به بعضی از موارد که شخصی برای انجام امری اجیر می‌شود و به عبارت دیگر تعهد به انجام امری می‌دهد ولیکن به سبب تغییر در اوضاع و احوال جوی و یا مشکل شدن اجرای تعهد، انجام تعهد متعذر می‌گردد، اشاره می‌کنیم. در قرارداد حفر چاهی قسمتی از موارد تعهد انجام می‌پذیرد ولیکن به دلیل سختی زمین و یا مرضی اجیر امکان ادامه کار وجود ندارد. در این صورت اجاره منحل و اجاره بها به نسبت مقدار حفر شده تعیین می‌گردد (۱۲).

در اینجا عذر قهری سختی زمین و مرضی اجیر که مانع اجرای تعهد شده است و متعهد نیز در وجود آن دخالتی نداشته، موجب انحلال قرار داد و رفع تعهد گردیده است. فرقی نیست که این عذر به موضوع تعهد و یا به شخص متعهد مربوط باشد و یا امری خارج از متعهد از قبیل انسداد جاده و یا یخبندان و حوادث غیر مترقبه دیگر غیر مربوط و به مسئولیت‌های او رخ داده باشد و در اثر آن اجرای تعهد غیر ممکن شده باشد. بنابراین اگر در اثر باریدن برف یا وقوع جنگ امکان استیفا از خانه‌ای سلب شد و امکان بهره برداری از وسیله نقلیه از بین رفت، چنانچه حدوث وقایع مذکور به شروع عقد اجاره مربوط باشد و یا در اثنای اجاره حادث شود از زمان حدوث، اجاره منحل و اجرت به نسبت مدت درمورد اخیر توزیع می‌گردد (۱۳). برعکس اگر نقصان منفعت به سبب اقدام شخص ثالثی بوده باشد، در این صورت سببی برای جواز فسخ مستاجر وجود ندارد. یکی از فقها در پاسخ به این سؤال که چنانچه در اثر اقدام فرد صاحب منصبی منفعت مورد اجاره تقلیل یابد آیا

۱۲- محقق حلی، شرایع الاسلام، قم، منشورات الاعلمی، بی تا، ج ۲، ص ۱۸۵.

۱۳- محمدحسین ال کاشف الغطاء، تحریر المجله، تهران، مکتبه النجاش، ۱۳۶۱ هـ. ق، ج ۲ ص ۱۶۳ و ۲۲۴. روح الله الموسوی الخمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۷۷. سید ابوالقاسم خوئی منهاج الصالحین، نجف، مطبعه الاداب، ۱۳۸۲ هـ. ق، ج ۲، ص ۸۶.

مستاجر حق فسخ مورد اجاره را دارد یا نه؟ می فرماید:

«دلیلی برای خیار فسخ در اینجا نیست و عموم نفی ضرر در اینجا کاری نمی کند و نه تقصیری از موجر حاصل شده و نه علتی در عین مستاجر به وجود آمده که منشاء قلت انتفاع شود و این از آن قبیل است که دکانی اجاره کند از برای بزازی و متاع او را دزد ببرد یا زمینی را اجاره کند از برای زرع و زراعت او به سبب تگرگ یا زنگ یا چرانیدن قشون برتلف رود، بلکه هرگاه عین مستاجر را بعد از قبض غاصبی غصب کند نیز موجب خیار فسخ نمی شود» (۱۴).

به نظر می رسد چنانچه اقدام فوق، یعنی اقدام فردی از ارباب مناصب که در زمان خودش احیاناً از قدرت حاکمیت برخوردار بوده است، موجب نقصان در منفعت شده باشد و این نقصان به حدی باشد که از قابلیت انتفاع عرفی خارج شده باشد و آنچه مورد انتظار طرفین از عقد اجاره باشد از بین برود، باید سبب انحلال عقد اجاره دانست. کما اینکه اگر به دلیل تصویب قانونی و یا صدور دستوری از جانب حکومت اجاره چیزی ممنوع شود و در نتیجه از قابلیت انتفاع خارج شود، حکم به انحلال عقد اجاره با اصول سازگارتر است و عذر عام و عذری که خارج از اراده مستاجر و موجر و شخص ثالث است، صدق می نماید. شعبه ۴ دیوان کشور در حکم شماره ۶۴۴ - ۱۳۱۷/۳/۱۱، در موردی که شهرداری شغل زهتابی را که مستاجر به آن می پرداخت ممنوع کرده است، اجاره را منفسخ دانسته و در توجیه نظر خود چنین استدلال کرده است:

«از مواد ۴۷۱ و ۴۸۱ و ۴۹۶ و موارد دیگری که در نظایر اجاره مانند مزرعه و غیره مقرر شده است، چنین بر می آید که عین مستاجر تا آخر مدت اجاره باید به قابلیت انتفاع باقی باشد و در صورتی که از ابتدا قابل انتفاع بوده و در اثنای مدت از قابلیت انتفاع افتاده باشد، از

### آن زمان به بعد اجاره منفسخ می شود» (۱۵).

اگر مکانی برای احداث بیمارستان روانی اجاره داده شود و ارتش بیابان مجاور آن را به میدان تیر تبدیل کند و یا ساختمانی برای ایجاد فروشگاه به اجاره داده شود و برطبق مقررات شهرداری، نتوان پروانه کسب در آن محل صادر کرد به عقیده بعضی از حقوقدانان در مورد اول اجاره قابل فسخ و در مورد دوم اجاره باطل است (۱۶).

به نظر می رسد در مورد نخست اگر حضور ارتش در مجاورت مکان مورد نظر به طور کلی انتفاع از محل را غیر ممکن کرده باشد، باید نظر به انحلال عقد اجاره داد نه اختیار مستاجر بر فسخ مورد اجاره. نکته قابل ذکر دیگر این است که اگر مستاجر با دستور مقامات مافوق اداری مجبور به انتقال از مکانی به مکان دیگر شده باشد، آیا قرار داد اجاره مکان محل زندگی خود را که از دیگری اجاره کرده است، می تواند فسخ کند؟ همچنین اگر بنا به دستور پزشک معالج مجبور به تغییر محل زندگی خود شود آیا عقد اجاره را می تواند فسخ کند؟ با توجه به مبانی حقوق مدنی و فقه پاسخ منفی است و موارد مذکور به تنهایی کافی برای فسخ اجاره نیستند، بخصوص که امکان استیفا از عین مستاجره سلب نشده و می تواند به طرق دیگر استفاده نماید و حوادث مذکور نیز قوه قاهره ای که مجوز فسخ باشد، نیست (۱۷).

به عنوان نتیجه گیری از این گفتار می توان گفت که در کلام فقها، بروز حوادث غیر مترقبه عامی که خارج از اراده متعهد و مسئولیت ها و اقدامات وی، مانع از اجرای تعهد و یا استیفای منفعت مورد نظر است، موجب معافیت متعهد از انجام تعهد و در مواردی موجب بطلان و یا فسخ عقد اجاره می گردد. همچنین اگر انجام تعهد به دلیل صعوبت و دشواری بیش از حد غیر ممکن گردد، خود سببی برای

۱۵ - احمد متین، مجموعه رویه قضائی، انتشارات کیهان، بخش حقوقی از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ص ۱۵.

۱۶ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران، بهنشر، ۶۹، ص ۹۷.

۱۷ - عبدالرحمن الجزیری، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت ۱۹۸۶، ج ۳، ص ۱۶۴. و همچنین ر

ک که: دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری، عقد الایجار، بیروت، دار احیاء التراث، بی تا، ص ۵۹۱.

انحلال قرارداد به شمار می رود. اکنون باید دید آیا دشواری در انجام تعهد باید به حد تعذر برسد تا مجوزی برای فسخ باشد و یا دشواری در انجام تعهد که موجب حرج و مشقت برای متعهد می گردد نیز سببی برای فسخ می شود؟ پاسخ به این سئوالات را در گفتارهای بعدی جستجو می کنیم.

### گفتار دوم - تعسر در اجرای تعهد

در این گفتار ابتدا از معنای عسر و حرج و ضابطه آن سخن گفته و پس از آن بر مواردی از کلام فقها در استناد به قاعده نفی عسر و حرج اشاره می کنیم و در قسمت آخر، تقریب استدلال به قاعده نفی عسر و حرج در مواردی که تغییر اوضاع و احوال در قراردادها در نتیجه بروز حادثه غیر مترقبه منجر به دشواری اجرای قرارداد شده و متعهد در عسر و حرج قرار می گیرد را بیان خواهیم کرد.

بند اول - مفهوم عسر و حرج.

بند دوم - مستندات و شمول قاعده.

بند سوم - تقریب و استدلال.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

### بند اول - مفهوم عسر و حرج

معنای لغوی عسر که در مقابل یسر است، عبارت از ضیق، شدت و صعوبت است و در «مجمع البحرین» به دشواری شدید معنا شده است (۱۸). خدای سبحان در قرآن کریم مفاهیم عسر و یسر را کنار هم و به عنوان نقیض یکدیگر آورده است، آنجا که می فرماید «سجعل الله بعد عسر یسرا» (۱۹). و یا در جای دیگر می فرماید «فان مع العسر یسرا» (۲۰).

۱۸ - احمد نراقی، عواید الایام، قم، ۱۴۰۸ هـ ق، ص ۶۰.

۱۹ - قرآن کریم سوره مبارکه طلاق (۶۵)، آیه ۷.

۲۰ - قرآن کریم سوره مبارکه انشراح، آیات ۵ و ۶.

معنای عسر آن چیزی است که در آن دشواری شدید باشد به حدی که به ضیق برسد.

حرج نیز به معنای ضیق است و ضیق خود نقیض سعه است (۲۱).

طاقت و استطاعت نیز به معنای قدرت و اسعه است. آنچه عرف از معنای عسر و حرج می‌فهمد هر چیزی است که در غایت صعوبت و شدت است و یا به دشواری شدید اطلاق می‌گردد. از آیات و روایات انتفای تکلیف در موارد زیر مستفاد می‌گردد:

۱- مالایطاق ۲- مافی‌الضیق ۳- مافی‌العسر

پس می‌توان نتیجه گرفت که حکم آنچه مافوق طاقت بشری است و در آن ضیق و عسر و دشواری و صعوبت است، اعم از تکلیفی و وضعی منتفی است. برای روشن تر شدن زوایای بحث، مراتب تکالیف متصور از نظر عقل را می‌توان به چهار دسته زیر تقسیم کرد:

الف) - تکلیفی که به حد عسر نمی‌رسد و از آن به سعه و سهولت و یسر تعبیر می‌گردد.

ب) - تکلیفی که شدید و دشوار است اما به حد ضیق نمی‌رسد.

ج) - تکلیفی که ضیق و غیر واسع است ولی به مرحله مالایطاق و خارج از طاقت نمی‌رسد و از آن به حرج نیز یاد می‌شود.

د) - تکلیف خارج از طاقت و مافوق توانائی و استطاعت (۲۲).

بحثی در سقوط تکلیف مالایطاق نیست و با توجه به اینکه معمولاً تکلیف همراه با مشقت و کلفت است، مورد اول نیز از محل بحث ما خارج است. بنابراین آنچه باید روشن شود در مورد تکالیفی است که شدید و دشوار است و یا به حد مالایطاق

۲۱- ابن منظور، لسان العرب، بیروت، داراحیاء التراث، ۱۹۸۸ م، ج ۸، ص ۱۱۰.

۲۲- احمد نراقی، همان، ص ۶۱.



نرسیده است. در اینکه در همه تکالیف دشواری و مشقت وجود دارد تردیدی نیست اما میزان دشواری بستگی به نظر عرف دارد. طرفین به نحو ضمنی در هر قراردادی پذیرفته اند که نتیجه قرارداد نباید خارج از طاقت و توانائی طرف دیگر باشد و الا تکلیف ساقط می گردد. سقوط تکلیف مالایطاق نیز عقلی است و در همه ادیان واقوام و ملل پذیرفته است (۲۳).

نکته دیگری که باید در همین بند روشن شود این است که دشواری و صعوبت تکلیف نسبت به هر مکلف با چه ضابطه ای سنجیده می شود؟ به عبارت دیگر مکلف باید چه خصوصیتی داشته باشد تا بتوان هر تکلیف را نسبت به وی سنجید. تکلیفی ممکن است نسبت به شخصی دشوار و حرجی باشد اما نسبت به فرد دیگر در حد طاقت و توانائی وی باشد. ضابطه حرجی بودن تکلیف، عرف است. اگر انجام عملی به نظر اکثر مردم برای مکلف مشکل باشد، مشمول عسر و حرج می گردد ولو این عمل برای افراد دیگر حرجی نباشد. عمل ممکن است در زمانی حرجی باشد ولی در زمان و یا مکان دیگری حرجی نباشد یا نسبت به شخصی حرجی و نسبت به شخص دیگر حرجی نباشد. در نتیجه می توان گفت که مشقت و صعوبت در تکالیف نسبت به شخص سنجیده می شود. همچنین با توجه به زمان و مکان خاص در نظر گرفته می شود. در انجام تکالیف، ضابطه عسر و حرج شخصی است نه نوعی. قانون مدنی در مورد قوه قاهره در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ به وضعیت شخص متعهد نظر داشته است. در ماده ۲۲۹ قانون مدنی آمده است که:

« اگر متعهد به واسطه حادثه ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود بر آید محکوم به تادیه خسارت نخواهد بود ». از عبارت « حیطه اقتدار او » بر می آید که ملاک مذکور ظهور در شخصی بودن دارد و نمی توان ماده مذکور را بر نوعی بودن ملاک تفسیر کرد.

فقها نیز شخصی بودن ضرر و حرج را مورد تاکید قرار داده اند (۲۴). بدیهی است در مورد انجام تعهداتی که بدون شرط مباشرت بوده و به وسیله دیگران نیز قابل اجرا است عدم توانائی شخص متعهد، رافع مسئولیت وی نیست بلکه حاکم، حکم به انجام تعهد با هزینه متعهد له می نماید. اکنون به مواردی که فقهای عظام با استناد به قاعده عسر و حرج تکالیف مکلفین را ساقط کرده و یا تخفیف داده اند می پردازیم.

### بند دوم - مستندات و شمول قاعده

آنچه معمولاً فقهای عظام در شمول قاعده نفی عسر و حرج آورده اند بیشتر در نفی تکالیف حرجی در عبادات بوده است. با توجه به مستندات قاعده نفی عسر و حرج به بررسی این نکته خواهیم پرداخت که آیا قاعده نفی عسر و حرج مخصوص احکام تکلیفی است و یا اینکه احکام وضعی را هم شامل می شود؟ ضمن پاسخ مثبت به سؤال مطرح شده مستندات قاعده نفی عسر و حرج را بررسی می کنیم:

۱ - مستندات قاعده نفی عسر و حرج:

الف) آیات - از قبیل «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» (۲۵)، «ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج» (۲۶)، «یرید الله بکم الیسر و لایرید بکم العسر» (۲۷) «لایکلف الله نفساً الا وسعها» (۲۸)، «ربنا ولا تحمل علینا اصراً» (۲۹) استناد شده است. برابر آیات کریمه مشخص می گردد که خداوند - تبارک و تعالی - در دین اسلام احکام

۲۴ - شیخ موسی نجفی خوانساری، منیه الطالب (تقریرات میرزای نائینی)، بی جا، ۱۳۵۷ هـ ق، ج ۲ ص ۲۲۲. سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۰۱ و ۲۲۳. سید ابوالقاسم خوئی. مصباح الفقاهه، نجف اشرف، مطبعه الاداب، ۱۳۸۲ هـ ق، ج ۳، ص ۱۶۷. سید احمد خوانساری، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ هـ ق، ج ۳، ص ۱۰۳.

۲۵ - سوره مبارکه حج آیه ۷۸. ۲۶ - سوره مبارکه مائده، آیه ۶.

۲۷ - سوره مبارکه بقره، آیه ۱۸۵. ۲۸ - سوره مبارکه بقره، آیه ۲۸۶.

۲۹ - سوره مبارکه بقره، آیه ۲۸۶.

حرجی، به این معنا که تبعیت از احکام و اطاعت از اوامر و نواهی موجب مشقت و حرج شود، را جعل فرموده است (۳۰).

ب) روایات - امام علیه السلام در مقابل این سؤال که چگونه با انگشتی که آسیب دیده است وضو سازم؟ می فرماید:

« این موضوع و نظایر آن از کتاب خدای عزوجل فهمیده می شود. خداوند می فرماید: (وما جعل علیکم فی الدین من حرج) ، امسح علیه » (۳۱).

همچنین در « صحیحہ بزندی » از امام معصوم نقل شده است که امام می فرمود:

« خوارج از روی نادانی و جهالت خود را در مشقت می اندازند دین اسلام دارای سعه است » (۳۲).

در استناد به قاعده نفی عسر و حرج روایات زیادی وجود دارد که بر اساس آنها خداوند احکامی را که موجب عسر و حرج است، جعل فرموده است و در کلیه مواردی که مکلف به عسر و حرج می افتد، قاعده مذکور قابل اعمال است (۳۳).

ج) دلیل عقلی - امر به تکالیفی که موجب مشقت و عسر است و خارج از طاقت و توانائی مکلف است دارای قبح عقلی است و تحمیل آنچه عسر و حرج در آن باشد قبیح است. عسر و حرج آن چیزی است که متضمن تحمیل چیزی خارج از وسع و توانائی فرد باشد (۳۴). بنای عقلا قائم بر عدم تجویز احکام حرجی در تمام ابعاد است

۳۰ - سید میرزا حسن موسوی بجنوری، همان، ج ۱، ص ۲۰۹.

۳۱ - قال: قلت لابی عبدالله (ع) عثرت فانقطع ظفیری فجعلت علی اصبعی مراره فکیف اصنع بالوضوء؟ قال (ع) یعرف هذا و اشباهه من کتاب الله عزوجل، قال الله تعالی « و ما جعل علیکم فی الدین من حرج » امسح علیه - شیخ طوسی، الاستبصار، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۰۹ هـ ق، ج ۱، ص ۶۳.

۳۲ - ان ابا جعفر علیه السلام کان یقول ان الخوارج ضیقوا علی انفسهم بجهاله و ان الدین اوسع من ذلك، سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج ۱، ص ۲۱۰.

۳۳ - همان، ص ۲۱۱.

۳۴ - احمد نراقی، همان، ص ۵۷.

و شارع مقدس که خود رئیس عقلا است از سیره مسلم عقلائی تخطی نمی فرماید. در نتیجه و با توجه به امتنایی بودن رفع احکام حرجی، معنای عدم حرج در دین این است که خداوند حکمی را که موجب عسر و حرج بر مکلفین باشد صادر نمی فرماید.

از دلایل سه گانه فوق و اجماع علمای امامیه بلکه علمای اسلام بر عدم جواز جعل حکم حرجی در اسلام، نتیجه می گیریم که در دین اسلام که دین و شریعت به تعبیر معصوم علیه السلام، سهل و آسانی است احکامی که متضمن حرج و مشقت باشد جعل نگردیده است.

## ۲- دلالت قاعده

در این قسمت پس از بررسی مستندات قاعده به دلالت قاعده بر احکام می پردازیم. لسان دلیل نفی عسر و حرج، لسان عام و مطلق است و در تمامی مواردی که این وضعیت حاصل شده، قابل اعمال است. آنچه به موجب قاعده عسر و حرج نفی می شود، نفس حکم حرجی است، اعم از اینکه این حکم از احکام تکلیفی و یا وضعی باشد. از آیات و روایات و همچنین دلیل عقلی استنباط می گردد که آنچه مرفوع است حکم حرجی است و تفاوتی بین احکام تکلیفی مانند نماز و روزه و عبادات دیگر و احکام وضعی از قبیل طهارت، نجاست و ولایت و زوجیت و ملکیت نیست.

پس چنانچه در مجموعه احکام متعلق به افعال مکلفین یا موضوعات خارجی، عسر و حرجی بوده باشد، مکلف موظف به انجام آن نیست و در صورت عدم انجام تکلیف، مؤاخذه نمی شود. درست است که در روایات وارده معمولاً موضوعاتی مورد سؤال است که مربوط به عبادات از قبیل وضو و غسل است ولیکن همه فقها بر این مطلب اتفاق نظر دارند که کلیه اوامر و نواهی صادره از جانب خداوند تنها در

صورتی ماخوذ است که داخل در توانائی و طاقت مکلف باشد .

این موضوع از روایت حمزه بن طیار نیز استنباط می گردد که معصوم (ع) فرموده است :

« هر چیزی که مردم به آن امر شده اند در حد توانائی آنهاست و اگر چیزی خارج از توان و طاقت آنها باشد ، از عهده آنها خارج است » (۳۵) با بررسی قابل توجهی که از متون فقهی به عمل آمد ، (۳۶) این مطلب روشن شد که قاعده نفی عسر و حرج غالباً در احکام تکلیفی مطرح است و اما این به آن معنی نیست که در معاملات و قراردادهای کاربردی ندارد . فقهای عظام در برخی از موارد با استناد به قاعده نفی عسر و حرج ، حکم به رفع الزام از تعهدی که موجب مشقت و حرج است ، نموده اند . به عنوان مثال در قراردادی که برای حفر چاه بین دو نفر منعقد گردید و به دلیل سختی زمین و یا مواجه شدن با سنگی که بیرون آوردن آن موجب مشقت و دشواری وی می گردد ، این سؤال مطرح می گردد که آیا حکم وضعی ناشی از انعقاد قرار داد ؛ یعنی الزام به انجام تعهد با استناد به قاعده نفی عسر و حرج برداشته می شود ؟ به عبارت دیگر آیا متعهد ملزم به انجام تعهد است ؟ هر چند که اجرای آن وی را در مشقت و دشواری قرار دهد ، و یا به دلیل نفی هر گونه حکم حرجی ، عقد منفسخ می گردد .

مرحوم صاحب جواهر (ره) در جواهر الکلام در مورد التزام به حفر چاهی که به خاطر صعوبت و سختی زمین ، متعهد در عسر و حرج می افتد ، با استناد به همین قاعده نفی عسر و حرج ، حکم حرجی را مرفوع و حکم به رفع الزام متعهد از ادامه حفر چاه می نماید (۳۷) . صاحب مفتاح الکرامه مشقت و عسر را به نقل از تذکره به

۳۵- سید میرزا حسن موسوی بجنوردی ، همان ، ص ۲۱۰ .

۳۶- در این بررسی با استفاده از نرم افزارهای رایانه ای بیش از ۶۰۰ جلد کتاب فقهی امامیه و عامه از متاخرین و متقدمین فقهها ، و همچنین کتب روایی شیعه و سنی مورد بررسی و تحقیق قرار گرفته است .

۳۷- شیخ محمد حسن نجفی ، همان ، ج ۲۷ ، ص ۲۹۱ .

معنی مانع در راه اجرای تعهد آورده و الزام ناشی از تعهد طرف قرارداد مبنی بر حفر چاه را برداشته است (۳۸).

عقیده « شیخ الطائفه » در مبسوط و « ابن ادریس » در سرائر و « ابن فهد الحلّی » در مهذب در مورد شخصی که برای حفر چاهی اجیر شده است و در حین حفر چاه با سنگی مواجه می‌شود، الزام متعهد به انجام تعهد است. البته این در صورتی است که امکان حفر و یا حتی نقب زدن و دور زدن سنگی که در مسیر حفر چاه پیدا شده است باشد (۳۹). اما به نظر می‌رسد منظور ایشان از مشقت، حالتی ضعیف تر از عسر و حرج باشد والا اگر در اثر الزام متعهد به انجام تعهد، وی در مشقت و حرج واقع شود و یا حفر چاه مستلزم به کارگیری آلات و ادوات دیگری غیر از آنچه به طور معمول در این گونه موارد به کار گرفته می‌شود، باشد و یا مستلزم هزینه‌ای گزاف و غیر متعارف است، به نظر نمی‌رسد که بتوان متعهد را ملزم به انجام کرد.

شاید در تحلیل نظر علامه حلی در قواعد الاحکام و همچنین تذکره الفقها بتوان گفت که دلیل جواز فسخ عقد توسط اجیر این است که بروز و ظهور سنگ در مسیر چاه، مخالف آن چیزی است که وی از عقد انتظار داشته است و یا از مشاهده زمین و ارزیابی وضعیت منطقه استنباط کرده است. به عبارت دیگر شرطی ضمنی در چنین عقدی نهفته است که با توجه به وضعیت منطقه و نوع زمین اگر سنگی بر خلاف انتظار در مسیر چاه ظاهر شد، متعهد می‌تواند از انجام تعهد سرباززند.

تعهد متعهد بر این مبنا استوار بوده است که نوع زمین این چاه نیز مانند زمین‌های دیگر است. حال که این شرط ضمنی تحقق نیافته و نوع زمین، با ظهور سنگ، متفاوت از زمین‌های دیگر شده است و در حقیقت مفروض متعهد تحقق نیافته است وی می‌تواند از انجام تعهد سرباززند. اگرچه تحلیل فوق نیز برای اثبات

۳۸ - شیخ محمد جواد الحسینی العاملی، همان، ج ۷، ص ۱۸۷.

۳۹ - محمد بن الحسن بن علی طوسی، المبسوط، تهران، المکتب المرتضویه، ۱۳۳۸ هـ ق، ج ۳، ص ۲۳۷ و همچنین رک به: منبع قبل، همان صفحه.

مقصود؛ یعنی رفع الزام از متعهدی که به خاطر سختی زمین، در عسر و حرج واقع شده است، مفید است ولیکن این بحث را بحث نظریه شرط ضمنی موکول می‌کنیم و در اینجا به قاعده نفی عسر و حرج استناد می‌کنیم. الزام متعهد به انجام تعهد در شرایط عادی نتیجه اصل لزوم است اما حکم به الزام متعهد در چنین موردی با عسر و حرج همراه است و فقها با استناد به قاعده نفی عسر و حرج، حکم مذکور را مرفوع اعلام کرده و متعهد را از انجام تعهد معاف می‌دانند (۴۰).

با توجه به تعابیر مختلفی که فقهای عظام از تعذر، عسر، عجز و اینگونه موارد داشته‌اند (۴۱)، معلوم می‌گردد که میزان، توانائی و طاقت فرد است. اگر متعهدی در اثر انجام تعهد در عسر و حرج و ضیق و مشقت واقع شد و انجام تعهد خارج از توانائی و طاقت متعارف و میزان تلاش معقولی که باید انجام دهد، باشد وی را باید از انجام تعهد معاف کرد. آنچه به دلیل بروز حوادث غیر مترقبه و یا تغییر اوضاع و احوال و یا دلایل دیگر، اکنون متعهد باید انجام دهد، چیزی نیست که متعاقدين از انعقاد قرارداد و آثار آن انتظار داشته‌اند.

در تقسیم عقلائی تکالیف معلوم گردید که امر به انجام تکالیف خارج از طاقت، به معنی غیر ممکن، محال است. تکالیف معمولی که غالباً با کلفت و دشواری تحقق می‌یابد، نیز باید انجام گیرد، خواه از تکالیف عبادی مانند حج و جهاد و روزه باشد و خواه از تعهداتی که انسان در اثر انعقاد قرارداد، به آنها تن داده و خود را ملزم می‌نماید اما بحث اصلی در دو دسته دیگر از تقسیم چهارگانه تکالیف است. این دو دسته عبارت بودند از:

۱- تکالیفی که شدید و دشوار است ولی به حد ضیق و تنگنا نمی‌رسند.

۲- تکالیفی که شدیدترند و به حد حرج می‌رسند.

۴۰- شیخ محمد نجفی، همان، ج ۲۷، ص ۲۹۱.

۴۱- سید محمد جواد الحسینی العاملی، مفتاح الکرامه، ج ۱۷، ص ۱۸۷، و همچنین ر. ک. به: محقق البحرانی، الحدایق الناضره، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۶۳ هـ شمس، ج ۱۳، ص ۴۲۲ و ج ۱۶، ص ۳۷.

صرف نظر از تقسیم بندی مذکور به نظر می‌رسد که اگر شدت تکالیف و دشواری آنها در حدی باشد که با الزام متعهد و یا مکلف به انجام تعهد وی در مشقت و حرج واقع می‌گردد، مشمول قاعده نفی عسر و حرج است.

### بند سوم - تقریب استدلال

منظور از طرح این موضوع بررسی و یافتن پاسخ برای این سؤال است که آیا در صورت بروز حوادث غیر مترقبه و یا تغییر اوضاع و احوالی که قرارداد در آن اوضاع و احوال منعقد شده است و در نتیجه اجرای تعهد با دشواری و مشقت غیر قابل انتظاری همراه گردیده است، می‌توان متعهد را از انجام تعهد معاف کرد؟ به عبارت دیگر متعهدی که با پذیرفتن شرایط قرارداد، ملتزم به انجام مفاد آن گردیده است، با تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد و دشواری اجرای تعهد، بازهم باید به تعهدات خود عمل نماید یا اینکه به دلیل قاعده نفی عسر و حرج می‌تواند از انجام تعهد سرباززند؟ برای استناد به قاعده نفی عسر و حرج و اثبات معافیت متعهد از انجام تعهد در چنین مواردی مقدماتی را متذکر می‌شویم.

۱- با توجه به مستندات قاعده عسر و حرج معلوم گردید که کلیه احکام و تکالیف حرجی از احکام تکلیفی و احکام وضعی، در صورتی که انجام آنها مستلزم حرج و مشقت شدید باشد مرفوع و مکلف مسئولیتی در قبال انجام آنها ندارد (۴۲).

احکام عبادات، معاملات و سیاسات مشمول این حکم بوده و فرقی بین آنها نیست. بنابراین چنانچه التزام به معامله مستلزم حرج و مشقت شدید باشد، قاعده نفی عسر و حرج شامل آن می‌شود (۴۳) قبلاً نیز متذکر شدیم که بین عسر و حرج و کار خارج

۴۲- علامه حلی، مختلف الشیعه، قم، مکتبه النبی، بی تا، ج ۱، ص ۴۲۸. همچنین ر. ک به: محمد بن جمال الدین مکی عاملی، الذکری، بی جا، چاپ سنگی، سال ۱۲۷۲، ص ۱۳۳ و ۱۳۷. سید میرزا حسن موسوی بجنوردی القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۱۴.

۴۳- سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان.



از توان و قدرت، فرق است. کاری که خارج از توان و قدرت فرد است، غیر ممکن بوده و امر به محال و غیر ممکن امکان پذیر نیست. عسر و حرج را تعسر و کار خارج از توان و قدرت را تعذر نامند.

۲- ادله قاعده نفی عسر و حرج به ادله اولیه احکام مقدم است. دین اسلام مجموعه ای از احکام و قوانین شرعیه است و در صورتی که خدای متعال هرگونه حکم حرجی را نفی فرماید، بدان معنی است که اصولاً هیچگونه حکمی که مستلزم مشقت شدید و حرج باشد جعل نگردیده است. همانگونه که قاعده لاضرر مستلزم نفی هرگونه ضرر است در اینجا نیز با تقیید اطلاق و تخصیص عمومات ادله اولیه، هرگونه حرج و مشقت نفی گردیده است (۴۴).

۳- با توجه به معانی عسر و حرج، معلوم است که هر حکمی که خارج از قدرت و طاقت و توانائی فرد نبوده ولیکن انجام آن موجب مشقت شدید و دشواری و حرج غیر متعارف است، شامل قاعده می شود. چنانچه مکلف در راه انجام تعهد و تکلیف گرفتار ضیق و دشواری شدید گردیده باشد، در عسر و حرج واقع شده است. در مواردی که انجام تکلیف در ابتدا در حد توانائی فرد است اما تحمیل تکلیف بر وی مستلزم ضرر غیر قابل تحمل می شود، قاعده لا حرج آن را شامل می گردد. صاحب حدائق در مورد معنای حرج می گوید:

« بنا بر صحیح محمد بن مسلم، حرج در دین اسلام نفی شده است و آن امکان فعل یا مشقت است » (۴۵).

محقق مذکور مشقت و عسر را در ردیف حرج دانسته است.

موضوع ضرر و حرج در ادامه زوجیت برای زن نیز موثر است و چنانچه ادامه زوجیت، برای زن موجب ضرر و حرج باشد، دادگاه برای جلوگیری از ضرر و

۴۴- روح الله الموسوی الخمینی، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان، ۱۳۳۳ هـ. ش، ج ۱، ص ۳۵۴ و ج ۲، ص

۲۲۷. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۷۳. سید احمد خوانساری، جامع المدارک، ج ۵، ص ۲۱۰

۴۵- محقق البحرانی، الحدائق الناضره، ج ۱۳، ص ۴۲۲.

حرج، زوج را مجبور به طلاق می‌نماید و در صورتی که اجبار زوج میسر نباشد به اذن حاکم شرع طلاق واقع می‌شود (۴۶). همچنین اگر تخلیه ملک مورد اجاره پس از پایان مدت اجاره موجب عسر و حرج مستاجر باشد از اجرای حکم به طور موقت جلوگیری به عمل می‌آید (۴۷).

مستندات موارد مذکور، قاعده نفی عسر و حرج است، ملاحظه می‌شود که دامنه شمول قاعده نفی عسر و حرج کلیه احکامی است که مکلف با اجرای آن در عسر و حرج و مشقت شدید واقع می‌شود. در هر حال آنچه از قاعده نفی عسر و حرج استنباط می‌گردد این است که خداوند متعال به عسر و حرج بندگانش راضی نمی‌شود و چیزی که موجب عسر و حرج آنها بشود، جعل نمی‌فرماید (۴۸).

۴- از موارد مذکور معلوم می‌گردد که چنانچه اجرای قرار دادی موجب عسر و حرج متعهد شود و متعهد که بر اساس قرار داد، ملزم به انجام تعهد است در مشقت شدید واقع شود، عسر و حرج در مورد وی صادق است و دلیلی بر الزام وی به انجام تعهد نیست، زیرا انجام تعهد مستلزم ضرر و حرج است و ضرر و حرج نیز به حکم خداوند، مرفوع و منتفی است. با استفاده از آیات و روایات وارده و کاربرد قاعده نفی عسر و حرج توسط فقها در همه احکام، روشن می‌گردد که اگر اجرای حکمی شرعی موجب عسر و حرج و مشقت شدید مکلف باشد (اگرچه به حد مالایطاق و غیر ممکن نرسد) مشمول قاعده نفی عسر و حرج می‌شود. عدم تخلیه عین مستاجر

۴۶- ماده ۱۳۰ قانون مدنی پس از ۲ بار اصلاح در سال‌های ۶۱ و ۷۰ مقرر می‌دارد: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.»

۴۷- ماده ۹ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۶۲ مقرر می‌دارد: «در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستاجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد، می‌تواند مهلتی برای مستاجر قرار بدهد.»

۴۸- احمد نراقی، عواید الایام، ص ۲۲.

توسط مستاجری که در عسر و حرج واقع گردیده است، از همین نوع است، زیرا یافتن محل دیگری برای سکونت و یا پرداخت مبلغی مازاد از آنچه تا آن زمان می پرداخته است، برای مستاجر محال و غیر ممکن نیست. فقط زمانی موضوع مذکور می تواند جواز ادامه حضور مستاجر در ملک دیگری باشد که اجرای حکم تخلیه و در حقیقت انجام تکلیف توسط مستاجر مبنی بر تخلیه، موجب عسر و حرج برای وی باشد. همچنین غسل و یا وضو در سرمای شدید مستلزم نوعی دشواری است اما اگر همین امر موجب عسر و حرج و مشقت شدید مکلف باشد، حکم مذکور مرفوع و تیمم جایگزین آن می شود.

۵- تشخیص شدت و ضعف تکلیف با عرف است ولیکن ملاک عسر و حرج مشقت مکلف، وضعیت جسمی اوست (۴۹). به عبارت دیگر ضابطه حرجیت و تعسر، شخصی است نه نوعی. به عنوان مثال از نحوه انجام بعضی از تکالیف بر می آید که انجام تکالیفی از قبیل حج، جهاد، روزه و امثال اینها همراه با دشواری است اما انجام همین امر برای بسیاری از مکلفین امکان پذیر بوده و اصولاً ماهیت چنین تکالیفی با دشواری و مشقت قرین است. وضعیت شخصی که با گرفتن روزه به دلیل بیماری در عسر و حرج و مشقت شدید واقع می گردد و شخص دیگری که در عین بیماری توان و مقاومت در مقابل گرسنگی و تشنگی را دارد، مساوی نیست. ممکن است گرفتن روزه برای یکی حرجی و برای دیگری غیر حرجی باشد. در مورد انجام تعهدات قرار دادی نیز وضعیت بر همین منوال است. شخصی که تعهد به حفر چاه کرده است در صورت بیماری و ناتوانی عارضی در عسر و حرج و مشقت می افتد، اجبار وی به انجام تعهد مستلزم حرج و مشقت شدید است. در همین موارد اگر در اثر بروز حادثه ای غیر مترقبه؛ مانند زلزله حفر چاه و ادامه انجام تعهد بامشقت شدید و دشواری همراه شد، اجبار متعهد به انجام تعهد وی را در عسر

و حرج و مشقت شدید قرار می‌دهد. این حالت‌ها نسبت به مکلف سنجیده می‌شود. ممکن است امری برای شخصی شاق و دشوار باشد ولی برای دیگری سعه و راحت تلقی گردد و یا در زمان خاصی موجب عسر و حرج باشد و در زمان دیگری یسر و توانائی به حساب آید.

همین که عرف انجام این عمل را برای شخص مکلف دشوار تشخیص دهد، کافی است. در تشخیص این امر، مسائلی از قبیل اوضاع و احوال حاکم، توانائی و قدرت فرد، مؤونه‌ها و ملزومات، وضعیت جسمی و روحی و توانائی و قدرت اقتصادی فرد در نظر گرفته می‌شود. لسان ادله و مصادیق آنها نیز ظهور در شخصی بودن حرج دارد (۵۰).

### قاعده

به عنوان نتیجه‌گیری از این بند و در نهایت گفتار حاضر باید گفت چنانچه در اثر حکم شارع، شخص مکلف از نظر عرف در مشقت و حرج و ضیق واقع گردد، خواه این حکم از احکام تکلیفی از قبیل نماز، روزه و مقدمات آن از واجبات و یا نهی از انجام محرمات و خواه حکم از احکام وضعی از قبیل لزوم و جواز و تعهد به انجام امری باشد، انجام اعمال مذکور مواخذه نمی‌شود و مسئول نیست.

با استدلال فوق می‌توان به معافیت متعهدی که تعهد به ساخت جاده و یا ابنیه‌ای از قبیل پل‌های بزرگ، سد، نیروگاه و یا ساختمانی نموده باشد و به دلیل بروز جنگ و یا حوادث غیر مترقبه دیگر قیمت‌ها بالا رفته، مواد اولیه کمیاب و هزینه نیروی کار افزایش یابد و از این طریق انجام تعهد برای وی دشوار و موجب مشقت و حرج گردد، حکم کرد. در بعضی موارد امکان انجام تعهد با تحمل هزینه‌ای گزاف وجود دارد، مثلاً متعهد می‌تواند با فروش منزل مسکونی و ملزومات شغلی

۵۰ - سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقیه، ج ۱، ص ۲۰۱ و ۲۳۳. سید ابوالقاسم خوئی، مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۶۷. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقیه، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۱۰ هـ. ق، ج ۱، ص ۱۹۶.

و وسیله ایاب و ذهاب خود و تحمل هزینه ای گزاف و خارج از متعارف، تعهد را به انجام برساند اما قطعاً اجرای تعهد در این صورت موجب مشقت عسر و حرج متعهد است. در این صورت نیز الزام متعهد به فروش اموال شخصی که برای خود و خانواده وی مورد نیاز است دلیلی ندارد. شاید یکی از دلایل عدم اجبار مدیون به فروش خانه ولوازم اشتعال و وسیله ایاب و ذهاب و پرداخت دین، در عسر و حرج قرار گرفتن مدیون و یا خانواده وی باشد.

### گفتار سوم - ضرری شدن اجرای تعهد

در این گفتار به اختصار به مواردی که انجام تعهد برای متعهد موجب ضرر است اشاره می کنیم. با توجه به آنچه در گفتار قبل بحث شد، در بعضی از موارد، اجرای تعهد برای متعهد موجب مشقت و حرج نیست و با توجه به توانائی جسمی و یا مالی متعهد انجام تکلیف برای وی حرجی نیست اما با بالا رفتن هزینه ها و قیمت ها موجب تحمیل ضرر مالی به وی می گردد و در نتیجه انتظاراتی که از معامله داشته است، بر آورده نمی شود. کسب سود و منفعت در قراردادهای تجاری امری بدیهی است و منفعت برای یک طرف قرار داد تجاری و یا پیمانکاری گاهی اوقات به بهای ضرر طرف مقابل تمام می شود. تلقی عرف از سود و زیان، میزان متعارف از آن است نه اینکه در اثر بروز حادثه ای خارجی آن چنان دگرگونی در اوضاع و احوال عقد به وجود آید که اجرای تعهد همراه با به هم خوردن تعادل و توازن اقتصادی باشد و یک طرف عقد دچار ضربه جبران ناپذیر و گزاف گردیده و بالعکس طرف دیگر در اثر تغییرات با منفعت غیر قابل انتظاری روبرو گردد.

در این گفتار ابتدا به مستندات قاعده لاضرر و معنای آن و سپس به دلالت قاعده و چگونگی استناد به آن در موضوع مورد بحث می پردازیم.

بند ۲ - دلالت قاعده و تقریب استدلال .

### بند ۱ - مستندات قاعده و مفهوم ضرر.

#### مستندات قاعده

الف - قضیه سمره بن جندب - حضرت رسول (ص) در موضوع اختلاف سمره بن جندب و مرد انصاری در نحوه استفاده از درختی که سمره بن جندب در باغ انصاری مالک بود و تردد وی از خانه انصاری موجب ضرر و مشقت برای انصاری و خانواده او می شد ، پس از اصرار فراوان مبنی بر عدم ورود ضرر ، به انصاری می فرماید: « اذهب فاقلعها و ارم بها الیه فانه لاضرر و لاضرار » یعنی برو و درخت وی را بیرون آور ، نزد او بینداز ، چرا که ضرر و ضرار نیست (۵۱) . همین قضیه از طریق دیگر نقل شده است که پیامبر گرامی اسلام (ص) فرمود: « انک رجل مضار ولاضرر و لاضرار علی مؤمن » (۵۲) .

ب - کلینی (ره) نقل می نماید: « عن ابی عبدالله (ع) قال قضی رسول الله بالشفعه بن الشرکاء فی الارضین و المساکن و قال لاضرر و لاضرار » . چنانچه حق شفعه برای شریک در ملک غیر منقولی که که به عقد بیع فروخته می شود وجود نداشته باشد، مستلزم ضرراست و پیامبر گرامی (ص) چنین ضرری را نفی فرموده است (۵۳) .

باتوجه به روایت کشیری که در باب ضرر نرساندن به دیگران وارد شده است و فخرالمحققین در ایضاح ، ادعای تواتر لفظی در مورد این روایات کرده است ، تردیدی در اسناد حدیث به پیامبر (ص) وجود ندارد (۵۴) .

۵۱ - سید میرزا حسن موسوی بجنوردی ، همان ، ج ۱ ، ص ۱۷۶ .

۵۲ - احمد نراقی ، همان ، ص ۱۷ .

۵۳ - همان ، ص ۱۶ . همچنین ر . ک به : سید میرزا حسن موسوی بجنوردی ، همان .

۵۴ - احمد نراقی ، همان ، ص ۱۷ .

## ۲ - معنا و مفهوم ضرر

بعضی کلمه ضرر را امری وجودی و ضد نفع معنا کرده اند و بعضی دیگر آن را عدم نفع در موضوعی که قابلیت نفع دارد، گفته اند. باتوجه به معنای عرفی ضرر و همچنین مستفاد از حدیث سمره بن جندب، ضرر به معنی حرج و مشقت و شدت و ضیق نیز به کار می رود. پس ضرر ممکن است نقص در مال و یا ورود مشقت و ضیق به کسی باشد. گرچه بعضی نقص بر عرض و آبرونیز معنا کرده اند (۵۵). اما از موارد استعمال و معنای لغوی و مستفاد از احادیث معلوم می گردد که در این معنی استعمال نشده است (۵۶).

## بند ۲ - دلالت قاعده

بر حسب اینکه مبنای خیار فسخ را جبران ناروا و اجرای عدالت اجتماعی و نیز حکومت اراده و مفاد تراضی (۵۷) بدانیم، می توانیم از قاعده لاضرر در اثبات رفع لزوم عقدی که الزام به مفاد آن موجب ضرر شده است استفاده کنیم. در این مبنا خیار فسخ نتیجه برخورد الزام ناشی از عقد با عدالت و مصالح فردی و اجتماعی است و هر جا که ضرری ناروا متوجه یک طرف معامله شود، وی حق فسخ آن معامله و در نتیجه رهایی یافتن از تحمیلی که به صورت ناروا از الزام عقد بر او شده است را دارد. قبل از استفاده از قاعده لاضرر در بر داشتن حکم لزوم معامله ضرری، مفاد قاعده مذکور را مورد بررسی قرار می دهیم.

فقهای عظام در استناد به روایات وارده چهار وجه مهم را ذکر کرده اند:

اول - مقصود از حدیث لاضرر نهی از ضرر زدن به دیگری است. به این معنی که هیچکس حق ضرر زدن به دیگری را ندارد؛ همانگونه که از آیه شریفه «فلارفت

۵۵ - سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ص ۱۷۸.

۵۶ - روح الله الموسوی الخمینی، الرسائل، قم، اسماعیلیان، ۱۳۵۸ هـ ق، ص ۲۹.

۵۷ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۵۷.

ولافسوق ولاجدال فی الحجج» حرمت مستفاد می‌گردد، از حدیث «لاضرر و لاضرار» نیز حرمت ضرر رساندن به دیگران استفاده می‌شود (۵۸).

دوم - مقصود از حدیث لاضرر نفی حکم ضرری است، به این معنی که هرچگمی که از طرف قانون گذار وضع می‌گردد، چنانچه مستلزم ضرر به بندگان شود به موجب لاضرر نفی می‌گردد. به عنوان مثال اگر لزوم معامله ای موجب ضرر گردید و به دلیل عدم تعادل بین عوضین یکی از متعاقدین متضرر گردد، به موجب قاعده مذکور لزوم برداشته می‌شود و برای زیان دیده، حق برهم زدن عقد را ایجاد می‌کند (۵۹). بنابراین قول، احکام اولیه حاکم است و هر جا تراحمی بین اجرای این قاعده و حکم دیگری رخ دهد، جبران ضرر ناروا مقدم است که از آن به حکومت قاعده لاضرر تعییر می‌شود (۶۰).

سوم - مفاد قاعده، نفی حکم به لسان نفی موضوع است. مرحوم آخوند (ره) در کفایه نظر داده است که در این قاعده از راه نفی موضوع، حکم ضرری از بین رفته است. منظور شارع این بوده است که برای موضوع ضرری حکمی وجود ندارد، چنانکه در معامله مغبون به دلیل اینکه موضوع ضرری است، حکم لزوم از بین می‌رود (۶۱).

پس از لاضرر تنها نفی حکم نتیجه می‌شود و خود حکم جدیدی به بار نمی‌آورد. چهارم - مفاد حدیث، نفی ضرر غیر متدارک است، زیرا ضرر متدارک، ضرر نیست. پس مقصود این بوده است که هیچ ضرر جبران نشده ای وجود ندارد و هر

۵۸ - سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، همان، ج ۱، ص ۱۷۹.

۵۹ - شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۷۳. همچنین ر. ک به کاتوزیان، منبع پیشین. ص ۶۲.

۶۰ - شیخ مرتضی انصاری، همان.

۶۱ - شیخ محمد کاظم آخوند خراسانی، کفایه الاصول، قسم، موسسه آل البیت لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ هـ ق، ص ۳۸۱. همچنین ر. ک به: ناصر کاتوزیان، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ص ۷۷.



ضرری باید جبران شود (۶۲)

از مجموع نظرات چهارگانه، گفته شیخ انصاری که حکم ضرری را به این وسیله نفی کرده است طرفداران بیشتری دارد و فقها در موارد گوناگون از آن استفاده کرده اند (۶۳). چنانکه در بسیاری از کتب فقهی خیار غبن، مستند به حدیث نفی ضرر است و هر جا که لزوم معامله مستلزم ضرر بر مغبون است، با نفی ضرر به مغبون اختیار فسخ معامله داده شده است (۶۴). معلوم است که به اعتقاد فقهاء خیار غبن مربوط به عدم تعدل عوضین هنگام انعقاد عقد است و معیار فزونی یا کاستی قیمت را زمان عقد دانسته اند و حتی ادعای اجماع در این باره کرده اند اما آنچه فقیهان در نظر داشته اند با آنچه محل بحث ماست تفاوت اساسی دارد سخن در این است که چنانچه در اثر تحولات شدید اقتصادی تعادل و توازن عقد به هم خورده و الزام به انجام تعهد ضرری و نا عادلانه جلوه کند آیا می توان به استناد قاعده لاضرر لزوم معامله ضرری را بر داشت (۶۵).

با تمسک به فهم عرفی و بنای عقلا و مستنبط از ادله شرعی مذکور در باب نفی هرگونه ضرر، در کلیه مواردی که در دید عرف مصداقی از ضرر باشد، چه در احکام تکلیفی و چه در احکام وضعی، ضرر نفی گردیده است. بر همین اساس چنانچه در قراردادی تعادل و توازن اقتصادی به هم خورده باشد و از این باب ضرری ناروا متوجه یکی از طرفین گردد، برای زیان دیده حق فسخ ایجاد می گردد، چرا که شارع مقدس هرگونه ضرری را نفی کرده است. به نظر می رسد این استنباط از حدیث لاضرر درست باشد که بگوئیم شارع مقدس حکم ضرری را نفی نموده است

۶۲ - میرفتاح، عناوین، بی جا، قاعده لاضرر، ص ۳۱۲.

۶۳ - ناصر کاتوزیان، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، ص ۷۷.

۶۴ - شیخ مرتضی انصاری، همان، ص ۲۳۵.

۶۵ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۴۲. میرزای قمی، جامع الشتات، ص ۳۰۰ و

۳۰۱ دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۰۰.

و در اثر اقدامات افراد نیز نباید ضرری متوجه دیگری شود؛ یعنی باید از ورود ضرر به دیگری جلوگیری شود و حکمی که باعث ورود ضرر به دیگران است، نفی می‌گردد. در اینجا لزوم معامله که حکمی ضرری است، نیز نفی می‌گردد.

فقها در بعضی از موارد دیگر از قبیل لزوم رد مثل در اموال مثلی و تبدیلی لزوم مذکور به قیمت در جایی که یافتن مثل بنا به دلایلی از قبیل آفت سماوی و یا عوامل خارجی دیگر مشکل شده و یا خریدن آن جز به قیمتی چند برابر قیمت بازار میسر نیست، به دلیل ورود ضرر به ضامن مثل، رد مثل را لازم نمی‌دانند و حکم به پرداخت قیمت می‌کنند. دلیل این نظر آن است که خرید مثل به قیمت گزاف، عرفاً ضرری و مرفوع است (۶۶).

بنابر این چنانچه در اثر تغییر اوضاع و احوال و دگرگونی شرایط الزام به انجام تعهد مستلزم ورود ضرر غیر متعارف و ناروا به متعهد گردد، در عرف ضرر محقق و بنا به قاعده لاضرر حکم ضرری؛ یعنی الزام به انجام تعهد، مرفوع است.

حاصل روایات این است که شارع به آنچه ضرری است، حکم نمی‌کند، حکم الزام متعهد به انجام تعهد در حالی که با بروز حادثه ای غیر مترقبه مانند جنگ و یا حوادث طبیعی و یا تصمیمات دولت‌ها، تعهدات آنچنان گران و غیر قابل تحمل شود که عرف ضرر وی را تأیید و ناروائی آن را ابراز دارد، حکمی ضرری تلقی می‌شود و رفع آن با مختار کردن متعهد به خارج شدن از زیر بار این الزام میسر است. تغییر در اوضاع و احوال زمان عقد نیز از نظر عرف باید قابل توجه و موثر در وضعیت عقد باشد. در یکی از روایات آمده است که به هم خوردن وضعیت میع و رفع عیب و مرض از وی، بنای متعاملین را تغییر و اضرار بر بنای اولیه که موجب ضرر یکی از آنها می‌شود ضرری است. امام (ع) این امر را ضرری تشخیص و از آن منع فرموده‌اند. صاحب کافی از «هارون بن حمزه غنوی» از حضرت صادق

علیه السلام در مورد شتر مریضی که شخصی آن را به قیمتی کم خرید تا نحر نموده و از گوشت و پوستش استفاده نماید، می پرسد، در این حال شخصی پوست و سر شتر را از خریدار می خرد و اتفاقاً شتر سلامتی خود را باز می یابد و در نتیجه قیمت آن بالا می رود و شخص ثالث، پوست و سر شتر را مطالبه می کند. امام (ع) فرمود: مقدار ترقی قیمت پوست و سر شتر را به مبلغ پرداختی ثالث اضافه کرده و به او بدهند و سپس فرمود مشتری حق ندارد نحر شتر و تسلیم سر و پوست را مطالبه کند، زیرا این درخواست موجب اضرار خریدار شتر می گردد (۶۷).

با تغییر در انتظارات و تصورات طرفین؛ یعنی مریضی شتری که اکنون خوب شده است، تصمیم شریک مبنی بر ذبح شتر و دریافت سر و پوست، برای شریک دیگر ضرری بوده است و امام (ع) از این تصمیم ضرری جلوگیری فرموده است.

در فقه اهل سنت نیز قاعده لاضرر، کاربرد قابل توجهی دارد و در قراردادها از طریق فسخ، موجبات تعادل وضعیت طرفین را فراهم می آوردند. بر اساس نظر بعضی از فقهای اهل سنت، چنانچه در اثر بروز عذری در یک قرار داد، انجام تعهد متعذر گردید و یا مستلزم تحمل ضرر غیر متعارف و گزاف شد حق فسخ برای متضرر ثابت می گردد (۶۸).

از ابوحنیفه نقل شده است که: «اگر خیاطی، شاگردی را برای مدتی استخدام کند ولی بعداً به علت نداشتن مشتری کار خود را تعطیل نماید، این امر دلیل کافی برای لغو قرارداد با شاگرد است اما اگر خیاط دکان خیاطی خود را به دلیل تغییر شغل

۶۷- عن الصادق (ع) «فی رجل شهید بعیراً مریضاً و هو بیاع، فاشتره رجل بعشره دراهم، و اشترک فیه رجلاً بدرهمین بالراس والجلد و قفزی ان البعیر بریء فبلغ ثمنه ثمانیه دنانیر قال: فقال: لصاحب الدرهمین خمس ما بلغ، فان قال: أرید الرأس والجلد، فلیس له ذلک، هذا الضرار، و قد اعطى حق اذا أعطى الخمس».

۶۸- ابن عابدین، الفتاوی الهندیه، ج ۵ ص ۷۶. به نقل از عبدالرزاق احمد السنهوری، نظریه الفقه، ص

تعطیل کند، این امر موجه برای فسخ قرارداد با شاگرد نیست» (۶۹).  
در «فتح‌القدیر» از کتب اهل سنت نیز آمده است که: «اگر اجرای قراردادی مشکل شود، به حدی که اجرای آن با ضرر و زیان فاحش توأم باشد، قابل فسخ است» (۷۰).

آنچه از مطالب فوق استنباط می‌گردد این است که چنانچه در اثر الزام به تعهدات قراردادی، ضرری متوجه طرف مقابل گردد یا به دلیل مشکل شدن اجرای تعهد، ضرر و زیان قابل توجهی به متعهد برسد، ضرر مذکور با رفع حکمی که مستلزم ضرر است، منتفی می‌گردد. چنانچه بخواهیم ضابطه ای برای ضرری شدن الزام به انجام تعهد بیان کنیم، باید بگوئیم که اگر الزام به عقد موجب ضرری است که طرفین توسط عقد به آن ملتزم نشده‌اند، حکمی که موجب ضرر است، برداشته می‌شود زیرا با ابقای عقد و الزام به آن ضرری متوجه یکی از طرفین می‌شود و ورود ضرر با آنچه که طرفین به آن ملتزم شده‌اند تفاوت دارد. در بعضی از کتب فقهی در مورد کسی که طی قراردادی برای حفر چاهی اجیر شود و پس از حفر مقداری از چاه، مواجه با سنگ بسیار بزرگی شود، اظهار نظر شده است که اگر حفر چاه و عبور از سنگ در حد توانائی و قدرت اجیر باشد، باید به تعهد عمل کند اما اگر لازمه حفر چاه به کارگیری آلات و ادوات دیگری باشد که تهیه آن مستلزم هزینه گزاف باشد و از این ناحیه ضرری متوجه متعهد شود، حکم به انجام تعهد ضرری شده و الزام برداشته می‌شود (۷۱). حتی اگر اجرای تعهد موجب تعسر و حرج متعهد گردد باز هم الزام به انجام تعهد منتفی است (۷۲).

۶۹ - حمید بهرامی، سوء استفاده از حق، تهران، انتشارات اطلاعات، سال ۷۰، ص ۱۴۴.

۷۰ - شمس‌الدین سرخسی، المبسوط، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۹ هـ.ق، ج ۱۶، ص ۴۷.

۷۱ - همان، صفحات ۴۷ و ۴۸ و ۴۹.

۷۲ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۲۹۱. همچنین ر. ک به: سید محمد جواد الحسینی العاملی، مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۱۸۷ و همچنین ر. ک به گفتار اول همین مقاله.

به این ترتیب، مستنبط از قاعده لاضرر در موردی که رویدادی غیر مترقبه و غیرمنتظره تعادل قراردادی را به هم زده و اجرای تعهد را برای یکی از طرفین و به طور عمده متعهد ضرری نماید، حکم ضرری برداشته می شود. تردیدی نیست که ضرر ناشی از بروز حوادث و تغییر در اوضاع و احوال زمان عقد ضرری نیست که طرفین به هنگام عقد به آن ملتزم شده اند و در نتیجه چنین ضرری ناروا تلقی می گردد. هیچگاه عرف نخواهد پذیرفت که متعهد برای انجام تعهد، مجبور به خریدن کالا به چند برابر قیمت و انجام تعهدات ناشی از یک قرار داد پیمانکاری گردد. مثلاً متعهدی که طی یک قرار داد پیمانکاری، ساخت یک دستگاه پل و یا سد و نیروگاه را به عهده گرفته است و در اثر بروز حوادث غیر مترقبه مانند جنگ مجبور به تهیه سیمان و آهن به چند برابر قیمت زمان عقد و پرداخت هزینه نیروی ماهر و غیر ماهر، چند برابر زمان انعقاد عقد باشد، ضرری گزاف و غیر متعارف به وی می رسد که هیچگاه با انعقاد قرارداد پیمانکاری به آن ملتزم نگردیده است. چنانکه کسی استدلال کند که متعهد با انعقاد قرارداد، علیه خود اقدام کرده است و یا توسط عقد خود را ملتزم به مفاد آن کرده است و اکنون موظف به اجرای آنچه متعهد گردیده است می باشد و نمی تواند شانه از زیر بار تعهد خالی کند و از طرف دیگر بروز حوادث غیر مترقبه و گرانی و ارزانی اجناس و ملزومات در بازار و یا دشواری در انجام تعهد ارتباطی به متعهد له ندارد در حالی که وی در بروز حوادث مذکور و تغییرات حادث هیچگونه دخالتی نداشته است. باید پاسخ گفت که:

اولاً - چگونه می توان گفت متعهد با انعقاد عقد علیه خود اقدام به ضرری کرده است که اکنون با تغییر در اوضاع و احوال زمان عقد بر وی تحمیل می گردد. متعهد با انعقاد عقد به آن میزان از ضرر فکر می کرده است که با اوضاع و احوال آن زمان از تعهد ناشی می شده است نه میزانی گزاف و غیر متعارف و دور از انتظار وی. هر انسان معقول و منطقی با روبرو شدن با چنین وضعیتی بر ناروایی ضرر ناشی از

حوادث دگرگون کننده اوضاع و احوال زمان عقد صحه می گذارد .  
ثانیاً - درست است که متعهد خود ملتزم به انجام تعهدی شده است و اکنون باید به  
وظیفه خود عمل کند اما آنچه او تعهد کرده بود با ملزوماتی معین قابل انجام بود و  
هیچگاه تصور نمی کرد با قیمتی چند برابر قیمت زمان عقد و یا وسائل و آلاتی  
غیرمتعارف و غیر قابل انتظار باید به تعهد عمل کند . در حقیقت آنچه او به آن ملتزم  
شده بود چیزی نیست که اکنون با آن روبرو شده است .

ثالثاً - عدم ارتباط حوادث غیر مترقبه به متعهد له و عدم دخالت وی در آنچه رخ  
داده است بدون تردید یکی از شرایط تاثیر تغییر در اوضاع و احوال در عقد و احیاناً  
معافیت متعهد از انجام تعهد است . سؤال اصلی این است که ضرر ناروایی که در اثر  
بروز حوادث به وجود آمده است به چه کسی باید تحمیل شود ؟ چه دلیلی برای  
تحمیل ضرر مذکور بر متعهد است ؟ آیا تعدیل شرایط قرارداد و تحمیل ضرری که  
از حادثه ای خارج از اراده متعهد و متعهد له ناشی شده است به هردوی آنها راه حل  
منصفانه و سازگار با عدالت نیست ؟

نتیجه این گفتار به شرح زیر اعلام می گردد :

۱ - چنانچه در اثر تغییر در اوضاع و احوال زمان عقد ، اجرای تعهدات قراردادی  
مستلزم ورود ضرر به یکی از طرفین باشد ، در صورتی که ضرر مذکور گزاف و غیر  
متعارف باشد ، الزام به انجام تعهد که حکمی ضرری است برداشته شده است ، متعهد  
از اجرای تعهد معاف می گردد .

۲ - در تمام مواردی که با اعمال قاعده لاضرر ، از متضرر رفع مسئولیت می شود ،  
وی نباید در ایجاد ضرر و یا موجبات ضرر تقصیر و یا اقدامی نموده باشد .

۳ - در صورت تراحم ضرر متعهد و متعهد له ، علاوه بر نفس ضرر باید به نوع آنها  
نیز توجه شود و با عنایت به ادله ، مرجحات و اهمیت هریک ، یکی بر دیگری  
ترجیح داده شود . به عنوان مثال اگر اجرای تعهد منجر به ضرر جانی برای متعهد و

ضرر مالی برای متعهد له گردد به دلیل اهمیت ضرر جانی، این ضرر، مقدم و تعهد  
رفع می گردد.

ادامه دارد



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



پښتونستان ښار علمي او مطالعاتي مرکز  
پښتونستان ښار علمي مرکز