

دو فصل نامه علمی - اختصاصی فقه و حقوق معاصر

سال چهارم، شماره هفتم، پاییز و زمستان ۱۳۹۷

صفحات ۳۷ تا ۵۴

بررسی ادله قاعده میسور در قرآن و احادیث و کاربرد قاعده در حقوق موضوعه‌ی ایران^۱

مرتضی طبیبی^۲

عباس نیازی^۳

چکیده

قاعده میسور یکی از قواعد اصطیادی فقه است که کمتر مورد تفقه حقوقی قرار گرفته است. این قاعده در پی آن است که هرگاه انجام تکلیفی برای مکلف مشکل شد یا نمی تواند کاملاً آن را انجام دهد بطور کلی ساقط نمی شود بلکه آن اندازه که ممکن و مقدور باشد باید انجام شود. این قاعده در حقوق به معنای تضييع حق متعهدله یا محکوم له نیست بلکه به معنای انجام تعهد یا اجرای تعهد یا حکم تا حد ممکن است که با بیان امثله ای قانونی سعی در تشریح آن در حقوق ایران داریم. بنابراین ابتدا مستندات این قاعده و دامنه آن و سپس تفاوت های این قاعده با قواعد مشابه فقهی مورد بررسی قرار گرفته و نمونه هایی از این قاعده در حقوق خصوصی و جزا بیان شده است. در نتیجه ی این تفقه معلوم شد که این قاعده در حقوق موضوعه ایران موجود و موثر است.

واژگان کلیدی: میسور، مستحب، واجب، تکلیف، حقوق.

^۱ - تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۸/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۱۳

^۲ - عضو هیئت علمی و مدیر گروه حقوق، دانشگاه اصفهان، ایران

^۳ - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان؛ قاضی دادگستری شهری. abasniazi@ut.ac.ir

مقدمه

در فقه قواعد به دو دسته منصوص و اصطیادی تقسیم می شوند. قواعد منصوص به آن دسته از قواعد اطلاق می گردد که در یکی از منابع سه گانه قرآن، سنت نبوی و سنت اهل بیت(ع) وارد شده اند و قواعد اصطیادی قواعدی هستند که فقها آن ها را از مجموعه روایات و یا احکام برگرفته اند. (مبلغی، ۱۳۸۳، ۱۶۳)

قاعده میسور، یکی از قواعد فقهی اصطیادی است و مضمون آن این است که هرگاه انجام تکلیفی به صورت کامل با تمام اجزا و شرایط یا تمام مصادیق آن، دشوار یا ناممکن شود، اما به جا آوردن بخشی از آن که برای مکلف ممکن و مقدور است آن بخش از عهده او ساقط نمی گردد. (مشایخی، ۱۳۸۳، ۱۷۵) در حجیت این قاعده اختلاف نظر است، ولی بیشتر اصولیون، آن را حجت می دانند. و فقها بیشتر در عبادات به آن تمسک نموده اند، هر چند در معاملات و حدود و قصاص و دیات نیز این قاعده کاربرد دارد. (عمید زنجانی، ۱۳۸۸، ۱۶۶؛ مرادی ۱۳۹۲، ۳۴۰؛ عمید زنجانی، ۱۳۹۱، ۲۲۸) و برخی آن را جزء قواعد عمومی دسته بندی کرده اند (نوحی، ۲۷، ۱۳۸۶) این قاعده در عام استغراقی و کل حقیقی جاری می شود، اما در عام مجموعی، عام بدلی و کل جعلی جاری نمی شود. پس این قاعده بر فرد و مصادقی که دارای اجزاء نیست، قابل انطباق نیست. (مظفر، بی تا، ج ۱، ص ۴۰؛ امامی و میرمحمدی، ۶۳، ۱۳۹۳) بنابراین به دلیل اختلافات موجود ابتدا به بررسی ادله این قاعده در قران و ادله و سپس کاربرد آن در مباحث حقوقی می پردازیم.

ادله قاعده

میسور اسم مفعول از یسر است (الزبیدی، بی تا، ج ۶۴۳/۷) و در لغت به معنای سهل شدن و آسان گردیدن است. (دهخدا، ۱۳۹۰) و مخالف آن معسور است. که مستندات قاعده به ترتیب زیر است.

۱- قرآن

برخی معتقدند آیات قرآن جزئی از مستندات این قاعده نیست اما می‌توان با آیه‌هایی مانند آیه ۶۰ سوره مبارکه انفال «وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ» و آیه ۱۶ سوره تغابن «فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ» به این مطلب استحضار یافت. (عمید زنجانی، ۱۳۸۸، ۱۶۸) و برخی دلیل قرآنی این قاعده را آیه ۹۷ سوره مبارکه آل عمران دانسته‌اند. (بجنوردی ۱۳۷۷/ج ۴، ۱۲۸) و عده‌ای مهمترین دلیل این قاعده را آیه شریفه اخیر دانسته‌اند (زراعت، ۱۳۸۸، ۳۴) که باری تعالی می‌فرماید: «... وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا...» به این معنا که برای خدا حج آن خانه بر عهده مردم است [البته بر] کسی که بتواند به سوی آن راه یابد. که برخی از مفسران آن را بدین گونه تفسیر نموده‌اند که هر کس به هر مقداری از حج را که می‌تواند باید انجام دهد. (زراعت، ۱۳۸۸، ۳۵) و تکلیف و وظیفه، به مقدار توان است. توان فرد از نظر مالی و بدنی، و فراهم بودن شرایط بیرونی. (قرآتی، ۵۷۱، بی تا)

در تفسیر آیه ۶۰ سوره انفال آمده است که به تناسب دستورات گذشته در زمینه‌ی جهاد اسلامی در این آیه به یک اصل حیاتی که در عصر و زمان باید مورد توجه مسلمانان باشد اشاره میکند و آن لزوم آمادگی رزمی کافی در برابر دشمنان است یعنی در انتظار نمانید تا دشمنان به شما حمله کنند و آنگاه آماده مقابله شوید بلکه از پیش باید به حد کافی آمادگی در برابر هجوم‌های احتمالی دشمن داشته باشید. تعبیر آیه به قدری وسیع است که بر هر عصر و زمان و مکانی کاملاً تطبیق می‌کند (مکارم شیرازی ۱۳۷۴/ج ۲، ۱۶۴)

و در تفسیر آیه ۱۶ سوره تغابن در کتاب انوار القرآن (از کتب تفسیر اهل سنت) در ذیل این آیه شریفه آمده است: «چنان که در حدیث روایت ابوهریره آمده است که رسول خدا ص فرمودند: إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم، وما نهيتكم عنه فاجتنبوه: چون شما را به امری فرمان دادم پس تا آنجا که می‌توانید آن را انجام دهید و از آنچه که شما را از آن نهی می‌کنم، بپرهیزید». «و بشنوید و اطاعت کنید» یعنی: آنچه را که بدان فرمان داده می‌شوید بشنوید، از اوامر اطاعت کنید و در همه حال تسلیم امر خدا و رسول وی باشید «و خیری را برای خودتان انفاق کنید.» (مخلص، بی تا، ج ۱/۱۶)

۲-۱ روایات

علاوه بر این آیه شریفه احادیثی نیز مستند این قاعده است. روایت اول از حضرت رسول اکرم صلی الله علیه و آله می باشد به این بیان، «اذا امرتکم بشیء فاتوا منه ما استطعتم و اذا نهیتکم عن شیء فدعوه.» علت بیان این روایت چنین است که روزی پیامبر درباره اهمیت حج صحبت می فرمودند یکی از اصحاب از حضرت پرسید، آیا حج هر ساله واجب است؟ آن حضرت پاسخ ندادند آن مرد دوباره پرسید پیامبر صلی الله علیه و آله سکوت کردند مرتبه سوم که پرسید حضرت در جواب او فرمودند. وای بر تو آیا اطمینان داری که نه خواهیم گفت؟ اگر بگویم «بلی» همه ساله حج بر شما واجب می شود و شما نمی توانید انجام دهید آنگاه آن بزرگوار فرمودند: «اذا امرتکم بشیء فاتوا منه ما استطعتم.» یعنی هرگاه به شما دستوری می دهم تا آن اندازه که می توانید آن را انجام دهید. این حدیث در مدارک اهل سنت مثل سنن بیهقی و سنن نسائی و صحیح بخاری و مسند احمد نیز آمده که نهایتاً ناقل حدیث ابوهزیره است. (مکارم شیرازی، ج ۳/۱۴۲۸، ۱۷۳؛ شریف مرتضی، ج ۲/۱۴۱۴، ۲۴۴؛ صحیح البخاری ج ۹: ۱۱۷، مسند أحمد ج ۲: ۵۰۸ به نقل از حلی، ج ۷/۱۴۰۵، ۹۸.)

روایت دیگر از حضرت علی علیه السلام است که فرمودند «المیسور لایسقط با لمعسور.» بدین معنا که اگر انجام تکلیفی به نحو شایسته مشکل باشد یا بطور کلی مقدور نباشد آن قسمت از تکلیف که مقدور و ممکن است باید انجام گیرد. (محقق ثانی، ج ۲/۱۴۱۴، ص: ۲۰۳؛ شهیدثانی ج ۱، ۵۲۹) برخی اسم قاعده را با متن همین حدیث مطرح می کنند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ۷۸۰؛ نوحی، ۱۳۸۶، ۶۲) این حدیث از کتاب عوالی اللئالی نقل شده است و مدرکی برای این حدیث ذکر نشده است. (جمعی از پژوهشگران ج ۳، ۲۷۹؛ لنکرانی، ۱۳۸۵، ۱۱۵) لیکن آنچه در آن کتاب موجود می باشد، به نقل از رسول خدا صلی الله علیه و آله است. (احسائی، ج ۴/۱۴۰۵، ۵۸؛ جمعی از پژوهشگران ج ۳، ۲۷۹) مثال فقهی این مطلب آن است که اگر نماز که باید با جمیع اجزاء و شرائط و ایستاده مکلف اتیان نماید نتواند ایستاده نماز را بجا آورد باید نشسته نماز را بخواند. (علیزاده، ۱۳۸۳، ۴۲) روایت سوم نیز از حضرت علی (علیه السلام) است، که فرمودند: «ما لا یدرک کله یترک کله.» (عاملی بی

تا ج ۱، ۲۱۲) یعنی تکلیفی را که مکلف نمی تواند تمام آن را انجام دهد نباید تمام آن را ترک کند بلکه آنچه را که می تواند انجام دهد.

این روایات از دو منظر مورد بحث فقها قرار گرفته است: اولاً از نظر حجیت و ثانیاً از حیث دلالت. (نراقی، ۱۴۱۷؛ ۲۶۱) از نظر حجیت اگر چه سند آنها ضعیف است (امام خمینی، ج ۲/۳۸۶، ۳۷۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۴، ج ۳، ۱۷۳، نوحی، ۱۳۸۶، ۶۲) اما چون فقهاء بزرگوار به آن عمل کرده اند ضعف سند جبران شده است. (نراقی، ۱۴۱۷، ۲۶۱؛ بجنوردی، ج ۴/۱۲۹، ۱۳۷۷؛ علیزاده، ۱۳۸۳، ۴۲) و مطابقت این قاعده را با حکم عقل را اماره اعتبار آن دانسته اند. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲، ۳۰۳)

اما از حیث دلالت بدین معنا که طبق این قاعده، هرگاه مولا یا قانون گذار، موضوع مرکبی مثل نماز را که از اجزا و شرایط مخصوص ترکیب یافته است، از مکلف طلب کند، و یا به یک موضوع کلی دارای مصادیق مثل اکرام علما امر نماید، ولی مکلف از امتثال آن مرکب (نماز) یا عام (اکرام علما) به صورت کامل، عاجز گردد، برای مثال، به علت تنگی وقت نتواند سوره را بخواند یا نتواند در حال ایستاده اقامه نماز نماید یا به دلیل عدم دسترسی به آب برای شستن لباس، نتواند در لباس طاهر نماز بخواند، یا در مثال اکرام علما، قدرت اکرام تمام آنها را نداشته باشد، مشهور بر این اعتقادند که وی باید همان مقدار ممکن و میسور را انجام دهد؛ یعنی در مثال های بالا، مکلف باید بدون سوره یا نشسته یا در لباس نجس، نماز بخواند و یا علما را به هر تعداد که از او عهده بر می آید، احترام نماید.

و در شمول یا عدم شمول این قاعده در مستحبات اختلاف است چرا که میسور از عهده مکلف و از ذمه مکلف، به سبب اینکه بعضی از اجزای معسور است و به سبب اینکه بعضی از اجزای دایره قدرت بیرون است، آن که داخل در دایره قدرت است به جای اولیه خودش باقی است. و مستحبات را در بر نمی گیرد چه آن که در ذمه ثابت نیست تا اینکه سقوط پیدا کند و دیگر اینکه ضمیر که در (لایسقطه) است در خودی میسور بر نمی گردد نه اینکه به حکم میسور بر گردد که کلمه حکم واجب و مستحب را می گیرد تا اینکه نتیجه این شود که حکم میسور چه واجب باشد یا مستحب باشد بواسطه معسور ساقط نمی شود. (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷، ج ۱۳ / ۱۹۰، بعد) و مدعی اند با القاء خصوصیت و یا تنقیح مناط نمی توان

مفاد حدیث را در مستحبات نیز جاری دانست. و چنانچه مفاد حدیث این باشد که: میسور هر حکمی که دارد (خواه واجب یا مستحب) ساقط نمی‌شود، قاعده بر وجوب باقی دلالت ندارد، بلکه بر مطلق رجحان دلالت می‌کند. (نوحی، ۱۳۸۶، ۶۴)

در پاسخ گفته اند مستحب هم یک نوع ثبوت ضعیف تر از وجوب را دارد به دلیل اینکه شارع در مستحب امر دارد و ثواب بر آن ترتیب می‌کند و لو ثبوتش الزامی نیست مکلف اختیار دارد که انجام بدهد ثواب مستحق شود یا اینکه ترک کند ثواب و مستحق نشود اگر چه ترکش عقاب ندارد. (لنکرانی، ۱۳۸۵، ۱۱۷؛ باقری، ۱۳۹۲) و دیگر آنکه عبارت «فأتوا» که در حدیث نبوی آمده است در واجب و مستحب استعمال می‌شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۴، ج ۱۳/۱۷۶؛ انصاری، ۱۴۲۷، ۵۳۴) و ملاک در تعیین میسور را مطلقاً عرف دانسته اند خواه در موضوعات عرفی و یا در موضوعات شرعی زیرا موضوع قاعده، طبیعت مأموریه است و برای عرف، تشخیص میسور از طبایع مأمور به ممکن می‌باشد. (نوحی، ۱۳۸۶، ۶۵)

۱-۳ اجماع

دلیل دیگر قاعده اجماع بیان شده است به این صورت که اگر امری تعلق به مرکب گرفت و بعضی از اجزا مرکب را مکلف نتوانست به جا آورد یا با سختی غیر عادی به جا می‌آورد مطلوبیت امر نسبت به باقی مرکب از بین رفته است. البته از آنجایی که بر این قاعده دلیل در قرآن و روایت بیان شده است نوبت به اجماع نمی‌رسد. (مشایخی، ۱۳۸۳، ۱۷۷)

۱-۴ استصحاب

می‌دانیم که کل اجزا قبل از معسور شدن واجب بوده است حال با معسور شدن شک می‌کنیم سایر اجزا باقی است یا خیر که با استصحاب می‌گوییم اجزا باقی مانده که عسری ندارد واجب هستند. (بجنوردی، ۱۳۷۷، ۱۴۱، ج ۴؛ محمدی، ۱۳۷۷، ۲۸۵)

۱-۵ بنای عقلا

بنای عقلا نیز مویدی بر این قاعده است چرا که مثلاً اگر کسی نتواند تمام دین خود را بدهد کسی او را بری الذمه نمی‌داند. (آخوند خراسانی، ۳۰۲، ۱۴۰۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳/۲) و عقلا در زندگی خود به این قاعده تمسک می‌کنند. (عمید زنجانی، ۱۶۹، ۱۳۸۸) اما این بحث همواره وجود داشته که آیا شرطیت قدرت برای تکلیف عقلی است یا شرعی؟ بیشتر فقها و بلکه مشهور فقها معتقدند «قدرت» شرط عقلی است و بنابراین در موارد غیر مقدور هیچ گونه حکم و تکلیفی وجود ندارد. ۱۸ قاعده میسور ناظر به احکام و تکالیفی با درجات و ابعاد مختلف است که مکلف (فرد) بر بعضی ابعاد و درجات آن قدرت دارد و در مورد برخی ابعاد فاقد قدرت و توانایی است. بر اساس این قاعده، اگر بخشی از یک مأموریت یا تکلیف از حیثه قدرت فرد خارج باشد، به دلیل عدم قدرت بر بخشی از عمل و ترک آن، نمی‌توان حوزه‌های مقدور و ابعادی را که تحت قدرت قرار داده نیز ترک کرد و کنار نهاد، زیرا بر اساس قاعده مزبور «بخش مقدور و میسور به دلیل وجود بخش معسور و غیر مقدور قابل ترک نیست». (آخوند خراسانی، ۳۷۲، ۱۴۰۹؛ سجادی، ۱۶۹، ۱۳۸۰)

۲- تفاوت قاعده میسور با قواعد «لاضرر» و «نفی عسر و حرج»

با توجه به اینکه این قاعده ممکن است با قواعد نزدیک اما متفاوتی از جمله لاضرر و نفی عسر و حرج مشابه به نظر بیاید تفاوت آنها در ادامه تبیین می‌شود.

۲-۱ تفاوت با قاعده لاضرر

قاعده لاضرر به معنی نفی هر گونه ضرر و اضرار در اسلام است. (موسوی رکنی، ۷۸، ۱۳۹۳) و برخی منظور از نفی ضرر را نفی احکام ضرری می‌داند؛ یعنی «لا» در معنای نفی به کار رفته و کلمه «حکم» را باید در تقدیر گرفت؛ بنابراین، مراد این است که «لا حکم ضرری فی الاسلام» یعنی در اسلام احکامی که موجب ضرر بر بندگان باشد وجود ندارد. (انصاری، ۵۳۳، ۱۴۲۷) برخی منظور از قاعده لاضرر را نفی حکم به لسان نفی موضوع دانسته که مانند آن در اخبار فراوان است، مثل «لا شک لکثیر الشک» یعنی کسی که بسیار شک کند،

شک او شک نیست به بیان دیگر، موضوعاتی که دارای حکم هستند، اگر با عنوان اولیه شان، سبب ضرر بشوند، حکم آن برداشته می شود موضوعاتی مانند بیع و وضو که احکامی مانند وجوب و لزوم دارند، اگر موجب زیان گردند، احکام آنها برداشته می شود؛ یعنی اگر وضو موجب ضرر گردد، حکم وجوب آن برداشته می شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۳۷۱) و برخی آن را نفی ضرر غیر متدارک دانسته، یعنی هر کس به یگری ضرر بزند، موظف است آن را تدارک و تلافی کند و ضرری که جبران نداشته باشد در اسلام وجود ندارد. (نراقی، ۱۴۱۷، ۴۳)

حال آن که چنان که گفتیم در قاعده میسور امری که دارای اجزایی است و اجرای بخش یا بخش هایی از آن میسر است به دلیل معسر شدن، بخش های دیگر ساقط نمی شود. بلکه فقط مقدار معسور تکلیف را ساقط کرده یا تکلیف میسوری جایگزین را بر مکلف بار می کند. (مرادی، ۱۳۹۲، ۳۴۰)

۲- تفاوت با قاعده نفی عسر و حرج

قاعده نفی عسر و حرج یکی از قواعد مهم و اساسی فقه اسلامی است که در بسیاری از ابواب وضعی و تکلیفی جریان دارد (محقق داماد، ۱۴۰۴، ج ۲/۷۷؛ مرادی، ۱۳۹۲، ۳۲۸) مفهوم قاعده این است که هرگاه انجام تکلیفی برای مکلف با مشقت و سختی تحمل ناپذیر، همراه شود، انجام دادن آن از عهده مکلف ساقط می شود. (نجفی، ج ۲۷/۲۰۹)

حال آنکه در قاعده میسور هرگاه انجام دادن تکلیفی به صورت کامل با تمام اجزا و شرایط یا تمام مصادیق آن دشوار یا ناممکن شود، به جا آوردن بخشی از آن، که برای مکلف ممکن و مقدور هست، از عهده او ساقط نمی شود، و این قاعده اصولاً برای از میان برداشتن مقداری از تکلیف است که به طور نامتعارف، مشقت بار و سخت شده است و هدف آن دخل و تصرف در اصل تکلیف نیست.

۳- بررسی قاعده در حقوق موضوعه ایران

بیشتر آمد که از قاعده میسور بیشتر در عبادات استفاده شده است اما این قاعده عقلی در معاملات نیز کارایی دارد و می‌تواند در حقوق نیز مورد استفاده قرار گیرد.

۳-۱ در حقوق خصوصی

به عنوان مثالکارایی قاعده در حقوق خصوصی آنکه فقها معتقدند باید در عقد ازدواج سعی شود که فقط از مشتقات دو واژه نکاح و زواج استفاده گردد و چنانچه در موردی امکان ادای آن به زبان عربی برای طرفین میسر نباشد و فراگیری آن هم امکان نداشته باشد، و اجرای صیغه با وکالت نیز ممکن نباشد، در آن صورت زن و مرد که می‌توانند با زبانهای دیگر (مثل فارسی) اجرای صیغه نمایند، البته الزاماً باید از جملاتی استفاده شود که دقیقاً جایگزین واژه‌های نکاح و زواج و مشتقات آنها، باشد وگرنه باطل خواهد بود. (طاهری ۱۴۱۸، ج ۳/۱۲۲) ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی همین امر را در فرض عدم قدرت تکلم بیان می‌دارد و اشعار داشته «هر گاه یکی از متعاقدين يا هر دو لال باشند عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می‌شود مشروط بر این که به طور وضوح حاکی از انشای عقد باشد.»

ماده ۱۹۲ قانون مدنی نیز در باب عقود و تعهدات به طور کلی به این مهم اشاره می‌کند و بیان نموده است «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد، اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی است.»

در مواد ۵۶ و ۶۰ از قانون مدنی که حاکم یا قائم مقام او، قبض یا قبول موقوفه ای که وقف مصالح عامه یا اشخاص غیر محصور شده است را انجام می‌دهد از مصادیق قاعده میسور در حقوق مدنی است. زیرا لزوم قبول یا قبض حتی با وجود محدود نبودن موقوف علیهم ساقط نشده و آن چه که میسور است - یعنی اجرای این تکلیف از سوی حاکم - باید انجام شود. و همچنین ماده ۸۹ قانون یاد شده در فروش مال موقوفه بیان می‌دارد اگر بیم خرابی بخشی از موقوفه برود تنها همان قسمت به فروش برسد. و در واقع تنها بخشی که ادامه استفاده از آن میسور نیست به فروش می‌رسد.

ماده ۱۷۲ قانون پیش گفته نیز بر یابنده حیوان گمشده بدو امر به رد حیوان به صاحب حیوان می نماید و در صورت عدم شناسایی مالک رد حیوان به حاکم را از باب میسور بودن، امر می کند البته این امر منوط به یافتن حیوان ضاله و در اختیار گرفتن اوست و الا در صورت دیدن و رها نمودن حیوان یابنده مسئولیتی نخواهد داشت. (عمیدزنجانی، ۱۳۸۸، ۱۷۰)

علاوه بر موارد فوق در قانون مدنی «متعهد نمی تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند نظر به وضعیت مدیون، مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد.» (ماده ۲۷۷) که در واقع آن بخش که از تعهد که اجرای آن برای متعهد میسر است اجرا گردد. (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ۳۱۷) این موضوع به اعسار نیز نزدیک است. و البته نباید به بهانه ای واهی حق متعهدله نادیده گرفته شود چه آن که هر انجام تعهدی برای هر متعهدی سخت است.

ماده ۲۳۸ قانون مدنی نیز اشعار می دارد «هر گاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدر باشد، حاکم می تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.»

که به روشنی بیانگر این مطلب است که در شرط فعل هر چند ابتدا خود مشروط علیه متعهد است اما اگر وی ایفای تعهد ننمود به هزینه وی توسط دیگری تعهد انجام می گیرد و تا آنجا که ممکن است باید قرارداد پابرجا باقی بماند حتی اگر این امر متضمن هزینه اضافی باشد زیرا المیسور لایسقط المسعور. (عمیدزنجانی، ۱۳۸۸، ۱۷۴)

در ماده ۲۷۸ همان قانون گفته شده است «اگر موضوع تعهد عین معینی باشد تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد می شود اگر چه کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است ...» و در ماده ۶۲۰ نسبت ید امانی آمده است «که امین باید مال ودیعه را به همان حالی که موقع پس دادن موجود است مسترد دارد و نسبت به نواقصی که در آن حاصل شده و مربوط به عمل امین نباشد ضامن نیست.» و در حکم عامی تمامی امانا در ماده ۶۳۱ نسبت مال امانی تا پیش از مطالبه یا سر رسید تحویل در عقود امانی مالکی ضامن

خسارت وارده به مال نیستند اما اگر مال مطالبه شود ایشان نمی‌توانند به دلیل آنکه ماهیت اولیه مورد امانت تغییر یافته یا نقصی در آن حادث شده از استرداد آن خود داری کنند و به استناد قاعده میسور تکلیف امین در رد مال، که میسور است با کسر یا نقصان آن ساقط نمی‌شود. (عمید زنجانی، ۱۳۸۸، ۱۷۷)

در خصوص غصب غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین، تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد. (ماده ۳۱۱) که این رد مثل یا قیمت یا دادن بدل حیلوله در واقع بخش میسور است که باید انجام شود.

یکی دیگر از نمونه های استفاده از این قاعده در صورتی است که موصی تمام اوصیا را به نحو اجتماع منصوب نماید، و هیچ یک از آنان بدون موافقت دیگران نمی‌توانند مبادرت به تصرف نمایند، بلکه بایستی تمامی تصرفات با هماهنگی یکدیگر انجام پذیرد.

در این صورت، هرگاه اجتماع و هماهنگی آنان میسور نباشد، فقها می‌گویند: در امور ضروری مانند هزینه یتیم و یا مخارج لازم در مال مشرف به خرابی، تصرف انفرادی هر یک مانعی ندارد و در غیر امور ضروری، بایستی اجتماع نمایند؛ و اگر حاضر به اجتماع و همبستگی نشوند، حاکم نخست آنان را مجبور می‌نماید و اگر تن به حکم حاکم نداده و حاضر به اجتماع نشوند، آنان را عزل نموده و افراد دیگری را به جای آنان منصوب می‌نماید. (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۵، ۲۰۴)

همچنین نمونه دیگر قاعده در قانون مدنی خیار تبعض صفقه است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ۳۱۷) یعنی هنگامی که مال مورد معامله مقذور التسلیم به صورت کامل نبوده ولی بخشی از آن قابل تسلیم است می‌بایست آن بخش تسلیم گردد هر چند عقد نسبت به بعض دیگر که قابل تسلیم نبوده باطل باشد. (ماده ۳۷۲) و همچنین است در جایی که بخشی از مبیع مالیت نداشته و بخشی از آن مالیت دارد. (ماده ۴۳۴) (عمید زنجانی، ۱۳۸۸، ۱۷۶)

در حقوق تجارت نیز در واقع طلبکاران بدون حق وثاقت یا رهن و اولویت تنها به میزانی از طلب خود که از اموال ورشکسته ایفاد آن میسر است دست می یابند و برای دریافت الباقی طلب خویش باید امید به ملی شدن ورشکسته داشته باشند.

در قانون آیین دادرسی مدنی نیز هرگاه خواهان نتواند آدرس محل اقامت خوانده را معرفی کند قانون گذار بیان می دارد: « در صورتی که خواهان نتواند نشانی خوانده را معین نماید یا ... از تعیین نشانی اعلام ناتوانی کند بنابه درخواست خواهان و دستور دادگاه مفاد دادخواست یک نوبت در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار به هزینه خواهان آگهی خواهد شد...» که در واقع این امر طریق میسر برای آگاه نمودن خوانده است که تعرفه اقامتگاه او برای خواهان معسور است.

۳-۲ در حقوق کیفری

در حقوق کیفری نیز اجرای مجازات شلاق تعزیری در صورت بیماری محکوم که به تشخیص پزشک قانونی یا پزشک معتمد دادگاه، محرز باشد و اجرای حکم موجب تشدید بیماری یا تأخیر در بهبودی او شود چنانچه امیدی به بهبودی بیمار نباشد یا دادگاه مصلحت بداند یک دسته تازیانه یا ترکه مشتمل بر تعداد شلاق که مورد حکم قرار گرفته است تهیه و یکبار به محکوم علیه زده می‌شود. (ماده ۲۸۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸) در خصوص قصاص نیز اگر بخواهند مثلا دست کسی را قطع کنند و دست فاقد چند انگشت باشد نسبت به باقی مانده دست اجرای قصاص می نمایند. (عمید زنجانی، ۱۳۸۸، ۱۶۶) البته در حدود و قصاص و دیات امکان اجرای قاعده در جایی است که معسور و میسر هر دو مقصود شارع باشد. یعنی بدل و مبدل منه، جانشین یکدیگر باشند که به غیر از مثال مطرح به نظر امکان اجرای قاعده در این سه مجازات مقدر وجود نداشته باشد. (عمید زنجانی، ۱۳۹۱، ۲۳۰)

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص شرایط آزادی مشروط آمده است «به تشخیص دادگاه محکوم تا آنجا که استطاعت دارد ضرر و زیان مورد حکم یا مورد موافقت

مدعی خصوصی را بپردازد یا قراری برای پرداخت آن ترتیب دهد.» (بند پ ماده ۵۸) تا بتواند در کنار سایر تکمیل و احراز شرایط از آزادی مشروط استفاده نماید.

حکم در ماده ۶۶۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ در رفتار با سارق به صورت اخص بدین شکل آمده که «در کلیه‌ی موارد سرقت و ربودن اموال مذکور در این فصل دادگاه علاوه بر مجازات تعیین شده سارق یا رباینده را به رد عین و در صورت فقدان عین به رد مثل یا قیمت مال مسروقه یا ربوده‌شده و جبران خسارت وارده محکوم خواهد نمود» و به شکل اعم در ماده ۲۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز توسط قانون گذار بدین بیان پیش بینی شده است که: «مجرم باید مالی را که در اثر ارتکاب جرم تحصیل کرده است، اگر موجود باشد عین آن را و اگر موجود نباشد مثل آن را و در صورت عدم امکان رد مثل، قیمت آن را به صاحبش رد کند و از عهده خسارات وارده نیز برآید. هرگاه از حیث جزائی وجهی برعهده مجرم تعلق گیرد، استرداد اموال یا تأدیه خسارت مدعیان خصوصی بر آن مقدم است».

در موضوع ابلاغ احضاریه متهم نیز در صورتی که به هیچ نحوی امکان ابلاغ میسر نشود، قانونگذار به نشر احضاریه از طریق روزنامه اذن داده است. لذا در ماده ۱۷۴ آیین دادرسی کیفری مقرر می دارد «هرگاه ابلاغ احضاریه به لحاظ معلوم نبودن محل اقامت متهم ممکن نباشد و اقدامات برای دستیابی به متهم به نتیجه نرسد و ابلاغ نیز به طریق دیگر میسر نگردد، متهم از طریق انتشار یک نوبت آگهی در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار ملی یا محلی و با ذکر عنوان اتهام و مهلت یکماه از تاریخ نشر آگهی، احضار می‌شود. در اینصورت، بازپرس پس از انقضاء مهلت مقرر به موضوع رسیدگی و اظهار عقیده می‌کند.»

همچنین برخی نیز این قاعده را در شمار قواعدی که در حقوق عمومی کاربرد دارد آورده و ذیل قواعد ترخیصی و مبانی حقوق عمومی اسلامی بدان پرداخته اند. (عمید زنجانی و محمدی، ۱۳۸۵، ۳۱)

نتیجه گیری

ابتدا به ادله قاعده میسور پرداختیم و بیان شد هر چند سند احادیث مورد استناد این قاعده ضعیف دانسته شده اما با توجه به عمل به آنها از سوی فقها ضعف احادیث مرتفع شده و با استناد به آیاتی از قرآن و استصحاب و بنای عقلا به این قاعده عمل می شود و دامنه آن در واجبات و مستحبات و احکام تکلیفی و وضعی شناخته شد و عرف را مبنای تعیین کننده قاعده دانسته شده است. و تفاوت این قاعده با قواعد مشابه یعنی لاضرر و نفی عسر و حرج بیان شد. در فقه بیشتر کارکرد این قاعده را در باب عبادات بیان نموده اند اما در معاملات نیز این قاعده کارایی دارد و از همین روی در حقوق مدنی و کیفری و عمومی نیز قاعده میسور می تواند استفاده شود کما اینکه در صورت عدم دسترسی به متهم و میسر نشدن ابلاغ به وی احضاریه از طریق روزنامه منتشر می شود و امثله دیگری که از قوانین بیان شد.



منابع

۱. قرآن کریم
۲. احسائی، ابن ابی جمهور، محمد بن علی ۱۴۰۵ هـ ق، عوالی اللئالی العزیزیه، ۴ جلد، دار سید الشهداء للنشر، قم - ایران، اول.
۳. امامی میبدی ابوالفضل، میرمحمدی میبدی سیدمصطفی ۱۳۹۳ «بررسی فقهی انتخاب اصلح و صالح مقبول»، معرفت سیاسی، سال ششم، شماره اول، پیاپی ۱۱، بهار و تابستان
۴. انصاری مرتضی، ۱۴۲۷، فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی
۵. باقری محمد هادی، ۱۳۹۲، قاعده المیسور طبق روایات المیسور، قابل مشاهده در <http://ahllbet.blogfa.com/post/۱۰>
۶. بهرامی احمدی حمید، قواعد فقه، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع) ۱۳۹۰،
۷. جعفری لنگرودی محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲
۸. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۳ جلد، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۶ هـ ق
۹. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ هـ ق)، تذکره الفقهاء (ط - الحديثه)، ۱۴ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول.
۱۰. خراسانی، محمدکاسم، ۱۴۰۹، کفایه الاصول، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
۱۱. خمینی سید روح اله، مناهج الوصول الی علم الاصول، مؤسسه تنظیم و نشر امام خمینی (ره)

۱۲. دهخدا، علی اکبر(بی تا)، لغت نامه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، لوح فشرده، روایت دوم
۱۳. الزبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دارالفکر.
۱۴. زراعت، عباس، (۱۳۸۸)، قواعد فقه مدنی، تهران، انتشارات جنگل.
۱۵. سجادی، سید عبدالقیوم، ۱۳۸۰، دیپلماسی و رفتار سیاسی در اسلام (۲)، دانشگاه باقرالعلوم (ع) شماره ۲۰
۱۶. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، (۱۴۰۵ ه ق) رسائل الشریف المرتضی، ۴ جلد، دار القرآن الکریم، قم - ایران، اول.
۱۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۲۱ ه ق)، رسائل الشهید الثانی (ط - الحدیث)، ۲ جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، چ اول.
۱۸. طاهری، حبیب الله، (۱۴۱۸ ه ق) حقوق مدنی، ۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم ایران، چاپ دوم.
۱۹. ظفر، محمدرضا، بیتا، اصول الفقه، قم، اسماعیلیان
۲۰. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، (بی تا) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - القدیمة)، ۱۱ جلد، دار احیاء التراث العربی، بیروت - لبنان، اول.
۲۱. علیزاده، عباسعلی (۱۳۸۳)، قضاوت در اسلام، قسمت ۲۶، ماهنامه قضاوت، سال سوم، آبان.
۲۲. عمید زنجانی، عباسعلی، و محمدعلی محمدی (۱۳۸۵)، منابع و مبانی حقوق عمومی در اسلام، نشریه حقوق خصوصی، شماره یازدهم، پاییز و زمستان.
۲۳. عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۸، قواعد فقه بخش حقوق خصوصی، تهران، نشر سمت

۲۴. عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۹۱، قواعد فقه بخش حقوق جزا، تهران، نشر سمت
۲۵. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۷۷) سیری کامل در اصول فقه، تقریرات درس خارج اصول ۱۶ جلد (فارسی) قم، فیضیه .
۲۶. قرائتی، محسن، (بی تا)، تفسیر نور، سوره آل عمران، تهران، مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن.
۲۷. کرکی عاملی، محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ه ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۱۳ جلد، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم - ایران، دوم.
۲۸. لنکرانی فاضل موحد، محمد، ۱۳۸۵، ایضاح الکفایه، گردآورنده محمد حسینی قمی، نشر نوحی، قم
۲۹. مبلغی، احمد، (۱۳۸۳)، نگاهی تاریخی و تحلیلی به قواعد نبوی، مجله فقه اهل بیت، شماره ۳۹ و ۴۰.
۳۰. محقق داماد، سید مصطفی ۱۴۰۶ قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی
۳۱. محمدی، ابوالقاسم ۱۳۷۷ قواعد فقه، تهران، دادگستر.
۳۲. مرادی خدیجه ۱۳۹۲، تحلیل مبانی تعدیل قضایی در حقوق ایران و فقه امامیه، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهارم و ششم، شماره دوم، پاییز و زمستان
۳۳. مشایخی، قدرت اله، (۱۳۸۳)، قاعده های فقهی، تهران، نشر سمت.
۳۴. مکارم شیرازی ناصر، (۱۴۱۴) انوار الأصول، مقرر: احمد قدسی، مدرسه علی ابن ابی طالب، جلدی ۳، قم.
۳۵. موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن ۱۳۷۷، القواعد الفقهیه، نشر الهادی قم

۳۶. مخلص، عبد الرؤوف، تفسیر أنوار القرآن، (گزیده از سه تفسیر: فتح القدیر شوکانی، تفسیر ابن کثیر و تفسیر المنیر وهبة الزحیلی)، جلد ششم، سوره مبارکه تغابن
۳۷. موسوی رکنی، فاطمه السادات و سید محمد هادی موسوی رکنی، ۱۳۹۳، حق حیات جنین ناپه‌نجان از منظر اخلاق انسانی و منافع عمومی، سال هشتم، شماره سی و یکم، زمستان .
۳۸. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (۱۴۰۴ ه.ق) جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، دار إحياء التراث العربی، هفتم بیروت - لبنان.
۳۹. نجفی، حسن، بی تا جواهر الکلام فی شرح شرایع اسلام، بیروت، دارا حیات التراث العربی
۴۰. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ ه.ق) ، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، در یک جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول.
۴۱. نوحی، محمدرضا، (۱۳۸۶)، قواعد فقهی در آثار امام خمینی، تهران، عروج.

