

ماهیت و قلمرو قاعده نفی عسر و حرج در فقه امامیه

حجت الاسلام علیرضا حقگویان^۱

^۱ دانش آموخته حوزه علمیه قم، دارای مدرک سطح سه (کارشناسی ارشد) از حوزه علمیه قم، محقق و پژوهشگر (نویسنده مسئول)

چکیده

تمامی اندیشه های مبتنی بر آموزه های الهی ارتباط خود با عقل را حفظ کرده اند و در اسلامی این ارتباط با عنوان حسن و قبح عقلی شناخته می شود. تایید عقل در قاعده لاضرر به خوبی تبلور دارد زیرا عقل هیچ گاه حکم به الزام دستوری صادر نمی کند که توان انجام آن وجود ندارد. از جمله مهم ترین مبانی این امر می توان به حدیث لاضرر اشاره کرد که از سوی پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) نقل شده و مبنای استنباط و برداشت های گوناگونی در طی سالیان متمادی قرار گرفته است و اصولیون هر کدام به تبع اندیشه خود از این حدیث شریف استنباط هایی داشته اند. در خصوص قلمرو این قاعده در میان فقها اختلاف نظر های متعددی وجود دارد و قلمرو این قاعده از جهات گوناگونی توسط فقها تقسیم بندی شده است. از جمله تقسیم بندی های ارائه شده می توان به رخصی یا عزیمت بوده این قاعده، جریان آن در عدمیات، شمول آن نسبت به حرج شانی و غیره اشاره کرد که در این نوشتار از طریق روش کتابخانه به بیان آراء اندیشمندان این عرصه و نقد و بررسی نظرات فقها و اصولیون در خصوص مجرای قاعده لاضرر می پردازیم.

واژه های کلیدی: عسر و حرج، اکراه، اضطرار، اجبار، رخصت، عزیمت.

مقدمه

یکی از قواعد مهم و مسلم الصدور در اندیشه فقهی تشیع، قاعده نفس عسر و حرج است که مطابق این قاعده در صورتی که اجرای یک حکم شرعی باعث ایجاد سختی غیر قابل تحمل بر یک فرد شود، انجام آن از ذمه افراد جامعه ساقط می شود. برای اثبات این قاعده از سوی فقها ادله بسیاری مطرح شده است که از جمله آنها می توان به حدیث لاضرر و ماجرای سمره بن جندب اشاره کرد که پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) شخصا در این ماجرا قضاوت کرده و در مقام رسیدگی به اختلاف میان سمره و مرد انصاری حکمی کلی مبنی بر لاضرر وضع کرده اند که مطابق این حدیث شریف هرگاه اعمال حق یکی از افراد متضمن اضرار به غیر باشد، این قاعده تقدم یافته و در نهایت میان قاعده تسلیط و لاضرر، لاضرر مقدم می شود. باید توجه داشت قلمرو قاعده لاضرر در حیثیات مختلفی قابلیت تقسیم و بررسی دارد. از جمله اینکه آیا قاعده لاضرر، رخصت است یا عزیمت و عمومیت داشته که در نتیجه آن، عبادات حرجی محسوب شده یا نشود، یا در شمول قاعده لاضرر نسبت به امور عدمی و اینکه آیا این قاعده مشمول امور عدمی هم می شود یا خیر و آیا با اطلاق ادله اثباتی قاعده لاضرر می توان قواعد عدمی را نیز مشمول این قاعده دانست یا خیر و همچنین در خصوص لزوم فعلیت داشتن حرج برای جریان قاعده لاضرر یا کفایت حرج فعلی در جریان این قاعده در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد که همگی باعث اختلاف در دامنه شمول این قاعده باشد و در این نوشتار با استفاده از روش کتابخانه ای و بررسی آثار اندیشمندان حوزه فقه و اصول اندیشه تشیع به بیان جریان یا عدم جریان قاعده لاضرر در هر کدام از مصادیق مفاهیم فوق پرداخته و همچنین ادله موافقین و مخالفین را ذکر و به ترتیب مورد نقد و بررسی هر کدام از ادله می پردازیم.

۱- مفاهیم

۱-۱- عسر و حرج

عسر در لغت به صعوبت، مشقت و شدت (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۳۱۹؛ ابن اثیر، بی تا، ج ۳، ص ۲۳۵) معنا شده است. گرچه برخی از لغویین عسر را به گونه ای معنا کرده اند که گویا فقط شامل مشقت و سختی مادی (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۵۰) می شود؛ اما به نظر می رسد عسر، هم شامل مشقت مادی است و هم مشقت معنوی و روحی. بر همین اساس است که اگر ادامه زناشویی از نظر مادی مشقت آور نباشد، اما تحمل آن از نظر روحی، خیلی سخت باشد، در عرف از مصادیق عسر به شمار می رود.

حرج به معنای ضیق، تنگی و گناه (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۵۰) آمده است. در آیات قرآن نیز، حرج، علاوه بر معنای مشقت زیاد (حج (۲۲): ۷۸) و تنگی (انعام (۶): ۱۲۵)، در معنای گناه (توبه (۹): ۹۱) نیز به کار رفته است. به نظر می رسد حرج بر طبق معنای اصلی به معنای اجتماع و انبوهی شیء است (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۵۰) حالتی معنوی و روحی ایجاد می کند که از تکلف و تحمل مشقت زیاد در نفس و صدر می باشد (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۲، صص ۱۸۸-۱۸۹). همچنین باید توجه داشت که از نظر لغوی نمی توان حرج را مرادف با ضیق دانست؛ بلکه حرج عبارت است از ضیق شدید (جزری، بی تا، ج ۱، ص ۳۶۱). برخی در تفاوت بین حرج و ضیق گفته اند که: حرج آن تنگی است که راه نفوذی در آن نیست، مانند اجتماع زیادی از درختان که ورود و خروج از میان آنها ممکن نباشد (عسگری، ۱۴۱۲، ص ۱۸۱).

بنابراین تفاوت حرج و ضیق در شدت و ضعف و تنگی است. در برخی آیات قرآن نیز واژه ضیق و حرج در کنار هم ذکر شده اند که ناظر به تفاوت مفهومی آنهاست (انعام (۶): ۱۲۵)

به نظر نگارنده از مجموع آراء لغویین می توان چنین نتیجه گرفت که بین عسر و حرج از جهت شدت و سختی تفاوت چندانی وجود ندارد (حسینی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۲۸۵) اما عسر هم مربوط به سختی بدنی و هم روحی است، ولی حرج مربوط به سختی روحی می باشد (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۲، ص ۱۸). در مواردی که حرج بر فشارهای جسمی و فیزیکی اطلاق شده، به آن جهت

است که فشارهای جسمی موجب فشارهای روحی نیز می‌گردد. بنابراین اگر فرض شود که فشارهای جسمی موجب فشار و سختی روحی نشود، صدق عنوان حرج محرز نیست. با این حساب، روشن می‌شود که دیدگاه برخی فقها مبنی بر اینکه حرج مربوط به مشقت‌های جوارحی است و شامل مشقت‌های جوانحی نمی‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۹۴-۱۹۵) از نظر لغوی قابل دفاع نیست.

۲-۱- اجبار

اجبار از ماده جبر است و ابن فارس آن را در لغت به معنای عظمت، برتری و استقامت (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۵۰۱) دانسته و در کتاب مفردات به معنای اصلاح و ساماندهی یک چیز با قهر و غلبه (راغب اصفهانی، حسین، ۱۴۱۲، ص ۱۸۳؛ جوهری، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۶۰۷) آمده است. در کتاب‌های فقهی به‌طور معمول (حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۴۹؛ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۱۰۷؛ عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۲۸).

اجبار یا الجاء عبارتست از اینکه کسی دیگری را وادار کند که بدون اراده و اختیار به انجام عمل یا ترک عمل مبادرت نماید. در بسیاری از متون فقهی، اجبار به معنای اکراه به کار می‌رود که در توضیح معنای اکراه و در بخش دوم رساله به آن اشاره خواهد شد. عامل اجبار گاهی شخص خارجی است و گاه شرایط تکوینی که باعث تحمیل برخی امور بر انسان شده که بدون اختیار از انسان سر می‌زند.

۳-۱- اکراه

اکراه مصدر باب افعال از ریشه «گره» است که به معنای مشقت، سختی، دوست نداشتن و عدم رضایت (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۵، ص ۱۷۲) می‌باشد. مصدر باب ثلاثی مجرد آن، هم به صورت مضموم و هم مفتوح به کار رفته است. گره، یکره، گره‌ها و گره‌ها. برخی مثل ثعلب و ازهری تفاوت معنایی بین این دو استعمال قائل نیستند (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۹، صص ۸۵-۸۶؛ ابن اثیر جزری، بی تا، ج ۴، ص ۱۶۸)؛ اما برخی دیگر بین استعمال مضموم و مفتوح تفاوت قائلند. در کتاب مفردات (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۷۰۷) نقل شده است که گره بفتح اول، ناپسندی و مشقتی است که از خارج بر شخص وارد و تحمیل شود و بضم اول، مشقتی که از درون و نفس انسان باشد که ریشه آن مشقت، یا طبع و طبیعت انسان است و یا دستورات عقل و شرع. به نظر می‌رسد این تفاوت خصوصاً با توجه به استعمالات قرآنی قابل پذیرش است. در قرآن کریم در پنج مورد لفظ گره به کار رفته که همه آن‌ها ناظر به مشقت خارجی است (نساء (۴): ۱۹؛ آل عمران (۳): ۸۳؛ توبه (۹): ۵۳؛ رعد (۱۳): ۱۵) و در سه جا لفظ گره به کار رفته که مربوط به مشقت درونی و نفسی می‌باشد (بقره (۲): ۲۱۶؛ احقاف (۴۶): ۱۵). در کتاب صحاح (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۲۲۴۷)، مصباح (فیومی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۵۳۲۹) و تاج العروس (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۹، ص ۸۶) نیز به تفاوت‌هایی اشاره شده است که از ذکر آن‌ها در اینجا اجتناب می‌شود.

به نظر می‌رسد، اکراه در معنای لغوی در مقابل اراده است و اراده یعنی عملی که از روی اختیار و انتخاب صورت گیرد. بنابراین اکراه به معنای واداشتن دیگری به کاری است که به آن مایل نیست و رغبتی به انجام آن ندارد.

اکراه در اصطلاح فقه و حقوق معنایی نزدیک به معنای لغوی دارد. شیخ انصاری رحمه الله حقیقت اکراه را واداشتن دیگری به کاری که از آن خوش ندارد، دانسته است (انصاری، ۱۳۷۳، ج ۳، ص ۳۱۱). در تعریفی دیگر با اشاره به ابعاد دقیق‌تری در مفهوم اکراه گفته شده که اکراه عبارت است از وادار نمودن فرد بر انجام کاری که اگر بیم از زیان مادی، معنوی و یا جسمی ناشی از تهدید اکراه‌کننده نبود، آن را انجام نمی‌داد. بنابراین، تحقق اکراه منوط به چهار چیز است:

یک. تهدید اکراه‌کننده (مکره) نسبت به مال، جان یا آبروی اکراه‌شونده (مکره) یا بستگان او.

دو. باور مکره به توانایی مکره بر عملی ساختن تهدید خود.

سه. عارض شدن بیم بر مکره از ناحیه مکره.

چهار. عدم سلب قصد فعل از مکره (نجفی، بی تا، ج ۳۲، صص ۱۱-۱۲؛ نراقی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۲۲؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ص ۹۳).

در رابطه با تفاوت اجبار و اکراه می‌توان گفت که اجبار عبارتست از اینکه کسی دیگری را وادار کند بدون اراده و اختیار، مبادرت به انجام عمل یا ترک عمل نماید؛ درحالی‌که در اکراه، دیگری وادار به فعلی می‌شود که از آن کراهت دارد. بنابراین در اکراه شخص مکره فاقد رضا است؛ ولی در اجبار، شخص مجبور فاقد رضا و اراده می‌باشد.

۲- ماهیت نظری قاعده نفی عسر و حرج

برای روشن شدن مفاد و ماهیت قاعده نفی عسر و حرج، به مباحثی اشاره می‌شود:

۱-۲- مقصود از قاعده نفی حرج

در اینکه آیا مفاد این قاعده نفی احکام حرجی به‌طور حقیقی است یا مجاز، و یا اینکه نفی حکم است به لسان نفی موضوع، میان علما اختلاف نظر وجود دارد. دیدگاه فقها عمدتاً در ذیل بررسی قاعده لا ضرر ذکر شده؛ اما با توجه به شباهت مفاد و کیفیت استدلال در قاعده لا ضرر و قاعده لا حرج، می‌توان دیدگاه آنان را به این قاعده نیز سرایت داد.

۲-۲- نفی حکم به لسان نفی موضوع

آخوند خراسانی در کفایة الاصول معتقد است که با دلیل نفی حرج، ادعای نفی حقیقی موضوع حرجی شده است و در نتیجه، حکم مترتب بر آن نیز نفی می‌شود. به همین دلیل از این نظریه به نظریه «نفی حکم به لسان نفی موضوع» تعبیر می‌شود. بر طبق این نظریه در حقیقت موضوع به طریق ادعایی نفی شده و به‌طور مستقیم، نفی حکم که اثر و نتیجه آن است اراده می‌شود؛ نظیر روایاتی از قبیل «لا شک لکثیر الشک» و یا «لا رهن الا مقبوضاً» به جای آنکه حکمی را که بر موضوعاتی مانند شک، بیع و رهن حمل می‌شود به صورت مستقیم نفی کنند، موضوع آن به طریق ادعایی نفی شده و به‌طور غیر مستقیم، از آن، نفی حکم که اثر و نتیجه آن است، ارائه شده است (خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۳۸۱).

به نظر نگارنده این نظریه قابل پذیرش نیست؛ زیرا اولاً: در برخی از آیات که از آن‌ها قاعده نفر عسر و حرج استفاده شده، همچون آیه «ما جعل علیکم فی الدین من حرج»، نفی در دین وارد شده است که مقصود، همان احکام و تکالیف شرعی است و معنی آن در واقع «لم يجعل فی الاحکام حکماً حرجياً» می‌شود. بدین ترتیب از همان آغاز، نفی بر احکام وارد شده است، نه بر موضوع احکام تا اینکه مجالی برای توهم نفی حکم به لسان نفی موضوع به وجود آید.

ثانیاً: بر طبق این نظریه، حکم شرعی فقط در صورتی نفی می‌شود که موضوع حرجی باشد. بنابراین اگر در جایی، خود موضوع، حرجی نبود ولی مقدمات آن حرجی بود، با این بیان نمی‌توان حکم را از مقدمات برداشت. به عنوان مثال: اگر خود وضو، حرجی نباشد، ولی مقدمات تحصیل آن مستلزم حرج باشد، این قاعده جاری نخواهد بود؛ درحالی‌که بدون شک با قاعده نفی عسر و حرج، هم موضوعات حرجی و هم مقدمات حرجی آن‌ها نفی می‌شود.

۳-۲- نهی سلطانی و حکومتی

امام خمینی رحمه الله، معتقد است که مقصود از ادله‌ای همچون لا ضرر، نهی سلطانی یا حکومتی است و به منظور اداره جامعه است و مراد از آن، نهی شرعی نیست. به این معنا که پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله و سلم حکم کرده و فرمان داده است که کسی حق ندارد به دیگری ضرر وارد کند یا او را در ضیق و حرج و مشقت قرار دهد. این نهی مولوی و سلطانی است و اطاعتش از جهت وجوب اطاعت سلطان مفترض الطاعة واجب است (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۵۵). هرچند در عبارات امام خمینی رحمه الله، این بیان در خصوص قاعده لا ضرر ذکر شده و درباره قاعده لا حرج چنین تصریحی وجود ندارد، اما با توجه به شباهت‌های فراوان در مفاد این دو قاعده، احتمال دارد ایشان در خصوص قاعده نفی حرج نیز چنین نظریه‌ای را معتقد باشند. به نظر نگارنده اگر امام خمینی رحمه الله، این نظریه را در قاعده نفی حرج نیز قائل باشند، این نظریه از چند جهت قابل مناقشه است؛ اولاً: در آیاتی که از آن‌ها قاعده نفی حرج استفاده شده، تصریح شده است که در دین، یعنی مجموعه احکام و تشریحات دین، حرج نیست. بنابراین نمی‌توان مفاد آن را به خصوص احکام حکومتی و سلطانی تقلیل داد و آن را شامل تمام دستورات و احکام شرعی ندانست.

ثانیاً: اراده نهی از عباراتی همچون «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» که ظهور در نفی دارند، برخلاف ظاهر و غیر قابل قبول است. این عبارت در حقیقت اخبار است از نحوه تشریح احکام دین و نمی‌توان بدون قرینه آن را بر نهی حمل کرد.

۴-۲- نفی تشریح حکم حرجی

شیخ انصاری در بحث از مفاد «لا ضرر» و اینکه منظور از «لا» چیست، معتقد است که منظور عدم تشریح حکم ضروری است؛ یعنی شارع مقدس حکمی را که مستلزم ضرر باشد، اصلاً تشریح نکرده است. تطبیق این مبنا در قاعده لا حرج چنین می‌شود که خداوند حکم حرجی وضع نکرده است، یعنی شارع مقدس احکامی را که موجب شود افراد به سختی و تنگنا دچار شوند، جعل نکرده است (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۴۶۰).

این نظریه در بین متأخرین مشهور شده و محققینی همچون میرزای نائینی (نائینی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۲۵۷) و آیه الله خوبی (خوبی، بی تا، ج ۱، ص ۲۳۱) نیز قائل به این نظریه‌اند.

در شرح دیدگاه شیخ انصاری گفته شده که منظور از نفی حکم ضرری و حرجی در قواعد لا ضرر و لا حرج، در واقع نفی حقیقی است. به عبارت دیگر، ظاهر ادله نفی حرج و نفی ضرر این است که منظور از آن‌ها رفع احکام حرجی و ضرری به نحو حقیقت و در عالم تشریح است؛ به این معنی که وضعیت این ادله به درستی مانند حدیث رفع است؛ زیرا رفع در این دو مورد به معنی اخبار نیست تا برای پرهیز از کذب، مجاز یا ادعا لازم آید؛ بلکه به معنای افشاء است (خوبی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۵۴۴). آنگاه با این بیان نتیجه می‌گیرند که در اینجا حکم ضرری و حرجی به نحو حقیقی نفی شده است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۹۳). قائلین به این نظریه، به طور معمول، در مقام تصویر و اثبات این نظریه از عباراتی همچون «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» به یکی از سه وجه ذیل تمسک کرده‌اند:

۱. تقدیر گرفتن کلمه «حکم». به این معنا که مقصود از عدم جعل حرج در دین، عبارت است از: عدم جعل حکم حرجی یا عدم جعل حکمی که منشاء حرج است.

به نظر نگارنده، این وجه قابل پذیرش نیست؛ زیرا اولاً: مستلزم تقدیر گرفتن است درحالی که اصل، عدم تقدیر است، مگر دلیل خاصی بر آن دلالت کند و در محل بحث چنین دلیلی وجود ندارد. ثانیاً: هیچ‌گاه حکم متصف به حرج نمی‌شود؛ بلکه متصف به «حرجی» می‌شود؛ درحالی که در دلیل، عنوان حرج آمده نه حرجی.

۲. مقصود از حرج، علت تولید آن، یعنی حکم است. با این توضیح که رابطه بین حکم و حرج از باب سبب و مسبب تولیدی است؛ زیرا حکم باعث ایجاد حرج می‌شود و در عرف، استعمال مسبب تولیدی در سبب تولیدی، استعمالی حقیقی به شمار می‌رود (صدر، ۱۴۱۸، صص ۱۷۶ و ۱۷۷).

به نظر نگارنده، این وجه نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا اولاً: استعمال مسبب در سبب استعمال مجازی است و ادعای حقیقی بودن این استعمال بدون دلیل است. ثانیاً: استعمال مجازی نیاز به دلیل و قرینه دارد و در محل بحث چنین قرینه‌ای وجود ندارد.

نگارنده معتقد است، اصل این نظریه قابل پذیرش است؛ اما با هیچ یک از این وجوه نمی‌توان این نظریه را تبیین کرد. آنچه در دفاع از این نظریه می‌توان گفت این است که وقتی شارع در مقام تشریح، به تبیین مواضع خود پرداخته و وظیفه مکلفین را بیان می‌کند و می‌گوید: «ما جعل علیکم فی الدین من حرج»، مقصودش نفی حرج و سختی در تشریحات و احکامش می‌باشد و هر حکمی که برای مکلفین مشقت‌آور و سخت باشد، از دایره تشریحات او خارج است.

تفاوت این دیدگاه با نظریات سابق این است که نه نیاز به تقدیر کلمه حکم است و نه عنوان حرج در حکم استعمال شده است؛ بلکه حرج در معنای خود به کار رفته، لکن موضع شارع بما هو شارع که در مقام تشریح و تبیین احکام و وظایف مکلفین است، اقتضا می‌کند که مقصود او از نفی حرج، نفی تشریح احکامی باشد که مستلزم حرج و سختی بر مکلفین هستند.

۵-۲- امتنانی بودن قاعده نفی عسر و حرج

یکی از ویژگی‌های عناوین و احکام ثانویه به خصوص قاعده نفی عسر و حرج، امتنان و ارفاق بر امت پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) است. به این معنا که خداوند بر پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) و امت آن حضرت لطف کرده و تکالیف اولیه‌ای که انجام آن‌ها برای مکلف، مشقت‌آور و طاقت‌فرسا باشد، از باب امتنان و آسان‌گیری بر آنان برداشته است. نگاهی دگربار به ادله نفی عسر و حرج، به روشنی انسان را به امتنانی بودن این قاعده رهنمون می‌کند. بر طبق برخی از آیات قرآن کریم (بقره ۲: ۲۸۶) در شرایع گذشته تکالیف شاق و سخت تشریح شده بود، اما چنین تکالیفی از امت پیامبر آخرالزمان، هم نسبت به احکام اولیه (مائده ۵: ۶: مجادله ۵۸): ۳ و ۴؛ بقره ۲: ۱۷۸) و هم نسبت به احکام ثانویه (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۵۳؛ عراقی، ۱۴۱۸، ص ۱۴۸) برداشته شده است. نسبت به معنا و معیار امتنان در قواعد ثانوی و از جمله قاعده نفی عسر و حرج، دو احتمال وجود دارد:

۱. اصل‌ها و قاعده‌های امتنانی، امتنان برای هریک از افراد مکلفین است؛ به این معنا که این قواعد برای فرد امت امتنانی بوده و به تعداد افراد مکلفان منحل می‌شود. بنابراین قاعده‌هایی مثل لا حرج برای هر فرد از مکلفان امتنان جداگانه‌ای تلقی می‌گردد.

۲. قواعد امتنانی، امتنان بر امتند؛ به این معنا که امت اسلامی به مثابه یک شخصیت یکپارچه‌ی به هم پیوسته لحاظ شده و قاعده‌ای مثل لا حرج امتنانی برای این کل به هم پیوسته شمرده می‌شود. بر طبق این تفسیر، قواعد امتنانی به تعداد افراد مکلفان منحل نمی‌شود؛ بلکه یک امتنان کلی برای همه امت لحاظ می‌گردند. بنابراین لحاظ اموری همچون ضرر و حرج برای مجموعه مکلفان مورد بررسی قرار می‌گیرند (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۸۷).

به نظر می‌رسد امتنان در نفی عسر و حرج را باید در دو ساحت مورد توجه قرار داد. با توجه به آیاتی که در باب ادله و مستندات قاعده بیان خواهد شد، جعل احکام در عرصه احکام اولیه، امتنان و سهولت بر جمیع امت اسلامی است؛ به این معنا که خداوند در تشریح احکام اولیه، اصل سهولت و آسان‌گیری را مد نظر داشته و شریعت را بر پایه شریعت سهله و سمحه قرار داده است. اما امتنان در خصوص قاعده نفی عسر و حرج، رفع حرج شخصی و از تک‌تک افراد مکلفین است؛ به این معنا که اگر همین تکالیفی که در مرحله جعل اولیه براساس سهولت بوده است برای برخی افراد به دلایل شخصی یا تحمیل شرایط زمانی و مکانی دشوار گردد، با امتنان شارع برداشته می‌شود (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲، صص ۱۱۹-۱۲۷).

۳- قلمرو قاعده نفی عسر و حرج

در گذشته بیان شد که مفاد، ماهیت و قلمرو قاعده نفی عسر و حرج، تأثیر بسزایی در تعارض فقه و قانون در تطبیق این قاعده دارند. در این بین، مهم‌ترین اسباب تعارض فقه و قانون را می‌توان در اختلاف نظر فقها و حقوق‌دانان در قلمرو این قاعده جستجو کرد؛ زیرا تفاوت مبانی و آراء فقها در قلمرو قاعده لا حرج و همچنین تفاوت دیدگاه حقوق‌دانان با یکدیگر و با فقها باعث می‌شود که این قاعده را بر مصادیق مختلفی که در قانون ذکر شده تطبیق کنند و یا به علت اختلاف نظر در این مبانی، قاعده لا حرج را در آن مصادیق جاری ندانند.

۱-۳- شخصی یا نوعی بودن عسر و حرج

نسبت به قلمرو قاعده نفی عسر و حرج، این سؤال مطرح شده که آیا حرجی که طبق قاعده منفی است، حرج شخصی است یا نوعی؟ به نظر نگارنده قبل از ورود به این بحث، لازم است که بین دو مقام تفاوت گذاشته شود:

۱. مقام تشریح و جعل احکام الهی: بر طبق ادله‌ای که در گذشته بیان شد، بدون شک، خداوند در مقام جعل احکام، دستورات و قوانینی را که برای نوع مردم، مشقت‌آور است جعل نکرده است و در حقیقت، نفی چنین حرجی، حکمت تشریح تلقی می‌شود. در این مقام، ملاک عدم جعل احکام حرجی، نوعی بودن آن‌هاست. به این معنا که خداوند احکامی را که بر نوع مردم مشقت‌آور است و از انجام آن‌ها به سختی و حرج شدید گرفتار

می‌شوند جعل نکرده است. ادله‌ای که در آن‌ها قصر نماز مسافر، برداشته شدن روزه او، برخی اختیارات مربوط به معاملات، اصالت صحت، عفو دایه طفل از تطهیر لباس خود، تشریح تقیه و... بیان شده، مربوط به این مقام می‌باشند. خداوند در مقام جعل احکام اولیه، اوضاع و احوال انسان‌های متعارف و متوسط که اکثر انسان‌ها را تشکیل می‌دهند، لحاظ کرده و براساس توانایی و طاقت آنان، احکام شرعی را جعل کرده است (مراغی، ۱۳۷۸، ج ۱، صص ۲۹۴-۲۹۹).

۲. مقام امتثال مکلفین: تکالیفی که جعل شده و برای نوع مردم، حرج آور نیست ممکن است انجام آن‌ها به سبب برخی عوامل، برای برخی افراد، سخت و مشقت‌آور باشد که در این صورت با قاعده نفی عسر و حرج، چنین احکامی برداشته می‌شود. در مقام امتثال، اگر معیار قاعده نفی حرج، حرج نوعی باشد؛ یعنی همین که نوع مردم از حکمی دچار مشکل شدید شدند، حکم از همه برداشته می‌شود، حتی نسبت به کسی که دچار حرج نشده است؛ و در مقابل اگر کسی در مورد انجام تکلیفی دچار سختی شد تا این حکم برای عموم مردم مشکل‌ساز نشده و جنبه عمومی پیدا نکرده، از آن شخص نیز برداشته نمی‌شود. اما اگر معیار رفع تکلیف در این قاعده، حرج شخصی باشد، ملاک ثبوت و رفع تکلیف، وضعیت هر شخص بطور جداگانه است. گرچه برخی از گذشتگان حرج را نوعی دانسته‌اند، ولی مشهور فقهای متأخر، حرج را شخصی می‌دانند (آشتیانی، ۱۴۲۵، ص ۱۴۷ و ۲۴۹؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۳۷؛ حکیم، بی تا، صص ۱۹۰ و ۱۹۱). قائلین به نوعی بودن حرج، به برخی آیات استناد کرده‌اند که در آن‌ها حکم حرجی به‌طور کلی برداشته شده و مشروط به تحقق عسر و حرج برای تک‌تک اشخاص نشده است. به عنوان مثال، خداوند حکم وجوب روزه را از مریض و مسافر برداشته و علت رفع حکم را، عدم جعل احکام حرجی از سوی خداوند دانسته است (بقره (۲): ۱۱۵). بنابراین، هرچند برای مریض و مسافری، روزه گرفتن حرج نداشته باشد؛ اما حکم وجوب آن برداشته شده است.

اشکال به این استدلال با توجه به نکته‌ای که در ابتدای این مبحث بیان شد، روشن می‌شود. با این توضیح که باید در بین عدم عسر و حرج در مقام تشریح با عدم عسر و حرج در مقام امتثال فرق گذاشت؛ چرا که معیار عدم حرج در مقابل جعل، نوعی بودن و در مقام امتثال، شخصی بودن حرج است و چنین آیتی درصدد بیان این نکته هستند که خداوند در مقام تشریح و جعل احکام، بنای بر سخت‌گیری و جعل احکام حرجی نداشته و از آنجا که روزه گرفتن در اغلب موارد و نوعاً برای مسافر، سخت و مشکل است، حکم آن را بطور کلی از همه مکلفین برداشته است؛ چه برای تک‌تک افراد مستلزم حرج باشد یا نباشد. بنابراین عبارت «**یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر**» علت نیست؛ بلکه حکمت است برای عدم عسر و حرج در مقابل جعل و تشریح (آشتیانی، ۱۴۲۵، ص ۲۵۱). روشن است که رفع حکم اولیه (وجوب روزه) در خصوص بیماری و مرض، از باب قاعده نفی حرج و مربوط به مقام امتثال است و در نتیجه در صورتی رفع می‌شود که حرج شخصی وجود داشته باشد. بنابراین وجود حرج نوعی برای رفع تکلیف از مریضی که بالفعل دارای حرج نیست، کافی نخواهد بود.

به نظر نگارنده، باید بین مقام تشریح احکام و مقام امتثال تفاوت گذاشت. ملاک در مقام جعل و تشریح احکام شرعی، رفع حرج نوعی و ایجاد تسهیل نوعی است و این مقام از محل بحث ما یعنی قاعده نفی حرج خارج است. در مقابل ملاک در مقام امتثال مکلفین که موضوع قاعده نفی حرج است، نفی حرج و مشقت شخصی است. برای شخصی بودن نفی حرج به چند دلیل می‌توان استناد کرد:

۱. شکی نیست که قاعده نفی عسر و حرج از قواعد امتنانی است و با توجه به ضمیر «کم» در آیه «**ما جعل علیکم فی الدین من حرج**»، این امتنان یا به دلالت مطابقی و یا با أخذ به ملاک احکام، شامل اشخاص مکلفین می‌شود. بنابراین اگر در فرضی که حرج، فقط شخصی باشد نه نوعی، قائل به عدم جریان این قاعده باشیم، با عمومیت آن منافات دارد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵، ص ۱۴۶). پس باید این قاعده را در حق هریک از اشخاص مکلفین جاری دانست.

۲. مناسبت حکم و موضوع با نوعی بودن عسر و حرج منافات دارد. با این توضیح که بدون شک، ملاک قاعده نفی عسر و حرج، برداشتن احکام سخت و مشقت‌آور است. با وجود چنین ملاک و معیاری، چندان موجه نیست که تکلیفی که بر من سخت نیست برداشته شود، هرچند برای نوع مردم حرجی باشد و یا با مشقت‌آور بودن تکلیفی برای من، به علت نوعی نبودن مشقت، همچنان بر عهده من باقی بماند (آشتیانی، ۱۴۲۵، ص ۲۵۰).

۳. مقصود از عناوینی که در شریعت ذکر شده‌اند، مثل عنوان ضرر و استطاعت، ظهور در عنوان‌های شخصی دارند نه نوعی؛ زیرا خطابات شرعی به تک‌تک افراد مکلفین منحل شده و تکالیف شرعی به اشخاص مکلفین تعلق می‌گیرد، حال اگر معیار رفع تکلیف، حرج نوعی باشد، اختلاف در متعلق تکلیف رخ داده و صحیح نیست. به تعبیر دیگر رفع حکم شرعی به همان کیفیتی است که تعلق حکم شرعی بدان گونه است. با توجه به اینکه تعلق حکم شرعی به شخص مکلفین تعلق می‌گیرد، رفع آن هم مربوط به شخص مکلف است.

۴. با دقت در روایات گذشته که به عنوان مبانی و مستندات قاعده نفی عسر و حرج قلمداد شده و در مقام تطبیق این قاعده بر موردی خاص هستند، روشن می‌شود که حرج مورد سؤال که به استناد «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» نفی شده است، از حرج‌های شخصی می‌باشد؛ مثل رفع حکم وضو و تجویز تیمم بر جبیره، نفی حکم جهاد از پیران و بیماران و... . البته برای تشخیص مصداق حرج باید توجه داشت که با قاعده نفی عسر و حرج، تکالیفی را که سختی ضعیفی دارند و عادتاً چنین سختی‌هایی در راستای امتثال احکام الهی، تحمل می‌شوند، برداشت. بنابراین، ضابطه در قاعده نفی حرج، مطلق مشقت و عسری که در اکثر تکالیف موجود است، نمی‌باشد؛ بلکه مشقت شدیدی که به‌طور معمول در مانند آن فعل تحمل نمی‌شود، مورد نظر است. بر همین اساس که فقها در مقام تطبیق این قاعده و نفی احکام حرجی، تعبیری همچون حرج شدید(نجفی، بی تا، ج ۵، صص ۱۱۳ و ۱۱۴) یا حرج فاحش(حلی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۲۸) را به کار برده‌اند. برخی از حقوق‌دانان نیز به این نکته توجه داشته‌اند که در تشخیص عسر و حرج هر دو جنبه شخصی و نوعی باید مد نظر قرار گیرد؛ مثلاً در طلاق به موجب عسر و حرج، لحاظ جهت شخصی آن، از این نظر است که در هر ادعایی، وضع خاص زن و شوهر و شرایط زندگی زناشویی آنان در نظر گرفته می‌شود؛ و لحاظ جهت نوعی آن، از این نظر که زوج، انسانی متعارف است و طاقت او مورد نظر قرار می‌گیرد. بنابراین، زندگی در صورتی حرجی محسوب می‌شود که در نظر عرف هم ادامه زندگی طاقت‌فرسا و مشقت‌بار باشد، و آلا انسان نازک دلی که به اندک ناملاIMITی کاسه صبرش لبریز می‌شود، نمی‌تواند به بهانه‌های نامتعارف از شوهرش درخواست طلاق کند. در نتیجه باید در جریان این قاعده، عسر و حرج انسانی متعارف در آن شرایط خاص مد نظر قرار گیرد(کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، صص ۳۴۳ و ۳۴۴).

۲-۳- رفع حکم حرجی، رخصت است یا عزیمت

سؤال دیگری که نسبت به مفاد قاعده نفی عسر و حرج مطرح است، رخصت یا عزیمت بودن این قاعده است. با این توضیح که احکام و قوانینی که در شریعت جعل شده‌اند، بر دو قسم می‌باشند:

۱. احکام ترخیصی: این احکام، قوانینی هستند که در قلمرو اختیار انسان بوده و مکلف مخیر است از حقوقی که این قوانین برای او ایجاد شده، بهره‌بردار یا به اختیار خود از آن منصرف شود. هدف جعل چنین قوانینی، ایجاد الزام و محدودیت نیست؛ بلکه بیشتر برای ایجاد توسعه، تسهیل و رعایت حال فرد و جامعه می‌باشد. به این قوانین، در اصطلاح، احکام ترخیصی یا رخصت می‌گویند.

۲. احکام الزامی: این احکام قوانینی هستند که اراده الزامی شارع به تحقق آن‌ها تعلق گرفته و در همه حال باید رعایت شده و تحت هیچ شرایط و به هیچ دلیلی نمی‌توان از آن‌ها تخلف کرد. به این قوانین در اصطلاح حقوقی، قوانین امری(امامی، ۱۳۶۶، ج ۴، صص ۱۱۹ و ۱۲۰) و در فقه، به عنوان عزیمت یاد می‌شود(سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۲۲۱).

اگر مدلول قاعده نفی عسر و حرج، عزیمت باشد، در صورتی که مکلف، عباداتی را که به سبب حرجی بودن، از عهده او برداشته شده، انجام دهد، باطل خواهند بود و اگر مدلول قاعده، رخصت باشد، چنین عباداتی صحیح خواهد بود. به عنوان مثال، اگر شخصی به علت حرجی بودن وضو، موظف به انجام تیمم باشد، ولی با تحمل حرج، وضو بگیرد، بنابر عزیمت بودن نفی حرج، وضویش باطل است و بنابر رخصت بودن آن، وضویش صحیح خواهد بود.

در این مسأله دو نظریه اساسی وجود دارد:

۱-۲-۳- عزیمت بودن قاعده نفی حرج

برخی از فقها رفع حکم حرجی را از باب عزیمت دانسته(نجفی، بی تا، ج ۱۷، ص ۱۵۰؛ خمینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۱۰۱؛ یزدی، ۱۴۱۹، ص ۲۴۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۲۰۵) و معمولاً برای اثبات این نظریه به دو دلیل تمسک شده است:

الف. استلزام اجتماع نقیضین در فرض رخصت بودن این قاعده. با این توضیح که شارع مقدس مثلاً در باب وضوی حرجی گفته است که واجد آب، باید وضو بگیرد و فاقد آب که تهیه آن برایش حرجی است، تیمم کند. این تفصیل، ظهور در این دارد که در واقع، واجب و تکلیف الزامی، یکی از آن دو کار است. حال اگر گفته شود: در صورت حرج، مکلف رخصت دارد و هم می‌تواند وضو بگیرد و هم می‌تواند تیمم کند، لازمه‌اش این است که هم واجد آب و هم فاقد آب به حساب آید و این اجتماع نقیضین است.

ب. ادله قاعده نفی حرج، بر ادله احکام اولیه، حکومت دارند. معنای حکومت ادله نفی حرج این است که تکالیف حرجی از عرصه تشریح و جعل خارج شده، فرد حرجی از شمول عموم ادله عبادات خارج است. به عبارت دیگر، حکومت این ادله، کاشف از این است که حکم حرجی، فاقد ملاک، رجحان و طلب است و در نتیجه، انجام دادن عبادتی که در آن، ملاک و طلب وجود ندارد، باطل است و اگر به قصد عبادت انجام شود، تشریح حساب شده و در حرمت آن تردیدی نیست (نائینی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۷۷).

به نظر نگارنده، هر دو دلیل این نظریه قابل مناقشه است.

در پاسخ دلیل اول می‌توان گفت که اجتماع نقیضین در صورتی پیش می‌آید که وجوب وضو و تیمم برای مکلف به نحو واجب تعیینی باشد؛ اما اگر وجوب آن دو به نحو تخییری باشد، اجتماع نقیضین لازم نمی‌آید. با این توضیح که اگر گفته شود که بر مکلف لازم است که هم وضو و هم تیمم کند، لازمه‌اش این است که هم واجد آب و هم فاقد آب به حساب آید، درحالی‌که بنا بر رخصت بودن قاعده نفی عسر و حرج، مکلف مخیر است که وضو بگیرد یا تیمم کند؛ از این رو محذوری ندارد. به تعبیر دیگر، وجدان آب، موضوع وجوب تعیینی وضو است و فقدان آب، موضوع وجوب تعیینی تیمم است و در محل بحث، اگر دلیل خاصی همچون اجماع تعبدی بر عدم ترخیص داشته باشیم، که مثلاً تخییری بین انجام وضو و تیمم وجود ندارد، باید به آن دلیل عمل کرد (نراقی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۴۹۲). با این نکته روشن می‌شود مواردی از رفع حکم حرجی به نحو الزامی که قائلین به این قول برای عزیمت بودن مفاد این قاعده به آن‌ها استشهاد کرده‌اند (خمینی، ۱۳۷۶، ج ۲، صص ۱۰۲-۱۰۶)، در حقیقت ادله‌ای هستند بر عزیمت بودن رفع حکم در آن مورد خاص نه در تمام موارد نفی حرج.

در پاسخ دلیل دوم گفته می‌شود که در گذشته بیان شد که قاعده نفی عسر و حرج از قواعد امتنانی است. ویژگی امتنان و منت‌گذاری در جایی معنا دارد که انجام عملی، مطلوب و محبوب مولاست، ولی از باب تسهیل، توسعه و رعایت حال فرد، حکم الزامی را از آن عمل برمی‌دارد. بنابراین اگر مولی هیچ رغبتی برای انجام آن عمل از سوی عبد نداشته باشد، معنا ندارد که گفته شود آن عمل از باب امتنان از عهده آن عبد برداشته است. به تعبیر دیگر، از مفاد قاعده نفی عسر و حرج، دو چیز استفاده می‌شود:

یک. رفع وجوب و الزام؛ دو. بقاء ملاک و محبوبیت عمل؛ زیرا اگر ملاک و رجحان عمل از بین برود و مولی هیچ رغبتی به انجام آن نداشته باشد، امتنانی بودن آن معنا ندارد. بنابراین بر طبق فهم عرفی، رفع یک حکم الزامی در صورتی امتنانی به شمار می‌آید که ملاک و محبت مولی به آن حکم وجود دارد، ولی از باب آسان‌گیری و رعایت حال مکلف، آن حکم را برمی‌دارد، نه اینکه اصلاً هیچ رغبتی به انجام آن ندارد. در نتیجه، اقتضای امتنانی بودن این قاعده، ترخیصی بودن آن است، نه الزامی و عزیمت بودن آن. بنابراین اگر مکلف در عین حالی که آن عمل برای او سخت و مشقت‌آور است، به جهت ملاک و محبوبیت مولی آن را انجام دهد، عملش صحیح بوده و تشریح حرام نخواهد بود. به تعبیر دیگر، هر چند قبول داریم که وجوب، امری بسیط است و مرکب از طلب و عدم جواز ترک نیست، اما فهم عرفی از امتنانی بودن قاعده نفی حرج، حکم می‌کند که حکومت ادله لا حرج بر ادله اولیه، ملاک و مقتضی عبادت را ملغی نمی‌کند تا آنکه انجام دادن تکلیف حرجی، تشریح و حرام باشد؛ بلکه حکومت لا حرج فقط وجوب و الزام حکم اولیه را مرتفع می‌کند و امتنانی بودن آن دلالت دارد بر اینکه ملاک و محبوبیت عمل، همچنان به قوت خود باقی است و شخص می‌تواند با قصد ملاک، عبادت را به نیت تقرب به خداوند به جا آورد.

۲-۲-۳- رخصت بودن قاعده نفی حرج

برخی از محققین، مفاد قاعده نفی عسر و حرج را از مصادیق احکام تریخی دانسته‌اند و در نتیجه، قائل به عبادات حرجی هستند (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۷۱ و ج ۴، ص ۵۲۵؛ همدانی، ۱۴۱۶، ج ۶، صص ۱۵۰ و ۱۵۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۹، ج ۱۰، ص ۳۵۶؛ محقق داماد، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۴۲۶).

به نظر نگارنده، باید مسأله رخصت یا عزیمت بودن مفاد قاعده نفی عسر و حرج را نسبت به معاملات و عبادات بطور جداگانه بررسی کرد:

۱. معاملات: قاعده عسر و حرج نسبت به انجام معامله‌ای که التزام و پایبندی به آن، موجب حرج و مشقت شدید است، از باب رخصت است؛ زیرا مفاد این قاعده، نوعی تریخی برای شخصی است که واجد این عنوان است. در مباحث آینده ذکر خواهد شد که بسیاری از فقها قاعده نفی حرج را برای برداشته شدن حکم وضعی در صورت حرج پذیرفته‌اند. به عنوان نمونه، صاحب جواهر در بحث اجیری که متعهد به حفر چاه شده، اما به دلیل صعوبت و سختی زمین، دچار عسر و حرج گردیده، با استناد به قاعده نفی عسر و حرج، حکم حرجی را مرفوع و به رفع الزام اجیر از ادامه حفر چاه حکم نموده است (نجفی، بی تا، ج ۲۷، ص - ۲۹۱). البته برخی فقها همچون شیخ طوسی در مورد شخصی که برای حفر چاهی اجیر شده است و در حین حفر چاه با سنگی مواجه می‌شود، در صورتی که امکان حفر یا حتی نقب زدن و دور زدن سنگ باشد، به الزام اجیر به انجام تعهد حکم کرده است، هرچند انجام آن برای اجیر مشقت‌آور باشد (طوسی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۲۳۷). علامه حلی در نقد دیدگاه شیخ طوسی، الزام اجیر در فرض حرج و مشقت را نپذیرفته است (حلی، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۹۰). معنای تریخی در معاملات این است که وی بتواند به استناد به این رخصت شرعی و قانونی از حق خود استفاده کرده، ضیق و حرجی را که با آن مواجه است، از دوش خود بردارد. لازمه چنین ارفاق و تریخی این است که اگر او از این ارفاق شارع و حق خود صرف نظر کند و بخواهد چنین ضیق و حرجی را تحمل کند، مانعی وجود ندارد. به عبارت دیگر، این قاعده لزوم تحمل حرج را از سوی شخص مرتفع می‌کند؛ اما به این معنی نیست که او با قصد تحمل حرج نتواند از اعمال آن خودداری کند.

۲. عبادات: قاعده نفی عسر و حرج در عبادات، از باب رخصت است، مگر اینکه انجام عبادت حرجی مستلزم ضرر باشد که در این صورت از باب عزیمت بوده و نمی‌توان آن را ایتان کرد. با توجه به اشکالاتی که بر نظریه عزیمت بیان شد، استدلال بر این نظریه روشن می‌شود، اما به‌طور خلاصه به ادله این نظریه اشاره می‌شود:

اولاً: قاعده نفی عسر و حرج از قواعد امتنانی است. در گذشته در تبیین معنای امتنان گفته شد که لازمه امتنانی بودن یک حکم، وجود ملاک و بقای رغبت مولی به انجام آن است. بنابراین اگر شارع حکمی را بردارد درحالی که هیچ میل و رغبتی به انجام آن نداشته باشد، چنین رفعی از باب امتنان نخواهد بود؛ بلکه به دلیل از بین رفتن مصلحت و ملاک آن حکم با منقضی شدن زمان آن خواهد بود؛ مثل باب نسخ. بنابراین با توجه به اینکه در قواعد امتنانی، مولی همچنان برای انجام عمل، میل و رغبت دارد، اگر مکلف، عمل را به قصد همین ملاک واقعی و تحصیل رضایت مولی انجام دهد، برای صحت عمل کافی است. به تعبیر دیگر، امتنانی بودن رفیع حکم در جایی معنا دارد که ملاک و طلب مولی به آن حکم وجود دارد، ولی از باب تسهیل، توسعه و رعایت حال فرد، آن حکم را برمی‌دارد، نه اینکه اصلاً هیچ رغبتی به انجام آن ندارد. بنابراین، اقتضای امتنانی بودن این قاعده، تریخی بودن آن است نه الزامی و عزیمت بودن آن.

ثانیاً: ملاک قاعده نفی عسر و حرج، امتنان بر مکلفین است. بنابراین اگر عبادت‌هایی که مکلف با حرج و سختی انجام داده، صحیح نباشد و نیاز به اعاده و قضاء داشته باشد، حرج و مشقت مضاعفی را بر مکلف، تحمیل می‌کند و این با امتنانی بودن این قاعده منافات دارد. البته اگر انجام عبادت حرجی، مستلزم ضرر و آسیب جدی به بدن شود، از باب حرمت اضرار به نفس، حرام و باطل خواهد بود؛ زیرا در علم اصول ثابت شده است که نهی در عبادات مقتضی فساد آن‌هاست (نائینی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۳۹۴؛ صدر، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۰۷).

به نظر نگارنده، عاملی که باعث شده برخی محققین، نفی حرج را از باب عزیمت بدانند، قیاس این قاعده به قاعده لا ضرر است. درحالی که قیاس قاعده لا حرج به قاعده لا ضرر در این جهت، صحیح نیست؛ زیرا در باب لا ضرر، عملی که مشتمل بر ضرر است و موجب آسیب رسیدن به بدن می‌شود - با صرف نظر از قاعده لا ضرر - به دلیل بسیاری از آیات و روایات انجام آن از نظر

شرعی، حرام و مبعّد از مولاست(بقره ۲: ۱۹۵؛ نساء ۴: ۲۹). و هنگامی که این حکم ضرری با قاعده لا ضرر، برداشته شد، دیگر قابلیت عمل و قصد قربت را ندارد؛ زیرا با سایر ادله شرعی، حرمت آن ثابت است. اما در باب نفی حرج، انجام عمل حرجی، حرام نیست و صلاحیت تقرب به خداوند را دارد و ملاک و مصلحت آن پایدار است. بنابراین اگر چنین عملی با قصد قربت انجام شود، مانعی از صحت آن وجود ندارد.

۳-۳- رفع حرج واقعی یا حرج معلوم

یکی از سؤالاتی که در رابطه با قلمرو قاعده نفی عسر و حرج مطرح است، این است که آیا این قاعده حرج واقعی را نفی می‌کند یا خصوص حرجی را که مکلف به حرجی بودن آن علم دارد؟ به تعبیر دیگر، آیا علم به برداشته شدن تکالیف حرجی در شریعت اسلام، در برداشته شدن حکم حرجی از عهده مکلف تأثیر دارد یا حکم حرجی از عهده مکلف برداشته می‌شود، چه مکلف به آن عالم باشد و چه جاهل؟ به عنوان مثال: اگر برای شخصی وضو گرفتن موجب حرج و مشقت است و او به علت جهل به برداشته شدن وضوی حرجی، و یا به سبب اقامه شدن دلیلی خاص، وضو بگیرد، سپس متوجه شود که وضوی او حرجی بوده است، آیا به موجب قاعده نفی عسر و حرج در این گونه موارد این وضو نفی می‌شود و شخص باید آن را اعاده کند یا خیر؟

برخی معتقدند که قاعده نفی عسر و حرج، حرج واقعی را بر نمی‌دارد؛ بلکه مقید به این است که مکلف به برداشته شدن احکام حرجی در شریعت، عالم باشد؛ زیرا اولاً در مواردی که شخص به علت جهل به رفع حکم، آن را انجام می‌دهد، در واقع حکم شرعی سبب ابتلای او به حرج نبوده تا با قاعده نفی عسر و حرج نفی شود؛ بلکه علت آن در واقع جهل مکلف بوده است و فرض این است که مکلف در صورت فقدان حکم حرجی نیز در حرج قرار می‌گرفت و به عبارت دیگر، وجود و عدم حکم شرعی در این فرض تأثیری در اقدام مکلف به حرج ندارد تا رفع آن لازم آید. ثانیاً: این گونه موارد، نفی حکم شرعی، خود موجب مشقت و حرج شخص مکلف است؛ زیرا او باید به اعاده عمل انجام شده مبادرت کند و این امر با مفاد قاعده نفی عسر و حرج که برای امتنان و گشایش بر مردم تشریح شده است، مغایرت و منافات دارد(محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، صص ۹۵ و ۹۶).

به نظر نگارنده، قاعده نفی عسر و حرج، حرج واقعی را بر نمی‌دارد و علم یا جهل مکلف در رفع حکم حرجی تأثیری ندارد؛ زیرا اولاً در علم اصول ثابت شده که احکام شرعی، مشترک بین عالم و جاهلند(انصاری، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۱۱۳؛ مظفر، ۱۳۷۸، ص - ۳۹۲). بنابراین حکم حرجی از عهده مکلف برداشته می‌شود، حتی اگر مکلف به رفع چنین حکمی علم نداشته و آن را انجام داده باشد.

ثانیاً: آنچه در جریان قاعده لا حرج و رفع حکم حرجی، موضوعیت دارد، تحقق حرج است و سبب تحقق حرج، لزوم و وجوبی است که از ناحیه حکم شرعی ایجاد شده است. بنابراین نمی‌توان گفت علت حرج، جهل مکلف بوده است. همچنین ادعای اینکه مکلف حتی در صورت فقدان حکم حرجی نیز در حرج قرار می‌گرفت، ادعای درستی نیست؛ زیرا مکلف به گمان اینکه این حکم، حکم شرعی و وظیفه اوست آن را انجام می‌دهد هر چند برای او حرج و مشقت داشته باشد؛ از این رو اگر آن را حکم الهی نمی‌دانست، هیچ‌گاه خود را ملزم به انجام آن نمی‌کرد تا در حرج بیافتد.

ثالثاً: با توجه به مبنای مختار در مسأله قبل که رفع حکم حرجی از باب رخصت است نه عزیمت، روشن است که اگر مکلف عمل حرجی را انجام دهد و پس از آن علم پیدا کند که چنین حکمی از عهده او رفع شده، لزومی به اعاده و قضای آن عمل نیست؛ بلکه همان عمل برای او کافی است؛ بلکه می‌توان گفت که در فرض جهل به رفع حکم حرجی، حصول قصد قربت راحت‌تر از جایی است که علم به رفع آن دارد و در عین حال می‌خواهد آن را انجام دهد. بنابراین اگر این مبنا را بپذیریم که حرج واقعی از عهده مکلف برداشته می‌شود، هیچ منافاتی با امتنانی بودن این قاعده نخواهد داشت؛ زیرا بر طبق مبنای رخصت، نیازی به اعاده یا قضای عمل نخواهد بود.

۴-۳- شمول قاعده نفی عسر و حرج نسبت به احکام عدمی

شکی نیست که قاعده نفی عسر و حرج، احکامی را که از وجود آنها، حرج و مشقت شدید، بر مکلفین ایجاد می‌شود، برمی‌دارد. به عنوان مثال، وجوب وضو گرفتن در هوای بسیار سرد که موجب بیماری یا طولانی شدن بیماری است با استناد به این قاعده برداشته می‌شود (حلی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۳۹؛ نجفی، بی تا، ج ۵، صص ۱۱۳ و ۱۱۴). اما نسبت به شمول این قاعده برای احکام عدمی، یعنی احکامی که از عدم تشریح آنها، برای مکلفین، حرج شدید ایجاد می‌شود، اختلاف نظر وجود دارد. به عنوان مثال در زندگی زناشویی، برخی شرایط مثل بداخلاقی و سوء معاشرت زوج، باعث می‌شود که زوجه در حرج و مشقت شدید واقع شود، حال اگر در این شرایط، از نگاه فقهی، برای غیر زوج حق طلاق نباشد، از یک حکم عدمی یعنی عدم طلاق برای غیر زوج، حرج و مشقت شدید برای زوجه حاصل می‌شود.

نسبت به شمول قاعده نفی عسر و حرج برای احکام عدمی دو نظریه وجود دارد:

۱. عدم شمول قاعده، برای احکام عدمی

برخی فقها معتقدند: قواعدی همچون قاعده لا ضرر و قاعده نفی عسر و حرج فقط شامل احکام وجودی است و با این قاعده نمی‌توان احکام عدمی را نفی کرد. برای این نظریه به چند دلیل تمسک شده است که برخی از آنها ناظر به عدم قابلیت قاعده نفی حرج برای شمول احکام عدمی است و برخی دیگر ناظر به وجود مانع برای این شمول می‌باشد.

دلیل اول

مفاد قاعده نفی عسر و حرج قابلیت شمول احکام عدمی را ندارد؛ زیرا این قاعده در صورتی نفی احکامی است که مستلزم حرج و مشقت می‌باشند؛ اما عدم حکم، یک حکم شرعی نیست تا در فرض استلزام با حرج، با استناد به این قاعده، مرتفع شود. به تعبیر دیگر، دلیل لا حرج ناظر به احکام مجعول در شرع است و عدم الحکم، خود از احکام مجعول نیست تا مشمول دلیل لا حرج شود (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۹۴).

اشکال

به نظر نگارنده، این دلیل قابل پذیرش نیست؛ زیرا اولاً: آیات و روایاتی که درصدد نفی حکم حرجی هستند در حقیقت در مقام بیان دیدگاه و موقف شریعت در قبال حرج و مشقتی است که ممکن است به دین یا شریعت نسبت داده شود و لسانشان به گونه‌ای است که حرج به طور مطلق از دین و شریعت نفی شده است چه این حرج از احکام وجودی حاصل شود و چه از فقدان یک حکم در شریعت. وقتی شارع با عبارات مختلفی همچون، «ما جعل علیکم فی الدین من حرج»، «ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج»، «یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر»، «فان احب دینکم الی الله الحنفیه السمحه السهله»، «ان الدین لیس بمضیق»، «الدین اوسع من ذلک» و... می‌خواهد از عدم حرج، سختی و مشقت در دین خبر دهد، در حقیقت به دنبال بیان موقف، جایگاه و دیدگاه شرع در قبال نفی احکام حرجی است. به تعبیر دیگر از این عبارات استفاده می‌شود که شارع در مقام تشریح احکام، هیچ‌گاه موضع و دیدگاهی را اتخاذ نمی‌کند که به سبب آن بر مکلفین، سختی و مشقت وارد شود و هر جا که بر اثر عوارض خارجی، وجود یک حکم و قانون یا عدم آن رنگ حرج به خود بگیرد، چنین اندیشه‌ای قابل استناد به شریعت نیست. بنابراین تعبیر «دین» در این عبارات، گویای این است در مجموعه حدود، شرایع و مواقف شرعی، حکمی نیست که به دین نسبت داده شود در حالی که التزام به آن موجب حرج و مشقت شود؛ چه از این حکم به حکم وجودی تعبیر شود و چه به حکمی عدمی.

ثانیاً: در بسیاری موارد، بازگشت احکام عدمی به احکام وجودی است هر چند ممکن است از آنها به امور عدمی تعبیر شود. به تعبیر دیگر، احکام عدمی با نگاهی جامع به تشریفات الهی به دست می‌آیند نه اینکه خودشان به طور مستقل و بدون توجه به دایره احکام شرعی لحاظ شده باشند. مثلاً اگر گفته می‌شود: عدم جعل حق طلاق برای غیر زوج در فرض عسر و حرج زوجه، یک حکم عدمی است، در حقیقت به این معناست که انحصار و اختصاص حق طلاق برای زوج، در حالتی که رفتار زوج موجب

عسر و حرج بر زوجه است و راهی برای رهایی ندارد، حکمی حرجی و مشقت‌آور می‌باشد. به تعبیر دیگر حکم به بقای زوجیت در این فرض که یک حکم شرعی است مستلزم حج است، پس باید با این قاعده نفی شود.

دلیل دوم

اگر قواعدی همچون قاعده لا ضرر و لا حرج شامل احکام عدمی شوند، بدین معناست که فقه جدیدی تأسیس شده است که براساس آن، بسیاری از امور حلال دین، حرام و بسیاری از امور ممنوع، مجاز می‌شود (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۹۴).

اشکال

به نظر نگارنده، این دلیل نیز قابل مناقشه است؛ زیرا اولاً: ادعای لزوم تأسیس فقه جدید ادعای بدون دلیل و شعاری که تکرار می‌شود، ولی هیچ‌گاه دلیل معتبری بر آن اقامه نمی‌شود. خود محقق نائینی رحمه الله، پس از ذکر این مطلب، به اقوال برخی فقهای بزرگ همچون سید کاظم یزدی رحمه الله، اشاره کرده که شمول این قاعده را بر احکام عدمی پذیرفته‌اند؛ از این رو از پذیرش عمومیت این قاعده بر احکام عدمی، فقه جدید لازم نمی‌آید و صرف عدم معروفیت این مبنا در بین فقها، نباید مانع تمسک به عموم مفاد روایت شود.

ثانیاً: اگر در موردی واقعاً پذیرش این قاعده برای احکام عدمی، برخلاف اجماع یا ضرورت فقه باشد، می‌توان در آن مورد خاص، از عمومیت این قاعده دست برداشت، نه اینکه به‌طور کلی شمول این قاعده را برای احکام عدمی نفی کرد.

۲. شمول قاعده برای احکام عدمی

برخی از محققین معتقدند: قلمرو قاعده نفی عسر و حرج، اختصاصی به احکام وجودی ندارد و احکام عدمی را نیز دربر می‌گیرد (صدر، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۴۹۱؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۵، ص ۱۳۲؛ سبحانی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۰۹). سید کاظم یزدی رحمه الله، در ملحقات عروه تصریح کرده است که اگر بقای زوجیت موجب عسر و حرج بر زوجه باشد با تمسک به قاعده نفی عسر و حرج می‌توان از جواز طلاق زوج را برای حاکم شرع ثابت دانست (یزدی، بی تا، ج ۱، ص ۷۵، م ۳۳). وی در موردی که زوج کمتر از چهار سال مفقود باشد و یا مفقود نباشد، ولی توانایی پرداخت نفقه زوجه را نداشته باشد، عدم جواز طلاق از سوی حاکم را موجب عسر و حرج و ضرر زوجه دانسته و به استناد قاعده نفی عسر و حرج، آن ضرر را نفی کرده است.

به نظر نگارنده، قاعده نفی عسر و حرج، هم شامل احکام وجودی است و هم احکام عدمی؛ زیرا اولاً: در پاسخ با دلیل اول قائلین به امتناع گفته شد که سیاق آیات و روایاتی که بیانگر این قاعده هستند درصدد بیان موقف و موضع دین در قبال احکام حرجی می‌باشند. به این معنا که شارع در مقام تشریح احکام، هیچ‌گاه موضع و دیدگاهی را اتخاذ نمی‌کند که به سبب آن بر مکلفین، سختی و مشقت وارد شود و هر حکمی که با انتساب به دین، موجب حرج و سختی بر مکلفین باشد، برداشته شده است و در این جهت تفاوتی که بین حکم وجودی و حکم عدمی یاد می‌شود، بازگشت به احکام وجودی دارند. با این توضیح که انتزاع احکام عدمی با نگاهی به مجموعه احکام وجودی در شریعت حاصل شده، نه اینکه احکام عدمی، احکام جداگانه‌ای باشند که هیچ ارتباطی با سایر احکام نداشته باشند.

ثالثاً: در علم اصول (سبحانی، ۱۳۸۳، ص ۵۲) و همچنین در مباحث فقهی (روحانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۴۱؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ص ۵۱۶ و ۵۱۷)، با تمسک به ادله عقلی و روایات متعدد ثابت شده است که همه موضوعات دارای حکم شرعی می‌باشند و هیچ واقعه‌ای از وقایع زندگی انسان خالی از حکم نیست.

بنابراین، مواردی نظیر عسر و حرج زوجه در فرض ادامه زوجیت نیز دارای حکم شرعی خواهند بود و با توجه به ادله نفی عسر و حرج که هرگونه مشقت و حرجی را از سوی دین نفی می‌کنند، حکم این موارد نیز که از آن‌ها به احکام عدمی یاد می‌شود روشن شده و به عدم عسر و حرج حکم می‌شود.

۵-۳- لزوم فعلیت حرج یا کفایت حرج شأنی

یکی از سؤالاتی که در رابطه با دلالت قاعده نفی عسر و حرج مطرح است، این است که آیا برای جریان این قاعده و برداشته شدن حکم شرعی اولی، لازم است حتماً حرج و مشقت فعلیت داشته باشد، یا حکم شرعی اولی به سبب حرج‌های زمان گذشته و یا حرج‌هایی که در زمان آینده پدید می‌آیند نیز برداشته می‌شود؟ برای روشن شدن این مسأله باید توجه داشت که زمان تحقق حرج با زمان اجرای قاعده نفی عسر و حرج و برداشتن حکم اولیه از سه حال خارج نیست:

۱. تحقق حرج در زمان گذشته: گاهی حرج در زمان گذشته وجود داشته، اما مکلف به جهت ناآگاهی از جریان قاعده نفی عسر و حرج، آن قاعده را جاری نکرده؛ بلکه عسر و حرج را متحمل شده است و در حال حاضر، آن حرج و مشقت وجود ندارد. مثلاً زوجه در گذشته به سبب سوء معاشرت زوج در عسر و حرج بوده و در آن زمان اقدام به درخواست طلاق نکرده است، و حال حاضر، زوج، حسن معاشرت دارد و زوجه در عسر و حرج نیست، آیا می‌تواند اکنون به سبب عسر و حرجی که در گذشته وجود داشته، درخواست طلاق نمایند؟

به نظر نگارنده، در این صورت، قاعده نفی عسر و حرج لازم است و در علم اصول (آملی، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۳۴۹؛ صدر، ۱۴۱۸، ج ۱، صص ۱۲۱ و ۱۲۲) ثابت شده است که فعلیت حکم متوقف بر فعلیت موضوع است و مادامی که موضوع، تحقق بالفعل نداشته باشد، تعلق حکم به آن لغو و بی‌معناست. در اینجا هر چند موضوع در زمان گذشته فعلیت یافته، اما چون در زمان حاضر فعلیت ندارد، نمی‌توان به اعتبار وجود موضوع در گذشته، قاعده نفی عسر و حرج را در زمان حاضر جاری کرد. باید توجه داشت که این کلام با مباحث قبل که گفته شد: «حرج واقعی برای رفع حکم اولیه کافی است و علم به رفع حکم حرجی لازم نیست»، منافاتی ندارد؛ زیرا زوجه در گذشته که در عسر و حرج بوده برایش حق درخواست طلاق نیز وجود داشته، هر چند به این حق آگاهی نداشته است؛ اما با تغییر موضوع و از بین رفتن حرج، نمی‌تواند در زمان حاضر با استناد به حرج گذشته، درخواست طلاق داشته باشد. در نوشته‌های حقوقی نیز آمده است که هدف دادرسی، کیفر و مجازات شوهر به دلیل رفتار ناشایست او در گذشته و وسیله‌ای برای جبران ضرر و حرج نیست؛ بلکه طلاق، ریسمان رهایی و دفع ضرر و حرج در آینده است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۳۴۳).

۲. تحقق حرج در زمان حال: روشن‌ترین مصداق جریان قاعده نفی عسر و حرج، همین فرض است؛ یعنی در موردی که حرج و مشقت فعلیت دارد. نسبت به جریان قاعده در این صورت شکی نیست.

۳. تحقق حرج در زمان آینده: گاهی ممکن است عمل به یک حکم شرعی در زمان حاضر حرج و مشقت نداشته باشد، ولی اگر مکلف الان به آن حکم پایبند باشد و آن را نفی نکند، در زمان آینده دچار عسر و حرج خواهد شد. مثلاً زنی در حال حاضر باردار است و حرج و مشقتی از حفظ و نگاهداری جنین ندارد، اما براساس آزمایشات پزشکی، جنین او ناقص‌الخلقه است و در آینده و پس از تولد او در نگاهداری و مراقبت او دچار عسر و حرج شدید خواهد شد، آیا در حال حاضر می‌تواند عسر و حرجی که در آینده عارض بر او می‌شود، جنین را قبل از ولوج روح، سقط کند؟

برخی از فقها برای جریان قاعده نفی عسر و حرج، فعلیت حرج در زمان حاضر را شرط دانسته و معتقدند نمی‌توان با حرجی استقبالی، حکم فعلی را برداشت و بر همین اساس سقط جنین را در فرض مذکور جایز ندانسته‌اند (خرازی، ۱۳۷۹، ص ۴۴). به نظر نگارنده باید بین دو فرض تفصیل داد: الف. گاهی انسان به تحقق حرج در آینده، یقین و قطع ندارد؛ بلکه صرف احتمال است. در این صورت نمی‌توان حکم فعلی (مثل حرمت سقط جنین) را به سبب احتمال حرج که تحقق آن قطعی نیست، رفع کرد و در این صورت قاعده نفی حرج جاری نیست.

ب. گاهی مکلف براساس رأی پزشکان متعهد، علم و قطع پیدا می‌کند که اگر پایبند به این حکم فعلی باشد، در آینده دچار عسر و حرج شدید خواهد شد. در این صورت می‌توان حرج استقبالی را برای جریان قاعده عسر و حرج کافی دانست؛ زیرا در گذشته به تفصیل آمده است که معیار تشخیص مصداق عسر و حرج، عرف است، با رعایت ویژگی‌ها و خصوصیات فردی مکلف.

در عرف، اگر یقین به تحقق حرج‌های استقبالی پیدا شود، آن را در حکم حرج فعلی دانسته و احکامی را که در حال حاضر بر آن فعل مترتب می‌شوند، نفی می‌کنند. به تعبیر دیگر، بر طبق نگاه عرف، علاج واقعه را قبل از وقوع آن باید کرد. عرف کسی را که دچار مشکل می‌شود که پیش از آن می‌توانسته جلو مشکلش را بگیرد، سرزنش کرده و تأکید می‌کنند که باید با برنامه‌ریزی صحیح، قبل از تحقق یک مشکل، برای رفع آن تلاش کرد. البته همان‌طور که در گذشته بیان شد، مکلف با استناد به قاعده نفی حرج، برای رفع حرج استقبالی، فقط اموری را می‌تواند مرتکب شود که از محرمات غیر قابل تخصیص نباشد. بنابراین اگر کسی علم دارد که در آینده به دست دشمن ظالم اسیر خواهد شد و مورد شکنجه شدید واقع می‌شود، نمی‌تواند در زمان حاضر به قتل نفس و خودکشی اقدام کند؛ زیرا قتل نفس از محرمات غیر قابل تخصیص است.

۳-۶- جریان قاعده نفی عسر و حرج در حقوق دیگران

یکی از عناوین رائج و شایع در فقه، عنوان حق است و مصادیق متعددی همچون حق حضانت، حق خیار، حق ابوت و ولایت پدر بر فرزند، حق حاکم و حق زوج بر زوجه دارد. در گذشته بیان شد که حق در حقیقت سلطه و سلطنتی است که برای صاحب آن ایجاد می‌شود و در واقع، مفهومی اعتباری و یکسان دارد که در هر مورد، دارای آثار و ویژگی‌های خاص خود است و نمی‌توان تفسیر ثابتی که منطبق بر همه مصادیق آن باشد ارائه داد.

حال، سؤال این است که آیا قاعده لا حرج همان‌طور که می‌تواند احکام تکلیفی را رفع نماید، رافع حقوق نیز می‌باشد یا خیر؟ به عنوان نمونه در موردی که رعایت حق پدر و مادر مستلزم حرج باشد، یا اجازه از پدر در عقد دختر بالغه رشیده موجب حرج باشد، یا در مواردی که رعایت حق حضانت ملازم با حرج باشد، و یا اگر رعایت حق زوج نسبت به اجازه زوجه برای خروج از منزل، حرجی باشد، آیا می‌توان گفت به وسیله قاعده لا حرج این نوع از حقوق ساقط می‌شوند؟

این مبحث در صورتی قابل طرح مستقل است که عنوان «حق» یک عنوان مستقلی باشد، اما اگر گفته شود همه حقوق، از احکام تکلیفی انتزاع شده و وجود مستقلی ندارند، نیازی به این مبحث نیست؛ زیرا در گذشته بیان شد که قاعده نفی عسر و حرج در احکام تکلیفی جاری است. در اینجا برای جامعیت رساله، بر فرض که «حق» عنوان مستقلی باشد نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

از عبارات بسیاری از فقها به دست می‌آید که این قاعده را در حقوق نیز جاری می‌دانند. به عنوان مثال، برخی از فقها در باب حق حضانت گفته‌اند که اگر مادر برای شیر دادن طفل، اجرت زیادی درخواست کند، بر پدر قبول آن واجب نیست؛ بلکه می‌تواند کودک را به دایه دیگری تحویل دهد. در این صورت، حق حضانت مادر نیز ساقط می‌شود. یکی از ادله‌ای که به آن بر سقوط حق حضانت استناد شده، قاعده نفی عسر و حرج است. با این توضیح که قول به عدم سقوط حق حضانت مادر، مستلزم رجوع و تردد کودک از دایه به مادر است و چه‌بسا این تردد در یک شبانه‌روز در مرتبه‌های فراوانی باشد، خصوصاً در ماه‌های اولیه که کودک نیاز بیشتری به شیر دارد؛ و پرواضح است که این عمل از مصادیق روشن حرج است. برخی از فقها مثل صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۲، صص ۱۵۴ و ۱۵۵)، صاحب جواهر (نجفی، بی تا، ج ۳۱، ص ۳۰۰) تصریح کرده‌اند دلیل بر این مدعا علاوه بر برخی روایات، قاعده نفی عسر و حرج است.

به نظر نگارنده، حقوق عناوین مستقلی نیستند؛ بلکه از احکام تکلیفی انتزاع می‌شوند. با توجه به اینکه اثبات این مطلب خارج از موضوع رساله است، از ذکر آن اجتناب می‌شود. بنابراین با توجه به جریان قاعده نفی عسر و حرج در احکام تکلیفی، این قاعده در حقوق نیز جاری است.

بر فرض که حقوق، عناوین مستقلی باشند، بازهم قاعده نفی حرج در آن‌ها جاری است. البته جریان این قاعده فقط نسبت به حقوقی است که در شرع از طرف شارع مقدس به عنوان دین تشریح شده است؛ مثل حق حضانت، ولایت پدر بر دختر بالغه رشیده و حتی رعایت حق حاکم و حق زوج؛ اما اگر حقوقی با قطع نظر از شریعت و دین ثابت باشد، مانند: تمام انواع حقوق عقلائی‌ای که در میان مردم وجود دارد و یا حق خیار که به وسیله متعاقدين ایجاد شده است - حتی خیار مجلس که باید متعاقدين موضوع آن را ایجاد نمایند - در چنین مواردی، نمی‌توان قاعده لا حرج را جاری نمود؛ به دلیل آن که از قاعده استفاده

می‌شود شارع مقدس به عنوان دین، حکم یا حق حرجی را جعل ننموده است و این شامل حق خیار و یا حقوق ثابت عقلانی نمی‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، صص ۱۶۳ و ۱۶۴).

نتیجه گیری

در این تحقیق برای درک بهتر از قلمرو قاعده نفی عسر و حرج، ابتدا به بیان مفهوم لغوی و اعتباری این واژه و برخی واژگامشابه پرداخته شده و سپس مبانی آن به صورت تفصیلی مورد بررسی قرار گرفت که از جمله آن می‌توان به حریف لاضرر و داستان سمره بن جندب اشاره کرد که در خصوص قاعده لاضرر از سوی اندیشمندان حوزه فقه و اصول دیدگاه‌های مختلفی بیان شده بود. در ادامه به موضوع قلمرو این قاعده پرداخته شد حیثیات مختلفی مانند شمول این قاعده در خصوص احکام عدمی، رخصت یا عزیمت بودن آن، لزوم فعلیت یا کفایت شانیت در ضرر و همچنین رخصت یا عزیمت بودن رفع حکم حرجی به تفصیل سخن گفته شد در نهایت و در مقام جمع بندی باید گفت به نظر نگارنده صدق عنوان لاضرر و به تبع آن جریان این قاعده منوط به صدق عرفی آن می‌باشد و هر جا که بتوان عنوان عرفاً مصداق حرج تلقی کرد، می‌توان در نتیجه این قاعده را جاری دانست از همین رو اختلاف نظر ها در برداشت‌های مختلفی است که در عناوین می‌باشد در حالی که مصداق عرفی در مصادیق واحد هستند.

منابع

قرآن کریم

۱. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، تحقیق: طاهر احمد الزاوی و محمود محمد الطناحی، دارالفکر، بیروت، بی‌تا.
۲. ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، مصحح: عبدالسلام محمد هارون، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۳. امامی، حسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیة، تهران، چاپ ششم، ۱۳۶۶ هـ.ش.
۴. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، تحقیق: لجنة تراث الشیخ الاعظم، مجمع الفکر الاسلامی، قم، چاپ نهم، ۱۴۲۸ هـ.ق.
۵. -----، کتاب المکاسب، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، قم - ایران، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ.
۶. آشتیانی، محمد حسن، الرسائل التسع، انتشارات زهیر، کنگره علامه آشتیانی، قم، چاپ اول، ۱۴۲۵ هـ.ق.
۷. آملی، هاشم، مجمع الافکار و مطرح الانظار، مقرر: محمد علی اسماعیل پور قمشاهی، المطبعة العلمیة، قم، چاپ اول، ۱۳۹۵ هـ.ق.
۸. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تابع اللغة و صحاح العربیة، مصحح: احمد بن الغفور عطار، دارالعلم للملایین، چاپ اول، بیروت - لبنان، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۹. حسینی شیرازی، صادق، بیان الاصول، دارالانصار، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۷ هـ.ق.

۱۰. حسینی، میر عبد الفتاح، العناوین الفقہیہ، انتشارات موسسہ نشر اسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۷.
۱۱. حلی، ابن ادریس، محمد السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۲. حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مصحح: عبدالحسین محمد علی بقال، مؤسسہ اسماعیلیان، چاپ دوم، قم، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۱۳. حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة (ط الحدیث)، مصحح: ابراهیم بهادری، مؤسسہ امام صادق علیه السلام، قم - ایران، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۱۴. -----، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب (ط - الحدیث)، مجمع البحوث الاسلامیة، چاپ اول، مشهد، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۱۵. خرازی، محسن، کنترل جمعیت و عقیم‌سازی، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، قم، تابستان ۱۳۷۹، شماره ۲۲.
۱۶. خراسانی، محمد کاظم، کفایة الاصول، مؤسسہ آل البيت علیهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۱۷. خوبی، خلیل قبله‌ای، قواعد فقه، انتشارات سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۱ هـ.ش.
۱۸. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، مصحح: صفوان عدنان داودی، دارالعلم، الدرامشامیة، بیروت - سوریه، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۱۹. روحانی، محمد، المرتقی إلى الفقه الأرقی، کتاب الزکاة، مقرر: محمد صادق جعفری، مؤسسہ الجلیل للتحقیقات الثقافیة، تهران، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۲۰. زبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقیق: علی شیری، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲۱. سبحانی، جعفر، رسائل الأصولیة، مؤسسہ امام صادق علیه السلام، قم، چاپ اول، ۱۳۸۳ هـ.ش.
۲۲. صدر، محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، تقریر: سید محمود شاهرودی، مؤسسہ دائرة المعارف فقه اسلامی، قم، چاپ سوم، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۲۳. طباطبایی حکیم، محمد تقی، القواعد العامه فی الفقه المقارن، المجمع العالمی للتقريب بين المذهب الاسلاميه، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، قم، بی تا.
۲۴. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقی (المحشی)، محقق: احمد محسنی سبزواری، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ.ق.
۲۵. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، تکملة العروة الوثقی، مصحح: سید محمد حسین طباطبایی، مکتبه داورى، قم، بی تا.
۲۶. طباطبایی، علی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل (ط - الحدیث)، تصحیح: محمد بهره‌مند و دیگران، مؤسسہ آل بيت علیهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، مصحح: سید محمد تقی کشفی، المکتبه المرتضویة، لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۷ هـ.ق.
۲۸. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، روض الجنان فی شرح ارشاد الاذهان (ط - الحدیث)، قم، بی تا.
۲۹. عراقی، آقا ضیاء الدین، قاعده لاضرر، مقرر: سید مرتضی موسوی خلخالی، مصحح: سید قاسم حسینی جلالی، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۳۰. عسگری، ابو هلال، الفروق اللغویة، مؤسسہ النشر الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ.ق.

۳۱. فاضل لنکرانی، محمد جواد، قاعده لا حرج، مقرر: سید جواد حسینی خواه، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۳۸۵ هـ.ش.
۳۲. -----، ثلاث رسائل، انتشارات مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۲۵.
۳۳. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، قم، منشورات الهجرة، چاپ دوم، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۳۴. فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، مؤسسه دارالهجرة، چاپ اول، قم، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، انتشارات گنج دانش، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۹۵.
۳۶. کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، چاپ دوم، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۳۷. محقق داماد، محمد، کتاب الحج، مقرر: عبدالله جوادی آملی، کتابخانه مهر، قم - ایران، چاپ اول، ۱۴۰۱ هـ.ق.
۳۸. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم،
۳۹. مراغی، میر عبدالفتاح، العناوین الفقهیه، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۳۷۸.
۴۰. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات قرآن کریم، انتشارات بنگاه ترجمه نشر کتاب، قم، چاپ اول، ۱۳۶۰.
۴۱. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، تعلیقه عباسعلی زارعی، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۳۷۸ هـ.ش.
۴۲. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، چاپ سوم، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۴۳. مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیه عامه، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم، چاپ اول، ۱۳۸۰ هـ.ش.
۴۴. موسوی بجنوردی، حسن، قواعد الفقهیه، تصحیح: مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی، نشر الهادی، قم - ایران، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ.ق.
۴۵. موسوی خمینی، روح الله، الرسائل، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۴۶. موسوی خمینی، روح الله، کتاب الطهاره، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۳۷۶ هـ.ش.
۴۷. موسوی خویی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، مقرر: سید محمد تقی خویی، دارالزهرا، بیروت، بی تا.
۴۸. موسوی سبزواری، عبد الأعلى، مهذب الاحکام، مصحح: مؤسسه المنار، فتر آیت الله سبزواری، قم - ایران، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۴۹. نائینی، محمد حسین، اجود التقريرات، مقرر: سید ابوالقاسم خوئی، انتشارات مصطفوی قم، چاپ دوم، ۱۳۶۸ هـ.ش.
۵۰. نائینی، محمد حسین، فرائد الاصول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ایران، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۵۱. -----، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، مقرر: موسی خوانساری، المكتبة المحمدیة، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۳ هـ.ق.
۵۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، مصحح: شیخ عباس قوچانی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بی تا.
۵۳. نراقی، احمد بن محمد، عوائد الأيام فی بیان قواعد الاحکام، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۵۴. هدایت نیا، فرج الله، عناوین ثانوی و حقوق خانواده، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۲ هـ.ش.

۵۵. همدانی، رضا بن محمد، مصباح الفقیه، تصحیح: محمد باقری و دیگران، مؤسسه الجعفریة لاجیاء التراث و مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ.ق.

