



ترتیب حکم قاعده لاضرر بر وقوع ضرر و امکان پیشگیری از ضررهای احتمالی

نادره جعفرزاده^۱
اصغر عربیان^۲
ابوالفضل قهاری^۳

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۴/۰۱/۳۰ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۴/۰۴/۲۵

چکیده

در اعتبار قاعده آمره لاضرر در بین فقها تردیدی وجود ندارد و در حاکمیت و تقدم آن بر ادله اولیه اجماع شده است. همچنین در اینکه لسان قاعده لاضرر «نفی حکم است» و اثبات حکم نمی‌کند قول مشهور فقهاست در نتیجه با تمسک به لاضرر صرفاً الزامات شرعی و لزوم عقود برداشته می‌شود و اثبات حکم جدید ایجابی از توان قاعده خارج است. با این وصف در آراء دادگاه‌ها حکم به جبران ضرر با استناد به قاعده لاضرر به چشم می‌خورد در حالی که پس از حاکمیت لاضرر و برداشتن حکم، لزوم جبران خسارت با استفاده از قواعد اتلاف و تسبیب یا ضمان ید مورد حکم قرار می‌گیرد در کنار این قضیه گاهی در دعاوی پیشگیرانه در در افواه و حتی در مجامع حقوقی برای جلوگیری از وقایع اتفاقی مانند ریزش احتمالی بناهای مجاور در هنگام گودبرداری قاعده لاضرر مطرح و مورد تمسک قرار می‌گیرد. بالحاظ ضررهای حتمی الوقوع و اقدامات و اعمالی که نوعاً این ضررها را به دنبال دارند می‌توان با تمسک به ملاک اعتبار قاعده حکم آن را جاری ساخت البته با تأمین مابه‌ازای خسارات احتمالی به طرف مقابل.

کلید واژه‌ها

قاعده لاضرر، قاعده آمره، پیشگیری، جبران خسارت، لاضرر.

^۱ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران nadi1540@gmail.com

^۲ دانشیار گروه حقوق خصوصی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول): a.arabian42@gmail.com

^۳ استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تنکابن، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

۱. بیان موضوع

عسر و حرج عنوانی است آشنا برای همه صنوف متعهد ناتوان از اداء، اعم از مدیون واقعی یا محکوم علیه مراجع قانونی و یا مدعی غیر واقعی اعسار که به قصد فرار از دین یا تعهد یا به تاخیر انداختن آن به این ابزار قانونی متمسک می‌شوند. این قبیل دعاوی یا موضوع عقود آنی هستند مانند: بیع و صلح و هبه که آثار انعقاد دفعتهً واحدهً برطرفین عقد بار می‌گردد و ممکن است در این گونه عقود و قراردادهای مشابه، این آثار، طرفین یا هریک از آنها یا شخص ثالثی را با حرج مواجه نمایند و یا عقود مستمری مستمسک دعوا قرار می‌گیرند که آثار آن‌ها در بستر زمان برای طرفین یا دیگری بروز و ظهور می‌یابند و به تعبیری، در عقود مستمر، طبیعت معقود علیه ضرورتاً در طول زمان استمرار دارد و این تداوم زمان برای تحقق موضوع عقد ضروری است^۱ مانند عقود: وکالت، شرکت، وقف، ودیعه عاریه و...

در عقود مستمر بروز حرج از زمان تحقق آن اثرگذار در عقد بوده و لزوم آن را مرتفع می‌نماید چه برای طرفین یا ثالثی غیر از متعاقدين. یکی از خصوصیات عقود مستمر که متفق علیه هم هست اعتبار عقد و آثار آن تا زمان تحقق سبب انفساخ آن است، لذا برخلاف بطلان، اثر فسخ به گذشته سرایت نمی‌کند و از زمان انفساخ است.^۲ لذا با این رویکرد آثار عقد در قبل از فسخ به قوت خود باقی است چون با سبب قانونی و شرعی ایجاد شده است (یعنی عقد). این عبارت اخراجی قول به تجزیه عقود مستمر در بستر زمان است که جزء لاینفک هر عقد مستمری است. در این عقود نیز مانند عقود آنی ممکن است حرج بر طرفین یا یکی از آنها یا ثالثی مستولی شود و اثرش را - که ارتفاع لزوم عقد و در نتیجه استمرار آن است - بر جای گذارد، در نتیجه عقد از این زمان و در مرحله ثبوتی بلا اثر می‌گردد و برای آتی از مشروعیت می‌افتد. در چنین مواردی عقد صرفاً نسبت به آینده از موضوعیت می‌افتد چه با واژه «انفساخ» که در ماده ۴۸۳ قانون مدنی مورد تقنین واقع شده یا با واژه «بطلان» موضوع ماده ۴۹۶ قانون مدنی که به اثر آن در آینده تاکید دارد. در هر حال اثر چنین عقدی در گذشته نفوذ دارد و از زمان انفساخ یا بطلان مذکور در ماده اخیرالذکر برای آتی فاقد اثر خواهد شد اگر این انفساخ یا بطلان حاصل حاکمیت قاعده آمره لا حرج باشد، به صراحت شارع مقدس که فرمود: در احکام دین هیچ حرجی (حکم حرجی) تشریع نکرده ام و روایات متعدد ناظر به حکم این آیه که در فتاوی فقها نیز تصریح و تاکید گردیده است، حکم حرجی برداشته می‌شود و عقد از اعتبار می‌افتد (البته با مرتفع شدن لزوم، چرا که عقد غیر لازم اصولاً حرجی برای هیچ یک از اطراف عقد ایجاد نمی‌کند).

^۱ لنگرودی، علم موضوع شناسی، صص ۲۸ و ۹۰

^۲ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ص ۱۳۸ -

حاکمیت این قاعده برادله اولیه در دایره حکم و موضوع تضییقاً و بنابر قول قوی^۱ توسیعاً هم مورد تاکید فقهاست. این حاکمیت و تقدم بر ادله اولیه - که در آن ادعای اجماع^۲ شده- نه تنها در احکام تکلیفی مثل واجبات و محرمات شرعی - که رابطه مکلف را با شارع یا قانون گذار تبیین می‌نمایند- بلکه در احکام وضعی مرتبط به مکلفین با یکدیگر نیزمانند: عقود و قراردادها هم بروز دارد. حتی به لحاظ فقدان واسطه‌ای به نام اراده، در احکام وضعی، این بروز و ظهور به طریق اولی است چرا که در اتیان مامور به شرعی تا اراده‌ای از سوی مکلف برانجام فعل نباشد حرجی مطرح نخواهد شد تا رفع آن حرج موضوع حکم قاعده قرار گیرد. برخلاف احکام وضعی مانند: عقود معاوضی بین متعاقدين که به محض انشاء عقد، حرج می‌تواند محقق شود.

۲. مؤدای قاعده لا حرج

قاعده لا حرج یکی از دو قاعده معروف حاکم برادله اولیه است چه در جانب موضوع یا حکم، که مستند صریح قرآنی دارد و فریقین در اعتبار آن اتفاق نظر دارند.^۳ آیاتی از قرآن دلالت صریح به حکم این قاعده دارد که معروف ترین آنها آیه ۷۸ سوره حج است (وما جعل علیکم فی الدین من حرج) و آیه ۶ سوره مائده (وما یرید الله لیجعل علیکم من حرج) که مؤکداً جعل هرگونه حکم حرجی را نفی می‌کند و از این رو فقها این قاعده را در تمام ابواب فقه حاکم می‌دانند.

۳. حرج در عقود مستمر

موضوعیت حرج در عقود مستمری مانند: شراکت، عاریه، قرض، وکالت و بویژه نکاح، معمولاً بیشتر مطرح بوده و یا نمود بیشتری دارد چه اینکه این گونه عقود در جریان مستمر بوده و اثبات تحقق حرج می‌تواند به پیشگیری از توالی بعدی و مضاعف شدن خسارات بیانجامد. به عبارت دیگر در عقود آنی کل حرج و آثار عقد محقق شده و فور و تراخی در مقدار ضرر غیرمشروع یا چگونگی وقوع و کمیت آثار عقد حرجی تأثیری ندارد در حالی که در عقود مستمر از هر کجای عقد و قرارداد و در هر زمانی هرچه زودتر از استمرار حرج و در نتیجه آثار عقد جلوگیری شود مطلوب مدعی بوده و اگر حرج و ضرر، واقعی باشد، توقف آن در مراحل اولیه موافق حکم عقلاً خواهد بود.

^۱ بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱ ص ۲۵۵ -

^۲ شیخ انصاری، فرائد الاصول ج ۱ ص ۱۹۶ و رسایل فقهیه ص ۱۱۷ - امام خمینی، البیع ج ۱ ص ۵۲۲ و انوار الهدایه ج ۱ ص ۳۶۹ - همدانی، مصباح الفقهیه ج ۶ ص ۱۳۰ - نایینی، فوائد الاصول ج ۳ ص ۲۵۰ -

^۳ بجنوردی، پیشین ص ۲۵۳ -

۴. نفی حکم حرجی از باب رخصت

اگرچه برخی نظرات مشعر بر مقوله عزیمت است با این وصف نظر غالب، ترخیصی بودن و امتنانی بودن حکم لا حرج است.^۱ بدین معنی که در احکام تکلیفی، وجوب و حرمت برداشته می‌شود و در احکام وضعی هم لزوم قرارداد و عقد از بین می‌رود. در نتیجه اگر حکم صادر نشده باشد دیگر صادر نخواهد شد و اگر در مرحله اجرا باشد متوقف می‌گردد. ترخیصی بودن به معنی اختیار ذی نفع است که حکم را انجام بدهد یا ندهد چه اگر وجوب برداشته شده و مکلف اتیان مأموریه را ادامه دهد مانند: روزه حرجی، این روز باطل نبوده و به عنوان ادای واجب محسوب خواهد شد (البته بطلان فعل عبادی در حاکمیت قاعده لاضرر - که آن هم امتنانی است - به لحاظ حرمت اضرار به نفس است و الا مساقی هر دو قاعده یکی است و آن هم رخصت است).

۵. جریان قاعده در محرمات

مشهور فقها بر این است که آیات حرج عام و مطلق بوده و همه احکام شرعی اعم از واجبات و محرمات را در بر می‌گیرد و تقییدی مبنی بر حکم خاص به چشم نمی‌خورد.^۲ در عمل بنای فقها و اصحاب امامیه به این است که قاعده لاحرج در محرمات جریان پیدا نکند چون با قول به اعتبار حرج شخصی، در بسیاری از موارد ممکن است مکلفین از عدم ارتکاب محرمات به حرج بیفتند به ویژه در محرمات مرتبط با قوای شهوانی، نهی از عمل ممکن است حرج واقعی ایجاد کند و در این موارد اگر قاعده لا حرج حاکم گردانیده شود اساس احکام و دین و خطوط قرمز شرعی بهم خواهد ریخت بر این مبنا فقها با وصف حاکمیت لا حرج، اجازه انجام محرمات را نمی‌دهند.^۳ در تبیین این دیدگاه و مقید ساختن حکم لا حرج به رفع واجبات گفته شده؛ این قاعده و قاعده لاضرر به لحاظ ترخیصی و امتنانی بودن است که شارع هر گونه مشقتی را که از انجام احکام شرعی حاصل شود مورد توجه قرار داده و آن را سبب رفع وجوب اعلام کرده اند تا مکلفین به سختی نیفتند و با وصف اینکه در واجبات، مصالح ملزمه‌ای از سوی شارع لحاظ شده تا بندگان با اتیان آن واجب به آن مصلحت‌ها برسند با پدید آمدن حرج و حاکمیت قاعده، آن فعل واجب دارای مصلحت، از ذمه مکلف برداشته می‌شود و در نهایت امر، یک فعل دارای مصلحتی از مکلف فوت می‌شود. اما اگر ترک فعل حرام که مفسده ملزمه دارد

^۱ امام خمینی، کتاب الطهارة، ج ۲ ص ۱۰۷-حائری اصفهانی، الفصول الغرویة، ص ۳۳۵- خویی، موسوعة ج ۴ ص ۴۲۶ ج ۱۰ ص ۱۱۸-

^۲ مکارم شیرازی، القواعد الفقهیة، ج ۱ ص ۱۶۴- شیخ انصاری، المکاسب، ج ۴ ص ۳۳۰- طباطبائی حکیم، القواعد العامة فی فقه المقارن، ص ۱۹- موسوی بجنوردی، -القواعد الفقهیة، ج ۱ ص ۲۶۴-

^۳ موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۱ ص ۲۶۴- شبیری زنجانی، ج ۵ صص ۱۴۷۱ و ۱۴۷۲-

باعث حرج مکلف شود همان امتنانی بودن حکم از سوی شارع اقتضا دارد که مکلف به دلیل وجود حرج مرتکب یک فعل دارای مفسده نشود و این امتنانی بودن قاعده، اقتضای رفع حرمت نخواهد داشت.^۱ برخی اظهار کردند که به لحاظ اینکه محرمات اصولاً فعل نیستند تا انجام آنها حرج ایجاد کند و امر عدمی توان ایجاد حرج ندارد لذا این گونه احکام تخصصاً از حاکمیت قاعده لا حرج خارج هستند.^۲ البته به این نظر چنین اشکال وارد شده که عدم جریان لاحرج در محرمات مبتنی به این دیدگاه است که حرج از ناحیه خود فعل واقع شود در حالی که اثر حرج در رفع حکم است نه رفع فعل و حکم الزام هم از ناحیه شارع است لذا اگر چیزی که برداشته می‌شود حکم ایجاد کنند حرج باشد این حکم هم می‌تواند واجب باشد و هم حرام.^۳

۵-۱. نظر مختار

آنچه که از امور ایجابی و عدمی، مورد بحث و اختلاف نظر قرار گرفته و فائلین عدم تسری حکم قاعده لا حرج به امور عدمی مورد توجه قرار داده اند با این نگرش به مؤدای لاحرج و لاضرر دیگر محل طرح نمی‌یابد چرا که همان گونه که متعلق «امر» یک ضرورت است از سوی شارع برای مکلف و ایجاب است، متعلق نهی هم یک ضرورت است و آن هم نسبت به مکلف ایجاب تلقی می‌شود به عبارتی امرونی هر دو می‌توانند از سوی شارع ایجاب باشند برای مکلفین با این تفاوت که در اولی مأموریه، انجام فعل و در دومی عدم انجام آن است. لذا هر الزامی از سوی شارع جعل حکم تلقی می‌شود و به حکم؛ «ماجعل علیکم فی الدین من حرج» در آیه ۷۸ سوره حج و یا «ما یریدالله لیجعل علیکم من حرج» در آیه ۶ سوره مائده، در صورت تحقق حرج برای مکلف، از دایره تشریع مرفوع خواهد بود بلی اگر حرج، حاصل نفس فعل بود بحث «وجودی» و «عدمی» مطرح می‌شد و ناگزیر باید در منهیات شارع قائل به ترتب می‌شدیم یعنی تا عدم به وجود تبدیل نشده پس حکم هم نمی‌تواند به آن تعلق گیرد در حالی که حکم شارع همان تبدیل نشدن از عدم به وجود است که خود این حکم، ایجاب است.

۵-۲. نگاه قانون گذار

حرج در قانون مدنی صرفاً در ماده ۱۱۳۰ آمده و تصریح دارد به این که اگر استمرار و دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید و در ادامه آن

^۱ موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱ ص ۲۶۴-حسینی خواه، قاعده لاحرج، ص ۱۵۹- شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ج ۵ ص ۱۴۷۱-

^۲ طباطبایی حکیم، القواعد العامه فی الفقه المقارن، صص ۱۹ و ۱۹۲

^۳ طباطبایی قمی، انوار البهیة فی القواعد الفقهیه، ص ۱۶۷-

ماده، اجبار زوج به طلاق از سوی دادگاه، منوط به اثبات عسر و حرج زوجه شده و در ادامه نیز در صورت استتکاف زوج از اجرای طلاق، حاکم شرع به حکم قانون، زوجه را طلاق می‌دهد. طلاقى که به حکم ذیل ماده از سوی حاکم شرع اجرا می‌شود بدون شک طلاق قضایى است. همچنین در صورتى که حرج در واقع محقق نباشد و دادگاه او را به هر دلیل طلاق دهد. اما در صورتى که عسر و حرج زوجه را احراز نماید و زوج را مجبور به طلاق کند و او هم به اجبار دادگاه تمکین کند، آیا این طلاق هم قضایى است؟ اگرچه در صدر ماده تصریح دارد به این که علت بروز و تحقق حرج برای زوجه همانا دوام واستمرار زوجیت است که حاصل عقد بیع است اما برای ادامه رسیدگی دادگاه را مجاز به اجبار زوج به طلاق نموده و در نهایت حاکم شرع را متولی اجرای طلاق قلمداد کرده است.

۶. لاجرج نفی حکم می‌کند اثبات حکم نمی‌کند

فقها تاکید دارند که لسان لا حرج و لا ضرر لسان نفی است. یعنی تمام ادله این دو قاعده به ویژه لا حرج، -که ادله صریح قرآنی مبنی بر نفی هر گونه حرج در تشریح دارد- تصریح به نفی و برداشتن الزام در واجبات و محرمات دارد و آن هم در حوزه تشریع و جعل حکم. روایات^۱ هم که مستند فتاوی فقها قرار گرفته معمولاً به آیات قرآن به ویژه آیه ۷۸ سوره حج «وما جعل علیکم فی الدین من حرج» ارجاع داده و تاکید به رفع حکم حرجی شده است. دراین راستا تاکید شده که لا حرج در احکام وجودی حاکم است و در احکام عدمی نقشی ایفا نمی‌کند.^۲ همچنین گفته شده که لا حرج فقط می‌تواند احکام وجودی را که منشأ حرج برای مکلفین است بردارد اما اگر از نبود حکمی، مکلف به حرج بیفتد، ادله لا حرج توان اثبات و انشاء حکمی را ندارند تا مکلف را از حرج خارج سازند. این قول مشهور فقهاست. امام خمینی^۳ نیز همین قول را اختیار کرده و فرموده که عدم حکم، یک حکم شرعی نیست تا در فرض حرج بتواند آن را نفی کند.

با این وصف برخی اساتید^۴ با استدلال‌هایی متعرض این مسئله شده اند؛ که لاجرج و لاضرر اثبات حکم می‌کنند و با تفصیلی که در موضوعات و آیات قائل شده اند، شواهدی از مسائل فقهی و احکام را به عنوان احکام جایگزین حکم حرجی رفع شده، اعلام و آن را دلیلی بر اثبات حکم از سوی این دو قاعده قلمداد نموده اند. البته اذعان دارند که دراین آیات هم کسی ادعا نکرده که اثبات حکم تیمم حاصل قاعده

^۱ روایات: ابویسیر، محمد بن اسماعیل، احمد بن محمد، ابن محبوب، وسائل الشیعه ج ۱ صص ۱۶۳ و ۲۱۲ و ۲۶۴ و ۴۹۱- روایت عاصم بن حمید، علامه مجلسی، بحار الانوار ج ۱ ص ۱۵۵

^۲ انصاری، فرائد الاصول ج ۱ ص ۶۰- نائینی منیة الطالب ج ۱ ص ۱۵۶- حکیم، مستمسک العروة الوثقی ج ۱۴ ص ۴۴۹- خویی موسوعة ج ۳۲ ص ۱۱۶ -

^۳ امام خمینی، البیع ج ۱ ص ۵۴۵- تنقیح الاصول، ج ۳ ص ۵۴۲ -

^۴ نورمفیدی، درس خارج فقه، جلسه سی و پنجم، سایت: m-noormofidi.com

لا حرج است بلکه در مواردی است که با نفی حکم، حکم دیگری لازم است جایگزین شود. با این استدلال؛ قاعده لا حرج فی الجملة مستلزم حکم دیگری است اما خودش نمی‌تواند آن حکم را تبیین کند.

باید گفت که از آیات مشهور، آیه ۷۸ سوره حج، علی الاطلاق حکم حرجی را مرفوع اعلام کرده: «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» اما آیه شش سوره مائده «ما یريد الله لیجعل علیکم من حرج» که در آن امر بر وضو و غسل برای نماز شده در صورت عروض حرج برای این مقدمه ها فرموده: تیمم کافی است یعنی حکم ضرورت غسل و وضو برای نماز - که از باب مقدمیت واجب هستند- را به واسطه حرج نفی کرده و تیمم را جایگزین نموده است.

اشکال وارد بر این نظر این است که در شواهدی که ذکر شده به حکم لا حرج و موضوعات احکام تکلیفی پرداخته شده است. صرف نظر از اینکه این احکام واجب، خود نیز تفصیل دارند، قسمتی از آن واجبات، زمان خاص اتیان دارند مثل: نمازهای یومیه - که در صورت حاکمیت لاجرج و رفع وجوب در زمان عروض حرج- به اجماع فقهاء، این وجوب به زمان دیگری و تحت عنوان قضاء واجب منتقل می‌شود و بخشی دیگر که زمان خاص ندارند (چه در حوزه احکام تکلیفی مثل وجوب تدفین میت یا در حوزه حقوق وضعی مثل عقود و قراردادهای عهده و تملیکی) که با انتفاع حکم حرجی یا رفع لزوم، جایگزینی برای آنها مطرح نیست، حاکمیت لاجرج فقط حکم حرجی را برمی دارد و دیگر برای مکلف الزامی به اتیان، وجود نخواهد داشت. اگر هم موضوع حرج، قراردادها و عقود لازم باشند، لزوم از آنها برداشته شده و طرفین یا هر یک از آن دو می‌تواند تعهد موضوع قرارداد را منتفی نماید.

۷. حاکمیت لا حرج در نکاح

عقد نکاح را از جهت تعهداتی که برای طرفین نسبت به یکدیگر ایجاد می‌کند و تملیکی که در مهریه مطرح می‌شود می‌توان عقد رضایی، عهده و در اجزائی از آن تملیکی قلمداد نمود. به هنگام صدق عنوان حرج در روابط زوجین، کسی در حاکمیت قاعده لا حرج تردید نکرده بلکه قریب به اتفاق دعوای زوجیت در دادخواست هایی که تقدیم دادگاه ها می‌شود مستندش عسر و حرج حاصل از روابط زوجین و لزوم عقد نکاح است. چرا که اگر لزومی در کار نبود به حکم عقل حرجی نیز ایجاد نمی‌شد کما اینکه در تمام عقود لازم تحقق حرج از ناحیه لزوم است و قاعده لا حرج لزوم را مرتفع می‌نماید.

با این وصف دادگاه ها با شروع به رسیدگی در مقام احراز تحقق عسر و حرج برمی آیند و در صورت احراز واثبات، ضمن انشا واعلام محقق بودن حرج برای زوجه و یا با تأکید به سقوط حق طلاق زوج، حکم محکومیت وی به مطلقه نمودن زوجه و حضور در یکی از دفاتر ثبت طلاق برای اجرای صیغه طلاق صادر می‌نمایند که البته با استناد به ظاهر ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی - که تصریح نموده اگر استمرار و دوام

زوجیت موجب عسروخرج زوجه باشد دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید- این رویه در دادگاه خانواده مورد عمل است.

۸. نتیجه

ملاحظه شد قول مشهور فقها -که امام خمینی هم آن را اختیار و مورد تاکید قرار داده- براین است که لاجرح فقط می‌تواند احکام وجودی را که منشأ حرج برای مکلفین است بردارد و درصورتیکه از نبود حکمی، مکلف به حرج بیفتد، ادله لا حرج توان اثبات و انشاء حکمی را ندارند تا مکلف را از حرج خارج سازند. به تعبیری عدم حکم، یک حکم شرعی نیست تا در فرض حرج بتواند آن را نفی کند.

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی تصریح دارد به اینکه دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و این جمله دارای مفهوم است یعنی مکلف نیست و می‌تواند چنین حکمی را صادر ننماید ولو اینکه عسر و حرج در دادگاه به اثبات رسیده باشد و با امان نظر به اینکه دادگاه ابتدا محقق بودن عسروخرج زوجه را اثبات و انشا می‌نماید، این به معنی حاکمیت قاعده لا حرج است که در دایره حکم و موضوع و تضييقاً و توسيعاً به تاکید تمام فقها اثرگذار بوده و الزامات موثر در حرج را از دایره تشریع برمی‌دارد. با این وصف:

اولاً با حاکمیت قاعده لاجرح، حکم لزوم برداشته می‌شود و نیازی به برداشتن آن از سوی حاکم شرع نیست چون تحصیل حاصل است، لذا قاضی صرفاً باید رفع حکم را اعلام کند و خواننده را به لوازم این حکم (یعنی حکم لا حرج) اجبار نماید.

ثانیاً با این وصف، واژه «میتواند» در ماده ۱۱۳۰ مورد اشاره، دیگر موضوعیت نخواهد داشت چون دادگاه مکلف به این امر است.

ثالثاً اگر دادگاه مکلف به اعلام باشد اثر قاعده لا حرج را باید در حکم خود اعلام کند -که همانا رفع لزوم است و این لزوم در عقد نکاح است که به آن استمرار بخشیده است- در حالی که اجبار زوج به طلاق یک حکم ایجابی جدید است که از حیطة آثار قاعده لا حرج بیرون است و این آثار حاکمیت قاعده لا حرج در رفع حکم، مورد اتفاق فقهاست. در حالی که مثبت حکم بودن قاعده لا حرج آن هم در این سنخ از عقود -که لزوماً جایگزینی برای آنها از سوی شارع یا قانون گذار تعیین نشده- از سوی فقها اعلام نگردیده است.

۹. منابع

۱- انصاری، مرتضی، المکاسب، قم ۱۴۱۰ ه، موسسه مطبوعاتی دارالکتاب چ سوم

۲- ----- رسائل فقهیه

۳- ----- فرائد الاصول

۴- حر عاملی، وسائل الشیعه

- ۵- حائری اصفهانی، الفصول الغریبه
- ۶- حسینی خواه، سید جواد، قاعده لاجرج، ۱۳۸۵ هـ ق، مرکز فقهی ائمه اطهار
- ۷- حکیم، مستمسک العروة الوثقی
- ۸- خویی موسوعه
- ۹- شبیری زنجانی، موسی، کتاب نکاح، موسسه پژوهشی رای پرداز، چ اول
- ۱۰- طباطبایی حکیم، محمد تقی، ۱۴۲۹ هـ القواعد العامه فی الفقه المقارن، تهران، المجمع العالمی للتقريب... چ اول
- ۱۱- طباطبایی قمی، انوارالبهیة فی القواعد الفقهیة، ۱۴۲۳ هـ ق، انتشارات محلاتی چ اول
- ۱۲- علامه حلی، تذکره الفقهاء
- ۱۳- علامه مجلسی، بحار الانوار
- ۱۴- مکارم شیرازی، القواعد الفقهیة، قم، ۱۴۱۱ هـ جری، موسسه امام امیر المومنین چ سوم
- ۱۵- موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیة، ۱۴۱۹ هـ ق، نشر الهادی چ اول
- ۱۶- موسوی خمینی، سیدروح الله، البیع
- ۱۷- ----- تنقیح الاصول،
- ۱۸- -----، انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایه، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ سوم، ۱۳۸۵ ش
- ۱۹- ----- کتاب الطهارة
- ۲۰- نائینی منیة الطالب
- ۲۱- نائینی فوائد الاصول
- ۲۲- نورمفیدی، درس خارج فقه، جلسه سی و پنجم، سایت:
- ۲۳- همدانی، مصباح الفقیه



The order of indemnification on the occurrence of damage and the possibility of prevention

Nadereh Jafarzadeh *

Asghar Arabian **

Abolfazl Ghahari ***

Abstract

There is no doubt about the validity of the mandatory rule of no harm among jurists, and there is a consensus on its sovereignty and precedence over primary evidence. It is also a well-known saying of jurists that the language of the rule of no harm is "a negation of the ruling" and does not prove the ruling. As a result, by relying on no harm, the religious requirements and the necessity of contracts are removed, and the proof of a new positive ruling is beyond the power of the rule. In this regard, in court decisions, the ruling to compensate for the loss is seen by citing the rule of no harm, while after the rule of no harm and the removal of the ruling, the necessity to compensate for the damage is ruled by using the rules of loss and attribution or guarantee of the hand. In addition to this, the rule of no harm is sometimes raised and invoked in preventive lawsuits in the courts and even in legal forums to prevent accidental events such as the possible collapse of nearby buildings during excavation. With regard to the inevitable losses and the actions and practices that typically result in these losses, it is possible to enforce the rule of law by adhering to the criterion of validity, of course, by providing compensation for possible losses to the other party.

Keywords

No-harm rule, mandatory rule, prevention, compensation for damage, no-harm.

* PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Chalus Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran nadi1540@gmail.com

** Associate Professor of Private Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran (Corresponding Author): a.arabian42@gmail.com

*** Assistant Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Tonekabon Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

A Detailed Abstract

.