

سید مجتبیٰ اعجازی

دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد اراک، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران.

دکتر محمد جواد صفار^۱

استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

بررسی تطبیقی عسر و حرج در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی با قاعده فقهی آن در حقوق ایران

چکیده

حقوق تطبیقی که جزئی از گفتگوی بین فرهنگها و تمدنهاست؛ امروزه جزء ضرورت‌های مطالعه در مراکز علمی و عملکرد دانشمندان و متعلمان و پژوهندگان در هر رشته‌ای از علوم انسانی است. در رشته حقوق برخلاف بسیاری از شعب علوم انسان، در ایران سنت بستری به نام فقه وجود دارد که نادیده گرفتن آن غیرممکن و خلاف عقل می‌نماید. از سوی دیگر مطالعه و آگاهی یافتن بر حقوق مدرن، خصوصاً اسناد حقوقی بین‌المللی و منطقه‌ای همانند اصول حقوق قراردادهای تجاری بین‌المللی و اصول حقوق قراردادهای روپا که حاصل همفکری و تضارب آراء دانشمندان مبرز و مطرح رشته حقوق کشورهاست، بسیار ضروری و غیرقابل اجتناب است. در مقاله حاضر فعل عسر و حرج در این دو منبع که مقرراتی مشابه یکدیگر دارند با قاعده نفی عسر و حرج در فقه و قانون مدنی از حیث مفهوم و مفاد، شرایط و ویژگی‌ها و آثار اعمال این قواعد به روش توصیفی - تحلیلی مورد بررسی تطبیق قرار گرفته است، بدین صورت که ابتدا هر یک جداگانه و سپس با مقایسه و تطبیق بین آنها، سعی در انجام این مهم گردیده تا نقاط تفاوت و تشابه و ضعف و قوت آنها مشاهده و زمینه اصلاح مقررات حقوق داخلی چنانچه لازم باشد فراهم گردد.

واژگان کلیدی: قاعده نفی عسر و حرج، اصل، قراردادهای تجاری بین‌المللی، قاعده فقهی، حقوق ایران.

^۱ mohammadjavadsaffar97@yahoo.com

اصل لزوم قراردادهای یکی از اصول بنیادین و مهمی است که مورد قبول همه نظام‌های حقوقی واقع شده است. به موجب این اصل مفاد تراضی طرفین همواره محترم و لازم‌الوفا است و هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند از اجرای تعهد قراردادی خود سرباز زند. با وجود این گاه التزام به این اصل با هدف اصلی آن که تأمین عدالت و پاسخگویی به مقتضیات اقتصادی است، منافات دارد؛ چرا که گاه اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد در زمان اجرای آن، چنان تغییر می‌یابد که اجرای قرارداد را به شدت تحت تأثیر خود قرار داده، این مسأله را مطرح می‌کنند که آیا اساساً در چنین وضعیتی باید ملزم به قرارداد بود و یا امکان اجتناب از آن وجود خواهد داشت. در قراردادهای بین‌المللی با توجه به اینکه طرفین تابع نظام‌های حقوقی مختلف و با عدم ثبات بیش‌تری روبه‌رو هستند، این مسأله اهمیت بیشتری می‌یابد. به همین علت در این قراردادها، گاه طرفین به پیش‌بینی اوضاع و احوالی که ممکن است پس از انعقاد قرارداد حادث و موجب دشواری اجرای قرارداد شود، می‌پردازند. این پیش‌بینی معمولاً در قالب شروطی با عنوان شروط عسر و حرج صورت می‌گیرد. در واقع طرفین با پیش‌بینی چنین شروطی، تکلیف قرارداد و تکلیف تعهدات خود را در صورت حادث شدن حادثه غیرقابل پیش‌بینی که منجر به دشواری اجرای قرارداد و از بین رفتن تعادل آن می‌شود، تعیین می‌کنند. با وجود این در اغلب موارد چنین شروطی گنجانده نمی‌شوند، چرا که پیش‌بینی چندین شرطی نیازمند علم و تجربه در خصوص این وضعیت و اثر آن است و از طرفین غیرخبره نمی‌توان چنین انتظاری داشت. از طرفی تحمیل شرایط قرارداد بر طرفین غیرماهر به دلیل عدم پیش‌بینی چنین شروطی دور از انصاف و عدالت است.

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی

در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی بحث عسر و حرج به شکل در میان آوردن قاعده و اصل و سپس بیان یک استثناء، مطرح گردیده است. آنچه قاعده را تشکیل می‌دهد در ماده ۱-۲-۶ این مجموعه آمده و محتوای آن بیان اصل لزوم قراردادهای و عدم پذیرش معاذیری چون دشواری اجرای تعهد یا لزوم هزینه‌کرد معتابه برای اجراء می‌باشد. مفاد این ماده عبارتست از «هنگامی که اجرای تعهدات قرارداد برای یکی از طرفین مسئولیت بیشتری ایجاد می‌کند، آن طرف به هر حال، مشروط به مقررات آتی در باره عسر و حرج، ملزم به اجرای تعهداتش است.»

حال باید دید اصرار بر اصل لزوم و تکلیف طرفین بر اجرای قرارداد تا کجا می‌بایست ادامه یابد و اصولاً مرزهای آن کجاست و در عمل با چه موانعی برخورد پیدا خواهد کرد. در کلیات این مجموعه و در ماده ۷-۱ و ۸-۱ عنوان کلیدی و اساسی ذکر شده که حاکم بر سایر اصول و مواد ذکر شده می‌باشد. آن سه موضوع و عنوان معامله منصفانه و حُسن نیت و همکاری مشتری است. قاعده معامله منصفانه در قراردادها اقتضاء می‌نماید؛ طرفین از زمان انعقاد قرارداد تا زمان اجرای کامل آن صادقانه و بدون قصد حيله و تقلب تلاش کنند و چنانچه آنرا زیر پا بگذارند، نمی‌توانند به این مقررات استناد نمایند.^(۱)

و مستفاد از حُسن نیت نیز اعتقاد فرد به صحیح بودن رفتاری است که در انعقاد و اجرای قرارداد در پیش می‌گیرد^(۲)؛ زیرا ممکن است رفتار فرد بدون وجود تقصیر نادرست باشد لیکن خود وی چنین فکر نکند. در نتیجه حُسن نیت بیشتر به اعتقاد و قصد برمی‌گردد و معامله منصفانه به رفتار و نمود عینی اعتقاد درونی بازمی‌گردد. البته در حقوق مدرن بیشتر بر رفتار تکیه می‌گردد و قواعد به نحوی تنظیم می‌شوند که بتوانند حسن نیت را به شکل عینی تضمین و تأمین کنند و برای تخلف از آن ضمانت اجراء مقرر دارند. مواد متعددی در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی بر اجرای این اصول تأکید دارند که عبارتند از ماده ۸-۱، ۹-۱- بند (۱) ماده ۱۷-۱-۶ که بسیار می‌باشند.

اصل سوّمی که بدان تأکید رفته، اصل همکاری طرفین است؛ - ماده ۲۰۲-۱ اصول اروپایی و ماده ۳-۱-۵ اصول قراردادهای تجاری. بدین معنا که طرفین باید تلاش نمایند که طرف مقابل بتواند به تعهدات خویش عمل کند. بعنوان مثال هر طرف اطلاعات لازم برای اجرای وظیفه را به طرف مقابل خویش بدهد. در مبحث عسر و حرج در اصول به نظر می‌رسد؛ هر سه اصل پیش‌گفته نفوذ و تأثیر دارند؛ زیرا چنانچه طرف زیان‌دیده و تحت تأثیر عسر و حرج، تقاضای مذاکره نماید؛ طرف دیگر نمی‌تواند پیشنهاد معقول و متعارف را بپذیرد و به قصد اخلال در جریان مذاکره در پاسخ به زیان‌دیده تأخیر طولانی اندازد و چنانچه از این رهگذر خسارتی به زیان‌دیده وارد شود، مکلف به جبران آن است. هر چند مطلب پیش‌گفته در ماده ۲-۲-۶ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیامده است؛ لیکن به استناد اصول پیش‌گفته، می‌توان به وجود و اعتبار آن حکم کرد. ماده پیش‌گفته مقرر داشته «... در ادامه به بیان تعریف و شرایط تحقق و آثار عسر و حرج در دو منبع پیش‌گفته پرداخته و در نهایت با بررسی قاعده فقهی عسر و حرج و بیان شرایط و خصوصیات و آثار آن به مطالعه تطبیقی آنها اهتمام خواهیم

نمود. قبل از ورود به بحث لازم به ذکر است به دلیل مشابهت تام مقرر اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که از این پس اصول قراردادهای تجاری نامیده می‌شود با آنچه در اصول حقوق قراردادهای اروپا آمده که اصول اروپایی نامیده می‌شود، صرفاً موارد موجود در اصول قراردادهای تجاری آورده می‌گردد.

۱- تعریف عسرورج در اصول قراردادهای تجاری:

عسرورج به تغییر اساسی در اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد گفته می‌شود که سبب برهم خوردن اساسی موازنه قرارداد می‌گردد.

عسرورج مندرج در این ماده به دو شکل تصور گردیده؛ الف) اجرای تعهد برای یک طرف هزینه فوق‌العاده به همراه دارد. ب) ارزش دریافتی از اجرای تعهد برای یک طرف بسیار ناچیز و یا به طریق اولی بی‌ارزش گردد. بهم خوردن اساسی موازنه قرارداد، ممکن است به دلیل کاهش شدید ارزش پول که مقرر است تعهد بوسیله آن بعمل آید باشد که در تعهدات پولی نمود دارد و یا از بین رفتن هدفی که قرارداد به خاطر آن منعقد گردیده که در تعهدات غیرپولی وجود دارد (اخلاقی، ۱۳۵۳، ۲۷۶).

۲- شرایط تحقق عسرورج:

هر بهم خوردن اساسی موازنه قرارداد، عسرورج بوجود نمی‌آورد مگر اینکه شرایط لازمه و برشمرده شدن در ماده محقق گردد. به نظر می‌رسد این شروط تضمین‌کننده حسن نیت فردی است که به عسرورج استناد می‌کند.

۱-۲) بروز حوادث یا مطلع شدن طرف زیان‌دیده از وقوع آنها پس از انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد. چنانچه شرایط فوق‌العاده در زمان انعقاد قرارداد وجود داشته باشد و طرف استنادکننده از آن مطلع بوده یا می‌بایست مطلع باشد؛ نمی‌تواند با موفقیت به عسرورج استناد نماید. همانطور که ملاحظه می‌گردد؛ اوضاع باید چنان مخفی باشد که طرف زیان‌دیده با توجه به حوزه کاری و امکانات و تجربه، حسب متعارف و معقول نمی‌توانسته از وجود آن مطلع گردد و صرف ادعای عدم اطلاع پذیرفتنی نیست.

۲-۲) در زمان انعقاد قرارداد، به طور متعارف طرف زیان‌دیده نمی‌توانسته این وقایع را مدنظر قرار دهد. اوضاع و احوال می‌بایست حسب متعارف قابل پیش‌بینی در زمان قرارداد نباشد در غیر اینصورت عسرورج بوجود نمی‌آید. بعنوان مثال با وجود بحران سیاسی در روابط دو کشور، نمی‌توان گفت احتمال بروز درگیری بین آنها، قابل پیش‌بینی نبوده است یا اینکه

چنانچه محل اجرای قرارداد یا پول قابل پرداخت، کشوری باشد که تحریم آن از سوی شورای امنیت سازمان ملل را آغاز گردیده، احتمال کاهش شدید ارزی پول و گرانی کالاها با وصف ضعف اقتصادی آن کشور، به قوت وجود دارد و فردی که تجارت می‌کند نمی‌تواند ادعا نماید که امکان پیش‌بینی این امر وجود نداشته است.

۲-۳) وقایع مزبور، خارج از کنترل طرف زیان‌دیده است:

منظور خارج از کنترل بودن وقایع این است که فعل و ترک فعل خود زیان‌دیده سبب بروز وقایع نشده باشد یا به عملکرد وی ارتباطی نداشته باشد. به عنوان مثال چنانچه وی در زمانی متعارف اقدام به دریافت مجوزی ضروری ننماید و سپس مقرراتی وضع گردد که گرفتن مجوز پیش‌گفته را مشکلتر نماید به نحوی که هزینه قابل توجهی جهت فراهم شدن مقدمات اخذ مجوز، می‌بایست انجام گیرد؛ در این حالت، زیان‌دیده نمی‌تواند به عسر و حرج استناد کند.

۲-۴) طرف زیان‌دیده، مسئولیت احتمال خطر ناشی از وقایع را برعهده نگرفته است. در خصوص این شرط لازم به ذکر است که پذیرش ریسک خطر در قرارداد، لازم نیست به صراحت صورت پذیرد، گاه این پذیرش بطور ضمنی و از ماهیت عقد استنباط می‌گردد. بعنوان مثال عقد بیمه اصولاً در راستای جبران خطرات و براساس ریسک منعقد می‌شود. بعنوان مثال بیمه خطرات دریایی که شامل جنگ هم می‌شود در خصوص کشتی‌هایی که در منطقه بحران‌زده در تردد هستند، شامل خطر جنگ دریایی بین همه کشورهای منطقه نیز می‌گردند و بیمه‌گذار نمی‌تواند، چنین خطراتی را مستثنی کند(همان).

۳- آثار عسر و حرج براساس ماده ۳-۲-۶ اصول قراردادهای تجاری:

۳-۱) پیشنهاد مذاکره طرف زیان‌دیده از شرایط فوق‌العاده ابتدائاً می‌بایست بدون تأخیر ناموجه و با ارائه دلایل درخواست از طرف مقابل بخواهد که براساس شرایط موجود قرارداد، که اجرای آنها مستلزم عسر و حرج است مذاکره انجام شود. در این راستا وی موظف است با حسن نیت و براساس معامله منصفانه پیشنهادهای معقول و متعارف برای مذاکره به طرفش ارائه و اعلام کند. و از هر گونه رفتاری که موهب قصد اتلاف وقت باشد بپرهیزد. موارد پیش‌گفته از اصول سه‌گانه پیش‌گفته بدست می‌آید، طرف مقابل نیز مکلف است چنانچه پیشنهاد مناسب است بی‌دلیل آنرا رد نکند و یا در پاسخ به پیشنهاد زیان‌دیده، بیش از حد متعارف، تأخیر نکند.

۳-۲) ارجاع به دادگاه یا مرجع داوری:

چنانچه طرفین در مدت معقولی که حسب نوع قرارداد و شرایط فوق‌العاده برای رسیدن به توافق جهت تعدیل شروط یا قرارداد، به توافق دست نیابند، موضوع می‌تواند به دادگاه یا داوری ارجاع شود. قاعدتاً این طرف زیان‌دیده است که موضوع را ارجاع می‌دهد چون وی نفع مستقیم در این کار دارد؛ لیکن منعی وجود ندارد که طرف دیگر به این کار مبادرت ورزد. مرجع رسیدگی‌کننده، مشروط به شرط معقول و متعارف بودن و در صورت تناسب می‌تواند از دو راه حل استفاده کند.

۱-۲-۳) پایان داده به قرارداد با شروطی که تعیین می‌کند و در تاریخ مشخصی که برای انحلال تعیین می‌گردد پایان دهد:

گاه شیوه خردمندانه پایان دادن به قرارداد و انحلال آن است؛ زیرا ادامه دادن به آن با توجه به هدف قرارداد یا رعایت انصاف و عدالت در حق زیان‌دیده ممکن یا منصفانه نیست. مثلاً چنانچه فروش کالایی در کشور طرف زیان‌دیده به موجب قانون ممنوع گردد، دیگر ادامه خرید آن از فروشنده، معقول نیست؛ زیرا هدف خرید، فروش در آن محل است. در این صورت دادگاه می‌تواند رأی به انحلال قرارداد بدهد مشروط به اینکه خریدار بهای آخرین محموله ارسالی را بپردازد.

۲-۲-۳) با توجه به برقراری مجدد تعادل و موازنه در قرارداد، قرارداد را تعدیل کند. در مثال قبلی، چنانچه خریدار کالای ممنوع بتواند آنرا در کشور همسایه بفروشد لیکن به قیمتی بسیار نازل‌تر، مرجع رسیدگی‌کننده می‌تواند با تعدیل قیمت آن کالا حکم به ادامه قرارداد با شروط تعدیل شده جدید بدهد.

۳-۳) عدم امکان استناد به حق حبس مگر در موارد خاص :

طبق بند ۲ ماده ۳-۲-۶، درخواست مذاکره مجدد، به خودی خود، حق خودداری از اجرای تعهدات را به طرف زیان‌دیده نمی‌دهد. این مقرر در راستای جلوگیری از سوءاستفاده‌های متحمل وضع شده لذا، سر باز زدن از اجرای تعهدات، فقط در اوضاع و احوال فوق‌العاده، توجیه‌پذیر است. بعنوان مثال «الف» برای ساخت یک کارخانه، قراردادی «باب» منعقد می‌کند. قرار است کارخانه در کشور X ساخته شود که پس از انعقاد قرارداد، مقررات ایمنی جدیدی در آنجا به تصویب می‌رسد. براساس مقررات جدید، وجود این را کاری اضافی ضروری می‌شود و از این جهت، موازنه و تعادل قرارداد، به طور اساسی تغییر می‌کند و مسئولیت بیشتری در اجرای تعهدات (الف) وارد می‌شود. الف حق دارد تقاضای تجدید مذاکرات را مطرح

کند و با توجه به زمانی که برای اجرای مقررات ایمنی جدید نیاز دارد، از اجرای تعهداتش سرباز زند و در عین حال تا زمانی که درباره تعدیل قیمت مربوط، توافقی صورت نگرفته است، از تحویل دستگاههای اضافی خودداری می‌کند(همان).

۳-۴) آثار درخواست ناکامل یا با تأخیر ناموجه :

در بند ۱ ماده ۳-۲-۶ اصول قراردادهای تجاری پیش‌بینی شده است که درخواست مذاکره می‌بایست بدون تأخیر غیرموجه و مستدل باشد. مدت زمان لازم برای ارائه درخواست به نظر برای هر موردی متفاوت می‌باشد؛ لیکن تقاضای مذاکره لزوماً بعد از اطلاع از عسروحرج یا زمانی که زیان دیده می‌بایست از آن مطلع می‌گردیده ارائه شود. و عرف هر نوع تجارتی در این خصوص تعیین‌کننده است.

گاه ممکن است وقایع فوق‌العاده به تدریج بوجود آید؛ مثل کاهش تدریجی ارزش پول، که بنظر درخواست می‌بایست هنگامی که این کاهش تدریجی به نرخ فاحشی برسد و شیب سقوط ارزش پول تند شود؛ به طرف مقابل ارائه گردد. در خصوص مستدل بودن باید گفت؛ فرد می‌بایست در درخواست خود دلایلی که براساس آن معتقد است عسروحرج بوجود آمده است؛ ذکر کند تا طرف مقابل بتواند آنرا بررسی نماید؛ در نتیجه این دلایل نباید شخصی باشد بلکه می‌بایست عینی و فراگیر بوده، تعداد زیادی از مردم یا تجار آن حرفه را درگیر نموده باشد. در خصوص ضمانت اجرای این تکالیف که مصادیقی از اصول حسن نیت و معامله منصفانه است، در ماده چیزی بیان نشده است. لیکن به نظر می‌رسد، می‌بایست در جهت ادعای کسی که مدعی تحقق عسروحرج است و آنگاه با تأخیر تقاضای مذاکره می‌کند؛ شک و تردید روا داشت؛ احتمالاً این موضوع در مرجع رسیدگی بعنوان قرینه‌ای مبنی بر عدم وجود عسروحرج تلقی خواهد شد.

قاعده فقهی نفی عسروحرج در حقوق ایران:

۱- مفهوم عسروحرج

حرج در لغت به معنی ضیق، تنگی، تنگنا، گناه و حرام است. گفته‌اند حرج در اصل به معنی اجتماع و انبوهی شیء است، به گونه‌ای که موجب حصول تصور ضیق و تنگی میان آن اشیاء شود(صفی پور، ۲۳۴).

برخی از مفسران واژه حرج را به تنگی و ضیق معنی کرده و در بعضی موارد کنایه از سختی و دشواری دانسته‌اند. واژه عسر نیز متضاد یسر است و در معنی صعب، تنگ، دشوار، بدخویی، مشکل، سخت و سخت دشن روزگار به کار می‌رود (محقق داماد، ۱۳۹۶، ۸۲).

در خصوص رابطه بین این دو واژه، برخی آنرا عموم و خصوص مطلق دانسته و گفته‌اند: عسر اعم و مطلق از حرج و ضیق است؛ زیرا هر ضیقی عسر است، ولی عکس آن که هر عسری ضیق باشد، صادق نیست (هموس). لیکن برخی دیگر رابطه مصادیق عسر و حرج، تساوی است نه عموم و خصوص مطلق، زیرا هر عملی که انسان را به تنگنا و ضیق اندازد، دشوار و سخت هم هست و برعکس، هر کاری که انجام دادنش برای آدمی سخت و شاق باشد، موجب تنگی و اعمال فشار بر او نیز می‌شود (همو).

۲- مبانی قاعده نفی عسر و حرج

۲-۱) کتاب:

آیات متعددی در قرآن کریم بعنوان مستند این قاعده وجود دارد که در اینجا بعنوان مثال به دو آیه شریفه اشاره می‌گردد: آیه ۷۸ سوره مبارکه حج که در این رابطه می‌فرماید «در راه خداوند جهاد کنید، آن طوری که شایسته جهاد در راه اوست. او شما را برگزیده و در دین برای شما فرقی قرار نداده است.»

با توجه به لفظ دین که شامل احکام بطور کلی می‌شود، هر چند آیه در مورد جهاد صحبت می‌کند اما به خصوص آن تعلق ندارد و دلالت بر این دارد که خداوند احکام حرجی را از مؤمنان برداشته است. آیه بعدی فرمایش حضرت حق در آیه شریفه ۱۸۵ سوره بقره می‌باشد که خداوند پس از بیان وجوب روزه بر مؤمنان می‌فرماید (... خداوند بر شما آسانی می‌خواهد و مشقت و عسر را برای شما نمی‌خواهد).

در صدر آیه شریفه خداوند حکم وجوب روزه را از مسافر و بیمار برداشته و ادای آن را به ایام دیگر پس از بازگشت مسافر و بهبودی بیمار احاله داده است. در انتهای آیه حضرت پروردگار با عبارت کلی که دلالت بر عام بودن آن می‌نماید؛ اراده خویش را در تسهیل و گشایش امور مخلوق خویش، بیان می‌دارد.

۲-۲) سنّت:

احادیث متعددی در این رابطه وارد شده که در راستای رعایت اختصار به ذکر دو نمونه بسنده می‌کنیم: حدیث مشهور نبوی (من مبعوث شدم به دین حنیف سهل و آسان (کلینی، ۱۱).

در توضیح باید بیان کرد اگر در مجموعه احکام دین، احکام حرجی و مشقت‌آور وجود داشت، صحت این کلام مورد تردید قرار می‌گرفت و انتساب کلام نادرست به وجود مقدس پیامبر اسلام علیه‌السلام به شدت مذموم است.

روایت دوم از عبدالاعلی مولى آل‌سام از ایمام صادق علیه‌السلام نقل گردیده است. در این روایت راوی به امام صادق می‌گوید که به زمین افتاده و ناخن وی جدا شده و انگشت خود را با پارچه بسته است، حال چگونه باید وضو بگیرد. امام علیه‌السلام می‌فرماید: حکم این قضیه و تطایر آن از کتاب خدا روشن می‌شود؛ زیرا خداوند فرموده است که در دین بر شما حرجی قرار داده نشده است؛ پس بر آن مسح کن (مراغی، ۱۳۷۴، ۵۵).

در این حدیث چون امام به تطایر قضیه اشاره فرموده‌اند به دست می‌آید که این امر یک قاعده کلی است و به مصداق برشمرده اختصاص ندارد.

۳-۲) عقل

به طور خلاصه در این چهارچوب به دو مبنای، بنای عقلا و قاعده لطف استناد می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۶، ۱۱). گروهی معتقدند بنای عقلا مؤید این قاعده است بدین شرح که: تکلیف بر هر آنچه موجب مشقت تحمل‌ناپذیر باشد، عقلاً محال است؛ زیرا انگیزه تکلیف، اطاعت و انقیاد است و این هدف با تکلیف به مالا یتحمل، نقض می‌شود (قزوینی). برعکس گروهی دیگر اجرای قاعده نفی عسر و حرج را در غیر آنچه موجب اختلال نظام زندگی می‌شود، محل تردید می‌دانند (انصاری، ۱۳۷۴، ۹۶).

به طور کلی باید گفت، نفی جرح به ذات احکام ارتباطی ندارد و چه بسا احکامی همچون جهاد و قصاص در شرع وجود دراد که بسیار مشقت‌آور است و احکامی چون روزه مسافر که در عصر حاضر التزامی و ارتباطی با مشقت غیرقابل تحمل ندارد، بلکه نفی جرح بخاطر اوضاع و احوال خاص هر مورد است که بر مکلف از بیرون عارض می‌شوند و در صورت احراز بر تکلیف احتمال عصیان می‌رود و این خداوند مهربان که هدفش از وضع احکام انقیاد و در نتیجه هدایت است دور می‌باشد. در خصوص قاعده لطف صحبت خواهد شد و در اینجا به نحو خلاصه بیان می‌گردد؛ وضع احکام در راستای هدایت نوع بشر و لطف و امتنان خداوند نسبت به انسانهاست و اصرار بر تکالیف مشقت‌آور و حرجی، خلاف این منظور بوده و انتساب آنها به خدای رحمان و رحیم ناممکن می‌باشد.

۳- خصوصیات و ویژگی‌های قاعده نفی عسر و حرج

۳-۱) عسرو حرج شخصی است نه نوعی:

با دقت در روایاتی که مستند این قاعده است درمی‌یابیم که عسرو حرج شخصی است بدین معنا که لازم نیست ملاک تنگنا و سختی را متوسط افراد جامعه در نظر بگیریم. بنابراین چنانچه روزه‌داری در روزهای طولانی و گرم برای عموم مردم مشکل، لیکن برای عده‌ای معدود به دلایل خاص سخت نباشد با آن عده قلیل مشمول حکم وجوب روزه‌داری هستند. در حوزه قراردادهای نیز ممکن است بعنوان مثال پیمانکاری به دلیل داشتن امکانات و توان مالی قوی و مواد اولیه قبل از کاهش شدید ارزش پول، امکان اجرای قرارداد خود را داشته باشد و به سختی و تنگنا دچار نشود. فلذا وی نمی‌تواند مانند دیگران به عسرو حرج ناشی از اوضاع اقتصادی استناد کند. چه بسا با توجه به نوع دارائی پیمانکار، کاهش ارزش پول و تورم به سود وی بوده و توان مالی و پولی وی را چند برابر نماید.

لازم به ذکر است که مواردی همچون قصد نماز مسافر و عدم وجوب روزه برای بیماران و مسافرها و موارد مشابه که در کتاب و سنت آمده است، علت قاعده نبوده بلکه حکمت تشریح آن محسوب می‌گردد (همان).

۳-۲) نفی موجود در قاعده موقتی و محدود است:

نفی و رفع تکلیف به موجب این قاعده موقتی و تا زمانی است که عامل فشار و سختی موجود باشد؛ دلیل این ادعا آیه ۱۸۵ سوره بقره است که در آن خداوند می‌فرماید: «...هر کسی که مریض یا مسافر باشد؛ پس در ایام دیگر - غیر ماه رمضان - روزه بگیرد...» یعنی اینکه هرگاه از مسافرت بازگشت یا از بیماری بهبود حاصل کرد؛ می‌بایست روزه بگیرد. همچنین محدود به مقدار و میزانی است که برای رفع عسرو حرج پیش آمده ضرورت دارد. بعنوان مثال خوردن گوشت مردار یا حیوان حرام گوشت در بیابان، به اندازه‌ای که رفع گرسنگی کرده و فرد را از مرگ نجات دهد مجاز است و نه بیشتر (میرزا محمدعلی، ۳۸).

۳-۳) قاعده نفی عسرو حرج قاعده‌ای امتناعی نیست:

به این معنا که نفی عسرو حرج از باب لطفی است که خداوند تعالی بر بندگان خود روا داشته است. بنابراین در صورتی تکلیف به سبب عسرو حرج ساقط می‌شود که سقوط آن لطف بر بندگان محسوب شود (موسوی، ۱۳۸۰، ۴۲).

یکی از نتایج مهم امتناعی بودن قاعده نفی عسرو حرج آن است که هرگاه سقوط تکلیف به موجب این قاعده مستلزم ایجاد عسرو حرج برای دیگری باشد، قاعده مذکور بی‌اثر می‌گردد.

همچنین می‌توان از این مطلب استنباط کرد که هرگاه در مول یا عدم شمول قاعده در خصوص موضوعی، شکب ایجاد شود؛ باید ملاحظه کرد چنانچه تکلیف نفی شود یا نفی شود آیا می‌توان قائل گردید لطف خداوند در صورت مسأله قابل تصور است یا خیر؟ (۳-۴) ترخیصی بودن قاعده :

به زبان حقوقی به سبب اینکه این قاعده لطف و امتنان خداوند بر بندگان و با هدف تسهیل در کار افراد و جامعه وضع شده اس؛ لذا فرد می‌تواند به آن استناد کرده و از آن بهره‌مند شود یا اینکه منصرف شده و به تکلیف عمل نماید. به این‌گونه قواعد و قوانین، ترخیصی و امتنانی اطلاق می‌شود. برعکس برخی قوانین، با هدف ایجاد الزام و در راستای رعایت مصالحی فوق منافع فرد وضع می‌شوند و فرد نمی‌تواند به اختیار از اجرای آنها منصرف گردد که بدانها قوانین عزیمتی در فقه یا امری در حقوق گفته می‌شود.

به نظر می‌رسد که در غیر عبارات، قاعده نفی عسر و حرج از نوع رخصت است و در خصوص عبارات اختلاف عقیده وجود دارد (محقق داماد، ۱۳۹۶، ۱۰۱-۱۰۲).

پس فرد می‌تواند بعنوان مثال در حوزه معاملات خصوصاً قراردادهای مالی، با انصراف از حق خویش، حرج را تحمل نماید و به اجرای تعهدات خویش بپردازد. مثل اینکه با وجود حق شفعه یا حق فسخ به دلیل خیار غبن، آنرا اعمال نکند و شرایط قراردادی یا خارج از قرارداد را پذیرا گردد. در نتیجه این خصوصیت قاعده به ویژگی ذکر شده قبلی یعنی امتنانی بودن آن و آن ویژگی هم به قاعده لطف بازمی‌گردد.

(۳-۵) قاعده شامل امور عدمی نیز می‌گردد یا صرفاً امور وجودی مشمول آن هستند؟ : در خصوص این مسأله اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی از فقهاء همچون سیدمحمدکاظم یزدی با تسری این قاعده به موردی که زوج کمتر از چهار سال مفقود باشد و نفقه زوجه نیز پرداخت نشود، عدم جواز طلاق از سوی حاکم را موجب حرج و ضرر زوجه دانسته و به استناد قاعده نفی حرج، آن ضرر را نفی کرده است (طباطبایی یزدی، ۶۷).

دلیل این دسته از فقهاء این است که با توجه به جعل حکم وسیله شارع مقدس نسبت به جمیع امور، چنانچه امری قابلیت حکم داشته باشد، عدم حکم در این موارد خود حکمی معقول است؛ یعنی وقتی شارع در مقام بیان، امر قابل حکمی را بدون حکم بگذارد این خود جعل حکم محسوب می‌گردد (محقق داماد، ۹۹). به عبارتی جواز و اباحه آن مورد استنباط می‌گردد.

لیکن عده‌ای دیگر با این استدلال که معنی دلیل لاجرح نفی حکم شرعی مستلزم حرج است ولی عدم حکم، حکم شرعی نیست تا مشمول دلیل قاعده گردد؛ این قاعده را صرفاً شامل امور وجودی و احکامی می‌دانند که در شرع مقدس وضع شده است (نائینی، ۲۳۱).
به نظر می‌رسد بعنوان نتیجه بتوان گفت، با توجه به قاعده لطف و ویژگی امتنانی بودن قاعده و حکم عقل بتوان گفت، چنانچه عدم جعل حکمی سبب عسرو حرج مکلفین گردد و این عدم حکم نفی و طرد نگردد.

۴- قلمرو قاعده نفی عسرو حرج:

در این رابطه مسائلی همچون اینکه این قاعده صرفاً تکلیف را ساقط می‌کند یا اینکه تحریم را نیز رفع می‌نماید یا اینکه صرفاً امور وجودی و ثبوتی را شامل می‌گردد یا شامل امور عدمی نیز می‌شود.

۴-۱) آیا این قاعده صرفاً احکام تکلیفی را نفی می‌کند یا نفی آن شامل احکام تحریمی نیز می‌گردد؟

با دقت در آیات و روایات مستند قاعده به نظر می‌رسد، این قاعده صرفاً در احکام وجوبیه کاربرد داشته و صرف وجودس سختی و مشقت مجوز ارتکاب حرام نمی‌باشد.
بررسی مصادیق برشمرده شده همچون قصد نماز مسافر، جواز اجتناب از وضو و دست کشیدن بر روی پوست در صورت زخم شدن عضو، عدم تکلیف مسافر و بیمار به روزه‌داری در ماه رمضان و... نیز از صحت این ادعا دارد. به اضافه حدیث نبوی «مانهتیکم عند فاجتنبوه و ما أمرتکم به فافعلوا منه ما استطعتم» که تحمل به تکلیف را به استطاعت ارجاع داده است و در اجتناب از نهی و امور حرام به توان اشاره‌ای نکرده است؛ نیز دلیلی بر صدق این ادعا می‌باشد. ممکن است کسی به تجویز خوردن گوشت حرام در بیابان اشاره و دلیل آنرا این قاعده برشمرد، لیکن این استدلال صحیح نبوده، زیرا دلیل آن قاعده رفع قلم به دلیل وجود اضطراب است و این قاعده است که شامل هر دو دسته احکام وجوبی و تحریمی می‌گردد. لازم به ذکر است قاعده نفی عسرو حرج شامل احکام وضعی که الزام ایجاد می‌کند نیز می‌شود و فقهاء دلیل و مبنای برخی اختیارات همچون تأخیر ثمن و غبن را این قاعده می‌دانند (موسوی، ۱۳۸۰، ۴۳).
با توجه به اعتقاد به اینکه در دین برای همه امور لازم که در قلمرو تشریح قرار می‌گیرند لازم است تعیین تکلیف شده باشد و در کتاب هیچ تر و خشکی نیست که نیامده باشد «ولارطب ولایابس الا فی الكتاب المبین (همو). لذا این قاعده شامل امور عدمی ای می‌گردد که عدم حکم

در آنها مستلزم عسرو حرج باشد همانند مثالی که در خصوص عدم جواز طلاق در فرضی که زوجه به سبب عدم دریافت نفقه و غیبت همسر به عسرو حرج مبتلا شده باشد.

۵- آثار قاعده نفی عسرو حرج در معاملات :

۱-۵) از بین بردن لزوم عقد: چنانچه قائل شویم قاعده لاضرر به خودی خود جزء عناوین ثانویه نبوده مگر اینکه مقدار ضرر به حدی برسد که عرفاً و عادتاً قابل تحمل نباشد و در این حالت آنرا مصادیقی از قاعده نفی عسرو حرج تلقی نماییم، کمالینکه برخی بدان قائل هستند(همو). می‌توان گفت یکی از مبانی برشمرده شده برای خیار عیب و تأخیر ثمن این قاعده می‌باشد. به عبارت دیگر یکی از آثار این قاعده در معاملات، از بین بردن قاعده لزوم قراردادها در عقود لازم می‌باشد. برخی خیار غبن را نیز در عداد خیار عیب شمرده شده در بالا به حساب آورده‌اند(همو) به نظر این احتساب صحیح نیست زیرا ماده ۴۲۱ قانون مدنی، با وصف پرداخت تفاوت قیمت، همچنان این خیار پابرجاست. این امر با اعتقاد به مبنا بودن قاعده نفی حرج و لاضرر، سازگار نمی‌باشد.

۲-۵) اسقاط شرطیت برخی شروط در صحت معاملات :

گاه قاعده عسرو حرج سبب می‌گردد تا برخی از شروط که در حالت عادی رعایت آنها شرط صحت معامله است، از شرطیت ساقط شوند. همان‌طور که می‌دانیم اذن پدر یا جدپدری شرط صحت نکاح باکرده رشیده می‌باشد. لیکن چنانچه آنها بخواهند با بهانه‌تراشی و غیرمدلل مانع ازدواج دختر با فرد هم‌کفو وی رندند شرط اذن آنها ساقط می‌شود. مفاد ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی ایران بر مطلب بالا دلالت دارد.

مثال دیگر ساقط شدن شرط استعمال الفاظ مخصوص در معاملات در نظر کسانی که بدان قائل هستند؛ در صورتی که استعمال لفظ برای طرفین یا یکی از آنان مشکل باشد یا تعلیم تلفظ به آنان موجب به سختی افتادن آنها گردد(محقق حلی، ۱۳۹۶، ۲۱۷).

۳-۵) تعلیق اجرای قرارداد یا اعطای مهلت برای اجرای تعهدات :

با توجه به آیه شریفه *إِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ* (اگر فرد در مضیقه و سختی قرار داشته باشد تا هنگام گشایش در آموزش به وی مهلت داده می‌شود). و قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ و مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی با موضوع اعطای مهلت یا قرار اقساط به مدیون معسر یا مفلس، یکی از آثار قاعده تعلیق اجرای قرارداد در قراردادهایی که موضوع آن پرداخت وجه نقد یا مالی است تا زمان رفع اوضاع و احوالی که موجب مشقت گردیده است می‌باشد.

۶) بررسی تطبیقی عسرورج در اصول قراردادهای تجاری و اصول اروپایی قراردادهای و قاعده نفی عسرورج در حقوق ایران :

۵-۱) عناصر و تعاریف عسرورج : عسرورج در منابع پیش گفته شامل قراردادهای مستمر و درازمدت می‌گردد. چون بنا به تعریف تغییر اساسی در اوضاع و احوال موجود در زمان عقد به نحوی که موازنه اقتصادی قرارداد را به هم بزند، عسرورج محسوب می‌گردد. در نتیجه قراردادهای آنی، که تعهدات در زمان عرفی کمی از تاریخ قرارداد می‌بایست اجرا گردد را شامل نمی‌شود. بنا به تعریف قاعده نفی جرح، اوضاع و احوال خارج از ذات تکلیف و تعهد که سبب شود اجرای تعهد مشقت‌آور و سخت گردد به نحوی که تحمل آن عرفاً ممکن نباشد، سبب می‌گردد موضوع، نفی و طرد گردد. با این تعریف این قاعده شامل عقود آنی و مستمر هر دو می‌گردد. نکته دیگری که از تعریف استنتاج می‌گردد اینکه با توجه به شرط بهم خوردن اساسی موازنه اقتصادی قرارداد در منابع بین‌المللی، عسرورج صرفاً در قراردادهای مالی وجود دارد. این در حالی است که قاعده نفی جرح بر کلیه احکام و قراردادهای اعم از مالی و غیرمالی حکومت دارد. بعنوان مثال طلاق در حالت عسرورج زوجه در عقد نکاح، که از استمرار شرایط گردد: یا سقوط شرط اذن پدر و جدپدری در صورت اصرار بی‌دلیل ایشان بر جلوگیری از ازدواج دختر باکره رشیده با هم کفو خویش، که به دلیل ایجاد جرح برای دختر صورت می‌پذیرد.

- عسرورج در منابع بین‌المللی در صورتی ایجاد می‌شود که متعهد توان پیش‌بینی و اجتناب از آن را نداشته و خارج از کنترل و به عبارتی خارج از اراده وی نباشد. این در حالی است که در قاعده نفی جرح چنین شروطی وجود ندارند؛ بعنوان مثال هرگاه فرد با افراط در هزینه کردن برای خود و خانواده خویش به حالت اعسار بیفتد باز هم می‌تواند با استفاده از قاعده نفی عسرورج، اجرای تعهدات خویش را معلق کند و دلیلی وجود ندارد که در اینصورت عموم و اطلاق ادله نفی جرح حکومت نداشته باشد.

۵-۲) بررسی تطبیقی در خصوصیات و ویژگی‌های عسرورج :

در اینجا نقطه اشتراکی وجود دارد که عبارتست از: حق بودن امتیاز حاصله از مقررات برای متعهد. توضیح اینکه عسرورج موضوع ماده ۲-۲-۶ اصول قراردادهای تجاری، طرفین و خصوصاً متعهد دچار وضعیت عسرورج می‌تواند بدان استناد کند یعنی اینکه طرفین

می‌توانند بر اجرای تعهد، حتی در صورت عسرو حرج تأکید داشته باشند یا متعهد با تحمل عترت موجود تعهد خویش را اجرا کند. در قاعده نفی حرج، حداقل در بحث معاملات، همانطور که قبلاً بیان شد، این قاعده تریخی (رخصت) بوده و به صحت اجرای تعهد در شرایط حرجی لطمه‌ای وارد نمی‌کند و متعهد می‌تواند بدون استناد و استفاده از آن به تعهد خود وفا کند. همچنین در نظریه تغییر در اوضاع و احوال یا همان عسرو حرج حقوق مدرن، حادثه یا بحران می‌بایست عینی و عمومی باشد مثل کاهش ارزش پول یا جنگ ولی عسرو حرج در قاعده نفی حرج اوضاع و احوالی است که بر مکلف یا متعهد وارد می‌شود؛ مثلاً وی به دلیل اعسار قادر به پرداخت دیون خود نمی‌باشد. نکته دیگری که قابل طرح و بررسی است اینکه در عسرو حرج موضوع ماده ۲-۲-۶ طرف دریافت‌کننده تعهد یا متعهدله نیز می‌تواند به عسرو حرج استناد کند. به عبارت دیگر طرفین می‌توانند به عسرو حرج استناد نمایند و آن هم در فرضی است که حسب ماده پیش‌گفته ارزش دریافتی از اجرای تعهد برای یک طرف کاهش یابد یا حسب اولویت بی‌ارزش گردد. در حالیکه در قاعده نفی حرج صرفاً متعهد مشمول قاعده می‌تواند با استناد به آن، تعهد خویش را معلق یا خودسر از اجرای آن معاف بدارد.

۳-۵) بررسی تطبیقی آثار دو نظریه:

ماده ۳-۲-۶ اصول قراردادهای تجاری سه اثر برای عسرو حرج مقرر شده است: الف - خاتمه دادن به قرارداد (انحلال) یا ب - تعدیل قرارداد که از اختیارات دادگاه یا مرجع داوری است و تقاضای مذاکره از سوی طرفین یا یک طرف برای تعدیل توافقی قرار دارد. توضیح اینکه چنانچه طرفین با در نظر گرفتن سه قاعده حسن‌نیت، معامله منصفانه و اصل همکاری نتوانند قرارداد را تعدیل کنند و هر یک از آنها به دادگاه متوسل شود دادگاه با رعایت دو شرط معقول و متعارف بودن در صورت امکان قرارداد را تعدیل و یا در صورت عدم امکان آن منحل می‌نماید و چنانچه هیچ کدام ممکن نباشد؛ احتمالاً طرفین را به مذاکره مجدد دلالت می‌نماید.

نتیجه گیری

در حقوق ما همانطور که قبلاً بیان شد عسرو حرج دارای آثاری همچون :
الف) بی اثر کردن قاعده لزوم قراردادهای که بنظر با انحلال قرارداد که توسط دادگاه موضوع ماده ۳-۲-۶ پیش گفته قابل تطبیق است.

ب) تعلیق قرارداد که طبق قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳، ماده ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی مقرر شده است و لغو شرطیت، شرطی که به موجب قانون و شرع برای صحت قرارداد در نظر گرفته شده مثل تلفظ لفظ به زبان عربی به نظر برخی و سقوط اذن پدر و جدپدیری موضوع ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی.

۴-۵) نفی حرج و تغییر اساسی در اوضاع و احوال حاکم در زمان انعقاد قرارداد:
هر چند در برخی از مذاهب اهل سنت همچون فقهای حنفی حوادث پیش بینی نشده را که موجب دشواری انجام عقود می گردد، مؤثر در فسخ عقد شمرده اند به عنوان مثال چنانچه کسی حمامی در دهکده ای اجاره کند و اهالی دهکده آنجا را ترک نمایند می تواند قرارداد اجاره را فسخ کند. (سنهوری، ۱۴۲۹، صفحه ۶۳۲، شماره ۴۱۶).

لیکن فقهای امامیه بصورت مصداقی به این قضیه نپرداخته اند؛ هر چند اطلاق و عموم ادله قاعده پذیرش آنرا تقویت می کند و برخی از فقهای معاصر مثل استاد محقق داماد برای جلوگیری از بی عدالتی ناشی از اصرار بر اجرای قرارداد در شرایط مشقت آور، استناد به قاعده نفی عسرو حرج را مجاز شمرده اند (محقق داماد، ۱۳۹۶، ۱۱۴).

لیکن قانون علی رغم به رسمیت شناختن غبن حین قرارداد، در خصوص غبن حادث ساکت است و هر چند برخی اساتید به اعتبار آن نظر داده اند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۱۱۰). لیکن در رویه قضایی، در صورت سکوت قرارداد، چنین چیزی پذیرفته نشده است.

قرآن کریم

۱. اخلاقی، بهروز، امام، فرهاد، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۳. تهران.
۲. شعاریان، ابراهیم، اصول اروپائی حقوق قراردادها
۳. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط، جلد اول، مصر، بی‌نا، بی‌تا.
۴. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه بخش مدنی (۲)، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، چاپ شانزدهم، پاییز ۱۳۹۶. تهران.
۵. طباطبایی، یزدی، محمدکاظم، ملحقات عروۃ الوثقی، جلد ۲.
۶. منیته الطالب (تعزیرات درس آیت... نائینی، جلد ۲).
۷. کلینی، محمد بن یعقوب، فروع کافی، جلد اول.
۸. مراغی، عبدالفتاح بن علی، عناوی، چاپ سنگی به خط آقامحمدرضا اصفهانی، بی‌نا، ۱۲۷۴ ه.ق.
۹. قزوینی، ابراهیم، ضوابط الاصول، چاپ سنگی، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۱۰. انصاری، مرتضی بن محمد، فوائد الاصول (رسائل)، قوم، انتشارات مصطفوی، ۱۳۷۴ ه.ق.
۱۱. صفی‌پور، عبدالرحیم بن عبدالکریم، منتهی الارب فی لغة العرب، جد (۱)، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۱۲. فیروزآبادی، مجدالدین محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، دارالاحیاء التراث العربی، بیرون، جلد دوم، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۱۳. نراقی، احمد بن محمد، عوائد الایام، صفحه ۶۱، بیروت، بی‌نا، بی‌تا.
۱۴. میرزا محمدعلی، توحیدی، مصباح الفقاهه تقریرات سیدابوالقاسم خوئی، مؤسسه دارالهادی بیروت، جلد دوم، بی‌تا.
۱۵. موسوی، سید ابراهیم، قاعده نفی عسر و حرج، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۴، بهار ۱۳۸۰.