

## قاعده اعسار مستند عمومی رخصت‌های قانون‌گذار و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷

دکتر سید علی محمد یثربی\*

### چکیده

این مقاله در مورد قاعده اعسار به عنوان یکی از مهم‌ترین مستندات عمومی شرع اسلام و قانونگذار جمهوری اسلامی با دو قید اختصار و استدلال بحث می‌کند. شیوه بحث، تحقیق مورد قبول فقه سنتی و پویایمان می‌باشد.

ادله اعتبار آن، تقدم آن بر سایر ادله قلمرو قاعده و مقایسه آن با قاعده لاضرر، مصادیق آن و قوانین، اشاره‌ای مقارنه‌ای و تطبیقی با نظام‌های حقوقی دیگر، موضوعات مورد بحث ما بوده و در نهایت به عنوان پشتوانه‌ای برای اصلاح و تکمیل قانون، نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ به نتیجه‌ای علمی و کاربردی رسیده است.

**واژگان کلیدی:** عسر، حرج، رخصت، عزیمت، قاعده، مدیون، یسر، محکومیت مالی، آزادی.

---

\* استادیار پردیس قم، دانشگاه تهران

تاریخ دریافت: ۸۴/۸/۲۵

تاریخ پذیرش: ۸۴/۹/۱۰

## مقدمه

فقه غنی ما واجد ۵۰۰ قاعده فقهی است که بعنوان حد فاصل بین مسئله اصولی که در حقیقت راه و روش تحقیق و طریق دستیابی به منظور نظر شارع است و به کار مجتهد و محقق می‌آید و مسئله فقهی که تکلیف عموم را مشخص می‌کند جایگاهی برزخی دارند که هم محقق از آن‌ها بهره می‌برد و هم افرادی که در وضعیت‌های خاص حقوقی در عرصه‌های مختلف زندگی قرار می‌گیرند از آن منتفع می‌گیرند از آن منتفع می‌گردند در میان این ۵۰۰ قاعده فقهی اعسار از جایگاهی علمی و کاربردی قابل توجهی به خصوص در عرصه پیچیده صنعتی فعل برخوردار است مقاله پیش‌رو ضمن پرداختن به ابعاد مختلف قاعده یکی از موارد کاربردی آن یعنی اعسار مالی را مورد مطالعه و کنکاش قرار داده و با پیشنهاد طرح قانونی خاتمه یافته است. امید آن که صاحب نظران بخش‌های اجتماعی سیاسی و اقتصادی در محیط تخصصی علمی و تجارب علمی خویش بیش از پیش به بررسی و ارائه طریق در مسیر حل چنین مشکلی بپردازند چرا که ارزیابی اساتید حقوق از قوانین موجب تأثیر در افکار عمومی و زمینه ساز بقایا نسخ قانون می‌شود چنان که نظرات ایشان در رفع اجمال یا نقض قانون ایجاد عرفی می‌نماید که در هنگام تفسیر قوانین مورد استناد محاکم قرار خواهد گرفت.

## ۱- معنای لغوی و اصطلاحی عسر و حرج و اصر

**حرج:** به فتح "حا" و "راء" اسم مصدر به معنای شدت و ضیق است و این معنا در نهاییه ابن اثیر و مجمع البحرین و اقرب الموارد و منتهی الارب دیده می‌شود و نیز از صحاح اللغه و قاموس نقل شده است در حدیث نیز آمده است که حضرت امام صادق علیه السلام به ابوبصیر فرموده‌اند: "فان الذین لیس بمضیق فان... یقول: ما جعل علیکم فی الدین من حرج" با توجه به این معانی که در کتب لغت آمده و در روایات نیز به آن اشاره شده و آیات نفی حرج را به مواردی از آن تطبیق نموده‌اند می‌توان بطور قاطع گفت: معنای حرج همان مشقت و سختی عرفی است که تحمل آن برای مردم مشکل بوده به نحوی که بطور عادت در کارهای خود زیر بار آن نمی‌روند.

**عسر:** به ضم عین اسم مصدر و به معنای شدت و ضیق می‌باشد و این معنا در کتاب‌های اقرب الموارد (۱) و مجمع البحرین (۲) و نهاییه ابن اثیر (۳) دیده می‌شود و در قاموس الغه (۴) نیز نقل شده است. از آیه شریفه "و یرید الله بکم الیسر و لایرید بکم العسر" (بقره، ۱۸۵) استفاده می‌شود که

عسر ضد یسر می باشد.

**اص:** به معنای ثقیل و سنگین است. اصر که از امت برداشته شده و بر امت های سابقه تحمیل شده بود، همان تکالیف صعب و مشکل است. بنابراین معنای اصر به معنای عسر و حرج نزدیک است.

## ۲- مستند عمومی رخصت های قانونگذار - تعریف

برحسب آن چه در کتاب های تحقیقی و فتوایی فقهای عظام مشاهده می شود، هرگاه حکمی از احکام الهی مستلزم حرج و مشقتی باشد؛ حرجی که مردم در کارهای خود به طور عادت آن را تحمل نمی کنند به موجب قاعده لاجرح نفی شده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳، ج ۱، ۱۷۴)، و آن را ثابت و لازم ندانسته اند این قاعده را از جمله قواعد ابلاغی شارع برشمرده اند که جمیع رخصت های شرعی به آن بازگشت دارد (محقق نراقی، بی تا)، و در تمامی ابواب فقه از عبادات و معاملات تا سیاسات جاری می شود. (میرزای قمی، بی تا، ج ۲، ص ۴۲).

## ۳- قاعده و ادله اعتبار آن

**الف- کتاب:** آیات شریفه ای که برای اثبات قاعده به آنها استناد می شود، عبارتند از:

۱- "ماجعل علیکم فی الدین من حرج" (حج، ۷۸)؛

۲- "مایریدالله لیجعل علیکم من حرج" (مائده، ۶)؛

۳- "یریدالله بکم البسر و لایرید بکم العسر" (بقره، ۱۸۵)؛

۴- "ربنا و لاتحمل علینا اصرأ کما حملته علی الذین من قبلنا" (بقره، ۲۸۶)؛

۵- "لایکلف الله نفساً الا وسعها" (بقره، ۲۸۵)؛

۶- "وان کان ذو عسر فنظره الی میسره" (بقره، ۲۸۰).

## آیه اول:

در آیه اول به طور صریح آمده است که خداوند متعال در دین حکم حرجی جعل ننموده و به طور مطلق حرج نفی شده است، خواه حرج ذاتی باشد خواه حرج عارضی؛ یعنی اگر درست بنگرید مسؤولیت های دینی تکالیف شاقی نیستند، بلکه با فطرت پاک شما هماهنگ و سازگارند و اصولاً چون وسیله تکامل

شما هستند و هرکدام فلسفه و منافع روشنی دارند که عاید خودتان می‌شود، در ذائقه جانتان تلخ نخواهد بود، بلکه کاملاً شیرین و گوارا هستند. (آیهٔ ا.. مکارم شیرازی، ۱۳۶۸، ج ۱۴، ص ۱۸۳).

در روایات نیز به همین آیه برای نفی حرج استناد شده است؛ چنان که در متن روایات آمده است که هرگاه وضو به سبب بیماری یا عدم دسترسی به آب حرجی شود، شرطیت آن برای شما نیز ساقط می‌گردد. (استاد میرمحمدی مقالات و بررسیها دانشکده الهیات، ۱۳۶۵، قاعده لاجرح).

### آیه دوم:

"ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج و لکن یرید لیطهرکم"

این آیه که به عنوان دلیل جعل تیمم به جای وضو و غسل در صورت فقدان آب بیان شده، وضو و غسل را در صورت فقدان آب نفی فرموده و تیمم را که سهل و آسان است، به جای آن قرار داده است. به این آیه استدلال می‌شود که حرج در وضو خصوصیت ندارد، بلکه نفی آن به جهت این است که از مصادیق عملی حرج است؛ پس هر تکلیفی که به سبب امور خارجی حرجی شود از مکلف ساقط و مورد اراده الهی نیست؛ لکن در پاسخ این استدلال می‌توان گفت که خداوند متعال پس از آن که احکام وضو و تیمم را بیان فرمود در توجیه آن‌ها می‌فرماید:

مقصود از این احکام چنین نیست که شما را به زحمت بیفکنیم، بلکه مقصود از آن‌ها این است که شما را پاکیزه و تطهیر نمایم بنابراین خداوند حکم حرجی را نفی فرموده تا آن را برای مطلب مورد بحث دلیل بیاورند، بلکه آن را توجیه فرموده که مقصود از جعل این احکام تطهیر شماست، نه وقوع در حرج. اگر احتمال چنین تفسیری وارد باشد، استدلال را ساقط می‌کند، لکن با توجه به سایر آیات و نیز روایات باب، وجه اول وجیه تر است.

### آیه سوم:

"یرید الله. بکم الیسر و لا یرید بکم العسر" (بقره، ۱۸۵).

این آیه شریفه پس از بیان دستور روزه برای مکلفین حاضر در شهر، افراد مسافر و مریض را مجاز در افطار می‌داند و علت این حکم این چنین بیان می‌کند: خداوند از شما کارهای سخت را نمی‌خواهد، بلکه کارهای آسان مورد اراده اوست. در استدلال به آیه می‌توان گفت:

با الغای خصوصیت و عمومیت تعلیل استفاده می شود که هر موردی که دارای حرجی باشد مورد اراده خداوند متعال نیست و آن چه سهولت دارد، مطلوب حضرت حق است. البته در جواب گفته اند که احتمال دارد این تعلیل مخصوص مورد باشد؛ یعنی خداوند روزه سهل و بدون مشقت را خواسته نه این که هر امر سهل مورد اراده خداوند باشد و هر امر مشکل مورد اراده او نباشد. مثلاً اگر امر به مامور خود بگوید: "این انار بزرگ را بردار!" نمی توان گفت علت خواستن انار، بزرگ بودن آن است و هر میوه بزرگی مورد اراده اوست. (مقالات و بررسیها دانشکده الهیات، ۱۳۶۵، ص ۳).

#### آیه چهارم:

"ربنا ولا تحمل علينا اصرأ كما حملته على الذين من قبلنا" (بقره، ۲۸۶).  
از این آیه شریفه بروشنی استفاده می شود که اصر یعنی کار سنگین و کار پرمشقت، از امت پیامبر اسلام برداشته شده است و اطلاق آن اقتضا می کند که حرج های عارضی نیز در اسلام مرفوع باشد.

#### آیه پنجم:

"لايكلف الله نفساً الا وسعها" (بقره، ۲۸۵)  
طبق این آیه مبارکه خداوند از شخص عاجز چیزی را که تحت قدرتش نباشد، نمیخواهد، چنان چه عقلاً نیز چنین تکلیفی ممتنع و محال است.  
استدلال به این آیه در مورد بحث در صورتی صحیح است که مراد از وسع همان مشقت و قدرت عرفی باشد؛ لکن اگر مراد از وضع حرج و مشقت اساسی باشد، آیه نسبت به مورد ساکت است و برای قابلیت استدلال روایات می توان گفت که منظور مشقت عرفی است، گرچه عقلاً مقذور باشد.

#### آیه ششم:

"و ان كان ذو عسره فنظرة الى ميسره" (بقره، ۸۰).  
این آیه شریفه دلالت دارد بر این که بدهکارانی که در عسرت و مشقت زندگی را میگذرانند می توانند بدهی خود را به تأخیر بيفکنند تا عسرت آنها برطرف شود و به یسر برسند.

این آیه و آیات نظیر آن که دلالت دارند خداوند متعال در مواردی احکام را با صبغه سهولت و یسر جعل فرموده است؛ دلالت ندارند بر این که حکمی که برحسب عموم دلیل یا اطلاق آن شامل مورد حرج نیز می‌شود، اگر به سبب امر خارجی از اساس حرجی باشد، الزام برداشته شود و ترک آن جایز گردد.

### ب - سنت

۱- روایت ابی بصیر از حضرت امام صادق (ع) در مورد آب غدیر، آب‌گیری که مقدار زیادی آب در آن نبوده است و پلیدی‌هایی در آن ریخته شده است، فرموده‌اند: "أفرج الماء بیدک توضحا فان الدین لیس بمضیق فان الله یقول: ما جعل علیکم فی الدین من حرج؛ سطح آب را با دست باز کن و آن گاه وضو بگیر که دین اسلام سخت گیر نیست و خداوند فرموده است: در این دین حرجی بر شما قرار نداده شده است" (حر عاملی، باب نهم از ابواب آب مطلق، حدیث ۱۴).

۲- فضیل بن یسار طبق حدیث از امام صادق (ع) سؤال می‌کند: "جنبی غسل می‌کند و از آب غسل قطراتی به ظرف آب پاشیده می‌شود" فرمودند: "اشکالی ندارد. خداوند در دین برای شما حرج جعل نفرموده است".

این سؤال به این موضوع اختلافی مبتنی است که آیا با آب مستعمل در غسل جنابت می‌شود بار دیگر غسل نمود یا نه؟ لذا راوی از امام (ع) سؤال می‌کند آیا می‌توان با آبی که قطرات غسل با آن مخلوط شده غسل را ادامه داد یا نه؟

امام (ع) در پاسخ فرموده‌اند: اشکالی ندارد؛ چون اگر صحیح باشد حرج لازم می‌آید و خداوند متعال برای شما (امت اسلام) حرج جعل نکرده است و مورد را یکی از مصادیق حکم کلی لاجرح در اسلام برشمرده‌اند. از این جهت روایات دارای دلالت روشنی بر صحت مبحث ما نحن فیه دارد.

۳- ابوبصیر در صحیح خود از امام صادق (ع) سؤال می‌کند: "هرگاه جنب در حال غسل دست خود را در ظرفی که در پهلو دارد وارد بنماید، چگونه است؟" امام (ع) در پاسخ می‌فرمایند:

"اگر دست او نجس بود، آب را بریزد و از آن غسل نکند و اگر آب نجس نبوده است اشکالی ندارد و از آن آب غسل کند این مشمول همان مطلبی است که خداوند فرموده است: در دین شما بر سختی و مشقتی قرار نداده است" (همان، ج ۱، ص ۱۲۰).

۴- حمزه بن طیار که یکی از یاران باوفای امام صادق (ع) است، می‌گوید: "امام صادق (ع) مطالبی

را به من املا فرمودند و من آن‌ها را نوشتم. از جمله آن‌ها این است که به پیغمبر اسلام (ص) امر شد که هرگاه بر اثر خواب، نماز فوت شد، پس از بیدار شدن، آن را قضا نما و این را بر امت خود جووری عمل نما تا در این گونه موارد نگویند که ما هلاک شدیم، نه، جز قضا بر آن‌ها نیست و همین طور هرگاه بر اثر بیماری نتوانی روزه بگیری آن گاه که صحت یافتی قضا کن. سپس حضرت امام صادق (ع) فرمود: "اگر به تمام اشیا توجه کنی می بینی که احدی از مردم در ضیق و مشقت قرار نگرفته‌اند (اگر به مشقت افتاده‌اند بر اثر نادانی خودشان بوده است) و آن‌ها به اموری امر شده‌اند که توانایی انجام دادن دشوارتر از آن را نیز دارند" (محقق نراقی، بی تا، عانده ۱۹).

۵- حدیث مشهور نبوی: "بعثت بالحنیفة السمحة السهلة؛ مبعوث شدم به دین حنیف سهل و آسان." اگر احکام حرجی و عسرآفرین در دین وجود داشت، صحیح نبود که حضرت دین را به مجموعه ای سهل و آسان توصیف کند.

از مجموع احادیث استفاده می شود که خداوند متعال در اوامر و نواهی خود قدرت مکلفین را ملاحظه نموده است؛ یعنی توان انجام دادن امر باید بیش تر از قدرت لازم برای تحقق امر و نهی باشد به نحوی که مکلف قدرت و توان به جا آوردن بالاتر از آن نیز داشته باشد.

### ج - عقل

عقل که یکی از ادله اربعه است و برای اثبات مطلب مورد بحث حکمی ندارد؛ چون اگر انسان به کاری مامور شود که توان و قدرت اوست، گرچه سخت و پر مشقت باشد، با داشتن اجر و عوض، امری غیرعقلانی تلقی نمی شود، بلکه چنین اوامری در عرف مردم و عقلا مرسوم و مطلوب است. (مقالات و بررسیها دانشکده الهیات، ۱۳۶۵، ص ۱۶) لکن همان طور که بعضی از محققین از جمله میر فتاح در عناوین فرموده‌اند:

عقل سلیم اقتضا می کند که عسر و حرج در تکالیف نباشد؛ چرا که آن چه مورد اتفاق فقها می باشد، وجوب لطف خداوند نسبت به بندگان است و لطف چیزی جز تسهیل و تقریب طاعت و دوری جستن از معصیت هلاکت زا نیست و تکلیب پر مشقت موجب دوری از طاعت و باعث کثرت مخالفت می گردد و خداوند سبحان رحیم تر از آن است که بندگان را به نوعی امتحان نماید که به طور غالب در عذاب واقع شوند؛ همان طور که تکلیف به ما لا یطاق از خدای متعال به جهت لزوم قبح و خروج از عدل،

ممتنع می باشد.

بدین ترتیب تکلیف حرجی با لطف و رحمت الهی منافات دارد. در معنای اصطلاحی کلمه لطف با مراد از کاربرد این اصطلاح مناقشه شده است؛ لکن مدار بحث لفظ لطف نیست، بلکه همان معنایی است که ذکر شد. مهم این است که حرجی که موجب هلاک عظیم و ابتلای به مخالفت است، بر رب رؤوف و رحیم جایز است یا خیر؟ بدیهی است که در چنین فرضی روا نیست که حکم حرجی الزام آور باشد.

البته پاره ای زحمات و صدمات به طور قهری در ضمن انجام دادن وظیفه پیش می آید که قهری است و این مطلب غیر از آن است که به طور اختیاری شخص را به انجام دادن امور صعب و مستصعب و مشقت آمیز از باب مجازات و شکنجه الزام نمود.

در این جا با نقل کلام محقق قمی بحث را در این زمینه خاتمه می دهیم. آن چه به نظر می رسد این است که بعد از این که تکلیف شاق و مضار در شریعت وارد شده است، نفی عسر و حرج و ضرر نفی مشقت زاید بر طبع تکالیف ثابت، نسبت به طاقت و توان متوسط مردم است.

#### د - اجماع

اجماع که دلیل دیگری از ادله چهارگانه است.

در مورد بحث نافع نیست زیرا اجماع فقهاء در صورتی به طور مستقل حجت و معتبر است که کاشف از دلیل معتبر و قول معصوم (ع) سوای آنچه در دسترس است اما اگر معلوم شود که علماء در نفی حرج جزء این آیات شریفه و روایات دلیل دیگری نداشته‌اند پس قول ایشان مستقلاً دلیل نیست بلکه ملاک عمل همین ادله مذکوره است.

#### ۴- قاعده و تقدم آن بر سایر ادله

علمای ما در تقدیم قاعده بر عمومات خلافی ندارند، بلکه اختلاف ایشان در جهت تقدم است. اقوال ایشان از این قرار است:

#### الف - امتنان

از جهت این که قاعده در مقام امتنان است، مقدم بر عمومات است؛ چنان که شیخ در رسائل آورده و مرحوم آخوند خراسانی در تعلیقه خود کلام شیخ را پذیرفته است.



با مختصر ظرافتی به این تعبیر که مگر این که عمومات دارای مرجح و جهت اقوایی باشد،<sup>(۱)</sup> آن را مطرح نموده اند.

### ب - تخصیص

نسبت قاعده لاجرح به مجموع ادله عامه و مطلقه، نسبت خاص به عام است و طبق قاعده اصولی در تعارض خاص با عام، عام را تخصیص می زنند.

### ج - حکومت

مرحوم شیخ انصاری در قاعده لاضرر که با قاعده لاجرح دارای ملاک واحد است، مینویسد: این قاعده بر تمام ادله ای که با عموم و اطلاق ضرر مثبت حکم ضروری هستند، حکومت دارد و بر آن مقدم است؛ لکن آن چه به تعبیر استاد ما (مقالات و بررسیها دانشکده الهیات، ۱۳۶۵، ص ۵) گفتنی است آن می باشد که قاعده لاجرح مانند قاعده لاضرر نیست که برحسب ظاهر موضوع حکم موردنفی قرار گرفته باشد، بلکه همان طور که از آیه شریفه "وما جعل علیکم فی الدین من حرج" و از احادیثی که در آنها به این آیه شریفه تمسک شده، به خوبی پیداست که نفی از اول متوجه حکم حرجی شده است بنابراین قاعده لاجرح بر ادله اولیه مقدم است، خواه جهت تقدم نظارت دلیل حاکم به دلیل محکوم باشد، خواه امتنان یا هر عنوان دیگر. به هر تقدیر همه ملاک های تقدم در قاعده لاجرح موجود بوده و تقدم آن مسلم و خالی از اشکال می باشد.

### ۵- قلمرو و قاعده

حرج منفی شخصی است یا نوعی؛ علم و جهل در آن مؤثر است یا خیر؛ امور عدمی را نیز دربر می گیرد یا منحصر در امور وجودی است؛ این موارد به ترتیب تحریر می شود:

---

۱- قال فیها نعم لو كانت فی مقام الامتنان فرما تقدم علیها عند التعارض لذلك و هو فیها اذا لم یکن یعارضها جهه مرجحه اقوی.

### الف - حرج شخصی یا نوعی

اکثر حرج‌هایی که مورد سوال در روایات واقع شده اند از حرج‌های شخصی است. با این حال مواردی نیز وجود دارند که به موجب آن احکام حرجی ناظر به نوع مردم موردنفی قرار گرفته و عسر و حرج و مشقت مردم به عنوان حکمت تشریح حکم مطرح است.

چون دلیل لاجرح بر ادله دیگر حکومت دارد، جایی برای پذیرش حرج نوعی باقی نمیگذارد؛ زیرا معنای حکومت از یک سو رفع هر حکمی است که موجب حرج باشد و از سوی دیگر بقای احکامی است که مقتضی حرج نباشد و این همان معنای شخصی بودن حرج است.

علاوه بر آن، حرج نوعی قابل ضبط و انضباط نیست. آیا ملاک در آن، همه مکلفین در جمع زمان‌ها و مکان‌ها را در بر می‌گیرد؟ یا اهل یک عصر یا اهل یک مکان یا یک صنف خاصی از ایشان یا احتمالات دیگر ساری و جاری است؟ از جمیع تعابیری که در این باب به کار رفته است، نتیجه می‌گیریم که معیار در این باب حرج شخصی است نه غیر آن (آیهٔ .. مکارم شیرازی، ۱۳۸۳، ص ۱۹۰).

### ب - حرج و امور عدمی

دلیل لاجرح ناظر به احکام مجعول در شرع است و عدم الحکم خود از احکام مجهول نیست تا مشمول دلیل لاجرح شود. با این حال برخی از فقها در مواردی به استناد قاعده نفی حرج بعضی احکام عدمی را نفی کرده‌اند؛ چنان‌که سید محمد کاظم یزدی در موردی که زوج کمتر از ۴ سال مفقود باشد و نفقه زوج نیز پرداخت نشود، عدم جواز طلاق از سوی حاکم را موجب حرج و ضرر زوجه دانسته و به استناد قاعده نفی حرج آن ضرر نفی کرده است. (طباطبایی یزدی، ملحقات عروة الوثقی).

### ج - نفی حرج رخصت یا عزیمت

موضوع در عبادات و غیر عبادات به طور جداگانه قابل بررسی است. در غیر عبادات از نوع رخصت است؛ زیرا مفاد این قاعده در واقع نوعی ترخیص برای شخص واجد این عنوان است تا در صورت تمایل بتواند به استناد رخصت شرعی و قانونی از حق خود استفاده کند.

به این ترتیب در مواردی که اقدامات و تصرفات مالکانه مستحق در ملک خود، موجب ایجاد حرج مالکان مجاور باشد، تا هنگامی که مالک آسیب دیده از حرج اقدام و مبادرت به اعتراض و طرح موضوع در محکمه نکرده است؛ نمی‌توان فقط به استناد حرجی بودن تصرف مالکانه شخص مذکور به الغای آثار تصرف او و رفع امور حرجی حکم کرد؛ لیکن در زمینه عبادات اختلاف عقیده وجود دارد. برخی قاعده را از مصادیق احکام ترخیصی دانسته‌اند و در نتیجه به صحت عبادات حرجی قائل هستند و بعضی نیز معتقدند که قاعده نفی عسر و حرج از مقوله عزیمت است و عبادات حرجی و ضرری را باطل می‌شمارند و عده‌ای نیز قائل به تفصیل شده، عبادات حرجی را صحیح و عبادات ضرری را باطل می‌دانستند (محقق، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۹۹) با توجه به قصد امتثال در عبادت نظر اخیر وجیه تر است.

#### ۶- "لا حرج" و تعارض آن با "لا ضرر"

هرگاه این دو قاعده با هم تعارض پیدا کنند به این معنا که نشود به هر دو عمل نمود (مثلاً اگر مالکی بخواهد در ملک خود تصرفی بنماید و چاهی را در خارج ملک خود حفر نماید، ضرری به همسایه می‌رساند و اگر حفر نکند خود به حرج و مشقت می‌افتد)؛ لا حرج او بر ضرر همسایه حکومت می‌کند چنان‌که مرحوم شیخ انصاری بر همین نظر رفته و محتمل دانسته است. (شیخ انصاری، بی تا، ص ۳۱۷).

یا این که هر دو قاعده را به جهت تعارض تساقط می‌کنند و باید به دلیل و اصل دیگری مراجعه نمود چنانچه مرحوم آخوند بر این نظر رفته اند. (آخوند خراسانی، حاشیه رسائل، بحث لا ضرر).  
یا این که گفته شود این دو قاعده از جهت این که هیچ یک بر دیگری حکومت ندارند و هر دو دارای مصلحت و ملاکند باید در صورت امکان به هر دو عمل نمود و در صورت عدم امکان باید به قدر امکان عمل نمود و نمی‌توان هر دو را رها کرد. بنابراین بایستی حرج‌ها و ضررها را مقایسه کنیم، هر کدام از آن‌ها که اقوا بود آن را رعایت و دیگری را رها کنیم و اگر دارای ملاک مساوی بودند و یا تشخیص داده‌نشده، در این صورت باید به قرعه که برای رفع مشکل تشریح شده است، رجوع و یکی از آن‌ها را تعیین نماییم. نظر اخیر با توجه جمع بین دو قاعده اولی و وجیه تر است. گفتنی است این تعارض در صورتی پیش می‌آید که اختلاف دو قاعده در عنوان حرج و ضرر باشد و از حیث درجه و مرتبه حاکم و

متقدم بر ادله اولیه باشند؛ لکن بر مبنای شیخ الشریعه اصفهانی و امام خمینی که "لا" در لاضرر افاده نهی می‌کند، تعارضی پیش نمی‌آید. بخصوص از نظر امام (ره) که لاضرر را نهی ولایی می‌دانند. (آیه... فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ص ۱۷۵).

#### ۷- قاعده و شمول نسبت به احکام وضعیه

ملاک در بحث مذکور همان ادله اثبات خودقاعده است. شمول ادله نسبت به احکام وضعیه روشن است؛ مثلاً در آیه شریفه: "ما جعل علیکم فی الدین من حرج" که دلالت دارد در دین اسلام حرج وجود ندارد؛ بروشنی شامل احکام وضعیه نیز می‌شود؛ زیرا دین مجموعه‌ای از احکام تکلیفی و وضعی است.

#### ۸- قاعده و شمول آن نسبت به محرمات

از آن جهت که قاعده عام است، شامل محرمات نیز می‌شود؛ لکن فقها رضوان الله تعالی علیهم به عموم آن ملتزم نبوده به آن عمل ننموده‌اند و مخصوصاً اگر حرج را حرج شخصی بدانند نه نوعی، هرگز قاعده‌ای که به جهت امتنان و لطف برای امت اسلامی تشریح شده است، نمی‌توان خود موجب فساد و خلاف امتنان شود. (علامه بجنوردی، ۱۳۸۹، ج ۱).

#### ۹- قاعده و احکام دارای عسر و حرج

آیا مواردی که به نظر ابتدایی، احکام واجد عسر و حرج هستند، تخصیص اکثر لازم نمی‌آیند؟ به این اشکال پاسخ‌های متعددی داده شده است که برای رعایت اختصار به یکی از آن‌ها اشاره می‌شود: برخی احکام که بظاهر حرجی می‌نماید، پس از دقت و امعان نظر معلوم می‌شود که حرجی نیستند؛ از جمله احکام زکات و خمس که در نظر اول احکام ضرری و حرجی به نظر می‌آیند؛ ولی با در نظر گرفتن جهات زیر حرجی نمی‌شوند؛ زیرا:

۱- پس از کسر تمام مخارج بر مابقی دارایی تعلق می‌گیرد؛

۲- اموال به نصاب معینی و حدود و اندازه مقررری باید برسند؛

۳- مصرف آن به جهت عمومی برمی‌گردد و شامل حال جمیع اقشار جامعه می‌شود؛

۴- جامعه آباد به نفع صاحبان تولید است؛ چرا که شکاف بین فقر و ثروت باعث هلاک کل جامعه است.

برخی احکام ضرری دیگر را مردم به دست خود ایجاد می کنند، مانند حدود و قصاص و دیات؛ بنابراین آثار آن را نیز باید تحمل کنند.

بالاخره چنانچه گذشت اموری مثل جهاد فی سبیل الله... نسبت به توان متوسط افراد نه تنها تکلیف شاق نیست، بلکه کاری شرافتمندانه و افتخارآمیز و پر نشاط است.

از مجموع آنچه گذشت چنین استفاده می گردد:

قاعده لاجرم از امور شایع و مورد عمل علمای فقه و حقوق است و اعتبار آن با ادله کتاب و سنت و عقل و اجماع اصحاب ثابت و روشن است. موارد زیادی در سرتاسر فقه وجود دارند که حکم برای سهولت و یسر مورد تخفیف واقع شده است؛ مثلاً شهید اول در قواعد و فوائد هفتاد مورد را بر شمرده که موجب ظن قوی به عدم اراده احکام مشقتی است، گرچه تمام دلیل برای استدلال به قاعده نیست.

#### ۱۰- مصادیق عسر و حرج و قوانین

##### الف: طلاق به دلیل عسر و حرج (ماده ۱۱۳۰ ق.م.)

متن ماده ۱۱۳۰ ق.م را مرور می کنیم:

"در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند؛ چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود".

##### ب: ماده ۲۲۷ ق.م

"متعهد نمی تواند متعهد له را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید، ولی حاکم می تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد".

قسمت اخیر ماده فوق مربوط به مواردی است که پس از بررسی وضعیت متعهد دادرسی به این نتیجه

می‌رسد که اجبار متعهد به پرداخت دین در موعد مقرر وی را دچار "ضیق و فشار" می‌نماید و وضعیت متعهد به نحوی است که الزام وی به انجام دادن تعهد در موعد مقرر متناسب با وضعیت و قدرت مالی او نیست. از مواردی که اندیشه قانونگذار به هنگام وضع این ماده به آن معطوف بوده است عسر و حرجی است که از الزام متعهد به انجام دادن تعهد ناشی می‌شود.

### ج: ماده ۶۵۲ ق.م و تحلیل آن

در موقع مطالبه، حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقرض مهلت یا اقساطی قرار میدهند. هر مدیونی هنگام ادای دین خود ممکن است دچار تنگدستی و عسر و حرج و ناتوانی بشود و از طرف مقابل مهلت عادلانه یا قرار اقساط بخواهد. اگر این درخواست با اجابت روبرو نشد، قاضی با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال عقد و وضعیت و توانایی مال مدیون، الزام به انجام دادن تعهد را به تاخیر می‌اندازد یا نحوه پرداخت دین را از پرداختن یکجا به پرداختن اقساطی تغییر می‌دهد.

### د: ماده ۹ قانون روابط مؤجر و مستاجر

"در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستاجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد، می‌تواند مهلتی برای مستاجر قرار دهد". ملاک قاعده حقوقی فوق، قاعده نفی عسر و حرج است؛ چرا که به موجب قاعده مورد بحث هر حکمی اعم از تکلیفی یا وضعی اگر مستلزم عسر و حرج برای مکلف یا متعهد باشد، از او برداشته می‌شود.

### ۱۱- بحث تطبیقی

#### مقایسه قاعده لاجرج با نظریه تغییر اوضاع و احوال

همان‌طور که گذشت، چنانچه بر اثر حکم شارع، شخص مکلف از نظر عرف در مشقت و حرج و ضیق واقع گردد، خواه این حکم از احکام تکلیفی از قبیل نماز و روزه و مقدمات آن از واجبات و یا نهی از انجام دادن امری باشد و خواه از احکام وضعی باشد انجام اعمال مذکور با استناد به قاعده نفی عسر و حرج لازم نیست و مکلف به خاطر عدم انجام دادن اعمال مذکور و نسبت به آثار احکام وضعی مؤاخذه

نمی شود و مسؤول نیست.

با این استدلال می توان به معافیت متعهدی که نسبت به ساخت ماده و یا ابنیه ای از قبیل پل های بزرگ، سد، نیروگاه و یا ساختمانی تعهد نموده باشد و به دلیل بروز جنگ و یا حوادث غیرمترقبه دیگر قیمت ها بالا رفته، موارد اولیه کمیاب و هزینه نیروی کار افزایش یابد و از این طریق انجام دادن تعهد برای وی دشوار و موجب مشقت و حرج گردد، حکم نمود. در بعضی از موارد امکان انجام دادن تعهد با تحمل هزینه ای گزاف وجود دارد؛ مثلاً متعهد می تواند با فروش منزل مسکونی و ملزومات شغل و وسیله ایاب و ذهاب خود و تحمل هزینه ای گزاف و خارج از متعارف، تعهد را به انجام برساند؛ اما قطعاً اجرای تعهد در این صورت موجب مشقت و عسر و حرج متعهد است. در این صورت نیز الزام متعهد به فروش اموال شخصی که برای خود و خانواده وی مورد نیاز است، دلیل ندارد. شاید یکی از دلایل عدم اجبار مدیون به فروش خانه و لوازم اشتغال و وسیله ایاب و ذهاب و پرداخت دین در عسر و حرج قرارگرفتن مدیون یا خانواده می باشد.

همین که عرف، انجام دادن عمل را برای شخص مکلف دشوار تشخیص دهد، کافی است. در تشخیص این امر، مسایلی در زمینه اوضاع و احوال توانایی و قدرت فرد، مؤونه ها و ملزومات و صفت جسمی و روحی و توانایی اقتصادی فرد در نظر گرفته می شود لسان ادله و مصادیق آن ها نیز ظهور در شخصی بودن حرج دارد.

نظریه تغییر اوضاع و احوال از این جهت جدی است که در هر یک از سیستم های مختلف حقوقی به نحوی و تحت عنوان خاص مطرح و آثاری بر آن مترتب گردیده است؛ ولی برغم جدید بودن نظریه، به نظر نمی رسد که موضوع در فقه بدون راه حل باشد. فقه امامیه در عین پایبندی به اصول تغییرناپذیر توانایی ارائه طریق برای مسایل جدید و نو را بخوبی دارا می باشد. شیوه استنباط احکام که فن استخراج فروع از اصول است و انطباق قواعد کلی بر مصادیق فردی است که اگر با زمان و مکان بعنوان دو عنصر تعیین کننده در اجتهاد قرین گردد، بخوبی خواهد توانست برای هر موضوع پاسخ راهگشای خودش را داشته باشد.

نظریه تغییر اوضاع و احوال در حقوق ایران می توان مورد پذیرش واقع شود. مبنای تحلیلی نظریه

مذکور نظریه‌های "شرط ضمنی" "نفی عسر و حرج" "نفی ضرر ناروا" میباشد.<sup>(۱)</sup>

## ۱۲- اعسار مالی مدیون

اکنون که ابعاد مختلف قاعده حرج را به عنوان مستند عمومی رخصت‌های شارع مطالعه شد، وقت آن رسیده است که به یکی از موارد مهم و مورد ابتلا در جامعه امروز بپردازیم و آن عدم کفایت دارایی در پرداخت دیون مالی است و نیز حبس مدیون تا روشن شدن وضعیت او از جهت ملائت و یا عدم ملائت، در شرایطی که ملائت یا اعسار ثابت شود که حسب قوانین جاری به لوازم آن ملزم خواهند شد. مهم تردید در اعسار است که منشأ بقای بسیاری از مدعیان اعسار در زندان‌های طویل‌المدت با آثار سوء اجتماعی آن است. برخی از متون مرجع فقهی و نظرات فقهای فعلی را مرور می‌کنیم. این بررسی نشان می‌دهد که این نظریات می‌تواند در خدمت حل یکی از معضلات اجتماعی باشد. صاحب مجمع الفوائد و البرهان (در جلد ۱۲، ص ۱۲۳ ۱۳۶) می‌فرماید: می‌توان حبس را حمل بر مراقبت نمود (نه حبس به معنای خاص شکی نیست که اگر بکلی تا رسیدن به گشایش و قدرت پرداخت رها کنیم، بهتر است؛ چون احتمال دارد که ظاهر آیه شامل حال او بشود و نیز به دلیل اخباری که دلالت بر مسامحه و همدردی با بردران ایمانی و خشوع رفتاری و عدم سخت‌گیری بر اخوان دارد، آزاد گذاردن مدیون بهتر باشد" در عبارت دیگر آورده است: "فان حبس شخص قبل موجه غیر معقول؛ حبس شخص قبل از قطعیت موجب به آن غیر معقول (غیر جایز) است."؛ و در جمله دیگری آورده است. "روایت مستند حبس نمودن (روایت غیاث) غیر از ضعف سند ظاهر در مطلوب نیست." بنابراین حبس نمودن به استناد این روایت بعید است، بویژه که اگر ظاهر حال مدیون تلف نمودن و هزینه کردن مال باشد.

ظاهر آیه ۲۸۰ سوره بقره عدم حبس را تأیید می‌کند؛ چون از ظاهر کلمه "ذاعسرت"، عسرت ظاهری به دست می‌آید، نه عسرت نفس الامری. بالاخره در بیان دیگری فرموده است: "در فرض عدم بینة بر اعسار، حبس او بی شائبه نیست؛ چون ممکن است معسر دارای بنیه نباشد و مال هزینه گشته، بدون این که مدیون مامل و ظالم باشد. در این صورت عقوبت و آبروریزی او جایز

۱- در این زمینه مطالعه کتاب "تغییر در شرایط قرارداد" از آثار دکتر محمد حسین صادقی مقدم پیشنهاد می‌شود.



نیست، آن هم با عجله و بدون روشن شدن وجه حبس " (همان، ۱۳۵). اکنون که فرض تردید در اعسار را با قدری استدلال از یکی از کتاب های فقهی مرجع ارائه نمودیم، شایسته است فتاوای فقههای معاصر که استفتای راقم در مورد مذکور را پاسخ داده اند بیاوریم و در آخر پاسخ مقام معظم رهبری دام ظلّه که هم شقوق مسأله در آن ذکر گشته و هم از نظر قانونی دارای الزام بیش تری است، در معرض دید خوانندگان محترم واقع شود:

**۱۳- متن نظرات برخی از فقههای فعلی دامت برکاتهم که موفق به دریافت پاسخ کتبی معظم‌الهم شده‌ایم:**

- ۱) میزان در حبس مدیون اعسار طریقی است یا موضوعی؟
- ۲) اگر برای قاضی تردید بود، می تواند مالانهایه او را در حبس نگه دارد؟
- ۳) آیا قاضی می تواند تا رفع تردید با ضمانت معتبر او را آزاد نماید و بالاخره استظهار حضرت مستطاب عالی از روایات باب چیست؟

**پاسخ:**

**آیت... العظمی بهجت - دامت برکاته - در پاسخ فرموده اند:**

باسمه تعالی

"اگر کفیل باشد نمی تواند حبس کند؛ چون در وقت حاجت می آید."

**آیت... العظمی حاج شیخ جواد تبریزی - دامت برکاته - فرموده اند:**

باسمه تعالی

"مدعی اعسار تا زمانی که اعسار وی ظاهر شود، حبس می شود و وظیفه حاکم است در مظان و جود اموال وی تحقیق و تفحص کند و در صورت احتمال عدم تمکن کفیل از احضار مدیون باید شرط ضمانت کفیل بشود و با ضمانت وی مدیون را می توان آزاد نمود و حبس مدعی اعسار برای اجبار وی بر اعلام اموال و بر فروش اموال در صورت کشف وجدان مال و عدم فرار در صورت ظهور حال است و ... العالم." (استفتای، ۷۳۱، ۲۹/۴/۸۱).

**آیت... العظمی سیستانی - دامت برکاته - فرموده اند:**

"حاکم شرع می تواند او را تا زمانی که امید است حبس در روشن شدن وضعیت او مؤثر باشد، در زندان نگه دارد" (استفتای ۶۷۴، جمادی الثانی ۱۴۲۳).

### آیت ... العظمی صافی گلپایگانی - دامت برکاته - فرموده اند:

باسمه تعالی

"مدیون مدعی اعسار را قاضی می تواند تا تعیین اعسار او حبس نماید. در این جا طریقت دارد بر روشن شدن اعسار و عدم اعسار؛ و در هر صورت قاضی می تواند با ضمانت کسی که تمکن از ادای دین را دارد مدیون را آزاد نماید" (استفتا، بدون شماره، ۲۳ جمادی الثانی ۱۴۲۳).

آیت ... العظمی صافی با قدری تفصیل و استدلال به سؤال مذکور پاسخ داده اند. متن سؤال و جواب به این شرح است:

آیا می شود بدهکار مدعی عسر را تا زمان ثبوت عسر و روشن شدن با اقدام تامین از قبیل گرفتن وثیقه عین یا اعتباری که متضمن حق طلبکار باشد، رها کرد یا حتما باید در زندان باشد تا ثابت شود؟  
**جواب** - "مانعی ندارد، بلکه اگر با اقدامات تامینی ذکر شده که صدمه و اذیت و عقوبت نمی باشد، بتوان حق طلبکار را محفوظ داشت حبس که بک عقوبت و اذیت است، جایز نمیباشد و وجهی ندارد و جوازش به عنوان اقدام تامینی منحصر به انحصار طریق به آن میباشد که از باب حفظ حقوق دیگران جایز می گردد و این که فقیه یزدی (ره) در الجزء ثالث از کتاب معروف ملحقات عروه و صاحب جواهر (ج ۲۵، ص ۳۵۳) حبس را از باب عقوبت و تعزیر دانسته اند و نتیجتاً تبدیل به غیر آن جایز نمی باشد، تمام نبوده و غیر موجه است؛ چون عمده استناد آنها به استصحاب یسر و مسأله شرطیت اعسار در وجوب انظار است؛ لکن استصحاب یسر برای اثبات مماطله و "لِی الْوَاجِد" که از آثار عادی یسر مدعی عسر است مثبت می باشد و اصل مثبت صحیح نبوده، کما این که مسأله انظار با عسر و عدمیست با یسر، خود یک تکلیف مستقل و مفهوم جداگانه ای از حبس و تعزیر نمودن مماطل است و اضعف از هر دو وجه استدلال به روایت اصبح این نباته است؛ چون قطع نظر از این که قضیه خارجی و شخصیه است و اطلاق ندارد و حکم کلی از آن استفاده نمی شود؛ ناقل امام معصوم نمیباشد تا مقدمات اطلاق در نقل از معصوم جاری گردد. متفاهم عرفی از آن و امثال آن به عنوان اقدام تامینی است نه تعزیری کما لایخفی" (استفتای ۴۰/۸۶۹۲، ۴۰/۸۶۹۲، ۸۱/۴/۲۶).

آیت ... العظمی فاضل لنکرانی - دامت برکاته - تحریر فرموده اند:

باسمه تعالی

"میزان در حبس طریقی است. جایز نیست که مالانهایه او را در حبس نگه دارد. بلی می توان تا رفع تردید با ضمانت معتبر او را آزاد کند" (استفتای ۴۱۳۴۶، ۸۱/۴/۲۵).

**آیت ... العظمی مکارم شیرازی - دامت برکاته - فرموده اند:**

"در صورت شک، قاضی باید او را با وثیقه معتبر آزاد کند و پس از تحقیق اگر معلوم شد معسر نیست، می تواند او را به زندان ببندد" (استفتای ۶۵۰۱۴، ۸۱/۴/۲۹).

**آیت ... العظمی نوری همدانی - دامت برکاته - فرموده اند:**

"می توان با ضمانت معتبر او را آزاد کرد تا تردید مرتفع شود".

**آیت ... العظمی خامنه ای - دامت برکاته - در پاسخ به سوالات سه گانه این جانب نوشته اند:**

باسمه تعالی

"حبس بدهکار مدعی اعسار به معنی زندانی کردنش نیست، بلکه به معنای تحت نظر قرار دادن وی از طریق منع خروج از حوزه قضایی دادگاه مربوطه یا توقیف وی یا ممنوع معامله ساختن وی جهت بررسی صحت و سقم ادعای اعسارش می باشد و در هر صورت هیچ یک از طرق یادشده موضوعیت ندارد، بلکه احتیاط برای حفظ حق طلبکار تا روشن شدن وضع مالی بدهکار است که قاضی موظف است بدون فوت وقت از هر طریق ممکن جهت کشف حال بدهکار اقدام نماید و اگر غرض از تحت نظر داشتن بدهکار تا کشف حقیقت از کفیل گرفتن از وی حاصل شود، می تواند به جای حبس از او کفیل بگیرد".

**بررسی قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰**

اندیشه های علمای حقوق می تواند یکی از منابع حقوق باشد. نهایت هر مکتب حقوقی به حسب مبنای خود جایگاه ویژه ای برای دکتترین قائل است. به هر حال ارزیابی علمای حقوق از قوانین موجب تاثیر در افکار عمومی و زمینه ساز بقاء یا نسخ قانون می شود؛ چنان که نظرات ایشان در رفع اجمال یا نقص قانون ایجاد عرفی می کند که به هنگام تفسیر قضایی قانون مورد استناد محاکم قرار خواهد گرفت" (سید علی محمد یثربی، ۱۳۷۶، ص ۱۰۳).

یکی از موارد روشن این مقوله، مطالعه و بررسی قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی از بعد علمی و فقهی و نیز آثار کاربردی و عملی اجتماعی آن از جهتی است که به این مقاله مربوط می‌شود؛ یعنی بررسی نحوه برخورد با معسر و مهم‌تر از آن مشکوک‌الاعسار.

قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۷۷/۸/۱۰ مجلس شورای اسلامی که بعد از قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۵۱ و قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام دادن تعهدات و الزامات مالی مصوب ۱۳۵۲ در عکس‌العمل به آزادی مطلق محکومین مالی و به عنوان ناسخ آن تصویب گشته است، خود نیز در بوته عمل قضایی و آثار اجتماعی و نیز وجود بعضی نقائص علمی فقهی با تأملاتی رو به روست که در حد مجال این مقال و با دو قید اختصار و استدلال مطالعه و با پیشنهادهایی در قالب طرح قانونی خاتمه مییابد.

همان‌طور که در ضمن مباحث مطرح شد، برای محکوم مالی سه فرض متصور است:

یا ملی است و ماطل که در متون فقهی و متن قانون مذکور حکم او روشن است و به اصطلاح تا یوم‌الادا می‌توان او را حبس نمود، یا معسر است که باید تا روز ملائت او را آزاد گذاشت و یا با تقسیط بدهی او زمینه برائت ذمه اش را فراهم نمود.

یا مشکوک‌الاعسار است که بسیاری از پرونده‌های مفتوحه در محاکم قضایی از این نوع است و در متن قانون بروشنی حکم چنین موردی روشن نیست. در تحریرالوسیله می‌خوانیم: "اگر محکوم علیه مدعی اعسار شد و محکوم له اعسار او را انکار نمود، اگر برای محکوم علیه سابقه توانایی مالی و یسر وجود داشته باشد، قول منکر اعسار مقدم است و اگر محکوم علیه سابقه فقر و ناتوانی مالی داشته قول او مقدم است و اگر سابقه محکوم علیه از نظر اینکه در عسر بوده یا در یسر، مشخص نباشد؛ در تقدیم قول مدعی عسر یا تداعی تردید است؛ اگر چه تقدیم قول معسر بعید نیست" (امام خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۱۶).

در این جا می‌توان پیشنهاد نمود که قاضی با توجه به اوضاع و احوال و قرائن، قول معسر را انتخاب کند، یا آن که با قبول ادعای متقابل و آیین دادرسی ویژه چنین وضعیتی موضوع را فیصله دهد. در تحریرالوسیله می‌خوانیم:

"اگر در اعسار یا ایسار مدیون شک نمودیم و مدعی خواهان حبس او شد، حاکم تا حد کشف حال او را حبس می‌کند و با روشن شدن اعسار او را آزاد می‌گرداند تا زمینه ادای دین برای او فراهم گردد".

مهم این است که در وضعیت شک در اعسار حد حبس مدیون کشف حال است؛ مع الاسف قانونی که به جهت محوریت یوم الادا در عرف به قانون یوم الادا معروف شده است، چه فرد با ملاتت کامل چه فرد مشکوک الاعسار تا یوم الادا حبس می شود و از این جهت بین دو مورد متفاوت فرقی گذاشته نمی شود.

لازمه حد کشف حال این است که قاضی موظف باشد که همراه حکم حبس مدیون مشکوک الاعسار، اقدامات تامینی مناسب را بدون فوت وقت از هر طریق ممکن جهت کشف حال او انجام دهد و چون اقدام تامینی و تمهیدی است نه تعزیری و عقوبتی، اگر غرض از تحت نظر داشتن بدهکار تا کشف حقیقت با کفیل گرفتن از وی حاصل می شود، به جای حبس از او کفیل بگیرد.

تاکید می کند حبس مدیون به معنای زندان کردن او نیست که قانون از این جهت دارای نقص است؛ چون از نظر اصل ۱۶۷ قانون اساسی، فقه پشتوانه و مکتب تفسیری قانون است، باید از حبس مدیون معنای موسع نمود. به این معنا که مراقبت هم باید بتواند جایگزین حبس گردد.

نکته دیگر این که در تبصره ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی آمده است:

در صورتی که محکوم علیه مووضع این ماده بیمار باشد، به نحوی که حبس موجب شدت بیماری و یا تاخیر درمان وی شود، اجرای حبس تا رفع بیماری به تاخیر خواهد افتاد.

علاوه بر این که در مشاهدات عینی در زندان ها به افراد مسن و علیل برمی خوریم که این تبصره درباره آن ها بدرستی عمل نمی شود.

مورد دیگری که در حکم با این وضعیت در متون فقهی مساوی است در قانون نیامده است و آن حکم کسی است که قبل از حکم حبس تعهد خدمت پیمانی به شخص یا موسسه ای دارد. (امام خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۱۷). باید روشن بیان شود که آیا کارگرهای پیمانی و کارمندان دولت که از قبل متعهد خدمت شده اند و در عین حال وضعیت کلی ایشان از حیث غنا و فقر نیز روشن است، می توان حبس تأمینی یا تمهیدی تا کشف حال نمود.

بالاخره چون تعبیر ضمن اجرای حبس برای رسیدگی به ادعای اعسار محکوم علیه در ماده ۳ قانون مذکور، با معنای موسع از سوی بعضی محاکم، که لازمه رسیدگی به ادعای اعسار به وجود حبس تفسیر می کردند (این مسأله ای بارها در جلسات مشترک کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس و مسؤولین وقت قوه قضائیه مطرح شد) بحمد... با تشکیل هیأت عمومی دیوان عالی کشور اعلام

گردید:

نظر به این که در استنباط از مفاد ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مبنی بر این که "اقامه دعوی اعسار منوط به زندانی بودن متهم است یا خیر؟" آرای متفاوت از دادگاه‌ها صادر شده بود. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در تاریخ ۹ دی ۱۳۸۲ برای اتخاذ وحدت رویه قضایی تشکیل جلسه داد و پس از بحث و تبادل نظر و با اکثریت قاطع و قریب به اتفاق دعوی اعسار و رسیدگی به آن را منوط به زندانی بودن محکوم علیه ندانست. (مأوی، شماره ۲۶۳، مورخ ۱۵/۱۰/۸۲).

بر این نکته نیز تاکید می‌کند که روشن شدن اعسار نیز به معنای آزادی مطلق او نیست، بلکه حسب متون فقهی مثل مسأله ۷ باب اقرار کتاب قضا، ج ۲ تحریر الوسیله امام خمینی که به نحوی در قانون مذکور و آیین نامه اجرای آن آمده است، فرصت دادن به معسر تا وضعیت ایسار یا الزام به کسب و صنعت و یا حتی استخدام با تشخیص قاضی است.

موضوع دیگر باتوجه به پیچیدگی‌های زندگی اقتصادی فرد "ملی غیرمماطل" است. دادگاه باید این حق را داشته باشد که در فرض مذکور به محکوم علیه محبوس یا غیرمحبوس فرصت معین و امکان رتق و فتق امور خرید یا فروش یا جلب مساعدت‌های ممکن از سوی طلبکاران یا افراد خیر جهت حل مشکل او را فراهم آورد، که البته لازمه آن آزادی موقت و همراه با ضمانت معتبر جهت حل و فیصله حق است که از این جهت هم قانون ناقص است.

نکته آخر تفسیر مضیق از مستثنیات دین است که برای محکوم علیه مشکلاتی را ایجاد می‌کند. چند متن فقهی که می‌توان مستند تفسیر قانون باشد، مرور می‌کنیم:

"مستثنیات دین عبارت است از خانه، لباس و چهارپای سواری؛ چنان چه در شأن و مورد احتیاج او باشد و نیز اثاث البیت در حد ضرورت با رعایت شأن شخص. ملاک کلی آن است که هر وسیله‌ای برای شخص ضروری باشد به نحوی که اگر به فروش آن مجبور شد در عسر و حرج قرار می‌گیرد، جزء مستثنیات دین است" (امام خمینی، تحریر کتاب الدین، مسأله ۱۰).

"اگر کسی دارای چند خانه بوده و به همه آنها احتیاج مبرم داشته باشد، به نحوی که اگر یکی از آنها را بفروشد در عسر و حرج قرار گیرد، همه خانه‌ها جزء مستثنیات دین خواهد بود. از طرف دیگر اگر کسی یک خانه داشته باشد که بیش از حد نیاز او باشد، لازم است مقدار زائد را بفروشد و یا آنرا به خانه‌ای به اندازه نیاز خود تهیه و اکتفا کند، تا بدین وسیله دین خود را ادا نماید" (آیت ... خویی، بی تا،

ج ۲، مسأله ۸۰۱).

یکی از فقها با تفصیل بهتر فرموده است:

"مستثنیات دین عبارت است از منزل مسکونی و لباس مورد احتیاج، اگرچه برای تجمل باشد و در شهر وسیله سواری مورد نیاز و در روستا حیوان یا هر وسیله دیگری که برای سوار شدن به آن محتاج باشد و لوازم منزل از قبیل فروش و پرده و ظروف برای خوردن و آشامیدن و پختن غذا برای خود یا میهمان با در نظر گرفتن مقدار حاجت به حسب شأن؛ به طوری که اگر آن‌ها را بفروشد در زحمت و مضیقه قرار گیرد و موجب منقصت او می شود، بلکه کتب علمیه نیز برای هر کس که اهل استفاده از آن‌ها می باشد، به مقدار احتیاج و به حسب شأن و مرتبه علمی، از مستثنیات دین است" (فاضل لنکرانی، ج ۱، مسأله ۱۱۷۲)؛ نیز در پاسخ استفتای دیگری آورده است: "ماشین اگر مطابق شأن او باشد و تلفن اگر مورد نیاز باشد به صورتی که بدون آن عسر و حرج میافتد، از مستثنیات دین می باشد" (همان، مسأله ۱۱۷۶).

پس این بررسی، وقت آن رسیده است که با پیشنهاد طرح قانونی جهت تصویب در مجلس شورای اسلامی راهبرد عملی برای اصلاح قانون که به نوعی نتیجه گیری علمی بحث نیز خواهد بود، مطرح گردد.

### پیشنهاد طرح قانونی برای اصلاح و تکمیل قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۷۷

۱- حد حبس مشکوک الاعسار روشن شدن وضعیت او از حیثیت اعسار است نه لزوماً تا یوم الاداء. قاضی حسب وضعیت او و میزان بدهی، زمان و حد معینی را تا کشف حال برای حبس او تعیین می کند.

۲- همراه حکم حبس مشکوک الاعسار باید اقدامات تأمینی مناسب و توقیتی جهت روشن شدن وضعیت او بدون فوت وقت معین شود.

۳- حبس مدعی اعسار لزوماً به معنای زندان کردن او نیست. قاضی می تواند از امور مراقبتی دیگر مثل منع خروج از حوزه قضایی، توقیف موقت، ممنوع معامله نمودن و یا کفیل گرفتن و سایر امور ضمانتی معتبر دیگر جهت کشف حال اقدام نماید.

۴- حبس مشکوک الاعسار متعهد به خدمت اشخاصی حقیقی و حقوقی، مثل کارگران پیمانی و کارمندان دولتی ممنوع است. قاضی باید از اقدامات مراقبتی و تأمینی و ضمانت‌های معتبر دیگر جهت کشف حال او استفاده کند.

۵- قاضی باید بدهکار غیرمعسری که مماطل نبوده، قبل یا در ضمن اجرای حبس برای فروش اموال یا استمداد از خیرین با طلبکاران در جهت حل مشکل او مساعدت نموده و با ضمانت معتبر تا زمان مناسب و معین به طور مشروط او را آزاد گذارد.

۶- ملاک کلی مستثنیات دین، هر وسیله‌ای که برای شخص ضروری می باشد، به طوری که در صورت فروش آن در عسر و حرج قرار گیرد.

۷- اقامه دعوی اعسار و رسیدگی به آن لزوماً منوط به زندان نمودن محکوم علیه نیست.

۸- در صورت ادعای اعسار از سوی محکوم علیه و انکار آن از سوی محکوم له اگر محکوم علیه سابقه توانایی مالی و سیر دارد قول محکوم له مقدم است، و اگر محکوم علیه سابقه فقر و ناتوانی مالی داشته قول محکوم علیه مقدم است. اگر از سابقه محکوم علیه از حیث عسر و یسر مشخص نباشد، قول معسر مقدم است، مگر این که با توجه به قرائن و اوضاع و احوال مرافعه، تداعی لازم باشد.

### نتیجه

قاعده اعسار یکی از مستندات عمومی شارع اسلام و قانونگذار جمهوری اسلامی بوده و می تواند باشد. یکی از کاربردهای آن زندان زدایی است که امروزه رویکردی علمی و مترقی پذیرفته در حل مشکلات و معضلات اجتماعی دارد. در این مقوله حبس مدیون مشکوک الاعسار جنبه طریقی و تمهیدی و تأمینی برای کشف حال او را دارد که با امکانات فعلی بزودی می توان وضع او را روشن ساخت. وقتی امیرالمؤمنین علی (ع) با ندای فزت و رب الکعبه به درجه رفیع شهادت عروج نمودند در کشور پهناور او حسب آنچه در تاریخ آمده است فقط یک نفر زندانی وجود داشت. آن هم ابن ملجم مرادی شقی ترین اشقیاء و قاتل آن حضرت بود که در خانه خود به طرز مطلوبی نگه داشته می شد و مورد سفارش آن بزرگوار بود.

می‌زند پس لب او کاسه شیر	می‌کند چشم اشارت به اسیر
چه اسیری که همان قاتل اوست	تو خدایی مگر ای دشمن دوست

در جهانی هم شور و همه شر

ها علی بشر کیف بشر



## مآخذ

۱. قرآن مجید
۲. امام خمینی، تحریر الوسیله، قم، اسماعیلیان، بی تا.
۳. آیه ... بجنوردی، قواعد فقیهه، تهران، نشر میعاد، ۱۳۷۲ ش.
۴. آیه .. العظمی خویی (ره)، منهاج الصالحین، بیروت، دارالزهراء، بی تا.
۵. آیه .. سید ابوالفضل میرمحمدی، قاعده "لا حرج"، تهران، نشریه دانشکده الهیات، ۱۳۶۵ ش.
۶. آیه ... العظمی فاضل لنکرانی، ثلاث رسائل، قم، مرکز فقه الاثنه الاطهار (ع)، ۱۳۸۳ ش.
۷. آیه ... العظمی فاضل لنکرانی، جامع المسائل، قم.
۸. آیه .. العظمی مکارم شیرازی، القواعد الفقیهه، تهران، کتابخانه صدر، ذیحجه ۱۳۸۳ ش.
۹. دفتر ۴۱-۴۲ دانشکده الهیات، مقالات و بررسی ها، تهران، دانشکده الهیات، ۱۳۶۵ ش.
۱۰. دکتر صادقی، تغییر در شرایط قرارداد، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۹ ش.
۱۱. دکتر سیدعلی محمد یثربی، مقدمه علم حقوق، قم، نشر نوید اسلام، ۱۳۷۶ ش.
۱۲. دکتر سیدمصطفی محقق، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۷ ش.
۱۳. زیر نظر آیت ... مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸ ش.
۱۴. سیدمحمدکاظم یزدی، ملحقات عروه الوثقی.
۱۵. سید میرفتاح مراغی، عناوین، قم، نشر اسلامی جامعه مدرسین، ۱۴۱۷ ق.
۱۶. شهید اول، القواعد و الفوائد، قم، مکتبه المفید، بی تا.
۱۷. شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، بیروت، لبنان، داراحیاء التراث العربی.
۱۸. شیخ طوسی، امالی، نجف اشرف، مطبعه النعمان، ۱۳۸۶ ق.
۱۹. شیخ مرتضی انصاری، رسائل، قم اسماعیلیان، بی تا.
۲۰. علامه بجنوردی (ره)، القواعد الفقیهه، نجف اشرف، مطبعه الاداب، ۱۲۸۹ ق.
۲۱. محقق نراقی، عوائد الایام، قم، مکتبه بصرتی، بی تا.
۲۲. مقدس اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، قم، نشر جامعه مدرسین.
۲۳. میرزا ابوالقاسم جیلانی قمی، قوانین، قم، مکتبه المفید، بی تا.