

نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال پنجم، شماره دهم، بهار- تابستان ۹۴، صفحات ۲۹- ۵۰

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۳/۸/۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۵/۲۰

## رویکردهای تازه در نظام حقوقی اعسار (نقد نظام حقوقی حاکم با تأکید بر نقد ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی)

حسین سیمایی صراف<sup>۱</sup>

مهدی طباطبایی<sup>۲</sup>

### چکیده

لزوم حمایت از معسر از یافته‌های جدید بشری و داده‌های مترقی فقه اسلامی است. نشانه‌های نهاد اعسار در حقوق ایران به قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ قمری بازمی‌گردد. سوء استفاده بی‌شمار از این نهاد مترقی و پیامدهای اجتماعی و اقتصادی ناشی از پذیرش یا رد دعوای اعسار، سبب شده است تا قانون‌گذار با اتکا به سنت فقهی، مدام در پی اصلاح و تغییر مقررات باشد. آخرین تغییر مربوط به اصلاح بند ج ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی است که بر اساس آن به استناد برخی آراء فقهی، بار اثبات دعوی از دوش مدعی اعسار برداشته و اثبات تمکن بر عهده طلب‌کار گذارده شد. این اصلاحیه، که موازنه دعوی را به طور آشکار به نفع مدعی اعسار تغییر داد، از یکسو معضلاتی برای محاکم و طلب‌کاران پدید آورد و از سوی دیگر بستر مساعدی برای مدعیان واهی و سودجو فراهم آورد. نوشتار حاضر درصدد است تا ضمن نقد و بررسی اصلاحیه مزبور، نظام حقوقی اعسار را بازخوانی کند. در این بررسی، رویکردهای فقهی در خصوص بار اثبات دعوی، چگونگی اثبات دعوی، و آثار اثبات دعوای اعسار که کمتر مورد مطالعه قرار گرفته‌اند بررسی شده و با این استنتاج به پایان می‌رسد که می‌توان با اتکا به سنت فقهی نظام کارآمدتری برای اعسار پیش‌بینی و طراحی کرد.

**واژه‌های کلیدی:** اعسار، مسولیت اثبات، چگونگی اثبات، آثار اثبات.

## مقدمه

گرچه وضعیت فقهی دعوای اعسار در فقه منبعث از نحوه استظهار و استنباط از ادله شرعی است، اما تاریخچه قانون‌گذاری در این باره نشان می‌دهد که مقررات موضوعه، علاوه بر اتکا به رویکردها و دلایل فقهی، از شرایط اقتصادی و اجتماعی نیز جداً متأثر بوده‌اند. از همین رو تابعان دعوای اعسار، محدود به غیربازرگان شده و بازرگانان در قلمرو مقررات ورشکستگی قرار گرفته‌اند. یا نحوه اثبات دعوا گاه سخت و گاه آسان شده؛ بار اثبات دعوی گاه بر دوش محکوم‌علیه و گاه بر عهده محکوم‌له قرار گرفته است. آخرین تأثیرپذیری حقوق موضوعه از شرایط برون حقوقی در این باب را می‌توان در اصلاحیه بند ج ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی که در تاریخ ۱۳۹۱/۴/۳۱<sup>۱</sup> به تصویب رسیده است، مشاهده کرد. بر اساس این اصلاحیه بار اثبات ادعای اعسار از دوش محکوم‌علیه (مدعی اعسار) برداشته شده و اثبات تمکن بر عهده محکوم‌له گذارده شده است. گرچه در توجیه این تغییر، تلاش شده است تا به مبانی و منابع فقهی استناد شود، شکی نیست که فزونی دعوای مالی، شرایط ناگوار اقتصادی و تراکم جمعیت زندانی، بیش از همه در اصلاح آیین‌نامه مزبور نقش داشته است. اما در این اصلاحیه متأسفانه به سایر آثار و عواقب اقتصادی و اجتماعی ناشی از تغییر موضع توجّه نشده است. در کشوری که دولت، اطلاعات کافی از اموال و دارایی شهروندان ندارد و مردم به انگیزه‌های گوناگون، اموال خود را پنهان و به نام همسر، فرزندان و سایرین ثبت می‌کنند، محکوم‌له چگونه می‌تواند اموال محکوم‌علیه را شناسایی و تمکن او را اثبات نماید؟ چنان که پیش‌بینی می‌شد، اصلاحیه مزبور در عین مساعدت به مدعیان واقعی اعسار، بستر سوء استفاده شیادان و هجوم کلاهبرداران به واحدهای اجرای احکام کیفری برای رهایی از بند

۱- در اجرای ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مصوب ۱۳۷۷ و با توجه به تعبیر «ممتنع» و نیز «در صورتی که معسر نباشد» در ماده ۲ قانون مذکور و نظر به فتوای حضرت امام خمینی (ره) و رهنمودهای اخیر مقام معظم رهبری مدظله العالی در همایش قوه قضاییه، بند ج ماده ۱۸ آیین‌نامه نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به شرح زیر اصلاح می‌گردد: «ج- در سایر مواد چنانچه ملانت محکوم‌علیه نزد قاضی دادگاه ثابت نباشد، از حبس وی خودداری و چنانچه در حبس باشد آزاد می‌شود». تبصره: در صورتی که برای قاضی دادگاه ثابت شود محکوم‌علیه با وجود تمکن مالی از پرداخت محکوم‌به خودداری می‌کند، با درخواست محکوم‌له و با دستور قاضی دادگاه، تا تادیه محکوم به حبس می‌شود.

زندانیان به بهانه اعسار را نیز به خوبی فراهم آورد. حال پرسش این نوشتار آن است که آیا با توجه به داده‌های فقهی - که قانون‌گذار در این مبحث به شدت به آن وابسته است - بار اثبات دعوی لزوماً بر دوش طلب‌کار است؟ آیا به لحاظ فقهی دعوی اعسار صرفاً با اقامه بینه اثبات می‌شود؟ آیا سهولت اثبات دعوی موجب سوء استفاده مدعی اعسار نمی‌شود؟ آیا مدیون پس از اثبات اعسار از آثار آن به طور یک‌جانبه بهره‌مند شده و هیچ تعهد یا تکلیفی بر عهده او قرار نمی‌گیرد؟ و بالأخره آیا این نظام حقوقی قادر به ایجاد تعادل و توازن میان طرفین دعوی اعسار که از اهداف یک نظام حقوقی کارآمد است بوده است؟

این نوشتار درصدد است تا با درک دغدغه اصلاح‌کنندگان آیین‌نامه، به پشتوانه مبانی و آرای مختلف و جالب توجه فقهی - که شاید کمتر به چشم خورده باشند - و با ملاحظه تجربیات پیشین قانون‌گذاری، راه‌حلی میانه در خصوص مسئول اثبات دعوی اعسار پیش رو قرار دهد تا ضمن مدد به معسران واقعی، راه سوء استفاده حيله‌گران نیز مسدود گردد. از سوی دیگر به زعم نگارندگان تمرکز تحولات قانون‌گذاری بر روی مسئول اثبات دعوی و غفلت از نحوه اثبات دعوی اعسار موخه نیست. چگونگی اثبات دعوی، مکمل موضوع بار اثبات دعواست و در نهایت بر توازن حقوق مدعی و منکر اثرگذار است. برخی از آثار اثبات دعوی نیز - که تا کنون - در قوانین مغفول مانده‌اند در تحقق این توازن مؤثرند. بر همین اساس این نوشتار در سه گفتار، سامان یافته است. در گفتار نخست رویکردهای مختلف فقهی درباره مسئول اثبات دعوی اعسار، در گفتار دوم نحوه اثبات دعوی اعسار و در گفتار سوم آثار اثبات دعوی اعسار بحث و بررسی می‌شود. در پایان به جای نتیجه، چند پیشنهاد با اتکا به تحلیل‌های فقهی و با رعایت ملاحظات اقتصادی و اجتماعی به منظور برون‌رفت از وضعیت کنونی حقوقی پیشنهاد می‌گردد.

## ۱- بار اثبات دعوا

هرگاه وضعیت مدیون از نظر اعسار یا ایسار معلوم باشد، دادگاه بر حسب مورد، احکام اعسار یا ایسار را بر وی مترتب می‌نماید. مثلاً در صورتی که محکوم‌علیه را معسر بشناسد به وی مهلت می‌دهد و به عکس اگر او را موسر بداند ملزم به ادای دین نموده و در صورت

استتکاف، به درخواست محکوم‌له، وی را تا زمان ادای دین بازداشت خواهد کرد. بنابراین در این گفتار از فرضی سخن می‌رود که اعسار یا ایسار محکوم‌علیه بر دادگاه مجهول و نامعلوم است. پرسش اصلی این است که چه چیزی باید اثبات شود؟ اعسار یا ایسار؟ و چه کسی باید از عهده آن برآید؟ محکوم‌علیه یا محکوم‌له؟ مدعی اعسار یا منکر آن؟ در پاسخ ضروری است که میان دو وضعیت معلوم بودن حالت سابقه یا مجهول بودن آن تفکیک کرد. در ادامه هر دو وضعیت بررسی می‌شوند.

### ۱-۱- معلوم بودن حالت سابقه

هرگاه وضعیت فعلی مدیون، مجهول، ولی سابقه وی از نظر اعسار یا ایسار معلوم باشد، بر حسب یک نظریه رایج فقهی، همان وضعیت عیناً استصحاب می‌گردد. بنابراین اگر حالت سابقه اعسار باشد، بقای اعسار استصحاب شده و طلب‌کار در صورت مخالفت باید ایسار وی را اثبات نماید. و به عکس اگر حالت سابقه ایسار باشد، بقای ایسار استصحاب شده و بدهکار در صورت انکار باید اعسار خود را اثبات نماید (موسوی خمینی، بی‌تا، ۲، ۴۱۶؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۹۹). برخی دیگر استصحاب اعسار را کافی ندانسته و علاوه بر آن تصدیق و اذعان طلبکار را نیز شرط اثبات دعوای اعسار دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۲، ۵۳؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲، ۲۵، ۱۱۶).

هرگاه محکوم‌له دعوای اعسار را تصدیق ننماید و نتواند بر تمکن مدیون بی‌نه اقامه نماید، مدیون باید سوگند ادا کند تا دعوای اعسار ثابت شود. اما اگر وی از ادای سوگند امتناع نموده آن را رد نماید، در صورتی که محکوم‌له بر تمکن محکوم‌علیه سوگند یاد کند، دعوای اعسار رد می‌شود (طباطبایی یزدی، همان، ۵۳-۵۵). بر حسب این نظریه، استصحاب اعسار با اقامه بی‌نه توسط طلبکار نقض می‌شود. و در صورت عدم بی‌نه بر تمکن، مدیون باید سوگند ادا کند و الا طلبکار سوگند خورده و دعوای اعسار رد می‌شود.

گفتنی است که ماده ۶۲۴ قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی مصوب سال ۱۲۹۰، استصحاب اعسار را پذیرفته بود. بر حسب نص این قانون «در صورتی که محکوم‌علیه، مدعی افلاس شده و اثبات نمود یا افلاس او از سابق معلوم بود، شخص او از توقیف مصون

است...».

### ۱-۲- مجهول بودن حالت سابقه

هرگاه وضعیت حال و سابق مدیون، مجهول باشد، در این باره که چه چیزی باید اثبات شود و چه کسی از عهده آن باید برآید، سه دیدگاه وجود دارد.

#### ۱-۲-۱- مطلقاً محکوم علیه؛ مدیون

غالب فقیهان امامیه برآنند که هرگاه مدیون از ادای دین امتناع نماید، حبس می‌شود مگر بتواند اعسار خود را اثبات نماید. استناد ایشان به عبارت «فَإِنْ تَبَيَّنَ» در حدیث منسوب به امیرالمؤمنین علیه‌السلام است که نقل شده است: «قَضَى فِي الدَّيْنِ أَنَّهُ يَحْبِسُ صَاحِبَهُ، فَإِنْ تَبَيَّنَ إِفْلَاسَهُ وَ الْحَاجَةَ خَلَى سَبِيلَهُ حَتَّى يَسْتَفِيدَ مَالًا». ایشان معتقدند که بر حسب این حدیث، اصل بر عدم اعسار مدیون است و تنها در صورتی که اعسار وی تبیین و کشف شود، از حبس آزاد می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷، ۶، ۲۳۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۵، ۲۸۲؛ فیض کاشانی، ۱۴۲۵، ۲، ۱۳۱۱؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۷، ۲۴۷؛ خالصی، ۱۴۱۳، ۱۱۴؛ قمی صدوق، ۱۴۱۳، ۳، ۲۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰، ۱۱۳). برخی دیگر به آیه شریفه «وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» (بقره/۲۸۰) استناد کرده و گفته‌اند که شرط انظار مدیون (رهایی وی از حبس) اعسار اوست که باید با بینه ثابت شود. در نتیجه حاکم در صورت شک در اعسار نمی‌تواند حکم به انظار دهد (فاضل لنکرانی، همان، ۱۳۱).

بسیاری از فقیهان معاصر نیز همسو با پیشینیان معتقدند بار اثبات دعوی بر عهده مدیون است که ذیلاً نقل می‌شود: آیت الله صافی گلپایگانی: «مدیون مدعی اعسار را قاضی می‌تواند تا تعیین اعسار او حبس نماید. در اینجا طریقت دارد بر روشن شدن اعسار و عدم اعسار؛ و در هر صورت قاضی می‌تواند با ضمانت کسی که تمکن از ادای دین را دارد، مدیون را آزاد نماید» (استفتاء، ۲۳ جمادی الثانی ۱۴۲۳). آیت الله سیستانی: «حاکم شرع می‌تواند او (مدیون) را تا زمانی که امید است حبس در روشن شدن وضعیت او مؤثر باشد، در

۱- متن استفتای نگارندگان چنین بوده است: «بار اثبات دعوای اعسار به عهده چه کسی می‌باشد؟ آیا مدیون باید عسر خود را ثابت کند یا داین باید یسر مدیون را ثابت کند؟ آیا در دعوای مختلف مثل مهریه یا قرض حکم مسئله متفاوت است؟».

زندان نگه دارد» (استفتای ۶۷۴، جمادی الثانی ۱۴۲۳). آیت‌الله مکارم شیرازی: «در صورت شک قاضی باید او را با وثیقه معتبر، آزاد کند و پس از تحقیق اگر معلوم شد معسر نیست می‌تواند او را به زندان بیندازد (استفتای ۶۵۰۱۴، ۸۱/۴/۲۹). آیت‌الله گرامی: «مدیون باید اثبات عسر کند» (استفتاء، محرم‌الحرام ۱۴۳۴). آیت‌الله خامنه‌ای: «... 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، می‌تواند به جای حبس از او کفیل بگیرد».

نکته بدیعی که در برخی از فتاوی فوق، مشهود بوده و می‌تواند راهنمای قانون‌گذار قرار گیرد، آن است که؛ قاضی می‌تواند از مدیون به جای حبس، وثیقه، ضمانت معتبر یا کفیل بگیرد. قانون‌گذار با اتخاذ این شیوه می‌تواند ضمن تقلیل جمعیت زندانی، فرصتی برای مصالحه متداعیین و یا تلاش مدیون برای ادای دین فراهم آورد.

در همه قوانین موضوعه کشوری- تا قبل از اصلاحیه اخیر- همسو با نظریه مشهور فقهی، وظیفه اثبات اعسار بر عهده محکوم‌علیه قرار داده شده است. مثلاً ماده ۲۰ قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات سال ۱۳۱۰ مقرر می‌داشت: «دعوی اعسار در مورد محکوم‌به به طرفیت محکوم‌له دعوی اصلی اقامه خواهد شد». در ضمن ماده ۲۱ قانون اعسار سال ۱۳۱۳ نیز آمده است: «دعوی اعسار در مورد محکوم‌به به طرفیت محکوم‌له دعوی... اقامه خواهد شد». از این که در دو ماده مزبور خواننده دعوی اعسار، محکوم‌له قرار گرفته است، استنباط می‌شود که اثبات ادعای اعسار بر دوش محکوم‌علیه است. مستنبط از ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۷۷ نیز این است که بار اثبات اعسار، مطلقاً بر عهده محکوم‌علیه است. نص ماده چنین است: «هرگاه محکوم‌علیه مدعی اعسار شود (ضمن اجرای حبس) به ادعای وی خارج از نوبت، رسیدگی و در صورت اثبات اعسار از حبس آزاد خواهد شد».

بر حسب بند ج ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۷۸ (قبل از اصلاح اخیر) نیز اصل بر تمکن

محکوم‌علیه بوده و او باید از عهده دعوای اعسار برآید. نص این بند چنین بود: «چنانچه استیفاء محکوم‌به به نحو مذکور ممکن نباشد محکوم‌علیه به درخواست ذی‌نفع و به دستور مرجع صادرکننده حکم تا تأدیه محکوم‌به یا اثبات اعسار حبس می‌شود». چنان که مشاهده می‌شود قبل از اصلاح بند ج این ماده نیز بار اثبات دعوای اعسار در تمامی دعوای محکومین مالی به دوش محکوم‌علیه است و تمکن وی، مفروض است.

در برخی نشست‌های قضایی، فرض یسار بودن مدیون، چنین توجیه شده است که: «مستفاد از ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۷۷، اصل بر یسر محکوم‌علیه است. اصله العدم که یک اصل عدم ازلی تلقی می‌شود با اصل ملائت و یسر در هنگام بلوغ که مورد تفاهم عرفی است، نقض شده و اصل بر یسر و ملائت افراد است...» (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۱، ۱۸۶).

#### ۱-۲-۲- مطلقاً محکوم‌له

پاره‌ای از فقیهان برخلاف نظریه مذکور، اعسار مدیون را مفروض دانسته، بار اثبات تمکن محکوم‌علیه را بر عهده طلب‌کار نهاده‌اند. فتوای امام خمینی در این مورد چنین است: «... و اگر هر دوی آنها (مسبوق بودن به دارایی یا ناداری) مجهول باشد، در این که از قبیل تداعی می‌باشد یا قول مدعی عسر مقدم است، تردید است. اگر چه تقدیم قول او بعید نیست». ایشان ظاهراً مجهول‌الحال بودن محکوم‌علیه را مجرای اصل اعسار دانسته و ادعای وی را مقدم شمرده‌اند (موسوی خمینی، پیشین، ۴۰۶). آیت‌الله مکارم شیرازی نیز در جواب استفتای نگارندگان مرقوم داشته‌اند که «در صورتی که حالت سابقه، یسار باشد، مدعی اعسار باید اقامه دلیل کند و اگر حالت سابقه اعسار باشد و یا مشکوک باشد مدعی یسار باید اقامه دلیل کند» (استفتاء محرم الحرام، ۱۴۳۴).

در مقررات موضوعه فقط در اصلاحیه اخیر (مصوب ۹۱/۴/۳۱) از این نظریه پیروی شده است.

### ۱-۲-۳- قول به تفصیل

گروهی دیگر از فقیهان، اطلاق گویی را روا ندانسته و هیچ یک از مدیون و داین را مطلقاً عهده دار اثبات دعوی اعسار یا ایسار ندانسته‌اند. به‌زعم ایشان باید بین دعوی با منشاء مالی معاملات و دعوی غیرمالی یعنی دعوی که از معامله و قرارداد ناشی نشده‌اند تفاوت و تفصیل قایل شد.<sup>۱</sup>

۱- در صورتی که دین، مال (مثل قرض) یا عوض مال (مانند ثمن معامله) باشد، اثبات دعوی اعسار بر عهده محکوم‌علیه است (انصاری، پیشین، ۱۹۹؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰، ۴، ۴۰؛ طباطبایی یزدی، پیشین، ۵۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۴، ۶۹؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ۱، ۴۰۰). استدلال این گروه آن است که وقتی دین مدعی اعسار ناشی از یک رابطه مالی و معامله باشد، نسبت به تمکن و ملائت مدیون در زمان ایجاد دین یقین وجود دارد. در نتیجه اگر مدیون مدعی اعسار شده و در بقای ملائت یا تلف شدن مال و پیدایش حالت اعسار تردید شود، مقتضای استصحاب بقای حالت ایسار است (انصاری، پیشین، ۱۹۹؛ نجفی، پیشین، ۳۵۴). مثلاً هرگاه طلب‌کار استرداد قرضی را که به مدیون داده است، مطالبه نماید، در صورت ادعای مدیون مبنی بر اعسار، تمکن مدیون به‌اندازه همان مبلغی که وام گرفته است، استصحاب می‌شود. بنابراین محکوم‌علیه فقط با اثبات تلف و فقدان مال ناشی از رابطه مالی سابق می‌تواند از آثار اعسار بهره بگیرد.

۲- در صورتی که منشأ دین، یک رابطه غیرمالی (مانند مهریه، دیه و ضمان‌های قهری مثل تلف) باشد، اصل بر اعسار محکوم‌علیه است و محکوم‌له، وظیفه اثبات تمکن محکوم‌علیه را بر عهده دارد (طباطبایی یزدی، پیشین، ۵۴؛ علامه حلی، پیشین، ۶۹؛ شهید اول، پیشین، ۴۰۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۲، ۱۵۳). در واقع در این حالت، اصل عدم تمکن ازلی اجرا می‌شود. زیرا انسان هنگام تولد نادر بوده و ادعای اعسار موافق با اصل مزبور و در نتیجه حبس وی مخالف موازین شرعی است. از همین رو دعوی تمکن، نیازمند دلیل و

۱- لازم به یادآوری است که مقصود فقیهان از تقسیم دعوی به مالی و غیرمالی در این بحث با آن چه که در آیین دادرسی مدنی و از حیث هزینه‌های دادرسی متداول است، متفاوت می‌باشد. و لذا ما برای پیش‌گیری از خلط مفهوم از تعبیر دعوی با منشاء مالی/معاملاتی و دعوی غیرمالی استفاده کردیم.



مدرک است (شهیدثانی، پیشین، ۴۰).

برخی در نقد قول تفصیل گفته‌اند که این تفصیل با ظهور روایت موثق مذکور (خبر اصبح بن نباته از امیرالمؤمنین) مغایرت دارد. زیرا روایت مزبور، مطلق بوده و ظاهر آن جواز حبس برای هر نوع دین، حتی مهریه و مانند آن است. از سوی دیگر، صفت اعسار که موضوع انظار در آیه شریفه ۲۸۰ از سوره بقره است، مطلق بوده و به وسیله اصل عدم مال قابل اثبات نیست. چنان که یسار هم با اصل بقاء مال قابل اثبات نیست. چون اعسار به مفهوم عدم المال و ایسار به مفهوم وجود المال نیست. بلکه اعسار و ایسار - هر دو - مفهوم وجودی‌اند. بلی ممکن است عسر از لوازم اصل عدم مال و یسر از لوازم اصل بقاء مال باشد ولیکن اصل در خودش (یعنی در مفهوم عدم المال یا بقاء مال) حجت است نه در لوازمش (مگر بنا بر اصل مثبت). به علاوه اصل عدم المال با علم و یقین به مال دار شدن شخص قطع شده است. زیرا عدم المال که قبل از ولادت یا در زمان ولادت بوده است با علم به ثبوت مال بعد از آن مرتفع گردیده است (نجفی، پیشین، ۱۶۸؛ آشتیانی، ۱۴۲۵، ۱، ۲۷۵-۲۷۶؛ میرزا حبیب اله رشتی، ۱۴۰۱، ۱، ۱۷۵-۱۷۶).

#### ۱-۲-۴- نظر برگزیده

به نظر می‌رسد که در دعوای اعسار، حاکم نباید منفعل بوده تمام مسئولیت را بر دوش مدعی اعسار یا مدعی ایسار قرار دهد. چنان که برخی فقیهان گفته‌اند که حاکم خود نیز باید از صحت و سقم دعوای اعسار تفحص و تحقیق نماید. چه آن که اگر فحص واجب نباشد، حقوق بسیاری از اشخاص ضایع می‌شود، بلکه اختلال نظام پیش می‌آید. چون بسیاری از بدهکاران مدعی اعسار می‌شوند. همین ویژگی است که دعوای اعسار را از سایر دعوای متمایز نموده و تکلیفی برای حاکم به وجود می‌آورد که در سایر دعوای به وجود نمی‌آورد (آشتیانی، پیشین، ۲۷۴).

اگر حاکم با وجود فحص کافی به نتیجه مطلوب نرسیده و همچنان بر شک باقی بماند، به نظر می‌رسد باید اصل را بر ایسار مدیون بگذارد. زیرا علاوه بر ادله فقهی که در بیان نظریه نخست، بررسی شد، بر عهده گذاشتن بار اثبات دعوی بر دوش طلب‌کار - با توجه به

عدم دسترسی وی به اطلاعات کافی از اموال و دارایی محکوم‌علیه و رواج فرهنگ تنظیم اسناد صوری به نام غیرمالک- باری سنگین و تکلیفی حرجی خواهد بود. چنان که دولت نیز سیستمی کارآمد برای شناسای دارایی شهروندان ندارد. با وجود موانعی که در بالا برای شناسایی اموال بدهکار برشمرده شد، توجه اثبات دعوی به طلب‌کار از یکسو موجب هموار شدن راه کلاهبرداری گردیده و از سوی دیگر، آرای قضایی را که پس از پیمودن راه طولانی فرآیند دادرسی به دست می‌آیند، به خاطر عدم امکان اجرا عبث و بیهوده خواهند کرد.

به نظر نگارندگان این مقاله اگر قانون‌گذار راه‌حل مذکور را به رسمیت نشناسد، دست کم باید نظریه تفصیل (مذکور در بند دوم) را بپذیرد. زیرا مبادرت به انجام یک رابطه مالی مثل پرداخت وام یا بیع، با این پیش‌فرض صورت می‌گیرد که ایفای تعهد و دین ناشی از آن در توان و قدرت متعهد می‌باشد وگرنه طرف مقابل اقدام به انعقاد چنین رابطه‌ای نمی‌کرد. حتی گاه طرف مقابل پیش از ایجاد رابطه مالی درباره اعتبار و استطاعت متعهد تحقیق و تفحص می‌نماید. مثلاً بانک‌ها به اتکای بررسی‌های مالی و پس از ارزیابی مشتری، اقدام به انعقاد قرارداد با او می‌نمایند. بنابراین گویا متعهد پیش از عقد، اقرار ضمنی به قدرت و ملائت خود نموده و طرف مقابل با اعتماد به چنین وضعیتی مبادرت به رابطه مالی کرده است. ادعای اعسار در وقت ادای دین و تعهد مزبور به منزله انکار اقرار پیشین و نقض اعتماد سابق است که طبعاً قابل پذیرش نیست. به بیان دیگر وقتی منشأ دین یک رابطه تجاری (مالی) مثل قرض یا بیع می‌باشد، اماره و ظاهر حال به ضرر مدعی اعسار (محکوم‌علیه) است. مثلاً در مورد قرض، کمترین دلیل بر تمکن مدیون، مال موضوع قرض است که به مدیون اعطا شده است. پس اماره مبنی بر تمکن مدیون به مقدار محکوم‌به وجود دارد و لذا در صورت عدم پرداخت بدهی باید به عنوان بدهکار مامل یا ممتنع، حبس گردد.

از سوی دیگر با استدلال به آیه می‌توان گفت اعسار شرط انظار است، لذا عند الشک در اعسار نمی‌توان گفت قول مدعی اعسار موافق اصل است (نجفی، پیشین، ۳۵۴؛ آشتیانی، همان، ۲۷۶).

## ۲- ادله اثبات

پس از تعیین شخصی که باید بار اثبات دعوی اعسار یا ایسار را به دوش کشد، باید نحوه اثبات آن نیز تبیین و تعیین گردد. آیا بیّنه یا سوگند، کافی است تا دعوی اثبات شود یا ترکیب آنها لازم است تا دعوی به اثبات برسد؟ آیا سایر دلایل جایز یا ضروری برای اثبات می‌باشند؟ در ادامه به این پرسش‌ها پاسخ می‌گوییم.

### ۲-۱- بیّنه

گروهی از فقیهان معتقدند که دعوی اعسار با آوردن بیّنه‌ای که از اوضاع و احوال زندگی مدعی آگاه باشد، اثبات می‌شود (شهید ثانی، پیشین، ۳۹؛ طبرسی، ۱۴۱۰، ۱، ۵۶۵؛ انصاری، پیشین، ۱۹۹؛ نجفی، همان، ۳۵۶). فقیهان تأکید کرده‌اند که شهادت بر مطلق اعسار بدون تعرض به تلف مال و مانند آن که علت اعسار را روشن کند، کافی نیست. بلکه شاهد باید بر باطن امور معسر مطلع باشد. زیرا این شهادت، شهادت بر نفی است (نجفی، همان، ۳۵۵). بعضی تصریح کرده‌اند که به جز بیّنه، به دلیل دیگری مثل سوگند یا تصدیق طرف مقابل، برای اثبات ادعا نیاز نیست (انصاری، پیشین، ۱۹۹).

یکی از فقیهان موارد لزوم اقامه بیّنه برای اثبات دعوی اعسار را این چنین بر شمرده است: هر گاه محکوم‌علیه، حال سابقش مجهول یا مسبوق به ایسار باشد یا موضوع دین ناشی از یک رابطه معاملاتی باشد یا اینکه در سابق گاهی اعسار و گاهی ایسار بر وی وارد شده و در حال حاضر وضعیتش معلوم نباشد، محکوم‌علیه باید با اقامه بیّنه اعسار خود را ثابت کند (طباطبایی یزدی، پیشین، ۵۳-۵۵).

در بند ۲ از ماده ۲۲ قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات سال ۱۳۱۰ (منسوخ) و ماده ۲۳ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ نیز «گواهی» به عنوان دلیل اثبات دعوا قلمداد شده است. نص ماده ۲۳ چنین است: «مدعی اعسار باید شهادت کتبی لااقل چهار نفر از اشخاصی که از وضع معیشت و زندگانی او مطلع باشند به عرض حال خود ضمیمه نمایند در شهادت نامه مذکور باید اسم و شغل و وسایل گذران مدعی اعسار و عدم تمکن او برای پرداخت محکوم‌به یا دین با تعیین مبلغ آن تصریح شود». در ماده ۵۰۶ قانون آیین

دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز دعوای اعسار از هزینه دادرسی به استناد «گواهی» قابل اثبات شمرده شده است. بر اساس این ماده «در صورتی که دلیل اعسار، شهادت شهود باشد، باید شهادت کتبی حداقل دو نفر از اشخاصی که از وضعیت مالی و زندگانی او مطلع می‌باشند به دادخواست ضمیمه شود. در شهادت‌نامه، مشخصات و شغل و وسیله امرار معاش مدعی اعسار و عدم تمکن مالی او برای تأدیه هزینه دادرسی با تعیین مبلغ آن باید تصریح شده و شهود، منشأ اطلاعات و مشخصات کامل و اقامتگاه خود را به‌طور روشن ذکر نمایند». یک تفاوت آشکار میان دو ماده فوق وجود دارد و آن تفاوت در تعداد گواهان دعواست. طبق ماده ۲۳ تعداد ۴ نفر و مطابق ماده ۵۰۶ تعداد ۲ نفر برای اثبات دعوا لازم است. البته ماده ۲۳ مربوط به اعسار از محکوم‌به است ولی ماده ۵۰۶ در رابطه با اعسار از هزینه دادرسی نگاشته شده است. آسان‌تر بودن اثبات دعوای اعسار از هزینه دادرسی نسبت به اعسار از محکوم‌به موجه و معقول به نظر می‌رسد.

## ۲-۲- سوگند

سوگند به تنهایی در موارد زیر می‌تواند دعوای اعسار یا ایسار را اثبات نماید:

- ۱- اگر مدعی اعسار (محکوم‌علیه) یا مدعی تمکن (محکوم‌له)، نتوانند ادعای خویش را ثابت کنند، طرف مقابل باید سوگند ادا کند تا ادعای مدعی ساقط شود (انصاری، پیشین، ۱۹۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۴، ۶۹).
- ۲- اگر منشأ دین، غیرمالی باشد، محکوم‌علیه باید بر ناداری خویش سوگند یاد کند تا اعسارش ثابت شود (علامه حلی، همان، ۶۷؛ شهیدثانی، پیشین، ۴۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳، ۱۵۳؛ هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ۱، ۵۷۵).
- ۳- اگر محکوم‌علیه مدعی است که قبلاً مال داشته است ولی در حال حاضر، مالش تلف شده است و برای این ادعا بی‌بینه ندارد، در این صورت محکوم‌له بر عدم تلف مال محکوم‌علیه قسم می‌خورد (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۴، ۶۹).

چنان که در آرای بالا مشاهده می‌شود، صرف ادعای محکوم‌علیه مبنی بر اعسار حتی

در جایی که حالت سابقه اعسار باشد یا دعوا با منشأ غیرمالی<sup>۱</sup> باشد، پذیرفته نمی‌شود. بلکه نام‌برده باید بر دعوای خود سوگند نیز یاد کند. در صورت امتناع او از سوگند، با سوگند محکوم‌له، دعوای مزبور رد می‌شود. اما در اصلاحیه اخیر متاسفانه هیچ وظیفه‌ای بر دوش محکوم‌علیه نهاده نشده و محکوم‌له پس از گذراندن فراز و نشیب‌های طولانی دادرسی تازه در مقام اجرا باید مسئولیت اثبات تمکن محکوم‌علیه را مطلقاً به دوش کشد. و حال آن که سوگند- دست‌کم- برای برخی از مدعیان دروغین اعسار بازدارنده است.

### ۲-۳- بینه و سوگند محکوم‌علیه

به زعم برخی از فقیهان گاه محکوم‌علیه علاوه بر اتیان بینه، سوگند نیز باید یاد کند تا دعوای اعسار ثابت شود. و آن زمانی است که محکوم‌له از محکوم‌علیه تقاضای سوگند کند که در این صورت، قاضی محکوم‌علیه را قسم می‌دهد. دلیل این الزام، «احتیاط» دانسته شده است (طبرسی، پیشین، ۵۶۴؛ طباطبایی یزدی، پیشین، ۵۴). همچنین در موردی که محکوم‌علیه اذعان دارد که قبلاً مال داشته است، ولی مدعی است که در حال حاضر مالش تلف شده است باید برای اثبات دعوای خود بینه اقامه کرده و علاوه بر آن سوگند نیز یاد کند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳، ۷۵).

### ۲-۴- تصدیق طرف مقابل

به زعم بعضی دیگر از فقیهان، سابقه اعسار، به تنهایی مجوز استصحاب اعسار نمی‌باشد. بلکه علاوه بر آن باید تصدیق محکوم‌له نیز ضمیمه گردد. البته به نظر می‌رسد تصدیق محکوم‌له به مثابه اقرار نام‌برده است و همان، دلیل مثبت دعواست. به هر روی تصدیق محکوم‌له در موارد زیر لازم شمرده شده است:

- ۱- اگر دعوی اعسار مدیون مسبوق به اعسار باشد، در صورتی که محکوم‌له اعسار وی را تصدیق کند، ادعای مزبور ثابت می‌شود. (طباطبایی یزدی، پیشین، ۵۳؛ روحانی قمی، پیشین، ۱۱۶)

۱- چنان که قبلاً گفته شد مقصود از دعوای غیرمالی در ادبیات فقهی متفاوت از اصطلاحی است که در ادبیات آیین دادرسی وجود دارد.

۲- هرگاه ادعای مدیون مسبوق به اعسار نباشد ولی محکوم‌له دعوی مزبور را تأیید و تصدیق نماید، باز دعوا ثابت تلقی می‌شود (شهیدثانی، پیشین، ۳۹؛ هاشمی شاهرودی، پیشین، ۵۷۴).

### ۲-۵- نظر برگزیده

به نظر می‌رسد علاوه بر این که بار اثبات دعوای اعسار را باید مدعی اعسار به دوش کشیده و حاکم نیز باید از تمکن و دارایی مدیون تحقیق و تفحص کافی بنماید، اثبات دعوی به صرف اقامه چند شاهد توسط مدعی کافی نیست. از یک‌سو طلب‌کار باید بتواند در برابر بیته مدعی اعسار، بیته بر تمکن وی اقامه کند و از سوی دیگر در صورت عدم اقامه بیته توسط طلب‌کار، مدعی اعسار علاوه بر بیته اثباتی باید سوگند نیز یاد کند. گذشته از ادله فقهی که در برخی آرای فقیهان ذکر شد، وضعیت اخلاقی و فرهنگی جامعه و بی‌مبالاتی یا عدم آشنایی آنان با شرایط شهادت، ایجاب می‌کند تا از سوگند که تا اندازه‌ای بازدارنده مدعیان دروغین است، استفاده شود.

### ۳- آثار اثبات دعوای اعسار

بعد از اثبات دعوای اعسار، آثار فقهی چندی بر آن مترتب می‌شود که در ادامه بحث بررسی می‌شود:

#### ۳-۱- رهایی از حبس

مهم‌ترین اثر اثبات دعوای اعسار، رهایی معسر از حبس است. دلیل این حکم، کتاب و سنت است. در آیه ۲۸۰ از سوره بقره آمده است: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرٍ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ». (و اگر (بدهکار) قدرت بر پرداخت نداشته باشد، او را تا هنگام توانایی مهلت دهید). همچنین در روایت اصبح بن نباته از امیرالمؤمنین علی علیه‌السلام آمده است: «قضى فى الدين أنه يحبس صاحبه، فإن تبين إفلاسه و الحاجة خلى سبيله حتى يستفيد مالا». بر اساس این حدیث شریف، مفلس و معسر تا زمان حصول تمکن آزاد خواهد بود.

در ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی سال ۱۳۷۷ نیز همین اثر بر اثبات دعوا مترتب شده و مقرر شده است که «هرگاه محکوم‌علیه مدعی اعسار شود (ضمن اجرای

حبس) به ادعای وی خارج از نوبت، رسیدگی و در صورت اثبات اعسار از حبس، آزاد خواهد شد.»

### ۳-۲- اِمهال

بر حسب ماده ۲۷۷ قانون مدنی «متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید، ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون، مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد». ماده ۶۵۲ همین قانون در باب قرض نیز مقرر کرده است که: «در موقع مطالبه، حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقتضای مهلت یا اقساطی قرار می‌دهد». اگر چه مقررات مزبور به شخص معسر اختصاص ندارند و قاضی بسته به اوضاع مدیون - حتی اگر معسر نباشد - می‌تواند به وی مهلت دهد، اما معسر، مصداق بارز آنهاست.

از مفهوم مخالف ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی سال ۱۳۷۷ مقرر کرده است که هرگاه محکوم علیه مدعی اعسار شود، در صورت اثبات اعسار، چنانچه متمکن از پرداخت به نحو اقساط شناخته شود، دادگاه متناسب با وضعیت مالی وی حکم بر تقسیط محکوم به را صادر خواهد کرد، نیز می‌توان استنباط کرد که چنانچه معسر متمکن از پرداخت اقساط نباشد، دادگاه نمی‌تواند دستور به تقسیط دین دهد و به ناچار باید به وی مهلت دهد.

### ۳-۳- وجوب تکسب

یکی از آثار جالب اثبات ادعای اعسار که در آثار برخی از فقیهان آمده و شایسته توجه قانون‌گذار است، وجوب تکسب و اشتغال به کار برای شخص مدیون است. چون ادای دین بر کسی که قدرت بر پرداخت دارد، واجب است و کسی که به دنبال تکسب برود، می‌تواند دین خود را پرداخت کند (و المکتسب قادر). ابن حمزه، شهید ثانی و محقق کرکی بر این عقیده‌اند. بنا بر عقیده دیگران - دست کم - سعی در پرداخت دین از قبیل تلاش برای وصول مطالبات و تحصیل اموال غائب و مانند آن واجب است. هم چنین از ادله وجوب مطلق قضای دین، لزوم تکسب، قابل استنباط است (محمدحسن نجفی، پیشین، ۳۲۶-۳۲۷؛ شهید اول، پیشین، ۴۰-۴۱). به زعم برخی از فقیهان، کسی که قادر به تکسب است، دیگر معسر نیست تا به وی مهلت داده شود. دئی زیرا منظور از ذاعسره (معسر) در آیه انظار، کسی

است که مطلقاً نمی‌تواند دین مدیون را پرداخت کند چه بالفعل و چه بالقوه. اما مکتسب اگرچه بالفعل مالی ندارد که به مدیون پرداخت کند اما بالقوه توانایی ادای دین خود را دارد (نجفی، همان، ۱۶۶؛ شهید ثانی، پیشین، ۴۰-۴۱).

### ۳-۴- تقسیط دیون

همان‌طور که در مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی گذشت، دادگاه با توجه به اوضاع و احوال مدیون، می‌تواند ترتیبی اتخاذ کند که مدیون دین خود را به صورت اقساط ادا کند. همچنین بر حسب منطوق ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی سال ۱۳۷۷ در صورت اثبات اعسار، چنانچه معسر، متمکن از پرداخت به نحو اقساط شناخته شود، دادگاه متناسب با وضعیت مالی وی حکم به تقسیط محکوم‌به را صادر خواهد کرد<sup>۱</sup>. در تبصره ماده ۱۹ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی نیز صریحاً آمده است: «چنانچه در رسیدگی به دعوی اعسار، ثابت شود که محکوم‌علیه قادر نیست محکوم‌به را یک‌جا بپردازد ولی متمکن از پرداخت به نحو اقساط می‌باشد، مرجع رسیدگی متناسب با وضعیت مالی او حکم به تقسیط محکوم‌به صادر می‌کند». در رأی وحدت رویه شماره ۷۲۳ - ۱۳۹۰/۱۰/۲۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز آمده است: «مستفاد از مواد ۲۰، ۲۱ و ۳۷ قانون اعسار مصوب سال ۱۳۱۳ این است که چنانچه مدیون سند لازم‌الاجرا که منتهی به صدور اجراییه از سوی اداره ثبت گردیده است، به ادعای اعسار از پرداخت وجه آن، درخواست تقسیط بنماید، در صورتی که دائن با آن موافق نباشد، تقسیط وجه سند لازم‌الاجرا از سوی اداره ثبت، منوط به اثبات اعسار مدیون از پرداخت دفعتاً واحده آن در دادگاه صالح است...».

### ۳-۵- معافیت از هزینه‌های دادرسی<sup>۱</sup>

قانون‌گذار فصل دوم از باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۵۰۴ تا ۵۱۴) را به اعسار از هزینه دادرسی اختصاص داده و محکوم‌علیه را در شرایط خاصی از پرداخت هزینه

۱- معافیت از هزینه دادرسی و نیز امکان استفاده از وکالت مجانی که در این بند و بند بعدی (۳-۶) به عنوان آثار اثبات دعوی اعسار آمده است، در واقع آثار اثبات ادعای اعسار از هزینه دادرسی بوده و از آثار اثبات ادعای اعسار که از تأدیه محکوم‌علیه که موضوع این مقاله می‌باشند، نیست. و لیکن استطراداً و به‌عنوان تکمیل مقاله آورده شده‌اند.



دادرسی معاف کرده است. به موجب بند یک ماده ۵۱۳ این قانون پس از اثبات اعسار، معسر می‌تواند از مزایای زیر استفاده نماید: (۱) معافیت موقت از تأدیه تمام یا قسمتی از هزینه دادرسی در مورد دعوایی که برای معافیت از هزینه آن ادعای اعسار شده است...». ماده ۲ قانون اعسار سال ۱۳۱۳ در مورد آثار اعسار از مخارج محکمه این گونه متذکر می‌شود که: «همین که اعسار کسی (در مورد مخارج محکمه) ثابت شد، از نتایج ذیل استفاده خواهد کرد: ۱- معافیت موقتی از تأدیه تمام یا قسمتی از مخارج محاکمه در مورد دعوایی که برای معافیت از مخارج آن ادعای اعسار شده است...». البته طبق بند ۱۲ ماده ۷۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ فصل اول قانون اعسار در مورد مخارج محاکمه منسوخ گردیده است و لذا در حال حاضر ماده ۵۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی در این باره مرجع و منبع می‌باشد.

نکته قابل ذکر اینکه قبل از تصویب این قانون، قانون‌گذار در مواد ۳ و ۲۱ قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات ۱۳۱۰ نیز همین احکام را بیان می‌نمود.

### ۳-۶- وکیل مجانی

از دیگر آثاری که در قوانین داخلی ایران بدان اشاره شده است، وکالت مجانی می‌باشد. ماده ۱۷ قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات ۱۳۱۰ و ماده ۱۸ قانون اعسار ۱۳۱۳ این‌گونه مقرر کرده‌اند که: «وکلای رسمی عدلیه مکلفند وکالت اشخاص معسر را موقتاً به طور مجانی قبول کنند. تعیین وکیل مجانی در این موارد مطابق نظام‌نامه‌های وزارت عدلیه به عمل خواهد آمد». همچنین بند د ماده ۶ لایحه استقلال قانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳ که در مقام بیان وظایف قانون وکلا است به همین اثر اشاره دارد.

### پیشنهاد به جای نتیجه

عواقب نامطلوب تغییر بار اثبات دعوی اعسار از عهده مدعی اعسار به اثبات تمکن مدیون توسط محکوم‌له، گرچه با انگیزه‌ای انسانی، صورت گرفت، به دلیل فقدان پشتوانه نظری قوی از یک سو و غفلت از عواقب اجتماعی، اقتصادی و قضایی تغییر مزبور از سوی

دیگر، خیلی زود گریبان دستگاه قضایی را گرفت. به طوری که قضات و واحدهای قضایی به سرعت راه کارهای دیگری برای عدم اجرای اصلاحیه مصوب تیرماه ۱۳۹۱ اندیشیده و به کار بستند. در حالی که بازگشت به سوابق تقنینی و ملاحظه منابع غنی فقهی در خصوص این موضوع، می‌توانست ضمن تأمین دغدغه‌های خیرخواهانه متولیان تغییر، مانع گرفتار آمدن در دامن عوارض نامطلوب ناشی از تغییر گردد. به هر روی از ملاحظه سوابق حقوقی و فقهی می‌توان به راه‌حل‌های میانه و معتدل‌تری به شرح زیر دست یافت. البته مقصود از پیشنهادهای ذیل این نیست که ضرورتاً به همه راه‌های مزبور با هم می‌توان عمل کرد:

۱- حاکم رأساً حق دارد و بلکه موظف است به منظور حفظ نظام اقتصادی و حفظ اعتبار و اعتماد میان معامله‌گران از توان و تمکن مالی بدهکار، تحقیق و تفحص نماید و نباید طلب‌کار را در این وادی تنها بگذارد.

۲- چنان که در برخی فتاوا ملاحظه شد، در وضعیت شک نسبت به ادعای اعسار، قاضی باید بتواند خوانده را با أخذ تضمین معتبر، به طور محدود، آزاد کند تا وضعیت وی به روشنی بر حاکم اثبات شود.

۳- میان دعاوی با منشاء مالی/ تجاری و دعاوی غیرمالی/ غیرتجاری از نظر مسئول اثبات دعوا می‌توان تفکیک کرد. چنان که برخی فقیهان اذعان داشته‌اند که در نوع اول، محکوم‌علیه باید از عهده اثبات اعسار برآید و در نوع دوم وظیفه محکوم‌له است که تمکن محکوم‌علیه را اثبات نماید. در عین حال محکوم‌علیه نمی‌تواند مطلقاً آسوده باشد و باید سهمی از اثبات موضوع را با ادای سوگند مبنی بر اعسار را خود به دوش کشد.

۴- مدیونی که ادعای اعسار او رد شده است، با موافقت محکوم‌له بتواند آزاد شود تا شاید فرصتی برای ترتیب پرداخت پیدا کند. اما دادگاه باید ملزم باشد که هر زمان به درخواست محکوم‌له، محکوم‌علیه را مجدداً بازداشت کند. چنان که در ماده ۶۱ قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۰۹ شمسی آمده بود.

۵- مجازات کیفری سختی برای ادعای دروغین اعسار، تبانی برای اثبات دعوای اعسار،

تظاهر به ادامه وضعیت اعسار - در حالی که وضعیت عسر منتفی شده است - چنان که در مواد ۲۹، ۳۱ و ۳۲ از قانون اعسار، افلاس و تسریع محاکمات مصوب ۱۳۱۰ شمسی آمده بود، وضع گردد.

۶- استصحاب وضعیت گذشته اعم از اعسار و ایسار با توجه به این که در غالب موارد حالت سابقه ایسار می باشد نیز راه گشاست. استصحاب اعسار علاوه بر پشتوانه در آرای فقهی معتبر در ماده ۶۲۴ قانون قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ قمری نیز پیش بینی شده بود. لیکن چنان که در برخی آرای فقهی مشاهده شد، استصحاب اعسار نباید به تنهایی دلیل بر اثبات ادعا تلقی شده، سوگند محکوم علیه بر اعسار یا سوگند محکوم له بر ایسار نیز باید در زمره دلایل اثباتی قرار گیرد.

۷- مدیون نباید در دورانی که به علت اثبات اعسار، آزاد است از تلاش برای کسب دارایی و تحصیل تمکن دروغ ورزیده یا سستی و کاهلی نماید. وجوب تکسب از طریق اشتغال، وصول مطالبات و هر طریق معقول و متعارف دیگر باید بر او وظیفه و فرض باشد.

بنابراین در موضوع یاد شده تجربه قانون گذاری و نظریه های فقهی راه گشایی که مصالح دو طرف دعوا را با احتمال خطای کمتری تأمین کند، وجود دارد. کافی است متولیان با حوصله بیشتر و التزام به اصول قانون نویسی، مبادرت به وضع مقررات نمایند.

## منابع

## قرآن کریم

## الف) فارسی

- ۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۸)، «دانشنامه حقوقی»، جلد اول، چاپ سوم، بی‌جا.
- ۲- متین دفتری، احمد (۱۳۸۱)، «آیین دادرسی مدنی و بازرگانی»، جلد ۲، چاپ دوم، تهران- ایران، انتشارات مجد.
- ۳- مهاجری، علی (۱۳۸۹)، «مبسوط در آیین دادرسی مدنی»، جلد ۴، چاپ دوم، تهران، فکرسازان.
- ۴- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه (۱۳۸۱)، «مجموعه نشست‌های قضایی»، مسایل آیین دادرسی کیفری (۳).
- ۵- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۶)، «فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام»، جلد ۳، چاپ اول، قم- ایران، مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

## ب) عربی

- ۶- آشتیانی، میرزا محمدحسن بن جعفر (۱۴۲۵)، «کتاب القضاء» (للأشتیانی ط- الحدیثه)، جلد ۲، چاپ اول، قم- ایران، انتشارات زهیر.
- ۷- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، «القضاء والشهادات»، در یک جلد، چاپ اول، قم- ایران، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ۸- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، «وسائل الشیعه»، جلد ۳۰، چاپ اول، قم- ایران، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.
- ۹- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴)، «تذکره الفقهاء» (ط- الحدیثه)، جلد ۱۴، چاپ اول، قم- ایران، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.

- ۱۰- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۱)، «تبصرة المتعلمين في أحكام الدين»، در یک جلد، چاپ اول، تهران-ایران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۱۱- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳)، «قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام»، جلد ۳، چاپ اول، قم-ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۲- خالصی، محمد باقر (۱۴۱۳)، «حکام المحبوسين في الفقه الجعفري»، در یک جلد، چاپ اول، قم-ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۳- خمینی، روح الله (بی تا)، «تحریر الوسیله»، جلد ۲، چاپ اول، قم-ایران، مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- ۱۴- رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۱)، «کتاب القضاء» (للمیرزا حبیب الله)، جلد ۲، چاپ اول، قم-ایران، دار القرآن الکریم.
- ۱۵- روحانی قمی، سید صادق حسینی (۱۴۱۲)، «فقه الصادق علیه السلام» (لروحانی)، جلد ۲۶، چاپ اول، قم-ایران، دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
- ۱۶- شهید اول، محمد بن مکی عاملی (۱۴۱۴)، «غایه المراد في شرح نکت الإرشاد»، جلد ۴، چاپ اول، قم-ایران، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۱۷- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۰)، «الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه» (المحشی - کلاتر)، جلد ۱۰، چاپ اول، قم-ایران، کتابفروشی دآوری.
- ۱۸- صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳)، «من لا یحضره الفقیه»، جلد ۴، چاپ دوم، قم-ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۹- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴)، «تکملة العروة الوثقی»، جلد ۲، چاپ اول، قم-ایران، کتابفروشی دآوری.
- ۲۰- طبرسی، امین الإسلام، فضل بن حسن (۱۴۱۰)، «المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف»،

- جلد ۲، چاپ اول، مشهد-ایران، مجمع البحوث الإسلامية.
- ۲۱- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، «تهذیب الأحکام»، جلد ۱۰، چاپ چهارم، تهران-ایران، دار الکتب الإسلامية.
- ۲۲- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۰)، «تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة» - القضاء و الشهادات، در یک جلد، چاپ اول، قم-ایران، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- ۲۳- فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی (۱۴۲۵)، «لشافی فی العقائد و الأخلاق و الأحکام»، جلد ۲، چاپ اول، تهران-ایران، دار نشر اللوح المحفوظ.
- ۲۴- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، «جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام»، جلد ۴۳، چاپ هفتم، بیروت- لبنان، دار إحياء التراث العربی.

### ج) قوانین

- ۲۵- قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی سال ۱۲۹۰
- ۲۶- قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات سال ۱۳۱۰
- ۲۷- قانون اعسار ۱۳۱۳
- ۲۸- قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۷۷
- ۲۹- آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۷۸
- ۳۰- قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹
- ۳۱- قانون مدنی