

مطالعه انتقادی اثبات اعسار یا ایسار در گستره مواد ۷ و ۱۰ قانون

نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳/۷/۱۵

اسفندیار صفری^{۱*}، جلیل قنوتی^۲، علیرضا آذربایجانی^۳

۱. دکتری حقوق خصوصی؛ دانشگاه تهران؛ ایران

۲. دانشیار؛ پردیس فارابی، دانشگاه تهران؛ ایران

۳. استادیار؛ پردیس فارابی؛ دانشگاه تهران؛ ایران

(تاریخ دریافت: ۹۵/۶/۲۱؛ تاریخ پذیرش: ۹۶/۹/۲۶)

چکیده

در قسمت نخست این مقاله دو تعارض بین مواد ۷ و ۱۰ ق.ن.ا.م.م. در گستره اثبات اعسار یا ایسار شناسایی و بررسی شده است. تعارض نخست اینکه ماده ۷ مبتنی بر توافقی بودن دعوی اعسار بوده؛ در حالی که ماده ۱۰ بر اساس غیرتوافقی بودن دعوی اعسار تقنین شده است. در رفع تعارض مذکور پنج احتمال تصورپذیر است که هیچ‌یک از آنها مصون از اشکال نیست. تعارض دوم در بین مواد یادشده، از مصادیق تعارض حکم واقعی و حکم ظاهری است که جمع عرفی آن دو ممکن خواهد بود. در قسمت دوم این نوشتار نیز با بیان شش اشکال، ماده ۷ ق.ن.ا.م.م به صورت مستقل نقد شده است.

واژگان کلیدی

اعسار، ایسار، تعارض.

بیان مسئله

هرچند موضوع اعسار را می‌توان از جنبه‌های گوناگون از نظر فقهی - حقوقی، مورد کاوش قرار داد؛ ادبیات حقوقی، در رابطه با اعسار و احکام مربوط به آن به شدت ضعیف است. هنوز مباحث زیادی از ادبیات غنی موجود در متون فقهی در رابطه با اعسار، به زبان حقوقی ارائه نشده‌اند. شاید یکی از دلایل آن پیچیدگی و پراکندگی مباحث اعسار در پاره‌ای از متون فقهی است، برای نمونه برخی فقیهان مباحث خیلی دقیقی را در رابطه با اعسار مطرح کرده‌اند، اما پر از آشفتگی و پیچیدگی است (رک: آشتیانی، ۱۴۲۵: ۲۷۲ - ۳۰۳) به طوری که در بررسی نخست، تبیین آنها به زبان حقوقی، دشوار به نظر می‌رسد. در هر صورت یکی از جنبه‌های مهم و پرکاربرد مبحث اعسار، تبیین سنجه‌ها و راهکارها در تشخیص مدعی و منکر است. قوانین^۱ سابق^۲ در این زمینه به صورت مطلق^۳ اصل را بر یسر دانسته و اثبات اعسار را بر عهده بدهکار گذاشته بودند؛ اما قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳/۷/۱۵^۴ در ماده ۷ نسبت به اصل بودن عسر یا یسر، قائل به تفصیل شده است؛ اما ماده ۱۰ به طور مطلق دادگاه را مکلف می‌داند که برای روشن شدن اعسار یا ایسار مدعی اعسار اقدام کند. در این مقاله، نهایت تلاش شده است تا به صورت انتقادی مواد ۷ و ۱۰ قانون یادشده مطالعه شود؛ با این توضیح که موارد تعارض، سکوت و ابهام در مواد یادشده نسبت

۱. منظور از قوانین، قانون به معنای خاص است نه عام (رک: کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۲۰) بنابراین مصادیقی مثل آیین نامه و بخشنامه مراد نیست، چنانکه اشاره خواهد شد.

۲. برای نمونه رک: ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰.

۳. ناگفته نماند بخشنامه شماره ۹۰۰۰/۱۵۴۵۸/۱۰۰ - ۱۳۹۱/۴/۳۱ رئیس قوه قضاییه با عنوان «اصلاحیه بند ج ماده ۱۸ آیین نامه اجرایی موضوع ماده ۶ نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مصوب ۱۳۷۸» تغییراتی در این رابطه ایجاد کرده و در فرض شک در اعسار یا ایسار، آثار اعسار را بار کرده بود، ولی با توجه به اینکه بخشنامه یادشده، با ظاهر مواد قانونی مرتبط با موضوع تعارض داشت، از نظر اصول حقوقی قابل استناد نبود؛ بنابراین راهکاری که در بخشنامه مذکور مطرح شده بود، ناقض مدعای یادشده در متن این مقاله نخواهد بود.

۴. از این قانون در طول این مقاله، با علامت اختصاری «ق.ن.ا.م.م» یاد خواهد شد.

به اثبات و انکار در دعوی اعسار، شناسایی و تحلیل و شوند. تا جایی که نگارندگان سراغ دارند، در ادبیات حقوقی - اعم از کتاب و مقاله - به صورت مستقل به مباحث مطرح شده در این مقاله پرداخته نشده است؛ بنابراین گام نخست در این زمینه به شمار می آید.

لازم است قبل از طرح مباحث اصلی، دو نکته به عنوان مقدمه بیان و پیش فرض این تحقیق نسبت به آنها روشن شود. در نکته نخست به این مطلب اشاره خواهد شد که آیا دعوی اعسار یک دعوی ترافعی است یا خیر؟ در نکته دوم به این پرسش پاسخ داده خواهد شد که آیا قواعد عمومی مدعی و منکر نسبت به دعوی اعسار نیز جاری بوده یا نسبت به آن با استثنائاتی روبه روست؟

ترافعی بودن دعوی اعسار

بعضی از نویسندگان، به طور کلی دعوی اعسار را از مصادیق امور حسبی و مربوط به نظم اجتماعی دانسته اند، نه از دعاوی ترافعی؛ طبق این دیدگاه رسیدگی به دعوی اعسار در گستره ولایات حاکم می گنجد و وی همانند امور حسبی دیگر، طبق ماده ۱۴ قانون امور حسبی، مکلف به تحقیق ابتدایی و مستقل است؛ هر چند طرفین، آن را درخواست نکرده باشند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۵۸۲ و ۵۸۳). نقد تفصیلی این مبنا از گستره این نوشتار خارج است، ولی به کوتاهی می توان گفت: هر چند نسبت به تعریف و مصادیق امور حسبی در متون فقهی بحث های فراوانی شده است (رک: صفری، ۱۳۹۲: ۱۳۵ به بعد) از نظر متون قانونی، دعوی اعسار را نمی توان از مصادیق دعوی حسبی دانست، زیرا طبق ماده ۱ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹/۰۴/۰۲: «امور حسبی اموری است که دادگاه ها مکلفند نسبت به آن امور اقدام نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند بدون اینکه رسیدگی به آنها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوا از طرف آنها باشد». در حالی که چنانکه اختلافی درباره اعسار بین طلبکار و مدیون محقق نشود، به هیچ عنوان دادگاه حق رسیدگی به دعوی اعسار را نخواهد داشت. افزون بر این شواهدی نیز در ق.ن.ا.م.م وجود دارد که بیانگر ترافعی بودن دعوی اعسار است، برای نمونه در ماده ۱۳ قانون یادشده، خواننده دعوی اعسار باید محکوم له باشد. گفتنی است در نظریه شماره ۲۶-۷۳۴-۹۱ اداره حقوقی

نیز به استناد رأی وحدت رویه شماره ۷۲۲ مورخ ۱۳/۱۰/۱۳۹۰ دعوی اعسار از مصادیق دعاوی ترافیعی شمرده شده است.

جریان قواعد عمومی مدعی و منکر در دعوی اعسار

یکی از مباحث مهم و در عین حال جذاب در بحث ادله اثبات دعوا، تشخیص مدعی و منکر است. در این زمینه ضابطه‌های گوناگونی پیشنهاد و محل بررسی واقع شده‌اند. بعضی معتقدند که مدعی شخصی است که اگر ادعا را رها کند، نزاع پایان می‌پذیرد (قمی، ۱۳۸۵: ۶۲۴ و ۶۲۵). برخی گفته‌اند: مدعی شخصی است که خلاف اصل یا ظاهر را ادعا کند؛ اما بعضی تشخیص آن را به عرف ارجاع داده‌اند (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۷۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۵۹۶، حائری، ۱۴۲۸: ۲۵۰ به بعد). به هر حال، هدف از طرح این مباحث، در واقع تشخیص شخصی است که باید بار اثبات دعوا را بر دوش کشد. در صورتی که آنچه یکی از طرفین دعوا مدعی وقوع آن می‌شود، رویداد متعارفی باشد که بنا به سیر طبیعی امور یا حکم غلبه تحقق می‌پذیرد، ادعاکننده به اثبات آن نیازی ندارد، اما اگر حادثه نامتعارفی را ادعا کند، فارغ از اینکه خواهان یا خواننده باشد، باید مدعی خود را اثبات کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۶۶ و ۶۷). آنچه در موضوع این نوشتار به عنوان پیش فرض لازم خواهد بود، بیان این نکته است: آیا در دعوی اعسار از قاعده عمومی «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» (عاملی، بی تا: ۱۷۱) عدول شده است، یا قاعده مذکور در دعوی اعسار نیز کاربرد دارد، دیدگاه‌ها در این موضوع گوناگون است - چنانکه قبلاً بیان شد - بعضی به طور کلی دعوی اعسار را از ترافیعی بودن خارج کرده‌اند، اما برخی با اینکه ترافیعی بودن آن را پذیرفته‌اند، ولی تصریح کرده‌اند: هرچند عنوان منکر بر معسر صدق می‌کند، اما وی باید بینه بیاورد. بعضی نیز همواره معسر را مدعی شمرده و بینه آوردن وی را مطابق قاعده دانسته‌اند (رک: آشتیانی، ۱۴۲۵: ۲۷۵ به بعد). بعضی نیز نوشته‌اند: در مواردی که معسر باید بینه بیاورد، از باب احتیاط و حفظ حقوق طلبکاران، لازم است در کنار بینه سوگند نیز ادا کند! (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۷۶). نقد این دیدگاه‌ها باید در جای خود مطرح شود، ولی به عنوان پیش فرض در این نوشتار باید گفت: دعوی اعسار همانند همه دعاوی دیگر، قابلیت تطبیق

با قواعد عمومی مدعی و منکر را دارد و احکام استثنایی در آن راه ندارد. اتخاذ این مبنا در تحلیل پاره‌ای از مسائل این تحقیق -چنانکه خواهد آمد- دارای اثر خواهد بود.

انتقادهای مربوط به ارتباط مواد ۷ و ۱۰ ق.ن.ا.م.م.

مواد ۷ و ۱۰ ق.ن.ا.م.م. از مهم‌ترین موادی هستند که در رابطه با اثبات اعسار یا ایسار کارایی دارند، اما رابطه این دو ماده پر از ابهام است. نخستین پرسش این خواهد بود که: اگر دعوای اعسار ترافیعی است، به چه دلیلی دادگاه باید به صورت مستقل در عرض طرفین دعوا در کشف ایسار یا اعسار بکوشد؟ به چه دلیلی وی همچون دعوای ترافیعی دیگر به عنوان ناظر بی طرف صرفاً به ارزیابی ادله نمی پردازد؟ در پاسخ پنج احتمال در این زمینه جای طرح دارد که آنها بازگو و نقد خواهند شد. دومین مطلب این است که: وقتی که طبق ماده ۱۰، دادگاه مکلف به کشف ایسار یا اعسار است، به چه دلیلی قانونگذار در ماده ۷ فرضی را مطرح کرده است که حالت بدهکار از نظر ایسار یا اعسار مجهول است؟ در مطلب سوم این موضوع بررسی و اثبات خواهد شد: با توجه به اینکه ماده ۱۰ بیانگر حکم واقعی و ماده ۷ ناظر به حکم ظاهری است، لازم بود که قانونگذار بیان حکم مقرر در ماده ۱۰ را بر مفاد ماده ۷ مقدم دارد؛ بنابراین از نظر ساختاری نیز قانون مذکور جای نقد دارد. مطلب چهارم در این زمینه، نقد سکوت قانونگذار نسبت به آثار نتیجه حاصل از طریق فحص ناشی از تکلیف ماده ۱۰، در صورت تعارض با ادله ابرازی طرفین خواهد بود.

تعارض نخست مواد ۷ و ۱۰ ق.ن.ا.م.م.

در دو مقدمه پیشین گفته شد، که ادعای اعسار از مصادیق دعوای ترافیعی و مشمول قواعد عمومی مربوط به مدعی و منکر است. طبق این مبنا ارائه ادله اثبات و انکار در دعوای یادشده باید همواره بر عهده طرفین دعوا باشد،^۱ چنانکه ماده ۷ ق.ن.ا.م.م. دقیقاً با همین ضابطه تدوین شده است. پس از ماده یادشده، ماده ۱۰ ق.ن.ا.م.م. مقرر کرده است: «پس از

۱. شگفت اینکه در متون فقهی حتی تلقین دلیل از سوی قاضی، برای یکی از طرفین دعوا روا نیست؛ زیرا وی را در معرض اتهام بی طرفی قرار می دهد. - چه رسد به اینکه مکلف باشد که در اثبات خواسته، نهایت تلاش خود را به کار گیرد!

ثبت دادخواست اعسار، دادگاه مکلف است فوراً با استعلام از مراجع ذی‌ربط و به هر نحو دیگر که ممکن باشد، نسبت به بررسی وضعیت مالی محکوم‌علیه، جهت روشن شدن اعسار یا ایسار او اقدام کند». با مقایسه مواد ۷ و ۱۰ این پرسش مطرح می‌شود: با اینکه دعوای اعسار توافقی است و اثبات ادله بر عهده طرفین دعواست، به طوری که وظیفه مدعی است طبق بند ۶ ماده ۵۱ ق.آ.د.م. و ماده ۸ ق.ن.ا.م.م. مدعای خود را اثبات کند، به چه دلیلی بر پایه ماده ۱۰ ق.ن.ا.م.م. دادگاه به محض تقدیم دادخواست اعسار، مستقلاً باید برای تعیین وضعیت عسر یا یسر بدهکار اقدام کند؟ آیا تکلیف مذکور با قواعد عمومی اثبات و انکار در رابطه با دعوای اعسار منافات ندارد؟ پاسخ تحلیلی به پرسش یادشده یکی از مباحث دشوار موضوع اعسار است. تا جایی که بررسی شد، ادبیات حقوقی در این موضوع به طور کلی ساکت است، ولی در پاره‌ای از متون فقهی به این مبحث توجه شده است. پیش از پاسخ به پرسش مذکور، لازم است به کوتاهی به دلیل فقهی مواد ۷ و ۱۰ اشاره کنیم، تا زمینه بحث به روشنی فراهم شود.

مستند ماده ۷ ق.ن.م.م.

به نظر می‌رسد فرض‌های مطرح‌شده در ماده ۷ مبتنی بر قواعد عمومی مدعی و منکر باشد که به استناد قاعده استصحاب ترسیم شده است. بعضی از نویسندگان، پس از اینکه دعوای اعسار را از مصادیق دعوای توافقی ندانسته‌اند و آن را از امور حسبی شمرده‌اند، در نقد ساختار همسان با فروض مطرح‌شده در ماده ۷ نوشته‌اند: تقسیم‌بندی‌هایی که به سابقه ملاتت یا عدم ملاتت بدهکار برای تشخیص مدعی و منکر در دعوای اعسار توجه می‌کند، برگرفته از فقه اهل سنت (فقه حنفی) بوده که توسط شیخ طوسی انجام گرفته است. تقسیم‌بندی یادشده هیچ پایه علمی معتبری ندارد (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۵۸۵ و ۵۸۶). به نظر می‌رسد ادعای مذکور پذیرفتنی نیست؛ زیرا نظر شیخ طوسی را نمی‌توان به طور کامل در این زمینه با فقه حنفی همسان دانست و صرف همسانی در بعضی از جزئیات ترسیم یا احکام آن، بیانگر اقتباس کامل نیست (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۷ و ۲۷۸). ناگفته نماند که هرچند در روایات واردشده در مبحث اعسار، صرف حبس و تبیین حال مدعی اعسار، پیش‌بینی شده است (عاملی، بی تا: ۱۴۸) تقسیم‌بندی مذکور در ماده ۷ مبتنی

بر پذیرش اصل استصحاب است که در دانش اصول فقه شیعه مورد مذاقه فراوان واقع شده است. همین امر نیز سبب شد که افزون بر شیخ طوسی، فقیهان برجسته دیگری، مبتنی بر اصل استصحاب، معیارهایی را برای شناسایی مدعی و منکر در دعوی اعسار ترسیم کنند (برای نمونه رک: محقق حلی، ۱۳۸۹: ۹۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۵۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۳۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۲ به بعد؛ خمینی، بی تا: ۴۱۶ و ۴۱۷) که آن سنجه‌ها، مورد اقتباس قانونگذار در ماده ۷ ق.ن.ا.م.م. واقع شده است. البته ماده ۷ اشکالات دیگری دارد که در مباحث آینده بیان خواهند شد.

مستند ماده ۱۰ ق.ن.ا.م.م.

روایات معتبری توسط امام باقر(ع) از عمل امام علی(ع) نقل شده است: «که حضرت، همواره مدیون را حبس می فرمود. در صورتی که برای ایشان، مال نداشتن بدهکار آشکار می شد، وی را رها می کرد تا دارا شود» (عاملی، ۱۳۷۵: ۱۴۸). با توجه به اینکه عمل امام علی(ع) از سوی امام باقر(ع) بازگو شده است، طبق یک مبنای اصولی، چنانچه عمل معصوم(ع) را معصوم دیگری نقل کرده باشد، می توان اصله الاطلاق را نسبت به کلام حکایت شده، جاری کرد، اما اگر عمل معصوم(ع) را راوی دیگری بازگو کند، نمی توان به اصله الاطلاق تمسک کرد، بلکه باید به قدر متیقن روایت بسنده کرد؛ در واقع روایت از مصادیق دلیل لبی می شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱: ۴۱۶ و ۴۱۷). روایات محل گفت و گو نیز چون از سوی معصوم(ع) نقل شده است، از جهات متعدد -از جمله اینکه منشأ دین اعمال حقوقی یا وقایع حقوقی باشد- اطلاق دارند (تبریزی، ۱۴۲۷: ۱۴۱ و ۱۴۲). بعضی از فقیهان به استناد روایات یادشده نظر داده اند که حاکم می تواند مدعی اعسار را حبس کند، تا «ندار بودن» یا «دارا بودن» وی آشکار شود.^۱ البته در مجرای حبس، مدت حبس، شیوه حبس و ماهیت حبس با هم اختلاف دارند (مفید، ۱۴۱۳: ۷۳۳؛ محقق حلی، ۱۳۸۹: ۹۵؛ اردبیلی، ۱۴۱۴: ۱۳۶) که بررسی این اختلافات،

۱. ظاهر روایات بیانگر این است که شخص به صرف ادعای اعسار، حبس می شود تا راستی یا ناراستی ادعایش روشن شود، اما ماده ۳ ق.ن.ا.م.م. سپری شدن مهلت سی روزه و عدم تقدیم دادخواست اعسار را از شرایط حبس دانسته است.

به نوشتار مستقلی نیاز دارد. در هر صورت، بیشتر فقیهان از روایات یادشده افزون بر امکان حبس، لزوم جست‌وجوی حاکم در حال بدهکار را نیز برداشت کرده‌اند تا هر چه زودتر تکلیف بدهکار مشخص شود و در صورت «ندار بودن» بدون دلیل در حبس نماند (برای نمونه رک: انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰۱) بنابراین در صورتی که مدعی اعسار در حبس باشد، در لزوم تبیین، هیچ تردیدی نیست و با روایات یادشده نیز منطبق است؛ ماده ۱۰ ق.ن.ا.م.م. اعم از اینکه مدعی اعسار در حبس باشد یا نباشد، تبیین از ایسار یا اعسار مدیون را از تکالیف دادگاه دانسته است، بنابراین چگونه می‌توان حکم مذکور را با قواعد عمومی مدعی و منکر جمع کرد؟

پاسخ‌های احتمالی برای رفع تعارض و نقد آنها

پرسش این بود: اگر دعوای اعسار یک دعوای ترافعی است، به چه دلیل دادگاه باید خودش به‌طور مستقل - حتی بدون نیاز به درخواست خوانده دعوای اعسار - طبق ماده ۱۰ ق.ن.ا.م.م. به صورت واجب غیرموقت فوری (مظفر، ۱۳۸۴: ۱۰۹) در صدد کشف اعسار یا ایسار مدیون باشد؛ در حالی که در دعوای ترافعی، دادگاه همواره باید بی‌طرفانه عمل کند و خودش به استقلال در اثبات یا نفی مدعی نکوشد؟! در پاره‌ای از متون فقهی در پاسخ به مسئله مشابه این پرسش، احتمال‌هایی بیان شده است که به بازگویی و نقد آنها می‌پردازیم. *احتمال نخست*: ممکن است فقیهانی که تبیین از اعسار یا ایسار را برای حاکم واجب دانسته‌اند، مقصودشان این باشد که وی روش مستقلی را برای کشف حقیقت در این زمینه به‌کار نمی‌بندد، بلکه منظور آنها رسیدن حاکم به حقیقت امر، از طریق بیینه و سوگند است که به تناسب مورد، مدعی یا منکر اقامه می‌کند! در واقع چنانچه این احتمال پذیرفته شود، ماده ۱۰ کارایی مستقلی در برابر ماده ۷ نخواهد داشت و عملاً لغو خواهد شد. با اندک دقتی در ظاهر مواد ۷ و ۱۰ و مبنای روایی مذکور که برای لزوم تبیین حاکم به‌عنوان مبنای ماده ۱۰ بیان شد، بطلان این احتمال آشکار می‌شود. در متون فقهی مورد اقتباس قانونگذار نیز، دقیقاً تکلیفی که حاکم نسبت به تبیین دارد، در عرض مباحث مدعی و منکر در دعوای اعسار بیان شده است، نه اینکه در طول آن باشد! *احتمال دوم*: ممکن است در راستای همسوسازی تکلیف تبیین با قواعد عمومی مدعی و منکر گفته شود که منظور از مکلف

بودن حاکم به تبیین حال مدعی اعسار این است که حاکم اختیار دارد در جست‌وجوی بیینه برای کشف حقیقت باشد تا تکلیف آوردن بیینه از دوش مدعی اعسار برداشته شود؛ زیرا فرض بر این است که مدعی اعسار به محض ادعای مذکور (طبق بعضی از روایاتی که بیان شد) حبس می‌شود. در این صورت چنانکه حاکم وی را در حبس نگه دارد، دست وی از آوردن بیینه و اثبات حقانیت خویش کوتاه خواهد بود، و چه بسا همین امر سبب شود، وی به ناحق مدتی را در حبس بماند، در حالی که در عالم واقع معسر بوده است! به نظر می‌رسد این احتمال نیز از جنبه‌های متعدد جای نقد دارد: الف) فقیهانی که تبیین را مطرح کرده‌اند، ظاهر کلامشان ظهور در تکلیف حاکم نسبت به تبیین دارد نه اینکه وی نسبت به آن اختیار داشته باشد؛ ب) مدعی اعسار همواره حبس نمی‌شود؛ زیرا چه بسا مدیون، صغیر یا مجنون یا شخصیت حقوقی باشد، که نماینده قانونی وی، ادعای اعسار را مطرح می‌کند؛ ج) بر فرض اینکه مدعی اعسار در حبس باشد، لازمه آن عدم امکان اقامه بیینه توسط وی نیست، بلکه او می‌تواند از حاکم احضار گواهانی را که برای کشف حقیقت لازم می‌داند، درخواست کند؛ د) احتمال مذکور به‌ویژه امروزه که طبق مواد ۳ و ۸ ق.ن.ا.م.م. مدعی اعسار می‌تواند شهادت کتبی گواهان را ظرف سی روز قبل از حبس به دادگاه ارائه دهد، کارایی نخواهد داشت؛ احتمال سوم: دادگاه می‌تواند از طریق بیینه اقامه‌شده از سوی مدعی اعسار یا از طریق دیگر به‌طور مستقل، برای کشف حقیقت در دعوی اعسار اقدام کند. به نظر می‌رسد در نقد این احتمال سوم نیز می‌توان گفت: الف) این احتمال در واقع از احکام مواد ۷ و ۱۰ رفع تعارض نمی‌کند، بلکه مصادره به مطلوب است؛ زیرا اشکال اصلی این بود که به چه دلیلی دادگاه مکلف است به‌طور مستقل در عرض قواعد عمومی مدعی و منکر، در راستای اثبات یا رد خواسته بکوشد؟! ب) اگر طریق کشف حقیقت دادگاه، غیر از بیینه باشد، دلیلی بر معتبر بودن آن به‌عنوان یک دلیل اثباتی از نظر پاره‌ای از متون فقهی نیست،^۱ چنانچه منظور کشف حقیقت از طریق بیینه باشد، در این فرض نیز باید گفت: اقامه

۱. البته در متون قانونی با توجه به این که اماره قضایی نیز طبق مواد ۱۲۵۸، ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ قانون مدنی از ادله اثبات دعوی است، بنابراین غیر از بیینه نیز می‌تواند در کشف حقیقت برای قاضی یاری رساند.

بینه بر عهده مدعی است نه حاکم؛ به عبارت دیگر، با این تحلیل بازآمیخت مواد ۷ و ۱۰ نمایان می‌شود؛ *احتمال چهارم*: محقق آشتیانی پس از نقد احتمال‌های مطرح‌شده، بهترین توجیه برای لزوم فحص مستقل حاکم در محل بحث را پیشگیری از اختلال نظام اقتصادی و تضييع حقوق طلبکاران دانسته‌اند؛ زیرا در صورتی که دادگاه در صدد کشف واقع در دعوی اعسار نباشد، بیشتر بدهکاران ادعای اعسار می‌کنند و سبب تضييع حقوق طلبکاران می‌شوند. نتیجه این امر چیزی جز اختلال نظام اقتصادی جامعه نخواهد بود! (رک: آشتیانی، ۱۴۲۵: ۲۷۲ - ۲۷۵). در نقد این دلیل می‌توان گفت: الف) فرض بر این است که دعوی اعسار از دعوی ترافیعی است، با این تحلیل چنانکه در گذشته از بعضی از نویسندگان حقوقی بازگو شد، دعوی اعسار مصداق دعوی حسبی می‌شود؛ ب) چنین نیست به صرف اینکه شخصی مدعی اعسار شد، ادعای مذکور از وی پذیرفته شود تا گفته شود بیشتر بدهکاران ادعای اعسار می‌کنند، بلکه فرض بر این است که مدعی اعسار طبق قواعد عمومی مدعی یا منکر باید مدعای خود را اثبات کند؛ وانگهی دادگاه نیز در طول ادله اقامه‌شده از سوی طرفین، این اختیار را دارد که در کشف حقیقت بکوشد.

احتمال پنجم: شاید گفته شود که حکم مقرر در ماده ۱۰، بیانگر مصداقی از قاعده بیان‌شده در ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. است، که مقرر می‌دارد: «در کلیه امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هر گونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد». بنابراین آن موضوع با قواعد عمومی مدعی و منکر منافاتی ندارد. به نظر می‌رسد این احتمال نیز پذیرفتنی نیست؛ زیرا ماده ۱۹۹ همواره همسو با ترافیعی بودن دعوا تفسیر می‌شود؛ به طوری که دادگاه در مواردی که به تحقیق محلی یا کارشناسی یا معاینه محل یا رجوع به اسناد یا پرونده دیگری نیاز است، در زمینه کشف حقیقت می‌کوشد، اما ماده ۱۰ تکلیف بیشتری در این زمینه بر عهده دادگاه گذاشته است؛ زیرا وی به محض تقدیم دادخواست اعسار، فوراً باید در تعیین وضعیت اعسار یا ایسار نهایت تلاش خود را به کار ببندد؛ در واقع عملکرد دادگاه در کنار طرفین دعوا به صورت استقلالی پیش‌بینی شده است، نه در طول آنها، به ویژه اینکه مبنای ماده ۱۰ (چنانکه گذشت) بر روایاتی مبتنی است که به مبنای ماده ۱۹۹ ارتباطی ندارد. ناگفته نماند که هنوز

مفهوم و گستره ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. در حقوق ایران چندان روشن نیست (رک: کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۴۵ و ۴۶؛ شمس، ۱۳۸۵: ۱۱۵ - ۱۲۰) رویه قضایی نیز به استفاده حداقلی از ماده یادشده بسنده کرده است.

به نظر می‌رسد که اگر دعوای اعسار را صرفاً دعوای ترافیعی بدانیم، نمی‌توانیم تعارض یادشده را حل کنیم، از سوی دیگر نمی‌توان سنجه‌های کامل دعوای امور حسبی را در مورد دعوای اعسار جاری دانست! در هر حال، هیچ‌یک از احتمال‌های یادشده برای رفع تعارض بین مواد ۷ و ۱۰ و تفسیر همسو از دو ماده یادشده کافی نیستند. پس از این توضیح، باید گفت: چهار راه‌حل در این موضوع به نظر می‌رسد که به بیان آنها می‌پردازیم:

۱. ماده ۱۰ را استثنایی بر قواعد عمومی مدعی و منکر در دعوای ترافیعی بدانیم؛ ۲. از مبنای قبلی عدول کنیم و بگوییم ماده ۱۰، بیانگر مصداقی از ماده ۱۹۹ آ.د.م. تفسیر شود، ولی به دلیل خصوصیت‌های دعوای اعسار، مصداق مزبور به همراه شرایط ویژه‌ای و از جمله فوری بودن کشف حقیقت، همراه شده است؛ ۳. دعوای اعسار از دعوای مختلط شمرده شود که از نظر اقامه دعوا، دعوای ترافیعی است، ولی در زمان رسیدگی و اثبات، شاید از قواعد دعوای غیرترافیعی (حسبی) نیز پیروی کند. در توضیح مطلب باید گفت: در جای خود امکان بحث دارد که آیا تقسیم دعوای حقوقی به ترافیعی و غیرترافیعی به حصر عقلی است یا اینکه می‌توان در این تقسیم‌بندی، دعوای مختلط را نیز گنجانند؛ به طوری که یک دعوا از بعضی جهات جنبه ترافیعی به خود بگیرد و از بعضی جهات احکام غیرترافیعی داشته باشد. به عبارت دیگر گاهی موضوع دعوا بیشتر مرتبط با حق و تکلیف اجتماعی است و گاهی مرتبط با حق شخصی! اما مواردی، مثل دعوای اعسار، شاید گفته شود که دارای هر دو جنبه است. نسبت به دعوای ورشکستگی نیز (که از بعضی جنبه‌ها مشابه دعوای اعسار است) این اندیشه جای طرح دارد؛ به طوری که جنبه اقامه آن هم ذوجهین (ترافیعی و غیرترافیعی) است؛ زیرا طبق ماده ۴۱۵ قانون تجارت، افزون بر تاجر و طلبکاران، دادستان نیز مستقلاً می‌تواند صدور حکم ورشکستگی تاجری را از دادگاه تقاضا کند؛ ۴. سه راه پیشین به گونه‌ای تعارض بین مواد ۷ و ۱۰ را برطرف می‌کرد، ولی راه چهارم این است که گفته شود مبنای ماده ۱۰ در متون فقهی، مبتنی بر روایاتی است که ناظر به حالت

حبس محکوم‌علیه به صرف ادعای اعسار است، اما امروزه با توجه به مواد ۳ و ۸ ق.ن.ا.م.م. که صرف ادعای اعسار، سبب حبس نمی‌شود، بنابراین ماده ۱۰ اقتباس نادرستی از متون فقهی است که با احکام ترافیعی بودن دعوای اعسار در شرایط فعلی سازگار نیست. هر کدام از این راه‌حل‌ها توجیه‌پذیر است، ولی به نظر می‌رسد با توجه به اینکه دادگاه‌ها به جهت شلوغی یا عوامل دیگر، کمتر به تکلیف ناشی از ماده ۱۹۹ آ.د.م. عمل می‌کنند، برای حفظ حقوق هر دو طرف دعوا، لازم است تکلیف مقرر در ماده ۱۰ پابرجا بماند، هر چند باز در عمل این طلبکار است که باید دادگاه را یاری کند تا در کشف حقیقت بکوشد و کمتر پیش می‌آید که به طور مستقل دادگاه‌ها به تکلیف ناشی از ماده ۱۰ عمل کنند!

تعارض دوم مواد ۷ و ۱۰ ق.ن.ا.م.م.

در ماده ۱۰ ق.ن.ا.م.م. آمده است: «پس از ثبت دادخواست اعسار، دادگاه مکلف است فوراً با استعلام از مراجع ذی‌ربط و به هر نحو دیگر که ممکن باشد، نسبت به بررسی وضعیت مالی محکوم‌علیه جهت روشن شدن اعسار یا ایسار او اقدام کند». ظاهر این ماده با توجه به اطلاقی که دارد، بیانگر آن است که دادگاه تا روشن شدن وضعیت محکوم‌علیه باید به تلاش خود ادامه دهد و غایت این حکم رسیدن دادگاه به اطمینان عرفی نسبت به کشف ایسار یا اعسار است. از این ماده برداشت می‌شود که قانونگذار امکان حصول اطمینان مذکور را برای دادگاه ممکن دانسته و به این دلیل وی را مکلف به روشن کردن حقیقت دانسته است؛ وگرنه چنانچه کشف ایسار یا اعسار برای دادگاه ممکن نبود، تکلیف قانونی یادشده لغو و قبیح شمرده می‌شود. با این‌همه، در قسمتی از ماده ۷ ق.ن.ا.م.م. احراز نشدن ملائت فعلی یا سابق بدهکار نزد قاضی، یکی از موارد ثبوت اعسار با سوگند بدهکار تلقی شده است. مضمون این سخن بیانگر آن است که احتمال عدم رسیدن دادگاه به اطمینان نسبت به ایسار یا اعسار وجود دارد. چگونه می‌توان این تعارض را حل کرد؟

در پاسخ باید گفت: حکم واقعی اولی در دعوای اعسار طبق ماده ۱۰، فحوص دادگاه از

وضعیت مالی مدیون با تحقیقات متناسب است، حتی دادگاه می‌تواند ظنون متراکمی^۱ را فراهم آورد، که هرچند آنها در کشف حقیقت به‌تنهایی حجیت و کارایی ندارند، با انباشته شدن آنها کنار هم، اطمینان عرفی برای دادرس مبنی بر اعسار یا ایسار حاصل می‌شود؛ تقریباً در موارد زیادی با کاربرد کامل ماده ۱۰، دادگاه اطمینان عرفی به وضعیت مدیون پیدا می‌کند و اطمینان مذکور کارایی ماده ۷ را که در فرض مشکوک بودن وضعیت مدیون کاربرد دارد، منتفی می‌کند. به عبارت دیگر با آمدن اطمینان، طبق درک عقل، شک زائل می‌شود و عملاً استناد به اصول عملیه از جمله اصل استصحاب پیش‌بینی‌شده در ماده ۷، برای تشخیص مدعی و منکر در دعوی اعسار رخت برمی‌بندد. روایاتی هم که تکلیف را تبیین قاضی دانسته‌اند، افزون بر نگاه به اعسار به‌عنوان یک تکلیف اجتماعی حاکم، به‌نظر می‌رسد نگاه عرفی نسبت به واقعیت اجتماعی اعسار از منظر اثبات و انکار را بیان کرده‌اند؛ زیرا در بیشتر موارد با توجه به شناور بودن امر اعسار و ایسار بدهکار و کثرت و تنوع مصادیق دعاوی، اصولی مثل استصحاب سابقه، از دیدگاه عرفی، سنجه مطمئنی برای کشف حقیقت نیست؛ بنابراین سنجه اصلی را در دعاوی اعسار باید ماده ۱۰ ق.ن.ا.م.م. و تکلیف قاضی مبنی بر حصول اطمینان بر عسر یا یسر دانست. با این‌همه در موارد نادری شاید دادگاه تلاش عرفی برای روشن شدن وضعیت مدیون انجام داده باشد، ولی باز به کشف حقیقت موفق نشود و در واقع دادگاه، قدرت عرفی روشن کردن حقیقت را نداشته باشد. در این فرض ماده ۷ به‌عنوان یک حکم ظاهری، تکلیف دادگاه و طرفین را مشخص کرده است. با توجه به اینکه مرتبه حکم بیان‌شده در ماده ۱۰ با حکم مقرر در ماده ۷ یکی نیست (چون ماده ۱۰ ناظر به حکم واقعی است، ولی ماده ۷ بیانگر حکم ظاهری) تعارض بین این دو ماده به‌دلیل امکان جمع عرفی بین آنها، بدوی خواهد بود نه مستقر (خراسانی،

۱. هر چند خود ظن فی نفسه ارزش اثباتی ندارد، وقتی ظنون متعدد بر روی هم انباشته می‌شود، طبق برخی از مبانی اصولی، اطمینان عرفی پیدا می‌شود و این اطمینان ارزش حقوقی دارد. شیخ انصاری اصولی و فقیه معروف شیعه نیز در مباحث علمی خود، از این طریق بهره فراوان برده است. جالب است که حتی بعضی از فقیهان برجسته معاصر وی را از باورمندان انسداد معرفی کرده‌اند (رک: شبیری زنجانی، بی‌تا: ۳۳۴۰ و ۳۳۴۱) هر چند در صحت این ادعا، جای تردید است که باید در جای خود بررسی شود.

۱۴۲۳: ۴۹۶ و ۴۹۷) هرچند مناسب بود که قانونگذار در ماده ۱۰ قید «حتی‌الامکان»^۱ را نیز بیفزاید، اما با توجه به این که تقیید اجرای حکم به قدرت عرفی، از طریق درک عقل نیز ممکن است، بنابراین عدم بیان آن از سوی مقنن، قابل توجیه است. با این تفسیر، اشکال دیگری بر عملکرد قانونگذار نسبت به تقدم و تأخر جایگاه مواد ۷ و ۱۰ وارد است که در ادامه بیان خواهد شد.

تأخر ماده ۱۰ از ماده ۷ از نظر ساختار قانونی

ماده ۱۰ بیانگر حکم واقعی و ماده ۷ مشتمل بر احکام ظاهری است. تا جایی که دسترسی به حکم واقعی باشد، نوبت به حکم ظاهری نمی‌رسد؛ بنابراین لازم بود که قانونگذار مضمون ماده ۱۰ را به‌عنوان حکم نخستین در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بیان کند و پس از آن کارایی ماده ۷ را مترتب بر عدم کشف وضعیت مدیون به‌وسیله دادگاه مترتب کند، اما قانونگذار این ترتیب منطقی را رعایت نکرده و به‌صورت غیرمنظم به تدوین احکام اثبات اعسار یا ایسار اقدام کرده است. لازم بود پس از تعریف معسر قانونگذار، نخست مضمون ماده ۸ را بیان کند و سپس به مفاد ماده ۱۰ فعلی اشاره و مقرر کند:

«پس از ثبت دادخواست اعسار، دادگاه مکلف است فوراً با استعلام از مراجع ذی‌ربط یا به هر نحو دیگر که ممکن باشد، نسبت به بررسی وضعیت مالی محکوم‌علیه جهت روشن شدن اعسار یا ایسار او حتی‌الامکان اقدام کند».

«تبصره - چنانچه اقدامات دادگاه برای کشف حقیقت مؤثر واقع نشود، لازم است دلیل روشن نشدن وضعیت مدیون، در پرونده درج شود».

افزودن این تبصره علاوه بر اینکه احتیاط دادگاه را در انجام دادن وظیفه قانونی خود افزایش می‌دهد، امکان نظارت بر عملکرد وی در این زمینه را نیز برای مراجع نظارتی تسهیل می‌کند. به عبارت روشن‌تر، در مجموع سبب می‌شود تا جایی که ممکن است حقوق طرفین

۱. ناگفته نماند که واژه «ممکن» که در ماده ۱۰ به کار رفته، ناظر به شیوه کشف حقیقت است و به غایت حکم که موضوع بحث است، ارتباطی ندارد.

دعوی اعسار (به‌ویژه طلبکار) تضييع نشود. متأسفانه در مقام عمل کمتر به این تکلیف مستقل ماده ۱۰ ق.ن.ا.م.م. عمل می‌شود و عملاً مدعی و منکر با اصول عملیه تشخیص داده می‌شوند و بدهکار یا طلبکار اثبات ادعا را خود بر عهده می‌گیرد. نتیجه این امر در بیشتر موارد به تضييع حق طلبکار و گاهی نیز حق بدهکار منجر می‌شود. در پایان این بحث گفتنی است که در تدوین ماده ۱۰ ق.ن.ا.م.م. جمع دو هدف نهفته است؛ هدف نخست اینکه با کشف ایسار، از تضييع حقوق طلبکاران پیشگیری شود؛ هدف دیگر اینکه چنانکه مدعی اعسار نتواند بینه‌ای به نفع خود اقامه کند، دادگاه از این راه، به اعسار وی پی ببرد و زمینه ترتب احکام منکر را بر وی فراهم کند و به مسئولیت اجتماعی خود در پیشگیری از ظلم حبس بدون دلیل موجه، عمل کند. جالب اینکه بعضی از فقهایان تصریح کرده‌اند، در صورتی که مدعی اعسار در حبس باشد، اگر حاکم حتی به ظن هم برسد که ادعای وی راست است، باید او را آزاد کند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۷۴؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰۱).

عدم تبیین رابطه نتیجه ناشی از ماده ۱۰ با احکام ماده ۷

به محض اینکه پس از ثبت دادخواست اعسار، دادگاه طبق ماده ۱۰ به تحقیقات خود برای کشف ایسار یا اعسار به حصر عقلی اقدام کند، نتیجه از سه حالت خارج نخواهد بود: یا کشف می‌شود مدیون معسر است یا مؤسر است یا اینکه دادگاه به نتیجه نمی‌رسد و قضیه همچنان مجهول می‌ماند. در فرض اخیر سنجه‌های مطرح شده در ماده ۷ کارایی خود را نشان خواهد داد که محل بحث نیست، اما سخن در مواردی است که دادگاه قبل از جلسه، کشف می‌کند که مدیون معسر است، ولی طلبکار گواه برای اثبات ایسار مدیون در جلسه دادگاه اقامه می‌کند. همچنین ممکن است دادگاه کشف ایسار کند، ولی مدیون گواهانی را طبق قانون معرفی کرده باشد که شهادت بر اعسار وی داده‌اند یا حتی شاید وی در جلسه دادگاه به اقرار ضمنی طرف مقابل خود استناد جوید. در این موارد حکم چیست و دادگاه باید چه تصمیمی بگیرد؟ تردیدی نیست در فرضی که قضیه مجهول مانده باشد، دادگاه ملزم است جلسه رسیدگی برای ادعا تشکیل دهد و ادله طرفین را استماع و ارزیابی کند. چنین است در صورتی که دادگاه صرفاً به ایسار یا اعسار سابق مدیون اطمینان حاصل کند، در این فرض نیز نقش این اطمینان حداکثر در تعیین مدعی و منکر دعوی اعسار ظهور پیدا خواهد کرد، ولی

چنانکه دادگاه به اعسار یا ایسار فعلی اطمینان پیدا کرد، اما در جلسه دادگاه، طرفین دعوا ادله دیگری را مطرح کردند که در تعارض با اطمینان پیشین دادگاه بود، کدام یک مقدم است؟ آیا اطمینان دادگاه صرفاً به‌عنوان سنجۀ ارزیابی ادله طرفین به‌کار خواهد رفت یا نقش بیشتری دارد؟ در فرضی که به‌عنوان سنجۀ باشد، ماده ۱۰ عملاً با ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. تفاوتی نخواهد داشت، اما در صورتی که بپذیریم اطمینان ناشی از ماده ۱۰ خودش به‌عنوان دلیل مستقلاً استنادپذیر است، پرسش تازه‌ای بروز خواهد کرد که آیا در حد امارۀ قضایی معتبر است که با گواهی‌هایی که شاید طرفین اقامه کنند، از بین خواهد رفت یا نقش بیشتری دارد و حتی دادگاه می‌تواند به استناد آن به گواهی گواهان ترتیب اثر ندهد؟ هیچ‌کدام از این ابهامات در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی پاسخ داده نشده است. به‌نظر می‌رسد اطمینان دادگاه بر ایسار و اعسار فعلی، تا زمانی که با اقامۀ ادله دیگر از بین نرفته باشد، نه‌تنها در ارزیابی ادله طرفین و عدم امکان توسل به ادای قسم^۱ اثر خواهد داشت، بلکه در فرض تعارض، شاید بر آنها مقدم شود. ملاک ماده ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی (هرچند که آن ماده در امور کیفری بیان شده است) می‌تواند در مسئله مذکور نیز استنادپذیر باشد؛ زیرا در ماده یادشده آمده است: «در صورتی که علم قاضی با ادله قانونی دیگر در تعارض باشد، اگر علم بین باقی بماند، آن ادله برای قاضی معتبر نیست و قاضی با ذکر مستندات علم خود و جهات رد ادله دیگر، رأی صادر می‌کند. چنانچه برای قاضی علم حاصل نشود، ادله قانونی معتبر است و بر اساس آنها رأی صادر می‌شود». در تبصره ماده ۲۱۱ قانون مذکور نیز مواردی مثل کارشناسی و تحقیقات محلی، به‌عنوان اسباب حصول علم قاضی بیان شده است. توضیح بیشتر باید در جای خود بیان شود. در هر حال لازم بود قانونگذار به‌صورت روشن آثار مترتب بر اطمینان حاصل‌شده از طریق اجرای ماده ۱۰ را بیان و در ضمن، حکم تعارض آن با ادله اقامه‌شده از سوی طرفین را نیز روشن کند.

۱. طبق ماده ۱۳۳۵ ق.م.، یکی از فروضی که امکان توسل به قسم نیست، ثبوت دعوا نزد قاضی بر مبنای اسناد یا امارات است. در محل بحث نیز در فرضی که قاضی بر مبنای امارات قضایی اطمینان بر اعسار یا ایسار فعلی پیدا کند، نوبت به توسل به سوگند قضایی نمی‌رسد.

انتقادات مختص ماده ۷

در مباحث گذشته انتقادهایی مطرح شدند که نسبت به رابطه مواد ۷ و ۱۰ وارد شده بودند. در این قسمت از نوشتار، به بیان شش اشکال مختص به ماده ۷ پرداخته خواهد شد.

بیان عبارات طریقی و متداخل

در قسمتی از ماده ۷ ق.ن.ا.م.م. آمده است: «در مواردی که وضعیت سابق مدیون دلالت بر ملائت وی داشته یا مدیون در عوض دین مالی دریافت کرده یا به هر نحو تحصیل مال کرده باشد، اثبات اعسار بر عهده اوست؛ مگر اینکه ثابت کند آن مال تلف حقیقی یا حکمی شده است...».

فارغ از اینکه منشأ بدهی عمل حقوقی یا واقعه حقوقی باشد؛ در صورتی که ثابت شود پیشینه بدهکار بر دارا بودن بوده است و دلیل معتبری نیز بر قطع شدن سابقه یادشده وجود نداشته باشد؛ استصحاب بقای موضوع جاری می شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۹۹). بنابراین بدهکاری که خلاف اصل یادشده را ادعا می کند، با نگاه عرفی مدعی شمرده خواهد شد. پرسش این است آیا صدر ماده ۷ برای بیان مقصود مذکور کافی بوده یا در کنار آن آوردن عبارات «... یا مدیون در عوض دین مالی دریافت کرده یا به هر نحو تحصیل مال کرده باشد...» نیز لازم بوده است؟ به نظر می رسد عباراتی همچون دریافت عوض دین یا تحصیل مال، موضوعیت ندارند؛ بلکه طریقی برای کشف ملائت گذشته تلقی می شوند! در واقع اگر عوضی در برابر دین دریافت شده، یا مالی در گذشته تحصیل شده (یا حتی ارثی به مدیون رسیده باشد) از طریق آنها کشف می شود که مدیون در گذشته ملائت داشته است و در صورت تردید در انتفای آن، استصحاب بقای ملائت می شود. چنانچه مدیون ادعای خلاف اصل یادشده را داشته باشد، باید آن را اثبات کند. با این توضیح، به نظر می رسد قانونگذار با آوردن بند نخست ماده ۷ ق.ن.ا.م.م. از عبارات بعدی بی نیاز بود و نباید عبارات بعدی با آوردن واژه «یا» به عنوان قسیم در عرض ملائت سابق مدیون، به کار گرفته می شد، بلکه قانونگذار حداکثر می توانست آنها را به عنوان مثال برای احراز ملائت سابقه بیان کند. جدا از این اشکال و با فرض چشم پوشی از آن، به نظر می رسد، به قسیم سازی دومی نیز در متن ماده مورد بحث، بین دریافت عوض و تحصیل مال نیازی نبوده است؛ زیرا کافی بود

قانونگذار به جای عبارت «...یا مدیون در عوض دین مالی دریافت کرده با به هر نحو تحصیل مال کرده باشد» به صورت کوتاه مقرر کند: «...یا مدیون در عوض دین به هر نحوی تحصیل مال کرده باشد»؛ زیرا این عبارت شامل دریافت عوض هم می‌شود. به عبارت دیگر، اصطلاح «تحصیل مال» مطلق است و تحصیل از طریق همه اعمال حقوقی (معوض و غیرمعوض) و اعمال مادی اختیاری را شامل می‌شود.

تفسیر انتقادی عبارات «تلف حقیقی یا حکمی»

طبق ماده ۷ ق.ا.م.م. چنانکه بدهکار ثابت کند عوضی که در برابر دین دریافت یا مالی که تحصیل کرده، تلف حقیقی یا حکمی شده است، استصحاب بقای مال جاری نمی‌شود. در این صورت قول مدعی اعسار مطابق با اصل خواهد بود. در نتیجه وی منکر شمرده می‌شود. در این فرض خواننده دعوی اعسار باید ملائت فعلی یا سابق مدعی اعسار را اثبات کند، وگرنه با سوگند مدیون، اعسار وی ثابت می‌شود. این قسمت از ماده اشکالاتی دارد که در ادامه بحث به آنها پرداخته می‌شود. قبل از ورود در بحث، لازم است مقدمه کوتاهی بیان شود.

تفاوت تلف حقیقی و حکمی

مقدمه: تلف حقیقی به معنای از بین رفتن خود به خود مال یا در اثر حادثه قهری آسمانی (مثل باران و تگرگ) یا زمینی (مثل زلزله) است. به عبارت دیگر در صورتی که هیچ شخصی تقصیری در نابودی مال نداشته باشد، به آن تلف حقیقی گفته می‌شود، اما در فرضی که تلف ناشی از تقصیر یا عمد شخص باشد، به آن اتلاف^۱ گفته می‌شود. تلف حکمی (که گاهی نیز با عباراتی همچون تلف تعبدی، تلف قانونی، تلف شرعی یا تلف اعتباری تعبیر می‌شود) در جایی به کار می‌رود که مال در خارج موجود است، ولی شخص نمی‌تواند در آن تصرف کند؛ سبب این امر شاید انتقال مال به دیگری یا خارج شدن آن از دسترس مالک در اثر غرق شدن در دریا یا به سرقت رفتن یا مانند آن باشد (هاشمی شاهرودی، بهار ۱۳۸۸: ۶۱۵ تا ۶۱۸).

۱. البته گاهی تلف ناشی از تقصیر، در برابر تلف عمدی به کار می‌رود؛ در این صورت به تلف ناشی از تقصیر، تلف از باب تسبیب (یا اتلاف غیرمستقیم) گفته می‌شود.

بنابراین تلف حکمی واژه‌ای است که از اتلاف حکمی (مثل انتقال ارادی مال توسط مالک به دیگری) نیز نمایندگی می‌کند. ناگفته نماند که در متون حقوقی، تلف حکمی بیشتر در مواردی به کار می‌رود که شخص با انجام دادن یک عمل حقوقی مالی را از ملکیت خود خارج کند؛ به نظر می‌رسد منظور قانونگذار در ماده ۷ از اصطلاح «تلف حکمی» نیز همین معنا بوده؛ بنابراین معنای اعم آن که شامل عدم دسترسی به مال نیز می‌شود، مقصود وی نبوده است. قرینه این برداشت، تبصره ماده ۶ است که در آن نسبت به عدم دسترسی مال، حکم جداگانه‌ای تصویب شده است. نتیجه اینکه تلف حکمی شامل تمامی انتقالات اعتباری ملکیت مال از شخصی به دیگری خواهد بود؛ بدون اینکه عین مال از بین رفته باشد. برای مثال، اگر خریدار ماشینی را که خریده است، به دیگری بفروشد، می‌توان گفت ماشین تلف حکمی شده است، اما تلف حقیقی (چنانکه گفته شد) در برابر اتلاف حقیقی است، بنابراین چنانچه قرینه‌ای در کلام نباشد، نمی‌توان این دو را به جای هم به کار برد.

عدم تقیید حکم تلف حقیقی به فرض عدم امکان جبران خسارت

شاید بدهکار با دلیل معتبر، اعسار فعلی خود را اثبات نکند، بلکه ثابت کند مالی که سبب ملائت سابق وی بوده، به صورت حقیقی از بین رفته است، بدون اینکه امکان جبران خسارت آن باشد،^۱ طبق ماده ۷ ق.ن.ا.م.م. جای مدعی و منکر تغییر پیدا خواهد کرد؛ بنابراین چنانچه طلبکار، ملائت فعلی بدهکار را اثبات نکند، با سوگند بدهکار، اعسار وی پذیرفته می‌شود؛ زیرا وقتی ثابت شود سبب ملائت زائل شده است، استصحاب بقای مال مورد اختلاف جاری نمی‌شود. و اصل عدم ملائت^۲ جاری خواهد شد که نتیجه آن موافق با اصل شدن قول مدعی اعسار خواهد بود. در این فرض با ادای سوگند، اعسار وی پذیرفته می‌شود. دقت شود با

۱. قید «عدم امکان جبران خسارت» در پایان همین بحث توضیح داده خواهد شد.

۲. عنایت شود که همیشه عدم ملائت به معنای اعسار نیست، برای مثال فرزندی که مال و دینی ندارد و نفقه‌اش را نیز پدرش می‌پردازد، مشمول عنوان عدم ملائت است، ولی معسر شمرده نمی‌شود (رشتی، ۱۴۰۱: ۱۷۵) چون بدهکار نیست، در حالی که معسر شخصی است که قادر به عدم تأدیة دین نیست (رک: تعریف ماده ۶ ق.ن.ا.م.م.) همین فرد در صورتی که بدهکار شود، استصحاب عدم ملائت وی، چنانکه در متن بیان شد، جایگاه وی را از مدعی به منکر تبدیل می‌کند.

اصل عدم ملائت، ثبوت اعسار نتیجه گرفته نمی‌شود تا اشکال شود که اصل مذکور اصل مثبت است،^۱ بلکه با جریان اصل یادشده صرفاً جای مدعی و منکر تغییر می‌کند، بعد از آن با ادای سوگند توسط منکر، اعسار ثابت می‌شود، تا اینجا مشکل خاصی از نظر قانونی وجود ندارد، اما شایسته بود که قانونگذار تصریح کند در صورتی که آن مال تلف حقیقی شود، بدون اینکه خسارت آن جبران‌پذیر باشد. افزودن قید اخیر سودمند است؛ زیرا در موارد زیادی، مال تلف حقیقی می‌شود، اما امکان دریافت خسارت آن وجود دارد؛ در این صورت صرف ثبوت تلف حقیقی سبب نمی‌شود که جایگاه شخص اثبات‌کننده آن، از مدعی به منکر تغییر پیدا کند. بیان سه مثال در این زمینه مطلب را بیشتر روشن می‌کند. مثال ۱- ماشینی که دارای بیمه بدنه است، به دلیل اختلال در سیم‌پیچی آتش می‌گیرد و می‌سوزد، ولی امکان دریافت خسارت آن از بیمه است، در این فرض داشتن بیمه بدنه، کافی است که با تلف حقیقی، جایگاه مالک سابق ماشین در دعوی اعسار از مدعی به منکر تبدیل نشود. همین امر در هر مورد دیگری که مالی در برابر تلف حقیقی بیمه است، جاری می‌شود. به‌ویژه امروزه که بیمه نقش فعالی در این زمینه دارد، آثار تحلیل مذکور روشن است؛ مثال ۲- شخصی مالک سرمایه‌ای است که اثبات می‌کند از بین رفته است، ولی به هر دلیلی ثابت می‌شود که طبق ماده ۵۵۸ ق.م.م.ضارب ملتزم شده است از مال خود به مقدار تلف سرمایه، مجاناً به مالک تملیک کند. در این فرض نیز صرف اثبات تلف حقیقی، موجب نمی‌شود که جایگاه مدعی اعسار به منکر تغییر پیدا کند. ده‌ها مثال دیگر در این موضوع می‌توان بیان کرد؛ برای مثال شرط ضمان مستأجر یا مستعیر^۲ شود، در این فرض‌ها نیز تلف حقیقی عین مستأجره یا عین مستعاره سبب نمی‌شود، عنوان منکر بر مالک آنها در دعوی اعسار صدق کند. در موردی که شرط شود مدت معینی تلف قهری مبیع حتی بعد از قبض بر عهده بایع باشد،^۳ حکم همان

۱. مشهور بین دانشیان اصول فقه، عدم پذیرش مثبتات اصول عملیه است، ولی مثبتات امارات را می‌پذیرند (خراسانی، ۱۴۲۳: ۴۷۳) اما بعضی از نویسندگان مثبتات اصول عملیه را معتبر می‌دانند (علیدوست، ۱۳۸۴:

۲۹۰ و ۲۹۱). تفسیر اصل مثبت و مبانی موجود در آن باید در جای خود مطرح شود.

۲. در ماده ۶۴۲ ق.م. به‌صراحت شرط ضمان عاریه پذیرفته شده است.

۳. البته شاید از نظر تحلیلی در درستی شرط ضمان مبیع بر عهده بایع، بعد از قبض مبیع توسط مشتری، اشکال

است که بیان شد، به این معنا که خریدار به صرف تلف حقیقی آن نمی‌تواند ادعای اعسار کند؛ مثال ۳- گاهی قانونگذار خسارت تلف حقیقی مالی را بر عهده دیگری می‌گذارد، در این فرض نیز صرف اثبات تلف حقیقی، به حال اثبات‌کننده آن سودی نخواهد داشت؛ برای مثال، طبق ماده ۴۵۳ ق.م. در صورتی که خیار مجلس، حیوان و شرط، مختص مشتری باشد، تلف بر عهده بایع است. روشن است در دعوی اعساری که شاید مشتری مدعی اعسار باشد، در فرض‌های مذکور اثبات تلف حقیقی به حال وی سودی نخواهد داشت. طبق ماده ۶۴۴ ق.م. در عاریه طلا و نقره ید مستعیر ضمانی است. در این فرض نیز اگر معیر اثبات تلف حقیقی عین مستعاره بکند، اثری نخواهد داشت. در مواردی هم که مال مدعی اعسار در ید غاصب یا در ید شخصی که حکم غاصب است، تلف حقیقی شده باشد، به جهت ضمانی بودن ید آنها، حکم مذکور جاری است.

بی‌توجهی به غلبه خارجی در بیان حکم تلف حکمی

در صورتی که سابقه بر ملائت باشد، ولی بدهکار ادعا کند که اموال مثبت ملائت، تلف حکمی شده است و آن را از طریق ادله معتبر اثبات کند، طبق ماده ۷ ق.ن.ا.م.م. در این فرض نیز همین اندازه اثبات کافی است که مدعی دعوی اعسار را از جایگاه مدعی به منکر برساند و با ادای سوگند وی اعسارش ثابت شود. به نظر می‌رسد این قسمت ماده، ناظر به فرضی است که با تلف حکمی، عوضی نصیب بدهکار نشده است، برای مثال بدهکار مال را هبه یا صلح بلاعوض کرده یا با آن بدهی قبلی خود را پرداخت کرده است، وگرنه صرف تلف حکمی مال سبب عدم ملائت بدهکار نمی‌شود! به‌ویژه اینکه تلف حکمی رایگان و اقدام متبرعانه، خلاف ظهور عرفی است (صفری، ۱۳۹۲، ۴۸۷ تا ۴۸۹) بنابراین شخصی که ادعا می‌کند با تلف حکمی مال، عوضی را به‌دست نیاورده است، باید آن را اثبات کند. طبق این تحلیل، اطلاق قسمت مورد بحث از ماده ۷ ق.ن.ا.م.م. دارای اشکال خواهد بود. به عبارت دیگر، اطلاق یادشده با غلبه عرفی و اصول حقوقی سازگار

شود، آنچه در متن بیان شد، در فرض پذیرش صحت شرط مذکور است. به نظر نگارنده شرط مذکور صحیح است.

نیست، مگر اینکه گفته شود: ماده ناظر به فرضی است که بدهکار در برابر تلف حکمی، عوضی را به دست نمی‌آورد. بر فرض پذیرش این احتمال، در این صورت اشکال دیگری بر قانونگذار وارد خواهد شد و آن سکوت و عدم پیش‌بینی فرضی است که آن غلبه خارجی دارد؛ زیرا چنانکه گذشت، در بیشتر موارد تلف حکمی رایگان نیست، بلکه در برابر عوض است.

عدم تصریح نسبت به حکم تلف حکمی قابل رجوع یا قابل فسخ

در مواردی تلف حکمی صدق می‌کند، ولی مدیون به راحتی می‌تواند با استفاده از حق قانونی خود، مالکیت خود را نسبت به مال مذکور مسترد کند، آیا در این فرض مدیونی که از اعمال حق مذکور امتناع می‌کند، غیرمملیء شمرده می‌شود و می‌تواند با سوگند اعسار خود را اثبات کند یا خیر؟ برای مثال شخصی ملک خود را به فرزندش صلح بلاعوض کرده ولی در ضمن آن به مدت ده سال برای خود خیار شرط گذاشته است. در این صورت ملک تلف حکمی شده، اما به راحتی مدیون می‌تواند با اعمال خیار شرط، ملک را مسترد کند، اما از این امر امتناع می‌ورزد. در مواردی که مدیون مالی را به دیگری هبه کرده و مال رجوع‌شدنی است، باز این مسئله جای طرح دارد. در این موارد حکم چیست؟ در پاسخ دو دیدگاه تصور می‌شود؛ دیدگاه نخست: تلف حکمی در ماده ۷ اطلاق دارد، شامل انتقال‌های قابل فسخ و قابل رجوع نیز می‌شود، بنابراین با اثبات تلف حکمی در فرض ماده، عنوان منکر بر مدعی اعسار صادق خواهد بود؛ دیدگاه دوم: منظور قانونگذار از تلف حکمی، آن‌گونه تلفی است که مال از ملکیت مدیون خارج شده باشد، به گونه‌ای که امکان استرداد از طریق فسخ و رجوع نباشد؛ بنابراین در مواردی که مدیون به راحتی می‌تواند ملکیت خود را مسترد کند، نباید احکام معسر را نسبت به وی جاری کرد. به‌ویژه اینکه فسخ و رجوع عمل مباحی است، اما پرداخت دین واجب خواهد بود، در مواردی که مدیون می‌تواند با انجام دادن یک مباح، واجبی را به فرجام رساند، نباید از فعل مباح امتناع ورزد. هر دو دیدگاه توجیه‌پذیر است، اما به نظر می‌رسد در مواردی که قرآینی وجود داشته باشد، عدم استفاده از حق فسخ یا حق رجوع، نوعی سوءاستفاده از حق یا به قصد فرار از ادای دین است، به نظر می‌رسد نباید ادعای اعسار وی را پذیرفت. تشخیص مصادیق موردی است و

به شَمّ قضایی بستگی دارد. در هر حال مناسب بود قانونگذار در این زمینه به صراحت اعلام نظر کند تا از اختلافات احتمالی در تفسیر عبارت تلف حکمی در این موضوع پیشگیری شود.

سکوت نسبت به حکم اتلاف حقیقی

آیا اتلاف حقیقی نیز مشمول حکم ماده ۷ ق.ن.ا.م.م. است یا خیر؟ هرچند قانونگذار در این موضوع سکوت اختیار کرده است، به نظر می‌رسد با توجه به اینکه به محض اتلاف مال، طبق ماده ۳۲۸ ق.م. ذمه متلف به مثل یا قیمت آن مال مشغول می‌شود، بنابراین بدهکار به میزان ارزش مال تلف‌شده در ذمه دیگری، مالک مثل یا قیمت می‌شود. همین طلب نوعی دارایی مثبت و قابل توقیف طبق ماده ۸۷ قانون اجرای احکام مدنی است، پس در فرض یادشده شخص نمی‌تواند خود را معسر قلمداد کند؛ بلکه بدهکار باید ملکیت خود را به مافی الذمه متلف به ارزش مال تلف‌شده اعلام کند تا در صورتی که طلبکار درخواست کرد، آن مال توقیف شود. گفتنی است چنانچه مالک ادعا کند که در برابر اتلاف، مالی دریافت نکرده یا متلف شناسایی نشده یا فرار کرده است، در امور مذکور مدعی تلقی خواهد شد و باید اثبات کند که چون ادعاهای یادشده خلاف غلبه و روند طبیعی امور، خلاف متعارف و خلاف اصل است، چون در بیشتر موارد مالک از متلف، مثل یا قیمت مال خود را دریافت می‌کند. همچنین در موارد زیادی مالکان برای جبران شدن خسارت، در صدد کشف متلف برمی‌آیند. از سوی دیگر اصل بر عدم فرار است. همچنین اگر مالک ادعا کند که ذمه متلف را ابرا کرده یا تهاتر بین طلب وی و طلب دیگر متلف از مالک مال، رخ داده است، به اثبات نیاز دارد؛ چون اصل عدم ابرا و عدم تهاتر است. نتیجه اینکه صرف اثبات اتلاف مال، سبب نمی‌شود جایگاه مدعی اعسار از مدعی به منکر تنزل پیدا کند.

سکوت نسبت به حکم تعهد به مال

قانونگذار در ماده ۷ حکم تلف حقیقی و حکمی را بیان کرده، ولی مواردی که وجود تلفی نسبت به مال رخ نداده، بلکه تعهدی نسبت به آن از سوی مالک ایجاد شده است. آیا در این موارد اثبات تعهد سبب می‌شود که جایگاه متعهد از مدعی به منکر تغییر پیدا کند یا خیر؟ برای مثال مدیون می‌پذیرد که مالک ماشین یا قطعه معینی از عرصه یا اعیانی پلاک

مشخصی است، ولی دلیلی را ارائه می‌دهد که نسبت به آنها تعهد به انتقال داده است. برای مثال متعهد شده ماشین را به ثالث بفروشد یا آن را از طریق صلح بلاعوض انتقال دهد. همچنین شاید اثبات کند که متعهد شده است عرصه یا اعیانی مذکور را از بابت بخشی از مهر به زوجه خود انتقال دهد، ولی هنوز انتقال نداده است و آن اموال در ملکیت وی باقی هستند. در این فرض‌ها اثبات تعهد چه اثری دارد؟ متأسفانه قانونگذار در این موضوع سکوت کرده است. به نظر می‌رسد تلف حکمی خصوصیت ندارد، آنچه ملاک است نسبت به مال موجود، مدیون امکان تصرف قانونی مبنی بر ادای دین را نداشته باشد، با توجه به اینکه تعهد به انتقال نیز قرارداد لازم است و طبق ماده ۲۱۹ ق.م. طرفین باید به آن پایبند باشند؛ بنابراین در فرض اثبات آن، صرف ملکیت مدیون نسبت به مال متعلق تعهد، سبب نمی‌شود که وی دارای ملاتت شمرده شود، البته چنانکه در هنگام بحث از تلف حکمی بیان شد، اصولاً تعهد به انتقال نیز در برابر عوض انجام می‌پذیرد، در این صورت عوض یادشده سبب می‌شود که عنوان ملاتت به میزان عوض نسبت به مدیون صدق کند، مگر اینکه اثبات شود تعهد به انتقال رایگان بوده است، چنانکه تعهد به انتقال از بابت مهر (که بیان شد) نمونه‌ای در این زمینه است.

عدم توجه به فرض اخذ بدل حیلوله در حکم عدم قابلیت دسترسی به مال

هرچند بحث در این نوشتار در گستره مواد ۷ و ۱۰ است، به نظر می‌رسد اشاره کوتاهی به برخی از مسائل مربوط به اثبات ایسار یا اعسار که در تبصره ماده ۶ ق.ن.ا.م.م. نیز آمده، در راستای تکمیل مباحث مطرح شده سودمند است. در تبصره مذکور می‌خوانیم: «عدم قابلیت دسترسی به مال در حکم نداشتن مال است. اثبات عدم قابلیت دسترسی به مال بر عهده مدیون است». تا جایی که جست‌وجو شد در متون فقهی این فرض دیده نشد، بلکه بیشتر ادعای تلف یا فقدان مال مطرح شده است. به نظر می‌رسد حکم تبصره یادشده منطبق با روند طبیعی امور و بنای عقلاست. با این توضیح در جریان عادی امور زندگی، هر شخصی به مال خودش دسترسی دارد و می‌تواند انواع بهره‌برداری‌های قانونی را از آن بکند. اطلاق قاعده سلطنت بر مال نیز بیانگر همین حکم است که هر شخصی افزون بر توان تصرف اعتباری نسبت به مال خود، قدرت تصرف مادی را هم دارد. بنابراین شخصی که بر وجود مال اقرار

می‌کند، اما ادعای عدم دسترسی بر آن را دارد، خلاف سیر طبیعی رایج بین مردم را، ادعا می‌کند و مدعی شمرده می‌شود و اثبات مدعا با اوست؛ برای مثال چنانچه سند مالکیت ماشین گرانمایی به نام محکوم‌علیه است و در عین حال ادعای اعسار به دلیل عدم دسترسی به آن به سبب به سرقت رفتن ماشین مذکور می‌کند، مدعی شمرده می‌شود و تا ادعای وی با ادله معتبر احراز نشود، اعسار وی ثابت نخواهد شد. نسبت به مطالب متعددی که شاید پیرامون عدم دسترسی به مال مطرح شود، تبصره ماده ۶ ق.ن.ا.م. ساکت است، البته بعضی از آن مطالب طبق اصول حقوقی حل‌شدنی هستند، اما مناسب بود که قانونگذار به برخی از آنها اشاره کند. به چهار نکته در این زمینه به صورت کوتاه اشاره می‌شود: **نکته نخست:** اگر قبلاً با دلیل معتبر عدم دسترسی به مال ثابت شده باشد، در این صورت بقای عدم دسترسی نیز استصحاب می‌شود. شخصی که خلاف آن را ادعا می‌کند، مدعی خواهد بود و باید آن را اثبات کند. نتیجه اینکه تبصره ماده ۶ ق.ن.ا.م. ناظر به موارد اغلب است و در صدد بیان همه جزئیات نیست؛ بنابراین نباید از آن برای همه فروض مشکوک اطلاق گرفت؛ **نکته دوم:** نکته مهم بیان این مطلب است. بعضی از نویسندگان در مواردی که عین مال در ملکیت مالک آن باقی است ولی به دلیلی جهات امکان رد عین به مالک ممکن نباشد، آن را در حکم تلف دانسته‌اند (امامی، ۱۳۴۷: ۳۶۶) در این موارد، چنانچه سبب عدم دسترسی به عین مال، شخص دیگری باشد، مالک می‌تواند طبق ماده ۳۱۱ ق.م. بدل حیلولة مطالبه کند. در اینجا باید به دو مسئله نسبت به بدل حیلولة (که به موضوع این نوشتار مرتبط است) اشاره شود. نخست اینکه چنانچه ثابت شود مالک به عین مال دسترسی ندارد، ولی بدل حیلولة به جهت عدم دسترسی گرفته است، در این صورت اثبات عدم دسترسی به مال، مثبت فقدان مال و در نتیجه اعسار وی خواهد بود یا خیر؟ هرچند طرح و بررسی این پرسش در هیچ جا دیده نشد، پاسخ مبتنی بر مبنای اتخاذی در مبحث بدل حیلولة خواهد بود. توضیح مطلب اینکه بعضی از نویسندگان بر این باورند که بدل حیلولة سبب تملک آن نمی‌شود، بلکه صرفاً به جهت محرومیت مالک از عین به وی اعطا می‌شود (امامی، ۱۳۴۷: ۳۶۶)؛ بنابراین «مالک می‌تواند از منافع بدل حیلولة استفاده نماید، ولی حق هیچ‌گونه تصرف مالکانه در عین آن ندارد» (باریکلو، ۱۳۹۳: ۱۹۲). طبق مبنای مذکور، روشن است که بر فرض ثبوت اخذ بدل

حیلولة، سبب نمی‌شود گیرنده بدل، به میزان عین مالی که الان در دسترس وی نیست، متمکن تلقی شود؛ بلکه حداکثر وی به اندازه حق انتفاع از بدل حیلولة، متمکن فرض خواهد شد؛ به عبارت دیگر، برای سنجش اعسار یا ایسار بدهکار، تمکن از منافع حیلولة ملاک خواهد بود. برخلاف مبنای یادشده، بعضی از نویسندگان معتقد هستند که بدل حیلولة به ملک گیرنده آن درمی‌آید (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۵۷). بدیهی است طبق این مبنا اثبات عدم دسترسی به عین مال، برای ثبوت اعسار کافی نخواهد بود، بلکه اگر ثابت شود بدل حیلولة به جهت عدم دسترسی به مال گرفته شده است؛ به اندازه ارزش بدل حیلولة، گیرنده آن دارا فرض می‌شود. شگفت اینکه برخی از نویسندگان دو مبنای ناهمسان نسبت به بدل حیلولة دارند، گاهی نوشته‌اند: بدل حیلولة به ملکیت متزلزل گیرنده آن درمی‌آید و با تصرف وی در آن، ملکیت متزلزل یادشده به ملکیت مستقر تبدیل می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۵۰). اما در جای دیگر تصریح کرده‌اند: بدل حیلولة ملک گیرنده آن نمی‌شود؛ ولی مالک می‌تواند هرگونه تصرف مالکانه بکند، با اینکه تصرفات مالکانه متزلزل است! چنانکه عین مال مالک، به وی مسترد شود، بدل دهنده، در فرضی که بدل حیلولة تلف حقیقی یا تلف حکمی (انتقال به دیگری) شده باشد یا گیرنده آن را اتلاف حقیقی کرده باشد، می‌تواند بدل مال خود را از گیرنده مطالبه کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۸). فارغ از ابهام و ناهمسانی موجود در این اندیشه (که باید در جای خود به تفصیل بررسی شود) در هر حال طبق دیدگاه نویسنده اخیر، حتی در فرضی که بدل حیلولة به ملکیت گیرنده درنیاید، وی می‌تواند هرگونه تصرف مالکانه نسبت به آن داشته باشد. با این مبنا بدیهی است چنانکه ثابت شود، مالک در فرض عدم دسترسی به عین مال، بدل حیلولة گرفته است، اثبات عدم دسترسی به عین مال سودی به حال وی نخواهد داشت، بلکه به میزان بدل مأخوذه وی در ظاهر متمکن تلقی خواهد شد. البته شاید ادعا کند بدل حیلولة تلف حقیقی شده یا به دیگری منتقل شده است، همه اینها ادعاست و باید اثبات شود. ناگفته نماند لازم بود که گستره تصرفات قانونی گیرنده بدل حیلولة در ماده ۳۱۱ ق.م. مورد تصریح قانونگذار واقع شود تا از اختلاف‌های موجود در این موضوع پیشگیری شود، اما به دلیل سکوت قانون مدنی در این زمینه، مناسب بود در قانون محل بحث دستکم اشاره شود که در فرض اخذ بدل حیلولة، طلب از آن قابل وصول است؛

نکته سوم: اگر امکان اخذ بدل حیلوله برای بدهکار باشد، ولی وی ادعا کند که آن را نگرفته است، اصل بر عدم آن است یا خیر؟ به نظر می‌رسد این موضوع به قراین موجود در پرونده بستگی دارد و نمی‌توان ضابطه کلی در این زمینه ارائه داد؛ ولی به‌طور کلی (چنانکه در بحث اتلاف حقیقی گفته شد) ظاهر بر این است که مالک در فرض استطاعت بر اخذ بدل حیلوله از دریافت آن خودداری نمی‌کند؛ بنابراین در چنین شرایطی ادعای عدم اخذ، خلاف ظاهر است و با وجود ظهور، نوبت به اصل عدم اخذ نمی‌رسد؛ **نکته چهارم:** چنانچه ثابت شود که بدهکار بدل حیلوله اخذ نکرده است، ولی با وجود امکان اخذ آن، به هر دلیلی از دریافت آن خودداری می‌کند، در این فرض می‌توان وی را معسر شمرد یا خیر؟ بعضی از فقیهان گفته‌اند: «اگر امکان تحصیل مال بالقوه القریبه من الفعل باشد، [بدهکار] معسر نیست» (گرامی، ۱۳۸۲: ۲۲۸). بر اساس این نظر، شخصی که امکان تحصیل مال دارد، معسر شمرده نمی‌شود. به نظر می‌رسد در چنین مواردی عرفاً بدهکار ممتنع از ادای دین با وجود تمکن تلقی می‌شود؛ زیرا فرض این است که توان تحصیل مال برای ادای دین را بدون مشقت خاصی دارد، ولی از آن خودداری می‌کند. در هر صورت در چنین موردی حداکثر اگر دادگاه بخواهد احتیاط کند تا به حبس بدهکار منجر نشود، شاید با استفاده از ملاک ماده ۱۱ اقساط شایان توجهی را با توجه به توان تحصیل مال توسط بدهکار، تعیین کند تا بدهکار در موعد مقرر به پرداخت آنها اقدام کند.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار ثابت شد که بین مواد ۱۰ و ۷ ق.ن.ا.م.م از منظر اثبات اعسار یا ایسار، از جهات متعدد تعارض وجود دارد. یکی از تعارض‌ها این بود که ماده ۷ بر اساس معیار دعاوی ترافعی تنظیم شده، ولی ماده ۱۰ منطبق با سنجه دعاوی ترافعی نیست. در رفع تعارض یادشده پنج احتمال تصورپذیر بود که همه آنها بازگو شد؛ ولی هیچ‌کدام از آنها از ایراد مصون نبودند. تعارض دوم بین دو ماده یادشده از مصادیق تعارض بین حکم ظاهری و واقعی است که امکان جمع عرفی بین آنها بود. در ادامه مباحث نیز روشن شد که از نظر ساختاری باید قانونگذار مضمون ماده ۱۰ را مقدم بر ماده ۷ تدوین کند، ولی عکس این

عمل اتفاق افتاده است. ماده ۷ ق.ن.ا.م.م. نیز شش اشکال دارد که به تفصیل در متن مقاله بیان شد. پیشنهاد می‌شود تا زمانی که ماده یادشده اصلاح نشده است، مجریان آن با تفسیر قضایی منطبق با اصول و قواعد حقوقی - فقهی، برای رفع اشکال‌ها اقدام کنند، به‌ویژه اینکه ماده مذکور دارای قابلیت تفسیری فراوان است و مفسران آن به راحتی می‌توانند با تفسیر پویا و عدم اکتفا به ظاهر ماده، رویه قضایی فعالی را در گستره اثبات اعسار یا ایسار ایجاد کنند.

منابع

۱. امامی، سید حسن (۱۳۴۷). *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق.). *القضاء و الشهادات*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۳. آشتیانی، محمد حسن (۱۴۲۵ ق.). *کتاب القضاء*، ج ۱، قم: زهیر.
۴. باریکلو، علیرضا (۱۳۹۳). *مسئولیت مدنی*، تهران: میزان.
۵. تبریزی، جواد (۱۴۲۷ ق.). *أسس القضاء و الشهادة*، قم: دفتر مؤلف.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). *الفارق*، ج ۲، تهران: گنج دانش.
۷. _____ (۱۳۸۱). *دایرةالمعارف علوم اسلامی (قضایی)*، ج ۱، تهران: گنج دانش.
۸. _____ (۱۳۸۲). *مجموعه محسسی قانون مدنی*، تهران: گنج دانش.
۹. حائری، سید کاظم حسینی (۱۴۲۸ ق.). *القضاء فی الفقه الإسلامی*، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۱۰. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح (۱۴۲۵ ق.). *العناوین*، ج ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۱. خراسانی، محمد کاظم (۱۴۲۳ ق.). *کفایة الاصول*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۲. خمینی، سید روح الله (بی تا). *تحریر الوسيلة*، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۱۳. رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۱ ق.). *کتاب القضاء*، ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم.
۱۴. شبیری زنجانی، سید موسی (بی تا). *کتاب النکاح*، ج ۱۰، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۱۵. شمس، عبدالله (تابستان ۱۳۸۵). *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، ج ۳، تهران: دراک.
۱۶. شهید ثانی (۱۴۱۳ ق.). *مسالك الأفهام*، ج ۴، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۱۷. _____ (۱۴۲۶ ق.). *الروضة البهیة*، ج ۲، قم: انتشارات مجمع فکر اسلامی.

۱۸. صفری، اسفندیار (۱۳۹۲). بررسی فقهی حقوقی اداره مال غیر (ماده ۳۰۶ قانون مدنی)، مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۱۹. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (بی تا). تکملة العروة الوثقی، ج ۲، قم: کتابفروشی داوری.
۲۰. طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷ ق). المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲، تهران: المکتبۃ المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۲۱. _____ (۱۴۰۷ ق). الخلاف، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۲. عاملی، شیخ حر (۱۳۷۵). وسایل الشیعه، ج ۱۳، تهران: المکتبۃ الاسلامیة.
۲۳. _____ (بی تا). وسایل الشیعه، ج ۱۸، تهران: المکتبۃ الاسلامیة.
۲۴. علامه حلی (۱۴۱۳ ق). قواعد الأحکام، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. _____ (۱۴۱۴ ق). تذکرة الفقهاء، ج ۱۴، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲۶. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۴). فقه و عرف، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۲۷. فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۱). سیری کامل در خارج فقه (کتاب القضاء)، ج ۳۵، قم: فیضیه.
۲۸. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۸۵). رسائل المیرزا القمی، ج ۲، قم: بوستان کتاب قم.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). الزام های خارج از قرارداد: ضمان قهری، ج ۲، تهران: دانشگاه تهران.
۳۰. _____ (۱۳۷۷). مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۱. _____ (۱۳۸۷). اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، تهران: میزان.
۳۲. گرامی، محمد علی (۱۳۸۲). استفتائات، ج ۱، قم: دارالفکر.
۳۳. محقق حلی (۱۳۸۹ ق). شرایع الاسلام، ج ۲، نجف: مطبعة الاداب فی النجف الاشرف.
۳۴. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۴). اصول الفقه، قم: بوستان کتاب قم.
۳۵. مفید (۱۴۱۳ ق). المقنعة، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.

۳۶. مقدس اردبیلی (۱۴۱۴ ق). مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۷. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق). جواهر الکلام، ج ۲۵، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۳۸. _____ (بهار ۱۳۶۲). جواهر الکلام، ج ۴۰، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود (بهار ۱۳۸۸). فرهنگ ققه، ج ۲، قم: مؤسسه دایرة المعارف اسلامی.