

## بررسی انتقادی تعریف معسر

### با تأکید بر قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۳\*

- اسفندیار صفری<sup>۱</sup>
- جلیل قنواتی<sup>۲</sup>
- سیدعلی علوی قزوینی<sup>۳</sup>

#### چکیده

با وجود اینکه احکام گوناگونی بر عنوان «معسر» مرتب می‌شود، اما تعریف‌هایی که از آن در متون فقهی و قانونی ارائه شده است، همگی دارای اشکال هستند. در این مقاله پس از بازگویی و نقد تعاریف مطرح شده برای معسر، تعریفی جدید برای آن پیشنهاد شده است.

**واژگان کلیدی:** معسر، مدیون، تعهد مالی.

#### مقدمه

متأسفانه متون ادبیات تحلیلی حقوق در رابطه با اعسار به شدت ضعیف است. هنوز

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۷/۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۹/۳۰.

۱. دکتری حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) (esfandiuarsafari@gmail.com).

۲. دانشیار دانشگاه تهران، پردیس فارابی (j\_ghanavati@yahoo.com).

۳. دانشیار دانشگاه تهران (saalavi@ut.ac.ir).

مباحث زیادی از ادبیات غنی موجود در متون فقهی در رابطه با اعسار، به زبان حقوقی ارائه نشده است. شاید یکی از دلایل آن، پیچیدگی و پراکندگی مباحث اعسار در بعضی از متون فقه است (آشتیانی، ۱۴۲۵: ۱/۳۰۳-۲۷۲).

عنوان «معسر» موضوع احکام متعددی واقع شده است و ثبوت یا عدم ثبوت آن می‌تواند در ده‌ها مسئله دیگر به عنوان یک دلیل کارایی داشته باشد.<sup>۱</sup> از سوی دیگر، هرچند آنچه در نظر آغازین متبادر می‌شود این است که صرفاً بدهکار از صدور حکم اعسار بهره‌مند می‌شود، باید توجه داشت که حکم اعسار در ده‌ها مسئله دیگر نیز می‌تواند به عنوان یک دلیل در روابط حقوقی دیگر معسر مؤثر بوده، به نفع یا به ضرر وی کارایی داشته باشد؛ برای مثال، در موضوع مواد ۶۹۰ و ۷۲۹ قانون مدنی، چنانچه معسر ضامن یا مُحال‌علیه باشد، ذی نفع برای اثبات حق فسخ خود می‌تواند به حکم اعسار به عنوان یک آماره استناد کند. در این مقاله پس از بررسی انتقادی مفهوم اصطلاحی معسر و بیان اشکالات شش‌گانه تعریف آن در ماده ۶ (ق.ن.ا.م.ا.)، تعریفی جدید برای معسر پیشنهاد شده است.

### ۱. بازگویی و نقد تعریف‌های فقهی معسر

عسر به معنای «نداری» و مطلق شدت و دشواری آمده است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۱/۳۲۶؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۴/۳۱۹). از بررسی لغوی این واژه برمی‌آید که عسر در لغت صرفاً در ناتوانی مالی به کار نمی‌رود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۶۶)، بلکه در هر امری که در بردارنده ضیق و دشواری است، کاربرد دارد (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴/۵۶۳). واژه معسر که مشتق از عسر است، در عرف خاص فقهی و اصطلاح قانونی، مضیق شده و در ناتوانی مالی کاربرد دارد (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۳/۳۸۳).

پیش از بازگویی و نقد تعاریف اصطلاحی معسر، گفتنی است بر خلاف آنچه از پاره‌ای متون فقهی در نظر آغازین متبادر می‌شود (همان)، واژه معسر حقیقت شرعی یا

۱. آثار مترتب بر حکم اعسار باید در نوشته‌ای جداگانه بررسی شود؛ ولی همین اندازه در اینجا قابل اشاره است که ثبوت اعسار در موارد متعددی له یا علیه معسر قابل استفاده است. بنابراین نباید تصور کرد که ثبوت اعسار همواره به نفع معسر است.

مشرعه ندارد (آخوند خراسانی، ۱۴۲۳: ۳۵). بنابراین بازنمایی مفهوم یادشده را باید در عرف جستجو کرد (علیدوست، ۱۳۸۴: ۲۱۴). حقیقت قانونی معسر نیز که در ماده ۶ ق.ن.ا.م.م. آمده، پایه عرفی دارد. حتی می‌توان گفت در مواردی که قانون‌گذار با بیان بعضی از احکام، مرزهای عنوان معسر را ترسیم کرده، در واقع نوعی کار موضوع‌شناسی انجام داده است؛ برای نمونه با شمردن خانه از مستثنیات دین، محکوم‌علیه مالی را حتی با وجود خانه معسر دانسته است. شاید بتوان گفت که چنین موضوع‌شناسی‌هایی را نباید در زمره احکام ثابت شمرد، بلکه بسته به زمان، مکان و اشخاص است؛ برای مثال، فرضاً اگر در جامعه‌ای دولت برای افراد بدون مسکن، خانه رایگان مطابق با شأن فراهم می‌کند، شمردن خانه بدهکار از مستثنیات دین از نگاه عرفی معقول نخواهد بود.

#### ۱-۱. فاقد بیش از قوت یک روز

بعضی از فقیهان معسر را شخصی دانسته‌اند که صرفاً دارای قوت یک روز و پوشاک خودش است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۷۳/۱۴). شگفت این‌که دارنده این دیدگاه در جایی دیگر، حتی کسی را که دارای مال به اندازه بدهی است، نیز معسر دانسته است (همو، قواعد الاحکام، ۱۴۱۳: ۲۰۵/۳).<sup>۱</sup> بعضی نظریه مذکور را بر اشتباه نسخه حمل کرده و گفته‌اند: منظور «مؤسر» بوده است که در نسخه کتاب به اشتباه «معسر» آمده است. اما برخی در توجیه آن گفته‌اند: ممکن است شخصی به اندازه بدهی مال داشته باشد، ولی چون فاقد قوت یک روز و پوشاکش می‌باشد، عنوان معسر بر وی صدق کند! شهید اول در رد توجیه مذکور گفته است که در این فرض باید به دارنده مال به اندازه بدهی، به جهت صدق عنوان معسر بر وی، برای ادای دین مهلت داد، در حالی که لازمه مذکور را نمی‌توان پذیرفت (عاملی، ۱۴۱۴: ۳۳۸-۳۳۷/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۶۸/۲، پاورقی ۴). در نقد تعریف مذکور می‌توان گفت که آن نه تنها با واقعیت‌های اجتماعی بلکه با سایر احکام اعسار نیز سازگار نیست. بنابراین بعضی از فقیهان گفته‌اند: شاید منظور علامه حلی که سنجه تشخیص معسر را نداشتن قوت یک روز و پوشاک

۱. «والمدیون بقدر ماله معسر».

شمرده، تمثیل بوده است، وگرنه با داشتن اموال دیگر نیز که از مستثنیات دین به حساب می‌آیند، می‌توان بدهکار را معسر دانست (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۷۶/۹).

برخی فقیهان نیز بر خلاف علامه حلی با افزودن به گستره مستثنیات دین، در واقع به ملاک‌های مطابق با عرف بیشتر نزدیک شده‌اند و نه تنها مالک قوت یک روز خود شخص و خانواده‌اش بلکه دارنده خانه، خدمتکار، مرکب و لباس مطابق با معمول را نیز چنانچه اموالی غیر از آن‌ها نداشته باشد، معسر شمرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۷: ۲۱۰/۲؛ عاملی جعی، ۱۴۲۶: ۸۴/۲؛ سیوری حلی، ۱۳۸۰: ۶۷/۲). برخی فقیهان نیز بدون اشاره به مصادیق، فتوا داده‌اند:

مراد از معسر کسی است که اضافه بر مستثنیات دین، مقداری که بتواند دین خود را ادا نماید نداشته باشد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۳۸/۳).

### ۲-۱. دارنده مال به اندازه بدهی

علامه حلی در جای دیگر حتی کسی را که دارای مال به اندازه بدهی است، نیز معسر دانسته است: «والمدیون بقدر ماله معسر» (قواعد الاحکام، ۱۴۱۳: ۲۰۵/۳). روشن است که تفاوت بنیادین بین تعریف پیشین ایشان و این نظریه جدید وجود دارد؛ زیرا در نظر اول، معسر به نحو کاملاً مضیق تعریف شده و در دیدگاه دوم، چنان وسعتی به عنوان داده شده که حتی بدهکاری که به اندازه بدهی مال دارد، نیز معسر دانسته شده است!

در نقد تعریف مذکور می‌توان گفت: اولاً بر خلاف اندیشه یادشده، ایشان در جای دیگر به صراحت شخصی را که به اندازه بدهی مال دارد، موسر شمرده است نه معسر! (همو، ۱۴۱۰: ۶۸/۲). ثانیاً چنانچه دارنده مال به اندازه بدهی، معسر شناخته شود، لوازمی خواهد داشت که پذیرش آن‌ها ممکن نیست؛ برای نمونه، یکی از احکام مترتب بر معسر، لزوم اعطای مهلت به وی برای ادای دین است. ولی آیا می‌توان پذیرفت که باید به دارنده مال به اندازه بدهی، به جهت صدق عنوان معسر بر وی، برای ادای دین مهلت داد!

ناگفته نماند که اشکال دوم را از کلمات شهید اول استفاده کرده‌ایم. هرچند ایشان در مقام نقد تعریف فعلی علامه حلی از معسر نبوده، بلکه در صدد توجیه نوشته دیگر

ایشان بوده است. توضیح مطلب اینکه علامه در جایی دیگر، شخصی را که به اندازه بدهی مال دارد، موسر شمرده است (همان). بعضی از دانشوران،<sup>۱</sup> سخن ایشان را حمل بر اشتباه نسخه کرده و گفته‌اند: منظور علامه موسر نبوده، بلکه معسر بوده است. شهید اول در مقام دفاع از علامه برآمده و گفته است: واژه موسر درست است و اشتباه نسخه‌ای رخ نداده است، وگرنه لوازمی پیش می‌آید که پذیرفتنی نیست و همان لازمه‌ای را که ذکر شد، بیان کرده است (برای مطالعه ر.ک: عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۳۳۸-۳۳۷/۳).

### ۳-۱. فاقد مال و ناتوان از کسب آن

برخی بر این باورند که معسر نه تنها مال ندارد، بلکه بر کسب مال نیز توانا نیست (همو، ۱۴۱۳: ۲۹۵/۱). بعضی نیز فتوا داده‌اند: اگر امکان تحصیل مال، بالقوة القریبة من الفعل باشد، [بدهکار] معسر نیست (گرامی، ۱۳۸۲: ۲۲۸).

به نظر برخی فقیهان، حاکم بدهکاری را که توان تحصیل مال دارد، رها نمی‌سازد، بلکه وی را در اختیار طلبکار می‌گذارد تا وی را به اندازه طلب به کار وادارد یا اینکه او را اجیر دیگری قرار دهد و به اندازه طلبش از اجرت وی وصول کند (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۱۲؛ هادوی، ۱۳۸۵: ۲۴۰/۱). طبق این مبنا، شخصی که توانایی تحصیل مال دارد، در واقع متمکن از ادای دین است؛ بنابراین نباید وی را معسر شمرد. به همین دلیل است که چنین فردی نمی‌تواند به جهت فقر از زکات استفاده کند. پس آیه ۲۸۰ سوره مبارکه بقره نیز که دلالت بر اعطای مهلت به بدهکار دارد، بر بدهکاری حمل می‌شود که توان تحصیل مال را ندارد (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۱۴۱۳: ۴۷۱/۸-۴۷۲).

بعضی از فقیهان به طور مطلق دیدگاه مذکور را رد کرده و نوشته‌اند: اولاً توانایی کسب صرفاً دلالت بر وجوب آن می‌کند تا تمکن از ادای بدهی فراهم شود، اما بیانگر این نیست که بتوان بدهکار را در اختیار طلبکار گذاشت تا وی را به

۱. با وجود جستجو، نامی از این «دانشوران» پیدا نشد و صرفاً در کلام شهید اول به صورت مبهم با عنوان «بعض الطلبة» از آنان یاد شده است (ر.ک: عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۳۳۶/۳).

کار وادارد یا اجیر دیگری قرار دهد.

ثانیاً کسب مقدمه ادای دین است. چنانچه ادای دین واجب مطلق باشد، می‌توان مقدمه آن را نیز واجب شمرد. اما در صورتی که ادای دین واجب مشروط باشد، به این معنا که شرط تحقق وجوب مذکور، یسار (توانایی مالی) بدهکار باشد، در این فرض قبل از تحقق استطاعت مالی، وجوبی نسبت به ادای دین در کار نخواهد بود تا مقدمه آن نیز واجب باشد! در محل بحث نیز در صورتی می‌توان پرداخت دین را واجب مطلق شمرد که دلیل وجوب ادای دین، اطلاق داشته باشد و شامل هر دو حالت یسر و عسر بدهکار بشود، وگرنه به جهت اصل برائت و ادله دیگر، اصل بر مشروط بودن واجب خواهد بود. از سوی دیگر با توجه به اینکه ادله وجوب ادای دین، مشروط به یسار شده است، بنابراین نمی‌توان به صرف قدرت بدهکار بر اکتساب، ادای دین را بر وی واجب شمرد و در نتیجه، به وجوب تکسب به عنوان مقدمه واجب نظر داد (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۰/۱۶۵-۱۶۶).

هرچند بحث‌های تفصیلی واجب مطلق و مشروط از حوصله این مقاله خارج است، با این همه به نظر می‌رسد که اولاً در حرمت ممانعت از ادای دین تردیدی نیست. از سوی دیگر نباید شک کرد شخصی که توانایی تحصیل مال از طریق متعارف قانونی برای پرداخت بدهی خود دارد، ولی اقدام نمی‌کند، عرفاً ممانعت می‌شود. بنابراین باید پذیرفت که ادای دین بر شخصی که توانایی تحصیل مال را دارد، واجب مطلق است. ثانیاً سنجه مذکور را که بحثی حکمی است، برای تشخیص موضوع (معسر) نباید به کار گرفت؛ بدین معنا که در محل بحث، عرف داوری می‌کند که آیا عنوان معسر بر شخص بدهکار صدق می‌کند یا نه؟ بنابراین ممکن است که حتی در فرض وجوب مطلق پرداخت ادای دین، عرف گاهی صدق عنوان معسر را بر بدهکار بپذیرد، ولی در مواردی، تحقق عنوان یادشده را انکار کند. تشخیص مصادیق با نگاه عرفی، وظیفه دادگاه است. برای توضیح بیشتر، به تبیین دو فرض در این باره پرداخته می‌شود.

فرض نخست، توان تحصیل اقساطی دین: ممکن است شخصی به جهت اینکه دارای حرفه و صنعت است، بتواند دین خود را به صورت اقساطی بپردازد. در این

صورت بعضی فتوا داده‌اند که اگر امکان تقسیط باشد، بدهکار معسر نخواهد نبود (گرامی، ۱۳۸۲: ۲۲۹). اما این نظر را نباید درست دانست؛ زیرا شخصی که بالفعل مالی جز مستثنیات دین ندارد، عنوان معسر عرفاً بر وی صادق است؛ چون ملاک اعسار این است که مدیون به طور یک‌جا نتواند بدهی خود را بدهد. بنابراین تقسیط و اعسار قابل جمع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۶۷۲). گفتنی است که ماده ۱۱ ق.ن.ا.م.م. نیز بر همین مبنا تدوین شده است؛ زیرا طبق ماده مذکور بدهکاری که معسر شناخته می‌شود، در فرض امکان پرداخت از طریق کسب درآمد، باید به صورت اقساطی دین خود را بپردازد.

**فرض دوم:** توان تحصیل دین به صورت یک‌جا: در پاره‌ای موارد، بدهکار هرچند بالفعل مال ندارد، با کوشش متعارف<sup>۱</sup> می‌تواند مالی به اندازه دین یا دست‌کم بخشی از آن را فراهم سازد. در واقع عدم اقدام وی از نگاه عرفی، نوعی تسامح در ادای دین و سوءاستفاده از امتیازات قانونی مربوط به معسر شمرده می‌شود؛ برای نمونه اگر افرادی مانند مهندسان و معماران به راحتی با متعهد کردن خود از طریق قرارداد متناسب با شأن، بتوانند به تمام مال محکوم‌به یا حتی مقداری از آن دسترسی پیدا کنند، اما مسامحه کنند، عرف آن‌ها را معسر نمی‌شمارد؛ زیرا حتی اگر عمل فرد متخصص را خودبه‌خود<sup>۲</sup> از نگاه عرفی مال ندانیم،<sup>۳</sup> باز عرف، فردی را که بدون حرج می‌تواند به اندازه بدهی تحصیل مال کند، معسر نمی‌شمارد، بلکه وی را مماطل به حساب می‌آورد. نمونه دیگر اینکه ممکن است کشف شود بدهکار در حساب خود پول ندارد، ولی

۱. قید متعارف برای خارج کردن مواردی است که تحصیل مال از طریق آن‌ها هرچند برای بدهکار از نظر قانونی ممکن است، ولی عرف آن‌ها را متعارف نمی‌شمارد؛ برای مثال چنانچه برای محکوم‌علیهایی که فاقد مال است، به سهولت امکان ازدواج و اخذ مهر به میزان بدهی یا مازاد بر آن باشد، ولی به عمل مذکور اقدام نکنند، به جهت نامتعارف بودن طریق یادشده، عرف وی را مماطل در ادای دین نمی‌شمارد.

۲. قید «خودبه‌خود» اشاره به این است که محل بحث جایی است که عمل حرج، عوض قراردادی واقع نشده باشد، وگرنه در صورتی که عمل وی عوض قرارداد مالی واقع شده باشد، برای مثال، حرج اجیر واقع شده باشد، در این صورت عمل وی برای مستأجر مال است و می‌تواند آن را عوض قراردادی قرار دهد.

۳. در این باره اختلاف نظر است (ر.ک: انصاری، کتاب المکاسب، ۱۴۲۲: ۸/۳؛ آخوند خراسانی، ۱۳۹۴: ۲۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹: ۲۷۷/۱؛ هادوی، ۱۳۸۵: ۲۴۰/۱).

با توجه به امتیازاتی که به حساب بانکی اش تعلق گرفته است، می‌تواند به راحتی وام قرض‌الحسنه یا تسهیلات با سود قانونی متعارف دریافت کند. در این صورت نیز ممکن است که دادگاه وی را معسر نداند.

نمونه سوم، بدهکاری است که موصی له واقع شده است و با قبول وصیت به راحتی می‌تواند بدهی اش را ادا نماید، ولی بدون هیچ توجیه منطقی از پذیرش آن خودداری می‌کند. در این صورت نیز قابل تصور است که دادگاه او را معسر نشمارد. البته روشن است که مصادیق مذکور قابل احصا نیست، بلکه دادگاه در هر موردی با در نظر گرفتن شرایط و نگاه عرفی داوری می‌نماید.

ممکن است در اشکال بر نمونه سوم گفته شود: اصل عدم وجوب قبول وصیت است، بنابراین فردی که توان تحصیل مال از طریق وصیت را دارد، ولی به آن اقدام نمی‌کند، احکام معسر بر وی بار خواهد شد (برای مطالعه ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۲۷۴).

در پاسخ باید گفت: اولاً معسر و موسر، عناوینی عرفی هستند. در محل بحث نیز بحث در صدق عرفی معسر یا عدم آن است. به نظر می‌رسد که در نگاه عرف، بدهکاری که بی دلیل از پذیرش وصیت در فرض یادشده امتناع می‌ورزد، مماثل از ادای دین شمرده می‌شود نه معسر، از سوی دیگر روشن است که مماطله حرام است، پس نوبت به اصل عدم وجوب نمی‌رسد. ثانیاً در جای خود به تفصیل ثابت شده است که تضييع حق دیگری روا نیست. در محل بحث چنانچه به استناد اصل عدم وجوب بگوئیم که قانون‌گذار قبول وصیت را بر بدهکار واجب ندانسته و خودداری گتره‌ای وی از قبول وصیت را تأیید کرده است، تحلیل مذکور سبب تضييع حق طلبکار می‌شود - که دریافت طلب در موعد آن است - و روشن است که قانون‌گذار حکیم، حکمی را که بی جهت منجر به زوال حق دیگری شود، جعل نمی‌کند. حتی به فرض چنانچه اصل عدم وجوب را بپذیریم، تعارض بین ادله نهی از تضييع حق دیگری و اصل عدم وجوب پیش می‌آید؛ زیرا ادله نهی بیانگر این است که قبول وصیت نباید ترک شود. اصل عدم وجوب نیز دلالت می‌کند که ترک رواست. در این صورت هم رابطه دو دلیل به اصطلاح اصولی، وارد و مورد بوده و ادله لفظی مربوط به نهی، موضوع اصل عدم وجوب را که شک باشد، زایل کرده و بر آن مقدم می‌گردد.

## ۴-۱. فاقد مال بر ادای قرض

بعضی نوشته‌اند:

معسر کسی است که پس از وضع قوت روز خود و کسانی که نفقه‌شان بر او واجب است و پس از جامه‌های متناسب و خانه مسکونی... متناسب با شأنش چیزی که بتواند به وسیله آن قرض خود را ادا کند، نداشته باشد (شهبازی، ۱۴۱۷: ۱۲۰/۲).

در نقد تعریف مذکور می‌توان گفت: اولاً این تعریف به جهت ذکر قوت یک روز، متناسب با برداشت عرف از عنوان معسر نیست؛ ثانیاً نه تنها شخص می‌تواند به جهت ناتوانی در ادای قرض، معسر تلقی شود، بلکه عدم استطاعت بر پرداخت بدهی می‌تواند ناشی از تعهدات قراردادی دیگر غیر از قرض یا به جهت الزامات قانونی خارج از قرارداد باشد، بنابراین لزومی بر بیان قرض در تعریف یادشده نبوده است؛ ثالثاً ظاهر این تعریف شامل شخصی که فاقد مال است، اما به سهولت می‌تواند برای ادای دین تحصیل مال کند، نیز می‌شود، در حالی که اشاره شد چنین فردی را نباید معسر دانست.

## ۵-۱. ناتوان از ادای مال متعلق بر عهده

بعضی گفته‌اند:

معسر کسی است که بر ادای هیچ مقدار از مالی که بر عهده دارد، توانایی نداشته باشد (مبلفی، ۱۳۹۲: ش ۱۰/۱).

تعریف مذکور از جهاتی دارای حُسن است که به آن‌ها اشاره می‌شود: ۱. افزودن قید «هیچ مقدار» ثمره مهمی دارد که در ادامه بیان خواهد شد. ۲. در این تعریف منشأ عدم توانایی اطلاق دارد و شامل مواردی که عدم قدرت بر ادای بدهی به جهت فقر یا عدم دسترسی به مال یا اموری دیگر است، نیز می‌شود، در حالی که بعضی از نویسندگان اعسار را صرفاً «ناتوانی در پرداخت بدهی به دلیل تنگدستی و فقر» دانسته‌اند (مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۲: ۵۷۴/۱) که ادعای درستی به نظر نمی‌رسد؛ چون عدم توان بر ادای بدهی ممکن است افزون بر فقدان مال، به دلیل عدم دسترسی به آن یا حتی عدم فروش مال معرفی شده برای ادای بدهی نیز باشد. در همه این فروض نیز نباید شخص را مماطل به شمار آورد و احکام ممتنع از ادای دین را بر وی بار کرد.

نقدهایی نیز بر تعریف مذکور وارد است: ۱. در آن بر عدم توان بر ادای بدهی متعلق به عهده، تمرکز شده است، بی آنکه بر عدم استطاعت مالی که یکی از سنج‌های مهم صدق عنوان معسر است، در ظاهر تأکید شود؛ برای مثال محجور ثروتمندی که مدیون است، طبق ظاهر تعریف یادشده معسر خواهد بود؛ چون وی بر ادای هیچ مقدار از مالی که بر عهده دارد، از نظر قانونی توانایی ندارد، بلکه این نماینده اوست که قادر بر تأدیه دیون محجور است. بی شک منظور نویسنده از تعریف یادشده چنین ظهوراتی نبوده که تعریف را از جامعیت بیندازد، ولی در هر حال در به کارگیری واژگان تعریف، توجه لازم نشده است. ۲. در تعریف یادشده از واژه «کسی» استفاده شده که ظهور در اشخاص حقیقی دارد، در حالی که با نقد ماده ۱۵ ق.آ.د.م. ثابت خواهد شد که در بعضی از اقسام اشخاص حقوقی نیز صدق عنوان معسر قابل تحقق و سودمند است.

## ۲. نقد تعریف قانونی معسر

در ماده ۱ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳/۹/۲۰ با اصلاحات بعدی، آمده بود:  
معسر کسی است که به واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود، قادر به تأدیه مخارج محاکمه یا دیون خود نباشد.

این قانون طبق ماده ۲۹ ق.ن.ا.م.م. نسخ شد. در برابر ماده منسوخ یادشده، در حال حاضر ماده ۵۰۴ ق.آ.د.م. و ماده ۶ ق.ن.ا.م.م. قرار گرفته است. ماده ۵۰۴ که به تعریف معسر از هزینه دادرسی پرداخته و از محل بحث بیرون است، اما در ماده ۶ ق.ن.ا.م.م. آمده است:

معسر کسی است که به دلیل نداشتن مالی به جز مستثنیات دین، قادر به تأدیه دیون خود نباشد.

در تبصره همین ماده نیز مقرر شده است: «عدم قابلیت دسترسی به مال، در حکم نداشتن مال است...».

این تبصره، موضوع ماده ۶ را توسعه داده است که اصطلاحاً در دانش اصول فقه، به این نحوه توسعه، حکومت اطلاق می‌شود (انصاری، *فرائد الاصول*، ۱۴۲۲: ۱۳/۴). بنابراین

با در نظر گرفتن ماده یادشده و تبصره آن می‌توان در تعریف معسر از نظر قانونی گفت: «معسر کسی است که به دلیل نداشتن مالی به جز مستثنیات دین یا عدم قابلیت دسترسی به مال، قادر به تأدیه دیون خود نباشد».

به نظر می‌رسد که تعریف مذکور از جهات متعدد قابل نقد است که به بیان آن‌ها پرداخته می‌شود.

## ۱-۲. نیفزودن قید «هیچ مقدار»

لازم است که قید «هیچ مقدار» در تعریف یادشده، قبل از واژه «مالی» افزوده شود، چنان که قید مذکور در تعریف پنجم معسر افزوده شده بود؛ زیرا بدهکار عرفاً به هر میزانی که استطاعت مالی داشته باشد، به همان میزان عنوان معسر بر وی صدق نخواهد کرد. لازم است که دادگاه‌ها نیز از نظر عملی، در صدور حکم به مطلب یادشده توجه کنند؛ زیرا آثار عملی دارد. توضیح مطلب اینکه در مواردی، دادگاه مبلغی را به عنوان پیش‌قسط تعیین و در ضمن، حکم به ثبوت اعسار با تعیین اقساط می‌کند و در واقع به میزان پیش‌قسط تعیین شده، اعسار مدعی را رد می‌کند. اما در عمل بعضی از دادگاه‌ها به صورت مجموعی، حکم به اعسار با تعیین پیش‌قسط و اقساط می‌دهند، در حالی که صحیح این است که دادگاه چنانچه مدیون را به میزان پیش‌قسط توانا در پرداخت تشخیص می‌دهد، باید به همان اندازه حکم به رد اعسار بدهد و احکام شخص موسر را بر وی بار کند و نسبت به بقیه بدهی، حکم به ثبوت اعسار صادر نماید.

ثمره این نظر در عمل به ویژه نسبت به حبس و خسارت تأخیر تأدیه قابل انکار نیست؛ زیرا با احراز یسر مدیون به میزان پیش‌قسط، در واقع تمکن وی نسبت به آن مبلغ احراز می‌شود. بنابراین به همان میزان، خسارت تأخیر تأدیه نیز مطابق ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. قابل مطالبه است.<sup>۱</sup> در ضمن در صورتی که مبلغ پیش‌قسط را نپردازد، امکان حبس وی از این جهت وجود خواهد داشت.

۱. البته تا جایی که نگارندگان اطلاع دارند، در مرحله اجرای حکم حتی در فرض ثبوت اعسار در دادگاه، باز اقساط طبق شاخص بانک مرکزی به نرخ روز وصول می‌شود. این اندیشه با توجه به ملاکی که ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. برگزیده و تمکن را شرط دانسته است، از نظر قانونی پذیرفتنی نیست، هرچند از نظر علمی، قید تمکن در ماده یادشده در جای خود قابل نقد است.

## ۲-۲. منحصر کردن معسر به مدیون

پیش از نقد دوم، بیان این مقدمه لازم است که در حقوق اسلام تعهداتی وجود دارند که دین نیستند، بلکه تکلیف هستند. نمونه بارز آن نفقه اقارب است. در هر صورت، بعضی از فقیهان همچون محقق خویی بر این باورند که اگر شخصی از طریق قرارداد یا شرط ضمن عقد، خود را متعهد به پرداخت مبلغی کند، مکلف به پرداخت آن است، بدون اینکه در برابر ذی نفع مدیون تلقی شود! این تحلیل آثار متعددی دارد؛ از جمله اینکه چنانچه شخص مکلف به پرداخت بمیرد، مبلغ مورد تکلیف از ترکه قابل برداشت نخواهد بود، چون در ذمه وی دین نبوده است. شاید این اندیشه کمی عجیب به نظر برسد، ولی بعضی از فقیهان به صراحت حکم مذکور را بیان کرده‌اند (موسوی خویی، ۱۴۲۵: ۸۵/۵-۸۶). شگفت اینکه بعضی ادعا کرده‌اند قانون مدنی نیز از همین اندیشه پیروی کرده است (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۰۳، ۳۱۵، ۳۲۳، ۵۱۰ و ۵۱۲). بازگویی و نقد مفصل اندیشه مذکور، نیاز به مقاله‌ای مستقل دارد که در جای خود باید مطرح شود.

پس از مقدمه مذکور باید گفت که دست کم در پاره‌ای از موارد که شخص، محکوم به پرداخت مال می‌گردد و ممکن است که نسبت به آن ادعای اعسار کند، از نظر فقهی مدیون شمرده نمی‌شود، بلکه صرفاً شخصی است که مکلف به پرداخت مالی می‌باشد. منحصر کردن معسر در تعریف به مدیون درست نیست، بلکه عبارت ماده باید طوری تنظیم می‌شد که حتی شامل مواردی که شخص از نظر قانونی مکلف به پرداخت است، بدون اینکه مدیون از نظر فقهی باشد، نیز بشود. بیان چند نمونه‌ای که شخص، از تکلیف به پرداخت ادعای اعسار می‌کند، نه از دین، سودمند است:

۱. طبق بند ت ماده ۲۳۵ ق.آ.د.ک. متعهد می‌تواند نسبت به وجه التزام یا کفالت ادعای اعسار کند. ادعای اعسار در این باره نسبت به تکلیف به پرداخت مطرح می‌شود، نه دین؛ زیرا با صدور وجه التزام یا کفالت، متهم یا کفیل مدیون نمی‌شود، بلکه متعهد به پرداخت در فرض تخلف می‌گردد! طبق همین مبنا، یکی از فقیهان معاصر در برابر این پرسش که «اگر کفیل بر اثر اهمال و کوتاهی، کسی را که کفالتش را بر عهده گرفته، در وقت مقرر حاضر نکند و قبل از پرداخت دین فوت کند، آیا بر ورثه کفیل

لازم است که دین را پردازند؟» پاسخ داده است:

وجوب پرداخت دین در حال حیات، حکم تکلیفی است نه حکم وضعی، و مثل ضمان نیست که دین بر گردن ضامن بیاید (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۴: ۳۱۹).

۲. طبق ماده ۱۱۱۳ ق.م. در نکاح منقطع می‌توان شرط نفقه کرد. طبق بعضی از مبانی، شوهر در این صورت بر خلاف نکاح دائم، نسبت به نفقه مدیون زوجه نمی‌شود، بلکه مکلف به پرداخت نفقه می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۲۵). در این فرض نیز اگر شوهر پس از محکومیت به ایفای تعهد، ادعای اعسار کند، اعسار از دین نیست بلکه از تعهد به پرداخت است.

۳. وقتی شخصی به عنوان عاقله، محکوم به پرداخت دیه می‌شود، وی مدیون نیست، بلکه مکلف به ادای دیه است. نمونه‌های متعدد دیگری نیز در این باره می‌توان بیان کرد.

شگفت اینکه از مواد ۱ و ۳ ق.ن.ا.م.م. برداشت می‌شود که هر کس محکوم به «دادن هر نوع مالی به دیگری» بشود، می‌تواند ادعای اعسار کند، حتی اگر عنوان مدیون به معنای فقهی نیز بر وی صدق نکند. اما قانون‌گذار در ماده ۶ قانون یادشده، قید «مدیون» را در تعریف معسر آورده است! روشن است که عبارت به کاررفته در ماده ۱ ق.ن.ا.م.م. به راحتی شامل مواردی که شخص مکلف به پرداخت مالی به دیگری است، نیز می‌شود و از این جهت بر ماده ۶ یادشده ترجیح دارد.

ناگفته نماند که در بعضی از متون فقهی نیز بر خلاف بیشتر متون فقهی، در تعریف معسر از واژه دین استفاده نشده، بلکه از عبارت «عاجز از ادای حق» بهره گرفته شده است (عاملی جبعی، ۱۴۲۶: ۸۴/۲). به نظر می‌رسد شیوه اخیر که شامل همه مصادیق اعم از دین و تعهد به پرداخت می‌شود، بهتر است.

ممکن است گفته شود از نظر قانونی، همواره متعهد به پرداخت مالی مدیون شمرده می‌شود و تکلیف به پرداخت، قابل جداسازی از دین نیست؛ حتی در مواردی مثل نفقه اقارب یا تعهد به پرداخت ناشی از شرط نیز پس از صادر شدن حکم دادگاه مبنی بر ایفای تعهد، تکلیف به پرداخت، تبدیل به دین ثابت در ذمه می‌شود.

به نظر می‌رسد پذیرش این ادعا ممکن نیست، بلکه با دقت می‌توان از مواد ۱۲۰۵ و

۱۲۰۶ ق.م. خلاف آن را برداشت کرد؛ زیرا حتی در صورت استنکاف یا غیبت مُنْفِق در نفقه اقارب،<sup>۱</sup> باید طبق دستور دادگاه اقدام به استقراض یا پرداخت شود تا پس از آن تکلیف به انفاق، تبدیل به دین در ذمه شود و به صرف صدور حکم دادگاه، مُنْفِق مدیون نمی‌گردد (همان: ۳۳۸/۳). وانگهی عدم امکان مطالبه نفقه گذشته اقارب برخلاف نفقه گذشته زوجه دائم نیز با تمایز دین و تکلیف به پرداخت توجیه شده است (همان).

### ۳-۲. عدم شمول بر محجوران معسر

با توجه به اینکه امکان محکومیت مالی و معسر بودن محجوران نیز وجود دارد (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷۳/۴)، برای رفع هر گونه تردید و پیشگیری از حدوث اختلاف، لازم بود قانون‌گذار تعریف معسر را طوری بیان کند که به روشنی شامل آن‌ها نیز بشود؛ در حالی که با ذکر عبارت «قادر» و «دین خود» در ماده ۶ ق.ن.ا.م.م.، برعکس عمل شده است؛ زیرا عبارت مذکور دلالت دارد که محکوم‌علیه فردی دارای اهلیت استیفاست، ولی مالی برای ادای دین ندارد! زیرا «قادر» در ماده یادشده به «تأدیه» تعلق گرفته است، تأدیه نیز یک فعل است که خودش متعلق حکم تکلیفی واقع می‌گردد. به نظر می‌رسد که یا باید قانون‌گذار به طور کلی واژه «قدرت» را در تعریف نمی‌آورد یا در صورت آوردن آن باید بعد از قید «قادر»، عبارت «به ایفای تعهد مالی مباشرتاً یا توسط نماینده قانونی یا قضایی» را می‌افزود تا از این عبارت، امکان معسر تلقی شدن محجور نیز کشف می‌گردید.

### ۴-۲. عدم شمول آن بر اشخاص حقوقی غیر تاجر

نکته دیگری را که به عنوان اشکال بر تعریف ماده ۶ ق.ن.ا.م.م. می‌توان بیان کرد، این است که این تعریف، اعسار اشخاص حقوقی غیر تاجر را به طور کلی نفی کرده است؛ زیرا: اولاً در ماده ۶ ق.ن.ا.م.م. از واژه «کسی» در تعریف معسر استفاده شده که ظهور در اشخاص حقیقی دارد. ثانیاً در ماده ۱۵ قانون یادشده نیز تصریح شده است:

۱. بیشتر فقیهان نفقه زوجه را دین دانسته‌اند که آن حتی قبل از مطالبه به عنوان دین، در ذمه زوج مستقر است.

دادخواست اعسار از تجار و اشخاص حقوقی پذیرفته نمی‌شود. این اشخاص در صورتی که مدعی اعسار باشند، باید رسیدگی به امر ورشکستگی خود را درخواست کنند.

تبصره- اگر دادخواست اعسار از سوی اشخاص حقوقی یا اشخاصی که تاجر بودن آنها نزد دادگاه مسلم است، طرح شود، دادگاه بدون اخطار به خواهان، قرار ردّ دادخواست وی را صادر می‌کند.

روشن است که با قسیم دانستن تجار و اشخاص حقوقی، قانون‌گذار به طور مطلق اشخاص حقوقی را از مصداق معسر خارج کرده است. در تبصره ماده ۱۵ مذکور، این قسیم‌سازی با شدت بیشتری تکرار شده است. ثالثاً از نظر نویسنده قانون، اشخاص حقوقی معسر تلقی نمی‌شوند. ذکر واژه «مستثنیات دین» در تعریف معسر در ماده ۶ ق.ن.ا.م.م. می‌باشد؛ زیرا در ماده ۲۶ قانون یادشده به روشنی آمده است که مستثنیات دین در رابطه با شخص حقیقی کاربرد دارد. البته اینکه مستثنیات دین درباره اشخاص حقوقی نیز از نظر علمی متصور و پذیرفتنی است یا خیر، در جای خود باید داوری شود. هرچند به نظر می‌رسد با توجه به ادله قاعده لاجرح - که مبنای اصلی پذیرش مستثنیات دین است - نسبت به اشخاص حقوقی غیر تاجر نیز متناسب با نیازمندی‌های آن، قابل تصور و تحقق است، ولی در هر صورت از نظر عملی، ماده ۲۶ یادشده تکلیف را به صراحت مشخص کرده است.

پیش از تصویب ماده ۱۵ ق.ن.ا.م.م. با توجه به اینکه طبق تصریح ماده ۴۱۲ ق.ت. ورشکستگی مخصوص تاجر بوده است، اشخاص حقوقی غیر تاجر اصولاً مشمول احکام ورشکستگی نمی‌شدند (ستوده تهرانی، ۱۳۷۶: ۱۰۵/۴؛ اسکینی، ۱۳۷۸: ۱۹). به طور دقیق معلوم نیست که قانون‌گذار بر چه اساسی نه تنها اعسار اشخاص حقوقی غیر تاجر را نپذیرفته، بلکه مقرر داشته که آنها به جای اعسار باید درخواست ورشکستگی کنند! شاید قانون‌گذار در اتخاذ دیدگاه مذکور، متأثر از نظر بعضی از نویسندگانی بوده که اعسار از هزینه دادرسی و یا «محکوم‌به» را مخصوص اشخاص حقیقی دانسته، اما هیچ گونه دلیلی بر مدعای خود اقامه نکرده‌اند (شمس، ۱۳۸۶: ۱۷۰/۱). شاید هم در ارائه این نظر، تعریف معسر در ماده ۱ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳/۹/۱۰ مورد لحاظ بوده که در

آن از واژه «کسی» استفاده شده که ظهور در شخص حقیقی دارد.

در هر صورت، هرچند امروزه از نظر عملی ظهور ماده ۱۵ ق.ن.ا.م.م. امکان درخواست اعسار را از اشخاص حقوقی غیر تاجر به صورت کلی نفی کرده و آن‌ها ملزم به درخواست ورشکستگی شده‌اند، به نظر می‌رسد که اندیشه مذکور از نظر علمی قابل نقد است؛ زیرا اولاً با توجه به ظهور ماده ۵۸۸ ق.ت. تا زمانی که دلیل اطمینان‌آوری بر تخصیص یا تخصص وجود نداشته باشد، اشخاص حقوقی نیز از همه حقوق و تکالیف اشخاص حقیقی برخوردارند و از واژگانی مثل «کسی» یا «فردی» و... که ظهور در شخص حقیقی دارند، باید الغای خصوصیت کرد. با توجه به اینکه اشخاص تاجر با توجیه منطقی خاص در جای خود، از شمول عنوان معسر خارج شده‌اند، این تخصیص نسبت به آن‌ها پذیرفتنی است؛ اما نسبت به اشخاص حقوقی غیر تاجر از نظر تحلیل و مبانی علمی، چه دلیل منطقی وجود دارد که آن‌ها نتوانند از امتیازات اعسار دست کم به صورت موقت برخوردار شوند؟! جالب توجه اینکه بعضی نیز بر امکان صدور حکم اعسار از هزینه دادرسی، به نفع اشخاص حقوقی غیر تاجر مثل شهرداری نظر داده‌اند (صافیان اصفهانی، ۱۳۹۳: ش ۶/۳۵-۴۶). هرچند اعسار از هزینه دادرسی، غیر از اعسار از «محکوم‌به» است، ولی از نظر ادله اثبات، این دو موضوع همسانی‌هایی نیز با هم دارند. ثانیاً طبق اطلاق آغازین ماده ۱۵ ق.ن.ا.م.م. حتی اشخاص حقوقی غیر تاجری که بودجه دولتی دارند و همچنین شهرداری‌ها نمی‌توانند درخواست اعسار کنند و به جای آن باید درخواست ورشکستگی نمایند! در حالی که بعید است منظور قانون‌گذار، ناظر به چنین اشخاص حقوقی بوده باشد؛ زیرا طبق قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵، مؤسسات دولتی باید طبق فرایند خاصی محکوم‌به مالی خود را بپردازند. نسبت به شهرداری‌ها هم قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیر منقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱/۲/۴ حاکم است. بنابراین محل بحث بیشتر نسبت به اشخاص حقوقی غیر تاجری است که مشمول مقررات خاص نیستند. نسبت به چنین اشخاصی به نظر می‌رسد که دست کم پذیرش اعسار موقت آن‌ها با صلاحدید و تشخیص قاضی می‌تواند راهگشای خوبی باشد و عملاً سبب پیشگیری از انحلال آن‌ها

در مواردی که در آینده نزدیک با توجه به اوضاع و احوال می‌توانند بدهی‌های خود را بپردازند، می‌شود. چنان که امروزه حتی نسبت به شرکت‌های تجاری که به سبب تقلب ورشکسته نشده‌اند، نهادهایی همچون «بازسازی» و قرارداد ارفاقی، برای پیشگیری از انحلال آن‌ها پیش‌بینی شده است تا جامعه تا حد ممکن از آسیب‌های اقتصادی ناشی از انحلال آن‌ها در امان بماند. به هر حال مناسب است که قانون‌گذار با اصلاحات ق.ن.ا.م.م.، امکان صدور اعسار موقت این دسته از اشخاص حقوقی غیر تاجر را دست‌کم با تدوین محدودیت‌هایی پیش‌بینی کند، نه اینکه از ابتدا به طور مطلق، درخواست ورشکستگی را تنها راه حل اعلام کند.

#### ۲-۴-۱. بررسی دو توجیه در رابطه با حکم ماده ۱۵ ق.ن.ا.م.م.

توجیه نخست: با توجه به اینکه در ذیل ماده ۱۵ ق.ن.ا.م.م. آمده است: «اشخاص حقوقی باید درخواست ورشکستگی کنند»، ممکن است استدلال شود که منظور قانون‌گذار از اشخاص حقوقی، به صورت مطلق نیست، بلکه اشخاص حقوقی تاجر است؛ زیرا علت عدم پذیرش درخواست اعسار چنین اشخاصی با توجه به ذیل ماده ۱۵ یادشده، امکان درخواست ورشکستگی آن‌هاست. ورشکستگی نیز طبق ماده ۴۱۲ ق.ت. و اصول مسلم حقوق تجارت، اصولاً در مورد اشخاص حقوقی تاجر قابل تحقق است و در جای خود در دانش اصول فقه ثابت شده که علت حکم می‌تواند سبب توسیع یا تضییق برداشت از مفاهیم یک دلیل شود (انصاری، *فرائد الاصول*، ۱۴۲۲: ۲۶۰/۱). بنابراین علت یادشده می‌تواند مفهوم اشخاص حقوقی را در ماده یادشده مضیق کند و آن را تنها به اشخاص حقوقی تاجر اختصاص دهد. البته بر فرض پذیرش این توجیه، بی‌شک قسیم قرار دادن تاجر و اشخاص حقوقی توسط قانون‌گذار، از نکات ضعف قانون‌نویسی به شمار خواهد آمد. از سوی دیگر معلوم نیست که رویه قضایی نیز به راحتی توجیه یادشده را بپذیرد.

توجیه دوم: به عنوان یک فرض ضعیف این امر نیز قابل طرح است که قانون‌گذار در این ماده خواسته است بر خلاف ماده ۴۱۲ ق.ت. نهاد ورشکستگی را توسعه بخشد

۱. عبارت معروف اصولی «العلّة تعمّم وتخصّص»، بیانگر این قاعده است.

و به همه اشخاص حقوقی سرایت دهد! به نظر می‌رسد که پذیرش این ادعا، در نهایت دشواری است. حتی در لایحه جدید قانون تجارت نیز ورشکستگی ویژه تاجر دانسته شده است (مواد ۸۳۵ و ۹۳۹). بنابراین نمی‌توان پذیرفت که قانون‌گذار در یک قانون شکلی در صدد به هم ریختن یک قاعده ماهوی مسلم در قانون و حقوق تجارت بوده است، هرچند با احاله همه تاجران و اشخاص حقوقی به تقاضای ورشکستگی در صورت تقاضای اعسار، در ذیل ماده ۱۵ ق.ن.ا.م.م. این دیدگاه سست را تقویت می‌کند، اما این ظهور را با توجه به مسلمات حقوقی باید تأویل یا نقد کرد.

#### ۲-۴-۲. بررسی دو اشکال نسبت به اعسار محجوران و اشخاص حقوقی

پیشتر گذشت که محجوران و بعضی از اشخاص حقوقی غیر تاجر نیز می‌توانند از نظر تحلیلی معسر باشند. ممکن است از دو جهت به این مبنا اشکال شود که شایسته است در اینجا به این اشکال‌های احتمالی اشاره و پاسخ داده شود.

##### ۱-۲-۴-۲. عدم امکان توسل به قسم

ممکن است اشکال شود که چون یکی از ادله اثبات دعوی اعسار سوگند است، با توجه به اینکه امکان ادای سوگند توسط محجور و اشخاص حقوقی ممکن نیست، پس نباید آن‌ها را در زمره معسران قلمداد کرد، چنان که ظهور مواد ۶ و ۱۵ ق.ن.ا.م.م. نیز همین مدعا را می‌رساند.

در پاسخ باید گفت: اولاً این دلیل اخص از مدعاست؛ زیرا ادله دیگری توسط نمایندگان قانونی و قضایی آن‌ها قابل اقامه و ارائه است و تنها در مواردی که مدعی اعسار منکر شمرده می‌شود و دلیل دیگری نیز برای اثبات مدعای خود ندارد، سوگند کاربرد دارد. از دیگر سو در دعوی دیگر نیز یکی از ادله سوگند است، اما اشخاص یادشده از اقامه آن دعوی توسط نمایندگان قانونی و قضایی خود ممنوع نیستند. همچنین با توجه به اینکه اعسار طبق ماده ۱۴ ق.ن.ا.م.م. از دعوی غیر مالی است، امکان اقامه آن توسط سفیه یا بالغی که هنوز به سن رشد نرسیده است،<sup>۱</sup> ممکن می‌باشد. ثانیاً با

۱. طبق رأی وحدت رویه ۱۷-۶۶۸-۴-۱۳۸۳، اشخاص کمتر از هجده سال تمام در اقامه دعوی اعسار برای پرداخت دیه اهلیت دارند و دادگاه اطفال مرجع رسیدگی به این دعواست.

توضیحاتی که نسبت به مفاد ماده ۱۰ ق.ن.ا.م.م. در جای خود ارائه گردیده است، ثابت شده که امکان توسل به قسم در دعاوی اعسار از نظر قانونی در کمترین حدّ ممکن است و در بیشتر موارد -در صورتی که به تکلیف ناشی از ماده ۱۰ یادشده به درستی عمل شود- نوبت به سوگند نمی‌رسد. ثالثاً از نظر مبانی به نظر می‌رسد که سوگند قاطع یا نفی علم حتی توسط اولیای قانونی، قیّم و مدیران مرتبط با دارایی اشخاص حقوقی، در اموری که مربوط به آنهاست، ممکن می‌باشد و ماده ۱۳۲۷ ق.م. نیز نافی این برداشت نیست. بررسی بیشتر این مسئله باید در جای خود انجام شود.

#### ۲-۲-۴-۲. عدم امکان حبس

ممکن است اشکال شود ثمره صدور حکم اعسار، پیشگیری یا رهایی از حبس مذکور در ماده ۳ ق.ن.ا.م.م. است. با توجه به اینکه امکان قانونی حبس معجوران نیست و اعمال حبس نیز نسبت به اشخاص حقوقی غیر تاجر، سالبه به انتفای موضوع است، پس در این موارد صدور حکم اعسار لغو است و نیازی به گنجاندن آنها در تعریف قانونی اعسار نیست.

در پاسخ باید گفت: اولاً حکم حبس در مورد سفیهی که محکوم علیه واقع شده، ممکن است. نسبت به بالغ کمتر از ۱۸ سال نیز طبق رأی وحدت رویه ۶۶۸-۱۷-۴-۱۳۸۳، اقامه دعوی اعسار پذیرفته شده و لغو شمرده نشده است. ثانیاً ثمره حکم اعسار در پیشگیری از حبس محکوم علیه خلاصه نمی‌شود، بلکه در ده‌ها مورد دیگر، به عنوان یک دلیل یا اماره قضایی قابل استفاده است که باید در جای خود مطرح شود.

#### ۲-۵. عدم تصریح به حکم کسبه جزء

طبق نظامنامه جدید ماده ۱۹ ق.ت. مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۱۹، کسبه جزء افراد حقیقی هستند که تاجر می‌باشند، اما گاهی در برخی مقررات، احکام ویژه‌ای نسبت به آنها در مقایسه با تاجران دیگر تنظیم شده است. یکی از احکام مهمی که برای کسبه جزء پیش‌بینی شده، امکان تقدیم خواست اعسار از هزینه دادرسی طبق ماده ۵۱۲ ق.آ.د.م. است. ممکن است این اختلاف عملی پیش بیاید که آیا ماده ۱۵ ق.ن.ا.م.م. که امکان پذیرش دادخواست اعسار از «محکوم‌به» را از تاجران سلب کرده، شامل کسبه جزء نیز می‌شود یا از آن

انصراف دارد؟ به ویژه اینکه ماده ۵۱۲ یادشده نیز این شبهه را تقویت می‌کند. هرچند با تحلیل اصولی می‌توان از حکم ماده ۱۵ ق.ن.ا.م.م.، عمومیت را استفاده کرد و کسبه جزء را نیز مشمول آن دانست، اما برای پیشگیری از اختلاف مناسب بود که قانون‌گذار به صراحت در شمول یا عدم شمول عنوان معسر نسبت به کسبه جزء با در نظر گرفتن مصالح اجتماعی و اقتصادی، اظهار نظر کند. البته اینکه عدم پذیرش دادخواست اعسار از کسبه جزء و بعضی از اشخاص حقوقی غیر تاجر و الزام به تقاضای ورشکستگی، به نفع نظام حقوقی است یا نه، در جای خود باید بررسی شود.

## ۲-۶. حذف قید «به طور موقت»

ماده ۵۰۴ ق.آ.د.م. عدم دسترسی به مال خود به طور موقت را سبب اعسار از هزینه دادرسی شمرده است. اما قید به طور موقت در تبصره ماده ۶ ق.ن.ا.م.م. در اعسار از «محکوم‌به» بیان نشده است. از سوی دیگر به جای «عدم دسترسی» از عبارت «عدم قابلیت دسترسی» استفاده شده است.

به نظر می‌رسد افزودن قید «قابلیت» مناسب بوده و با توجه انجام شده است. مراد این است که صرف عدم دسترسی به مال دلالت بر اعسار نمی‌کند، بلکه این عدم دسترسی باید طوری باشد که شخص به مباشرت یا به تسبیب نیز نتواند به آن دسترسی یابد. در مباحث پیشین نیز بیان شد در مواردی که عرفاً شخص غیر مستطیع به سهولت می‌تواند به مال دسترسی یابد، عرف وی را معسر نمی‌شمارد.

طبق اطلاق تبصره یادشده باید گفت که عدم قابلیت دسترسی به اموال اعم از اینکه به طور موقت یا غیر موقت باشد، سبب صدق عنوان معسر می‌شود. به نظر می‌رسد اصل این مطلب پذیرفتنی است؛ در صورتی که الان به مال امکان دسترسی نباشد، نمی‌توان وی را ممتنع از ادای «محکوم‌به» شمرد؛ زیرا به جهت فقدان مال، امکان تأدیه بدهی نیست؛ اما ضرورت داشت که قانون‌گذار به تشخیص قاضی در مواردی که عدم قابلیت دسترسی به مال به صورت موقت است،<sup>۱</sup> برای وی حکم اعسار موقت پیش‌بینی

۱. حتی در موارد نادر، خود محکوم‌علیه نیز اقرار می‌کند که امکان وصول مال مثلاً بعد از شش ماه ممکن است.

کند. این امر نه تنها تا حدی از تضييع حقوق محکوم‌له پيشگيري مي‌کند، سبب مي‌شود که محکوم‌عليه نيز حداقل تلاشي را براي ادای «محکوم‌به» از خود نشان دهد؛ براي مثال، در موردی که شخص ثالثی طبق ماده ۱۰ ق.م. متعهد شده که یک قطعه زمين زراعی را به محکوم‌عليه تمليک کند، در اين صورت درست است که وی بالفعل به مالي دسترسي ندارد، اما قابليت وصول به اين مال براي وی با درخواست الزام متعهد به ايفای تعهد ممکن است. بنابراین نبايد در اين فرض او را به طور مطلق معسر به شمار آورد، بلکه مهلت متناسب بايد به وی اعطا کرد. تبصره ماده ۶ ق.ن.ا.م.م. که به طور مطلق عدم قابليت دسترسي به مال را سبب صدور حکم اعسار دانسته است، قابل انتقاد به نظر مي‌رسد.

### نتيجه‌گيري و پيشنهاد تعريف جديد براي معسر

ثابت شد که نه تنها در متون فقهي، تعريفی خالی از اشکال از معسر بيان نشده است، بلکه تعريف ماده ۶ ق.ن.ا.م.م. از معسر نيز دارای شش اشکال است: ۱. با وجود ثمره عملي، قيد «هيچ مقدار» به تعريف معسر افزوده نشده است. ۲. معسر به مديون منحصر شده است؛ در حالی که در موارد زيادی معسر مي‌تواند از نظر فقهي مديون نباشد بلکه صرفاً متعهد به پرداخت باشد. ۳. ظهور آن شامل محجوران معسر نمی‌شود. ۴. اشخاص حقوقی غير تاجر به طور کلی از شمول تعريف معسر خارج شده‌اند، در حالی که پذيرش اعسار نسبت به بعضی از اقسام آن‌ها نه تنها منع قانونی ندارد، بلکه سودمند نيز هست. ۵. حکم معسر بودن يا نبودن کسبه جزء به صورت روشن مشخص نشده است. ۶. قيد «به طور موقت» در عدم قابليت دسترسي به مال، افزوده نشده است، در حالی که افزودن آن مفيد بوده است؛ زیرا در مواردی که به تشخيص دادگاه امکان دسترسي يا تحصيل مال در مدت متعارفی در آينده ممکن باشد، صدور حکم اعسار موقت سودمند است.

پس از نقد ماده ۶ ق.ن.ا.م.م. و تبصره آن، تعريف معسر به اين شکل پيشنهاد مي‌شود: «معسر شخصی است که به دليل نداشتن يا عدم قابليت دسترسي به هيچ مقداری از مال به جز مستثنیات دين، قادر به ايفای محکوم‌به مالي، مباشرتاً يا از طريق

نماینده قانونی یا قضایی نباشد)).

هرچند واژه شخص مطلق است، با توجه به اینکه تاجران طبق ماده ۱۵ ق.ن.ا.م.م. از شمول مقررات اعسار و قوانین دیگر استثنا شده‌اند، بنابراین اشکالی از این جهت به اطلاق واژه یادشده وارد نیست. در ضمن، دو تبصره نیز می‌توان در ذیل تعریف پیشنهادی از معسر آورد:

تبصره ۱: اشخاص حقوقی خصوصی که تاجر نیستند و همچنین کسبه جزء<sup>۱</sup> می‌توانند دادخواست اعسار تقدیم کنند.  
تبصره ۲: در مواردی که به تشخیص دادگاه، امکان دسترسی یا تحصیل مال در مدت متعارفی در آینده ممکن باشد، با تعیین مدت، حکم به اعسار موقت صادر می‌شود.



۱. با توجه به اینکه طبق نظامنامه جدید ماده ۱۹ ق.ت. مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۱۹، معیار شناسایی کسبه جزء این است که میزان فروش [نه درآمد] سالانه آنها از ۱۰ میلیون تومان تجاوز نکند. در صورتی که آنها از ارائه‌کنندگان خدمات باشند، مبلغ دریافتی آنها در سال بالغ بر ۵ میلیون تومان نباشد. با توجه به تورم اقتصادی حاکم بر زندگی شغلی در حال حاضر، با معیار یادشده به ندرت برای کسبه جزء مصداق پیدا می‌شود و لازم است که قانون‌گذار متناسب با تورم موجود، به اصلاح مبالغ مذکور اقدام کند.

## کتاب شناسی

۱. آشتیانی، محمدحسن بن جعفر، کتاب القضاء، قم، زهیر، ۱۴۲۵ ق.
۲. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، الوسيلة الى نيل الفضيلة، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۳. ابن فارس، ابوالحسن احمد، معجم مقانيس اللغة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۴. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر - دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۵. اسکینی، ربیعاً، ورشکستگی و تصفیة امور ورشکسته، چاپ سوم، تهران، سمت، ۱۳۷۸ ش.
۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین، فرائد الاصول، چاپ دوم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۷. همو، کتاب مکاسب، چاپ سوم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۸. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، حاشیة الآخوند علی مکاسب، قم، سماء قلم، ۱۳۹۴ ش.
۹. همو، کفایة الاصول، چاپ هفتم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۰. آل بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغة الفقیه، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، بنیاد راستاد، ۱۳۶۳ ش.
۱۲. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، لبنان - سوریه، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.
۱۳. سبحانی تبریزی، جعفر، استفتائات، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۴ ش.
۱۴. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، تهران، دادگستر، ۱۳۷۶ ش.
۱۵. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، کنز العرفان فی فقه القرآن، تهران، المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه، ۱۳۸۰ ش.
۱۶. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره بنیادین)، تهران، دراک، ۱۳۸۶ ش.
۱۷. شهابی، محمود، ادوار فقه، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۸. صافیان اصفهانی، احسان، «بررسی دعوی شهرداری دایر بر اعسار از پرداخت هزینه دادرسی»، فصلنامه تعالی حقوق، دوره جدید، شماره ۶، بهار ۱۳۹۳ ش.
۱۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیة کتاب مکاسب، چاپ سوم، قم، طلیعة نور، ۱۴۲۹ ق.
۲۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۱. همو، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۲۲. عاملی جعبی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۲۳. عاملی جزینی، محمد بن جمال الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۴. همو، غایة المراد فی شرح نکت الارشاد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۵. علامه حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۶. همو، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۷. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۲۸. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و عرف*، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴ ش.
۳۰. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۳۱. گرامی، محمدعلی، *استفتائات*، قم، دار الفکر، ۱۳۸۲ ش.
۳۲. مبلّغی، احمد، «اعسار در فقه اسلامی با نگاهی تطبیقی به قوانین موضوعه»، *مجله دین و قانون*، شماره ۱، بهار ۱۳۹۲ ش.
۳۳. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۳۴. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط والتزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۳۵. مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، *فرهنگ فقه*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۲ ش.
۳۶. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *التفصیح فی شرح المکاسب*، تقریر میرزا علی غروی تبریزی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۵ ق.
۳۷. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، *کتاب القضاء*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۳۸. همو، *مجمع المسائل*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ ق.
۳۹. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲ ش.
۴۰. هادوی، مهدوی، *قضاوت در اسلام*، قم، خانه خرد، ۱۳۸۵ ش.