

## عدم مسئولیت بدهکار نادار در اثبات اعسار (در بدهی غیر مسبوق به مال)<sup>۱</sup>

سلمان احمدی<sup>۲</sup>

دانش آموخته دکتری دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات،

رشته‌ی فقه و حقوق اسلامی، تهران، ایران.

علیرضا امینی

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، گروه فقه و حقوق اسلامی،

تهران، ایران.

### چکیده

یکی از پر شمارترین پرونده‌های قضایی، مربوط به دیون مالی در دادگاه‌هاست. قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مسئولیت اثبات ناداری را بر عهده‌ی مدیون گذاشته و تفاوتی در میان منشأ بدهکاری او قائل نشده است. از منظر این نوشته، نادیده گرفتن سابقه‌ی بدهکاری مدیون، از موارد نقض این قانون است. لذا با طرح این سوال که بار اثبات اعسار در بدهی‌های غیر مسبوق به مال بر عهده‌ی کیست؟ تلاش کرده تا با دلایل متقن فقهی، ثابت کند که این وظیفه بر عهده‌ی مدیون معسر نیست و به همین دلیل با استناد به این دلایل، واضعین قانون سزاوار است در اصلاحات بعدی سابقه دین را در حمل بار اثبات بر طرفین دعوا ملحوظ نظر قرار دهند. موضوع دیگری که در این نوشته به آن پرداخته شده قبول مسئولیت مالی و تأثیر آن در اعسار و ایسار مدیون است که نتیجه‌ی حاصل شده این است که پذیرش مسئولیت مالی بدون اینکه در قبال آن مالی دریافت شده باشد دلیل بر مؤسر بودن بدهکار نیست.

**واژگان کلیدی:** اعسار، ایسار، بدهکار، طلبکار، محکومیت.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۶/۲۰؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۳/۷/۲۷

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): [Salmanahmadi@yahoo.com](mailto:Salmanahmadi@yahoo.com)

## مقدمه

در سررسید بدهی بدهکار و اعلام اعسار و ناداری توسط او، تکلیف قضایی در داوری میان دائن و مدیون چیست؟ حمایت از طلبکار و تلاش در وصول طلب او به عنوان یک وظیفه ی قانونی عدالتخواهانه، و برخورد با مدیون ممتنع با ابزارهای قانونی و مجازاتهای معین؟ یا بررسی وضعیت مدیون و سپس صدور حکم به تناسب روشن شدن وضع مالی و اقتصادی او؟ فقه‌های عظیم الشان از آغاز تا کنون در بررسی مسائل مرتبط با دین و بدهکاری، پیشینه ی بدهی مدیون را در صدور احکام مربوطه مدّ نظر قرار داده و متناسب با وضعیت سابق، حکم صادر کرده اند. در یک تقسیم بندی شایع که مشهور میان آنهاست، وضعیت بدهکار را به دو قسم تقسیم کرده اند:

الف) بدهکاری که بدهیش منشأ مالی نداشته و درمقابل دینی که بر عهده دارد، مالی به دست نیاورده است

ب) بدهکاری که دین او ناشی از مبادلات و معاوضات مالی بوده به نحوی که در مقابل بدهی خود مالی اخذ کرده و اکنون در سررسید و موقع ادای دین اعلام ناداری می کند. اثبات اعسار در هر کدام از این اقسام از نظر فقهی تفاوتی دارد. در این نوشتار به تناسب ظرفیت مقاله تنها قسم اول از این دو تقسیم، موضوع بحث است.

## منشأ دین غیر مسبوق به مال

بدهکاری که در مقابل دینی که به عهده دارد مالی دریافت نکرده و به اصطلاح دین او مسبوق به امور مالی و معاملی و معاوضی نبوده بلکه به یکی از طرق ذیل ممکن است ذمه اش مدیون شده باشد:

۱- به صورت قهری و غیر ارادی مانند ائتلافهای غیر ارادی مال غیر، تسبیب های ناخواسته در ائتلاف مال غیر، دین جنایتها و... بدهکار گشته باشد

۲- با اراده ی خود پرداخت مالی را تعهد کرده است. مانند مهریه ی همسر، نفقه ی همسر و فرزندان، ضمانتهای پذیرفته شده، کفالتهای پذیرفته، اجاره بهای تعهد شده، عوض خلع تقبل شده و...

پیش از ورود به ادله ی اثبات اعسار در خصوص مورد، لازم است به قاعده ای که شاکله- ی اثبات اعسار در این قسم را از پایه ویران می کند و آنرا سالبه به انتفاع موضوع می نماید

پرداخته شود. به گونه ای که در صورت پذیرش، دیگر نیازی به اثبات اعسار نباشد تا به تبع آن راههای اثبات آن به بررسی گرفته شود.

### امر منفی نیاز به اثبات ندارد

در قواعد فقهی قاعده ی مشهوری است که «البینه ی علی المدعی و الیمین علی من انکر» (الحر العاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص ۲۱۵).

خواهان و مدعی لازم است برای اثبات ادعای خود دلیل ارائه کند و خوانده (منکر) تنها تکلیفی که در رد ادعای علیه خود دارد ادای سوگند است؟

این قاعده را می توان خاستگاه عبارت معروف «نافی را نفی کافی است دانست»، چرا که فقره ی دوم قاعده ضمن کافی دانستن نفی نافی، برای حصول اطمینان بر این نفی سوگندی نیز ضمیمه ی آن نموده است تا قاضی و داور فیما بین، وثوق بیشتری پیدا کند و در صورتیکه خواهان نتواند دلیل قابل قبولی برای اثبات ادعایش عرضه کند انکار خوانده را به ضمیمه ی سوگند بپذیرد و رأی بر براءت او صادر کند. پشتوانه ی عقلی این قاعده ی شرعی آن قدر روشن است که نیاز به اثبات و بررسی ندارد. به همین دلیل اگر ثابت شود که معسر در اعلام ناداری خود منکر است و نه مدعی، منکر بودنش را الزامی ندارد اثبات کند و صرف نفی برای قبول انکارش کافی است. برای ثابت شدن اینکه شخص معسر مدعی است یا منکر، نظریات فقهای عظام راهگشا و اثبات کننده ی مسأله خواهد بود.

مشهور فقهای بزرگ رأیشان بر این است که معسر منکر است. محقق اردبیلی در کتاب مجمع الفائده مسأله را چنین بیان فرموده است:

اگر مدیون ادعای اعسار کند اگر از نظر شرعی مالی برای او شناخته نشود حرف او با سوگند پذیرفته می شود در صورتی که مدعی بینه ای نداشته باشد می تواند او را سوگند دهد. به خاطر اینکه احتمال وجود مال نزد او هست، و به مجرد وجود احتمال سوگند دادن او جایز است، و وجود علم و ظن علی ظاهر شرط نیست، به خاطر عموم ادله ی «الیمین علی من انکر» که معارضی برای آن وجود ندارد، و ظاهر این است که مدیون منکر مال است و طلبکاران ادعای وجود آنرا نزد وی دارند، و اصل عدم وجود مال است، معنای سخن او که گفته «من معسر هستم» به منزله ی این است که بگوید «من مالی ندارم». (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۲۷۶).

در ریاض المسائل نیز معسری را که دین او مالی نبوده منکر شمرده است ایشان می فرماید: "اگر برای مدیون مالی شناخته نشود و اصل دعوا مالی نباشد بلکه به خاطر جنایت

یا مهریه یا نفقه ی همسر یا نزدیکان دیگر و یا امثال اینها باشد سخن او همراه با سوگند پذیرفته می شود چون دعوای او با اصل موافق است پس ایشان مانند منکر است. (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۹۶)."

سید بحر العلوم نیز ضمن بیان اقوال مختلف سرانجام چنین اعلام نظر می فرماید: قول قویتر که مشهور قائلند این است که بدهکار منکر است و با سوگند حرفش مقبول (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۲۸۲).

صاحب جواهر نیز وقتی اصل بدهکاری مالی نباشد حرف مدیون را مقدم می دارد و صریحاً او را منکر به حساب می آورد و از همین قاعده ی (البینه ی علی المدعی و الیمین علی من انکر) استناد می کند، بیا ن ایشان چنین است:

« در هر صورت اگر مالی برای او شناخته نشود و ادعای علیه او مال نباشد و مدیون ادعای اعسار کند ادعایش پذیرفته می شود و مکلف به آوردن بینه نیست، ولی طلبکاران می توانند او را وادار به خوردن سوگند بنمایند زیرا مدیون با موافق بودن حرفش با اصل، منکر است و امام علیه السلام فرموده: البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر » (نجفی، محمد حسن ۱۴۰۴ق، ج ۲۵، ص ۳۶۰).

از جمله مستندات دیگری که می توان بر قاعده ی نافی را نفی کافی است ارائه کرد بیانی است که آیه ی الله سید محمد صادق روحانی در بحث نکول سوگند توسط مدعی اعسار دارد. ایشان سؤالی را مطرح می کند مبنی بر اینکه اگر مبنای دین مالی نباشد و مدعی اعسار سوگند را نکول کند و مدعی یسار در ادعایش جزم نداشته باشد آیا حکم معسر باید مترتب شود یا مؤسر؟ و بعد در پاسخ می فرماید: «حق این است که در فرض اعسار استصحاب جاری می شود و حکم اعسار مترتب می گردد» (روحانی ۱۴۱۴ق، ج ۲۵، ص ۱۱۸).

چنانچه از این بیان آشکار است حتی اگر مدیون مدعی اعسار سوگند را هم نکول کند حرف او قابل پذیرش و موجب ثبوت اعسار او می شود. و لذا صرف نفی او در اثبات اظهارش کفایت می کند.

هم ایشان از محقق اردبیلی نقل می کند که: اگر مدیون بدهیش مسبوق به مال نباشد حتی نیاز به سوگند ندارد، بلکه حرف او به صرف ادعا پذیرفته است، او برای این رأی از آیه

«و ان كان ذوعسره» استدلال کرده و هم اینکه دلیلی بر سوگند نیست مگر اینکه سابقه‌ی یسار داشته باشد<sup>۱</sup> (روحانی ۱۴۱۴ق، ج ۲۵، ص ۱۱۷).

بنابراین منکر بودن مدعی اعسار صراحتاً در کلام این فقیهان بزرگ آمده است. تعداد کثیر دیگری از فقهاء بدون اینکه متعرض منکر بودن مدیونی که چنین وضعی دارد بشوند رأی به قبول قول او داده اند که در حقیقت معنای همین عبارت نافی را نفی کافی است می باشد. از جمله:

(شیخ طوسی، المبسوط، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۹۲)، (ابن حمزه الطوسی، ۱۴۰۸ق، ص ۲۱۲)، (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۸۰)، (عاملی، کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۲۹۹)، (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۸۲)، (نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴ق، ج ۲۵، ۳۶۰)، (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ص ۹۹)، که در این باره می فرمایند: این رأی (که حرف بدهکار مدعی اعسار با سوگند پذیرفته است) مشهور میان فقهاء است بلکه اختلاف نظری در آن وجود ندارد بلکه ادعای اجماع کرده اند جمعی از فقهاء بر آن).

#### بررسی ادله‌ی مخالفین

برخی از فقیهان، اظهار اعسار را توسط مدیون حمل بر جنبه‌ی اثباتی آن نموده و وجه انکاری آن را تلقی به قبول نکرده و در نتیجه او را منکر به حساب نیاورده بلکه به جهت ادعای نداشتن مال، او را مدعی قلمداد کرده اند از جمله سید محمد بحر العلوم در این خصوص می فرماید:

"او مدعی چیزی است که آن چیز عسری است که موجب سقوط مطالبه می شود، عسری که تفسیر به ضیق و شدت شده است در مقابل یسری که به وسعت تعبیر شده است. و این دو، دو وجود متضاد هستند که نقیض هم نیستند، بنابراین با اصل اثبات نمی شود تا اینکه مدعی آن حقیقتاً به خاطر موافقت سخنش با اصل منکر به حساب آید، بلکه او مدعی است چون حرفش مخالف اصل است. و از آنجا که در آیه‌ی شریفه مهلت دادن معلق بر آن شده است شرط وجوب انظار است. پس به ناچار باید این عسر احراز گردد، چون حکم متوقف بر تحقق آن است برای اینکه شرط است برای آن چیزی که مهلت معلق بر آن است" (بحر العلوم ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۳۸۲).

۳. و عن المحقق الأردبیلی الحکم بانّه لایحلف فی هذه الصورة. و استدلال بآیه‌ی النظره، و بانّه لا دلیل علی الاحلاف الا مع سبق الیسار»

آقای موسوی اردبیلی نیز وجهی برای پذیرش اظهارات مدیون قائل نیست خواه اعسار وجودی باشد یا عدمی (اردبیلی، سید عبدالکریم ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۹۴).

در حالیکه با کمی تأمل و تدقیق در اظهارات مدیون به وضوح منکر بودن او آشکار است. چون در حقیقت مدیون در هنگام مطالبه ی دائن در پاسخ می گوید ندارم و همین اظهار را نیز در نزد قاضی بر زبان می آورد و در درخواستی که به صورت مکتوب به دادگاه تسلیم می کند هرچند قرار داشتن در وضعیت اعسار را اعلام می نماید ولی وضعیت اعسار مگر چیزی غیر از نداشتن تمکن از پرداخت است، که هم کلام و نوشته ی او ظهور در آن دارد و هم تلقی عرف از این کلام، نداشتن مابازاء آن طلب است، بنابراین تبادر عرفی به اضافه ی ظهور کلامی جایی را برای اعراض و روی گردانی از این معنای روشن باقی نمی گذارد و چاره ای جز پذیرش دادخواست اعسار به عنوان انکار بر داشتن مال نخواهد بود. مسلم است که عرف هرچند در تعیین و وضع حکم از نظر فقه اسلامی ملاک و مأخذ موجهی نیست اما در تشخیص موضوع حرف اول را می زند. بنابراین در تشخیص موضوع اعسار، دقت های عقلی و تقسیم بندیهایی که با تدبّر و تفکّر حاصل می شود ملاک واضح نبوده است. موضوع اعسار همان است که عرف می شناسد که عبارت است از نداری و عدم امکان پرداخت دین. مناسب است به عنوان تأیید این مطلب به بیان آیت الله لنکرانی استناد شود که می فرماید: "ملاک در تشخیص مدعی و منکر بر می گردد به تشخیص عرف، چون حقیقت شرعیه در این دو ثابت نیست و مجاز هم اصلاً در بین نیست و لذا در چنین مواردی داور عرف است" (لنکرانی ۱۴۲۰ق، ص ۱۲۹).

لازمه ی اثبات این مطلب، پذیرش اظهارات مدیون به اضافه ی سوگندی است که برای وثاقت و تحکیم سخنش ضمیمه می کند. شاید بتوان ادعا کرد که علیرغم اینکه برای اثبات و انکار مال و اتلاف آن وجود دو شاهد از نظر شرع کفایت می کند اما قانون گذار در قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات مصوب بیست و پنج آبان ماه ۱۳۱۰ شمسی چهار شاهد را برای پذیرش سخن مدیونی که اظهار نداشتن مال برای بازپرداخت دین را دارد لازم دانسته است همین بوده که به این نتیجه رسیده اند که گواهی دو نفر برای اینکه مدیون مالی ندارد، وجدان قضایی هیچکدام از قانون گذار و قاضی داوری کننده را اقناع نمی کند لاجرم دو شاهد دیگر را نیز اضافه کرده و در ماده ی هشت این قانون اقامه ی چهار شاهد را برای اثبات سخن مدیون وظیفه ی او دانسته است، غافل از اینکه اگر مدیون هزار نفر شاهد هم اقامه کند نمی تواند خلاء موجود در این نفی را پر کند، زیرا عقلاً خلای که نفی و انکار ایجاد می کند به آسانی قابل پر شدن نیست. به این دلیل که همه ی شهودی

که به ناداری و عدم توانایی بازپرداخت دین شهادت می دهند، شهادتشان به این معناست که ما مالی موجود برای این شخص بدهکار نیافته و سراغ نداریم. حال آنکه اصطلاح معروف و مورد پذیرش عقل «عدم الوجدان لایدل علی عدم الوجود» حاکم بر این گواهی هاست و لو تعداد آنها از شماره بیرون باشد. این ویژگی از جمله اقتضائات و اختصاصات انکار و نفی است نه نقض در ادله ی اثبات و یا نقض در عدالت شهود. هرچند قانونگذار در قانون آیین دادرسی مدنی تلاش کرده پای بست ویران اثبات اعسار را از چهار شاهد در قانون مصوب سال ۱۳۱۰ به دو شاهد تقلیل دهد و آنرا با مذاق شرع که وجود دو شاهد را در امور مالی کافی میدانند سازگار نماید، اما عنایت به این مطلب نکرده که نفی را نمی توان با شاهد اثبات کرد. بنابراین آنچه که شرع بر آن تأکید نموده و به عنوان قاعده ی شرعی شیوع پیدا کرده و سیره ی عقلا نیز با آن تطابق دارد این است که انکار منکر به پیوست سوگند اگر دلیل مقبولی با آن تعارض نداشته باشد پذیرفته و دارای آثار شرعی و حقوقی است و مدیون منکر، تکلیفی در اثبات اظهار خود مبنی بر اینکه «ندارم طلب طلبکار را بپردازم» ندارد و لو اینکه این سخن را در قالب دادخواست اعسار به دادگاه ارائه نموده باشد. فقیهان بزرگی در بررسی مسأله ی اعسار از آنجا که اشکال اساسی را دریافته اند که نمی توان «نفی را اثبات کرد» و از طرفی اقوالی مبنی بر ارائه ی شاهد توسط مدیون را از سلف صالح مشاهده کرده اند سعی نموده اند به شکلی این اشکال را مرتفع نمایند و دلیل عقل پسندی در رفع این معضل عرضه کنند. به همین خاطر مسأله ی اعسار امر وجودی یا عدمی را طرح کرده و با سخن پردازی و عقل پسند کردن راه حل و پس از به کرسی نشاندن ادعای خود و تلاش در وادار کردن مخاطب به پذیرش آن با ارائه ی ادله ی مورد نظر و مثالهای متعدد، سرانجام اعسار را امر وجودی قلمداد کرده تا محمل شرعی اقامه ی دلیل بر ادعای اعسار را برای مدیون موجه سازند، از جمله: شیخ آشتیانی در کتاب القضاء و گیلانی، نجفی، میرزا حبیب اله نیز در کتاب قضای خود با طرح مسأله ی وجودی و عدمی بودن اعسار، استدلالهایی را با کمک ظرافتها و دقائق عقلی برای اثبات وجودی بودن عسر و یسر، به عمل آورده اند، حال آنکه، ظاهر معنای لغوی عسر چیزی جز ناداری نیست و چنانکه در پیش نیز گفته شد عرف هم غیر از این معنا تلقی دیگری از عسر ندارد. بنابراین دلیلی وجود ندارد که ما هم ظاهر کلام و هم تداول عرفی را رها کنیم و به معانی دوری که در ژرفای عقل از عسر و یسر وجود دارد تمسک کنیم، مطلبی که بزرگانی از فقهای ما نیز مبنای رأی خود را بر آن قرار داده اند. مرحوم آشتیانی خود در این زمینه ضمن بیان دو قول که در مسأله وجود دارد یکی از دو قول را چنین بیان فرموده است:

عسر مانند عجز عدمی است و این رأی، ظاهر شیخ طوسی (ره) است که استدلال کرده بر سخن قابل پذیرشی و آن اینکه چون معسر متولد شده است، گروهی از متأخرین او نیز همین نظر را دارند بلکه هر کسی که استدلال کرده به جواز اکتفا در آن به سوگند با موافق بودن حرفش با اصل، همین نظر را دارد. (آشتیانی ۱۴۲۵ق، ص ۱۰۰).

علاوه بر این شیخ آشتیانی در جایی دیگر از "کتاب القضاء" تصریح دارد به اینکه نافی را نفی کافی است و بینه از او قابل پذیرش نیست عبارت او این است که: "ما نمی‌گوییم بلکه هیچ فردی که سخنش قابل اعتنا باشد نگفته است که وقتی منکر نافی محض است بینه از او قبول است، بلکه منظور از پذیرش بینه از او هنگامی است که فی الجمله مدعی و ثابت کننده باشد هر چند از جهتی فی الجمله منکر و نافی است"<sup>۱</sup> (آشتیانی ۱۴۲۵ق، ص ۱۰۶). به علاوه که ایشان می‌فرماید مشهور میان اصحاب این است بلکه خلافی در آن نیست، بلکه بر قبول قول مدیون معسر همراه با سوگند جماعتی ادعای اجماع کرده‌اند و... معروف میان آنها این است که مدیون منکر است چون سخنش موافق اصل است (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ص ۹۹).

بنا بر این نظرات مشهور فقهاء و تصریح بزرگانی از آنها بر منکر بودن مدیون معسر که حکمیت عقل نیز آن را پشتیبانی می‌کند به طور ضمنی و تلویحی تصدیق اصطلاح «نافی را نفی کافی است»، می‌باشد و عذری برای عدم پذیرش سخن مدیونی که دینش مسبوق به مال نیست باقی نمی‌گذارد.

نظر مرحوم محقق حلی (ره) را می‌توان به عنوان نتیجه‌ی این بحث ارائه نمود که فرموده: «اگر مالی از مدیون سراغ نرود و ادعای اعسار کند ادعایش مقبول است و تکلیفی به آوردن بینه ندارد، ولی طلبکاران حق دارند او را سوگند دهند. (محقق حلی ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۳۹۴).

### قبول مسئولیت مالی و تأثیر آن در عسر و یسر

برخی از فقهاء در بدهیهایی که منشأ مالی نداشته مثل مهریه و ضمانت و غیره... معتقدند که مدیون با قبول مسئولیت مالی در قبال چنین اموری، به طور ضمنی اعتراف به ایسار

۴. فانا لانقول بل لم یقل احد یعتد به بسماع البینه ی من المنکر اذا کان نافیاً محضاً بل المراد من سماع البینه ی منه هو ما اذا کان مثبتاً فی الجملة ی و ان کان نافیاً فی الجملة ی ایضاً

نموده است، بنابراین در هنگام بازپرداخت این نوع بدهی ها ادعای اعسار او از موارد مسبوق به امور مالی خواهد بود، و چنین نیست که قاعده ی نافی را نافی کافی است» در مورد آنها قابل پذیرش و اعمال باشد.

بلی مواردی مانند تعهد به پرداخت دیه و یا ضمانت مالی در اتلاف مال غیر را می توان بدون منشأ مالی دانست و صرف اظهار مدیون در مورد اعسار را قابل پذیرش دانست. علامه ی حلی در این باره فرموده: اگر عقود از نوع عقودی باشد که با اختیار خود، دینی را قبول کرده باشد، مثل تعیین مهریه در نکاح و ضمان عقدی، قول او قابل پذیرش نیست و بایستی حتماً بینة اقامه کند (علامه ی حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۵۸).

اما به نظر می رسد که تفاوتی میان بدهکاران دیه و اتلاف مال غیر و بدهکاران مهریه و ضمانتهای مالی وجود ندارد، با این استدلال که تکیه بر رویه ی عرفی استنادی مقبول و معتبر است. آنچه که در جامعه مرسوم و متداول است این است که در تعیین میزان مهریه، در هنگام اجرای عقد نکاح، آنچه که مد نظر است چشم و هم چشمیها و عرفهای محلی است که نقش دارد نه توانایی پرداخت مهریه، غالباً در موقع عقد ازدواج اصولاً چندان توجهی به مُکنت و توانایی شوهر نمی شود، به همین دلیل مهریه به هر مقداری که در ازدواج مشخص شود، عرف، شوهر را مبتنی بر میزان مهریه مال دار و یا معسر به حساب نمی آورد.

به همین نحو، مسأله ی ضمانت های متعهد شده در عرف جامعه نشانه ی مال دار بودن و توانایی بازپرداخت دین توسط متعهد نیست، رایج ترین و فراوانترین نوع ضمانتها امروز در بانکها صورت می پذیرد که غالب متعهدین آنها نیز کارمندان دولت هستند، بدیهی است که قاطبه ی کارمندان دولت (به استثنای موارد نادر و انگشت شمار) همه ی مکنت آنها حقوق ماهیانه ای است که می گیرند، که با تحمل سختی و قناعت فراوان پاسخگوی نیازهای روزمره ی آنها می تواند باشد، بنابراین نمی توان قبول تعهد ضمانت را توسط آنها، اعتراف به توانایی مالیشان برای اجرای تعهدشان دانست، همانگونه که قبول مهریه را در حین عقد نمی تواند نشانه ی متمول بودن شوهر دانست. با عنایت به این رویه ی عرفی و شیوع و رواج آن در جامعه، دلیلی بر قبول یسار برای بدهکاران مهریه و ضمانتها و کفالتها وجود ندارد، این گونه بدهکاران با بدهکاران دیه و اتلاف مال غیر تفاوتی نداشته و جزو آن دسته از بدهکارانی هستند که بدهی آنها سابقه ی مالی نداشته و صرف اظهار نداری و اعسار آنها به دلیل همان قاعد نافی را نافی کافی است مورد قبول و پذیرش است. نتیجه ی اینکهر عرف رایج جامعه در حال حاضر، در عقد نکاح و ضمان، مبنایش بر این نیست که شوهر و یا

متعهد در نکاح و ضمان به دلیل پذیرش این مقدار مهریه و یا قبول ضمانت، لاجرم مال دار هستند، بلکه در چنین مواردی توجهی به مال دار بودن یا نبودن آنها ندارند. بلکه آنها عملی را به انجام رسانده اند که مهریه ای مشخص شده، که فعلاً بر اساس عرف حال نیست، و یا عملی را انجام داده که ضمان در آن شرط شده است.

مسأله ی دیگری که نیز گاهی برای پذیرش بینه بر نفی، به آن استدلال شده است، قبول بینه بر نفی وارث است. آنچه مسلم است این است که کسی که منکر وراثت دیگری است اصولاً تعهدی در آوردن بینه ندارد، بلکه تنها با انکار ادعای مدعی وراثت، از نظر فقهی و حقوقی و خوردن سوگند تکلیفش تمام می شود آن هم در صورتیکه مدعی بعد از ناتوانی از اقامه ی بینه تقاضای خوردن سوگند توسط منکر را بنماید. اینکه آوردن بینه توسط منکر نیز توسط کسانی از جمله علامه ی حلی مورد قبول واقع شده است، از نظر ضوابط فقهی و از جمله قاعده ی (البینه ی علی المدعی) صرفاً حصول اطمینان بیشتر برای انکار منکر تلقی می شود و نه تکلیفی برای او، که در نتیجه بتوان، چنین تکلیفی را یک ضابطه ی فقهی، و دلیلی برای اثبات انکار قرار داد. علامه ی حلی در این باره خود سخنی قابل استناد دارد: "...تفاوتی میان تقسیم اموال میان طلبکاران و تقسیم اموال میان ورثه نیست، جز اینکه ورثه نیازمند اقامه ی بینه هستند که مشخص شود وارث دیگری غیر از آنها نیست، بر خلاف طلبکاران، این تفاوت بدین خاطر است که تعداد ورثه مشخص و مضبوط تر از طلبکاران هستند، ولی شهادت بر وجود طلبکار، شهادت بر نفی است که تحصیل و دریافت آن پرمشقت است" (علامه ی حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۵۴).

بیان حضرت علامه (ره) هرچند بر پذیرش بینه بر نفی وارث تصریح دارد اما استدلال ایشان بر قبول بینه در وارث و عدم مقبولیت آن در اثبات وجود بدهکار، بیانگر این است که نفی با بینه قابل اثبات نیست مگر در موارد خاصی که دامنه ی محصور و محدودی مانند وارث داشته باشد که غالباً حصول اطلاع بر آن به سهولت میسر است. و این همان چیزی است که ما در صدد اثبات آن هستیم که نافی را نافی کافی است.

## منابع

- ابن حمزه الطوسی، *الوسیله*، تحقیق: الشیخ محمود الحسون، ج ۱، قم، منشورات مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۸ق.
- اردبیلی (محقق)، احمد بن محمد، *مجمع الفائده والبرهان*، تحقیق: حاج آقامجتبی عراقی، الشیخ علی پناه اشتهدادی، ج ۱، قم، دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه، ۱۴۰۳ق، ج ۹.
- اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی، *فقه القضاء*، ج ۲، قم، بی نا، ۱۴۲۳ق، ج ۲.
- آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، *کتاب القضاء*، ج ۱، تهران، چاپخانه رنگین، ۱۴۲۵ق.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، *بلغه الفقیه*، ج ۴، تهران، منشورات مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ق، ج ۳.
- حائری، سید علی بن محمد طباطبائی، *ریاض المسائل*، ج ۱، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۸ق، ج ۲.
- حر العاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه (آل البيت)*، تحقیق: مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ج ۲، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸.
- حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکره الفقهاء (ط-ج)*، تحقیق: مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ج ۱، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق، ج ۲ و ۱۴.
- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، ایران: ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق، ج ۲.
- روحانی، السید محمد صادق، *فقه الصادق (ع)*، ج ۳، قم، مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۴ق، ج ۲۵.
- شهیداول، عاملی، محمد بن مکی، *اللمعه دمشقیه*، مصحح: محمدتقی مروارید، علی اصغر مروارید، ج ۱، بیروت، دارالتراث - دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
- شهیدثانی، عاملی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه*، ج ۱، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق، ج ۳.
- شیخ طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۳، تهران، المکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق، ج ۸.
- عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، *جامع المقاصد*، ج ۲، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق، ج ۵.
- لنکرانی، محمدفاضل موحدی، *تفضیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، القضاء و الشهادات*، ج ۱، قم، ایران، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۰ق.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۷، بیروت، لبنان، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۵.