

## مفهوم و قلمرو ناتوانی در پرداخت دین (مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا، فقه امامیه و حقوق ایران)

محمد عیسائی تفرشی<sup>۱</sup>

"به پاس قدردانی از زحمات و تلاش‌های علمی استاد فرهیخته جناب آقای استاد محمدجعفر جعفری لنگرودی، این مقاله به آن استاد گرانقدر هدیه می‌شود".

### چکیده

در حقوق آمریکا برای تحقق ورشکستگی، اشتغال مدیون به تجارت شرط نیست و قانون ورشکستگی فدرال (مصوب ۱۸۹۸) و اصلاحات بعدی آن، بحران مالی تمام اشخاص حقیقی و حقوقی را مدیریت می‌کند. بدین ترتیب، نظام حقوقی آمریکا در باب ورشکستگی، نظامی وحدت‌گراست. مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، افلاس و اعسار مفهوم واحدی دارند. بر این اساس، نظام فقه امامیه در مدیریت بحران ناتوانی در پرداخت دین نظامی وحدت‌گراست. اما در فقه دیدگاهی که بین دو مفهوم افلاس و اعسار تفکیک قائل شده، قوی‌تر است. در این دیدگاه اگر مدیون دارایی اش کم‌تر از دیونش باشد و مالی برای تقسیم بین طلبکاران داشته باشد، مشمول نهاد افلاس و اگر مدیون مالی برای تقسیم نداشته باشد مشمول نهاد اعسار قرار می‌گیرد. در نظام حقوقی ایران بحران مالی اشخاص حقیقی تاجر و همچنین، اشخاص حقوقی (اعم از تاجر و غیر تاجر) بر اساس مقررات ورشکستگی مدیریت می‌شود و بر بحران مالی اشخاص حقیقی غیرتاجر نظام اعسار حاکم است؛ نظامی که بحران مالی را مدیریت نمی‌کند و صرفاً به مدیون مهلت پرداخت دینش را اعطا می‌کند. این ساختار به دریافتی از احکام فقهی که اعسار را از افلاس تفکیک می‌کند، نزدیک‌تر است.

این تحقیق نشان می‌دهد که در حقوق فعلی ایران، واژه‌های افلاس و مفلس مذکور در مواد قانون مدنی به مفهوم فقهی آن که مستلزم نوعی حجر و تصفیه جمعی دیون است کاربرد ندارد و در نتیجه، خیار تفلیس نیز که در ماده ۳۸۰ قانون مدنی آمده است، قابلیت اجرا ندارد.

کلیدواژه: ناتوانی در پرداخت دین، اعسار، افلاس، ورشکستگی.

۱. استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، ایران، تهران

## مقدمه

در حقوق آمریکا، قانون ورشکستگی فدرال (مصوب ۱ ژوئیه ۱۸۹۸)<sup>۱</sup> و اصلاحات بعدی آن که در باب یازدهم<sup>۲</sup> مجموعه قوانین ایالات متحده آمریکا<sup>۳</sup> آمده است، بین شخص تاجر و غیر تاجر تفاوتی قائل نشده و بر مدیریت بحران تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی تاجر و غیر تاجر حاکم است. در فقه امامیه دو نهاد افلاس و اعسار وجود دارد. در منابع فقه، اعسار در کتاب «الدین» و افلاس در کتاب «الحجر» مورد بحث قرار گرفته است. در این خصوص که آیا اعسار و افلاس یک نهاد است یا نام‌های متفاوت یا دو نهاد جدا هستند و در نتیجه معسر و مفلس مفهوم یکسان دارند یا متفاوت، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ بعضی از فقها آن دو را به یک معنی دانسته‌اند و برخی از آنان بین آن دو تفکیک کرده‌اند. در حقوق فعلی ایران، بحران مالی تجار (اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی) و اشخاص حقوقی غیر تاجر بر اساس مقررات ورشکستگی مدیریت می‌شود و بر بحران مالی اشخاص حقیقی غیر تاجر مقررات اعسار حاکم است.

بر این اساس می‌توان گفت، نظام‌های حقوقی در مدیریت بحران ناتوانی در پرداخت دین به دو دسته نظام‌های وحدت‌گرا و کثرت‌گرا تقسیم می‌شوند. منظور از نظام‌های وحدت‌گرا نظام‌هایی هستند که در مدیریت بحران مالی، بحران اقرار مختلف جامعه را طبق اصول واحدی مدیریت می‌کنند. اصولاً نظام‌های وحدت‌گرا در مدیریت بحران مالی، نظام‌های حقوقی هستند که از وحدت حقوق خصوصی تبعیت می‌کنند. در مقابل، نظام‌های حقوقی که بحران ناتوانی در پرداخت دین را توسط نهادهایی با اصول متفاوت مدیریت می‌کنند، نظام کثرت‌گرا هستند. اساساً نظام‌هایی که از تعدد حقوق خصوصی پیروی می‌کنند، در این زمینه نظامی کثرت‌گرا هستند. در نتیجه، نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، در این مورد نظامی وحدت‌گرا محسوب می‌شود. فقه امامیه، در صورت وحدت معنا بین اعسار و افلاس، نظامی وحدت‌گرا و در صورت تفاوت معنا بین اعسار و افلاس، نظامی کثرت‌گرا است. نظام حقوقی ایران، در این مورد نظامی کثرت‌گرا محسوب می‌شود.

نگارنده در این مقاله درصدد است تا به تحلیل ساختار نظام مدیریت بحران ناتوانی در پرداخت دین در حقوق آمریکا، فقه امامیه و حقوق ایران بپردازد و میزان انطباق سه نظام یادشده از نظر ساختار را تبیین کند. به همین منظور ابتدا به بررسی مفاهیم اعسار و ورشکستگی در حقوق آمریکا می‌پردازیم و سپس مفاهیم مشابه را در فقه امامیه و حقوق ایران بررسی می‌کنیم.

۱. Federal Bankruptcy Code 1898.

۲. Title 11.

۳. Code of Laws of the United States (U. S. Code, U. S. C. or USC).

## ۱- حقوق آمریکا

### ۱-۱- اعسار<sup>۱</sup>

طبق نظر یکی از حقوق دان‌های آمریکا، واژه «Insolvency» عبارت است از عدم توانایی پرداخت دین در سر رسید آن در رویه عادی تجارت؛ یعنی «Insolvency» موقعیتی است که اموال و دارایی‌های شخص کافی برای پرداخت دیونش نباشند.<sup>۲</sup> حقوق دان دیگری در تعریف «Insolvency» گفته است، موقعیتی است که شخص ناتوان از پرداخت دیونش شده است، ولی هنوز نه خودش به طور ارادی این موقعیت را به دادگاه اعلام کرده و نه شخص دیگری تقاضای ورشکستگی‌اش را از دادگاه کرده است.<sup>۳</sup>

### ۱-۲- ورشکستگی<sup>۴</sup>

#### ۱-۲-۱- مفهوم ورشکستگی

در حقوق آمریکا، سابقاً برای شخصی که قادر به پرداخت دیونش نبود از اصطلاح قدیمی و سنتی [Bankrupt] یعنی ورشکسته استفاده می‌شد، اما در بند ۱۳ و پاراگراف ۱۳ ماده ۱۰۱ قانون ورشکستگی فدرال (مصوب ۱۸۹۸) و اصلاحات بعد آن به جای آن از واژه debtor<sup>۵</sup> استفاده شده است و این دو واژه برای شخصی که قدرت پرداخت دیونش را ندارد و در دادگاه تقاضای ورشکستگی خود را مطرح کرده است، به طور مترادف استفاده می‌شود.<sup>۶</sup>

در تعریف debtor یعنی «بدهکار» گفته شده است: «بدهکار شخصی است که ملزم به پرداخت دین یا متعهد به اجرای تعهدی در مقابل شخص دیگری به نام طلبکار است. در حقوق ورشکستگی شخص بدهکار ممکن است خودش به طور ارادی به دادگاه دادخواست دهد و صدور حکم ورشکستگی‌اش را تقاضا کند یا به طور غیر ارادی برایش پرونده [ورشکستگی] تشکیل شود».<sup>۷</sup> ورشکستگی عبارت است از فرآیند قانونی که به دلیل عدم توانایی در پرداخت دیون شخص آغاز می‌شود و به موجب آن شخص از پرداخت قسمت عمده دیونش رها می‌شود و به منظور حفظ منافع طلبکارانش با نظارت دادگاه وارد فرآیند تصفیه یا بازسازی می‌شود.<sup>۸</sup>

۱. Insolvency.

۲. Lehman, Jeffrey, West's encyclopedia of American law, New York: Thomson Gale, 2005, 2nd ed. , Vol 13, p. 112.

۳. Twomey, David P. & Jennings, Marianne Moody, Anderson's Business Law and The Legal Environment, 21st ed. , South-Western, Cengage Learning, 2011, p. 804.

۴. Bankruptcy.

۵. The term "debtor" means person or municipality concerning which a case under this title [bankruptcy] has been commenced".

۶. Beatty, Jeffrey F. and Susan S. Samuelson, Introduction to Business Law, 3rd ed. , South-Western, 2010, p. 246.

۷. Lehman, Jeffrey, op. cit. , p. 62.

۸. Black, H. C, (Editor: Bryan A. Garner), Black's law Dictionary, 7th ed. , West publishing company, 1999, p. 141.

طبق مواد ۳۰۱ و ۳۰۳ قانون ورشکستگی فدرال (۱۸۹۸) و اصلاحات بعد آن، ورشکستگی به دو نوع ارادی<sup>۱</sup> و غیر ارادی<sup>۲</sup> تقسیم می‌شود. ورشکستگی ارادی به این معنی است که مدیون از دادگاه تقاضای صدور حکم ورشکستگی خود را می‌کند. در مقابل، ورشکستگی غیر ارادی به ورشکستگی ای گفته می‌شود که فرآیند آن با تقاضای طلبکاران آغاز می‌شود. تمام تلاش حقوق ورشکستگی در مرحله ورشکستگی این است که ارزش اموال مدیون را بالا ببرد و در این خصوص سه مسئله مهم وجود دارد:

الف) مقررات ورشکستگی باید به گونه‌ای باشند که موجب بازتوزیع بهتر اموال بدهکار گردد. ب) هزینه‌های ناشی از ورشکستگی باید تا حد امکان تقلیل یابند و موجب بهبود رفتار بدهکار با طلبکارانش شود. ج) شرکت‌ها غالباً از ورشکستگی به منظور توقف فعالیتشان استفاده می‌کنند. اعلام ورشکستگی باعث می‌شود شرکتی که از لحاظ اقتصادی ناکارآمد است از جریان تجارت خارج شود و مدیرانش کارشان را رها کنند.<sup>۳</sup> در خصوص ورشکستگی دو آیین یا فرآیند وجود دارد: الف) تصفیه و ب) بازسازی. در ادامه به طور مختصر به توضیح آن‌ها می‌پردازیم.

۱) فرآیند تصفیه:<sup>۴</sup> روندی است که در آن با نظارت دادگاه، تجارتخانه منحل می‌شود و اموالش فروخته و نقد می‌شوند. به بیان دیگر، به موجب مقررات تصفیه، اموال شرکت فروخته و نقد می‌شود و بین طلبکاران تقسیم می‌شود و شرکت خاتمه می‌یابد. این امر به خواهان‌های شرکت ورشکسته اجازه می‌دهد خسارت‌های خود را بر اساس حق تقدمشان جبران کنند.

یکی از اهداف تصفیه این است که مدیران و مالکان ناتوان و بی‌کفایت حذف شوند و اداره کارآمد اموال تجارتخانه به شخص دیگری سپرده شود.<sup>۵</sup> اشخاص حقیقی، حقوقی و نهاد مشارکت که در ایالات متحده آمریکا سکونت یا اقامت دارند می‌توانند از دادگاه تقاضای تصفیه کنند.

لازم به ذکر است که به موجب قاعده تقدم مطلق،<sup>۶</sup> طلبکار با نخستین حق تقدم ابتدا به طور کامل پولش را دریافت می‌کند. پس از آن طلبکاران به ترتیب حق تقدم، طلبشان را دریافت می‌کنند تا این که اموال تمام شود. اگر قاعده حق تقدم مطلق به طور کامل اجرا شود، خواهان‌هایی که از لحاظ حق تقدم در مرتبه پایین‌تری قرار دارند، مانند سهامداران، معمولاً به طور کامل حذف می‌شوند و چیزی از دارایی تجارتخانه به آن‌ها نمی‌رسد.<sup>۷</sup>

۲) فرآیند بازسازی:<sup>۸</sup> در فرآیند بازسازی که زیر نظر دادگاه انجام می‌شود، شرکت ورشکسته با هدف ادامه تجارت خود، فعالیت‌هایش را از سر می‌گیرد. در این نهاد اموال شرکت فروخته نمی‌شوند و بر خلاف نهاد

۱. Voluntary Bankruptcy.

۲. Involuntary Bankruptcy.

۳. Marince, Matej, Razvan Vlhu, The Economics of Bank Bankruptcy Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, London: 2012, p. 10.

۴. Liquidation.

۵. Marince, Matej, Razvan Vlhu, op. cit. , p. 12.

۶. Absolute priority rule.

۷. Marince, Matej, Razvan Vlhu, op. cit. , p. 12.

۸. Reorganization.

تصفیه بیم آن نمی‌رود که اموال شرکت حراج شوند و با قیمت نازلی فروخته شوند. در حقیقت در این نهاد مدیران و صاحبان سهام فرصت دوباره‌ای برای حفظ شرکتشان پیدا می‌کنند. دلیل عمده حفظ مدیر در این روند این است که مدیر و در برخی مواقع سهامداران اصلی ممکن است تنها اشخاصی باشند که در خصوص تجارت اصلی شرکت اطلاعات دقیقی دارند و می‌توانند با موفقیت شرکت ورشکسته را از ورشکستگی نجات دهند. در حقیقت نصب مدیر جدید در این مرحله به ضرر شرکت است؛ زیرا مدیر جدید از کم و کیف فعالیت شرکت آگاه نیست و اگر مدیر جدید نصب شود مدت زمان زیادی طول می‌کشد تا با روند فعالیت و تجارت شرکت آشنا شود و این امر به ضرر شرکتی است که در فرآیند بازسازی است.<sup>۱</sup> بازسازی شرکت‌ها بر اساس فصل یازدهم قانون ورشکستگی فدرال (۱۸۹۸) آمریکا، صورت می‌پذیرد. هیئت طلبکاران نقش عمده‌ای در پیاده‌سازی فصل یازدهم قانون ورشکستگی فدرال دارد. این هیئت توسط امین دولتی از بین طلبکاران بدون وثیقه (معمولاً هفت طلبکار بزرگ بدون وثیقه) شرکت ورشکسته تعیین می‌شود. این هیئت با تأیید دادگاه ورشکستگی می‌تواند وکیل، حسابدار یا افراد حرفه‌ای دیگر را به استخدام درآورده و از خدمات ایشان استفاده کند.

#### ۱-۲-۲- اشخاص مشمول قانون ورشکستگی فدرال (مصوب ۱۸۹۸) و اصلاحات بعدی آن

در ایالات متحده آمریکا با توجه به دو آیین رسیدگی به ورشکستگی؛ یعنی آیین‌های تصفیه و بازسازی، ویژگی تاجر یا غیر تاجر بودن موجب خروج اشخاص غیر تاجر از مقررات ورشکستگی نشده است و طبق قاعده تمام اشخاص مدیون (اعم از تاجر و غیر تاجر) مشمول تصفیه یا بازسازی قرار می‌گیرند. بند (الف) ماده ۱۰۹ قانون ورشکستگی فدرال در معرفی اشخاصی که به عنوان مدیون مشمول مقررات ورشکستگی قرار می‌گیرند مقرر می‌دارد: «با لحاظ مقررات دیگری که در این ماده وجود دارد، فقط اشخاصی که مقیم یا دارای محل اقامت، محل کسب و کار یا دارایی در ایالات متحده آمریکا باشند و یا شهرداری، ممکن است مشمول مقررات این باب [ورشکستگی] قرار گیرند». بنابراین، تمام اشخاص حقیقی و حقوقی مشمول قانون ورشکستگی فدرال و آیین‌های مندرج در آن هستند، مگر اشخاص حقوقی (از جمله راه آهن، بانک‌ها و بیمه‌ها) که به موجب بند (ب) ماده ۱۰۹ از شمول مقررات فصل ۷ (تصفیه) قانون مذکور استثناء شده‌اند.

#### ۱-۳- تفاوت ورشکستگی و اعسار در حقوق آمریکا

از مطالب بالا بر می‌آید که تفاوت‌های دو نهاد (Insolvency) و (bankruptcy) با یکدیگر، عبارتند از: (۱) Insolvency (اعسار) می‌تواند پدیده‌ای موقتی باشد و شخص متوقف از پرداخت دیون بتواند پس از مدتی مشکل خود را حل کند و از عهده پرداخت دیونش برآید. (۲) bankruptcy (ورشکستگی) فرآیندی قانونی است که طی آن دادگاه به وضعیت شخصی که ناتوان از پرداخت دیونش است رسیدگی می‌کند و مطابق

۱. Marince, Matej, Razvan Vlhu, op. cit, p. 13.

حکم دادگاه ممکن است وارد فرآیند تصفیه یا بازسازی شود. بنابراین، اعسار یک مرحله پیش از ورشکستگی است که ممکن است به ورشکستگی شخص منجر شود یا خیر. اما باید توجه داشت که وضعیت توقف ممکن است از طریق برنامه اقتصادی دیگر یا کمک‌های بیرونی برطرف شود و شخص وارد مرحله ورشکستگی نشود.

## ۲- فقه امامیه

### ۲-۱- افلاس

افلاس مصدر «أفلس» و در لغت به معنی از بین رفتن مال و انتقال از حالت داری به حالت ناداری و تنگدستی - است.<sup>۱</sup> افلاس در زبان فقها اخص از معنی لغوی است و به این معنی است که دیونی که بر عهده شخص وجود دارند، بیش‌تر از اموالش باشند خواه مالی نداشته باشد یا مال داشته باشد، ولی کفایت دیونش را نکند و تمام یا برخی از طلبکارانش حجر او را از حاکم تقاضا کنند.<sup>۲</sup> برخی از مفسرین در تفسیر آیه ۱۵۱ سوره مبارکه انعام،<sup>۳</sup> «أملق» [املق] را به معنی افلاس آورده‌اند.<sup>۴</sup> برای این که فرد از تصرف در اموالش ممنوع شود لازم است حکم تفلیس وی صادر شود. تفلیس در لغت به معنی نسبت دادن افلاس به شخص است و در اصطلاح عبارت است از حکمی که به موجب آن حاکم شخص را از تصرف در اموالش ممنوع می‌کند.<sup>۵</sup> بنابراین، حکم تفلیس و عدم جواز تصرف بدهکار، فقط متوجه اموال و تصرفات مالی و معاملات او است و در حقوق غیر مالی و تصرفات فاقد سود و زیان مالی مانند حق نکاح، قیمومت و مانند آن تأثیر ندارد. وضعیت شخصی که دچار افلاس شده است، دو حالت دارد که در ادامه به شرح آن‌ها می‌پردازیم:

### الف) مفلس

مفلس به کسی اطلاق می‌شود که دیونش زاید بر اموالش باشد؛ زیرا بعد از آن که دارای درهم و دینار بوده اکنون دارای نقدینگی کم ارزشی به نام «فلوس» است و این امر دلالت بر ناداری و تنگدستی اوست. یا می‌توان گفت صرفاً چون اهلیت تصرف در اموال بی‌ارزشی چون فلوس را دارد و از انجام دادن معاملات بزرگ محروم است مفلس نامیده می‌شود.<sup>۶</sup> بنابراین مفلس کسی است که اموالش از دیونش کم‌تر است و

۱. الازهری، محمد بن احمد، تهذیب اللغة، قاهره: دارالمصریة العامه، ۱۳۸۴ ه. ق، ص ۴۲۹.

۲. موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل‌البیت علیهم‌السلام، تألیف مؤسسه دایرة‌المعارف فقه‌الاسلامی، ج ۱۵، قم، مؤسسه دایرة‌المعارف

فقه‌الاسلامی، ۱۴۳۱ ه. ق، ص ۳۵۴.

۳ و لا تَقْتُلُوا اولادکم من املق.

۴. طباطبایی، محمدحسین، المیزان فی تفسیرالقرآن، ج ۷، قم: جامعه مدرسین، بی‌تا، ص ۳۷۴.

۵. موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل‌البیت علیهم‌السلام، پیشین، ص ۷۴.

۶. شوکانی، محمد بن علی بن محمد، نیل الاوطار، ج ۵، بیروت، دارالجلیل، ۱۹۷۳ م، ص ۳۶۱.

تا زمانی که حاکم شرع او را از تصرف در اموالش ممنوع نکرده است، می‌تواند هر نوع تصرفی در مالش کند و هر قسم تصرفی که در اموالش کند جایز است ولو این که همه مالش را بلاعوض یا به صورت معوض از ملکیت خود خارج کند. تصرف مفلس در اموالش فقط در یک مورد با اشکال مواجه می‌شود و آن زمانی است که اموالش را به خاطر فرار از ادای دیونش به دیگران صلح یا هبه کند.<sup>۱</sup>

### ب) مفلس

علامه حلی در تعریف مفلس آورده است: «کسی که خوب مالش از بین رفته و پست آن باقی مانده است و مالش تبدیل به پیشیز و زیوف شده در حالی که دیونی بر عهده‌اش به لحاظ شرعی ثابت است و مالی که در مقابل کفاف تأدیه آن‌ها را کند ندارد و این امر شامل کسی که بدهی‌اش از مالش زیادتر است نیز می‌شود».<sup>۲</sup> پس اگر مدیون مالی نداشته باشد که دیونش را ایفا کند یا این که مال داشته باشد ولی برای پرداخت دیونش کافی نباشد، حاکم او را محجور اعلام و او را از تصرف در اموالش منع می‌کند و اموالش را بین طلبکاران تقسیم می‌کند. بنابراین مفلس کسی است که به حکم حاکم شرع از مداخله در اموالش ممنوع شده است و به این منظور چهار شرط باید وجود داشته باشند که عبارتند از:<sup>۳</sup>

«۱. شرعاً دیونش [نزد حاکم شرع] ثابت باشد.

۲. اموال او از جنس‌ها و نقود و منافع و دیون بر مردم - غیر از مستثنیات دین - به دیونش نرسد و کم‌تر باشند [کم‌تر از دیونش باشد].

۳. دیون او حالّ [بی‌وعده یا وعده رسیده] باشند. پس [شخص] به خاطر دیون مدت‌دار، محجور نمی‌شود، ولو این که مال او به مقدار دیونش - اگر حالّ شوند - نباشد و اگر بعضی از دیون حالّ و بعضی دیگر مدت‌دار باشد، پس اگر مال او از دین حالّ کم‌تر باشد، محجور می‌شود و گرنه حجر بر او نیست.

۴. همه طلبکارها یا بعضی از آنان - در صورتی که مال او به مقدار دین این بعض نباشد - به حاکم مراجعه کنند و از او بخواهند او را محجور کند؛ مگر این که دین، مال کسی باشد که حاکم ولیّ او است، مانند دیوانه و یتیم که در این صورت، [اعلام] حجر [توسط] حاکم شرع، مشروط به رجوع طلبکار نیست».

با صدور حکم افلاس توسط حاکم ندا داده می‌شود که او دچار افلاس شده است.<sup>۴</sup> هنگامی که حکم حجر توسط حاکم صادر شد چهار اثر دارد:

الف) دیون به اموال شخص تعلق می‌گیرد، هر چند اموالی باشد که وی پس از صدور حکم حجر به دست

۱. موسوی خمینی، روح‌الله، تحریر الوسیله، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا، مسأله ۱، ص ۱۸.

۲. اسدی (حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ه. ق، ص ۱۴۲.

۳. موسوی خمینی، روح‌الله، پیشین، ج ۳، ص ۳۱ و ۳۳ مسأله ۲.

۴. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، ج ۳، قاهره: دارالعلم للملایین، ۱۹۵۶ م، ص ۹۵۹.

آورده است.<sup>۱</sup> در مقابل، گفته شده است تصرف مَفْلَس فقط در اموالی که موقع حجر موجود بوده، ممنوع است؛ و اما در این که حجر شامل اموالی که بعد از حجر بدون اختیار او پیدا می‌شود، مانند ارث، یا به اختیار او حاصل می‌شود، مانند قبول وصیت و هبه می‌شود یا خیر، محل اختلاف است. البته اگر حاکم شرع از تصرف در آن‌ها هم محجورش کند، جایز و بی‌اشکال است.<sup>۲</sup>

ب) حق طلبکارها به اموال او تعلق می‌گیرد و برای او تصرف در آن‌ها در مقابل عوض، مانند بیع و اجاره و به غیر عوض مانند وقف و هبه جایز نیست مگر این که طلبکارها اذن یا اجازه دهند و مَفْلَس فقط از تصرفات ابتدایی محجور شود. پس اگر قبلاً چیزی را با خیار فسخ خریده باشد سپس محجور شود، خیار باقی است و حق دارد بیع را فسخ کند و (یا) اجازه دهد؛ ولی اگر قبلاً حق مالی از دیگری داشته باشد، نمی‌تواند همه یا قسمتی از آن را اسقاط و ابراء کند.<sup>۳</sup>

ج) حاکم بعد از آن که به حجر مَفْلَس حکم کرد و او را از تصرف در اموالش ممنوع ساخت، به فروختن آن اموال و تقسیم آن‌ها بین طلبکارها بر اساس سهم‌ها و نسبت دین‌هاشان [طلب آنان] شروع و مستثنیات دین را استثنا می‌کند. و همچنین مال‌هایی را که نزد طلبکارها رهن هستند استثنا می‌کند؛ زیرا مرتبه سزاوارتر است که حقش را از رهنی که نزد خودش است بردارد و سایر طلبکارها در آن سهمی ندارند.<sup>۴</sup>

د) اگر عین مال شخصی نزد مَفْلَس باشد برای استرداد مال نسبت به سایر غرما حق تقدم دارد.<sup>۵</sup> این حق که به صاحب عین مال متعلق است بین فقها به خیار تفلیس مشهور است. امام خمینی (ره) در خصوص این خیار می‌نویسد: اگر جزو مال‌های مَفْلَس عینی باشد که آن را خریده و ثمن آن در ذمه‌اش است بایع مخیر است بین این که معامله را فسخ کند و عین مالش را پس بگیرد ولو این که مَفْلَس مالی به جز آن نداشته باشد و بین این که با طلبکارها شریک شود و پولی را که طلبکار است همراه با طلب دیگران مطالبه کند. ظاهر این است که این خیار فوری نیست البته در تأخیر خیار حق افراط ندارد به طوری که امر تقسیم بین طلبکارها معطل بماند و اگر به طور افراط تأخیر بیندازد حاکم شرع او را بین دو امر مخیر می‌کند پس اگر دوباره تأخیر کرد او را در ثمن با سایر طلبکارها شریک می‌کند.<sup>۶</sup> استرداد مال به استناد خیار تفلیس شرایطی دارد که عبارتند از:

الف) تحصیل ثمن به دلیل بی‌پول شدن خریدار ممکن نباشد.

۱. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، چاپ ۳، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ه. ق، ص ۲۵۰.

۲. موسوی خمینی، روح‌الله، پیشین، مسئله ۴، ص ۱۹.

۳. موسوی خمینی، روح‌الله، همان، ص ۱۸.

۴. موسوی خمینی، روح‌الله، همان، مسئله ۷، ص ۱۹.

۵. طوسی، محمد بن حسن، پیشین، ص ۲۵۰.

۶. موسوی خمینی، روح‌الله، پیشین، مسئله ۸، ص ۱۹.



ب) مبیع موجود و قابل استرداد باشد.

ج) آنچه سبب انتقال مبیع شده است معاوضه محض باشد مانند بیع، بنابراین در عقد نکاح خیار تفلیس به وجود نمی‌آید. بنابراین، پس از این که حکم حجر توسط حاکم صادر شد اموال مفلس تصفیه می‌شود. همچنین طبق قول مشهور فقهای امامیه دیون مدت‌دار مفلس حال نمی‌شود.<sup>۱</sup>

## ۲-۲-۲- اعسار

در تألیفات فقها اعسار در کتاب «الدین» آمده است. اعسار از ریشه «العسر» است و در لغت عرب به معنی تنگی، شدت، سختی و تنگدستی آمده است.<sup>۲</sup> اعسار در اصطلاح نزد فقها به معنی تنگی و تنگدستی استفاده می‌شود، چنان که در کلام ایشان<sup>۳</sup> اعسار به عجز از ادای حق به دلیل نبود مال به جز مستثنیات دین تفسیر شده است.

بنابراین منظور از اعسار این است که شخص مالی مازاد بر مستثنیات دین برای تأدیه دین خود نداشته باشد.<sup>۴</sup> همچنین گفته شده است «ناتوانی فرد از ادای حق به دلیل عدم دارایی بیش از خانه، لباس، حیوان سواری، خادم، قوت روزانه و شبانه برای خود و واجب‌النفقة‌اش که ملزم به پرداخت آن است و شایسته وی باشد، اعسار است».<sup>۵</sup> برخی از فقها گفته‌اند: معسر کسی است که فقیر و بیمار باشد و مطالبه دین از چنین شخصی جایز نیست تا زمانی که بتواند مالی به دست آورد و فقر زمانی ثابت می‌شود که طلبکار خود اقرار به فقر او نماید یا دو نفر شاهد عادل که از امور او مطلع باشند، به فقر او شهادت دهند و این شهادت باید به نحوی باشد که بر سبیل اثبات باشد؛ مثل این که بگویند «فقر او بر ما ثابت است» اما اگر بر سبیل اثبات نباشد؛ مثل این که بگویند «او چیزی ندارد» بی‌صورت است.<sup>۶</sup> همچنین یکی دیگر از فقها بیان داشته‌اند: معسر شخصی است که دیونش به حدی است که مالش کفایت آن‌ها را نکند.<sup>۷</sup>

در خصوص تأثیر اعسار گفته شده است اعسار اجمالاً رافع تکلیف است؛ یا به جهت این که قدرت بر آن

۱. ر. ک: اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۹، ۱۴۱۲ ه. ق، ص ۲۶۹-۲۷۰؛ محقق حلی، نجم‌الدین ابوالقاسم، پیشین، ص ۷۷؛ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح الشرایع الاسلام، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، بی‌تا، ص ۳۵۰.

۲. الافریقی، ابن منظور لسان‌العرب، ج ۹، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ ه. ق، ص ۲۰۱.

۳. ر. ک: السیوری الحلی، المقداد بن عبدالله، کنز‌العرفان، تهران، المكتبة المرتضویة لآحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۷۳ ه. ش، ج ۲، ص ۵۷. انصاری، مرتضی، القضاء والشهادات (التراث الشیخ‌الاعظم)، قم: مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ه. ق، ص ۲۰۳.

۴. بحرانی آل‌عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق‌الناظره فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۱۸، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا، ص ۴۴۸.

۵. روحانی، محمد صادق، فقه‌الصادق (ع)، ج ۲۵، چاپ ۳، قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۴ ه. ق، ص ۱۱۳.

۶. نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر، انیس‌التجار (محشّی)، قم: دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم، ۱۴۲۵ ه. ق، ص ۲۶۵.

۷. حلی، حسن بن یوسف بن‌المطهر، تذکره‌الفقها، ج ۱۴، قم: مؤسسه آل‌البیت علیه‌السلام لآحیاء التراث، ۱۴۱۴ ه. ق، ص ۵.

عقلاً یا شرعاً از بین رفته است یا به لحاظ ارفاق شارع بر بندگان و رفع تکلیف از ایشان برای دفع عسر و حرج و مشقت. بنابراین اعسار به درجه‌ای است که موجب عجز مکلف از ادای تکلیف می‌شود و این عجز باعث سقوط تکلیف است چرا که قدرت عقلاً از شرایط تکلیف است. پس می‌توان گفت عدم اعسار شرط تکلیف است.<sup>۱</sup>

## ۲-۳- تفاوت اعسار و افلاس در فقه امامیه

در کتاب‌های فقهی اعسار در کتاب «الدین» و افلاس در کتاب «الحجر» مورد بحث قرار گرفته است. در این خصوص که آیا اعسار و افلاس یک نهاد است یا نام‌های متفاوت یا دو نهاد جدا هستند و در نتیجه معسر و مفلس مفهوم یکسان دارند یا متفاوت، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ بعضی از فقها آن دو را به یک معنی دانسته‌اند و برخی از آنان بین آن دو تفکیک کرده‌اند. علامه حلی در بحثی که در خصوص حبس مفلس می‌کند بین این دو اصطلاح تفکیکی قائل نشده است و بیان می‌کند: «مفلس را تنها یک ماه بعد از ثبوت اعسارش می‌توان در حبس نگه داشت».<sup>۲</sup>

شیخ طوسی نیز هنگامی که مفلس را تعریف می‌کند از اصطلاح معسر استفاده کرده است و مقرر می‌دارد: «مفلس در لغت معسری است که مال با ارزش او از بین رفته است و برایش چند پول بی‌ارزش باقی مانده است».<sup>۳</sup>

در مقابل، محقق اردبیلی و محقق بحرانی بین اعسار و افلاس تفاوت گذاشته‌اند.<sup>۴</sup> با توجه به تعریف‌هایی که از اعسار و افلاس در فقه بیان شده است می‌توان دریافت اعسار و افلاس تفاوت‌هایی با هم دارند که برخی از آن‌ها به شرح ذیل است:

۱. تمایز از جهت وسعت دو مفهوم: گفته شده است دایره شمول مفهوم اعسار از افلاس گسترده‌تر است و نسبت میان آن دو عموم و خصوص مطلق است، به این بیان که هر معسری مفلس است ولی هر مفلسی معسر نیست. زیرا معسر یا به طور کلی مالی ندارد یا اموالش به حدی است که تنها کفایت یک روز او را می‌کند. بر خلاف مفلس که ممکن است اموالی داشته باشد اما مشکل او این است که بدهی‌های حالش بیش‌تر از اموالش است.<sup>۵</sup>

۲. تمایز از جهت تقدم توانمندی مالی بر اعسار و افلاس یا عدم آن: به این بیان که دایره تحقق اعسار

۱. موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل‌البیت علیهم‌السلام، پیشین، ص ۷۵.

۲. حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه (ط-الحدیثه)، ج ۲، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ هـ. ق، ص ۵۰۷.

۳. طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، پیشین، ص ۲۵۰.

۴. ر. ک: اردبیلی، احمد بن محمد، پیشین، ص ۲۷۳-۲۷۲؛ بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، پیشین، ص ۴۴۸.

۵. مبلغی، احمد، «اعسار در فقه اسلامی با نگاهی تطبیقی به قوانین موضوعه»، ارائه شده در بیستمین اجلاس مجمع جهانی فقه اسلامی جده که در الجزایر برگزار گردید. ترجمه: محمدجواد دانیالی، ص ۷.

وسیع‌تر از دایره تحقق افلاس است، زیرا در تحقق اعسار تقدم توانایی مالی بر آن مد نظر نیست، در حالی که افلاس در صورتی محقق می‌شود که فرد از قبل توانایی مالی داشته است.<sup>۱</sup> به بیان دیگر معسر ممکن است مدیون باشد ممکن است مدیون نباشد، در حالی که مفلس حتماً مدیون است.

۳. حکم حبس برای معسر برای کشف حقیقت صادر می‌شود، در حالی که برای مفلس به منظور سختگیری برای پرداخت دیونش صادر می‌شود.<sup>۲</sup>

۴. در اعسار، صدور حکم حجر و ممنوع کردن معسر از مداخله در اموالش نیازی نیست، در حالی که در افلاس، حاکم به تقاضای غرما حکم حجر مفلس را صادر می‌کند و این امر به منظور حفظ حقوق طلبکاران و تصفیه اموال و دارایی‌های مفلس با رعایت مستثنیات دین است.

### ۳- حقوق ایران

#### ۳-۱- اعسار

در ماده ۱ قانون اعسار و افلاس (مصوب ۱۳۱۰/۸/۲۵) در تعریف معسر آمده بود: «معسر کسی است که به واسطه عدم دسترسی به اموال و دارایی خود موقتاً قادر به تأدیه مخارج عدلیه و یا محکوم‌به نباشد». این قانون به موجب قانون اعسار (۱۳۱۳/۹/۲۰)<sup>۳</sup> نسخ شد.

در ماده ۱ قانون اعسار (۱۳۱۳/۹/۲۰) معسر به این نحو تعریف شده 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».

شایان ذکر است قانون اعسار (مصوب ۱۳۱۳/۹/۲۰) به موجب ماده ۲۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۹۳/۷/۱۵) مجلس شورای اسلامی و ۱۳۹۴/۳/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام)<sup>۴</sup> نسخ شده است. ماده ۶ این قانون در تعریف معسر بیان می‌دارد: «معسر کسی است که به دلیل نداشتن مالی به جز مستثنیات دین، قادر به تأدیه دیون خود نباشد».

«تبصره: عدم قابلیت دسترسی به مال در حکم نداشتن مال است. اثبات عدم قابلیت دسترسی به مال بر عهده مدیون است». همچنین، به موجب ماده ۱۵ قانون مذکور «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». همان‌طور که پیش از این گفته شد،<sup>۵</sup> به نظر ما با توجه به این که «تجار» شامل تجار حقیقی (انسان‌ها) و تجار حقوقی (شرکت‌های تجاری) می‌شود، واژه «اشخاص حقوقی» مندرج در

۱. مبلغی، احمد، پیشین، ص ۷.

۲. همان، ص ۷.

۳. مجموعه قوانین ۱۳۱۳، ص ۳۶ به بعد.

مجموعه قوانین ۱۳۹۴، ص ۵۱۴-۵۰۶ .. ۴

۵. عیسائی تفرشی، محمد، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، ج ۱، چاپ ۳، تهران، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۶، ص ۱۳۰۱۲۹.

ماده ۱۵ قانون مذکور، صرفاً ناظر بر اشخاص حقوقی غیر تاجر است. تعریف معسر در ماده ۶ قانون یاد شده که صرفاً ناظر بر انسان‌ها است، برداشت نگارنده را تأیید می‌کند. استاد جعفری لنگرودی در تعریف اعسار بیان می‌دارد: «اعسار صفت کسی است که تاجر نباشد و به جهت کافی نبودن دارایی و یا دسترسی نداشتن به آن، قدرت دادن بدهی‌های خود و یا هزینه‌های دادرسی را نداشته باشد»<sup>۱</sup>.

کاتوزیان در خصوص اعسار معتقد بود اگر طرف معامله قبل از دریافت مورد معامله معسر شود طرف دیگر می‌تواند معامله را فسخ کند، اما اگر پس از تسلیم مورد معامله حکم اعسار فرد صادر شود حق فسخ معامله وجود ندارد. زیرا ایجاد حق فسخ معامله قبل از تسلیم مورد آن نتیجه معقول و عرفی استفاده از حق حبس در معاملات و سازگار با قصد مشترک طرفین است، اما پس از تسلیم مورد عقد حق فسخی وجود ندارد به این دلیل که معسر از دخالت در دارایی خود ممنوع نیست و اموالش تصفیه نمی‌شود.<sup>۲</sup> در خصوص تأثیر اعسار در دعاوی مدنی می‌توان گفت اگر برای مثال در عقد بیعی که بین دو شخص منعقد شده است خریدار معسر باشد؛ دو فرض متصور است: فرض نخست این که خریدار معسر است و فروشنده به اعسارش آگاهی دارد؛ با استناد به اصل لزوم و استحکام معاملات و نیز قاعده اقدام عقد قابل فسخ نیست. مفهوم مخالف مواد ۶۹۰ و ۷۲۹ قانون مدنی (به ترتیب در بحث ضمان و حواله) این عقیده را تقویت می‌کند. فرض دوم این که خریدار معسر است و فروشنده از اعسارش بی‌خبر است؛ در این صورت عقد قابل فسخ است. مفاد مواد مذکور مؤید این نظر است. این قابلیت فسخ ابتدا مستند به قاعده لاضرر می‌شود، زیرا همان‌طور که برخی از فقها<sup>۳</sup> گفته‌اند قاعده لاضرر حکمی را اثبات نمی‌کند و تنها نفی حکم ضرری می‌کند و پس از آن فروشنده می‌تواند با استناد به خيار تأخیر ثمن عقد را فسخ کند. زیرا منشأ خيار تفلیس در فقه است و هر چند در فقه بین تاجر و غیر تاجر تفکیکی قائل نیستند، اما بین اعسار و افلاس تفاوت معنا است و خيار تفلیس مخصوص فرد مفلس است که تصفیه جمعی دیون در موردش صدق می‌کند نه در مورد شخص معسر.

### ۳-۲- افلاس

ماده ۲ قانون اعسار و افلاس (۱۳۱۰/۸/۲۵)<sup>۴</sup> در تعریف مفلس بیان می‌داشت: «مفلس کسی است که دارایی او برای پرداخت مخارج عدلیه یا بدهی او کافی نیست». این قانون به موجب قانون اعسار

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ش ۱۸۱۷، ص ۴۸۰.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین، ج ۱، چاپ ۱۳، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴، ص ۲۲۰-۲۱۸.

۳. نائینی، میرزا محمدحسین، منیة الطالب، بی‌جا: مکتبه المحمدی، ج ۲، ۱۳۷۳ ه. ق، ص ۲۲۰.

۴. مجموعه قوانین ۱۳۱۰، ص ۹۰-۸۵.

(۱۳۱۳/۹/۲۰) <sup>۱</sup> نسخ شد.

در قانون اعسار (۱۳۱۳/۹/۲۰) واژه افلاس به مفهوم عدم کفایت دارایی مندرج در ماده ۲ قانون اعسار و افلاس (مصوب ۱۳۱۰/۸/۲۵) در واژه اعسار به مفهوم عدم دسترسی به اموال و دارایی مندرج در ماده ۱ آن قانون (به شرح مذکور در بند بالا) تجمیع شد و متن تجمیع شده به عنوان تعریف «معسر» در ماده ۱ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ (به شرح مذکور در بند بالا) درج و تأسیس قضایی افلاس از قانون ایران حذف شد. ماده سی و نهم قانون اعسار (مصوب ۱۳۱۳/۹/۲۰) مقرر داشت: «از تاریخ اجرای این قانون دیگر دعوایی به عنوان دعوای افلاس پذیرفته نخواهد شد و...». با توجه به این که ماده ۳۸۰ مندرج در جلد اول قانون مدنی (مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸) مقرر می‌دارد: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد باید حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند»، با تصویب ماده سی و نهم قانون اعسار ۱۳۱۳ - مبنی بر پذیرفته نشدن دعوای افلاس - این سؤال مطرح شد که تکلیف حکم ماده ۳۸۰ قانون مدنی و خیار تفلیس چه می‌شود؟ نسخ شده است یا استمرار دارد؟ این موضوع محل بحث حقوق‌دانان شده است. در ادامه نظریه‌های برخی از استادان حقوق در این خصوص به اختصار بیان می‌شوند:

الف) امامی معتقد بود چون اکنون افلاس در قوانین موضوعه کشوری شناخته شده نیست، لذا موردی برای اجرای خیار تفلیس یافت نمی‌شود.<sup>۲</sup>

ب) استاد جعفری لنگرودی در فصل هشتم (اجرای تعهدات ناشی از عقود) کتاب حقوق تعهدات ذیل عنوان (اعسار یا ورشکستگی متعهدله) می‌نویسد: «ممکن است متعهدله قبل و یا بعد از تسلیم مورد تعهد، معسر یا ورشکسته شود. بنا به منطوق و ملاک ماده ۳۸۰ ق.م.ا - اولاً - اگر مورد تعهد هنوز تسلیم نشده باشد، متعهد حق دارد از تسلیم امتناع کند. البته اگر عوض را دریافت داشته باید رد کند. ثانیاً - اگر مورد تعهد را تسلیم کرده است و عین مورد تعهد هنوز در اختیار متعهدله است حق استرداد آن را دارد. این حق استرداد را در موردی که قانون افلاس وجود داشته است، خیار تفلیس می‌نامیدند. با تبدیل افلاس به اعسار و ورشکستگی، ماده ۳۸۰ ق.م.ا هنوز منسوخ نیست. این ماده یک اصل حقوقی است و اختصاص به عقد بیع و افلاس ندارد... مورد بحث بالا از موارد تعذر تسلیم است...<sup>۳</sup> ایشان پس از ذکر متن مواد ۱ و ۲ قانون اعسار و افلاس مصوب ۱۳۱۰/۸/۲۵ [به شرح مذکور در بندهای ۴-۱ و ۴-۲ بالا] می‌نویسد: در تاریخ ۱۳۱۳/۹/۲۰ قانون اعسار و افلاس مصوب ۱۳۱۰/۸/۲۵ نسخ شد و تأسیس قضایی افلاس به کلی از این تاریخ از قانون عرفی ایران حذف شد. این تحولات نشان می‌دهد که افلاس در مواد ۳۸۰، ۱۲۶۴ و

۱. مجموعه قوانین ۱۳۱۳، ص ۳۶ به بعد.

۲. ر. ک: امامی، حسن، حقوق مدنی، تهران، ج ۱، چاپ ۲۴، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۸۳، ص ۵۱۰-۵۰۹.

۳. ر. ک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، ج ۱، چاپ ۲، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ش ۳۵۵، ص ۲۶۱-۲۶۰.

۱۲۶۵ منسوخ است و اعسار به مفهوم ماده یک قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳/۹/۲۰ جای آن را گرفته است.<sup>۱</sup> استاد جعفری لنگرودی معتقد است: استفاده از واژه‌های مفلس و افلاس به ترتیب در مواد ۱۲۶۴ و ۱۲۶۵ قانون مدنی که مصوب ۱۳۱۴/۷/۱۳ است (یعنی پس از قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳/۹/۲۰ به تصویب رسیده است) سهو قلم راقم این مواد است و در اصلاحات بعدی باید مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد.<sup>۲</sup>

حقوق‌دان مذکور در حاشیه اول ماده ۳۸۰ قانون مدنی (مصوب ۱۳۰۷) می‌نویسد: با تصویب قانون تجارت [مصوب ۱۳۱۱]، تجار از شمول این ماده خارج شدند و در مورد تجار ماده ۵۳۳ قانون تجارت اعمال می‌شود که در واقع خیار تفلیس ماده ۳۸۰ ق.م. را در حدود قانون تجارت قبول کرده است یعنی هم صدر ماده ۳۸۰ و هم ذیل آن ماده را.<sup>۳</sup> البته به نظر نگارنده، ماده ۵۳۳ ق.ت. قسمت صدر ماده ۳۸۰ ق.م. را شامل نمی‌شود.

ج) کاتوزیان معتقد بود با این که ماده ۳۸۰ قانون مدنی راجع به افلاس است که در حقوق کنونی مورد ندارد، می‌توان حق فسخ را به عنوان قاعده در اعسار و ورشکستگی، که جانشین وضع گذشته افلاس شده است، پذیرفت.

د) صفایی می‌نویسد: مفلس کسی است که دادگاه حالت افلاس (بی چیزی و کم‌تر بودن اموال از دیون) او را احراز کرده باشد. در حقوق جدید به جای مفلس بیش‌تر معسر و ورشکسته به کار می‌رود و هر یک از این دو اصطلاح معنی خاصی دارد.... اعسار به غیر تاجر اختصاص دارد و کسی معسر شناخته می‌شود که دادگاه وجود این حالت را در او احراز کرده باشد. حکم اعسار که به درخواست معسر صادر می‌شود و ناظر به دین خاص است موجب سقوط دین نخواهد شد، بلکه فقط مهلتی در پرداخت دین به معسر می‌دهد و "در هر موقع که معسر به تأدیه تمام یا قسمتی از بدهی خود متمکن گردد، ملزم به تأدیه آن است.... حکم اعسار ناظر به دین یا دیون خاص است و موجب حجر و منع معسر از تصرفات مالی و اعمال حقوقی نیست و فقط نسبت به بستانکاری که حکم مزبور بر او صادر شده مؤثر است و تصفیه جمعی دیون برای معسر پیش‌بینی نشده است؛ در حالی که تاجر مشمول مقررات قانون تجارت (مواد ۴۱۲ به بعد) است و حکم ورشکستگی نسبت به کلیه بستانکاران مؤثر و مستلزم تصفیه جمعی دیون است. به نظر می‌رسد که اصطلاح مفلس به معنی فقهی آن که مستلزم نوعی حجر و تصفیه جمعی دیون است امروز فقط در مورد ورشکسته صادق است و معسر مفلس بدین معنی به شمار نمی‌آید. حقوق‌دان مذکور در ادامه می‌نویسد: طبق ماده ۳۸۰ قانون مدنی، برای این که بایع خیار تفلیس داشته باشد و بتواند معامله را از این جهت فسخ کند، شرایطی لازم است از جمله این که مشتری باید به حکم دادگاه مفلس

۱. ر. ک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۱، چاپ ۶، تهران، امیرکبیر، ۱۳۹۱، ص ۵۰۴.

۲. ر. ک: همان، ص ۵۰۵.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، ج ۱، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۲۷۷.

(ورشکسته) شناخته شده باشد. به اعتقاد ایشان در مورد تاجر ورشکسته استفاده از خيار تفليس در پاره‌ای موارد به موجب قانون تجارت (از جمله مواد ۵۳۳، ۵۳۴ و ۵۳۵) محدود شده است. ليکن در مواردی که نص خاصی راجع به آن در قانون تجارت وجود نداشته باشد، خيار تفليس طبق ماده ۳۸۰ قانون مدنی جاری خواهد شد و نمی‌توان گفت که با وضع قانون تجارت خيار تفليس در مورد تاجر ورشکسته موردی پیدا نخواهد کرد.<sup>۱</sup>

ه) قاسم‌زاده بدون این که منکر وجود خيار تفليس در حقوق مدنی باشد در توضیح این خيار بیان می‌کند: «به نظر می‌رسد خيار تفليس نوعی خيار تعذر تسليم، یا دست کم مبنای آن تعذر تسليم است. بنابراین برای تحقق آن باید عقد صحیحی منعقد شده باشد و ديگر احکام آن نیز همانند خيار تأخير است».<sup>۲</sup>

### ۳-۳- ورشکستگی

#### ۳-۳-۱- مفهوم ورشکستگی

ورشکستگی در لغت به معنی درماندگی در کسب و تجارت، حالت بازرگانی است که در تجارت زیان دیده و بدهی او بیش از دارایی‌اش باشد.<sup>۳</sup>

استاد جعفری لنگرودی در تعريف ورشکستگی می‌نویسد: ورشکستگی حالت تاجری است که اولاً- از پرداخت دیون خود متوقف شود یعنی نتواند تعهدات تجاری خود را عملی کند که قدر متیقن آن پرداخت دین حال معین است. توقف از پرداخت دین مستلزم حالت اعسار (که دارایی مثبت کم‌تر از دارایی منفی باشد) نیست؛ زیرا ممکن است تاجر املاک و اموالی داشته باشد که وافی به ادای دیون او باشد ولی در وضعی باشد که نتواند فعلاً دیون خود را بدهد. مثلاً املاکی از او در رهن غیر باشد که به مراتب بیش از طلب مرتهن می‌ارزد با این املاک نمی‌توان ادای دیون سایر بستانکاران را کرد یا... ثانیاً - توقف مزبور توسط دادگاه صالح اعلان شده باشد. ماده ۴۱۲ قانون تجارت هم تلویحاً مراتب بالا را قبول کرده است.<sup>۴</sup>

یکی دیگر از حقوق‌دان‌ها در تعريف ورشکستگی می‌نویسد: عدم قدرت تاجر به پرداخت دیونش که ورشکستگی یا توقف خوانده می‌شود... ماده ۴۱۲ قانون تجارت ایران ورشکستگی را چنین تعريف می‌کند: ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که بر عهده اوست حاصل می‌شود. پس از اعلام این دو شرط اساسی، یعنی تاجر بودن و توقف از تأدیه دیون، قانون‌گذار حالتی را اضافه می‌کند که تاجر ورشکسته قبل از صدور حکم ورشکستگی فوت می‌کند. در چنین حالتی همان‌طور که در قسمت آخر ماده مذکور آمده است، «حکم ورشکستگی [تاجر را]... تا یک سال بعد از مرگ او نیز

۱. صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۲، چاپ ۳۰، تهران، میزان، ۱۳۹۷، ص ۳۱۵-۳۱۳.

۲. ر. ک: قاسم‌زاده، مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، نظری و کاربردی، چاپ ۵، تهران، دادگستر، ۱۳۸۶، ص ۲۷۸.

۳. عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، امیرکبیر، ج ۲، ۱۳۵۷، ص ۱۹۴۷.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ ۹، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۷، ص ۷۴۱، واژه ش ۵۹۵۸.

می‌توان صادر کرد... ورشکستگی خاص تجار است چه تاجر حقیقی و چه شرکت‌های تجاری که به موجب قانون تجارت، حتی اگر عملیات ذاتاً تجاری هم انجام ندهند، تاجر محسوب می‌شوند.<sup>۱</sup> بنابراین، به تاجری که توانایی پرداخت دیون خود را ندارد، «تاجر متوقف» می‌گویند و اگر دادگاه صلاحیت‌دار این حالت را احراز نماید حکم ورشکستگی تاجر را صادر می‌کند.<sup>۲</sup> پس می‌توان گفت ورشکستگی حالت و کیفیتی است که به موجب حکم دادگاه صالح تاجر (حقیقی یا حقوقی) از پرداخت دیونش ناتوان اعلام می‌گردد.<sup>۳</sup>

### ۳-۳-۲- اشخاص مشمول ورشکستگی

در حقوق ایران مقررات ورشکستگی مذکور در قانون تجارت (مصوب ۱۳۱۱/۲/۱۳) در مورد تاجران (اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی) و اشخاص حقوقی غیر تاجر (بر اساس ماده ۱۵ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مصوب ۱۳۹۳/۷/۱۵ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۹۴/۳/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام) اجرا می‌شود.



۱. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ ۱۹، تهران، سمت، ۱۳۹۴، ص ۱۹ و ۲۱.

۲. عیسائی تفرشی، محمد، پیشین، ص ۲۰۱.

۳. برای آگاهی از مقررات افلاس و تفاوت‌های آن با ورشکستگی، رجوع کنید به: عیسائی تفرشی، محمد، پیشین، ص ۲۶۷-۲۴۶.



### نتیجه‌گیری:

ناتوانی در پرداخت دین، در فقه شامل اعسار و افلاس و در حقوق آمریکا و ایران شامل اعسار و ورشکستگی می‌شود.

در حقوق آمریکا اعسار موقعیتی است که شخص ناتوان از پرداخت دیونش شده است، اما هنوز نه خودش به طور ارادی این موقعیت را به دادگاه اعلام کرده و نه شخص دیگری تقاضای ورشکستگی‌اش را از دادگاه کرده است و در واقع اگر شخصی قادر به پرداخت دیونش نباشد تا زمانی که خودش یا یکی از طلبکارانش وضعیت وی را به دادگاه اعلام نکند، معسر نامیده می‌شود. در فقه امامیه - که تفکیکی بین تاجر و غیر تاجر نشده است - بسیاری از فقها افلاس و اعسار را به یک معنی به کار برده‌اند و عده‌ای بین این دو تفاوت قائل شده‌اند. اما در حقوق ایران که قانون‌گذار قواعد خاصی را برای اشخاص تاجر وضع کرده، نهاد اعسار فقط خاص اشخاص غیر تاجر حقیقی است و از تاجر و اشخاص حقوقی غیر تاجر دادخواست اعسار پذیرفته نمی‌شود. به بیان دیگر، در نظام حقوقی ایران بحران مالی اشخاص حقیقی تاجر و همچنین، اشخاص حقوقی (اعم از تاجر و غیر تاجر) بر اساس مقررات ورشکستگی مدیریت می‌شود و بر بحران مالی اشخاص حقیقی غیر تاجر نظام اعسار حاکم است؛ نظامی که بحران مالی را مدیریت نمی‌کند و صرفاً به مدیون مهلت پرداخت دینش را اعطا می‌کند.

بنابراین، در حقوق آمریکا و فقه امامیه به طور کلی به شخصی معسر گفته شده است که مالی نداشته باشد. در حقوق ایران اعسار و ورشکستگی دو نهاد کاملاً متمایز هستند: تاجری که قادر به تأدیه دیون خود نیست تا زمانی که این وضعیت به دادگاه صالح اعلام نشده است و دادگاه حکم ورشکستگی او را صادر نکرده است متوقف نامیده می‌شود که قانون‌آثاری بر آن بار کرده است و باید از دادگاه صالح تقاضای صدور ورشکستگی کند. همچنین، بر اساس ماده ۱۵ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۹۳/۷/۱۵ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۹۴/۳/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام) اشخاص حقوقی غیر تاجر هم اگر ادعای اعسار کنند باید در خواست ورشکستگی دهند. در حالی که اشخاص حقیقی غیر تاجر که به دلیل نداشتن مال یا عدم دسترسی به آن از پرداخت محکوم‌به ناتوان باشند باید تقاضای اعسار دهند. در مقابل، در حقوق آمریکا مقررات ورشکستگی بر تمامی اشخاص اعم از تاجر و غیر تاجر حاکم است و تفاوتی بین ناتوانی در پرداخت دین شخص تاجر و غیر تاجر وجود ندارد.

با مطالعه مقررات حاکم بر اعسار و افلاس در حقوق ایران از ابتدا تا کنون و نیز مطالعه نظریه‌های حقوق‌دان‌ها می‌توان گفت که در حقوق فعلی ایران، واژه افلاس (مذکور در مواد ۷۷۰، ۱۲۶۴ و ۱۲۶۵ ق.م.) و واژه مفلس (مذکور در مواد ۳۶۳، ۵۴۹ و ۷۸۲ ق.م.) به مفهوم فقهی آن که مستلزم نوعی حجر و تصفیه جمعی دیون است کاربرد ندارد و در نتیجه، خیار تفلیس نیز که در ماده ۳۸۰ قانون مدنی آمده است، قابلیت اجرا ندارد. البته همان‌طور که برخی از حقوق‌دان‌ها گفته‌اند با استفاده از منطوق و ملاک ماده ۳۸۰ ق.م. می‌توان حق فسخ را به عنوان قاعده در اعسار (پیش از تسلیم مورد معامله) و ورشکستگی (در موارد سکوت قانون تجارت) پذیرفت.

## منابع و مأخذ:

### الف - منابع فارسی:

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۹۴)، حقوق تجارت ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ ۱۹، تهران: سمت.
۲. امامی، حسن (۱۳۸۳)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ ۲۴، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۹)، دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات، جلد اول، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، تهران: گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)، مجموعه محشی قانون مدنی، جلد اول، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۷)، ترمینولوژی حقوق، چاپ ۹، تهران: گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۱)، دانشنامه حقوقی، جلد اول، چاپ ششم، تهران: امیرکبیر.
۸. حسینی، حسن (۱۳۷۸)، حقوق تجارت، تهران: میزان و دادگستر.
۹. صفایی، حسین (۱۳۹۷)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد دوم، چاپ ۳۰، تهران: میزان.
۱۰. عمید، حسن (۱۳۵۷)، فرهنگ عمید، جلد دوم، تهران: امیرکبیر.
۱۱. عیسائی تفرشی، محمد، (۱۳۹۶) مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، جلد اول، چاپ سوم، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
۱۲. قاسم‌زاده، مرتضی، (۱۳۸۶)، اصول قراردادها و تعهدات، نظری و کاربردی، چاپ پنجم، تهران: دادگستر.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۴)، حقوق مدنی، دوره عقود معین، جلد اول، چاپ ۱۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. مبلغی، احمد، «اعسار در فقه اسلامی با نگاهی تطبیقی به قوانین موضوعه»، ارائه شده در بیستمین اجلاسیه مجمع جهانی فقه اسلامی جده که در الجزایر برگزار گردید. ترجمه: محمدجواد دانیالی.

### ب - منابع عربی:

۱۵. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، جلد نهم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. الازهری، محمد بن احمد (۱۳۸۴ ه. ق)، تهذیب اللغة، قاهره: دارالمصریة العامه.
۱۷. اسدی (حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ ه. ق)، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، جلد دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۸. الافریقی، ابن منظور (۱۴۰۸ ه. ق)، لسان العرب، جلد نهم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۹. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ه. ق)، القضاء والشهادات (التراث الشیخ الاعظم)، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۲۰. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (بی تا)، الحدائق الناظره فی أحكام العترة الطاهرة، جلد

- ۱۸، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۱. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۹۵۶ م)، الصحاح، جلد سوم، قاهره: دارالعلم للملایین.
۲۲. حلی، حسن بن یوسف بن المطهر (۱۴۱۴ ه. ق)، تذکره الفقهاء، جلد ۱۴، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث.
۲۳. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ه. ق)، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه (ط-الحدیثة)، جلد دوم، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۲۴. روحانی، محمد صادق (۱۴۱۴ ه. ق)، فقه الصادق (ع)، جلد ۲۵، چاپ سوم، قم: مؤسسه دارالکتاب.
۲۵. السیوری الحلّی (۱۳۷۳ ه. ش)، المقداد بن عبدالله، کنز العرفان، جلد دوم، تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية.
۲۶. شوکانی، محمد بن علی بن محمد (۱۹۷۳ م)، نیل الاوطار، جلد پنجم، بیروت: دار الجبل.
۲۷. طباطبایی، محمدحسین (بی تا)، المیزان فی تفسیر القرآن، جلد هفتم، قم: جامعه مدرسین.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية.
۲۹. العاملی الشهیدالثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ه. ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد چهارم، قم: مؤسسه معارف الاسلامی.
۳۰. موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، تألیف مؤسسه دایرة المعارف فقه الاسلامی، قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه الاسلامی، ۱۴۳۱ ه. ق، جلد ۱۵.
۳۱. موسوی خمینی، روح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، جلد دوم، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۳۲. نجفی، محمد حسن (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح الشرايع الاسلام، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۳۳. نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر (۱۴۲۵ ه. ق)، انیس التجار (محشّی)، قم: دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم.

#### ج- منابع انگلیسی:

34. Beatty, Jeffrey F. , and Susan S. Samuelson, (2010) Introduction to Business Law, 3<sup>rd</sup> ed. , South-Western.
35. Black, H. C. , (Editor: Bryan A. Garner) , (1999) Black's law Dictionary, 7<sup>th</sup> ed. , West publishing compan.
36. Lehman, Jeffrey, West's encyclopedia of American law, (New York: Thomson Gale, 2005) , 2<sup>nd</sup> ed. , Vol 13.
37. Marince, Matej, Razvan Vlhu, (2012) The Economics of Bank Bankruptcy Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, London.
38. Ratner, Ian & Grant T. Stein & John C. (2009) Weitnauer, Business valuation and Bankruptcy, Wiley & Sons, Hoboken, New Jersey.
39. Twomey, David P. & Jennings, Marianne Moody, (2011) Anderson's Business Law and The Legal Environment, 21<sup>st</sup> ed, South-Western, Cengage Learning