



Original Article

## Bankruptcy Option; Jurisprudential and Legal Redefinition of Insolvency Option

Mohsen Vaseghi<sup>1</sup>, Mohammad Mehryar<sup>2</sup> , Sayyedah Fatemeh Hashemi<sup>3</sup>

### ABSTRACT

Bankruptcy institution was removed from Iran's legal literature according to the Insolvency Law approved in 1313. The interpretation of the civil law articles in which the word bankruptcy is used is an undeniable necessity. Specifically, in Article 380 of the Civil Code, the status of the insolvency option and its interpretation were disputed. Sometimes the claim to abolish the insolvency option and the invalidity of Article 380 of the Civil Code has been emphasized, and sometimes the claim to the existence of an option under the title of insolvency option has been strengthened. The question that arises is what is the interpretation of Article 380 of the Civil Code in light of the jurisprudential and legal documents after elimination of bankruptcy institution from the applicable laws? In this article, with the analytical descriptive method and among the reliable jurisprudential sources, we have found that the documents of the insolvency option can be applied to the case of bankruptcy, Therefore, we considered the existence of the insolvency option valid in law and jurisprudence. Therefore, if there are conditions of insolvency option and when one of the parties becomes insolvent and it is one of the exceptions of debt, another institution can be considered as valid in addition to deferment and debt distribution under the title of bankruptcy option. The existence of jurisprudential fatwas regarding the existence of an option in the event of non-payment of the price due to the occurrence of a customer's bankruptcy is considered one of the important reasons for the option of bankruptcy. This discovery and the creation of an option under the title of bankruptcy option as a great achievement helps to solve many court cases related to the issue of bankruptcy.

**KeyWords:** Insolvency Option, Insolvency, Bankruptcy, Bankruptcy Option, Jurisprudence.

**How to Cite:** Vaseghi, Mohsen, Mehryar, Mohammad, Hashemi, Sayyedah Fatemeh, "Bankruptcy Option; Jurisprudential and Legal Redefinition of Insolvency Option", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:219-234.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.232274.2538>

Received: 11/07/2023-Accepted: 15/11/2023

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Payame Noor University, Tehran, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Law, University of Religions and Denominations, Qom, Iran

*Corresponding Author Email: m.mehryar@urd.ac.ir*

3. Assistant Professor, Faculty of Law, University of Religions and Denominations, Qom, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



## خيار اعسار؛ بازتعريف فقهي و حقوقي خيار تفليس

محسن وائقی<sup>۱</sup>، محمد مهريار<sup>۲</sup>، سیده فاطمه هاشمی<sup>۳</sup>

## چکیده

نهاد افلاس به موجب قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ از ادبیات حقوقی ایران حذف شد. تفسیر مواد قانون مدنی که در آن واژه افلاس به کار رفته است، ضرورتی غیر قابل انکار است. به صورت خاص در ماده ۳۸۰ قانون مدنی وضعیت خيار تفليس و تفسیر آن مورد اختلاف واقع شد. گاه قول به نسخ خيار تفليس و عدم اعتبار ماده ۳۸۰ قانون مدنی مورد تأکید قرار گرفته و گاه قول به وجود خياری تحت عنوان خيار اعسار تقویت شده است. سؤالی که مطرح است آن که تفسیر ماده ۳۸۰ قانون مدنی با توجه به مستندات فقهي و حقوقي پس از حذف نهاد افلاس از قوانین موضوعه چگونه است؟ در این مقاله با روش توصیفی تحلیلی و از میان منابع معتبر فقهي دریافتیم که مستندات خيار تفليس قابل تطبیق بر مورد اعسار است و از این رو وجود خيار اعسار را در حقوق و فقه معتبر دانستیم. بنابراین در صورت وجود شرایط خيار افلاس و در هنگامی که یکی از متعاملین معسر شود و مورد از مستثنیات دین باشد، می توان نهاد دیگری در کنار امهال و تقسیط دین، تحت عنوان خيار اعسار را معتبر تلقی کرد. وجود فتاوی فقهي در خصوص وجود خيار در صورت عدم پرداخت ثمن با حدوث وضعیت اعسار مشتری به عنوان یکی از دلایل مهم خيار اعسار تلقی می شود. این یافته و ایجاد خياری تحت عنوان خيار اعسار به عنوان دستاوردی بزرگ به حل بسیاری از پرونده های قضایی مرتبط با مسئله اعسار کمک شایان می کند.

کلید واژگان: خيار تفليس، افلاس، اعسار، خيار اعسار، فقه.

استناد به این مقاله: وائقی، محسن، مهريار، محمد، هاشمی، سیده فاطمه، «خيار اعسار؛ بازتعريف فقهي و حقوقي خيار تفليس»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۲۱۹-۲۲۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.232274.2538>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۲۴

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران
۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران  
ایمیل نویسنده مسئول: [m.mehryar@urd.ac.ir](mailto:m.mehryar@urd.ac.ir)
۳. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

## مقدمه

دو مفهوم اعسار و افلاس در قوانین موضوعه و به خصوص در قانون مدنی استعمال شده‌اند. با نسخ نهاد افلاس در ۱۳۱۳ از قوانین موضوعه این سؤال مطرح می‌شود که تفسیر مواد قانونی که واژه افلاس در آن به کار رفته است، چگونه است؟ به‌طور خاص قانون‌گذار در ماده ۳۸۰ قانون مدنی بیان داشته است: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند.» این ماده که از آن به‌عنوان خیار تفلیس در حقوق و فقه امامیه یاد شده است، مورد اختلاف حقوقدانان واقع شده است. مفهوم اعسار و افلاس دارای قرابت معنایی است. از این لحاظ، تسری حکم یکی بر دیگری یا قول به نسخ ماده قانونی احتیاج به تصریح قانونی دارد. در این مقاله سعی شده است به رفع ابهام از این ماده قانونی و ارائه راهکار جدیدی در خصوص تفسیر ماده ۳۸۰ قانون مدنی پرداخته شود. مقالاتی که در خصوص خیار تفلیس نگاشته شده است یا به معرفی خیار تفلیس و جایگاه آن در حقوق موضوعه، پیدایش، شرایط و دامنه آن را در حقوق ورشکستگی پرداخته است<sup>۱</sup> یا مبانی و شرایط اعمال خیار تفلیس مورد بررسی قرار گرفته است.<sup>۲</sup> پژوهش حاضر به دنبال آن است تا ابتدا مستندات حقوقی و فقهی خیار اعسار را بررسی و تحلیل کند و سپس با بررسی و تحلیل ادله خیار تفلیس و تطبیق آن بر مورد اعسار، اثبات می‌کند که خیار اعسار با رعایت شرایطی معتبر است.

## ۱. مفهوم اعسار

واژه اعسار مصدر ثلاثی مزید از باب افعال از ماده «ع س ر» است. مُعَسِر اسم مفعول از این باب و عُسْرَةٌ اسم مصدر آن است.<sup>۳</sup> اعسار در لغت به معنای کمبود دارایی و در ضد معنای یسر و گشایش تعریف شده است.<sup>۴</sup> اعسار در مواردی که تنگنا و سختی و شدت وجود داشته باشد، استعمال می‌شود.<sup>۵</sup> اصطلاح فقهی اعسار اگرچه از معنای لغوی آن دور نیفتاده است، فقیهان اسلامی برای آن معانی متعددی بیان کرده‌اند.<sup>۶</sup> تعریف غالب فقیهان امامیه از اعسار آن است که فرد مازاد بر مستثنیات دین، مالی برای وفای دیون خود نداشته باشد.<sup>۷</sup> معنای اصطلاحی اعسار مطابق معنای لغوی عجز از پرداخت دین اعم از اینکه عدم قدرت بر پرداخت دین ناشی از عدم وجود مال باشد یا به دلیل عدم دسترسی به مال. مستثنیات دین به علت استثنا از دین اساساً در ذمه بدهکار نیست تا از اموالی که طلبکاران قابلیت مطالبه آنها را دارند به حساب آید. در قوانین موضوعه تعریف اعسار در مواد مختلفی قبل و پس از انقلاب بیان شد. در نهایت قانون‌گذار در ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ چنین مقرر نمود: «ماده ۶- 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.

۱. احمدی، طالب، «خیار تفلیس و حقوق طلبکاران در ورشکستگی»، دو فصلنامه حقوق تطبیقی، دوره ۰، شماره ۶، ۱۳۸۳، صص ۱۶۹-۱۸۶.

۲. السان، مصطفی، «بررسی مبانی و شرایط اعمال خیار تفلیس»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۱، شماره ۳۸، ۱۳۹۳، صص ۲۹-۵۰.

۳. زبیدی، سید محمد مرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۲۱۶.

۴. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، قم: هجرت، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۳۱۹.

۵. ابن زکریا، احمد بن فارس، *معجم مقانیس اللغة*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۳۱۹.

۶. مبلغی، احمد، محسن وائقی و محمد مهریار، «شناسایی مفهوم اعسار و افلاس و تاثیر آن در تفسیر قانون»، فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، دوره ۶ شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۱۵۷.

۷. یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۴۶۴.

اثبات عدم قابليت دسترسى به مال برعهده مدیون است.»

## ۲. موضوع خيار اعسار

در فقه امامیه، در جایی که فرد مدیون مالی به عیان و ظاهر در دست داشته باشد، واجب و لازم است ادای دیون و دین خود را تصفیه کند. اگر مدیون به این امر مبادرت نکند و از ادای دین امتناع کند، حاکم اسلامی مخیر است که وی را محبوس کند تا وی به فروش اموال خویش مبادرت ورزد یا آنکه خود رأساً اقدام به فروش اموال وی و تصفیه بدهی او کند.<sup>۱</sup> بنابراین در جایی که مدیون ادعای اعسار کند و آشکارا مالی داشته باشد و در صورت وجود بینه، ادعای او پذیرفته می شود و از طریق همان مال، بدهی او پرداخت می شود. اما در صورتی که آشکارا مالی از او شناسایی نشود، به گونه ای که فرد قبلاً دارای مال بوده است و الان مدعی تلف آن است و به تبع آن مدعی اعسار خویش است، در این صورت با قیام بینه اعسار او پذیرفته می شود.

پس باید گفت آنچه به عنوان خيار در وضعیت اعسار قابل تصور است، وجود خيار اعسار پس از اثبات اصل اعسار است. قبل از اثبات اعسار و با ادعای مدیون مبنی بر اعسار خویش جایی برای بحث خيار اعسار نیست؛ چراکه در این حالت یا عین مال ظاهر او فروخته و میان طلبکاران تقسیم می شود یا اساساً مالی از او شناسایی نمی شود که به وی مهلت در پرداخت داده شود. آنچه مورد بحث است، در جایی است که مدیون به عنوان معسر شناخته شود و با این وضعیت عین مال را به طلبکار واحد یا سایر طلبکاران تحت عنوان خيار اعسار مسترد کنیم. این وضعیت در فقه جایی مطرح است که عین مال مد نظر خود از مستثنیات دین باشد یا عین مال به تلف حکمی تلف شده باشد؛ به گونه ای که عین مال به ثالث منتقل شده باشد.

در حقوق موضوعه نیز خيار اعسار در همین وضعیت قابل اثبات است. در ماده ۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی<sup>۲</sup>، که مربوط به مطلق محکومیت های مالی است، در صورتی که عین مال موجود باشد، مال را گرفته و به محکوم له تسلیم می کنند. اما در صورتی که رد عین ممکن نباشد یا اساساً محکوم به عین مال نباشد، اموال محکوم علیه با رعایت مستثنیات دین توقیف و از حاصل فروش آن حسب مورد مثل یا قیمت آن استیفا می شود. همچنین مطابق ماده ۳ این قانون<sup>۳</sup>، اگر استیفای مال مطابق ماده ۱ صورت نگرفت، محکوم علیه به زندان محکوم می شود؛ مگر آنکه اثبات اعسار خویش را کند. از سوی دیگر، مطابق ماده ۷ این قانون در مورد اثبات اعسار، هنگامی که وضعیت سابق فرد دلالت بر ملائت وی باشد یا در عوض دین مالی دریافت کرده باشد، اثبات اعسار به عهده او است، مگر اینکه ثابت کند مال تلف حقیقی یا حکمی شده است. در این صورت و نیز در مواردی که مدیون در عوض دین، مالی دریافت نکرده یا تحصیل نکرده باشد، هرگاه خواننده دعوای اعسار نتواند ملائت فعلی یا سابق او را ثابت کند یا ملائت فعلی یا سابق او نزد قاضی محرز نباشد، ادعای

۱. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران: المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷، ص ۲۷۷.

۲. ماده ۱: هر کس به موجب حکم دادگاه به دادن هر نوع مالی به دیگری محکوم شود و از اجرای حکم خودداری کند، هرگاه محکوم به عین معین باشد، آن مال اخذ و به محکوم له تسلیم می شود و در صورتی که رد عین ممکن نباشد یا محکوم به عین معین نباشد، اموال محکوم علیه با رعایت مستثنیات دین و مطابق قانون اجرای احکام مدنی و سایر مقررات مربوطه، توقیف و از محل آن حسب مورد محکوم به یا مثل یا قیمت آن استیفا می شود.

۳. ماده ۳: اگر استیفای محکوم به از طرق مذکور در این قانون ممکن نگردد، محکوم علیه به تقاضای محکوم له تا زمان اجرای حکم یا پذیرفته شدن ادعای اعسار او یا جلب رضایت محکوم له حبس می شود. چنانچه محکوم علیه تا سی روز پس از ابلاغ اجرائیه، ضمن ارائه صورت کلیه اموال خود، دعوای اعسار خویش را اقامه کرده باشد حبس نمی شود، مگر اینکه دعوای اعسار مسترد یا به موجب حکم قطعی رد شود.

اعسار با سوگند مدیون مطابق تشریفات مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی پذیرفته می‌شود. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، مطابق این قانون اعمال و اثبات خیار اعسار فقط در دو حالت قابل جریان است: اول آنکه عین مال مدیونی که ادعای اعسار او پذیرفته شده است، از مستثنیات دین مذکور در ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی باشد؛ دوم در جایی که مدیونی ادعای اعسارش پذیرفته شده است، عین مال مد نظر را تلف حکمی کرده و به دیگری منتقل کرده باشد.

### ۳. مستندات خیار اعسار در حقوق

تا پیش از قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۱۰ تعریف صریحی از افلاس در حقوق موضوعه وجود ندارد. در ماده ۲ این قانون، مفلس کسی معرفی شده است که «دارایی او برای پرداخت مخارج عدلیه و یا بدهی او کافی نیست». اما پس از تصویب قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳، قانون‌گذار به نسخ نهاد افلاس از قوانین ایران مبادرت کرد و به موجب ماده ۳۹ این قانون، از تاریخ اجرای این قانون دیگر دعوایی به‌عنوان دعوی افلاس پذیرفته نخواهد شد. با توجه به نسخ نهاد افلاس از قوانین موضوعه این سؤال در ذهن حقوقدانان پدید آمده است که با نسخ نهاد افلاس، آیا همچنان ماده ۳۸۰ قانون مدنی به قوت خود باقی است یا خیر؟ چه آنکه در این ماده قانونی بیان شده است: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند».

رویکرد حقوقدانان ما درباره پاسخ این پرسش یکسان نیست. نظرهای ایشان تحت دو رویکرد کلی قابل تقسیم است: رویکرد اول: آنکه با نسخ نهاد افلاس از حقوق و قوانین ما، با توجه به وحدت ملاک میان ممنوعیت از تصرف در اموال، میان مفلس و ورشکسته، ورشکستگی به‌جای نهاد افلاس جایگزین می‌شود. طبق بیان این دسته از حقوقدانان، از آنجا که اکنون افلاس در قوانین موضوعه کشوری شناخته نشده است، موردی برای اجرای خیار تفلیس پیدا نمی‌شود. در نظر ایشان، خیار تفلیس در خصوص تاجر ورشکسته جاری می‌شود، مگر آنکه در قانون تجارت مورد خاصی برخلاف این ماده قانونی پیش‌بینی شده باشد<sup>۱</sup> و از آنجا که در قانون تجارت در خصوص ورشکسته بحث دعوی استرداد ورشکستگی مشابه خیار تفلیس پیش‌بینی شده است، می‌توان از خیار تفلیس در قانون مدنی به‌عنوان خیار ورشکستگی یاد کرد.

رویکرد دوم: نظر دیگری که حقوقدانان به آن اشاره کرده‌اند، آنکه با تصویب قانون اعسار ۱۳۱۳ و نسخ نهاد افلاس در این قانون، قانون‌گذار با تعریف جدید از اعسار در عمل مفهوم افلاس را ذیل مفهوم اعسار بازتعریف و جای داده است. تعریف اعسار به عدم کفایت دارایی و عدم دسترسی به مال مطابق این نظر موجب می‌شود که بیان کنیم اگر افلاس مربوط به تاجر باشد، ورشکستگی و اگر مربوط به غیر تاجر باشد، اعسار نامیده می‌شود.<sup>۲</sup> از همین رو است که برخی از حقوقدانان از ماده ۳۸۰ قانون مدنی تعبیر به خیار اعسار کرده‌اند.<sup>۳</sup> برخی دیگر با تفصیل خاصی که ارائه داده‌اند بیان داشته‌اند اگر طرف معامله پیش از دریافت مورد معامله معسر شود، طرف دیگر می‌تواند معامله را فسخ کند؛ ولی اگر پس از تسلیم مورد معامله، حکم اعسار صادر شود، حق فسخ معامله وجود ندارد.<sup>۴</sup>

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، تهران: اسلامیه، ۱۳۸۵، ص ۵۲۹.

۲. قاسم‌زاده، مرتضی، حسن ره‌پیک و عبدالله کیانی، **تفسیر قانون مدنی**، تهران: سمت، ۱۳۹۰، ص ۴۵۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمیم‌ولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۲۶۸.

۴. کاتوزیان، ناصر، **دوره عقود معین**، تهران: به‌نشر، ۱۳۶۳، ص ۱۸۴.

به نظر نگارندگان، وجود خياری تحت عنوان خيار اعسار صحيح به نظر می‌رسد. ماده ۳۸۰ قانون مدنی این ظرفیت را دارد تا بتوان با بهره‌گیری از قواعد اصولی مبین خيار اعسار باشد. همچنین برای تثبیت نظریه وجود خيار اعسار در حقوق ایران و دفع ایرادات احتمالی بهره‌گیری از ظرفیت فقه امامیه ضروری است. از آنجا که ماده ۳۸۰ قانون منبعت از فقه امامیه است بیان پیشنهادیه فقهی و بیان نظریات فقیهان امامیه در خصوص وجود حق فسخ در وضعیت اعسار برای تثبیت نظریه خيار اعسار ضروری است. مستندات خيار اعسار در نظر نگارندگان عبارت است از:

### ۳.۱. اشراب و تضمین مفهوم افلاس در اعسار

اشراب و تضمین به معنای فهماندن معنای یک کلمه در کلمه دیگر است. تضمین در اسم بدین معناست که یک اسم هم معنای خودش و هم معنای اسم دیگر را افاده کند.<sup>۱</sup> تا پیش از تصویب قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات ۱۳۱۰ تعریف صریحی از افلاس در ادبیات حقوقی ما وجود ندارد. در سال ۱۳۰۴، قانون تجارت تصویب شد و پس از آن در سال ۱۳۰۷ جلد اول قانون مدنی به تصویب رسید. در ماده ۲۴۳ قانون تجارت ۱۳۰۴، از ورشکستگی تاجر یا شرکت‌های تجاری سخن گفته شده است. در جلد اول قانون مدنی از هر دو واژه افلاس و ورشکستگی سخن به میان آمده، با این تفاوت که تعریف افلاس نه در این قانون و نه در قوانین مصوب قبلی ارائه نشده است. به‌طور مثال، در ماده ۷۷۰ قانون مدنی حکم به غیرقابل فسخ بودن صلحی که در عوض مال الصلح تعهد به نفقه معین بر طبق شرایط صلح‌نامه با ورشکستگی یا افلاس متعهد نفقه داده است. ورشکستگی و افلاس در این ماده قانونی به‌عنوان قسیم یکدیگر یاد شده است. در نهایت در سال ۱۳۱۰، قانون‌گذار به تصویب قانون اعسار و افلاس و اصلاح محاکمات مبادرت و مرز میان مفهوم اعسار و افلاس را مشخص کرد. افلاس، عدم کفایت دارایی برای پرداخت دین اعم از هزینه دادرسی و بدهی معرفی شد؛ حال آنکه اعسار عدم قدرت موقت برای پرداخت هزینه دادرسی یا محکوم‌به به‌علت عدم دسترسی به دارایی شناسایی شد. ماده ۱ و ۲ این قانون مقرر کرد: «ماده ۱- معسر کسی است که به واسطه عدم دسترسی به اموال و دارایی خود موقتاً قادر به تأدیه مخارج عدلیه و یا محکوم‌به نباشد. ماده ۲- مفلس کسی است که برای پرداخت مخارج عدلیه و یا بدهی او کافی نیست.» بنابراین شاخص اصلی اعسار عدم قدرت به علت عدم دسترسی به دارایی برای تأدیه دین و معیار اصلی افلاس عدم کفایت دارایی برای تأدیه دین معرفی شد. قانون‌گذار در نهایت به این جمع‌بندی رسید تا مفهوم افلاس را از ادبیات حقوقی ایران نسخ و فقط به دو مفهوم اعسار و ورشکستگی بسنده کند. این امر در ماده ۱ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ نمایان شد. تعریف قانون‌گذار مبتنی بر ادغام دو شاخص عدم دسترسی و عدم کفایت دارایی در تعریف جدید از اعسار بود. در این ماده مقرر شد: «معسر کسی است که به واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود قادر به تأدیه مخارج محاکمه یا دیون خود نباشد.» لذا در تعریف جدید از اعسار از مفهومی که سابقاً قانون‌گذار برای افلاس معرفی کرده بود نیز استفاده شد. آخرین تعریفی که از اعسار در قوانین موضوعه ایران شده، نیز همین دو معیار در نظر گرفته شده است. در ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ قانون‌گذار مقرر کرد: «معسر کسی است که به دلیل نداشتن مالی به‌جز 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 برعهده مدیون است.» عدم پذیرش دعاوی افلاس و نسخ قانون اعسار و افلاس مذکور در ماده ۳۹ و ۴۰ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ بیانگر محو مفهوم افلاس از ادبیات حقوقی ایران است. با توجه به اینکه مفهوم افلاس در بازتعریف قانون‌گذار از اعسار اشراب و تضمین

۱. جمعی از محققان، فرهنگ‌نامه اصول فقه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹، ص ۳۰۹.

شده است و معیار اصلی افلاس که همانا عدم کفایت دارایی در پرداخت دین بود در تعریف جدید از اعسار جایگذاری شد، می‌توان به این نتیجه رسید که اساساً به‌جای واژه افلاس در قانون می‌توان واژه اعسار را قرار داد. فقط در صورت محذور قانونی و فقهی این جایگذاری صورت نمی‌گیرد والا قاعده اولی با توجه به ادغام مفهومی افلاس در اعسار، جای‌گذاری تمامی واژگان افلاس به اعسار در قوانین موضوعه است. لذا در مواردی مانند ماده ۵۵۱ قانون مدنی که صحبت از انفساخ عقد مضاربه به دلیل مفلس شدن مالک شده یا در ماده ۱۲۶۴ که اقرار مفلس را به ضرر دیان نافذ ندانسته است، در صورت عدم محذور فقهی می‌توان حکم به جایگزینی واژه معسر به‌جای مفلس کرد.

### ۳.۲. ملاک جمع عرفی و اسلوب قانون‌گذاری

قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» به‌عنوان یکی از قواعد عقلایی اصولی دربرگیرنده آن است و مادامی که بین دلالت دو دلیل امکان جمع عرفی باشد، لازم است آن جمع صورت گیرد.<sup>۱</sup> عرف با ملاحظه جمیع اصول تقنین و تشریح میان دو دلیل جمع کرده که از آن تعبیر به جمع عرفی می‌کنند.<sup>۲</sup> حال در مورد اعسار و افلاس به نظر می‌رسد مقتضای اشراب مفهومی افلاس در مفهوم اعسار در قانون اعسار ۱۳۱۳ و قوانین مصوب پس از این قانون، آن است که قائل به نسخ قوانینی، که در آن از لفظ افلاس یا تفلیس به کاربرده شده است، نشویم (مانند ماده ۳۸۰ قانون مدنی)؛ بلکه با توجه به جمع عرفی و در نظر گرفتن تضمین مفهوم افلاس در مفهوم اعسار باید قائل به جایگزینی اعسار در مورد قوانینی شویم که از لفظ افلاس استفاده کرده است؛ مگر اینکه با محذور فقهی روبه‌رو شویم. توضیح آنکه اولاً درجایی امکان جمع میان مواد قانونی باشد، محلی برای نسخ باقی نمی‌ماند.<sup>۳</sup> بنابراین سخن گفتن از نسخ در جایی که قانون‌گذار تصریحی به نسخ مواد قانونی نکرده است بی‌معناست. ثانیاً با توجه به معنای تضمین و اشراب یک مفهوم در مفهوم دیگر باید قائل به جایگزینی مفهومی اعسار در افلاس شویم؛ چراکه تضمین کلمه در معنای صحیح خود عبارت است از آنکه لفظ در معنای اصلی خود استعمال شود و مقصود از لفظ اصالت معنای حقیقی خود باشد؛ اما به‌تبع معنای دیگری که مناسب و در ارتباط با معنای اصلی است نیز قصد شود، بدون اینکه لفظ در آن معنا استعمال شود. حقیقت تضمین لفظ نه از باب کنایه است و نه از باب اضممار بلکه از باب حقیقت است که در استعمال حقیقی لفظ معنای دیگری نیز قصد شود.<sup>۴</sup> در مسئله مفهوم اعسار و افلاس نیز تضمین و اشراب معنایی رخ داده است. بدین معنا که قانون‌گذار با تضمین مفهوم افلاس در مفهوم اعسار، قصد مفهوم افلاس را به‌عنوان مفهومی تبعی در کنار مفهوم اصلی و حقیقی اعسار کرده است. تضمین مفهوم افلاس در مفهوم اعسار از آن نظر بیش از پیش نمایان می‌شود که متذکر شویم تا پیش از سال ۱۳۱۳ در قانون ایران هر سه مفهوم اعسار، افلاس و ورشکستگی وجود داشته است و پس از سال ۱۳۱۳ فقط با دو نهاد اعسار و ورشکستگی مواجهیم. از آنجا که قبل از ۱۳۱۳ و پس از آن ورشکستگی فقط اختصاص به تاجر داشته و در خصوص شخص غیر تاجر پیش از ۱۳۱۳ به حسب مورد اعسار و افلاس جریان داشته است؛ لذا با توجه به تعریف معسر پس از سال ۱۳۱۳، که متشکل از هر دو معیار عدم کفایت دارایی و عدم دسترسی به مال به منظور عدم قدرت برای تأدیه دیون است، می‌توان نتیجه گرفت مضمون افلاس در مفهوم اعسار توسط قانون‌گذار نهادینه شده است.

۱. ولایی، عیسی، *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول*، تهران: نشر نی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۹.

۲. خمینی، سید روح‌الله، *التعادل والترجیح*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۵، ص ۱۷.

۳. محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، تهران: علوم اسلامی، ۱۳۸۳، صص ۳۸/۴.

۴. رشتی، حبیب‌الله، *بدائع الأفكار*، قم، بی‌تا، ص ۱۷۰.

از حاصل این مقدمات به این نتیجه می‌رسیم که اگرچه پس از ۱۳۱۳ در ادبیات حقوقی ایران واژه افلاس وجود ندارد، نمی‌توان پس از این سال قائل به آن شد که وجود لفظ افلاس در مواد قانونی ایران من جمله قانون مدنی ایران موجبی برای نسخ آن ماده است؛ چراکه اولاً نسخ خلاف اصل و احتیاج به تصریح قانونی و خلاف مقتضای جمع عرفی است و ثانیاً با توجه به تضمین و اشراب مفهوم افلاس در مفهوم اعسار می‌توان آثاری که تا پیش از این بر افلاس بار می‌شد بر اعسار نیز بار کنیم. فقط درجایی که با منع فقهی به لحاظ خاستگاه قانون مدنی مواجه باشیم می‌توان از این قاعده دست کشید. در مورد ماده ۳۸۰ قانون مدنی نیز با توجه به این مقدمات می‌توان قائل به عدم نسخ این ماده و جایگزینی خيار اعسار با توجه به ادله فقهی خيار افلاس بود.

#### ۴. مستندات فقهی خيار اعسار

در فقه امامیه تاکنون خیاری به‌عنوان خيار اعسار معرفی نشده است. در صورتی که بخواهیم چنین خیاری را با توجه به مجموع روایات و مبانی فقهی به اثبات رسانیم، ناگزیریم اولاً ادله خيار افلاس و در هر مورد انطباق دلیل را بر مورد اعسار بیان کنیم؛ ثانیاً با توجه به مبانی عمومی خیارات به اثبات خيار اعسار مبادرت ورزیم. بنابراین برای اثبات خيار اعسار به ادله تعبیدی و ادله عمومی استناد می‌کنیم.

##### ۴.۱. ادله خيار تفليس و تطبيق آن بر مورد اعسار

فقیهان امامیه ذیل بحث تفليس و به‌عنوان یکی از احکام تفليس فتوا داده‌اند که هرکسی از طلبکاران مال خود را نزد بدهکار مفلس بیابد، نسبت به دیگران برای دریافت مال خویش احق خواهد بود. از این حق رجوع به عین مال خویش، که نزد بدهکار موجود است، تا پیش از شهید اول به‌عنوان خيار تفليس اطلاق نشده بود. شهید اول اولین فقیهی است که به این حق رجوع، اطلاق خيار تفليس کرد.<sup>۱</sup> فقیهان برای بیان دلیل خيار تفليس به قواعد عمومی باب معاملات استناد نکرده‌اند. در نظر ایشان، خيار تفليس دارای دلیل خاص تعبیدی است و با توجه به اینکه این خيار خلاف قواعد کلی باب معاملات است، روایات وارد شده حکم آن را بیان می‌کنند.

##### ۴.۱.۱. اجماع

در خصوص اختصاص طلبکار و حق تقدم او در بازپس‌گیری عین مال خویش نزد فرد مفلس ادعای اجماع شده است.<sup>۲</sup> مدعیان اجماع علاوه بر اجماع به نصوص روایی نیز استناد کرده‌اند که خود حاکی از مدرکی بودن اجماع ایشان است. اما با وجود مدرکی بودن جز در برخی فروع، اصل این حق برای طلبکار توسط هیچ فقیهی مورد تردید قرار نگرفته است. با توجه به مدرکی بودن اجماع اثبات خيار اعسار با مشکل مواجه نمی‌شود و می‌توان با خدشه و تعمیم مورد افلاس به اعسار حکم خيار اعسار را نیز ثابت بدانیم.

##### ۴.۱.۲. روایات

در بسیاری از روایات امامیه حکم اختصاص طلبکار به عین مالش مطرح شده است. در این روایات، که خانواده حدیثی را

۱. شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة*، بیروت: دارالتراث، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۱۲۰.

۲. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی، *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، قم: مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۲۴۸.



تشکیل می‌دهد، اصل این مطلب ثابت شده است. بحثی که ما به دنبال آن هستیم حدود و ثغور روایات و متعلق حکمی است که در روایات اسلامی بدان پرداخته شده است. بدین منظور به روایات وارد شده در این مبحث اشاره می‌کنیم و از لحاظ سندی و دلالتی بررسی خواهیم کرد.

### ۴.۱.۲.۱. روایت نبوی مشهور

در برخی از کتب فقهی امامیه به روایتی در زمینه خیار تفلیس استناد شده است که اصل روایت در کتب عامه مطرح است و فقهای شیعه آن را بدون ذکر سند در کتب خود مطرح و بدان استناد کرده‌اند. این روایت عبارت است از «روی أبو هریره قال: قضی رسول الله صلی الله علیه و آله ایما رجل مات أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعینه»<sup>۱</sup>. آن حضرت قضاوت کردند هر کس بمیرد یا مفلس شود، اگر صاحب کالا عین آن را بیابد نسبت به آن احق است. حتی کسانی که قائل به عدم حجیت خبر واحد هستند نیز این روایت نبوی را به‌عنوان مستند اصلی حکم تقدم صاحب عین بر سایر طلبکاران بیان کرده‌اند.<sup>۲</sup>

ضعف این روایت با عمل اصحاب جبران می‌شود. مشهور فقیهان در بیان حکم مسئله به این روایت استناد کرده‌اند و از این رو طبق مبنای جبران ضعف سند با عمل مشهور، این روایت معتبر تلقی می‌شود.<sup>۳</sup>

در خصوص دلالت این حدیث در خصوص اثبات خیار اعسار این سؤال مطرح می‌شود که واژه افلاس وارد شده در این روایت به چه معناست. آیا معنای اصطلاحی آن مراد است یا معنای لغوی؟ توجه به این نکته ضروری است که در این روایت عبارت «من افلس» ذکر شده است. بنابراین در این روایت با کلمه افلاس مواجهیم و نه تفلیس. افلاس همان‌طور که در لغت بیان شد، به معنای آن است که فرد دارایی خویش را از دست بدهد و جز مقدار اندکی که فلوس است نزد او نباشد. به همین دلیل افلاس را به معنای آنکه مالی برایش باقی نمانده تعبیر کرده‌اند.<sup>۴</sup> از همین روی است که در اصطلاحات فقهی افلاس را انتقال از حالت فراخ دستی و یسر به حالت تندگستی و عسر معنا کرده‌اند. حتی تمایز میان اعسار و افلاس را به تعلق افلاس به دین و تعلق اعسار به دین و کم بودن آنچه فرد مالک آن است دانسته‌اند.<sup>۵</sup> به نظر می‌رسد افلاس در معنای لغوی خویش به کار رفته باشد و از آنجا که وجود حقیقت شرعی یا متشرعه در زمان رسول اکرم (ص) با تردید جدی روبه‌رو است، نمی‌توان از افلاس معنای اصطلاحی آن را اراده کرد. مضافاً اینکه حتی اگر معنای اصطلاحی افلاس مد نظر باشد، معنای اصطلاحی همخوانی با معنای تفلیس، که منع از تصرف یکی از آثار آن است، ندارد.<sup>۶</sup>

شاهد و بلکه دلیل دیگری که در این مسئله وجود دارد آن است که در روایات دیگر واژه افلاس به کار رفته است و فقیهان معنای لغوی آن را مد نظر قرار داده‌اند، نه معنای اصطلاحی آن را. به‌عنوان مثال، در روایتی از امیرالمومنین (ع) وارد شده است که ایشان حکم فرمود در مورد دین بدهکاری که در دادن بدهی خود تعلل می‌کند او را زندان کنند تا

۱. طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الأحکام*، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۲۶۲.

۲. ابن زهره حلبی، پیشین، ص ۲۴۸.

۳. خمینی، سید روح الله، *الطهاره*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ه.ق، ص ۴۱۹.

۴. کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۲۲۲.

۵. عبدالمنعم، محمود عبدالرحمان، *معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه*، قاهره: دارالفضلیه، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۲۵۴.

۶. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *حاشیه سرائع الإسلام*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ه.ق، ص ۴۰۶.

نداشتن و افلاس یا احتیاجش روشن شود بعد رهایش کنند تا مالی به دست آورد.<sup>۱</sup> جالب اینکه واژه افلاس مذکور در این روایت را فقیهان در باب اعسار مورد استفاده و استناد قرار داده‌اند.<sup>۲</sup> این مسئله اقوی دلیل بر این است که افلاس در معنای لغوی خویش مراد شارع حداقل در عصر اولیه تشریح بوده است. بنابراین می‌توان ادعا کرد قطعاً روایت نبوی ناظر به افلاس لغوی است که مترادف با اعسار نیز شناخته می‌شود و حکم روایت قابل تسری به مورد اعسار نیز است. بنابراین دلیل خيار افلاس شامل اعسار نیز می‌شود.

#### ۴.۱.۲.۲. روایت از امام کاظم(ع)

در روایتی از امام کاظم(ع) به سند صحیح<sup>۳</sup> از فردی که دینش زیاد شده است و مال مردی به عین آن نزد او یافت می‌شود سؤال شده است که حضرت در جواب نیز بیان فرمودند سایر طلبکاران در حصص طلبشان با وی تقسیم نمی‌شوند.<sup>۴</sup> عبارت «یرکبه الدین» به معنای آن است که دیون از اموال مدیون بیشتر است و از این نظر حاکم حکم به افلاس او کرده و مفلس شده است.<sup>۵</sup> ذیل روایت و عبارت «لایحاصه الغرماء» نیز نشانگر آن است که حکم حجر مدیون ثابت شده است؛ چراکه قبل از حکم حجر معنا ندارد، گفته می‌شود طلبکاران نباید در طلب خود با فردی که عین مالش نزد مدیون است تقسیم اموال شوند؛ زیرا قبل از حجر اختیار به دست مفلس است و هر کاری می‌تواند انجام دهد و طلبکاران اختیاری در منع از تصرف وی ندارند.<sup>۶</sup>

در خصوص دلالت حدیث به نظر می‌رسد بتوان معنای دیگری نیز تصور کرد. سؤال راوی در خصوص زیادی دین بر مال است. از آنجا که بحثی در خصوص زیادی دین بر اموال قبل از صدور حکم تفليس یا بعد از آن در سؤال سائل ذکر نشده است، اختصاص رکوب دین به تفليس با ایراد جدی روبه‌رو است. صرف این استدلال که عدم تقسیم طلبکاران در عین مال فرد طلبکاری که مالش نزد مدیون است به دلیل محجوریت پیشینی بدهکار است، صحیح نیست. به نظر ما هم عبارت «یرکبه الدین» شامل افلاس لغوی و بالتبع اعسار با تقریر پیشین است و هم حکم «لایحاصه الغرما» نسبت به این حالت صحیح است؛ چراکه این روایت در مقام بیان آن است که اگر معامله‌های معوض است، در صورت عدم تسلیم یکی از عوضین، فرد حق اختصاص نسبت به سایرین خواهد داشت، خواه مفلس باشد یا مفلس. اختصاص حکم به مورد تفليس نه از صدر روایت و سائل سؤال برداشت می‌شود و نه از جواب امام معصوم(ع). جواب ناظر به عدم حق طلبکاران نسبت به عین مال بدهکار دارای حق اختصاص است. پس اینکه گفته شود چون طلبکاران نسبت به مفلس به معنای لغوی حق منع از تصرف ندارند چگونه می‌توانند درخواست تقسیم یا عدم تقسیم اموال را کنند و بنابراین حکم اختصاص به صورت تفليس مدیون دارد به نظر صحیح نمی‌آید؛ چراکه حق مطالبه در خصوص هر دینی اعم از اعسار و افلاس برای طلبکاران فراهم است و منع از تصرفی دخلی در اصل سؤال ندارد. از سوی دیگر، برخی در اصل اینکه این حکم اختصاص به بعد از حجر داشته باشد تردید جدی کرده‌اند و بنابراین با بیان پیش‌رو می‌توان حکم را در جایی که دین از اموال بدهکار بیشتر

۱. طوسی، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، پیشین، ص ۱۹۶.

۲. علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، جلد ۱۳، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۱۸.

۳. مجلسی، محمد باقر، *ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار*، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ه.ق، ص ۵۱۳.

۴. طوسی، پیشین، ص ۱۹۳.

۵. مجلسی، پیشین.

۶. بهبهانی، محمد باقر، *حاشیة مجمع الفائدة والبرهان*، قم: مؤسسه الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۳۸۷.

باشد به تمام فروض تسری داد.<sup>۱</sup>

نکته‌ای که ممکن است ایراد شود، آنکه مال به صورت شرعی به دیگری منتقل شده است و فقط به دلیل شرعی از ملکیت دیگری خارج می‌شود. در این مورد نیز فقط به دلیل محجوریت فرد بدهکار و ممنوعیت از تصرف او حق اختصاص به بایع داده می‌شود.<sup>۲</sup> بنابراین علت اصلی حکم خیار تفلیس محجوریت فرد است و در حالت افلاس یا اعسار محجوریت موجود نیست و خیار تفلیس نیز ثابت نیست. در پاسخ باید گفت اولاً مطابق مدلول روایی بیان شده، وجه شرعی روایت فوق با تقریر ارائه شده است. بنابراین اگرچه ملکیت مستقر است، دلیل شرعی این حق فسخ را برای بایعی که عین مالش نزد دیگری است ثابت شده در نظر گرفته است. ثانیاً در برخی استدلال‌ات مربوط به ثبوت خیار تفلیس در بیانات فقها آمده است برای دفع ضرر بایع در صورتی که عوض به او داده نشده است، وی حق رجوع به معوض را خواهد داشت.<sup>۳</sup> استدلال به قاعده لاضرر برای این موضوع با تقریرات مختلف ارائه شده و اینکه این قاعده مثبت خیار است یا خیر، نشانگر آن است که حکمت خیار و حتی شاید علت ثبوت خیار، آن باشد که بایع به عین مالی که ثمن آن را دریافت نکرده است برسد. این علت و حکمت در تمامی مواردی که چنین است جریان دارد و در افلاس و اعسار نیز چنین دلیلی یافت می‌شود. لذا دلالت روایت منطبق بر خیار اعسار نیز خواهد بود.

بنابراین با توجه ادله فقهی، که مستند خیار تفلیس بود، ثابت شد این خیار در مورد افلاس صادق است و مناسب است به جای به کار بردن عبارت خیار تفلیس، از خیار افلاس سخن بگوییم. عجز از پرداخت دین، فقر، زیادی دیون بر مال همگی از مصادیق افلاس است که در فقه بدان اشاره شد.<sup>۴</sup> با ادله ارائه شده به این نتیجه رسیدیم که مستندات فقهی نسبت به حالت افلاس نیز جریان دارد و اختصاصی به حالت تفلیس و حجر بدهکار ندارد. بلکه حکم خیار تفلیس اختصاصی به بعد از حجر ندارد و قبل از آن نیز جریان دارد.<sup>۵</sup> بنابراین بحثی در تعلق این خیار در حالت افلاس وجود ندارد. حال برای تسری خیار افلاس بر مورد اعسار باید به این پرسش پاسخ دهیم که نسبت اعسار با افلاس چیست؟ به نظر می‌رسد نسبت میان افلاس و اعسار تساوی باشد. چه آنکه افلاس در لغت به معنای نداشتن دارایی است و این که دارا بوده است معنا شده است<sup>۶</sup> یا از آن تعبیر به کم بودن مال شده است.<sup>۷</sup> بنابراین از حیث مفهوم لغوی افلاس با اعساری که آن نیز ضعیس است<sup>۸</sup> و به معنای سخت شدن<sup>۹</sup>، فقر و کم بودن دارایی است<sup>۱۰</sup> یکی است. از حیث لغوی بحثی در هم‌پوشانی این دو مفهوم وجود ندارد. از حیث اصطلاحی نیز با توجه به عدم دلیل در استعمال این دو واژه به عنوان حقیقت شرعی یا متشرعه نمی‌توان معنای اصطلاحی این دو را دور از معنای لغوی در نظر گرفت؛ بلکه با توجه به صدور اکثر ادله در اوایل زمان تشریح قول به لغوی بودن معنای این دو واژه صحیح‌تر به نظر می‌رسد.

۱. اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، جلد ۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ه.ق، ص ۲۵۱.

۲. علامه حلی، پیشین، جلد ۵، ص ۴۴۳.

۳. علامه حلی، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۴۴۳.

۴. مشکینی، میرزا علی، *مصطلحات الفقه*، بی تا، ص ۴۰۸.

۵. حائری، سید محمد مجاهد، *المناهل*، قم: مؤسسه آل البیت، بی تا، ص ۵۷.

۶. صاحب بن عباد، *المحیط فی اللغة*، جلد ۱، بیروت: عالم‌الکتب، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۳۵۶.

۷. حمیری، ۱۴۲۰، جلد ۸، شماره ۵۲۵۵.

۸. صاحب بن عباد، پیشین، ص ۳۲۵.

۹. راغب اصفهانی، حسین، *مفردات ألفاظ القرآن*، سوریه: دار العلم، ۱۴۱۲ ه.ق، ص ۵۶۶.

۱۰. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، جلد ۴، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۵۶۳.

## ۴.۲. تخلف از شرط ارتكازی در مورد اعسار

یکی از ادله ایجاد خیاری تحت عنوان خيار اعسار، ثبوت خيار به دليل تخلف از شرط ارتكازی متعاملین است.<sup>۱</sup> در شروط ارتكازی عرفی اصل انشای عقد دلالت بر شرط به دلالت التزامی دارد. دلالت التزامی به گونه‌ای است که گویی در متن عقد چنین شرطی لحاظ شده است. بنابراین شرط ارتكازی عرفی به عنوان شرط مصرح در عقد دانسته می‌شود.<sup>۲</sup> از آنجا که شرط ارتكازی به منزله شرط مصرح در عقد است، الغای آن احتیاج به تصریح در معامله یا قبل از آن دارد،<sup>۳</sup> نه اثبات آن. فقیهان امامیه امتناع از تسلیم عوضین چه به صورت اختیاری و چه به صورت غیراختیاری را موجبی برای جریان خيار تخلف شرط دانسته‌اند. اگرچه در خصوص امتناع از تسلیم این بحث مطرح شده است که آیا اولاً باید فرد اجبار شود و در صورت عدم امکان اجبار به تسلیم عوضین حق فسخ برای طرف دیگر در نظر گرفته می‌شود یا از ابتدا با امتناع از تسلیم عوضین می‌توان قائل به جواز فسخ معامله شد؛ اما همگی اتفاق نظر دارند که در صورت تعدر از اجبار تنها برای طرف دیگر ایجاد حق فسخ می‌شود.<sup>۴</sup> حال در فرض اعسار فرد که امکان اجبار به وفای به شرط وجود ندارد و عجز از اجبار به دلیل نادار بودن فرد معسر موجود است، حق فسخ مطابق هر دو مبنا جریان خواهد داشت. بنابراین عملاً در خصوص صورت اعسار با مشکلی در زمینه ایجاد حق خيار به واسطه تعدر از وفای به عقد نباید به وجود آید. برای تثبیت تطبیق حکم بر وضعیت اعسار می‌توان به فتوای فقیهان متأخر اشاره کرد. در بحث نقد و نسبه این دسته از فقیهان بیان داشته‌اند: «مطالبه ثمن از مشتری بعد از انقضای اجل جائز است. در صورتی که مشتری متمکن از پرداخت ثمن نباشد، بائع می‌تواند به او مهلت دهد یا بئع را فسخ کند و مبیع را در صورت وجود بازپس گیرد. در صورت تلف نیز بدل در ذمه مشتری از مثل یا قیمت مستقر خواهد شد.<sup>۵</sup> عدم تمکن از پرداخت ثمن مفهوماً شامل وضعیت اعسار است و از این رو حکم مسئله مبنی بر فسخ و رجوع به عین مبیع در صورت موجود بودن عین، شامل حال فرض اعسار نیز خواهد شد. این فتوا با توجه به مبنای این دسته از فقیهان مبنی بر ارجاع این حالت به خيار تخلف شرط ارتكازی امری سهل است. با توجه به نظر ایشان در خصوص معسر، اگرچه حکم وجوب امهال به معسر مطابق ادله قرآنی و روایی وجود دارد، منافاتی میان امهال به معسر و ثبوت خيار تخلف شرط ارتكازی نیست؛ چراکه تعبد به امهال نافه اشتراط عرفی تسلیم عوضین در معاوضات نبوده و در فرض ما که فرد تمکن از ادای ثمن بئع را ندارد، هم امهال جریان خواهد داشت و هم خيار تخلف از شرط ارتكازی. با وجود این، کسانی که قائل به این مبنا نیستند، در فرض فوق و عدم تمکن مشتری از ادای ثمن فقط حکم به وجوب امهال به مشتری داده و سخنی از ایجاد حق فسخ برای بائع نکرده‌اند.<sup>۶</sup> مطابق نظر مشهور متأخرین می‌توان نتیجه گرفت خيار اعسار مصادقی از مصادیق خيار تخلف شرط ارتكازی مبتنی بر عدم دریافت ثمن معامله با حدوث وضعیت اعسار در مشتری است و از این حیث برای بائع با حدوث اعسار ایجاد خيار اعسار خواهد شد.

۱. قمی، سید تقی، *عمده المطالب فی التعلیق علی المکاسب*، جلد ۳، قم: کتابفروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۴۴۱.

۲. تبریزی، جواد، *ارشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب*، جلد ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ه.ق، ص ۷۱.

۳. همان، ص ۱۶۵.

۴. انصاری، مرتضی، *المکاسب*، جلد ۶، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۷۲.

۵. سیستانی، سید علی، *المسائل المنتخبه*، قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۲۲ ه.ق، ص ۳۰۹؛ روحانی، سید محمد، *المسائل المنتخبه*، کویت: شرکه مکتبه الألفین، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۲۴۸؛ تبریزی، جواد، *المسائل المنتخبه*، قم: دار الصدیقه الشهیده، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۲۳۲؛ شبیری

زنجانی، سید موسی، *المسائل الشرعیة*، قم: مؤسسه نشر الفقاهه، ۱۴۲۸ ه.ق، ص ۴۶۵.

۶. فاضل لنکرانی، محمد، *الأحكام الواضحة*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۲ ه.ق، ص ۳۲۰.

## نتیجه‌گیری

حذف نهاد افلاس از حقوق ایران موجب شد تا در تفسیر ماده ۳۸۰ مدنی نگرشی جدید ایجاد شود. ماده ۳۸۰ قانون مدنی، که تا پیش از این در خصوص خیار تفلیس وارد شده بود، با تفسیر ارائه شده در این مقاله قابلیت برداشت خیاری تحت عنوان خیار اعسار را دارد. قانون‌گذار در قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ و قوانین مصوب پس از آن، مفهوم افلاس را در مفهوم اعسار اشراب و تضمین کرد. اشراب مفهوم افلاس در اعسار بدان معناست که می‌توان از واژه افلاس موجود در ماده ۳۸۰ قانون مدنی قصد حقیقی معنای اعسار را نیز برداشت کرد. بدین لحاظ خیار اعسار جایگزین خیار افلاس است. اصل عدم نسخ، ملاک جمع عرفی میان مواد قانونی به لحاظ حقوقی قول به نسخ ماده ۳۸۰ قانون مدنی را با دشواری مواجه می‌کند. با توجه به اینکه در فقه امامیه ادله خیار افلاس نیز قابل تطبیق بر فرض اعسار است، با مشکل مبنایی روبه‌رو نیستیم. از سوی دیگر، فتاوی مشهور متأخرین، مبنی بر اینکه عدم تمکن از پرداخت ثمن موجب ایجاد خیار برای بایع می‌شود، به‌عنوان مستند قابل توجه برای ثبوت خیار اعسار است. این فتوا از آن نظر دارای اهمیت است که سایر فقیهان معاصر در فرض عدم تمکن از پرداخت ثمن قائل به وجوب امهال معسر شده و قائل به خیاری برای بایع نشده‌اند. مبنای فتوای به ایجاد خیار برای بایع در صورت عدم تمکن از پرداخت ثمن که معادل مفهوم اعسار است، تخلف از شرط ارتكازی بیان شده است. بدین لحاظ می‌توان برای خیار اعسار از منظر فقهی قائل به انطباق ادله خیار افلاس در مورد اعسار شد یا فتوای مشهور متأخرین در فرض اعسار را به‌عنوان مستند تلقی کرد. با توجه به جمیع مستندات فقهی و حقوقی، قول به ایجاد خیار اعسار معتبر و راهگشا در حل معضلات حقوقی است.

## منابع

### فارسی

### کتاب

۱. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران: اسلامیة، ۱۳۸۵.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.
۳. قاسم‌زاده، مرتضی، حسن ره‌پیک و عبدالله کیانی، *تفسیر قانون مدنی*، تهران: سمت، ۱۳۹۰.
۴. کاتوزیان، ناصر، *دوره عقود معین*، تهران: به‌نشر، ۱۳۶۳.
۵. محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، تهران: علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
۶. ولایی، عیسی، *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول*، تهران: نشر نی، ۱۳۸۷.

### مقاله

۷. السان، مصطفی، «بررسی مبانی و شرایط اعمال خیار تفلیس»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۱۱، شماره ۳۸، ۱۳۹۳، صص ۲۹-۵۰.
۸. طالب احمدی، حبیب، «خیار تفلیس و حقوق طلبکاران در ورشکستگی»، *دو فصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۰، شماره ۶، ۱۳۸۳، صص ۱۶۹-۱۸۶.
۹. مبلغی، احمد، محسن واثقی و محمد مهریار، «شناسایی مفهوم اعسار و افلاس و تاثیر آن در تفسیر قانون»، *فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی*، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۱۷۹-۱۵۱.

## عربي

## كتاب

۱۰. ابن زكريا، احمد بن فارس، **معجم مقائيس اللغة**، قم: دفتر تبليغات اسلامي، ۱۴۰۴ ه.ق.
۱۱. ابن زهره حلي، حمزة بن علي، **غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع**، قم: مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۷ ه.ق.
۱۲. ابن منظور، محمد بن مكرم، **لسان العرب**، جلد ۴، بيروت: دارالفكر، ۱۴۱۴ ه.ق.
۱۳. اردبيلي، احمد، **مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان**، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۳ ه.ق.
۱۴. انصاري، مرتضى، **المكاسب**، جلد ۶، قم: كنگره جهاني بزرگداشت شيخ انصاري، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۵. بهبهاني، محمد باقر، **حاشية مجمع الفائدة والبرهان**، قم: مؤسسه الوحيد البهبهاني، ۱۴۱۷ ه.ق.
۱۶. تبريزي، جواد، **إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب**، جلد ۴، قم: مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۱۶ ه.ق.
۱۷. تبريزي، جواد، **المسائل المنتخبة**، قم: دارالصدیقه الشهيدة، ۱۴۲۷ ه.ق.
۱۸. جمعی از محققان، **فرهنگ نامه اصول فقه**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامي، ۱۳۸۹.
۱۹. حائري، سيد محمد مجاهد، **المناهل**، قم: مؤسسه آل البيت، بی تا.
۲۰. خميني، سيد روح الله، **التعادل والترجيح**، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، ۱۳۷۵.
۲۱. خميني، سيد روح الله، **الطهاره**، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، ۱۴۲۲ ه.ق.
۲۲. راغب اصفهاني، حسين، **مفردات ألفاظ القرآن**، سوریه: دارالعلم، ۱۴۱۲ ه.ق.
۲۳. رشتي، حبيب الله، **بدائع الأفكار**، قم، بی تا.
۲۴. روحاني، سيد محمد، **المسائل المنتخبة**، كويت: شركة مكتبة الألفين، ۱۴۱۷ ه.ق.
۲۵. زبیدی، سيد محمد مرتضى، **تاج العروس من جواهر القاموس**، بيروت: دارالفكر، ۱۴۱۴ ه.ق.
۲۶. سيستاني، سيد علي، **المسائل المنتخبة**، قم: دفتر حضرت آيت الله سيستاني، ۱۴۲۲ ه.ق.
۲۷. شيبيري زنجاني، سيد موسى، **المسائل الشرعية**، قم: مؤسسه نشر الفقاهه، ۱۴۲۸ ه.ق.
۲۸. شهيد اول، محمد بن مكي، **اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية**، بيروت: دارالتراث، ۱۴۱۰ ه.ق.
۲۹. شهيد ثاني، زين الدين بن علي، **حاشية سرائع الإسلام**، قم: دفتر تبليغات اسلامي، ۱۴۲۲ ه.ق.
۳۰. صاحب بن عباد، **المحيط في اللغة**، بيروت: عالم الكتب، ۱۴۱۴ ه.ق.
۳۱. طوسي، محمد بن حسن، **الخلاف**، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۷ ه.ق.
۳۲. طوسي، محمد بن حسن، **المبسوط في فقه الإمامية**، تهران: المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷.
۳۳. طوسي، محمد بن حسن، **تهذيب الأحكام**، تهران: دارالكتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ه.ق.
۳۴. عبدالمنعم، محمود عبدالرحمان، **معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية**، قاهره: دارالفضليه، ۱۴۱۹ ه.ق.
۳۵. علامه حلي، حسن بن يوسف، **تذكرة الفقهاء**، جلد ۵ و ۱۳، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ه.ق.
۳۶. علامه حلي، حسن بن يوسف، **مختلف الشيعة في أحكام الشريعة**، جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ ه.ق.
۳۷. فاضل لنكراني، محمد، **الأحكام الواضحة**، قم: مركز فقهي أئمه اطهار، ۱۴۲۲ ه.ق.
۳۸. فراهيدي، خليل بن احمد، **كتاب العين**، قم: هجرت، ۱۴۱۰ ه.ق.
۳۹. قمي، سيد تقی، **عمدة المطالب في التعليق على المكاسب**، جلد ۳، قم: كتابفروشي محلاتي، ۱۴۱۳ ه.ق.
۴۰. كركي، علي بن حسين، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ه.ق.
۴۱. مجلسي، محمد باقر، **ملاذ الأخيار في فهم تهذيب الأخبار**، قم: كتابخانه آيت الله مرعشي نجفي، ۱۴۰۶ ه.ق.
۴۲. مشكيني، ميرزا علي، **مصطلحات الفقه**، بی تا.

۴۳. یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ه.ق.

## References

### Books

1. A group of researchers, *Encyclopedia of Principles of Jurisprudence*, Qom: Islamic Sciences and Culture Research Center, 2010. (in Arabic)
2. Abdol-Moneim, Mahmoud Abdol-Rahman, *Dictionary of Jurisprudential Terms and Vocabulary*, Cairo: Dar Al-Fazlieh, 1998. (in Arabic)
3. Allamah Helli, Hassan Ibn Yousef, *Different Shiites in Al-Sharia rules*, Volume 5, Qom: Islamic Publications Office, 1992. (in Arabic)
4. Allamah Helli, Hassan Ibn Yousef, *Jurisprudents' Note*, Volume 5 and 13, Qom: Ahl Al-Bayt Institute, 1993. (in Arabic)
5. Ansari, Morteza, *Al-Makasib*. Volume 6, Qom: World Congress on Sheikh Ansari, 1994. (in Arabic)
6. Ardebili, Ahmad, *The Assembly of Benefit and Proof in the Description of Guidance of the Mind*, Qom: Islamic Publications Office, 1982. (in Arabic)
7. Behbahani, Mohammad Bagher, *Margin of the Benefit and Argument Assembly*, Qom: Vahid Behbahani Institute, 1996. (in Arabic)
8. Emami, Sayyed Hassan, *Civil Law*, Tehran: Islamic, 2006. (in Persian)
9. Farahidi, Khalil Ibn Ahmad, *Kitab Al-Ayn*. Qom: Migration, 1989. (in Arabic)
10. Fazel Lankarani, Mohammad, *Clear Rulings*, Qom: The Jurisprudential Center of the Holy Imams, 2001. (in Arabic)
11. Ghasem-Zadeh, Morteza, Hassan Rah-Payk and Abdollah Kiani, *Interpretation of Civil Law*, Tehran: Samt, 2011. (in Persian)
12. Ha'eri, Sayyed Mohammad Mojtahed, *Al-Manahil*, Qom: Ahl al-Bayt Institute, No Date. (in Arabic)
13. Ibn Manzour, Mohammad Ibn Mokarram, *Lisan al-Arab*, Volume 4, Beirut: House of Thought, 1993. (in Arabic)
14. Ibn Zahre Halabi, Hamza Ibn Ali, *Rich in the Tendency to Know the Principles and Branches of Knowledge*, Qom: Imam Sadegh Institute, 1996. (in Arabic)
15. Ibn Zakariya, Ahmad Ibn Faris, *Dictionary of Language Standards*, Qom: Islamic Propagation Office, 1983. (in Arabic)
16. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Legal Terminology*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2008. (in Persian)
17. Karaki, Ali Ibn Hussein, *Jami al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id*. Qom: Ahl al-Bayt Institute, 1993. (in Arabic)
18. Katouzian, Nasser, *The Course of Specific Contracts*, Tehran: Beh-Nashr, 1984. (in Persian)
19. Khomeini, Sayyed Rouhollah, *Purity*, Tehran: Imam Khomeini Publishing Institute, 2001. (in Arabic)
20. Khomeini, Sayyed Rouhollah, *Conflict and Preference*, Tehran: Imam Khomeini Publishing Institute, 1996. (in Arabic)
21. Majlesi, Mohammad Bagher, *Maladh al-Akhyar fi Fahm Tahdhib al-Akhbar*, Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library Publications, 1985. (in Arabic)
22. Meshkini, Mirza Ali, *Terminology of Jurisprudence*, No Place, No Date. (in Arabic)
23. Mohaghegh Damad, Mostafa, *Jurisprudential Rules*, Tehran: Islamic Sciences, 2004. (in Persian)
24. Qomi, Sayyed Taghi, *Umdat al-Matalib fi al-Ta'liq 'ala al-Makasib*, Volume 3, Qom: Mohallati Bookstore, 1992. (in Arabic)
25. Ragheb Isfahani, Hossein, *Vocabulary of The Words of the Qur'an*, Syria: House of Science, 1991. (in Arabic)

26. Rashti, Habibollah, *Wonderful Ideas*, Qom, No Date. (in Arabic)
27. Rouhani, Sayyed Mohammad, *Selected issues*, Kuwait: Al-Alfin Library Company, 1996. (in Arabic)
28. Sahib Ibn Ebbad, *Ocean in Language*, Beirut: The World of Books, 1993. (in Arabic)
29. Shahid Al-Awal, Muhammad Ibn Makki, *Al-Lum'ah al-Dimashqiyyah fi Fiqh al-Imamiyyah*, Beirut: House of Heritage, 1989. (in Arabic)
30. Shahid al-Thani, Zayn al-Din Ibn Ali, *Margin of Islamic Laws*, Qom: Islamic Propagation Office, 2001. (in Arabic)
31. Shobeiri Zanjani, Sayyed Mousa, *Sharia Issues*, Qom: Fiqh Publishing Institute, 2007. (in Arabic)
32. Sistani, Sayyed Ali, *Selected Issues*, Qom: Office of Ayatollah Sistani, 2001. (in Arabic)
33. Tabrizi, Javad, *Guide the Student to Comment on the Gains*, Volume 4, Qom: Ismaeilian Institute, 1995. (in Arabic)
34. Tabrizi, Javad, *Selected Issues*, Qom: The Truthful Witness House, 2006. (in Arabic)
35. Tousi, Mohammad Ibn Hassan, *The Detailed Explanation of Imami Jurisprudence*, Tehran: Al-Murtazawiyyeh Library, 2008. (in Arabic)
36. Tousi, Mohammad Ibn Hassan, *Al-Khalaf*, Qom: Islamic Publications Office, 1987. (in Arabic)
37. Tousi, Mohammad Ibn Hassan, *Refinement of Rulings*, Tehran: Islamic Book House, 1987. (in Arabic)
- Vela'e, Isa, *Anatomical Glossary of Jurisprudential Terms*, Tehran: Nay Publishing, 2008. (in Persian)
38. Yazdi, Sayyed Mohammad Kazem, *Al-'Urwah al-Wuthqa*, Qom: Islamic Publications Office, 1998. (in Arabic)
39. Zobeydi, Sayyed Mohammad Morteza, *The Bride's Crown from the Jewels of the Dictionary*, Beirut: House of Thought, 1993. (in Arabic)

## Articles

40. Elsan, Mostafa, "Review of the Basics and Conditions of Applying Insolvency Option", *Quarterly Journal of Jurisprudence and Islamic Law Research*, Volume 11, Issue 38, 2014, pp: 29-50. (in Persian)
41. Moballegghi, Ahmad, Mohsen Vaseghi and Mohammad Mehryar, "Identifying the Concept of Insolvency and Bankruptcy and Its Impact on Legal Interpretation", *Quarterly Journal of Jurisprudential and Legal Studies*, Volume 6, Issue 1, 2020, pp: 151-179. (in Persian)
42. Taleb Ahmadi, Habib, "Insolvency Option and Creditors' Rights in Bankruptcy", *Bi-Quarterly Journal of Comparative Law*, Volume 0, Issue 6, 2004. PP 169-186. (in Persian)