

فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی / سال یازدهم / شماره سی و هشت / زمستان ۹۳ / صفحات ۵۰-۲۹

## بررسی مبانی و شرایط اعمال خیار تفریس<sup>۱</sup>

مصطفی السان\*

### چکیده

در عقود معاوضی که در آن، نوعی تعادل عرفی میان عوضین وجود دارد، عدم انجام یا عدم امکان انجام تعهد از سوی یکی از طرفین قرارداد، برای طرف مقابل حقوقی را به وجود می‌آورد. از آن جمله می‌توان به خیار تأخیر ثمن (در بیع)، خیار تعذر تسلیم و تبعض صفت اشاره کرد. در این میان، خیار تفریس یکی از حقوقی است که برای حمایت از شخصی که وفای به عهد کرده یا حاضر به ایفای تعهد قراردادی خویش می‌باشد، وضع شده است. این خیار، ریشه فقهی داشته و قانون مدنی آن را در یک ماده (۳۸۰)، خارج از مبحث «خیارات» پیش‌بینی کرده است. به علاوه، در قانون تجارت موادی وجود دارد که خیار تفریس یا حق استرداد را تحت شرایطی برای طرف معامله با تاجر ورشکسته به رسمیت شناخته است. در این مقاله، به بررسی فقهی - حقوقی خیار تفریس پرداخته و ضمن مقایسه آن با نهادهای مشابه، به مطالعه مواد قانون تجارت، مرتبط با عنوان این خیار نیز می‌پردازیم.

**کلید واژه‌ها:** خیار تفریس، اصل تقابل تعهدها، خیار، ورشکستگی، حق فسخ، انحلال قرارداد.

۱- تاریخ وصول: ۹۲/۱۰/۲۴ تاریخ پذیرش: ۹۳/۷/۳۰

\* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی تهران، تهران، ایران

m\_elsan@sbu.ac.ir

## ۱- مقدمه

یکی از عواملی که موجب انحلال قرارداد یا خاتمه یافتن آثار عقدی که صحیحاً واقع شده و حتی برخی از آثار خود را بر جای گذاشته است می‌شود، استفاده از «حق فسخ» می‌باشد که در فقه اسلامی از این حق به عنوان «خیار» یاد شده است. این حق ممکن است زاده قانون یا ناشی از توافق طرفین قرارداد باشد. خیارات مختلف با عناوین خاص به تناسب در منابع حقوقی و فقهی مطرح شده‌اند؛ ولی یکی از خیاراتی که به تفصیل بررسی نشده است، «خیار تفریس» می‌باشد، همان‌گونه که بحث خواهد شد، قانون مدنی کشورمان به طور صریح آن را به عنوان خیار مستقل در بخش خیارات بررسی نکرده و تنها یک ماده (ماده ۳۸۰ ق.م.) به اجمال به آن پرداخته است.

آنچه در این مقاله بررسی می‌شود، بررسی ماهیت، مبنا و شرایط خیار تفریس و مقایسه آن با برخی خیارات و نهادهای حقوقی دیگر، از جمله حق استرداد پیش‌بینی شده در قانون تجارت است. این بررسی با مراجعه به منابع فقهی و حقوقی مرتبط انجام خواهد شد.

## ۲- کلیات

در این گفتار به بررسی مفهوم خیار و مفهوم تفریس می‌پردازیم.

### ۲-۱- مفهوم خیار

اکثر فقها خیار را به «ملک فسخ العقد» یعنی اختیار فسخ قرارداد، تعریف کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۲، ۵). هرچند مرحوم شیخ انصاری به آن ایراد وارد کرده‌اند، از این جهت که تعریف مذکور، ویژگی «مانع اغیار» بودن را ندارد؛ چراکه حق فسخ عقود جایز را که «خیار» محسوب نمی‌شود نیز دربرمی‌گیرد. با این حال، تعریف مذکور از آن جهت که عقود جایز عرفاً از دایره شمول خیار خارجند و اینکه تعریف فوق تعارضی با «اصل لزوم قراردادهای» ندارد، دارای ایراد اساسی نمی‌باشد.

### ۲-۲- مفهوم تفریس

افلاس در لغت عبارت است از بی‌چیز شدن، نادر شدن، تنگدستی و بینوایی و ورشکستگی (عمید، ۱۳۸۴، ۲۱۳). افلاس در اصطلاح حقوقی عبارت است از صدور حکم دادگاه به اینکه اموال شخص کمتر از

دیون اوست (صفایی، ۱۳۸۳، ۲۸۹). شخصی که دادگاه چنین حکمی درباره او صادر کرده و ناتوانی او را در پرداخت دیونش، احراز نموده، مفلس نامیده می‌شود. بنابراین مفلس کسی است که افلاس وی در دادگاه احراز شده باشد.

«مفلس (بر وزن مُحسن) کسی است که عمده اموالش را از دست داده باشد و مفلس (بر وزن مقدس) کسی را گویند که به دلیل نداشتن مال یا عدم کفایت دارایی، نتواند دیون خود را بپردازد و حاکم شرع بر حجر او حکم داده باشد. این حکم را افلاس می‌نامند و تفلیس به معنای صدور چنین حکمی است» (نجفی، ۱۳۹۴، ۲۵، ۲۷۶؛ حسینی‌عاملی، ۱۴۱۸، ۵۴۶ به نقل از طالب‌احمدی، ۱۳۸۳، ۱۷۱).

افلاس دارای اعساری است که نمی‌توان همه آنها را در «اعسار» یافت. به طور کلی، افلاس شخص مدیون را در صورت درخواست طلبکاران و صدور حکم دادگاه از تصرف در امور مالی خود ممنوع می‌سازد، حال آنکه اعسار چنین نیست. همچنین، اعسار موجب سقوط دین نمی‌شود و «در هر موقع که معسر به تأدیه تمام یا قسمتی از بدهی خود متمکن گردد، ملزم به تأدیه آن است» (ماده ۳۳ قانون اعسار). اما به نظر می‌رسد که با وجود سکوت قانون اعسار و قانون آیین دادرسی مدنی، اعسار از حیث ایجاد خیار تفلیس آثاری مشابه افلاس داشته باشد. در واقع، در مواردی که مورد معامله تسلیم نشده و خریدار توانایی تأدیه ثمن را ندارد، فروشنده حق فسخ دارد.

به نظر اکثر حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲۱۹؛ امامی، ۱۳۸۵، ۵۱۰ و صفایی، ۱۳۸۳، جلد ۲، ۳۰۰ و ۳۰۱) هرچند در حال حاضر، افلاس در قوانین موضوعه کشور ما شناخته نشده است؛ اما می‌توان خیار تفلیس را به عنوان قاعده، در اعسار و ورشکستگی، که جانشین وضع گذشته افلاس شده قابل اجرا دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲۱۹). در مورد تاجر ورشکسته، هرچند قانون تجارت اجرا می‌شود، اما در موارد سکوت این قانون باید به قانون مدنی مراجعه کرد (امامی، ۱۳۸۵، ۱، ۵۱۰).

صرف‌نظر از بحث‌هایی که در مورد تفاوت یا تشابه افلاس و ورشکستگی مطرح می‌شود، با ملاحظه ماده ۵۳۰ ق.ت، این نتیجه به دست می‌آید که در «خیار تفلیس» تفاوتی بین حالتی که مشتری مفلس شده باشد با حالتی که این شخص ورشکسته شده باشد، وجود ندارد. گذشته از این، با توجه به مقررات راجع به افلاس، تقویت یگانگی قواعد خیار تفلیس در مورد شخص مفلس و ورشکسته مناسب به نظر می‌رسد. ماده ۵۳۰ ق.ت. اظهار می‌دارد: «مال‌التجاره‌هایی که تاجر ورشکسته به حساب دیگری خریداری کرده و

عین آن موجود است، اگر قیمت آن پرداخته نشده باشد از طرف فروشنده در غیر اینصورت از طرف کسی که به حساب او آن مال خریداری شده، قابل استرداد است.»

ماده ۹۶۶ لایحه جدید قانون تجارت (مصوب ۱۳۹۰ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی)، در این خصوص مقرر می‌دارد: «عین هر مال متعلق به دیگری که به هر عنوان نزد تاجر متوقف است، قابل استرداد است مگر اینکه در اجرای عقد لازمی به او تسلیم شده باشد. امین می‌تواند با اجازه قاضی ناظر، مالی را که تقاضای استرداد آن شده است به مالک یا نماینده قانونی او رد کند. در صورت بروز اختلاف متقاضی می‌تواند ظرف مهلت ده روز نزد دادگاه صادرکننده رأی از این تصمیم قاضی ناظر شکایت کند.»

در ماده ۹۶۶ لایحه جدید قانون تجارت، عبارت «مگر اینکه در اجرای عقد لازمی به او تسلیم شده باشد» افزوده شده و تشریفات استرداد عین مال متعلق به دیگری که نزد تاجر متوقف موجود است، بیان شده است. به هر حال، ماده ۵۳۰ ق.ت و ماده ۹۶۶ لایحه جدید قانون تجارت ارتباطی با خیار تفلیس ندارند. زیرا تفلیس در مورد مالی مطرح می‌شود که طبق قرارداد به شخص مفلس انتقال یافته باشد و انتقال‌دهنده به استناد تفلیس منتقل‌إلیه درصدد استرداد آن باشد.

همچنین، ماده ۱۰۹۳ لایحه جدید قانون تجارت (مصوب ۱۳۹۰ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی) که مقرر می‌دارد: «هرگاه تمام یا قسمتی از اموالی که برای فروش به تاجر ورشکسته داده شده است معامله شود و وجه آن به هیچ نحوی بین خریدار و تاجر ورشکسته احتساب نشده باشد، از طرف خریدار قابل استرداد است؛» ارتباطی با خیار تفلیس ندارد. زیرا خریدار مال خریداری شده را با پرداخت ثمن آن از تاجر ورشکسته تحویل می‌گیرد و چنین نیست که مالی را به تاجر ورشکسته فروخته باشد و بخواهد به دلیل عدم تأدیه ثمن آن از سوی تاجر، عین آن را مسترد کند.

باید توجه داشت که اگر مبیع نزد مشتری مفلس عیبی پیدا کرده باشد، علی‌رغم اختلاف نظر فقها باید به فروشنده حق داد که عین مبیع را به استناد ماده ۳۸۰ ق.م از مشتری استرداد نماید و نسبت به «ارش» در ردیف غرما قرار گیرد. البته با توجه به اینکه ارش صرفاً در صورت تحقق شرایط خیار عیب قابل اعمال است که در این مورد محقق نیست، با این وجود این خسارت را می‌توان از باب مسؤولیت مدنی (اتلاف یا تسبیب) از مشتری مفلس با اعمال خیار تفلیس مطالبه نمود و ما در اینجا صرفاً از «ارش» به معنای مطلق حقوقی آن «یعنی نسبت تفاوت بین ارزش صحیح و معیوب یک جنس» نظر داشته‌ایم.

### ۳- ماهیت و شرایط اعمال خیار تفلیس

در این گفتار، ماهیت و شرایط اعمال خیار تفلیس با در نظر گرفتن مبانی فقهی و مقررات قانون مدنی بررسی می‌شود و نیز ماده ۳۸۰ ق.م و مواردی که ممکن است در اعمال این خیار تردید وجود داشته باشد، مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

#### ۳-۱- ماهیت خیار تفلیس

خیار تفلیس را نمی‌توان شرط تعلیقی بر عقد ناقل محسوب داشت. به عبارت دیگر، وجود این خیار برای شخصی که مالی را به معسر یا ورشکسته انتقال داده، بدین معنا نیست که تحقق عقد ناقل، معلق به ملی بودن منتقل‌الیه از حیث توانایی وی بر ایفای ثمن باشد. در واقع، خیار تفلیس اختیار فسخی است که شارع برای ناقل عین قایل شده تا در صورت تحقق شرایط آن اعمال نماید یا برای مطالبه ثمن وارد گرمای منتقل‌الیه گردد. کما اینکه این خیار در فرض تلف مال منتقل شده یا انتقال آن به ثالث قابل اعمال نیست.

با این توضیحات، نمی‌توان خیار تفلیس را دارای ماهیتی مشابه با نهادی دانست که در حقوق کشورهای همچون آلمان، فرانسه و انگلیس با عنوان «شرط ذخیره مالکیت (Retention of Title; Romalpa Clause)» شناخته می‌شود. ماده ۴۵۵ قانون مدنی آلمان در بیان ماهیت این نهاد حقوقی اظهار می‌دارد: «هرگاه با بایع مالکیت مال منقولی را تا تأدیه کامل ثمن برای خود حفظ کند، در حالت تردید، چنین توافقی به معنای انتقال مالکیت، معلق بر شرط تعلیقی که عبارت است از دفع کامل ثمن، همراه با حفظ حق فسخ عقد در صورتی که مشتری در تأدیه تأخیر نماید، تلقی خواهد شد» (ترجمه ماده به نقل از: سعیدی و یزدانی، ۱۳۸۹، ۵۹).

در حقوق انگلیس شرط ذخیره مالکیت، قاعده‌ای قدیمی و بدیهی تلقی گردیده که به موجب آن، نباید تا زمانی که آخرین بخش ثمن پرداخت نشده، مالکیت مبیع به خریدار منتقل گردد (McEntire & Crossley, 1895, 457). این قاعده، با تعدیل‌هایی که مناسب تجارت بوده وارد بخش ۱۹ (۱) قانون بیع ۱۹۷۹ بریتانیا شده است (Snead, 2005, 290).

هدف از وجود شرط ذخیره مالکیت آن است که امکان دارد، مبیع بدون پرداخت ثمن تحویل مشتری گردیده باشد. از این رو باید به بایع حق داد که بتواند در شرایطی همچون اعسار یا ورشکستگی مشتری،

مبیی را که مالکیت وی (بایع) از آن هنوز سلب نشده، مسترد نماید (Yeo, 1995, 250). در پرونده راهبردی *رومالفا* (Aluminium, 1976, 176) قاعده ذخیره مالکیت از آن جهت توسعه داده شد که بایع، نه تنها نسبت به کالایی که فروخته و ثمن آن را دریافت نکرده، بلکه نسبت به فرآورده‌هایی که با استفاده از مواد اولیه فروخته شده از سوی وی ساخته شده، تا زمان پرداخت کامل ثمن، حفظ مالکیت می‌کند. در تحلیل رابطه، از جمله استدلال شده که تا زمان ایفای کامل ثمن، یک رابطه امانی (Fiduciary relationship) بین طرفین شکل می‌گیرد که مشتری مکلف به رعایت حدود و آثار آن است (De Lacy, 1995, 254). این اثر در برخی از پرونده‌های انگلیسی دیگر نیز مورد پذیرش قرار گرفته است (Borden (UK) Ltd v. Scottish Timber Products Ltd [1981] Ch 25).

بنابر آنچه گفته شد، در فقه شیعه و به تبع آن حقوق کشورمان، خیار تفلیس مغایرتی با تملیکی بودن عقود همچون بیع ندارد و به محض وقوع عقد، انتقال مورد معامله به طرف مقابل محقق می‌شود (ماده ۳۶۲ ق.م) و تفلیس، فقط وضعیتی است که به شخصی که مابه ازای مورد معامله (در بیع، ثمن) را دریافت نکرده، حق فسخ عقد و استرداد مبیع می‌دهد.

### ۳-۲- شرایط اعمال خیار تفلیس

ماده ۳۸۰ ق.م مقرر می‌دارد: «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». چنین عبارتی به شکل دیگر توسط شهید اول ذکر شده و توسط شهیدثانی در کتاب دین تشریح گردیده است: «اگر مالکی کالای خود را پیش از اعلام محجوریت مفلس به فروخته باشد و ثمن آن را نگرفته باشد در صورت وجود عین مال می‌تواند معامله را فسخ و مال را پس بگیرد» (شهیدثانی، ۱۴۱۰، ۲، ۲۵).

هرچند ظاهر قسمت اول عبارت فوق مطلق است و چنین برمی‌آید که شامل تمام مورد یعنی حتی مواردی که عین مال شخصی بدون اینکه بیعی واقع شود - مثلاً با عقد امانت یا ودیعه یا اجاره - نزد دیگری است، می‌شود؛ با این حال، قسمت دوم آن که «ثمن» را ذکر نموده است، ظاهراً آن را به عقد بیع محدود می‌سازد. به همین دلیل، ماده ۳۸۰ ق.م نیز از لفظ «مبیع» استفاده کرده است.

اینکه فروشنده می‌تواند عین مال (مبیع) را از مشتری اخذ نماید، حاوی نکات زیر است:

۱. فروشنده در صورتی می‌تواند عین مبیع متعلق به خویش را از مشتری مسترد نماید که آن عین نزد او موجود باشد. ماده ۳۸۰ ق.م و عبارت شهیدین (به عنوان فقهایی که خیار تفلیس را به عنوان خیار مستقل بررسی کرده‌اند)، به این امر اشاره می‌کند. مبنای «لزوم موجود بودن مبیع برای امکان استرداد آن از مشتری مفلس» این است که عقد بیع، قرارداد لازمی می‌باشد و به همین دلیل در دو حالت امکان استرداد عین مبیع وجود ندارد:

**الف.** در صورتی که مشتری آن را به عقد لازم یا جایز به دیگری منتقل کرده باشد؛ در این صورت، چون عین مذکور متعلق حق غیر قرار گرفته، در حکم موردی است که تلف شده و امکان استرداد آن وجود ندارد و این با لزوم عقد بیع هماهنگی دارد؛ در این حالت، فروشنده جزء غرمای مفلس قرار می‌گیرد.

**ب.** عین مبیع نزد مشتری مفلس تلف شده باشد؛ در این حالت نیز چون عقلاً امکان استرداد وجود ندارد، فروشنده تنها حق ورود در غرمای مشتری مفلس را دارد و حق دیگری برای وی ایجاد نمی‌شود. از این رو که عقد بیع به مجرد وقوع موجب انتقال مالکیت مبیع به مشتری می‌شود و او را مستحق بهره‌مندی از عین و منافع مبیع می‌سازد؛ حتی اگر ثمن را به هر دلیل به فروشنده پرداخت نکرده باشد (بند (۱) ماده ۳۶۲ ق.م).

۲. با توجه به اصل لزوم قراردادها (ماده ۲۱۹ ق.م)، هرگونه تفسیری از هر نوع خیار، از جمله خیار تفلیس باید در جهت محدود نموده قلمرو شول آن انجام شود؛ از این رو:

**یک.** همان گونه که ماده ۳۸۰ ق.م تصریح نموده است، خیار تفلیس شامل مورد تلف ثمن نمی‌شود. با این وجود، با توجه به مبنای خیار تفلیس که بررسی می‌شود، امکان دارد این دیدگاه تقویت شود که خصوصیتی در مبیع وجود ندارد که در صورت مفلس شدن مشتری و عین بودن آن، فروشنده بتواند آن را تسلیم نکند یا در صورت تسلیم، استرداد کند. لذا اگر ثمن نیز عین معین باشد، تمام قواعد مربوط به اعمال خیار تفلیس - در صورتی که با بیع مفلس شود و قادر به تسلیم مبیع نباشد - اجرا خواهد شد. این نظر مخصوصاً در مواردی که مبیع، کلی و ثمن عین معین است (بیع سلم) و مشتری مفلس می‌شود، منطقی و موافق با اصول و قواعد حقوقی و فقهی به نظر می‌رسد.

**دو.** بنابر مفهوم مخالف ماده ۳۸۰ ق.م، در صورتی که ثمن عین معین نباشد و کلی باشد، خیار تفلیس موضوعیت ندارد و قابل اعمال نخواهد بود. قبل از توضیح این قید باید به این امر پرداخته شود که در خصوص خیار تفلیس تفاوتی بین مبیعی که عین معین است و مبیعی که کلی در معین است، وجود ندارد؛

زیرا، کلی در معین نیز بخشی از یک مجموعه معین است که با تسلیم دقیقاً معین می‌گردد و از این‌رو، اگر عین نزد مشتری مفلس موجود باشد، فروشنده حق استرداد آن را دارد.

در ماده ۱۰۸۹ لایحه جدید قانون تجارت (مصوب ۱۳۹۰/۱۰/۰۶ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی) که هنوز لازم‌الاجرا نشده، تصریح گردیده که «در بیع حال مبیع مشخص، چنانچه مشتری قبل از پرداخت ثمن ورشکسته شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد». این ماده صریحاً بر این امر دلالت دارد که خیار تفلیس تنها در خصوص عین معین (مبیع مشخص) قابل اجرا است و سایر تعهدات را شامل نمی‌شود.

در مورد مبیع «کلی» که عبارتست از «مفهومی که قابل انطباق بر افراد متعدد باشد» (شهیدی، ۱۳۷۷، ۲۹۹، ۲۳۶)، مثل یک کیلو طلای ۱۸ عیار و اینکه چرا خیار تفلیس در مورد آن قابل اعمال نباشد، می‌توان نظریاتی را ارائه نمود:

**اول.** به اعتقاد برخی از حقوقدانان معامله کلی، عقد تملیکی نمی‌باشد بلکه عقد عهدی محسوب می‌گردد (شهیدی، ۱۳۷۷، ۴۳، ۲۴). از این‌رو برخلاف موردی که مبیع معین به مشتری مفلس تسلیم شده، در موردی که مبیع کلی است می‌توان معتقد گردید که چون قبل از تسلیم مبیع کلی به مشتری، حقی برای وی به وجود نمی‌آید، لذا فروشنده می‌تواند از تسلیم مبیع امتناع نماید و لذا نیازی به اعمال خیار تفلیس وجود ندارد. ارایه این نظر با این اشکال مواجه است که هرچند با قسمت دوم ماده ۳۸۰ ق.م.تطابق دارد، ولی راه‌حلی برای حالتی که مبیع کلی بوده و به مشتری تسلیم شده باشد و مشتری مفلس گردد، ارایه نمی‌نماید. از سوی دیگر، بعد از ایفای تعهد در خصوص آن حقی برای مشتری مفلس ایجاد می‌شود، لذا نمی‌توان به این دلیل که عقد بیع کلی، عقدی عهدی است، مبیع را از او مسترد نمود، مگر به دلیلی بهتر و قویتر چون خیار تفلیس.

**دوم.** ممکن است بتوان معتقد گردید که فرض حالتی که مبیع کلی بوده و مشتری قبل از پرداخت ثمن مفلس شده باشد، منتفی است. زیرا اگر از ابتدا هم مبیع و هم ثمن کلی باشد، در آن صورت بیع مذکور بیع کالی به کالی و باطل و حرام است. مثل اینکه فروش میوه آینده باغی معین به سبزیجات بستانی مشخص که در آینده قابل تسلیم است، انشاء شود که دیدگاه اکثریت بر بطلان و حرمت چنین معامله‌ای می‌باشد.



با این حال، فرض مورد امکان پذیر می‌باشد و محال نیست. زیرا اگر ثمن حال باشد و به بایع تسلیم نشده باشد و قبل از تسلیم با وجود تحویل گرفتن مبیع کلی مفلس شود، آنچه می‌تواند اعمال ماده ۳۸۰ ق.م.را مفروض نماید، محقق می‌شود.

نهایتاً باید نظری که منطبق حقوقی آن را بپسندد در خصوص موردی که مبیع کلی باشد و قبل یا بعد از تسلیم آن مشتری مفلس شده باشد، تعیین تکلیف نمود که در اینجا باید با توجه به مورد، قایل به تفکیک شد:

- در صورتی که مشتری بعد از تحویل گرفتن مبیع کلی و قبل از تسلیم ثمن مفلس شود، فروشنده می‌تواند با اعمال خیار تفلیس مذکور در ماده ۳۸۰ ق.م. تمام حقوق خویش را محفوظ دارد. زیرا عهده بودن بیع کلی که موافق اصول حقوق قرارداهاست مانع از این نیست که بعد از تسلیم مبیع کلی که عرفاً ماهیت آن را به طور جزئی مشخص گردید، به دلیل عدم اقباض ثمن به بایع از سوی شخص اخیر، آنچه تسلیم شده قابل استرداد نباشد.

- اگر مشتری قبل از قبض مبیع و قبل از اقباض ثمن مفلس شود، با توجه به اطلاق قسمت دوم ماده ۳۸۰ ق.م. و اینکه قبل از تسلیم مبیع کلی به دلیل عهده بودن، این حق برای مشتری به وجود نمی‌آید که تقاضای استرداد مال معینی نماید، فروشنده می‌تواند از تسلیم امتناع نماید.

قانونگذار در ماده ۳۸۰ ق.م، فروشنده را مخیر نموده است که از تسلیم مبیع قبل از گرفتن ثمن امتناع نماید یا اگر تسلیم نموده آن را مسترد کند. لذا در هر دو صورت، فروشنده می‌تواند با توجه به لزوم عقد بیع و اینکه این عقد به مجرد وقوع، موجب انتقال ملکیت مبیع و ثمن در رابطه طرفین عقد می‌شود، از پس گرفتن مبیع معینی که به مشتری مفلس تسلیم شده، خودداری نماید یا در شرایط مذکور، عین مبیع را به وی تسلیم نماید که در هر دو صورت داخل در غرمای مشتری مفلس خواهد گردید. از آنچه گفته شد، نکاتی به دست می‌آید که به آنها اشاره می‌شود:

**یک.** خیار تفلیس مانند اکثر اختیارات دارای دو جنبه است؛ یا اعمال حق فسخ و پایان بخشیدن به قرارداد یا عدم دخالت در اعمال این حق و اجازه استمرار حیات قراردادی که صحیحاً در عالم اعتبار واقع شده است.

در اینکه آیا قسمت دوم، یعنی عدم دخالت در مسیر طبیعی اعتبار قرارداد از طریق اعمال خیار و بدین طریق، تداوم حیات اعتباری عقد، جزء خیار فروشنده است یا نه می‌توان گفت که هرچند سکوت (حالت

انفعالی و عدم اقدام) فروشنده، استمرار حیات عقد را امکان‌پذیر می‌سازد؛ ولی از آن‌رو که وی با عدم اعمال حق فسخ خویش این امر را باعث می‌شود، باید آن را داخل در خیار و حق فروشنده دانست. همان‌گونه که بنا بر مفهوم ماده ۳۸۰ ق.م، اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد، بایع می‌تواند آن را - علی‌رغم افلاس مشتری - تسلیم نماید که این تسلیم، در واقع موافقت با استمرار عقد از طریق فعل بایع می‌باشد.

اثر بحث در موردی است که تسلیم مبیع از سوی فروشنده در فرض اخیر «ناآگاهانه» باشد که به نظر می‌رسد در این صورت وی می‌تواند با تمسک به اطلاق قسمت اول ماده ۳۸۰ ق.م، در صورتی که عین مبیع نزد مشتری موجود باشد، آن را مسترد نماید. ولی اگر با علم به افلاس مشتری، مبیع را به وی تسلیم نماید، حقی برای استرداد ندارد. زیرا عالمأً از اعمال خیار خود منصرف شده و با این اقدام که اسقاط ضمنی خیار تفلیس می‌باشد، بایع باید برای ثمن در ردیف غرما قرار گیرد.

**دو.** به نظر می‌رسد که اگر بایع در بیع کلی به قسمت دوم ماده ۳۸۰ ق.م استناد کند، در آن صورت این امر اعمال خیار تفلیس نخواهد بود. زیرا صراحت و وضوح «تقابل تعهدها» در موردی که یک نفر به موجب عقد عهدی بر امری تعهد نماید، ایجاب می‌کند که وی در صورتی که طرف مقابل بر عهده خود به دلیل افلاس یا هر دلیل دیگری عمل ننماید، دارای این حق باشد که به تعهد خود پایدار نباشد و این قاعده بر هر خیراری از جمله خیار تفلیس نیز تقدم دارد. هرچند که پذیرش آن در نظام حقوق مدنی کشورمان، با توجه به مواد مغایر با آن، به شدت بعید به نظر می‌رسد.

۳. بدون تردید «شرط امکان استرداد مبیع این است که فروشنده طلبکار ثمن باشد و در نتیجه کمبود دارایی مفلس نتواند به آن دست یابد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۳۴۹، ۱۰۵۹). لذا در موردی که فروشنده، ثمن را به طور کامل از خریدار دریافت نموده باشد، واضح است که ورشکستگی یا افلاس شخص اخیر نباید بهانه‌ای برای امکان استرداد مبیع به دلیل ایرادی باشد که بر معامله فروشنده از نظر شخص وی وارد است؛ از جمله اینکه فروشنده به آن مبیع نیاز پیدا کند یا برخلاف متعارف، تصور کند که مغبون شده است.

#### ۴- اعمال خیار تفلیس در موارد تردید

در صورت نیاز فروشنده به مبیعی که ثمن آن از سوی مشتری به وی تسلیم شده است، هر اقدامی در جهت استرداد مجدد آن باید به شکل معامله مجدد و با توافق بستانکاران شخص اخیر باشد؛ زیرا عین مذکور متعلق حق طلبکاران قرار گرفته و مشتری به دلیل افلاس از دخالت در آن مال مجبور است.

اگر فروشنده مدعی غبن شود، دلیلی وجود ندارد که با اثبات غبن خویش (با رعایت مواد ۴۱۶ به بعد ق.م)، نتواند معامله را فسخ نماید. زیرا استفاده از خیار غبن محدود به حالت ملائت نیست و از سوی دیگر جلوگیری از غبن، قاعده آمره و مطابق با منافع عمومی است. البته با رعایت در صورتی که غبن خویش را در معامله اثبات نماید، تنها در صورت بازگرداندن ثمن خواهد توانست مبیع را از مشتری مفلس مسترد نماید. با توجه به ملاک آنچه گفته شد، اعمال سایر خيارات نظیر عیب، حیوان، شرط و... خواه ثمن تسلیم شده یا نشده باشد، در برابر مفلس با هیچ مانعی روبرو نمی‌باشد.

نکته‌ای که بررسی آن لازم به نظر می‌رسد این است که اگر مشتری مفلس تنها قسمتی از ثمن را به فروشنده پرداخته باشد، آیا با رعایت خواهد توانست متمسک به «خیار تبعض صفقه» شود و بیع را به طور کامل فسخ نماید. در این خصوص، حکم قضیه را باید با تحلیل برخی از مواد قانون مدنی یافت. در اینجا باید گفت، مسلماً فروشنده باید خیار تفلیس را اعمال نموده - یعنی بخشی از عقد را به اعتبار عدم تسلیم بخشی از ثمن فسخ کرده - باشد تا بحث استفاده از حق فسخ ناشی از تبعض صفقه پیش آید.

در خصوص این مسأله به نظر می‌رسد، از آن‌رو که امکان اعمال خیار تبعض صفقه در فروضی که عقد «منفسخ» و نه باطل شده باشد، در برخی از مواد قانون مدنی، از جمله مواد ۴۸۳ و ۳۸۴ پذیرفته شده و در ماده ۴۵۲ ق.م نیز از فسخ قرارداد توسط یکی از طرفین آن به «انفساخ» یاد شده است، لذا باید معتقد گردید که هرچند تردیدی در امکان اعمال خیار تبعض صفقه در حالت فسخ یا انفساخ قرارداد نسبت به قسمتی از آن وجود ندارد، با این وجود به تصریح ماده ۴۴۱ ق.م «خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد...»، لذا شامل مورد ثمن نمی‌شود. از این‌رو، فروشنده در صورت تمایل به اعمال خیار تفلیس در مواردی که خریدار مفلس تنها بخشی از ثمن را پرداخته باشد، باید:

**الف.** اگر مبیع قابل تجزیه باشد، به مقدار ثمنی که پرداخت شده، مبیع را در اختیار خریدار قرار دهد و بقیه را استرداد نماید یا اینکه اگر تسلیم نشده، به میزانی که ثمن آن را از شخص مفلس دریافت نکرده، از تسلیم امتناع نماید.

**ب.** اگر مبیع غیرقابل تجزیه باشد، باید به فروشنده این حق را داد که برای احتراز از ضرر که با عموم قاعده لاضرر نفی گردیده است، از بازگرداندن آن بخش از ثمن که دریافت نموده بتواند مبیع را از خریدار مفلس مسترد نماید یا اگر تسلیم نکرده، از تسلیم آن به وی امتناع کند. زیرا قایل شدن به این فرض که

خریدار بتواند بقیه ثمن را تسلیم نموده و مبیع را نگه دارد، گذشته از اینکه امکان آن با توجه به ناتوانی مالی خریدار بعید می‌باشد، با این اشکال روبرو است که مشتری مفلس، حق تصرفات مالی - از جمله پرداخت باقی ثمن - را به دلیل تعلق حق بستانکاران به اموال خویش را ندارد. البته از سوی دیگر به نظر می‌رسد بستانکاران نیز می‌توانند با پرداخت آن بخش از ثمن که مشتری از تسلیم آن درمانده است، نسبت به گرفتن مبیع از فروشنده، در فرضی که تسلیم نشده یا نگه داشتن آن در فرضی که به مشتری تسلیم شده، اقدام نمایند.

ماده ۵۳۴ قانون تجارت نیز مؤید این نظر است. زیرا این ماده مقرر می‌دارد، در فرضی که مال‌التجاره به دلیل عدم پرداخت بهای آن از سوی صاحب آن در شرف استرداد است یا تسلیم نشده، مدیر تصفیه می‌تواند با اجازه عضو ناظر تسلیم مال‌التجاره را تقاضا نماید که در این صورت «باید قیمتی را که بین فروشنده و تاجر ورشکسته مقرر شده است، بپردازد».

با در نظر گرفتن ماده ۳۶۳ ق.م. که حالتی عکس قسمت اخیر ماده ۳۸۰ ق.م. را مطرح نموده است و امکان دارد در تحلیل حقوقی آن اشکالاتی ایجاد شود، باید معتقد گردید که اگر ثمن، عین معین بوده و فروشنده بعد از دریافت ثمن مفلس شده باشد، مشتری حق خواهد داشت که آن را مسترد نماید و اگر ثمن معین به فروشنده تسلیم نشده باشد، خریدار می‌تواند از تسلیم آن امتناع نماید. روشن است که این فرض در جایی است که مشتری مبیع را دریافت نکرده باشد.

فرض ماده ۳۶۳ و ۳۸۰ ق.م. را به شرح زیر می‌توان از هم تفکیک نمود:

ماده ۳۶۳ ق.م. شامل مواردی است که:

۱. مبیع عین معین بوده و فروشنده مفلس شده باشد، در عین حال، خریدار ثمن را به وی پرداخته باشد یا درصدد تسلیم آن باشد؛ در این صورت، مشتری حق مطالبه عین مبیع را از بایع خواهد داشت. روشن است که چون به مجرد عقد، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود (بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م.)؛ صرف عین معین بودن مبیع برای امکان مطالبه آن از سوی مشتری کافی است و اینکه ثمن تسلیم شده یا نه، تأثیری در این حق نخواهد داشت.

۲. ثمن عین معین بوده و خریدار مفلس شده باشد که همانند شرایط فوق‌الذکر، بایع به تصریح ماده

۳۶۳ ق.م. حق مطالبه آن را خواهد داشت.

۳. هم ثمن و هم مبیع عین معین باشد و هم مشتری و هم خریدار مفلس شده باشد که در این صورت، مشتری حق مطالبه مبیع و بایع حق مطالبه ثمن را با توجه به اطلاق ماده ۳۶۳ ق.م. خواهد داشت.

مشکل اصلی در فرض سوم پیش می‌آید؛ زیرا اگر مشتری مفلس شود، بایع - با توجه به اطلاق ماده ۳۸۰ ق.م - حتی اگر خود مفلس شده باشد، حق تمسک به ماده ۳۸۰ یعنی اعمال خیار تفلیس را خواهد داشت و همین امر، این نتیجه منطقی را اثبات می‌کند که عدم شناسایی حق فسخ در فرض سوم برای مشتری مفلس، به دلیل عدم تسلیم مبیع معین از سوی بایع مفلس، نهایت بی‌عدالتی خواهد بود و این امر، ضرورت شناسایی خیار تفلیس را در فرض مطلق که ثمن شخصی (عین معین) باشد، اثبات می‌کند.

ماده ۳۸۰ ق.م، در مواردی اعمال می‌شود که:

۱. مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او باشد که بایع حق استرداد آن را دارد یا اگر تسلیم نکرده باشد، می‌تواند تسلیم نکند.

۲. بایع مفلس شود و عین ثمن نزد او باشد که مشتری حق استرداد دارد یا اگر تسلیم ننموده، می‌تواند از این کار امتناع نماید.

در گفتار سوم که به مبنای خیار تفلیس اختصاص دارد، از جمله به این موضوع می‌پردازیم که آیا این خیار مخصوص عقد بیع می‌باشد یا در صورت تحقق شرایط، در سایر عقود نیز قابل اعمال خواهد بود؟

## ۵- مبنای خیار تفلیس

خیار تفلیس و ایجاد این حق برای طرف مقابل که در صورت مفلس شدن طرف قرارداد بتواند عقد را فسخ نموده و عین مبیع را مسترد نماید یا آن را تحویل ندهد، دارای مبنای فقهی است؛ از این رو هر توجیهی در خصوص مبنای آن باید با ملاحظه منابع فقهی به عمل آید.

مفلس در فقه اسلامی، «شخصی است که دارای دیونی است و مالی برای ایفای آن دیون ندارد و شامل کسی که مالش کفاف دیونش را نمی‌دهد و کسی که مالی ندارد، می‌شود»<sup>۱</sup> این با معنای لغوی مفلس یعنی «کسی که جنس‌های مرغوب وی از دستش خارج شده و صرفاً اموال نامرغوب وی باقی مانده و اموالش نامطلوب گردیده است»<sup>۱</sup> تفاوت چندانی ندارد.

۱. «و شرعاً: من علیه دیون و لا مال له یفی بها و هو شامل لمن قصر ماله و من لا مال له..» (کرکی، ۱۴۰۸، ۲۲۳).

در فقه، بحث مستقلی در خصوص مبنای خیار تفلیس به عمل نیامده است. با این وجود، «مشهور بین اصحاب این است که هرکس عین مالش را نزد مفلس بیاید مخیر است که آن را مطالبه نماید ... و نیز حق دارد که خواه وفای به مال صورت گیرد یا نه، داخل در گرمای وی شود».<sup>۲</sup> در هر حال، می‌توان مبنای زیر را برای خیار تفلیس ارائه نمود.

### ۵-۱- قاعده لاضرر

بر مبنای این توجیه، فروشنده کالا به شخصی که با ناداری روبرو شده است، به این دلیل حق استرداد آنچه داده است را پیدا می‌کند که اگر وی را مسحق استرداد عین یا عدم تحویل آن ندانیم، متضرر می‌شود. این در حالی است که قاعده عام لاضرر، هرگونه ضرری را رفع می‌کند.

حق اعطایی به بایع به این دلیل است که مشتری نمی‌تواند ثمن را در قبال عین معینی که مورد معامله قرار گرفته به بایع پردازد و بودن یا دادن عین به او مستلزم ضرر به بایع است؛ بدین نحو که او را مجبور می‌سازد که در ردیف گرما قرار گیرد و ممکن است چیزی برای او حاصل نشود. استفاده از قاعده لاضرر به عنوان مبنای خیار تفلیس با اشکالات زیر روبرو می‌شود:

**یک.** ملازمه بین خیار و جلوگیری از ضرر یا عدم خیار و ورود ضرر مسلم نیست؛ زیرا بیع عقد لازمی است که به مجرد وقوع موجب تملیک می‌شود و اینکه به موجب قرارداد مشروع، شخصی که دارای حسن- نیت بوده (مشتری)، توانایی پرداخت ثمن را ندارد؛ مجوزی برای استناد به قاعده لاضرر نخواهد بود. از طرف دیگر، ورود در دسته گرما ممکن است بایع را به حق خود (کل ثمن) برساند و از این جهت، پیش از اثبات ناتوانی مدیون از پرداخت تمامی دیون خود، نمی‌توان گفت که به طلبکاران وی - که بایع نیز یکی از ایشان می‌باشد - ضرری وارد شده است.

**دو.** بر فرض پذیرش این مبنا، نارسایی آن در برخی از موارد آشکار است؛ برای مثال، آنچه که قسمت اخیر ماده ۳۸۰ مبنی بر حق بایع به «عدم تسلیم مبیع» ممکن است با مبنا قرار دادن قاعده لاضرر، اعمال

۱. «المفلس لغه: من ذهب جيد ماله و بقى رديه و صار ماله فلوساً و زیوفاً»، همان، ۲۲۲.

۲. «المشهور بین الأصحاب رضوان الله علیهم أن من وجد منهم عین ماله کان له أخذها و إن لم یکن سواها و له أن یضرب بدینه مع الغرماء سواء حصل فی المال وفاء أم لا»، (بحرانی، ۱۴۱۳، ۳۶۶).

خیار محسوب نگردد و «حق حبس» محسوب شود؛ در حالی که در گفتار چهارم خلاف این امر به اثبات خواهد رسید.

بنابر آنچه گفته شد، باید به دنبال مبانی بهتر - از حیث حقوق و تعهدات طرفین قراردادهای لازم و فلسفه وجودی این عقود - بود تا بتوان تحلیل منطقی تری برای تمامی مواردی که یکی از طرفین قرارداد، با اراده یا قهراً از انجام تعهدات خویش استنکاف می‌ورزد، یافت. این واقعیت ما را به یک تأسیس و اصل در حقوق قراردادهای یعنی «اصل تقابل تعهدها» رهنمون می‌شود.

### ۵-۲- اصل تقابل تعهدها

در کتب فقهی صریحاً به این اصل پرداخته نشده، «نایینی در پاسخ شیخ انصاری که انتظار تساوی بین دو عوض را «داعی» معامله می‌داند و مؤثر نمی‌شمارد، می‌نویسد که داعی یا انگیزه نوعی قید تراضی است و داخل در التزام می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۵۹، ۸۷۷، زیرنویس ش ۱). در برخی کتب (همان، ۱۳۵۹، ۵۸، ۸۷۷) و مقالاتی که حقوقدانان نوشته‌اند (برای نمونه، ر.ک.: شیروی، ۱۳۷۷، ۴۹-۷۱)، نیز به این اصل پرداخته شده است؛ هدف ما از طرح این فراز، پرداختن به این نکته است که اصل مذکور، اصلی بنیادین در حقوق قراردادهای دارای جنبه عام است.

در تشریح اصل باید گفت، در عقود معوضی که مبتنی بر مسامحه نیست، مانند بیع، اجاره، مزارعه و مساقات و.. اشخاص به این دلیل تعهد بر امری می‌نمایند که طرف مقابل نیز متقابلاً تعهدی می‌نماید. برای مثال در عقد بیع یک خودرو معین، تعهد بایع آشکارا به دلیل تعهد طرف مقابل به پرداخت ثمن به مبلغ معین است، وگرنه دلیلی بر انشای بیع وجود نداشت و بایع می‌توانست با انشای عقدی چون «هبه» مجاناً مالی را به طرف مقابل تملیک نماید. به همین دلیل، عقل و عرف ما را به سوی این دیدگاه متمایل می‌سازد که «داعی» عمده در عقود معوض غیرمسامحه، دسترسی به عوض است؛ به گونه‌ای که اگر عقد معوض مذکور را به ترازو تشبیه کنیم، هریک از عوضین در کفه‌ای از آن قرار دارد که اگر یکی از کفه‌ها به نحو نامتعرفی وزن کمتری داشته باشد، برای مثال ثمن عرفاً کمتر از مبلغی باشد که باید می‌بود، در آن صورت حق فسخی با عنوان «غبن» برای متضرر (بایع) به وجود می‌آید و ایجاد آن در عکس این وضعیت برای مشتری نیز صادق است (ماده ۴۱۶ ق.م).

حال تصور کنید که بعد از عقد معلوم می‌شود که یکی از کفه‌ها به هر دلیلی، از جمله افلاس یکی از طرفین قرارداد، خالی است؛ منطقی که حقوق نیز بدان پایبند است اقتضا می‌کند که طرف مقابل نیز با اعمال حقی که قانون مکلف به اعطای آن است از تعهدات خویش شانه خالی کند؛ زیرا تقابل تعهدها از بین رفته و ترازوی عقد معوض، مهمترین رکن یعنی «عوض» و در نتیجه «تعادل عرفی» را به همراه ندارد.

پذیرش اصل تقابل تعهدها و استفاده از آن برای تحلیل خیار تفلیس دارای آثار حقوقی زیر است:  
**یک.** خیار تفلیس، خیاری عام و قابل اعمال نه فقط در خصوص مبیع، بلکه ثمن و نه فقط مبیع معین که حتی مبیع و ثمن کلی نیز می‌باشد.

**دو.** دلیلی بر انحصار خیار تفلیس به «عقد بیع» نخواهد بود و این خیار به عقود که شرایط تقابل عقد بیع را دارند، نظیر اجاره تسری پیدا خواهد کرد. چنانچه صاحب قواعد و شارح آن نیز قضیه را به حالت افلاس مستأجر حیوان تسری داده و امکان فسخ را پذیرفته‌اند (کرکی، ۱۴۰۸، ۲۶۶).

**سه.** در حالتی که بایع هنوز مبیع را به مشتری مفلس تسلیم نکرده باشد، امتناع از تسلیم «حق حبس» محسوب نخواهد شد؛ بلکه اعمال خیار و فسخ معامله می‌باشد؛ البته قبل از اعمال فسخ، طلبکاران حق دارند به دلیل ایجاد مالکیت به مجرد انعقاد عقد، با پرداخت ثمن، مبیع را از بایع مطالبه کنند.

**چهارم.** با پذیرش اصل تقابل تعهدها به عنوان مبنای خیار تفلیس، نهایتاً ثابت خواهد شد که هرچند ماده ۳۸۰ ق.م.د در باب مربوط به خيارات نیامده، با این وجود صریحاً به خیار مستقلی در کنار سایر خيارات و با شرایط مشخص و حدود معین اشاره دارد که «خیار تفلیس» نامیده می‌شود.

در گفتار بعد، این خیار با برخی نهادهای حقوقی که با آنها شباهت‌هایی دارد، مقایسه می‌شود.

### ۶- مقایسه خیار تفلیس با نهادهای حقوقی مشابه

در این گفتار به مقایسه خیار تفلیس با خیار تعذر تسلیم، حق حبس و دعاوی استرداد مذکور در قانون تجارت می‌پردازیم.

#### ۶-۱- خیار تفلیس و خیار تعذر تسلیم

خیار تعذر تسلیم نیز مانند خیار تفلیس به طور صریح در قانون مدنی ذکر نشده است؛ با این وجود مواد



۴۷۶ و ۴۸۸ ق.م در باب اجاره را می‌توان از مواردی دانست که در آن تعذر تسلیم موجب حق فسخ برای مستأجر در صورت تحقق تمام شرایط می‌گردد.

میان این دو خیار شباهت‌هایی وجود دارد. در خیار تفلیس به دلیل عدم امکان پرداخت و در خیار تعذر نیز به دلیل عذر، متعهد نمی‌تواند ایفای تعهد کند. به دلیل همین شباهت‌هاست که شیخ انصاری خیار تفلیس را واجد عنوان مستقلی در باب خیارات نمی‌داند.

تفاوت خیار تعذر تسلیم و خیار تفلیس در این است که ناتوانی یکی از طرفین عقد در حالتی که مورد معامله عین معین باشد یا در مورد معامله کلی، در صورتی که تعذر فراگیر باشد، اگر به دلیل خارجی و احترازناپذیر باشد و نتوان رفع مانع نمود، موجب خیار تعذر تسلیم است؛ یعنی اجرای تعهد برای مثال از سوی بایع عین معین به این دلیل انجام می‌شود که به دلیل افتادن عین در دریا امکان‌پذیر نیست. ولی در خیار تفلیس، اصولاً برای متعهد به عین معین، امکان تسلیم وجود دارد؛ لکن به دلیل رعایت حق او در موردی که طرف مقابل به دلیل ناتوانی مالی، نمی‌تواند ایفای تعهد نماید، به متعهد اجازه داده شده است که از تسلیم عین معین مورد معامله امتناع نماید یا اگر آن را تسلیم نموده است، استرداد آن را بخواهد.

## ۶-۲- خیار تفلیس و حق حبس

چنانچه پیشتر بررسی شد، لحن قسمت دوم ماده ۳۸۰ و نیز ماده ۳۷۷ ق.م ممکن است موجب القای این تصور باشد که بایع حق حبس - نه خیار - دارد. قسمت دوم ماده مذکور مقرر می‌دارد: «اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد [بایع] می‌تواند از تسلیم آن امتناع نماید». با این وجود، «ظاهر ماده دلالت بر این دارد که خودداری از تسلیم مبیع به خریدار مفلس یا استرداد آن از وی، مبتنی بر فسخ معامله است نه صرفاً استفاده از حق حبس، همچنان که منشأ حکم مزبور در فقه، خیار تفلیس نامیده شده است» (شهیدی، ۱۳۸۲، ۱۵۶، ۹۲). لذا امتناع بایع از تسلیم عین مبیع یا مطالبه آن بعد از تسلیم از مشتری مفلس، که ثمن را تأدیه نموده است، مبتنی بر فسخ معامله از سوی بایع می‌باشد.

بدیهی است، در صورتی که بایع قصد فسخ معامله را نداشته باشد و با این وجود از تسلیم مبیع امتناع نماید یا آن را مطالبه کند، فسخ به این دلیل واقع نمی‌شود که «ایقاع» آن از سوی فروشنده انشاء نشده است. در این مورد نیز با توجه به اینکه قانونگذار، فوری بودن خیار تفلیس را صراحتاً مقرر ننموده است باید به حکم اصل استصحاب قایل به بقای خیار بود (کیایی، ۱۳۷۶، ۴۵۴). لذا بایع قادر به اعمال صحیح خیار

در مدتی بعد نیز خواهد بود. مگر اینکه ثابت شود که خیار خود را ساقط نموده است که در این صورت، حق استرداد مبیع را از مشتری نخواهد داشت و باید برای ثمن در ردیف گرمای مفلس قرار گیرد.

اعمال حق حبس که قانونگذار صریحاً در ماده ۳۷۷ ق.م. در باب بیع و ماده ۱۰۸۵ ق.م. در باب نکاح به آن اشاره نموده است، همان‌طور که سیاق مواد مذکور نیز دلالت دارد به معنای فسخ و برهم زدن بیع و نکاح نیست و صرفاً حقی است که قانون به طرفین قرارداد اعطا نموده تا وسیله‌ای برای اجبار طرف مقابل به اجرای تعهد خویش داشته باشد.

به‌علاوه، تسلیم مبیع به مشتری از سوی بایع موجب سقوط حق حبس وی می‌شود، مگر اینکه بایع اثبات کند که تسلیم تحت اجبار بوده است. حال آنکه فرض بر این است که «تسلیم کالا در اجرای ماده ۳۸۰ (ق.م) به اجبار صورت نگرفته است، لذا نمی‌توان حق استرداد مندرج در آن را حق حبس به شمار آورد» (میرزائزادجویباری، ۱۳۸۵، ۱۰۶).

### ۳-۶- خیار تفلیس و حق استرداد

قسمت نسبتاً مفصلی از باب مربوط به ورشکستگی در قانون تجارت از مواد ۵۲۸ تا ۵۳۵ به بحث «دعوی استرداد» اختصاص داده شده است. قسمت اخیر ماده ۵۳۱ ق.ت. در حکمی کلی مقرر می‌دارد:

«... و به طور کلی عین هر مال متعلق به دیگری که در نزد تاجر ورشکسته موجود باشد، قابل استرداد است». به نظر می‌رسد که این قاعده اختصاص به دعوی تجاری ندارد و اگر اشخاصی غیر از تاجر نیز مالی نزد تاجر ورشکسته داشته باشند، حق استرداد آن را دارند. از طرف دیگر، به نظر می‌رسد که چون حکم اموالی که به مناسبت قرارداد در اختیار تاجر ورشکسته قرار می‌گیرد در مواد قبل و بعد ماده مذکور بیان شده است، این بند را باید اختصاص به مواردی دانست که اموال به موجب عقود اذنی نظیر ودیعه، عاریه و حق انتفاع در اختیار تاجر ورشکسته قرار دارد؛ البته مقصود ودیعه‌ای است که به منظور فروش نیست و گرنه مشمول ماده ۵۲۹ ق.ت. خواهد بود.

آنچه به نظر می‌رسد و به اختصار می‌توان گفت این است که دعوی استرداد، اعمال حقوق دارندگان اموال و اسناد (ماده ۵۲۸ ق.ت) نزد تاجر ورشکسته است که در مواردی می‌تواند چندان با خیار تفلیس مرتبط نبوده و از میان نهادهای حقوق مدنی با «حق حبس» قرابت داشته باشد. چنانچه ماده ۵۳۳ ق.ت. مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی مال‌التجاره به تاجر ورشکسته فروخته و لیکن هنوز آن جنس نه بخود تاجر

ورشکسته تسلیم شده و نه به کسی دیگر که به حساب او بیاورد آن کس می‌تواند به اندازه‌ای که وجه آن را نگرفته از تسلیم مال التجاره امتناع کند». همانطور که گفته‌اند، برخلاف لحن ماده ۵۳۳ که ظاهراً قاعده مقرر در آن را محدود به «مال التجاره» ساخته است؛ مفاد این ماده «چیزی جز تعبیر دیگری از حق حبس مفاد ماده ۳۷۷ ق.م نیست که با کلیت خود شامل هر عقد بیع، اعم از اینکه مبیع آن مال التجاره یا غیر آن باشد، می‌گردد» (شهیدی، ۱۳۶۹، ۱۳۵-۱۳۴).

به موجب ماده ۵۳۴ ق.ت، حتی اگر طرف معامله با تاجر ورشکسته «به اندازه‌ای که وجه آن را نگرفته از تسلیم مال التجاره امتناع کند»، مدیر تصفیه می‌تواند با اجازه عضو ناظر تسلیم مال التجاره را بخواهد که در این صورت باید قیمت مقرر بین فروشنده و تاجر ورشکسته نقداً تأدیه گردد. این درحالی است که اگر اعمال ماده ۵۳۳ ق.ت در واقع استفاده از خیار تفلیس می‌بود، نباید چنان حقی در ماده بعدی به مدیر تصفیه داده می‌شد؛ به نظر می‌رسد این وضعیت با توجه به اینکه مدیر تصفیه مکلف به تأمین حقوق بستانکاران شخص متوقف و رعایت «اصل تساوی طلبکاران» در حدود مقررات قانونی می‌باشد، قابل توجیه است.

#### ۶-۴- خیار تفلیس و خیار تأخیر ثمن

به موجب ماده ۴۰۲ ق.م، «هرگاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع متبایعین اجلی معین نشده باشد، اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد، بایع مختار در فسخ معامله می‌شود». بنابراین، در این ماده، عین معین یا کلی در معین بودن مبیع از جمله شرایط ایجاد خیار تأخیر ثمن اعلام شده است. به علاوه، این خیار زمانی وجود دارد که مبیع و ثمن هر دو حال بوده و ظرف سه روز از تاریخ بیع، مشتری ثمن را تسلیم نکرده باشد. در حالی که، چنانچه پیشتر بررسی شد، اولاً دلیلی بر عدم اجرای خیار تفلیس در مورد مبیع کلی وجود ندارد. ثانیاً، اعمال خیار تفلیس منوط به طی مهلت خاصی از زمان عقد تا زمان عدم پرداخت ثمن توسط مشتری (آن‌گونه که در خیار تأخیر ثمن تعیین شده)، نمی‌باشد. ثالثاً، برخلاف خیار تأخیر ثمن، حتی اگر مبیع با اراده بایع به مشتری تسلیم شده باشد و سپس بایع به ناتوانی وی در پرداخت ثمن علم پیدا کند، امکان استرداد آن با اعمال خیار تفلیس وجود خواهد داشت.

همچنین «با توجه به مفهوم و منطوق ماده ۳۷۸ قانون مدنی در صورتی که بایع با تمایل خود قبل از اخذ ثمن، مبیع را به مشتری تسلیم نموده باشد، حق استرداد آن را [به استناد خیار تأخیر ثمن] نخواهد

داشت» (رای شماره ۵۳۰۰-۳/۰۳/۱۳۷۸، شعبه ۱۰۰۶ دادگاه عمومی تهران) و تنها می‌تواند علیه مشتری طرح دعوا کرده و التزام وی را به پرداخت ثمن معامله خواستار شود.

در عین حال، این دو خیار، یک نقطه اشتراک مهم دارند؛ اینکه هرگاه بایع، در حالی که خیار تأخیر ثمن دارد یا با اطلاع از افلاس مشتری - در حالی که مبیع را تسلیم نکرده، به تسلیم مبیع اجبار شود، حسب مورد، خیار تأخیر ثمن یا خیار تفلیس بایع ساقط نمی‌شود. به عبارت دیگر، رضایت صریح یا ضمنی بایع در تسلیم مبیع برای سقوط هر دو خیار مذکور شرط می‌باشد و در غیر این صورت، بقای هر دو خیار استصحاب می‌شود.

## ۷- نتیجه‌گیری

هرگونه تحلیلی از خیار تفلیس و شیوه اعمال آن بر پایه «اصل تقابل تعهدها»، که همان‌گونه که گفته شد، روش تحلیلی جامعی برای در برگرفتن تمام ابعاد قضیه است، ما را به یک تأسیس حقوقی عام قابل اعمال در تمامی خیارات و سایر نهادهای مرتبط با تعادل قراردادهای معوض رهنمون می‌شود و آن هم «عدالت معاوضی» است. هر جا که این عدالت به نحو فاحشی دستخوش خدشه گردد یا اساساً موجود نباشد، حسب مورد خیاراتی چون غبن، عیب، تبعض صفت و تفلیس وجود پیدا خواهد کرد. مسلماً توجیه برخی دیگر از خیارات از جمله «خیار شرط» بر این مبنا انجام نخواهد گرفت. مشروط بر اینکه با جوهره عدالت معاوضی در ارتباط نباشد؛ اما حتی با در نظر گرفتن مفهومی عام برای این تأسیس می‌توان «خیار تأخیر ثمن» را تحت شمول آن درآورد. در اینکه خیار حیوان و خیار مجلس که مستند به روایات و نص است و هیچ ارتباطی با عدالت معاوضی ندارد - زیرا برای مثال عیب و نقص حیوان، شرط خیار برای مشتری نیست - تردیدی وجود ندارد و از این‌روست که این خیارات باید در همان محدوده مقرر در منابع فقهی تفسیر شوند.

## فهرست منابع

### منابع فارسی:

۱- امامی، سیدحسن، (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیه، جلد اول، تهران، چاپ بیست و ششم.

- ۲- سعیدی، محمدعلی و یزدانی، غلامرضا، (۱۳۸۹)، بررسی تطبیقی شرط ذخیره مالکیت، فصلنامه آموزه‌های حقوقی، شماره ۱۴، پاییز و زمستان.
- ۳- شهیدی، مهدی (۱۳۶۹)، تفسیری پیرامون ماده ۵۳۳ قانون تجارت، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۱-۱۵۰، بهار و تابستان.
- ۴- شهیدی، مهدی، (۱۳۷۷)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، انتشارات حقوقدان، تهران، چاپ اول.
- ۵- شهیدی، مهدی، (۱۳۷۷)، سقوط تعهدات، انتشارات حقوقدان، تهران، چاپ چهارم.
- ۶- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، جلد سوم: آثار قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، تهران، چاپ اول.
- ۷- شیروی، عبدالحسین، (۱۳۷۷)، فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، شماره اول، زمستان.
- ۸- صفایی، سیدحسین، (۱۳۸۳)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، نشر میزان، پاییز، جلد دوم، تهران، چاپ دوم.
- ۹- طالب‌احمدی، حبیب، (۱۳۸۳)، خیار تفلیس و حقوق طلبکاران در ورشکستگی، نامه مفید، شماره ۴۳، مرداد و شهریور.
- ۱۰- عمید، حسن، (۱۳۸۴)، فرهنگ فارسی عمید، موسسه انتشارات امیر کبیر، تهران، چاپ سی و نهم.
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، جلد پنجم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن‌برنا، تهران، چاپ دوم.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، عقود، معین تهران، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ دهم.
- ۱۳- کیایی، عبدالله، (۱۳۷۶)، التزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله، انتشارات ققنوس، تهران، چاپ اول.
- ۱۴- میرزائزاد جویباری، اکبر، (۱۳۸۵)، تأملی تازه در ماده ۳۸۰ قانون مدنی، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۸، بهار و تابستان.

### منابع فقهی:

- ۱۵- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۲)، کتاب المکاسب، جلد چهارم (الخيارات)، انتشارات دارالحکمه، قم، چاپ اول.
- ۱۶- بحرانی، شیخ یوسف، (۱۴۱۳)، الحدائق الناصره فی احکام عتره الطاهره، الجزء ۲۰، دارالأضواء، چاپ دوم.
- ۱۷- حسینی‌عاملی، سیدمحمدجواد، (۱۴۱۸)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، دار التراث، بیروت، چاپ اول.

- ۱۸- کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، (۱۴۰۸)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد پنجم، انتشارات مؤسسه آل بیت علیه السلام لإحياء التراث، قم، چاپ اول.
- ۱۹- عاملی، شهیدثانی، زین‌الدین بن علی، (۱۴۱۰)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه (المحشی کلانتر)، ۱۰ جلد، کتابفروشی داوری، قم، ایران، جلد ۴، چاپ اول.
- ۲۰- نجفی، محمدحسن، (۱۳۹۴)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، الجزء ۲۵، دارالکتب الإسلامیه، تهران، چاپ ششم.

### منابع انگلیسی:

- 21-De Lacy, J. (1995). 'Romalpa Theory and Practice under Retention of Title in the Sale of Goods', *Anglo-American law review*, Vol. 24.
- 22-Snead, J. (2004). Rationalising Retention of Title Clauses with Insolvency Law, *UCL Jurisprudence Rev.*
- 23-Yeo, V. (1997). Visiting an Old Friend - the 'Romalpa' Clause, *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 9.