



## Original Research

**The Legal Status Of Possessions In The Parliament**Javad Vahedi zadeh <sup>1</sup>, Seyedeh Maryam Asadinejad <sup>2\*</sup>

1 Assistant Professor of Jurisprudence and Islamic Law, Department of Theology and Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Humanities, Ardabil Branch, Islamic Azad University, Ardabil, Iran.

2 General practitioner, private law faculty member, law department, Ahrar Institute of Technology and Higher Education, Rasht, Iran.

Article ID: 1-5

<p><b>Received:</b> March 31, 2020</p> <p><b>Accepted:</b> July 9, 2020</p> <p><b>Available online:</b> September 19, 2020</p> <p><b>Keywords:</b> MeetingPlaceOption, Separation of Parties, Seizure of the Sold Item, Seizure of the Price.</p> <p><b>Main Subjects:</b> Islamic jurisprudence</p>	<p><b>Abstract</b></p> <p>Although sale contract is a binding and uncancellable contract, if the seller and buyer sign the sale contract in a meeting place, as long as they are in the meeting place they can cancel the contract without explanation of their reason. In fact, it is the application of the meeting place contract that creates such a right for the parties. Nevertheless, the buyer and seller can exclude the “meeting place option” through including a condition in the contract or by leaving the meeting place or separation of the parties or the seizure of the sold item/price. As there is a difference of opinions among the jurists as regards the mode of dissolution that is the goal of “meeting place option”, the jurists are also divided on the the seizure of the sold item/price of the option because the separation of parties and the seizure of the sold item/price are two sides of the same coin. Some jurists believe that the seizure of the sold item/price may result in the cancellation of option but some others would even imply the implementation of the option of meeting place and the bindingness of the contract. In the present essay, after the analysis of the concept of “metting place option”, we discuss the conditions of the realization of metting place option as well as those occasions that lead to the cancellation of the meeting place option and the finalization of the sale contract. Moreover, our study of the public notion of the seizure of the sold item/price renders it clear that option belongs to the contract not to the exchanged items. Also the material seizures that takes place being informed of the existence of the option leads to the cancellation of the meeting place option but such modes of seizure like selling or leasing the sold item by the seller might be understood as an act of actual cancellation.</p>
--	---

\*Corresponding Author: Seyedeh Maryam Asadinejad

Address: General practitioner, private law faculty member, law department, Ahrar Institute of Technology and Higher Education, Rasht, Iran.

Email: [sm.asadinejad@ahrar.ac.ir](mailto:sm.asadinejad@ahrar.ac.ir)

## وضعیت حقوقی تصرفات در خیار مجلس

جواد واحدی زاده<sup>۱</sup> سیده مریم اسدی نژاد<sup>۲\*</sup>

۱ استادیار فقه و حقوق اسلامی، گروه الهیات و فقه و مبانی حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران.

۲ پزشک عمومی، عضو هیأت علمی حقوق خصوصی، گروه حقوق، مؤسسه فناوری و آموزش عالی احرار، رشت، ایران.

کد مقاله: ۱-۵	
<p><b>چکیده</b></p> <p>هرچند عقد بیع عقدی لازم و غیر قابل فسخ بوده لیکن چنانچه متبایعین در مجلسی عقد بیع را منعقد کنند مادامی که فی المجلس هستند می توانند بدون ارایه دلیل عقد بیع را فسخ نمایند. در واقع اطلاق عقد بیع فی المجلس برای طرفین این حق را ایجاد می نماید باین حال متبایعین می توانند ضمن عقد و یا بعد از عقد و یا از طریق جدا شدن و تفرق خیار مجلس را زائل نمایند. تصرف نیز یکی از موجبات از بین بردن خیار مجلس است. همان طور که در مورد نحوه تفرقی که غایت خیار مجلس است بین فقها اختلاف است در مورد تصرف نیز اختلاف است چونکه تصرف دو روی یک سکه است. از نظر برخی از فقها برخی از تصرفات موجب زوال خیار ولی برخی برعکس ممکن است عرفا به معنی اعمال خیار مجلس و التزام به عقد بوده باشد. در این مقاله ضمن بررسی مفهوم عرفی تصرف معلوم می گردد که چون خیار به عقد تعلق دارنده به عوضین. همچنین تصرفات مادی که با علم به وجود خیار صورت می گیرد موجب زوال خیار مجلس می گردد ولی تصرفاتی از قبیل فروش و اجاره مبیع توسط بایع ممکن است به مفهوم فسخ فعلی محسوب گردد.</p>	<p>تاریخ دریافت: ۱۲ فروردین ۱۳۹۹</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۹ تیر ۱۳۹۹</p> <p>تاریخ انتشار: ۲۹ شهریور ۱۳۹۹</p> <p>کلیدواژه ها: خیار مجلس، افتراق، تصرف مبیع، تصرف ثمن.</p> <p>موضوعهای موضوعی: فقه و حقوق اسلامی</p>

\* نویسنده مسئول: سیده مریم اسدی نژاد

آدرس: پزشک عمومی، عضو هیأت علمی حقوق خصوصی، گروه حقوق، مؤسسه فناوری و آموزش عالی احرار، رشت، ایران.

ایمیل: [sm.asadinejad@ahrar.ac.ir](mailto:sm.asadinejad@ahrar.ac.ir)

## ۱- مقدمه

هر گاه طرفین عقد بیع بعد از عقد بیع تمایل داشته باشند می‌توانند بدون ارایه دلیل عقد بیع منعقد شده را به موجب خیار مجلس مادامی که در مجلس هستند فسخ نموده و تعهد خود را نسبت به تسلیم مورد بیع از بین برده و همچنین مسئول جبران خسارتی هم نباشند. خیار مجلس مانند سایر خیارات از حقوق مالی محسوب گردیده و در واقع جزء احکام تاسیسی است چونکه چنین خیاری در سایر نظام‌ها به چشم نمی‌خورد. با این که در مورد خیار مجلس مقالات بسیاری به نگارش درآمده ولی هنوز همه زوایای آن شفاف نگردیده است. به طور معمول غایت خیار مجلس را براساس احادیث وارده تفرق و جدایی متبایعین دانسته اند (مالم یفترقا) ولی تصرف مبیع و ثمن نیز یکی از موجبات تثبیت عقد بیع و از بین رفتن خیار مجلس می‌گردد. به طوریکه متبایعین با اینکه متفرق نشده‌اند ولی با عمل تصرف می‌توانند خود را ملتزم نمایند. بنابراین نه تنها مفهوم اصطلاحی تصرف در ادله اثبات دعوا که از امارات محسوب شده و می‌تواند حق عینی مالک را ثابت نماید در اینجا نیز متصرف با انجام تصرف می‌تواند همان پیام را به هر مخاطب برساند. با این حال می‌تواند بیانگر عکس قضیه هم باشد به طوری که برخی از فقها معتقدند که اگر بعد از عقد بیع با عیب نسبت به مبیع تصرف نماید چنین تصرفی می‌تواند به معنی فسخ عقد بیع باشد. بنابراین سوال اصلی در این مقاله این است که شرایط تحقق خیار مجلس کدام است؟ مواردی که باعث زوال خیار مجلس است کدام است؟ آیا تصرف هر یک از بایع و مشتری نسبت به مبیع و ثمن موجب فسخ عقد بیع می‌گردد؟ در این مقاله ضمن بررسی مفهوم خیار مجلس از شرایط تحقق خیار مجلس و همچنین مواردی که موجب از بین رفتن خیار مجلس و تثبیت عقد بیع می‌شود مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.

## ۲- مفهوم خیار مجلس

خیار مجلس یکی از خیارات مختص عقد بیع خیار مجلس است. ابتدا مفهوم اصطلاح خیار را مورد بررسی قرار می‌دهیم. خیار از اختیار به نوعی ملکیت حق فسخ تعریف شده است: ملک فسخ العقد (حلی فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴۸۳/۱). این تعریف عام بوده و شامل هر فسخ و رد می‌شود از جمله فسخ در عقود جایز و رد در عقد فضولی خیار ولی چون خیار یک فعل نفس محسوب می‌گردد از نظر امام خمینی تعریف خیار به ملک که در جواهر و ایضاح شده و در سایر کتاب‌های فقهای متأخر ذکر شده با معنای لغوی خیار تباین داشته چونکه خیار حق است نه ملک (امام خمینی، ۱۳۷۹: ۱۱/۴) و متعلق خیار عقد است بنابراین بهتر است گفته شود خیار حق اختیار فسخ عقد است که در صورت عدم اعمال آن موجب امضاء و تثبیت عقد می‌گردد و در واقع یک حق خارجی و قابل انفکاک از عوضین است نه ملک فسخ. فسخ نیز یک عمل حقوقی یکطرفه بوده که موجب پایان دادن ماهیت حقوقی عقد است.

خیار مجلس همان طور که ملاحظه می‌شود اصطلاح خیار به مجلس اضافه شود که بیانگر موضوع و علت خیار فسخ است. این خیار در عقد بیع و با اجتماع طرفین و بدون اراده آنها به وجود می‌آید. چون خیار مجلس خیاری است که ممکن است برای طرفین در مجلس عقد به وجود آید بهمین دلیل مضاف الیه آن محل عقد قرار داده شده است. یعنی با هم بودن در محل و جدای از هم نبودن مسبب این خیار است. خیار مجلس در همه اقسام بیع اعم نقد و نسبه و سلف به وجود می‌آید. همچنین در هر مورد اعم از اینکه مبیع عین معین باشد و یا کلی در معین و یا کلی فی الذمه باشد خیار مجلس به وجود می‌آید. نه تنها عموم و اطلاق روایات چنین چیزی را حکم می‌کند بلکه در قانون نیز شرایط



خاصی در این مورد لحاظ نشده است. ماده ۳۹۷ ق. م. مقرر می‌دارد: هریک از متبایعین بعد از عقد فی المجلس و مادام که متفرق نشده‌اند اختیار فسخ معامله را دارند.

صحيحه زرارۀ عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: المتبايعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان ثلاثة (شيخ حرعاملی، ۱۳۸۵، ۳۴۹/۱۲) و صحيحه الفضيل بن يسار: عن ابي عبدالله (ع) قال: قلت له ما الشرط في الحيوان فقال الى ثلاثة ايام للمشتري قلت فما الشرط في غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (كلينی، ۱۴۰۷، ۱۷۰/۵) و حديث المتبايعان باختيار مالم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما و همچنين المبايعان بالخيار مالم يفترقا عن مكانهما فإذا يتفرقا فقد وجب البيع (همان: ۱۴۰۷، ۱۷۰/۵) حديثی که در کتب عامه هم قابل مشاهده است: المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار (بخاری، ۱۴۲۲، ۸۴/۳ و مسلم، بی تا: ۱۱۶۳/۳).

## ۲-۱- شرايط ايجاد خيار مجلس

خيار مجلس يك امر كاملا استثنایی است و بنظر می‌رسد که نهادی تاسیسی بوده و در سایر نظامها چنین خياری وجود ندارد. با توجه به احاديث فوق و ماده ۳۹۷ ق. م شرايط ايجاد خيار مجلس عبارتند از:

### ۲-۱-۱- البيعان (بايع و مشتري)

يعنی خيار مجلس در مواردی است که عقد بيع بين بايع و مشتري به وجود آيد. همين اصطلاح بيانگر اين است که چنین خياری فقط در عقد بيع است و در سایر عقود جاری نمی‌شود. بدیهی است بايع و مشتري اگر دوطرف به طور مجزا بوده باشند خيار مجلس به وجود می‌آيد ولی اگر هر دو عنوان در یک نفر جمع شود چون امکان تحقق شرط بعدی یعنی مالم يفترقا نیست تحقق خيار مجلس مورد تردید خواهد بود. چونکه بايع و مشتري اگر در یک نفر هم جمع شود (مثل بيع ولی با مولی عليه و شخصی که وکیل دو طرف باشد) مشمول البيعان می‌گردد ولی چون امکان تفرق نیست امکان تحقق خيار مجلس هم نیست. با توجه به مفهومی که در البيعان نهفته و از طرفی دیگر شرط تحقق اين خيار مجلس است به طوریکه امکان تفرق بوده باشد. شاید به همين علت قانونگذار کلمه فی المجلس را ذکر و نسبت به آن تاکید کرده است

### ۲-۱-۲- عدم افتراق

بنظر می‌رسد ملاک تحقق و عدم تحقق خيار مجلس در عقد بيع جمله «مالم يفترقا» است. به این معنی که با هم بودن و همراه هم بودن و عدم تفرق سبب ايجاد خيار مجلس است یعنی مادامی که از هم جدا نشده باشند. مفهوم همراه هم بودن در مجلس عقد و مفهوم افتراق را عرف مشخص می‌کند. فإذا افترقا و لو بخطوة و تحقق بها الافتراق (شيخ حرعاملی، همان: ۳۴۹/۱۲) عرفاً با یک گام اگر عرفا بگویند که از هم جدا شده‌اند سقط الخيار من الطرفين و لزوم البيع (امام خمینی، ۱۳۷۰: ۵۱۸/۱). البته گاهی ممکن است طرفین با هم در یک مجلس بوده و عقد منعقد کرده سپس در همان جلسه به کار دیگری مشغول شده و در واقع جلسه تشکیل بيع بهم خورد و در یک مجلس هستند در این صورت اگر افتراق عرفی محسوب گردد خيار مجلس از بین می‌رود در غیر اینصورت براساس اصل استصحاب خيار باقی خواهد ماند (امام خمینی، ۱۳۷۹، ۱۴۲۴) باید گفت به طور کلی بیعی که محل و اجتماع و افتراق نداشته باشد مشمول حدیث نمی‌شود (رشتی، ۱۴۰۷: ۲۲). همان طور که ملاحظه گردید خيار مجلس در مکانی است که جلسه تشکیل شده باشد اما اگر تشکیل جلسه در دو مکان متفاوت باشد آیا این



امر موجب ایجاد اختیار مجلس می‌گردد. در مورد معاملات مکاتبه‌ای که با ارسال نامه صورت می‌گیرد هرگز جلسه‌ای متصور نیست اما سوال در مورد معاملاتی است که با تلفن و یا رسانه‌ای که صدای طرفینی که در دو منطقه یا محل مجزا هستند برساند اعم از وسایلی مثل بلندگو و یا اینترنت و یا از طریق برخط با ارسال داده پیام صورت گیرد پذیرش تحقق اختیار مجلس مشکل است. از طرف دیگر اگر به احادیث توجه

شود لفظ مجلس و محل تجمع ذکر نشده و فقط چنین خیار مغیا به افتراق معرفی شده است و ظاهر ملاک اجتماع عرفی است بهمین علت ممکن گفته شود اگر عقد بیع با تلفن و امثال آن منعقد گردد اختیار مجلس به وجود می‌آید (قمی ۱۴۱۲، جلد ۱۷، ص ۲۵). با این حال فقها همراه هم بودن و افتراق را به صورت فیزیکی تفسیر کرده‌اند و قیدابدان را متذکر شده‌اند (مالم یترقا بالابدان) (شیخ طوسی، ۱۴۱۷، جلد ۳، ص ۹) تا جائیکه حضور در مجلس بیع جزء موضوع دانسته شده است (امام خمینی، ۱۳۷۹: جلد ۴ ص ۱۴۲) باید گفت به طور کلی بیعی که محل و اجتماع و افتراق نداشته باشد مشمول حدیث نمی‌شود (رشتی ۱۴۰۷، ۲۲). حقوقدانان نیز حضور فیزیکی را لازم دانسته و معتقدند تنها ارتباط معنوی باعث ایجاد اختیار نیست چنانچه دو طرف به گفته‌های خود در مجلس عقد پایان دهند و به کار دیگر بپردازند تا زمانی که از مجلس خارج نشده‌اند اختیار فسخ دارند در حالی که ارتباط فکری آنان نیز قطع شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، جلد ۱، ص ۱۷). با این حال برخی باقی ماندن موجب و قابل در همان مکانی که بایکدیگر عقد منعقد نموده اعم از اینکه از طریق تلفن و یا غیر آن باشد مجلس تلقی کرده و اگر انجا را ترک نمایند تفرق تلقی نموده و موجب از بین رفتن اختیار مجلس می‌گردد (روحانی، ۱۴۱۸، جلد ۵، ص ۲۱۹). بر این اساس برخی از حقوقدانان زمان ارتباط را زمان تحقق اختیار مجلس و زمان قطع ارتباط در معاملات الکترونیکی را زمان پایان اختیار مجلس دانسته شده است (ایزدی فر، ۱۳۹۲، ۷۵). در حالیکه نه تنها ارتباط طرفین مجلس محسوب نمی‌گردد بلکه قطع ارتباط نیز عرفاً تفرق محسوب نمی‌گردد. وضعیت معامله از راه دور در قانون تجارت الکترونیکی به علت مکان متعدد در ماده ۲۹ ذکر شده است: اگر محل استقرار سیستم اطلاعاتی با محل استقرار دریافت داده پیام مختلف باشد مطابق قاعده زیر عمل می‌شود: الف: محل تجاری، یا کاری اصل ساز محل ارسال داده پیام است و محل تجاری یا کاری مخاطب محل دریافت داده پیام است مگر آنکه خلاف آن توافق شده باشد. ب: اگر اصل ساز بیش از یک محل تجاری یا کاری داشته باشد، نزدیکترین محل به اصل معامله، محل تجاری یا کاری خواهد بود در غیر این صورت محل اصلی شرکت، محل تجارت یا کاری است. ج: اگر اصل ساز یا مخاطب فاقد محل تجاری یا کاری باشند، اقامتگاه قانونی آنان ملاک خواهد بود.

با توجه ماده فوق متعدد و متفرق بودن متبایعین در هنگام معامله محرز است و چنین ارتباطی برخلاف نظر برخی از نویسندگان عرفاً مجلس محسوب نمی‌گردد هر چند به صورت بر خط معامله نمایند. هر چند ایجاد اختیار مجلس در معاملات تلفنی و یا اینترنتی مورد تردید واقع می‌شود ولی با توجه به اینکه عقد بیع با ایجاب و قبول و به صورت لازم الاتباع بوجود می‌آید و اصاله اللزوم مانع تزلزل عقد و حدوث هر گونه خیار است و از طرفی چون اختیار مجلس خیار تاسیسی بوده و به طور استثنایی فقط در عقد بیع به وجود می‌آید و از طرفی قید فی المجلس هر چند در احادیث ذکر نشده است ولی چون در متن مقرر فوق تصریح شده بنابراین تحقق چنین خیار در موارد مشکوک و غیر منصوص با اصل لزوم سازگاری نخواهد داشت.

### ۳- موارد اسقاط اختیار مجلس

هر چند موضوع بحث تصرف به عنوان یکی از موارد سقوط اختیار مجلس است با این حال سایر موارد سقوط اختیار مجلس به خلاصه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۳-۱- اسقاط خیار با درج شرط ضمن عقد

خیار یک حق مالی است بنابراین قابل اسقاط است. همان طور که اعمال خیار یک ایقاع بوده و با اراده ذوالخیار محقق می‌شود اسقاط خیار نیز چنین است و حتی نیازی به ابراز اراده آن نیست با این حال ممکن است ابراز اراده در این خصوص به صورت صریح و یا ضمنی بعمل آید. ماده ۴۴۸ق.م. مقرر می‌دارد: «سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می‌توان ضمن عقد شرط نمود». البته سقوط خیار به سه شکل محقق می‌شود.

شکل اول اینکه قبل از عقد راجع به سقوط خیار توافق نموده سپس بدون ذکر این موضوع اقدام به انعقاد عقد اصلی نمایند. شکل دوم اینکه قبل از عقد راجع به سقوط خیار توافق نموده سپس با اشاره به توافقی که راجع به سقوط خیار انجام داده‌اند اقدام به انعقاد عقد اصلی نمایند. شکل سوم همان است که در ماده ۴۴۸ ذکر شده است. در مورد شرط سقوط خیار قبل از عقد بدون اشاره صریح به توافق چنانچه عقد متباینا بر آن واقع شده باشد چنین شرطی صحیح است اما اگر واقعا بدون توجه به آن، عقد اصلی منعقد شده باشد در مورد صحت چنین شرطی اختلاف است و گفته می‌شود که چنین شرطی لازم الوفا نیست چونکه التزام تبرعی است و فقط به صورت تبرعی شخص می‌تواند انجام دهد (سبحانی ۱۴۲۳، ۸۷) با این حال اسقاط خیار قبل از عقد مورد تایید شیخ طوسی است (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۱/۳). در هر صورت نظر مشهور این است که شرط سقوط خیار به صورت شرط نتیجه و به صرف انعقاد عقد به صورت خودکار ساقط می‌شود و از مصادیق ابراء مالیم واجب نیست. با این حال برخی معتقدند که به طور کلی شرط سقوط قبل از عقد و یا ضمن عقد چون هنوز عقد به صورت کامل منعقد نشده از مصادیق ابرامالیم واجب و اسقاط مالیم واجب است (شیخ انصاری، ۲۲۵/۱۴۱۵:۳).

### ۳-۲- افتراق با اختیار

غایت خیار مجلس افتراق و جدایی است. اگر هر دو باهم افتراق حاصل نمایند و یا یکی از دیگری جدا شود اعم از اینکه عالم و یا جاهل به تحقق خیار مجلس باشند بیع لازم الاتباع می‌گردد در این رابطه هیچ اختلافی نیست (حائری، ۱۴۰۷: ۲۹۲/۸). همان طور که گفته شد اغلب فقها یک گام فاصله گرفتن (خطوه) را برای افتراق کافی می‌دانند (شهید ثانی، ۳: ۲۷۰/۱۴۱۰). در حالیکه ملاک و تشخیص به عهده عرف است و در هر مورد اگر شک و تردید باشد خیار مجلس استصحاب می‌گردد. در واقع ذکر خطوه و یا یک گام صرفا یک مصداق و برای بیان اقل افتراق است. افتراقی موجب از بین رفتن خیار مجلس می‌گردد که با اختیار و رضایت صورت گیرد بنابر این اگر افتراق با فریب و یا اکراه و یا اجبار صورت گیرد افتراق محسوب نمی‌گردد به طوریکه اگر اکراه مرتفع شد خیار مجلس باقی خواهد ماند. بدیهی است منبعده دیگر مجلس و تفرق معنی نخواهد داشت و خیار مکره بر اساس اصل استصحاب باقی بوده مگر اینکه تصرفاتی انجام شود که مغایر با خیار بوده باشد.

آیا فوت یکی از طرفین بعد از انعقاد عقد در مجلس یکی از مصادیق افتراق است؟ واقعیت این است که در اثر مرگ افتراق حاصل است چونکه منظور از افتراق و متضاد آن اجتماع در واقع اجتماع و عدم اجتماع نیست با فوت اجتماع بر معامله صدق نمی‌کند هر چند هنوز فرد زنده با فرد

متوفی در اجتماع به سر می‌برند ولی اجتماع بر معامله در مورد آنها صدق نمی‌کند و اصلاً میت قابلیت ایجاد و بقا بیع را ندارد در واقع خیار مجلس قائم به شخص است. بنابراین نظر اقوی این است که فوت یکی از طرفین موجب افتراق بوده و اجتماع بر معامله را از بین می‌برد.

#### ۴-تخایر(اختیار دادن)

عبارت است از اینکه طرفین بیکدیگر اختیار مربوط به این خیار را واگذار نمایند و آن به دو صورت است. مثل اینکه طرفین در هنگام عقد تخایر نمایند به طوری که در عقد شرط نمایند خیار نداشته باشند(حلبی، غنیه ۱۴۱۷ ص ۲۱۷)البته این امر به صورت ایجابی در جهت تایید عقد به نوعی اسقاط خیار محسوب می‌گردد و یا اینکه بعد از عقد یکی از طرفین که خیار مجلس دارد به طرف دیگر بگوید اختیارکن و طرف مقابل عقد را امضاء نماید.

#### ۵- تصرف

هرچند در کتاب برخی از فقهای بزرگ در بحث اسباب سقوط خیار مجلس و یا ابقاء بیع از تصرف به عنوان یکی از موارد سقوط خیار سخنی به میان نیاورده‌اند(شیخ نجفی ۱۴۰۴، ۱۹/۲۳) با این حال تصرف مبیع توسط مشتری و یا تصرف ثمن توسط خریدار در واقع نوعی اعمال و اسقاط خیار است. در اینجا لازم است مفهوم تصرف توضیح داده شود.

#### ۵-۱- مفهوم تصرف

تصرف به معنای به دست آوردن و ایجاد تغییر در چیزی است و به معنای دست به کار شدن است (عمید، ۱۳۵۷:۳۲۲). هرچند تصرف در قوانین ما از جمله قانون آیین دادرسی مدنی و قانون مدنی تعریف نشده ولی تصرف به این معنی است که مالی در اختیار شخصی باشد و او بتواند در مورد آن مال هر تصمیمی که بخواهد اتخاذ نماید (لنگرودی، ۱۳۹:۱۳۸۳ و ۱۵۴). اصطلاح تصرف هم در فقه و هم در حقوق ایران گاهی از آن به معنی ید تعبیر می‌شود که توضیح آن خواهد آمد. بنظر می‌رسد تصرف به اشکال گوناگون است. تصرف هم در لغت و هم در عرف و همچنین آثاری در قوانین و مقررات از تصرف برداشت می‌شود متفاوت است. تصرف ممکن است به یکی از اشکال ذیل باشد: ۱- تصرف ممکن است فرع بر مالکیت باشد یا در حدود مالکیت موثر باشد. ۲- تصرف ممکن است به اتلاف مال و یا اداره مال و یا انتفاع از مال باشد.... (لنگرودی ۱۳۸۳:۱۵۶) علاوه بر این، تصرف که از آن به ید هم تعبیر می‌شود ممکن است به صورت ید مالکانه و ید امانی مطرح و تقسیم گردد ولی تصرفی که مورد نظر ما هست و موجب از بین رفتن خیار می‌شود به دو دسته ذیل تقسیم می‌شود:

#### الف- تصرف مادی

تصرفی است که در اثر آن عین مال تلف و یا تغییر و یا تبدیل شود. چنین تصرفی موثر بوده و موجب کاهش حقوق متصرف و یا موجب از بین رفتن حق شخص از جمله حق خیار می‌گردد. بنابراین صرف قبض و اقباض تصرف مادی موثر محسوب نمی‌گردد.

## ب- تصرف حقوقی

تصرف حقوقی تصرفی است بدون اینکه هر گونه تغییر مادی در مورد معامله صورت گرفته باشد و حتی بدون قبض و استیلا نسبت به مورد معامله اقدام به انتقال عین و یا منافع و یا هر دو نماید به این تصرف تصرف ناقل نیز گفته می‌شود.

سوال این است که کدامیک از تصرفات فوق موجب زوال اختیار گردیده و یا کاشف از رضای معامله محسوب می‌گردد؟

قبل از پاسخ به این سوال باید گفت که کلام فقه در این مورد مضطرب است (خویی ۱۴۱۲، ۱۹۶/۶) ولی در هر صورت برای پاسخ به این سوال باید دو نکته یادآوری گردد. اول اینکه در زمان اختیار برای طرفین مالکیت به وجود آمده و وجود اختیار مانع از انتقال و مالکیت نیست و حتی نیازی نیست تا اختیار منقضی شود چونکه در هر صورت مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود. نکته دوم اینکه براساس قاعده الناس مسلطون علی اموالهم می‌توانند هر گونه تصرفی در مایملک خود داشته باشند اعم از اینکه مبیع و ثمن به قبض طرفین رسیده باشد یا نرسیده باشد. بنابراین وجود اختیار مانع از اعمال قاعده تسلیط نمی‌گردد.

از طرفی دیگر چنانچه فقط یک طرف تصرف کرد اختیار اوساقت می‌گردد ولی اختیار طرف مقابل باقی می‌ماند. ماده ۴۵۰ ق.م مقرر می‌دارد: تصرفاتی نوعاً کاشف از رضای معامله باشد امضای فعلی است مثل آنکه مشتری که خیاردارد با علم به اختیار مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد.

بنابراین فروش و یا انتقال مبیع و یا هر تغییر و تصرفی که موجب تغییر اساسی مبیع باشد موجب سقوط اختیار است. علم به وجود اختیار شرط موثر برای سقوط اختیار در اثر تصرف است. بنابراین اگر بایع و یا خریدار نسبت به وجود اختیار علم نداشته باشند تصرف تأثیری در از بین بردن اختیار مجلس ندارد. بهمین دلیل قانونگذار قید «با علم به اختیار» را در ماده ۴۵۰ ق.م م ذکر کرده است. در مجموع با توجه به مقررات و نتایجی که از عرف به دست می‌آید باید گفت تصرفات از حیث موضوع به تصرفات مسقط و تصرفات غیر مسقط تقسیم می‌شود. بدیهی است تصرفی که با اذن طرف مقابل در مبیع حادث می‌شود موجب سقوط اختیار نمی‌شود. تصرفات مسقط نیز تصرفاتی هستند که نوعاً (براساس ضابطه نوعی و کلی که مبتنی بر سیره عقلاء و عرف است) کاشف از رضای معامله هستند مسقط اختیار مجلس خواهند بود نه هر تصرفی. به اصطلاح گفته می‌شود تصرفی که بیانگر التزام متصرف به عقد و بیانگر عزم راسخ او به عدم فسخ عقد باشد نه هر تصرفی که شخص انجام می‌دهد.

## ۶- تصرف حقوقی

### ۶-۱- تصرف بایع نسبت به مبیع

تصرفات بایع در زمان وجود اختیار مجلس برای طرفین ممکن است به صورت مادی و یا حقوقی باشد که در هر صورت باید هر کدام جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. اگر تصرفات بایع در مبیع که متعلق به مشتری بوده از نوع تصرف مادی و عینی باشد و موجب تغییر و یا تبدیل و یا تلف مبیع گردد این امر به نوعی کاشف از اعمال اختیار مجلس خواهد بود. چونکه اسقاط و حتی ابقای اختیار یا قولی است و یا کتبی و یا فعلی است. در واقع امر بایع با فعل خود اختیار مجلس را اعمال کرده و موجب فسخ معامله گردیده است. این نظریه به ویژه در هنگامی که بایع عالمانه یعنی با علم به وجود اختیار مجلس و عامدانه اقدام به تصرف مبیع می‌نماید کاملاً منطقی و عقلائی بوده و قابل پذیرش است.



اما اگر تصرفات بایع نسبت به مبیع از نوع تصرفات حقوقی و یا معنوی باشد قابل تامل است. به این معنی که ممکن است بایع بعد از عقد بیع با اینکه مبیع را به خریدار فروخته و انتقال داده باشد ولی نسبت به عین مبیع و یا منافع آن و حقوق مالی آن تصرفاتی نماید که با حقوقی مالک آن یعنی مشتری معارض باشد مانند اینکه آن را بفروشد و یا اجاره و به رهن گذارد. برخی از فقها معتقدند که این عمل به معنی فسخ عقد و اعمال خیار مجلس است (نراقی، ۱۴۲۵، ۱۰۶). اما فقهایی مثل آیه الله خویی معتقدند که چنین هرچند فعل حرام محسوب نمی‌گردد ولی به طور مسلم موجب سقوط خیار مجلس نگردیده و احتمالاً بیع بایع فضولی محسوب می‌گردد (خویی، ۱۴۱۲: ۴۰۳/۷). امام خمینی ره نیز معتقدند که تصرفاتی مانند فروختن و اجاره دادن و یا حتی سوار شدن بر مرکب دلیل بر فسخ محسوب نمی‌گردد و در واقع دلیل ایشان مبتنی بر اصطلاح احداث الحدوث در احادیث است که فقط شامل تصرفات مادی از جمله صحافی کتاب و دوختن پارچه و امثال آن می‌گردد (امام

خمینی ۱۳۷۹، ۲۰۱/۴). مبنای چنین نظریه‌ای ظاهراً بر این اساس است که خیار به عقد تعلق دارد نه به عوضین بنابراین اگر مبیع انتقال داده شود خیار به حال خود باقی است. بنظر می‌رسد آنچه قانون گذار در ماده ۴۵۰ ق. م مقرر داشته صرفاً در مواردی است مشتری خیار داشته و مشتری با علم به داشتن خیار مبیع را انتقال می‌دهد. بنابراین تصرفات ناقل که بدون علم به خیار انجام شده باشد موجب از بین رفتن خیار نمی‌گردد.

#### ۶-۲- تصرف بایع نسبت به ثمن

بدیهی تصرف بایع نسبت به ثمنی که به ملکیت او در آمده ناشی از رضایت باشد موجب از بین رفتن خیار مجلس است و موضوع از مصادیق بارز مندرجات ماده ۴۵۰ قانون مدنی است. در واقع متصرف با فعل خود خیار مجلس را اسقاط می‌کند. تصرف بایع در این مورد اعم از تصرف مادی و یا حقوقی است به شرطی که با علم به خیار یعنی از روی علم اقدام به تصرف نماید.

#### ۶-۳- تصرف خریدار نسبت به ثمن

با توجه به اینکه هنوز ثمن تحویل و تسلیم فروشنده نشده و خریدار به جای اعمال خیار مجلس به طور صریح اقدام به تصرف مادی و حقوقی نماید. چون این موضوع مشابه حالتی است که بایع نسبت به مبیع تصرف کرده باشد همان حکم را خواهد داشت بنابراین از تکرار آن در اینجا خودداری می‌شود.

#### ۶-۴- تصرف خریدار نسبت به مبیع

تصرف خریدار نسبت به مبیع مانند تصرف بایع نسبت به ثمن است بنظر می‌رسد که هر دو حکم واحدی دارند. در اینجا مجدداً یادآوری می‌گردد که به عبارت دیگر و از طرفی اگر تصرف از ناحیه بایع نسبت به مبیع باشد چنین تصرفی به معنی فسخ عقد است و بیع از بین می‌رود و اگر تصرف نسبت به مبیع از طرف مشتری باشد در واقع نوعی التزام به بیع است و خیار مشتری ساقط می‌شود اما خیار بایع باقی خواهد بود. اگر هر دو باهم در مبیع و ثمن تصرف نمایند یعنی بایع در مبیع و مشتری در ثمن تصرف نماید موجب باطل شدن معامله می‌گردد (بحرانی، بی تا: ۹/۱۹). در هر صورت چنین تصرفاتی بر اساس عرف باید تفسیر شود.



## ۷- نتیجه

همان طور که ملاحظه شد تصرف مانند افتراق موجب التزام متصرف نسبت به عقد بیع گردیده و خیار مجلس وی ساقط می‌گردد. با فرض بر اینکه خیار به خود عقد بیع تعلق می‌گیرد نه عوضین باید گفت که اگر عوضین تلف شود موجب از بین رفتن خیار مجلس نمی‌گردد. از طرفی دیگر. اگر تصرفات بایع در مبیع که متعلق به مشتری بوده از نوع تصرف مادی و عینی باشد و موجب تغییر و یا تبدیل و یا تلف مبیع گردد این امر ممکن است به نوعی کاشف از اعمال خیار مجلس خواهد بود. چونکه اسقاط خیار یا قولی است و یا کتبی و یا فعلی است. در واقع امر بایع با فعل خود خیار مجلس را اعمال کرده و موجب فسخ معامله گردیده است. این نظریه به ویژه در هنگامی که بایع عالمانه یعنی با علم به وجود خیار مجلس و عامدانه اقدام به تصرف مبیع می‌نماید کاملاً مشهود و قابل درک است. اما اگر تصرف به این معنی که ممکن است بایع بعد از عقد بیع با اینکه مبیع را به خریدار فروخته و انتقال داده باشد و نسبت به عین مبیع و یا منافع آن و حقوق مالی آن تصرفاتی نماید که با حقوقی مالک آن یعنی مشتری معارض باشد مانند اینکه آن را بفروشد و یا اجاره و به رهن گذارد وضعیت متفاوت خواهد بود. تصرفاتی مانند

فروختن و اجاره دادن و یا حتی سوار شدن بر مرکب دلیل بر فسخ محسوب نمی‌گردد و در واقع این استدلال مبتنی بر اصطلاح احداث الدر احادیث است که فقط شامل تصرفات مادی از جمله صحافی کتاب و دوختن پارچه و امثال آن می‌گردد. مبنای چنین نظریه‌ای ظاهراً بر این اساس است که خیار به عقد تعلق دارد نه به عوضین بنابراین اگر مبیع انتقال داده شود خیار مجلس به حال خود باقی است.



## References

- Ansari, Morteza (2008), Makasab, Volume 3 of the World Congress of Commemoration of Sheikh Azam, Qom.
- Makasab, Volume 5, (1900), World Congress of Commemoration of Sheikh Azam, Qom.
- Imam Khomeini, Ruhollah al-Mousavi (1999), Kitab al-Bay, vol. 4, Najaf al-Ashraf, Al-Adab Press.
- Imam Khomeini, Ruhollah al-Mousavi (1991) Tahrir al-Wasilah, Volume 1, Dar al-Alam Institute, Qom.
- Bahrani, Youssef, (1800), al-Hadaiq al-Nadrah fi Haqam al-Utrah al-Tahira, volume 9, Qom Madrasin Society, Qom.
- Bukhari, Muhammad bin Ismail (2000), Sahih Bukhari, volume 3, Dar Taq al-Najah, Damascus.
- Haeri, Seyyed Ali (1997), Riyad al-Masal, volume 8, Al-Al-Bait Institute, Qom.
- Hajjaj, Muslim, (2000) Sahih Muslim, Volume 3, Darahiya al-Truth al-Arabi, Beirut.
- Halabi, Ibn Zahra, (1996) Ghaniyeh al-Nuzou, Imam Sadiq Institute, Qom.
- Hali, Muhammad bin Hassan, Fakhr al-Haqqueen (2017), Eyzah al-Fawadee fi Sharh al-Mashiklat al-Qasas Volume 1, Ismailian Press Institute, Qom.
- Khoei, Sidabul al-Qasim (1996), Misbah al-Faqahah, 7 volumes, Dar al-Hadi, Beirut.
- Sobhani, Jafar (2002) Al-Mukhtar Fi Haqam al-Khiyar, Al-Maqrez al-Alami for Islamic Studies, Qom.
- Shahid Sani, Zain al-Din (1989), al-Rawzah al-Bahiyah fi al-Sharh al-Ma'ah, volume 3, Davari bookstore, Qom.
- Rashti, Mirza Habibullah (1983) Fiqh al-Umamiyyah, Qasm al-Khyarat, Davari bookstore, Qom.
- Rouhani, Mohammad Sadegh, Minhaj al-Faqahah, Sepehr Press, 219/5, 1418.
- Ameli, Sheikh Har (2015) Al-Wasail to the study of Sharia issues, Volume 12, Tehran, Volume 12. Al-Maktaba al-Islamiya.
- Omid, Hassan, (2019) Farhang Omid, Amirkabir Publications, Tehran.
- Jafari Langroudi, Jafar, (2013) Culture of Elements, Ganj Danesh, Tehran.
- Kilini, Abu Jaafar, (1983) al-Kafi, volume 5/, Darul-e-Kitab al-Islami, Qom.



Katouzian, Nasser (2004) Civil Law, Lessons from Certain Contracts, Volume 1.

Mullah Ahmad Naraghi, Mohammad Mahdi (2004), Anis al-Tajjar, Islamic Propaganda Office Publications, Qom.

Tousi, Abu Jaafar (1986), Creative Volume 3, Islamic Publication Office of Jamia Modaresin, Qom.

Najafi, Mohammad Hassan (1983) Jawaharlal Kalam, volume 11, Darah Hayatarat al-Arabi, Beirut.

Qomi, Seyyed Sadiq Hosseini Rouhani (1991), Fiqh al-Sadiq (AS), Imam Sadiq School (AS), 25/17.

Ali Akbar Izadifard, Hossein Kaviar, and Ali Hasanjani, Khayar Majlis ,(2013), electronic transactions, Justice Law Journal, No. 18, p. 75.