

## نقش «تصرف» در عقد متزلزل

### به موجب خیار مجلس

(نقدی بر مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م.)\*

- مهدی معظمی گودرزی<sup>۱</sup>
- احمد دیلمی<sup>۲</sup>

#### چکیده

یکی از مباحث مهم در خیارات، چگونگی سقوط خیار است. سؤال اصلی در این پژوهش از نقش تصرف در عقد متزلزل به موجب خیار مجلس است، که با روش توصیفی تحلیلی به آن پاسخ داده شده است. براساس یافته‌های این تحقیق: اولاً ملاک تحقق مصادیق تصرف عرف است؛ ثانیاً تصرف به عنوان مسقط خیار مجلس امری پذیرفته شده است؛ ثالثاً برای تحقق تصرف نیازی به احراز رضایت به بیع و اسقاط خیار نیست. به عبارت دیگر، تصرف موضوعیت دارد نه طریقت؛ رابعاً قدر متیقن این حکم، سقوط خیار مجلس با تصرف مشتری در مبیع است. اما نسبت به تعمیم حکم آن به تصرف فروشنده در ثمن (مصادق ماده ۴۵۰ ق.م.) و تصرف فروشنده در مبیع و تصرف مشتری در ثمن

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۱۸.

۱. استادیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آیه‌الله بروجردی، بروجرد، ایران (نویسنده مسئول)  
(m.moazamigoudarzi@abru.ac.ir)

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران (a-deylami@qom.ac.ir)

(مصدق ماده ۴۵۱ ق.م) و سایر خیارات، دیدگاه‌های فقهی مختلفی وجود دارد. این در حالی است که قانون مدنی، مسقط بودن تصرف نسبت به همه خیارات را در مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م. پذیرفته است. تعمیم این حکم به همه خیارات در مواد مذکور، مورد انتقاد به نظر می‌رسد.

**واژگان کلیدی:** تصرف، خیار مجلس، عقد متزلزل، لزوم عقد، فسخ عقد.

### مقدمه

در ماده ۱۸۴ ق.م. آمده است: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق»، و در ادامه به تعریف هر کدام از این اقسام پرداخته شده است. یکی از این اقسام عقد خیاری است. طبق ماده ۱۸۸ ق.م.: «عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا ثالثی اختیار فسخ باشد». به عبارت دیگر، با ایجاد خیار، عقد لازم متزلزل می‌شود. اما شارع مواردی را برای از بین بردن تزلزل در عقد پیش‌بینی کرده است که با عنوان مسقطات خیارات معروف‌اند. یکی از این مسقطات تصرف است. در ماده ۴۵۰ ق.م. آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، امضای فعلی است؛ مثل آنکه مشتری که خیار دارد، با علم به خیار مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد» و در ماده ۴۵۱ ق.م. مقرر شده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی است».

در این دو ماده قانون مدنی، دو قاعده و کبرای کلی نسبت به همه خیارات مفروض و مقبول دانسته شده است: کبرای اول: تصرف در همه خیارات مسقط خیار است؛ کبرای دوم: هر تصرفی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، مسقط است.

بررسی‌های فقهی نشان می‌دهد که: اولاً فقها مسقط بودن تصرف را در همه خیارات قبول ندارند؛ ثانیاً این پرسش برای آنها مطرح بوده است که آیا هر تصرفی مسقط است یا تصرفی که کاشف از رضایت باشد؟ و آیا رضایت نوعی است یا شخصی؟ و ثالثاً هر خیاری فروعاتی دارد که بفرض قبول آن دو قضیه، در همه فروعات قابل جریان نیست. از این رو، سؤال اصلی نوشتار حاضر این است که نقش تصرف در عقود خیاری در زمان خیار مجلس چگونه می‌باشد؟ و سؤالات فرعی این است که: اولاً چه نوع تصرفی مسقط است؟ و ثانیاً قلمرو مسقطیت تصرف چگونه است؟ و ثالثاً موارد نقص قانون مدنی

در این رابطه چه می‌باشد؟

این نوشتار به روش توصیفی - تحلیلی در قالب سه قسمت تبیین شده است: اولاً آیا تصرف مسقط خیار مجلس هست؟ ثانیاً کدام تصرف باعث سقوط خیار مجلس می‌گردد؟ ثالثاً آیا در فروع مختلف خیار مجلس، مسقطیت جریان دارد؟<sup>۱</sup> اصل تصرف، چه در فقه و چه در قانون مدنی، به‌عنوان یک مسقط پذیرفته شده است. اما اینکه کدام تصرف مسقط است و قلمرو آن چه مقدار است، بین فقه و قانون مدنی اختلاف وجود دارد. قانون مدنی احکام مذکور را به‌طور ناقص بیان داشته است. در مقالات و کتب فارسی راجع به اسقاط خیارات و به‌خصوص تصرف پرداخته نشده است<sup>۲</sup> و این بحث به‌طور خاص در تک‌تک خیارات مطرح نشده است. بنابراین جنبه نوآوری این تحقیق از این قرار است: اولاً یک بحث مستقل برای خیارات نسبت به مسقطیت تصرف در ضمن خیار مجلس ارائه شده است؛ ثانیاً تمام ضوابط و فروعاتی را که یک خیار می‌تواند در این زمینه داشته باشد، آورده است؛ ثالثاً مقرر قانون مدنی در این زمینه را مورد انتقاد قرار داده و پیشنهادات اصلاح آن را ارائه داده است.

## ۱. تعاریف

قبل از ورود به بحث اصلی لازم است تعریفی از خیار مجلس و تصرف ارائه گردد.

### ۱-۱. تعریف خیار مجلس

«خیار» به‌لحاظ لغوی، اسم مصدر از کلمه «الاختیار» می‌باشد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۲۵) و کلمه «المجلس» هم به‌لحاظ لغوی، اسم مکان ثلاثی مجرد از ماده «جَلَسَ يَجْلِسُ» می‌باشد که در اینجا کلمه «خیار» اضافه به «المجلس» شده و اضافه آن از نوع اضافه بیانیه است.

مجلس به معنای محل جلوس می‌باشد. اما موضع جلوس در تحقق خیار شرط نیست؛ بلکه شرط در این خیار عدم جدایی بدن‌ها می‌باشد (همان). پس تعبیر به مجلس

۱. قبل از ورود به اصل بحث، لازم است مفهوم خیار مجلس و تصرف مورد بررسی قرار گیرد.

۲. در مقالات علمی و پژوهشی فقط مقاله عطاءالله بیگدلی وجود دارد که به اسقاط خیارات به‌طور کلی پرداخته است.

بنابر گفته صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۳۹: ۴/۲۴) و دیگران به معنای «عدم التفرق» می‌باشد. مجلس به این معنا، یا حقیقت عرفیه یا در برخی افراد مجاز است (همان). بنابراین تحقق عقد در مکان خاص برای تحقق خیار مجلس شرط نیست، بلکه مراد مطلق مکان است و آنچه در معنای مکان می‌باشد (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۹۴/۳). بنابراین مثلاً زمانی که متعاقدین در حال راه رفتن هستند یا یکی از آن‌ها در حال دویدن و فرار کردن و دیگری به دنبال وی باشد، خیار مجلس تحقق پیدا می‌کند (موسوی خویی، ۱۴۲۸: ۴۹/۳۸). از این رو، اشکال کلام شیخ انصاری در اختصاص دادن خیار مجلس به مکانی خاص (انصاری، ۱۴۲۸: ۲۷/۵) روشن شد (موسوی خویی، ۱۴۲۸: ۴۹/۳۸). پس خیار مجلس عبارت است از اینکه «هریک از متعاقدین حق فسخ عقد دارند تا زمانی که بدن‌های آن‌ها از هم جدا شوند» (طوسی، ۱۴۰۷: ب: ۹/۳).

## ۲-۱. تعریف تصرف

برای ماده «صرف» و مشتقات آن در نزد اهل لغت، معانی متعددی ذکر شده است. اما به نظر می‌رسد همه معانی یا غالب معانی ماده «صرف» به یک چیز برمی‌گردد: «برگشت دادن شیء از صورت اصلی خودش». چنان‌که برخی نوشته‌اند:

«صرف که از صاد و راء و فاء است، عمده‌ترین معنای آن دلالت بر رجوع شیء است» (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۳۴۲/۳).

برخی دیگر گفته‌اند: «برگرداندن شیء از صورتش» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۸۹/۹)؛ مثلاً خداوند متعال می‌فرماید: ﴿ثُمَّ أَنْصَرَفُوا﴾؛ یعنی از مکانی که آن‌ها استماع می‌کردند، برگشتند. ماده «الصرف» به این معنا که فعل دوم به معنای فعل اول برمی‌گردد و همچنین «الصرف» به معنای برگرداندن چیز به وجهی که قصد مصرف آن را دارد، و یا «صَرَفَ الشَّيْءَ»، یعنی شیء را در غیر صورتش به کار گرفت، مثل اینکه آن را از وجهی به وجه دیگری تبدیل کرد (همان). بنابراین صرف به معنای برگشتن شیء از صورت اصلی‌اش است، و تصرف هم که از این ماده گرفته شده است، به این معناست که شیء در وجه اولیه‌اش باقی نماند. البته این معنا، مستلزم تغییر و تبدل در آن شیء نیست.

تصرف در معنای اصطلاحی‌اش در فقه در باب خیارات، از معنای لغوی‌اش دور نیست. تصرف در اینجا به این معناست که به‌عنوان مثال، مشتری مبیع را از بایع قبض کرده، عملی را در آن انجام می‌دهد که از حالت اولیه‌اش خارج می‌گردد. مراد از این تصرف و برگشت آن کالا از حالت اولیه‌اش، تغییر و تبدل به‌تنهایی نیست، بلکه مراد این است که حالت اولیه مبیع، استفاده بایع از مبیع بوده، با استفاده مشتری از آن، از حالت اولیه‌اش خارج شده است.

## ۲. اثر تصرف بر خیار مجلس

فقه‌ها مواردی را برای اسقاط خیار مجلس برشمرده‌اند. این موارد عبارت‌اند از: اشتراط سقوط خیار مجلس در ضمن عقد، اسقاط آن بعد از عقد که تخایر نامیده می‌شود (نجفی، ۱۴۳۹: ۲۳/۲۴) و تفرق (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۲-۲۱/۱۱). در قبول یا عدم قبولِ همهٔ این‌ها و نحوه تحقق هر یک، آراء و عقاید مختلفی بین فقها وجود دارد که در جای خودش بررسی شده است. اما در مورد بحث ما یعنی مسقط یا عدم مسقط بودن تصرف در خیار مجلس، بین فقها دو رویکرد وجود دارد:

### ۱-۲. دلایل مخالفان مسقط بودن تصرف

ظاهر عبارت گروهی از فقها این است که تصرف به‌عنوان یکی از مسقطات خیار مجلس محسوب نمی‌شود. شیخ طوسی در کتاب مبسوط می‌نویسد:  
«خیار مجلس به یکی از این دو امر منقطع می‌شود: تفرق و تخایر» (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۳/۲).

وی همچنین در جایی از کتاب خلاف، از دو امر برای اسقاط خیار مجلس استفاده کرده، اما نامی از مسقط بودن تصرف برای خیار مجلس نبرده است (همو، ۱۴۰۷: ۹-۸/۳). حتی وی در کتاب *النهایه* تنها به مسقط بودن تفرق اشاره می‌کند (همو، ۱۴۰۰: ۳۸۵). این نوع بیان در کلام برخی فقها نیز یافت می‌شود (مفید، ۱۴۱۳: ۵۹۱: سَلارِ دِلمی، ۱۴۰۴: ۱۷۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۶۸/۳).

ظاهر برخی عبارت فقها نیز مؤید موضع شیخ طوسی است؛ مثل سکوت شهید اول

در *لمعه* (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷: ۵۸۰/۴ - ۵۸۱)، و *غایة المراد* (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۹۵/۲). برخی دیگر از فقها با اینکه به طور مفصل وارد بحث در مسقطات خیار مجلس شده‌اند، اما نامی از تصرف به عنوان مسقط خیار مجلس نبرده‌اند (ر.ک: ابن‌ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۲۴۶/۲؛ ابن‌زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۷؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲۸۶/۱؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳ الف: ۳۷۴/۱).

همه این فقها برای مسقط نبودن تصرف برای خیار مجلس، هیچ‌گونه دلیلی ارائه نداده و فقط به ذکر عنوان مسقطات دیگر اکتفا کرده‌اند و برخی دیگر به توضیح مختصری بدون بیان ادله بسنده کرده‌اند. شاید بتوان از کلامی که شهیدی در باب بیع شرط آورده، به عنوان تنقیح مناط در خیار مجلس استفاده کرد. وی از جمله فقهایی است که تنها تصرف را در خیار حیوان مسقط خیار می‌داند؛ چراکه روایات مذکور در باب خیار حیوان را منحصر در آن می‌داند و قائل به تسری تعلیلات مذکور در این روایات به سایر خیارات نیست. لذا در باب بیع شرط نیز می‌نویسد:

«اقوی عدم سقوط خیار شرط به وسیله تصرف است؛ به خاطر اصل<sup>۱</sup> و اینکه دلیلی بر سقوط خیار به وسیله تصرف وجود ندارد؛ به خاطر منع اطلاقی که فقها برای غیر خیار حیوان قائل شده‌اند...» (شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷: ۱۷۷/۴).

وجه ضعف کلام ایشان در بررسی ادله دیدگاه دوم روشن می‌شود.

## ۲-۲. دلایل موافقان مسقط بودن تصرف

این دیدگاه به مشهور فقها نسبت داده شده است. اگرچه برخی فقها قبل از علامه حلّی مسقط بودن تصرف را به طور ضمنی آورده‌اند (ابوصلاح حلبی، ۱۴۱۳: ۳۵۳)، اما شاید بتوان گفت اولین فقیهی که به صراحت از تصرف به عنوان مسقط خیار مجلس نام برده، علامه حلّی در کتب *تذکره* (علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۲۰/۱۱ - ۲۱) و *قواعد* (همو، ۱۴۱۳ ب: ۶۵/۲) می‌باشد و فقه‌های دیگر بدون هیچ‌گونه خدشه‌ای این قول را پذیرفته‌اند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۸۳/۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۹۷/۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۴۶۲/۲؛ انصاری، ۱۴۲۸: ۸۱/۵؛ موسوی خوبی، ۱۴۲۸: ۱۴۲/۳۸).

۱. منظور از اصلی که در عبارت آورده، اصل استصحاب است؛ چراکه ما قبل از تحقق تصرف، یقین بر وجود خیار از طریق شرط داریم و با آمدن تصرف شک می‌کنیم که آیا خیار مذکور باقی است یا نه؛ استصحاب بقاء خیار را جاری می‌کنیم.

موضع قانون مدنی ایران در مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ هم طبق قول مشهور است. قانون مدنی به خلاف کتب فقهی که مسقطات خیارات را در ذیل هر خیار به طور مجزا بحث کرده است، مسقطات همه خیارات را به طور مشترک در مواد مربوط به «احکام خیارات به طور کلی» بحث کرده است. در این احکام، مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ را به بحث تصرف در کلیه خیارات اختصاص داده است و تصرف را به طور کلی مسقط خیارات از جمله خیار مجلس می‌داند. در ماده ۴۵۰ آمده است:

«تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، امضای فعلی است؛ مثل آنکه مشتری که خیار دارد، با علم به خیار مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد».

و در ماده ۴۵۱ آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی است».

پس قانون مدنی تصرف را به خلاف عده‌ای از فقها، به عنوان مسقط خیارات پذیرفته است. نسبت به تفسیر این ۲ ماده، سه موضع در بین حقوق دانان به شرح زیر وجود دارد: گروه اول: برخی حقوق دانان چه به صورت صریح (امامی، ۱۳۹۳: ۶۱۹/۱) و چه به صورت ضمنی (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۳۹)، تصرف را در هر نوع خیاری از جمله خیار مجلس به عنوان مسقط حق فسخ عقد پذیرفته‌اند. سیدحسن امامی به صورت صریح اسقاط تصرف را در ذیل این ماده می‌نویسد:

«تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، طبق ماده ۴۵۱ ق.م. فسخ فعلی است» (امامی، ۱۳۹۳: ۶۱۹/۱).

کاتوزیان راجع به موضوع می‌نویسد:

«در خیارهای قانونی، چون وجود خیار مانع از انتقال نیست، مالک جدید حق تصرف در ملک خود را دارد؛ مگر اینکه در قرارداد شرط خلاف شده باشد».

وی در ادامه می‌نویسد:

«گروهی وجود حق تملک عین را عامل محدودکننده مالکیت می‌بینند و مالک را از تصرفی که با اجرای خیار منافات دارد، منع می‌کنند؛ خواه تصرف موضوع اجرای خیار را تلف کند یا به دیگری انتقال دهد یا در معرض تلف و انتقال قرار دهد» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۳۹).

با این عبارت، وی به صورت ضمنی مسقط بودن خیار از طریق تصرف را پذیرفته است؛ چراکه در ذیل ماده ۴۵۱ ق.م. نسبت به اینکه تصرف باعث فسخ می شود نیز نوشته است: «اگر کسی خانه خود را صلح خیاری کند و در مدت خیار آن را بفروشد، این اقدام حاکی از فسخ عملی و منطبق با مواد ۴۴۹ و ۴۵۱ است» (همو، ۱۳۸۷: ۳۳۲).

**گروه دوم:** برخی دیگر مانند محقق اردبیلی با اینکه در ابتدا موضع فوق را قبول کرده اند، ولی در نهایت در این باره توقف کرده اند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۲۳۰-۲۳۱). این موضع از ظاهر عبارات بروجردی عبده نیز برداشت می شود. وی بعد از اینکه در ابتدای کلامش تصرف را به عنوان مسقط خیار می داند، می نویسد:

«تصرف مشتری در مبیع، التزام به بیع بوده و به این سبب خیارش باطل، یا تصرف بایع در ثمن خیار باطل است» (همان: ۲۳۰).

یا نسبت به ابطال بیع از جانب بایع به وسیله تصرف در مبیع یا ابطال بیع از جانب مشتری در ثمن می نویسد:

«تصرف بایع در مبیع، فسخ عقد محسوب است و به سبب آن بیع باطل است و اگر مشتری تصرف در ثمن کند نیز فسخ عقد محسوب می شود و به سبب آن بیع باطل می شود» (همان).

و در ادامه می نویسد: «تصرف مسقط خیار، اعم است از ناقل و غیرناقل...». اما وی در ادامه در مورد مفهوم و قلمرو تصرف مسقط خیار می نویسد:

«اکثر عبارات فقها مشتمل بر تصرف مطلق است و اردبیلی در این باب مناقشه کرده و می گوید تصرف مسقط خیار که در لسان فقها مذکور گردیده، مجمل و مراد از آن ظاهر نیست که آیا اختصاص به تصرف مُخرج از ملک دارد یا شامل هرگونه تصرفی است و از طرفی هم دلیل آن واضح نیست و مجرد تصرف در بیع از طرف بایع، دلالتی بر فسخ ندارد؛ زیرا ممکن است تصرفاتش از روی سهو و یا به فرض دیگری اعم از مشروع یا نامشروع صورت گرفته باشد و با این احتمال، تصرف کاشف از فسخ نیست؛ مگر اینکه قرینه‌ای بر آن دلالت کند. بالجمله شقوق مسئله خالی از اشکال نیست؛ خصوصاً در جایی که تصرف ناقل در بیع از طرف مشتری بوده و خیار برای بایع باشد، همان طور که در مسالک بعد از آنکه فرقی بین ناقل ملک و غیر آن نگذارده، این فرض را مورد اشکال قرار داده شده است» (همان: ۲۳۱).



گروه سوم: یا در این باره سخنی در کتب آنان نیست<sup>۱</sup> یا با اینکه ماده مذکور را بیان داشته‌اند، رد شده و کلامی بیان نکرده‌اند (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۷: ۴۱۳).

در هر صورت به نظر می‌رسد مشهور حقوق‌دانان نیز قول مشهور فقها را راجع به این موضوع پذیرفته‌اند؛ چرا که قانون مدنی به صراحت تأثیر تصرف را چه به عنوان مسقط خیار یا فسخ عقد پذیرفته است.

حال سؤال این است که کدام یک از این دو قول به صواب نزدیک‌تر یا به عبارتی قول حق می‌باشد؟ به نظر می‌رسد قول دوم به واقع نزدیک‌تر باشد؛ زیرا این گروه از فقها به خلاف قول اول برای گفته خودشان به ادله‌ای استناد کرده‌اند، که عبارت‌اند از:

۱- اجماع فقهای امامیه به این تعلق گرفته که تصرف یکی از مسقطات خیار مجلس است. جالب آنکه اولین کسی که این اجماع را ادعا کرده است، شیخ طوسی در کتاب *خلاف می‌باشد*. همان طوری که گذشت، وی در هنگام بیان مسقطات خیار مجلس، نامی از تصرف نمی‌برد، اما در مسئله سی و یکم این کتاب که درباره وطی کنیز توسط مشتری در مدت خیار است، برخلاف برخی فقهای اهل سنت، قائل به این است که مشتری گناه نکرده و فرزند متولد شده در این رابطه به او تعلق گرفته و عقد از جانب مشتری لازم می‌شود. وی دلیل خود را چنین بیان می‌کند:

«دلیل ما اجماع فرقه است بر اینکه مشتری زمانی که در مبیع تصرف می‌کند، خیارش باطل می‌شود...» (طوسی، ۱۴۰۷: ب/۲۴/۳).

برخی دیگر از فقها نیز به اجماع تصریح کرده‌اند (نجفی، ۱۴۳۹: ۲۹/۲۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۴).

این اجماع از طریق بیاناتی که از فقها در قول اول بیان شد، قابل نقض نیست؛ چرا که:

اولاً شاید سکوت آن‌ها به خاطر روشن بودن این مورد است؛ همان طوری که محقق اردبیلی در *مجمع الفائده* در مورد اینکه چرا علامه حلی نامی از تصرف در کتاب *ارشاد الادهان* نمی‌برد، می‌گوید: به این خاطر که مسئله روشن است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۸۸/۸).

۱. مثل مهدی شهیدی که در مجموعه کتبی که راجع به حقوق مدنی نوشته است، بحثی را به خیارات اختصاص نداده و حتی در کتاب *سقوط تعهدات*، اشاره‌ای به این مباحث ندارد.

همان‌طور که ملاحظه شد، شیخ طوسی در مقام تبیین مسقطات، نامی از تصرف نمی‌برد؛ اما در تبیین یکی از مصادیق تصرف، علت سقوط خیار را تصرف می‌داند. دقیقاً همین شیوه نیز در کلام ابن‌ادریس وجود دارد (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲/۲۴۷)؛ لذا گفتیم که در موضعی از عبارت ایشان، این کلام برداشت می‌شود.

ثانیاً شاید به‌خاطر قصور در عبارت باشد؛ چراکه قاصر و مقتصر به‌عنوان مخالفان در حکم محسوب نمی‌شوند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۵۴). علت این قصور را محقق تستری در کتاب *مقابیس الانوار* این‌طور نوشته است:

«این قصر و اقتصار می‌تواند به‌خاطر اختصار و اعتماد بر وضوح و اشتها یا موافقت با آنچه که در اخبار بر آن تصریح شده، باشد» (تستری، بی‌تا: ۲۴۳).

شاهد ما بر این امر، کلام شهید اول می‌باشد که در کتاب *دروس*، تصرف را به‌صراحت به‌عنوان یکی از مسقطات می‌داند (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳/۲۶۶)؛ اما در دو کتاب *لمعه* (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷: ۴/۵۸۰-۵۸۱) و *غایة المراد* (همو، ۱۴۱۴: ۲/۹۵) در این‌باره سکوت کرده است.

۲- برخی فقها مثل شیخ طوسی و قاضی ابن‌برّاج، بنابر نقل صاحب *مفتاح الکرامه* (طوسی، ۱۴۰۷: ۳/۲۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۵۴)، ادعای وجود اخباری را در این زمینه دارند. مراد از وجود اخبار، دو چیز می‌تواند باشد:

یا مراد از اخبار، اخبار در کتب حدیثی شیخ طوسی یعنی *تهذیب و استبصار* و حتی دو کتاب کلینی و شیخ صدوق است، که چنین روایاتی در کتب به‌طور خصوص در این موضوع به اعتراف صاحب *جوهر* (نجفی، ۱۴۳۹: ۲۴/۲۹) وجود ندارد، و یا مراد تعلیل در روایات فصیل و ابن‌رئاب در باب خیار حیوان می‌باشد که در ذیل بررسی آن‌ها می‌آید. یا مراد از اخبار، اخباری است که در غیر کتب حدیثی مذکور هست، هرچند به دست ما نرسیده است. اما به‌خاطر اینکه فرقی بین نقل روایات و حکایت روایات از جانب شیخ طوسی برای ما نیست (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۵۴)، لذا می‌توانیم به‌عنوان استناد از آن استفاده کنیم.

۳- این حکم را می‌توان از تعلیلات در دو روایتی که در باب خیار حیوان آمده است، استنباط کرد. اولی صحیح‌ه ابن‌رئاب از امام صادق علیه‌السلام است که می‌فرماید:

«... فَإِنْ أَحْدَثَ الْمُشْتَرِي فِيمَا اشْتَرَى حَدَثًا قَبْلَ الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ فَذَلِكَ رِضَى مِنْهُ فَلَا شَرْطَ قَبْلِ لَهْ: وَمَا أَحْدَثُ؟ قَالَ: أَنْ لَامَسَ أَوْ قَبَّلَ أَوْ نَظَرَ مِنْهَا إِلَى مَا كَانَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ قَبْلَ الشَّرَاءِ» (کلینی، ۱۴۲۹: ۷۰/۱۰-۷۱)؛ ... اگر مشتری حدثی در آنچه خریده است، قبل از سه روز ایجاد کند، این امر رضایت از جانب مشتری است؛ پس خیار بر علیه او ندارد. از امام علیه السلام پرسیده شد که حدث چیست؟ فرمود: آن کنیز را لمس کند یا ببوسد یا نظری به او کند که آن نظر قبل از خریدن بر او حرام بوده است.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این روایت مربوط به خیار حیوان است؛ اما شیخ انصاری از دو عبارت این روایت، حکم تصرف را نه تنها در خیار مجلس بلکه بقیه خیارات نیز تسری می‌دهد. استدلال شیخ را از طریق تقریر سید خویی بیان می‌داریم. آن دو وجه عبارت‌اند از:

وجه اول: قول امام علیه السلام: «فذلك رضی منه» تعلیل برای سقوط خیار می‌باشد؛ مثل اینکه جزا در روایت محذوف است و بعد از حذف جزا، علت جانشین جزا شده است. بنابراین گویا روایت چنین است: «إِذَا أَحْدَثَ الْمُشْتَرِي فِيمَا اشْتَرَى حَدَثًا قَبْلَ الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ فَيَسْقُطُ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ رَضِيَ مِنْهُ بِالْبَيْعِ» و از عموم این تعلیل استفاده می‌شود که سقوط خیار، معلول رضایت به معامله است. پس این تعلیل در بحث ما نیز جاری می‌شود.

وجه دوم: قول امام علیه السلام: «فلا شرط» است که موجب نفی مطلق شرط و خیار بعد از احداث حدث در مبیع می‌باشد که خصوصیت خیار حیوان یا مجلس یا غیر این دو را در نظر نگرفته است (موسوی خویی، ۱۴۲۸: ۳۸/۱۴۳).

شیخ انصاری در پایان امر دوم گفته است: «فتأمل» (انصاری، ۱۴۲۸: ۵/۸۲) که حکایت از قبول نداشتن مطلب مورد بحث، از امر دوم دارد. علت وجه تأمل شیخ را سید خویی چنین بیان می‌کند:

«وجه در امر به تأمل شیخ در اینجا ظاهر است و آن اینکه امام علیه السلام فقط در صدد نفی آن چیزی است که در ابتدا اثبات کرده بود و آن خیار حیوان در مدت سه روز می‌باشد؛ نه در مقام نفی مطلق خیار» (موسوی خویی، ۱۴۲۸: ۳۸/۱۴۳).

به‌خاطر هم گفته که تعلیل مورد قبولی است، عمده در استدلال به روایت همان

وجه اول می‌باشد.

به نظر می‌رسد ما از طریق وجه اول هم نمی‌توانیم مسقط بودن نفس تصرف را برای سقوط خیار مجلس به اثبات برسانیم؛ زیرا نهایت آنچه که ما می‌توانیم از روایت استفاده کنیم، این است که تصرف کاشف از رضا موجب سقوط خیار می‌باشد. پس زمانی که عملی را به قصد اسقاط خیار و رضایت به بیع به حسب بقاء انجام بدهد، در اینجا تصرف مسقط خیار به مقتضای تعلیل امام علیه السلام است. اما زمانی که فرض کنیم تصرفی بدون قصد اسقاط خیار و توجه به خیار صورت بگیرد، مسقط خیار نمی‌باشد. لذا صاحب جواهر عمده دلیل را نسبت به مسقط بودن حق خیار از طریق تصرف، اجماع می‌داند (نجفی، ۱۴۳۹: ۳۰/۲۴). البته در صحت یا عدم صحت این اشکال در ذیل صحبت خواهیم کرد.

دومی صحیح فضیل می‌باشد. فضیل می‌گوید: به امام علیه السلام گفتم: شرط در غیر حیوان چیست؟ امام علیه السلام فرمود: فروشنده و خریدار خیار دارند تا زمانی که از هم جدا نشوند. پس زمانی که از هم جدا شدند، خیاری بعد از رضایت از جانب آن دو نیست.

عبارت «فلا خیار بعد الرضا منهما»، تعلیل در روایت مزبور بوده و بحث و اشکال در این روایت دقیقاً مثل وجه اول روایت علی بن رئاب می‌باشد (کلینی، ۱۴۲۹: ۷۴/۱۰).

۴- تخصیص فقها خیار غبن را به بقائش و عدم سقوط آن از طریق تصرف، بر این امر تنبیه می‌دهد که غیر خیار غبن از سایر خیارات، از طریق تصرف ساقط می‌شوند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۵۵/۱۴). همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این وجه به نوعی مؤید اجماع در فوق می‌باشد.

با این ادله ثابت شد که تصرف، یکی از مسقطات خیار مجلس می‌باشد. به عبارت دیگر، کبرای قیاسمان را که از نوع قیاس اقترانی حملی است، ثابت کردیم. قیاس به این صورت است: این تصرف است (صغری)؛ تصرف مسقط خیار است (کبری)؛ پس این مسقط خیار است.

حال در ذیل، دامنه مسقط بودن این تصرف و قیودات آن یا به عبارت دیگر، مصادیق صغرای قیاس مذکور را می‌خواهیم تبیین کنیم.

### ۳. شروط مسقط بودن تصرف

بحث مزبور در اینجا این است که آیا تصرف بما هو هو، مسقط خیار مجلس می‌باشد؛ بدین صورت که خودش موضوعیت دارد یعنی به محض تحقق تصرف، چه از روی علم به حکم و چه از روی جهل به حکم و چه به قصد اسقاط و چه غفلتاً و چه از روی نسیان و فراموشی. پس مهم در این صورت، صرف تحقق تصرف است یا اینکه برای مسقط بودنش احتیاج به این دارد که اگر تصرف را از روی این قصد که کاشف از اسقاط خیار و رضایت به بیع به حسب بقاء دارد، مسقط خیار مجلس می‌باشد. پس طبق این مبنا، اگر عمل تصرف از روی جهل یا غفلتاً یا نسیاناً تحقق پیدا کند، چون که هیچ کدام کاشف از رضایت نیستند، پس مسقط خیار مجلس نمی‌باشند. پس با این بیان، تصرف طریقت دارد و بنفسه باعث سقوط خیار مجلس نیست.

آنچه ما از تتبع در کتب فقها در این باره به دست آوردیم، این است که فقها نسبت به این مهم، سه موضع یا سه رویکرد دارند:

#### ۳-۱. دیدگاه‌های فقها در شرط تصرف مسقط

دیدگاه اول: برخی فقها تصرف را به طور مطلق مسقط خیار مجلس می‌دانند؛ یعنی صرف تصرف موضوعیت دارد و مسقط خیار مجلس است. علامه در تذکره در این رابطه می‌نویسد:

«تصرف اگر از مشتری باشد، خیار او در رد مبیع ساقط می‌شود؛ به خاطر اینکه با تصرفش ملتزم به ملک و بقاء عقد است، و اگر از جانب بایع باشد، فسخ عقد می‌باشد» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۱/۱۱).

وی در تحریر نیز این مطلب را به همین نحو بیان داشته است (همو، ۱۴۲۰: ۲۸۵/۲). شبیه به همین موضع را برخی دیگر از فقها نیز بیان داشته‌اند (ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۵۷/۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۹۷/۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۴۶۲/۱؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۸۴/۴). طبق این مبنا، تصرف ولو اینکه از روی غفلت و نسیان و جهل از بیع و خیار باشد، مسقط خیار یا فسخ بیع می‌شود.

دیدگاه دوم: تصرف را به قصد اسقاط خیار و رضایت به بقای بیع، و به عبارت دیگر

تصرف کاشف از رضایت را مسقط خیار می‌دانند. طرفداران این دیدگاه خود به دو دسته تقسیم شده‌اند:

**دسته اول:** رضایت شخصی را ملاک قرار داده‌اند؛ به این صورت که اگر تصرف دال بر رضایت شخص متصرف به مورد معامله باشد، مسقط خیار است. صاحب *مفتاح الکرامه* در این رابطه می‌نویسد:

«مراد از تصرف، آن تصرفی است که عرفاً تصرف بوده و همراه با رضایت به بیع باشد» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۵۶).

وی قید عرفاً را برای تصرف آورده و برای رضایت قیدی نیاورده است، لذا متبادر از کلمه رضایت، رضایت شخصی می‌باشد. شبیه همین معنا نیز از کلام صاحب *جوهر* برداشت می‌شود. وی نیز بعد از اینکه تصرف مطلق را مسقط خیار مجلس می‌داند، اشکالی را مطرح می‌کند که تمایزش را به این رویکرد نشان می‌دهد. ایشان می‌نویسد:

«اگر اجماع بر لزوم عقد از طریق تصرف تمام نباشد، مسقط بودن تصرف به طور مطلق محل نظر است؛ زیرا ادعای دلالت تصرف از طریق عرف به طور مطلق محل ممنوع می‌باشد؛ چون گاهی تصرف با غفلت از بیع و خیار و امثال این‌ها صادر می‌شود» (نجفی، ۱۴۳۹: ۳۰/۲۴).

**دسته دوم:** رضایت نوعی را ملاک قرار داده‌اند؛ به این صورت که اگر تصرف نوعاً دال بر رضایت باشد و رضایت نوعی نسبت به التزام به عقد حاصل شود، مسقط خیار خواهد بود. شیخ انصاری در باب خیار حیوان، این موضع را اختیار کرده و آن را به بقیه اختیارات نیز تسری داده است (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۰۴/۵). طبق این مبنا، تصرف اگر به قصد اختیار از عوضین و یا از روی غفلت و نسیان و جهل صادر شود، مسقط خیار یا فسخ قرارداد نمی‌باشد؛ چراکه کاشف از رضایت به بیع نیست.

ظاهر مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ قانون مدنی نیز این دیدگاه را افاده می‌کند که تصرف زمانی که دال بر رضایت باشد، مسقط است؛ چراکه در ماده ۴۵۰ آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، امضای فعلی است؛ مثل آنکه مشتری که خیار دارد، با علم به خیار میباید بفروشد یا رهن بگذارد»، یا در ماده ۴۵۱ آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی است».

از مواد مذکور، دو نکته زیر برداشت می‌شود:

**نکته اول:** قانون مدنی مطلق تصرف را مسقط خیار ندانسته، بلکه تصرف را به‌خاطر اینکه کاشف از رضای به معامله باشد. به عبارت دیگر، تصرف به قصد اسقاط خیار و رضایت به بقای بیع در ماده ۴۵۰ یا رضایت به فسخ معامله در ماده ۴۵۱، مسقط هر خیاری از جمله خیار مجلس دانسته شده است.

**نکته دوم:** در این مواد، رضایت شخصی ملاک قرار داده نشده، بلکه ملاک را رضایت نوعی قرار داده است. این امر از عبارت «تصرفاتی که نوعاً...» که هم در ماده ۴۵۰ و هم در ماده ۴۵۱ آمده، استنباط می‌شود. این حکم همان موضع شیخ انصاری در مکاسب است.

حقوق دانان راجع به این بحث مناقشه‌ای نداشته و حتی به اختلاف اقوال فقهی اشاره نکرده‌اند؛ مثلاً سیدحسن امامی می‌نویسد:

«تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، طبق ماده ۴۵۱ ق.م. فسخ فعلی است» (امامی، ۱۳۹۳: ۶۱۹/۱).

با این بیان روشن است که وی به همان ظاهر ماده اکتفا کرده و مفاد ماده مذکور را پذیرفته است.

**دیدگاه سوم:** برخی نسبت به اینکه تصرف به‌طور مطلق مسقط خیار است یا در صورتی که کاشف از رضایت متصرف باشد، توقف کرده‌اند. محقق اردبیلی و صاحب حدائق و پسر کاشف‌الغطاء از جمله این فقها هستند. محقق اردبیلی با اینکه به دو ملاک بالا اشاره و بلکه تصریح می‌کند، اما در اینکه تصرف با قصد را بپذیرد و یا مطلق تصرف را در اسقاط قبول کند، نمی‌تواند یکی از ملاکات فوق را انتخاب کند. لذا کلامش را با کلمه «التأمل» به پایان می‌رساند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۸۸-۳۸۷/۸) و حتی پا را فراتر گذاشته و نسبت به اصل سقوط خیار مجلس از طریق تصرف به‌خاطر فقدان دلیل توقف می‌کند. البته با توجه به ادله مذکور، تأمل این محقق قابل قبول نیست.

به نظر می‌رسد وجه تأمل محقق مذکور، همان‌طوری که خود به آن تصریح کرده است، اولاً به‌خاطر واضح نبودن دلیل اصل تصرف (همان) و ثانیاً تام نبودن ادله هرکدام از دو ملاک فوق است.

صاحب *حداثی* نیز در این مبحث، تمام کلمات محقق اردبیلی را ذکر کرده است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۹/۹-۱۰) و با اینکه محقق اردبیلی هم مسلک شیخ و بزرگ اخباریان یعنی شیخ یوسف بحرانی نیست، اما در اینجا محدث بحرانی تمایل خودش را به استنباطات محقق اردبیلی نشان می‌دهد و در پایان می‌نویسد: «بالجملة فإن جملة من شقوق المسألة لا تخلو من الإشکال» (همان)، و این عبارت، دلالت بر توقف در مسئله و عدم انتخاب یکی از دو ملاک مذکور می‌باشد.

عبارت پسر کاشف‌الغطاء نیز دلالت بر توقف در این موضوع می‌کند. وی در این باره می‌نویسد:

«خيار مجلس با تصرف یکی از طرفین عقد در آنچه به وی منتقل می‌شود، ساقط می‌گردد؛ به‌خاطر دلالت تصرف بر رضایت ظاهراً یا به‌خاطر ضرری شدن وجود خیار، و اگر علم وجود دارد مبنی بر اینکه تصرف به‌خاطر رضایت نبوده، بلکه به‌خاطر غرض دیگر بوده، در اینجا دو وجه است» (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۷۷).

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، ایشان علت سقوط خیار را رضایت به‌تنهایی نمی‌داند و این امر را به‌صورت تردید بیان می‌کند.

### ۳-۲. تبیین دیدگاه مورد قبول و ادله آن

آنچه از تحلیل ادله به دست می‌آید، اقوی بودن دیدگاه اول است؛ یعنی اینکه تصرف به‌طور مطلق مسقط خیار مجلس است، حتی اگر از روی غفلت صادر شده باشد؛ زیرا:

اولاً بسیاری از اصحاب، مسقط بودن تصرف یا به عبارت دیگر، موضوعیت داشتن تصرف را به‌طور مطلق پذیرفته‌اند، و به شرط حاکی بودن آن از رضایت اشاره هم نکرده‌اند (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳/۲۶۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۱/۲۱؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۲/۴۶۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۸/۲۹۲).

ثانیاً مسقط بودن تصرف در کنار افتراق‌الابدان که یکی از مسقطات خیار مجلس است، آورده شده است. هیچ‌یک از فقها دلالت افتراق‌الابدان را به‌خاطر رضایت مسقط نمی‌دانند؛ بلکه به‌طور مطلق مسقط خیار مجلس می‌دانند، ولو اینکه از روی



غفلت و نسیان اتفاق بیفتد. لذا می‌توانیم از این مناط برای تصرف هم استفاده کنیم. ثالثاً ادله‌ای که مخالفان برای مدعای خود ارائه کرده‌اند، ضعیف و بی‌اعتبار است.

مهم‌ترین ادله‌ای که طرف‌داران دیدگاه دوم ارائه می‌دهند، عبارت‌اند از:

تعلیلی که از روایت فضیل یعنی عبارت «فَلَا خِيَارَ بَعْدَ الرِّضَا مِنْهُمَا» و روایت ابن‌رئاب که عبارت بود از «فَدَلِكَ رِضَى مِنْهُ» برداشت می‌شود. تعلیل روایت اول برای افتراق الابدان که یکی از مسقطات خیار مجلس است و تعلیل روایت دوم راجع به تصرف در حیوان که مربوط به خیار حیوان است، می‌باشد. اما از آنجا که اصولیان برخلاف برخی اخباریان، قائل به قیاس منصوص‌العله هستند، لذا از علتی که در این دو مورد ذکر شده، حکم را به سایر موارد از جمله خیار مجلس تسری می‌دهند. مؤید ما بر صحت استدلال به این دو روایت، کلام صاحب مفتاح، جواهر، شیخ انصاری، سید خوبی و بسیاری دیگر از فقهاست که در مباحث بالا به تفصیل گذشت.

در هر صورت نحوه استدلال به این دو روایت چنین است که نهایت آنچه که ما می‌توانیم از روایات استفاده کنیم، این است که تصرف کاشف از رضا، موجب سقوط خیار می‌باشد. پس زمانی که عملی را به قصد اسقاط خیار و رضایت به بقاء بیع انجام بدهد، در اینجا تصرف طبق تعلیل امام ع اسقط خیار است؛ اما زمانی که تصرفی بدون قصد اسقاط خیار و بدون توجه به خیار صورت بگیرد، مسقط خیار نمی‌باشد (موسوی خوبی، ۱۴۲۸: ۱۴۳/۳۸).

لکن استدلال به این دو روایت مورد قبول نیست؛ زیرا:

اولاً استنباط آن‌ها از روایت فضیل این است که روایت، افتراقی را مسقط خیار می‌داند که مقرون به رضا و اختیار باشد؛ اما بر مجرد افتراق بدون اراده و رضایت، اثری مترتب نمی‌شود (همان: ۱۳۳/۳۸). همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این نوع استنباط ربطی به مورد بحث ما ندارد؛ زیرا بحث ما این است که آیا تصرف موضوعیت دارد یا طریقت؟ به عبارت دیگر، آیا تصرف فی‌نفسه مسقط خیار است یا تصرف کاشف از رضایت مسقط خواهد بود؟ این در حالی است که در روایت بیان شده که افتراق نباید از روی اکراه باشد؛ بلکه باید با رضایت باشد. یعنی تمرکز روایت بر اختیاری بودن یا اجباری بودن آن است، و این امر با مورد بحث فرق دارد.

بفرض قبول یکی بودن و عدم فرق بین آن دو، روایت مزبور از محل بحث ما خارج است؛ چراکه معنای روایت این است که بیع زمانی که با رضایت دو طرف قرارداد واقع شود و شارع حکم به لزوم آن کند، وجهی برای اثبات خیار در آن بیع، بعد از انقضاء زمان حکم به جواز در آن بیع به صورت ارفاقی وجود ندارد؛ به خاطر اینکه لزوم مترتب بر بیع و عقد است و بیع و عقد در حصه خاصی از زمان که مدت خیار مجلس یا غیر آن است، به صورت ارفاقی از لزوم خارج می‌شود، و پس از زمانی که آن زمان ارفاقی تمام شد، وجهی برای خیار بعد از آن زمان وجود ندارد (همان: ۱۳۴/۳۸).

ثانیاً برای تعلیلی که در روایت ابن‌رثاب آورده شده است، احتمالات مختلفی را ذکر کرده‌اند که برخی از آن احتمالات به درد قول دوم می‌خورد، و برخی دیگر یعنی اینکه جمله «فَدَلِك رِضَى مِنْهُ» خود جزا را بیان می‌کند، و یا اینکه شارع از طریق این جمله حکمت حکم را بیان می‌کند، به نفع قول منتخب ما می‌باشد.

ثالثاً این دو روایت با روایات متعددی که در ذیل به برخی از آن‌ها اشاره خواهد شد، که مطلق تصرف را مسقط خیار می‌دانند، سازگاری ندارند و این دو روایت قابلیت تقیید این روایات مطلق را ندارند. یکی از روایات مطلق، صحیح‌ه صفار از ابو محمد (امام حسن عسکری علیه السلام) می‌باشد:

«صفار می‌گوید: به امام علیه السلام نامه‌ای نوشتم درباره شخصی که از شخص دیگری چهارپایی را خریده و در آن چهارپا تصرفی از نوع کوتاه کردن سُم آن یا نعل کردن یا سوار شدن به پشت آن در چند فرسخ ایجاد کرده است، آیا آن شخص بعد از تصرفی که در آن چهارپا کرده است یا سوار شدن آن در چند فرسخ، می‌تواند آن را در آن سه روزی که برایش خیار است، برگرداند؟ امام علیه السلام پاسخ داد: زمانی که شخصی در آن چهارپا تصرفی کند، خرید را واجب کرده است» (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۷/۷۵).

با این بیانات روشن شد که اولاً توقف برخی فقها در این مسئله وجهی ندارد. ثانیاً موضع قانون مدنی که تصرف را مطلقاً یعنی در هر خیاری خصوصاً خیار مجلس، کاشف از رضایت می‌داند، مورد قبول نیست. ثالثاً با قبول قول اول، هیچ‌گونه رضایتی اعم از شخصی یا نوعی برای تحقق اسقاط خیار به وسیله تصرف، شرط نیست.

#### ۴. قلمرو تصرف مسقط خیار

بعد از بیان اینکه اولاً تصرف یکی از مسقطات خیار مجلس است، و ثانیاً صرف تصرف برای مسقط بودن خیار موضوعیت دارد، حال نوبت به دامنه این عمل نسبت به بایع و مشتری می‌رسد. صور ممکن بحث عبارت‌اند از: ۱- مشتری در منتقل‌الیه (مبیع) و بایع نیز در منتقل‌الیه (ثمن) به خودشان تصرف می‌کنند. ۲- مشتری در منتقل‌عنه (ثمن) و بایع در منتقل‌عنه (مبیع) تصرف می‌کنند. ۳- اختلاط در تصرف. در ادامه، هرکدام از این صورت‌ها را به‌طور جداگانه بررسی می‌کنیم.

#### ۴-۱. تصرف مشتری در مبیع و تصرف بایع در ثمن

اگر قرارداد بیع منعقد شد و به‌تبع آن مبیع به مشتری و ثمن به بایع انتقال پیدا کرد و هر یک از این دو در منتقل‌الیه به خودشان تصرف کردند، ظاهر کلام فقها بلکه اجماع آنها این است که نسبت به حکم سقوط خیار با تصرف مشتری در مبیع شکی نیست. بسیاری از فقها به این امر تصریح کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۰/۱۱؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۶۶/۳؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۰۴/۲).

اما نسبت به سقوط خیار مجلس با تصرف بایع در ثمن، سه نوع بیان یا شاید سه نظر به شرح زیر وجود دارد:

اول: برخی از فقها این صورت را اصلاً مطرح نکرده‌اند. آنها با اینکه درصدد بیان حکم تصرف بوده و صورت تصرف مشتری در مبیع را بیان کرده‌اند، اما نسبت به تصرف بایع در ثمن سکوت کرده‌اند. مثلاً علامه در تذکره می‌نویسد: «تصرف اگر از مشتری باشد، خیار او در رد مبیع ساقط می‌شود؛ به‌خاطر اینکه مشتری با تصرفش ملتزم به ملک شده است» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۰/۱۱).

همین عبارت را دقیقاً محقق کرکی در ذیل بحث خیار مجلس ذکر کرده و هیچ چیز دیگری اضافه نکرده است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۸۳/۴).

دوم: گروهی این حکم را با تردید و عدم صراحت بیان داشته‌اند؛ به‌گونه‌ای که از کلام اینان توقف و تأمل استنباط می‌شود (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۵۶/۱۴). محقق اردبیلی بعد از اینکه حکم تصرف مشتری در مبیع را بیان داشته، نسبت به تصرف بایع در ثمن

می‌نویسد: «فظاهر أنَّ الأمر بالعكس...» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۷۸/۸)؛ یعنی ظاهراً تصرف بایع در ثمن هم مسقط خیار است. شهید ثانی در مسالک می‌نویسد: «يمكن ثبوت الحكم في طرف البايع إذا تصرف في الثمن...» (جبعی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۸۳/۳).

شهید ثانی همین عبارت را در کتاب حاشیه الارشاد تکرار کرده است (همو، ۱۴۱۴: ۱۰۴/۲). محقق کرکی در بحث خیار شرط نسبت به صورت مذکور می‌نویسد: «مع أنَّ هذا المذكور محتملٌ» (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۰۶/۴).

سوم: گروهی دیگر به صراحت گفته‌اند همان‌طوری که تصرف مشتری در مبیع باعث سقوط خیار مجلس می‌باشد، تصرف بایع در ثمن نیز باعث سقوط خیار مجلس می‌شود. شاید شهید اول در دروس، اولین کسی باشد که به این امر تصریح کرده است (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۶۶/۳). برخی فقهای دیگر نیز به تبعیت از او، به این مهم تصریح کرده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۹۲/۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۵۶/۱۴؛ نجفی، ۱۴۳۹: ۲۹/۲۴-۳۰).  
به نظر می‌رسد عدم ذکر این وجه در کلام گروه اول از باب قصور یا غفلت بوده، و توقف گروه دوم نیز وجهی ندارد؛ چراکه از مفهوم و یا منطوق اخبار مذکور، فرقی بین دو صورت از تصرف استنباط نمی‌شود (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۹۲/۸) و همچنین علت در سقوط خیار نسبت به بایع و مشتری یکسان می‌باشد (نجفی، ۱۴۳۹: ۲۹/۲۴-۳۰). لذا وجهی برای تفکیک حکم این دو یا توقف در حکم باقی نمی‌ماند.

موضع گروه سوم، در ماده ۴۵۰ ق.م. پذیرفته شده است. در این ماده آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، امضای فعلی است؛ مثل آنکه مشتری که خیار دارد، با علم به خیار مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد».

عبارت ماده با اینکه به فرض تصرف مشتری در مبیع تصریح کرده است، اما این مورد را در فرد غالب آورده است؛ از این رو افاده انحصار نمی‌کند. لذا می‌توانیم حکم آن را به صورتی که بایع در ثمن تصرف می‌کند، تعمیم دهیم.  
پس با تصرف بایع در ثمن، و مشتری در مبیع، عقد بیع که به خاطر وجود خیار مجلس متزلزل بود، با سقوط خیار مجلس لازم می‌شود.

## ۲-۴. تصرف مشتری در ثمن و بایع در مبیع

اگر قرارداد بیع منعقد شد، ملکیت مبیع به مشتری و ملکیت ثمن به بایع منتقل می‌شود. اما اگر قبل از قبض مبیع توسط مشتری، بایع در منتقل‌عنه (مبیع) تصرف کند، و یا مشتری قبل از اقباض بایع، در منتقل‌عنه (ثمن) تصرف کند، در اینکه باعث فسخ عقد می‌شود یا نه، کلمات فقها مختلف است.

برخی فقها به بیان صورت تصرف بایع در مبیع اکتفا کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۰/۱۱؛ جعی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۹۷/۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۱/۴۶۳). برخی دیگر به بیان هر دو صورت پرداخته‌اند، منتها نسبت به جریان اثر مترتب بر تصرف یعنی فسخ که به دنبالش بطلان عقد بیاید، به نوعی توقف کرده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۹۲/۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۵۶؛ نجفی، ۱۴۳۹: ۳۰/۲۴). کامل‌ترین بیان را صاحب ریاض دارد. وی در این باره می‌نویسد:

«و اما دلیل سقوط خیار به وسیله تصرف هریک از متعاقدين در مال خودشان، هنوز روشن نشده است. اگر دلالت ولو به کمک قرینه تمام باشد، شکی در این حکم نیست؛ در غیر این صورت، این حکم محل مناقشه است؛ زیرا تصرف به صورت اعم، هم شامل فسخ و هم غیرفسخ می‌شود و دلالتی بر فسخ به طور خاص ندارد. پس اگر اجماع وجود نداشته باشد، مسئله محل اشکال و شک است؛ زیرا اصل بقاء صحت معامله است» (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۹۲/۸).

همین وجه را دقیقاً صاحب جوهر نقل کرده و صاحب مفتاح آن را به صورت مختصرتر آورده است.

برخی دیگر از فقها با بیان هر دو صورت، جریان اثر تصرف را نسبت به متعاقدين، یعنی فسخ قرارداد و به تبع آن بطلان عقد را پذیرفته‌اند (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۷۴/۱۴).

به نظر می‌رسد اختصار برخی از فقها به صورت تصرف بایع در مبیع و عدم ذکر تصرف مشتری در ثمن، یا به علت قصور در عبارت، یا وضوح حکم در جریان فسخ نسبت به مشتری، یا به دلیل این بوده است که غالباً مبیع کالا است و ثمن پول نقد است و اصولاً تصرف در مبیع صورت می‌گیرد.

به همین دلیل است که قانون مدنی بدون اینکه به تفصیل تصرف بایع در مبیع و مشتری در ثمن را بیان کند، حکم تصرف متعاقدين در مال خودشان را به طور مطلق

بیان داشته است. در ماده ۴۵۱ ق.م. آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی است» و با این عبارت هوشمندانه به تمام مناقشات بالا پایان داده و موضع نراقی را تثبیت کرده است.

### ۴-۳. اختلاط در تصرف

اگر یکی از متعاقدين از طریق تصرف، عقد را امضا، و دیگری از طریق تصرف، عقد را فسخ کند، در این حالت فسخ بر اجازه مقدم است. به این گفته، بسیاری از فقها تصریح کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۳/۱۱؛ همو، ۱۴۱۳: ۷۰/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۷۰/۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۰۷/۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۸۷/۸).

زیرا امکان جمع بین آن دو یا انتفاء آن دو وجود ندارد، به‌خاطر اینکه بین این دو رابطه تناقض است؛ پس باید یکی از آن دو را بر دیگری مقدم کرد. کسی که امضا را اختیار کرده، داخل در عقدی شده که طرف مقابلش با فسخش، آن عقد را فسخ کرده و راضی به این امر هم شده است؛ پس اثری برای رضایت امضاکننده به عقد که لازم عقد باشد، بار نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۳/۱۱). بنابراین در این صورت، خیار هر دو ساقط (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۳۳۸) و عقد از زمان فسخ، منفسخ می‌شود. با این گفته، هیچ‌یک از فقها مخالفت نکرده است؛ چنان‌که نراقی در ذیل این مطلب گفته است: «والوجه ظاهر» (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۷۳/۱۴).

قانون مدنی این فرع را در ذیل دو ماده‌ای که برای تصرف آورده، بیان نداشته است؛ بلکه آن را در ماده‌ای جداگانه که می‌تواند مورد تصرف را هم در بر بگیرد، بیان داشته است. در ماده ۴۵۲ ق.م. آمده است:

«اگر متعاملین هر دو خیار داشته باشند و یکی از آن‌ها امضا کند و دیگری فسخ نماید، معامله منفسخ می‌شود».

### نتیجه‌گیری

نتایج به‌دست‌آمده از این پژوهش به شرح زیر است:  
اولاً تصرف به‌عنوان مسقط خیار مجلس قابل قبول است؛ ثانیاً هر نوع تصرفی مسقط

نیست، بلکه باید عرف آن را مسقط بدانند؛ ثالثاً صرف تصرف موضوعیت دارد نه به‌عنوان اینکه کاشف از رضایت است و طریقت دارد؛ رابعاً تصرف چه به‌عنوان مسقط و چه به‌عنوان فاسخ اعم است و از یک سو شامل تصرف خریدار در مبیع و تصرف فروشنده در ثمن، و از سوی دیگر تصرف فروشنده در کالایی که فروخته و تصرف مشتری در بهای آن می‌گردد.

در مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ قانون مدنی، یک حکم کلی برای همه‌ی خيارات آمده است که در آن این احکام نهفته است: اولاً تصرف به‌عنوان مسقط خیار مجلس مورد قبول واقع شده است و این حکم از عموم مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م. استنباط می‌شود؛ ثانیاً تصرف کاشف از رضایت را مسقط می‌داند. این امر از عبارات ماده ۴۵۰ ق.م. یعنی «تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضایت معامله» و متن ماده ۴۵۱ ق.م. یعنی «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله» استنباط می‌شود.

در مقایسه احکام قانون مدنی با دیدگاه‌های فقهی می‌توان گفت: اولاً حکم اول قانون مدنی با فقه یکی است؛ ثانیاً حکم دوم آن، که تصرف مشروط به رضایت را در خیار مجلس پذیرفته، از نظر فقهی و به‌دلایل پیش‌گفته، مورد قبول در این نوشتار نیست؛ ثالثاً قانون مدنی حکم این مسئله را ناقص بیان داشته است. از این رو لازم است حکم تصرف به‌عنوان مسقط خیار و فاسخ عقد به‌طور صریح و کلی نه تلویحی و جزئی، و در همه‌ی فروض از جمله در فرض اختلاط بیان گردد.

## پیشنهادهات

بر اساس نتایج این تحقیق، افزودن مواد زیر در ذیل خیار مجلس در قانون مدنی پیشنهاد می‌شود:

- ۱- تصرفاتی که عرف آن‌ها را نوعاً امضای فعلی می‌داند، مسقط خیار مجلس می‌باشند؛ خواه تصرف مشتری در مبیع باشد و یا تصرف فروشنده در ثمن.
- ۲- تصرفاتی که عرف آن‌ها را نوعاً فسخ فعلی می‌داند، عقد را منفسخ می‌کنند؛ خواه تصرف مشتری در ثمن یا تصرف فروشنده در مبیع باشد. در صورت اختلاف در فاسخ یا مسقط بودن، تصرف فاسخ محسوب می‌گردد.

## فهرست منابع

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۲. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۳. ابن زهره حلبی، سید حمزة بن علی حسینی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع*، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۷ق.
۴. ابن فارس، ابوالحسن احمد، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.
۵. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، تحقیق جمال الدین میردامادی، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
۶. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، *الکافی فی الفقه*، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۰۳ق.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازدهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۸. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ سی و پنجم، تهران، اسلامیه، ۱۳۹۳ش.
۹. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب مکاسب*، چاپ نهم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ق.
۱۰. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۱۱. بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰ش.
۱۲. ترحینی عاملی، سید محمدحسن، *الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهیة*، چاپ چهارم، قم، دار الفقه، ۱۴۲۷ق.
۱۳. تستری، اسدالله بن اسماعیل دزفولی کاظمی، *مقابس الانوار و نفائس الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، بی تا.
۱۴. جمعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *حاشیة الارشاد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
۱۵. همو، *مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۱۶. حائری شاه باغ، سیدعلی، *شرح قانون مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ش.
۱۷. حسینی عاملی، سید محمدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۱۸. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة والاحکام النبویة*، تصحیح محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ق.
۱۹. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هدایة الطالب الی اسرار مکاسب*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۷ق.
۲۰. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ق.
۲۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ق.



۲۲. همو، *النهاية في مجرد الفقه والفتاوى*، بيروت، دار الكتاب العربي، ۱۴۰۰ق.
۲۳. همو، *تهذيب الاحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد*، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۴۰۷ق. (الف)
۲۴. همو، *كتاب الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۷ق. (ب)
۲۵. عاملي جزيني (شهيد اول)، محمد بن جمال الدين مكى، *الدروس الشرعية في فقه الاماميه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۷ق.
۲۶. همو، *غاية المراد في شرح نكت الارشاد*، قم، دفتر تبليغات اسلامي، ۱۴۱۴ق.
۲۷. علامه حلى، ابومنصور جمال الدين حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، *ارشاد الازهان الى احكام الايمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ق. (الف)
۲۸. همو، *تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الاماميه*، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۲۰ق.
۲۹. همو، *تذكرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق.
۳۰. همو، *قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ق. (ب)
۳۱. فيض كاشاني، محمد محسن بن شاه مرتضى، *مفاتيح الشرائع*، قم، كتابخانه آية الله مرعشى نجفى، بى تا.
۳۲. كاتوزيان، ناصر، *دوره مقدماتى حقوق مدنى؛ اعمال حقوقى (قرارداد - ايقاع)*، چاپ سيزدهم، تهران، انتشار، ۱۳۹۴ش.
۳۳. همو، *قانون مدنى در نظم حقوقى كنونى*، چاپ نوزدهم، تهران، ميزان، ۱۳۸۷ش.
۳۴. كركى عاملى، على بن حسين، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، لاحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
۳۵. كلينى، ابوجعفر محمد بن يعقوب، *الكافي*، قم، دار الحديث، ۱۴۲۹ق.
۳۶. مجاهد طباطبايى حائرى، سيد محمد بن على، *كتاب المناهل*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، لاحياء التراث، بى تا.
۳۷. محقق حلى، نجم الدين ابوالقاسم جعفر بن حسن، *شرايع الاسلام في مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعيليان، ۱۴۰۸ق.
۳۸. محقق سبزواري، محمد باقر بن محمد مؤمن، *كفاية الفقه المشتهر بكفاية الاحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۲۳ق.
۳۹. مفيد، محمد بن محمد بن نعمان عكبرى بغدادى، *المقنعة*، قم، كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد، ۱۴۱۳ق.
۴۰. موسوى خويى، سيد ابوالقاسم، *التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الامام الخوئى)*، تقرير ميرزا على غروى تبريزى، چاپ سوم، قم، مؤسسه احياء آثار الامام الخوئى، ۱۴۲۸ق.
۴۱. نجفى، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۳۹ق.
۴۲. نجفى كاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهه*، نجف اشرف، مؤسسه كاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق.
۴۳. نراقى، ملا احمد بن محمد مهدى، *مستند الشيعة في احكام الشريعة*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، لاحياء التراث، ۱۴۱۵ق.