

خيار مجلس در قراردادهای الكترونيكي

علي اكبر ايزدي فرد*

حسين كاويار**

علي حسنجاني***

چكيده

يكي از شرايط اختصاصي انعقاد قراردادهای الكترونيكي كه در «قانون تجارت الكترونيكي» در زمره حقوق مصرف‌كننده در نظر گرفته شده حق فسخي ۷ روزه براي مصرف‌كننده است. از طرف ديگر در قواعد حقوق داخلي براي انعقاد معاملات، اصل بر لزوم عقد است و ماده ۳۹۶ ق.م به نحو خاص خياراتي را براي حفظ حقوق طرفين معامله پذيرفته است. در اين مقاله ضمن بررسي مفهوم و جايگاه خيار مجلس در قراردادهای الكترونيكي در مقايسه با عقود سنتي، به اين نتيجه مي‌رسيم كه در باب خيار مجلس و ثبوت آن براي متعاملين، ارتباط معنوي و فكري متعاملين شرط است و نه حضور طرفين يا يكي از ايشان.

واژگان كليدي: خيار مجلس، قراردادهای الكترونيكي، تفرق، ارتباط فكري و معنوي

* نويسنده مسئول، دكتري فقه و حقوق اسلامي، استاد گروه حقوق خصوصي دانشكده حقوق و علوم سياسي دانشگاه مازندران

ali85akbar@yahoo.com

* دانشجوي دوره دكتري حقوق خصوصي دانشگاه مازندران

mirhosseinkaviar@gmail.com

*** كارشناس ارشد فقه و مباني حقوق اسلامي از دانشگاه آزاد اسلامي واحد بابل

درآمد

خيار مجلس از جمله خيارات سه‌گانه مختص عقد بيع است^۱ که به طرفین یا یکی از آنها حق فسخ عقد می‌دهد. به موجب این خيار، هر یک از متعاملین فی المجلس و مادامی که متفرق نشده‌اند، حق فسخ معامله را دارند (ماده ۳۹۷ قانون مدنی). این مقاله به بررسی خيار مجلس در عقد بيع الکترونیکی می‌پردازد تا روشن شود که آیا خيار مجلس در تجارت الکترونیکی موضوعیت دارد یا خیر؟ قبل از پاسخ مبسوط و تحلیلی به این سؤال، ابتدائاً لازم است تا مفهوم خيار مجلس بررسی شود. موضوع دیگری که باید قبل از ورود به بحث اصلی بدان پرداخت پاسخ بدین سؤال است که ماهیت قرارداد الکترونیکی چیست؟ آیا جزء عقود حضوری است یا جزء عقود بین غائبین؟

۱ - مفهوم خيار مجلس

خيار مجلس تنها در بيع قابلیت ظهور دارد. احادیثی که در استناد به خيار مجلس مورد استفاده قرار می‌گیرد، همگی مؤید این معناست. پیامبر اکرم (ص) می‌فرماید: «البيعان بالخيار حتى يفترقا»^۲ امام صادق (ع) نیز در روایتی می‌فرماید: «أیما رجل

^۱ . در فقه، فقها اتفاق دارند که خيار مجلس، اختصاص به بيع دارد: شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۱۴؛ شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، ص ۸۲؛ ابن فهد حلی، المهذب البارع، ج ۲، ص ۳۸۴؛ ابن ادریس حلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، صص ۲۴۶-۲۴۵؛ طباطبایی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة، ج ۱، ص ۵۲۷؛ انصاری، المکاسب، ج ۵، ص ۴۶ ماده ۴۵۶ قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه مقرر می‌دارد: «تمام انواع خيار در جميع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خيار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص عقد بيع است». با این اوصاف، در این مقاله، منظور از عقد، عقد بيع است.

^۲ . محمدبن حسن حرعاملی، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، (دوره ۳۰ جلدی)، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۴ هـ. ق. ج ۱۸، صص ۵-۶؛ کلینی- رازی، ابی جعفر محمدبن یعقوب بن اسحاق، الکافی، دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷ هـ. ش، ج ۵، ص ۱۷۰؛ حسین نوری طبرسی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، (دوره ۱۸ جلدی)، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ. ق. ج ۱۳، ص ۲۹۸؛ محمد بن اسماعیل بخاری، صحیح البخاری، (دوره ۸ جلدی)، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۱ هـ. ق. ج ۳، ص ۱۰

اشتری من رجل بیعا فهما بالخیار حتی یفترقا فاذا افترقا وجب البیع^۱»

خیار مجلس آن است که بایع و خریدار هر گاه صیغه خرید و فروش جاری نمایند، تا زمانی که از محل خواندن صیغه از همدیگر جدا نشده‌اند، حق خیار دارند و می‌توانند به استناد خیار مذکور، عقد بیع را منحل سازند. به مجرد جدایی از یکدیگر، دیگر خیاری ندارند، اگرچه جدایی به اندازه یک گام باشد.^۲

باید متذکر شد که خیار مجلس، در اصل، خیار متبایعین است و اضافه کردن آن به مجلس از باب تسامح است؛ چون مجلس عقد که خیاری ندارد بلکه متبایعینی که در آن مجلس معامله کردند دارای خیار هستند اما به مناسبت مجلس عقد، این خیار را خیار مجلس نامیدند و شاید به خاطر کثرت استعمال خیار در مجلس عقد، در عرف به خیار مجلس معروف شده است.^۳

شیخ انصاری در همین زمینه گوید: «مراد از مجلس، مطلق مکان متبایعین در زمان عقد بیع است، چه در آن مکان ایستاده یا نشسته باشند، اما علت اینکه از این خیار به خیار مجلس تعبیر شده از باب تعبیر به فرد غالب است یعنی غالباً در حال جلوس، بیع انجام می‌شود»^۴

به این طریق، در واقع، نام این خیار باید «خیار عدم تفرق» باشد زیرا متعاملین، مادامی که پس از تشکیل عقد، از هم جدا نشده‌اند می‌توانند معامله را به هم بزنند، اعم از اینکه عقد، هنگام نشسته تشکیل شود یا هنگام ایستاده. به این دلیل، خیار مجلس در فقه با این جمله بیان شده است: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا». بنابراین عبارت «فی المجلس» در قانون زائد است.

برای تشخیص تفرق و مصادیق آن در منابع فقهی، جدا شدن به اندازه حداقل یک گام (خطوه) به عنوان یکی از مسقطات خیار مجلس بیان شده است.^۵ ولی در قانون

۱. حرعاملی، پیشین، ص ۶، کلینی، پیشین، صص ۱۷۱-۱۷۰

۲. ابی جعفر محمد بن حسن بن علی شیخ طوسی، الخلاف، (دوره ۶ جلدی)، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷ ه. ق، ج ۳، ص ۷؛

۳. حسن قاروبی، النضید، چاپ دلوری، قم، ۱۴۱۶ ه. ق، ج ۲۳، ص ۴

۴. مرتضی انصاری، المکاسب، مؤسسه الهادی، قم، ۱۴۲۰ ه. ق، ج ۵، ص ۲۷

۵. ابن حمزه ابی جعفر محمد بن علی طوسی، الوسیله الی نیل الفضیله، کتابخانه آیت الله مرعشی

مدنی هیچ معیار مشخصی ارائه نشده است. به نظر می‌رسد که قانونگذار، نظر عرف را در این زمینه پذیرفته است.

۲ - ماهیت قراردادهای الکترونیکی

با توجه به تحولات چشمگیری که فناوری اطلاعات در امر تجارت ایجاد کرده و دو ویژگی سرعت و سهولت را به آن داده است، دیگر لزومی ندارد که اشخاص به منظور مذاکره و تبادل اطلاعات در خصوص فعالیت‌های تجاری و انعقاد قرارداد موردنظر، در یک مجلس حاضر شوند بلکه می‌توانند از طریق فناوری‌های نوین الکترونیک، نظرات و پیشنهادهای خود را برای مخاطب ارسال کنند. طرف مقابل نیز می‌تواند از همین طریق پاسخ داده یا پیشنهاد جدیدی مطرح سازد. حال چنانچه از این طریق بین طرفین، عقدی تشکیل شود از آن به‌عنوان «تشکیل عقد بین غائبین» نام برده‌اند.^۱

عقد غائبین، در مقابل عقد حاضرین استعمال می‌شود. منظور از عقد حاضرین، این نیست که طرفین حتماً در مجلس واحد حاضر باشند بلکه منظور، عقدی است که طرفین آن را به‌طور مشافهه منعقد می‌کنند اعم از اینکه در یک مجلس باشند یا در دو مکان مختلف^۲ مثل عقد با تلفن که هر چند طرفین در دو مکان حضور دارند چنین عقدی از جهت زمان تشکیل، منطبق با عقد غائبین نیست ولی همین عقد از لحاظ مکان تشکیل، جزء عقود غائبین خواهد بود.^۳ بنابراین، عقد غائبین عبارت است از عقدی که ایجاب و قبول آن بدون مکالمه و مذاکره، از راه دور به‌وسیله نامه، تلگراف، قاصد یا تلکس انجام می‌شود. این عقود که طرفین، عقد را به‌طور مشافهه

نجفی، قم، ۱۴۰۸ ه. ق، ص ۲۳۸ و ص ۲۷۶؛ علامه حلی، جمال‌الدین الحسن بن یوسف بن علی بن مطهر، تذکره الفقهاء، مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۱۷؛ فخرالمحققین، ابن علامه، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، طبع به امر آیت‌الله محمود شاهرودی، قم، ۱۳۷۸ ه. ق، ج ۱، ص ۴۸۰

۱. عبدالحمید امیری قائم‌مقامی، حقوق تعهدات، میزان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۳۸

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، دوره حقوق مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ج ۱، ص ۱۵۵

۳. امیری قائم‌مقامی، پیشین، ص ۲۴۱

واقع نمی‌سازند عقود مکاتبه نیز نام گرفته‌اند.^۱

عقودی که از طریق اینترنت منعقد می‌شود نیز از جمله عقود بین غائبین محسوب می‌شود زیرا اولاً عقد به‌طور مشافهه انجام نمی‌شود و از طریق واسطه‌های الکترونیک صورت می‌پذیرد و ثانیاً در عقود مذکور ممکن است بین ایجاب و قبول، فاصله زمانی و بین متعاقدين، فاصله مکانی وجود داشته باشد.

اگرچه قانون مدنی ایران در مورد عقد غائبین ساکت است، نمی‌توان در صحت آن تردید کرد زیرا عرف تجاری آن را پذیرفته و دلیلی بر بطلان آن در قوانین موضوعه یافت نمی‌شود. مضافاً اینکه در حقوق ایران، اصل بر صحت معاملات و قراردادهای منعقد شده بین افراد است مگر اینکه دلیلی بر فساد آن وجود داشته باشد و از آنجاکه دلیلی بر بطلان عقد غائبین وجود ندارد، عقود بین غائبین را باید حمل بر صحت کرد. لذا قراردادهای الکترونیک و بالتبع بیع الکترونیک نیز که در زمره عقود غائبین قرار می‌گیرد، صحیح و معتبر است. اگرچه قراردادهای مذکور موجب تسریع روابط تجاری بین افراد می‌شود و گسترش تجارت داخلی و بین‌المللی را نیز به دنبال دارد، به دلیل عدم حضور طرفین و ناشناخته‌بودن آن‌ها برای یکدیگر، ممکن است مسائل پیچیده و مشکلاتی را نیز در روابط طرفین ایجاد کند.

۳ - ثبوت خیار مجلس در تمام اقسام بیع سنتی

پیش از این متذکر شدیم که خیار مجلس، مختص عقد بیع است و جریان آن در عقود دیگر ثابت نشده است زیرا اصل در عقود، لزوم، و جریان خیار، استثنا است و برای پیدایش خیار مجلس در عقود دیگر، دلیلی وجود ندارد و علاوه بر این در کتاب *غنیة النزوع*، صریحاً بر اختصاص آن به عقد بیع، ادعای اجماع گردیده است.^۲ شیخ طوسی در *خلاف* معتقد است که خیار مجلس فقط در بیع وجود دارد و در سایر عقود غیر از بیع، خیار مجلس، جاری نمی‌شود و دلیلش را بر این نظریه، اجماع می‌داند و اضافه می‌کند: اختلافی در این زمینه میان فقهای امامیه وجود

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *مبسوط در ترمینولوژی*، گنج دانش، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۵۸۵.

۲. ابن زهره، حمزه بن علی، *غنیة النزوع*، مؤسسه الامام الصادق (ع)، قم، ۱۴۱۷ ه. ق، ص ۲۱۷.

ندارد که در این عقود، خيار مجلس راه ندارد.^۱ صاحب سرائر با ذکر تعدادی از عقود لازم از قبیل عقد اجاره، حواله، صلح و مساقات معتقد است که خيار مجلس، مختص عقد بیع است و اینها - که ذکر گردید - عقد بیع نیست.^۲

قانون مدنی ایران در ماده ۴۵۶ از اجماع فقهای امامیه متابعت نموده و چنین مقرر داشته که خيار مجلس، مخصوص عقد بیع است.

شایان ذکر است که خيار مجلس در جمیع اقسام بیع مثل نقد و نسیه و سلف، جاری است و تفاوتی در ثبوت خيار مجلس میان آنها وجود ندارد.^۳ صاحب مفتاح الکرامه می‌گوید: «بالجمله در تمامی مواردی که مندرج در تحت لفظ بیع هستند از قبیل سلف و نسیه، بیع به مشاهده، بیع به توصیف، بیع تولیه و بیع مرابحه، خيار مجلس جریان دارد».^۴ شیخ طوسی نیز گوید: «در بیع اعیان به مشاهده، بیع صرف و بیع سلم، خيار مجلس ثابت است».^۵

اما در رابطه با جریان خيار مجلس در بیع معاطاتی، فقهای معاصر، نظریات متفاوتی دارند: آیت‌الله خوئی پس از اشاره به وجود این اختلاف می‌گوید: «تحقیق آن است که خيارات مطلقاً در معاطات جریان دارد، البته این مطلب مبتنی بر آن است که معاطات، افاده مالکیت جایز نماید. پس جواز در معاطات چه جواز حقی باشد یا حکمی، و متعلق آن، چه عقد باشد و چه عین مأخوذه، در اینکه خيارات در معاطات جریان یابد، محذوری وجود ندارد»^۶ و «در صورتی که معاطات، اباحه در تصرف باشد،

^۱ شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۱۳

^۲ ابن ادریس حلی، ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، (دوره ۳ جلدی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۱ هـ. ق، ج ۲، ص ۲۴۶

^۳ محمد حسینی شیرازی، ایصال الطالب الی المکاسب، (دوره ۲۴ جلدی)، مؤسسه الاعلمی، تهران، ۱۳۷۰ هـ. ش، ج ۱۱، ص ۶۰

^۴ محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۹ هـ. ق، ج ۴، ص ۵۳۹

^۵ ابی جعفر محمد بن حسن بن علی شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق محمد باقر بهبودی، مکتبه مرتضویه، قم، ۱۳۸۷ هـ. ش، ج ۲، صص ۷۹-۷۸

^۶ ابوالقاسم خوئی، مصباح الفقه، تقریر توسط محمد علی توحیدی، مطبعه حیدریه، نجف، ۱۳۶۶

هیچ کدام از خيارات در آن جریان پیدا نمی کند^۱. بنابراین، با توجه به مطالبی که بیان شد، نتیجه گرفته می شود که مطابق نظر آیت الله خویی هر چند معاطات، افاده «ملکیت جایز» نماید، خيارات در آن جریان پیدا می کند و به عبارت دیگر، آنچه در این رابطه از اهمیت برخوردار است اینکه «ملکیتی» در کار باشد هر چند به صورت جایز برقرار گردد.

آنچه بیان شد ثبوت خيار مجلس در تمامی اقسام بیع سنتی بود، آنجا که بایع و مشتری حضور فیزیکی دارند. اما این مقاله در پی پاسخ به این سؤال است که آیا می توان احکام خيار مجلس را در بیع الکترونیکی (همچون معاملات تلفنی، تلکسی، اینترنتی و غیره) جاری دانست یا خیر؟

۴ - اقوال مطروح در بحث

در پاسخ به این سؤال که آیا خيار مجلس در بیع الکترونیکی وجود دارد یا خیر، دو قول وجود دارد:

قول نخست

برخی با توجه به تعریف رایج در فقه از خيار مجلس معتقدند که خيار مجلس در معاملاتی وجود دارد که طرفین معامله با بدن و جسم خود در یک محل جمع شوند. بنابراین، مادامی که طرفین در آن محل نشسته اند و از هم جدا نشده اند و حتی در موردی که طرفین، درباره غیر از مورد معامله با هم گفتگو می کنند و با هم مجلس را ترک می کنند، خيار مجلس باقی است، در حالی که چنین شرایطی در معاملات الکترونیکی قابل فرض نیست. پس در معاملات الکترونیکی، خيار مجلس وجود ندارد. به نظر یکی از نویسندگان در این باره: «از احکام مربوط به خيار مجلس به خوبی بر می آید که حضور واقعی در مجلس عقد نیز مانند ارتباط فکری، سهمی در این راه دارد و تنها ارتباط معنوی باعث ایجاد خيار نیست، چنانچه اگر دو طرف به گفته های خود در مجلس عقد پایان دهند و به کار دیگر بپردازند، تا زمانی که از

ه. ش، ج ۲، صص ۱۶۳-۱۶۲

^۱ همان، ص ۲۱۸

مجلس خارج نشده‌اند، خيار فسخ دارند، درحالي که ارتباط فکري آنان نيز قطع شده است^۱.

شيخ مفيد^۲ و ابوالصلاح حلبی^۳ و بعد از آنها شيخ طوسي، ثبوت خيار مجلس را در آنجايي مي‌دانند که متبايعين به صورت فیزیکی (بالابدان) در نزد يکديگر حاضر باشند. شيخ طوسي مي‌گويد: «تا زماني که افتراق جسماني ميان متبايعين حاصل نشده باشد، امکان فسخ عقد وجود دارد^۴». ابن ادریس بعد از شيخ طوسي، مجلس را در اجتماع فیزیکی متبايعين مي‌داند.^۵

قول دوم

نظر ديگر اين است که آنچه در عقد بيع مهم است، ارتباط فکري و معنوي طرفين معامله است، نه حضور فیزیکی آنها. چه بسا اين دو جسم، بارها در کنار يکديگر قرار گرفتند ولي منجر به عقد بيع نشده است چون ارتباط فکري و معنوي درباره بيع مورد نظر بين آنها ايجاد نشده است. پس آنچه منجر به بيع مي‌شود، همان ارتباط فکري و معنوي بين متبايعين است که در مانحن فيه از طريق تلفن يا اينترنت به يکديگر منتقل و اراده و قصد خود را بر بيع به يکديگر اعلان مي‌کنند. بنا بر اين، اين ارتباط فکري و معنوي دو طرف هنگام مکالمه، در حکم حضور در يک مجلس است. پس تا هنگامي که گفتگوي نهايي را قطع نکرده‌اند مي‌توانند از خيار مجلس استفاده کنند.

لازمه خيار مجلس اين نيست که متبايعين حتماً در مکاني واحد جمع باشند يا به همدیگر نزديک باشند. از نظر يکي از حقوق دانان: «اگر خريدو فروش به وسيله تلفن

^۱. ناصر کاتوزيان، دوره عقود معين، معاملات معوض - عقود تملیکی، (دوره ۴ جلدی)، شرکت

سهامي انتشار با همکاري بهمن برنا، چاپ هفتم، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۴۸

^۲. شيخ مفيد، ابی عبدالله محمد بن محمد بن نعمان العکبری البغدادي، المقنعه، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰، ص ۵۹۱

^۳. تقی الدين ابوالصلاح، الحلبي، الکافي فی الفقه، مکتبه اميرالمؤمنين (ع)، اصفهان، ۱۴۰۳ هـ. ق،

ص ۳۵۲

^۴. شيخ طوسي، الخلاف، ج ۳، ص ۹ و المبسوط فی فقه الاماميه، ج ۲، ص ۷۸

^۵. ابو جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادریس حلبی، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، (دوره ۳

جلدی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۱ هـ. ق، ج ۲، ص ۲۷۴

به عمل آید، مادامی که طرفین، وضعیت حال معامله را نگاه داشته، خیار مجلس باقی خواهد بود و به محض اینکه یکی از آنها از آن مکان خارج شد و آن وضعیت به هم خورد، چون تفرقی که متناسب با آن وضع بوده حاصل گردیده، خیار ساقط خواهد شد^۱». اگر چه ایشان این مسئله را تأیید کرده و خیار مجلس را برای آن، قابل فرض دانسته، چند سطر بعد، این مسئله را قابل تأمل دانسته است. بنابراین، حقوق دانان بر عدم وجود خیار مجلس، تمایل بیشتری دارند.^۲

یکی از فقهای معاصر معتقد است: «منظور از اتحاد مجلس، حصول ایجاب و قبول در مکان واحد نمی باشد - هر چند که این مسأله، غلبه دارد - بلکه مراد از مجلس، اعم از این است و آن باقی ماندن هر یک از موجب و قابل در همان مکانی است که عقد در آن جریان یافته ولو اینکه متبایعین از طریق تلفن یا غیر آن، معامله‌ای صورت دهند. اما اگر آنجا را ترک نمایند، تفرق حاصل می شود و خیار باقی نمی ماند»^۳

در رد نظریه اخیر، امام خمینی معتقد است: «آنچه از نصوص و فتاوی استفاده می شود این است که این خیار برای متبایعینی که در مجلس بیع حاضر و جمع هستند ثابت است و تمام این قیود - متبایعان حاضر در مجلس بیع - شرط پیدایش اعتبار خیار مجلس است. لذا اگر هر کدام از این قیود از بین برود خیار مجلس هم پدید نمی آید. بنابراین حضور در مجلس بیع، جزء موضوع است»^۴.
به نظر ما باید ابتدا نوع معامله را از هم تفکیک کرد. تفکیک این موارد به شرح ذیل است:

۱- طرفین در یک مکان، روبه روی هم معامله کنند؛

۱. محمد بروجردی عیده، کلیات حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۹، ص ۹۸.

۲. کاتوزیان، پیشین، مهدی شهیدی، حقوق مدنی ۶: عقود معین ۱، انتشارات مجد، ۱۳۸۲، ص ۵۰.

۳. محمدصادق روحانی، فقه الصادق (ع)، (دوره ۲۶ جلدی)، مؤسسه دارالکتاب، قم، چاپ سوم،

۱۴۱۴ ه. ق، ج ۱۷، صص ۲۶-۲۵؛ منهاج الفقاهه، (دوره ۶ جلدی)، مطبعه سپهر، چاپ چهارم،

۱۴۱۸ ه. ق، ج ۵، ص ۲۱۹

۴. روح الله الموسوی الخمینی، کتاب البیع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ چهارم، ۱۴۱۰ ه. ق، ج

۴، صص ۴۲-۴۱

۲- طرفين به وسيله نامه و مكاتبه (اعم از نامه كاغذي يا نامه الكترونيكي) معامله كنند؛

۳- طرفين از طريق تلفن معامله كنند؛

۴- طرفين از طريق اينترنت معامله كنند.

حال به توضيح هر يك از فروض فوق مي پردازيم:

۱- معامله در يك مكان، رو به روي هم

اين فرض همان بيع سنتي است كه بدون اختلاف، تمامي فقها و حقوق دانان، ثبوت خيار مجلس را در آن قبول دارند.^۱

۲- معامله به وسيله نامه (اعم از نامه كاغذي يا الكترونيكي)

در اين مورد، اصولاً خيار مجلس وجود ندارد؛ چون زمان شروع و پايان خيار مجلس غيرقابل فرض است مگر اينكه طرف معامله هم زمان كه موجب، ايجابش را فرستاد، با وي وارد مذاكره شود. مثلاً خريدار با بايع تماس بگيرد و به او اطلاع دهد كه در حال ارسال ايميل براي او است و در همان لحظه پس از قرائت ايميل، جواب را از او بخواهد يا از طريق چت^۲ با هم وارد مذاكره شوند. در چنين صورتي، درخواست مشتري و شرايط او و نيز ويژگي کالا درحالي كه ارتباط فكري بينشان برقرار است، به يكدیگر منتقل مي شود. بنا بر اين در ارتباط الكترونيكي از طريق ايميل در صورتي كه مانند مثال فوق، ارتباط فكري و معنوي بين متبايعين برقرار باشد، خيار مجلس ثابت است.

۳- معامله از طريق تلفن

در اين مورد به نظر مي رسد كه خيار مجلس وجود دارد چون با استناد به حديث نبوي «البيعان بالخيار حتى يتفرقا»، در تعريف خيار مجلس گفته شد كه تا طرفين از يكدیگر جدا نشوند، خيار باقي است. حال بايد گفت كه اجتماع و افتراق در هر

^۱ نجفی، پیشین، ج ۲۳، ص ۴؛ انصاری، پیشین، ج ۵، ص ۲۷

^۲ . Chat

جا به فراخور موقعیت طرفین است.

در معاملات سنتی، فراخور معامله این است که طرفین روبه‌روی یکدیگر بنشینند، ولی در معاملات الکترونیکی، فراخور معامله این است که طرفین با یکدیگر ارتباط از راه دور داشته باشند و از طریق واسطه‌های الکترونیکی از جمله تلفن، آن علقه و ارتباط فکری و معنوی را به یکدیگر ابراز دارند.

شاید در ابتدا شبهه‌ای ایجاد شود که تفاوتی بین معامله از طریق تلفن ثابت با معامله از طریق تلفن همراه وجود دارد. در بیان مفهوم خیار مجلس اشاره شد که جدا شدن به اندازه حداقل یک گام (خطوه) به‌عنوان یکی از مسقطات خیار مجلس بیان شده است. از این قسمت، این شبهه ایجاد می‌شود که در معامله از طریق تلفن ثابت، هر فرد در آن مکانی که هنگام معامله نشسته است، اگر خارج شود، خیار مجلس ساقط می‌شود. ولی در معامله با تلفن همراه، ممکن است که طرف معامله در حال حرکت با ماشین یا هواپیما باشد و معامله را انجام دهد. این شبهه چگونه قابل حل است؟

در پاسخ باید گفت که در معاملات تلفنی، تا زمانی خیار مجلس برقرار است که ارتباط وجود دارد یعنی طرفین از طریق ارتباط و خطوط تلفنی و اینترنتی، آن ارتباط فکری و معنوی را به یکدیگر انتقال دهند و طی مدتی که ارتباط برقرار است، خیار مجلس هم باقی است و زمانی که ارتباط را به اختیار و اراده طرفین قطع کردند، زمان پایان یافتن خیار مجلس است. پس، خروج از مجلس - که در مفهوم خیار مجلس ذکر شد - در معاملات الکترونیکی، «قطع ارتباط» است.

۴- معامله از طریق اینترنت

تشکیل قرارداد در فضای مجازی، لزوماً به معنی انعقاد آن در محیط سایبر^۱ نیست. امروزه باید پذیرفت که با گسترش وسایل ارتباط از راه دور، جهان به دهکده‌ای بدل شده که در آن، تشکیل قرارداد به‌عنوان یکی از روابط مورد نیاز نمی‌تواند همواره از طریق ارتباط مستقیم و فیزیکی انجام گیرد. از این رو «طرفین یک توافق، ممکن

^۱. Cyber Space

است همدیگر را ندیده و حتی هیچ مکالمه تلفنی هم با یکدیگر نداشته باشند^۱. برخی از نویسندگان، تعریفی کلی و بسیار موسع از قرارداد الکترونیکی^۲ ارائه داده‌اند و آن را قراردادی دانسته‌اند که «انعقاد یا اجرای آن نیازمند به‌کارگیری ابزار دیجیتالی تبادل اطلاعات یا وسیله‌ای ارتباطی از این نوع است»^۳.

بدیهی است که این تعریف، قراردادی را که به‌صورت سنتی، مثلاً بر روی کاغذ منعقد شده اما اجرای آن از طریق شبکه‌ای مانند اینترنت محقق می‌شود، در بر می‌گیرد. مثلاً یک دانشجوی حقوق در آخرین روز برگزاری نمایشگاه بین‌المللی کتاب، کتابی دیجیتالی یا نرم‌افزار ویژه‌ای را خریداری می‌کند. به دلیل استقبال بیش از حد بازدیدکنندگان، موجودی فروشنده در لحظه انعقاد قرارداد تمام شده و بنابراین خریدار، نشانی پست الکترونیکی خود را به وی می‌دهد که در اولین فرصت، فایل حاوی کتاب یا نرم‌افزار موردنظر را برای او ارسال کند. اما آیا می‌توان این نوع قرارداد را الکترونیکی محسوب نمود؟

به نظر می‌رسد که چنین قراردادی نمی‌تواند از مصادیق قراردادهای الکترونیکی باشد؛ چرا که انعقاد آن به شکل سنتی انجام شده و فقط اجرای آن در فضای سایبر رخ داده است.

در واقع، زمانی که از نوع قرارداد، سخن به میان می‌آید، هدف آن است که به ویژگی‌های قرارداد از حیث انعقاد آن توجه شود زیرا مشکلات اساسی هنگام بحث از ایجاب و قبول اعلام‌شده از طریق شبکه و همچنین قانون حاکم بر قرارداد و دادگاه صالح برای رسیدگی به اختلافات مربوط به آن مطرح می‌شود و همین مسائل است که حقوق قراردادهای را با چالش مواجه می‌کند. تنها مشکلی که ممکن است در مورد قراردادهایی از این دست، پیش بیاید، موضوع اجرای تعهدات ناشی از آن‌هاست که باز هم باعث نمی‌شود الکترونیکی تلقی شوند.

طبق تعریف دیگر، قرارداد الکترونیکی وضعیتی است که طی آن، تعهدی بین دو یا

^۱ Chissick, Michael. Kelman, Alistair, **Electronic Commerce: Law and Practice**, London, Sweet & Maxwell, 3rd ed, 2002, p.171

^۲ Electronic Contract

^۳ Standing, Craig, **Internet Commerce Development**, Boston, Artech House Computing Inc, 2000, p.35

چند نفر به وجود می‌آید که هر یک از رایانه‌ای متصل به یک شبکه ارتباطی به عنوان وسیله تبادل ایجاب و قبول یعنی عناصر تشکیل‌دهنده قرارداد مذکور استفاده می‌کنند.^۱

به عقیده یکی دیگر از حقوق‌دانان، قرارداد الکترونیکی آن است که به شکل الکترونیکی به صورت فوری یا با تأخیر امضا شده، بدون اینکه مذاکرات یا اجرای این قرارداد در نظر گرفته شود.^۲

نقطه قوت تعریف اخیر، توجه به نفس انعقاد قرارداد به صورت الکترونیکی است و برای نمونه قرارداد سنتی را که مذاکرات راجع به آن از طریق شبکه انجام شده ولی ایجاب و قبول آن به طور سنتی مثلاً با مکاتبه یا به صورت حضوری توسط طرفین محقق شده، به طور صریح از قلمرو شمول قراردادهای الکترونیکی خارج کرده است. برخی دیگر از نویسندگان که شبکه‌های رایانه‌ای را به همراه خدمات ارائه شده از طریق آن‌ها موجد فضایی مستقل از جهان سنتی دانسته و با تسمیه آن به فضای سایبر بر این استقلال تأکید می‌کنند، برای قراردادهای مورد بحث، اصطلاح «قرارداد سایبری»^۳ را برگزیده و اعلام داشته‌اند که با به کارگیری چنین واژه‌ای این واقعیت که روابط طرفین در فضای مجازی به وجود می‌آید، مورد تأکید بیشتری قرار می‌گیرد و نه نوع تکنیک به کاررفته در جریان انعقاد قرارداد.^۴

در مورد حدوث خیار مجلس در قرارداد الکترونیکی منعقد از طریق اینترنت، باید بین دو فرض تمایز قائل شد:

الف) قراردادهای اینترنتی فوری و آنی

دسته‌ای از عقود الکترونیکی، به صورت لحظه‌ای و بی‌درنگ منعقد می‌شود؛ همچنان که طرفین در یک عقد تلفنی، مبادرت به انعقاد عقد می‌کنند. در عقود

¹. Dickie, John., **Internet and Electronic Commerce Law in the European Union**, London, Hart Publishing, Oxford, 1999, p.27

². Todd, Paul., **E-Commerce Law**, London, Cavendish Publishing, First Published in Great Britain, 2005, p.169

3. Cyber Contract

⁴. Rowland, Diane, Macdonald, Elizabeth, **Information Technology Law**, London, 3rd ed, Published in Great Britain by Cavendish, 2005, p.101

تلفنی، فاصله‌ای میان اعلام، وصول و اطلاع از قبول متصور نیست. قرارداد به هنگام استماع قبول مخاطب تشکیل می‌شود و انصراف بعدی مخاطب از قبول، پیش از قطع ارتباط را باید اعمال خيار مجلس دانست. حال اگر در اینترنت از سیستم تلفن دوسویه^۱ (مانند چت و ویدئوکنفرانس) برای تشکیل قرارداد، استفاده شود، یعنی هریک از دو طرف بتواند بدون قطع مکالمه طرف دیگر حرف بزند و مکالمه بدون تأخیر باشد، از حیث احکام، هیچ تفاوتی با تلفن به مفهوم سنتی آن نخواهد داشت. لذا در این قسم عقود اینترنتی، حدوث خيار مجلس، بلاشکال است.

ب) قراردادهای اینترنتی غیرفوری و همراه با تأخیر

قسم دوم قراردادهای اینترنتی با وسایل غیرفوری همچون ایمیل، مبادله الکترونیکی داده‌ها یا وبسایت منعقد می‌شود. در این قراردادها، مذاکره به صورت آنی و زنده صورت نمی‌گیرد و خریدار از طریق پذیرش اجاب فروشنده و با کلیک بر روی گزینه قبول، رضایت خود را اعلام و بدون حضور آنلاین فروشنده، شروط اجاب را می‌پذیرد. در این فرض، نه ارتباط فیزیکی بین طرفین وجود دارد و نه ارتباط معنوی. لذا حدوث خيار مجلس در این نوع قرارداد منتفی است.

۵ - مبدأ خيار مجلس در بیع الکترونیکی

بحث این است که چه زمانی خيار مجلس شروع می‌شود؟ ثمره این بحث در بیعی که علاوه بر اجاب و قبول، به قبض نیازمند است، ظاهر می‌شود. در فقه، بیع صرف و بیع سلم از این دسته‌اند.^۲ در این دو قسم از بیع، قبض، علت تامه عقد است و بدون قبض، عقدی وجود ندارد. یعنی اگر بگوییم که مبدأ خيار، زمان عقد است، از حین عقد، خيار وجود دارد، باینکه ملکیت قبل از قبض، حاصل نشده و اگر بگوییم از حین ملکیت است، در بیع صرف و سلم، خيار از حین قبض خواهد بود.

^۱. Duplex

^۲. در بیع صرف نک: ابن حمزه طوسی، پیشین، ص ۲۴۳؛ محقق حلی، پیشین، ص ۳۰۳؛ نجفی، پیشین، ج ۲۴، ص ۵ و در بیع سلم نک: محقق حلی، پیشین، صص ۳۲۱-۳۱۷؛ نجفی، پیشین، ص ۲۷۴

مبدأ خیار مجلس از حین وقوع عقد بیع است (نه از زمان ملکیت) و در اینکه ایجاب بر قبول مقدم باشد یا اینکه عقد، لفظی یا معاطاتی باشد، تفاوتی وجود ندارد زیرا ظاهر وارد در باب خیار مجلس - از قول پیامبر (ص) - یعنی «البیعان بالخیار» این است که بیع، علت تامه ثبوت خیار مجلس است، به جهت اینکه بعد از انشای عقد بیع است که عنوان «البیعان» بر طرفین معامله، صدق کرده و حدیث مذکور قابلیت اجرا پیدا می‌کند و تخلف معلول از علت تامه خود، مادامی که علت، موجود است محال و انفکاک معلول از علت، حتی برای یک لحظه، غیرممکن است. پس با وقوع عقد، خیار مجلس برای متبایعین تحقق می‌یابد.^۱ بنابراین مبدأ این خیار برای مالکی که در مجلس عقد فضولی حضور دارد، از حین اجازه، ثابت خواهد بود. زمان انعقاد عقد در معاملات الکترونیکی، به دو شکل قابل تصور است:

(۱) هنگامی که بین طرفین عقد، ارتباط الکترونیکی برقرار است و درحالی که آنلاین^۲ هستند، عقد، بینشان منعقد شده و با هم درباره چگونگی واریز پول از طریق وسایل الکترونیکی و نیز چگونگی ارسال کالا توافق می‌کنند. در این نوع معامله، در همان هنگام انعقاد معامله به صورت آنلاین، خیار مجلس شروع شده و پس از قطع ارتباط الکترونیکی، سقوط می‌کند.

(۲) در فرض دوم، خریدار و فروشنده نسبت به هم بیگانه‌اند و هیچ شناختی ندارند. آن‌ها به وسیله سامانه الکترونیکی و از طریق اعتبارات اسنادی^۳، فقط با هم ارتباط پیدا کرده و از چگونگی ارسال پول و نیز ارسال کالا با هم صحبت می‌کنند و فروشنده، بانکی را برای انجام امور بانکی به خریدار معرفی می‌نماید. خریدار در کشور خود به بانک مراجعه می‌کند و برای ارسال پول، نام بانک و شماره حساب فروشنده را در کشوری که فروشنده معرفی کرده به بانک خود می‌دهد. پس از ارتباط دو بانک خریدار و فروشنده، بانک خریدار، ارسال پول را ضمانت کرده و بانک فروشنده،

^۱. انصاری، پیشین، ص ۴۹

^۲. Online

^۳. Letter of credit (LC)

ضمن تأیید شرکت فروشنده و اعتبار آن، ارسال کالا را ضمانت می‌کند. بنابراین، تا اینجا هیچ معامله‌ای منعقد نشده است تا خيار مجلس داشته باشد و هر کدام از خریدار و فروشنده می‌توانند از معامله منصرف گردند. بنابراین، معامله زمانی منعقد می‌شود که بانک خریدار، درصدی از پول کالا را به حساب فروشنده در بانک معرفی شده واریز کند. پس ارسال اولین درصد پول به معنی انعقاد عقد بیع است و پس از واریز وجه و قطع ارتباط دو بانک، دیگر خيار مجلسی برای طرفین وجود ندارد.

۶- مسقطات خيار مجلس در بیع الکترونیکی

مؤلف تذکره *الفقهاء*، مسقطات خيار مجلس را اشتراط سقوط خيار مجلس در ضمن عقد، افتراق، اسقاط خيار پس از عقد و تصرف هر یک از متعاملین در مالی که از طریق بیع به او تملیک شده می‌داند.^۱ در ذیل، شرح هر یک از این مسقطات می‌آید

۱) اشتراط سقوط خيار مجلس

اگر بایع و مشتری در ضمن عقد، اعم از عقد الکترونیکی یا حضوری، شرط کنند که هیچ‌کدام از طرفین، خيار مجلس نداشته باشد و هر دو با عنایت به مفاد این شرط، معامله را امضا کنند، نمی‌توانند با استناد به خيار مجلس، فسخ معامله را بخواهند، اگر چه از یکدیگر جدا نشده باشند.

اشتراط سقوط خيار مجلس، به چهار صورت قابل تصور است:

۱-۱. آنکه قبل از عقد، شرط سقوط خيار شود؛ مثل اینکه متبایعین بگویند که بعد از عقد، خيار مجلس برای آنها ثابت نیست. در خصوص این حالت میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. شیخ طوسی معتقد است: چنین شرطی (قبل از تحقق عقد) صحیح است و عقد به محض ایجاب و قبول، لازم می‌شود زیرا عموم اخبار وارده در جواز شرط، این مورد را هم در بر می‌گیرد.^۲ اما مؤلف *جوهر الکلام* معتقد است: چنانچه قبل از عقد، شرط سقوط خيار شود، این شرط، اعتباری ندارد و بیع را لازم

^۱. علامه حلی، پیشین

^۲. شیخ طوسی، پیشین، صص ۲۲-۲۱

نمی‌کند همان‌گونه که این مسئله در شروط دیگری غیر از این نیز وجود دارد.^۱ شیخ انصاری نیز معتقد است: هنگامی شرط سقوط خیار مجلس، مؤثر است که در متن عقد ذکر شود. بنابراین اگر متبایعان آن را قبل از انشای عقد ذکر نمایند، مفید نخواهد بود زیرا چنین اشتراطی الزام‌آور نیست و ادله جواز اشتراط اسقاط خیار، شامل شرطی می‌شود که در متن عقد، ذکر شود. شرطی که قبل از عقد ذکر شود از شروط ابتدایی است. ماهیت این شروط، یا وعده به التزام است نوعی التزام تبرعی است و هیچ‌کدام از این دو - وعده به التزام و التزام تبرعی - واجب‌الوفا نمی‌باشند و اگر عقد لاحق در نظر گرفته شود، شرط سابق، موجب لزوم آن نمی‌شود، اگر چه عقد مزبور مبنیاً بر شرط سابق، واقع شده باشد زیرا شرط سابق، الزام مستقل و جدایی بوده و ربطی به التزام به عقد لاحق ندارد.^۲

۱-۲. آنکه مشروط در متن عقد، عدم ثبوت خیار مجلس باشد؛ مثل اینکه بایع در متن عقد بگوید: «بعث بشرط آن لایثبت خیار المجلس»^۳ یا اینکه بگوید: «بعثک بشرط آن لایثبت بیننا خیار المجلس، فاذا قال المشتري: قبلت، ثبت العقد و لایخیر لهما بحال»^۴.

در این مسئله که اگر در متن عقد، شرط عدم ثبوت خیار مجلس شود، خیار مزبور ساقط می‌شود، اختلافی بین فقها نیست.^۵

شیخ انصاری گوید: مراد مشهور فقها از اشتراط سقوط خیار مجلس همین صورت است نه اینکه منظور، ارتفاع آن پس از پیدایش خیار باشد. به عبارت دیگر، منظور، پیشگیری از ثبوت خیار مجلس برای طرفین عقد است نه اینکه مراد، رفع و برداشتن چیزی باشد که با انشای عقد ثابت شده است.^۶

۱. نجفی، پیشین، ص ۱۲

۲. انصاری، پیشین، صص ۶۰-۵۹

۳. همان، ص ۵۶

۴. شیخ طوسی، پیشین، ص ۸۳

۵. ابن زهره، پیشین، عبدالعزیز ابن براج طرابلسی، المهدّب، (دوره ۲ جلدی)، مؤسسه النشر

الاسلامی، قم، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۱، ص ۳۵۷؛ شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۹؛ انصاری، پیشین

۶. همان

۳-۱. آنکه مشروط، در متن عقد، عدم فسخ باشد؛ مثلاً با بایع بگوید: «بعث بشرط أن لا أفسخ فی المجلس» یا اینکه با بایع به مشتری بگوید: «بعث بشرط أن لا تفسخ أنت أو بشرط أن لا یفسخ أحد منّا». در واقع بازگشت چنین اشتراطی به ترک حق ثابت است یعنی حقی که با وقوع عقد برای طرفین ثابت شد.^۱

۴-۱. آنکه مشروط در متن عقد، اسقاط خيار باشد؛ مثلاً با بایع به مشتری بگوید، این مال را به تو می‌فروشم، به این شرط که بعد از عقد، حق خيار مجلس خود را اسقاط کنم. یعنی به صورت شرط فعل باشد (برخلاف صورت دوم که به صورت شرط نتیجه بود و به صرف اشتراط، خيار مجلس، ساقط می‌شد و نیازی به اقدام دیگری بعد از عقد نبود). شیخ انصاری معتقد است: مقتضای ظاهر چنین اشتراطی آن است که مشروط‌علیه (بایع) باید بعد از وقوع عقد، حق الخيار خود را اسقاط کند. پس اگر با بایع به این شرط عمل نکند و عقد را فسخ نماید، نسبت به تأثیر فسخ مزبور دو وجه وجود دارد:

وجه نخست - احتمال نفوذ فسخ: زیرا از عموم ادله خيار، چنین استفاده می‌شود. وجه دوم - احتمال عدم نفوذ فسخ: زیرا لازمه وجوب وفا به شرط این است که با بایع مجبور شود که بر فسخ معامله، سلطنتی نداشته باشد. نظر شیخ انصاری، عدم تأثیر فسخ است، لذا اگر با بایع در جهت مخالفت با شرطی که کرده برآید و معامله را فسخ کند، فسخ او نافذ نیست و عقد به قوت خود، باقی است.^۲

۲) افتراق

یکی دیگر از مسقطات خيار مجلس، تفرق متبایعین است. هر گاه هر کدام از متبایعین با اختیار خود و بدون هیچ اکراهی جدا شود، اگرچه به اندازه یک قدم باشد، خيار مجلس هر دوی آن‌ها ساقط می‌شود. بنابراین اگر متبایعین از جلسه معامله خارج شوند ولی از یکدیگر جدا نشوند، همچنان خيار مجلس بینشان باقی

۱. همان؛ خوبی، پیشین، ج ۶، ص ۱۲۵

۲. انصاری، پیشین، ص ۵۷

است چون تفریق و جدایی بین متبایعین حاصل نشده است. محقق اردبیلی گوید: «سقوط خیار مجلس به وسیله جدایی و تفرق، اجماعی است و معنای تفرق و جدایی، شرعاً روشن نشده است یعنی شرع، تفرق را مسقط می‌داند ولی معیار تفرق مشخص نشده است بلکه بر اساس عرف، تشخیص داده می‌شود مثل قبض، حرز و احیاء. از امام صادق (ع) نقل است که فرمود: «إنی ابتعت أرضاً، فلما استوجبتها قمت فمشیت خطأ ثم رجعت فاردت أن یجب البیع». از مفهوم این حدیث برداشت می‌شود که تفرق و جدایی زمانی اتفاق می‌افتد که چیزی سیر و حرکت کند مانند قدم‌زدن». باید توجه داشت که هر تفرقی، موجب سقوط خیار مجلس نیست بلکه آن تفرقی مدنظر است که دو ویژگی حرکت و اختیار را داشته باشد.

بنابراین، تفرق با توجه به مطالب فوق، هم شامل تجارت حضوری شده و هم تجارت الکترونیک. اما باید یک تفاوت اساسی را در چگونگی تفرق در تجارت حضوری با الکترونیکی در نظر گرفت و آن اینکه در تجارت حضوری، متبایعین یا یکی از آنها از محل وقوع عقد معامله یا از نزد طرف مقابل خود، حرکت کرده و از او فاصله می‌گیرد اگرچه به اندازه یک گام باشد ولی در تجارت الکترونیکی، حرکت فیزیکی معنا ندارد. چه بسا متبایعین، سوار بر دو هواپیما باشند و از طریق اینترنت با هم گفتگوهای پیش از عقد را انجام دهند، اما به نظر ما، فضای مجازی اینترنت که طرفین در آن قرار دارند، جلسه عقد است چرا که طرفین در این فضا ارتباط فکری و معنوی مؤثری با هم دارند.

در تجارت، اعم از حضوری یا الکترونیکی، علاوه بر حرکت منجر به تفرق، اختیار هم شرط تفرق است، چرا که اگر طرفین با اکراه از یکدیگر جدا شوند یا بدون اراده (مثلاً قطع شبکه اینترنت توسط مخابرات)، خیار مجلس طرفین ساقط نشده و بعد از اتصال، اختیار فسخ برای آنان محفوظ است.

۳) اسقاط خیار بعد از عقد

اگر پس از عقد، چه حضوری یا الکترونیکی، متبایعین یا یکی از آنها به دیگری

پيشنهادهنده كند كه خيار را ساقط كنند و ديگري هم آن را قبول كند، خيار ساقط مي‌شود. «هنگامي كه طرفين، عقد را تثبيت كنند و تصميم بگيرند كه معامله را ايجاب و خيار را باطل كنند، براي آن دو نفر جايز است كه هر دو بگويند يا يكي بگويد و ديگري قبول كند به اينكه ما عقد را ايجاب و خيار مجلس را باطل كرديم. در اين صورت، عقد ثابت مي‌شود و خيار مجلس، باطل»^۱.

اگر عمل متعاملين بعد از وقوع عقد، دلالت بر اسقاط خيار داشته باشد، مثل اينكه قبالة معامله يا دفتر را امضا کرده باشند، اين عمل قطعاً كاشف از اسقاط خيار بوده و ديگر، حق برهم زدن آن را نخواهند داشت (اسقاط فعلي). امضای سند و قبالة، مخصوص معاملات حضوري نيست، بلكه در تجارت الكترونيك نيز خريدار و فروشنده مي‌توانند فرمهائي را در سايت خود قرار دهند و طرف معامله از طريق امضای الكترونيكي، عقد را تثبيت كند.

۴) تصرف

تصرف، يكي ديگر از مسقطات خيار مجلس است. اگر خريدار در مبيع تصرف كند، چنان تصرفي كه مالك در مالش انجام مي‌دهد، مثلاً در مجلس عقد آن را رهن طلبش قرار دهد، تصرفي است كه مسقط خيار مجلس است. البته بايد در نظر داشت كه متصرف چه كسي است؟ اگر بايع در مبيع تصرف كند، اين تصرف به معني فسخ معامله است. ولي اگر همين بايع در ثمن تصرف كند، اين به منزله تأييد و امضای معامله است. ولي برعكس، اگر مشتري در مبيع تصرف كند، اين به منزله تأييد و امضای معامله است و اگر در ثمن تصرف كند به معني فسخ معامله است. اگر بايع و مشتري با هم در مبيع تصرف كنند، تصرف بايع، مقدم است يعني معامله فسخ مي‌شود. اگر هر دو در ثمن تصرف كنند، تصرف مشتري مقدم و معامله فسخ مي‌شود. بنابر اين هرگاه يكي از متبايعين، تأييد معامله را برگزيند و ديگري فسخ آن را بخواهد، حق فسخ، مقدم بر حق تأييد است. البته تصرف در تجارت حضوري قابل اعمال است. بنابر اين اگر تصرف در خارج از

^۱ شيخ طوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج ۲، ص ۷۸

مکان عقد صورت بگیرد، به لحاظ تفرقی که حادث شده است، خیار مجلس ساقط شده است. در بیع الکترونیکی، که چه بسا طرفین بُعد مکانی زیادی از یکدیگر داشته باشند، مشتری چگونه می‌تواند در مبیع که شاید چند ماه طول بکشد تا به دست او برسد، تصرف کند؟ مثلاً اگر تاجر ایرانی از شرکت فرانسوی چندین دستگاه خودرو بخرد و پول را به شکل الکترونیکی در همان لحظه به حساب آن شرکت واریز کند، تصرف مشتری در خودروها بعد از انعقاد عقد بیع و جلسه عقد صورت می‌گیرد. لذا اسقاط خیار مجلس با تصرف در این فرض مشکل است.

اما اگر مبیع، اطلاعات نرم‌افزاری باشد که مشتری ایرانی از سایت *آمازون*^۱ خریده باشد، بایع می‌تواند در همان لحظه با دریافت پول از طریق الکترونیکی، اطلاعات نرم‌افزار را به خریدار ایمیل کند. در چنین موردی تصرف مبیع و ثمن در جلسه عقد ممکن بوده که موجب سقوط خیار مجلس می‌شود.

۷- حق اعمال خیار فسخ (حق انصراف) در عقود الکترونیکی از راه دور

یکی از شرایط اختصاصی قراردادهای الکترونیکی که در قانون تجارت الکترونیکی در زمره حقوق مصرف‌کننده وضع شده، حق فسخی با مهلت هفت‌روزه برای مصرف‌کننده است. در ماده ۳۷ قانون تجارت الکترونیکی ایران آمده: «در هر معامله از راه دور، مصرف‌کننده باید حداقل هفت روز کاری وقت برای انصراف (حق انصراف)^۲ از قبول خود بدون تحمل جریمه و یا ارائه دلیل داشته باشد. تنها هزینه تحمیلی بر مصرف‌کننده، هزینه بازپس‌فرستادن کالا خواهد بود». ماده مذکور، مقتبس از ماده ۶ «دستورالعمل اتحادیه اروپا درباره حمایت از مصرف‌کننده در قراردادهای از راه دور مصوب ۱۹۹۷»^۳ است. در ماده ۶ «دستورالعمل اتحادیه اروپا

۱ . www.amazon.com

۲ . right of withdrawal

۳ . Directive 97/7/EC of the European parliament and of the Council of 20 may 1997 on the Protection of consumers in respect of Distance Contracts. OJ 1997, L 144/19 <<http://eur-lex.europa.eu>>

راجع به بازاریابی از راه دور خدمات مالی مصرف‌کننده مصوب ۲۰۰۲^۱ چنین آمده است: «کشورهای عضو، باید اطمینان حاصل نمایند که مصرف‌کننده حداقل ۱۴ روز کاری برای انصراف از قرارداد، بدون پرداخت جریمه یا ارائه دلیل، داشته باشد. در قراردادهای بیمه عمر که مشمول دستورالعمل شماره 90/619/EEC بودند، این زمان به ۳۰ روز کاری افزایش می‌یابد». حق انصراف در «دستورالعمل پیشنهادی اتحادیه اروپا درباره حقوق مصرف‌کننده» (بروکسل - ۲۰۰۸)^۲ مورد توجه ویژه‌ای قرار گرفته است (ن.ک. مواد ۱۹ - ۱۲ دستورالعمل). در این دستورالعمل پیشنهادی، مدت زمانی که برای انصراف از قرارداد به مصرف‌کننده داده شده است، ۱۲ روز کاری است (پاراگراف ۱ ماده ۱۲ دستورالعمل). با توجه به عمومیت حکم ماده ۳۷ ق.ت.ا. در هر معامله در فضای الکترونیکی، اعم از آنکه در زمره عقود معین باشد یا غیرمعین، خریدار کالا یا خدمات می‌تواند آن را ظرف مدت ۷ روز کاری فسخ نماید؛ حتی اگر قرارداد مزبور در زمره عقود معین بوده و حق فسخ طرفین در عقد مزبور دارای احکام اختصاصی باشد در قواعد حقوق داخلی، در معاملات و عقود، اصل بر لزوم عقود است و ماده ۳۹۶ ق.م. به نحو خاص، خیراتی را برای حفظ حقوق طرفین معامله پذیرفته است. البته طبق ماده ۴۴۸ ق.م. سقوط همه یا برخی از خیرات، حین عقد پذیرفته شده است. این امر حتی در فرضی که به نحو خاص حسب شرایط و اوضاع و احوال قرارداد، طرفین معامله، اختیار فسخ دارند، مصداق دارد ولی در این فرض هم می‌توان از

¹ . Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the Distance Marketing of Consumer Financial Services and Amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC.

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0065:EN:NOT>>

دستورالعمل مذکور، دستورالعمل‌های شورای اروپا به شماره 90/619/EEC ، 97/7/EC و 98/27/EC را اصلاح و تجدیدنظر می‌کند.

² . Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Consumer Rights, Brussels, 8.10.2008 COM(2008) 614 final, 2008/0196 (COD)

<http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Directive_final_EN.pdf>

اصل لزوم، حمایت، و کلیه اختیارات را ساقط کرد.

حال آنکه ماده ۳۷ ق.ت.ا. نوعی حق فسخ کلی را بی‌هیچ دلیل و مبنایی و فقط به لحاظ آنکه نوع معامله از سنخ معامله از راه دور است، برای حداقل ۷ روز کاری به رسمیت شناخته است. اعمال این حق، در واقع پذیرش یک اختیار کلی برای فسخ معاملات از راه دور است که به نوعی مغایر قواعد عمومی به‌ویژه اصل لزوم است. حقوق دانان معمولاً در استناد به اختیارات، قاعده لاضرر را مورد توجه قرار می‌دهند، حال آنکه ماده ۳۷ در عمل به معنای جایزبودن کلیه معاملات از راه دور برای حداقل ۷ روز کاری است. از همه مهم‌تر اینکه، ظاهراً ماده ۴۶ ق.ت.ا. بیانگر این است که حکم مندرج در ماده ۳۷، حکمی امری و جزء تکالیف قانونی است و اسقاط این حق، جایز نیست و حکم کلی اختیار فسخ در معاملات از راه دور به‌نحو الزامی تا پایان زمان آن، یعنی ۷ روز کاری وجود دارد و توافق طرفین برخلاف آن، پذیرفته نیست. حال آنکه، این امر با قواعد عمومی اختیارات مندرج در قانون مدنی و احکام معاملات در فقه امامیه انطباق ندارد. از این حیث، حق فسخ مذکور در موقعیتی برتر از اختیارات معهود در فقه و قانون مدنی قرار گرفته است.

قانونگذار، این حق را تنها برای مصرف‌کننده، نه برای طرفین معامله، به رسمیت شناخته است. بنابراین، از جهت ذی‌حق، محدودتر از اختیار مجلس است زیرا اختیار مجلس برای طرفین بیع پیش‌بینی شده است اما از جهت موضوع، اعم از اختیار مجلس است زیرا آن را ویژه بیع نکرده، بلکه در هر معامله از راه دوری قابل اجراست.

بنابراین، در حقوق ایران، تفاوت اختیار مجلس در بیع الکترونیک با حق انصراف این است که:

- حق انصراف در کلیه معاملات از راه دور وجود دارد، درحالی‌که اختیار مجلس، مختص عقد بیع است؛
- حق انصراف، مختص مصرف‌کننده (خریدار) است، درحالی‌که اختیار مجلس برای طرفین وجود دارد؛
- حق انصراف، جزء قواعد آمره است، لذا طرفین نمی‌توانند آن را اسقاط کنند

ماده ۴۶ ق.ت.ا)، درحالی که به استناد ماده ۴۴۸ ق.م. سقوط خيار مجلس را می توان ضمن عقد شرط کرد.

- شروع اعمال حق انصراف در صورت فروش کالا از تاریخ تسلیم کالا به مصرف کننده و در صورت فروش خدمات، از روز انعقاد عقد است (پاراگراف «الف» ماده ۳۸ ق.ت.ا). ولی شروع خيار مجلس از روز انعقاد عقد، فی المجلس است.

- آغاز اعمال حق انصراف مصرف کننده پس از ارائه اطلاعاتی است که در بستر مبادلات الکترونیکی ضرورت دارد و در مواد ۳۳ و ۳۴ ق.ت.ا. شماره شده اند (پاراگراف «ب» ماده ۳۸ ق.ت.ا) لیکن اعمال خيار مجلس، موقوف به ذکر ریز جزئیات معامله نیست.

نتیجه

از این پژوهش می‌توان چنین نتیجه گرفت که آنچه در باب خیار مجلس و ثبوت آن برای متعاملین ضروری است، ارتباط معنوی و فکری متعاملین است نه در کنار هم نشستن و حضور فیزیکی. چه بسا افراد بارها در کنار یکدیگر نشسته ولی چون ارتباط معنوی و فکری در باب معامله بینشان وجود ندارد، معامله‌ای صورت نگرفته است. ولی در معامله از طریق ارتباط الکترونیکی، طرفین معامله با یکدیگر ارتباط معنوی و فکری برقرار می‌کنند و خیار مجلس به فراخور معامله بینشان برقرار می‌باشد.

خیار مجلس، اختیاری است که شارع برای طرفین عقد بیع قرار داده تا بتوانند مادامی که با هم در مجلس عقد هستند، عقد را فسخ کنند. پس نباید با استناد به ظاهر نصوص که نام این خیار را خیار مجلس نامیده است، آن را منصرف به عقود حضوری کرد. با داشتن ارتباط معنوی خریدار و فروشنده الکترونیکی، بی‌تردید یک مجلس عقد مجازی بین آنها شکل می‌گیرد که زمینه‌ای برای حضور خیار مجلس در این فضای مجازی را فراهم می‌کند.

فهرست منابع:

الف) فارسي

- اميري قائم‌مقامي، عبدالحميد، **حقوق تعهدات**، ج ۲، ميزان، ۱۳۷۸.
- بروجردي عبده، محمد، **كلييات حقوق اسلامي**، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۹.
- جعفري لنگرودي، محمدجعفر، **دوره حقوق مدني**، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
- جعفري لنگرودي، محمدجعفر، **مبسوط در ترمينولوژي**، ج ۴، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- شهيدی، مهدي، **حقوق مدني**، ۶، عقود معين ۱، مجد، ۱۳۸۲.
- کاتوزيان، اميرناصر، **دوره عقود معين: معاملات معوض - عقود تملیكي**، ج ۱ (دوره ۴ جلدی)، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ هفتم، ۱۳۷۸.

ب) عربي

- ابن ادریس حلی، ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۲ (دوره ۳ جلدی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۱ ه.ق.
- ابن براج طرابلسی، عبدالعزيز، **المهذب**، ج ۱ (دوره ۲ جلدی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۶ ه.ق.
- ابن حمزه، ابی جعفر محمدبن علی طوسی، **الوسيله الي نیل الفضيله**، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۸ ه.ق.
- ابن زهره، حمزه‌بن علی، **غنیة النزوع**، مؤسسه الامام الصادق (ع)، قم، ۱۴۱۷ ه.ق.
- ابن فهد حلی، جمال الدین ابی العباس احمدبن محمد، **المهذب البارع**، ج ۲ (دوره ۵ جلدی)، جامعه المدرسین، قم، ۱۴۱۱ ه.ق.
- ابوالصلاح الحلبي، **الكافي في الفقه**، مكتبة امير المؤمنين (ع)، اصفهان، ۱۴۰۳ ه.ق.
- انصاری، مرتضی، **المکاسب**، ج ۵ (دوره ۶ جلدی)، مؤسسه الهادی، قم، ۱۴۲۰ ه.ق.
- بخاری، محمدبن اسماعیل، **صحیح البخاری**، ج ۳ (دوره ۸ جلدی)، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۱ ه.ق.
- حرّاملی، محمد بن حسن، **تفصیل وسائل الشیعه الي تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۸ (دوره ۳۰ جلدی)، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، قم، چاپ

- دوم، ۱۴۱۴ ه. ق.
- حسینی شیرازی، محمد، **ایصال الطالب الی المکاسب**، ج ۱۱ (دوره ۲۴ جلدی)،
مؤسسه الاعلمی، ۱۳۷۰
- خویی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، ج ۲ و ۶ (دوره ۷ جلدی)، تقریر توسط محمد
علی توحیدی، مطبعه حیدریه، نجف، ۱۳۶۶.
- روحانی، محمدصادق، **فقه الصادق (ع)**، ج ۱۷ (دوره ۲۶ جلدی)، مؤسسه
دارالکتاب، قم، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ه. ق.
- روحانی، محمدصادق، **منهاج الفقاهه**، ج ۵ (دوره ۶ جلدی)، مطبعه سپهر، چاپ
چهارم، ۱۴۱۸ ه. ق.
- العاملی (شهید ثانی)، زین الدین، **مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۳
(دوره ۱۵ جلدی)، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ه. ق.
- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی، **الخلاف**، ج ۳ (دوره ۶ جلدی)،
مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷ ه. ق.
- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۲
(دوره ۸ جلدی)، تحقیق محمد باقر بهبودی، مکتبه مرتضویه، قم، ۱۳۸۷.
- شیخ مفید، ابی عبدالله محمد بن محمد بن نعمان العکبری البغدادی، **المقنعه**،
مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ه. ق.
- طباطبایی، سید علی، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة**، ج ۱ (دوره ۲
جلدی)، مؤسسه آل البیت (ع)، قم، ۱۴۰۴ ه. ق.
- عاملی، محمدجواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۴، مؤسسه النشر
الاسلامی، قم، ۱۴۱۹ ه. ق.
- علامه حلی، جمال الدین الحسن بن یوسف بن علی بن مطهر، **تذکره الفقهاء**، ج ۱
(دوره ۲ جلدی)، مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی تا.
- فتح الله، احمد، **معجم الفاظ الفقه الجعفری**، بی تا، بی جا، ۱۴۱۵ ه. ق.
- فخرالمحققین، ابن علامه، **ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد**، ج ۱ (دوره
۴ جلدی)، طبع به امر آیت الله محمود شاهرودی، قم، ۱۳۷۸ ه. ق.
- قارویی، حسن، **النفیذ**، ج ۱۲، چاپ دلوری، قم، ۱۴۱۶ ه. ق.
- کلینی رازی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الکافی**، ج ۵ (دوره ۸ جلدی)،

- دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷.
- محقق اردبیلی، احمد، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان**، ج ۸ (دوره ۱۴ جلدی)، جامعه المدرسین، قم، ۱۴۰۴ ه. ق.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۲ (دوره ۴ جلدی)، انتشارات استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ه. ق.
- الموسوی الخمینی، روح الله، **کتاب البیع**، ج ۴ (دوره ۵ جلدی)، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ چهارم، ۱۴۱۰ ه. ق.
- نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۳ و ۲۴ (دوره ۴۳ جلدی)، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۵.
- نوری طبرسی، حسین، **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، ج ۱۳ (دوره ۱۸ جلدی)، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ه. ق.

ج) لاتین

- ..Chissick, Michael, Kelman, Alistair, **Electronic Commerce: Law and Practice**, 3rd ed, London, Sweet & Maxwell, 2002.
- ..Dickie, John, **Internet and Electronic Commerce Law in the European Union**, London, Hart Publishing, Oxford, 1999.
- ..Rowland, Diane, Macdonald, Elizabeth, **Information Technology Law**, London, 3rd ed, Published in Great Britain by Cavendish, 2005.
- ..Standing, Craig, **Internet Commerce Development**, Boston, Artech House Computing Inc, 2000.
- ..Todd, Paul, **E-Commerce Law**, London, Cavendish Publishing, First Published in Great Britain, 2005.