

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۱  
زمستان ۱۳۹۶، ۵۰-۳۱

## پژوهشی پیرامون شرط خیار به موجب استیمار\*

دکتر محمدعلی خورسندیان<sup>۱</sup>

دانشیار دانشگاه شیراز

Email: khorsand@shirazu.ac.ir

دکتر مجید سربازیان

استادیار دانشگاه شیراز

Email: sarbazian@shirazu.ac.ir

سجاد برزگری

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شیراز

Email: barzegarisajad@yahoo.com

### چکیده

شرط مؤامره نوعی خیار شرط است؛ بدین گونه که شرط می‌شود در مدتی معین با ثالث مشورت شود و چنانچه وی نظر به فسخ داد مشروط له بتواند عقد را فسخ کند. قانون مدنی جعل خیار برای ثالث را پیش‌بینی کرده اما درباره شرط مؤامره ساکت است. این تحقیق با روش تحلیلی به دنبال مستند سازی این نوع از خیار و روشن کردن ماهیت و آثار آن است. مطالعه انجام شده نشان می‌دهد که این شرط ضمن عقد از نوع شرط نتیجه است و به صرف اشتراط برای مشروط له حق فسخ به بار می‌آورد؛ لیکن اعمال این حق مشروط به این است که با ثالث مشورت شود. این شرط مفید نوعی تحکیم و تابع قواعد عمومی شرط است. تعیین مدت نیز در آن لازم است. مشاور باید اهلیت داشته باشد اما معلوم بودن و قبول وی شرط نیست. مشاور امین، ملزم به رعایت مصلحت و مستحق اجرت است و این شرط قابلیت انتقال دارد.

**کلیدواژه‌ها:** شرط مؤامره، استیمار، خیار شرط، تعهد برای ثالث، فسخ عقد

\* تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۱۲/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۱۱/۱۸.

DOI: 10.22067/jfu.v49i4.45064

۱. نویسنده مسئول

## مقدمه

یکی از مراحل مهم تکوین هر پیمان مذاکرات پیش از عقد است. در این مرحله طرفین به بررسی کارشناسی و سنجش سود و زیان خود می‌پردازند و مصلحت خود را در انعقاد پیمان و شرایط ضمن آن تعیین می‌کنند. اما گاه این کار نیازمند زمانی طولانی و فرصتی برای یافتن کسانی است که بتوانند به آنان یاری رسانند. از سوی دیگر، گاه تأخیر موجب از دست دادن فرصتی مهم یا کندی گردش اقتصادی خواهد شد. فقه اسلامی از دیرباز در بخش خیار شرط برای چنین وضعیتی پیش‌بینی کرده است که طرفین بتوانند پیمان خود را با شرطی به نام شرط مؤامره منعقد نمایند و سپس به مشورت بپردازند و اگر پیمان را به مصلحت خود تشخیص دادند آن را ابرام نموده و گرنه با فسخ عقد، خود را از بار پیمان نسنجیده برهانند. همچنین این کار می‌تواند موارد پیمان‌شکنی را کاسته و مرافعات قضایی را کمتر نماید. هرچند مدونین قانون مدنی نتوانسته‌اند با ذکر این شرط راه‌های استفاده از آن را در روابط معاملاتی شهروندان نشان دهند، اما پژوهش حاضر نشان خواهد داد چگونه می‌توان از این شرط در پیمان‌ها بهره جست و چه آثاری بر این شرط مترتب است. این پژوهش نخست به تعریف این شرط و سپس به بیان ماهیت آن خواهد پرداخت. بعد شرایط صحت آن بررسی می‌گردد و پس از آن نحوه فسخ ذکر می‌شود و در واپسین بخش به انتقال قهری شرط و عزل مشاور و اجرت وی و ضمانات حاصل از عمل وی می‌پردازد:

**بیان مفهوم:** مؤامره مصدر باب مفاعله از ماده امر است. معنای لغوی آن مشورت کردن، رأی زدن، تحقیق و مطالعه است (معین، ۲۶۴). در اصطلاح حقوقی خیار مؤامره خیار مشاوره مشتری است با ثالث (جعفری لنگرودی، وسیط در ترمینولوژی حقوق، ۸۵). از شرط مؤامره با تعبیری مختلف سخن به میان آمده است، از جمله: بیع المؤامره (موسسه دائره‌المعارف فقه فارسی، ۲۰۱/۲) و خیار استیمار (نجفی، جواهر الکلام، ۳۵/۲۳). به شخص ثالث طرف مشورت نیز مستأمر یا مستشیر می‌گوییم. در اصطلاح فقها چنین استعمال شده که شرط شود متعاقدين یا یکی از آنها در معامله با شخصی دیگر مشورت کند؛ پس می‌گوید این متاع را من می‌خرم مشروط به اینکه بعد از خریدن از فلانی (ثالث) صلاحدید می‌طلبم و اگر مصلحت دید امضا و در غیر این صورت معامله را به هم می‌زنم (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۴۵۲/۳؛ عاملی، الزبده الفقهیه، ۵۸۵/۴؛ بحرانی، ۳۹/۱۱).

**جواز:** شرط مؤامره به عنوان یکی از اقسام خیار شرط (نجفی، جواهر الکلام، ۳۵/۲۳؛ هاشمی‌شاهرودی، معجم فقه الجواهر، ۵۰۵) با توجه به عموم ادله جواز شرط (انصاری، المکاسب، ۵/۱۲۵؛ نجفی، جواهر الکلام، ۳۵/۲۳) جایز است. در تقسیم‌بندی شروط ضمن عقد، شرط مؤامره از نوع شرط نتیجه به حساب می‌آید (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق ایران، ۴۲۳) چراکه

حق خیار که نتیجه شرط مؤامره است به صرف شرط حاصل می‌شود. از نظر حقوقی ماده ۳۹۹ ق.م. - که به نظر می‌رسد ترجمه‌ای از یک عبارت فقهی است (مفتاح الکرامه، ۱۰/۹۶۶) - تنها جعل خیار را برای طرفین و ثالث پذیرفته است و اشاره‌ای به شرط مؤامره ننموده است. اما باید گفت این ماده مفید حصر نیست زیرا این شرط در زمره خیار شرط که در ماده ۳۶۶ ذکر شده قرار می‌گیرد شاهد بر این مطلب آن است که یکی از اقسام خیار شرط یعنی بیع شرط نیز در جای دیگری از قانون یعنی ماده ۴۵۸ ذکر شده است.

**قلمرو:** شرط مؤامره ویژه بیع نیست و مانند خیار شرط می‌تواند در همه معاملات لازم جریان داشته باشد. اما همچون خیار شرط در نکاح، وقف (طوسی، المبسوط، ۸۱/۲)، ضمان یا اقباعات (نجفی، پیشین، ۹۴؛ بهمن‌پوری و دیگران، ۲۳۰) جاری نیست.

از آنجا که مجرای شرط خیار به صورت کلی عقود لازم است و بیشتر فقیهان جریان خیار را در عقود جایز نپذیرفته‌اند (نجفی، پیشین، ۳۶، شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳/۳۱۱) شرط مؤامره نیز به عنوان یکی از اقسام شرط خیار در عقود لازم جریان پیدا می‌کند. البته در فقه گاه تعبیر کرده‌اند که خیار شرط، عقد لازم را جایز می‌گرداند (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۳/۴۵۲)؛ اما درست آن است که شرط تأثیری بر لزوم عقد ندارد.

### ماهیت اشتراط مؤامره

شرط مؤامره از سویی حقی برای مشروط له ایجاد می‌کند تا بتواند با تحقق شرط عقد را فسخ کند و از سویی به مشاور حق امر به فسخ یا امضا می‌دهد. واگذاری حق به ثالث از لحاظ ماهیت در عنوان تفویض جای می‌گیرد. تفویض اقسام مختلفی دارد از جمله: توکیل، (ابن حمزه، ۲۸۲؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۶/۷۳؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۳۷) تحکیم، انتقال و نصب. مؤامره از نظر توکیل یا تحکیم بودن چنین بررسی می‌شود:

نحوه دخالت ثالث در جریان شرط مؤامره و خیار حاصل از آن، نوعی واگذاری است اما در نوع و ماهیت این عمل، سخنی به صراحت دیده نمی‌شود. با این وجود در بحث مشابه جعل خیار برای ثالث اظهار نظر شده و اختلاف وجود دارد: عده‌ای آن را تفویض (نائینی، ۲/۴۲)، عده‌ای وکالت (ابن‌قدامه، ۳/۵۰۰) و عده‌ای تحکیم (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۳/۴۵۴) دانسته‌اند. برخی هم از تملیک سخن رانده‌اند اما مقصود از تملیک ایجاد حق برای ثالث است نه معنی اصطلاحی آن (امام خمینی، کتاب البیع، ۴/۲۹۷). در آنجا علت این اختلاف آن است که ثالث به طور مستقل اقدام به فسخ یا امضا عقد می‌کند.

به هر روی نظر چیره تحکیم دانستن این عمل است (انصاری، المکاسب، ۵/۱۲۳؛ نجفی، پیشین، ۲۳/۳۴؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۱/۵۲۵). در حقوق هم جعل خیار برای اجنبی را که در ماده ۳۹۹ آمده تحکیم می‌دانند. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۵/۱۱۷؛ امامی، حقوق مدنی، ۱/۲۳۵) اما در مورد شرط مؤامره چنین اختلافی وجود ندارد. چراکه در این جا تنها شرط می‌شود که با ثالث مشورت شود و ثالث حق فسخ ندارد. این مشروطه است که پس از نظر ثالث به حیات عقد پایان می‌دهد. ذکر شد که مشهور جعل خیار برای ثالث را تحکیم می‌دانند. در آنجا برخی چنین استدلال کرده‌اند که چون هیچ نفعی از فسخ یا امضاء عقد نصیب ثالث نمی‌شود، بنا بر این ثالث تنها داور طرفین در انتخاب فسخ یا امضاء به حساب می‌آید (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۵/۱۵۶). با این حال این تردید می‌توانست طرح گردد که چون در این فرض برای ثالث حق مستقل خیار به وجود می‌آید لذا ممکن است نوعی توکیل باشد نه تحکیم. اما در مقابل، در شرط مؤامره این تردید قابل طرح نیست چون حق فسخ برای ثالث جعل نمی‌شود و نماینده طرفین در فسخ و امضاء محسوب نمی‌شود و لذا می‌توان قائل به تحکیم و داور قرار دادن ثالث شد.

ممکن است اشکال شود که هدف از تحکیم پایان دادن به اختلاف و منازعه است تا از رفتن پرونده به مراحل دادرسی جلوگیری شود از این رو دخالت داور باید به گونه‌ای باشد که رأی او برای طرفین لازم باشد؛ بنابراین شاید نتوان به سادگی دخالت را تحکیم دانست زیرا در استیمار نظر ثالث در خصوص فسخ یا امضا بر مشروطه لازم نمی‌شود. اما باید گفت به هر روی این اعلام نظر ثالث چیزی جز نوعی داوری نیست. این نوع تحکیم که نظر داور تنها در فرض امضاء عقد متبوع است هم در فقه و هم در حقوق داخلی نمونه دارد. برای مثال رجوع به داوری در هنگام شقاق چنین است. در مورد ماهیت داوری در شقاق که وکالت است یا قضاوت و تحکیم، اختلاف نظر دیده می‌شود. مشهور فقها با توجه به ظاهر آیه ۳۵ سوره نساء و نصوص عقیده دارند که اقدام حکمین تحکیم است نه وکالت (طوسی، التبیان، ۳/۱۹۱-۱۹۲؛ نجفی، جواهر الکلام، ۳۱/۲۱۳-۲۱۵). اختلاف به احادیثی بر می‌گردد که نقل شده است. از جمله امام صادق فرمودند: «برای داوران جایز نیست بدون اجازه مرد یا زن (در طلاق خلع) آن‌ها را طلاق دهند و داوران باید با زن و شوهر شرط کنند که هر حکمی که کردند آن دو قبول کنند: اگر حکم کردند که باید از هم جدا شوند، بپذیرند و اگر حکم کردند باید با هم باشند بپذیرند» (کلینی، ۱۴۶/۶). در حقوق هم بر اساس نظر مشهور فقها پذیرفته شده است که داوران از صدور حکم به طلاق ممنوع باشند (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۱۴۶/۶). بدین ترتیب قائل شدن به تحکیم در مؤامره نیز بی‌سابقه و مشکل نیست، اما این تحکیم از معنای اصطلاحی خود جدا شده است و بدین معناست که: طرفین توافق می‌کنند ثالث حکم

باشد گرچه حکم او نافذ نباشد.

### زمان به وجود آمدن خیار در شرط مؤامره

برخی از فقهای پیشین گمان کرده‌اند همانند اشتراط خیار برای ثالث، در مؤامره نیز برای شخص مشاور حق خیار ایجاد می‌شود نه برای مشروطه (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳/۲۰۲؛ علامه، تذکره الفقهاء، ۱۱/۵۶). اما دیگران متوجه تفاوت شرط مؤامره با اشتراط خیار برای ثالث شده و خیار را به مشروطه نسبت داده‌اند. البته در شرط مؤامره باید به وجود آمدن دو حق را در نظر گرفت: اول حق داوری است که برای ثالث به صورت منجز به نفس شرط کردن (شرط نتیجه) به وجود می‌آید (محقق داماد و صادقی، ۸۴) و دیگری حق خیاری است که برای مشروطه به وجود می‌آید. آنچه محل اختلاف است زمان به وجود آمدن این حق خیار برای مشروطه است. بعضی زمان ایجاد حق را پس از اعلام نظر مشاور می‌دانند و بعضی ایجاد حق را از زمان اشتراط دانسته و نظر ثالث را شرط اجرای حق می‌دانند:

**نظر نخست:** زمان ایجاد خیار برای مشروطه زمانی است که با ثالث مشورت کند و او نظر به فسخ دهد (حسینی شیرازی، ۱۱/۳۴۲؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۲۸). طبق این نظر خیار مشروطه، مشروط به نظر ثالث است و به صرف شرط کردن مؤامره خیار به وجود نمی‌آید. همچنین ممکن است ظاهر عبارت فقها در جایی که گفته‌اند مشروطه نمی‌تواند قبل از مشورت با ثالث عقد را فسخ کند (امام خمینی، کتاب البیع، ۴/۲۲۱؛ سبزواری، ۴۶۵). بر این معنا حمل شود که پیش از نظر مستأمر، خیار پدید نیامده است. شایان ذکر است در باب شروط پذیرفته شده است که تجزیه شرط ضروری نیست و شرط می‌تواند به صورت معلق بیاید. لذا هر چند در استیمار برخی اشکال تعلیق در جعل خیار برای مستأمر را مطرح نموده‌اند (یزدی، ۲/۲۶). اما دیگران پاسخ داده‌اند که تعلیق امری نیست که عقلاً باطل باشد بلکه در جای خود، بطلان به خاطر ادعای اجماع بوده است و معتقدند که در اینجا این اجماع صحیح نیست بلکه ادله شرط حاکم بر قضیه خواهد بود (امام خمینی، کتاب البیع، ۴/۲۲۱). یکی از حقوقدانان نیز اعمال خیار فسخی را که با شرط مؤامره به وجود می‌آید «ایقاع معلق» می‌داند (نهرینی، ۱۱۹).

**نظر دوم:** در مؤامره شرط می‌شود که مشروطه خیار فسخ دارد، اما برای اعمال این خیار لازم است که نظر ثالث را نیز جلب کند. ایجاد خیار با نظر خواهی از ثالث دو صورت دارد: یا «شرط نتیجه معلق» است - که در جای خود مشکل تحلیلی ندارد (شهیدی، حقوق مدنی، ۴/۷۷) - بدین معنی که حصول نتیجه (خیار) به امری وابسته شده است. صورت دوم مشورت خواهی، شرط «اجرای» حق خیاری است که قبلاً با شرط برای مشروطه به وجود آمده است نه آنکه خیار بعد از نظر مستأمر پدید آید؛ بنابراین باید گفت تعلیق

در اجرای اختیار است نه تعلیق در به وجود آمدن اختیار. نظر دوم تحلیل اخیر را انتخاب می‌کند. مطابق این نظر چنان که حقی که برای ثالث به وجود آمده است به صورت منجز به نحو شرط نتیجه پدید آمده است حق اختیار برای مشروط له نیز با جعل شرط، از ابتدای عقد مورد توافق طرفین قرار گرفته است و این طور شرط شده که مشروط له دارای حق اختیار است اما برای اینکه آن را اعمال کند باید با ثالث مشورت کند و اگر او نظر به فسخ داد می‌تواند حق خود را اعمال کند. چنین چیزی در اختیار شرط دور از ذهن نیست؛ چراکه این اختیار از اراده طرفین نشأت می‌گیرد (کاتوزیان، پیشین، ۱۵۵؛ شهیدی، سقوط تعهدات، ۵۷-۵۹) و آن‌ها می‌توانند در خصوص زمان به وجود آمدن اختیار تصمیم بگیرند.

نظیر همین بحث در بیع شرط که یکی از اقسام اختیار شرط است دیده می‌شود در این حالت شرط می‌شود که اگر بایع در مدت زمان معلومی ثمن را برگرداند حق فسخ داشته باشد. در این بحث بیع شرط فقها در مورد اینکه ماهیت رد ثمن چیست یا به عبارتی چه زمانی اختیار ایجاد می‌شود نظراتی طرح نموده‌اند. یکی از نخستین تحلیل‌ها، لحاظ کردن رد ثمن را در اختیار را به پنج وجه قابل تصور می‌داند:

(۱) فروشنده شرط کند فسخ عقد، معلق بر بازگرداندن ثمن یا موقت به زمان رد ثمن باشد در این صورت چون رد ثمن قید اختیار بر وجه تعلیق یا توقیت است پیش از فرا رسیدن وقت برگرداندن ثمن، اختیار وجود ندارد.

(۲) رد ثمن قید فسخ باشد، بدین معنا که صاحب شرط اختیار داشته باشد، اما اعمال اختیار وابسته به رسیدن زمان رد ثمن باشد.

(۳) رد ثمن، فسخ عملی عقد بیع باشد و هدف از آن تملیک مجدد ثمن به خریدار باشد تا از این رهگذر بتواند مبیع را از او تملک کند.

(۴) رد ثمن، قید انفساخ عقد باشد؛ یعنی فروشنده بر خریدار انفساخ عقد در هنگام رد ثمن را شرط کند.

(۵) رد ثمن، شرط وجوب اقاله بر خریدار باشد، بدین معنا که خریدار ملتزم شود در صورتی که فروشنده ثمن را بدهد او بیع سابق را اقاله کند.

اما این دیدگاه اشتراط به وجه چهارم را درست نمی‌داند (انصاری، المکاسب، ۱۲۹/۵). بعضی نیز یک حالت دیگر افزوده‌اند که: فروشنده به خریدار شرط کند با رد ثمن، خریدار مبیع را به او منتقل کند و همه این حالت‌ها را ممکن می‌دانند (اصفهانی، ۱۸۷/۴-۱۸۸؛ امام خمینی، کتاب البیع، ۲۲۲/۴). اما برخی صورت‌های دوم، سوم و چهارم را در واقع گونه‌ای متمایز از نوع نخست تلقی نمی‌کنند و از این روی، تنها به دو صورت برای اعتبار رد ثمن و دخالت آن در فسخ عقد قائل‌اند: یکی اینکه اختیار منوط به رد ثمن

باشد، بدین معنا که فروشنده حق داشته باشد هرگاه بخواهد ثمن را باز گرداند و مبیع را پس بگیرد؛ و دیگری آنکه بر خریدار به نحو شرط نتیجه شرط شود که چون فروشنده ثمن را بازگرداند او نیز عقد را اقاله کند. در نتیجه، اگر خریدار اقاله کرد مقصود حاصل است، وگرنه فروشنده از خیار تخلف شرط استفاده می‌کند و با استناد به آن، عقد خود به خود منفسخ می‌شود (خویی، مصباح الفقاهه، ۴/۲۵۷). برخی از حقوقدانان نیز در بیع شرط به همین موضوع اشاره نموده و رد ثمن را شرط اعمال خیار شمرده‌اند. (امامی، حقوق مدنی، ۱/۵۳۹) در هر حال مطابق با همه نظریات، وابسته نمودن فسخ در خیار استیمار نیز به مشورت و اعلام نظر ثالث، هیچ‌گونه اشکال نظری نخواهد داشت.

### شرایط صحت شرط مؤامره

**شروط اساسی صحت معاملات و شروط عمومی صحت شروط:** شرط مؤامره از جمله شروط ضمنی و اعمال حقوقی به حساب می‌آید و متذکر شده‌اند که در شروط نیز باید شرایط اساسی صحت معاملات (ماده ۱۹۰ ق.م.) احراز گردد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳/۱۶۸؛ عابدیان، ۱۵۰) لذا در شرط مؤامره باید قصد طرفین و رضای آن‌ها همچون هر شرطی دیگر (شهادی، حقوق مدنی، ۴/۹۰-۹۱؛ امام خمینی، کتاب البیع، ۱/۱۶۸) تحقق یابد. درباره لزوم مشروعیت جهت در شروط نیز برخی این شرط را لازم ندانسته (شهادی، حقوق مدنی، ۴/۹۳) و به ماده ۱۰ ق.م. استناد کرده‌اند (امامی، پیشین، ۲۷۲). در مقابل برخی (کاتوزیان، پیشین، ۱۶۷) مشروعیت جهت شرط را لازم می‌دانند. می‌توان گفت دلایلی که شرط نامشروع را رد می‌کند (ماده ۲۳۲ ق.م.) شرط با جهت نامشروع را نیز در بر می‌گیرد. اما در باب لزوم اهلیت باید گفت: بی‌گمان مشروطه و مشروط‌علیه که با توافق یکدیگر شرط مؤامره را در ضمن عقد قرار می‌دهند باید برای این عمل حقوقی اهلیت داشته باشند. تنها بحثی که باقی می‌ماند لزوم اهلیت ثالث است. به جز قانون در فقه نیز در مورد لزوم اهلیت ثالث به صراحت بحث نشده است. به جز قاعده کلی حاکم بر هر عمل حقوقی می‌توان به موارد مشابه رجوع کرد. گفته شد اقدامی که توسط مستامر صورت می‌گیرد به گونه‌ای داور محسوب می‌شود هرچند از معنای اصطلاحی داور جدا شده است. ماده ۴۶۶ قانون آئین دادرسی مدنی برای داور اصطلاحی اهلیت را لازم دانسته و مقرر داشته: «اشخاص ذیل را هر چند با تراضی نمی‌توان به عنوان داور انتخاب نمود: ۱- اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند. ۲- ...». هم‌چنین، برای اثبات تحکیم بودن شرط مؤامره این مورد با تحکیم در شقاق مقایسه و دارای ماهیتی یکسان دانسته شد. در انتخاب حکم برای رفع اختلاف در شقاق شرایطی ذکر شده است از جمله اینکه حکم باید اهلیت داشته باشد و در موضوعی که به او ارجاع داده می‌شود اهداء داشته باشد. در بحث جعل

خيار برای ثالث نیز که برخی از فقیهان که آن را تحکیم دانستند، گفته‌اند که چون ثالث امین محسوب می‌شود، باید رعایت مصلحت کند پس بلوغ و عقل و اهتداء نیز در او شرط است (نجفی، جواهر الکلام، ۳۵/۲۳). در خصوص شرط مؤامره چنین تصریحی دیده نمی‌شود. اما از مجموع موارد مشابه، لزوم اهلیت وی استنباط می‌شود.

در ارتباط با لزوم تعیین موضوع، سؤال جایی طرح می‌شود که ضمن معامله‌ای بر دو یا چند شیء یا دارای چند جزء، شرط مؤامره قرار دهند. در چنین فرضی نیز باید تعیین مورد شرط رعایت شود به دیگر سخن باید معین شود که در مورد کدام جزء از معامله شرط مؤامره وجود دارد؛ درست مانند زمانی که نمی‌دانیم چه کسی حق خيار دارد (نجفی، پیشین، ۹۲).

همچنین با تعیین ثالث نیازی به قبول او نیست زیرا این شرط مشابه جعل خيار برای ثالث است که در آنجا هم قبول وی شرط نیست (طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ۱/۲۵۲)؛ زیرا در ماهیت، نوعی تعهد به نفع ثالث است (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق ایران، ۴۲۳؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۵۶/۵) و از آنجا که مطابق مادتين ۲۳۱ و ۱۹۶ قانون مدنی، تعهد به نفع ثالث از استثنائات اصل نسبی بودن اثر قراردادها به حساب می‌آید لزومی به قبول ثالث نیست (محقق داماد و صادقی، ۱۷؛ محمدی، ۲۷۵).

به جز شرایط یاد شده شرط مؤامره باید سایر شرایط عمومی شروط از جمله: مقدر بودن و دارا بودن نفع عقلایی را نیز داشته باشد (مادتين ۲۳۲ و ۲۳۳).

**معلوم نمودن:** در باب لزوم معلوم نمودن سه بحث مطرح است: معلوم کردن مستأمر، موضوع و مدت:

۱- در شرط مؤامره، معلوم کردن طرف مشورت (مستأمر) لازم نیست (نجفی، جواهر الکلام، ۳۶/۲۳؛ محقق ثانی، ۲۹۰/۴؛ جعفری لنگرودی، الفارق، ۲/۳۵۲) بر خلاف شرط خيار برای ثالث که تعیین نشدن ثالث موجب بطلان است (نجفی، پیشین، ۳۴) چراکه اینجا حق خيار برای طرفین اصلی معامله قرار داده می‌شود، از این رو ذوالخيار معین است و خللی به وجود نمی‌آید. برخی دلیل آورده‌اند که عدم لزوم تعیین مشاور به جهت شباهت ماهیت مؤامره با صلح است اما این دلیل را رد کرده‌اند، چون سایر شرایط صلح مانند عدم تعیین مدت در اینجا وجود ندارد (مامقانی، ۵۷).

۲- در باب معلوم نمودن موضوع شرط مؤامره باید خاطر نشان کرد که اگر موضوع شرط مجهول مطلق باشد، به دلیل اینکه شرط امکان اجرا ندارد باطل خواهد بود. زیرا برای این شرط نفع عقلایی متصور نیست (شهیدی، حقوق مدنی، ۴/۹۳) می‌توان گفت از آنجا که نمی‌توان بر اساس چنین شرطی، تعهدی را برای



مشروط علیه تصور نمود و او را بدان ملزم ساخت، شرط باطل است؛ اما با توجه به خصیصه فرعی بودن شرط باید گفت علم اجمالی برای آنکه شرط در محدوده تعهدات عقلایی قرار گیرد کافی است و دلیلی بر لزوم علم تفصیلی نیست.

۳- اما در مورد لزوم معلوم نمودن مدت در شرط مؤامره اختلاف وجود دارد: برخی از فقها امامیه (علامه حلی، تحریر، ۱/۱۶۶) و عامه (ابن قدامه، ۴/۱۰۲ به نقل از شافعی در یکی از دو نظر) تعیین مدت را لازم ندانسته‌اند چون دلیلی بر آن وجود ندارد. اما مشهور معتقدند مدت شرط مؤامره مانند شرط خیار باید تعیین شود (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۳/۴۵۷؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ۲/۶۶؛ همو، تذکره الفقهاء، ۱۱/۵۶؛ نجفی، پیشین، ۳۵؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۱/۵۲۵؛ فخرالمحققین، ۱/۴۸۴؛ وجدانی فخر، ۷/۲۱۷)، در غیر این صورت به جز شرط، معامله نیز غرری و باطل خواهد بود (طباطبایی، ریاض المسائل، ۱/۵۲۵؛ حائری، ۳۳۱) برخی گمان کرده‌اند اگر مدت ذکر نشود حمل بر سه روز می‌گردد (علامه حلی، تحریر، ۱/۱۶۶) اما دلیلی بر این حکم در مشاوره وجود ندارد چنین حکمی در جاهایی دیگر که خیار شرط متصل به عقد بوده است ابراز شده و به اینجا قیاس نمی‌گردد (نجفی، پیشین).

### نحوه فسخ با شرط مؤامره

در اصطلاح حقوقی فسخ عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث (شهیدی، سقوط تعهدات، ۱۹۵). در این مبحث چگونگی اعمال فسخ در شرط مؤامره در دو بخش بررسی می‌شود. در این خصوص مهم این است که چه زمانی حق فسخ به وجود می‌آید و نفوذ حقوقی فسخ چگونه است:

#### ۱- فسخ قبل از مشورت خواهی

مطابق ظاهر عبارت جمعی از فقها در استیمار، خیار زمانی به وجود می‌آید که با مستامر مشورت شود و وی نظر به فسخ بدهد (انصاری، المکاسب، ۵/۱۲۶؛ شهید ثانی، الروضه البهیة، ۳/۴۵۲)؛ در این زمان است که مستامر (مشروطه) حق پیدا می‌کند که عقد را فسخ کند. و روشن شد که مقتضای شرط برای ثالث فقط نظر دادن و مورد مشورت قرار گرفتن است نه امر به فسخ کردن که سبب متعین شدن فسخ برای مشروطه گردد. لذا مستشیر الزام به فسخ نمی‌شود همان‌طور که هیچ ذوالخیاری ملزم به اختیار نمی‌شود (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۰/۹۷۰) در اینجا پاسخ دو سؤال باید روشن شود: نخست، اگر مشاور پیش از مشورت خواهی اعلام نظر نموده و امر به فسخ کند برخی طرح کرده‌اند که خیار از بین می‌رود چون شرط آن حاصل نشده است و نظر دیگر آن است که مشروطه می‌تواند فسخ کند چون هدف

او از شرط به هر صورت حاصل شده است. نظر اخیر از منطقی قوی تر برخوردار است (مامقانی، ۵۸). پرسش دوم که باید روشن شود این است که اگر مشروطه قبل از اینکه با ثالث مشورت کند عقد را فسخ کند، عمل انجام شده چه وضعیتی دارد؟ پاسخ به این سؤال وابسته به دانستن زمان به وجود آمدن خیار است. همان گونه که بیان شد در خصوص اینکه چه زمانی خیار به وجود می آید دو نظریه وجود دارد. لذا پاسخ متفاوت خواهد بود:

الف: خیار معلق به نظر مستامر باشد- برابر این نظریه، تا زمانی که با ثالث مشورت نشود و او نظر به فسخ ندهد حق خیار به وجود نمی آید، لذا مشروطه حق فسخ ندارد. چرا که تا آن زمان اصلاً حقی برای او به وجود نیامده است. (نجفی، پیشین، ۳۵) لذا این فسخ باطل است و نباید آثار فسخ از جمله انتقال منافع و نمآت مترتب شود.

ب: خیار به محض شرط مؤامره به وجود آید- در بحث پیشین این نظر تائید شد که طرفین به صورت ضمنی خیار را برای مشروطه قرار داده اند اما اجرای آن را منوط به نظر ثالث نموده اند؛ حال اگر وی بدون مشورت با ثالث عقد را فسخ کند؛ بعضی پذیرفته اند که فسخ قبل از امر مستامر جایز است (علامه حلی، تحریر، ۱/۱۶۶؛ جزیری، ۲/۱۷۵) و این نظر را به یکی از اقوال شافعی نیز نسبت داده اند زیرا وی شرط مؤامره را از باب احتیاط می داند (نجفی، پیشین، ۳۶؛ ابن قدامه، ۳/۵۰۰)؛ اما برخی گفته اند عمل او غیر نافذ است (حسینی شیرازی، ۱۱/۳۴۱). بنا بر این اگر مشروطه قبل از مشورت عقد را فسخ کند نمی توان فسخ صورت گرفته را کأن لم یکن فرض کرد. در تائید این نظر می توان این گونه استدلال کرد که در این حالت مقتضی خیار موجود است، مانعی هم وجود ندارد تنها شرط مشورت حاصل نشده است. لذا نمی توان به این خاطر که شرط حاصل نشده است عمل انجام شده را باطل فرض کرد؛ در چنین حالتی باید فسخ صورت گرفته را غیر نافذ دانست که با حصول شرط، نفوذ حقوقی پیدا می کند. بنابر این نظریه یاد شده درست به نظر می رسد.

## ۲- فسخ بعد از مشورت خواهی

بعد از اینکه با ثالث مشورت شد موضع ثالث از سه حالت خارج نیست؛ یا فسخ عقد را به مصلحت می داند یا اینکه امضاء عقد را مصلحت می داند و یا اینکه سکوت می کند: آورده شد اگر مستامر نظر به فسخ بدهد مشروطه مخیر است که عقد را فسخ یا امضاء کند. در فرضی که مستامر نظر به امضاء عقد بدهد، برخی از فقها گفته اند باز هم مشروط له می تواند عقد را فسخ کند زیرا او با شرط مشاوره برای خودش حق خیار قرار داده است و شرط ضمن عقد فقط نظر خواهی بوده است نه التزام به قول مشاور. (نظر مالکیه، نقل از الجزیری، ۲/۱۷۵؛ بحرانی، ۱۹/۳۹) اما این نظر صحیح نیست زیرا با اقتضای شرط

سازگار نیست به مقتضای شرط حق اعمال خیار معلق به امر مشاور بوده است. برخی هم گفته‌اند اگر التزام به عقد به مصلحت نباشد حتی با امر به التزام نیز عاقد می‌تواند فسخ کند (طباطبایی، ریاض المسائل، ۱/ ۵۲۵) این نظر هم حتی از طرف کسانی که رعایت مصلحت را لازم می‌دانند مورد قبول قرار نگرفته است چون دلیل و مقتضای فسخ که شرط باشد تنها فسخ در صورت امر مستامر بوده است. (محقق ثانی، ۴/ ۲۹۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴/ ۵۶۴) اما فقهای دیگر گفته‌اند در این صورت قطعاً عقد لازم می‌شود (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۳/ ۴۵۶) و چنین استدلال شده است که اصل اولیه در عقود لزوم است و برای بر هم زدن این پیوند نیاز به دلیل داریم. لذا وقتی که موافق این اصل نظر داده می‌شود همه چیز جای اول خودش قرار دارد و عقد به حیات خود ادامه می‌دهد (همان). برخی تعبیر کرده‌اند که اگر مستشار قائل به التزام به عقد شد، چون مقتضای عقد است، مستشیر حق مخالفت ندارد حتی اگر به مصلحت نباشد؛ زیرا مستشیر تسلط بر عقد ندارد مگر به مقتضای شرط و شرط نیز خیار را برای مشروطه قرار نداده است (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۰/ ۹۶۹). در حالتی هم که مستامر سکوت می‌کند دلیلی بر اجبار او به اعلام نظر وجود ندارد و عقد تثبیت می‌شود؛ زیرا با توجه به شرط، طرفین لزوم عقد را پذیرفته‌اند و بر هم زدن آن را منوط به نظر مشاور قرار داده‌اند؛ بنابراین با سکوت مستامر اصل لزوم و مقتضای شرط حاکم خواهد بود و عقد مورد نظر لازم است (همان، ۹۷۰).

شایان ذکر است اگر مشاور تغییر نظر بدهد احتمالاتی وجود دارد که نظر مقدم یا نظر نهایی و یا تقدم فسخ بر امضا را ترجیح دهیم (نجفی، پیشین، ۳۶؛ مامقانی، ۵۷). به گمان، تقدم فسخ ارجح است زیرا با غرض از اشتراط مؤامره و مقتضای توافق بر ایجاد فرصت اندیشیدن برای مستشیر سازگار است. در مورد مشابه اگر هم مشاوران متعدد باشند و یکی حکم به فسخ و دیگری به امضا بدهد نظر فاسخ مقدم است (نجفی، همان)، چون شرط حاصل شده است. اگر مشروط له چند تن باشد نیز باید نظر فاسخ را مقدم داشت. اگر مشروط له واحد نخست نظر به فسخ و سپس تأیید عقد بدهد، بی‌شک عقد فسخ خواهد شد (طباطبایی یزدی، حاشیه کتاب المکاسب، ۲/ ۱۷۲). چنانکه در فضولی نیز اجازه مسبق به رد پذیرفته نیست (م ۲۵۰ ق.م). در حالتی هم که نخست نظر به تأیید بدهد و سپس فسخ کند، باید فسخ را در صورتی که مدت توافق شده برای اعمال خیار باقی باشد مقدم داشت زیرا حق به وجود آمده استصحاب می‌گردد.

پیش از انتهای این بخش باید خاطر نشان نمود یکی از نتایج پذیرش وجود خیار قبل از مشورت خواهی اجرای ضمان تلف در زمان شرط مؤامره است. می‌دانیم که قاعده شرعی: «تلف در زمان خیار از مال کسی است که خیار ندارد»؛ قاعده‌ای استثنایی و مستند به روایات است (نجفی، پیشین، ۸۴؛

ناینی، ۱۷۵/۲؛ مامقانی، ۱۹۴؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۲۱۶/۳-۲۱۷) و در ماده ۴۵۳ ق.م. منعکس شده است. این قاعده خاص بیع عین معین است و جایی به کار می‌رود که مبیع تلف شده باشد. حال اگر شرط مؤامره به نفع مشتری باشد، چون خیار را پیش از مشورت‌خواهی موجود می‌دانیم، تلف از مال فروشنده خواهد بود. البته اجرای این قاعده جایی است که مبیع توسط بایع اتلاف نشده باشد (حسینی روحانی، ۴۴۱/۶؛ شهید ثانی، ۲۱۷/۳).

### لزوم جبران خسارت

اعمال حق خیار ممکن است در شرایطی سبب ورود خسارت شود. خسارت در صورتی قابل مطالبه است که ضرری به مدعی وارد شده باشد و این امر ناشی از فعل زیان‌بار عامل زیان بوده و توسط مدعی نیز ثابت گردد؛ در اینجا موضوع با توجه به اینکه کدام‌یک از سه طرف مشروط علیه و مشروط له و شخص ثالث (مستأمر) مؤثر باشند بررسی می‌شود:

#### ۱- جبران خسارت توسط ذوالخیار

اصولاً نمی‌توان کسی را که در صدد اعمال حق قانونی خویش است به عنوان مسبب یا مباشر ورود خسارت به شمار آورد؛ این نوع از اعمال حق، به کیفیتی مشمول اصل تسلیط است که به صورت عمل حقوقی متجلی می‌شود. (نهرینی، پیشین، ۲۶۰) همچنین گفته شده که محدودیت اعمال حق فقط در مقابل حقوق اشخاص دیگر و یا حقوق عمومی است و مستند آن قاعده لاضرر است و گرنه اگر زیانی به دیگری وارد نگردد، این محدودیت بلا وجه است (همان، ۲۶۲). این سخن را باید تکمیل کرد که محدودیت اعمال حق ممکن است ناشی از لاضرر، لاجرح یا سایر قواعد تریخی و یا اقدام باشد. به هر روی در تحلیل موضوع باید گفت در مورد خیاراتی که منشاء آن، تخلف مشروط علیه از شرط ضمن عقد یا تعهد و یا حکم قانون یا اقدام وی به پذیرش حق فسخ برای دیگری باشد، نمی‌توان ذوالخیار را به دلیل اعمال حق، ملزم به جبران خسارت طرف مقابل نمود.

#### ۲- جبران خسارت توسط شخص ثالث

در نگاه نخستین بعید می‌نماید که بتوان شخصی غیر از متعاملین را مسئول خسارتی شناخت که از عقد برآمده است. حتی توافق طرفین عقد نیز نمی‌تواند چنین مسئولیتی را بر عهده شخصی خارجی که رابطه‌ای در قرارداد ندارد و تعهدی را نپذیرفته است بگذارد. از این رو باید دید برای حکم به مسئولیت مستأمر برای جبران خسارت ناشی از انحلال عقد که با نظر ناصواب و تقصیر وی حاصل شده است چه مبانی وجود دارد؟ قانون حتی در موردی که خیار برای ثالث قرار داده می‌شود در خصوص مسئولیت ساکت است. مورد مشابه مسئول شناختن ثالث را ممکن است در تعمیم ماده ۳۴۸ ق.م. در باب مسئولیت تدلیس

کننده دانست (نهرینی، پیشین، ۲۴۸). اما در فقه به اجمال در این مورد سخن به میان آمده است. برخی از فقها در مسئله لزوم مراعات کردن مصلحت توسط مستامر گفته‌اند که اقتضای اطلاق عقد آن است که چنین وظیفه‌ای وجود نداشته باشد (حسینی شیرازی، ۱۱/۳۴۵؛ انصاری، المکاسب، ۵/۱۲۵). برخی چنین اظهار نظر کرده‌اند که در شرط مؤامره باید رعایت مصلحت را بر ثالث واجب بدانیم زیرا وی امین است (محقق ثانی، ۴/۲۹۲) و دیگران گفته‌اند سیاق چنین عملی رعایت مصلحت است چون همانند توکیل است. (نجفی، پیشین، ۳۵) برابر این نظر اگر مستامر را امین محسوب کنیم وی ملزم به رعایت مصلحت است اما طبق قواعد کلی بدون تعدی و تفریط ضامن نخواهد بود. لذا در بحث مورد نظر اگر مستامر در مصلحت اندیشی دچار کوتاهی و سهل انگاری گردد باید در برابر خسارت وارد شده مسئول شناخته شود.

به نظر می‌رسد اقتضای عرفی استیمار آن است که مستامر به مصلحت طرف مشورت ملتزم باشد. به عبارتی قرینه حالیه مانع اطلاق می‌گردد. در تأیید این نظریه که مستامر را امین محسوب می‌نماید می‌توان به روایاتی که در مورد استشاره وجود دارد اشاره نمود. از جمله روایت نبوی معروف: «المستشار مؤتمن» که از طرق عامه نقل شده است (احسایی، ۱/۱۰۴؛ سیوطی، ۲/۶۶۷؛ ابن ماجه، ۲/۱۲۳۳). همچنین روایاتی متعدد که در طرق شیعه وجود دارد (محمدی ریشه‌ری، ۵/۲۱۰-۲۲۳) نمایانگر الزام عرفی و اخلاقی است که از ظاهر مشاوره بر می‌آید. ممکن است گفته شود با شرط مؤامره طرفین بر علیه خود اقدام کرده و نظر ثالث را برای خود محترم شمرده‌اند بنابراین اگر از نظر مستامر ضرری متوجه طرفین شود او مسئول نیست. اما این سخن پذیرفته نیست زیرا همان‌گونه که گفتیم مشروطه به نحوی اقدام می‌کند که ثالث امین باشد، در واقع فلسفه این شرط مصلحت‌اندیشی بوده و مشروطه خواستار این است که ثالث در پیش‌بینی مصلحت امانت‌دار باشد، نه اینکه تنها نظر ثالث را جویا باشند وگرنه خود طرفین در نظر دادن اولی از ثالث بودند.

### مسئولیت پرداخت اجرت و هزینه‌ها

از دلایل اصلی گنج‌اندیدن شرط مؤامره استفاده از دانش و تخصص فردی دیگر است که در زمینه مورد معامله حرفه‌ای و دارای تجربه است. بسیاری از اوقات در بازار ارائه خدمات، فراهم نمودن چنین خدمتی دارای ارزش اقتصادی است. بهره بردن از کارشناسی نمی‌تواند بی‌بها باشد. پرسش این است که آیا عمل مستامر دارای اجرت است. افزون بر این، گاه مستامر برای بررسی درست ابعاد تعهد و مصلحت‌اندیشی ناچار است هزینه‌هایی بپردازد یا به محل اجرای تعهد سفر کند یا اینکه شخصی حقوقی باشد که برای کارشناسی کسانی را به کار گیرد. در این حالت عهده‌دار این هزینه‌ها چه کسی است؟

### ۱- پرداخت اجرت به مستامر

در حالتی که برای عمل ثالث اجرت تعیین نشود اما عرفاً عمل او اجرت داشته باشد، بر مبنای استیفا از عمل غیر یا ضمان امری، آمر مسئول پرداخت اجرت المثل است و این ضمان در زمره الزامات خارج از قرارداد است (ماده ۳۳۶ قانون مدنی). در خصوص مسئول پرداخت اجرت، ممکن است طرفین در قرارداد شرط کرده باشند یا اینکه عرفی وجود داشته باشد که پرداخت کننده را تعیین نماید. در غیر این صورت، بر اساس قواعد کلی، آمر مسئول پرداخت اجرت به عامل است. اما گاه تشخیص آمر دشوار است. در این هنگام به نظر می‌رسد باید کسی را مسئول شناخت که درخواست گنجاندن شرط را داشته و در نهایت خیار فسخ معامله را دارد. او کسی است که با این شرط فرصت اندیشیدن می‌یابد و از تخصص مشاور بهره‌مند می‌شود لذا باید عهده‌دار هزینه‌های آن نیز باشد (من له الغنم فعليه الغرم).

### ۲- پرداخت هزینه‌ها

در باب مسئول پرداخت هزینه‌های مؤامره اشاره‌ای در منابع یافت نمی‌شود. در این باب می‌توان به مواردی که عملی توسط ثالث به سود یکی از طرفین تعهد انجام می‌شود رجوع کرد. به عنوان مثال هزینه‌هایی که دلال متقبل می‌شود. در خصوص هزینه‌های انجام شده توسط دلال قانون تجارت در ماده ۳۵۱ این چنین تعیین تکلیف کرده است: «اگر شرط شده باشد مخارجی که دلال می‌کند به او داده شود دلال مستحق اخذ مخارج خواهد بود ولو آنکه معامله سرنگردد. همین ترتیب در موردی نیز جاری است که عرف تجارته محل به پرداخت مخارجی که دلال کرده حکم کند». در توضیح این ماده بیان شده است که هزینه و مخارجی که دلال برای وساطت معامله، متحمل می‌شود از لوازم اجرای تعهدات ناشی از قرارداد دلالی است که منعقد کرده است. لذا دلال نمی‌تواند غیر از حق دلالی - در صورت استحقاق - مبلغ دیگری مطالبه کند، مگر اینکه بر خلاف ترتیب مزبور تراضی شده باشد (دمرچیلی، ۶۸۹). بر این اساس در دلالی زمانی هزینه‌ها قابل پرداخت است که یا شرط شده باشد یا عرف تجاری آن را لازم بدانند. می‌توان گفت این ماده حکمی خاص برای دلالی نیست، بلکه بر اساس قواعد کلی تعهدات وضع شده است لذا در شرط مؤامره نیز در صورت شرط یا وجود عرفی مبنی بر قابل پرداخت بودن هزینه‌ها می‌توان خواستار پرداخت هزینه‌های انجام شده بود اما اگر شرط یا عرفی وجود نداشت اصل عدم لزوم پرداخت هزینه‌ها است.

### انتقال و اسقاط شرط مؤامره

#### ۱- انتقال شرط مؤامره

خیار، حق مالی و مانند سایر حقوق قابل انتقال است (کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ۲۸۷) اما خیار شرط را قابل انتقال ارادی نمی‌دانند چون اختیار ثالث در فسخ عقد را حق نمی‌شمارند (کاتوزیان، قواعد

عمومی قراردادها، ۱۰۴/۵). در ارث خیار هم خیار ثالث به وراثت او منتقل نمی‌شود (م. ۴۴۷ ق.م.؛ انصاری، المکاسب، ۲/۲۴۹؛ نراقی، ۱۴/۳۸۳؛ حسینی عاملی، پیشین، ۵۹۲) در شرط مؤامره گرچه بگوییم مشاور حقی پیدا می‌کند اما با توجه به اهمیت شخصیت ثالث به عنوان مشاور، نباید قائل به انتقال ارادی این حق شد. در مورد انتقال قهری این خیار به وراثان، چون خیار برای مشروطه است به وراثت او انتقال می‌یابد. در اینجا باید دو حالت را در نظر گرفت: حالت قبل از استیمار از ثالث و حالت بعد از مشورت خواهی. در حالت اول آنچه مهم به نظر می‌رسد چگونگی مشورت کردن وراثت با ثالث است. مشکل زمانی ایجاد می‌شود که وراثت متعدد باشند در این صورت باید دید چگونه باید با ثالث مشورت کنند؟ در مورد اعمال حق خیار، باید تمام وراثت به اتفاق اقدام به فسخ کنند. اما در مورد نحوه مشاوره چندین وراثت با یک مشاور سخنی به میان نیامده است. پاسخ به این پرسش نیز با نگاه به نهادهای مشابه دیگری که چندین تن اقدامی مشترک را انجام می‌دهند اما نحوه مشارکت آنان تعیین نشده است، حاصل می‌گردد:

برای نمونه، نهاد وصایت در فرضی که چند وصی مأمور اجرای وصیت می‌شوند قابل بررسی است. جایی که چند وصی مأمور به انجام کاری می‌شوند ممکن است نحوه اقدام آن‌ها به چند شیوه تعیین گردد: گاه هر کدام به استقلال کاری انجام می‌دهد و گاه تقسیم کار بین آن‌ها به نحو ترتیب است. به عبارتی عامل زمان مبنای تقسیم کار میان اوصیا است؛ و گاه نیز به حالت اجتماع که نیاز به همکاری میان اوصیا دارد؛ و ممکن است وظیفه اوصیا به صورت اطلاق گذارده شود یعنی موصی درباره شیوه همکاری آنان سخنی نمی‌گوید.

بحث مورد نظر با حالت اطلاق وصایت نزدیک است؛ چرا که انتقال شرط مؤامره به آن‌ها به صورت قهری صورت می‌گیرد، لذا هیچ بیانی در مورد نحوه اقدام آن‌ها وجود ندارد. بنابراین نسبت به اقدام وراثت مطلق است. در حقوق، چنین حالتی حمل بر اجتماع می‌شود، مگر اینکه قرینه‌ای بر انفراد وجود داشته باشد (امامی، حقوق مدنی، ۳/۱۱۳). در حالت اجتماع، تصمیم‌ها باید به نحو جمعی باشد. اما در این حالت، به وجود آمدن اختلاف امری عادی خواهد بود. در وصایت برای ایجاد نظم، موصی می‌تواند اکثریت خاصی را تعیین کند وگرنه حاکم با شنیدن دلایل دو طرف، اوصیا را به توافق اجبار می‌کند و راه حل جامع را تعیین و به آن‌ها تحمیل می‌کند (کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱۲۲) و در صورت لزوم می‌تواند امینی را جانشین آنان سازد تا به ویژه به اعمال ضروری بپردازد (نجفی، جواهر الکلام، ۲۸/۴۱۳؛ امامی، پیشین، ۱۱۴) در بحث مورد نظر در حالتی که همه وراثت به صورت اجتماعی حاضر به مشورت با ثالث در مورد فسخ کردن عقد نیستند، می‌توان مشورت عده‌ای را که به ثالث مراجعه کرده‌اند و نظریه‌ای که مشاور در نهایت ارائه داد است را برای اعمال خیار کافی دانست زیرا اجبار به مشورت خواهی با درخواست کسانی که

حاضر به مشورت هستند؛ متصور نیست. به هر روی اعمال خیار در این حالت، تنها زمانی امکان دارد که وراثت مجتمع شوند. اما در مورد حالتی که مورث با ثالث مشورت کرده است و بعد فوت می‌کند نیز خیار طبق اصول کلی به وراثت می‌رسد. منتها چون خیار یک حق بسیط است باید توسط وراثت به اجتماع اعمال شود (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۲۸/۵).

## ۲- اسقاط شرط مؤامره و سقوط آن

اگر در ضمن عقدی از یک سو شرط مؤامره قرار داده شده باشد و از سوی اسقاط کافه خیار شرط شده باشد ظاهر آن است که شرط مؤامره باقی می‌ماند و شرط اسقاط منصرف از شرط مشاوره است. اما در خصوص اسقاط شرط پس از عقد چون شرط استیمار به صورت شرط نتیجه برای ثالث نیز ایجاد حق می‌کند قابل اسقاط نیست. بیان خواهد شد که در صورتی که مشاور سودی از مشاوره ببرد نمی‌توان حق او را اسقاط کرد اما مشروطه می‌تواند از حق خیاری که دارد صرف نظر کند. برای اسقاط خیار هم باید اقدامی صورت بگیرد که ممکن است صریح باشد (مانند اینکه در یک سند از حق خیار بگذرد) یا ضمنی، مانند اینکه کالا را پس از عقد به دیگری بفروشد. در اسقاط صریح گفت‌وگویی وجود ندارد ولی در دلالت اعمالی که به منظوری دیگر انجام می‌شود و در ضمن دلالت بر فسخ می‌کند، اختلاف وجود دارد. آنچه باید مورد توجه قرار گیرد ارتباط دلالت افعال با اوضاع و احوالی است که در آن رخ می‌دهد (همان، ۱۳۲). از جمله مواردی که ممکن است دلالت بر سقوط شرط مؤامره کند؛ عزل مستمر و فوت مستمر است. اینک هر یک از این دو حالت بررسی می‌شود:

الف: عزل مشاور - ممکن است گمان شود که ثالث هیچ نفعی از فسخ قرارداد نمی‌برد و منتفع اصلی مشروطه است؛ و چون ثالث با اراده مشروطه انتخاب شده است او به تنهایی حق عزل مشاور را دارد. اما این ایراد مطرح می‌شود که ممکن است مشاور نیز از معامله نفعی ببرد همچنان که مثلاً شریک مشروطه باشد. علاوه بر این مشاور تنها با اراده مشروطه انتخاب نمی‌شود بلکه با تراضی طرفین انتخاب می‌شود. لذا برخی چنین اظهار نظر کرده‌اند که اختیار و سمت ثالث برای هر یک از طرفین الزام‌آور است؛ زیرا از شرطی پایه می‌گیرد که هر دو در آن نفع دارند. پس هیچ یک نمی‌توانند داور را عزل کنند (همان، ۱۵۶). به عبارتی تنها تراضی دو طرف است که توان انحلال شرط و حذف اختیار ثالث را دارد. آن هم در صورتی که مشاور نفع خاصی در استقرار و پایداری اختیار نداشته باشد.

می‌توان شرح داد که شرط مؤامره به نحوی تعهد به نفع ثالث به حساب می‌آید، بنابراین باید دید که آیا تعهد به نفع ثالث قابل اقاله هست یا خیر؟ در این خصوص چنین نظر داده شده که چون مبنای تعهد، قرارداد میان دو طرف است لذا حق ثالث نیز از این منبع سرچشمه می‌گیرد و نیروی الزام آور خود را از عقد می‌گیرد پس طبیعی است که با انحلال عقد، آن شرط نیز از بین برود (طباطبایی یزدی، حاشیه کتاب



المکاسب، ۲/ ۱۳۵؛ امامی، حقوق مدنی، ۱/ ۲۵۷)؛ اما در این که اقاله بتواند حق منتفع را از بین ببرد اشکال است زیرا امکان ایجاد حق به سود ثالث با توانایی اسقاط آن ملازمه ندارد به همین دلیل نیز دیگر نویسندگان، اسقاط حق ثالث را به وسیله اقاله دشوار یا ممنوع دانسته‌اند (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۱/ ۴۱۱؛ صفایی، ۱۹۴). با این توضیح، در فرض مسأله اگر بتوان برای ثالث (مشاور) حقی متصور شد که با اقاله طرفین اصلی به آن لطمه‌ای وارد می‌شود، عزل وی حتی با توافق طرفین ممکن نیست اما جایی که ثالث از فسخ عقد نفعی نمی‌برد طرفین اصلی می‌توانند با تراضی او را عزل کنند.

ب: فوت مستامر و سکوت مشاوران، یا مشاور- ممکن است در فاصله زمانی بین شرط مؤامره تا انتها این مهلت مستامر فوت کند. این اتفاق ممکن است در حالتی که هنوز مشروط‌له با او مشورت نکرده است یا اینکه مشورت کرده اما ثالث هنوز نظر خود را در مورد معامله بیان ننموده، رخ بدهد. سؤالی که پیش می‌آید این است که در این حالت تکلیف طرفین عقد چیست و آیا با فوت، خیار از بین می‌رود؟ در منابع فقهی پاسخی دیده نمی‌شود. با این وجود در حالتی که با ثالث مشورت می‌شود اما او سکوت می‌کند و نظر نمی‌دهد چنین گفته‌اند که همان مقتضای اولیه عقد که لزوم است حاکم می‌شود (شهید ثانی، پیشین، ۴۵۴). بدین معنی که خیار از بین می‌رود. از سویی ممکن است در حالت فوت مستامر این گمان به ذهن برسد که شرط متعذر می‌شود و مشروط‌له خیار تعذر تسلیم دارد. زیرا در صورت تعذر شرط، مانند تعذر یکی از ارکان اصلی عقد، خیار تعذر وجود خواهد داشت؛ اما این گمان وجهی ندارد زیرا آنجا که تعذر شرط را موجب خیار دانسته‌اند، زمانی است که شرط فعل باشد اما در موضوع بحث شرط مشاور بودن و حق خیار مشروط‌له، به صورت شرط نتیجه است. در هر حال در فرض فوت مشاور و بقای مهلت خیار، ممکن است بتوان از قواعد حاکم بر داوری کمک گرفت. زمانی که داور فوت می‌کند قرارداد داوری منتفی نمی‌گردد، بلکه طرفین می‌توانند یک نفر دیگر را به عنوان داور انتخاب کنند. ممکن است بین طرفین در خصوص انتخاب داور اختلاف شود که در چنین حالتی دادگاه، یک نفر را به عنوان داور انتخاب می‌کند. در فرض ما نیز می‌توان نظر داد که اصل بر بقای حق مشاوره است لذا با درخواست مشروط‌له، طرفین اصلی عقد باید یک نفر را به عنوان جانشین ثالث انتخاب کنند و در صورت اختلاف، مشروط‌له می‌تواند انتخاب یک نفر را به عنوان داور از دادگاه درخواست کند.

### نتیجه‌گیری

شرط استیمار از شرایط مفید ضمن عقد است که می‌تواند با اعطای فرصت کارشناسی به طرفین، معاملات را تسهیل بخشیده و در نهایت از پیمان‌شکنی و مرافعات قضایی پیشگیری نماید. بهتر است در اصلاحات قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه، این شرط به مبحث خیار شرط افزوده گردد.

محل این شرط عقود لازم است و از لحاظ ماهوی با توجه به نمونه‌های آن در فقه نوعی تحکیم ارزیابی شد نه توکیل. اما از نوع تحکیم اصطلاحی در باب فصل خصومت نیست. با توافق بر شرط مؤامره، مشروطه خیار فسخ معامله را به دست می‌آورد اما اجرای این خیار معلق بر مشورت با شخص ثالث است و زمانی می‌تواند عقد را فسخ کند که با مشاور مشورت کند و او نظر به فسخ داشته باشد.

فلسفه شرط مؤامره و ظاهر عرفی از این شرط مصلحت اندیشی است لذا ثالث باید دارای اهلیت باشد. همچنین وی امین محسوب شده و باید در تشخیص مصلحت مشروطه بکوشد. اگر ثالث در سنجش مصلحت دچار تقصیر شود که حاصل آن ضرر مشروطه باشد، مسئول خواهد بود. معلومیت مشاور و قبول وی ضروری نیست اما مدت باید معلوم باشد.

اگر مشروطه پیش از نظرخواهی عقد را فسخ کند عمل او غیر نافذ است. با سکوت مشاور نیز حق فسخ از میان می‌رود. در صورت تعدد مشاوران یا مشروط له، نظر فاسخ مقدم است.

در شرط مؤامره دو حق به وجود می‌آید: ۱- حق خیار مشروطه که اجرای آن منوط به نظر ثالث است ۲- حق داوری که به صورت شرط نتیجه برای ثالث به وجود می‌آید. خیاری که برای مشروطه وجود می‌آید همانند سایر حقوق مالی قابلیت انتقال دارد. لذا اگر مشروطه فوت کند وراثت او می‌تواند با ثالث مشورت کند البته این مشورت باید به اتفاق صورت گیرد. حق داوری که برای مشاور به وجود آمده قابل اسقاط نیست و مشاور را اگر در مشاوره دارای نفعی باشد نمی‌توان عزل کرد. با فوت مشاور اگر مهلت اظهار نظر باقی باشد، می‌توان کسی را جایگزین او نمود.

## منابع

- ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین، *عوالی الثالی العزیزیه*، قم: دار سیدالشهدا للنشر، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- ابن ماجه، محمد بن یزید، *السنن*، چاپ اول، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر، بی تا.
- ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسیله الی نیل الفضیله*، قم: مکتبه آیت اله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنی*، قاهره، مکتبه قاهره، چاپ اول، ۱۳۸۸ ق.
- اصفهانى، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم: انوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة، چاپ بیست و سوم، ۱۳۸۲.
- \_\_\_\_\_، *حقوق مدنی*، ج ۳، تهران: کتابفروشی اسلامیة، چاپ سوم، ۱۳۶۴.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، ج ۲، قم: مطبوعات دینی، چاپ پنجم، ۱۳۷۹.
- \_\_\_\_\_، *المکاسب*، ج ۵، قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- بحرانی، یوسف ابن احمد، *الحدائق الناضره*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

- بهمن پوری، عبدالله، محمد حسن حائری و محمد تقی فخلعی، «نقد و بررسی ادله بطلان خیار شرط در ایقاعات»، *نشریه فقه و حقوق اسلامی*، شماره دوم، سال ۴۶، ۱۳۹۲.
- ترحینی، محمد حسن، *الزبده الفقهیه*، قم: دارالفقه للطباعه و النشر، چاپ چهارم، ۱۴۲۷ ق.
- جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چاپ اول، بی تا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *الفارق*، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- \_\_\_\_\_، *وسیط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۹.
- حسینی شیرازی، محمد، *ایصال الطالب الی مکاسب*، تهران: منشورات الاعلمی، بی تا.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار، ۱۳۷۹.
- \_\_\_\_\_، *کتاب البیع*، ج ۱، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- \_\_\_\_\_، *کتاب البیع*، ج ۴، قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ چهاردهم، ۱۴۱۰ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، ج ۴، قم: مطبعه سیدالشهدا، چاپ سوم، ۱۳۷۴.
- \_\_\_\_\_، *مصباح الفقاهه*، ج ۶، قم، انتشارات حاجیانی، چاپ اول، ۱۳۶۶.
- دمر چیلی، محمد، و علی حاتمی و محسن قرائی، *قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی*، تهران: دادستان، چاپ شانزدهم، ۱۳۹۱.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، *الجامع الصغیر*، بیروت، دارالفکر للطباعه و النشر، چاپ اول، ۱۴۰۱ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، تعلیقه کلانتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، تحقیق و نشر موسسه المعارف الاسلامی، ۱۳۶۹.
- شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)*، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۶.
- \_\_\_\_\_، *سقوط تعهدات*، تهران: نشر حقوقدان، چاپ چهارم، ۱۳۷۷.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۶.
- صفایی، حسن و اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، تهران: نشر میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۴.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه مکاسب*، ج ۱، قم، نشر اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
- \_\_\_\_\_، *حاشیه کتاب مکاسب*، ج ۲، قم: دار المصطفی لاحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۲۳ ق.
- طباطبایی، محمد بن علی، *کتاب المناهل*، قم، موسسه آل البيت، چاپ اول، بی تا.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل*، چاپ قدیم، قم موسسه آل البيت، بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر قرآن*، بیروت: مکتب نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- \_\_\_\_\_، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷.

- عابدیان، میرحسین، *شروط باطل و تأثیر آن در عقد*، تهران: انتشارات جاودانه، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بیروت: دارالتراث، ۱۴۱۸ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تحریر الاحکام*، قم، دارالعلم، چاپ اول، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *تذکره الفقهاء*، قم، موسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- \_\_\_\_\_، *مختلف الشیعه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد*، قم: موسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، تهران: شرکت انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۲.
- \_\_\_\_\_، *حقوق مدنی - درس هایی از وصیت، شفعه و ارث*، تهران نشر میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۷.
- \_\_\_\_\_، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، تهران: شرکت انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۳.
- \_\_\_\_\_، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۵، تهران: شرکت انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- \_\_\_\_\_، *مقدمه علم حقوق*، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۴.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- مامقانی، عبدالله بن محمد، *نهایه المقال*، قم، بی تا، چاپ اول، ۱۳۵۰.
- محقق داماد، مصطفی و محمود صادقی، «مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث در فقه امامیه»، *مدرس علوم انسانی*، شماره چهار، دوره ۴، ۱۳۷۹.
- محقق داماد، مصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق ایران*، تهران، مرکز نشر علوم انسانی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، *کفایه الاحکام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، موسسه آل البيت، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
- محمدی ریشه‌ری، محمد، *میزان الحکمه*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- محمدی، سام، «ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (حقوق-مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)*، شماره یک، دوره ۳۹، ۱۳۸۸.
- معین، محمد، *فرهنگ فارسی (متوسط)*، تهران انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۳.
- موسسه دائره المعارف فقه فارسی، *فرهنگ فقه فارسی*، انتشارات موسسه دائره المعارف فقه فارسی، ۱۳۸۷.
- نائینی، محمد حسین، *منیه الطالب*، تهران: المکتبه المحمديه، چاپ اول، ۱۳۷۳.
- نهرینی، فریدون، *ماهیت و آثار فسخ قراردادها در حقوق ایران*، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۳.
- وجدانی فخر، قدرت الله، *الجواهر الفخریه فی شرح الروضه البهیة*، قم، انتشارات سماء القلم، ۱۴۲۶ ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود، *معجم فقه الجواهر*، بیروت، لبنان، الغدير للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *موسوعه الفقه الاسلامی*، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.