

جایگاه شرط مؤامره در خیار شرط

از منظر فقه شیعه*

- ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی^۱
- علیرضا ملاشاهی^۲

چکیده

در میان خیرات، خیار شرط به دلیل اینکه نتیجه اراده طرفین عقد می‌باشد، از ویژگی خاصی برخوردار است. طرفین عقد در خیار شرط، می‌توانند شرط نمایند که شخص ذوالخیار پس از مشورت با شخص ثالث، در مورد تنفیذ یا رد عقد اعمال نظر نماید. به این شرط در اصطلاح، شرط مؤامره یا استشاره یا استیمار می‌گویند. دو سؤال درباره شرط مؤامره وجود دارد: چرا اشتراط مؤامره، سبب سلب حق تنفیذ یا رد عقد توسط مؤامر قبل از استشاره می‌شود؟ اگر مؤامر خلاف رأی ثالث عمل نماید، تکلیف چیست؟ این پژوهش در پاسخ به پرسش اول به این نتیجه دست یافته است: با توجه به اینکه خیار، جدای از شرط مؤامره فرض نمی‌شود، مؤامر پیش از استیمار، حق تنفیذ یا رد عقد را ندارد و اعمال خیار اثری نخواهد داشت. در پاسخ به پرسش دوم می‌توان گفت: این مورد دو حالت دارد:

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۷/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۷/۲۹.

۱. دانشیار دانشگاه یاسوج (نویسنده مسئول) (alishahi@yu.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج (molashahialireza@gmail.com).

الف) زمانی که مؤامر با مشاور مشورت نماید و مشاور امر به تنفیذ عقد نماید، در این صورت به اثبات می‌رسد که بر مؤامر تنفیذ عقد لازم است. حال این لزوم تنفیذ یا به خاطر این است که شرط خیار فسخ حاصل نشده است، در نتیجه فسخ منتفی می‌شود و یا اینکه تنفیذ عقد، به خاطر مقتضای طبیعی خود عقد است (ب) مشاور امر به فسخ نماید، در این صورت مؤامر مالک حق فسخ می‌شود و بین فسخ عقد و تنفیذ آن مخیر است. در این پژوهش، پس از شناخت ماهیت مؤامره، نظرات فقیهان و ادله آن‌ها دربارهٔ موارد یادشده بررسی گردیده و دیدگاه‌های یادشده با استدلال به اثبات رسیده است.

واژگان کلیدی: خیار شرط، شرط مؤامره، مستأمر، تعدد مشاوران.

مقدمه

علم حقوق، علم جامع بخشیدن به آرمان عدالت خواهی انسان‌هاست. یکی از مسائل مورد ابتلای انسان‌ها از گذشته تا کنون، وضع عقود و قراردادهای برای رفع نیازهای خویشتن است. در کتب فقهی و حقوقی، بخش قابل توجهی از مباحث و مطالب بیع و سایر عقود، مبحث خیار است. در میان خیارها، خیار شرط به دلیل اینکه به ارادهٔ مستقیم متعاملین صورت می‌گیرد، جایگاه ویژه‌ای دارد.

به رغم اینکه قانون و حقوق دانان این حق را برای متعاملین قائل شده‌اند که می‌توانند شرط مؤامره در خیار شرط قرار دهند، ولی در کتب حقوقی از احکام و مسائل آن سخنی به میان نیآورده‌اند و ما به کمک اقوال فقها، به بررسی مسائل شرط مؤامره پرداخته و به این دو مسئلهٔ کلیدی و مهم پاسخ گفته‌ایم که آیا ذوالخیار این حق را دارد که قبل از استشاره، قرارداد را تنفیذ یا رد نماید و ثانیاً آیا ذوالخیار پس از مشورت با مشاور می‌تواند خلاف رأی وی عمل نماید و عقد را رد یا تنفیذ کند. با پاسخ گویی به این مسائل در شرط مؤامره در خیار شرط، می‌توان بسیاری از اختلافاتی را که در نتیجهٔ عدم نص قانونی در این موضوع به وجود می‌آید، مرتفع ساخت.

۱. ماهیت، مبانی و آثار خیارها

خیارات، جمع خیار و واژه «خیار» از نظر دستوری اسم مصدر از اختیار به معنای برگزیدن می‌باشد (جوهری، ۱۴۱۰: ۶۵۱/۲؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۷۹/۶؛ ابن منظور،

۱۴۱۴: ۲۶۶/۴) و در اصطلاح، برخی از فقها خیار را به فسخ عقد تعریف نموده‌اند (علامه حلی، ۱۳۸۷: ۴۸۰/۱). به تبع آن، برخی از حقوق‌دانان نیز خیار را به «تسلط بر اضمحلال و زایل نمودن اثر حاصل از عقد» تعبیر نموده‌اند (نوبین و خواجه‌پیری، ۱۳۸۲: ۱۱۲/۶) که این تعریف مانع نیست؛ چون ملکیت و تسلط هر یک از زوجین به خاطر عیوب نکاح و همچنین تسلط کنیز بر فسخ عقد نکاح با عبد را زمانی که آزاد شود، در بر می‌گیرد، در حالی که این دو مورد، خیار مصطلح نیستند (شیخ‌الشریعه اصفهانی، ۱۳۹۸: ۲۲). در نتیجه می‌توان گفت: خیار عبارت است از: «حق برگزیدن بین فسخ و عدم فسخ» و به عبارت دیگر، سلطه ذوالخیار بر فسخ عقد می‌باشد.

از نظر ماهیت، اختیار فسخ در زمره حقوق، ولی رجوع در زمره احکام آورده شده است (طباطبایی‌یزدی، ۱۴۰۹: ۱۷۳/۲). خیارات دارای مبانی مشترک و یگانه‌ای نیستند؛ اختیار فسخ گاهی ممکن است ناشی از خواست صریح یا ضمنی دو طرف قرارداد باشد و یا جبران ضرر ناروایی که از عقد ایجاد می‌شود، انگیزه دادن حق فسخ به زیان‌دیده باشد و گاه نیز عادات و سنت‌های تاریخی ایجاد خیار را توجیه کند. در نتیجه باید از تمهید یک نظریه عمومی در این مورد گذشت و مبنای هر خیار را با توجه به طبیعت و مستند آن جداگانه معین کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۸۴۶/۳).

۲. مفهوم و آثار خیار شرط

در مورد خیار شرط با این سؤال روبه‌رو می‌شویم که آیا وضع این خیار از جانب متعاقدين صحیح است یا اساساً وضع چنین خیاری باطل است. در پاسخ باید خاطر نشان کرد که وضع این خیار از جانب طرفین قرارداد صحیح است و مهم‌ترین دلیل بر صحت این شرط، توافق عقلاً بر این شرط در معاملاتشان و منع نشدن این شرط از جانب شارع مقدس می‌باشد (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۱۳۶). همچنین بر صحت این شرط، به اخبار عامه دال بر جواز اشتراط هر شرطی که مخالف کتاب و سنت نباشد و خبر مستفیض «المسلمون عند شروطهم» استدلال شده است (انصاری، ۱۴۱۰: ۲۳۴/۱۴). حکومت اراده واقعی بر خیار شرط سبب شده است که بر خلاف سایر خیارها، به شخص ثالث نیز تعلق بگیرد، بدون اینکه صاحب خیار، جانشین یا نماینده یکی از طرفین قرارداد

باشد. در واقع، شخص ثالث حاکم و داور است و حق خیار به او واگذار می‌شود و بعد از این تفویض، طرفین عقد حق عزل او را ندارند؛ چون او وکیل طرفین نیست و سمت خود را از تراضی می‌گیرد نه از اراده خاص یکی از طرفین (کلانتر، ۱۴۱۰: ۳/۴۵۳).

در خیار شرط باید مدت خیار مشخص و معین باشد وگرنه هم شرط و هم عقد باطل می‌شود؛ چون شرط مجهول، باعث جهل به عوضین قرارداد می‌شود و از آن رو که علم به عوضین شرط صحت قرارداد است، هم شرط و هم عقد باطل می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱/۱۱۳).

۳. بررسی شرط مؤامره در خیار شرط

هر یک از بایع و مشتری و یا هر دو می‌توانند در ضمن خیار شرط، تقاضای مشورت با شخص ثالثی را در مورد اعمال حق خیار شرط (امضا یا فسخ) در مدتی معین نمایند که به این عمل بیع «مؤامره» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۶/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۷۴/۱: ۱۴۱۳: ۱۴۳) و یا «استیمار» اطلاق گردیده است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۵۲۱/۱؛ انصاری، ۱۴۱۱: ۲۲۹/۲). استیمار مصدر باب استفعال از واژه «أمر»، در لغت به معنای مشاوره و مشورت خواستن است (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۵/۶؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۰/۴). خداوند متعال نیز در قرآن می‌فرماید: «وَأْتِمِرُوا بِتَكْوِينِكُمْ بِمَعْرُوفٍ» (طلاق/۶)؛ میاتان به نیکی مشورت کنید. تفسیر استیمار به معنای طلب امر و بعث در فسخ و رد قرارداد صحیح نمی‌باشد؛ چون بعث و منع نسبت به کسی که قدرت آن را ندارد، ممتنع و محال است. در نتیجه امری که از جانب مشاور می‌شود، امری ارشادی است نسبت به آنچه که به صلاح مؤامر است، نه امری نظیر امر مولوی؛ چون توجه امر به امری که قدرت بر آن را ندارد، معقول نیست (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۲۷/۴) و در اصطلاح، شرط مؤامره عبارت است از اینکه بایع یا مشتری شرط نماید که با شخص ثالثی در امر تنفیذ یا فسخ عقد در مدت زمان معین و مشخصی مشورت نماید و از رأی وی در تنفیذ و رد عقد تخلف ننماید (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۱۴۹).

یادآوری این نکته ضروری است که میان قرار دادن مؤامره برای شخص ثالث با قرار دادن خیار برای وی فرق است؛ زیرا هدف از مؤامره این است که بیع به امر و نظر او

وابسته باشد، نه اینکه حق خیار فسخ و یا حق التزام به بیع برای وی قرار داده شود (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۱/۸).

ادله صحت شرط مؤامره

بر صحت و جواز «اشترای مؤامره در خیار شرط» ادله‌ای را می‌توان آورد:

الف) عمومات کتاب

نخستین دلیل بر صحت مؤامره در بیع، اصل و عموم آیه نخست سوره مائده است: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده / ۱): ای کسانی که ایمان آورده‌اید! به پیمان‌ها [و قراردادهای] وفا کنید (مجاهد طباطبایی، بی تا: ۳۳۱).

ب) عمومات سنت

در میان روایات برای صحت مؤامره به روایاتی می‌توان استناد جست (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۸۱/۱۴). نخست، روایت «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۳۲/۳) از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله است. دوم، مفهوم روایت «كُلُّ شرط خالف كتاب الله ﷻ فلا يجوز» (صدوق، ۱۴۱۳: ۲۰۲/۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶/۱۸) از امام صادق علیه السلام است. سوم، اطلاق قسمت اول روایتی از امام صادق علیه السلام است که می‌فرماید: «وإن كان بينهما شرط أيامًا معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۴۰۷: ۲۴/۷).

ج) اجماع

یکی دیگر از ادله‌ای که بر جواز مؤامره آورده شده است اتفاق فقها بلکه اجماع است (همو، کتاب الخلاف، ۱۴۰۷: ۱۹/۳؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۱۵؛ ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۱۱: ۵۴؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۲۹۳/۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۰۲/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۵۱۹/۱). این اجماع حجت است؛ زیرا معتضد به کثرت و شهرت قدیمی می‌باشد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۲/۸). یادآوری این نکته ضروری است که این اجماع مدرکی نیست؛ زیرا برای خصوص اشتراط مؤامره دلیلی وجود ندارد و ادله یادشده بر جواز این شرط، از عمومات و اطلاقات ادله به دست آمده است. به همین دلیل، هیچ یک از فقها خدشه مدرکی بودن بر این اجماع

وارد نکرده است و تنها مؤیدی برای آیات و روایات می‌باشد. به نظر می‌رسد تسالم فقهی قبل از هر چیزی بتواند دلالت بر جواز چنین شرطی کند (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۱۷۹/۲).

شرایط شرط مؤامره

احکامی که در خیار شرط جاری می‌شود، در شرط مؤامره نیز جاری است. در نتیجه هم بایع و هم مشتری یا هر دو می‌توانند از آن استفاده نمایند. فقیهان شرایطی را برای صحت مؤامره بیان کرده‌اند که به قرار زیر است:

الف) تعیین زمان مشخص و معین

اگرچه برخی فقیهان تعیین مدت را برای صحت مؤامره شرط نمی‌دانند و بر این باورند که برای استیماز زمان شرط نیست مگر اینکه مدت معینی برای آن شرط شده باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۶/۲)، برخی دیگر معتقدند که باید همانند خیار شرط، مدت مشاوره در شرط مؤامره نیز معین و مشخص شود (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۸۸/۲) و عدم تعیین مدت، سبب بطلان آن خواهد شد؛ به دلیل اصل، عمومات و اجماعی که در جامع المقاصد (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۲۹۲/۴) و تذکره (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۵۲۱/۱) آمده است و مهم‌تر اینکه در صورت عدم تعیین زمان، جهالت پیش می‌آید که موجب غرر و ضرر است و رسول اکرم صلی الله علیه و آله از بیع غرری نهی فرموده است و زمان نیز باید به گونه‌ای باشد که قابل کم و زیاد شدن نباشد؛ زیرا زمان، قسمتی از ثمن را به خود اختصاص می‌دهد (للاجل قسط من الثمن) (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۰۰/۸؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۵۸).

ب) تعیین طرف مورد مشورت به صورت کلی (مستأمر)

در شرط مؤامره، مؤامر نیز اجمالاً باید مشخص شود، ولی تعیین وی به اسم و نام لازم نیست و به صورت اجمال نیز کفایت می‌نماید (نجفی کاشف الغطاء، *انوار الفقاهه*، ۱۴۲۲: ۸۲). بنابراین اگر دانسته شود که در پشت دیوار افرادی وجود دارند، جایز است کسی را که پشت دیوار است، طرف مشورت قرار دهد (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۴: ۱۲۶/۱)؛ زیرا اصل بر این است که تعیین شخص با ویژگی‌های مشخص‌کننده وی شرط نیست و غرر نیز پیش نمی‌آید (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶/۲۳؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۵۸).

ج) رعایت مصلحت

درباره اینکه طرف مورد مشورت باید مصلحت مستأمر را رعایت کند یا نه، اگرچه از سخنان برخی از بزرگان برمی آید که این رعایت مصلحت لازم است و وی امین است و در صورت عدم رعایت مصلحت، مستأمر از امین بودن خارج می گردد و رعایت سخن وی لازم نیست (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۲۹۲/۴؛ نجفی کاشف الغطاء، شرح خیارات اللمعه، ۱۴۲۲: ۸۴)، ولی به نظر می رسد چنین چیزی معتبر نباشد با توجه به دیدگاهی که در این زمینه وجود دارد مبنی بر اینکه در صورت امر به فسخ، امثال امر وی لازم نیست؛ چه این امر مبتنی بر مصلحت باشد و چه بر مصلحت مبتنی نباشد (مامقانی، ۱۳۵۰: ۵۷). اگر از قراین و امارات و اطلاق قرارداد، اعتبار مصلحت مؤامر برداشت نشود، رعایت مصلحت مؤامر بر وی لازم نیست و مشاور می تواند بدون در نظر گرفتن مصلحت مؤامر نظر دهد (انصاری، ۱۴۱۱: ۸۴/۲) و ضمانت اجرای آن را برخی از فقها چنین بیان نموده اند که اگر مشاور مصلحت مؤامر را رعایت ننماید، مؤامر بین فسخ عقد و تنفیذ آن مخیر است. به عبارت دیگر، مؤامر مالک فسخ عقد می شود و واجب نیست که عقد را فسخ نماید؛ زیرا اشتراط استشاره برمی گردد به اشتراط اختیاری که معلق بر امر شخص ثالث به فسخ است. در نتیجه زمانی که شرط حاصل شود مشروط که همان خیار شرط است، حاصل می شود. دلیل ما بر این رأی آن است که در این مورد، شرط به معنای وجوب پیروی از امر ثالث نیست؛ چون غرض پیروی از امر ثالث و امثال تعبدی نیست، بلکه غرض مشیر مشورت است. در نتیجه امر ثالث به فسخ عقد، امری ارشادی است، بدین معنا که مصلحت مشیر در فسخ عقد است و مشیر در صورتی که فسخ عقد را مطابق رأی و مصلحت خودش بداند، آن را فسخ و گرنه تنفیذ می نماید (رشتی گیلانی، ۱۴۰۷: ۳۰۹).

جواز مؤامره در دیگر معاملات (غیر بیع)

در این مسئله نیز بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد که آیا استیمار و مؤامره تنها مربوط به بیع است یا اینکه در دیگر معاملات نیز جاری می شود؟ در این باره دو دیدگاه وجود دارد. برخی از فقیهان بر این باورند که شرط مؤامره در غیر بیع نیز جایز است (مراعی، ۱۴۱۷: ۳۹۲/۲). البته برای آن شرایطی قائل شده اند؛ مثل اینکه از زمره عقود باشد،

بنابراین در ایقاعات راه ندارد (نجفی کاشف‌الغطاء، *انوار الفقاهه*، ۱۴۲۲: ۸۲) و یا در مانند صلح نیز جاری است، به شرط اینکه صلح بر معاوضه صورت گرفته باشد، نه بر اسقاط حق (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴۵۵/۵) و یا در اجاره نیز جاری است. علت آمدن مؤامره در دیگر عقود، عمومیت ادله‌ای است که جواز شرط مؤامره را می‌رساند (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۵/۲۳).

در مورد اشتراط مؤامره در ضمن خیار شرط دو سؤال عمده وجود دارد: اول اینکه آیا شخص مؤامر می‌تواند بدون مشورت با شخص ثالث، عقد را تنفیذ یا رد نماید و به عبارت دیگر آیا اشتراط مؤامره موجب سلب حق تنفیذ یا رد عقد قبل از مشاوره می‌شود یا نه؟ دوم اینکه مؤامر پس از مشورت با شخص ثالث حق مخالفت با رأی او را دارد یا نه؟

الف) تعلیق یا عدم تعلیق خیار شرط بر شرط مؤامره

در مورد تعلیق خیار شرط بر شرط مؤامره دو نظریه عمده وجود دارد: بر طبق نظریه نخست، مؤامر می‌تواند بدون مشورت با مشاور، قرارداد را تنفیذ یا رد نماید. علامه در تحریر می‌فرماید: مؤامر می‌تواند قبل از مشورت با مشاور عقد را فسخ نماید و دلیل آن را این گونه بیان نموده‌اند که، خیار شرط برای مؤامر ثابت است و مؤامر، شرط را از روی احتیاط قرار داده است (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۸۷/۲)؛ یعنی اینکه هدف در واقع قراردادن خیار برای خود مشروطه است و مشاوره به منظور مهلت خواستن برای کشف صلاح امر و مزید اطلاع بر مصلحت خویشتن می‌باشد. همچنین شافعی نیز در یکی از اقوالش قائل به جواز فسخ بدون مشورت با ثالث شده است (مامقانی، ۱۳۵۰: ۵۸).

اما بر طبق نظریه دوم، چنانچه مؤامر بدون مشاوره با ثالث عقد را رد نماید، فسخ وی اثری ندارد و لغو محض است؛ زیرا شرط، سلطنت بر فسخ پس از استیمار است و حق فسخ را بنا بر این تقدیر خاص که استیمار باشد قرار داده (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۲۳/۶) و تراضی میان طرفین عقد بر روی همین مطلب صورت گرفته است و فسخ بدون استیمار، چیزی است که طرفین عقد بر آن تراضی نکرده‌اند (رشتی گیلانی، ۱۴۰۷: ۳۰۶)؛ چون شرط که همان «مؤامره و مشاوره» بوده، حاصل نشده است، در نتیجه خیاری برای مؤامر نیست تا بتواند قرارداد را فسخ نماید و اصل بر لزوم عقد از طرف وی است (نجفی کاشف‌الغطاء، *انوار الفقاهه*، ۱۴۲۲: ۸۲). شیخ طوسی در کتاب *الخلاف* می‌فرماید: «إذا

باعه بشرط أن يستأمر فلائاً، فليس له الردّ حتّى يستأمره» (۱۴۰۷: ۳/۳۷۹). با تأمل در متون فقهی روشن می‌شود که فقط علامه حلی و شافعی در یکی از دو احتمالی که داده، قائل به جواز فسخ و رد عقد بدون مشاوره شده‌اند، در نتیجه قول مشهور، عدم جواز رد عقد بدون مشاوره با شخص ثالث است.

به نظر می‌رسد مراد از جواز در اینجا، جواز وضعی به معنای نفوذ تنفیذ یا رد قرارداد است، نه حکم تکلیفی؛ زیرا حکم تکلیفی مشخص است و نیاز به بیان ندارد و علاوه بر این، مورد بحث ما اقتضای حکم وضعی، یعنی پاسخ به صحت و فساد خیار شرط را دارد و جای بحث از حلیت و حرمت نیست (مدنی کاشانی، ۱۴۰۹: ۵۵). در نتیجه اختلاف در این است که آیا اشتراط مؤامره موجب سلب حق تنفیذ و رد قرارداد می‌شود یا خیر؟ و این اختلاف معقول است.

برای پاسخ به این پرسش که آیا مشیر می‌تواند بدون مشاوره عقد را تنفیذ یا رد نماید، باید ابتدا به این سؤال پاسخ داد که آیا خیار شرط، مشروط و موقوف به مؤامره و مشاوره با ثالث است و خیار معلق بر مؤامره می‌باشد که در نتیجه مشیر نمی‌تواند قبل از مشاوره خیار را اعمال نماید یا اینکه خیار شرط مفروغ و جدای از مؤامره است که در نتیجه مشیر می‌تواند خیار را بدون مشاوره با ثالث اعمال نماید؟

ظاهر از اشتراط مؤامره این است که مؤامره، حق رد قرارداد را قبل از مشاوره با ثالث ندارد؛ زیرا مؤامره شرط نموده که در همین فرض (مشورت با ثالث) حق تنفیذ و رد قرارداد را داشته باشد؛ زیرا اشتراط خیار، بعد از مؤامره و معلق بر آن می‌باشد. در این عقد یک شرط وجود دارد که استیمار است و یک مشروط وجود دارد که حق خیار است و این مشروط بدون شرط تحقق پیدا نخواهد کرد (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۱۴۹).

ممکن است این اشکال مطرح شود که این امر سبب تعلیق خیار شرط بر شرط مؤامره می‌شود و تعلیق در انشا و ایجاد محال است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲/۲۶).

در پاسخ به این اشکال می‌گوییم: ظاهر این است که مورد بحث از موارد تعلیق در منشأ است نه تعلیق در انشا، و تعلیق در منشأ باطل و محال نیست، بلکه بطلان آن به خاطر ادعای اجماعی است که بر بطلانش شده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۵/۳۵۷). افزون بر این، بر فرض که مراد از استیمار همین فرض باشد، اجماعی بر بطلانش

نیست، بلکه اجماع بر صحت آن ادعا شده است و بر فرض احتمال اجماع بر بطلان، اعتماد بر این اجماع صحیح نیست؛ زیرا ادله شرط حاکم بر اجماع هستند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۲۹/۴). در نتیجه می‌توان گفت: در این شرط مؤامره، وی قبل از استیمار برای خود حق خیار قرار نداده است تا بتواند از این مؤامره عقد را فسخ کند. بنابراین از طرف وی عقد لازم است و جواز فسخ متوقف و وابسته به امر مستأمر می‌باشد (شوشتری، بی‌تا: ۲۴۶). بنابراین اگر تصرفی پیش از استیمار در مبیع صورت گیرد، این تصرف خیار مؤامره را ساقط نمی‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۷۴/۲۳). علاوه بر این دلایل، با مراجعه به عرف و عادت که یکی از منابع مهم استنباط علم حقوق است، پی می‌بریم که چنانچه بایع بر مشتری شرط نماید که در امر عقد با شخص ثالثی مشورت کند و بر طبق رأی وی، اقدام به تنفیذ یا رد قرارداد نماید، عرف و عادت الزام مؤامر را به انجام شرط، و بی‌اثر بودن اعمال او را قبل از مشاوره استنباط می‌نماید. بنابراین فسخ پیش از استیمار، خلاف ظاهر و ارتکاز از اشتراط است (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۱۸۰/۲).

ب) امکان یا عدم امکان تخلف از رأی مشیر و اثر آن در قرارداد

در این مورد دو حالت متصور است:

۱. مشاور امر به تنفیذ قرارداد نماید و مؤامر بر خلاف امر وی، عقد را فسخ کند، در این صورت آیا فسخ مؤامر نافذ است یا لغو و بدون اثر حقوقی است؟
به اعتقاد فقها مؤامر در این فرض قطعاً حق فسخ قرارداد را ندارد، هر چند مصلحت فسخ برای وی بیشتر باشد؛ زیرا در این صورت است که به شرط عمل شده است، چون شرط رجوع به امر وی است و او هم امر به التزام به عقد کرده است در نتیجه فسخ متوقف بر امر اوست و چنین امری هم از وی صادر نشده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۴۵۴/۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۰/۱۹). همچنین غرض از شرط، مجرد استیمار و مشورت نیست، بلکه هدف از اشتراط مؤامره، التزام به امر مشاور است. علاوه بر این، امر به اجازه موجب ثبوت حق فسخ برای مؤامر نیست، هر چند قائل به موضوعیت مؤامره برای خیار شرط شویم نه طریقت آن (حسینی روحانی، ۱۴۲۰: ۲۴۱/۱). به عبارت دیگر، چون شرط حاصل نشده است، فسخ وی نافذ نخواهد بود (انصاری، ۱۴۱۱: ۳۳۲/۲). حتی اگر هدف

از شرط مجرد استیمار باشد، باز هم حق فسخ ندارد؛ زیرا صرف استیمار نیز باعث نمی‌شود که مستأمر، مالک فسخ عقد باشد؛ زیرا مستأمر، وی را امر به اجازه عقد کرده است که الزام را می‌رساند، بنابراین عقد لازم است (همو، ۱۴۱۰: ۲۷۷/۱۴).

برخی از فقها نیز قائل اند که این لزوم تنفیذ قرارداد، به خاطر متابعت از امر مشیر نیست، بلکه به سبب مقتضای طبیعی خود قرارداد است؛ زیرا امر وی فایده‌ای نمی‌رساند و وضع وی، وضع شخص ساکت است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۰۴/۱۴؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۱۲۶). چنین استدلالی بعید به نظر می‌رسد؛ زیرا به باور ما نیز مقتضای طبیعی قرارداد این است که لازم است و هیچ یک از طرفین حق فسخ آن را ندارند، ولی این در صورتی است که قرارداد مطلق و بدون شرط باشد، حال آنکه در فرض بحث، قرارداد دارای شرط مؤامره در ضمن خیار شرط است و در این صورت، عقد متزلزل است و استقرار آن معلق بر امر مؤامره به تنفیذ است. در نتیجه زمانی که مؤامر امر به تنفیذ عقد نماید، قرارداد مستقر و لازم می‌گردد.

البته در این باره دیدگاه دیگری نیز وجود دارد مبنی بر اینکه فسخ نافذ است. در نهایت می‌توان گفت که وی از شرطش تخلف نموده است؛ زیرا وی به طور مطلق، حق خیار دارد و از حق خودش بر خلاف شرطش استفاده نموده است. نهایت اینکه وی در عملش از جهت تکلیفی مرتکب گناه و عصیان شده، ولی از جهت وضعی فسخش نافذ است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۱۵۰). با توجه به ادله دیدگاه نخست، این دیدگاه درست به نظر نمی‌رسد.

۲. مؤامر با شخص ثالث مشورت نماید و وی امر به فسخ کند. در این فرض دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه نخست، لزوم امثال امر مشاور است که از سوی برخی فقها ارائه شده و نادر است. بنا بر این دیدگاه، همان گونه که امثال امر مشاور در صورت تنفیذ قرارداد لازم است در صورت امر به فسخ نیز لازم است و معنای مشاوره و مؤامره، مجرد ملکیت فسخ برای مؤامر بعد از امر مشاور به فسخ نیست، بلکه مراد از مؤامره التزام به امر مشاور است، همان گونه که در فرض امر به اجازه، قائل به الزام مؤامر شدیم (همان: ۱۵۲). ولی با توجه به استحکام ادله دیدگاه دوم، این دیدگاه ضعیف و نادرست به نظر می‌رسد.

دیدگاه دوم، اختیار مؤامر در انتخاب فسخ است. به باور شیخ طوسی، فسخ قرارداد از جانب مؤامر الزامی نیست، بلکه نهایت اثری که امر ثالث به فسخ دارد، این است که مؤامر، مالک حق فسخ قرارداد می‌شود (کتاب الخلاف، ۱۴۰۷: ۳۹/۳). صاحب جواهر نیز از نظر شیخ متابعت کرده و قائل به عدم لزوم پیروی از امر ثالث به فسخ قرارداد شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵/۲۳). در نتیجه هیچ دلیلی بر وجوب و لزوم فسخ قرارداد توسط مؤامر وجود ندارد؛ خواه طرف دیگر قرارداد راضی به فسخ آن نباشد که در این فرض مطلب واضح است، زیرا طرف دیگر عقد هیچ سلطه‌ای بر قرارداد و فسخ آن ندارد، و خواه طرف دیگر قرارداد درخواست فسخ آن را بنماید، زیرا غرض و هدف مؤامر از شرط استیمار این است که مصلحت خویش را در نظر بگیرد. در این صورت اگر فسخ بر وی واجب باشد، شرط مؤامره به نفع طرف دیگر قرارداد خواهد بود و این، خلاف ظاهر شرط مؤامره است. افزون بر این، شرط مؤامره در اینجا به نفع یکی از متعاقدین و بر علیه دیگری است، نه اینکه شرط مؤامره برای هر دوی آنها باشد (انصاری، ۱۴۱۱: ۳۳۴/۲). دلیل دیگر این است که امر مستأمر به فسخ، یک امر مولوی شرعی نیست بلکه امری ارشادی است؛ به این معنا که اگر مستأمر مصلحت را در این صورت در فسخ دید، حق خیار فسخ برای وی ثابت است. پس شرط در اینجا، شرط برای حکم تکلیفی (وجوب پیروی از امر مستأمر) نیست، بلکه معنای آن اشتراط حکم وضعی (ثبوت خیار در صورت امر مستأمر به فسخ) است. در نتیجه اگر امر به فسخ شود، مقتضی برای فسخ وجود خواهد داشت چون با این اشتراط، حق خیار برای وی به وجود آمده است. اما در صورت اول که وی امر به امضا می‌کند، وجوب متابعت از جهت وجوب وفای به عقد است نه از این جهت که وی امر به امضا کرده است؛ زیرا این امر اثری در قرارداد ندارد (رشتی گیلانی، ۱۴۰۷: ۳۰۵).

مرحوم اصفهانی در این باره، سخن متینی فرموده و نوشته است: عقد پیش از امر و ثبوت خیار، لازم است و تنها در صورتی قابل انحلال است که حق خیار که به واسطه امر به وجود آمده است، اعمال گردد. در نتیجه امر کردن مستأمر به اجازه و امضا و سکوت وی در بقای عقد بر لزوم با هم برابر است. پس در حقیقت خیار معلق بر امر به فسخ است و شرط تحقق خیار برای مستأمر، امر مستأمر به فسخ است. بنابراین این شرط تنها حق خیار را برای مستأمر به اثبات می‌رساند یعنی برای وی ملکیت فسخ عقد

می‌آورد نه اینکه وی را ملزم به فسخ کند، پس تحقق فسخ و ترک آن را به مستأمر واگذار کرده و وی را ملزم به فسخ نکرده است. برای طرف دیگر معامله نیز حق مطالبه فسخ به وجود نیامده است که به مجرد امر مستأمر به فسخ بتواند بگوید: باید فسخ کنی؛ زیرا شرط در اینجا، شرط فعل نیست بلکه شرط نتیجه است، یعنی حق خیار برای مستأمر پس از امر مستأمر به فسخ به وجود می‌آید (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۸۶/۴).

اصولاً کسانی که قائل به عدم لزوم فسخ قرارداد بعد از امر ثالث به فسخ شده‌اند، در فرض قبل قائل به لزوم تنفیذ عقد بعد از امر ثالث به تنفیذ شده‌اند؛ خواه با این استدلال باشد که مؤامر حق فسخ عقد را ندارد؛ چون شرط که همان مؤامره است، حاصل نشده است، و خواه با این استدلال که لزوم قرارداد به دلیل اقتضای طبیعی خود عقد است.

۴. تعدد مشاوران در شرط مؤامره

اگر مشورت‌دهندگان در شرط مؤامره در خیار شرط متعدد باشند سه فرض متصور است: فرض نخست در صورتی است که اعتبار رأی آن‌ها به صورت اجتماع شرط شده باشد. بنابراین فسخ آن‌ها در صورتی مؤثر است که همه آن‌ها امر به فسخ نمایند، ولی چنانچه برخی امر به فسخ و برخی امر به تنفیذ عقد کنند، رأی هیچ یک مؤثر نیست. فرض دوم در صورتی است که رأی هر یک مستقلاً مؤثر باشد. در این صورت امر هر یک از آن‌ها به فسخ عقد مؤثر است، هر چند باقی به عدم فسخ امر نمایند (نجفی کاشف‌الغطاء، شرح خیارات‌اللمعه، ۱۴۲۲: ۸۳).

فرض سوم در صورتی است که استقلال رأی هر یک، زمانی که یکی از آن‌ها امر به امضای عقد و دیگری امر به فسخ عقد نماید، برای مؤامر حق فسخ قرارداد خواهد بود؛ زیرا امر اولی مبنی بر امضای عقد، هیچ اثر و فایده‌ای در عقد ندارد، بلکه حالت وی حال ساکت است و امر دومی به فسخ مؤثر خواهد بود (رشتی گیلانی، ۱۴۰۷: ۳۰۹).

حال اگر مشاور، یک شخص باشد، ولی قولش متعدد گردد به نحوی که ابتدا امر به تنفیذ عقد نماید و سپس از امر خویش رجوع کند و امر به فسخ نماید یا برعکس، در این صورت تکلیف مؤامر چیست؟ در پاسخ باید گفت که امر نخست مشیر، مؤثر و نافذ است، هر چند ابتدا امر به تنفیذ عقد نماید؛ زیرا اولاً غرض از مؤامره و مشاوره، متابعت از امر

ابتدایی مشیر است و ثانیاً زمانی که مشیر ابتدا امر به تنفیذ می‌نماید، عقد لازم و مستقر می‌شود و مقتضایی برای فسخ باقی نمی‌ماند. همچنین زمانی که ابتدا امر به فسخ می‌کند، عقد منفسخ می‌شود و دیگر عقدی برای تنفیذ باقی نمی‌ماند (همان: ۳۱۱).

نتیجه‌گیری

به رغم اینکه قانون و حقوق‌دانان این حق را برای متعاملین قائل شده‌اند که می‌توانند شرط مؤامره در خیار شرط قرار دهند، ولی از احکام و مسائل آن سخنی به میان نیاورده‌اند. حاصل اینکه در باب استیمار قبل از استشاره، می‌توان قائل شد که ذوالخیار می‌تواند اعمال خیار نماید اگر فرض شود که خیار مفروغ و جدای از شرط مؤامره است و اشتراط مؤامره فقط برای احتیاط و کشف صلاح و مزید اطلاع شخص ذوالخیار است، ولی اگر خیار جدای از شرط مؤامره فرض شود حق تنفیذ یا رد خیار را ندارد و اعمال خیار اثری نخواهد داشت. به نظر می‌رسد ظاهر از اشتراط مؤامره این است که مؤامر، حق رد قرارداد را قبل از مشاوره با ثالث ندارد؛ زیرا شرط نموده که در فرض مشورت با ثالث، حق تنفیذ و رد قرارداد را داشته باشد و اشتراط خیار، بعد از مؤامره و معلق بر آن می‌باشد. افزون بر این، چنانچه بایع بر مشتری شرط نماید که در امر عقد با شخص ثالثی مشورت کند و بر طبق رأی وی، اقدام به تنفیذ و رد قرارداد نماید، عرف و عادت به عنوان یکی از منابع مهم استنباط علم حقوق، الزام مؤامر به انجام شرط و بی‌اثر بودن اعمال او را قبل از مشاوره استنباط می‌نماید. سؤال دوم که در این پژوهش به آن پاسخ داده شد این است که اگر مؤامر خلاف رأی ثالث عمل نماید تکلیف چیست؟ در این مورد دو حالت متصور است: حالت اول زمانی است که مشاور امر به تنفیذ عقد نماید که در این صورت بر مؤامر تنفیذ عقد لازم است. حال برخی فقها قائل‌اند که این لزوم تنفیذ به خاطر این است که شرط حاصل نشده است، در نتیجه فسخ منتفی می‌شود و گروهی دیگر معتقدند که تنفیذ عقد به خاطر متابعت از امر ثالث نیست، بلکه مقتضای طبیعی خود عقد است. حالت دوم آن است که مشاور امر به فسخ نماید. در این صورت گروهی از فقها بر این باورند که مؤامر مالک حق فسخ، و مخیر بین فسخ عقد و تنفیذ آن است و این با ادله به اثبات می‌رسد.

کتاب شناسی

۱. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *جواهر الفقه*، (و تلیه رسالتان: *العقائد الجعفریه* للشیخ طوسی و...)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۲. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۳. اراکی، محمدعلی، *الخيارات*، قم، در راه حق، ۱۴۱۴ ق.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب (المحشی)*، قم، دار الکتب، ۱۴۱۰ ق.
۵. همو، *کتاب المکاسب*، قم، دار الذخائر، ۱۴۱۱ ق.
۶. بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، تصحیح محمدتقی ایروانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۸. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیه*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌البتی، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. حسینی حلبی، سید حمزة بن علی بن زهره، *غنية النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. حسینی روحانی، سید محمد، *المرتضى الی الفقه الارقی*، تهران، مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیة (دار الجلی)، ۱۴۲۰ ق.
۱۲. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة*، تحقیق محمدباقر خالصی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۳. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. حسینی واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. رشتی گیلانی، میرزا حبیب‌الله، *فقه الامامیه (قسم الخيارات)*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۰۷ ق.
۱۶. سبحانی تبریزی، جعفر، *المختار فی احکام الخیار*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۱۷. شوشتری، اسدالله بن اسماعیل کاظمی، *مقابس الانوار و نفائس الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار*، قم، مؤسسه آل‌البتی علیهم السلام، بی‌تا.
۱۸. شیخ الشریعة اصفهانی، فتح‌الله بن محمد جواد نمازی شیرازی، *نخبة الازهار فی احکام الخیار*، دار الفکر، ۱۳۹۸ ق.
۱۹. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۰. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، تصحیح محمد بهره‌مند و دیگران، قم، مؤسسه آل‌البتی علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
۲۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۲۲. همو، *ملحقات العروة الوثقی*، بیروت، مؤسسه الاعلمی، ۱۴۰۹ ق.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۲۴. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.

۲۵. همو، تهذیب الاحکام فی شرح المفتحة للشيخ المفيد، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۴۰۷ ق.
۲۶. همو، كتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۷ ق.
۲۷. عاملی جبعی، زين الدين بن علي، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقيه، حاشیة سيد محمد كلانتر، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. همو، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. عاملی كركی، علي بن حسين، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. علامه حلی، حسن بن يوسف بن مطهر، ارشاد الازهان الى احكام الايمان، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۰ ق.
۳۱. همو، ايضاح الفوائد فی شرح مشكلات القواعد، قم، اسماعيليان، ۱۳۸۷ ق.
۳۲. همو، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الاماميه، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۳۳. همو، تذكرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. همو، قواعد الاحكام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ ق.
۳۵. غروی اصفهانی، محمد حسين، حاشیة كتاب المكاسب، تحقيق عباس محمد آل سیاح قطیفی، قم، دار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۳۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عقود معین)، چاپ شانزدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۳۷. مامقانی، عبدالله بن محمد، نهاية المقال فی تکملة غاية الآمال، قم، مجمع الذخائر الاسلاميه، ۱۳۵۰ ق.
۳۸. مجاهد طباطبائی، سيد محمد بن علي، كتاب المناهل، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، بی تا.
۳۹. محقق حلی، نجم الدين جعفر بن حسن هذلي، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعيليان، ۱۴۰۸ ق.
۴۰. مدنی کاشانی، رضا، تعلیقة شريفة على بحث الخيارات والشروط للشيخ، قم، مكتبة آية الله المدنی الكاشانی، ۱۴۰۹ ق.
۴۱. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان الى احكام الايمان، تصحيح مجتبی عراقی و ديگران، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۳ ق.
۴۲. موسوی خمینی، سيد روح الله، كتاب البيع، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۴۳. موسوی خویی، سيد ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، تقرير محمد علی توحيدى، بی تا.
۴۴. موسوی خویی، سيد محمد تقی، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، بيروت، دار المورخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
۴۵. نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام، بيروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۶. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهه، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۴۷. نجفی کاشف الغطاء، عباس بن حسن، منهل الغمام فی شرح شرائع الاسلام، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۴ ق.
۴۸. نجفی کاشف الغطاء، علی بن جعفر بن خضر، شرح خيارات اللمعه، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۲۲ ق.
۴۹. نراقی، احمد بن محمد، مستند الشیعة فی احكام الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۵ ق.
۵۰. نوین، پروین و عباس خواجه پیری، حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.

تَرْجَمُ حِكْمَهُمَا

موجز المقالات

سيادة الإرادة الظاهرية في نطاق الخطأ في الأعمال القانونية

- مرتضى كشاورزى ولدانى (طالب دكتوراه في فرع الفقه بجامعة فردوسى بمشهد)
- حسين ناصرى مقدّم (أستاذ مشارك بجامعة فردوسى بمشهد)
- حسين صابرى (أستاذ بجامعة فردوسى بمشهد)

إحدى المسائل التي ما زالت استأثرت باهتمام الفقهاء والقانونيين هي سيادة الإرادة الباطنية أو الظاهرية، ودور كل واحدة منهما في الأعمال القانونية. وأهم أدلة مؤيدي نظرية الإرادة الباطنية هو القاعدة الفقهية المعروفة بـ«تبعية العقد للقصد»؛ إيضاحه أنه كلما خالف العقد القصد، فالعقد محكوم عليه بالبطلان. وفي الجانب الآخر فئة تؤيد نظرية الإرادة الظاهرية، وركزوا أكثر اهتمامهم على الظاهر من المتعاملين بالإيجاب والقبول، ولم يقيموا للقصد الباطني وزناً قط. بعبارة أخرى لا يهتمون بمجرد كاشفية الألفاظ ودلالاتها، ويرون لها سببية. والمعروف في علم القانون، أنّ نظرية سيادة الإرادة الظاهرية تُنسب إلى القانون الألماني؛ بيد أنه يمكن أن نجد آثار هذه النظرية في فقه الإمامية أيضاً. إحدى حالات سيادة الإرادة الظاهرية في الفقه تحدث في نطاق الخطأ، ممّا يعني أنه إذا حصل خطأ في موضوع حقوق

من جانب أحد الطرفين، فالعقد باطل أو غير نافذ من موقف الإرادة الباطنية، لأنّ مقصود المتعاملين لم يقع (ما قُصِدَ لم يقع وما وقع لم يُقصد). لكن يجب العلم بأنّ جميع حالات الخطأ في تنفيذ القانون ليس يبطل العقد نظراً لمبدأ لزوم المعاملات وإتقانها، وعلى أقصى تقدير تضافى على العقد قابلية الفسخ، وحتى أنّها لا أثر لها في بعض الحالات: الأمر الذى يعنى أنّ الإرادة الباطنية فقدت سيادتها وإنّما تجزى ألفاظ المتعاملين فى العقد.

المفردات الأساسية: الإرادة، الإرادة الظاهرية، الإرادة الباطنية، الخطأ، البطلان، الفسخ.

الآلية الفقهية - القانونية للصيانة الدائمة لحقوق المتعلقة بشخصية الإنسان

□ فاطمة قدرتى

□ أستاذة مساعدة بجامعة ياسوج

الحقوق المتعلقة بشخصية الإنسان اليوم تتمتع بآفاق ونطاقات واسعة متنوعة، كما أنّ طرق انتهاكها وخرقها والإخلال فيها يتعدّد إحصائياً. ففى هذه الظروف وفى حالة وفاة الشخص أو عجزه عن صيانة حقوقه، تبدو من الضرورى دراسة صلاحيات الشخص الثالث أو الورثة باعتبارهم أولياء فى الحماية عن الحقوق المتعلقة بالشخصية. تناولت هذه الدراسة بمنهج وصفى - تحليلي، وبمراجعة المصادر المطبوعة، دراسة تأثير الوفاة فى صلة الأشخاص بالحقوق المتعلقة بشخصياتهم وبيان مكانة ورتبتهم بشأن هذا النوع من الحقوق، فى نظرية تفصيلية، وخلصت إلى أنّ الحقّ فى بعض الحالات يُضاف إلى الورثة وفى حالات أخرى يُعترف بنقل الحقّ إلى الورثة وتنفيذهم لذلك الحقّ فقط، وفى بعض الحالات سوف تنحصر صلاحيات الورثة واختيارهم فى نطاق رفع الدعوى للحيلولة دون الإخلال من جانب طرف واحد وإلزام الطرف الآخر بالاحترام.

المفردات الأساسية: الحقوق المتعلقة بالشخصية، المتوفى، النيابة.

مكانة شرط المؤامرة فى خيار الشرط من منظور الفقه الشيعي

□ أبو الفضل عليشاهي قلعة جوقى (أستاذ مشارك بجامعة ياسوج)

□ عليرضا ملاشاهي (طالب دكتوراه فى فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة ياسوج)

يتفرد خيار الشرط بميزة خاصة بين الخيارات، إذ إنه يُعدّ نتيجة إرادة طرفي العقد. يستطيع طرفا العقد في خيار الشرط، أن يشترطاً بأن الطرف ذا الخيار بعد استشارة شخص ثالث يعمل برأيه فيما يخص تنفيذ العقد أو رده، ويُصطلح على هذا الشرط بشرط المؤامرة أو الاستشارة أو الاستيمار. وفيما يتعلّق بشرط المؤامرة، هناك سؤالان: لماذا يؤدّي اشتراط المؤامرة إلى سلب حق التنفيذ أو ردّ العقد من جانب المؤامر قبل الاستشارة؟ ما العمل إذا عمل المؤامر خلاف رأى الشخص الثالث؟ وخلصت هذه الدراسة في الردّ على السؤال الأول إلى أنّه لا يحقّ للمؤامر قبل الاستيمار، أن ينفذ العقد أو يردّه، ولا يترتب على تنفيذ الخيار أى أثر؛ لأنّ الخيار لا يُفترض مستقلاً عن شرط المؤامرة. وفي الإجابة على السؤال الثاني، يمكن القول بهذا الموقف حالتان؛ الأولى: حينما يستشير المؤامر مستشاره ويوصيه المستشار بتنفيذ العقد، ففي هذه الحالة يثبت وجوب تنفيذ العقد على المؤامر، ووجوب التنفيذ هذا إمّا لأنّ شرط خيار الفسخ لم يتحقّق وبالتالي ينتفى الفسخ وإمّا لأنّ تنفيذ العقد، من المقتضيات الطبيعيّة للعقد نفسه. الثانية: أن يأمر المستشار بالفسخ، ففي هذه الحالة يملك المؤامر حقّ الفسخ، وله الخيار في فسخ العقد أو تنفيذه. بعد التعرّف على ماهيّة المؤامرة، سلّطت هذه الدراسة الضوء على آراء الفقهاء وأدلّتهم على المواضيع المذكورة، وتمّ إثبات الآراء المطروحة بمنهج استدلالى.

المفردات الأساسية: خيار الشرط، شرط المؤامرة، المستأمر، عدد المستشارين.

خيار التفليس ومقارنته مع شرط حفظ المالكيّة فى القانون الفرنسى

□ غفّار كلهر (طالب دكتوراه فى فرع القانون الخاص بالجامعة الحرّة الإسلاميّة بطهران)

□ سيّد عزّة آلّه عراقى (أستاذ بالجامعة الحرّة الإسلاميّة بطهران)

خيار التفليس والمادّة رقم ٣٨٠ من القانون المدنىّ يخولان البائع حقّ استرداد البضاعة عند إفلاس المشتري. كذلك شرط حفظ المالكيّة فى النظام القانونىّ الفرنسىّ حيث يرى حقّ المالكيّة للبائع حتّى تسديد الثمن كاملاً من قبل المشتري ويعترف بحقّ البائع فى استرداد المبيع عند إفلاس المشتري. هذه المقالة دراسة ووصف وتحليل لخيار التفليس وشرط حفظ المالكيّة على ضوء القوانين المصادق عليها فى كلّ من النظام

القانونی الإيراني والفرنسی، تفید النتائج بأن هذين النظامين القانونيين على الرغم من الفوارق المتعددة بينهما، يلتقيان في قضية إفلاس المشتري، ويحول كلاهما حق استرداد المبيع للبائع عند إفلاس المشتري.

المفردات الأساسية: خيار التفليس، الإفلاس، استرداد المبيع، شرط حفظ المالكية.

إطالة أخرى على دور القبض في وضع الرهن؛ دراسة مقارنة في قانون الإسلام، إيران وفرنسا

□ سعيد حبيبا (أستاذ مشارك بجامعة طهران)

□ هادي شعباني كندسري (طالب دكتوراه في فرع القانون الخاص بجامعة طهران)

تمثل هذه المقالة إطالة أخرى على دور القبض في وضع الرهن عسى أن تخرج بصيغة حل ناجعة تُقترح على النظام القانوني الإيراني عبر دراسة الموضوع في القانون الإسلامي والفرنسي بمنهج مقارن. والسؤال المطروح في هذا المقال كما يلي: أيلزم احتذاء حذو القدامى فيما يتعلق بدور القبض حيث يدور الحديث حول لزوم القبض أو عدم لزومه في صحة القبض أم يجب التفريق والتمييز بين مختلف الأموال والممتلكات نظراً إلى تنوع الأموال والممتلكات المختلفة وحيثياتها وسماتها. وخلصت الدراسة إلى أنه يجب في القانون الإسلامي - كما هو الحال في القانون الفرنسي - التمييز بين الأموال المنقولة والعقارية (غير المنقولة) كقاعدة: ويجب في صحة الرهن اشتراط القبض المستمر للأموال المنقولة، والتخلي عن القبض في الأموال العقارية (غير المنقولة). لذلك يعرض الباحثان النتيجة المستخلصة على الجهات المعنية لأخذها بنظر الاعتبار في التعديلات المستقبلية لتشريع القانون المدني.

المفردات الأساسية: القبض، شرط الصحة وعدم الشرطية، الأموال المنقولة والعقارية (غير المنقولة)، التسجيل، عدم قابلية الاستناد.

التبعض في التقليد؛ إرادة في ثوب الرخصة

□ أردوان أرجنغ (أستاذ مشارك بجامعة آية الله الحائري)

□ محسن تسليخ (طالب دكتوراه في فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة ياسوج)

سيرة ذوى النهى ودأب أولى الحجى فى قضايا الدين وفروعه كسائر شؤون الحياة، مراجعة ذوى الخبرة والدربة. هذا الرجوع، تمهيد لاتباع المجتهدين، ويسمى «التقليد». والمكلفون عادة يقلدون مرجعًا واحدًا. هناك ظروف وعوامل شتى فى عصرنا، تتطلب الرجوع إلى أكثر من مرجع واحد؛ هى كالتالى: تنوع الموضوعات، تعقيد قضايا الحياة على كافة الأصعدة والمجالات مما بلغ مبلغًا لا يكاد يصدق، وكذلك عمق هذه القضايا وامتدادها وشموليتها وتعدد أبعادها ومناحيها، وما تثيره التقنيات من المسائل باستمرار ولحظة بعد أخرى، فى وجه الإنسان ومستقبله، وتفرع الفقه والتفقه إلى فروع واختصاصات. ومن جهة أخرى سترك الفتاوى الغربية عن معرفة المتطلبات الواقعية والأساسية، تأثيرات هدامة (ربما لا يمكن التعويض عنها) فى المكلفين والمجتمع. تناولت الدراسة هذه، وفق حاجات المجتمع والنزعة التخصصية، إمكانية التقليد المتزامن لأكثر من مرجع فى أبواب وفروع خاصة من الفقه (أى التبعض فى التقليد)، واستعرضت مختلف الآراء، بالنقد والتحليل، لتختار فى خاتمة المطاف فكرة جواز التبعض فى التقليد أو بالأحرى ضرورتها، اعتمادًا على أدلة عديدة. فالحكم بالإرادة والقصد (فوق الرخصة)، صيغة حلّ تستند إلى أدلة قاطعة دامغة من جهة، وإلى ضعف الآراء المنافسة المعارضة ونحوها من جهة أخرى، فإذا كان التبعض فى التقليد اليوم على مستوى توصية ورخصة، إلا أنه فى العاجل القريب (وإن كنا نراه اليوم)، ضرورة وإرادة.

المفردات الأساسية: التبعض، التقليد، الجواز، اللزوم، الأدلة، الرخصة، الإرادة.

مفهوم الحقّ فى الإطار الفكرى لـ «لفقه المدنى» و «الديموقراطية الغربية»

□ جعفر كبيرى سمرزدة

□ عضو الهيئة العلمية بالجامعة الحرة الإسلامية بمشهد المقدسة

مفهوم الحقّ يمثل أحد المفاهيم الأساسية فى المباحث القانونية والدينية والسياسية، ويُعدّ أحد مبادئ الديموقراطية وأسسها. فى عصر الحداثة وبظهور مفكرين وفلاسفة كتوماس هوبز، وجون لوك، انسلخ مفهوم الحقّ عن روافده وخلفياته الأخلاقية والإلهية، والتقى مفاهيم وقضايا كالحرية، والاختيار والسلطة الفردية. ومنذ ذلك الوقت طفا فى الأدب الفلسفى والسياسى على السطح ثنائية ومفارقة الحقّ - التكليف. مفهوم الحقّ فى الفكر

الدينيّ - الإسلاميّ التقليديّ يحظى بتاريخ عريق أيضًا، ونال اهتمام علماء الإسلام خاصّةً الفقهاء . عندما يُستخدَم مفهوم الحقّ على الصعيدين العامّ والسياسيّ للمسلمين يرتبط بمفهوم حقّ سيادة الشعب القائمة على الديمقراطية، وهذا السؤال يخطر على البال: كيف تكون مكانة الشعب وحقّهم في الحكم في نظام دينيّ قائم على الحكم الإلهيّ؟ تمتّ في هذا البحث دراسة مفهوم الحق في نموذج الديمقراطية الغربيّة وسيادة الشعب الدينيّة، ووجهات نظر الفقهاء في خصوص مفهوم الحقّ. بشكل عامّ يمكن تصنيف آراء الفقهاء الشيعة في حقّ سيادة الشعب وتشريع حضورهم، ضمن ثلاثة مواقف: معارضة مطلقة، وموافقة مطلقة، وموافقة مشروطة.

المفردات الأساسية: الحقّ، الحكم، الديمقراطية الغربيّة، الفقه المدنيّ.

حرمة نفس الكافر؛ مبدأ محايد بالتأكيد على آيات القرآن

□ أمير مهاجر ميلانيّ

□ أستاذ مساعد بمركز دراسات المرأة والأسرة

تناول هذا البحث تحديد دور الإسلام الفقهيّ في احترام نفوس الأشخاص . يذهب أغلبية الفقهاء إلى أنّ المبدأ الأوّليّ بشأن الكافر، عدم احترام حياته . لذلك يرون أنّه إذا لم يكن الكافر ذميّاً، عدّ حربياً، وإذا لم يكن معاهدًا أو مستأمنًا، فهو مهدور الدّم؛ حتّى في حالة حياده . وسعى البحث من خلال إعادة قراءة الأدلّة القرآنيّة للمذهبيّن المشهور وغير المشهور، أن يوضّح الرؤية القرآنيّة العامّة في هذا الخصوص . لذلك في البداية اتّضحت الدلالة الأوّليّة للآيات على ضوء سياق الآيات والتأمّل في كونها حقيقيّة أو خارجيّة، ثمّ خلصت الدراسة بشرح النسبة القائمة بين هاتين المجموعتين من الآيات إلى أنّ الموقف الصحيح هو احترام نفس الكافر المحايد.

المفردات الأساسية: الكافر المحايد، احترام النفس، الحربيّ، الاعتزال، دار الحياد، الكافر الذميّ.