

Jurisprudence and Private Law Quarterly, Vol. 2, No. 2, (Serial 6), Summer 2025

Examining the theory of the validity of the construction condition from the perspective of imami jurisprudence and Iranian law

Fatemeh esmaeili¹

Abstract:

Pre-contractual stipulations are among the conditions over which jurists have differed in opinion. The majority of jurists do not consider such stipulations to be binding. In contrast, many jurists affirm the legitimacy of this type of stipulation. In addition to challenging the theory that denies the validity of the foundational stipulation (*shart-e banaei*), they rely on other arguments to support their position, although those arguments are not free from critique. Overall, within juristic sources, the theory affirming the validity of the foundational stipulation can be supported by arguments such as: regarding the foundational stipulation as an implicit qualifying element, the general applicability of the well-known Prophetic tradition “Believers are bound by their conditions,” the dependence of mutual consent in the exchange of consideration upon compliance with the foundational stipulation, the general scope of conditions referred to in the contract, the general scope of implied conditions, and the applicability of the concept of stipulation to pre-contractual agreements.

Under Iranian law, pursuant to Article 1128 of the Civil Code, such stipulations are considered binding. The most important legal basis for affirming the binding force of the foundational stipulation is analogical reasoning derived from its recognized validity in marriage contracts and its extension to other contracts. Legal scholars maintain that when a foundational stipulation is deemed valid in marriage—despite its particular sensitivities—it must, without doubt, be binding in other contracts as well. In this paper, employing a descriptive-analytical method and a comprehensive approach, we seek to establish the theory affirming the validity of the foundational stipulation.

Keywords: Evil before the contract, Constructive condition, Theory of validity of constructive condition, Imami jurisprudence, Iranian law.

1. PhD jurisprudence and private law, shahid motahari university, Tehran, I.R.Iran.
F.esmaeili1386@gmail.com

فصلنامه فقه و حقوق خصوصی

سال دوم، شماره دوم (پیاپی ۶)، تابستان ۱۴۰۴
(صص. ۹۹-۱۲۰)

بررسی تفصیلی نظریه اعتبار شرط بنایی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران

فاطمه اسماعیلی^۱

چکیده:

شرط قبل از عقد از جمله شروطی است که فقها در آن دچار اختلاف نظر شده‌اند. مشهور فقها این شروط را الزام آور نمی‌دانند. در مقابل، فقهای کثیری قائل به مشروعیت این شرط هستند. ایشان علاوه بر ایراد خدشه به نظریه عدم اعتبار شرط بنایی، به ادگه دیگری برای اثبات نظریه خود استناد می‌کنند که البته آن دلایل نیز خالی از اشکال نیست. در مجموع می‌توان در متون فقهی به نظریه اعتبار شرط بنایی با ادگه‌ای از قبیل: لحاظ شرط بنایی به عنوان قید معنوی، عمومیت نبوی معروف «المؤمنون عند شروطهم»، توقف تراضی بر تبادل عوضین بر عمل به شرط بنایی، عمومیت قلمروی شرط مذکور در عقد، عمومیت قلمروی شرط ضمنی و تحقق مفهوم شرط بر توافقات قبل از عقد دست یافت. حقوق ایران به استناد ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، شروط فوق را الزام آور می‌داند. مهم‌ترین دلیل حقوقی بر اثبات لزوم شرط بنایی، تنقیح مناط از اعتبار شرط بنایی در نکاح و تسری آن به سایر عقود است. به نظر حقوق دانان وقتی شرط بنایی در نکاح با وجود حساسیت‌های موجود، معتبر است بدون شک باید در سایر عقود نیز الزام آور باشد. در این نوشتار با روش توصیفی - تحلیلی، با نگاهی جامع در مقام اثبات نظریه اعتبار شرط بنایی می‌کوشیم.

کلیدواژه‌ها: شرط قبل از عقد، شرط بنایی، نظریه اعتبار شرط بنایی، فقه امامیه، حقوق ایران.

۱. دکتری، فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، جمهوری اسلامی ایران.

مقدمه

شرط بنایی نزد فقهای امامیه همواره مورد مناقشه بوده و مفهوم آن در آثار ایشان به وضوح دیده می‌شود. فقهای امامیه به بیان تعریف دقیقی از شرط بنایی پرداخته‌اند و صرفاً مصادیق و احکام آن را بیان کرده‌اند؛ برای مثال شهید اول در ذیل قاعده‌ای، شرط بنایی را که مقدم بر عقد است باطل می‌داند؛ اما تعریفی از آن ارائه نکرده است: «کل شرط تقدّم العقد او تاخّر عنه فلا اثر له» (شهید اول، بی تا، ج ۲: ۲۵۹).

قانون مدنی ایران نیز تعریفی از شرط بنایی ارائه نداده و تنها در مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ به آن استناد کرده است. حقوق دانان برای معرفی دقیق شرط بنایی و تمیز آن از سایر شروط، تعریفاتی ارائه داده‌اند؛ از جمله:

دکتر جعفری لنگرودی می‌فرماید: «به تعهداتی که در مذاکرات پیش از عقد به صورت مذاکره مقدماتی، بین متعاقدين مورد بحث واقع شده و در متن عقد اسمی از آنها برده نشده است شروط بنایی یا تبانی می‌گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۸۰).

دکتر شهیدی نیز در این مورد گفته‌اند: «شرط بنایی در واقع شرطی است که به هنگام ایجاب و قبول، هر چند به اشاره، نامی از آن برده نمی‌شود، لیکن پیش از عقد، طرفین نسبت به آن توافق کرده و عقد را با بنای ذهنی نسبت به آن انشاء می‌کنند. این گونه شروط در قرارداد انعکاسی ندارد؛ اما فرض این است که به هنگام انشاء، عقد با لحاظ شرط در اراده طرفین وارد می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۴۰-۴۱).

بنابراین، مسئله مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط بنایی در فقه و حقوق بررسی شده است. مشهور فقها سعی بر اثبات نظریه عدم اعتبار شرط بنایی دارند، در حالی که فقهای بزرگی نیز به نقد نظریه فوق پرداخته و در مقام اثبات مشروعیت شرط بنایی هستند؛ اما از دیدگاه حقوقی، الزام آور بودن این دسته از شروط مورد اتفاق آرای حقوق دانان است. در این پژوهش، دلایل فقهی و حقوقی قائم بر نظریه اعتبار شرط بنایی مطرح شده و مورد بازبینی فقهی و حقوقی قرار گرفته است. در این نوشتار با استناد به ادله، سعی بر اثبات اعتبار این دسته از شروط شده است.

۱. طرح نظریه اعتبار شرط بنایی

مشهور فقها قائل به عدم لزوم شرط بنایی هستند؛ اما بررسی متون فقهی گویای این مطلب است که فقهای بزرگی نیز به الزام آور بودن شرط بنایی اذعان کرده‌اند. در این گفتار به طرح عباراتی از فقها که ظهور در پذیرش شرط بنایی دارند، می‌پردازیم.

شیخ طوسی در الخلاف بیان داشته است: «هرگاه دو طرف، پیش از عقد، شرط کنند که پس

از عقد خیار به وجود نیاید، چنین شرطی صحیح است و عقد بیع تنها با ایجاب و قبول لازم خواهد شد. فقهای شافعی در این مورد، دو گروه اند: اکثر آنها معتقدند چنین شرطی صحیح نیست و بعضی از ایشان، نظیر فقهای امامیه قائل به صحّت آن می‌باشند. دلیل ما آن است که مانعی از صحّت این شرط نیست و اخبار دال بر نفوذ شرط، شامل چنین شرطی هم می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷ق.الف، ج ۳: ۲۱-۲۲).

ظاهر این عبارت آن است که شرط قبل از عقد گرچه در متن عقد ذکر نشده، الزام آور است؛ اما شیخ طوسی در نهاییه (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷: ۲۴۳) و تهذیب الاحکام (طوسی، ۱۴۰۷ق.ب، ج ۷: ۲۶۳) بر خلاف این مطلب، قائل به بی‌اعتباری شرط قبل از عقد است. شیخ انصاری شدیداً با این برداشت که ظاهر کلام شیخ طوسی است مخالفت کرده و می‌فرماید:

«انجام بیع با شرط مذکور، اگر به صورت اشاره به شرط در متن عقد باشد مثلاً با بیع بگوید: فلان چیز را به تو فروختم بر اساس آنچه قبلاً ذکر شده، مانند شرط مذکور در عقد می‌ماند؛ اما اگر قصد طرفین در هنگام انشای عقد، آن شروط باشد بدون اینکه در عقد ذکر شود، ظاهر کلام شیخ طوسی است؛ البته احتمال دارد که مراد شیخ طوسی، احتمال اول باشد که این با استدلال شیخ طوسی که مانعی از اشتراط این گونه شرط‌ها وجود ندارد سازگارتر است. مؤید این مطلب هم این است که بعضی اصحاب شافعی مخالف صحّت این گونه اشتراط در ضمن عقد هستند و در تذکره به نظر مخالف شافعی‌ها در زمینه شرط عدم خیار در متن عقد، تصریح شده است.

استدلال شافعی این است که خیار بعد از تمام شدن عقد به وجود می‌آید؛ فلذا اسقاط خیار در متن عقد و قبل از تمام شدن آن صحیح نیست. حاصل اینکه، چون اولاً، شیخ طوسی این مسئله را در کتاب خلاف و تذکره بررسی کرده و ثانیاً، شیخ برای اثبات صحّت شرط به اصل جواز استناد کرده و ثالثاً، شیخ طوسی در این مسئله در برابر فقهای شافعی موضع‌گیری کرده؛ موجب قطع به این می‌شود که شیخ، صورت دوم یعنی عدم ذکر شرط در متن عقد را اراده نکرده است. به هر حال نظر اقوی این است که شرطی که در متن عقد ذکر نشود مؤثر نیست» (انصاری، ۱۴۱۵ق.الف، ج ۵: ۵۸-۵۹).

بنابراین منظور شیخ طوسی از توافق طرفین برای سقوط خیار قبل از عقد، توافقی است که پیش از تمام شدن عقد و به نحوی در متن عقد ذکر شود. توجیه ارائه شده توسط شیخ انصاری به دلایل زیر مردود است:

دلیل اول: فقهای پس از شیخ طوسی، از جمله علامه حلی از عبارات شیخ طوسی همان معنای ظاهری آن را فهمیده‌اند. یعنی، شرط قبل از عقد در صورتی صحیح است که متعاملین عقد را

مبتنی بر آن منعقد کنند.

دلیل دوم: موضع گیری شیخ طوسی در برابر شافعی‌ها، برای حمل سخن او بر معنایی خلاف ظاهر آن کافی نیست؛ زیرا فقهای شافعی شرط سقوط خیار را حتی اگر در ضمن عقد باشد نیز باطل می‌دانند؛ بنابراین مقابله با فقهای شافعی نمی‌تواند دلیلی بر حمل سخن بر خلاف ظاهر باشد (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۹۸-۱۹۹). نتیجه آنکه عبارت نقل شده از شیخ طوسی ظهور در پذیرش شرط تبانی دارد.

قاضی ابن برّاج نیز شرط بنایی را الزام آور می‌دانند. ایشان فرموده‌اند: «وقتی بایع بر مشتری قبل از عقد، شرط کند که بین آن‌ها بعد از عقد، خیار نباشد؛ آیا این شرط صحیح است؟ جواب: این شرط صحیح است و عقد به نفس ایجاب و قبول لازم می‌شود؛ زیرا اصل، جواز این شرط است» (ابن برّاج، ۱۴۱۱ق: ۵۴).

علامه حلی نیز در مسئله شرط سقوط خیار مجلس پیش از وقوع عقد، بر نظریه اعتبار شرط بنایی صحّه گذاشته است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵: ۶۴). فقهای بزرگ دیگری نیز تصریح به معتبر بودن شرط بنایی دارند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵ق: ۱۸۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲: ۱۱۸؛ نراقی، ۱۴۱۷ق: ۱۴۰؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳: ۱۹۸؛ خمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲: ۹۰).

۲. ادله فقهی نظریه اعتبار شرط بنایی

در این قسمت از نوشتار حاضر، ادله فقهی قائم بر نظریه اعتبار شرط بنایی در بیان فقهای متقدم و متأخر بررسی شده است که عبارت‌اند از:

۲-۱. لحاظ شرط بنایی به عنوان قید معنوی

هنگامی که عقد مبتنی بر تبانی بر شرطی واقع می‌شود، آن شرط، قید معنوی و مؤثر عقد به‌شمار می‌رود و وفای به عقد جز با عمل به شرط ممکن نیست و عقد بدون لحاظ شرط، تجارت بدون تراضی محسوب می‌شود؛ چون تراضی مقید به شرط واقع شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق. الف، ج ۶: ۵۵).

وقوع عقد مبتنی بر تبانی سابق، موجب تقييد عقد به شروطی می‌شود که مورد توافق قرار گرفته است. وفای به آن عقد مقید با عمل بر طبق توافقاتی که شرط شده است ممکن است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۲۸۷). میرزای نائینی و سید یزدی هم به این دلیل استناد کرده‌اند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۲۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲: ۱۱۸). به بیان دیگر، تبانی قبل از عقد سبب وابسته شدن تراضی طرفین به مورد تبانی می‌شود، هر چند که مورد تبانی در انشای طرفین عقد واقع نشود؛ بنابراین عقد بدون لحاظ تبانی، عقد بدون تراضی است که از عنوان تجارت ناشی از تراضی خارج و داخل

عنوان اکل مال به باطل خواهد شد (شهیدی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۴۹). وجود تبانی مذکور سبب مقید شدن عقد به مورد تبانی خواهد شد که این امر موجب لزوم وفای به عقد مقید و قید آن می شود؛ بنابراین شرط بنایی اگرچه در متن عقد نیامده ولی در نظر طرفین معامله قید لحاظ شده و جزء مفاد عقد به حساب می آید و عموم آیه اوفوا بالعقود شامل آن می شود. دکتر محقق داماد نیز این استدلال را برای نظریه صحت شرط بنایی بیان کرده است: تبانی پیش از عقد موجب می شود که تراضی به وجود شرط مقید شود و در نتیجه، دلیل اوفوا بالعقود، عقد را با قید تبانی شده شامل شود. به بیان دیگر، وفای به عقد ممکن نیست، مگر با عمل به شرط و الزام به مفاد عقد، بدون آنکه مصداق اکل مال به باطل باشد (محقق داماد، ۱۳۸۷، ب، ج ۲: ۵۷).

به نظر می رسد این دلیل که پشتوانه عرفی و عقلایی و فقهی و حقوقی هم دارد مهم ترین دلیل برای اعتبار این شروط به شمار می آید؛ چرا که قید معنوی به اندازه قید لفظی در تعیین حدود و ثغور عقد تأثیر دارد و عقد نیز در بستری از این حدود و ثغور تشکیل می شود. در تأیید نظریه الزام آوری بودن شرط بنایی، توجیه علمی و کاربردی برگرفته از واقعیت های موجود در عرصه تجارت و بازرگانی در کتب حقوقی نیز وجود دارد که در مباحث بعدی به آن اشاره می شود؛ بنابراین، نگاه به معامله و اراده سازندگان آن نشانگر آن است که نمی توان از کنار شروط پیشین بر عقد بی اعتنا گذشت.

۲-۲. عمومیت نبوی معروف «المؤمنون عند شروطهم»

قاعده فوق عام است و موردی را که شرط قبل از عقد انشاء شده و عقد با لحاظ آن بنا گردیده شامل می شود. از عموم قاعده فوق شرطی که عقد مبنی بر آن واقع نشده خارج است (انصاری، ۱۴۱۵ق. الف، ج ۶: ۵۵). شیخ طوسی نیز به این استدلال اشاره کرده است (طوسی، ۱۴۰۷ق. الف، ج ۳: ۲۲).

۲-۳. توقف تراضی بر تبادل عوضین بر عمل به شرط بنایی

تراضی که بین عوضین واقع شده مبنی بر عمل به شرطی است که قبل از عقد مورد توافق قرار گرفته است. گویا طرفین تصریح کرده اند که شرط جزء یکی از عوضین به حساب بیاید و عقد بدون عمل به آن شرط، اکل مال به باطل است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۲۸۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق. الف، ج ۶: ۵۵). در صورتی که تبانی مربوط به اوصاف مورد معامله باشد، این تبانی سبب می شود که عنوان عوض و معوض در معنی مورد تبانی به کار رود و در ذهن طرفین منصرف به آن باشد (شهیدی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۴۹).

۲-۴. عمومیت قلمروی شرط مذکور در عقد

گروهی از فقها، توافق در مورد شرط پیش از عقد را چنانچه در تراضی لحاظ شود در حکم ذکر در متن عقد می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵ق، ۱۸۷؛ خمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲: ۹۰). بعضی تصریح کرده‌اند که حتی اگر بدون هرگونه مذاکره، اراده طرفین بر لحاظ شرطی باشد، به نحوی که هر کدام ما فی ضمیر دیگری را بدانند نیز در حکم ذکر در متن عقد است (محقق داماد، ۱۳۸۷. ب، ج ۲: ۵۷). دکتر شهیدی نیز، از مهم‌ترین دلایل اعتبار شرط بنایی را همین مطلب که وضعیت شرط بنایی با شرط مذکور در عقد یکسان است می‌داند (شهیدی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۳۴۱).

۲-۵. عمومیت قلمروی شرط ضمنی

تبانی قبل از عقد بر التزام یکی از متعاقدین یا هر دوی آنها بر امری، گرچه در متن عقد آن را ذکر نکنند همانند شروط ضمنی است. از این جهت که شروط ضمنی به واسطه شناخته شدن در نزد عرف و عادت مدلول التزامی عقد محسوب می‌شود هر چند در متن عقد ذکر نشود. معلوم است که دلالت التزامی مانند دلالت التزامی در باب انشاءات معتبر است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۲۸۶؛ ابروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۷۰).

میرزای نائینی می‌فرماید: «همان‌طور که متعذر شدن شرط ضمنی، خیار ایجاد می‌کند متعذر شدن شروط تبانی نیز خیار ایجاد می‌کند» (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۲۴). موقعیت شرط بنایی مشابه شرط ضمنی است و تفاوت آنها این است که شرط ضمنی مبتنی بر انس ذهنی عرف است در حالی که شرط تبانی معهود طرفین معامله است؛ منتها چنین شرطی باید به هنگام انشای عقد، مورد توجه طرفین باشد و از آن غافل نباشند (شهیدی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۴۸).

۲-۶. تحقق مفهوم شرط بر توافقات قبل از عقد

از آنجا که گروهی از فقها مفهوم شرط را مطلق الزام و التزام دانسته‌اند و ذکر در عقد را برای تحقق شرط لازم نمی‌دانند؛ بر توافقات قبل از عقدی که قرارداد مبتنی بر آنها ایجاد می‌گردد و در بردارنده الزام یا التزامی هستند، عنوان شرط صدق می‌کند و داخل در حکم وجوب وفای به شرط می‌شوند؛ چه شرط قبل از عقد و چه بعد از عقد باشد (خویی، بی تا، ج ۲: ۱۴۲؛ نراقی، ۱۴۱۷ق: ۱۴۲).

کمپانی نیز حقیقت شرط را قائم به این می‌داند که قرارداد بر تعهد ناشی از آن مترتب شود و گرنه قرار گرفتن شرط در ضمن عقد، از ماهیت شرط بیگانه است و فساد این ادعا که شرط باید در ضمن عقد لفظی قرار بگیرد، واضح است زیرا شرط و عقد از مقوله معانی اند نه الفاظ (کمپانی اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۱۷۰-۱۷۱).

۳. نقد ادله فقهی نظریه اعتبار شرط بنایی

در این قسمت از نوشتار حاضر، ادله فقهی قائم بر نظریه اعتبار شرط بنایی، نقادانه مورد بررسی قرار گرفته است که عبارت‌اند از:

۳-۱. نقد دلیل عمومیت نبوی معروف «المؤمنون عند شروطهم»

قدر متیقن از شروط در نبوی معروف، شروط ضمن عقد است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۲۵۶؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۸۲).

۳-۲. نقد دلیل توقف تراضی بر تبادل عوضین بر عمل به شرط بنایی

اولاً، اگر این استدلال درست باشد مقتضای آن بطلان عقد است چون آنچه واقع شده قصد نشده و آنچه قصد شده، واقع نشده است. ثانیاً، رضایتی که در معامله شرط است با رضایت به معنای طیب نفس متفاوت است و مراد از آیه «ألا ان تکون تجاره عن تراض» این است که تبادل عوضین با اکراه و اجبار نباشد و در شروط تبانی اکراه و اجباری در کار نیست و مبادله عوضین با رضایت انجام شده است. نهایت اینکه وقتی التزام به مبادله عوضین مبنی بر عمل به شرطی باشد که مورد توافق قرار گرفته، اگر یکی از طرفین به آنچه مورد توافق بوده عمل نکرد، وجوب وفا شامل آن معامله نمی‌شود؛ چون موضوع بیع، مبادله مشروط است و مبادله نیز با اختیار طرفین انجام شده و صرفاً ایجاد خیار می‌کند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۲۸۹-۲۹۰). همچنین اگر مرجع اشتراط چه در اوصاف عوضین و چه در موارد دیگر، تقیید ثمن یا مثنی به بعضی خصوصیات باشد که انتفای آن خصوصیت موجب انتفای عوضین شود برای آن وجهی است و مقتضای آن بطلان عقد در صورت تخلف یا تعدر آن خصوصیت است، درحالی که در شروط بنایی این وجه وجود ندارد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۲۴).

۳-۳. نقد دلیل عمومیت قلمروی شرط مذکور در عقد

«نقد وارده به این استدلال این است که اگر نیروی الزام‌آور شرط از تراضی مایه می‌گیرد، چرا باید ذکر در عقد برای نفوذ شرط لازم باشد و مبنای قصد مشترک مورد اعتنا قرار نگیرد؟! (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳: ۱۲۷).

۳-۴. نقد دلیل عمومیت قلمروی شروط ضمنی

مدلول التزامی باید از لوازم عقلی یا عرفی کلام باشد تا آن کلام به دلالت التزامی بر آن دلالت کند و این بر خلاف شرط تبانی است، چون این امور بیگانه از مدلول عقد، باعث نمی‌شود که

لازمه عرفی آن کلام یا آن عقد شود و عقد التزاماً بر آن دلالت کند. پس قیاس شروط ضمنی و شروط تبانی باطل است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۲۸۷-۲۸۹).

همچنین، شرط ضمنی به سبب معهودبودن، مدلول عرفی لفظ است چه متعاقدان آن را قصد کنند یا خیر؛ بر خلاف آنچه که بر آن تبانی ایجاد می‌شود، چراکه هیچ‌گاه مدلول لفظ قرار نمی‌گیرد چون توافق متکلم و مخاطب بر معنایی، موجب نمی‌شود که لفظ نیز بر آن دلالت کند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۲۴؛ شهیدی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۴۹).

۳-۵. نقد دلیل تحقق مفهوم شرط در توافقات قبل از عقد

اکثر فقها شرط را الزام و التزامی می‌دانند که حتماً باید در ضمن عقد بیاید تا لازم‌الوفاء گردد؛ فلذا بر توافقات قبل از عقدی که در متن عقد ذکر نمی‌شود مفهوم شرطیت صدق نمی‌کند (روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸: ۱۰؛ ابروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۶۱).

۴. ادله حقوقی نظریه اعتبار شرط بنایی

همان‌طور که گفته شد، مشهور فقها شرط بنایی را باطل می‌دانند؛ اما قانون مدنی از این نظر پیروی نکرده و شرط بنایی را الزام آور می‌داند. علاوه‌بر بیان ادله فقهی اعتبار شرط بنایی، چند دلیل حقوقی مهم نیز قابل طرح است:

۴-۱. تنقیح مناط از مشروعیت شرط بنایی در عقد نکاح و تسری آن به سایر عقود

قانون‌گذار نسبت به بقای بنیان خانواده اهتمام ویژه‌ای داشته و موجبات انحلال این نهاد را با دقت بیشتری مدنظر و آن را محدود کرده است. فقها نیز حساسیت ویژه‌ای نسبت به آن اعمال و جریان هرگونه خیاری را در آن نپذیرفته‌اند. گرچه نکاح، نوعی عقد است و باید شرایط اساسی سایر عقود را دارا باشد؛ اما در این زمینه، حاکمیت اراده طرفین نقشی ندارد. باوجوداین، پاره‌ای از اختیارات که با طبیعت نکاح سازگاری دارد، در این عقد پذیرفته شده است. قانون‌گذار، به دلیل حفظ حقوق فردی و تأمین سلامت اراده زوجین، نکاح را در مورد عیب و تدلیس و تخلف از شرط صفت قابل فسخ اعلام کرده است.

همان‌گونه که ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی، عقد نکاح با فسخ به وسیله عیب، خیار تدلیس و خیار تخلف از شرط صفت قابل فسخ است. قوانین مربوط به خیار عیب در مواد ۱۱۲۱ تا ۱۱۲۷ قانون مدنی ذکر شده و چون موارد اعمال خیار تدلیس و تخلف از شرط صفت به هم نزدیک است، آن‌ها را در ضمن ماده ۱۱۲۸ مقرر داشته است. ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، نمونه بارز پذیرش اعتبار

شرط بنایی در حقوق مدنی ایران است. این ماده اعلام می‌دارد: «هرگاه در یکی از طرفین، صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده و یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد».

شرط در این ماده به معنای تعهدی تبعی و در ضمن عقد اصلی دیگر نیست بلکه به معنای قید است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۱۷).

به طور خلاصه به معرفی خیار تدلیس و تخلف از شرط در نکاح می‌پردازیم. ماده ۴۳۸ قانون مدنی در تعریف تدلیس گفته است: «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود».

تدلیس، نمایاندن صفت کمالی است که وجود ندارد یا پنهان کردن نقصی است که موجود است (صفایی، ۱۳۸۴، ج ۲: ۲۹۱). شیخ انصاری نیز فرموده است که: «تدلیس، اظهار صفت کمالی در زن است در صورتی که این صفت در زن وجود ندارد یا مخفی کردن صفتی است که نقص به حساب می‌آید» (انصاری، ۱۴۱۵ق.ب: ۴۵۳).

تدلیس در نکاح، آن است که با اعمال متقلبانه نقص یا عیبی را که در یکی از زوجین هست پنهان دارند، یا او را دارای صفت کمالی معرفی کنند که فاقد آن است (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۱۴). نکته مهم در تحقق تدلیس این است که باید مسلم باشد که اگر تدلیس انجام نمی‌شد، طرف عقد نیز حاضر به تراضی نمی‌گشت. یعنی مبنای وقوع نکاح، خلاف واقعیتی باشد که به نمایش گذاشته شده است و تدلیس وارد قلمروی تراضی طرفین شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۸۹).

فقه‌های امامیه، تدلیس را از موجبات فسخ نکاح دانسته‌اند، اعم از اینکه فریب‌خورده، زن یا مرد باشد. در قانون مدنی کلمه تدلیس در فصل فسخ نکاح استعمال نشده است ولی می‌توان وجود خیار تدلیس در نکاح را از ماده ۱۱۲۸ استنتاج کرد؛ البته تدلیس هنگامی صدق می‌کند که سوءنیت و قصد فریب وجود داشته باشد، یعنی یک طرف عمداً با اعمال متقلبانه خود، طرف دیگر را فریب داده و ترغیب به ازدواج نموده باشد (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۱۴).

اما به نظر دکتر کاتوزیان، حکم ماده ۱۱۲۸ ناظر به خیار تخلف از شرط است. بدین معنی که هرگاه زن و شوهر به طور ضمنی یا صریح صفتی را در یکی از همسران شرط کنند، نبودن آن صفت برای طرف مقابل ایجاد حق فسخ می‌کند؛ اما چون در تدلیس نیز یکی از طرفین تظاهراً به داشتن صفتی می‌کند که مورد توجه دیگری است و از این راه او را فریب می‌دهد، نتیجه فریبکاری او این است که طرف دیگر به اشتباه چنین پندارد که همسر آینده‌اش وصف دلخواه را

دارد. پس هرگاه معلوم شود که تصور او نادرست بوده و وضعی که مبنای تراضی قرار گرفته در همسرش وجود ندارد، حق فسخ عقد را خواهد داشت. در فرض تدلیس نیز وصفی که مبنای توافق طرفین بوده در همسر فریبکار موجود نیست و از این حیث با مورد تخلف از شرط صفت مبنای مشترک دارد؛ بنابراین، مستند قانونی خیار تدلیس و تخلف از شرط صفت یکی است و هر دو خیار در حدود ماده ۱۱۲۸ ایجاد می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۸۵).

با امعان نظر در این مقوله باید گفت که تفکیک مفاهیم تدلیس و تخلف وصف در عمل، دشوار است.

به نظر می‌رسد که تدلیس در حقیقت، نوعی تخلف از شرط صفت بنایی است؛ با این تفاوت که در تدلیس عنصر سوءنیت هم وجود دارد؛ چرا که طرفین بر وجود صفت کمالی یا عدم نقص، گفتگو و عقد را مبنی بر آن منعقد می‌کنند و بعداً خلاف گفتگوها کشف می‌شود و در این هنگام زیان‌دیده حق خیار دارد؛ چه این موارد به صورت شرط ضمن عقد مطرح گردد و چه به صورت شرط تبانی. در باب خیار تخلف از شرط صفت نیز روشن است که هر وصفی که دارای فایده عقلایی بوده و نامشروع نباشد، می‌تواند در هر یک از زوجین، ضمن نکاح شرط شود و چنانچه پس از عقد، خلاف آن کشف شود مشروطه می‌تواند نکاح را فسخ کند. همچنین ممکن است عقد مبتنی بر وجود صفتی در یکی از زوجین منعقد شده باشد که اگر آن صفت را نداشت طرف دیگر نکاح را منعقد نمی‌نمود، گرچه وصف مزبور ضمن آن ذکر نشده باشد (روشن، ۱۳۹۰: ۲۳۴).

در فقه نیز به جریان خیار تخلف از شرط صفت در نکاح اشاره شده است: بدون شک هر امری که زوج در مورد صفات کمالی زوجه در نکاح شرط می‌کند، اگر منافاتی با مقتضای عقد نداشته باشد و مخالف کتاب و سنت نیز نباشد؛ صحیح است. اگر بعداً فقدان این صفات کمالی روشن شود، نکاح باطل نمی‌شود چون اقتضای فقدان شرط، بطلان نیست؛ اما برای مشروطه خیار فسخ به وجود می‌آید، چون فقدان شرط، عقد لازم را به جایز تبدیل می‌کند (خویی، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۳۶-۳۷).

مطابق ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، اشتراط صفت توسط یکی از زوجین در نکاح، در قالب یکی از فروض زیر است:

- ۱- در ضمن عقد به طور صریح صفت خاصی شرط شود؛
- ۲- به طور صریح در ضمن عقد شرط نشود؛ ولی زوج یا زوجه، طرف مقابل را در حین اجرای صیغه عقد به صفتی از صفات توصیف نماید؛
- ۳- قبل از عقد و در هنگام خواستگاری و گفتگوهای قبلی، یکی از طرفین با صفت خاصی معرفی شود و عقد مبتنی بر همان صفت خاص واقع گردد که در واقع مفاد شرط بنایی است.

قانون مدنی در صور مذکور، چنانچه بعداً معلوم شود که صفت مورد نظر مفقود بوده، به طرف مقابل، حق خیار فسخ داده است (محقق داماد، ۱۳۸۷. الف: ۳۵۷-۳۵۸).

دکتر کاتوزیان در مورد فرض سوم که مفاد شرط بنایی است گفته‌اند که مقصود، اوصافی است که در عقد شرط نشده ولی پیش از آن، طرفین نسبت به چگونگی و اثر آن‌ها گفتگو کرده‌اند و عقد را بر مبنای همان گفتگوها واقع ساخته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۹۰-۲۹۱). اما به نظر دکتر لنگرودی، مقصود از شرط صفت که در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مطرح شده، این است که شرط حتماً به زبان آمده باشد. یعنی مقصود، شرط صریح است که ایشان شرط صریح را بر دو قسم می‌دانند:

قسم اول: شرط ضمن عقد که صریحاً ذکر شده باشد؛

قسم دوم: شرط تبانی که قبل از عقد ذکر شده و طبعاً صریح باید باشد.

ایشان در ادامه گفته‌اند که ماده ۱۱۲۸ فقط این دو قسمت را ذکر کرده و نباید اشتباهاً شرط تبانی را شامل شرط ضمنی نیز دانست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۱۷-۲۱۸).

حقوق دانانی که شرط بنایی را از مصادیق شرط ضمنی به حساب می‌آورند، فرض دیگری را نیز به صور سه‌گانه فوق اضافه کرده‌اند. دکتر صفایی از جمله این افراد است و ماده فوق را در صورتی که صفت خاص صریحاً در عقد شرط نشده؛ اما از قرائن و احوال روشن است که آن صفت وارد قلمروی قرارداد شده و عقد مبتنی بر آن واقع شده است؛ نیز جاری می‌داند (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳. الف: ۳۰۱؛ شهیدی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۳۴۴؛ محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۷۷).

دکتر کاتوزیان، شروط ضمنی را از مفاد ماده ۱۱۲۸ دانسته و گفته‌اند: «در پاره‌ای موارد، با اینکه در گفتگوهای طرفین نامی از وصف خاص برده نمی‌شود، عادات و رسوم اجتماعی چنان است که هر کس از دواج می‌کند به ظاهر بر مبنای وجود آن وصف است. سکوت طرفین عقد به دلیل اعتماد به ظاهر دیگری است، و گرنه در قصد واقعی طرفین هیچ تفاوتی بین این صورت و فرض گذشته (شروط بنایی) وجود ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۹۱-۲۹۲).

به نظر ایشان، معیار تشخیص صفاتی که عقد بر مبنای آن‌ها واقع شده است، اراده طرفین است و باید ثابت شود که مبنی بر وجود آن صفت، عقد را واقع کرده‌اند؛ خواه وسیله بروز این اراده گفتگوهای پیش از عقد باشد یا سکوت در برابر داوری عرف و مفاد شروط ضمنی. دکتر محقق داماد نیز با اینکه شرط بنایی را از اقسام شروط ضمنی محسوب می‌کنند؛ اما در شرح ماده ۱۱۲۸ اسمی از شروط ضمنی نمی‌آورند و شرط صفت را به فروض سه‌گانه تقسیم می‌کنند که هیچ کدام

از آن‌ها دلالتی بر شروط صفت ضمنی ندارند؛ بنابراین جریان شرط بنایی در نکاح مورد پذیرش قانون مدنی ایران و حقوق دانان است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۷۷).

در ادامه، به ذکر چند متن فقهی که ظهور در پذیرش شرط بنایی در نکاح دارند و موید نظر حقوق دانان است می‌پردازیم:

محقق حلی می‌فرماید: «اگر مردی با زنی بر این اساس که او آزاد است ازدواج نماید و بعد معلوم شود که او کنیز بوده است، برای مرد حق فسخ وجود دارد، حتی اگر دخول واقع شده باشد» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۲۶۵-۲۶۶). این متن گویای شرط بنایی است. در فقه معمولاً از تدلیس زن سخن به میان آمده است ولی با وحدت ملاک می‌توان در مورد تدلیس مرد نیز، احکام آن را تسری داد و به زن حق فسخ داد (روشن، ۱۳۹۰: ۲۳۱).

کاشف الغطاء نیز فرموده‌اند: «اگر مرد با زنی به شرط بکارت ازدواج کند یا زن از بکارت خود خبر دهد و بر این اساس ازدواج کنند و بعداً ظاهر شود که زن، قبل از عقد ثیبه بوده است، زوج حق خیار دارد، چون یا شرط و یا صفت کمالی فوت شده است» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق: ۱۹۲). این کلام، مثال روشنی برای سخن دکتر کاتوزیان است که گفته‌اند، اگر صفتی که برای وانمود کردن وجود آن تدلیس انجام شده است در عقد شرط شود یا تراضی طرفین بر اساس وجود آن باشد، کسی که شرط به سود او شده است حق فسخ عقد دارد، هر چند به استناد خیار تخلف از شرط صفت، عقد را فسخ کند و تدلیس را نادیده انگارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۹۰). امام خمینی نیز فرموده‌اند: «اگر زوجه قبل از عقد و در زمان خواستگاری، به دارابودن صفت کمالی یا عدم نقص، توصیف شود و سپس نکاح مبنی بر آنچه ذکر شده واقع گردد؛ آن گفتگوهای قبلی به منزله شرط کردن است و در فرض فقدان آن صفات، حق خیار برای مشروطه ایجاد می‌شود» (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۹۶).

به نظر محقق داماد در متون فقهی، مفاد ماده ۱۱۲۸ به صراحت مطرح نشده و توجیه فقهی ماده تا حدودی قابل تأمل است (محقق داماد، ۱۳۸۷. الف: ۳۵۸)؛ اما به نظر نگارنده، کلام شیخ انصاری به صراحت بر محتوای ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی دلالت می‌کند. ایشان فرموده‌اند:

«لو تزوجها علی آن‌ها حرّة، باشرط ذلک فی متن العقد لفظاً، او ذکره قبله بحیث اجریا العقد علی ذلک فخرجت امة، فله الفسخ عملاً بمقتضى الشرط، اذ لیس فائده الّا التسلط علی الفسخ مع عدمه» (انصاری، ۱۴۱۵ق. ب: ۴۵۳).

اگر مردی بر این اساس که زن، آزاد است با او ازدواج کند (چه در فرضی که در متن عقد لفظاً شرط حریت کرده باشد و چه در فرضی که قبل از عقد، آن شرط را ذکر نموده و عقد را بر

مبنای آن ایجاد کرده باشد) و بعداً ظاهر شود که زن، کنیز بوده است؛ زوج به اقتضای شرطی که کرده حق فسخ دارد. چون فایده شرط این است که مشروط‌له در صورت فقدانش، تسلط بر فسخ عقد داشته باشد؛ بنابراین، مستند فقهی ماده ۱۱۲۸، کلام شیخ انصاری است که به الزام آور بودن شرط ضمن عقد و شرط بنایی در نکاح اشاره کرده و جای تعجب دارد که ایشان در کتاب مکاسب (انصاری، ۱۴۱۵ق.الف، ج ۶: ۵۴) به شدت منکر اعتبار شرط بنایی شده‌اند، در حالی که آن را در نکاح با وجود حساسیت‌های موجود قبول کرده‌اند.

بعضی از حقوق‌دانان معتقدند که وقتی شرط بنایی در نکاح با همه حساسیت‌ها و اهمیتی که شارع به حفظ آن داشته مورد قبول فقها است، بدون شک در همه ابواب فقه نیز با وحدت ملاک از الزام آور بودن آن در نکاح، قابل جریان است؛ چرا که نکاح خصوصیتی ندارد تا مشروعیت شرط بنایی را به ماده مصرح در قانون مدنی منحصر کنیم (شهیدی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۳۴۰؛ محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۰۵).

۴-۲. توجیه علمی و کاربردی در معاملات نوین امروزی

در تأیید نظریه الزام آور بودن شرط بنایی، توجیه علمی و کاربردی برگرفته از واقعیت‌های موجود در عرصه تجارت و بازرگانی نیز وجود دارد. بررسی معاملات مهم و کلان نشان می‌دهد که قرارداد، یک جریان به هم پیوسته است که از چندین نشست و مذاکره و سرانجام ایجاب و قبول تشکیل می‌گردد. برای تعیین مفاد چنین قراردادی صرفاً ایجاب و قبول را مبدأ قرارداد دور از واقعیت است؛ بنابراین، تفسیر واقع بینانه قرارداد، منوط به ملاحظه هم‌زمان قرارداد و تاریخچه آن است؛ البته همه آنچه در مذاکرات مقدماتی می‌آید به قید و شرط تبدیل نمی‌شود، ولی طبیعی است که طرفین بعضی از شروط را در مرحله گفتگوهای مقدماتی بیان می‌کنند و خود را از تکرار آن‌ها در قرارداد بی‌نیاز می‌بینند؛ بنابراین، نگاه به معامله و اراده سازندگان آن نشانگر آن است که نمی‌توان از کنار شروط پیشین بر عقد بی‌اعتنا گذشت (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۰۳-۲۰۴). این دلیل در کتب فقهی نیز مورد دقت نظر قرار گرفته است و در واقع مهم‌ترین دلیل فقهی نظریه اعتبار شرط بنایی محسوب می‌شود.

«هدف از گفتن یا نوشتن الفاظ، ایجاد تفاهم و تمهید زمینه توافق است. در شروط تبانی نیز فرض این است که این تفاهم از راه گفتگوهای مقدماتی یا از راه دلالت عرف یا اوضاع و احوال به دست آمده و مبنای تراضی قرار گرفته است. پس، چرا باید این چهره به‌روز اراده را نادیده گرفت؟! (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ب، ج ۳: ۱۲۷).

۳-۴. موافقت با اصل حاکمیت اراده باطنی

الزام آور بودن شرط بنایی با اصل حاکمیت اراده و رهایی از قید تشریفات سازگار است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳: ۱۲۷). ملاک اعتبار شرط تبانی، وابسته بودن آن به اراده طرفین است و این ملاک در مورد شرط تبانی وابسته به همه عقود وجود دارد (شهیدی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۵۰). با توجه به پذیرش ملاک اراده باطنی متعاقدين در حقوق مدنی ایران، نظریه الزام آور بودن شرط بنایی موافق ملاک فوق است.

۴-۴. بطلان قرارداد به دلیل نامشروع بودن جهت معامله

دکتر کاتوزیان به این استدلال اشاره کرده است (شهیدی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۵۰). قانون مدنی در ذیل ماده ۱۹۰، مشروعیت جهت را از جمله شرایط صحّت معامله به حساب می آورد. ابتدا به تعریف جهت معامله می پردازیم.

جهت معامله، داعی است که قبل از معامله در هریک از متعاملین پیدا می شود و سبب انجام معامله می گردد. جهت، امری است که هریک از متعاملین قبل از معامله تصور می نماید تا به وسیله انجام معامله بتواند آن را در خارج ایجاد کند (امامی، ۱۳۷۰: ۲۱۵). جهت معامله را هدف اصلی که معامله کننده از ایجاد قرارداد داشته است تعریف نموده اند. اغراض در صورتی که انگیزه اصلی برای انشاء عقد باشند، جهت نامیده می شوند که مربوط به شخص طرف معامله و دارای جنبه روانی است (صفایی، ۱۳۸۴، ج ۲: ۱۳۸).

ماده ۲۱۷ قانون مدنی در این مورد بیان داشته است: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است»؛ بنابراین کسی که می خواهد معامله ای انجام دهد لازم نیست انگیزه انجام معامله را به طرف مقابلش بگوید؛ زیرا این انگیزه تأثیری در عقد ندارد؛ اما اگر بخواهد آن را در عقد بیان کند باید آن داعی مشروع باشد.

«اگرچه ماده ۲۱۷ قانون مدنی، جهت نامشروع را هنگامی موجب بطلان معرفی کرده که صریحاً در قرارداد ذکر شده باشد، لیکن می توان گفت؛ هرگاه بنای عقد بر جهت نامشروع بوده و بر آن توافق ضمنی شده باشد؛ به عبارت دیگر اگر اوضاع و احوال بر حسب عرف حاکی از آن باشد که جهت نامشروع وارد قلمروی توافق و اراده مشترک طرفین شده است، در این صورت نیز قرارداد باطل است» (صفایی، ۱۳۸۴، ج ۲: ۱۴۰).

باید دانست که شیوه بیان جهت اهمیتی در تأثیر آن ندارد؛ ممکن است به صورت شرط ضمن عقد بیان شود یا از اوضاع و احوال کار چنان برآید که به نظر عرف در حکم تصریح باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، الف: ۱۴۵). فقها در متون خود به مسئله مشروعیت جهت تصریح نکرده اند؛ اما

تحت عناوینی از جمله «بیع العنب لمن يعمل خمرًا» به این مورد اشاره شده است. در ادامه به بیان چند متن فقهی در این زمینه می‌پردازیم:

محقق حلی: «بعضی از معاملات به خاطر حرمت آنچه قصد طرفین بوده، حرام است؛ مثل فروختن انگور برای آنکه از آن خمر بسازند و فروختن چوب برای آنکه از آن بت بسازند» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۴).

در مفتاح الکرامه در بیان مکاسب محرّمه آمده است: «فروختن انگور برای آنکه از آن خمر بسازند و فروختن چوب برای آنکه از آن بت بسازند، اگر به سبب علل فوق باشد حرام است» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲: ۱۲۲-۱۲۳).

بنابراین بعضی از حقوق دانان مانند فقها می‌گویند که اگر جهت نامشروع صریحاً در قرارداد ذکر نشده ولی از اوضاع و احوال، جهت نامشروع عقد روشن باشد مبطل قرارداد است. نظر رویّه قضائی نیز همین است (بهرامی، ۱۳۸۱، ج ۳: ۱۱۱)؛ بنابراین، جهت نامشروع چه صریحاً در متن عقد آمده و چه مورد توافق طرفین بوده و عقد بعدی مبنی بر آن تشکیل شده باشد، موجب بطلان معامله می‌گردد و مستندی برای الزام آور بودن شرط بنایی است.

۴-۵. خیار تخلف از وصف و خیار رویت

خیار رویت و تخلف از وصف در واقع چهره‌ای از شروط بنایی درباره اوصاف مورد معامله است و بنای متعاملین به صراحت در زمره شروط قرارداد آمده است. ماده ۴۱۰ قانون مدنی در مورد خیار تخلف از وصف بیان داشته: «هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد بعد از دیدن، اگر دارای اوصافی که ذکر شده نباشد، مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید».

ممکن است یکی از متعاملین یا هیچ‌یک از آنان مال مورد معامله را ندیده و فقط با ذکر اوصاف، معامله کرده باشد و بعداً معلوم شود که مورد معامله دارای اوصافی که ذکر شده نیست. در این صورت اختیار فسخ به نفع کسی که از معامله زیان می‌بیند وجود خواهد داشت و آن را خیار تخلف وصف گویند (صفایی، ۱۳۸۴، ج ۲: ۲۷۷).

مطابق ظاهر ماده، معامله مبنی بر اوصاف مورد توافق و پیش از عقد شکل گرفته و در نظر گرفتن ضمانت اجرا برای تخلف از اوصاف مذکور قبل از عقد، گویای مشروعیت شرط بنایی است. همچنین در مورد خیار رویت در ماده ۴۱۳ قانون مدنی چنین آمده است: «هرگاه یکی از متبایعین مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رویت سابق معامله کند و بعد از رویت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت».

متعاملین برای معلوم بودن مبیع و رفع ابهام از آن، باید اوصافی که در ارزش مبیع و رغبت به آن مؤثر است بدانند و چون بسیاری از این اوصاف به وسیله مشاهده دانسته می‌شود، خیار مزبور را خیار رویت نامیده‌اند و آنرا خصوصیتی در حس باصره نیست؛ بنابراین چنانچه کسی به وسیله حواس ظاهری دیگر اوصاف لازمه مبیع را قبلاً می‌دانسته و به اعتبار آن معامله نموده و پس از معامله معلوم شود که بعضی یا تمامی آن اوصاف، قبل از عقد نقصان پذیرفته و یا از بین رفته است، می‌تواند آن معامله را به استناد ماده ۴۱۳ قانون مدنی فسخ نماید (امامی، ۱۳۷۰: ۴۹۵) در این قرارداد نیز، مانند فرض گذشته، معامله بر مبنای اوصاف به یاد مانده در ذهن خریدار انجام می‌شود، منتها با این تفاوت که در این فرض خود کالا را دیده و به اعتماد باقی ماندن اوصاف تراستی می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، الف: ۳۶۶). ماده مذکور نیز بر اعتبار شرط بنایی دلالت می‌کند.

۴-۶. نظریه اشتباه

دکتر کاتوزیان، عدم اعتبار شرط تبانی در عقد را مخالف پاره‌ای از احکام از جمله نظریه اشتباه در قانون مدنی می‌داند و آن را در شمار ادله حقوقی اعتبار شرط بنایی به حساب می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ب، ج: ۳: ۱۲۷). ماده ۱۹۰ قانون مدنی، قصد و رضای طرفین را از شرایط اساسی صحت معاملات معرفی و اشتباه را یکی از عیوب اراده لازم برای انعقاد عقد می‌شمارد. اشتباه در معاملات عبارت است از تصور نادرست معامله‌کننده درباره یکی از ارکان و عناصر عقد.

اشتباه و تأثیر آن در عقد همیشه یکسان نیست. گاهی اشتباه به اندازه‌ای مهم است که اراده را نابود و معامله را باطل می‌کند و گاهی اشتباه زمینه‌ای برای خیار فسخ است و گاهی نیز اشتباه هیچ‌گونه تأثیری در معامله ندارد (صفایی، ۱۳۸۴، ج ۲: ۸۷-۸۸).

ماده ۲۰۰ قانون مدنی در این زمینه گفته است: «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد». دکتر صفایی در تحلیل این ماده گفته‌اند که منظور از اشتباه در صورت عرفیه موضوع معامله، اشتباه در خصوصیات است که عرفاً موجب تمیز موضوع معامله از اشیاء دیگر می‌شود؛ مثلاً خرید کفش مردانه به جای زنانه که از مصادیق اشتباه در صورت عرفیه موضوع است که این اشتباه موجب بطلان معامله است؛ زیرا مصداق بارز تخلف عقد از قصد است و چون به یکی از ارکان عقد لطمه می‌زند باید موجب بطلان معامله باشد (صفایی، ۱۳۸۴، ج ۲: ۹۰).

ماده ۲۰۱ قانون مدنی نیز صورت دیگری از اشتباهی را که موجب بطلان معامله می‌شود بیان کرده است: «اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌کند مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده است». در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد است، نظر اکثر حقوق‌دانان بر این است که اشتباه در شخصیت طرف موجب بطلان است. به عقیده

ایشان این مورد، مصداق قاعده (ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع) است، و فقها در جایی که شخصیت طرف علت عمده یا رکن عقد باشد، اشتباه در شخصیت طرف را موجب بطلان عقد می‌دانند (بهرامی، ۱۳۸۱، ج ۳: ۷۱). برای اینکه اشتباه از عیوب رضا محسوب شود، باید دارای دو شرط باشد:

شرط اول: در صورتی اشتباه به صحّت عقد صدمه می‌زند که ثابت شود اگر مشتبه از حقیقت آگاه بود از تراضی خودداری می‌کرد.

شرط دوم: اشتباه باید به حکم قانون یا تراضی، در قلمروی قصد مشترک قرار بگیرد. یعنی انگیزه‌های درونی هر طرف وقتی در عقد مؤثر است که به وسیله‌ای (هرچند ضمنی) بیان شود و در تراضی بیاید، و تا زمانی که جنبه شخصی دارد منافع طرف دیگر را به مخاطره نمی‌اندازد. پس، اگر وصف ویژه‌ای از موضوع معامله در نظر یکی از دو طرف علت عمده عقد باشد، اشتباه در آن در صورتی می‌تواند مستند ابطال عقد قرار گیرد که یا در نظر عرف از صفات اساسی آن باشد یا طرفی که آن را وصف اساسی می‌داند مقصود خود را با طرف دیگر در میان گذارد و عقد بر مبنای آن واقع شود (کاتوزیان، ۱۳۸۳، الف: ۹۴). بنابراین، نظریه اشتباه می‌تواند بر مشروعیت توافقات پیش از عقد دلالت کند.

۵. نقد ادله حقوقی نظریه اعتبار شرط بنایی

در این قسمت از نوشتار، ادله حقوقی قائم بر نظریه اعتبار شرط بنایی، نقادانه بررسی شده است که عبارت‌اند از:

۵-۱. نقد دلیل تنقیح مناط از مشروعیت شرط بنایی در نکاح و تسری آن به سایر عقود

این استدلال با روایاتی که به طور مطلق شرط قبل از عقد نکاح را فاقد اثر می‌دانند منافات دارد. در چندین روایت از امامان معصوم (علیهم‌السلام) نقل شده که به نظر ایشان شروط سابق بر نکاح بی‌اعتبار است؛ برای مثال، امام صادق (علیه‌السلام) فرموده‌اند: «نکاح، شروط سابق بر خود را منهدم می‌کند، ولی شرط هنگام نکاح صحیح است» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰: ۱۸۳). همچنین در روایتی دیگر آمده است که امام صادق (علیه‌السلام) فرموده‌اند: «هرگاه برای زنی شروط عقد متعه را ذکر کردی و او بدان راضی شد و سپس نکاح را انشاء نمودی، آن شروط را دوباره در زمان عقد برای زن یادآوری کن، اگر قبول کرد شرط صحیح است، وگرنه شرط قبل از نکاح صحیح نمی‌باشد» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰: ۱۸۳).

در نقد روایات فوق باید گفت که روایات مذکور برای اثبات بی‌اعتباری شرط بنایی در نکاح

کافی نیست؛ زیرا اگر شرطی قبل از عقد مورد توافق قرار بگیرد و از شواهدی معلوم شود که عقد مبتنی بر آن واقع شده و وارد قلمروی تراضی متعاقدان گشته است؛ مصداق آن شرط مقدّمی نیست که در روایات باطل دانسته شده است. شاید روایات فوق منصرف به موردی شود که طرفین قبل از عقد بر شروطی توافق کرده؛ اما در هنگام انعقاد عقد، آن شروط را فراموش کرده یا از آن صرف نظر کرده‌اند که این مورد خارج از بحث شروط بنایی است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰: ۱۸۴؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸: ۱۴). همچنین شرط بنایی در نکاح توسط فقهای بزرگی نیز الزام آور دانسته شده است.

۲-۵. نقد دلیل موافقت با اصل حاکمیت اراده باطنی

«منطق حقوقی هیچ‌گاه پذیرای این نیست که حاکمیت اراده و قصد مشترک، خارج از چهارچوب قانونی خود عمل نموده تا جایی که بتواند با ادعای مبنی بودن عقد بر شرط تبانی حتی برای منقلب ساختن عقد پس از وقوع و یا انجام تقلّب و ایجاد مقاصد صوری، مؤثر واقع شود؛ زیرا از هر عقد آثاری منتج می‌شود که ممکن است به نحوی با حقوق دیگران نیز در ارتباط باشد و بنابراین لازم است تا چهارچوب عقد و مندرجات آن به‌طور واضح معلوم باشد، نه آنکه هر زمان اراده مشترک قادر باشد به استناد شرط یا شروط تبانی بر آثار عقدی که قبلاً محقق شده است، اضافه نموده یا اثری از آن را محدود نماید» (علامه، ۱۳۸۵: ۳۰-۳۱). همچنین این دلیل در صورتی مطرح است که طرفین بر شرط بنایی مذکور قبل از عقد اتفاق نظر داشته باشند؛ اما در صورتی که در رابطه با این شروط بین طرفین اختلاف نظر وجود داشته باشد، اثبات شرط بنایی امری مشکل‌ساز است و مرجّحی برای تقدّم اراده باطنی یکی از طرفین وجود ندارد.

۳-۵. نقد دلیل بطلان قرارداد به دلیل نامشروع بودن جهت معامله

از نظر تحلیل حقوقی، فرض مشروعیت جهت معامله به‌عنوان یکی از شرایط اساسی صحّت معاملات بی‌اشکال نیست؛ زیرا جهت معامله دارای دو مرحله است:

مرحله اول: تصور داعی برای انجام معامله: مدت زمانی قبل از اقدام به معامله، داعی تصور می‌شود و موجب تحریک اعصاب دماغی در ایجاد مقدمات آن معامله می‌گردد. داعی از اراده حقیقی که عقد به‌وسیله آن محقق می‌شود جدا است و هیچ‌گونه ارتباطی با ارکان متشکله معامله ندارد.

مرحله دوم: ایجاد داعی در خارج: این امر به‌وسیله اراده جداگانه که هیچ‌گونه ارتباطی به ارکان متشکله معامله ندارد، پس از انجام معامله و بعد از گذشت مدّت زمانی در خارج ایجاد

می‌شود. چنان‌که از ماده ۲۱۷ قانون مدنی معلوم می‌شود هیچ‌یک از تصور داعی و ایجاد داعی به خودی خود موجب بطلان معامله نیست بلکه تصریح به داعی غیر مشروع موجب آن می‌شود (امامی، ۱۳۷۰: ۲۱۶-۲۱۷؛ بهرامی، ۱۳۸۱، ج ۳: ۱۱۰).

۵-۴. نقد دلیل خیار تخلف از وصف و خیار رویت

این گمان که مقررات مربوط به خیار رویت و تخلف وصف، چهره‌ای از شروط بنایی است؛ ناشی از اختلاط این دو خیار است که هرچند با هم شباهت دارند؛ اما از حیث منشأ و احکام با یکدیگر متفاوت هستند و به همین جهت در قانون مدنی به‌عنوان دو خیار جداگانه ذکر شده است. بیان وصف در خیار تخلف وصف، شرط نیست تا بتوان آن را از شروط تبانی محسوب کرد. منشأ خیار تخلف از شرط وصف، مغایر بودن وصف واقعی مورد معامله با وصفی است که وجود آن در مورد معامله شرط شده است، ولی منشأ خیار تخلف وصف، مغایرت وصف واقعی مورد معامله با وصفی است که برای رفع ابهام و معلوم شدن مورد معامله ذکر می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۴۷). همچنین خیار تخلف وصف در مورد بیع عین خارجی است که در حین عقد حاضر نیست و با ذکر جنس و اوصاف، مورد معامله قرار می‌گیرد. ذکر اوصاف مبیع در عقد برای رفع ابهام از مورد معامله است و بدین جهت برای صحت چنین معامله‌ای باید تمامی اوصافی که موجب اختلاف قیمت و رغبت خریداران می‌شود ذکر گردد. هرگاه اوصاف مبیع به‌صورت شرط در ضمن عقد قرار داده شود و مبیع بر خلاف آن اوصاف درآید، مشروطه می‌تواند به استناد خیار تخلف شرط عقد را فسخ نماید و از موارد خیار تخلف وصف نیست (امامی، ۱۳۷۰: ۴۹۲).

ایرادی که به ماده ۴۱۰ وارد می‌شود این است که منظور از ذکر در این ماده، مطابق ظاهر آن، ذکر در متن عقد است درحالی‌که محل بحث ما در شروط بنایی، توافقاتی است که گرچه عقد متبانیاً بر آن‌ها شکل گرفته اما در متن عقد مذکور نیستند. در ماده ۴۱۳ که مستند خیار رویت است نیز مفهوم شرط بنایی تحقق نمی‌یابد؛ زیرا توافقی در شروط بنایی نقش دارد که دو طرفه و بین متعاملین باشد درحالی‌که در خیار رویت، توافق دوطرفه‌ای وجود ندارد. به نظر می‌رسد که خیار رویت فقط هنگامی وجود دارد که اوصافی که به اعتبار وجود آن‌ها معامله انجام شده، صریحاً یا ضمناً وارد قلمروی توافق طرفین و اراده مشترک شده باشد؛ یعنی این اوصاف یا باید صریحاً در قرارداد ذکر شوند و یا بنای متعاملین بر وجود آن‌ها در موضوع معامله باشد و گرنه خیار فسخ پدید نخواهد آمد. اصل لزوم و استحکام معاملات اقتضا می‌کند تخلف از وصفی که فقط در ذهن یکی از متعاملین بوده و وارد قلمروی قرارداد نشده تأثیری در قرارداد نداشته و نتواند مبنای برهم‌زدن آن باشد (صفایی، ۱۳۸۴، ج ۲: ۲۷۷)؛ بنابراین استدلال به این خيارات برای اثبات لزوم وفای شروط تبانی نامتمام است.

۵-۵. نقد دلیل نظریه اشتباه

به نظر می‌رسد که نظریه اشتباه، به پذیرش اعتبار شرط بنایی مربوط نیست، چون این نظریه با تعریفی که از شرط بنایی ارائه داده‌ایم همخوانی ندارد. شرط بنایی، توافقات پیش از عقد طرفین است که مبنی بر آن‌ها معامله بعدی شکل می‌گیرد هرچند که در متن عقد به آن‌ها اشاره‌ای نشده باشد؛ اما نظریه اشتباه، تصور نادرستی است که یکی از طرفین معامله دارد؛ یعنی عنصر توافق طرفینی موجود نیست بلکه در اینجا یک طرف نقش ایفا می‌کند.

نتیجه‌گیری

- ۱- با بررسی متون مشهور فقهای امامیه، شش دلیل برای اثبات اعتبار شرط بنایی اقامه شد که با نگاهی موشکافانه به ادله مذکور، انتقاداتی وارد بود؛ اما به نظر می‌رسد که لحاظ شرط به عنوان قید معنوی که هم در متون فقهی و هم در متون حقوقی به آن استناد شده؛ مهم‌ترین دلیل برای اثبات مشروعیت شرط بنایی در فقه امامیه به‌شمار می‌آید و مصون از نقد است.
- ۲- با بررسی فرمایشات حقوق‌دانان نیز به شش دلیل بر اثبات الزام‌آور بودن این دسته از شروط رسیدیم که با نگاهی بی‌طرفانه، استناد به چهار دلیل از ادله فوق نیز مبتلا به اشکالاتی بود.
- ۳- در جمع‌بندی نهایی این پژوهش می‌توان گفت که دلیل حقوقی توجیه علمی و کاربردی شرط بنایی در معاملات مدرن امروزی که پشتوانه فقهی از لحاظ تقیید معنوی عقد را نیز دارد؛ مورد نقد قرار نمی‌گیرد و امری معقول و متناسب با معاملات رایج کنونی است.
- ۴- علاوه بر دلیل قبل، مسئله وحدت ملاک از الزام‌آور بودن شرط بنایی در نکاح و تسری آن به سایر عقود نیز مصون از نقد قرار گرفت، چراکه ملاک اعتبار شرط تبانی، وابستگی آن به اراده طرفین است و این ملاک در مورد شرط تبانی وابسته در همه عقود موجود است.
- ۵- بنابراین نظریه اعتبار شرط بنایی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران با دو دلیل فوق که در واقع مکمل و هم‌سوی یکدیگر از لحاظ فقهی و حقوقی می‌باشند، قابل اثبات است.

منابع

- ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز (۱۴۱۱ق). *جواهر الفقه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- امامی، سیدحسین (۱۳۷۰). *حقوق مدنی*. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق. الف). *المکاسب*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق. ب). *کتاب النکاح*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ایروانی، علی بن عبدالحسین (۱۴۰۶ق). *حاشیة المکاسب*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بجنوردی، سیدحسین (۱۴۱۹ق). *القوائد الفقهیة*. قم: هادی.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۱). *حقوق مدنی: کلیات عقود و قراردادها*. تهران: میزان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). *حقوق خانواده*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حسینی عاملی، سیدجواد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خمینی، سیدروح الله (بی تا). *تحریر الوسیله*. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۴ق). *توضیح المسائل*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خویی، سیدابوالقاسم (بی تا). *مصباح الفقاهه*. بی جا: بی نا.
- خویی، سیدمحمدتقی (۱۴۱۴ق). *الشروط او الالتزامات التبعیة فی العقود*. بیروت: دار المورخ العربی.
- روحانی قمی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق (علیه السلام)*. قم: دار الکتاب.
- روشن، محمد (۱۳۹۰). *حقوق خانواده*. تهران: جنگل.
- شهید اول، محمد بن مکی (بی تا). *القواعد و الفوائد*. قم: کتابفروشی مفید.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۳). *حقوق مدنی: اصول قراردادها و تعهدات*. تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۷). *حقوق مدنی: شروط ضمن عقد*. تهران: مجد.
- صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۴). *دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*. تهران: میزان.
- صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۵). *حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن*. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۱۵ق). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر العلوم الاسلامی.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۲۱ق). حاشیة المکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق.الف). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق.ب). تهذیب الاحکام. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة فی احکام الشریعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه، مهدی (۱۳۸۵). شروط باطل و تأثیر آن در عقود. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳.الف). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳.ب). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی: خانواده: نکاح و طلاق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ق). انوار الفقاهه. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- کمپانی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). حاشیة کتاب المکاسب. قم: انوار الهدی.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۷.الف). بررسی فقهی حقوق خانواده. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۷.ب). قواعد فقه: بخش مدنی. تهران: سمت.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. تهران: المكتبة المحمدية.
- نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷ق). عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.