

مقایسه تطبیقی شرط بنایی

از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران

(تاریخ دریافت ۱۴۰۳/۰۴/۲۹، تاریخ تصویب ۱۴۰۳/۰۶/۰۲)

محمد اسمعیل علی زاده

وکیل پایه یک دادگستری

چکیده

مساله شرط و مباحث مرتبط با آن از جمله مسائلی است که در فقه امامیه از اهمیت بالایی برخوردار است و به تبع آن در حقوق مدنی جایگاه خاصی دارد. شرط به اعتبار زمان اشتراط در عقد به شرط بنایی، شرط ضمن عقد و شرط الحاقی تقسیم می شود. هرگاه عقد بر مبنای التزام و گفتگوهای مقدماتی و پیش از عقد واقع شود، این شرط را در اصطلاح « شرط بنایی » می گویند و در رابطه با آن بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقهای امامیه معتقدند که شرط باید در ضمن عقد و مقترن با آن بوده تا لازم الوفا باشد و به همسن خاطر شرط بنایی را باطل می دانند، عده ای از فقها قول به صحت شرط بنایی و عده ای قول به تفصیل شرط بنایی داده اند. در حقوق ایران حقوقدانان معتقدند شرط بنایی نافذ است و برخلاف رویه جاری قانونگذار از نظر اقلیت پیروی کرده و در مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی شرط بنایی را معتبر و لازم الاجرا دانسته است. در این نوشتار ابتدا به تبیین مفهوم این شرط و سپس به بیان نظرات فقها و حقوقدانان و در پایان به بررسی جایگاه این شرط در حقوق کشورمان خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی: شرط، شرط بنایی، فقه امامیه، حقوق مدنی

۱- مقدمه

بحث از هر موضوع در حقوق بر اساس کاربرد عملی آن مورد توجه قرار می گیرد و اظهارنظر در خصوص آن در مواردی صورت می پذیرد که مسئله ای در این زمینه بروز نماید. یکی از مباحث مهم در فقه امامیه و به تبع آن حقوق مدنی، بحث شروط در عقود و اصالت جواز آن است که می توان وجوب و لزوم آن را مستفاد از روایاتی مانند «المؤمنون عند شروطهم» و «اوفوا بالعقود» دانست. شرط به اعتبار زمان اشتراط به ترتیب به شرط بنایی، شرط ضمن عقد و شرط الحاقی تقسیم می شود. شرط بنایی از جمله شروطی است که عقد بر مبنای آن شکل می گیرد و اعم است از شرطی که سابق بر عقد ولی مرتبط با آن باشد و عقد مبتنی بر آن واقع می شود هر چند که در متن عقد ذکر آن نشده باشد، بلکه تنها قصد و اراده متعاملین به آن تعلق گرفته باشد و یا تنها گفتگو و مقاوله ای پیشین و بدون انشاء تعهد در خصوص آن باشد و یا اینکه به هیچ وجه قبل از عقد نه در قالب انشاء و نه در قالب گفتگو ذکر آن نمی شود ولی طرفین قرارداد ضمن آگاهی از قصد یکدیگر آن را اراده کرده اند. (توکل کی، ۱۳۹۴: ۲)

شرط بنایی از جمله شروطی می باشد که ماهیت ثبوت و اثبات آن همواره مورد بحث بین فقهای امامیه و حقوقدانان بوده است؛ طوری که اکثریت فقهای امامیه اعم از شهید اول، شهید ثانی، شیخ انصاری و شیخ طوسی اعتقاد به بطلان شرط بنایی دارند ولی بالعکس حقوقدانان ما شرط بنایی را با پیروی از نظر اقلیت فقهای امامیه پذیرفته اند؛ اگرچه در قانون صراحتاً به آن اشاره نشده و صرفاً به صورت ضمنی و در برخی مواد قانونی به آن اشاره شده است. اما بحث اختلافی بین حقوقدانان در جایی است که شرط بنایی باید به عنوان یک اصل پذیرفته شود یا به عنوان یک استثناء که در ضمن برخی مواد قانونی آمده است. با توجه به آنچه گفته شد شناسایی ماهیت شرط بنایی از اهمیت بسیاری در حوزه عقود و آثار آن برخوردار است لذا

هدف و غایت نهایی نوشتار پاسخ به این پرسش است می باشد که « وضعیت شرط بنایی از نظر ماهیت در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران چگونه است ؟ » به نظر می رسد که برخی فقها و حقوقدانان شرطی که حاصل از مذاکرات پیش از عقد است و در متن عقد تصریح نمی شود را معتبر می شناسند اما در مقابل بعضی از فقهای امامیه قائل به بطلان چنین شرطی هستند. لذا مقصود از این نوشتار پرداختن به ماهیت شرط بنایی از منظر فقهی و حقوقی است ؛ که در این راستا سعی می شود که در حد توان به بررسی دیدگاه ها و نظرات فقهای امامیه و حقوقدانان صاحب نظر پرداخته شود و امید است که منشاء اثر واقع گردد.

۲- مفاهیم

برای شرط معانی لغوی و اصطلاحی گوناگون ذکر شده است پیش از ورود به مباحث اصلی لازم است معنایی از شرط که در مباحث فقهی و حقوقی موردنظر می باشد، به روشنی مشخص شود. در این قسمت به عنوان نخستین گام در معرفی شرط، ابتدا معنای لغوی شرط و سپس معنای اصطلاحی شرط در علم فقه و حقوق را مورد بررسی قرار خواهیم داد و در آخر شرط بنایی را معرفی و تفاوت آن با سایر اقسام شروط را بیان خواهیم نمود.

۲-۱- معنای شرط

شناسایی اعتبار شرط بنایی و موضوع تسری احکام شروط ضمن عقد به آن، وابسته به معنای مراد از شرط و تفسیری است که از شرط ضمن عقد وجود دارد. قانون مدنی، فصل چهارم از باب اول کتاب مربوط به معاملات و تعهدات را به بیان شروط ضمن عقد اختصاص داده و در پانزده مائه اقسام و احکام این شروط را ذکر کرده، اما تعریفی از شرط ضمن عقد ارائه نکرده

است. معنای شرط در آثار حقوقی به پیروی از مشهور فقیهان به ویژه شیخ انصاری و برخی شارحان مکاسب با ارجاع به تعریف اهل لغت یا استناد به فهم عرفی، الزام و التزام نامیده شده است. (محقق داماد و همکاران، ۱۴۰۱: ۳)

۲-۱-۱- معنای لغوی شرط

در لغت نامه دهخدا معانی زیر برای واژه «شرط» در زبان فارسی آمده است :

لازم گردانیدن، نذر و عهد، پیمان کردن، تعلیق کاری به کار دیگر یا چیزی به چیز دیگر (ستوده و همکاران، ۱۳۹۰: ۱۷۹۳)

در عرف شرط به دو معنی استعمال می شود :

الف. به معنی الزام و التزام در ضمن عقد بیع و مانند آن یا امری که به آن ملتزم می شوند .

ب. به معنی چیزی که از عدم آن عدم مشروط لازم آید بدون ملاحظه اینکه از وجود آن وجود مشروط لازم می آید یا خیر. (محقق داماد(ج ۲)، ۱۳۸۷: ۳۶)

۲-۱-۲- معنای اصطلاحی شرط

شرط امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین حدوث اثر حقوقی را متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع می نمایند. شرط در علم اصول به معنای هر امری است که وجود آن برای تحقق امر دیگری لازم است و در اصطلاح حقوق و فقه به معنای مطلق تعهد است اعم از اینکه در ضمن عقد باشد یا مستقل از عقد

به طور کلی در تعریف شرط به معنای حقوقی و نه معنای منطقی و اصولی در فقه چنین آمده است « الشرط امر زاید علی الثمن و المثلثن علی وجه التزام دون التعليق » (لنگرودی (ج ۳)، ۱۳۷۸: ۲۲۵۶)

۲-۲- تعریف شرط بنایی

قانون مدنی ایران با اینکه در مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ به شرط بنایی اشاره و استناد کرده؛ اما تعریفی از آن ارائه نداده است. برخی از حقوقدانان برجسته برای معرفی دقیق شرط بنایی و تمیز آن از سایر شروط، تعاریفی ارائه داده اند :

- دکتر لنگرودی: « مذاکراتی که طرفین قرارداد پیش از عقد می کنند و روی آن توافق دارند ولیکن در موقع عقد تصریح به آن مذاکرات نمی کنند، شرط بنایی می گویند.»

- دکتر کاتوزیان: « مقصود از شرط بنایی مفهومی است که در عقد بیان نشده ولی نشانه هایی از گفتار و رفتار دو طرف در دست است که بر پایه آن تراضی کرده اند و پیش از عقد نسبت به آن توافق داشته اند.»

- دکتر شهیدی: « شرطی است که به هنگام ایجاب و قبول، هر چند به اشاره، نامی از آن برده نمی شود، لیکن پیش از عقد طرفین نسبت به آن توافق کرده و سپس عقد را با بنای ذهنی نسبت به آن انشاء می کنند. این گونه شروط در عبارات قرارداد انعکاس ندارند اما فرض این است که به هنگام انشاء، عقد با لحاظ شرط در اراده طرفین وارد می شود.» (نجف دخت و همکاران، ۱۴۰۱: ۴)

این حقوقدانان شرط بنایی را به حکم ماده ۱۱۲۸ و ۱۱۱۳ قانون مدنی صحیح و آن را به منزله ذکر در عقد می دانند. دکتر محقق داماد هم بر این عقیده اند که اگر شرط قبل از عقد باشد و بر آن توافق کرده باشند و عقد نیز بر مبنای آن جاری شود، این شرط لازم الوفاء است. (محقق داماد، ۱۳۷۶: ۳۰۸)

۲-۳- تفاوت شرط بنایی با سایر شروط

اینک برای درک بیشتر مفهوم شرط بنایی به بیان تفاوت این شرط با شرط ضمن عقد و شرط الحاقی می پردازیم:

شرط ضمن عقد التزامی است در ضمن التزام دیگر به گونه ای که عقد یا التزام اصلی مانند یک منبع تعهد برای شرط است تا شرط از آن کسب لزوم کرده و مشروط علیه را بتوان به چنین التزامی پایبند نمود. از این رو چنانچه شرط در ضمن عقد آمده باشد، تعهد ناشی از آن یک تعهد قراردادی است که بر اساس آن، مشروط علیه به انجام امر مورد اشتراط ملزم می گردد. در هر صورت، نتیجه التزام به امری در ضمن عقد، وجوب تحقق آن در خارج است. یعنی بر مشروط علیه واجب می گردد تا آنچه را که در ضمن عقد به آن ملتزم شده است، به نفع مشروط له اجرا کند. زیرا شرط در ضمن عقد به منزله جزء عقد است. شرط ضمن عقد به معنای عام، تعهدی است تبعی که گاه در متن عقد ذکر می شوند که به آن شرط صریح می گویند و گاه در متن عقد ذکر نمی شوند و از اوضاع و احوال موجود استنباط می گردد که به آن شرط ضمنی می گویند و بنابراین می توان گفت رابطه شرط ضمن عقد و شرط بنایی رابطه عموم و خصوص مطلق است.

شرط الحاقی نهادی است که همانند شرط مندرج در ایجاب و قبول عقد، به عقد منعقد شده قبلی ضمیمه می گردد ولی اگر مفاد شرط با ایجاب و قبول جداگانه به وجود آید، ماهیتاً شرط ضمن عقد نخواهد بود و آثار و احکام شرط ضمن عقد نسبت به آن ثابت نخواهد بود هر چند به گونه ای مرتبط با آن باشد و از حیث ارتباط با عقد تشکیل شده قبلی، آثار و احکام خاصی داشته باشد. نسبت بین شرط الحاقی و شرط بنایی با توجه به تعریف و زمان وقوع آنها تباین است، شرط بنایی ویژگی خاصی که دارد این است که قبل از عقد در مورد آن توافق می شود و عقد بر مبنای آن واقع می شود در حالی که شرط الحاقی معمولاً بعد از قرارداد اصلی برای اصلاح، تعدیل، تکمیل یا اجرای قرارداد می آید و ممکن است با قرارداد اصلی مرتبط باشد یا نباشد. (وائقی، ۱۳۹۱: ۸)

۳- وضعیت شرط بنایی از دیدگاه فقه امامیه

در مورد شرط بنایی در فقه امامیه سه نظر وجود دارد، برخی بر معتبر بودن، برخی بر بی اعتباری و دسته ای نیز بر تفصیل نظر داده اند که در ادامه به توضیح و بررسی هر یک از این نظرات پرداخته می شود:

۳-۱- نظریه صحت شرط بنایی

نظر اکثریت فقهای متقدم تا زمان شیخ انصاری بر بی اعتباری شرز تبانی بوده است و جز عده ای قلیل، نظر مشهور عدم پذیرش و بطلان آن بوده است به طوری که برخی همانند صاحب ریاض ادعای اجماع را مطرح کردند. از طرفی مشهور فقهای متاخر نیز گفته اند به حکم عمومیت حدیث شریف «المومنون عند شروطهم» و ادله دیگر، شرط بنایی اعتباری به اندازه

اعتبار همه شروط صریح دارد. در همین راستا نسبت به بررسی دیدگاه برخی فقها که نظر بر معتبر بودن شرط بنایی دارند اشاره ای اجمالی می شود:

- خوئی، یکی از فقیهان معاصر، اعتبار و صحت آن را مسلم و مطابق قواعد دانستند و می گویند که شرط، اناطه (مربوط کردن امری به عقد) است و این حقیقت، چنان که پوشیده نیست، با قصد مشترک متعاملین و تبانی و توافق آن ها و منعقد کردن عقد بر آن مبنا، بدون نیاز به ذکرش در متن عقد حاصل می شود. بنابراین هیچ ایرادی ندارد که برای اثبات درستی قراردادی که مبتنی بر توافق پیشین منعقد شده؛ به آیه شریفه ۷۵ سوره بقره «احل الله البيع» و امثال آن استناد شود، همچنان که مشروعیت چنین شرطی هم با حدیث عام «المومنون عند شروطهم» قابل اثبات است.

آیت الله خمینی (ره) در تحریر الوسیله در مورد شرط بنایی قبل از عقد نکاح چنین گفته است: «ظاهر این است چنانچه هنگام خواستگاری و گفت و گوی ابتدایی، زوجه را به اوصافی از اوصاف کمال توصیف کنند و سپس عقد را بر مبنای آن منعقد سازند به منزله اشتراط است و تخلف از آن موجب خیار فسخ خواهد بود.» (شیرزادی و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۱)

۳-۲- نظریه بطلان شرط بنایی

همان طور که بیان شد مشهور یا به عبارتی اکثر فقهای امامیه معتقد بر این مهم بودند که شرط بنایی باطل است و نتیجتاً این شرط نمی تواند لازم الوفاء باشد، از طرفی برخی از آنان بر این دیدگاه ادعای اجماع را مطرح می کنند. در همین باب به برخی نظریات فقها در خصوص عدم اعتبار و بطلان شرط بنایی در ذیل اشاره می شود:

- شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد اشاره می دارند: «هر شرطی که قبل از عقد و یا بعد از عقد ذکر شود برای آن اثری نیست و اگر بر شرطی تبانی و توافق کنند، لیکن هنگام انشای عقد ذکر آن را فراموش کنند قول نزدیک تر به صواب، آن است که عقد باطل باشد.»

- شهید ثانی در کتاب مسالک الافهام در خصوص شرط بنایی بیان می دارند: «شرط تنها در صورتی لازم الوفاء است که همراه با ایجاب و قبول باشد تا از اجزای عقد قرار گیرد که وفای به آن نیز امر شده و مجموعه عقد عبارت است از ایجاب و قبول و آنچه قرین با آن دو باشد، پس شرطی که مقدم بر عقد یا موخر از آن باشد فاقد اعتبار است زیرا آنچه لازم الوفاست عقد می باشد نه آنچه قبل یا بعد از آن می آید.»

- شیخ انصاری در مجلد المکاسب بیان می دارند: «شرط هشتم از شرایط صحت شرط آن است که در متن عقد بدان ملتزم گردند.» پس اگر پیش از اجرای عقد طرفین توافق کنند تبانی آنان در وجوب آنچه شرط شده است کفایت نخواهد کرد.

- شیخ طوسی نیز در کتاب تهذیب الاحکام خود درباره شرط این گونه ابراز نظر کرده است: «شروط عقد نکاح نباید پس از عقد باشد چرا که شروط قبل از عقد اعتبار ندارد و شروط بعد از عقد دارای اعتبار است ولی اگر زوجه شروط قبل از عقد را در ضمن عقد بپذیرد عقد و شرط نافذ است و گرنه شروط مقدم باطل و عقد صحیح نیست.» (شیرزادی و همکاران، ۱۳۹۸:

(۱۲)

۳-۳- نظریه تفصیل شرط بنایی

در این میان نظریه محقق نائینی وجود دارد که راه حل میانه را برگزیده است و قائل به تفصیل شده است. ایشان می فرماید که اوصاف و شروط بر چهار قسم است :

الف - وصف یا شرطی که در متن عقد ذکر می شود که تخلف از آن موجب حق خیار است

ب - وصف یا شرطی که در متن عقد ذکر نمی شود، ولی عقد مبتنی بر آن ایجاد می شود، که این خود به سه صورت قابل تصور است :

اول - موردی که مدلول التزامی عقد است و آن وصف یا شرطی است که مورد توجه عرف عام بوده و در سیره عقلاء متداول است که به آن « شرط ضمنی » تعبیر می شود، مانند شرط تساوی عوضین در مالیت و شرط معیوب نبودن آن ها و تخلف از این نوع، سبب حق خیار می گردد.

دوم - موردی که صحت عقد به معلوم بودن آن وابسته می باشد به طوری که اگر آن وصف نباشد باعث غرر می شود و آن وصف یا شرطی است که به ذات عوضین مربوط است ؛ مانند مقدار مبیع . هر چند این قسم تنها مورد توجه طرفین عقد می باشد اما تخلف از آن مانند تخلف از شرط ضمنی، سبب خیار است ؛ زیرا مفروض آن است که صحت عقد منوط به آن است و متعاملین عقد را بر مبنای آن منعقد نموده اند.

سوم - موردی که صحت عقد وابسته به معلوم بودن آن نمی باشد و آن وصف یا شرطی است که خارج از ذات مبیع است. این نوع شرط یا وصف تا در متن عقد ذکر نشود اثری بر آن مترتب نیست. بنابراین با وجود بنای عقد بر آن، تخلف از آن سبب حق خیار نمی گردد .

بنابراین به نظر ایشان اگر شرط بنایی مانند شرط ضمنی عرفی از لوازم عقد باشد، به گونه ای که عقد به دلالت التزامی بر آن دلالت کند، مشروع و معتبر است و گرنه مشروع و الزام آور نیست مگر آنکه در متن عقد ذکر شود. (توکلی کیا، ۱۳۹۴: ۶)

۴- شرط بنایی در حقوق ایران

در این بخش سعی بر آن است که شرط بنایی در قانون مدنی و دکترین حقوقی مورد بررسی قرار بگیرد. قانون مثنی در دو ماده به صراحت از شرط بنایی نام برده و آن را لازم الوفاء و معتبر می داند :

ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی : « در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبتنی بر آن جاری شده باشد.»

ناده ۱۱۲۸ قانون مدنی : « هر گاه 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 باشد یا عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد.»

البته شرط بنایی به غیر از قانون مدنی در بند ۷ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ چنین بیان شده : « مطالبه وفای به شروط و عهود راجع به معاملات و قراردادها اعن از اینکه در ضمن معامله و قرارداد تصریح شده و یا بنای متعاملین بر آن بوده و یا عادتاً و عرفاً معامله مبنی بر آن باشد.»

۴-۱- شرط بنایی در قانون مدنی

همان طور که بیان شد اکثر و مشهور فقهای متقدم امامیه و عامه معتقدند که شرط بنایی باطل است و در نتیجه لازم الوفاء نیست و البته در این میان عده ای قائل به صحت شرط بنایی بودند؛ قانون مدنی ایران برخلاف رویه خود این بار از نظر مشهور فقهاء متقدم پیروی نکرده و با تأیید نظر اقلیت، شرط بنایی را در مبحث نکاح طی مواد ۱۱۲۸ و ۱۱۱۳ قانون مدنی مشروع و لازم الوفاء دانسته و تخلف از آن را موجب خیار فسخ برای مشروط له قرار داده است. علاوه بر آن میتوان به مواد دیگری نیز استناد و این شرط را توجیه و تحلیل کرد از جمله، خیار رؤیت و تخلف از وصف مواد ۴۱۳ و ۴۱۰ قانون مدنی و بیع از روی نمونه ماده ۳۵۴ قانون مدنی مشروعیت جهت معامله ماده ۲۱۷ قانون مدنی. دکتر کاتوزیان معتقد است که خیار رؤیت و تخلف از وصف (مواد ۴۱۰ تا ۴۱۵ قانون مدنی) در واقع چهره ای از شروط بنایی درباره اوصاف مورد معامله است. (کاتوزیان، ج ۳، ۱۳۸۷: ۱۱۶)

اما دکتر شهیدی معتقد است که این گمان ناشی از درهم شدن خیار تخلف وصف و خیار تخلف از شرط وصف است که صحیح نیست و این دو نهاد هر چند با هم شباهت دارند اما از حیث منشاء و احکام با یکدیگر متفاوت است و به همین جهت در قانون مدنی به عنوان دو خیار جداگانه ذکر شده است. بیان وصف در خیار تخلف، وصف شرط نیست تا بتوان آن را شروط بنایی محسوب کرد. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۴۷) به نظر ما هم خیار رویت و تخلف از وصف درباره اوصاف مورد معامله چهره ای از شروط بنایی است زیرا زمانی که مشتری کالا را قبل از معامله دیده و از اوصاف آن با خبر است و به رویت سابق معامله میکند در حقیقت معامله را بر مبنای آن اوصاف قبلی منعقد می سازد بنابراین عقدی که شکل گرفته در واقع مبتنی و مقید به

آن اوصاف بوده و در صورت عدم مطابقت آن با اوصاف قبلی نوعی تخلف از شرط بنایی صورت گرفته است. در این مبحث به بررسی مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی در باب نکاح و ماده ۳۵۴ و بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی در باب معاملات می پردازیم.

- حق نفقه در نکاح موقت

ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی بیان می دارد: «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد، مگر اینکه شرط شده یا آن که عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.» در نکاح دائم، همین که عقد واقع شد شوهر به حکم قانون ملزم به دادن نفقه می شود. (مفاد ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی) ضرورتی ندارد که زن و شوهر به این اثر حقوقی توجه داشته باشند و بر مبنای آن توافق کنند و حتی تراضی آنان نیز نمی تواند تکلیف شوهر را از بین ببرد، ولی و بر در نکاح منقطع زوجیت با انفاق ملازمه ندارد و قانون به مناسبت نکاح، شوهر را ملزم به دادن نفقه نمی کند. در نکاح موقت حدود تکلیف شوهر در تأمین معاش زن واگذار به قرارداد خصوصی آنان شده است، قانونگذار الزام به دادن نفقه را در زمره ی شرایط مرسوم این ازدواج نمی پندارد و به همین جهت آن را از قواعد تکمیلی پیمان زوجیت قرار نمی دهد. پس باید التزام به دادن نفقه به گونه ای موضوع اراده ی مشترک طرفین قرار گیرد یا در نکاح شرط شود یا بنای آنان بر این امر باشد و بطور ضمنی التزام به دادن نفقه را از توابع نکاح قرار داده باشند.

- شرط صفت در همسر

ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده باشد 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 یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.» مقصود از این صفات، اوصافی است که در عقد ذکر نشده ولی پیش از آن طرفین نسبت به چگونگی و اثر آنها گفتگو و توافق کرده اند و عقد را بر مبنای همان گفتگوها واقع ساخته اند برای مثال مردی به خواستگاری دختری تحصیل کرده می رود و کسان دختر می گویند که حاضر نیستند با مردی بی سواد وصلت کنند؛ داماد خود را مهندس برق معرفی می کند و بر این مبنا عروسی سر می گیرد ولی در عقد مهندس بودن زوج شرط نمی شود؛ پس از عقد معلوم می شود که داماد فروشنده لوازم برق و سیم کش ساده ای است که سواد خواندن و نوشتن هم ندارد؛ در این عقد مهندس بودن داماد شرط نشده ولی عقد متبانیاً بر آن واقع شده است و فقدان این وصف به دختری که فریب خورده است حق فسخ می دهد. در پاره ای از موارد با اینکه در گفتگوهای طرفین نامی از وصف خاص برده نمی شود عادات و رسوم اجتماعی چنان است که هر کس ازدواج می کند به ظاهر بر مبنای وجود آن وصف است و سکوت طرف عقد به دلیل اعتماد به ظاهر دیگری است و گرنه در قصد واقعی طرفین هیچ تفاوتی بین این صورت و فرض گذشته وجود ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۹۰)

۴-۲- جایگاه شرط بنایی از دیدگاه حقوقدانان

در این بخش به بررسی دکترین حقوقی من باب اعتبار و جایگاه شرط بنایی و دلایل آنان خواهیم پرداخت.

- دکتر جعفری لنگرودی شرط تبانی را از اقسام شرط ضمن عقد می داند و آن را شرطی دانسته که در مرحله مذاکره و تبادل نظر پیش از عقود مطرح می شود و عقد را مبتنی بر آن شرط منعقد می سازد ولیکن در هنگام عقد به آن مذاکرات تصریح نمی کنند. ایشان معتقد

است که این شرط باطل است و می فرمایند نباید اشتباهاً شرط بنایی را شامل شرط ضمنی دانست. (لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۱۸)

- دکتر کاتوزیان در خصوص شرط بنایی می فرماید: « شرط به معنای عام خود (التزام) در رابطه با عقد یکی از این سه حالت را دارد: ۱) پیش از عقد واقع می شود. ۲) ضمن عقد شرط می شود. ۳) بعد از عقد به آن ملحق می شود. و شرط بنایی از قسم نخست است و هرگاه شرط بر مبنای التزام یا گفتگوهای مقدماتی واقع شود آن شرط را اصطلاحاً «شرط بنایی» می نامند.

- دکتر محقق داماد نیز شرط بنایی را از اقسام شرط ضمنی می داند و می فرماید: « شرط ضمنی تعهدی است که در متن عقد ذکر نمی شود اعم از اینکه پیش از عقد ذکر شود و عقد با لحاظ آن تشکیل گردد یا هرگز ذکر نشود و از اوضاع و احوال و سیره عرفی و سایر قرائن مفادش استنباط گردد. بنابراین شرط ضمنی را می توان به شرط ضمنی بنایی و شرط ضمنی عرفی تقسیم کرد.» (توکلی کیا، ۱۳۹۴: ۶)

- به نظر می رسد که دکتر سید حسن امامی نیز شرطی که در عقد ذکر نشده ولی عقد مبتنی بر آن واقع شده باشد (شرط بنایی) را صحیح و معتبر می داند و در صورت تخلف از آن برای مشروط له حق خیار فسخ قائل شده است. (امامی، ۱۳۸۴: ۴۷۱)

۵- نتیجه گیری

همانطور که بیان نمودیم در رابطه با ماهیت شرط بنایی بین فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ مشهور چنین شرطی را الزام آور ندانسته و ذکر شرط در عقد را ضروری می دانند. اقلیت اما، این شرط را در حکم شرط مذکور در متن عقد دانسته و معتقدند که صحیح و لازم الوفاء

است. برخی دیگر هم راهی میانه برگزیده اند و بر این باورند که هرگاه شرط بنایی از اموری باشد که صحت عقد منوط به آن است، الزام آور است ولی در صورتی که شرط صرفاً در جهت ایجاد انگیزه و ترغیب برای معامله است، تبانی دو طرف بدون ذکر صریح یا ضمنی آن در عقد هیچ اثری ندارد.

با عنایت به مبانی فقهی و حقوقی به شرحی که بیان شد باید تصریح کرد علی رغم دیدگاه مشهور فقها مبنی بر عدم پذیرش شرط بنایی، قانون مدنی با قبول دیدگاه غیر مشهور (به طور خاص در مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ در مباحث نکاح و طلاق و همچنین بند ۷ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸) با عنایت به اصل حاکمیت اراده و همچنین قاعده تبعیت عقد از قصد مشترک متعاقدين، نسبت به پذیرش شرط بنایی اقدام و آن را معتبر اعلام کرده است. علاوه بر آن، شرط بنایی با توجه به مواد یاد شده در قانون مدنی صرفاً اختصاص به عقد نکاح ندارد، بلکه این شرط در تمامی عقود می تواند مورد استفاده و بهره برداری قرار بگیرد. در تایید این امر می توان به واقعیت های موجود که در عرصه تجارت و بازرگانی وجود دارد، اشاره نمود. به علاوه معاملات مهم حاکی از این است که قرارداد، یک جریان مستمر است که محصول گفتگوها و مذاکرات طرفین قبل از عقد است و برای تعیین مفاد چنین قراردادی صرفاً ایجاب و قبول را پایه قراردادن دور از واقعیت است؛ زیرا بدیهی است که متعاملین هنگام ایجاد قرارداد، همه قرارها و توافق های پیشین خود را در قالب ایجاب و قبول نمی گنجانند و برخی از شروط و قیود را در مرحله گفتگوهای مقدماتی بیان می کنند.

منابع و مآخذ

- ۱- امامی، سید حسن، ۱۳۸۴، حقوق مدنی جلد ۱، انتشارات اسلامیة
- ۲- توکلی کیا، امید، ۱۳۹۴، شرط بنایی در فقه امامیه و حقوق ایران، نشریه دادرسی، شماره ۱۰۹
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۸، ترمینولوژی حقوق، جلد ۳، انتشارات گنج دانش، تهران
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۶، سیستم شناسی در علم حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران
- ۵- ستوده، غلامرضا؛ مهرکی، ایرج؛ سلطانی، اکرم، ۱۳۹۰، فرهنگ متوسط دهخدا، انتشارات دانشگاه تهران
- ۶- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۶، حقوق مدنی شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، تهران، چاپ اول
- ۷- شیرزادی، خسرو؛ مظلوم رهنی، علیرضا؛ داوود پور، حمید، ۱۳۹۸، شرط تبانی از منظر فقهی-حقوقی با تاکید بر دیدگاه استاد جعفری لنگرودی، نشریه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، شماره ۵
- ۸- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ نهم

- ۹- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۱، حقوق خانواده، انتشارات بهمن برنا، تهران، چاپ ششم
- ۱۰- محقق داماد، سید مصطفی؛ مقصودی، رضا؛ علامه، سید مهدی؛ مظلوم رهنی، علیرضا؛ اسدی کوه آباد، هرمز، ۱۴۰۱، اعتبار و کارایی شرط بنایی در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران، نشریه فقه و اصول دانشگاه فردوسی مشهد، شماره ۱۲۹
- ۱۱- محقق داماد، مصطفی، ۱۳۷۶، حقوق خانواده، نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ ششم
- ۱۲- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۷، قواعد فقه بخش مدنی ۲، انتشارات سمت تهران
- ۱۳- نجف دخت، عبدالکریم؛ حسن زاده دلگشا، سعید؛ پور جمال، یعقوب، ۱۴۰۲، مشروعیت شرط بنای در عقد نکاح از منظر فقه و قانون، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱
- ۱۴- واثقی، محسن، ۱۳۹۱، بررسی تطبیقی صحت و بطلان شرط بنایی در حقوق اسلام و حقوق ایران، نشریه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۹