



ماهیت شرط بنایی از نظر فقه امامیه و حقوق مدنی

علیرضا صابریان*

چکیده

شرط امری است مربوط به آینده که حدوث یا زوال تعهد منوط به آن است. نه تنها اموری که در متن عقد به آن تصریح شده است لزوم وفا دارد بلکه مواردی که از جهت عرف لازمه عقد است و با استنباط از اوضاع و احوال و قراین و امارات در چارچوب تراضی دو طرف عقد می‌گنجد نیز لازم الوفا است. شرط بنایی در فقه امامیه مورد تدقیق عمیق واقع شده و در ارزش‌گذاری گفتگوهای پیش از عقد جایگاه خاصی را برای آن در نظر گرفته است. شرط تبانی یا بنایی شرطی است که قبل از عقد، طرفین بر التزام به آن توافق کرده و عقد را بر اساس آن واقع می‌کنند ولی در متن عقد بدان تصریح نمی‌شود. تحقیق در این مقام این است که فرقی بین شرط بنایی و شرط ضمنی و شرط مذکور در متن عقد نیست. در طبیعت شرط وقتی می‌توان گفت که ضمن عقد است که در عالم قصد و در افق نفس ایجاد شود، در این صورت، شرط مطلقاً و جوب وفا دارد و عقد مبنی بر این شرط واقع شده است.

کلید واژه‌ها: شرط، شرط بنایی، شرط تبانی، شرط ضمنی.

مقدمه

یکی از مباحث مهم در فقه امامیه بحث شرط بنایی است. این فقه برای مفاد گفتگوهای پیش از عقد و بازشناسی شروط عقد از اظهار نظرهای ساده پیش از عقد، اهمیت بسزایی قایل شده است. از این منظر، نه تنها اموری که در متن عقد به آن تصریح شده است لزوم وفا دارد بلکه شرط بنایی (عقد مبنیاً علی هذا الشرط واقع شده است) نیز لزوم وفا دارد. شرطی که عقد بر مبنای آن واقع می‌شود و بین متعاملین توافق و تبانی بر روی آن وجود دارد، متبادر عرفی این است که این شرط نیز لازم الوفا است.

شرط بنایی اگر چه در مقام اثبات نیامده ولی به لحاظ این که در مقام ثبوت، وجود پیدا کرده است و عقد در افق نفس به صرف قصد تحقق می‌یابد، این شرط نیز حقیقتاً واقع شده است. هر شرطی که عقد به حکم عرف دلالت بر آن کند مانند تعادل عرفی بین دو عوض و سلامت مبیع و نقد بودن ثمن، الزام آور است. اصولاً برای تفسیر قرار داده‌ها نباید تنها زمان ایجاب و قبول را محور قرار داد و به بررسی الفاظ نوشته شده در قرارداد بسنده کرد بلکه لازم است آن را در فضا و بستری که در آن قرار داد شکل گرفته توجه کرد و پیشینه تاریخی آن را ملاحظه نمود. متعاقبین به صورت معمول نمی‌توانند همه نیت و منظور خود را از عقد و احوال حاکم بر آن در متن عقد بیاورند و چه بسا نیازی به ذکر همه آنها نیست. فهم عرفی از عقد و اوضاع و احوال آن مثل پرداخت ثمن با پول رایج، داخل بودن چیزی در مبیع یا ثمن یا موارد دیگر به فهم متعارف و عرف واگذار شده است.

بررسی جایگاه شرط بنایی و تفکیک آن از شرط ضمنی عرفی امر لازمی است زیرا در شرط بنایی، شرط معهود بین طرفین در یک عقد خاصی است. چنانچه دلالت مطابقی وجود داشته باشد، دلالت التزامی شکل می‌گیرد و در غیر اینصورت دلالت التزامی به صورت مستقل وجود پیدا نمی‌کند، دلالت التزامی دلالت بر لوازم معنای موضوع له است. منشأ تلازم میان معنای خارجی و موضوع له گاهی عقلی است و گاهی عرفی. شرطی که خارج از عقد ذکر می‌شود اگر مفاد شرط با موضوع قرار داد مرتبط باشد و عقد مبتنی بر آن منعقد شده باشد، شرط بنایی است. مانند آنکه پیش از عقد در مورد نوع و سایر کیفیات اتومبیل توافق شود و سپس عقد مبتنی بر آن واقع شود اما در متن عقد شرطی ذکر نشود و یا پیش از عقد نکاح راجع به مهریه

توافق شود و عقد مبتنی بر آن جاری گردد که به صورت معمول و رایج «علی الصداق المعلوم» ذکر می‌گردد. در این مورد ارتباط شرط و عقد به نحوی است که طرفین از ذکر مجدد شرط در ایجاب و قبول بی‌نیاز هستند. تبانی درباره شرط در حکم ذکر در متن عقد است و مانند شروط ضمنی، مدلول التزامی عقد است بنابراین تعهد به چنین شرطی مورد تأیید عرف است. از طرف دیگر چنانچه عقدی مبتنی بر شرایطی متعارف منعقد شده باشد، عمل به مفاد عقد جز با عمل به مفاد شرط امکان پذیر نیست و شرط باجزئیات آن مبنای تراضی طرفین محسوب می‌شود و بدون عمل به این شرط، التزام به مفاد عقد تحقق نمی‌یابد و حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» (وسائل الشیعه، ابواب خیار، باب ۶، حدیث ۱) این قسم را شامل می‌شود. در این نوشتار ماهیت شرط بنایی از منظر فقهای امامیه و قانون مدنی مورد بررسی قرار گرفته و قول تحقیقی و مختار مصنف مورد تدفیق واقع شده است.

تحلیل معنای شرط

شرط در لغت به معنای الزام و التزامی است که در ضمن عقد قرار می‌گیرد. جمع آن شروط و شرایط است. «الشرط الزام الشئ و التزامه فی البیع و نحوه» (ابن منظور، ۱۳۶۳، ۸۲).

شیخ انصاری می‌گوید: «فلان الشرط لغه مطلق الالزام فیشمل ما کان بغیر اللفظ» (انصاری،

۱۳۷۵، ۸۵).

گاهی مطلق الزام و التزام را شرط گویند خواه در ضمن عقد مندرج باشد یا تعهد ابتدائی باشد که در ضمن عقد مندرج نباشد. و یا آن چه از عدمش، عدم لازم آید، خواه از وجودش، وجود لازم آید و یا نیاید.

در کلام بعضی از فقها آمده است که شرط همان جعل و تقریری است که التزام را به دنبال خود آورده و موجب ضیق بر مشروط علیه می‌گردد. (طباطبائی، حاشیه المکاسب، ۱۰۵).

محقق خوئی (ره) قایل است که شرط معنای عرفی و اصطلاحی یکسانی دارد که همان «ربط

و اناطه» است او می‌گوید:

اناطه گاهی تکوینی است مانند شروط تکوینی از قبیل تقید معلول به علتش، گاهی جعل شرعی است، مانند شروط شرعی از قبیل طهارت نسبت به نماز، البته در این قسم نیز پس از جعل شارع، اناطه و توقف بر شرط تکوینی است، مثلاً پس از آن که شارع طهارت را در نماز دخیل قرار داد، توقف نماز بر طهارت، امری تکوینی و عقلی است و گاهی جعلی محض است مانند شروط قرار دادی در معاملات (توحیدی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۹۷).

حقوق دان معاصر سنهوری معتقد است که شرط امری است مربوطه به آینده که حدوث یا زوال تعهد منوط به آن است (سنهوری، ۱۹۷۰، ج ۳، ۷).

امام خمینی (ره) شرط را به معنای الزام و التزام در ضمن عقد می‌داند (موسوی خمینی، البیع، ج ۱، ۸۵). در میان فقها در مفاد شرط اختلاف نظر وجود دارد. گروهی مانند شیخ انصاری (ره) مفاد شرط را مطلق الزام و التزام می‌داند از این رو شرط ابتدایی را به صورت حقیقی شامل می‌شود. اما کسانی مانند امام خمینی (ره) که شرط را به معنای الزام و التزام در ضمن عقد می‌داند به طور حقیقی شرط ابتدائی را شامل نمی‌شود. به اعتقاد فاضل نراقی شرط سبب تقید لزوم عقد بر انجام آن می‌شود یعنی لزوم و استمرار عقد معلق بر شرط است. نتیجه اینکه با انتفای شرط بقای عقد متزلزل شده و صاحب شرط دارای اختیار فسخ می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۲۹).

شرط به دو صورت با عقد قابلیت ارتباط دارد و ممکن است موجب تعلیق عقد گردد:

۱- تعلیق عقد بر التزام به شرط

۲- تعلیق التزام به عقد بر شرط.

امام خمینی (ره) معتقد است معامله بر شرط معلق نشده است و شرط موجب تقیید عوضین نمی‌شود. معامله یک معنای تنجیزی دارد که گاهی در ضمن آن بر یکی از طرفین معامله شرطی قرار داده می‌شود. در این صورت، التزام به شرط مستقل از تعهد طرفین معامله است گرچه تحقق عنوان شرط وابسته به اندارج آن در ضمن عقد است. ایشان رابطه تعلیق و توقف بین عقد و شرط را انکار نموده و آن دو را در مقام انشاء مستقل از هم می‌داند آنجا که می‌گوید:

و ان الشرط الذی له انشاء خاص به مستقل فی الجعل و الاراده لا یوجب فی الانشاء و لا المنشأ و لا العوضین بالوجدان و ان کان له بحسب الاغراض اللبیه نحو ارتباط به لاجله یوجب اختلاف القیم و یترتب علیه خیار التخلف و قد مر ان الخیار لم یرتب علی تخلف الاغراض مع عدم الاشتراط او التوصیف و لا علی الاشتراط مع عدم الربط اللبی فی الاغراض و انما رتب علی الاشتراط مع الربط المشار الیه لکنه لا یوجب التقیید فی البیع و لا فی العوضین (موسوی الخمینی، البیع، ج ۵، ۲۴۴).

ایشان با صراحت ابراز می‌دارند شرط و عقد در مقام انشاء استقلال دارند، اگر در هدف متبایعین بین این دو تلازم و پیوستگی باشد به گونه‌ای که به حسب عرف قابل انحلال به دو چیز نباشد، قبول عقد بدون شرط توجیه ناپذیر خواهد بود (همان، ج ۱، ۸۸).
با این تحلیل، تخلف از شرط مانند معامله‌ای است که در آن خیار تبعض صفقه وجود دارد با این تفاوت که عقد به منزله یک تعهد اصلی و شرط به منزله یک تعهد فرعی و تبعی است با این وصف شرط، مظلوف عقد نیست و از طرفی شرط، معلق علیه عقد هم نیست، بلکه عقد و شرط هر کدام جزئی از اراده مرکب دو طرف عقد است (مراغی، ج ۲، ۲۷۴).

شرط صریح و ضمنی

چنانچه در هنگام اجرای عقد، به صراحت از شرطی نام برده شود و در متن آن ذکر گردد، شرط صریح نامیده می‌شود و اگر در متن عقد ذکر نگردد، شرط ضمنی نامیده می‌شود.
اگر بایع خطاب به مشتری بگوید «این خانه را به شما فروختم به شرط آن که زمینت را به من بفروشی» این شرط صریح است اما اگر بگوید «این خانه را به شما فروختم به شرطی که با هم توافق کردیم» این شرط ضمنی است که به هر دوی این دو شرط، شرط ضمن عقد گفته می‌شود.

اما گاهی اندارج شرط در ضمن عقد به دو صورت مذکور نیست. متعاملین قبل از عقد مذاکراتی را انجام می‌دهند مانند اینکه در مورد خصوصیات کالایی مثل برنج با هم گفت و گو

می‌کنند اما در هنگام عقد و در متن آن نه به صراحت و نه به صورت ضمنی سخنی به میان نمی‌آورند این گونه از شرط پیش از عقد را «شرط بنایی» و یا «شرط تبانی» نامند.

شرط ضمنی یک تعهد تبعی است که در متن عقد از آن یاد نمی‌شود از این روی، شرط بنایی گرچه پیش از عقد ذکر می‌شود اما از آن جهت که در متن عقد مذکور نیست، یک شرط ضمنی است. گاهی در متون حقوقی به شرط ضمنی، شرط بنایی هم اطلاق می‌شود و این اطلاق گونه‌ای از تسامح در تعبیر است. آقای دکتر لنگرودی می‌گوید: «هر شرط که به موجب عقد به نفع کسی و به ضرر دیگری مقرر شده باشد، شرط ضمن عقد نامیده می‌شود، ولو آن که مذاکره راجع به شرط قبل از انعقاد عقد باشد و عقد با توجه به مذاکره قبلی منعقد گردد. در مقابل شرط ابتدایی استعمال شده است» (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۱۳۶۹، ۳۸۳). فرق بین شرط عرفی و شرط بنایی در این است که شرط عرفی متکی به قرینه عرفی است و پیش از عقد و در متن عقد راجع به آن هیچ گفت و گو نمی‌شود، اما در شرط بنایی، شرط غالباً قبل از عقد ذکر می‌شود ولی در متن عقد نه به صورت اجمال و نه به صورت تفصیل به آن اشاره‌ای نمی‌شود. از این جهت شرط بنایی یک تعهد پیشین بر عقد است که در متن عقد بدان تصریح نشده و صرفاً بین طرفین معهود و معلوم است.

به تعبیر دیگر شرط صریح، تعهد تبعی است که در متن عقد بیان می‌گردد و منظور از تصریح این است که جمله شرط به دلالت مطابقی بر مفاد شرط دلالت کند، نه به دلالت تضمینی یا دلالت التزامی. معنای صراحت ذکر کلمه شرط به تنهایی نیست بلکه کلیه قیودی که به صراحت ایجاد تعهد می‌کنند، شرط محسوب می‌شوند برای نمونه اگر در متن قرارداد بیع، اوصاف کمالی برای مبیع ذکر شود، این اوصاف شرط صریح محسوب می‌گردند و در فرض تخلف، خیار تخلف شرط بوجود می‌آید و یا اگر در عقد ازدواج، در ستون اوصاف زوج در عقد نامه، شغل یا سمت خاصی برای زوج ذکر گردد، این ذکر در حکم شرط است و در فرض تخلف، زوجه می‌تواند به مفاد ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی توسل جوید و عقد نکاح را فسخ کند (ر. ک محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، ص ۵۳).

اما شرط ضمنی، تعهدی است که در متن عقد ذکر نمی‌شود، اعم از آنکه 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 قراین مفادش استنباط گردد. شرط ضمنی را می‌توان به شرط ضمنی بنایی و شرط ضمنی عرفی تقسیم کرد (همان، ۵۴).

در منابع حقوقی اهل سنت شرط ضمنی در قالب‌های زیر بیان شده است:

«المعروف عرفاً کالمشروط شرعاً» (مجله الاحکام العدلیه، چاپ شده در متن تحریر المجله، ماده ۴۳).

و در بیان دیگری آمده است: «المشروط عرفاً کالمشروط شرعاً» (همان).

در بیان مشابه ای شرط عرفی اینگونه تعریف شده است: «العاده المطردة تنزل منزله الشرط»

(محمصانی، ۱۹۶۸، ۲۶۶ به بعد).

ارتباط شرط با عقد

شرط یا التزام به سه قسم است:

الف: شرطی که در ضمن عقد لازم می‌آید و متعاقدين در متن عقد آن را متذکر می‌شوند این شرط که موضوع انشای عقد قرار می‌گیرد، برای متعاقدين لازم الوفا است و حدیث شریف (المؤمنون عند شروطهم) (حرعاملی، ۱۴۱۲، باب ۶، حدیث ۱) این قسم را شامل می‌شود.

ب: رابطه‌ای بین عقد و شرط وجود ندارد به این معنا که شرط در ضمن عقدی گنجانده نمی‌شود و اساساً عقدی وجود ندارد و یا اینکه عقدی وجود دارد اما شرط ارتباطی با عقد ندارد که اینگونه شروط در مبحث شروط ابتدائی از آنها بحث می‌شود.

ج: شروطی که عقد بر مبنای آنها واقع می‌شود و بین متعاملین توافق و تبانی بر روی شروط مذکور وجود دارد، متبادر عرفی از عقد این است که شرط اگر چه در متن انشای عقد ذکر از آن به میان نیامده اما مورد مطالبه طرفین است.

برای تفسیر عقد نباید تنها زمان ایجاب و قبول را ملاک قرار داد و به بررسی الفاظ نوشته شده بسنده کرد. بلکه باید آن را در موقعیت و فضایی که در آن شکل گرفته و پیشینه آن را ملاحظه نمود. متعاقدين به صورت معمول نمی‌توانند همه نیت و مقصود خود از عقد و احوال حاکم بر آن را در متن عقد بیاورند، گاهی تفصیل ذکر آن ممکن نیست. فهم عرفی از عقد و اوضاع و احوال آن مثل پرداخت ثمن با پول رایج، محدوده الزام متعاملین، سلامت مبیع وده‌ها

مورد دیگر به فهم متعارف و عرف واگذار شده است. شرط بنایی در صورتی که عقد به حسب عرف بر آن دلالت کند و در شمار شروط ضمنی درآید، الزام آور است. شروط ضمنی مدلول التزامی عقد است و عقدی که مبتنی بر شرایطی متعارف منعقد شده عمل به مفاد عقد جز با عمل به مفاد شرط امکان پذیر نیست. به عبارت دیگر قرار داد، یک جریان ممتد و پیوسته است که گاهی حاصل از چندین نشست و گفتگو حاصل می شود. برای تعیین و تفسیر مفاد چنین قراردادی توجه صرف به ایجاب و قبول کافی نیست. نگاهی به عقد و اراده متعاملین این الزام را به وجود می آورد که از کنار شروط پیشین بی اعتنا گذر نشود و عقد را مبتنی بر آن شروط، واقع سازند.

ماهیت شرط بنایی

در تعریف مختصر در خصوص شرط بنایی گفته شده است که اگر مذاکره قبلی راجع به شرط، بین متعاملان به صورت مذاکره مقدماتی به عمل آمده و تعهداتی بین متعاملان واقع شده ولی در متن عقد از آنها اسمی برده نشده است (افتخاری، ۱۳۸۲، ۲۳۷). و یا مذاکراتی که طرفین قرارداد پیش از عقد می کنند و روی آن توافق دارند ولیکن در مورد عقد، تصریح به آن مذاکرات نمی کنند، به نام های شرط تبانی و شرط بنایی خوانده می شود (لنگرودی، حقوق تعهدات، ۱۳۶۹، ج ۱، ۱۰۰). معاملات با توجه به ارزش آنها از لحاظ کمیت و کیفیت قبل از آنکه صورت عقد رسمی به خود بگیرند، مورد گفت و گو واقع می شوند و در این خلال تعریف و تمجید از مورد معامله از یک طرف و یا تنقیص و تخفیف از طرف دیگر صورت می گیرد و بعد از طی این مراحل عقد را به وجود می آورند و در معاملات مهم تر به کتابت آن (به صورت رسمی یا غیررسمی) اقدام می نمایند. ماهیت شرط بنایی در این جا روشن می گردد که متعاملین پیش از ایجاب و قبول به توافق می رسند ولی در متن عقد هیچ اشاره ای بدان نمی کنند اگر چه عقد با توجه به آن توافق پدید می آید. مذاکرات پیش از عقد همیشه از یک درجه اهمیت برخوردار نیستند. برخی از گفته ها ساده و در حد معرفی کالای مورد نظر و یا تمجید از آن است، اما برخی از گفت و گوها در پی آن یک توافق و تعهد نانوشته وجود دارد. از این جهت شرط بنایی عبارت از شرطی است که قبل از عقد طرفین بر التزام به آن توافق کرده و عقد را بر اساس آن

واقع کنند ولی در متن عقد بدان تصریح نشود (بجنوردی، ۱۴۱۳، ج ۳، ۲۵۲).

برخی از فقهای امامیه قایلند که اگر شرط در ضمن عقد ذکر نشود، الزام آور نیست (انصاری، ۱۳۷۵، ۲۸۲). با این وصف، چون شرط بنایی در متن عقد به آن اشاره نمی‌شود، الزام آور نیست. شیخ انصاری قایل است شرطی که پیش از عقد واقع می‌گردد، شرط ابتدائی است و عمل و وفای به آن لزوم ندارد حتی اگر اثر آن تا زمان انعقاد عقد و حتی تا زمان وفای به عقد و بعد از آن در ارتکاز الزام کننده باقی باشد (همان، ۲۸۲).

به نظر می‌رسد استدلال به باطل بودن شرط ابتدائی برای اثبات بطلان شرط بنایی، تمام نیست زیرا شرط ابتدائی، شرط غیرمرتبط با عقد است، اما شرط بنایی شرط مرتبط با عقد است و فرق این شرط با شرط صریح که در ضمن عقد گنجانده می‌شود این است که در شرط بنایی، پیش از عقد ذکر می‌گردد و هنگام اجرای صیغه عقد، به تبانی بر آن توافق می‌گردد. از ظاهر کلام علامه حلی هم استفاده می‌گردد که او شرط بنایی را الزام آور نمی‌داند آنجا که می‌گوید «زمانی شرط صحیح است که در متن عقد واقع شود (حلی، مختلف الشیعه، ۱۳۲۳، ۱۷۲).

در مقابل این نظریه، جمع کثیری از فقهای امامیه قایلند که شرط بنایی، مشروع و الزام آور می‌باشد. از جمله این فقیهان می‌توان به صاحب جواهر الکلام (نجفی، ج ۲۳، ۱۹۸) سید محمد کاظم یزدی (غروی اصفهانی، ۱۱۸)، آیه الله خوئی (توحیدی، ۱۳۷۱، ج ۶، ۱۳۴) و بعضی از فقهای دیگر اشاره نمود (اصفهانی، ۱۳۸).

از مهم‌ترین دلایل اعتبار شرط بنایی، اینگونه یاد شده است که عموماً مثل «المؤمنون عند شروطهم» شامل شرط پیش از عقد هم می‌شود زیرا مفهوم شرط، بر تبانی هم صادق است. و با این وصف موضوع «المؤمنون عند شروطهم» محقق می‌شود. وقتی موضوع محقق شد، ترتب حکم قهری است (طباطبائی یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۳۷۸، ۱۱۸).

سؤالی که از مرحوم سید محمدکاظم یزدی در خصوص شرط بنایی شده است و جواب ایشان، گویای این مطلب است که ایشان این شرط را همانند شرط صریح ضمن عقد می‌دانند. متن سؤال و جواب بدین شرح است:

سؤال: زیدی می‌خواهد ملکی را بفروشد به عمرو، دو شرط ما بین آن‌ها

می‌شود ولی در ضمن صیغه، مذاکره شروط فراموش می‌شود و بعد از

صیغه، خریدار به آن شرایط رفتار نمی‌کند، آیا فروشنده می‌تواند فسخ اصل معامله را بکند یا خیر (و شروط هم شروطی بود که اگر خریدار قبول نمی‌کرد فروشنده همه نمی‌فروخت) حکم الله را مرقوم فرمایید؟

جواب: بسم الله الرحمن الرحيم. هر گاه در مجلس بیع، پیش از اجرای صیغه، در مقام مقاوله ذکر آن دو شرط کرده‌اند و بیع را مبنیاً علیهما واقع ساخته‌اند، غایه الامر ذکر در ضمن صیغه را فراموش کرده‌اند کافی است و تخلف آن دو موجب خیار است و اگر ذکر آن‌ها در غیر مقام بیع بوده که صدق تبانی بر آن دو نمی‌کند، عمل به آن‌ها واجب نیست، تا آن که تخلف موجب خیار شود. حاصل این که، اگر در حال اجرای صیغه تبانی ایشان بر آن باشد، واجب العمل و مثل مذکور در عقد است و «ألا فلا» (طباطبائی یزدی، سئوال و جواب، ۱۳۴۰، ۱۶۶).

طبق این سئوال و جواب معیار صحت شرط و علت پیدایش حق فسخ، انشاء عقد بر مبنای شرط قبل از عقد است، هر چند متعاملین در متن عقد به آن اشاره‌ای نکنند. میرزای نائینی قائل است که اگر شرط بنایی به گونه‌ای باشد که به دلالت التزامی، عقد به آن دلالت کند، مشروع و قابل مطالبه می‌باشد. به نظر ایشان اوصاف و شروط را می‌توان به چهار قسم، تقسیم نمود:

الف: اوصاف یا شروطی که در متن عقد ذکر می‌شوند که تخلف از آن‌ها موجب حق خیار فسخ عقد است.

ب: اوصاف یا شروطی که در متن عقد ذکر نمی‌شوند ولی عقد مبنیاً علیها واقع می‌شود که خود سه نوع می‌باشند.

۱- آن اوصاف یا شروطی که مورد توجه عموم بوده و در سیره عقلاً جاری است و مدلول التزامی عقد است که از آنها به شروط ضمنی یاد می‌شود مثل شرط تساوی دو عوض در مالیت و عدم معیوب بودن آن‌ها، تخلف از این نوع موجب حق خیار فسخ می‌گردد.

۲- آن اوصاف یا شروطی که به ذات دو عوض مربوط می‌شود که صحت عقد بر معلوم بودن آن منوط است به صورتی که اگر مجهول باشد، معامله غرری می‌گردد. مثل مقدار مبیع،

در این نوع اگر چه شروط یا اوصاف مورد توجه عموم مردم نیست، تخلف از آن مثل تخلف از شرط ضمنی عرفی، موجب خیار فسخ عقد است. تفاوت این نوع با شرط ضمنی این است که شرط ضمنی مدلول التزامی عرفی و نوعی است ولی در این نوع، مدلول التزامی شخصی است.

۳- آن اوصاف یا شروطی که خارج از ذات مبیع است و صحت عقد منوط به معلوم بودن آنها نیست در این نوع، تا در متن عقد ذکر نشوند، اثری ندارند و با وجود بنای عقد بر آن، تخلفش موجب خیار نمی‌گردد (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ج ۱، ۴۰۷).

اما به نظر می‌رسد نظر میرزای نائینی در نوع سوم خالی از تأمل نباشد زیرا در این نوع نیز طرفین عقد آن را پذیرفته و عقد به التزام بر آن دلالت دارد اما به دلالت مطابقه دلالتی بر آن ندارد. فرض کنیم که قرار است به مقدار ۵۰۰ گرم طلا بین دو نفر به صورت بیع مبادله گردد و ثمن این مقدار هم مبلغ خاصی در نظر گرفته شده است. به صورت معمول عیار طلا در ایران، عیار ۱۸ است. اما خریدار قبل از انشای عقد در خصوص طلا با عیار ۲۲ (که عیار طلای کشورهای عربی است) گفت و گو کرده و بدون آنکه از عیار طلا در متن عقد سخنی به میان آورند عقد را مبنیاً بر عیار ۲۲ واقع ساخته‌اند. در واقع بازگشت این نوع هم به نوع دومی است که محقق نائینی از آن به مدلول التزامی شخصی نامبرده است که تخلف از آن موجب فسخ عقد برای مشتری است. محقق طباطبایی قائل است «صدق الشرط علی هذا المقدار من التواطؤ و التبنائی» یعنی در گفت و گوهای پیش از عقد همین اندازه که متعاملین توافق بر امری نموده‌اند اگر چه در قالب شرط در ضمن عقد نیآورده باشند، عنوان شرط صادق است و عموماً مثل «المومنون عند شروطهم» شامل این دسته از شروط شده و وفای آن را واجب می‌داند (طباطبائی یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۳۷۸، ۱۱۸).

در توجیه منطقی این نظریه می‌توان گفت که طرفین عقد در گفت و گوهای مقدماتی کلیه ابعاد معامله را روشن نموده و در مرحله نهایی که منجر به انشای عقد می‌گردد نیازی به ذکر همه آنها نمی‌بینند و از آنجایی که قوام عقد بر اراده باطنی طرفین عقد است، شروط مورد توافق قبل از عقد و جاری نمودن عقد مبنیاً علیها، قابل انتساب به قصد واقعی طرفین عقد است گر چه از این شروط در ضمن انشای عقد سخنی بمیان نیاید. و این سخنی است که برخی از حقوق دانان

معاصر به آن تصریح نموده‌اند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۶۸، ج ۱، ۱۳۲).

شرط بنایی از منظر قانون مدنی

در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران با صراحت از شرط بنایی یاد نشده است اما در موارد متعدد به این شرط اشاره و استناد شده است.

تعبیر بعضی از حقوقدانان معاصر در خصوص شرط بنایی اینگونه است:

تبانی طرفین بر صفت که در حکم تصریح در عقد است، زمانی صدق می‌کند که وجود صفت قبل از عقد مورد توافق صریح طرفین واقع شده و هنگام عقد بنای طرفین بر آن بوده و یا از مذاکرات قبلی و اوضاع و احوال قضیه بر حسب عرف استنباط شود که صفت، مورد نظر طرفین بوده و عقد بر اساس آن (و به تعبیر قانون مدنی متبانیاً بر آن) واقع شده است. مثلاً اگر کسی از دختری که شوهر نکرده و در دبیرستان تحصیل می‌کند و رفتار و آرایش دخترانه دارد، خواستگاری و با او ازدواج نماید، بر حسب عرف و عادت اجتماعی ما، باکره بودن او هنگام عقد مورد نظر است، هر چند که صریحاً در سند نکاح شرط نشده باشد، پس اگر بعد از عقد آشکار شود که زن باکره نبوده است، شوهر حق فسخ نکاح را خواهد داشت (صفائی، حقوق مدنی ۵، ۱۳۶۸، ۴۶).

جهت‌گیری دستگاه قضایی کشور هم در همین راستا است. در سؤالی که از کمیسیون

استفتائات شورای عالی قضایی سابق شده است، اینگونه آمده است:

اگر مرد قبل از ازدواج خود را برخلاف واقع کارمند و یا لیسانسیه و یا دکتر یا مهندس معرفی نمایند و بعد خلاف آن کشف شود و یا این که خود را سالم معرفی کند در حالی که مبتلا به بیماری‌های صرع و یا امراض صعب‌العلاج بوده باشد و یا این که خود را مجرد معرفی کند و بعد معلوم شود که معیل بوده آیا این امر موجب صدق تدلیس و ثبوت حق فسخ برای زوجه می‌باشد یا خیر؟

جواب این کمیسیون به تاریخ ۱۳۶۱/۱/۳۰ بدین شرح است:

«با توجه به مسأله شماره ۱۳ صفحه ۲۹۵ جلد ۲ تحریرالوسیله مخصوصاً با ملاحظه ذیل همین مسأله و با عنایت به مفهوم مخالف مسأله ۱۴ صفحه ۲۹۶ در دو مورد اول تدلیس صدق میکند و حق فسخ موجود است زیرا که در مثال اول هر یک از صفات مذکور، که زوج خود را واجد آن صفات معرفی کرده، عرفاً از صفات کمال معرفی می‌شود و عقد ازدواج «مبنیاً علیها» واقع شده است. و در مثال دوم نیز صرع و مرض مزمن و صعب العلاج عرفاً نقص است و عقد ازدواج نیز طبعاً و به فرینه معرفی خود با سلامت مزاج مبنی بر عدم آن نقص‌ها واقع گردیده است که در صورت انتفاء سلامت قبل از ازدواج حق فسخ وجود دارد و در مثال سوم که اگر عرفاً صفت مجرد بودن از صفات کمال محسوب بشود در این صورت زوجه به استناد مسأله ۱۳-۱۴ صفحه ۶-۲۹۵ جلد ۲ تحریرالوسیله حق تقاضای فسخ را دارد و فرقی نیست بین این که مرد ابتدا خود را مجرد معرفی کند یا بعد از پرسش و سؤال. ولیکن صفات کمال محسوب بودن تجرد به نظر عرف غیر معلوم است. بنابراین راه حل قضیه موقوف و موکول به نظر و تشخیص مقامات قضائی ذیصلاح است که تا به چه صورتی تشخیص دهد (پاسخ سؤالات از کمیسیون استفتانات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضائی، مسأله ۶، ص ۴۰).

در نگرش فقهی و حقوقی، شرط بنایی در زمره شروط ضمنی جای می‌گیرد. معیار تمییز شرط صریح از شرط ضمنی، همان تصریح به شرط است. اگر شرط به صورت صریح بیان شود، شرط صریح است اما اگر شرط، بنای سابق تفسیر شود و در ضمن عقد به صورت صریح آورده نشود، شرط ضمنی است با این نگرش در مواضع مختلف، قانون مدنی شرط بنایی را پذیرفته است بدون اینکه از این لفظ یاد کرده باشد. در تمامی این موارد با پذیرش شرط بنایی توجیه فقهی و حقوقی مستندی وجود دارد. در اینجا به مواردی از اثر شرط بنایی در قانون مدنی اشاره می‌شود:

مورد اول: خیار رؤیت و تخلف وصف

معمول‌ترین و شایع‌ترین روش برای اطلاع از خصوصیات شی مورد معامله، دیدن آن است فقهای امامیه خیار رؤیت و خیار تخلف وصف را تحت عنوان خیار رؤیت، بحث کرده‌اند گرچه با هم فرق دارند اما در همه احکام، یکسان هستند. زیرا آنچه که سبب می‌شود که صاحب خیار از آن استفاده نماید، رؤیت است چه اینکه کالا را با رویت قبلی خریده باشد و چه با وصف. اساس و مبنای خیار رؤیت بر شرط معلوم بودن دو عوض در بیع استوار است (حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱، ۵۲۳).

ماده ۴۱۳ قانون مدنی در خصوص خیار رؤیت مقرر می‌نماید:

هرگاه یکی از متبایعین مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رؤیت سابق معامله کند و بعد از رؤیت معلوم شود که مال مزبور، اوصاف سابقه را ندارد، اختیار فسخ خواهد داشت.

همین قانون در ماده ۴۱۰ در خصوص خیار تخلف وصف می‌گوید:

هر گاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد، مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید.

این دو خیار مخصوص مشتری نیست، بلکه ممکن است برای بایع هم ثابت باشد. مثل آنجایی که بایع فعلی از روی اطمینانی که از بایع قبلی داشته کالایی را خریده است اما آن را رؤیت نکرده است و بعد معلوم می‌شود که مبیع واجد اوصافی بهتر از آنکه توصیف شده می‌باشد. حال اگر مورد معامله با صفاتی که از قبل آنها را مشاهده نکرده، مطابقت نداشته باشد، موضوع تخلف از شرط محقق می‌گردد. روشن است که این تخلف از شرط صریح نیست بلکه تخلف از شرط بنایی است (تبریزی، ۱۴۱۲، ج ۳، ۲۲۸).

خیار رؤیت و تخلف وصف اختصاص به مبیع شخصی دارد زیرا تا زمانی که بایع مصداق آن کلی را مطابق اوصاف ذکر شده، در عقد تسلیم نکند، به مفاد عقد عمل نکرده است بنابراین، این خیار در بیع کلی راه ندارد بر همین مبنا شیخ انصاری قایل است که صفات بنایی همان حکم صفات مشروط را دارند از همین جهت، نقض صفات بنایی در حکم تخلف از شرط است همان‌گونه که صاحب نهایی‌الاحکام و مسالک‌الفهام به این علت توجه نموده و گفته‌اند: «رؤیت

صفات بمنزله شرط نمودن آنهاست فلذا فقدان صفات در حکم تخلف از شرط می‌باشد» (انصاری، ۱۳۷۵، ۱۹۸).

همین سخن در خیار تخلف وصف صادق است زیرا اگر مشتری بعضی از مبیع را مشاهده کرده و بعضی دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض مطابق وصف یا نمونه نباشد، می‌تواند مبیع را رد کند (ماده ۴۱۲ ق.م).

در اینجا هم می‌توان گفت با توصیف مبیع، حقی برای مشتری ایجاد شده که به منزله شرط است که اگر مبیع آن اوصاف را نداشته باشد، مشتری می‌تواند عقد را فسخ نموده و مبیع را به بایع رد کند. همانگونه که محقق نائینی به صراحت قائل است که تخلف از وصف در حکم تخلف از شرط است. (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ج ۱، ۴۰۶).

همچنین شیخ انصاری از قول شیخ طوسی در النهایه و شهید ثانی در مسالک، تصریح می‌نمایند که رؤیت به منزله اشتراط است و لازمه این سخن آن است که وصف قائم مقام رؤیت است از جهت اشتراط. عبارت ایشان چنین است: «و قد صرح فی النهایه و المسالک فی مسأله مالو رأى المبیع ثم تغیر عمّا راه، ان الرؤیه بمنزله الاشتراط و لازمه کون الوصف القائم مقام الرؤیه اشتراطاً» (انصاری، ۲۵۰).

مورد دوم: شروط و صفات زوجین در عقد نکاح

از دیگر مواردی که می‌توان به صراحت از وجود شرط بنایی نام برد ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی است. این ماده مقرر می‌دارد: 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 و یا عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد.

فقهای امامیه جریان خیار شرط را در نکاح نپذیرفته اما تعدادی از آنها خیار تخلف شرط صفت را در نکاح جاری دانسته و به اختیار فسخ برای طرف مقابل قائلند (موسوی الخمینی، تحریر الوسیله، ۱۴۰۳، ج ۲، ۲۹۵).

قانون مدنی به پیروی از این دسته از فقها خیار تخلف از شرط صفت را پذیرفته و هرگونه شرطی را که زوجین قرار داده و از آن تخلف گردد، موجب خیار فسخ عقد نکاح برای مشروط

له دانسته است. در ماده ۲۳۴ قانون مدنی اینگونه آمده است:

شرط بر سه قسم است: ۱- شرط صفت ۲- شرط نتیجه ۳- شرط فعل اثباتاً و نفیاً. شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله. شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود. شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

در عقد نکاح ممکن است زوجین شرط صفت نمایند مثلاً زوج مهندس یا پزشک باشد و یا زوجه. حال اگر زوج یا زوجه فاقد این صفت باشد کسی که شرط به نفع او شده است، خیار فسخ خواهد داشت.

ماده ۲۳۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر گاه شرطی که در ضمن عقد شده است، شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است، خیار فسخ خواهد داشت».

این نظریه مورد اتفاق فقهای امامیه است (انصاری، کتاب الخیارات، ۲۸۳).

یکی از حقوقدانان معاصر تقریری در این خصوص دارند که مبین معنای مذکور است:

مردی به خواستگاری دختری تحصیل کرده می‌رود و کسان دختر می‌گویند که حاضر نیستند با مردی بی‌سواد وصلت کنند، داماد خود را مهندس برق معرفی می‌کند و بر این مبنا عروسی سر می‌گیرد ولی در عقد مهندس بودن زوج شرط نمی‌شود پس از عقد، معلوم می‌شود که داماد فروشنده لوازم برقی و سیم کش ساده‌ای 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 می‌دهد (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۱۳۷۱، ۲۹۱).

در سؤال و جوابی که از امام خمینی (ره) در این خصوص شده است توجه به شرط بنایی روشن می‌گردد.

سؤال: اگر مردی با دختری با عنوان این که او سالم است ازدواج نموده

بعد معلوم شد بر طبق گواهی پزشکی قانونی آن زن از نظر عقلی و فکری عقب مانده بوده حتی قادر به اداره امور شخصی خود نیست آیا چنین عیبی باعث فسخ نکاح می‌باشد یا خیر؟ و اولیای دختر ملزم به پرداخت خسارات ناشی از مخارج عقد و عروسی می‌باشند یا خیر؟

جواب: اگر عقب ماندگی عقلی و فکری در حد دیوانگی نباشد و در ضمن عقد ازدواج سلامت از جهت ذکر شده، شرط نشده حق فسخ ثابت نیست، مگر آنکه صحت بنحو اشتراط یا توصیف در عقد ذکر شده و یا عقد مبنی بر آن واقع باشد به طوری که تدلیس صدق کند و تدلیس سبب شده باشد که شوهر گول بخورد (موسوی خمینی، استفتانات، ۱۳۷۲، ج ۳، ۸۵).

در سؤال و جواب دیگر شرط بنایی با وضوح بیشتری بیان شده است.

سؤال: شخصی به عنوان این که فرد سالمی است دختری را از خانواده‌ای به عقد خود در آورد و بعد از عقد معلوم شده که هروئینی و معتاد است، این عقد چه صورت دارد؟

جواب: اگر عدم اعتیاد در ضمن عقد شرط شده یا عقد مبنی بر آن واقع شده باشد، زن حق فسخ دارد (همان، ص ۱۰۶).

نتیجه

شرط، الزام و التزامی است که در ضمن عقد قرار گرفته و مربوط به آینده است که حدوث یا زوال تعهد منوط به آن است. شرط ضمن عقد شرطی است که در خصوص عقدی خاص و به تبع آن مورد الزام و التزام قرار گیرد و این گونه شرط یا به صورت صریح در ضمن عقد ذکر می‌گردد و یا عقد مبتنی بر آن واقع می‌شود. شرط صریح، تعهد تبعی است که در متن عقد بیان می‌گردد و منظور از تصریح این است که جمله شرط به دلالت مطابقی بر مفاد شرط دلالت کند. شرط ضمنی، تعهدی است که در متن عقد ذکر نمی‌شود، اعم از آنکه 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 قراین، مفادش استنباط گردد. شرط ضمنی را می‌توان به شرط ضمنی بنایی و شرط

ضمنی عرفی تقسیم نمود. شرط تبانی یا بنایی عبارت است از شرطی که قبل از عقد طرفین بر التزام به آن توافق کرده و عقد را بر اساس آن واقع کنند ولی در متن عقد بدان تصریح نگردد. جایگاه شرط بنایی و تفکیک آن از شرط ضمنی عرفی امر لازمی است زیرا در شرط بنایی، شرط معهود بین طرفین در یک عقد خاصی است اما شرط ضمنی عرفی در همه معاملات متعارف است اگر چه معهود بین طرفین هم نباشد. شرط بنایی برای ارزش گذاری مفاد گفتگوهای پیش از عقد و بازشناسی شروط از اظهار نظر ساده است. نه تنها اموری که در متن عقد به آن تصریح شده لزوم وفا دارد بلکه شروطی که عقد بر مبنای آن واقع می‌شوند و بین متعاملین توافق و تبانی وجود دارد، لازم الوفاء هستند. برای تفسیر عقد نباید تنها زمان ایجاب و قبول را در مورد توجه قرار داد و به بررسی الفاظ نوشته، اکتفا کرد زیرا متعاقدين به صورت معمول نمی‌توانند همه نیت و مقصود خود را هنگام انعقاد عقد بیاورند. شرط بنایی اگر چه در مقام اثبات نیامده ولی به لحاظ اینکه در مقام ثبوت آمده و عقد در افق نفس به صرف قصد تحقق می‌یابد و از همین جهت گفته می‌شود که عقد مبنیاً علی هذا الشرط واقع شده است و اطلاق دلیل وفای به شرط «المومنون عند شروطهم» شامل شرط تبانی نیز می‌گردد.

فهرست منابع

- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، قم: ادب الحوزه، ۱۳۶۳.
- اصفهانی، محمدحسین، تعلیقه علی المکاسب، بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا.
- افتخاری، جواد، کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران: میزان، ۱۳۸۲.
- انصاری، مرتضی، المکاسب، به خط طاهر خوشنویس، تبریز: بی‌نا، ۱۳۷۵.
- بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۳.
- تبریزی، میرزا جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۲.
- توحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهه (تقریرات درس آیه الله خوئی)، قم: وجدانی، ۱۳۷۱.

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۹.
- _____ ، **محمدجعفر، حقوق تعهدات**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
- حر عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۲.
- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، **العناوین**، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، **تذکره الفقهاء**، مکتبه مرتضویه، تهران، بی تا
- _____ ، **مختلف الشیعه فی احکام الشریعه**، چاپ سنگی، ۱۳۲۳.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، **الوسیط فی القانون المدنی**، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۷۰.
- صفایی، سید حسین، **حقوق مدنی ۵**، جزوه درسی انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۶۸-۶۹.
- طاهری، حبیب الله، **حقوق مدنی**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، **حاشیه المکاسب**، قم: موسسه دارالعلم، ۱۳۷۸.
- _____ ، **سید محمد کاظم، سؤال و جواب**، نجف: مطبعه حیدری، ۱۳۴۰.
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق خانواده**، شرکت انتشار، تهران، ۱۳۷۱
- _____ ، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۷۴.
- غروی اصفهانی، محمد حسین، **حاشیه المکاسب**، چاپ سنگی، بی تا.
- کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۶۸.
- مجله الاحکام العدلیه (مطبوع در متن تحریر المجله) نجف: مکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ هـ.ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقہ بخش مدنی**، تهران: سمت، ۱۳۸۱.
- محمضانی، صبغی، **فلسفه التشریع فی الاسلام**، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۹۶۸.

- موسوی خمینی، سید روح الله (امام خمینی ره)، استفتاءات، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۲.
- _____ ، البیع، قم: مطبعه مهر، بی تا.
- _____ ، تحریر الوسیله، تهران: مکتبه الاعتماد، ۱۴۰۳ هـ.ق.
- نجفی خوانساری، موسی، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب (تقریرات درس محقق نایینی)، قم: مکتبه محمدیه، ۱۳۷۳ ق.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح الشرایع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- نراقی، مولی احمد، عوائد الایام، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.