



## The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The 16 rd. Year/NO: 1 Spring 2023

### مشروعیت شرط بنایی در عقد نکاح از منظر فقه و قانون

عبدالکریم نجف دخت<sup>۱</sup> یعقوب پورجمال<sup>۲</sup> سعید حسن زاده<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۰۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۲۹

#### چکیده

در صحت اعتبار و مشروعیت شرط توافق شده قبل از عقد که آن را شرط تبانی یا بنائی نامیده‌اند اختلاف است. شرط بنایی عبارت است از شرطی که به صورت لفظی در ضمن عقد بیان نمی‌شود ولی توافق پیشین بر آن وجود دارد و هنگام عقد ملحوظ نظر متعاقدین است. فقها در مورد شرطی که در ضمن عقد ذکر نشده ولی عقد متبایناً بر آن واقع شده، اختلاف نظر دارند که آیا کشف خلاف شرط بعد از عقد موجب حق فسخ می‌شود؟ مشهور قریب به اتفاق فقها در باب نکاح، این گونه شروط را بی اعتبار می‌دانند؛ طوری که حتی ادعای اجماع بر بطلان شروط پیشین در عقد نکاح شده است. در مقابل این نظریه مشهور، برخی از فقیهان وقوع عقد نکاح متبایناً بر شرطی بدون ذکر صریح آن در عقد را موجب حق فسخ دانسته‌اند. در حقوق ایران، قانونگذار از نظر مشهور فقیهان متابعت نموده است و شرط بنایی را در عقد نکاح قبول کرده و آن را معتبر دانسته است و با وضع مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی، شرط بنایی را نافذ و مشروع دانسته است و در صورت تخلف برای مشروط له حق فسخ قرارداد است. لذا مستند به ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی و دلایلی دیگر همچون دلالت التزامی، قید معنوی بودن شرط تبانی و کاشفیت لفظ، تردیدی در اعتبار و الزام آور بودن شرط بنایی باقی نمی‌گذارند و اثبات می‌گردد که شرط تبانی حکم شرط مذکور در عقد را دارد و ضمانت اجرای آن، امکان اجبار مشروط بر انجام شرط و ثبوت خیار فسخ در صورت تخلف یا تعذر شرط می‌باشد.

کلیدواژگان: شرط بنایی، فسخ، عقد، خیار.

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران. bdolkarim.najafdokht@gmail.com

<sup>۲</sup> استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران (نویسنده مسؤول). yraz.pourjamal@gmail.com

<sup>۳</sup> استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران. saeid.ahad.bager@gmail.com

## مقدمه

پژوهش حاضر یک پژوهش توصیفی - تحلیلی است یعنی محقق دخالتی در موقعیت، وضعیت و نقش متغیرها و هم‌چنین دستکاری و کنترل نکرده است و صرفاً آنچه را که وجود داشته مطالعه و به توصیف و تشریح آن پرداخته و سرانجام به کشف نظریه منتهی شده است. برای رسیدن به نتیجه پژوهش، فرایند بررسی منابع فقهی، حقوقی (کتابخانه‌ای) با فیش‌برداری، اولویت‌بندی منابع، گردآوری اطلاعات و... انجام شده است.

شرط به اعتبار زمان اشتراط در عقد به شرط ابتدایی، شرط الحاقی، شرط بنایی و شرط ضمن عقد تقسیم می‌شود. شرط بنایی، الزام و التزامی است که قبل از عقد مورد توافق طرفین قرار گرفته است، هر چند که ضمن عقد مورد تصریح و اشاره قرار نمی‌گیرد، اما به هنگام انشای عقد بعدی در اراده‌ی طرفین وارد شده و متعاقبین عقد را بر مبنای آن شروط انشاء می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۸۱). گرچه اصطلاح «شرط تبانی» در متون فقهای متقدم به چشم نمی‌خورد، اما مفهوم شرط تبانی از زمان شیخ طوسی مطرح بوده و دارای پیشینه فقهی می‌باشد.

فقها درباره شروط بنایی در سایر ابواب فقه اختلاف نظر دارند. آراء مشهور فقهای متقدم امامیه نشان می‌دهد که شرط باید در عقد ذکر شود تا معتبر باشد و در نتیجه شرط بنایی را باطل و آن را لازم‌الاجرا نمی‌دانند. مشهور فقیهان متقدم امامیه و فقیهان بعد از آنها تا زمان شیخ انصاری بر این باور بودند که به طور مطلق، شروط تبانی، همان شروط مورد توافق طرفین عقد، قبل از عقد که عقد لاحق بر مبنای آن منعقد می‌گردد، تأثیری بر عقد ندارد. نظریه‌ی آن‌ها به نصوصی از معصومان و تبادر ناشی از معنای لغوی مستند بود. به نظر ایشان شرطی الزام آور است که در متن عقد ذکر شود. این فقیهان، برای این ادعای خود ادله ای اقامه می‌کنند که مهمترین آن وجود شهرت و بلکه اجماع (طباطبایی، ۱۴۰۴: ۳۳۷/۱۱) بر عدم اعتبار شرط بنایی، لزوم تقدم معلول بر علت در فرض اعتبار شرط بنایی (حلی، ۱۳۸۷: ۱۳۰/۳)، روایات وارده در باب عقد نکاح (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۴۳/۷) است. همچنین این شرط را در زمره‌ی شروط ابتدایی تلقی می‌کنند که بلاجماع الزام‌آور نمی‌باشد.

در مقابل، گروهی از فقها شرط بنایی را الزام‌آور دانسته و بعد از نقد دلایل فوق به ادله دیگری استناد می‌کنند. برای مثال، شروط فوق را قید معنوی عقد لحاظ می‌کنند (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۵/۶)، یا به روایت «المؤمنون عند شروطهم» متمسک می‌شوند (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲) که البته این دلایل نیز خالی از اشکال نیست؛ بنابراین در فقه امامیه اتفاق نظر در این زمینه وجود ندارد.

شروط پیش از عقد نکاح، شروطی هستند که زوجین قبل از عقد بر آن توافق نموده و نکاح را مبتنی بر آن منعقد می‌کنند؛ بدون اینکه در متن عقد یا ایجاب و قبول، کوچکترین اشاره‌ای به آن‌ها داشته باشند. به این شروط پیش از عقد نکاح که طرفین، عقد خود را مبنی بر آن واقع می‌کنند؛ شروط تبانی گفته می‌شود. اختلاف آرای فقیهان در خصوص شروط تبانی در عقد نکاح به گونه‌ای دیگر مشاهده می‌شود؛ مشهور قریب به اتفاق فقها در باب نکاح این گونه شروط را بی اعتبار می‌دانند؛ به طوری که حتی ادعای اجماع بر بطلان شروط تبانی در عقد نکاح شده است هرچند صحت شروط بنایی در عبارات برخی دیگر از فقهای عظام، دیده می‌شود. (طباطبایی، ۱۴۰۴: ۲۹۱/۱۰)

پرسش اساسی که شالوده اصلی این تحقیق بر مبنای آن شکل گرفته عبارت است از این‌که؛ آیا شروط قبل از عقد نکاح مشروعیت داشته و معتبر هستند؟ و اگر معتبر است آیا از حمایت حقوقی برخوردار است یا خیر؟ محقق تلاش نموده است پس از مذاقه در آراء و فتاوی فقیهان مخالف و موافق و با توجه به ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی که به صورت ضمنی شروط قبل از عقد را مورد پذیرش قرار داده است، اثبات نماید؛ شرط تبانی حکم شرط مذکور در عقد را دارد و ضمانت اجرای آن، امکان اجبار مشروط بر انجام شرط و ثبوت خیار فسخ در صورت تخلف یا تعذر شرط می‌باشد همچنین از باب ضمانت اجرای مدنی، امکان مطالبه خسارت (مادی، معنوی)، و از باب ضمانت اجرای کیفری، در صورت اثبات تدلیس، حبس تعزیری محقق می‌گردد.

## ۱- مفاهیم

## ۱-۱. شرط

نهاد شرط از جمله مباحث مهم فقهی است که فهم دقیق آن در تحلیل احکام مترتب بر آن بسیار حائز اهمیت است. با وجود آنکه در بادی رأی، مفهوم شرط به نظر بدیهی می‌آید اما از آن جایی که اختلاف نظر فقیهان درباره اعتبار یا عدم اعتبار شرط تبانی از مبانی فکری آنان در معنای شرط نشأت گرفته توجه به ماهیت و حقیقت واژه «شرط»، بسیار ضروری است.

## ۱-۱-۱. مفهوم لغوی شرط

«شرط» واژه‌ای عربی و جمع آن «شروط» است. در لغت به معنای «لازم گردانیدن چیزی و لازم گرفتن آن»، «پیمان»، «تعلق کردن چیزی را به چیزی» به کار رفته است (سیاح، ۱۳۶۵: ۷۱۸/۱). در مورد معنای لغوی شرط اتفاق نظر نیست اما به طور کلی دو معنا ذکر گردیده است:

الف. معنای اول؛ الزام و التزامی در ضمن یک عقد دیگر

در اکثر کتب لغوی از جمله، لسان العرب (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۹/۷)، تاج العروس (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۰۵/۱۰)، لاروس (جر، ۱۳۸۱: ۱۶۰/۲)؛ شرط به معنای الزام و التزام ضمن عقد دیگر آمده است. در لغت نامه دهخدا شرط به «گرو بستن» تعریف شده است (دهخدا ۱۳۴۹: ۳۱۳). در فرهنگ معین نیز شرط را «لازم گردانیدن امری یا چیزی در بیع یا در هر عقد و پیمانی و ملزم ساختن یا ملزم شدن به چیزی در هنگام معامله تعریف کرده است (معین، ۱۳۷۱: ۲۰۳۷/۲).

ب. معنای دوم؛ مطلق الزام و التزام

برخی از لغویون شرط را مطلق الزام و التزام می‌دانند و قید تبعیت برای شرط لازم نمی‌شمارند، یعنی شرط صرفاً مجرد الزام و التزام است و لازم نیست در عقد دیگری مندرج شود (معلوف، ۱۳۸۲: ۸۳۶/۱).

## ۱-۱-۲. مفهوم اصطلاحی شرط

فقیهان در تعریف اصطلاحی، شرط را در معانی مختلف تأویل نموده‌اند. فقهای متقدم صرفاً به بیان مسائل و فروع شرط پرداخته و تعریفی از شرط و ماهیت آن بیان نکرده‌اند. اولین فقهی که به تعریف واژه شرط پرداخته است، شهید اول در القواعد و الفوائد است که البته به صورت بسیط و در حد اشاره می‌فرماید: «شرط در لغت به معنی علامت و نشانه است و در عرف، چیزی است که تأثیرگذاری مؤثر بر وجود آن متوقف است به وجود خود مؤثر. از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌آید ولی از وجود آن، وجود مشروط حتمی نیست؛ مانند شرط طهارت برای نماز و سال برای زکات (شهید اول، ۱۴۱۰: ۶۴/۱). بعد از ایشان، شیخ انصاری نخستین فقهی است که مستقلاً و به تفصیل در کتاب خود به مبحث شروط پرداخته است. برای جمع‌بندی مطالب و پرهیز از اطاله کلام و خلط مباحث، دو نظریه کلی در مورد مفهوم اصطلاحی شرط استنتاج می‌شود:

الف. شرط در معنای مطلق الزام و التزام

سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، شرط را به معنای مطلق الزام و التزام می‌داند: «بهتر است از این معنی به جعل و تقریر تعبیر شود و ظاهر امر در این است که مطلق جعل، مراد نیست بلکه مقصود جعلی است که التزام را در پی دارد و موجب در تنگنا قرار گرفتن مشروط علیه میشود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۰۵/۱).

ب. شرط به معنای الزام و التزام وابسته

مطابق این نظریه، «شرط» الزام و التزامی وابسته است و باید در ضمن عقد دیگری مطرح گردد. «شرط در عرف معنای واحدی دارد و آن هم وابستگی و تقید یک امر به امر دیگر است چه به صورت واقعی و چه با جعل جاعل، تقید صورت اول؛ مثل تقید معلول

به علت است و تقید صورت دوم؛ در شرط ضمن عقد وجود دارد چون عاقد معامله‌اش را به امر دیگری ارتباط می‌دهد که آن امر، شرط نامیده می‌شود» (ایروانی غروی، ۱۴۲۱: ۱۶/۲)

فقیهانی که در تعریف شرط معنی ربط و تقیید را لحاظ نموده‌اند می‌گویند حقیقت شرط چیزی غیر از ربط و تقیید نیست. این تقیید گاهی تکوینی و واقعی است مثل تقیید معلول به علت آن و به همین دلیل، علت، شرط وجود معلول است. گاهی هم تقیید و ارتباط، اعتباری و تشریحی است مثل شرط بودن طهارت برای نماز و بلوغ متعاملین برای صحت یا نفوذ عقد. و سرانجام گاهی ربط و تقیید، اعتباری و ناشی از جعل طرفین معامله است مثل شرط ضمن عقد (اصفهان‌ی، ۱۴۱۸: ۴۳/۴؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۱۰/۱۸).

## ۲-۱ شرط بنایی

### ۱-۲-۱ مفهوم لغوی شرط بنایی

محقق با مذاقه در آثار و کتب علمای لغت به این نتیجه رسیده است که واژه «شرط بنایی» یا «شرط تبانی» در متون علمای لغت و فقهای متقدم وجود نداشته است؛ بنابراین در هیچکدام از آثار، مفهوم این واژه به دست نیامد. میتوان گفت؛ معنی لغوی این واژه از معنای اصطلاحی آن تبعیت می‌کند.

### ۲-۲-۱ مفهوم اصطلاحی شرط بنایی

مفهوم شرط تبانی از زمان شیخ طوسی در کتاب الخلاف (طوسی ۱۴۰۷: ۲۱/۳)، مطرح شد و بعد از ایشان نیز فقهای دیگر به آن پرداخته‌اند. اصطلاح «شرط تبانی» توسط میرزای نائینی به کار رفته است (نجفی خوانساری ۱۳۷۳: ۴۰۷/۱). مفهوم این اصطلاح در آثار برخی از فقهای امامیه مثل شیخ طوسی، علامه حلی، شهید اول، شهید ثانی، شیخ انصاری به وضوح دیده می‌شود اما این بزرگواران تعریف خاص و دقیقی از شرط بنایی بیان نکرده، بلکه صرفاً مصادیق و احکام آن را تبیین نموده‌اند. برخی از فقیهان در تعریف شرطی تبانی می‌فرمایند: شرط تبانی (بنایی) شروطی هستند که قبل از عقد بر آن تبانی صورت گرفته، ولی به هنگام عقد ذکری از آنها نشده است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۵۲/۳؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۲۳/۲؛ توحیدی، ۱۴۱۷: ۳۵۲/۷).

قانون مدنی ایران نیز با این که در مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ به شرط بنایی اشاره و استناد کرده؛ تعریفی ارائه نداده است. برخی از حقوقدانان برجسته برای معرفی دقیق شرط تبانی و تمیز آن از سایر شروط، تعاریفی ارائه داده‌اند:

- به تعهداتی که در مذاکرات پیش از عقد به صورت مذاکره مقدماتی عقد، بین متعاقدین مورد بحث واقع شده و در متن عقد اسمی از آنها برده نشده است شروط بنایی می‌گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۸۱).
- مفهومی که در عقد بیان نشده ولی نشانه‌هایی از گفتار و رفتار دو طرف در دست است که بر آن پایه تراضی کرده‌اند و پیش از عقد نسبت به آن توافق داشته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۰۱).
- شرط بنایی، تعهدی است که پیش از عقد مورد گفتگو قرار می‌گیرد و عقد مبتنی بر آن واقع می‌شود، بدون آن که اسمی از آن در عقد برده شود (بهرامی، ۱۳۸۱: ۱۷۶/۳).
- 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 سپس عقد را با بنای ذهنی نسبت به آن انشاء می‌کنند. این گونه شروط در عبارات قرار داد انعکاس ندارد اما فرض این است که به هنگام انشاء، عقد با لحاظ شرط در اراده طرفین وارد می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۵: ۴۰/۴).

این حقوقدانان شرط بنایی را به حکم ماده ۱۱۲۸ و ۱۱۱۳ قانون مدنی، صحیح و آن را به منزله ذکر در عقد می‌دانند.

## ۳-۱ عقد نکاح

نکاح، مصدر ثلاثی از ریشه نَكَحَ است. برخی از علمای لغت نکاح را به وطی و جماع معنا کرده‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲/۲۶۲؛ جوهری، ۱۴۲۰: ۱/۱۳۴) و اعتقاد دارند که مجازاً به معنای عقد نکاح به کار رفته است. برخی دیگر از علمای لغت معتقدند که نکاح در اصل به معنای عقد و در معنای جماع، مجازاً استعمال شده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۸۲۳).

همین تفاوت دیدگاه در میان لغویها، میان فقیهان و در معنای اصطلاحی نکاح نیز مشهود است. مشهور فقها، نکاح اصطلاحی را به همان معنای لغوی یعنی «عقد» معنا میکنند (شهید ثانی، بی تا: ۷/۷؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۷/۱۲)، برخی دیگر از فقهای اهل تشیع، نکاح را حقیقتاً به معنای وطی و مجاز در عقد معرفی کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴۹۱/۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۶/۲). حتی بر این نظریه که حقیقتاً به معنای وطی است، ادعای اجماع نیز شده است (حلی، ۱۴۱۳: ۷/۵۲۳).

قانون مدنی از ماده ۳۳۸ تا ماده ۸۰۷ را به مبحث عقود اختصاص داده است که از جمله آنها میتوان به عقد بیع، اجاره، شرکت، مضاربه، ضمان، کفالت اشاره کرد اما قانونگذار تعریفی از عقد نکاح ارائه نکرده است و فقط در مواردی همچون ماده ۱۰۶۲ به لزوم ایجاب و قبول در آن و در مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱، نکاح را عقد نامیده و احکام اختصاصی عقود از جمله توالی عرفی ایجاب و قبول (ماده ۱۰۶۵)، رضا (ماده ۱۰۷۰) را در نکاح مقرر داشته است.

## ۲- چارچوب نظری پژوهش

در میزان تأثیرگذاری شروط تبانی، اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقیهان متقدم امامیه با تمسک به وجود شهرت و اجماع، لزوم تقدم معلول بر علت در فرض اعتبار شرط بنایی، روایات وارده در باب عقد نکاح، قائل به عدم مشروعیت شرط تبانی هستند. در مقابل این نظریه، برخی شرط تبانی را الزام‌آور اعلام نموده‌اند. در این پژوهش نظریه اعتبار و مشروعیت شروط تبانی به عنوان چارچوب نظری پژوهش در نظر گرفته شده است:

### ۲-۱ ادله اعتبار صحت شروط تبانی در عقد نکاح

غالب عقود و قراردادهای مبتنی بر مذاکرات و شروط مورد توافق قبلی هستند و لذا طرفین براساس این توافقات و مبتنی بر شروط مقدماتی، به عقد مبادرت می‌ورزند. در عقد نکاح نیز زوجین بر اساس شناخت قبلی و مبتنی بر مذاکرات انجام شده به انعقاد رسمی نکاح اقدام می‌کنند. حتی می‌توان ادعا نمود که به خاطر اهمیت و حساسیت بیشتر عقد نکاح، این مذاکرات و شروط با دقت بیشتری صورت می‌پذیرد زیرا فارغ از شروطی که در سند رسمی ازدواج درج می‌گردد؛ شرایط و مفاد بسیاری وجود دارد که در قباله نکاح درج نمی‌شود یا در ضمن عقد نکاح تصریح نمی‌گردد اما بسیار ضروری و مورد توجه و ملاحظه طرفین می‌باشد. بنابراین بسیاری از مذاکرات و توافقات زوجین در قالب نهادهای حقوقی تدلیس، شرط ضمن عقد قابل تفسیر نیستند.

به‌رغم مورد ابتلا بودن این وضعیت در زندگی بسیاری از زوجین، نه تنها حکم قانونی در این خصوص وجود ندارد، حقوقدانان نیز متعرض چنین مسئله‌ای نشده و صرفاً آن را در بستر نهادهای موجود در حقوق مدنی همچون طلاق و فسخ تحلیل می‌کنند (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۳۳۵؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۲۰۵؛ کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۹۷). از این روی محقق در این پژوهش با امعان نظر در ضرورت مسائل فوق و با توجه به کاربردی بودن شروط تبانی در عقد نکاح، به بررسی ادله صحت شروط تبانی پرداخته و تلاش نموده است ضمانت اجرایی صحت، حق فسخ و انحلال نکاح در صورت تخلفی از شروط مبتنی بر عقد نکاح را اثبات نماید.

### ۲-۱-۱ دلالت التزامی

دلالت التزامی دلالت بر لوازم معنای موضوع له است و همچون دلالت مطابقی نزد عرف معتبر و نافذ 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 قرارداد مرتبط باشد و عقد مبتنی بر آن منعقد شده باشد، شرط بنایی است. مانند آن که 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 (صابریان، ۱۳۹۰: ۹۵)، زیرا عرف وقتی در جریان حصول عقد قرار بگیرند، با ملاحظه توافقات پیشین، چنین ملازمه‌ای را به وضوح درک می‌کنند. برخی از فقها اینگونه استدلال می‌فرمایند که وضعیت شرط بنایی مشابه شرط ضمنی است از این جهت که هر دو داخل در الزام و التزام عقدی قرار دارند و عقد به دلالت التزامی بر آنها دلالت دارد و در صورت تخلف از آن، حق خیار وجود دارد (توکلی نیا، ۱۳۹۴: ۵۲) و تفاوت بین این دو این است که شرط ضمنی مبتنی بر انس ذهنی عرف و معهود عرفی است در حالیکه شرط تبانی معهود طرفین معامله است، منتها چنین شرطی باید به هنگام انشای عقد، مورد توجه طرفین باشد و ایشان در این زمان آن را فراموش نکنند و از آن غافل نباشند (نایینی، ۱۴۲۷: ۲۳۳/۳؛ بجنوردی، ۱۴۲۸: ۲۸۶/۳).

#### ۲-۱-۲ شرط تبانی قید معنوی عقد

در صورتی که طرفین بر شرط توافق کرده باشند آن شرط قید معنوی عقد محسوب می‌گردد به همین دلیل وفای به آن عقد خاص، بدون عمل به آن شرط بنایی امکان‌پذیر نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۸/۳). شیخ انصاری که خود یکی از قائلین عدم مشروعیت شروط تبانی است، در فرازی از بیانات خویش در توجیه شرط تبانی آورده است: «ممکن است بگوییم، هنگامی که عقد مبتنی بر توافق و تبانی بر شرطی واقع می‌شود، آن شرط قید معنوی عقد به شمار می‌رود و وفای به آن عقد جز با عمل به آن شرط ممکن نیست و عقد بدون لحاظ آن شرط، تجارت بدون تراضی محسوب می‌شود، چون تراضی مقید به شرط واقع شده است» (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۵/۶). در واقع، وجود تبانی و توافق مذکور سبب مقید شدن عقد به مورد تبانی خواهد شد که این امر موجب لزوم وفای به عقد مقید و قید آن می‌شود؛ بنابراین شرط بنایی اگرچه در متن عقد نیامده ولی در نظر طرفین معامله قید عقد لحاظ شده و جزء مفاد عقد به حساب می‌آید و عموم آیهی اوفوا بالعقود شامل آن می‌شود. برخی از فقها نیز در این مورد فرموده‌اند: تبانی پیش از عقد، قید معنوی عقد محسوب می‌گردد و سبب تقلید تراضی به آن می‌شود و وفا نمودن به چنین عقدی که مقید به قید معنوی است، جز با انجام شرط مورد نظر ممکن نیست و بدون آن عقد شامل تجاره عن تراضی نمی‌گردد. پس لزوم وفای به عقد (اوفوا بالعقود) شامل عقد با قید تبانی است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۸۷/۳). ماحصل عبارت فوق چنین می‌شود که؛ در جایی که متعاملین، پیش از انعقاد قرارداد، در خصوص امری توافق میکنند و عقد را مبتنی بر آن واقع می‌سازند، آن عقد به طور مطلق انشاء نشده بلکه مقید به شرط انشاء شده است به همین دلیل؛ وفای به آن عقد خاص، بدون عمل به آن شرط تبانی امکان‌پذیر نیست (توضیحات سیدمحمد روحانی، ۱۴۲۰: ۲۳۰/۲).

#### ۲-۱-۳ تراضی به وجود شرط

تبانی پیش از عقد موجب می‌شود که تراضی به وجود شرط مقید شود و در نتیجه، دلیل «اوفوا بالعقود» عقد را با قید تبانی شده شامل می‌گردد (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۸۹/۳). به بیان دیگر، «تبانی قبل از عقد سبب وابسته شدن تراضی طرفین به مورد تبانی می‌شود، هرچند که مورد تبانی در انشای طرفین عقد واقع نشود بنابراین عقد بدون لحاظ تبانی، عقد بدون تراضی است» (شهیدی، ۱۳۸۷: ۴۹)، زیرا رضایت طرفین مشروط به وفای به شروط است و صحت عقد هم وابسته به حصول تراضی. بنابر این با توجه به صحت عقد مذکور، باید شروط سابق هم صحیح و نافذ باشند.

#### ۲-۱-۴ حاکمیت اراده و کاشفیت لفظ

اراده اشخاص، اساس و زیربنای عقود است و بدون قصد و اراده ماهیت اعتباری به وجود نمی‌آید. اما اراده امری مخفی، درونی و نفسانی است و از دیدگاه حقوق، خواسته‌های درونی افراد تا جنبه بیرونی پیدا نکند، آثار حقوقی نخواهد داشت (بیگدلی و مالکی، ۱۳۹۱، ۸۷).

نقش الفاظ در زبان، کاشفیت از معنا و مقصود متکلم است. در معاملات هم این معانی هستند که سبب وقوع حاصل عقود و ایقاعات می‌باشند و الفاظ تنها کاشف و دال بر این معانی‌اند. اگر هم الفاظ را در معاملات لازم می‌دانیم به این جهت است که مقدمه علم به انشاءات قلبی و اعتبارات درونی افرادند. حال اگر از راهی غیر از الفاظ، علم به حصول سبب پیدا کنیم، دیگر نیازی به لفظ نیست. مثلاً نمونه زوجین در زمان ازدواج این قصد را دارند که طرف مقابل مبتلا به بیماری صعب‌العلاج یا لاعلاج نباشند و این در کلام هم نمی‌آید اما مقصود طرفین است. از آنجایی که شروط بنایی یا تبانی، شروط ضمنی هستند که در عقد تصریح نمی‌شوند ولی مقصود طرفین می‌باشند از این رو در صورت پنهان نمودن این عیب از طرف هر کدام از زوج یا زوجه، حق فسخ را برای طرف مقابل ایجاد می‌نماید (مصباح الفقاهه آیت‌الله خویی)

## ۲-۱-۵ اعتبار شروط بنایی در آراء فقهای معاصر

مشهور قریب به اتفاق فقها در باب نکاح این گونه شروط را بی‌اعتبار می‌دانند؛ به طوری که حتی ادعای اجماع بر بطلان شروط پیشین در عقد نکاح شده‌است. هرچند در این بین، می‌توان در عبارات برخی دیگر از فقهای عظام، اعتبار شروط بنایی را یافت. از باب نمونه، امام خمینی؛ در بحث عیوب نکاح، صحت چنین شروطی را می‌پذیرند:

«و اما الثانی و هو التدلّیس فی سائر أنواع النقص و فی صفة الكمال فهو موجب للخیار إذا كان عدم النقص أو وجود صفة الكمال مذکورین فی العقد بنحو الاشتراط، و یلحق به توصیفها به فی العقد و إن لم یکن بعبارة الاشتراط، كما إذا قال: زوجتك هذه الباکرة أو غیر الثیبة، بل الظاهر أنه إذا وصفها بصفة الكمال أو عدم النقص قبل العقد عند الخطبة والمقاوله ثم أوقعه مبنيًا علی ما ذکر كان بمنزلة الاشتراط، فیوجب الخیار»

تدلّیس در سایر اقسام نقص و همچنین در صفت کمال موجب خیار فسخ است، مشروط به این که عدم نقص یا وجود صفت کمال در متن عقد شرط شوند. توصیف به این شروط نه به نحو اشتراط هم ملحق به اشتراط آن است. مانند این که وکیل زوجه بگوید: این دختر باکره، یا این دختر غیر ثیب را به ازدواج تو در آوردم. بلکه ظاهراً چنین است که اگر قبل از عقد در هنگام خواستگاری و چانه‌زنی (قباله بران) هم زوجه را با صفات کمال و عدم نقص توصیف کنند و سپس عقد را مبنی بر این توصیفات انجام دهند، صحیح، در حکم اشتراط و موجب خیار (در صورت عدم وجود این اوصاف در زوجه است (طباطبائی حکیم، محسن، منهاج الصالحین).

## ۲-۱-۶ بذل در طلاق خلع

در کلام فقها به طور پراکنده و هم ردیف ذکر شرط در ضمن عقد، درباره‌ی ذکر شرط در ایقاعات نیز سخن به میان آمده‌است (خمینی، بی تا: ۶/۲). یک دلیل معتبر برای اعتبار شرط بنایی، شرط بذل مال از زوجه به زوج، قبل از طلاق خلع و یا طلاق مبارات است. زیرا در طلاق خلع و یا مبارات، در یک فاصله زمانی قبل از انشای صیغه طلاق، زوج و زوجه بر مقدار معینی از بذل مال از سوی زوجه به زوج به توافق و تفاهم می‌رسند و یا این بذل مال را به نحو شرط ذکر می‌کنند و به دنبال این شرط و در یک فاصله زمانی در آینده (معمولاً در دادگاه‌های خانواده امروزی در مذهب امامی، این مدت سه ماه است)، صیغه طلاق بر مبنای شرط قبل از طلاق، انشاء می‌گردد و در صورت تخلف مشروط‌علیه که زوجه باشد برای زوج، حق خیار ایجاد می‌شود (نصیری اوانکی، ۱۳۹۶، ۲۵۶).

## ۲-۱-۷ از نظر قانونی

نظام حقوقی کشور ما نظریه غالب صاحب نظران حقوقی و جامعه حقوق‌دانان، شرط بنایی را نافذ دانسته‌اند و در ادامه نگاه قانون‌گذار ما به موضوع، متأثر از دیدگاه غیر مشهور فقها بوده است به طوری که مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی، نمونه بارز موادی هستند که شرط مذکور را دارای اعتبار می‌دانند. البته باید اشاره کرد این مواد علاوه بر موضوع نکاح و طلاق در سایر عقود قابل

تسری خواهد بود، در اعتبار شرط تبانی تفاوتی بین عقد نکاح و سایر عقود به نظر نمی‌رسد، بنابراین، شرط تبانی را باید در سایر عقود نیز جاری و معتبر دانست.

روایات مهمترین دلیلی است برای نقض و ابرام شرط بنایی به آن استناد و استدلال شده است. این روایات چون در باب متعه آمده‌اند، بی‌اعتباری دو شرط بنایی مدت و اجرت در عقد متعه از آن‌ها بدست می‌آید. تسری دادن مدلول این روایات بر بی‌اعتباری همه شروط بنایی در همه عقود، تعمیمی نابجا است.

و با استناد به آراء و اقوال فقیهان، اصل آزادی قراردادی، اصل حاکمیت اراده و با در نظر گرفتن این‌که، احترام به تعهدات و شروط، از نظر همه عقلای عالم از هر دین و مذهب و فرقه؛ امری مطلوب و برای حفظ نظم، تأمین امنیت و اعتماد جامعه، لازم و ضروری است؛ صحت شروط تبانی در عقد نکاح اثبات گردیده است.

### ۳- یافته‌های پژوهش

#### ۳-۱-۱ کارکردهای مثبت صحت شروط تبانی در عقد نکاح

##### ۳-۱-۱-۱ جبران ضرر و زیان حاصل از تخلف شرط

یکی از کارکردهای مثبت اعتبار شروط تبانی در عقد نکاح، جبران ضرر حاصل از تخلف شرط برای فرد زیان دیده است. مستند به ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی؛ در صورتی که صفت خاصی در عقد صریحاً شرط نشده لیکن از قرائن و اوضاع و احوال برمی‌آید که آن صفت، منظور طرفین بوده و عقد متبایناً بر آن واقع شده است و بعد از عقد معلوم گردد که طرف، فاقد وصف مقصود بوده، طرف دیگر حق فسخ نکاح خواهد داشت.

در صورتی که قائل به عدم اعتبار شروط تبانی در عقد نکاح باشیم؛ حال آن‌که طرفین مبتنی و براساس شروط منظور، اقدام به عقد نکاح نموده‌اند چگونه می‌توان ضرر حاصل از فقدان شرط منظور را جبران نمود؟ خسارتی که در صورت بی‌تفاوتی و اهمال نسبت به آن، منجر به تیرگی روابط زوجین و در نهایت فروپاشی نظام خانواده خواهد شد.

##### ۳-۱-۲ تسهیل فسخ نکاح برای زنان

بر اساس قانون مدنی ایران طلاق ایقاع و یک طرفه و در اختیار مرد است و تنها در شرایط خاص توسط زن امکان‌پذیر است. یکی دیگر از کارکردهای مشروعیت شرط تبانی در عقد نکاح، تسهیل فسخ و خاتمه عقد برای زنانی است که به علت تخلف زوج از شروط مقصود، به سختی افتاده و متضرر شده‌اند.

#### ۳-۲ کارکردهای منفی شروط تبانی در عقد نکاح

##### ۳-۲-۱ سختی اثبات

به نظر می‌رسد در عالم واقع و عرف موجود جامعه، شروط بنایی نیز مانند شروط ضمنی، لازم‌الوفای هستند؛ زیرا رضایت طرفین به عقد، مبنی بر تعهد و التزام به آنهاست. (نائینی، ۱۳۷۳، ۱/۴۰۷؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲/۵۷) در جامعه ما هنگام خواستگاری، دختر و پسر بر بعضی از شروط مانند انتخاب محل زندگی، ادامه تحصیل، اشتغال، داشتن و نداشتن فرزند، انجام دادن کار خانگی و... توافق می‌کنند و در برابر هم تعهدات و الزام‌هایی قرار می‌دهند؛ اگر به توافق رسیدند، بر اساس این تبانی، راضی به عقد می‌شوند؛ هرچند این شروط را در عقدنامه ذکر نمی‌کنند؛ ولی کاملاً معتقد و ملتزم به آن هستند و تخلف از آن را بر خود جایز نمی‌دانند و اگر از آن تخلف کنند، چه بسا به عدم تفاهم و جدایی بینجامد؛ ولی به دلیل نبود مدرک و سند، نمی‌توانند هیچ‌گونه ادعای قانونی داشته باشند.

##### ۳-۲-۲ زمینه ساز اختلاف



اگرچه که شروط در تبیین شرایط بعدی و گذر از بزنگاه‌های زندگی می‌تواند بسیار راهگشا باشد اما در برخی موارد خود همین شروط، زمینه ساز اختلافات بعدی شده‌است و در بسیاری مواقع به دلیل اثبات سخت شروط، عدم مکتوب بودن و وجود راه‌های فرار در اعمال شروط، زمان بر بودن اثبات و رفع حل اختلاف، خود مسبب و زمینه ساز اختلافات بیشتر شده‌است.

#### ۴- نتیجه گیری

از بررسی منابع فقهی و حقوقی به شرحی که بیان شد؛ علی‌رغم دیدگاه مشهور فقها مبنی بر عدم پذیرش شرط تبانی، قانون مدنی با قبول دیدگاه غیر مشهور (به طور خاص در مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ در مباحث نکاح و طلاق... یا عقد متبانی بر آن واقع شده‌باشد 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 تبانی اقدام و شرط معنونه را معتبر اعلام کرده‌است. باید تصریح کرد که شرط تبانی با توجه به مواد یاد شده قانون مدنی صرفاً اختصاص به عقد نکاح ندارد، بلکه این شرط در تمامی عقود می‌تواند مورد استفاده و بهره‌برداری قرارگیرد.

علاوه براین به قواعد عرفی حاکی از آن است که قرارداد عقد نکاح یک جریان مستمر است که محصول گفتگو و مذاکرات طرفین قبل از عقد است و برای تعیین مفاد چنین قراردادی به این درجه از اهمیت، صرفاً ایجاب و قبول را پایه قرار دادن دور از واقعیت است زیرا کاملاً مشخص است که طرفین ازدواج هنگام انجام عقد، تمام قرارها و توافقات پیشین خود را در قالب ایجاب و قبول نمی‌گنجانند و برخی از شروط را در مرحله گفتگوی مقدماتی بیان می‌کنند.

## منابع

- ابن منظور، محمد بن مكرم. (۱۴۱۴). لسان العرب. بيروت، دار صادر.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵)، مکاسب. قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
- بیگللی، سعید. و اعظم مالکی. (۱۳۹۱). جایگاه اراده ظاهری و باطنی در فقه و حقوق موضوعه. مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۰. صفحه ۸۷.
- توکلی نیا، امید. (۱۳۹۴). شرط بنایی در فقه امامیه و حقوق ایران. ماهنامه دادرسی. سال نوزدهم، شماره ۱۰۹. ص ۵۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۲۰). الصحاح فی اللغة. دارالکتب الاسلامیه.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم، موسسه اسماعیلیان.
- خمینی، مصطفی. (بی تا). الخیارات، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- راغب اصفهانی. حسین بن محمد. (۱۴۱۲). المفردات فی غریب القرآن. دمشق، دارالقم.
- سیاح، احمد. (۱۳۶۵). لغت نامه فرهنگ سیاح. تهران، انتشارات اسلام.
- شهیدثانی، زین الدین. (بی تا). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. قم، دارالهدی.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۷). حقوق مدنی: شروط ضمن عقد. تهران: مجد.
- صابریان، علیرضا. (۱۳۹۰). ماهیت شرط بنایی از نظر فقه امامیه و حقوق مدنی. پژوهش های فقهی، شماره ۵. صفحه ۷۵.
- صفایی، حسین، و اسدالله امامی. (۱۳۹۲). مختصر حقوق خانواده. تهران، نشر میزان.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم. (۱۴۲۱). حاشیه مکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- طباطبایی، علی بن محمد. (۱۴۰۴). ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل. قم. موسسه آل البيت.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷). الخلاف. قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶). کشف اللثام عن قواعد الاحکام. قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۳). قواعد عمومی قراردادها. تهران، سهامی انتشار.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم، موسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۷). بررسی فقهی حقوق خانواده. تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- موسوی بجنوردی، حسن. (۱۴۱۹). القوائد الفقهیه. قم: انتشارات هادی.

**Legitimacy of construction condition in marriage contract from the point of view of jurisprudence and law**Abdolkarim Najafdokht<sup>۱</sup>    Yaghub Pourjamal<sup>۲</sup>    Saeed Hassanzadeh<sup>۳</sup>**Abstract**

There is a difference in the validity and legitimacy of the condition agreed upon before the contract, which is called collusive or construction condition. A constructive condition is a condition that is not expressed verbally in the contract, but there is a previous agreement on it, and it is the opinion of the contracting parties during the contract. Jurists disagree about a condition that is not mentioned in the contract, but the contract was concluded based on it, whether the discovery of a violation of the condition after the contract gives rise to the right of rescission. The vast majority of jurists regarding marriage consider such conditions invalid; So that even the claim of consensus on the invalidity of the previous conditions in the marriage contract has been made. On the other hand, some jurists have considered the occurrence of a marriage contract based on a condition without its explicit mention in the contract as a reason for annulment. In Iran's law, the legislator has not followed the jurists' point of view and has accepted the building condition in the marriage contract and considered it valid, and by establishing articles 1113 and 1128 of the Civil Code, it has considered the building condition to be valid and legitimate, and in case of violation, it is subject to probation. Leh has the right of termination. Therefore, based on Article 1128 of the Civil Code and the implication of obligation, the spiritual condition of the collusion condition and the discovery of the word, they leave no doubt about the binding nature of the construction condition and it is proved that; The condition of collusion has the effect of the condition mentioned in the contract, and the guarantee of its implementation is the possibility of coercion conditional on the fulfillment of the condition and proof of the termination option in case of violation

**Keywords:** termination, construction condition, contract, option

---

<sup>1</sup> PhD. Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science Branch of Islamic Azad University, Tabriz, Iran bdolkarim.najafdokht@gmail.com

<sup>2</sup> PhD. (co-author). Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law Faculty of Law, Theology and Political Science Branch of Islamic Azad University, Tabriz, Iran. yraz.pourjamal@gmail.com

<sup>3</sup> PhD. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law Faculty of Law, Theology and Political Science Branch of Islamic Azad University, Tabriz, Iran. saeid.ahad.bager@gmail.com

