

بررسی تطبیقی صحت و بطلان شرط بنایی در حقوق اسلام و حقوق ایران^۱

محسن واثقی*

چکیده:

مسأله شرط و مباحث مرتبط به آن از جمله مسائلی است که در فقه امامیه و فقه عامه از اهمیت بالایی برخوردار است و به تبع آن در حقوق مدنی جایگاه خاصی دارد. شرط به اعتبار زمان اشتراط در عقد به شرط ابتدایی، شرط الحاقی، شرط بنایی و شرط ضمن عقد تقسیم می‌شود. شرط بنایی، شرط قبل از عقد است که مورد موافقت قرار گرفته و عقد بر مبنای آن واقع می‌شود. در بین فقهاء در مورد صحت یا بطلان شرط بنایی اتفاق نظر وجود ندارد مشهور فقهای متقدم امامیه و عامه معتقدند که شرط باید در ضمن عقد و مقترن با آن باشد تا لازم‌الوفاء باشد و به همین خاطر شرط بنایی را باطل می‌دانند، عده‌ای از فقهاء قول به صحت شرط بنایی و عده‌ای قول به تفصیل شرط بنایی داده‌اند، اما فقهای متأخر معتقدند شرط بنایی نافذ است. در حقوق ایران حقوقدانان معتقدند شرط بنایی نافذ است و بر خلاف رویه جاری قانونگذار از نظر اقلیت فقهاء پیروی کرده و در مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی، شرط بنایی را معتبر و لازم‌الاجرا دانسته است و به کمک مواد ۴۱۰ و ۴۱۳ و ۳۵۴ قانون مدنی قابل توجیه می‌باشد.

کلید واژه‌ها: شرط، شرط بنایی، حقوق اسلام، حقوق ایران.

۱- تاریخ وصول: ۹۰/۴/۱۴ تاریخ پذیرش: ۹۰/۱۲/۱۴

*مدرس گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد نوشهر mohsenevaseghi@iauns.ac.ir

۱- مقدمه و طرح بحث

در فقه امامیه و به تبع آن حقوق مدنی اصل را بر جواز و صحت شرط گذاشته و با استناد به روایت «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» عمل نمودن به شرط را واجب می‌دانند. در مذهب حنفی و شافعی در موارد معدودی شرط ضمن عقد را معتبر شناخته‌اند و اصل را بر فساد شرط (اصاله الحظر) نهادند، بر خلاف آن، مذهب مالکی و حنبلی اصل را بر جواز و صحت شرط گذاشته است.

شرط بنایی یکی از شروطی است که نزد فقهای امامیه و عامه مورد مناقشه بوده است طوری که اکثر قریب به اتفاق فقهای متقدم امامیه و عامه اعتقاد به بطلان شرط بنایی دارند و حتی در مورد بطلان آن صاحب ریاض ادعای به اجماع کرده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۸، ۲۳۴).

شرط بنایی در آثار برخی از فقهای امامیه به وضوح دیده می‌شود مثل شیخ انصاری، طباطبایی یزدی، سید بجنوردی، شهید اول، شهید ثانی، شیخ طوسی، احمد نراقی، علامه حلی مبحث مربوط به شرط بنایی در ابواب مختلف آثار فقهاء دیده می‌شود، مثلاً در باب خیار رؤیت، خیار تخلف وصف، خیار مجلس، بیع تبانی بر ربا، شروط قبل از عقد نکاح.

هدف از نگارش مقاله حاضر بررسی تطبیقی مشروعیت شرط بنایی در فقه امامیه و فقه عامه (مذهب حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی، زیدی، ظاهری) و حقوق ایران می‌باشد، در این راستا آراء فقهاء و حقوقدانان در مورد صحت و بطلان شرط بنایی و ادله آنها در این مورد بیان می‌شود تا بتوان در مورد صحت شرط بنایی داوری عادلانه را ارائه داد.

۲- تعریف شرط

برای شرط معانی لغوی و اصطلاحی گوناگونی ذکر شده است پیش از ورود به مباحث اصلی لازم است معنایی از شرط که در مباحث فقهی و حقوقی مورد نظر می‌باشد، به روشنی مشخص شود. در این قسمت به عنوان نخستین گام در معرفی شرط، ابتدا معنای لغوی و عرفی شرط و سپس معنای اصطلاحی شرط در علم فقه و حقوق و مفهوم شرط را در آیات و روایات مورد بررسی قرار خواهیم داد و در آخر شرط بنایی را معرفی و تفاوت این شرط با سایر اقسام شروط مانند شرط ضمن عقد و شرط ابتدایی و شرط الحاقی بیان خواهیم نمود.

۲-۱ معنای لغوی و عرفی شرط

واژه شرط از لحاظ لغوی دارای دو معناست :

الف. «الزام و التزام در ضمن عقد بیع و مانند آن»

ب. مطلق الزام و التزام (الزبیدی، بی تا، ۵، ۱۶۶)

شرط در لغت گاه به معنای حدثی و مصدری بکار می‌رود و گاه به معنای اسمی و در هر حال معانی مختلفی دارد: در معنای مصدری و حدثی، شرط به معنی پاره کردن، خراش دادن، شکافتن، عهد بستن و در معنای اسمی، شرط به معنی زخم، بریدگی شکاف، درز و عهد و پیمان آمده است (فیروزآبادی، ۱۳۴۱، ۲، ۳۶۸).

در لغت نامه دهخدا (دهخدا، ۱۳۴۱، ۲۹، ۳۱۱) معانی زیر را برای «شرط» در زبان فارسی برشمرده است که بجز معنای التزام در ضمن عقد سایر معانی در زبان عربی از شرط فهمیده نمی‌شود:

الف. لازم گردانیدن چیزی را در بیع و مانند آن

ب. گرو بستن

ج. نذر و عهد

د. لازم گردانیدن

ر. پیمان کردن

ز. تعلیق کردن کاری به کار دیگر یا چیزی به چیز دیگر

و. در کار بزرگ و سخت افتادن

ه. طرز رفتار و روش، واجب، ضروری

در عرف شرط را به دو معنی استعمال کرده‌اند:

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

ب. به معنی چیزی که از عدم آن مشروط لازم آید بدون ملاحظه اینکه از وجود آن وجود مشروط

لازم می‌آید یا نه (محقق داماد، ۱۳۸۷، ۲، ۳۶).

۲-۲ معنای فقهی و حقوقی شرط

فقه‌ها معتقدند که شرط به دو معنای عرفی «الزام و التزام» و «امری که از عدم آن عدم مشروط

لازم می‌آید» اطلاق می‌شود. لیکن مشهور و اکثر علماء بر این عقیده‌اند که معنای اول مقید به این است

که الزام و التزام در ضمن عقد باشد و دلیل آن را تبادل این معنا به ذهن از شرط دانسته و به علاوه استناد به قول اهل لغت کرده‌اند و برخی از طرفداران همین نظریه معتقدند که از شرط نوعی ربط، تعلیق و اناطه فهمیده می‌شود که سایر معانی عرفی نیز به همین معنی باز می‌گردد^۱ (الحسینی المرآعی، بی‌تا، ۱، ۲۹۴).
 فقهاء در مورد شرط، تعاریفی را ذکر کرده‌اند که ذیلاً به بیان آن پرداخته می‌شود: شیخ انصاری در تعریف شرط بیان می‌دارد: «شرط در عرف دارای ۲ معناست: ۱. به معنای الزام و التزام، خواه در ضمن عقد باشد خواه نباشد. ۲. آنچه از عدمش، عدم مشروط لازم آید؛ چه از وجود آن وجود مشروط لازم آید، چه نیاید» (انصاری، ۱۴۲۰، ۱، ۲۷۵).

سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی در تعریف شرط می‌گوید:

«شرط به معنای مطلق الزام و التزام است و 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، ۱۳۷۸، ۱، ۱۰۴).
 امام خمینی (ره) در تعریف شرط دیدگاه خاصی دارد و کلمه شرط را مشترک لفظی بین دو معنی می‌داند:

«یک به معنای الزام و التزام در ضمن عقد افزون بر اهل لغت، عقلاً نیز این معنی را برای شرط پذیرفته‌اند، البته به نحو ظرف و مظروف نه به طریق تقييد یا تعلیق.
 دو - به معنای تعلیق شیء بر شیء بدین معنی که آنچه تکویناً یا تشریحاً چیز دیگری بر او معلق شده باشد. البته این معنی از کتب لغت به دست نمی‌آید؛ ولی عقلاً آن را اعتبار کرده‌اند» (خمینی، بی‌تا، ۱، ۸۶).
 حقوقدانان هم به تبعیت از فقهاء به تعریف شرط پرداخته‌اند که اکنون به بیان نظرات آنها خواهیم پرداخت:

دکتر سنهوری در تعریف شرط می‌نویسد:

«شرط امری است مربوط به آینده که حدوث یا زوال تعهد منوط بر آن است» (سنهوری، بی‌تا، ۳، ۷).

دکتر جعفری لنگرودی در تعریف شرط بیان می‌دارد:

«الف - امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع‌کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را (کلاً یا بعضاً) متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نمایند (ماده ۲۲۲ به بعد قانون مدنی).

- «فالشرط بمعنی مصدری عبارة عن جعل شیء مرتبطاً بامر آخر».

ب - وصفی که یکی از طرفین، وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشد بدون اینکه آن وصف، محتمل الوقوع در آینده باشد (ماده ۲۳۵ قانون مدنی).

در فقه به معنی مطلق تعهد (اعم از ضمن عقد یا بطور مستقل و جدای از عقد) است به همین جهت، شرط را به دو قسم تقسیم می‌کنند: شرط ضمن عقد و شرط ابتدائی «(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۳۸۵).

عبارت دکتر شهیدی در تعریف شرط :

«تعهد مستقیم یا غیر مستقیم به عقد مشروط» (شهیدی، ۱۳۸۶، ۴، ۱۸).

نظر دکتر کاتوزیان در تعریف شرط:

شرط در اصطلاح حقوقی یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند:

«۱. امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. برای مثال، در ماده ۱۹۰ قانون مدنی که شرایط اساسی صحت معامله را بیان می‌کند، مقصود همین معنی است. پس، وجود قصد و رضا و اهلیت و موضوع و جهت مشروع هر کدام شرط صحت معامله است، بدون اینکه هیچ کدام ملازمه با درستی و نفوذ عقد داشته باشد.

از میان این شروط، آنچه با ایجاد مفهوم عقد رابطه‌ی عرفی یا حقوقی دارد، سبب عقد نامیده می‌شود (مانند تراضی) و دیگر عوامل که زمینه‌ساز نفوذ سبب است «شرط» نام دارد.

۲. توافقی است که بر حسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری در آمده است. چنان که ملاحظه می‌شود، شرط بدین مفهوم خود نیز دو قسم است:

گروهی که بر حسب طبیعت موضوع آن خود التزامی مستقل نیست و ناچار باید در زمره توابع عقد دیگر باشد: مانند شرطی که مربوط به اوصاف مورد معامله اصلی است (شرط صفت) گروهی دیگر، که می‌تواند به عنوان قرارداد مستقل مورد توافق باشد، ولی دو طرف به ملاحظاتی آن را تابع عقد دیگر ساخته‌اند تا نام شرط بر آن نهاده شود: مانند وکالتی که ضمن عقد نکاح شرط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳، ۱۱۲، ۱۱۳).

۲-۳- معنای شرط در آیات و روایات

در قرآن کریم آیه مشخص که ناظر بر شرط یا شرط ضمن عقد باشد، نیامده است. اما آیه «و افوا بالعقود» وفای به همه عقود را از مؤمنان خواسته است. اینکه عقود در آیه شریفه چه ارتباطی با شروط دارد

باید گفت در صحیح‌ه ابن سنان عقود به عهود معنی شده و واژه شرط نیز در معنی عهد به طور مطلق به کار رفته است. در صحیح‌ه محمد بن قیس در فراز «ان شرط الله قبل شرطکم»، شرط الله به معنی عهدالله است. بنابراین می‌توان واژه‌های عقد، عهد و شرط را به یک معنی دانست و آنها را مشمول آیه قرار داد. خصوصاً هنگامی که شرط دارای ۲ طرف باشد و به صورت یکی تعهد طرفینی در آید. تمسک فقهاء به روایت «المسلمون عند شروطهم» در رابطه با لزوم و وجوب وفاء به عقد، مؤید مترادف بودن عقد و شرط است.

سایر آیات مانند الموفون بعهدهم اذا عاهدوا (بقره، ۱۷۷) و والذین هم لاماناتهم و عهدهم راعون (مؤمنون، ۸) نیز وفا به شرط را شامل می‌شوند.

واژه شرط در اخبار رسیده از پیشوایان معصوم (ع) استعمال فراوان داشته و در ابواب مختلفی ذکر گردیده است، آنچه بطور مسلم می‌توان گفت این است که این واژه در دو معنی عرفی شرط بکار رفته است و به عنوان نمونه روایاتی که در صحت و لزوم شرط وجود دارد حدیث نبوی (ص) «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۳۶۵، ۷، ۳۷۱). شرط به معنی عرفی موردنظر است. بر همین اساس برخی شرط را در روایات به معنای حکم، خیار فسخ، نذر، عهد، وعده ... تفسیر کرده‌اند. مانند موارد ذیل:

الف. در سؤالی که از امام صادق (ع) شده است «ما الشرط فی الحيوان؟ قال: ثلاثه ایام». برخی گفته‌اند منظور از واژه شرط در این روایت، خیار است.

ب. در سؤال‌هایی که درباره شروط ضمن عقد نکاح یا تحقق از پیشوایان معصوم (ع) شده است ایشان فرموده‌اند: «شرط الله قبل شرطکم، در این عبارت نیز گفته شده که منظور از شرط عهد و پیمان یا حکم است (انصاری، ۱۴۲۰، ۲۷۵).

روایات و احادیث متعددی از معصومین (ع) با عبارت نزدیک به هم پیرامون شرط و لزوم وفاء به آن آمده است که به چند مورد از آنها اشاره می‌کنیم:

الف. صحیح‌ه عبدا... بن سنان از امام صادق (ع): قال «المسلمون عند شروطهم الاکل شرط خالف کتاب الله عز و جل فلا یجوز» (العاملی، بی‌تا، ۱۲، ۳۵۳).

ب. صحیح‌ه عبدا... بن سنان از امام صادق (ع): قال سمعته یقول: «من اشترط شرطاً مخالفاً لکتاب الله فلا یجوز له و لا یجوز علی الذی اشترط علیه و المسلمون عند شروطهم مما وافق کتاب الله عز و جل».

ج. موثقه اسحق بن عمار از امام صادق (ع): عن جعفر عن ابیه (ع) ان علی بن ابیطالب کان یقول «من شرط لأمراته شرطاً فلیف لها به فان مسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً» (همان). در منابع اهل سنت نیز روایاتی با همان مضمون نقل شده است.^۱ از آنچه که در پیش گفته شد چنین حاصل می‌شود، شرط دارای معانی لغوی و اصطلاحی گوناگونی می‌باشد. واژه شرط در لغت دارای دو معناست: الف- الزام و التزام در ضمن عقد بیع و مانند آن. ب- مطلق الزام و التزام. واژه شرط در اخبار رسیده از پیشوایان معصوم (ع) استعمال فراوان داشته و در ابواب مختلفی ذکر گردیده است، آنچه به طور مسلم می‌توان گفت این است که این واژه در دو معنی عرفی شرط بکار رفته است. در حقوق شرط دو مفهوم و ماهیت دارد:

الف- مفهوم فلسفی (جزء علت تامه) ب- مفهوم حقوقی محض (توافق فرعی)

در این نوشتار اگر قرینه‌ای نباشد، مراد از شرط در ارتباط با قراردادهای مفهوم حقوقی محض شرط (توافق فرعی) مد نظر می‌باشد.

۲-۴- معرفی شرط بنایی و تفاوت آن با سایر شروط

شرط بنایی بر دو نوع است: نوع اول مذاکرات و گفتگوهای است که قبل از عقد انجام شده ولی در زمان انعقاد عقد مفاد آن فراموش می‌شود و به عبارت دیگر عقد مبنی بر آن منعقد نمی‌شود. نوع دوم توافقاتی است که قبل از عقد انجام شده و در زمان انعقاد عقد طرفین به آن توافقات قبلی توجه داشته و عقد را مبنی بر آن منعقد ساخته‌اند، بدون شک این نوع از شرط بنایی معتبر و لازم‌الوفاء می‌باشد.

عده‌ای از حقوقدانان در مورد شرط بنایی تعاریفی را ارائه داده‌اند که به ذکر آنها می‌پردازیم:

۱- دکتر لنگرودی: «مذاکراتی که طرفین قرارداد پیش از عقد می‌کنند و روی آن توافق دارند و لیکن در موقع عقد تصریح به آن مذاکرات نمی‌کنند، به نام های شرط تبانی و شرط بنایی خوانده می‌شود» (جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، ۱، ۲۰۰).

۱- الرافعی، عبد الکریم بن محمد، فتح العزیز فی شرح الوجیز، بیروت، مطبع دار الفکر، بی‌تا، ۱۰، ۲۹۵ و الشافعی، الامام، کتاب الام، بیروت مطبع دارالفکر، طبع الثانیه، ۱۴۰۳ هـ ق، ۵، ۸۰، و النووی، محیی‌الدین، المجموع فی شرح المذهب، دارالفکر، بی‌تا، ۹، ۳۷۶ و العسقلانی، ابن حجر، تلخیص الحیبر، بیروت، دارالفکر، بی‌تا، ۸، ۳۳۹.

۲- دکتر کاتوزیان: «مقصود از شرط بنایی مفهومی است که در عقد بیان نشده ولی نشانه‌هایی از گفتار و رفتار دو طرف در دست است که بر پایه آن تراضی کرده‌اند و پیش از عقد نسبت به آن توافق داشته‌اند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۳۰۱).

۳- دکتر شهیدی: «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، ۴، ۴۰).

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

دکتر محقق داماد و دکتر صفایی هم بر این عقیده‌اند که اگر شرط قبل از عقد باشد و بر آن توافق کرده باشند و عقد نیز بر مبنای آن جاری شود، این شرط صحیح و لازم‌الوفاء است (محقق داماد، ۱۳۷۶، ۳۰۸؛ صفایی، ۱، ۲۱۵).

تعریف نگارنده از شرط بنایی :

یک توافق فرعی، حاصل مذاکرات مقدماتی در ارتباط با عقد اصلی که به هنگام انعقاد این عقد حسب اراده مشترک قبلی طرفین جزء مفاد عقد قرار می‌گیرد (عقد متبانیاً بر آن واقع می‌شود) و مفاد آن غیر از الزامات عرفی و یا ارکان و عناصر عقد است.

اینک برای درک بیشتر مفهوم شرط بنایی به بیان تفاوت این شرط با شرط ضمن عقد، شرط ابتدایی، شرط الحاقی می‌پردازیم:

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 می‌گردد. در هر صورت، نتیجه التزام به امری در ضمن عقد، وجوب تحقق آن در خارج است. یعنی بر مشروط علیه واجب می‌گردد 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 (امامی، حقوق ۱۳۸۷، ۱، ۲۷۳). شرط ضمن عقد به معنای عام، تعهدی است تبعی که گاه در متن عقد ذکر می‌شوند

که به آن شرط صریح می‌گویند و گاه در متن عقد ذکر نمی‌شوند و از اوضاع و احوال موجود استنباط می‌گردد که به آن شرط ضمنی می‌گویند. بنابراین می‌توان گفت رابطه شرط ضمن عقد به معنای عام و شرط بنایی رابطه عموم و خصوص مطلق است. شرط بنایی شرط ضمن عقد است ولی هر شرط ضمن عقدی شرط بنایی نیست. اما رابطه شرط ضمن عقد به معنای خاص که شرط صریح می‌باشد با شرط بنایی با توجه به تعریف آنها از لحاظ منطقی تباین می‌باشد. شرط ابتدایی مرادف تعهد یک طرفی است و آن تعهدی است لازم که شخص به قصد یک طرفی، خود علیه خود ایجاد می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۳۸۰). شرط ابتدایی شرطی است که در متن عقد ذکر نمی‌شود و ممکن است قبل یا بعد از عقد ذکر شود ولی مفاد آن با عقد نیز غیرمرتبط است، در حالی که شرط بنایی شرط قبل از عقد و مرتبط با آن عقد است بنابراین با در نظر گرفتن ویژگی‌های شرط ابتدایی و شرط بنایی، رابطه بین این دو شرط از لحاظ منطقی تباین است. البته در یک مورد می‌توان ارتباط قائل شد زمانی که طرفین بنا را بر شرط ابتدایی می‌گذارند بعداً معامله‌ای را با توجه به آن منعقد می‌کنند. شرط الحاقی نهادی است که همانند شرط مندرج در ایجاب و قبول عقد، به عقد منعقد شده قبلی ضمیمه گردد اگر مفاد شرط با انشای 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 که به گونه‌ای با آن مرتبط باشد و از حیث ارتباط با عقد تشکیل شده قبلی، آثار و احکام خاصی داشته باشد. شرط ضمن عقد، همراه با انشای عقد مشروط و با همان قصد انشاء می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۶، ۵۵). 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 می‌شود و عقد بر مبنای آن منعقد می‌شود در حالی که شرط الحاقی معمولاً بعد از قرارداد اصلی، برای اصلاح، تعدیل، تکمیل یا اجرای قرارداد می‌آید و ممکن است با قرارداد اصلی مرتبط باشد یا مرتبط نباشد.

۳- شرط بنایی از دیدگاه فقه امامیه

در این فصل، به نظرات فقهاء در مورد صحت و بطلان شرط بنایی در فقه امامیه پرداخته و سپس ادله فقهاء در مورد رد یا پذیرش شرط بنایی ارائه خواهد شد.

۳-۱- نظریه بطلان شرط بنایی

مشهور فقهاء متقدم امامیه معتقدند که شرط بنایی باطل و در نتیجه لازم الوفاء نخواهد بود و حتی در برخی از آثار فقهاء بر این نظریه ادعای اجماع شده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۸، ۲۳۴). در این گفتار

ابتدا به آراء فقهاء در مورد عدم اعتبار شرط بنایی خواهیم پرداخت و سپس ادله فقهاء در مورد اعتبار این شرط و ارزیابی آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱-۱- آراء فقهاء در مورد بطلان شرط بنایی

۱. شهید اول در کتاب «القواعد و الفوائد»: هر شرطی که قبل از عقد و یا بعد از آن ذکر شود برای آن اثری نیست و اگر بر شرطی تبانی و توافق کنند، لیکن هنگام انشاء عقد ذکر آن را فراموش کنند قول نزدیکتر به صواب آن است که عقد باطل است (شهید اول، ۲، ۲۵۹).^۱

۲. شیخ طوسی در کتاب «النهایه»: هر شرطی که مرد بر زن در عقد نکاح می‌کند زمانی اثر دارد که پس از عقد ذکر شود پس اگر آن شروط ذکر شود و بعد عقد واقع شود آن شروط مقدم باطل است و هیچ اثری ندارد و اگر آن شروط بعد از عقد تکرار شود لازم‌الوفاء و ثابت خواهد بود (شیخ طوسی، بی‌تا، ۴۹۳).^۲

البته عبارت شیخ طوسی در کتاب «تهذیب الاحکام» چنین است: شروط عقد نکاح باید پس از عقد باشد زیرا شروط قبل از عقد اعتبار ندارد و شروط بعد از عقد اعتبار دارد 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 (شیخ طوسی، ۱۳۶۵، ۷، ۲۳۶).^۳

۳. محقق حلی در کتاب «شرایع الاسلام»: هر شرطی که در عقد نکاح می‌شود باید مقارن ایجاب و قبول باشد و اگر شرطی پیش از عقد ذکر شود حکمی ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۵، ۲، ۵۳۱).^۴ همچنین محقق حلی در کتاب «المختصر المنافع» بیان می‌دارد: شروط قبل از عقد لازم‌الوفاء نخواهد بود و شروط زمانی الزام‌آور است که در عقد ذکر شود (محقق حلی، ۱۸۲).^۵

۴. عبارت شیخ انصاری در کتاب «المکاسب»: شرط هشتم از شرایط صحت شرط این است که در متن عقد بدان ملتزم گردند. بنابراین اگر پیش از اجرای عقد توافق نمایند تبانی ایشان در واجب بودن آنچه

۱- «قاعده [۲۵۲]، کل شرط تقدم العقد أو تأخر عنه فلا أثر له ... لو تواطأ على شرط، ففسياه حين العقد، فالأقرب أن العقد باطل»

۲- «كل شرط يشترطه الرجل على المراه انما يكون له تأثير بعد ذكر العقد. فان ذكر الشروط و ذكر بعدها العقد كانت الشروط التي قدم ذكرها باطله لا تأثير له، فان كررها بعد العقد تثبت على ما شرط»

۳- «و شروط النكاح تكون بعد العقد لان ما يكون قبل العقد لا اعتبار به و انما الاعتبار بما يحصل بعده فان قبلت الشرط الذي وقع قبل العقد مضى العقد و الشرط و الا فكان ما تقدم من الشرط باطلاً و العقد غير صحيح»

۴- «كل شرط يشترط فيه، فلا بد أن يقرب بالايجاب و القبول و لاحكم لما يذكر قبل العقد، ما لم يستعد فيه»

۵- «لا حكم للشروط قبل العقد ويلزم لو ذكرت فيه»

شرط گردیده کافی نخواهد بود (انصاری ۱۴۲۰، ۶، ۵۳).^۱ البته شیخ انصاری را نمی توان به طور قطع از مخالفان شرط بنایی دانست ایشان در جای دیگر بیان می دارند: در صورتی که طرفین بر شرط توافق کرده باشند آن شرط قید معنوی عقد محسوب می گردد و وفاء نمودن به این عقد خاص جز با انجام شرط موردنظر ممکن نیست و بدون آن عقد تجارتي ناشی از توافق و رضایت طرفین نخواهد بود (همان، ۵۵).^۲

۵. علامه در کتاب «تذکره»: شرط خيار زمانی صحیح است که مدت آن معین و در ضمن عقد ذکر شود، ذکر مدت معین قبل از عقد یا بعد از آن اعتنایی به آن نیست زیرا عقد به صورت منجز واقع می شود پس شرط قبل یا بعد از عقد تأثیری ندارد و شرط زمانی تأثیر دارد که در ضمن عقد بین ایجاب و قبول واقع شود (علامه حلی، ۱۴۰۵، ۱، ۵۱۹).^۳ عبارت علامه در کتاب «إرشاد الأذهان»: هر شرط جایزی در عقد ذکر گردد لازم الوفاء است نه شرط قبل و یا بعد از عقد (علامه حلی، ۱۴۱۰، ۲، ۱۲).^۴

۶. محقق کرکی در کتاب «جامع المقاصد»: شرط در صورتی معتبر و لازم الوفاء است که بین ایجاب و قبول واقع شود تا مجموعه عقد محسوب شود و هر یک از ایجاب و قبول بر آن جاری شود، پس اگر شرط مقدم بر عقد یا مؤخر بر عقد باشد اعتنایی بر آن نیست و این شرط جزء مجموعه عقد محسوب نمی شود و آنچه لازم الوفاء است خود عقد است (محقق کرکی، ۱۳، ۳۱).^۵

۷. یحیی بن سعید حلی در کتاب «الجامع للشرايع»: شرط زمانی تأثیر دارد که در عقد ذکر شود و آنچه قبل از عقد ذکر می شود ملحق به عقد نیست (الحلی، ۱۴۰۵، ۱، ۴۵۱).^۶

۸. عبارت شهید ثانی در کتاب «مسالك الافهام»: شرط تنها در صورتی لازم الوفاء می باشد که همراه با ایجاب و قبول باشد تا از اجزاء عقد قرار گیرد که وفای به آن امر شده و مجموعه عقد عبارتند از ایجاب و قبول و آنچه مقترن با آن دو است. بنابراین شرطی که مقدم بر عقد یا مؤخر از آن باشد اعتباری ندارد زیرا آنچه لازم الوفاء است عقد می باشد نه آنچه قبل یا بعد از آن می آید (شهید ثانی، ۷، ۴۵۷).^۱

۱- «نعم يمكن ان يقال ان العقد اذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيدا معنويا له فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون الا مع العمل بذلك الشرط و يكون العقد بدون تجاره لا عن تراض اذا التراضى وقع مقيدا بالشرط»

۲- «و إنما يصح شرط الخيار و إذا كان مضبوطا ... و ان يذكر في متن العقد ... ذكر أجلا مضبوطا قبل العقد أو بعده لم يعتد به لان العقد وقع منجزا فلا يؤثر فيه السابق و اللاحق و إنما يعقد بالشرط لو وقع في متن العقد بين الايجاب و القبول»

۳- «إذا شرط السائغ في العقد لزم لاقبله و بعده»

۴- «و إنما يعتد به ويلزم الوفاء به إذا وقع بين الايجاب و القبول، ليكون من جمله العقد، و يجرى عليه كل من الايجاب و القبول: فلو تقدم على العقد أو تأخر عنه لم يقع معتدا به، إذا ليس محسوبا من جمله العقد، والذي يجب الوفاء به إنما هو العقد»

۵- «و انما يكون للشرط أثر إذا ذكر في العقد، و لا يلحقه ما ذكر قبله»

۹. میرزای قمی در کتاب «جامع الشتات»: «هر گاه در ضمن عقد بیع، شرط نکرده باشد (یعنی مابین ایجاب و قبول) پس این شرط اعتبار ندارد و آنچه در ما بین ایجاب و قبول شرط شود، صحیح است» (میرزای قمی، ۲، ۲۲۱).

۱۰. عبارت حسین مراغی در کتاب «العناوین الفقهیه»: در مورد شرط، همانند اصل عقد، لازم است چیزی به صراحت بر آن دلالت کند. پس صرف قصد باطنی و تبانی قبلی طرفین عقد، در صورتی که شرط هنگام قرارداد ذکر نشود، ارزش ندارد. چون شرط به عقد مربوط است باید هنگام عقد بیان شود نه عقد پیش از آن تمام گردد و نه پیش از عقد واقع شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۶، ۲۸۵).^۲

۱۱. عبارت فاضل هندی در کتاب «کشف اللثام»: شرط اگر در عقد نباشد لازم الوفاء نخواهد بود (فاضل هندی، کشف اللثام، ۲/۵۶).^۳

۱۲. کلام آیت الله صادق روحانی در کتاب «منهاج الفقاهه»: اگر شرط در ضمن عقد ذکر شود معتبر است بنابراین اگر توافق کنند قبل از عقد کافی نخواهد بود (روحانی، ۱۴۱۸، ۶، ۲۸۱).^۴

۳-۱-۲- ادله فقهاء در مورد بطلان شرط بنایی

در میان فقهای امامیه سه نظر گوناگون راجع به شرط بنایی وجود دارد، مشهور فقهاء متقدم معتقدند که شرط بنایی باطل است و پاره‌ای از فقهایان این شرط را صحیح و عده‌ای نظریه تفصیل این شرط را ارائه داده‌اند. اکنون به ادله فقهاء در مورد عدم مشروعیت شرط بنایی می‌پردازیم:

۱. اجماع: صاحب ریاض، از برخی بزرگان، ادعای اجماع مبنی بر این که شرط خارج از عقد لازم الوفاء نیست، نقل کرده است. و بررسی دقیق سخنان دانشمندان در باب بیع و نکاح درستی آنچه که توسط مرحوم سید علی طباطبایی حکایت گردید (یعنی ادعای اجماع) را مدلل می‌سازد (طباطبایی، ۱۳۷۶).
 ۲. بطلان شرط ابتدایی: شرطی که پیش از عقد انشاء می‌شود و هیچ ارتباطی با عقد ندارد شرط ابتدایی است و اگر مشروط علیه پیش از انجام عقد شرط را بر خویش لازم ساخته و الزام شرط را انشاء

۱- «و انما يلزم الوفاء به اذا وقع مصاحبا للايجاب او القبول لیکون من جمله العقد المأمور بالوفاء به، فان جمله الايجاب و القبول و ما يقترن بهما، فما يتقدم على العقد او يتأخر عنه لا عبره به، لان الوفاء انما يجب بالعقد لا بما يتقدم او يتأخر»

۲- «ان الشرط كأصل العقد يعتبر فيه دال صريح فلا عبره فيه بالنيته و لا بالتواطى مع عدم الذكر حال العقد، و حيث انه مرتبط بالعقد لابد من وقوعه بحيث لا يتم العقد قبله، و لا يقع الشرط قبل العقد»

۳- «ما يشترط لا فى عقد لا يلزم الوفاء»

۴- «يعتبر ذكر الشرط فى متن العقد، فلو توأطنا عليه قبله لم يكف»

نماید تعهد وی التزام ابتدایی محسوب خواهد گشت که به طور قطع وفاء بدان واجب نیست یا اگر پیش از اجرای عقد وعده کند که عقد را توأم با تعهد و شرط مزبور صورت دهد در صورتی که در متن عقد آن را ذکر نکند هیچ دلیلی برای لازم بودن شرط وجود نخواهد داشت (انصاری، ۱۴۲۰، ۵۶).

۳. محال بودن تقدم معلول بر علت: بعضی از فقهاء در بیان علت بی اعتباری شرط بنایی، رابطه‌ی بین قرارداد و شروط قراردادی را بر اساس رابطه‌ی علت و معلول تحلیل کرده‌اند. عبارت علامه حلی در کتاب ایضاح الفوائد: «لان السبب الفاعلی فی لزوم الشرط العقد و حدوث المسبب قبل السبب الفاعلی محال» شرطی که پیش از عقد بیاید لازم الوفاء نیست زیرا علت لزوم وفاء به شرط خود عقد است و پیدایش معلول پیش از علت غیرممکن است (حلی، ۱۳۸۹، ۳، ۱۳).

۴. لزوم ذکر ارکان عقد: شیخ انصاری معتقد است وقتی قرارداد دارای شرطی باشد و چون شرط جزئی از عوض و یا معوض است و به همین جهت ذکر آن در ایجاب و قبول چونان دیگر اجزای عوضین واجب است. عبارت شیخ چنین است: «لان الشرط من ارکان العقد المشروط ... الشرط كاجزاء من احد العوضین فیجب ذكره فی ایجاب و القبول كاجزاء العوضین (انصاری، همان).

۵. بی اعتباری شروط قبل از عقد نکاح: شیخ انصاری از مشهور فقهیان نقل می‌کند که در نکاح، اگر مقصود زوجین، نکاح منقطع باشد ولی در عقد، مدت و مهر را ذکر نکنند، ازدواج موقت به ازدواج دائم منقلب می‌شود (همان). اخبار و احادیثی در این زمینه وجود دارد که مفید بی اعتباری شروط قبل از نکاح می‌باشد: الف - در خبر موثق محمد بن مسلم گوید از امام باقر (ع) شنیدم که می‌فرمود: در عقد نکاح منقطع زن و مرد از یکدیگر ارث می‌برند مادامی که شرط نکرده‌اند و همانا شرط بعد از نکاح است (العاملی، ۱۴۱۳، ۱۴، ۴۶۹).^۱ ب - ابن بکیر از امام صادق (ع) نقل می‌کند: شرط قبل از عقد نکاح باطل می‌شود با عقد نکاح ولی آنچه که بعد از نکاح (در حین انعقاد آن) مورد اشتراط واقع می‌شود جایز و معتبر است (شرط تبانی، ۱۵۹).^۲

۶. صحت بیع عینه: از جمله موضوعات قابل بحث در باب بیع، شرط باز خرید در آن است از زمان‌های گذشته تاکنون، این شرط به عنوان حربه‌ای برای فرار از ربا مورد استفاده قرار گرفته است. یکی از راه‌ها این است که جنس ربوی به اندازه مساوی و بدون زیاده به مماثل خود فروخته شود و سپس مقدار زیاد هبه

۱- «الرجل تزوج المرأة متعه انهما يتوارثان اذا لم يشترطا و انما الشرط بعد النكاح»

۲- «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح و ما كان بعد النكاح فهو جایز»

کرد، بدون آنکه هبه در عقد بیع شرط شود اما بدیهی است که واهب پیش از عقد به هبه التزام داده و راجع به آن تبانی صورت گرفته است حال آنکه اگر شرط ضمنی بنایی لازم الوفاء باشد این حيله نباید کارساز باشد زیرا معاوضه در این صورت ربوی و باطل است. (جبعی عاملی، ۴۱۳، ۳، ۴۴۴؛ نجفی ۱۳۶۵، ۲۳، ۳۹۶ به نقل از محقق داماد، ۱۳۸۷، ۵۵). پذیرش این راه حل از سوی فقهاء حاکی از آن است که آنان شرط بنایی را بی‌اثر می‌دانند زیرا اگر شرط بنایی همانند شرط مذکور در ضمن عقد نافذ بود، نباید میان آن دو تفاوت قائل می‌شدند و باید در هر حال بیع مذکور را ربوی و باطل می‌دانستند.

۳-۱-۳- نقد ادله فقهاء در مورد عدم مشروعیت شرط بنایی

۱. همانطور که در مورد عدم مشروعیت شرط بنایی بیان شد عده‌ای از فقهاء به اجماع و مشهوربودن استناد کرده‌اند از جمله شیخ انصاری. در نقد این دلیل می‌توان گفت: اولاً، صرف مشهور بودن نمی‌تواند دلیل درستی یک نظریه باشد آنچه مهم است بررسی ادله ماهوی است. ثانیاً، آنچه می‌توان به مشهور فقهاء نسبت داد بی‌اعتباری شرط مقدم بر عقد یا شرط ابتدایی است که با مذاقه در نظرات فقهاء پی به این نکته خواهیم برد به عنوان مثال می‌توان به عبارات، شهید اول، شهید ثانی، محقق حلی فاضل هندی اشاره کرد. عبارت هیچ یک از این فقهاء صراحتی در شرط بنایی ندارد. همچنین می‌توان بیان داشت که منظور فقهاء شرط مقدم بر عقد بوده متعاقبین بر امری قبل از عقد توافق نمودند ولی هنگام عقد فراموش نمودند و عقد را مبنی بر آن واقع نساخته‌اند یا به عبارت دیگر تمرکز اجماع و به اصطلاح «معقد اجماع» یا «مجمع علیه» آن دقیقاً معلوم نیست (نراقی، ۱۴۰۸، ۱۴۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۷، ۳۶).

۲. ادله عده‌ای از فقهاء در مورد عدم مشروعیت شرط بنایی، بی‌اعتباری یا بطلان شرط ابتدایی است در صورتی که قیاس شرط ابتدایی با شرط بنایی صحیح نیست، شرط ابتدایی تعهدی است مستقل و غیر مرتبط با عقد، در صورتی که شرط بنایی، گفتگو و مذاکرات مقدماتی قبل از عقد است که عقد بر مبنای آن واقع می‌شود بی‌آنکه ذکری از آن در عقد شود. البته ممکن است طرفین قرارداد در گفتگوهای مقدماتی بر امری توافق کنند و تصمیم بگیرند در هنگام انشاء عقد، قرارداد را مبتنی بر آن منعقد کنند، اما در آن زمان فراموش کنند و عقد را بدون توجه به شرط بنایی پیشین واقع سازند. در این صورت نفوذ یا عدم نفوذ آن توافق تابع الزام‌آور بودن یا نبودن شرط ابتدایی است (نراقی، ۱۴۰۸).

۳. علامه حلی معتقد است شرطی که پیش از عقد بیاید لازم‌الوفاء نیست زیرا علت لزوم وفاء به شرط خود عقد است و پیدایش معلول پیش از علت غیرممکن است (حلی، ۲، ۱۵۴). درست است که وجود شرط نسبت به عقد، وجود تبعی و فرعی است اما شرط لزوم خود را از عقد نمی‌گیرد. نیروی الزام‌آور شرط همانند نیروی الزام‌آور عقد، در نهایت، اراده شارع است، به عبارت دیگر شرط همانند عقد نیروی الزام‌آور خود را از عموم اوفوا بالعقود و اراده طرفین می‌گیرد و همچنین قواعد عالم اعتبار غیر از عالم تکوین است. در ضمن ظاهر عبارت علامه نشان می‌دهد که نظر ایشان در مورد شرط پیش از عقد بود و این مربوط به شرط بنایی نمی‌شود.

۴. این که عده‌ای استدلال کرده‌اند که شرط یکی از ارکان عقد است و در نتیجه باید در هنگام عقد ذکر شود اینطور قابل نقد است:

الف - شرط مانند عوضین نیست که رکن عقد محسوب شود. مثلاً در عقد بیع، ثمن و مبیع را می‌توان رکن عقد دانست ولی شرط، امر مستقل در عرض آن دو نیست، بلکه شرط ملحق به یکی از عوضین خواهد بود.

ب - بر فرض که شرط از ارکان عقد باشد، ولی ذکر آن لازم نیست، چون ارکان هنگامی که به قرینه معلوم باشند، نیازی به ذکر ندارند. پس، در صورت معلوم بودن ثمن و مثنی کافی است که ایجاب‌کننده بگوید: فروختم و قبول‌کننده بگوید: خریدم (اصفهانی، بی تا، ۲، ۱۵۴).

۵. استناد به روایاتی که شرط سابق بر نکاح را معتبر نمی‌دانند، صحیح نمی‌باشد. چرا که ظاهر آن نادرستی اکتفا به شرط سابق و لزوم بقای طرفین بر لحاظ شرط در عقد می‌باشد رد و اجازه هم که در موثقه عبدالله بن بکیر آمده موضوعیت نداشته بلکه جنبه طریقی برای احراز بقای بر شرط دارد. از سوی دیگر، روایت مذکور حکمی استثنایی است و مختص به مورد نکاح داشته و امکان تعمیم به موارد دیگر نیست (همان، ۳، ۱۵۴). باز هم در این مورد به شرط قبل از عقد توجه شده و هیچ ارتباطی شرط بنایی ندارد.

۶. استدلال به صحت بیع با وجود تبانی بر ربا برای عدم مشروعیت شرط بنایی صحیح نیست. زیرا علاوه بر آنکه مشروعیت حیل مورد اتفاق نظر همه فقهاء نیست. در ظاهر نیز منافاتی میان مشروعیت آن و مشروعیت شرط بنایی وجود ندارد چرا که هر چه پیش از عقد بر آن گفتگو گردد و توافق حاصل شود نقش شرط به خود نمی‌گیرد. بر همین اساس برخی هم حیل‌های ربا را مشروع می‌دانند و هم شرط بنایی را معتبر می‌دانند (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۱۹۸).

۳-۲- نظریه صحت شرط بنایی

از آنچه که در پیش گفته شد چنین حاصل آمد که مشهور فقهاء متقدم معتقدند شرط بنایی باطل است البته در مقابل، عده ای از فقهاء قائل به صحت شرط بنایی هستند که اکنون به بیان نظرات و ادله فقهاء در مورد صحت شرط بنایی می پردازیم.

۳-۲-۱- آراء و ادله فقهاء در مورد صحت شرط بنایی

۱. عبارت شیخ طوسی در کتاب «خلاف»: هر گاه دو طرف، پیش از عقد شرط کنند که پس از عقد خیار به وجود نیاید، چنین شرطی صحیح است و عقد بیع تنها با انشاء ایجاب و قبول لازم خواهد شد (طوسی، ۱۴۱۷، ۳، ۲۱).^۱

۲. عبارت علامه در کتاب «مختلف»: به عقیده من شرط در صورتی معتبر است که در متن عقد واقع شود، بلکه اگر شرط قبل از عقد ذکر شود و بر آن توافق کنند، آن شرط صحیح است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۵، ۶۳).^۲

۳. عبارت قاضی ابن البراج در کتاب «جواهر الفقه»: وقتی بایع بر مشتری قبل از عقد شرط کند که بین آنها بعد از عقد خیار نباشد آیا این شرط صحیح است؟ این شرط صحیح است و عقد به نفس ایجاب و قبول لازم می شود زیرا اصل جواز این شرط است و مانعی برای منع آن وجود ندارد و عموم اخبار وجوب وفاء شامل آن می شود و هر کسی که ادعای ممنوع بودن این شرط را می کند باید دلیل بیاورد (قاضی ابن البراج، ۱۴۱۱، ۵۴).^۳

۴. عبارت ملا احمد نراقی در کتاب «عوائد الایام»: آنچه عمومات اقتضاء می کند آن است که عمل به هر شرط واجب است مطلقاً چه قبل از عقد یا بعد از عقد بلکه اگر عقدی هم نباشد عمل به شرط واجب است (نراقی، ۱۴۰۸، ۴۷).^۴

۱- «إذا شرطاً قبل العقد ان لا یثبت بینهما خیار بعد العقد صح الشرط و لزم العقد بنفس الایجاب و القبول»

۲- «و عندی فی ذلک نظر، فإن الشرط إنما یتبر حکمه وقع فی متن العقد، نعم لو شرط قبل العقد و تابعا علی ذلک الشرط صح ما شرطاه»

۳- «مسأله: إذا شرط البایع علی مشتری قبل العقد ان لا یثبت بینهما خیار بعد العقد، هل یصح ذلک الشرط اولاً؟ الجواب: یصح ذلک، و یلزم العقد بنفس الایجاب و القبول، لان الاصل جواز هذا الشرط، و لا مانع یمنع منه، و عموم الاخبار یناوله و من ادعی المنع منه، فعليه الدلیل»

۴- «ان مقتضى العمومات المتقدمه وجوب الوفاء بالشرط مطلقاً، سواء كان قبل العقد او بعده، بل لو لم یکن عقد ایضاً»

۵. عبارت صاحب جواهر «جواهر الکلام»: نظر پنجم در باب شروط: شرط مذکور در عقد معتبر است نه شرط بعد از عقد و قبل از عقد، به شرطی که عقد بر مبنای آن واقع نشود یعنی اگر عقد بر مبنای شرط قبل از عقد واقع شود الزام آور بودن شرط بسیار قوی است (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۱۹۸).^۱

۶. عبارت طباطبایی یزدی در کتاب «سؤال و جواب»: «سؤال - زیدی می‌خواهد ملکی را بفروشد به عمرو. دو شرط مابین آنها می‌شود. ولی در ضمن صیغه، مذاکره‌ی شرط 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 هم نمی‌فروخت. حکم الله را مرقوم فرمایید. اگر در وقت صیغه اسقاط اختیارات را کرده باشد، این دو شرط هم از جمله اختیارات است یا خیر؟ جواب - هر گاه در مجلس بیع، پیش از اجرای صیغه، در مقام مقوله، ذکر آن دو شرط کرده‌اند و بیع را مبنی علیهما واقع ساخته‌اند، نه‌ایه الامر ذکر 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 موجب خیار شود. حاصل اینکه اگر در حال اجرای صیغه، تبانی بر آن باشد، واجب العمل و مثل مذکور در عقد است، و الا فلا. در صورت تبانی، اسقاط اختیارات شامل آنها نیست، مثل آنکه مذکور باشند که شامل نیست. و الله العالم» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۱۸۷). همچنین عبارت ایشان در کتاب «حاشیه مکاسب»: در صورت توافق و تبانی متعاملین بر شرط آن شرط لازم‌الوفاست، خواه پیش از عقد، در مورد رعایت آن برای خود ایجاد تعهد کرده باشند، یا صرفاً در مورد آن گفتگو کرده و انشاء التزام را به لحظه‌ی وقوع عقد موکول کرده باشند یا تبانی مذکور ناشی از محدودبودن آن امر در خارج باشد مثل شرط سالم‌بودن عوضین که بیع مطلق انصراف به این دارد که طرفین تبانی بر سالم‌بودن مبیع دارند، هر چند در عقد ذکر نشده است و با همین اندازه از توافق و تبانی طرفین بر امری عنوان شرط بر آن صدق می‌کند (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸، ۲، ۱۱۸).^۲

۷. عبارت محقق اصفهانی در کتاب «حاشیه مکاسب»: منظور از التزام ضمنی، صرف قرارگرفتن

۱- «النظر الخامس: فی الشروط: المذكور به فی متن العقد دون ما بعده بل و ما قبله، إذا لم یکن بناء العقد علیه و إلا فالصحة فيه قویه جدا»

۲- «فی صوره تواطؤهما و بنائهما علی الشرط سواء كان مع الالتزام السابق، او مع المقاوله السابقه، او من جهه المعهودیه الخارجی، كما فی اشتراط الصحه فی العوضین، حیث ان المبیع المطلق ینصرف الی التبانی علی الصحه و ان لم تذكر فی العقد. و الوجه فی صدق الشرط علی هذا المقدار من التواطؤ و التبانی»

التزام شرطی در بین ایجاب و قبول نیست. بلکه حقیقت شرط، قائم به این است که قرارداد بر تعهد ناشی از آن مترتب شود، وگرنه، قرارگرفتن شرط در ضمن عقد، از حقیقت شرطیت بیگانه است. اما فساد و این ادعا که شرط باید در ضمن عقد لفظی قرار گیرد، آشکارتر است، زیرا شرط و عقد از مقوله معانی‌اند نه الفاظ (اصفهانی، بی‌تا، ۵، ۱۷۱).^۱

۸. عبارت سیدخویی در کتاب «مصباح الفقاهه»: جوهر معنای شرط اناطه - مربوط کردن امری به عقد است و این حقیقت، چنانکه پوشیده نیست، با قصد مشترک متعاملین و تبانی و توافق آنها و منعقد کردن عقد بر آن مبنی، بودن و نیاز به ذکر کردن آن در متن عقد، حاصل می‌شود. بنابراین، هیچ ایرادی ندارد که برای اثبات درست قراردادی که مبتنی بر آن توافق پیشین منعقد شده، به آیهی «احل الله البیع» و امثال آن، استناد شود، همچنانکه، مشروعیت چنان شرطی هم با حدیث عام «المؤمنون عند شروطهم» قابل اثبات است (توحیدی، بی‌تا، ۵، ۳۳۸).^۲ همچنین عبارت ایشان در کتاب «منهاج الصالحین»: از ظاهر کلام چنین بر می‌آید که شرط مذکور در عقد شرط صریح یا ضمنی است مانند اینکه قرینه‌ای قائم شود که عقد مبنی علیهما واقع و مقید به آن می‌شود خواه به دلیل آنکه متعاملین شرط قبل از عقد ذکر کنند یا مدت به صورت تفاهم عرفی باشد مثل شرط تسلیم مبیع در زمانی که خریدار استحقاق آن را دارد. بنابراین اگر شرط قبل از عقد ذکر گردد و عقد مبنی علیها واقع نشود و عمداً یا سهواً آن شرط واجب الوفاء نیست (خویی، ۱۴۱۰، ۲، ۴۲). سید علی سیستانی در منهاج الصالحین همین عبارت را بیان می‌کند (سیستانی، بی‌تا، ۲، ۵۷).^۳

۹. سید بجنوردی از جمله فقهای است که شروط تبانی را مثل شروط ضمنی می‌داند زمانی که عقد مبنی علیها واقع می‌شود و به مدلول التزامی دلالت بر آن می‌کند و آن را لازم الوفاء می‌داند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۵۴).^۴

۱- «إن المراد بالالتزام الضمینی لیس مجرد وقوع الالتزام الشرطی بین ایجاب و قبوله ... بل حقیقه الشرطیه متقدمه بترتب العقد علی الالتزام و ان الضمینه امر اجنبی عن حقیقه الشرطیه. اما الضمینه العقد اللفظی فا وضع فساداً، لان الشرط و البیع من مقوله المعانی لا من مقوله الالفاظ»
 ۲- «فان الاناطه التي هي معنى الشرط تحصل بغير الذكر من القصد و البناء و ايقاع العقد على هذا كما لا يخفى. و اذ فلا محذور في التمسك لا ثبات صحه البیع الذي وقع مبنياً على القصد السابق با حل الله البیع و نحوه و مشروعیه الشرط و صحتہ بعموم المؤمنون عند شروطهم كما لا يخفى»
 ۳- «أن يكون مذكورا في ضمن عقد صريحاً أو ضمناً كما إذا اقامت القرينه على كون العقد مبنياً عليه و مقيداً به إما لذكره قبل العقد أو لاجل التفاهم العرفی مثل اشتراط التسليم فلو ذكر قبل العقد و لم يكن العقد مبنياً عليه عمداً أو سهواً لم يجب الوفاء به»
 ۴- «و بالجمله: شروط التبانی كحال الشروط الضمینه فی كون التعاقد فی خارج العقد موجبا لتضمن عليها وقوع مبنيا عليه، فتقع تحت الالتزام و الالتزام العقدی، و يدل عليه العقد بمدلوله الالتزام، فيجب الوفاء»

۱۰. عبارت محقق اردبیلی در کتاب «مجمع الفائدة»: اگر قبل از عقد توافق بشود بر شرطی کافی است (اردبیلی، ۱۴۱۱، ۸، ۱).^۱

فقهاء برای اثبات صحت شرط بنایی دلایلی را ذکر کردند که این ادله به اختصار بدین شرح می باشد:

۱. اعتبار قیود معنوی: در صورتیکه طرفین بر شرط توافق کرده باشند آن شرط قید معنوی عقد محسوب می گردد به همین دلیل، وفای به آن عقد خاص، بدون عمل به آن شرط بنایی امکان پذیر نیست و بدون آن عقد تجارتي ناشی از توافق و رضایت طرفین نخواهد بود (طباطبایی یزدی، بی تا، ۲۹۳: انصاری، ۱۴۳۰، ۵۵). شرط بنایی اگرچه در متن نیامده ولی در نظر دو طرف قید معنوی عقد بوده و بخشی از مفاد قرارداد را شکل می دهد و عموم قاعده اوفوا بالعقود شامل آن می شود.

۲. تبعیت عقد از قصد: مطابق قاعده‌ی تبعیت عقد از قصد مشترک متعاملین، در صورت وجود شرط بنایی، که هنگام عقد مورد توجه بوده و قرارداد بر اساس آن شکل گرفته و اگر آن شرط قبل از عقدی نمی بود چه بسا عقد شکل نمی گرفت و گویی پیوندی وجود دارد بین شرط بنایی و عقد و مطابق قاعده العقود تابعه للقصود باید شرط بنایی را صحیح دانست (نراقی، ۱۴۰۸، ۱۵۹).

۳. اعتبار شرط ضمنی: عده ای از فقهاء من جمله سید بجنوردی و سید خویی و سید سیستانی معتقدند که شرط بنایی مثل شروط ضمنی است زمانی که عقد مبنی علیها واقع می شود (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۵۴: خویی، ۱۴۱۰، ۲، ۴۲؛ سیستانی، ۲، ۵۷).

۴. حدیث المؤمنون عند شروطهم: تنها شرطی از کلیت این حدیث خارج می باشد که عقد مبتنی بر آن نباشد بنابراین حدیث مزبور شرط مورد بحث که عقد بر آن مبتنی است را در بر خواهد گرفت (انصاری، ۶، ۵۵).

۳-۲-۲- آراء فقهای معاصر در مورد شرط بنایی

شرط بنایی از نظر فقهای معاصر لازم الوفاء است. در این مورد مخالفی نیافتیم. در ادامه به استفتائات برخی مراجع در این زمینه اشاره می کنیم: آیا شرط بنایی (تبانی) لازم الوفاء است؟

۱- آیت الله العظمی محمد تقی بهجت: «هر شرطی که عقد مبنی بر آن باشد مثل مذکور در ضمن

عقد است».

۱- «و یمكن ان یکون قوله ذلک مع التواطی علی ذلک قبل العقد کافیا»

- ۲- آیت‌الله العظمی سید علی سیستانی: «اگر عقد مبنی بر آن باشد کافی است».
- ۳- آیت‌الله العظمی لطف‌الله صافی گلپایگانی: «اگر قبل از عقد، مقاوله در خصوص شرط طوری باشد که ابتناء عقد بر آن در وضوح به حدی باشد که مانند آن است که در عقد ذکر شده باشد در این صورت حکم مذکور در عقد را دارد و لازم‌الوفاء است والله‌العالم».
- ۴- آیت‌الله العظمی ناصر مکارم شیرازی: «شرط (لازم‌الوفاء) یا باید در ضمن عقد باشد یا قبلاً بر آن توافق شده باشد که آن را شرط مبنی علیه العقد می‌گویند».
- ۵- آیت‌الله العظمی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: «اگر مذاکره قبلی شده و عقد مبنیاً علیه انشاء شده، کافی است» (گنجینه آراء فقهی قضایی، هر پنج استفتاء، سؤال شماره ۵۸۸۶).
- ۶- آیت‌الله العظمی سید علی خامنه‌ای: «شرط تا در ضمن عقد و معامله نباشد و یا عقد مبتنی بر آن منعقد نشود اثری ندارد» (www.nahad.ir) رساله عملیه آیت‌الله خامنه‌ای، سؤال (۱۴۷۴).
- ۷- حضرت امام خمینی (ره): «آنچه در ضمن عقد با رضایت طرفین قرارداد شرط شده نافذ است. و نیز اگر عقد مبنی بر شرط واقع شده باشد شرط بنائی مذکور هم نافذ است. و غیر آن نفوذ ندارد» (گزیده استفتاها از محضر امام خمینی (ره)، ج ۴ / www.nahad.ir)

۳-۳- نظریه تفصیل شرط بنایی

نظریه تفصیل شرط بنایی در فقه امامیه منتسب به محقق نائینی است به عقیده وی شروط و اوصافی که در قرارداد ذکر نمی‌شود ولی عقد مبتنی بر آن منعقد می‌گردد بر سه نوع است و شرط ضمنی را قسمتی از شرط بنایی معرفی کرده است.

نخست: شرطی که عقد با دلالت التزامی بر آن دلالت دارد و آن شرطی است که بنای عرف و عادت نوعی بر آن قرار گرفته است مانند تساوی مالت دو مورد عقد و معیوب‌نبودن مورد عقد آن را شرط ضمنی نامیده و تخلف آن را موجب خیار برای متضرر دانسته است.

دوم: شرطی که صحت عقد متوقف بر آن است، مثل شرط مربوط به صفت مهم مورد عقد که در صورت عدم شرط و بی‌اطلاعی طرف عقد از آن موجب خیار فسخ است. مانند معلوم بودن مبیع از لحاظ وزن.

سوم: شرطی که موضوع آن امر خارج از عقد و مربوط به اغراض و اهداف شخصی و خصوصی عقد است در صورتی که در متن عقد ذکر نشود فاقد اعتبار است مانند آنکه پیش از ایجاب و قبول بیع خانه، طرفین عقد توافق کنند که فروشنده ظرف دو ماه پس از عقد، خانه را تعمیر کند و سپس ایجاب و قبول عقد بدون ذکر شرط تعمیر واقع گردد.

بنابراین محقق نائینی از اقسام ۳ گانه قسم اول و دوم را معتبر و قسم سوم را بی اعتبار می داند (نجفی خوانساری، منیه الطالب، ۲، ۳۹۶؛ شهیدی، ۱۳۸۵، ۲، ۳۴۰).

۳-۳-۱- نقد نظریه

به نظر عده‌ای از حقوقدانان که نظر ما هم بر آن می باشد استدلال مطرح شده، جهت تفکیک شرط بنایی چندان مناسب نمی باشد. محقق نائینی شرط ضمنی را از اقسام شرط بنایی بیان نموده در حالی که اعتبار شرط ضمنی را همه فقهاء پذیرفته اند، حتی در صورتی که طرفین از بنای عرف و عادت، بی اطلاع باشند، به مفاد آن ملزم هستند و اساساً در چنین موردی، این التزام را نباید شرط بنایی به معنای خاص دانست زیرا متعاملین از وجود آن عرف و عادت نوعی اطلاعی نداشته اند تا بخواهند عقد را با لحاظ آن منعقد نمایند. بنابراین الزامی که در این شروط به طرفین عقد تحمیل می شود ناشی از بنای شخصی و قصد مشترک آنها نبوده، ریشه در اراده قانونگذار دارد که متعاملین را به کلیه آثار و لوازم عقد ملتزم نموده اند خواه دو طرف از ترتب چنین آثاری بر عقد خود مطلع باشند و خواه از برخی آثار و لوازم عرفی معامله بی اطلاع باشند. پس می توان نتیجه گرفت تفصیل ایشان در واقع، انکار اعتبار شرط بنایی می باشد چرا که از نظر قائلان شرط بنایی، همین که متعاقدين آن را پذیرفته و جزیی از عقد قرار دهند، برای الزام آور بودن آن کافی است ایجاد تمایز میان صفاتی یا شرطی که خارج از ذات عقد می باشند با صفات و یا شرطی که به ذات عوضین مربوط می باشد، چندان صحیح نمی باشد چرا که وصف یا شرطی که خارج از ذات عقد می باشد، همانند نوع دوم از شرط بنایی، مدلول التزامی شخصی عقد به شمار می آید و جزء بدنه عقد قرار می گیرد، پس الزام آور است (سیمایی صراف، ۱۳۸۰، ۶۱؛ فرحزادی، همان، ۲۰۵).

۴- شرط بنایی از دیدگاه فقه عامه

در فقه عامه نیز همانند فقه امامیه از آغاز مسائل مربوط به شروط ضمن عقد مطرح بوده و در رد و ابرام آنها بحث شده است و شرایط اعتبار شرط و آثار و احکام و اقسام آن مورد گفتگو واقع گردیده است.

با مطالعه و بررسی شرایط صحت و بطلان شرط در فقه عامه به این نتیجه می‌رسیم که در تمام مذاهب عامه در حقوق اسلام شرط باید در ضمن عقد و مقترن با آن باشد در غیر اینصورت شرط خارج از توافق اصلی محسوب می‌شود و باطل است (موسوعه جمال عبد الناصر، ۱۱، ۱۸۲). رویکرد سنتی غالب در فقه عامه بر بی‌اعتباری شرط ضمن عقد است. از این دیدگاه اعتبار شرط ضمن عقد امری استثنایی و مربوط به مواردی است که دلیل خاصی وجود داشته یعنی دلایلی از کتاب یا سنت بر جواز شرطی دلالت کند. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که وقتی شرط ضمن عقد صحیح نباشد به طریق اولی شرط قبل از عقد و شرط پس از آن نیز اعتباری نخواهد داشت. در ماده ۲۱ مجله الاحکام العدلیه آمده: «کل شرط تقدم العقد أو تأخر عنه فهو باطل» یعنی، هر شرط که مقدم یا مؤخر بر عقد باشد پس آن شرط باطل است (رستم باز اللبنانی، ۱۹۶۸، ۸۸). در این مبحث به بیان آراء فقهاء عامه در مورد شرط بنایی می‌پردازیم با این توضیح که آنچه ما به تبع فقه امامیه شرط بنایی می‌نامیم در فقه عامه بدین نام نیست بلکه عناوینی مانند شرط مقدم یا شرط سابق بر عقد وجود دارد.

۴-۱- مذهب شافعی و حنفی

مذهب حنفی و شافعی در موارد محدودی شروط ضمن عقد را معتبر می‌دانند این دو مذهب از مذاهب اهل سنت می‌گویند اصل در عقود و شروط، ممنوعیت است (اصاله الحظر) مگر اینکه دلیل بر جواز آن از شرع رسیده باشد (سنهوری، ۱۹۹۷، ۳، ۱۷۲). شیخ طوسی در مباحث مربوط به خیار مجلس و موارد سقوط آن قبل از عقد معتقدند فرقی بین شرط مذکور در متن عقد و توافق قبلی بر عدم پیدایش خیار مجلس (شرط بنایی) نیست و بیان می‌دارد: «هر گاه دو طرف، پیش از عقد، شرط کنند که پس از عقد خیار به وجود نیاید، چنین شرطی صحیح است و عقد بیع تنها با انشاء ایجاب و قبول لازم خواهد شد. فقهاء شافعی در این مورد دو گروهند: اکثر آنها معتقدند چنین شرطی صحیح نیست و بعضی از ایشان، نظیر فقهاء امامیه قائل به صحت آن می‌باشند. دلیل ما آن است که مانعی از صحت و نفوذ این شرط نیست و اصل بر جواز است. به علاوه که اخبار دال بر نفوذ شرط شامل چنین شرطی هم شود» (طوسی، ۱۴۱۷، ۳، ۲۱). شیخ طوسی قضیه‌ای را نقل می‌کند در این زمینه ابن سعید می‌گوید وارد مکه شدم سه نفر از فقهای کوفه را دیدم یکی ابوحنیفه دومی ابن ابی لیلی و سومی ابن شبرمه. به ابوحنیفه گفتم کسی بیع کرد و شرطی کرد. گفت: بیع و شرط باطل است، زیرا نهی النبی (ص) «عن بیع و شرط». همین سؤال را از ابن ابی لیلی

کردم گفت: بیع جایز و شرط فاسد است، چون وقتی عایشه کنیزی خرید با بیع شرط کرد که اگر او را آزاد کند، ولاء عتق برای بیع باشد، پیامبر(ص) فرمود: «الولاء لمن اعتق» سپس پیامبر شرط را ابطال و بیع را امضا کرد. باز همین مسأله را از ابن شبرمه کردم. ابن شبرمه گفت شرط و بیع هر دو جایز است، زیرا پیامبر شتری از کسی خریداری نمود و فروشنده با پیامبر شرط کرد که او را نیز تا مسافت معینی سوار کند و پیامبر(ص) قبول کرد. به هر حال مستند این دسته از فقهاء نهی پیامبر از بیع و شرط است همچنین روایتی که عبدالله بن عمر از پیامبر نقل کرده که پیامبر(ص) فرمود: «لا یحل سلف و بیع و لا شرطان فی بیع و لا تبع مالیس عندک» (قدامه، بی تا، ۴، ۲۸۵؛ قدامه، بی تا، ۴، ۵۲). بعضی این نهی را حمل می کنند بر شرط فاسد و یا شرطی که قبل از عقد ذکر شود که این شرط تأثیری ندارد. بنابراین این دو مذهب یا اصولاً شرط را صحیح نمی دانند و اگر هم صحیح بدانند، در صورتی آن را مؤثر می دانند که در خلال عقد ذکر شود (شکاری، بی تا، ۸۷). چنانچه شرط صحیح باشد، آیا مشروط علیه مجبور به وفاء به عقد می شود یا خیر؟ بین فقهاء عامه دو قول وجود دارد: بعضی به استناد «المؤمنون عند شروطهم» شرط را لازم الوفاء می دانند و بعضی دلیلی بر الزام و اجبار نمی بینند.

اما اینکه آیا شرط فاسد مفسد عقد است یا نه، در این مسأله عقیده دارند که شرط فاسد مفسد عقد نیست، زیرا وقتی عایشه شرط می کند که ولاء عتق برای بیع باشد، پیامبر شرط را انکار و ابطال می کند، ولی عقد را ابطال نمی کند؛ مع هذا طبق یک قول ابی حنیفه باطل است، زیرا پیامبر از بیع و شرط نهی کرده و جهل به شرط به جهت فساد موجب جهل به ثمن می شود و از طرفی رضای بیع، مقید به شرط بود اگر شرط به نفع او باشد و همچنین رضای مشتری اگر شرط به نفع او باشد؛ پس تجارت بدون تراضی باطل است (همان، ۸۸).

روایت ابو یوسف از ابی حنیفه: آنچه را که شرط می شود به صورت پنهانی و ذکر نمی شود در عقد، همانا عقد صحیح است و آن شروط ذکر نشده در عقد اثری ندارد (الکاشانی، ۱۴۰۹، ۵، ۱۷۶).^۱

۴-۱-۱- آراء فقهای شافعی در مورد شرط بنایی

۱. عبارت محمدبن شربینی در کتاب «معنی المحتاج»: اگر متعاقدين توافق یا تبانی نمایند بر چیزی قبل از عقد و سپس به همان قصد عقد را منعقد نمایند بدون اینکه آنچه مقصودشان بوده در عقد شرط

۱- «ما شرطاه فی السر لم یدکراه فی العقد و انما عقدا عقدا صحیح شرائط فلا یؤثر فیہ ما تقدم من الشرط»

نمایند، مکروه است بدلیل خروج این مورد از شروطی که موجب بطلان عقد می‌شود زیرا هر آنچه که اگر در ضمن عقد ذکر شود عقد را باطل می‌کند اگر متعاقدين توافق بر آن نمایند و در ضمیرشان بگذرانند بدون اینکه در عقد ذکر شود، مکروه است مثل اینکه اگر بدون شرطی، زنی به تزویج در آورد و مرد عزم نموده بود هر گاه با زن وطی کرد او را طلاق دهد. یا اینکه با زن ازدواج کند با این قصد که او را برای زوج اول، تحلیل نماید صحیح است چنانکه ماوردی به آن جزماً نظر داده است زیرا که شرط جدایی نشده است بلکه مقتضای عقد را شرط نموده است (الشربینی، ۱۹۵۸، ۳، ۱۸۳).^۱ موسوی الحجاوی در کتاب «الاقناع» همین عبارت را بیان می‌کند (الحجاوی، بی‌تا، ۱۱۲، ۲۰). همچنین شربینی جای دیگر بیان می‌دارد: «إذا تقدم الشرط على العقد فانه لا اعتبار به في الخيار، لان الشرط إنما يؤثر في العقد إذا ذكر فيه»، وقتی شرط بر عقد مقدم شود اعتباری ندارد زیرا شرط زمانی مؤثر است که در عقد ذکر شود (الشربینی الخطیب، ۱۹۵۸). زکریا لانصاری که در کتاب «فتح الوهاب» همین عبارت را بیان می‌کند (زکریا انصاری، بی‌تا، ۲، ۸۵).

۲. عبارت محیی‌الدین نووی در کتاب «روضه الطالبین»: اگر مرد با کنیزی ازدواج کند به شرط اینکه استمتاع از بضع را مالک نشود مانند شرط عدم نزدیکی با زن می‌باشد، اگر با زن ازدواج کند به شرط اینکه بضع زن را مالک نشود و از این شرط، استمتاع را اراده نموده باشد، پس چنین شرطی نیز باطل است اما اگر اراده ملک عین (بضع) نماید ضرری به عقد نمی‌زند، همه آنچه را که گفته شد مربوط به موردی است که در ضمن عقد شرط شود اما اگر قبل از عقد بر شرطی که گفته شد تبانی نمایند و عقد بر همان مقصود واقع شود بدون اینکه در ضمن عقد شرطی که قبل از عقد بر آن تبانی نموده‌اند، پس شرط تبانی از حیث صحت همانند مشروط در ضمن عقد نیست (النووی، بی‌تا، ۵، ۴۶۴).^۲

همچنین نووی در کتاب «المجموع» بیان دارد شرط قبل از عقد صحیح نیست زیرا رهن تابع دین است پس شرط قبل از عقد جایز نیست (همان، بی‌تا، ۱۳، ۱۸۲).^۳

۱- «تواطأ العاقدان على شيء من ذلك قبل العقد ثم عقدا بعد ذلك القصد بلا شرط كره خروجاً من خلاف من أبطله، و لان كل مالو صرح به أبطل إذا أضر كره، و مثله لو تزوجها بلا شرط و في عزمه أن يطلقها إذا وطئها. و لو تزوجها على أن يحلها للاول صح كما جزم به الماوردی لانه لم يشترط الفرقه بل شرط مقتضى العقد»

۲- «لو تزوج أمه على أن لا يملك الاستمتاع ببضعها، فكشروط أن لا يبطأ، و إن تزوجها بشرط أن لا يملك بضعها، فإن أراد الاستمتاع، فكذلك إن أراد ملك العين، لم يضر. و جميع ما ذكرناه إذا شرطه في نفس العقد، ولو تواطأ في شيء من ذلك قبل العقد، و عقدا على ذلك القصد بلا شرط، فليس كالمشروط على الصحيح»

۳- «فأما شرطه قبل العقد فلا يصح لان الرهن تابع الدين فلا يجوز شرطه قبله»

۳. عبارت الملیباری الهندی در کتاب «فتح المعین»: برای هر یک از زوجین به دلیل تخلف از شرطی که ضمن عقد واقع شده است، خیار وجود دارد نه برای شرطی که قبل از عقد توافق بر آن شده است. مانند اینکه در ضمن عقد شرط شود که یکی از زوجین آزاد باشد یا از نسب فلان باشد یا شرط جمال یا بکارت، جوانی، مانند اینکه با تو ازدواج کرده‌ام به شرطی که باکره یا آزاد باشی (الملیباری الفنانی الهندی، ۱۴۱۸، ۳، ۳۸۴). اگر اهل قطر تبانی نمایند بر لفظی که از آن اراده نکاح شود بدون اینکه تصریح به آن شود نکاح به آن واقع نمی‌شود (همان، ۳۱۹).^۱

۴. عبارت جلال سیوطی در کتاب «حواشی الشروانی»: مردی خری را می‌فروشد و سپس از مشتری درخواست اقاله می‌کند پس مشتری می‌گوید به شرط اینکه بعد از آن از من بخری فروشنده می‌گوید: باشد اقاله صورت می‌گیرد و فروشنده امتناع می‌کند از بیع آیا اقاله صحیح است. جواب: اگر این شرط، در ضمن اقاله ذکر نکرده‌اند بلکه قبل از اقاله بر آن تبانی و توافق نموده‌اند و سپس اقاله حاصل شد اقاله صحیح است و شرط لغو و باطل است و فروش مجدد آن به مشتری لازم نیست. اما اگر شرط در ضمن اقاله ذکر شود اقاله را فاسد می‌کند ظاهر آن فساد اقاله است اگر چه بگوییم که اقاله، فسخ است (سیوطی، بی‌تا، ۴، ۳۸۳).^۲

۴-۱-۲- آراء فقهای حنفی در مورد شرط بنایی

۱. عبارت ابوبکر کاشانی در کتاب «بدائع الصنائع»: آنچه که طرفین با هم توافق می‌کنند و ذکر نمی‌کنند در عقد اعتباری ندارد - هر شرط بین طرفین باطل است (کاشانی، ۱۴۰۹، ۵، ۱۷۷).^۳

۲. عبارت الحصفکی در کتاب «الدر المختار»: اگر توافق بر وفاء کنند قبل از عقد سپس عقد را بدون آن شرط منعقد کنند عقد جایز است و آن توافق قبلی اعتبار ندارد (الحصفکی، ۵۱۴۱۵، ۴۰۸).^۴

۴-۲- مذهب حنبلی و مالکی

۱- «و يجوز لكل من الزوجين خيار بخلف شرط وقع في العقد لا قبله كان شرط في أحد الزوجين حريه أو نسب أو جمال أو سيار أو بكاره أو شباب كزواجك بشرط أنها بكرأ و حره - ولو تواطأ أهل قطر على لفظ في اراده النكاح من غير صريح ترجمه لم ينعقد النكاح به»

۲- «رجل باع حمار ثم طلب من المشتري الاقاله فقال: بشرط أن تبيعه لي بعد ذلك بكذا فقال: نعم فلما أقاله امتنع من البيع فهل يصح هذه الاقاله الجواب إن كان هذا الشرط لم يدخله في صلب الاقاله بل تواطأ عليه قبلها ثم حصلت الاقاله فالاقاله صحیحه و الشرط لاغ و لا يلزم البيع ثانياً و إن ذكر الشرط في صلب الاقاله فسدت الاقاله انتهى و ظاهره فسادها و إن قلنا إنها فسخ انتهى»

۳- ما ذكرنا في المواضعه لم يذكره في العقد فلا يعتبر - كل شرط بيننا فهو باطل»

۴- «لو تواضعا على الوفاء قبل العقد ثم عقد خاليا عن شرط الوفاء فالعقد جائز و لا عبره للمواضعه»

برخلاف مذهب شافعی و حنفی که اصل را بر فساد شرط نهادند، مذهب حنبلی و مالکی اصل را بر جواز و صحت شروط گذاشته و شروط فاسد را استثنایی و منحصر به دو مورد دانسته‌اند:

۱. شرط خلاف مقتضای عقد ۲. شرط نامشروع (سنهوری، بی تا، ۳، ۱۷۳).

ابن قیم جوزیه به صراحت شرط صحیح را با چند شرط پذیرفته است: ۱- شرط ضمن عقد صفتی باشد که در متن عقد هنگام تعاقد شرط شود ۲- شرطی که عقد آن را اقتضاء می‌کند ۳- شرط تجویز شده از ناحیه شارع ۴- شرط ملائم عقد باشد (ابن قیم جوزیه، ۱، ۳۴۴) و در استدلال بر صحت این نظریه می‌گوید: «خداوند دستور وفاء به عهد و عقد داده است که برخی از تأکیدات بعنوان نمونه چنین است: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»، «والذین هم لاماناتهم و عهدهم راعون» و «الموفون بعهدم اذا عاهدوا» و نیز استناد به روایت نبوی (ص): «المؤمنون عند شروطهم» و «الناس علی شروطهم ما وافق الحق» نموده است (همان، ۳۴۵).

۴-۲-۱- آراء فقهای حنبلی در مورد شرط بنایی

۱. عبارت ابن قیم جوزیه در کتاب «اعلام الموقعین»: همانا قصود در عقود غیر معتبر است و قاعده این است که شرط متقدم بی اثر است و همانا شرط زمانی اثر دارد که در ضمن عقد واقع شود (همان، ۳، ۱۶۹).^۱

۲. عبارت عبدالرحمن بن قدامه در کتاب «الشرح الکبیر»: هر گاه قبل از عقد، توافق و تبانی نمایند و اما شرطی را که قصد آن نموده‌اند در ضمن عقد ذکر نکنند یا اینکه محلل بودن را قصد نمایند بدون اینکه در عقد این شرط را ذکر نمایند، نکاح باطل است. اگر قبل از عقد شرط شود که او را تحلیل نماید و در عقد قصد چیز دیگری نماید یعنی غیر از آنچه بدان شرط نموده‌اند قصد نمایند، نکاح از روی رغبت را قصد نمایند عقد صحیح است زیرا این عقد از نیت تحلیل (شرط بنایی) خالی می‌باشد و عقد صحیح می‌باشد مانند این است که در عقد ذکر نشده است و حدیث ذی الرقعتین بر این معنی حمل می‌شود. اگر زن یا ولی او قصد تحلیل نماید نه زوج - اثری در عقد ندارد (قدامه، بی تا، ۷، ۵۳۲).^۲

۱- «ان القصود غیر معتبره فی العقود، و القاعده المتقدمه ان الشرط المتقدم لایؤثر، و انما التأثير للشرط الواقع فی صلب العقد»

۲- «اذا تواطأ علیه قبل العقد و لم یذكر هل نواه أو نوى المحلل من غیر شرط فالنکاح باطل أيضا، فان شرط علیه أن یحلها قبل العقد فنوی بالعقد غیر، شرطوا علیه و قصد نکاح رغبه، صح العقد لانه خلا عن نیه التحلیل و شرطه فصیح كما لو لم یذكر ذلك و علی هذا یحمل حدیث ذی الرقعتین فان قصدت المرأه أو ولیها التحلیل دون الزوج لم یؤثر ذلك فی العقد».

همین عبارت را البهوتی در کتاب کشف القناع آورده است (البهوتی، ۱۴۱۸، ۵، ۱۰۳).

۲-۲-۴- آراء فقهاء مالکی در مورد شرط بنایی

۱. عبارت الخطاب الرعینی در کتاب «مواهب الجلیل»: اگر توافق و تبانی کنند بر نقد بدون قبل از عقد اما در ضمن عقد بیع آن را شرط نمایند، شرطی که قبل از عقد بیع بر آن تبانی نموده‌اند همانند شرطی است که در ضمن عقد ذکر شده است و به عبارت دیگر شرط بنایی به منزله شرطی است که در عقد ذکر شده است و این روشن است، بلکه اگر بدون تصریح، بتوان به شرط بنایی پی برده ظاهر این است که همانند شرط ضمن عقد است پس در این مورد تأمل و اندیشه کن (الخطاب الرعینی، بی تا، ۷، ۳۱۴).^۱

۲. عبارت الدسوقی در کتاب «حاشیه الدسوقی»: هر گاه بایع بر مشتری شرط کند که مبیع را چه زمانی رد کند و اگر شرط در ضمن عقد واقع شود یا توافق و تبانی شود قبل از عقد بیع فاسد و شرط هم ساقط است (الدسوقی، بی تا، ۳، ۷۱).^۲

۳-۴- مذهب زیدی و ظاهری

ابن حزم در المحلی روایت «المسلمون عند شروطهم» را روایتی مکذوب می‌داند. زیرا راوی آن کثیر بن زید و دیگر راویانی را که از او نقل کرده‌اند جرح می‌کند و روایت عطاء را مرسل می‌داند، سپس توضیح می‌دهد در صورتی که روایت را صحیح بدانیم شرط را منحصر به شروط مأمور به از طرف شارع می‌داند و شروطی که در قرآن کریم و سنن صحیح از آنها نام برده شده باشد. به تعبیر او در صورتی که این قید را نپذیریم مانند این است که توهم شود شرط زنا و شرط شرب خمر و امثال آن شروط لازمی‌اند (ابن حزم، بی تا، ۷، ۲۴۴).

عبارت ابن حزم در کتاب «المحلی»: محلل موجب فساد عقد نکاح می‌شود و آن واقع می‌شود با عقد نکاح و آن ازدواج حلال است بنابراین اگر شرط نشود در عقد نکاح، عقد صحیح است و شرط قبل از عقد داخل نمی‌شود (همان، ۱۰، ۱۸۲).^۱

۱- «تواطأ علی النقد قبل عقد البیع و لم یشرطاه فی عقد: البیع فذلک بمنزله الشرط و هو واضح، بل لوفهم ذلک من غیر تصریح به فالظاهر أنه كالشرط فتأمله».

۲- «بأن یشرط البائع علی المشتري أنه متى أتى له بالثمن رد المبیع له فإن وقع ذلک الشرط حین العقد وواطأ علیه قبله کان البیع فاسداً و اسقط الشرط».

در مذهب زیدی هم به شرط بنایی اشاره شده است البته نه به این نام، اکنون به بررسی این شرط در مذهب زیدی می‌پردازیم:

عبارت امام احمد مرتضی در کتاب «شرح الازهار»: اگر فروشنده و خریدار قبل از عقد توافق و تبانی نمایند بر اینکه اگر بگوید زمین خودم را به تو به صد فروختم و مشتری نیز دارای زمینی باشد که به فروش آن به خریدار توافق نماید. پس هر گاه مشتری بعد از خریدن از فروش زمین خود به فروشنده امتناع کند بایع اختیار فسخ معامله را دارد زیرا آنچه که به آن تبانی نموده اند (شرط اینکه مشتری نیز زمین خود را به فروشنده بفروشد) همانند این است که در قرارداد ذکر شده است. مضافاً به اینکه عرف حاکم و جاری است به اینکه شرط بنایی (مبنی علیه) همانند مشروط در ضمن عقد است (المرتضی، ۱۴۰۰، ۳، ۶۸).^۲

همچنین در جای دیگر بیان می‌دارد اگر قبل از عقد شرط شود هیچ اثری ندارد مگر اینکه عرف حکم کند به اینکه مشروط قبل از عقد همانند مشروط در ضمن عقد است در این صورت صحیح است مانند شرط بکارت، مشروط به معنی مذکور، اگر چه با ادات شرط بیان نشده باشد (همان، ۸۶).^۳

۵- شرط بنایی در حقوق ایران

در این فصل سعی بر آن است که شرط بنایی در قانون مدنی مورد بررسی قرار گیرد. قانون مدنی در دو ماده به صراحت از شرط بنایی نامبرده و آن را لازم‌الوفاء و معتبر می‌داند.

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

ماده 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 یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد»

۱- «المحلل الذی یفسد نکاحه هو الذی یعقد علیه فی نفس عقد النکاح انه انما یتزوجها لیحلها. فاما من لم یشرط ذلك علیه فی عقد النکاح فهو عقد صحیح لا داخله فی سواء شرط ذلك علیه قبل العقد».

۲- «لو تواطأ البائع و المشتري قبل العقد نحو ان یقول بعت منك أرضی بمائه و مع المشتري أرض قد تواطأ علی بیعها من البائع فاذا امتنع المشتري بعد الشراء من البیع كان للبائع الخيار لان المتواطأ علیه كالمنتوق به حال العقد مع جری العرف بان المتواطأ كالمشروط»

۳- «إذا كان الشرط حال العقد لا أن شرطه قبل العقد فلا حکم له الا أن یجری عرف بأن المشروط قبل العقد كالمشروط حاله صح، كالبکاره و قوله مشروط أي مذکوره و ان لم تکن بألّه الشرط»

البته شرط بنایی قبل از این در بند ۷ ماده ۱۳ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ چنین بیان شده: «مطالبه وفای به شروط و عهود راجعه به معاملات و قراردادها اعم 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».

۵-۱- 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 عده‌ای 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 لازم‌الوفاء 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 چهره‌ای از شروط بنایی درباره‌ی اوصاف مورد معامله است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳، ۱۱۶)، ولی 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 چهره‌ای از شروط بنایی است زیرا زمانی که مشتری کالا را قبل از معامله دیده و از اوصاف آن با خبر است و به اعتماد رویت سابق معامله می‌کند در حقیقت معامله را بر مبنای آن اوصاف قبلی منعقد می‌سازد 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 می‌پردازیم.

۵-۱-۱- حق نفقه در نکاح موقت

ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی بیان می‌دارد: «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 می‌شود (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 نمی‌تواند تکلیف شوهر را از بین ببرد، ولی در نکاح منقطع، زوجیت با انفاق ملازمه ندارد و قانون به مناسبت نکاح شوهر را ملزم به دادن نفقه نمی‌کند. در نکاح موقت حدود تکلیف شوهر در تأمین معاش زن واگذار به قرارداد خصوصی آنان شده است، قانونگذار الزام به دادن نفقه را در زمره‌ی شرایط مرسوم این ازدواج نمی‌پندارد و به همین جهت آن را از قواعد تکمیلی پیمان زوجیت قرار نمی‌دهد. پس باید التزام به دادن نفقه به گونه‌ای موضوع اراده‌ی 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 قراردادده باشند برای مثال، در موردی که نکاح به مدت طولانی (مثلاً ۹۹ ساله) است، تبانی ضمنی و حکم عرف در التزام به دادن نفقه در آن وجود دارد، به ویژه در موردی که زن و شوهر با هم به سر می‌برند و زندگی مشترک دارند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۱، ۱۹۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۵، ۱۸۶). دکتر محقق داماد معتقد است: «اگر طرفین پیش از عقد نکاح درباره‌ی نفقه گفتگو نمایند و سپس عقد با لحاظ آن منعقد گردد یعنی، اگر قبل از عقد بر این امر توافق شده باشد و عقد نیز بر این مبنا جاری شود، این شرط صحیح و لازم‌الوفاء است» (محقق داماد، ۱۳۷۶، ۳۰۸).

۵-۱-۲- شرط صفت در همسر

ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «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 کرده‌اند و عقد را بر مبنای همان گفتگوها واقع ساخته‌اند. برای مثال، 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 براین مبنا عروسی سر می‌گیرد، ولی در عقد مهندس بودن زوج شرط نمی‌شود. پس از

عقد معلوم می‌شود که داماد فروشنده‌ی لوازم برق و سیم‌کش 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. در پاره‌ای از موارد، با اینکه در گفتگوهای طرفین نامی از وصف خاص برده نمی‌شود، عادات و رسوم اجتماعی چنان است که هر کس ازدواج می‌کند به ظاهر بر مبنای وجود آن وصف است. سکوت طرف عقد بدلیل اعتماد به ظاهر دیگری است و گرنه در قصد واقعی طرفین هیچ تفاوتی بین این صورت و فرض گذشته وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۲۹۰). پاره‌ای از شارحان قانون مدنی در شرح ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی به خیار تدلیس استناد کرده و بدین‌سان مباحث شرط صفت و خیار تدلیس را با هم خلط نموده‌اند (حائری شاه باغ، ۱۳۷۶، ۲، ۹۸۷؛ امامی، ۱۳۸۷، ۴، ۴۷۰). بعضی از اساتید علم حقوق بیان کردند که «اصطلاح شرط در شرط صفت یک تعهد تبعی ضمن عقد (تعهد اصلی) نیست بلکه شرط در اینجا به معنی قید است، بنابراین هر گونه بیان وصف زوج و زوجه به هر عبارت شرط صفت را دارد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۵، ۲۱۸). عده‌ای دیگر حکم ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی را ناظر به خیار تخلف از شرط می‌دانند. بدین معنی که هر گاه زن و شوهر بطور ضمنی یا صریح صفتی را در یکی از همسران شرط کنند، نبودن آن صفت در او، برای طرف مقابل ایجاد حق فسخ می‌کند، ولی چون در تدلیس نیز یکی از طرفین تظاهر به داشتن صفتی می‌کند که مورد توجه دیگری است و از این راه او را فریب می‌دهد، نتیجه فریبکاری او نیز این است که طرف دیگر به اشتباه چنین پندارد که همسر آینده‌اش وصف دلخواه را دارد، پس هر گاه معلوم شود که تصور او نادرست بوده و وضعی که مبنای تراضی قرار گرفته است در همسرش وجود ندارد، حق فسخ را خواهد داشت: به بیان دیگر، در فرض تدلیس نیز وصفی که مبنای توافق طرفین بوده است در همسر فریبکار موجود نیست و از این حیث و از این جهت با مورد تخلف از شرط صفت مبنای مشترک دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۲۸۵).

کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی هم به تفسیر ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی پرداخته است: کمیسیون مذکور در پاسخ به این سؤال که اگر مردی قبل از ازدواج خود را بر خلاف واقع کارمند یا لیسانسیه و یا دکتر یا مهندس معرفی نماید و بعد خلاف آن کشف و یا این که خود را سالم معرفی کند در حالی که مبتلا به بیماری‌های صرع و یا امراض صعب‌العلاج بوده باشد و یا اینکه 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؟ کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی در تاریخ ۱۳۶۳/۱/۳۰ در پاسخ به سؤال مذکور بیان می‌دارد:

«با توجه به مسأله شماره ۱۳ صفحه ۲۹۵ جلد دوم 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 کمالی معرفی می‌شود و عقد ازدواج «مبنیاً علیها» واقع شده است و در مثال دوم نیز صرع و مرض مزمن و صعب‌العلاج عرفاً نقص است و عقد ازدواج نیز طبعاً و به قرینه معرفی خود با سلامت مزاج مبنی بر عدم آنها نقص‌ها واقع گردیده است که در صورت انتقاد سلامت قبل از ازدواج حق فسخ وجود دارد و در مثال سوم اگر عرفاً صفت مجرد بودن از صفات کمال محسوب بشود در این صورت زوجه به استناد مسأله ۱۳-۱۴ صفحه ۲۹۶ و 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 محسوب‌بودن شمرد به نظر عرف غیر معلوم است بنابراین راه حل قضیه موقوف و موقوف به نظر و تشخیص مقامات قضائی ذیصلاح است که تا به چه صورتی تشخیص دهد» (کمیسیون استفتائات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضائی، ۲، ۴۰). در مورد ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی باید نکاتی را متذکر شد: الف - وجود شرط صفت (بطور صریح یا ضمنی) باید ثابت شود و اصل عدم آن است در صورت تردید مشروط له باید ادعای خود را ثابت کند. ب - هر گاه معلوم شود که در عقد وصف خاصی ذکر شده یا عقد بر مبنای صفتی منعقد شده است ولی در اینکه آیا وصف مذکور قید تراضی بود یا به صورت شرط (امر فرعی) ذکر شده است تردید شود، اصل آن است که ذکر وصف به صورت شرط بوده و ذی‌نفع از ضمانت اجرای خفیف تر بهره‌مند است، یعنی حق فسخ دارد (گرگی، ۱۳۸۴، ۷۲).

۵-۱-۳- بیع از روی نمونه

ماده ۳۵۴ قانون مدنی «ممکن است بیع از روی نمونه به عمل آید، در این صورت باید تمام مبیع

مطابق به نمونه تسلیم شود و الا مشتری خیار فسخ خواهد داشت».

در بعضی از موارد برای جلوگیری از هر گونه اختلاف احتمال درباره اوصاف مبیع فروشنده با ارائه نمونه کالای خود، از مبیع رفع ابهام می‌کند. انتخاب نمونه، دو طرف را از ذکر اوصاف مبیع بی‌نیاز می‌کند. ماده مزبور در مورد مبیع عین شخصی است که چنانچه مبیع بر خلاف اوصاف در آید، از نظر خیار تخلف وصف مشتری می‌تواند بیع را فسخ نماید و الا هر گاه مبیع کلی فی‌الذمه باشد، تخلف از اوصاف موجب

خیار فسخ نمی‌گردد بلکه بایع ملزم است کالا بی که دارای اوصاف موجود در نمونه است تسلیم مشتری نماید(امامی، ۱۳۸۷، ۱، ۴۲۷). بنابراین رؤیت نمونه برای رفع ابهام از مورد معامله، کفایت می‌کند و از آنجایی که مشاهده نمونه برای آگاهی از اوصاف مبیع می‌باشد و با عنایت به اینکه این اوصاف در قرارداد ذکر نمی‌شود می‌توان گفت نوعی شرط بنایی می‌باشد زیرا عقد بر مبنای مشاهده نمونه منعقد گشته و در صورت عدم مطابقت مبیع با نمونه قبل از عقد، مشروط له خیار فسخ خواهد داشت(همان، ۴، ۲۴۳)، بنابراین می‌توان خیار مذکور در ماده‌ی ۳۵۴ قانون مدنی را خیار تخلف از شرط بنایی دانست.

۵-۱-۴- مشروعیت جهت معامله

قانون مدنی در ماده ۱۹۰ شرایط اساسی صحت معاملات را بیان می‌کند و چهارمین شرط اساسی صحت معامله را مشروعیت جهت معامله شمرده است.

جهت معامله عبارت از داعی است که قبل از معامله در هر یک از متعاملین پیدا می‌شود و سبب انجام معامله می‌گردد، مثلاً کسی که مقروض است خانه خود را می‌فروشد تا قرض خود را ادا نماید جهت فروش خانه تأدیه دین است. جهت معامله امری است که هر یک از متعاملین قبل از معامله تصور می‌نماید تا به وسیله‌ی انجام معامله بتواند آن را در خارج ایجاد نماید، جهت متعاملین را بر می‌انگیزد که معامله انجام دهند، تا بتوانند به منظور خود نائل گردند بنابراین جهت قبل از معامله تصور می‌شود و پس از معامله ممکن است در خارج ایجاد گردد(امامی، ۱۳۸۷، ۱، ۲۲۲).

ماده ۲۱۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است». جهت نامشروع در معاملات به سه صورت می‌باشد: (صفایی، ۱۳۶۷، ۳۵۷).

نخست: جهت نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین شده - هر گاه جهت نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین شده باشد، اعم از اینکه در قرارداد به صورت شرط آمده یا بدون تصریح در عقد، بر آن اتفاق شده و به عبارت دیگر بنای متعاملین بر آن بوده است قرارداد باطل تلقی می‌شود.(حسنی‌العاملی، مفتاح الکرامه، ۳/۳۷ و جمعی‌عاملی، الروضة البهیة، ۳/۲۱۱)

دوم: جهت نامشروع مورد توافق طرفین واقع نشده لیکن طرف دیگر به آن علم داشته است. ممکن است یکی از متعاملین جهت نامشروع در معامله داشته باشد بدون اینکه این جهت مورد شرط یا توافق

ضمنی طرفین واقع شود این مورد محل اختلاف است فقه حنفی و شافعی معتقدند که قصد نامشروع در صورتی که در عقد ذکر نشده و به صورت جزیی آن در نیامده باشد منشأ اثر نیست (الحکیم، بی تا، ۳۶۵) در بین فقه امامیه قول مشهور این است که در صورت علم بایع به جهت نامشروع مشتری عقد صحیح و لیکن مکروه است (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۲۱).

سوم: جهت نامشروع صرفاً جنبه شخصی و درونی برای یکی از متعاملین داشته باشد در این نوع از جهت نامشروع چون مورد توافق طرفین قرار نگرفته و وارد قلمرو قرارداد نشده و طرف دیگر هم از آن آگاهی ندارد منشأ اثر نیست (همان، ۲۳، ۳۳).

گرچه ماده ۲۱۷ قانون مدنی به ظاهر جهت نامشروع را فقط هنگامی موجب بطلان عقد معرفی کرده که جهت صریحاً در قرارداد ذکر شده باشد، لیکن می‌توان گفت هرگاه بنای عقد بر جهت نامشروع بوده و بر آن توافق شده باشد، به عبارت دیگر اگر اوضاع و احوال بر حسب عرف حاکی از این باشد که جهت نامشروع وارد قلمرو توافق اراده شده است در این صورت قرارداد نیز باطل است (مستنبط از مواد ۲۲۵ و ۱۱۲۸ قانون مدنی) مثلاً اگر کسی در قمارخانه‌ای به شخصی که پول خود را باخته و برای ادامه بازی از او وام می‌خواهد، وام بدهد نمی‌تواند صحت معامله را به علت عدم تصریح به جهت ادعا کند چه اوضاع و احوال عرفاً از وجود جهت نامشروع و توافق بر آن حکایت می‌کند. پذیرش نظریه جهت معامله و ابطال قرارداد به علت داشتن جهت نامشروع برای حمایت از نظم عمومی و اخلاق حسنه است. قراردادی که دارای جهت نامشروع است به منافع جامعه لطمه می‌زند و از این رو باید باطل و کأن لم یکن اعلام گردد. ماده ۲۱۷ قانون مدنی اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها را محدود می‌کند. قانونگذار اصولاً کاری به اغراض و دواعی متعاملین که امری شخصی و مربوط به نفسا نیت آنهاست ندارد. امنیت و استواری معاملات که مورد توجه همه‌ی قانونگذاران است اقتضاء می‌کند که به این گونه اغراض و دواعی ترتیب اثر داده نشود، مگر اینکه وارد قلمرو توافق و تراضی طرفین شده باشد. تا وقتی که جهت معامله صرفاً جنبه شخصی و خصوصی دارد نباید نامشروع بودن آن را سبب بطلان معامله دانست، چرا که ممکن است طرف دیگر اصلاً از آن آگاهی نداشته باشد و حکم به بطلان معامله موجب زیان وی گردد. اما همین که جهت نامشروع در قرارداد تصریح شد یا حتی بدون تصریح مورد توافق طرفین بود دیگر جنبه شخصی و خصوصی خود را از دست می‌دهد و از عناصر قرارداد تلقی می‌شود و در اینجاست که قاضی باید برای حفظ

منافع جامعه و به مقتضای نظم عمومی و اخلاق حسنه دخالت کند و قرارداد را باطل اعلام کند(صفایی، ۱۳۸۲، ۳۶۵).

از آنچه گفته شد می‌توان این نکته را به دست آورد که قانونگذار ایران در زمینه جهت از نظریه مشهور فقهای امامیه پیروی کرده و جهت نامشروع اگر وارد قلمرو قرارداد و توافق اراده شده باشد موجب بطلان است اعم از اینکه جهت نامشروع در قرارداد تصریح شده یا طرفین بر آن توافق کرده باشند.

۵-۲- ضمانت اجرای شرط بنایی

همان طور که سابقاً بیان شد قانونگذار شرط بنایی را بر اساس مواد ۱۱۲۸ و ۱۱۱۳ قانون مدنی در باب نکاح معتبر و لازم‌الاجراء دانسته و علاوه بر آن اعتبار شرط بنایی را در سایر قراردادهای غیر نکاح به کمک مواد ۴۱۰ و ۴۱۳ و ۳۵۴ و بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی اثبات کردیم و چون شرط بنایی نوعی شرط ضمن عقد است پس ضمانت اجرای تخلف از شرط بنایی ایجاد حق فسخ برای مشروط له می‌باشد. به حکم ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی تخلف از شروط چه در خود عقد ذکر شده باشد یا قبل از عقد توافق کرده باشند و عقد بر مبنای آن واقع شده باشد، ایجاد حق فسخ برای مشروط له است و هر گاه نکاح ناشی از تدلیس باشد، فریب خورده می‌تواند طبق قواعد مسؤولیت مدنی از مدلس (تدلیس‌کننده) مطالبه خسارت کند، اعم از اینکه تدلیس‌کننده یکی از زوجین با شخص ثالث باشد و اعم از اینکه همسر فریب‌خورده از حق فسخ استفاده کند یا نه. بنابراین هر گاه شوهر در اثر تدلیس یا زنی ثیب (غیرباکره) بجای بکر و باکره ازدواج کند و از حق فسخ نخواهد یا نتواند استفاده نماید، می‌تواند تفاوت بین مهر بکر و ثیب را به عنوان خسارت از تدلیس‌کننده بگیرد و اگر مهر را نداده و تدلیس‌کننده خود زن است، می‌تواند مابه‌التفاوتی را از مهر کسر کند و بقیه را به زن بپردازد(صفایی، ۱۳۷۶، ۱، ۲۱۶).

البته در قانون مجازات اسلامی در فصل مربوط به جرایم بر ضد حقوق و تکالیف خانوادگی در ماده ۶۴۷ ضمانت اجرایی را در خصوص تخلف تدلیس در نکاح بیان می‌دارد: «چنانچه هر یک از زوجین قبل از عقد ازدواج طرف خود را به امور واهی از قبیل داشتن تحصیلات عالی، تمکن مالی، موقعیت اجتماعی، شغل و سمت خاص، تجرد و امثال آن فریب دهد و عقد بر مبنای هر یک از آنها واقع شود مرتکب به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد». صرف سکوت یکی از زوجین و در اشتباه گذاردن طرف مقابل، با عنایت به اصل تفسیر مضیق از قوانین کیفری جرم نیست معهذا احراز این امر با دادگاه

است. با توجه به کلمه «از قبیل» مصادیق مذکور تمثیلی است و ملاک در این امر نیز عرف است و با توجه به قید «عقد بر مبنای هر یک از آنها واقع شود» لازم است که امور واهی موجب اغفال طرف مقابل گردد (شکری، بی تا، ۷۲۷).

۶- نتیجه‌گیری

از آنچه که در پیش گفته شد چنین حاصل می‌شود که شرط بنایی در فقه امامیه به خصوص در آثار شیخ انصاری و سید یزدی و شیخ طوسی به چشم می‌خورد، 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 و بعضی از فقهاء قول به بطلان عقد نیز داده‌اند. آنچه می‌توان به مشهور فقهاء متقدم نسبت داد بی‌اعتباری شرط مقدم بر عقد یا شرط ابتدایی است که با مذاقه در نظرات فقهاء پی به نکته خواهیم برد به عنوان مثال می‌توان به تعبیرات، شهید اول، شهید ثانی، محقق حلی، فاضل هندی اشاره کرد.

عبارت هیچ یک از این فقهاء صراحتی در شرط بنایی ندارد. و همچنین می‌توان بیان داشت که منظور فقهاء شرط مقدم بر عقد بوده که متعاقبین برامری قبل از عقد توافق نمودند ولی هنگام عقد فراموش نمودند و عقد را مبنی بر آن واقع نساخته‌اند، در صورتی که شرط بنایی، شرطی است که قبل از عقد مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد و عقد بر مبنای آن واقع می‌شود.

در تمام مذاهب عامه شرط باید در ضمن عقد و مقترن با آن باشد در غیر اینصورت شرط خارج از توافق اصلی محسوب شده و باطل است. در فقه شافعی و حنفی اصل بر فساد شرط (اصالة الحظر) و در فقه حنبلی و مالکی اصل بر جواز شرط است. با تتبع در آراء فقهای عامه به این نتیجه رسیدیم که قاطبه فقهاء قائل به عدم تأثیر شرط بنایی یا شروط قبل از عقد هستند.

شرط بنایی یعنی یک توافق فرعی، حاصل مذاکرات مقدماتی در ارتباط با عقد اصلی که به هنگام انعقاد این عقد حسب اراده مشترک قبلی طرفین جزء مفاد عقد قرار می‌گیرد (عقد متبانیاً برآن واقع می‌شود) و مفاد آن غیر از الزامات عرفی و یا ارکان و عناصر عقد است.

در حقوق ایران، قانونگذار بر خلاف رویه از نظر غالب فقهاء متقدم پیروی نکرده و با وضع مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی شرط بنایی را نافذ و مشروع دانسته و در صورت تخلف برای مشروط له حق فسخ قرارداد داده است. البته شرط بنایی با مواد ۴۱۰، ۴۱۳ (خیار رؤیت و تخلف از وصف) و ماده ۳۵۲ (بیع از

روی نمونه) و ماده ۲۱۷ قانون مدنی (مشروعیت جهت معامله) قابل توجیه است وقتی که قانونگذار شرط بنایی را در عقد نکاح که یک عقد خاص و مربوط به بنیان خانواده است قبول کرده و آن را معتبر دانسته به طریق اولی این شرط در سایر قراردادها لازم‌الوفاء می‌باشد.

نظر نگارنده بر مشروعیت شرط بنایی به لحاظ ضرورت آن در زندگی اقتصادی می‌باشد و نمی‌توان نسبت به مذاکرات قبل از عقد که مورد توافق طرفین است بی‌اعتنا بود در حالی که عقد بر مبنای آن مذاکرات منعقد می‌شود گویی آن مذاکرات قید معنوی عقد بوده و عقد مقید به آن توافق قبلی منعقد شده و بخشی از مفاد و بدنه قرارداد را تشکیل داده است و چه بسا اگر آن شرط قبل از عقد نمی‌بود عقد شکل نمی‌گرفت و بر اساس قاعده العقود تابعه للقصود بین توافقات قبل از عقد (شرط بنایی) و خود عقد ارتباطی مستقیم و غیرقابل خدشه وجود دارد. همچنین روایت المؤمنون عند شروطهم و آیه أوفوا بالعقود عام است و موردی که شرط پیش از عقد انشاء شده و عقد با لحاظ آن بنا گردیده را نیز شامل می‌گردد و از طرفی توافقاتی در زندگی اقتصادی و تجاری روز به روز اهمیت بیشتری پیدا می‌کند این امر به خصوص در روابط تجارت بین‌الملل و فروش اموال غیرمنقول از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است که همگی وجود و معتبر دانستن شرط بنایی را بیش از پیش لازم می‌سازد.

فهرست منابع

کتاب حقوقی

- ۱- امامی، سیدحسن، ۱۳۸۷، حقوق مدنی انتشارات اسلامی، تهران.
- ۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۵۵، حقوق خانواده، چاپخانه حیدری، تهران.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۱، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۶۹، حقوق تعهدات، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ اول.
- ۵- حائری شاه‌باغ، ۱۳۷۶، سیدعلی، شرح قانون مدنی، گنج دانش، تهران.
- ۶- سیمایی صراف، حسین، ۱۳۸۰، شروط ضمنی، بوستان کتاب، قم، چاپ اول.
- ۷- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۶، حقوق مدنی شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، تهران، چاپ اول.
- ۸- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۵، اصول قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، تهران.
- ۹- شکاری، روشنعلی، ۱۳۷۷، شرط ابتدایی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۹.

- ۱۰- شکری، سیروس، رضا، قادر، ۱۳۸۶، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، نشر مهاجر، تهران، چاپ ششم.
- ۱۱- صفایی، سیدحسین، ۱۳۷۶، نظریه جهت در قراردادها، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- ۱۲- صائمی، علی اصغر، ۱۳۸۲، شروط ابتدایی در فقه و بررسی ماده ۱۰ قانون مدنی، مجله دانشگاه علوم رضوی.
- ۱۳- فرحزادی، علی‌اکبر، ۱۳۸۴، شرط تبانی، دانشگاه شهید بهشتی تهران.
- ۱۴- صفایی، امامی، سیدحسین، اسدالله، ۱۳۸۲، حقوق خانواده، دانشگاه تهران، تهران، چاپ نهم.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ پنجم.
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوق، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران.
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۱، حقوق خانواده، بهمن برنا، تهران، چاپ ششم.
- ۱۸- کمیسیون استفتانات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضائی، ۱۳۶۳.
- ۱۹- گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۸۴، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، دانشگاه تهران، تهران، چاپ اول.
- ۲۰- محقق داماد، مصطفی، ۱۳۷۶، حقوق خانواده، نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ ششم.
- ۲۱- محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۸۷، قواعد فقه بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، تهران.

کتاب فقهی

الف: فقه امامیه

- ۲۳- ابن براج، عبد العزیز (قاضی ابن براج)، ۱۴۱۱، جواهر الفقه، تحقیق ابراهیم بهادری، مؤسسه سید الشهدا، قم، چاپ اول.
- ۲۴- انصاری، مرتضی، ۱۴۲۰، المکاسب، مؤسسه باقری، قم، چاپ اول.
- ۲۵- اصفهانی، بهاء الدین محمد بن الحسن بن محمد، بی‌تا، (فاضل هندی)، مکتبه العظمی مرعشی نجفی، قم.
- ۲۶- اردبیلی، احمد، ۱۴۱۱، مجمع الفائده البرهان، تحقیق اشتهااردی، مؤسسه نشر الاسلامی، قم، چاپ اول.
- ۲۷- بجنوردی، محمدحسن، ۱۴۱۹، القواعد الفقهیه، تحقیق مهدی مهریزی، نشر الهادی، قم، چاپ اول.
- ۲۸- جبعی عاملی، زین الدین، ۱۴۱۳، مسالک الافهام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، چاپ اول.
- ۲۹- حسینی المراغی، میرعبدالفتاح، ۱۴۱۷، العناوین الفقهیه، تحقیق و نشر مؤسسه نشر الاسلامی، قم، چاپ اول.
- ۳۰- حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلی)، ۱۴۱۰، المختصر النافع فی فقه الامامیه، تحقیق شیخ القمی، مؤسسه البعثه، تهران.

- ۳۱- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر، ۱۴۱۰، إرشاد الازهان إلى احکام الايمان، تحقیق شیخ فارسی الحسون، جامعه المدرسین، قم، چاپ اول.
- ۳۲- حلی، یحیی بن سعید، ۱۴۰۵، الجامع للشرایح، تحقیق شیخ السبحانی، مؤسسه سید الشهداء، قم.
- ۳۳- حلی، ابوطالب محمد بن حسن، ۱۳۸۹، ایضاح الفوائد، تحقیق ارکان و اشتهاردی، نشر کوشانپور، چاپ اول.
- ۳۴- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر، ۱۴۱۳، مختلف الشیعه، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول.
- ۳۵- حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۰، قواعد الاحکام، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول.
- ۳۶- خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۰، منهاج الصالحین، نشر مهر، قم.
- ۳۷- خوانساری نجفی، موسی بن محمد، ۱۴۲۱، منیه الطالب، فی شرح المکاسب، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول.
- ۳۸- روحانی، سید محمد صادق، ۱۴۱۸، منهاج الفقاهه، مطبع العلمیه، قم.
- ۳۹- کرکی، علی بن الحسین، (محقق کرکی)، ۱۴۰۸، مؤسسه آل بیت، چاپ اول.
- ۴۰- گیلانی، ابوالقاسم، ۱۴۱۳، جامع الشتات، تحقیق مرتضی رضوی، مؤسسه کیهان، تهران، چاپ اول.
- ۴۱- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی)، بی تا، التهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، دارالاندلس، بیروت.
- ۴۲- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی)، ۱۳۶۵، تهذیب الاحکام، تحقیق سید حسن خراسان، دار الکتب الاسلامیه، قم، چاپ چهارم.
- ۴۳- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی)، ۱۳۶۵، استبصار، تحقیق سید حسن خراسان، دار الکتب الاسلامیه، قم، چاپ چهارم.
- ۴۴- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، ۱۴۱۷، خلاف، تحقیق سید علی خراسانی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول.
- ۴۵- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۳۷۸، حاشیه المکاسب، نشر اسماعیلیان، قم، چاپ اول.
- ۴۶- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۳۷۶، سؤال و جواب (فارسی)، تحقیق سید مصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ اول.
- ۴۷- الطبرسی، المحقق النوری، ۱۴۰۸، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، مؤسسه آل بیت، چاپ دوم.
- ۴۸- مکی عاملی، ابوعبدالله محمد بن جمال الدین (شهید اول)، بی تا، القواعد و الفوائد، تحقیق عبد الهادی حکیم، مکتبه المفید، قم.
- ۴۹- نراقی، ملا احمد، ۱۴۰۸، عوائد الایام، مکتب بصیرتی، مطبع الغدیر، قم.
- ۵۰- نجفی، محمد حسن، ۱۳۶۵، جواهر الکلام، تحقیق شیخ آخوندی، دار الکتب الاسلامیه، قم، چاپ هشتم.
- ب: فقه عامه**
- ۵۱- بهوتی، منصور بن یونس، ۱۴۱۸، کشف القناع، دار الکتب العلمیه، بیروت، چاپ اول.

- ۵۲- اندلسی، ابن حزم، بی‌تا، المحلی، تحقیق احمد محمد شاکر، بیروت، دار الفکر.
- ۵۳- مرتضی، احمد، ۱۴۰۰، شرح الازهار، نشر غمضان، قم.
- ۵۴- ابن قیم جوزیه، شمس الدین ابو عبدالله، بی‌تا، اعلام الموقعین عن رب العالمین، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
- ۵۵- بهوتی، منصور بن یونس، ۱۴۱۸، کشف القناع، دار الكتاب العلمیه، بیروت، چاپ اول.
- ۵۶- حجاوی، موسی، بی‌تا، الاقناع فی حل الفاظ اَبی شجاع، دار المعرفه، بیروت.
- ۵۷- حصفکی، علاء الدین، ۱۴۱۵، الدر المختار، دار فکر، بیروت.
- ۵۸- دسوقی، عمس الدین محمد بن عرفه، بی‌تا، حاشیه الدسوقی، دار احیاء الکتب العربیه، بیروت.
- ۵۹- رستم باز اللبنا، سلیم، ۱۹۸۶، شرح المجله الاحکام العدلیه، دار الاحیاء التراث العربی، بیروت.
- ۶۰- رافعی، عبد الکریم بن محمد، بی‌تا، فتح العزیز فی شرح الوجیز، مطبع دار الفکر، بیروت.
- ۶۱- زکریا انصاری، محمد بن احمد، ۱۴۱۸، فتح الوهاب، دار الکتب العلمیه، بیروت، چاپ اول.
- ۶۲- سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۹۷، مصادر الحق فی فقه الاسلامی، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، چاپ سوم.
- ۶۳- سنهوری، عبدالرزاق احمد، بی‌تا، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت.
- ۶۴- شافعی، الامام، ۱۴۰۳، کتاب الام، مطبعه دارالفکر، بیروت، چاپ دوم.
- ۶۵- شربینی الخطیب، محمد، ۱۹۵۸، المغنی المحتاج، دار احیاء التراث العربی، مصر.
- ۶۶- شروانی، العبادی، عبدالحمید، ابن قاسم، بی‌تا، حواشی الشروانی، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
- ۶۷- عسقلانی، ابن حجر، بی‌تا، تلخیص الحبیر، دار الفکر، بیروت.
- ۶۸- قدامه، عبد الرحمن، بی‌تا، الشرح الکبیر، دار الكتاب العربی، بیروت.
- ۶۹- قدامه، عبدالله، بی‌تا، المغنی، دار الكتاب العربی، بیروت.
- ۷۰- کاشانی، ابوبکر بن مسعود، ۱۴۰۹، بدائع الصنائع، المکتبه الحبییه، بیروت، چاپ اول.
- ۷۱- ملیباری الفنانی الهندی، عبدالعزیز، ۱۴۱۸، فتح المعین، دارالفکر، بیروت، چاپ اول.
- ۷۲- مغربی، محمد بن عبدالرحمن (الخطاب الرعینی)، ۱۴۱۶، مواهب الجلیل، تحقیق زکریا عمیرات، دار الکتب العلمیه، بیروت، چاپ اول.
- ۷۳- نووی، یحیی بن شرف، بی‌تا، روضه الطالبین، تحقیق علی محمد معوض، دار الكتاب العلمیه، بیروت.
- ۷۴- نووی، یحیی بن شرف، بی‌تا، المجموع فی شرح المذهب، دارالفکر، بیروت.

کتاب لغت

- ۷۵- دهخدا، علی اکبر، ۱۳۴۱، لغت نامه، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ دوم.
۷۶- زبیدی، محمد مرتضی، بی تا، تاج العروس من جواهر القاموس، المكتبة الحیاه، بیروت.
۷۷- منظور، العلامه، ۱۴۰۵، لسان العرب، دارالاحیاء التراث العربی، نشر الادب الحوزه، بیروت.

پایگاه اینترنتی

78- www.nahad.ir