

شرط تبانی/ بنائی از منظر فقهی، حقوقی با تاکید بر دیدگاه استاد جعفری لنگرودی

خسرو شیرزادی^۱

علیرضا مظلوم رهنی^۲

حمید داودپور^۳

چکیده:

شرط از جمله موضوعاتی است که از منظر فقهای امامیه و حقوق ایران همواره از درجه اهمیت و جایگاه بسیار بالائی برخوردار بوده است، به طوری که تاثیرپذیری حقوق مدنی کشور ما از مبانی فقهی، اهمیت و جایگاه خاصی را برای این مسئله ایجاد کرده است. آنچه باید بدان اهتمام داشت، این که شرط با عنایت به اعتبار موعد و زمان اشتراط در عقد به انواع شروط قبل از عقد، ضمن عقد، الحاقی منقسم می گردند.

شرط بنایی، به شرطی اطلاق می شود که طرفین قبل از عقد بدان توافق و موافقت حاصل کنند، به طوری که علی رغم عدم تصریح به شرط در ضمن عقد، توافق بر مبنای آن حاصل شده است.

لنگرودی در مبسوط در ترمینولوژی شرط تبانی/ بنائی را این چنین تصریح کرده است: (مدنی) تعهدات عاقد در اثنای مقاوله (مذاکرات پیش از عقد) را گویند. نام دیگر آن شرط تبانی است. (ماده ۱۱۲۸ ق.م). اگر قبل از عقد آن تعهد رابکند و عقد را بر پایه آن تعهد ببندد آن را شرط بنائی یا شرط تبانی نامند. البته باید شرط بنائی صراحت کافی را داشته و ارتباط عقد با آن شرط، محرز و مسلم باشد (ماده ۱۱۲۸ ق.م). از دیدگاه فقهای متقدم و متاخر امامیه و عامه در خصوص صحیح بودن و یا باطل بودن آن اجماع و اتفاق نظر ملاحظه نمی شود، به طوری که مشهور فقها نظرواعتقاد بر عدم لازم الوفا بودن شرط بنایی داشته اند و عدم تصریح شرط در ضمن عقد و نیز فقد تقارن شرط با عقد را اسباب باطل بودن آن می دانند، در مقابل، عده قلیل از فقها، شرط بنایی را صحیح می دانند.

از طرفی برخی از فقهای متاخر شرط بنایی را نافذ می دانند، اما در نظام حقوقی کشور ما نظریه غالب دکتربین حقوقی و جامعه حقوق دانان شرط بنایی را نافذ دانسته اند و در ادامه نگاه قانون گذار 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 می دانند.

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 نمی رسد، بنابراین، شرط تبانی را باید در سایر عقود نیز جاری و معتبر دانست.

کلیدواژه: شرط، شرط بنایی/ تبانی، مبانی فقهی، قانون مدنی ج. ۱.

مقدمه

با مذاقه در مبانی فقهی و در ادامه با بررسی مفاد حقوق مدنی کشور ما، اصالت بر جایز بودن و صحت شرط است، اگر به برخی از روایات مشهور (المومنون عند شروطهم - اوفو بالعقود) نظری داشته باشیم با تاکید بر ضرورت عمل به شرط مواجه خواهیم بود به طوری که عمل به شرط را امری واجب می‌دانند و با الزام به رعایت وجوب شرعی، آن را همواره مورد تاکید قرار داده‌اند.

در بررسی اجمالی مذاهب اهل سنت (حنفی و شافعی) بعضاً در بحث شرط ضمن عقد، دلالت بر صحت شرط ضمن عقد ملاحظه می‌شود و فساد شرط اصالة الحظر را یک اصل می‌دانند. اما در مقابل، مذاهب حنبلی و مالکی پا را فراتر گذاشته و اصالت را همانند فقه امامیه به جواز و صحیح بودن شرط گذاشته‌اند که این مهم ناشی از قرابت مبانی فقهی فقهای مذاهب حنبلی و مالکی با فقهای امامیه در موضوع جایز بودن شرط است.

شرط تبانی از جمله شروطی است که فقهای امامیه در خصوص آن همواره بحث‌های مختلفی را مطرح کرده‌اند. باید اذعان داشت که دیدگاه اکثریت فقهای امامیه بر باطل بودن شرط تبانی استوار است و در برخی موارد نیز دربارهٔ بطلان شرط تبانی صاحب ریاض مدعی اجماع بودند.^۱

به هر صورت در آثار عده زیادی از فقهای امامیه اعم از متقدمین (شهید اول، شهید ثانی، شیخ انصاری، شیخ طوسی، ملا احمد نراقی، علامه حلی، طباطبایی یزدی و....) و متاخرین (امام خمینی ره، محقق داماد و....) به شرط تبانی پرداخته شده است که این مهم نشان از درجه اهمیت موضوع شرط تبانی از منظر فقها دارد.

غایت و هدف از تحریر مقاله حاضر پرداختن به موضوع شرط تبانی از منظر فقهی، حقوقی با تاکید بر دیدگاه استاد جعفری لنگرودی است، که در این راستا در حد بضاعت علاوه بر تبیین دیدگاه‌های برخی از فقها و اندیشمندان علم حقوق نسبت به واکاوی نظرات لنگرودی در باب موضوع شرط، وبه طور اخص شرط تبانی و جهات مترتب بر موضوع پرداخته خواهد شد، که امید است منشأ اثر واقع شود.

تعریف واژه شرط، شروط، شرایط

کلمهٔ شرط دارای معانی لغوی و اصطلاحی متعددی است و در علوم مختلف مانند ادبیات، فلسفه و منطق، فقه و حقوق معنای خاص خود را دارد، البته در این پژوهش معنای فقهی و حقوقی شرط مد نظر است. نظر به این که دایرهٔ تعاریف به عمل آمده جهت شرط بسیار وسیع است به این منظور برای فهم درست و صحیح معنای شرط ابتدا باید از لحاظ لغوی و اصطلاحی تعریف آن را به طور واضح مشخص کنیم، به همین منظور در گام اول در تبیین واژه شرط، معنای لغوی و متعاقباً معنای اصطلاحی از دیدگاه‌های مختلف استادان و عالمان حقوق پرداخته خواهد شد.

۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه المکاسب، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۶، صص ۸ و ۲۳۴

معنای لغوی و عرفی شرط

بدون تردید کلمه شرط، واژه‌ای عربی و جمع آن کلمات شروط و شرایط است، باید توجه داشت شرایط جمع شریطه به معنی نوار پارچه‌ای یا روبان است. کاربرد شرط در لغت دارای معنایی متعددی است، شرط در لغت گاه به معنی مصدری و اسمی است: معانی اسمی، شرط به معنی زخم، بریدگی، شکاف، درز، آنچه به آن ملتزم می‌شوند و عهد و پیمان آمده است.^۱

در معانی مصدری و حدیثی، شرط به معنی پاره کردن، خراش دادن، تیغ زدن، شکافتن، عهد بستن و ملتزم و متعهد ساختن مطرح شده است.^۲

واژه شرط از لحاظ لغوی دارای معانی مختلف است، عده‌ای از لغت شناسان شرط را به معنی مطلق الزام و التزام تفسیر کرده‌اند، در لغت نامه دهخدا (۱۳۴۱، ۱۳۱، ۲۹) نیز برای شرط معانی زیر اشعار گردیده است:

گرو بستن، نذر و عهد، لازم گردانیدن، پیمان کردن، تعلیق کاری به کاردیگر یا چیزی به چیز دیگر، طرز رفتار و روش، واجب، ضروری، لازم گردانیدن چیزی در بیع و مانند آن آمده است. شرط در لغت به معنای الزام چیزی و التزام به چیزی آمده است شروط جمع شرط است و شرایط جمع شریطه است که این نیز به معنی شرط است.^۳

شرط در معانی عرفی نیز به شرح ذیل بیان شده است:

۱ - الزام والتزام در ضمن عقد بیع و مانند آن یا امری که به آن ملتزم می‌گردند.
۲ - چیزی که از عدم آن مشروط لازم آید بدون ملاحظه این که از وجود آن وجود مشروط لازم می‌آید یا نه.^۴

۲-۲- معانی شرط از دیدگاه قرآن کریم و روایات معصومین علیهم السلام:
در خصوص وفای به عهد در دین مبین اسلام تأکیدات بسیاری شده است به طوری که خداوند تبارک و تعالی در قرآن کریم، خود را با وفاترین می‌شمارد و در آیه ۱۱۱ سوره توبه می‌فرماید: چه کسی به پیمانش پای بندتر از خداست. خداوند منان، کمترین احتمال پیمان شکنی را نسبت به خود قاطعانه مردود می‌شمارد و در آیه ۸۰ سوره بقره می‌فرماید: خداوند هرگز پیمان شکنی نمی‌کند.

۱. ابن منظور، محمد بن مکرّم، لسان العرب، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۸ ه. ق، ص ۲۹۸

۲. فیروز آبادی، ابوطاهر مجدالدین محمد بن یعقوب، القاموس المحیط، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۳۴۱، صص ۳۶۸، ۲

۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی: شروط ضمن عقد، ج ۴، چاپ ۱، مجد، ۱۳۸۷، ص ۱۷

۴. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلام، چاپ ۱، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷، صص ۲، ۳۶

آن گاه بندگان مومن خود را نیز به وفاداری و پای بندی به تعهداتشان فرا می‌خواند و از نقض عهد و بی‌وفایی باز می‌دارد. خداوند متعال در آیات قرآن کریم با بیان نشانه‌های خردمندان حق جو بیش از هر چیزی، وفای به عهد و پیمان را گوشزد می‌کند و در آیه ۲۰ سوره رعد می‌فرماید: آنان کسانی هستند که به عهد الهی وفا می‌کنند و پیمان را نمی‌شکنند.

با بررسی و دقت نظر در کلام نورانی قرآن می‌توان به این مهم دست یافت که خداوند متعال در آیات عدیده سوره‌های قرآن کریم بر لزوم به وفای عهد توسط مومنین تاکید فرمودند:

آیات ۱۵۲ سوره انعام، ۸ سوره مومنون، ۱۲، ۷ سوره توبه، ۹۵ سوره نحل و...

با دقت نظر در آیات قرآن کریم آیه خاص دال بر ناظر بودن بر شرط ملاحظه نمی‌شود لیکن آیه اول سوره مائده (یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود) به صراحت وفای به تمام عقود را از مومنان خواسته است، در این بین باید دقت کرد رابطه عقود در آیه شریفه با شرط چگونه است باید اشاره داشت در صحیحۀ ابن سنان عقود به عهد معنا شده و واژه شرط نیز در معنی عهد به طور مطلق به کار رفته است.

در صحیحۀ 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 طرفین می‌باشد و به صورت یک تعهدطرفینی در آید. لذا تمسک فقها به روایت (المسلمون عند شروطهم) در رابطه با لزوم و واجب بودن وفا به عقد، تاییدی بر ترادف عقد با شرط است.

در آیه ۱۷۷ سوره بقره (الموفون بعهدهم اذا عاهدوا) و هم چنین در آیه ۸ سوره مومنون (والذین هم لا ماناتهم و عهدهم راعون) وفا به شرط به مومنین مورد تاکید قرار گرفته است.

در روایات عدیده بر لزوم وفای به شرط تاکید زیادی شده است که در ذیل به چند نمونه آن اشاره می‌شود، حضرت رسول اکرم (ص) فرمودند: المومنون عند شروطهم یعنی مومنین پایبند و متعهد به شروط خود هستند که در این قول معصوم دلالت بر ضرورت وجوب وفای به شرط دارد.^۱

باید بیان داشت وفای به عهد به اندازه‌ای در نزد معصومین (ع) از درجۀ اهمیت بس والایی برخوردار است که حضرت علی (ع) در فرمان خود به مالک اشتر در کتاب نهج البلاغه می‌فرماید:

اگر میان خود و دشمنت پیمان بستی و او را در جامۀ آرامش ایمن دادی هیچ وقت پیمان خود مشکن، در امر پناهندگی رعایت همه چیز را بکن، خود را سپر عهد و پیمان خویش قرار بده، برای این که با تمام اختلاف آرا و گوناگون بودن عقاید بر مردم اسلام، هیچ چیزی لازم‌تر و واجب‌تر از وفای به عهد نیست.

حتی قبل از ظهور دین مبین اسلام، بت پرستان هم از سرانجام شوم عهد شکنی آگاه بودند و بر حفظ عهد و پیمان خویش پایدار می‌ماندند.^۲

۱. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۳۷۵، ص ۱۲

۲. علامه، حلی، پیشین، ص ۱۲

با امعان نظر به روایاتی که بیان شد، استنباط می‌شود در زمان پیامبر (ص) و ائمه (ع) تعهدات تبعی (شرط) میان مردم رواج داشته و اساساً این امر عقلایی است که طرفین یک عقد علاوه بر تعهدات ناشی از قرارداد اصلی، تعهدات دیگری را بر علیه یا له خود می‌پذیرند و در صورتی که آن تعهدات تبعی صحیح و مشروع باشند وفای به آنها واجب است.

معانی فقهی شرط:

همان گونه که قبلاً بیان شد، شرط در لغت دارای معانی مختلفی است، از دیدگاه فقها شرط به دو معنای عرفی، الزام و التزام و هم چنین امری که از عدم آن مشروط لازم می‌آید اطلاق می‌شود و در همین راستا دیدگاه مشهور و اکثریت علما و فقهای امامیه بر معنای عرفی الزام و التزام در ضمن عقد است و دلیل این امر آن است که متبادر شدن این معنا به ذهن را از شرط دانسته‌اند و در ادامه نیز استناد به قول اهل لغت کرده‌اند، به طوری که برخی از طرفداران همین نظریه اعتقاد دارند که از شرط نوعی ربط، تعلیق، اناطه به دست می‌آید که سایر معانی عرفی نیز به همین معنی بازمی‌گردد.^۱

در اینجا لازم به نظر می‌رسد به برخی از تعاریف فقها در مورد شرط تصریح شود:

شیخ انصاری در تعریف شرط بیان می‌دارد، شرط در عرف دو معنا دارد:

اول- به معنای الزام و التزام، خواه آن که در ضمن عقد باشد خواه در ضمن عقد نباشد.

دوم- آنچه از عدمش، عدم مشروط لازم آید، چه از وجود آن وجود مشروط لازم آید چه نیاید.^۲

سید محمد کاظم طباطبایی 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 تنگنا قرار گرفتن مشروط علیه می‌شود.^۳

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 شی بر شیء بدین معنی که آنچه تکویناً یا تشریحاً چیز دیگری بر او معلق شده باشد،

البته این معنی از کتاب‌های لغت به دست نمی‌آید، ولی عقلاً آن را اعتبار کرده‌اند.^۴

۱. الحسینی المراغی، میر عبدالفتاح، العناوین، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۲۹۷، ص ۲۹۷

۲. انصاری، مرتضی، المکاسب، قم، مؤسسه باقری، ۱۴۲۰، صص ۱، ۲۷۵

۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، پیشین، ۱، ۱۰۴

۴. امام خمینی ره، بی‌تا، ۱، ۸۶

معنا و مفهوم شرط تبانی از دیدگاه قانون مدنی:

در یک نگاه اجمالی باید گفت واژه شرط در حقوق ایران علی‌الاصول در سه معنای مختلف به کار برده شده است:

- ۱- امری که وجود و تاثیر یکی از اعمال و وقایع حقوقی وابسته به آن باشد.
- ۲- شرط به عنوان یک تعهد تبعی یا فرعی که از منابع تعهد در حقوق ایران محسوب می‌شود.
- ۳- شرط به معنای مطلق تعهد، که در صدر ماده ۱۹۰ قانون مدنی مد نظر قانون‌گذار ما از واژه شرط معنای نخست آن بوده است، آنچه از رویه موجود در قانون مدنی ما قابل استنباط می‌باشد قانون مدنی در تقارن دیدگاه با اقلیت

فقه‌های امامیه و بر اساس احترام به اصل حاکمیت اراده و با ملحوظ نظر قراردادن قاعده کلی تبعیت عقد از قصد مشترک متعاقدين، ضمن پذیرش شرط ابتدایی، نسبت به اعتبار بخشیدن به شرط تبانی و لازم الوفا دانستن آن اقدام کرده است، به طوری که با مذاقه در مواد کثیری از مواد قانون مدنی، نهاد شرط تبانی قابلیت توجیه منطقی را دارد، اشاره به مواد ۱۱۲۸ و ۱۱۱۳ قانون مدنی خود موید این مدعاست، در نتیجه در ارتباط با شرط تبانی باید تصریح کرد قانون مدنی ما از نظر ماهوی دقیقاً از عقیده فقه‌های متاخر پیروی کرده و اعتبار شرط مذکور را پذیرفته است، از طرفی از نظر شکلی قانون مدنی به نوعی از فقه‌های متقدم متابعت و بدین ترتیب حکم شرط تبانی را به صورت ضمنی در مبحث نکاح بیان کرده است.

معانی شرط از دیدگاه حقوقی:

علاوه بر تعاریفی که از منظر لغوی، عرفی و فقهی از واژه شرط توسط صاحب نظران به عمل آمده است، حقوق دانان کشور ما نیز به تاسی از ادیبان و فقها نسبت به ارائه تعریف حقوقی مختص شرط اقدام کرده‌اند که اینک به برخی از این تعاریف مورد ارائه توسط حقوق دانان اشاره خواهد شد:

استاد جعفری لنگرودی در تعریف شرط می‌گوید، ۱- امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را (کلاً یا بعضاً) متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع کند. ۲- وصفی که یکی طرفین، وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشد بدون این که آن وصف، محتمل الوقوع در آینده باشد.

البته لنگرودی با التفات به دیدگاه فقهی که شرط را به معنای مطلق تعهد که آن را مترتب بر شرط ضمن عقد یا به طور عقد مستقل و جدای از عقد می‌داند، شرط را به دو قسم تقسیم می‌کند: شرط ضمن عقد و شرط ابتدایی.

شهیدی در کتاب شروط ضمن عقد، شرط در معنای محصولی، تعهد مستقیم و غیر مستقیم وابسته به عقد است و در ادامه می‌گوید، شرط ماهیتی اعتباری و غیر مستقل است که در ضمن عقد انشاء می‌شود و برخلاف عقد یا ایقاع خود مستقلاً انشاء نمی‌شود. پس شرط را نباید یک ایقاع تلقی کرد، زیرا ایقاع عمل حقوقی یک طرفه است که مستقلاً به اراده موقع انشاء می‌شود در صورتی که شرط عمل حقوقی یک

طرفه نیست، بلکه عمل حقوقی دو طرفه است که وابسته است و به تبع عقد انشاء می‌شود. محقق داماد در کتاب نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی در مبحث شروط پس از تبیین شرط در اصطلاح ادبی و اصولی می‌گوید: معانی الفاظ دارای سه حقیقت است، ۱- شرعی، حقیقت شرعی، تعریفی است که توسط شارع و قانون‌گذار برای نهادها، تاسیساتها و لغات بیان می‌شود. ۲- عرفی حقیقت عرفی، معنایی است که در عرف عام از آن لغات برداشت می‌شود. ۳- لغوی، حقیقت لغوی، معنایی است که اهل لغت برای لغات ارائه می‌دهند. در ادامه تصریح می‌کند باید توجه داشت که شرط همواره به معنای الزام و التزام نیست و به معنای مطلق قرارداد است و چه بسا هیچ گونه التزامی هم وجود ندارد، ولی صدق شرط بر آن مسلم است، مانند شرط صفت و نتیجه که در آنها هیچ گونه التزامی وجود ندارد مثلاً شرط خیر چیزی جز یک قرار نیست و التزام و تعهدی در آن وجود ندارد.

ناصر کاتوزیان در تعریف و تبیین شرط دو نظر و دیدگاه را به شرح ذیل گفته است:

اول- امری که وقوع یا تاثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن وابستگی دارد. برای مثال، 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 این که هیچ ملازمه با درستی نفوذ عقد داشته باشد.

از میان این شروط، آنچه با ایجاد مفهوم عقد رابطه عرفی یا حقوقی دارد، سبب عقد نامیده می‌شود مانند تراضی و دیگر عوامل که زمینه ساز نفوذ سبب است شرط نام دارد.

دوم- توافقی که بر حسب طبیعت خاص موضوع آن با تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری در آمده است، چنان که ملاحظه می‌شود، شرط بدین مفهوم خود بر 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.^۱

اقسام شروط:

در مباحث قبلی مفاهیم لغوی و اصطلاحی شرط به اختصار از منظر فقهی و حقوقی تشریح و تبیین شد، در همین راستا به اقسام شروط خواهیم پرداخت، شرط به اعتبار ارتباط با عقد عبارتست از:

۱- شروط مستقل یا ابتدائی، شروطی هستند که در عقد گنجانده نشده‌اند و عقد مبتنی بر آنها نیست، بلکه مجرد تعهد و الزام و التزام یک طرف در مقابل طرف دیگر است.

۲- شروط غیر مستقل یا تبعی، شروطی هستند که تابع یا به نحوی مرتبط با عقدند بر خلاف قسم پیش

که هیچ ربطی به عقدی ندارند این قسم خود به اقسام زیر تقسیم می‌شوند:

الف- شروط قبل از عقد، یعنی شروطی که قبل از عقدی از عقود میان طرفین گفت و گو می‌شود و عقد با توجه و بنابر آن منعقد می‌شود، این دسته از عقود که بر عقد موثرند شرط تبانی یا بنایی نام‌گذاری شده‌اند.

ب- شرط ضمن عقد، یعنی شروطی که در ضمن عقدی از عقود صراحتاً و یا ضمناً گنجانده شده‌اند، لذا این قسم از شروط که شروط ضمن عقد نامیده می‌شوند خود به دو دسته اصلی تقسیم می‌شوند:

شروط صریح، یعنی شروطی که صریحاً در ضمن عقد مورد التزام قرار می‌گیرند.

شروط غیر صریح یا شروط ضمنی، یعنی شروطی که نه به دلالت صریح و مطابقی، بلکه به دلالت تضمینی و یا التزامی در ضمن عقد، مورد التزام طرفین قرار می‌گیرند. این شروط در اصطلاح شروط ضمنی نامیده می‌شوند.

شروط ضمنی نه قبل عقد و نه در ضمن عقد به صراحت مورد مذاکره و توافق طرفین قرار نمی‌گیرند، ولی عرف و عادت وجود آنها را مسلم فرض می‌کند. نفوذ اکثر اقسام این دسته از شروط که در اصطلاح فقیهان به شروط ضمن عقد معروفند، مورد قبول مشهور فقها واقع شده است. فقها این دو دسته را بر اساس روایت المومنون عند شروطهم و دیگر ادله فقهی، معتبر و الزام آور می‌دانند، امر اعتبار و الزام شروط دسته اول که شروط مستقل یا ابتدایی نامیده شده‌اند، شدیداً مورد انکار و تردید فقیهان امامیه قرار گرفته است.^۱

تعریف ماهوی شرط تبانی یا بنایی:

شرط تبانی شرطی است که پیش از عقد، طرفین نسبت به انضمام آن به عقد توافق و سپس عقد را با لحاظ آن انشاء می‌کنند. این شرط پیش از عقد انشاء نمی‌شود بلکه صرفاً مورد بررسی قرار گرفته و رضایت طرفین در پیوستن آن به عقدی که بعداً انشاء می‌شود حاصل و اعلام می‌شود.

اگر شرط مزبور پیش از عقد مورد انشاء قرار گیرد، دیگر شرط ضمن عقد نیست و ماهیتی مستقل محسوب می‌شود، اگر چه عقد بعدی یا بنای بر آن انشاء شود و هر چند در اراده طرفین انجام عقد مقدم مرتبط با عقدی است که در آینده تشکیل می‌شود.^۲

به هر روی باید اذعان کرد شرط تبانی شرطی است که در هنگام انعقاد قرارداد و یا انجام معامله، در متن عقد منعقد به هیچ عنوان مصرح نمی‌شود، در حالی که عقد اساساً بر مبنای توافق مقدماتی صورت پذیرفته است و ذهنیت طرفین معامله و یا قرارداد به شرط، محقق می‌شود، که بدان اطلاق شرط تبانی جاری و ساری است. (برای مثال، رویه عرفی جاری بین تجار بر مبنای توافقات تجاری در مقام شفاهی قبل از انعقاد قرارداد بین متعاملین صورت می‌پذیرد و متعاقباً بر همین منوال در استمرار قراردادهای

۱. محقق داماد، سید مصطفی، پیشین، صص ۱۶۵، ۱۶۶

۲. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۴۵

عدیده، بدون اینکه در متن قرارداد تصریحی بدان شود، مورد عمل واقع می‌گردد و در عرف رفتارهای بازار امری پذیرفته شده است)

البته باید در نظر داشته باشیم، که اگر در زمان انعقاد قرارداد یا انجام معامله به هر دلیلی شرط فراموش و یا به جهاتی متعاملین از اجرای شرط چشم‌پوشی و از اعمال آن در عقد اعراض نمایند به طوری که اساساً عقد بر مبنای شرط محقق نشود باید تصریح کرد دیگر اطلاق شرط تبانی یا بنایی بر موضوع قرارداد منعقد قابلیت تسری نخواهد داشت.

صحت شرط تبانی از دیدگاه فقهای معاصر:

نظر اکثریت فقهای متقدم تا زمان شیخ انصاری بر بی‌اعتباری شرط تبانی بوده است و جز عده‌ای قلیل، نظر مشهور عدم پذیرش و بطلان آن بوده است به طوری که برخی همانند صاحب ریاض ادعای اجماع را مطرح کردند. از طرفی همان‌طور که در قبل بیان شد مشهور فقهای متاخر نیز گفته‌اند به حکم عمومیت حدیث شریف المسلمون عند شروطهم و ادله دیگر، شرط تبانی اعتباری به اندازه اعتبار همه شروط صریح دارد.

در همین راستا نسبت به بررسی دیدگاه برخی از فقهای معاصر که بر پذیرش شرط تبانی شده قبل از عقد استدلال کرده‌اند اشاره‌ای اجمالی می‌شود:

خوئی، یکی از فقیهان معاصر، اعتبار و صحت آن را مسلم و مطابق قواعد دانستند توحیدی، مقرر درس ایشان می‌گویند شرط، اناطه (مربوط کردن امری به عقد) است و این حقیقت، چنان که پوشیده نیست، با قصد مشترک متعاملین و تبانی و توافق آن‌ها و معنقد کردن عقد بر آن مبنای، بدون نیاز به ذکرش در متن عقد حاصل می‌شود. بنابر این، هیچ ایرادی ندارد که برای اثبات درستی قرار دادی که مبتنی بر توافق پیشین منعقد شده، به آیه شریفه ۷۵ سوره بقره (احل الله البیع) و امثال آن استناد شود، هم چنان که مشروعیت چنان شرطی هم با حدیث عام (المؤمنون عند شروطهم) قابل اثبات است.

نکته حائز اهمیت آنست که ایشان در این نظر با استادش میرزای نائینی که از مخالفین سر سخت اعتبار شروط قبل از عقد تبانی شده محسوب می‌شود، مخالفت کرده است.

خمینی (ره) در تحریر الوسيله در مورد شروط تبانی شده قبل از عقد در نکاح چنین گفته است: ظاهر این است چنانچه هنگام خواستگاری و گفت و گوی ابتدایی، زوجه را به اوصافی از اوصاف کمال توصیف کنند و سپس عقد را بر مبنای آن منعقد سازند به منزله اشراط است و (تخلف) موجب خیار فسخ است.

بطلان شرط تبانی از دیدگاه فقها:

همان‌طور که بیان شد مشهور یا به عبارتی اکثر فقهای متقدم امامیه معتقد بر این مهم بودند که شرط تبانی باطل است و نتیجتاً این شرط نمی‌تواند لازم الوفا باشد، از طرفی برخی از آنان بر این دیدگاه ادعای اجماع

را مطرح می‌کنند.^۱ در همین باب به برخی از نظریات فقها در خصوص عدم اعتبار شرط بنایی در ذیل اشاره می‌شود:

* شیخ انصاری در مجلد المکاسب شرط هشتم از شرایط صحت شرط آن است که در متن عقد بدان ملتزم گردند، پس اگر پیش از اجرای عقد طرفین توافق کنند تبانی آنان در وجوب آنچه شرط شده است کفایت نخواهد کرد.^۲

* شهید ثانی در کتاب مسالک الافهام در خصوص شرط بیان می‌دارند: شرط تنها در صورتی لازم الوفاست که همراه با ایجاب و قبول باشد تا از اجزای عقد قرار گیرد که وفای به آن امر شده و مجموعه عقد عبارت است از ایجاب و قبول و آنچه قرین با آن دو باشد، پس شرطی که مقدم بر عقد یا موخر از آن باشد فاقد اعتبار است زیرا آنچه لازم الوفاست عقد می‌باشد نه آنچه قبل یا بعد از آن می‌آید.^۳

* در بین فقها محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام در خصوص شرط این گونه بیان می‌دارد: هر شرطی که در عقد نکاح می‌شود و اگر شرطی پیش از عقد ذکر شود حکمی ندارد (۵، ۱۴، ۲، ۵۳۱). هم چنین محقق حلی در کتاب المختصر النافع ابراز می‌دارد: شروط قبل از عقد لازم الوفا نخواهد بود و شروط زمانی الزام آور است که در عقد ذکر شود.^۴

شیخ طوسی هم در اثر النهایه خود درباره شرط، این گونه ابراز نظر کرده است: هر شرطی که بر مرد و زن در عقد نکاح می‌کند زمانی اثر دارد که پس از عقد ذکر شود پس اگر آن شروط بعد از عقد تکرار شود لازم الوفا و ثابت خواهد بود.^۵

* شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد اشاره می‌دارند: هر شرطی که قبل از عقد و یا بعد از عقد ذکر شود برای آن اثری نیست و اگر بر شرطی تبانی و توافق کنند، لیکن هنگام انشای عقد ذکر آن را فراموش کنند قول نزدیکتر به صواب آن است که عقد باطل است.^۶

باید تصریح کرد که شیخ طوسی در کتاب تهذیب الاحکام چنین بیان می‌دارند: شروط عقد نکاح نباید پس از عقد باشد چرا که شروط قبل از عقد اعتبار ندارد و شروط بعد از عقد دارای اعتبار است ولی اگر زوجه شروط قبل از عقد را در ضمن عقد بپذیرد عقد و شرط نافذ است و گرنه شروط مقدم باطل و عقد صحیح نیست.^۷

۱. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، پیشین، صص ۱۳۷، ۸، ۲۳۴

۲. انصاری، مرتضی، پیشین، ۶، ۵۳

۳. شهید ثانی، ۷، ۴۵۷

۴. محقق حلی، ۱۸۲

۵. شیخ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ۴۹۳

۶. شهید اول، ج ۲، ۲۵۹

۷. شیخ طوسی، پیشین، ۲۳۶

باید تصریح کرد شیخ انصاری را شاید به طور قطع نتوان از عداد مخالفین مسلم شرط تبانی دانست چرا که مشارالیه در جای دیگر گفته است: در صورتی که طرفین بر شرط توافق کرده باشند آن شرط قید معنوی عقد محسوب می‌شد و وفا کردن به این عقد خاص جز با انجام شرط مورد نظر ممکن نیست و بدون عقد تجارتي ناشی از توافق و رضایت طرفین نخواهد بود.^۱

جایگاه شرط تبانی از دیدگاه حقوق دانان:

آنچه به نظر می‌رسد نظر مشهور حقوق دانان شرط تبانی / بنایی قبل از عقد بالضروره صحیح و لازم الوفاست در تایید این نظر، علاوه بر توجیه فقهی، توجیه علمی و کاربردی برگرفته از واقعیت‌های موجود در عرصه تجارت و بازرگانی نیز وجود دارد نگاهی به معاملات مهم و کلان تجاری نشان می‌دهد که قرارداد، یک جریان ممتد و به هم پیوسته است که از چندین نشست و گفت و گو و مذاکره و سر انجام ایجاب و قبول تشکیل می‌شود. برای تعیین چنین قراردادی صرفا ایجاب و قبول را پایه و مبدا قرار دادن دور از واقعیت است. بریدن ایجاب و قبول، از زمینه و بستری که در آن روییده و بالیده است، گسستن یک موجود زمانی از پیشینه تاریخی آن است، زیرا بدیهی است که متعاملین هنگام ایجاد قرار داد، همه قرارها و توافق‌های قبلی خود را در قالب ایجاب و قبول نمی‌گنجانند حتی اگر آن را مکتوب کنند، تمام خواسته‌های خود را به کتابت در نمی‌آورند بنابراین، تفسیر واقع بینانه قرارداد منوط به ملاحظه همزمان قرار داد و تاریخچه آن است.

محقق داماد در کتاب نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی درمبحث شرط قبل از عقد (تبانی) این گونه تصریح کرده است: منظور ما از شرط قبل از عقد التزاماتی است که طرفین یک قرارداد پیش از انشای آن در ارتباط با قرارداد پذیرفته‌اند و در هنگام انعقاد عقد و انشای آن تصریح نکرده‌اند، ولی عقد را مبتنی بر آن جاری می‌کنند؟

با توجه به تحلیل فوق شرط قبل از عقد دارای سه ویژگی اصلی است:

- ۱- التزامی است که قبل از عقد میان طرفین صورت گرفته است.
- ۲- میان التزام مزبور با عقد رابطه برقرار و به اصطلاح التزام عقدی مقید به آن شده است.
- ۳- در ضمن عقد به آن تصریح نشده است.

محقق داماد در ادامه به عناوین فقهی شرط قبل از عقد به برخی اسامی از جمله: شروط مضمرة، شروط مقدم، شروط توطی و شروط تبانی و نیز بنایی اشاره می‌کند.

با عنایت به تعریفی که امامی از شرط قبل از عقد تبیین کرده است مصادیق آن را به شرح ذیل ابراز می‌دارد:

اول - آنچه قبل از عقد مورد مذاکره و توافق قرار گرفته و توافق مزبور تا لحظه انشای عقد باقی و عقد، مبتنی بر آن واقع گردیده است.

دوم - ممکن است قبل از عقد، مذاکرهٔ پیشینی به عنوان مذاکرات مقدماتی صورت نگرفته باشد، ولی متعاملین در گذشته، معاملات مشابهی با یکدیگر به کرات انجام داده باشند، به گونه‌ای که میان آنان به رویه تبدیل شده باشد و به منظور سهولت در معاملات بعدی به همان اکتفا و از تکرار خودداری کنند. این سنت در میان تجار و بازرگانان رواج دارد و چنان رویه مسلمی به شمار می‌رود که تا وقتی طرفین آنچه مابین آنان مقرر شده است به صراحت انصراف حاصل نکرده و رویه جدیدی پیش نگرفته‌اند، متبع محسوب است.

در مورد الزام آور بودن شرط قبل از عقد در میان فقهای امامیه اتفاق نظر وجود ندارد. برخی بر بی‌اثر بودن و گروهی بر نفوذ و دسته‌ای دیگر بر تفصیل نظر داده‌اند.

البته با عنایت به موارد معنونه، همه آنچه در مذاکرات مقدماتی می‌آید به قید و شرط بدل نمی‌شود، ولی طبیعی است که طرفین بعضی از شروط و قیود را در مرحلهٔ گفت و گوهای مقدماتی بیان می‌کنند و دیگر خود را از تکرار آن‌ها در قرار داد بی‌نیاز می‌بینند. بنابراین نگاه به معامله و اراده سازندگان آن نشانگر آن است که نمی‌توان از کنار شروط پیشین بر عقد بی‌اعتنا و توجه گذشت مشروط بر این که متعاملین هنگام عقد به آن‌ها توجه داشته باشند و عقد را بر آن اساس مبتنی سازند.

باید تصریح کرد، اگر چه قانون مدنی کشور ما هیچ تعریفی از شرط تبانی ارائه نکرده است و لیکن جایگاه شرط تبانی را قانون مدنی علی‌رغم نظر مشهور فقها مبنی بر عدم صحت و بطلان شرط مذکور، پذیرفته است از طرفی نگاه و تحلیل اغلب حقوق‌دانان از مواد قانون مدنی منطبق با شرط قبل از عقد یا به عبارتی شرط تبانی است، هر چند باید دانست که حقوق‌دانان در تفکیک اقسام شروط، شرط تبانی را از اقسام شرط ضمنی بر می‌شمارند.

باید توجه داشت قانون مدنی به صراحت در مواد ذیل الاشعار شرط ضمنی یا به عبارتی شرط تبانی را قانونی دانسته است و در همین راستا قانون مدنی در ماده ۱۱۱۳ مقرر می‌دارد:

در عقد انقطاع، زن حق نفقه ندارد، مگر این که شرط شده یا آن که عقد مبنی بر آن جاری شده باشد. و هم چنین در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مصرح می‌دارد:

هرگاه در یکی از طرفین، صفت خاصی شرط شده و بعد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده است، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانی بر آن واقع شده باشد.

بدیهی است عقد نکاح خصوصیتی ندارد تا مشروعیت شرط بنایی را مورد مصرح در قانون منحصر بدانیم، بلکه برعکس اگر در باب نکاح، با توجه به حساسیت شرعی آن، شرط ضمنی بنایی مشروع باشد، به طریق اولی در ابواب یا عقود دیگر نیز معتبر خواهد بود. در بند ۷ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ نیز شرط بنایی قانونی اعلام شده است، طبق این بند (مطالبهٔ وفا به شروط و عهود راجعه به معاملات و قراردادهای اعم از این که در ضمن معامله و قرار داد تصریح شده و یا بنای متعاملین بر آن بوده و یا عادات و عرفا معامله مبنی بر آن باشد...).

تعریف شرط تبانی از دیدگاه لنگرودی:

مرقومه پیش رو نسبت به بررسی شرط تبانی از دیدگاه استاد جعفری لنگرودی اهتمام دارد لذا در همین راستا با مذاقه در آثار حقوقی ایشان من جمله کتاب‌های ترمینولوژی حقوق و مجلد سوم مبسوط در ترمینولوژی، تاثیر اراده در حقوق مدنی و... ابتدائاً نسبت به آشنایی با تعاریف و مفاهیم شرط و شرط تبانی در معنای اخص از منظر تخصصی وی خواهیم پرداخت تا هر چه بیشتر در راستای تبیین دیدگاه‌های علمی و تخصصی او طی طریقی اندک و ناچیز کرده باشیم.

در کتاب ترمینولوژی حقوق در معنای شرط این گونه می‌گوید:

الف - امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده، حدوث اثرحقوقی عقد یا ایقاع را (کلا یا بعضاً) متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نماید. (ماده ۲۲۲ به بعد قانون مدنی)

ب - وصفی که یکی از طرفین عقد، وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده است بدون این که آن وصف محتمل الوقوع در آینده باشد (ماده ۲۳۵ قانون مدنی) به این شرط شرط صفت گویند.

(فقه) در فقه به معنی مطلق تعهد (اعم از ضمن عقد یا به طور مستقل و جدای از عقد) است به همین جهت، شرط را به دو قسم تقسیم می‌کنند: شرط ضمن عقد و شرط ابتدایی (رک، شرط ابتدایی)

(اصول فقه) در اصول فقه هر امری است که وجود آن برای تحقق امر دیگری لازم باشد و در تعریف آن گویند: (الشرط ما یلزم من عدمه العدم و لایلزم من وجوده الوجود) یعنی شرط عبارت است از چیزی که اگر نباشد مشروط به وجود نمی‌آید ولی اگر شرط به وجود آید به تنهایی برای ایجاد مشروط کافی نیست. تعریف شرط ابتدایی، (فقه) مرادف تعهد یک طرفی است و آن تعهدی است لازم که شخص به قصد یک طرفی خود علیه خود ایجاد می‌کند (ر.ک. تعهد) و در ادامه تصریح می‌کند از نظر فقها شرط ابتدایی باطل است.

در ادامه در تعریف شرط بنائی می‌گوید: (فقه) تعهداتی که در مذاکرات پیش از عقد به صورت مذاکره مقدماتی عقد بین متعاقدين مورد بحث واقع شده و در متن عقد اسمی از آنها برده نشده است. در اصطلاح دیگر بدان شرط تبانی گفته‌اند.

ایشان در کتاب مبسوط در ترمینولوژی حقوق بند ۸۴۱۷ - در تعریف شرط چنین اشاره می‌کند: (مدنی) در حقوق فرانسه تعلیق اثر عقد است بر امری که در آینده وقوع آن احتمال داده شود.

در حقوق اسلام در خصوص شرط ضمن العقد گفته‌اند: امری است اضافه بر عوض و معوض که به صورت تعهد اضافی (تعهد تبعی) است نه به صورت تعلیق در حدوث حق: امر زائد علی الثمن والمثمن علی وجه الالتزام دون التعلیق^۱ این معنی در ایقاعات هم راه دارد.^۲ پس شرط در حقوق اسلام و قانون مدنی ما به کلی مغایر با تعریف شرط در حقوق فرانسه است.

۱. جواهر ۱۴/۴۲/۴

۲. جواهر ۳۶/۲۳۳/۳

در حقوق فرانسه تعهد فعل (یا ترک فعل) را به صورتی می‌آورند که در ماده ۲۲۱-۲۲۲ قانون مدنی ما اقتباس شده است و نزدیک به مواد ۲۳۸ ت ۲۴۰ قانون مدنی و فقه اسلام شده است، هرچند در مبانی حقوقی دو سیستم حقوقی تفاوت بسیار است. این که گفته شد تعریف شرط فعل در ضمن عقد است که در برابر شرط نتیجه و شرط صفت است و این دو قسم در واقع شرط نیستند بلکه قید هستند که فرق ماهوی با شرط ضمن العقد دارند چندان که تقسیم شرط به سه قسم در ماده ۲۳۴ ق.م. ضعف تالیف و بلکه خطای مسلم است.

نتیجه آن که از نظر قانون مدنی ما به پیروی که از فقه کرده است شرط در حقیقت یک قسم است و آن شرط فعل است که احکام آن در مواد ۲۳۸-۲۳۹-۲۴۰ بیان شده است.

در حقوق اسلام واژه شرط علاوه بر معنی مذکور فوق در معانی ذیل به کار رفته است:

اول - عقود و قرار دادها، عقد را مشارطه خوانده‌اند و تاریخ انعقاد عقد را یوم المشارطه گفته‌اند^۱ و در ادبیات فارسی (با توجه به منابع ذیل) پیوسته به معنی عهد و پیمان به کار رفته است مانند این بیت نظامی (هفت پیکر ۱۲/۱۲۰):

موبدان را بشرط پیش آوردند ماه را در نکاح خویش آوردند یعنی موبدان را برای بستن عقد نکاح فرا خواند.

دوم - خيار: الشرط فی الحيوان ثلاثه ایام... فان احدث المشتري فیما اشتری حدثا قبل الثلاثه ایام فذلک رضی منه فلاشرطه له (= لا خيار له).^۲

سوم - الزامات قانون: شرط الله احق.^۳

چهارم - قید که در شرط نتیجه و شرط صفت دیده می‌شود (حقوق خانواده ۲۱۷-۲۳۳) و ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی. این است مجموعه‌ای جامع از معانی مصطلح شرط در فقه و حقوق که اهل لغت چون ازهری و ابن اثیر و طریحی در مجمع البحرین اصلا به گرد آن نگشته‌اند و تنها گفته‌اند: که شرط معروف است! و حال این که طریحی در مقدمه کتاب نوشته است که من این کتاب را نوشتم به صورتی: کاف شاف یرفع عن غرائب احادیثنا و یدفع غیر الجلی منها غبارها!

ابن اثیر در مقدمه هم ادعائی مشابه طریحی کرده است ولی گرد تعریف شرط که در متون احادیث اسلامی آمده است نگشته است! چه می‌توان کرد شیوه تقلید خلف از سلف، سنت قائمه شده است!

لنگرودی در بند شماره ۸۴۱۹ نسبت به تعریف شرط ابتدائی در کتاب ترمینولوژی در حقوق بدین مضمون پرداخته است:

۱. عقد ضمان از راقم ابن سطور ص ۱۲۳. جواهر ۴/۷۰/۲ و ۳۳/۴۲۹

۲. جواهر ۴/۲۳/۱۰۲ و ۹/۱۰۲-۱۲-۱۴

۳. نهاییه این اثیر ۲/۴۵۹

(مدنی) در فقه به یک تعهد یک جانبه گفته شده است که در عقود نیست در برابر شرط ضمن العقد به کار رفته است.

در بند شماره ۸۴۳۹- شرط بنائی: (مدنی) تعهدات عاقد در اثنای مقاوله (مذاکرات قبل از عقد) را گویند. نام دیگر آن، شرط تبانی است.^۱

وی در مجلد تاثیر اراده در حقوق مدنی (بند ۶۱۹) شرط تبانی را این گونه تبیین کرده است، مذاکرات متعاقدين، پیش از اقدام به عقد از دو صورت خارج نیست:

اول - مذاکراتی که بین آنها و بین قصد انشاء فاصله زمانی به مقداری واقع می شود که نمی توان گفت مدلول ایجاب و قبول ناظر به آن مذاکرات پیش از عقد است، بنابر این عقیده، مدلول آن مذاکرات داخل در قلمرو انشاء است. این نظر صحیح نیست زیرا بناء عقلا در عقود در عقد این است که شروط و تعهدات ناشی از عقد را در حین عقد، تصریح قرار می دهند جز یک رشته امور که در معاملات نوعا متعاملین خود را محتاج به تصریح نمی دانند.

با توجه به این امر، وقتی که متعاقدين پیش از عقد، راجع به امری از امور مربوط به عقد توافق داشته اند و معذک در حین قصد انشاء عقد، از یادآوری آن خودداری کرده اند این امر، ظهور در عدول از مطلب مورد توافق قبلی دارد، یا لاقلا اگر ظهور در آن نداشته باشد مانع دلالت ایجاب و قبول بر آن امر می شود این نظر بین فقها مشهور است.^۲

دوم - مذاکراتی که تقریبا متصل به عقد است و می توان به کمک قرینه حالی، ایجاب و قبول را ناظر به آن مذاکرات دانست، در این صورت به نظر می رسد که مدلول آن مذاکرات، در قلمرو انشاء داخل می شود. شاید نظر صاحب عروه^۳ در سوال و جواب ذیل، به شق دوم باشد نه به شق اول:

سوال - زیدی می خواهد ملکی را به عمرو بفروشد بین آنها دو شرط می شود ولی ضمن ایجاب و قبول، مذاکره شروط فراموش می شود و بعد از عقد، خریدار به آن شرط رفتار نمی کند، آیا فروشنده می تواند اصل معامله را فسخ کند یا نه؟ شروط هم شروطی بود که اگر خریدار قبول نمی کرد فروشنده هم نمی فروخت.

جواب - هرگاه در مجلس بیع (این عبارت دلالت می کند که صاحب عروه به شق دوم مطلب فوق الذکر نظر داشته است) پیش از اجرای صیغه در مقام (مقاوله) ذکر آن دوشروط کرده اند و بیع را بنا بر آن دو شرط، واقع ساخته اند نهایت اینکه یاد کردن شرط را ضمن صیغه فراموش کرده اند، کافی است و تخلف

۱. ماده ۱۱۲۸ ق.م

۲. انصاری، مرتضی، پیشین، ۱۲۴؛ تقریر بحث النائینی، للخوانساری، منیه الطالب، ج ۲، مؤسسة النشر الإسلامی التابع لجماعة المدرسين بقم

المشرفة، ۱۴۱۸، صص ۲۸۱

۳. طباطبائی، سیدمحمد کاظم، سوال و جواب، ص ۱۶۶

مشتری از آن شرطها موجب خیار است و اگر ذکر آن شرطها در غیر مقام بیع بوده است به طوری که صدق تبانی بر آن دو نمی‌کند عمل به شرط، واجب نیست تا تخلف، موجب خیار شود. حاصل اینکه اگر در حال اجرای صیغه، تبانی ایشان بر آن باشد لازم العمل و مثل مذکور در عقد است و الا نه... ملاحظه - هر چند عبارات این سوال و جواب صریحا بیان تفصیل مذکور در مطلب بندهای اول و دوم پیش گفته را نمی‌کند و اندکی اضطراب در آن دیده می‌شود ولی به تفصیل مذکور نزدیک است. مذاکرات پیش از عقد که مورد موافقت طرفین بوده است ولی در قالب قصد انشا در نیاید در اصطلاحات فقها^۱ به نام شروط تبانی و شروط بنائی خوانده می‌شود نظری که بین فقها مشهور است^۲ این است که شروط، از قلمرو انشا خارج هستند زیرا در تفاهم عرف، مدلول ایجاب و قبول، دلالت بر شرط مزبور نمی‌کند.

عرف خاص - پنج قاعده که تاکنون ذکر شد بیشتر از قواعد سه گانه بعد باید در کشف قصد متعاقدين مورد توجه قرار گیرد، معذالک ممکن است در عمل، مواردی پیش بیاید که هیچ یک از قواعد پنج گانه فوق برای کشف قصد عاقد، موثر واقع نشود و اینک چند مثال ذکر می‌شود:

اول - کسی قطعه باغ یا زمینی را به استثنای چند درخت فروخت آیا زمین مقر آن درخت و حریم آن، در ملک بایع باقی است که بعد از انعدام آن درخت، مکان آن، ملک بایع باشد یا نه؟ و اگر بایع یا وارث او غافل از این مطلب باشند و ادعای مالکیت محل آن درخت را نکنند مشتری باید آن مکان را ملک بایع بداند و تصرف در آن نکند یا نه.^۳

دوم - شخصی زمین مزروعی فروخت که قنات مشروب می‌شود، در عقد هم ذکری از حق الشرب نکرد. آیا حق الشرب داخل در مبیع است یا نه؟ اگر در حین عقد مزبور تصریح شود که مبیع به اتمام حقوق آن، در مقابل ثمن، معامله می‌شود مسلماً حق شرب داخل در مبیع است، ولی زمینی که مسیل قنات را تشکیل می‌دهد نیز داخل مبیع هست یا نه؟ علامه حلی زمین مسیل را هم داخل در حقوق مبیع دانسته است.^۴

سوم - هرگاه خانه مورد معامله باشد:

اولاً - گله‌ها و درختانی که برای تزئین خانه نباشد آیا داخل در مورد معامله است؟

۱. تقریر بحث النائینی، للخوانساری، پیشین، ص ۱۲۳

۲. همان، ص ۱۲۴، مصنف، قانون، ماده ۱۲۹

۳. طباطبائی، سید محمد کاظم، پیشین، صفحه ۱۳۱

۴. مصنف، قانون، ماده ۱۳۲

مثلا در خانه‌های دهقانی در نواحی جنگلی، دهقان درخت می‌کارد که از چوب آن برای ساختمان استفاده کند و هیچ جنبه تزئینی ندارد یا در شهرهای بزرگ گلخانه و گیاهای زیاد تربیت و پرورش می‌شود، اینها داخل در مفهوم لغت خانه یا داخل در مفهوم حقوق خانه از قبیل ممر و حق الشرب نمی‌شوند، ولی آیا داخل در مورد معامله خانه نمی‌شوند؟ یعنی نظر به عرف و عادت، داخل در مورد معامله نمی‌شود؟^۱

ثانیا - بعضی اشیا را که در خانه‌ها به منظور سهولت استعمال یا امکان استعمال، نصب می‌کنند مانند تغار خمیرگیری و تنور برای پختن نان و باد بزن برقی سقفی و لوستر و لامپ و تلفن و قفسه کتاب و امثال آنها، این امور برای تکمیل بنا نصب نشده است، آیا آنها داخل در مورد معامله هستند؟^۲



۱. جواهر الکلام، بیع، ص ۱۲۷؛ اردبیلی، شرح ارشاد ص ۵۸۰، مصنف، ماده ۱۳۴

۲. علامه حلی، پیشین، ص ۵۸۱

نتیجه‌گیری:

با عنایت به مذاقه در مبانی فقهی و حقوقی به شرحی که بیان شد باید تصریح کرد 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 شده باشد و هم چنین بند ۷ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸) با عنایت به اصل حاکمیت اراده و هم چنین قاعده تبعیت عقد از قصد مشترک متعاقدين، نسبت به پذیرش شرط تبانی اقدام و شرط معنونه را معتبر اعلام کرده است. 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 قرار گیرد.

با امعان نظر به مراتب مصرحه، علی‌رغم اعلام اعتبار و مشروعیت قانونی شرط تبانی، قانون مدنی ما هیچ تعریف مشخص از آن ارائه نکرده است، از طرفی تعاریف مورد ارائه اکثر حقوق دانان نیز معانی را ذکر می‌کنند که دارای انطباق با تعریف شرط قبل از عقد است، اگرچه باید اذعان داشت که در تعاریف ارائه شده شرط تبانی را از عداد شرط ضمنی می‌دانند.

با عنایت به بررسی و مذاقه در آنچه از تعاریف به عمل آمده استاد جعفری لنگرودی از مفهوم، شرط به معنای عام و همچنین شرط تبانی در معنی اخص در آثار مختلف که به صورت بسیار مختصر و گذرا بدان اشاره شده است این گونه استنباط می‌شود، مشارالیه نیز همانند جامعه حقوق دانان کشور شرط تبانی را با عنایت به ایفای نقش مبانی عرفی و حقوقی شرط مذکور، قابل پذیرش و لازم الوفا می‌داند و بر صحت و درستی شرط قبل از عقد به طور مطلق تاکید دارند. حسب نظر وی، در شرط تبانی مذاکرات متعاقدين پیش از اقدام به عقد از دو صورت خارج نیست، اول مذاکراتی که بین آنها و بین قصد انشا، فاصله زمانی به مقداری واقع شود که نمی‌توان گفت مدلول ایجاب و قبول ناظر به آن مذاکرات پیش از عقد است. دوم - مذاکراتی که تقریباً متصل به عقد است این مذاکرات بین فقها مشهور است. در حالی که، ایجاب و قبول را بتوان ناظر به آن مذاکرات دانست، در این صورت به نظر می‌رسد که مدلول آن مذاکرات، در قلمرو انشا داخل می‌شود. با عنایت به شرحی که گذشت می‌توان مثال بارز سنت جاری مابین تجار و بازرگانان که منجر به رویه مسلم در عرف تجاری شده است و به کرات مورد عمل قرار می‌گیرد را ابراز کرد که تا زمانی که متعاملین هر آنچه را که مقرر کرده‌اند از آن اعلام انصراف و یا شیوه جدیدی اتخاذ نکنند علی القاعده رعایت و الزام به رویه باقی است.

منابع و مأخذ:

۱. ابن منظور، محمد بن مكرم، (۱۴۰۸ ه. ق)، لسان العرب، بيروت، دارالفكر
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، اسلامیه
۳. انصاری-مرتضی، (۱۴۲۰)، المكاسب، قم، مؤسسه باقری
۴. تقریر بحث النائینی، للخوانساری، (۱۴۱۸) منیه الطالب، ج ۲، مؤسسه النشر الإسلامی التابع لجماعه المدرسين بقم المشرفه
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۹)، وسيط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، گنج دانش
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، الفارق دائره المعارف عمومی حقوق جلد سوم، گنج دانش
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، دوره متوسط حقوق مدنی (حقوق خانواده)، گنج دانش
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، اساس در قوانین مدنی (المدونه)، گنج دانش
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، تاثیر اراده در حقوق مدنی، گنج دانش
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، گنج دانش
۱۲. الحسينی المراغی، مير عبدالفتاح، (۱۲۹۷) العناوين، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعه الاولى
۱۳. حیدری، محمد علی و شریعت زاده، میترا، (۱۳۹۳) شرط تبانی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق مدنی، دو فصل نامه علمی - اختصاصی معارف فقه علوی، سال اول، شماره اول، پاییز و زمستان
۱۴. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۷)، حقوق مدنی: شروط ضمن عقد، جلد چهارم، چاپ اول، مجد
۱۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، (۱۳۷۶) حاشیه المكاسب، قم، اسماعیلیان
۱۶. علامه حلی، (۱۳۷۵) تذکره الفقهاء
۱۷. فیروز آبادی، ابوطاهر مجدالدین محمد بن یعقوب، (۱۳۴۱)، القاموس المحيط، بيروت، دارالاحیاء التراث العربی
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلام، مرکز نشر علوم اسلامی
۱۹. واثقی، محسن، (۱۳۹۱)، مقاله بررسی تطبیقی صحت و بطلان شرط بنایی در حقوق اسلام و ایران، فصلنامه پژوهش، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز