

بررسی تطبیقی شرط تبانی در عقد نکاح از منظر فقه فریقین و آثار حقوقی آن در نظام خانواده

سیدعلی سیدموسوی^۱

فاطمه زاهدی^۲

چکیده

مقاله حاضر به روش توصیفی - تحلیلی و بر اساس مطالعات کتابخانه‌ای، موضوع «شرط بنایی در عقد نکاح از منظر فقه فریقین و آثار حقوقی آن در نظام خانواده» را بر پایه قوانین مدنی ایران و افغانستان مورد بررسی قرار داده است. داده‌های تحقیق نشان می‌دهد بسیاری از فقهای امامیه و حنابله، با استناد به آیات و روایات، شرط بنایی را معتبر و لازم‌الوفای دانند. در مقابل، اکثر فقهای اهل سنت و برخی از فقهای امامیه، با ارائه دلایلی، بر عدم اعتبار این شرط تأکید می‌کنند. قانون مدنی ایران، که بر مبنای فقه امامیه تدوین شده، به تبعیت از نظر فقهای امامیه، اعتبار شرط بنایی را تأیید کرده است و آن را لازم‌الوفای می‌داند و در صورت تخلف، حق فسخ عقد را برای مشروط‌له (کسی که شرط به نفع اوست)، به رسمیت می‌شناسد. از سوی دیگر، قانون مدنی افغانستان، که مبتنی بر فقه حنفی است، به طور کلی شرطی را که دلالت صریح قرآنی نداشته و مخالف اهداف ازدواج باشد، فاقد ضمانت اجرایی می‌داند.

۱. استادیار گروه حقوق و عضو هیئت علمی جامعة المصطفیٰ ﷺ العالمیه، قم، ایران؛

.sas.mousavi110@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری تفسیر تطبیقی آموزش عالی شهیده بنت الهدی، قم، ایران، (نویسنده مسئول)؛

.fatemezahedi888@gmail.com

با این حال، آنچه در عمل در جامعه مشاهده می‌شود، این است که شرط بنایی عموماً از ضمانت اجرایی کافی برخوردار نیست و در بیشتر موارد، پس از ازدواج، طرف مقابل (مشروط علیه) به تعهدات و توافقات صورت‌گفته پایبند نمی‌ماند. همچنین در محاکم قضایی، اثبات وجود شرط بنایی به عهده مشروط‌له است که این امر نیز خود چالش‌هایی را در پی دارد.

واژگان کلیدی: شرط بنایی، عقد نکاح، فقه فریقین، حقوق، خانواده.



مقدمه

شروط ضمن عقد، دارای اهمیتی ویژه و مورد ابتلا و دارای فواید حقوقی است. قانون‌گذار به لحاظ اهمیت و اعتبار خاص عقد نکاح در میان عقود، توجه خاصی به شروط ضمن عقد مبذول داشته است؛ به گونه‌ای که در باب نکاح، بر این موضوع تکیه کرده و آن را به تفصیل بیان داشته است. همان طور که در معاملات، طرفین معامله، اغراض خود را به وسیله شروط ضمن عقد بیان و بدین طریق آن را لازم الاجرا می‌نمایند، نهاد خانواده نیز از این امر مستثنی نیست.

از آنجا که برهم زدن علقه زوجیت، طبق شرع و قانون مدنی به زوج واگذار شده است، شرع مقدس برای پیشگیری از سوءاستفاده مردان نسبت به حقوق زنان در خانواده، در مواردی که ممکن است خواسته‌ها و مصالح زنان سازگاری نداشته باشند، بانوان می‌توانند به عنوان «شرط ضمن عقد» زوج را ملزم به عمل به آن شروط کنند. بدین ترتیب از طریق شرعی و قانونی حق استفاده از این شروط را بعد از عقد نکاح برای خود ایجاد نمایند.

در جوامع سنتی، غالب ازدواج‌ها بر اساس شروط بنایی صورت می‌گیرد؛ بدین منوال که قبل از عقد، غالباً وکیل دختر، شروط دختر را در قالب گفت‌وگوهای دوطرفه با وکیل پسر یا خود پسر مطرح می‌کند. چنانچه پسر این شروط را پذیرفت، عقد ازدواج بر مبنای آن صورت می‌گیرد.

آنچه اهمیت این پژوهش را مضاعف می‌کند، سوءاستفاده مردان از حقوق زنان در خانواده است. غالباً شروطی که قبل از عقد بر آن توافق صورت گرفته بود، هرگز در زندگی اجرا نمی‌شود و چه بسا مورد انکار مرد قرار می‌گیرد. حتی در مجامع قضایی و دادگاه‌ها نیز به مکتوبات اکتفا می‌شود و قید شروط در سياهه یا دفترچه عقد نکاح ملاک قرار می‌گیرد. این در حالی است که هنوز عقد بسیاری از دختران، توسط روحانی محل در منزل منعقد می‌گردد و قید شروط در عقدنامه، خلاف معنویت ازدواج و امری

قبیح شمرده می‌شود. در ایران، به برکت انقلاب اسلامی و افزایش آگاهی عمومی، عقد نکاح در محضر و دفترخانه اسناد رسمی صورت می‌گیرد، ضمن اینکه شروط مندرج در دفترچه ازدواج، برای داماد تشریح و امضا می‌شود، اما در افغانستان چنین امری امکان‌پذیر نیست. لذا همواره شاهد سوءاستفاده مردان و پایمال شدن حقوق زنان هستیم. سؤال این است که شروط بنایی در فقه فریقین از چه جایگاهی برخوردار است؟ و آثار حقوقی آن در نظام خانواده چیست؟ برای پاسخ به این پرسش، نوشته حاضر با مطالعات کتابخانه‌ای به روش توصیفی - تحلیلی و به صورت کاربردی سعی دارد موضوع «شرط بنایی در عقد نکاح از منظر فقه فریقین و آثار حقوقی آن در نظام خانواده» را مورد بررسی قرار دهد.

۱. مفهوم‌شناسی

بهترین راه برای فهم و درک مباحث، تبیین مفاهیم کلیدی است؛ ازاین‌رو مفهوم شرط و تبانی بررسی می‌شود:

۱-۱. مفهوم شرط

در لغت: شرط بر وزن «فلس» به معنای الزام و التزام است که در ضمن عقد قرار می‌گیرد و جمع آن، شروط و شرایط است. «الشرط الزام‌آلشی و التزامه فی البیع و نحوه» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۳۰۹)، اما به فتح «ش ر» به معنای علامت و نشانه است و جمع آن اشراط است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۴۵۰). مصطفوی می‌گوید هر دو واژه، از اصل واحدی برخوردار است که همان الزام و التزام به شیء برای شیء آخر است؛ به گونه‌ای که وجود آن شیء متوقف بر وجود شیء آخر است، اما در نفس امر یا از جهت تعهد و التزام، شرط را علامت نیز معنی می‌کنند. از آن جهت که برای خودشان علامتی قرار می‌دهند تا به وسیله آن شناخته شوند (مصطفوی، ج ۶، ص ۴۵). شرط در لغت، در معانی اسمی و مصدری کاربرد دارد. اسمی به معنای زخم، بریدگی، شکاف، درز و مانند آن است؛ اما

مصدری به معنی پاره کردن، تیغ زدن، شکافتن، عهد بستن و متعهد ساختن است (فیروزآبادی، ۱۳۴۱، ج ۲، ص ۳۶۸).

در اصطلاح: واژه شرط دارای معانی اصطلاحی متعددی است و در علوم مختلف مانند فلسفه، منطق، فقه، حقوق و قرآن و روایات معنای خاص خود را دارد. در اینجا به اقتضای ضرورت، مفهوم شرط در اصلاح قرآن، روایات و فقه بررسی می شود.

الف) در قرآن: هرچند در قرآن مجید، واژه شرط به صورت مفرد نیامده است، ولی به صورت جمع آن یعنی «اشراط» به کار رفته: «فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا» (محمد: ۱۸) که به معنای نشانه های قیامت است.

واژه «شرط» در اصطلاح قرآن، به معنای عقد و پیمان به کار رفته و در این راستا، در آیات متعدد قرآن، وفای به عهد مورد تأکید قرار گرفته است (انعام: ۱۲۵؛ توبه: ۷؛ نحل: ۹۵ و...). براین اساس، پیمان شکنان را به شدت، مذمت و نکوهش نموده و به آنان وعده عذابی سخت داده و کسانی را که به عهد خود وفا کنند مدح کرده است: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا» (اسراء: ۳۴). خداوند خود را با وفاترین می شمارد: «وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ» (توبه: ۱۱۱) و قاطعانه احتمال پیمان شکنی نسبت به خود را مردود می داند: «فَلَنْ يُخْلِفَ اللَّهُ عَهْدَهُ» (بقره: ۸۰) و به صراحت از مؤمنین می خواهد که به عقود خویش وفا نمایند: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱).

قرآن یکی از نشانه های انسان خردمند و حق جو را وفای به عهد و پیمان می داند: «الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْفُضُونَ الْمِيثَاقَ» (رعد: ۲۰) و می فرماید مؤمنان کسانی هستند که به عهد و پیمان شان وفا می کنند: «الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْفُضُونَ الْمِيثَاقَ» (مؤمنون: ۸). با تتبع در آیات قرآن می توان گفت واژه های عقد، عهد و شرط به یک معنی است و مشمول آیه قرار دارد: «الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْفُضُونَ الْمِيثَاقَ» (مؤمنون: ۸). خصوصاً زمانی که شرط دارای طرفین و به صورت یک تعهد طرفینی درمی آید، حقوق و تکالیفی را برای هر طرف همراه دارد و انتظار یک جانبه گرایی در آن، امری غیرمعقول به شمار

می‌رود.

ب) در روایات: شرط به دو معنا آمده است: اول، به معنای عهد و پیمان، مانند روایت نبوی «المؤمنون عند شروطهم؛ مؤمنین پایبند و متعهد به شروط خود هستند» (قرطبی، ۱۳۶۴، ج ۶، ص ۳۳ و طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۳۵)؛ یعنی به عهد و پیمان خود وفا می‌کنند. دوم، به معنای خیار نیز آمده است؛ مانند صحیح‌ه فضل بن یسار از امام صادق (ع): «الشرط فی الحيوان ثلاثة؛ ایام شرط (خیار) در معامله حیوان سه روز است» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۷۰ و طوسی، ۱۳۹۰، ج ۷، ص ۲۰).

تدقیق در آیات و روایات نشان می‌دهد که تعهدات تبعی یا ضمنی، در صدر اسلام میان مردم رایج بوده است. اصولاً زمانی که طرفین، عهد و پیمانی را منعقد می‌کنند، علاوه بر تعهدات ناشی از قرارداد اصلی، تعهدات دیگری را نیز به طور ضمنی می‌پذیرند و چنانچه این تعهدات، مشروع باشند، وفای به آنها واجب است (شیرزادی و همکاران، ص ۵۰۴). تعهدات ضمنی که در پی عقد ایجاد می‌شوند، به گونه‌ای با عقد مرتبط هستند که اگر به هر دلیلی عقد منحل گردد، این تعهدات نیز تبعاً منتفی می‌شوند.

ج) در اصطلاح فقه و حقوق: شرط در اصطلاح فقها به دو معنا به کار می‌رود:

۱. معنای عرفی، که شامل الزام و التزام است. ۲. معنای امری که از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌آید، اطلاق می‌شود. شیخ انصاری در این باره می‌گوید: «فان الشرط لغة مطلق الالتزام فی شمل ما كان بغير لفظ» (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۵۶). البته گاه مطلق الزام و التزام را شرط می‌گویند؛ خواه در ضمن عقد مندرج شده باشد و خواه تعهداتی ابتدایی باشد که در ضمن عقد نیامده است. همچنین شرط به چیزی گفته می‌شود که از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌آید؛ خواه از وجود آن، وجود مشروط لازم آید یا نیاید. شیخ انصاری اضافه می‌کند که معنای شرط از نظر شارع، مانند عبارت «المؤمنون عند شروطهم»، شامل هر دو معنا می‌شود (همان، ج ۵، ص ۲۱).

طباطبایی می‌گوید شرط، همان جعل و تقریری است که التزام را به دنبال دارد و

موجب تنگا قرار گرفتن مشروط بر مشروط علیه می شود (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۰۴). محقق خویی می گوید شرط، معنای عرفی یکسانی دارد که همان «ربط و اناطه» است. اناطه گاهی تکوینی است؛ مانند تقید معلول به علتش، که وجود معلول به وجود کل اجزا علت شرط شده است و گاهی جعلی محض است؛ مانند شرط در ضمن عقد، که عاقد بیعش را به امری ربط می دهد که آن امر، شرط و عاقد شارط نامیده می شود (خویی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۵).

امام خمینی واژه شرط را مشترک لفظی می داند که به معنای الزام و التزام در ضمن عقد، یا به معنای تعلیق شیء بر شیء است (خمینی، بی تا (ب)، ج ۱، ص ۸۵). بنابراین، همه مفاهیم لغوی و عرفی شرط، در دو معنا خلاصه می گردد: التزام در ضمن عقد، و تعلیق شیء بر شیء دیگر.

در میان فقها، در مفاد شرط، اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقها مانند شیخ انصاری مفاد شرط را مطلق الزام و التزام می دانند؛ ازاین رو شامل شرط ابتدایی نیز می شود (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۲۱). اما برخی دیگر مانند امام خمینی معنای شرط را در ضمن عقد می داند که به طور حقیقی شامل شرط ابتدایی نمی شود و معتقد است که: در شرط به معنای الزام و التزام در ضمن عقد، تعلیق و اناطه ای وجود ندارد؛ بلکه عقد، ظرف و شرط، مظهر آن است و تعلیقی ایجاد نمی شود و در صورت تخلف از شرط، خدشه ای بر صحت عقد وارد نمی آید؛ بلکه مشروط له فقط خیار فسخ پیدا می کند (خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۸۷). نراقی می گوید استمرار عقد، معلق بر شرط است؛ در نتیجه با انتفای شرط، بقای عقد متزلزل، و شارط دارای خیار فسخ می شود (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۱۲۹ و موسوی قزوینی، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۲۵۰).

در قانون مدنی، هرچند واژه شرط تعریف نشده است. اما از مواد مربوط به شرط چنین استنباط می شود که در اصطلاح قانون مدنی به معنی التزام و تعهد تبعی است که در ضمن عقد معین و یا در کنار تعهد اصلی ایجاد می شود؛ به گونه ای که اگر عقد

به جهتی از جهات منحل گردد، شرط نیز تبعاً منتفی می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۳۱۹). از جمع‌بندی معنای لغوی و اصطلاحی به دست می‌آید که ظاهر فهم عرفی از واژه شرط، الزام و التزام در ضمن عقد است، نه هر نوع الزام و التزامی. چنانچه واژه شرط بر الزام و التزام خارج از عقد اطلاق شود، این استعمال مجازی است نه حقیقی؛ چراکه الزام و التزامی که در ضمن عقد نباشد، خود نوعی عقد نامعین است. عقد توافقی است مستقل، و شرط توافقی است مرتبط با توافق دیگر و همین موضوع، تفاوت عقد و شرط است.

باتوجه به مطالبی که گذشت روشن شد که مفاد قاعده شروط، جمله «المؤمنون عند شروطهم» و آیات عقود است. باتوجه به معنی شرط، مفاد «قاعده شروط»، انشاء حکم لزوم شرط است. یعنی الزام و التزام در ضمن عقد یا عهد و پیمان، لازم‌الوفا است برای مشروط‌له، و این حق بر عهده مشروط‌علیه باقی است تا زمانی که به آن وفا کند یا مشروط‌له از حق خود بگذرد.

۱-۲. مفهوم تبانی

در لغت: تبانی، باهم ساختن، باهم سازش کردن و همدست شدن برای اقدام به امری است (عمید، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۵۳۳). این کلمه، بر ساخته از ماده «ب ن ی» است که در فرهنگ‌های عربی استعمال نشده است. در نشریه دانشکده ادبیات تبریز آمده است: تبانی، یعنی با یکدیگر قرار گذاشتن، از کلمات مجعول است و در کتب لغت موجود نیست (دهخدا، ۱۳۷۳ ج ۳، ذیل واژه «تبانی»). به همین دلیل، شرط تبانی به شرط بنایی نیز معروف است؛ یعنی شروطی که بنا و اساس عقد قرار گیرد. به همین دلیل در نوشتار حاضر، بیشتر واژه بنایی را به کار می‌گیریم.

در اصطلاح: فقها واژه تبانی را همسو با معنای لغوی آن تعریف می‌کنند. شیخ انصاری گوید تبانی، یعنی توافق بایع و مشتری بر شرطی خارج از عقد، سپس انعقاد قرارداد بر مبنای آن (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۱۱، ص ۳۴۲). شروطی که دو طرف عقد بر آنها

توافق می‌کنند، جعلی یا وضعی گویند و در برابر شروط شرعی قرار دارند (جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ج ۴۴، ص ۷۵). در ترمینولوژی حقوق شرط تبانی چنین معنی شده است: «تعهد عاقد در مرحله مقابله است که هنوز عقد بسته نشده است و قرار است که در عقد عطف به آن باشد. آن شرط را تبانی هم گفته‌اند» (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص ۴۲۷).

۲. مبانی و مستندات «قاعده شروط»

بر اساس دیدگاه فقها و اصولیون، مبانی «قاعده شروط»، موارد زیر است:

۲-۱. آیات قرآن

خداوند در آیه کریمه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) دستور می‌دهد که به همه عهد و پیمان‌ها وفا کنید. عقود در اینجا به معنای عهود است؛ چنان‌که در صحیح‌ه ابن سنان، عقود به معنای عهود گرفته شده است (فتی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۶۰ و عیاشی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۸۹). چون واژه شرط در معنی عهد به طور مطلق به کار رفته، مشمول این آیه بوده و لازم‌الوفا است. هرچند شیخ انصاری معتقد است آیه در صدد بیان حکم تکلیفی است و حکم وضعی مانند، سببیت، شرطیت، ملکیت و... از حکم تکلیفی انتزاع می‌یابد، اما اکثر فقها معتقدند که احکام وضعی، مستقیماً قابل جعلند و منظور آیه، بیان حکم وضعی است؛ یعنی هدف آیه، بیان نفوذ و لزوم عقد و شرط است (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۳۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۲۶۸ و بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۵۳). در کار بست قرآن، آیاتی نظیر ۱۱۷ سوره بقره و ۷ سوره مؤمنون، که در مورد وفای به عهد و پیمان آمده است، همان طور که حکم عهد و پیمان بندگان با خداوند را بیان می‌کند، شامل پیمان‌های خصوصی میان مردم نیز می‌شود.

۲-۲. سنت

اخبار و روایات متعددی در منابع شیعه و اهل سنت آمده است که مضمون «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» را نقل کرده‌اند. به عنوان نمونه، عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) روایت کرده است:

نقل کرده است که فرمودند: «مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا مُخَالِفًا لِكِتَابِ اللَّهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ وَلَا يَجُوزُ عَلَى الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِ وَ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فِيمَا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ؛ هرکس مخالف کتاب خدا شرط کند، مجاز نیست که انجام دادن آن را بخواهد و کسی که به آن ملتزم شده نیز لازم نیست به آن وفا کند. مسلمانان تا زمانی ملزم به وفای به شروط هستند که آن شروط، موافق کتاب خدا باشد» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۶۹). همچنین موثق است اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) که از پدرشان نقل کرده است که حضرت علی (ع) فرمود: هرکس برای زوجه اش شرطی کند، باید به آن وفا کند: «يَقُولُ مَنْ شَرَطَ لِامْرَأَتِهِ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۷).

در منابع متعدد اهل سنت در باب النکاح، بیع، صلح و... برای وفا به شروطی که مخالف کتاب و سنت نباشند، به همین روایات استناد کرده اند (بخاری، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۹۸؛ ترمذی، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۲۹ و بیهقی، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۲۴۸).

روایت «المسلمون عند شروطهم»، هم به لحاظ نحوی قابل تحلیل است و هم به لحاظ مفاد. بدین گونه که الف و لام در جمله «المؤمنون (المسلمون)» دلالت بر جنس می کند و افاده عموم و استغراق می کند. واژه عند، ظرف است و متعلق می خواهد که در اینجا متعلق آن «ثابتون» است. باتوجه به اینکه واژه «شروطهم» جمع مضاف است و افاده عموم می کند، مفاد جمله چنین می شود: «جميع المؤمنون ثابتون عند جميع شروطهم». از سوی دیگر، جمله «المؤمنون (المسلمون)»، جمله خبری در مقام انشای حکم است. بر اساس اقوال اصولیون، جمله اخباری در مقام انشای حکم، با تأکید بیشتر حکم را انشاء می کند. شیخ انصاری بر آن است که مفاد روایت مذکور، یک حکم تکلفی است که به موجب آن، مؤمنان موظف و مکلف به وفا و پایبندی به قراردادها و شروطشان می شوند، اما حکم وضعی «لزوم قراردادها»، از حکم تکلفی نشئت گرفته است. برخی فقها با نظر شیخ مخالفت کرده و می گویند مراد از ثبوت مؤمنان نزد شروطشان این است که شروط بر مؤمنان ثابت می شود و از عهده آنها خارج نمی شود جز با وفای به آن شروط؛

مانند باب ضمان که عین مال یا مثل آن بر عهده ضامن اعتبار می‌شود و از عهده او برداشته نمی‌شود مگر با ادا یا گذشت صاحب حق (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۰). در قاعده شروط نیز همین طور است؛ یعنی شرطی که مشروط علیه پذیرفته است، بر عهده او برای مشروط له حقی اعتبار می‌شود و ثبوت وضعی پیدا می‌کند که از آن به حکم وضعی لزوم شرط تعبیر می‌کنند. بنابراین، مفاد جمله «المؤمنون عند شروطهم»، حکم وضعی لازم الوفا بودن شرط است و بدیهی است که از آثار و لوازم این حکم وضعی، حکم تکلیفی وفا به آن شرط است و مشروط علیه وظیفه دارد بدان وفا کند.

۳. کاربرد «قاعده شروط» در حقوق خانواده

از جمله بسترهای مهم کاربرد قاعده شروط در حقوق خانواده، شرایط ضمن عقد نکاح است. به عنوان مثال، در قانون مدنی ایران که برخاسته از فقه امامی است، ماده ۱۱۱۹ می‌نویسد: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند؛ مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر، زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق کند یا علیه حیات زن سوءرفتاری نماید که زندگی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد» (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۲۶۶ و اسعدی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۹).

۴. اقسام شرط ضمن عقد نکاح

شرط ضمنی، تعهدی تبعی است که در متن عقد نکاح ذکر نمی‌شود، که به صریح و غیرصریح تقسیم می‌شود:

۴-۱. شروط ضمنی صریح

یعنی شروطی که صریحاً در متن عقدنامه ذکر شده‌اند و مورد التزام قرار می‌گیرند. یعنی قیودی که به صراحت ایجاد تعهد می‌کنند و شرط محسوب می‌شوند و در فرض

تخلف، خيار تخلف شرط به وجود می آید. به عنوان مثال، اگر در عقد ازدواج، شغل یا سمت خاصی به عنوان اوصاف زوج در عقدنامه قید گردد، این قید در حکم شرط است و در فرض تخلف، زوجه می تواند با استناد به ماده ۱۱۲۸ ق.م. قانون مدنی ایران، عقد نکاح را فسخ نماید (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۵۴). به طور کلی در این قسم، اختلافی میان فقهای فریقین نیست و همه به اتفاق، شرط صریح را لازم الوفا می دانند؛ از این رو از توضیح بیشتر خودداری می شود.

۲-۴. شروط ضمنی غیر صریح

شروطی است که نه به دلالت مطابقی، بلکه به دلالت تضمنی و یا التزامی در ضمن عقد گنجانده می شود و مورد التزام متعاقدين قرار می گیرد. این شروط در اصطلاح فقه و حقوق، «شروط ضمنی غیر صریح» نامیده می شوند (همان). بنابراین، شرط ضمنی غیر صریح را می توان به شرط بنایی و شرط عرفی تقسیم کرد.

اگر متعاقدين قبل از عقد، وصفی از اوصاف کمالی را مطرح و برای تفاهم بر آن مذاکره نمایند، به گونه ای که عقد بر مبنای آن منعقد گردد، اما در هنگام عقد و در متن آن، نه به صراحت و نه به صورت ضمنی سخنی از آن به میان نیاورند، این گونه از شرط قبل از عقد را «شرط بنایی» یا «شرط تبانی» گویند (صابریان، ۱۳۹۰، ص ۹۸).

۵. شرط بنایی در عقد نکاح از منظر فقهای مذاهب اسلامی

آنچه که در عرف جامعه ما رایج است گفت و گو قبل از عقد نکاح و بیان شرایط طرفین و تبانی بر آن است. اصولاً عقد نکاح بر مبنای همان توافقات و گفت و گوها منعقد می گردد، ولی در هنگام عقد، نه به صراحت و نه ضمنی مطرح نمی شوند. حال سؤال این که آیا این گونه شروط، اعتبار فقهی دارند یا خیر؟ قبل از پاسخ گویی به این پرسش، بهتر است برای روشن شدن بحث، تعریف ماهوی از «شرط بنایی» داشته باشیم:

۵-۱. ماهیت شرط بنایی

بجنوردی می‌گوید: «شروط تبانی شروطی هستند که قبل از عقد، بر آن تبانی و توطئه صورت گرفته، لکن به هنگام عقد، ذکری از این شروط نشده است» (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۳۷۷). هرچند شرط بنایی در مقام اثبات نیامده، اما به لحاظ اینکه در مقام ثبوت وجود پیدا کرده است و عقد بر مبنای آن به صرف قصد، انعقاد می‌یابد، این شرط نیز حقیقتاً واقع شده است. هر شرطی که عقد به حکم عرف بر آن دلالت کند، مانند اینکه پیش از عقد نکاح، درباره مهریه توافق شود و عقد مبتنی بر آن صورت گیرد که به صورت معمول و رایج «علی صداق معلوم» ذکر می‌گردد. در این مورد، ارتباط شرط و عقد به گونه‌ای است که متعاقدين از ذکر مجدد شرط در ايجاب و قبول بی‌نیازند. تبانی درباره شرط، در حکم ذکر در متن عقد و مانند شرط ضمنی مدلول التزامی عقد است. بنابراین، متبادر عرفی شرط بنایی، مورد تأیید و لازم‌الوفا است (صابریان، ۱۳۹۰، ص ۹۵). گفتیم که شرط ضمنی، یک تعهد تبعی است که در متن عقد از آن یاد نمی‌شود. هرچند شرط بنایی قبل از عقد ذکر می‌شود، اما از آن جهت که در متن عقد ذکر نمی‌شود، یک شرط ضمنی به شمار می‌رود. از این رو گاهی در متون حقوقی، به شرط ضمنی، شرط بنایی گفته می‌شود: «هر شرطی که به موجب عقد، به نفع کسی و به ضرر دیگری مقرر شده باشد، شرط ضمن عقد نامیده می‌شود، ولو آنکه مذاکره راجع به شرط، قبل از انعقاد عقد باشد و عقد با توجه به مذاکره قبلی منعقد گردد. در مقابل شرط، شرط ابتدایی استعمال شده است» (لنگرودی، ۱۳۹۱، ص ۳۸۳). بنابراین، ماهیت شرط بنایی در اینجا روشن می‌گردد که شرط بنایی صرفاً یک تعهد پیشین است که بین طرفین، معلوم و معهود است، اما شرط ضمنی عرفی، نه قبل از عقد و نه در ضمن عقد به صراحت مورد مذاکره و توافق طرفین قرار نمی‌گیرد، ولی عرف وجود آن را مسلم و قطعی فرض می‌کند و آن را لازم‌الوفا می‌داند. براساس آرای فقها، شرط ضمنی عرفی، مدلول التزامی قرارداد است و در نتیجه، به دنبال انشای قرارداد، شرط ضمنی عرفی نیز انشا می‌گردد (جزایری، ۱۴۱۶، ج ۶، ص ۳۸۵).

به عنوان مثال، اگر کسی با دختری ازدواج کند و بعداً معلوم شود که بکر نبوده است، مرد حق فسخ دارد و لازم نیست بکر بودن شرط شود؛ زیرا در عرف جامعه اسلامی، عقد نکاح بر اساس شرط عرفی شکل می‌گیرد و الزام‌آور است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۵، ص ۱۰۲). به همین دلیل، اهل سنت عادت ثابت را نازل منزله شرط می‌دانند: «العاده المطرده تنزل منزله الشرط» (محمصانی، ۱۹۶۸، ص ۲۶۶). همچنین در منابع فقهی و حقوقی می‌گویند آنچه نزد عرف جامعه شناخته شده باشد، مانند مشروط است که در شرع اعتبار دارد: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» (مجله العدلیه، ۱۸۷۹) و «المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً» (العثیمین، بی تا، ج ۱، ص ۹). قانون مدنی به تبعیت از فقه، منشأ اعتبار شرط ضمنی عرفی را معهود بودن مورد شرط در عرف می‌داند. در ماده ۲۲۵ قانون مدنی آمده است: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است». درواقع، امر متعارف را در موقعیت ذکر در عقد و یا موارد اراده طرفین بودن، معرفی کرده است (شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۵۱). بنابراین هرچند شرط بنایی و عرفی جزء شرط ضمنی غیرصریح است، اما باهم تفاوت ماهوی دارند. البته در مورد شرط عرفی، اختلافی میان فقهای اسلام نیست و آنچه مورد بحث و مناقشه قرار گرفته، شرط بنایی است.

۲-۵. دیدگاه فقهای امامیه

در میان فقهای امامیه، در مورد شرط بنایی، سه دیدگاه مطرح است که در ادامه بررسی می‌شود.

۱-۲-۵. نظریه بطلان

برخی فقها بر آنند که شرط بنایی باطل است و در نتیجه، این شرط، لازم الوفا خواهد بود. در اینجا، به برخی از نظریات فقها در خصوص عدم اعتبار شرط بنایی اشاره می‌شود: الف) شیخ طوسی در خصوص این گونه شروط می‌گوید: هر شرطی که مرد و زن در عقد نکاح می‌کنند زمانی اثر دارد که پس از عقد ذکر شود: «وَشُرُوطُ النِّكَاحِ تَكُونُ بَعْدَ

الْعَقْدُ لِأَنَّ مَا يَكُونُ قَبْلَ الْعَقْدِ لَا اعْتِبَارَ بِهِ وَإِنَّمَا الْإِعْتِبَارُ بِمَا يَحْصُلُ بَعْدَهُ فَإِنْ قَبِلْتَ الشَّرْطَ الَّذِي وَقَعَ قَبْلَ الْعَقْدِ مَضَى الْعَقْدُ وَالشَّرْطُ وَإِلَّا فَكَانَ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الشُّرُوطِ بَاطِلًا وَالْعَقْدُ غَيْرَ صَحِيحٍ...؛ شروط عقد نكاح نباید پس از عقد باشد؛ چراکه شروط قبل از عقد، اعتبار ندارند و شروط بعد از عقد، دارای اعتبار است. ولی اگر زوجه شرط قبل از عقد را در ضمن عقد بپذیرد، عقد و شرط نافذ است وگرنه شروط مقدم، باطل و عقد صحیح نیست» (طوسی، ۱۴۰۷، ص ۲۳۶).

ب) شهید ثانی در خصوص شرط بنایی می‌گوید: «وإنما يلزم الوفاء به إذا وقع مصاحبا للإيجاب والقبول ليكون من جملة العقد المأمور بالوفاء به، فإن جملة الإيجاب والقبول وما يقترب بهما. فما يتقدم على العقد أو يتأخر عنه لا عبرة به، لأن الوفاء إنما يجب بالعقد لا بما يتقدم عليه أو يتأخر...؛ شرط تنها در صورتی لازم الوفا است که همراه با ایجاب و قبول باشد تا از اجزای عقد قرار گیرد که وفای به آن امر شده است؛ چراکه مجموع عقد عبارت است از ایجاب و قبول و آنچه با آن دو باشد. پس شرطی که مقدم بر عقد یا مؤخر از آن باشد فاقد اعتبار است» (عاملی شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۴۵۷).

ج) شیخ انصاری در باب شرایط صحت شرط می‌نویسد: از شرایط صحت شرط آن است که در متن عقد ذکر شده باشد، اگر قبل از عقد، طرفین توافق کنند، تبانی آنان در وجوب آنچه شرط شده است، کفایت نمی‌کند: «فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور...» (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۵۴). البته نمی‌توان گفت شیخ طرف دار مطلق این نظریه است؛ زیرا در جای دیگر می‌گوید اگر طرفین بر شرط توافق کرده باشند، آن شرط، قید معنوی محسوب می‌شود و وفا کردن به این عقد خاص جز با انجام شرط مورد نظر ممکن نیست و بدون عقد، تجارتی ناشی از توافق و رضایت طرفین خواهد بود.^۱

۱. «إنَّ العقد إذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيداً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشرط، و يكون العقد بدونَه تجارة لا عن تراض؛ إذ التراضي وقع مقيداً بالشرط، فإنهم قد صرحوا بأن الشرط كالحجز من أحد العوضين» (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۵۵).

د) علامه حلی نیز شرط بنایی را الزام آور نمی داند؛ زیرا می گوید: «زمانی شرط صحیح است که در متن عقد واقع شود» (حلی، ۱۳۲۳، ص ۱۷۲).

۲-۲-۵. نظریه صحت شرط بنایی

در مقابل نظریه فقههای مشهور متقدم، مشهور فقهای معاصر بر آن است که به حکم عمومیت نبوی «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» و ادله دیگر، از جمله آیه ۷۵ سوره بقره و امثال آن، شرط بنایی، صحیح و لازم الوفا است. خویی در مصباح الفقاهه شرط بنایی را معتبر و لازم الوفا می داند و بر آن است که شرط اناطه و ارتباط است که با قصد متعاملین و تبانی توفی آنها و منعقد کردن عقد بر آن مبنا، بدون نیاز به ذکرش در متن عقد حاصل می شود. بنابراین، شرط بنایی مشمول عمومیت روایت مذکور می شود.

همچنین شرط بنایی، خارج از شروط ابتدایی است.^۱

امام خمینی در تحریر الوسیله در مورد شرط بنایی می گوید: ظاهر این است که چنانچه در خواستگاری و گفت و گوی ابتدایی، توجه را بر اوصافی از اوصاف کمال توصیف کنند و سپس عقد را بر مبنای آن منعقد سازند، به منزله اشتراط است و تخلف از آن موجب خیار فسخ می شود.^۲

سید محمد کاظم طباطبایی یزدی شرط بنایی را همانند شرط صریح ضمن عقد می داند. وی در پاسخ به سؤالی در خصوص شرط بنایی می گوید: هرگاه در مجلس بیع، پیش از اجرای صیغه، در مقام مقاوله ذکر آن دو شرط کرده و بیع مبنیاً علیهما

۱. «معنی الشرط هو الإنطاطة والارتباط وهو يحصل بذكره قبل العقد بحيث يقع العقد مبنياً عليه و مربوطاً به لا في حال الغفلة عن البناء السابق فيكون بذلك مشمولاً لعموم المؤمنون عند شروطهم و خارجاً أيضاً عن الشروط الابتدائية» (خویی، ۱۴۲۵، ج ۷، ص ۴۰۵).

۲. «إذا كان عدم النقص أو وجود صفة الكمال المذكورين في العقد بنحو الاشتراط، و يلحق به توصيفها به في العقد وإن لم يكن بعبارة الاشتراط، كما إذا قال: زوجتك هذه الباكراً أو غير الثيبه، بل الظاهر أنه إذا وصفها بصفة الكمال أو عدم النقص قبل العقد عند الخطبة و المفاوضة ثم أوقعه مبنياً على ما ذكر كان بمنزلة الاشتراط، فيوجب الخيار» (خمینی، بی تا (ب)، ج ۲، ص ۲۹۶).

واقع ساخته اند، غایة الامر، ذکر در ضمن صیغه را فراموش کرده اند کافی است و تخلف آن دو موجب خیار است و اگر ذکر آنها در غیر مقام بایع بوده که صدق تبانی بر آن دو نمی‌کند، عمل به آن واجب نیست... حاصل اینکه اگر در حال اجرای صیغه، تبانی ایشان بر آن باشد، واجب العمل و مثل مذکور در عقد است (طباطبایی یزدی، ۱۳۴۰، ص ۱۶۶). بر اساس این سؤال و جواب، معیار صحت و علت پیدایش خیار فسخ، انشای عقد بر مبنای شرط قبل از عقد است؛ هر چند متعاملان، در متن عقد بدان اشاره ای نکنند. از مجموع مطالب فوق چنین به دست می‌آید که توافق در مورد شرط قبل از عقد، چه در قالب کلمات رسمی به صورت تعهد و التزام و چه به صورت مقاوله، چنانچه تراضی طرفین لحاظ گردد، در حکم ذکر در متن عقد است. حتی برخی تصریح کرده اند که بدون هرگونه مذاکره ای، صرف اراده متعاملان بر شرط، به گونه ای که هر کدام قصد دیگری را بدانند نیز در حکم ذکر در متن عقد است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۵۷).

۳-۲-۵. نظریه اعتدال

میرزای نایینی، میان قول بطلان و قول صحت، راه سومی را برگزیده است. به نظر ایشان اگر شرط بنایی به گونه ای باشد که به دلالت التزامی، عقد به آن دلالت کند، مشروع و لازم الوفا است وگرنه مشروع و الزام آور نیست، مگر اینکه در متن عقد ذکر شود. ایشان در توضیح، اوصاف و شروط را بر اقسام زیر تقسیم می‌کند:

الف) شروط یا اوصافی که در متن قید می‌شوند، که در صورت تخلف از آنها، خیار فسخ واجب می‌شود.

ب) اوصاف یا شروطی که در متن ذکر نمی‌شوند، ولی عقد بر مبنای آنها جاری می‌گردد، که این قسم خود بر سه قسم است:

یک- اوصاف و شروطی که مورد توجه عموم بوده و در سیره عقلا جاری است و مدلول التزامی عقد است که از آن به شروط ضمنی یاد می‌شود و تخلف از آنها موجب خیار فسخ می‌شود.

دو- شروطی که به ذات و عوض مربوط می شود که صحت عقد بر معلوم بودن آن منوط است؛ به گونه ای که اگر مجهول باشد، معامله غری می گردد. در این نوع شروط، هر چند شروط مورد توجه عموم نیست، تخلف از آن مانند تخلف از شرط ضمنی عرفی، موجب خیار فسخ عقد است. البته فرق این نوع با شرط ضمنی این است که شرط ضمنی، مدلول التزامی عرفی و نوعی است، ولی در این نوع، مدلول التزامی شخصی است.

سه- شروطی که خارج از ذات مبیع است و صحت عقد، منوط به معلوم بودن آنها نیست. این نوع تا در متن عقد ذکر نشود نافذ نیست و با وجود بنای عقد بر آن، تخلفش موجب خیار فسخ نمی گردد.^۱

۳-۵. شرط بنایی در فقه اهل سنت

تا جایی که جست وجو شد، شرط بنایی از ابتکارات فقهای امامیه است. در منابع اهل سنت، این قسم از شروط، بحث نشده، اما در مورد شرط ضمن عقد، نظریه های متعددی بیان گردیده است. به عنوان نمونه:

۱-۳-۵. شافعی

شافعی شروط را به ضمنی و غیرضمنی تقسیم می کند و معتقد است که شروط غیرضمنی، چه در ابتدا و چه بعد از عقد باشد، لازم الوفا نیست؛ زیرا شروط قبل از عقد، کالعدم است: «فَإِنْ لَمْ يُقَارِنْ الْعَقْدَ بَلْ تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ عَنْهُ، فَلَا تَأْثِيرَ لَهُ وَالنِّكَاحُ جَائِزٌ» (الزحیلی، بی تا، ج ۹، ص ۸۳؛ الماوردی، بی تا، ج ۱۰، ص ۸۱۰ و ج ۹، ص ۳۷۳). اما شروط ضمنی را به صحیح لازم یا فاسد تقسیم می کند و می گوید شروط صحیح لازم، واجب الوفاست و اگر زوج به آن وفا نکند، برای زوجه، خیار فسخ واجب می شود؛ مانند اینکه زوجه شرط کند که او را از شهرش خارج نکند یا اینکه زن دوم نگیرد (بالی، ۲۰۰۲، ج ۱، ص ۶۵).

۱. «أَنَّ الشَّرْطَ أَوْ الْأَوْصَافَ عَلَى أَقْسَامٍ أَرْبَعَةٍ...» (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۴۰۷).

۲-۳-۵. حنبلی

حنبللی شروط ضمن عقد را داخل در عقد و جزئی از آن می‌شمارد و معتقد است شروطی که با مقتضای عقد منافات نداشته باشد، لازم الوفا است؛ مانند زیادت در مهر که در صورت عدم وفا، زوجه خیار فسخ دارد: «ولأنه شرط لها فيه نفع ومقصود لا ينافي مقصود النكاح فصح كالزيادة في المهر فإن لم يف به فلها فسخ النكاح: لأنه شرط لازم في عقد فثبت حق الفسخ بفواته كشرط الرهن في البيع» (ابن قدامة، بی تا، ج ۳، ص ۳۹). زیرا اصل در اشیاء، حلیت است و کسی نمی‌تواند حلیت را منع کند مگر به اذن شارع. بنابراین اگر شروط صحیح باشد، شارع بدان حکم می‌کند و لازم الوفاست (برهان الدین، ۱۴۲۳، ج ۷، ص ۷۳). همان طور که در عقود دیگر، شروط قبل از عقد لازم الوفا است، مانند سلامت مبیع، در عقد ازدواج نیز چنین است، حتی اگر قبل از عقد باشد: «فإن هذه قاعدة في كل العقود وأن الشروط معتبرة فيها سواء كانت في صلب العقد أو كانت قبله» (احمد بن حجر، ۱۳۱۷، ج ۱، ص ۱۲۹ و الحنبلی، ۲۰۰۴، ج ۱، ص ۲۳۹).

حنبللی‌ها قول برخی از فقها که شروط ضمن عقد را معتبر نمی‌دانند ناتمام و ضعیف می‌شمارند (العیمین، ۱۴۲۲، ج ۱۲، ص ۱۶۲ و ج ۸، ص ۷۶) و برای اثبات مدعا، به عموم روایات استناد می‌کنند: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج، رواه الشيخان وعمومات الأمر بالوفاء بالعقود والعهود: المسلمون عند شروطهم» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۲۵ و الدمشقی الصالحی، ۱۴۱۹، ج ۸، ص ۱۵۴).

حنبللی‌ها همانند امامیه، شرط تبانی را نیز صحیح و لازم الوفا می‌دانند: «إذا شرط الزوج للزوجة في العقد أو اتفاقاً قبله... صح الشرط» (الحرانی، ۱۳۹۷، ج ۱، ص ۵۴۰ و المرداوی، بی تا، ج ۸، ص ۱۱۵) و چنانچه شروط وفا نشود، خیار فسخ واجب می‌شود: «فإن خالفه فلها الفسخ على التراخي...» (البهوتی، بی تا، ج ۱، ص ۳۴۰ و الصالحی، ۱۴۱۹، ج ۹، ص ۱۶۹).

۳-۳-۵. حنفی

حنفیه شروط ضمن عقد، مانند باکره بودن، زیبایی، بیمار نبودن و مانند آن را مطلقاً معتبر و مؤثر بر عقد نمی‌دانند و در این گونه موارد، شرط را باطل و عقد را صحیح

می‌شمارند. اما شروطی همچون: نسب، شغل و توانایی مالی را که به کفو بودن تعبیر می‌شود، صحیح می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹، ص ۱۵۰ و ج ۳۱، ص ۱۰۵). آنان خیار شرط، خیار رؤیت و خیار عیب را در عقد نکاح جایز نمی‌دانند و فقط شروط مقتضی عقد را که صحت عقد متوقف بر آن است به طور طبیعی، صحیح و نافذ می‌دانند (الجزیری، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۱۱۹). از نظر آنان هر شرطی مبطل عقد نیست؛ زیرا عقد باطل نمی‌شود مگر با طلاق (الشیبانی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۲۰۷). شروط صحیح مانند مقدار یا زیادت مهر نیز باید در حین عقد تصریح شود، اما اگر تصریح نشده باشد باید به عرف مراجعه و طبق آن عمل شود؛ زیرا در البزازیة آمده است شروط عرفی مانند شروط شرعی، معتبر و لازم الوفا است: «الْمَشْرُوطُ عُزْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْعًا» (الحموی، بی تا، ج ۲، ص ۱۴۹).

۴-۳-۵. مالکی

مالکی‌ها شروط ضمن عقد را بر دو قسم صحیح و فاسد تقسیم می‌کنند. همچنین شروط صحیح را به مکروه و غیرمکروه تقسیم می‌نمایند و می‌گویند شروطی که مقتضی عقد نباشد، مانند نفقه زن، شروط صحیح غیرمکروه است. اما شروط صحیح مکروه، مانند اینکه شرط شود زوج بدون اذن زوجه از شهر خارج نشود یا آنکه زن دوم نگیرد و... این شرط برای زوج لازم الوفا نیست، مگر اینکه قسم خورده باشد که زوجه را آزاد کند یا طلاق دهد. در چنین صورتی، شرط لازم الوفا است (الزحیلی، بی تا، ج ۹، ص ۷۴ و التیمی، التیمی، سعدی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۱۲۹).

۴-۵. تحلیل و بررسی دیدگاه موافقان و مخالفان

بحث ما در مورد جایگاه شرط تبانی از نگاه فقه فریقین بود. براین اساس، دیدگاه‌های مخالف و موافق صحت این شرط مورد بررسی قرار گرفت که آیا شرط تبانی در نزد فریقین، معتبر و لازم الوفاست یا خیر؟ به طور کلی در خصوص حجیت شرط ضمنی صریح و غیرصریح عرفی، میان فقهای فریقین، اتفاق نظر وجود دارد؛ هرچند بر مصادیق و انواع

آن وفاق ندارند. باتوجه به مستندات روایی، عرفی و ارتکازی، همه فقههای مذاهب، آن را معتبر و لازم‌الوفا می‌دانند.

همان‌طور که گذشت، شرط ضمنی غیرصریح، فقط نزد فقههای امامیه و حنابله معتبر و لازم‌الوفا است. حنفی و شافعی شرط ضمن عقد را در صورتی صحیح می‌شمارد که با مقتضای عقد و اهداف آن منافات نداشته باشد. بر اساس دیدگاه فقها، برای عقد، دو مقتضا وجود دارد: ۱. مقتضای ذات عقد ۲. مقتضای اطلاق عقد.

الف) مقتضای ذات عقد: مانند تملیک اعیان در بیع و منافع در اجاره و زوجیت در نکاح. به عنوان مثال، مقتضای عقد بیع، تملیک است و به محض وقوع عقد بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود. در اینجا اگر در عقد بیع شرط شود که مبیع به ملکیت مشتری درنیايد، این شرط خلاف مقتضای عقد بیع است. چنین شرطی، هم خود باطل و هم موجب بطلان عقد بیع است؛ زیرا «ما قصد لم یقع» یعنی میان قصد شرط‌کننده و قصد به وجودآورنده بیع، تعارض ایجاد شده است که منجر به سقوط هر دو قصد و بطلان شرط و عقد می‌گردد (خسروشاهی، ۱۳۷۷، ص ۶).

ب) مقتضای اطلاق عقد: یعنی آنچه را که عقد برحسب اطلاق خود مقتضای آن است. مثلاً اطلاق عقد بیع اقتضا دارد که ثمن نقدی باشد و دو طرف می‌توانند شرط کنند که ثمن غیرنقدی باشد. شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد، با اصل آن قابل جمع است و با آن منافات ندارد؛ پس می‌توان چنین شرطی را در ضمن عقد قرار داد. اما شرط خلاف مقتضای ذات عقد را نمی‌توان در ضمن عقد قرار داد (علیمرادی، ۱۳۸۵، ص ۱۱۴).

آنچه از بررسی اقوال فقههای فریقین به دست می‌آید این است که شرط تبانی از ابتکارات فقههای امامیه است. حنابله هرچند به اعتبار شرط تبانی تصریح نکرده‌اند، اما به دلیل عمومات روایات و آیات و شرط تراضی در عقود، هر نوع شرطی را می‌پذیرند. دیگر فرق مذاهب، یعنی شافعی، حنفی و مالکی، هیچ اشاره‌ای به شرط بنایی نداشته‌اند. به‌طور کلی فقههای امامی مخالف و موافق اعتبار شرط بنایی، دلایلی ارائه داده‌اند

که نیازمند بررسی است. در اینجا بنا بر رسالت مقاله، پس از بیان دلایل موافقان، دلایل مخالفان اعتبار شرط بنایی، ارزیابی و نقد می‌شود.

۱-۴-۵. موافقان اعتبار شرط بنایی

گفته شد که گروهی از فقهای امامیه، شرط بنایی را صحیح و لازم الوفا می‌دانند؛ زیرا توافق و تواطؤ بر شرط قبل از عقد، چه به صورت رسمی در قالب تعهد و التزام و چه به صورت گفت و گو، چنانچه در آن تراضی لحاظ گردد، در حکم ذکر در متن عقد است. همچنین حنبلی، اعتبار شرط قبل ازدواج را شرط تراضی طرفین می‌داند. حتی برخی اراده دو طرف بر لحاظ شرط را به نحوی که طرفین قصد و نیت همدیگر را بدانند، در حکم ذکر در متن عقد می‌دانند (گیلانی نجفی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۱۱۶). دلایل این دسته از فقهای فریقین به قرار زیر است:

الف) مقید شدن تراضی به وجود شرط: تبانی و گفت و گو قبل از عقد سبب می‌شود تراضی، به وجود شرط، مقید شود. باتوجه به آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، وفا به عقد ممکن نیست مگر با عمل به شرط و الزام به مفاد عقد؛ هرچند که در ضمن عقد بدان تصریح نشود (انصاری دزفولی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۲). حنبلی گوید: شارع، مال غیر را حرام می‌داند مگر اینکه بدان راضی باشد. بدون شک، شأن ازدواج بالاتر از مال است و وقتی مال به رضایت طرف حلال می‌شود، به طریق اولی، ازدواج نیز با رضایت حلال می‌شود: «أَنَّ الشَّارِعَ حَرَّمَ مَالَ الْغَيْرِ إِلَّا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُ وَلَا شَكَّ أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا لَمْ تَرْضَ بِنِزْلِ فَرْجِهَا إِلَّا بِهَذَا الشَّرْطِ وَشَأْنُ الْفَرْجِ أَعْظَمُ مِنَ الْمَالِ فَإِذَا حَرَّمَ الْمَالُ إِلَّا بِالتَّرَاضِي فَالْفَرْجُ أَوْلَى...» (برهان الدین، ۱۴۲۳، ج ۷، ص ۷۳ و العثیمین، بی‌تا، ج ۱، ص ۹).

ب) عمومات آیات و روایات: آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) و روایت «المؤمنون عند

۱. در قرآن کریم به طور مستقیم به موضوع «شرط تبانی» به شکلی که در حقوق امروزی مطرح است، اشاره نشده است. باین حال، قرآن کریم اصول کلی اخلاقی و حقوقی را بیان می‌کند که می‌توان از آنها برای ارزیابی چنین رفتارهایی استفاده کرد؛ مانند تحریم فریب و خیانت. قرآن کریم به شدت از فریبکاری، خیانت و رفتارهای ناعادلانه نهی کرده است. به عنوان مثال، در آیه ۵۸ سوره نساء آمده است: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا

شروطهم» عام است و شامل شروط قبل از عقد نیز می شود که عقد بر اساس و مبنای آنها بنا گردیده است (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۳۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ج ۱۲، ص ۲۶۸ و بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۵۳). حنبلی نیز به عمومیات امر به وفای به عقود و عهود استناد کرده است (الحنبلی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۴۲۶).

ج) تبادر: فقها بر آنند که آنچه از واژه شرط متبادر می شود، مطلق التزام است. کاربرد این واژه در عرف مسلمانان، خصوصاً در مجامع حقوقی، در معنای مطلق التزام، مؤید این ادعاست (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۲۳). هرچند در علم اصول، استعمال را به حقیقی و مجازی تقسیم می کنند، اما مجاز نیاز به قرینه دارد؛ درحالی که از نظر عرف، کاربرد شرط در معنای التزام، بدون درج در ضمن عقد است که نیاز به قرینه ندارد (حریفی، ۱۳۸۹، ص ۴۸).

۲-۴-۵. مخالفان صحت و اعتبار شرط بنایی

این دسته از فقهای فریقین، برای عدم صحت شرط بنایی، به دلایل زیر استناد کرده اند:
 الف) بطلان شرط ابتدایی: فقهای که مخالف اعتبار شرط بنایی هستند، به بطلان شرط ابتدایی استدلال کرده اند. آنان می گویند شرطی که قبل از عقد انشا می شود، شرط ابتدایی است و شرط ابتدایی، لازم الوفا نیست، حتی اگر اثر آن تا زمان انعقاد عقد، بلکه تا زمان وفا به عقد و پس از آن، در نفس ملزم باقی باشد. لذا شرط بنایی نیز اعتبار ندارد و لازم الوفا نیست (انصاری دزفولی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۲۶).

الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل؛ «خداوند به شما دستور می دهد که امانت ها را به صاحبانشان بازگردانید و هنگامی که میان مردم داوری می کنید، به عدالت داوری کنید». شرط تبانی که به قصد فریب یا ضرر رساندن به دیگران انجام شود، با این اصل قرآنی در تضاد است.
 ۱. یکی از مسائل، وجدانی است نه برهانی؛ یعنی هرکس به وجدان خویش مراجعه کند و بر اساس قرائن، معنایی برایش متبادر می شود؛ لذا گاهی در مسئله مخالف و موافق، ادعای تبادر می کنند (حریفی، ۱۳۸۹، ص ۴۸).

نقد و بررسی

چنان‌که در بخش انواع شروط گذشت، اولاً شرط ابتدایی عبارت است از: شرط غیرمرتبط با عقد؛ درحالی‌که شرط ضمنی بنایی، مرتبط با عقد است و تنها فرق آن با شرط صریح ضمن عقد این است که پیش از عقد ذکر می‌شود و بر آن توافق می‌کنند، اما هنگام عقد، به تبانی و توافق بر آن اکتفا می‌گردد؛ بنابراین، قیاس مع الفارق است. ثانیاً اینکه شرط تراضی، مهم‌ترین اصل در تمام عقود و قراردادهاست و اگر شرط تراضی در عقود نباشد، هرچند چندین جلسه گفت‌وگو صورت گیرد، اگر به توافق نرسند، هرگز عقدی منعقد نمی‌گردد. لذا شرط تبانی چون بر مبنای تراضی است، در حکم شرط ضمن عقد بوده و لازم الوفاست.

ب) اجماع: صاحب ریاض بر آن است که باید شروط نکاح، در ضمن عقد ذکر شوند؛ زیرا شرط مانند جزئی از اجزای عقد است و عقد بدون اجزای آن باطل است (همان، ج ۱، ص ۵۲۳). ایشان در ضمن استناد به مستفیضه امام صادق علیه السلام^۱ از بعضی بزرگان ادعای اجماع کرده است، مبنی بر اینکه شرط خارج از عقد اعتبار ندارد و لازم الوفا نیست: «...مضافاً إلى الإجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لافي عقد» (حائری، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۶۶).

نقد و بررسی

برخی بزرگان ادعای اجماع را نمی‌پذیرند؛ زیرا اولاً این اجماع مدرکی است که در مقابل اجماع تعبدی قرار دارد. خویی می‌گوید: اجماع تعبدی در این مسئله، مسلم نیست و ما چنین اجماعی را در این مسئله نمی‌پذیریم (خویی، ۱۴۲۵، ج ۷، ص ۳۵۳). اجماع زمانی مستقلاً حجت است که کاشف از قول معصوم باشد و چنانچه مدرک

۱. مانند مستفیضه امام صادق علیه السلام: «قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: إِذَا اشْتَرَطَ عَلَى الْمَرْأَةِ شُرُوطَ الْمُشْتَعَةِ فَرَضِيَّتُ بِهَا وَأَوْجِبَتْ عَلَيْهَا التَّزْوِيجَ فَإِذَا كَانَ مِنْهَا شَرْطُكَ الْأَوَّلُ بَعْدَ النِّكَاحِ فَإِنْ أَجَازْتَهُ جَازَ وَإِنْ لَمْ تُحِزْهُ فَلَا يَجُوزُ عَلَيْهَا مَا كَانَ مِنَ الشُّرُوطِ قَبْلَ النِّكَاحِ» (همان).

اجماع، قول معصوم باشد، دیگر نیازی به اجماع نیست؛ بلکه مستقیم به قول معصوم استناد می‌کنیم (ایروانی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۲۷۸). ثانیاً این اجماع، «مجمع علیه» آن دقیقاً معلوم نیست و احتمال دارد ادعای اجماع در مورد نسیان شرط باشد که در ضمن عقد، هیچ اشاره‌ای به توافق بر آن نشده است (یزدی، ۱۴۱۰، ص ۲۵۵) که در این صورت، شکی در بطلان آن نیست. بنابراین، شروطی که در ضمن عقد در اراده متعاقدين جای داشته است، مشمول این اجماع نمی‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۵۶). ثالثاً اینکه محقق یزدی می‌گوید شیخ طوسی در نهاییه و محقق نراقی در عوائد الایام کلیه قراردادهای خارج از عقد را لازم‌الوفا نمی‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۱۸)، پس مسئله، اجماعی نیست.

ج) صحت بیع با تبانی بر ربا: یکی از راه‌های فرار از ربا، تبانی بر ربا پیش از معامله است؛ بدین صورت که جنس ربوی به اندازه مساوی و بدون زیاده، به مماثل خود فروخته می‌شود و سپس مقدار زاید هبه می‌گردد. یعنی واهب، پیش از عقد، به هبه التزام داده است و راجع به آن تبانی و توافق صورت می‌گیرد؛ بدون اینکه هبه در عقد بیع شرط شود. محقق داماد گوید: اگر شرط ضمنی بنایی، مانند شرط صریح ضمن عقد، لازم‌الوفا به شمار رود، این حيله نباید کارساز باشد؛ زیرا معاوضه در این صورت ربوی و باطل است (همان).

نقد و بررسی

استدلال به «صحت بیع با وجود تبانی بر ربا» برای ابطال شرط بنایی، ناتمام است؛ زیرا اولاً مشروعیت حیل فرار از ربا، نزد همه فقها ثابت نیست. ثانیاً هیچ منافاتی بین مشروعیت حیل و لازم‌الوفا بودن شرط ضمنی بنایی وجود ندارد. ثالثاً هبه زاید در فرض مذکور، شرط قرارداد نیست؛ زیرا آنچه در مذاکرات مقدماتی مورد گفت‌وگو واقع شود، نقش وصف یا شرط را به خود نمی‌گیرد. رابعاً عقد نیز مقید و مبتنی بر حیل مذکور نیست؛ در حالی که شرط، در صورتی ضمنی بنایی محسوب می‌شود که عقد بر مبنای آن منعقد

گردد. بر همین اساس، صاحب جواهر، هم قائل به مشروعیت حیل فرار از ربا است^۱ و هم شرط ضمنی بنایی را معتبر می‌داند.^۲

(د) رکن بودن شرط در عقد معین: شرط، از ارکان عقد مشروط به حساب می‌آید و به منزله جزئی از عوض است: «وللشرط قسط من الثمن». بنابراین، آن گونه که ذکر عوض و معوض و اجزای آن دو در متن عقد ضروری است، ذکر شرط نیز ضروری است (حریفی، ۱۳۸۹، ص ۵۱).

نقد و بررسی

این استدلال درست نیست؛ زیرا بر فرض که شرط از ارکان عقد باشد، ذکر آن لازم نیست. قبلاً گفته شد برخی فقها حتی آگاهی طرفین عقد بر اراده را نیز صحیح می‌دانند. خویی می‌گوید: رکن بودن یک شیء اگر معلوم باشد و قرینه دال بر آن داشته باشیم، لازم نیست در لفظ ذکر شود. در صورت معلوم بودن ثمن و مثن، کافی است بایع و مشتری ایجاب و قبول گویند (خویی، ۱۴۲۵، ج ۷، ص ۳۵۴).

۳-۴-۵. آثار حقوقی شرط تبانی در نظام خانواده

سؤال این است که پذیرش یا عدم پذیرش شرط ضمنی بنایی، از نظر حقوقی چه آثاری در نظام خانواده دارد؟ باتوجه به اینکه حقوق مدنی کشورهای اسلامی، برخاسته از فقه اسلامی است، اعتبار و عدم اعتبار شرط بنایی، تأثیری مستقیم بر حقوق خانواده دارد.

الف) آثار حجیت و اعتبار شرط بنایی در حقوق خانواده

همان طور که گذشت از میان فقههای مذاهب اسلامی، گروهی از فقههای متأخر امامیه و حنابله، قائل به اعتبار شرط بنایی هستند و آن را لازم الوفا می‌دانند. در این میان،

۱. «فلا یناقش فی هذه الحیل - بعدم قصد هذه الأمور أولاً وبالذات، ... بل قصد التخلص من الربا المتوقف علی قصد الصحیح من البیع و القرض و الهیة و غیرها من العقود کاف فی حصول ما یحتاج إلیه البیع من القصد، إذ لا یشرط فی القصد إلی عقد قصد جمیع الغایات المترتبة علیه، بل ینکفی قصد غایة من غایاته» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۳۹۶).

۲. «فی الشروط المذكورة فی متن العقد دون ما بعده بل و ما قبله، إذا لم یکن بناء العقد علیه وإلا فالصحة فیہ قوية جدا» (همان، ص ۱۹۸).

هرچند قانون مدنی ایران، تعریفی از شرط ضمنی عرفی و ضمنی بیانی نکرده است، اما حقوق دانان قانون مدنی با استناد به اطلاق قانون، از نظر ماهوی دقیقاً از دیدگاه فقههای متأخر پیروی کرده و اعتبار شرط بنایی را پذیرفته اند. همچنین از نظر شکلی نیز به نوعی از فقههای متقدم متابعت نموده و حکم شرط تبانی را به صورت ضمنی در مبحث نکاح بیان کرده اند (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۳۰۱). براین اساس، در ماده ۱۱۱۳ به قانونی بودن شرط بنایی تصریح شده است: «در عقد منقطع، زن حق نفقه ندارد، مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد». در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی آمده است: «هرگاه 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 و یا عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد» (همان، ص ۳۰۸). در ماده ۳۱ احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان نیز آمده است: «هرگاه برای یکی از طرفین عقد نکاح، وصف خاصی صریحاً شرط گذاشته شود یا عقد نکاح متبایناً بر آن واقع گردد و بعد از عقد ظاهر شود که فاقد شرط می باشد، در این صورت، طرف مقابل، خیار فسخ را دارد» (نظری، ۱۳۸۹، ص ۱۲۸).

قانون مدنی به تبعیت از فقهها، خیار تخلف از شرط صفت را پذیرفته است و در صورت فقدان صفت مقصود، به مشروط له خیار فسخ می دهد. از نظر حقوق دانان، در عقد نکاح ممکن است زوجین شرط صفت نمایند؛ مثلاً زوج یا زوجه، مهندس یا پزشک باشند. حال اگر زوج یا زوجه فاقد این صفت باشد، کسی که شرط به نفع او شده است، خیار فسخ خواهد داشت. در ماده ۲۳۵ می نویسد: «هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده، شرط صفت باشد و معلوم گردد آن صفت موجود نیست، کسی که به نفع او حکم شده است خیار فسخ دارد» (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص ۱۹۱).

حقوق دانان دلیل فسخ نکاح در صورت فقدان صفت را فریب یا تدلیس می دانند: «مردی به خواستگاری دختری تحصیل کرده می رود و کسان دختر می گویند که حاضر

نیستند با مردی بی سواد وصلت کنند. داماد، خود را مهندس برق معرفی می کند و بر این مبنا عروسی سر می گیرد. ولی در عقد، مهندس بودن زوج شرط نمی شود. پس از عقد معلوم می شود که داماد، فروشنده لوازم برقی و سیم کش ساده ای است که سواد خواندن و نوشتن نیز ندارد. در این عقد، مهندس بودن شرط نشده، ولی عقد متبانیاً بر آن واقع شده است و فقدان این وصف، به دختری که فریب خورده است حق فسخ می دهد (همان).

ب) آثار حقوقی عدم حجیت شرط بنایی در نظام خانواده

گفته شد که اکثر اهل سنت و عده ای از امامیه، شرط بنایی را معتبر و لازم الوفا نمی دانند و معتقدند که شرط خارج از عقد، در حکم عدم است. آثار این دیدگاه، در حقوق مدنی کشورهای مبتنی بر فقه اهل سنت کاملاً مشهود است. به عنوان مثال، در قانون مدنی افغانستان که بر اساس فقه حنفی تدوین شده است، در ماده ۶۸ قانون مدنی، به طور کلی می گوید: «هرگاه در عقد ازدواج شرطی گذاشته شود که مخالف قانون و اهداف ازدواج باشد، عقد صحیح و شرط باطل پنداشته می شود» (صارم، ۱۳۸۸، ص ۱۰). فقهای شافعی، حنبلی و مالکی، همانند امامیه، شرط صفت را جزء شروط صحیح می دانند و در صورت تخلف، به مشروط له حق خیار فسخ می دهند. در این میان، حنفی شروطی همچون زیبایی، بیمار نبودن، باکره بودن و مانند آن را معتبر نمی داند؛ اما شروطی مثل نسب، مسکن مناسب و توانایی مالی را که به کفو بودن تعبیر می شود صحیح می داند (شفایی، ۱۳۸۷، ص ۲۰۶).

در قانون مدنی، در بخش احکام عمومی عقود، به شرط بنایی اشاره شده است، ولی اعتبار آن را منوط به تأیید قانون می داند. در ماده ۵۳۰ قانون مدنی افغانستان آمده است: «اگر قانون برای اتمام عقد، رعایت شکلیات معینی را مشروط گردانیده باشد، وجود همچو شکلیات در اتفاق ابتدایی که متضمن وعده به ابرام عقد می باشد نیز ضروری است» (همان، ص ۸۰)؛ یعنی رعایت برخی شرایط شکلی در عقد که در قانون بدان تصریح شده، اگر پیش از عقد، بر آن توافق شده باشد، رعایت آن شرایط ضروری است.

نتیجه‌گیری

گفته شد چنانچه عقد نکاح بر مبنای گفت‌وگو و توافقات پیش از عقد صورت گیرد، ولی در هنگام عقد، نه به صراحت و نه ضمنی مطرح نشود، آن را شرط تبانی یا بنایی گویند. فرق شرط بنایی با شرط عرفی در آن است که اساس شرط عرفی، عرف است، ولی اساس شرط بنایی، توافقات متعاقبین پیش از ازدواج است، اما هر دو، جزء شرط ضمنی غیرصریح به شمار می‌روند. در صحت و اعتبار شرط بنایی، میان فقهای مذاهب اسلامی، اختلاف نظر است. گروهی از فقهای امامی و حنبلی، شرط بنایی را معتبر و لازم‌الوفای دانند و بر آنند که در صورت تخلف از شرط، مشروط‌له حق خیار فسخ دارد. موافقان اعتبار شرط بنایی، به اطلاق آیه عقود و عموم روایات، تباؤر و مقید شدن تراضی به وجود شرط، استناد می‌کنند. اما مخالفان، برای عدم اعتبار شرط بنایی، به باطل بودن شرط ابتدایی، اجماع، صحت بیع به تبانی بر ربا، رکن بودن شرط در عقد معین و... استدلال می‌کنند. بررسی دلایل مخالفان و موافقان نشان داد ادله مخالفان، به دلایل متعدد که شرح آن در متن گذشت، ناتمام است.

نظریه اعتدال این است که اگر شرط بنایی به گونه‌ای باشد که به دلالت التزامی، عقد به آن دلالت کند، مشروع و لازم‌الوفاست وگرنه مشروع و الزام‌آور نیست، مگر اینکه در متن عقد ذکر شود. این نظریه، نزدیک به نظریه فقهای اهل سنت است.

در این میان، آثار حقوقی شرط بنایی در نظام خانواده چیست؟ بررسی‌ها نشان می‌دهد قانون مدنی ایران به تبعیت از نظر فقهای امامیه، شرط بنایی را معتبر و لازم‌الوفای داند و در صورت تخلف، به مشروط‌له حق خیار فسخ می‌دهد. اما قانون مدنی افغانستان که بر اساس فقه حنفی تدوین شده است، شرط بنایی را معتبر نمی‌داند و بر تصریح شروط در ضمن عقدنامه تأکید می‌کند. همچنین به طور کلی تصریح می‌کند که شرط مخالف کتاب و سنت و مخالف اهداف ازدواج، معتبر و لازم‌الوفای نیست، اما شروطی مثل نسب، مسکن مناسب و توانایی مالی را که به کفو بودن تعبیر می‌شود، صحیح می‌داند.

همان طور که فقههای مذاهب اسلامی، به دلیل ماهیت ازدواج، بر عدم خیار فسخ متفقند، قانون مدنی ایران و افغانستان نیز بر عدم خیار فسخ در عقد نکاح صحه می‌گذارند. قانون مدنی هر دو کشور، به تبعیت از فقه، شرط فعل و شرط نتیجه را مربوط به قراردادهای مالی دانسته‌اند و در عقد نکاح، نظر به اینکه بقا و تثبیت خانواده مورد نظر است، موارد فسخ را محدود می‌دانند. لذا بر آنند که نمی‌توان خیار فسخ برای مشروطه‌له قائل شد و فقط می‌توان به او حق داد تا در صورتی که زبانی از جهت تخلف از شرط دیده، جبران آن را از مشروط علیه بخواهد.

باتوجه به هدف نوشتار حاضر که دستیابی به یک راهکار بدون تعصب و نیز تضارب آرا برای حمایت از حقوق زنان در نظام خانواده است، بهتر است در اعتبار و عدم اعتبار شرط بنایی، به عرف نیز مراجعه کرد؛ چراکه در عرف و واقعیت جامعه اسلامی، خصوصاً جوامع سنتی، مانند افغانستان، بسیاری از ازدواج‌ها بر اساس و مبنای گفت‌وگوها و توافقات پیش از عقد صورت می‌گیرد و به دلیل اعتقاد بر معنویت ماهیت ازدواج، قید و تصریح شروط در ضمن عقد و متن نکاح‌نامه را امری بسیار قبیح می‌دانند.

از سوی دیگر، مفسران قانون مدنی و حقوق دانان افغانستان، همانند ایران بهتر است از اطلاق قانون مدنی برای صحت و اعتبار شرط بنایی استفاده کنند؛ زیرا شروطی که در گفت‌وگوها بر آن توافق صورت می‌گیرد، مربوط به کفایت یا کیفیت مراسم ازدواج یا زندگی مشترک است و نه تنها با قرآن و سنت و اهداف ازدواج و قانون مخالف نیست؛ بلکه سبب استحکام زندگی نیز می‌شود. در پایان پیشنهاد می‌گردد که بهتر است شروط مورد نظر، در ضمن عقد به صراحت بیان شوند؛ زیرا اولاً درست است که ازدواج یک امر مقدس و معنوی است، اما مانند عبادات، قصد و نیت در آن شرط نیست. ثانیاً در مجامع قضایی، اثبات تخلف از شرط و عدم وفا به تعهدات، بر عهده مشروطه‌له است و اگر او نتواند این موضوع را ثابت کند، دادگاه به نفع وی رأی نخواهد داد. ضمن اینکه غالب قضاوت‌ها و داوری‌ها در مجامع قضایی، بر اساس شواهد و مستندات مکتوب صورت می‌گیرد و شرط بنایی عملاً ضمانت اجرایی ندارد.

فهرست منابع

۱. ابن قدامه، ابو محمد عبدالله المقدسی (بی تا)، الکافی فی فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، بیروت: المكتبة الشاملة.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دار الصادر.
۳. اسعدی، حسن (۱۳۸۷ش)، خانواده و حقوق آن، مشهد: آستان قدس رضوی - شرکت به نشر.
۴. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۰ق)، کتاب المکاسب (المحشی)، قم: مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب.
۵. _____ (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب (ط - الحدیث)، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۶. ایروانی، باقر (۱۳۹۳ش)، الدروس التمهیدیه فی القواعد الفقهیه، تلخیص و ترجمه: حسن بیت جار، قم: نصایح.
۷. بالی، وحید عبدالسلام (۲۰۰۲م)، متن بدایة المتفقه، مصر: دار النشر ابن رجب.
۸. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیه، قم: الهادی.
۹. البخاری، ابو عبدالله محمد بن اسماعیل الجعفی (۱۴۲۲ق)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، بيروت: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي).
۱۰. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس (بی تا)، الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، تحقيق: سعيد محمد اللحام، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر.
۱۱. البيهقي، ابوبكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى (۱۴۱۴ق/۱۹۹۴م)، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة: مكتبة دار الباز.
۱۲. الترمذي، أبو عيسى (۱۳۹۵ق/۱۹۷۵م)، سنن الترمذي، تحقيق و تعليق: أحمد محمد شاكر، محمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض، مصر: شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

۱۳. التمیمی، أحمد بن حجر آل بن علي؛ التميمي، محمد بن سليمان و عبد الرحمن بن ناصر بن سعدي (۱۴۱۷ق)، *الفقه في الدين*، رياض: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية.
۱۴. جزائري، سيد محمد جعفر مروح (۱۴۱۶ق)، *هدى الطالب في شرح المكاسب*، قم: مؤسسة دار الكتاب.
۱۵. جمعی از مؤلفان (بی تا)، *مجله فقه اهل بیت*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.
۱۶. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی (بی تا)، *رياض المسائل* (ط - القديمة)، قم: مؤسسه آل البيت.
۱۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، *وسائل الشیعة*، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
۱۸. الحرانی، تقی الدین أبوالعباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (۱۳۹۷ق/۱۹۷۸م)، *الاختيارات الفقهية* (مطبوع ضمن الفتاوى الكبرى المجلد الرابع)، تحقيق: علي بن محمد بن عباس البعلی الدمشقي، بيروت: دار المعرفة.
۱۹. حریفی، محمود (۱۳۸۹ش)، *شروط ضمن نکاح*، تهران: نشر هستی نما.
۲۰. حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۶ق)، *مستمسک العروة الوثقی*، قم: مؤسسه دار التفسیر.
۲۱. الحنبلی، شمس الدین أبی عبدالله محمد بن عبدالله الزركشي المصري (۱۴۲۳ق/۲۰۰۲م)، *شرح الزركشي على مختصر الخرقي*، تحقيق و حواشيه: عبد المنعم خليل إبراهيم، بيروت: دار الكتب العلمية.
۲۲. الحنبلی، مرعی بن یوسف الکرمي (۱۴۲۵ق/۲۰۰۴م)، *دليل الطالب لنيل المطالب*، تحقيق: أبوقتيبة نظر محمد الفارياي، رياض: دار طيبة للنشر والتوزيع.
۲۳. خسرو شاهي، فرحناز (۱۳۷۷ش)، «شروط ضمن عقد نکاح»، *نشریه فقه و حقوق خانواده*، ش ۱ (ISC)، زمستان، ص ۳ - ۱۱.
۲۴. خمینی، سید روح الله (بی تا) (الف)، *البيع*، قم: مطبعة مهر.
۲۵. _____ (بی تا) (ب)، *تحریر الوسيلة*، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.

۲۶. خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۲۵ق)، مصباح الفقاهة (المکاسب)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. خویی، سید محمد تقی موسوی (۱۴۱۴ق)، الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود، بیروت: دار المورخ العربي.
۲۸. الدمشقی الصالحی، علاء الدین أبوالحسن علی بن سلیمان المرداوی (۱۴۱۹ق)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۲۹. دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳ش)، لغت نامه دهخدا، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۳۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، المفردات في غريب القرآن، تحقیق: صفوان عدنان داودی، دمشق - بیروت: دار القلم - الدار الشامیة.
۳۱. الزحیلی، وهبه (بی تا)، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق: دار الفكر - المكتبة الشاملة.
۳۲. شفايي، عبدالله (۱۳۸۷ش)، احوال شخصیه شیعیان افغانستان، قم: جامعة المصطفی العالمیه.
۳۳. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳ش)، شروط ضمن عقد، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد.
۳۴. الشیبانی، أبو عبدالله محمد بن الحسن (۱۴۰۳ق)، الحجة على أهل المدينة، تحقیق: مهدی حسن الکیلانی القادری، بیروت: عالم الكتب.
۳۵. صابریان، علیرضا (۱۳۹۰ش)، «ماهیت شرط بنایی از نظر فقه امامیه و حقوق مدنی»، مجله علمی و پژوهشی پژوهش های فقهی، سال ۷، ش ۲، پاییز و زمستان، ص ۹۳ - ۱۱۲.
۳۶. صارم، حسین (۱۳۸۸ش)، قانون مدنی و قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، تهیه و تنظیم: حسین صارم، قم: انتشارات قدس.
۳۷. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۴۰ق)، سؤال و جواب، نجف: مطبعة حیدری.
۳۸. _____ (۱۳۷۶ش)، حاشیه المکاسب، قم: اسماعیلیان.
۳۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۹۰ق)، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، تهران: دار الكتب الإسلامية.
۴۰. _____ (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحکام، تهران: دار الكتب الإسلامية.
۴۱. _____ (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرايع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.

۴۲. العثيمين، محمد بن الصالح (بی‌تا)، ملخص القواعد فقهیه، اعداد: ابوحمید عبدالله بن حمید الفلاسی، المكتبة الشاملة.
۴۳. _____ (۱۴۲۲ق)، الشرح الممتع علی زاد المستقنع، ریاض: دار ابن الجوزي.
۴۴. علیم‌رادی، امان‌الله (۱۳۸۵ش)، «بررسی مفاد قاعده شروط و ویژگی‌های شروط ضمن عقد»، مجله تخصصی فقه و مبانی حقوق، ش ۳، ص ۱۰۶-۱۱۶.
۴۵. عیاشی، محمد بن مسعود (۱۳۸۰ش)، التفسیر، تهران: مكتبة العلمية الاسلامية.
۴۶. فیروزآبادی، ابوطاهر مجدالدین محمد بن یعقوب (۱۳۴۱)، القاموس المحيط، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۴۷. قرطبی، محمد بن احمد (۱۳۶۴ش)، الجامع لأحكام القرآن، تهران: ناصر خسرو.
۴۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۴۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸ش)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: گنج دانش.
۵۰. گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله رشتی (۱۴۰۷ق)، فقه الإمامیة، (قسم الخیارات)، قم: کتاب‌فروشی داوری.
۵۱. لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۱ش)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: نشر گنج دانش.
۵۲. الماوردی، ابوالحسن (بی‌تا)، الحاوی الکبیر، بیروت: دار النشر و دار الفکر.
۵۳. مجله الاحکام العدلیه (۱۸۷۹م)، «فی موسوعة الاحکام المحاکم الفلسطینیة»، ماده ۴۳. <https://maqam.najah.edu/legislation/158>
۵۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۱ش)، بررسی فقهی حقوقی خانواده: نکاح و انحلال آن، (مواد ۱۰۳۴ تا ۱۱۵۷، قانون مدنی [سلسله درس‌هایی از] مصطفی محقق داماد)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۵. _____ (۱۴۰۶ش)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۶. المرداوی، ابوالحسن علی بن سلیمان المرداوی (بی‌تا)، الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقیق: محمد حامد الفقی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، کتاب النکاح، قم: انتشارات مدرسه امام

على بن ابی طالب علیه السلام.

۵۸. موسوی قزوینی، علی (۱۴۲۷ق)، تعلیقة علی معالم الأصول، قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم، مؤسسة النشر الإسلامي.

۵۹. نایینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳ق)، منية الطالب في حاشية المكاسب، تهران: المكتبة المحمدية.

۶۰. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

۶۱. نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۳۷۵ش)، عوائد الايام في بيان قواعد الاحكام ومهمات مسائل الحلال والحرام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۶۲. یزدی، سید عباس مدرسی (۱۴۱۰ق)، نموذج في الفقه الجعفري، قم: کتاب فروشی داوری.





پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی