

اعتبار و کارائی شرط بنائی در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران

نویسنده:

دکتر رضا مقصودی - مجله فقه و اصول دانشگاه فردوسی

چکیده

ممکن است عاقدین قبل از انشاء قرارداد به دنبال مذاکرات مقدماتی یا عادت و رویه مسلم تجاری التزاماتی را پذیرفته و عقد را مبتنی بر آن جاری سازند اما در ضمن عقد به چنین توافقی تصریح نشود یا لزومی به تکرار آن در متن قرارداد نبینند. در اعتبار بخشی و شناسائی شرط توافق شده قبل از عقد که آن را شرط تبانی، بنائی یا توطی نیز نامیده اند و تسری اثر و نفوذ شرط ضمن عقد به اینگونه شروط اختلاف است. از طرفی حتی شرط تبانی از این جهت مورد پذیرش بزرگانی از فقهاء واقع شده است که آن را نه بیگانه از عقد که مرتبط یا قید معنوی عقد و ملحق به شروط ضمن عقد دانسته اند. از نظر مشهور فقهاء، شرط معتبر آن است که با عقد گره خورده و با آن درگیر شود و به تعبیر دیگر، در صلب عقد انشاء شود. در طرح پیش روی با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، اعتبار شروط بنائی بررسی شده است. شرط تبانی در قلمرو انشاء قرار ندارد پس، در حکم شرط ابتدائی است. تصویر اعتبار و اثربخشی برای مطلق شرط حتی شرط بنائی و تسری اثر و نفوذ شرط ضمن عقد به این نوع توافق که در متن عقد نه به صراحت (دلالت مطالبی) و نه اشاره (دلالت التزامی) آمده، به آسانی ممکن نیست و پذیرش آن چه در ناحیه ثبوت و هم مرحله اثبات با تبعات زیان بار حقوقی و موانع جدی روبرو است.

کلمات کلیدی: شرط تبانی، ضمن عقد، التزام انشائی، قید معنوی

مقدمه:

اهمیت پرداختن به موضوع شرط و فائده و اثر یافته های پژوهش حاضر به واسطه آن است که دواعی و مقاصد عاقدین اعم از سلب ها و منع ها، تحمیل ها و تحصیل ها، الزامات و التزامات، تحدیدها و اضافات و نیز کاستن یا افزودن آثار و نتایج عقد، جملگی محصول عاملی به نام «شرط» است. تحولات نوین در قراردادها اهمیت و ضرورت پرداختن به این موضوع را مضاعف کرده است. چرا که بنظر می رسد دایره مواردی که مراد مشترک طرفین به شرط تعلق گرفته و عقد بعنوان قالب یا پوسته ای برای لزوم بخشی به شرط متعلق قصد واقع می شود رو به تزایدی چشمگیر است. به واقع در بسیاری موارد نقش شرط در قصد مشترک طرفین از تأثیر قرارداد در روابط متعاقدین بیشتر و مهم تر جلوه می کند، خاصه در عقود موسوم به مغاینه یا مخاطره که برتری جوئی و مزیت طلبی در گرفتن امتیازات و افزودن حقوق یا تحمیل خواسته ها و تحدید مسئولیت ها از طریق شرط حاصل می شود. در این تحول نگاه سنتی به شرط و فرعی و تبعی تلقی کردن آن یا تبعیت محض شرط از عقد در صحت و فساد و نیز تسری فساد از شرط به عقد مورد چالش و تردید جدی قرار می گیرد. امروزه با پیشرفت و پیچیدگی روابط اجتماعی، دامنه تعهدات و التزامات وسعت و عمق چشمگیری یافته است. پیدایش عناوین و پدیده های نوظهور بر اهمیت شروط ضمن عقد افزوده است. در این رهگذر کمتر قراردادی را می توان یافت که مصون از درج شرط در ضمن آن بماند و این، حکایت از یک نیاز اجتماعی دارد که با توسعه روابط اجتماعی و قراردادی، تشدید شده است. اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها نیز این امکان را برای متعاقدین تسهیل و در درج شروط مطلوب از حمایت قانونی بهره مند ساخته است. از طرفی قرارداد یک جریان ممتد و به هم پیوسته است که از نشست ها و مذاکرات مقدماتی متعدد و توافقات پیشاقراردادی آغاز و به ایجاب و قبول نهائی ختم می شود. عاقدین جزئیات مذاکرات و تفصیل مسائل و قرارهای مورد تبادل را در عقد ذکر نمی کنند و این خود می تواند منشأ اختلاف گردد. آیا ایفای شروط تبانی که طرفین خود را بی نیاز از تصریح بدان در متن عقد دانسته یا مورد غفلت و تسامح واقع شده اند، مانند شرط ضمن عقد لازم است یا عدم ذکر قرار یا توافق در متن عقد، به منزله انصراف است و این گونه مسائل از دایره تعریف شرط خارج اند و یا از قاعده لزوم وفای به شرط تبعیت نمی کنند؟

پیشینه تحقیق

در برخی تحقیقات مانند مقاله علیرضا صابریان با عنوان «ماهیت شرط بنائی از نظر فقه امامیه و حقوق مدنی»، شرطی که حاصل مذاکرات پیش از عقد است و در متن عقد تصریح نمی شود، معتبر شناخته شده و به آن در برابر شرط ضمنی عرفی، شرط ضمنی بنائی اطلاق و آن را نیز مدلول التزامی عقد و نافذ شمرده اند. در این تحقیق گذشته از آنکه بین شرط ضمن العقد و شرط ضمنی در مقابل شرط صریح تفکیک صورت نگرفته، شرط تبانی مانند شرط ضمنی عرفی دانسته شده است و حال آنکه اعتبار شرط ضمنی عرفی به جهت تعاهد و تفاهم مردمان و از سنخ مدلول التزامی الفاظ عقد و التزام انشائی است در صورتی که حتی قائلین به اعتبار شرط بنائی، آن را قید معنوی عقد و یا التزام نفسانی می دانند نه التزام انشائی. دکتر سید مصطفی محقق داماد نیز در کتاب نظریه عمومی شروط و التزامات شرط بنائی قبل از عقد را بالضرورة صحیح و لازم الوفاء دانسته و مشکل اثبات چنین شرطی را بر عهده مشروط له که مدعی محسوب می شود، می گذارد. تحقیق حاضر در مبانی و نیز مرحله اثبات از هر دو نظریه فاصله گرفته و شرط لازم الوفاء را منصرف از شرط تبانی می شمارد.

۱. معنای شرط

شناسائی اعتبار شرط بنائی و موضوع تسری احکام شروط ضمن عقد به آن وابسته به معنای مراد از شرط و تفسیری است که از شرط ضمن عقد وجود دارد. قانون مدنی فصل چهارم از باب اول کتاب مربوط به معاملات و تعهدات را به بیان شروط ضمن عقد اختصاص داده و در پانزده ماده اقسام و احکام این شروط را ذکر کرده است، اما تعریفی از شرط ضمن عقد ارائه نداده است. معنای شرط در آثار حقوقی به پیروی از مشهور فقیهان به ویژه شیخ انصاری و برخی شارحان مکاسب با ارجاع به تعریف اهل لغت یا استناد به فهم عرفی، الزام و التزام (تابع یا مستقل) نامیده شده است. (انصاری، ۱۳۳۴، ۵، ۱۳)

۱-۱. ایراد به نظریه الزام و التزام

مرجع‌شناسائی معنای شرط، تفاهم عرفی است، چرا که، مقررات حقوق مدنی در عناوین موضوعات، تابع عرف ها و مبتنی بر آداب و رسوم مردمان است. لذا، حکم شرع و رسم قانونگذاران، بر امضاء عرف و عادات است. پس، می‌بایست آنچه عرف مردمان و رفتار شهروندان در مواجهه با شرط ضمن عقد دریافت می‌کنند، مورد نظر و استنباط دقیق و درست قرار گیرد تا معنای مطابقی شرط از معنای لازم آن تفکیک شود، و انگهی، تبادل عرفی از واژگان در گذر زمان و تطوّر تاریخ، در نتیجه عوامل تأثیرگذار لغوی، فکری و اجتماعی دچار دگرگونی می‌شود. از این روی، در حوزه استنباط، تبیین مقصود از واژه‌ها نقش محوری داشته و از اصول روش تحقیق به شمار می‌آید.

اراده انشائی، شرط را می‌آفریند تا در جهت حل نیازها و گشایش اموری به کار رود که به طور طبیعی از توان عقد خارج است. تفسیر شرط در تفاهم عرفی، علاوه بر حفظ مبانی و انضباط حقوقی، محتاج انعطاف و پرهیز از جمود و تصلبی است که در دیگر قواعد حقوقی دیده می‌شود. لذا، بازخوانی و ارزیابی نظراتی که تاکنون در کالبدشناسی و تفسیر معنای عرفی شرط ارائه شده، می‌تواند ضمن طرح راهکار مناسب برای حفظ حقوق مشروط له در رویه قضائی، پژوهنده را از افتادن در نتایج اشتباه مصون دارد.

حق آنست که الزام و التزام نتیجه شرط است نه معنای خود شرط. الزام و اجبار مدلول التزامی شرط است نه معنای مطابقی آن. معنای التزامی یعنی لازمه معنائی که واژه برای آن لوازم وضع نشده است. تعاریفی که در کتب فقهی و لغوی از معنای شرط شده است، نوعی خلط بین معنای مطابقی شرط با مدلول التزامی آن است. انسان‌ها در حریم درونی خویش دارای دریافت‌های مشترکی هستند که قابل انکار نیست و از آن به «وجدانیات عام» تعبیر می‌شود. اگر حقیقت عرفی را مستند درک و فهم معنای شرط بدانیم، در دریافت عمومی وجدان عرف، معنای مطابقی شرط الزام و اجبار نیست.

۲-۱. معنای منتخب از شرط

باید بین شرط نظری که حاصل انتزاع ماهیت حقوقی و دلالت التزامیه شرط است با شرط عملی که فهم رائج عرف مردمان و دلالت مطابقیه شرط است، تفاوت گذاشت. وقتی کسی می‌گوید این کالا را به تو می‌فروشم به شرط آنکه فلان کار را برای من انجام بدهی، نتیجه مقصود طرفین

آنست که اگر به این شرط عمل نکردی با توسل به قوای عمومی و دادگستری تو را الزام بر عمل به مفاد شرط می‌کنم. معنای شرط آنست که اگر به مدلول آن عمل نشود، ضمانت اجرائی از نوع الزام دارد. به عبارت دیگر الزام و التزام از احکام و آثار شرط است نه معنای شرط و لذا مفروض گرفتن معنای الزام و التزام برای شرط، خلط بین شیء و لازم شیء است.

پس، شرط معنائی است که در صورت عدم وفاء، موجب تزلزل در عقد می‌شود؛ یعنی احد طرفین می‌تواند آن را به هم بزند. در این مبنا، شرط تابع، خود نوعی «شرط ضمنی عرفی» در مقابل شرط صریح است. یعنی معنای شرط ضمن عقد آن است که طرفین با زبان بی‌زبانی می‌گویند اگر به شرط عمل نشود، پایبندی و التزام مشروط له به لزوم عقد نیز برداشته می‌شود و این خود، یک شرط ضمنی ضمن العقد یا به عبارت دیگر شرط ضمن العقد خود یک شرط ضمنی است. عقد در صورت عدم تصریح و بیان، انصراف به چنین شرط ضمنی عرفی دارد.

در حقیقت، عاقدین در یک عقد لازم دو پیام مخابره می‌کنند: پیام اول، در حوزه انعقاد و پیام دوم، در مرحله اجراء. مثلاً در عقد بیع بایع در ظرف اعتبار با انشای واحد یک پیام صریح دارد که می‌گوید مبیع را تملیک و ثمن را تملک کردم و مشتری هم می‌گوید این ثمن را تملیک و کالا را تملک نمودم. این یک قرار معاملی در حوزه تملیک و تملک است و پیام دیگری ضمنی است که به این قرار ملتزم هستم و روی آن می‌ایستم. (اصل لزوم) این پیام دوم، تعهدی است که عقد لازم به دلالت التزامی بر آن شهادت می‌دهد. مشروط له با زبان بی‌زبانی (شرط ضمنی) وفاداری در حوزه دوم یعنی لزوم را منوط بر عمل به شرط یا تحقق آن می‌نماید.

۲. اعتبار شرط بنائی

با این تحلیل از ماهیت شرط و دریافت فهم عرفی از شرط ضمن عقد، شناسائی و الحاق شرط بنائی به شروط لازم الوفاء، مورد تردید جدی و موجب اشکالات مبنائی در مقام ثبوت و اثبات است.

۱-۲. برهان علمی (مقام ثبوت)

۱-۲-۱. میرزای نائینی شروط را از نظر جایگاه و اعتبار به دو دسته طبقه بندی می‌کند:

۱- شرطی که در متن عقد درج شده است. این شرط به اقتضای حکم وضعی و تکلیفی لازم الوفاء است.

۲- شرطی که در ضمن عقد نیامده که خود دو گونه است:

الف)- مفاد شرط صرف تعهد و التزام یک جانبه ای است که عقد و معاوضه ای بدنبال ندارد که به آن شرط ابتدائی گفته می شود و تردیدی در عدم اعتبار آن نیست.

ب)- شرطی که دو طرف قبل از عقد بر آن توافق و توافقی کرده اند، اما این تبانی در متن عقد درج نشده است. طبق نظر مشهور این قسم لازم الوفاء نبوده و فی الجمله محل اشکال است. نهایت اثر توافقی بر شرط، ایجاد انگیزه و رغبت بر انشای عقد است و تخلف از داعی مانند سایر موارد به صحت و نفوذ عقد آسیبی نمی رساند، در غیر این صورت اگر قصد طرفین منوط به وجود شرط باشد، لازمه تخلف شرط، بطلان عقد است نه ایجاد حق فسخ که مورد ادعا است.

این شارح نامدار مکاسب سپس قیاس شرط تبانی با تعاهد عرفی را این گونه رد می کند که ممکن است گفته شود بین شرط عرفی ضمنی با شرط تبانی تفاوتی نیست و هر دو در اینکه عقد مبتنی بر آن واقع شده مشترک هستند، الا اینکه دلیل نفوذ شرط ضمنی، عرف و عادت است که در فرض غفلت یا حتی ناآگاهی طرفین از عرف نیز حاکم بر روابط حقوقی آنهاست اما نفوذ و اعتبار شرط بنائاً وقتی است که مورد غفلت یا فراموشی دو طرف واقع نشود، تا ابتدائی عقد بر آن صدق کند.

پاسخ این است که اعتبار شرط ضمنی به لحاظ دلالت التزامی عقد بر آن است. این شرط به سبب تعاهد و تفاهم نزد عرف از مدلولات عرفی لفظ است، خواه متعاقدين آن را بخواهند یا خیر؛ اما بدیهی است که شرط تبانی توافقی است تنها بین دو طرف قرارداد که عرفاً از الفاظ عقد با هیچ دلالتی فهمیده نمی شود و هرگز مدلول التزامی الفاظ عقد قرار نمی گیرد. (خوانساری، ۱۴۳۳، ۲۳۴، ۳)

۲-۱-۲. محقق نائینی در قسمت دیگری از حاشیه خود بر مطالب شیخ اعظم و در تقویت نظریه ظرفیت برای رد شرط ابتدائی می نویسد: «لازمه ی صدق عنوان شرط آنست که بین دو رضا واقع شود و آن دو عبارت از رضای موجب به الزام قابل و رضای قابل به التزام در مقابل موجب است. مفهوم شرط بر تراضی دو طرف استوار است. شرط از نظر مؤدی قید مشروط است و رضای مشروط علیه در مقید کردن عقد به شرط لازم است و بدون پذیرش مشروط علیه شرط محقق

نمی شود و از آنجا که بین اطلاق و تقييد، تلازم (رابطه عدم و ملکه) برقرار است، همانطور که عقد مطلق بدون رضای دو طرف تشکیل نمی شود، مشروط و مقید کردن عقد نیز نیازمند قبول طرفین و رضایت مشروط علیه است. پس در عقد اطلاقاً و تقييداً رضای موجب و قابل لازم است، اما در ایقاع مطلق رضای طرف دیگر شرط نیست، پس رکن شرط که رضای مشروط علیه است در ایقاع مفقود است و ایقاع که در جهت اطلاق تنها با یک اراده واقع می شود و در تحقق آن اراده دیگری دخیل نیست، نمی تواند موضوع شرط خیار واقع شود. حاصل آنکه قبول این دو مبنا که اولاً: صدق مفهوم شرط بر خیار، به رضای مشروط علیه وابسته است، ثانیاً: صدق مفهوم ایقاع (اطلاقاً و تقييداً) محتاج رضایت مشروط علیه نیست، امکان خیار شرط در ایقاع را منتفی می نماید. بنابراین، جمع بین دو قضیه موصوف، مستلزم خلف یا تناقض است و لزوم و نفوذ شرطیت در خیار و سائر شروط متوقف بر وقوع آن ضمن ایجاب و قبول و درج در متن عقد است. لذا شرط در ایقاع راه ندارد و شرط ابتدائی معتبر نیست. «همان، ۹۹»

در مقابل، صاحب جامع المدارک می گوید اگر نظر کسانی که شرط بنائی را نامعتبر می شناسند بر این است که شرط تنها در حالت درج در ضمن عقد قابل صدق این عنوان و لزوم وفاست، جائی که بنای متعاقدين در عقد بر امری باشد که در متن توافق نیآمده، مانند جزء محذوف در ادبیات است. مثل حذف مبتدا در جواب از سؤال «کیف زید؟» همانطور که مبتدا در جواب این سوال با وجود حذف، جزئی از جمله قرار می گیرد، شرطی که بنای عقد بر آن بوده، وابسته به توافق و عموم «المؤمنون عند شروطهم» شامل آن است: «إن كان نظر القائلين بعدم الصحة، إلى لزوم ذكر الشرط في ضمن العقد وعدم الصحة مع كون بناء العقد عليه وكون الشرط بمنزلة الجزء المحذوف كحذف المبتداء في جواب " كيف زيد "، فالقول بعدم الصحة مشكل لعموم المؤمنون عند شروطهم» (خوانساری، ۱۳۹۱، ۳۲۴)

۳-۱-۲. معنای خیار چیزی جز توانائی فسخ و قدرت بر انحلال عقد نیست. کاربرد واژه فسخ و انحلال تنها بین دو التزام مرتبط با یکدیگر درست و ممکن است، لذا اختیار و سلطه بر فسخ جز در متن عقد امکان پذیر نیست: «أن الخيار ملك الفسخ والحل، ولا حل إلا بين أمرين مرتبطين، وهما القرار ان المعاملان المرتبطان، فلا يعقل الحل إلا في العقد، فلا يعقل ملك الفسخ والحل إلا في العقد» محقق اصفهانی با ذکر این ایراد در شرح خود بر مکاسب، به آن پاسخ داده است. (غروی اصفهانی، ۱۴۳۱، ۵، ۲۱۹)

۴-۱-۲. مرحوم امام خمینی شرط را قرار می‌دهد، ضمن قرار بیع می‌داند که برای تحقق عنوان، نیازمند درج ضمن عقد بدون هیچ ارتباط تقییدی با عقد (نه در عوضین، نه انشاء و نه منشأ) است. بر این مبنا، توطی قبل از عقد را انشائی مستقل شمرده که در قلمرو تعریف شرط نمی‌گنجد. (خمینی، ۱۳۶۸، ۲۰۵) و در تقسیمی دیگر برآند که اگر ماهیت عقد را التزام انشائی بدانیم، شرط تبانی از آن جهت که لازمه ی قهری دلالت مطابقی نیست، مدلول التزامی الفاظ عقد نبوده، از مدار اعتبار بیرون است. اما اگر عقد را التزام نفسانی به شمار آوریم، توطی قبل از عقد را می‌توان به لحاظ قرینه عرفی و نه دلالت التزامی لفظ عقد، معتبر شناخت. (خمینی، پیشین، ۱۱۳)

۵-۱-۲. شاید بتوان مدلول ماده ۳۵۷ ق.م. را شاهی بر اعتبار شرط ضمن عقد از نگاه قانونگذار دانست. گفتیم خاصیت شرط آنست که امر غیرتابع را تابع عقد می‌کند. طبق ماده ۳۵۷ این کارکرد با ذکر صریح در متن عقد حاصل می‌شود. ماده ۳۵۷ ق.م. «هر چیزی که برحسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود، داخل در بیع نمی‌شود مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد».

۲-۲. برهان عینی (مقام اثبات)

۱-۲-۲. دلایل نقضی

شواهدی، مسائل و مثال‌های قابل اعتناء و مهمی از عدم اعتبار شرط تبانی در احکام و آراء فقهی وجود دارد که ثابت می‌کند شرط غیر مذکور در متن عقد حتی در شمایل شرط بنائی باطل است و بلکه اصلاً شرط نیست و وجوب وفا هم ندارد:

۱-۲-۱-۱. اگر کسی بخواهد طلای شکسته را با طلای سالم معامله کند، با دو محذور مواجه است: اگر در ازای طلای شکسته بخواهد مبلغی اضافه پرداخت کند، مشمول ربا می‌شود و از طرفی بدون پرداخت اضافه چون ارزش دو کالا یکسان نیست، توافق حاصل نخواهد شد. در باب ربا آمده است که در چنین حالتی طرفین می‌توانند بر پرداخت مبلغ اضافه پیش از عقد گفتگو و تراضی کنند و عقد را مبنیاً بر این شرط منعقد سازند، بی‌آنکه شرط را در متن عقد درج نمایند. این مثال یکی از مصادیق حيله‌های ربا است. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹، ۱۱۰) کسانی مانند خود شیخ انصاری که حيله‌های ربا را قبول دارند، چنین معامله‌ای را که شرط پرداخت مبلغ اضافی در متن

عقد نیامده، صحیح می دانند. معنای قول به صحّت و اعتبار چنین شرطی که عقد مبنیاً بر آن واقع شده، آنست که معامله، صحیح است و حال آنکه اگر شرط بنائی دارای اعتبار و ملحق به شرط ضمن عقد بود، معامله به دلیل ربوی بودن می بایست باطل باشد. این که بیع باطل نیست یعنی شرط و لو شرط تبانی بیرون عقد که ضمن عقد نبوده است، وجوب وفا ندارد و الا موجب ربوی شدن و بطلان قرارداد می گردید. (تبریزی، ۱۳۸۵، ۳، ۴۲۲)

۲-۲-۱-۲. در مسأله اخبار به رأس المال یا اعلان قیمت خرید کالا، گاهی فروشنده می خواهد قیمت خرید خود را بیشتر اعلام کند و ضمن فریب مشتری از دروغ نیز پرهیز کند. فرضاً فرشی را که یک میلیون تومان خریده، با تبانی و هماهنگی و همدستی مثلاً شاگردش به یک میلیون و پانصد هزار تومان به او می فروشد با این شرط بنائی که شاگرد، کالا را مجدد به همان قیمت یک میلیون و پانصد هزار تومان به خود او بفروشد. سپس، فروشنده اصلی به خریدار واقعی قیمت خرید را یک میلیون و پانصد هزار تومان اعلام و با بیع مراحه به وی می فروشد. چنین بیعی را فقهاء صحیح می دانند. حال آنکه طبق نقل شیخ انصاری از علامه در تذکره: «اگر در بیعی شرط شود که مشتری مبیع را به بایع بفروشد، چنین شرطی مستلزم دور است. در تذکره آمده است: اگر چیزی را بفروشد به شرط این که مشتری همان را به بایع بفروشد چنین بیعی صحیح نیست، چه ثمن همان باشد و چه تغییر کند، در غیر این صورت دور لازم می آید. زیرا اگر مشتری بخواهد آن را بفروشد، متوقف بر اینست که مشتری مالک باشد و مالکیت مشتری هم متوقف بر بیع است، پس دور است.» (انصاری، ۱۴۳۴، ۵، ۵۶)

مطابق این استدلال، شرط فروش مجدد مبیع به بائع در متن عقد از آن جهت دور و باطل است که کالا همچنان در مالکیت فروشنده باقی است و تا از آن خلع ملکیت نکرده به مالکیت مشتری در نمی آید تا بتواند آنرا مجدد به تملک بائع درآورد. برخی نیز بطلان را مستند به تحصیل حاصل و محال بودن آن دانسته اند. به هر روی چنین شرطی را باطل می دانند.

ایراد بر اعتبار شرط بنائی آنست که با وجود بطلان چنین شرطی، چگونه در فرض مسأله، معامله را صحیح می دانند و حال آنکه اگر شرط تبانی واجد اثر و دارای حکم شرط ضمن عقد محسوب می شد، فتوی بر باطل شمردن عقد ارجح و به صواب نزدیک تر بود. پس چنین توافقی که به

شکل شرط بنائی پیش از عقد حاصل شده، فاسد است و شرط فاسد لزوم وفاء ندارد. لذا، با وجود فساد شرط، عقد درست است، هر چند مبنی بر شرط فاسد منعقد شده است. این مثال نیز شاهد دیگری است بر این که اگر شرطی باطل بود، ولی در متن عقد تصریح نشده، به عقد ضرری نمی‌زند. یعنی شرط فاسد خارج عقد، مفید نیست.

۳-۲-۱. نمونه ی دیگر، عقد نکاح موقت است. اگر زوجین بنای بر عقد منقطع داشتند، اما ذکر شرط مدت را در متن عقد نیآوردند، طبق نظر مشهور فقهاء، عقد موقت به نکاح دائم منقلب می شود. یعنی عقد موقت باطل و بخودی خود به عقد دائم تبدیل می شود. در بطلان عقد موقت بین فقهاء اتفاق نظر وجود دارد و اختلاف تنها در سرنوشت بعدی عقد است که آیا تبدیل به دائم می شود یا خیر. مبنای این نظر آنست که قاعده «العقود تابعه للقصود» در اینجا کارساز نبوده و شرط مدتی که خارج از متن، عقد مبنیاً بر آن واقع شده، تأثیر و اعتبار ندارد. فتوای امام خمینی (در مسأله ۹ از باب نکاح منقطع کتاب تحریر الوسیله) چنین است: «یشتراط فی النکاح المنقطع ذکر الأجل؛ فلو لم يذكره متعمداً او نسیاناً بطل متعه و انعقد دائماً.» (خمینی، ۱۳۹۲، ۳، ۳۱۱)

مرحوم خوئی شرط را عبارت از اناطه و ارتباط و شرط تبانی را دلیل لیبی، مرتبط با عقد و صدق شرط را بر آن بی اشکال و ملحق به شروط ضمن عقد می داند: «...فاذا كان ابراز المعامله بانياً عليه فيكون مربوطاً بها. فيكون الالتزامين -العقدی و الشرطی- مرتبطين» (خوئی، ۱۳۷۷، ۳، ۱۲۲) و در موضع دیگری مرتبه شرط بنائی را پائین تر از مدلول التزامی عقد نمی شناسد: «...فلو لم يكن أولى من الالتزامات النوعية فلا اقل من كونه مساوياً لها من حيث دخولها تحت الالتزامات» (همان، ۸۲) با این حال، ایشان بر خلاف نظر سید یزدی که قائل است فراموشی مانع اعتبار و نفوذ شرط بنائی نیست و چون شرط به گونه ای بوده است که اگر یادآوری می شد، طرفین بر التزام به آن تصریح می کردند، پس عقد مبتنی بر آن نافذ است (محقق داماد، ۱۳۹۸، ۱، ۱۸۲)؛ در این مسأله که نیت متزوجین عقد موقت است ولی ذکر مدت را در متن عقد فراموش می کنند، شرط بنائی را فاقد تأثیر و فتوی بر تبدیل عقد به نکاح دائم را مطابق قاعده می داند. (خوئی، پیشین، ۳۲۴)

۴-۲-۱. فقهاء شرط عدم خیار قبل از عقد را به دلیل «اسقاط ما لم یجب» باطل می دانند. بلکه به طور کلی اشتراط هر امر مربوط به عقد را، اعم از شرط عدم ثبوت، عدم فسخ یا اسقاط، تنها در متن عقد درست می شناسند. چرا که عقد، سبب اشتغال است و قبل از آن و لو در چهره شرط بنائی فاقد اثر و باطل است و دلیل شرط را منصرف از این مورد می دانند. (خمینی، ۱۳۶۸، ۵، ۱۱۲)

چنانچه شرط بنائی در حکم ذکر در متن عقد باشد، شرط اسقاط در چهره تبانی، مانند حالت ضمن العقد می بایست صحیح تلقی شود. هر چند صحت شرط سقوط خیار پیش از وقوع عقد، طرفدارانی در بین قداماء از فقهاء دارد. (محقق داماد، پیشین، ۱۹۴)

محقق اصفهانی که شرط را قید معنوی عقد شمرده، رکن اصلی و عنصر سازنده شرط را پیوند عقد با شرط به گونه تقیید (گره زدن یا درگیر شدن و به تعبیر دقیق تر «وقع العقد علیه» می داند و حقیقت شرطیت را بیگانه از مفهوم «درج ضمن عقد» می شناسد، شرط تبانی را به دلیل دارا بودن این وصف جوهری یعنی انشاء قلبی معتبر می داند. ایشان به برخی از ایرادات نقضی اینگونه پاسخ داده است که منظور فقیهان شرط تبانی در باب ربا و مباحه یا انقلاب نکاح موقت به دائم در فرض عدم تصریح به مدت در متن عقد، صرف گفتگو و مقابله طرفین با انگیزه و امید به تحقق عقد مطابق آن است اما حالتی که بناء طرفین بر مقید کردن عقد به توافق پیشین و ایجاد ساختمان تعهدات قراردادی بر ستون مذاکرات قبلی است، از فتوای فقهاء بر عدم شناسائی شرط بنائی خارج است. (غروی اصفهانی، ۱۴۳۱، ۵، ۱۷۲)

اما، چنین تفصیلی از شرط بنائی در کلمات فقیهان دیده نمی شود و به نظر می رسد عبارات ایشان تاب چنین تفسیری ندارد. به نظر فقهاء، شرط تبانی یعنی ابتدای عقد بر توافقی که مورد گفتگو و انشاء مستقل واقع شده یا بر امری که در حکم تصریح است. (رویّه مسلم) و به مجرد مذاکره پیش از عقد تبانی یا تواطی گفته نمی شود تا مصحح چنین تفکیکی قرار گیرد. از طرفی مرحوم کمپانی بر ادعا و تفسیر خود از کلام فقهاء دلیلی ارائه نکرده و دلیل، عین مدعا است. شیخ انصاری نیز در مسأله ۲-۱ (اخبار به رأس المال) چنین پاسخ داده است: «و معلوم انّ المعامله لأجل هذا الغرض لا یکون الا مع التواطی و الالتزام بالنقل ثانياً». (انصاری، پیشین، ۵۶)

۲-۲-۲. محذورات عملی

هر چند مرحوم خوئی بر آنست که شرط، به چیزی گفته می شود که مرتبط با عقد و در پیوند با آن باشد، اما اظهار شرط در مقام انشاء از ارکان اصلی شرط نیست. «ان المستفاد من معنی الشرط بحسب المتبادر من کلمته فی الاخبار و من العرف و من تصریح اهل اللغة، هو ما یکون مربوطاً بشئی و لیس اظهاره بمظهر فی مقام الانشاء من مقومات ذلک...» (خوئی، پیشین، ۱۲۲) اما، نقش محوری مرحله ی اثبات انکارشدنی و قابل اغماض نیست. از طرفی، مجرد درج شرط در متن عقد برای لزوم وفاء کفایت نمی کند، نمونه های عملی فراوان از شروط صوری وجود دارد که به قصد فرار مالیاتی در ضمن عقد گنجانده می شود یا شروطی که به موجب آن عقد جائزی را ضمن عقد خارج لازم درج نموده تا به این وسیله عقد جائز اثر لزوم بیابد، در حالی که در واقع عقد خارج لازمی وجود نداشته است؛ اما از سوی دیگر، اولاً؛ برای تأثیر اراده و تحقق انشاء، مبرز خارجی شرط است (ماده ۱۹۱ ق.م) و ثانیاً؛ در پی ریزی یک بنای حقوقی از تأثیر و دشواری مقام اثبات نمی توان غفلت ورزید. تا زمانی که ربط شرط بنائی به عقد در چهره اناطه یا تقیید کشف نشده، همچنان در ضمیر و قصد باطنی دو طرف پوشیده است و چون الفاظ عقد به انحاء دلالت (مطابقی، التزامی) بر آن گواهی نمی دهد، علم به وجود و ابتدای عقد بر شرط محصور و محدود به دو طرف دعوی است. هر چند گفته شده اثبات آن به عهده خواهان است و تا زمانی که او وجود مذاکرات و ابتدای عقد را بر شرط ثابت نکند، دادگاه ادعای وی را نمی پذیرد، (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۲۰۴) اما این سخن مشکلی را حل نخواهد کرد، (به اصطلاح: لا یرجع الی اصل مضبوط یتتمد علیه) چرا که امر قضا مسأله ای کاملاً اثباتی است، در این مقام نیّت مطرح نیست و استناد به نیّت در شرط قابل خدشه است. دفتر پیروزی در دعوی را اثبات و دلیل اثبات امضاء می کند و تعلیق اثبات به امری که دلیلی از ظواهر عقد آن را حمایت نمی کند و بین خواهان و خوانده مکتوم است، خاصه در مواردی که ادعای خواهان مورد انکار طرف دیگر است، این نظر را در عمل عقیم و ناکارآمد جلوه می دهد. این وضعیت مانند حالتی است که زوجه در مقام مطالبه اجرت المثل کارهای خانه بخواند غیر تبرعی بودن و قصد اجرت را که امری باطنی و پوشیده در نیّت است، اثبات کند، به ویژه آنگاه که عرف جامعه مقوم تبرع است. وانگهی، نفس شناسائی شرط بنائی در مرحله ثبوت، انضباط حقوقی در مقام اثبات را بر هم می زند. شرط بنائی منضبط و مضبوط

نیست و شناسائی آن اولاً هر متعه‌دی را وسوسه کرده تا در تنگنای وفای به مدلول عقد به این ریسمان چنگ زده تا از تعهدات قراردادی طفره رود و ثانیاً آرای قضائی را از استحکام و قوت مبانی تهی کرده، سلیقه و طبع شخصی، محور تنظیم روابط حقوقی دو طرف قرار گرفته، منجر به تشّت و تأسیس قواعد جدید در فقه و حقوق می شود. این عدم انضباط موجب پیدایش موارد آشکاری از خلط و التقاط و عدول از مبانی در رویه قضائی گشته است.

نمونه ای از این سرگشتگی و شاهی بر این انذار، مدلول رأی شعبه ۸ دیوان عالی کشور است که بین شرط بنائی که محتاج توافق و بیان یا در حکم تصریح است (مانند رویه مسلم)، با شرط ضمنی که مدلول التزامی عقد و تابع دلالت مطابقی است و علت مستقّلی نمی خواهد، خلط نموده، شرط حقوقی تازه ای در امکان الزام به تمکین تأسیس کرده است: «نظر به اینکه در عرف جامعه ما، معمول و مرسوم است که دختر و پسری که با هم ازدواج می نمایند، زوج با انجام عروسی زوجه را به منزله خود می برد و معمولاً آغاز زندگی مشترک بین دختر و پسری که عقد نکاح بین آنان منعقد گردیده متوقّف بر انجام مراسم عرفی از طرف زوج می باشد و در این گونه موارد انجام مراسم عروسی غالباً توافق نانوشته بین دختر و پسر به هنگام انعقاد عقد نکاح محسوب بوده و آغاز زندگی مشترک مشروط به آن می باشد. بنابراین، تا زمانی که دلیلی برخلاف این توافق ضمنی که عرف جامعه مؤید بر وجود آن بوده، اقامه و ابراز نشده زوج مکلف به انجام این توافق و شرط ضمنی بوده و نمی تواند بدون انجام مراسم عرفی عروسی زوجه را به شروع زندگی مشترک و تمکین از خود دعوت نماید.» (رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۲۷۵ مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۰۵ شعبه ۸ دیوان عالی کشور)

در دادنامه ای دیگر، شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور در موضوع خواسته «ابطال مناقصه» به سبب «بحران ارزی و افزایش بی سابقه قیمت آن» چنین انشاء رأی نموده است: «...در قراردادها، شروط بنائی منوط بدان نیست که الزاماً در حیظه یکی از عناوین شرط وصف یا فعل یا نتیجه مذکور افتد بلکه به سبب تنوع آن و گاه خروج از حیظه اقتدار متعهّد، نمی توان و نباید آن را محدود نمود و در نتیجه آنچه مورد ادعای خواهان واقع شده (فورس ماژور ناشی از افزایش ناگهانی قیمت ارز با کیفیتی که مطرح شده) که بر اساس مراتب فوق و قاعده عقلی به عنوان شرط بنائی قابل تصور و تصدیق بوده (ماده ۲۲۵ ق.م و قواعد: التّعیین بالعرف کالتّعیین بالنص، المعروف عرفاً کالمشروط

شرعاً، المعروف بین التجار، كالمشروط بینهم) آنگاه که مطالبه آثار آن شود و این مطالبه مورد موافقت طرف مقابل نباشد، جواز رجوع ذینفع را به داوری می دهد و دادگاه باید در این ارتباط به دلایل خواهان رسیدگی می نمود...» (رای شماره: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۰۸۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۳۱ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور)

دادنامه فوق اولاً برای موضوع شرط بنائی وجه چهارمی تصور کرده که از عداد شرط فعل، صفت و نتیجه خارج است. یعنی تفاوت در کیفیت ابراز را با مفاد شرط خلط نموده است. ثانیاً بین شرط ضمنی که محصول تعاهد عرفی و مدلول التزامی الفاظ عقد و معتبر است با شرط بنائی که در دایره التزام انشائی واقع نمی شود، التقاط آشکاری صورت داده که منجر به نتیجه ای ناصواب شده است. ثالثاً به سبب تنوع اقسام شرط بنائی، برای آن هیچ محدوده و حریمی قائل نشده و دامنه شمول این شرط را بی نهایت قابل توسعه پنداشته است. یعنی خواننده که خود را در تنگنای الزام به ایفای تعهد می بیند، در هر زمان و حالت می تواند به وجود یک شرط بنائی موهوم متوسل شده و جریان دادرسی را معطل یا منحرف سازد. این تفسیر، بدعتی خطرناک است که بایر از آن پرهیز کرد، چرا که مبانی را مختل و به بهانه عدالت، احقاق حق را ناموزون و نامنضبط می سازد.

از این روی، شرط بنائی حاصل گفتگو و مذاکرات پیش از عقد است. پس، حتی در دیگر مصداق خود یعنی رویه و عادت مسلم نیز از حوزه نیت و قصد قلبی عبور کرده، به قلمرو اراده و بیان وارد می شود. به این جهت ابتدای عقد بر آن محتاج دلیل است و لازمه عقد نیست. به تعبیر دکتر جعفری لنگرودی: «بناء عقلا در عقود آن است که شروط و التزامات ناشی از عقد را در حین عقد، مورد تصریح قرار می دهند، با توجه به این امر، وقتی متعاقدین پیش از عقد، راجع به امری از امور راجع 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 لاقلاً اگر هم ظهور در آن نداشته باشد، مانع دلالت ایجاب و قبول بر آن امر می شود. این نظر بین فقهاء مشهور می باشد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۲۰۴) پس، این شروط مطابق تفاهم عرف، از قلمرو انشاء خارج می باشند و این ادعا که شرط بنائی از اقسام شرط ضمنی است، قابل پذیرش نیست، چرا که اگر عقد به دلالت التزامی بر شرط بنائی گواهی می داد، به علت وجودی مستقل، که همان جعل انشاء یا آنچه در حکم آن است، وابسته نبود. از این روی، طرفداران شرط بنائی آن را با نظریه قید معنوی

یا التزام نفسانی طرح و تقویت می سازند. شاید وجه فارق شرط ارتکازی از تبانی نیز همین مطلب باشد که شرط ارتکازی بخلاف تبانی، در ذهن و ضمیر شخصی دو طرف پنهان است و مجال ابراز نمی یابد. در مواردی که شخصیت اجیر علت عمدۀ عقد است یا مباشرت متعهد نقش جوهری در انجام تعهد دارد، مثال خوبی از شرط ارتکازی می توان یافت. کسی که ابزاری را به اهل فنی سفارش می دهد که با توجه به مهارت و تجربه اش بسازد، کلکسیون داری که آفرینش یک اثر هنری را از نقاشی معروف و متبحر می طلبد، موکلی که پرونده ای دشوار را در یک موضوع تخصصی به وکیلی که به کار و باسابقه می سپارد تا از وی دفاع کند، بیماری که به پزشک حادثی و مجرب مراجع کرده، علاج خود را از وی می طلبد؛ در مواردی اینگونه اگر استادکار سفارش را به شاگرد، هنرمند نقاش، کشیدن تابلو و وکیل، پرونده را به کارآموز یا طیب چیره دست، طبابت را به دستیار خود واگذارد، می توان گفت خلاف شرط ارتکازی رفتار نموده است.

حاصل آنکه، شناسائی شرط بنائی وابسته به کیفیت فهم معنای شرط است. اگر عنصر سازنده شرط را چون محقق اصفهانی التزام نفسانی و یا به تعبیر سید یزدی قید معنوی عقد بدانیم، گریزی از پذیرش شرط تبانی نیست اما بنا بر مبنای بزرگانی چون محقق نائینی و امام خمینی که عقد را التزام انشائی می دانند، امری که الفاظ عقد به دلالت مطابقی یا التزامی بر آن گواهی ندهد، از حوزه صدق شرط و مدار اعتبار بیرون است. شرط بنائی جز با قرینه عرفی قابل شناسایی نیست و مدلول لفظ عقد واقع نمی شود.

مطابق نظریه حاضر، هر چند لزوم عقد به شرط پیوند خورده و از این دریچه، شرط، قید لزوم عقد و انشاء قلبی است اما لازمه تعلیق وفاداری به لزوم معامله بر التزام مشروط علیه، ادخال شرط در متن عقد است و این ادخال به معنای ظرفیت نیست. پس، اثربخشی شرط، محتاج نوعی التزام انشائی است، چرا که دو سنگ ستون اصلی این سازه، یعنی شرط عرفی ضمنی و نظریه انحلال عقد واحد به عقود متعدد جز با التزام انشائی (صریح یا ضمنی) توجیه پذیر و قابل تحقق نیست. بنا بر این، برای اعتباربخشی، شرط تبانی باید حداقل در متن عقد مورد اشاره واقع شود، مانند آنکه پیش از عقد نکاح راجع به مهریه توافق شده و آن گاه شرط بنائی را با عبارتی نظیر «علی الصداق المعلوم» به متن عقد پیوند زنند. در این گونه موارد که قرارداد به شرط تبانی تعلق خاطر

می یابد، اراده دو طرف پوشیده نیست بلکه شرط، حلقه ای به نشان الفت و دلالت در کالبد قرارداد به یادگار گذاشته که اثری از اراده ی خواستن و تابع عقد است.

۳-۲. شناسائی شرط بنائی به عنوان ثانوی

همه شرائط را نیز نمی توان یکسان نگریست. شروط تبانی همه از یک سنخ و طیف نیستند. در مواردی نادیده انگاشتن شرط بنائی توازن و تعادل اقتصادی قرارداد را بر هم می زند به گونه ای که آنچه آشکار مانده است به برخورد دو اراده آزاد و سودجو نمی ماند. این چیرگی منفعت به یک سوی با همبستگی اجتماعی منافات دارد که عرف آن را نمی پذیرد و قانون را در اجرای عدالت به یاری می طلبد. وظیفه دادرس تنها فصل خصومت نیست، او باید قضیه را حل و فصل کند و قناعت وجدان تنها با احقاق حق حاصل می شود. «...و به این دلیل به قاضی، فتاح نیز می گویند، زیرا کلید گشایش گره نزد اوست.» (جعفری تبار، ۱۳۹۶، ۱۲۲) بنا بر این، عدل، که مبنای همه عقود و فلسفه وجودی احکامی چون خیار غبن شمرده شده، در شرائط مشابه از باب عنوان ثانوی مصحح شرط بنائی نیز واقع می شود. طرح و تقویت این تفصیل در شروط بنائی سبب می شود در موارد مهم که قرارداد یک جریان به هم پیوسته بوده و از چندین نشست و مذاکره تشکیل می گردد، نگاه به معامله و اراده ی سازندگان آن از مقدمات و مبانی قرارداد گسسته نشود.

در مواردی که شناسائی شرط بنائی موجب برقراری موازنه حقوق متعاقبین، لازمه طبیعت معاوضه و مقتضای اصل عدالت معاوضی یا در راستای اعمال یک قاعده عالی باشد، همچنان طبق مبنای منتخب، از مدار تعریف شرط خارج است، اما بنا بر اسبابی چون حکومت یا ورود عناوین ثانوی بر دلیل اولی یا به تعبیر نوین کنترل قواعد فرودست به وسیله قواعد برتری مانند نفی ضرر و نفی عسر و حرج، اعتدال، اخلاق حسنه، نظم عمومی، کرامت انسانی و سنت های اجتماعی نمی توان شرط بنائی را نادیده انگاشت.

وانگهی، گاهی علم حقوق با عقل حقوق در ستیز است و منطق عرف اجتماع، جانب دومی را ترجیح می دهد. «اصل حقوق آن است که متعارف مردم و عرف قاضیان فهم می کنند (عقل حقوق) نه آنچه قانون یا صاحب نظران حقوق می گویند.» (همان، ۴۷) جایی که زوجه قبل از پیمان

زناشوئی به شغل پرستاری یا تحصیلات دانشگاهی مبادرت داشته و مراودات، مناسبات و تحقیقات حاکی از آگاهی زوج بر این امر است. این نوع شروط هر چند با فهم دقیق حقوقی در متن عقد نکاح ذکر نشده و رضایت بر این وضع بین دو طرف عقد محفوظ است، اما فهم عرفی نقض این عهد نانوشته را عادلانه نمی بیند و در صورت اراده بر منع از جانب شوهر، منطلق زن را که قبل از ازدواج به این شغل یا تحصیل مبادرت داشتیم و می دانستی و با این وصف پیمان زناشوئی بسته ایم، می پذیرد. این تفسیر در رویه قضائی نیز راه یافته است. در پرونده ای، دادگاه بدوی دعوی زوج مبنی بر صدور اجازه خروج از کشور را رد کرده و زوج از این تصمیم اعتراض می کند. مستشاران شعبه ۴۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با این استدلال دادخواست تجدیدنظرخواهی زوج را پذیرفته و حکم به قبولی خواسته و خروج از کشور صرفاً در محدوده کاری را صادر کرده اند: «...زوج به شغل مهمانداری هواپیما اشتغال داشته و شغل مهمانداری ایجاب می کند که در پروازهای خارجی که مستلزم خروج از کشور است، مأموریت داشته باشد و زوج نیز به هنگام اجرای عقد نکاح، عالم به این موضوع بوده و اذن به ادامه اشتغال همسرش در شرکت هواپیمائی را داده است و عدول از اذن در حال حاضر توجیهی ندارد...» (رای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۰۲۰۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۰۹)

عدالت، ضابطی همگانی و جهان شمول است و دخالت دادن آن در قضاوت، دغدغه اصلی حقوقدانانی است که برخی قواعد جامد را برای نشان دادن حق بر مسند خود کافی نمی دانند. دکتر سنهوری نیز با شمردن نمونه های تمثیلی کوشیده است آنجا که تعهدی در چارچوب تعریف و شمول حکم شرط ضمن عقد قرار نمی گیرد ولی نادیده انگاشتن آن با عدالت قضایی ناسازگار است، را، ملحق به شروط ضمن عقد نموده و اثر شرط را به آن تسری دهد. پس:

- تعهد بایع تنها منحصر به انجام هر آنچه برای نقل مبیع به مشتری ضروری است، نمی گردد بلکه او متعهد است از هر اقدامی که رسیدن مشتری به این حق را ممتنع یا دشوار نماید، بپرهیزد. این التزام مقتضای عدالت است هر چند به صورت شرط در ضمن عقد درج نشده باشد.

- فروشنده ملک تجاری در مقابل مشتری ملتزم است که از رقابت با او به نحوی که منجر به کسادی کسب و کار و از رونق افتادن شغل وی شود، امتناع کند.

- تکنسین فنی که در کارخانه فعالیت می کند ملتزم است اسرار صنعتی را که به واسطه کار بر آن وقوف یافته حفظ و از افشای آن به رقیب خودداری کند. بنابراین، شرط محرمانگی هر چند در قرارداد نیامده، مقتضای عدالت و طبیعت عمل موصوف است.

- عاملی که اجیر شده تا محصولی بسازد، مکلف به حفظ و عدم افشای فرمول اختراعی است که برای کارفرما انجام داده است هر چند در عقد بدان شرط تصریح نشده باشد.

- بیمه گذار در قرارداد بیمه عمر متعهد است بیماری خطیری که حیات او را تهدید می کند با بیمه گر مطرح و او را بر این امر آگاه سازد، در صورتی که این امر در قرارداد بیمه و میزان تعهدات بیمه گر تاثیر گذار باشد. (سنهوری، ۲۰۰۰، ۳، ۶۹۳)

گرچه برخی مواردی که به عنوان شروط غیرمصرح توسط این دانشمند حقوق احصاء شده، همان شرط عرفی ضمنی است که در پژوهش حاضر به عنوان مبنای اعتبار اشتراط شناسائی شد، اما محور بحث دکتر سنهوری، ارشاد قاضی به قواعد عادلانه در استكمال شروط عقد و تحدید دامنه آن است و اصل عدل، انگیزه او برای طرح و تقویت این تئوری بوده است. دیگر نکته حائز اهمیت این است که شرط بنائی را علیرغم شباهت نمی توان با شرط عرفی ضمنی یکی دانست، چرا که دومی یک تعاهد عرفی، بخودی خود مدلول التزامی عقد و محصول قضاوت نوعی عرف است و لذا، علم و جهل طرفین بر عرف، تأثیری در حکومت شرط ندارد اما در فرض حاضر، توافق بر شرط بین دو طرف محصور بوده، عقد بر آن گواهی نداده، بدون میرز خارجی بی اثر است. لذا، آگاهی شوهر عنصر سازنده نفوذ آن قرار می گیرد. هر چند قرینه عرفی می تواند بار اثبات دلیل را برای زن آسان کند. در فرض مثال اثر شناسائی شرط تبانی، نامشروع بودن و ممتنع شمردن منع زوج است نه حق فسخ، همانطور که گفته شد خیار فسخ در نکاح راه ندارد.

شناسائی شرط بنائی در موارد مذکور، با نظریه «اداره عقد» نیز سازگاری دارد. دکتر جعفری لنگرودی بر این اندیشه است که اگر عقدی بسته شد که یا فاقد شرائط لازم بود و یا با موازین مورد قبول

قانونگذار یا مصلحت یک طرف معامله موافق نبود، قانونگذاران برآنند تا آنجا که ممکن است حکم به بطلان ندهند، بلکه راه هائی بیابند که عقود را تحت اداره قانون قرار داده تا کشتی شکسته عقد به ساحل نجات برسد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ۲۹۶) مصلحت ملزمه ای که محور نظریه «اداره عقد» را تشکیل داده، شبیه همان عناوین ثانویه است که مرکز مطالعه در این بخش واقع شد.

بنابراین، شرط بنائی اگرچه از دایره تعریف شرط یا لزوم و فاء به شرط خارج است و موضوع حاضر ناظر به شرط، با قطع نظر از هر عنوان دیگر است و با وجود این که انگیزه دستیابی به عدالت نباید مجوز نادیده گرفتن قانون یا عدول از مبانی شود، اما اعتقاد به اجرای قانون به روش منجمد و متصلب که گاهی منجر به نتایج ناعادلانه می شود، نیز پسندیده و مطابق ذوق و نفس سلیم نیست. لذا، در مواردی که نادیده انگاشتن شرط تبانی، سبب حادثه ای ناعادلانه و پیش آمدی مانند عسر، حرج و یا ضرری ناروا بر طرف دیگر قرارداد شود یا با اصول کلی حاکم بر احکام معارض باشد به نحوی که موازنه حقوق متعاقدين را بر هم زده، با طبیعت معاوضه و اصل عدالت معاوضی ناسازگار بوده و تعادل معاملی را مختل کند یا موجب جمع عوضین در دارائی یکی از دو طرف قرارداد شود، دادرس با پذیرش شرط بنائی در مقام ثبوت، ناگزیر از توجه به عنوان ثانوی و برقراری عدالت در چهره «تعدیل قضائی» است. این تأسیس در فرض قصور مدلول مطابقی و التزامی عبارات قرارداد از کشف اراده طرفین، به کار می رود. امکانی که استفاده از آن در رویه قضائی جهت توازن حقوق متعاقدين و برقراری عدالت معاوضی دیده می شود. بدیهی است بار اثبات شرط بنائی به عهده خواهان آن است.

این نظریه در حقوق داخلی و در چهره تعدیل قضائی تحت عناوینی چون: تعدیل قرارداد در صورت دشوار شدن اجراء، تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی، تعدیل قضائی قرارداد در صورت تغییر اوضاع و احوال، راهبردهای حقوقی جبران کاهش ارزش پول در قراردادهای و تعادل و توازن اقتصادی قرارداد؛ مورد توجه نویسندگان حقوق قرار گرفته است.

در نظام حقوق بین الملل نیز، شناسائی پیش آمدهای غیرمنتظره و تغییر اوضاع و احوال که موجب اختلال توازن اقتصادی قرارداد و عسر و حرج شده و در نتیجه، اجرای قرارداد را برای یک طرف

مشقّت بار و برای طرف دیگر سودآور می سازند، با تأسیسات نوین حقوقی مانند "هارد شیپ" حمایت شده است که نوعی تعدیل قراردادی است. از این اصطلاح با تعبیری مشابه ای چون: شرط مذاکره مجدد، شرط عدم پیش بینی، شرط بازبینی و شرط انصاف نیز یاد شده است.

نتیجه

مذاکرات متعاقبین پیش از اقدام به عقد که مورد توافق آنها بوده اما در قالب قصد انشاء وارد نمی شود، در اصطلاح فقهی به «شروط تبانی» یا «شروط بنائی» معروف است. نظر مشهور فقیهان آن است که این گونه شروط از قلمرو قصد انشاء خارج است. در تفاهم عرفی نیز ایجاب و قبول نه به دلالت مطابقی و نه التزامی این قبیل شروط را شامل نمی شود. شرط ضمنی مدلول التزامی عقد و در وجود و حجیت تابع دلالت مطابقی است. بنابر مبنای برگزیده در تعریف شرط، مشروط له به موجب یک شرط ضمنی عرفی و با زبان بی زبانی وفاداری خود به اصل لزوم را در عقد لازم به تحقق شرط پیوند می زند. پس شرط به معنای تعلیق التزام شارط به لزوم عقد است. لذا، شرط ضمنی یکی عناصر تشکیل دهنده تعریف شرط و دلیل اعتبار بسیاری از تأسیسات و ماهیّات حقوقی نظیر خیابار عیب، خیابار غبن، خیابار تأخیر ثمن، خیابار تخلف وصف و حق فسخ حاصل در مواردی چون خیابار رؤیت و بیع از روی نمونه است. شروط بنائی از دایره شمول شرط ضمنی خارج و شرط ضمنی نامیدن آن خطای آشکار است.

در این پژوهش ایرادات ثبوتی و اثباتی شروط تبانی احصاء و مدلل گردید. اعتبار بخشی به این گونه شروط انضباط حقوقی را در مقام اثبات مختل کرده، باب ادعا و مجادله را گشوده و خطر آفرین و بحث انگیز است. رویه قضائی می بایست از تشّت و سرگستگی مصون بماند و جز مواردی که طرفین صریحاً یا به موجب تعاهد عرفی مقصود خود را در قرارداد گنجانده اند، راه گریز از ایفای تعهدات و التزامات را با طرح ادعاهائی که دلیل صریح یا ضمنی آن را تأیید نمی کند، مسدود سازد.

اما در مواردی عناوین ثانوی خود دلیل اعتبار برخی احکام قرار می گیرد. در طرح پیش روی، آنجا که شناسائی شرط بنائی موجب برقراری موازنه حقوق متعاقبین، لازمه طبیعت معاوضه و مقتضای

اصل عدالت معاوضی یا در راستای اعمال یک قاعده عالی باشد، هر چند طبق مبنای منتخب، از مدار تعریف شرط خارج است، اما بنابر اسبابی چون حکومت یا ورود عناوین ثانوی بر دلیل اولی یا به تعبیر نوین کنترل قواعد فرودست به وسیله قواعد برتری مانند نفی ضرر و نفی عسر و حرج، اعتدال، اخلاق حسنه، نظم عمومی، کرامت انسانی و سنت های اجتماعی نمی توان چشم بر این حقائق بست و شرط بنائی را نادیده انگاشت.

منابع:

الف: فارسی

- ۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، *تئوری موازنه*، تهران، گنج دانش
- ۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران، گنج دانش
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، تهران، گنج دانش
- ۵- جعفری تبار، حسن، (۱۳۹۶)، *دیو در شیشه*، تهران، نگاه معاصر
- ۶- عابدی، احمد، (۱۳۹۷)، *دروس خارج فقه*، قم، بی نا
- ۷- عبده، محمد بروجردی، (۱۳۲۹)، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی محمدعلی علمی
- ۸- علامه، سید مهدی، (۱۳۸۷)، *شروط باطل و تأثیر آن در عقود*، تهران، نشر میزان
- ۹- محقق داماد، مصطفی، (۱۳۹۸)، *نظریه عمومی شروط و التزامات*، ج ۱ و ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی

- ۱۰- محقق داماد و دیگران، مصطفی، (۱۳۹۷)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، تهران، سمت
- ۱۱- مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۹)، بررسی طرق فرار از ربا، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران، انتشار
- (ب) - منابع عربی
- ۱۳- ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر، (۱۴۱۱)، اعلام الموقعین عن رب العالمین، بیروت، دار الکتب العلمیة
- ۱۴- آخوند خراسانی، محمد کاظم، (۱۳۹۰)، کفایه الأصول، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- ۱۵- انصاری، مرتضی، (۱۳۸۰)، فرائد الأصول، ج ۳، قم، مجمع الفکر الاسلامی
- ۱۶- انصاری، مرتضی، (۱۴۳۴)، مکاسب، ج ۶، قم، مجمع الفکر الاسلامی
- ۱۷- انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵)، کتاب النکاح، قم، مؤسسه الکلام
- ۱۸- بحرانی، یوسف، (بی تا)، حدائق الناصرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- ۱۹- تبریزی، میرزا جواد، (۱۳۸۵)، ارشاد الطالب الی التعليق علی المکاسب، ج ۳، قم، دارالصدیقه الشهبده
- ۲۰- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، (۱۴۲۹)، العناوین، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- ۲۱- حکیم، سید محسن، (۱۳۹۱)، مستمسک عروه الوثقی، نجف اشرف، مطبعة الآداب

- ۲۲- خوانساری، موسی بن محمد، (۱۳۸۵)، منیه الطالب (تقریرات درس آیت الله نائینی) ج ۳، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- ۲۳- خمینی، روح الله، (۱۳۶۸)، کتاب البیع، ج ۵، قم، مؤسسه اسماعیلیان
- ۲۴- خمینی، روح الله، (۱۳۹۲)، تحریر الوسیله، ج ۳، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- ۲۵- خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۳۷۷)، مصباح الفقاهه، ج ۳، قم، مکتبه الداوری
- ۲۶- درچه ای، محمد باقر، (۱۳۸۹)، میزان الفقاهه، ج ۱۴، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه
- ۲۷- سنهوری، عبدالرزاق احمد، (۲۰۰۰)، لوسیط، ج ۳، بیروت، منشورات حلبی
- ۲۸- طباطبائی یزدی، محمد کاظم، (۱۴۲۹)، حاشیه مکاسب، ج ۳، قم، مؤسسه طیبه لاحیاء التراث
- ۲۹- عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن نورالدین، (۱۳۴۰)، شرح لمعه، قم، ذوی القربی
- ۳۰- علامه فانی اصفهانی، سید علی، (۱۴۰۳)، کتاب الأجاره، قم، بی نا
- ۳۱- غروی اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۳۱)، حاشیه مکاسب، ج ۳، قم، ذوی القربی
- ۳۲- فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۸۴)، سیری کامل در اصول فقه، ج ۴، قم، چاپخانه فیضیه
- ۳۳- کاشف الغطا، محمد حسین، (۱۳۹۰)، تحریر المجله، ج ۵، تهران، مجمع تقریب مذاهب اسلامی
- ۳۴- مکی عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین، (۱۳۴۰)، اللعه الدمشقیه، ج ۵، قم، ذوی القربی
- ۳۵- میرزای قمی، ابوالقاسم، (۱۳۹۶)، رساله در شروط ضمن عقد، تهران، انتشارات خردمندی

٣٦- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن، (١٤٣٧)، جواهر الکلام، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه
اسلامی

٣٧- نراقی، احمد، (١٣٦٦)، عوائد الأیام، قم، مکتبه بصیرتی