



Ilam University



Iranian Association
of Constitutional Law

Structuring the Theory of “Constructive Provision”: A Comparative Study in the Iranian and Egyptian Law and Islamic Jurisprudence

Mohammad Hadi Javaherkalam¹, Erfan Gholamhosseini²

1. Assistant Prof. of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran
(Corresponding Author). E-mail: javaherkalam@atu.ac.ir

2. M.A in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran.
E-mail: erfan_gh@atu.ac.ir

Article Info

ABSTRACT

Article type:
Research Article

Article history:
Received 12 Apr 2025
Received in revised form 19
May 2025
Accepted 15 Jun 2025
Available online 29 Jun 2025

Keywords:
Constructive provision,
constructive condition,
conspiracy condition,
pre-contractual agreements,
Egyptian law,
Islamic jurisprudence.

In this research, the Constructive Provisions were examined by comparing the legal systems of Iran, Egypt, and Islamic jurisprudence (fiqh), using a descriptive-analytical approach with the aim of distinguishing pre-contractual constructive agreements. Additionally, a library research was employed to gather information. The primary question is the nature of this concept, while subsequent questions address its validity and scope. The findings of this study indicate that ‘Constructive Provisions’ refer to all pre-contractual agreements reflecting the mutual intent of the contracting parties and forming the basis of the contract. Therefore, although the origin and basis for justifying Constructive Provisions are the same as Constructive Conditions; the formalization of the theory of Constructive Provisions based on the mutual and internal intention of the parties, leads to the recognition of numerous instances of pre-contractual constructive agreements, many of which do not fit within the framework of Constructive Conditions. This distinction demonstrating the differences between these concepts. Examples include consideration, the contracting parties, the nature of the contract, the purpose of the transaction, and the basis for exemption from obligation due to loss occurring. Additionally, despite the lack of validity for pre-contractual agreements among most Imami jurists and some Sunni schools, some groups consider them valid. The foundations of Egyptian law align with the essence of this concept. Also, Egyptian law’s foundations align with this topic. Likewise, in Iranian law, due to the preference for internal intent, Constructive Provisions are considered valid, and their scope expands in line with the breadth of intention.

Cite this article: Javaherkalam, Mohammad Hadi., Gholamhosseini, Erfan. (2025). Structuring the Theory of “Constructive Provision”: A Comparative Study in the Iranian and Egyptian Law and Islamic Jurisprudence. *Comparative Studies on Islamic Countries Law*, 3 (2), 103- 126. <http://doi.org/10.22034/LCS.2025.2049257.1078>



© The Author(s).

DOI: <http://doi.org/10.22034/LCS.2025.2049257.1078>

Publisher: Ilam University.



Ilam University



Iranian Association
of Constitutional Law

ساماندهی نظریه «مفاد بنایی»؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، مصر و فقه اسلامی

محمدهادی جواهر کلام | عرفان غلامحسینی^۲

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)، رایانامه: javaherkalam@atu.ac.ir

۲. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. رایانامه: erfan_gh@atu.ac.ir

اطلاعات مقاله

چکیده

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۲۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۲/۲۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۲۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۸

کلیدواژه‌ها:

مفاد بنایی،

شرط بنایی،

شرط تبانی،

توافق‌های پیش از قرارداد،

فقه اسلامی،

حقوق مصر.

در پژوهش حاضر، مفاد بنایی با تطبیق در حقوق ایران و مصر و فقه اسلامی با رویکرد توصیفی تحلیلی و با هدف بازشناخت توافق‌های بنایی پیش از عقد، مطالعه گردید؛ همچنین، جمع‌آوری اطلاعات با شیوه کتابخانه‌ای صورت گرفت. نخستین پرسش، چیستی این ماهیت و پرسش‌های بعدی، چگونگی اعتبار و قلمروی آن است. یافته‌های این تحقیق، نشان می‌دهد که «مفاد بنایی»، به مفهوم کلیه توافق‌های پیش از قرارداد و داخل اراده مشترک متعاقبین است که عقد بر بنای وجود آن‌ها انشا می‌شود. بنابراین، گرچه خاستگاه و مبنای توجیه مفاد بنایی، همان شروط بنایی است؛ ولی قاعده‌مندسازی نظریه مفاد بنایی بر اساس اراده مشترک و باطنی متعاقبین، سبب شناسایی مصادیق غیرقابل احصایی از توافق بنایی پیش از قرارداد می‌شود که بسیاری از آن‌ها، در چارچوب شرط بنایی نمی‌گنجد؛ همین موضوع، نشان از تفاوت این مفاهیم دارد. چنان‌که عوضین منتخب، اطراف قرارداد، ماهیت عقد، جهت معامله و مبنای معافیت از تعهد با وقوع غبن حادث، نمونه‌های آن است. همچنین، با وجود عدم اعتبار توافق‌های پیش از عقد، نزد مشهور فقهای امامیه و برخی مذاهب اهل سنت، گروهی آن را معتبر می‌شمارند. مبنای حقوق مصر هم با درون‌مایه‌های این مفهوم، مطابقت دارد. در حقوق ایران نیز به دلیل رجحان اراده باطنی، مفاد بنایی معتبر است و قلمروی آن هم‌سو با وسعت اراده، گسترش می‌یابد.

استناد: جواهر کلام، محمدهادی، غلامحسینی، عرفان (۱۴۰۴). ساماندهی نظریه «مفاد بنایی»؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، مصر و فقه اسلامی.

مطالعات تطبیقی حقوق کشورهای اسلامی، ۳ (۲)، ۱۲۶-۱۰۳.

<http://doi.org/10.22034/LCS.2025.2049257.1078>

© نویسنده‌گان.

ناشر: دانشگاه ایلام.



مقدمه

قراردادها از نظر ماهوی، آمیزه‌ای از مفاد، شروط و اجزای مختلف هستند که مورد اتفاق متعاقدين قرار می‌گیرند. اما گاهی برخی از این مندرجات، آگاهانه یا ناخودآگاه در قرارداد تصریح نمی‌شود. چنان‌که ممکن است در خلال مذاکرات پیش از انعقاد قرارداد، پاره‌ای از مفاد، مورد موافقت متعاقدين قرار بگیرد و عقد بر بنای لحاظ آن، انشا شود؛ اما در متن یا سند اثباتی قرارداد، حتی اشاره به آن نیز، مغفول بماند. همین توافقی‌ها که با شروط بنایی یا تبنایی نیز قرابت نزدیکی دارد، اساس بحث حاضر است. در حقیقت، گرچه ممکن است در بادی امر، توافق‌های پیش از قرارداد، مترادف با شروط بنایی به نظر برسد؛ اما ماهیت توافق‌های مزبور و ارتباط آن با شروط بنایی، خود محل تردید و ابهام است. همین امر، بازاندیشی در اعتبار و قلمروی این توافق‌ها را ضروری می‌سازد. بنابراین، موضوع «مفاد بنایی»، طرح می‌شود که چیستی ماهیت آن، نخستین پرسش و بنیان این نظریه است. این پژوهش در پی آن است که نشان دهد، حقیقت توافق‌های پیش از قرارداد، فراتر از شرط است و تنها به آن، محدود نمی‌شود، چنان‌که پاره‌ای از مصادیق مطروح در این نوشتار در قالب شرط، میسر نمی‌گردد. البته این به معنی نامتجانس بودن مفاد و شروط بنایی، نخواهد بود؛ بلکه علاوه بر دلالت هر دو مفهوم، بر توافق‌های پیش از انشای قرارداد، نظریه مفاد بنایی، خود برخاسته از شروط بنایی است و بر اساس آن، تحلیل می‌شود. اما مفاد بنایی، هویتی گسترده‌تر دارد که بر پایه وسعت آثار اراده باطنی، توجیه می‌گردد. پرسش‌های بعدی که با یکدیگر ملازمه خواهند داشت، چگونگی اعتبار و قلمروی مفاد بنایی است.

بدین ترتیب، تحقیق حاضر درصدد است که با اتکای به اشتراکات مفاد بنایی با مباحث مطروح پیرامون شروط بنایی و از سوی دیگر، نقش اراده باطنی و مشترک متعاقدين، اعتبار این مفاد را هویدا سازد؛ همچنین به صورت توأمان، علاوه بر آنکه اجمال و ناکافی بودن شروط بنایی را با ذکر برخی مصادیق، آشکار کند، به اثبات وسعت بیشتر قلمروی مفاد بنایی بپردازد.

بر این اساس، گفتار اول به بیان ماهیت شرط بنایی، اختصاص دارد. سپس در گفتار دوم، با طرح مفهوم مفاد بنایی و تحلیل وجوه تشابه و تمایز آن با شروط مزبور، به مقایسه آن با نهادهای متناظر، همچون شروط یا مفاد ضمنی و شروط ابتدایی، پرداخته می‌شود. در گفتار سوم نیز، اعتبار و قلمروی مفاد بنایی در فقه امامیه و اهل سنت و همچنین حقوق ایران و مصر بررسی می‌گردد. چنان‌که بر محوریت بازبینی مباحث مطرح، پیرامون شروط بنایی و تحلیل نقش اراده در توافق‌های پیش از قرارداد، اعتبار و قلمروی مفاد بنایی، همراه با یکدیگر تبیین می‌گردد.

تعبیر توافق‌های بنایی پیش از انعقاد قرارداد به «مفاد بنایی» که موضوع اصلی این پژوهش است، در مقالات موجود، پیشینه‌ای مشابه ندارد. بنابراین، آنچه با عنوان شروط بنایی، پیش‌تر در مقاله‌های مختلف و کتاب‌های فقهی و حقوقی، تحلیل شده، با بحث حاضر به روشنی، متفاوت است. چراکه جان کلام این نوشتار، عبور از منحصر دانستن توافق‌های پیش از عقد در شرط و آشکارسازی وسعت قلمروی مصادیقی است که می‌تواند، موضوع توافق‌های مزبور قرار گیرد، حال آنکه مفهوم شرط و یا شروط بنایی، در موارد متعددی نمی‌تواند بر این معنی، دلالت کند. وانگهی، کتاب «اصول قراردادها و تعهدات» که پژوهش حاضر، تنها موردی است که ولو کوتاه، اشاره‌ای به مفهوم «مفاد بنایی»، با همین عبارت دارد. مطابق این اثر، برخلاف رویه موجود که عبارات شروط ضمنی و یا شروط بنایی، به کار برده می‌شود؛ حقیقت امر، مفاهیمی جامع‌تر به نام مفاد ضمنی و مفاد بنایی است که تمام خصوصیات عقد را، اعم

از ارکان و امور دیگر آن، همچون طرفین و مورد (موضوع) قرارداد است؛ درحالی که نمی‌توان این موارد را شرط بنایی دانست (شهیدی، ۱۳۸۱: ۳۳۸). در نتیجه، این پژوهش، در صدد تدارک قاعده و ساماندهی نظریه مفاد بنایی و تعیین قلمرو و تبیین اعتبار آن است.

همچنین، جمع‌آوری اطلاعات در این تحقیق با روش کتابخانه‌ای (اسنادی)، بوده و با رویکرد توصیفی تحلیلی، واکاوی شده است.

۱. ماهیت شروط بنایی، تبانی یا متقدم بر قرارداد

خاستگاه مفهوم «مفاد بنایی»، شروط بنایی یا متقدم بر قرارداد است؛ بنابراین، ابتدا به اختصار، تعبیر مختلف مفهوم شرط بیان می‌شود؛ سپس با معرفی شروط بنایی یا مقدم بر قرارداد، بستر تبیین مفاد بنایی، فراهم می‌گردد.

۱-۱. مفهوم شرط

مفهوم شرط در فقه و حقوق، مباحث گسترده‌ای را به خود اختصاص داده است. برخی فقها، مفهوم عرفی شرط را ناظر بر دو معنی دانسته‌اند. نخست به مفهوم آنچه فقدان آن، منجر به نبودن چیز دیگری می‌شود؛ بی‌آنکه وجود آن، لزوماً به ایجاد آن چیز دیگر بینجامد. معنای دوم شرط، الزام و التزام است؛ چنان که در روایات مختلف، شرط در معانی متعددی همچون نذر، وعده، عهد و حتی بیع، استفاده شده است. مطابق این دیدگاه، در عبارت «شروط ابتدایی» نیز، واژه شرط در معنای حقیقی خود، آمده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۱ ق، ج ۲: ۵۱۸-۵۱۷). بنابراین، شرط در معنای نخست، همان مفهوم عقلی و اصولی آن است؛ حال آنکه معنای دوم شرط با تعبیر به الزام و التزام، به‌عنوان شرط فقهی، شناخته می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲ ش: ۶۳۵). چنان که فقها، مفهوم عبارت شرط در قاعده «المؤمنون عند شروطهم» را ناظر بر معنای اخیر شرط و به مفهوم مطلق هر نوع التزام، دانسته‌اند که حتی استفاده از لفظ برای تحقق آن، ضرورت ندارد (شیخ انصاری، ۱۴۱۱ ق، ج ۱: ۳۲۹). همچنین هم‌سو با این تعبیر، گروهی دیگر نیز در تعریف شرط می‌گویند: «شرط عبارت است از هر آنچه به‌تبع خود، الزامی را پدید آورد» (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰ ق: ۱۰۶). اما برخی دیگر از فقیهان، به مخالفت با این تقسیم‌بندی، برخاسته‌اند. به اعتقاد این گروه، مفهوم متعارف شرط، تنها در یک معنا خواهد بود و آن، تقید امری بر امر دیگر است. بر این اساس، گاهی این تقید، حقیقی و همچون تقید معلول به علت خویش است. اما گاهی این تقید، جعلی و به معنای قرار دادن امری از سوی شارط بر عهده خویش خواهد بود؛ چنان که شروط ضمن عقد، مثال بارز همین تقیدهای جعلی است (ایروانی، ۱۳۷۹ ق: ۶۱). گروهی دیگر نیز با همین اعتقاد، شرط را به معنای وابستگی چیزی بر چیز دیگری تلقی کرده و در مقام جمع‌بندی آرای مختلف فقها، مصادیق این مفهوم را در سه حالت، متصور دانسته‌اند: اولاً، وابستگی طبیعی یا تکوینی، همچون شرط مجاورت برای سوختن با آتش؛ ثانیاً، تقیدی به حکم شرع، نظیر شرط طهارت برای نماز؛ ثالثاً، آنچه میان متعاملین و با جعل آن‌ها، واقع می‌گردد (روحانی، ۱۴۳۵ ق: ۲۲۲).

شرط در حقوق قراردادهای نیز به‌طور کلی در دو معنی، استفاده می‌گردد؛ اولاً، به معنای امری که از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌آید، اما از وجود آن وجود پدید نمی‌آید؛ یعنی بین شرط و مشروط، ملازمه عدمی وجود دارد نه ملازمه وجودی؛ نظیر اهلیت طرفین و معلوم و معین بودن مورد معامله به‌عنوان شرایط صحت معاملات مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی (صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۰: ۱۴۲؛ صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۲: ۲۹۵-۲۹۶). روشن است که این

معنای شرط با مفهوم اصولی و عقلی آن، مقارن خواهد بود. ثانیاً، شروط ضمن عقد که به مفهوم التزام‌هایی است که به تعهدات اصلی عقد دیگر، ضمیمه می‌شود و حدود و شرایط آن تعهدات را کامل یا حتی دگرگون می‌کند (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۱۱۴).

شروط ضمن عقد، خود در دو حالت قابل تصور است. نخست، شروطی نظیر شرط اجل یا شرط صفت هستند که التزامی مستقل محسوب نمی‌شود؛ بلکه در مقام تعیین جزئیات همان قرارداد هستند. اما حالت دوم، ناظر بر مواردی است که موضوع شرط، به صورت بالقوه، می‌توانست به عنوان قراردادی مستقل نیز منعقد گردد. اما متعاملین به هر دلیل، ترجیح داده‌اند که آن را تابع و ذیل عقد دیگر قرار دهند؛ نظیر آنکه ضمن عقد نکاح، وکالت در طلاق به زوجه اعطا گردد و یا ضمن عقد اجاره، مستأجر به رنگ‌آمیزی ملک موجه متعهد شود. شیوه اتصال شرط ضمن عقد به قرارداد نیز چهار حالت دارد که عبارت است از شرط مصرح، الحاقی، تبانی (بنایی) و شرط ضمنی (عرفی). شرط صریح و شرط الحاقی، روشن و از بحث حاضر، خارج خواهند بود؛ بنابراین، آنچه ضرورت دارد، تبیین ماهیت شرط بنایی یا تبانی و رابطه آن با شروط ضمنی و همچنین، شرط ابتدایی است.

۱-۲. مفهوم «شرط بنایی یا تبانی» و یا «شرط متقدم بر قرارداد»

شرط بنایی یا تبانی، یکی از ابتکارات فقهای امامیه، معرفی می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۱ ش: ۵۴). فقیهان در تعریف این مفهوم، اظهار داشته‌اند: «شرط بنایی، به معنی آن چیزی است که طرفین خارج از قرارداد بر آن پیمان بسته و توافق کرده‌اند؛ سپس بی‌آنکه آن را در قرارداد ذکر نمایند، عقد را بر اساس آن، منعقد ساخته‌اند» (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۸۵). به دیگر سخن، شرط بنایی، موضوعی است که متعاملین پیش از قرارداد، بر آن توافق و سپس عقد را بر مبنای آن، انشا کرده‌اند. حال آنکه در زمان ایجاب و قبول، حتی به صورت اشاره نیز، دوباره از آن یاد نمی‌کنند (شهیدی، ۱۴۰۱: ۴۰-۴۱). بنابراین، گرچه این گونه شروط در مفاد قرارداد، انعکاس ندارد، اما چون قرارداد بر مبنای آن، انشا می‌گردد، شروط بنایی نامیده می‌شود. وانگهی، محتوا و مضامین موضوع شروط بنایی، پیش از عقد انشا نمی‌شود و اثر مستقلاً خلق نمی‌کند؛ بلکه تنها نسبت به وجود آن در قرارداد متعاقب خود، توافق می‌گردد. بر اساس وجود همین اتفاق قبلی، به این التزامات، شروط تبانی نیز گفته می‌شود.

همان‌طور که مشاهده شد، برخی شروط بنایی را ابتکار فقهای امامیه دانسته‌اند؛ اما تردیدی نیست که توافقی‌های پیش از عقد که به هر دلیل، در قرارداد ذکر نشده است، موضوعی نیست که به ذهن اندیشمندان سایر مذاهب، متبادر نشده باشد. چنان‌که قاعده «الشرط المتقدم كالشرط المقارن» در فقه اهل سنت، به معنی «شرط پیشین، همچون شرط هم‌زمان است»، نشان از همین مفهوم دارد. مطابق این قاعده، اگر متعاملین با وجود توافق نمایند و سپس عقد را به صورت مطلق، انشا کنند؛ نیت پیشین، مانند نیت مقارن یا هم‌زمان با انعقاد قرارداد است. بنابراین شرط مزبور صحیح و عمل به آن، ضرورت دارد (ابن تیمیه، ۱۴۰۸ ق، ج ۳: ۷۸؛ ابن قیم، ۱۴۱۱ ق: ۱۰۷). بنابراین، آنچه در فقه اهل سنت و قاعده مزبور به شرط متقدم یا مقدم، تعبیر می‌شود با شروط بنایی در فقه امامیه، مقارن است.

۲. ماهیت مفاد بنایی

همان‌طور که اشاره شد، نمی‌توان موضوع توافقی‌های بنایی را محدود به عناوین شروط سه‌گانه متداول و ضمن عقد، از قبیل شرط فعل، نتیجه و صفت دانست؛ بلکه در حقیقت، جوهره این مفهوم، فارغ از آنکه موضوع آنچه باشد، توافقی است که قرارداد، بر بنای آن، منعقد می‌شود.^۱ بر این اساس، هر آنچه پیش از انعقاد قرارداد، مورد اتفاق متعاقبین قرار داشته و سپس، عقد با لحاظ آن‌ها انشا گردد، در گستره این مفهوم خواهد بود. به همین دلیل در این گفتار و پیش از ورود به مباحث اعتبار و قلمروی این توافقی‌ها، به تبیین مفاد بنایی و رابطه آن با مفاهیم متناظر، پرداخته می‌شود.

۲-۱. مفهوم مفاد بنایی

استفاده از عبارت شرط برای تبیین ماهیت توافقی‌های پیش از قرارداد، تعبیری نارسا است که امکان درک دقیق این مفهوم را دشوار می‌سازد؛ زیرا فارغ از نزاع بسیاری که در مورد ماهیت شرط وجود دارد، هیچ‌یک از تعاریف موجود، اصولاً تعبیری متن و جامع برای پوشش کامل و احاطه اقسام متعدد این توافقی‌ها ارائه نمی‌دهد. بنابراین، لازم است ضمن عبور از شرط‌انگاری معمول برای نهاد، در پی ارائه عبارتی عام‌الشمول برای آن بود که به تبیین نظریه عمومی و ساماندهی بحث کمک نماید.

وانگهی، آنچه گستردگی قلمروی توافقی‌های پیش از قرارداد را به‌صورت کامل، نمایان می‌سازد، عبارت «مفاد بنایی» است. اما برای درک تفاوت میان شروط و مفاد بنایی، لازم است در ابتدا، به تحلیل رابطه مفاد و شروط ضمن عقد، پرداخت. چنان‌که حقوق‌دانان در تبیین وجوه شباهت و تمایز این مفاهیم، اظهار می‌کنند: «شروط ضمن عقد، چیزی جدا و مستقل از مفاد عقد نیست. باوجوداین، چون در حقوق ما، «شرط» به‌طور معمول به تعهدهای فرعی و تبعی گفته می‌شود و به این اعتبار از اصل قرارداد، فاصله می‌گیرد، خود نظریه خاصی را به وجود آورده است». بر اساس این دیدگاه، قانون مدنی متأثر از فقه امامیه و به‌گونه‌ای منحصر به فرد، به طرح مسائل مختص به شرط و ارتباط آن با عقد، پرداخته است، همین امر نیز باعث می‌شود که باوجود ارتباط کامل میان شروط ضمن عقد با مفاد قرارداد، مسائل ویژه‌ای پیرامون شروط مطرح شود که از آن، تحت عنوان نظریه «شروط ضمن عقد» یاد می‌گردد (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۱۱۲-۱۱۱). بدین ترتیب، شرط در حقیقت، نوعی از مفاد با ویژگی‌های مخصوص به خود است؛ بنابراین می‌توان، رابطه منطقی میان مفاد و شروط ضمن عقد را عموم و خصوص مطلق دانست.

بر همین اساس، گروهی دیگر از حقوق‌دانان با این مقدمه که قلمروی توافقی‌های بنای قرارداد از حیث موضوع، شامل تمام خصوصیات یک قرارداد، اعم از ارکان، اجزا و سایر عناصر عقد، می‌گردد، از آن‌ها با عبارت «مفاد بنایی» یاد کرده‌اند. مطابق این دیدگاه، بنایی بودن یک امر منحصر به شرط متصل به عقد نیست؛ بلکه منظور از مفاد بنایی یا تبانی عقد، آن گروه از خصوصیات عقد است که متعاملین قبل از ایجاب و قبول، نسبت به لحاظ آن امر در عقد توافق کرده‌اند و سپس بی‌آنکه در هنگام ایجاب و قبول، مجدداً نامی از آن ببرند، عقد را بر مبنای آن انشا می‌کنند (شهیدی، ۱۳۸۱: ۳۳۹-۳۳۸). بنابراین مفاد بنایی، هویت غریب و ناهمگونی با شروط بنایی ندارد؛ بلکه خاستگاه و مدار توجیه مفاد بنایی، همان شروط بنایی خواهد بود. چنان‌که ویژگی‌های بیان شده پیرامون شروط

۱- برخی از مهم‌ترین مصادیق مفاد بنایی که در قالب شرط بنایی نمی‌گنجد، در گفتار اعتبار و قلمروی این مفاد، معرفی می‌گردد.

بنایی، نسبت به مفاد بنایی نیز قابل تعمیم است. اما آنچه ترجیح عبارت مفاد بر شرط را ایجاب می‌کند؛ نمایان ساختن وسعت قلمروی توافقی‌های بنایی است.

چنان‌که عضو ممیز و مستشار یکی از شعب دیوان در اظهارنظری که به صدور رأی انجامید، می‌گوید: «شروط بنایی منوط بدان نیست که الزاماً در حیطة یکی از عناوین شرط وصف و شرط فعل و شرط نتیجه قرار گیرد و در قالب شروط مذکور، محدود و مقید نمی‌شود. استخدام لفظ شرط از باب تسامح لفظ است؛ بنابراین، حقیقت آن، امر بنایی است (عقد متبایناً بر آن واقع شده است) که اسم و عنوان آن، منحصر به شرط نیست.» (رأی شماره ۱۸۱۰۰۸۱۰۹۹۷۰۹۳۰ به تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۱۸، صادره از شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور). آنچه از این اظهارات، استنباط می‌گردد، ناکافی بودن عبارت شرط در دلالت بر تمام مصادیق توافقی‌های بنای قرارداد است. در حقیقت، مصادیق زیادی از این توافقی‌ها را می‌توان برشمرد که با اقسام شروط ضمن عقد موضوع ماده ۲۳۴ قانون مدنی، همخوانی ندارد. حال آنکه مفاد بنایی، می‌تواند شامل عوضین منتخب، طرفین قرارداد، ماهیت عقد، جهت معامله و توافق بر معافیت از تعهد در صورت وقوع غبن حادث گردد. در هر حال، مراد از تبیین مفهوم حاضر، این است که اگر بخشی از مفاد بنایی و مورد اتفاق طرفین، به دلایل مختلفی همچون رویه متعارف و مرسوم معاملات، در ایجاب و قبول و سند قرارداد منعکس نگردد؛ اما دادرس، بتواند با نگاه عادلانه و دقیق خود، بخش‌های نانوخته و مکتوم داخل در توافق و قرارداد را آشکار سازد، مبنای توجیه ورود آن‌ها به عقد، مفاد بنایی خواهد بود.

۲-۲. تمییز مفاد بنایی از شرط یا مفاد ضمنی عرفی

چنان‌که بیان شد، عبارت مشهور در فقه و حقوق پیرامون توافقی‌های بنایی، شرط بنایی است، حال آنکه این مفهوم، خود خاستگاه و نقطه آغاز تبیین مفاد بنایی نیز خواهد بود. به همین دلیل، تمییز شروط بنایی از شروط ضمنی یا عرفی، و جوه افتراق مفاد بنایی را نیز نسبت به شروط ضمنی و مبتنی بر عرف آشکار می‌سازد.

جالب آنکه حقوق‌دانانی که پیش‌تر عبارت مفاد بنایی را با توجه به گستردگی موضوعات توافقی‌های بنایی پیشنهاد کرده بودند، با توجه به وسعت قلمروی مضامین عرفی قرارداد، عبارت مشابه مفاد ضمنی را معرفی کرده‌اند. چنان‌که بر اساس ماده ۳۵۶ قانون مدنی، در بیع یک مزرعه، ممکن است که عرف، چاه آب آن مزرعه را جزئی از توابع مبیع بداند؛ حال آنکه این حکم در حقیقت، پیرامون قسمتی از عوضین و ارکان عقد، خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۱: ۳۳۸).

اما از تعریف شرط و مفاد بنایی، مشخص گردید که منشأ مستقیم ایجاد آن‌ها، توافقی‌های صورت گرفته پیش از عقد است. اما شرط ضمنی، گرچه همچون مفاهیم مذکور، نه صراحتاً و نه حتی به صورت اشاره در ایجاب و قبول ذکر نمی‌شود؛ اما فرض معهود بودن آن در عرف، سبب ورود این شروط به قرارداد می‌گردد. بنابراین گرچه هر دو در قرارداد نانوخته هستند؛ اما تفاوت اساسی در علت اعتبار و ورود آن‌ها به تعهدات قراردادی است. شروط و همچنین مفاد بنایی، به صورت مستقیم، بلاواسطه و در اثر اراده مشترک متعاقبین، وارد تعهدات قراردادی می‌شوند؛ حال آنکه شروط ضمنی، به واسطه نقش کاشفیت عرف از اراده متعاقبین، مفروض در تراضی متعاملین قلمداد می‌شود.

وانگهی، مطابق برخی دیدگاه‌ها، عبارت «شرط ضمنی» در معنای عام خود، به طور کلی بر هرگونه شرط نانوخته، اما مؤثر در قرارداد اطلاق می‌گردد. به دیگر سخن، می‌توان کلیه شروط غیرمصرح در قرارداد را مشمول معنای عام

«شروط ضمنی» دانست. در این صورت، شروط ضمنی، خود به دو دسته شروط بنایی و شروط ضمنی عرفی تقسیم می‌شود (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۱۲۳). اما علاوه بر تناسب بیشتر اطلاق عبارت مفاد به این مفاهیم، اختصاص اصطلاح ضمنی به معنای خاص خود یا مضامین مبتنی بر عرف نیز دقیق‌تر است؛ زیرا تفکیک مزبور از درهم‌آمیختگی میان مضامین عرفی با توافقات پیش از عقد یا مفاد بنایی، جلوگیری می‌کند.

فقه‌های امامیه در تفکیک این مفاهیم، شروط ضمنی را مفاد معهود نزد عرف دانسته‌اند؛ حال آنکه شروط بنایی، بر توافق طرفین استوار است (نائینی، ۱۳۷۳ ق، ج ۲: ۱۲۴). در فقه اهل سنت نیز شروط قراردادی از یک‌سوی، به آنچه پیش از عقد توافق می‌شود و از سوی دیگر، چیزی که درون یک قرارداد، جای گرفته است، اعم از آنکه با لفظ یا ناشی از عرف باشد، تقسیم می‌شود (ابن تیمیه، ۱۴۱۶ ق: ۱۵۲). بنابراین، همان‌طور که شرط توافق شده و متقدم بر قرارداد، همچون شرط مندرج در آن است؛ شرط عرفی نیز، به مثابه شرطی است که به صورت لفظی در قرارداد، درج می‌شود» (ابن تیمیه، ۱۴۰۸ ق، ج ۶: ۲۷۰). روشن است که این تفکیک‌ها از شروط بنایی، به مفاد بنایی نیز تسری می‌یابد.

۲-۳. تمییز مفاد بنایی از شرط یا تعهد ابتدایی

مفهوم دیگری که امکان اختلاط آن با مفاد بنایی وجود دارد، شرط ابتدایی، تعهد ابتدایی و یا مقدم است؛ چنان‌که ظرف زمانی تحقق هر دو، قبل از انعقاد قرارداد خواهد بود. اما همچون بحث پیشین، به دلیل شهرت عبارت توأم با کاستی شرط بنایی، این اصطلاح در تمییز مفاد بنایی از شروط ابتدایی نیز واسطه قرار می‌گیرد. شباهت زمان تحقق شروط بنایی و شروط ابتدایی، موجب بررسی موازی این مفاهیم در برخی تألیفات شده است. حال آنکه شرط ابتدایی، تعهد ابتدایی و یا عقد مقدم، برخلاف شروط بنایی، توافقی «انشا شده» خواهد بود که به دلیل انشای استقلالی، ماهیتی جداگانه از عقد متعاقب خود دارد. به دیگر سخن، شرط ابتدایی، قراردادی مستقل و با ماهیتی جداگانه محسوب می‌گردد. این در حالی است که شرط بنایی، پیش از عقد، انشا نمی‌شود؛ بلکه تنها در خصوص مضمون آن‌ها و الحاق به قرارداد متعاقب و آتی، توافق می‌گردد. همین موضوع، در مورد مفهوم وسیع‌تر مفاد بنایی نیز صادق خواهد بود. بنابراین، تفکیک شروط بنایی و ابتدایی، در کشف کامل چیستی مفاد بنایی، اهمیت زیادی دارد.

در فقه امامیه، تفکیک روشنی میان شرط بنایی و شرط ابتدایی، ملاحظه می‌شود؛ چنان‌که برخی فقها، پیش از بررسی اعتبار این مفاهیم و در مقام تمییز آن‌ها به طرح دو پرسش می‌پردازند: اولاً، آیا شرط ابتدایی الزام‌آور است یا خیر؛ ثانیاً، آیا برای اعتبار شرط ضمن عقد، ذکر آن در متن قرارداد ولو به اجمال، لازم است یا خیر؟ سرانجام نیز شروط ابتدایی را معتبر می‌شمارند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰ ق: ۱۱۸). بنابراین، آنچه از خلال این پرسش‌ها، آشکار می‌شود، تمایز شرط ابتدایی منعکس در سؤال اول با شرط بنایی اشاره شده در پرسش دوم است. در حقیقت، بحث لزوم درج شرط در قرارداد یا کفایت توافق قبلی بر آن، ناظر بر شروط ملحق به یک عقد است؛ حال آنکه شرط ابتدایی، عهد و قراری مستقل است که بدون وابستگی به معامله‌ای دیگر، میان طرفین واقع می‌شود. بنابراین، شرط ابتدایی به عقد متعاقب خود، وابسته نخواهد بود و بر همین اساس از مبحث شروط قراردادی خارج است (خوئی، ۱۴۱۴ ق: ۱۶۹-۱۶۷).

حقوق دانان مصری نیز با تعبیر شرط یا تعهد ابتدایی به «الاتفاق الابتدائی»، در تعریف آن، اظهار کرده‌اند: «توافق ابتدایی، عقدی کامل و مشمول کلیه قواعد مربوط به قراردادها است» (السنهوری، ۲۰۰۹ م: ۲۶۷-۲۷۵).

آنچه از عبارات فوق، پیرامون تفاوت ماهیتی موجود میان شروط یا تعهدات ابتدایی با شروط بنایی بیان شد، به دلیل قرابت مفهومی میان شروط و مفاد بنایی، در خصوص مفاد بنایی نیز صادق است.

وانگهی، در نظام حقوقی ایران نیز شروط یا تعهدات ابتدایی، متمایز از مبحث شروط ضمن عقد و به‌عنوان الزاماتی مستقل و قراردادهایی منعقد شده تلقی می‌شود که بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی، در اعتبار آن‌ها تردیدی نیست. چنان‌که مستشار یکی از شعب دیوان اظهار می‌کند:

«از جمله شروط پیش از عقد، شروط ابتدایی و شروط بنایی است؛ شروط ابتدایی، همان تعهدات و التزامات بدون وقوع عقد است که به سبب عدم تقارن با عقد [متعاقب] و نبود ارتباط، منتهی به نفوذ و تنجز شرط در عقد نمی‌شود. شروط بنایی نیز شروط پیش از عقد و یا همان تعهدات و التزامات مقارن با وقوع عقد است که نافذ در مقام خواهد بود؛ چه تصریح بشوند یا نشوند.» (دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۱۸۱ به تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۱۸، صادره از شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور).

۳. اعتبار و قلمروی مفاد بنایی

چنان‌که پیش‌تر بیان شد، منظور از مفاد بنایی، مضامینی است که علی‌رغم عدم تصریح در قرارداد، پیش از انشای عقد، مورد توافق طرفین قرار داشته است. اما علاوه بر تفاوت موجود در تعبیر و اصطلاحات به‌کار رفته برای توافق‌های مزبور، اعتبار و قلمروی آن‌ها نیز در فقه مذاهب گوناگون و حقوق ایران و مصر، محل اختلاف است. بدین ترتیب در این بخش به تحلیل اعتبار و قلمروی این مفاهیم که با یکدیگر، اختلاط و قرابت نزدیکی دارند، به‌صورت توأمان، پرداخته می‌شود.

۳-۱. فقه اهل سنت

در فقه اهل سنت، قاعده «الشرط المتقدم علی العقد بمنزلة المقارن له»، بر اعتبار شروط یا به‌بیان‌دیگر، توافق‌های پیش از عقد دلالت دارد. بر اساس این قاعده، چنانچه دو طرف بر چیزی توافق کنند و پس از آن، قرارداد را منعقد سازند؛ عقد، شامل آنچه بر آن توافق داشته‌اند نیز می‌گردد (ابن تیمیه، ۱۴۲۲ ق: ۳۰۳). البته، حجیت قاعده مزبور در مذاهب مختلف اهل سنت، محل اختلاف است.

نظر مشهور در فقه حنبلی و مالکی بر اعتبار شروط مقدم بر قرارداد است؛ حال آنکه غالب فقهای مذاهب حنفی و شافعی، اعتقاد بر عدم اعتبار شروط مورد توافق پیش از عقد دارند. به باور این گروه، تنها آن چیزی معتبر است که در قرارداد قید گردد. بنابراین، هر آنچه مقدم بر قرارداد باشد، فاقد اثر و همچون وعده‌هایی ساده است که وفای به آن، تنها مستحب خواهد بود (آل بورنو، ۱۴۲۴ ق: ۱۰۳). اختلاف نظر دیگری که میان فقهای این مذاهب وجود دارد و می‌توان آن را منشأ اختلاف حاضر دانست. تفاوت عقاید آن‌ها، پیرامون اراده معتبر و ملاک در تحقق و شناخت آثار قرارداد است. چنان‌که غالب فقهای مالکی و حنبلی، اراده باطنی را معتبر دانسته‌اند، حال آنکه عموم فقهای حنفی و شافعی، عقیده بر اعتبار اراده ظاهری دارند و چنانچه اراده باطنی در عبارات یک قرارداد، انعکاس نیابد، آن را فاقد اثر

تلقى می‌کنند (رمضان‌سمک، ۲۰۱۸ م: ۲۱۳). بر این اساس، مبنای اعتبار و وجوب عمل به شروط نانوشته و پیش‌تر توافق شده، اعتقاد به نقش اساسی آزادی قراردادهای است. به بیان دیگر، پیروی از نظریه آزادی اراده در قراردادهای موجب می‌شود که شروط مزبور، معتبر و به منزله شروط مقارن با عقد قلمداد شود. چنان‌که به اعتقاد فقهای حنبلی، هنگامی که متعاقدين با اتکا به شروط از پیش توافق شده، قراردادی را منعقد می‌کنند، این شروط نیز همچون شروط مبتنی بر عرف، داخل در قرارداد و مشمول ضرورت شرعی وفای به شرط، عهد و یا عقد، تلقی می‌گردد (رزقا، ۲۰۰۴ م: ۵۵۹).

بر اساس دیدگاه فقیهان نامی حنبلی، به دلیل فقدان تفاوت در بین شرط پیشین و شرط هم‌زمان با قرارداد، شرط مورد توافق پیش از عقد نیز، همچون شرط هم‌زمان با آن، می‌تواند مفسد عقد باشد. بنابراین، چنانچه این دسته از شروط، ویژگی‌های شرط مفسد قرارداد را داشته باشند، نمی‌توان به صرف تقدم بر عقد، آن‌ها را مفسد عقد ندانست. همچنین، این گروه، معتبر ندانستن شروط مقدم بر قرارداد را به منزله گشودن ابواب حيله‌گری دانسته‌اند و در تحلیل دیدگاه خود، اظهار می‌کنند: «چه مفسده‌ای با تقدم شرط از بین می‌رود وقتی که متعاقدين، خداوند و شاهدان می‌دانند که قرارداد، بر مبنای شرطی باطل و نامشروع، منعقد شده و تنها ظاهر عقد، به صورت مطلق نشان داده شده است؟» (ابن‌قیم، ۱۴۱۱ ق: ۱۰۷). علاوه بر آن، این دسته از فقها با تعبیری شایسته، قصد را روح عقد تلقی کرده‌اند که می‌تواند مصحح و یا مبطل یک قرارداد باشد. بنابراین، اثر قصد متعاقدين، ورای الفاظ مندرج در قرارداد خواهد بود (ابن‌قیم، ۱۴۱۱ ق: ۷۸).

همچنین بر اساس دیدگاه مشهور فقهای مالکی، چنانچه متعاقدين پیش از بیع، بر پرداخت ثمن با نوع خاصی از پول توافق کنند، اما آن را در ضمن قرارداد، شرط نکنند، این توافق به منزله شرط در قرارداد خواهد بود؛ زیرا اگر توافقی میان متعاقدين، غیر از شروط مصرح در قرارداد هم کشف گردد، آن نیز همچون سایر شرایط مصرح در قرارداد خواهد بود (حطاب، ۱۴۱۲ ق: ۴۱۷). بنابراین، می‌توان جان‌مایه و عصاره کلام معتقدین به اعتبار شروط مقدم بر قرارداد را در معتبر دانستن اراده باطنی و ترجیح آن بر اراده ظاهری دانست. همین امر به عنوان سرآغاز اختلاف نظر پیرامون اعتبار شروط متقدم بر قرارداد، خود گواه روشنی بر گستردگی قلمروی توافقی‌های پیشین یا بنایی، نسبت به مفهوم آشنای شروط ضمن عقد است؛ چراکه غالباً، آنچه از معنای شرط به ذهن حقوق‌دان متبادر می‌شود، مصادیق سه‌گانه شرط فعل و صفت و نتیجه است. در حالی که این توافقی‌ها هم‌تراز با اراده و متکی به آن، وسعت خواهد داشت، به همین دلیل نیز اصطلاح مفاد بنایی با حقیقت توافقی‌های مزبور، سازگارتر است.

۳-۲. فقه امامیه

توافقی‌های پیش از قرارداد که عقد بر مبنای آن، منعقد می‌گردد با اصطلاح معمول شرط بنایی، مباحث بسیاری را در فقه امامیه به خود اختصاص می‌دهد. مشهورترین مثال آن در فقه، شروط مقرر در خواستگاری است که عقد نکاح بر مبنای لحاظ آن، منعقد می‌شود؛ چنان‌که به اعتقاد فقها، اگر در زمان خواستگاری و توافقی‌های اولیه، دختری را واجد صفت کمال و فاقد نقص معرفی نمایند و سپس بر بنای آن، عقد واقع گردد، این امر به منزله اشتراط این ویژگی‌ها در قرارداد است. بنابراین، تخلف از آن‌ها نیز موجب خیار خواهد بود (خمینی(ره)، ۱۳۹۲: ۳۱۸). وانگهی در فقه امامیه، نظر مشهور فقها بر عدم اعتبار شروط بنایی یا تبنایی است. چنان‌که به اعتقاد برخی از آن‌ها، علت الزام‌آور

بودن یک شرط، ذکر آن در قرارداد است تا بتوان به‌عنوان جزئی از ارکان آن، داخل در ضرورت وفای به عقد، تلقی گردد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ ق: ۶۰).

وانگهی در فقه امامیه نیز غالباً، مسئله ترجیح اراده باطنی یا ظاهری خالق قرارداد، روی دیگر بحث در اعتبار شروط بنایی است. از این‌روی، بر اساس دیدگاه گروهی از فقها، عقود محصول و تابعی از وسایل، الفاظ و ابزارهای استفاده شده در انعقاد قرارداد است؛ زیرا عقود در زمره منشآت هستند که تنها با وسایل انشاء، محقق خواهند شد (نائینی، ۱۳۷۳ ق، ج ۱: ۶۸). بنابراین، هنگامی قصد متعاقدين، موجد اثر می‌گردد که وسایلی نیز بر آن، دلالت نماید. بدین ترتیب، چنانچه عقدی بر مبنای چیزی، اعم از آنکه ناشی از نیت باطنی متعاقدين یا موضوعی بیرونی باشد، منعقد شود؛ اما در قرارداد، صراحتاً یا ضمناً انعکاس نیابد، وجود آن همچون عدم آن است (نائینی، ۱۳۷۳ ق، ج ۱: ۴۰۷).

البته گاهی فقها، علت عدم اعتبار شروط بنایی را خارج از مبحث اراده معتبر و بر مبنای الزام آور نبودن شروط ابتدایی توجیه می‌کنند. چنان‌که ناموران فقه می‌گویند: «مطابق نظر مشهور، توافق‌های پیشین متعاقدين، مشروط‌علیه را ملزم نمی‌سازد؛ زیرا تعهداتی که مشروط‌علیه پیش از عقد می‌پذیرد، مصداقی از الزامات ابتدایی است که بی‌تردید، لازم‌الوفا نخواهد بود. بنابراین، پایبندی به شرطی که در قرارداد ذکر نشده است نیز حتی اگر عقد بر مبنای آن، منعقد شده باشد، ضرورت ندارد» (شیخ انصاری، ۱۴۱۱ ق، ج ۳: ۳۲-۳۱).

نکته مهم این دیدگاه، الحاق شروط بنایی به شروط ابتدایی است و اختلاط آن‌ها است. به‌نحوی که علاوه بر اطلاق شروط ابتدایی به تمام توافق‌های پیشین، از جمله شروط بنایی، به دلیل معتبر ندانستن شروط ابتدایی، این شروط را نیز معتبر نمی‌شمارد.

در مقابل، برخی دیگر از فقهای نامی، علاوه بر اعتقاد به تمایز میان شروط ابتدایی و بنایی، عقیده بر اعتبار شروط ابتدایی دارند. این دسته در خصوص اعتبار شروط بنایی، با مردود دانستن نظر مشهور فقها، صرف آفرینش قلبی یا انشای باطنی را در تحقق و صحت شرط تبانی، کافی شمرده و تصریح لفظی را برای اعتبار این شروط لازم ندانسته‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰ ق: ۱۱۹-۱۱۷). بنابراین، اگر متعاملین با توافق و بر مبنای وجود پاره‌ای از شروط، مبادرت به انعقاد قراردادی نمایند، اما تصریح به این شروط در قرارداد مزبور، مغفول بماند، چنانچه مشروط‌علیه به آن شرط عمل نکند، مشروط‌الیه هم حق فسخ قرارداد را خواهد داشت؛ زیرا عمل به چیزی که در هنگام انعقاد قرارداد، مورد تبانی و توافق طرفین قرار می‌گیرد، همچون شروط مصرح در قرارداد ضرورت دارد (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۶ ش: ۱۸۷). همچنین، بر اساس عموم و اطلاق برخی آیات و احادیث در مورد لزوم وفای به عهد، افراد همواره پایبند به شروط میان خود، هستند؛ ضرورت عمل و التزام به این شروط نیز، منوط به تصریح در قرارداد، نخواهد بود (علامه مجلسی، ۱۳۶۳ ش: ۲۶).

بر این اساس، منشأ اعتبار و ورود شروط بنایی به قرارداد، موضوع اراده و ترجیح اراده باطنی به‌عنوان مناط اعتبار در تشکیل و آثار عقود است. همین امر، نشان می‌دهد که در فقه امامیه، همچون فقه اهل سنت، نزاع حقیقی پیرامون آنچه شروط بنایی می‌نامند، مسئله اراده است. بنابراین، ملاک این استدلال‌ها در اثبات مفهوم وسیع‌تر مفاد بنایی نیز کارساز خواهد بود؛ زیرا حقیقت و ذات این توافق‌ها، منحصر به شروط مصطلح نتیجه، صفت یا فعل نیست؛ بلکه تمام مصادیق آن توافقی است که داخل دامنه اراده موجد و خالق تعهدات قرار می‌گیرد و می‌تواند شامل موضوعاتی همچون ماهیت عقد، مبیع یا عوضین نیز گردد.

۳-۳. حقوق مصر

برخلاف قانون مدنی ایران که با اقتباس از فقه امامیه، به موضوع توافق‌ها پیش از عقد تحت عنوان شروط بنایی توجه دارد؛ قانون مدنی مصر، فاقد تصریح به نهاد متناظر آن در فقه اهل سنت است. اما درون‌مایه‌های این مفهوم، در حقوق این کشور نیز ملاحظه می‌گردد. چنان‌که بند دوم ماده ۱۵۰ قانون مدنی مصر،^۱ مقرر می‌کند: «اگر تفسیر قرارداد لازم باشد، بی‌آنکه به معانی لغوی کلمات محدود شد، باید در پی کشف نیت مشترک متعاقدين، بر اساس طبیعت معامله، راستی و اعتماد میان آن‌ها و عرف جاری در معاملات بود». مطابق این ماده، اصولاً اراده باطنی و نیت مشترک طرفین، معتبر و معیار تفسیر است و به اراده ظاهری، تنها تا هنگامی توجه می‌شود که بیانگر اراده باطنی باشد (السنهوری، ۱۳۹۱، ۱۷۸). به همین دلیل، حقوق دانان این کشور، توجه به شرایط پیرامون عقد، همچون مذاکرات پیش از انعقاد قرارداد را از راه‌های کشف اراده حقیقی و مشترک متعاقدين دانسته‌اند (سلیم، ۲۰۱۷ م: ۲۱۳-۲۱۲). وانگهی، تردیدی نیست که مقصود از توجه به مذاکرات پیش از انعقاد برای کشف اراده متعاقدين، صرف مذاکرات و چانه‌زنی‌های متداول نخواهد بود؛ بلکه توافقی است که در خلال آن، حاصل و وارد اراده مشترک متعاقدين می‌گردد. بنابراین، توافق‌های مزبور، هم‌پوشانی روشنی با مفهوم مفاد بنایی خواهد داشت، به‌ویژه آنکه موضوع رجحان اراده باطنی، به‌عنوان اساس اعتبار مفاد بنایی نیز مورد پذیرش قرار دارد.

همچنین، موضوع «مستندات عقد» در حقوق این کشور نیز در خصوص تطابق با مفاد بنایی، قابل توجه است. چنان‌که به عقیده حقوق دانان مصری، گرچه اصل بر تجلی کامل کلیه شروط و محتوای یک قرارداد، در سندی امضاشده متعاقدين است، لیکن برخی مستندات دیگر نیز وجود دارد که به دلیل ارائه یا اظهار توسط یکی از طرفین به دیگری، به قلمروی تعهدات قرارداد، وارد خواهد شد. مثلاً در برخی از قراردادهای نظیر تبلیغات فروش دستگاه‌های الکترونیکی، یکی از متعاقدين پاره‌ای از نوشته‌ها و اوراق چاپی را با هدف اطلاع‌رسانی و ترغیب دیگری به انعقاد قرارداد، ارائه می‌نماید. این اوراق، گرچه آگهی تبلیغاتی تلقی می‌شود، اما چون به جزئیات پیرامون قرارداد می‌پردازد و در رضایت به انعقاد قرارداد اثرگذار است، بخشی از قرارداد قلمداد می‌شود. بنابراین، شخص ارائه‌دهنده، نسبت به محتوای آن‌ها متعهد می‌گردد. همچنین، تبلیغات و اعلامیه‌های نصب شده در محل انعقاد قرارداد، مانند اعلام عدم مسئولیت پارکینگ یا هتل در قبال سرقت اشیای مشتریان و با دستورالعمل‌هایی که کارفرما برای کارکنان خویش در محل کار نصب می‌کند، چنانچه به نحوی در دسترس قرار گیرد که آگاهی به آن، امکان‌پذیر باشد، نشان از رضایت ضمنی متعهد در پذیرش آن دارد (منصور، ۲۰۰۵ م: ۱۱۷-۱۱۶).

بنابراین، ممکن است برخی مفاد یک قرارداد که بنای تمایل و اراده متعاقدين به انشای عقد نیز بوده است، در سند قرارداد، تصریح نگردد؛ اما با کشف ورود این مفاد نانوشته به اراده باطنی متعاقدين، آن‌ها نیز به‌عنوان بخشی از تعهدات قرارداد مزبور، تفسیر می‌شود. دیوان عالی این کشور نیز با پیروی از همین دیدگاه، اظهار می‌کند: «تعیین قلمروی تعهدات یک قرارداد، به نیت مشترک متعاقدين وابسته خواهد بود. بنابراین تعهدات مزبور، تنها به مفاد

۱- المادة ۱۵۰-۲ قانون المدنی المصری: «اما اذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك لطبيعة التعامل، و بما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدین، وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

مندرج در قرارداد محدود نخواهد شد.» (الطعن رقم ۳۴۰ لسنة ۵۲ القضائیه جلسه ۱۹۸۹/۴/۵، محکمه النقص-المکتب الفنی-مدنی ۱۶۵).^۱

روشن است که این عبارات با اساس مفهوم مفاد بنایی مطابقت دارد، چراکه در تبلیغات شرکتها و مؤسسات، ممکن است علاوه بر ویژگی‌های مربوط به موضوع عقد و تعهدات وی که با شروط بنایی نیز قابل انطباق خواهد بود، پاره‌ای از موضوعات دیگر نیز ذکر شود که در قالب هیچ‌یک از عناوین شروط اصطلاحی، شامل شرط صفت و فعل و نتیجه نگنجد. مثال بارز این امر، قراردادهایی است که شخصیت طرفین آن، علت عمده انعقاد عقد هستند. چنان‌که یک شرکت فعال در حوزه طراحی ساختمان و معماری، خود را دارنده جوایز گوناگون این حیطة و فعال در برخی پروژه‌های مشهور، معرفی کند؛ اما در حقیقت، این جوایز در نگاه متخصصین، ارزشمند نباشد و فعالیت در پروژه‌های مزبور نیز، چنان محدود باشد که وجه تمایزی میان وی و سایر شرکت‌های معمول، نیافریند. حال آنکه کارفرمایان برای طراحی و معماری یک پروژه بزرگ شهری، مبتنی بر وجود همین ویژگی‌های معرفی شده، مبادرت به انعقاد قرارداد با وی نمایند. در این حالت با توجه به آگاهی شرکت از دلیل تمایل کارفرما به انعقاد قرارداد، چنانچه احراز شود بنای معامله، تجربه و اعتبار اظهار شده از سوی شرکت است، بی‌تردید این امر، وارد در تراضی شده و توافق ضمنی قبلی بر آن، وجود داشته است. وانگهی، مصادیق این‌چنینی که ناظر بر ویژگی‌های متعاملین هستند، در قالب شروط اصطلاحی مزبور، قابل تصور نخواهند بود. همین امر نیز با آشکار ساختن گستردگی قلمروی این مضامین که به انحای گوناگون، داخل در توافق و تراضی متعاملین قرار می‌گیرد، مفهوم مفاد بنایی را توجیه و تبیین می‌نماید. بدین ترتیب، علی‌رغم آنکه قانون مدنی مصر، تصریح روشنی به توافق‌های پیش از قرارداد ندارد، اما مبانی استواری در حقوق این کشور وجود دارد که بر مفاد بنایی و حتی قلمروی وسیع آن، دلالت می‌کند.

۳-۴. حقوق ایران

قانون مدنی ایران، برخلاف نظر مشهور فقهای امامیه، توافق‌های بنایی را با همین اصطلاح، پذیرفته است، چنان‌که بخش اخیر ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، در مورد حق فسخ ناشی از فقدان صفاتی در زوجین، اظهار می‌کند: «خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد.» همچنین، ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی در خصوص نکاح منقطع که بر بنای وجود نفقه منعقد شده، مقرر کرده است: «در عقد انقطاع، زن حق نفقه ندارد، مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.»

افزون بر این، گرچه قانون مدنی ایران به پیروی از سنت فقهای امامیه، شروط بنایی را ذیل موضوع نکاح مطرح ساخته است؛ اما چون عقد نکاح در این خصوص، ویژگی منحصر به فردی ندارد، حکم و ملاک این مواد، به سایر عقود نیز تسری می‌یابد. بنابراین، به استناد مواد مذکور و همچنین عموماً فقهی نظیر «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم»، در اعتبار و لازم‌الوفا بودن شروط بنایی در حقوق ایران، تردیدی باقی نمی‌ماند.

آنچه اکنون باید بررسی گردد، قلمروی مفهوم گسترده‌تر مفاد بنایی است که برابر اظهارات پیشین، تنها در شروط اصطلاحی ضمن عقد از جمله شرط فعل و نتیجه و صفت خلاصه نمی‌شود. باین حال، نباید چنین پنداشت

۱- (رأی شماره ۵۲-۳۴۰ به تاریخ ۱۹۸۹/۴/۵، صادره از شعبه ۱۶۵ دیوان عالی کشور مصر): «تحديد نطاق العقد يرجع فيه إلى التيهالمشركة للمتعاقدین فلا يقتصر على ما ورد فيه بل يجاوز إلى ما هو من مستلزماته بحسب طبيعة الإلزام».

که حقوق ایران، به کلی با وسعت توافق‌های بنایی و فراتر از شروط اصطلاحی، ناآشنا است؛ چنان‌که بند ۷ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸^۱، علاوه بر شروط بنایی، به امکان مطالبه عهود بنای قرارداد نیز تصریح و مقرر می‌کند: «مطالبه وفای به شروط و عهود راجع به معاملات و قراردادهای، اعم از اینکه در ضمن معامله و قرارداد تصریح شده و یا بنای متعاملین بر آن بوده و یا عادتاً و عرفاً معامله مبنی بر آن باشد، مشروط بر اینکه مورد مطالبه، قابل ارزیابی نباشد و الا نصاب دادگاه بخش معتبر خواهد بود». بنابراین، قانون‌گذار وقت با پیش‌بینی امکان توهّم انحصار توافق‌های بنایی در شروط معمول ضمن عقد، عبارت عام عهود را نیز ذکر می‌کند که بی‌تردید با مفهوم مفاد بنایی، قابل انطباق است.

اما همان‌طور که اشاره شد، مبانی تحلیلی و اساس تأثیر و نفوذ شروط بنایی بر اعتبار و ترجیح اراده باطنی استوار است. وانگهی در حقوق و قانون مدنی ایران نیز مصادیق بسیاری از ترجیح و معتبر دانستن اراده باطنی، قابل مشاهده است؛ چنان‌که عبارت «قصداً» در ماده ۱۹۱ قانون مدنی، به مفهوم یک کنش باطنی است که موجب تحقق عقد می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۲۲۱). همچنین، بر اساس ماده ۴۶۳ قانون مدنی که بازتابی روشن از قاعده فقهی «العقود تابعه للقصود» است، رابطه متعاقدين تابع اراده واقعی آن‌ها خواهد بود. بنابراین، قانون‌گذار ایرانی بر ترجیح اراده باطنی عقیده دارد.^۲

درواقع، اراده یا قصد باطنی، خالق عقد و ایقاع در عالم اعتبار و ثبوت است و الفاظ و قرائن خارجی، تنها نشانه‌های آن هستند (قاسم‌زاده و دیگران، ۱۳۸۲: ۷۶). بر همین اساس به اعتقاد حقوق‌دانان، چنانچه مبنای الزام‌آور بودن شروط، قصد مشترک و تراضی متعاقدين باشد، تأثیر و نفوذ آن‌ها، منوط به تصریح در قرارداد نخواهد بود (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۱۱۷). بنابراین، در دلالت بر اراده باطنی متعاقدين و به تبع آن، تبیین مفاد و آثار یک عقد، تصریح در عقد تنها طریقیست دارد. اما آنچه از تشریح اساس اعتبار شروط بنایی، استنباط می‌گردد، به مفاد بنایی نیز تعمیم می‌یابد؛ زیرا با وجود گستردگی بیشتر قلمروی مفاد بنایی، این مفهوم، برآمده و حاصل بازشناخت همان بنیادهای تحلیلی و مشهور شروط بنایی است. بر اساس همین خاستگاه مشترک نیز، اعتبار انواع مختلف توافق‌های پیش از عقد و داخل در اراده مشترک و باطنی متعاقدين، توجیه می‌گردد. چنان‌که گاهی حقوق‌دانان، بی‌آنکه نامی از شرط به میان آورند، مدلول مذاکرات تقریباً متصل به عقد که با توسل به قرائن، بتوان ارتباط آن‌ها را با ایجاب و قبول احراز کرد، داخل در قلمروی انشای متعاقدين و مفاد قرارداد دانسته‌اند (لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۰۵).

همچنین با دقت نظر در مبانی تحلیلی اظهار شده پیرامون اعتبار مفاد بنایی، مشخص می‌گردد که مصادیق داخل در قلمروی این مفهوم، محصور و قابل شمارش نیست؛ بلکه دامنه مفاد بنایی هم‌سو با موضوعات مختلفی که ممکن است در اراده بگنجد، قابل گسترش است. چراکه قلمروی مفاد بنایی، همان محتویات اراده باطنی و مورد اتفاق طرفین خواهد بود که تنها در قرارداد انعکاس نیافته‌اند؛ حال آنکه متعاقدين، لحاظ آن‌ها در زمان انشای عقد را مفروض دانسته‌اند. باین‌حال، علاوه بر آنچه با عنوان شروط بنایی و در قالب شرط فعل و نتیجه و صفت، مشهور است و در مفهوم عام‌تر مفاد بنایی نیز می‌گنجد؛ مصادیق بسیاری از توافق‌های بنایی را می‌توان نام برد که در قالب شرط اصطلاحی، قابل تصور نیست. چنان‌که گروهی از فقها عقیده داشتند، دامنه توافقات بنایی، ارکان عقد را

۱- البته این قانون به موجب ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹، نسخ گردید.

۲- در تأیید آن، ر.ک.: شهیدی، ۱۳۸۱: ۲۹۵-۲۹۴؛ صفایی، ۱۴۰۰: ۵۸؛ نظر مخالف، ر.ک.: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۶۹-۶۵.

نیز در برمی‌گیرد و بر همین اساس، موضوع توافقات مزبور، می‌تواند حتی عوضین قرارداد و یا جزئی از آن باشد (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ ق: ۵۸).

بنابراین، ممکن است که پیش از انشای قرارداد، معلوم و معین بودن عوضین، مورد توافق قرار گرفته باشد و مبیع مشخص شده باشد، اما مجدداً در زمان انشای عقد، تصریح یا اشاره نگردد. حال آنکه از نظر تحلیلی، آنچه مانع غرری دانستن عقد می‌شود، معلوم و معین شدن حاصل از توافقی است که بر بنای آن، عقد را انشا می‌کنند. افزون بر این، حقوق‌دانان از طرفین قرارداد نیز به‌عنوان مصداق دیگری عناوین مشمول قلمروی مفاد بنایی، یاد کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۱: ۳۳۸). این سخن در مواردی که طرفین عقد، علت عمده انعقاد قرارداد هستند، ظهور می‌یابد. تحلیل این دیدگاه که پیش‌تر در بررسی حقوق مصر در خصوص تبلیغات ناظر بر ویژگی‌های متعاملین ملاحظه شد، با حقوق ایران نیز قابل انطباق است.

همچنین، امکان دارد که در خصوص ماهیت حقوقی عقد نیز قبل از انعقاد آن، توافق گردد؛ اما این اتفاق، در سند قرارداد انعکاس نیابد و یا حتی از سند مزبور، ماهیتی مغایر با توافق باطنی و حقیقی متعاقدين استنباط گردد. مثال متضاد این موضوع، وکالت در مقام بیع است. چنان‌که متعاملین در ابتدا، پیرامون مبیع و ثمن و سایر موضوعات مربوط به بیع و همچنین، اعطای وکالت‌نامه‌ای برای دریافت سند رسمی از سوی خریدار، توافق می‌کنند. آنگاه در هنگام انشای قرارداد، بر بنای توافقات پیشین و هم‌سو با رویه مرسوم، به تنظیم یک وکالت‌نامه‌ای بلاعزل، بسنده می‌کنند که خالی از تصریح به نقل و انتقال مزبور است، حال آنکه به‌زعم خود، «خریدوفروش وکالتی» کرده‌اند. در حقیقت، قصد باطنی متعاقدين بر بیع بوده است؛ اما چون مراجع رسمی کشور، دارنده سند رسمی مالکیت را مالک می‌شناسند، بایع در راستای تکمیل آثار اثباتی عقد واقع شده و امکان دریافت سند رسمی مالکیت توسط مشتری از مراجع مربوطه، مبادرت به تنظیم سند وکالت‌نامه می‌نمایند که وکیل یا مشتری بتواند به نیابت از موکل یا خریدار، تشریفات نقل و انتقال رسمی که تنها از سوی وی ممکن است، شخصاً انجام دهد.

بر این اساس، عقد حقیقی که با کنار هم گذاشتن مفاد بنایی و مندرجات سند (وکالت‌نامه) به‌عنوان یک کل واحد آشکار می‌شود، بیع است و وکالت‌نامه، تنها بخشی تبعی از آن عقد حقیقی خواهد بود. اما بستری که دلالت اراده باطنی بر ماهیت متفاوت از وکالت اصطلاحی را توجیه می‌کند، همان توافق‌های قبلی یا مفاد بنایی است؛ زیرا تسری توافق‌های قبلی و نانوشته در تنها سند مکتوب قرارداد (وکالت‌نامه)، در قالب مفاد بنایی میسر می‌شود. چنان‌که در برخی آرا هم‌سو با این دیدگاه، اظهار می‌شود: «بسیار دیده شده است که مردم در رویه معاملاتی بیان می‌دارند «وکالتی فروختم». قطعاً منظور افراد عامه، چیزی ورای وکالت در فروش پیش‌بینی شده در قانون است؛ زیرا در قانون این امکان پیش‌بینی شده است که فردی به وکالت از دیگری، مال وی را بفروشد، نه آنکه مالکیت خود را به‌وسیله وکالت به دیگری انتقال دهد. درواقع آنان از وکالت، به‌عنوان پوششی برای عمل خود استفاده کرده و در نهان، بیع را قصد کرده‌اند».

در بخشی دیگر از این رأی نیز بیان می‌گردد: «واگذاری سرنوشت موضوع وکالت به وکیل، یا ذات وکالت هم‌سویی ندارد، وکالت برای امر آتی است و تبعی محسوب نمی‌شود، ولی وکالت بلاعزل برای امر گذشته و تبعی است (به‌تبع یک حق یا تعهد)». (دادنامه شماره ۱۴۰۳۵۳۹۰۰۷۰۱۴۸۷۲ به تاریخ ۱۴۰۰/۱۱/۹، صادره از شعبه ۳ دادگاه حقوقی ماکو). دیدگاه این محکمه با وجود عدم تصریح به مفاد بنایی، با درون‌مایه‌های مفاد بنایی، مطابقت دارد.

دقت نظر در توافقات‌های پیش از قرارداد، می‌توان دریافت که مضامین موجود در توافقات‌های مزبور که بر اساس اراده مشترک متعاقدين وارد تعهدات قراردادی می‌شود، تنها به شروط محدود نمی‌شود. بنابراین، نهاد شروط بنایی از احاطه کامل بر موضوعات گوناگون توافقات‌های مزبور ناتوان است. این کاستی، مجال طرح مفهوم جامع‌تر «مفاد بنایی» است. البته مفاد بنایی، ماهیت نامأنوس و غریب از شروط بنایی ندارد؛ بلکه خاستگاه و مدار آن، همان شروط بنایی است. اما آنچه ترجیح عبارت مفاد بر شرط را ایجاب می‌کند، نمایان ساختن وسعت قلمروی توافقات‌های بنایی و پیش از انشای قرارداد است. وانگهی، با باریک‌بینی در مباحث و دیدگاه‌های گوناگون پیرامون آنچه در فقه امامیه به شروط بنایی و در فقه اهل سنت به شروط متقدم، تعبیر می‌شود، می‌توان مبدأ اختلافات مزبور را در اختلافی اساسی‌تر، یعنی ترجیح یا عدم ترجیح اراده باطنی دانست. بدین جهت، توجیه مفهوم مفاد بنایی نیز بر پایه مبانی مشترک آن با شروط بنایی و از سوی دیگر، نقش اراده باطنی در قرارداد تبیین می‌گردد. بنابراین، مفاد بنایی، به مفهوم کلیه توافقات‌های پیش از قرارداد است که انشای عقد بر بنای لحاظ آن‌ها صورت می‌گیرد و به همین دلیل، داخل اراده مشترک متعاقدين قرار می‌گیرد.

ب. وضعیت اعتبار: اعتبار مفاد بنایی را باید در لوای مباحث متناظر آن در مورد شروط بنایی و موضوع ترجیح اراده مؤثر در قرارداد بازجست. چنان‌که برخی فقهای امامیه و غالب فقیهان حنبلی و مالکی، علاوه بر اعتقاد به اعتبار شروط بنایی یا متقدم، عقیده به رجحان اراده باطنی بر اراده ظاهری دارند؛ حال آنکه گروهی دیگر از فقیهان امامیه و اغلب فقهای حنفی و شافعی، ضمن ترجیح اراده ظاهری، شروط مزبور را نیز معتبر ندانسته‌اند. در حقوق مصر نیز با وجود عدم تصریح به شروط متقدم، مضامینی دال بر اعتبار توافقات‌های پیش از قرارداد ملاحظه می‌گردد، چنان‌که قانون مدنی این کشور، اراده باطنی متعاقدين را ترجیح می‌یابد. همچنین، مبحث «مستندات قرارداد» که به مراجع تعیین دامنۀ تعهدات عقد، نظیر مفاد نانوشته، اما مورد توافق و داخل در اراده مشترک متعاقدين می‌پردازد که با مفاد بنایی منطبق است. اما در حقوق ایران، قانون مدنی با پیروی از فقه امامیه در برخی مواد باب نکاح، به اعتبار شروط بنایی تصریح می‌کند؛ حال آنکه نکاح در این زمینه، ویژگی خاصی ندارد و ملاک این مواد، به سایر عقود نیز تسری می‌یابد. همچنین، موضوع مشروعیت جهت معامله که در ماده ۲۱۷ این قانون انعکاس یافته، نمونه دیگر توجه به توافقات‌های پیش از قرارداد است. اما از همه مهم‌تر، قانون مدنی ایران نیز اراده باطنی را مؤثر می‌شمارد. بنابراین، در اعتبار مفاد بنایی یا به دیگر سخن، توافقات‌های پیشین و بنای انشای قرارداد، تردیدی وجود ندارد؛ زیرا اراده مشترک و باطنی متعاقدين در پی آن بوده است.

ج. قلمروی «مفاد بنایی»: قلمروی مفاد بنایی، باید در پرتوی درهم‌آمیختگی آن با اصل ترجیح اراده باطنی تبیین گردد. در حقیقت، قلمروی تأثیر مفاد بنایی، روی دیگر سخن از نقش اراده باطنی در تعیین آثار دامنۀ تعهدات قرارداد است؛ زیرا توافقات‌های پیش از انعقاد قرارداد، داخل در قلمروی انشا و اراده مشترک متعاقدين تلقی می‌شود. بنابراین، قلمروی مفاد بنایی، بی‌آنکه محدود به شروط اصطلاحی یا سه‌گانه صفت و فعل و نتیجه باشد؛ شامل هر نوع توافق صحیح قبلی و ملحوظ در قرارداد متعاقب می‌گردد. به همین دلیل، مصادیق موجود در قلمروی مفاد بنایی، قابل احصا نخواهد بود؛ بلکه به دلیل رجحان اراده باطنی در حقوق ایران، قلمروی آن نیز هم‌سو با وسعت اراده، گسترش می‌یابد. وانگهی به‌عنوان نمونه، می‌توان به عوضین منتخب طرفین، اطراف قرارداد، ماهیت عقد، جهت معامله و مبنای معافیت از تعهد با وقوع غبن حادث اشاره کرد.

منابع**الف. فارسی:**

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۱). حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۴۰۱). حقوق مدنی، ج ۴: شروط ضمن عقد، چاپ نهم، تهران: مجد.
- صفایی، سید حسین (۱۴۰۰). قواعد عمومی قراردادها، چاپ سی و پنجم، تهران: میزان.
- صفایی، سید حسین و جواهر کلام، محمدهادی (۱۴۰۰). حقوق مدنی: وصیت، ارث، شفعه، چاپ سوم، تهران: شرکت انتشار.
- صفایی، سید حسین و جواهر کلام، محمدهادی (۱۴۰۲). حقوق مدنی پیشرفته، جلد ۱، تضمین‌های دین، چاپ سوم، تهران: شرکت انتشار.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶ ش). سؤال و جواب، جلد ۱، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- قاسم‌زاده، سید مرتضی؛ ره‌پیک، حسن و کیانی، عبدالله (۱۳۸۲). تفسیر قانون مدنی ایران، اسناد، آرا و اندیشه‌های حقوقی، چاپ اول، تهران: سمت.
- کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۹۹). قواعد عمومی قراردادها، مفهوم؛ انعقاد و اعتبار قرارداد، جلد ۱، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.

- کاتوزیان، امیر ناصر (۱۴۰۱). قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳: آثار قرارداد، چاپ ۷، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، امیر ناصر (۱۴۰۲). اعمال حقوقی (قرارداد-ایقاع)، چاپ یازدهم، تهران: گنج دانش.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۱ ش). قواعد فقه؛ بخش مدنی ۲، چاپ پنجم، تهران: سمت.
- هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲ ش). فرهنگ فقه، جلد ۴، چاپ اول، قم: موسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی.
- دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۸۵ به تاریخ ۱۳۹۳/۶/۳۱، صادره از شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور.
- دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۸۱ به تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۱۸، صادره از شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور.
- دادنامه شماره ۱۴۰۰۳۵۳۹۰۰۷۰۱۴۸۷۲ به تاریخ ۱۴۰۰/۱۱/۹، صادره از شعبه ۳ دادگاه حقوقی ماکو.

ب. عربی:

- ابن تیمیه، تقی‌الدین (۱۴۰۸ ق). الفتاوی الکبری لابن تیمیه، جلد ۳ و ۶، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن تیمیه، تقی‌الدین (۱۴۱۶ ق). مجموع الفتاوی، جلد ۳۲، مدینه: مجمع الملک فهد.
- ابن تیمیه، تقی‌الدین (۱۴۲۲ ق). القواعد النورانیة الفقهیة، ریاض: دار ابن الجوزی.
- ابن قیم، محمد بن ابی‌بکر (۱۴۱۱ ق). إعلام الموقعین عن رب العالمین، جلد ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- آل بورنو، محمد صدقی (۱۴۲۴ ق). موسوعة القواعد الفقهیة، جلد ۵، بیروت: مؤسسه الرساله.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۱ ق). مکاسب، جلد (۱-۲-۳)، چاپ اول، قم: دارالذخائر.
- ایروانی، علی (۱۳۷۹ ق). حاشیة المکاسب، جلد ۲، چاپ دوم، قم: کتبی نجفی.
- بجنوردی، سید حسن (۱۳۷۷ ش). القواعد الفقهیة، جلد ۳، چاپ اول، قم: نشر الهادی.
- حسینی مراغی، میرفتاح بن علی (۱۴۱۷ ق). العناوین الفقهیة، جلد ۲، چاپ دوم، قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم.

- خطاب، شمس‌الدین (۱۴۱۲ ق). مواهب‌الجلیل فی شرح مختصر خلیل، جلد ۴، دمشق: دارالفکر.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۹۲). تحریر الوسیله، جلد ۲، چاپ ۳، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی^(ع).
- خوئی، سید محمد تقی (۱۴۱۴ ق). الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود، جلد ۲، چاپ اول، بیروت: دارالمورخ العربی.
- رزقا، مصطفی احمد (۲۰۰۴ م). المدخل الفقہی العام، جلد ۱، دمشق: دارالعلم.
- رمضان سمک، عبدالعزیز (۲۰۱۸ م). النظریات العامه فی الفقہ الاسلامی، چاپ اول، قاهره: دارالنهضة العربیة.
- روحانی، محمد صادق (۱۴۳۵ ق). فقه الصادق، جلد ۲۶، چاپ پنجم، قم: آیین دانش.
- سلیم، آیمن سعد (۲۰۱۷ م). مصادر الالتزام؛ دراسة موازنة، چاپ دوم، القاهرة: دارالنهضة العربیة.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد (۲۰۰۹ م). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد ۱، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیة.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۹۱). نظریه العقد، جلد ۱، چاپ اول، تهران: خرسندی.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۰ ق). حاشیه‌المکاسب، جلد ۲، چاپ چهارم، قم: اسماعیلیان.
- الطعن رقم ۳۴۰ لسنة ۵۲ القضائیة، جلسة ۱۹۸۹/۴/۵، محكمة النقض المصریة - المکتب الفنی - مدنی ۱۶۵.
- علامه مجلسی، محمد باقر (۱۳۶۳ ش). مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول، جلد ۱۱، چاپ دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- منصور، محمد حسین (۲۰۰۵ م). النظریة العامه للإلتزام، اسکندریه: دارالجامعة الجدیدة.
- نائینی، محمد حسین (۱۳۷۳ ق). منیة الطالب فی حاشیه‌المکاسب، جلد (۱ و ۲)، چاپ اول، تهران: المکتبه المحمدیة.

چکیده تفصیلی

درونمایه هر قراردادی، ترکیبی از مفاد و شروط و اجزای متنوعی است که مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد. با این حال، گاهی برخی از این مندرجات توافق شده، آگاهانه یا ناآگاهانه، در بندهای قرارداد، تصریح نمی‌گردد. چنان که ممکن است در جریان مذاکرات پیش از انعقاد عقد، برخی از مفاد مورد اتفاق طرفین قرار گیرد و معامله با ابتدای بر آن‌ها، انشا شود؛ اما در متن یا سند اثباتی قرارداد، حتی کمترین اشاره‌ای نیز به این موارد نگردد. مقاله حاضر نیز در پی آن است که نشان دهد، حقیقت توافقی‌های پیش از انشای عقد، فراتر از شرط است و تنها به آن، محدود نمی‌گردد.

بر همین اساس، این پژوهش با استفاده از رویکرد توصیفی تحلیلی، به بازشناخت توافقی‌های بنایی پیش از عقد می‌پردازد. در این راستا، با جمع‌آوری اطلاعات به شیوه کتابخانه‌ای، به مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر و فقه اسلامی پرداخته شده است. بدین جهت، پرسش نخست این تحقیق، چیستی ماهیت مفاد بنایی خواهد بود. همچنین، پرسش‌های بعدی، چگونگی وضعیت اعتبار و قلمروی آن است.

ماهیت مفاد بنایی: با وجود تازگی سخن از توافقی‌های مزبور در قالب نظریه و با تعبیر به «مفاد بنایی»، مضامین این اندیشه با عباراتی چون شروط بنایی، در منابع مختلفی نظیر قانون مدنی، ملاحظه می‌گردد. همچنین، در فقه امامیه نیز به این توافق‌ها، شرط بنایی یا تبانی، اطلاق می‌شود و با وجود عدم اعتبار این شروط در اندیشه مشهور فقها، گروهی عقیده بر اعتبار آن‌ها دارند. در فقه برخی مذاهب اهل سنت نیز، قاعده «الشرط المتقدم كالشرط المقارن له»، گواه از توجه به توافقی‌های بنایی و پیش از عقد، با تعبیر آن‌ها به شرط است. همچنین، مبانی حقوق مصر با درون‌مایه‌های این مفهوم، مطابقت دارد. در هر حال، مبنای توجیه و خاستگاه مفاد بنایی، همان مباحث شروط بنایی است، چنان که هر دو، بر توافقی‌های پیش از قرارداد، دلالت می‌کنند. همین امر نیز تحلیل شروط بنایی را ضروری می‌سازد.

شروط بنایی، پیش از هر چیز، گونه‌ای از شروط ضمن عقد است. حال آنکه مفهوم حقوقی و متداول شروط ضمن عقد، تعهدات فرعی یا تبعی است که با اتصال به تعهدات اصلی قرارداد، به تکمیل یا تغییر آن‌ها می‌پردازد. این در حالی است که با بررسی دقیق‌تر توافقی‌های بنایی پیش از انشای عقد، می‌توان دریافت که مضامین موجود در این توافق‌ها که بر اساس اراده مشترک و باطنی متعاقبین وارد تعهدات قراردادی نیز می‌شوند، تنها به شروط محدود نخواهد شد. به همین دلیل، نهاد شروط بنایی، قادر به پوشش کامل موضوعات متنوع این توافق‌ها نیست. این نقیصه، زمینه را برای طرح مفهوم جامع‌تر «مفاد بنایی» فراهم می‌کند. بنابراین مفاد بنایی، هویتی بیگانه و نامأنوس با شروط بنایی ندارد؛ بلکه جانمایه و مدار آن، همان شروط بنایی است.

آنچه ترجیح عبارت مفاد بر شرط را ایجاب می‌کند، نمایان ساختن وسعت قلمروی توافقی‌های بنایی و پیش از انشای قرارداد و قاعده‌مندسازی آن است. افزون بر این، با دقت در مباحث و دیدگاه‌های مختلف پیرامون آنچه در فقه امامیه «شروط بنایی» و در فقه اهل سنت «شروط متقدم» نامیده می‌شود، می‌توان منشأ این اختلافات را در اختلافی بنیادی‌تر، یعنی ترجیح یا عدم ترجیح اراده باطنی دانست. بدین جهت، توجیه مفهوم مفاد بنایی نیز بر پایه مبانی مشترک آن با شروط بنایی و از سوی دیگر، نقش اراده باطنی در قرارداد، تبیین می‌گردد. بنابراین، مفاد بنایی به لحاظ

ماهوی، به مفهوم کلیه توافقاتی که از قرارداد است که انشای عقد بر بنای لحاظ آن‌ها صورت می‌گیرد و به همین دلیل، داخل اراده مشترک متعاقدين، قرار می‌گیرد.

اعتبار مفاد بنایی: توجیه اعتبار مفاد بنایی از یک سوی، در گرو بررسی مباحث مشابه آن در مورد شروط بنایی و از سوی دیگر، موضوع ترجیح اراده مؤثر در قرارداد است. چنان‌که برخی از فقیهان امامیه و غالب فقهای حنبلی و مالکی، علاوه بر اعتقاد به اعتبار شروط بنایی یا متقدم، به رجحان اراده باطنی بر اراده ظاهری نیز باور دارند. در حالی که گروهی دیگر از فقیهان امامیه و اغلب فقهای حنفی و شافعی، ضمن ترجیح اراده ظاهری بر اراده باطنی، شروط مذکور را نیز معتبر نمی‌دانند.

در حقوق مصر نیز با وجود عدم تصریح به شروط متقدم بر قرارداد، مضامینی دال بر اعتبار توافقاتی پیش از انشای قرارداد قابل مشاهده است. چنان‌که قانون مدنی این کشور نیز اراده باطنی متعاقدين را مرجح می‌شمارد. همچنین در این نظام حقوقی، مبحث «مستندات قرارداد» که به منابع تعیین دامنۀ تعهدات عقد، مانند مفاد نانوشته اما مورد توافق و داخل در اراده مشترک متعاقدين می‌پردازد، با مفاد بنایی مطابقت دارد. اما در حقوق ایران، قانون مدنی با پیروی از فقه امامیه در برخی مواد مربوط به عقد نکاح، به اعتبار شروط بنایی تصریح می‌کند؛ حال آنکه نکاح در این زمینه، ویژگی خاصی ندارد. به همین دلیل، مالک این مواد، به سایر عقود نیز قابل تسری خواهد بود. همچنین، موضوع مشروعیت جهت معامله که در ماده ۲۱۷ این قانون منعکس شده، نمونه دیگری از توجه به توافقاتی پیش از انشای عقد است. اما از همه مهم‌تر، قانون مدنی ایران نیز اراده باطنی را مؤثر و مرجح می‌شمارد. بر این بنیاد، در اعتبار مفاد بنایی یا به عبارت دیگر، توافقاتی پیشین و مبنای انشای قرارداد، تردیدی وجود نخواهد داشت؛ زیرا اراده مشترک و باطنی متعاقدين بر لحاظ آن، قرار گرفته است.

قلمروی مفاد بنایی: تبیین قلمروی مفاد بنایی، باید با توجه به پیوند آن با اصل ترجیح اراده باطنی، صورت پذیرد. در واقع، قلمروی تأثیر مفاد بنایی، بیان دیگری از نقش اراده باطنی در تعیین آثار و دامنۀ تعهدات قرارداد است؛ زیرا توافقاتی پیش از انعقاد عقد، داخل در قلمروی انشایی و اراده مشترک متعاقدين تلقی می‌شود. بنابراین، قلمروی مفاد بنایی، بی‌آنکه محدود به شروط اصطلاحی یا سه‌گانه صفت، فعل و نتیجه باشد؛ شامل هر نوع توافق صحیح قبلی و ملحوظ در قرارداد متعاقب می‌گردد. به همین دلیل، مصادیق موجود در قلمروی مفاد بنایی قابل احصا نخواهند بود. بلکه به دلیل رجحان اراده باطنی در حقوق ایران، قلمروی آن نیز همسو با وسعت اراده، گسترش می‌یابد. به عنوان نمونه، می‌توان به مواردی همچون، عوضین منتخب طرفین، اطراف قرارداد، ماهیت عقد، جهت معامله و مبنای معافیت از تعهد با وقوع غبن حادث اشاره نمود. موارد مذکور، به سبب توافق پیشین متعاملین و ورود به تراضی و اراده باطنی متعاقدين، حتی با عدم تصریح در عقد نیز همچنان، داخل در تعهدات قراردادی هستند؛ حال آنکه نمی‌توان آن‌ها را مشمول مفهوم شرط و نهاد شروط بنایی دانست.

Extended Abstract

The essence of any contract is a combination of provisions, conditions, and various components agreed upon by the parties. However, sometimes some of these agreed-upon contents, consciously or unconsciously, are not explicitly stated in the contract clauses. For instance, during pre-contractual

negotiations, some provisions may be agreed upon by the parties, and the transaction may be formed based on them, but there may not be even the slightest reference to these matters in the text or evidentiary document of the contract. This article also seeks to demonstrate that the reality of pre-contractual agreements goes beyond mere conditions and is not limited to them.

Accordingly, this research, using a descriptive-analytical approach, aims to identify the constructive agreements prior to the contract formation. In this regard, by collecting information through library research, a comparative study has been conducted on the legal systems of Iran, Egypt, and Islamic jurisprudence (fiqh). Therefore, the first question of this research will be the nature of Constructive Provisions. Also, subsequent questions address their validity and scope.

The Nature of Constructive Provisions: Despite the novelty of discussing these agreements as a theory and using the term “Constructive Provisions”, the essence of this concept can be observed in other terms such as Constructive Conditions in various sources, including the Civil Code. Also, in Imami jurisprudence, these agreements are referred to as Constructive Conditions or Collusion, and despite the lack of validity of these conditions in the view of most jurists, some believe in their validity. In the jurisprudence of some Sunni schools, the rule of “The preceding condition is like the concurrent condition” also indicates attention to constructive and pre-contractual agreements, referring to them as conditions. Furthermore, the foundations of Egyptian law are consistent with the essence of this concept. In any case, the justification and origin of Constructive Provisions lie within the discussions surrounding Constructive Conditions, as both refer to pre-contractual agreements. This also necessitates an analysis of Constructive Conditions.

Constructive Conditions, first and foremost, are a type of condition within the contract. However, the legal and conventional understanding of conditions within a contract refers to ancillary or secondary obligations that, by being attached to the primary obligations of the contract, complement or modify them. However, a closer examination of the constructive agreements before the formation of the contract reveals that the content of these agreements, which also enter into the contractual obligations based on the mutual and inner intention of the contracting parties, will not be limited to mere conditions. For this reason, the institution of Constructive Conditions is unable to fully cover the diverse subjects of these agreements. This shortcoming paves the way for introducing the more comprehensive concept of “Constructive Provisions”. Therefore, Constructive Provisions do not have an alien or unfamiliar identity compared to Constructive Conditions; rather, their essence and core are the same as Constructive Conditions.

The reason for preferring the term “Provision” over “Condition” is to reveal the broader scope

of constructive and pre-contractual agreements and to formalize them. Furthermore, by carefully examining the various discussions and viewpoints surrounding what is called “Constructive Conditions” in Imami jurisprudence and “Preceding Conditions” in Sunni jurisprudence, the origin of these differences can be found in a more fundamental difference, namely, the preference or lack of preference for inner intention. Therefore, the justification of the concept of Constructive Provisions is explained based on its shared foundations with Constructive Conditions and, on the other hand, the role of inner intention in the contract. Therefore, in essence, Constructive Provisions refer to all pre-contractual agreements upon which the contract is formed, and for this reason, they fall within the mutual and inner intention of the contracting parties.

Validity of Constructive Provisions: Justifying the validity of Constructive Provisions depends, on the one hand, on examining similar discussions regarding Constructive Conditions and, on the other hand, on the matter of prioritizing the effective intention in the contract. As some Imami jurists and most Hanbali and Maliki jurists, in addition to believing in the validity of Constructive or Preceding Conditions, also believe in the preference of inner intention over apparent intention. While another group of Imami jurists and most Hanafi and Shafi’i jurists, while preferring apparent intention over inner intention, do not consider the aforementioned conditions valid.

In Egyptian law, despite the lack of explicit mention of conditions preceding the contract, there are implications suggesting the validity of agreements prior to the contract formation. As the Civil Code of this country also prioritizes the inner intention of the contracting parties. Also, in this legal system, the topic of “Contractual Documents,” which deals with sources for determining the scope of contractual obligations, such as unwritten but agreed-upon provisions within the mutual intention of the contracting parties, aligns with Constructive Provisions. But in Iranian law, the Civil Code, following Imami jurisprudence, explicitly states the validity of Constructive Conditions in some articles related to the marriage contract; however, marriage has no special characteristics in this regard. Therefore, the criteria of these articles can be extended to other contracts as well. Also, the issue of the legitimacy of the purpose of the transaction, reflected in Article 217 of this law, is another example of attention to agreements before the formation of the contract. But most importantly, Iranian Civil Law also considers inner intention to be effective and preferred. On this basis, there is no doubt about the validity of Constructive Provisions, or in other words, prior agreements forming the basis of the contract, because the mutual and inner intention of the contracting parties has been placed upon it.

Scope of Constructive Provisions: Explaining the scope of Constructive Provisions should be

done in light of its connection to the principle of prioritizing inner intention. In fact, the scope of the effect of Constructive Provisions is another expression of the role of inner intention in determining the effects and scope of contractual obligations; because pre-contractual agreements are considered to fall within the scope of the declaration and mutual intention of the contracting parties. Therefore, the scope of Constructive Provisions, without being limited to conventional conditions or the threefold classification of quality, act, and result, includes any valid prior agreement considered in the subsequent contract. For this reason, the instances within the scope of Constructive Provisions cannot be enumerated. Rather, due to the preference of inner intention in Iranian law, its scope also expands in line with the breadth of intention. For example, one can point to matters such as the consideration chosen by the parties, the parties to the contract, the nature of the contract, the purpose of the transaction, and the basis for exemption from obligation due to subsequent loss. The aforementioned matters, due to the prior agreement of the parties and their inclusion in the mutual agreement and inner intention of the contracting parties, remain within the contractual obligations even if not explicitly stated in the contract; however, they cannot be considered to fall under the concept of conditions and the institution of Constructive Conditions.