

مبانی و اصول عامه عقود مستمر در مطالعه تطبیقی فقه اسلامی، حقوق ایران و غرب

محمدحسین و کیلی مقدم^۱

تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۸/۰۷ - تاریخ پذیرش ۱۴۰۱/۰۸/۳۰

چکیده

توافقات حقوقی در موضوعات وابسته به زمان در قالب عقد مستمر صورت می‌گیرد که دارای کارکردی زمان‌محور است. بر اساس همین وصف تمایزات ماهوی و حکمی قابل توجهی در این عقود بوجود آمده است که گونه مستقلی از انواع عقود را مبتنی بر تحلیل‌ها و توجیهاات حقوقی نمایان می‌سازد. قانون مدنی ایران تعریف مشخصی از این عقود ذکر ننموده است اما وجود مصادیق متعددی از عقود مستمر به عنوان عقود معین و نیاز به تحلیل ضوابط خاص آن‌ها، بررسی جامع این دسته از عقود را ضروری می‌سازد. این مقاله در پی آن است با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با اتکاء به رهیافت‌های مطالعات تطبیقی در حقوق اسلام و حقوق غرب ابتدا ماهیت دقیق عقد مستمر و نقش زمان را در مورد آن‌ها تحلیل نماید و در ادامه مهمترین تمایزات حقوقی آن‌ها را شرح دهد. نتیجه این ارزیابی نشان می‌دهد لزوم سپری شدن زمان برای تحقق موضوع عقد مستمر، عامل تمایز و استقلال ماهوی این عقود است. تأکید بر این وصف ضرورت ضابطه‌مند کردن احکام عقد مستمر و تفاوت‌های آن با عقد فوری را توجیه‌پذیر می‌نماید. این معیار در تعیین دقیق هر نوع مصداق عقود مستمر با نام و بی‌نام کارآمدی لازم را خواهد داشت.

واژگان کلیدی: عقد تدریجی، عقد زمان‌دار، اجل، عقد فوری، عقد ممتد، زمان اجرای عقد.





مقدمه

انعقاد هر قرارداد ضرورتاً در بستری از ظرف زمانی واقع می‌شود و رخدادی است که به ناگزیر آثار مورد نظر طرفین را در آینده ایجاد می‌کند. این وصف عقود، بر مبنای نوع ربط منطقی به زمان میان تمام انواع آن مشترک است زیرا قدرت اثربخشی رضای تعاملی با رعایت شرایط صحت قانونی، جز در ظرف زمان تجلی نخواهد یافت. در این فرض، زمان نقشی فراتر از ظرف تحقق تراضی و اجرای عقد ندارد؛ اما نوع دیگری از ارتباط زمان و قرارداد را نیز می‌توان سراغ گرفت که در آن زمان صرفاً به عنوان بستر انعقاد یا اثرگذاری عقد محسوب نمی‌شود بلکه بر اساس توافق و انتخاب طرفین، مؤلفه اصلی تعیین موضوع عقد است به گونه‌ای که سنجه و معیار مشخص کردن تعهدات قراردادی و میزان عوضین و کاستی و افزونی آن، بر اساس زمان تعیین می‌شود. این عقود، که عقد مستمر نامیده می‌شوند ساختار و اقتضائات حقوقی متفاوت از سایر عقود (عقود فوری/آنی) دارند که مطالعه و بررسی تفصیلی آن را ضروری می‌نماید.

بررسی منابع فقه اسلامی و مقایسه آن با حقوق غرب نشان می‌دهد در مذاهب اهل سنت بر اساس این تمایز، تقسیم‌بندی خاصی صورت گرفته است (الشکری، الشمری، ۲۰۱۹: ۵۲) که طبق آن عقود مستمر و فوری دارای احکام، ضوابط و تحلیل‌های حقوقی متفاوتند. در نظام حقوق رومی ژرمنی، به اجمال و نه به تفصیل فقه به این تفاوت توجه شده و در برخی موارد مانند ماده (۱-۱۱۱۱) قانون مدنی فرانسه به این تقسیم بدون تبیین تفاوت در احکام و آثار آن تصریح شده است. در فقه امامیه، علی‌رغم سابقه موجود در مذاهب اربعه، این تقسیم‌بندی به صراحت مورد توجه فقها قرار نگرفته است اما تفاوت ساختار و آثار عقود مستمر با فوری از دقت نظر فقهای امامیه دور نمانده و به شکل پراکنده در برخی از احکام فقه معاملات نمایان شده است. شاید به متابعت از همین رویکرد قانون مدنی ایران





نیز نه در قسمت عقود و تعهدات به طور کلی و موادی مانند (۱۸۴) و نه در مواد تفصیلی مرتبط به عقود مختلف به این تقسیم‌بندی توجهی ننموده است. این در حالی است که عقود مستمر زمینه‌ساز بروز اختلافات و منازعات حقوقی بیشتر (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷: ۲۵) و دارای اکثریت مصادیق قراردادی (Cartwright, 2009: 196) قلمداد شده‌اند. افزون بر این، حل و فصل صحیح دعاوی حقوقی مرتبط با عقود نامعین مستمر نیز نیازمند ضابطه‌مند کردن قواعد حاکم بر این نوع از عقود است. همچنین وجود عقود مؤجل و یا امکان توافق طرفین در ایجاد فاصله زمانی در اجرای عقود، بر ابهامات عقود مستمر افزوده و این سوال را ایجاد نموده است که تفاوت ماهوی عقد مستمر با چنین نمونه‌هایی در چیست و آیا با توافق و رضایت طرفین و مبتنی بر هر نوع موثر نمودن زمان در قرارداد، عقد مستمر منعقد می‌شود؟ اگرچه «عقد مستمر» عنوانی شناخته‌شده در فقه و حقوق محسوب می‌شود اما اختلاف نظر در تبیین احکام این نوع از عقود در کنار تردیدهایی که در تعیین مصادیق آن وجود دارد نشان از ضرورت بررسی ماهیت آن دارد. در حالی که در منابع مورد مراجعه، مطالعه‌ای مستقل با رویکرد تطبیقی - تحلیلی با هدف ماهیت‌شناسی و دسته‌بندی ضوابط عقد مستمر ملاحظه نشد.

در این مقاله ابتدا ماهیت عقود مستمر در قیاس با عناوین و انواع دیگر عقود تبیین می‌شود و بر اساس همین تفاوت ماهوی، احکام و آثار مرتبط با این عقود نیز بررسی شده و با استفاده از مطالعه تطبیقی پیشنهادهای لازم جهت پذیرش و اعمال در رویه قضایی ایران مطرح خواهد شد.

۱. ماهیت عقود مستمر و تمایز آن از سایر عقود

انعقاد هر قرارداد به معنی ایجاد یک موجود اعتباری است که بر اساس انشای متقابل طرفین خلق شده و آثار آن در طول زمان دوام خواهد داشت. در صورتی که بر اساس توافق نقش عنصر زمان فراتر از این اثر مشترک، به عنوان مبنای تعیین موضوع عقد قلمداد شود، عقد مستمر شکل گرفته است. زمان در عقود مستمر نه فقط برای اجرا بلکه در موقع انشاء و انعقاد مدنظر قرار می‌گیرد به نحوی که هر واحد زمانی جهت تعیین بخشی به





موضوع قرارداد و تعیین عوضین و تعهدات قراردادی ملاک واقع می‌شود (الشکری، الشمری، ۲۰۱۹: ۵۳، شهیدی، ۱۳۸۲: ۹۵).

برخلاف عقد فوری که اقتضای اصلی عقد به شکل آنی محقق می‌شود، زمان در عقد مستمر، عنصر جوهری و ذاتی است که مقیاس تعیین التزامات طرفین می‌شود. بر اساس همین وصف از این عقود، با عنوان عقد ممتد یا زمانی نیز یاد شده است (الفجالی، ۲۰۲۰: ۶۷۱). بنابراین ملاک مستمر بودن عقد توجه به ماهیت معقود علیه است زیرا در عقد مستمر طبیعت معقود علیه ضرورتاً به گونه‌ای است که در طول زمان استمرار دارد نه اینکه تنها بر مبنای خواست و اراده طرفین اجرای عقد در طول یک بازه زمانی مشخص تداوم یابد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷: ۲۸). به عنوان مثال عقد بیع از مصادیق عقود فوری است زیرا تملیک به عنوان اثر اصلی آن در لحظه انعقاد عقد محقق خواهد شد حتی اگر تحویل مبیع یا پرداخت ثمن دارای اجل باشد یا اجرای هر یک از تعهدات فرعی طرفین با تأخیر مواجه شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۸۴). از طرف دیگر اجاره مانند هر عقدی با موضوع انتفاع از اشیاء (مقبل، ۲۰۱۷: ۵۳۵) عقدی مستمر است حتی اگر مستأجر به موجب قرارداد اقدام به پرداخت نقدی اجاره‌بهاء نماید (بند ۳ ماده ۴۹ قانون مدنی) زیرا بهره‌مندی او از منافع عین مستأجره در طول زمان و به شکل مستمر تحقق می‌یابد و برای تحقق محل التزام مطابق توافق طرفین، ضروری است زمان در بازه مشخص شده سپری شود. در این عقود بر خلاف عقود مؤجل، زمان چهره عرضی ندارد (نورانی مقدم، حاجی عزیزی، محمودی، ۱۳۹۵: ۱۶۲، دراغمه، ۲۰۰۴: ۵۵، جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۸۹). در نتیجه تعیین سررسیدهای متعدد جهت اجرای عقد، ماهیت عقد فوری را تغییر نخواهد داد زیرا در این فرض نیز با فرا رسیدن مواعد تعیین شده، اجرای عقد فوری خواهد بود. (السنهوری، ۱۳۸۲: ۸۱). بنابراین قرض عقدی فوری است هر چند برای بازپرداخت آن اقساطی تعیین شود (زلمی، ۱۳۹۸: ۵۷۷).

با تحقق عقد فوری و از زمان انعقاد آن، آثار عقد دوام می‌یابد و هر یک از طرفین به تناسب مفاد قرارداد از آثار آن بهره‌مند می‌شوند. اما در عقد مستمر آنچه بعد از انعقاد تداوم می‌یابد «رابطه حقوقی» مبتنی بر قرارداد است. به دیگر سخن، در عقد مستمر آنچه





استمرار می‌یابد صرف آثار عقدی نیست که صحنه تعاقد و انشای آن پایان یافته است. بلکه آنچه در طول زمان بعد از عقد تداوم خواهد یافت در مقام فعلیت یافتن موضوع قرارداد است. به نحوی که تا زمانی که مدت مشخص سپری نشود موضوع عقد تکمیل نخواهد شد. بر همین اساس تمایز میان عقود مستمر و اذنی نیز تبیین می‌شود؛ در عقود اذنی شخص به دیگری تفویض اختیار می‌نماید تا تصرفاتی حقوقی را انجام دهد. ماهیت اذن نیازمند رضایت مستمر و تجدیدشونده است به همین علت با عارض شدن فوت یا حجر و بواسطه زوال منبع اذن، عقد منفسخ می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۵۶، ۴۹۷). در حالی که در عقد مستمر تداوم زمان نه برای تجدید رضایت طرفین بلکه برای تحقق موضوع عقد ضروری است. به همین علت وکالت و شرکت از مصادیق عقود مستمر محسوب می‌شوند. اگرچه نیابت ماهیتی مستمر در طول زمان است اما هر عقد مستمری را نمی‌توان از عقود نیابتی قلمداد کرد؛ زیرا با توجه به اینکه در عقود نیابتی تصرف نائب به نفع منوب‌عنه است، در جایی که تصرفات به نفع شخص متصرف (مانند عاریه) و یا به صورت مشترک تأمین‌کننده نفع طرفین است (مانند مضاربه) عقد نیابتی شکل نگرفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷: ۹۰) اما مصداق عقد مستمر قلمداد می‌شوند. همچنین آنچه به عنوان «عقود متعاقب» در حقوق مطرح می‌شود ماهیتی متفاوت دارد؛ زیرا این عقود در واقع مجموعه‌ای از توافقات پی‌درپی است که دارای هدف مشترک‌اند در حالی که عقد مستمر عقدی واحد است. بر همین اساس رهن مکرر مصداقی از عقود متعاقب است و نه مستمر (سلیمان، ۲۰۰۷: ۱۰۰۱).

گفتنی است در بسیاری از عقود عهدی انجام تعهد نیازمند صرف زمانی متعارف است. این زمان نه بر اساس قالب عقد بلکه از اقتضائات جهان مادی و مربوط به متعلق عقد یا مصداق مورد عقد است. به عنوان مثال در عقد استصناع، تعهد به ساخت به محض انعقاد قرارداد و به شکل فوری محقق می‌گردد و بر همین اساس متعهدله قادر به الزام و مطالبه اجرای تعهد است. اما ساخت مصداق مورد توافق ضرورتاً نیازمند صرف زمان است. به همین علت بیان شده است در این موارد سررسید اجرای تعهد اجباری است و نباید موضوعاتی چون تعهد به ساخت منزل یا آماده کشت کردن زمین را از مصادیق عقد مستمر





دانست (السنهوری، ۱۳۸۲: ۸۱). در واقع در چنین مواردی زمان، معیار تحدید موضوع عقد و مبنای سنجش آن نیست بلکه ظرفی است که هر اقدام و تبدیل قوه به فعل به ضرورت باید در بستر آن انجام شود. بر همین اساس اگرچه در مذهب حنفی مزارعه و مساقات عقد مستمر قلمداد شده است اما در سایر مذاهب اسلامی این نظر مقبول نیفتاده است زیرا در این عقود تعهد به محض انعقاد عقد و به صورت فوری محقق می‌شود اما برای عملی کردن آن صرف زمان و انجام اقداماتی ضروری است (الزحیلی، ۱۴۳۳: ۲۰۲).

در برخی کشورها مانند فرانسه (ماده ۱-۱۱۱۱ قانون مدنی)^۱ و کانادا (ماده ۱۳۸۳ قانون مدنی کبک) به تعریف عقد مستمر و تفاوت ماهوی آن با عقد فوری تصریح شده است. در این موارد که اغلب تابع سنت حقوق رومی ژرمنی محسوب می‌شوند با اتکاء بر همین تعریف قانونی، آثار تمایز حقوقی این تقسیم در دکترین و رویه قضایی مطرح شده و از این طریق خلأ قانونی رفع شده است. به عنوان مثال در فرانسه عقد مستمر به دو نوع قرارداد تداوم‌دار^۲ و عقد دوره‌ای^۳ تقسیم شده است. همچنین در صورت تعیین زمان استمرار، عقد مستمر با زمان مشخص^۴ و در غیر این صورت عقد مستمر بدون مدت^۵ نامیده می‌شود (Mazeaud, 2015: 400).

در دسته دوم کشورهایی مانند ایتالیا (ماده ۱۴۶۷ قانون مدنی) و بسیاری از کشورهای حقوق اسلام مانند مصر (مواد ۱۶۰، ۱/۲۷۰، ۱/۱۴۲، ۱۵۹، ۵۳۰ و ۸۰۳ قانون مدنی)، اردن (مواد ۲۴۱ تا ۲۴۹ قانون مدنی)، لبنان (مواد ۱۱۹، ۱۲۲ و ۲۴۳ قانون مدنی)، عراق (ماده ۱۷۹ قانون مدنی)، سوریه (ماده ۱۶۰) و لیبی (ماده ۱۶۱ قانون مدنی) جای دارند که در

۱ - در اغلب کشورهای نوع اول تعریف قانون مدنی فرانسه پذیرفته شده است که بر اساس آن تعهدات عقد فوری، در یک واحد زمانی قابل اجرا است و عقد مستمر، عقدی است که تعهدات حداقل یکی از طرفین در چند نوبت و در طول زمان اجرا می‌شود:

Le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique. Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps.

- 2 - Contrat à Execution Continue.
- 3 - Contrat à Execution Periodique.
- 4 - Contrat à Durée Déterminée.
- 5 - Contrat à Durée Indéterminée.





قوانین آن‌ها تأکید اصلی بر ذکر آثار تفکیک بین عقود مستمر و آنی است و چندان معیارهای تمایز ماهوی این عقود در متون قانونی راه پیدا نکرده است. در این کشورها نیز، بویژه در حوزه حقوق اسلام با استفاده از تحلیل‌های فقهی، بسیاری از ابهامات قانونی مرتفع شده است.

در دسته سوم که شامل کشورهای تابع کامن‌لا است معیاری متقن و دقیق برای تعریف عقود مستمر و تمایز آن از سایر عقود تعیین نشده است. حتی در برخی موارد ضعف تحلیل موجب بروز خلط مفهومی شده است. به عنوان مثال برخی، عقود مستمر^۱ را عقدی دانسته‌اند که بعد از پایان قرارداد اول و پس از مذاکره مجدد طرفین تمدید می‌شود (Narasimhan, 1989: 1079). در برخی دیگر از منابع نیز از عقود مستمر با عنوان Extended Performance Contract نام برده شده (Mazeaud, 2015: 408) که به خوبی نشان از تأکید بر نقش زمان در اجرا و عدم توجه به نقش ذاتی زمان در تعیین معقودعلیه است. عنوان عقود ممتد یا ادامه‌دار در کشورهای انگلیسی‌زبان^۲ نیز متفاوت از عقود مستمر است؛ زیرا علاوه بر لزوم تمدید قرارداد، این عنوان درباره عقودی به کار می‌رود که هریک از طرفین قادر به برهم زدن آن است اما ممکن است بواسطه حفظ کارامدی، عقد همچنان ادامه یابد بی‌آنکه برای این تداوم، زمانی مشخص تعیین شود. بنابراین در این نوع از قراردادها هم، بر خلاف عقد مستمر، صحبت از دو بازه زمانی و عقد سابق و لاحق است^۳ (Akatwijuka, Hart, 2020: 285, 291).

در حقوق ایران هیچ یک از مواد قانونی عقد مستمر را تعریف نکرده است. اختلاف نظر در تعیین مؤلفه‌های این نوع عقد و ماهیت آن نیز موجب شده است تعیین مصداق عقود مستمر از میان عقود معین به سادگی ممکن نباشد. آنچه به عنوان معیار می‌توان پذیرفت

1 - Successive Contracts.
2 - Continuing Contracts.

۳ - همانگونه که به درستی در مقدمه رای وحدت رویه شماره ۴۵۴/۷۸/ه دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۷۹/۵/۲۱ در گزاره‌ای قابل تعمیم به تمام عقود ذکر شده است: «...تمدید اجاره یکی از مصداق انعقاد اجاره (جدید) است زیرا اجاره در راس مدت مقرر پایان پذیرفته است...». روزنامه رسمی شماره ۱۶۲۲۱ مورخ ۱۳۷۹/۷/۱۰.





اینکه شکل‌گیری موضوع عقد مستمر وابسته به زمان است و این امر در مرحله انعقاد قرارداد مورد توجه طرفین قرار گرفته و بر اساس واحدهای زمانی مورد توافق، تعهدات طرفین و یا میزان عوضین تعیین می‌شود. بنابراین منطبق با آنچه در فقه اسلامی بیان شده است این تحلیل در مقام احراز عقد مستمر، نه به حوزه اجرا که به ساحت انعقاد قرارداد توجه می‌نماید. بر این اساس برخلاف آنچه در حقوق فرانسه بیان شده است، توافق بر تکرار یک عقد در طول زمان، الزاماً به مستمر شدن آن نمی‌انجامد. در نتیجه عقود اجاره، انتفاع، وقف، شرکت، وکالت، ودیعه، عاریه، مضاربه از مهمترین مصادیق عقود مستمر در قانون مدنی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵ ب: ۲۵۹۵). همچنین عقد بیمه، قرارداد کار، مهیایات و توافقات عرضه از دیگر مصادیق این نوع عقد محسوب می‌شود (علیان، ۲۰۰۵: ۱۰۹).

۲. قواعد حاکم بر عقود مستمر و تفاوت آن با عقود فوری

بر مبنای تحلیل و تعریف ارائه‌شده پیرامون عقود مستمر می‌توان پذیرفت مهمترین تفاوت‌ها در موضوعات زیر است:

۱) رجعی نبودن اثر فسخ: اصلی‌ترین وجه تمایز عقد مستمر را باید در فرض انحلال دانست که اغلب در تحلیل اثر فسخ تبیین می‌شود. فسخ به معنی برهم زدن عقد و جلوگیری از تداوم آثار آن در آینده است که با اراده یکجانبه شخص ذی‌نفع و به مجوز قانون تحقق می‌یابد. آنچه مسلم است اینکه فسخ در راستای بازگرداندن آثار عقد به حالت سابق است و این اقدام بی‌تردید نسبت به آتی موثر است اما تأثیر آن در مورد گذشته چیست؟

به اقتضای ماهیت، زمان با سپری شدن منقضی و معدوم می‌شود و قابل اعاده نیست. بنابراین اگر عاملی ارادی مانند فسخ واقع شود، از آنجا که بخشی از اجزای عقود علیه عقد مستمر در گذشته و وابسته به زمان محقق شده و معدوم شده است قابل اعاده نخواهند بود. در واقع موضوع این عقود به علت وابستگی به زمان، با تحقق هر جزء آن محقق می‌شود و





با گذشت آن نیز معدوم خواهد شد. در نتیجه همانگونه که زمان گذشته قابل اعاده نیست، آنچه وابسته به آن ایجاد شده است نیز قابلیت اعاده نخواهد داشت (سلیمان، ۲۰۰۷: ۱۰۱۰). اگر فسخ به معنی رفع عقد از اصل باشد بی تردید در گذشته نیز مؤثر خواهد شد و آثار آن در محل عقد و در متعلق آن پدیدار می‌شود. اما با قول به رفع عقد از زمان فسخ، اثر آن صرفاً در محل عقد بوده و نسبت به متعلق آن بی تأثیر است. در فقه حنفی بیان شده است اثر فسخ تنها بر عین معقود علییه واقع می‌شود (التیمیعی، ۲۰۱۸: ۲۰۹). به عنوان مثال اگر مبیع حیوانی باشد که دارای نتاج گردد و مشتری به علت عیب، خواهان فسخ باشد پیروان این مذهب فقهی فسخ را به علت تحقق ربا ممنوع دانسته‌اند؛ زیرا نظر به اثر فسخ تنها در معقود علییه، اگر مشتری حیوان را بازگرداند و ثمن را پس بگیرد چون نتاج در ملک او ایجاد شده از آن او خواهد بود در حالی که عوض آن را پرداخت نموده است و در نتیجه ربا محقق خواهد شد. و اگر مبیع و نتاج آن را به بایع مسترد دارد بایع سود و منفعتی را به دست می‌آورد که در ملک او محقق نشده و عوضی هم برای آن پرداخت نکرده است در نتیجه در این فرض نیز ربا شکل می‌گیرد. همچنین شافعیه، حنابله و مالکیه را اعتقاد بر این است که فسخ به معنی رفع عقد از حین عقد است. یعنی اثر رجعی آن تنها بر محل عقد است. در نتیجه منافع حاصل بعد از قبض از آن مشتری است چرا که اصل عقد با فسخ رفع نمی‌شود.

با این تحلیل مشخص می‌شود اختلافی در مورد اثر رجعی فسخ نیست و اکثریت مذاهب اربعه اثر آن را بر محل عقد و از زمان فسخ دانسته و اثر رجعی آن را تنها در عقود فوری قابل اعمال می‌دانند. به عنوان مثال در فسخ اجاره اگر مستأجر بهره‌ای از منافع عین مستأجره برده باشد باید به نسبت، اجرت المسمای آن را پرداخت کند. همچنان که تصرفات و کیل قبل از فسخ، صحیح و منافع حاصل از شرکت قبل از فسخ و یا انحلال آن منطبق با توافق و قرارداد خواهد بود (علیان، ۲۰۰۵: ۱۰۹). به دیگر سخن، تحلیل اثر رجعی فسخ به شکل مستقیم در مورد منافع و ثمرات مال موضوع عقد و آنچه طرفین قبل از فسخ بهره‌مند شده‌اند دارای اثر قاطع است. اگر اثر رجعی پذیرفته نشود محاسبه منافع و استحقاق دریافت





اجرت صرفاً بر مبنای قرارداد و توافق خواهد بود. در حالی که با اثر رجعی در تمام موارد فوق، اجرت‌المثل و مراجعه به عرف قراردادی ملاک عمل است (الفجال، ۲۰۲۰: ۷۰۳).
به عنوان مثال در ماده (۱۶۰) قانون مدنی مصر بر اثر فسخ تصریح شده^۱ و در تفسیر آن بیان شده است که در عقود مستمر فسخ فاقد اثر رجعی است و بعد از صدور حکم نهایی مبنی بر پذیرش اعتبار آن، در عقدی مانند اجاره اجرت زمان سپری شده به عنوان اجاره‌بها محاسبه و مطالبه می‌شود و نه خسارت. این اثر در مورد اشخاص ثالث نیز مؤثر واقع می‌شود؛ اگر خریدار مبیع را به ثالث بفروشد، در صورت فسخ بواسطه اثر رجعی حق ثالث از بین رفته و مبیع خالی از هر نوع حق عینی برای او به فروشنده بازگردانده می‌شود. اما اگر مستأجر عین مستأجره را به اجاره داده باشد با فسخ اجاره اول، حق مستأجر دوم پابرجا باقی خواهد ماند زیرا فسخ دارای اثر رجعی نیست (سلیمان، ۲۰۰۷: ۱۰۱۱، دراغمه: ۲۰۰۴: ۵۵، السنهوری، ۱۳۸۲: ۵۲۶). در بسیاری از کشورهای عربی نیز متأثر از رویکرد مصر همین فرایند در قوانین تصریح شده است. مانند مواد (۱۱۹) و (۱۲۲) قانون مدنی لبنان و مواد (۲۷۴) و (۲۷۵) قانون امارات متحده عربی (الفجال، ۲۰۲۰: ۷۰۵).

در بلژیک، فرانسه و بسیاری از کشورهای تابع حقوق رومی ژرمنی در مقام تحلیل مواد قانونی مانند ماده (۱۲۲۹) قانون مدنی فرانسه اثر رجعی تنها در عقود فوری پذیرفته شده است و برای توجیه آن علاوه بر سختی محاسبه منافع و استرداد آن‌ها در عقود مستمر، اعتماد هریک از طرفین به فرض بقای عقد و بهره‌مندی از آثار آن نیز مطرح شده است (Cartwright, 2019: 194). در مقابل در آلمان، هلند و اغلب کشورهای تابع کامن‌لا اثر رجعی فسخ عقد پذیرفته نشده است اما بعد از آن هریک از طرفین ملزم به استرداد عوض منافع استیفاشده قلمداد شده‌اند (Mazeaud, 2015: 407).

در فقه امامیه نیز پذیرفته شده است که فسخ به معنی برهم زدن عقد و برگشت به وضعیت سابق است (طباطبایی یزدی، ۱۴۴۰: ۴۲) و بر خلاف بطلان، اثر فسخ را به گذشته سرایت نمی‌دهند (حلی، ۱۴۱۰: ۱۳۸، کاتوزیان، ۱۳۸۷ ب: ۵۱، ۵۲، ۷۶)؛ بی‌آنکه از این

۱ - «إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض».





منظر تفاوتی بین عقد فوری و مستمر وجود داشته باشد. طبق این تحلیل تصرفات قبل از فسخ منطبق با سبب قانونی (عقد) انجام شده است و علتی برای عدم شمول قرارداد نسبت به آن‌ها وجود ندارد. اثر فسخ در محاسبه و تناسب‌سنجی منافع مورد استفاده در قیاس با عوض قراردادی، نشان می‌دهد از منظر فقه امامیه، عقد مستمر در طول زمان تجزیه می‌شود. در نتیجه انحلال، در اثنای عقد آن را نسبت به زمان آتی بلا موضوع و باطل می‌نماید؛ در حالی که آنچه صحیحاً در گذشته واقع شده معتبر است. مواد (۴۸۳) و (۴۹۶) قانون مدنی ایران نیز در تأیید همین موضع تدوین شده‌اند. همچنین مواد (۴۵۴) و (۴۵۵) قانون مدنی نیز اثبات می‌کند فسخ، مؤثر در تصرفات حقوقی سابق بر آن نیست.

بنابراین می‌توان گفت در فقه امامیه اثر فسخ با اتکاء به تفکیک منافع متصل و منفصل تبیین شده است که بر مبنای آن، منافع منفصل قبل از فسخ از آن مالک حاصل از عقد است. از این منظر فوری یا مستمر بودن عقد تفاوتی در اثر فسخ ایجاد نخواهد کرد. قانون مدنی نیز در حکمی قابل تعمیم به فسخ در ماده (۲۸۷) بدون تفاوت بین عقود فوری و مستمر، همین موضع را تأیید کرده است.

۲) مؤثر شدن تغییر شرایط: استمرار رابطه حقوقی در زمان این سوال را بوجود می‌آورد که تغییر شرایط یا ایجاد حوادثی غیر قابل پیش‌بینی که ادامه رابطه را با صعوبت و سختی فراهم می‌آورد چه اثری بر عقد خواهد داشت؟ در حقوق کشورهای مسلمان پاسخ به این سوال در ذیل نظریه «حوادث پیش‌بینی نشده» یا «شرایط عارضی»^۱ مطرح شده است. به موجب این نظریه اگر اوضاع و احوال بعد از انعقاد قرارداد به گونه‌ای غیر قابل پیش‌بینی تغییر نماید که اجرای تعهدات قراردادی با صرف هزینه و تحمل ضرر هنگفت و نامتعارف ممکن باشد، توازن عوضین قراردادی مختل شده و در نتیجه تعدیل متناسب با شرایط جدید و یا ایجاد حق فسخ برای متعهد توجیه‌پذیر خواهد بود^۲ (مقبل، ۲۰۱۷: ۵۳۴). این

۱ - النظرية الظروف الطارئة.

۲ - «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين





شرایط متفاوت از قوه قاهره است زیرا اجرای عقد غیر ممکن نشده است بلکه با سختی و هزینه‌هایی افزون بر آنچه در زمان انعقاد عقد تصور می‌شد امکان‌پذیر است (السرطاوی، ۲۰۲۰: ۵).

در تمام کشورهایی که قانونگذار چنین نظریه‌ای را پذیرفته است زمینه طبیعی اجرای آن در عقود مستمر قلمداد شده است. اما در برخی نظرات هر تعهد مؤجل حتی در عقد فوری مشمول این نظریه محسوب شده است (کزار، ۲۰۱۵: ۹۰). تعهدات در عقود فوری به شکل کامل بر ذمه متعهد مستقر می‌شود و از آنجا که وجود توازن ارزش عوضین در زمان انعقاد قرارداد ضروری است هر نوع تغییر در شرایط پیرامونی همانند افزایش یا کاهش قیمت بازاری مؤثر در اجرای تعهدات مستقر نخواهد بود. اما در عقود مستمر لزوم توازن میان اجزای عوضین در بستر زمان تجزیه می‌شود. به این نحو که هر جزء موضوع عقد در هر واحد زمانی محقق خواهد شد و عوض تعیین شده برای آن بر اساس توافق و به شکل متناسب تعیین می‌شود. در نتیجه از زمان عارض شدن شرایط ناخواسته این تناسب برهم می‌خورد و تعدیل و یا امکان برهم زدن عقد دارای توجیه قراردادی بر اساس تحلیل توافق طرفین خواهد بود (مقبل، ۲۰۱۷: ۵۳۸، زلمی، ۱۳۹۸: ۵۷۷).

اگر در عقود فوری توازن عوضین در مرحله انشای عقد مدنظر قرار گرفته و پایان می‌پذیرد در عقود مستمر همچنان تداوم می‌یابد. یعنی مرحله اجرای عقد مستمر در حقیقت مرحله فعلیت یافتن موضوع عقد هم قلمداد خواهد شد. در نتیجه ضرورت توازن ارزش نیز تا منقضی شدن زمان عقد با بر جا است (السنهوری، ۱۳۸۲: ۸۳).

اثر تغییر شرایط و اوضاع و احوال بر عقد، در حقوق کشورهای غربی و اسناد بین‌المللی نیز مورد توجه قرار گرفته است. در حقوق کشورهای تابع کامن‌لا از «تئوری هاردشیپ»^۱ و

مصلحة الطرفین ان ترد الالتزام المرهق الی الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلا کل اتفاق علی خلاف ذلك»، المادة ۲۰۵، قانون المدنی الاردنی. مشابه همین متن در ماده ۱۴۶ قانون مدنی عراق، ۱۴۸/۲ قانون مدنی سوریه، ۱۰۷/۳ الجزائر، ۱۹۸/۱ کویت، ۱۳۰ بحرین و ۱۴۷/۲ قانون مدنی مصر.

1 - Hardship Theory.





در حقوق رومی ژرمنی از «تئوری عدم پیش‌بینی»^۱ برای تحلیل این موضوع استفاده می‌شود. به عنوان مثال ماده (۱۱۹۵) قانون مدنی فرانسه، ماده (۳۱۳) قانون مدنی آلمان، ماده (۶-۲-۶) اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی،^۲ ماده (۱۱۱:۶) اصول حقوق قراردادهای اروپا^۳ و ماده (۱:۱۱۰) پیش‌نویس چهارچوب مشترک ارجاع،^۴ اثر تغییر شرایط بر دوام عقد را تبیین نموده‌اند. تفصیل رویکرد هر یک را باید در منابع دیگر پی گرفت (Peel, 2011: 176/ Lorenz and Partners, 2017: 2) اما آنچه گفتنی است اینکه تنها در برخی از تألیفات به لزوم مستمر بودن عقد اشاره است (عسگری، احتشامی، ۱۳۹۵: ۱۸۴).

در مقام انطباق این نظریه با حقوق ایران با اذعان به عدم تصریح در قانون و عدم شناسایی موضوع در ضوابط فقهی و حقوقی به عنوان یک تئوری مشخص، تلاش شده است با استناد به عسرو حرج (شریفی، صفری، ۱۳۸۹: ۵)، تخلف از شرط ضمنی (صادقی - مقدم، ۱۳۷۹: ۲۱۶) و یا تئوری غبن حادث (کاتوزیان، ۱۳۸۷ الف: ۹۳) مفاد قاعده توجیه شود. علاوه بر اشکالات پذیرش هر یک از موارد فوق با نظرگاه سنتی فقه و حقوق ایران^۵، به نظر می‌رسد توجه به تمایز ماهوی عقود مستمر و نقش زمان در تحقق اجزای موضوع عقد، استناد به برهم خوردن توازن اقتصادی و پذیرش تئوری تغییر شرایط را در این عقود از مبانی توجیهی قوی‌تری برخوردار می‌نماید. در این دیدگاه عقد مستمر در طول زمان تجزیه شده و نقش زمان فراتر از ظرف اجرای تعهد، مولفه‌ای اساسی در تحقق هر جزء

1 - *L'Imprevision.*

2 - Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016,10/6/2021>.

3 - Principles of European Contract law, available at: https://www.translex.org/400200/_/pecl/#head_101,10/6/2021.

4 - Draft Common Frame of Reference (DCFR), available at: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf,10/6/2021.

۵ - نظر به وجود همین تردیدهای حقوقی پیشنهاد می‌شود در قرارداد شرط صعوبت اجرا (Hardship Clause) گنجانده شود و بواسطه آن در صورت هر نوع تغییر در شرایط پیرامونی اجرای قرارداد طرفین نسبت به امکان فسخ، لزوم مذاکره مجدد و یا لزوم تعدیل قرارداد توافق نمایند.





موضوع عقد است. بنابراین آنچه پیشتر محقق شده متأثر از تغییر شرایط نشده و این دگرگونی صرفاً بر اجزایی از موضوع عقد موثر خواهد شد که هنوز تحقق نیافته‌اند. این رویکرد علاوه بر به رسمیت شناختن تمایزات عقود مستمر با مبانی فقهی حقوق اسلام و نمونه‌هایی چون تبعض صفقه نیز سازگاری بیشتری خواهد داشت.

۳) عدم ضرورت مطالبه: در برخی نظام‌های حقوقی صرف عدم انجام تعهد موجب تحقق مسئولیت قراردادی نیست بلکه ضروری است منطبق با شرایط مقرر در قانون، متعهدله اجرای تعهد را مطالبه نماید. این فرایند که در حقوق کشورهای عربی «الإعذار و التنبیه» نامیده می‌شود همان اخطار رسمی^۱ در حقوق رومی ژرمنی است که به موجب آن به متعهد اخطار داده می‌شود تا به تأخیر در اجرای تعهد پایان دهد و بر اساس مفاد قرارداد عمل نماید. عدم انجام تعهد حتی بعد از اخطار و مطالبه رسمی، سوءنیت و عدم وجود قصد حقیقی متعهد در اجرای تعهد را اثبات می‌نماید.

همچنین بیان شده است به موجب این تکلیف قانونی، عدم مطالبه رسمی متعهدله به معنی رضایت او به تأخیر انجام تعهد فرض می‌شود (السنهوری، ۱۳۸۲: ۸۴). بنابراین حق دریافت خسارت منوط به مطالبه رسمی است. (ماده ۱۵۷ قانون مدنی مصر^۲، ۲۵۶ قانون مدنی عراق، ۱۸۰ قانون مدنی الجزائر و ماده ۲۲۰ قانون مدنی سوریه).

بی‌تردید مطالبه رسمی در مورد تعهدات موجود و با قابلیت اجرا قابل تصور است. بنابراین اگر تعهدی معدوم شده و قابلیت اجرای حقوقی را از دست داده باشد، اخطار رسمی و مطالبه آن نیز غیر ممکن خواهد بود (یزدانیان، ۱۳۹۸: ۲۳۷ / حکم دیوان عالی کشور مصر، شماره ۳۲۳۸، مورخ ۲۶ دسامبر ۲۰۰۲). بر اساس این تحلیل در عقود مستمر نیز اخطار رسمی متعذر است زیرا بواسطه انقضای زمان و معدوم شدن اجزای تعهد در گذشته، امکان اجرای اجزای سابق تعهد وجود ندارد. در نتیجه، اخطار و مطالبه رسمی آن‌ها نیز فاقد منطوق و توجیه حقوقی است (الشکری، الشمری، ۲۰۱۹: ۷۵). یعنی با گذشت

1 - mise en demeure.

۲ - «(۱) فی العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدین أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض فی الهالتين أن كان له مقتض...»





زمان مسئولیت قراردادی در اجزای منقضی شده، تحقق یافته است. ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی فرانسه^۱ به ضرورت مطالبه از سوی متعهد تصریح نموده و شیوه‌های قانونی مطالبه را در ماده ۱۳۴۴ مشخص نموده است. در حقوق فرانسه نیز آثار متعددی برای مطالبه رسمی طرح شده است و در مواردی مانند ضرورت اجرای تعهد در ظرف زمانی خاص و یا نقض تعهد سلبی، ضرورتی برای آن وجود ندارد (یزدانیان، ۱۳۹۸: ۲۳۰).

برخی حقوق‌دانان ایران مطالبه رسمی را به «پساکرد» تعبیر کرده‌اند که بر اساس آن متعهدله زمانی معقول و متعارف برای اجرای تعهد تعیین می‌نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵ الف: ۱۰۷۷). به تصریح ماده (۲۲۶) قانون مدنی ایران، پساکرد تنها در مورد تعهداتی است که مدت معینی نداشته و به صورت عندالمطالبه، متعهدله زمان اجرای آن را تعیین می‌نماید. اگرچه در حقوق ایران نیز عقود مستمر، به صراحت از قلمرو اعمال پساکرد استثناء نشده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۷۶) اما نظر به اینکه امکان اجرای تعهد برای تحقق پساکرد ضروری است می‌توان با پذیرش تحلیل ارائه شده پیرامون ماهیت عقود مستمر، لزوم مطالبه رسمی را در مورد موضوع این عقود منتفی دانست؛ همچنین از آنجا که تعهدات قراردادی در عقود مستمر عندالمطالبه محسوب نمی‌شوند ضرورتی بر مطالبه رسمی نیست.

۴) تجزیه عقد بواسطه تلف موضوع: لزوم سپری شدن زمان برای تحقق اجزای معقود علیه در عقود مستمر اقتضا می‌نماید تلف موضوع از اثنای مدت، بطلان عقد نسبت به آینده را موجب شود. در این تحلیل عقد مستمر مجموعه به هم پیوسته‌ای از التزامات متعدد قلمداد می‌شود که به موجب یک انشای واحد ایجاد شده‌اند و الغای هر یک صرفاً نسبت به آینده یعنی التزامات مابعد مؤثر خواهد بود. در نتیجه حتی تلف بعد از تسلیم به انفساخ عقد خواهد انجامید (الفجال، ۲۰۲۰: ۷۱۷) که متعاقب آن باید نسبتی از اجرت‌المسمی محاسبه شود. این پرداخت نیز عوض قراردادی است و ماهیت مبتنی بر خسارت یا مسئولیت خارج



1 - A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable.



از قرارداد نخواهد داشت^۱ (الزحیلی، ۱۴۳۳: ۲۰۳). در حالی که در چنین فرضی عقد فوری منفسخ نمی‌شود مگر در فروض خاص مانند آنچه در ماده (۴۵۳) قانون مدنی ایران ذکر شده است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۹۶). بنابراین تحلیل ماهیت عقد مستمر نشان می‌دهد ممکن است این عقود نسبت به آینده باطل و نسبت به گذشته نافذ باشند در حالی که تصور چنین وضعیتی در عقود آتی ممکن نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۸۵).

بر این اساس می‌توان در فقه امامیه نیز احکام متعددی را توجیه نمود؛ به عنوان مثال بیان شده است تلف عین مستأجره از هر زمان عقد را نسبت به آینده بلاموضوع می‌نماید بنابراین تلف در اثنای اجاره نسبت به گذشته و منافع بهره‌برداری شده در سابق بی اثر است (طباطبایی یزدی، ۱۴۴۰: ۴۴). همچنان که بر اساس همین تحلیل تلف موضوع شراکت، فاقد اثر قهقرایی قلمداد شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۴۰: ۲۸۶).

این رویکرد می‌تواند در رفع برخی ابهامات قانون مدنی نیز کارگشا نماید؛ در حالی که ماده (۴۸۳) تلف عین مستأجره را از زمان تلف موجب انفساخ عقد عنوان کرده است، ماده (۴۹۶) حکم به بطلان عقد نموده است. اگرچه برخی از حقوق‌دانان بیان کرده‌اند با توجه به تملیک منافع در زمان عقد، و تسلیم تمام منافع به صورت یک‌جا به مستأجر^۲ به کار بردن اصطلاح «بطلان» با ماهیت اجاره سازگارتر است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۴۳۴) اما با اذعان به آشفتگی کلامی قانون مدنی در این فرض، می‌توان مبنای مورد نظر قانونگذار را مبتنی بر تمایز ماهوی عقد اجاره به عنوان مصداقی از عقود مستمر، توجیه‌پذیر دانست؛ در این دو ماده اثر تلف موضوع عقد از دو منظر مورد تبیین قرار گرفته است؛ به موجب ماده (۴۸۳) عقد اجاره منفسخ است زیرا تلف موضوع در مورد منفعی که پیش از تلف، به شکل قانونی و معتبر به مالکیت مستأجر در آمده و مورد استفاده او قرار گرفته است بی اثر است

۱ - علاوه بر مبنای محاسبه که مبتنی بر قرارداد و توافق طرفین خواهد بود، در صورت بروز انفساخ در این فرض آنچه شخص بهره‌مند پرداخت خواهد نمود دارای همان شرایط عوض قراردادی است. به عنوان مثال اگر طبق توافق جنس عوض تعیین شده باشد و یا پرداخت آن با ارزی خاص توافق شده باشد، در این فرض هم لازم‌الرعايه است.
۲ - در اظهارنظر دیگری از این حقوق‌دان، این تعبیر تسامحی قلمداد شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۹۰).





اما بعد از انعقاد قرارداد مشخص می‌شود قابل تداوم نیست. به کار بردن انفساخ در ماده (۴۸۳) نشان می‌دهد بهای آنچه در گذشته مورد استفاده قرار گرفته است ماهیت اجاره بها خواهد داشت و باید منطبق با قرارداد محاسبه گردد. از طرف دیگر تلف موضوع اثبات می‌نماید اجاره نسبت به آتیه بلاموضوع است. یعنی تملیک منافع صورت گرفته که ضرورتاً قابل تحقق نیست. در نتیجه حکم ماده (۴۹۶) منصرف به بطلان اجاره نسبت به آینده و در زمان باقی مانده است. افزون بر این، برخلاف دیدگاه بیان شده تسلیم عین به مستأجر به معنی تسلیم و تحویل تمام منافع به صورت یک جا به او نیست زیرا منافع در طول زمان تعیین شده محقق خواهند شد و بی تردید تسلیم آنچه در حال حاضر معدوم است، امکان پذیر نخواهد بود.^۱ به دیگر سخن، شکل گیری و تحقق منافع وابسته به ربط مکانی و وجود محل تحقق است. به همین علت عقد با موضوع بهره‌مندی از منافع دارای «حیز مکانی» است تسلیم عین نه به معنی تملیک تمام منافع به صورت یک جا به مستأجر، بلکه به معنی مسلط نمودن و زمینه‌سازی جهت بهره‌مندی او از منافع است.

۵) محدودیت اعمال حق حبس: وابستگی تحقق موضوع عقد مستمر به گذشت زمان، اجرای حق حبس در مورد آن را با چالش‌های فراوان مواجه ساخته است؛ در عقد معوض مستمر مانند اجاره متقابل بودن التزامات به شکل تام است یعنی این تقابل بین التزامات هم در مرحله انشاء یا ایجاد و هم در مرحله اجرا وجود دارد. در نتیجه هر نوع انحلال در عقد مستمر بر کمیت و میزان عوض نیز مؤثر خواهد بود. زیرا بر مبنای تحلیل اراده طرفین، اجزای عوض در مقابل اجزای معوض و به میزان بهره‌مندی شخص منتفع از آن تعیین می‌شود. با پذیرش این تحلیل ذی‌نفع عقود مستمر، بعد از بهره‌مندی از موضوع عقد ملزم به پرداخت عوض خواهد بود و این امر وابسته به زمانی است که بر اساس توافق طرفین

۱ - در فقه حنفی بر اساس همین وصف که منافع تدریجی الحصول و وابسته به گذشت زمان است، تملیک معدوم را محال دانسته و بیان شده است اگر اجاره تملیک منافع باشد، باطل است (الزحیلی، ۱۴۲۷: ۲۹۰). در حالی که باید گفت اقتضای تملیک به موجب عقد ایجاد می‌شود و با تسلیم موضوع، زمینه تسلط مستأجر بر آن فراهم می‌شود. در واقع با تحقق و فرارسیدن هر جزء زمان منافع مال محقق می‌شود و به محض ایجاد، مستأجر مالک آن‌ها خواهد بود زیرا عقد مقتضای این تملیک را فراهم آورده است.





مشخص شده است. در نتیجه بعد از انشای قرارداد تقابض همزمان صورت نمی‌گیرد تا بواسطه موازنه تسلیم معوض در مقابل تسلیم عوض، حق حبس قابل استناد باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۸۶، جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ الف: ۲۹۱). به همین علت در فقه حنفی و مالکی بیان شده است ابتدا مستأجر اجرت را پرداخت می‌نماید سپس موجر عین را تحویل خواهد داد. یعنی تقدم با مستأجر و پرداخت اجرت است زیرا منافع به تدریج به ملکیت او در خواهد آمد و اصولاً حق مطالبه فوری در مورد آن متصور نیست (الزحیلی، ۱۴۲۷: ۳۲۰).

در قانون مدنی ایران ماده (۳۷۷) چگونگی اعمال حق حبس در بیع را مورد توجه قرار داده است. بر خلاف برخی از صاحب‌نظران (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۶۱) به تأسی از نظرات فقهی (انصاری، ۱۳۸۳: ۱۱۷) و مشهور حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۸۳، جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ الف: ۲۹۲، دلاوری، ۱۳۹۳: ۲۷) در این نوشتار حق حبس حکمی عام و قابل استناد در تمام عقود معوض قلمداد می‌شود. در عین حال، در تألیفات مختلف به متفاوت بودن اعمال حق حبس در عقود مستمر توجه شده است؛ برخی با بیان فقدان موازنه تسلیم در عقود مستمر و عدم امکان مطالبه همزمان، اجرای حق حبس در این عقود را دشوار عنوان نموده‌اند. به عنوان مثال در مورد اجاره اشیاء بیان شده است ابتدا موجر ملتزم به دادن حق استیفای منافع عین به مستأجر است و در مقابل این اقدام، مستأجر اقدام به پرداخت اجاره‌بها خواهد نمود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ ج: ۴۵). همچنین در مورد اجاره عمل نیز بیان شده است اجیر قادر است بعد از انجام عمل در دریافت اجرت اعمال حق حبس نماید و نمی‌تواند انجام عمل را به دریافت اجرت منوط نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ الف: ۱۰۵). در دیدگاه این حقوق‌دان در عقود مضاربه و آبونمان نیز، به عنوان مصادیق دیگری از عقود مستمر حق حبس قابل استناد نخواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ ج: ۴۵).

برخی دیگر با استناد به بند (۳) ماده (۴۹۰) قانون مدنی بیان می‌دارند اگر پرداخت اجاره‌بها موعدی نداشته باشد، تعهد مستأجر نسبت به آن حال و نقدی است. در نتیجه هریک از طرفین اجاره دارای حق حبس خواهند بود. اما ماده (۶) قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ در رویکردی متفاوت، مقرر داشته است اجاره‌بها در پایان هرماه پرداخت





خواهد شد.^۱ مبنای این ماده پذیرش تحقق اجزای موضوع اجاره به تدریج و در طول زمان است که در نتیجه آن به علت همزمان نبودن عوض و معوض، اعمال حق حبس منتفی است. افزون بر این، عرف قطعی جامعه بر خلاف بند (۳) ماده (۴۹۰) قانون مدنی مستقر شده است. بر همین اساس و نظر به سکوت قانون روابط موجر و مستأجر در ۱۳۷۶، اجاره-بها ماهیانه محاسبه و پرداخت شده و در نتیجه امکان اعمال حق حبس به موجب این قانون نیز وجود نخواهد داشت (کاتوزیان، ۱۳۸۷ الف: ۹۱).

در مورد اجاره عمل نیز بیان شده است اگر موضوع اجاره، انجام یک عمل خاص بدون آثار و نشانه‌های خارجی نباشد حق حبس وجود نخواهد داشت. بنابراین حق حبس در اجاره عمل با موضوع مراقبت و نگهداری غیر ممکن و در مواردی مانند اجاره جهت تبدیل یک قطعه چوب به مجسمه، بعد از اتمام عمل و تعیین یافتن نتیجه ملموس امکان‌پذیر خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۹۴).

بررسی نظرات فوق نشان می‌دهد پذیرش اعمال حق حبس در عقود مستمر با تردیدهای جدی مواجه است و وجود مبانی و تحلیل‌های مختلف اظهار موضع قانون‌گذار در این زمینه را ضروری می‌سازد. در مقام ارزیابی و تحلیل باید یادآوری نمود تسلیم عین مستأجره به معنی تسلیم منافع نیست بلکه بواسطه وضعیت خاص اجاره اشیاء چنین اقدامی تسلیم موضوع عقد فرض می‌شود. در نتیجه مفاد بند (۳) ماده (۴۹۰) پرداخت در ازای فراهم آوردن زمینه بهره‌مندی از منافع است.

۱ - «مستأجر مکلف است در موعد معین در اجاره‌نامه اجرت‌المسمی و پس از انقضاء مدّت اجاره اجرت‌المثل را به میزان اجرت‌المسمی آخر هرماه جاری ظرف ده روز به موجر یا نماینده قانونی او بپردازد و هرگاه اجاره‌نامه‌ای در بین نباشد اجاره‌بها را به میزانی که بین طرفین مقرر و یا عملی شده و در صورتی که میزان آن معلوم نباشد به عنوان اجرت‌المثل مبلغی که متناسب با اجاره املاک مشابه تشخیص می‌دهد برای هر ماه تا دهم ماه بعد به موجر یا نماینده قانونی او پرداخت یا در صندوق ثبت و یا بانکی که از طرف سازمان ثبت تعیین می‌شود سپرده و قبض رسید را اگر اجاره‌نامه رسمی است به دفترخانه تنظیم‌کننده سند و هرگاه اجاره‌نامه عادی بوده یا اجاره‌نامه‌ای در بین نباشد قبض رسید را با تعیین محل اقامت موجر به یکی از دفاتر رسمی نزدیک ملک تسلیم و رسید دریافت دارد...».





نتیجه‌گیری

بررسی رویکردهای مختلف در تعیین مؤلفه‌های عقد مستمر، نشان می‌دهد مهم‌ترین اقدام در مواجهه حقوقی با این نوع از عقود، ارائه تعریفی دقیق از ماهیت عقد مستمر است. آنچه به نظر می‌رسد اینکه معیار تمایز این عقود، وابستگی تحقق موضوع عقد به سپری شدن زمان است. بر این اساس معقود علیه در این عقود جز به صورت جزئی و تدریجی قابل تحقق نیست. در نتیجه هر نوع توافق حقوقی درباره این موضوعات به ناگزیر نیازمند عقد مستمر است. در این تحلیل باید میان موضوع عقد و متعلق آن قائل به تفکیک شد و قراردادهایی را که متعلق و مصادق موضوع آن نیازمند سپری شدن زمان است (مانند تعهد به ساخت یک خانه) از مصادیق عقد مستمر قلمداد نمود.

هر نوع تفاوت و تمایز حقوقی حاکم بر این عقود نیز مبتنی بر همین وصف تحلیل می‌شود. اما می‌توان پذیرفت تجزیه‌پذیری این عقود در رأس مهم‌ترین خصایص آن قلمداد می‌شود؛ یعنی هر جزء از موضوع عقد مستمر وابسته به زمان تحقق یافته و در مقام انشای قرارداد توازن ارزش و موجودیت آن در تعیین عوض قراردادی مدنظر قرار می‌گیرد. بر اساس همین وصف هر اقدام یا رخدادی که در اثنای عقد پدید آید در کمیت موضوع عقد نیز موثر بوده و به کاهش عوض نیز منجر خواهد شد. در واقع شرایط مورد توافق طرفین علاوه بر زمان انعقاد قرارداد باید تا پایان آن نیز باقی و پابرجا باشد.

اگرچه در فقه امامیه و قانون مدنی ایران به شکل صریح به این دسته‌بندی و تفاوت ماهوی اشاره نشده است، اما به نظر می‌رسد رویه قضایی ایران می‌تواند با پذیرش این تحلیل تفاوت‌های عقد مستمر را به رسمیت شناسد. این امر علاوه بر انطباق با خواست طرفین و ویژگی‌های قالب این عقود، تبیین و توجیه ضابطه‌مند احکام پراکنده مصادیق عقد مستمر در قانون ایران را نیز تسهیل می‌نماید.

منابع

۱. التیمی، میر طالب، ۲۰۱۸م، «الفسخ الجزئی للعقد، دراسه قانونیه مقارنه، مجله جامعه تکریت للحقوق، ش ۲.





۲. الزحیلی، وہبہ، ۱۴۳۳ق، الفقه الاسلامی و ادلتہ، دمشق، دارالفکر، چ ۴.
۳. السرطاوی، علی، ۲۰۲۰ م، «اثر جائحه کرونا علی العقود الممتدہ و التوریدات و المقاولات»، جامعہ النجاح الوطنیہ.
۴. السنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۳۸۲ش، و سیت فی شرح القانون المدنی الجدید، ترجمہ مہدی دادمرزی و محمد حسین دانش کیا، قم، انتشارات دانشگاه قم، چ ۱، ج ۱.
۵. الشکری، ایمان طارق T الشمری، وسیم جبار، ۲۰۱۹م، «ذاتیہ العقد الممتد(دراسہ المقارنہ)»، مجلہ المحقق الحلی للعلوم القانونیہ و السیاسیہ، ش ۱۱.
۶. الفجال، عادل عبدالمجید، ۲۰۲۰م، «احکام اعمال الاثر الرجعی لبطلان و فسخ العقد الایجار»، مجلہ روح القوانین، ش ۹۰.
۷. انصاری، مرتضیٰ، ۱۳۸۳ش، مکاسب، قم، اسماعیلیان، چ ۳.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۳ش، فن استدلال منطق حقوق اسلام، تهران، گنج دانش، چ ۱.
۹. -----، ۱۳۷۸ش، حقوق تعهدات، تهران، گنج دانش، چ ۱.
۱۰. -----، ۱۳۸۶الف، الفارق، تهران، گنج دانش، چ ۱، ج ۱.
۱۱. -----، ۱۳۸۶ب، الفارق، تهران، گنج دانش، چ ۱، ج ۲.
۱۲. -----، ۱۳۸۸ش، و سیت در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چ ۲.
۱۳. -----، ۱۳۹۵الف، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش چ ۷، ج ۲.
۱۴. -----، ۱۳۹۵ب، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش چ ۷، ج ۴.
۱۵. -----، ۱۳۹۷ش، علم موضوع شناسی، تهران، گنج دانش، چ ۱.
۱۶. حلّی، حسن ابن یوسف، ۱۴۱۰ق، تذکرہ الفقہاء، قم، موسسہ آل البیت، چ ۱، ج ۱۱.
۱۷. دراغمہ، نمر صالح، ۲۰۰۴م، «عقد التورید فی الفقه الاسلامی»، جماعہ النجاح الوطنیہ، کلیات الدراسات العلیا.





۱۸. دلاوری، امیر، ۱۳۹۳ش، «بررسی حق حبس در قراردادهای مستمر»، وکیل مدافع، ش ۱۲ و ۱۳.

۱۹. زلمی، مصطفی، ۱۳۹۸ش، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد علی نمط الجدید، ترجمه احمد نعمتی، تهران، نشر احسان، چ ۱.

۲۰. سلیمان، عسله، ۲۰۰۷م، «الاثار القانونیه للفسخ القضائی فی العقد المتعاقبه، درسه مقارنه»، کلیات الدراسات الاسلامیه و العربیه للبنات بالاسکندریه.

۲۱. شریفی، الهام‌الدین، صفری، ناهید، ۱۳۸۹ش، «مطالعه تطبیقی اثر هاردشیپ (عسر و حرج) در اصول حقوق قراردادهای اروپایی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق ایران، دو فصلنامه علمی حقوق تطبیقی، ش ۱۸.

۲۲. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۲ش، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران، مجد، چ ۲.

۲۳. -----، ۱۳۸۳ش، آثار قراردادهای و تعهدات، تهران، مجد، چ ۲.

۲۴. صادقی‌مقدم، محمدحسین، ۱۳۷۹ش، «مطالعه تطبیقی تاثیر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران»، مجله حقوقی، ش ۲۷.

۲۵. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، ۱۴۴۰ق، العروه الوثقی مع تعلیقات عده من الفقهاء، قم، موسسه نشر اسلامی، چ ۶، ج ۵.

۲۶. عسگری، سامان، احتشامی، هادی، ۱۳۹۵ش، «مقایسه نظریه عقیم شدن قرارداد با نظریات قوه قاهره، تغییر اوضاع و احوال و دشواری اجرای قرارداد»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۲۷.

۲۷. علیان، عبدالحافظ، ۲۰۰۵م، «الاثار الرجعی و تطبیقاته فی الاحکام الشرعیه»، الرساله استکمالاً لمتطلبات الحصول علی درجه الدكتوراه، کلیات الدراسات العیاء، جامعه الاردنیه.

۲۸. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴ش، عقود معین، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۹، ج ۱.

۲۹. -----، ۱۳۸۵ش، قواعد عمومی قراردادهای، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۷، ج ۱.





۳۰. -----، ۱۳۸۷ الف، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار،

چ ۵، ج ۳.

۳۱. -----، ۱۳۸۷ ب، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار،

چ ۵، ج ۴.

۳۲. -----، ۱۳۸۷ ج، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار،

چ ۵، ج ۵.

۳۳. کزار، عمار، ۲۰۱۵م، «نظریه الظروف الطارئة و اثرها علی اعاده التوازن الاقتصادي المختل فی العقد»، کلیه القانون، ش ۲۷.

۳۴. مقبل، عمر احمد، ۲۰۱۷م، «الظروف الطارئة و اثرها فی العقود المالیة المعاصره»، مجله القانون و المجتمع، ش ۱۲.

۳۵. نورانی مقدم، یونس، حاجی عزیزی، بیژن، محمودی، حسین، ۱۳۹۵ش، «مطالعه تطبیقی ماهیت تعیین اجل در تعهدات قراردادی و براتی (ایران، انگلیس، کنوانسیون ژنو و آنسیترال)»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۹.

۳۶. یزدانیان، علیرضا، ۱۳۹۸ش، «مفهوم و آثار مطالبه (mise en demeure) در تعهدات: مطالبه تطبیقی در حقوق فرانسه، مطالعات حقوقی، ش ۳.

37. Akatwijuka, Maija & Hart, Oliver, (2020), "Continuing Contracts", the Journal of Law, Economics & Organization, Vol. 36 (2).
38. Cartwright, John, (2009), Reforming the French Law of Obligations, Oxford Institute of European and Comparative Law, New York, First Edition.
39. Lorenz and Partners, (2017), "Comparison of Commonly Used Hardship and Force Majeure Clauses", Newsletter, No. 119.
40. Mazeaud, Denis, (2015), European Contract Law, European Law Publishers, London, Second Edition.
41. Narasimhan, Subha, (1989), "Relationship or Boundary? Handling Successive Contracts", California Law Review, Vol.77.
42. Peel, Edwin, (2011), "The Common Law Tradition: Application of Boilerplate Clauses under English Law, in Cordero-Moss, Giuditta, (2011), Boilerplate Clauses, International commercial Contracts and the Applicable Law, first published, New York, Cambridge University Press.





References

1. Al-Tamimi, Mir Talib, 2018, "Partial termination of the contract, a comparative legal study, Tikrit University Journal of Law, Vol. 2.
2. Al-Zuhaili, Wehbe, 2011, Islamic jurisprudence and its evidence, Damascus, Dar Al-Fikr, Vol.4.
3. Al-Sartawi, Ali, 2020, "The Impact of the Corona Pandemic on Extended Contracts, Supplies and Contracting", An-Najah National University Work paper.
4. Al-Sanhoury, Abd al-Razzaq Ahmad, 2003, Al-Vasit, translated by Mahdi Dadmarzi and Muhammad Hosein Danesh Kiya, University of Qom publications, Vol.1.
5. Al-Shukry, Iman Tariq and Al-Shamry, Waseem Jabbar, 2019, "Self-extended Contract (Comparative Study)", Al-Mohaqiq Al-Hilli Journal for Legal and Political Sciences, Vol. 11.
6. Al-Fajal, Adel Abdel-Majid, 2020, "Provisions for the retroactive effect of nullification and termination of the lease contract", Ruh Al-Ghavanin Journal, Vol. 90.
7. Ansari, Mortaza, 2004, Al- Makasib, Qom, Ismailian, 3rd Edition.
8. Jafari Langroudi, Muhammad Jafar, 2003, The Logical Reason of Islamic Law, Tehran, Ganj Danesh, First Edition.
9. Jafari Langroudi, Muhammad Jafar, 1999, The law of Obligations, Tehran, Ganj Danesh, First Edition.
10. Jafari Langroudi, Muhammad Jafar, 2007 (a), Al-Faregh, Tehran, Ganj Danesh, First Edition, Vol 1.
11. Jafari Langroudi, Muhammad Jafar, 2007 (b), Al-Faregh, Tehran, Ganj Danesh, First Edition. Vol.2.
12. Jafari Langroudi, Muhammad Jafar, 2009, A Glossary of Legal Terminology, Tehran, Ganj Danesh, First Edition.
13. Jafari Langroudi, Muhammad Jafar, 2016 (a), Encyclopedia of Legal Terminology, Tehran, Ganj Danesh, First Edition, Vol 2.
14. Jafari Langroudi, Muhammad Jafar, 2016 (b), Encyclopedia of Legal Terminology, Tehran, Ganj Danesh, First Edition, Vol 4.
15. Jafari Langroudi, Muhammad Jafar, 2018, Legal Subjects, Tehran, Ganj Danesh, First Edition.
16. Helli, Hassan Ibn Yusuf, 2000, Tazkere Al- Foqaha, Qom, Al al-Bayt Institution, Fourth Edition. Vol. 11.
17. Daraghmeh, Nimr Salih, 2004, "Supply Contract in Islamic Jurisprudence", An-Najah National Group, Colleges of Graduate Studies.
18. Delavari, Amir, 2013, "Investigation of lien rights in continuous contracts", Vakil Modafe Journal, Vol. 12.





19. Zalmi, Mostafi, 2018, *Ezayh al-Fawadee fi Sharh al-ghavaed*, translated by Ahmed Nemati, Tehran, Ehsan Publishing House, Vol. 1.
20. Suleiman, Asaleh, 2007, "The legal effects of judicial annulment in the subsequent contract, comparative course", College of Islamic and Arabic Studies for girls in Alexandria.
21. Sharifi, Elhamuddin and Safari, Nahid, 2011, "A Comparative Study on Effects of Hardship in Principles of European Contract law (PECL), Unidroit Principles of International commercial Contracts and Iranian law", *Comparative law Journal*, Vol. 18.
22. Shahidi, Mehdi, 2022, *Formation of Contracts and Obligations*, Tehran, Majd, Second Edition.
23. Sadeghi-Moghadam, Mohammad Hossein, 2000, "Comparative Study of the Effect of Circumstances on Contracts and Legal Solutions in Iran", *Law Journal*, Vol. 27.
24. Tabatabaei Yazdi, Muhammad Kazem, 1440 AH, *Al-Arwa al-Vosgha*, Qom, Islamic Publishing Institute, Ch 6, Vol. 5. Sixth Edition.
25. Asgari, Saman and Ehtashami, Hadi, 2015, "Comparison of the theory of Contract Frustration with the Force Majeure, Change of Circumstances and the Difficulty of Contract Implementation", *Studies of Islamic Jurisprudence and Law*, Vol. 27.
26. Alyan, Abdel-Hafez, 2005, *The Retroactive Effect and Its Applications in Sharia Judgments*, Ph.D. Dissertation, Faculties of Postgraduate Studies, University of Jordan.
27. Katouzian, Naser, 2005, *Certain Contracts*, Tehran, Sahami Enteshar Company, Vol.1, Ninth Edition.
28. Katouzian, Naser, 2006, *General Principles of Contracts*, Tehran, Sahami Enteshar Company, Vol.1, Seventh Edition.
29. Katouzian, Naser, 2008 (a), *General Principles of Contracts*, Tehran, Sahami Enteshar Company, Vol.3, Fifth Edition.
30. Katouzian, Naser, 2008 (b), *General Principles of Contracts*, Tehran, Sahami Enteshar Company, Vol.4, Fifth Edition.
31. Katouzian, Naser, 2008 (c), *General Principles of Contracts*, Tehran, Sahami Enteshar Company, Vol.5, Fifth Edition.
32. Kazar, Ammar, 2015, "The Theory of Emergency Circumstances and its Impact on Restoring the Dysfunctional Economic Balance in the Contract", *College of Law*, Vol. 27.



33. Moqbel, Omar Ahmed, 2017, "Flying Circumstances and Their Impact on Contemporary Financial Contracts", Journal of Law and Society, Vol. 12.
34. Noorani-Moghadam, Yunus; Haji Azizi, Bijan and Mahmoudi, Hossein 2015, "Comparative Study of the Nature of Determining the Deadline in Contractual and Contractual Obligations (Iran, England, Geneva Convention and Uncitral)", Comparative Study on Islamic & Western Laws, No. 9.
35. Yazdaniyan, Alireza, 2018, "The Concept and Effects of Mise En Demeure In Obligations: Comparative Study In French Law", Legal Studies, Vol. 3.

