فهرست مطالب

دیدگاه قضات در مسائل حقوق خصوصی..... ۱۷

۱- بررسی تطبیقی اجرای اختیاری تعهد..... ۲۱
چکیده..... ۲۱
۲- مقدمه..... ۲۲
۲- مفهوم اجرای عین تعهد (اجبار به انجام تعهد)..... ۲۲
۳- مفهوم اجرای تعهد به صورت اختیاری..... ۲۳
۴- انواع اجرای اختیاری تعهد..... ۲۵
۵- نتیجه گیری..... ۳۸
منابع و مآخذ..... ۴۰

۲- اجرای احکام مدنی کشورهای خارجی در ایران..... ۴۵
چکیده..... ۴۵
۱- مقدمه..... ۴۶
۲- شرایط احکام مدنی خارجی برای اجرا در ایران..... ۴۶
۳- مرجع تقاضای اجرای حکم خارجی در ایران..... ۵۹
۴- تقاضانامه اجرای حکم خارجی..... ۶۱
۵- رسیدگی دادگاه و شرایط آن..... ۶۴
۶- نتیجه گیری..... ۶۶
علائم اختصاری..... ۶۷
منابع..... ۶۷

۳- بررسی فقهی حقوقی خسارت تأخیر تأدیه..... ۶۹
چکیده..... ۶۹
۱- مقدمه..... ۷۰
۲- مفهوم خسارت تأخیر تأدیه (خسارت به سبب تأخیر دین)..... ۷۰
۳- خسارت تأخیر تأدیه در فقه..... ۷۲
۴- بررسی نظرات وارائه راه حل..... ۷۴
۵- نتیجه گیری..... ۷۹
منابع و مآخذ..... ۸۰

۴- بررسی ابعاد حقوقی رأی داور و آثار مترتب بر آن در قانون آئین دادرسی مدنی..... ۸۳
چکیده..... ۸۳
۱- مقدمه..... ۸۵
۲- مدت داوری..... ۸۵
۳- قرارداد داوری و شرایط آن..... ۸۶
۴- حدود اختیارات داور..... ۸۸
۵- رأی داور و مقایسه آن با حکم دادگاه..... ۹۰
۶- اجرای رأی داور..... ۹۳
نتیجه گیری..... ۹۴
منابع..... ۹۵

۵- عرف و قانون..... ۹۷
چکیده..... ۹۷
۱- مقدمه..... ۹۸
۲- مفاهیم عرف وقانون در اصطلاح حقوقی..... ۹۸
۳- انواع عرف..... ۹۹
۴- نقش عرف درقوانین موضوعه..... ۱۰۰
۵- ارتباط عرف و اجماع..... ۱۰۳

۶- تعارض عرف و قانون در حقوق ایران..... ۱۰۵
۷- تعارض عرف و قانون در قلمرو قراردادها..... ۱۰۶
۸- نتیجه گیری..... ۱۱۰
منابع..... ۱۱۱

۶- تعهدات طبیعی..... ۱۱۳
چکیده..... ۱۱۳
مقدمه..... ۱۱۴
۱- مفهوم تعهد و ارکان آن :..... ۱۱۵
۳- مصادیق تعهدات طبیعی در حقوق موضوعه وفقه..... ۱۲۲
۱- دِیْن مشمول مرور زمان..... ۱۲۳
۲- انکار مدعیٌ عِلیه واِتیان به قسم..... ۱۲۳
۴- جبران ضرر و رَدّ مالی که به باطل خورده شده است ۱۲۴
۵- پرداخت مُستمری..... ۱۲۴
۶- پرداخت وجهی مازاد میزان قرض..... ۱۲۴
۷- نفقه..... ۱۲۵
۸- استیفاء از عمل غیر ۱۲۵
۹- بیمه..... ۱۲۵
۱۰- تَقاص..... ۱۲۵
نتیجه گیری..... ۱۲۶
منابع..... ۱۲۷

۷- تأثیر سند مالکیت در دعاوی تصرف..... ۱۲۹
چکیده..... ۱۲۹
۱- مقدمه..... ۱۳۰
۲- دعاوی تصرف..... ۱۳۰
۳- سند مالکیت..... ۱۳۴

۴- تکلیف خواهان برای اثبات ادعای خود در دعاوی تصرف..... ۱۳۶
۵- اثر استناد به سند مالکیت در دعاوی تصرف..... ۱۳۷
۶- دعاوی تصرف مخالف با سند مالکیت..... ۱۴۰
۷- اقامه دعوا نسبت به اصل مالکیت و تأثیر آن در دعاوی تصرف..... ۱۴۴
۸- نتیجه‌گیری..... ۱۴۵
۹- منابع..... ۱۴۷

۸- حق طلاق..... ۱۵۱
چکیده..... ۱۵۱
مقدمه..... ۱۵۲
طرح بحث..... ۱۵۲
نتیجه گیری..... ۱۵۶
ارجاعات..... ۱۵۷

۹- توقیف اموال دولتی و شهرداری‌ها..... ۱۵۹
منابع..... ۱۶۷

۱۰- تولیت وقف..... ۱۶۹
مقدمه..... ۱۶۹
۱-معنا و شرایط تولیت..... ۱۶۹
۲- رد یا قبول تولیت..... ۱۷۱
۳- استقلال و اجتماع در تولیت..... ۱۷۲
۴- نظارت بر متولی..... ۱۷۳
۵- عزل متولی..... ۱۷۳
۶- انعزال متولی..... ۱۷۴
۷- تولیت اوقاف عامه..... ۱۷۵
۸- اداره موقوفه با ترتیب خاص واقف..... ۱۷۶

۱۰- حق التولیه..... ۱۷۸
منابع..... ۱۷۹

۱۱- حیازت آبهای مباحه با ملاحظه قانون مدنی و قوانین جدید..... ۱۸۱
چکیده..... ۱۸۱
۱- مقدمه..... ۱۸۲
۲- احکام مربوط به حیازت آبهای مباح..... ۱۸۲
۲-۲- حیازت میاه مباحه..... ۱۸۳
۳- نتیجه گیری..... ۱۹۱
ارجاعات..... ۱۹۱

۱۲- شیوه‌های جبران خسارت در خصوص مسئولیت مدنی پرسنل نیروی انتظامی..... ۱۹۳
مقدمه..... ۱۹۳
۱- جبران خسارت به وسیله پرسنل نیروی انتظامی..... ۱۹۵
۲- جبران خسارت به وسیله شرکت‌های بیمه..... ۲۰۷
۳- جبران خسارت به وسیله عاقله..... ۲۱۳
۴- جبران خسارت به وسیله دولت..... ۲۱۵
منابع..... ۲۲۴

۱۳- طبقات بستانکاران در قانون امور حسبی..... ۲۲۵
مقدمه..... ۲۲۵
۱- رهن، وثیقه و توقیف تأمین و اجرائی..... ۲۲۸
۲- حقوق خدمه خانه و کاگر..... ۲۲۹
۳- نفقه زن و اولاد و مهریه زن..... ۲۳۰
۴- سایر طلبکاران..... ۲۳۱
منابع..... ۲۳۹

۱۴- بررسی تطبیقی شرایط تحقق مسئولیت ناشی از عدم اجرای مفاد قرارداد..... ۲۴۱
چکیده..... ۲۴۱
مقدمه..... ۲۴۲
۱- تصریح جبران خسارت در قرار داد..... ۲۵۲
۲- تصریح جبران خسارت در قانون..... ۲۵۳
۳- تصریح جبران خسارت در عرف..... ۲۵۴
نتیجه گیری..... ۲۵۵
منابع..... ۲۵۶

۱۵- بررسی تطبیقی قوه قاهره..... ۲۶۱
چکیده..... ۲۶۱
۱- مقدمه..... ۲۶۲
۲- مفهوم قوه قاهره (فراستریشن یا فورس ماژور)..... ۲۶۲
۳- قوانین و مقررات مربوط به قوه قاهره در حقوق داخلی و خارجی..... ۲۶۴
۴- اوصاف قوه قاهره(فورس ماژور)..... ۲۶۶
۵- اثر قوه قاهره در حقوق ایران وفقه..... ۲۶۹
۶- دیدگاه حقوق خارجی در مورد اثر قوه قاهره..... ۲۷۱
۷- نتیجه گیری..... ۲۷۳

دیدگاه قضات در مسائل فقهی و حقوقی..... ۲۷۹

۱- بررسی فقهی – حقوقی شهادت اقرباء..... ۲۸۳
چکیده..... ۲۸۳
۱- مقدمه..... ۲۸۴
۲- صلاحیت شاهد و شرایط آن..... ۲۸۴
۲-۱- مفهوم قرابت در شهادت..... ۲۸۵
۲-۲- مفهوم نفع شخصی در شهادت..... ۲۸۶

۲-۳- انتفاء تهمت در ادای شهادت..... ۲۸۸
۴- شهادت اقرباء در رویه قضایی..... ۲۹۰
۵- مبنای فقهی پذیرش شهادت اقرباء به استناد آیات و روایات..... ۲۹۱
۶- حالات مختلف شهادت اقرباء..... ۲۹۳
۶-۱- شهادت زوجین..... ۲۹۳
۶-۲- شهادت والد و مولود..... ۲۹۴
۶-۳- شهادت سایر اقرباء..... ۲۹۷
۷- تعارض ظاهر و اصل در شهادت اقرباء..... ۲۹۸
۸- تشخیص ارزش شهادت اقرباء..... ۲۹۹
۹- نتیجه گیری..... ۲۹۹
منابع..... ۳۰۰

۲- بررسی فقهی حقوقی اجرای عین تعهد..... ۳۰۳
چکیده..... ۳۰۳
۱- مقدمه..... ۳۰۴
بیان مسأله..... ۳۰۴
۳ - مفهوم اجرای عین تعهد (اجبار به انجام تعهد)..... ۳۰۵
۴- اجرای عین تعهد و خسارت..... ۳۰۷
۵- طرق اجبار متعهد..... ۳۱۱
۵-۱- اجبار مستقیم متعهد..... ۳۱۱
۵-۲- اجبار غیر مستقیم متعهد..... ۳۱۳
۵-۲-۱ جریمه مالی (الزام مالی مدیون)..... ۳۱۳
۵-۲-۲ الزام بدنی (بازداشت برای مطالبات حقوقی)..... ۳۱۵
۶- نتیجه گیری..... ۳۱۷
۷- منابع..... ۳۱۸

۳- بررسی فقهی حقوقی وجه التزام در قراردادها..... ۳۲۳
۱- چکیده..... ۳۲۳
۲- مقدمه..... ۳۲۴
۳- مفهوم وجه التزام (شرط جزایی)..... ۳۲۴
۴- احکام وجه التزام..... ۳۲۶
۵- ارتباط وجه التزام و خسارت..... ۳۳۰
۶- نتیجه گیری..... ۳۳۳
۷- منابع..... ۳۳۴
الف : منابع فارسی..... ۳۳۴
ب : منابع عربی..... ۳۳۵
ج : منابع انگلیسی..... ۳۳۶

۴- بررسی تعهدات بایع در عقد بیع در قانون مدنی فرانسه و حقوق ایران..... ۳۳۷
مقدمه..... ۳۳۷
فصل چهارم - تعهدات فروشنده..... ۳۳۸
بخش اول - شرایط و تمهیدات کلی..... ۳۳۸
۱- تفسیر موارد مبهم قرارداد..... ۳۳۸
۲- تعهدات فروشنده..... ۳۳۸
بخش دوم - تحویل مبیع..... ۳۳۹
۳- تحویل مبیع..... ۳۳۹
۴- تعهد تحویل اموال غیر منقول..... ۳۴۰
۵- تحویل اموال منقول..... ۳۴۱
۶- تحویل وانتقال حقوق معنوی..... ۳۴۲
۷- هزینه‌های انتقال..... ۳۴۴
۸- محل تحویل مبیع..... ۳۴۵
۹- زمان تحویل مبیع..... ۳۴۵
۱۰- تأخیر در تحویل مبیع..... ۳۴۸

منابع..... ۳۵۳

۵-مرور زمان..... ۳۵۵

مقدمه..... ۳۵۵

مبحث اول: مفهوم مرور زمان..... ۳۵۵

مبحث دوم: انواع مرور زمان..... ۳۵۵

مبحث سوم: مرور زمان و مهلت..... ۳۵۷

مبحث چهارم: تکلیف مرور زمان در مقررات فعلی..... ۳۵۸

منابع..... ۳۵۹

۶-روند اجرای حکم در قانون اجرای احکام مدنی..... ۳۶۱

مقدمه..... ۳۶۱

۱- درخواست صدور اجرائیه و اقدامات دادگاه..... ۳۶۱

۲.شرایط توقیف اموال..... ۳۶۳

۳-جمع بین مواد ۵۶ و ۵۷ قانون اجرای احکام مدنی:..... ۳۶۵

منابع و مآخذ..... ۳۶۸

۷- موارد رد دادرس در قانون امور حسبی..... ۳۷۱

۲- دادگاه صالح در مورد رد دادرس..... ۳۸۳

۳- حدود اختیار در رد دادرس..... ۳۸۳

۴- آثار عدم صلاحیت محلی دادگاه یا امتناع دادرس..... ۳۸۴

منابع..... ۳۸۶

۸- احکام اشیاء پیدا شده در قانون مدنی ، قوانین مرتبط و فقه..... ۳۸۷

مقدمه..... ۳۸۷

۱- اشیاء پیدا شده..... ۳۸۷

۱-۱- شرایط تملک مال پیدا شده..... ۳۸۷

۱-۲- تعریف مال پیدا شده..... ۳۸۸

۱-۲-۱- ساقط شدن تکلیف تعریف مال پیدا شده..... ۳۹۰
۱-۲-۲- مفهوم تعریف..... ۳۹۰
۱-۳- پیدا شدن مال در بیابان یا خرابه..... ۳۹۱
۱-۴- پیدا شدن مال در ملک غیر..... ۳۹۲
۱-۵- عدم قابلیت بقای مال پیدا شده..... ۳۹۳
۱-۶- تلف مال پیدا شده..... ۳۹۴
۱-۷- منافع مال پیدا شده..... ۳۹۴
۱-۸- قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹/۸/۱۲..... ۳۹۵
منابع..... ۴۰۱

۹- اضرار به غیر در املاک مجاور در قانون مدنی..... ۴۰۳
مقدمه..... ۴۰۳
۱- خروجی به فضای خانه همسایه..... ۴۰۳
۲- ورود شاخه درخت به خانه همسایه..... ۴۰۳
۳- تصرف در ملک خود و اضرار به غیر..... ۴۰۴
۴- باز کردن در، روزنه، یا شبکه به خانه همسایه..... ۴۰۷
منابع..... ۴۰۸

۱۰- احکام اموالی که مالک خاص ندارد در قانون مدنی و فقه..... ۴۰۹
مقدمه..... ۴۰۹
۱- استفاده از اموالی که مالک خاص ندارد..... ۴۰۹
۲- طرق و شوارع عامه..... ۴۱۰
۳- اموال مورد استفاده عموم..... ۴۱۲
۴- اموال دولتی و شهرداری..... ۴۱۳
۵- مباحات..... ۴۱۵
۶- اموال مجهول‌المالک و استفاده از آنها..... ۴۱۵
منابع..... ۴۱۸

۱۱- شرایط رجوع ضامن به مضمون عنه در قانون مدنی ۴۱۹
مقدمه ۴۱۹
۱- ادای دین توسط ضامن ۴۲۰
۲- حواله دین از جانب ضامن وآثار آن ۴۲۲
۳- تکرار پرداخت دین توسط مضمون عنه بعد از پرداخت ضامن ۴۲۳
۴- وراثت ضامن از مضمون له ۴۲۴
۵- پرداخت ضامن به میزانی کمتر از دین ۴۲۴
۶- پرداخت ضامن به میزانی بیشتر از دین ۴۲۵
۷- پرداخت دین قبل از موعد توسط ضامن ۴۲۵
۸- پرداخت دین بدون مدت توسط ضامن ۴۲۶
منابع ۴۲۶

۱۲- تقسیم در قانون امور حسبی ۴۲۷
۱- درخواست تقسیم ۴۲۸
۲- اشخاصی که حق درخواست تقسیم دارند ۴۴۸
۳- مرور زمان نسبت به درخواست تقسیم ۴۵۰
۴- درخواست تقسیم با وجود ورثه‌ای که غائب مفقودالاثر است ۴۵۱
۵- شرایط درخواست تقسیم ۴۵۱
منابع ۴۵۵

۱۳- فروش اموال محجور در قانون امور حسبی ۴۵۷
مقدمه ۴۵۷
۲- فروش اموال منقولی که مورد احتیاج محجور نیست ۴۵۸
۳- نفقه محجور ۴۶۲
۴- شرایط فروش اموال غیرمنقول محجور ۴۶۴
منابع ۴۷۵

۱۴- بررسی فقهی - حقوقی حق حبس در قراردادها..... ۴۷۷
چکیده..... ۴۷۷
۱- مقدمه..... ۴۷۸
۲- انواع حق حبس..... ۴۸۰
۲-۱ حق حبس متعادل (متقارن)(EQUITABLE LINE)..... ۴۸۰
۲-۲ حق حبس تصرف(POSSESSORY LIEN)..... ۴۸۱
۳- احکام و آثار حق حبس..... ۴۸۵
۳-۱ عدم اختصاص حق حبس به عقد بیع..... ۴۸۵
۳-۲ حال بودن مبیع و ثمن..... ۴۸۶
۳-۳ حق حبس کلی و جزئی..... ۴۸۷
۳-۴ سقوط حق حبس..... ۴۸۸
۳-۵ شرایط اعمال حق حبس..... ۴۸۸
۳-۶ تکلیف قرارداد با اعمال حق حبس..... ۴۸۹
۴- نتیجه گیری..... ۴۹۱
منابع..... ۴۹۳

۱۵-ضمانت در قبال عیب و ایراد مبیع در قانون مدنی فرانسه و حقوق ایران..... ۴۹۷
مقدمه..... ۴۹۷
۱- تضمین عیوب مبیع..... ۴۹۷
۲- پروانه ساخت مبیع..... ۴۹۸
۳- عیوب ساخت..... ۴۹۹
۴- شرط عدم مسئولیت در قبال عیب..... ۵۰۱
۵- استرداد مبیع..... ۵۰۱
۶- عیب و نقص ثمن..... ۵۰۲
۷- عدم اطلاع بایع از عیوب مبیع..... ۵۰۳
۸- تضمین عملکرد سازندگان ابنیه..... ۵۰۳
۹- از بین رفتن مبیع معیوب..... ۵۰۵

۱۰- فسخ بیع به استناد عیب مبیع..... ۵۰۶
۱۱- مزایده..... ۵۰۷

منابع..... ۵۰۹
مواد قانونی به زبان فرانسه..... ۵۰۹
مواد قانون مدنی فرانسه به زبان انگلیسی..... ۵۱۱

دیدگاه قضات در مسائل حقوق خصوصی

مقدمه

نوشتار حاضر مجموعه مقالاتی است از ناحیه قضات دادگستری استان فارس (محمد مجتبی رودیجانی قاضی دادگاه حقوقی شیراز، حجت الاسلام و المسلمین سید کاظم موسوی رئیس کل دادگستری استان فارس، دکتر رشید رشیدی رئیس دادگاه های عمومی و انقلاب شیراز، دکتر ارسلان اشرافی معاون فرهنگی و منابع انسانی دادگستری کل استان فارس، دکتر بهنام باقری معاون رئیس کل دادگاههای عمومی و انقلاب شیراز، دکترصمد چوبینه مستشار دادگاه تجدید نظر فارس و دکتر علی جعفری قاضی دادگاه حقوقی شیراز) که در موضوعات مختلف حقوق خصوصی تالیف گردیده است. علاوه بر اینکه سعی شده به ظرایف مربوط به موضوعات حقوق خصوصی توجه شود، نویسندگان به روان بودن و ساده نویسی نیز توجه داشته‌اند.ذهن قاضی ذهن جستجوگر و عدالت طلب است.قاضی جهت حل و فصل اختلافات بین اشخاص، علاوه بر مطالعات حقوقی و فقهی می‌بایست دارای شم قضایی باشد یعنی آنچه از آن به عنوان کنکاش ذهن قاضی در ورای آنچه طرفین و بعضا اشخاص دخیل در دادرسی سعی بر القای آن به قاضی دارند، یاد می‌گردد. قاضی بی‌طرفانه در جستجوی حقیقت و عدالت و پاسداری از احکام حقه شرعی و قانونی است، که در راستای پاسداری از آنها سوگند یاد نموده است.

امید است که نوشتار حاضر مورد استفاده جامعه حقوقی و دانشجویان رشته حقوق واقع گردد.

با توکل بر خداوند متعال، ائمه اطهار و دماء شهداء، این راه ادامه خواهد یافت.

در گذر از نام و بنگر در صفات　　تا صفاتت ره نماید سوی ذات
اختلاف خلق از نام اوفتاد　　چون به معنی رفت آرام اوفتاد

محمد مجتبی رودیجانی
قاضی دادگستری
مدرس دانشگاه

۱– بررسی تطبیقی اجرای اختیاری تعهد

ارسلان اشرافی
محمد مجتبی رودیجانی

چکیده

اجرای اختیاری تعهد عبارت است از اینکه متعهد تعهد خود اعم از انجام عمل یا ترک عمل یا تحویل کالا را به میل و اراده خود اجرا نموده و نیازی به اجبار متعهد از طریق مراجع قانونی نباشد.این اجـرا دارای عناصری است از جمله: علم داشتن به عمل، استقلال در وفاء و عمـل بـر وفـق عقـد. بنـابراین منظور آن اجرایی است که ناشی از اجبار و اکراه متعهد نباشد. هرچند که در ابتدا اجـرای اختیـاری موضوعی بسیط می‌نماید منتها فروعات آن در بررسی تطبیقی بـا حقوق خارجی و همچنین ارتبـاط آن با اجرای عین تعهد مسائلی است که نوشتارحاضر در پی روشن نمودن زوایای آن می‌باشد. در این زمینه باید توجه داشت که عناوین به کار رفته در حقوق انگلیس در این زمینه عناوینی هستند که با حقوق ایران قابل تطبیق بوده و در واقع نویسندگان قانون مدنی توانسته‌اند این موارد را در قالب مواد قانون مدنی به خوبی نمایان ساخته و تحقیق حاضر نیز به دنبال بیان این انطبـاق در زمینـه اجـرای اختیاری تعهد می‌باشد.

واژگان کلیدی: اجرای اختیاری، اجرای اجباری، وسایل پرداخت، اجرای اساسی تعهد، تعهدات قابل تقسیم

۲- مقدمه

به طور کلی برای اجرای تعهدات ناشی از قرارداد دو راه وجود دارد: ۱- اجرای اختیاری مفاد قرارداد ۲- اجرای اجباری مفاد قرارداد. منظور از اجرای مفاد قرارداد که اصطلاح performance در حقوق خارجی برای آن به کار برده می‌شود، همان اجرای تعهدات ناشی از عقد است (علی احمدی، ۱۳۷۵: ۳۵) و همانطور که گفته شد غرض اصلی از انعقاد قرارداد اجرای تعهدات ناشی از آن است. اجراء قرارداد مرحله ای است که تعهدات قراردادی به وسیله آن ساقط می‌شوند و طرفین برای الذمه می‌شوند البته به وسیله انجام تعهدات مطابق با مفاد قرارداد (richard and barry,1998 : 375) اجرای عقد از این امر سرچشمه می‌گیرد که اشخاص به هر چیزی که در ضمن عقد ملتزم شده‌اند، واجب است که آنرا به جای آورند (البجنوردی، ۱۴۱۹ه: ۲۷۶/۷و الموسوی الخمینی، ۱۴۱۰ه :۵۲/۱) و وجوب اجرا همه عقود را در بر می‌گیرد چه لازم و چه جایز یعنی عقد جایز هم باید اجرا شود (اصل لازم الاتباع بودن عقود) (الطباطبائی الیزدی، ۱۳۷۸ه :۴/۲ والنجفی الخوانساری، ۱۴۱۸ه :۱۱/۳). البته همانگونه که در ادامه اشاره خواهد شد در بحث اجرای عین تعهد متبادر به ذهن اجرای اجباری تعهد است در حالی که اجرای اختیاری تعهد نیز به نوعی تحت شمول آن قرار می‌گیرد و به همین دلیل اجرای اختیاری تعهد نیز نیاز به بررسی دارد.

۲- مفهوم اجرای عین تعهد (اجبار به انجام تعهد)

اجرای عین تعهد یا اجبار به انجام تعهد (علی احمدی، ۱۳۷۵ :۲۴۳ و داکسبری، ۱۳۷۷: ۱۱۵) عبارت است از اینکه متعهد آنچه را که به آن ملتزم شده است تا هنگامی که امکان اجرای آن وجود داشته باشد اجرا نماید،[۱] (صدر ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران) و در حقیقت اگر متعهد به اختیار خود آنچه را که متعهد شده اجرا نکند اجرای قهری و جبری علیه او آغاز می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸ :۱۵۱/۱) به این ترتیب اجرای عین تعهد در مقابل اجرای اختیاری تعهد قرار می‌گیرد. در حقوق ایران اجرای اجباری عقد به عنوان یک اصل مسلم پذیرفته شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳:

۱- Specific performance « تنفیذ عین ما التزام به المدین متی کان ذلک ممکناً» ر، ک: (کرم ، ۱٤۰۷ه: ۱٥٦) در رأی شماره ۳۲-۲٤ مورخ ۱۳۷۲/۱/۱۷ صادره از شعبه ۲٤ دیوان عالی کشور با موضوع الزام به تنظیم سند رسمی متعاقب انعقاد عقد بیع با سند عادی، تصریح شده که هر کس تعهد انجام کاری را می‌کند ملزم به انجام و اجرای آن خواهد بود، ر، ک: (بازگیر، ۱۳۷۹: ۲۱۱).

۸۳/۴) آنچه در مورد لازم‌الاتباع بودن عقد گفته شده بیانگر این مطلب است که متعاملین ابتداً ملزم به اجرای مفاد قرارداد هستند و این موضوع درصدر ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران نیز مورد اشاره قرار گرفته است و همچنین موثر بودن قرارداد نسبت به طرفین (ماده ۲۳۱ قانون مدنی ایران) که در اصل نسبی بودن مورد اشاره قرار گرفت، به معنی الزام طرفین به انجام تعهدات ناشی از عقد نیز می‌باشد. به همین دلیل است که در حقوق عربی برخی در تعریف اجرای عین تعهد گفته‌اند: «تنفیذ خال من الشرط و الأجل» (الیعقوب، ۱۹۹۵: ۱۰۸۵/۱) یعنی طرفین ملزم به اجرای تعهداتی هستند که بر عهده آنها قرارداده شده و این باید به صورت تنفیذ بسیط و بدون هیچ پیش شرطی صورت بگیرد و تأخیر نیز نداشته باشد.

۳- مفهوم اجرای تعهد به صورت اختیاری

منظور از اجرای اختیاری تعهد این است که متعهدی که در قرارداد ملتزم به انجام امری یا ترک عملی یا تحویل کالائی شده، آنرا به میل خود به جای آورد و نیازی به اعمال فشار از ناحیه متعهد له به وسیله دادگاه نباشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۳۴۲ و قاسم زاده، ۱۳۸۳: ۱۷۵ و جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۲۶) در حقوق کشورهای عربی به این مورد «التنفیذ الاختیاری» گفته می‌شود. (ابوبکر، ۲۰۰۳: ۹۰) البته همانطور که گفته شد چون اجرای قرارداد در برخی مواقع نیاز به اراده انشائی ایفاء کننده دارد، عنصر اختیار بیشتر نمود پیدا می‌کند. در فقه اختیار به این صورت در مورد عبادات مطرح شده «یعتبر فی العباده ان یکون المحرک نجع(اثر) العمل هو الداعی الالهی علی سبیل الاستقلال». (الموسوی الخوئی، ۱۳۶۵: ۳۸۰/۱) و «ان العبادة بما انما عمل اختیاري صادر من عاقل مختار». (همو، ۱۳۶۵: ۱۴/۳) با بررسی بیشتر مشخص می‌شود که منظور از اختیار و داعی در اینجا به معنی وجود قصد قربت است زیرا در همانجا گفته شده که در عقدی مانند اجاره قصد قربت شرط نیست. (همو، ۱۳۶۵: ۳۷۷/۱) پس اختیار و قصد و نیت در مورد عبادات بیشتر در مفهوم قصد قربت به کار برده می‌شود. به عبارت بهتر گفته شده که در عبادات باید مکلف، عمل اختیاری را که انجام می‌دهد قصد کرده باشد که برای قربت به خداوند باشد (عمل اختیاری همراه با قصد قربت). (البحرانی، بی تا: ۱۷۲/۲) اما در مورد اجرای مفاد قرارداد قصد قربت لازم نیست و اراده به تنهایی

کافی است: «کل عمل اختیاري فهو مسبوق بـالارادة ». (الحسینی الروحانی، ۱۴۱۳ه: ۳۶۹/۵)[۱] در فقـه «الوفاء الاختیاری» در برابر «الوفاء الاجباری» قرار گرفته است. (الموسوی الخوئی، ۱۳۷۷ه: ۳۷۲/۵) همچنین اصطلاحات «وفاء بـاختیاره » و نیز «وفاء بالعقد الاختیاراً» نیز به کار رفته اسـت. (الاخونـد الخراسانی، ۱۴۰۶ه: ۳۱) آنچه از نظر فقیه اخیر برداشت می‌شود این است که عناصر وفـاء اختیـاری عبارتند از : علم داشتن به عمل، استقلال در وفاء و عمل بر وفق عقد.

در حقوق انگلیس برای وفاء اختیاری اصطلاح Voluntary payment به کار بـرده مـی‌شـود. یعنـی وفائی که ناشی از اجبار و اکراه متعهد له نباشد. (a.garner,1987: 1166) اجـرای تعهـد بـه طریـق اختیاری در قراردادهای فروش کالا به خوبی نمایان می‌شـود. فروشـنده کـالا را تحویـل مـی‌دهـد و خریدار هم ثمن را می‌پـردازد.(richard and barry,1998: 373.upex,1991: 223) یعنـی اجـرای قرارداد بر اساس مفاد آن بدون هیچ گونه اجباری صورت می‌پذیرد و این گونه اجـرا معمـولی تـرین شیوه سقوط تعهدات و بری الذمه شدن متعهد می‌باشد. (treitel,1999: 697) و هنگامی که طرفین قرارداد به تعهدات خود عمل می‌کنند قرارداد خاتمه پیدا می‌کنـد. (brown,1989: 139) در حقـوق لبنان نیز اشاره شده است که تنفیذ اختیاری آن تنفیذ و اجرائی است که به اختیـار متعهـد صـورت می‌گیرد و متعهد، تعهدات نـاشی از عقد را بدون اجبار و فشار انجام می‌دهد. (ناصـیف، ۱۹۹۴: ۱۶/۳ و سعد، ۱۹۹۵: ۲۷/۲) جدای از اینکه اجرای تعهد به صورت عینی باشد یا به صورت بدلی[۲] و در هـر حال آنچه مهم است عنصر اختیار متعهد در اجرای تعهد است که در اینجا وجود دارد.بنابراین در این مبحث باید به بررسی مسائل مختلف راجع به اجرای اختیاری تعهد پرداخته شود تا مسائل مربوط به اجرای عین تعهد به طور کامل روشن گردد. از آنجا که امروزه اجرای تعهدات بـا موضـوع وجـه نقـد بیشتر رواج دارد وعلاوه براین پرداخت با چک وکارت اعتباری نیز از اهمیت برخوردار است، بایـد بـه این دو موضوع ابتدا پرداخته شود. مسائل مطروحه در این مباحث بـه روشـن شـدن مفهـوم اجـرای اختیاری تعهد و ارتباط آن با اجرای عین تعهد کمک می‌نماید. و ایـن همـان مطلبـی اسـت کـه در حقوق ایران به آن توجه نشده در حالی که بدون آن بحث اجرای عین تعهد ناقص خواهد بود.

۱- «أن التعهد عملية اختيارية فلا بد أن يكون متعلقها أمراً اختياراً و قصد التفهيم عمل اختياري ، بينما خطور المعني أمر غير اختياري ، فكيف يتعلق به التعهد الاختياري » ر.ك: (الحسيني السيستاني، سيد علي، ۱۴۱۴ه: ۱۷۷)

۲- اذا تعذر الاصل يصار الى البدل

۴- انواع اجرای اختیاری تعهد

در این قسمت به بررسی انواع اجرای اختیاری تعهد و فروعات مربوطه پرداخته می‌شود.

۴-۱- اجرای تعهد با موضوع وجه نقد

منظور از اجرای تعهدی که موضوع آن وجه نقد است یا به عبارت دیگر ایفای تعهدات پولی، (باطنی، ۱۳۷۷: ۸) این است که موضوع تعهد با لاصالهٔ پرداخت وجه نقد است روشن است که اینگونه تعهدات نیز جزء تعهداتی می‌باشد که موضوع آنها انتقال مال است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۵۱). اما مسائل خاصی نیز در رابطه با آن مطرح می‌شود. گفته شده که «هر چیزی که بهای کالاها یا خدمات قرار گیرد ثمن (پول) شمرده می‌شود». (مصباحی، ۱۳۸۰: ۷۲) در واقع هنگامی که در معامله‌ای فروشنده تعهد خود که تحویل کالاست را انجام می‌دهد، خریدار نیز مکلف به پرداخت ثمن خواهد بود. (Adams,2000 : 226) و منظور از تعهد به وجه نقد همان معنی عرفی آن یعنی پول است. به عنوان مثال در عقدی مانند قرض حتماً لازم نیست که مال مورد قرض وجه نقد باشد و می‌تواند مثلاً چند خروار گندم یا از این قبیل باشد. (کاتوزیان، ۱۳۵۶: ۴۵۶/۱) و در این صورت بحثهای این قسمت در مورد آن مطرح نمی‌شود. این امر در فقه نیز مورد تأکید قرار گرفته که متعارف در خرید و فروش این است که ثمن، پول باشد یعنی آنچه از ثمن به ذهن متبادر می‌شود پول معمولی و رایج است. «پول چیزی است که بیانگر و حافظ ارزش مبادله ای باشد یا چیزی است که ارزش مصرفی آن، در ارزش مبادله ای آن است». (مصباحی، ۱۳۸۰: ۷۳) یا به عبارت دیگر «پول شیء فیزیکی دارای ارزش مبادله ای عام است و ارزش مبادله ای اعم از ارزش مبادله ای اعتباری و حقیقی، مترادف با مالیت است.» (یوسفی، بی تا: ۶۳)

بنابراین پول ممکن است ماهیتاً دارای ارزش باشد مانند سکه های طلا و نقره و یا اینکه ممکن است پول اعتباری باشد یعنی مرجع صالح قانونی مالیت و ارزشی را به عنوان قدرت خرید در آن اعتبار نماید و بارزترین نمونه آن اسکناس است.(همو(پول جدید از نگاه دانشمندان)، بی تا: ۱۱۴) هنگامی که از ایفای تعهد به وسیله وجه نقد سخن می‌گوییم منظور وفاء با پول اعم از پول فلزی یا کاغذی است. که البته امروزه با توجه به گسترش معاملات استفاده از پول فلزی در معاملات به پایین‌ترین حد و بلکه صفر رسیده است. در حقوق انگلیس تأکید شده که اولین شکل اجرای کامل یک تعهد به وسیله پرداخت و تأدیه وجه نقد است. در واقع اصطلاح Payment تداعی کننده پرداخت با پول و

وجه نقد است. طرفین یک قرارداد ممکن است صریحاً یا ضمناً توافق نمایند که پرداخت از راههای دیگر انجام شود و اگر که طریقی به طور صریح یا ضمنی تعیین نشده باشد و از اراده اشخاص هم بر نیاید، طریقه پرداخت به وسیله عرف تجاری مشخص می‌شود و اگر طرفین توافق کرده باشند که پرداخت به صورت منظم و با فاصله های متناوب و نوبتی صورت بگیرد، در این صورت پرداخت از ناحیه یکی از طرفین قرارداد در برابر پرداخت طرف دیگر قرار می‌گیرد تا متعادل باشند. (Beatson,1998 :457)

در متون فقهی هنگامی که راجع به پرداخت با وجه نقد سخن به میان می‌آید به دلیل اینکه در گذشته پول واحدی جریان نداشته گفته شده هر گاه در قراردادی مشخص نشود که پول پرداختی از چه نوعی باشد، باید دید که پول منصرف به کدام نوع است و اگر به هیچ وجه مشخص نبود، صحیح نیست چون اکثریت علماء بر اشتراط معلومیت جنس و نوع عوضین اتفاق نظر دارند. (الطباطبائی الیزدی، ۱۳۷۶: ۱۸۹) و برخی نیز گفته‌اند که عقد منصرف است به آنچه که عرف تجاری محل اقتضا دارد. (ابن عابدین، ۱۴۱۵ه: ۴۳/۵)

همچنین در فقه لغت العملة (بضم العین اوکسرها و سکون النون و فتح اللام) (قلعجی، ۱۴۰۸ه: ۳۲۲ و ابوحبیب، ۱۴۰۸ه: ۲۶۲) در معنی نقود و مزد به کار رفته است و اعم از پول مسکوک و اسکناس است. (جر، ۱۳۷۴: ۱۴۸۸/۲) و اشاره شده که پرداخت باید با پول محلی[۱] باشد و به عبارت دیگر با پولی که متداول در محل می‌باشد.[۲] برخی جواز عقد و صحت آنرا بستگی به تعیین جنس و مقدار پول نقد می‌دانستند (الکاسانی الحنفی، ۱۴۰۹ه: ۱۵۵/۷) و برخی نیز معتقد بودند که اگر وجه نقد منصرف به چند پول در محل باشد ولی اهل محل در استعمال آنها تفاوتی قائل نباشند، معامله صحیح است و مشتری می‌تواند از هر کدام که بخواهد پرداخت کند ولی اگر منصرف به چند نوع پول باشد که آنها از نظر قیمت و مقدار مالیت تفاوت داشته باشند، بنابراین این بیع باطل است. (قمی، ۱۳۷۱: ۲۴۸/۲) پیش آمدن اینگونه مسائل به این دلیل بود که در گذشته پول واحدی جریان نداشته در حالی که امروزه وجه نقد منصرف به پول رایج که همان پول تعیین شده توسط دولت است، می‌باشد. همچنین در فقه اشاره شده:

۱- العلمة المحلية

۲- «العملة الصحيحة المتداولة في البلاد »(زين الدين ، بی تا: ۱۳/٤)

در صورتی که شخص ذمه اش با پول خاصی مشغول شود که آن پول در محل رایج بوده است اما بعداً دولت رواج آن پول را ممنوع نماید، واجب است که از پول جدید پرداخت نماید ولی در ادامه گفته شده: «و اما اذا اسقطت العملة رأساً أو سقط العملة بنفسها عن المالية لسقوط الدولة، فلايجب الوفاء بغيرها مما كان بسعرها من النقود أو الاعيان الأخري». (حکیم، ۱۴۱۶: ۹۹/۲) بر این کلام اشکال وارد است به این صورت که چگونه می‌توان دینی را که بر ذمه ثابت شده است بدون سبب ساقط نمود. مضافاً اینکه گفته شد پول رایج کنونی که همان اسکناس است ارزش اعتباری و مبادلاتی خود را از مرجع قانونی اخذ می‌کند و تفاوتی نمی‌کند که پول توسط کدام حکومت دارای اعتبار شده است بلکه مهم این است که رواج داشته باشد و بتوان با آن بدهی را پرداخت. پس ساقط شدن نوعی از پول توسط حکومت خاصی موجب بری الذمه شدن متعهد نمی شود، چون پول اعتباری است و می‌تواند از پول رایج جدید بپردازد.

با توجه به اینکه بیشتر نویسندگان ماهیت پولهای امروزی را مثلی می‌دانند (یوسفی، بی تا: ۱۱۰) و با توجه به ملاک ماده ۳۱۲ قانون مدنی ایران، [۱] حتی اگر مثل آن پولی که مورد تعهد بوده به دلیل ساقط شدن از مالیت توسط حکومت، پیدا نشود، باید قیمت آن با محاسبه پول جدید پرداخت شود و ساقط شدن ذمه در واقع جواز اکل مال به باطل است که مسلماً مردود است.

بند ج از ماده ۲ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۵۱/۴/۱۸ مذکور می‌دارد: «تعهد پرداخت هر گونه دین و یا بدهی فقط به پول رایج کشور انجام پذیر است مگر آنکه با رعایت مقررات ارزی کشورترتیب دیگری بین بدهکار و بستانکار داده شده باشد.» همانگونه که برای پرداخت با وجه نقد زمان مشخصی بین طرفین قرار داده می‌شود، (treitel,1991 : 697) طرفین می‌توانند پرداخت پول را با ارز دیگری غیر از پول رایج مملکت خود قرار دهند که به آن پرداخت ارزی گفته می‌شود. (علی احمدی، ۱۳۷۵: ۷۸)

قانون تعهدات سوئیس در بند ۱ ماده ۸۴ مذکور می‌دارد: «انجام تعهدی که موضوع آن مبلغی وجه است با پول رایج کشور عملی می‌شود». [۲]

۱- ماده ۳۱۲: « هر گاه مال مغصوب مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت حین الاداء را بدهد»

2- متن فرانسوی ماده Art 84: “ le paiement dúne dette qui a pour object une somme dárgent se fait en monnaie du pays”

در بند دوم همین ماده مذکور می‌دارد: «اگر قرارداد پولی را معین کرده باشد که در محل پرداخت رواج قانونی ندارد، تأدیه دین را می‌توان با پول رایج کشور، به نرخ روز حال شدن آن انجام داد».[1] بنابراین عدم رواج قانونی یا سلب اعتبار از پول موجب بری الذمه شدن متعهد نخواهد شد.

۴-۲-پرداخت با چک یا کارت اعتباری

یکی از مهمترین وسایل پرداخت در معاملات چک است که به دلیل گسترش استفاده از آن در کنار پرداخت با وجه نقد مورد بررسی قرار می‌گیرد. چک عبارت است از نوشته و وسیله ای که توسط اشخاص بر عهده بانک صادر و امضاء می‌شود و تقاضا می‌شود که بانک از محل حساب شخص وجه آنرا به دارنده بپردازد.(دویدار، ۱۹۹۵: ۱۷۵/۲ و 252 : a.garner,2004 (امروزه پرداختها اغلب از طریق سیستم بانکی انجام می‌شود. صادر کننده چک ممکن است از بانک بخواهد مبلغ معینی را به حساب طلبکار در بانک دیگری حواله نماید. این انتقال و حواله ممکن است به وسیله انتقال پستی یعنی دستور پرداخت به صورت مکتوب و یا انتقال به وسیله تلگراف باشد(سماواتی، ۱۳۷۷: ۱۰۸) و همچنین این حواله می‌تواند از طریق الکترونیکی و به وسیله رایانه انجام شود. : beatson,1998) (479 البته صادر کننده چک و یا سایر اسناد تجاری هنگامی بری الذمه می‌شود که سند مورد قبول واقع شده باشد.(treitel,1999: 698)[2]

برخی فقهاء نیز اشاره کرده‌اند اگر پول مبیع با چک یا سفته پرداخته شود و آن چک یا سفته از بین برود باز هم ذمه مشتری مشغول است و باید وجه را بپردازد در حالی که اگر وجه نقد پرداخته شود و از بین رفته بود، از کیسه فروشنده محسوب می‌شد و به مشتری ربطی نداشت. (الموسوی الخوئی، ۱۴۱۲ه: ۵۲۶) هنگامی که چک توسط صادر کننده تحویل گیرنده می‌شود، در واقع طلبکار به طور ضمنی متعهد شده است که ادعائی بابت بدهی اصلی نداشته باشد.) (treitel,1999 : 698 یعنی نمی تواند پس از دریافت و قبول چک بابت وجهی که می‌توانسته به صورت نقد دریافت کند، اقامه دعوا نماید و ادعائی داشته باشد بلکه باید تا سر رسید سند منتظر بماند. البته اثبات قصد خلاف در حقوق

1- متن فرانسوی ماده : " Si le contrat indique une monnaie qui ńa pas cours légal dans le lieu du paiement , la dette peut etre acquittee en monnaie du pays au cours du jour de ĺecheane " .

2- Treitel , G. ، H ، op ، cit ، p: 698.

در حقوق ایرلند money bills را به معنی اسناد پولی در همین رابطه به کار برده‌اند :←

←ر، ک :(casey,2000: 16)

انگلیس امکان پذیر است به این صورت که طلبکار بتواند ثابت کند که سند را تنها به عنوان وثیقه دین اصلی دریافت کرده و تنها پشتوانه پرداخت وجه نقد است نه اینکه وسیله پرداخت باشد، بنابراین برای طلب اصلی می‌تواند اقامه دعوا نماید. (بندج ماده ۱۳ قانون صدور چک اصلاحی ۱۳۸۲/۶/۲ در حقوق ایران به چک بابت تضمین اشاره دارد).

مجموعه قانون عناصر حقوقی قراردادهای تجاری بین المللی مصوب ۱۹۹۴ در قسمت ۶-۱-۷ بند اول مذکور می‌دارد: «پرداخت ممکن است انجام شود به وسیله چک یا سایر اسناد تجاری و یا ممکن است از هر طریقی که معمول تجارت است برای پرداخت در مکان آن استفاده شود ». و بند دوم همین ماده نیز مذکور می‌دارد که اگر متعهد له به طور اختیاری چک را قبول نماید در این صورت نمی تواند بعد از قبول بر خلاف آن عمل نماید. یعنی برای وجه آن قبل از سر رسید اقامه دعوا نماید. (carri and kinder,2003: 593)[1] همچنین پیمان متحد الشکل اسناد تجاری بین المللی و اسناد تعهد آور بین المللی مصوب ۱۹۸۸ در ماده ۷۲ مذکور می‌دارد: «یک طرف قرارداد می‌تواند با دادن یکی از اسناد تجاری به طرف دیگر قرارداد خود را بری الذمه نماید البته بری الذمه شدن هنگامی است که خود او یا یکی از ظهر نویسها بر اساس آن سند مبلغ را بپردازد.»[2] ماده ۷۱ همان قانون نیز مذکور داشته که سند هنگامی می‌تواند طرف صادر کننده را بری الذمه نماید که تمام مبلغ مندرج در آن توسط وی پرداخته شود. این نکته که صدور چک جایگزین پرداخت با پول نقد است و هنگامی تکمیل می‌شود که پول وصول شده باشد توسط نویسندگان حقوق انگلیس مورد تأکید قرار گرفته است. همچنین در حواله بانکی هیچ پرداختی نمی‌تواند از طرف بانکی که دستوری را برای دریافت پول از بانک بدهکار دریافت کرده است، جایگزین شود و بانک طلبکار موظف است روی دستور عمل کند و مبلغ طلب را به حساب طلبکار واریز نماید (beatson,1998: 479).

(mardor peach co. v. Attica sea carriers corporation of Liberia, 1977)

در مورد کارت اعتباری یا کارت خرید نسیه نیز گفته شده : «شخص حقیقی یا حقوقی کارتی صادر می‌کند که این امکان را برای دارنده آن فراهم می‌آورد که با آن کالا یا خدمتی را بخرد یا به وسیله آن پول نقد را از کسی که اعتماد به آن کارت دارد بگیرد و صادر کننده ان، پرداخت بهای آن کالا یا

1- unidroit principles of international commercial contracts , 1994.

2- United nations convention on internationals bills of exchang and international promisspry notes , 1988.

خدمت یا عوض پول نقد را از جانب دارنده کارت، تعهد می‌کند. سپس آنچه را که پرداخت کـرده، از او یا از حسابش برداشت می‌کنند ». (تسخیری، بی تا: ۴۲) در واقع به وسیله کارت اعتباری مشـتری تعهدات خود را ساقط می‌کند و آن شخص حقیقی و حقوقی که کارت را صادر کرده و خود قـرارداد جداگانه ای با دارنده کارت منعقد کرده است، با اعتباری که به آن کارت داده زمینه بازپرداخت دیـن ایجاد شده را فراهم می‌آورد. (Ewan,2001 : 418) و سپس بانک یا شخص حقیقی و حقوقی دیگری که کارت را صادر کرده از حساب دارنده کارت برداشت می‌کند.

در صورتی که شرکت صادر کننده از پرداخت قصور نماید یا اینکه مـانعی باعـث شـود کـه پرداخـت صورت نگیرد (مثلاً شرکت ورشکست شود) در این حالت تنها شرکت مسئول جبران خسـارات وارده است نه مشتری، زیرا مشتری مطابق توافق با آن شرکت عمل کرده و نمـی توانـد قصـور شـرکت را متوجه وی کرد. (treitel,1999: 498) بنابراین فروشنده باید به شرکت رجوع نماید، البته در موردی که بانک یا شرکت با اعتماد به شخص و با توجه به اعتبار وی اقدام به صـدور کـارت کنـد و سـپس نتواند به هر دلیلی از حساب وی برداشت کند (مثلاً به دلیـل خـالی بـودن حسـاب) در ایـن حالـت می‌توان تقصیر را متوجه دارنده کارت کرد. برخی نویسندگان سعی کرده‌انـد با توجه بـه آرای فقهـی در مورد حواله، کارتهای اعتباری را مطابق با آن قرار دهند (تسخیری، بـی تـا: ۴۴ و توانـایان فـرد، ۱۳۵۷: ۵) ولی به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی ایران[1] چنین قراردادهایی را بتوان نافذ و دارای ماهیت خاص دانست.

۴-۳- انتخاب طریق اجراء از بین چند راه (تخییر بین أمرین)

انتخاب طریق اجراء در حقوق انگلیس تحت عنوان جانشینهای اجرا نیز مورد بررسی قرار گرفته است و مفهوم آن به این صورت است که یک قرارداد می‌تواند مقرر کند که راههای جانشینی برای اجـرای تعهد وجود داشته باشد یا به عبارت دیگر بتوان از بین دو یا چند راه اجرای قرارداد را انتخـاب نمـود (beatson,1998 :481) «البدیل أی احد الأمرین المخیر بینها» مثال بارزی که در فقه می‌توان برای این مورد پیدا کرد در باب مزارعه است که اگر مالک و عامل، زرع را مطلـق گذاشـته باشـند و عـرف محل هم منصرف به نوع خاصی از زرع نباشد، عامل می‌تواند اگر زمین مستعد بـرای چنـد نـوع زرع

۱- ماده ۱۰ قانون مدنی ایران: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

بود، یکی را انتخاب نماید (الطباطبائی الیزدی، ۱۴۱۷ه: ۳۰۹/۵ و زین الدین، بی تا: ۲۴۹/۵) (ماده ۵۲۵ قانون مدنی ایران) بنابراین در تعهدات تخییری یعنی قراردادی که موضوع آن دو یا چند چیز است، متعهد می‌تواند یکی از آنها را انتخاب کرده و انجام دهد.

ماده ۷۱ قانون تعهدات سویس مذکور می‌دارد: «اگر موضوع تعهد به طور نوعی مشخص شده باشد، انتخاب آن با بدهکار است مگر اینکه خلاف آن از طبیعت امور بر آید. معهذا متعهد حق ندارد چیزی را تأدیه کند که از نظر کیفیت پائین تر از متوسط باشد.» (واحدی، ۱۳۷۸: ۳۲).

وماده ۱۱۸۹ قانون مدنی فرانسه نیز در همین مورد مذکور می‌دارد: «متعهد، تعهد تخییری با تسلیم یکی از دو مال مشمول تعهد، بری می‌شود» و ماده ۱۱۹۰ همان قانون مذکور می‌دارد: «انتخاب حق متعهد است، در صورتی که این حق صریحاً به متعهد له واگذار نشده باشد».[1] بنابراین اگر در قراردادی مقرر شده باشد که مثلاً محموله کشتی که توسط شخصی فرستاده می‌شود به طریق مخصوصی و در زمان مشخصی حمل شود، در اینجا یک طریق برای اجرا وجود دارد که باید بر اساس همان عمل شود اما در صورتی که اجازه داده شود که بین دو راه اجرا یکی انتخاب شود بدون اینکه یکی معین شده باشد در این صورت حق انتخاب برای متعهد وجود دارد. مثلاً تعهد برای حمل محموله کشتی در ماده اکتبر یا سپتامبر باشد که در این صورت در هر کدام از این زمانها می‌تواند تعهد خود را به جا بیاورد. (Beatson,1998 : 481)

تعهد تخییری در حقوق کشورهای عربی تحت عنوان «الالتزام التخییری » آمده است (السنهوری، ۱۹۹۸: ۱۳۸/۳) (ماده ۲۷۵ قانون مدنی مصر)[2] التزام تخییری، التزام به شی ء غیر معین نیست بلکه التزام به انجام یک عمل یا تحویل شی از بین اشیاء معین است. همچنین در حقوق مصر اشاره شده که در التزام تخییری هنگامی که محل التزام، انتخاب می‌شود، مالکیت از وقت انعقاد عقد منتقل می‌شود نه از وقتی که انتخاب صورت می‌گیرد. در صورتی که در شی کلی فی الذمه انتقال مالکیت از هنگام انتخاب صورت می‌گیرد نه از حین عقد. مفاد ماده ۲۷۵ قانون مدنی مصر در ماده ۵۶ قانون

1- متن انگلیسی ماده Art 1189 : “ the debtor of an alternative obligation is released by the delivery of one of the two things wich were included in the obligation ”.

متن انگلیسی ماده Art 1190 : “ the choice belongs to the debtor , if it has not been expressly granted to the creditor”.

۲- مادة ۲۷۵ من تقنین المدنی المصری: «یکون التزام تخییریاً إذا شمل محله أشیاء متعددة تبرأ ذمه المدین براءة تامة إذا أدي واحداً منها».

موجبات و عقود لبنان آمده است. در حقوق لبنان اشاره شده که اگر قبل از اینکه انتخاب راه اجراء صورت بگیرد، بعضی از راههای اجرا متعذر شوند، در این صورت اجرا منقضی نمی شود بلکه محدود به راههای باقیمانده می‌شود. (سعد، ۱۹۹۸: ۲۴۶/۲) نویسندگان حقوق مدنی در ایران نیز به این مطلب اشاره کرده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۶۸) همچنین در صورتی که مدیون یکی از موضوعات را انتخاب نکند، دائن می‌تواند اجبار وی را از دادگاه بخواهد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۶۳ و سعد، ۱۹۹۵: ۲۴۵)

در هر صورت هنگامی که انتخاب اجرا از بین چند راه امکانپذیر است اگر به دلیلی امکان اجرای بعضی از راهها وجود نداشته باشد (مثلاً به دلیل عقیم شدن و حادثه خارجی)، تعهد به طور کلی ساقط نمی شود و متعهد باید تعهد را در راههای دیگر اجراء نماید. مثلاً اگر در مثال پیش گفته شده متعهد نتواند حمل باررا در سپتامبر به دلیل بدی آب و هوا انجام دهد باید این وظیفه را در ماه اکتبر انجام دهد. ولی اگر تنها یک راه برای اجرا قرار داده شده باشد، باید در همان راه معین شده قرارداد اجرا شود و اگر بر اثر حادثه خارجی آن راه عقیم بماند، تعهد ساقط خواهد بود. پس در مورد اول تعهد جانشین دارد ولی در مورد دوم جانشین وجود ندارد زیرا اجازه برای راه دیگری قرارداده نشده است. نکته آخر اینکه اگر متعهد راه ساده‌تر را برای اجرا انتخاب نماید اشکالی ندارد و مفهوم اجازه برای انتخاب اجرا نیز همین است که چگونگی اجرای تعهد به عهده متعهد باشد. (Beatson,1998 : 282)

۴- ۴- اجرای تمام یا بخشی از تعهد

برخی نویسندگان به اصل مطابقت اجرا با قرارداد اشاره کرده‌اند و مبنای آنرا اراده طرفین قرارداد می‌دانند. (علی احمدی، ۱۳۷۵: ۳۵۸) مطابقت اجرا با قرارداد در واقع اجرای تمام تعهداتی است که طرفین در عقد بر عهده گرفته‌اند. معنی وفاء مساوی است با عمل به آنچه که طرفین عقد ملتزم شده‌اند و معنی (ب) در اوفوا بالعقود شأنی همانند (ب) در العمل بالتزام دارد و مراد از آن عدم تجاوز از عقد و عمل به مفاد عقد است. (الحسینی الروحانی، ۱۴۲۰ه: ۳۰/۱) اصل اولی در هر عقدی، اجرای کامل آن است و اعمالی که طرفین در راه اجرای تعهدات خود انجام می‌دهند مانند تأدیه ثمن و تسلیم مبیع در واقع تتمیم و تکمیل کردن معامله است. (الحکیم، ۱۴۱۶ه: ۱۵۲/۲) برخی اشاره کرده‌اندکه مفهوم اجرای عقد این است که وفاء به عقد استمرار داشته باشد تا جائی که کامل شود: «اعمل بالعقد دائماً و إذا عملت فلا ترجع عن‌ذلک بعنوان النکول‌عن‌الالتزام به». (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۰ه: ۳۷۴/۴ و نجفی، ۱۳۶۸: ۲۰۸/۲۵) بنابراین همانطور که درماده ۷۳ پیمان متحدالشکل اسناد تجاری بین المللی و

اسناد تعهدآور بین المللی مصوب ۱۹۸۸ آمده است: «گیرنده متعهد نیست که اجرای قسمتی از تعهد را قبول نماید و در این صورت اسناد تجاری مربوط به دلیل عدم پرداخت نکول شده تلقی می‌شوند.» (carri and kinder,2003 : 457) همچنین در قسمت ۳- ۱- ۶مجموعه قانون عناصر حقوقی قراردادهای تجاری بین المللی مصوب ۱۹۹۴ اشاره شده که متعهد له می‌تواند پیشنهاد اجرای قسمتی ازتعهد را رد نماید، همچنین در صورتی که در اثر اجرای ناقص قرارداد به متعهد له خسارتی وارد آید وی می‌تواند جبران آن را بخواهد. به عنوان مثال در قضیه moore.v.landaur در سال ۱۹۲۱ طرفین قرارداد توافق کرده بودند که سه هزا ر بسته که هر کدام حاوی ۳۰ قوطی کنسرو بود از استرالیا به انگلستان حمل شود اما در هنگام تحویل هر کدام از بسته‌ها حاوی ۲۴ قوطی کنسرو بود. دادگاه رأی داد که حتی اگر آنچه که انجام شده و قسمتی از تعهد بوده دارای ارزش کمتری از آنچه تعهد شده نباشد به دلیل اینکه قیمت ترقی کرده و همین مقدار هم ارزش مقدار اصلی را داشته باشد، باز هم قصور از اجرا صورت گرفته است و متعهد له می‌تواند همه را رد نماید. (beatson,1998: 457) البته در جائی که متعهد له قسمت انجام شده از قرارداد را قبول می‌کند متعهد است که عوض معقول و مناسب برای آنچه که دریافت کرده را تأدیه نماید.

(Sumpter. v.hedges 1898) (ruff,2005: 156). به طور کلی همانطور که گفته شد، طرف قرارداد باید همه آن چیزی را که در عقد متعهد به آن شده انجام دهد و اجرای جزئی از قرارداد، وفاء نیست(brown,1989: 139). مگر اینکه متعهد له آنرا قبول نماید. در این موارد ما به ازاء کار انجام شده قابل وصول نیست به جز در دو مورد که یکی همین قبول از ناحیه متعهد له است و دیگر اینکه متعهد له قصور کرده و مسئول عدم انجام اجرا باشد که در این صورت هم باید اجرت متعهد را بپردازد.(beatson,1998: 488) در بیشتر موارد مبلغی که برای چنین مواردی ادعا می‌شود بر اساس میزان دارا شدن و میزان استیفاء متهد له است که به آن اجره المثل و اجرت کار انجام شده[1] گفته می‌شود. یعنی مقدار معقولی که در رابطه با خدمت تحویل شده و کار انجام شده که قسمتی از تعهد بوده، باید پرداخت شود.

(Cheshire,1991: 44, upex,1991: 226)

ماده ۲۷۷ قانون مدنی ایران نیز مذکور می‌دارد : «متعهد نمی‌تواند متعهد له را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادله یا قرار اقساط

1- quantum meruit

دهد»حکم این ماده در مورد عدم تجزیه پرداخت در مورد مسئولان تضامنی (چند نفر که مسئول پرداخت یک دین هستند) نیز اجرا می‌شود.(گندمکار، ۱۳۸۴: ۱۵۹)
ماده ۳۰۰ قانون موجبات و عقود لبنان نیز بر عدم جواز تجزیه وفاء تأکید دارد.(سعد، ۱۹۹۸: ۳۴۱) همچنین ماده ۳۴۲ قانون مدنی مصر نیز به این امر اشاره دارد و تجزیه وفاء را تنها در صورتی امکانپذیر می‌داند که توافق طرفین یا نص قانونی وجود داشته باشد.[۱] در حقوق لبنان نیز این استثنائات مورد تأکید واقع شده است. (سعد، ۱۹۹۸: ۳۴۲)

۴-۴-۱ نظریه اجرای اساسی تعهد

نتیجه مهمی که از اصل اجرای کامل قرارداد به دست می‌آید این قاعده کلی است که اجرای یک قرارداد باید دقیق، کامل و عینی باشد. بنابراین متعهد باید قرارداد را در چهارچوب مفاد آن و مطابق با شرایط و قیودی که در آن تعیین شده اجرا نماید. (beatson,1998 : 475) به نظر می‌رسد نویسندگان حقوق مدنی در ایران ذیل عنوان «اصل مطابقت اجرا با قرارداد» به این موضوع نیز نظر داشته‌اند : «اصل آن است که مورد تأدیه اعم از پول، کالا، اموال غیر منقول، فعل و ترک فعل جملگی باید منطبق با مفاد قرارداد و آثار و لوازم عرفی و قانونی آن باشند». (علی احمدی، ۱۳۷۵: ۳۶۱)این موضوع در حقوق مصر نیز مورد تأکید قرار گرفته است. (السنهوری، ۱۳۷۹: ۴۵۰/۲) ماده ۳۱۶ قانون مدنی اردن بند اول مذکور می‌دارد: «یکون التنفیذ اختیاریاً إذا تم بالوفاء او مایعادله» (ابوبکر، ۲۰۰۳: ۹۲) و معادل وفاء چنانچه در حقوق مصر و لبنان اشاره شد مانند اجرای بدل تعهد یا اتحاد ذمه می‌باشد. (السنهوری، ۱۹۹۸: ۷۶۷/۳ و سعد، ۱۹۹۸: ۳۶۱) (ماده ۳۰۰ قانون مدنی ایران).
بنابراین در اجرای اختیاری تعهد، یک قرارداد فقط با یک اجرای دقیق و کامل که به آن اجرای اساسی گفته می‌شود، ساقط خواهد شد. البته ممکن است اجرای یک تعهد اساسی و قابل توجه باشد ولی دقیقاً و عیناً نباشد. طرف قرارداد موظف است تمام تعهد خود را انجام دهد ولی در عین حال متعهد له نمی تواند قرارداد را رد کند چون قسمت اساسی تعهد انجام شده است. (1952- Hoenig.v.lsaacs). در این قرارداد مبلغ توافق شده ۷۰۰ پوند بوده که تأدیه شده و تنها ۵۵ پوند

۱- مادة ۳٤۲ من التقنین المدنی المصری: «لا یجوز للمدین أن یجبر الدائن علی أن یقبل وفاء جزئیاً لحقه ، مالم یوجد اتفاق أو نص یقضی بغیر ذالک» ر، ک: (السنهوری ، ۱۹۹۸: ۷۵۹) و ماده ۳٤۰ قانون مدنی سوریه عیناً همین عبارت را تکرار کرده است، ر، ک: (عدی ، ۱۹۸۲: ٦۲).

باقی مانده است دادگاه رأی داده که اجرای اساسی صورت گرفته هر چند که عینی نبوده است. (Ruff,2005 : 156)

بنابراین باید بین اجرای قسمت اساسی تعهد و اجرای دقیق و عینی آن تفاوت قائل شد. اجرای تعهد به طور دقیق یعنی در یک قرارداد فروش کالا فروشنده کالا را مطابق قرارداد تحویل داده و خریدار نیز ثمن را مطابق قرارداد پرداخت می‌کند.(Richard and barry,1998: 373) در حقوق تجارت از آن تحت عنوان قاعده تحویل و ارائه کامل یاد می‌شود. مثلاً اگر قرارداد فروش یک ضبط صوت باشد اجرای دقیق زمانی است که آنرا فراهم کرده و در اختیار خریدار بگذارد.

جائی که یک اجرای اساسی صورت گرفته متعهد له نمی‌تواند با استناد به عدم اجرای دقیق قرارداد، سقوط تعهد خود را بخواهد چون نقض تعهد از ناحیه متعهد صورت نگرفته بنابراین باید ثمن قسمت اساسی تعهد با ملاحظه قیمت قراردادی پرداخت شود و در اینجا حق رد برای وی وجود ندارد، اما حق دارد که اجرای بقیه تعهد هر چند که جزئی باشد را بخواهد. در قضیه (Dakin. v.lee. 1916) مبلغ قرارداد پیمانکاری ۱۵۰۰ پوند بود که قسمت اساسی تعهد انجام شده و تنها جزئی از آن باقی مانده که به مبلغ ۸۰ پوند ارزیابی شده بود. رأی دادگاه این بود که چون قسمت اساسی انجام شده پس خواهان هیچ گونه ادعائی نمی تواند داشته باشد در حالی که دادگاه استیناف رأی داد که خواهان حق دارد جبران قسمت جزئی قرارداد که از انجام آن قصور به عمل آمده بود را بخواهد. اما اگر اجرای قرارداد به صورت ناقص باشد و عدم اجرای قرارداد جدی باشد حق فسخ قرارداد وجود دارد، چون در این حالت کیفیت رضایت‌بخشی در مورد تحویل وجود ندارد تا آنرا اجرای اساسی تلقی نماییم. (beatson,1998: 482) در برخی قضایا انجام نگرفتن ۱۰٪ قرارداد نیز نقض تلقی شده است، مگر اینکه متعهد له میزان آن را قبول نماید

(upex,1991: 226). (Sumpter. v. Hedges 1898)

بنابر آنچه گفته شد بین اجرای دقیق و عینی تعهد یعنی اجرای قرارداد به صورت کامل و بودن کم و کاست و اجرای اساسی تعهد یعنی اجرای قرارداد به صورتی که مقصود اصلی از قرارداد به دست آید، تفاوت وجود دارد. همچنین اجرای تعهد به طور ناقص نیز با اجرای اساسی تعهد متفاوت است.

بنابراین اجرای اساسی تعهد نیز اجرا بر وفق مفاد قرارداد است نه اینکه با آن تفاوت داشته باشد و تنها اندکی از قرارداد اجرا نشده باقی مانده است که حق اجبار برای آن قسمت جزئی نیز باقی است در صورتی که در اجرای ناقص قرارداد برای متعهدله حق فسخ وجود دارد. (judge,1999: 98) (ماده

۳۸۴ قانون مدنی ایران در موردی که مبیع کمتر از مقدار معین مقرر در عقد باشد برای مشتری حق فسخ پیش بینی کرده است).

۲-۴-۴ تعهدات قابل تقسیم (تعهدات تفکیک پذیر)

تعهدات از این جهت به قابل تقسیم و غیر قابل تقسیم تعبیر می‌شوند که آیا تعهد قابل تجزیه هست یعنی برای اجرای تعهد می‌توان آنرا تجزیه کرد یا اینکه همانند ماده ۷۸۳ قانون مدنی ایران تعهد قابل تجزیه نیست.[۱] و حتماً باید به صورت غیر قابل تجزیه و تفکیک ناپذیر انجام شود. مطلب بعدی راجع به خود قرارداد است که آیا قرارداد می‌تواند به دو عقد منحل شود یعنی یک قرارداد تبدیل به دو قرارداد شود که از آن به انحلال عقد به معنی تبدیل به دو عقد جداگانه، تعبیر می‌کنند. برخی از نویسندگان برای حالت انحلال عقد ماده ۳۷۲ قانون مدنی ایران[۲] و برای تعهد تجزیه ناپذیر (مشترک)، تعهد التزام چند کفیل به حاضر کردن مدیون در دادگاه را ذکر می‌کنند. (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۷۴) قانون مدنی فرانسه در مواد ۱۲۱۷ تا ۱۲۲۵ به تعهدات قابل تقسیم و غیر قابل تقسیم اشاره کرده است.(n.hazard and j.wagner,1995 : 230)

در مورد انحلال عقد معمولاً مثالهایی ذکر می‌شود که یک قسمت عقد باطل و قسمت دیگر صحیح باشد و بنابراین عقد به دو قسمت صحیح و باطل منحل می‌شود مانند خرید خمر و سرکه با هم. در صورتی که اگر قسمتی از عقد اقاله شود و قسمت دیگر باقی بماند، یک عقد بسیط منحل به دو عقد شده است. (الطباطبائی الیزدی، ۱۳۷۸ه: ۸۳/۲ و الآملی، ۱۴۱۳ه: ۱۴۵/۱) «فملاك جواز الفسخ بالنسبة الي البعض هو انحلال العقد الي عقود المتعددة» (نجفی الخوانساری، ۱۴۱۸ه: ۳۰۱/۳) و در جای دیگری گفته شده: «کما اذا کان مالکها مختلفا او کان بعضها مما لا یقبل التملک او کان بعضها حیواناً و بعضها غیر حیوان و نحو ذلک » (همو، ۱۴۱۸: ۱۰۲/۲) که در این موارد نیز عقد منحل می‌شود. برای رد این اشکال که انحلال عقد محال است چون قصد طرفین به یک عقد واحد تعلق گرفته است. گفته شده که انحلال عقد یک پدیده مادی نیست بلکه چون عقد یک امر اعتباری و شکل گرفته در عالم اعتبار است، این تقسیم و انحلال نیز در عالم اعتبار خواهد بود و امکانپذیر

۱- ماده ۷۸۳ : «اگر راهن مقداری از دین را ادا کند حق ندارد مقداری از رهن را مطالبه نماید و مرتهن می تواند تمام آنرا تا تأدیه کامل دین نگه دارد، ...»

۲- ماده ۳۷۲: «اگر نسبت به بعض مبیع، بایع قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعض دیگر نداشته باشد بیع نسبت به بعض که قدرت بر تسلیم داشته صحیح است و نسبت به بعض دیگر باطل است» .

است.(الاصفهانی، ۱۴۱۹ه: ۲۰۲/۱) حتی می‌توان گفت جواز انحلال عقد در این است که در یک قسمت چون تخلف از قصد صورت نگرفته، صحیح است اما در قسمت دیگر آنچه که قصد طرفین بوده واقع نشده و آنچه واقع شده قصد نبوده، (الحسینی الروحانی، ۱۴۱۳ه: ۲۳۶/۱۵) بنابراین چون عقد یک پدیده اعتباری است، منحل به دو عقد می‌شود. پس انحلال عقد یک امر عرفی است و آنرا نمی‌توان با عقلیات و پدیده های مادی مقایسه کرد. (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۰ه: ۳۸۶/۲)

البته منظور از انحلال عقود که به اراده اشخاص صورت می‌گیرد این نیست که عقود واحدی مانند بیع را به دو عقد بیع و اجاره تبدیل نمود.[۱] بلکه منظور از انحلال ارادی عقود، انحلال به عقودی از جنس آنهاست نه غیر آنها مثلاً بیع تبدیل به بیوع شود. در واقع عقد یک مجموعه است و در عالم اعتبار می‌توان این مجموعه را از هم تفکیک کرد.[۲] البته اگر عقدی وجود داشته باشد که قسمتی از آن متعذر شود ولی قسمت دیگر قابل اجرا باشد بر اساس قاعده میسور (المیسور لایسقط بالمعسور) می‌توان اجرای قسمت قابل اجرا را خواست. (بجنوردی، ۱۴۱۹ه: ۱۲۷/۴ و نراقی، ۱۴۱۵ه: ۱۴۵/۱۱ و نجفی، ۱۳۶۸: ۵۵/۱۲) هر چند عقد به دو عقد صحیح و متعذر (ساقط شده) تبدیل شده است. مثالی که در عبادات برای این موضوع آورده شده و به خوبی انحلال یک مجموعه را نشان می‌دهد این است که در مناسک حج اگر رمی جمرات متعذر شود سایر اعمال حج ساقط نمی‌شوند (مصطفوی، بی‌تا: ۲۹۰) و عقد نیز دقیقاً به همین صورت است.

همانطور که گفته شده متعهد باید تعهدات خود را به طور کامل و دقیق انجام دهد اما در صورتی که قسمتی از قرارداد به دلیل قصور متعهد یا سایر عوامل به انجام نرسد و در واقع اجراء ناقص باشد، متعهد له می‌تواند یا قرارداد را به همان صورت بپذیرد یا تمام آنرا رد نماید و یا مقداری را رد و مقداری را بپذیرد (ماده ۴۴۱ قانون مدنی ایران) و در این صورت قرارداد به دو قسمت تقسیم شده است، (upex,1991 : 226)[۳] که یک قسمت معیوب و یک قسمت صحیح است و تفاوتی نمی‌کند که قسمت غیر صحیح در اثر غفلت و ترک و یا یک اتفاق و بدشانسی صورت گرفته باشد بدون اینکه

۱- « فلا یمکن حل البیع الناقل للعین الی بیع و الاجارة » ر، ک: (حسینی المراغی، ۱٤۱۷ه: ۷۱/۲) .

۲- «أن کل عقد متعلق بأمر مجموعی متی مافقد شرط أو وجد مانع فی البعض بطل ذلک و صح الباقی»، (همو، ۱٤۱۷ه: ۷۸/۲).

۳- ماده ٤٤۱ قانون مدنی ایران: « خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد، در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند.»

قصوری انجام شده باشد، زیرا مسئولیت متعهد له به تکمیل قرارداد و پذیرش عمل انجام شده دارای یک شرط مقدم است که آن انجام کامل قرارداد توسط متعهد می‌باشد. (Cutter. v. powell 1795).(beatson,1998 : 384)

البته یک قرارداد ممکن است مرکب از چند تعهد باشد که هر کدام از آنها با هم در ساختار یا در اهمیت با هم تفاوت دارند و هر کدام از آنها باید در جای خود انجام شوند مانند تعهد به انتقال خانه و خرید ماشین در حالی که یک قراردادی که به صورت بسیط وجود دارد ممکن است تفکیک پذیر باشد که با آن تعهد مرکب، متفاوت است. (a.garner,2004: 348) در حقیقت آنچه که باعث می‌شود قراردادی را کامل (تجرب ناپذیر) و یا تجزیه پذیر بنامیم ؛ ماهیت تعهدات و چگونگی آنها در هر قرارداد است مثلاً تعهد حمل کالا به یک مقصد مشخص و معین یک تعهد کامل و تعهد به حمل مقدار مخصوص موجب ایجاد تعهد تفکیک پذیر می‌شود. در قضیه Vlierboom. v. chapman در ۱۸۸۴ تعهد شده بود که کالا از بندر باتاویا[1] به بندر روترادم[2] حمل شود ولی حمل فقط تا بندر مائوریتیوس[3] انجام گرفت. دادگاه این تعهد را تفکیک ناپذیر اعلام کرد. اما در قضیه Ritchie. v. Atkinson در سال ۱۸۰۸ حمل کننده تعهد کرده بود که کالا را در ازای ۵ پوند برای هر تن حمل کند و چون تنها قسمتی از حمل کالا انجام شده بود دادگاه رأی داد که تعهد تفکیک پذیر است و باید کرایه قسمت حمل شده پرداخت شود.

(upex,1991: 225, beatson,1998: 485, p. stathoulos,1995:135, Cheshire,1991: 534)

برخلاف حقوق انگلیس، در حقوق ایران در بحث تعهدات قابل تقسیم تنها در حدود ماده ۴۴۱ قانون مدنی ایران سخن گفته شده است (علی احمدی، ۱۳۷۵: ۴۳۶ و توکلی کرمانی، ۱۳۸۰: ۱۰۳) اما به نظر می‌رسد بدون توجه به توضیحات گفته شده بحث در حدود همان ماده ناقص باشد.

۵- نتیجه گیری

هر چند که متبادر به ذهن از اجرای تعهد، اجرای اجباری آن است لیکن در حقیقت همانطور که در حقوق کشورهای عربی به درستی به این نکته اشاره شده، در حقیقت اجرای عین تعهد اجرای اجباری تعهد و اجرای اختیاری تعهد را در بر می‌گیرد و منظور از آن اجرای مفاد قرارداد مطابق آن

1- Batavia
2- Rotterdam
3- Mauritius

چیزی که تعهد شده می‌باشد (exactly). حال این اجرای مطابق می‌تواند به صورت اختیاری باشد و یا اجباری. البته در حقوق ایران هر جا که نویسندگان از اجرای عین تعهد نام برده‌اند منظور آنها اجرای اجباری تعهد بوده است و در این تحقیق نیز علی رغم اینکه به تفاوت قبلی اشاره شده در بحث اجرای عین تعهد آنچه متبادر به ذهن است یعنی اجرای اجباری تعهد را بحث کرده است.متعهد باید همه آن چیزی را که در قرارداد بر عهده گرفته انجام دهد و اجرای جزئی از قرارداد، وفاء نیست در اینجاست که به خوبی روشن می‌شود اجرای اختیاری تعهد نیز در حقیقت به اجرای عین تعهد بر می‌گردد زیرا در اجرای اختیاری تعهد نیز باید تعهد مطابق آنچه در قرارداد مقرر شده، اجرا شود. البته اگر تعهد به صورت اساسی اجرا شود هر چند نمی توان گفت اجرای عین تعهد در مفهوم دقیق و اصلی آن صورت گرفته ولی چون تنها جزئی از قرارداد انجام نگرفته نمی تواند چندان قابل اعتنا باشد، بنابراین متعهدله نمی تواند اجرای قرارداد را رد کند چون نقض تعهد صورت نگرفته، هر چند متعهدله حق دارد اجبار متعهد را برای همان جزء قرارداد که اجرا نشده بخواهد. همانطور که گفته شده در حقوق ایران از طریق عینی اجرای تعهد بیشتر اجرای اجباری تعهد متبادر به ذهن می‌شود و حقوقدانان نیز از ذکر اجرای عین تعهد همین منظور را داشته‌اند. در واقع اجرای عین تعهد عبارت است از اینکه متعهد آنچه را که به آن ملتزم شده است تا هنگامی که اجرای آن امکان داشته باشد اجرا نماید. این مفهوم در واقع اجرای اجباری و اختیاری را در بر می‌گیرد منتها چون تحقیق حاضر همگام با سایر حقوقدانان ولی با بیان تفاوت این دو و مورد و آوردن توضیحات کافی در اجرای عین تعهد نیز از اجرای اجباری بحث کرده است، بنابراین باید اجرای اجباری را این چنین تعریف کرد که اگر متعهد به اختیار خود آنچه را که به آن ملتزم شده اجرا نکند، اجرای قهری و جبری علیه او به کار گرفته می‌شود که همان اجرای عین تعهد با برداشتی که در حقوق ایران از آن شده می‌باشد.

منابع و مآخذ:

۱- ابن عابدین، محمد امین، حاشیة الرد المحتار، بیروت، دارالفکر، بی‌چا، ۱۴۱۵ه

۲- الآخوند الخراسانی، محمد کاظم، حاشیة المکاسب، قم، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ه

۳- الاصفهانی، محمد حسین، حاشیة المکاسب، قم، نشر ذوالقربی، چاپ اول، ۱۴۱۹ه

۴- ابوحبیب، سعدی، القاموس الفقهی، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۸ه

۵- ابوبکر محمد، القانون المدنی الاردنی، عمان (اردن)، الدارالعلمیة الدولیة، چاپ اول، ۲۰۰۳م

۶- بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آینه آراء دیوان عالی کشور (بیع)، تهران، انتشارات فردوسی، چاپ اول، ۱۳۷۹

۷- باطنی، سید محمد، تورم و خسارت تأخیر تأدیه، تهران، انتشارات ساجد، چاپ اول، ۱۳۷۷

۸- البجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ه

۹- البحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، بی‌تا

۱۰- توکلی کرمانی، سعید، انتقال تعهد، تهران، دانشور، چاپ اول، ۱۳۸۰

۱۱-توانائیان فرد، حسن، بیت المال اعتباری، تهران، انتشارات مروارید، چاپ اول، ۱۳۵۷

۱۲- تسخیری، محمد علی، «شرط کیفری مالی در بانکداری بدون ربا»، فقه اهل بیت، قم، سال نهم، شماره ۳۵، بی تا

۱۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات، تهران، گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۸

۱۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸

۱۵- جر، خلیل، فرهنگ لاروس، ترجمه: سید حمید طبیبیان، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ نهم، ۱۳۷۴

۱۶- الحسینی الروحانی، السید محمد، المرتقی الی الفقه الأرقی، تهران، دارالجلی، چاپ اول، ۱۴۲۰ه

۱۷- الحسینی الروحانی، السید محمد صادق، فقه الصادق، قم، موسسه دارالکتاب، چاپ دوم، ۱۴۱۳ه

۱۸- الحسینی المراغی، میر فتاح، العناوین الفقهیه، قم، موسسة النشر الاسلامي، بی چا، ۱۴۱۷ه

۱۹- الحسینی السیستانی، سید علی، الرافد فی علم الاصول، بقلم السید عدنان القطیفی، قم، مطبعة مهر، چاپ اول، ۱۴۱۴ه