

فهرست مطالب

- ۱- بررسی تطبیقی اجرای اختیاری تعهد (ارسلان اشرافی، محمدمجتبی رودیجانی)..... ۷
- ۲- اجرای احکام مدنی کشورهای خارجی در ایران (سیدکاظم موسوی، محمدمجتبی رودیجانی، علی جعفری)..... ۲۹
- ۳- بررسی فقهی حقوقی خسارت تأخیر تأدیه (رشید رشیدی، محمدمجتبی رودیجانی، علی جعفری)..... ۵۱
- ۴- بررسی ابعاد حقوقی رأی داور و آثار مترتب بر آن در قانون آئین دادرسی مدنی (محمدمجتبی رودیجانی، علی جعفری، بهنام باقری)..... ۶۵
- ۵- عرف و قانون (ارسلان اشرافی، محمدمجتبی رودیجانی)..... ۷۹
- ۶- تعهدات طبیعی (محمدمجتبی رودیجانی، سیدکاظم موسوی، صمد چوپینه)..... ۹۵
- ۷- تأثیر سند مالکیت در دعاوی تصرف (محمدمجتبی رودیجانی، رشید رشیدی، سیدکاظم موسوی)..... ۱۱۱
- ۸- حق طلاق (سیدکاظم موسوی، محمدمجتبی رودیجانی، رشید رشیدی)..... ۱۳۲
- ۹- توقیف اموال دولتی و شهرداری‌ها (محمدمجتبی رودیجانی، صمد چوپینه، بهنام باقری)..... ۱۳۹
- ۱۰- تولیت وقف (محمدمجتبی رودیجانی، رشید رشیدی، ارسلان اشرافی)..... ۱۴۹
- ۱۱- حیات آبهای مباحه با ملاحظه قانون مدنی و قوانین جدید (محمدمجتبی رودیجانی، بهنام باقری)..... ۱۵۹
- ۱۲- شیوه‌های جبران خسارت در خصوص مسئولیت مدنی پرسنل نیروی انتظامی (محمدمجتبی رودیجانی، بهنام باقری)..... ۱۷۱
- ۱۳- طبقات بستانکاران در قانون امور حسبی (محمدمجتبی رودیجانی، صمد چوپینه، علی جعفری)..... ۲۰۳
- ۱۴- بررسی تطبیقی شرایط تحقق مسئولیت ناشی از عدم اجرای مفاد قرارداد (محمدمجتبی رودیجانی، سیدکاظم موسوی)..... ۲۱۹
- ۱۵- بررسی تطبیقی قوه قاهره (محمدمجتبی رودیجانی، صمد چوپینه، ارسلان اشرافی)..... ۲۳۷

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، دکتر صمد 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 صفات 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 اجرا دارای عناصری است از جمله: علم داشتن به عمل، استقلال در وفاء و عمل بر وفق عقد. بنابراین منظور آن اجرایی است که ناشی از اجبار و اکراه متعهد نباشد. هر چند که در ابتدا اجرای اختیاری موضوعی بسیط می‌نماید منتها فروعاً آن در بررسی تطبیقی با حقوق خارجی و همچنین ارتباط آن با اجرای عین تعهد مسائلی است که نوشتار حاضر 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 انطباق در زمینه اجرای 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، ۱۴۱۹هـ: ۲۷۶/۷ و الموسوی الخمینی، ۱۴۱۰هـ: ۵۲/۱) و وجوب اجرا همه عقود را در بر می‌گیرد چه لازم و چه جایز یعنی عقد جایز هم بلید اجرا شود (اصل لازم الاتباع بودن عقود) (الطباطبائی الیزدی، ۱۳۷۸هـ: ۴/۲) والنجفی الخوانساری، ۱۴۱۸هـ: 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: 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 در صدر ماده ۲۲۰

۱- Specific performance « تفیذ عین ما التزم به المدین متی کان ذلک ممکناً »، ر.ک: (کرم، ۱۴۰۷: ۱۵۶) در رأی شماره ۲۴-۳۲ مورخ ۱۳۷۲/۱/۱۷ صادره از شعبه ۲۴ 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).

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 المحرك نجع (اثر) العمل هو الداعی الالهی علی سبیل الاستقلال». (الموسوی الخوئی، ۱۳۶۵: ۳۸۰/۱) و «ان العبادة بما انما عمل اختیاری 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 اختیاری فهو مسبوق بالارادة». (الحسینی الروحانی، ۱۴۱۳: ۳۶۹/۵)^۱ در فقه «الوفاء الاختیاری» در برابر «الوفاء الاجباری» قرار گرفته است. (الموسوی الخوئی، ۱۳۷۷: ۳۷۲/۵)

۱- «أن التعهد عملیه اختیاریه فلا بد أن یکون متعلقها أمراً اختیاراً و قصد التفهیم عمل اختیاری، بینما خطور المعنی أمر غیر اختیاری، فكیف یتعلق به التعهد الاختیاری» ر.ک: (الحسینی السیستانی، سید علی، ۱۴۱۴: ۱۷۷)

همچنین اصطلاحات «وفاء بااختیاره» و نیز «وفاء بالعقد الاختیاراً» نیز به کار رفته است. (الاخوند الخراسانی، ۱۴۰۶: ۳۱) آنچه از نظر فقیه اخیر برداشت می‌شود این است که عناصر وفاء اختیاری 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 برده می‌شود. یعنی وفائی که ناشی از اجبار و اکراه متعهد له نباشد. (a.garner, 1987: 1166) اجرای تعهد به طریق اختیاری در قراردادهای فروش کالا به خوبی نمایان می‌شود. فروشنده کالا را تحویل می‌دهد و خریدار هم ثمن را می‌پردازد. (richard and barry, 1998: 373. upex, 1991: 223) یعنی اجرای قرارداد بر اساس مفاد آن بدون هیچ گونه اجباری صورت می‌پذیرد و این گونه اجرا معمولی ترین 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 می‌کند. (brown, 1989: 139) در حقوق لبنان نیز اشاره شده است که تنفیذ اختیاری آن تنفیذ و اجرائی است که به اختیار متعهد صورت می‌گیرد و متعهد، تعهدات ناشی از عقد را بدون اجبار و فشار انجام می‌دهد. (ناصری، ۱۹۹۴: ۱۶/۳ و سعد، ۱۹۹۵: ۲۷/۲) جدای از اینکه اجرای تعهد به صورت عینی باشد یا به صورت بدلی^۱ و در هر 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 با موضوع وجه نقد بیشتر رواج دارد و علاوه بر این پرداخت با چک و کارت اعتباری نیز از اهمیت برخوردار است، باید به این دو موضوع ابتدا پرداخته شود. مسائل مطروحه در این مباحث به روشن شدن مفهوم اجرای اختیاری تعهد و ارتباط آن با اجرای عین تعهد کمک می‌نماید. و این همان مطلبی است که در حقوق ایران به آن توجه نشده در حالی که بدون آن بحث اجرای عین تعهد ناقص خواهد بود.

۴- انواع اجرای اختیاری تعهد

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

۱- اذا تعذر الاصل یصار الی البدل

۱-۴- 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 لاصالاً 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 کالا است 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: ۱/۴۵۶) 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 مبادله‌ای باشد یا چیزی است که ارزش مصرفی آن، در ارزش مبادله‌ای آن است» (مصباحی، ۱۳۸۰: ۷۳) یا به عبارت دیگر «پول شیء فیزیکی دارای ارزش مبادله‌ای عام است و ارزش مبادله‌ای اعم از ارزش مبادله‌ای اعتباری و حقیقی، مترادف با مالیت است.» (یوسفی، بی تا: ۶۳)

بنابراین پول ممکن است ماهیتاً دارای ارزش باشد مانند سکه‌های 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 فاصله‌های 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 البزیدی، ۱۳۷۶: ۱۸۹) و برخی نیز گفته‌اند که عقد منصرف است به آنچه که عرف تجاری محل اقتضا دارد. (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۴۳/۵)

همچنین در فقه لغت العملة (بضم العين او کسرهما و سکون النون و فتح اللام) (قلعجی، ۱۴۰۸: ۳۲۲ و ابوحیب، ۱۴۰۸: 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، ۱۴۰۹: 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:

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 سقطت العملة بنفسها عن المالية لسقوط الدولة، فلا يجب الوفاء بغيرها مما كان بسعرها من النقود أو الاعیان الأخرى». (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

۱- العلمة المحلية

۲- «العملة الصحيحة المتداولة في البلاد» (زين الدين، بی تا: ۱۳/۴)

را پرداخت. پس ساقط شدن نوعی از پول توسط حکومت خاصی موجب بری الذمه شدن متعهد نمی شود، چون پول اعتباری است و می تواند از پول رایج جدید بپردازد.

با توجه به اینکه بیشتر نویسندگان ماهیت پولهای امروزی را مثلی می دانند (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 می دارد: «تعهد پرداخت هر گونه دین و یا بدهی فقط به پول رایج کشور انجام پذیر است مگر آنکه با رعایت مقررات ارزی کشور ترتیب دیگری بین بدهکار و بستانکار داده شده باشد.» همانگونه که برای پرداخت با وجه نقد زمان مشخصی بین طرفین قرار داده می شود، (treitel, 1991 : 697) طرفین می توانند پرداخت پول را با ارز دیگری غیر از پول رایج مملکت خود قرار دهند که به آن پرداخت ارزی گفته می شود. (علی احمدی، ۱۳۷۵: ۷۸)

قانون تعهدات سوئیس در بند ۱ ماده ۸۴ مذکور می دارد: «انجام تعهدی که موضوع آن مبلغی وجه است با پول رایج کشور عملی می شود».^۲

در بند دوم همین ماده مذکور می دارد: «اگر قرارداد پولی را معین کرده باشد که در محل پرداخت رواج قانونی ندارد، تأدیه دین را می توان با پول رایج کشور، به نرخ روز حال شدن آن انجام داد».^۳ بنابراین عدم رواج قانونی یا سلب اعتبار از پول موجب بری الذمه شدن متعهد نخواهد شد.

۲-۴- 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 می گیرد. چک عبارت است از نوشته و وسیله ای که توسط اشخاص بر عهده بانک صادر و امضاء می شود و تقاضا می شود که بانک از محل حساب شخص وجه آنرا به دارنده بپردازد. (دویدار، ۱۹۹۵: ۱۷۵/۲ و a.gamer, 2004 : 252) (امروزه پرداختها اغلب از طریق سیستم بانکی

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

2- Art 84: " le paiement d'une dette qui a pour objet une somme d'argent se fait en monnaie du pays"

3- متن فرانسوی ماده: " Si le contrat indique une monnaie qui n'a pas cours l'legal dans le lieu du paiement , la dette peut etre acquittee en monnaie du pays au cours du jour de l'cheane "

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)^۱

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، ۱۴۱۲: 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 نمی‌تواند 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 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 نمی‌تواند بعد از قبول بر خلاف آن عمل نماید. یعنی برای وجه آن قبل از سر رسید اقامه دعوا نماید. (carri and kinder, 2003: 593)^۲ همچنین پیمان متحد الشکل اسناد تجاری بین المللی و اسناد تعهد آور بین المللی مصوب ۱۹۸۸ در ماده ۷۲ مذکور می‌دارد: «یک طرف قرارداد می‌تولند با دادن یکی از اسناد تجاری به طرف دیگر قرارداد خود را بری الذمه

1- Treitel, G. . H . op . cit , p: 698.

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

←, ک (casey, 2000: 16)

2- unidroit principles of international commercial contracts , 1994.

نماید البته بری الذمه شدن هنگامی است که خود او یا یکی از ظهر نویسها بر اساس آن سند مبلغ را بپردازد.^۱ 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 نسبه 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 آن، پرداخت بهای آن کالا یا خدمت یا عوض پول نقد را از جانب دارنده کارت، تعهد می‌کند. سپس آنچه را که پرداخت کرده، از او یا از حسابش برداشت می‌کنند.» (تسخیری، بی تا: ۴۲) در واقع به وسیله کارت اعتباری مشتری تعهدات خود را ساقط می‌کند و آن شخص حقیقی و حقوقی که کارت را صادر کرده و خود قرارداد جداگانه ای با دارنده کارت منعقد کرده است، با اعتباری که به آن کارت داده زمینه بازپرداخت دین 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 مانعی باعث شود که پرداخت صورت نگیرد (مثلاً شرکت ورشکست شود) در این حالت تنها شرکت مسئول جبران خسارات وارده است نه مشتری، زیرا مشتری مطابق توافق با آن شرکت عمل کرده و نمی‌تواند قصور شرکت 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 صدور کارت کند و سپس نتواند به هر دلیلی از حساب وی برداشت کند (مثلاً به دلیل خالی بودن حساب) در این حالت می‌توان تقصیر را متوجه دارنده کارت کرد. برخی نویسندگان سعی کرده‌اند با توجه به آرای فقهی در مورد حواله، کارتهای اعتباری را مطابق با آن قرار

1- United nations convention on internationals bills of exchange and international promisspry notes , 1988.

دهند (تسخیری، بی تا: ۴۴ و توانایان فرد، ۱۳۵۷: ۵) ولی به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی ایران^۱ چنین قراردادهایی را بتوان نافذ و دارای ماهیت خاص دانست.

۳-۴- انتخاب طریق اجراء از بین چند راه (تخیر بین امرین)

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 اجرای تعهد وجود داشته باشد یا به عبارت دیگر بتوان از بین دو یا چند راه اجرای قرارداد را انتخاب نمود (beatson, 1998: 481) «البدیل ای 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 مطلق گذاشته باشند و عرف محل هم منصرف به نوع خاصی از زرع نباشد، عامل می‌تواند اگر زمین مستعد برای چند نوع زرع بود، یکی را انتخاب نماید (الطباطبائی الیزدی، ۱۴۱۷: ۳۰۹/۵ و زین الدین، بی تا: ۲۴۹/۵) (ماده ۵۲۵ قانون مدنی ایران) بنابراین در تعهدات تخیری 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. معهدنا 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 تخیری 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».^۲ 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

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

۲- 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”.

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

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 «الاتزام التخییری» آمده است (السنهوی، ۱۹۹۸: ۱۳۸۳) (ماده ۲۷۵ قانون مدنی مصر)^۱ التزام تخییری، التزام به شیء غیر معین نیست بلکه التزام به انجام یک عمل یا تحویل شیء 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 شیء کلی فی الذمه انتقال مالکیت از هنگام انتخاب صورت می‌گیرد نه از حین عقد. مفاد ماده ۲۷۵ قانون مدنی مصر در ماده ۵۶ قانون 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 نمی‌شود 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 نمی‌شود و متعهد باید تعهد را در راههای دیگر اجراء نماید. مثلاً اگر در مثال پیش گفته شده متعهد نتواند حمل بار را 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)

۱- ماده ۲۷۵ من تعنین المدنی المصری: « یكون التزام تخییریاً إذا شمل محله اشیاء متعدده تبرا ذمه المدین براءه تامه إذا أدى واحداً منها ».

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، ۱۴۲۰: 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، ۱۴۱۶: ۱۵۲/۲) برخی اشاره کرده‌اند که مفهوم اجرای عقد این است که وفاء به عقد استمرار داشته باشد تا جائی که کامل شود: «عمل بالعقد دائماً و إذا عملت فلا ترجع عن ذلك بعنوان النكول عن الالتزام به». (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۰: ۳۷۴/۴ و نجفی، ۱۳۶۸: ۲۰/۲۵) بنابراین همانطور که در ماده 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.» (457: 2003, carri and kinder) همچنین در قسمت ۳-۱-۶ مجموعه قانون عناصر حقوقی قراردادهای تجاری بین المللی مصوب ۱۹۹۴ اشاره شده که متعهد له می‌تواند پیشنهاد اجرای قسمتی از تعهد 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 هزار 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.

(ruff, 2005: 156) (Sumpter. v.hedges 1898). 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 متعهد له است که به آن اجره المثل و اجرت کار انجام شده^۱ 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 عادلانه یا قرار اقساط 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.^۲ 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 بلیید 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 التنفيذ اختیاریاً إذا تم بالوفاء او مايعادله» (ابوبکر، ۲۰۰۳: ۹۲) و معادل وفاء چنانچه در حقوق مصر و لبنان اشاره شد مانند اجرای

1- quantum meruit

۲- ماده ۳۴۲ من التفتین المدنی المصری: «لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك» ر.ک: (السنهوری، ۱۹۹۸: ۷۵۹) و ماده ۳۴۰ قانون مدنی سوریه عیناً همین عبارت را تکرار کرده است، ر.ک: (عدی، ۱۹۸۲: ۶۲).

بدل تعهد یا اتحاد ذمه می‌باشد. (السنهوی، 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 نمی‌تواند قرارداد را رد کند چون قسمت اساسی تعهد انجام شده است. (Hoening. v. Isaacs - 1952). در این قرارداد مبلغ توافق شده ۷۰۰ پوند بوده که تأدیه شده و تنها ۵۵ پوند 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 نمی‌تواند 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

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

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).

۴-۴-۲ 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، ۱۳۷۸: ۸۳/۲ و الاملی، ۱۴۱۳: ۱۴۵/۱) «فملاک جواز الفسخ بالنسبة الى البعض هو انحلال العقد الى عقود المتعددة» (نجفی الخوانساری، ۱۴۱۸: ۳۰/۱/۳) و در جای دیگری گفته شده: «کما اذا كان مالکها مختلفاً او كان بعضها مما لا يقبل التملك او كان بعضها حیواناً و بعضها غیر حیوان و نحو ذلك» (همو، ۱۴۱۸:

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

۲- ماده ۳۷۲: «اگر نسبت به بعض مبیع، باع 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».

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 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 قلیل 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

۱- « فلا یمكن حل البیع الناقل للعین الی بیع و الاجاره »، ک: (حسینی المراحی، ۱۴۱۷ه: ۷۱/۲).

۲- « أن کل عقد متعلق بأمر مجموعی متی ما فقد شرط أو وجد مانع فی البعض بطل ذلک و صح الباقي »، (همو، ۱۴۱۷ه: ۷۸/۲).

مدنی ایران) و در این صورت قرارداد به دو قسمت تقسیم شده است، (upex, 1991: 226) که یک قسمت معیوب و یک قسمت صحیح است و تفاوتی نمی کند که قسمت غیر صحیح در اثر غفلت و ترک و یا یک اتفاق و بدشansı صورت گرفته باشد بدون اینکه 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 می باشد. (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 می شود 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 می شود. در قضیه *Vlierboom. v. chapman* در ۱۸۸۴ تعهد شده بود که کالا از بندر باتاویا^۲ به بندر روتردام^۳ حمل شود ولی حمل فقط تا بندر مائوریوسیوس^۴ 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 می رسد بدون توجه به توضیحات گفته شده بحث در حدود همان ماده ناقص باشد.

۱- ماده ۴۴۱ قانون مدنی ایران: «خیار تبعض صفتی 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.»

2- Batavia
3- Rotterdam
4- Mauritius

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 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 علی‌رغم 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 بیلید همه آن چیزی را که در قرارداد بر عهده گرفته انجام دهد و اجرای جزئی از قرارداد، وفاء نیست در اینجا است 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 نمی‌توان گفت اجرای عین تعهد در مفهوم دقیق و اصلی آن صورت گرفته ولی چون تنها جزئی از قرارداد انجام نگرفته نمی‌تواند چندان قابل اعتنا باشد، بنابراین متعهدله نمی‌تولند 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 مأخذ:

- ۱- ابن عابدین، محمد امین، حاشیة الرد المحتار، بیروت، دارالفکر، بی‌جا، ۱۴۱۵هـ
- ۲- الآخوند الخراسانی، محمد کاظم، حاشیة المکاسب، قم، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶هـ
- ۳- الاصفهانی، محمد حسین، حاشیة المکاسب، قم، نشر ذوالقربی، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ
- ۴- ابوحیب، سعدی، القاموس الفقہی، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۸هـ
- ۵- ابوبکر محمد، القانون المدنی الاردنی، عمان (اردن)، الدار العلمیة 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 الفقہیہ، قم، نشر الہادی، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ
- 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، بی‌تا
- 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، ۱۴۲۰هـ
- ۱۷- الحسینی الروحانی، السید محمد صادق، فقه الصادق، قم، موسسه دارالکتاب، چاپ دوم، ۱۴۱۳هـ
- ۱۸- الحسینی المراغی، میر فتح، العناوین الفقہیہ، قم، موسسه النشر الاسلامی، بی‌جا، ۱۴۱۷هـ
- ۱۹- الحسینی السیستانی، سید علی، الرافد فی علم الاصول، بقلم السید عدنان القطیفی، قم، مطبعة مهر، چاپ اول، ۱۴۱۴هـ
- ۲۰- داکسبری، رابرت، مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان، ترجمه: حسین میر محمد صادقی، تهران، نشر حقوقدانان، چاپ اول، ۱۳۷۷
- ۲۱- دو یدار، هانی محمد، القانون التجاری اللبناني، بیروت، دارالنهضة العربیہ، بی‌جا، ۱۹۹۵م
- ۲۲- زین الدین، شیخ محمد امین، کلمة التقوی، بیروت، دارالکتب العلمیة، بی‌جا، بی‌تا

- ۲۳- سماواتی، حشمت الله، حقوق معاملات بین المللی، تهران، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۷
- ۲۴- سعد، نبیل ابراهیم، النظرية العامة للالتزام، بیروت، دار النهضة العربية، بی چا، ۱۹۹۸ م
- ۲۵- سعد، نبیل ابراهیم، مبادئ القانون، بیروت، دار النهضة العربية، بی چا، ۱۹۹۵ م
- ۲۶- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، چاپ دوم، ۱۹۹۸ م
- ۲۷- شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۳
- ۲۸- الطباطبائی الیزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ
- ۲۹- الطباطبائی الیزدی، سید محمد کاظم، حاشیة المكاسب، قم، اسماعیلیان، بی چا، ۱۳۷۸ هـ
- ۴۰- الطباطبائی الحکیم، سید محمد سعید، منهاج الصالحین، بیروت، دارالصفوة، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ
- ۴۱- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، سؤال و جواب، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، بی چا، ۱۳۷۶
- ۴۲- علی احمدی، حسین، اجرای تعهد قراردادی، ورامین، انتشارات برهمند، چاپ اول، ۱۳۷۵
- ۴۳- عدی، ولید، القانون المدني السوري، دمشق، بی نا، چاپ دوم، ۱۹۸۲ م
- ۴۴- قلعجی، محمد، معجم اللغة الفقهاء، ریاض، دارالنفائس، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ
- ۴۵- قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، تهران، انتشارات کیهان، چاپ اول، ۱۳۷۱
- ۴۶- قاسم زاده، سید مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۳
- ۴۷- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۳
- ۴۸- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم،
- ۴۹- کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۹
- ۵۰- الکاسانی الحنفی، علاء الدین ابی بکر، بدائع الصنائع، بیجا، بی نا، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ
- ۵۱- کرم، عبدالواحد، معجم المصطلحات القانونية، بیروت، مكتبة النهضة العربية، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ
- ۵۲- گندم کار، رضا حسین، مسئولیت تضامنی قراردادی، قم، انتشارات دانشگاه قم، چاپ اول، ۱۳۸۴
- ۵۳- الموسوی الخمینی، روح الله، کتاب البیع، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۰ هـ
- ۵۴- مصطفوی، محمد کاظم، مأنة القاعدة الفقهية، قم، موسسه النشر الاسلامی، بی چایی تا
- ۵۵- الموسوی الخوی، سید ابوالقاسم، المستند العروة الوثقی، قم، منشورات دارالعلم، چاپ اول، ۱۳۶۵ ش
- ۵۶- الموسوی الخوی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، قم، منشورات المكتبة، الداوری، چاپ اول، ۱۳۷۷ هـ

- ۵۷- مصباحی، غلامرضا، «جنبه های فقهی پول»، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع)، شماره های ۱۳ و ۱۴، تهران، ۱۳۸۰
- ۵۸- التراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه، قم، موسسه آل بیت، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه
- ۵۹- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ نهم، ۱۳۶۸ ش
- ۶۰- النجفی الخوانساری، موسی بن محمد، منیة الطالب، تقریر میرزای نائینی، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه
- ۶۱- ناصیف، الیاس، الموسوعۃ العقود المدینة و التجاریة، بیروت، بی نا، چاپ دوم، ۱۹۹۴ م
- ۶۲- واحدی، جواد، قانون تعهدات سوئیس، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۸
- ۶۳- یوسفی، احمد علی، «پول جدید از نگاه دانشمندان»، فصلنامه فقه اهل بیت، سال چهارم، شماره ۱۶، بی تا
- ۶۴- یوسفی، احمد علی، «پول امروز، مثلی یا قیمی یا ماهیت سوم»، فصلنامه فقه اهل بیت، سال چهارم، شماره ۱۴، قم، بی تا
- ۶۵- یوسفی، احمد علی، «جبران کاهش ارزش پول»، فصلنامه فقه اهل بیت، سال هشتم، شماره ۳۱، بی تا
- ۶۶- الیعقوب، بدر جاسم، معجم الکویت القانونی، کویت، موسسه الکویت للتقدم العلمی چاپ اول، ۱۹۹۵ م
- 67- A. manna , Richard , S , Roberts , Barry, Essentials of business of law, North Carolina, west educational publishing company ,6th edition,1998
- 68- A. garner , Bryan, Black's law dictionary, Dallas , Thomson west , 1th edition,2004
- 69- Brown , w. j , Gcse law , London , sweet and Maxwell , 4 th edition,1989
- 70- Beatson , j , Anson's law of contract, oxford university press , 27 th edition,1998
- 71- Casy , james, “ International Encyclopaedia of laws (Ireland)” London kluwer law ,2000
- 72- Carri , Indera , kinder , Richard (2003), International trade law , London, covendish publishing ,4th edition,2003
- 73- Cheshire , G.S and othere , law of contract , London , Butterworths,1991
- 74- Judge , Stephen Business law, London , macmillan law masters , 2 th edition,1999

-
- 75- N. Hazard , john , j , wagner , Wenceslas , Frech civil code , Littleton kluwer law ,1995
- 76- P. Stathoulos , Michel , contract law in hellas , Athens kluwer law international,1995
- 77- Ruff , Anne ,Nutcases contract law , , London diction , London , sweet and Maxwell, 4 th edition,2005
- 78- Treitel , g.h , the law of contract, London, sweet and maxwell, 10 th edition,1999
- 79- Upex , Robert , Davies on contract , London, sweet and Maxwell , 6 th edition,1991

۲- اجرای احکام مدنی کشورهای خارجی در ایران

سید کاظم موسوی
محمد مجتبی رودیجانی
علی جعفری

چکیده:

در ماده ۱۶۹ ق.ا.م به شرایط احکام مدنی صادره از دادگاههای خارجی برای قابلیت اجرا در ایران پرداخته شده است. این شرایط عبارتند از: معامله متقابل، عدم مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، عدم مخالفت با عهود بین المللی، عدم مخالفت با قوانین مخصوصه، قطعی و لازم الاجرا بودن حکم خارجی، عدم صدور حکم مخالف از دادگاههای ایران، عدم اختصاص رسیدگی به دادگاههای ایران، عدم ارتباط حکم با اموال غیر منقول واقع در ایران و صدور دستور اجرا از طرف مقامات صلاحیتدار. بررسی شرایط فوق و حدود و ثغور آنها و همچنین تعیین دادگاه صلاحیتدار ایرانی برای اجرای حکم خارجی در کنار بررسی تقاضانامه اجرای حکم خارجی و نیز ترتیب رسیدگی دادگاه و شرایط آن وجه همت مقاله حاضر می باشد.

کلید واژه: حکم خارجی، شرایط اجراء، دادگاه صلاحیتدار، تقاضانامه کتبی، رسیدگی دادگاه

۱- مقدمه:

در این مقاله به بررسی فصل نهم از ق.ا.ا.م از ماده ۱۶۹ تا ۱۸۰ پرداخته می‌شود. این فصل تحت عنوان احکام و اسناد لازم‌الاجرای کشورهای خارجی می‌باشد. البته با توجه به موضوع مقاله حاضر تأکید بر اجرای احکام خارجی می‌باشد. ماده ۹۷۲ ق.م مقرر داشته: «احکام صادره از محاکم خارجه و همچنین اسناد رسمی لازم‌الاجرای تنظیم شده در خارجه را نمی‌توان در ایران اجرا نمود مگر اینکه مطابق قوانین ایران امر به اجرای آنها صادر شده باشد».

بنابراین اینطور نیست که آرای خارجی همانند کشور مبدأ در کشور دیگر نیز لازم‌الاجرا باشند بلکه این لازم‌الاجرا بودن باید توسط قوانین کشور دیگر به آن آراء اعطا شده باشد. مقررات ق.ا.ا.م شرایط اجرای آرای خارجی را مشخص می‌نماید.^۱

البته بحث اجرای احکام لازم‌الاجرای خارجی جدای از بحث اجرای قانون خارجی و دستیابی به محتوای قانون خارجی است. زیرا بحث اخیر در زمانی مطرح است که قضات محاکم مشغول رسیدگی به دعوائی هستند و این سؤال مطرح می‌شود که آیا در این زمینه قضات مکلف به دستیابی به محتوای قانون خارجی هستند یا اینکه این موضوع بر عهده اصحاب دعوا می‌باشد.^۲ در حالی که بحث اجرای احکام لازم‌الاجرا در زمانی مطرح است که دعوا خاتمه یافته و رأی نیز صادر گردیده و اکنون این سؤال مطرح است که برای اجرای چنین رأی در کشور دیگر چه شرایطی لازم است.

۲- شرایط احکام مدنی خارجی برای اجرا در ایران

مطابق ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م: «احکام مدنی صادر از دادگاه‌های خارجی در صورتی که واجد شرایط زیر باشند در ایران قابل اجرا است مگر اینکه در قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد». با توجه به امره بودن قوانین مربوط به اجرای احکام در صورت فقدان شرایطی که در ذیل به آنها پرداخته می‌شود، امکان اجرای رأی خارجی در ایران وجود نخواهد داشت.

۱- شیخ‌الاسلامی، سیدمحسن، ارزیابی مبانی اجرای قانون خارجی و دستیابی به محتوای آن، نامه مفید، قم، سال نهم، شماره ۳۷، ۱۳۸۲، ص ۶۲

۲- خمامی‌زاده، فرهاد، تعارض قوانین تعریف و جایابی عامل ارتباط، مجله الهیات و حقوق، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال هشتم، شماره ۲۸، ۱۳۸۷، ص ۳۷.

۱-۲- معامله متقابل

مطابق بند اول از ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م اولین شرط برای اجرای احکام مدنی خارجی در ایران معامله متقابل می‌باشد. این بند مقرر داشته: «حکم از کشوری صادر شده باشد که به موجب قوانین خود یا عهود یا قراردادهای احکام صادر از دادگاه‌های ایران در آن کشور قابل اجرا باشد یا در مورد اجرای احکام معامله متقابل نماید». در واقع کشور مبدأ صادر کننده حکم باید احکام صادره از دادگاه‌های ایران را محترم بشمارد در غیر این صورت دولت ایران نیز نیازی نخواهد دید که احکام صادره از آن کشور را محترم بشمارد. البته نکته مهم در اینجاست که در صورت معامله متقابل نیز رأی در کشور ایران حقی بیشتر از کشور مبدأ ایجاد نخواهد کرد. به عبارت دیگر هیچ حقی نمی‌تواند در مملکت دیگری اثری بیش از آنچه در کشور اصلی داشته ایجاد کند.^۱ بنابراین اگر به عنوان مثال نرم‌افزار رایانه‌ای در کشور مبدأ دارای پنجاه سال حقوق مادی باشد در ایران رأی صادره در این رابطه حتی اگر در اثر معامله متقابل قابل اجرا باشد، بیشتر از سی سال ایجاد حق نخواهد کرد زیرا ماده اول قانون حمایت از حقوق پدید آورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹/۱۰/۴ مقرر داشته: «حق نشر، عرضه، اجرا و حق بهره‌برداری مادی و معنوی نرم‌افزار رایانه‌ای متعلق به پدید آورنده آن است. نحوه تدوین و ارائه داده‌ها در محیط قابل پردازش رایانه‌ای نیز مشمول احکام نرم‌افزار خواهد بود. مدت حقوق مادی سی سال از تاریخ پدید آوردن نرم‌افزار و مدت حقوق معنوی نامحدود است». در برابر اگر مثلاً مدت حقوق مادی در کشور مبدأ بیست سال باشد مطابق قاعده گفته شده در ایران نمی‌توان برای آن بیشتر از بیست سال کشور مبدأ را در نظر گرفت. مطابق ماده ۹۷۴ ق.م: «مقررات ماده ۷ و مواد ۹۶۲ تا ۹۷۴ این قانون تا حدی به موقع اجرا گذارده می‌شود که مخالف عهود بین‌المللی که دولت ایران آنها امضاء کرده یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد».

در نظریه مشورتی شماره ۱۳۷۸/۲/۲۹-۷/۲۳۳۶-آمده: به موجب ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م اجرای حکم صادره از کشورهای خارجی در ایران منوط به انعقاد قرارداد و یا عمل متقابل می‌باشد و طبق سوابق این اداره بین دولتین ایران و ایتالیا قرارداد اجرای احکام مدنی تاکنون منعقد نشده و معامله متقابل نیز بین دو کشور وجود ندارد و تعهدی نیز در زمینه متقابل صورت نگرفته است. بنابر نظریه فوق و مطابق بند اول ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م ممکن است قراردادی نیز در زمینه اجرای احکام مدنی بین دو کشور موجود نباشد اما رویه دو کشور به صورت متقابل اجرای احکام مدنی را اجازه دهد. مطابق نظریه مشورتی شماره ۱۳۸۰/۸/۵-۷/۷۶۹۳: گزارش

۱- نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، نشر آگاه، تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۰، ص ۱۷۶.

وزارت امور خارجه نمایانگر شناسائی اسناد تنظیم شده کشور ایران در مراجع قضائی و اداری کویت با همان اعتبار اسناد تنظیم شده در کویت است با توجه به این سابقه و رفتار متقابل موضوع بند یک ماده ۱۶۹ ق.ا.ا. م از حیث اسناد لازم الاجرای تنظیم شده در کویت قابل اعمال و اجرا می‌باشد.

۲-۲- عدم مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه

نظم عمومی عبارت است از مجموعه سازمان‌های حقوقی و قواعد مربوط به حسن جریان امور راجع به اداره یک کشور یا راجع به حفظ امنیت و اخلاق در روابط بین افراد به طوری که افراد نتوانند از طریق قراردادهای خصوص از آنها تجاوز کنند.^۱

اخلاق حسنه نیز عبارت است از قواعدی که در زمان و مکان معین توسط اکثریت یک اجتماع، رعایت آنها لازم شمرده می‌شود. و به آن اخلاق عمومی هم گفته می‌شود.^۲

در بند دوم ماده ۱۶۹ ق.ا.ا. م این شرط ذکر شده که اجرای حکم خارجی نباید مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد. قوانین مربوط به نظم عمومی همان قوانین امری هستند که تراضی افراد بر خلاف آنها امکانپذیر نیست نظیر قوانین جزائی، اجرای احکام و آئین دادرسی. در واقع اجرای احکام خارجی نیز همانند اجرای قوانین خارجی توسط دولت‌ها تا حدی قبول می‌شود که با اساس تشکیلات و یا با امنیت داخلی و احساسات وجدانی جامعه آن دولت منافات نداشته باشد. بنابراین باید به این نکته توجه نمود که اجرای آن حکم با نظم عمومی کشور مخالف است یا خیر و آیا به عقاید و احساسات جامعه لطمه می‌زند یا خیر.^۳ مثلاً در صورتی که در کشوری ازدواج بین محارم جایز باشد مانند برخی دول اروپائی و حکمی بر این مبنا صادر شده باشد اجرای آن حکم در ایران هم از نظر شرعی و هم از نظر قوانین امری یعنی نظم عمومی و اخلاق حسنه جایز نیست. ملاک ماده ۹۷۵ ق.م نیز مؤید این امر است. این ماده مقرر داشته: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

در نظریه مشورتی شماره ۱۳۷۸/۶/۸-۷/۴۲۲۳ آمده: ثبت واقعه طلاق طبق احکام صادره از محاکم خارجی اعم از اسلامی و غیر اسلامی یا مراکز اسلامی مستقر در خارج ایران در واقع اجرای حکم صادره از خارج است

۱ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۱، ص ۷۱۷.

۲ - همان، ص ۲۰.

۳ - الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۰، ص ۱۲۵.

و لذا براساس مقررات ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م علاوه بر اینکه باید معامله متقابل بین ایران و کشوری که در آن حکم طلاق صادر شده وجود داشته باشد برای اجرای این حکم لازم است که اولاً مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی نباشد مانند مقررات ماده ۱۱۳۰ ق.م.لذا متقاضی ثبت واقعه طلاق باید از دادگاههای خانواده تقاضای اجرا نماید و به ضمیمه تقاضا، مدارک و مستندات خود را به دادگاه بدهد تا دادگاه با بررسی مدارک و دلایل متقاضی و انطباق آن با قوانین و مقررات فعلی رأی صادره را فسخ یا تأیید نماید و در صورت تأیید دستور اجرای آن را صادر کند تا حکم مذکور بر حسب مورد در کنسولگری محل اقامت زوجین در خارج یا محل وقوع طلاق اجرا شود.

در نظریه مشورتی شماره ۷/۳۳۹۶-۷/۱۳۶۹/ا.م.آ: حکم طلاق همراه با پرداخت نفقه و جریمه تا آخر عمر و تنصیف دارائی که از دادگاههای خارج از کشور صادر می‌شود با قوانین ایران موافق نیست.

۳-۲- عدم مخالفت با عهد بین المللی

مطابق ماده ۹ ق.م: «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است». هرگونه توافق منعقد میان موضوعات یا تابعان حقوق بین الملل به منظور حصول آثار حقوقی معین طبق مقررات حقوق بین الملل را معاهده گویند. عهدنامه وین در زمینه حقوق معاهدات مصوب ۲۳ ماه مه سال ۱۹۶۹ در قسمت الف بند ۱ ماده ۲ مقرر داشته: «معاهده به معنی یک توافق بین المللی است که به موجب مقررات حقوق بین الملل به صورت کتبی بین کشورها منعقد شده است اعم از اینکه در یک سند یا در دو یا چند سند مرتبط به هم آمده باشد. عهدنامه سال ۱۹۶۹ طرفین توافق را فقط کشورها قلمداد کرده و از اشخاص یا تابعان دیگر حقوق بین الملل سخنی به میان نیاورده است. این اشکال با انعقاد عهدنامه وین در زمینه حقوق معاهدات میان کشورها و سازمان‌های بین المللی و یا سازمان‌های بین المللی با یکدیگر در ۲۱ مارس ۱۹۸۶ رفع گردید. تعریف جامع معاهده بین المللی عبارت است از اینکه: معاهده عبارت است از هرگونه توافق منعقد کتبی میان اشخاص یا تابعان حقوق بین الملل (کشورها و سازمان‌های بین المللی) به شرطی که طبق مقررات حقوق بین الملل تنظیم شده باشد و این مقررات بر آن توافق حاکم باشند و در نتیجه آثار حقوقی مشخصی را به بار بیاورند عنوان چنین توافقی هر چه باشد مؤثر در مقام نیست (معاهده، عهدنامه، قرارداد، موافقتنامه، کنوانسیون، منشور، میثاق، پیمان، اساسنامه، پروتکل، اعلامیه و مانند اینها).

در بند سوم ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م آمده: «اجرای حکم مخالف با عهد بین المللی که دولت ایران آنرا امضاء کرده یا مخالف قوانین مخصوص نباشد». همانطور که این قسمت از ماده تصریح دارد تنها عهد بین المللی مورد نظر هستند که دولت ایران آنها را امضاء کرده و پذیرفته باشد تا مطابق ماده ۹ ق.م در حکم قانون ایران قرار گرفته و

تخطی از آنها امکان پذیر نباشد. مطابق اصل ۷۷ قانون اساسی مصوب ۱۳۶۸/۵/۳۰: «عهدنامه‌ها، مقاوله نامه‌ها، قراردادهای و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد». علاوه بر این مطابق اصل ۹۴ همان قانون: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آنرا حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آنرا مغایر ببیند برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجراست». در اصل ۱۲۵ همان قانون نیز آمده: «امضای عهدنامه‌ها، مقاوله نامه‌ها، موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای دولت ایران با سایر دولت‌ها و همچنین امضای پیمان‌های مربوط به اتحادیه‌های بین‌المللی پس از تصویب مجلس شورای اسلامی با رئیس جمهور یا نماینده قانونی اوست». بنابراین عهدنامه برای در حکم قانون قرار گرفتن باید این روند را طی کرده باشد و نهایتاً به امضای دولت ایران رسیده باشد. به عنوان مثال اگر حکمی در خارج از کشور براساس کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان مصوب ۱۹۷۹ مجمع عمومی سازمان ملل متحد صادر شده باشد که دولت ایران آنرا نپذیرفته است.^۱ طبیعتاً چنین حکمی در ایران قابل اجرا نخواهد بود. مثلاً حکمی براساس بند پ ماده ۱۶ این کنوانسیون صادر شده باشد که برای زن و مردم حقوق و مسئولیت‌های یکسان در طی دوران زناشویی و به هنگام ازدواج در نظر گرفته است.

البته هیچ دولتی مجاز نیست که به واسطه انعقاد معاهده‌ای خود را ملزم به انجام کارهایی نماید که با موازین حقوق بین‌الملل و احکام اخلاقی مغایرت داشته باشد. بنابراین معاهداتی که مشتمل بر اموری مغایر حقوق موضوعه‌ای که دارای قدرت امره بین‌المللی می‌باشند یا مشتمل بر امری غیرممکن یا حاوی موضوعاتی متعارض با اخلاق حسنه می‌باشند، باطل هستند.^۲ به عنوان مثال بخش چهارم از اساسنامه صندوق بین‌المللی پول مورخ ۲۲ ژوئیه سال ۱۹۴۴ که ایران در تاریخ ۱۳۲۴/۱۰/۶ به آن پیوسته تحت عنوان مصونیت دارائی بانک از توقیف آورده: «دارائی و اموال بانک در هر جا و به دست هر کسی سپرده باشد از کاوش و مصادره و ضبط یا خلعید یا هرگونه توقیف دیگر از طرف قوه قضائیه و اجرائیه مصون خواهد بود». همینطور در قانون اجازه الحاق دولت ایران به موافقت‌نامه مصونیت‌ها و مزایای سازمان کنفرانس اسلامی مصوب ۱۳۵۷/۳/۱۷ در فصل دوم تحت عنوان اموال و دارائی در ماده دوم آمده: «سازمان کنفرانس اسلامی و

۱ - برای مطالعه نظرات فقهی در مورد کنوانسیون مربوطه ر. ک: فهیمی، فاطمه، حقوق مالی زن، انتشارات دانشگاه قم، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۲۳۸.

۲ - شریفی طراز کوهی، حسین، قواعد امره و نظم حقوقی بین‌المللی، انتشارات وزارت امور خارجه، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۵، ص ۷۹.

اموال و دارائی آن در هر مکان و موقعیت از مصونیت قضائی برخوردار است مگر اینکه دبیر کل سازمان صراحتاً از مصونیت صرف نظر نماید. مع الوصف تفاهم حاصل است که سلب مصونیت در مورد اقدامات اجرائی مجری نخواهد بود». در ماده سوم همین قانون نیز آمده: «محل‌های مسکونی سازمان کنفرانس اسلامی از تعرض مصون خواهد بود و اموال و دارائی آن در هر مقام از بازجوئی و ضبط و توقیف، سلب مالکیت یا هر نوع مداخله یا اقدام اجرائی مصونیت خواهد داشت». بنابراین در مورد دو معاهده اخیر اگر حکمی از دادگاه خارجی جهت توقیف اموال مذکور صادر گردد با توجه به پیوستن ایران به این معاهدات در ایران قابل اجرا نخواهد بود. در ماده سوم کنوانسیون شناسائی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم شده در نیویورک به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ آمده: «دول متعاقد احکام داوری را الزام‌آور خواهند شناخت و آنرا مطابق آئین دادرسی محل که حکم داوری در قلمرو آن مورد استناد قرار گرفته است با رعایت شرایط مندرج در مواد آتی این کنوانسیون اجرا خواهند کرد. به هنگام شناسائی و اجرا احکام داوری موضوع این کنوانسیون هیچ گونه شرایطی که اساساً شدیدتر باشد یا حق‌الزحمه یا هزینه‌های بیشتر از آنچه که در شناسائی و اجرای احکام داوری داخلی معمول است، تحمیل نخواهد شد». به همین جهت است که دول عضو نمی‌توانند در صورتی که محکوم‌علیه واقع شوند برای عدم اجرای آرای داوری یا قضائی بین‌المللی به قوانین داخلی خود استناد کنند. ماده ۲۷ کنوانسیون معاهدات در این زمینه مقرر داشته: «هیچ یک از طرف‌های معاهده نمی‌تواند برای توجیه عدم اجرای معاهده به مقررات داخلی خود استناد نماید».^۱ در بخشنامه شماره ۱/۷۸/۱۲۷۴۶ مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۲ رئیس قوه قضائیه آمده: با عنایت به این که حسب اعلام وزارت امور خارجه در مواردی مراجع قضائی به منظور اجرای احکامی که له کارکنان ایرانی سفارت‌تخانه‌های خارجی در ایران صادر گردیده به بانک‌های کشور دستور داده‌اند محکوم‌به را از حساب بانکی نمایندگی خارجی در ایران کسر و پرداخت کنند و این تصمیمات واکنش‌های غیر مطلوب سفارت مربوطه را در پی داشته، بدین‌وسیله با جلب توجه مراجع قضائی و به خصوص دایره‌های اجرا به مفاد مصونیت‌های پیش‌بینی شده در کنوانسیون وین سال ۱۹۶۱ درباره روابط سیاسی که ایران در تاریخ ۱۳۴۲/۷/۲۱ به آن ملحق گردیده و نیز کنوانسیون وین در تاریخ ۱۹۶۳ درباره روابط کنسولی که ایران در تاریخ ۱۳۵۳/۱۲/۴ به آن ملحق گردیده است، تأکید می‌نماید که چنانچه حکم صادره از مستثنیات مقرر در ماده ۳۱ کنوانسیون سال ۱۹۶۱ و ماده ۴۲ کنوانسیون سال ۱۹۶۳ نباشد، پیش از هر اقدام اجرائی نسبت به آن مراتب را با تصویری از دادنامه بدوی و تجدیدنظر در

۱- زهرائی، مرتضی، ضمانت اجرای آرای داوری بین‌المللی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، تهران، شماره ۳۱، ۱۳۸۳، ص ۲۰۶.

صورت قابلیت تجدیدنظر و اعمال این حق از سوی محکوم‌علیه، به دفتر امور بین‌الملل قوه قضائیه اعلام و ارسال نمایند تا در دفتر مذکور ضمن هماهنگی با وزارت امور خارجه موجبات اجرای داوطلبانه احکام و حل و فصل مناسب موضوع را فراهم آورد. در مواد نامبرده مصونیت اماکن کنسولی از مصادره شامل اسباب و اثاثیه آن و اموال دیگر که شامل وسایل نقلیه آن است، مورد اشاره قرار گرفته است.^۱ در نظریه مشورتی شماره ۱۴/۶۸۷۲-۱۳۸۳/۹/۷ آمده: با عنایت به مقررات قانون داورى تجارى بين‌المللى مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶ و قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسائی و اجرای احکام داورى خارجى تنظيم شده در نیویورک به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ میلادی برابر با ۱۳۳۷/۴/۳، مصوب ۱۳۸۰/۱/۲۱ و قانون موافقت‌نامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و کمیته حقوقی مشورتی آسیائی و آفریقائی راجع به ایجاد مرکز منطقه‌ای داورى در تهران مصوب ۱۳۸۰/۵/۲۳ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۸۲/۲/۲۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، اگر رأی داورى بین‌المللى توسط داور یا هیأت داورى یا سازمان داورى یا مرکز منطقه‌ای داورى تهران در ایران صادر شود و مستند رأی مذکور قرارداد داورى باشد که هنگام تنظیم آن یکی از طرفین تبعه ایران نبوده، در کشورهائی که به کنوانسیون نیویورک ملحق نشده‌اند رأی موصوف در زمره احکام داخلی آن کشورها نخواهد بود ولو اینکه طبق مقررات کنوانسیون از آن دولت‌ها اجرای رأی داورى مزبور تقاضا شود و آنها آن رأی را اجرا کنند و اما حکم داورى بین‌المللى موصوف چون در ایران صادر شده و در ایران هم قابل اجراست در زمره احکام داخلی نیز محسوب می‌شود.

در بند ۳ ماده ۳۶ ق. د. ت. ب مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶ آمده: «در صورتی که معاهدات و توافقات فی ما بین دولت جمهوری اسلامی ایران و سایر دول ترتیبات و شرایط دیگری برای داورى‌های موضوع این قانون مقرر شده باشد، همان ترتیبات و شرایط متبع خواهد بود».

۴-۲- عدم مخالفت با قوانین مخصوصه

در بند سوم ماده ۱۶۹ ق. ا. ا. م تأکید شده که حکم خارجى در صورتی در ایران قابلیت اجرا دارد که مخالف با قوانین مخصوصه نباشد. مطابق قسمت اخیر ماده ۹۷۴ ق. م که به ماده ۹۷۲ همان قانون نیز اشاره دارد، اجرای احکام صادره از محاکم خارجه نباید مخالف با قوانین مخصوصه باشد. به عنوان مثال اگر در زمینه حقوق خانواده رأی از محکمه خارجى صادر شده باشد که مغایر با مقررات م. ق. ا. م. ط مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام داشته باشد، در این صورت آن رأی در ایران قابلیت اجرا نخواهد داشت.

۱ - ذوالعین، پرویز، حقوق کنسولی، انتشارات وزارت امور خارجه، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۵، ص ۱۱۹.

۵-۲- قطعی و لازم‌الاجرا بودن حکم خارجی

در بند چهارم ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م تصریح شده: «حکم در کشوری که صادر شده قطعی و لازم‌الاجرا بوده و به علت قانونی از اعتبار نیفتاده باشد». در این مورد باید توجه داشت که مطابق آنچه قبل گفتیم مطابق ماده اول ق.ا.ا.م برای اجرای هر حکمی آن حکم باید قطعی یا قطعیت یافته باشد. در همین ماده اشاره شده که اجرای موقت حکم در مواردی که قانون معین می‌کند امکان‌پذیر است. به همین دلیل به نظر می‌رسد با توجه به عدم تصریح مواد ق.ا.ا.م در مورد اجرای احکام خارجی، نمی‌توان در مورد این احکام قائل به اجرای موقت گردید. زیرا ماده اول همان قانون به احکام صادره از دادگاه‌های داخلی اشاره دارد نه خارجی و اجرای موقت حکم نیازه تصریح دارد. علاوه بر این حکم مذکور نبلید مطابق قوانین کشور صادر کننده در اثر تجدیدنظر خواهی یا فرجام خواهی یا هر علت قانونی دیگر در مقررات آن کشور از اعتبار افتاده باشد.

البته باید توجه داشت که اثبات این موضوع که حکم از اعتبار قانونی برخوردار است یا خیر بر عهده قاضی محکمه داخلی نیست چون نمی‌توان انتظار داشت که قاضی بر قوانین خارجی احاطه داشته باشد به همین دلیل طرفی که مدعی بی‌اعتباری چنین حکمی است باید این موضوع را اثبات نماید.^۱ به موجب ماده ۳۵ ق.د.ت.ب مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶ آرای صادره در مورد داوری به استثنای موارد مندرج در مواد ۳۲ و ۳۴ همان قانون که در مورد ابطال رأی داوری می‌باشند، قطعی بوده و پس از ابلاغ لازم‌الاجرا می‌باشند. ماده ۳۷ قانون داوری انگلستان مصوب ۱۹۵۵ نیز شناسائی آرای خارجی را موکول به این می‌داند که آرای مزبور از نظر قانون محل صدور رأی قطعی شناخته شده باشند.^۲ همانطور که اشاره شد اثبات بی‌اعتباری حکم خارجی همانند اثبات متن قانون خارجی به عهده ذی‌نفع است.^۳

۶-۲- عدم صدور حکم مخالف از دادگاه‌های ایران

در بند پنجم از ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م تصریح شده که یکی از شرایط اجرای حکم خارجی در ایران این است که: «از دادگاه‌های ایران حکمی مخالف حکم دادگاه خارجی صادر نشده باشد». بنابراین در هر موردی مثلاً اجرای رأی داوری اگر از دادگاه‌های ایران حکمی معارض و مخالف با رأی داوری خارجی صادر شده باشد حکم دادگاه ایرانی بر حکم داوری خارجی اولویت دارد و حکم خارجی در هر حال قابلیت اجرا نخواهد

۱- شیخ‌الاسلامی، سیده‌محسن، ارزیابی نظرات حاکم بر دستیابی به محتوای قانون خارجی، همان، ص ۶۲.

۲- اسکینی، ربیعا، تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین‌المللی، تهران، شماره ۱۰، ۱۳۶۸، ص ۱۷۱.

۳- مدنی، سیدجلال‌الدین، حقوق بین‌الملل خصوصی، انتشارات پایدار، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۷۸، ص ۳۰۴.

داشت.^۱ ماده ۹۷۱ ق. م مقرر داشته: «دعاوی از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجعه به اصول محاکمات تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه می‌شود. مطرح بودن همان دعوی در محکمه اجنبی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود». فرقی نمی‌کند که حکم صادره از محاکم داخلی از نظر تاریخ صدور حکم مقدم یا مؤخر بر حکم صادره از دادگاه خارجی باشد، در هر صورت این حکم صادره از دادگاه داخلی است که بر حکم خارجی حاکم می‌شود. در حالی که به عنوان مثال در مورد اعاده دادرسی در احکام داخلی در صورتی که حکم صادره با حکم دیگری در خصوص همان دعوا و اصحاب آن که قبلاً توسط همان دادگاه صادر شده است متضاد باشد بدون آنکه سبب قانونی موجب این مغایرت باشد در این صورت مطابق ماده ۴۳۹ ق.ا.د. م مصوب ۱۳۷۹: «گر جهت اعاده دادرسی حکم دوم را نقض و حکم اول به قوت خود باقی می‌ماند». یعنی حکم مقدم به قوت خود باقی است در حالی که در مورد اجرای احکام خارجی، حتی اگر حکم خارجی مقدم باشد باز هم حکم محکمه داخلی حاکم می‌شود.

۷-۲- عدم اختصاص رسیدگی به دادگاه‌های ایران

در بند ششم از ماده ۱۶۹ ق.ا.ا. م تصریح شده که رسیدگی به موضوع دعوا مطابق قوانین ایران نباید اختصاص به دادگاه‌های ایران داشته باشد در غیر این صورت حکم خارجی قابلیت اجرا در ایران را نخواهد داشت. به عنوان مثال در نظریه مشورتی شماره ۱۳۷۸/۹/۱۸-۷/۶۹۳۷ آمده: به دعوی طلاق که براساس ماده ۱۱۳۰ ق. م باشد صرفاً در دادگاه‌های ایران که واجد صفت شرعی بودن هستند، صلاحیت رسیدگی دارند و صدور هرگونه حکمی بر این اساس از دادگاه‌های سایر کشورها که قضات آن حاکم شرع نیستند فاقد اعتبار است. بدیهی است چنانچه احراز شود طلاق مطابق موازین شرعی تحقق یافته، عقد نکاح دوم شرعی و قانونی است و در غیر این صورت باطل است.

در نظریه مشورتی شماره ۱۳۶۲/۸/۷-۷/۳۳۹۶ آمده: در مورد ماده ۱۱۳۰ ق. م به زوجه اجازه داده شده است به حاکم شرع رجوع کند و به اذن حاکم شرع مطلقه گردد و حکم دادگاه‌های خارجی حاکم شرع نیستند لذا از وجه جهت اعمال آن ماده نمی‌تواند به آن دادگاه مراجعه نماید و در صورت مراجعه و صدور حکم چون این حکم از جهت عدم صلاحیت قاضی مخالف قوانین ایران است نمی‌تواند اثری داشته باشد.

در نظریه مشورتی شماره ۱۳۸۰/۸/۵-۷/۱۷۹۲ آمده: طبق ماده ۱۶۹ ق.ا.ا. م احکام دادگاه‌های خارجی در امور مدنی در شرایطی در ایران قابل اجراست که از جمله آنها شرط عدم صلاحیت اختصاصی دادگاه ایران

۱ - محمدزاده اصل، حیدر، داوری در حقوق ایران، انتشارات ققنوس، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۱۰۵.

است با توجه به مراتب مرقوم و اینکه دستور موقت حکم نیست، لذا مشمول مقررات راجع به ماده ۱۶۹ ق. ا. م و قابل اجرا نیست.

منظور نظریه مشورتی فوق این است که ماده ۱۶۹ مذکور از اجرای احکام خارجی نام برده نه اجرای قرارهای خارجی بنابراین دستور موقت در ایران قابل اجرا نیست. در ماده ۸ عهدنامه اقامت بین دولتین ایران و سوئیس مورخ ۲۰ آوریل ۱۹۳۴ مواردی ذکر شد که اتباع هر کشور در مورد آنها تنها می‌توانند به دادگاه‌های داخلی کشور متبوع خود رجوع کنند و به عبارت دیگر این موارد در صلاحیت این دادگاه‌هاست. مطابق این ماده: «در مسائل راجعه به حقوق شخصی و خانوادگی و ارثی اتباع هر یک از طرفین متعاهدین در خاک طرف متعاهد دیگر تابع مقررات قوانین مملکت متبوعه خود می‌باشد و طرف متعاهد دیگر نمی‌تواند از اعمال قوانین مزبوره منحرف بشود به جز به طریق استثناء و تا حدی که یک چنین رویه علی‌العموم نسبت به کلیه ممالک خارجه دیگر اعمال گردد طرفین متعاهدین موافقت دارند که حقوق شخصی و خانوادگی و ارثی و به عبارت آخری حقوق مربوط به احوال شخصیه مشتمل بر مسائل ذیل باشد:

ازدواج، ترتیب اموال بین زوجین، طلاق، افتراق، جهیزیه، ابوت، نسب، قبول به فرزندی، اهلیت حقوقی، بلوغ، ولایت و قیمومت، حجر، حق وراثت به موجب وصیت‌نامه یا بدون وصیت‌نامه، تصفیه و تقسیم ما ترک یا اموال و به طور عموم کلیه مسائل مربوط به حقوق خانوادگی و کلیه امور مربوط به احوال شخصیه».

مطابق نظریه مشورتی شماره ۷/۳۳۹۶-۱۳۶۲/۸/۷: سؤال: دادگاه سوئیس حکم طلاق زن و مردی از اتباع ایران را صادر و زوج سابق را محکوم به پرداخت نفقه زوجه و جریمه تا آخر عمر و تنصیف دارائی با زوجه نموده است آیا این حکم از نظر قوانین ایران معتبر و قابل اجراست؟

جواب: در مورد حکم طلاق همراه با حضانت طفل و پرداخت نفقه و جریمه تا آخر عمر و تنصیف دارائی تردیدی نیست که حکم مذکور با قوانین جاریه ایران مخالف است و چون طبق عهدنامه منعقد شده بین ایران و سوئیس مورخ ۲۰ آوریل ۱۹۳۴ و ماده ۶ ق. م ایران قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق در مورد کلیه اتباع ایران ولو اینکه مقیم خارج از کشور باشند مجری است و دولت سوئیس هم آنرا پذیرفته است لذا چنین حکمی که برخلاف مقررات ایران است قابل تأیید در دادگاه‌های ایران نیست. در ماده هشتم قرارداد اقامت بین ایران و آلمان مصوب بهمن ۱۳۰۷ برابر با فوریه ۱۹۲۹ مندرج است: در مسائل راجع به حقوق خانوادگی و وراثت و ترکه اتباع هر یک از طرفین متعاهدین در خاک طرف متعاهد دیگر مطیع قوانین مملکت متبوعه خود می‌باشد و دولت متعاهد دیگر نمی‌تواند از اعمال قوانین مزبور منحرف بشود. در این عهدنامه نیز همان موارد عهدنامه قبلی گنجلنده شده است به همین دلیل در نظریه مشورتی شماره

۱۳۶۱/۸/۷-۲۰/۴۵۰۱ نامه دادگاه شهر مونیخ که به استناد رأی مورخ ۱۴ اکتبر ۱۹۸۱ دیوان عالی آلمان طلاق را که به استناد تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص واقع شده و در سر کنسولگری ایران در مونیخ به ثبت رسیده را به رسمیت نشناخته و متذکر شده که طلاق در داخل خاک آلمان تنها براساس حکم صادر از دادگاه رسمیت دارد و طلاق‌هائی که بدون حکم دادگاه واقع می‌شوند از نظر کشور آلمان فاقد اعتبار می‌باشند، غیرموجه شناخته شده است.

۸-۲- عدم ارتباط حکم با اموال غیرمنقول واقع در ایران

مطابق ماده ۸ ق. م: «اموال غیرمنقول که اتباع خارجه در ایران بر طبق عهود تملک کرده یا می‌کنند از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود». در حقوق بین‌الملل خصوصی حکومت قانون محل وقوع اموال غیرمنقول بر مالکیت و نقل و انتقال این اموال از قدیم الایام پذیرفته شده و هیچ‌گاه مورد تردید قرار نگرفته است.^۱ در ماده ۹۶۶ ق. م آمده: «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیاء منقول و یا غیرمنقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیاء در آنجا واقع می‌باشند مع ذلک حمل و نقل شدن شی منقول از مملکتی به مملکت دیگر نمی‌تواند به حقوقی که ممکن است اشخاص مطابق قانون محل وقوع اولی شی نسبت به آن تحصیل کرده باشند خلل وارد آورد». بنابراین حکم دادگاه خارجی نمی‌تواند به قوانین ایران در مورد اموال غیرمنقول خدشه وارد آورد. در ماده اول قانون راجع به اموال غیرمنقول اتباع خارجی مصوب ۱۳۱۰/۳/۱۶ آمده است: «هر تبعه خارجه مکلف است در ظرف سه ماه از تاریخ اجرای این قانون صورت املاک مزروعی خود را با تعیین محل و مشخصات آن به دفتر محکمه بدایتی که مال غیرمنقول در حوزه آن واقع است در مقابل رسید تسلیم نموده و در همان موقع نیز مقومی کتباً معرفی نماید». در تبصره این ماده آمده: «توابع و متعلقات املاک مزروعی از قبیل قنوت، چشمه‌سارها، باغات، مراتع و طواحین و امثال آن در حکم ملک مزروعی است».

مطابق این قانون املاک مزروعی نمی‌توانند به تملک اتباع خارجی درآیند و در نتیجه تقویم و به فروش می‌رسند. مطابق ماده ۵ همان قانون: «پس از آنکه قیمت ملک به طریق مذکور فوق معین گردید ملک به مزایده به ترتیبی که در اصول محکمت حقوقی برای مزایده مقرر است فروخته خواهد شد».

در آئین‌نامه چگونگی تملک اموال غیرمنقول توسط اتباع خارجی غیرمقیم در جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۴/۴/۱۹ در ماده اول آمده: «اتباع خارجی که بدون داشتن پروانه اقامت دائمی به منظور سیاحت و

۱- الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، همان، ص ۱۸۳.

استفاده بیلابقی مسافرت‌های منظم فصلی در سنوات متعدد و متوالی به ایران می‌نمایند هرگاه بخواهند در ایران محلی را برای سکونت شخصی خریداری نمایند باید تقاضای خود را در اظهارنامه‌ای به همراه مدارک مورد نیاز که در این آئین‌نامه ذکر شده به وزارت امور خارجه تقدیم نمایند». این آئین‌نامه تنها از امکان مسکونی آن هم با شرایطی خاص نامبرده و خدشه‌ای به قانون راجع به اموال غیرمنقول اتباع خارجی که راجع به املاک مزروعی بود وارد نمی‌کند.

در بند ح ماده اول آئین‌نامه استملاک اتباع خارجه مصوب ۱۳۲۸/۵/۱۰ آمده: «تقاضا کننده در تقاضای خود تعهد می‌نماید که هرگاه بخواهد محل اقامت دائمی خود را به خارج از ایران انتقال دهد باید ملک مورد تقاضای استملاک را حداکثر تا ۶ ماه از تاریخ خروج از ایران به یکی از اتباع این یا خارجیانی که طبق مقررات اجازه استملاک تحصیل نموده‌اند انتقال دهد والا اداره ثبت مربوطه با اجازه اداره کل ثبت املاک، ملک را طبق مقررات مربوطه به مزایده املاک بیع شرطی از طریق مزایده به فروش رسانیده و وجه آنرا پس از وضع هزینه‌ها و عوارض قانونی به مالک خواهد پرداخت» در نظریه مشورتی شماره ۱۳۵۹/۱۱/۲۹-۷/۶۰۵۹ آمده: سؤال: شخصی فوت شده و ماترک او به فرزندش که از اتباع شوروی و مقیم کشور شوروی است منتقل شده آیا باید سند مالکیت به نام وی صادر شده یا خیر؟

جواب: بنابر مدلول ماده ۹۶۱ ق. م و بند ح ماده اول آئین‌نامه استملاک اتباع خارجه مصوب ۱۳۲۸/۵/۱۰ و بنابر مقررات ارث ق. م، مال غیرمنقول به شخص مورد سؤال انتقال قهری پیدا می‌کند و به ترتیب مقرر در بند ح ماده اول آئین‌نامه مذکور اجباراً به فروش رسانیده و وجه آن به مالک پرداخت می‌شود بنابراین مجال و موردی برای ثبت ملک در دفتر املاک به نام تبعه شوروی پیش نمی‌آید و پس از فروش ملک به خریدار تبعه ایران به نام او در دفتر املاک ثبت می‌گردد.

در قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون وین راجع به نمایندگی دول در روابط خود با سازمان‌های بین‌المللی مصوب ۱۳۶۷/۴/۲۸ در ماده ۳۰ تحت عنوان مصونیت قضائی آمده: «رئیس مأموریت و کارمندان دیپلماتیک مأموریت از مصونیت تعقیب جزائی در کشور پذیرنده برخوردار خواهند بود و از مصونیت دعاوی مدنی و اداری نیز برخوردار خواهند بود مگر در موارد زیر:

الف: دعاوی مربوط به اموال خصوصی غیرمنقول که در خاک دولت پذیرنده واقع است مگر آنکه این افراد اموال را به نمایندگی دولت فرستنده و برای مقاصد مأموریت در تصرف داشته باشند».

۹-۲- صدور دستور اجرا از طرف مقامات صلاحیتدار

در بند هشتم از ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م آمده: «دستور اجرای حکم از مقامات کشور صادر کننده حکم صادر شده باشد». منظور از دستور اجرای حکم همان اجرائیه است. همانگونه که صدر ماده ۴ ق.ا.ا.م در مورد آرای داخلی مقرر داشته: «اجرای حکم با صدور اجرائیه به عمل می‌آید مگر اینکه در قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد».

مطابق نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹-۱۳۶۷/۲/۲۳:

صدور اجرائیه طبق مقررات ق.ا.ا.م نسبت به حکم صادره از دادگاه ایران با همان دادگاه ایرانی صادر کننده حکم می‌باشد. در واقع قطعی و لازم‌الاجرا بودن یک حکم برای اجرای آن در ایران کافی نیست بلکه اجرائیه نیز بر مبنای آن حکم باید صادر شده باشد که به منزله دستور اجرای آن حکم تلقی می‌شود. منظور از مقامات کشور صادر کننده نیز همان دادگاه صادر کننده حکم می‌باشد که صلاحیت صدور اجرائیه را خواهد داشت.

۳- مرجع تقاضای اجرای حکم خارجی در ایران

مطابق ماده ۱۷۰ ق.ا.ا.م: «مرجع تقاضای اجرای حکم دادگاه شهرستان محل اقامت یا محل سکونت محکوم‌علیه است و اگر محل اقامت یا محل سکونت محکوم‌علیه در ایران معلوم نباشد دادگاه شهرستان تهران است».

به موجب ماده ۳۱ قانون اصول تشکیلات عدلیه مصوب ۱۳۰۷ در هر حوزه ابتدائی یک محکمه ابتدائی برای رسیدگی به دعاوی حقوقی و جزائی تشکیل می‌شد. این دادگاه ابتدائی، دادگاه شهرستان نامیده می‌شد.^۱ با توجه به تبصره ماده ۱۱ ق.ا.ا.م مصوب ۱۳۷۹ که مقرر داشته: «هر حوزه قضائی عبارت است از قلمرو یک بخش یا شهرستان که دادگاه در آن واقع است، تقسیم‌بندی حوزه قضائی به واحدهائی از قبیل مجتمع یا ناحیه تغییری در صلاحیت عام دادگاه مستقر در آن نمی‌دهد»، بنابراین ممکن است یک حوزه قضائی قلمرو یک شهرستان را شامل شود ولی در هر حال به آن اطلاق دادگاه شهرستان نمی‌شود بلکه به طور کلی مطابق ق.ت.د.ع.ا.مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۵ اصلاحی مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ به آن دادگاه عمومی اطلاق می‌شود. اصل اولی در آئین دادرسی مدنی در مورد صلاحیت بر صلاحیت دادگاه محل اقامت خواننده قرار گرفته به همین دلیل در ماده ۱۱ ق.ا.د.م مقرر شده: «دعا باید در دادگاهی اقامه شود که خواننده در حوزه قضائی آن اقامتگاه دارد و اگر خواننده در ایران اقامتگاه نداشته باشد در صورتی که در ایران محل سکونت موقت داشته باشد در دادگاه همان

۱ - مردانی، نادر، بهشتی، محمدجواد، آئین دادرسی مدنی، نشر میزان، تهران، چاپ سوم، جلد اول، ۱۳۸۶، ص ۷۲.

محل باید اقامه گردد و هرگاه در ایران اقامتگاه یا محل سکونت موقت نداشته ولی مال غیرمنقول داشته باشد، دعوا در دادگاهی اقامه می‌شود که مال غیرمنقول در حوزه آن واقع است و هرگاه مال غیرمنقول هم نداشته باشد خواهان در محل اقامت خود اقامه دعوا خواهد کرد.^۱ در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۱۱۶-۱۳۸۲/۱۱/۶ آمده: با توجه به قسمت آخر ماده ۱۱ ق.ا.د. م مصوب ۱۳۷۹ چنانچه خوانده در ایران محل اقامت دائم یا موقت و یا مال غیرمنقول نداشته باشد خواهان (زوجه ایرانی) می‌تواند در دادگاه محل اقامت خود طرح دعوی نماید. البته در مورد اجرای احکام خارجی موضوع اندکی متفاوت است به این معنی که مرجع تقاضای اجرای حکم خارجی دادگاه عمومی محل اقامت محکوم‌علیه است و اگر محل اقامت در ایران نداشته باشد دادگاه محل سکونت وی صلاحیت برای اجرای حکم خارجی خواهد داشت. منتها ق.ا.د. م از این جلوتر نرفته و در صورتی که محکوم‌علیه محل سکونت هم در ایران نداشته باشد یا به عبارت دیگر محل اقامت و سکونت وی مشخص نباشد در این صورت مرجع اجرای حکم دادگاه عمومی تهران خواهد بود. در واقع فلسفه اجرای حکم خارجی در ایران برای محکوم‌له این است که این حکم به دلیل اینکه در ایران قابلیت اجرا دارد و به عبارتی محکوم‌به در ایران قرار دارد، از دادگاه ایرانی تقاضای اجرای آن صورت می‌گیرد و این دادگاه به ترتیبی که گفته شد معین می‌گردد. برخی از نویسندگان معتقدند که در صورت وجود مالی از محکوم‌علیه در جایی غیر از تهران و با غیر معلوم بودن محل سکونت و یا اقامت محکوم‌علیه، دادگاه محلی وقوع مال براساس ماده ۱۱ ق.ا.د. م صلاحیت خواهد داشت و در این صورت دادگاه تهران در این مورد صلاحیت نخواهد داشت.^۱ با توجه به ماده ۱۷۰ ق.ا.د. م این عقیده نمی‌تواند صحیح باشد زیرا صراحت این ماده مانع از چنین تعمیمی می‌باشد، بلکه باید براساس وحدت ملاک ماده ۲۹۰ ق.ا.د. م مصوب ۱۳۷۹ قائل شویم که دادگاه تهران می‌تواند در این مورد به دادگاه محل وقوع مال نیابت در مورد اجرا دهد. امری که در دوائر اجرای احکام معمول است و نیابت در اجرای حکم را می‌پذیرند و حتی در شهرهای بزرگ نظیر تهران و شیراز شعبه مخصوص به آن اختصاص می‌دهند. همچنین مطابق ماده ۱۷۱ ق.ا.د. م که مقرر داشته: «در صورتی که در معاهدات و قراردادهای بین دولت ایران و کشور صادر کننده حکم ترتیب و شرایطی برای اجرای حکم مقرر شده باشد همان شرایط و ترتیب متبع خواهد بود». به عنوان مثال قراردادهای بین دولت ایران با دولت‌های سوئیس و آلمان که در قسمت‌های قبل از آنها نام بردیم، دارای شرایطی هستند که ذکر گردید.

^۱ - مهاجری، علی، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، انتشارات فکر سازان، تهران، چاپ اول، جلد دوم، ۱۳۸۴، ص ۲۹۲.

با توجه به آنچه که گفته شد سؤالی مطرح می‌گردد و آن اینکه اگر حکمی در ایران صادر شود ولی محل اجرای حکم و مورد آن خارج از کشور باشد صدور اجرائیه با کدام دادگاه می‌باشد؟
 جواب این سؤال همانطور که برخی نویسندگان گفته‌اند این است که مطابق با مواد ۵، ۱۲، ۱۹ و ۲۰ ق.ا.ا.م و نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹-۱۳۶۷/۲/۲۳ که قبلاً ذکر گردید، صدور اجرائیه مربوط به حکم صادره از ایران هر چند محل اجرای حکم خارج از کشور باشد با دادگاه صادر کننده حکم می‌باشد.^۱

۴- تقاضانامه اجرای حکم خارجی

اجرای حکم خارجی در ایران باید توسط محکوم‌له تقاضا شود. این تقاضا دارای شرایطی است که در این قسمت به آنها پرداخته می‌شود.

۴-۱- تقاضای اجرای حکم خارجی و شرایط آن

مطابق ماده ۱۷۲ ق.ا.ا.م: «اجرای حکم باید کتباً تقاضا شود و در تقاضانامه مذکور نام محکوم‌له و محکوم‌علیه و مشخصات دیگر آنها قید گردد». بنابراین ماده تقاضای اجرای حکم الزاماً باید به صورت کتبی صورت گیرد. بنابراین تقاضای اجرای حکم خارجی می‌تواند به صورت لایحه‌ای باشد که در آن نام و نام خانوادگی محکوم‌له و محکوم‌علیه و سایر مشخصات آنها از قبیل دیگر مشخصات سجلی و همچنین آدرس، ذکر گردد. هر چند ماده ۴۸ ق.ا.د. م مقرر داشته: «شروع رسیدگی در دادگاه مستلزم تقدیم دادخواست می‌باشد». اما در مورد اجرای حکم تقدیم دادخواست جداگانه ضرورت ندارد. مطابق نظریه قضات دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران مورخ ۱۳۶۵/۱/۲: درخواست ابلاغ و اجرای رأی که رأساً در خارج از دادگاه صادر شده باشد مطابق ق.ا.د. م بلامانع است و برای این تقاضا نیازی به تنظیم دادخواست و الصاق تمبر هزینه دادرسی نیست و درخواست مزبور از دادگاهی به عمل می‌آید که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد.

در نظریه مشورتی شماره ۷/۳۳۳-۱۳۸۳/۱/۱۹ آمده: با عنایت به اصطلاحات تقاضا و تقاضانامه اجرای حکم که در مواد ۱۷۲ و ۱۷۳ و ۱۷۴ ق.ا.ا.م تصریح شده است برای اجرای احکام مورد قبول تقدیم درخواست منضم به مدارک لازم کافی است و به تقدیم دادخواست نیازی ندارد. همچنین باید به این نکته هم توجه داشت که مطابق نظریه مشورتی شماره ۷/۴۰۸۱-۱۳۷۳/۶/۲۸:

۱- زارعی، احمد، پاسخ به ۲۶۶ پرسش قضائی کاربردی، انتشارات خورسندی، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۷۰.

تأخیر در تقاضای اجرای حکم قطعی حقوقی هر چند به مدت طولانی از ناحیه محکوم‌له موجب شمول مرور زمان حقوقی نخواهد بود.

۲-۴- مدارک پیوستی به تقاضانامه

در تقاضانامه‌ای که به منظور اجرای حکم خارجی در ایران به دادگاه صلاحیتدار تسلیم می‌شود باید مدارک ذیل ضمیمه شده باشد. این مدارک در ماده ۱۷۳ ق.ا.ا.م ذکر شده‌اند.

۴-۲-۱- رونوشت حکم دادگاه خارجی و شرایط آن

در بند اول ماده ۱۳۷ ق.ا.ا.م آمده: «سخه‌ای از رونوشت حکم دادگاه خارجی که صحت مطابقت آن با اصل به وسیله مأمور سیاسی یا کنسولی کشور صادر کننده حکم گواهی شده باشد با ترجمه رسمی گواهی شده آن به زبان فارسی». منظور از رونوشت همان فتوکپی حکم دادگاه خارجی است که مصدق کردن آن یا به عبارت دیگر برابر با اصل کردن آن بر عهده مأمور سیاسی یا کنسولی کشور صادر کننده حکم قرار داده شده است. مأمور کنسولی مأمور یک حکومت است که در سرزمین کشوری دیگر و با موافقت آن به این عنوان رسماً معرفی شده و مأموریت دارد در حدود اختیاراتی که حقوق بین‌الملل معین کرده و مورد توافق دو دولت است وظایفی که در جهت حفظ و حمایت منافع دولت مربوطه و اتباع آن بر عهده وی قرار داده شده انجام دهد و برای اجرای وظایف خود از امتیازاتی در کشور پذیرنده برخوردار باشد.^۱

در کنار آن مأموران دیپلمات یا مأموران سیاسی را داریم که نمایندگی دولت خود را دارند و گفتار و کردار آنها منسوب به دولت متبوع آنهاست. دیپلمات تابع حقوق بین‌الملل است و می‌تواند دولت خود را متعهد کند مثلاً با امضاء کردن قراردادی برقراری روابط دیپلماتیک با دولتی دلیل بر شناسایی آن دولت از نظر حقوقی بین‌الملل به شمار می‌رود در حالی که برقرار کردن روابط کنسولی دلیل بر شناخت حقوقی دولت پذیرنده است. در بند دوم ماده ۲ کنوانسیون وین درباره روابط کنسولی مصوب ۱۹۶۳ آمده: «قطع روابط دیپلماتیک به خودی خود موجب قطع روابط کنسولی نمی‌شود».^۲

مثلاً هندوستان در تهران دارای سفارت و در شهری مانند شیراز دارای کنسولگری می‌باشد. علاوه بر رونوشت حکم به ترتیبی که گفته شد ترجمه رسمی گواهی شده آن حکم به زبان فارسی که توسط مترجم رسمی گواهی می‌شود نیز باید ضمیمه شده باشد. مطابق ماده اول قانون راجع به ترجمه اظهارات و اسناد در محاکم

۱ - ذوالعین، پرویز، حقوق کنسولی، همان، ص ۲۴.

۲ - همان، ص ۲۰۲.