

## ماهیت تعهد کفیل؛ تعهدی تخییری یا بدلی؟

خدیدجه مظفری<sup>۱</sup>

عباس میرشکاری<sup>۲</sup>

### چکیده

تفاوت تعهد بدلی و تخییری در آن است که در اولی یک تعهد اصلی و یک تعهد جایگزین (بدل) وجود دارد ولی در دیگری هر دو موضوع تعهد، اصلی هستند و از رهگذر انتخاب، معلوم می‌شود کدام موضوع باید تأدیه شود. تفکیک و شناسایی این دو نوع تعهد از یکدیگر به‌ویژه برای تشخیص امکان الزام متعهد به انجام تعهد و ترتیب این الزام اهمیت دارد. در عقد کفالت، کفیل احضار مکفول و در صورت عدم انجام این تعهد، پرداخت وجه الکفاله را به عهده می‌گیرد. پرسش اصلی آن است که این تعهدات به نحو تخییری بر عهده کفیل قرار می‌گیرند یا به نحو بدلی؟ اگر تعهد کفیل تخییری باشد کفیل می‌تواند به تشخیص خود، مکفول را احضار کرده یا آنکه وجه الکفاله را پرداخت کند اما اگر تعهد کفیل بدلی باشد تنها در صورت عدم انجام تعهد اصلی یعنی احضار مکفول، نوبت به انجام تعهد بدلی یعنی پرداخت وجه الکفاله می‌رسد. به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۷۴۶ قانون مدنی که کفیل را در صورت فوت مکفول، بری از تعهد خود می‌داند تعهد اصلی کفیل، احضار مکفول باشد زیرا اگر تعهد از نوع تخییری بود با از بین رفتن یکی از دو موضوع، تعهد در موضوع دیگر متمرکز می‌شد و از بین نمی‌رفت. نتیجه آن که تعهد پرداخت وجه الکفاله تعهدی وابسته و تبعی نسبت به تعهد احضار مکفول و در نتیجه، بدلی است. بر این اساس، تا زمانی که امکان انجام تعهد اصلی وجود دارد، کفیل نمی‌تواند به سراغ تعهد بدلی برود.

کلیدواژه: عقد کفالت، تعهد کفیل، تعهد تخییری، تعهد بدلی (اختیاری)

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۱. استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی دانشگاه الزهراء (س)

Email: Kh. mozafari@alzahra. ac. ir

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

Email: Mirshekariabbas1@ut. ac. ir

## مقدمه

کفیل متعهد به احضار مکفول است، در این سخن تردیدی نیست اما آیا کفیل می‌تواند به جای احضار مکفول، به پرداخت حق مکفول‌له از مکفول‌عنه بسنده کند یا آنکه وی در هر صورت، مکلف به احضار مکفول‌عنه بوده و تنها در شرایطی مجاز به پرداخت حق مکفول‌له است که امکان احضار مکفول فراهم نباشد؟ به تعبیر دیگر، آیا تعهد کفیل، تخییری است بدین نحو که وی در میانه دو تعهد (احضار مکفول و یا پرداخت حق مکفول‌له) مختار باشد و یا آنکه تعهدش، بدلی است بدین گونه که تعهد نخستین‌اش، احضار مکفول‌عنه بوده و در صورت عدم امکان اجرای این تعهد اصلی، تعهدی دیگر (پرداخت حق مکفول‌له) بر عهده‌اش قرار می‌گیرد؟

در مقام پاسخ به این پرسش، از یک‌سو، می‌توان این‌گونه برداشت کرد که کفیل مختار است: یا در موعد مقرر، مکفول را حاضر کند و یا آنکه حاضر نکند و به‌طرف دیگر خسارت بپردازد. در نتیجه، اگر حاضر نکرد نمی‌توان الزام او را برای احضار خواست؛ بلکه تنها می‌توان وجه الکفاله را مطالبه کرد اما در برداشتی دیگر، می‌توان گفت: تعهد اصلی فرد، احضار مکفول است؛ اگر کفیل به این تعهد عمل نکند، متعهدله می‌تواند الزام وی را به انجام تعهد از دادگاه درخواست کند. تا زمانی هم که امکان انجام تعهد اصلی می‌رود متعهد نمی‌تواند مدعی انجام تعهد فرعی (پرداخت وجه الکفاله) شود. در تعبیر نخست، برای متعهد هم‌زمان دو تعهد ایجاد شده است: یکی، احضار و دیگری، پرداخت وجه الکفاله. این دو تعهد، در عرض یکدیگر قرار داشته و به متعهد، این اختیار داده شده است که هر کدام را که می‌خواهد انتخاب کند. در لسان حقوق تعهدات، برای معرفی این رویکرد، می‌توان از نهاد تعهد تخییری استفاده کرد. تعهد تخییری، تعهدی با چند موضوع گوناگون است که تنها یکی از آن‌ها باید اجرا شود.<sup>۱</sup> در اینجا نیز، تعهد دو موضوع دارد که تنها یکی از آن‌ها باید اجرا شود اما در تعبیر دوم، تعهد اصلی متعهد، احضار است اما اگر به دلیلی اجرای این تعهد شدنی نباشد، تعهد دیگری بر عهده او مستقر می‌شود: پرداخت وجه الکفاله. در این رویکرد، تا زمانی که اجرای تعهد اصلی امکان‌پذیر باشد، نمی‌توان پرداخت وجه الکفاله را مطالبه کرد. این رویکرد در حقوق تعهدات با عنوان تعهد بدلی قابل معرفی است. تعهد بدلی، تعهدی است که تنها یک موضوع معین دارد ولی متعهد اختیار پیدا کرده است که به جای وفا به تعهد اصلی، امر دیگری را بدل و جانشین آن سازد. در عقد کفالت نیز، می‌توان گفت که تعهد تنها یک موضوع اصلی دارد و پرداخت وجه الکفاله، نقش فرعی و بدلی دارد. با توجه به این مقدمه، رسالت مقاله حاضر، تلاش برای یافتن ماهیت تعهد کفیل است: پرسش اصلی نیز، این است که تعهد مورد بحث، با ویژگی‌های تعهد تخییری، سازگار است یا ویژگی‌های تعهد بدلی؟ برای پاسخ سؤال طرح شده، لازم است به صورت اجمالی مفاهیم تعهد تخییری و تعهد بدلی روشن شود. سپس، تعریفی از عقد کفالت ارائه می‌شود و در نهایت، درباره ماهیت تعهدات کفیل با توجه به معیارهای تمییز تعهد تخییری از بدلی گفت‌وگو خواهد شد.

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (نظریه عمومی تعهدات)، چاپ ۵، تهران، میزان، ۱۳۸۹، ص ۱۰۷.

### ۱- مفهوم تعهد تخییری و بدلی و تمییز این دو از یکدیگر

تعهد از حیث موضوع شکل‌های مختلفی می‌یابد. گاه موضوع تعهد، واحد است. برای نمونه، آنجا که الف متعهد به نقاشی چهره ب می‌شود. گاه نیز، متعدد است. در این صورت و به اعتبار اختیار یا عدم اختیار متعهد در اجرای موضوعات مورد تعهد، تعهد بر سه نوع قابل تقسیم خواهد بود: تعهد ترکیبی (Conjunctive)، تخییری (Alternative) و بدلی یا اختیاری (Facultative). در تعهد ترکیبی موضوع تعهد، متعدد است اما زمانی متعهد از تعهد خویش بری خواهد شد که همه موضوعات تعهد شده را انجام دهد اما در تعهد تخییری و بدلی به‌رغم تعدد موضوعات، ایفای یک موضوع کفایت می‌کند.<sup>۱</sup> همین نکته، به‌عنوان ویژگی مشترک تعهد تخییری و بدلی، ترسیم مرز میان این دو را دشوار می‌کند. برای همین، ابتدا لازم است مفهوم هر یک از این دو معرفی شده و سپس، درباره تفاوت‌های این دو و معیار تمییز آن‌ها از همدیگر گفت‌وگو شود.

#### ۱-۱- مفهوم تعهد تخییری

تعهد تخییری به تعهدی گفته می‌شود که دو یا چند موضوع دارد اما اجرای همه این موضوعات، مدنظر و مقصود طرفین قرارداد نیست، بلکه قصد طرفین تعهد این است که یک یا برخی از موضوعات تعهد اجرا شود، به‌نحوی که ایفای هر یک یا برخی از آن‌ها برای وفای به عهد و حصول برائت ذمه متعهد کافی است.<sup>۲</sup> چنان که بر اساس ماده ۱۱۸۹ قانون مدنی فرانسه، «متعهد به تعهد تخییری، زمانی که یکی از دو تعهدی را که ضمن قرارداد در اجرای آن‌ها مخیر است اجرا کند بری الذمه می‌شود». بدین ترتیب، موضوعات تعهد در عرض یکدیگر محسوب می‌شوند به‌نحوی که این تعهد شامل دو موضوع به‌صورت دو جزء منفصل است برای مثال، موضوع الف و یا ب<sup>۳</sup> و فقط کافی است یکی از این دو موضوع را انجام دهد.<sup>۴</sup> برای مثال، شوهر مکلف به انفاق زن است؛ در مورد طعام می‌تواند غذا در اختیار او گذارد یا هزینه آن را بپردازد و یا بر اساس قانون مجازات اسلامی پیشین، قاتل مکلف به پرداخت دیه بود. باین حال، موضوع تعهد وی، یکی از امور شش‌گانه (شتر، گاو، گوسفند، لباس، دینار و درهم) بود که قاتل در انتخاب هر یک از آن‌ها مخیر بود. (ماده ۲۹۷ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰).

حق انتخاب در تعهد تخییری ممکن است به متعهد، متعهدله یا شخص ثالث اعطا شود؛ بنابراین از حیث دارنده حق انتخاب سه نوع تعهد تخییری از یکدیگر قابل تفکیک است. به‌طور معمول و مرسوم حق انتخاب، به متعهد، تعلق دارد. در این صورت اجرای تعهد برای او تسهیل می‌شود و هر یک از موضوعات را که مناسب‌تر بداند، اجرا می‌کند. ممکن است در هنگام تشکیل تعهد، به این حق متعهد تصریح شود اما

۱. مظفری، خدیجه، تعهد تخییری، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، ش ۱، ۱۳۹۴، ص ۱۸.

۲. مظفری، خدیجه، تعهد تخییری، چاپ ۱، تهران، مجد، ۱۳۹۳، ص ۱۵۶.

۳. Demolombe, (1882), Traite de contrats ou des obligations conventionnelle en general, premiere generale, Coll, Cours de code napoleon, Paris, livre III, t, XXVI, n 8, p9.

۴. Carbonnier, Jean, (2000), Droit Civil, les obligations, 22ème édition, PUF, Thémis, p 115

در صورتی که چنین تصریحی هم صورت نپذیرد باید حق انتخاب را با متعهد دانست. گاه نیز، ممکن است حق انتخاب موضوع قابل اجرا از میان موضوعات تعهد، به متعهدله سپرده شود، در این صورت، او مختار به انتخاب موضوع تعهد خواهد بود. افزون بر این‌ها، ممکن است حق انتخاب به شخص ثالث واگذار شود، البته این فرض، معمولاً در حد یک نظریه باقی می‌ماند، زیرا در عمل طرفین تمایلی ندارند که اجرای تعهد خود را منوط به اختیار ثالث کنند. در قوانین کشورهای نظیر هلند و ژاپن به امکان اعطای حق انتخاب به ثالث تصریح شده است.<sup>۱</sup>

### ۱-۲- مفهوم تعهد بدلی (اختیاری)

تعهد بدلی، تعهدی است با یک موضوع اما به متعهد اجازه داده شده تا در صورت عدم امکان اجرای تعهد اصلی، موضوع دیگری را برای اجرا انتخاب کند. بدین ترتیب، امکان جایگزینی موضوع دیگر به جای موضوع اصلی وجود دارد؛ موضوعی که ذمه متعهد با ایفای آن نیز بری می‌شود؛ بنابراین در درجه نخست باید تعهد یک موضوع داشته باشد که همان موضوع تعهد اصلی است اما موضوع دیگری که از آن به بدل تعبیر می‌شود جایگزین موضوع اصلی می‌شود. به عنوان نمونه ممکن است کسی مبلغی پول نقد به دیگری قرض بدهد اما با او توافق کند که اگر نتوانست پول نقد را بپردازد به جای آن خواهد توانست ماشین و یا خانه‌اش را به او بدهد، بنابراین موضوع اصلی تعهد همان مبلغ پول نقد است. در قوانین کشورهای مختلف نیز چنین تعریفی از تعهد بدلی ارائه شده است؛ تعهد هنگامی بدلی است که موضوع تعهد را فقط یک چیز تشکیل می‌دهد؛ اما اگر متعهد به جای تأدیه آن، چیز دیگری را ادا کند، ذمه‌اش بری می‌شود. (ماده ۲۸۷ قانون مدنی مصر) بدین ترتیب، موضوع اصلی تعهد و مبین ماهیت آن، تنها همان مواردی هستند که موضوع تعهد را تشکیل داده‌اند؛ نه بدلی که با ادای آن ذمه متعهد بری می‌شود.

### ۱-۳- تفاوت تعهد تخییری و بدلی

تفاوت تعهد تخییری با تعهد بدلی را می‌توان در موارد زیر شماره کرد:

**دارنده حق انتخاب:** موضوع تعهد بدلی از زمان ایجاد تعهد، مشخص است، برای همین و از آنجاکه متعهدله نمی‌تواند متعهد را وادار به ایفای موضوع دیگری کند، حق انتخاب در این نوع از تعهد، هیچ‌گاه به متعهدله تعلق نمی‌گیرد. در نتیجه، در تعهد بدلی همیشه حق انتخاب با متعهد است؛ اما در تعهد تخییری، موضوع تعهد نه از زمان ایجاد تعهد، بلکه از لحظه انتخاب موضوع، مشخص می‌شود، برای همین، امکان انتخاب موضوع تعهد از سوی متعهدله، وجود دارد. همچنان که می‌توان امکان انتخاب را به متعهد یا به شخص ثالث سپرد.

**نسبت موضوعات با یکدیگر:** در تعهد تخییری موضوعات مورد تعهد، اصلی هستند و نمی‌توان میان آن‌ها تفاوتی قائل شد، اما در تعهد بدلی موضوع اصلی یکی است و مابقی موضوعات، نسبت به موضوع

۱. مظفری، خدیجه، تعهد تخییری، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، پیشین، ص ۱۸.

اصلی، فرعی شمرده می‌شوند. به بیان دیگر، موضوعات در تعهد تخییری در عرض یکدیگر قرار می‌گیرند اما در تعهد بدلی نسبت موضوعات با یکدیگر، طولی است.

**تلف موضوع:** در مواردی که موضوع اصلی به واسطه تلف یا فقدان یا از دست دادن شرطی از شروط مربوط به موضوع، صلاحیت موضوع تعهد واقع شدن را از دست بدهد تفاوتی دیگر میان تعهد بدلی و تخییری آشکار می‌شود. در چنین صورتی تعهد بدلی ساقط می‌شود؛ اما در مورد تعهد تخییری، تعهد به تعهدی بسیط با موضوعی واحد منتقل می‌شود؛ زیرا موضوع در چیزی که شرایط را دارد متمرکز می‌شود. **تعیین ماهیت تعهد:** ماهیت تعهد بدلی از ابتدا مشخص است (تملیک مال، انجام کار، خودداری از انجام کار). پس ماهیت تعهد بدلی هیچ‌گاه نامعین نیست؛ زیرا بر اساس موضوع اصلی و واحد تعهد، این ماهیت روشن می‌شود. در تعهد بدلی، ماهیت تعهد با ماهیت موضوع اصلی تعیین می‌شود؛ نه ماهیت بدل. بر این اساس موضوع تعهد بدلی در صورتی که موضوع اصلی، زمین یا مال منقول قابل تجزیه و یا غیر قابل تجزیه باشد، از ابتدا زمین یا منقول، یا قابل تجزیه یا غیر قابل تجزیه است.<sup>۱</sup> این نکته برخلاف تعهد تخییری است؛ زیرا ماهیت آن تنها بعد از انتخاب موضوع لازم التأدیه معین می‌شود.

#### ۱-۴- معیار تمیز تعهد تخییری از بدلی

تفکیک میان تعهد تخییری و بدلی پیچیده به نظر می‌رسد؛ زیرا این دو نوع تعهد، شباهت بسیاری به یکدیگر دارند. تعهد بدلی موضوع واحد دارد اما متعهد می‌تواند با ایفای یک موضوع دیگر (بدل) خود را از قید تعهد رها سازد. در واقع در تعهد تخییری، متعهد باید موضوع الف یا ب را تحویل دهد در حالی که در تعهد بدلی او باید موضوع الف را تحویل دهد اما می‌تواند با تحویل موضوع ب نیز از تعهد مبرا شود. ضوابط مختلفی برای تمیز تعهد بدلی از تخییری قابل ارائه است که در ادامه مورد اشاره قرار می‌گیرد:

**ضرورت انتخاب:** بر اساس این ضابطه در تعهد تخییری موضوع تعهد از ابتدا روشن نیست و با انتخاب، معین خواهد شد اما موضوع تعهد بدلی از ابتدا روشن است و تنها احتمال تغییر آن وجود دارد. به عبارت دیگر انتخاب در تعهد تخییری امری ضروری و در تعهد بدلی امری احتمالی است.<sup>۲</sup> در انتقاد از این معیار می‌توان گفت، در مورد تعهد بدلی نیز نمی‌توان از زمان تشکیل با قطعیت گفت که کدام موضوع در نهایت، اجرا خواهد شد. پس نمی‌توان حق انتخاب را به عنوان ضابطه اصلی تفکیک تعهد تخییری از بدلی در نظر گرفت.

**امکان مطالبه:** برخی از نویسندگان این موضوع را مطرح کرده‌اند که برای تفکیک باید به امکان مطالبه متعهدله توجه کرد: اگر متعهدله فقط یک موضوع را می‌تواند مطالبه کند، تعهد، بدلی است اما اگر می‌تواند

۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ترجمه سید مهدی دادمرزی و محمدحسین دانش کیا، ج ۳، قم: دانشگاه قم، ۱۳۸۸، ص ۱۶۹.

۲. Najjar, I. (1968), Le droit d'option, Introduction à l'étude du droit potestatif, Thèse, Université de Paris, LGDJ, Paris. P140.

این یا آن موضوع را مطالبه کند، تخییری است<sup>۱</sup> اما این معیار، درباره آن دسته از تعهدات تخییری که امکان انتخاب موضوع به شخصی غیر از متعهدله سپرده شده است، به کار نمی‌آید.

**جایگاه موضوعات نسبت به یکدیگر:** ضابطه دیگری که از اهمیت بیشتر برخوردار است جایگاه موضوعات متعدد تعهد نسبت به یکدیگر است. در تعهد بدلی فقط یک موضوع وجود دارد که در اصل به‌عنوان موضوع تعهد، تعیین شده است. به‌عنوان مثال، متعهد باید یک اتومبیل تحویل دهد با این حق که با پرداخت مبلغی پول نیز بتواند تعهد را ایفا کند. این شاخصه، تفاوت اجتناب‌ناپذیر میان تعهد تخییری و تعهد بدلی است. همچنین می‌توان گفت که موضوعات تعهد بدلی (موضوع اصلی و بدل) در عرض یکدیگر نیستند؛ حتی به کار بردن عبارت تعدد موضوع در مورد تعهد بدلی ممکن است کاربرد نادرستی باشد. موضوع بدلی در تعهد بدلی تنها یک‌راه فرعی برای رهایی از تعهد است. درحالی‌که در تعهد تخییری همه موضوعات در عرض یکدیگر هستند و اصلی محسوب می‌شوند. بر این اساس می‌توان نتیجه گرفت در مواردی که حق انتخاب به متعهدله، تعلق دارد، تعهد به‌هیچ‌وجه، بدلی نیست اما اگر انتخاب به متعهد تعلق داشته باشد، باید از طریق ضابطه جایگاه موضوعات نسبت به یکدیگر نوع تعهد را تشخیص داد. برای شناسایی جایگاه تعهدات نسبت به یکدیگر، یافتن قصد طرفین قرارداد یا قانون‌گذار (در مورد تعهدات قانونی) ضروری است. به‌عنوان مثال هرگاه شرکتی به دانشجویی مبلغی به‌عنوان وام بپردازد و دانشجو در برابر آن متعهد به بازپرداخت وام یا به استخدام شرکت درآمدن باشد، نباید با توجه به‌ظاهر اولیه گفت که بازپرداخت وام، موضوع اصلی است زیرا در چنین قراردادی، با توجه به‌قصد طرفین، روشن است که هدف شرکت از تأمین مالی دانشجو به خدمت گرفتن وی در پایان تحصیلاتش است و بازپرداخت پول، بدلی است که جایگزین موضوع اصلی می‌تواند باشد.

حال این پرسش مطرح می‌شود که هرگاه نتوان اراده واقعی طرفین را از مفاد قرارداد یا قانون استخراج کرد کدام یک از توصیفات ترجیح دارد: تعهد تخییری یا بدلی؟ در حقوق فرانسه از آنجاکه تنها تعهد تخییری در متن قانون مورد توجه قرار گرفته است، گفته شده است در مقام شک باید تعهد را تخییری دانست.<sup>۲</sup> برخی از قانون‌گذاران آمریکای جنوبی، تحت تأثیر دکتترین حقوقی فرانسه به‌صراحت به ترجیح تعهد تخییری، با این مضمون که «در موارد تردید در ماهیت تخییری یا بدلی تعهد، ماهیت تخییری پذیرفته می‌شود» اشاره کرده‌اند. (ماده ۱۵۷ قانون مدنی شیلی، ۱۵۵ قانون مدنی اکوادور، ۱۳۵۹ قانون مدنی اروگوئه، ۴۹۴ قانون مدنی پاراگوئه و ۱۵۶۴ قانون مدنی کلمبیا). با این حال، به نظر می‌رسد از آنجاکه تعهد بدلی، برای متعهد مزایای بیشتری دارد، با توجه به لزوم تفسیر قرارداد به نفع متعهد، با فقدان صراحت قانونی در این زمینه در مقام تردید بین دو نوع تعهد، شناسایی آن به‌عنوان تعهد بدلی ترجیح داشته باشد.

۱. Carbonnier, Jean, (2000), Droit Civil, les obligations, 22ème édition, PUF, Thémis, p 116

۲. Najjar, I. (1968), Le droit d'option, Introduction à l'étude du droit potestatif, Thèse, Université de Paris, LGDJ, Paris, p85.

## ۱-۵- آثار تمیز تعهد تخییری از بدلی

ممکن است این پرسش مطرح شود که اساساً تفکیک تعهد بدلی از تعهدی تخییری که در آن متعهد حق انتخاب دارد، چه فایده‌ای خواهد داشت؟ در پاسخ به دو اثر اصلی این تفکیک می‌توان اشاره کرد: یکی سقوط تعهد بر اثر غیرممکن شدن موضوع اصلی در تعهد بدلی، درحالی‌که در این حالت، در تعهد تخییری، موضوع دیگر به‌عنوان موضوع نهایی تعهد قرار می‌گیرد. دیگر اینکه در تعهد بدلی متعهدله تنها حق مطالبه موضوع اصلی را دارد ولی در تعهد تخییری الزام به انتخاب باید از دادگاه تقاضا شود و هر دو موضوع در خواسته ذکر شود. بدین ترتیب تعهد بدلی هیچ مزیتی را برای متعهدله فراهم نمی‌آورد و صرفاً به سود متعهد است اما تعهد تخییری به انتخاب متعهد این مزیت را برای متعهدله دارد که احتمال اجرای تعهد را بالا می‌برد. یکی از مثال‌های با اهمیت در توصیف این دو نوع تعهد، اعطای راتبه‌های تحصیلی به دانشجویان است. بر اساس این نوع از تعهدات، دانشجویی در ازای دریافت کمک‌هزینه و یا صرفاً بهره‌مندی از امکانات آموزشی رایگان، متعهد به خدمت در محل تعیین‌شده از سوی نهاد مربوطه خواهد بود و یا اینکه می‌تواند با پرداخت مبالغ مذکور، از این تعهد رها شود. در صورتی‌که این نوع از تعهد به شکل تخییری توصیف شود، دانشجو در خاتمه تحصیل می‌تواند یکی از دو گزینه خدمت در محل تعیین‌شده یا بازپرداخت مبالغ دریافتی را انتخاب کند. درحالی‌که اگر تعهد او بدلی باشد، موضوع اصلی تعهد، خدمت در محل مربوطه است و طرف مقابل نمی‌تواند درخواست بدل یعنی بازپرداخت مبلغ را بکند. هم‌چنین در صورتی‌که تعهد، بدلی باشد در صورتی‌که دستگاه ذی‌ربط اعلام عدم نیاز به خدمات فرد کند، دانشجو بری خواهد شد؛ زیرا موضوع اصلی تعهد از بین رفته است اما در صورت تخییری بودن این تعهد، اگر حق انتخاب با متعهد باشد وی با انتخاب انجام خدمت مورد تعهد و یا اعلام عدم نیاز دستگاه مربوطه بری خواهد شد؛ و حتی شاید بتواند به جهت محروم شدن از فرصت شغلی و منافع آن، ادعای خسارت کند. واضح است که اگر در این تعهد، حق انتخاب با متعهدله باشد تعهد از نوع تخییری توصیف می‌شود و در فرض مثال، می‌تواند به خدمت گرفتن یا دریافت مبالغ اعطایی را انتخاب کند. متن این نوع از تعهدات به‌گونه‌ای تنظیم می‌شود که امکان همه‌برداشت‌های مذکور وجود دارد. تنها در موارد معدودی ماهیت حقوقی این تعهدات با دقت بیشتری، مورد توجه تنظیم‌کنندگان قرار گرفته است.<sup>۱</sup>

## ۲- مفهوم قرارداد کفالت و تشخیص نوع تعهدات کفیل

### ۲-۱- مفهوم قرارداد کفالت

ماده ۷۳۴ ق.م. عقد کفالت را این‌گونه تعریف کرده است: «کفالت، عقدی است که به‌موجب آن احد

---

۱. مانند فرم وثیقه ملکی که برای اخذ تعهد از دستیاران استفاده‌کننده از سهمیه بومی در آزمون دستیاری دندانپزشکی که با دقت به تخییری بودن تعهد اشاره کرده است و موضوع اصلی تعهد را انجام خدمت در محل تعیین‌شده از سوی وزارت بهداشت دانسته است که شخص در هر صورت ملزم به انجام آن است مگر با تشخیص خود وزارت بهداشت که منجر به پرداخت خسارات و مبالغ مصرف شده خواهد شد؛ اما حق انتخابی برای دانشجو وجود نخواهد داشت.

طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند. متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفول له می‌گویند». بدین ترتیب، به‌موجب این عقد، یکی از دو سوی قرارداد (کفیل) تعهد می‌کند که شخص ثالثی (مکفول عنه) را در برابر طرف دیگر (مکفول له) احضار کند. مهم‌ترین امتیاز این تعریف، بیان تعهد اصلی کفیل یعنی تعهد به احضار شخص ثالث است. همچنین، با توجه به این تعریف، می‌توان طرفین قرارداد را نیز شناخت: کفیل و مکفول له. مکفول عنه جزو دو سوی قرارداد نخواهد بود؛ چنان‌که ماده یاد شده نیز از آن با عنوان شخص ثالث یاد کرده است. دیگر امتیاز این تعریف، قلمروی گسترده مکفول له است، چنانکه هر شخصی می‌تواند مکفول له واقع شود، از این نکته، می‌توان در گسترش قلمرو کفالت بهره برد.

تعریف فقهای شیعه گسترده‌تر از تعریف ارائه شده در قانون مدنی است؛ چنان‌که عمدتاً فقهای شیعه در تعریف قرارداد کفالت نوشته‌اند: «الكفاله عقد شرع للتعهد بالنفس»<sup>۱</sup> با توجه به این گستردگی، افزون بر تعهد به حضور، تعهد به طلب و تعهد به ملاقات نیز می‌تواند مشمول قرارداد کفالت قرار گیرد، در حالی که در قانون مدنی، تعهد کفیل منحصر در تعهد به احضار است.<sup>۲</sup> با این حال، دیگر فقهای این مذهب، برای رفع ابهام از تعریف و تشریح بهتر آن، منظور از «تعهد بالنفس» را التزام کفیل به حضور مکفول عنه در برابر مکفول له دانسته‌اند. چنان‌که در پاره‌ای از نوشته‌ها می‌خوانیم: «وهی شرعاً التعهد باحضار نفس المدین وتسلیمه إلی صاحب الحق عند طلبه»<sup>۳</sup>.

گفتنی است که در فقه اهل سنت، کفالت را به گونه‌ی دیگری تعریف کرده‌اند، در این نظام فقهی، برای تعریف ماهوی کفالت، نخست به سراغ معنای لغوی‌اش رفته‌اند: از آنجاکه در علم لغت، کفالت به معنای ضمیمه شدن به کار رفته است، معنای ماهوی آن را «ضمیمه شدن ذمه کفیل به ذمه مکفول له» دانسته‌اند. چنانکه در پاره‌ای از نوشته‌ها آمده است: «والکفاله لها معنیان لغوی واصطلاحی أما اللغوی فهو ضم الشئ إلی الشئ ومنه قوله تعالی وکفلها زکریا ای ضمها إلیه وفی الشرع ضم ذمه إلی ذمه للاستیثاق»<sup>۴</sup>.

کفیل در برابر مکفول له تعهد کرده تا مکفول عنه را حاضر کند، این تعهد، مهم‌ترین اثر کفالت در رابطه کفیل و مکفول له است. کفیل باید در زمان و مکان توافق شده، مکفول را حاضر کند اما صرف احضار، کافی نیست، بلکه لازم است که مکفول له نیز بر مکفول عنه مسلط شده باشد؛ به نحوی که بتواند حق خویش را از وی دریافت کند؛ چه در غیر این صورت، مقصود اصلی از انعقاد قرارداد کفالت تحقق نمی‌یابد.<sup>۵</sup> برای همین، اگر کفیل مکفول عنه را در شرایطی احضار کند که مکفول له (به دلیل زمان یا مکان احضار) تسلطی

۱. حلی، جمال‌الدین احمد بن شمس‌الدین محمد بن فهد، المذهب البارع فی شرح المختصر الشرایع، ج ۲، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۷، ص ۵۳.

۲. شربینی، محمد بن احمد، مغنی المحتاج، ج ۲، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۷۷، ص ۲۰۳.

۳. خازم، علی، مدخل إلی علم الفقه عند المسلمین الشیعه، بی‌نا، بی‌تا، ص ۶۸.

۴. سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط، ج ۱۹، دارالمعرفه، ۱۴۰۶، ص ۱۶۰.

۵. حلی، محمد بن احمد بن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، چاپ ۲، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰، ص ۷۷.



بر مکفول عنه نیابد، تعهد کفیل به درستی اجرا نشده است. (ملاک مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ ق.م. با این حال، تسلط مکفول له بر مکفول عنه به معنای لزوم دریافت حق نیست؛<sup>۱</sup> تعهد کفیل با احضار پایان یافته<sup>۲</sup> و وی پس از این مرحله، مسئولیتی نخواهد داشت؛ پس همین اندازه که مکفول له قابلیت دریافت حق خویش از مکفول عنه را داشته باشد، کافی است ولو آنکه بالفعل وی نتوانسته باشد حقش را دریافت کند.

## ۲-۲- تشخیص نوع تعهد کفیل از حیث بدلی یا تخییری

بر اساس ماده ۷۴۰ قانون مدنی کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است حاضر کند والا باید از عهده حقی که بر عهده مکفول ثابت می شود برآید. آیا کفیل بین احضار مکفول و پرداخت وجه الکفاله حق انتخاب دارد و یا اینکه تعهد اصلی او احضار مکفول است و پرداخت وجه الکفاله بدل آن است؟ اگر کفیل بین احضار مکفول یا پرداخت آنچه به عهده اوست مخیر باشد، تعهد وی تخییری است اما هرگاه بر این عقیده باشیم که تعهد اصلی در عقد کفالت یک تعهد بیش نیست و تعهد دیگر فرع بر آن است تعهد وی را بدلی دانسته ایم.

پاره‌ای از فقها، تعهد کفیل را تعهد تخییری می دانند.<sup>۳</sup> به باور اینان، کفیل آزاد است تا اگر بخواهد مکفول را حاضر کند و اگر به هر دلیل نخواهد، با پرداخت بدهی مکفول بری شود، بی آنکه برای انتخاب یکی از این دو گزینه اجباری داشته باشد. در توجیه این سخن گفته اند که غرض از احضار، دریافت حق مکفول له از مکفول عنه است، بنابراین، خود حضور اهمیتی ندارد، مهم دریافت حق مکفول له است، حال که خود کفیل اقدام به پرداخت حق مکفول له کرده است، چرا باید همچنان بر احضار پافشاری کرد؟<sup>۴</sup> عمدتاً فقهای که تعهد کفیل را تخییری می دانند، امکان انتخاب را به کفیل سپرده اند اما اندکی نیز هستند که مکفول له را محق در انتخاب می دانند.<sup>۵</sup>

در مقام داوری در این اختلافات، به نظر می رسد توجه به نکات زیر، ماهیت تعهدات کفیل را به تعهدات بدلی نزدیک کند:

**نسبت موضوعات با یکدیگر:** همان گونه که گفته شد، در تعهد تخییری موضوعات مورد تعهد، اصلی هستند و نمی توان میان آن ها تفاوتی قائل شد، اما در تعهد بدلی موضوع اصلی یکی است و مابقی موضوعات، نسبت به موضوع اصلی، فرعی شمرده می شوند. در کفالت، تعهد به احضار مکفول برابر و هم اندازه پرداخت وجه الکفاله نیست. چرا که عقد کفالت، ابتدائاً و اساساً برای احضار مکفول منعقد می شود

۱. زین الدین، شیخ محمد امین، کلمه التقوی، ج ۲، بی نا، بی تا، ص ۹۵.

۲. عاملی، زین الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج. ۱، چاپ ۱، موسسه معارف اسلامیه، ۱۴۱۴، ص ۲۳۴.

۳. روحانی، سید محمدصادق، فقه الصادق (ع)، ج ۲۰، چاپ ۳، دارالکتاب، ۱۴۱۴، ص ۱۷۸، شهید اول، شمس الدین محمد بن مکی، لمعه دمشقیه، ج ۲، چاپ ۱، چاپ قدس، ۱۴۱۱، ص ۱۲۵.

۴. موسوی بجنوردی، سید محمدحسن، ۱۴۱۹، القواعد الفقهیه، ج ۷، چاپ ۱، هادی، ۱۴۱۹، ص ۱۵۶.

۵. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منیه الطالب، ج. ۲، موسسه نشر اسلامی، چ. ۱، ۱۴۰۵، ص ۳۸۷.

و نه برای پرداخت وجه الكفاله.<sup>۱</sup> به علاوه، تعهد اصلی كفیل، احضار بوده و پرداخت وجه الكفاله، ضمانت اجرای عدم ایفای تعهد شمرده می‌شود. برای همین، این دو از ارزش هم‌سان برخوردار نیستند. به بیان دیگر، وجه الكفاله تنها زمانی وارد عمل می‌شود که اجرای تعهد احضار با مشکل روبرو شده است و در واقع به‌عنوان مسئولیت متعهد در مواقع عدم اجرای تعهد شناخته می‌شود، نه اینکه یک شیوه معمول اجرای تعهد باشد. بر این اساس و با توجه به اینکه نسبت موضوعات عقد کفالت با یکدیگر، طولی است و نه عرضی، ماهیت تعهدات این عقد، به تعهدات بدلی نزدیک‌تر است تا تخییری.

**تلف موضوع:** پیش از این گفته شد که اگر موضوع اصلی به‌واسطه تلف یا دلیل دیگری، صلاحیت موضوع تعهد واقع شدن را از دست بدهد، تعهد بدلی ساقط می‌شود؛ اما در مورد تعهد تخییری، تعهد به تعهدی بسیط با موضوعی واحد منتقل می‌شود؛ زیرا موضوع در چیزی که شرایط را دارد متمرکز می‌شود. بر اساس این نکته، باید به ماده ۷۴۶ قانون مدنی توجه کرد. بر اساس این ماده، کفیل در صورت فوت مکفول بری از تعهد خود می‌شود، بدین ترتیب، جنس تعهد، بدلی است زیرا اگر تعهد از نوع تخییری بود با از بین رفتن یکی از دو موضوع، تعهد در موضوع دیگر متمرکز می‌شد و از بین نمی‌رفت. پس تعهد پرداخت وجه الكفاله تعهدی وابسته و تبعی نسبت به تعهد به احضار مکفول و در نتیجه بدلی است.

**نباید از یاد برد که وجه الكفاله از لحاظ ماهیت، نوعی وجه التزام است:** مبلغی مقطوع که برابر با میزان حقی است که بر عهده مکفول قرار داشته است. بر این اساس، اگر تعهد کفیل به احضار و یا پرداخت وجه الكفاله را به‌عنوان تعهد تخییری در نظر بگیریم، در این صورت، متعهد می‌تواند هر کدام از این دو را که خواست، اجرا کند، بدون آنکه متعهدله بتواند در برابر انتخاب او، اعتراضی داشته باشد. این در حالی است که طلبکار را نمی‌توان مجبور کرد که در صورت عدم اجرای تعهد، تنها به گرفتن خسارت اکتفا کند و اصل تعهد را از مدیون نخواهد. قصد طرفین از تعیین وجه الكفاله همانند وجه التزام، ایجاد تزلزل و تردید در اجرای موضوع اصلی نبوده بلکه، هدف طرفین و کارکردی که آن‌ها برای وجه الكفاله در نظر گرفته‌اند، تأکید و تقویت موضوع اصلی بوده است نه ایجاد راهی برای متعهد جهت فرار از اجرای تعهد اصلی. با پذیرش تعهد کفیل به عنوان تعهد تخییری، متعهد میان اجرای موضوع اصلی یا پرداخت وجه الكفاله، مخیر خواهد بود. تعبیری که با کارکرد وجه الكفاله که نوعی وجه التزام شمرده می‌شود، ناسازگار است.

همان‌گونه که گفته شد ارزش تعهد احضار با ارزش تعهد به پرداخت وجه الكفاله هم‌سان نیست. این باور سبب شده تا برخی از فقها، تعهد کفیل را متعیناً در احضار مکفول می‌دانند.<sup>۲</sup> برخی از همین دسته، چنان بر اهمیت احضار مکفول پافشاری می‌کنند تا سرانجام به این نتیجه می‌رسند که پرداخت حق مکفول له

۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲، ص ۴۶۳.

۲. ابن البراج، بی‌تا: ۷۱، به نقل از: میرشکاری، عباس، قرارداد کفالت، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، ص ۹۰.

به جای احضار مکفول عنه تنها با توافق کفیل و مکفول له ممکن است.<sup>۱</sup> بدین ترتیب و در نظر اینان، تنها با تبدیل تعهد، می توان تعهد به احضار را به تعهد به پرداخت وجه الکفاله تبدیل کرد. اگرچه نباید اهمیت حضور را از یاد برد، اما باور این گروه از این جهت باید تکمیل شود که هرگاه احضار مکفول انجام نشود، در این حالت، باید فکری کرد که قرارداد، نیمه کاره رها نشود، از همین رو است که می توان تعهد به احضار را تعهد اصلی و پرداخت حق مکفول له را تعهد بدلی دانست. کفیل در مرتبه نخست، مکلف به احضار مکفول عنه است اما اگر او را حاضر نکرد، تعهد دیگری بر عهده وی قرار می گیرد: تعهد به پرداخت حق مکفول له.<sup>۲</sup> از لحن ماده ۷۴۰ ق.م. نیز همین باور قابل برداشت است. بر اساس این ماده، کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است حاضر کند والا باید از عهده حقی که بر عهده مکفول ثابت می شود، برآید. از این ماده برمی آید که تعهد اصلی کفیل، احضار مکفول است. با این حال، به عنوان ضمانت اجرای نقض این تعهد، پرداخت حق مکفول له بر مکفول بر عهده کفیل قرار می گیرد.

#### نتیجه گیری:

تشخیص تعهد بدلی از تخییری واجد آثار عملی مهمی است. تعهد کفیل در عقد کفالت اگر تخییری باشد مکفول له نمی تواند کفیل را ملزم به احضار مکفول عنه نماید و کفیل مختار است که از میان دو موضوع احضار مکفول عنه و پرداخت حق مکفول له یکی را انتخاب و اجرا کند. حال آنکه اگر تعهد کفیل بدلی باشد، تعهد اصلی و اولیه او احضار مکفول عنه است و در صورت خودداری از انجام این تعهد آنگاه باید بدل آن یعنی پرداخت حق مکفول له را به جا آورد. فقها در این زمینه اختلاف نظر دارند. در قانون مدنی شواهد و قرائنی وجود دارد که دلایل بدلی بودن تعهد تخییری را قوت می بخشد از جمله آن که در صورت فوت مکفول عنه تعهد کفیل از بین می رود. این بدان معناست که موضوع اصلی تعهد احضار مکفول بوده است و با از بین رفتن موضوع اصلی، تعهد به کلی از بین می رود. از سوی دیگر تعهد بدلی به سود متعهد است و در مقام تفسیر، بدلی دانستن تعهد کفیل ترجیح دارد.

۱. بحرانی، یوسف، الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۱، موسسه نشر اسلامی، بی تا، ص ۶۱، در حقوق ایران، جعفری لنگرودی،

محمدجعفر، عقد کفالت، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۱۰۱.

۲. طباطبائی، سیدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، ج ۸، چاپ ۱، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴، ص ۵۹۷.

## منابع و مأخذ:

### الف - منابع فارسی:

۱. حلی، جمال‌الدین احمد بن شمس‌الدین محمد بن فهد (۱۴۰۷ هـ-ق)، المهذب البارع فی شرح المختصر الشرايع، جلد دوم، موسسه نشر اسلامي.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، عقد کفالت، تهران، گنج دانش.
۳. حلی، محمد بن احمد بن ادريس (۱۴۱۰ هـ-ق)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، جلد دوم، چاپ دوم، موسسه نشر اسلامي.
۴. خازم، علی، مدخل إلى علم الفقه عند المسلمين الشيعة، بی‌نا، بی‌تا.
۵. روحانی، سید محمدصادق (۱۴۱۴ هـ-ق)، فقه الصادق (ع)، جلد بیستم، ارالکتاب.
۶. زین‌الدین، شیخ محمد امین، کلمه التقوی، جلد دوم، بی‌نا، بی‌تا.
۷. سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط (۱۴۰۶ هـ-ق)، جلد نوزدهم، دارالمعرفه.
۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۸۸)، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، ترجمه سید مهدی دادمرزی و محمدحسین دانش کیا، جلد سوم، قم: دانشگاه قم.
۹. شربینی، محمد بن احمد (۱۳۷۷)، مغنی المحتاج، جلد دوم، دار احیاء التراث العربی.
۱۰. شهید اول، شمس‌الدین محمد بن مکی (۱۴۱۱ هـ-ق)، لمعه دمشقیه، جلد دوم، چاپ اول، چاپ قدس.
۱۱. طباطبائی، سید علی (۱۴۱۴ هـ-ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، جلد هشتم، چاپ اول، موسسه نشر اسلامي.
۱۲. عاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی) (۱۴۱۴ هـ-ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرايع الاسلام، جلد اول، چاپ اول، موسسه معارف اسلاميه.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، حقوق مدنی (نظریه عمومی تعهدات)، چاپ پنجم، تهران، میزان.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، عقود معین، جلد چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۵. مظفری، خدیجه (۱۳۹۳)، تعهد تخییری، چاپ اول، تهران، مجد.
۱۶. مظفری، خدیجه (۱۳۹۴)، «تعهد تخییری»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۱.
۱۷. موسوی بجنوردی، سید محمدحسن (۱۴۱۹ هـ-ق)، القواعد الفقهيہ، جلد هفتم، چاپ اول، هادی.
۱۸. میرشکاری، عباس (۱۳۹۲)، قرارداد کفالت، شرکت سهامی انتشار.
۱۹. نجفی خوانساری، موسی بن محمد (۱۴۱۸ هـ-ق)، منیه الطالب، جلد دوم، چاپ اول، موسسه نشر اسلامي.

### ب - منابع انگلیسی:

۲۰. Carbonnier, Jean, (2000) Droit Civil, les obligations , 22ème édition, PUF, Thémis.
۲۱. Demolombe, (1882) Traite de contrats ou des obligations conventionelle en general, impremiere generale, Coll, Cours de code napoleon, Paris, livre III, t, XXVI, n 8, 1882,
۲۲. Najjar, I. (1968) , Le droit d'option, Introduction à l'étude du droit potestatif, Thèse, Université de Paris, LGDJ, Paris. ۱۹۶۸.