

## وضعیت حقوقی «تعهد تخیری»

محمد مهدی عبدالله پور\* / احمد شمس\*\* / جمشید نور شرق\*\*\*  
تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۰۳

### چکیده

تعهد تخیری، تعهدی است که در آن ذمه متعهد به جای یک موضوع به دو یا چند موضوع مشغول می‌گردد، اما متعهد مخیر است با ایفای هر یک از موضوعات مورد تعهد، موجبات برائت ذمه خود را فراهم آورد. علیرغم اعتبار این نوع از تعهدات در حقوق بسیاری از کشورهای غربی و عربی اما مشروعیت آن در حقوق ایران و علی‌الخصوص فقه امامیه مورد مناقشه قرار گرفته است. در فقه امامیه، بزرگانی از فقها به دلیل عدم وجود دلیل معتبری مبنی بر منع چنین تعهداتی حکم بر صحت آن داده‌اند. اشکال مخالفان نیز در نفوذ معاوضاتی مانند بیع و اجاره است که جزء عقود تملیکی است نه عهده. در نظام حقوقی ایران نیز با پذیرش این مطلب که صرف مردد بودن نمی‌تواند فی نفسه دلیلی بر بطلان قراردادها و تعهدات باشد مگر آن که موجب غرر گردد حداقل می‌توان در غیر از عقود تملیکی، قائل به صحت و اعتبار این نوع از تعهدات بود.

**کلیدواژه:** تعهد، تعهد تخیری، تعدد موضوع تعهد، حق انتخاب، غرر، تعهد ترکیبی، تعهد بدلی

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران

\*\* دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

shams\_ahmad1967@yahoo.com

\*\*\* استادیار حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران

## ۱- مقدمه

یکی از تقسیم بندی های ارائه شده برای تعهدات، تقسیم بندی به اعتبار تعدد موضوع تعهد می باشد؛ بدین شرح که تعهد ممکن است تنها یک موضوع داشته باشد که تبعاً با انجام همان موضوع ایفای تعهد صورت خواهد پذیرفت. اما گاهی موضوع تعهد متعدد می گردد و این امر وصف تعهد به شمار می رود که یکی از مصادیق آن تعهد تخییری است. در این نوع از تعهدات (تعهدات تخییری) ذمه متعهد به جای یک موضوع، همزمان به دو یا چند موضوع مشغول می گردد، اما متعهد مخیر است با ایفای هر یک از موضوعات مورد تعهد، موجبات براءت ذمه خود را فراهم آورد. سؤال اصلی تحقیق حاضر این است که با توجه به این که یکی از شرایط مورد معامله در فقه امامیه و حقوق ایران (بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م.) معین بودن مورد معامله است آیا می توان به مشروعیت و اعتبار چنین تعهداتی قائل بود؟ اهمیت و ضرورت تحقیق حاضر و پاسخ به سؤال فوق الذکر از این جهت است که اولاً، علی رغم این که تعهد تخییری بر احتمال پرداخت دین می افزاید و مدیون نیز با انتخاب موضوعی که بیش تر در دسترس اوست ساده تر می تواند به عهد خود وفا نماید، و از طرفی برای متعهدله نیز این فایده را خواهد داشت که به صرف از بین رفتن یکی از موضوعات، تعهد بدون محل باقی نماند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۵۷) در قانون مدنی ایران به چنین تعهدی اشاره نگردیده است و دلیل اصلی آن را می توان تردیدهایی دانست که در خصوص مشروعیت این نوع از تعهدات وجود داشته و در حال حاضر نیز وجود دارد؛ در حالی که رد پای آن را در برخی از قوانین دیگر که در مباحث آتی به آن اشاره خواهد شد می توان یافت. ثانیاً، در عمل، این نوع از تعهدات در روابط حقوقی بین افراد جامعه مشاهده و در حال استفاده و گسترش است. این در حالی است که چه در قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاحات (مواد ۱۱۸۹ تا ۱۱۹۶) و چه در قانون مدنی فرانسه بعد از اصلاحات سال ۲۰۱۶ میلادی (مواد ۱۳۰۷ تا ۱۳۰۷-۵) و همچنین در قانون تعهدات

سوئیس (ماده ۷۲) به عنوان یکی از منابع نگارش قانون مدنی ایران، به این نوع از تعهدات اشاره گردیده است. در قانون مدنی فرانسه (بعد از اصلاحات سال ۲۰۱۶) در ماده ۱۳۰۷ در تعریف این نوع از تعهدات مقرر گردیده است: «تعهد تخیری آن است که موضوعات متعددی داشته باشد و اجرای یکی از موضوعات، موجب برائت ذمه متعهد شود.» در قانون مدنی این کشور قبل از اصلاحات سال ۲۰۱۶ علیرغم این که صراحتاً تعریفی از تعهد تخیری مشاهده نمی گردید اما از مجموع مواد ۱۱۸۹ و ۱۱۹۰ این قانون قابل استنباط بود. در ماده ۱۱۸۹ مقرر گردیده بود: «متعهد تعهد تخیری با تسلیم یکی از دو مال مشمول تعهد، بری می شود.» و در ماده ۱۱۹۰ آمده بود: «انتخاب، حق متعهد است در صورتی که این حق، صریحاً به متعهدله واگذار نشده باشد.»

در ماده ۷۲ قانون تعهدات سوئیس مقرر گردیده: «اگر از طبیعت امور خلاف این امر بر نیاید، هرگاه تعهد ناظر به چند امر باشد، ولی با اجرای یکی از آنها ذمه بدهکار بری گردد، انتخاب آن با متعهد است.»

در قانون مدنی بسیاری از کشورهای عربی نیز موادی به این نوع از تعهدات اختصاص یافته است؛ به عنوان مثال، در ماده ۲۷۵ قانون مدنی مصر آمده است: «تعهد زمانی تخیری است که موضوع آن اشیاء متعددی باشد و ذمه متعهد با ایفای یکی از آنها به طور کامل بری شود. اختیار با متعهد است مگر این که مقررات قانون یا توافق متعاقدين خلاف آن را مقرر کرده باشد.» معادل این ماده در قانون مدنی سوریه (ماده ۲۷۵)، قانون مدنی لیبی (ماده ۲۶۲)، قانون مدنی عراق (ماده ۲۹۸) و قانون تعهدات و عقود لبنان (ماده ۵۶) مشاهده می گردد. لذا در ادامه ابتدا برای درک بهتر مطلب، صور مختلف تعدد موضوع تعهد بیان خواهد گردید و سپس ضمن بیان مفهوم و شرایط تحقق تعهد تخیری و مقایسه آن با صور مشابه به بررسی وضعیّت حقوقی و ابهامات موجود در خصوص مشروعیت این قبیل از تعهدات در فقه و حقوق ایران پرداخته خواهد شد.

## ۲- صور مختلف تعدد موضوع تعهد

تعدد موضوع تعهد در چند فرض قابل تصور می باشد:

**الف- تعهد ترکیبی یا تعهد مجموعی:**<sup>۱</sup> حالتی است که تعهد، دارای موضوعات متعدّد می باشد و تمام موضوعات، جزو موضوع اصلی است و تعهد زمانی خاتمه می یابد که متعهد، تمام موضوعات مورد تعهد را ایفاء نماید. به عنوان مثال، به موجب یک قرارداد یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر متعهد می گردد که اتومبیل و موتورسیکلت خود را در برابر یک واحد مسکونی منتقل نماید. در اینجا تعهد ایجاد شده، تعهدی واحد اما در عین حال، دارای موضوعات متعدّد می باشد و همه آنها جزو موضوعات اصلی است و متعهد، مکلف به ایفای همه آنهاست.

**ب- تعهد بدلی یا اختیاری:**<sup>۲</sup> در تعهد بدلی یا اختیاری، تعهد بیش از یک موضوع اصلی ندارد اما متعهد، مختار خواهد بود که موضوع دیگری را به جای موضوع اصلی و به عنوان بدل آن ایفاء نماید و در نهایت بریء الذمه گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۵۶)؛ به عنوان مثال، اگر شخصی مقداری پول نقد به دیگری قرض دهد اما با او توافق کند که اگر نتوانست قرض خود را به صورت وجه نقد پردازد به جای آن خواهد توانست ماشین یا خانه اش را به او بدهد (انصاری؛ طاهری، ۱۳۸۸: ۷۱۲/۱).

**ج- تعهد تخییری:**<sup>۳</sup> هرگاه موضوع تعهد، بیش از یک چیز باشد و متعهد بتواند در مرحله ایفای تعهد یکی از آنها را انتخاب نماید تعهد تخییری محسوب می گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۳۲۳/۲)؛ به عبارت دیگر، در تعهد تخییری، متعهد دارای دو یا چند موضوع اصلی است که متعهد با ایفای هر یک از آنها بریء الذمه می شود (سعد، ۱۹۹۵: ۲۴۴)؛ به عنوان مثال، اگر شخصی در برابر دیگری متعهد شود که زمین یا اتومبیل خود را به وی منتقل نماید تعهد وی تخییری خواهد بود و بسته به

1-conjunctive obligation

2-facultative obligation

3-alternative obligation

اختیار مدیون یا دائن با انتقال زمین یا اتومبیل، متعهد بریء الذمه می گردد (احمد السنهوری، ۱۳۸۸: ۱۴۶/۳)؛ همچنین است اگر نویسنده ای تعهد کند که مقاله معینی را بنویسد یا ده ساعت درس معینی را تدریس نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۱۰۵). لازم به ذکر است که اصولاً حق انتخاب، متعلق به مدیون و متعهد می باشد مگر آن که معاهدین آن را به دائن یا شخص ثالث واگذار نمایند. تعهد اخیر الذکر، موضوع اصلی مقاله پیش روست.

### ۳- شرایط تحقق تعهد تخییری

برای آن که تعهدی تخییری محسوب و متصف به وصف تخییر گردد تحقق شرایط ذیل ضروری است:

#### ۳-۱- تعدد موضوع تعهد

اولین شرط از شرایط موردنظر این است که تعهد، بیش از یک موضوع داشته باشد (حداقل دو موضوع)؛ بنابراین تعهد بایع در برابر مشتری به فروش خانه یا زمین خود صحیح است. همچنین شریک می تواند به عنوان ادای سهم الشرکه خود تعهد کند که مبلغی پول یا زمین یا اتومبیل یا اوراق بهادار و مانند آن را تقدیم نماید. همچنین موضوع تعهد می تواند عین غیر معین مانند پول و یا عین معین منقول یا غیر منقول باشد. جمع تمامی این موارد نیز صحیح است؛ و حتی موضوع تعهد ممکن است انجام یا ترک عملی یا مجموعی از تمامی موارد فوق الذکر باشد. به عنوان مثال، شریکی متعهد می گردد که به عنوان پرداخت سهم الشرکه خود مبلغی پول نقد پرداخت کند یا قطعه زمینی را اعطا نماید یا عملی را که به نفع شرکت است به انجام رساند یا از انجام تجارتی مشابه با موضوع شرکت امتناع ورزد (بودری و بارد به نقل از احمد السنهوری، ۱۳۸۸: ۱۵۲/۳). خلاصه آن که هر تأدیة ای که بتواند فی نفسه موضوع تعهد قرار گیرد اگر با تأدیة های دیگر از همان نوع یا غیر از آن همراه گردد می تواند موضوع تعهد تخییری قرار گیرد؛ مهم این است که موضوع تعهد، تعدد باشد (احمد

السنهوری، ۱۳۸۸: ۱۵۳/۳) این مطلب صراحتاً در ماده ۲۷۵ قانون مدنی مصر آمده است. در این ماده مقرر گردیده است: «تعهد وقتی تخییری است که موضوع آن متعدّد باشد و ...» در ماده ۱۳۰۷ قانون مدنی فرانسه (اصلاحی ۲۰۱۶) نیز آمده است: «تعهد تخییری آن است که موضوعات متعدّدی داشته باشد و اجرای یکی از موضوعات، موجب براءت ذمه متعهد گردد»؛ این مطلب قبل از اصلاح قانون مدنی فرانسه نیز از مواد ۱۱۸۹ تا ۱۱۹۶ قابل برداشت بود.

### ۲-۳- همعرض بودن موضوعات و عدم ترتّب میان آنها

دومین شرط از شرایط تعهد تخییری این است که موضوعات متعدّد باید در عرض یکدیگر باشند و ترتّبی میان آنها وجود نداشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۵۹) در غیر این صورت، و وجود رابطه طولی بین موضوعات، تعهد، عنوان بدلی (اختیاری) به خود خواهد گرفت؛ به عبارت دیگر، در تعهد تخییری هیچ یک از موضوعات نسبت به موضوعات دیگر، اولویتی ندارد و دارنده حق انتخاب که اصولاً متعهد می باشد مختار است هر کدام از موضوعات را که می خواهد انتخاب نماید و با ایفای آن موجبات براءت ذمه خود را فراهم آورد.

### ۳-۳- لزوم فراهم بودن شرایط لازم در تمامی موضوعات (مشروعیت تمامی افراد تعهد)

گفته شده که در تعهد تخییری باید نسبت به تمامی موضوعات مورد تعهد، شرایط لازم فراهم باشد. بنابراین اگر مورد تأدیه، شیء است باید موجود و اگر انجام فعل یا ترک فعل است باید امکان تحقق آن فراهم باشد؛ همچنین موضوع تعهد باید معین یا قابل تعیین بوده، قابل تقویم باشد و معامله مربوط به آن مشروع باشد (احمد السنهوری، ۱۳۸۸: ۱۵۳/۳). بنابراین اگر یکی از موضوعات مورد تعهد از لحاظ قانونی معتبر نبوده و فاقد مشروعیت باشد به رغم تعدّد تعهد، تخییری نخواهد بود. البته لازم به ذکر است که در این حالت، کلّ تعهد باطل نمی گردد و موضوع باقیمانده به شرط این که مشروعیت داشته باشد تعهد بسیطی را تشکیل خواهد داد که همچون سایر تعهدات

بسیط قابل اجراست (سعد، ۱۹۹۵: ۲۴۴) به عنوان مثال، اگر یکی از دو مال موضوع تعهد، قابل انتقال نباشد مانند تعهد به انتقال اتومبیل شخصی یا دولتی، باید تعهد را بسیط به حساب آورد زیرا متعهد، حق انتخاب ندارد (Planiol et Ripert, 1954: 1084) در ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاحات ۲۰۱۶ مقرر گردیده بود: «اگر یکی از دو چیزی که تعهد شده است نتواند موضوع تعهد باشد تعهد بسیط خواهد شد هرچند به طور تخییری تشکیل شده باشد.» در قانون مدنی فرانسه بعد از اصلاحات صراحتاً به این مطلب اشاره ای نگردیده است. شاید به این دلیل که از نظر مقنن، چنین حکمی کاملاً روشن است و نیازی به تصریح ندارد و به راحتی با تطبیق قواعد عمومی قابل استخراج است.

در ماده ۱۶۱ از قانون تعهدات و عقود لبنان نیز در این خصوص مقرر گردیده است: «اگر فقط یکی از موضوعات تعهد قابل اجرا باشد تعهد مزبور بسیط بوده یا تبدیل به تعهدی بسیط می گردد.» لازم به ذکر است که ملاک در فراهم بودن شرایط لازم برای موضوع تعهد در مورد موضوعات متعدّد تعهد تخییری، زمان ایجاد تعهد است؛ یعنی اگر در این زمان، شرایط مذکور موجود باشد تعهد تخییری است حتی اگر بعداً همگی یا برخی از موضوعات، قابلیت لازم برای موضوع تعهد واقع شدن را از دست بدهند. همچنین اگر به هنگام تحقق تعهد فقط یکی از موضوعات متعدّد شرایط لازم را داشته باشد حتی اگر بعداً سایر موضوعات، شرایط لازم را دارا شوند تعهد بسیط فرض می گردد و تبدیل به تعهد تخییری نخواهد شد (احمد السنهوری، ۱۳۸۸: ۱۵۴/۲). برخی از نویسندگان، میان شرایط لازم برای موضوع تعهد، قائل به تفکیک شده‌اند؛ بدین شرح که معتقدند جایی که عدم امکان موضوع واقع شدن به دلیل عدم مالیت داشتن، عدم قابلیت انتقال، عدم قابلیت تعمیم و موارد مشابه باشد حکم مسأله مانند حالت قبل می باشد، یعنی تعهد بسیط فرض می گردد؛ اما اگر این عدم قابلیت به علت نامشروع بودن یا بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه بودن باشد تعهد اساساً باطل است (Iarombiere, 1885: 332) لذا اگر متعاهدین بخواهند

تعهد نامشروعی را تحت پوشش تعهد تخییری پنهان نمایند؛ بدین صورت که در اصل موضوع نامشروعی را مورد توافق قرار داده و سپس در کنار آن به واسطه عدم اجرای موضوع نامشروع، موضوع مشروع دیگری را به گونه ای تخییری قرار دهند چنین تعهدی حتی نسبت به موضوع مشروعش صحیح نمی باشد و نسبت به هر دو موضوع باطل است (بوردی و بارد، به نقل از احمد السنهوری، همان: ۱۵۳). شایان ذکر است که اگر تعهد موردنظر بیش از دو موضوع داشته باشد و برخی از موضوعات فاقد شرایط قانونی باشد اما حداقل دو موضوع دارای مشروعیت باشد تعهد همچنان تخییری باقی می ماند.

### ۳-۴- لازم التأدیه بودن برخی از موضوعات متعدّد

تعهد تخییری، دارای موضوعات متعدّدی (حداقل دو موضوع) است که ایفای یک یا برخی از موضوعات از میان کلّ موضوعات لازم است. از طرفی، همه موضوعات نیز نباید لازم التأدیه باشد؛ زیرا در این حالت، نه با تعهد تخییری بلکه با تعهد ترکیبی (تعهد مجموعی) مواجه خواهیم بود. در ماده ۱۳۰۷ قانون مدنی فرانسه (اصلاحی ۲۰۱۶) مقرر گردیده است: «تعهد تخییری آن است که موضوعات متعدّدی داشته باشد و اجرای یکی از موضوعات، موجب براءت ذمه متعهد گردد.» همچنین در ماده ۱۳۰۶ این قانون و در تعهد مجموعی (ترکیبی) آمده است: «تعهد زمانی مجموعی است که موضوعات متعدّدی داشته باشد و فقط ایفای تمام موضوعات تعهد، موجب سقوط ذمه متعهد شود.» در قانون مدنی قبل از اصلاحات نیز بدون ارائه تعریفی از تعهد مجموعی و تعهد تخییری ماده ۱۱۸۹ بیان می داشت: «تعهد تخییری با تسلیم یکی از دو مال مشمول تعهد، بری می شود.» این موضوع در قانون مدنی مصر نیز مورد توجه قرار گرفته و در ماده ۲۷۵ این قانون مقرر گردیده است: «تعهد وقتی تخییری است که موضوع آن متعدّد باشد و با ایفای یکی از موضوعات ذمه مدیون به طور کلی

بری می شود....» همچنین در ماده ۵۶ قانون تعهدات و عقود لبنان نیز آمده است: «... دمه مدیون با انجام و ادای یکی از موضوعات به طور کامل بری می گردد....»

#### ۴- مقایسه تعهد تخیری از صور مشابه آن

برای آن که دایره تعهد تخیری کاملاً مشخص و از موارد مشابه، متمایز گردد در ادامه به مقایسه این نوع از تعهدات با برخی از صور مشابه خواهیم پرداخت:

##### ۴-۱- مقایسه تعهد تخیری با تعهد مجموعی (ترکیبی)

علی‌رغم این که در هر دو نوع از تعهد، موضوع تعهد متعدّد بوده، و تمامی موضوعات نیز جزو موضوع اصلی می باشند اما مهم ترین وجوه افتراق این دو نوع از تعهد عبارتند از:

۱- در تعهد ترکیبی (مجموعی)، متعهد زمانی بریء الذمه می گردد که تمامی موضوعات مورد تعهد را ایفاء نماید؛ در غیر این صورت، تعهد نسبت به موضوعاتی که ایفاء نگردیده است همچنان پابرجا می ماند، اما در تعهد تخیری حسب مورد با ایفای یک یا برخی از موضوعات از میان کل موضوعات مورد تعهد، تعهد خاتمه می یابد.

۲- در تعهد تخیری، موضوع تعهد تا پیش از اعمال حق انتخاب توسط صاحب حق، مردّد بین دو یا چند مورد می باشد؛ در حالی که در تعهد ترکیبی (مجموعی) به علت عدم وجود حق انتخاب از همان ابتدای تشکیل تعهد، موضوعات مورد تعهد، منجزّ بوده و تردیدی در آن مشاهده نمی شود.

۳- در تعهد تخیری پس از اعمال حق انتخاب و انتخاب موضوع، و به عبارت دیگر پایان دوره انتظار، تعهد تبدیل به تعهد بسیط خواهد شد، در حالی که در تعهد ترکیبی (مجموعی) تعهد تا پایان، مرکّب باقی می ماند.

لازم به ذکر است که اصولاً میان تعهد با موضوع واحد (تعهد بسیط) و تعهد مجموعی (ترکیبی)، اختلاف چندانی وجود ندارد؛ به عنوان مثال، در هر دو نوع از

تعهد مدیون مکلف است به طور کامل نسبت به ایفای تعهد اقدام نماید و تجزیه در وفای به عهد ممکن نمی باشد، لذا متعهد نمی تواند بخشی از موضوع تعهد واحد یا یک موضوع از موضوعات متعدد را تأدیه نماید مگر با جلب رضایت متعهدله؛ همچنین است حکم تلف بعضی از موضوعات مورد تعهد، که در هر دو نوع از تعهد یکسان است (آبری ورو، به نقل از احمد السنهوری، همان: ۱۴۲).

#### ۴-۲- مقایسه تعهد تخیری با تعهد بدلی (اختیاری)

علیرغم شباهت های ظاهری که بین این دو نوع از تعهد وجود دارد اما:

الف) در تعهد تخیری تمام موضوعات مورد تعهد، جزو موضوعات اصلی بوده و ترتبی میان آنها وجود ندارد؛ به عبارت دیگر، در این نوع از تعهدات موضوعات در عرض یکدیگر می باشند و هیچ یک در برابر دیگری اولویت ندارد؛ در حالی که تعهد بدلی (اختیاری) فقط دارای یک موضوع اصلی بوده و موضوع دیگر به عنوان بدل می تواند جایگزین آن گردد (احمد السنهوری، ۱۳۸۸: ۱۸۶/۲). به عبارت دیگر، میان موضوع اصلی و بدل رابطه طولی وجود دارد. ماده ۱۳۰۸ قانون مدنی فرانسه (اصلاحی ۲۰۱۶) در تعریف این نوع از تعهد مقرر داشته: «تعهد اختیاری آن است که موضوع تعهد، معین است اما مدیون اختیار دارد با ایفای موضوع دیگری تعهد خود را ساقط نماید و...» همچنین در ماده ۲۷۸ قانون مدنی مصر آمده است: «تعهد وقتی بدلی است که موضوع آن فقط شامل شیء واحد باشد لیکن متعهد می تواند با تأدیه بدل آن شیء ذمه خود را بری کند.»

ب) در تعهد تخیری، حق انتخاب می تواند متعلق به متعهد یا متعهدله یا حتی شخص ثالث باشد، در حالی که در تعهد اختیاری (بدلی) همواره حق انتخاب متعلق به مدیون است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۶۶).

ج) در تعهد تخیری، ماهیت تعهد بعد از انتخاب موضوع لازم التادیه معین می گردد، در حالی که در تعهد بدلی (اختیاری) ماهیت تعهد با ماهیت موضوع اصلی

تعیین می شود، نه ماهیت بدل؛ به عنوان مثال، اگر موضوع تعهد (موضوع اصلی) دارای وصف منقول باشد ماهیت تعهد نیز منقول می باشد (احمد السنهوری، ۱۳۸۸: ۱۸۹/۲).

د) در تعهد تخییری، انتخاب دارای اثر قهقرایی است و طبیعت تعهد را از آغاز ایجاد آن معین می کند (نظر مخالف نیز در این خصوص وجود دارد)، در حالی که در تعهد بدلی (اختیاری) موضوع تعهد، معین است و جایگزین کردن بدل به وسیله متعهد در گذشته سرایت ندارد و صرفاً در مرحله اجرای تعهد سبب برائت مدیون می شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۶۶).

ه) در تعهد بدلی اگر موضوع اصلی به دلیل تلف یا وجود موانع خارجی، غیر ممکن شود تعهد منقضی می شود و صرف امکان تأدیه بدل مانع از آن نمی گردد، زیرا موضوع تعهد، موضوع اصلی بوده است نه بدل؛ اما در تعهد تخییری اگر یکی از موضوعات تعهد، تلف و یا به دلیل موانع خارجی غیر ممکن گردد تعهد منتفی نمی شود بلکه در موضوع دیگر تعیین می یابد (احمد السنهوری، ۱۳۸۸، ۱۸۹/۲).

و) در تعهد تخییری اگر حق انتخاب برای متعهد له باشد او می تواند هر یک از موضوعات تعهد را خواستار شود و در نتیجه متعهد باید موضوع انتخاب شده را ایفاء نماید؛ در حالی که در تعهد بدلی (اختیاری) دائن فقط می تواند انجام موضوع اصلی تعهد را از متعهد درخواست نماید، نه بدل آن را؛ در این هنگام متعهد می تواند موضوع اصلی را تأدیه کند یا بدل آن را بدهد و بدین ترتیب ذمه خود را بری سازد (همو).

ز) تعهد بدلی بر خلاف تعهد تخییری نوعی ضمانت به نفع مدیون است نه دائن، زیرا مدیون مخیر است که به جای ایفاء موضوع اصلی، موضوع بدل را جایگزین نماید و زمانی که ایفاء و اجرای موضوع اصلی بنا به دلایلی که قبلاً بیان گردید (مثل تلف، استحاله، مانع خارجی و...) غیر ممکن گردد تعهد ساقط گشته و موضوع اصلی تعهد، در بدل تعیین نمی یابد و به عبارت دیگر، ذمه مدیون بری می شود؛ از اینرو بدل

همیشه به نفع مدیون است و هیچگاه برخلاف مصلحت او نیست و لذا دائن نمی تواند به واسطه آن امکان مطالبه داشته باشد (همو) در حالی که تعهد تخیری نوعی ضمانت به نفع متعهد له می باشد و برای متعهد له این فایده را دارد که در اثر عدم امکان ایفاء و اجرای یکی از موضوعات بنا به دلایلی که قبلاً بیان گردید تعهد بدون موضوع باقی نماند.

#### ۴-۳- مقایسه تعهد تخیری با تعهد به همراه شرط جزایی (وجه التزام)

در بسیاری از قراردادها، دو طرف، خسارت ناشی از عدم انجام تعهد را به طور مقطوع معین می کنند، این خسارت مقطوع یا خسارت از پیش تعیین شده، وجه التزام (وجه التزام قراردادی) نام دارد (سادات حسینی، ۱۳۹۶: ۱۳۱).

به عبارت دیگر، وجه التزام، مبلغی است که متعهدین به عنوان خسارت محتمل الوقوع ناشی از عدم اجرای تعهد و یا تأخیر یا سوء اجرای تعهد طی توافق پیش بینی می کنند؛ گاه از زیر چتر خسارت بیرون است، یعنی صرفاً جنبه تهدید متعهد را دارد که اگر اجرای تعهد نکند باید مبلغ معینی بدهد حتی اگر خسارتی نباشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۴۲/۲). در صورتی که وجه التزام برای تأخیر در اجرای تعهد باشد قاعدتاً علاوه بر مطالبه اجرای تعهد اصلی، مطالبه وجه التزام نیز ممکن است، اما در صورتی که وجه التزام برای عدم اجرای تعهد تعیین شده باشد، یا باید اجرای تعهد اصلی مطالبه شود و یا وجه التزام؛ و اصولاً نمی توان هر دو را درخواست نمود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۳۱۲) مگر آن که متعهدین صراحتاً جمع بین آن دو را شرط کرده باشند.

مهم ترین وجوه افتراق بین این دو نوع از تعهدات عبارتند از:

۱- در تعهد همراه با وجه التزام، متعهد محیر بین اجرای تعهد اصلی یا دادن وجه التزام نمی باشد و این تخیر، متعلق به متعهد له می باشد؛ به عبارت دیگر، در تعهد همراه با وجه التزام مدیون نمی تواند به جای ایفاء تعهد اصلی، پرداخت خسارت

(وجه التزام) را انتخاب نماید و این اختیار در دستان متعهدله می باشد که در صورت عدم انجام تعهد توسط متعهد، یا الزام او را به ایفای تعهد موردنظر بخواهد و یا از آن صرفنظر نموده و وجه التزام مندرج در قرارداد را مطالبه نماید. البته لازم به ذکر است که استثنائاً در حالتی که تعهد به صورت وحدت مطلوب می باشد در صورت عدم ایفای تعهد در موعد مقرر، چاره ای جز مطالبه خسارت (وجه التزام) برای متعهدله باقی نمی ماند؛ لذا امکان الزام متعهد به ایفای این نوع از تعهد در خارج از موعد مقرر میسر نمی باشد. اما در تعهد تخییری بسته به حالات مختلف مدیون یا دائن یا حتی شخص ثالث می توانند یکی از موضوعات مورد تعهد را برگزیده تا نسبت به ایفای آن اقدام گردد بدون آن که طرف دیگر، حق اعتراض به این انتخاب را داشته باشد.

۲- در تعهد تخییری اگر یکی از موضوعات تعهد (به سبب خارجی) تلف و یا به دلیل موانع خارجی غیر ممکن گردد تعهد منتفی نمی شود بلکه در موضوع دیگر تعیین می یابد. عین همین وضعیّت در موردی که اجرای یکی از موضوعات مورد تعهد تخییری به علت فقدان شرایط لازم مربوط به آن ممتنع گردد مشاهده می گردد، اما در تعهد همراه با وجه التزام اگر موضوع اصلی تعهد به دلیل تلف (به سبب خارجی) یا وجود موانع خارجی غیر ممکن شود یا موضوع مورد تعهد به دلیل فقدان شرایط لازم ممتنع گردد تعهد بدون نیاز به پرداخت وجه التزام ساقط می شود (بودری و بارد به نقل از احمد السنهوری، ۱۳۸۸: ۱۵۷/۳). به عبارت دیگر، شرط وجه التزام علاوه بر این که نسبت به تعهد اصلی جنبه تبعی دارد اثر الزام آور آن منوط به اعتبار قرارداد اصلی می باشد. به عنوان مثال، بطلان قرارداد اصلی موجب بطلان شرط وجه التزام است اما بر عکس، بطلان شرط وجه التزام موجب بطلان قرارداد اصلی نیست (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۴۸۰).

۳- در تعهد تخییری به علت تعدّد موضوعات مورد تعهد، موضوع نهایی پس از ایجاد تعهد و پس از اعمال حق انتخاب توسط دارنده حق تعیین می گردد، اما در تعهد

همراه با وجه التزام، موضوع اصلی مورد تعهد همزمان با ایجاد تعهد تعیین می گردد و همین موضوع توسط متعهد باید اجرا گردد.

۴- در تعهد تخییری، تعهد واحد اما موضوعات مورد تعهد متعدّد می باشد در حالی که در تعهد همراه با وجه التزام، خود تعهد متعدّد می باشد؛ با این توضیح که یکی از تعهدات اصلی و تعهد دیگر فرعی می باشد و همان طور که یکی از نویسندگان حقوقی بیان داشته است تعهد به پرداخت وجه التزام، تعهد مستقلّ و فرعی دیگری است که نسبت به تعهد اولیه و اصلی به عنوان شرط عدم اجرای آن مقرر شده است (مظفّری، ۱۳۹۴: ۸۳).

#### ۵- نفوذ و اعتبار تعهد تخییری در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه

همان طور که قبلاً و در مقدمه این نوشتار به آن اشاره شد بر خلاف قانون مدنی فرانسه (چه قبل از اصلاحات و چه بعد از آن) و قانون تعهدات سوئیس به عنوان یکی از منابع نگارش قانون مدنی ایران که صراحتاً به این نوع از تعهدات پرداخته است در قانون مدنی ایران اشاره ای به آن نگردیده است. این سکوت باعث ایجاد تردید در نفوذ و اعتبار این نوع از تعهدات در حقوق ایران گردیده است و این تردید نیز از آنجا ناشی می شود که در حقوق ما موضوع معامله علاوه بر این که باید معلوم باشد (یعنی مجهول نباشد) حسب بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی باید معین نیز باشد (یعنی مردّد نباشد) و التزام به یکی از دو امر به نحو تردید باطل است؛ لذا ممکن است گفته شود که در تعهد تخییری هم ابهام و تردید وجود دارد. ابهام از این جهت که معلوم نیست مدیون کدام را بر می گزیند و تردید از این لحاظ که هنگام تعهد نه متعهد له به تعیین می داند که موضوع تعهد چیست و نه متعهد، جازم در انتخاب موضوعی است که باید اجرا کند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۶۰) در نتیجه، چنین تعهداتی مغایر حکم بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی بوده و باطل است. اما آیا واقعاً تعهدات تخییری یا حداقل برخی از

مصادیق آن همواره مشمول حکم مندرج در بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی می باشند یا این که باید از این ظهور دست کشید و این سختگیری را تعدیل نمود؟ لذا به منظور تحلیل دقیق تر مسأله ابتدا به بررسی موضوع از نظر فقهی پرداخته خواهد شد و سپس موضع دکترین حقوقی و قوانین موضوعه ایران و علی الخصوص قانون مدنی مورد تبیین قرار خواهد گرفت.

### ۵-۱- بررسی مسأله از منظر فقهی

موضوع مورد نظر در فقه بیشتر در مبحث بیع و در خصوص امکان یا عدم امکان پیش بینی مبیع و ثمن مردّد، ملحوظ نظر فقها قرار گرفته است و مشهور فقها در پاسخ به این پرسش که آیا معامله بر فرد مردّد، غرری محسوب می گردد یا خیر؟ حکم به بطلان معامله داده اند اعمّ از این که بهای دو مبیع مختلف بوده یا برابر باشد، و علت بطلان را (حتّی در حالتی که قیمت دو مبیع یکسان باشد) جهلی دانسته اند که منجر به غرر خواهد شد (الهویی نظری، ۱۳۹۱: ۲۴۹)، اما عدّه ای از فقها میان دو حالت فوق الذکر قائل به تفکیک شده اند؛ بدین شرح که در جایی که بهای دو مبیع مختلف باشد همچون نظر مشهور غرر را متصوّر می دانند اما در جایی که بهای دو مبیع یکسان باشد برخلاف نظر مشهور جهلی را متصوّر ندانسته اند تا منجر به غرر گردد (انصاری، ۱۴۱۵: ۴/۴)؛ صاحب عناوین بر منع چنین معامله ای از سوی مشهور به علت وجود غرر، اشکالی وارد می کند؛ بدین شرح که غرر هنگامی متصوّر است که به وجود یا قبض و اقباض یا کمیّت و کیفیّت و دیگر صفات لازم برای معامله اطمینان نباشد ولی در این خصوص که به همه موضوعات پیش گفته علم وجود دارد و قیمت و ارزش همه اشیاء معین و یکسان است چگونه می توان گفت غرر به وجود می آید (مراغی، ۱۴۲۹: ۲/۳۹۴). لازم به ذکر است که صاحب عناوین، علیرغم این که در حالت اخیر الذکر (برابری بهای دو مبیع) غرر ناشی از جهل را منتفی دانسته است اما بر خلاف شیخ انصاری، معامله بر فرد مردّد را جایز نمی داند. ایشان معتقد است عدم اعتبار بیع در این حالت، به علت عدم امکان تملیک و تملک مبیع می باشد و این عدم امکان نیز

معلول عدم تشخیص است که باعث می‌گردد قصد انشاء نسبت به افراد مردّد محقق نگردد. (همو، ۱۴۲۹: ۳۲۵). به ایراد مذکور این گونه پاسخ داده شده است که صفات، یا حقیقی هستند و یا اعتباری؛ صفات حقیقی مانند سیاهی، نیازمند زمینه‌ای برای تحقق و پیدایش خود می‌باشند در حالی که صفات اعتباری مانند مالکیت نیازمند به موضوع مشخص و معین در خارج نمی‌باشند بلکه اتصال آنها با موضوع خود به نحو ذهنی تحقق می‌یابد. این صفات با شرع یا عرف، معتبر و قابل احراز هستند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵۱/۴؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۲۸/۲). به عنوان مثال، در قرارداد پیش فروش ساختمان، عرف شخص را مالک می‌شناسد؛ بر این اساس، کلی فی الذمه مال است و آثار واقعی ملکیت بر آن مترتب می‌گردد. هرچند حضور و وجود موضوع مالکیت وی به طور کامل و مشخص قابل شناسایی نمی‌باشد؛ لذا همین که موضوع مالکیت بین یکی از دو شیء موجود باشد قابلیت اتصال رابطه اعتباری میان شخص و آن اشیاء محقق شده و با تعیین و انتخاب نهایی انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد (الهویی نظری، ۱۳۹۱: ۲۵۰) در فقه، تعدّد موضوع تعهد در عقد اجاره نیز مورد بحث فقها واقع شده است؛ از جمله صاحب شرائع الاسلام در اجاره اشخاص آورده است: «هرگاه لباس را مدل فارسی دوختی یک درهم و اگر آن را به مدل رومی دوختی دو درهم تو را است؛ یا اگر گفته شود اگر عمل موردنظر را امروز انجام دادی مستحقّ دو درهم و اگر آن را فردا انجام دهی مستحقّ یک درهم خواهی بود» (محقق حلّی به نقل از کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۶۱) در خصوص صحت این نوع از اجاره میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. مهمّ‌ترین دلیلی که مخالفان آورده‌اند این است که چون موضوع تعهد موردنظر، یکی از دو کار نامعین است سبب غرر شده و در نتیجه، اجاره باطل است (علّامه حلّی، ۱۴۱۰: ۴۶۶؛ فخر المحقّقین، ۱۴۱۱: ۲۴۸/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۳۲۲/۱؛ ۱۴۱۰: ۳۳۴/۴؛ نجفی، ۱۳۷۴: ۲۳۶/۲۷؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۰۸/۲). موافقان در پاسخ گفته‌اند از آنجایی که اجرت هر دو کار معلوم و مشخص است غرری ایجاد نخواهد شد (طوسی،

۱۴۱۱: ۲/۲۱۵؛ ۱۴۱۴: ۳/۲۵۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۳: ۴۱۵). لازم به ذکر است که عده ای از مخالفان نیز علیرغم این که حکم به بطلان اجاره داده اند اما آن را به عنوان جعاله پذیرفته اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲/۴۷۸؛ محقق ثانی، ۱۴۱۰: ۷/۱۰۶)، لذا نه تنها این مسأله در میان فقها هنگام بحث از عقود تملیکی مورد توجه قرار گرفته (و نه عقود عهدی) حتی برخی از فقهای بزرگ معاوضه تخییری را نیز درست دانسته و برخی از مخالفان نیز نفوذ آن را به عنوان جعاله و شرط پذیرفته اند و اشکال آنان در نفوذ معاوضاتی مانند بیع و اجاره است که از سوی موافقان بی پاسخ نمانده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۶۲) برخی نیز گفته اند در جایی که چند موضوع، تفاوت قیمت نداشته و یا مثلی هستند مردّد بودن مورد تعهد یا معامله تخصصاً از ادله بطلان معاملات غرری خارج است، لذا به استناد «المؤمنون عند شروطهم»، «أفوا بالعقود»، «أحلّ الله البيع» و اصل جواز، حکم بر صحّت این معاملات و تعهدات، نزدیک به واقع است و حکم بر بطلان، نیازمند دلیل است و دلایل ارائه شده از استحکام و قوت کافی برخوردار نبوده و در صورت تردید، اصل بر عدم آن است (طوسی به نقل از الهویی نظری، ۱۳۹۱: ۲۵۱).

## ۵-۲- بررسی مسأله از منظر دکترین حقوقی و قوانین موضوعه

درباره این که آیا معین بودن مورد معامله و تعهد از شرایط اساسی صحّت معاملات و تعهدات می باشد یا خیر؟ بین حقوقدانان و نویسندگان حقوقی اختلاف نظر وجود دارد. اکثریت و مشهور نویسندگان حقوقی با استناد به بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی عدم تردید در موضوع معامله و تعهد را جزو شرایط اساسی صحّت معاملات و تعهدات دانسته اند (امامی، ۱۳۹۳: ۱/۲۱۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۷۷؛ شهیدی، ۱۳۸۶: ۳۰۷/۱). یکی از نویسندگان مشهور حقوق مدنی علاوه بر نظر فوق معتقد است که لفظ معین در بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی به معنای معلوم نیز می باشد. از نظر این نویسنده کلمه معین در ماده فوق الذکر به معنای مشخص است که هم معنای خاص آن یعنی غیر مردّد بودن و هم معنای عام آن یعنی معلوم در مقابل مجهول، مقصود

قانونگذار بوده است (صفایی، ۱۳۸۷: ۱۳۲/۲) در حالی که سایر نویسندگان مشهور، این معنای عام را از ماده ۲۱۶ قانون مدنی استنباط نموده اند. در مقابل، عدّه ای از نویسندگان بر خلاف نظر مشهور معتقدند که بند ۳ ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ قانون مدنی که ناظر بر بند ۳ و مفسّر آن است بر مبهم نبودن و علم تأکید دارد و نه عدم تردید؛ لذا حمل بر معنای مردّد را مخدوش دانسته اند. این نویسندگان علیرغم پذیرش تقسیم مذکور، معنای خاصّ (یعنی غیر مردّد بودن) را از بند ۳ ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ قانون مدنی قابل استنباط ندانسته و معتقدند در فرض مردّد بودن مورد معامله باید به استناد قاعده فقهی و حقوقی نهی غرر و ملاک مواد ۴۷۲ و ۶۹۴ قانون مدنی و تنقیح مناط علت وضع این مواد در موارد مشابه، به بطلان قرارداد حکم داد و گفته شده قاعده غرر که یکی از فروع آن به شرط معین بودن مورد معامله - چه در معنای اعمّ و چه در معنای اخصّ - است در قواعد و احکام تمامی عقود لازم الرعایه است و لزوم شرط معین بودن در معنای اخصّ (یعنی غیر مردّد بودن) از این قاعده فقهی و حقوقی قابل استنباط می باشد (الهویی نظری، ۱۳۹۱: ۲۵۸). ثمره علمی بحث آنجا ظهور پیدا می کند که اگر در معامله یا تعهدی، مورد معامله یا تعهد بین دو یا چند چیز مردّد باشد با پذیرش نظر نخست آن معامله یا تعهد مطلقاً باطل است، چون طبق این نظر، معین بودن در معنای خاصّ (عدم تردید) جزو شرایط اساسی صحّت معاملات و تعهدات می باشد؛ در حالی که با پذیرش نظر دوم، صرف مردّد بودن نمی تواند فی نفسه دلیلی بر بطلان قرارداد یا تعهد باشد و صرفاً زمانی که این تردید منجر به غرر گردد باعث بطلان قرارداد و تعهد خواهد شد. لازم به ذکر است که برخی از نویسندگان مشهور، علیرغم این که عدم تردید (معین بودن) را از شرایط اساسی صحّت معاملات و تعهدات دانسته و آن را از بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی استنباط نموده اند اما در عمل و زمانی که بحث از تعهدات تخییری که به میان آمده است هر یک به طریقی حکم به صحّت آن داده اند؛ به عنوان مثال، یکی از اساتید علیرغم این که حکم به بطلان

معاملات مردّد داده، در این خصوص آورده است: «به نظر می رسد که در قانون ایران هرگاه مورد تعهد معین باشد ولی در ضمن عقد شرط شود که هرگاه متعهد بخواهد می تواند در عوض مورد معامله، مال معین دیگری را بدهد یا متعهد می تواند در عوض مورد معامله، مال معین دیگری را بخواهد اشکالی نداشته باشد...» (امامی، ۱۳۹۳: ۲۱۴/۱). در پاسخ به این نظر گفته شده است که اگر شرط به اندازه کافی معلوم است و باعث جهل به عوضین نمی شود چرانتوان آن را به عنوان موضوع تعهد اصلی قرار داد؟ مگر نه آن که شرط تغییر عوض، جدا از معامله نبوده و ارتباط نزدیک با یکی از عوضین و تعادل اقتصادی آن دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۶۱). یا استاد دیگری پس از آن که برای صحت معامله علاوه بر معلوم بودن، معین بودن را نیز لازم دانسته است در خصوص تعهدات از آن عدول نموده و با ذکر یک مثال مقرر داشته است: «تعهد بر فروش یکی از دو قطعه فرش بر خلاف فروش یکی از آن دو صحیح است، زیرا مورد این قرارداد در حقیقت، تعهد بر فروش یکی از آن دو است که موضوعی معین است نه خود یکی از آن دو» (شهیدی، ۱۳۸۶: ۳۰۶/۱). یکی از نویسندگان نیز در این خصوص بیان داشته است: «... میان تعهد مجهول و مردّد و آن چه تخییری نامیده می شود تفاوت وجود دارد: ۱- در تعهد مبهم و مردّد، طلبکار به درستی نمی داند که چه بر ذمه بدهکار است و در مطالبه از او به دشواری می افتد؛ مانند این که شخص تعهد کند یکی از اسبان خود را به بهای معین بفروشد، در این فرض، غرر آشکار است چراکه خریدار نمی داند در برابر ارزش که می دهد چه می ستاند و آن چه فروشنده به عهده می گیرد مبهم است و به هیچ اسب خاصّ توجه ندارد؛ چنین تعهدی را در مورد اموال مثلی می توان پذیرفت ... و غرری باقی نمی ماند ولی در اموال قیمتی (مانند اسب) معامله را مبهم و مردّد می کند؛ ۲- بر عکس، در التزام تخییری، تعهد به دو یا چند مال با اوصاف و بهای معین است؛ انتخاب کننده نیز معلوم است و هیچ ابهام و تردید نامتعرفی باقی نمی ماند. برای مثال، در فرضی که فروشنده تعهد می کند اسب ترکمن خود را به نام سهند به بهای پنجاه میلیون ریال یا اسب عربی کهر را به دویست

میلیون ریال انتقال دهد هر دو اسب، موضوع تعهد است و غرری در تعادل اقتصادی دو عوض وجود ندارد و ...» (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۶۰). پذیرش تفسیر ارائه شده از بند ۳ ماده ۱۹۰ و خروج مردّد بودن از شرایط اساسی صحّت معاملات با توجه به نظر مشهور فقها و اساتید صاحب نام حقوقی که همگی بالاتفاق عدم تردید (معین بودن) را از شرایط اساسی صحّت معاملات و تعهدات می دانند محلّ تأمل است و به سختی مورد پذیرش جامعه حقوقی قرار خواهد گرفت. به نظر می رسد که می توان ضمن پذیرش عدم تردید (معین بودن) به عنوان یکی از شرایط اساسی صحّت معاملات و تعهدات، آن را مختصّ جایی دانست که مردّد بودن، سبب ایجاد غرر گردد. به عبارت دیگر، می توان ضمن پذیرش نظر مشهور مبنی بر این که بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی مبین یکی از شرایط اساسی صحّت معاملات می باشد آن را ناظر به مواردی دانست که عدم رعایت این شرط، موجب غرری شدن معاملات و تعهدات می گردد. شاید گفته شود که اگر معین بودن از شرایط اساسی صحّت معاملات می باشد چطور می توان آن را در برخی از معاملات و تعهدات، لازم و در برخی دیگر آن را لازم ندانست؟ در پاسخ می توان گفت این که شرطی، از جمله شرایط اساسی صحّت معاملات و تعهدات تلقی گردد الزاماً به این معنا نیست که در تمامی معاملات و تعهدات لازم الرعایه است و استثناء پذیر نمی باشد. به عنوان مثال، معلوم بودن من جمیع الجهات (علم تفضیلی) یکی از شرایط اساسی صحّت معاملات و تعهدات است اما مواردی وجود دارد که علم اجمالی به مورد معامله خللی به معامله و تعهد واقع شده وارد نمی کند؛ به عنوان مثال، حسب مفاد ماده ۵۶۳ قانون مدنی در جعاله، معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست و قابل تعیین بودن آن برای نفوذ جعاله کافی است؛ یا مستفاد از ماده ۶۹۴ قانون مدنی در عقد ضمان، علم اجمالی به موضوع و طرف قرارداد کافی است. در خصوص معین بودن مورد معامله نیز اینچنین است؛ به عنوان مثال، طبق ماده ۵۶۴ قانون مدنی: «در جعاله گذشته از عدم لزوم عامل، ممکن است عمل هم مردّد و کیفیت آن نامعلوم

باشد.» شاید گفته شود موارد بیان شده، جزو استثنائاتی است که صراحتاً مورد حکم قانونگذار قرار گرفته است و لذا قابل تسری به سایر موارد نمی باشد. اما به نظر می رسد با در نظر گرفتن فلسفه و علت وضع این قبیل از احکام توسط قانونگذار، حکم آن قابل تسری به سایر موارد مشابه نیز باشد ولو این که مورد اشاره قانونگذار قرار نگرفته باشد. جهت تشحید ذهن و به عنوان مثال، علی رغم این که قانونگذار در عقد حواله و عقد کفالت اشاره ای به کافی بودن علم اجمالی نداشته است اما در این که این دو عقد نیز مانند عقد ضمان، جزو عقود مسامحه ای هستند شکی وجود ندارد؛ لذا به همان دلایلی که قانونگذار داشتن علم اجمالی را در عقد ضمان کافی دانسته است می توان این حکم را در خصوص این دو عقد نیز جاری دانست، همان طور که برخی از نویسندگان حقوقی نیز قائل به این مطلب هستند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۴۵۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۶۰؛ d: ۱۳۹۰: ۱۲۰)؛ یا در عقد کفالت، علی رغم سکوت قانونگذار مبنی بر لزوم یا عدم لزوم معین بودن مکفول<sup>۱</sup> عنه گفته شده که لازم نیست مکفول<sup>۲</sup> عنه معین باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۶۱؛ نجفی، ۱۳۷۴: ۴۲۴/۲۷).

مسأله معامله بر فرد مردد، غرری بودن و مآلاً بطلان چنین معاملاتی به صورت سنتی، چه در میان فقها و چه در میان نویسندگان حقوقی به هنگام بحث در خصوص شرایط مبیع مورد توجه قرار گرفته است و از آنجایی که عقد بیع در فقه و حقوق ایران، تملیکی در نظر گرفته شده است در خصوص معامله مردد با این اشکال مواجه شده که معلوم نیست چه چیزی وارد مالکیت انتقال گیرنده خواهد شد و نهایتاً حکم به بطلان چنین عقودی داده اند. در حالی که در عقود عهدی از این حیث با ایرادی مواجه نخواهیم شد؛ چراکه تعهد یا تمام شرایط صحت خود محقق گردیده و صرفاً تعیین موضوع از میان چند موضوع معلوم به اختیار یکی از طرفین یا ثالث گذاشته شده است (مظفری، ۱۳۹۴: ۱۵۷). با بررسی دلایلی که برای بطلان بیع و اجاره بر اشیای مردد وارد شده است مشخص می گردد عمده ترین دلیل بیان شده، غرری بودن چنین معاملاتی است؛ در حالی که با مذاقه در موضوع مورد بحث حداقل می توانیم بگوئیم

غالب مصادیق تعهدات تخییری، غرری شمرده نمی شوند. به عنوان مثال، در فرضی که متعهد تعهد می کند اتومبیل پژوی خود را به مبلغ دو بیست میلیون ریال یا اتومبیل سمند خود را به مبلغ دو بیست و پنجاه میلیون ریال به خریدار (متعهد له) انتقال دهد هر دو اتومبیل، موضوع تعهد است (تعهد موضوع تعهد) و غرری در تعادل اقتصادی دو عوض وجود ندارد. اگر انتخاب با متعهد باشد می توان از او خواست که به انتخاب دست زند و به عهد خود وفا کند، و اگر انتخاب با طلبکار باشد که خود به گزینش دست می زند. همانطور که یکی از نویسندگان حقوقی گفته است آن چه به نفوذ تعهد صدمه می زند غرر ناشی از معاوضه است، نه تعیین فرد موضوع تعهد؛ قابلیت تعیین برای اجرای آن کافی است تعیین فرد، وسیله رفع غرر در معاوضه و معلوم ساختن متعلق قصد است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۶۰) لذا حداقل در غیر از عقود تملیکی، تعهدات تخییری را می توان معتبر دانست، زیرا موضوع چنین تعهدی، انتقال یکی از چند مال، انجام یکی از چند کار و نظایر آن است که معین شمرده می شود (مظفری، ۱۳۹۴: ۱۵۷).

مطلبی که در پایان این نوشتار لازم به ذکر است این است که غالباً منشأ تعهد تخییری، قرارداد می باشد و متعهد با اراده خود، انتقال یکی از چند مال یا انجام یکی از چند کار را بر عهده می گیرد و حسب همین توافق مشخص می گردد که دارنده این اختیار، دائن است یا مدیون یا شخص ثالث؛ اما ممکن است حکم قانون، منشأ تعهد تخییری قرار گیرد (احمد السنهوری، ۱۳۸۸: ۶۲؛ Baydoun, 2005:139). به عنوان مثال، یکی از این موارد در حقوق موضوعه ایران، تخییر در پرداخت حقوق دولتی توسط معدن کاران بود. ماده ۱۴ قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۲/۲۷ مقرر می داشت: «دارنده پروانه بهره برداری باید درصدی از بهای ماده معدنی سر معدن مندرج در پروانه را به نرخ روز به عنوان حقوق دولتی سالانه به وزارت معادن و فلزات پرداخت نماید. وزارت مزبور می تواند در صورت لزوم، معادل بهای آن، ماده معدنی

از بهره بردار اخذ کند ....» مستفاد از ماده فوق الذکر، وزارت مربوطه که در حال حاضر وزارت صنعت، معدن و تجارت می باشد مخیر به دریافت حقوق دولتی به هر یک از دو شیوه (نقد یا ماده معدنی) بود. همانطور که مشاهده می گردد اختیار تعیین به موجب حکم قانون به متعهد له واگذار گردیده بود. در حال حاضر و به موجب ماده ۱۲ قانون اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۹۰/۸/۲۲ دیگر چنین تخییری وجود ندارد و متعهد (دارنده پروانه بهره برداری) صرفاً باید درصدی از بهای ماده معدنی موضوع پروانه را به نرخ روز به دولت پرداخت نماید. مورد دیگری که در این خصوص می توان نام برد در قانون تجارت و در بخش تغییرات در سرمایه شرکت سهامی می باشد. به موجب ماده ۱۶۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴: «شرکت می تواند سهام جدید را برابر مبلغ اسمی بفروشد یا این که مبلغی علاوه بر مبلغ اسمی سهم به عنوان اضافه ارزش سهم از خریداران دریافت کند. شرکت می تواند عواید حاصل از اضافه ارزش سهام فروخته شده را به اندوخته منتقل سازد یا نقداً بین صاحبان سهام تقسیم کند یا در ازای آن، سهام جدید به صاحبان سهم سابق بدهد.» همانطور که ملاحظه می شود به موجب این ماده، در صورتی که در فروش سهام جدید علاوه بر مبلغ اسمی، مبلغ دیگری تحت عنوان اضافه ارزش سهم از خریداران دریافت گردد قانونگذار شرکت را متعهد به نحو تخییر کرده که یکی از سه عمل فوق الذکر را انتخاب و انجام دهد.

## نتیجه

تعهد، زمانی تخییری محسوب می گردد که از میان موضوعات متعدد، ایفای یک یا برخی از آنها موجب بریء الذمه شدن متعهد گردد. بر خلاف تعهد ترکیبی (مجموعی) که متعهد زمانی بریء الذمه می گردد که نسبت به اجرای همه موضوعات مورد تعهد اقدام نماید. در فقه امامیه علاوه بر این که بزرگانی از فقها به دلیل عدم وجود دلیل معتبری مبنی بر منع چنین تعهداتی حکم بر صحت چنین تعهداتی داده اند

اشکال مخالفان نیز در نفوذ معاوضاتی مانند بیع و اجاره است که تملیکی است و مهم‌ترین دلایل آنان غرری بودن این معاملات و این که معلوم نیست چه چیزی وارد مالکیت انتقال‌گیرنده خواهد شد، می‌باشد و نهایتاً حکم به بطلان چنین عقودی داده‌اند. در حالی که در عقود عهدی از این حیث با ایرادی مواجه نخواهیم شد، چراکه تعهد با تمام شرایط صحّت خود محقق گردیده و صرفاً تعیین موضوع از میان چند موضوع معلوم به اختیار یکی از طرفین یا ثالث گذاشته شده است. در نظام حقوقی ایران و علی‌رغم این که در قانون مدنی، اشاره‌ای به تعهد تخیری نشده است اما این نوع از تعهدات با نظام حقوقی ایران بیگانه نمی‌باشد و می‌توان مصادیقی از آن را در سایر قوانین و مقررات از جمله قانون تجارت مشاهده نمود. لذا پیشنهاد می‌گردد قانونگذار ایران نیز با پذیرش این مطلب که صرف مردّد بودن نمی‌تواند فی‌نفسه دلیلی بر بطلان تعهدات و قراردادها باشد مگر آن که موجب غرر گردد حداقل این نوع از تعهدات را در عقود عهدی معتبر بداند، زیرا موضوع چنین عقودی، انتقال یکی از چند مال، انجام یکی از چند کار و نظایر آن است که معین شمرده می‌شود.

## منابع

- ابن‌ادریس حلّی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۲، ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- احمد السنهوری، عبدالرزاق (۱۳۸۸)، **الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید**، ج ۳، ترجمه سید مهدی دادمرزی و محمدحسین دانش‌کیا، قم: دانشگاه قم.
- اراکی، محمدعلی (۱۴۱۵ق)، **کتاب البیع**، ج ۲، قم: مؤسسه در راه حق.
- الهویی نظری، مهدی (۱۳۹۱)، **مطالعه تطبیقی نهاد تعهدات تخیری**، مجله حقوقی دادگستری، ۷۹، ۲۳۹-۲۶۳.
- امامی، سید حسن (۱۳۹۳)، **حقوق مدنی**، ج ۱، ج ۳۵، تهران: انتشارات اسلامیّه.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، **المکاسب**، ج ۴، قم: انتشارات کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.

۲۴۷ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۱ - شماره ۲۰ - بهار و تابستان ۹۸

- انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی (۱۳۸۸)، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱، چ ۳، تهران: جنگل.

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، الروضه البهیة فی شرح اللّٰمه الدمشقیه، ج ۴، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۴ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی (حقوق تعهدات)، ج ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰ a)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، چ ۵، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰ b)، عقد کفالت، ج ۳، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰ d)، عقد حواله، ج ۳، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)، الفارق (دایره المعارف عمومی حقوق)، ج ۲، چ ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۲۹ق)، العناوین الفقهیة، ج ۲، چ ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حلّی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۶، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حلّی، فخر المحققین محمد بن حسن بن یوسف (۱۴۱۱ق)، ایضاح النوائد فی شرح القواعد، ج ۲، قم: چاپخانه علمی.

- حلّی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۳ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، چ ۲: بیروت: (افست تهران).

- سادات حسینی، سید حسین (۱۳۹۶)، حدود اعتبار شرط وجه التزام از حیث میزان در تعهدات پولی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۷، ۱۳۱-۱۵۶.

- سعد، نبیل ابراهیم (۱۹۹۵م)، النظریه العامه للالتزام (الاحکام الالتزام فی القانون المصری و القانون اللبناني)، بیروت: دار النهضة العربیه.

- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)، ج ۱، چ ۶، تهران: مجد.

- صفایي، سيد حسين (۱۳۸۷)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۲، چ ۶، تهران: میزان.
- طوسی (شيخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۱۱ق)، الخلاف، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی (شيخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق)، المبسوط في فقه الاماميه، ج ۳، چ ۲، تهران: المكتبه المرتضويه لحياء الآثار الجعفرية.
- طباطبائی يزدي، سيد محمد كاظم (۱۴۱۴ق)، العروه الوثقی، ج ۲، تهران: المكتبه الاسلاميه.
- كاتوزيان، ناصر (۱۳۸۵)، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۲، چ ۷، تهران: شركت سهامی انتشار.
- كاتوزيان، ناصر (۱۳۹۱)، حقوق مدنی (نظريه عمومی تعهدات)، چ ۶، تهران: میزان.
- كاتوزيان، ناصر (۱۳۸۳)، قانون مدنی در نظم حقوقی كنونی، چ ۹، تهران: میزان.
- كركی (محقق ثانی)، علی بن حسين (۱۴۱۰ق)، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۷، قم: مؤسسه آل البيت.
- محقق داماد، سيد مصطفی (۱۳۸۸)، نظريه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مركز نشر علوم اسلامی.
- مظفری، خديجه (۱۳۹۴)، تعهد تخيیری، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱، ۱۴۷-۱۶۴.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۳۷۴)، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، ج ۲۷، چ ۴، تهران: كتابچی.
- Baydoun, A (2005) *L' obligation alternative*, universite' panthe'on ° Assas (Paris II)
- Demolombe, ch (1881) *cours de code napole'on. Traite' des contrats ou des obligation conventionnelles en ge'ne'ral*. T. V II. Paris: Imprimeur Editeur A. lahure.
- Larombière L (1885) *The'orie et pratique des obligations: ou commentaire des titres III et IV*, livrer III du cod civil, articles 1101 a' 1386, Paris: A. Durand et Pedone ° lauriel.
- Planiol et Ripert: *Traite' pratique de Droit civil Francais*, 2e'd Paris. 1952.