

## مطالعه‌ی تطبیقی نهاد تعهدات تخییری<sup>۱</sup>

مهدی الهویی نظری<sup>۲</sup>

### چکیده

تضمین بیشتر انجام موضوع تعهد، مطلوب هر متعهدله است. ذی‌نفع قرارداد به دنبال روشی بهتر جهت وصول مطالبات خویش است. از سوی دیگر متعهد با حسن‌نیت نیز درصدد انجام تعهد و بری شدن از مافی‌الذمه‌ی خود می‌باشد. لذا برای وی نیز تدارک‌طریقه‌ای بهتر جهت رها شدن از تعهدات ناشی از قرارداد، امری مطلوب به شمار می‌رود. استفاده از نهاد تعهدات تخییری، یکی از روش‌هایی است که می‌تواند زمینه‌ی رسیدن به این هدف را برای طرفین فراهم سازد. در این تعهدات به جای آن‌که متعهد، یک موضوع تعهد را بر ذمه قبول کند، دو یا چند موضوع را متقبل می‌شود تا امکان انجام تعهد از میان هر یک از این موضوعات برای وی فراهم آید؛ آن‌گونه‌که با انجام یکی از آن‌ها به عهد خویش وفا کند. این تأسیس حقوقی در غرب شناخته شده و این تحقیق درصدد کشف ریشه‌های آن در فقه امامیه می‌باشد تا بتوان اعتبار آن را در نظام حقوقی ایران نیز مورد شناسایی قرار داد.

واژگان کلیدی: تعهد تخییری، غرر، مبیع مردد، ثمن مردد، موضوع تعهد،

حق انتخاب.

۱. تاریخ دریافت مقاله ۱۳۹۱/۳/۱۰؛ تاریخ پذیرش نهایی مقاله ۱۳۹۱/۹/۲۶.

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید:

## درآمد

تعهدات به اقسام متعدد قابل تقسیم‌اند. با توجه به تعدد موضوعات و نوع ارتباط آن‌ها با یکدیگر، تعهد تخییری در مقابل تعهد بسیط است؛ تعهد بسیط آن است که در قلمرو قرارداد، متعهد صرفاً یک تعهد اصلی را برعهده داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۸۵). در مقابل، تعهد تخییری آن است که در قلمرو قرارداد، متعهد دو یا چند تعهد اصلی را برعهده داشته باشد؛ مشروط بر آن که وفای به هر یک از آن‌ها، براثت ذمه‌ی مدیون از تمام موضوعات را موجب گردد (سعد، ۱۹۹۵: ۲۴۴).

فایده‌ی تعهدات تخییری، تضمین اجرای تعهد و سهولت انجام آن برای متعهد و رسیدن سریع‌تر طرفین به خواسته‌ی نهایی خود از انجام قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۵). لذا پذیرش اعتبار و نفوذ این تعهدات و از آن مهم‌تر، اعمال ضمانت اجرای حقوقی و قانونی در جهت حمایت از حقوق افراد جامعه از ضروریات و وظایف دانش حقوق است. امری که پرداختن به این موضوع را با اهمیت جلوه می‌دهد. در ادامه مقاله به ابهامات موجود در خصوص این تعهدات در حقوق ایران و راه‌حل‌های پیشنهادی خواهیم پرداخت.

### ۱. شناسایی و تعریف تعهدات تخییری<sup>۱</sup>

گاهی چند موضوع در ضمن یک تعهد بر عهده‌ی مدیون قرار می‌گیرد؛ مانند تعهد فروشنده به انتقال، تسلیم، ضمان درک و عیوب پنهانی مبیع. گاهی نیز چند شیء یا چند اقدام، موضوع تعهد است؛ مانند تعهد به فروش یا تسلیم چند دستگاه خودرو. در این موارد موضوعات تعهد متعدد هستند، اما همگی به صورت عام استغراقی، موضوع تعهد را تشکیل می‌دهند، یعنی التزام ناشی از قرارداد بر تمامی افراد مندرج در آن ناظر است و براثت ذمه، معلق بر امتثال از تمامی موارد است. حکم این تعهدات، حکم تعهد بسیط با محل واحد است و قواعد عمومی تعهدات بر آن حاکم است.

اما تعهد تخییری امر دیگری است؛ با این بیان که تعهد یکی است، اما محل

1. Alternative Obligations

یا موضوع آن بیش از یکی بوده و شمول تعهد بر موضوعات آن به نحو عام بدلی است، و نه استعراقی؛ آن گونه که انجام هر یک از موضوعات نیز به نحو واجب تخییری مورد نظر است. لذا وفای به عهد به یکی از موضوعات، براثت مدیون را از تمام موضوعات در پی دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۵۶-۱۵۵).<sup>۱</sup> به بیان بهتر تعهد تخییری، تعهدی است با دو یا چند موضوع؛ آن گونه که متعهد می‌تواند یکی از آن‌ها را انتخاب و اجرا کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۶۸).<sup>۲</sup>

## ۲. شرایط تحقق تعهدات تخییری

در تعهدات تخییری، تحقق شرایطی به شرح زیر ضروری است:

الف) تفاوت در موضوعات تعهد: بر این اساس، چنانچه تعهدی مردد میان چگونگی محاسبه و یا شیوه و وسیله‌ی پرداخت آن باشد، تخییری نخواهد بود.

ب) موضوعات در عرض یکدیگر: میان افراد تعهد این ترتب یا اولویت باشد؛ به نحوی که، هر یک از موضوعات باید بالفعل قابلیت براثت ذمه‌ی مدیون را دارا باشند.

ج) مشروعیت تمامی افراد تعهد: هر یک از موضوعات تعهد باید مشروع و قانونی باشند؛ بنابراین اگر یکی از موضوعات به لحاظ قانونی معتبر نباشد، به رغم تعدد، تعهد تخییری نخواهد بود. در این حالت کل تعهد باطل نیست؛ بلکه موضوع باقی‌مانده که صلاحیت شرعی و قانونی دارد، تعهد بسیطی را تشکیل می‌دهد و به تنهایی محل تعهد خواهد بود (سعد، ۱۹۹۵: ۲۴۴). بخش ۱۴۵۱ قانون مدنی کالیفرنیا مقرر می‌دارد: «اگر یکی از اعمال تخییری که در تعهد مقرر گردیده است، به گونه‌ای است که قانون آن را لازم‌الاجراء نمی‌داند یا بعداً غیرقانونی گردد یا غیرقابل اجرا شود، تعهد به گونه‌ای تفسیر می‌شود که گویی تعهد باقی‌مانده به تنهایی در قرارداد درج گردیده است» (www.justia.com). این ویژگی به این دلیل است که در تعهد تخییری هر یک از موضوعات به تنهایی اصالت داشته و قابلیت براثت ذمه‌ی مدیون را دارا می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۵).

۱. ماده‌ی ۱۱۸۹ قانون مدنی فرانسه: «مدیون تعهد تخییری با تحویل یکی از دو چیزی که در قرارداد گنجانده شده است، بری‌الذمه می‌گردد».

۲. در کامن‌لا این تعهدات چنین تعریف شده‌اند: «یک تعهد تخییری آن است که شخص متعهد به ایفا یا تسلیم چند چیز است؛ به نحوی که ایفای یکی از آن‌ها او را از همه بری می‌سازد» (http://legal-dictionary.The.freedictionary.com).

### ۳. تمایز تعهدات تخییری از عناوین مشابه

تعهداتی که در آن متعهد در صورت عدم امکان انجام تعهد، موضوع دیگری را به جای تعهد متعذر به جا می‌آورد، «تعهدات اختیاری» یا «الالتزام البدلی» نام دارند (سعد، ۱۹۹۵: ۲۴۷). لذا به عکس تعهدات تخییری که موضوعات تعهد در عرض یکدیگرند و هر یک از موضوعات قابلیت و اقتضای میرا کردن متعهد را دارا می‌باشند، در تعهدات اختیاری موضوع تعهد یکی است و معین؛ اما در فرض عدم امکان اجرا، متعهد تعهد جایگزین را ایفا کرده و بری‌الذمه می‌گردد. لذا موضوعات تعهد در طول یکدیگرند و میان آن‌ها ترتب است؛ آن‌گونه که متعهد بدو حق انتخاب یکی از چند موضوع را فاقد می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۴).

گاهی در قراردادهای پیش‌بینی می‌شود که در صورت عدم اجرای تعهد یا تأخیر در انجام آن، مبلغ معینی به عنوان خسارت پرداخت شود. چنین نهادی که از آن با عنوان «وجه التزام» یاد می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۵۴۲)، در ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی لحاظ شده است. موضوع وجه التزام نیز از تعهدات تخییری خارج است. در این موارد بر حسب توافق و در نتیجه‌ی عدم انجام تعهد قراردادی، متخلف ملزم به جبران خسارت مقطوع است؛ لذا بحث اختیار وی در میان نمی‌باشد، اما در تعهدات تخییری در ابتدا چنین اختیاری برای متعهد متصور است؛ لذا در صورت عدم انجام هیچ یک از تعهدات، متعهد به جبران خسارت متعهدله ملزم می‌شود. می‌توان در قرارداد مبتنی بر چند تعهد، وجه التزام نیز تعیین نمود. ضمن آن که وفق ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی وجه التزام منحصراً وجه نقد است؛ اما تعهد جانشین در تعهد اختیاری می‌تواند وجه نقد باشد یا آن که چنین نباشد. هم‌چنین طرفین می‌توانند شرط کنند که افزون بر پرداخت وجه التزام، تعهد اصلی نیز اجرا شود، در حالی که در تعهد اختیاری، تعهد ثانی و بالقوه جانشین تعهد اصلی و بالفعل می‌شود و جمع میان دو موضوع تعهد امکان‌پذیر نمی‌باشد.

#### ۴. احکام تعهدات تخییری

احکام مترتب بر تعهدات تخییری در دو بخش نحوه‌ی حق انتخاب و اثر اعمال آن تعهد، بررسی می‌شود.

##### ۴-۱. حق انتخاب و چگونگی اعمال آن

هم‌چنان‌که آورده شد، متعهد در تعهد تخییری می‌تواند یکی از چند موضوع را انجام دهد و به عهد خویش وفا کند. وی در انتخاب موضوع تعهد متخیر است. این اختیار «حق انتخاب» یا «حق الخيار»<sup>۱</sup> (سعد، ۱۹۹۵: ۲۴۵) نام دارد. اصل بر این است که این حق به متعهد واگذار شده است؛ مگر آن‌که اعمال آن در قرارداد یا به موجب قانون به متعهدله واگذار شود.<sup>۲</sup> در مبنای این اصل گفته شده است که ظاهر در این است که اولاً، تعهد تخییری در جهت تأمین منافع متعهد است (Treitel, 1995: 671) ثانیاً همواره و عملاً این متعهد است که ابتدا در جهت انجام تعهد، اقدام به وفای به عهد می‌نماید (Guest, 1998: 481)؛ متعهد لزوماً نباید انتخاب خود را اعلام کند؛ چرا که با اجرای یکی از دو تعهد اعلام انتخاب، ضرورت نمی‌یابد؛ مگر آن‌که طرفین مهلتی را برای اعلام انتخاب معین کرده باشند. پرسش این است که هرگاه متعهد از اعمال حق خودداری نماید، تکلیف چیست؟ به موجب بخش ۱۴۴۹ قانون مدنی کالیفرنیا چنان‌چه دارنده‌ی حق انتخاب، اعم از متعهد یا طرف مقابل، انتخاب خود را در زمان مندرج در تعهد و در صورت عدم تعیین، پیش از زمان اجرای تعهد اعلام ننماید، این حق به طرف دیگر انتقال می‌یابد.

از قسمت نخست ماده‌ی ۲۶۹ قانون مدنی نیز استقرار اولیه‌ی حق انتخاب به نفع متعهد، قابل استنباط است؛<sup>۳</sup> هرچند اعطای این حق به متعهدله ضمن تعهد با مانع قانونی و تحلیل حقوقی مواجه نمی‌باشد. حال اگر متعهد از حق استفاده

۱. معادل لاتین این اصطلاح Right of selection است که در بخش ۱۴۴۸ قانون مدنی کالیفرنیا به این شکل تایید شده است: «اگر تعهدی اجرای یکی از دو عمل را به نحو تخییری مقرر دارد، طرفی که ملزم به انجام است، حق انتخاب دارد؛ مگر آن‌که به موجب شروط، تعهد به طرف مقابل واگذار شده باشد».

۲. ماده‌ی ۱۱۹۰ قانون مدنی فرانسه: «در جایی که حق انتخاب صراحتاً به دائن اعطاء نشده باشد، متعلق به مدیون است».

۳. ماده‌ی ۲۶۹ قانون مدنی: «وفای به عهد وقتی محقق می‌شود که متعهد چیزی را که می‌دهد مالک ...»؛ از مواد ۲۷۰، ۲۷۶ و ۲۷۹ این قانون نیز اختیار متعهد در نحوه‌ی انتخاب موضوع تعهد مستفاد است.

نمایید، با توجه به مبانی حقوقی ایران به نظر می‌رسد نمی‌توان به انتقال حق مزبور به متعهدله حکم داد؛ بلکه الزام متعهد به انتخاب با مراجعه به دادگاه حسب قاعده‌ی «الحاکم ولی الممتنع» منطقی‌تر به نظر می‌رسد؛ مگر آن که زمان انتخاب گذشته باشد و یا اصلاً در قرارداد مدت معینی جهت اعمال حق انتخاب تعیین نشده و مطلوبیتی در تعیین نوع تعهد وجود نداشته باشد. در این صورت اصل تعهد را باید مطالبه نمود؛ موضوعی که چگونگی اعمال آن بررسی می‌شود.

در قانون مدنی مصر چنانچه اعمال خیار با مدیون باشد و امتناع نماید، دائن جهت تعیین اجل به قاضی مراجعه می‌نماید؛ در این صورت از سوی دادگاه مهلتی تعیین می‌شود. در صورت استمرار امتناع از اعمال خیار در پایان اجل تعیین شده، حاکم به ولایت از ممتنع، محل التزام را معین می‌سازد؛ اما در صورتی که اعمال خیار با دائن باشد و او امتناع نماید، مدیون جهت تعیین مدت به قاضی مراجعه می‌کند. در پایان مهلت در صورت استمرار امتناع از اعمال خیار، دیگر قاضی محل التزام را تعیین نمی‌کند، بلکه اعمال خیار و حق انتخاب به مدیون منتقل می‌شود (سعد، ۱۹۹۵: ۲۴۵).

## ۲-۴. اثر اعمال حق انتخاب

اعمال انتخاب موضوع تعهد واجد دو اثر است؛

نخست آن که با اعمال انتخاب، تعهد از وصف تخییری به وصف بسیط تغییر ماهیت می‌دهد؛ بدین معنی که محل التزام به موضوعی که انتخاب نسبت به آن صورت گرفته است، واحد می‌شود (سعد، ۱۹۹۵: ۲۴۶). بنابراین، امکان عدول از آن و التزام به موضوع دیگر از جانب متعهد وجود ندارد. متعهدله نیز نمی‌تواند موضوع تعهدی را که انتخاب نشده است، مطالبه کند.

دیگر آن که، اثر این انتخاب به گذشته یعنی زمان انعقاد تعهد بازمی‌گردد و به مانند آن است که التزام از ابتدا نسبت به یک موضوع تحقق یافته است (سعد، ۱۹۹۵: ۲۴۶). نتیجه‌ی منطقی اثر اخیر در انتخاب موضوع، استقرار مالکیت منافع مال برای متعهد از زمان انعقاد قرارداد است.

### ۵. از بین رفتن موضوع تعهد

ممکن است یکی از موضوعات تعهد یا تمامی آن‌ها از میان برود. این تلف ممکن است توسط طرفین یا ثالث صورت پذیرد. این موضوع و اثر آن در روابط طرفین بررسی می‌شود.

#### ۵-۱. از بین رفتن موضوع تعهد توسط ثالث

اگر یکی از موضوعات تعهد پیش از اعمال حق انتخاب توسط ثالث از میان برود، التزام در محل دیگر تعهد باقی است و نسبت به آنچه از بین رفته موضوعیتی ندارد. اما اگر تمامی موضوعات تعهد توسط ثالث از میان برود، و یا موضوع تعهد پس از انتخاب از بین برود، در قالب قواعد عمومی قابل حل و فصل است (سعد، ۱۹۹۵: ۲۴۶).

#### ۵-۲. از بین رفتن موضوع تعهد توسط طرفین با توجه به دارنده‌ی

##### حق انتخاب

الف) در صورتی که موضوع تعهد توسط یکی از طرفین تلف شود، دو فرض مختلف متصور است: نخست آن‌که، حق خیار یا حق انتخاب با مدیون است؛ در این فرض گاهی تلف ناظر بر یکی از دو موضوع تعهد است. با از بین رفتن موضوع، تعهد ناشی از آن نیز ساقط می‌شود. در این صورت محل التزام در تعهد باقی، واحد می‌شود و تعهد تخییری به تعهد بسیط بدل می‌شود؛ حتی اگر مدیون در تلف مقصر باشد. بنابراین امکان مطالبه‌ی خسارت تعهد تلف‌شده وجود ندارد؛ چرا که موضوع تعهد در محل دیگر مستقر و باقی است.<sup>۱</sup> گاهی نیز تلف شامل تمامی محل‌ها و موضوعات تعهد می‌شود.

به موجب قانون مصر و فرانسه، هرگاه مدیون نسبت به تلف، مقصر باشد ضامن قیمت موضوعی خواهد بود که دیرتر از دیگری از میان رفته است<sup>۲</sup> و مطابق قانون لبنان دائن در مطالبه‌ی قیمت نسبت به هر یک از موضوع‌های تعهد، مخیر

۱. صدر ماده‌ی ۱۱۹۳ قانون مدنی فرانسه.

۲. همین حکم در قسمت اخیر ماده‌ی ۱۱۹۳ قانون مدنی فرانسه آمده است.

خواهد بود (سعد، ۱۹۹۵: ۲۴۷-۲۴۶).<sup>۱</sup>

ب) حق خیار یا حق انتخاب با دائن است: در این حالت نیز دو فرض را باید تفکیک نمود. نخست آن که یکی از موضوع‌های تعهد بدون تقصیر از جانب مدیون تلف شود، موضوع تعهد در محل ثانی مستقر می‌شود. اما اگر مدیون مقصر در تلف باشد، دائن در مطالبه‌ی قیمت آن چه تلف شده و یا درخواست اجرای تعهد از محل باقی مخیر است. دیگر آن که هر دو محل تعهد از بین برود، اگر مدیون در تلف هر دو مورد یا فقط یکی از آن‌ها مقصر باشد، دائن در مطالبه‌ی قیمت هر یک از موضوعات اجرای تعهد مخیر است.<sup>۲</sup>

### ۶. مطالبه‌ی تعهدات تخییری

پرسش این است که هر گاه به دلیل گذشت زمان اعمال حق انتخاب، یا عدم تعیین زمان در قرارداد، متعهدله بخواهد مستقیماً اجرای موضوع تعهد را از دادگاه بخواهد با چه مشکلی مواجه خواهد شد؟ این پرسش از آن‌جا ناشی می‌شود که وفق قواعد عمومی آیین دادرسی مدنی در صورتی که مدعی در دادخواست خود از محکمه در موضوع مدعی به مردد باشد و منجزاً امر خاصی را تقاضا ننماید، دادخواست وی رد خواهد شد.<sup>۳</sup> از طرفی در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، خواسته‌ی «تبعی» و یا «دو وجهی» بر خلاف حقوق فرانسه به رسمیت شناخته نشده است تا به موجب اولی بتوان افزون بر مطالبه‌ی یکی از دو تعهد به عنوان تعهد اصلی، تعهد دیگر را به عنوان تعهد فرعی مطالبه کرد. یا آن که با درخواست دو وجهی هر دو تعهد را مطالبه و انتخاب آن را به نظر دادگاه یا طرف دعوا واگذار نمود (شمس، ۱۳۸۵، ج ۲: ۵۳-۵۱). لذا این پرسش مطرح می‌شود که خواهان در تعهد تخییری به چه کیفیت باید موضوع تعهدات خود را مطالبه کند؟ به نظر می‌رسد هم‌چنان که متعهد در انتخاب یکی از دو تعهد خود آزاد است و می‌تواند هر یک از آن‌ها را انتخاب و با ایفای آن بری الذمه گردد، همین حق در

۱. قسمت اخیر ماده‌ی ۱۱۹۳ قانون مدنی فرانسه.

۲. ماده‌ی ۱۱۹۴ قانون مدنی فرانسه.

۳. حکم شماره‌ی ۵۲ مورخ ۱۳۰۶/۷/۲۳ محکمه‌ی عالی انتظامی قضات (بنگرید به: شمس، ۱۳۸۵، ج ۲: ۵۳). این استدلال از بند ۴ و ۵ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی نیز به دست می‌آید.



مطالبه و طرح دعوا برای متعهدله وجود دارد؛ چرا که حسب ظاهر و ادعا در اعمال حق انتخاب و هم‌چنین در اجرای تعهد از حق خویش استفاده نکرده است. به عبارت دیگر متعهدله با انتخاب یکی از دو موضوع تعهد در هنگام تنظیم دادخواست، به طور منجز از خواننده، ایفای آن را درخواست می‌نماید و تعهد دیگر را رها می‌سازد؛ چه آن‌که انجام هر دو تعهد موضوع قرارداد نبوده است؛ از آن‌جا که انجام تعهد دایر میان یکی از آن‌ها بوده است، مطالبه‌ی آن نیز باید میان یکی از آن‌ها باشد و نه هر دو. این نظر هر چند با مقررات فعلی قانون آیین دادرسی<sup>۱</sup> دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی منطبق است، اما دیدگاه جامعی نیست؛ هم‌چنان که آورده شد، آن‌چه در حقوق فرانسه با عنوان خواسته‌ی تبعی یا دو وجهی جاری است، می‌تواند با اصلاح قانون آیین دادرسی مذکور در حقوق ایران نیز حاکم گردد، تا متعهدله در احقاق حق خویش آزادی بیشتری داشته باشد.

در انگلیس، سابقه‌ی تعهدات تخییری به سال ۱۷۲۵ میلادی باز می‌گردد. در پرونده‌ای فردی متعهد شده بود یک اتاق اجاره‌ای را به مدت یک‌سال برای طرف مقابل فراهم آورد یا مبلغ ده پوند به وی بپردازد. با امتناع وی، خواهان به خواسته‌ی انجام هر یک از دو مورد تعهد، طرح دعوا کرد. دادگاه رأی داد که در هر دو مورد خسارت بیش از ده پوند نخواهد شد، لذا حکم به پرداخت این مبلغ صادر نمود.<sup>۲</sup> در پرونده‌ی دیگری در خصوص حکم به انجام تعهد چنین اظهار نظر شد که به طور کلی در جایی که چند شیوه جهت انجام تعهد وجود دارد، حالتی باید انتخاب شود که کمترین سود را برای خواهان و کمترین ضرر را برای خواننده به همراه دارد.<sup>۳</sup>

دیدگاه فوق یعنی تحقق کمترین سود برای خواهان و کمترین ضرر برای خواننده، بر اساس انتظار طرفین تعریف می‌شود. در نتیجه‌ی این ایراد که در بسیاری موارد خواست طرفین با یکدیگر در تعارض است و نمی‌توان از دو انتظار متفاوت، یک نقطه‌ی مشترک را احراز نمود، این دیدگاه مطرح شد که «هرچند منطقی است که قرارداد باید به‌گونه‌ای انجام شود که طرف دیگر تعهد قانونی نداشته باشد، اما حقوق

۱. بند ۴ ماده ۵۱: تعهدات و جهاتی که به موجب آن خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند به طوری که مقصود واضح و روشن باشد. بند ۵ همان ماده نیز مقرر می‌دارد: آنچه خواهان از دادگاه درخواست دارد.

2. Savill v. Snell. 8 Mod. 305 (K.B. 1725), (Alarie; Denning, 2007: 5, Available At ECONOMICS.COM).

3. Cockburn v. Alexander, 6 C.B. 791 (1848), (Alarie; Denning, 2007: 6.

با تعهدات قانونی سر و کار دارد، نه با انتظارات طرفین». بنابراین دادگاه آن‌چه حداقل تعهد قانونی است را اجرا می‌کند. هم‌چنین استدلال شد که خواننده (ناقص قرارداد) به طور منطقی، به دنبال اجرای تعهدی است که کمترین دشواری را برای او به همراه دارد؛ لذا مبنای صدور حکم به کمترین میزان تعهد قابل توجیه است. در مقابل این استدلال، این پرسش مطرح می‌شود که آیا اساساً طرفین به دنبال گنجاندن تعهد غیرمعقول و غیرمنطقی در قراردادهای خود هستند؟ آیا متعهد پذیرفته است که نسبت به تمامی موضوعات تعهد پای‌بند باشد؟ همان‌گونه که آورده شد، حقوق انگلیس در این خصوص پاسخی ندارد (Alarie & Denning, 2007: 14).

در حقوق آمریکا یک دیدگاه این است که در چنین مواردی به کمترین میزان خسارت در حق خواهان باید حکم شود (Alarie & Denning, 2007: 16). دیدگاه اقلیتی نیز وجود دارد که اعتقاد دارند با امتناع متعهد از اعمال انتخاب، این حق به متعهدله منتقل می‌شود. بر این نظر ایراد شده است که طریق فوق برخلاف اصل جبران خسارت است؛ چراکه به خواهان این اجازه را می‌دهد که آن‌چه را که به نفع خود است، انتخاب کند و نه بر مبنای اصل خسارات وارده (Alarie & Denning, 2007: 19).

در مقام تبیین موضوع در حقوق ایران می‌توان گفت که طرفین توافق کرده‌اند تا یکی از چند موضوع، به عنوان محل تعهد به صورت برابر و بالفعل امکان برائت ذمه‌ی مدیون را دارا باشد. بنابراین، هنگامی که متعهد از حق انتخاب خویش استفاده نمی‌کند و این امتناع وی ضرر متعهدله را در پی دارد، انتقال حق انتخاب به متعهدله طبق قاعده‌ی لاضرر و اصل چهلم قانون اساسی، نتیجه‌ی منطقی تقصیر مستتکف بوده و توجیه حقوقی دارد؛ ضمن آن‌که به موجب قاعده‌ی اقدام که علیه نقض‌کننده‌ی تعهد قابل استناد است، ایراد انتخاب تعهد از سوی متعهدله بر اساس منافع خود، قابل دفاع است.

## ۷. اعتبار تعهدات تخییری در حقوق ایران

موضوع قابل تأمل صحت و اعتبار تعهدات تخییری در نظام حقوقی ایران می‌باشد. پرسش این است که چگونه تعهدات تخییری با معین بودن موضوع معامله

و تعهد قابل جمع است؟ از آن جا که موضوع این تعهدات قابل انتخاب میان یکی از چند چیز است و در واقع موضوع تعهد مردد است در ابتدا می‌توان چنین نظر داد که چنین تعهداتی مغایر حکم ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی بوده و با ضمانت اجرای بطلان مواجه می‌شود؛ از این ظهور باید دست کشید و به مبانی و مواد قانونی نگاهی دوباره نمود. برای پاسخ به این پرسش و رفع این شبهه، با بررسی موضوع از منظر فقهای امامیه، موضع قانون مدنی نیز تبیین می‌گردد.

### ۷-۱. جست‌وجوی تعهدات تخییری در فقه امامیه

در متون فقهی در خصوص امکان یا عدم امکان پیش‌بینی مبیع و ثمن مردد به تفصیل آمده است؛ می‌توان با استفاده از این آراء، حکم تعهدات تخییری را از منظر فقهای امامیه بررسی نمود.

#### ۷-۱-۱. تخییر در انتخاب مبیع (مبیع مردد)

در فقه امامیه یکی از شرایط «معقودّعلیه» لزوم «معین بودن» است. فقهای امامیه اعتبار این شرط را از حدیث نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر» استخراج کرده‌اند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱: ۱۷۰؛ مراغه‌ای، ج ۲: ۳۱۱). صرف‌نظر از ایرادات مطرح شده بر این حدیث (بنگرید به: انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۱۷۶؛ موسوی خویی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۲۵۷)، پرسش این است این که آیا تعهد و به طور کلی معامله بر فرد مردد، غرری و مشمول نهی مذکور است؟

در مقام پاسخ، فقها قائل به تفکیک شده‌اند؛ بدین توضیح که چنانچه بهای دو کالا مختلف باشد، قطعاً غرر متصور بوده و حکم به بطلان معامله خواهد شد (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۴۸/۴)؛ اما در جایی که قیمت دو کالا با یکدیگر برابر است، در خصوص صحت یا بطلان عقد اختلاف شده است. مشهور فقهای امامیه در این خصوص نیز با این استدلال که این معاملات و تعهدات به دلیل جهل موجود به غرر منجر می‌گردند، حکم بر منع داده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۴۸)؛ با این توضیح که مبیع یا موضوع تعهد، هر دو یا یکی از آن‌ها به نحو مشخص را دربر نمی‌گیرد؛ لذا جهل به مبیع، به غرر منجر شده و معامله باطل است.

بر این نظر ایراد شده است که غرر عبارت از خطری است که به واسطه‌ی عدم اعتماد به حصول مقصود به واسطه‌ی جهل حاصل می‌شود؛ در حالی که در مورد معامله‌ی مردد، اگر مثلی یا متساوی‌الاجزاء باشند، جهلی متصور نمی‌باشد؛ زیرا اوصاف فرد معلوم است.<sup>۱</sup> لذا فرد مردد، مجهول نیست تا غرری در میان باشد و بر فرض وجود جهل، از آن جایی که به غرر منجر نمی‌شود، نمی‌تواند مبطل عقد باشد. بنابراین، دلیلی برای بطلان این معاملات به استناد غرر وجود ندارد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۴۹؛ مراغه‌ای، ۱۴۲۹، ج ۲: ۳۱۴).

یکی از فقها پس از رد بطلان این معاملات به دلیل غرر ناشی از جهل به موضوع، معتقد است عدم اعتبار بیع مردد از عدم امکان تملیک و تملک آن می‌باشد و این عدم قابلیت به علت عدم تشخیص است و عدم تشخیص موجب می‌شود که قصد انشاء نسبت به افراد مردد محقق نگردد (مراغه‌ای، ۱۴۲۹، ج ۲: ۳۲۵).

به این ایراد پاسخ داده شده است که صفات یا حقیقی (متأصله) 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 نمی‌باشد؛ بلکه اتصال آن‌ها با موضوع خود به نحو ذهنی تحقق می‌یابد؛ این صفات با شناسایی شرع یا عرف معتبر و قابل احراز هستند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۵۱؛ اراکی، ۱۴۱۵، ج ۲: ۲۸۰). به عنوان مثال در قرارداد پیش فروش ساختمان، عرف شخص را مالک می‌شناسد؛ بر این اساس، کلی فی‌الذمه مال است و آثار واقعی ملکیت بر آن مترتب می‌گردد (موسوی خویی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۵۴؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱: ۱۶۸؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۵۱)؛ 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 رابطه‌ی اعتباری میان شخص و آن اشیاء محقق شده (اراکي، ۱۴۱۵، ج ۲: ۲۷۸) و با تعیین و انتخاب نهایی انتقال ملکیت صورت می‌پذیرد. در معامله‌ی یک متر از یک طاقه کرباس بدون تعیین این که این یک متر از کدام طرف باشد، یعنی در فرض مردد بودن مبیع، به رغم فتوای مشهور فقها مبنی

۱. «ان الواحد علی سبیل البدل غیرمجهول» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۴۹).

بر منع چنین معامله‌ای، به صحت معامله حکم نموده است. این فقیه در خصوص معامله بر فرد مردد، جایی که افراد متساوی‌الاجزا باشند، معتقد است که دلیلی بر اعتبار چنین علمی اقامه نشده است؛ در صورت تراضی طرفین مانعی بر صحت چنین بیعی وجود ندارد؛ چرا که تفاوتی در اجزاء وجود ندارد تا مستلزم تفاوت در ثمن باشد. تکیه‌ی این فقیه بر امر تراضی طرفین هوشمندانه و قابل تأمل است (اردبیلی، ۱۴۱۸، ج ۸: ۱۸۲).

یکی دیگر از فقها ضمن رد تمامی ادله‌ی معتقدین به بطلان معامله‌ی بر فرد مردد مثلی یا متساوی‌الاجزاء، معتقد است که دلیل معتبری در خصوص منع چنین معاملاتی در اختیار نمی‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۵۲-۲۵۱).

به دیگر سخن می‌توان گفت در جایی که چند موضوع تفاوت قیمت ندارند، یا مثلی هستند، مردد بودن مورد تعهد یا معامله تخصصاً از ادله‌ی بطلان معاملات غرری خارج است؛ لذا به استناد «المؤمنون عند شروطهم»، «وفوا بالعقود»، «احل الله البيع» و اصل جواز، حکم بر صحت این معاملات و تعهدات، نزدیک به واقع است و حکم بر بطلان نیازمند دلیل است؛ دلایل ارائه شده از استحکام و قوت کافی برخوردار نبوده و در صورت تردید، اصل بر عدم آن است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۵۰۹ و نیز بنگرید به: گرجی، ۱۳۸۷: ۳۴).

## ۲-۱-۷. تخییر در انتخاب ثمن (ثمن مردد)

برای تحلیل اعتبار تعهدات تخییری، در ابتدا امکان اندراج دو اجرت در عقد اجاره‌ی واحد بررسی شده و سپس به امکان تعیین دو ثمن ضمن عقد بیع نقد و نسبه پرداخته می‌شود.

## الف) تخییر در مال الاجاره (مال الاجاره‌ی مردد)

در فقه امامیه در خصوص حکم عقد اجاره با دو اجرت متفاوت اختلاف عقیده است. مانند آن که گفته شود در صورت تحویل کالا در روز شنبه، یکصد تومان اجرت و در فرض تحویل آن در روز یکشنبه، نود تومان اجرت پرداخت خواهد شد. پرسش این است که با توجه به شرط معین بودن مورد معامله، آیا می‌توان به صحت چنین

اجاره‌ای حکم داد؟ برخی فقها بر صحت این نوع قراردادهای حکم نموده‌اند (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۴۳-۱۴۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱: ۵۶۸). در مقابل، فقهای دیگر با انصراف از اطلاق عقد اجاره و تفسیر عقد واقع شده به جعاله، به صحت آن حکم داده‌اند (مغنیه، ۱۳۷۹، ج ۳: ۲۸۶؛ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷: ۱۰۶). یکی دیگر از فقها به رغم عقیده‌ی اولیه بر صحت عقد مذکور، در ادامه با عدول از دیدگاه خود آن را به عنوان جعاله (شهید ثانی، ۱۴۱۰، جلد ۴: ۳۳۵-۳۳۴) می‌پذیرند. عده‌ای نیز به استناد غرر به صراحت حکم به بطلان عقد نموده‌اند (حلی، ۱۴۲۳، ج ۶: ۱۲۹).

تحلیل دیگر آن است که فرض اجاره برای دو عمل در مقابل دو اجرت، دو اجاره‌ی مستقل است؛ در این جا فرد مرددی وجود ندارد تا قابلیت اجاره را فاقد باشد؛ زیرا مقصود هر دو آن‌ها است و نه یکی از آن دو؛ چنین اجاره‌ای غرری نیست. آن چه از عقد اجاره فهمیده می‌شود تملیک دو منفعت است، در برابر دو اجرت. با انجام یکی از دو عمل اجاره، عمل دیگری به دلیل از بین رفتن محل و موضوع آن باطل می‌شود؛ لذا عقد اجاره با دو اجرت صحیح است (مراغه‌ای، ۱۴۲۹، ج ۲: ۳۲۷).

به نظر می‌رسد اولاً، وجود غرر در مورد اجاره و منفعت منتفی است؛ زیرا فرد مردد، مجهول نیست تا غرر را نتیجه دهد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۴۹). هم‌چنان که شهید ثانی در ابتدای نظر خود آورده است هر دو فعل و اجرت معلوم هستند و عمل دیگری در فرض مسأله متصور نیست؛ (شهید ثانی، ۱۴۱۰، جلد ۴: ۳۳۴) بنابراین استناد به غرر در بطلان این گونه عقود صحیح نیست. در تائید این نظر گفته شده است که در زمان انعقاد قرارداد جهل وجود ندارد، بلکه تردید در مقام اجرا و عمل به آن است و دلیلی بر این که این امر موجب بطلان عقد گردد، وجود ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱: ۵۶۸).

ثانیاً، تحلیل عقد به دو اجاره‌ی مستقل و پذیرش اعتبار اجاره‌ی اول، بهتر از دیدگاه نخست است؛ اما این نظر نیز بر این پیش فرض مبتنی است که معامله بر فرد مردد باطل است؛ لذا فقیه یاد شده برای اجتناب از چنین ایرادی عقد را به دو اجاره تحلیل می‌نماید تا هر یک از اجاره‌ها دارای یک موضوع معین بوده و صحت عقد قابل دسترسی باشد؛ در حالی که این پیش فرض که معامله بر فرد مردد صحیح نیست، اثبات نشده است (بنگرید به: انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۵۲-۲۵۱) و در صورت عدم

اثبات، با تکیه بر اصل جواز و صحت و عموم «اوفوا بالعقود» اجاره معتبر می‌باشد.<sup>۱</sup>

### ب) تخییر در ثمن در بیع نقد و نسیه (ثمن مردد)

مشهور فقهای امامیه فرض دوگانه بودن ثمن را به علت تردید در ثمن باطل می‌داند (حلی، ۱۴۲۳، ج ۵: ۱۲۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۰۴؛ شیخ مفید، سیدمرتضی، ابن ادریس به نقل از بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۹: ۱۲۲)؛ مانند آن که قیمت کالایی در فرض نقد بودن آن، هزار تومان و در صورت پرداخت در ظرف زمانی مشخصی در آینده، یک‌هزار و یکصد تومان تعیین شود. در مقابل، گفته شده است که با توجه به ادله‌ی عقلیه و نقلیه، صحت عقد خالی از وجه نیست؛ چرا که غرری در اینجا متصور نمی‌باشد (اردبیلی، ۱۴۱۸، ج ۸: ۳۲۹-۳۲۸)؛ لذا باید عقد را صحیح دانست (موسوی خمینی، بی‌تا، جلد ۵: ۵۰۳؛ شهیدی تبریزی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۶۰۲). دیدگاه اخیر را باید تأیید کرد؛ چراکه اولاً، تردید در میان مبیع یا ثمن فی نفسه موجب بطلان عقد نمی‌گردد؛ مگر آن که تفاوت در عوضین وجود داشته باشد. در این فرض به رغم تفاوت قیمت نقد و نسیه، عرفاً مال نسیه گران‌تر از نقد به فروش می‌رود (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۴۹۸)<sup>۲</sup> و میزان اجل در ارزش ثمن مؤثر است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ج ۱، ۳۱۳). لذا این تفاوت در قیمت، ناشی از وجود زمان در پرداخت دو نوع عقد نقد و نسیه است، به همین علت است که گفته‌اند: «للاجل قسط من الثمن» (تبریزی، ج ۱۰: ۲۳۱)؛ ثانیاً، در تحلیل اعتبار حقوقی عناصر عقد گفته شده در اینجا دو ایجاب در مقابل خریدار وجود دارد که در صورت پذیرش هر یک، معامله واقع شده است؛ وجود جهل ناشی از انتخاب یکی از آن دو، به اساس معامله ضرری نمی‌رساند؛ ثمن در هر دو حالت نقد و نسیه، معین است (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۵: ۵۰۳).

نتیجه آن که، تردید در عوضین با حدود و ثغور مذکور، یا در تردید در موضوع تعهد فی‌نفسه نمی‌تواند موجب بطلان معامله و تعهد گردد، مگر آن که به

۱. قانون مدنی ایران در ماده ۵۰۹ حکم بر صحت این نوع اجاره داده است: «در اجاره حیوان ممکن است شرط شود که اگر موجر در وقت معین، محمول را به مقصد نرساند، مقدار معینی از مال الاجاره کم شود.»  
۲. این عرف مورد تأیید شارع نیز قرار گرفته است. فقهای امامیه به ویژه متأخرین در موارد مشابه به صحت این معاملات حکم داده‌اند. بنگرید به: (وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۴۱۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۱: ۱۶۸؛ لنکرانی، ۱۴۲۲: ۳۲۰).

غرر منجر شود.

## ۲-۷. رویکرد قانون مدنی در خصوص تردید در عوضین

پرسش این است که آیا عدم تردید از شرایط اساسی صحت معاملات و تعهدات قراردادی است؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، کجا و چگونه باید این شرط را احراز کرد؟

واژه‌ی «معین» در لغت به مشخص، معلوم و مقرر (عمید، ۱۳۷۷: ۱۱۰۵)، و مشخص شده و معین شده (قیم، ۱۳۸۱: ۱۰۲۰)، معنی شده و فعل «عین» به معنای تعیین کردن، مشخص کردن و اختصاص دادن آمده است (قیم، ۱۳۸۱: ۱۰۲۰). در نوشته‌های حقوقی مقصود از معلوم بودن مورد معامله این است که جنس، وصف و مقدار آن مشخص باشد؛ به گونه‌ای که طرفین بدانند موضوع داد و ستد چیست؛ اما معین بودن یا مشخص بودن بدین معنی است که مورد عقد بین دو یا چند چیز نباشد (صفایی، ۱۳۸۶: ۱۳۲). به عبارت دیگر، معین یعنی جزئی بودن؛ آن گونه که مبیع یک فرد باشد (باقری، ۱۳۸۴: ۱۰۶). برخی نویسندگان در مقام تفسیر بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی معتقدند «کلمه‌ی معین در این ماده به معنی مشخص است که هم شامل معین به معنی خاص یعنی غیرمردد بین دو یا چند چیز و هم دربرگیرنده‌ی مفهوم معلوم، یعنی مشخص و نامبهم از لحاظ جنس و وصف و مقدار است» (صفایی، ۱۳۸۶: ۱۳۲). منطوق ماده‌ی ۳۴۲ قانون مدنی و نحوه‌ی استفاده از واژه‌ی «تعیین»، این استدلال را در درک مقصود قانون‌گذار از معین بودن تقویت می‌کند. در این ماده آمده است: «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است». در این ماده می‌توان از لفظ «تعیین» به جای واژه‌ی «معلوم» استفاده کرد؛ بدون آن که به معنا و مقصود قانون‌گذار خللی وارد شود. در مقابل، ماده‌ی ۴۷۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عین مستاجر باید معین باشد و اجاره عین مجهول یا مردد باطل است». در این ماده مجهول و مردد هر دو با هم در مقابل معین قرار گرفته‌اند؛ گویی معین نبودن برابر با مجهول و مردد بودن است. با توجه به این تعاریف و نیز مواد قانونی مذکور، پیش‌بینی دو معنی اعم و اخص برای واژه‌ی «معین» معنا



می‌یابد. معنی اعم آن «معلوم» (در مقابل مجهول) و معنی اخص آن «مشخص و قابل اشاره» (در مقابل مردد) می‌باشد.

پرسش این است که در بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی لفظ «معین» در کدام معنا به کار رفته است؟ در این خصوص دو دیدگاه مطرح شده است:

برخی معتقدند در این ماده، لفظ مزبور در معنی اخص و به معنای قابل اشاره در مقابل مردد آمده است و در ماده‌ی ۲۱۶ قانون مدنی در معنی اعم آن در مقابل مجهول است؛ بر این اساس، قائلان به این باور، یکی از شرایط اساسی صحت معاملات را حسب صراحت بند یاد شده، مردد نبودن موضوع معامله می‌دانند (امامی، ۱۳۷۴، ج ۱: ۲۱۴-۲۱۳؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۳۰۶-۲۹۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲: ۱۷۷).

دیدگاه دوم آن است که در بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی، لفظ «معین» هم به معنی معلوم در مقابل مجهول و هم به معنی قابل اشاره در مقابل مردد استعمال شده است؛ هر دو معنی در آن واحد مقصود قانون‌گذار بوده است (صفایی، ۱۳۸۶: ۱۳۲).

### ۱-۲-۷. طرح ایرادها

نظر نخست دارای این ایراد است که اولاً، قانون‌گذار در ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی در فصل دوم از باب اول این قانون در بیان احکام و شرایط اساسی صحت معاملات که شالوده‌ی حقوق معاملات و تعهدات را در خود گنجانده است، با احصاء شرایط اساسی آن‌ها، ضمانت اجرای بطلان را در صورت تخلف در صدر این ماده در نظر گرفته است. بند ۳ ماده‌ی مزبور نیز به مورد عقد یعنی رکن تراضی اختصاص دارد. علم به آن چه طرفین قصد خود را مبنی بر ایجاد اثر حقوقی ناظر بر آن نموده‌اند و از قانون‌گذار حکیم انتظار می‌رود تا به صراحت در این ماده بر این موضوع تأکید کند. پرسش این است که آیا قانون‌گذار در مقام بیان شرایط اساسی صحت معامله از لزوم علم و رفع ابهام از مورد معامله دست کشیده و به شرط عدم تردید میان یکی از دو مورد معامله، یا تعهد پرداخته است؟ چنین تفسیری مستلزم انتساب عملی غیرمنطقی و غیرعقلایی به قانون‌گذار است؛ امری که باید از آن اجتناب کرد. در کنار عنصر قصد و رضا در بند نخست این ماده، نوبت به موضوع قصد و رضا یعنی بر عوض

می‌رسد؛ عوضی که قطعاً باید معلوم و معین باشد تا قابلیت ورود در محدوده‌ی قصد انشاء و رضا را داشته باشد. استخراج معنای مورد نبودن در این مرحله مطلوبیت و لزومی ندارد و کیفیت وضع ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی این احتمال را تقویت می‌کند. ثانیاً، در فرض استنباط معنای غیرمردد، این پرسش مطرح می‌شود که در حقوق ایران، جایگاه معلوم بودن و لزوم رفع ابهام کجاست؟ قائلین به این دیدگاه در مقام پاسخ معتقدند شرط معلوم بودن مورد معامله در ماده‌ی ۲۱۶ قانون مدنی آمده است؛ (امامی، ۱۳۷۴، ج ۱: ۲۱۴-۲۱۳؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۳۰۶-۲۹۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲: ۱۷۷) اما این ادعایی متناقض است؛ چراکه قانون‌گذار پس از ذکر چهار شرط اساسی صحت معاملات در ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی در چهار مبحث به تشریح آن‌ها می‌پردازد. ماده‌ی ۲۱۶ قانون مدنی در مبحث سوم ناظر بر مورد معامله است و توضیح بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ این قانون است؛ در حالی که در خصوص رفع ابهام و مبهم نبودن مورد معامله تقریر حکم نموده است.<sup>۱</sup> منطقی نیست که توضیح یک عنوان غیر از آن باشد؛ چرا که در فرض پذیرش این که ماده‌ی ۲۱۶ قانون مدنی ناظر بر بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ همین قانون در معنای اخص معین بودن (عدم تردید) است، باید بنابه تفسیری که این عده از حقوق‌دانان از بند مزبور ارائه کرده‌اند، بر نحوه‌ی خروج مورد معامله از تردید تأکید شود؛ در حالی که در ماده‌ی ۲۱۶ یاد شده چنین توضیح و تفسیری یافت نمی‌شود.

ثالثاً، ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی عیناً ترجمه‌ی ماده‌ی ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۶۱).<sup>۲</sup> کلمه‌ی «Certain» که در ماده‌ی ۱۱۰۸ مذکور به کار رفته است، به معنای درست، قطعی، معلوم، مشخص و معین می‌باشد (نفیسی، ۱۳۷۵: ۲۸۳). به موجب ماده‌ی ۱۱۲۹ قانون مدنی فرانسه، در حقوق این کشور مورد تعهد می‌تواند نامشخص باشد؛ مشروط بر آن که بتوان آن را تعیین کرد.<sup>۳</sup> بنابراین مشخص نیست چرا حقوق‌دانان ایران به صراحت معنای عدم

۱. بر این اساس، قانون‌گذار ایران معنای «معین» را در بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ در مقابل مجهول در نظر گرفته است، نه «معین» در مقابل مردد.

۲. ماده‌ی ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه: برای اعتبار یک قرارداد چهار شرط لازم است: ۱- رضایتی که طرف را متعهد می‌نماید. ۲- اهلیت شخص برای قرارداد ۳- موضوع معین که مورد تعهد را تشکیل می‌دهد. ۴- سبب قانونی تعهد. ۳. موضوع مورد تعهد باید حداقل نسبت به چیزی در نوع خود معین باشد. مقدار آن چیز می‌تواند مجهول باشد، بشرط اینکه قابل تعیین باشد.

تردید را به واژه‌ی معین در ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی نسبت داده‌اند. به رغم آن‌که، نظر دوم کامل‌تر از دیدگاه نخست است و عدم توجه قائلین نظر یاد شده در تعیین مورد تراضی از حیث علم به اوصاف مورد تعهد و مبیع را جبران می‌کند، باز هم محل تأمل است. این نظر از این جهت که معنای معلوم بودن (جنس، وصف و مقدار) را به عنوان موضوع اصلی تعهد و عقد در بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی قابل احراز دانسته، هوشمندانه و صحیح است؛ اما از جهت این‌که این بند را در عین حال ناظر بر معنای مشخص، مردد نبودن، می‌داند محل تأمل است؛ چراکه اولاً، ایرادهای مترتب بر نظر نخست نیز وارد است؛ ثانیاً، نتیجه‌ی پذیرش این قول به کار بردن لفظ در بیش از یک معنی در یک لحظه است. به بیان دیگر، نتیجه‌ی این تفسیر آن است که قانون‌گذار از لفظ «معین» هم معنای «معلوم» و هم معنای «مشخص و قابل اشاره» را اراده کرده است؛ در حالی که به لحاظ لغوی و اصولی، حداقل طبق نظر مشهور، این امر غیرممکن است؛ چرا که لفظ، آینه‌ی معنا است و در یک لفظ در لحظه‌ی واحد دو معنا نمی‌گنجد، هر چند استعمال جداگانه‌ی آن‌ها ایرادی ندارد. هرگاه معنایی برای لفظی انتخاب شد، دیگر محلی برای اراده و افاده‌ی معنای دوم در آن لحظه باقی نمی‌ماند و از این لحاظ تفاوتی میان حقیقت و مجاز نیست (فیض، ۱۳۸۵: ۹۹-۹۸؛ محمدی، ۱۳۸۳: ۴۸). لذا از این حیث ایراد فوق هم‌چنان به قوت خود باقی است.

### ۲-۲-۷. تفسیر «معین» در بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی

اصاله‌الظهور اقتضای آن را دارد تا کلام حمل بر آن معنا گردد که ظهور دارد (مظفر، ۱۳۸۶، ج ۱: ۳۰). یعنی هم‌چنان‌که عرفاً و نزد اهل لغت، از «معین» شدن کسب علم و آگاهی معنا می‌گردد، از بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی نیز همین معنای متبادر قابل احراز است؛ مگر آن‌که قرینه‌ای بر انصراف از آن به معنای خاص یعنی «مردد» باشد، که در بند مزبور چنین چیزی وجود ندارد و اصل بر عدم آن است. ماده‌ی ۲۱۶ قانون مدنی که ناظر بر بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ این قانون و مفسر آن است، بر مبهم نبودن و علم تأکید دارد و نه عدم تردید؛ لذا حمل معنای معین در بند مزبور

همانطور که اشاره شد تردید در موضوع تعهد در حقوق فرانسه مورد قبول قرار گرفته و مواد ۱۱۸۹ الی ۱۱۹۶ این قانون، به تعهدات تخییری اختصاص دارد.

بر معنای مردد مخدوش و عکس آن، نزدیک به صواب است. از مبانی فقهی، هر چند نظر غیرمشهور، چنین استنباط می‌شود که تردید فی نفسه موجب بطلان نیست، مگر از ناحیه‌ی خطر یا ضرر ناشی از آن، غرر حاصل گردد. در این صورت مشمول نهی معاملات غرری است.

بنابراین ضمن پذیرش تقسیم مذکور یعنی «معین» به «معلوم» و «قابل اشاره»، تأکید می‌شود که این تقسیم از بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ و ماده‌ی ۲۱۶ این قانون به دست نمی‌آید. بلکه در فرض مردد بودن مورد معامله باید به استناد قاعده‌ی فقهی - حقوقی نهی غرر و ملاک مواد ۴۷۲<sup>۱</sup> و ۶۹۴<sup>۲</sup> قانون مدنی و تنقیح مناط علت وضع این مواد در موارد مشابه، به بطلان قرارداد حکم داد. قاعده‌ی غرر که یکی از فروع آن به شرط معین بودن مورد معامله، چه در معانی اعم و اخص، مربوط است (نراقی، ۱۳۷۵: ۸۳؛ مراغه‌ای، ۱۴۲۹، ج ۲: ۳۱۱)، در قواعد و احکام تمامی عقود لازم‌الرعايه است و لزوم شرط معین بودن در معنای اخص آن از همین قاعده قابل استنباط است.

بر این اساس، در مواردی که علت بطلان معامله تردید در موضوع آن باشد، امکان استناد مستقیم به بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی وجود ندارد، باید به استناد ملاک مواد ۴۷۲ و ۶۹۴ قانون مدنی و به ویژه قاعده‌ی غرر در معاملات و لزوم جلوگیری از باب نزاع به بطلان قرارداد حکم داد. نتیجه‌ای که از این تفسیر استفاده می‌شود، آن است که صرف مردد بودن نمی‌تواند فی نفسه دلیلی بر بطلان قرارداد باشد و وجود جهل و ضرر از ناحیه‌ی آن، به نحوی که تراضی طرفین را با خطر مواجه نماید، باید اثبات شود، تا مشمول نهی معاملات غرری قرار گیرد؛ لذا تعهد تخییری تا زمانی که موجب غرر نباشد، صحت و اعتبارش موافق قاعده بوده و لازم‌الاجراست.

### ۳-۲-۷. تعهدات تخییری از منظر دکترین

حقوق دانانی که عدم تردید را به عنوان شرط اساسی صحت معاملات و تعهدات معرفی می‌کنند و معنای عدم تردید را از بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی

۱. «عین مستأجره باید معین باشد و اجاره عین مجهول و مردد باطل است».  
 ۲. «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست. بنابراین اگر کسی ضامن دین شخصی شود، بدون این که بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است. لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است».

احراز می‌کنند، به حکم قاعده نباید اعتباری برای تعهدات تخییری قائل باشند، اما هر یک از ایشان به گونه‌ای به تعهدات تخییری و صحت آن نظر داده‌اند.

برخی از ایشان، پس از تأکید بر این که مورد معامله نمی‌تواند یکی از چند چیز باشد، معتقدند که در حقوق ایران در فرض معین بودن مورد تعهد، می‌توان در ضمن عقد شرط کرد که در عوض مورد معامله‌ی متعهد، مال معین دیگری بدهد؛ لذا این عده از نویسندگان به صحت تعهدات تخییری به صورت شرط ضمن عقد، قائل هستند (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۲۱۴). پرسش این است که اگر تعهد تخییری ضمن شرط امکان‌پذیر بوده و غرری محسوب نمی‌شود، چرا نتوان در معامله‌ی اصلی آن را پذیرفت.

برخی نیز ضمن تردید در تعهدات تخییری، معتقدند در تعهد مبهم طرفین به درستی نمی‌دانند که چه چیزی موضوع التزام است و محل دین و طلب مشخص نیست، لذا غرر بروز می‌کند و معامله مشمول قاعده‌ی نهی غرر قرار می‌گیرد، اما در تعهدات تخییری موضوع مشخص است و تعیین فرد موضوع تعهد، وسیله‌ی رفع غرر است، لذا اعتبار این تعهدات مطابق قاعده است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۴-۱۶۰).

بعضی نیز پس از تأکید بر لزوم معین بودن مورد معامله و تمییز میان مفاهیم «معین» و «معلوم»، بیع مردد را باطل اعلام می‌کنند؛ اما در خصوص تعهدات از حکم فوق عدول کرده و به صحت تعهد تخییری حکم می‌دهند (شهیدی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۳۰۶).

این که نویسندگان یاد شده بر عدم مردد بودن مورد معامله و تعهد به عنوان شرط اساسی صحت معاملات ناظر بر بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی نظر دارند، اما تلاش دارند تا در عین حال تعهد تخییری را که ذاتاً مردد است نیز شناسایی کنند، به دشواری قابل پذیرش است.

به نظر می‌رسد با تفسیر ارائه شده از بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی و خروج مردد بودن از شرایط اساسی صحت معاملات و هدایت این شرط به جایی که غرر لازم آید، می‌توان صحت تعهدات تخییری را نتیجه گرفت. به دیگر سخن، تعهد تخییری حسب قاعده معتبر است؛ مگر آن که افراد موضوع آن سبب ایجاد غرر گردد. در این صورت حسب ملاک مواد ۴۷۲ و ۶۹۴ قانون مدنی و قاعده‌ی غرر به بطلان آن حکم می‌شود.

## برآمد

امکان درج دو یا چند تعهد ضمن عقد واحد، با قواعد و مبانی فقهی و حداقل نظر غیرمشهور منطبق است و مغایر قواعد حقوقی نیز نمی‌باشد؛ لذا این تردید را باید از ذهن دور ساخت که تعهدات تخییری امری ناشناخته و دورمانده در فقه امامیه و حقوق ایران هست؛ هرچند با این عنوان در فقه و یا حقوق تنقیح نشده است. بهتر است عبارت «معین بودن» موضوع ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی، به معنی لغوی و عرفی آن تعبیر شده و پس از تحقق قصد و رضای شخص واجد اهلیت، در صدد اتصال این دو عنصر با موضوع تراضی باشیم که از طریق علم به جنس، وصف و مقدار حاصل می‌گردد. ملاحظه‌ی صدر، ذیل ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی و جایگاه آن نیز تفسیری جز آن‌چه ذکر شد را به دست نمی‌دهد. لذا صرف تردید در موضوع تعهد نباید موجب بطلان آن گردد؛ مگر آن‌که غرری احراز شود. بنابراین صحت و اعتبار تعهدات تخییری با قواعد فقهی و حقوقی منطبق است؛ بر این اساس، اصلاح مواد قانون مدنی و پیش‌بینی آثار این تعهدات، ضرورتی آشکار است. تا آن زمان، این تعهدات که در عرف امروز رواج دارد، نیازمند شناسایی و ترتب آثار قانونی است؛ لذا قوانین و اصول حقوقی باید به‌گونه‌ای تفسیر شود که به این نیاز مشروع اجتماع پاسخ داده شود.

## فهرست منابع:

- اراکي، محمدعلي، *كتاب البيع*، جلد دوم، قم: مؤسسه‌ی در راه حق، چاپ نخست، ۱۴۱۵ ه.ق.
- اردبیلی، احمد (مقدس اردبیلی)، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الانهان*، جلد هشتم، قم: مؤسسه‌ی نشر اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۸ ه.ق.
- امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، جلد نخست، تهران: کتابفروشی اسلامیة، چاپ نهم، ۱۳۷۱.
- انصاری، مرتضی، *مکاسب*، جلد چهارم، انتشارات کنگره‌ی جهانی بزرگداشت شیخ مرتضی انصاری، چاپ نخست، ۱۴۱۵ ه.ق.
- باقری، احمد، *فقه مدنی (عقود تملیکی)*، تهران: سمت، چاپ نخست، ۱۳۸۴.
- بحرانی، یوسف، *حدائق الناضره فی احکام العترة الطاهرة*، جلد‌های نوزدهم و بیست و یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، چاپ نخست، ۱۴۰۵ ه.ق.
- تبریزی، جواد بن علی، *صراه النجاه*، جلد دهم، بی‌جا، بی‌تا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق تعهدات*، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فرهنگ عناصرشناسی*، تهران: گنج دانش، چاپ نخست، ۱۳۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *محشی قانون مدنی*، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
- حلی، جمال‌الدین بن حسن، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، جلد‌های پنجم و ششم، قم: مؤسسه‌ی بوستان کتاب، چاپ دوم، ۱۴۲۳ ه.ق.
- سعد، نبیل ابراهیم، *النظریه العامه لاللتزام، الاحکام الاللتزام فی القانون المصری و القانون اللبنانی*، بیروت: دارالنهضة العربیة، ۱۹۹۵ م.
- شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، جلد دوم، تهران: دراک، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۵.
- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هدایه الطالب الی اسرار المكاسب*، جلد سوم، تبریز:

- دارالفقه للطباعه و النشر، چاپ دوم، ۱۴۲۸ هـ.ق.
- شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادهای و تعهدات**، جلد نخست، تهران: مجد، چاپ هشتم، ۱۳۹۰.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، **حاشیه‌المکاسب**، جلد نخست، قم: مؤسسه‌ی اسماعیلیان، چاپ نخست، ۱۴۱۰ هـ.ق.
- طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن، **الخلافا**، جلد سوم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، چاپ نخست، ۱۴۰۷ هـ.ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، **الاحکام الواضحه**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام، چاپ چهارم، ۱۴۲۲ هـ.ق.
- فیض، علیرضا، **مبایندی فقه و اصول**، تهران: دانشگاه تهران، چاپ هجدهم، ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، ناصر، **عقود معین**، جلد نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادهای**، جلد دوم، تهران: میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر، **نظریه عمومی تعهدات**، تهران: یلدا، چاپ نخست، ۱۳۷۴.
- کاشف الغطاء، محمدحسین، **تحریر المجله**، جلد نخست، قم: مرتضوی، چاپ نخست، ۱۳۵۹ هـ.ق.
- کرکی، محمدحسین (محقق ثانی)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، جلد هفتم، مؤسسه‌ی آل‌البیت، چاپ دوم، ۱۴۱۴ هـ.ق.
- گرگی، ابوالقاسم، **مبانی حقوق اسلامی**، تهران: مجد، چاپ نخست، ۱۳۸۷.
- محمدی، ابوالحسن، **مبانی استنباط حقوق اسلامی**، تهران: دانشگاه تهران، چاپ هجدهم، ۱۳۸۳.
- مراغه‌ای، میرفتاح، **عناوین**، جلد دوم، قم: اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۲۹ هـ.ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، **استفتائات جدید**، جلد نخست، قم: مدرسه امام علی ابن ابی‌طالب علیه‌السلام، چاپ دوم، ۱۴۲۷ هـ.ق.
- موسوی خمینی، روح‌الله، **کتاب‌البیع**، جلد پنجم، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ نخست، بی‌تا.



موسوی خوبی، سیدابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، جلد پنجم، قم: حیدریه، ۱۳۷۴ هـ.ق.  
نراقی، ملا احمد، **عواید الایام**، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵.  
نفیسی، سعید، **فرهنگ فرانسه - فارسی**، جلد نخست، صفی علیشاه، چاپ هفتم،  
۱۳۷۵.

وحید خراسانی، حسین، **توضیح المسائل**، قم: مدرسہ‌ی امام باقر(ع)، چاپ نهم،  
۱۴۲۸ هـ.ق.

Guest, A.G, **Anson's Law Of Contract**, Beatson, QC, J, Oxford University Press, 27th Edition, 1998.

Treitel, G. H, **The law of contract**, Ninth Edition, Published by Sweet & Maxwell, International Student Edition, London: 1995.

Alarie, Benjamin; Denning, James, **Remedies And Alternative Contracts**, Available at: WWW.UNISI.IT/LAW AND ECONOMICS.COM

**California Civil Code**, Section 1448-1451, Available at: www.Justia.com

France Civil Code, Available at <http://www.legifrance.gouv.fr/html>  
<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>