



## Original Research

**Voluntary Commitment In Iranian Law**Akbar Iman pour <sup>1\*</sup>, Mehri Masoudi<sup>2</sup>

1 Assistant Professor of Private Law, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Guilan University, Rasht, Iran.

2 Master's Student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Guilan University, Rasht, Iran.

Article ID: 1-1

**Received:**  
April 15, 2020

**Accepted:**  
June 9, 2020

**Available online:**  
September 19,  
2020

**Keywords:**  
The subject of  
commitment,  
optional  
commitment,  
definiteness,  
deceived.

**Main Subjects:**  
Civil Law

**Abstract**

One of the types of obligations that arise from a contract and to which people commit in their contracts is deferred commitment. Deferred commitment is a commitment with two or more subjects, where the implementation of one of the subjects is sufficient to fulfill the commitment. For example, the commitment of someone who takes an item from someone else to inspect it and then decides whether to purchase it or not. The person who receives the item can either return it or keep it and pay its price. Jurists and legal experts have different opinions regarding the validity and invalidity of such commitments, and there are no explicit legal regulations in this regard. Although some believe that the subjects of deferred commitments must be mutually agreed upon in order to avoid any disruption in the validity of the contract. They argue that deferred commitment is a commitment to two or more items with specific qualities and prices, and the chooser is also known, leaving no unusual ambiguity or doubt. Sometimes, instead of determining the subject of the commitment, a condition is determined. In this case, the subject of the commitment should not be considered unknown. In fact, by determining the right to choose, which may belong to either the obligor or the obligee, any deception is eliminated, and the grounds for invalidating the commitment are nullified. However, some hold contrary views. In this article, the authors attempt to explain the concept of deferred commitment, compare it with similar titles and concepts, and examine its validity or invalidity in Iranian jurisprudence and law, providing a suitable solution for interested parties.

\*Corresponding Author: Akbar Iman pour

**Address:** Assistant Professor of Private Law, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Gilan University, Rasht, Iran

**Email:** [Ak.imanpour@guilan.ac.ir](mailto:Ak.imanpour@guilan.ac.ir)

## تعهد تخییری در حقوق ایران

اکبر ایمان پور<sup>۱\*</sup>، مهری مسعودی<sup>۲</sup>

۱ استادیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

۲ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

کد مقاله: ۱-۱		
<b>چکیده</b>	<b>تاریخ دریافت:</b> ۲۷ فروردین ۱۳۹۹	
<p>یکی از انواع تعهداتی که از عقد ناشی می‌شود و مردم در قراردادهایشان به آن متعهد می‌شوند، تعهد تخییری است. تعهد تخییری، تعهدی است با دو یا چند موضوع که اجرای یکی از موضوعات برای وفای به عهد کافی است. مانند تعهد کسی که کالایی را از شخصی گرفته که آن را بررسی کند و بعد از بررسی و سنجش تصمیم بگیرد که آن را خریداری نماید یا خیر. کسی که مالی را به این شکل اخذ نموده است می‌تواند مال را بازگرداند یا آنکه آن را نگاه دارد و قیمت آن را بپردازد. فقها و حقوقدانان در اعتبار و عدم اعتبار چنین تعهداتی اختلاف نظر دارند و مقررات قانونی نیز در این مورد نص صریح و شفافیت لازم را ندارند. اگر چه عده‌ای بر این باورند که موضوعات تعهد تخییری باید هم عرض یکدیگر باشند تا به اعتبار عقد خللی وارد نیابد. این عده معتقدند تعهد تخییری، تعهد به دو یا چند مال با اوصاف و بهای معین است و انتخاب کننده نیز معلوم است و هیچ ابهام و تردید نامتعارفی باقی نمی‌ماند. گاهی به جای تعیین موضوع تعهد، ضابطه‌ای تعیین می‌گردد که در این صورت نباید موضوع تعهد را مجهول تلقی کرد. در واقع با تعیین دارنده حق انتخاب که ممکن است متعهد یا متعهدله باشد غرر از بین می‌رود و زمینه بطلان تعهد منتفی می‌گردد. عده‌ای نیز بر خلاف آن نظر دارند. نگارندگان در این مقاله سعی دارند ضمن تبیین مفهوم تعهد تخییری، مقایسه آن با عناوین و مفاهیم مشابه، اعتبار یا عدم اعتبار آن را در فقه و حقوق ایران بررسی نموده و راه کار مناسبی را در اختیار علاقه مندان قرار دهد.</p>	<b>تاریخ پذیرش:</b> ۲۰ خرداد ۱۳۹۹	
	<b>کلیدواژه‌ها:</b> موضوع تعهد، تعهد تخییری، معین بودن، غرر.	<b>تاریخ انتشار:</b> ۲۹ شهریور ۱۳۹۹
	<b>موضوع تعهد، تعهد تخییری، معین بودن، غرر.</b>	
	<b>محورهای موضوعی:</b> حقوق مدنی	

\*نویسنده مسئول: دکتر اکبر ایمان پور

آدرس: استادیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

ایمیل: [Ak.imanpour@guilan.ac.ir](mailto:Ak.imanpour@guilan.ac.ir)

## ۱- مقدمه

برای ارائه تعریفی دقیق از تعهد تخییری، ابتدا ضروری است که مفهوم تعهد شناخته شود.

واژه تعهد در دو معنی به کار می‌رود، یکی در معنای عام خود که شامل همه حقوق دینی، اعم از تعهدات ناشی از قرارداد و الزامات خارج از قرارداد می‌شود و دیگری در معنای خاص خود که ناظر بر تعهدات ناشی از قرارداد است و در مقابل الزامات خارج از قرارداد قرار می‌گیرد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۸-۲۹)

به عبارت دیگر، تعهد در معنای خاص خود رابطه‌ی حقوقی است که به موجب آن شخصی در برابر دیگری مکلف به انتقال و تسلیم مال یا انجام دان کاری می‌شود. همچنین گفته شده است که: تعهد رابطه‌ای است حقوقی که نتیجه آن انتقال مال یا انجام دادن فعل یا ترک فعل معین یا اسقاط یک اثر حقوقی باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۹۰۹)

همینطور بیان شده است که "تعهد رابطه حقوقی بین دو شخص است که به موجب آن متعهدله می‌تواند متعهد را ملزم به پرداخت مبلغی پول یا انتقال چیزی و یا انجام دادن متعهدبه معینی اعم از فعل یا ترک فعل بکند."

در تبیین تعریف فوق می‌توان گفت، تعریفی که از تعهد شده اختصاص به عقود نداشته بلکه شامل ضمانات قهری هم می‌باشد. علاوه بر این اختصاص به امور مالی هم ندارد؛ این تعریف از تعهد مورد قبول اکثر حقوقدانان می‌باشد.

هر تعهد دارای سه رکن است که عبارتند از طرفین تعهد، موضوع تعهد و رابطه حقوقی. رکن اول هر تعهد وجود طرفین تعهد است زیرا برای تصور تعهد، وجود دو شخص ضرورت دارد. شخص صاحب حق یا طلبکار که به عنوان متعهدله از او یاد می‌شود و شخصی که دین یا تعهد بر ذمه اوست که مدیون، متعهد یا بدهکار نام دارد.

رکن دوم تعهد، موضوع تعهد است که از آن به "متعهدبه" تعبیر می‌شود و مراد امری است که متعهد در برابر متعهدله برعهده می‌گیرد. سومین رکن تعهد؛ رابطه‌ی حقوقی است. برای تحقق تعهد، ضرورت دارد که میان متعهد و متعهدله رابطه‌ی حقوقی برقرار شود.

در این مقاله رکن دوم تعهد (موضوع تعهد) از حیث تعدد موضوع، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

تعدد موضوع تعهد دارای دو یا چند فرض است؛ حالت اول فرضی است که انتقال چند مال یا اجرای چند عمل بر عهده متعهد در برابر متعهد له است. در این حالت تعهد ترکیبی می‌باشد و در صورتی که همه آن (چند عمل یا چند مال) ایفا شود؛ قرارداد انجام یافته تلقی می‌گردد.

حالت دوم، فرضی است که موضوع تعهد یکی است، اما حداقل دو یا چند موضوع تعیین می‌شود که اجرای یکی از آن‌ها برای وفای به عهد کافی است که به این حالت تعهد تخییری گفته می‌شود.

حالت سوم تعهد اختیاری یا بدلی می‌باشد که یک موضوع بیشتر ندارد ولی به متعهد اختیار داده می‌شود که موضوع دیگری را به جای موضوع اصلی وفا کند و بدل آن سازد.

تعهد تخییری تعهدی مبهم و مجهول نمی‌باشد، زیرا موضوعات تعهد مشخص است؛ تعهد بر دو یا چند مال با اوصاف و بهای معین است، اما در تعهد مبهم یا مجهول طلبکار به درستی نمی‌داند چه بر ذمه بدهکار است و در مطالبه از او به دشواری می‌افتد.

در خصوص تعهد تخییری سوالات متعددی مطرح است که دو سوال مهم آن عبارتند از:

پرسش نخست آنکه طبق بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی یکی از شرایط اساسی صحت معامله، معین بودن مورد معامله است. آیا مردد بودن موضوع بین دو یا چند چیز در تعهد تخییری به اعتبار این تعهد خدشه وارد میکند؟

و پرسش بعدی اینکه چه تفاوتی میان تعهد تخییری و نهادهای مشابه از جمله تعهد بدلی، تعهد ترکیبی و... وجود دارد؟

در پاسخ به پرسش اول آنچه بدواً به ذهن می‌رسد عبارت است از اینکه طبق بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی یکی از شرایط اساسی صحت معامله، معین بودن مورد معامله است در حالی که موضوع تعهد در تعهد تخییری مردد بین دو یا چند چیز است هرچند نهایتاً یکی از موضوعات متعدد توسط دارنده حق انتخاب به عنوان موضوع تعهد انتخاب می‌شود اما در هنگام ایجاد تعهد موضوع آن مردد بین دو یا چند چیز است که به نظر میرسد که چنین تعهدی باطل می‌باشد.

در پاسخ به پرسش دوم می‌توان گفت که تفاوت میان تعهدات موجود از نوع تفاوت در موضوع تعهد است به طور مثال تعهد تخییری دارای دو یا چند موضوع است که با ایفای یکی از موضوعات تعهد انجام یافته تلقی می‌گردد. در حالی که تعهد بدلی تنها دارای یک موضوع اصلی می‌باشد و موضوع دیگر بدل آن است و متعهدله تنها می‌تواند انجام موضوع اصلی را از متعهد درخواست نماید.

## ۲- کلیات و تعاریف

### ۲-۱- تعریف تعهد تخییری

تعهد تخییری به فرضی گفته می‌شود که تعهد یکی است با دو یا چند موضوع، ولی تنها اجرای یکی از آن موضوع ها برای وفای به عهد کافی است و این تعهد را به اعتبار اختیار متعهد در انتخاب یکی از موضوع ها، تخییری می‌نامند. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۵۶) برای مثال قاتل مکلف به پرداخت دیه است که با دادن یکی از شش موضوع (شتر، گاو، گوسفند، لباس، دینار و درهم) انجام می‌شود و قاتل در انتخاب یکی از آنها مخیر است. (ماده ۲۹۷ ق. م ا)

تعهد تخییری باید دارای دو یا چند موضوع باشد، به طور مثال تعهد بایع در برابر خریدار به فروش زمین یا خانه خود تعهدی تخییری است. موضوعات تعهد تخییری باید هم عرض باشند به طوری که دارنده حق انتخاب (متعهد) می‌تواند با انتخاب یکی از موضوعات تعهد و انجام آن بری شود. اما اگر رابطه بین موضوعات تعهد، طولی باشد نباید تعهد را تخییری پنداشت، زیرا موضوعات تعهد در عرض یکدیگر قرار ندارند تا دارنده حق انتخاب (متعهد) با انتخاب یکی از آنها بری شود.

به طور مثال اگر موضوع تعهد انتقال مال معین باشد و در آن شرط شود که در صورت تخلف یا انتقال به غیر، متعهد باید وجه التزام معینی را بپردازد، نباید تعهد را تخییری پنداشت، زیرا در این فرض، تعهد به دادن وجه التزام در عرض تعهد به انتقال نیست تا متعهد اختیار داشته باشد یکی از آن دو را برگزیند.

در تعهد تخییری باید نسبت به تمامی تعهدات متعدد، شرایط لازم برای موضوع تعهد فراهم باشد؛ زیرا احتمال دارد هریک از آنها همان تعهد واحدی باشد که ادای آن خواسته می‌شود؛ بنابراین اگر مورد تعهد تأدیه شیء است، باید موجود و اگر انجام فعل یا ترک فعل است

باید امکان تحقق آن فراهم باشد. از این گذشته موضوع تعهد باید معین یا قابل تعیین بوده، صلاحیت معامله را داشته باشد، قابل تقویم باشد و معامله مربوط به آن مشروع باشد. (سنهوری، ۱۳۸۸: ۱۵۳)

ممکن است این سوال مطرح شود که اگر برخی از موضوعات در تعهد تخییری واجد شرایط لازم نباشند آیا تعهد تخییری باطل می‌گردد؟ آنچه بدواً به نظر می‌رسد آن است که موضوع فاقد شرایط از میان موضوعات تعهد، حذف می‌شود و تعهد نسبت به موضوعات باقی‌مانده صحیح است. در این باره ممکن است به قاعده انحلال عقد واحد به عقود متعدد نیز استناد کرد. ماده ۴۴۱ قانون مدنی که درباره مبیع است می‌تواند به عنوان قاعده کلی قابل استفاده است. بر اساس این ماده، "خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد، در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا نسبت به قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند".

بر این اساس می‌توان گفت در تعهدات تخییری، اگر یکی از موضوعات، واجد شرایط نباشد. تعهد نسبت به آن موضوع باطل است و نسبت به موضوع دیگر به جای خود باقی است؛ اما باید توجه داشت که فرض ماده ۴۴۱ قانون مدنی در واقع به تعهد ترکیبی باز می‌گردد؛ یعنی تعهدی که موضوعات متعدد دارد و همگی باید اجرا شوند. در حالی که در تعهد تخییری از میان موضوعات متعدد یکی به عنوان موضوع نهایی تعهد باید به مرحله اجرا در بیاید. در معامله بر موضوعات متعدد، قصد طرفین بر همه موضوعات واقع شده است و لذا می‌توان نسبت به بخش صحیح به مفاد قصد عمل کرد؛ اما در تعهد تخییری چند موضوع وجود دارد که معلوم نیست کدام یک قرار است اجرا شود. با این وصف غالباً این نظریه مورد توجه قرار گرفته است که تنها، موضوع فاقد شرایط از میان موضوعات حذف می‌گردد؛ یعنی اگر موضوع تعهد تخییری دو چیز باشد که فقط نسبت به یکی از آن دو، تمامی شرایط لازم برای اعتبار موضوع تعهد فراهم است، در این صورت، تعهد دارای یک موضوع، یعنی همان یک مورد است و چنین تعهدی بسیط و غیر تخییری است. (مظفری، ۱۳۹۴: ۳۸)

لازم به ذکر است که ملاک در فراهم بودن شرایط لازم برای موضوع تعهد در مورد موضوعات متعدد یک تعهد تخییری، زمان ایجاد تعهد مزبور است؛ یعنی اگر در آن زمان شرایط مذکور موجود باشد، تعهد تخییری است؛ حتی اگر بعداً همگی یا بعضی از آن‌ها قابلیت لازم برای موضوع تعهد واقع شدن را از دست بدهند. همین طور اگر به هنگام تشکیل تعهد تخییری فقط یکی از موضوعات متعدد شرایط لازم را داشته باشد، حتی اگر بعداً سایر موارد نیز شرایط مزبور را پیدا نمایند، تعهد از ابتدا بسیط فرض می‌گردد و به تعهد تخییری تبدیل نمی‌شود؛ زیرا در هنگام تشکیل تعهد، موضوع واجد شرایط به عنوان تنها موضوع تعهد، محسوب می‌شود و ذمه متعهد فقط نسبت به آن مشغول می‌شود. (سنهوری، ۱۳۸۸: ۳۸۱)

## ۲-۲- مقایسه تعهد تخییری با برخی از نهادهای مشابه

### ۲-۲-۱- مقایسه تعهد تخییری با تعهد ترکیبی

در قسمت بالا تعریف تعهد تخییری مورد اشاره قرار گرفت، اما به اختصار باید اشاره شود که موضوع تعهد در تعهد تخییری و تعهد ترکیبی بشرح زیر متعددند.

الف) فرضی که انتقال چند مال یا اجرای چند عمل بر عهده مدیون در برابر طلبکار است، مانند آنکه شخصی چند خروار گندم و آلات زراعتی را در برابر یک ثمن و ضمن یک عقد به دیگری می‌فروشد یا اینکه کارخانه اتومبیل‌سازی متعهد به فروش چند دستگاه اتومبیل به شرکت حمل و نقل می‌شود. به این نوع موضوع معامله موضوع تعیینی یا ترکیبی گفته می‌شود.

ب) فرضی که موضوع تعهد یکی است بآدم یا چند موضوع که اجرای یکی از موضوعات برای وفای به عهد کافی است و این تعهد را به اعتبار اختیار متعهد در انتخاب یکی از موضوعات، "تخییری" می‌نامند. برای مثال، شوهر مکلف به انفاق به زن است. می‌تواند غذا و مسکن و لباس را در اختیار همسر بگذارد یا هزینه‌ی آن را بپردازد. در اینجا، وجوبی که از تعهد حاصل می‌شود تخییری است نه تعیینی.

در فرض اول تعهد ترکیبی می‌باشد؛ منظور از تعهد ترکیبی فرضی می‌باشد که انتقال چند مال یا اجرای چند کار بر عهده مدیون در برابر طلبکار است. بدین معنا که انجام همه آنها مدنظر طرفین بوده است. در صورتی که همه آنها ایفا شود قرارداد انجام یافته تلقی می‌شود. مثلاً در عقد معاوضه، یک طرف در برابر طرف دیگر متعهد می‌شود که زمین و مبلغی پول نقد در مقابل اعطای خانه‌ای از سوی طرف دیگر به او اعطا نماید. در اینجا طرف اول، اعطای زمین و مبلغی پول را به طرف دیگر تعهد کرده است؛ لذا تعهد وی تعهدی واحد است که منشأ آن عقد معاوضه است و در عین حال دارای موضوع متعدد است؛ زیرا مدیون متعهد به پرداخت دو چیز است (زمین و پول نقد)؛ نه یک چیز. (مظفری، ۱۳۹۴: ۵۶)

این نوع وصف تأثیر عمده‌ای در تعهد ندارد و اصولاً میان تعهد با موضوع واحد و تعهد ترکیبی اختلاف عمده‌ای به چشم نمی‌خورد. در هر دو، مدیون باید به طور کامل از عهده تأدیه موضوع تعهد به متعهدله برآید و تجزیه در وفا ممکن نیست، لذا نمی‌توان بدون رضایت متعهدله، تنها بخشی از موضوع تعهد واحد یا یک موضوع از موضوعات متعدد را تأدیه نمود.

حکم تلف بعضی از موضوع تعهد نیز در هر دو نوع تعهد فوق یکسان است و مطابق با قواعد، ثمن یا مثن، هر کدام که باشد، به تناسب جزء تلف شده و باقی‌مانده منقسم می‌شود. همچنین در هر دو نوع تعهد فوق اگر جزئی از موضوع واحد یا موضوعات متعدد تأدیه نشود، فسخ عقد امکان دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۵۶)

اما تفاوت میان تعهد تخییری و ترکیبی این است که در تعهد تخییری تا پیش از انتخاب، موضوع تعهد مردد بین دو یا چند چیز است، اما در تعهد ترکیبی چنین تردیدی وجود ندارد و از ابتدا موضوع تعهد مشخص می‌باشد. همچنین در تعهد ترکیبی، متعهد باید تمامی موضوعات را که بر عهده دارد ادا نماید، اما در تعهد تخییری متعهد دارای حق انتخاب است و با انجام یکی از موضوعات تعهد بری می‌شود.

## ۲-۲-۲- مقایسه تعهد تخییری با تعهد بدلی

تعهد تخییری قبلاً مورد تعریف قرار گرفت، اما تعهد بدلی یا اختیاری تعهدی است که یک موضوع بیشتر ندارد، ولی به متعهد اختیار داده می‌شود که موضوع دیگری را به جای موضوع اصلی وفا کند و بدل آن سازد. برای نمونه، در اجاره به شرط تملیک، مستأجر متعهد است عین مورد اجاره را به موجر بازگرداند و در صورتی که مایل باشد می‌تواند به جای رد عین، مبلغی بپردازد و آن را تملک کند. (همان)

تعهد بدلی دارای یک موضوع اصلی بوده و موضوع دیگر فقط به عنوان بدل می‌تواند جایگزین آن گردد. در تعهد تخییری موضوع تعهد متعدد است به گونه‌ای که هر یک از اشیاء متعدد، موضوع تعهد محسوب می‌گردد و به محض اختیار قابل مطالبه می‌باشد (سنه‌وری، ۱۳۸۸: ۱۸۸) در

واقع در تعهد تخییری، متعهد باید موضوع الف یا ب را بدهد در حالی که در تعهد بدلی او باید موضوع الف را تحویل دهد اما می‌تواند با تحویل موضوع ب از تعهد مبرا شود.

مهمترین عامل تفکیک تعهد تخییری از تعهد بدلی، رابطه موضوعات تعهد با یکدیگر است. در تعهد بدلی رابطه موضوعات تعهد رابطه‌ای طولی است. در حالی که در تعهد تخییری همه موضوعات در عرض یکدیگر قرار دارند و متعهد می‌تواند هر یک از موضوعات را که بخواهد انتخاب نماید.

در تعهد بدلی دائن فقط می‌تواند انجام موضوع اصلی را که تنها موضوع تعهد است از مدیون درخواست کند. در این هنگام مدیون می‌تواند موضوع اصلی را تأدیه کند یا بدل آن را بدهد و بدین ترتیب ذمه خود را بری سازد؛ به همان صورتی که اگر موضوع اصلی را ادا می‌کرد ذمه‌اش بری می‌گردد. ولی در تعهد تخییری متعهدله می‌تواند هر یک از موضوعات را که بخواهد مطالبه نماید.

از جمله تفاوت‌های دیگر میان تعهد تخییری و بدلی این است که در تعهد بدلی، بر اثر غیر ممکن شدن تعهد اصلی، تعهد ساقط می‌گردد. در حالی که در تعهد تخییری موضوع دیگر جایگزین می‌گردد.

به عبارت دیگر در تعهد اختیاری، با بطلان تعهد اصلی، تعهد فرعی یا بدلی نیز از بین می‌رود در حالی که در تعهد تخییری چون موضوعات تعهد در عرض یکدیگرند با بطلان یک موضوع، تعهد منحل نمی‌شود و متعهد موظف به انجام موضوع دیگر است.

### ۲-۲-۳- مقایسه تعهد تخییری با وجه التزام

قبل از این که تعهد تخییری را با وجه التزام مقایسه کنیم، ابتدا لازم است از وجه التزام تعریف مختصری صورت گیرد. وجه التزام عبارت است از پرداخت مبلغ معین در صورت تخلف از انجام تعهد اصلی یا تاخیر در انجام آن.

در تعهد تخییری، موضوعات تعهد باید متعدد بوده و در عرض یکدیگر باشند و رابطه موضوعات نباید طولی و ترتیبی باشد که این خصیصه وجه تمایز تعهد تخییری با وجه التزام می‌باشد. از نظر تحلیلی می‌توان گفت تعهد تخییری، یک تعهد با دو موضوع است در حالی که تعهد همراه با وجه التزام در واقع دو تعهد ناشی از یک پیمان است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۸۸)

در صورتی که وجه التزام ناشی از پرداخت مبلغ معین در صورت تخلف از انجام تعهد اصلی باشد. متعهد، مخیر نیست که میان وجه التزام و تعهد اصلی، یکی را انتخاب نماید، زیرا رابطه‌ی میان وجه التزام و تعهد اصلی یک رابطه‌ی طولی است؛ یعنی در صورت تخلف از انجام تعهد اصلی، متعهد مکلف به پرداخت وجه التزام می‌باشد در حالی که در تعهد تخییری متعهد، مخیر است میان دو موضوع تعهد یکی را انتخاب نماید زیرا رابطه‌ی بین موضوعات یک رابطه عرضی است و ترتبی میان موضوعات تعهد تخییری وجود ندارد.

در وجه التزام، با فرض امکان اجرای تعهد اصلی، همانطور که متعهد نمی‌تواند وجه التزام را بپردازد و باید تعهد اصلی را انجام دهد متعهدله نمی‌تواند از قبول تعهد اصلی امتناع کرده و پرداخت وجه التزام را مطالبه کند.

تفاوت دیگری که میان تعهد تخییری و وجه التزام وجود دارد عبارت از آن است که در قراردادی که وجه التزام گنجانده شده است، اگر اجرای تعهد اصلی بدون دخالت متعهد و به سببی خارجی ممتنع گردد، تعهد بدون پرداخت وجه التزام ساقط می‌شود؛ حال آنکه در تعهد تخییری اگر چنین وضعی پیش آید اجرای موضوع دیگر تعهد، متعین می‌گردد. عین همین وضعیت در موردی که اجرای موضوع تعهد به علت فقدان

شرایط لازم مربوط به آن ممتنع گردد مشاهده می شود یعنی اگر تعهد مزبور مقرون به وجه التزام باشد تعهد و در پی آن وجه التزام ساقط می شود حال آنکه اگر تعهد تخیری باشد، موضوع دیگری از تعهد لازم التاأدیه می گردد. (بودری و بارد، ج ۲، ش ۱۰۷۵ به نقل از سنهوری: ۱۵۷)

### ۲-۲-۴- مقایسه تعهد تخیری و تعهد به امر کلی

تعهد تخیری، تعهد به شیء نامعین و امر کلی نیست. در پاره‌ای موارد شخصی در مقابل دیگری متعهد است ۱۰ کیلوگرم گندم به صورت کلی و یا کلی در معین (مثلاً ۱۰۰ پیمانه گندم از گندمهای موجود در انبار معین) یا یک اسب نامعین از میان اسبهای موجود در اصطبل خود را به وی منتقل کند. در همه‌ی این مثال‌ها موضوع بیع چیزی نامعین از میان اشیای معین یا نامعین است.

تفاوت میان موردی که شخص در تعهد تخیری تعهد به ادای شیء معین از جمع اشیایی معین می نماید با موردی که تعهد به اعطای چیزی نامعین از میان اشیایی معین می کند آن است که موضوعات تعهدات تخیری، اعیانی معین هستند که با سایر اشیاء خلط نمی شوند و در نهایت نیز یکی از این اشیاء معین مورد مطالبه قرار گرفته، همان به عنوان موضوع تعهد متعین می گردد در حالی که در تعهد به اعطای شیء نامعین از جمع اشیایی معین، این اشیاء برخلاف مورد قبل شخصاً معین نبوده، بلکه فی الجمله به عنوان اسبان موجود در اصطبل یا گاوهای موجود در گله بدون مشخص کردن رأس به رأس آنها مورد تعیین قرار می گیرند. (بودری و بارد، ج ۲، ش ۱۰۵۴ و ۱۰۵۵ به نقل از سنهوری: ۱۵۹)

تفاوت بین تعهد تخیری و تعهد به امر کلی با یک مثال به وضوح مشخص می شود. در صورت اول مانند حالتی است که شخصی کالایی را به چهار قسمت تقسیم کند و یک چهارم آن را بدون تعیین بفروشد، ولی اگر قبل از تقسیم یک چهارم را به طور کلی بفروشد تعهد به امر کلی می باشد.

در تعهد تخیری، معامله فرد را می توان چنین تصور کرد که با یک هر صاع گندم را جدا کند، و به مشتری بگوید: یکی از این صاع‌ها را به تو می فروشم که در این صورت مبیع یک صاع گندم مشخص و متمایز است که معین نشده ولی درحالتی که مبیع امری کلی است به خودی خود تمیز و تشخیصی ندارد، با هر صاع قوام یافته و وجود می پذیرد. (انصاری، ۱۳۹۱: ۱۵۶)

### ۲-۲-۵- مقایسه تعهد تخیری با ایجاب‌های متعدد

گاه به اشتباه از مصادیقی به عنوان تعهد تخیری یاد می شود که در واقع هنوز به مرحله تشکیل تعهد نرسیده است. به طور مثال اگر فروشنده مشتری را مخیر گرداند که اتومبیل را به یک ملیون یا خانه را به دو ملیون ریال از وی بخرد. در واقع دو ایجاب بر خریدار عرضه شده است که وی هر کدام را بخواهد انتخاب کند و پس از انتخاب، تعهد ایجاد خواهد شد؛ اما اگر فروشنده متعهد باشد که هر یک از اتومبیل یا خانه را که خریدار انتخاب کند به وی انتقال دهد در این صورت تعهدی تخیری وجود دارد که پیش از انتخاب ایجاد شده است و انتخاب تنها راهی برای اجرای چنین تعهدی است. (مظفری، ۱۳۹۴: ۴۹)

### ۲-۲-۶- مقایسه تعهد تخیری با تعهد مبهم و مجهول

در تعهد مبهم طرفین به درستی نمی دانند که چه چیزی موضوع التزام است و محل دین و طلب مشخص نیست، لذا غرر بروز می کند و معامله مشمول قاعده‌ی نهی غرر قرار می گیرد. اما در تعهدات تخیری موضوع مشخص است و تعیین فرد موضوع تعهد، وسیله‌ی رفع غرر است، لذا اعتبار این تعهدات مطابق قاعده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶۰-۱۶۴)



تحلیل دقیقتر مسئله نشان می‌دهد که میان تعهد مجهول و مردد و آنچه تخییری نامیده می‌شود تفاوت وجود دارد. در تعهد مبهم یا مردد، طلبکار به درستی نمی‌داند که چه بر ذمه بدهکار است و در مطالبه از او به دشواری می‌افتد. مانند اینکه شخص تعهد کند یکی از اسبان خود را به بهایی معین بفروشد. در این فرض غرر آشکار است، چرا که خریدار نمی‌داند در برابر ارزشی که می‌دهد چه می‌ستاند و آنچه فروشنده به عهده می‌گیرد مبهم است و به هیچ اسب خاصی توجه ندارد. چنین تعهدی را در مورد اموال مثلی می‌توان پذیرفت، زیرا بنا به فرض همه‌ی مصادیق موضوع تعهد از حیث اوصاف و ارزش برابرند و غرری باقی نمی‌ماند، ولی در اموال قیمی معامله را مبهم و مردد می‌کند. (همان)

برعکس در التزام تخییری، تعهد بر دو یا چند مال با اوصاف و بهای معین است؛ انتخاب کننده نیز معلوم است و هیچ ابهام و تردید نامتعرفی باقی نمی‌ماند. برای مثال در فرضی که فروشنده تعهد می‌کند اسب ترکمن خود را به بهای ۵۰ میلیون ریال یا اسب کهر عربی را به دو بیست میلیون ریال انتقال دهد، هر دو اسب موضوع تعهد است و غرری در تعادل اقتصادی دو عوض وجود ندارد. اگر انتخاب با متعهد باشد می‌توان از او خواست که به انتخاب دست بزند و به عهد منتخب وفا کند و اگر انتخاب با طلبکار باشد که او خود به این گزینش دست می‌زند. همانند گزینشی که در تضامن برای انتخاب خارجی متعهد در اختیار طلبکار است. (همان)

## ۲-۳- معین بودن موضوع تعهد در حقوق ایران

ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایط اساسی صحت هر معامله را بیان می‌کند. بند ۳ این ماده از قانون مدنی، معین بودن موضوع را از شرایط اساسی صحت معامله دانسته است. در رابطه با مفهوم معین بودن در بند ۳ ماده ۱۹۰ نظرات مختلفی وجود دارد.

دیدگاه اول: 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 در برگیرنده مفهوم معلوم، یعنی مشخص و نامبهم از لحاظ جنس، وصف و مقدار است. (صفایی، ۱۳۸۶؛ ۱۳۷)

دیدگاه دوم: لفظ مزبور در معنی اخص و به معنای قابل اشاره در مقابل مردد آمده 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، ۱۳۷۱؛ ۲۱۳ / شهیدی، ۱۳۸۸؛ ۲۹۵-۳۰۶، کاتوزیان، ۱۳۸۶؛ ۱۷۷)

در بررسی نظرات حقوقدانان می‌توان گفت به نظر میرسد که نظر دوم دارای این ایراد است که در فرض استنباط معنای غیرمردد، این پرسش مطرح می‌شود که در حقوق ایران، جایگاه معلوم بودن و رفع ابهام کجاست؟

قائلین به این دیدگاه در مقام پاسخ معتقدند شرط معلوم بودن مورد معامله در ماده ۲۱۶ ق. م آمده است؛ (همان)، اما این پاسخ قابل قبول نمی‌باشد، زیرا قانونگذار پس از ذکر چهار شرط اساسی صحت معاملات در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در چهار مبحث به تشریح آنها می‌پردازد. ماده ۲۱۶ قانون مدنی در مبحث سوم در واقع به تفسیر بند سوم ماده ۱۹۰ پرداخته است که به رفع ابهام و مبهم نبودن (معلوم بودن) مورد معامله اشاره کرده، بنابراین نمی‌توان بند ۳ ماده ۱۹۰ را به معنای غیرمردد بودن مورد معامله دانست.

در نهایت طرفداران این دیدگاه که معین بودن مورد معامله در بند ۳ ماده ۱۹۰ را به معنای غیرمردد بودن مورد معامله می‌دانند، تعهد تخییری را به دلیل نامعین بودن موضوع تعهد، باطل می‌پندارند. زیرا در تعهد تخییری، موضوع تعهد، متعدد است، هر چند نهایتاً متعهد یکی از موضوعات متعدد را در مقام ایفای تعهد برمی‌گزیند؛ ولی قبل از انتخاب یکی از موضوعات توسط متعهد، نه طلبکار می‌داند کدام موضوع انتخاب خواهد شد و نه متعهد هنوز تصمیم به انتخاب یکی از این موضوعات گرفته است.

برخی از ایشان، پس از تاکید 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 معامله، متعهد مال معین دیگری بدهد؛ لذا این عده از نویسندگان به صحت تعهدات تخییری به صورت شرط ضمن عقد قائل هستند. (امامی، ۱۳۷۱: ۲۱۴)

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر تعهد تخییری به صورت شرط ضمن عقد امکان‌پذیر بوده و غرری محسوب نمی‌شود، چرا نتوان در معامله اصلی آن را پذیرفت.

عده‌ای نیز 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 نفی غرر قرار می‌گیرد، اما در تعهدات تخییری موضوع مشخص است و تعیین فرد موضوع تعهد، وسیله‌ی نفی غرر است، لذا اعتبار این تعهدات مطابق قاعده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۰-۱۶۴)

بعضی نیز پس از تاکید 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، ۱۳۸۸: ۳۰۶)

به رغم آنکه، دیدگاه اول کاملتر از دیدگاه دوم است، عدم توجه قائلین نظر یادشده 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؛ چرا که اولاً ایراد مترتب بر دیدگاه دوم بر این دیدگاه نیز وارد است؛ ثانیاً، نتیجه پذیرش این قول به کاربردن 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؛ این امر غیرممکن است؛ چرا که لفظ، آینه‌ی معناست 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 افاده‌ی معنای دوم در آن لحظه باقی نمی‌ماند و از آن لحاظ تفاوتی میان حقیقت و مجاز نیست. (فیض، ۱۳۸۵: ۹۸-۹۹؛ محمدی، ۱۳۸۳: ۴۸)

در نهایت با توجه به تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی که ناظر بر بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی است که بر مبهم نبودن و علم تأکید دارد و نه مردد نبودن، می‌توان صحت تعهدات تخییری را نتیجه گرفت. حتی حقوقدانانی که عدم تردید را به عنوان شرط اساسی صحت معاملات می‌دانند و معنای عدم تردید را از بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی احراز می‌کنند، به گونه‌ای به صحت تعهدات تخییری حکم داده‌اند.

### ۳- اعتبار یا عدم اعتبار عقد در مورد تعهد تخییری و مصادیق آن

در این قسمت ابتدا در مورد اعتبار یا عدم اعتبار عقد در مورد تعهد تخییری مطالبی ارایه خواهد شد و سپس به مصادیق تعهد تخییری اشاره خواهیم کرد.

#### ۳-۱- اعتبار یا عدم اعتبار عقد در مورد تعهد تخییری

در این قسمت ابتدا نظر فقها در مورد اعتبار یا عدم اعتبار عقد در مورد تعهد تخییری ارایه خواهد شد و سپس به نظر حقوقدانان اشاره خواهیم کرد.

### ۳-۱-۱- نظر فقیهان در مورد تعهد تخییری

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 ه ق: ۳۱۱) در قواعد و احکام تمامی عقود لازم‌الرعايه است و لزوم شرط معین بودن در معنای اخص آن از همین قاعده قابل استنباط است. اگر بپذیریم که می‌توان بر شیء مردد بین دو یا چند چیز معامله کرد، در چه صورتی مستلزم غرر است؟

برخی از فقها فرموده‌اند امر مبهم امری غیر واقعی است. چون امر مبهم و مردد، به حسب دقت عقلی امری غیر واقعی است؛ لذا مورد معامله نیز امری غیر واقعی و غیر قابل اشاره است؛ به عبارت دیگر، معامله بدون موضوع می‌شود. بر همین اساس، فقها حکم به بطلان چنین بیعی داده‌اند. (علامه حلی، بی تا: ۴۰۰- انصاری، ۱۴۲۵:۲۵۰- مراغه‌ای، ۱۴۲۹:۲۹۱) اما اگر از دقت عقلی یاد شده صرف نظر کنیم و این مقدار از ابهام و یا جهل را مضر به اعتبار عقد ندانسته و چنین بیعی را محقق فرض کنیم، باید روشن شود که در چه صورتی اگر شیء مردد بین دو یا چند چیز، موضوع معامله قرار گیرد، مستلزم غرر خواهد شد؛ زیرا عمده‌ترین دلیلی که برای بطلان بیع بر اشیای مردد وارد شده است، غرری بودن چنین معامله‌ای است؛ لذا باید به مفهوم غرر و مصادیق معاملات غرری از دیدگاه فقها توجه نمود. (مظفری، ۱۳۹۴: ۱۰۵)

صاحب جواهر در تعریف غرر می‌گوید: "غرری که از آن نهی شده است؛ یعنی خطر ناشی از جهل به مقدار و صفات مبیع، نه مطلق خطر؛ زیرا در بیع کالای غایب ضرورتاً خطر حاصل می‌شود و حال آنکه بیع کالای غایب جایز است و یا در بیع سردرختی و محصولات زراعی، مادامی که چیده و درو نشده باشند، غالباً خطر وجود دارد، اما بیع آنها صحیح و معتبر است، بنابراین مراد از غرر، مطلق خطر نیست." (نجفی، ۱۴۱۲:۳۸۸)

برخی معتقدند التزام تخییری، تعهد به دو یا چند مال با اوصاف و بهای معین است. انتخاب کننده نیز معلوم است و هیچ ابهام و تردید نامتعارفی باقی نمی‌ماند. در واقع آنچه به نفوذ تعهد صدمه می‌زند غرر ناشی از معاوضه است نه تعیین فرد موضوع تعهد که قابلیت تعیین برای اجرای آن کافی است. شیخ انصاری معتقد است: اگر دو شیء مردد، مورد معامله قرار گیرند و در قیمت و ارزش مساوی باشند، دلیل معتبر بر عدم صحت وجود ندارد. البته در این مورد مشهور حکم به منع داده‌اند.

برخی از فقیهان برای اثبات ممنوعیت این گونه معامله، به مجهول بودن مبیع که بطلان عقد بر اثر آن، اجماعی است استدلال کرده‌اند. گروهی دیگر از فقها استدلال کرده‌اند به این که این معامله مستلزم غرر است و بالاخره گروه سوم از فقها استدلال کرده‌اند به این که مالکیت صفتی وجودی است و مانند سایر صفات موجود در خارج، نیازمند به موضوعی است که آن را قوام بخشد و یکی از آن دو به طور نامعین نیز، نمی‌تواند مالکیت را قوام بخشد. (انصاری، ۱۳۹۱: ۱۴۶)

شیخ مرتضی انصاری ضمن رد همه این استدلال‌ها، معتقد است که دلیل معتبری بر منع این قبیل معاملات وجود ندارد. اشکال نخست بدین گونه تضعیف می‌شود که هر دو مقدمه (مجهول بودن مبیع و بطلان عقد بر اثر هر نوع جهالت) ممنوع است؛ زیرا یک فرد (نامعین) علی‌البدل، مجهول نیست؛ زیرا در واقع تعیینی ندارد تا مجهول باشد و نیز ممنوعیت فروش کالای مجهول تا زمانی که مستلزم غرر نباشد قابل پذیرش نیست.

در پاسخ به اشکال غرر: با فرض اتفاق و برابری همه‌ی افراد در صفاتی که موجب کم و زیاد شدن قیمت می‌گردند غرری وجود نخواهد داشت. (همان)

صاحب عناوین نیز در پاسخ به این اشکال می‌گوید که غرر و خطر هنگامی به وجود می‌آید که به وجود یا قبض و اقباض یا کمیت و کیفیت و دیگر صفات لازم برای مورد معامله اطمینان نباشد. ولی در این مورد که به همه این موارد؛ یعنی نسبت به کمیت و کیفیت و اوصاف اساسی و لازم و قدرت بر تسلیم آن علم وجود دارد و قیمت و ارزش همه اشیاء معین و یکسان است چگونه می‌توان گفت غرر به وجود می‌آید؟ (میرفتاح مراغه‌ای، ۱۴۲۹: ۱۹۱)

در پاسخ به ایراد سوم گفته شده است که صفات یا حقیقی هستند یا اعتباری. صفات حقیقی مانند سیاهی نیازمند زمینه‌ای برای تحقق و پیدایش خود می‌باشند؛ در حالی که صفات اعتباری مانند مالکیت نیازمند موضوع مشخص و معین در خارج نمی‌باشند؛ 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: ۲۵۱- اراکی، ۱۴۱۵: ۲۸۰)

به طور مثال کالای کلی که به صورت پیش‌فروش یا حال، معامله می‌شود، به مالکیت مشتری درآمده، ولی هیچ فردی از افراد آن در خارج با وصف مملوک بودن برای مشتری، وجود ندارد. (انصاری، ۱۳۹۱: ۱۵۰) بنابراین گروهی از فقها که در رأس آنها محقق اردبیلی است، معتقدند که هیچ دلیل معتبری بر ممنوعیت این معامله وجود ندارد. (همان)

### ۳-۱-۲- نظر حقوقدانان در مورد تعهد تخییری

بعضی از حقوقدانان معتقدند: چون بیع یک عقد مغایه‌ای است؛ یعنی طرفین می‌کوشند که ارزش متعادلی را به صورت مبیع و ثمن با یکدیگر مبادله کنند، چنان‌که بتوانند این منظور را تأمین نمایند این مقدار از جهل زیانی به اساس بیع نمی‌رساند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۵۹۵)

بنابراین با توجه به تفسیر بند ۳ ماد ۱۹۰ در مواردی که علت بطلان معامله مردد بودن موضوع معامله باشد امکان استناد مستقیم به ماده مذکور وجود ندارد و صرف مردد بودن نمی‌تواند فی‌نفسه دلیلی بر بطلان قرارداد باشد، بلکه در مواردی که مردد بودن مورد معامله منجر به غرر گردد می‌توان با استناد به قاعده غرر در معاملات و همچنین استناد به ملاک مواد ۴۷۲ و ۶۹۴ قانون مدنی به بطلان قرارداد حکم داد.

ماده ۴۷۲ مقرر می‌دارد: "عین مستأجره باید معین باشد و اجاره‌ی عین مجهول یا مردد باطل است." همچنین ماده ۶۹۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: "علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست. بنابراین، اگر کسی ضامن دین شخص شود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است؛ لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است."

همانطور که مشاهده می‌شود در دو ماده مذکور مردد بودن مورد معامله منجر به بطلان معامله گردیده است. بنابراین تعهد تخییری تا زمانی که منجر به غرر نشود، صحیح و معتبر است.

معامله بر فرد مردد دو صورت دارد:

صورت اول: گاهی معامله بر دو فرد مردد مثلی واقع می‌شود مثل جایی که فروشنده به خریدار بگوید یکی از این دو فرش را که هر دو کاملاً با هم مشابه و از اوصاف اساسی و مهم یکسان برخوردارند و محصول یک کارخانه هستند، به مبلغ پانصد هزار ریال فروختم، و مشتری هم به اختیار خود یکی را انتخاب کند. در چنین حالتی فرض غرر وجود ندارد، در جایی که یکی از چند کالایی که از حیث ارزش و اوصاف برابرند فروخته شود، حکم به بطلان توجیهی نخواهد داشت. در واقع مبیع به منزله کلی در معین است و فروشنده حق انتخاب فرد مبیع را دارد، مگر اینکه این حق به خریدار داده شود.

برای مثال اگر کسی یکی از بخاری‌های ارج دکان خود را بفروشد یا یک بشقاب از سرویس چینی خود را انتقال دهد نمی‌توان بیع را به دلیل معین نبودن فرد مبیع باطل دانست. (کاتوزیان، ۱۳۸۴:۴۶)

صورت دوم: هنگامی که مورد معامله، دو فرد مردد قیمی است؛ به عنوان مثال، فروشنده به خریدار بگوید که یکی از دو گوسفندی را که کیفیت و کمیت آن برای هر دو طرف معامله، معلوم و مشخص است، به مبلغ دویست هزار ریال فروختم و یا بگوید یکی از گوسفندهای این گله را که تمام گوسفندان آن نیز برای مشتری معلوم است، به دویست هزار ریال فروختم و انتخاب آن در اختیار مشتری باشد.

در مورد اموال قیمی نیز، موضوع تعهد، مجهول نیست بلکه ضابطه‌ای برای مشخص شدن آن تعیین شده است که همان تعیین فردی است که دارای حق انتخاب است، لذا از این حیث که متعلق انشاء معلوم نیست اشکالی وارد نمی‌شود، زیرا متعلق انشاء یکی از دو موضوع معین است و موضوع نیز قابل تعیین است. این معامله با خطر و ضرر مواجه نیست، زیرا برابری نسبی میان ارزش موضوعات مختلف وجود دارد یا اینکه به اختلاف شروط تأدیه این برابری حاصل می‌شود. نتیجه اینکه تنها فرضی از تعهدات تخییری باطل هستند که اختلاف فاحشی در ارزش موضوعات متعدد تخییری وجود داشته باشد. (مظفری، ۱۳۹۴:۱۰۶)

نمونه‌هایی وجود دارد که علی‌رغم معین نبودن مورد معامله، حکم به صحت معامله شده است. در فقه، تعدد موضوع تعهد در اجاره مطرح می‌شود بدین بیان که، "اگر کسی به خیاط بگوید هرگاه جامه را به شیوه فارسی (یک بخیه) دوختی یک درهم و اگر به شیوه رومی (با دو بخیه) دوختی دو درهم برای توست." در اینجا اختلاف وجود دارد که آیا اجاره مزبور درست است یا خیر؟

اکثریت حقوقدانان به درستی پاسخ داده‌اند که هر دو کار و اجرت آنها معلوم است. آنچه واقع می‌شود یکی از آن دو است و غرری ایجاد نمی‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۴:۱۶۴)

برخی از حقوقدانان بر این اعتقاد هستند که این مصادیق خلاف قاعده و استثنایی بوده و اینگونه تعهدات مردد می‌باشند. تردید در اعتبار تعهدات تخییری به شرط قانونی "معین بودن مورد معامله" باز می‌گردد. (بند ۳ ماده ۱۹۰) زیرا این ابهام وجود دارد که مدیون کدامین را برمی‌گزیند و طلبکار نیز نمی‌داند موضوع تعهد چیست. (امامی، ۱۳۶۹:۲۱۴)

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. آنچه از عقد اجاره فهمیده می‌شود تملیک دو منفعت است، در برابر دو اجرت با انجام یکی از دو عمل اجاره، عمل دیگر به دلیل از بین رفتن محل و موضوع آن باطل می‌شود؛ لذا عقد اجاره با دو اجرت صحیح است. (مراغه‌ای، ۱۴۲۹:۳۲۷)

### ۳-۲-۲- ماده ۲۵۳ قانون تجارت

ماده ۲۵۳ قانون تجارت مقرر می‌دارد: "اگر دارنده برات به برات دهنده یا کسی که برات رابه او منتقل کرده است پولی غیر از آن نوع که در برات معین شده است بدهد و آن برات در نتیجه نکول یا امتناع از قبول و یا عدم تأدیه اعتراض شود دارنده برات می‌تواند از دهنده‌ی برات یا انتقال دهنده نوع پولی را که داده یا نوع پولی که در برات معین شده مطالبه کند ولی از سایر مسئولین وجه برات جز نوع پولی که در برات معین شده قابل مطالبه نیست."

بنابراین تعهددهنده برات یا انتقال دهنده در برابر دارنده برات تعهدی تخییری است و دارنده برات دارای حق انتخاب می‌باشد که می‌تواند نوع پولی را که داده یا نوع پولی را که در برات معین شده مطالبه کند.

### ۳-۲-۳- اجاره به شرط تملیک

در مورد ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک، نظریات گوناگونی ارائه شده است. گروهی معتقدند آنچه واقع می‌شود اجاره است. عده‌ای دیگر معتقدند که بیع است. اما نظری که قابل قبول به نظر می‌رسد، این است که باید قائل به تفکیک شد. اجاره به شرط تملیک در مورد مالی که به مدت طولانی در برابر اقساط معین در اختیار دیگری گذارده می‌شود و در پایان پرداخت اقساط به ملکیت متصرف در می‌آید، آنچه واقع شده بیع است. ولی در فرضی که سبب انتقال به وجود نیامده است و نیاز به تراضی دوباره یا تصمیم یکی از دو طرف دارد اجاره است. (کاتوزیان، ۱۳۷۷:۲۹۲)

با این توضیح می‌توان تعهد مستأجر را در پایان مدت اجاره تعهد تخییری دانست، زیرا مستأجر مخیر است که عین مورد اجاره را نگاه دارد و مبلغی را بپردازد و آن را تملک کند. در واقع مستأجر در انجام هر یک از این دو کار تخییر دارد.

### ۳-۲-۴- اخذ بالسوم

کسی که کالایی را از بایع گرفته که آن را بررسی کند و بعد از بررسی و سنجش تصمیم بگیرد که آن را خریداری نماید یا خیر، این نوع از وضع ید بر مال غیر را اخذ بالسوم گویند. کسی که مالی را به این شکل اخذ نموده است می‌تواند مال را بازگرداند یا آنکه آن را نگاه دارد و ثمن آن را بپردازد، از این رو می‌توان تعهد ناشی از اخذ بالسوم را تخییری دانست. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶۱)

### ۳-۲-۵- کفالت

براساس ماده ۷۴۰ قانون مدنی: "کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است حاضر نماید و الا باید از عهده حقی که بر عهده مکفول ثابت می‌شود برآید."

از این ماده چنین برداشت می‌شود که تعهد اصلی کفیل، احضار مکفول است و در واقع رابطه میان احضار مکفول و انجام تعهد مکفول رابطه‌ای طولی است و مکفول له نیز نمی‌تواند بدو تقاضای پرداخت وجه الکفاله را بنماید.

بنابراین به نظر می‌رسد تعهد کفیل، تعهدی بدلی می‌باشد. همچنین با توجه به ماده ۷۴۶ قانون مدنی که در بند ۴ مقرر می‌دارد کفیل را در صورت فوت مکفول بری می‌داند در حالی که در تعهد تخییری با از بین رفتن یک از موضوعات تعهد، تعهد از بین نمی‌رود، بلکه در موضوع دیگر متمرکز می‌گردد. در حالی که در مورد کفالت، کفیل در صورت فوت مکفول (از بین رفتن یک از موضوعات تعهد) از تعهد بری می‌گردد.

### ۳-۲-۶- ماده ۵۴۰ قانون مدنی

ماده ۵۴۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: "هرگاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد، مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را با اخذ اجرت‌المثل ابقا نماید."

تعهد مزارع در ماده مزبور تعهدی تخییری است. مزارع حق دارد با انقضای مدت مزارعه و نرسیدن زرع، زراعت را ازاله نماید یا با اخذ اجرت‌المثل ابقا نماید. موضوع تعهد عامل در عقد مزارع متعدد است و در عرض هم قرار دارند و مزارع می‌تواند هر یک از دو موضوع ازاله زراعت یا ابقای آن را با اخذ اجرت‌المثل انتخاب نماید.

### ۳-۲-۷- ماده ۴۰۹ قانون تجارت

ماده ۴۰۹ قانون تجارت مقرر می‌دارد: "همین که دین حال شد ضامن می‌تواند مضمون‌له را به دریافت طلب یا انصراف از ضامن ملزم کند و لو ضامن مؤجل باشد."

اگر چه ممکن است، به نظر عده‌ای تعهد ضامن بر حسب این ماده مصداقی از تعهد تخییری باشد، اما به نظر می‌رسد تعهد ضامن در این ماده، تعهدی بدلی است، زیرا موضوعات تعهد در عرض هم نبوده بلکه رابطه آن‌ها طولی می‌باشد و ضامن نمی‌تواند پیش از پرداخت طلب، مضمون‌له را به انصراف از ضامن ملزم نماید بلکه بدو باید به پرداخت طلب بپردازد و در صورت عدم دریافت طلب توسط مضمون‌له، موضوع انصراف از ضامن مطرح می‌گردد.

همانطور که ماده ۴۱۰ قانون تجارت مقرر می‌دارد: "استنکاف مضمون‌له از دریافت طلب یا امتناع از تسلیم وثیقه، اگر دین با وثیقه بوده، ضامن را فوراً و به خودی خود بری خواهد ساخت."

با توجه به ماده مذکور که مقرر می‌دارد با استنکاف مضمون‌له از دریافت طلب ضامن خود به خود بری می‌گردد بنابراین نمی‌توان گفت که ضامن مخیر است میان پرداخت طلب و انصراف از ضامن.

### ۴- نتیجه

دانستیم که کلمه‌ی "معین" در بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی به معنای معلوم بودن می‌باشد؛ زیرا ماده ۲۱۶ که در واقع مفسر بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی است به مبهم نبودن و در نتیجه علم تأکید دارد. بنابراین در صورت مردد بودن مورد معامله نمی‌توان با استناد به بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی معامله را باطل دانست.

صرف تردید در مورد معامله، فی‌نفسه موجب بطلان معامله نمی‌گردد بلکه در صورتی که منجر به غرر گردد با استناد به قاعده غرر و ملاک مواد ۴۷۲ و ۶۹۴ قانون مدنی می‌توان معامله را باطل تلقی کرد.

همچنین دانستیم که تعدد موضوع تعهد در چند فرض قابل طرح است:

تعهد ترکیبی که دارای دو یا چند موضوع است که برای این که تعهد انجام یافته تلقی گردد، لازم است که تمامی موضوعات ایفا شوند.

تعهد تخییری، تعهدی است با دو یا چند موضوع، که با انجام یکی از موضوعات، متعهد بری می‌گردد.

تعهد بدلی یا اختیاری، تعهدی است که دارای یک موضوع اصلی و یک بدل است؛ که متعهد می‌تواند موضوع اصلی را ایفا نماید یا بدل را جایگزین آن نماید.



هرچند تعهد تخییری در قانون با این عنوان وجود ندارد اما صحت و اعتبار تعهدات تخییری با قواعد فقهی و حقوقی منطبق است؛ و شناسایی و پیش‌بینی آثار این تعهد در قانون، ضرورت دارد. از جمله فواید تعهد تخییری، تضمین ایفای تعهد می‌باشد بدین معنا که اگر یکی از موضوعات تعهد، غیر ممکن گردد موضوع دیگر، جایگزین آن می‌گردد.

تعهد تخییری، تعهد به دو یا چند مال با بها و اوصاف معین است، هرچند در ابتدا مورد تعهد، مردد بین دو یا چند چیز است اما ضابطه‌ای برای تعیین مورد تعهد تعیین شده که همان تعیین دارنده حق انتخاب است که ممکن است متعهد یا متعهدله باشد. بنابراین هیچ ابهام و تردید نامتعارفی باقی نمی‌ماند؛ مگر در مواردی که عدم تعیین مورد معامله در هنگام انعقاد قرارداد، منجر به غرر گردد.

در مورد اموال مثلی که از اوصاف مشابهی برخوردارند، فرض غرر وجود ندارد بنابراین حکم به بطلان توجیهی نخواهد داشت در رابطه با اموال قیمی که از اوصاف متفاوتی برخوردارند در ابتدا شاید به نظر برسد که موضوع تعهد مجهول است اما ضابطه‌ای برای تعیین شدن موضوع تعهد، مشخص شده است؛ که همان تعیین فردی است که دارای حق انتخاب می‌باشد؛ بنابراین موضوع قابل تعیین است البته در مورد اموال قیمی باید برابری نسبی میان ارزش موضوعات وجود داشته باشد.





## References

- Rocky, Mohammad Ali (1994), Book of Sale, Volume Two, Qom: In the Way of Truth Institute, First Edition,
- Emami, Seyyed Hassan (1992), Civil Law, Volume One, Tehran: Islamieh, Ninth Edition.
- Al-Sanhoury, Abdul Razzaq (2009), Al-Wasit Fi Sharh Al-Qanun Al-Madani Al-Jadeed. Translated by Seyed Mehdi Dadmarzi and Mohammad Hossein Daneshkia, Volume Three, Qom University Publications.
- Ansari, Sheikh Morteza (2012), Makaseb. Translated by Mohammad Masoud Abbasi and Explanation and Commentary by Ayatollah Payani, Eighth Volume, Dar Al-Ilm Publications, Second Edition.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1996), Encyclopedia of Civil and Commercial Law, Volume One, Tehran, Bonyad-e-Ostad Publications.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1999), Law of Obligations, Ganj-e-Danesh Library, Third Edition.
- Shahidi, Mehdi (2009), Formation of Contracts and Obligations, Volume One, Tehran: Mojdeh, Eighth Edition.
- Safaei, Seyyed Hussein (1992), Civil Law, Volume One, Tehran: Islamic Bookstore. Faez, Alireza (2006), Principles of Jurisprudence and Usul, Tehran: Tehran University, Eighteenth Edition.
- Katouzian, Naser (1995), General Theory of Obligations, Tehran: Yalda, First Edition.
- Katouzian, Naser (2007), General Rules of Contracts, Volume Two, Tehran: Mizan, Fifth Edition.
- Katouzian, Naser (2007), General Rules of Contracts, Volume Two, Tehran: Mizan, Fifth Edition.
- Mohammadi, Abu al-Hasan (2004), Foundations of Deduction of Islamic Law, Tehran: Tehran University, Eighteenth Edition.
- Maraghe'i, Mir Fatah (2008), Titles, Volume Two, Qom: Islamic, Third Edition.
- Mozaffari, Khadijeh (2015), Deferred Commitment, Tehran: Mojdeh, First Edition.
- Najafi, Sheikh Mohammad Hassan (1991), Jawahir al-Kalam Fi Sharh Sharae al-Islam, Volume



Eight, Beirut: Al-Murtadha Institute.

Naraghi, Mullah Ahmad (1996), Awa'ed al-Ayyam, Maktab Al-Alam Al-Islami, Qom.