

بررسی اعتبار تعهدات تخییری در فقه و حقوق

محمد علی سعیدی^۱

سید حسن وحدتی شبیری^۲

علیرضا امیدیان^۳

حجت پولادین^۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۲۹

چکیده

بحث تعهدات از مباحث مهم و اساسی حقوق است. یکی از اقسام تعهد به اعتبار موضوع، تعهد تخییری است. تعهد تخییری، تعهدی است که مشتمل بر دو یا چند موضوع بوده و اجرای یکی از موضوعات برای وفای به عهد کافی و موجب برائت ذمه متعهد می گردد. این تعهدات در حقوق بسیاری از کشورها به رسمیت شناخته شده و در مراودات تجاری آنها بسیار مرسوم است. با وجود مزایای زیاد این گونه تعهدات از جمله تضمین بیشتر و سهولت در اجرای تعهد و جلوگیری از منحل شدن تعهد، در نظام حقوقی ایران به آن اشاره ای نشده و در بین فقها و حقوقدانان نیز چندان مورد توجه قرار نگرفته و صرفاً مباحث اجمالی در فقه و حقوق در این رابطه بیان گردیده است. در مورد اعتبار تعهدات تخییری نیز در فقه و حقوق اختلاف نظر وجود دارد و بسیاری اعتبار چنین تعهدی را بر مبنای دلایلی از جمله غرری بودن، معلوم نبودن و نامعین بودن موضوع، مورد تردید قرار داده اند، اما به نظر می رسد هیچ کدام از این ادله نمی تواند خللی به اعتبار آن وارد نماید. در پژوهش حاضر با توجه به مبانی موجود در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران، به بررسی اعتبار تعهدات تخییری پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: تعهد، تعهدات تخییری، غرر، معین بودن، موضوع تعهد.

۱. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی. (saeedi_mha@yahoo.com)

۲. دانشیار دانشگاه قم. (vahdati11@gmail.com)

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی؛ (نویسنده مسئول). (alirezaomidian1993@gmail.com)

۴. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی. (hojjatpooladin1371@gmail.com)

مقدمه

هر تعهدی متشکل از سه رکن طرفین تعهد، موضوع تعهد و رابطه حقوقی که بر مبنای آن تعهد شکل گرفته، است. موضوع تعهد عمدتاً به صورت بسیط است یعنی یک موضوع در تعهد وجود دارد که متعهد با انجام آن بری می‌گردد. اما در برخی موارد موضوع تعهد، متعدد است و چند مورد، موضوع تعهد قرار می‌گیرند. این تعدد موضوعات گاهی به صورت عام مجموعی (تعهد ترکیبی) و گاهی به صورت عام بدلی است. تعهد متعدد به نحو عام بدلی نیز گاهی به نحو عرضی (تعهد تخییری) و گاهی به نحو طولی است. (تعهد بدلی یا اختیاری) وفای به تعهد و برائت ذمه از آن در هر یک از این تعهدات متفاوت است، چنانکه در تعهد ترکیبی برائت ذمه از تعهد، به انجام تمامی موضوعات؛ در تعهد تخییری، به انجام یکی از موضوعات به نحو تخییر و در تعهد بدلی، به انجام یکی از موضوعات به نحو طولی حاصل می‌گردد.

امروزه با توجه به پیشرفت های اقتصادی، تعهد تخییری یکی از مهمترین تعهدات در حقوق بسیاری از کشورهاست. در قانون مدنی فرانسه در مواد ۱۱۸۹ تا ۱۱۹۶، قانون مدنی مصر در ماده ۲۷۵،^۱ قانون مدنی عراق در ماده ۲۹۸^۲ و در ماده ۵۶ قانون تعهدات و عقود لبنان^۳ به این امر پرداخته شده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۹)

تعهد تخییری مزایای زیادی را برای طرفین تعهد ایجاد می‌کند. از جمله مزایای تعهد تخییری، سهولت و تضمین بیشتر اجرای تعهد است؛ بدین معنا که در صورت تلف شدن یکی از موضوعات، تعهد منتفی نمی‌گردد، بلکه موضوع دیگر جایگزین می‌شود.

۱. ماده ۲۷۵ قانون مدنی مصر در این باره مقرر می‌دارد: «یکون الالتزام تخییریا اذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمه المدین براءة تامه اذا أدى واحد منها، و یکون الخيار للمدین ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان علی غیر ذلك»: تعهد تخییری زمانی است که موضوع تعهد شامل موارد متعددی باشد و ذمه مدیون به طور کامل به ادای یکی از آنها بری شود. انتخاب موضوع تعهد در صورتی که نص قانونی و اتفاق نظری از سوی طرفین نباشد، با مدیون است.

۲. ماده ۲۹۸ قانون مدنی عراق در این باره مقرر می‌دارد: «یصح أن یکون محل الالتزام أحد أشياء قیمیه أو مثلیا من اجناس المختلفه و یکون الخيار فی تعیینه للمدین أو للدائن»: موضوع تعهد چه مثلی باشد و چه قیمی، صحیح است اجناس و موضوعات مختلفی باشد. در اینصورت اختیار انتخاب موضوع می‌تواند برای شخص مدیون یا شخص طلبکار باشد.

۳. ماده ۵۶ قانون تعهدات و عقود لبنان در این باره مقرر دارد: «الموجب التخییری هو الذی یکون موضوعه مشتملا علی جملة أشياء تبرأ ذمه المدیون تماما بأداء واحد منها. و للمدیون وحده حق الاختیار ما لم یکن تمه نص مخالف»: تعهد تخییری عبارتست از تعهدی که موضوع آن مشتمل بر امور متعددی است که ذمه مدیون با انجام یکی از آن امور، به طور کامل بری می‌گردد. اختیار انتخاب موضوع مختص به مدیون است تا مادامی که نص قانونی خلاف آن نباشد.

گردد. به عنوان مثال در اجاره اتوموبیل معین، اگر آن اتوموبیل در اثر تقصیر متعهد دچار نقص شود، متعهد باید خسارت ناشی از این تقصیر را به متعهد له پردازد و هیچ یک از طرفین به مقصود خود از اجاره دست پیدا نمی کند، در حالی که اگر این تعهد به صورت تخییری منعقد شود، متعهد می تواند اتوموبیل دیگری را به عنوان مورد اجاره، به متعهد له تسلیم نماید. (مظفری، ۱۳۹۴: ۹) از دیگر مزایای تعهدات تخییری را می توان جلوگیری از ابطال قراردادها دانست؛ زیرا روش شارع متعال در باب معاملات با توجه به وضع عمومات دال بر صحت قراردادها، روش اعتبار بنای عقلا در این امور و لزوم وفای به عهد، جلوگیری از فروپاشی قراردادهای خصوصی بین اشخاص است. همین روش در دیدگاه قانونگذار ایران نیز در وضع قوانین دیده می شود، چنانچه ماده ۱۰ قانون مدنی ناظر بر همین امر است؛^۱ لذا وجود سیستم تعهد تخییری باعث سهولت و تضمین بیشتر اجرای تعهد و جلوگیری از فروپاشیدن تعهدات است.

علی رغم شناسایی تعهد تخییری در حقوق بسیاری از کشورها، تعهد تخییری در قانون مدنی ایران مورد توجه قرار نگرفته است و تعریفی از آن نشده است؛ البته با جستجو در قوانین می توان مصادیقی از تعهد را مشاهده نمود. در عمل نیز در روابط حقوقی بین افراد جامعه چنین تعهدات تخییری مرسوم است. مانند اینکه در برخی موارد، کالا از طرف سازنده در اختیار فروشگاه قرار می گیرد تا در مدت معین، یا بهای آن را بدهد یا کالای فروخته نشده را برگرداند که این خود نوعی تعهد تخییری است.

در مورد اعتبار تعهدات تخییری سابقه پژوهشی زیادی دیده نمی شود و صرفاً یک پایان نامه در مقطع فوق لیسانس در این خصوص تقریر، که به بررسی امر به صورت تطبیقی با حقوق فرانسه پرداخته شده است و مباحث فقهی و ریشه ای امر به صورت دقیق بیان و بررسی نشده است.

سوالاتی که در این خصوص متبادر می شود اینست که آیا تعهدات تخییری در فقه و حقوق ایران معتبر است یا خیر؟ تعهدات تخییری غرری محسوب می شوند یا خیر؟ ادله اعتبار این گونه تعهدات چیست؟ آیا می توان صحت اینگونه تعهدات را در عمومات فقهی و مواد مختلف قانونی استنباط نمود یا خیر؟

در راستای پاسخ به ابهامات و سوالات مذکور، با توجه به اینکه این نهاد تعهد تخییری در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران مورد شناسایی قرار نگرفته و دکتترین حقوقی نیز نسبت به آن توجه چندانی نداشته اند، ابتدا به شرایط آن و سپس اعتبار آن در فقه امامیه و حقوق موضوعه می پردازیم.

^۱ ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می دارد: «قرارداد های خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

۱. شرایط اعتبار تعهدات تخییری

۱-۱. متعدد بودن موضوع

موضوع تعهد تخییری باید متعدد باشد، یعنی دو موضوع و بیشتر باشد؛ بنابراین تعهد بایع در برابر مشتری به فروش خانه یا زمین خود، تخییری است. هر تأدیه ای که بتواند فی نفسه موضوع تعهد قرار گیرد، اگر با تأدیه های دیگری از همان نوع یا غیر از آن نوع همراه شود، می تواند موضوع تعهد تخییری قرار گیرد. مهم آن است که موضوع تعهد، متعدد باشد. یکی از نتایج وجود این ویژگی تعهدات تخییری، این است که اگر یکی از دو مال موضوع تعهد قابل انتقال نباشد (مانند تعهد به دادن اتومبیل شخصی یا دولتی که در اختیار متعهد است) باید تعهد را بسیط شمرد؛ زیرا متعهد حق انتخاب ندارد و ناچاراً تعهد تنها نسبت به موضوع مشروع نافذ است. (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۵۸)

اما در این بحث تعدد موضوع، ممکن است این سوال مطرح گردد که آیا لازم است موضوعات مختلف و چند نوع باشند یا خیر؟ به نظر می رسد در صورتی که صرفاً جنس موضوعات در نظر گرفته شود، ضروری است که جنس موضوعات متفاوت باشد. چنانکه در تعهد به پرداخت با ارزش های مختلف گفته شده چون همه موضوعات پول است، چنین تعهدی تخییری نیست و تعهد بسیط است. (کاتوزیان، همان: ۱۵۹) اما اگر تعدد به معنای عام تری از جنس موضوع مد نظر قرار گیرد؛ یعنی اوصاف فرعی موضوع نیز لحاظ گردد، در اینجا با تفاوت اوصاف موضوعات نیز تعدد وجود دارد و در مثال ارزش های مختلف، اگرچه همه آنها پول است، اما شیوه و وسیله پرداخت در آنها متفاوت است، لذا گوناگونی جنس و اوصاف اصلی موضوعات تعهد ضروری نیست و گوناگونی به اعتبار اوصاف فرعی نیز برای تعدد موضوعات، کفایت می کند.

۱-۲. لزوم فراهم بودن شرایط صحت در تمامی موضوعات تعهد

در تعهد تخییری باید تمام موضوعات متعدد، از تمامی شرایط لازم برای موضوع تعهد برخوردار باشند؛ زیرا احتمال دارد هریک از آنها همان تعهد واحدی باشد که ادای آن خواسته می شود؛ بنابراین اگر مورد تأدیه شیء است، باید موجود، معین، مشروع و... باشد و اگر انجام فعل یا ترک فعل است، باید امکان تحقق آن وجود داشته باشد.

۱-۳. هم عرض بودن موضوعات تعهد

موضوعات تعهد تخییری باید هم عرض باشند. این ویژگی موجب تمایز تعهد تخییری از تعهد بدلی است. در تعهد تخییری همه موضوعات در یک درجه و جایگاه قرار دارند و تقدیمی برای هیچ یک از موضوعات وجود ندارد و در عرض یکدیگرند؛ در حالی که تعهد بدلی دارای یک موضوع اصلی است که در صورت اجرا نکردن موضوع اصلی، تعهد فرعی به عنوان بدل، جایگزین می گردد.

۴-۱. اختیار در مرحله اجرای تعهد

اختیاری که در تعهد تخییری از آن بحث می شود به مرحله اجرای تعهد بازمی گردد. همین ویژگی تعهد تخییری موجب تفاوت آن با ایجاب های متعدد است. بسیاری از مثال هایی که برای تعهد تخییری گفته شده است، شباهت زیادی به ایجاب های متعدد دارد. به عبارت دیگر اگر فروشنده مشتری را مخیر گرداند که اتومبیل را به یک میلیون یا خانه را به دو میلیون ریال از وی بخرد، در واقع دو ایجاب بر خریدار عرضه شده است که وی هر کدام را بخواهد می تواند انتخاب کند و پس از انتخاب، تعهد ایجاد خواهد شد که این ایجاب متعدد است؛ 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 تخییری وجود دارد که پیش از انتخاب ایجاد شده است و انتخاب تنها راهی برای اجرای چنین تعهدی است.

۲. اعتبار تعهدات تخییری

برای اعتبار تعهدات تخییری، نظرات مختلفی در فقه و حقوق ارائه شده است. بر صحت این تعهدات به ماده ۱۰ قانون مدنی استناد شده است.^۱ برخی نیز معتقدند که تعهدات تخییری مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی نمی باشد، زیرا مخالف بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی است. مطابق این دیدگاه در تعهدات تخییری ابهام در معین نبودن موضوع معامله وجود دارد. از این جهت که موضوع تعهد، متعدد است، هر چند نهایتاً متعهد یکی از موضوعات تعهد را در مقام ایفا برمی گزیند؛ ولی قبل از انتخاب یکی از موضوعات توسط متعهد، نه طلبکار می داند کدام موضوع انتخاب خواهد شد و نه متعهد هنوز تصمیم به انتخاب یکی از این موضوعات گرفته است. اینان معتقدند که تخییر متعهد در انتخاب موضوع تعهد از بین چند موضوع و عدم تعیین آن در هنگام انعقاد قرارداد، از اسباب بطلان عقد در حقوق ایران است. (بهرامی احمدی، ۱۳۹۶: ۹۹) در اینجا به بیان هر دو نظریه، ادله و سپس ارزیابی آن می پردازیم.

۱-۲. نظریه بطلان تعهدات تخییری

اکثر فقها و حقوقدانان در صحت تعهدات تخییری ایجاد تردید نموده و معتقدند در اینگونه تعهدات، موضوع تعهد مجهول و مردد می باشد و نهایتاً منتهی به غرر منهی عنه می گردد.

۱-۲-۱. معلوم بودن

^۱ ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می دارد: «قرارداد های خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

یکی از دلایل بطلان تعهدات تخییری، معلوم نبودن موضوع آن بیان شده است به نحوی که نه علم تفصیلی و نه علم اجمالی در مقدار جنس، وصف و مقدار موضوع مورد تعهد معلوم نمی باشد و این جهل به یکی از عوضین موجب بطلان تعهد و معامله می گردد.

اصولا علم تفصیلی به مورد معامله از شرایط صحت معامله است؛ اما به طور استثنایی، در برخی معاملات قانونگذار علم اجمالی را کافی دانسته و علم تفصیلی به کمیت و کیفیت مورد معامله را لازم نمی داند، به طور مثال ماده ۶۹۴ قانون مدنی در مورد عقد ضمان، علم اجمالی را کافی دانسته است.^۱ دلیل آن این است که عقد ضمان یک عقد ارفاقی و عرفا مبتنی بر مسامحه است و مقصود اصلی از آن کمک به مدیون است؛ لذا قانونگذار علم تفصیلی و اطلاع از جزئیات را لازم ندانسته است.

در اینکه ضابطه وجود علم اجمالی یا علم تفصیلی در معاملات چیست و در کدام موارد وجود علم تفصیلی لازم است و در کدام موارد، وجود علم اجمالی کفایت می کند، دو نظریه وجود دارد:

برخی ضابطه را معوض و غیر معوض بودن معامله می دانند؛ به این دلیل که در عقود معاوضی غرر راه دارد، اما در عقود غیر معاوضی غرر وجود ندارد، زیرا مبادله ای صورت نمی گیرد؛ بنابراین وجود علم تفصیلی در عقود معاوض شرط است ولی در عقود غیر معاوض وجود علم اجمالی کفایت می کند. (سنهوری، ۱۳۸۸: ۴۹) در نقد این نظریه باید گفت که این نظریه با بعضی از مواد قانونی مربوط به عقود تعارض پیدا می کند؛ زیرا در عقود معاوضی همچون جعاله^۲ و کفالت^۳ علی رغم معوض بودن، قانونگذار علم تفصیلی در آنها را شرط ندانسته است.

برخی دیگر ضابطه مغایرت ای یا مسامحه ای بودن معامله را مطرح می کنند. این دسته از حقوقدانان معتقدند که ذیل ماده ۲۱۶ قانون مدنی ویژه عقود مسامحه ای است. به طوری که در عقود مسامحه ای، علم تفصیلی ضرورت ندارد و حداقلی از علم اجمالی در معلوم ساختن عقد کفایت می کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۸۵؛ شهیدی، ۱۳۷۷: ۳۱۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸:

۱. ماده ۶۹۴ قانون مدنی مقرر می دارد: «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می نماید شرط نیست؛ بنابراین اگر کسی ضامن دین شخصی شود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است، ضامن صحیح است. لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است».

۲. ماده ۵۶۳ قانون مدنی مقرر می دارد: «در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست؛ بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هر کس گمشده او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن، مال او خواهد بود جعاله صحیح است».

۳. ماده ۷۳۶ قانون مدنی مقرر می دارد: «در صحت کفالت، علم کفیل به ثبوت حقی بر عهده مکفول، شرط نیست بلکه دعوی حق از طرف مکفول له کافی است اگرچه مکفول منکر آن باشد».

۲۵۹۰) در نقد این نظریه نیز باید گفت این نظریه با ماده ۵۵۳ قانون مدنی در باب عقد مضاربه منافات دارد؛^۱ زیرا در عقد مضاربه علم تفصیلی و ذکر تجارت خاص لازم نیست و علم اجمالی کفایت می کند؛ در حالی که عقد مضاربه را نمی توان یک قرارداد مسامحه ای به شمار آورد.

به نظر می رسد نظریه صحیح در این خصوص اینست که باید ضابطه تشخیص را عرف قرار دهیم. بدین بیان که مواردی که قانونگذار علم اجمالی در آنها را کافی دانسته است، مواردی است که عرفاً ضرورتی به علم تفصیلی در آنها نیست. این ضابطه عرفی با فقه امامیه هم سازگار است؛ چرا که مبنای فقهی بطلان معامله مجهول، قاعده غرری است که معیار آن عرف است.

با توجه به مواد ۳۴۲ و ۳۵۱ قانون مدنی، عناصر لازم برای معلوم شدن عین: جنس، وصف و مقدار است.

الف- جنس: جنس، ماده اصلی تشکیل دهنده کالا است. مثلاً وقتی مقداری گندم، پارچه، خانه و ... مورد معامله قرار می گیرد، جنس همان وجود مادی و خارجی شیء است. البته امروزه با توجه به پیشرفت های علمی و گسترش فناوری باید گفت که مفهوم واژه جنس در بسیاری از موارد به طور کامل متحول شده است؛ به طور مثال وقتی یک عدد سی دی یا دی وی محتوی لغتنامه مورد معامله قرار می گیرد، هیچ کس به سی دی به عنوان جنس مورد معامله نگاه نمی کند، زیرا قطعاً معامله با مدار قرار گرفتن محتوی و مضمون آن صورت گرفته است و در واقع جنس کالای مورد معامله، لغت نامه موجود در لوح فشرده است و نه ساختار مادی لوح مزبور. در این مورد و مثال های بیشماری که در عصر حاضر می تواند مصداق این بحث باشد، جنس مادی مورد معامله در مرکز توجه طرفین معامله قرار ندارد؛ بلکه به موجب عرف، محتوی و مضمون است که اهمیت دارد.

ب- وصف: به خصوصیات یک جنس که متمایز کننده آن جنس از جنس های دیگر باشد یا آن را در ردیفی متمایز از جنس های دیگر قرار دهد اعم از این که این تمایز، ترفیع یا تقلیل ارزش مالی آن جنس باشد، وصف گفته می شود. اوصاف ویژگی های غیر ذاتی شی هستند که فقدان آنها موجب از بین رفتن آن عین نشده، بلکه فقط در ارزش آن مؤثر است.

ج- مقدار: با توجه به عین مورد معامله از شیوه های مختلفی برای تعیین مقدار مورد معامله استفاده می شود، مثل شمارش، وزن کردن، پیمانه.

با توجه به موارد مذکور قائلین به بطلان تعهدات تخییری، به معلوم نبودن موضوع تعهد در این گونه تعهدات تمسک نموده اند و معتقدند در تعهدات تخییری، نوع، مقدار و وصف موضوع تعهد مشخص نیست و نه فروشنده و نه خریدار دقیقاً نمی

^۱ ماده ۵۵۳ قانون مدنی در این باره مقرر می دارد: «در صورتی که مضاربه مطلق باشد (یعنی تجارت خاصی شرط نشده باشد) عامل می تواند هر قسم تجارتی را که صلاح بداند بنماید ولی در طرز تجارت باید متعارف را رعایت کند».

داند کدام مورد به عنوان موضوع تعهد قرار می گیرد، هر چند نهایتاً مشخص می گردد اما این امر مصحح بطلان آن در حین انعقاد عقد به جهت نامعلوم بودن موضوع تعهد نمی گردد؛ بنابراین با توجه به منتهی شدن به غرر، در شرع و قانون ممنوع و مورد نهی وضعی قرار گرفته است که در ذیل مبحث آتی مفصلاً به آن پرداخته می شود.

۲-۱-۲. معین بودن

عمده و اصلی ترین دلیلی بر عدم صحت تعهدات تخییری در قانون، ایراد معین نبودن تعهدات تخییری است. شرط معین بودن که مستنبط از بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی است، بدین معناست که موضوع تعهد نباید مردد بین چند امر باشد والا موجب بطلان معامله خواهد شد. این شرط در قانون مدنی ذکر شده است، ولی حدود و ثغور و ملاک در تردید بیان نشده است که ناچاراً در این خصوص باید به فقه امامیه مراجعه نمود.

۲-۱-۲-۱. معین بودن موضوع در فقه

بین فقها در اینکه آیا ذکر موضوع به طور خاص در عقد و قرارداد ضروری است یا قابلیت تعیین در آن کفایت می کند، اختلاف نظر وجود دارد. از عبارات اکثر فقها در باب علم به ثمن، اینگونه استنباط می شود که مشهور فقها معین شدن موضوع را با مشخصات آن شرط می دانند و صرف قابلیت تعیین ثمن در رفع ابهام را کافی نمی دانند. دلیل این امر را بعد از اجماع، غرری بودن این معاملات دانسته اند. (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰۶/۴؛ مراغه ای، ۱۴۲۹: ۹۱/۲؛ نراقی، ۱۳۷۵: ۸۳؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۷۴/۳؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۲۵۳/۲؛ شهیدی تبریزی، ۱۴۲۸: ۴۳۹/۲) و فروش به حکم یکی از طرفین، به طوری که مثلاً خریدار ثمن را تعیین کند، باطل می دانند. (حلی، ۱۴۲۹: ۲۶۵/۵؛ نجفی، ۱۳۷۴: ۴۰۵/۲۲)

در مقابل نظر فوق که متعلق به مشهور فقهای امامیه است، برخی از فقها ایراد کرده و نظرات متفاوتی ارائه نموده اند. مرحوم اسکافی در این مورد معتقدند بیعی که در آن مشتری به بایع بگوید: کالا را به من بفروش به همان قیمتی که به دیگران می فروشی، صحیح است؛ لیکن برای مشتری خیار ثابت است. (اسکافی، ۱۴۱۶: ۱۸۳) مرحوم مقدس اردبیلی با استناد به روایتی که در آن امام صادق «علیه السلام» حکم بیعی را که تعیین ثمن آن به مشتری واگذار شده، صحیح دانسته و خریدار را ملزم به تأدیه ثمن نموده است، اعتقاد دارند که در فرض عدم ذکر ثمن در صورت تراضی طرفین، این عدم علم موجب بطلان بیع نیست و قیمت بازار یا ثمن المثل به عنوان ثمن قراردادی باید معین شود. ایشان به بررسی سند روایت پرداخته و روایت را از نوع صحیح می شناسد؛ هرچند در نهایت به دلیل تبعیت از مشهور فقهای امامیه و اجماعی که از علامه در خصوص لزوم تعیین ثمن در عقد نقل شده، از نظر شخصی خود عدول کرده و روایت را به یک مورد خاص حمل می نماید. (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۸: ۱۷۶/۸)

این روایت مورد استناد که به روایت رفاعه نخاس مشهور است مورد توجه و استناد فقهای دیگر نیز بوده است و هر یک متعرض به بیان و نقل این روایت شده اند. مرحوم محدث بحرانی در کتاب خود ضمن شناسایی اعتبار این روایت و نقل اجماع از ناحیه صاحب تذکره (که در زمان عقد ثمن باید معین باشد)، در حل تعارض بین روایت با آن بیان می دارد:

«همان طور که در بسیاری از موارد، آیات قرآن و روایات تخصیص خورده اند، اجماع نیز در اینجا تخصیص می خورد و چون روایت صحیح و سند آن خالی از تعرض است، لذا وظیفه فقیه عمل به آن است. در نتیجه بیعی که ثمن آن مشخص نشده باشد و به حکم مشتری ارجاع شده باشد، صحیح است و در این موارد قیمت سوقیه، ثمن در عقد می باشد.» (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۸: ۴۶۰)

با آن که روایت رفاعه نخاس از نوع خبر صحیح بوده و از بالاترین درجه حجیت خبر واحد برخوردار است، مشهور فقهای امامیه به رغم پذیرش سند این روایت و اعتراف بر صحت آن، صرفاً به رد و مخالفت با آن پرداخته و آن را روایت شاذ و نادر خوانده اند و با این استدلال که پذیرش صحت عقد در فرض تعیین ثمن از سوی خریدار مخالف مسلمات قواعد فقه است، آن را توجیه نموده و به راحتی از کنار آن گذشته اند در حالی که در واقع دلیلی بر اعتبار لزوم ذکر ثمن در قرارداد، وجود ندارد.

مشهور فقها که قابلیت تعیین را در عقد کافی نمی دانند و تأکید دارند که ثمن یا موضوع باید در عقد ذکر شود، در استدلال های خود به اجماع و حدیث نبوی نهی غرر نیز استناد کرده اند که بیان می گردد.

۱-۱-۲-۱. اجماع

در خصوص بطلان بیعی که در آن مبیع و ثمن مردد باشد، ادعای اجماع شده است. (نجفی، ۱۳۷۴: ۴۰۲/۲۲؛ خوئی، ۱۳۷۴: ۳۱۷/۵؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۱۰/۴؛ مکی عاملی، ۱۳۸۰: ۲۳۹/۲) صرف نظر از این که اجماع به عنوان منبع مستقل جهت استنباط احکام حقوق اسلامی محل تأمل است، مرجع اجماع در اینجا حدیث نبوی مشهور است، یعنی اجماع تعبدی محقق نشده، بلکه اجماع مدرکی است که به طور مستقل دلیل اثبات حکم شرعی نمی باشد. در واقع آن چه فقها به استناد آن حکم داده اند همان حدیث نبوی مشهور است، نه اینکه بخاطر وجود اجماع به عنوان دلیل مستقل و کاشف از رای معصوم باشد. (خوئی، ۱۳۷۴: ۲۷۵/۵) بنابراین چون مرجع اجماع، حدیث نبوی است و با توجه به مرسله بودن آن، کاشفیت اجماع از رای معصوم هم محل تردید است. از سوی دیگر اجماع به عنوان دلیل لبی فاقد ظهور لفظی بوده و بر خلاف دلایلی لفظی، عموم و اطلاقی از آن به دست نمی آید تا قابل تسری به موارد دیگر باشد و باید به قدر متیقن در آن اکتفا گردد.

۲-۱-۲-۲. حدیث نهی غرر

قاعده غرر که مستفاد از نبوی مشهور «نهی النبی عن بیع الغرر» یا در برخی کتب «نهی النبی عن الغرر» است، در بیشتر کتب فقهی و در ابواب مختلف، مورد استناد فقها قرار گرفته است. در بحث لزوم تعیین ثمن و اعتبار آن نیز، فقها به این حدیث استناد نموده اند. (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰۶/۴؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ۴۴۷/۱۷؛ مراغه ای: ۳۱۱/۲؛ نراقی، ۱۳۷۵: ۸۳؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۷۴/۳) در اینجا برای مشخص شدن معیار معین بودن، به بررسی سند قاعده غرر و مفهوم آن در تعهدات تحبیری پرداخته می شود.

۱-۲-۱-۲-۱-۲. سند حدیث غرر

در مورد اعتبار سندی قاعده غرر و روایت «نهی النبی عن بیع الغرر»، نظریات مختلفی در فقه مطرح شده است. گفته شده است که این حدیث از این جهت که تمامی سلسله راویان آن معلوم نیست، از لحاظ سندی ضعیف است. (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۷۵/۴؛ خوئی، ۱۳۷۴: ۲۵۷/۵) در مقابل برخی از فقها معتقدند که اشتهار خبر بین خاص و عام، جبران کننده ضعف آن است. (نراقی، ۱۳۷۵: ۳۱۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰۶/۴) اما به اعتقاد مرحوم خوئی عمل مشهور به روایت ضعیف موجب اعتبار آن نمی شود، هم چنان که ترک عمل به روایت صحیح موجب وهن به آن نمی گردد و شهرت فی نفسه حجت نیست و موجب حجیت خبر نیز نمی گردد. (خوئی، ۱۳۷۴: ۸۹/۳)

این روایت از جهت دلالتی نیز ضعیف است و ایراداتی بر حدیث مذکور وارد شده است. (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹: ۵۵) با این توضیح که معنای «غرر» در آن مجمل است و این اجمال در معنای غرر در بیان و تعبیر مختلف فقها از معنای غرر نیز دیده می شود؛ لذا وقتی معنای غرر مجمل باشد، اجمال آن به روایت نیز سرایت کرده و آن را از اعتبار ساقط می کند.

۱-۲-۱-۲-۲. مفهوم قاعده غرر

در مورد مفهوم و معنای غرر، کلام فقها بسیار متفاوت است و اختلاف تعبیر زیادی در مورد معنای غرر در بیان فقها مشاهده می شود. نزد اهل لغت نیز در استنباط معنای غرر اختلاف و ابهام وجود دارد. در جایی گفته شده غرر به معنای به خطر انداختن، فریب دادن و گول زدن است (قیم، ۱۳۸۱: ۷۵۸؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۶۰۴)؛ و در جای دیگر آن را به معنی خدعه در نظر گرفته اند. (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۲۲/۵)

در بین فقها برخی معتقدند «غرر» عبارت است از هر چیزی که مربوط به غفلت، خدعه و خطر است یا آنچه ظاهر محبوب و باطن مکروه دارد، ولی معنای نزدیک آن خدعه است. (اصفهانی کمپانی، ۱۴۱۸: ۲۷۷/۳؛ شهیدی تبریزی، ۱۴۲۸: ۴۰۹/۲) برخی دیگر با اشاره به معنای غرر در کتب اهل لغت، نتیجه می گیرند که در معنای غرر با استناد به کلام لغویون، عنوان جهل اخذ شده است. (انصاری، ۴۱۵، ج ۴: ۱۷۸) مرحوم شهید اول معتقدند که غرر هر آن چیزی است که ظاهری محبوب و باطنی مکروه دارد و در شرع عبارت است از جهل در خصوص حصول و به دست آوردن شیء؛ بنابراین حصول شیء مجهول

اگر معلوم باشد، غرری وجود ندارد. (مکی عاملی، بی تا: ۱۳۷/۲) صاحب جواهر برخلاف شهید اول، غرر را جهل به مقدار یا اوصاف مورد معامله می داند، نه جهل در حصول. ایشان معتقد است که جهل ناشی از عدم تعیین مورد معامله، منجر به خطر و مشمول عنوان غرر و نهی از مبادرت به آن است.

صاحب جواهر در تعریف غرر می نویسد:

«غرری که از آن نهی شده است؛ یعنی خطر ناشی از جهل به مقدار و صفات مبیع، نه مطلق خطر؛ زیرا در بیع کالای غائب ضرورتاً خطر حاصل می شود و حال آنکه بیع کالای غائب جائز 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، ۱۳۷۴، ج ۲۲: ۳۸۸-۳۸۷)

همانطور که گفته شد، در میان معانی غرر، دو مفهوم جهل و خطر مورد توجه فقها قرار گرفته است، برخی از آنان صرف جهالت را برای تحقق غرر کافی دانسته اند، اما برخی دیگر، علاوه بر وجود جهالت، خطر و ضرر را نیز لازم می دانند. (نراقی، ۱۳۷۵: ۹۶؛ مراغی، ۱۴۱۸: ۳۱۸/۲) ذکر این نکته لازم است که صرف جهل در معامله، ملازمه ای با غرر ندارد، بلکه جهل یکی از ارکان آن است؛ زیرا غرر معنای وسیع و عام تری از جهل دارد؛ زیرا مواردی هست که ممکن است غرر باشد، ولی جهل وجود نداشته باشد؛ مانند صورتی که اتومبیل معینی با علم به همه اوصاف فروخته شود، ولی این اتومبیل به سرقت رود، که در اینجا به علت عدم امکان تسلیم و تسلیم معامله غرری است، علی رغم اینکه جهلی وجود نداشته است. منتهی جهل نیز می تواند یکی از مصادیق و موارد غرر در برخی موارد باشد؛ بنابراین غرر اعم از جهل است و هر مجهولی غرری است، ولی هر غرری مجهول نیست.

یکی از حقوقدانان در این باره نوشته است:

«باید دانست که غرر دو عنصر دارد؛ اول جهل، دوم احتمال حصول ضرر از ناحیه جهل، به همین جهت بعضی از فقها می گویند «لاغرر و لا خداع إذا أمن من الضرر»؛ بنابراین اگر دو مال وجود داشته باشد که متحدالجنس باشند و صفات آنها یکسان باشد و با بیع یکی از آن دو مال را بدون تعیین بفروشد، با وجود این که عین مجهول است، ولی چون احتمال ضرر وجود ندارد، غرر هم وجود ندارد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۱۰)

به نظر می رسد برای تعیین مفهوم و معنای غرر باید به عرف مراجعه کرد. عرف غرر را معامله ای می داند که به جهت معلوم نبودن سرنوشت آن، چون احیاناً به جهت جهل منتهی به ضرر می گردد، از آن نهی می کند. (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹: ۵۱) از مبتنی بودن غرر بر بنای عملی عقلاء باید اینگونه نتیجه گرفت که ضابطه و معیار در تشخیص غرر، عرف است و چگونگی رفع جهل از مورد معامله و ثمن را باید نزد عرف جست و جو کرد؛ بنابراین اگر طرفین در زمان انعقاد قرارداد، تعیین مورد

معامله یا ثمن را به خود یا طرف مقابل یا ثالث واگذار کنند، عرفا غرری متوجه این معامله نیست و در تمامی این موارد معامله صحیح است. این طرق تعیین، امروزه تبدیل به روش های مرسوم شده است. با توجه به انواع کالاها و تنوع زیاد اجناس و سرعت بالای مبادلات، چه بسا طرفین قرارداد علم دقیقی نسبت به بهای مبیع نداشته باشند و یا در معاملاتی که مبتنی بر ریسک است و موضوع تعهد هنگام انعقاد معامله به طور دقیق قابل احصا نیست (مثل قراردادهای نفتی)، قاعده غرر ایجاب می نماید تا طرفین با احاله قیمت به آن چه در بازار مقرر است، ریسک کمتری را متحمل شوند و خطر ناشی از جهل خویش را از بین ببرند و به نحوی با قابل تعیین نمودن میزان ثمن یا موضوع تعهد، جهل و غرر را از بین ببرند.

۲-۱-۲-۲. معین بودن موضوع در حقوق

یکی از شرایط صحت معاملات مطابق بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، معین بودن مورد معامله است. تردید در اعتبار تعهدات تخییری به شرط مذکور باز می گردد؛ زیرا این ابهام وجود دارد که مدیون کدامین تعهد را بر می گزیند و طلبکار نیز نمی داند موضوع تعهد چیست. (امامی، ۱۳۶۹: ۲۱۴)

گاهی طرفین به طور مشخص و قطعی مورد معامله را در قرارداد ذکر می کنند و قرارداد با جمع دیگر شرایط به وجود می آید، اما گاهی نوع قرارداد به گونه ای است که در زمان انعقاد آن، امکان تصریح مورد قرارداد و ثمن قطعی وجود ندارد. مثلا در فروش نفت، مقدار اکتشاف حین عقد دقیقا مشخص نیست و برای بهای آن نیز، قیمت روز در معامله اعمال می گردد. در معاملات بین افراد نیز گاه تعیین قیمت یا اجرت به مشتری واگذار می شود. در تمام این موارد، بنای طرفین این است که طرف مقابل آن چه را متعارف و معقول جامعه است حکم کند. در اینجا آنچه ظاهرا به نظر می رسد، بطلان معاملاتی است که موضوع یا ثمن در آن معین نشده باشد؛ اما از این ظهور باید دست کشید. در واقع عرف امروز در چگونگی اعمال رفع ابهام از موضوع معامله تغییراتی را به وجود آورده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۱۵۰) با اندکی دقت در موضوع می توان فهمید بین تعهد تخییری و تعهد مردد و مجهول و مبهم تفاوت وجود دارد. در تعهدی که موضوع آن معین نشده و مردد بین چند چیز است، فرض غرر برای طلبکار وجود دارد؛ زیرا اطلاعات او راجع به معامله بسیار سطحی بوده، او نمی داند چه چیزی بر ذمه متعهد است و حتی به صورت مختصر نمی داند به چه چیز دست خواهد یافت و سنجش نفع و ضرر از سوی او در قرارداد امکان پذیر نیست. این امر به اساس توافق لطمه خواهد زد، چرا که دست یافتن به ارزش اقتصادی در قراردادهای معوض از انگیزه های اصلی هر شخص در انعقاد قرارداد با دیگری است. اما در تعهد تخییری، بر دو یا چند مال با بها و اوصاف معین تعهد شده و انتخاب کننده موضوع نهایی هم مشخص است و برای آن ترتیبی معین شده و هیچ ابهامی وجود ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱۶۰) شاید بتوان با جایگزینی معیار قابلیت تعیین به جای معین بودن تا حد زیادی شرط معین بودن مورد معامله را فراهم آورد. در تعهد تخییری نیز ضابطه تعیین موضوع تعهد وجود دارد. تعیین دارنده حق انتخاب در واقع

تعیین ضابطه ای است که مانع مجهول ماندن موضوع تعهد می شود و بر اثر اعمال این حق از سوی دارنده آن، موضوع تعهد کاملاً معین می شود.

مرحوم دکتر شهیدی در این خصوص معتقدند که هر گاه مورد عقد در عرف معلوم باشد، بیان یا مشاهده آن لازم نیست و این وضعیت عرفی را می توان دلیل معلوم بودن مورد معامله نزد طرفین دانست، مثلاً با توجه به این که نرخ بسیاری از کالاها به علت دخالت دولت در کنترل بازار مشخص است، اگر حتی ثمن معامله هنگام عقد ذکر نشود، باید گفت که ثمن معامله عرفاً معلوم و معامله صحیح است. (شهیدی، ۱۳۷۷: ۳۲۱) در واقع وقتی درباره معیار تعیین مورد معامله تراضی می شود، غرر منتفی است و برای دو طرف درباره آثار قرارداد و نتایج حاصل از آن اطمینان حاصل می شود. آنچه به نفوذ تعهد صدمه می زند غرر ناشی از معاوضه است، نه عدم تعیین فرد موضوع تعهد. قابلیت تعیین برای اجرای آن کافی است، چنان که در فروش مال کلی با مقدار معین از کلی متساوی الاجزاء یا ضمان یکی از چند دین هیچ کس تردید ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۶۴)

نمونه ای از معیار قابلیت تعیین را می توان در تفویض اختیار مهر مشاهده نمود. بر اساس ماده ۱۰۸۹ قانون مدنی ممکن است اختیار تعیین مهر به شوهر با شخص ثالثی داده شود.^۱ با توجه به ماده مذکور، مهریه که الزاماً باید مالیت داشته باشد و به محض عقد به مالکیت زن در می آید، قابل تعیین توسط هر یک از طرفین تعهد و حتی ثالث خواهد بود. در این صورت با یک تعهد تخییری روبرو هستیم؛ زیرا تردیدی نیست که تعهد واقع شده است، ولی موضوع آن معین نشده است. در واقع این تعهد از تعهد تخییری نیز یک گام جلوتر است؛ زیرا موضوع تعهد کاملاً مجهول است؛ اما این تعهد با ایراد غرری بودن مواجه نشده است. (مظفری، ۱۳۹۴: ۱۱۲)

این موضوع در قانون تجارت نیز مد نظر قانونگذار قرار گرفته و در ماده ۳۷۳ به حق العمل کار اجازه داده مال التجاره، اسناد تجارتي یا سایر اوراق بهاداری را که مظنه بورسی یا بازاری دارد، چنانچه مامور به خرید آن بوده، خود شخصا به عنوان فروشنده تسلیم بکند یا چیزی را که مامور به فروش آن بوده، شخصا به عنوان خریدار نگاه دارد.^۲ بنابراین قانونگذار وجود مظنه بورسی یا بازاری را دلیل رفع جهل و غرر دانسته و آن را طریقی در رفع ابهام از ثمن قراردادی معرفی نموده است. با توجه به ماده مذکور در قانون تجارت، این نتیجه به دست می آید که قانون گذار توافق و ذکر ثمن معامله را در صورتی که

۱. ماده ۱۰۸۹ قانون مدنی مقرر می دارد: «ممکن است اختیار تعیین مهر به شوهر یا شخص ثالثی داده شود. در این صورت شوهر یا شخص ثالث می تواند مهر را هر قدر بخواهد معین کند».

۲. ماده ۳۷۳ قانون تجارت مقرر می دارد: «اگر حق العمل کار مامور به خرید یا فروش مال التجاره یا اسناد تجارتي و یا سایر اوراق بهاداری باشد که مظنه بورسی یا بازاری دارد، می تواند چیزی را که مامور خرید آن بوده خود شخصا به عنوان فروشنده تسلیم بکند یا چیزی را که مامور فروش آن بوده شخصا به عنوان خریدار نگاه دارد مگر آنکه امر دستور مخالفی داده باشد».

مظنه بورسی یا بازاری وجود داشته باشد، ضروری ندانسته است؛ به صحت معامله بین آمر و حق العمل کار در فرض عدم ذکر ثمن حکم داده و آثار معامله صحیح را بر آن مترتب ساخته است.

۲-۲. نظریه صحت تعهدات تخییری

با توجه به اهمیت روز افزون تعهدات تخییری در معاملات تجاری، بسیاری از حقوقدانان معتقد به صحت این تعهدات هستند و هر یک توجیهات و دلایلی بر این امر بیان نموده اند.

برخی از حقوقدانان، پس از تأکید بر اینکه مورد معامله نمی تواند یکی از چند چیز باشد، معتقدند که در حقوق ایران در فرض معین بودن مورد تعهد، می توان 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: ۱۱۲) بدین صورت که در قانون ایران هرگاه متعهد بخواهد می تواند در عوض مورد معامله، مال معین دیگری را بدهد یا متعهدله می تواند در عوض مورد معامله مال معین دیگری را بخواهد و این اشکالی ندارد؛ زیرا تعهد نسبت به موضوع معین به عمل آمده است و در ضمن عقد شرط شده که بتواند آن را به مال دیگری تغییر دهد. البته این سخن تمام نیست؛ زیرا بین دو فرض هیچ تفاوت واقعی وجود ندارد و اختیار تعیین موضوع در هر دو حال با متعهد است. اگر تخییری بودن موجب غرری شدن تعهد می شود تفاوتی ندارد که به صورت شرط ضمن عقد یا به صورت موضوع اصلی تعهد باشد.

برخی دیگر از حقوقدانان نیز معتقدند 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 قاعده نفی غرر قرار می گیرد، اما در تعهدات تخییری موضوع مشخص است و تعیین فرد موضوع تعهد، وسیله رفع غرر است، لذا اعتبار این تعهدات مطابق قاعده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۴)

مرحوم دکتر شهیدی پس از تأکید بر لزوم معین بودن مورد معامله و تمییز میان مفاهیم «معین» و «معلوم»، بیع مردد را باطل اعلام می کنند؛ اما در باب تعهدات تخییری از حکم فوق عدول کرده و به صحت تعهد تخییری حکم می دهند.

ایشان در بیان فرق بیع مردد و تعهدات تخییری می نویسند:

«در واقع تملیک یکی از دو چیز به نحو مردد با این اشکال مواجه است که معلوم نیست چه چیزی وارد ملکیت انتقال گیرنده می شود و در نتیجه بیع غرری خواهد بود، در حالی که در تعهد تخییری، مسئله تملیک تخییری مد نظر نیست. به عبارت دیگر تملیک یکی از دو موضوع، به گونه ای که به محض انعقاد عقد، مال وارد دارایی متعهدله شود با سیستم تعهد تخییری ممکن نیست، زیرا مشخص نیست کدام مال از ملک متعهد خارج و به ملکیت متعهدله در می آید. بنابراین انعقاد بیع به شکل تخییری تنها به صورت تعهد به فروش امکان پذیر خواهد بود. در این حالت، تعهد با تمام شرایط صحت خود واقع شده است»

و صرفاً تعیین موضوع از میان چند موضوع معلوم به اختیار یکی از طرفین یا ثالث گذاشته شده است و پس از این مرحله است که انتقال مالکیت صورت می پذیرد. چنانکه گفته شده است: «تعهد به فروش یکی از دو قطعه فرش، برخلاف 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. هرچند مورد حقیقی انتقال، در فروش یکی از دو چیز، حق مالکیت یکی از دو است نه خود یکی از آن دو، لیکن از آنجا که عرف حق مالکیت شیء را با خود شیء یکی می داند، خود شیء را مورد انتقال تلقی می کند. (شهیدی، ۱۳۹۰: ۳۰۶)

علاوه بر دلایل مذکور، بر صحت تعهدات تخییری به ادله دیگری نیز می توان استناد نمود.

۱-۲-۲. تمسک به عموماً

برای صحت تعهدات تخییری می توان به عموماً موجود در فقه، همچون «أوفوا بالعقود»^۱، «المؤمنون عند شروطهم»، «لا یحل مال امرء الا عن طیب نفسه»، «...تجارة عن تراض» و... استناد نمود. (نوری، ۱۴۱۱: ۳۰۰) بنابراین اصل بر صحت تعهدات تخییری بوده و بطلان و فساد آن نیازمند دلیل است. همین اصل و معیار در ماده ۱۰ قانون مدنی نیز گنجانده شده و قانونگذار توافق طرفین را مادامی که مخالف نص قانون نباشد، محترم شمرده است.^۲ لذا به نظر می رسد با نگاه کلی به عموماً مذکور و با توجه به اصل آزادی اراده افراد، که مورد توجه شارع مقدس بوده است و با عنایت به روش و منش شارع در باب معاملات که تأیید عرف و بنای عقلا و متشرعین است، این نتیجه حاصل می شود که قراردادهای ناشی از اراده طرفین مادامی که صریحاً مورد نهی شارع مقدس نباشد، صحیح بوده و اصل بر صحت این گونه قراردادها می باشد. این مطلب را می توان از عموماً مذکور نیز استفاده نمود، که بیانگر این است که روش شارع متعال در معاملات بر این است که تا حد امکان از آزادی ارادی افراد حمایت کند و بر عقود و معاملات ایجاد شده صحه بگذارد و از فروپاشی آنها جلوگیری نماید. لذا بطلان تعهدات تخییری نیازمند دلیل است و همانطور که بررسی شد، ادله بطلان تعهد تخییری ضعیف است.

۲-۲-۲. موارد مصداقی تعهدات تخییری

در فقه امامیه، مشهور فقها در برخی موارد، علی رغم اینکه موضوع مشتمل بر دو ایجاد دو موضوع یا بیشتر در تعهد است و از مصداق تعهدات تخییری است، حکم به صحت آن داده اند.

۱-۲-۲-۲. اخذ بالسوم

۱. مائده/ ۱: «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود...».

۲. ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می دارد: «قرارداد های خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

«سوم» عبارتست از عرضه کردن کالا و ذکر ثمن از طرف فروشنده و درخواست فروش از خریدار. کسی که کالا را از دست بایع یا از دکان او بر می دارد و در اختیار خود برای آزمایش و تصمیم گیری می گیرد تا بعداً وارد مذاکره برای خرید آن شود، آن تصرف را اصطلاحاً اخذ بالسوم گویند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۰۸/۱)

مشهور فقها معتقدند که ید اخذ بالسوم، ید ضمانی است. «اخذ بالسوم» را مشمول قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» می دانند و عموم قاعده ید را به اخذ بالسوم نیز تسری می دهند. (نجفی، ۱۴۱۱: ۷۳/۳۷؛ حلی، ۱۴۰۵: ۷۴۶/۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ۴۸۸/۳)

در حقوق نیز حقوقدانان به تبعیت از مشهور فقها، ید اخذ بالسوم را ید ضمانی می دانند، حتی اگر ثابت کند تلف یا نقص در اثر حادثه خارج از اداره شخص بوده است؛ زیرا فروشنده کالا را به این شرط به خریدار تحویل داده است که یا از عهده ثمن آن برآید و یا آن را عیناً مسترد کند. (امامی، ۱۳۶۶: ۱۷۰/۲) اخذ بالسوم که خریدار احتمالی به بازگرداندن اصل کالا یا بهای آن (به انتخاب خود) متعهد است، از مصادیق شایع تعهد تخیری در معاملات است.

۲-۲-۲. تخیر در باب اجاره

تعهد تخیری در اجاره نیز مطرح است. در اکثر کتب فقهی و در باب اجاره فرعی مطرح می شود که ناظر بر تعهدات تخیری و وجود موضوعات متعدد در تعهد است. در این کتب آمده است که: «اگر در عقد بین مستاجر و اجیر بیاید که 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 مشهور فقها معتقدند که هر دو کار و اجرت آنها معلوم است و آنچه واقع می شود یکی از آن دو است و غرری ایجاد نمی شود. این نظریه بر این استدلال استوار است که هر دو عمل با هر دو اجرت برای طرفین معلوم است. (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳۳۵؛ محقق حلی، ۱۴۱۲: ۴۱۵)

همچنین در فرع دیگر، اگر 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»، برخی بر صحت این نوع تعهدات تخیری حکم نموده اند. (حلی، ۱۴۰۸: ۱۴۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۶۵) در مقابل، فقهای دیگر با انصراف از اطلاق عقد اجاره و تفسیر عقد واقع شده به جعاله، حکم به صحت آن داده اند. (مغنیه، ۱۳۷۱: ۲۷۶/۳؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۱۰۶/۷) یکی دیگر از فقها به رغم عقیده اولیه بر صحت عقد مذکور، در ادامه با عدول از دیدگاه خود آن را به عنوان جعاله می پذیرد. (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳۳۵/۴) عده ای نیز به استناد غرر به صراحت، حکم به بطلان عقد نموده اند. (حلی، ۱۴۲۳: ۱۲۹) تحلیل دیگر آن است که فرض اجاره برای دو عمل در مقابل دو اجرت، دو اجاره مستقل است؛ در اینجا فرد مرددی وجود ندارد تا فاقد قابلیت اجاره باشد؛ زیرا مقصود هر دو آنها است و نه یکی از آن دو. چنین اجاره ای غرری نیست و آنچه از عقد اجاره فهمیده می شود 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 می شود؛ لذا عقد اجاره با دو اجرت صحیح است. (مراغه ای، ۱۴۲۹: ۳۱۷)

به نظر می رسد اولاً، وجود غرر در مورد اجاره و منفعت منتفی است؛ زیرا موضوع، مجهول نیست تا غرر را نتیجه دهد؛ (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰۹) همچنین شهید ثانی در ابتدای نظر خود آورده هر دو فعل و اجرت معلوم هستند و عمل دیگری در فرض مسأله متصور نیست. (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳۳۴) بنابراین استناد به غرر در بطلان این گونه عقود صحیح نیست. در تأیید 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: ۵۶۸) ثانیاً، اگر چه تحلیل عقد به دو اجاره مستقل و پذیرش اجاره 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 یادشده برای فرار از چنین ایرادی، عقد را به دو اجاره تحلیل می نماید تا هر یک از اجاره ها 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 (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵۱) و در صورت عدم اثبات، همانطور که گفته شد، با تکیه بر اصل جواز و صحت و عموم «أوفوا بالعقود» این اجاره صحیح است. (الهویی نظری، ۱۳۹۱: ۲۵۳)

۳-۲-۲. تخیر ثمن در بیع نقد و نسیه

مشهور فقهای امامیه، فرض دو گانه بودن ثمن را به علت تردید در ثمن باطل می دانند؛ (حلی، ۱۴۲۳: ۱۲۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰۴) مانند آنکه قیمت کالایی در فرض نقد بودن آن، صد هزار تومان و در صورت پرداخت در ظرف زمانی مشخصی در آینده، صد و بیست هزار تومان تعیین شود. در مقابل گفته شده است که با توجه به ادله عقلیه و نقلیه، صحت عقد خالی از وجه نیست؛ چراکه غرری در اینجا متصور نبوده؛ لذا باید عقد را صحیح دانست. (موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ۵۰۳؛ شهیدی تبریزی، ۱۴۲۸: ۶۰۲)

در این مورد دیدگاه اخیر قابل پذیرش است، چراکه اولاً همانطور که گفته شد، تردید در میان مبیع یا ثمن فی نفسه موجب بطلان عقد نمی گردد، مگر آنکه تفاوت در عوضین وجود داشته و ایجاد خطر و ضرر نماید. در این فرض علی رغم تفاوت قیمت نقد و نسیه، عرفاً مال نسیه گران تر از نقد به فروش می رود و میزان اجل در ارزش ثمن مؤثر است؛ لذا تفاوت در قیمت ناشی از وجود زمان در پرداخت دو نوع عقد نقد و نسیه است و به همین دلیل گفته اند: «للاجل قسط من الثمن». (شهیدی تبریزی، ۱۴۲۸: ۲۳۱) ثانیاً، در مورد 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 نمی رساند و ثمن در هر دو حالت نقد و نسیه، معین است. (موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ۵۰۳) نتیجه آنکه، تردید در

عوضین با حدود و ثغور مذکور، یا در تردید در موضوع تعهد فی نفسه نمی تواند موجب بطلان معامله و تعهد گردد، مگر آن که تفاوت فاحش وجود داشته باشد و به غرر به معنایی که بیان شد، منتهی گردد. (الهویی نظری، ۱۳۹۱: ۲۵۳)

نتیجه گیری

در پژوهش حاضر به دلایل اعتبار تعهدات تخییری پرداخته شد. در فقه امامیه، غرری بودن نمی تواند مانع مشروعیت تعهدات تخییری شود؛ چرا که در تعهدات تخییری غرری وجود ندارد. در حقوق نیز اعتبار تعهدات تخییری منافاتی با ماده ۱۹۰ قانون مدنی ندارد؛ زیرا موضوع تعهد معلوم و معین است. از طرفی عمومات موجود در فقه و حقوق دلالت بر اعتبار اینگونه تعهدات دارند.

از آنچه گفته شد مشخص می شود عدم ذکر عنوان تعهد تخییری در قانون مدنی، دلیل بر عدم اعتبار آن نبوده و مصادیقی از اینگونه تعهدات در قانون مدنی و فقه امامیه مشاهده می گردد. با توجه به گسترش فعالیت های تجاری و اقتصادی، وجود چنین تعهداتی بیش از پیش احساس می شود؛ چنانکه سایر کشورها به اهمیت این امر پی برده و تعهدات تخییری را در چارچوب قوانین خود گنجانده اند.

به نظر می رسد در صورت شناسایی و تدوین قواعد تعهد تخییری در قانون مدنی شاهد گسترش و تسهیل این نوع تعهد در روابط حقوقی افراد جامعه خواهیم بود. اگرچه قواعد عمومی تعهدات، بر تعهدات تخییری نیز حاکم است، اما در برخی از فروض همانند تلف موضوع و یا جبران خسارت، تفاوت هایی وجود دارد که این تفاوت ها قواعد خاص خود را ایجاب می کند. تعیین قواعد حاکم بر تعهدات تخییری می تواند در شناخت دقیق تر برخی از نهادهای مشابه مانند اجاره به شرط تملیک، وجه التزام و... نیز موثر باشد.

در پایان پیشنهاد می شود قواعد مربوط به تعهدات تخییری در حقوق مدنی ایران، شناسایی و تدوین شود تا گسترش اینگونه تعهدات، منجر به تسهیل روابط حقوقی و تجاری افراد جامعه گردد.

منابع

۱. قرآن کریم.
۲. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، سوم، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴.ق.
۳. اراکی، محمد علی، *کتاب البیع*، اول، قم، موسسه در راه حق، ۱۴۱۵.ق.
۴. اسکافی، ابن جنید، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، اول، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶.ق.

۵. اصفهانی کمپانی، محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب، اول، قم، محقق، ۱۴۱۸ ق.
۶. الهویی نظری، مهدی، مطالعه تطبیقی نهاد تعهد تخیری، مجله حقوق دادگستری، شماره ۷۹.
۷. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، سوم، تهران، اسلامی، ۱۳۶۹ ش.
۸. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ مرتضی انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق.
۹. بحرانی، یوسف، حدائق الناضره، اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۰. بهرامی احمدی، حمید، کلیات عقود و قراردادها، دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۱. جبعی عاملی، زین الدین محمد (شهید ثانی)، مسالک الافهام، اول، قم، موسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۴ ق. ۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات، سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۱۳. همو، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۱۴. همو، محمد جعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و حقوق تجارت، اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۱۵. حائری طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل، اول، قم، موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۶. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، اول، قم، موسسه آل البيت، ۱۴۰۶ ق.
۱۷. حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه، اول، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۸. حلی، ابوالقاسم نجم الدین (محقق حلی)، شرایع الاسلام، دوم، تهران، استقلال، ۱۳۷۷ ش.
۱۹. حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، دوم، قم، بوستان کتاب، ۱۴۲۳ ق.
۲۰. همو، تذکره الفقها، اول، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۲۱. همو، قواعد الاحکام، اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۲۲. خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، دوم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۴ ش.
۲۳. همو، المستند فی شرح العروه الوثقی، اول، قم، موسسه نشر اسلامی، بی تا.
۲۴. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، چهارم، قم، قلم، ۱۳۹۵ ش.

۲۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، اول، سوریه، دار العلم الشامیه، ۱۴۱۲ ق. ۲۶. سنهوری، عبدالرزاق، *دوره حقوق تعهدات*، قم، انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۸ ش.
۲۷. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، سوم، تهران، حقوقدان، ۱۳۷۷ ش.
۲۸. همو، *حقوق مدنی*، دوم، تهران، حقوقدان، ۱۳۹۰ ش.
۲۹. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هدایه الطالب الی اسرار المکاسب*، دوم، تبریز، دار الفقه، ۱۴۲۸ ق.
۳۰. عمید، حسن، *فرهنگ عمید*، اول، تهران، امیر کبیر، ۱۳۷۴ ش.
۳۱. قیم، عبدالنبی، *فرهنگ معاصر عربی - فارسی*، تهران، فرهنگ معاصر، ۱۳۸۱ ش.
۳۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، اول، تهران، بهنشر، ۱۳۶۸ ش.
۳۳. همو، *نظریه عمومی تعهدات*، اول، تهران، یلدا، ۱۳۷۴ ش.
۳۴. همو، *قانون مدنی در نظم کنونی*، اول، تهران، دادگستر، بی تا.
۳۵. کرکی، علی بن الحسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد*، دوم، قم، موسسه آل البیت، ۱۴۱۴ ق.
۳۶. مراغه ای، میر فتاح، *العناوین*، سوم، قم، اسلامی، ۱۴۲۹ ق.
۳۷. مظفری، خدیجه، *تعهد تخیری*، اول، تهران، مجد، ۱۳۹۴ ش.
۳۸. مغنیه، محمد جواد، *فقه امام جعفر صادق*، دوم، قم، موسسه انصاریان، ۱۳۷۱ ش.
۳۹. مقدس اردبیلی، *مجمع الفوائد و البرهان*، سوم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۴۰. مکی عاملی، محمد (شهید اول)، *المعه الدمشقیه*، اول، قم، کتابفروشی داوری، بی تا.
۴۱. موسوی خمینی، روح الله، *البیع*، سوم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۴۲. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، دهم، بیروت، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۴۳. نراقی، احمد، *عوائد الایام*، اول، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۴۴. نوری، میرزا حسن، *مستدرک الوسائل*، اول، قم، موسسه آل البیت، ۱۴۰۸ ق.
۴۵. وحدتی شبیری، سید حسن، *مجهول بودن مورد معامله*، اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۹ ش.