فصلنامه علمی اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره سی و هشتم، بهار ۱۴۰۱- صفحات ۱۷۸-۱۵۹

مفهوم و شرایط اجرای جایگزین تعهدات قراردادی در ایران و اسناد نوین بین‌المللی

نوع مقاله: پژوهشی

بهمن کریمی گلنار[۱]
ابراهیم شعاریان ستاری[۲]
عیسی امینی[۳]

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۹/۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۱/۲۵

چکیده

رویکرد اسناد نوین بین‌المللی همچون DCFR، PELC، OHADA، UPICC، CISG در اجرای تعهدات، افزایش احتمال و شانس ایفای تعهد از سوی متعهد با پذیرش تعهدات متعدد و امکان انتخاب یک تعهد از سوی متعهد یا متعهدله برای اجرای تعهد است و بنظر این همسویی در کارکردی تحت عنوان اجرای جایگزین تعهدات قراردادی قرار می‌گیرد. اما این تعهدات متعدد همان نهاد تعهد تخییری است که در بیشتر کشورهای اروپایی تا عربی قدمتی کهن داشته و اکنون در اسناد نوین به عنوان اجرای جایگزین سربر آورده است. منتهی اجرای جایگزین در قانون ایران با مانع بطلان در عدم تعیین و ابهام مورد معامله روبرو می‌شود که بنظر می‌رسد از این شروط صحت، برداشت درستی صورت نگرفته است. هرچند با تحلیل محتوا و مقایسه آن با مفهوم مشابه همچون معامله جایگزین و لحاظ شرایطی همچون قابلیت تنوع و تعدد در موضوع تعهد و چگونگی اختیار تعیین در اجرای تعهد می‌توان به صحت و اصالت نهاد اجرای جایگزین تعهدات یا تعهد تخییری دست یافت. فارغ از اینکه همگامی اقتصاد و حقوق نیز به این نگاه جدید ضرورت می‌بخشد.

کلمات کلیدی: اجرای جایگزین تعهد، تعهد تخییری، معامله جایگزین، اختیار اجرای تعهد
طبقه‌بندی JEL: K12

---

[۱] گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
bahmankarimi.attorney@gmail.com
[۲] گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه دولتی تبریز، ایران (نویسنده مسئول)
e_shoarian@tabrizu.ac.ir
[۳] گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
E.Amini@iauctb.ac.ir

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

مقدمه

قانون مدنی ایران به تأسی از فقه اسلامی و نظام های غربی علی رغم وجود قواعد عمومی نسبتاً مشروح و مخصوص در بخش انعقاد و ایجاد قرارداد (مواد ۱۸۳ الی ۳۰۰) ، در حل موانع و مشکلات پیش روی اجرای تعهدات قراردادها با اثر ویژه اقتصادی کاملاً راهگشا نیست و نیاز اقتصاد امروز نیز بر این ناتوانی می‌افزاید. در حالیکه دیگر جوامع بتازگی در اسناد نوینی همچون اصول قراردادهای اروپا (PECL)، طرح چارچوب مشترک مرجع (DCFR)، کنوانسیون بیع بین‌المللی (GISG)، مقررات OHADA، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (UPICC) و اصلاحات در قانون تعهدات فرانسه نه تنها به اراده آزاد طرفین قرارداد به عنوان راه حل کامل نگاه نکرده‌اند، بلکه با توجه به واقعیت اقتصادی با ایجاد طرق و روش های مختلف اجرای قرارداد و تعهدات ناشی از آن، از بن بست عدم اجرا خارج شده اند. اجرای جایگزین تعهدات قراردادی خود نمونه بارزی از این روش هاست. بطوریکه در متون بیشتر کشورها از قدیم تحت عنوان تعهدات تخییری مطرح بوده و اکنون اسناد نوین از آن در بخش اجرای تعهد استفاده نموده اند. اجرای جایگزین تعهدات قراردادی پذیرش تعهدات متعدد در یک قرارداد را میسر و اجرای یکی از آنها به انتخاب متعهد یا متعهدله را برای هدف قرارداد و موضوع تعهد تسهیل می‌کند و در واقع احتمال وصول دین و تعهد برای متعاقدین بیشتر می‌شود. البته که همه تعهدات موجود حتی قبل از انتخاب بایستی مشروع و مقدور باشند و فرض حق انتخاب با متعهد بوده که قابل تراضی خلاف است. لیکن اجرای جایگزین یا تعهد تخییری در قانون ایران مورد پذیرش یا نهی مستقیم قرار نگرفته و تا به اکنون نیز به دلیل تصور مخالفت با شرایط صحت عقد، معلوم و معین بودن مورد اقبال نیست. درحالیکه در تعهدات تخییری، تعهدات معین بوده و متعهد یا متعهدله از میان یکی از آنها تعهد را ایفا می‌کند و در واقع ابهام و تردیدی در بین نیست. هرچند بنظر در قانون ایران تردید و ابهام مانع اثر حقوقی است و نه معین بودن به معنی صرف آن، کمااینکه بنظر وصف معین بودن ترجمانی ناصحیح از منبع فرانسوی می‌تواند باشد و مهم وجود موضوع عقد است. از اینرو در این پژوهش با بررسی اسناد نوین بین‌المللی همگام با اشاره به قوانین داخلی برخی کشورها و مقایسه با قانون ایران در کنار ذکر شرایط و اوصاف ویژه آن به دنبال تبیین پذیرش نهاد حقوقی تعهد تخییری و اجرای جایگزین تعهدات هستیم. کما اینکه این نتیجه گیری می تواند موجب افزایش احتمال اجرای تعهدات و به بار نشستن اثرات اقتصادی آنها باشد. امریکه بطور مشترک در فقه و حقوق اسلامی تا اسناد نوین طرفداران فراوان داشته و دارد.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

۱. مفهوم اجرای جایگزین[1] در اسناد نوین بین‌المللی

تعریف و مفهوم اجرای جایگزین تعهدات در مقررات اسناد نوین دیده می‌شود. بطوریکه در اصول حقوق قراردادهای اروپا[2] در ماده ۷:۱۰۵ در باب اجرای تعهد آمده است که: ۱) هنگامی که تعهد می‌تواند به طریق یکی از اجراهای جایگزین ایفا شود. انتخابات با طرفی است که باید تعهد را اجرا نماید مگر آن که اوضاع و احوال بر خلاف آن دلالت کند یا در ماده ۲:۱۰۵ از کتاب سوم چارچوب مشترک مرجع[3] منعکس است که: ۱) زمانی که مدیون (متعهد) ملتزم به اجرای یک یا دو یا چند تعهد است یا تعهد با یک یا دو یا چند روش اجرا می‌شود. این انتخاب با متعهد است مگر اینکه شروط تنظیم‌کننده و تعهدات طور دیگری مشخص شده باشد. کنوانسیون بیع بین‌المللی[4] هم متضمن حکم مشابهی درخصوص اجرای جایگزین است و در ماده ۶۵ کنوانسیون قراردادهایی را تحت پوشش قرار می‌دهد که طبق آن تعیین مشخصات جزئی کالا به فعل یکجانبه بعدی خریدار محول شده است. بدین توضیح که به دلایل مختلف ترجیح می‌دهد که در زمان انعقاد قرارداد برخی از مشخصات کالا را تعیین ننماید تا متعاقبا بتواند آن را مطابق با نیازهای واقعی تجاری خود مشخص سازد (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۵: ۷۴۳). این اجرای جایگزین و یا التزام به اجرای یک تعهد از میان چند تعهد، در واقع بهره‌گیری از قواعد نهاد حقوقی تبیین شده‌ای است که در حقوق کشورهای متعدد به قدمت حقوق تعهدات ایشان سن و سال دارد و ما آن را تعهد تخییری می‌دانیم. چرا که در تعهد تخییری وجود تعهدات متعدد و اختیار اجرای یکی از آن برای برائت ذمه متعهد سهل‌ترین امر در اجرای تعهدات قراردادهاست. لیکن در اسناد نوین همانطور که به دنبال وام دار بودن آن به حقوق کشور خاصی نبودند. سعی شده است از قواعد تسهیل‌کننده کشورها بدون التزام به تمام چارچوب آن قواعد استفاده شود تا بتوان به نتیجه مطلوب رسید. در بخش سوم از فصل ۱۰ مقررات OHADA نیز تعهد تخییری یا اجرای جایگزین مورد شناسایی قرار گرفته است. طبق ماده ۱۰/۱۷[5]، تعهد تخییری تعهدی است که دارای دو موضوع به عنوان تعهد اصلی است. به نحوی که با اجرای هر یک از آن‌ها، متعهد به طور کامل بری می‌شود. اجرای جایگزین یا همان تعهد تخییری تقریباً در حقوق تعهدات فرانسه از دیگر کشورها قدمت بیشتری دارد. تعهد تخییری در ماده ۱۳۰۷ (ماده ۱۱۸۹ سابق) آن است که موضوعات متعددی داشته باشد و اجرای یکی از موضوعات موجب

1 Alternative Performance
2 Principles of European Contract Law
3 Draft Common Frame of Reference
4 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods
5 Art 10/17 . An alternative obligation is one which has two principal undertakings as its object, the performance of either of which releases the obligor for the whole.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

برائت ذمه متعهد شود.[1] در حقوق آلمان نیز در ماده ۲۶۲ الی ۲۶۶ درخصوص تعهدات تخییری مقررات مشابه‌ای وضع شده است و همچنین در دیگر کشورهای اروپایی همچون ایتالیا (۱۲۸۶)، یونان (۳۰۶)، دانمارک (۱،۳۷) حقوق انگلستان (۶۷۱) و هلند (۶،۱۹) تعهد تخییری و شرایط حق انتخاب بیان شده است(PECL, comments,Article,7:105). یا می‌توان تعهدات تخییری را تقریبا در تمام حقوق کشورهای عربی اعم از مصر و غیره به صراحت مشاهده نمود (مصر ۲۷۵، لیبی ۲۶۲، عراق ۲۹۸، لبنان ۵۶ و سوریه ۲۷۵) (به نقل از مظفری، خدیجه، ۲۱۴:۱۳۹۴). اجرای جایگزین با ایجاد شرایطی در تنوع و تعدد در موضوعات تعهد و اعمال حق انتخاب برای یکی از طرفین به ویژه متعهد اجرای تعهد را محتمل‌تر می‌کند. اجرای جایگزین در اسناد نوین در فرضیکه تعهد می‌تواند به طریق یکی از اجراهای جایگزین ایفا شود و یا فرض قصد طرفین از تعهدات همسان چنین باشد، ایجاد می‌شود و قابل تصور است. چرا که در مواد متعددی بدون اینکه به وجود توافق یا قراردادی سابق اشاره شود، اجرای جایگزین را به عنوان راه حل در بخش اجرای تعهدات قراردادی بیان نموده‌اند.[2] بدین شکل اجرای جایگزین جایگاه خود را از نوع خاصی از توافق یا تعهدات متعدد به روش اجرای تعهد با قابلیت تطبیق با بیشتر تعهدات قراردادی پیدا می‌کند.

- تمایز اجرای جایگزین از مفهوم مشابه در اسناد نوین بین‌المللی

- معامله جایگزین[3]

در اسناد نوین بین‌المللی معامله جایگزین در متون مختلف پیش بینی شده است. بطور مثال در ماده ۹:۵۰۶ اصول اروپایی در خصوص مطالبه خسارت نقض تعهد آمده است که "در صورتی که طرف متضرر به قرارداد خاتمه داده باشد و در مدتی متعارف و به طریقی معقول معامله ای جایگزین را منعقد نموده است، می‌تواند تفاوت مبلغ قرارداد و مبلغ معامله جایگزین را بعلاوه خسارات دیگری را تا حدی که به موجب مقررات این گفتار قابل مطالبه باشد، وصول نماید.

انجام معامله جایگزین وفق مواد ۷۵ و ۷۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی و ماده ۹:۱۰۱ اصول اروپایی و ماده ۳:۳۰۱ چارچوب مشترک مرجع و ماده ۲-۲-۷ اصول یونیدغوا منوط به حدوث شرایطی است. اولین شرط حدوث شرایط معامله جایگزین بر هم خوردن عقد اصلی و فسخ آن است. به موجب ماده ۷۵ کنوانسیون، ابتدا لازم است فسخ قرارداد اولیه که توسط متعهد نقض

---

[1] Art. 1307. An obligation is alternative where it has as its subject-matter more than one act of performance and the debtor is discharged by the performance of one of these acts.

[2] اجرای جایگزین در کتاب سوم چارچوب مشترک مرجع تحت عنوان تعهدات و مسولیت و حقوق ناشی از آن آمده است و در حقوق قراردهای اروپا نیز در فصل هفتم زیر مجموعه اجرای تعهد ذکر شده است.

[3] Substitute transaction

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

گردیده، اعلان و سپس خرید یا فروش جایگزین محقق شود. به دیگر سخن، معامله جایگزین به دنبال فسخ قرارداد اولیه واقع می‌شود. وصف جایگزینی وقتی مصداق می‌یابد که وجود قرارداد اولیه منتفی شود. علی القاعده این فسخ است که عدم اجرای آن را نمایان می‌کند(بهمنی محمد، ۱۳۸۶: ۵۲). دیگر شرط ایجاد معامله جایگزین متعارف بودن معامله جایگزین است. بدین شکل که قراردادی که به منظور جبران قرارداد اولیه منعقد می‌شود، بایستی مشابه قرارداد اصلی باشد. به عبارت دیگر، قرارداد جایگزین از حیث ارزش و یا جنس آنچنان به موضوع قرارداد اصلی نزدیک باشد که بتوان آن را یک معامله جایگزین متعارف تلقی نمود (شعاریان، ترابی، ۱۳۹۱: ۳۵۱). فسخ قرارداد اولیه مهم‌ترین نقطه تفاوت معامله جایگزین با اجرای جایگزین است. چراکه اجرای جایگزین به منزله ادامه حیات قرارداد و رسیدن به هدف انعقاد آن می‌باشد. ولی در معامله جایگزین باید قرارداد اولیه فسخ شود تا بتوان به روش معامله جایگزین جبران خسارت[1] نمود. چونکه معامله جایگزین همانطور که در کنوانسیون بیع بین‌المللی آمده است در بخش ناظر بر خسارات قید شده است و در واقع از روش‌های جبران خسارت نقض تعهد است. منتهی مراتب اجرای جایگزین جبران خسارت نبوده و اجرای تعهد معهود در قرارداد است و از اینرو هیچگونه شباهتی بین ایشان وجود ندارد. هرچند از حیث شرایط معامله جایگزین و چگونگی اجرای آن تفاوت های دیگری همچون حق انجام معامله جایگزین تنها برای متعهدله آنهم با شخص ثالث و تنها مطالبه بهای کالا از متعهد قرارداد فسخ شده، بین معامله جایگزین و اجرای جایگزین می‌توان بر شمرد. کما اینکه در اجرای جایگزین فرض اصلی این است که متعهد می‌تواند با انتخاب موضوع تعهد یا تغییر روش اجرا به اجرای جایگزین تعهد دست یابد. ولی در معامله جایگزین موضوع تعهد یا موضوع قرارداد جایگزین نمی‌شود بلکه درواقع قرارداد اصلی با قرارداد دیگری جایگزین می‌شود. که این جایگزینی توامان فسخ و رعایت عرف بایستی باشد.

۲. مفهوم اجرای جایگزین در حقوق ایران

همانطور که در شناسایی مفهوم اجرای جایگزین در اسناد نوین بین‌المللی بیان شد، اجرای جایگزین همان تعهد تخییری سنتی مدون شده در حقوق داخلی کشور ها است. تعهدی که موضوعات آن متعدد است و با اجرای یکی از آنها تعهد ایفا شده تلقی و متعهد بری الذمه و متعهدله

[1] UPICC: ARTICLE 7.4.5 (Proof of harm in case of replacement transaction) Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a replacement transaction within a reasonable time and in a reasonable manner it may recover the difference between the contract price and the price of the replacement transaction as well as damages for any further harm.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

نفع تعهد قراردادی خود را دریافت می‌کند. پس بدین معنی بایستی نهاد حقوقی تعهد تخییری در حقوق ایران را مورد بررسی قرار داد.

۲-۱. شناسایی و تعریف تعهد تخییری

تعهد تخییری به فرضی گفته می‌شود که تعهد یکی است با دو یا چند موضوع، اما تنها اجرای یکی از آن موضوع‌ها برای وفای به عهد کافی است و این تعهد را به اعتبار اختیار متعهد در انتخاب یکی از موضوع‌ها «تخییری» می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۵۶). با توجه به تعریف می‌توان گفت تعهد تخییری، تعهدی است که موضوع آن دو یا چند چیز در عرض یکدیگر است و فقط انجام یکی از موضوعات مدنظر بوده و با انجام یکی از آنها وفای به عهد صورت می‌گیرد و متعهد بری الذمه می‌شود. بسته به توافق طرفین یا نص قانون، حق انتخاب یکی از موضوعات ممکن است با متعهد یا متعهدله باشد. البته وصف تخییری تنها مربوط به مرحله پیش از گزینش است و با انتخاب موضوع تعهد، تعهد تخییری به تعهدی بسیط (ساده) مبدل می شود. هدف عملی تعهد تخییری این است که بر احتمال پرداخت دین افزوده شود و بدهکار نیز با انتخاب موضوعی که بیشتر در دسترس او است ساده‌تر به عهد خود وفا کند. برای طلبکاران این فایده را نیز دارد که، با از بین رفتن یکی از چند موضوع معهود، تعهد بدون محل باقی نمی‌ماند. یعنی تا زمانی که یکی از محل های پرداخت باقی است تعهد نیز به جای می‌ماند و در آخرین مرحله حق انتخاب مدیون از بین می رود (کاتوزیان، ناصر، ۱۵۷:۱۳۹۱). چراکه با مخیر بودن متعهد و حق انتخاب او از بین موضوعات متعدد می‌تواند ساده تر به عهد خود وفا می‌کند. درصورتیکه متعهدله صاحب این اختیار باشد، این فایده را دارد که اگر یکی از موضوعات از بین برود یا قابلیت اجرا را از دست بدهد، موضوع دیگر لازم الاجرا می‌گردد و تعهد عقیم نمی‌ماند و در آخرین مرحله در صورتی که فقط یک موضوع باقی مانده باشد تنها حق انتخاب مختار از بین خواهد رفت و تعهد و به واسطه آن قرارداد منبع تعهد به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد.

۲-۱-۱. نفوذ و اعتبار تعهد تخییری، اجرای جایگزین تعهدات قراردادی

موضوع قابل تامل، صحت و اعتبار تعهد تخییری یا اجرای جایگزین تعهدات قراردادی در نظام حقوقی ایران است. پرسش این است که چگونه تعهدات تخییری یا پذیرش موضوعات متعدد در تعهدات قراردادی با معین بودن موضوع معامله و تعهد، قابل جمع است؟ چونکه در حقوق ایران موضوع معامله علاوه بر این که باید معلوم باشد(یعنی مجهول نباشد) حسب بند ۳ ماده ۱۹۰

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

قانون مدنی باید معین نیز باشد (یعنی مردد نباشد) و التزام به یکی از دو امر به نحو تردید باطل است. لذا ممکن است گفته شود که در تعهد تخییری، ابهام و تردید وجود دارد. ابهام از این جهت که معلوم نیست مدیون کدام را بر می‌گزیند و تردید از این لحاظ که هنگام تعهد نه متعهدله به تعیین می‌داند که موضوع تعهد چیست و نه متعهد، جازم در انتخاب موضوعی است که باید اجرا کند (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۱: ۱۶۰) در نتیجه چنین تعهداتی مغایر حکم بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی بوده و باطل است. اما آیا واقعا تعهد تخییری یا حداقل برخی از مصادیق آن همواره مشمول حکم مندرج در بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی می باشند یا این که باید از این ظهور دست کشید و این سختگیری را تعدیل نمود.

از این‌رو بایستی چند مطلب را تبیین نمود. ابتدا اینکه مفهوم معین بودن چیست؟ دوم اینکه غرر در تخییر چقدر موثر است؟ و در آخر مهمتر از همه اینکه بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. دلالتی بر معین بودن مورد معامله دارد!!!؟. همانطور که می‌دانیم مال مورد معامله از حیث مفهوم می‌تواند به کلی، کلی در معین و عین معین تقسیم شود (امامی، ۴۲۵:۱۳۶۹- شهیدی، ۳۲۲:۱۳۷۷). از سوی دیگر مال مورد معامله نیز از حیث اوصاف مهم آن به مال مثلی و قیمی تقسیم می‌گردد. مطابق ماده ۹۵۰ قانون مدنی، مال مثلی مالی است که اشباه و نظایر آن نوعا زیاد باشد مثل شکر، پول. لذا از آنجا که دو آپارتمان یا دو اسب سواری نمی‌توان یافت که از هر حیث شبیه باشند مال قیمی است. پس به این ضابطه‌ی کلی می‌رسیم که مال مثلی می تواند به صورت کلی فی‌الذمه یا کلی در معین یا عین معین، مورد معامله واقع شود، اما مال قیمی منحصرا باید به صورت معین معامله گردد، والا معامله باطل است(امامی، ۴۲۵:۱۳۶۹- شهیدی، ۳۲۴:۱۳۷۷). اما اگر ثمن معامله مثلی باشد، تردید در ثمن کلی و کلی در معین منجر به غرر و بطلان نخواهد شد. زیرا فرض بر این است که تمام اموال مزبور از حیث اوصاف و قیمت مساوی هستند ولی اگر ثمن، مال قیمی باشد، باید به صورت عین معامله شود و اگر چنانچه به صورت کلی فی الذمه یا کلی در معین معامله شود تردید در معامله بر آن صدق می‌کند. چون فرض بر این است که اموال قیمی منحصر و متفاوت از سایر اموال مشابه می‌باشند و صرفا باید بصورت عین معین معامله شوند. همین حکم موجب گردیده است قانونگذار تعیین مصداق مورد کلی را بر عهده متعهد واگذار نماید[1] (امینی، ۵:۱۳۸۶). در یک مثال ساده خلاف این امر را می‌توان تصور کرد. در فرض مثال صاحب رستوران در برابر پولی که دریافت می‌کند، طرف قرارداد را محق می سازد از اقسام غذاهایی که وجود دارد و مثلی نیز به شمار نمی‌رود به میل خود یکی را برگزیند. ضرورت های اجتماعی و اقتصادی ایجاب می‌کند چنین

[1] چنانچه در ماده ی ۲۷۹ قانون مدنی آمده است: اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از افراد اعلای آن ایفا کند لیکن از فردی هم که عرفا معیوب محسوب است نمی‌تواند بدهد.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

معاملاتی معتبر تلقی شود، به ویژه در عقود عهدی که مسأله تملیک همزمان با انعقاد عقد موضوعیت نمی‌یابد. شاید بتوان احتمال داد معین بودن موضوع معامله شرطی است که عدم رعایت آن بیشتر عقود تملیکی را با اشکال مواجه می‌سازد. زیرا در بیع یکی از دو کالای غیر مثلی، که هنگام انعقاد عقد، مصداق آن روشن نشده است تملیک با اشکال مواجه می‌شود. در پاسخ ممکن است ادعا شود که انتقال مالکیت تا انتخاب مصداق به تاخیر می‌افتد همانگونه که در بیع کلی در معین عمل می‌شود. پس به همان دلیلی که بیع یکی از دو کالای مثلی پذیرفته شده است، به نظر می‌رسد بیع یکی از دو کالای غیرمثلی ولی دارای اوصاف و قیمت معین اشکالی ندارد (شعاریان، ترابی ، ۴۷۷:۱۳۹۳).

منتهی مراتب بنظر برخی آنچه که به نفوذ تعهد در تعهد تخییری می‌تواند صدمه بزند، غرر ناشی از معاوضه است[۱] و نه تعیین فرد موضوع تعهد که قابلیت تعیین برای اجرای آن کافی است(امینی ، ۷:۱۳۸۶). این امر دومین مطلبی است که باید بررسی نمود. غرر در معامله بر شی مردد با فرض تعهد تخییری و اجرای جایگزین حداقل در یک فرض تناسب ندارد. بطوریکه وقتی می‌توان شرط ضمن عقد را به صورت مردد پذیرفت و غرری محسوب نمی‌شود، چرا نتوان تعهد تخییری را که به میزان کافی معلوم است و باعث جهل نیز نمی‌شود، صحیح دانست؟ چون اگر شرط به اندازه کافی معلوم است و باعث جهل به یکی از دو عوض نمی‌شود، چرا نتواند موضوع تعهد اصلی شود؟ زیرا شرط تغییر عوض، جدا از معامله نیست و با یکی از دو عوض و تعادل اقتصادی آن ارتباط نزدیک دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۶۱). فارغ از اینکه به دلیل عدم وجود غرر و معین بودن مشخصات و قیمت موضوعات متعدد، به صحت تعهد تخییری می‌توان قائل بود و میان تعهد مجهول و مردد و آنچه تعهد تخییری نامیده می‌شود، تفاوت وجود دارد؛ زیرا در تعهد مبهم یا مردد، طلبکار به درستی نمی‌داند چه بر ذمه بدهکار است و در مطالبه از او به دشواری می‌افتد. در التزام تخییری، تعهد بر دو یا چند مال با اوصاف و بهای معین است؛ انتخاب‌کننده نیز معلوم است و هیچ ابهام و تردید نامتعارفی باقی نمی‌ماند (همان، ۱۶۰). لیکن بنظر عدم پذیرش صحت تعهد تخییری در اموال مثلی همانند موردی است که به بداهت صحت تعهد به مال کلی در معین تردید شود. چونکه تخییر در اموال مثلی همان تعهد به شی در حکم عین معین است. کما اینکه در خصوص تعهد در مال کلی در معین که عقلا غرر بر شی نامعین از اشیا معین بیش از معامله بر تسلیم شی معین از اشیا معین است و از آنجا که بیع مال کلی پذیرفته شده و تردیدی در صحت ایجاد آن وجود ندارد و حال چگونه است که تعهد تخییری که تعهد به ادای شی معینی است از جمع اشیای معین و فقط

[۱] به روایت مشهور نبوی " نهی النبی عن بیع الغرر" بیع غرری به اجماع فقهای امامیه بطلان است.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

در حین تعهد مشخص و معین نیست که کدام یک از موضوعات انتخاب می‌شوند و بنظر تفاوتی[۱] با تعهد به مال کلی ندارد. چرا که اگر ملاک معین بودن زمان اجرا باشد، در تعهد به مال کلی نیز زمان اجرا مصداق معین و مشخص است، بعید می‌نماید که ذهن حقوق دانان بتواند درستی تعهد تخییری را رد کند.

در اینکه معین بودن و معلوم بودن موضوع عقد دو مقوله متفاوت است، بین نویسندگان توافق وجود دارد. در آخر، منتهی آنچه که صحیح بنظر نمی‌رسد استناد به لزوم معین بودن مورد معامله طبق بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. است. بدون تردید نمی‌توان برای درک صحیح از ماده ۱۹۰ ق.م. به مواد ۴۷۲ و ۶۹۴ آن قانون که هر دو از منابع فقهی اقتباس شده، تمسک نمود و نتیجه گرفت که بند ۳ ماده ۱۹۰ بیانگر معین بودن موضوع معامله است. بند ۳ ماده ۱۱۰۸ ق.م.ف. شرط اعتبار عقد را وجود موضوع برای عقد دانسته است و قانونگذار فرانسه در ماده ۱۱۰۸ در مقام بیان شرایط و ویژگی‌های موضوع قرارداد مانند قابل معامله بودن (ماده۱۱۲۸) و معلوم بودن (۱۱۲۹) نبوده است تا بتوان معین بودن موضوع تعهد را از ماده ۱۱۰۸ استنباط نمود، زیرا بررسی وضعیت حقوقی شرایط موضوع معامله، فرع بر وجود موضوع برای عقد است و به همین سبب است که در طرح اصلاحی آن قانون استفاده نشده و فقط به ضرورت وجود موضوع برای اعتبار قرارداد تصریح نموده اند. با این نگاه بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. هیچ‌گونه دلالتی بر معین بودن مورد معامله ندارد و البته یکی از شرایط اساسی صحت معاملات که در ادبیات حقوقی ما مغفول مانده است، شرط "وجود موضوع" برای اعتبار معاملات است (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۳: ۲۳۵). با این رویکرد نیز اساس استناد مخالفان پذیرش تعهدات تخییری و در واقع اجرای جایگزین تعهدات قراردادی زیر سوال بوده و محل تمسک ایشان واجد اشکال است. چراکه در اجرای جایگزین موضوع تعهد برای اجرا به تعداد وجود دارد و احتمال اجرای تعهد بیشتر از روشها و نهادهای دیگر حقوقی است. منتهی مراتب شرط وجود موضوع عقد به گونه‌ای، فرض اصلی و بدیهی قواعد عمومی قراردادهاست. چراکه در مواد ۲۱۴ الی۲۱۶ ق.م. وجود موضوع عقد با شرایطی چون مال یا عمل بودن، مالیت یا متضمن منفعت

---

[۱]. تفاوت‌هایی که بنظر بین تعهد تخییری و تعهد به مال کلی وجود دارد عبارت است از اینکه در بیع مال کلی در معین موضوع تعهد یک مجوعه متساوی الاجزا ست، در حالی که تعهد به نحو تخییری، چنین شرطی برای موضوعات وجود نداشته و موضوعات تعهد می‌توانند متفاوت باشند. دیگر اینکه تعهد به مال کلی تعهد به دادن چیزی نامشخص از میان اشیایی معین است. درصورتیکه در تعهد تخییری تعهد شخص به ادای شی معینی از جمع اشایای معین است که با یکدیگر خلط نمی‌شوند

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

عقلایی و مبهم نبودن[1] مورد تاکید قرار گرفته است و اگر نگاه قانونگذار در بند ۳ ماده ۱۹۰ مردد نبودن بوده باشد، فرض اگر و شاید را برای تعیین مورد معامله* در مواد ۲۷۸ و ۲۷۹ ق.م. به پیش نمی‌کشید و صحت تردید در تعیین مورد عقد و تعهد را قبل از تعیین مصداق نمی‌پذیرفت.

۲-۲. شرایط متصوره برای اجرای جایگزین تعهدات قراردادی

۲-۲-۱. قابلیت تنوع و تعدد در موضوع تعهد

۲-۲-۱-۱. تنوع در کنار ضرورت هم عرض بودن

نخستین و مهترین شرط تحقق اجرای جایگزین وجود تعدد در موضوع تعهد است. این خصیصه در تعریف اجرای جایگزین با بیان اینکه در قراردادها طرف قرارداد می‌تواند با انتخاب یکی از موضوعات تعهد از میان چند موضوع به اجرای تعهد دست یابد، خودنمایی می‌کند. منتهی مراتب این تعدد می‌تواند صفت تنوع را نیز به همراه داشته باشد. البته هیچ منعی و یا لزومی به همبستگی تنوع در کنار تعدد وجود ندارد. کما اینکه تعدد به تنهایی هم خصیصه اجرای جایگزین را کامل می‌کند. در ماده 7:105 PECL ذکر تعدد اجراهای جایگزین بدون انحصار و اشاره به تنوع و یا هم عرض بودن صورت گرفته است. لیکن در ماده ۲:۱۰۵ DCFR حداقل شرط تنوع بدون اشاره به همعرض بودن مورد تصریح است. همانند موردی که در قراردادی مقرر شده باشد که X بایستی در تاریخ مشخص ۱۰۰۰یورو به Y پرداخت کند یا اینکه نخاله‌های معین از زمین Y را بردارد، تنوع تعهدات مشهود است، لیکن همعرض بودن را با همسان تلقی کردن هزینه جابجایی نخاله‌ها از زمین با مبلغ ۱۰۰۰ یورو می توان استنباط کرد. البته هم عرض بودن تعهدات در قراردادیکه X در قبال Y متعهد به ریشه‌کن کردن یا قطع کردن ریشه‌ها از سطح زمین یا خشکاندن آنها است، کاملا مشخص می‌باشد (DCFR,Comments.p760). مقررات OHADA نیز تنوع در موضوع تعهد را با اشاره به اینکه اگر موضوع تعهد غیرقابل اجرا گردد، موضوعات باقی‌مانده قابل اجرا هستند و این قضیه تا بقای آخرین موضوع تعهد حاکم است، مورد پذیرش دارد (۱۰/۲۰). در حقوق ایران نیز علی رغم اینکه تعهد تخییری مورد پذیرش نبوده است، لیکن در مواردی تعدد تعهدات و همعرض آنها دیده

[1] مبهم نبودن در ماده ۲۱۶ ق.م. با قید داشتن علم اجمالی طرفین عقد مورد تخصیص قرار گرفته است و در واقع فرضی که طرفین عقد به موضوع عقد و تعهد علم اجمالی داشته باشند مبهم بودن آن تاثیری در صحت عقد ندارد. منظور از ابهام در این ماده نیز منصرف به اوصاف مورد عقد و تعهد بوده که در مواد دیگر قانون مدنی مجددا مورد تاکید قرار گرفته است(بطور مثال مواد ۳۵۱،۳۵۳،۳۵۵،۴۷۲،۵۶۳،۵۶۳،۵۶۴،۵۹۴).

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

می‌شود. بطور مثال شوهر مکلف به انفاق زن است: می‌تواند مسکن و غذا و لباس در اختیار او گذارد یا هزینه آن را بپردازد. به این ضرورت در ماده ۲۷۵ قانون مدنی مصر با بیان ویژگی تعدد به تنهایی بسنده شده است. این امر در حقوق تعهدات دیگر کشورها هم دیده می‌شود[1]. لذا مهم این است که موضوع تعهد متعدد باشد. بنابراین تعهد بایع در برابر مشتری به فروش خانه یا زمین خود صحیح است. همچنین شریک می‌تواند به عنوان ادای سهم الشرکه خود تعهد کند مبلغی پول یا زمین یا اتومبیل یا اوراق بهادار یا سهامی چند و مانند آن را تقدیم نماید. از این توضیحات به دست می‌آید که موضوع تعهد می‌تواند دو یا بیش از دو چیز باشد. همچنین می‌تواند عین غیر معین مانند پول نقد و یا عین معین منقول یا غیرمنقول باشد. جمع تمامی این موارد نیز صحیح است. حتی موضوع تعهد ممکن است انجام یا ترک عمل یا مجموعی از تمامی موارد فوق الذکر باشد. به عنوان مثال شریکی تعهد می‌کند به عنوان پرداخت سهم الشرکه خود مبلغی پول نقد پرداخت کرده یا قطعه زمینی را اعطا نماید. یا عملی را که به نفع شرکت است به انجام رساند یا از انجام تجارتی مشابه با موضوع مشارکت امتناع ورزد. خلاصه آنکه هر تادیه‌ای که بتواند فی‌نفسه موضوع تعهد قرار گیرد، اگر با تادیه‌های دیگری از همان نوع یا غیر از آن همراه شود، می‌تواند موضوع تخییری قرار گیرد. مهم این است که موضوع متعدد باشد و به تادیه واحد اکتفا نشود(سنهوری، ۱۹۹۸، ج۳: ۱۴۹ به ترجمه دادمرزی و دانش کیا، ۱۳۸۸: ۱۴۱). منتهی مراتب به نظر تعدد و یا تنوع تعهد در اجرای جایگزین بایستی به صورتی باشد که هیچیک از موضوعات تعهد به یکدیگر برتری و تفوق نداشته باشند و در واقع تعهدی اصلی و دیگر موضوعات در بدل آن قرار نگرفته باشند. چراکه این قسم از تعهد علی رغم صحت، دیگر تعهد تخییری یا اجرای جایگزین و گزینش یک موضوع از چند موضوع تعهد تلقی نمی‌شود. برای تخییری محسوب شدن تعهد باید موضوعات آن در عرض یکدیگر باشند و ترتب میان آنها نباشد و فاقد رابطه طولی باشند و گفتنی است اگر موضوع تعهد، انجام عمل معینی باشد و ضمن قرارداد شرط شود در صورت عدم انجام عمل در موعد مقرر، متعهد به پرداخت وجه التزام موظف شود، نباید تعهد را تخییری محسوب کرد. تعهد به پرداخت وجه التزام، مشروط به تخلف از اجرای تعهد اصلی بوده، شرط تحقق آن تقصیر در اجرای قرارداد است و پیش از آن وجود کامل ندارد؛ به همین دلیل متعهد نمی‌تواند وجه التزام را بپذیرد و تعهد اصلی را نادیده بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۹).

[1] German civil code" Section 262 Alternative obligation; right of choice Where more than one act of performance is owed in such a manner that only the one or the other is to be effected, then in case of doubt, the obligor has the right of choice

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

۲-۲-۱-۲. مشروعیت و مقدور بودن تمام افراد تعهد علی رغم تنوع

وصف دیگر تعهد تخییر این است که هر یک از موضوعات تعهد باید مشروع و قانونی و مقدور باشند؛ به عبارت دیگر هر یک از موضوعات باید شرایطی را که برای موضوع تعهد لازم و ضروری است، داشته باشند؛ زیرا احتمال دارد هر یک از موضوعات همان تعهد واحدی باشد که برای تأدیه انتخاب می‌شود؛ بنابراین اگر موضوع تعهد شیء است، باید موجود باشد و چنانچه موضوع تعهد انجام کار یا خودداری از انجام کار است، باید مقدور باشد. همچنین موضوع تعهد دو مورد معامله مربوط به آن مشروع باشد. اگر یکی از اعمال تخییری که در تعهد مقرر گردیده است، به‌گونه‌ای است که قانون آن را لازم الاجراء نمی‌داند یا بعداً غیرقانونی گردد یا غیرقابل اجرا (نامقدور) شود، تعهد به‌گونه‌ای تفسیر می‌شود که گویی تعهد باقی‌مانده به تنهایی در قرارداد درج گردیده است (مظفری، خدیجه، ۱۳۹۴ ص۱۵۵). حال اگر چنانچه یکی از موضوعات در تعهد تخییری شرایط لازم را نداشته باشد، موضوع فاقد شرایط حذف می‌شود، ولی موضوع دیگر که شرایط لازم را دارد، باقی می‌ماند و در این حالت چنین تعهدی بسیط محسوب می‌شود و متعهد به انجام این موضوع موظف است (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵: ۱۵۸). این ویژگی به این دلیل است که در تعهد تخییری هر یک از موضوعات به تنهایی اصالت داشته و قابلیت برائت ذمه مدیون را دارا می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۵). صفت مشروعیت برای مواقعی که اجرای موضوع تعهد با مانع قوه قاهره برخورد می‌کند نیز قابل تعمیم است. این قاعده تا حدی است که اگر اجرای موضوعات تعهد ممتنع شود، مدیون بری نمی‌شود مگر اینکه ممتنع شدن اجرای هر کدام از موضوعات ناشی از قوه قاهره باشد[1]. در اسناد نوین بین‌المللی نیز فرض اصلی اجرای هر تعهدی نبود مانع قانونی و مشروعیت موضوع تعهد است. بطوریکه در PECL تخصیص اجرا به یک تعهد غیر قانونی غیر معتبر است (بند ب ماده ۷-۱۰۹) و وجود مانع خارج از کنترل از موارد عذر موجه در عدم انجام تعهد بوده و دلیل معافیت از پرداخت غرامت ناشی از نقض تعهد تلقی می‌شود (ماده ۸-۱۰۸) در ماده ۷۹ CISG و ماده ۷-۱-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز مقررات مشابهی در این خصوص وجود دارد. همین قاعده در ماده ۲:۱۱۰ از پاراگ سوم DCFR نیز به چشم می‌خورد و در واقع فرض اصلی و بدیهی است که به موضوع تعهدی که با مانع قاهره و روبرو شود و یا به دلیل نقض قانون از مشروعیت می‌افتد، ترتیب اثر داده نمی‌شود و یا همانند کنوانسیون OHADA چنین تعهد غیر قابل اجرایی بی اثر تلقی می‌شود. مگر اینکه عدم قابلیت اجرا ناشی از قصور متعهد باشد که متعهدله مختار در مطالبه تعهد

[1] Art. 1307-5Where the acts of performance become impossible, the debtor is discharged only if the impossibility of performance of each act results from an event of force majeure.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

دیگر یا مطالبه خسارت است. به نظر همین امر در قانون مدنی ایران در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ نیز از موارد معافیت از پرداخت خسارت در نقض تعهد می‌باشد.

۲-۲-۲. دارنده اختیار تعیین در اجرای تعهد

۲-۲-۲-۱. فرض حق انتخاب برای متعهد

در اسناد نوین بین‌المللی بدین دلیل انتخاب حق مقدم متعهد است که وی باید تعهد را اجرا کند مگر اینکه اوضاع و احوال برخلاف آن دلالت کند. این صراحت بیان در ماده[۱] ۷:۱۰۵ PECL و ماده[۲] ۲:۱۰۵ DCFR و بند یک ماده[۳] ۱۰/۱۸ OHADA مورد تاکید قرار گرفته است. البته دور از ذهن نیست که در حقوق کشورهای عضو این اسناد نیز، فرض حق انتخاب برای متعهد ابتدایی‌ترین اقدام اجرایی در اجرای جایگزین تعهدات قراردادی است[۴,۵]. در حقوق ایران نیز از قسمت نخست ماده‌ی ۲۶۹ قانون مدنی استقرار اولیه‌ی حق انتخاب به نفع متعهد، قابل استنباط است[۶].

منتهی مراتب متعهد در تعهد تخییری می‌تواند یکی از چند موضوع را انجام دهد و به عهد خویش وفا کند. چونکه وی در انتخاب موضوع تعهد مخیر است. این اختیار «حق انتخاب» یا «حق الخیار»[۷] نام دارد. اصل بر این است که این حق به متعهد واگذار شده است؛ مگر آنکه اعمال آن در

---

[1] PECL, Article 7:105: Alternative Performance. (1) Where an obligation may be discharged by one of alternative performances, the choice belongs to the party who is to perform, unless the circumstances indicate otherwise.

[2] DCFR. III. 2:105: (1:Where a debtor is bound to perform one of two or more obligations, or to perform an obligation in one of two or more ways, the choice belongs to the debtor, unless the terms regulating the obligations or obligation provide otherwise

[3] OHADA, ARTICLE 10/18 (new) (Choice of performance) (1) The choice of the undertaking to be performed belongs to the obligor, unless it has been expressly granted to the obligee

[4] UK: Section 6.1.4 Alternative obligations. the right of choice belongs to the debtor, unless something else results from law, common practice or a juridical act.

[5] German Civil Code Section 262 Alternative obligation; right of choice Where more than one act of performance is owed in such a manner that only the one or the other is to be effect, then in case of doubt, the obligor has the right of choice

[۶] ماده 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.

[۷] معادل لاتین این اصطلاح Right of selection است که در بخش ۱۴۴۸ قانون مدنی کالیفرنیا به این شکل تائید 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».

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

قرارداد یا به موجب قانون به متعهدله واگذار شود[۱]. در مبنای این اصل گفته‌شده است که ظاهر در این است که اولاً، تعهد تخییری در جهت تأمین منافع متعهد است. ثانیاً همواره و عملاً این متعهد است که ابتدا در جهت انجام تعهد، اقدام به وفای به عهد می‌نماید. 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 (الهویی نظری مهدی، ۱۳۹۱: ۲۴۳).

در تعهد تخییری، تعیین موضوع به وسیله متعهد یا متعهدله صورت می‌گیرد. بنا بر نظر اغلب حقوقدانان، تعیین یک موضوع برای ایفاء به گذشته سرایت می‌کند. به محض تعیین، تعهد تخییری از ابتدا به تعهدی بسیط تبدیل می‌شود که دارای یک موضوع واحد یا همان موضوع مورد اختیار است (سنهوری، ۱۹۹۸، ج۳: ۱۵۶ به ترجمه دادمرزی دانش کیا، ۱۳۸۸: ۱۴۲، /کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۶۴). اثری که بر این امر مترتب می‌شود اینکه اگر موضوع تعهد، انتقال یکی از دو شیء باشد و یکی از آنها برای تأدیه انتخاب شود، متعهدله نه از وقت تعیین موضوع، بلکه از زمان انشای عقد مالک آن شیء می‌شود. منتهی مراتب گاهی متعهد به میل و اختیار خود به تعیین موضوع می‌پردازد و آن را تأدیه می‌کند که بحث اجرای اختیاری موضوع مطرح می‌شود و گاهی از اعمال حق انتخاب خودداری می‌کند و به وسیله دادگاه نسبت به انتخاب موضوع، الزام و اجبار می‌شود.

۲-۲-۲-۲ . تعیین موضوع به وسیله متعهدله

تعیین شرایط برای انتقال حق انتخاب به متعهدله از آن جهت است که فرض بر این است که اصل حق متعلق به متعهد است. این شرایط در اسناد نوین بین‌المللی نیز مشهود است. بطوریکه در در دوحالت حق انتخاب با متعهد خواهد بود. ابتدا درصورتیکه حق انتخاب صراحتا برای متعهدله درنظر گرفته شود. این شرط در ماده بند اول DCFR ۲:۱۰۵ و بند ۱ ماده PECL ۷:۱۰۵ و بند اول ماده OHADA ۱۰/۱۸ منعکس است. دیگر اینکه متعهد از انتخاب در زمان پیش بینی شده عدول کند و این تاخیر اساسی باشد، حق انتخاب به متعهدله منتقل می‌شود. این حالت در بند دوم ماده DCFR ۲:۱۰۵ و قسمت دوم ماده PECL ۷:۱۰۵ و شماره ۲ ماده OHADA ۱۰/۱۸ مصرح است. البته بنظر این مهم و حالت ها از حقوق کشورهای عضو اسناد بین‌المللی همچون انگلیس (در ماده ۶:۱۹ در بحث انتقال حق) متاثر است و در حقوق این کشورها زمانی حق انتخاب به متعهدله منتقل می‌شود که این حق از ابتدا به او داده شده باشد و یا متعهد از انتخاب در یک مهلت متعارف کوتاهی کند.

---

[۱] ماده ۱۱۹۰ قانون مدنی فرانسه: «در جایی که حق انتخاب صراحتاً به دائن اعطاء نشده باشد، متعلق به مدیون است».

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

در حقوق ایران اندک مواردی می‌توان یافت که اجرای تعهد به متعهدله واگذار شده باشد. بطور مثال در قانون سابق معادن مصوب ۱۳۷۷ در ماده ۱۴ مقرر شده بود که دارنده پروانه بهره برداری باید درصدی از بهای ماده معدنی سر معدن مندرج در پروانه را به نرخ روز به عنوان حقوق دولتی سالانه به وزارت معادن و فلزات پرداخت نماید. وزارت مزبور می‌تواند درصورت لزوم معادل بهای آن ماده معدنی از بهره بردار اخذ کند که به حکم قانون اختیار تعیین موضوع تعهد به متعهدله واگذار گردیده بود که البته در ماده ۱۲ قانون اصلاح معادن مصوب ۱۳۹۰ دیگر تخییری وجود ندارد و متعهد(دارنده پروانه بهره برداری) صرفا باید درصدی از بهای ماده معدنی موضوع پروانه را به نرخ روز به دولت پرداخت نماید. با این حال به نظر می‌رسد در حقوق ایران چنانچه متعهدله از اعمال حق انتخاب استنکاف ورزد، نمی‌توان به انتقال این حق به طرف مقابل (متعهد) قائل شد؛ زیرا درست است که اصولاً، حق انتخاب با متعهد است، ولی هنگامی که طرفین با توافق خود دارنده حق را تعیین کرده‌اند، بدین معناست که از این اصل عدول نموده‌اند؛ بنابراین با توجه به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» مانند حالت استنکاف متعهد در تعیین موضوع، حاکم (قاضی) باید موضوع لازم التأدیه را تعیین کند.

در حقوق کشورهای عربی همچون مصر که ماخذ و منبع تقنین آنها است، چنانچه حق انتخاب از آن متعهدله باشد، دو موضوع مطرح می‌شود: نخست چگونگی اعمال حق انتخاب از سوی متعهدله؛ دوم بحث امتناع از اعمال خیار. در فرضی که حق انتخاب از آن متعهدله است، وی می‌تواند از راه اعلان اراده، موضوع منتخب را به آگاهی متعهد برساند و از این راه حق اختیار خود را اعمال نماید. هنگامی که این اعلان اراده به متعهد برسد، منشأ اثر شده، موضوع لازم التأدیه مشخص می‌شود. البته متعهدله می‌تواند از انتخاب موضوع نخست، به موضوع دیگری رجوع کند؛ مشروط به اینکه اراده انتخاب موضوع دوم پیش از وصول اراده انتخاب موضوع نخست، به اطلاع متعهد برسد. به مجرد اطلاع متعهد از اراده متعهدله، متعهد می‌تواند در بقیه موضوعاتی که مورد انتخاب متعهدله واقع نشده است، تصرف کند و فقط نسبت به موضوعی که به وسیله متعهدله انتخاب شده است، ممنوع التصرف می‌شود (سنهوری، ۱۹۹۸، ج۳: ۱۶۱ دادمرزی دانش کیا، ۱۳۸۸: ۱۴۴). متعهدله می‌تواند از راه اجرای عملی یکی از موضوعات تعهد، حق انتخاب خویش را اعمال نماید؛ این گونه که یکی از موضوعات معین را از مدیون قبض کند یا از متعهد بخواهد موضوع معینی را تأدیه نماید. ممکن است متعهدله که دارنده حق انتخاب است، از تعیین موضوع لازم التأدیه خودداری کند. قانون مدنی مصر در بند دوم ماده ۲۷۶ درباره امتناع متعهدله از اعمال حق انتخاب، مقرر داشته است: چنانچه اختیار تعیین با متعهدله باشد و او از انتخاب امتناع کند، یا دائنین متعدد بوده و در تعیین موضوع توافق نکنند، قاضی به درخواست متعهد، مهلتی را تعیین

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

می‌کند و در صورت انقضای مهلت مذکور، اختیار تعیین به متعهد منتقل می‌شود. قانون مدنی مصر در فرض امتناع از تعیین موضوع میان حالتی که دارنده حق انتخاب متعهد است و فرضی که متعهدله اختیار تعیین دارد، تفاوت قائل شده است؛ بدین صورت که اگر متعهد، دارنده حق انتخاب باشد و از اعمال آن استنکاف کند، حق انتخاب به متعهدله منتقل نمی‌شود، بلکه قاضی رأساً موضوع لازم التأدیه را تعیین می‌کند، ولی چنانچه حق انتخاب از آن متعهدله باشد و آن را اعمال نکند، این حق به متعهد منتقل می‌شود[۱].

نتیجه و پیشنهاد

فارغ از این استدلال های موثر در مقام، این ضرورت های حادث اقتصادی و اجتماعی است که تدوین و یا حداقل تعریف مجدد قوانین و قواعد را موجب می‌شود. این واقعیت، مسلم است که تعهدات تخییری توسط بیشتر کشورها پذیرفته شده است و حالا در قواعد بین‌المللی نیز جایگاه مهم پیدا کرده است. ولی غفلت به عمد از پذیرش آن توسط برخی حقوقدانان، قضات و مراجع تفسیر و اجرای قوانین، جز ضرر چیزی به حاصل نمی‌آرد. در حالیکه تعهدات تخییری در زمره کارکردهای حقوقی مهم است که در هر دو بخش انعقاد و اجرای قرارداد کارساز است و قبول آن می‌تواند کمک مهمی برای طرفین هر قراردادی باشد. تعهدات تخییری که در اسناد نوین بین‌المللی همچون (۶:۱:۷) UPICC ،OHADA(10/17) ،DCFR(2:105) ،PECL(7:105) ،CISG(65) تحت عنوان اجرای جایگزین بروز و ظهور پیدا کرده و از بخش عقد و قرارداد به مرحله اجرای تعهد سیطره دارد. بطوریکه بواسطه اجرای جایگزین تعهدات قراردادی در عمل نقض تعهدات کاهش و احتمال وصول تعهد و دین بیشتر می‌شود. در عین حال اساس قرارداد و عقد پابرجا است و ضرورتی برای استفاده از روشهای جبران خسارت عموما پیش نمی‌آید. در اجرای جایگزین با استفاده از اعطای حق انتخاب تعهد برای متعهد یا متعهدله و حتی ثالث، حسب هر عقد می‌توان به تعادل مناسبی در مدیریت تعهدات قراردادی دست یافت. منتهی مراتب اجرای جایگزین با عنوان نهاد تعهد تخییری در حقوق ایران مورد نهی یا رد مستقیم قانونگذار قرار نگرفته است، لیکن برخی شرایط صحت معاملات را در ضرورت تعیین و تعین مورد معامله (بند ۳ م ۱۹۰ ق م) به منزله عدم پذیرش مستقیم آن قلمداد می‌کنند. جالب آنکه در قانون مدنی قبل از واژه عین معین هرگاه و اگر

---

[۱] مادۀ ۲۷۶ -۱ إذا آان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلک تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام. ۲ أما إذا آان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضي أجلا أن طلب المدين ذلک ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

بکار رفته (۲۷۸، ۳۶۱، ۳۶۳ و ۱۰۸۴) و تنها در یک مورد (م ۷۷۴) بایدی برای آن ذکر شده است. بدین نگاه در حقوق ایران آنچه به عنوان مورد تعهد پذیرفتنی نیست، مبهم بودن (م ۲۱۶ ق م) یا در واقع مردد (م ۴۷۲ ق م) و تردید در مورد معامله (م ۶۹۴ ق م) که از قصد مردد ناشی شود، است. هرچند بایستی ماده ۱۹۰ و شرایط آن از منبع اصلی خود مجددا بازتعریف شود و شرط وجود موضوع عقد مورد تبیین و بررسی قرار گیرد. این امور با ایجاد تعهدات متعدد معین برای متعهد در حین عقد و لحاظ شرایطی در چگونگی انتخاب یکی از آنها به عنوان ایفای تعهد وی متفاوت است. هرچند در عمل نیز موضوع تعهد در اجرای جایگزین همزمان با انتخاب، به تعهدی بسیط تبدیل و تمامی آثار الزام آور بر آن بار می‌شود. اما براساس فلسفه حقوق در فرض تعمیم این مانعیت قانونی به اجرای جایگزین، این پرسش مطرح می‌شود که تا کجا و کی باید از قوانین موجود در یک نظام حقوقی پیروی نمود؟ و اساسا این الزامات حقوقی تا کجا می‌تواند حق آزادی اراده هر شخص را محدود سازد. درحالیکه قانون مدنی ایران دارای قواعد منسجمی در بخش قواعد عمومی تعهدات نیست و معمول‌ترین روش تدوین قانون هم پذیرش نیاز آن از سوی مجریان آن و دکترین حقوقی است که البته بحق بدان تاکید داشته‌اند، پس وقت آن است که چنین حقوقی جدی گرفته شود و از وضعیت آن گونه که هست، به آن گونه باید باشد تغییر کنیم.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

منابع

۱. امامی، سید حسن (۱۳۶۹). حقوق مدنی، دوره شش جلدی، تهران، اسلامیه.

۲. امینی، عیسی (۱۳۸۶). تعیین مورد معامله، تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۱.

۳. اصغری آقمشهدی، فخرالدین و کاویار، حسین (۱۳۹۳). "نهاد تسلیم کالای جانشین در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و تطبیق آن با حقوق ایران"، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۳، شماره ۵۰.

۴. بهمنی، محمد (۱۳۹۶). "مروری بر شیوه‌های خاص ارزیابی خسارت قراردادی با تکیه بر مواد ۷۵ و ۷۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران"، تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۱.

۵. حسنوند، امین؛ مولودیف محمد و حاجی عزیزی، بیژن (۱۳۹۶). "بررسی فقهی حقوقی تعهدات تخییری"، حقوق اسلامی، شماره ۵۲.

۶. سنهوری، عبدالرزاق (۱۳۸۸). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ۱۹۹۸ به ترجمه دادمرزی سید مهدی و دانش کیا محمد حسین، انتشارات دانشگاه قم.

۷. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۳). حقوق تعهدات مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، شهر دانش.

۸. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۱). اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، انتشارات فروزش.

۹. شعاریان، ابراهیم و رحیمی، فرشاد (۱۳۹۵). حقوق بیع بین‌المللی کالا در پرتو دکترین و رویه قضایی، شهر دانش.

۱۰. شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، حقوقدان.

۱۱. عبدالله پور، محمدمهدی؛ شمس، احمد و نور شرق، جمشید (۱۳۹۸). وضعیت حقوقی تعهد تخییری، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۰.

۱۲. قاسمی، حامد (۱۳۸۹). حقوق مدنی شرایط اساسی شکل گیری قرارداد، انتشارات دراک.

۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، بنیاد حقوقی میزان.

۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). دوره حقوق مدنی، اموال و مالکیت،بنیاد حقوقی میزان.

۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). عقود معین، جلد نخست، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.

۱۶. مظفری، خدیجه (۱۳۹۴). تعهد تخییری، انتشارات مجد.

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

۱۷. الهویی نظری، مهدی (۱۳۹۱). مطالعه تطبیقی نهاد تعهدات تخییری، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۹.

۱۸. قانون اصلاح معادن مصوب ۱۳۹۰

19. Charters, A L, Specifications and the Contractual Relationship: Article 65 of the CISG in Light of PECL Article 7:105, in Felemegas, J (ed), (Cambridge University Press 2007), p 457
20. Furmston Michael, Sale and supply of goods. 3ed, UK, Routledge-Cavendish September 1999

i. French Civil Code, THE LAW OF CONTRACT, THE GENERAL REGIME OF OBLIGATIONS,AND PROOF OF OBLIGATIONS The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n°, translated into English, The English translation is gratefully provided by John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson and Simon Whittaker, February 2016 , The PDF of the translation is available at: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OFCONTRACT-2-5-16.pdf

21. Ole Lando. & Beale. Hugh (eds), Principle of European Contract Law, (PECL), Parts I&II, prepared by the Commission on European Contract Law, Kluwer Law International,2000.
22. Lillehot Kare. (2008). Draft Common Frame of Reference and Cancellation of Contracts: Comparative Analysis of the PECL and DCFR. Juridica International XIV, 111-117
23. Study Group on a European Civil Code/ Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full ed, vol 1, Munich, sellier,2009
24. United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Digest of Case law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2012 ed, New York, United Nations, March 2012
25. UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (PICC), Suggested form of citation: UNIDROIT Principles Art. 1.6(2) Published by the International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), Rome, 1994

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]

26. UNIFORM ACT RELATING TO GENERAL COMMERCIAL LAW, COMPILATION OF TREATIES AND UNIFORM ACTS OFFICIAL TRANSLATION, The Council of Ministers of the Organisation for the Harmonization of Business Law in Africa (OHADA), Done at Cotonou on 17 April 1997
27. Varul, Paul. (2008). Performance and Remedies for Non-performance: Comparative Analysis of the PECL and DCFR. Juridica International XIV, 104-110

[Downloaded from mieaoi.ir on 2026-11-26]