

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

نوع مقاله: پژوهشی

بهمن کریمی گلنار^۱

ابراهیم شعراویان ستاری^۲

عیسی امینی^۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۱/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۹/۱

چکیده

رویکرد استناد نوین بین‌المللی همچون CISG، UPICC، OHADA، PELC، DCFR در اجرای تعهدات، افزایش احتمال و شناسی اتفاقی 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 تغییری است که در بیشتر کشورهای اروپایی تا عربی قدمتی کهن داشته و اکنون در استناد نوین به عنوان اجرای جایگزین سربر آورده است. منتهی اجرای جایگزین در قانون ایران با مانع بطلان در عدم تعیین و ابهام مورد معامله روپرمو شود 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 تغییری دست یافت. فارغ از اینکه همگامی اقتصاد و حقوق نیز به این نگاه جدید ضرورت می‌بخشد.

کلمات کلیدی: اجرای جایگزین تعهد، تعهد تغییری، 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

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 می افزاید. در حالیکه دیگر جوامع بتازگی در استناد 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 استناد 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 متعهدل را برای هدف قرارداد و موضوع تعهد تسهیل می‌کند و در واقع احتمال وصول دین و تعهد برای متعاقدين 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 متعهدل 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، کما اینکه بنظر وصف معین بودن ترجمانی ناصحیح از منبع فرانسوی می‌تواند باشد و مهم وجود موضوع عقد است. از اینرو در این پژوهش با بررسی استناد 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. كما اینکه این نتیجه گیری می‌تواند موجب افزایش احتمال اجرای تعهدات و به بار نشستن اثرات اقتصادی آنها باشد. امریکه بطور مشترک در فقه و حقوق اسلامی تا استناد نوین طرفداران فراوان داشته و دارد.

۱. مفهوم اجرای جایگزین^۱ در اسناد نوین بین‌المللی

تعریف و مفهوم اجرای جایگزین تعهدات در مقررات اسناد نوین دیده می‌شود. بطوریکه در اصول حقوق قراردادهای اروپا^۲ در ماده ۷:۰۵ 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 ۲:۰۵ از کتاب سوم چارچوب مشترک مرجع^۳ منعکس است که: ۱) زمانی که مديون (متتعهد) ملتزم به اجرای یک یا دو یا چند تعهد است یا تعهد با یک یا دو یا چند روش اجرا می‌شود. این انتخاب با متتعهد است مگر اینکه شروط تنظیم‌کننده و تعهدات طور دیگری مشخص شده باشد. کنوانسیون بیع بین‌المللی^۴ هم متنضم 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 متعاقباً 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 تخيیری می‌دانیم. چرا که در تعهد تخيیری وجود تعهدات متعدد و اختیار اجرای یکی از آن برای برائت ذمه متتعهد سهل‌ترین امر در اجرای تعهدات قراردادهایست. 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 تخيیری یا اجرای جایگزین مورد شناسایی قرار گرفته است. طبق ماده ۱۰^۵/۱۷، تعهد تخيیری تعهدی است که دارای دو موضوع به عنوان تعهد اصلی است. به نحوی که با اجرای هر یک از آن‌ها، متتعهد به طور کامل بری می‌شود. اجرای جایگزین یا همان تعهد تخيیری تقریباً در حقوق تعهدات فرانسه از دیگر کشورها قدمت بیشتری دارد. تعهد تخيیری در ماده ۱۳۰۷ (ماده ۱۱۸۹ سابق) آن است که موضوعات متعددی داشته باشد و اجرای یکی از موضوعات موجب

۱ Alternative Performance

۲ Principles of European Contract Law

۳ Draft Common Frame of Reference

۴ UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods

۵ 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.

برائت ذمه متعهد شود.^۱ در حقوق آلمان نیز در ماده ۲۶۲ الی ۲۶۶ درخصوص تعهدات تخيیری مقررات مشابه‌ای وضع شده است و همچنین در دیگر کشورهای اروپایی همچون ایتالیا (۱۲۸۶)، یونان (۳۰۶)، دانمارک (۱۳۷)، حقوق انگلستان (۶۷۱) و هلند (۶۱۹) تعهد تخيیری و شرایط حق انتخاب بیان شده است (PECL, comments, Article, 7:105). یا می‌توان تعهدات تخيیری را تقریباً 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 متحمل‌تر 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.^۲ 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^۳

در اسناد نوین بین‌المللی معامله جایگزین در متون مختلف پیش‌بینی 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 معامله‌ای 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 ۷-۲-۲ اصول یونیدگوا 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

^۱ 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.

^۲ 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.

^۳ Substitute transaction

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 مصدق 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^۱ 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 تفاوت‌های 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 توانان 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 تحرییری 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 بری‌الذمه و متعهدله

^۱ 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.

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

۲-۱. شناسایی و تعریف تعهد تخيیری

تعهد تخيیری 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 «تخيیری» می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۵۶). با توجه به تعریف می‌توان گفت تعهد تخيیری، 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 متعهده باشد. البته وصف تخيیری تنها مربوط به مرحله پیش از گرینش است و با انتخاب موضوع تعهد، تعهد تخيیری به تعهدی بسيط (ساده) مبدل می‌شود. هدف عملی تعهد تخيیری اين است که بر احتمال پرداخت دین افزوده شود و بدھکار 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 نماند. یعنی تا زمانی که یکی از محل‌های پرداخت باقی است تعهد نیز به جای می‌ماند و در آخرین مرحله حق انتخاب مدیون از بین می‌رود (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۱: ۱۵۷). چراکه با مخبر بودن متعهد و حق انتخاب او از بین موضوعات متعدد می‌تواند ساده‌تر به عهد خود وفا می‌کند. درصورتیکه متعهده صاحب این اختیار باشد، این فایده را دارد که اگر یکی از موضوعات از بین بود یا قابلیت اجرا را از دست بدده، 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 تخيیری، اجرای جایگزین تعهدات قراردادی

موضوع قابل تأمل، صحت و اعتبار تعهد تخيیری یا اجرای جایگزین تعهدات قراردادی در نظام حقوقی ایران است. پرسش این است که چگونه تعهدات تخيیری 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 مجھول نباشد) حسب بند ۳ ماده ۱۹۰

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 مديون کدام را بر می‌گزیند و تردید از این لحاظ که هنگام تعهد نه متهمدهله 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 واقعاً تعهد تخییری یا حداقل برخی از مصاديق آن همواره مشمول حکم مندرج در بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی می‌باشند یا این که باید از این ظهور دست کشید و این سختگیری را تعديل نمود.

از این رو 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، ۱۳۶۹: ۴۲۵- ۱۳۷۷: ۳۲۲- ۳۲۳). از سوی دیگر مال مورد معامله نیز از حیث اوصاف مهم آن به مال مثالی و قیمتی تقسیم می‌گردد. مطابق ماده ۹۵۰ قانون مدنی، مال مثالی مالی است که اشیاه و نظایر آن نوعاً زیاد باشد مثل شکر، پول. لذا از آنجا که دو آپارتمان یا دو اسب سواری نمی‌توان یافت که از هر حیث شبیه باشند مال قیمتی است. پس به این ضابطه‌ی کلی می‌رسیم که مال مثالی می‌تواند به صورت کلی فی الذمه یا کلی در معین یا عین معین، مورد معامله واقع شود، اما مال قیمتی منحصر باشد به صورت معین معامله گردد، والا معامله باطل است (امامی، ۱۳۶۹: ۴۲۵- شهیدی، ۱۳۷۷: ۳۲۴). 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 قیمتی 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 قیمتی منحصر و متفاوت از سایر اموال مشابه می‌باشند و صرفاً باید بصورت عین معین معامله شوند. همین حکم موجب گردیده است قانونگذار تعیین مصدق مورد کلی را بر عهده متعهد و اگذار نماید^۱ (امینی، ۱۳۸۶: ۵). 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 می‌سازد از اقسام غذایابی که وجود دارد و مثلی نیز به شمار نمی‌رود به میل خود یکی را برگزیند. ضرورت های اجتماعی و اقتصادی ایجاد می‌کند چنین

^۱ چنانچه در ماده 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 عرفًا معیوب محسوب است نمی‌تواند بدهد.

معاملاتی معتبر تلقی شود، به ویژه در عقود عهدي 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 مثالی، که هنگام انعقاد عقد، مصدق آن روش نشده است تملیک با اشکال مواجه می‌شود. در پاسخ ممکن است ادعا شود که انتقال مالکیت تا انتخاب مصدق به تأخیر می‌افتد همانگونه که در بیع کلی در معین عمل می‌شود. پس به همان دلیلی که بیع یکی از دو کالای مثالی پذیرفته شده است، به نظر می‌رسد بیع یکی از دو کالای غیرمثالی ولی دارای اوصاف و قیمت معین اشکالی ندارد (شعاریان، تراوی، ۱۳۹۳: ۴۷۷).

منتھی 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 ، ۱۳۸۶: ۷). 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 نتوان 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 بدھکار است و در مطالبه از او به دشواری می‌افتد. 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 نامتعارفی باقی نمی‌ماند (همان، ۱۶۰). لیکن بنظر عدم پذیرش صحت تعهد تخییری در اموال مثالی همانند موردی است که به بداهت صحت تعهد به مال کلی در معین تردید شود. چونکه تخییر در اموال مثالی 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 الغر" بیع غرری به اجماع فقهای امامیه بطلان است.

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 مصدق معین و مشخص است، بعید می‌نماید که ذهن حقوق دانان بتواند درستی تعهد تخييری را رد کند.

در اينکه معین بودن و معلوم بودن موضوع عقد دو مقوله متفاوت است، بين نويسندگان 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 بيان شرایط و ویژگی‌های موضوع قرارداد مانند قابل معامله بودن (ماده ۱۱۲۸) 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 تصویب نموده اند. با اين نگاه بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. هیچ‌گونه دلالتی بر معین بودن مورد معامله ندارد و البته يكی 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 تخييری 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 بيشتر از روشها و نهادهای ديگر حقوقی است. منتهی مراتب شرط وجود موضوع عقد به گونه‌ای، فرض اصلی و بدیهی قواعد عمومی قراردادهاست. چراکه در مواد ۲۱۴ ق.م. وجود موضوع عقد با شرایطی چون مال یا عمل بودن، مالیت یا متنضم منفعت

^۱. تفاوت‌هایی که بنظر بين تعهد تخييری و تعهد به مال کلی وجود دارد عبارت است از اينکه در بيع مال کلی در معین موضوع تعهد يك مجموعه متساوي الاجزا است، در حالی که تعهد به نحو تخييری، چنین شرطی برای موضوعات وجود نداشته و موضوعات تعهد می‌توانند متفاوت باشند. ديگر اينکه تعهد به مال کلی تعهد به دادن چيزی نامشخص از ميان اشيائي معين است. درصورتیکه در تعهد تخييری تعهد شخص به ادائی شی معینی از جمع اشایی معین است که با يكديگر خلط نمی‌شوند

عقلایی و مبهم نبودن^۱ 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 مصدق 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 مهمترین 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 معنی 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 باستی در تاریخ مشخص ۱۰۰۰ یورو 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 می‌توان 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، کاملاً 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 تخييري مورد پذيرش نبوده است، لیکن در مواردی تعدد تعهدات و همعرض آنها دیده

^۱ 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 مجدداً مورد تاکید قرار گرفته است (بطور مثال مواد ۴۷۲، ۵۶۳، ۵۶۴، ۵۹۴، ۳۵۳، ۳۵۵، ۴۷۲، ۵۶۳، ۵۶۴، ۳۵۱).

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 تنها بسنده شده است. این امر در حقوق تعهدات دیگر کشورها هم دیده می‌شود.^۱ 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 مبلغ پول یا زمین یا اتومبیل یا اوراق بهادر 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 اعطای نماید. یا عملی را که به نفع شرکت است به انجام رساند یا از انجام تجاری 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 تخيیری قرار گیرد. مهم این است که موضوع متعدد باشد و به تادیه واحد اکتفا نشود(سننهوری، ۱۹۹۸، ج: ۳، 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 تخيیری یا اجرای جایگزین و گزینش یک موضوع از چند موضوع تعهد تلقی نمی‌شود. برای تخيیری محسوب شدن تعهد باید موضوعات آن در عرض یکدیگر باشند و ترتیب 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، 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).

^۱ 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

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

وصف دیگر تعهد تخيير اين است که هر يك از موضوعات تعهد باید مشروع و قانونی و مقدور باشند؛ به عبارت دیگر هر يك از موضوعات باید شرایطي را که برای موضوع تعهد لازم و ضروري است، داشته باشند؛ زیرا احتمال دارد هر يك از موضوعات همان تعهد واحدی باشد که برای تأديه انتخاب می شود؛ 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 يکی از اعمال تخييری که در تعهد مقرر گردیده است، به گونه‌ای است که قانون آن را لازم الاجراء نمی داند یا بعداً غیرقانونی گردد یا غيرقابل اجرا (نامقدور) شود، تعهد به گونه‌ای تفسیر می شود که گوبی تعهد باقی‌مانده به تنها‌ی در قرارداد درج گردیده است (مظفری، خدیجه، ۱۳۹۴ ص ۱۵۵). حال اگر چنانچه يکی از موضوعات در تعهد تخييري شرایط لازم را نداشته باشد، موضوع فاقد شرایط حذف می شود، ولی موضوع دیگر که شرایط لازم را دارد، باقی می‌ماند و در این حالت چنین تعهدی بسیط محسوب می شود و متعهد به انجام این موضوع موظف است (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵: ۱۵۸). این ویژگی به این دلیل است که در تعهد تخييري هر يك از موضوعات به تنها‌ی اصالت داشته و قابلیت برائت ذمه مدیون را دارا می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۵). صفت مشروعيت برای موقعی 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^۱. در استناد نوین بین‌المللی نیز فرض اصلی اجرای هر تعهدی نبود مانع قانونی و مشروعيت موضوع تعهد است. بطوریکه در PECL تخصیص اجرا به يك تعهد غیر قانونی غیر معتبر است (بند ب ماده ۱۰۹-۷) 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 ۱۰۸-۸) 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 ۲:۱۰ 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 روپرتو شود و یا به دلیل نقض قانون از مشروعيت 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

^۱ 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.

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. در حقوق ایران نیز از قسمت نخست ماده^۵ ۲۶۹ قانون مدنی استقرار اولیه حق انتخاب به نفع متعهد، قابل استنباط است^۶.

منتها مراتب متعهد در تعهد تغییری 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 الخيار»^۷ نام دارد. اصل بر این است که این حق به متعهد واگذار شده است؛ مگر آنکه اعمال آن در

^۱ 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.

^۲ 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

^۳ 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

^۴ 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.

^۵ 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 نحوه 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 تغییری مقرر دارد، طرفی که ملزم به انجام است، حق انتخاب دارد؛ مگر آنکه به موجب شروط، تعهد به طرف مقابل واگذار شده باشد».

قرارداد یا به موجب قانون به متعهده و اگذار شود.^۱ در مبنای این اصل گفته شده است که ظاهر در این است که اولاً، تعهد تخيیری در جهت تأمین منافع متعهد است. ثانیاً همواره و عملاً این متعهد است که ابتدا در جهت انجام تعهد، اقدام به وفای به عهد می نماید. متعهد لزوماً باید انتخاب خود را اعلام کند؛ چرا که با اجرای یکی از دو تعهد اعلام انتخاب، ضرورت نمی باید؛ مگر آنکه طرفین مهلتی را برای اعلام انتخاب معین کرده باشند (الهوبی نظری مهدی، ۱۳۹۱: ۲۴۳).

در تعهد تخيیری، تعیین موضوع به وسیله متعهده یا متعهده صورت می گیرد. بنا بر نظر اغلب حقوقدانان، تعیین یک موضوع برای ایفاء به گذشته سرایت می کند. به محض تعیین، تعهد تخيیری از ابتدا به تعهدی بسیط تبدیل می شود که دارای یک موضوع واحد یا همان موضوع مورد اختیار است (سننهوری، ۱۹۹۸، ج ۳: ۱۵۶ به ترجمه دادرمزری دانش کیا، ۱۳۸۸: ۱۴۲، اکاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۶۴). اثری که بر این امر مترتب می شود اینکه اگر موضوع تعهد، انتقال یکی از دو شیء باشد و یکی از آنها برای تأديه انتخاب شود، متعهده نه از وقت تعیین موضوع، بلکه از زمان انشای عقد مالک آن شیء می شود. منتهی مرتب گاهی متعهد به میل و اختیار خود به تعیین موضوع می پردازد و آن را تأديه می کند که بحث اجرای اختیاری موضوع مطرح می شود و گاهی از اعمال حق انتخاب خودداری می کند و به وسیله دادگاه نسبت به انتخاب موضوع، الزام و اجبار می شود.

۲-۲-۲. تعیین موضوع به وسیله متعهده

تعیین شرایط برای انتقال حق انتخاب به متعهده از آن جهت است که فرض بر این است که اصل حق متعلق به متعهد است. این شرایط در اسناد نوین بین المللی نیز مشهود است. بطوریکه در در دو حالت حق انتخاب با متعهد خواهد بود. ابتدا در صورتیکه حق انتخاب صراحة برای متعهده درنظر گرفته شود. این شرط در ماده بند اول DCFR ۲:۱۰۵ و ماده ۱۰:۱ PECL و بند اول ماده ۱۰/۱۸ OHADA منعکس است. دیگر اینکه متعهد از انتخاب در زمان پیش بینی شده عدول کند و این تاخیر اساسی باشد، حق انتخاب به متعهده منتقل می شود. این حالت در بند دوم ماده ۱۰/۱۸ DCFR ۲:۱۰۵ و قسمت دوم ماده PECL ۷:۱۰۵ و شماره ۲ ماده ۱۰/۱۸ OHADA مصرح است. البته بنظر این مهم و حالت ها از حقوق کشورهای عضو اسناد بین المللی همچون انگلیس (در ماده ۶:۱۹ در بحث انتقال حق) متاثر است و در حقوق این کشورها زمانی حق انتخاب به متعهده منتقل می شود 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 صراحةً به دائن اعطاء نشده باشد، متعلق به مدینون است.»

در حقوق ایران اندک مواردی می‌توان یافت که اجرای تعهد به متعهده‌له واگذار شده باشد. بطور مثال در قانون سابق معادن مصوب ۱۳۷۷ در ماده ۱۴ مقرر شده بود که دارنده پروانه بهره برداری باید در صدی از بهای ماده معنی سر معدن مندرج در پروانه را به نرخ روز به عنوان حقوق دولتی سالانه به وزارت معادن و فلزات پرداخت نماید. وزارت مزبور می‌تواند در صورت لزوم معادل بهای آن ماده معنی از بهره بردار اخذ کند که به حکم قانون اختیار تعیین موضوع تعهد به متعهده‌له واگذار گردیده بود که البته در ماده ۱۲ قانون اصلاح معادن مصوب ۱۳۹۰ دیگر تخيیری وجود ندارد و متعهد (دارنده پروانه بهره برداری) صرفا باید در صدی از بهای ماده معنی موضوع پروانه را به نرخ روز به دولت پرداخت نماید. با این حال به نظر می‌رسد در حقوق ایران چنانچه متعهده‌له 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 التأديه را تعیین کند.

در حقوق کشورهای عربی همچون مصر که مأخذ و منبع تقنین آنها است، چنانچه حق انتخاب از آن متعهده‌له باشد، دو موضوع مطرح می‌شود: نخست چگونگی اعمال حق انتخاب از سوی متعهده‌له؛ دوم بحث امتناع از اعمال خیار. در فرضی که حق انتخاب از آن متعهده‌له 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 التأديه مشخص می‌شود. البته متعهده‌له 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 متعهده‌له، متعهد می‌تواند در بقیه موضوعاتی که مورد انتخاب متعهده‌له واقع نشده است، تصرف کند و فقط نسبت به موضوعی که به وسیله متعهده‌له انتخاب شده است، ممنوع التصرف می‌شود (سنهوری، ۱۹۹۸، ج ۳: ۱۶۱، ۱۳۸۸).

۱۴۴) متعهده‌له 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 متعهده‌له که دارنده حق انتخاب است، از تعیین موضوع لازم التأدیه خودداری کند. قانون مدنی مصر در بند دوم ماده ۲۷۶ درباره امتناع متعهده‌له از اعمال حق انتخاب، مقرر داشته است: چنانچه اختیار تعیین با متعهده‌له باشد و او از انتخاب امتناع کند، یا دائین متعدد بوده و در تعیین موضوع توافق نکنند، قاضی به درخواست متعهد، مهلتی را تعیین

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 التأديه 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 حدائق تعریف مجدد قوانین و قواعد را موجب می‌شود. این واقعیت، مسلم است که تعهدات تخيیری توسط بیشتر کشورها پذیرفته شده است و حالا در قواعد بین‌المللی نیز جایگاه مهم پیدا کرده است. ولی غفلت به عدم از پذیرش آن توسط برخی حقوقدانان، قضات و مراجع تفسیر و اجرای قوانین، جز ضرر چیزی به حاصل نمی‌آرد. در حالیکه تعهدات تخيیری در زمرة 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 تخيیری که در اسناد نوین بین‌المللی CISG(65), PECL(7:105), DCFR(2:105), OHADA(10/17) و UPICC(6:105) همچون تحت عنوان اجرای جایگزین بروز و ظهور پیدا کرده و از بخش عقد و قرارداد به مرحله اجرای تعهد سیطره دارد. بطوريکه 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 عموماً پیش نمی‌آید. در اجرای جایگزین با استفاده از اعطای حق انتخاب تعهد برای 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 تخيیری 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 ماده ۲۷۶-۱- إذا آن الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، حاز للدائن أن يطلب من القاضي تعين أجل يختار فيه المدينون أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعين محل الالتزام. ۲- أما إذا آن الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنين ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضي أجلاً أن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين.

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) یا در واقع مردد (م ۴۷۲ ق) و تردید در مورد معامله (م ۶۹۴ ق) که از قصد مردد ناشی شود، است. هرچند بایستی ماده ۱۹۰ و شرایط آن از منبع اصلی خود مجدداً 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 ایفادی 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 اساساً این الزامات حقوقی تا کجا می‌تواند حق آزادی اراده هر شخص را محدود سازد. در حالیکه قانون مدنی ایران دارای قواعد منسجمی در بخش قواعد عمومی تعهدات نیست و معمول ترین 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.

منابع

۱. امامی، سید حسن (۱۳۶۹). حقوق مدنی، دوره شش جلدی، تهران، اسلامیه.
۲. امینی، عیسی (۱۳۸۶). تعیین مورد معامله، تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۱۰.
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). "مروی 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 تخيیری"، حقوق اسلامی، شماره ۵۲.
۶. سنهوری، عبدالرزا (۱۳۸۸). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ۱۹۹۸ به ترجمة دادمرزی سید مهدی و دانش کیا محمد حسین، انتشارات دانشگاه قم.
۷. شعراویان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۳). حقوق تعهدات مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، شهر دانش.
۸. شعراویان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۱). اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، انتشارات فروزان.
۹. شعراویان، 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 تخيیری، 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 تخيیری، انتشارات مجد.

شماره ۷۹

۱۳۹۰. قانون اصلاح معادن مصوب

۱۷. الهوی نظری، مهدی (۱۳۹۱). مطالعه تطبیقی نهاد تعهدات تخيیری، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۹.
۱۸. ۱۳۹۰. قانون اصلاح معادن مصوب
19. Charters, A L, Specifications and the Contractual Relationship: Article 65 of the CISG in Light of PECL Article 7:105, in Felemezas, 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 Ordinance 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

-
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