

مبانی نظری فسخ قرارداد در حقوق افغانستان

حمیدالله فرهمند*

چکیده

ایجاد هر گونه تأسیس حقوقی مستلزم نیاز و وجود فلسفه و علتی است، که معمولاً بدون این علل و ضرورت، ایجاد آن تأسیسات و اصطلاحات احساس نمی‌شود. به همین خاطر، در مسائل حقوقی، فلسفه وجودی تأسیسات حقوقی را مبنای آن می‌نامیم. با توجه به اینکه اصل در قراردادها لزوم آن است و این مسأله در سیستم حقوقی افغانستان بصورت قطعی مورد پذیرش قرار گرفته ولی موارد زیادی در قانون مدنی به چشم می‌خورد که بر اساس آنها یک یا هر دو طرف قرارداد می‌توانند اقدام به فسخ عقد نمایند.

هرچند که این موضوع چهره استثنائی دارد. لکن این سوال ذهن هر اندیشمند را به خود مشغول می‌کند که چه عامل سبب این استثنا می‌شود و بر لزوم عقد غلبه پیدا می‌کند؟ و به چه دلیل عقد لازم تزلزل یافته و اختیار بجای الزام می‌نشیند؟ و وجود اختیارات را بر اساس کدام مبنا می‌توان توجیه کرد؟

واژه‌گان کلیدی: فسخ قرارداد، مبانی نظری حق فسخ، ضرر ناروا و اجرای عدالت، خواست و اراده طرفین عقد.

* ماستر حقوق خصوصی، استاد پوهنتون خاتم النبیین (ص)

مقدمه

بدون شك فسخ وسیله قانونی است که به طرفین قرارداد امکان می دهد تا از زیر بار ضرر ناروا که در اثر عدم آگاهی متوجه هریک از طرفین شده است، خود را برهاند و نگذارد معاملاتی که به شکل غیر عادلانه و ضرری انعقاد یافته دوام داشته باشد.

چنانچه می دانیم اصل لزوم یا الزامی بودن قراردادها یکی از اصولی است که در اکثر سیستم های حقوقی به ویژه در سیستم حقوقی افغانستان مورد پذیرش قرار گرفته است. اصل مذکور تضمین کننده امنیت و استواری روابط حقوقی و پیمان های منعقد بین مردم است، مطابق اصل یاد شده طرفین قرارداد، ملزم به انجام تعهدات مندرج در آن بوده و هیچ یک به تنهایی نمی تواند اصل مزبور را نادیده گرفته و از اجرای تعهدات ناشی از آن امتناع نمایند. باوجود آن گاهی ممکن است قرارداد منحل گردد و انحلال آن نیز فراوان است که اگر تمام موارد انحلال قرارداد را به دقت توجه کنیم شاید به این تصور بیهوشیم که لزوم قراردادها یک امر بیهوده است، با وجود آن هم موارد انحلال که در قانون مدنی پیش بینی گردیده از اعتبار اصل مزبور نمی کاهد و نیروی الزام آور عقد را متزلزل نمی کند. بعضی از اسباب نیروی تراضی را به نمایش می گذارد و با نفوذ اجباری عقد مغایرت ندارد. چنانچه در اقاله، همان دو اراده که پیمان را استوار کرده است، درباره انحلال آن به توافق می رسند. گاهی نیز ممکن است عقد و قرارداد بدون این که اراده طرفین در آن دخالت داشته باشد، منفسخ شود. مانند انحلال بیع در نتیجه تلف مبیع پس از عقد و قبل از قبض و در بعضی از موارد قرارداد ممکن است از جانب یکی از طرفین عقد فسخ گردد، موجبات فسخ قرارداد نیز متفاوت است. در بعضی از موارد، طرفین قرارداد در ضمن آن شرط می گذارند که در مدت معین یکی از طرفین یا هر دو طرف و یا شخص ثالث اختیار فسخ معامله را داشته باشد. قانونگذار هم با تصمیم طرفین احترام گذاشته است. در بعضی از موارد دیگر، قانونگذار به منظور حمایت از طرف متضرر، که به طور ناخواسته به ضرر ناروایی مواجه شده است، اختیار می دهد که قرارداد را فسخ کند و خود را از زیر بار پیمان زیان بار رها سازد، این حق را در اصطلاح حقوقی «خيار فسخ» می نامند. به این ترتیب با همه اهمیت که لزوم و ثبات قرارداد دارد. اما گاهی اتفاق می افتد که یکی از طرفین، خواه به حکم قانون و خواه بر اساس توافق در ضمن قرارداد، اقدام به برهم زدن قرارداد نماید. که در اصطلاح حقوقی از آن به "فسخ" تعبیر می شود. بنابراین فسخ قرارداد، اهمیتش کمتر از برقراری و لزوم قرارداد نیست و آثار، احکام و نتایج زیادی را به دنبال خواهد داشت. پس با توجه به اهمیت که فسخ قرارداد دارد، در این نوشته کوشش صورت می گیرد تا مفهوم فسخ، سیر تاریخی، شرایط تحقق و مبانی نظری فسخ قرارداد ها را به بررسی بگیریم.

فصل اول: سیرتاریخی، تعریف، ماهیت حقوقی و شرایط تحقق فسخ

فصل اول در چهار مبحث تدوین گردیده است که به ترتیب سیر تاریخی، تعریف لغوی و اصطلاحی فسخ، ماهیت حقوقی فسخ و شرایط تحقق آن مورد بررسی قرار می گیرد.

گفتار اول: سیرتاریخی

هرچند امروزه کمتر کسی در لزوم وجود فسخ در قراردادها، تردید می کنند. لکن فسخ نظریه ای نبوده است که در ابتدای امر هر کس آن را بپذیرد و در همان آغاز به ذهن قانونگذار آمده باشد. بلکه فسخ ثمره تحولات طولانی است که در سیستم های حقوقی مختلف بوجود آمده است، در حقوق روم باستان فسخ در معاملات مطرح نبود و عقده ای که از هر دو طرف لازم بود، تعهدات جداگانه و مستقلی از یکدیگر ایجاد می کرد بدون اینکه بین آنها تقابل و ارتباط باشد به طوریکه اگر یکی از دو طرف قرارداد از اجرای تعهدش سرباز می زد، طرف دیگر فقط می توانست اجرای عقد را بخواهد و نمی توانست بوسیله فسخ از عهده تعهد خود را خارج کند. البته پس از مدتها فسخ عقد در حد محدودی در حقوق روم پذیرفته شد. این امر به زمانی می رسد که عقد بیع از عقود رضائی گردید در این دوره در زمانی انعقاد عقد بیع شرط صریح در عقد گنجانیده می شد که به موجب آن بایع می توانست در صورت عدم تأدیه ثمن از سوی مشتری عقد را فسخ کند. (السنهوری: ۱، ۵۱۳)

در فقه اسلامی نیز فسخ یک نظریه عمومی تلقی نمی شد و در صورت عدم دریافت ثمن توسط بایع، تنها به او اختیار تأخیر ثمن را به عنوان شرط فسخ بیع اعطا می نمود.

در حقوق فرانسه نیز در صورتی که در عقد شرط صریح در این خصوص گنجانیده می شد فسخ میسر بود، البته فسخ با حکم دادگاه امکان پذیر بود، پیدایش نظریه سبب در حقوق کلیسا باعث گردید که نظریه فسخ بوجود آید به ترتیبی که اندیشه سبب، میان تعهدات متقابل در قرارداد های دو تعهدی نه فقط در زمان تشکیل عقد، بلکه در زمان اجرای قرارداد نیز ارتباط برقرار نمود که فسخ نتیجه این ارتباط دوم است. (پیشین) امروزه قوانین اکثر کشورها در موارد برای یکی از طرفین یا هر دو حق فسخ قرارداد را قایل هستند که به موجب آن می توانند قرارداد را فسخ نمایند و یا اینکه فسخ قرارداد را از محکمه ذیصلاح آن خواستار گردند، فسخ قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ وین نیز پذیرفته شده است. کنوانسیون ۱۹۸۰ وین در مواد ۴۹ و ۶۴ این حق را به رسمیت شناخته است. براساس ماده ۴۹ کنوانسیون بیع بین المللی در موارد زیر مشتری می تواند قرارداد را فسخ کند.

۱- در صورتی که عدم ایفای هر یک از تعهدات بایع به موجب قرارداد یا این کنوانسیون نقض اساسی قرارداد محسوب شود.

۲- معهذاً در مواردی که بایع کالا را تسلیم نموده باشد، مشتری حق اعلام اجتناب از قرارداد را از

دست خواهد داد. مگر اینکه در صورت نقض هر یک از تعهدات از جانب باع جزء تأخیر تسلیم ظرف مدت معقولی بشرح زیر اعلام بطلان نماید. ..

در ماده ۵۱ کنوانسیون نیز مقرر شده است. در صورتیکه باع تنها قسمت از کالا را تسلیم کند یا تنها قسمت از کالای تسلیم نشده، مطابق قرارداد نباشد مواد ۴۶ تا ۵۰ نسبت به بخشی که تسلیم شده یا مطابق قرارداد نیست، اعمال خواهد شد. (داراب پور، دکتور مهرباب، ۲، ۲۰۰-۲۰۱)

مطابق ماده ۶۴ کنوانسیون فروشنده در موارد ذیل می تواند قرارداد را فسخ کند.

- ۱- در صورتیکه نقض تعهد از ناحیه خریدار نقض اساسی تلقی شود (ماده الف) (۱) (۶۴)
- ۲- فروشنده برای اجرای تعهد به خریدار مهلت معقولی اهدا کند (مطابق ماده ۶۳) و او در آن مهلت به تعهد خود عمل نکند (ماده (ب) (۱) (۶۴) این مورد فقط در مورد تعهد به پرداخت ثمن و قبض مبیع قابل اعمال است. (دکتر سید حسین، صفائی، ۳۲۸) با توجه به مطالب فوق به طوری که ملاحظه گردید، فسخ قرارداد به عنوان یکی از راه حل های جلوگیری از ضرر ناروا و خلاف عدالت امروزه در قوانین کشورها و کنوانسیون های بین المللی پذیرفته شده است.

گفتار دوم: تعریف

قبل از ورود به موضوع هر تحقیقی، لازم است در ابتدا آن را تعریف و سپس ماهیت اصلی آن را بیان نمود تا چارچوب عمومی بحث روشن گردد.

در قانون مدنی افغانستان در مواد مختلف از فسخ نامبرده شده است، ولی تعریفی را از فسخ ارائه ننموده است.

عنوان فسخ در لغت به معانی زیر آمده است: (زایل گردانیدن، تباہ گردانیدن رأی را شکستن، جدا جدا کردن، ویران ساختن، برانداختن بیع و آهنگ مانند آن را، نیست گردیدن، کهنه و پاره شدن جامعه و جز آن....) (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۰، ۱۵۱۲۹)

در فرهنگ دیگر فارسی فسخ به معنای برهم زدن معامله، نقض کردن و باطل کردن پیمان آمده است. (عمید، ۱۳۸۶: ۳، ۱۸۴۱) طوری که ملاحظه می گردد تعبیر انحلال پیمان با عنوان بطلان، در مفهوم مجازی آن استعمال شده است. زیرا برخلاف فسخ (بمعنی انحلال یکطرفه) بطلان قرارداد با اراده متعاملین یا ثالث نمی باشد. بلکه به حکم قانون و به لحاظ عدم اجتماع شرایط مورد نظر قانونگذار صورت می گیرند، فلذا در فرهنگ لغت نیز با زبان عرفی و عامیانه معنی شده است.

فسخ در فقه و حقوق به معنی رفع و زایل گردانیدن و از اثر انداختن عقد توسط اراده کسی است که چنین حقی را دارد که به از منشأ اثر انداختن آن عقد منتهی می شود. به عبارت دیگر به از اثر انداختن یک عقد از بنیاد و کان لم یکن کردن ارادی آن را فسخ گویند. برخلاف انفساخ که برون

از اراده متعاقدین محق صورت می پذیرد در فسخ اراده طرف ذیحق نقش بنیادی دارد. (انصاری، ۱۳۸۶: ۲)

۲، ۱۴۶۱) در اصطلاح حقوقی حق فسخ، عبارت از انحلال و برهم زدن یک طرفه عقد می باشد و بزعم یکی از اساتید حقوق اینگونه تعریف شده است. فسخ در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد بوسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۱۹)

اگرچه اکثر حقوق دانان، از مفهوم فسخ همین تعریف را با کمی تغییر ارائه می دهند ولی به نظر می رسد که تعریف مزبور و یا تعاریف مشابه آن بیشتر به بیان آثار فسخ پرداخته است. پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد و به بیان دیگر انحلال عقد، اثر فسخ است در حالیکه منشأ و مبنی فسخ نیز باید در تعریف گنجانیده شود تا معنی و مفهوم اصلی فسخ را بیان نماید. با وجود این امر به نظر می رسد که منظور استاد متذکره تعریف خود فسخ باشد و نه حق فسخ. یکی از نویسندگان دیگر فسخ را چنین تعریف نموده است. فسخ عبارت از حق است اصولاً مالی که بواسطه قانون و یا اشتراط احد طرفین در عقد و به منظور جلوگیری از ضرر و با حدوث پشیمانی و برای هر یک از متعاملین یا هر دوی آنها و یا ثالث، ایجاد شده است و به صاحب آن حق می دهد که به طور یک طرفه عقد را منحل و به هستی و موجودیت حقوقی قرارداد پایان دهد. (نهرینی، ۱۳۸۵: ۷)

گفتار سوم: ماهیت حقوقی فسخ

باتوجه به تعریفی که از فسخ ارائه شد می توان گفت که از نظر ماهیت فسخ حق است که به دوطرف عقد یا یکی از آنها و گاهی به شخص ثالث، چنین حق و اختیاری داده می شود تا در صورت لزوم عقد را فسخ نماید. اعمال این حق، عمل حقوقی است که با یک اراده انجام می پذیرد. نیاز به قصد انشاء دارد و در زمره ایقاعات است. برخلاف اقاله که با توافق و تراضی طرفین عقد واقع می گردد. یکی از نویسندگان حقوق مدنی ایقاع را چنین تعریف نموده است "انشاء اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۹)" باتوجه به تعریفی که از ایقاع صورت گرفت می توان گفت، آنچه صورت می پذیرد کار ارادی است که به منظور رسیدن به هدف خاص انجام می پذیرد بناء نباید آن را با رویدادهای طبیعی و قهری اشتباه گرفت. اثری که بر این کار ارادی مرتب می شود دلخواه است، بدین معنا که آنچه به حکم قانون صورت می پذیرد، همان است که اراده کننده خواسته و انشاء کرده است پس ایقاع را نمی توان از سنخ کارهای ارادی دانست که در جهان حقوق آثار قهری بیار می آورد مثل جرائم و غضب، اثر حقوقی ایقاع در فسخ قرارداد انحلال آن است (کاتوزیان: ۲۲)

گفتار چهارم: شرایط تحقق فسخ

برای تحقق فسخ قرارداد شرایط لازم است که ذیلا آن را مورد مطالعه قرار می دهیم.

الف) قصد انشاء و رضا

۱. قصد انشاء

انشاء فسخ که فی الواقع با اراده ذوی الخیار واقع می گردد از جمله شرایط اصلی فسخ است. به عبارت دیگر اعمال فسخ قرارداد مستلزم وجود قصد انشاء می باشد، زیرا در زمره ایقاعات محسوب و به نوعی عمل حقوقی تلقی می شود. صاحب خیار باید انتفاء قرارداد را اراده کند و چنانچه به قصد شوخی یا سهوا فسخ قرارداد را اعمال نماید، به قول یکی از حقوقدانان عمل او موجب انحلال عقد نخواهد شد (شهیدی: ۲۰۴). هر چند که مقنن صریحا از ضرورت وجود قصد انشاء در اجرای فسخ سخنی به میان نیاورده است ولی این امر به دلیل واضح و روشن بودن موضوع بوده است. مسلما ایقاع که یک عمل حقوقی یک طرفه است مستلزم وجود قصد انشاء است و الا به هیچ نحوی اجرا نخواهد شد. چنانچه حق یا عملی، ایقاع محسوب گردد، لاجرم قصد انشاء را جز ارکان آن باید به شمار آورد در غیر این صورت نه باید آن را عمل حقوقی پنداشت.

۲. رضا

رضایت فسخ کننده نیز از شرایط صحت فسخ است و فسخی که از روی اجبار و اکراه صورت گیرد، باطل است. چرا که بر خلاف اعمال حقوقی دو طرفه مانند عقود و قراردادها، فقدان رضا در ایقاعات موجب بطلان آن می گردد نه عدم نفوذ به همین لحاظ رضایت بعدی مکره در فسخ، سبب وقوع و تحقق آن نخواهد شد به دلیل اینکه عدم نفوذ اختصاص به عقد داشته و در موارد مشخص مانند عقد فضولی و اکراه در انعقاد قرارداد، با الحاق اجازه مالک یا مکره موجب تنفیذ و نفوذ عقد می گردد. اما در ایقاعات و به ویژه در مورد حق فسخ چنین جوازی از سوی قانونگذار دیده نمی شود. به علاوه اینکه اصولا در تحقق و اجرای هر عمل حقوقی، وجود تمام ارکان و شرایط قانونی از لوازم تأثیر عقد یا ایقاع است فلذا چنانچه عمل مزبور فاقد یکی از شرایط متصوره قانونی باشد، باید در ایجاد و تأثیر عمل حقوقی مورد نظر تردید نمود.

ب) اهلیت

از آنجایی که فسخ حق مالی است. بناءً طرفی که قرارداد را فسخ می کند به لحاظ این که در حق مالی خود تصرف می کند باید دارای اهلیت باشد؛ منظور از اهلیت آن است که آن شخص باید عاقل، بالغ و رشید باشد، و الا فسخ معامله باطل خواهد بود.

در حقوق افغانستان تصرفات صغیر غیر ممیز، مجنون و معتوه در امور مالی شان باطل پنداشته شده است. در ماده ۵۴۳ قانون مدنی افغانستان چنین مقرر گردیده است (تصرف صغیر غیر ممیز باطل پنداشته می شود، اگر چه ولی وی اجازه داده باشد) طوری که ملاحظه می گردد بر اساس این ماده تصرفات صغیر غیر ممیز کاملاً باطل است. همچنین مجنون و معتوه نیز نمی توانند در اموری مالی شان تصرف نمایند، اگر چنین تصرفات را انجام دهند، بر اساس حکم ماده ۵۴۵ قانون مدنی افغانستان تصرفات شان باطل است. در این ماده چنین مقرر گردیده است. (تصرف مجنون و معتوه بعد از قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته می شود) در قانون مدنی تعریف از حجر صورت نگرفته است، و مجله الحکام عدلی که اکثر قواعد آن بر اساس فقه حنفی تنظیم گردید است، در ماده ۹۴۱ خود حجر را چنین تعریف نموده است (حجر عبارت است از اینکه یک شخص معین از تصرفات قولی اش ممنوع گردد برای این شخص بعد از تطبیق حکم حجر، محجور گفته می شود)

سفیه و صغیر ممیز می توانند با اذن ولی یا قیم خود، مبادرت به فسخ قرارداد کنند زیرا، با وجود تمیز ایشان می توانند انحلال قرارداد را اراده و انشاء کنند و نقضی که از جهت محجور بودن در تصرفات مالی دارند با تنفیذ سرپرست ایشان برطرف می گردد.

ج) وجود عقد

علاوه بر موارد یاد شده برای فسخ عقد وجود عقد ضروری است زیرا ایقاعات را نمی توان با فسخ منحل نمود از بیان این مطلب نباید چنین نتیجه گرفت که پایان یافتن قرارداد صرفاً با عمل فسخ امکان پذیر است به دلیل این که قرارداد علاوه بر فسخ به واسطه اقاله و انفساخ قانونی نیز ساقط می گردد. بنابراین استفاده از حق فسخ منحصراً در عقود و قراردادها صورت می گیرد. بدیهی است که عقود را می توان بواسطه حق فسخ منحل نمود که به نحو صحیح ایجاد شده باشد به عبارت دیگر تنها عقد صحیح را می توان فسخ نمود و چنانچه عقد باطل باشد، اساساً به آن عنوان عقد اطلاق نخواهد شد. مضافاً اینکه عقود باطل هیچگاه مولد حق فسخ نخواهند بود تا اینکه به واسطه حق فسخ مشروط یا مفروض قانونی، قابلیت انحلال را داشته باشند. اما در خصوص عقد غیر نافذ، باید گفت که چون عقد مزبور فاقد اثر است، حق فسخ ناشی از آن نیز که از آثار عقد به حساب می آید، نمی تواند تا قبل از تنفیذ و اجازه مالک، محقق شده و قابل اجرا باشد.

فصل دوم - مبنای ایجاد و تأسیس حق فسخ

فلسفه وجودی حق فسخ عموماً و اصولاً به علت وجود ضرر و زیانی است که به طور خواسته یا ناخواسته، به صاحب خیار، تحمیل میشود. به عبارت دیگر، در برخی از موارد یکطرف قرارداد، از روی قصد و نیت نا صوابی، موجب ورود زیان و ضرر به طرف، مقابل در عقد می شود. مانند انجام عملیاتی،

از سوی بایع، که موجب فریب خریدار، در انعقاد عقد شده؛ و خيار تدلیس را سبب می‌گردد. ماده ۵۷۱ قانون مدنی افغانستان در همچو موارد به فریب خورده حق می‌دهد که در صورت وجود غبن فاحش فسخ قرارداد را مطالبه نماید. گاه اوقات زیان مورد نظر بدون تقلب و دخالت جانب مقابل و صرفاً به واسطه عملیات فریب آمیز شخص ثالث به طرف مقابل وارد می‌شود و در نتیجه منجر به ایجاد خيار فسخ می‌گردد. بطور مثال، در خيار تدلیس چنانچه ثالثی حتی بدون اطلاع فروشنده مرتکب عملیاتی گردد که خریدار را فریفته و بدین وسیله سبب ترغیب او به انعقاد معامله گردد. خریدار دارای حق فسخ شده و می‌تواند پس از علم به آن فسخ قرارداد را خواستار گردد. قانون مدنی در همچو موارد نیز به فریب خورده حق می‌دهد که راجع به فسخ قرارداد اقدام نماید. ماده ۵۷۶ قانون مدنی افغانستان در این مورد چنین مقرر می‌دارد. (در صورت وقوع فریب از طرف شخص ثالث، در عقد، فریب خورده وقتی می‌تواند فسخ آنرا مطالبه نماید که آگاهی جانب مقابل را به فریب شخص ثالث هنگام عقد، یا قادر بودن آنرا به کسب چنین آگاهی، ثابت نماید)

بنابر این طوری که ملاحظه می‌گردد، بر طبق این ماده در صورت که فریب از طرف شخص ثالث صورت گرفته باشد. خریدار زمانی می‌تواند به استناد خيار تدلیس معامله را فسخ نماید که آگاهی جانب مقابل را به فریب شخص ثالث ثابت نماید. و یا این که این موضوع را ثابت نماید که او می‌بایست از همچو قضیه آگاهی می‌داشت، در چنین صورت است که می‌تواند قرارداد را فسخ نماید. در بسیاری از موارد دیگر که قانون مدنی افغانستان حق فسخ را قائل گردیده است زیان محتمل الوقوع فاعل خاصی ندارد. بلکه منشأ آن می‌تواند علل خارجی، یا عواملی خارج از اراده طرفین و ثالث باشد، (مانند خيار رؤیت و تخلف از وصف) به علاوه ممکن است در بعضی از موارد ضرر و زیان متصور نباشد و بدون علت خاصی، ذوالخيار، فسخ قرارداد را به مصلحت خود بیند، مانند خيار تعیین که در قانون مدنی افغانستان در نظر گرفته شده است. در همچون موارد ضرر محتمل الوقوع نیست.

همچنین در برخی از موارد فسخ قرارداد از اراده طرفین قرارداد ناشی می‌گردد. به طوری که طرفین در ضمن قرارداد شرط می‌گذارند که یکی از طرفین یا هر دو و یا اینکه شخص ثالث حق فسخ قرارداد را داشته باشد. از آنجایی که وجود چنین شروطی خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی نیست. پس قانونگذار هم در همچو موارد به اراده طرفین احترام گذاشته و نفوذ و اعتبار چنین شروطی هم در قانون مدنی افغانستان مورد پذیرش قرار گرفته است. بنابراین فسخ قرارداد در همچون موارد را می‌توان بر اساس اصل حاکمیت اراده و توافق و تراضی صریح طرفین توجیه کرد. اگر نیروی الزام آور عقد، به حکومت اراده مربوط است باید استثنای اصل یاد شده را نیز در همین مبنا جستجو کرد.

با توجه به مطالب فوق الذکر می توان وجود موارد حق فسخ و وجود خيارات را در قانون مدنی به اساس دو نظریه توجیه نمود.

۱. توافق صریح و ضمنی طرفین وجود حق فسخ را توجیه می کند.
 ۲. جبران ضرر ناروا و اجرای عدالت اجتماعی، وجود حق فسخ را توجیه می کند.
- که در ذیل هر یک از موارد فوق الذکر را مورد بررسی و مطالعه قرار می دهیم.

گفتار اول: منشأ قراردادی حق فسخ

همانطور که می دانیم نیروی الزام آور عقد، به حکومت اراده مربوط است. پس استثنای اصل را نیز می توان در همین مبنا جستجو کرد: دو طرف می خواهند که بر پیمان خود در شرایط عادی استوار بمانند. ولی بهای که باید، بر این التزام پرداخت حد و مرزی دارد.

گاه ضمن تراضی و توافق طرفین این مرز معین می شود، بطور مثال طرفین در ضمن عقد شرط می گذارند که هریک از طرفین تا مدت معین حق فسخ قرارداد را داشته باشند. یا مستأجر در ضمن عقد اجاره شرط می گذارد که در صورت تغییر محل مأموریت خود اجاره را فسخ کند. اینها شروط صریح هستند که نمی توان وجود آنها را در عقد، مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی دانست. از همین لحاظ است که قانونگذار نفوذ و اعتبار چنین شروطی را مورد پذیرش قرار داده است.

بنابر این در حقوق افغانستان در برخی از موارد ممکن است حق فسخ از اراده صریح طرفین ناشی شود. بطور مثال می توان از خیار شرط نام برد که طرفین در ضمن عقد شرط می گذارند که هریک از طرفین، یا یکی از طرفین و یا شخص ثالث اختیار فسخ معامله را داشته باشند. نفوذ و اعتبار چنین شروطی در قانون مدنی افغانستان مورد پذیرش قرار گرفته است. ماده ۶۵۲ قانون مدنی افغانستان در این مورد چنین مقرر می دارد: (عاقدين در جميع عقود می توانند، حين عقد یا بعد از عقد حد اکثر برای سه روز، خیار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند)

پس اگر حق فسخ برای یک طرف عقد، در ضمن عقد شرط گذاشته شده باشد شخص مزبور می تواند تا مدت سه روز معامله را فسخ نماید. و اگر حق فسخ برای هر دو طرف عقد داده شده باشد هریک از طرفین می توانند اقدام به فسخ عقد نمایند بدون اینکه جانب مقابل به این امر رضایت بدهد. زیرا حق مزبور از اراده صریح طرفین ناشی شده و در ضمن عقد آمده است. بناء رضایت بعدی شرط نفوذ و اعتبار آن نیست.

گاهی اوقات به صراحت از امکان فسخ قرارداد سخنی نمی رود. ولی لازمه اجرای مفاد تراضی این است، که عقد بریکی از دو طرف، تحمیل نشود. در همچون موارد جانب مقابل حق فسخ پیدا می نماید. بطور مثال در عقود دو تهمدی، هرگاه یکی از طرفین در زمان مقرر تعهدات خود را اجرا ننماید

و از انجام آن امتناع نماید، جانب مقابل می تواند فسخ عقد را مطالبه نماید. ماده ۷۳۹ قانون مدنی این موضوع را مورد تأیید قرار داده است.

در بعضی از موارد دیگر شرط منبای لزوم نیز به صراحت در عقد نمی آید، ولی عرف آنرا بر منبای غلبه و طبیعت داد و ستد، پایه تراضی می بیند. به طور مثال در خرید اتومبیل یا دستگاه تراکتور شرط نمی شود که مبیع باید سالم باشد و کار معهود را به خوبی انجام دهد. اما منبای دو طرف، به ویژه در فرضی که خرید کالا از فروشنده حرفه ای می شود، بر این است که جنس سالم مورد معامله قرار می گیرد، و گاه تضمین سلامت مبیع تأیید بر وجود همین تبانی است. بنابراین، اگر کالای فروخته شده معیب در آید، عیب پنهان به خریدار حق می دهد که به دلیل تخلف از شرط ضمنی و یا شرط تبانی قرارداد را فسخ کند.

در مورد بهای کالا نیز چنین تبانی عرفی ادعا شده است: در هر داد و ستد دو نفع متضاد روبروی هم قرار می گیرد، دو فرد که تنها به سود خویش می اندیشند و در تلاش اند که هرچه کمتر بپردازند و هرچه بیشتر بگیرند. با وجود این، قانون تبادل این است که تعادل نسبی بین دو عوض رعایت شود و همه رقابت و سود جویی ها در چهار چوب این تعادل صورت پذیرد. دو طرف نیز بر منبای همین قانون نوع تراضی می کنند و انتظار دارند که عدالت معاوضی در داد و ستد شان رعایت گردد. پس، اگر معلوم شود که به بهای گزاف خریده اند یا به قیمتی ناچیز فروخته اند در واقع از (شرط ضمنی) که پایه تراضی آن بوده تخلف شده است. در نتیجه زیان دیده حق دارد عقده را که بدین گونه انعقاد یافته است، فسخ نماید.

به همین گونه همه حق فسخ به خواست صریح یا ضمنی دو طرف قرارداد باز می گردد و حاکمیت اراده منبای واقعی التزام به عقد و حدود آن است و قوانین در باره شمار خیارها و آثار هر کدام احکامی دارد، ولی همه آنها چهره تفسیری و تکمیلی دارد. بهمین جهت، دو طرف می توانند به تراضی بر قلمرو اختیار قانونی خود در فسخ عقد بیفزایند یا بکاهند، یا حتی سقوط همه خیارها را در عقد شرط کنند.

هرچند که امکان انتقال و سقوط خیارها که دلیل حکومت اراده بر آن است، در عده از خیارها در قانون مدنی افغانستان احکامی دیده می شود که توجیه آنها جز بر پایه اراده صریح و ضمنی طرفین عقد دشوار است. بطور مثال در قانون مدنی در ماده ۶۸۴ چنین مقرر گردیده (عیب وقتی، موجب خیار شده می تواند که قبل از عقد موجود بوده و در قیمت مبیعه مؤثر باشد، و متصرف الیه به آن علم نداشته باشد و متصرف برائت عیب را شرط نگذاشته باشد)

طوریکه ملاحظه می گردد در قانون مدنی، خیار عیب در صورت ایجاد می شود که عیب از نظر

خریدار پوشیده مانده باشد.

آیا دلیل آن این است که تنها در این فرض می توان وجود شرط ضمنی بر سلامت مبیع را به دو طرف نسبت داد؟ به هر صورت در عده از خيارات، احکامی دیده می شود که توجیه آن بر اراده ی صریح یا ضمنی دو طرف امکان پذیر است. با وجود آن هم نمی توان وجود همهٔ خيارات را بر اساس اراده صریح و ضمنی طرفین توجیه کرد. بطور مثال اگر سلامت کالا و برابری دو عوض و مانند این شرایط و اوصاف پایه و قید تراضی باشد، باید تخلف از آن رضا را از آغاز بی اثر سازد و عقد غیر نافذ، یا باطل باشد. در حالیکه خیار امکان فسخ عقد نسبت به آینده است و درست است که عده از خیارها مثل خیار شرط نیروی خود را از تراضی می گیرند. ولی وجود همه خيارات را نمی توان به خواست صریح و ضمنی طرفین باز گرداند. باز گرداندن همه خیارها به مفاد تراضی کاری است دشوار و نامتعارف.

گفتار دوم- جبران ضرر و اجرای عدالت

اصل لزوم قراردادهای است (قانون مدنی ماده ۶۹۶) و آیه شریفه (اوفو بالعقود) دلالت می کند بر لازم الاجرا بودن، هر عقدی، حتی اگر متضمن غبن و عیب باشد. برعکس قاعده لاضرر دلالت می کند بر اینکه در مورد بیع غبنی و بیع کالای معیوب وفای به عقد لازم نیست. (دکتر محمدی، ۱۵۲: ۱۳۸۵) و فقهای اسلامی از قاعده لاضرر به عنوان حکم ثانوی و محدود کننده استفاده کرده اند، بنابر این قاعده لاضرر سبب می شود، که احکام عادی و نخستین جای خود را به حکم ثانوی و استثنایی دهد، به گونه ای که از آن ضرر بر نخیزد و زیانی جبران نشده بار نیاید. بطور مثال اگر حکم لزوم قراردادهای در مورد باعث ایجاد جبران ضرر و زیان شود. قاعده لاضرر این حکم را تعدیل می کند و برای زیان دیده حق برهم زدن عقد را ایجاد می کند. و قاعده لاضرر ابزاری است، برای اجرای عدالت و تأمین برابری، سود و زیان و ایجاد تعادل در روابط اقتصادی و اجتماعی است و متن قاعده لاضرر از حدیث نبوی (لاضرر و لا ضرار فی الاسلام) گرفته شده است، (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۵۲) هر چند که فقیهان از بیم برهم خوردن نظم و ایجاد (بدعت) از قلمرو قاعده لاضرر به عنوان های گوناگون کاسته اند، با وجود آن هم در بارهٔ اجرای آن نسبت به لزوم قراردادهای طرفداران سر شناس پیدا کرده است. شیخ طوسی در خلاف (ج ۲ ص ۱۹) خیار غبن را مستند به حدیث نفی ضرر می کند و علامه حلی در تذکره (ج ۱ کتاب بیع) یکی از مبنای خیار عیب و تأخیر ثمن را حدیث لاضرر می داند. شیخ مرتضی انصاری در مکاسب (ص ۲۳۵) ضمن تأیید نظر علامه در استناد قاعده لاضرر، در توضیح آن می نویسد: (... لزوم چنین بیع و عدم سلط مغبون بر فسخ آن زیان است، که شارع به آنچه ضرری است حکم نمی کند و اضرار پاره ای از مسلمانان، بر بعض دیگر را روا نمی بیند و تصرفاتی را که از آن

ضرری بر می خیزد امضا نمی کند و از همین جا درستی استناد به روایت نفی ضرر اشکار می گردد. چرا که هر عقدی که لزوم آن باعث ضرر و زیان است برای زیان دیده متزلزل می گردد، خواه آن ضرر به دلیل غبن باشد یا امر دیگری و خواه در بیع باشد یا غیر آن مانند صلحی که بر مبنای مسامحه انجام نشده و اجاره و هر معاوضات بدین ترتیب ضرر ناروا ناشی از عقد باعث می شود که حکم لزوم برداشته شود و اختیار بجای آن نشیند و زیان دیده بتواند عقد را فسخ کند. (کاتوزان، ۵: ۶۳)

نویسندگان حقوق مدنی نیز مبنای عده از خیارها را از جمله خیار غبن و عیب را بر مبنای قاعده لاضرر توجیه می کنند. (امامی، ۱: ۴۹۹، ۵۱۸، ۵۰۱) با توجه به مطالب فوق الذکر می توان گفت که قاعده لاضرر را می توان مبنای وجود عده از موجبات فسخ قراردادها دانست و وجود عده از خیارها را در قانون مدنی افغانستان بر مبنای قاعده لاضرر می توان توجیه کرد. بطور مثال می توان از خیار عیب، غبن و رؤیت نام برد که وجود این گونه موجبات فسخ بیشتر به قاعده لاضرر توجیه می شوند. در خیار رؤیت به نظر می رسد مبنای خیار، لزوم جبران ضرر ناروای باشد که در نتیجه نا آگاه ماندن از اوصاف واقعی به طرف قرارداد وارد می شود. قانونگذار افغانستان نسبت به این ضرر به اعتنا نموده و حکم لزوم قرارداد را ورداشته تا قربانی بی گناه از آن ضرر نبیند. مسلم است که در هر داد و ستد تجارتي کم و بیش ضرری به بار می آید. عده از این زیانها لازمه زندگی اجتماعی و مبارزه در راه بهتر زیستن است. ولی گاه ضرر نتیجه خطای دیگری است و قربانی آن بیهوده صدمه می بیند. در این فرض است که احکام طبیعی و عمومی جای خود را به حکم ثانوی می دهد.

همچنین خیار عیب را نیز می توان بر اساس قاعده لاضرر توجیه کرد. بخصوص اینکه در قانون مدنی افغانستان در صورت معیوب بودن مبیع جز فسخ قرارداد، راه حل دیگری برای جلوگیری از ضرر ناروا که اخذ ارش باشد پیش بینی نگردیده است. بنا براین در صورت معیوب بودن مبیع خریدار تنها می تواند از راه فسخ قرارداد ضرر و زیان خود را جبران نماید. قانون مدنی افغانستان گرفتن ارش را در موارد برای مشتری تجویز می کند که فسخ قرارداد ناممکن گردد. ماده ۶۸۷ قانون مدنی حکایت از همین موضوع دارد، در این ماده چنین مقرر گردیده است. (متصرف الیه نمی تواند، نقصان ثمن را در حالیکه شی معیوب را نزد خود نگهداشته از متصرف مطالبه نماید، مگر در صورتیکه رد شی بدون مداخله متصرف الیه ناممکن گردیده و عوض به وی نرسیده باشد) بنابر این در سیستم حقوقی افغانستان منوط ساختن ارش به موردی که خریدار از فسخ عقد نا امید می شود و ضرر همچنان باقی می ماند، کوششی برای نزدیک ساختن احکام خیار عیب با مبنای آن (نفی ضرر) است. پس به صراحت می توان گفت، که اعمال قاعده لاضرر باعث می شود تا حکم لزوم عقد برداشته شود و خریدار بتواند عقد مزبور را فسخ نماید. ولی اگر اجرای این حق با مانعی بر خورد کند، چون زیان رفع نشده است،

رفع آن تنها با ارض خواستن و تعدیل قرارداد میسر خواهد بود. به همین قسم وجود اختیارات دیگری را نیز می توان در قانون مدنی افغانستان بر مبنای قاعده لاضرر توجیه کرد. مثلاً در خیار تبعض صفقه چون بر اساس تجزیه معامله به طرف، قرارداد، ضرر وارد می شود. بنابراین قاعده لاضرر حکم می نماید که ضرر باید دفع شود. ماده ۱۰۹۴ قانون مدنی افغانستان در موردی که نسبت به قسمتی از مبیعه حق غیر تعلق گرفته باشد و مشتری در زمان انعقاد عقد از آن آگاهی نداشته باشد به مشتری حق می دهد که قرارداد را فسخ نماید.

با توجه به مطالب فوق الذکر می توان گفت، که (جبران ضرر) انگیزه اصلی قانونگذار در وضع احکام بخشی مهمی از اختیارها بوده است. منتها دو نکته مهم را نباید از نظر دور داشت: نخست اینکه، قاعده لاضرر نمی تواند وجود همه اقسام خیار را در قرارداد های لازم در حقوق افغانستان توجیه کند. چرا که عده از آنها (مثل خیار شرط) بی گمان مبتنی بر خواست صریح یا ضمنی دو طرف است و یا از عادات و رسوم اجتماعی و یادگار های تاریخی یا حکم قانون سرچشمه می گیرد که می توان از خیار تعیین نامبرد این نوع موجبات فسخ را نمی توان بر اساس قاعده لاضرر توجیه کرد.

نتیجه گیری

از آنچه گفته شد می توان چنین نتیجه گرفت که موارد حق فسخ یا خیار های گردآوری شده در قانون مدنی دارای مبنای مشترک و یگانه نیست و حق فسخ ممکن است ناشی از خواست صریح یا ضمنی دو طرف باشد. (ریشه قراردادی) مثل خیار شرط یا جبران ضرر ناروایی که از عقد ایجاد می شود انگیزه قانونگذار در اعطای حق فسخ به طرف زیان دیده شود. یا عادات و سنت های تاریخی وجود خیار را توجیه می کند پس باید از ارایه یک نظریه عمومی در این باره گذشت. با وجود آن، از مباحث که راجع به مبانی نظری حق فسخ در قراردادها صورت گرفت می توان چنین نتیجه گرفت که مبنای اصلی اختیارات، بر پایه یکی از دو اصل (حکومت اراده) و (لاضرر) است مگر اینکه مبنای دیگری احراز شود.