

# عدالت معاوضی در حقوق قراردادهای افغانستان

(تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۰۵/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۷/۱۰/۱۵)

سید حسین حسینی<sup>۱</sup>

استاد دانشگاه

دکتر محمد مصطفی محقی

وکیل و کادر علمی دانشگاه گوهرشاد کابل

## چکیده

عدالت معاوضی عدالتی است که در نتیجه آن میزان دقیق حقوق هر شخص معین می گردد روشن است که قبول این نظریه به نوعی صیانت از حقوق طرفین عقد است که امروزه در میان حقوقدانان مورد توجه قرار گرفته است. نظریه عدالت معاوضی از دیدگاه کاربردی تر به معنای ضرورت موازنه ی حقوق طرفین در عقد معاوضی است که مبنای آن قاعده لاضرر می باشد از مصادیق قانونی این نظریه می توان به حق حبس، خیار غبن و خیار عیب و تلف مبیع قبل از قبض اشاره نمود معیار این نظریه در حقوق افغانستان ترکیبی از معیار عینی و شخصی است و قانونگذار در مواردی به احیای عدالت معاوضی از طریق ارش و حق حبس پرداخته اما در برخی دیگر از موارد اشاره به انفساخ و حق حبس می نماید.

---

**واژگان کلیدی:** عدالت معاوضی، حقوق افغانستان، موازنه، عقود معوض

---

<sup>۱</sup> نویسنده مسئول

www.SID.ir



## بخش اول: کلیات

رعایت برابری در حقوق قراردادی طرفین عقد معاوضی، اقتضای این را دارد که حقوق طرفین قرارداد مانند دو کفه ی ترازو باهم برابر باشند که این برابری را عدالت معاوضی می گویند هرگاه تعادل حقوق قراردادی خدشه دار گردد نظریه عدالت معاوضی اقتضاء می نماید تا به وسیله اصول معتبر حقوقی جبران گردد. «عدالت» مفهومی است که بشر از آغاز تمدن خود می شناخته و برای استقرار آن کوشیده است که در عرصه های مختلف زندگی و در چهره های متفاوت عدل فلسفی، عدل سیاسی، عدل اخلاقی، عدل اقتصادی و عدل حقوقی، اندیشه او را به خود مشغول داشته است. عدالت نسبی یکی از اهداف علم حقوق است و برای تحقق این هدف لازم است که علاوه بر توجه به متن قوانین به نظریات حقوقی نیز توجه کنیم یکی از این نظریات حقوقی نظریه عدالت معاوضی می باشد. در این مقاله به بررسی عدالت معاوضی در حقوق قراردادهای افغانستان می پردازیم و لذا در ابتدا لازم است که مصادیق قانونی و مبانی نظری آن مورد بررسی قرار گرفته و سپس به ساماندهی آن در حقوق قراردادهای افغانستان پرداخته شود.

### بند اول: مصادیق قانونی و مبانی نظری عدالت معاوضی در حقوق قراردادهای افغانستان

برای توجیه این نظریه در حقوق قراردادهای افغانستان می توان به مصادیق قانونی و مبانی نظری عدالت معاوضی اشاره نمود. از آنجایی که بیشتر مقررات مربوط به حقوق قراردادها در قانون مدنی و تجارت آمده است در این بند به بررسی مصادیق قانونی عدالت معاوضی در این قوانین می پردازیم.

الف- مصادیق عدالت معاوضی در قانون مدنی افغانستان: اصل عدالت هدف اصلی تشریح دین اسلام می باشد و در قرآن کریم آمده است: «ولقد ارسلنا رسلنا بالبینات وانزلنا معهم الكتاب والمیزان ليقوم الناس بالقسط». این اصل در فقه اسلامی و به ویژه در فقه حنفی از جمله اصول محوری است. تاثیر این اصل را می توان در بخش های مختلف فقه اسلامی مشاهده



کرد در قانون مدنی نیز نقش آفرینی این اصل آشکار است و عدالت معاوضی برخی از قواعد و نظریه ها را در قانون مدنی تبیین می کند:

۱- حق حبس: در صورتی که دو طرف معامله درباره زمان مبادله دو عوض قرار خاصی نگذارند ظاهر این است که انتظار دارند دو عوض مقارن یکدیگر مبادله شوند این توافق ضمنی ناشی از معنای معاوضه در دیدگاه عرف است، همان گونه که در معامله ای مثل بیع، ملکیت در یک زمان برای هر دو به وجود می آید دو عوض نیز باید همزمان انجام شود. عدالت معاوضی ایجاب می کند که دو تعهد متقابل در یک زمان اجرا گردد و تبعیض میان طرفین نباشد دو طرف چنان به این برابری وابسته اند که اگر ناچار شوند بدون دریافت آنچه که در عقد انتظار داشته اند، آنچه را که برعهده داشته اند تسلیم کنند، احساس می کنند که مورد ظلم واقع شده اند زیرا این خطر وجود دارد که طرف به دلیل اعسار و یا تلف قهری موضوع تعهد و عوامل دیگر نتواند به تعهد خود عمل کند. فقها نیز حق حبس را اقتضای معاوضه دانسته اند شیخ انصاری(ره) در این خصوص می گوید: «تسلیم آنچه مورد استحقاق هر یک از طرفین عقد می باشد به واسطه ی اقتضای عقد بر هر یک از متابعین لازم می گردد».<sup>۱</sup> حقوقدانان نیز حق حبس را مبتنی بر وابستگی و تقابل عوضین می دانند دکتر امامی معتقد است: «بستگی و رابطه بین دو مورد عقد معوض با یکدیگر موجود است که به هر کدام از طرفین معامله حق می دهد از تسلیم مورد تعهد امتناع کنند تا طرف دیگر تعهد خود را انجام دهد».<sup>۲</sup> ایشان در جایی دیگری معتقد است که علت حق حبس اصل معاوضه می باشد که ناشی از رابطه ی بین عوض و معوض است. علت تعهد معاوضی اختصاص به بیع ندارد و در هر عقد معوض جاری می گردد.<sup>۳</sup> در مورد بیان علت تعهد عقد معوض، دو تملیک است که یکی در مقابل دیگری قرار می گیرد و این امر ناشی از رابطه و وابستگی بین عوضین است که مورد قصد متعاملین قرار می گیرد. علت غایی در هر یک از متعاملین در تملیک و تسلط دو مورد، تملیک و تسلط



۱- انصاری شیخ مرتضی، المکاسب، قم، منشورات دارالذخائر ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۱۴۱.

۲- امامی حسن، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیة ۱۳۶۳ش، ج ۱، ص ۴۵۸.

۳- همان، ص ۲۲۵



عوضین آن از ناحیه ی طرف دیگر است به طوری که هرگاه تملیک و تسلیط عوض نبود معوض را تملیک و تسلیط نمی کرد. چنان که می دانست نمی تواند عوض را به دست آورد حاضر نمی شد مال خود را به تملیک طرف مقابل در آورد.<sup>۱</sup> حق حبس در فقه عامه به طور کلی پذیرفته شده است هر چند به نظر می رسد در فقه مالکی در این باره سخنی گفته نشده باشد. حق حبس در فقه حنفی و به تبع آن در قانون مدنی<sup>۲</sup> به طور گسترده مطرح و شناسایی شده است کاسانی حق حبس را در نکاح، رهن و بیع مطرح کرده است.<sup>۳</sup> ابن نجیم در کتاب البیع تصریح به حق حبس دارد.<sup>۴</sup> فقهای شافعی حق حبس را شناسایی کرده و در ابواب مختلفی به آن استناد کرده اند از جمله نووی در کتاب البیع خود می گوید: «للبيع فيه علقه وهي حق الحبس لقبض الثمن».<sup>۵</sup> حق حبس در میان فقهای حنبلی نیز موضوعی توجه برانگیز است ابن قدامه در المغنی می نویسد: « تمام علماء اجماع دارند که زن می تواند، مادامی که مهریه خود را نگرفته است از تمکین خودداری کند». <sup>۶</sup> از این سخن وی استفاده می شود که فقهای اهل سنت، بر حق حبس زوجه اجماع دارند.

۲- خیارات: برای توجیه برخی از خیارات دلایلی ارائه کرده اند از جمله نفی اکره، نفی اشتباه و جبران ضرر<sup>۷</sup> که البته می توان به نظریه عدالت معاوضی هم اشاره کرد به عنوان مثال مبنای خیار غبن و خیار عیب عدالت معاوضی می باشد. وقتی که در قراردادی غبن وجود داشته باشد استقلال محقق می شود و منع استقلال مبتنی بر قاعده لاضرر می باشد مبنای اخلاقی استقلال چیزی جز رعایت و برابری نباشد البته مذاهب اسلامی در این باره اختلاف نظر دارند. مالکی ها و حنفی ها معتقدند قرارداد در صورتی که با افراد بی تجربه و ناآگاه باشد و یا در

۱- کاتوزیان ناصر، عقود معین، تهران، شرکت انتشار ۱۳۷۱ش، ص ۳۵۰.

۲- ماده ۸۴۲: « هر یک از متعاقدين می توانند در هر معاوضه ی مالی تا وقتی که بدل مستحق را تسلیم نکرده معقود علیه را نزد خود نگهدارد».

۳- کاسانی حنفی ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع، بی تا، ص ۳۴۵.

۴- ابن نجیم زین الدین، البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق، بیروت، دارالکتب العلمیه ۱۹۸۳م، ج ۶، ص ۱۸۷.

۵- نووی یحیی بن شرف، المجموع شرح المذهب، بیروت، دارالفکر ۱۹۹۴م، ج ۶، ص ۸۵.

۶- ابن قدامه، المغنی علی مختصر الخرقی، بیروت، المکتب الاسلامیه ۱۹۸۸م، ج ۱۰، ص ۹۷.

۷- زنجانی، عمیدو احمد زاده، ابوالفضل، بررسی کلیات احکام خیارات، مجله فقه ومبانی حقوق اسلامی، شماره ۱، سال ۱۳۹۰، ص ۱۲۳ تا ۱۲۵.

قرارداد عدم تعادل وجود داشته باشد به دلیل استقلال فسخ می گردد. به اعتقاد شافعیان و حنبلی ها عدم تعادل باید فاحش بوده و همراه با تقلب باشد<sup>۱</sup> قانون مدنی در مورد تعریف غبن و انواع آن اشاره ای نکرده است صرفاً در ماده ۵۷۱ به غبن فاحش اشاره می کند: «اگر ما به التفاوت قیمت بین قیمت واقعی و قیمت خریداری شده ۱۵٪ و بیشتر باشد از مصادیق غبن فاحش می باشد». در مورد خیار عیب نیز فقهای حنفی مبنای آن را نقصی می دانند که در مبیع یا ثمن به وجود می آید و در نتیجه عدالت معاوضی برهم خورده و موجب ضرر به یکی از عاقدین می گردد در ضمن این که در صورت نقص مبیع یا ثمن در رضایت عاقدین نیز خلل وارد می گردد زیرا مشتری هرگز راضی نمی شود که مبیع معیوبی را دریافت کند در صورتی که از عیب آن آگاه نیست.<sup>۲</sup>

۳- تلف مبیع قبل از قبض: قاعده تلف مبیع قبل از قبض که در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی آمده است مبتنی بر نظریه عدالت معاوضی می باشد<sup>۳</sup> زیرا باید دانست که هدف نهایی از خرید و فروش این است که خریدار در برابر پولی که به فروشنده می دهد بتواند بر مبیع دست پیدا کند انتقال مالکیت به تنهایی این هدف را تامین نمی کند و به همین جهت، اگر خریدار بداند که هیچ گاه بر مبیع دست پیدا نمی کند حاضر به معامله نمی شود در نتیجه همین اراده که خواست مشترک طرفین است، دادن ثمن به فروشنده و تسلط بر مبیع به عنوان یک موجود مرکب به وجود می آید و از بین رفتن جزئی از آن، جزء دیگر را نیز از بین می برد. همین که مبیع تلف شد، چون تعهد خریدار به دادن ثمن مبنای خود را از دست می دهد آن هم از بین می رود و به خریدار برمی گردد.

### بند دوم: مصادیق عدالت معاوضی در قانون تجارت افغانستان

انعقاد قرارداد بین دو یا چند نفر بیانگر قصد و اراده طرفین برای اجرای عقد است و هر کدام از طرفین انتظار دارند که طرف مقابل تعهدات خود را به طور کامل انجام دهد قانونگذار نیز

۱- ابن قدامه، المغنی علی مختصر الخرقی، بی تا، ص ۳۶ و ۳۷.

۲- ژوبل محمد عثمان، دوره حقوق وجایب، کابل، انتشارات سعید جوزای ۱۳۹۱، ص ۱۴۴.

۳- هرگاه مبیعه قبل از تسلیم بنابر اسباب خارج از اراده بایع تلف شود عقد فسخ و ثمن به مشتری باز می گردد





این انتظار طرفین را مورد شناسایی قراردادها است و به صورت قاعده لزوم قراردادها آورده است. اما گاه یکی از طرفین قرارداد نمی تواند تعهد خود را انجام داده و ورشکسته می شود قانونگذار برای جلوگیری از چنین ضررهای احتمالی به طرفین قرارداد، حق مطالبه ی انجام تعهد از طرف مقابل را داده است به این معنا که تا زمانی که طرف مقابل به تعهد خود عمل نکند او نیز می تواند از اجرای تعهد خود سرباز بزند. این موضوع در ماده ۶۴۵ قانون تجارت آمده است به طوری که اگر در بیع تجاری مشتری قبل از تسلیم ثمن ورشکسته شود بایع می تواند از تسلیم مبیع به وی خودداری کند.<sup>۱</sup> همچنین عدالت معاوضی اقتضاء می کند که کمیشن کار در مقابل معامله ای که برای امر انجام می دهد اجرت خود را دریافت کند. بنابراین کمیشن کار می تواند اجرت خود را از مبالغی که در نتیجه اجرای معامله به دست می آورد وصول نماید.<sup>۲</sup>

### بخش دوم: مبانی نظری عدالت معاوضی

حقوق رومی کلاسیک منصفانه بودن و عادلانه بودن قیمت را در قراردادها الزامی نمی دانست به گونه ای که یک طرف قرارداد می توانست کالایی را با قیمت کمتر بخرد یا بفروشد به تدریج موضوع غیر منصفانه بودن قرارداد مورد توجه یونانیان و رومی ها واقع شد مقرره ای در کد ژوستین وجود داشت که اگر فروشنده زمینی را به کمتر از نصف قیمت می فروخت برای او حق فسخ به وجود می آمد ولی خریدار می توانست با دادن قیمت واقعی حق فسخ را کان لم یکن کند. حقوقدانان قرون وسطی این نظریه را توسعه دادند به گونه ای که علاوه بر زمین سایر اموال منقول را نیز در برمی گرفت و در مورد خریدار و فروشنده اعمال می گردید<sup>۳</sup> نظریه پردازان حقوق طبیعی نیز این دیدگاه را پذیرفتند. گروسوس معتقد بود در خود معاوضه و موضوع اصلی قرارداد باید تعادل وجود داشته باشد اگرچه خود او نیز معتقد بود

۱- ماده ۶۴۵ قانون تجارت: « مشتری ایکه که قیمت را تادیه نموده است و در ظرف مدت بین تاریخ عقد و تسلیم ورشکسته شود با آنکه بایع تادیه وجه را تاجیل کرده باشد( ولی تامينات معتبر نگرفته باشد) حق دارد مبیعه را تسلیم ندهد».

۲- ماده ۸۰۹ قانون تجارت: « کمیشن کار می تواند طلب خود را براساس ماده ۷۷۷ از مبالغیکه در نتیجه اجرای معامله به حساب آمر تحصیل می کند ( در مقابل امر ودائنین ) ترجیحا استیفاء نماید».

2- Atiyah, p.s., The Rise and Fall of Freedom of contract, Clarendon press, Oxford, 1998, p35.

پذیرش دعاوی مبتنی بر عدم تعادل پس از قرارداد منجر به منازعات بی شماری می شود.<sup>۱</sup> پونیه نیز می گوید: «اگر قرارداد تعادل نداشته باشد وقتی از نظر انصاف معیوب است که وجدان را تحت تاثیر قراردهد در عین حال اگر غبن فاحش نباشد اعتبار قرارداد مخدوش نمی شود در غیر این صورت اصل آزادی قرارداد و اصل ثبات و استواری معاملات تضعیف می شود». با وجود این، او به فروش با قیمت عادلانه اشاره کرده و می گوید: «ماهیت قرارداد اقتضاء می کند که هر یک از طرفین معادل آنچه منتقل کرده به دست آورد.<sup>۲</sup> در قرون شانزدهم براساس اندیشه های ارسطو و آکویناس، عدالت معاوضی از توزیع ثروت در میان شهروندان حمایت می کرد. ارسطو ادعا می کرد که عدالت معاوضی قرارداد هایی مثل بیع، قرض، رهن و عاریه را شامل می شود.<sup>۳</sup> آکویناس عنوان می کند که عدالت معاوضی هنگامی تحقق پیدا می کند که شخصی به طور ارادی مالش را به دیگری منتقل می کند. اگر انتقال به گونه ای باشد که دریافت کننده دین و تعهدی نداشته باشد، مثل مورد هبه، این عملی است که ربطی به عدالت ندارد و ناشی از آزادی می باشد انتقال ارادی وقتی مربوط به عدالت است که متضمن مفهوم تعهد باشد و این امر به سه شیوه حاصل می شود:

- ۱- شخص در مقابل مالی که دریافت می کند مالش را به طرف مقابل منتقل کند مثلاً در مورد بیع.
- ۲- شخص مالش را به دیگری منتقل می کند به طوری که منتقل الیه از آن استفاده نماید با این تعهد که آن را به مالک برگرداند اگر این استفاده مجانی نباشد معامله اجاره است.
- ۳- شخص مالش را به دیگری منتقل کند تا دوباره پس بگیرد این اقدام برای حفاظت از مال صورت می گیرد یا به خاطر تعهدی به وجود می آید مانند این که شخص مالش را به رهن می گذارد.

3- Grotius, De Jure Belli be pacis, vol 2, Clarendon press, Oxford, 1925, p348.

1- Pothier, Traite du Contract de Vent, part 2, paris, 1961, p251.

2- Aristotle, Nicomachean Ethics 5 in R.McKeon, The Basic Works of Aristotle, New York, 1941, p 1131.





در سیستم حقوقی انگلوساکسون ریشه مفهوم ناعادلانه بودن قرارداد و عدم رعایت عدالت معاوضی را باید در محاکم انصاف جستجو کرد این دادگاه‌ها از تنفیذ معاملات غیر عادلانه و به شدت یکطرفه که عدم توازن شدیدی بین دو موضوع معامله به وجود می‌آورد خودداری می‌کردند.<sup>۱</sup> در اینجا به دو سابقه قضایی اشاره می‌کنیم. رای رابرت هاید قاضی دادگاه عالی لندن در سال ۱۶۶۳ و نظریه قاضی هالت در سال ۱۷۰۵ که هر دو به فقدان توازن در معامله بین یک فرد خبیره شهری و یک طرف روستایی ناآگاه از وضعیت بازار استناد کردند. در حقوق آلمان حسن نیت مقوله اساسی تلقی می‌گردد به طور کلی می‌توان گفت که یک طرف قرارداد متعهد است به شیوه‌هایی عمل کند که منافع مشروع طرف دیگر لحاظ شود اعمال این اصل در آلمان منجر به پیدایش وظایف ثانوی برای طرف قرارداد شده است مانند شرط ارائه اطلاعات در مورد استفاده و نگهداری از کالای ارائه شده و این که اصیل نباید مزاحم نماینده تجاری شود و باید او را در اجرای وظایفش مساعدت نماید. هرچند نظریه رومی غبن فاحش بخش، از حقوق آلمان گردیده است اما در زمان تدوین قانون مدنی متروک ماند و به عنوان مقرر ای خاص در قانون مدنی نیامد. قضات آلمانی قرن نوزدهم نیز برای جبران خسارت در برابر ناعادلانه بودن قیمت قرارداد، آن را استثنایی بر اصل تعهد آور بودن قراردادها دانسته‌اند این قضات معمولاً جبران خسارت مذکور را نوعی استثناء مبتنی بر رعایت برابری و تساوی حقوق توجیه می‌کردند سرانجام در بند ۲ ماده ۱۳۲ قانون مدنی آلمان مقرر گردید: «اگر شخصی از نیاز، بی تجربگی، فقدان تصمیم‌گیری جدی ارادی دیگری برای تحصیل نفعی شدید و ناعادلانه برای خود استفاده کند که به روشنی متناسب با آنچه که خود او می‌دهد نباشد، قرارداد باطل خواهد بود».<sup>۲</sup> یکی از دعاوی اخیر در آلمان مربوط به قرارداد‌هایی است که هنرپیشه را در قبال شرکت تبلیغاتی متعهد می‌کند در این قرارداد شرکت از بی تجربگی و جوانی این افراد سوء استفاده می‌کرد و آنها را برای انعقاد قرارداد‌های زیان آور فریب می‌داد. همان‌طور که گفته شد مبنای نظری عدالت معاوضی در حقوق کامن‌لا انصاف و در حقوق

۱- مدرسی حسین، جلوگیری از سوء استفاده از اضطرار طرف دیگر، مجله نامه فرهنگ، ش ۱۰۱۳۸۹، ص ۱۹.

1-Markesinis Basil, Unberath Hannes, Johnston Angw, The law Germany, Gower, 1994, P872.



آلمان حسن نیت می باشد اما در حقوق افغانستان این نظریه مبتنی بر قاعده لاضرر است براساس این قاعده باید تعادل بین حقوق طرفین قرارداد وجود داشته باشد و معامله زبانی به طرفین وارد نکند درحالی که اگر تعادل عوضین برهم بخورد در نتیجه معامله به ضرر یکی از طرفین خواهد بود و عدالت معاوضی مخدوش می گردد.

### بخش سوم: ساماندهی عدالت معاوضی در حقوق قراردادهای افغانستان

برای ساماندهی عدالت معاوضی در حقوق قراردادهای افغانستان لازم است که معیار و احکام آن مورد بررسی قرار گیرد.

#### بند اول: معیار عدالت معاوضی در حقوق قراردادهای افغانستان

در رابطه با عدالت معاوضی معیار شخصی، عینی و ترکیبی را می توان مورد بررسی قرار داد. الف- معیار شخصی عدالت معاوضی در حقوق قراردادهای افغانستان: ممکن است که معاوضه در اراده طرفین باشد بدون این که در عالم خارج بین عوضین تعادلی وجود داشته باشد ولی طرفین به این معاوضه رضایت داده باشند مثلاً در مورد معامله اضطراری، از مصادیق بارز اضطرار این است که شخص در اثر فقر، مال خود را به کمتر از قیمت واقعی آن می فروشد در برخی از احادیث معامله با مضطر منع شده است<sup>۱</sup> ولی با توجه به مبنای فقهی نهی در این احادیث نهی تحریمی نیست بلکه دلالت بر غیر اخلاقی بودن معامله با شخص مضطر را دارد قانون مدنی افغانستان نیز در ماده ۵۱۳ به پیروی از فقه حنفی معامله اضطراری را نافذ شمرده است و یا اگر مبیع معیوب باشد و مشتری با آگاهی از این عیب قیمت کالای سالم را پردازد در این صورت هرچند که تعادل بین عوضین برهم می خورد ولی چون خود مشتری به این معامله رضایت داده است برای وی حق فسخ به وجود نمی آید.<sup>۲</sup>

۳۴۵



۱- « یاتی علی الناس زمان عضو... یبایع المضطرون وقد نهی رسول الله عن بیع المضطربین. روزگار دشواری بر مردم فرا می رسد که ... در آن زمان با درماندگان و مضطربین خرید و فروش می شود در صورتی که پیامبر خدا از خرید و فروش با مردم درمانده نهی فرموده است» (ری شهری، محمد، میزان الحکمه، ترجمه ی حمیدرضا شیخی، قم، دارالحدیث ۱۳۸۴ش، ص ۶۱۲)

۲- ماده ۶۴۸ قانون مدنی: « عیب وقتی موجب خیارشده می تواند که قبل از عقد موجود بوده و در قیمت مبیعه موثر باشد، همچنان متصرف الیه به ان علم نداشته متصرف برائت عیب را شرط نگذاشته باشد».

ب- معیار عینی عدالت معاوضی در حقوق قراردادهای افغانستان: بر طبق این معیار باید بین عوضین تعادل وجود داشته باشد مثلاً اگر مبیع قبل از قبض تلف شود عقد بیع منفسخ می‌گردد زیرا هدف نهایی بیع آن است که خریدار در مقابل ثمن به مبیع دست پیدا کند و به همین جهت اگر خریدار بداند که هیچ وقت بر مبیع دست پیدا نمی‌کند حاضر نیست که بیع را انجام دهد همچنین در مورد خیار غبن هم که در آن تعادل ارزش عوضین برهم می‌خورد در صورتی که این غش فاحش بوده یعنی به اندازه پانزده درصد یا بیشتر باشد حق فسخ به وجود می‌آید.

ج- معیار ترکیبی عدالت معاوضی در حقوق قراردادهای افغانستان: قانونگذار در مورد معامله اضطراری هر چند که بین عوضین تعادل وجود نداشته باشد آن را نافذ می‌داند به دلیل این که معاوضه در اراده طرفین است و طرفین به این معاوضه رضایت داده اند به معیار شخصی توجه کرده و در صورت تلف مبیع قبل از قبض که باعث انفساخ می‌گردد و یا در مورد خیار غبن به معیار عینی پرداخته است بنابراین به نظر می‌رسد که معیار عدالت معاوضی در حقوق قراردادهای افغانستان ترکیبی از معیار شخصی و عینی می‌باشد.

### **بند دوم: احکام عدالت معاوضی در حقوق قراردادهای افغانستان**

هرگاه تعادل حقوق قراردادی خدشه دار گردد نظریه عدالت معاوضی اقتضاء می‌نماید تا به وسیله اصول معتبر حقوقی جبران گردد که در برخی از مواد قانونگذار به شخص زیان دیده حق فسخ می‌دهد و در جای دیگر قرارداد محفوظ مانده و تعادل از طرق دیگری تامین شود.

الف- احیای عدالت معاوضی با حفظ کیان قراردادی: در برخی از مواد که عدالت معاوضی برهم می‌خورد قانونگذار این امکان را می‌دهد که با حفظ قرارداد و از طرفی مانند ارش و حق حبس عدالت معاوضی تامین گردد.

۱- احیاء عدالت معاوضی از طریق پرداخت ارش: کسی که معامله ای می‌کند اصولاً می‌خواهد مال سالم و بی عیبی به دست آورد و به تصور آن است که مورد معامله سالم است لذا قانونگذار در صورت معیوب در آمدن مورد معامله، برای جلوگیری از زیان معامله کننده خیار

عیب برای او قائل می شود.<sup>۱</sup> حق فسخ ناشی از عیب تنها راه برای جبران ضرر نمی باشد البته راه دیگری نیز وجود دارد و آن این می باشد که مشتری می تواند عقد را قبول و ارش یعنی تفاوت قیمت سالم و معیوب را دریافت کند علمای احناف می گویند مملک نمی تواند ارش دریافت نماید مادامی که امکان رد وجود داشته باشد زیرا مالک به دفع قیمت نقصان ملزم نمی گردد مگر به رضایت وی.<sup>۲</sup> بنابراین هرگاه امکان رد به دلایلی مانند تلف محل عقد امکان نداشته باشد متصرف می تواند به خاطر عیب به مالک مراجعه کرده و ارش دریافت کند.<sup>۳</sup>

۲- احیاء عدالت معاوضی از طریق ایجاد حق حبس: هریک از طرفین بعد از ختم عقد حق دارد مالی را که به طرف مقابل منتقل کرده به او تسلیم نکند تا طرف مقابل هم حاضر به تسلیم شود به طوری که در آن واحد تسلیم و تسلیم به عمل آید و این عمل تسلیم و تسلیم را فقها تقابض می گویند.<sup>۴</sup> به موجب این حق هر یک از دو طرف معاوضه می تواند اجرای تعهد خود را منوط به تسلیم عوض قراردادی کند این اختیار را که بدون فسخ قرارداد، اجرای تعهد را به حالت تعلیق در می آورد در اصطلاح حق حبس می گویند<sup>۵</sup> منتها در این صورت این اشکال به وجود می آید که، اگر هر طرف بتواند از وفای به عهد به بهانه ی امتناع دیگری شانه خالی کند، معلوم نیست که چگونه می توان به این نزاع و گرو کشی پایان داد آیا همین که متعهد در مقام دفاع به حق حبس استناد می کند باید طلبکار را به بی حقی محکوم کرد یا می توان هر دو را به ایفای به عهد ملزم کرد؟ برای فرار از این مشکل برخی از فقها کوشیده اند تا اجرای تعهد فروشنده را مقدم بر خریدار بدانند. این گفته بر مبنای لزوم تقدم ایجاب فروشنده بر خریدار استوار است و در استدلال آن گفته اند که چون بایع ابتدا ملزم می شود و او است که مالی را در مقابل ثمن می دهد، خود نیز باید در اجرای تعهد مقدم باشد و به اضافه ثمن تابع میباید است



۱- ماده ۶۸۲ قانون مدنی: «حق فسخ عقد به خیاریعوب بدون شرط قبلی ثابت می گردد».

۲- هبه الزحلی، الفقه الاسلامی وادله، قاهره، نشر احسان ۲۰۰۶ م، جلد ۴، ص ۳۱۱۹.

۳- ماده ۶۷۸: «متصرف الیه نمی تواند نقصان ثمن را درحالیکه شی معیوب را نزد خود نگه داشته است از متصرف مطالبه نماید مگر در صورتیکه رد شد بدون مداخله متصرف الیه ناممکن گردیده و عوض آن به وی نرسیده باشد»

۴- جعفری لنگرودی محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش ۱۳۷۶ ش، ص ۲۲۱.

۵- ماده ۸۴۲: «هریک از متعاقدين می توانند در هر معاوضه ی مالی تا وقتی که بدل مستحق را تسلیم نگردیده معقود علیه را نزد خود نگهدارد».



وبه همین جهت است که تا مبیع تسلیم نشود بیع مستقر نمی‌گردد و تلف آن بیع را منفسخ می‌سازد.<sup>۱</sup> ولی این نظر را نمی‌توان پذیرفت زیرا، نه تنها خریدار نیز می‌تواند پیشنهاد کننده‌ی معامله و در نتیجه‌ی گوینده‌ی ایجاب باشد بلکه بعد از توافق طرفین، دوعوض در حکم مجموعه‌ی ای است که پاره‌ی ای از آن با پاره‌ی ای دیگر معاوضه می‌شود. تعهد هر طرف در مقابل تعهد دیگری قرار می‌گیرد. ایجاب به تنهایی هیچ دینی را به وجود نمی‌آورد بلکه این مجموعه ایجاب و قبول است که هر دو دین را باهم به وجود می‌آورد که هیچ کدام بردیگری برتری ندارد. به هر حال در فرض اخیر که هر دو اجبار دیگری را خواسته‌اند شاید بتوان صدور حکم به اجبار خریدار و فروشنده را پذیرفت.<sup>۲</sup>

ب- احیاء عدالت معاوضی از طریق نقض کیان قراردادی: قانونگذار برای احیای عدالت معاوضی در مواردی به انفساخ و در برخی دیگر از موارد به حق فسخ اشاره می‌کند.

۱- احیاء عدالت معاوضی از طریق اعلام انفساخ قرارداد: در این باره می‌توان به قاعده تلف مبیع قبل از قبض اشاره نمود که مبتنی بر نظریه عدالت معاوضی است همین که مبیع تلف شد، چون تعهد خریدار به دادن ثمن مبنای خود را از دست می‌دهد آن هم از بین می‌رود و به خریدار بر می‌گردد بازگشتن ثمن به خریدار در زبان حقوقی انفساخ نامیده می‌شود که امری خلاف قاعده نیست. حکم ماده ۱۰۸۵ در زمره‌ی اصول حقوقی می‌باشد و اختصاص به عقد بیع ندارد و باید آن را در مورد تلف ثمن پیش از قبض و همچنین اجاره، قرض، صلح و معاوضه نیز اجرا کرد چون قصد نهایی متعاملین، دست یابی به مورد معامله است با توجه به این که قاعده تلف مبیع پیش از قبض بر طبق قواعد عمومی قراردادها و نتیجه پیروی کردن از قصد مشترک طرفین می‌باشد قاعده‌ی ای است تکمیلی که طرفین می‌توانند خلاف آن را شرط کنند زیرا، همان دو اراده که مبنای اجرای این قاعده قرار می‌گیرند می‌توانند برخلاف آن نیز تصمیم بگیرند برای مثال می‌توان شرط کرد که تلف مبیع پیش از قبض از آن مشتری باشد و

۱- این قول به شیخ طوسی، وقاضی وشافعی وابوحنیفه و مالک نسبت داده شده است که گفته‌اند: «خریدار باید ابتدا اجبار به تسلیم شود». ابی جعفر محمد بن حسن طوسی، خلاف، قم، حکمت بی‌تاج ۲، مساله شماره ۲۳۹، ص ۶۶.

۲- کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی معاملات معوض - عقود تملیکی، تهران، بهنشر ۱۳۶۳ش، ص ۱۴۶ و ۱۴۷ و ۱۴۹.

او تمام یا بخشی از ثمن را به فروشنده برگرداند.<sup>۱</sup> در رویه تجاری بین الملل نیز در خصوص انتقال ضمان معاوضی طبق ماده ۶۷ کنوانسیون بیع بین المللی کالا، امارت قانونی بر این است که خطر احتمالی در مورد قرارداد فروش کالا در خارج، عموماً هنگامی منتقل می شود که کالا از ید فروشنده خارج شود.<sup>۲</sup>

۲- احیای عدالت معاوضی از طریق ایجاد حق فسخ در قرارداد: گاهی یکی از طرفین قرارداد، خارج از مفاد قرارداد (مانند خیار شرط) حق پیدا می کند که قرارداد را برهم بزند زیرا قانونگذار می خواهد به دین وسیله از زیان دیده جبران خسارت کند و قید ضرری را از او بردارد که از جمله این موارد می توان به خیار عیب و خیار غبن اشاره نمود. در هر معامله توافق بر مبنای سلامت موضوع آن واقع می باشد توجه خریداران و فروشندگان به مبیع سالم به اندازه است که دلیلی نمی بینند تا وجود این وصف را در مورد معامله شرط کنند ولی این شرط ضمنی در قرارداد معوض وجود دارد که موضوع آن باید بی عیب باشد، فروشنده عیوب پنهانی مبیع را تضمین می کند و خریدار نیز به اعتقاد همین تضمین است که ثمن را می پردازد سالم بودن مورد معامله قید تراضی نیست تا بتوان گفت با انقضاء آن عقد باطل می شود؛ سلامت به عنوان وصف مبیع مورد توافق ضمنی قرار گرفته است به بیان دیگر، در چنین صورتی، دو مطلوب از هم جدا می شود: خرید و فروش مورد معامله و سالم بودن آن به عنوان وصف مبیع. پس، نبودن وصف مورد نظر مطلوب نخست را از بین نمی برد و عقد را، حتی جایی که موضوع عقد معین است باطل نمی سازد. بنابراین حق فسخ وسیله ای است برای جبران ضرر خریدار که ریشه قراردادی دارد، مسئولیت فروشنده ی کالای معیوب نیز در این زمینه بر مبنای توافق او و خریدار صورت گرفته و عقد لازم را قابل فسخ می داند.<sup>۳</sup> در صورت خیار عیب مشتری می تواند عقد را قبل از قبض فسخ نماید اما اگر قبض صورت گرفته باشد فسخ عقد

۱- همان، ص ۱۵۴، ۱۵۳ و ۱۵۵.

۲- اشمیتوف کلایو ام، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه ی بهروز اخلاقی، فرهاد امام، سید محمد اسبق نمینی، محمد باقری، امیر حسین طیبی فرد و اسماعیل همت دوست، تهران، سمت ۱۳۷۸ ش، ج ۱، ص ۱۹۵.

۳- کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی: الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران ۱۳۸۶، جلد اول، ص ۱۰۴.





بدون رضایت طرفین یا حکم محکمه صورت نمی‌گیرد.<sup>۱</sup> در مورد خیار غبن نیز گروهی آن را مبتنی بر شرط ضمنی می‌دانند که مورد توافق هردو می‌باشد.<sup>۲</sup> می‌گویند در قراردادهای معوض، هردو طرف انتظار دارند تا در برابر آنچه که برعهده می‌گیرند معادل آن را دریافت کنند و معامله بر همین مبنا واقع می‌شود. پس، سکوت دو طرف بدین معنا است که تعادل اقتصادی بین دو عوض را به عنوان شرط پذیرفته‌اند به این ترتیب هرگاه معلوم شود که در معامله شرط مورد نظر تحقق پیدا نکرده است مغبون می‌تواند به استناد تخلف از شرط ضمنی عقد را فسخ نماید<sup>۳</sup> در این نظره هدف اصلی جبران خسارت مغبون است، منتها خسارتی که در نتیجه اجرا نشدن قرارداد ضمنی به بار می‌آید. به بیان دیگر حق فسخ ضمانت اجرای نقض عهد است و ریشه قراردادی دارد.<sup>۴</sup>

### نتیجه‌گیری

- ۱- رعایت برابری در حقوق قراردادی طرفین عقد معاوضی، اقتضای این را دارد که حقوق طرفین قرارداد مانند دو کفه‌ی ترازو باهم برابر باشند که این برابری را عدالت معاوضی می‌گویند هر گاه تعادل حقوق قراردادی خدشه دار گردد نظریه عدالت معاوضی اقتضاء می‌نماید تا به وسیله اصول معتبر حقوقی جبران گردد.
- ۲- از مصادیق قانونی عدالت معاوضی می‌توان به حق حبس، اختیارات قانونی از جمله خیار غبن و خیار عیب و تلف مبیع قبل از قبض اشاره نمود.
- ۳- مبنای نظری عدالت معاوضی در حقوق افغانستان قاعده لاضرر است براساس این قاعده باید تعادل بین حقوق طرفین قرارداد وجود داشته باشد و معامله‌ی زانی به طرفین وارد نکند.

۱- ماده ۶۸۵ قانون مدنی: «هر گاه عیب حاوی شروط مندرج ۶۸۴ این قانون باشد عقد بر متصرف‌الیه لازم نگردیده او می‌تواند به اراده خود آن را قبل از قبض، نقض نموده و از آن به متصرف اعلام نماید. نقض بعد از قبض بدون رضایت طرفین یا حکم محکمه با صلاحیت صورت نمی‌گیرد».

۲- طباطبایی محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، چاپ سنگی، جزء دوم اختیارات، بی تا ص ۳۸

۴- ماده ۵۷۵ قانون مدنی: «غبن فاحش، موجب فسخ می‌گردد اگر شخصی که در مورد او غبن صورت گرفته است، هنگام غبن واقف بوده و یا به آن رضایت نشان داده است نمی‌تواند عقد را فسخ نماید مگر اینکه رضایت وی ناشی از معلومات دروغ، کتمان حقیقت و یا فریب طرف مقابل واقع شده باشد».

۴- کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی: الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، ص ۹۹.

- ۴- قانونگذار در مورد معامله اضطراری به معیار شخصی توجه کرده و در صورت تلف میبع قبل از قبض یا در مورد خیار غبن به معیار عینی پرداخته است بنابراین به نظر می رسد که معیار عدالت معاوضی در حقوق قراردادهای افغانستان ترکیبی از معیار شخصی و عینی باشد.
- ۵- در برخی از مواد که عدالت معاوضی برهم می خورد قانونگذار این امکان را می دهد که با حفظ قرارداد و از طرقي مانند ارش و حق حبس عدالت معاوضی تامین گردد.
- ۶- قانونگذار برای احیای عدالت معاوضی در مواردی مانند تلف میبع قبل از قبض به انفساخ و در برخی دیگر مانند خیار غبن و خیار عیب به حق فسخ اشاره می کند.



## منابع و مأخذ

- ۱- ابن قدامه، المغنی علی مختصر الخرقی، بیروت، المكتب الاسلامیه ۱۹۸۸م، ج ۱۰.
- ۲- ابن نجیم زین الدین، البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق، بیروت، دارالکتب العلمیه ۱۹۸۳م
- ۳- اشمتوف کلاویو ام، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه ی بهروز اخلاقی، فرهاد امام، سید محمد اسبق نمینی، محمد باقری، تهران، سمت ۱۳۷۸ش، ج ۱.
- ۴- امامی حسن، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیہ ۱۳۶۳ش، ج ۱.
- ۵- انصاری شیخ مرتضی، مکاسب، قم، منشورات دارالذخائر ۱۴۱۱ق، ج ۳.
- ۶- جعفری لنگرودی محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش ۱۳۷۶ ش.
- ۷- ری شهری، محمد، میزان الحکمه، ترجمه ی حمیدرضا شیخی، قم، دارالحديث ۱۳۸۴ش.
- ۸- زنجانی، عمیدو احمد زاده، ابوالفضل، بررسی کلیات احکام خیارات، مجله فقه ومبانی حقوق اسلامی، شماره ۱، سال ۱۳۹۰ش.
- ۹- ژوبل محمد عثمان، دوره حقوق وجایب، کابل، انتشارات سعید جوزای ۱۳۹۱.
- ۱۰- کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی: الزامهای خارج از قرارداد(ضمان قهری)، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران ۱۳۸۶، ج ۱.
- ۱۱- کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی معاملات معوض - عقود تملیکی، تهران، بهنشر ۱۳۶۳ش.
- ۱۲- کاتوزیان ناصر، عقود معین، تهران، شرکت انتشار ۱۳۷۱ش.
- ۱۳- کاسانی حنفی ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع، بی تا.
- ۱۴- نووی یحیی بن شرف، المجموع شرح المذهب، بیروت، دارالفکر ۱۹۹۴م، ج ۶.
- ۱۵- هبه الزحلی، الفقه الاسلامی وادله، قاهره، نشر احسان ۲۰۰۶م، جلد ۴، ص ۳۱۱۹.
- 16- Aristotle, Nicomachean Ethics 5 in R.Mckeon, The Basic Works of Aristotle, New York, 1941,p 1131.
- 17- Atiyah,p.s.,The Rise and Fall of Freedom of contract, Clarendon press, Oxford,1998, p35.
- 18-Markesinis Basil, Unberath Hannes, Johnston Angw, The law Germany, Gower, 1994, P872.
- 20- Pothier, Traite du Contract de Vent, part 2, paris, 1961, p251.