



The Legal Nature of General Average in Iran and France Law

Qasem Shafiee Alawijeh

Assistant Professor, Department of Law, Kashan University, Kashan, Iran. gh.shafiee@kashanu.ac.ir

Abstract

General average as one of the important issues of maritime law in international trade has an undeniable prominence. In Iran most of imports and exports are carried out by sea and it is inevitably encountered with the concept of General Average as joint damage at the time of damage in certain circumstances, therefore, it is necessary to examine the legal nature of General Average within the legal system and strive to compare it with similar concepts or legal entities. Despite the fact that damage is intentionally imposed in order to preserve the ship and its cargo in terms of its essential conditions, such nature does not conform to any of parallel similar concepts intensifying the importance of examining this novel concept in Iran's legal system. This research, conducted with the aim of investigating and identifying the legal nature of the aforementioned international entity, also through a descriptive analytical approach, has been considered as an achievement meaning that General Average based on compromise of the parties, has Sharia' canonical foundations such as Consensus, the Rule of Prohibition of Detriment, the Rule of Permission of Committing a Corrupt action in Avoidance of a Corrupter one or the Rule of Repelling of the Worse by the bad; however, legally speaking, none of the above foundations approved by legal scholars justifying the true nature of such entity ;therefore, General Average entity will have a special and separate legal nature in terms of its effect. To discuss on, it is possible for the interested parties to consent to the merits and demerits of it or ignore that to some extent; in addition, in case of silence of law, such entity with all its aspects will forcefully govern over the legal relations of the interested parties in time of loss during sea voyage.

Keywords: maritime law, General average, remedy damage, master of vessel, Joint marine damage.

Received: 2023/07/23 ; **Revised:** 2023/12/27 ; **Accepted:** 2024/02/15 ; **Published online:** 2024/03/26

How To Cite: Shafiee Alawijeh, Qasem (2024). The Legal Nature of General Average in Iran and France Law, *Comparative Study on Islamic and Western Law*, 11(1), 75-96.
doi.org/10.22091/CSIW.2024.9657.2437

Published by: University of Qom

© The Author(s)

Article type: Research





ماهیت حقوقی «خسارت مشترک دریایی» در حقوق ایران و فرانسه

قاسم شفیعی علویجه

استادیار گروه حقوق، دانشگاه کاشان، کاشان، ایران. gh.shafiee@kashanu.ac.ir

چکیده

خسارت مشترک به عنوان یکی از مباحث مهم حقوق دریایی در تجارت بین‌الملل اهمیتی غیر قابل انکار دارد. در کشور ما، عمده واردات و صادرات از طریق دریا انجام می‌شود و لاجرم در زمان ورود خسارت در شرایط خاص، با مفهوم «خسارت مشترک» مواجه می‌شویم؛ لذا بررسی ماهیت حقوقی خسارت مشترک در نظام حقوقی و مآلاً مقایسه آن با مفاهیم مشابه، ضروری می‌باشد؛ مع الوصف نظر به عمدی بودن ورود خسارت در راستای حفظ کشتی و بار با لحاظ شرایط ضروری آن، این ماهیت با هیچ یک از مفاهیم مشابه انطباق نداشته که همین امر اهمیت بررسی این مفهوم جدید در نظام حقوقی ما را دو چندان می‌نماید. این پژوهش که با هدف بررسی و شناسایی ماهیت حقوقی این نهاد بین‌المللی و با روش توصیفی - تحلیلی انجام شده است واجد این دستاورد مهم است که خسارت مشترک، مبتنی بر تراضی، واجد مبانی شرعی نظیر بنای عقلا، قاعده لاضرر، قاعده دفع افسد به فاسد بوده اما از نظرگاه حقوقی، از آنجا که هیچ یک از مبانی مطرح شده توسط حقوقدانان نمی‌تواند توجیه‌کننده ماهیت این نهاد باشد از اینرو نهاد خسارت مشترک به لحاظ آثار خود، واجد ماهیت حقوقی خاص و مجزایی خواهد بود، با این استدلال که تراضی اشخاص ذینفع در سفر دریایی نسبت به کم و کیف این نهاد یا چشم‌پوشی از آن ممکن بوده و علاوه بر آن، در صورت سکوت، این نهاد با تمام آثار خود به‌طور قهری، حاکم بر روابط حقوقی اشخاص ذینفع در زمان وقوع ضرر، در سفر دریایی می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: حقوق دریایی، خسارت مشترک، جبران خسارت، فرمانده کشتی، خسارت مشترک دریایی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۰۱؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۱۰/۰۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۲۶؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۱/۰۷
استاد به این مقاله: شفیعی علویجه، قاسم (۱۴۰۳). ماهیت حقوقی «خسارت مشترک دریایی» در حقوق ایران و فرانسه، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۱(۱۱)، ۷۵-۹۶. doi.org/10.22091/CSIW.2024.9657.2437

نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه قم



مقدمه

در دنیای کنونی، عمده تجارت و حمل و نقل کالا از طریق دریا محقق می‌شود. کثرت و شهرت این نوع تجارت از یک طرف، و مخاطرات دریایی غیر قابل کنترل از طرف دیگر، قلمرو خسارت و مصادیق آن را افزایش می‌دهد. هدف جبران خسارت‌ها برقراری عدالت و حتی الامکان اعاده وضع اشخاص زیان‌دیده به حال سابق می‌باشد (ساریخانی، شریفی، ۱۴۰۲: ۸۱). ورود خسارت در هر نظام حقوقی، حسب مورد، قابل جبران می‌باشد تا آنجا که برخی اصل کامل جبران زیان را به عنوان شیوه ارزیابی غرامت مطرح کرده به طوری که جبران خسارت را به درجه تقصیر عامل حادثه وابسته نمی‌سازند (قسمتی تبریزی، ۱۳۹۴: ۱۳۸). خسارت مشترك از این قاعده مستثنی نبوده و مواد (۱۸۵) و (۱۸۷) قانون دریایی ایران به تعریف و نحوه جبران خسارت اشاره دارد. اما آن چه مسکوت مانده است ماهیت حقوقی این نهاد حقوق دریایی است. ممکن است این سؤال مطرح شود که پس از الزام قانونگذار به جبران خسارت، چه ضرورتی به تبیین ماهیت حقوقی آن وجود دارد؟ پاسخ این است که با توجه به عدم ذکر ارکان چنین خسارتی در قانون دریایی و وجود مفاهیم و نهادهای مشابه در قانون مدنی، احتمال خلط مباحث و نتیجه‌گیری ناقص و مآلاً صدور حکم نامناسب وجود دارد. علاوه بر این، نهاد خسارت مشترك، مفهومی جامع در سطح کشورهای واجد نظام حقوق دریایی دارد. وجود قوانین گوناگون کشورهای مختلف و کنوانسیون یورک آنتورپ و به تبع آن، تفاسیر گوناگون آنها بالاخص در جریان پرونده‌های مطروحه در مراجع قضایی و داوری موجب شده است که ماهیت این نهاد مهم در بسیاری مواقع راهگشا باشد. در این مقاله ضمن تبیین مبانی فقهی خسارت مشترك به اختصار، سعی شده است بدو به بررسی دیدگاه‌های حقوقدانان دریایی پرداخته و سپس به نقد آنها و در نهایت نظریه نگارنده به تفصیل بیان شده و نتیجه حاصله تشریح گردد. همچنین به بیان و بررسی نظریات ارائه شده در جهت توجیه ماهیت حقوقی مسئولیت مشترك اشخاص ذینفع در سفر دریایی پرداخته شده است؛ عمده نظریات مطرح شده بدین سان است: ۱- نظریه عدالت؛ ۲- نظریه اعطای نمایندگی به فرمانده کشتی؛ ۳- نظریه دارا شدن بلاجهت؛ ۴- نظریه ایجاد شرکت قانونی (اتحاد منافع)؛ ۵- نظریه اداره مال غیر؛ ۶- نظریه قرارداد.

از نظر پیشینه تحقیق باید گفت گرچه بعضاً مقالاتی با مضمونی نزدیک به عنوان مقاله حاضر نگاشته شده است نظیر: مقاله «نحوه محاسبه زیان وارده به اموال در خسارت مشترك دریایی بر اساس مقررات یورک آنتورپ ۲۰۱۶ با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان و ایران» از ام‌البین رمضانزاده و عیسایی تفرشی در مجله دانشگاه مدرس یا مقاله «مبنای حقوقی الزام به پرداخت خسارت مشترك دریایی» از حسین رحمانی، محمد ابوعطا، حمید ابهری، و مریم آقایی بجستانی در مجله مطالعات حقوق تطبیقی؛ اما وجه متمایز تحقیق حاضر از تحقیقات قبلی در این است که یافته اصلی این مقاله رویکردی که نویسنده در خصوص تعیین ماهیت حقوقی خسارت مشترك ارائه کرده است در سوابق قبلی موضوع به

چشم نمی خورد؛ ضمن این که دیدگاه‌های قبلی را نیز به بوته نقد و رد گذارده است.

۱. مبانی شرعی خسارت مشترک

۱-۱. بنای عقلا

بر مبنای تفسیر عقلایی و منطقی می‌توان گفت دفع خطر احتمالی کاملاً واجب است و بر کسی که توانایی دفع آن را دارد این امر واجب است. اگر برای این عمل گزینه‌های متعددی وجود داشته باشد و همچنین زمان لازم برای راه حل مناسب نیز وجود داشته باشد می‌توان با اجماع اراده طرفین در این خصوص تصمیم‌گیری کرد؛ مانند زمانی که یک ساختمان در خطر ریزش قرار داشته و زمان مناسب برای اقدام مقتضی وجود دارد ذینفعان با همفکری یکدیگر راه حل مناسب و کم هزینه را انتخاب می‌کنند. طبیعتاً حسب قواعد اداره مال مشاع، پرداخت هزینه این راه حل بر حسب میزان سهم است اما اگر زمان لازم برای دفع خطر وجود نداشته باشد هر فرد که بتواند در اسرع وقت نسبت به دفع خطر با کمترین هزینه ممکن اقدام نماید ملزم به این اقدام بوده و هزینه آن حسب ذینفعی مال مشاع تامین می‌گردد؛ بنابراین تعمیم قاعده خسارت مشترک از خسارت دریایی به تمامی امورات مشابه امری واجب تلقی می‌شود (البرزی و رکی، عطائی، ۱۴۰۱: ۱۰۹).

۱-۲. قاعده دفع افسد به فاسد

منظور از قاعده دفع افسد به فاسد این است که هنگام تزامم دو چیزی که حرام شده یا دارای مفسده است، آن چه که میزان فساد آن کمتر است گزینش شود و در صورتی که بتوان به طریق صحیح از هر دو موردی که حرام شده پرهیز کرد جایی برای کاربرد این قاعده وجود ندارد؛ از اینرو، دفع مفسده تا جایی که امکان دارد بر همگان واجب است و هنگامی که نتوان همه مفاصد را دفع کرد، آنهایی که فسادشان بیشتر است باید دفع شود؛ زیرا آن چه از مقاصد شرع برداشت می‌شود این است که قوانین خداوند در عالم تشریح برای تحقق منافع و دفع مفاصد، جعل شده است (گل‌محمدی، آیتی، رحمان ستایش، ۱۴۰۱: ۱۷۸). بر این اساس، در زمان تهدید به خسارت بزرگ که خسارت قطعی بوده و افراد در دفع خسارت توانایی ندارند طبیعتاً انتخاب بهترین راه، دفع خطر است اما هزینه این عمل می‌بایست توسط ذینفعان پرداخت شود چراکه آنها از این راه منفعت برده‌اند؛ بنابراین قاعده مذکور به عمومیت خود شامل خسارات مشترک دریایی نیز می‌گردد؛ در نتیجه، بر اساس قاعده دفع افسد به فاسد، خسارات کوچک ایجاد شده برای دفع خسارت بزرگ می‌بایست به نسبت منافع مالی ذینفعان پرداخت شود.

۱-۳. قاعده لاضرر

به موجب قاعده لاضرر، هر حکم تکلیفی یا وضعی که موجب ضرر بر فرد یا نوع انسانی شود مطرود

است. پیام قاعده‌ه لاضرر لزوم انجام هر عمل با هدف دفع ضرر است. برخی مدلول حدیث لاضرر را نهی از ضرر و حکم تکلیفی وارد ساختن زیان ابتدائاً و نیز حرمت مجازای دفع ضرر به وسیله ضرر استغ برخی دیگر مدلول آن را نفی ضرر غیر متدارک و غیر قابل جبران دانسته و نفی حکم ضرری و نفی حکم به لسان موضوع نیز از دیگر مدلول‌های این قاعده می‌باشد (موسوی، ۱۳۷۸: ۱۲۲-۱۲۵). بر این اساس، در مواردی که خسارتی بزرگ در شرف وقوع بوده و راه مقابله با این خسارت، ایجاد خسارت کمتری باشد و همچنین زمان کافی برای تصمیم‌گیری وجود نداشته باشد راه حل منطقی فرد باتجربه و مدیر ضرورت داشته و فقدان اراده صاحبان مال در انتخاب این روش نمی‌تواند عامل عدم مشروعیت خسارت مشترك تلقی گردد. انجام عمل دفع خطر بزرگ از ضروریات قاعده لاضرر است و وقتی اصل این عمل واجب تلقی شد هزینه آن توسط ذینفعان پرداخت می‌شود. در نتیجه در زمان بروز خسارت مشترك برای یک سازوکار عمومی افرادی که در صورت سلامت آن مجموعه ذینفع بودند حسب میزان ذینفعی می‌بایست هزینه دفع ضرر را بپردازند؛ این شیوه پرداخت حسب قاعده لاضرر کاملاً منطقی است (البرزی و رکی، عطائی، ۱۴۰۱: ۱۱۰).

۲. ماهیت حقوقی مسئولیت مشترك و نظرات حقوقدانان

پس از آن که با مبانی شرعی خسارت مشترك آشنا شدیم در این قسمت لازم است از نظر حقوقی ماهیت این نهاد را مورد بررسی قرار دهیم. لازم به ذکر است که درباره ماهیت حقوقی خسارت مشترك میان حقوقدانان نظریات گوناگونی ارائه شده و هر یک از منطری به این پدیده نگریسته‌اند. در این قسمت، مهم‌ترین این دیدگاه‌ها را مورد بررسی و تحلیل قرار داده و سپس دیدگاه مختار نویسنده را در این موضوع بیان می‌کنیم.

۱-۲. نظریه عدالت

یکی از نظریاتی که بدو در توجیه مسئولیت ناشی از خسارت مشترك بیان شده است نظریه عدالت است. بیشترین پیروان این دیدگاه در حقوق کامن لو می‌باشند. شرح توجیه آن را می‌توان در برخی از آراء صادره از محاکم مشاهده نمود برای نمونه می‌توان به آراء ذیل اشاره کرد: قاضی برت^۱ در دعوای برتون علیه انگلیش (Burton v. English, 1883, 12 QBD 218) مبنای توجیهی مسئولیت مشترك اشخاص ذینفع را چنین بیان می‌کند: «من فکر نمی‌کنم حق مشارکت، ناشی از قرارداد باشد بلکه آن از قواعد رودس قدیم نشأت گرفته است و در حقوق انگلستان به عنوان حقوق دریایی درج شده است. آن موضوع مرتبط با قرارداد نمی‌باشد بلکه نتیجه خطر مشترك درجایی است که عدالت طبیعی اقتضاء می‌کند همه اشخاص

1. Brett

ذینفع، در تأدیه غرامت به صاحب کالای تقدیه شده به جهت حفظ ایمنی کُل سفر، مشارکت نمایند (Colinvaux, R.P. and Carver, T.G., 1963, 1971: 852). قاضی دیگری بنام واگان ویلیامز در قضیه میلبورن علیه شرکت واردات میوه جامائیکا (Milburn & Co v, 1900: 540) چنین اظهار نظر می‌نماید: مسئولیت شرکت در خسارت مشترك از قرارداد ناشی نمی‌شود، بلکه آن به‌طور کامل از قرارداد حمل مستقل است و آن منبث از نظریه مبتنی بر عدالت قاعده رودس می‌باشد که بخشی از حقوق دریایی انگلستان ... را تشکیل می‌دهد (Donaldson J. F, 1964: 24) همچنین قاضی لرد واتسون در قضیه شرکت استرنگ و استیل علیه شرکت اسکوت (Strang, Steel & Co. and others v, 1890: ILR17CAL362) در شورای خصوصی (عالی‌ترین مرجع رسیدگی‌کننده کشورهای مشترك المنافع) بیان می‌کند که قاعده مشارکت ... مبتنی بر صرف عدالت است (Rose, 1997: 6).

در دکتین کامن لو هم این دیدگاه طرفدارانی دارد. برای مثال، می‌توان نظریه باگلس را ذکر کرد: قاعده مشارکت در خسارت نتیجه قرارداد نیست، بلکه آن ریشه در احکام حقوق طبیعی دارد (Buglass, 1991: 116).

در حقوق فرانسه هم برخی از علمای حقوق (Bonnecase, J, 1932: 563) معتقد به این دیدگاه می‌باشند؛ حتی برخی از مؤلفین حقوق قدیم انگلیس اعتقاد داشتند که این دیدگاه احتمالاً از امرگون و دیگر حقوقدانان فرانسه اخذ شده است و توجیه آن براساس عدالت توزیعی بوده است. به همین علت این امر را نامطلوب می‌دانند که يك شخص به جهت تأمین امنیت مشترك ضروری، زیان ببیند و عده‌ای دیگر (مالکین سایر کالاها) از این حیث انتفاعی ببرند ولیکن ملزم به جبران خسارت به شخص متضرر نباشند (Wilson D. J. and Cooke J. H. S, 1997: 12).

در نقد این نظریه باید گفت شخصی که مالش به جهت امنیت مشترك تقدیه می‌گردد نمی‌بایست تمام زیان وارده را شخصاً تحمل کند و بر مبنای عدل و انصاف بقیه هم باید در ترمیم زیان سهمی داشته باشند اما با این وصف پیروان توجیه گر این دیدگاه از بیان مبنای حقوقی آن غافل مانده‌اند. در واقع، بحث از عدالت و بالتبع اخلاقی کردن قواعد همانطور که گفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱: ۲۰۵-۲۰۶) وسیله توجیه تحوّل اندیشه‌ها و رویه قضایی و اثناء آرمان‌گرایان به فایده‌های اخلاقی و فلسفی است و هرگز نمی‌تواند به عنوان مبنای حقوقی، مورد لحاظ و توجه قرار گیرد زیرا در بحث از ماهیت حقوقی توجیه اصلی معطوف به کشف بنیان حقوقی تبیین‌کننده يك موضوع (همانند نهاد خسارت مشترك) از حیث تعلیل شرکت بقیه در جبران خسارت می‌باشد.

برخی از مؤلفین حقوق نظام کامن لو همان‌طور که گفته شد مبنای توجیه آن را بر عدالت توزیعی قرار داده‌اند و در بیان توجیه آن، استناد به انتفاع در مقابل زیان کرده‌اند. این دیدگاه نیز علاوه بر اشکال فوق واجد ایراد دیگری نیز می‌باشد زیرا اولاً نقل‌کننده این نظریه ارسطو بوده است و وی مفهوم عدالت توزیعی

را عدالتی می‌دانسته است که به وسیله مقام برتر اجتماعی و بر پایه حکومت بر روابط مردم اعمال می‌شده است و آن را در مقابل عدالت معاوضی قرار داده است و هرگز نه او و نه پیروانش از توزیع عادلانه خسارت حرفی نزده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱: ۲۰۲). به بیان دیگر، این نظریه، قاصر از توجیه توزیع خسارت بر اساس نهاد خسارت مشترك می‌باشد. ثانیاً اگر بر مبنای استدلالات ارائه شده به نفع این دیدگاه، قائل باشیم که سایرین به جهت زیان وارده منتفع شده‌اند بنابراین آنها به جهت عدل و انصاف می‌بایست به لحاظ انتفاع، در جبران زیان هم مشارکت نمایند، باز هم باید گفت که این استدلال یاری توجیه مبنای حقوقی آن را ندارد زیرا آن در واقع همان نظریه استفاده بلاجهت می‌باشد که ذاتاً يك نظریه حقوقی مستقلی است که ارتباطی به نظریه مورد بحث (عدالت) که يك نظریه اخلاقی است، ندارد. مضافاً آنکه استناد به نظریه استفاده بلاجهت در قضیه مطرحه با اشکالاتی مواجه است.

۲-۲. نظریه نمایندگی

مبنای این نظریه به جهت توسعه و تحوّل بود که در حقوق تجارت دریایی ایجاد شد. تجار از عادت‌های نقل مکان و سیار بودن دست کشیدند و بالضروره در جایی مستقر شدند و کارهای خود را از طریق شعب یا نمایندگان انجام می‌دادند. این امر باعث شد برای کالاهای حمل شده به وسیله کشتی در جهت مواجهه با خطرات، راهی ابداع گردد. بدین خاطر يك نظام کلی تفویض نمایندگی ایجاد گردید (Wilson and Cooke, 1997: 4). مثال عینی این تحوّل در شهرهای دریایی ایتالیا در قرون ۱۴ و ۱۵ به جهت توسعه تجارت، تجلی کرد؛ زیرا تجار به جهت شکوفایی تجارت بسیار ثروتمند شدند به طوری که این ثروت علتی شد که تجار وارد سیاست شوند؛ لذا شرکت در سفرهای طولانی برای آنها ایجاد مزاحمت می‌کرد. بر همین اساس، این امر ضروری گردید که يك نظام تفویض اختیارات به ناخدای کشتی در زمان وقوع حوادث دریایی ابداع گردد (Donaldson J, 1964: 8)؛ یعنی این که در حمل دریایی در جایی که خطرات گسترده باشد و انجام اقدامات در جهت دفع خطر مفید و در عین حال هزینه بردار باشد، پذیرفته می‌شد که چون این اعمال و اقدامات به نفع همه اشخاص ذینفع در سفر دریایی است لذا ناخدا به مثابه نماینده صاحب کالاها و شخص مالک کشتی تلقی گردد (Rodiere, 1997: 473) در واقع وفق این دیدگاه، فرض نمایندگی برای ناخدا در زمان وقوع خطر تصور می‌گردد.

آثار عینی پذیرش این دیدگاه در برخی از آراء قضایی کامن لو مشهود است. برای مثال می‌توان به آراء

ذیل اشاره کرد:

۱- در قضیه گراتیتودن^۱ قاضی لرد استون^۲ چنین می‌گوید: اگر چه در اوضاع و احوال طبیعی، ناخدای

1. Gratiudane

2. Stone

کشتی نسبت به محموله همانند يك شخص بیگانه فاقد رابطه حقوقی است و فراتر از حفظ ایمنی کالا وظیفه دیگری ندارد. اما در حالت‌های اضطراری پیش‌بینی نشده و غیر مترقبه وی عنوان نمایندگی و نیابت را پیدا می‌کند. این نمایندگی نه بر مبنای انتصاب مالکین کالا بلکه بر مبنای نظم عمومی حقوقی به وی تحمیل می‌شود (Donaldson et al., 1964: 20-21).

۲- در قضیه شرکت مورسیون اس اس، علیه گری استوک کستل (*Steamship Co v Grey stoke Castle*, 1947: 265) یکی از قضات رسیدگی‌کننده به نام لرد اون وات^۱ چنین می‌گوید: اعمال موجد خسارت مشترك از لحاظ حقوقی، اعمالی هستند که توسط شخصی انجام می‌شود که وی به مثابه نماینده تمام اشخاص ذینفع می‌باشد ... در این موضوع من دو نکته را اضافه می‌کنم ... شرایطی که مالک (کشتی) اعتبار خود را در يك قرارداد به وثیقه می‌گذارد تا بتواند وامی جهت پرداخت هزینه‌های ضروری از سنخ خسارت مشترك تحصیل کند؛ در این صورت این اظهار معقول است که وی در موضوع خسارت مشترك نماینده تمام اشخاص ذینفع باشد ... (Colinvaux, R.P. and Carver, 1971: 955)

این نظریه در میان حقوقدانان کشورهای عربی هم پیروانی دارد؛ برای مثال، در حقوق لبنان یکی از مؤلفین معتقد است در جایی که هریک از اشخاص ذینفع (تجهیزکننده کشتی و صاحبان کالا) حضور نداشته باشند، ناخدا به مثابه نماینده قانونی آنها فرض می‌گردد؛ لذا بر مبنای این نمایندگی می‌تواند در موقع خطر، اقدامی در جهت مصلحت مشترك انجام دهد (کمال طه، ۲۰۰۶: ۳۶۱).

این نظریه دارای مزیت‌هایی است بدینسان که اولاً، فرض نمایندگی برای ناخدای کشتی در زمان وقوع خطر باعث می‌شود که چنانچه عمل وی در جهت تأمین مصلحت همه باشد اشخاص ذینفع منوبٌ عنه ملزم به اعطای غرامت به اشخاص منوبٌ عنه زیان دیده (تفدیه مال) باشند. ثانیاً، از حیث ادله اثباتی نیز ناخدا تا حدودی از اثبات عدم مسئولیت خود مبرا می‌باشد؛ توضیح آن که چنان چه وی در زمان خطر به جهت مقابله با آن، عمل تفدیه را انجام دهد فرض بر آن می‌شود که وی حسب اختیارات نمایندگی عمل کرده است؛ فلذا اشخاص منوبٌ عنه منتفع بایست به منوبٌ عنهم زیان دیده خسارت پرداخت کنند و اگر آنها مدعی باشند که ناخدا در انجام موضوع نمایندگی مصلحت آنها را رعایت نکرده است می‌بایست آن را اثبات نمایند.

اما این نظر با وجود مزایای فوق، عاری از اشکال هم نمی‌باشد، زیرا اشکال اول این است که مبنای فرض قانونی نمایندگی چیست؟ چه نشانه‌هایی در قانون وجود دارد که براساس آنها می‌توان گفت که قانونگذار چنین نمایندگی را به صورت فرضی پذیرفته است؟ در حقوق ما با استقراء در قوانین، چنین نسی مشاهده نگردیده است. اگر ادعا شود که از ماده (۳۷۸) قانون تجارت می‌توان حکم نمایندگی را بر

اساس واژه وکالت مندرج در آن احراز نمود در پاسخ باید گفت که این ادعا، واجد اشکالاتی می‌باشد: اولاً، بخش قرارداد حمل قانون تجارت ما از قانون تجارت فرانسه اخذ شده است. وفق این قانون عمل حمل و نقل کالا در بندهای (۳) الی (۹) ماده (۱۳۲) آمده است. ماده مذکور نیز ناظر به عمل حق‌العمل کاری است به گونه‌ای که حمل و نقل مزبور نیز از مصادیق حق‌العمل کاری مورد بحث قرار گرفته است. ثانیاً مطابق مفاد ماده (۱۳۲) پیش گفته، شخص متصدی حمل، به نام خود و به حساب آمر اقدام به انجام عمل حمل و نقل می‌نماید. چنان که شارحین این حقوق هم، حمل و نقل را در قالب حق‌العمل کاری مزبور می‌آورند (Bonnessies, 2006: 66) ثالثاً، وفق نظر مفسرین، حق‌العمل کاری مزبور هرگز همسان وکالت محسوب نمی‌گردد. توضیح این که اگر متصدی حمل و نقل پرداخت‌هایی انجام دهد، این پرداخت‌ها هرگز نمی‌تواند مستقیماً آمر خود را مدیون نماید.

به دیگر سخن برخلاف وکالت، پرداخت‌های وکیل (حق‌العمل کار) مستقیماً متوجه موکل نمی‌باشد به گونه‌ای که وی بالمباشره در مقابل شخص ثالث (طلبکار) به عنوان مدیون قرار بگیرد. به همین جهت، مفسرین حقوق فرانسه (Bonnecase, 1932: 562) در موقع بررسی ماهیت حقوقی خسارت مشترك عقیده دارند که مبنای توجیه مشارکت سایر اشخاص در خسارت مشترك هرگز نمی‌تواند براساس قرارداد وکالت و نمایندگی باشد. زیرا بر مبنای این قرارداد، شخص متضرر (صاحب کالای تفدیه شده) فقط به جهت قرارداد تسلیم کالا جهت حمل، حق خواهد داشت برای جبران زیان وارده مستقیماً به متصدی حمل رجوع نماید و متصدی حمل هم اگر هزینه‌هایی را از این بابت متحمل شده باشد می‌تواند به نوبه خود برای جبران آنها به سایرین مراجعه کند. در واقع، در تصدی‌گری مورد بحث، شخص متصدی از آنجایی که به نام خود قرارداد را منعقد می‌کند دیون و حقوق ناشی از قرارداد مستقیماً متوجه وی است. لیکن وی بعداً طبق قرارداد تصدی می‌بایست آنها را به شخص آمر منتقل نماید؛ لذا اگر بتوان برای آن عنوانی در نظر گرفت، آن به مثابه نمایندگی ناقص است و هرگز نمایندگی قابل (توکیل) نمی‌باشد (Ripert, Georges, 2000: 682)؛ رابعاً، مطابق ماده (۳۸۷) قانون تجارت ما قرارداد حمل و نقل در مواردی که قانون استثناء کرده است، هرگز تابع مقررات وکالت نمی‌باشد. از جمله این استثنائات ماده (۳۸۷) می‌باشد. مطابق حکم آن، متصدی حمل شخصاً مسئول خسارت بحری (خسارت دریایی مشترك و خاص) می‌باشد و طریقه برائت ذمه وی وفق ماده (۳۸۶)، اثبات عامل فورس ماژور می‌باشد. به دیگر سخن باید گفت که متصدی حمل نقش وکیل و امین نسبت به همه مالکین کالاها را دارد، به گونه‌ای که با تفدیه یکی از کالاها جبران زیان وارده مستقیماً بر عهده بقیه قرار خواهد گرفت و شخص متضرر می‌تواند به آنها رجوع نماید. در واقع اطلاق مستفاد از کلمه خسارات بحری (آواری) مندرج در ماده، مبین مسئولیت شخص متصدی، قطع نظر از هرگونه خسارات دریایی است؛ لذا این دیدگاه با این توجیه نمی‌تواند قابل پذیرش در حقوق ما باشد.

اشکال دوم وارد به فرض نمایندگی این است که به جهت دگرگون شدن بار اثبات دعوی ممکن است مورد سوء استفاده ناخدا در انجام عمل شود زیرا وی ممکن است با توجه به گسترش اختیارات فرض قانونی، خود را مجاز به هر عملی تحت عنوان آن بکند و از آنجایی که اثبات موضوع خلاف آن (عدم رعایت مصلحت اشخاص منوب عنه، مالک اموال باقیمانده) یک موضوع بسیار پیچیده و تخصصی است، مآلاً می‌تواند موجب مشکلاتی برای طرح‌کننده دعوی گردد.

۳-۲. نظریه دارا شدن بلاجهت

یکی دیگر از نظریاتی که برای توجیه مبنای حقوقی مسئولیت مشترك اشخاص ذینفع در سفر دریایی به جهت زیان وارده به احدی از آنها بیان شده است، تئوری دارا شدن بلاجهت است. مطابق این تئوری، هیچ کس نباید به ضرر دیگری دارا شود. لذا وقتی که ناخدا عملی را با قصد و اراده انجام می‌دهد و خسارت به کشتی یا کالاها به واسطه آن وارد می‌گردد یا این که این عمل یک هزینه فوق العاده برای کشتی ایجاد می‌کند عمل مذکور، صاحب کشتی و سایر صاحبان کالای تفدیه شده را فقیر می‌کند و در مقابل مالک کشتی و اموالی که سالم به مقصد رسیده‌اند بر اثر عمل ناخدا غنی و دارا شده‌اند. فلذا در اینجا بین فقیر شدن و غنی شدن عده‌ای رابطه سببیت وجود دارد (Rodiere, Rene, 1997: 472) آن کسی که فقیر شده است می‌تواند از اشخاص غنی به میزان ضرر وارده از طریق اقامه دعوی استفاده بلاجهت، مطالبه غرامت نماید (Martine Remondgoulloud, 1988: 383).

به نظر می‌رسد نظریه فوق از توانایی و اعتبار کافی برای اقتناع حقوقی برخوردار نمی‌باشد چون اولاً، مطابق تئوری استفاده بلاجهت یکی از شرایط اساسی آن است که یک طرف فقیر و دیگری غنی گردد در حالی که در قضیه خسارت مشترك چنین امری وجود ندارد زیرا تفدیه صرفاً به جهت دفع ضرر است (Georges Ripert, précis de droit maritime: 332) و نه انتفاع مستقیم دیگری. به عبارت دیگر در معرض تلف و نابودی قرار نگرفتن سایر اموال از سنخ دارا شدن نمی‌باشد.

ثانیاً، اگر توازن منافع بدینسان به هم خورده است این عدم توازن بر مبنای عدالت قابل توجیه می‌باشد و نه بر مبنای نظریه استفاده بلاجهت (کمال طه، ۲۰۰۶: ۳۵۹). شایان ذکر است که منظور از این عدالت هم یک مفهوم اخلاقی است که قبلاً شرح و اشکال وارده بر آن گفته شد؛ یعنی این که اگر قبول کنیم که صاحبان اموال استفاده‌ای برده‌اند این استفاده فقط در قالب عدالت اخلاقی سبب ایجاد حق مطالبه غرامت برای شخص متضرر می‌گردد در واقع باید گفت مشارکت در جبران خسارت در اینجا بر مبنای توزیع و تقسیم زیان‌هایی است که به گونه ناعادلانه بین اشخاص دخیل در موضوع وجود داشته است (Rodiere, R, 1974: 404; Rodiere, Rene, 1997: 473).

ثالثاً، اگر قبول کنیم که این موضوع از مصادیق استفاده بلاجهت است در این صورت این مبنا در سایر زمینه‌ها یعنی خشکی و هوا هم قابل اعمال خواهد بود یعنی اینکه اشخاصی که اموالشان به جهت تفدیه

مزبور سالم و نجات یافته است می‌بایست بر مبنای نظریه استفاده بلاجهت، متعهد به دادن خسارت به اشخاص زیان دیده باشند. در حقوق انگلیس حسب نظر نویسندگان آن نیز خطر موجد خسارت مشترك فقط در دریا محقق می‌شود هرچند که خدمات مرتبط با آن می‌تواند خشکی باشد (Rose, F.D, 1997: 16). مطابق رویه قضایی فرانسه، استناد به مشارکت اشخاص ذینفع در يك سفر به جهت جبران ضرر وارده به احدی از آنها در موضوع دفع خطر از طریق تقدیه اموال فقط در عرصه دریایی صحیح و روا می‌باشد. محکمه پاریس در ۱۷ ژانویه ۱۸۶۲ تجدیدنظر خواهی مطالبه غرامت در خصوص اموالی که در يك سفر زمینی به دزدان داده شده بود را رد نموده است متعاقباً نیز دیوان در تاریخ ۴ مارس ۱۸۶۳ بر مبنای فرجام خواهی از این رأی، آن را تأیید نموده است. در دکترین فرانسه هم این دیدگاه قضایی مورد پذیرش است. برای مثال می‌توان به نظر ژوسران اشاره نمود که حسب آن مطالبه غرامت براساس خسارت مشترك نسبت به حادثه واقعه در قطار، قابل اعمال نیست (Ripert Georges, 1930: 2013. note.2, Rodiere, R, 1997: 224).

۴-۲. نظریه اداره اموال غیر

نظریه دیگری که در خصوص خسارت مشترك بیان شده است، نظریه اداره اموال غیر است. توجیه آن بدین صورت است که رابطه حقوقی بین اشخاص ذینفع، از نوع شبه قرارداد است (Bonnetcase, J, 1932: 562). به این صورت که ناخدا در زمان وقوع خطر در سفر دریایی مبادرت به انجام عمل تقدیه مفید به نام و به نفع همه اشخاص شرکت‌کننده در سفر (مالکین کالا و کشتی) می‌نماید؛ لذا به جهت عمل وی آنهایی که اموالشان نجات یافته است ملزم به تأدیه غرامت به مالکین اموال تقدیه شده می‌باشند به گونه‌ای که گویی همه قبل از انجام عمل تقدیه با حضور در کشتی توافقی در این زمینه نموده‌اند.

در بررسی و تحلیل این نظریه می‌توان گفت آن دارای این مزیت است که موضوعش همسان نظریه خسارت مشترك است زیرا حیطه اعمال هر دو ناظر بر رفع ضرر است، چون موضوع خسارت مشترك در جایی محقق می‌شود که عمل تقدیه یا صرف مخارج به جهت دفع ضرر، ضروری می‌باشد. در اداره اموال غیر نیز عمل یا مخارجی به جهت رفع ضرر از شخصی (غایب) انجام می‌گردد.

اشکال وارده بر این نظریه عبارت است از: اولاً یکی از شرایط ضروری تحقق نهاد اداره مال غیر عدم حضور مالک و متعذر بودن اخذ اذن از جهت انجام عمل مقتضی است. این شرط در مورد خسارات مشترك دریایی در حال حاضر به نظر منتفی می‌باشد زیرا هرچند که در گذشته به علت عدم وجود وسایل ارتباطی مناسب امکان اخذ اذن از مالک کالا وجود نداشته است اما هم اکنون با توجه به وسایل پیشرفته ارتباطی از حیث ایجاد تماس و اخذ اذن در مواقع اضطراری علی‌الظاهر وجود چنین شرطی صادق نیست.

با فرض اینکه حادثه موجد خسارت مشترك در يك سفر دریایی تحقق پیدا کند و به جهت شرایطی اخذ اجازه از مالک ممکن نباشد باز هم تحقق اداره اموال غیر در این خصوص وجود ندارد زیرا اگر

فی المثل عمل تقدیه یا صرف هزینه (یکی از شقوق خسارت مشترك) را در نظر بگیریم، در این حالت موضوع از دو دیدگاه قابل بررسی است: اول آن که ناخدا قرارداد نجات را به نام خود منعقد کند که در این صورت شاید بتوان مبنای مراجعه ناخدا به مالک کالا و کشتی را بر اساس اداره اموال غیر توجیه کرد. دوم اینکه چنانچه قرارداد را به نام مالکین یا شخص ثالث منعقد کند در این حالت اگر قرارداد مزبور به تنفیذ مالکین نرسد به نظر بعید است که بتوان مبنای حق رجوع شخص ثالث به مالکین (کالا و کشتی) را همان نهاد اداره مال غیر دانست. زیرا در فرضی که مالک تنفیذ ننماید نمی توان وی را براساس نهاد اداره مال غیر ملزم به تأدیه غرامت حسب خسارت مشترك نمود و همان طور که بعضی از علمای حقوق (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲: ۳۸۷-۳۸۸) گفته اند نمی توان مالک را به قراردادی که تنفیذ نموده است، ملزم نمود و از لحاظ سایر اصول حقوقی نیز نمی توان مفاد پیمانی را که مالک در آن دخالتی نداشته است بر وی تحمیل کرد.

حال اگر این موضوع از جهت دیگر خسارت مشترك یعنی تقدیه نگریسته شود در این حالت نیز به نظر نمی رسد که مبنای حق رجوع مالک متضرر به سایرین (مالکین اموال نجات یافته) براساس نهاد اداره مال غیر قرار گرفته باشد. زیرا علی القاعده (حسب حکم ماده ۳۰۶ قانون مدنی) رابطه حقوقی ناشی از اداره مال غیر مستقیماً بین دو شخصی ایجاد می شود که مالش اداره و نجات یافته است یعنی اینکه رابطه مزبور فقط می تواند مابین ناخدا و سایرین (مالک اموال نجات یافته) ایجاد گردد ولیکن حق مالک متضرر را در رجوع به سایرین جهت مطالبه غرامت توجیه نمی کند ثانیاً، تحقق اداره فضولی مال غیر نسبت به مالک کشتی چندان صحیح نمی باشد زیرا معمولاً ناخدا نماینده مالک کشتی است لذا چگونه می توان وی را در حالت انجام عمل تقدیه بدینسان مدیر فضولی مالک کشتی براساس اداره اموال غیر تلقی نمود (Danjon, D, 1927: 435)؛ در حقوق ما هم این نمایندگی ناخدای کشتی از جانب مالک کشتی در ماده (۶۹) قانون دریایی چنین تصریح شده است «مالک کشتی شخصاً مسئول اعمال و تعهدات و قصور و خطاهای خود و نیز مسئول عملیات فرمانده و قراردادهایی است که وی ضمن انجام وظایف خود منعقد می کند...».

وانگهی مبنای تاریخی خسارت مشترك از حقوق رم اخذ شده است و حقوقدانان رومی همیشه سعی می کردند قواعدی که از ملل دیگر (همانند قاعده رودس) اقتباس می نمودند آن را در قالب نهادهای شناخته شده خود قرار دهند در حالی که در قضیه مطروحه هرچند که نهاد اداره امور غیر در نزد رومیان آن زمان معلوم بود اما مع ذلك آنها از قراردادن نهاد خسارت مشترك در قالب آن خودداری نمودند (Danjon, D, 1927: 344-345).

۵-۲. نظریه اشتراک منافع (اتحاد منافع)

نظریه دیگری که جهت تبیین ماهیت حقوقی خسارت مشترك، ارائه شده شرکت یا اتحاد منافع است. وفق این نظریه، يك شرکت از منافع مابین مالک کشتی و کالا تشکیل می شود؛ زیرا هر يك در به پایان رساندن

سالم و بی خطر سفر دریایی دارای منفعت می باشد (Bonassies, Pierr, 2006: 354)؛ توضیح آن که هر چند که قرارداد اجاره کشتی می تواند رابطه ای بین مالک کشتی و صاحبان کالا ایجاد کند ولیکن معمولاً باعث ایجاد رابطه فی مابین خود صاحبان کالاها که دارای قراردادهای مختلفی با مالک کشتی هستند نمی گردد؛ لذا باید پذیرفت در پذیرش این نظریه، شخصی که کالایش تقدیه شده، باید بتواند مستقیماً علیه سایر مالکین کالاها اقامه دعوی کند (Ripert, G, 1949: 210) شرکت مزبور به صورت موقت تشکیل می شود و فقط به جهت دفع خطراتی است که سفر دریایی را تهدید می کند. در واقع این شرکت به حکم قانون ایجاد می شود و موجد آثاری است که قانون بر آن بار می کند ماهیت این نوع شرکت هم از سنخ مدنی است نه تجاری (Ripert, G, 1949: 205) زمان تشکیل این شرکت از لحظه ای است که کالاها بارگیری می شود (Rodiere, R, 1974: 405) برخی هم گفته اند زمان تشکیل شرکت از زمان حرکت کشتی (شروع سفر دریایی) می باشد (کمال طه، ۲۰۰۶: ۳۶۰).

در زمان قدیم بر مبنای بعضی قوانین زمان وقوع خطر را هم زمان تشکیل شرکت محسوب می نموده اند. نمونه آن قوانین کسولگری دریایی در قدیم می باشد که مطابق با آن وقتی که کشتی در خطر قرار می گرفت ناخدای آن از تمام اشخاص ذینفع سرنشین کشتی درخواست موافقت جهت اقدام مقتضی در مقابل خطر تهدیدکننده منافع مشترك (شرکت منافع) می نمود (Rodiere, R, 1974: 404-405). رجوع هر شریک به شریک دیگر حسب این نظریه همسان یک بیمه دو جانبه است؛ یعنی آن که توجیه این نظریه براساس فکر بیمه متقابل شرکا نسبت به خطر است و ناخدا هم براساس این شرکت، مسئول نمی باشد. منظور در جایی که وی به جهت دفع خطر تهدیدکننده یک سفر دریایی مشترك مبادرت به عمل زیانبار می کند شخصاً هیچگونه مسئولیتی ندارد؛ زیرا وی آن را به جهت منافع مشترك اشخاص ذینفع در سفر دریایی انجام می دهد. در خصوص سمت وی بر مبنای این نظریه اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی (Ripert, G, 1949: 205) گفته اند وی، مدیر شرکت است (Ripert, G, 1949: 205) بعضی دیگر (کمال طه، ۲۰۰۶: ۳۶۰؛ Rodiere, 1997: 473) دیگر گفته اند که او نماینده شرکت می باشد.

مبنای رجوع هر شریک به شریک دیگر همسان یک بیمه دو جانبه است یعنی توجیه این نظریه براساس فکر بیمه متقابل می باشد. بیمه متقابل شرکاء نسبت به خطر است (Ripert, G, 1949: 210, Bonnacase, J, 1932: 563-4) در نهایت باید گفت که ماهیت این شرکت منافع از سنخ شرکت تجاری نمی باشد بلکه آن یک نوع شرکت مدنی است (Ripert, G, 1949: 210).

از محاسن این نظریه می توان گفت که اولاً، رجوع شرکای متضرر از تقدیه به شرکایی که به جهت سلامت کالا منتفع شده اند وفق این دیدگاه معقول است زیرا از اصول اولیه شرکت، مشارکت کلیه شرکا در نفع و ضرر است. ثانیاً، مبنای عدم ضمان ناخدا هم که مبادرت به عمل تقدیه در حالت ضرورت می نماید بر مبنای این دیدگاه توجیه می گردد و وی به عنوان مدیر یا نماینده شرکت اقدام کرده است.

این نظریه همسان نظریات پیشین نیز جامع و کامل نمی‌باشد زیرا اولاً، در مفهوم شرکت منافع ابهام وجود دارد از آنجا که شرکت مذکور به جهت مشارکت در ترمیم زیانهای مالی وارده به احدی از اشخاص ذینفع در سفر دریایی است می‌توان گفت که نوعی شرکت اموال است. در این صورت پرسش دیگری مطرح می‌گردد که مشارکت در کدام اموال صورت می‌گیرد؟ آیا کالاهایی که حمل می‌شود و دارای صاحبان متفاوت است می‌تواند موضوع این شرکت باشد؟ مضافاً به این که شرکت کلی صاحبان کالا اعم از تقدیه شده یا سالم در اموال باقی مانده يك امر مجازی است چرا که نقش اموال صرفاً از جهت تعیین ارزش کلی آن در راستای تعیین میزان مشارکت در خسارت مشترك می‌باشد و هرگز در موقع تشکیل این شرکت اساساً وجود آنها مطرح نظر نمی‌باشد تا موضوع سود و زیان مطرح گردد. ثانیاً اگر بپذیریم که این شرکت همان طور که در شرح نظریه گفته شده است، شرکت تشکیل شده به حکم قانون است در این صورت این تالی را هم باید بپذیریم که به لحاظ حکم قانون، عدول از آن میسر نمی‌باشد. ثالثاً، اگر هم این توجیه بیمه متقابل را قبول کنیم در این صورت، باید اثر آن را هم قبول کنیم.

در واقع همان طور که برخی از حقوقدانان (Bonnetcase, J, 1932: 564) گفته‌اند این بیمه متقابل يك بیمه عادی نیست بلکه به لحاظ مصالحی اجباری است. فلذا انعقاد هرگونه قرارداد از سوی اشخاص ذینفع در سفر دریایی به جهت دفع آن ممکن نمی‌باشد درحالی که چنین نیست.

۶-۲. نظریه قراردادی

آخرین نظریه توجیه‌کننده ماهیت حقوقی خسارت مشترك دریایی نظریه قراردادی بودن آن است یعنی اینکه تمام اشخاص ذینفع در يك سفر دریایی به موجب يك توافق و قرارداد می‌پذیرند که در خسارات مشترك وارده با یکدیگر مشارکت نمایند. برخی برای توجیه آن استناد به قرارداد اجاره کشتی کرده‌اند (Ripert, G, 1949: 562)

توجیه دیگر که برای تقویت این دیدگاه بیان شده است براساس فرض قانون استوار می‌باشد، بدینسان که قانون فرض می‌کند که طرفین در يك قرارداد اجاره کشتی، موردی را پیش‌بینی نموده‌اند که ناخدا می‌تواند با هدف منفعت مشترك در يك سفر دریایی مبادرت به عمل تقدیه نماید (Danjon, D, 1927: 433).

در واقع این توافق جبران خسارت، يك نوع شرط ضمنی قانونی محسوب می‌گردد. توجیه فوق شامل قرارداد حمل نیز می‌شود. به این صورت که فرض می‌گردد در زمان انعقاد قرارداد برای حمل کالا، حمل‌کننده کالا به‌طور ضمنی با تمام مالکان کالا به‌طور ضمنی توافق می‌کنند که براساس آن ناخدا در صورت وجود خطر می‌تواند تقدیه‌های ضروری را انجام دهد به صورتی که همه آنها ضامن زیان‌های مربوطه باشند (Donaldson J. F. C.T, 1964: 20).

توجیه دیگر هم بر اساس قرارداد ضمنی است بدین شرح که فرض می‌گردد يك تعهد مابین طرفین در لحظه خطر منعقد شده است. گویی که آنها آن را از آغاز و ابتدا جهت آن موقع مقتضی (موقع خطر)

منعقد کرده‌اند (Wilson D. J. and Cooke J. H. S, 1997: 12).

برخی دیگر برای تعلیل آن استناد به صریح بودن قرارداد کرده‌اند یعنی اینکه اگر فی المثل کشتی در شرف غرق شدن باشد و جهت سبک کردن بار آن نیاز به تقدیه برخی از اموال موجود در آن باشد در این صورت، مالک مال تقدیه شده فقط در صورتی محق به اخذ خسارت است که بقیه با وی توافق نمایند. این توافق حسب این دیدگاه در قالب عقد ضمان قرار می‌گیرد. نمونه این دیدگاه در برخی از آراء فقه اسلامی مشاهده می‌گردد که در ذیل به نظریات فقهای شیعه و اهل سنت اشاره می‌شود:

۳. فقه شیعه

۱- از یکی از فقهای شیعه سؤالی می‌شود که براساس آن اگر بعضی از کالاهای موجود در کشتی به جهت تخفیف بار و تأمین امنیت و سلامت سرنشینان برای رفع خطر غرق شدن، به دریا ریخته شود، ضمان آن بر عهده کیست؟ در پاسخ گفته شده است اگر پرتاب کنندگان کالا، مالک آن باشند در این صورت مسئولیتی متوجه کسی نیست اما اگر بقیه توافق کنند که مسئولیت کالای پرتاب شده بر عهده آنها باشد در این صورت همه آنها ضامن می‌باشند. اما اگر مال دیگری بدون اذن وی به دریا افکنده شود شخصی که مال را می‌افکند ضامن است (ابن براج، ۱۴۱۱: ۶۵).

۲- فقیه شیعه دیگری می‌فرماید، اگر کسی به دیگری بگوید کالایت را در دریا بینداز تا کشتی از خطر غرق در امان باشد در این صورت اگر قرینه‌ای وجود داشته باشد که دلالت بر بلاعوض و عدم ضمان نماید، ضمانی برعهده گوینده وجود ندارد و اگر گوینده بگوید که ضمان وی را برعهده می‌گیرد در این صورت او ضامن است (خوئی، ۱۳۹۶، ۲: ۲۶۱).

۳- فقه دیگری می‌گوید: اگر در موقع ترس از غرق کشتی، شخصی به دیگری بگوید کالایت را در دریا بینداز و من ضامن آن هستم حسب نظر فقها هیچ اختلافی در صحت آن نیست بلکه ظاهر در اجماع است (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۷۹).

۴- فقیه دیگر امامیه می‌فرماید: اگر بیم غرق شدن کشتی باشد و یکی از سرنشینان کالای خود را به دریا بیندازد تا کشتی به جهت تخفیف بار در امان بماند هیچکس ضامن نیست و اگر شخصی متاع دیگری را بدون اذن او به دریا از این جهت بیندازد خود وی ضامن است و اگر بگوید بینداز من ضامنم در این صورت وی ضامن است (علامه حلی، بی تا، ۲: ۲۶۳).

۴. فقه اهل سنت

۱- مطابق نظر فقه اهل سنت، اگر در زمانی که بیم غرق شدن کشتی می‌رود برخی از سرنشینان آن به دیگری بگوید کالایت را در دریا بینداز ما همه ضامن هستیم گفته شده است که اگر انشاء ضمان شده باشد آنها همگی ضامن هستند (سبکی، ۱۴۱۱: ۲۶۱).

۲- فقیه دیگری نظر داده است که اگر کشتی در شرف غرق شدن باشد در اینجا اگر همگی توافق کنند که برخی از اموال به دریا ریخته شود در این صورت خسارت به تعداد سرنشینان تقسیم می‌شود. اگر کشتی در شرف غرق شدن باشد و یکی از آنها بار گندم دیگری را بدون اذن او به دریا افکند در این حالت وی ضامن است (حموی، ۱۴۰۵: ۳۹۰).

۳- یکی از قواعد فقهی اهل سنت، قاعده «الغرم بالغنم» می‌باشد. برخی معتقدند یکی از مصادیق آن بدینسان است: چنان چه کشتی به جهت سنگینی بار آن در شرف غرق شدن باشد در این صورت اگر همه سرنشینان توافق برای پرتاب بخشی از کالاها به دریا بنمایند زیان‌های ناشی از آن (تفدیه) بر عهده آنها خواهد بود (زرقاء، ۱۴۰۹: ۲۷۲-۲۷۳).

در نقد این نظریه باید گفت که نخست، توجیه نخستین (قرارداد اجاره کشتی) فاقد مبنای حقوقی است زیرا قرارداد اجاره کشتی هرگز نمی‌تواند موجد رابطه حقوقی بین مالکین کالاها یا مختلف باشد تا براساس آن شخص زیان دیده بتواند به طرفیت آنها دعوای مطالبه خسارت را اقامه کند (Ripert G. *droit maritime*, 1930: 211). در واقع، با توجه به این محذوریت است که در حقوق قدیم بدو مالک متضرر علیه ناخدا اقامه دعوی مطالبه غرامت براساس خسارت مشترک می‌نمود و سپس نیز ناخدا به نوبه خود دعوای ناشی از همان قرارداد را به جهت مطالبه خسارت‌های تأدیه شده به طرفیت مالکین سایر کالاها مطرح می‌کرد (Bonnetcase, J, 1932: 562). اما در جایی که مالک کالا يك شخص باشد به نظر می‌رسد که بتوان بر مبنای قرارداد اجاره، مالک کشتی را شریک در زیان براساس خسارت مشترک قرار داد، زیرا بدینسان براساس قرارداد اجاره مزبور می‌توان رابطه حقوقی مقتضی را احراز نمود.

دوم اینکه، توجیه دوم هم بدینسان مردود است؛ زیرا قرارداد حمل در نهایت اگر بتواند موجد رابطه حقوقی باشد این رابطه فقط مابین مالک کالا و کشتی است و هرگز نمی‌تواند باعث تشکیل رابطه حقوقی بین مالکین کالاها یا مختلف باشد. در واقع، برای تشکیل چنین رابطه حقوقی می‌بایست این فرض را بنمائیم که مالک کشتی یا نماینده‌اش در زمان انعقاد قرارداد حمل با هریک از صاحبان کالا نماینده سایرین هم هست. پذیرش این فرض هم به جهت عدم وجود مبنای حقوقی توجیه‌کننده آن بعید است (Colinvaux, 1963 *Carriage by sea*, 1971: 852).

سوم، وجه تعلیل سوم هم بی‌اساس است، زیرا اگر قائل باشیم که قانونگذار در موقع وقوع خطر فرض قراردادی را مابین اشخاص ذینفع در جهت دفع آن بنماید در این صورت این فرض از سنخ فرضهایی است که لازم می‌باشد در حالی که همان طوری که قبلاً گفته ایم طرفین می‌توانند بر مبنای قرارداد نسبت به سقوط یا کاهش مسئولیت خود از جهت نهاد خسارت مشترک اقدام نمایند.

چهارم، نظرات فقهی هم در خصوص موضوع توان توجیه تام نظریه مورد بحث در خصوص خسارت مشترک را ندارند زیرا اولاً، نظرات مذکور فقط ناظر به حضور اشخاص ذینفع در عرشه کشتی است فلذا

در صورت عدم حضور آنها موضوع شرکت در تأدیه غرامت براساس نهاد خسارت مشترك منتفی است. ثانیاً، شرط تحقق مشارکت براساس خسارت منوط به غرق شدن کشتی شده است؛ یعنی حسب این دیدگاه شرط اساسی مطالبه غرامت براساس نهاد خسارت مشترك همانا وقوع خطر جانی است. در حالی که تحقق خسارت مشترك عمدتاً مبتنی بر خطر مالی است و خطر جانی فقط در حالت فرعی و بالتبع يك خطر مالی می‌تواند در حیطه خسارت مشترك قرار گیرد.

۵. نظریه مختار

هر يك از نظرات ارائه شده برای توجیه مبنای حقوقی مشارکت در غرامت براساس نهاد خسارت مشترك دریایی مواجه با اشکال و ایراد می‌باشد. به عبارت دیگر نظریات فوق ناتوان از بیان ماهیت حقوقی خسارت مشترك می‌باشند.

اکنون شاید پرسیده شود که با توجه به توضیحات فوق، مبنای حقوقی توجیه‌کننده مشارکت مالی براساس نهاد خسارت مشترك چیست؟ در پاسخ می‌توان گفت که برای بیان ماهیت حقوقی آن نباید اصرار بر تعیین مبنا براساس نهادهای حقوقی شناخته شده کرد، زیرا این نهاد به لحاظ ویژگیهای خود و نیز سیر تکاملی آن، نمی‌تواند در قالب ماهیت‌های مرسوم و معمول حقوقی کنونی قرار بگیرد. به عبارت دیگر، آن يك ماهیت حقوقی خاص خود را دارد؛ یعنی يك عمل حقوقی نامعین است که در راستای رفع نیازهای بشری به جهت مصالح مشترك در امور حمل و نقل دریایی تعیین و تثبیت گردیده است به گونه‌ای که اغلب مقررات حقوقی کشورهای دریایی آن را به عنوان يك واقعیت حقوقی پذیرفته‌اند، در واقع ماهیت حقوقی خسارت مشترك يك عمل حقوقی خاص و غیر معین است که با تحقق شرایط لازم، خود به خود مسئولیت اشخاص ذینفع در سفر دریایی در جبران غرامت به شخص متضرر بر اساس نهاد خسارت مشترك را محقق می‌کند، مشروط به اینکه اشخاص ذینفع توافقی مغایر آن منعقد نموده باشند. به جهت همین ویژگی خاص حقوقی منحصر به فرد، هیچ يك از قوانین کشورهای دریایی و حتی مقررات بین‌المللی نپذیرفته‌اند که حکم آن نسبت به قلمروهای دیگر (هوایی و زمینی) اجرا گردد. ایراد نشود که قائل شدن ماهیت خاص حقوقی برای خسارت مشترك، امری نا مأنوس در حقوق ما می‌باشد زیرا موارد دیگری نیز وجود دارد که منطبق با ماهیت‌های حقوقی شناخته شده در حقوق ما نمی‌باشد. برای مثال می‌توان به ضمانت‌نامه‌های بانکی و مسئولیت تضامنی امضاءکنندگان اسناد تجاری (مانند برات) اشاره نمود که ماهیت حقوقی هر دوی آنها با هیچ يك از نهادهای حقوقی مرسوم و معین در نظام حقوقی ما انطباق ندارد بلکه واجد يك ماهیت خاص غیر معین می‌باشند که قانونگذار به جهت مصالحی آن‌ها را پذیرفته است.

در نهایت باید افزود که این نهاد به لحاظ ماهیت خاص خود حتی مورد تأیید برخی از فقهای اسلامی

هم قرار گرفته است؛ یعنی این که برخی از فقها به لحاظ نیاز جامعه دریایی به این نهاد (مشارکت در جبران ضرر وارده به احدی از اشخاص ذینفع سفر دریایی مشترک مخاطره آمیز) آن را در قالب يك حکم و فرض فقهی پذیرفته‌اند برای نمونه می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

۱- در فقه امامیه فرض مطرح گردیده است که اگر در دریا حادثه‌ای اتفاق بیفتد که کشتی بان به جهت نجات سرنشینان نیاز به انجام عملی داشته باشد که در آن تلف برخی کالاها باشد در این حالت سرنشینان و صاحبان باقی کالاها ضامن می‌باشند (اشتهدری، ۱۴۱۶: ۲۱۸).

۲- در فقه اهل سنت نیز فرض فقهی به این صورت مطرح گردیده است که اگر کشتی حامل بار بود سپس به جهت ترس از غرق شدن، سرنشینان خواه با توافق همگی یا اختلاف نظر آنها و خواه اینکه صاحبان کالا حضور داشته‌اند یا نداشته‌اند بخشی از بار به جهت دفع خطر به دریا افکنده می‌شود. حسب نظر مالک (فقیه) زیان آن چه که به دریا افکنده شده است بر مالکین بقیه کالاها سرشکن می‌شود و حصه این مشارکت به میزان زبانی که وارد شده از قبیل يك چهارم و يك سوم و غیره بر مالکین کالاها می‌سالم باقی مانده تحمیل می‌گردد (مراد، ۲۰۰۱: ۶۱).

نتیجه‌گیری

با بررسی بعمل آمده در حقوق ایران، در رابطه با ماهیت حقوقی خسارت مشترک هیچ بحثی مطرح نشده و همچنین هیچ نصی تصویب نگردیده است. نظرات ارائه شده در این خصوص در سایر کشورها در خصوص ماهیت این نهاد، به شش نظر تقسیم گردیده است. به عبارتی، دانشمندان حقوق دریایی راجع به ماهیت این نهاد، شش نظریه تفصیلی مطرح نموده‌اند که عبارتند از: ۱- نظریه عدالت؛ ۲- نظریه نمایندگی؛ ۳- نظریه داراشدن بلاجهت؛ ۴- نظریه اداره اموال غیر؛ ۵- نظریه اشتراک منافع؛ ۶- نظریه قراردادی. در کنار این نظرات، در فقه اسلامی نیز بعضی از فقها به این موضوع اشاره نموده‌اند. عده‌ای خسارت مشترک را برخلاف قاعده ضمان متلف یعنی ناخدا دانسته و تراضی را برای این امر ضروری می‌دانند و عده‌ای دیگری از جمله ابن جنید به تصدیق این نهاد از دیدگاه شرع پرداخته‌اند. از نظر فقهی نیز هرچند بعضی از فقها براساس قواعد ضمان، خسارت مشترک را مستلزم وجود تراضی و قرارداد می‌دانند اما با توجه به عرف حاکم در حقوق دریایی و عدم مغایرت این عرف با شرع که مورد تأیید عده دیگری از فقها قرار گرفته است و با لحاظ این موضوع که در قراردادهای حمل و بارنامه‌ها بدان تراضی می‌شود به نظر می‌رسد مغایرتی با شرع ندارد.

در مراجعه به نظرات ششگانه فوق نیز که توسط حقوقدانان ارائه شده است باید گفت که با بررسی‌های به عمل آمده، هرکدام از نظرات با نقد مواجه بوده و واجد اشکالاتی می‌باشد و هیچ کدام از نظرات مذکور نمی‌تواند توجیه‌کننده تام ماهیت حقوقی آن باشد. بنابراین، نهاد خسارت مشترک به لحاظ

آثار خود واجد ماهیت حقوقی خاص و مجزایی می‌باشد؛ زیرا اولاً، اشخاص ذینفع در سفر دریایی می‌توانند بر مبنای توافق نسبت به کم و کیف این نهاد یا چشم‌پوشی از آن تراضی نمایند؛ ثانیاً، در صورت سکوت، این نهاد با تمام آثار خود به‌طور قهری، حاکم بر روابط حقوقی اشخاص ذینفع در زمان وقوع ضرر، در سفر دریایی می‌گردد.

فهرست منابع

- ابن براج، قاضی عبدالعزیز بن براج طرابلسی، ۱۴۱۱ق، جواهر الفقه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
 اشتهاودی، علی پناه، ۱۴۱۶ق، مجموعه فتاوی ابن جنید، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
 البرزی ورکی، مسعود، عطائی، محسن، ۱۴۰۱ش، خسارت مشترک، جایگاه و بایسته‌های تقنینی آن در نظام قضایی ایران، فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین، ش ۱۲.
 حموی، احمد بن محمد مکی، ۱۴۰۵ق، غمض عیون البصائر شرح کتاب الاشباه و النظائر، بیروت، دار الکتب العلمیه.
 خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۳۹۶ق، تکمله المنهاج، قم، المطبعه العلمیه، ج ۲.
 زرقاء، احمد بن محمد، ۱۴۰۹ق، شرح القواعد الفقهیه، دمشق، دار النشر.
 ساریخانی، عادل، شریفی، مهدی، ۱۴۰۲ش، بررسی تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۳۶.
 سبکی، عبدالوهاب بن علی، ۱۴۱۱ق، الاشباه و النظائر، بیروت، دار الکتب العلمیه.
 طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم، ۱۴۰۹ق، العروه الوثقی، قم، مؤسسه اعلمی.
 علامه حلّی، حسن بن یوسف، بی تا، تحریر الاحکام الشرعیه، مشهد، مؤسسه آل البيت، ج ۲.
 قسمتی تبریزی، علی، ۱۳۹۴ش، اصل «جبران کامل زیان»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۳.
 کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷ش، مسئولیت مدنی، تهران، دانشگاه تهران، ج ۲.
 کمال طه، مصطفی، ۲۰۰۶م، اساسیات القانون البحری، بیروت، منشورات المجلسی الحقویه.
 گل محمدی، هوشنگ، آیتی، سید محمدرضا، رحمان ستایش، محمدکاظم، ۱۴۰۱ش، بررسی فقهی و حقوقی کارآمدی قاعده دفع افسد به فاسد، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۶۷.
 مراد، عبدالفتاح، ۲۰۰۱م، موسوعه القانون البحری، القاهره، دار العربیه للنشر و التوزیع.

References

- Bonnassies, Pierr. (2006), Christian scapel, traite droit maritime, Paris: L. G. D. J.
 Bonnecase, J (1932), précis elementaire de droit maritime, Paris: recueilsirey.
 Buglass, L.J, (1981). Marine insurance and general average in the United States: an average adjuster's viewpoint. New York: Cornell Maritime Press, (1991).
 Burton v. English (1883) 12 QBD 218.
 Colinvaux, R.P. and Carver, T.G. (1963). Carriage by sea. Hoboken: Stevens, (1971).
 Danjon, D (1927). traite de droit maritime, Paris: recueilsirey.
 Donaldson J. F. C.T (1964). Ellis C. S. Staughton, the law of General average, London: British shipping law, Stevens & sons.
 guilloud, M (1988). droit maritime, Paris: pedone.
 Milburn & Co v. Jamaica Fruit Importing & Trading Co of London [1900] 2 QB 540.
 Ripert G (1930). droit maritime, Paris: rousseau et cieediturs.
 Ripert, G (1949). precis de droit maritime, Paris: Librairedolloz.

- Ripert, Georges (2000). *R Roblot, traite de droit commercial*, Paris: L. G. D. J.
- Rodiere, R (1974). *précis de droit maritime*, Paris: dalloz.
- Rodiere, Rene (1997). *emmanuel du pontavice. droit maritime*, Paris: dalloz.
- Rose, F.D (1997). *General Average: Law and Practice*, London: Lloyd's of London.
- Steamship Co v Greystoke Castle (cargo owners) [1947] AC 265.*
- Strang, Steel & Co. and others v. A. Scott & Co., (1890) ILR17CAL362.*
- Wilson D. J. and Cooke J. H. S (1997). *The law of general average and the York Antwerp rules*, London: British shipping laws, Sweet &Maxwel.
- Wilson, John F (2008). *Carriage of goods by sea*. London: Pearson Education.

Persian Sources

- Al Barzi Varki, Massoud; Atai, Mohsen, (1401). joint damage, its position and legal requirements in Iran's judicial system, *Scientific Quarterly of Fiqh and Modern Law*, No. 12, pp. 105-116.
- Allameh Helly, Tahir al-Ahkam, (No Date). Mashhad: Al-Albit Institute, BTA.
- Eshtehardi, Ali Panah (1995). *Majmouah Fatavi Ibn Jonayd*, Qom: Al-Nusra Institute of Islam.
- Ghesmati Tabrizi, Ali, (2014). the principle of "full compensation for losses", *Studies in Islamic Jurisprudence and Law*, No. 13, pp. 135-174.
- Hamavi, Ahmad ibn Mohammad Makki (1984). *Ghazm Oyoun, al-Bassaer Shrh al-Ashbah and al-Naza'ir*, Beirut: Dar al-Al-Umayyah.
- Ibn Brraj, Qazi (1990). *Jawaher al-Feqhah*, Qom: Al-Nashr al-Islami Institute.
- Kamal Taha, Mustafa (2006). *The Principles of the Law of Al-Bahri*, Beirut: Al-Majlis Al-Hoghoghiyah Charter.
- Katoozian, Nasser (2008). *Civil Responsibility Volume I, II*, Tehran: University of Tehran.
- Khoei, Seyyed Abulqasim (1989). *Takmelah al-Menhaj*, Qom: Al-Madinah Publications.
- Murad, Abdul Fattah (2001). *Al-Qani Al-Bahri Museum, Al-Qahra*: Dar al-Arabiya Lalshar and al-Tawizi.
- Sabki, Abd al-Wahhab bin Ali, (1990). *Al-Ashbah and Al-Nazar*, Beirut, Dar al-Kutub Al-Elmiyah.
- Sarikhani, Adel; Sharifi, Mehdi, (1981). comparative review of compensation for physical injuries in the laws of Iran and England, *Comparative Research Quarterly of Islamic and Western Laws*, No. 36, pp. 77-96.
- Tabatabaei Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1988). *Al-Orvah Al-Vosgha*, Qom: Alami Institute.
- Zargha, Ahmad bin Mohammed (1988). *Sharh al-Qu'ad al-Fiqhiyyah*, Damascus: Dar al-Nusra Printing.