



فصلنامه علمی - تخصصی فقه پویا

صادرکننده مجوز: دانشگاه تهران

صاحب امتیاز: انجمن علمی دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی

مدیر مسئول: زهرا مرادی

سر دبیر: مهسا صدیقی سنگچال

مشاور علمی: محمدرسول آهنگران

کارشناس نشریات: سرکار خانم مریم شریفی دانا

صفحه آرا: سرکار خانم جاسمی

گرافیکست و طراح جلد: عباسعلی سیاسی جهانتیغی

شماره: نهم، پاییز ۱۴۰۲

پل ارتباطی: Mahsa sedighi ۸۳۸ gmail.com

نشانی: قم - ابتدای جاده قدیم تهران - دانشکدگان فارابی - دانشگاه تهران -

انجمن علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی

کد پستی: ۳۷۱۸۱۱۷۴۶۹ شماره تماس: ۰۲۵۳۶۱۶۶۳۴۱

استفاده از مطالب مجله با ذکر منبع مجاز است

حوزه فعالیت، اهداف، راهنمای تدوین و شرایط پذیرش مقاله

فصلنامه حاضر با رویکرد علمی تخصصی در راستای ارتباط فقه و حقوق اسلامی با نگرش به پویایی فقه امامیه به عنوان نشریه علمی انجمن دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی پردیس فارابی دانشگاه تهران منتشر می شود حوزه موضوعی مجله، فقه و حقوق با تأکید بر مباحث نوظهور است.

که پس از داوری تخصصی، تأیید مسئولین نشریه و با توجه به ساختار تعریف شده در این راهنما چاپ می شود از نویسندگان محترم تقاضا می شود در تهیه و تنظیم مقالات خود نکات زیر را رعایت کنند.

مقاله در محیط نرم افزاری Word ۲۰۱۰

اندازه کاغذ A4 :

حاشیه ها (بالا، پایین، چپ و راست): ۴ سانتی متر

فونت عنوان مقاله ۱۴ B Titr :

فونت متن: فارسی ۱۳ B Zar و انگلیسی ۱۰ Times New Roman

فونت در جدول و نمودار: فارسی ۱۰ B Zar و انگلیسی ۹ Times New Roman

تعداد صفحات نباید از ۲۴ صفحه در همین فرمت بیش تر باشد.

برای واژه ها و نام های خارجی، در حد امکان از معادل های فارسی مصطلح و مصوب استفاده کنید.

در صورت نیاز به درج زیرنویس، همه موارد فارسی به صورت راست چین با قلم BMitra و اندازه ۱۰ pt.

و زیرنویس های لاتین به صورت چپ چین با قلم Times New Roman اندازه ۹ pt. نوشته شوند.

◆ راهنمای نگارش ◇ ۳

لطفاً توجه فرمایید منابع خارجی داخل متن به فارسی نوشته شوند؛ ولی در بخش فهرست منابع به انگلیسی نوشته شوند.

در فهرست منابع، ابتدا منابع فارسی به ترتیب حروف الفبا فارسی (۱۲ B Zar) و سپس منابع انگلیسی به ترتیب حروف الفبای انگلیسی (۱۱ Times New Roman) نوشته شوند.
ضمناً منابع به صورت زیر نگارش شوند:

کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار). عنوان کتاب، محل انتشار، نام ناشر
مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار). عنوان مقاله. نام مجله، دوره، شماره، شماره صفحات.

اگر مقاله یا کتاب بیش از یک نویسنده داشت بین اسامی نویسندگان ویرگول (،) گذاشته شود.

نویسندگان محترم می توانند مقالات خود را در سایت نشریه:

به آدرس <http://feghhepouvasi.ut.ac.ir> بارگذاری کنند.

فهرست مطالب

سخن سردبیر	۵
احمد یوسفی - عباسعلی سیاسی جهانتیغی - سعید گودرزی؛ امکان سنجی تحقق معامله فضولی عهدی در حقوق موضوعه ایران و تبیین فروض تحقق و آثار آن	۷
زینب مؤمن؛ بررسی ادله تفاوت دیه زن و مرد در فقه مذاهب خمسسه	۲۷
سارا احدی کلایه؛ مروری بر ضمانت اجرای عدم تمکین زوجه با نگاهی بر قابلیت استماع دعوای الزام به تمکین	۴۹
محدثه خانمیرزایی؛ شرایط، آثار و راهکارهای اعمال حق مکتسبه بر اموال و احوال شخصیه افراد در سرزمین بیگانه	۶۵
مارال کیوانی - زهرا ارومیه چی؛ ضوابط حاکم بر توقیف کشتی‌ها و نفتکش‌ها؛ مطالعه موردی توقیف نفتکش ADVANTAGE SWEET توسط ارتش جمهوری اسلامی ایران در دریای عمان از منظر حقوق بین‌الملل	۷۵

سخن سردبیر

هوالحق

سپاس خدای را به جا می‌آورم که فرصتی دوباره عنایت فرموده است تا بتوانم صحبتی با مخاطبین این شماره از نشریه علمی - تخصصی فقه پویا داشته باشم، تا به اکنون تلاش بر ارتقای هر چه بیش‌تر نشریه بوده است. در این شماره سعی بر این بوده تا با به کارگیری مقالات فقهی - حقوقی بتوان زمینه را برای بهبود سطح کیفی نشریه فراهم آورد. فقه روشی می‌باشد که به وسیله آن احکام شرعی را از ادله تفضیلی به دست می‌آوریم. و در واقع فقه یک نظام حقوقی در کشورهای اسلامی می‌باشد. امید است که با همراهی مخاطبان علاقمند به حیطة فقه و مبانی حقوق نشریه علمی - تخصصی فقه پویا سبب شکوفایی و رشد روزافزون آن گردد.

مهسا صدیقی سنگچال

امکان سنجی تحقق معامله فضولی عهدی در حقوق موضوعه ایران و تبیین فروض تحقق و آثار آن



احمد یوسفی^۱؛ عباسعلی سیاسر جهانتیغی^۲؛ سعید گودرزی^۳

چکیده

معامله فضولی بنا بر قول مشهور فقها و حقوقدانان از قواعد عمومی قراردادها محسوب می‌گردد. از این رو جریان احکام و آثار آن بر اقسام عقود بدون در نظر گرفتن تمایزات و آثار این عقود با معاملات عهدی مد نظر بوده است. عقود عهدی بر خلاف عقود تملیکی موجب حقوق دینی برای اشخاص می‌باشند، ولی بر خلاف عقود تملیکی تا به حال فروض مختلف عقود فضولی عهدی مورد تبیین قرار نگرفته است. با دقت نظر بر فروض تحقق این عقود می‌توان قائل بر مشابهت جریان این عقود با عقود تملیکی به خصوص در فرضی که تعهد به انتقال عین معین (تعهد عینی) و در نهایت صحت جریان این عقود در این معاملات بود. جریان احکام و آثار معامله فضولی بر اعیان کلی و معین و افعال مادی یا حقوقی اشخاص به عنوان موضوعات معاملات عهدی به جهت مشابهت در ارکان عقود به یکدیگر تابع قاعده است و تنها فروضی که می‌توان قائل بر صحت معاملات عهدی به جهت مشابهت با معامله فضولی عهدی بود، تعهد

۱. کارآموز قضایی و دانش آموزخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

Ahmad.yosefi@ut.ac.ir

۲. دانش آموزخته کارشناسی فقه و مبانی حقوق اسلامی پردیس فارابی دانشگاه تهران.

Abbasali.siasar@ut.ac.ir

۳. دانش آموزخته کارشناسی فقه و مبانی حقوق اسلامی پردیس فارابی دانشگاه تهران.

به فعل ثالث و انعقاد معامله عهدی بدون افشا قصد فضولی در تعهدات فعلی یا اموال کلی است که از حیث اثباتی و قضایی، معاملی که قصد فضولی داشته یا نیت تحمیل تعهدات را بر غیر داشته است به عنوان معامل اصیل جلوه می‌کند و او به اجرای تعهد و تسلیم عین کلی یا انجام تعهد فعلی در فرضی خصوصیتی و شخصیتی در فعل یا فاعل نباشد، ملزم خواهد شد. **واژگان کلیدی:** معامله فضولی، عقود عهدی، غیرنافذ، رضا، بطلان.

مقدمه و بیان مسأله

در حقوق موضوعه ایران اصل حاکمیت اراده و اصل نسبی بودن قراردادها به عنوان نتیجه آن، اساسی ترین اصول معاملات در قواعد عمومی قراردادها را شامل می‌شوند. این امر در مواد ۲۳۱ و ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی ایران و فرانسه مورد تایید قرار گرفته است و بر اساس مبانی اسلامی نیز اصل عدم ولایت بر دیگران و حاکمیت اراده مورد پذیرش واقع شده است (دهقان و سلطانی، ۱۳۹۷: ۴۱۱) و اقتضای این اصول آن است که آثار معاملات و عقود را صرفاً درباره متعاملین و قائم مقام قانونی آنها تحمیل گردد؛ لکن این اصول به مانند سایر اصول دارای استثنائاتی است که معامله فضولی به عنوان یکی از مصادیق این استثنائات قابل بحث است (کاتوزیان، ۱۴۰۲: ۱۵۷؛ صفایی، ۱۳۹۶: ۱۸۲).

اساساً تحقق معاملات فضولی در عقود تملیکی، عهدی و اذنی مطرح است؛ ولی عمده توجه اهل علم در این مبحث تعمیم آثار معامله فضولی به عنوان یک قاعده عمومی در معاملات، بیشتر متوجه عقود تملیکی بوده است و در ابعاد و صور مختلف امکان تحقق معامله فضولی در عقود عهدی و آثار حاکم بر آن به صورت منسجم کوششی صورت نگرفته است. عقود عهدی بر خلاف عقود تملیکی ایجادکننده حق دینی و تعهدات برای افراد می‌باشند، در واقع اثر مستقیم و اصلی این عقود ایجاد تعهدات برای افراد است؛ به همین جهت شایسته است به بررسی ابعاد و صور تحقق معامله فضولی در عقود عهدی پرداخته شود و مورد بررسی قرارگیرد

امکان‌سنجی تحقق معامله فضولی عهدی در حقوق موضوعه ایران و تبیین فروض تحقق و آثار آن ◇ ۹

که می‌توان معامله فضولی را به عنوان یک قاعده عمومی در معاملات عهدی جریان داد یا خصوصیتی در این معاملات وجود دارد که موجب عدم جریان این قاعده در این معاملات خواهد شد. به همین جهت با بررسی حقوق موضوعه ایران باید در نظر گرفت اساساً چه مصادیق و فروضی را می‌توان یافت که علاوه بر اینکه یک عقد ایجادکننده تعهدات و حقوق دینی برای طرفین قرارداد است با تعاریف و ارکان معاملات فضولی نیز قابل انطباق باشد. با توجه به توضیحات مذکور در این پژوهش بدواً به بررسی مفاهیم بنیادی موضوع پژوهش پرداخته و در ادامه به بررسی صور تحقق و عدم معاملات فضولی در عقود عهدی و احکام مختص به آن‌ها می‌پردازیم.

الف) مفاهیم

۱. عقود عهدی

عقود جمع عقد به معنای محکم‌کردن، بستن ریسمان و پیمان و سوگند (دهخدا، بی‌تا: ۲۰۰۰) و در اصطلاح حقوقی عبارت است از تعهد یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر که مورد قبول آن‌ها باشد و در حقوق امروزی عبارت از یک عمل حقوقی دو جانبه که مورد توافق طرفین است، می‌باشد (صفایی، ۱۳۹۶: ۱۷).

عقود عهدی را می‌توان طبق تقسیم‌بندی‌های مختلف قسیم عقود تملیکی و عقود اذنی قرارداد. بر این اساس در حقوق داخلی طبق یک تقسیم‌بندی کلی، اثر اصلی عقد می‌تواند ایجاد حق عینی مالکیت باشد که از آن به عقد تملیکی یاد می‌گردد و هم می‌تواند ایجادکننده حقوق دینی باشد که از آن تحت عنوان عقد عهدی یاد می‌شود. در این موارد موضوع عقد ایجاد و انتقال یا سقوط تعهد است و به همین اعتبار از آن تحت عنوان عقد عهدی یاد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۷۵).

طبق تقسیم‌بندی دیگر اگر اثر اصلی قرارداد اعطای اذن در تصرف باشد و تعهدی برای عاقد ایجاد نکند، آن را عقد اذنی گویند؛ ولی اگر عقد تحمیل‌کننده تعهد برای یک طرف یا متعاقدين

باشد، آن را عهدی گویند (صفایی، ۱۳۹۶: ۴۷). با در نظر گرفتن توضیحات مذکور در هر دو تقسیم‌بندی عقود عهدی ایجادکننده یا ساقط‌کننده تعهدات برای طرفین قرارداد خواهند بود و به همین جهت این امر ممکن است تمایز انطباق معاملات فضولی تملیکی با این عقود را حائز اهمیت کند و فروضی از عقود عهدی را که اساساً تحقق معامله فضولی در آنها منتفی است، تبیین نماید.

۲. معامله فضولی

«فضولی» در لغت به معنی افزودن و زیادتی و مفرد آن فضل به معنی بخشیدن و احسان و برتری (عمید، ۱۳۷۷: ۷۷۳)، یاوه‌گویی و یا کسی که کار بیهوده می‌کند یا بی جهت در امور دیگران دخالت کند (دهخدا، بی تا: ۲۱۲۷)؛ ذکر گردیده است. در اصطلاح حقوقی عملی است از کسی که اهلیت برای اعمال حقوقی غیر (مالک) در قالب ایقاع یا عقد یا اقاله به جهت فقدان اذن و ولایت و وکالت ندارد (لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۰۳). به عبارت دیگر معامله فضولی معامله‌ای است که شخص بدون داشتن سمت نمایندگی برای دیگری انجام می‌دهد و به شخص معامله‌کننده «فضول»، طرف دیگر معامله‌کننده «اصیل» و مالک را «غیر» گویند (امامی، ۱۳۷۱: ۲۹۸). این معامله را از این جهت فضولی گویند که مداخله در اموال غیر است بدون اذن مالک (عدل، ۱۳۷۳: ۱۴۶، به نقل از اصغر زاده بناب، ۱۴۰۰: ۳۷).

بنابراین معامله فضولی عقدی است غیر نلفذ که شخص بدون داشتن نمایندگی قانونی و قراردادی بدون اذن صاحب مال، معامله‌ای برآید او انجام می‌دهد در این بین تفاوتی نیست عالمی یا از روی جهل، از روی حسن نیت، احسان و رعایت مصلحت و یا سوء نیت معامله‌ای نسبت به مال او یا برای او انجام دهد (همان: ۳۸-۳۹).

در مقام جمع‌بندی معامله فضولی عهدی معامله‌ای است که شخص فضول با اصیل منعقد می‌کند و دربردارنده آثار و تعهداتی به نفع و یا ضرر غیر می‌باشد؛ بر خلاف معاملات فضولی

امکان‌سنجی تحقق معامله فضولی عهدی در حقوق موضوعه ایران و تبیین فروض تحقق و آثار آن ◇ ۱۱

تملیکی که عین یا منفعت متعلق به دیگری مورد معامله قرار می‌گیرد و حقوق عینی مالک اصلی منتقل می‌گردد.

ب) ماهیت و مبانی نظری معامله فضولی

۱. ماهیت

در معاملاتاتی که بدون سمت و به صورت فضولی منعقد می‌گردد، مالک اصلی اراده و رضایت خود را برای انعقاد قرارداد با اصیل صراحتاً بیان نکرده است و ابراز اراده برای ایجاد این قرارداد توسط فضول صورت گرفته است. بنابر ماده ۱۹۰ قانون مدنی قصد طرفین و رضای آن‌ها از شرایط صحت معاملات است و طبق ماده ۱۹۳ و ۱۹۲ قانون مذکور، اراده انشائی متشکل از قصد و رضای طرفین معامله می‌باشد (امامی، ۱۳۷۱: ۱۸۳).

قصد ایجاد عمل حقوقی در عالم ذهن است که از آن به قصد انشاء (صفایی، ۱۳۹۶: ۷۱) یا اراده تکوینی برای ایجاد مفاد عقد یاد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۲۱۹).
به اشتیاق و رغبت ذهنی که منجر به تصدیق مفید بودن عقد برای متعاملین گردد رضا گفته می‌شود (همان: ۲۱۹).

در این نوع از معاملات قصد بوسیله شخص فضول ابراز می‌گردد؛ اما تحقق و استقرار آثار عقد نیازمند جزء دیگری به نام رضا است که ناچاراً بوسیله مالک یا متعهد ابراز و الحاق می‌گردد و با پیوست آن به قصد انشاء فضول عقد کامل خواهد شد. اگر رضایت قبل از قصد انشاء حاصل شود و تا زمان ابراز قصد انشاء باقی نماند از آن تحت عنوان اذن یاد می‌کنند اما اگر رضایت بعد از ابراز قصد انشاء به اراده طرفین معامله الحاق شود اصطلاحاً به آن اجازه گفته خواهد شد (اصغر زاده بناب، ۱۴۰۰: ۴۴).

اصولاً معامله فضولی را می‌توان دارای سه رکن دانست که رکن اول آن ناظر بر اقدام فضولی برای تصرف در مال غیر توسط خود فضول یا برای مالک است که از آن می‌توان به عنوان رکن

مادی یاد کرد. قصد و نیت انجام معامله فضولی برای خود فضول یا مالک را می‌توان رکن معنوی دانست و در نهایت احکام و آثاری که توسط قانون و شرع بر این معامله اعتبار می‌شود را می‌توان رکن قانونی و اعتباری آن دانست (شریعت، ۱۳۸۵: ۲۴). در خصوص احکامی که به صورت کلی می‌توان برای معامله فضولی در نظر گرفت عدم نفوذ و بطلان معامله فضولی دو حکم وضعی است که در ماهیت آثار معامله فضولی توسط فقها مورد تدقیق قرار گرفته است. برای بررسی مبانی و دلایل اخذ این احکام در شرع و قانون ناچاراً باید مبانی نظری و منابع فقهی مورد بررسی قرارگیرد که در ذیل تفصیلاً بیان می‌گردد.

۲. مبانی نظری

اصولاً در مورد احکام معامله فضولی و امکان حمل آثار معامله صحیح بر آن بدون وجود رضا مالک یا متعهد اصلی، اختلاف نظرهایی در منابع و استدلالات فقهی قابل رؤیت است که می‌توان دو تقسیم‌بندی کلی در این خصوص ارائه کرد؛ ادله قائلین بر بطلان عقد فضولی منجر بر حمل حکم وضعی بطلان بر این معامله خواهد شد و در مقابل ادله قائلین بر صحت معامله فضولی حکم عدم نفوذ در این معامله را تقویت خواهد کرد. مختصراً برای تبیین موضوع به ذکر منابع و استدلالات طرفداران هر یک از این اقوال می‌پردازیم.

۲-۱. بطلان معامله فضولی

گروهی دیگر از فقها با در نظر گرفتن اجماع منقول بر بطلان بیع فضولی و روایات و استدلال به آیه التجاره^۱ در پی رد و عدم امکان تحمیل آثار و ترمیم این عقد بر آمده‌اند (شیخ طوسی، بی‌تا: ۱۵۸؛ مقدس اردبیلی، ۱۳۶۲: ۱۸۵؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۴۱۹).

۱. «بَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (نساء، آیه ۲۹).

امکان‌سنجی تحقق معامله فضولی عهدی در حقوق موضوعه ایران و تبیین فروض تحقق و آثار آن ◇ ۱۳

از دو جهت می‌توان بر اساس آیه شریفه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» در جهت بطلان معامله فضولی استدلال کرد. جهت اول ناظر بر وجود جهات حصر در آیه شریفه است که دلالت بر حصر عقد صحیح در چهارچوب منطوقی و مفهومی آیه یعنی وجود تراضی و عنصر رضا است. در این آیه با بیان این مورد که تنها تجارتمی مشروع تلقی می‌شود که بر پایه تراضی طرفین بنا نهاده شده باشد، وجود عنصر رضا در قصد انشاء معاملات را از شرایط صحت معاملات دانسته است و نتیجه منطقی این حصر، بطلان معامله در صورت فقدان این شرط صحت خواهد بود که با دلالت صیغه نهی بر عدم مشروعیت این معامله حکم بطلان عقد فضولی به سبب فقدان رضا واضح و مبرهن می‌گردد. جهت دوم بحث بر مبنای وجود مفهوم وصف عن تراضٍ در استثناء آیه است که بر اساس این مفهوم وصف و حکم مفهوم استثناء و توجه به مستثناء و مستثناه‌منه، هر معامله‌ای که بدون رضای یکی از طرفین واقع شده باشد اکل مال بالباطل محسوب شده و به جهت نفی صیغه نهی باطل و نامشروع خواهد شد.

از دیگر ادله‌ایی که در جهت اثبات بطلان معامله فضولی ارائه شده است می‌توان به دو روایت دیگر از پیامبر ﷺ استناد کرد. حدیث «لا بیع ما لیس عندک و لا بیع الا فی ما تملک» دلالت بر وجود عنصر مالکیت برای شخص منعقدکننده قرارداد می‌نماید که در فرض مورد بحث، فضول به جهت عدم اذن و مالکیت برای انتقال مال دیگران در گستره شمول حکم دو حدیث فوق قرار می‌گیرد و همچنین از امام باقر علیه السلام نقل شده است «لا تشتراها الا برضا اهلها» که از حدیث نیز عدم مشروعیت انتقال بدون اذن و نهی این مورد استفاده می‌گردد؛ لذا در صورت تحقق انتقال بدون اذن به صورت فضولی، شمول حکم این روایت بطلان عقد فضولی را نیز به همراه خواهد داشت. از طرفی بعضی از متقدمین مانند ابن ادریس در کتاب مضاربه السرائر، ابن زهره در غنیه و شیخ طوسی در خلاف ادعای اجماع منقول کرده‌اند؛ اما در پاسخ شیخ انصاری با دقت نظر در به آرا ابن جنید اسکافی، شیخ مفید، سید مرتضی و شیخ طوسی در نهاییه در جهت

صحت عقد فضولی قائل بر این است که وجود این مخالفت‌ها موجب عدم شکل‌گیری اجماع بر این موضوع خواهد بود (انصاری، ۱۳۸۱: ۱۲۷). علاوه بر این اجماعی که ذکر شده است منقول می‌باشد و به جهت این‌که ناشی از یک دلیل نقلی است خود اجماع فاقد حجیت می‌باشد و خود دلیل لفظی مبنای استنباط صحت و یا بطلان حکم عقد فضولی است.

علاوه بر این قائلین بر بطلان به کمک عقل و تشکیل حسن و قبح عقلی در جهت بطلان عقد فضولی این‌گونه استدلال می‌کنند که به حکم عقل صرف بدون اذن در مال غیر عقلاً قبیح و شایسته نکوهش است (همان: ۱۲۷).

همانطور که بیان شد مبنای فقهی و حقوقی عدم نفوذ و اجازه مالک، تفکیک میان قصد رضاست، انعقاد معامله فضولی چه از جانب فضول یا مالک اصلی با ابراز قصد انشاء سبب شکل‌گیری استخوان بندی قرارداد است و با این‌که به علت فقدان رضایت مالک قرارداد کامل نیست، اما قابلیت پیوستن رضای مالک اصلی برای تکمیل قرارداد ممکن است و تفاوت بین رضای بعدی و رضای قبل از زمان عقد نیست (صفایی، ۱۳۹۶: ۱۹۱).

۲-۲. صحت معامله فضولی

گروهی از فقها معامله فضولی را حمل بر صحت می‌نمایند که عمده دلیل آن‌ها حدیث عروه بارقی^۱ عمومات ادله بیع و آیه شریفه «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**»^۲ و صحیحه محمد بن قیس، روایت زراره از امام باقر^{علیه السلام}، روایات باب مضاربه (در باب تخلف از شروط مالک و عامل) (محقق حلی،

۱. أَبُو جَعْفَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ الطُّوسِيُّ فِي تَأْقِيبِ الْمَنَاقِبِ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ جَعْدٍ الْبَارِقِيِّ قَالَ: قَدِمَ جَلَسُ فَأَعْطَانِي النَّبِيُّ ﷺ دِينَارًا فَقَالَ: اشْتَرِ بِهَا شَاةً فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بَدِينَارٍ فَلَحِقَنِي رَجُلٌ فَبِعْتُ أَحَدَهُمَا مِنْهُ بَدِينَارٍ ثُمَّ أَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ بِشَاةٍ وَدِينَارٍ فَرَدَّهُ عَلَيَّ وَقَالَ بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفَقَةِ يَمِينِكَ وَ لَقَدْ كُنْتُ أَقْوَمُ بِالْكَنَاسَةِ أَوْ قَالَ بِالْكَوْفَةِ فَأَرَبِحُ فِي الْيَوْمِ أَرْبَعِينَ أَلْفًا.

۲. سوره مائده، آیه ۵.

امکان‌سنجی تحقق معامله فضولی عهدی در حقوق موضوعه ایران و تبیین فروض تحقق و آثار آن ◇ ۱۵

۱۳۶۰، ج ۳، ص ۱۴؛ شهید ثانی، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۱۵۸؛ محقق کرکی، بی تا، ج ۴، ص ۶۹؛ شیخ مفید، ۱۴۱۰، ص ۶۰۶؛ نجفی، ۱۴۱۰، ج ۲۲، ص ۳۷۵؛ شیخ انصاری، ۱۳۴۷، ج ۱، ص ۳۶۷

با این که عقد فضولی اساساً بدون اذن مالک منعقد شده است اما می‌توان لفظ عقد را بر آن حمل کرد؛ لذا می‌توان عقد فضولی را نیز داخل در عمومات ادله (اصل صحت و لزوم) و آیه شریفه او فوا بالعقود دانست و آن را عقدی منعقد شده و صحیح تلقی کرد که قابلیت کمال را خواهد داشت (انصاری، ۱۳۸۱: ۱۲۴). مرحوم خویی بیان می‌دارد میان اذن سابق و اجازه لاحق تمایزی وجود ندارد چرا که به همان شکلی که اذن سابق می‌تواند موجب ایجاد یک عقد صحیح و کامل بشود اجازه لاحق نیز قابلیت تکمیل آثار عقد را خواهد داشت با این دلیل که هر دو آن‌ها ابرازکننده رضایت مالک در عقد خواهند بود با این تفاوت که اولی پیش از عقد یا مقارن با آن تکمیل‌کننده اراده بوده است و دیگری بعد از انعقاد قرارداد و ابراز قصد طرفین. در ادامه ایشان می‌فرمایند که ادله روایی ناظر بر صحت عقود فضولی ضعیف می‌باشد و عمده دلیلی که می‌توان برای صحت عقود فضولی مورد استدلال و استنباط قرارداد، اطلاقات و عمومات ناظر بر صحت عقود و لازم بودن آن‌ها می‌باشد و برای استدلال به صحت این معاملات نیاز به ادله خاص دیگر نیست و آنچه مخالفیت در بطلان عقد فضولی مورد استدلال و استنباط قرارداد است، صلاحیت تخصیص یا این عمومات و اطلاقات را ندارد (خویی، ۱۴۱۸: ص ۶۷۲).

شیخ انصاری در پاسخ به قائلین بر بطلان معامله فضولی با استناد به آیه التجاره می‌فرماید: استدلال زمانی دارای مفهوم است که متصل باشد و نه منقطع و در آیه شریفه به صورت منقطع بیان گردیده است. در خصوص مفهوم وصف باید گفت اساساً مفهوم وصف پذیرفته نیست و وصف در این آیه بیانگر مورد غالب است (شیخ انصاری، ۱۳۸۱: ۱۲۷) همچنین امام خمینی^{علیه السلام} با این استدلال که تشخیص حق و باطل عرفی است و واضح است که تجارت مورد رضایت طرفین عرفاً حق و صحیح می‌باشد و تفاوتی در این امر وجود ندارد که با رضایت سابق تجارت محقق گردد یا همزمان صورت گیرد و یا به آن الحاق شود (امام خمینی^{علیه السلام}، بی تا: ۲۸۶).

در خصوص استدلال به روایت امام باقر علیه السلام (لا تشتترها الا برضا اهلها) برای اثبات بطلان عقد فضولی شیخ انصاری این گونه در جهت رد آن استدلال می‌کند که منظور از بطلان در این روایت فقدان اثر در نفس بیع است که این مورد نیز مورد قبول ما نیز می‌باشد، چرا که ما نیز قائل بر عدم اثر برای بیع فضولی هستیم که با الحاق رضایت مالک می‌توان آن را دارای اثر کامل دانست (شریعت، ۱۳۸۵: ۴۳).

صاحب جواهر در صحت عقود فضولی بیان می‌دارد دلیلی برای خصوصیت و اعتبار مباشرت مالک در جاری ساختن لفظ عقد و ابراز قصد وجود ندارد و به همین جهت اگر فضول به جایگزینی از مالک اصلی این عمل را انجام دهد به علت فقد ادله در خصوص ممنوعیت این عمل، در شکل‌گیری عقد فضولی از جهت جایگزینی ابراز قصد توسط فضول ایرادی نمی‌توان گرفت و همین که فضولی می‌داند این عقد بواسطه اجازه مالک اعتبار می‌یابد و موجب صحت عقد می‌شود کفایت می‌کند. ایشان با شک در مباشرت مالک در بیان ایجاب و قبول از جهت این که شرط تحقق عقد می‌باشند یا نه در مقام نفی و یا اثبات این امر مشکوک بوسیله دلیل لفظی آیه او فو بالعقود، عقد فضولی را یک عقد صحیح می‌داند (نجفی، ۱۴۱۰: ۲۲۵).

بعد از اثبات صحت معامله فضولی و به تبع آن حمل حکم عدم نفوذ بر آن، در پی پاسخ به این موضوع خواهیم بود که اصولاً الحاق رضای مالک به عقد فضولی چگونه منجر به شکل‌گیری عقد صحیح می‌شود و رضای مالک از حیث نظری چگونه بر معامله فضولی اثر خواهد داشت؟ حقوق‌دانان در خصوص چگونگی تأثیر رضای مالک بر معامله منعقد شده توسط فضولی و اصیل نظریات مختلفی بیان شده است؛ همانطور که بیان شد مشهورترین نظریه فقها و به تبع آن حقوق‌دانان، تجزیه اراده بر دو عنصر قصد و رضاست و به جهت وجود قصد، عقد تمام ارکان لازمه را دارا می‌باشد که با پیوستن رضایت مالک به آن، عقد به کمال خود خواهد رسید و تمامی آثار اصلی و حقوق متعاملین مستقر خواهد شد؛ از این رو رضای مالک به عنوان شرط کمال عقد، در معامله فضولی مطرح می‌گردد. طبق این نظر قصد انشاء امری نوعی است

امکان‌سنجی تحقق معامله فضولی عهدی در حقوق موضوعه ایران و تبیین فروض تحقق و آثار آن ◇ ۱۷

و شخصیت مالک در آن اثری ندارد، از این رو اگر توسط فضول نیز ابراز گردد، حامل همان اثر مشابه خواهد بود و آنچه کیفیت نفسانی و جنبه شخصی دارد و باید توسط مالک ابراز گردد، صرفاً رضای او می‌باشد. عموماً در معاملات صحیح این دو عنصر به طور همزمان و در کنار همدیگر، قصد انشاء معامله را خواهند ساخت؛ اما تقارن آن‌ها برای انعقاد یک قرارداد صحیح به هیچ جهت در زمان واحد لازم نیست، به همین جهت می‌توان با الحاق رضایت مالک بعد از ابراز قصد توسط فضول معامله فضولی را به کمال رساند و آثار معامله صحیح را بر آن بار کرد. نظریه دیگر در خصوص چگونگی تأثیر رضا در معامله فضولی، اجازه مالک به صورت اماره‌ایی بر رضای تقدیری و غیر آشکار اوست؛ در واقع با اعطای اجازه توسط مالک می‌تواند دلیل و نشانه‌ای باشد که به وسیله آن می‌توان به این امر اطمینان یافت که مالک به هنگام انعقاد معامله توسط فضول، مالک از رضای تقدیری و غیر آشکار برخوردار بوده است. در واقع اگر مالک معامله فضولی را اجاره کند نشان‌دهنده این امر بوده است که اگر در زمان انعقاد فضولی هم حضور داشته مفاد عقد را می‌پذیرفته است و به آن رضایت کامل داشته است.

طبق نظریه دیگر، اصولاً انعقاد عقد منوط بر وجود قصد دو طرف قرارداد می‌باشد که با وجود قصد فضول و اصیل این امر محقق است؛ به عبارت دیگر آنچه لازم است برای انعقاد معامله وجود دو قصد از طرفین می‌باشد که با ایجاد این امر مقتضای عقد نیز تحقق می‌یابد و اثر رضا تنها به رفع موانع ایجاد آثار عقد (مالکیت، اذن و تعهد) محدود خواهد شد که با الحاق آن این موانع بر طرف شده، عقد به صورت کامل قابلیت اجرایی یافته و آثار مختص عقد بر آن بار خواهد شد. در واقع وجود قصد انعقاد طرفین (فضول و اصیل)، سبب تام ایجاد عقد است و اجازه مالک تنها از ایجاد آثار کامل عقد و نفوذ آن رفع مانع می‌کند (کاتوزیان، ۱۴۰۲: ۱۱۶-۱۲۲).

طبق نظریه دیگر از حقوق‌دانان راه حل در احتساب نمایندگی فضول به طرفیت از مالک خلاصه می‌گردد. طبق این نظریه، اگر فضول نماینده مالک محسوب شود تمامی ارکان عقد و اعمال متعاملین برای انعقاد عقد به صورت صحیح واقع می‌گردد چرا که منعقدکننده عقد نماینده

مالک بوده و به گونه‌ای عمل او نافذ محسوب شده و مال در دارایی مالک ظاهر می‌شود و عقد قابل انتساب به مالک است و از حیث عرفی نیز در صورت اجازه و اعلام رضا توسط مالک تمامی آثار عقد میان فضول و اصیل بر مالک سرایت می‌یابد (همان: ۱۲۳-۱۲۴). به اعتقاد دکتر کاتوزیان این نظریه در فقه نیز قائلینی دارد که نظریه نمایندگی را مورد بررسی قرار داده و معتقدند هر کجا وکالت امکان داشته باشد معامله فضولی ممکن است و فضول را مانند وکیل دانسته و فضول را بعد از علم به تحقق اجازه در حکم وکیل می‌دانند (اصغرزاده بناب، ۱۴۰۰: ۱۲۷).

در مقام جمع‌بندی قانون مدنی ایران به هیچکدام از نظریات فوق صراحتاً تمایلی نشان نداده است و آنچه از آرای فقها و حقوقدانان بیان شد به صورت معین و یک پارچه مبنای قانونگذار در زمان تدوین مواد مربوط به معامله فضولی نبوده است و می‌توان از هر کدام از این نظریات برای توجیه مبنای برخی از مواد استفاده کرد.

بعد از اثبات صحت معامله فضولی و جریان حکم عدم نفوذ بر آن به دنبال پاسخ به این پرسش بر می‌آیم که آیا معامله فضولی به عنوان یک قاعده عمومی در سایر عقود به خصوص عقود عهدی جریان دارد یا اینکه عقود عهدی دارای خصوصیتی هستند که امکان عدم جریان احکام و آثار معاملات فضولی در این عقود را تقویت می‌نماید.

قول مشهور فقهای امامیه و اکثر حقوقدانان بر پذیرش احکام معاملات فضولی به عنوان یک قاعده عمومی در قراردادها است در این موارد حقوقدانان و فقها تفاوت خاصی میان عقود تملیکی، عهدی و اذنی برای جریان این احکام نمی‌بینند، اما گروهی اندک از حقوقدانان و فقها، اما گروهی اندک از حقوقدانان و فقها، اما گروهی اندک از حقوقدانان بر عدم شمول احکام معاملات فضولی به صورت قاعده عمومی در تمامی فروض معاملات عهدی فضولی قائل هستند. استدلال آن‌ها بر این است که اگر معامله فضولی ایجادکننده یک حکم تکلیفی باشد، عدم نفوذ معامله تأثیری برای جریان نظریه کشف نخواهد داشت از طرف دیگر تعمیم این احکام به گونه‌ای نظم عمومی را دچار مشکل می‌نماید این درحالی است که برای این نظر

امکان‌سنجی تحقق معامله فضولی عهدی در حقوق موضوعه ایران و تبیین فروض تحقق و آثار آن ◇ ۱۹

دلیل منطقی ارائه نشده است و در فرض پذیرش این امر محدود کردن دایره عدم شمول احکام فضولی به عقود عهدی فضولی خصوصیتی نداشته چرا که در معاملات تملیکی نیز در صورت انعقاد به شکل فضولی امکان بیم تهدید نظم عمومی و اقتصادی می‌رود. علاوه بر این باید در نظر داشت که مطابق قول مشهور و استدلال‌ات فوق، عقود عهدی نیز تمامی ارکان قرارداد را دارا می‌باشند و از اصول و عموماً متعددی در این خصوص پیروی می‌کنند. عدم اجرای این قاعده نیازمند ادله محکم و انتقادات کاربردی و جامعه‌شناختی است و به جهت این که معامله فضولی در عالم واقع هیچ‌گونه اثر حقوقی را بدون اجازه غیر ایجاد نخواهد کرد؛ اطمینانی به قانونگذار و جامعه اعطا می‌کند تا هر چند محدود از مواهب خیر آن بهره‌مند گردند. این امر زمانی قوت خواهد گرفت که انعقاد معامله فضولی می‌تواند در بردارنده آثار مثبت و مفید اقتصادی نیز باشد، چرا که در صورت عمل در راستای مصلحت و قاعده احسان برای مالک یا غیر تضمین‌کننده سود و حقوق ایشان خواهد بود.

ج) فروض مختلف تحقق معامله فضولی عهدی

با یک جمع‌بندی نسبتاً کلی می‌توان فروض تحقق معامله فضولی عهدی را در قالب چند دسته تقسیم‌بندی کرد. می‌توان عقود عهدی را بر اساس موضوع تعهد به دو دسته تعهدات ناظر بر اعیان و اموال و تعهدات ناظر بر افعال اشخاص تقسیم کرد. در تعهدات ناظر بر اموال و اعیان موضوع اصلی تعهد می‌تواند بر اساس نوع عین خود به دو دسته تقسیم گردد که اگر موضوع و متعلق تعهد در خصوص یک عین معین باشد از آن به عنوان تعهدات عینی یاد می‌شود، در این موارد سایه تعهد بر یک عین معین قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۶) و قسم دوم می‌تواند در خصوص تعهدات مربوط به اموال کلی فی الذمه باشد. دسته بعد تعهداتی است که موضوع تعهد، افعال اشخاص معین می‌باشد که این دسته نیز خود دارای دو قسم می‌باشد که در دسته اول موضوع تعهد ناظر بر تعهدات فعلی، خارجی و عینی افراد است و دسته دوم شامل تعهدات اعتباری نظیر نقل و

انتقالات می‌باشد که از آن به تعهدات یا افعال حقوقی نام می‌برند و تمامی موضوعات اموال و اعیان و افعال اشخاص فوق‌الذکر در قالب این تعهدات حقوقی، موضوع معاملات قرار می‌گیرند لذا توضیح این بخش توجیهی نخواهد داشت و از آن صرف نظر می‌شود.

۱. تعهدات ناظر بر اعیان و اموال

۱-۱. عهدهات عینی یا ناظر بر عین معین

در این دسته از تعهدات موضوع معامله یک عین معین می‌باشد که متعهدله در راستای اجرای مفاد خود ناظر بر این عین بواسطه حق دینی که دارد ابتدا باید به مدیون یا متعهد رجوع کرده تا بتواند حقوق خود را استیفا کند پس با اینکه موضوع تعهد عین معین است؛ ولی حق عینی برای صاحب حق یا متعهد بوجود نمی‌آورد تا بدون واسطه به حقوق عینی مذکور در معامله دسترسی پیدا کند (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۶-۱۷) عین معین بنا بر تعاریف حقوقی مالی است که در عالم خارج مشخص و قابل اشاره باشد (همان: ۳۷) با این وجود این مال طبق ماده ۲۷۸ قانون مدنی در مقام ایفای تعهدات احکام مخصوص به خود را خواهد داشت. هر گاه تعهدی در خصوص عین معینی توسط کسی به غیر از مالک و نماینده او داده شود، معامله فضولی عهده منقده خواهد شد که تعهد اصلی این معامله ناظر بر عین معینی خواهد بود و از این رو دلیلی برای عدم تحقق معامله فضولی در این بین نخواهد بود و تنها تفاوت موضوع جایگزینی حق دینی با حق عینی نسبت به عین معین خواهد بود. برای مثال در صورت تعهد فضول برای فروش خانه معین مالک به اصیل بدون اذن او می‌توان همچنان این معامله فضولی عهده را مطابق قاعده عمومی بنا بر قول مشهور حقوقدانان و فقها، فضولی دانست لذا تمامی احکام معامله فضولی از تنفیذ و رد تا سایر آثار را می‌توان بر آن بار کرد.

۲-۱. تعهدات ناظر بر اموال کلی فی الذمه

در این مورد موضوع تعهدات در خصوص اموال کلی یا ما فی الذمه می‌باشد. اموالی که غیر مشخص هستند و بر افراد متعدد صدق می‌کنند (شهیدی، ۱۳۹۲: ۴۱). دکتر کاتوزیان اصطلاح معامله فضولی عهدی را تنها در خصوص این مورد ذکر کرده‌اند و معامله به مال غیر را اعم از آن دانسته‌اند که عین یا منفعت متعلق به دیگری مورد معامله قرارگیرد؛ در این موارد معامله فضولی به صورت تملیکی محقق می‌گردد؛ اما اگر کلی بر ذمه که از آن شخص باشد مورد معامله قرارگیرد از نظر ایشان می‌تواند مصداق تحقق معامله فضولی عهدی باشد (کاتوزیان، ۱۴۰۲: ۱۱۴). برای مثال اگر فضول برنج مالک که بر ذمه دیگری است را بدون اذن بفروشد یا آن را عوض معامله دیگری قراردهد، در این صورت معامله فضولی به صورت عهدی محقق می‌گردد. در این مورد نیز طبق نظر فقها و حقوقدانان امکان تحقق معامله فضولی به عنوان قاعده عمومی و حمل آثار این معاملات بر آن وجود دارد. قاعده کلی در خصوص تعهدات و حقوق دین این است که اگر به هر علتی مفاد قرارداد انجام نگردد یا بر خلاف خواسته‌های طرفین تعهدات انجام شده باشد، متعهدله می‌تواند الزام متعهد را به اجرای دقیق مفاد عقد را بخواهد حال اگر به هر علتی معامله فضولی عهدی که موضوع آن اموال کلی فی الذمه باشد توسط مالک اصلی تنفیذ نگردد می‌توان الزام فضول را به اجرای تعهدات معامله فضولی خواست؟ طبق ماده ۲۶۳ قانون مدنی فضول تنها مسئول ثمن معامله و خسارات ناشی از آن در صورت جهل به فضولی بودن معامله خواهد بود لذا نمی‌توان حق دیگری نظیر الزام برای تسلیم مال کلی را برای اصیل در نظر گرفت (صفایی، ۱۳۹۶: ۱۹۶)؛ اما اگر فردی بدون اینکه نیت خود را برای فضولی بیان نماید به انعقاد معامله با شخصی بپردازد و قصد خود را برای انعقاد معامله به شکل فضولی ابراز ننماید می‌توان قائل بر این بود که از حیث اثباتی معامله به نام شخص فضول، به عنوان متعهد اصلی نوشته خواهد شد و حتی اگر فرد در هنگام انعقاد و قصد انشاء معامله نظر بر این داشته است که انجام تعهد توسط شخص دیگر یا از محل اموال کلی دیگری منعقد صورت گیرد، از

حیث اثباتی و قضایی این فرد متعهد و اصیل در این معامله محسوب می‌گردد لذا امکان الزام او به ایفای تعهد و تسلیم امول کلی وجود خواهد داشت؛ اما در فرض ابتدایی که فضولی بودن معامله به هر جهتی در زمان انعقاد قرارداد محرز بوده است امکان الزام او به عنوان طرفین عقد منتفی است چرا که اساساً طرفیت یا نتصاب او به این قرارداد فاقد اعتبار است.

۲. تعهدات ناظر بر افعال اشخاص

اصولاً تعهدات افراد از جهت شیوه تحقق به صورت فعل یا ترک فعل اشخاص و یا انتقال مال کرد خارجی می‌باشد. (صفایی، ۱۳۹۶: ۱۹-۲۰). عقود عهدی نیز ایجادکننده یا انتقال‌دهنده یا ثابت‌کننده تعهدات می‌باشند (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۷۵). بعضی از این تعهدات به اعتبار افعال خارجی و ملموس اشخاص جنبه مادی خواهند داشت و باقی تعهدات نیز به جهت تحقق در عالم اعتبار و ذهن جنبه غیر عینی داشته و به آن تعهدات حقوقی گفته می‌شود. در قسم اول به جهت این که تعهدات با دخالت مستقیم و بدون واسطه اشخاص و افراد صورت می‌گیرند شخصیت و اوصاف شخص می‌تواند در تحقق این عقود عهدی موثر واقع شوند.

در این موارد شخص فضول می‌تواند بدون اذن ثالث انجام فعلی را موضوع یک معامله عهدی قرارداد به عنوان مثال قراردادی را می‌بندد که طی آن شرکت حمل و نقلی متعهد به حمل مسافر در محدوده معینی بشود بدون اینکه سمت و اذنی از سوی شرکت داشته باشد. در این مورد نیز مطابق با قاعده عمومی معامله فضولی شخصی که تعهد بر علیه او به صورت فضولی تحمیل شده می‌تواند آن را اجازه یا رد نماید. در این نوع از تعهدات افعال مادی اشخاص مطرح است و ممکن است بخشی از این تعهدات وابسته به ملاک های خاصی نظیر تعهد، تخصص، انگیزه های عاطفی یا روانی باشد که به طور مستقیم به تراضی اصیل برای انعقاد قرارداد با این افراد اثر مستقیم دارد. برای مثال فضول قراردادی منعقد می‌نماید که طی آن بهترین مدرس زبان انگلیسی برای تدریس به طرف قرارداد متعهد می‌گردد و به جهت اینکه رضای مدرس زبان را

امکان‌سنجی تحقق معامله فضولی عهدی در حقوق موضوعه ایران و تبیین فروض تحقق و آثار آن ◇ ۲۳

در انعقاد معامله وجود ندارد، منوط به اجازه آن است و تابع قواعد عمومی معامله فضولی. گاهی نیز موضوع فعل اصلاً به خصوصیات فردی اشخاص متکی نیست و توسط هر کسی قابل تحقق است در این موارد نیز قواعد عمومی معامله فضولی نسبت به فرد خارج از قرارداد که تعهداتی بر او تحمیل شده است؛ مُجراً خواهد بود.

باید توجه داشت گاهی در هنگام انعقاد یک قرارداد صحیح میان متعاملین یک سری تعهدات ایجاد می‌شود که به اشخاصی به غیر از طرفین معامله تسری می‌یابد و گاهی تعهداتی به نفع ثالث ایجاد می‌کند و یا تحمیل‌کننده یک تعهد به شخصی به غیر از طرفین اصلی عقد است. نکته اینجاست که در این موارد اساساً معامله به صورت صحیح و با تمامی عناصر اراده محقق می‌گردد و اگر تعهدی له یا بر علیه دیگری به وجود می‌آورد به عنوان یک شرط فعل مجزاً مدنظر متعاملین است. در فرضی که به نفع ثالث باشد چون موجب یک حقی برای اوست که از جانب قرارداد متعاملین جاری گشته است، ثالث می‌تواند آن را اسقاط کند؛ چون طبق قاعده کلی هر حقی قابل اسقاط است. ما در فرضی که معامله طرفین برای ثالث تعهدی به بار بیاورد برای طرف قرارداد الزام‌آور است که موافقت ثالث را برای انجام تعهد جلب کند. در واقع ثمره معامله اصلی ایجاد یک ایجاب مشترک است که به طرفیت ثالث صادر شده و مسئولیت اخذ قبول با مشروط علیه معامله اصلی خواهد بود و در هر صورت بر اساس نسبی بودن قرار داد ها نمی‌توان ثالث را مجبور به انجام این تعهد کرد مگر با رضایت خود او و در فرض عدم پذیرش تعهد حق فسخ برای مشروط له قرارداد اصلی ایجاد خواهد شد. (خوبیاری و دیگران) البته گروهی از حقوقدانان قسمی از تعهد به فعل ثالث را مشابه معامله فضولی در نظر می‌گیرند از این جهت که بعد از اجازه مالک و مدیون اصلی، فضولی متعهد و ملتزم می‌شود که به گونه‌ای مفاد معامله را انجام دهد؛ بدین توضیح که فضولی بعد از اجازه مالک متعهد به تحویل مورد معامله خواهد شد و از این جهت که فضول ثالث در معامله محسوب می‌گردد و مسئولیت انجام تعهدات به جهت اینکه او برای دیگری بدون اذن معامله کرده است به او محول می‌گردد (کاتوزیان، ۱۴۰۲: ۵۸-۵۹)

نتیجه گیری

بنا بر نظر مشهور فقها اصولاً معاملات فضولی به عنوان یک قاعده عمومی در عقود قابل تطبیق است. تا به حال توجهی در خصوص فروض مختلف تحقق عقود عهدی فضولی صورت نگرفته است. می توان با یک تقسیم بندی کلی تمامی فروض تحقق معاملات فضولی عهدی را بدین شکل تبیین کرد. موضوع تعهدات را می توان از جهت ماهیت موضوع تعهد بر تعهدات ناظر بر اموال و اعیان و تعهدات ناظر بر افعال اشخاص تقسیم بندی کرد. در هر یک از این تقسیم بندی ها ملاک تحقق تعهد، فعل متعهد خواهد بود چه موضوع فعل، تعهد در جهت انتقال عین معین و یا کلی باشد و چه افعال مادی یا حقوقی. با بررسی این تقسیم بندی ها جریان حکم عدم نفوذ معاملات فضولی در تعهدات عینی و تعهدات کلی فی الذمه به جهت عدم رضایت مالک اصلی مجری* خواهد بود. تنها در معامله عهدی فضولی که موضوع تعهد عین کلی باشد، می توان به جهت عدم ابراز فضولی بودن معامله یا اصیل فرض شدن فضول به هر علتی از حیث اثباتی و قضایی فضول را متعهد اصلی در این معامله فرض کرد که در این مورد معامله فضولی تحقق نیافته است هر چند که معامل قصد تحمیل یا ایفاء تعهد بر غیر را داشته باشد. در این فرض با ایفاء تعهد از محل اموال کلی غیر، ایفاء تعهد فضولی محسوب می گردد و خللی بر صحت کمال عقد منعقد میان متعاملین وارد نمی کند و د عمل معاملی که قصد فضولی داشته ملزم به تسلیم مال کلی از محل دیگر خواهد شد. این امر در موردی که تعهد انجام فعلی معین بدون اینکه قائم بر شخص معینی باشد هم جاری است. با در نظر گرفتن صور تحقق معامله فضولی در عقد عهدی. مشابهت آن به عقود تملیکی به خصوص در زمانی که موضوع تعهد عین معین یا تعهد عینی باشد، توجیهات مناسبی برای جریان احکام و آثار معامله فضولی در عقود عهدی ایجاد خواهد کرد.

منابع

قرآن کریم

۱. شهیدی، مهدی (۱۳۹۲). سقوط تعهدات، تهران، مجد.
۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶). اموال و مالکیت (دوره مقدماتی حقوق مدنی)، تهران، میزان.
۳. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۲). قواعد عمومی قراردادها جلد دوم، تهران، گنج دانش.
۴. موسوی خمینی، روح الله (۱۳۷۶). البیع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۵. نجفی، محمد حسن (۱۴۱۰). جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۶. مفید، محمد (۱۴۱۰). المقنعه، قم، موسسه النشر الاسلامی.
۷. محقق کرکی، علی (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی الشرح القواعد، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۸. حلی، محمد (۱۳۷۸). ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، قم، اسماعیلیان.
۹. شریعت، محسن (۱۳۸۵). عقد فضولی، تهران، بهینه.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸). دائره المعارف عمومی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۱. امامی، سیدحسن (۱۳۷۱). حقوق مدنی، تهران، اسلامیه.
۱۲. اصغرزاده بناب، مصطفی (۱۴۰۰). معاملات فضولی و دعاوی ناشی از آنها، تهران، خرسندی.

۱۳. صفایی، سید حسین (۱۳۹۶). قواعد عمومی قراردادها دوره مقدماتی حقوق مدنی جلد دوم، تهران، میزان.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). قواعد عمومی قراردادها جلد اول، تهران، گنج دانش.
۱۵. عدل، مصطفی (۱۳۷۳). حقوق مدنی، قزوین، بحرالعلوم.
۱۶. مقدس اردبیلی، احمد، (۱۳۶۲). مجمع القائده البرهان، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۶۷). الخلاف، قم، جامعه
۱۸. طوسی، محمد بن حسن، (بی تا). المبسوط، بیروت، المكتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۱۹. دهخدا، علی اکبر (۱۳۶۷). لغت نامه دهخدا، تهران، وزارت ارشاد اسلامی.
۲۰. عمید، حسن (۱۳۷۷). فرهنگ عمید، تهران، امیرکبیر.
۲۱. انصاری، مرتضی (۱۳۸۱). المکاسب، بی جا.
۲۲. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸). مصباح الفقاهه، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
۲۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۰۵). مسالک الافهام، قم، کتابخانه آیت الله نجفی.
۲۴. محقق حلی، ابوالقاسم (۱۳۶۰). شرائع الاسلام، قم، دارالهدی.
۲۵. خویباری، حامد و دیگران (۱۳۹۹). بررسی جریان احکام فضولی در عقود عهدی از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان. آموزه‌های فقه مدنی، دوره دوازدهم، شماره ۲۲، ۲۰۳-۲۳۰
۲۶. دهقان دهنوی، نادر؛ سلطانی، محمدرضا (۱۳۹۷). نگاه تحلیلی به ایفاء تعهد توسط ثالث به عنوان استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادها. قانون یار. سال دوم، شماره هفتم، ۴۱۱-۴۳۰.

بررسی ادله تفاوت دیه زن و مرد در فقه مذاهب خمسسه



زینب مؤمن^۱

چکیده

در این مقاله علت بیان عنوان بررسی دیه زن و مرد این است که در قرآن هیچ آیه‌ای که دال بر تفاوت دیه زن و مرد باشد نداریم. احادیثی که در مورد دیه تفاوت دیه زن در برابر مرد مطرح نشده است و اجماعی هم در مورد این مسأله مطرح نگردیده است. در قرآن خداوند بارها تأکید فرمودند به تساوی زن و مرد و حتی ائمه اطهار به تساوی زن و مرد تأکید دارند چگونه می‌شود اسلام که به تساوی و برابری زن و مرد تأکید دارد حکم به تفاوت دیه زن و مرد بدهند در حالی که جامعه امروزی اکثر زنان سرپرست خانوار هستند. در بخش روایات بیان می‌شود که اکثر روایات بیان شده برای تفاوت دیه زن و مرد ضعیف سند است یا جایگاه حدیث در این موضوع (تفاوت دیه زن و مرد) نبوده است. روش مورد استفاده در مقاله کتابخانه‌ای با بررسی منابع متعدد صورت گرفته است.

واژگان کلیدی: دیه، قتل، تفاوت، قرآن، تساوی.

۱. کارشناسی ارشد فقه و حقوق دانشگاه مذاهب.

مقدمه و بیان مسأله

بر اساس فتاوای بسیاری از فقیهان شیعه و سنی دیه زن نصف دیه مرد است. این فتوا در میان فقها مخالفانی نیز دارد. دلیل عمده گروه موافق این فتوا تصریح برخی از روایات بر نصف بودن دیه زن نسبت به مرد است. گروه مخالف با نیز با تمسک به اطلاق آیه قرآن و اطلاق برخی از روایات و نیز با تردید در روایات دال بر تفاوت دیه زن و مرد، به تساوی دیه زن و مرد فتوا داده‌اند. در اینجا نیاز است بیان شود که در قرآن هر دو آیه دیه - بقره، ۱۷۸ و نساء، ۹۸ - به حکم اشتراک احکام میان زنان و مردان دلالت بر دیه در قتل زنان دارد. در روایات نیز دیه زنان در قتل نفس، نصف دیه مردان آمده است. عده‌ای این تصنیف را نشان زن ستیزی، جنسیت‌گرایی و فرودستی زنان در اسلام می‌دانند و آن را ناسازگار با آیات قرآن می‌خوانند و روایات ناظر به تصنیف را باطل می‌دانند، زیرا فلسفه دیه زن و نصف بودن آن مسائل اقتصادی است نه تفاوت ماهوی میان زن و مرد، که این اشکال نیز از جهاتی در خور تردید است. ادعای نیامدن مقدار دیه در قرآن و سنت متواتر، و بشری بودن حکم تصنیف در دیه زنان نیز از جهاتی چند باطل نشان می‌دهد. ما در این جا بررسی می‌کنیم که دیه زن برابر با دیه مرد است.

انواع قتل

قتل از نظر حقوق جزایی اسلام بر سه قسم است: قتل عمد، شبه عمد و خطای محض.

الف) قتل عمد: عبارت است از این که شخصی با وسیله ای که غالباً قتاله (کشنده) است یا با غیر آن ولی به قصد کشتن دیگری را مضروب کند و او بمیرد. این قتل عمد نامیده می‌شود و حکم آن قصاص است.

ب) قتل شبه عمد: عبارت است از این که شخصی با وسیله ای که غالباً گشنده نیست و بدون قصد قتل، ضربه ای بر دیگری وارد سازد و اتفاقاً شخص دوم بمیرد. این قتل شبه عمد است و قاتل موظف است به اولیاء مقتول دیه بپردازد.

پ) **قتل خطای محض**: عبارت است از این که قاتل نه قصد کشتن مقتول را داشته، و نه او را هدف قرار داده، بلکه هدفش چیز دیگری بوده ولی اتفاقاً به مقتول اصابت کرده و او را کشته است؛ مثل این که شخصی شکاری را هدف قرار می‌دهد، ولی تیر کمانه می‌کند و به انسانی برخورد می‌نماید و به قتل می‌رسد. این قتل خطای محض است و در این صورت نیز حکم همانند قسم دوم دیه است ولی قاتل موظف به پرداخت آن نیست بلکه بر عهده عاقله است.^۱

تعریف دیه

منظور از دیه «پول یا مالی است که به عنوان جبران خسارت اقتصادی ناشی از فقدان مقتول در خانواده اش به اولیاء مقتول پرداخت می‌شود، که مقدار آن در قتل خطاء محض، شبه عمد معین و مشخص است ولی در قتل عمد بستگی به توافق طرفین دارد.

الف) حکم دیه در قرآن

در قرآن کریم در آیه ۹۲ سوره نساء در مورد دیه صحبت شده است:

﴿و ما كان لمؤمن ان يقتل مؤمناً الا خطأ و من قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة و دية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فان كان من قوم عدو لكم و هو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة و ان كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله و تحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله و كان الله عليماً حكيماً.﴾

در این آیه از قرآن مقرر شده است که اگر فرد مسلمانی یا کسی که با مسلمین پیمان دارد از روی خطا و غیر عمد به قتل رسید به غیر از کفاره که آزادکردن برده است باید دیه‌ای به خانواده مقتول پرداخت شود. شان نزول آیه را هم عموم مفسرین گفته‌اند در مورد مردی است که شخص

۱. منظور از عاقله خویشاوندان مرد از طرف پدر قاتل است؛ یعنی اولاً شامل خویشاوندان پدری قاتل می‌شود نه خویشاوندان مادری و ثانیاً مردان خویشاوند پدری نه زنان آنها. برای توضیح بیشتر پیرامون عاقله و فلسفه آن به مقاله «فلسفه ضمانت عاقله» مراجعه کنید.

مسلمان شده‌ای را به خیال اینکه همچنان کافر است به قتل رسانده و بعد که خبر به پیامبر ﷺ رسید، پیامبر ﷺ ناراحت شدند و آیه نازل شد که باید دیه پرداخت کرد. (محمد حسین طباطبایی [علامه]، المیزان، جلد ۵، ص ۴۱: نقل شده حارث بن یزید، عیاش ابن ابی ربهعه را که مسلمان شده بود، شکنجه و آزار داده بود، بعدها حارث مسلمان شده و به سوی پیامبر ﷺ هجرت می‌کرد که در محلی عیاش او را دید و با این پندار که همچنان کافر است او را به قتل رساند سپس نزد پیامبر ﷺ آمد و جریان را نقل کرد که آیه فوق نازل شد... محمد رشید رضا، المنار، جلد ۵، ص ۳۳۲. طبرسی، مجمع البیان، جلد ۳-۴، ص ۱۳۸).

﴿أَنْتِي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِنْكُمْ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَىٰ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ﴾: من کار هیچ کارگزاری را از شما چه مرد و چه زن بی‌مزد نمی‌گذارم. آل عمران / ۱۹۵.

﴿وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا﴾ و کسانی که کارهای شایسته کنند - چه مرد باشند یا زن - درحالی که مؤمن باشند، آنان داخل بهشت می‌شوند، و به قدر گودی پشت هسته خرمایی مورد ستم قرار نمی‌گیرند (نساء / ۱۲۴).

﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبْنَ﴾ برای مردان از آنچه (به اختیار) کسب کرده‌اند بهره‌ای است، و برای زنان [نیز] از آنچه [به اختیار] کسب کرده‌اند بهره‌ای است. (نساء / ۳۲).

سیدمحمد رشید رضا، صاحب تفسیر المنار، می‌گوید در قرآن دیه به طور مطلق و به صورت نکره آمده است. ظاهر آیه دلالت بر این دارد که آن مقدار دیه که خانواده مقتول را راضی کند کافی است؛ ولی ظاهر آیه این است که فرقی بین زن و مرد نیست. (محمد رشید رضا، همان، ص ۳۳۲).

ب) دیه زنان در روایات اهل سنت و شیعه

اگرچه در مورد دیه زنان بالخصوص در قرآن مجید ذکری به میان نیامده ولی این مطلب در روایات اسلامی (چه در منابع اهل سنت، و چه در مجموعه‌های روایی اهل البیت علیهم‌السلام) بصورت گسترده مطرح شده، که متجاوز از سی روایت است؛ به چند نمونه از این روایات:

۱. بیهقی در سنن کبریاز حفص عبدالله او هم از ابراهیم بن طهمان او هم از بکر بن خنیس او هم از عباده بن نسی او هم از ابن غنم از هم از معاذبن جبل پس از نقل روایت بالا از پیامبر گرامی اسلام صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم می‌گوید: «این مسأله (تصیف دیه زن) مورد پذیرش همه مسلمانان است و این مطلب از حضرت علی رضی‌الله‌تعالی‌عنه و ابن عباس و زید بن ثابت نیز نقل شده، و کسانس با آنها مخالفت کرده‌اند. (سنن الکبری - بیهقی کتاب دیات ج ۸ ص ۹۵).

دلیل اول: ضعف حدیث

ابن معین در مورد بکر بن خنیس فرموده است: بکر بن خنیس شخصیت قابل توجهی نمی‌باشد. (التاریخ - ابن معین - ۲ - ۱۳۴۱ - ص ۶۲).

دارقطنی نیز بر این اعتقاد است که: ابن خنیس متروک است. ابن عدی نیز می‌گوید: با اینکه به بیان احادیث منکر پرداخته و حدیثش نوشته شده است. (علوم الحدیث و مصطلحه - صبحی - صالح - صص ۲۰۳ - ۲۰۶).

دلیل دوم

دارقطنی قول نیشابوری را بیان فرموده است که می‌گوید: به محمد یحیی گفتم: ایا حدیث ابراهیم طهمان به عنوان حجت قابل قبول است یا نه؟ گفت: نه. (التعلیق المغنی علی سنن الدارالقطنی - الحق ابادی - شمس - ۳ - صص ۸۱ - ۸۲).

از محمد عبدالله بن عمار نقل شده است که: ابراهیم در حدیث فردی ضعیف و مضطرب الحدیث است. (علوم الحدیث صص ۹۳).

۲. محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد و عن علی بن ابراهیم عن ابیه جمیعاً عن ابن محبوب عن عبدالله بن سنان می گوید: «سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ فِي رَجُلٍ قَتَلَ امْرَأَتَهُ مُتَعَمِّدًا فَقَالَ: إِنْ شَاءَ أَهْلُهَا أَنْ يَقْتُلُوهُ وَيُؤَدُّوا إِلَى أَهْلِ نِصْفِ الدِّيَةِ وَإِنْ شَاءُوا أَخَذُوا نِصْفَ الدِّيَةِ خَمْسَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ»؛ از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ شنیدم که در مورد مردی که همسرش را عمداً به قتل رسانده بود، فرمود: اولیاء مقتول مخیرند که یکی از این دو کار را انجام دهند: یا نصف دیه کامل را به قاتل بدهند و سپس او را قصاص کنند، یا نصف دیه کامل (۵۰۰ دینار) از قاتل بگیرند و او را آزاد کنند).

دلیل ضعف حدیث

«و باسناد عن النوفلی عن السکونی عن ابی عبدالله عَلَيْهِ السَّلَامُ ان امیرالمؤمنین قتل رجلاً بامراه قتلها عمدا و قتل امراه قتلت رجلاً عمدا» در این روایت امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ فعل امیرالمؤمنین عَلَيْهِ السَّلَامُ را حکایت می کند که آن حضرت مردی را که عمدا زنی را به قتل رسانده بود و همچنین زنی که عمدا مردی را به قتل رسانده بود، حکم به قصاص آنها می دهد. این روایت دو فقره دارد که در هیچ کدام ذکر دیه نیست البته در فقره دوم که معلوم است ولی در فقره اول چه بسا استظهار می شود که فاضل دیه لازم نیست و الا امیرالمؤمنین عَلَيْهِ السَّلَامُ آن را مطالبه می کرد. باید توجه داشت این روایت سندا اشکال داشته و دلالتا نیز نسبت به این معنا قصور دارد. به علاوه اگر قصور نداشت قابل مقاومت در مقابل آن روایات مستفیضه نبود؛ اما از لحاظ سند، طریق شیخ که در کتاب فهرست متعرض آن شده اند، طریق ضعیفی است زیرا در این طریق ابوالفضل شیبانی واقع شده که او را تضعیف کرده و گفته اند: نمی شود به احادیث او اعتماد کرد. خود نوفلی هم در کتب رجال توثیق نشده است. سکونی نیز در کتب رجال توثیق نشده است البته ما سند نوفلی از سکونی را معمولاً قبول نمی کنیم زیرا هر دو از طریق دیگری مورد اعتماد قرار گرفته اند. شیخ در کتاب عده می فرمایند: اصحاب به روایات سکونی، اگر معارضی نداشته باشند، عمل می کنند. پس این روایت از سه جهت مورد اعتماد نیست.

الف) طریق شیخ نوفلی طریق ضعیفی است.

ب) نوفلی توثیق نشده است بنابراین روایات او در مقابل این همه روایات معتبر سند ضعیف می‌باشد و در این مورد شیخ در کتاب عده می‌فرماید: «وقتی به روایت او عمل می‌کنیم که معارض از روایات اصح بما صحیح، نداشته باشد و این روایت معارض زیادی دارد پس از این جهت هم مورد اعتماد نیست.»

ج) این روایت حکایت فعل است، اطلاقی در آن نیست. می‌فرماید امیرالمؤمنین مردی را به خاطر زنی و زنی را به خاطر مردی به قتل رساند. چون حکایت فعل است، لسان ندارد. شاید حضرت علاوه بر قصاص دیه هم گرفته‌اند. ممکن است کسی بگوید: گرچه در این روایت حکایت فعل است و از آن اطلاق لفظی نمی‌توان گرفت؛ اما اطلاق مقامی دارد چون امام صادق علیه السلام روایت را نقل می‌کنند در مقام بیان حکمند و قید رد فاضل دیه را هم بیان نکرده‌اند پس اطلاق مقامی دارد. این کلام هم صحیح نیست زیرا ما نمی‌دانیم امام صادق علیه السلام در چه مقامی این فعل را حکایت کرده‌اند. آیا در مقام بیان حکم همین مسئله است که مورد بحث ما است؟ یا در مقام بیان مطلب دیگری است؟ ممکن است امام می‌خواهند بفرمایند: همچنان‌که زن در مقابل مرد قصاص می‌شود، مرد هم در مقابل زن قصاص می‌شود یعنی در قصاص تساوی جنس شرط نیست. اگر در مقام بیان این معنا باشند بنابراین آوردن آن قید هم لازم نیست. در نتیجه اطلاق مقامی نیز در اینجا وجود ندارد و اگر فرض شود که دلالت هم، تام باشد، این روایت در مقابل آن روایاتی که عدداً اکثر و دلالتاً اوضح می‌باشند، قادر بر مقاومت نیست.

۳. عمرو بن حزم از پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله و سلم می‌فرماید: دیه زن نصف دیه مرد است این حدیث را ابن قدامه مقدسی در المغنی، حافظ ابن حجر در تلخیص الحبیر ذکر کرده‌اند. (وسایل الشیعه = - حر عاملی - محمد بن حسن - ج ۲۹ باب ۳۳). این در حالی است که با اطمینان این عبارت در حدیث عمرو بن حزم نمی‌باشد. این حدیث ۴ روایت دارد ولی در این مقاله به یکی از روایت‌ها بسنده می‌شود. (دیه زن، مصطفی عیدالصیاصنه، مترجم سهیلا رستمی، انتشارات دانشگاه کردستان، ۱۳۸۵، ص ۷۷).

احمد بن عبدالوهاب از مروان بن محمد از سعید که همان عبدالعزیز از زهری روایت کرده است که ابوبکر حزم نامه‌ای از پیامبر که بر تکه‌ای چرم نوشته شده بود، نزد من آمد و گفت این دستور این دستور خداوند و رسول اوست: ﴿يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود...﴾ {مائده ۵} و ایاتی از آن را تلاوت کرد سپس ادامه داد: دیه نفس صد شتر، دیه یک چشم، یک دست و یک پا ۵۰ شتر و دیه زخم مأمومه و جائفه یک سوم دیه کامل و دیه زخم منقله ۱۵ شتر می‌باشد. دیه انگشتان، دندان‌ها و زخم موضعه ۵ شتر است

حارث بن مسکین گفته است {عمر و بن حزم نامه را برای او میخواند در حالی که من هم می‌شنیدم}. (السنن الکبری، بیهقی، ج ۸، ص ۸۱).

۴. در روایت سکونی آمده است که حضرت امیر علیه السلام مردی را که به عمد زنی را و نیز زنی را که به عمد مردی را کشته بود، قصاص کرد

ضعف دلیل حدیث

با توجه به اینکه در این روایت فقط به اصل قصاص مرد و زن اشاره شده و درباره پرداخت نصف دیه از سوی اولیای زن هیچ بیانی نشده، ممکن است گمان شود که زن و مرد در قصاص برابرند و هیچ گونه تفاوتی در دیه آنها وجود ندارد.

افزون بر آنکه این روایت، فعل امام علی علیه السلام را گزارش می‌دهد و عمل دارای اطلاق و عموم نیست. از این رو، ممکن است در فرض قصاص شدن مرد، نصف دیه از اولیای زن دریافت شده باشد.

۵. در روایت [اسحاق بن عمار](#) از امام صادق علیه السلام نقل شده است که مردی زنی را به قتل رسانید و امام علی علیه السلام میان آن دو قصاص قرار نداد و مرد را ملزم به پرداخت دیه زن کرد. (وسائل الشیعه، ج ۱۹، باب ۳۳ از ابواب قصاص نفس، ح ۱۴). ممکن است از این روایت استفاده شود که مرد برای قتل زن، قصاص نمی‌شود. این روایت هرچند از نظر [سند](#) موثق و معتبر است، ولیکن از

بررسی ادله تفاوت دیه زن و مرد در فقه مذاهب خمسّه ◇ ۳۵

جهت دلالت ممکن است خصوصیات واقعه و آن مورد چنین اقتضائی داشته است؛ مثلاً ممکن است قضیه در مورد قتل خطایی بوده، یا اولیای دم، حاضر و یا قادر به پرداخت نصف دیه به مرد نبوده‌اند، یا زنی که کشته شده، مسلمان نبوده و یا وجوه و احتمالات دیگری که در نهایت باعث می‌شود روایت به گونه‌ای توجیه شود که با روایات صحیح و صریح ناسازگار نباشد. (التشریح الجنائی عبدالقادر عوده، بی تا - بی جا، جلد ۱، ص ۶۶۹ و جلد ۲، ص ۱۸۲).

دیه اعضا بدن در فقه اهل سنت و شیعه

فقه‌های اهل سنت در مورد دیه زن نظریات مختلفی دارند بسیاری از آنها همانند فقیهان شیعه دیه زن را تا حد ثلث با مرد مساوی می‌دانند و معتقدند که وقتی از ثلث بیشتر باشد دیه نصف می‌شود؛ ولی برخی هم اصولاً دیه مربوط به اعضای زن را در هر مرحله نصف دیه مرد می‌دانند. از جمله حنفی‌ها دیه زن را در هر حال نصف دیه مرد می‌دانند ولی احمد حنبل و مالک معتقدند دیه زن تا ثلث با دیه مرد برابر است و از ثلث به بعد نصف می‌شود شافعی‌ها نیز به نقل عبدالقادر عوده در کتاب التشریح الجنائی و نیز عبدالرحمان الجزیری در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه به طور مطلق قائل به نصف بودن دیه زن نسبت به مرد هستند. البته قولی هم نقل شده است که امام شافعی به تبعیت از زیدبن ثابت و بر مبنای روایتی که در این زمینه از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم نقل شده دیه زن را تا ثلث با مرد یکسان و از ثلث به بالا نصف مرد می‌داند. (المغنی، ابن قدامه بی جا - بی تا - جلد ۷، ص ۷۹۸).

(نکته روایت ابان بن تغلب هم از طریق شیعه و هم از طریق اهل سنت بیان شده است).

روایت مشهور در این زمینه از طریق شیعه، روایت ابان بن تغلب از امام صادق علیه السلام است که

می‌گوید:

از امام پرسیدم: مردی یکی از انگشتان زنی را قطع می‌کند، دیه آن چقدر است؟ فرمود: ده

شتر، گفتم دو انگشت قطع کرده دیه‌اش چقدر است؟ فرمود: بیست شتر پرسیدم سه انگشت

قطع می‌کند فرمود: سی شتر، گفتم اگر چهار انگشت زن را قطع کند دیه‌اش چقدر است فرمود: بیست شتر، گفتم: سبحان الله سه انگشت قطع می‌کند و دیه آن سی شتر است وقتی چهار انگشت را قطع می‌کند دیه‌اش بیست شتر می‌شود؟

وقتی ما در عراق بودیم این مطلب را می‌شنیدم و از گوینده آن بیزاری می‌جستیم و می‌گفتیم آورنده چنین حکمی شیطان است، امام علیه السلام فرمود: ابان صبر کن، این حکم پیامبر صلی الله علیه و آله خدا است. همانا دیه زن با مرد برابر است تا وقتی به ثلث برسد و هنگامی که به ثلث رسد، دیه زن به نصف برمی‌گردد، ای ابان تو دست به قیاس زده‌ای و اگر در سنت قیاس شود، دین از بین می‌رود. (شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۱۹، ص ۱۴۵).

شیخ مفید نیز در کتاب مقنعه ضمن بیان همین مطلب که زن در دیه اعضا و جوارح با مرد مساوی است تا به ثلث دیه برسد و وقتی به ثلث رسید به نصف دیه مرد برمی‌گردد به قطع انگشتان مثال می‌زند که تا قطع سه انگشت دیه زن با مرد برابری می‌کند و وقتی چهار انگشت قطع شد دیه زن نصف می‌شود و می‌گوید بعد از رسیدن به ثلث، میزان دیه برمی‌گردد به اصل دیه زن که نصف دیه مرد است و می‌گوید سنت پیامبر صلی الله علیه و آله بر این حکم قرار گرفته و اخبار و روایات از ائمه علیهم السلام بر این امر متواتر است. (مقنعه، شیخ مفید، ص ۷۳۹)

از طریق اهل سنت نیز نظیر حدیث ابان بن تغلب نقل شده است. از ربیعہ نقل شده که گفت از سعید بن مسیب پرسیدم دیه قطع یک انگشت زن چقدر است گفت ده شتر، دو انگشت بیست شتر، سه انگشت سی شتر و چهار انگشت، بیست شتر دیه آن است. گفتم سبحان الله چون درد و رنج و مصیبتش بیشتر شده، دیه آن کمتر می‌شود، سعید بن مسیب گفت: آیا اهل عراق هستی گفتم، خیر. جاهلی هستیم که می‌خواهم هدایت یابم یا عالمی هستیم که می‌خواهم نظرم استوار و محکم شود، گفت: حکم سنت همین است و امام شافعی نیز بر این مبنا نظر داده است.

حدیث در کافی با دو سند ذکر شده است: یکی (علی بن ابراهیم عن ابیه) است و ابراهیم بن هاشم قمی گفته اند توثیق خاصی ندارد، ولکن چون مورد تجلیل و تکریم اصحاب است، روایت را برخی حسن، مانند صحیح شمرده اند و برخی هم چون او را از اجلای اصحاب دانسته اند، گفته اند بی نیاز از توثیق است و روایت را صحیح دانسته اند؛ ولکن سند دوم طبق نظر فقها و برابر موازین رجالی و اصولی، بی هیچ اشکالی صحیح است؛ اما روایت به سند صدوق در فقیه از عبدالرحمن بن الحجاج، صحیح است؛ زیرا وسائط صدوق به ابن الحجاج، طبق تصریح صدوق در مشیخه فقیه این گونه است: أحمد بن محمد بن یحیی العطار عن ابیه عن أحمد بن محمد بن عیسی عن ابن ابی عمیر و الحسن بن محبوب جمیعاً عن عبدالرحمن بن الحجاج. و همه وسائط صدوق تا ابن الحجاج به هر دو طریق ثقة اند و دو طریق صدوق در فقیه مغایر با دو طریق کلینی در کافی است. (المشیخة الفقیه، ج ۴، ص ۴۴۷). در سند تهذیب، شیخ از حسین بن سعید اهوازی از محمد بن ابی عمیر از عبدالرحمن بن الحجاج از ابان نقل کرده استو طریق شیخ به حسین بن سعید؛ چنان که در مشیخه تهذیب ذکر شده، صحیح است؛ اما طریق احمد بن محمد خالد برقی در محاسن به ابن الحجاج با طریق کلینی و صدوق و شیخ متفاوت است و طریق چهارمی به شمار می آید. نکته دیگر آن است که در روایات اهل سنت نیز عین معنا و مضمون صحیح ابان بیان شده و شایسته است عین روایت از طریق عامه نقل شود. مالک بن انس أصبحی، عالم و مفتی معروف مدینه و یکی از چهار امام اهل سنت، از استادش ربیعة الرأی در کتاب الموطأ نقل کرده است:

سألتُ سعیدَ بنَ المسيَّب: كم في إصْبَحِ المرأة؟ فقال: عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ. فقلتُ: كم في إصْبَعَيْنِ؟ قال: عشرون من الابل. فقلت: كم في ثلاثٍ؟ فقال: ثلاثون من الابل. فقلت: كم في اربع؟ قال: عشرون من الابل. فقلت: حينَ عَظْمٍ جَرُّهَا و اشتَدَّتْ مُصِيبَتُهَا نَقَصَ عَقْلُهَا؟! فقال سعید: أعرأقی انت؟ فقلت: بل عالمٌ مُتَّيَّبٌ او جاهلٌ مُتَعَلِّمٌ. فقال سعید: هي السنَّةُ يا ابن اخي؛ (الموطأ، ج ۱۲، ص ۸۶۰، باب (ما جاء في عقل الأصابع من كتاب العقول).

ربیعہ می گوید: از سعید بن مسیب پرسیدم: در یک انگشت زن چقدر دیه است؟ گفت: ده شتر. گفتم: در دو انگشت؟ گفت: بیست شتر. گفتم: در سه تا؟ گفت: سی شتر. گفتم: در چهار تا چقدر؟ گفت: بیست شتر. گفتم: آن گاه که جراحتش بزرگ تر و بیشتر و مصیبتش افزایش پیدا می کند، دیه اش کم می شود؟ سعید گفت: آیا تو اهل عراقی؟ گفتم: دانشمندی محقق و جستجوگر و یا بی اطلاعی جویای علم هستم. سعید گفت: آنچه بیان شد، سنت است پسر برادر!

مالک معاصر شافعی، شاگرد ربیعۃ الرأی و متوفای ۱۷۹ است. ربیعہ شاگرد ابوحنیفه و سعید بن مسیب مخزومی و متوفای ۱۳۶ است. سعید از امام علی علیه السلام، ابوبکر، عمر و عثمان روایت کرده و در بین سال های ۹۱ تا ۱۰۰ وفات یافته است.

جایگاه او در میان رجالیان عامه، مانند محمد بن ابی عمیر نزد رجالیان امامیه است که مراسیل او را معتبر و حجت می دانند و خود وی یکی از هفت فقیه معروف مدینه است که در یک روزگار می زیسته اند. (وفیات الاعیان، ابن خلکان، ج ۱، ص ۲۸۲).

با توجه به آنکه امام صادق علیه السلام بین سال های ۸۳ تا ۱۴۸ زندگی می کرده، اگر مرگ ابن مسیب در سال ۱۰۰ باشد، در زمان بیان روایت از سوی ابن مسیب، به احتمال سن مبارک آن حضرت حدود ده تا پانزده سال بوده است؛ در نتیجه بیان ابن مسیب طبق قاعده باید قبل از حدیث امام صادق باشد و ممکن است ابان بن تغلب در کوفه این خبر را از علمای عامه مانند ربیعہ و سعید شنیده باشد که در صحیحہ ابان به آن اشاره شده است.

از طرف دیگر، از آنجایی که سعید این حکم را سنت خوانده است و بسیاری از شارحان عامی آن را به سنت نبوی تفسیر کرده اند، معنای حدیث سعید همان معنای روایت ابان است که امام فرمود: (انّ هذا حکم رسول الله) یا (هكذا حکم رسول الله). در میان فقهای متقدم امامیه نیز حکم مورد بحث به عنوان سنت شناخته شده است: (و بذلک ثبتت السنّة عن نبی الهدی). (حاشیه کنز العرفان، فاضل مقداد، ج ۲، ص ۳۶۱).

از تشابه و تقارن روایات اهل سنت با روایات اهل البیت (علیهم السلام) نتیجه می‌گیریم که تعادل و تساوی دیه زن و مرد در جراحات و اعضا تا کمتر از یک سوم و تناصف و تفاضل آن پس از یک سوم، در مکتب فقهی مدینه و در میان فقیهان آن حوزه، اعم از عامّه و امامیه، مسئله مسلمی بوده است. در فضای فکری مکتب فقهی عراق، فکر قیاسی و فقه حنفی حاکم و رایج بوده است. عراقی‌ها در چنین فضای علمی، وقتی این حکم را که بر خلاف قیاس - نه عقل - است، می‌شنیدند، دچار اعجاب می‌شدند و در آن چون و چرا می‌کردند و بلکه به گفته ابان بن تغلب، آن را سخن شیطان می‌شناختند. البته ابان در دیدار با امام صادق (علیه السلام) از وضع فکری و فقهی عراق گزارش می‌دهد که لزوماً معنایش آن نیست که خود نیز چنین تفکری داشته است؛ هرچند که اگر بر فرض چنین هم باشد، خلاف قاعده نیست.

کلام محقق اردبیلی

محقق اردبیلی نظریه مشهور فقها را در مسئله جنایت اعضا و جراحات مبنی بر تفصیل میان قبل از یک سوم که دیه زن را برابر مرد دانسته‌اند و بعد از یک سوم که دیه مرد را دو برابر زن می‌دانند، مخالف قاعده نقلی و عقلی شمرده و فرموده است: جانب نخست تفصیل - یعنی عقد المستثنی منه که تساوی زن و مرد تا یک سوم است - مخالف قاعده نقلی است که بر تصیّف دیه زن نسبت به مرد دلالت دارد و مقتضای آن این است که دیه یک انگشت زن پنج شتر، دیه دو انگشت او ده شتر و سه انگشت پانزده شتر و در نتیجه دیه چهار انگشت بیست شتر باشد. پس تساوی دیه که در یک انگشت زن، مانند یک انگشت مرد ده شتر باشد، خلاف قاعده نقلی مستفاد از روایات است. جانب دوم تفصیل - یعنی عقد المستثنی که نصف شدن دیه زن و دو برابر شدن دیه مرد است پس از یک سوم - مخالف قاعده عقلی است که اقتضا می‌کند، دیه زن پس از یک سوم اگر بیشتر از قبل از یک سوم نباشد، نباید کمتر از آن باشد. پس اگر دیه سه انگشت سی شتر است، باید دیه چهار انگشت چهل شتر باشد؛ در حالی که فتوا بیست شتر است. آن‌گاه محقق روایاتی را که مخالف قاعده نقلی یا مخالف قاعده عقلی و یا مخالف هر دو قاعده است، نقل و نقد

می‌کند و تفصیل را از جهتی مخالف قاعده نقلی و از جهتی مخالف قاعده عقلی می‌داند و ظاهراً مقصود آن است که یا باید مطلقاً تساوی باشد و یا باید مطلقاً تنصیف. غرض از نقل کلام مجمع الفائده آن است که آیا با بیانی که ذکر شد، می‌توان محقق اردبیلی را طرف دار تساوی زن و مرد در دیه دانست و در نتیجه در میان فقهای امامیه یک نفر مخالف تنصیف شناخته شود یا خیر؟ پاسخ آن است که کلام محقق اردبیلی و اشکال بر تفصیل میان دیه تا یک سوم و بعد از یک سوم، هیچ ارتباطی با حکم تنصیف دیه زن نسبت به مرد ندارد؛ بلکه محقق مانند بقیه فقها، اصل و قاعده مستفاد از اخبار را تنصیف می‌داند و در بحث دیه اعضا و جراحات زن، در صورتی که جانی زن باشد، به مقتضای قاعده نقلی باید دیه زن مورد جنایت نصف باشد و زن جانی برای قطع یک انگشت زن، فقط پنج شتر دیه ضامن است، برای دو انگشت ده شتر و برای سه انگشت پانزده شتر و... و تساوی دیه زن با مرد تا به یک سوم که دیه یک انگشت زن ده شتر باشد، به حکم روایات و اجماع اختصاص به صورتی دارد که جانی مرد باشد.

اجماع در اهل سنت و شیعه

مساله تنصیف دیه زن از دیرباز در کتب فقهی مطرح شده است. شیخ طوسی پس از ذکر مساله، آن را نظر تمام فقیهان شیعه و سنی جز دو تن از علمای اهل سنت معرفی می‌کند و دلیل خود را اجماع و برخی روایات می‌داند. (المبسوط، شمس الدین السرخسی، محمد بن احمد، ج ۲۶، ص ۷۹).

به دلیل وجود این روایات صحیح و صریح که مبنای فتوا هم قرار گرفته‌اند، فقیهانی چون صاحب جواهر نوشته‌اند: در این که دیه زن مسلمان نصف دیه مرد مسلمان است، از جهت نص و فتوا خلاف و اشکالی نیست و بر آن اجماع محصل و منقول به طور مستفیض و یا متواتر محقق است؛ چنان که روایات آن نیز مستفیض و یا متواترند و بلکه مسئله مورد اجماع همه فقهای مسلمان است و غیر از ابن عُلَیْه و اصم که هیچ کس به رای آن دو اعتنا و اشاره‌ای نکرده است، خلافی گزارش نشده است. (جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۳۲).

دلایل ضعف اجماع

۱. نص واحد و صریحی از کتاب و سنت که بیان کند دیه زن نصف دیه مرد است و بتواند به عنوان اساس و پایه‌ای برای انعقاد اجماع باشد وجود ندارد. (دیه زن - مصطفی عیدالصیاصنه - سهیلا رستمی - ۸۵ - دانشگاه کردستان - ۱۷۰)
۲. نقل ثابت متواتر که دال بر نصف بودن دیه زن در برابر دیه مرد باشد ائمه اطهار (روایت ابن حزم از پیامبر اسلام و روایت ابان بن تغلب از امام صادق ع که در بخش روایات دلایل ضعف این دو حدیث بیان شد) روایت نگردیده است. پس چگونه ادعا میتوان کرد که صحابه و علمای اسلام در مورد امر دیه اجماع دارند.
۳. ادعای علمای اسلام بعد از عصر صحابه بر سراین مسئله که دیه زن نصف دیه مرد است، به دلایل زیر رد می‌گردد:
الف) خبری که دلالت بر انعقاد چنین اجماعی از طرف ائمه و صحابه باشد، اثبات نگردیده است.
ب) اجتماع علما برای تأیید چنین مسأله‌ای به خاطر دوری سرزمینهای آنها از همدیگر کثرتشان بعد از عصر صحابه محال است
۴. اختلاف علمای اسلام - با فرض وجود چنین اجماعی - بر سر اینکه آیا این اجماع، اجماع حقیقی به شمار می‌آید؟
قول راجح این است که چنین اجماعی چون مبتنی بر نصی از قرآن و سنت یا قول جمعی از صحابه که اتفاقشان بر آن {مسأله دیه زن نصف دیه مرد است} برای ما ثابت شده باشد، نیست. به عنوان اجماع حقیقی و حجت در دین خداوند محسوب نمی‌گردد. (دیه زن - مصطفی عیدالصیاصنه - سهیلا رستمی - ۸۵ - دانشگاه کردستان - ۱۷۲).

دیه و مقدار آن در مورد زن و مرد

قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۲، مجازات‌های مقرر در قانون مزبور را پنج قسم دانسته که عبارتند از: حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده. بنابراین دیه یکی از انواع مجازات است که بر مجرم اعمال می‌شود. در ماده ۱۵ همان قانون دیه به این صورت تعریف شده است: «دیه، مالی است که از طرف شارع برای جنایت تعیین شده است.

دو عنوان دیگر هم در کنار دیه ذکر می‌شود که عبارت است از: ارش و حکومت.

قانون مجازات اسلامی در موارد مختلفی از محکوم شدن جانی به ارش سخن گفته است و

در ماده ۴۹۵ در مقام بیان مفهوم ارش گفته است:

در کلیه مواردی که به موجب این قانون ارش منظور گردیده با در نظر گرفتن دیه کامله انسان

و نوع و کیفیت جنایت، میزان خسارت وارده طبق نظر کارشناس تعیین می‌شود.

عنوان حکومت در برخی کتابهای فقهی همراه ارش و به معنای آن به کار رفته است و گاهی

هم به معنای حکم قاضی به پرداخت مبلغی خسارت با مصالحه طرفین و یا با نظر خود برای

حل قضیه استعمال شده است. مثلاً، امام خمینی رحمته الله علیه در کتاب تحریر الوسیله می‌فرماید عنوان

ارش یا حکومت به یک معنا هستند و منظور این است که شخص صدمه دیده (در جایی که دیه

مشخص برای جراحت او تعیین نشده) با فرض برده و مملوک بودن یک بار در حال سلامت و

کمال تقویم می‌شود و یک بار در حال مجروح بودن و صدمه مربوطه را داشتن ارزیابی می‌شود

و ما به التفاوت بین آن دو با توجه به میزان دیه کامل انسان به او پرداخت می‌شود. ولی اگر فرضاً

تفاوت قیمتی وجود نداشته باشد، قاضی باید بر مبنای مصالحه صدمه دیده با مجرم یا به حکم و

نظر خود در صورت عدم تصالح، مجرم را به پرداخت مبلغی در حق مصدوم محکوم نماید و در

اینجا معنی حکومت با ارش فرق می‌کند. (تحریر الوسیله، روح الله موسوی خمینی، جلد ۲،

مساله ۹ از مقصد سوم در کتاب دیات، ص ۵۹۶ و مساله ۴ ص ۵۹۳).

مبانی حکم دیه و مقررات متفاوت آن در مورد زن و مرد در قانون مجازات

در قوانین عرفی امروز، ارتکاب قتل و جرح و ضرب، از یک سو، جنبه کیفری دارد و مجازات اعدام و حبس و جریمه نقدی و احیاناً کیفرهای دیگر بر آن مترتب است که عمدتاً جنبه عمومی دارد و حکومت به خاطر تجری مرتکب به نقض حریم جامعه و حقوق و امنیت دیگران و با هدف تنبیه مجرم یا تادیب او یا عبرت دیگران و پیشگیری و بازدارندگی و یا همه آنها، وی را به مجازات متناسب طبق قانون محکوم می‌نماید. شکایت و پیگیری مجنی علیه یا گذشت و عدم تعقیب او می‌تواند از عوامل مخففه تعیین کیفر باشد و در موارد صدمات خفیف ممکن است به طور کلی موجب عدم پیگرد و یا موقوف ماندن پیگرد و اعمال مجازات نسبت به وی گردد.

غیر از این جهت مجازات، مجنی علیه یا اولیای او، از حق خصوصی درخواست زیان وارده به آنها در اثر جرم برخوردارند. طبق ماده ۱۲ قانون آئین دادرسی کیفری:

همین که متهم به جتهی از جهات قانونی تحت تعقیب قرار گرفت متضرر از جرم می‌تواند کلیه دلایل و مدارک خود را... تسلیم دادگاه کرده و مطالبه ضرر و زیان نماید....

طبق ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی

اگر در اثر آسیبی که به بدن یا سلامتی کسی وارد شده در بدن او نقص پیدا شود یا قوه کار زیان دیده کم گردد و یا از بین برود و یا موجب افزایش مخارج زندگانی او بشود واردکننده زیان مسئول جبران کلیه خسارات مزبور است....

طبق ماده ۶ همان قانون

در صورت مرگ آسیب دیده مرتکب باید کلیه هزینه‌ها از مخارج معالجه و هزینه کفن و دفن و نیز مخارج افرادی که نفقه آنها از سوی متوفی تامین می‌شده است را در صورت مطالبه به حکم دادگاه تأدیه نماید.

نظیر چنین مقرراتی در قوانین موضوعه دیگر کشورها اعم از اسلامی و غیر اسلامی وجود دارد و در محاکم عمل می‌شود. در این قوانین علی‌الاصول زن بودن یا مرد بودن متهم یا مجنی علیه ملاک حکم قرار نگرفته و تفاوت ماهوی در تعقیب و محاکمه و اعمال مجازات و تعیین خسارت ندارد. میزان خسارت ناشی از جرم نیز حسب مورد با در نظر گرفتن جهات مختلف به وسیله دادگاه تعیین می‌شود. البته در تعیین خسارت ممکن است با توجه به نقش و تأثیر مجنی علیه، زن و مرد بودن او هم مؤثر باشد؛ ولی نه به عنوان یک قاعده ثابت و فراگیر.

قانون مجازات اسلامی بر مبنای احکام فقهی و فتاوی فقها به جای ضرر و زیان ناشی از جرم قتل یا جرح و ضرب دیه را مقرر کرده که میزان ثابت و تعیین شده‌ای است و در برخی موارد هم میزان آن را دادگاه تعیین می‌کند و در عین حال این محکومیت مالی هم مجازات و هم جبران زیان وارده به مجنی علیه را تشکیل می‌دهد. تعیین دیه زن به اندازه نصف دیه مرد نیز که در قانون مجازات مقرر شده طبعاً بر مبنای حکم فقهی و نظر فقهاست.

نتیجه گیری

در قران ادله‌ای دال بر اینکه دیه زن نصف مرد است وجود ندارد و مساله دیه زن و مرد و تفاوت آن با دیه متعلق به مرد را در قانون مجازات اسلامی ایران و مبنای فقهی آن در حد امکان بررسی کردیم. و این نکته باید بیان شود که در اصول فقه براساس ادله اربعه (قران - سنت - اجماع - عقل) استنباط حکم فقهی انجام می‌شود و در این مقاله درباره حکم مساله دیه زن و مرد در قران و سنت (به طور خلاصه) بیان شد و این نتایجی بدست آمده است که قرآن کریم اصل پرداخت دیه به خانواده مقتول را در مورد قتل غیر عمدی تشریح کرده و آن را مقرر کرده است ولی نه میزان آن را تعیین کرده و نه اشاره‌ای به تفاوت بین زن و مرد کرده است. البته از دیه مربوط به نقص عضو و جراحت وارده به اعضای انسانی نیز در قرآن ذکری به میان نیامده است. قران سخنی درباره تفاوت دیه زن و مرد بیان ندارد. روایات زیادی از طریق شیعه و سنی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم

بررسی ادله تفاوت دیه زن و مرد در فقه مذاهب خمسہ ◇ ۴۵

نقل شده است با بیان ضعف‌های این روایت‌ها به این نتیجه می‌توان رسید که روایتی که دال بر تصنیف دیه زن باشد از پیامبر ﷺ نقل نشده است. و فقها بر این امر اجماع کرده‌اند. در بخش اجماع بیان گردید که بر اساس قران و سنت و هیچگونه اجماعی در این مسأله از صحابه و علمای اسلام وجود ندارد.

منابع

۱. قران كريم.
۲. بحرانی سيد هاشم تحقيق - البرهان في تفسير القران (۱۴۱۶ ق) - قسم الدراسات الاسلاميه مؤسسه البعثة بنياد بعثت - تهران - چاپ اول.
۳. حلبى ابو الصلاح تقى الدين بن نجم الدين محقق / مصحح رضا استادى - الكافى فى الفقه (۱۴۰۳ هـ ق) - كتابخانه عمومى امام امير المؤمنين عليه السلام - اصفهان - چاپ اول.
۴. حلى علامه حسن بن يوسف بن مطهر اسدى محقق / مصحح فارس حسون ارشاد الازهان الى احكام الايمان (۱۴۱۰ هـ ق) - جامعه مدرسين - قم - چاپ اول.
۵. ابو جعفر محمد بن حسن محقق / مصحح على خراسانى - سيد جواد شهرستانى - مهدي طه نجف - مجتبى عراقى - الخلاف طوسى (۱۴۰۷ هـ ق) - جامعه مدرسين - قم - ايران - چاپ اول.
۶. الاماميه شريف مرتضى على بن حسين موسى محقق / الانتصار فى انفرادات (۱۴۱۵ هـ ق) - پژوهش دفتر انتشارات اسلامى جامعه مدرسين - قم - چاپ اول.
۷. الفتاوى حلى ابن ادریس محمد بن منصور بن احمد السراير الحاوى لتحرير (۱۴۱۰ هـ ق) - جامعه مدرسين - قم - چاپ دوم.
۸. ابى زكريا محى الدين بن شرف المجموع شرح المهذب - النووى دار الفكر - قم -
۹. مكارم شيرازى ناصر دار تفسير نمونه (۱۳۷۴ ش) - الكتب الاسلاميه - تهران - چاپ اول.

۱۰. حلی علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی محقق / مصحح محمد هادی یوسفی غروی تبصره - المتعلمین فی احکام الدین (۱۴۱۱ هـ ق) - مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی - تهران - چاپ اول.
۱۱. خمینی سید روح الله موسوی تحریر الوسیله (۱۳۷۹ ش - ۱۴۲۱ ق) - مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی - تهران - چاپ اول.
۱۲. محمد حسن بن شیخ باقر بن شیخ عبد الرحیم نجفی محقق / مصحح عباس قوچانی - علی اخوندی جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام - دار احیاء التراث العربی - بیروت - چاپ هفتم.
۱۳. ابن زهره حمزه بن علی حسینی غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع حلبی (۱۴۱۷ هـ ق) مؤسسه امام صادق علیه السلام قم چاپ اول.
۱۴. حلی علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی محقق / مصحح - قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام گروه (۱۴۱۳ هـ ق) - پژوهش دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین - قم - چاپ اول.
۱۵. انصاری مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۶ ق) - فراید الاصول - جامعه مدرسین - قم - چاپ پنجم.
۱۶. ابن بابویه محمد بن علی علل الشرایع (۱۳۸۵ ش / ۱۹۶۶ م). کتاب فروشی داوری - قم - چاپ اول.
۱۷. اصفهانی مجلسی دوم محمد باقر بن محمد تقی محقق / مصحح سید هاشم رسولی دار - مرآه العقول فی شرح اخبار (۱۴۰۴ هـ ق ج). - الرسول الکتب الاسلامیه - تهران - چاپ دوم.
۱۸. طبرسی - ضل بن حسن - مجمع البیان فی تفسیر القرآن (۱۳۷۲ ش). - انتشارات ناصر خسرو - تهران - چاپ سوم.
۱۹. استاد شهید مطهری مرتضی - مجموعه آثار - صدرا تهران - چاپ سیزدهم.

٢٠. شریف الرضی محمد بن حسین محقق / مصحح للصبحی - نهج البلاغه (١٤١٤ ق). هجرت - قم - چاپ اول.
٢١. احمد بن الحسين البيهقي / محقق عبد المعطی امین قلجی - معرفه السنن والاثار (١٤١٢ هـ ١٩٩١ م) جامعه الدراسات الاسلامیه دار والوعیدار قتیبه - کراچی پاکستان حلب دمشق - الطبعه الاولى.
٢٢. حر عاملی محمد بن حسن (١٤٠٩ ق). (وسایل الشیعه - مؤسسه آل البيت علیہ السلام) - قم - چاپ اول.

مروری بر ضمانت اجرای عدم تمکین زوجه با نگاهی بر قابلیت استماع دعوای الزام به تمکین

سارا احدی کلایه^۱



چکیده

با توجه به اهمیت دعوای خانوادگی و تأثیر گسترده این نهاد مقدس در جامعه حساسیت موضوعات مربوط به این حوزه بیش از هر حوزه دیگر مورد مناقشه و بررسی ست. در این میان ناظر به این که دعوای الزام به تمکین زوجه حجم قابل توجه و چه بسا بیشترین تعداد پرونده‌های مربوط به دعوای خانوادگی در دادگاه‌های خانواده را تشکیل می‌دهد، لزوم بررسی این حیطه را پررنگ‌تر می‌کند. نگاهی به ماهیت اخلاقی تمکین زوجه و عدم تأثیر اجبار در آن همواره این سوال را مطرح می‌کند که آیا اساساً در نظر گرفتن ضمانت اجرای بیرونی پیش بینی شده نسبت به الزام زوجه به تمکین از زوج در احقاق حقوق زوج و استحکام خانواده اثربخش خواهد بود؟ در این نوشتار برآنیم تا با روشی تحلیلی - مروری نشان دهیم ماهیت اخلاقی تمکین در کنار ویژگی خاص حاکم بر روابط زناشویی در خانواده، الزام به تمکین زوجه از زوج را تبدیل به امری غیرممکن برای دادگاه می‌کند. و برای برون رفت از این چالش لزوم بازنگری در صلاحیت رسیدگی به این امر در دادگاه‌ها و ضمانت اجرایی در نظر گرفته شده برای الزام زوجه به تمکین با در نظر گرفتن امکان احراز آن برای مقام قضایی بیش از پیش به چشم می‌خورد.

واژگان کلیدی: تمکین، دعوای الزام به تمکین، ضمانت اجرا، قابلیت استماع، رویه قضایی.

۱. دانشجوی کارشناسی فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران saraahadi.k@ut.ac.ir

مقدمه و بیان مسأله

به محض انعقاد نکاح به صحت، حقوق و تکالیفی برای زن و شوهر ایجاد می‌شود که از آن به آثار نکاح تعبیر می‌گردد. ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی در این باره بیان می‌کند: «همین که نکاح به طور صحیح واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود.» از آثاری که می‌توان برای نکاح نام برد، ریاست شوهر بر خانواده است. در قانون مدنی ریاست خانواده به عنوان رکن طبیعی، اساسی جامعه، قدیمی‌ترین و مهم‌ترین نهاد اجتماعی با مرد است. بنابراین دیدگاه سایر حقوق و احکام خانواده بر افراد بار می‌شود. ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی، هم چون بسیاری از کشورها و به پیروی از آیه ۳۴ سوره نساء ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ إِنِ اطَّعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ نظر فقهای عظام این چنین تصریح می‌نماید که: «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است.» بر همین اساس مواردی مثل حق تعیین مسکن و شغل زن برای مرد در قانون به رسمیت شناخته شده است. از جمله این موارد تمکین زوجه از زوج در معنای اعم آن است. به این معنا که زوجه می‌بایست در هر شرایطی مگر در صورت عذر موجه شرعی و قانونی از همسر خود تمکین کرده و در منزل تعیین شده توسط وی سکونت نماید. با گذشت زمان و تغییر اقتضائات عصر حاضر با گذشته، مسئله تمکین چه در معنای عام و چه در معنای خاص آن بسیار مورد مناقشه قرار گرفته است و همواره این سوال مطرح بوده که آیا شوهر حق ریاست بر خانواده را دارد؟ و بر این اساس حق تعیین مسکن و شغل و غیره را خواهد داشت؟ یا اساساً این ریاست حقی برای شوهر ایجاد نمی‌کند و نمی‌توان از آن به عنوان یک امتیاز نام برد؟ در این بین مسئله تمکین به ویژه در معنای خاص آن یعنی استمتاع جنسی زوج از زوجه در هر زمان که بخواهد (در چارچوب قانون و شرع) بسیار بحث برانگیزتر بوده و چالش‌های بیشتری

مروری بر ضمانت اجرای عدم تمکین زوجه با نگاهی بر قابلیت استماع دعوی الزام به تمکین ◇ ۵۱

با خود به همراه داشته است. (رجوع کنید به: مقاله تأثیر زمان و مکان برنشوز زوجه و ضمانت اجرایی آن با تکیه بر آراء امام خمینی علیه السلام، موسوی بجنوردی و محمدعلی میرزایی، تابستان ۱۳۹۷) با مراجعه به قانون نیز این امر را صراحتاً می‌بینیم که تمکین از زوج تکلیف زوجه بوده و در صورت سرپیچی از آن بدون دلیل موجه قانونی استحقاق نفقه نخواهد داشت و زوج می‌تواند علیه وی دعوی الزام به تمکین اقامه کرده و زوجه موظف است آن را بپذیرد. در ادامه نظر به این که تمکین زوجه به معنای خاص آن که مدنظر پژوهش پیش روست ماهیت اخلاقی و کاملاً شخصی دارد الزام به آن و چگونگی احراز آن را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱. تمکین

۱-۱. تمکین در لغت

«تمکین» در لغت به معنای سلطه و اختیار دادن به دیگری ست (فیومی، ذیل واژه مکن) و در برخی منابع به معنای مستقر کردن و تثبیت کردن نیز آمده است. (طریحی، ذیل واژه مکن) در زبان فارسی تمکین به معنای مسلط کردن کسی به چیزی آمده است. (دهخدا، ذیل واژه تمکین) هرچند معنای اصطلاحی تمکین ارتباط ویژه و تنگاتنگی با معنای لغوی آن دارد؛ اما به جهت کاربرد خاص فقهی - حقوقی این واژه و ارائه تصویری روشن از مفاهیم به کار برده در این نوشتار به تعریف اصطلاحی این مفهوم نیز می‌پردازیم.

۱-۲. تمکین در اصطلاح فقهی

این اصطلاح بیش تر در ابواب مربوط به نکاح کاربرد دارد. در کتاب نکاح، تمکین به معنای پاسخ دادن زن به خواسته‌های مشروع جنسی همسر خود تعریف شده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ ق، ج ۶، ص ۱۱).

فقها مراد از تمکین را آن می‌دانند که زن تخلیه کند (یعنی آزاد گذارد) میان خود و شوهر در هر جا و در هر حال و خود را به دست او دهد مگر در مواردی که قانون او را معذور شمرده است (رجوع کنید به: مواد ۱۱۱۵، ۱۱۲۷ و ۱۱۰۸ قانون مدنی).

مثل ایام حیض و احرام و مرض مانع تمکین. (لنگرودی، ۱۳۹۸) هم چنین وجود موانع عقلی و شرعی مثل روزه واجب و اعتکاف واجب، نفاس، سفری که به اذن شوهر یا برای امری واجب باشد. (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، صص ۳۱۲ و ۳۱۴) بیماری زوجه آن چنان که عادتاً مانع برقراری رابطه زناشویی باشد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۵۸۰) و هم چنین ضعف بدنی زوجه؛ چنان که توانایی مقاربت نداشته باشد. (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۳۱۲) به غیر از باب نکاح از تمکین در ابواب طهارت، صلات و تجارت نیز سخن رفته است.

۳-۱. تمکین در اصطلاح حقوقی

تمکین در اصطلاح حقوقی دارای معنای عام و خاص است. در این نوشتار منظور از تمکین، تمکین در معنای خاص آن می‌باشد.

۱-۳-۱. تمکین در معنای خاص

تمکین در معنای خاص آن است که زن نزدیکی جنسی با شوهر را به طور متعارف بپذیرد و جز در مواردی که مانع موجهی داشته باشد از برقراری رابطه جنسی با او سر باز نزنند. البته این وظیفه ویژه زن نیست و شوهر نیز مکلف است در حدود متعارف، ابطه جنسی با زن داشته باشد. در غیر این صورت بر خلاف وظیفه حسن معاشرت عمل کرده است.^۱ (صفایی و امامی، ۱۴۰۲، شماره ۱۳۵).

۱. ماده ۱۱۰۳ ق.م.مقرر می‌دارد: زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند.

مروری بر ضمانت اجرای عدم تمکین زوجه با نگاهی بر قابلیت استماع دعوی الزام به تمکین ◇ ۵۳

۱-۳-۲. تمکین در معنای عام

تمکین به معنی عام آن است که زن وظایف خود را نسبت به شوهر انجام دهد و از او در حدود عرف و قانون اطاعت کند. و ریاست شوهر را در خانواده بپذیرد.^۱ (همان)

بنابراین می‌توان تمکین زن را در معنای عام آن پذیرش ریاست شوهر بر خانواده و معنای خاص آن را ناظر به روابط زناشویی و اطاعت زن از خواسته‌های جنسی مشروع شوهر در چارچوب قانون و فقه دانست.

۲. عدم تمکین (نشوز)

۲-۱. نشوز در لغت

نشوز از ماده نشز به معنای زمین مرتفع و بلند است. (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۲۳۲) هم چنین نشوز را در لغت به ارتفاع و بلندشدن معنا کرده‌اند. (صفایی و امامی، ۱۴۰۲، شماره ۱۳۵)

۲-۲. نشوز در فقه

نشوز در فقه به معنای سرپیچی از وظایف شرعی نسبت به همسر است. (شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص ۴۲۷) شاید بتوان گفت ارتباط تعریف لغوی نشوز با تعریف آن در کاربرد فقهی آن است که زن در ارتباط زناشویی همانند زمین بلند و مرتفع، صعب الوصول می‌شود و از دسترس همسر دور می‌گردد. حالت ناشز بودن زوج و یا ناشزه بودن زوجه را نشوز گویند. (لنگرودی، ذیل نشوز) شوهری که حقوق ناشی از نکاح را که برای زوجه حاصل شده، ایفاء نکند، ناشز است. این حقوق عبارت است از دادن نفقه و کسوه و حسن سلوک. (همان، ذیل ناشز)

عدم تمکین با این تعریف اختصاص به زوجه ندارد بلکه نافرمانی زوج و عدم ایفاء وظایف زناشویی از جانب او نیز در فقه اسلامی نشوز نامیده می‌شود. و هرگاه نافرمانی از ایفاء این وظایف از جانب هر دو طرف باشد آن را شقاق می‌نامند. (صفایی و امامی، ۱۴۰۲، شماره ۱۳۵)

۱. ماده ۱۱۰۵ ق.م. در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است.

زوجه‌ای که حقوق ناشی از نکاح را که برای زوج حاصل شده ایفاء نکند را ناشزه می‌گویند.
(همان، ذیل ناشزه)

تمکین نکردن به معنای برآورده نکردن خواسته‌های مشروع جنسی شوهر از جانب زن، از نشانه‌های نشوز است (شهیدثانی، ۱۳۸۶ق، ج ۵، ص ۴۲۷)؛ اما با این حال نشوز زوجه اختصاص به مخالفت در امر و قاع ندارد^۱. بلکه نشوز به همه اموری که شرعاً بر زوجه در مقابل زوج واجب می‌باشد، ناظر است. (همان)

۲-۳. نشوز در اصطلاح حقوقی

عدم تمکین در اصطلاح حقوقی نشوز و زنی که از شوهر اطاعت نمی‌کند ناشزه نامیده می‌شود. در حقوق امروز معمولاً نشوز را برای نافرمانی زن به کار می‌برند. (صفایی و امامی، ۱۴۰۲، ش ۱۳۵)

۳. ضمانت اجرای تمکین

۳-۱. آیه نشوز در قرآن کریم

مستند نشوز در قرآن کریم آیه^۲ ۳۴^۲ سوره نساء است که با همین نام شناخته می‌شود. خداوند متعال در این آیه می‌فرماید: «مردان، سرپرست زنانند، به دلیل آنکه خدا برخی از ایشان را بر

۱. از دیگر نشانه‌های نشوز که فقها برای زنان برشمرده اند:

(الف) ابراز بی‌علاقگی به شوهر و ترش رویی با او. (شهید اول، ص ۱۷۴).

(ب) رعایت نکردن نظافت و آراستگی ظاهری، به حدی که با استمتاع از زن ناسازگار باشد. (صاحب

جواهر، ۱۳۶۲ش، ج ۳۱، ص ۲۰۵).

(ج) خروج از منزل بدون اجازه و اطلاع شوهر. (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۵۲۴)

۲. «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا».

مروری بر ضمانت اجرای عدم تمکین زوجه با نگاهی بر قابلیت استماع دعوی الزام به تمکین ◇ ۵۵

برخی برتری داده و [نیز] به دلیل آنکه از اموالشان خرج می‌کنند. پس، زنان درستکار، فرمانبردارند [و] به پاس آنچه خدا [برای آنان] حفظ کرده، اسرار [شوهران خود] را حفظ می‌کنند. و زنانی را که از نافرمانی آنان بیم دارید [نخست] پندشان دهید و [بعد] در خوابگاه‌ها از ایشان دوری کنید و [اگر تاثیر نکرد] آنان را بزنید؛ پس اگر شما را اطاعت کردند [دیگر] بر آنها هیچ راهی [برای سرزنش] مجوید، که خدا والای بزرگ است.^۱

آن چه از تفاسیر و فتاوی مفسرین و فقها ذیل این آیه برمی‌آید، قوامیت مردان بر زنان است. بدان جهت که لطف پروردگار برخی را بر برخی دیگر برتری داده است. لذا ریاست خانواده بر همین اساس با مرد خواهد بود.^۲ در ادامه بخش قابل توجه آیه به صراحت تمکین خاص را مدنظر قرار می‌دهد و اشاره می‌کند که زنان پرهیزکار، زنان مطیع‌اند و این عدم اطاعت را نشوز معرفی می‌کند.

طبق ظاهر آیه، با نمایان شدن نشانه‌هایی از ناسازگاری و خوف نشوز زوجه، به ترتیب سه مرحله اصلاحی موعظه، قهر یا هجر و در نهایت تادیب (ضرب) می‌تواند از جانب زوج انجام گردد. (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ج ۱۸، ص ۵۴۵)

در خصوص معنای ضرب برخی پای خود را حتی فراتر از برخی تفاسیر فمینیستی گذاشته و قائل‌اند که: «ضرب در اسلام به معنای تعزیر و تادیب است. در روایات آمده است: «التعزیر بید الحاکم»؛ یعنی رئیس دادگاه است که باید تعزیر و تادیب نماید. ضرب گاهی به معنی توبیخ کتبی است، گاهی به معنی جریمه مالی است. باید دید فرد چگونه مؤدب می‌شود و آن به تشخیص قاضی است.» (موسوی بجنوردی و محمدعلی میرزایی، ۱۳۹۷)؛ اما صرف نظر از این مناقشات، از ظاهر آیه چنین برمی‌آید که زوجه ناشزه از جانب زوج مستحق این سه مرحله اصلاحی است که طبیعتاً با تأثیر هر یک نوبت به دیگری نخواهد رسید.

۱. فولادوند

۲. ماده ۱۱۰۵ ق.م.

۳-۲. قانون مدنی و دعوای الزام به تمکین

پیش‌تر بیان شد که قرآن کریم چه راهکاری را برای حل مشکل نشوز زوجه در نظر گرفته است. بنابراین هنگامی که این مراحل طی شود،^۱ زوج می‌تواند به دادگاه مراجعه کرده و دعوای الزام به تمکین راه علیه زوجه اقامه نماید.

قانون مدنی جز در ماده ۱۱۰۸ که بیان می‌دارد: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود»؛ نشوز زوجه را صراحتاً مورد بیان قرار نداده است. نظر به این که قانون‌گذار حتی به تعریف نشوز نیز پرداخته با بررسی منابع فقهی می‌توان چنین بیان کرد که؛ در نتیجه عقد ازدواج،^۲ زوجه موظف و ملزم است که در برابر تمایلات خاص زوج به طور مطلق (مگر در موارد موجه شرعی و قانونی) تسلیم بوده و خودش را در هر زمان و مکانی که استمتاع در آن جایز است در اختیار مشارالیه قرار دهد. و لذا در صورت امتناع از انجام تعهد خود، مستحق برخی حقوق نبوده و زوج می‌تواند با مراجعه به دادگاه‌های عمومی دعوای الزام به تمکین را علیه زوجه اقامه کند.

لذا مطابق آن چه قانون‌گذار در قانون مدنی تحت عنوان ضمانت اجرای عدم تمکین بیان کرده عدم استحقاق نفقه، حکمی است که دادگاه می‌تواند پس از مطالبه زوج نسبت به عدم تمکین زوجه علیه وی صادر نماید.

۱. به این نکته نیز باید توجه داشت که وعظ، هجر و ضرب، نه حکم واجب است و نه حقی برای مرد؛ بلکه تنها، راهحلی است در جهت حل مشکلی که بر سر راه خانواده قرار گرفته و بنیان آن را تهدید میکند و این راهحل، بدون هیچ الزامی، به گونه ارشاد و رهنمون از سوی خداوند متعال ارائه شده است تا با به کار بستن آن، این پیمان مقدس حفظ شده، از فروپاشی آن جلوگیری به عمل آید.

۲. همین که نکاح به طور صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود.

مروری بر ضمانت اجرای عدم تمکین زوجه با نگاهی بر قابلیت استماع دعوای الزام به تمکین ◇ ۵۷

۳-۳. رویه قضایی و الزام به تمکین

مروری بر سایر قوانین و رویه قضایی نشان می‌دهد، ضمانت اجرای الزام به تمکین فراتر از ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی و عدم استحقاق زوجه نسبت به نفقه خواهد بود.

با این توضیحات ضمانت اجرای عدم تمکین را با درخواست زوج از دادگاه، علیه زوجه می‌توان موارد ذیل دانست:

۱. سقوط حق نفقه مستند به ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی؛

۲. صدور اجازه ازدواج مجدد زوج توسط دادگاه در صورت اقدام وی، مستند به بند ۳ ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳؛

۳. سقوط حق مطالبه تنصیف دارایی در صورت تراضی زوجین به موضوع بند الف سند نکاحیه به نفع زوج حین عقد نکاح؛

۴. طلاق:

نظر به این که طلاق به عنوان حق زوج صراحتاً در قانون مدنی بیان شده و مقرر گشته که مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در قانون، همسر خود را طلاق دهد،^۲ و این حق را منوط به احراز نشوز زوجه نکرده، طلاق را می‌توان یک اقدام عملی متقابل زوج در برابر عدم تمکین زوجه دانست. (ذبیحی بیگلری، ۱۴۰۱، ص ۹)

۵. مطالبه ضرر و زیان معنوی از زوجه به جهت عدم تمکین:

۱. ضمن (عقد نکاح/خارج لازم) زوج شرط کرد هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نبود، زوج موظف است نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل کند.

۲. مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.

در این موضوع، اداره کل حقوقی قوه قضائیه به موجب نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۲۷۶۴ مورخ ۱۳۹۸/۷/۹ این مطالبه را از سوی زوج به استناد قواعد عام مسئولیت مدنی منتفی دانسته است.^۱

۴. احراز تمکین زوجه

نظر به ماهیت اخلاقی مصادیق تمکین به ویژه تمکین خاص، نه تنها نحوه الزام آن به زوجه با صدور حکم دادگاه، بلکه پیش از آن، نحوه احراز تمکین یا عدم تمکین زوجه توسط دادگاه نیز محل بحث است؛ چنان که می‌توان گفت احراز این امر برای دادگاه امری بسیار دشوار است است و از میان تمام مصادیق تمکین نهایتاً الزام به رفتن زوجه به منزل زوج و احراز آن برای دادگاه میسر می‌باشد.

با این اوصاف، راه‌های احراز تمکین زوجه از قرار ذیل است:

۱. اقرار زوجه در دادگاه مبنی بر عدم تمکین از زوج؛
۲. شهادت افرادی که زوجه عدم تمکین خود را به اطلاع آنان رسانده علیه وی در دادگاه؛
۳. علم قاضی به عدم تمکین زوجه مستند به قرائن و شواهد پیرامونی و اظهارات طرفین^۲ (ذبیحی بیگدلی، ۱۴۰۱، ش ۲).

۱. این نظریه بیان می‌دارد: قانون‌گذار ایران در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی و بند ۳ ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ ضمانت اجرای عدم تمکین زوجه و نشوز وی را مقرر کرده است. هم چنان که در صورت توافق زوجین بر شرط موضوع بند الف سند نکاحیه موسوم به شرط تنصیف دارایی، ضمانت اجرای نشوز زوجه عدم برخورداری وی از این شرط در صورت طلاق به درخواست زوج است؛ لذا به لحاظ پیش بینی ضمانت اجرای نشوز زوجه از سوی قانون‌گذار و آمره بودن این قوانین، ماهیت خاص روابط زوجین و ضرورت اکتفا به قواعد و مقررات خاص حاکم، نمی‌توان با استناد به قواعد عام مسئولیت مدنی زوجه را به پرداخت ضرر و زیان مادی و معنوی به جهت عدم تمکین محکوم کرد.

۲. به طور مثال: طبق استدلال برخی آرای صادره در این باب، زندگی زوجین در منزل مشترک ظهور در تمکین داشته و به لحاظ تقدیم امارات بر اصول، باید ثائل به غلبه ظهور بر اصل عدم تمکین شد. این در حالی است که

مروری بر ضمانت اجرای عدم تمکین زوجه با نگاهی بر قابلیت استماع دعوای الزام به تمکین ◇ ۵۹

در این میان پیچیدگی روابط زوجین و شخصی بودن آن احراز این امر را حتی از راه‌های ذکر شده تقریباً غیرممکن می‌کند. رویه قضایی دادگاه‌های خانواده نشان می‌دهد احراز مصادیق تمکین برای مقام قضایی با دورویکرد ممکن می‌شود:

۱. بار اثبات تمکین بر عهده زوج بوده و سکونت زوجه در منزل زوج اماره‌ای بر تمکین خاص زوجه نیز می‌باشد.^۱

۲. بار اثبات بر عهده زوج است و صرف ادعای زوج مبنی بر عدم تمکین زوجه کافی بوده و زوجه موظف است اقامه دلیل نماید.^۲

همین عدم قطعیت در چگونگی احراز تمکین، و به تبع آن، تشتت آراء قضایی به خوبی بیان می‌کند که اثبات این امر برای دادگاه دست کم با دشواری بسیاری همراه است.

۵. قابلیت استماع دعوای الزام به تمکین در دادگاه

همان طور که پیش‌تر بیان کردیم با نگاهی به ماهیت تمکین و راه‌های اثبات آن و هم چنین ماهیت خاص روابط زوجین در عقد نکاح در می‌یابیم که امکان اثبات عدم تمکین زوج امری دشوار و احراز آن برای دادگاه غیرممکن به نظر می‌آید. مگر آن که زوجه خود در دادگاه به عدم تمکین از زوج اقرار نماید.

در برخی آرای قاضی پرونده در روابط زوجین اصل قابل جریان را اصل تمکین زوجه دانسته است مگر آن که خلاف آن ثابت شود. (ذبیحی بیگدلی، ۱۴۰۱).

۱. دادنامه شماره ۸۷۷ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۷ شعبه ۲۰۱ دادگاه خانواده تهران به تبع زندگی مشترک زوجین در یک منزل، طرح دعوای الزام به تمکین را فاقد وجاهت قانونی توصیف کرده است.

۲. رأی شماره ۱۴۹۵۰۲۲۴۷۰۹۹۷۰۹۳۰ مورخ ۱۳۹۳/۹/۸ شعبه ۴۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران، بار اثبات تمکین در دعوای الزام به تمکین زوجه‌ای را که پس از شروع زندگی مشترک ترک منزل کرده، بر عهده زوجه نهاده و زوج را از باب قاعده «نافی را نفی کافی است» مکلف به اثبات عدم تمکین زوجه ندانسته.

بر همین اساس امروزه این سوال مطرح می‌شود که آیا اساساً دعوی الزام به تمکین قابلیت استماع در دادگاه را دارد یا خیر؟^۱ و در این صورت، چنان چه دعوی الزام به تمکین قابلیت استماع نداشته باشد، ضمانت اجرای آن سالبه به انتفای موضوع خواهد بود. به طور کلی سه نظر در باب ماهیت دعوی الزام به تمکین وجود دارد:

۱. اجرایی بودن حکم الزام به تمکین:

این دیدگاه غالب آرای بوده و الزام به تمکین را اجرایی دانسته؛ چنان که ذکر شد ضمانت اجرای آن را بیان کرده است.

۲. اعلامی بودن حکم الزام به تمکین:

در نظریات مشورتی اخیر، الزام به تمکین اعلامی دانسته شده و بنابراین نظر طبق ماده یک قانون اجرای احکام مدنی، نمی‌توان در چنین مواردی اجرائیه صادر کرد.

۳. دیدگاه سوم قائل به تفصیل است:

چنان چه حکم دادگاه صرفاً حکم به تمکین باشد، وظیفه دادگاه فقط ابلاغ حکم به زوجه است؛ اما اگر دادگاه حکم به الزام زوجه به بازگشت به منزل شوهر صادر کرده باشد، در این صورت باید رای صادره به همان ترتیب اجرا شود.

با وجود آن که رویه قضایی و قانون‌گذار دیدگاه اول را پذیرفته‌اند، با بررسی دقیق راه‌های احراز تمکین خاص زوجه از زوج، دیدگاه دوم و سوم قابل تأمل خواهند بود. به نظر می‌رسد به جهت آن که ماهیت رفتار مخالف قانون زوجه (عدم تمکین) به گونه‌ای است که قابلیت تعیین ضمانت اجرای مستقیم را ندارد و اصل تمکین با زور و اجبار هم خوانی ندارد در کنار غیرممکن بودن احراز آن برای دادگاه، موید این مطلب‌اند که در نظر گرفتن ضمانت اجرایی فعلی آن همچنان که گذشت، منطقی نخواهد بود.

۱. رجوع کنید به: آیا دعوی التزام به تمکین قابل استماع است؟، ابراهیم مهدوی، سایت معاونت آموزش دادگستری استان تهران.

مروری بر ضمانت اجرای عدم تمکین زوجه با نگاهی بر قابلیت استماع دعوای الزام به تمکین ◇ ۶۱

با توجه به این مطلب به نظر می‌رسد از میان ضمانت‌های اجرایی ذکر شده برای عدم تمکین زوجه، طلاق تنها راهکار منطقی است؛ چه آن که احراز عدم تمکین زوجه مگر در موارد اقرار وی، برای دادگاه تقریباً غیر ممکن بوده و از طرفی دعوای زوج مبنی بر عدم تمکین زوجه پابرجاست. لذا طلاق نه به عنوان ضمانت اجرای عدم تمکین بلکه به عنوان حقی که قانون‌گذار با قواعد مقرر برای مرد در نظر گرفته می‌تواند مناسب‌ترین راه جهت رسیدگی به دعوای الزام به تمکین از جانب زوج باشد.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار تلاش کردیم با مروری بر ضمانت‌های اجرایی در نظر گرفته شده برای تمکین این مطلب را نشان دهیم که هیچ یک این ضمانت‌های اجرایی نمی‌توانند به عنوان ضمانت اجرای دعوای الزام به تمکین قرار بگیرند بدان جهت که اساساً دعوای الزام به تمکین به جهت ماهیت خاص و شخصی ای که دارد در برخی مصادیق امکان رسیدگی نداشته و بعید نیست که قابلیت استماع در دادگاه را نیز نداشته باشد. افزون بر این، اگر امکان احراز و اثبات عدم تمکین زوجه را، جز در مورد ترک منزل، برای دادگاه صحیح بدانیم، به نظر نمی‌رسد که هیچ یک از ضمانت‌های اجرایی ذکر شده در قانون صلاحیت بارکردن بر محکوم علیه را داشته باشند. چرا که هیچ کدام از آن جهت که زوجه را نسبت به تمکین از زوج اقناع یا اجبار کنند، الزام‌آور نیستند. با این وجود، طلاق به عنوان تنها راهکار برون رفت از این چالش، و نه به عنوان ضمانت اجرای دعوای الزام به تمکین، محل تأمل است. لذا چنان چه زوج ادعای عدم الزام زوجه به رعایت وظایف زناشویی را ادعا کند، ناظر به حقی که در مورد طلاق در چارچوب قانون دارد، می‌تواند دادخواست طلاق خود را ارائه و همسرش را طلاق دهد. به این ترتیب، طلاق واقع شده نه از جهت آن که ضمانتی بر الزام زوجه به تمکین بلکه به عنوان یک اقدام عملی متقابل از جانب زوج دانست. علاوه بر این، با نگاهی به آیه نشوز نیز این مهم به نظر می‌رسد که تمکین

با وجود ماهیت ضد الزام و اجبار خود، امری شخصی میان روابط زوجین است و شاید با استناد به همین نکته که مراحل در نظر گرفته شده در آیه شریفه کاملاً محدود به روابط شخصی بین زوجین است و نه یک دعوی بیرونی بتوان قابلیت استماع دعوی الزام به تمکین را بیش از پیش مورد بحث قرار داد. البته بررسی دقیق این نکته فرصت و مجال دیگری می‌طلبد. نهایتاً با توجه به نکات ذکر شده، اهمیت این امر در روابط زوجین و تشتت آراء قضایی، لزوم بازنگری در قانون و رویه قضایی رسیدگی به دعوی الزام به تمکین امری ضروری به نظر می‌رسد. و شاید بتوان راهکار این امر را بیرون از گستره حقوق جست و جو کرد.

منابع

۱. قرآن کریم؛
۲. قانون مدنی.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸)، ترمینولوژی حقوق، چاپ سی و یکم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۴. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۷)، تفسیر تسنیم، قم، نشر اسرا.
۵. دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۱)، لغت نامه، تهران، انتشارات مهر.
۶. ذبیحی بیگدلی، عاطفه (۱۳۹۹)، الزام به تمکین در رویه قضایی، تهران، پژوهشگاه قوه قضاییه.
۷. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۴۰۲)، مختصر حقوق خانواده، چاپ پنجاه و هشت، نشر میزان.
۸. طریقی، فخرالدین بن محمد (۱۳۷۵)، مجمع البحرین، تهران، مکتبه الرضویه.
۹. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، الخلاف، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. عاملی، سعید زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، روضه البهیة فی شرح اللمعه، قم، انتشارات داوری.
۱۱. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق)، کتاب العین، چاپ دوم، قم، مؤسسه دارالهجره.
۱۲. فیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۴ق)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، چاپ دوم، قم، مؤسسه دارالهجره.
۱۳. موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ میرزایی، محمدعلی، مقاله تأثیر زمان و مکان بر نشوز زوجه و ضمانت اجرایی آن با تکیه بر آرای امام خمینی (۱۳۹۷)، نشریه متین، شماره ۷۹.

شرایط، آثار و راهکارهای اعمال حق مکتسبه بر اموال و احوال شخصیه افراد در سرزمین بیگانه



محدثه خانمیرزایی^۱

چکیده

امروزه با ازدیاد مراودات بین‌المللی و تعارضات موجود در قوانین داخلی دولت‌ها، نادیده گرفتن حقوقی که اشخاص طبق قانون دولت متبوع خود کسب کرده‌اند از جمله مسائلی است که بی‌توجهی به آن می‌تواند پیامدهای مثبت و منفی مختلفی را در پی داشته باشد. با توجه به اهمیت اعمال حقوق مکتسبه افراد و عدم تضییع آن، دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی نیز در صدد وضع قوانین مناسب و یکپارچه سازی قوانین معارض حوزه اموال و احوال شخصیه برآمدند البته این در حالی است که ایران همچنان به تعدادی از این معاهدات ملحق نشده است. با عنایت به آنچه در ایران مانع از اعمال حقوق مکتسبه اشخاص است میتوان طرق نزدیک شدن به جامعه بین‌المللی جهت بهبود و توسعه اعمال حق مکتسبه اشخاص بر اموال و احوال شخصیه را شناسایی و در دستورکار دولت قرارداد.. این نوشتار با هدف تبیین وضعیت موجود و آثار مترتب بر حقوق مکتسبه بیگانگان و یافتن راه حل‌های اعمال آن بر اتباع خارجه در هر کشور با روش توصیفی - کتابخانه‌ای به تحریر در آمده است.

واژگان کلیدی: حق مکتسب، احوال شخصیه، بین‌الملل خصوصی، اموال، قانون کشور خارجی.

۱. فارغ‌التحصیل مقطع ارشد حقوق خصوصی دانشگاه مفید "Mohadeseh.khanmirzaei@yahoo.com"

مقدمه و بیان مسأله

در هر سرزمینی قانون ملی همان کشور اعمال می‌شود و چه بسا اعمال قانون ملی به حقوقی که یک تبعه خارجی در مملکت خود و طبق قانون همان محل دریافت کرده است تضييع شده و نادیده گرفته شود، به همین علت قانونگذار در مواردی که اعمال قانون خارجی آسیبی به حقوق داخلی، نظم عمومی و منافع حاکمیتی اش وارد نکند استثنائی را قائل شده، قانون خارجی و حقوقی که طبق مفاد آن پدید آمده را می‌پذیرد. در عرصه بین‌المللی حقوق مکتسبه از جمله استثنائات اعمال قانون خارجی در کشور بیگانه می‌باشد چرا که حفظ اعتبار قانون و لزوم ترجیح منافع عمومی بر خصوصی ایجاب می‌کند که قانون جدید بر همه روابط حقوقی حتی آن‌ها که پیش از توشیح قانون بوجود آمدند نیز حکومت کند؛ ولی اجرای این قاعده گاه با اصل عدم تأثیر قوانین نسبت به گذشته برخورد داشته و باید از آن صرف نظر کرد. به عبارت دیگر قانون جدید نمی‌تواند حقوقی را که اشخاص درباره وضع مدنی و دارایی خود کسب کرده‌اند از بین ببرد. (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۴۵) بطور کلی میتوان گفت حقی که بواسطه قانونی صلاحیت دار برای دیگری بوجود آمده و در تمامی کشورها محترم شمرده می‌شود را حق مکتسب می‌گویند. در میان صاحب نظران و نظریه پردازان عرصه بین‌المللی اعمال و عدم اعمال قانون خارجی بر حقوق مکتسبه اشخاص مخالفان و موافقان بسیاری دارد. پیله و نی بوآیه دو اندیشمند عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی معتقد که هرگاه حقی به موجب قانونی صلاحیت دار در کشوری ایجاد شود این حق به عنوان یک حق مکتسب همراه با آثار آن باید در کشورهای دیگر شناخته شود حتی اگر چنین حقی در کشور اخیر شناخته نشده باشد. (ارفع نیا، ۱۳۸۹، ص ۱۵۹)

امروزه علیرغم کلیه استدلالات مخالفان این امر نظریه حقوق مکتسبه به عنوان مبنای توجیه اجرای قانون بیگانه و خارجی از چنان جایگاهی برخوردار است که دکتر الماسی در کتاب بین‌الملل خصوصی خود بیان می‌دارند که اگر حقوق بین‌الملل خصوصی را مانند پلی

شرایط، آثار و راهکارهای اعمال حق مکتسبه بر اموال و احوال شخصیه افراد در سرزمین بیگانه ◇ ۶۷

بدانیم که نظام های حقوقی را به یکدیگر متصل می سازد یکی از پایه های این رشته را باید اعتبار و شناسایی بین المللی حقوق مکتسبه تلقی کرد. (الماسی، ۱۳۹۸، ص ۱۶۹).

با توجه به وضعیت امروزه ایران که حسب شرایط سهل گیرانه مهاجر پذیر آن و اوضاع نابه سامان کشورهای همسایه جنگ زده اش، میزان ورود مهاجران به آن به خصوص از ملت های فارسی زبان و مسلمان افزایش داشته است و از بهار سال ۱۴۰۰ و بعد از سقوط جمهوری اسلامی افغانستان و روی کار آمدن طالبان شاهد افزایش چشمگیر ورود تبعه افغانستان به ایران بودیم لذا به تبیین وضعیت موجود حقوق مکتسبه اتباع بیگانه در ایران پرداخته و آثار مترتب بر حقوق مکتسبه بیگانگان را بررسی کرده و راه حل های اعمال آن بر اتباع خارجه در هر کشور بیان گردیده است.

در ادامه در سه مبحث به بررسی شرایط اعمال حق مکتسب اشخاص و آثار مترتب بر آن پرداخته و راهکارهایی جهت اعمال هرچه بهتر حقوق مکتسبه اشخاص در سرزمین بیگانه ارائه خواهد شد.

شرایط اعمال حقوق مکتسبه

از آن جا که اولویت حکمرانان هر سرزمینی حفظ نظم عمومی و برقراری عدالت و امنیت برای شهروندانش می باشد و اعمال حقوق مکتسبه افراد امکان آسیب رساندن به منافع حاکمیتی را در بردارد لذا حقوق مکتسبی را می توان اعمال کرد که شرایط معینه از سوی قانونگذار کشور محل اجرای حق را داشته باشد. در ادامه به تفکیک به بررسی شرایط اعمال حقوق مکتسبه پرداخته می شود.

۱. ایجاد حق طبق قانون صلاحیتدار معتبر در ایران

حق مکتسبی در ایران اعمال می شود که طبق قانونی تشکیل شده باشد که قواعد حل تعارضی ایران آن را صلاحیت دار می داند و آن را به رسمیت می شناسد. بطور مثال در خصوص اموال غیر

منقول ماده ۹۶۶ قانون مدنی قانون محل وقوع مال غیر منقول را صالح می‌داند لذا هر حقی که برای ملک واقع در ایران اشخاص در کشورهای دیگر ایجاد شود در ایران قابلیت اعمال نداشته و به رسمیت شناخته نخواهد شد.

۲. ایجاد حق بطور کامل با رعایت تمامی شرایط لازمه

حقوق مکتسبه افراد در صورتی قابلیت اعمال دارد که بطور تمام و کمال با رعایت تمامی شرایطی که قانون کشور محل تشکیل حق برای ایجاد آن لازم می‌داند، بوجود آمده باشد و در صورتی که حق در کشور مبدا، طبق قانون ایجاد نشده باشد و برخی از شرایط را نداشته باشد، حتی اگر کشور محل اجرای حق آن شرایط را برای ایجاد آن حق لازم نداند، اعمال حق مذکور و استناد به آن در کشور محل اجرای حق منتفی خواهد بود؛ چرا که آن حق ناقص ایجاد شده است. برای مثال در فرانسه حضور دو شاهد عادل در طلاق جز ماهیت طلاق نیست بلکه از شرایط شکلی آن محسوب می‌شود و حال اگر قاضی در فرانسه بدون حضور دو شاهد عادل، ولی مطابق قانون ایران با رعایت سایر شرایط ماهوی حکم به طلاق زن و شوهر ایرانی دهد، چنین حقی در ایران قابلیت اعمال و اجرا نداشته و تأثیرگذار نیست؛ چرا که این حق به صورت ناقص ایجاد شده است. (فدوی، ۱۳۸۵، ص ۲۰۶)

۳. عدم مخالفت با حقی در ایران

با توجه به قاعده مرسوم در حقوق بین‌الملل خصوصی که زمانی حق مکتسب را قابل احترام می‌داند که حقی مخالف آن به وجود نیامده باشد یکی دیگر از شرایط اعمال حقوق مکتسبه افراد در سرزمین بیگانه نبود یک حقی مخالف با حق مکتسب اشخاص در کشور محل اجرای حق می‌باشد. به بیان دیگر اگر دادگاه ایران مال منقول یا غیر منقولی را متعلق به آقای (الف) دانسته قانون خارجی آن را متعلق به آقای (ب) بداند قطعاً در ایران مالکیت آقای الف به رسمیت شناخته خواهد شد؛ زیرا در بحث تعارض مثبت قوانین هر کشوری در برخورد با حقوق

شرایط، آثار و راهکارهای اعمال حق مکتسبه بر اموال و احوال شخصیه افراد در سرزمین بیگانه ◇ ۶۹

مخالف همیشه قانون دولت متبوع خودش را ترجیح می‌دهد و موارد فوق الذکر نیز ثمره مباحث تعارض قوانین می‌باشند.

۴. عدم منافات اعمال و اجرای حق با نظم عمومی ایران

در حقوق بین‌الملل خصوصی احترام به حق مکتسب از واجبات است؛ ولی در مواردی که منافع عمومی به خطر می‌افتد الزامی به اعمال آن نیست و به عبارت دیگر اجرای قانون خارجی در دادگاه‌های هرکشور در صورتی ممکن است که با نظم عمومی برخوردی نداشته باشد؛ چرا که در روابط بین‌المللی درجه شدیدتری از این نظم مورد توجه است و باید از اعمال حق یا قاعده‌ای که منافع حیاتی جامعه یا اخلاق حسنه را به خطر می‌اندازد جلوگیری شود. (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۱۱۶).

آثار اعمال حقوق مکتسبه

هر حقی که ایجاد می‌شود آثار متعددی را برای ذیحق و دیگر مرتبتین آن بدنبال دارد. در خصوص حقوق مکتسبه نیز قانون سرزمین بوجود آورنده حق آثاری را برایش ایجاد کرده است که در کشور محل اجرای حق همان آثار بدون هیچ کم و کاستی ثمره آن حق خواهد بود و اگر دادگاه آثاری کمتر یا بیشتر از آنچه سرزمین بوجود آورنده حق برای آن در نظر گرفته است قائل باشد به هیچ عنوان تأثیری در حدود اعتبار حق مکتسب نخواهد داشت. به عنوان مثال می‌توان به موضوع عده طلاق در فرانسه و ایران اشاره کرد که عده طلاق در قانون فرانسه ۳۰۰ روز (معادل ۱۰ ماه)؛ ولی در قانون ایران ۳ ماه می‌باشد لذا اگر زنی فرانسوی طبق قانون فرانسه از همسرش جدا شود و پس از گذشت ۳ ماه با استناد به قانون ایران، در ایران اقدام به ازدواج نماید، اجازه چنین ازدواجی به وی داده نخواهد شد چراکه اثر طلاق طبق قانون کشور بوجود آورنده حق (فرانسه) ۳۰۰ روز است و زن فرانسوی صرفاً پس از گذشت این مدت می‌تواند مجدداً ازدواج کند. (نامدار، ۱۳۹۰، ص ۱۵۴) آثاری که حقوق مکتسبه افراد بدنبال

دارد صرفاً در صورتی است که آن حق به همان صورتی که ایجاد شده است، معتبر دانسته شود. به بیان دیگر کشور محل اجرای حق نمی‌تواند حق دیگری را که شبیه‌ترین مورد به آن حق است را جایگزین آن کند و آثار آن حق جایگزین را بر آن مترتب سازد چرا که هر کشوری نهادهای حقوقی خود را با عنایت به عقاید دینی، تاریخی و فرهنگی مردم همان جامعه بنیان می‌گذارد و این عقاید و تفکرات در میان ملت‌های مختلف در جوامع متعدد متفاوت است.

البته در خصوص اجرای حقوق مکتسبه اشخاص و آثار مترتب بر آن تازمانی می‌توان آن را به رسمیت شناخت و آثار مندرج در قانون کشور پدیدآورنده را بر آن بار کرد که آن حق همچنان معتبر بوده و مشمول مرور زمان نشده باشد. ملاک تعیین مدت اعتبار هر حق نیز قانون بوجود آورنده آن است بدین صورت که اگر اعمال حقی طبق قانون بوجود آورنده آن مشمول مرور زمان شده باشد حتی اگر در ایران همچنان قابلیت اعمال داشته باشد، به رسمیت شناخته نخواهد شد و در خصوص حقی که طبق قانون کشور محل اجرای حق مشمول مرور زمان شده باشد؛ اما در کشور پدیدآورنده همچنان معتبر باشد، دقیقاً عکس موردقبلی عمل می‌شود و حق مکتسب فرد در کشور محل اجرا معتبر بوده و آثاری را بدنبال خواهد داشت. حقوقدانان و نظریه پردازان بارزترین مثال در این امر را بحث مهلت استفاده از حق تالیف بیان می‌کنند که اگر مهلت استفاده از حق تالیف اثری در ایران ۳۰ سال و در سرزمینی دیگر ۶۰ سال باشد مطابق قانون کشور پدیدآورنده حق عمل خواهد شد.

راهکارهای اعمال حقوق مکتسبه

در جامعه جهانی امروز، با وجود قوانین متعارض و متفاوت هر سرزمین احتمال تضییع و نادیده گرفتن حقوق مکتسبه افراد وجود داشته و دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی مختلف برای رفع آن سازکارهایی را در خصوص شرایط و نحوه اعمال حقوق مکتسبه اشخاص بر احوال شخصیه و اموال را هم در قوانین داخلی خود و هم در سطح بین‌المللی دارند که در این زمینه میتوان به

شرایط، آثار و راهکارهای اعمال حق مکتسبه بر اموال و احوال شخصیه افراد در سرزمین بیگانه ◇ ۷۱

سازکارهای کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه در ایجاد هماهنگی میان قوانین متعارض کشورهای در حوزه اموال و احوال شخصیه و سازکارهای سازمان ملل متحد اشاره کرد. مجمع عمومی سازمان ملل متحد با تصویب چند سند حقوق بشری از جمله کنوانسیون بین‌المللی حمایت از همه کارگران مهاجر و اعضای خانواده آنان و کنوانسیون بین‌المللی افراد بی‌تابعیت و کنوانسیون بین‌المللی پناهندگان که در آن‌ها به حق مکتسب اتباع بیگانه توجه شده است نیز گامی در جهت حمایت از این حق برداشته است؛ (رستمی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۸) برای مثال ماده ۱۲ کنوانسیون بین‌المللی پناهندگان با عنوان احوال شخصیه بیان می‌دارد: «حقوقی که پناهنده پیش از این کسب کرده و مربوط به احوال شخصیه او می‌باشد به ویژه حقوق مربوط به ازدواج باید از طرف هر دولت متعاقد محترم شمرده شود به شرط آن که در صورت لزوم تشریفات پیش‌بینی شده در قوانین دولت مزبور را انجام دهد. بدیهی است حق مورد بحث باید از جمله حقوقی باشد که طبق قوانین دولت مذکور چنانچه وی پناهنده هم نباشد، شناخته شده باشد.» و ماده ۱۳ همین کنوانسیون نیز در خصوص اموال آورده است که: «دولت‌های متعاقد در مورد تحصیل اموال منقول و غیر منقول و سایر حقوق مربوطه و همچنین در مورد قراردادهای اجاره یا سایر قراردادهای مربوط به مالکیت اموال منقول و غیر منقول با پناهندگان رفتاری خواهد کرد که تا سرحد امکان مساعد بوده و در هر حال از رفتاری که در این گونه موارد نسبت به بیگانگان بطور اعم بعمل می‌آید نامساعدتر نباشد.»

نظر به آنچه گفته شد راهکارهای متعددی برای حمایت هرچه بیشتر از حقوق مکتسبه اشخاص و اعمال آن در سرزمین بیگانه وجود دارد که در ادامه صرفاً به چندی از موثرترین آنها اشاره می‌شود:

۱. نظم عمومی مفهوم بسیار وسیعی است و مصادیق متعددی را در بر می‌گیرد. قانونگذار با احصا حداقلی مصادیق نظم عمومی همچون آنچه در ماده ۹۷۴ قانون مدنی آمده است که بیان می‌دارد: «قانون خارجی در صورتی در ایران اعمال خواهد شد که مخالف با عهدی که ایران در

آن عضو است و همچنین مخالف با قوانین مخصوصه نباشد.» لذا تا حد امکان کاهش دایره شمول نظم عمومی می‌تواند حمایت بیشتری از حق مکتسب افراد داشته باشد.

۲. در ایران علیرغم اینکه نظم عمومی مفهوم وسیعی دارد لکن تا حد زیادی به نظر قاضی بستگی دارد و اگر قاضی در صورت عدم اعمال و حمایت از حق مکتسب فردی ملزم به ارائه دلایل متقن و مستنداتی در خصوص مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه باشد، با دلایل کم و بعضاً بی‌پایه از اعمال حقوق مکتسبه افراد جلوگیری نخواهد شد.

۳. ایران با تصویب یا الحاق به سازکارهای پیش بینی شده بین‌المللی سازمان ملل متحد و کنفرانس‌های بین‌المللی در این خصوص همچون کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه و امثالهم می‌تواند نقش بسزایی در حمایت و اجرای حقوق مکتسبه اشخاص در سرزمینش داشته باشد.

۴. اگر کشوری که از حقوق مکتسبه اتباع بیگانه بالخصوص حقوق مالی وی، حمایت نمی‌کند و چه بسا آن را از ذیحقش سلب هم می‌کند، ملزم به جبران کلیه خسارات وارده بر آن بیگانه شود؛ دیگر دولت‌ها و سرزمین‌های مهاجرپذیر قبل از وضع قوانین درخصوص سلب حقوق مکتسبه بیگانگان راهی برای جبران غرامت آن در نظر خواهند گرفت و موارد کمتری را مشمول سلب حقوق مکتسبه آنان خواهند کرد.

نتیجه‌گیری

اعمال قانون ملی هرکشوری در آن سرزمین بدون هیچگونه انعطافی در پذیرش موادی چند از قوانین دیگر سرزمین‌ها و سازمان‌های جهانی در عرصه بین‌المللی درخصوص اتباع خارجی، تزییع حقوق مکتسبه اشخاص را بدنبال خواهد داشت. در عرصه بین‌المللی حقوق مکتسبه از جمله استثنای اعمال قانون خارجی در کشور بیگانه می‌باشد چراکه حفظ اعتبار قانون و لزوم ترجیح منافع عمومی برخصوصی ایجاب می‌کند که قانون جدید بر همه روابط حقوقی حتی

شرایط، آثار و راهکارهای اعمال حق مکتسبه بر اموال و احوال شخصیه افراد در سرزمین بیگانه ◇ ۷۳

آن‌ها که پیش از توشیح قانون بوجود آمدند نیز حکومت کند؛ ولی اجرای این قاعده گاه با اصل عدم تأثیر قوانین نسبت به گذشته، برخورد داشته و باید از آن صرف نظر کرد. به عبارت دیگر قانون جدید نمی‌تواند حقوقی را که اشخاص درباره وضع مدنی و دارایی خود کسب کرده‌اند از بین ببرد. صرفاً حقی از میان حقوق مکتسبه افراد قابلیت اعمال و اجرا در سرزمین بیگانه را پیدا می‌کند که طبق قانون صلاحیتدار (از نظر کشور محل اجرای حق) و بطور کامل و بدون نقص و با رعایت تمامی شرایط لازمه مندرج در قانون کشور پدیدآورنده حق، بوجود آمده و در درجه اول با نظم عمومی و اخلاق حسنه ایران مخالفت نداشته و توسط قانون و محاکم قضایی ایران حقی معارض با آن به دیگری تعلق نگرفته باشد. اگر حق با رعایت تمامی این شرایط بوجود آمده و در سرزمین بیگانه اعمال شد آثار متعددی عیناً مطابق آثار مندرج در قانون کشور پدیدآورنده حق را بدنبال داشته و حتی قابلیت جابجایی و جایگزین کردن شبیه‌ترین حق در قانون کشور مقرر دادگاه را ندارد. در هر صورت صرفاً و فقط قانون کشور بوجودآورنده حق اجازه ارائه ملاک جهت تعیین اعتبار حق مکتسب افراد و مشمول مرور زمان شدن یا نشدن آن را دارد و در هر دو حوزه اموال و احوال شخصیه باید طبق همان ملاک عمل کرد. در جمهوری اسلامی ایران با مضیق کردن دایره شمول نظم عمومی و محدود کردن مصادیق آن و اخذ دلایل و مستندات دادرسی که از اعمال حق مکتسب فردی در ایران خودداری می‌کند و به علاوه با پیوستن به کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی که با هدف رفع تعارض قوانین حوزه اموال و احوال شخصیه و یکپارچه سازی قوانین مربوطه در عرصه بین‌المللی به تحریر درآمده‌اند و جبران خسارات بیگانگانی که راهی جز سلب حق مکتسبشان وجود ندارد میتوان قدم بزرگی در جهت اعمال هرچه بهتر حقوق مکتسبه اشخاص بالاخص اجرای قوانین مرتبط با احوال شخصیه آنان در سرزمین بیگانه برداشت.

منابع

۱. ارفع نیا، بهشید: (۱۳۸۹) حقوق بین الملل خصوصی (جلد ۲)، چاپ اول، تهران، انتشارات بهتاب
۲. الماسی، نجادعلی: (۱۳۹۸) حقوق بین الملل خصوصی، چاپ هجدهم، تهران، نشر میزان.
۳. رستمی، مرتضی: سازکارهای حمایت از حقوق مکتسبه اشخاص حقیقی در کشور بیگانه (با تأکید بر حقوق مکتسبه تامین اجتماعی، اموال و احوال شخصیه)، (۱۳۹۲)، چاپ اول، انتشارات خرسندی.
۴. فدوی، سلیمان: تعارض قوانین در حقوق ایران با تأکید بر احوال شخصیه، (۱۳۸۵)، چاپ اول، تهران، انتشارات طرح نوین اندیشه ۱۳۸۵.
۵. کاتوزیان، ناصر: حقوق انتقالی (تعارض قوانین در زمان)، (۱۳۶۹)، چاپ دوم، تهران، انتشارات کانون وکلای دادگستری مرکز،
۶. نامداری، مظاهر: حقوق بین الملل خصوصی، (۱۳۹۰)، چاپ اول، تهران، انتشارات سنجش و دانش.

**ضوابط حاکم بر توقیف کشتی‌ها و نفتکش‌ها؛
مطالعه موردی توقیف نفتکش Advantage sweet توسط ارتش جمهوری
اسلامی ایران در دریای عمان از منظر حقوق بین‌الملل**



مارال کیوان^۱

زهرا ارومیه چی^۲

چکیده

در چند روز گذشته یعنی در اردیبهشت ماه ۱۴۰۲ یک نفتکش به نام Advantage sweet با پرچم جزایر مارشال که کشوری در اقیانوس آرام است در حال حرکت بود، توسط ارتش جمهوری اسلامی ایران در آبهای عمان توقیف شد که چالشهای زیادی را به دنبال داشته است. این نفتکش اجاره ایالات متحده آمریکا بوده و به نوعی توقیف کردن آن توسط ایران هشدار جدی و حمله مستقیم به منافع این کشور است. اهمیت این موضوع از آن جا ناشی می‌شود که رعایت قواعد بین‌المللی دریایی در آبهای ایران جزء خطوط قرمز کشور است و نشان‌دهنده این امر می‌باشد که ایران در خصوص تخلف و نقض مسامحه نخواهد داشت و برخورد قانونی از خود نشان می‌دهد. در این مقاله می‌خواهیم به این سوال پاسخ دهیم که آیا این توقیف طبق قوانین و مقررات بین‌المللی بوده است؟ روش اینجانب تحلیلی - توصیفی است و ابزار اینجانب مطالعه کتب، مقالات و اخبار و اسناد بین‌المللی و همچنین مشاهده مستندات و مطالعات موردی است که تحلیل و تفسیر آنها به اطلاعات مختلفی می‌رسیم و روش جمع‌آوری داده‌ها کتابخانه‌ای است. **واژگان کلیدی:** توقیف نفتکش، حقوق بین‌الملل، تصادم دریایی، کنوانسیون حقوق دریاها.

۱. کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد واحد تهران غرب، mky045657@gmail.com
۲. کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد واحد تهران غرب، zahra.oroomiechiha@gmail.com

مقدمه و بیان مسأله

دریاها از جمله مناطقی به شمار می‌روند که در طول تاریخ، محل وقوع بسیاری از کشمکش‌ها و مخاصمات میان ملل مختلف بوده‌اند. در حقیقت از دیرباز نزاع دائمی میان حاکمیت‌های ساحلی و کشورهای صاحب قدرت و ثروت درباره نحوه استفاده از دریاها یکی از بزرگ‌ترین چالش‌های مهم در سطح بین‌الملل بوده است، در نتیجه افزایش اختلافات و دعاوی دریایی، پیشرفت فناوری و همچنین نیاز به حمایت از توافقات دریایی، کنوانسیون‌های ژنورا جمع به حقوق دریا در سال ۱۹۵۸ تنظیم شدند؛ اما با اقبال جهانی مواجه نشد؛ به نحوی که تا سال ۱۹۸۲ سه چهارم کشورهای جهان به آن نپیوستند، با این حال اهمیت ویژه حقوق دریاها و مسائل مربوط به آن موجب شد همواره در حقوق بین‌الملل توجه ویژه‌ای به این حوزه و مسائل مختلف آن انجام گیرد؛ به طوری که کنوانسیون حقوق دریاها مصوب سال ۱۹۸۲ را میتوان یکی از مفصل‌ترین اسنادی دانست که تا کنون در حوزه حقوق بین‌الملل به تصویب رسیده است. اهمیت دریاها و تنگه‌های بین‌المللی و تأثیر مستقیم و غیرمستقیم آنها بر ابعاد مختلف حیات بشری امروزه امری روشن و انکارناپذیر است چرا که در دنیای کنونی بیش از ۹۰ درصد حمل و نقل بین‌المللی از طریق دریاها انجام می‌گیرد و سایر روش‌های حمل و نقل از جمله زمینی و هوایی تنها ۱۰ درصد از این آمار را به خود اختصاص داده است. در میان این حجم عظیم حمل و نقل‌های دریایی بخش عمده صادرات و واردات نفت و محصولات پتروشیمی از همین طریق و با بهره‌گیری از نفتکش‌های غول‌پیکر انجام می‌گیرد. با رشد چشمگیر بهره‌برداری از دریاها برای حمل و نقل محصولات استراتژیکی همچون نفت و محصولات پتروشیمی، به مرور توجه کشورها به مسیرهای عبور و مرور این تانکرها به منظور تأمین امنیت آنها جلب شد که انعکاس این موضوع به وضوح در کنوانسیون حقوق دریاها قابل رؤیت است. پس از بررسی و پژوهش‌های انجام گرفته به وضوح روشن است که توقیف کشتی Advantage sweet مبتنی بر قواعد حقوق بین‌الملل موضوعه و همچنین رویه‌های قضایی موجود، جمهوری اسلامی ایران از

ضوابط حاکم بر توقیف کشتی‌ها و نفتکش‌ها؛ مطالعه موردی توقیف نفتکش توسط ارتش ◇ ۷۷

صلاحیت‌های لازم در توقیف این کشتی برخوردار بوده این نکته نیز قابل ذکر است که با توجه به پرونده محور بودن این پژوهش تاکنون پژوهش علمی حقوقی در این زمینه انجام نگرفته است و تنها در برخی از یادداشت‌های رسانه‌ای به برخی ابعاد سیاسی و تبعات بعدی این واقعه پرداخته شده است.

پس رعایت قواعد دریاها یکی از مهم‌ترین اصول تجارت دریایی است و در صورت تخلف از این قواعد دولت‌ها امکان ورود قانونی را خواهند داشت. در ۲۷ آوریل ایران یک نفتکش با پرچم جزایر مارشال را که ۲۳ هندی و یک روسی خدمه آن بودند را به علت توقیف کردن و به آب‌های ساحلی ایران هدایت کرد، سپس اعلام کرد که نفتکش مذکور با یک کشتی دیگر تصادم کرده است و حتی باعث از دست رفتن جان افراد نیز گشته؛ اما بدون اعتنا به راه خود ادامه داده است. طبق اخبار و گزارشات، نفتکش مذکور مرتکب یک تخلف دریایی شده و اقدام جمهوری اسلامی ایران کاملاً به جا و قانونی بوده است.

قضیه توقیف نفتکش Advantage sweet توسط ایران

شایسته است ابتدا به ابعاد کلی توقیف نفتکش در دریای عمان پردازیم و سپس مسائل آن در حوزه حقوق بین‌الملل را مورد بررسی قرار دهیم. یک فروند کشتی متخلف ناشناس که در خلیج فارس پس از تصادم با شناور ایرانی موجب مفقود و مصدوم شدن چند خدمه ایرانی شده بود، توسط نیروی دریایی ارتش در دریای عمان شناسایی و توقیف شد. طبق اعلام ارتش جمهوری اسلامی ایران؛ بر اثر تصادم یک فروند کشتی ناشناس با یک شناور ایرانی در هنگام خروج از خلیج فارس و ورود به دریای عمان که منجر به مفقود شدن دو نفر و زخمی شدن چند تن دیگر از خدمه این شناور شد، کشتی ناشناس بر خلاف مقررات بین‌المللی مبنی بر کمک به شناور و مصدومان، اقدام به فرار از خلیج فارس کرد که بلافاصله پس از درخواست از سوی مرکز تجسس و نجات دریایی (MRCC)، نیروی ارتش جمهوری اسلامی ایران اقدام به رهگیری،

شناسایی و توقیف کشتی ناشناس در دریای عمان کرد. طبق این گزارش، در این عملیات ناوشکن بایندر نیروی دریایی ارتش با حکم قضایی، کشتی متخلف را که با پرچم جزایر مارشال در حال فرار بود توقیف و به آب‌های ساحلی جمهوری اسلامی ایران هدایت کرد. (پایگاه ارتش جمهوری اسلامی ایران، <https://www.aja.ir/portal/home/?NEWS/۷۳۰۹۹/>، آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۲/۱۰) داده‌های ماهواره‌ای به دست آمده از وب سایت MarineTraffic.com که به رصد اطلاعات مربوط به تردد کشتی‌ها اختصاص دارد نشان می‌دهد که این کشتی عصر پنجشنبه خلیج عمان و در شمال مسقط، پایتخت عمان در حال تردد بوده است، ناوگان پنجم نیروی دریایی آمریکا در بیانیه‌ای گفته است: اقدامات ایران خلاف قوانین بین‌المللی و باعث اخلال در ثبات و امنیت منطقه هستند. ایران بایستی فوراً این نفت‌کش را آزاد کند. در بیانیه نیروی دریایی آمریکا اشاره‌ای به دلیل توقیف این کشتی نشده است. همچنین در این بیانیه ادعا شده که ادونتج سوئیت توسط سپاه پاسداران انقلاب اسلامی توقیف شده در حالی که روابط عمومی ارتش در بیانیه‌ای توقیف این کشتی را تأیید کرده است. ناوگان پنجم نیروی دریایی آمریکا مدعی شده که این پنجمین کشتی تجاری است که ایران در دو سال اخیر توقیف کرده است. همچنین در این بیانیه آمده است: اقدام مستمر ایران در حمله به کشتی‌ها و مداخله در حقوق تردد دریایی در آب‌های منطقه‌ای تهدیدی علیه امنیت دریایی و اقتصاد جهانی است. (خبرگزاری فارس، <https://www.farsnews.ir/news/۱۴۰۲۰۲۰۷۰۰۰۶۸۶/>، آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۲/۸)؛ اما طبق گفته مقامات ایران، این نفتکش امنیت دریانوردی در تنگه هرمز را مختل کرده است، نفتکش Advantage sweet درخواست چند باره کمک و تغییر مسیر شناور ایرانی که با آن تصادم کرده را نادیده گرفته و توقف نکرده و به مسیر خود ادامه داده است، به جز افرادی که در شناور ایرانی مجروح شده اند، هنوز و در زمان نگارش این مقاله سرنوشت سه نفر از اشخاصی که مفقود شده اند معلوم نیست. ایران بارها نفتکش‌هایی که تخلف کرده

ضوابط حاکم بر توقیف کشتی‌ها و نفتکش‌ها؛ مطالعه موردی توقیف نفتکش توسط ارتش ◇ ۷۹

بودند را به علت برقراری امنیت در تنگه هرمز که در آبهای سرزمینی ایران قرار دارد و نیمی را انرژی جهان از آن می‌گذرد را توقیف کرده است.

حال که شمای کلی توقیف نفتکش مذکور را دانستیم، سراغ انطباق این مسئله با قواعد

بین‌المللی می‌رویم.

اهمیت تنگه هرمز

شایسته است پیش از پرداختن به انطباق قواعد بین‌المللی با توقیف نفتکش Advantage sweet، به یکی از مسائل مهم و خط قرمزهای اساسی جمهوری اسلامی ایران که در این قضیه هم مشهود بود بپردازیم.

منطقه خلیج فارس همواره به عنوان یکی از مناطق مهم امنیتی راهبردی و اقتصادی در نظام بین‌الملل از جایگاه ویژه‌ای برخوردار بوده و امروزه با اکتشاف نفت و با توجه به نقش اساسی آن در اقتصاد جهانی، امنیت و ثبات این منطقه دغدغه اصلی کشورهای منطقه و جهان است. تنگه هرمز تنها خروجی خلیج فارس است و بیشتر مواد و انرژی منطقه از طریق این تنگه صورت می‌گیرد. (حاتمی نیا، حسنعلی پور دیل، ۱۴۰۱، ص ۱۷) تنگه هرمز آبراهی باریک و خمیده شکل است که دریای نیم بسته خلیج فارس را از راه دریای مکران به اقیانوس هند و راههای کشتیرانی بین‌المللی دریای آزاد پیوند میدهد و به انگیزه جایگاه ویژه و استراتژیک خود، شاه‌رگ زندگی اقتصادی غرب و ژاپن در شرق دور به شمار می‌رود. این تنگه حدود ۱۰۰ مایل دریایی (۱۸۵ کیلومتر) درازا دارد و ادامه بلندی‌های جنوب ایران به شبه جزیره مسندم را بریده و یک فرورفتگی زمین شناسی است که از شمال به ایران و از جنوب به شبه جزیره مسندم در کشور عمان محدود میگردد. (افشار سیستانی، ۱۳۹۶، ص ۶) تنگه هرمز یکی از تنگه‌های حساس و راهبردی دنیا است که به دلیل ارزش‌های ارتباطی، ژئواکونومیک، ژئواستراتژیکی و ژئوپلیتیکی عامل جغرافیایی موثری در موازنه قدرت و تنش‌های منطقه‌ای و بین‌المللی محسوب

می‌گردد. از آنجا که این تنگه دروازه اصلی تجارت بین‌المللی ایران و همسایگان جنوبی آن به آب‌های آزاد، صدور انرژی و تمرکز سیاست خارجی منطقه‌ای و بین‌المللی می‌باشد، بروز هرگونه بحران و تنش در آن منجر به تأثیرگذاری در سطح منطقه و جهان خواهد شد. (شاملو، فرجی راد، ۱۳۹۸، ص ۱۶۷) بنابراین اهمیت تنگه هرمز برای ایران بسیار زیاد است و تمام تلاش خود را برای برقراری امنیت در این تنگه به کار می‌گیرد.

قواعد حقوقی ناظر بر توقیف کشتی‌های خارجی با توجه به توقیف نفتکش Advantage

sweet توسط ایران

اصل کلی حاکم بر دریاها، آزادی دریانوردی است، توقیف کشتی‌ها استثنایی بر آزادی دریانوردی است و باید به صورت مضیق تفسیر شود، هر چند دامنه شمول این استثناء در سالهای اخیر افزایش داشته است. به طور کلی توقیف کشتی در حقوق بین‌الملل معاصر باید از سوی کشتی‌هایی که مجاز به چنین کاری هستند یعنی کشتی‌های نظامی و یا کشتی‌های دولتی که به این کار گمارده شده‌اند مانند گارد ساحلی و مبتنی بر دلایل معقول انجام گردد. (کرم زاده، عابدینی، ۱۳۹۹، ص ۱۱۵) همان طور که گفته شد نفتکش متخلف مذکور که با پرچم جزایر مارشال و در حالی که اجاره شده از طرف ایالات متحده آمریکا بود بعد از تصادم با شناور ایرانی بدون توجه به درخواست کمک شناور به علت مجروح و مفقود شدن برخی سرنشینان آن و ۸ ساعت هشدار بابت توقف، به مسیر خود ادامه داد و هنگام خروج از آبهای ایران جی پی اس خود را خاموش کرده و به نوعی فرار کرده است تا این که ایران نفتکش را در آبهای عمان متوقف کرد. لازم است بدانید که طبق ماده ۱ قانون دریایی جمهوری اسلامی ایران در خلیج فارس و دریای عمان، جمهوری اسلامی ایران خارج از قلمرو خشکی و آب‌های داخلی و جزایر خود در خلیج فارس، تنگه هرمز و دریای عمان بر منطقه‌ای از آب‌های متصل به خط مبدا که دریای سرزمینی نامیده می‌شود نیز حاکمیت دارد. این حاکمیت همچنین شامل فضای فوقانی، بستر و زیر بستر دریای سرزمینی می‌باشد. (قانون مناطق دریایی

ضوابط حاکم بر توقیف کشتی‌ها و نفتکش‌ها؛ مطالعه موردی توقیف نفتکش توسط ارتش ◇ ۸۱

جمهوری اسلامی ایران در خلیج فارس و دریای عمان، ماده ۱) پس توقیف نفتکش متخلف آمریکایی طبق قانون و در دریای عمان کاملاً قانونی است و همچنین با حکم قضایی صورت گرفته است. ضمناً بر اساس بند سوم ماده ۲۸ کنوانسیون حقوق دریاها مصوب ۱۹۸۲، کشور ساحلی حق دارد بر طبق قوانین خود یک کشتی خارجی را که در دریای سرزمینی قرار دارد و با بعد از ترک آبهای داخلی از دریای سرزمینی عبور می‌کند، برای رسیدگی‌های حقوقی توقیف و یا حکمی را بر علیه او اجرا کند و قابل ذکر است که بند دوم همین ماده که کشور ساحلی بیان میدارد کشور ساحلی این امکان را ندارد که برای رسیدگی حقوقی کشتی را توقیف یا هر حکم حقوقی را بر علیه آن اجرا کند، به حقی که در بند سوم گفتیم هیچ لطمه‌ای وارد نخواهد کرد. (کنوانسیون حقوق دریاها مصوب ۱۹۸۲، ماده ۲۸)

عبور بی‌ضرر سرزمینی

حال که بررسی کردیم اقدام ایران از لحاظ حقوقی صحیح بوده شایسته است در خصوص عبور بی‌ضرر بدانیم. بخشی از آبهای سطح جهان که به دریای سرزمینی موسوم می‌باشد جزئی از قلمرو و کشورهای ساحلی به شمار آمده و تحت حاکمیت دول ساحلی مربوطه قرار دارد. معهداً این حاکمیت نیز تام و تمام نبوده و عبور بی‌ضرر کلی کشورها از این آبها با رعایت سایر مقررات حقوق بین‌الملل، آزاد و به عبارت دیگر مجاز است. بنابراین حق عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی به عنوان استثنایی بر اصل حاکمیت دول ساحلی تلقی می‌شود که از دیرباز به عنوان يك اصل کلی در حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده:

الف) کنوانسیون سال ۱۹۵۸ ژنو و عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی

بخش سوم از کنوانسیون سال ۱۹۵۸ ژنو راجع به دریای سرزمینی و منطقه نظارت مشتمل بر مواد ۱۴ تا ۲۳ در مورد حق عبور بی‌ضرر است. در این میان، مواد ۱۴ تا ۱۷ متضمن مقررات مربوط به عبور کلیه کشتی‌ها (اعم از تجاری و جنگی)، مواد ۱۸ تا ۲۰ مربوط به مقررات خاص ناظر به

عبور کشتی‌های تجاری، مواد ۲۱ و ۲۲ راجع به مقررات مربوط به عبور کشتی‌های دولتی (غیر از کشتی‌های جنگی) و ماده ۲۳ ناظر به مقررات حاکم بر عبور کشتی‌های جنگی است. به موجب ماده ۱۴ کنوانسیون مورد بحث، کشتی‌های تمام کشورها، اعم از ساحلی و غیر آن، بر اساس مقررات این بخش، از حق عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی برخوردارند. (PHILIPS.C, ۱۹۸۶, p ۸۱)

مقصود از عبور، کشتیرانی از طریق دریای سرزمینی به منظور پیمودن دریای مذکور بدون ورود به آبهای داخلی، یا کشتیرانی در دریای سرزمینی به مقصد آب‌های داخلی، یا کشتیرانی از طریق دریای سرزمینی در مسیر آب‌های داخلی به دریاهای آزاد می‌باشد. عبور شامل توقف و لنگر انداختن نیز می‌شود؛ اما فقط تا جایی که توقف یا لنگر انداختن از رویدادهای کشتیرانی عادی بوده و یا به علت قوه قاهره و یا سانحه، ضروری باشد. (Force majeure) عبور تا جایی بی‌ضرر است که مخل آرامش، نظم یا امنیت کشور ساحلی نباشد. عبور کشتی‌های ماهیگیری خارجی در صورتی که قوانین و مقررات کشور ساحلی در مورد منع این کشتی‌ها از ماهیگیری رعایت نشود، عبور بی‌ضرر محسوب نخواهد شد. زیر دریایی‌ها در دریای سرزمینی باید در سطح آب و با پرچشم افراشته عبور کنند.

بر اساس ماده ۱۵ دولت ساحلی نباید مانع عبور بی‌ضرر از طریق دریای سرزمینی بشود؛ حال آن که ماده ۱۲ مقرر می‌دارد: دولت ساحلی می‌تواند برای جلوگیری از عبوری که بی‌ضرر نیست اقدامات لازم را به عمل آورد. دولت ساحلی همچنین می‌تواند بدون هیچ‌گونه تبعیضی بین کشتی‌های خارجی، به طور موقت و برای حفظ امنیت خود عبور بی‌ضرر کشتی‌های مذکور را در مناطق مشخصی از دریای سرزمینی خود به حال تعلیق درآورد. مع هذا عبور بی‌ضرر (به عبارت دیگر عبوری که مخل نظم و امنیت و آرامش کشور ساحلی نیست) در تنگه‌های بین‌المللی نباید به حالت تعلیق درآید. به علاوه کشتی‌های خارجی به هنگام استفاده از حق عبور بی‌ضرر ملزم به رعایت قوانین و مقررات کشور ساحلی، بویژه قوانین و

ضوابط حاکم بر توقیف کشتی‌ها و نفتکش‌ها؛ مطالعه موردی توقیف نفتکش توسط ارتش ◇ ۸۳

مقررات مربوط به حمل و نقل و کشتیرانی می‌باشد. چنانچه کشتی جنگی مقررات کشور ساحلی در مورد عبور از دریای سرزمینی را رعایت نکند و به هرگونه تقاضایی دایر بر رعایت مقررات مذکور ترتیب اثر ندهد کشور ساحلی می‌تواند از کشتی مزبور بخواهد که دریای سرزمینی آن کشور را ترک کند (فناپی، ۱۳۷۱، ص ۲۸).

ب) کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحد راجع به حقوق دریاها و عبور بی ضرر

به موجب ماده ۱۷ کنوانسیون سال ۱۹۸۲ ملل متحد که مشابه ماده ۱۴ کنوانسیون سال ۱۹۵۸ ژنو می‌باشد، کشتی‌های کلیه کشورها اعم از ساحلی یا کشورهای محصور در خشکی (فاقد ساحل) از حق عبور بی ضرر از دریای سرزمینی برخوردارند. در کنوانسیون سال ۱۹۸۲ معنی عبور و عبور بی ضرر مشروح‌تر از مقررات کنوانسیون سال ۱۹۵۸ و در دو ماده مستقل بیان گردیده و به ویژه در تشریح معنی عبور در ماده ۱۸ خاطر نشان شده که عبور باید پیوسته (Continuous) و با سرعت متعارف انجام گیرد. در ماده ۱۹ در تعیین معنی عبور بی ضرر علاوه بر تأکید بر روی این موضوع که عبور تا جایی که محل آرامش، نظم یا امنیت کشور ساحلی نباشد بی ضرر است و چنین عبوری باید براساس مقررات این کنوانسیون و سایر مقررات حقوق بین‌الملل صورت گیرد.

مواردی که مخل صلح و آرامش، نظم و یا امنیت کشور ساحلی می‌باشد به شرح زیر احصا گردیده است: هرگونه تهدید یا توسل به زور علیه حاکمیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی کشور ساحلی یا اقدام به هر نحو دیگری که ناقض حقوق بین‌الملل به شرح مندرج در منشور ملل متحد باشد. (تقی زاده، ۱۳۹۳، ص ۳۸)

- هرگونه مشق (مانور) یا تمرین با هر نوع اسلحه؛

- هر اقدامی به قصد جمع‌آوری اطلاعات که برای مصالح دفاعی و امنیت کشور ساحلی زیان‌آور باشد؛ هر اقدام تبلیغاتی که منظور از آن لطمه زدن به مصالح دفاعی و امنیت کشور ساحلی باشد؛

- پرواز و فرود یا انتقال هر نوع هواپیما به کشتی؛

- پرتاب، فرود یا انتقال هر نوع ادوات نظامی به کشتی؛

- بارگیر یا تخلیه هر نوع کالا و پول و نقل و انتقال افراد برخلاف قوانین و مقررات گمرکی،

مالی، مهاجرتی و یا بهداشتی کشور ساحلی؛

- هرگونه اقدام عمدی و جدی در زمینه آمادگی (محیط زیست دریایی) برخلاف این کنوانسیون؛

- هرگونه فعالیت در زمینه ماهیگیری؛

- انجام هر نوع پژوهش علمی، نقشه‌برداری و نمونه‌برداری؛

- هرگونه اقدام به منظور ایجاد اختلال در سیستم‌های ارتباطی یا سایر تسهیلات و تأسیسات کشور ساحلی؛

- انجام هرگونه فعالیت دیگری که لازمه عبور کشتی نباشد؛

ماده ۲۱ کنوانسیون مورد بحث ناظر به قوانین و مقرراتی است که کشور ساحلی می‌تواند به موجب کنوانسیون مذکور و سایر قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل، در مورد عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی وضع نماید. قوانین و مقررات مذکور از جمله ناظر به این موارد خواهد بود (کنوانسیون ۱۹۵۸ ژنو، ماده ۲۱).

امنیت دریانوردی و تنظیم رفت و آمد دریایی؛ حفاظت تسهیلات و امکانات امدادی مربوط به دریانوردی و سایر تسهیلات و تأسیسات، حفاظت کابل‌ها (سیم‌کشی‌ها) و خطوط لوله؛ حفظ منابع جاندار دریایی؛ جلوگیری از نقض قوانین و مقررات مربوط به شیلات و

ضوابط حاکم بر توقیف کشتی‌ها و نفتکش‌ها؛ مطالعه موردی توقیف نفتکش توسط ارتش ◇ ۸۵

نیز قوانین و مقررات گمرکی، مالی و مهاجرتی کشور ساحلی؛ پژوهش‌های علمی و دریایی و حفظ محیط زیست کشور ساحلی و جلوگیری و کاهش و کنترل آلودگی محیط زیست.

کشور ساحلی باید قوانین و مقررات مذکور را به نحو مقتضی اطلاع عمومی کشورها برساند و کشتی‌های خارجی به هنگام استفاده از حق عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی باید از کلیه قوانین و مقررات مذکور و نیز کلیه مقررات بین‌المللی در خصوص جلوگیری از تصادم کشتی‌ها در دریا که مقبولیت عام یافته است، پیروی کنند (رمضانی، ۱۳۸۴، ص ۲۸)

ماده ۲۴ در مورد وظایف کشور ساحلی است که به موجب آن کشور ساحلی جز در مواردی که در کنوانسیون مشخص شده نباید مانع عبور بی‌ضرر کشتی‌های خارجی از دریای سرزمینی بشود و نیز باید هرگونه خطر مربوط به دریانوردی را که از وجود آنها در دریای سرزمینی مطلع است به نحو مقتضی به اطلاع عموم برساند.

ماده ۲۵ در مورد حق حراست کشور ساحلی است و به موجب بند ۱ آن کشور ساحلی می‌تواند در دریای سرزمینی اقدامات لازم را برای جلوگیری از عبوری که بی‌ضرر نیست به عمل آورد و بند ۳ ماده مذکور مقرر می‌دارد در صورتیکه تعلیق عبور بی‌ضرر برای حفظ امنیت کشور ساحلی اساسی باشد آن کشور می‌تواند بدون تبعیض، عبور بی‌ضرر کشتی‌های خارجی را در مناطق مشخصی از دریای سرزمینی خود به حالت تعلیق درآورد. (کنوانسیون ۱۹۵۸ ژنو، ماده ۲۴ و ۲۵)

مفهوم تصادم دریایی

از دیدگاه حقوق کشتیرانی و دریایی، مفهوم تصادم را بدین شکل تبیین کرده‌اند: برخورد دو یا چند شناور که حداقل یکی از آنها کشتی است مانند تماس بدنه دو کشتی در حال حرکت یا در لنگر، برخورد دکل‌های دو کشتی که در کنار یکدیگر لنگر انداخته‌اند و مانند اینها. با توجه به تعریف عمومی تصادم و تعریف ارائه شده از تصادم کشتی‌ها، در اینجا ذکر چند نکته ضروری به نظر می‌رسد مطابق تعریف کلی تصادم، مراد از آن هر برخوردی است که ممکن است بین دو

یا چند کشتی و یا بر اثر تماس کشتی با تأسیسات و ایستگاه‌های دریایی یا لوازم دریانوردی چراغ‌های دریایی، جزایر مصنوعی و... (و تأسیسات بندری) مثل اسکله‌ها، باراندازها ۱۱ بوجود آید؛ اما با وجود رواج و شیاع این لفظ در معنای عام، نظری اجمالی به مقررات حاکم بر تصادم کشتی‌ها موبد این نکته است که تنها تصادم بین کشتی‌ها درگستره حقوق دریایی می‌گنجد و برخورد کشتی‌ها با سایر تأسیسات و تجهیزات دریایی و بندری از این مقررات خروج موضوعی دارد (امید، ۱۳۵۳، ص ۲۶۵).

برای تحقق تصادم، ضروری نیست که بدنه آنها با یکدیگر تماس پیدا کند بلکه در صورت برخورد یک کشتی با لوازم و ملحقات کشتی دیگر از قبیل زنجیر لنگر یا طناب تور ماهیگیری هم، تصادم مشمول مقررات دریایی رخ می‌دهد بر خلاف نظر پاره‌ای از استادان که تصادم را منحصر به برخورد دو کشتی در حال حرکت دانسته‌اند و با وجود آنچه در مورد معنای لغوی تصادم گفته شد که البته مطابق با قالب مصدری آن در زبان عربی است، از دید حقوق دریایی، صرفاً به برخورد بین دو کشتی در حال حرکت، تصادم گفته نمی‌شود بلکه در صورتی که در زمان برخورد، یکی از کشتی‌ها در لنگر بوده و یا حتی اگر هر دو کشتی در لنگر بوده و متوقف باشند، باز هم تصادم به معنای حقوقی رخ داده است؛ این امر نه تنها از تعاریف تصادم بلکه از معاهده بروکسل نیز به خوبی استنباط می‌گردد. به موجب متن فارسی ماده معاهده که مفاد ۲ ماده ۱۶۳ آن در ماده قانون دریایی ایران گنجانده شده است، اگر تصادم اتفاقی و ناشی از فورس ماژور بوده و علل تصادم مبهم باشد، جبران خسارت بر عهده خود کسانی است که خسارت دیده‌اند، این مقررات همچنین شامل مواردی می‌باشد که کشتی‌ها یا یکی از آنها حین تصادم در لنگر باشد. (ستوده تهرانی، ۱۳۴۴، ص ۲۱۰)

صورت‌های تصادم موضوع معاهده بروکسل

به موجب ماده ۱ معاهده بروکسل هنگامی که بین کشتی‌های دریایما یا بین کشتی‌های دریایما و کشتی‌های خاص کشتیرانی داخلی تصادمی روی دهد، جبران خسارت وارده به کشتی‌ها، یا اشیاء و یا اشخاصی که داخل آنها هستند... مطابق مقررات به عمل خواهد آمد. (معاهده ۱۹۱۰ بروکسل، ماده ۱) با لحاظ حکم مذکور و مطالبی که در این مبحث ارائه گردید، صورت‌های تصادم که مشمول معاهده می‌باشند محدود به دو مورد است: تصادم بین دو یا چند کشتی دریایما تصادم یک یا چند کشتی دریایما با یک یا چند کشتی مخصوص کشتیرانی داخلی بنابراین تصادم بین کشتی‌های دریایما یا کشتی‌های مخصوص کشتیرانی داخلی با دیگر کشتی‌ها، تصادم بین کشتی‌های داخلی و اساساً تصادم بین سایر کشتی‌ها مشمول معاهده بروکسل نمی‌باشد. پس از روشن شدن موضع معاهده، بررسی مفاد قانون دریایی ایران از این حیث جالب به نظر می‌رسد. در ماده ۱۶۲ قانون دریایی چنین می‌خوانیم در صورت تصادم بین کشتی‌های دریایما و کشتی‌های مخصوص کشتیرانی در آبهای داخلی، جبران خسارت وارده به کشتی‌ها یا اشیاء و اشخاص داخل آنها... طبق مقررات این فصل به عمل خواهد آمد.

تصادم حکمی

آنچه تاکنون گفته شد در مورد تصادم به معنای واقعی آن یعنی برخورد فیزیکی میان دو یا چند کشتی بود؛ بدیهی است در صورتی که در نتیجه این حادثه خسارتی به بار آید بر اساس قواعد مسولیت ناشی از تصادم قابل جبران است؛ اما این مقررات علاوه بر فرض وقوع تصادم، درحالی دیگر نیز قابل اجراست ولو اینکه در عمل تصادمی روی نداده باشد. به موجب ماده ۱۳ معاهده بروکسل این معاهده به جبران خساراتی که به یک کشتی به کشتی دیگر یا کالاها و یا اشخاص داخل هر کشتی از طریق اجرا یا عدم اجرای یک مانور یا عدم رعایت مقررات وارد کرده نیز تسری می‌یابد ولو اینکه عمال تصادمی روی نداده باشد. (قانون دریایی ایران، ماده ۱۷۲)

ماهیت تصادم در حقوق ایران

به طور خلاصه باید گفت در فقه اتلاف اموال به طور کلی گاه بالمباشره است و گاه بالتسبیب. در اتلاف به مباشرت یا همان اتالف شخص مستقیماً و بدون دخالت وساطت فاعل دیگر اعم از اینکه واجد یا فاقد اراده باشد مال غیر را تلف میکند مثل اینکه مالی را آتش زند یا شیشه‌ای را بشکنند. در این راستا ایجاد علت تلف مثل آتش زدن یا سنگ انداختن، رابطه علیت مستقیم راقطع نمی‌کند و عرفاً در این مورد نیز با احراز انتساب تلف به متلف، از اتلاف سخن می‌گویند؛ اما در تسبیب، شخص مالی را به طور مستقیم تلف نمی‌کند بلکه فعلی را انجام می‌دهد که آن فعل با واسطه سبب وقوع تلف می‌شود. سبب عاملی است که از وجود آن لزوماً وجود دیگر لازم نمی‌آید؛ ولی از عدم آن عدم لازم می‌آید؛ برای مثال اگر شخصی در مسیر عمومی چاهی بکند و مال یا شخصی در آن افتاده و تلف شود، حفرکننده مسئول است منتها از باب تسبیب نه اتلاف؛ زیرا بین کندن چاه و سقوط رهگذر یا مال در آن، رابطه مستقیم و علیت نیست و احتمال دارد اساساً چنین اتفاقی نیفتد؛ ولی عرفاً انتظار چنین حادثه‌ای وجود دارد و در صورت وقوع مسلم می‌گردد، که اگر چاه کنده نمی‌شد کسی یا مالی هم در آن نمی‌افتاد؛ ولی گذشته از تفاوت ماهوی اتلاف و تسبیب به شرح فوق همانطور که پیشتر گفته شد، در اتلاف تقصیر شرط ایجاد مسئولیت نیست؛ ولی در تسبیب، کاری به سبب نسبت داده می‌شود باید در نظر عرف، عدوان و خطا باشد همچنین باید افزود که اتلاف تنها با انجام دادن کار یا فعل مثبت تحقق می‌پذیرد در حالی که تسبیب ممکن است نتیجه انجام دادن کار یا خودداری از آن باشد (شهیدی، ۱۳۷۵، ص ۴۲).

نتیجه‌گیری

بدون شک تجارت از راه دریا از مهم‌ترین مباحث دنیای امروز است و درصد قابل توجهی از مبادلات تجاری بسیاری از دولت‌ها از طریق دریاها انجام می‌شود و تجارت جهانی و حمل و نقل دریایی اصل اساسی رشد و شکوفایی اقتصادی در سراسر جهان می‌باشد و به همین علت نیز دولت‌ها را با چالش‌های زیادی مواجه و رو به رو می‌سازد. در این سال‌ها چند بار پیش آمده است که ایران کشتی‌ها و نفتکش‌های متخلفی را که در امنیت آبهای ایران را به خطر می‌انداختند را توقیف کرده و اقدامات مناسب حقوقی را به انجام رسانده است، برای مثال توقیف نفتکش انگلیسی استینا ایمپرو توسط ایران در تنگه هرمز و یا توقیف نفتکش کرهای به نام هانکوک چیمی. مطلبی که کاملاً واضح می‌باشد این است که ایران بر سر کوچکترین تخلفی در این خصوص و به ویژه تنگه هرمز هیچ تعارفی ندارد. آمریکا پس از توقیف نفتکش آمریکایی در آبهای بین‌المللی ادعا کرد که ایران تداوم آزار و اذیت کشتی‌ها توسط ایران و مداخله این کشور در حقوق کشتیرانی در آب‌های منطقه، تهدیدی برای امنیت دریایی و اقتصاد جهانی است، در حالی که طبق قواعد بین‌المللی اقدام ایران کاملاً قانونی و بر اساس حقوق خویش بوده است. کشتی مذکور وظیفه داشته که بعد از تصادم به افرادی که در این اثر مجروح شده‌اند کمک کند و وضعیت مفقود شدگان را پیگیری نماید که همانطور که گفته شد بدون توجه به اخطارها و هشدارها به راه خود ادامه داده است، بنابراین حق شکایت برای خانواده‌های افرادی که آسیب دیدند و مفقود شدند محفوظ می‌باشد.

منابع و مأخذ

۱. قانون مناطق دریایی جمهوری اسلامی ایران در خلیج فارس و دریای عمان.
۲. قانون دریایی ایران.
۳. کنوانسیون حقوق دریاها مصوب (۱۹۸۲).
۴. کنوانسیون عبور بی ضرر دریای سرزمینی (۱۹۵۸).
۵. معاهده بروکسل (۱۹۱۰).
۶. افشار سیستانی، ایرج، نگاهی تاریخی و حقوقی به جزیره‌های بوموسی، تنب بزرگ و تنب کوچک، مجله مطالعات خلیج فارس، شماره ۱۰، (۱۳۹۶).
۷. امید، هوشنگ، حقوق دریایی، مؤسسه عالی بیمه تهران، جلد اول، (۱۳۵۳).
۸. تقی زاده، ابراهیم، حقوق حمل و نقل دریایی، انتشارات مجد، چاپ سوم، (۱۳۹۳).
۹. حاتمی نیا، احسان، حسنعلی پور دیل، طاهره، حضور نظامی آمریکا در خلیج فارس و اهمیت تنگه هرمز بر امنیت ملی جمهوری اسلامی ایران بعد از سال ۲۰۰۳، مجله مطالعات راهبردی علوم انسانی و اسلامی، (۱۴۰۱).
۱۰. رضائی، عباس، حقوق حمل و نقل دریایی مؤسسه آموزشی کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران (مترجم)، ۱۳۸۴.
۱۱. ستوده تهرانی، حسن، حقوق دریایی و هوایی، انتشارات دانشگاه تهران، (۱۳۴۴).
۱۲. شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی؛ مسئولیت حقوقی ناشی از تصادم وسایل نقلیه، نشر حقوقدان، چاپ اول، (۱۳۷۵).

ضوابط حاکم بر توقیف کشتی‌ها و نفتکش‌ها؛ مطالعه موردی توقیف نفتکش توسط ارتش ◇ ۹۱

۱۳. شاملو، رضا، فرجی راد، عبدالرضا، بررسی پیامدهای سیاسی - اقتصادی تنش در تنگه استراتژیک هرمز، مجله سیاست و روابط بین‌الملل، سال سوم، شماره ۶، (۱۳۹۸).

۱۴. کرم زاده، سیامک، عابدینی، عبدالله، مقاله تحقیق حقوقی توقیف نفتکش گریس ۱ در آب‌های سرزمینی جبل الطارق، مجله اقیانوس شناسی، سال یازدهم، شماره ۴۱، (۱۳۹۹).

۱۵. فنایی، دکتر محمد امین، کشتی و کشتیرانی، مؤسسه آموزشی علوم و فنون دریایی و صیادی کیش، چاپ اول، (۱۳۷۱).

English Resources

- PHILIPS C. JESSUP: The Law of Territorial Water and Maritime Jurisdiction, New-Tork: G.A., jennige and Co., ۱۹۲۷, p. ۱۲۰. See Also, R.P. ANAND: Transit Passage and Overflight in International Straits, Indian Journal of International Law, Vol. ۲۶, Nos. ۱ & ۲, January-June ۱۹۸۶, p. ۸۱.

سایت‌ها

- <https://www.farsnews.ir/>

- <https://www.aja.ir/portal/home/>