



سنگداده‌گری

فصلنامه علمی - تخصصی حقوق

انجمن علمی-دانشجویی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد کازرون

شماره ۲ دوم • تابستان ۱۴۰۳ • سال اول

در این شماره می خوانید:

- بطلان و ابطال رأی داوری در حقوق ایران
- چشم اندازی بر احاله ی درجه دوم در ایران
- تغییر جنسیت در نظام حقوقی ایران
- موانع حقوقی صادرات نفتی ایران و راهکارها
- و چند جستار دیگر...



فهرست مطالب



سه‌گانه دادگري

فصلنامه علمی - تخصصی حقوق
انجمن علمی-دانشجویی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد کازرون
شماره ی دوم • تابستان ۱۴۰۳ • سال اول

- ۱- سرمقاله..... (۱)
- ۲- بطلان و ابطال رأی داوری در حقوق ایران..... (۲-۱۳)
- ۳- دیدگاه حقوق دانان ایرانی در ارتباط با پذیرش یا رد احاله ی درجه دوم..... (۱۴-۱۷)
- ۴- تغییر جنسیت در نظام حقوقی ایران..... (۱۸-۲۵)
- ۵- موانع حقوقی صادرات نفتی ایران و راهکار های مقابله با آن..... (۲۶-۳۳)
- ۶-مراجع محیط زیست در حقوق کنونی..... (۳۴-۳۹)
- ۷- بررسی نقص حکم دیوان عالی کشور توسط بدوی..... (۴۰-۴۱)
- ۸- مرور کتاب (هرگز دروغ نگو)..... (۴۲-۴۳)

• مدیر مسئول: نازنین کرمی

• سر دبیر: نازنین کرمی

• هیئت تحریریه : سیده مینا حسینی
امیر محمد نحاسی، ابوالفضل کشتکار

• ویراستار: دکتر کاظم دهقانپان فرد

• طراح گرافیک: هادی ورچه

• شماره مجوز: ۳۲۱۴

راه های ارتباطی:

☎ ۰۹۲۰۳۶۰۶۴۶۰ (مدیر مسئول)

✈ @lawiau_anjomanelmi

📷 @lawsociety_uniazad

سرمقاله

خوانندگان گرامی،

بازدید شما از شماره ی دوم نشریه ی علمی تخصصی سوگند دادگری مایه ی مباحثات است زیرا ، این مجله با هدف تبادل یافته‌های علمی و پژوهشی در حوزه ی علوم حقوقی منتشر شده است.

در این شماره ، مقالاتی در زمینه‌های مختلف حقوقی از جمله آیین دادرسی مدنی ، حقوق بین الملل ، حقوق مدنی و حقوق محیط زیست را گردآوری کرده‌ایم که امیدواریم مورد توجه شما قرار گیرد. همچنین در بخش یادداشت‌های پژوهشی، به موضوع روز و چالش‌های پیش روی جامعه ی حقوقی پرداخته‌ایم. این بار سعی بر ارائه ی موضوعاتی داشته ایم که افراد، گاه برای پذیرش آن موضع می گیرند و یا علی رغم علم به اهمیت آن ، نادیده اش می گیرند . همچنین به مطالبی که اکثریت عموم با ناآگاهی حقوقی از آن، در چرخه ی پیچیده ی دادگستری دور و تسلسل می زنند هم پرداخته ایم. لذا همواره توجه به این مسائل را اصلی لایزال برای خود دانسته و تمام کوشش خویش را برای آماده سازی آن بکارگرفته ایم .

ما همواره به دنبال ارتقای کیفیت علمی این مجله و ایجاد بستری مناسب برای تبادل نظر صاحب‌نظران و پژوهشگران این حوزه هستیم. لذا از همه ی شما خوانندگان ارجمند تقاضا داریم که با ارسال نظرات ارزشمند خود، ما را در این امر یاری دهید.

در پایان، از همه همکاران و نویسندگانی که در تهیه و تدوین این شماره همکاری داشته‌اند، صمیمانه سپاسگزارم.

امید است که این مجله بتواند گامی هرچند کوچک در جهت ارتقای سطح دانش و مباحث علمی در جامعه حقوقی کشور بردارد.

با احترام

نازنین کرمی

بطلان و ابطال رأی داوری در حقوق ایران

محمدرحیم بهبهانی

(عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کازرون)

چکیده

یکی از روش‌های جایگزین حل اختلاف، داوری می‌باشد مزایای این روش از جمله تسریع در رسیدگی، هزینه ی کم، محرمانه بودن رسیدگی، سبب استقبال روز افزون از این روش در مقایسه با پیگیری های قضایی گردیده است. هرچند داوری تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نمی باشد لیکن داور موظف به رعایت قواعد و اصول حاکم بر داوری است و نمی تواند برخلاف این اصول و قواعد و یا خلاف قوانین موجد حق، رأی صادر نماید. در قوانین و مقررات ایران، مصادیق ابطال و بطلان آرای داوری به طور مشخص در ماده ی (۴۸۹) قانون آیین دادرسی مدنی و مواد (۳۳ و ۳۴) قانون داوری تجاری بین المللی بیان گردیده است. در این جستار ضمن بررسی موارد قابل ابطال و بطلان آرای داوری در قوانین ایران، به اختصار توضیحاتی در هر مورد ارائه خواهد شد.

واژگان کلیدی: داوری، ابطال رأی داوری، بطلان رأی داوری

مقدمه

آنچه مسلم است، داوری بدون مساعدت، نظارت و گاه دخالت دادگاه، معمولاً نمی تواند به طور کامل مؤثر باشد. علل این امر نیز جدا از لزوم حفظ حقوق اشخاص، رعایت پاره ای از اصول و مقرراتی است که قانون گذار بنابر مصالح و منافی که در رأس آنها ایجاد نظم در رسیدگی های داوری می باشد، تدبیر و مقرر نموده است، طبق ماده ی (۴۸۹) قانون آیین دادرسی مدنی، اموری مانند لزوم رعایت قوانین موجد حق در رسیدگی و صدور رأی، رسیدگی در محدوده ی خواسته، رسیدگی در مدت قانونی یا قراردادی و صدور رأی و ابلاغ آن در این بازه ی زمانی، صدور رأی توسط داور یا داورانی که مجاز به صدور رأی نمی باشند و...، از اموری می باشند که دادگاه صالح پس از اعتراض به رأی در بازه ی زمانی قانونی^۱ در صورت احراز هر یک از آنها، حکم به بطلان رأی داوری صادر می نماید.

در مواد (۳۳ و ۳۴) قانون داوری تجاری بین المللی^۲ نیز به مواردی اشاره شده که احراز آنها توسط دادگاه ابطال یا بطلان رأی داوری را به دنبال خواهد داشت.^۳

در قانون اخیر، برخلاف قانون آیین دادرسی مدنی، طی دو ماده، موارد ابطال آرای داوری از موارد بطلان جدا شده است که در ادامه به بیان و بررسی این موارد همزمان با موارد قابل ابطال آرای داوری خواهیم پرداخت.

۱ طبق ماده ی (۴۹۰) قانون آیین دادرسی مدنی: «در مورد ماده فوق (یعنی ماده ی ۴۸۹ همان قانون) هر یک از طرفین می تواند ظرف بیست روز بعد از ابلاغ رأی داور از دادگاهی که دعوی را ارجاع به داوری کرده یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد، حکم به بطلان رأی داور را بخواهد».

۲ مصوب ۲۶/۰۶/۱۳۷۶

۳ باید توجه داشت که قانون داوری تجاری بین المللی نسبت به باب هفتم آیین دادرسی مدنی یک قانون خاص محسوب می شود و طبق بند (ب) ماده (۱) قانون داوری تجاری بین المللی: «داوری بین المللی عبارتست از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت نامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد» و طبق ماده ی (۲) همان قانون، قلمرو اجرای آن در خصوص اختلافات تجاری با مصادیق مشخص شده در بند (۱) ماده مزبور می باشد.

در قانون اخیر، برخلاف قانون آیین دادرسی مدنی، طی دو ماده، موارد ابطال آرای داوری از موارد بطلان جدا شده است که در ادامه به بیان و بررسی این موارد همزمان با موارد قابل ابطال آرای داوری خواهیم پرداخت.

اول: موارد ابطال (بطلان) رأی داوری طبق قانون آیین دادرسی مدنی طبق ماده ی (۴۸۹) قانون آیین دادرسی مدنی رأی داوری در موارد زیر باطل است:

۱ - رأی صادره مخالف با قوانین موجد حق باشد.

در این جا لازم است به اختصار در خصوص مفهوم قوانین موجد حق، توضیحاتی داده شود تا نتیجه بگیریم که مخالفت رأی داور با کدام دسته از قوانین سبب بطلان آن خواهد شد؛ با وجود این که در بند (۱) ماده ی (۴۸۹) قانون مزبور عبارت «قوانین موجد حق» ذکر شده، اما در هیچ کدام از قوانین ایران نه تعریفی از آن به عمل آمده و نه مصداق یا مصادیقی از آن ذکر شده است. برخی از حقوقدانان معتقدند که منظور از قوانین موجد حق، «همان قوانین ماهوی و در رأس آنها، قانون مدنی می باشد و قوانین شکلی را در بر نمی گیرد» (امامی، ۱۳۷۲؛ ۵-۶).

در مقابل، برخی دیگر معتقدند که این قوانین نه تنها شامل قوانین ماهوی می باشد، بلکه در لایه لای قوانین شکلی^۱ می توان آنها را یافت و در نهایت «قوانین موجد حق» را چنین تعریف می کنند: «قوانینی که اساس حقوق فردی و شرایط اصلی اعمال حقوقی را تعیین می کنند، خواه در قوانین مادی، خواه در قوانین آیین دادرسی مدنی، همین قدر که مربوط به مبنای حق و موجد آن باشد، قوانین موجد شناخته می شود.»^۲ (پاشانیا، ۱۳۹۸؛ ۱۳۹۰).

۲ - داور نسبت به مطلبی که موضوع داوری نبوده، رأی صادر کرده است.

شاید این مورد را بتوان با صدور رأی خارج از خواسته خواهان در دعاوی حقوقی و در مراجع قضایی مقایسه نمود. در صورتی که قاضی دادگاه حقوقی رأی صادر نماید که خارج از خواسته خواهان در دادخواست باشد، این مورد قطعاً از موارد نقض رأی در دادگاه بالاتر یا همان دادگاه تجدیدنظر خواهد بود. در این جا به علت شفافیت موضوع، نیازی به ذکر مثال نمی باشد.

۱ قانون آیین دادرسی مدنی

۲ برای نمونه شاید بتوان در امور ماهوی و حقوق مدنی، صدور رأی داور مبنی بر لزوم تقسیم ارث به طور مساوی بین فرزندان دختر و پسر متوفی، و در امور شکلی و آیین دادرسی مدنی، به عدم توجه به رعایت اصل تناظر در رسیدگی اشاره کرد.

۳ - داور، خارج از حدود اختیار خود رأی صادر نموده باشد. یکی از اصولی ترین و اساسی ترین شرایط رسیدگی در قالب داوری، پیروی داور یا هیأت داوران از قرارداد داوری یا داوری نامه بوده که به منزله ی اساس نامه ، برای چارچوب و روند داوری و هم چنین موضوعات تحت شمول داوری می باشد.

بر این اساس، چون داور اختیار خود را برای رسیدگی از توافق طرفین داوری می گیرد، اگر خارج از اختیارات اعطایی از سوی ایشان، اقدام به رسیدگی و صدور رأی نماید، رأی صادره محکوم به بطلان خواهد بود. خروج داور از حدود اختیارات خود می تواند خروج از موضوع موافقت نامه داوری و یا خروج از محدودیت های قانونی باشد!

۴ - رأی داور پس از انقضای مدت داوری صادر و تسلیم شده باشد. برخلاف رسیدگی قضایی که قانون گذار مهلتی را برای رسیدگی به دعاوی توسط قضات معین ننموده است، در داوری، داور یا هیأت داوران باید طبق مهلتی که در قرارداد داوری توسط طرفین داوری تعیین گردیده و در صورت سکوت طرفین، طبق مدتی که قانون معین نموده، به اختلاف یا اختلافات رسیدگی نموده و اقدام به صدور رأی و ابلاغ آن به طرفین داوری نماید. این موضوع به قدری دارای اهمیت است که قانون گذار این مهلت را در صورت سکوت طرفین به صراحت مشخص نموده است.^۱ نکته ی قابل توجه در مورد این بند از ماده ی (۴۸۹)، لزوم صدور رأی و تسلیم (ابلاغ) آن در مهلت داوری است و حتی اگر رأی در مهلت صادر شود، اما ابلاغ آن خارج از مهلت باشد، باز موردی از موارد بطلان رأی خواهد بود.

۵ - رأی داوری با آنچه در دفتر املاک یا بین اصحاب دعوا در دفتر اسناد رسمی ثبت شده و دارای اعتبار قانونی است، مخالف باشد.

در این مورد لازم به توضیح است که اگر سندی بین طرفین در دفتر اسناد رسمی ثبت شده باشد، داور نمی تواند مخالف آن رأی دهد مگر این که احراز نماید حق مزبور، سپس جزئاً یا کلاً به طرف مقابل انتقال یافته و رأی به ادای آن دهد. بنابراین برای مثال، چنان چه به حکایت دفتر املاک، مالکیت یکی از طرفین نسبت به ملکی محرز باشد، داور نمی تواند رأی به عدم مالکیت طرف مزبور دهد. (شمس، ۱۳۸۴؛ ۵۸۲).

۱ ماده ی (۴۹۶) قانون آیین دادرسی مدنی می گوید: «اصل نکاح، فسخ نکاح، طلاق، نسب، ورشکستگی، جرایم و دعاوی مربوط به امور حسبی قابل ارجاع به داوری نیستند.»

۲ طبق تبصره ماده ی (۴۸۴) قانون آیین دادرسی مدنی : «چنانچه مدت داوری در موافقت نامه داوری تعیین نشده باشد، مدت آن ۳ ماه است. چنانچه داور در مدت تعیین شده نتواند رأی صادر کند، می تواند تمدید مدت را از طرفین بخواهد.»

۶- رأی به وسیله ی داوری صادر شده که مجاز به صدور رأی نبوده است. هرچند اشخاص^۱ مختار می باشند که با توافق یک دیگر شخص یا اشخاصی را به عنوان داور یا داوران خود برای رسیدگی به اختلافات مربوط به روابط حقوقی (اعمال حقوقی) مشخص، انتخاب نمایند و حتی از نظر قانونی نیازی به تخصص یا با تجربه بودن برای امر داوری نمی باشد، لیکن قانون گذار به دلایلی که مهم ترین آن دلایل شاید جلوگیری از خروج احتمالی داور از استقلال و بی طرفی در رسیدگی به اختلاف یا اختلافات می باشد و هم چنین از جهت اعمال مجازات های تکمیلی، دو دسته ممنوعیت مطلق و ممنوعیت نسبی برای داور پیش بینی نموده است:

الف: ممنوعیت های نسبی که در ماده ی (۴۶۹) قانون در چهار بند به شرح ذیل ذکر شده است:

(۱) کسانی که سن آن ها کمتر از ۲۵ سال تمام باشد.

(۲) کسانی که در دعوا ذی نفع باشند.

(۳) کسانی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم داشته باشند.

(۴) کسانی که قیم، کفیل، وکیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا باشند یا یکی از اصحاب دعوا مباشر امور آنها باشد.

نکته ای که در خصوص موارد فوق حائز اهمیت می باشد این است که برخلاف ممنوعیت های مطلق (که در ادامه به آنها خواهیم پرداخت)، در ممنوعیت های نسبی، طرفین اختلاف می توانند با تراضی یک دیگر، محدودیت های موضوع ماده ی (۴۶۹) قانون را نادیده گرفته و اشخاص فوق را به عنوان داور انتخاب نمایند.

ب: ممنوعیت های مطلق

موارد ممنوعیت های مطلق داوری طبق مواد (۴۶۶ و ۴۷۰) قانون به قرار زیر می باشند:

(۱) اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند.

(۲) اشخاصی که به موجب حکم قطعی دادگاه یا در اثر حکم قطعی دادگاه از داوری محروم شده باشند.

(۳) کلیه قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی طبق ماده ی (۴۶۶) قانون اشخاص فوق را حتی با تراضی نمی توان به عنوان داور انتخاب نمود.

^۱ چه اشخاص حقیقی یعنی انسان، و چه اشخاص حقوقی مانند شرکت های تجاری و مؤسسات

۷ - قرار رجوع به داوری بی اعتبار بوده باشد.

قرارداد رجوع به داوری همانند هر قرارداد دیگری به دلایل مختلفی ممکن است از درجه ی اعتبار ساقط شده یا ساقط شود. یکی از بدیهی ترین دلایلی که می تواند قرارداد داوری را بی اعتبار نماید، محجوریت یا فوت هر دو یا یکی از طرفین داوری است. هم چنین است، زمانی که طرفین با تراضی کتبی موافقت نامه داوری را اقاله می نمایند^۱ لازم به توضیح است که بند (ب) ماده ی (۳۳) قانون داوری تجاری بین المللی به عدم اعتبار موافقت نامه داوری در مورد خاص اشاره نموده است.^۲

دوم: موارد ابطال رأی داوری طبق قانون داوری تجاری بین المللی طبق ماده ی (۳۳) قانون داوری تجاری بین المللی مصوب (۱۳۷۶/۰۶/۲۶) رأی داوری در موارد زیر و به درخواست یکی از طرفین توسط دادگاه موضوع ماده ی (۶) قابل ابطال است:

۱ - یکی از طرفین فاقد اهلیت بوده باشد. منظور از اهلیت، همان اهلیت استیفا می باشد که مقررات آن طبق قانون مدنی بیان گردیده است. همان گونه که پیش از این نیز بیان گردید، لازمه ی رسیدگی داوری، توافق طرفین اختلاف برای ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری می باشد و این توافق همانند هر توافق دیگری که دارای آثار حقوقی می باشد، نیاز به دارا بودن اهلیت برای طرفین آن توافق است.

۲ - موافقت نامه ی داوری به موجب قانونی که طرفین بر آن موافقت نامه حاکم داشته اند معتبر نباشد و در صورت سکوت قانون حاکم، مخالف صریح قانون ایران باشد.

در این خصوص پیش از این توضیحاتی ارائه شد، اما در مورد قسمت اخیر بند (۲) باید یادآوری نمود که طبق قاعده ی کلی مندرج در ماده ی (۱۰) قانون مدنی^۳ هر قراردادی را به شرط عدم مخالفت صریح با قانون، می توان منعقد نمود و منظور از «مخالفت صریح با قانون»، مخالف بودن قرارداد با قوانین امری می باشد. حال از آنجا که موافقت نامه ی داوری هم یک قرارداد خصوصی محسوب می شود، بنابراین، مفاد آن نباید با قوانین امری و هم چنین اخلاق حسنه در تضاد باشد.

۱ ماده ی (۴۸۱) قانون آیین دادرسی مدنی

۲ بند (ب) ماده ی (۳۳) این قانون می گوید: «موافقت نامه داوری به موجب قانونی که طرفین بر آن موافقتنامه حاکم دانسته اند، معتبر نباشد و در صورت سکوت قانون حاکم، مخالف صریح قانون ایران باشد.»

۳ طبق ماده ی (۶) قانون داوری تجاری بین المللی: «انجام وظایف مندرج در برخی از مواد قانون مذکور و از جمله ابطال رأی داوری موضوع ماده ی (۳۳) آن قانون به عهده دادگاه عمومی واقع در مرکز استانی است که مقر داوری در آن قرار دارد و تا زمانی که مقر داوری مشخص نشده، به عهده دادگاه عمومی تهران است. تصمیمات دادگاه در این موارد قطعی و غیر قابل اعتراض است.»

۴ ماده ی (۱۰) قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

۳ - مقررات این قانون در خصوص ابلاغ اظهاریه های تعیین داور یا درخواست داوری رعایت نشده باشد.

بحث ابلاغ در رسیدگی های داوری بسیار مهم است. یکی از اصول دادرسی، اصل ابلاغ صحیح و به هنگام است، به گونه ای که عدم رعایت آن، حق درخواست ابطال رأی را برای شخص معترض به همراه دارد.

۴ - درخواست کننده ی ابطال، به دلیلی که خارج از اختیار او بوده، موفق به ارائه ی دلایل و مدارک خود نشده باشد.

یکی دیگر از اصول دادرسی، حق دفاع است، باید این فرصت فراهم شود که طرفین بتوانند دلایل و مدارک خود را ارائه دهند؛ هم در مرحله ی رسیدگی به اسناد و هم در مرحله ی استماع دعوا، این اصل باید رعایت شود. حال اگر به دلایلی که خارج از اختیار درخواست کننده است، ارائه ی دلایل و مدارک، امکان پذیر نشده باشد، این امر می تواند یکی از موارد ابطال رأی داوری باشد. (حدادی، ۱۳۹۸؛ ص ۱۴۴)

۵ - داور خارج از حدود اختیارات خود رأی داده باشد. چنان چه موضوعات مرجوعه به داوری قابل تفکیک باشد، فقط آن قسمتی از رأی که خارج از حدود اختیارات داور بوده، قابل ابطال است.

در خصوص این بند هم قبلاً توضیحاتی ارائه شده و اصولاً چون داور اختیارات خود را از توافق نامه ی اصحاب داوری می گیرد، بنابراین، نباید خارج از این اختیارات رسیدگی و رأی صادر نماید و در غیر این صورت، رأی ولی قابل ابطال خواهد بود.

۶ - ترکیب هیأت داوری یا آیین دادرسی مطابق موافق نامه ی داوری نباشد و یا در صورت سکوت و یا عدم وجود موافقت نامه ی داوری، مخالف قواعد مندرج در این قانون باشد.

در این خصوص، ذکر نکته ای در ارتباط با تعداد داوران برای رسیدگی به اختلافات طرفین ضروری به نظر می رسد. از آنجا که تقریباً تمام موارد داوری اختیاری و برپایه ی توافق طرفین داوری می باشد، بنابراین تعیین تعداد داوران که در روند رسیدگی و داوری نقش بسیار مهم و اساسی دارد، نیز مبتنی بر توافق طرفین است. با این حال، قانون گذار چه در باب هفتم از قانون آیین دادرسی^۱ و چه در قانون داوری تجاری بین المللی^۲ در خصوص عدم تعیین تعداد داوران، تعیین تکلیف نموده است. هم چنین تعیین آیین داوری (یعنی چگونگی رسیدگی به اختلاف توسط داور یا داوران از بدو رسیدگی تا صدور رأی و ابلاغ آن) نیز از اختیارات طرفین داوری می باشد که در صورت تعیین آن توسط طرفین و عدم رعایت آن توسط داور، مورد از مواردی خواهد بود که به درخواست یکی از طرفین، رأی داور قابل ابطال می باشد. بنابراین، در هر دو صورت یعنی صورتی که ترکیب هیأت داوری را طرفین معین و مشخص کرده باشند و هم چنین در صورتی که آیین رسیدگی به اختلاف توسط طرفین و طبق موافقت نامه ی داوری معین و مشخص شده باشد و داور یا داوران آنها را رعایت نکنند، رأی قابل ابطال نمی باشد.

۷ - رأی داوری مشتمل بر نظر موافق و مؤثر داوری باشد که جرح او توسط مرجع موضوع ماده (۶) پذیرفته شده است.

در اینجا لازم است توضیح مختصری در خصوص معنا و مفهوم (جرح) و مواردی که می تواند منجر به جرح داور یا داوران گردد، داده شود.

«جرح» در لغت به معنای «باطل کردن شهادت»، «بد گفتن»، «رد کردن گواهی گواهان» (عمید، ۱۳۶۳؛ ۴۹۹). و همچنین «ایراد گرفتن»، «خدشه وارد کردن» و «عیب گرفتن بر کسی» می باشد. (انصاری، طاهری، ۱۳۸۶؛ ۷۸۵).

در معنای اصطلاحی «جرح» را «اسناد نقص به کسی که مانع قبول شهادت یا روایت یا خبر مجروح (مردد) گردد» آورده اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷؛ ۱۵۳۴).

۱ ماده ی (۴۶۶) قانون آیین دادرسی مدنی: «در صورتی که در قرارداد داوری، تعداد داور معین نشده باشد و طرفین نتوانند در تعیین داور یا داوران توافق کنند، هر یک از طرفین باید یک نفر داور اختصاصی معرفی و یک نفر به عنوان داور سوم به اتفاق تعیین نمایند.»

۲ ماده ی (۱۰) قانون داوری تجاری بین المللی: «تعیین تعداد داوران برعهده طرفین اختلاف است در صورت عدم تعیین، هیأت داوری مرکب از سه عضو خواهد بود.»

از آنجا که داور در مقام قضاوت بین طرفین اختلاف می باشد بنابراین، برای اتخاذ تصمیم عادلانه و صحیح باید از استقلال و بی طرفی برخوردار باشند. بر این اساس، در صورت وجود هرگونه نشانه ای که در این خصوصیات و شرایط داور ایجاد شبهه نماید، داور باید از انجام داوری خودداری ورزد و چنان چه داور شخصا متوجه این ایرادات نباشد و یا متوجه باشد اما با این وجود، به داوری بپردازد و رأی صادر نماید، طبق این بند از ماده ی (۳۳) قانون داوری تجاری بین المللی، رأی وی با شرایط مندرج در بند مزبور، قابل ابطال می باشد.

در این ارتباط، هر یک از طرفین داوری نیز^۱ که متوجه وجود نشانه هایی گردد که آن نشانه ها، می توانند مبین خروج احتمالی داور از بی طرفی گردد، یا استقلال او را از بین ببرد، می تواند داور یا داوران مورد نظر را مورد ایراد قرار دهد که به این اقدام، «جرح داور» گفته می شود و در صورت پذیرش جرح توسط داور، او باید از داوری انصراف دهد و در صورت عدم پذیرش جرح توسط داور و صدور رأی، این رأی فارغ از عادلانه بودن یا غیر عادلانه بودن، می تواند در محدوده قوانین قابل ابطال باشد.

جدا از قانون داوری تجاری بین المللی، از بند (۶) ماده ی (۴۸۹) قانون آیین دادرسی مدنی که یکی از موارد ابطال رأی داوری را «صدور رأی به وسیله ی داورانی که مجاز به صدور رأی نبوده اند» دانسته، می توان استنباط نمود که یکی از مواردی که داور مجاز به صدور رأی نمی باشد، داوری است که مورد جرح قرار گرفته و آن جرح صحیحا واقع شده یا بدون این که مورد جرح قرار بگیرد، یا با وجود شرایط جرح، رأی صادر نموده باشد که این رأی محکوم به بطلان است. (کاکاوند، ۸۳۹۰؛ ۵۲-۵۳)

لازم به توضیح است که عمده ایراداتی که می تواند سبب جرح داور شود، شباهت تامه ای با ایراداتی دارد که قانون آیین دادرسی مدنی، وجود آنها را سبب لزوم امتناع قاضی از رسیدگی به اختلاف دانسته است.^۲

۱ اعم از داوری های موضوع قانون آیین دادرسی مدنی و داوری های موضوع قانون داوری تجاری بین المللی
۲ برای اطلاع از مفاد قوانین، رک. ماده ی (۴۶۹) قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ی (۹۱) همان قانون

در پایان یادآور می شود که مورد «جرح داور» از مواردی است که در تمام داوری هایی که قرار است داور یا داوران در خصوص اختلاف، تصمیم گرفته و رأی صادر نمایند، نمود و اهمیت دارد و منحصر به داوری های موضوع دو قانون مورد مطالعه نمی باشد.^۱

۸- رأی داوری مستند به سندی بوده باشد که جعلی بودن آن به موجب حکم نهایی ثابت شده باشد. مفهوم جعل و مصادیق آن هم که واجد آثار حقوقی است و هم می تواند مسؤولیت کیفری و مجازات را به دنبال داشته باشد، برای خوانندگان عزیز که قطعاً از حقوق دانان و غالباً از قشر جوان جامعه حقوقی کشور می باشند، قطعاً واضح و مبرهن است. این اصطلاح در تبصره ی ماده ی (۲۲) قانون ثبت اسناد و املاک تصریح گردیده است. طبق تبصره ی مذکور: «حکم نهایی عبارت از حکمی است که به واسطه ی مراحل قانونی و یا به واسطه ی انقضاء مدت اعتراض و استیناف و تمیز دعوائی که حکم در آن موضوع صادر شده از دعاوی مختومه محسوب می شود». مسلم است که قانون ثبت اسناد و املاک در بیان مفهوم و معنای «حکم نهایی» خصوصیتی ندارد که نتوان آن را در مورد سایر قوانین و احکام نیز تسری داد.^۲ بنابراین، اگر رأی داوری مبتنی و مستند به سندی^۳ باشد که جعلی بودن آن به موجب حکم نهایی و در مرجع قضایی صلاحیتدار ثابت شده باشد، این رأی بنابر درخواست یکی از طرفین داوری، قابل ابطال توسط دادگاه موضوع ماده ی (۶) قانون داوری تجاری بین المللی خواهد بود.

۱ برای نمونه رک قواعد و آیین داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران (ACTC)

۲ می توان گفت: «حکم نهایی» حکمی است که به علت سپری شدن مراحل قانونی رسیدگی یا سپری شدن مدت اعتراض و تجدیدنظر و فرجام، دعوی پایان یافته محسوب شود. بنابراین، حکم نهایی حکمی قطعی و غیرقابل فرجام است. در این مورد تفاوتی نیست که رأی صادره، اصولاً غیر قابل تجدیدنظر بوده یا این که قابل تجدیدنظر بوده، اما به لحاظ انقضاء مهلت قطعی شده یا در اثر رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر رأی قطعی صادر شده است. همچنین تفاوتی نیست که رأی قطعی، اصولاً غیر قابل فرجام بوده یا در اثر انقضاء مهلت و یا طی این مرحله در دیوان عالی کشور رأی صادره نهایی شده است. (حیاتی، علی عباس، اجرای احکام مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ سوم، نشر میزان، پاییز ۱۳۹۲، صص ۱۱۰-۱۱۱)

۳ طبق ماده ی (۱۲۸۴) قانون مدنی: «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوا یا دفاع، قابل استناد باشد.» و «سند» اعم است از: «سند عادی» و «سند رسمی».

۹ - پس از صدور رأی داورى مداركى يافت شود كه دليل حقانيت معترض بوده و ثابت شود كه آن مدارك را طرف مقابل مکتوم داشته و يا باعث كتمان آنها شده است. نکته ي قابل توجهی كه در خصوص بند(۸ و ۹) مذکور و در ارتباط با موضوع اثبات جعلیت سند مستند دعوای كه مستند صدور رأی داورى گردیده و يا يافت شدن مداركى كه بعد از صدور رأی داورى به دست می آید كه مبین حقانيت شخص معترض بوده ، ثابت شود كه آن مدارك را طرف مقابل به صورت مستقیم و مباشرت كتمان نموده، و يا تسبیب و غیر مستقیم، باعث كتمان آنها شده است، وجود دارد، این است كه در هر دو مورد، طبق بند (۲) از ماده ی (۳۳) قانون موصوف، شخص معترض می تواند پیش از این كه درخواست ابطال رأی داورى را به عمل آورد، از «داور» تقاضای رسیدگی مجدد نماید، مگر در صورتی كه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. مشاهده می كنید كه به طور مشخص، همین دو بند، و امكان رسیدگی به آنها با شرایط ذكر شده در قانون، از جمله وجوه ممیزی ابطال رأی داورى در آیین دادرسی مدنی و قانون داورى تجاری بین المللی می باشد.

سوم: موارد بطلان رأی داور طبق قانون داورى تجاری بین المللی جدا از مواردی كه طبق ماده ی(۳۳) قانون داورى تجاری بین المللی، رأی داورى قابل ابطال شناخته شده است، ۳ مورد دیگر نیز طبق ماده ی(۳۴) قانون مذکور از موارد «بطلان» رأی داورى شناخته شده است كه در زیر به آنها اشاره می شود:

۱ - در صورتی كه موضوع اصلی اختلاف به موجب قوانین ایران قابل حل و فصل از طریق داورى نباشد. در خصوص این كه چه موضوعاتی به موجب قوانین ایران قابل حل و فصل از طریق داورى نمی باشد با توجه به این كه قانون داورى تجاری بین المللی در این خصوص ساكت است، شاید بتوان منظور قانونگذار را در این مورد، از طریق قانون آیین دادرسی مدنی متوجه شد. همان گونه كه پیش از این نیز اشاره گردید، طبق قانون آیین دادرسی مدنی^۱، دعوای «ورشكستگی» دعوای راجع به «اصل نكاح»، «فسخ نكاح»، «طلاق» و «نسب» قابل ارجاع به داورى نمی باشد. هم چنین، دعوای مربوط به «اهلیت» قابل ارجاع به داورى نیست. ضمن این كه اشخاص فاقد اهلیت نمی توانند، اختلافات خود را به داورى ارجاع دهند.^۲

۱ ماده ی(۴۹۷)

۲ ماده ی(۴۵۴)قانون آیین دادرسی مدنی: «كلیه اشخاصی كه اهلیت اقامه دعوای دارند، می توانند با تراضی یكدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله ای از رسیدگی باشد، به داورى يك یا چند نفر ارجاع دهند.»

ارجاع داوری راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری نیز دارای شرایط خاصی است که در ماده ی (۴۵۷) قانون آیین دادرسی مدنی و اصل (۱۳۹) قانون اساسی به آنها اشاره گردیده است.^۱

۲ - در صورتی که مفاد رأی مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه ی کشور و یا قواعد آمره ی این قانون باشد.

همان گونه که طبق مواد (۱۰ و ۹۷۵) قانون مدنی^۲ اشخاص نمی توانند مبادرت به انعقاد قراردادهایی نمایند که مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی باشند و دادگاه ها نیز نمی توانند به اینگونه قراردادها ترتیب اثر بدهند، مفاد آراء داوری نیز نمی تواند مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشند.

منظور از «نظم عمومی»: «مجموعه ی تأمینات حقوقی و قوانین وابسته به حسن جریان لازم امور مربوط به اداره ی کشور و یا راجع به صیانت، امنیت و اخلاق در روابط احاد ناس که اراده ی افراد جامعه در خلاف جهت آنها بلا اثر باشد»^۳ و منظور از «اخلاق حسنه» «حداقل موازین اخلاقی که از نظر متعارف مردم یک قوم یا سکنه ی کشور، نقض آنها ناپسند شمرده شود»^۴.

۳- رأی داوری صادره در خصوص اموال غیر منقول واقع در ایران با قوانین آمره ی جمهوری اسلامی ایران یا مفاد اسناد رسمی معتبر معارض باشد، مگر آن که در مورد اخیر «داور» حق سازش داشته باشد. «اموال غیر منقول» طبق قانون مدنی، مالی است که انتقال آن از محلی به محل دیگر، نتوان آن را نقل نمود.^۵

۱ ماده ی (۴۵۷) قانون آیین دادرسی مدنی: «ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می گیرد. در مواردی که طرف دعوا خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است.» اصل (۱۳۹) قانون اساسی: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است. و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می کند.»

۲ ماده ی (۹۷۵) قانون مدنی: «محکمه نمی تواند قوانین خارجی یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاقی حسنه بوده یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود، به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.»

۳ لنگرودی، ۱۳۹۱: ۳۶۵۶

۴ لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۱۹

۵ ماده ی (۱۲) قانون مدنی: «مال غیر منقول آن است که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود. اعم از این که استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود.»

می دانیم که تملک اموال غیر منقول توسط اتباع خارجه در ایران می بایست طبق مقررات آمره ایران صورت پذیرد.^۱ حال اگر در خصوص اختلافی که مربوط به این گونه اموال می باشد، مراجعه به داوری گردد و داور مورد نظر بدون در نظر گرفتن این مقررات آمره، رأی صادر نماید، چنین رأیی محکوم به بطلان خواهد بود. هم چنین است، صدور رأی داوری بدون در نظر گرفتن مفاد اسناد رسمی معتبر.

نتیجه گیری

داوری به عنوان یکی از روش های جایگزین^۱ حل اختلافات از اهمیت بسیاری در پیوند با اختلافات، چه اختلافات تجاری و چه اختلافات غیر تجاری برخوردار است. هرچند این روش کارآمد حل اختلافات مبتنی بر خواست و اراده ی آزاد طرفین آن است و هرچند که از تشریفات قضایی و آیین دادرسی مدنی تبعیت نمی نماید، لیکن به جهت اهمیتی که دارد و با توجه به استقبال روز افزون اشخاص حقیقی و حقوقی از آن و درج شرط داوری در قراردادهای گوناگون و به جهت نظارت بر حفظ حقوق اشخاص و نظم بخشیدن بر جریان داوری و به خصوص به لحاظ قاعده مند نمودن صدور آرای داوری و جلوگیری از صدور آرائی که باعث تضییع حقوق اشخاص می گردد و یا سبب نادیده گرفته شدن قواعد حاکم بر داوری می شوند، قانونگذار در ایران، به لحاظ نوع ارتباط اشخاص با یک دیگر و در قالب قوانین و مقررات مختلف که در رأس آنها باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱) قانون داوری تجاری بین المللی می باشد، ممنوعیت هایی را برای صدور رأی داوری لحاظ نموده است که عدم رعایت این ممنوعیت ها و محدودیت ها، می تواند ابطال و یا بطلان آرای داوری را به دنبال داشته باشد که شرح این محدودیت ها و ممنوعیت ها به اختصار و به استناد ماده ی (۴۸۹) قانون آیین دادرسی مدنی و همچنین مواد (۳۳) و (۳۴) قانون داوری تجاری بین المللی طی سطور گذشته بیان گردید. علی رغم شباهت های موارد بطلان رأی داوری در دو قانون مهم مورد مطالعه، تفاوت هایی نیز بین دو قانون دیده می شود. نکته ی مهم آن که اصولاً موارد بطلان و ابطال آرای داوری نیازمند اعتراض یکی از طرفین داوری است که معمولاً وی، همان شخصی است که رأی داوری به ضرر او صادر گردیده است. با توجه به رویه ی قضایی به نظر نمی رسد که دادگاهی که قرار است به واسطه ی خودداری محکوم علیه^۲ داوری از اجرای رأی، و بنابر تقاضای ذی نفع، دستور به اجرای آن را صادر نماید، بدون اعتراض محکوم علیه، وارد رسیدگی جدی به پرونده شود و ممکن است با یک بررسی کلی، دستور به اجرای رأی را صادر نماید مگر این که موضوع از موضوعات ماده ی (۳۴) قانون داوری تجاری بین المللی باشد و قاضی دادگاه موضوع رأی داوری را با قوانین امری، رأساً و شخصاً و حتی بدون درخواست اشخاص، تطبیق دهد و در صورت مغایرت رأی با قوانین آمره، رأی به بطلان رأی داور صادر نماید.

^۱ برای نمونه رک. آیین نامه چگونگی تملک اموال غیر منقول توسط اتباع خارجی غیر مقیم در جمهوری اسلامی ایران؛ ماده ی (۴۲) آیین نامه قانون دفاتر اسناد رسمی

منابع:

الف: کتاب ها

- ۱- انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی، دانش نامه حقوق خصوصی، جلد دوم، چاپ دوم، انتشارات محراب، تهران، ۱۳۸۶.
- ۲- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۶، چاپ سوم، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۷۲
- ۳- پاشانیا، موسی، داوری، چاپ پنجم، مؤسسه انتشاراتی نگاه بینه، تهران، ۱۳۸۸
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی، جلد های اول و پنجم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۱.
- ۵- حدادی، مهدی، داوری بین المللی در نظام حقوقی ایران، چاپ اول، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۹۸
- ۶- حیاتی، علی عباس، اجرای احکام مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ سوم، نشر میزان، پاییز ۱۳۹۲.
- ۷- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ چهارم، انتشارات دراک، تهران، ۱۳۸۴.
- ۸- عمید، حسن، فرهنگ عمید، چاپ اول، چاپخانه سپهر، تهران، ۱۳۶۳.
- ۹- کاکاوند، محمد، جرح داوران دیوان داوری دعاوی ایران، ایالات متحده، چاپ سوم، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، تهران، ۱۳۹۰.

ب: قوانین و مقررات

- ۱) قانون مدنی مصوب: (۰۱/۰۷/۱۳۱۴)
- ۲) قانون آیین دادرسی مدنی مصوب: (۲۱/۰۱/۱۳۷۹)
- ۳) قانون داوری تجاری بین المللی مصوب: (۲۶/۰۶/۱۳۷۶)
- ۴) قانون ثبت اسناد و املاک مصوب (۲۶/۱۲/۱۳۱۰)
- ۵) آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران در مورد حل و فصل اختلافات تجاری داخلی و بین المللی (قواعد و آیین داوری مرکز اتاق ایران) مصوب (۲۷/۸/۱۳۸۶)

دیدگاه حقوق دانان ایرانی در ارتباط با پذیرش یا رد احاله ی درجه دوم

محمد پارس زاده

(عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کازرون)

ماده ی (۹۷۳ ق.م) به روشنی احاله ی قانون خارجی به قانون ایران و احاله ی درجه اول را پذیرفته ،اما درباره احاله ی قانون خارجی به کشور ثالث و احاله ی درجه ی دوم به روشنی سخن نگفته است و این خود سبب پیدایش اختلاف نظر بین شارحان قانون مدنی گردیده است.

هیچ یک از حقوقدانان ایرانی از لزوم پذیرش مطلق احاله درجه دو سخن نگفته اند چرا که ماده ی (۹۷۳ ق.م) این لزوم را به صراحت نفی کرده است اما با توجه به عدم صراحت ماده ی مذکور درباره ی جواز یا عدم جواز پذیرش احاله ، سه دیدگاه مبنی بر رد مطلق،تخیر مطلق و تفصیل بین احاله ساده و احاله ی پیچیده ابراز شده و دیدگاه چهارمی مبنی بر اجمال قانون و سکوت حکمی را هم می توان به سه نظریه ی قبلی اضافه کرد.

تفاوت در قواعد حل تعارض حاکم بر دسته های ارتباط میان سیستم های حل تعارض دلیل اصلی به وجود آمدن احاله می باشد . به عبارت دیگر وقتی در اثر اعمال قاعده حل تعارض کشور مقرر دادگاه قانون خارجی صلاحیت دار اعلام می شود پرسش اصلی این است که آیا می بایست صرفا قوانین مادی آن نظام حقوقی مبنای رسیدگی ماهوی قرار بگیرد یا مقصود مجموعه ی سیستم حقوقی خارجی اعم از قواعد حل تعارض و قواعد مادی است.اگر مقصود از قانون صالح خارجی صرفا قوانین مادی آنها باشد با یک احاله مواجه نخواهیم شد زیرا قاضی با استناد به قاعده ی حل تعارض مقرر دادگاه به سراغ قواعد مادی سیستم حقوقی خارجی رفته و بر اساس آن حکم می کند.

اما اگر مقصود از قانون صالح خارجی، مجموعه ی سیستم حقوق خارجی باشد، ممکن است با پدیده ی احاله مواجه شویم. چرا که موقعی که قواعد حل تعارض مقرر دادگاه قانون خارجی را صلاحیت دار اعلام می کند از این دو حال خارج نیست:

الف) «قواعد حل تعارض سیستم حقوقی خارجی نیز قوانین مادی خود را صالح می داند در این صورت با توافق سیستم های حل تعارض مواجه خواهیم بود مثلا در دعوی زوجین فرانسوی مقیم ایران ماده ی ۷ قانون مدنی به عنوان قاعده ی حل تعارض مقرر دادگاه ، قانون ملی زوجین یعنی قانون خارجی (فرانسه) را صالح می داند سپس به استناد قواعد حل تعارض هر دو سیستم حقوقی - سیستم مقرر دادگاه،سیستم خارجی- قوانین مادی خارجی (فرانسه)صالح است و قاضی بدون هیچ اشکالی بر اساس آن اقدام به رسیدگی ماهوی خواهد کرد.

ب) قواعد حل تعارض سیستم خارجی،قوانین مادی خود را صالح نداند و قانون کشور دیگری را صلاحیت دار بداند در این حالت با پدیده ی تعارض منفی سیستم های حل تعارض - که احاله نامیده می شود مواجه خواهیم شد. مثلا در دعوی زوجین انگلیسی مقیم ایران ماده ی ۷ قانون مدنی ایران به عنوان قاعده ی حل تعارض

مقرر دادگاه (ایران)قانون ملی زوجین یعنی قانون خارجی (انگلیس) را صالح می داند اما قاعده ی حل تعارض انگلیس قانون اقامتگاه زوجین یعنی ایران را صالح می داند.در اینجا قاضی با این پرسش مواجه می شود که بالاخره براساس کدام یک از قوانین باید حکم کند و احاله ی درجه دوم محقق می شود.خود احاله درجه دو به دو قسم تقسیم می شود.

الف) اگر قاعده ی حل تعارض کشور ثالث، قانون خود را صالح دانسته و ارجاع کشور مرجوع الیه نخستین را بپذیرد و به سلسله ارجاع ها پایان دهد آن را احاله ی ساده می نامند. مثل احاله ی قاعده ی حل تعارض انگلستان به سیستم حقوقی دانمارک ،چون قواعد حل تعارض دانمارک هم مانند قواعد حل تعارض انگلیس قانون اقامتگاه را صالح می داند.

ب) اما اگر قاعده‌ی حل تعارض کشور ثالث قانون خود را صالح نداند و قانون خارجی دیگری را صلاحیت دار دانسته و به آن ارجاع می‌دهد یعنی در حقیقت کشور محل ارجاع کشور مرجع الیه (انگلیس) را نپذیرد تا در نتیجه ارجاع‌ها پایان نیافته و به صورت دور و تسلسل ادامه می‌یابد که به این احاله پیچیده و فرقه‌ای گفته می‌شود مثلاً اگر زوجین انگلیسی مقیم بلژیک باشند و در نتیجه قاعده‌ی حل تعارض کشور مرجع الیه (انگلیس) به قانون بلژیک احاله کند از آنجا که قاعده‌ی حل تعارض کشور محل علیه (بلژیک) احوال شخصی را تابع قانون ملی افراد می‌داند این احاله نپذیرفته و مجدداً قانون ملی زوجین یعنی قانون انگلیس را صالح دانسته و به آن احاله می‌کند.

بررسی دیدگاه‌های حقوقدانان ایرانی در مورد احاله‌ی درجه دوم

۱- رد مطلق

اکثریت استادان صاحب نظر حقوق بین الملل خصوصی ایران مانند آقایان: دکتر الماسی، سلجوقی و مدنی معتقدند که: مکلف نبودن دادگاه در رعایت احاله‌ی درجه دوم در ماده‌ی (۹۷۳ ق.م) به معنای مجاز نبودن دادگاه در این باره است نه مخیر بودن آن؛ بر طبق دیدگاه این بزرگواران هر دو نوع قاعده‌ای که در این ماده درباره‌ی احاله‌ی درجه یک و دو انعکاس یافته، واجد جنبه‌ی ارادی است در مورد احاله‌ی درجه اول، امر به رعایت احاله و در مورد احاله‌ی درجه دوم، امر به عدم رعایت احاله شده است. هیچ کدام از این بزرگواران برای مردود بودن احاله‌ی درجه دوم، دلیلی اقامه نکرده اند جز آن که به نظر اکثریت قریب به اتفاق حقوق دانان ایرانی و نیز وحدت سیاق مضمون ماده، یعنی امری بودن هر دو قسمت ماده‌ی (۹۷۳ ق.م) اشاره شده است. در این میان آقای دکتر فدوی تنها کسی است که تلاش کرده مردود بودن احاله درجه دوم را تبیین کند ایشان در کتاب خود می‌نویسند: با توجه به امری بودن قواعد حل تعارض قوانین و با عنایت به آثار منفی پذیرش تخییری بودن احاله درجه دوم، پذیرش چنین نظریه‌ای خالی از اشکال نخواهد بود. چون موضوع اصلی در احاله تبعیت یا عدم تبعیت از دستور قانونگذار خارجی است، لذا، موضوع احاله برای محکمه ایرانی بدون تردید جنبه امری دارد و محکمه ایرانی به هیچ وجه، حق تبعیت از احاله درجه دوم که قانونگذارش تبعیت از آن را صراحتاً تجویز نکرده را ندارد.

۲- تخییر مطلق

مقصود از تخییر مطلق در اینجا تخییر قاضی در انتخاب قانونی یکی از سه کشور - مقرر دادگاه، کشور مرجع الیه و کشور محل علیه، نیست بلکه مقصود تخییر در پذیرش یا عدم پذیرش احاله است. آقایان دکتر صفایی و شیخ الاسلامی و خانم دکتر ارفع نیا بر این دیدگاه تأکید می‌کنند؛ مثلاً آقای دکتر صفایی صرفاً به مباحث نظری و کلی درباره‌ی احاله پرداخته اند و به احاله در حقوق ایران نپرداخته اند جز آن که در پاورقی در مورد ماده‌ی (۳۹۷ ق.م) اشاره کردند که از ظاهر این ماده بر می‌آید که احاله‌ی درجه اول در حقوق کنونی ایران دارای جنبه‌ی امری، ولی احاله‌ی درجه‌ی دوم برای قاضی اختیاری است، یعنی قاضی می‌تواند به آن ترتیب اثر بدهد یا خیر، خانم دکتر ارفع نیا هم عبارت (تکلف بر رعایت این احاله نیست) را این گونه تعبیر کرده اند که قانون گذار به قاضی اختیار داده که در صورتی که صلاح بداند احاله‌ی درجه دوم را رد کند یا بپذیرد. آقای دکتر شیخ الاسلامی با نفی الزامی بودن پذیرش احاله درجه دوم، آن را تخییری می‌داند و در کتاب خود می‌نویسد: پذیرش احاله درجه دوم در حقوق بین الملل خصوصی ایران، الزامی نیست.

۳- تفصیل رد و تخبیر نسبی

دکتر متولی پس از نقل دو دیدگاه رد مطلق و تخیر مطلق می نویسد به نظر می رسد در اینجا محکمه در پذیرش یا رد احاله ی درجه دوم کاملاً مخیر نیست بلکه چنانچه احاله به قانون کشور ثالث نیز موجب توقف و دور و تسلسل نگردد و تسلسل همچنان ادامه یابد محکمه مکلف به عدم پذیرش احاله ی درجه دوم است ولی اگر احاله به قانون کشور ثالث با شکل تسلسل مواجه نباشد و به مسأله ی مطروحه خاتمه دهد؛ قاضی ایرانی در پذیرش یا عدم پذیرش این نوع احاله کاملاً مخیر است و بدین گونه قاضی را در احاله ی پیچیده یا فرفره ای مکلف به رد احاله و در احاله ی ساده مخیر در پذیرش یا رد احاله می داند.

حقیقت این است که اگر این دیدگاه به لحاظ نظری -فرضا-بهترین دیدگاه و راه حل باشد اما به لحاظ علمی و حقوقی به هیچ وجه نمی توان آن را به قانون گذار ایران نسبت داد و بر حقوق ایران تحمیل

کرد زیرا:

۱- تفکیک و تفصیل بین دو نوع احاله حتی مورد اشاره قانون گذار قرار نگرفته است.

۲- از عبارت مکلف نیست هرگز ممنوعیت پذیرش احاله حتی در احاله ی فرفره ای مستفاد نمی گردد.

۴- نظریه اجمال و سکوت

واقعیت این است که هرچند مفهوم مخالف عبارت (مکلف نیست) نسبت به احاله ی درجه یک کاملاً روشن است و از مکلف بودن قاضی به پذیرش احاله ی درجه یک حکایت می کند اما منطوق این عبارت فقط تا حد دلالت بر عدم لزوم پذیرش احاله ی درجه دوم روشن است اما نسبت به پیش از آن معنای روشن ندارد و مجمل است و در نتیجه غیر قابل استناد است. این که برخی از حقوق دانان از این عبارت (مکلف بودن) بر رد احاله ی درجه دو و برخی دیگر تخیر قاضی در پذیرش یا رد احاله را برداشت کرده اند، شاهی بر این ادعاست؛ افزون بر این که هیچ یک از این دو برداشت قابل استناد به ماده ی (۹۷۳ ق.م) نیست.

نتیجه گیری

حداکثر دلالت ماده ی (۹۷۳ ق.م) درباره ی احاله ی درجه دو، به استناد منطوق آن این است که قاضی مکلف به پذیرش احاله نیست، اما نسبت به ممنوعیت مطلق پذیرش، تخیر مطلق پذیرش و یا تفصیل، ساکت است و نمی توان به استناد این ماده هیچ یک از دیدگاه های فوق را بر قانون تحمیل کرد و به قانون گذار نسبت داد. با فرض اجمال و سکوت قانون این پرسش مطرح می شود که بالاخره اگر قاضی ایرانی با احاله ی درجه دو مواجه شد چه باید بکند و بر اساس چه قانونی باید رسیدگی کند. طرح این پرسش به فرض پذیرش دیدگاه اجمال و سکوت قانون منحصر و محدود نمی شود، بلکه با فرض ممنوعیت پذیرش احاله و نیز دیدگاه تخیر- در صورتی که قاضی رعایت احاله را اختیار نکند نیز این پرسش هم چنان مطرح است، تنها با این تفاوت که با فرض پذیرش دیدگاه اجمال و سکوت ماده ی (۹۷۳ ق.م) قاضی با سه گزینه ی قانون مقرر دادگاه، قانون مرجوع الیه و قانون محال علیه، مواجه است، اما با فرض ممنوعیت پذیرش احاله، با عدم رعایت احاله توسط قاضی در فرض تخیر، قاضی تنها با دو گزینه ی قانون مرجوع الیه و قانون مقرر دادگاه مواجه است. به عبارت دیگر در صورت رد تعیینی یا تخیری احاله ی درجه دو، این پرسش مطرح می شود که چه قانونی صالح و حاکم است.

- ۱- ارفع نیا بهشید، حقوق بین الملل خصوصی ج ۲ تهران بهتاب ۱۳۷۶
- ۲- الماسی نجاد علی، تعارض قوانین، تهران مرکز نشر دانشگاهی ۱۳۶۸
- ۳- سلجوقی محمود، حقوق بین الملل خصوصی ج ۲ تهران بنیاد حقوقی میزان ۱۳۸۶
- ۴- صفایی سید حسین، مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی تهران نشر میزان ۱۳۷۴
- ۵- شیخ الاسلامی سید محسن، حقوق بیم الملل خصوصی تهران کتابخانه گنج دانش ۱۳۸۴
- ۶- فدوی سلیمان، تعارض قوانین تهران طرح نوین اندیشه ۱۳۸۵
- ۷- متولی سید محمد، احوال شخصیه بیگانگان در ایران تهران انتشارات سازو کار ۱۳۷۸
- ۸- مدنی سید جلال الدین، حقوق بین الملل خصوصی تهران پایدار ۱۳۷۸
- ۹- نصیری محمد، حقوق بین الملل خصوصی تهران موسسه انتشارات آگاه ۱۳۷۲
- ۱۰- دانش پژوه مصطفی، تاملی در مفهوم ماده ۹۷۳ قانون مدنی، ارج نامه دکتر الماسی تهران شرکت سهامی انتشار ۱۳۹۱

تغییر جنسیت در نظام حقوقی ایران

حسام اولیائی

(پژوهشگر دکتری حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه)

هویت یا کیستی به مجموعه‌ای از نگرش‌ها، ویژگی‌ها و روحیات فرد و آنچه وی را از دیگران متمایز می‌کند؛ گفته می‌شود که شاخصه اصلی آن‌ها خصوصیات اجتماعی، روانی، فرهنگی و فلسفی تغییر جنسیت در نظام حقوقی ایران زیستی و تاریخی است. هویت انسانی معقول لیست اجتماعی مقوله‌ی هویت انسانی در دوران رشد و تکوین انسان در جامعه شکل می‌گیرد انسان‌ها دارای هویت جنسی می‌باشند به این معنا که فرد از نظر گرایش جنسی خود را متعلق به کدام دسته می‌پندارد، دسته مردان یا زنان؟ در این میان افرادی هستند که هویت جنسی خود را متفاوت از ذاتی که فی‌الحال با آن در جامعه شناخته می‌شوند می‌پندارند و در مقطعی از زندگی خود تصمیم به آشکارسازی می‌کنند که این آشکارسازی در سه مرحله اتفاق می‌افتد؛ اولین مرحله ((شناخت خود)) به این معناست که شخص متوجه می‌شود که از نظر جنسی و عاطفی به افراد غیر هم‌جنس تمایلی ندارد بلکه به افراد هم‌جنس تمایل دارد. مرحله‌ی دوم ((ابراز گرایش)) می‌باشد که شخص تصمیم می‌گیرد، گرایش خود را به خانواده و دوستان اعلام نماید. مرحله‌ی سوم ((آشکارسازی در جامعه)) است که به‌عنوان یک شخص دگر باش در جامعه، شناخته می‌شود.

مبحث تغییر جنسیت با توجه به آثار و پیامدهای حقوقی گوناگونی که دارد از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است. انسان‌ها یا مرد هستند یا زن و لذا جنس سومی وجود ندارد و اگر کسی غیر از این دو گونه باشد دچار اختلال و بیماری است هرچند عده‌ی کمی ترنس‌ها را از نوع سوم از جنسیت انسان می‌دانند.

تغییر جنسیت در دو نوع از انسان‌ها اتفاق می‌افتد که در ذیل توضیح داده می‌شود:

(۱) دوجنسی‌ها (خنثی یا هرمافرودیسیم)

این افراد دارای آلت تناسلی از هر دو جنس هستند از این‌رو دارای اختلال هویت جنسی یا ابهام در جنسیت هستند. این افراد از لحاظ فیزیولوژی و بدنی هم‌زمان و در آن واحد آناتومی و علائم مربوط به زن و مرد را علی‌الاصول به‌صورت ناقص در خود دارند و معمولاً از طریق ظاهری و با چشم قابل‌مشاهده اند و بعضاً با آزمایش و معاینه این نقیصه قابل تشخیص است. در این حالت بیماری دوجنسی با عمل جراحی به یکی از دو جنس مذکر یا مؤنث تبدیل می‌شوند.

(۲) تراجنسیتی (سکشوال یا ترنس)

این افراد از لحاظ ذات آفرینش مذکر یا مؤنث هستند اما از لحاظ روحی و عاطفی خود را متعلق به جنس مخالف ذات خود می‌پندارند. این افراد از لحاظ ظاهری هیچ علائمی ندارند تا مشکل آن‌ها مشخص شود در این نوع از بیماری کالبد و جسم فرد کاملاً سالم بوده و هیچ اشکال یا اختلالی در آن وجود ندارد اما از لحاظ فکری و روانی بدن و غالب خود را نمی‌تواند قبول کند و احساس می‌کند این قالب و کالبد اشتباهاً برای او قرار داده‌شده است به همین جهت از این موضوع ناراضی هستند برای مثال زن زمانی که خود را در آینه می‌بیند از لحاظ جسمی خود را مردانه تصور می‌کند یا بالعکس. این موضوع یعنی عدم تطابق ذهن با جسم باعث رنجش و آزار و اذیت همیشگی شخص می‌شود و سبب می‌شود تا فشار روانی سنگینی را تحمل کند به این افراد ناراضیان جنسی یا ترانس سکشوال و یا ترنس نیز گفته می‌شود

دیدگاه فقهی در مورد تغییر جنسیت

در رابطه با گروه اول اختلافی فی مابین ادیان و مذاهب وجود ندارد و متفق القول اعتقاد بر این دارند که تغییر جنسیتی این گروه بیماری محسوب شد، تغییر جنسیت راه معالجه آن‌ها می‌باشد. در رابطه با گروه دوم اختلاف شدید بین صاحب نظران فقهی وجود دارد تقریباً همه فقیهان سنی و نیز کلیسای مسیحی با این عمل جراحی مخالفند؛ استدلال آنان این است که انجام این کار تغییر در خلقت خداست اما اکثر فقهای شیعه از جمله امام خمینی (ره) با وجود دو شرط تغییر جنسیت را برای سکشوال‌ها پذیرفته‌اند.

شرط اول) بیماری ترانس سکشوال واقعی و قطعی باشد که این امر به وسیله ی پزشکان معتمد پزشکی قانونی احراز می‌گردد.

شرط دوم) تغییر جنسیت به صورت کامل صورت بگیرد یعنی مرد پس از تغییر جنسیت کاملاً به زن تبدیل شود یا زن پس از تغییر جنسیت کاملاً به مرد تبدیل شود.

همچنین ایشان معتقدند که: تغییر جنس دادن مرد به زن و بالعکس تغییر جنس زن به مرد، هم چنین اقدام شخص خنثی به منظور ملحق شدن به یکی از دو جنس ظاهراً حرام نیست.

نظر آیت‌الله مکارم شیرازی در مورد تغییر جنسیت آن است که: تغییر جنسیت ذاتاً خلاف شرع نیست ولی باید از مقدمات مشروع استفاده شود؛ هم چنین تغییر جنسیت اگر صوری باشد جایز نیست و اگر واقعی باشد به عنوان درمان و ظاهر شدن جنسیت واقعی جایز و گاه واجب است.

نظر آیت‌الله خامنه ای در مورد تغییر جنسیت، آن است که عمل جراحی افرادی که از لحاظ روحی و روانی ویژگی‌های جنس مؤنث یا مذکر را دارند برای کشف و آشکار کردن واقعیت جنسی آنان اشکال ندارد به شرطی که این کار مستلزم فعل حرام و ترتب مفسده ای نباشد هم چنین ایشان در مورد فرد خنثی معتقدند الحاق فرد خنثی به زن یا مرد فی نفسه، مشکل ندارد ولی واجب است از مقدمات حرام پرهیز شود

دلیل قبول فقهای شیعه بر قبول تغییر جنسیت، استناد به موارد زیر است:

(۱) اصل عدم می‌باشد با این استدلال که به دلیل نبودن دلیل شرعی از قرآن کریم و یا روایات اسلامی مبنی بر این که مانعی برای این امر وجود ندارد.

(۲) اصل اباحه

(۳) قاعده ی فقهی (نفی عسر و حرج)

(۴) قاعده ی فقهی اضطرار (الضرورات تبیح المحذورات)

(۵) قاعده ی فقهی تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم)

(۶) فتاوای معتبر علمای شیعه

با استناد به موارد فوق فقهای شیعه معتقدند که: این افراد بیمار محسوب شده، پس از احراز بیماری آن‌ها مبنی بر تمایلات جنسی و روحی می‌توانند از طریق تغییر جنسیت خود را معالجه و درمان نمایند بنابراین تغییر در جنسیت، تغییر در خلقت خدا محسوب نمی‌شود.

در این نوشتار به مهم‌ترین و شایع‌ترین اثرات حقوقی تغییر جنسیت می‌پردازیم.

(۱) تاثیر تغییر جنسیت بر عقد نکاح دائم و مهریه

۱-۱ قبل از نکاح

طرفینی که می‌خواهند با یک دیگر ازدواج کنند، می‌بایست واقعیت جنسی خود را به‌طرف مقابل اطلاع دهند؛ در غیر این صورت عمل ایشان مصداق بارز تدلیس در نکاح می‌باشد چراکه تدلیس در نکاح آنست که یکی از طرفین نقص یا عیبی را که دارد، پنهان کند؛ هر چند که دارنده ی نقص و عیب سکوت کند زیرا که عاداتاً چنین نقص و عیبی قابل مسامحه نیست؛ حال با توجه به موارد گفته‌شده اگر مردی با زنی که قبل از ازدواج تغییر جنسیت داده بدون آگاهی از این امر ازدواج نماید چنین امری از دو منظر حقوقی قابل بررسی است.

۱-۱-۱ بطلان نکاح

اشتباه در هویت در عقد نکاح دائم سبب بطلان نکاح است چراکه قانون‌گذار عدم شبهه در شخصیت طرفین در عقد نکاح دائم را شرط صحت آن دانسته، حال اگر به این جهت نکاح باطل باشد باید بین دو حالت تفاوت قائل شد؛ حالت اول، در صورتی است که نزدیکی بین زن و شوهر صورت نپذیرفته است در این حالت زن مستحق مهریه نیست. حالت دوم در صورتی است که نزدیکی بین زن و شوهر صورت پذیرفته باشد که در این صورت زن مستحق مهر المثل است.

۱-۱-۲ فسخ نکاح

اگر مردی با زنی ازدواج نماید که آن زن قبل از ازدواج تغییر جنسیت داده و آن را به آگاهی مرد نرسانیده باشد، چنین مردی می‌تواند، نکاح را فسخ نماید که در صورت فسخ قبل از نزدیکی، زن مستحق مهریه نیست اما بعد از نزدیکی، زن مستحق نصف مهر است. مسأله‌ای که مطرح است، قابلیت مطالبه ی خسارت از جانب مرد می‌باشد که به‌نظر می‌رسد از آن جایی که شوهر می‌تواند به زن تدلیس کننده رجوع نماید بنابر قاعده ی تهاوتر، مرد می‌تواند از پرداخت مهر المثل است یا نصف مهر در حالاتی که به زن مدلس مهریه تعلق می‌گیرد (مهر المثل در صورت دخول و بطلان نکاح، نصف مهریه در صورت دخول و فسخ نکاح) امتناع نماید یا اگر مهریه را پرداخت کرده است؛ می‌تواند آن را پس بگیرد (البته بعضی از فقها معتقدند در این حالت چون نزدیکی واقع شده است باید کمترین مهر به زن پرداخت شود).

۱-۲ بعد از نکاح

اگر زوجین بعد از عقد نکاح تغییر جنسیت بدهند که یکی از زوجین چه هر دو، چنین نکاحی از تاریخ تغییر جنسیت منحل شده، تلقی می‌شود و اثر تغییر جنسیت بر روی مهریه ی زوجه در دو فرض ذیل قابل بررسی است:

فرض اول: تغییر جنسیت یکی از زوجین بعد از عقد نکاح و قبل از نزدیکی باشد
در این صورت پرداخت مهریه منتفی می‌گردد زیرا علت تعیین مهر از بین رفته است و اگر مهریه پرداخت شده باشد باید مسترد شود.

فرض دوم: تغییر جنسیت یکی از زوجین بعد از عقد نکاح و بعد از نزدیکی باشد
در این صورت هر کدام از زوجین که تغییر جنسیت بدهد نکاح منحل خواهد شد اما مهریه کماکان به قوت خود باقی است زیرا قبل از تغییر جنسیت عقد نکاح اعتبار قانونی و شرعی داشته است و زوجین در برابر یک دیگر حقوق و تکالیفی داشته‌اند، بنابراین در صورت تغییر جنسیت مرد به زن و زن به مرد تأثیری بر تعهدی که زوج در هنگام عقد ایجاد کرده است یعنی پرداخت مهریه ندارد.

۲) تأثیر تغییر جنسیت بر نفقه
در حقوق ایران نفقه در دو بخش مورد بررسی قرار می‌گیرد یکی نفقه ی زوجه و دیگری نفقه ی اقارب

۱-۱ نفقه ی زوجه

زوجیت سبب دین مربوط به انفاق و تمکین زن شرط یا مانع است، بنابراین نفقه از آثار نکاح است که بر ذمه ی زوج مستقر می‌باشد، بدین صورت که پس از عقد نکاح دائم زوج می‌بایست به زوجه ی خود نفقه پرداخت نماید.

از آنجایی که شرط تعلق نفقه به زوجه، تمکین عام و خاص ایشان می‌باشد به دلیل تغییر جنسیت زوجه علاوه بر این که نکاح منحل می‌باشد؛ تمکین خاص که از وظایف زوجه می‌باشد در این مورد خروج موضوعی پیدا می‌کند به همین دلیل با تغییر جنسیت توسط زن دیگر نفقه‌ای به ایشان تعلق نمی‌گیرد.

۱-۲ نفقه ی اقارب

در حقوق ایران شرط تعلق نفقه به اقارب دو چیز است: یکی نیاز شخص واجب النفقه به طور متعارف و دیگری درجه ی استطاعت منفق است، بنابراین پرداخت نفقه اقارب مشروط به فقر و احتیاج شخص واجب النفقه است و تغییر جنسیت در آن تأثیری ندارد اما شرط پرداخت نفقه ی زوجه، جنسیت وی می‌باشد یعنی زن بودن. بنابراین زوجه حتی اگر محتاج دریافت نفقه نباشد، باز هم زوج مکلف به پرداخت نفقه به ایشان است بنابراین تغییر جنسیت اثری بر پرداخت نفقه ی اقارب ندارد و در هر صورت می‌بایست به ایشان نفقه پرداخت گردد.

۳) تأثیر تغییر جنسیت بر ولایت والدین

در اصطلاح حقوقی، ولایت قدرت و اختیاری است که برابر قانون به یک شخص ذی صلاح برای اداره ی امور محجور واگذار شده است. نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است. اگر والدین تغییر جنسیت بدهند دو فرض ذیل قابل بررسی است.

فرض اول) مادر تغییر جنسیت بدهد

اگر مادر از زن به مرد تبدیل شود در این صورت ولایتی بر فرزندان صغیر پیدا نمی‌کند به بیان دیگر هم چنان عنوان مادر را دارد و با تغییر جنسیت پدر تلقی نمی‌شود چرا که ولی قهری به معنای خاص پدر و جد پدری است و این صفتی است که قانون گذار به شخص داده است، به تعبیر دیگر پدر فرزند کسی است که در زمان تلقیح طبیعی یا مصنوعی نطفه ی فرزند را منعقد کرده است و تغییر جنسیت مادر نمی‌تواند تأثیری بر صفت ولی بودن بگذارد بنابراین اگر جنس زن تغییر یابد برای او ولایت صغار ثابت نمی‌شود.

فرض دوم) پدر تغییر جنسیت بدهد
اگر پدر از مرد به زن تبدیل شود در این مورد به شرایط و مصلحت فرزند توجه می‌شود؛ بدین صورت که اگر تغییر جنسیت پدر تأثیر بدی بر روی کودک نگذارد؛ ولایت پدر ساقط نمی‌شود اما اگر باعث ایجاد صدمه به کودک بشود، دادگاه ولایت پدر را ساقط می‌کند. معمولاً رویه ی دادگاه‌ها بر این است که در این حالت ولایت پدر بر صغیرش را ساقط می‌کنند چراکه معتقدند؛ در این حالت ولی قهری توانایی و شایستگی اداره ی امور صغیر خود را از حیث آموزش‌های پدران‌ه ای که توسط یک پدر به فرزند باید داده شود را از دست داده است.

۴) تأثیر تغییر جنسیت بر ارث

انتقال دارایی با مرگ مالک محقق می‌شود، طبق قانون موجبات ارث دو امر است : سبب و نسب. تنها مصداق سبب ارث ازدواج است و نسب ارث براساس طبقه‌ی وارثان است که در ماده ی (۸۶۲) قانون مدنی مشخص گردیده است. قانون مدنی در رابطه با ارث خنثی در ماده ی (۹۳۹) پیش‌بینی نموده است که اگر علایم رجولیت غالب باشد، سهم‌الارث یک پسر از طبقه ی خود و اگر علایم انائیت غلبه داشته باشد ، سهم‌الارث یک دختر از طبقه ی خود را می‌برد و اگر هیچ‌یک از علایم غالب نباشد، نصف مجموع سهم‌الارث یک پسر و یک دختر از طبقه خود را خواهد برد.

حال سوالی که مطرح می‌شود این است که: فردی که تغییر جنسیت داده از مورث خود به چه میزان ارث می‌برد؟ برای پاسخ به این سوال باید به زمان تغییر جنسیت توجه نمود چرا که در این موضوع تفاوت‌هایی را ایجاد می‌کند ؛ در این نوشتار ما ابتدا به بررسی نظر امام‌خمینی (ره) پرداخته و در پایان دو فرض را برای این امر متصور شده‌ایم.

۴-۱) نظر امام خمینی (ره)

امام‌خمینی (ره) در کتاب تحریرالوسیله این موضوع را به دو بخش تقسیم می‌نماید ؛
اول) اگر جنس هر یک از برادر و خواهر به جنس مخالف تغییر یابد، انتساب آن‌ها قطع نمی‌شود بلکه برادر، خواهر و برعکس می‌شوند و اگر عمو تغییر کند عمه می‌شود و برعکس و اگر دایی تغییر نماید، خاله می‌شود و برعکس. پس در این حالت وضعیت فعلی فرد تغییر یافته، ملاک عمل خواهد بود یعنی اگر زن بود ولی الان مرد شده باشد، دو برابر خواهرش ارث می‌برد.

دوم) اشکال در ارث پدر و مادر و جد و جده باقی می‌ماند پس اگر جنس پدر به مخالف تغییر یابد فعلاً نه پدر است و نه مادر و هم چنین است در تغییر جنس مادر، پس مرد فعلی نه مادر است نه پدر ولی اشبه (نزدیک‌تر) ارث بردن آن هاست و ظاهر آن است که اختلاف آن‌ها در ارث به لحاظ ((حال منعقد شدن نطفه)) است. پس برای پدر درحال انعقاد نطفه، دوسوم و برای مادر یک سوم است و احتیاط (مستحب) مصالحه است. بنابراین امام‌خمینی (ره) پدر و مادر را متفاوت از برادر و خواهر می‌دانند لذا با این وصف، وضعیت سابق پدر و مادر یعنی قبل از تغییر جنسیت ملاک تقسیم ارث است اما برادر ، خواهر ، عمو ، عمه ، دایی و خاله براساس جنسیت جدید خود ارث می‌برند.

۴-۲ فرض ارث بری در تغییر جنسیت

فرض اول) تاثیر تغییر جنسیت قبل از فوت مورث

هرگاه فردی قبل از فوت مورث خود جنسیتش را تغییر دهد و سپس مورث او فوت نماید، ملاک ارث بری چنین شخصی جنسیت فعلی وی می باشد؛ به طور مثال اگر پسری قبل از فوت مورث خود تغییر جنسیت بدهد ارث بری ایشان بدین صورت است که وی مانند دختر ارث می برد.

فرض دوم) تاثیر تغییر جنسیت بعد از فوت مورث

در این حالت تاثیر تغییر جنسیت در ارث بدین گونه است که باید جنسیت وارث در زمان حیات مورث ملاک و مبنا قرار گیرد چرا که این فرد پس از فوت مورث تغییر جنسیت داده است پس حقی برای وی از قبل ثابت شده است که تغییر جنسیت بعدی تاثیری در این مساله ندارد. به طور مثال اگر دختری بعد از فوت مورث خود تغییر جنسیت بدهد ارث بری ایشان بدین صورت است که وی براساس جنسیت زمان فوت مورث خود یعنی دختر بودن ارث می برد و تغییر جنسیت بعدی ایشان تاثیری در بیشتر ارث بردن ندارد.

البته همان طور که گفته شد تغییر جنسیت بعدی پدر و مادر چه قبل از فوت مورث و چه بعد از فوت مورث باشد تاثیری بر ارث بری آنها نمی گذارد چرا که ملاک برای ارث بری آنها زمان انعقاد نطفه ی مورث پدر و مادر می باشد اما ملاک ارث بری بقیه وراث، جنسیت آنها در زمان فوت مورث است.

۵) تغییر جنسیت در محاکم قضائی

افراد ترنس برای این که موفق به عمل تغییر جنسیت بشوند می بایست بدین ترتیب عمل نمایند:

- ۱- مراجعه به دفاتر قضایی جهت ثبت دادخواست تغییر جنسیت
- ۲- ارجاع دادخواست توسط دفاتر قضایی به دادگاه خانواده
- ۳ - ارجاع فرد ترنس به پزشکی قانونی
- ۴- معرفی به یک روان پزشک معتبر از طرف پزشکی قانونی و گذراندن مراحل روان درمانی
- ۵- انجام آزمایش های تشخیص سطح هورمون و کاربوتایپ برای اطمینان از این که فرد دچار اختلال هورمونی یا کروموزومی نیست
- ۶- تأیید از طرف روان پزشک و ارجاع به پزشکی قانونی
- ۷- تأیید از طرف پزشکی قانونی و ارجاع به قاضی
- ۸- دریافت حکم قاضی مبنی بر جواز تغییر جنسیت

پس از صدور رأی و بعد از انجام عمل جراحی تغییر جنسیت، فرد می تواند دادخواست تغییر و اصلاح شناسنامه را از دادگاه عمومی حقوقی بخواهد، دادگاه نیز پس از احراز موضوع حکم مقتضی را صادر می کند. قابل ذکر است: تغییر نام فرد در قسمت توضیحات آورده می شود اما به نام قبلی وی اشاره ای نمی شود.

نتیجه گیری

افراد ترنس اگر جسم مردانه داشته باشند، تمایل دارند؛ لباس زنانه بپوشند؛ موهای زائد بدن خود را از بین ببرند، موهای سر خود را بلند کنند، آرایش زنانه کنند و صدای خود را تغییر داده و مثل زنان عشوهِگرا نه صحبت کنند یا اگر ترنس زن باشند، دوست دارند؛ لباس‌های مردانه بپوشند، علاقه‌ای به آرایش زنانه ندارند، علاقه‌ای به اسباب‌بازی و عروسک‌های دخترانه مثل خرس پاندا ندارند، دوست دارند آن‌ها را با نام پسرانه صدا بزنند و معمولاً مدل موی مردانه می‌زنند. ترنس‌ها علی‌الاصول از لحاظ میل جنسی علاقه‌ای به جنس مخالف ندارند و حتی به آلت تناسلی خود به‌عنوان یک منبع لذت نگاه نمی‌کنند بلکه از آن انزجار دارند و به‌دنبال آنند تا برداشته شود و معمولاً از نزدیکی و برقراری ارتباط جنسی با جنس مخالف بیزارند زیرا در ذهن خود تصور می‌کنند در حال نزدیکی با هم‌جنس خود هستند؛ این نقص یا بیماری از لحاظ علم پزشکی کاملاً شناخته شده است. اگر وضعیت انسانی چنین باشد در واقع چنین شخصی بیمار تلقی می‌شود. دادگاه ابتدائاً می‌بایست با کمک روان‌شناسان و روان‌پزشکان، سعی در تطبیق ذهن با جسم داشته باشند و اگر نهایتاً این کار آفاقه‌ای نکرد، می‌بایست حکم تغییر جنسیت بدهند.

از حیث قانونی، متأسفانه هیچ مقرره‌ای که درباره موضوع تغییر جنسیت و ضوابط و چگونگی آن و شرایط شکلی و ماهوی صحبت کرده باشد، تاکنون تصویب نشده است و فقط قانون حمایت خانواده، مصوب (۱۳۹۱) در بند (۱۸) از ماده ی (۴) گفته است: رسیدگی به درخواست تغییر جنسیت در صلاحیت دادگاه خانواده است و غیر از این مورد هیچ قانون یا آیین‌نامه مرتب‌تی وجود ندارد؛ همین یک‌بند دلیلی شد بر قانونی بودن تغییر جنسیت در حقوق ایران هرچند می‌طلبد، قانونی مدون و مقتضی در این باره با پیش‌بینی تمام جوانب امر تصویب شود.

در حال حاضر محاکم از حیث ماهوی صرفاً براساس منابع فقهی معتبر و اصول فقهی و حقوقی مبادرت به صدور رأی می‌نمایند. امروزه با توجه به عدم وجود منع شرعی و قانونی برای تغییر جنسیت، می‌بایست با چنین اشخاصی به‌عنوان بیمار برخورد شود و با بهره‌گیری از تکنیک‌های روان‌پزشکان و روان‌شناسان به حالات واقعی روحی و روانی چنین اشخاصی پی برد تا قضات بتوانند در راستای علاج چنین اشخاصی حکم مقتضی صادر نمایند.

- ۱- آزاد، حسین، آسیب‌شناسی روانی، ج ۲، انتشارات بعثت، تهران، ۱۳۸۴
- ۲- بهجت، محمدتقی، استفتائات، دفتر حضرت آیت‌الله عظمی بهجت، قم، ۱۳۹۶
- ۳- حسینی خامنه‌ای، سیدعلی، عمل تغییر جنسیت، سایت پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر مقام معظم رهبری
- ۴- خاکسار، الهام، غریبه‌های عالم خلقت، زنان، شماره ۲۴، ۱۳۸۴
- ۵- دیتانی، عبدالرسول، حقوق اخلاقی پزشکی (اصلاح جنسیت)، دادرسی آذر و دی شماره ۲۹، ۱۳۸۰
- ۶- سبحانی، جعفر، تغییر جنسیت از دیدگاه فقه اسلامی، فقه اهل بیت، شماره ۶۹، بهار ۱۳۹۱
- ۷- صفایی، حسین، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، جلد ۱، مؤسسه ی چاپ بیستم و انتشارات تهران، ۱۳۸۸
- ۸- قاسمی، محمدعلی، دانشنامه ی فقه پزشکی، جلد ۲، چاپ ۱، ناشر مرکز فقهی ائمه ی اطهار- علیه السلام- قم، ۱۳۹۱
- ۹- کاهانی، علیرضا و شجاعی، پیمان، اختلال هویت جنسی، تیمورزاده، طبیب، تهران ۱۳۸۱
- ۱۰- کریمی نیا، محمدمهدی، معرفت، بررسی فقهی و حقوقی تغییر جنسیت، شماره ۳۶، ۱۳۸۹
- ۱۱- کریمی نیا، محمدمهدی، تغییر جنسیت و مسائل فراروی آن، فصل نامه حقوق پزشکی، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۸۷
- ۱۲- موسوی خمینی، روح‌الله، تحریرالوسیله، جلد ۲، ناشر دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم ۱۳۷۹
- ۱۳- مؤمن قمی، محمد، سخنی درباره ی تغییر جنسیت، انتشارات نشر اسلامی، قم ۱۳۷۵
- ۱۴- مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات، پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر آیت‌الله مکارم شیرازی
- ۱۵- زاهدیان تنجکی، مهران، پیروز پیمان، زهره، ارکان دعای حقوقی در پرتو رویه قضایی، چاپ اول، انتشارات جنگل، ۱۴۰۲
- ۱۶- امامی، اسدالله، مطالعه ی تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه، انتشارات میزان، ۱۳۹۲
- ۱۷- قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷
- ۱۸- قانون حمایت خانواده مصوب

موانع حقوقی صادرات نفتی ایران و راهکارهای مقابله با آن

نازنین کرمی

(دانشجوی کارشناسی حقوق)

چکیده:

صنعت نفت ایران به عنوان یکی از اصلی ترین منابع درآمدی این کشور، همواره تحت تأثیر موانع حقوقی قرار داشته است. این جستار به بررسی مهم ترین موانع می پردازد و راه حل های مناسب برای مقابله با آنها ارائه می دهد. براساس یافته های این تحقیق، تحریم های بین المللی، الزامات پایبندی به معیارهای بین المللی و رقابت با سایر صادرکنندگان بزرگ نفت، موانع اصلی حقوقی بر سر راه صادرات نفتی ایران هستند. در این راستا، فیصله ی اختلافات بین المللی ایران از طرق مسالمت آمیز، گسترش همکاری دیپلماتیک با سایر کشور های تحریم شده، ارتقای استانداردها و بهبود رقابت پذیری با دیگر صادر کنندگان نفت، به عنوان راه حل های پیشنهادی مطرح می شوند.

مقدمه:

صنعت نفت یکی از مهم ترین بخش های اقتصادی ایران به شمار می رود که همواره با موانع متعددی از جمله تحریم های بین المللی و محدودیت های حقوقی روبرو بوده است. این موانع، علاوه بر تأثیرگذاری بر میزان درآمدهای ارزی کشور، می تواند پیامدهای اقتصادی، اجتماعی و سیاسی قابل توجهی را به همراه داشته باشد.

پس از ملی شدن صنعت نفت ایران در سال ۱۹۵۱، کشورهای غربی به رهبری انگلیس و ایالت متحده آمریکا، اقدام به اعمال تحریم های اقتصادی گسترده علیه این کشور کردند. تحریم های نفتی در آن زمان منجر به کاهش شدید تولید و صادرات نفت ایران شد. در سال های پس از پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۹۷۹، تحریم های نفتی علیه ایران تشدید شد. در این دوره، ایالت متحده آمریکا به طور یک جانبه اقدام به اعمال محدودیت های گسترده بر صادرات نفت ایران کرد. این تحریم ها شامل ممنوعیت واردات نفت ایران، محدودیت در انجام معاملات مالی و بانکی و نیز ممنوعیت فروش تجهیزات و خدمات نفتی به ایران بود. در سال های ۲۰۰۶ به بعد، تحریم های سازمان ملل متحد و اتحادیه اروپا نیز به تحریم های موجود افزوده شد. این تحریم ها به طور جدی بر بخش نفت و گاز ایران تأثیر گذاشت و موجب کاهش چشم گیر تولید و صادرات نفت این کشور شد. در این راستا، جستار حاضر با هدف شناسایی و بررسی موانع حقوقی پیش روی صادرات نفتی ایران و ارائه راهکارهای مقابله با این موانع تهیه شده است. در ابتدا مهم ترین موانع حقوقی پیش روی صادرات نفتی کشور مورد کنکاش قرار گرفته و در نهایت، راهکارهای مناسب برای مقابله با این موانع ارائه خواهد شد. امید است این جستار بتواند گامی مؤثر در جهت آگاهی از جایگاه ایران در عرصه ی صادرات نفتی باشد.

۱ - تحریم های بین المللی:

تحریم های گسترده اعمال شده علیه ایران از سوی جامعه ی جهانی یکی از مهم ترین موانع حقوقی بر سر را صادرات نفت این کشور است. این تحریم ها شامل محدودیت هایی در صدور مجوز برای فروش نفت ایران و انتقال وجوه حاصل از آن می باشد. راه حل های پیشنهادی در این زمینه فیصله ی اختلافات بین المللی ایران از طرق مسالمت آمیز و گسترش همکاری دیپلماتیک با سایر کشور های تحریم شده به منظور کاهش یا رفع این تحریم ها است.

۱-۱ استفاده از مکانیسم های حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات بین المللی:
ایران میتواند با استفاده از روش های حقوقی و غیر حقوقی، به دنبال رفع موانع حقوقی صادرات نفتی خود باشد. این راهکارها می تواند منجر به تفسیر قوانین بین المللی و تعیین مسئولیت طرف های درگیر شود.

۱-۱-۱ حل اختلافات از طرق حقوقی:
«منظور از روش های حقوقی حل مسالمت آمیز اختلافات بین المللی، روش هایی است که مبنا و ماهیت حقوقی بین المللی دارند. در این روش ها، از مقررات و موازین حقوق بین الملل برای حل و فصل اختلافات استفاده می شود.» طرق حقوقی حل مسالمت آمیز اختلاف های بین المللی شامل دادگستری بین المللی و داوری بین المللی می شود و بر خلاف آیین های دیپلماتیک (غیر حقوقی) از تصمیم هایی الزامی و مبتنی بر قواعد حقوقی برخوردار است.

۱-۱-۱-۱ ارجاع پرونده به دادگستری بین المللی:
دادگستری بین المللی را میتوان به عنوان مجموعه ای از نهادها و فرآیندهای قضایی در سطح بین المللی تعریف کرد که به حل و فصل اختلافات حقوقی بین بازیگران بین المللی مانند دولت ها، سازمان های بین المللی و حتی افراد می پردازد. در ذیل این مطلب به ویژگی های دادگستری بین المللی می پردازیم:

۱- ماهیت بین المللی: این نهادها در سطح فرامرزی و فرا ملی فعالیت می کنند و پیوندی با نظام های حقوقی ملی ندارند. لیکن ایران می تواند با طرح شکایات در مراجع معتبر بین المللی به افزایش مشروعیت ادعاهای حقوقی خود کمک کند و فشار سیاسی را بر طرف های مقابل افزایش می دهد.

۱ محمد رضا ضیائی بنگدلی، حقوق بین الملل عمومی (انتشارات گنج دانش، ۱۳۵۴) ۱۳۵۴

۲-تنوع رویه‌ها و نهادها: طیف گسترده‌ای از دادگاه‌ها، داوری‌ها، مراجع قضایی و شبه قضایی تحت این مفهوم قرار می‌گیرند.

می‌توان با استفاده از ظرفیت‌های داوری و میانجی‌گری دادگستری بین‌المللی برای حل اختلافات استفاده کرد که می‌تواند به کاهش تنش‌ها و موضع‌گیری‌های سیاسی کمک کند.

۳-تکثر منابع حقوقی: از منابع مختلف حقوق بین‌الملل مانند معاهدات، رویه‌ها و اصول کلی حقوقی برای حل اختلافات استفاده می‌کنند.

با این وجود امکان طرح شکایت ایران علیه نقض قوانین و معاهدات بین‌المللی در قالب معاهدات بین‌المللی در دادگستری بین‌المللی بوجود آمده و سپس با حکم لازم الاجرای دادگستری بین‌المللی بستر اجرایی کردن پیگیری‌های حقوقی برای رفع نقض بوجود می‌آید

۴-ماهیت غیردولتی: عمدتاً دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی را طرف دعاوی قرار می‌دهند، اما گاهی افراد نیز می‌توانند طرف این دعاوی باشند.

پرونده‌ی «نفت دریایی» که ایران در سال ۲۰۱۹ علیه ایالات متحده ی آمریکا به دلیل توقیف دو نفت کش «آدریان داریا ۱» و «ماهان» در آب‌های بین‌المللی تحت عنوان نقض حاکمیت کشتی‌های ایرانی و حقوق بین‌المللی شکایت کرده بود در سال ۲۰۲۲ با رای به نفع ایران و پرداخت غرامت از سوی ایالات متحده ی آمریکا خاتمه یافت.^۲

۱-۱-۲ ارجاع پرونده به داوری بین‌المللی:

تعریف داوری طبق ماده ی ۳۷ کنوانسیون اول لاهه مورخ ۱۸ اکتبر سال ۱۹۰۷: «داوری بین‌المللی آیینی است که هدفش حل اختلاف‌های دولت‌ها توسط برگزیدگان آنها بر مبنای قواعد حقوقی است.» می‌باشد. داوری امری ارادی است یعنی توسل به آن تنها با رضا و موافقت تمامی طرف‌های اختلاف امکان پذیر است. دخالت اراده‌ها امکان دارد دو حالت مختلف داشته باشد: ۱- زمانی که طرفین دعوا بعد از وقوع اختلاف و محصور به اختلاف خاصی برای داوری باهم توافق کنند (داوری اختیاری). ۲- هنگامی که طرفین قبل از وقوع اختلاف برای داوری با یکدیگر تراضی کرده باشند (داوری اجباری).^۳

پرونده ای در سال ۲۰۱۹ به دیوان بین‌المللی داوری ارجاع داده شد که ایران علیه ایالت متحده ی آمریکا دعوائی تحت عنوان نقض قوانین بین‌الملل با اعمال تحریم‌های یک جانبه علیه ایران مطرح کرده بود. در نهایت در سال ۲۰۲۱ رای به نفع ایران صادر شد و ایالات متحده ی آمریکا ملزم به جبران خسارت گردید.^۴

^۲ [1] "Iran Wins International Court Case Against U.S. Over Seized Oil Tankers," Reuters, July ۱۴, ۲۰۲۲.

<https://www.reuters.com/world/middle-east/iran-wins-international-court-case-against-us-over-seized-oil-tankers-۲۰۲۲-۰۷-۱۴/>

^۳ محمرضا ضیائی بیگدلی، حقوق بین‌الملل عمومی (انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۰)، ۲۹۵ و ۲۹۶.

^۴ Case No. AA۶۶۲, Iran v. United States, Permanent Court of Arbitration, Award, ۵ May ۲۰۲۳, available at <https://pcacases.com/web/sendAttach/۳۱۵>

۱-۱-۲ حل اختلافات از طرق غیر حقوقی (سیاسی یا دیپلماتیک):

روش های غیر حقوقی حل و فصل اختلافات بین المللی به مجموعه ای از فرآیندها و روش هایی اطلاق می شود که به جای استفاده از نظام قضایی و اقدامات قانونی، به دنبال یافتن راه حل های مسالمت آمیز و مقبول برای طرفین درگیر هستند. این روش ها معمولاً مبتنی بر تعامل مستقیم، مذاکره و تسهیل گری هستند تا به طرفین در رسیدن به توافق و حل اختلاف کمک کنند.

۱-۲-۱-۱ روش های سازمان های بین المللی:

نقش سازمان های بین المللی را در این روش را نمی توان نادیده گرفت زیرا که سازمان ها همواره در جهت توسعه و تسهیل فرآیندها به حل اختلافات بین المللی در سطوح مختلف کمک کرده اند. لذا در ذیل به چند مورد از اقدامات آنها می پردازیم:

- ۱- تشکیل مراکز میانجی گری و داوری بین المللی
- ۲- توسعه معاهدات و قوانین بین المللی برای تنظیم روش های حل و فصل اختلاف
- ۳- ارائه خدمات مشاوره و همکاری برای تسهیل روند مذاکره و میانجی گری در اختلافات بین کشورها
- ۴- تشکیل کمیسیون های تحقیق و حل و فصل اختلافات با حضور نمایندگان بین المللی بی طرف
- ۵- ارائه آموزش و تربیت متخصصان در زمینه روش های حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف

پرونده ای در سال ۲۰۱۸ توسط ایران علیه ایالات متحده ی آمریکا مطرح شد که ایران معتقد بود بازگرداندن تحریم های یک جانبه ی ایالات متحده ی آمریکا نقض مقررات سازمان تجارت جهانی می باشد و به همین جهت به صنعت نفت و اقتصاد ایران آسیب جدی وارد شده است. پس از بررسی پرونده توسط هیئت داوری سازمان تجارت جهانی در سال ۲۰۲۱ اعلام شد که این اقدام ایالت متحده ی آمریکا نقض قوانین سازمان بوده و با وجود اعتراض ایالات متحده ی آمریکا در نهایت سال ۲۰۲۲ پذیرفت که این تحریم ها غیر قانونی بوده و موظف به پرداخت غرامت به ایران است.^۵

۱-۳-۱ گسترش همکاری های دیپلماتیک با سایر کشور های تحریم شده:

- ۱-۳-۱-۱ مذاکرات دیپلماتیک با دیگر کشور های تحریم شده:
ایران می تواند با کشورهایی که تحریم های نفتی علیه آن اعمال شده، وارد مذاکره شود و از طریق گفت و گو و تعامل، به راه حل های حقوقی دست یابد. این امر می تواند شامل مذاکره بر سر ابعاد تحریم ها، استثنای مجاز و چگونگی اجرای آن ها باشد.
از نمونه ی مذاکرات ایران می شود به مذاکره با کشور روسیه در خصوص همکاری های نفتی و دور زدن تحریم های ایالات متحده ی آمریکا در سال ۲۰۲۱ نام برد. این همکاری به کاهش تاثیر بخشی از تحریم ها و دسترسی به درآمد نفتی دو کشور منجر شد.^۶

۵ گزارش نشست هیئت داوری سازمان تجارت جهانی در خصوص پرونده شکایت ایران علیه تحریم های نفتی آمریکا، منتشره در سال ۲۰۲۱
۶ وزارت امور خارجه ایران (۲۰۲۱). گزارش مذاکرات ایران و روسیه در زمینه همکاری های نفتی
رویتز (۲۰۲۱). "ایران و روسیه به توافق همکاری در بخش نفت رسیدند"

۱-۳-۲ ایجاد ائتلاف حقوقی با دیگر کشور های تحریم شده:

کشورهای تحت تحریم اقتصادی و نفتی معمولاً برای دور زدن این تحریم‌ها و دستیابی به منافع اقتصادی و تجاری خود، به همکاری حقوقی با یکدیگر روی می‌آورند. این همکاری حقوقی می‌تواند در قالب ائتلاف‌ها و سازوکارهای مشترک صورت گیرد.

در چنین ائتلاف‌هایی، کشورها با استفاده از ابزارهای حقوقی بین‌المللی، از جمله قوانین تجارت جهانی، معاهدات دوجانبه و چندجانبه، و مکانیسم‌های حل اختلاف، سعی می‌کنند تا به حقوق خود در زمینه‌های مختلف مانند صادرات و واردات، انتقال فناوری و پرداخت‌های مالی دست یابند. این همکاری‌های حقوقی به کشورهای تحت تحریم کمک می‌کند تا:

۱- از اعمال فشارهای تحریمی جلوگیری کنند

۲- به منابع مالی و تجاری دسترسی داشته باشند

۳- فعالیت‌های اقتصادی خود را گسترش دهند

در نتیجه، ائتلاف‌های حقوقی این امکان را به کشورهای تحریم شده می‌دهد تا تا حد زیادی تحریم‌ها را دور بزنند و به منافع اقتصادی خود دست یابند.

برای این مورد می‌توان به ائتلاف حقوقی ایران، چین و روسیه در سال ۲۰۲۲ برای مقابله با تحریم‌های ایالات متحده ی آمریکا علیه صنعت نفت اشاره کرد. این ائتلاف منجر به افزایش صادرات نفت خام و فرآورده‌های نفتی به کشورهای ثالث از طریق سازوکارهای مالی و حقوقی مشترک شد علاوه بر این سه کشور توانستند در مقابل فشارهای آمریکا برای اعمال تحریم‌های بیشتر از حقوق خود در چهارچوب حقوق بین الملل دفاع کنند.^۷

۱-۳-۳ تقویت همکاری‌های اقتصادی با دیگر کشور های تحریم شده:

ایران در حال تقویت همکاری‌های اقتصادی و تجاری با سایر کشورهای تحریم‌شده از طریق توافقات دوجانبه می‌باشد. این همکاری‌ها می‌تواند در زمینه‌هایی مانند مبادلات تجاری، سوآپ نفتی و ایجاد سامانه‌های پرداختی جایگزین باشد.

یکی از موارد موفق همکاری ایران، شراکت آن با چین و روسیه بوده است. این سه کشور در سال‌های اخیر توافق‌های دوجانبه و چندجانبه در زمینه‌های توافق سوآپ که با ارائه ی نفت خام یا فرآورده‌های نفتی یک کشور به کشور دیگر، کالا یا خدمات دریافت کرده و با این روش از سیستم مالی تحت تسلط غرب فاصله گرفته‌اند و با راه‌اندازی سامانه ی پرداختی مشترک جایگزین تجارت‌های دوجانبه ی خود را بدون استفاده از دلار ایالات متحده ی آمریکا و سیستم مالی غربی انجام دهند و با این روش از تحریم‌های غربی فرار کنند.^۸

^۷ مقاله "همکاری حقوقی ایران، چین و روسیه برای مقابله با تحریم‌های نفتی آمریکا" مجله حقوق بین‌الملل، ۹-۱-۲۰۲۲.
گزارش وزارت امور خارجه ایران در مورد ائتلاف حقوقی ایران، چین و روسیه، ۱۵-۴-۲۰۲۲

A. "Iran, Russia and China Agree to Oil-for-Goods Swap Deal", Reuters, June ۲۰۲۲.

"Iran, Russia and China Launch Joint Payment System to Bypass SWIFT", Al Jazeera, September ۲۰۲۱

۱-۳-۴ هماهنگی در حوزه حمل و نقل با دیگر کشور های تحریم شده: ایران و دیگر کشورهای تحریم شده در حال هماهنگی برای ایجاد سامانه های جایگزین حمل و نقل نفت و محصولات نفتی هستند که از تحریم های دریایی و بیمه های مصون باشد. موردی که می توان به آن اشاره نمود همکاری ایران با روسیه در این حوزه هست که با امضای توافق نامه هایی در زمینه ی استفاده ی مشترک از ناوگان تجاری که با اجاره و به اشتراک گذاشتن کشتی های تجاری کالاهای یکدیگر را به راحتی جا به جا می کنند و با ایجاد دالان دریایی بین بنادر ایران و روسیه که همان بنادر خزر و مدیترانه می باشد همکاری نزدیکی دارند که فرار از تحریم های غرب را کارساز می کند و در آخر با تنظیم مسیر و زمان بندی مناسب ، جا به جایی کالاها نافع تر می شود.^۹

۱-۳-۵ تبادل اطلاعات و تجربیات با دیگر کشور های تحریم شده: ایران در تلاش است تا با به اشتراک گذاشتن تجربیات و اطلاعات خود با سایر کشورهای تحریم شده، به افزایش توانمندی های همدیگر در مواجهه با تحریم ها کمک کند. باتوجه به محرمانه بودن اسناد و فعالیت های مخفی کشور ها نمی توان با قطعیت در این مورد اظهار نظر کرد اما تبادل اطلاعات و همکاری در زمینه های تکنولوژی و فنی در صنعت نفت مانند اکتشاف میادین جدید ، توسعه ی میادین موجود، فناوری انواع حفاری ، بهینه سازی فرآیند های پالایشگاهی و پتروشیمیایی از نظر دور نمی ماند و از طرف دیگر همکاری مالی و بانکداری برای دور زدن تحریم های غربی از طریق سیستم های پرداخت غیر متمرکز مثل ارز های دیجیتال و یا تهاثر کالا و تسویه حساب های چند جانبه دور از ذهن نیست علاوه بر این دو تبادلات آموزشی و پژوهشی از طریق برگزاری کنفرانس ها ، انتشار مقالات مشترک و تبادل استاد و دانشجو و پروژه های تحقیقاتی مشترک، کمک کننده خواهد بود.

۲- الزامات پایبندی به معیارهای بین المللی :

به عنوان عضوی از جامعه بین المللی، ایران ملزم به رعایت برخی استانداردها و معیارهای بین المللی در زمینه صادرات نفت است. این الزامات گاهی اوقات با چالش هایی همراه است که می توان از طریق ارتقای استانداردهای داخلی و تطبیق آن ها با معیارهای بین المللی به آن ها پاسخ داد.

^۹ Iran, Russia Expand Maritime Cooperation to Bypass Western Sanctions", The Maritime Executive, June ۲۰۲۲
https://www.maritime-executive.com/article/iran-russia-expand-maritime-cooperation-to-bypass-western-sanctions

۲-۱ بازبینی و اصلاح قوانین داخلی:

ایران می‌تواند با اصلاح قوانین و مقررات داخلی مرتبط با صنعت نفت، مسائل حقوقی را کاهش دهد. همچنین بازنگری در قراردادهای نفتی با شرکت‌های خارجی می‌تواند انعطاف‌پذیری بیشتری در مواجهه با تحریم‌ها ایجاد کند.

ایران با قانون تسهیل صادرات نفت در سال ۱۳۹۹ که در پی تشدید تحریم‌های نفتی تصویب شد، چهارچوب جدیدی را برای انعقاد قرارداد های نفتی با شرکت‌های تجاری ایجاد کرد. در این قانون ایران بدون واسطه می‌توانست نفت خام و فرآورده‌های نفتی را به صورت مستقیم به خریداران نهایی صادر کند و همچنین واحد های پولی جایگزین دلار آمریکا مانند یوان چین، روپیه هند و یا ارزهای دیجیتال دریافت کند. این تغییرات قانونی باعث عبور از مکانیسم‌های بانکی و تسویه حساب مبتنی بر دلار شده و با کاهش تاثیر تحریم‌های مالی و بانکی، ایران با حفظ صادرات نفتی خود به بازار های جدیدی هم دسترسی پیدا کرده است.^{۱۰}

۳- رقابت با سایر صادرکنندگان بزرگ نفت:

ایران در صحنه رقابت جهانی با سایر صادرکنندگان بزرگ نفت مانند عربستان سعودی، روسیه و آمریکا قرار دارد. این رقابت می‌تواند بر حجم صادرات نفتی ایران تأثیرگذار باشد. بهبود رقابت‌پذیری ایران از طریق ارتقای کیفیت محصولات، افزایش بهره‌وری و کاهش هزینه‌های تولید می‌تواند راه‌حلی مناسب در این زمینه باشد. علاوه بر این همکاری با دیگر صادر کنندگان می‌تواند در عرضه نفت ایران کارساز باشد.

۳-۱ همکاری با سایر صادرکنندگان نفت:

ایران می‌تواند با همکاری با سایر کشورهای صادرکننده نفت، به صورت جمعی در مقابل تحریم‌ها و موانع حقوقی اقدام کند. این امر می‌تواند شامل هماهنگی در سیاست‌گذاری، اقدامات حقوقی و تبادل اطلاعات باشد.

ایران و روسیه در سال‌های اخیر همکاری‌های موفق‌تری را در زمینه‌های توسعه میدان‌های نفتی و گازی مشترک در دریای خزر، استخراج و پالایش نفت، صادرات همزمان نفت و گاز به بازار های مشترک و هماهنگی در سیاست‌های تولید و قیمت‌گذاری نفت در چهار چوب اوپک انجام داده‌اند. این اعمال به تقویت موقعیت ژئواکونومیک ایران و روسیه در بازار جهانی انرژی کمک کرده است.^{۱۱}

۱۰. محمدرضا فرهادیان، "تحلیل قانون تسهیل صادرات نفت ایران در شرایط تحریم‌ها"، فصلنامه مطالعات اقتصادی کاربردی ایران، شماره ۳۹ (۱۴۰۰)، صص. ۴۰-۲۵.

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، "ارزیابی تأثیر قانون تسهیل صادرات نفت بر صنعت نفت ایران" (۱۴۰۰)، صص. ۱۸-۱۲.

سیدجلال دهقانی، "چالش‌های حقوقی قانون تسهیل صادرات نفت ایران"، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۸ (۱۴۰۱)، صص. ۱۲۱-۱۰۱.

۱۱. مهدی سنایی، "همکاری‌های ایران و روسیه در بخش انرژی"، فصلنامه مطالعات اوراسیای مرکزی، شماره ۶۴ (۱۴۰۱)، صص. ۷۰-۴۵.

نتیجه‌گیری:

در مجموع، عواملی بر سر راه صادرات نفت ایران قرار دارند که می‌توان تحریم‌های اقتصادی را سردمدار همه‌ی آنان دانست لیکن در طی زمان، متخصصان این حوزه با توجه به اهمیت طلای سیاه در جهان و نقش کارساز آن به عنوان یکی از مهم‌ترین منابع درآمد کشور، چاره‌هایی من جمله حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، همکاری‌های دیپلماتیک با سایر کشور‌های تحریم‌شده، رعایت استانداردها و پایبندی به معیارهای بین‌المللی و همکاری با دیگر صادرکنندگان بزرگ نفت اندیشیده‌اند؛ که در طی زمان در کاهش تحریم‌ها نقش اثرگذاری داشته است.

منابع:

الف: فارسی

- ۱- ضیائی بیگدلی، محمد رضا. حقوق بین‌الملل عمومی، گنج دانش، ۱۴۰۰
- ۲- سازمان تجارت جهانی. (۲۰۲۱). گزارش هیئت داورى در مورد پرونده شکایت ایران علیه تحریم‌های نفتی آمریکا.
- ۳- وزارت امور خارجه ایران. (۲۰۲۲). بیانیه مطبوعاتی در خصوص نتیجه نهایی پرونده شکایت ایران در سازمان تجارت جهانی.
- ۴- روزنامه اقتصادی تجارت جهانی. (۲۰۲۲). گزارش توافق ایران و آمریکا در پرونده تحریم‌های نفتی
- ۵- وزارت امور خارجه ایران. (۲۰۲۱). گزارش مذاکرات ایران و روسیه در زمینه همکاری‌های نفتی.
- ۶- رویترز. (۲۰۲۱). "ایران و روسیه به توافق همکاری در بخش نفت رسیدند"
- ۷- وزارت امور خارجه ایران. (۲۰۲۲). گزارش وزارت امور خارجه ایران در مورد ائتلاف حقوقی ایران، چین و روسیه.
- ۸- مجله حقوق بین‌الملل. (۲۰۲۲). "همکاری حقوقی ایران، چین و روسیه برای مقابله با تحریم‌های نفتی آمریکا". شماره ۱-۹-۲۰۲۲.
- ۹- فرهادیان، محمدرضا. "تحلیل قانون تسهیل صادرات نفت ایران در شرایط تحریم‌ها". فصلنامه مطالعات اقتصادی کاربردی ایران، شماره ۳۹ (۱۴۰۰): ۴۰-۳۵
- ۱۰- مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی. "ارزیابی تأثیر قانون تسهیل صادرات نفت بر صنعت نفت ایران" (۱۴۰۰): ۱۸-۱۲
- ۱۱- دهقانی، سیدجلال. "چالش‌های حقوقی قانون تسهیل صادرات نفت ایران". مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۸ (۱۴۰۱): ۱۲۱-۱۰۱.

ب: لاتین

۱۲-

Reuters. "Iran Wins International Court Case Against U.S. Over Seized Oil- Tankers." July ۱۴, ۲۰۲۲
<https://www.reuters.com/world/middle-east/iran-wins-international-court-case-against-us-over-seized-oil-tankers-۲۰۲۲-۰۷-۱۴>.

۱۳-

Case No. AA۶۶۲, Iran v. United States, Permanent Court of Arbitration, Award.۵-
 May ۲۰۲۲, available at <https://pcacases.com/web/sendAttach/۳۱۵۰>

۱۴-

"Reuters. (۲۰۲۲, June). "Iran, Russia and China Agree to Oil-for-Goods Swap Deal
 .(Retrieved from <https://www.reuters.com/business/energy/iran-russia-china-agree-oil-for-goods-swap-deal-۲۰۲۲-۰۶-۱۱/> ۲. Al Jazeera. (۲۰۲۱, September

۱۵-

Iran, Russia and China Launch Joint Payment System to Bypass SWIFT". Retrieved from " <https://www.aljazeera.com/economy/۲۰۲۱/۹/۲۸/iran-russia-and-china-launch-joint-payment-system-to-bypass-swift>

۱۶-

Iran, Russia Expand Maritime Cooperation to Bypass Western Sanctions", The Maritime Executive, June ۲۰۲۳"
<https://www.maritime-executive.com/article/iran-russia-expand-maritime-cooperation-to-bypass-western-sanctions>

مراجع محیط زیست در حقوق کنونی

محدثه یوسفی

(دانشجوی کارشناسی حقوق)

چکیده

محیط زیست کره ی زمین که یک کل واحد را تشکیل می دهد جزء لاینفک حیات انسان محسوب می شود و بقا و سلامت آن لازمه ی بقا و سلامت انسان است و باید گفت که : حفاظت از محیط زیست مساوی با حفاظت از بشریت می باشد که وظیفه ی اصلی هر دولتی را به خود اختصاص می دهد. دولت ها برای انجام این وظیفه و تنظیم روابط انسان با محیط زیست ، نیازمند یک سلسله مقررات و قواعد الزام آور هستند. از این رو در هر کشوری برای حمایت از محیط زیست و جلوگیری از تخریب و آلودگی آن قواعد و مقرراتی وضع می شود که از مجموعه ی آن مقررات به «حقوق محیط زیست» تعبیر می شود. این رشته ی جدید از علم حقوق بر حسب دامنه ی شمول مقررات آن، به حقوق محیط زیست داخلی، حقوق محیط زیست بین المللی و حقوق بین الملل محیط زیست قابل تقسیم است. با توجه به این که محیط زیست، قسمت عمده حاکمیت ملی هر کشوری را تشکیل می دهد، مقررات آن جنبه ی امره داشته و هیچ کس حتی دولت ها حق عدول از آن قواعد و مقررات را ندارند.

مقدمه

در نظام حقوقی ایران ، وظیفه ی رسیدگی به محیط زیست برعهده ی سازمان حفاظت محیط زیست گذاشته شده است که با وجود تلاش های عدیده ی سازمان محیط زیست، هم چنان مشکلات محیط زیست کشور روند فزاینده ای دارد. چنان چه خلاها و کاستی های گوناگون در قوانین و مقررات موجود در ساختار کنونی سازمان حفاظت محیط زیست ، کارکرد این سازمان را ناکارآمد ساخته است که بسیاری از این کاستی ها و خلا های قانونی مربوط به جایگاه و وظایف سازمان محیط زیست می شود. این خلاها و نبود برنامه های جامع توسعه پایدار در کشور و عدم نظارت سازمان و عدم مدیریت یک پارچه و کارآمد محیط زیست کشور باعث شده که این مسأله، مورد غفلت قرار گرفته لذا با مدیریت صحیح و نظارت کاستی های قانون در این خصوص برطرف می گردد. هدف مدیریت محیط زیست تقویت فرآیند توسعه ی پایدار است به نحوی که زمینه و محیط مناسب را برای زندگی راحت، امن و کارآمد شهروندان فراهم آورد.

مسلما با چنین دیدگاهی نقش کیفیت عملکرد در مدیریت محیط زیست بسیار مهم می باشد چرا که می تواند ، فضای مطلوبی برای رشد سرمایه ی طبیعی، سرمایه ی انسانی، سرمایه ی اجتماعی و سرمایه فیزیکی فراهم سازد و بداند که رفاه پایدار بشری در گرو برقراری تعامل میان چنین سرمایه هایی است.

برخی کشورها که مدیریت محیط زیست برای آنها یک اولویت نیست با یک سری پیامدهایی مثل مدیریت زیست محیطی ضعیف و کمبود برنامه ریزی های استراتژیک روبه رو می شوند که مواجهه با این مشکلات در حوزه ی عملکرد، وظایف و اختیارات سازمان حفاظت محیط زیست بوده که به شکل مختلف درگیر رسیدگی به مسائل زیست محیطی هستند.

اما با وجود این سازمان و علی رغم برخی پیشرفت ها تاکنون موفقیت کافی برای بهبود وضعیت کلی محیط زیست حاصل نشده است و حتی قانونگذار با تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران حفظ محیط زیست را به عنوان یک وظیفه ی عمومی در اصل پنجاهم بیان نموده است.

اما با وجود تصویب قوانین و مقررات متعدد، تاسیس و فعالیت سازمان حفاظت محیط زیست و بحران های ناشی از آن یکی از معضلات عمده ی ایران به ویژه در سال های اخیر محسوب می شود.

در صورت نیاز به دریافت خدمات از وکیل دادگستری در سراسر کشور، می توانید به سایت بنیاد و کلا مراجعه کنید.

جایگاه و صلاحیت سازمان محیط زیست

بسیاری از دلایل ناکارایی سازمان محیط زیست برای مدیریت کارآمد محیط زیست کشور به جایگاه حقوقی ضعیف و ساختار سازمانی ضعیف آن مربوط می‌شود.

در ایران قوانین و مقررات پراکنده ی بسیاری در زمینه ی حفظ محیط زیست به تصویب رسیده است. تصویب قوانین پایه ی حفاظت محیط زیست ایران به سال‌های پیش از انقلاب مربوط می‌شود و اصلاحات بنیادین چندانی در آن‌ها به عمل نیامده است از جمله قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، قانون حفظ نباتات و قانون حفاظت دریا و رودخانه‌های مرزی از آلودگی‌ها با مواد نفتی است. روی کرد اصلی این دسته از قوانین برای حفاظت از چند حوزه ی مشخص محیط زیست و اعمال مجازات‌های ملایم است و رویکرد کلی نگرانه و پیش گیرانه نسبت به مدیریت محیط زیست در آن منطقه می‌شود.

سازمان حفاظت محیط زیست برآیند این رویکرد و این دسته قوانین و مقررات است و شرح وظایف و اهداف آن در دو قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست در قانون شکار و صید مصرح شده است که این دو قانون کاستی‌ها و خلاهای مختلفی در زمینه ی تشریح کامل و وظایف سازمان آن و نحوه ی همکاری دیگر نهادها با این سازمان و زمینه ی حفظ محیط زیست و حفاظت از محیط زیست را دارد. لذا نیاز به ادغام و اصلاح مجدد و اتخاذ اصول جدید قانون گذاری و تحولات مدیریت نوین به چشم می‌خورد.

این سازمان به موجب ماده (۱) قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست وابسته به ریاست جمهوری و دارای شخصیت حقوقی و استقلال مالی است که زیر نظر شورای عالی حفاظت محیط زیست فعالیت می‌کند.

اگرچه موقعیت این سازمان به عنوان معاونت رئیس جمهور موقعیتی مهم و بالا در سلسله مراتب اداری ایران است اما جایگاه حقوقی متناسب برای مدیریت قوی و یک پارچه محیط زیست ایران به دلیل این که وزارتخانه قسمت اعظم امور عمومی را اداره می‌کنند و اغلب تصمیم‌های اداری مهم در هیئت وزیران اتخاذ می‌شود وجود ندارد.

حفاظت و بازسازی

عمده ی وظایف سازمان که قانون گذار تعیین کرده به حوزه ی حفاظت و به ویژه حفاظت از حیات وحش اختصاص یافته است بعضی از حوزه‌ها مانند جنگل، مراتع و محیط زیست شهری از حوزه ی صلاحیت این سازمان خارج شده و به دیگر نهادها محول شده است. در حوزه ی بازسازی و بهسازی نیز وظایف دقیق و مشخص به سازمان محول شده است.

استاندارد سازی

به موجب بند ب ماده (۶) قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست یکی از وظایف مهم سازمان، تدوین ضوابط محیط زیست به منظور جلوگیری از آلودگی است.

افزون بر این، قوانین متعدد دیگری مسؤولیت تهیه ی پیش‌نویس، آیین‌نامه‌ها، استانداردها و مقررات فنی، حفاظت محیط زیست و ارسال آن جهت تصویب به شورای عالی حفاظت محیط زیست یا هیئت وزیران را به عهده ی سازمان گذارده می‌گذارند.

با این وجود در عمل به مواردی بر می‌خوریم که وظیفه ی استانداردگذاری یاد شده یا به واسطه ی عدم اهتمام سازمان و یا به دلیل عدم پیگیری مجدانه آن معطل مانده است.

در چارچوب بررسی حقوقی مقررات گذاری یک جنبه آن تقنین است که این مهم در سطوح فرایخش (مجلس) و بخشی (سازمان حفاظت محیط زیست) و میان بخش (شهرداری) صورت می‌پذیرد و جنبه ی دیگر آن نظارت و ارزیابی ساختاری و پیامدهای آن است.

ارزیابی تأثیرات مقررات برای ارتقای کیفیت مقررات بر مبنای تجربه است که از طریق سنجش نظام مند و دائمی تأثیرات بالقوه آن‌ها صورت می‌گیرد و به عبارت دیگر ابزار سیاستی است که تأثیرات را در قالب هزینه‌ها، فایده‌ها و خطرات هر قانون پیشنهادی ارزیابی می‌کند.

این روش ارزیابی در پی گسترش گرایش به بهبود و اصلاح نظام مقررات گذاری پس از ناکارایی‌های مداخله ی دولت در امور عمومی در برخی از کشورهای جهان صورت گرفته است و امروزه به کار بردن این شیوه ی ارزیابی در نظام حقوقی و نهادینه سازی آن در سرفلوحه برنامه‌های تقنینی بسیاری از کشورهای جهان قرار دارد.

به نظر می‌رسد استاندارد حقوقی، سنگ بنای مطمئنی برای مقررات گذاری زیست محیطی خواهد بود و بایستی این چارچوب حس گردد. مقررات گذاری محیطی نیز موضوع چالش‌های حقوقی متنوعی از منظر منابع حقوقی متعدد است.

در واقع عمده ی بحث در این خصوص رعایت آیین و فرایند قانونی مقررات گذاری است به هر حال ملاحظات حقوقی و تصمیم‌گیری برای استفاده از مقررات گذاری اجتماعی و زیست محیطی به عنوان یک ابزار حاکمیتی تأثیر می‌گذارد. اما اختیار استانداردسازی یا تهیه ی ضوابط محیط زیست در ایران به سبب جایگاه قانونی سازمان همانگونه که گفته شد محدود بوده و عمده ضوابط محیط زیست از طریق هیئت وزیران تصویب می‌شود.

تهیه و تدوین برنامه‌های کاربردی حفاظت محیط زیست و برنامه‌های پیش برد توسعه ی پایدار و نیز محیط زیست از جمله وظایف اصلی هر نهاد حفاظت محیط زیست است که در شرح وظایف قانونی سازمان حفاظت محیط زیست ایران مورد غفلت بوده است.

ارزیابی نظارت و پیش‌گیری

یکی از خلاءهای عمده ی قانونی در شرح وظایف سازمان به عدم برخوردار ساختن سازمان از اختیارات گسترده ی نظارت به نحوه ی رعایت ضوابط محیط زیست در اجرا، تضمین انجام ارزیابی محیط زیست، طرح‌های عمرانی و نظارت بر نحوه ی اجرای این طرح‌ها و فعالیت‌های واحدهای تولیدی و خدماتی مرتبط با محیط زیست و توقف فعالیت‌های مخرب محیط زیست باز می‌گردد.

در خصوص ارزیابی پیامدهای محیط زیستی در پروژه‌های عمرانی و طبقه ی قانونی مشخصی به سازمان و دیگر نهادهای اعطا نشده است. بر همین اساس گفته شده که همکاری همه نهادهای ذی ربط حفاظت از محیط زیست را مبدل به امر فرا بخشی خواهد کرد.

گذر از تک بخشی به فرایخشی با همکاری این نهادها و محقق و تضمین خواهد شد. به خصوص این که محیط زیست جز اموال و مشترکات عمومی قرار می‌گیرد. چنانچه بیان شده به طور کلی در نظام حقوقی ایران تقسیم اموال بر حسب مالک در مورد اموالی که مالک خاص ندارد به بخش اموال و مشترکات عمومی مباحات و مجهول المالک تقسیم می‌شود.

هم چنین گفته شده در حال حاضر گرایش به توسعه ی حقوق محیط زیست مربوط به همبستگی است. چنانچه گفته شده: آنچه به طور قطع می‌توان گفت این است که: در حال حاضر گرایش به توسعه حقوق مربوط به هم بستگی وجود دارد زیرا همبستگی یکی از نیازمندی‌های واقعی جامعه بشری است

وظیفه ی حقوق بین الملل، تدوین مجموعه ی قواعد و مقرراتی است که بتواند همبستگی اساسی را تامین نماید بدان معنا که تعادل بین افراد انسانی را هدف خود قرار دهد و بر اساس مرکزیت انسان، حقوق همبستگی انسانی را تدوین نماید.

ساختار داخلی سازمان محیط زیست
ساختار داخلی سازمان پوشش نسبتاً کافیی و قابلیت انجام صلاحیت‌های کارکردی آن بر طبق وظایف قانونی موجود آن داده است و نقص یا کمبود چشم گیری ندارد اما با این حال برخی کاستی‌ها در این ساختار جلوه می‌کند.

خلاهای سازمانی
هدف‌های سازمانی به دلیل توسعه و تحول روز افزون مسائل و مشکلات محیط زیست ایجاد واحد اختصاصی برای رسیدگی به برخی امور حفاظت محیط زیست مورد توجه واقع نشده است. از جمله امور مربوطه:

توسعه و فناوری‌های سالم از لحاظ محیط زیست در تمام بخش‌ها.
عدم داشتن واحدهای سازمانی فرابخشی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به منظور تحلیل ارتباط متقابل و تاثیر و تاثر این مسائل با مسائل محیط زیست.
کنترل کیفی محیط زیست کالاها و خدمات.
آموزش‌های تخصصی حفاظت از محیط زیست به تمام بخش‌های صنعتی اقتصادی و اجتماعی کشور.
بازسازی و بهسازی محیط زیست.

عدم تخصص کافی
با توجه به این که ضرورت حفاظت از محیط زیست در طی سه دهه ی اخیر مطرح شده، علوم محیط زیستی و گرایش‌های مختلف آن، جزء علوم جدید هستند که در مقایسه با دیگر گرایش‌های علمی توسعه ی کمی و کیفی چشم گیری نیافته‌اند.
به عنوان نمونه، گرایش‌هایی مانند مدیریت محیط زیست، حقوق، جامعه شناسی، اقتصاد و زمین شناسی محیط زیست گرایش‌های علمی هستند که هنوز حداقل در جامعه ی دانشگاهی ایران نضج نگرفته و ترویج نشده اند.
بنابراین، جامعه ی دانشگاهی و سازمان از لحاظ کمی، متخصصین کافی در زمینه‌های نوین و بسیار مهم در اختیار ندارند و از لحاظ کیفی نیز زمینه ی علمی لازم برای پرورش یا ارتقای علمی چنین افرادی توسعه نیافته است.

عدم بهره‌مندی از تجهیزات فنی پیش رفته
سازمان حفاظت محیط زیست به عنوان یک نهاد فنی که مرجع ارزیابی وضعیت اکولوژیک محسوب می‌شود، به لحاظ داشتن وظایف متعددی در رابطه با محیط زیست مانند ارزیابی آلودگی‌ها، بررسی وضعیت زیست حیات وحش و بسیاری از وظایف دیگر لزوماً باید دست رسی کافی و مناسب به تجهیزات فنی آزمایشگاهی و حفاظت از حیات وحش داشته باشد که گسترش روز افزون فناوری‌ها و حوزه‌های علوم پیچیده این ضرورت را تشدید می‌کند.

به ویژه آن که در صورت بروز آلودگی محیط زیستی، این سازمان حفاظت محیط زیست است که نظریات کارشناسی خود را جهت تعیین میزان آلودگی و کمک به دستگاه قضایی جهت مجازات متخلف در اختیار دادگاه قرار می‌دهد اما در عمل عدم دست رسی کافی به چنین تاسیساتی سبب عدم توانایی در مدیریت قوی و دقیق و معضلات محیط زیست می‌شود و همین عوامل خسارات جبران ناپذیر به بار می‌آورد.

عدم بهره‌مندی از گارد محیط زیست کافی و مجهز
گارد محیط زیست به عنوان بازوی اجرایی و ناظر سازمان تلقی می‌شود. تجهیز فنی و علمی این افراد و نیز تامین رفاهی آنان، مهم ترین مؤلفه در تضمین کارایی آن‌ها در انجام حفاظت و پاسداری از محیط زیست است اما مشکلات مختلف این دسته از مردم همواره یکی از موانع اصلی تضمین حفاظت از محیط زیست بوده است. از جمله مشکلات عبارتند از: تعداد بسیار محدودی ماموران گارد محیط زیست در سازمان و توانایی محدود سازمان در افزایش متعدد این افراد می‌باشد.

امور محیط زیستی
در خصوص کارکرد و نحوه ی مدیریت سازمان برخی از اشکال‌های اساسی به چشم می‌خورد که تا اندازه‌ای به خالهای قانونی در این زمینه بر می‌گردد:

اصل مهم در حفاظت از محیط زیست پیش گیری و حفاظت بی درنگ و جبران خسارت وارده پیش از گسترش آن است. اصلی که نیاز به سرعت عمل و کارایی بالای سازمان حفاظت محیط زیست دارد اما با توجه به وضعیت ناپایدار محیط زیست کشور و بروز موارد مکرر تخریب به نظر می‌رسد سازمان، برنامه ی ملی مشخص در جهت مدیریت تحولات نوظهور و چالش برانگیز محیط زیست مثل دگرگونی اقلیمی، تخریب خاک، خشک شدن دریاچه‌ها و نیاز به افزایش همکاری بین المللی جهت حل مشکل مشترک این معضلات را ندارد و اقدامات آن صرفاً بر پایه ی رویکرد واکنشی است و براساس رویکرد پیش گیرانه پایه ریزی شده است.

در موارد مکرری از تجاوز به مناطق طبیعی که سازمان ممانعت‌های لازم را به عمل می‌آورد. اقدام سازمان بسیار دیر هنگام و پس از تخریب به عمل آمده به نحوی که دیگر سودی به حال حفظ طبیعت نداشته است.

از جمله نارسایی‌ها در اجتماع امروز، حاکمیت ضعیف قانون در پرتو اعمال رابطه‌ای آن است. عدم ضابطه در این مسیر، شهروندان را از دایره ی قانون مداری خارج و قانون گریز کرده است؛ این ناهنجاری سبب گردیده تا مردم نسبت به قواعد و هنجارهای پیرامون عکس العمل خوبی نشان ندهند و بانیان مقررات گذاری به وظیفه ی خود به درستی عمل نکنند. به نظر می‌رسد: همکاری و تعامل در ساختارهای تصمیم‌ساز و تصمیم‌گیر تا حد زیادی تنزل یافته و چشم گیر نبوده است و در اثر عدم ضابطه‌مندی مقررات گذاری با مشکل روبه‌رو شده است هرچند گاه این مشکل برآمده از ناهنجاری‌ها و ناهمگونی‌هاست.

همین امر سبب گردیده تا بحران محیط زیستی نمود پیدا کند. بر این اساس نارسایی‌های مقررات گذاری از آن جهت نامطلوب واقع می‌گردد که ناهمگونی مابین تصمیم‌سازها رخ دهد و تعادل هنجاری اجتماعی را حفظ ننماید. در این راستا هم چنین نارسایی‌ها موجب هزینه ی گزاف ناشی از فعالیت‌های نامطلوب و ایجاد آلودگی و تخریب محیط زیست می‌گردد.

نتیجه گیری

امروزه حفاظت و بهسازی محیط زیست و مقابله با بحران‌های محیط زیستی به یکی از مهم ترین مسائل اداره امور کشور تبدیل شده است. برای جلوگیری از مشکلات محیط زیستی که به دلیل توسعه و تحول روزافزون به وجود می‌آید تصویب قوانینی کامل برای سازمان محیط زیست جهت رسیدگی به برخی از امور حفاظت محیط زیست مورد توجه واقع نشده است.

در حالی که توسعه ی محیط زیست به طور کلی متضمن وضع قواعدی است که جایگاه و وظایف سازمان محیط زیست را به طور شفاف و کارآمد مشخص می‌کند.

در این راستا لازم است روی کرد جدید سازمان‌های مقررات گذار تسهیل و پیاده‌سازی مقررات و ارتقاء پذیرش و همراهی جامعه یا اجرایی مقررات باشد و لازم است تغییرهای لازم در نظام کنونی مدیریت محیط زیست و منابع طبیعی و پیش گیری‌های لازم انجام شود.

بر همین اساس لازم است مورد لحاظ قرار دادن مسائل محیط زیستی در جریان خط مشی گذاری و برنامه‌ریزی‌ها تقویت سازمان محیط زیست، حفاظت محیط زیست، ارتقای استانداردهای قانونی سازمان، کارآمدسازی نظارت و گزارش دهی سازمان، ارتقای آموزش همگانی و باورهای مردم برای مدیریت بهتر سازمان انجام گیرد. هم چنین قوانین باید از حالت توصیه ای خارج گردد و جنبه الزام آور پیدا کند.

منابع:

- ۱_ مصطفی، تقی زاده انصاری، حقوق محیط زیست در ایران، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۴
- ۲_ دینا، آلکساندر، شیلتون، چارلز، کتابچه قضایی حقوق محیط زیست، ترجمه محسن عبداللهی، انتشارات خرسندی، تهران، ۱۳۸۹
- ۳_ مسعود، فریادی، رساله عمومی سازی حفاظت محیط زیست در حقوق ایران، دکتری، دانشگاه شهید بهشتی تهران، تهران، ۱۳۹۲
- ۴_ هدایت الله، فلسفی، روش های شناخت حقوق بین الملل، کارشناسی، دانشگاه شهید بهشتی تهران، تهران، انتشارات رشد، ۱۳۷۴
- ۵_ یونسکو، صلح و دموکراسی، حقوق زیست محیطی بشر، دانشگاه شهید بهشتی تهران، انتشارات دادگستر، تهران، ۱۳۸۹
- ۶_ لوتا، جی، ای‌ای، گوندلینگ، دیبلوهو پسمان، هلیپ، حقوق محیط زیست، جلد دوم، ترجمه محمد حسن حبیبی، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۱
- ۷_ علی، مشهدی، رساله حق بر محیط زیست در حقوق عمومی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه)، دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، تهران
- ۸_ حسین، مهرپور، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ سوم، انتشارات دادگستر نشر تهران، ۱۳۹۱
- ۹_ حسین، مهرپور، وظیفه دشوار نظارت بر اجرای قانون اساسی، چاپ اول، انتشارات ثالث، تهران، ۱۳۸۴
- ۱۰_ سید محمد، هاشمی، حقوق بشر و آزادی های اساسی، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۴
- ۱۱_ اداره امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، ۱۳۶۴

یاد داشت

بررسی نقص حکم دیوان عالی کشور توسط دادگاه بدوی

سیده مینا حسینی

(دانشجوی کارشناسی حقوق)

با مشورت از خانم دکتر حکیمه کامکار و آقای دکتر مهرداد طهماسبی

با توجه به این موضوع که در سیستم قضایی ایران دیوان عالی کشور بالاترین مرجع قضایی در کشور می‌باشد و حکم دیوان، عملاً غیرقابل نقض است پس از شنیدن اخبار اخیر تصمیم به تحقیق و جمع آوری این مطلب گرفتم که چگونه و در چه شرایطی ممکن است، حکم قطعی بالاترین مرجع کشور توسط دادگاه پایین تر-بدوی یا تجدیدنظر-نقض و مرجع حکم متعارضی صادر کند؟

در ابتدا باید تصریح کنیم که دیوان رای صادر می‌کند. رای می‌تواند حکم یا قرار باشد. حکم قطعی اصولاً قابل نقض یا اعتراض نیست اما قرار با وجود این که توسط اصحاب دعوا قابل اعتراض نبوده ولی توسط شخص ثالث قابل اعتراض می‌باشد. در این صورت دادگاه هم عرض به اعتراض رسیدگی می‌نماید.

اما در پاسخ به سوال ما می‌توانیم به مواد (۴۶۹) و (۴۷۰) قانون آیین دادرسی کیفری ایران استناد کنیم؛

ماده (۴۶۹) آیین دادرسی کیفری: در موقع رسیدگی، عضو ممیز، گزارش پرونده و مفاد اوراقی را که لازم است قرائت می‌کند و طرفین یا وکلای آنان، در صورت حضور، می‌توانند با اجازه ی رئیس شعبه، مطالب خود را اظهار دارند؛ هم چنین دادستان کلی یا نماینده ی وی با حضور در شعبه به‌طور مستدل، مستند و مکتوب نسبت به نقض یا ابرام رأی معترض عنه یا فرجام خواسته، نظر خود را اعلام می‌کند. سپس اعضای شعبه با توجه به محتویات پرونده و مفاد گزارش و مطالب اظهار شده، با درج نظر دادستان کل کشور یا نماینده وی در متن دادنامه، به شرح زیر اتخاذ تصمیم می‌کنند:

الف - اگر رأی مطابق قانون و ادله ی موجود در پرونده باشد با ابرام آن، پرونده را به دادگاه صادر کننده رأی اعاده می‌نمایند.

ب - هرگاه رأی مخالف قانون، یا بدون توجه به ادله و مدافعات طرفین صادر شده باشد یا رعایت تشریفات قانونی نشده و آن تشریفات به درجه ای از اهمیت باشد که موجب بی‌اعتباری رأی شود، شعبه ی دیوان عالی کشور، رأی را نقض و به شرح زیر اقدام می‌کند:

۱- اگر عملی که محکوم علیه به اتهام ارتکاب آن محکوم شده به فرض ثبوت، جرم نبوده یا به لحاظ شمول عفو عمومی یا سایر جهات قانونی متهم قابل تعقیب نباشد، رأی صادره نقض بلا ارجاع می‌شود.

۲- اگر رأی صادره از نوع قرار یا حکمی باشد که به علت ناقص بودن تحقیقات نقض شده‌است، برای رسیدگی مجدد به دادگاه صادر کننده رأی ارجاع می‌شود.

۳- اگر رأی به علت عدم صلاحیت ذاتی دادگاه نقض شود، پرونده به مرجعی که دیوان عالی کشور، صالح تشخیص می‌دهد، ارسال می‌شود و مرجع مذکور مکلف به رسیدگی است.

۴- در سایر موارد، پس از نقض رأی، پرونده به دادگاه هم عرض ارجاع می‌شود

ماده ۴۷۰ آیین دادرسی کیفری: مرجع رسیدگی پس از نقض رأی در دیوان عالی کشور به شرح زیر اقدام می‌کند:

الف- در صورت نقض رأی به علت ناقص بودن تحقیقات، باید تحقیقات مورد نظر دیوان عالی کشور را انجام دهد و سپس مبادرت به صدور رأی کند..

ب - در صورت نقض قرار و ضرورت رسیدگی ماهوی، باید از نظر دیوان عالی کشور متابعت نماید و در ماهیت، رسیدگی و انشای حکم کند، مگر آنکه پس از نقض، جهت تازه‌ای برای صدور قرار، حادث شود.

پ - در صورت نقض حکم در غیر موارد مذکور، دادگاه می‌تواند بر مفاد رأی دادگاه قبلی اصرار کند. چنانچه این حکم مورد فرجام خواهی واقع شود و شعبه ی دیوان عالی کشور پس از بررسی، استدلال دادگاه را بپذیرد، حکم را ابرام می‌کند و در غیر این صورت، پرونده در هیأت عمومی شعب کیفری مطرح می‌شود. هرگاه نظر دادگاه صادرکننده ی رأی مورد تأیید قرار گیرد، رأی ابرام می‌شود و در صورتی که نظر شعبه ی دیوان عالی کشور را تأیید کند، حکم صادره نقض و پرونده به شعبه ی دیگر دادگاه ارجاع می‌شود. دادگاه مزبور بر اساس استدلال هیأت عمومی دیوان عالی کشور، حکم صادر می‌کند. این حکم قطعی و غیرقابل فرجام است. در صورتی که هیأت عمومی پرونده را به علت نقص تحقیقات قابل رسیدگی بداند با ذکر موارد نقص، پرونده را به شعبه ی دیوان عالی کشور اعاده می‌نماید. شعبه ی دیوان مطابق قسمت (۲) بند (ب) ماده ی (۴۶۹) اقدام می‌کند.

به نظر می‌رسد: پاسخ ما در بند (پ) ماده ی (۴۷۰) قانون آیین دادرسی کیفری کشور نهفته است و در شرایطی که در ابتدای همین ماده بدان تصریح شده است دادگاه بدوی می‌تواند بر رأی گذشته‌ی خود اصرار ورزد که صد البته این رأی نیز قابل فرجام خواهی در دیوان عالی کشور خواهد بود.

منابع:

۱- قانون:

قانون آیین دادرسی کیفری

مرور کتاب (هرگز دروغ نگو)

سیده مینا حسینی

(دانشجوی کارشناسی حقوق)

مروری جذاب و هیجان انگیز برای طرفداران داستان های معمایی و جنایی، کتاب (هرگز دروغ نگو) از بهترین و محبوب ترین آثار مک فادن نویسنده ی آمریکایی تبار به شمار می رود
مک فادن از پرفروش ترین نویسندگان نیویورک تایمز، این کتاب را در ژانر تریلر معمایی و جنایی نگاشته است نویسنده در این رمان، داستان ناپدید شدن مرموز پزشکی روان شناس به نام دکتر هیل را روایت می کند که این ماجرای عجیب با ورود زن و شوهری به خانه ی دکتر، آرام آرام آشکار می شود. با توجه به این که فریدا مک فادن پزشک متخصص در زمینه ی آسیب ها و مشکلات مغزی است با نکات روان شناختی و آموزشی بسیاری رو به رو خواهیم شد که کمک شایانی به زندگی اجتماعی خواننده خواهد کرد در یک سوم ابتدایی کتاب ممکن است به نظر شما برسد که می توانید ادامه ی داستان را حدس بزنید اما سخت در اشتباهید!! در این رمان بنا به شهادت جمیع کثیری از خوانندگان کتاب، شما به طور مداوم با اتفاقات جدید و غیر قابل پیش بینی روبه رو خواهید شد و در نهایت پایان غافلگیر کننده ی کتاب شمارا بهت زده خواهد کرد.

توصیف های دقیق و ادبی، همچنین متن روان کتاب سبب می شود تصویرسازی ذهنی برای خواننده بسیار راحت و دل چسب شود. گویی درحال تماشای سریالی جذاب و پراز ماجرای هیستید که با هراتفاق قلبتان را به تپش می اندازد.

تریشیا و ایتن تنها به دنبال خانه ی رویایی خود بودند که ناخواسته درگیر معمایی بزرگ می شوند. این زوج که فقط شش ماه از ازدواجشان گذشته در جست و جوی خانه در جایی دورافتاده و آرام می گردند زیرا رویای همیشگی ایتن، زندگی در همچنین خانه ای بوده است؛ فارغ از این که جبر روزگار چه خواب هایی برای آنها دیده است.

وقتی همه ی عوامل حتی آب و هوا و سیگنال تلفن همراه نیز دست به دست هم می دهند تا تیکه های به هم ریخته ی پازل معمای دکتر هیل به دست زوج جوان و عاشق قصه ی ما در جای خود قرار بگیرد و پرده از حقیقتی رازآلود و هولناک بردارند..

وقتی آن دو به خانه می رسند متوجه می شوند یکی از لامپ های خانه به طرز مشکوکی روشن است درحالی که هیچ کس در خانه حضور ندارد. کتاب های متعدد روانشناسی به نام دکتر آدرین هیل که در قفسه ی کتاب مرتب شده، حاکی از آن است که این خانه قبلا متعلق به دکتر هیل بوده!!
تریشیا برای گذران وقت تصمیم می گیرد، یکی از کتاب ها را بخواند. مدتی بعد متوجه چند نوار کاست می شود و از روی کنجکاوی آنها را یکی یکی در دستگاه پخش قرار می دهد. با پخش شدن هر نوار بخشی از راز دلهره آور پزشک مذکور فاش می شود و در نهایت با پخش آخرین نوار کاست حقیقت برملا می شود.

برشی از کتاب هیچ وقت دروغ نگو:

نوار تمام می‌شود و صدای کلیک دستگاه می‌آید و به‌طور خودکار خاموش می‌شود. طبق این نوار، ظاهراً ای. جی، دکتر هیل را مجبور کرده بود به جلسات درمانی با او ادامه دهد. شاید از او اخاذی می‌کرد.

ولی از چه چیزی برای اخاذی از او استفاده کرده بود؟

مطمئن نیستم بتوانم به بقیه‌ی نوارهای ای. جی گوش کنم. چیزی در صدایش هست که موهای تنم را سیخ می‌کند. صدایش طوری است که صرفاً با گوش کردن به آن می‌توانی بفهمی آدم خوبی نیست بلکه آدم شروری است.

بخشی از نظریات منتقدین درمورد کتاب:

رمان هیچ‌وقت دروغ نگو بهترین و تکان‌دهنده‌ترین کتاب فریدا مک‌فادن تا به امروز است.

من کتاب را در یک نشست خواندم، تأثیر صفحات پایانی تا مدت‌ها در من باقی خواهد ماند.

این کتاب با ترجمه‌ی صبا ایمانی توسط نشر نون در ایران روانه‌ی بازار شده و دردست رس عموم قرار گرفته‌است.

لازم به ذکر است که کتاب هرگز دروغ نگو از پرفروش‌ترین رمان‌های تریلر آمازون شمرده می‌شود.

