



تیر ۱۳۹۰



خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اسفهان

### عناوین مقالات:

- اخلاق حرفه ای حقوقی
- بی تابعیتی و نظام حقوق بین الملل
- بررسی دیدگاه دولت ها در باره فرجام طرح مسؤولیت دولت
- مبانی جرم انگاری تجهیزات دریافت از ماهواره
- دادگاه صالح در رسیدگی به جرایم سایبر
- مداخله وکیل در تحقیقات مقدماتی در حقوق کیفری ایران
- استثنائات وارده بر قاعده منع افشای اسرار حرفه ای وکیل
- جستاری در ابعاد ساختاری سرفقلمی و حق کسب و پیشه و تجارت
- چند و چونی در نحوه آموزش کانون ها و اسنادان حقوق
- جلب شخص ثالث (توضیح واضحات)
- وکیل زن یا زن وکیل
- بیم از نابودی
- تمرکز امور وکالتی
- نقش ضابطین قضایی در مراحل مقدماتی فرآیند دادرسی کیفری
- خبرها و حاشیه ها
- سخن دان پرورده پیرکهن بیاندیشد
- آنکه بگوید سخن
- از یاران

### با آتاری از:

- ایلداز آقاقلی زاده
- کیسبا تفا
- امیر مقامی
- محمد داوری
- مرشیده اسماعیلی فلاح
- رسول کشکولی - مظفر کشکولی
- مسلم زنجبران
- حمید رضا اشراقی
- رضا زرعی
- علی حیات بخش
- شیرین شریف زاده
- دکتر غلام رضا طیرتیان
- مرتضی شیخ الاسلامی
- میثم مهدوی شنقی
- شاپور اسماعیلیان
- حسن رستگار

## فهرست مطالب

- ۲ **ایندار آتالی زاده**  
اخلاق حرفه ای حقوق
- ۱۰ **کیما نفا**  
بن نابعی و نظام حقوق بین الملل
- ۱۵ **امیر مناسی**  
بررسی دیدگاه دولت ها در باره فرجام طرح مسؤلیت دولت
- ۲۸ **محمد داوری**  
مسئله جرم انگاری تجهیزات دریافت از ماهواره
- ۳۷ **عروبه اسماعیلی لاج**  
دادگاه صالح در رسیدگی به جرایم سایبر
- ۴۵ **رسول کشکولی - منطوق کشکولی**  
مداخله وکیل در تحقیقات مقدماتی در حقوق کیفری ایران
- ۵۹ **مسلم رحمان**  
استاندارت وارده بر قاعده منع الشای اسرار حرفه ای وکیل
- ۶۶ **حمید رضا شرفی**  
جستاری در ایجاد ساختاری سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت
- ۷۸ **رضاروسی**  
چند و جوانی در نحوه آموزش کانون ها و استادان حقوق
- ۸۴ **علی حیات بیضی**  
حب شخص ثالث (توضیح و اوصاف)
- ۸۷ **تیرین تریف زاده**  
وکیل زن یازن وکیل
- ۸۹ **دکتر غلام رضا طبرانیان**  
بیم از نابودی
- ۹۰ **مرتضی شیخ الاسلامی**  
تمرکز امور و کالتی
- ۹۲ **مشیر مهدوی شناسی**  
نقش ضابطین قضایی در مراحل مقدماتی فرآیند دادرس کیفری
- ۹۶ **شاهور اسماعیلیان**  
خبرها و حاشیه ها
- ۱۰۰ **حسن رستگار**  
سخن دان پرورده پیر کهن بیاندیشد آنکه بگوید سخن از بلوان

## طنز

۱۱۷ **مختصر شاه محمدی جرفروبی**

نقل مطالب «مدرسه حقوق» بلا مانع است. حتی بدون ذکر ماخذ. فقط تلفظ کنید و اسم نویسنده را از قلم نیندازید. ممنون



صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری منطقه اصفهان  
مدیر مسؤول: مصطفی انوری زاده  
ووش: خیرین آموزشی  
ترتیب انتشار: ماهانه  
امور اداری: سید مهدی خاتون آبادی  
گرافیک و صفحه آرایی: خطراحسان گرافیک گویا  
سید محمد مهدی عسکری فرحونا معصوم زاده  
مجری چاپ: شرکت انتشارات فرزندان آینده رود  
لیتوگرافی: سروش  
سایر همکاران: شیرین شریف زاده، الهام پور علام، حسین،  
محبوبه شیاخ، روح الله محمدی،  
محمدنسبک آبادی  
نشانی: اصفهان، خیابان ۲۲ بهمن، مجتمع اداری امیر کبیر  
کد پستی: ۸۱۵۸۷۱۴۱۳۹  
تلفن: ۳۶۱۳۱۹۰ فکس: ۳۶۱۳۱۹۶

آراء نویسندگان، دیدگاه «مدرسه حقوق» نیست.

زیر نظر:

دکتر بهروز تقی خانی

b.taghikhani@yahoo.com

## اخلاق حرفه ای حقوقی

ابدیار آقا قلی زاده

(قسمت اول)

### مقدمه

هم چون هر حرفه دیگری شغل و کالت نیز ارتباط تنگاتنگی با اخلاق دارد و گراف نیست اگر گفته شود که اهمیت صلاحیت اخلاقی وکیل هم سنگ صلاحیت علمی و حرفه ای او و محک آزمایش او در محکمه ریزبین اجتماع است. نقض اصول اخلاقی از جانب یک وکیل علاوه از این که اعتماد موکلش را خدشه دار می کند بلکه شأن و رسالت این شغل خطیر را از منظر جامعه نیز با سؤالات جدی مواجه می نماید. مثال ملموس آن که شخصاً به اتحاء مختلف با آن مواجه شده ام و احتمالاً بسیاری از همکاران دیگر نیز تردیدی است که عامه مردم به راستگویی و کلا دارند. بررسی این که علت شکل گیری چنین باوری چیست و چرا چنین تصور عمومی در خصوص مثلاً پزشکان وجود ندارد در صلاحیت این جانب و ظرفیت این تحقیق نیست اما به نظر نگارنده در مواجهه با چنین مشکلی بهتر است به جای انکار آن، علاوه بر پذیرش وجود کاستی ها و یافتن علت آن ها، راهی نیز برای حل آن بیابیم. در این تحقیق سعی شده است تا با نگاهی اجمالی به مناسبات میان اخلاق و حقوق به بسط این نظر پرداخته شود که اگر ناگاهی از تعهدات اخلاق حرفه ای ریشه رفتارهای غیر اخلاقی بدانیم به این نتیجه خواهیم رسید که باید در دانشکده های حقوق دانشجویان را با تعهدات اخلاقی حرفه ای آشنا کرد و این مهم از طریق ارائه واحد درسی تحت عنوانی هم چون "تعهدات اخلاقی حقوقی" یا "اخلاق حرفه ای" امکان پذیر است و در این واحد درسی دانشجویان با تعهدات اخلاقی حرفه ای خود آشنا شوند. همان تعهداتی که از اصحاب مشاغل حقوقی (اعم از قضات، وکلای مشاوران حقوقی، سران دفاتر...) انتظار می رود که در کلیه شؤون زندگی حرفه ای خود بدان ها پایبند باشند. به نظر نگارنده علت عمده رفتارهای بعضاً غیر اخلاقی همکاران وکیل نه سوء نیت آن ها بلکه ناآگاهی نسبت به ماهیت غیر اخلاقی افعال صادره از ایشان است و ریشه این ناآگاهی باید در دانشکده ها خشکانیده شود یا حداقل اطلاعات کافی در اختیار دانشجو قرار گیرد تا بیاموزد که چراغ راه او در مشاغل خطیر حقوقی، نه فقط قانون بلکه میراث ارزشمند اصول اخلاقی است که جامعه بشری در خلال هزاران سال تکامل، آن را غنا بخشیده است.

### گفتار اول: نسبت قانون و اخلاق

ارتباط میان قانون و اخلاق، ارتباطی دوسویه است و این دو نهاد اجتماعی، مکمل یکدیگر اند، به نحوی که از یک سو مقررات قانونی، در بسیاری از موارد با اصول بنیادی اخلاق هم پوشانی داشته و از سوی دیگر اطاعت از قانون، فی نفسه یک ارزش اخلاقی است. قانون، برآیند خواسته ها و محدودیت های همه افراد اجتماع است که قرار است جامعه را به سوی سعادت رهنمون گردد. اطاعت از مقررات قانونی، صرفاً به مفهوم

اجتناب و در امان ماندن از مجازات نیست؛ بلکه نشان‌گر طرز فکری است که متضمن احترام به قانون و خیر اجتماع است.

میان قاعده اخلاقی و قاعده حقوقی نه از حیث ماهیت و نه از جهت غایت تفاوتی نیست؛ زیرا قواعد حقوقی برای فعلیت دادن به عدالت است و عدالت نیز یک مفهوم اخلاقی است. البته این نظریه مخالفانی نیز دارد که معتقدند حقوق و اخلاق متعلق به دو حوزه کاملاً متمایز بوده و مستقل از یکدیگر هستند.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد استدلالی که در این مورد ارائه شده است چندان محکم و خدشه‌ناپذیر نیست.<sup>۲</sup> در مقابل عده‌ای نیز چنین افتراقی را غیر واقع بینانه دانسته‌اند. آنان معتقدند رابطه میان حقوق و اخلاق چیزی نیست که بتوان در آن تشکیک نمود. با این حال در میان گروه مذکور نیز کسانی هستند که معتقد اند تک تک اصول حقوقی موجود در یک نظام حقوقی باید از طریق ارزش‌های اخلاقی، مورد ارزیابی اخلاقی قرار گیرد و در توجیه این امر چنین استدلال می‌کنند که: «حقوق از منظر اخلاقی جایز الخطا است».<sup>۳</sup>

اینان می‌گویند که تجربه بشر در چند قرن اخیر گزاره فوق را اثبات می‌کند. یکی از آن‌ها تجربه 'برده داری' است که توسط انگلیس و در کلونی‌های نگهداری بردگان آفریقایی در آمریکای شمالی آغاز گردید. بردگان از آفریقا به این کلونی‌ها آورده می‌شدند و در بدترین شرایط مورد سوء استفاده قرار می‌گرفتند. نظام حقوقی انگلیس در آن زمان فاقد هر گونه مقررهای در خصوص وضعیت حقوقی این بردگان بود و این شرایط تا پنجاه سال اول دوران برده‌داری ادامه داشت.<sup>۴</sup> مقرراتی که پس از این دوران در راستای تعیین وضعیت حقوقی بردگان به تصویب رسید، شرایط غیر انسانی بردگان آفریقایی را تغییر نداد. به عنوان مثال در ایالت ویرجینیا قانونی وضع شد که وضعیت حقوقی فرزندان بردگان را تابع وضعیت حقوقی مادر می‌نمود. بدین ترتیب برده‌داران با طیب خاطر اقدام به تجاوز جنسی به زنان برده می‌نمودند و مطمئن بودند که بدین ترتیب بر تعداد بردگان خود نیز می‌افزایند. در سال ۱۶۶۹ ایالت ویرجینیا قانون دیگری تصویب نمود که مطابق آن، هیچ برده‌داری به واسطه قتل برده خود مجرم شناخته نمی‌شد. واضعان این قانون به این اصل حقوقی استناد می‌کردند که: هیچ مالکی اقدام به از بین بردن مال با ارزش خود نمی‌کند. قوانین مشابه بسیاری در آمریکای شمالی وضع گردید و موجب شد که برده‌داری و نژاد پرستی به صورت نظام مند درآید.

نظام برده‌داری برای مدت ۳۰۰ سال باقی بود و فقط پس از یک جنگ خونین داخلی به پایان رسید.<sup>۵</sup> چنین نظامی به واسطه قانون مستقر گردید و الزامات حقوقی موجب اعمال مقررات آن شد. اما واضح است که مقررات مزبور و نظام حقوقی که موجب تنفیذ قانونی آن مقررات گردید غیر عادلانه و عمیقاً غیر اخلاقی بودند. بدین ترتیب کسانی که معتقد به 'جایز الخطا بودن قانون' هستند به مفهوم قانون غیر عادلانه استناد می‌کنند و با تأکید بر ارتباط زرف میان حقوق و اخلاق بر مفهوم نظارت اخلاقی بر قواعد حقوقی تأکید می‌کنند.

مباحث نظری در خصوص ارتباط میان حقوق و اخلاق بسیار دامنه‌دار است و کتب و مقالات فراوانی در این خصوص تألیف شده است که بررسی و تمرکز بر آن‌ها از حوصله تحقیق حاضر خارج است، اما باید اذعان کرد که اختلافات چشم‌گیری میان این دو حوزه وجود دارد. این اختلافات از جمله شامل اختلاف در هدف، اختلاف در ضمانت اجرا، پاداش و کیفر رعایت و نقض قواعد، تفاوت در منبع و قلمرو و... می‌باشد. اخلاق شامل هنجارهایی است که هم زندگی فردی و هم زندگی اجتماعی انسان از آن‌ها تأثیر می‌پذیرد و تابع آن‌هاست. دامنه تکالیف اخلاقی که از یک سو ریشه در مذهب داشته و از سوی دیگر دارای زمینه‌های فرهنگی است، بسیار گسترده است. در نقطه مقابل محدوده کارکرد هنجارهای حقوقی محدود به بیوندهای اجتماعی اشخاص و رفتار بیرونی آن‌هاست. از این گذشته متبع اخلاق و حقوق از هم جداست؛ هنجارهای اخلاقی از الهام‌های الهی و نهادهای وجدان فردی یا جمعی سرچشمه می‌گیرد، ولی حقوق پدیده‌ای است که بسیاری از قواعد آن از اراده آزاد انسان‌ها ناشی می‌شود. از سوی دیگر، ضمانت اجرای هنجارهای حقوقی با هنجارهای اخلاقی فرقی می‌کند؛

1- Doctrine of Separation of Law and Morals

2- Lyons, David, "Moral Aspects of Legal Theory", Cambridge University Press, 1993, pp 64-70

3- "Law Is Morally Fallible"

4- Lyons, David, "Moral Judgment and the Legal Theory", Working Paper Series, Public Law & Legal Theory Working Paper NO.

00-11, pp 1-3.

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=255297> or DOI: 10.2139/ssrn.255297

5- Ibid, pp 3-4

ضمانت اجرای هنجارهای حقوقی، اجتماعی و تحقیقی است و با نیروی فشار و اجبار انجام می‌گیرد، ولی ضمانت اجرای هنجارهای اخلاقی مسائلی است مربوط به ندای وجدان، نیت‌های نیک خواهانه، ترس از کیفر رستاخیز، امید به پاداش‌های معنوی و احترام به ارزش‌های انسانی.

با این همه، تمایز بین این دو، مانع از ارتباط بین آن‌ها که بر اصول مشترکی استوار هستند نمی‌شود. بیشتر قواعد حقوقی، قواعد اخلاقی نیز محسوب می‌گردند، مثل قواعد و مقرراتی که تجاوز به جان و مال را جرم می‌شمارند، و نیز قاعده وفا به عهد و عدم جواز دارا شدن غیر عادلانه. برخی از قواعد اخلاقی را قانون به طور مطلق در بر نمی‌گیرد، ولی در بعضی از صورت‌های خاص، آن را شامل می‌شود؛ مثل راست‌گویی و کمک به دیگران که حقوق، دروغ‌گویی را مطلقاً ممنوع نکرده، ولی در شرایطی خاص مثل شهادت و سوگند دروغ، آن را جرم شمرده است. هم‌چنین است کمک به دیگران که تنها در موارد خاصی قانون‌گذاران را واجب تلقی می‌کند. برخی اوقات، مجوزها یا ممنوعیت‌های قانونی دیدگاه جامعه را درباره اخلاقی یا غیر اخلاقی بودن عمل مجاز یا ممنوع، تحت تأثیر قرار می‌دهد و احکام اخلاقی جاری در جامعه نیز بر قلمرو مجوزها و ممنوعیت‌های قانون اثر می‌گذارد.<sup>۶</sup>

در پاسخ به این سؤال که مبنای اخلاقی پاره‌ای از قواعد حقوقی که هیچ‌گونه ارتباطی با اخلاق ندارند؛ مانند مقررات حمل و نقل یا برخی از مقررات مربوط به آیین دادرسی چیست؟ آیا چنین مقرراتی که نه نیک تلقی می‌شوند و نه بدی، و قانون‌گذار صرفاً برای جلوگیری از بروز اختلال در نظام اجتماعی آن‌ها را وضع می‌نماید، صبغه اخلاقی دارند؟ لازم به ذکر است که این دسته از مقررات نیز هر چند به ظاهر ارتباطی با اخلاق ندارند، اما التزام به آنها امری اخلاقی است؛ زیرا نتیجه آن خیر، سعادت و منفعت عمومی است و اقدام در راستای تحقق منفعت عمومی جزء قواعد اخلاقی است.<sup>۷</sup>

موضوع ارتباط حقوق و اخلاق در زمان‌ها و مکان‌های مختلف، رویکردهای مختلفی را ایجاب نموده است. اما شاید نقطه مشترک همه رویکردهای مزبور این است که هیچ‌یک از آن‌ها قادر نبوده است که نسخه واحد و کاملی برای تبیین نسبت این دو ارائه نماید. سقراط، ۵۰۰ سال پیش از میلاد مسیح، با شکایت و دادخواهی سه تن از اهالی آتن محکوم به مرگ شد. با مصاد روزی که باید حکم اعدام اجرا می‌شد، دوستان سقراط به او اطلاع دادند که همه مقدمات برای فرار و آماده است. فرار سقراط از زندان، نه تنها زیبایی به کسی وارد نمی‌آورد بلکه خانواده او را از رنجی که در پیش داشتند می‌رهاند، او به زندگی خود ادامه می‌داد و می‌توانست اندیشه‌ها و تعالیم خود را در سرزمین دیگری پی‌بگیرد. با این حال سقراط از این عمل سرباز می‌زند. او معتقد است که اطاعت از حکم محکمه، تعهدی است که او اخلاقاً بر عهده دارد. زیرا این حکم از سوی مرجعی صالح صادر شده است و این مرجع نیز صلاحیت خود را از مردم گرفته است، حکم مرجع مزبور در راستای سعادت جامعه است بنابراین اطاعت از آن نیز تأمین کننده سعادت جامعه خواهد بود و تأمین سعادت جامعه، یک فضیلت اخلاقی است. در این جا، یکی از بزرگ‌ترین متفکران تمام دوران‌ها، اطاعت از قانون و تأمین سعادت اجتماع را یک فضیلت اخلاقی می‌داند، حتی اگر مستلزم مرگ خود او باشد.

در دنیای امروز، اگرچه سؤالات اخلاقی در خصوص نسبت اخلاق و حقوق هم‌چنان باقی است، و ماهیت مفاهیم بنیادی اخلاق، تغییری نکرده است، اما پاسخ‌گویی به سؤالات مزبور حقیقتاً دشوارتر شده و به نظر می‌رسد با پیچیده تر شدن روابط انسانی و گسترده تر شدن ارتباطات میان فرهنگ‌ها و تعارضات و برخوردهای ناشی از آن، دشوارتر نیز خواهد شد.<sup>۸</sup>

به عنوان مثال، در پی حملات ۱۱ سپتامبر، دولت ایالات متحده اقدام به حمله به افغانستان و عراق و دستگیری افرادی نمود که مظنون به فعالیت‌های تروریستی بودند. تنها راه کسب اطلاعات از این افراد، شکنجه کردن آنان است، در غیر این صورت آنان حاضر به همکاری نخواهند بود. آیا شکنجه کردن انسان‌ها اخلاقی است؟

6-Lyons, David, Ibid, P.2

۷- قربان‌نیا، ناصر، "حقوق، ترجمان اخلاق"، نقد و نظر، شماره ۱۳ و ۱۴، ۱۳۷۶ و ۱۳۷۷، صص ۲۹۰-۲۹۲

۸- گنسلر، هری، جی، درآمدی جدید به فلسفه اخلاق، ترجمه بحرینی، حمید، آسمان خیال، تهران، ۱۳۸۵، ص ۱۴

پاسخ این سؤال به وضوح منفی است. آزار بدنی انسانها برای وادار کردن آن‌ها، با هر هدفی که باشد، عملی غیر اخلاقی است. اما برخی صاحب نظران در ایالات متحده آمریکا، فبح اخلاقی شکنجه دستگیر شدگان در عراق و افغانستان را به چالش کشیده‌اند.<sup>۱۰</sup> آنان معتقد اند استخراج اطلاعات از این افراد در جهت خیر و سعادت اجتماع است و امکان پیش گیری از حملات بعدی (که منجر به کشته شدن صدها انسان بی گناه خواهد شد) را فراهم می نماید. اگر تأمین سعادت اجتماع، فقط از طریق شکنجه این افراد قابل دست یابی است پس راهی جز شکنجه آن‌ها وجود ندارد. بنابراین شکنجه گرانی که در زندان های ابو غریب و گوانتانامو اقدام به ایراد آزارهای شدید بدنی و روحی به مظنونین نموده‌اند، نباید به اتهام شکنجه مورد تعقیب قانون قرار گیرند.

پاره‌ای از اندیشمندان اروپایی نیز بر رابطه نزدیک اخلاق و حقوق پافشاری کرده‌اند. ژرژ ریبر، استاد نامدار حقوق در فرانسه را می توان سرآمد این دسته از اندیشه‌وران دانست. ریبر در دو کتاب 'قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی' و 'نیروهای سازنده حقوق' نشان داد که منبع اصلی تعهدات در حقوق مدنی فرانسه اخلاق مذهبی است. به اعتقاد وی، حقوق تنها اطاعت از قوانین را می خواهد و قدرت عمومی به همین منظور اجرای قانون را تضمین می کند و کاری به جهات و دلایل این اطاعت ندارد. به نظر ریبر، برای این که شخص بتواند به روشنی مبنای حقوق را دریابد ناچار است به قلمرو اخلاق روی آورد؛ جایی که مباحثه های علمی بدان راه ندارد. ریبر معتقد است اخلاق عامل اصلی ایجاد حقوق است و قواعد اخلاقی از هر سو حقوق را احاطه کرده‌اند و در اثر پیروزی نیروهای پشتیبان اخلاق در آن نفوذ می کنند. ریبر حقوق را سوب تاریخی اخلاق اجتماعی می داند و نفوذ اخلاق مسیحی را در رویه قضایی به مراتب شدیدتر از قوانین می داند. دادرسی که با ویژگی های هر دعوی رو به روست، باید ارزش اخلاقی هر دعوی را به حساب آورد. قاضی از میان بهترین افراد ملت انتخاب می شود؛ کسی که به محترم داشتن سنت های اخلاقی خو گرفته است و اگر معتقد به آن‌ها نیز نباشد، انضباط شعلی و طبقه بندی محاکم او را ناگزیر می کند که به این گونه سنت‌ها احترام گذارد. بنابراین طبیعی است که در دعوی اشخاص رایی را که قاعده اخلاقی به او تلقین کرده است صادر می کند. بدین ترتیب قاعده اخلاقی که الهام بخش دادرسی بوده است به قاعده حقوقی تبدیل می شود.<sup>۱۱</sup>

مباحث نظری در خصوص ارتباط میان حقوق و اخلاق بسیار گسترده است و مجال طرح آن در تحقیق حاضر وجود ندارد. اما یکی از جنبه های مهم آن، تاثیر ارزش های اخلاقی بر رابطه وکلا مشاوران حقوقی و کلیه کسانی است که به نحوی دارای مشتریانی می باشند که خریدار خدمات حقوقی وکلا هستند. این زمینه از مباحث اخلاقی - حقوقی تحت عنوان 'اصول اخلاقی حقوقی'<sup>۱۲</sup> یا 'اخلاق حرفه ای حقوقی' شناخته می شود.

### گفتار دوم: سرفصل های پیشنهادی برای درس اخلاق حرفه ای حقوقی

در گفتار پیشین به بررسی رابطه قواعد اخلاقی و قواعد حقوقی و تأثیر و تأثر آنان، پرداختیم و در این محبت تلاش می کنیم به بسط موضوع ارائه درسی تحت عنوانی چون 'اخلاق حرفه ای حقوقی' به عنوان یکی از دروس اجباری رشته حقوق بپردازیم. اخلاق حرفه ای حقوقی به بررسی آن دسته از تعهدات اخلاقی می پردازد که از اصحاب مشاغل حقوقی انتظار می رود در کلیه شؤون زندگی حرفه ای خود بدان‌ها پای بند باشند. پایبندی به تعهدات اخلاقی، وظیفه خطیری است که هر حقوقدانی (اعم از وکلا مشاوران حقوقی و سایر اصحاب مشاغل حقوقی) در برابر موکلان، مشتریان، جامعه و از همه مهم تر در برابر 'عدالت' بر عهده دارد.<sup>۱۳</sup>

تخصیص عنوانی خاص برای این دسته از قواعد اخلاقی به این معنا نیست که شاغلین به مشاغل حقوقی ملتزم به قواعدی غیر از قواعد شناخته شده اخلاقی هستند بلکه یک وکیل یا مشاور حقوقی ملتزم به همان قواعد اخلاقی است که هر شخصی دیگری در اجتماع آن‌ها را رعایت می کند. ماهیت قواعد اخلاقی تغییر نمی کند اما

9 - Wendel, W. Bradley, "Legal Ethics and the Separation of Law and Morals", Cornell Legal Studies Research Paper No. 05-011, 2005, PP 5E, 71.  
Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=887804> or DOI: 10.2136/ssrn.887804

۱۰- قربان نیا، ناصر، پیشین، صص ۳۹۰-۳۹۹.

11 - Legal Ethics

12 - Lynton, Jonathan S., Mick Lyndall, Terri, Church, Jay, "Legal Ethics and Professional Responsibility", Cengage Learning, 1984, p 6.

هنگامی که بر اعضای گروه‌های مختلف جامعه اعمال می‌شود واجد مراتب مختلفی می‌گردد. "به عنوان مثال تعهد اخلاقی رازداری یک فضیلت اخلاقی است که افراد جامعه به اقتضای ندای وجدان پایبند به آن هستند اما درجه ای از رازداری که از یک وکیل و دادرس، داور یا سردفتر اسناد رسمی انتظار می‌رود بسیار فزون تر از انتظاری است که از یک تعمیرکار وسایل برقی می‌رود."<sup>13</sup> به همین ترتیب اگر کارخانه تولید آب میوه در برجسب های روی محصولات خود به موادی اشاره کند که در واقع محصول فاقد آن است انعکاس منفی آن در جامعه بسیار کمتر از حالتی است که یک وکیل یا قاضی دادگستری در خصوص مسائل مرتبط با حرفه خود اقدام به دروغ‌گویی نماید.

با توجه به توضیحات فوق است که ضرورت آموزش اصول اخلاق حرفه‌ای در دانشکده های حقوق آشکار می‌شود. باید به دانشجویان آموخته شود که اگرچه در جامعه به او آموخته اند که دروغ‌گویی قبیح و راست‌گویی حسن است مگر دروغ مصلحتی، در حرفه او تفاوتی میان دروغ مصلحتی و غیر مصلحتی وجود ندارد و او فقط ملتزم به راست‌گویی است. او باید بیاموزد که حق ندارد با هدف برنده شدن در پرونده به دروغ مصلحتی روی آورد. باید بیاموزد که ناراستی او می‌تواند حقی را ناحق، فرزندی را یتیم، بد حکاری را بری، شرکتی را ورشکسته و زن و شوهری را از هم جدا نماید.

لازم به ذکر است که تعیین مصادیق اصول اخلاقی مزبور، هم‌چنین تعیین مصادیق تعهدات حرفه‌ای و خدماتی که از یک وکیل مورد انتظار است، نسبت به جوامع و فرهنگ‌های مختلف، متفاوت است، اما ضرورت تقید به اصول مزبور، هر چه که باشد، امری لازم و مطلق است. در حالی که رفتارهای غیر اخلاقی یک وکیل می‌تواند دارای مراتبی باشد و در پایین‌ترین سطح از سوء نیت و فقط ناشی از سهو، مسامحه یا رفتار دور از نزاکت او باشد، با این حال مرتب این امر ممکن است حتی شامل فریب مشتری یا رفتار همراه با سوء نیت نیز بشود. معهدا مطلق بودن التزام و کلابه اصول اخلاقی حقوقی بدین معناست که تکلیف او به رعایت اصولی هم‌چون انصاف، عدالت، حفظ اسرار مشتری، راست‌گویی و ... فارغ از هر گونه مراتبی است. به عنوان مثال وکیلی که به عنوان داور مرضی طرفین، حل و فصل اختلاف میان دو شخص را بر عهده دارد، نمی‌تواند در جریان رسیدگی و اصدار رأی، میان مراتبی از عدالت و بی‌عدالتی سیر کند، بلکه او فقط می‌تواند و باید عادلانه رفتار، رسیدگی و اصدار رأی نماید.<sup>14</sup>

نگارنده پیشنهاد می‌کند که به علت ارتباط تنگاتنگ حقوق و اخلاق و در راستای اعتدای حرفه‌های مرتبط با رشته حقوق، بهتر است یک واحد درسی برای دانشجویان تدوین گردد تا دانشجویان با تعهدات اخلاقی حرفه‌ای بیشتر آشنا شوند و بدین ترتیب زمینه بسیاری از عرض ورزی‌ها نسبت به شاغلین حرفه‌های مقدس قضاوت و وکالت از میان برداشته شود.

### سرفصل‌های درس اخلاق حرفه‌ای حقوقی

سرفصل‌های اصلی این واحد درسی باید شامل تعریف، تاریخچه، منابع تعهدات اخلاقی در نظام‌های مختلف حقوقی، و مهم‌ترین تعهدات حرفه‌ای شاغلین مشاغل حقوقی گردد که از جمله آن‌ها می‌توان به رازداری، تبلیغ و معرفی، افشای تعارض منافع، روابط وکیل و موکل، پای‌بندی به قانون و ... اشاره نمود. در ادامه بحث به سرفصل‌های فوق پرداخته ام و به صورت اجمالی برخی از مطالبی را که می‌توان در خلال این واحد درسی به دانشجویان ارائه نمود آورده ام.

#### بند اول: تعریف

"اخلاق حرفه‌ای حقوقی" مشتمل بر قواعد اخلاقی است که حاکم بر رفتار اشخاصی است که خدمات حقوقی

13 - Wynans Jessup, Henry "The Professional Ideals of the Lawyer: A Study of Legal Ethics", Wm. S. Hein Publishing, 1986, p 4

14 - Sundra, Rajoo, "Privacy and Confidentiality in Arbitration, Mediation and Alternative Dispute Resolution" [December 2002] INFOLINE, The Official Newsletter of the Malaysian Bar at p. 5, 2003

15 - Redfern, Alan, and Martin Hunter, "Law and Practice of International Arbitration", Student Edition, London, Sweet & Maxwell, 2003, p 283.

به مشتریان خود ارائه می‌دهند و با تعهدات حقوقی و اخلاقی متعارضی روبرو شده‌اند.<sup>۱۶</sup> این مفهوم تحت عناوین دیگری همچون 'مسئولیت حرفه‌ای'<sup>۱۷</sup> و 'اخلاق حرفه‌ای حقوقی'<sup>۱۸</sup> نیز شناخته می‌شوند. این قواعد اخلاقی، ریشه در سنت‌های جامعه، قوانین موضوعه، مقررات سازمانی، همچون منشورهای اخلاقی و توصیه نامه‌های مربوط به معیارهای رفتار حرفه‌ای<sup>۱۹</sup> و همچنین رویه قضایی دارد. در دایره‌المعارف حقوقی پلک، این تعریف از اصول اخلاقی حقوقی ارائه شده است: 'سنت‌ها و عرف‌هایی که میان اصحاب حرفه حقوقی، در ارتباط با تکالیف اخلاقی و حرفه‌ای ایشان، در مقابل یکدیگر، مشتریان و دادگاه‌ها جاری است. شاخه‌ای از علم اخلاق که در خصوص تکالیفی که یک عضو جامعه حقوقی در مقابل اجتماع، دادگاه، همکاران و مشتریان دارد، بحث می‌کند.'<sup>۲۰</sup>

یکی از نویسندگان تعبیر جالب و ساده‌ای از اصول اخلاقی حقوقی ارائه داده است: 'اصول اخلاقی حقوقی بیش از آن که تعمق و تأمل در اندیشه‌های عمیق فلسفی باشد، قواعدی را تعریف می‌کند که به واسطه آنها زمینه برای ارائه خدمات حقوقی و انجام مشاغل حقوقی آماده می‌شود.'<sup>۲۱</sup>

ماهیت حرفه‌ای حقوقی به گونه‌ای است که شخص را با سؤالات اخلاقی پیچیده‌ای روبرو می‌کند. به عنوان مثال یک وکیل ممکن است با این سؤال اخلاقی مواجه شود که آیا می‌تواند برای حفظ منافع موکل خود، از اجرای برخی از مقررات فانونی خودداری نماید؟ آیا ممکن است که به منظور حفظ حقوق موکل، دست به اعمالی غیر اخلاقی بزند؟ در صورتی که موکل اهدافی غیر اخلاقی را دنبال می‌نماید، آیا وکیل باید از ارائه خدماتی که دستیابی به اهداف مزبور را تسهیل می‌نماید خودداری نماید؟ یکی از تعهدات مهم اخلاقی وکلا، رازداری و حفظ اسرار موکل است، اما اگر وکیل بداند که فعالیت‌های موکل، خسارت سنگینی را به اشخاص دیگر، دولت یا محیط زیست وارد می‌کند آیا می‌تواند تعهد اخلاقی خود را زیر پا گذارد؟

### بند دوم: منابع تعهدات اخلاقی

اهمیت موضوع تعهدات اخلاقی در حرفه‌های حقوقی به حدی است که سازمان‌های مهم در سطح ملی و بین‌المللی اقدام به تدوین و انتشار مقررات و منشورهایی نموده‌اند که حاوی اصول و قواعد اخلاقی است. تدوین منشورهای اخلاقی، خطوط راهنمایی را برای وکلای ترسیم می‌کنند که به آنان کمک می‌کند تا در مواجهه با موقعیت‌های خطیر، استانداردهایی برای تنظیم رفتارهای حرفه‌ای خود داشته باشند. به علاوه، وجود این منشورها موجب اعتماد موکلین از یک سو و جامعه از سوی دیگر به اصحاب مشاغل حقوقی می‌گردد.

اتحادیه بین‌المللی کانون‌های وکلا<sup>۲۲</sup> یکی از سازمان‌هایی است که اقدامات مهمی در خصوص تهیه اسناد در رابطه با موضوع تعهدات اخلاقی وکلا انجام داده و دستاوردهای خوبی نیز داشته است. این سازمان دارای کمیته‌ای است به نام 'کمیته اخلاق حرفه‌ای'<sup>۲۳</sup>، که هدف آن توسعه معیارهای متعالی اخلاق حرفه‌ای در میان وکلا و حقوقدانان در سطح بین‌المللی است. یکی از وظایف این کمیته انجام اصلاحات دوره‌ای در منشور بین‌المللی تعهدات اخلاقی<sup>۲۴</sup> است که در سال ۱۹۵۶ تدوین شده است. این منشور در ۲۱ فصل به تبیین تعهدات اخلاقی وکلا در محیط بین‌المللی می‌پردازد. در مقدمه این منشور چنین تصریح شده است:

'این منشور، در رابطه هر حقوقدانی از یک حوزه قضایی با حقوقدان دیگری از حوزه قضایی دیگر، یا بر فعالیت‌های او در حوزه قضایی دیگر اعمال می‌شود، مگر این که شرایط و اوضاع و احوال اقتضای دیگری داشته باشد. هیچ چیز در این منشور، یک وکیل را از اجابت کردن از مقررات قانونی یا قواعد رفتار حرفه‌ای که

16 - Goldstein Belcan, Maya, "Professional legal Ethics: A Comparative Perspective", Central European and Eurasian Law Initiative (CEEELI), 2002, p 1.

17 - Professional Responsibility

18 - Professional Legal Ethics

19 - Standard of Professional Conduct

20 - Campbell Black, Henry, Nolan, Joseph R., Nolan-Haley, Jacqueline M., "Black's Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern", West Publishing Company, 5th Ed 1979.

21 - Lynton, Jonathan S., Mick Lyndall, Terri, Church, Jay, Legal Ethics and Professional Responsibility, Cengage Learning, 1994,

p 7

22 - International Bar Association

23 - Professional Ethics Committee



ممکن است در حوزه قضایی مربوط بر او یار شود، معاف نمی‌کند.<sup>۲۴</sup>  
 در این منشور اخلاقی، به تعهداتی همچون استقلال، تبلیغ، رازداری، جدیت، صداقت، تعارض منافع و ... پرداخته شده است.  
 اتحادیه بین‌المللی کانون‌های وکلان علاوه بر منشور فوق‌الذکر، قواعد دیگری را نیز تدوین نموده است که از جمله آن‌ها می‌توان به:

۱. قواعد اخلاقی برای داوران بین‌المللی<sup>۲۵</sup>
۲. معیارهای حداقلی در خصوص استقلال قضائی<sup>۲۶</sup>
۳. معیارهایی برای استقلال حرفه وکالت<sup>۲۷</sup>
۴. توصیه‌نامه در خصوص تعارض منافع در داوری بین‌المللی<sup>۲۸</sup>
۵. قواعد در خصوص جمع‌آوری مدارک در داوری تجاری بین‌المللی<sup>۲۹</sup>

در مقررات کانون‌های وکلای ملی تلاش‌هایی برای تدوین و اعمال چنین قواعد و استانداردهایی به چشم می‌خورد و در کشورهای مختلف، قوانین یا منشورهای اخلاقی برای وکلای تدوین گردیده است. در مقررات داخلی برخی کشورها نیز منشور یا دستورالعمل خاصی در این زمینه وجود ندارد بلکه تعهدات اخلاقی حقوقی در مقررات قوانین مرتبط با حرفه‌های حقوقی قابل جستجو است. به عنوان مثال در برخی از مواد قانون وکالت ایران (مصوب ۱۳۶۵) با پاره‌ای قوانین مرتبط با شغل وکالت بر تعهدات اخلاقی وکلای تأکید شده است. مثلاً ماده ۲۹ قانون وکالت ایران مقرر می‌دارد: «وکیل باید اسراری که به واسطه وکالت از طرف موکل مطلع شده و همچنین اسرار مربوطه به حیثیات و شرافت و اعتبارات موکل را حفظ نماید».

#### مقایسه منابع تعهدات اخلاقی حقوقی در اروپا و آمریکا

منشورهای اخلاقی در اروپا و آمریکا از جهت تأکید بر اصول اخلاقی بنیادی و مشترک مشابه یکدیگر هستند. اصول مزبور عبارتند از: حفظ اسرار، تعارض منافع، استقلال و تخصص، معیاد منشورهای مورد بحث، در مورد مصادیقی و نحوه اعمال اصول و تعهدات اخلاقی یا یکدیگر متفاوت‌اند. این تفاوت‌ها ریشه در تمایزات فرهنگی و اجتماعی این دو حوزه جغرافیایی دارد. علاوه بر تفاوت در ویژگی‌های اساسی نظام‌های حقوقی و نیز تفاوت در منابع تعهدات اخلاق حرفه‌ای وکلا، موجب دیگری است برای تمایز میان منشورهای اخلاقی که در اروپا و آمریکا تدوین گردیده‌اند. اگرچه بررسی این موضوع از حوصله تحقیق حاضر خارج است اما در ادامه نگاهی اجمالی به منابع اخلاق حرفه‌ای حقوقی در این دو حوزه خواهیم داشت.

#### بحث اول: منابع تعهدات اخلاقی حقوقی در ایالات متحده

مهم‌ترین منبع تعهدات اخلاقی برای وکلای ایالات متحده، منشور اخلاقی است که از سوی کانون وکلای هر ایالت مورد تصویب قرار گرفته و توسط دادگاه ابالتی، تنفیذ و لازم‌الاجرا می‌گردد. علت تنفیذ منشورهای اخلاقی از جانب دادگاه‌های حوزه قضایی مربوط این است که در نظام قضایی ایالات متحده، پروانه وکالت وکلای و مشاوران حقوقی از سوی دادگاه حوزه قضایی مربوط صادر می‌گردد.

24 - Except where the context otherwise requires, this code applies to any lawyer of one jurisdiction in relation to his contacts with a lawyer of another jurisdiction or to his activities in another jurisdiction. Nothing in this code absolves a lawyer from the obligation to comply with such requirements of the law or of rules of professional conduct as may apply to him in any relevant jurisdiction.  
 25 - IBA Rules of Ethics for International Arbitrators  
 26 - IBA Minimum Standards of Judicial Independence  
 27 - IBA Standards for the Independence of the Legal Profession  
 28 - IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration  
 29 - IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration

مرجع اصلی تدوین منشورهای اخلاقی برای وکلای اتحادیه کانون‌های وکلای آمریکا<sup>۳۰</sup> است و دادگاه هر حوزه قضایی، وکلای الزام به اجرا و پایبندی به آن می‌کند.<sup>۳۱</sup> اتحادیه کانون‌های وکلای آمریکا در سال ۱۹۶۹ منشوری را تحت عنوان "منشور نمونه مسؤلیت حرفه‌ای" برای اصحاب جُزف حقوقی تدوین نمود و در سال ۱۹۷۴ نیز دانشکده‌های حقوق را ملزم نمود که درس "اصول اخلاقی حقوقی" را در زمره دروس اصلی رشته حقوق بگنجانند. این منشور در اکثر ایالت‌های آمریکا مورد تصویب قرار گرفته است و هر ایالت به فراخور مقتضیات و شرایط خود اقدام به جرح و تعدیل آن نموده است و به همین دلیل، منشور قواعد اخلاقی از هر ایالت به ایالت دیگر متفاوت است.<sup>۳۲</sup>

به عنوان مثال در منشور نمونه مسؤلیت حرفه‌ای<sup>۳۳</sup> چنین تصریح شده است: "به علت موقعیتی که یک وکیل در جامعه دارد، حتی کوچک‌ترین عمل خلاف قانون توسط او، ممکن است منجر به کاهش اعتماد عمومی به حرفه وکالت گردد."<sup>۳۴</sup> با توجه به این که معیارهای مندرج در منشور نمونه، حاوی اصول کلی و بعضاً مبهم بود، اتحادیه مزبور اقدام به بازبینی مقررات منشور نمود و در سال ۱۹۸۳ "قواعد نمونه رفتار حرفه‌ای"<sup>۳۵</sup> را به تصویب رسانید.

با وجود این که چنین قواعد نمونه و منشورهای اخلاقی در ایالات متحده به تصویب رسیده‌اند، اما در عمل تطبیق معضلات اخلاقی با مقررات قانونی دشوار است. لذا در هر یک از ایالت‌ها، نهادهایی تحت نظر اتحادیه کانون‌های وکلای آمریکا<sup>۳۶</sup> تشکیل شده است که وکلای توانمند در موارد ابهام، پاسخ سؤالات خود را از این نهادها دریافت نمایند. اگرچه آراء صادره از این نهادها فاقد اعتبار قانونی است، اما به عنوان تفسیری غیر رسمی از منشورهای اخلاقی دارای ارزش عملی است.<sup>۳۷</sup>

#### بحث دوم: منابع تعهدات اخلاقی حقوقی در اروپا

برخلاف ایالات متحده که فعالیت‌های حرفه‌ای وکلای مشاوران حقوقی توسط دادگاه‌ها و از طریق کانون‌های وکلای مورد تنظیم و تنسیق قرار می‌گیرد، در کشورهای اروپایی این امر از طریق فونانین موضوعه‌ای انجام می‌گیرد که توسط مقنن وضع شده است. در ایتالیا، فرانسه، اسپانیا، آلمان، رومانی، لهستان و بسیاری دیگر از کشورهای اروپایی، قوانین ملی مقرراتی را در خصوص مسائلی چون اختلافات میان وکیل و موکل، حق الوکاله، حقوق و تعهدات وکلای رابطه با موکلین، طرف مقابل و وکیل او، دادگاه‌ها، کانون وکلای مربوط و همچنین تعهدات اخلاقی حرفه‌ای آنان مقرر می‌دارند. در برخی از کشورهای اروپایی، علاوه بر این که قوانین خاصی در خصوص وکلای و تعهدات حرفه‌ای آن‌ها وجود دارد، مقررات پراکنده‌ای نیز در سایر قوانین ملی موجود است که حاکم بر حقوق و تعهدات اصحاب جُزف مذکور است.<sup>۳۸</sup> به عنوان مثال، در کشور آلمان مسائلی چون استقلال وکلای و اختلافات آنان در قانون آیین دادرسی مدنی مورد توجه قرار گرفته و در عین حال قانون مجازات این کشور حاوی مقرراتی در خصوص حفظ اسرار، ممنوعیت دریافت حق الوکاله بیش از نصاب قانونی و خیانت در امانت می‌باشد.<sup>۳۹</sup> در کنار قوانین ملی، کانون وکلای هر کشور نیز اقدام به تدوین مقرراتی نموده است که حاکم بر تعهدات اخلاقی و حرفه‌ای وکلای باشد.

علاوه بر قوانین ملی و مقررات کانون‌های وکلای شورای کانون‌های وکلای و جوامع حقوقی اروپا<sup>۴۰</sup> در سال ۱۹۸۸ اقدام به تصویب منشور ضوابط رفتاری وکلای در جامعه اروپا<sup>۴۱</sup> نمود که در سال‌های ۱۹۹۸، ۲۰۰۲ و ۲۰۰۶ مورد بازبینی و

30 - American Bar Association (ABA)

31 - Rotunda Ronald D., "Judicial Ethics, the Appearance of Impropriety, and the Proposed New ABA Judicial Code", Hofstra Law Review, Vol. 34, No. 4, pp. 1337-1358, Summer 2006

32 - Goldstein Bolcan, Maya, Op Cit, p 7.

33 - Model Code of Professional Responsibility, EC 1-5: "Because of his position in society, even minor violations of law by a lawyer may tend to lessen public confidence in the legal profession."

34 - Model Rules of Professional Conduct

35 - Goldstein Bolcan, Maya, Op Cit, p 7.

36 - Lonbay Julian The Education, Licensing, and Training of Lawyers in the European Union, Part II: The Emerging Common Qualifications Regime and its Implications for Admissions in Europe pp 25-26

37 - Goldstein Bolcan, Maya, Op Cit, pp 7-8

38 - Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE)

۳۹ - این شورا به عنوان یکی از شاخه‌های جامعه اقتصادی اروپا در سال ۱۹۶۰ تأسیس شد. فلسفه ایجاد چنین شورایی این بود که با تأسیس جامعه اقتصادی اروپا در همان سال، نگرانی‌هایی در خصوص استقلال وکلای در اروپا ایجاد شده بود و نیاز به نهادی که نماینده حقوقدانان در جامعه

## بی تابعیتی و نظام حقوق بین الملل

کیما تقا ■

### مقدمه

در نتیجه خسارات ناشی از جنگ جهانی دوم مهمترین مسأله حمایت از اشخاص در برابر خود سری های دولت ها بود. قوانین داخلی تحت حاکمیت نظام های دیکتاتوری بودند و بجای اینکه برای حمایت از اشخاص مورد استفاده قرار گیرند بعنوان ابزاری برای تعقیب بکار گرفته می شدند. باور عمومی بر این بود که کشوری که به حقوق اساسی اتباع خود احترام نمی گذارد مسلماً حقوق مردم سرزمین های دیگر را نادیده خواهد گرفت و بنابراین تهدید بزرگی علیه جامعه بین المللی خواهد بود. از اینرو جامعه بین المللی تلاش خود را در جهت انعقاد موافقتنامه های بین المللی چند جانبه و غالباً در حوزه حقوق بشر مصروف داشت. با اتخاذ چنین روشی هر کشوری متعهد شد حقوق اساسی اشخاصی که در قلمرو صلاحیتش هستند و بخصوص اتباعش را به رسمیت بشناسد.

امایین اسناد و معاهدات به تنهایی برای حل تمام مسائل مربوط به حقوق بشر کافی نبودند. هنوز میلیونها نفر وجود داشتند که از حمایت کشور خود برخوردار نبودند. مردمی که جنگ با ایجاد تغییر در مرزها باعث سکونت آنها در سرزمین کشوری غیر از کشور خودشان شده بود.

تنها در اروپا بیش از ۶۵ میلیون آلمانی از چکسلواکی، مجارستان، لهستان، اتحاد شوروی، و یوگوسلاوی ناچار به مهاجرت به استرالیا و آلمان شدند. در دیگر مناطق دنیا جنبش های انقلابی و مستعمره زدایی دگرگونی های شدیدی را بوجود آورد و اشخاص درگیر در این جنبش ها ارتباط فیزیکی خود را با کشورشان از دست دادند. چنین اشخاصی 'بی تابعیتی'، 'پناهنده' و یا 'حمایت نشده' خوانده می شدند. تنها تمایزی که میان اشخاص حمایت نشده قائل می شدند تمایز میان اشخاص بی تابعیتی قانونی و اشخاص بی تابعیت بالفعل بود.<sup>1</sup>

تمایز میان بی تابعیتی قانونی و بی تابعیتی بالفعل تا حدودی تصنعی است. زیرا عدم حمایت از هر دو گروه به یک صورت است. عنوان این گروه حمایت نشده هر چه باشد پیدایش آن بعد از جنگ جهانی دوم، جامعه جهانی و کشورها را با مسائل متعددی مواجه کرد. چه کسی باید مسئول رفاه آنها باشد؟ چه حقوقی دارند؟ چه کسی باید از آنها حمایت کند؟

1 - Amal de Chickera: The protection of stateless persons in detention under international law. 2009.

### بی تابعیتی قانونی

در سال ۱۹۵۱ کنفرانسی از نمایندگان تام الاختیار کشورها بالاتفاق کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگان را که اولین تعریف حقوقی رسمی از پناهنده را ارائه میداد تصویب کردند. پروتکلی هم مربوط به وضعیت اشخاص بی تابعیت به آن ضمیمه شد که تهیه پیش نویس این پروتکل به مجمع عمومی ارجاع شد. دلیل به تاخیر انداختن پروتکل، محدودیت زمانی و الزام به تصویب سندی در ارتباط با پناهندگان بود.<sup>۲</sup>

سه سال بعد از تصویب این کنوانسیون، کنوانسیون ۱۹۵۴، سازمان ملل پیرامون وضعیت اشخاص بدون تابعیت در دومین کنفرانس نمایندگان نام الاختیار تصویب شد. در این سه سال روشن شده بود مقررات مربوط به بی تابعیتی دیگر نمیتوانند تنها پروتکلی ضمیمه به کنوانسیون پناهندگی را تشکیل دهند و بنابراین به صورت سندی متحدالشکل و واحد درآمد. کنوانسیون ۱۹۵۴، هم در محتوا و هم در ساختار بسیار شبیه به کنوانسیون ۱۹۵۱ است و اولین سند بین المللی برای سازماندهی و ارتقای وضعیت اشخاص بی تابعیت و تضمین حقوق و آزادی های اساسی آنها بدون اعمال هرگونه تبعیض است. این کنوانسیون برای دستیابی به هدف تضمین حقوق اساسی اشخاص بی تابعیت همان روش های اتخاذ شده در کنوانسیون ۱۹۵۱ را بکار می گیرد. با اینکه پروتکل ضمیمه کنوانسیون پناهندگی هیچ تعریفی از بی تابعیتی ارائه نکرده بود و این امر باعث می شد هر کشوری خودش در این مورد که شخص صلاحیت برخوردار از حمایت کنوانسیون را دارد یا خیر تصمیم گیری کند، در نهایت کنوانسیون ۱۹۵۴ تعریفی از شخص بی تابعیت ارائه داد:

اصطلاح شخص بی تابعیت به کسی اطلاق میشود که طبق قانون هیچ کشوری تبعه محسوب نمی شود.<sup>۳</sup> (ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۵۴ پیرامون وضعیت اشخاص بی تابعیت)

در واقع این کنوانسیون به موارد فقدان حمایت قانونی محدود می شود و تنها شامل اشخاصی است که (علیرغم هرگونه رابطه ای معنوی و واقعی که ممکن است با یک یا چند کشور داشته باشند) از پیوندی حقوقی و رسمی با یک کشور محروم هستند. به اشخاصی که مشمول این تعریف از بی تابعیت میشوند قانوناً بی تابعیت گفته میشود.<sup>۴</sup>

### بی تابعیتی بالفعل

کنوانسیون پناهندگان برای حمایت از اشخاص بالفعل حمایت نشده بوجود آمد، در حالی که کنوانسیون ۱۹۵۴ برای حمایت اشخاص قانوناً حمایت نشده منعقد شد. اما این تمام ماجرا نیست. در طی مذاکرات پیرامون تعریف بی تابعیتی مسئله بی تابعیتی بالفعل بار دیگر خود را نشان داد. سئوالی که پیش آمد این بود که آیا نظام مربوط به پناهندگی برای حل مشکل فقدان تابعیت بالفعل کافی است و بنابراین نظام بی تابعیتی میتواند تنها بر بی تابعیتی قانونی تمرکز کند.

### دکترین حقوقی بی تابعیتی بالفعل

میتوان گفت مطابق دکترین حقوقی، بی تابعیتی بالفعل به این معنی است که شخص دارای تابعیت است اما تابعیت او معنای واقعی ندارد، یعنی منافع ناشی از تابعیت را برای شخص همراه ندارد.<sup>۵</sup> کارشناس حقوقی سابق کمیساریای عالی ملل متحد برای پناهندگان که به معضل بی تابعیتی می پرداخت، کارول بچلور، در تعدادی از مقالات خود تعریف وسیع تری برای بی تابعیتی بالفعل ارائه کرده است. او اشخاصی که تابعیت دارند اما از هیچ یک از مزایای تابعیت برخوردار نیستند یا اشخاصی که نمیتوانند تابعیت خود را ثابت کنند، و اشخاصی که تابعیت موثر ندارند را بی تابعیت بالفعل میدانند.<sup>۶</sup>

2 - Batchelor, Carol: Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status, International Journal of Refugee Law, vol. 10, 1998.

3 - Ibid.

4 - Batchelor, Carol: Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status, International Journal of Refugee Law, vol. 10, 1998, P.

5 - Ibid, P. 25.

## کنوانسیون بی‌تابعیتی بالفعل

اگر کنوانسیون پناهندگی اکثر موارد تحت شمول خود را در برگیرد، اشخاصی که در فضای خالی میان دو تعریف قرار دارند همچنان بدون حمایت باقی می‌مانند. به همین دلیل توافقی به این شکل صورت گرفت که اگر کشورها متعهدند مقررات کنوانسیون را نسبت به اشخاص قانوناً بی‌تابعیت اجرا کنند باید آن مقررات را نسبت به اشخاص حمایت نشده بالفعل نیز اجرا کنند. و بنابراین کمیته تهیه سند نهایی کنوانسیون ۱۹۵۴ پیرامون وضعیت اشخاص بی‌تابعیت اظهار داشت هر کشور منعقد کننده کنوانسیون وقتی دلالی را معتبر می‌بیند که شخص بر مبنای آن دلائل از حمایت کشور متبوعش صرف‌نظر میکند باید رفتاری که کنوانسیون برای اشخاص بدون تابعیت در نظر گرفته برای آن شخص نیز اعمال کند.

عاملی که باعث میشود شخص بی‌تابعیت بالفعل مشمول این مقرره قرار گیرد این است که او تابعیت حقوقی داشته باشد و به دلالی که برای کشور عضو کنوانسیون معتبر است از حمایت کشور متبوعش صرف‌نظر کرده باشد.

هیچ ملاکی برای تعیین دلیل معتبر ارائه نشده است و تشخیص آن به عهده کشور عضو می‌باشد. در واقع اشخاص بی‌تابعیت بالفعل اشخاص حمایت نشده‌ای هستند، چون اگر چه رسماً بی‌تابعیت نیستند اما در واقع از حمایت هیچ دولتی برخوردار نیستند. کنوانسیون هم تعریفی از اشخاص بالفعل بی‌تابعیت ارائه نکرده است و تفسیر دکتترین نیز - صحیح یا غلط - انحرافی جدی از این تعریف است.<sup>۶</sup>

## نظام حقوق بین الملل و بی‌تابعیتی قانونی

گفتیم که شخص بی‌تابعیت شخصی است که طبق قانون هیچ کشوری تبعه محسوب نمیشود.<sup>۷</sup> (ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۵۴ سازمان ملل پیرامون وضعیت اشخاص بی‌تابعیت)

طبق این تعریف شخص باید فاقد پیوند و ارتباطی حقوقی و رسمی با هر کشوری باشد. گفتیم که برای گسترش قلمرو حمایتی که باید اعطاء شود یک توصیه غیر الزام آور هم توسط کمیته تهیه سند نهایی کنوانسیون در مورد اشخاص بالفعل بی‌تابعیت ارائه کرده است. با این حال این توصیه برای توسعه گروهی که باید مورد حمایت قرار گیرند چندان کارآمد نبوده است. بنابراین عادلانه است اینگونه نتیجه‌گیری کنیم که نظام حقوقی بین المللی بطور خاص بر اشخاص قانوناً بی‌تابعیت تمرکز میکند. آنها تصور میکنند هر شباهتی میان این دو نوع بی‌تابعیتی وجود داشته باشد تفکیک آنها از هم باید صورت گیرد تا وضعیت حقوقی ویژه هریک روشن شود.

یکی از مشکلاتی که در مورد اثبات عدم برخورداری از حمایت قانونی بوجود می‌آید این است که شخص چگونه باید ثابت کند بوسیله هیچ کشوری تبعه محسوب نمی‌شود؟ هر کشوری در این زمینه خط مشی خود را دارد. ممکن است کشوری شخص را به این دلیل که مدرکی برای اثبات تابعیت خود در هیچ کشوری ندارد بی‌تابعیت قلمداد کند، در حالی که کشور دیگر به چیزی فراتر از وضعیت واقعی شخص توجه کند و تنها در صورتی که او امکان تقاضای تابعیت از هیچ کشوری را نداشته باشد او را بی‌تابعیت تلقی کند.

دومین ایراد تعریف مضیقی که در نظام حقوقی بین المللی از بی‌تابعیتی ارائه شده این است که وجود اشخاص بالفعل بی‌تابعیت را در کنار اشخاصی که قانوناً بی‌تابعیت هستند نادیده می‌گیرد. هدف نظام حقوقی برخورداری اشخاص بی‌تابعیت از حقوق اساسی است. بررسی موارد بی‌تابعیتی نشان میدهد اغلب گروه وسیعی از اشخاص آسیب پذیر وجود دارند که از حقوق اساسی محروم اند. در میان این گروه برخی قانوناً بی‌تابعیت هستند، اما جدا ساختن این دسته از بقیه و قائل شدن حقوق تنها برای آنها، تمایزی ساختگی است.<sup>۸</sup>

علاوه بر آنچه در مورد وجود اشخاص بالفعل بی‌تابعیت در کنار اشخاص قانوناً بی‌تابعیت گفته شد، باید گفت تأکید تنها بر اشخاص قانوناً بی‌تابعیت خطر دیگری را بوجود می‌آورد. توجه به وضعیت این دسته

6 - Chinn, B.S: International Refugee Law: A Reader, New Delhi, 2000.

7 - Lynch, Maureen, Lives on hold: The human cost of statelessness, Refugees International, Washington, 2005, P.41.

از اشخاص به تنهایی باعث می شود تغییر جهتی از عدم حمایت قانونی به عدم حمایت بالفعل صورت گیرد. اگر برای حل معضل بی تابعیتی قانونی تنها کاری که انجام دهیم ایجاد گروه وسیعتری از اشخاص بی تابعیت بالفعل باشد، مشکل را حل نکرده ایم. عدم توجه به وضعیت اشخاصی که از عدم حمایت واقعی و نه قانونی رنج می برند غیر عادلانه بنظر می رسد.<sup>۸</sup>

### نظام حقوق بین الملل و بی تابعیتی بالفعل

بر اساس آنچه له و علیه بی تابعیتی قانونی بیان شد، مشخص شد که اگرچه روش بکاررفته در نضام حقوق بین الملل صحیح است این خطر را در بر دارد که ممکن است هدف نظام بی تابعیتی که حمایت از اشخاص بی تابعیت و فراهم کردن حقوق برای آنها میباشد تامین نشود. بنابراین باید سعی شود حداقل تا حدودی اشخاص بی تابعیت بالفعل نیز مشمول این راه حل ها برای حل این معضل قرار گیرند. همانطور که بارها گفته شد، اگرچه نظام بین المللی بی تابعیتی تا حدی موارد بی تابعیتی بالفعل را شامل میشود، عبارات بکاررفته در تعریف بی تابعیتی بالفعل عملاً مانع از شمول این گروه از اشخاص در تعریف می باشد.

در عمل اوضاع و احوال از موردی به مورد دیگر بسیار متفاوت است. موارد زیادی وجود دارد که وضعیت تابعیت شخص اثبات نمیشود، مبهم است یا مشخص نیست. مرز میان بی تابعیتی بالفعل و بی تابعیتی قانونی مشخص نیست. اصطلاح بی تابعیتی باید در وسیعترین حالت ممکن تعریف شود. مسئله حیاتی مسئله حمایت است.<sup>۹</sup>

اما باید گفت با بسط تعریف بی تابعیتی تا جایی که بی تابعیتی بالفعل را شامل شود عنوان بی تابعیتی ارتباط حقوقی اش را با نظام بین المللی بی تابعیتی - که تنها اشخاص قانوناً بی تابعیت از حمایت ها و ضمانت های کنوانسیون ۱۹۵۴ برخوردار می شوند - از دست میدهد. مشکل بزرگتر در جایی بروز میکند که این عنوان تمام مسائل حقوق بشر را که لزوماً مربوط به تابعیت نمی باشند شامل شود و اصطلاح بی تابعیتی دیگر برای تمایز میان مشکلات مربوط به بی تابعیتی و مشکلات حقوق بشری که گروه های دیگر مانند اقلیت ها و پناهندگان از آن رنج می برند بکار نرود.<sup>۱۰</sup>

### تابعیت غیر موثر

در حالیکه روش واقع بینانه ای که در گزارشات مربوط به بی تابعیتی بکار میرود تا حدی بر حمایت واقعی تاکید میکند، بطوری که تا حدی عنصر بی تابعیتی را نادیده میگیرد، بنظر میرسد تعریف رسمی بی تابعیتی در نظام بین المللی بی تابعیتی برای اشاره به مسئله حمایت در عمل بسیار مضیق است. خوشبختانه در مورد تعریفی از بی تابعیتی بالفعل میان کارشناسان حقوق بین الملل توافقی صورت گرفته است. از نظر آنان بی تابعیتی بالفعل، فقدان تابعیت موثر است. این دیدگاه مسئله حمایت را به حوزه مسائل مربوط به تابعیت برمیگرداند.

استفاده از عواقب بی تابعیتی برای تعریف بی تابعیتی ما را با یک دور معیوب مواجه میسازد: بی تابعیتی، عدم برخوردارگی از حقوقی خاص است و منجر به عدم برخوردارگی از حقوقی خاص می شود. دو مورد از حقوق بشری که نقض آن ها منجر به بی تابعیتی بالفعل و وضعیت تابعیت غیر موثر برای شخص میشوند حقوق سیاسی مانند حق رای دادن و حقوق مربوط به آزادی نقل مکان و مهاجرت، مانند حق اقامت در سرزمین یک کشور میباشد.

اتخاذ چنین دیدگاهی نکات بسیاری را در بر دارد. اول اینکه ما را قادر میسازد به فراتر از وضعیت حقوقی رسمی اشخاص توجه کنیم و بر حمایت واقعی تمرکز کنیم. این امر خطر توجه و تاکید صرف به از بین بردن بی تابعیتی قانونی را به شکلی که باعث شود تبدیل به بی تابعیتی بالفعل و محرومیت از حقوق شود را از بین

8 - Hurstson, Manly Report on Nationality, Including Statelessness, International Law Commission, A/CN.4/50, 1952.

9 - Bachelor, Carol, Stateless Persons: Some Gaps in International Protection, In: Journal of Refugee Law, Vol. 7, No. 2, 1995, P. 252, 10 - Ibid, P. 255.

میبرد. تانیاً مشکل اثبات دلیل هم از بین می رود زیرا اثبات محرومیت از این حقوق ساده تر از اثبات محرومیت از وضعیت حقوقی خاصی است که نیازمند اثبات بی تابعیتی قانونی باشد. نهایتاً اینکه این دیدگاه تمام دیدگاه های مربوط به بی تابعیتی بالفعل را شکست میدهد، زیرا خصیصه یک تعریف را دارد. تمایز میان نقض حقوق معمولی بشر و بی تابعیتی است. تنها نقض حقوق سیاسی و حقوق اتباع در ارتباط با آزادی نقل مکان و مهاجرت برای اشاره به تابعیت غیر موثر مورد بررسی قرار می گیرند. این دیدگاه اشخاص بی تابعیت را از گروه های آسیب پذیر دیگری مانند پناهندگان و اقلیت ها نیز متمایز میسازد.<sup>11</sup>

### نتیجه گیری

مشکل واقعی در تعیین اینکه چه کسی بی تابعیت است این است که بی تابعیتی و در واقع نداشتن تابعیت یک مفهوم منفی است و بنابراین اثبات و تعریف آن دشوار است. به عبارت دیگر، شخص بی تابعیت شخصی است که هیچ تابعیتی ندارد، اما این عدم دارا بودن تابعیت باید قابل اثبات باشد. احتمال دارد شخص از یک شخص بی تابعیت متولد شود یا با یک شخص بی تابعیت ازدواج کند و یا از زمان تولد تابعیت نداشته باشد و یا از طریق ازدواج تابعیت خود را از دست دهد. ممکن است شخص تابعیت داشته باشد، اما آن را از دست بدهد، بویژه در شرایطی که شخص، وطن خود را ترک می کند و از زمان ترک وطن تابعیت دیگری کسب نکرده است. احتمال دارد شخص وطن خود را ترک نکرده و مدتی برای امر نداشته باشد و یا تابعیت خود را از دست نداده باشد و از تابعیت محروم نباشد اما به هر دلیل حمایت کشور خود را ترک گفته باشد. به اولین گروه، یعنی اشخاصی که تابعیت ندارند اشخاص قانوناً بی تابعیت می گویند. گروه دیگر در واقع همان وضعیت اشخاص بی تابعیت را دارند، زیرا هیچ کشوری از آنها حمایت نمی کند اما از نظر قانونی آنها اتباع یک کشور هستند، اگرچه از هیچ یک از منافع و امتیازات آن کشور برخوردار نمی باشند. مورد دیگری که در واقع حد وسط دو مورد قبلی است این است که شخص تابعیت ندارد اما اثبات از دست دادن یا عدم دارا بودن تابعیت به دلایلی برایش امکانپذیر نیست. اگرچه این شخص طبق تعریف، قانوناً بی تابعیت است اما نمی تواند نداشتن تابعیت را اثبات کند.<sup>12</sup>

وقتی هیچ دلیلی بر اینکه شخص قانوناً بی تابعیت است وجود ندارد، اما با این حال قادر نیست از حقوق مربوط به تابعیت برخوردار باشد، عنوان بی تابعیت همچنان در مورد او بکار می رود. این محرومیت از حقوق علاوه بر اینکه بگونه ای نقض حقوق بشر می باشد، از آنجا که شخص تبعه یک کشور است بی تابعیتی بالفعل نیز هست. در واقع استفاده از عنوان بی تابعیتی بالفعل امکان افزودن موارد بیشتری از نقض حقوق بشر، مثل ممنوعیت محرومیت اجباری از تابعیت را به فهرست اعمال ارتكابی کشورها علیه اشخاص میسر میسازد. آیا این امر نمیتواند به عنوان ابزاری برای پایبندی کشورها به تعهدات حقوق بشری شان مورد استفاده قرار گیرد؟ از آنجا که به نظر می رسد تعریفی که کنوانسیون ۱۹۵۴ و نظام بین المللی برای اشخاص بی تابعیت ارائه کرده است با ویژگی های بسیاری از اشخاص بی تابعیت منطبق نیست و از آنجا که تعریف مسئله نقش مهمی در تعیین جایگاه آن دارد این تحقیق تعریف زبر را برای اشخاص بی تابعیت پیشنهاد میکند:

\* شخص بی تابعیت شخصی است که طبق قانون هیچ کشوری تبعه محسوب نمی شود (بی تابعیتی قانونی) و شخصی که تابعیت او موثر نیست (بی تابعیتی بالفعل).<sup>13</sup>

اینکه آیا تغییر تعریف مسئله میتواند به حل این معضل دست یابد و اگر اینگونه است، تا چه اندازه در کاهش و از بین بردن بی تابعیتی موثر می باشد نیاز به تجربه و بررسی بیشتر دارد.

11 -Donnel, Daniel: Trends in the Application of International Humanitarian Law by United Nations Human Rights Mechanisms, International Review of the Red Cross 1998, P.20-21.

12 -Batchelor, Carol: Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status", International Journal of Refugee Law, vol. 10, 1988.

## بررسی دیدگاه دولت‌ها درباره فرجام طرح مسؤولیت دولت

■ امیرمقامی

### ۱. مقدمه

سابقه تدوین حقوق مسؤولیت بین المللی دولت به کنفرانس تدوین لاهه (۱۹۳۰) بازمی‌گردد. یکی از سه موضوعی که کمیته کارشناسان برای تدوین تدریجی حقوق بین الملل در آن کنفرانس در نظر گرفته بودند عبارت بود از مسؤولیت دولت‌ها بابت خسارت‌های وارده به اشخاص یا دارایی‌های بیگانگان در قلمرو آنها. شانزده جلسه کمیسیون مربوطه در لاهه به انعقاد یک کنوانسیون منتج نشد، چرا که دو سوم از میان ۴۸ دولت حاضر در جلسات، در دور دوم بررسی‌ها موفق به توافق بر سر معاهده نشدند و تنها ده ماده مورد تأیید اکثریت به رأی گذاشته شد. (Borchard, ۱۹۳۰: ۵۱۷، ۵۱۸) پیش از آن نیز نویسندگانی نظیر آنزیلوتی برای تدوین و تنظیم قواعد مسؤولیت دولت تلاش نموده بودند. (Ragazzi, ۲۰۰۵: xiii)

مجمع عمومی ملل متحد در نخستین سالهای تأسیس سازمان در راستای انجام وظیفه تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین الملل که ماده ۱۳ منشور بر عهده اش گذاشته بود، ارگانی فرعی با عنوان کمیسیون حقوق بین الملل تأسیس نمود. کمیسیون در نخستین اجلاس خود مسائل مهمی که باید مورد تدوین قرار می‌گرفت را مشخص نمود که موضوع «مسؤولیت دولت» یکی از این میان بود. این موضوع به طور سنتی به مسأله رابطه میان دولت‌ها با بیگانگان و حمایت دیپلماتیک محدود و مرتبط بود که این نگرش در گزارش‌های کنفرانس تدوین لاهه و نیز شش گزارش نخستین گزارشگر ویژه کمیسیون درباره این موضوع مشهود است. ماده یک طرح آزمایشی کنفرانس تدوین لاهه از این قرار بود: «مسؤولیت بین المللی در صورتی به یک دولت تحمیل می‌شود که بخشی از ارگان‌های آن دولت در انجام تعهدات بین المللی دولت مزبور قصور نموده و بدین سبب موجب ایراد خسارت به شخص یا دارایی بیگانه‌ای در قلمرو آن دولت شود.» (ibid: ۵۱۸) پیگیری موضوع در کمیسیون حقوق بین الملل نیز براساس همین نگرش جزئی بود. (Rosenstock, ۲۰۰۲: ۷۹۲)

گزارش‌های گارسیا آمادور نیز در سالهای ۱۹۶۱-۱۹۵۶ در کمیسیون جدی گرفته نشد و در سال ۱۹۶۲ روبرنو آگو مسؤولیت کمیته‌ای فرعی را برای «تعریف قواعد کلی حاکم بر مسؤولیت بین المللی دولت» برعهده گرفت و متعاقباً وی به عنوان گزارشگر ویژه منصوب و تا سال ۱۹۷۹ فعالیت نمود. در این مدت بخش اول پیش نویس کمیسیون با عنوان منشأ مسؤولیت بین المللی دولت تصویب شد. از ۱۹۸۰ ویلم ریفاگن این مسؤولیت را برعهده گرفت و تا ۱۹۸۶ هفت گزارش و پیش نویس بخش‌های دوم و سوم را ارائه نمود. در ۱۹۸۷ آرنجیو روئیز به این سمت منصوب و تا ۱۹۹۶ پیش نویسی مرکب از سه بخش ارائه کرد. پس از آن با حضور جیمز کرافورد، کمیسیون، جدول زمانی موقتی تصویب نمود که در انتهای آن یعنی سال ۲۰۰۱ باید شور دوم مواد به تصویب می‌رسید. شور دوم در این فاصله برگزار و مواد پیشنهادی به تصویب رسید. کمیسیون، مواد و تفسیر منضم به آن را به مجمع عمومی تسلیم نموده و توصیه کرد مجمع آن را در قالب ضمیمه قطعنامه‌ای به تصویب رساند تا در آینده در قالب کنوانسیون الزام آور به تصویب دولت‌ها برسد. پس از آن و طی یک دهه اخیر، همواره این پرسش در برابر دولت‌ها وجود داشته است که با این مواد چه باید کرد؟ و آیا سرانجام



خوشی نظیر کنوانسیون حقوق معاهدات در انتظار این مواد خواهد بود یا خیر؟ البته این پرسش در حالی مطرح می‌شود که بسیاری از مراجع قضایی و دوری بین المللی بر ماهیت عرفی بخش عمده ای از قواعد مندرج در طرح تأکید نموده اند. برای مثال دیوان دآوری بین المللی تحت مقررات ایکسید در رأی سال ۲۰۰۷ خود بیان می‌دارد که مواد کمیسیون حقوق بین الملل محصول بیش از پنج دهه کار کمیسیون است و بخشی از آن نمایانگر توسعه تدریجی حقوق بین الملل بر اساس وظیفه سازمان ملل است و بخش عمده آن بیان حقوق بین الملل عرفی در خصوص اصول ثانویه مسؤلیت دولت است. از این ها مهم تر استنادات دیوان بین المللی دادگستری در رویه خود به این مواد است.<sup>۱</sup> از جمله دیوان در قضیه دیوار حائل، مکرراً به موادی از طرح مسؤلیت استناد نمود. این استنادات موارد بحث برانگیزی نظیر موضوعات مربوط به مواد ۴۰ و ۴۱ را نیز در بر می‌گرفت. (Crawford, ۲۰۰۵: ۹۶۶)

این تحقیق مختصر به ارزیابی دیدگاه های رسمی دولت ها درباره فرجام این طرح می‌پردازد. سنای تحقیق نیز این پرسش است که آیا مواد پیش نویس باید به یک کنوانسیون تبدیل شوند یا وضعیتی عرفی در مورد آنها کافی است؟ و این دقیقاً همان پرسشی است که کمیته ششم مجمع عمومی در نشست پانزدهم اجلاسیه شصت و پنجم خود در آستانه ده سالگی تصویب مواد مطرح و نظرات نمایندگان دولت ها را در این خصوص استماع نمود. تحقیق حاضر بخشی از یک فرایند آینده پژوهی به معنای دقیق کلمه نیست، بلکه قصد دارد از میان دیدگاه های متعارض دولتها، تحلیلی نزدیک به واقع از فرجام احتمالی مواد مزبور ارائه دهد.

در یک تقسیم بندی کلی، دیدگاه دولت ها را می‌توان به دو دسته عمده موافق کنوانسیون و مخالف کنوانسیون تقسیم نمود اما میان دولت های عضو هر دسته نیز جزئیات، نگرش ها و استدلال ها متفاوت است. برای مثال، موافقان تصویب یک معاهده در زمان، طریقه و موضوع مذاکره پیشنهاد های مختلفی مطرح می‌نمایند که بعضاً ممکن است به نتایج متضادی منجر شود. در میان کشورهای مخالف کنوانسیون نیز، برخی هیچ اقدام دیگری را ضروری نمی‌دانند و برخی بدان جهت، عدم تصویب را غیر ضروری می‌دانند که تصویب یک قطعنامه مجمع عمومی کم هزینه تر است و چنین راهکاری را پیشنهاد می‌دهند. چگونگی استدلال های هر یک از دولتها نیز متفاوت است.

در سال ۲۰۰۱، پنجاه و دو بیانیه از نمایندگان دولت ها به نمایندگی از ۶۸ دولت در کمیته ششم طرح شد. (SR/۵۶/۶۸/C.۱۱-۲۴، ۲۷) در آن زمان یک دسته از دولتها معتقد بودند انعقاد کنوانسیون در خصوص موضوع بحث، ضروری نیست و باید اجازه داد مواد در قالب رویه دادگاه ها و دیوان های بین المللی و دولت ها، حقوق مسؤلیت دولت را روشن تر کنند. دسته دیگر معتقد بودند یک کنوانسیون، هم مطلوب و هم دست یافتنی است. برخی دولت ها نیز از ارجاع سریع موضوع به یک کارگروه یا حتی یک کنفرانس دیپلماتیک حمایت می‌کردند. در مجموع، چنان که برداشت گزارشگر ویژه کمیسیون نشان می‌دهد، نظراً اکثر دولت ها برخلاف حرکت سریع به سوی یک معاهده بود و پیش نویس قطعنامه کمیته ششم نیز بازتاب همین مخالفت بود.

در سال ۲۰۰۴ نیز ۲۸ نمایندگی به نیابت از ۳۴ دولت بیانات شفاهی خود را راجع به این موضوع بیان نمودند. عمده اختلافات در این دوره بر سر سه موضوع بود:

- ۱- مواد مربوط به اقدام متقابل (مواد ۴۹ تا ۵۴)
- ۲- استناد به مسؤلیت از سوی دولت غیر زیان دیده (ماده ۲۸)
- ۳- رژیم توسعه یافته مسؤلیت بابت «نقض های جدی» تعهدات ناشی از هنجارهای آمره حقوق بین الملل عام (مواد ۴۰ و ۴۱).

این اختلافات به وضوح در بیانات و نظرات کتبی نمایندگان دولتها درباره محتوای مواد (و نه فرجام آن) قابل مشاهده است.

در پنجاه و ششمین نشست مجمع عمومی در سال ۲۰۰۱ ذیل عنوان «گزارش کمیسیون حقوق بین الملل

۱- برای مشاهده موارد مختلف استناد مراجع قضایی بین المللی به طرح مواد مزبور بنگرید به: Oregon, Han, ۲۰۰۴, Fitzmaurice, Malgosa, And Saroshi, Dan, Issues of state responsibility before international judicial institutions Publishing.

در خصوص عملکرد نشست پنجاه و سوم، فصل چهارم گزارش کمیسیون را که شامل پیش نویس مواد راجع به مسؤلیت دولت ها بابت اعمال متخلفانه بین المللی بود، مورد توجه قرار داد و طی توصیه نامه ای امکان برگزاری کنفرانسی بین المللی جهت انعقاد یک معاهده در خصوص این موضوع را مطرح نمود. در همان نشست، مجمع عمومی تصمیم گرفت عنوان «مسؤلیت دولت ها بابت اعمال متخلفانه بین المللی» در دستور کار موقت نشست پنجاه و نهم قرار گیرد. (قطعنامه ۵۶/۳۸)

در نشست پنجاه و نهم، مجمع عمومی از دبیرکل درخواست نمود دولت ها را جهت ارائه نظرات کتبی خود درباره هرگونه اقدام نهایی درباره پیش نویس مواد فرانخواند. همچنین تناضا نمود مجموعه ای از تصمیمات دیوان ها و دادگاه های بین المللی و دیگر ارکانی که به این مواد ارجاع داده اند، فراهم و از دولت ها دعوت کند درباره رویه خود در این زمینه اطلاع دهند. همچنین از دبیرکل خواسته شد این موضوعات را در نشست شصت و دوم به مجمع عمومی ارائه نماید. (قطعنامه ۵۹/۳۵)

در نشست شصت و دوم، مجمع عمومی از دبیرکل خواست تا مجموعه تصمیمات مراجع بین المللی را به روز نماید و درخواست های مشابه قطعنامه ۵۹/۳۵ را تکرار و بررسی گزارش های دبیرکل را به نشست شصت و پنجم موکول و مقرر نمود در چارچوب کارگروه کمیته ششم، مسأله کنوانسیون راجع به مسؤلیت دولت ها ناشی از اعمال متخلفانه بین المللی و دیگر اقدامات مناسب براساس این مواد، ارزیابی گردد. (قطعنامه ۶۲/۶۱)

کمیته ششم نیز موضوع را در نشست های ۱۹ و ۲۹ اکتبر و ۵ نوامبر ۲۰۱۰ مورد بررسی قرار داد. متعاقب قطعنامه ۶۲/۶۱ کمیته تصمیم گرفته بود در نخستین نشست خود در ۴ اکتبر ۲۰۱۰ کارگروهی برای انجام وظیفه محوله توسط مجمع عمومی (یعنی بررسی بیشتر مسأله یک کنوانسیون در خصوص موضوع یا هر اقدام مناسب دیگر)، تشکیل دهد. کمیته تصمیم گرفت کارگروه ویژه به روی کلیه اعضای ملل متحد و اعضای مؤسسات تخصصی و ژانزاس بین المللی انرژی هسته ای باز باشد. کارگروه در تاریخ ۱۹ اکتبر ۲۰۱۰ جلسه ای به ریاست آقای رتا المونگا از اتیوپی برگزار نمود و در مورخ ۲۹ اکتبر، گزارش شفاهی عملکرد کارگروه را ارائه نمود. در آن نشست، نمایندگان شیلی (همچنین به نمایندگی از کشورهای گروه ریو)، فنلاند (همچنین به نمایندگی از کشورهای اسکاندیناوی)، مالزی، آلمان، پرتغال، بریتانیا، لیبی، روسیه، ویتنام، ایالات متحده، ونزوئلا، جمهوری اسلامی ایران، بونان، کانادا (همچنین به نمایندگی از استرالیا و نیوزلند) و هند نیز بیانیه های خود را ارائه نمودند و ضمناً از دبیرکل بابت گزارش وی (and add ۹۶/۶۵/A) و مجموعه به روز شده تصمیمات نهاد های قضایی بین المللی و دیگر ارکانی که به پیش نویس مواد طرح راجع به مسؤلیت دولت ارجاع داده اند (۷۶/۶۵/A) تشکر نمودند. براین نکته نیز تصریح شد که مواد مزبور به یک متن دارای اعتبار راجع به قواعد حاکم بر مسؤلیت دولت تبدیل شده و در رویه مکرراً مورد استناد قرار گرفته اند.

در خصوص اقدام آتی درباره این مواد، اتفاق نظری وجود نداشت و از اعتقاد به ضرورت انعقاد کنوانسیون تا غیر ضروری دانستن چنین کنوانسیونی متغیر بود. همین اختلاف عمیق سبب شد در نشست بیست و پنجم مورخ ۲۹ اکتبر ۲۰۱۰، نماینده اتیوپی پیش نویس قطعنامه ای را ارائه نماید که به موجب آن مجمع عمومی مجدداً از دبیرکل درخواست می نماید نظرات دولت ها و اطلاعات آن ها درباره این موضوع گردآوری و مجموعه تصمیمات قضایی مستند به مواد نیز به روز شود تا این موضوعات در نشست شصت و هشتم مجمع عمومی ارائه گردد. در نشست شصت و هشتم نیز در چارچوب کارگروه کمیته ششم مسأله انعقاد یک کنوانسیون یا اقدام مناسب دیگری براساس این مواد، در دستور کار قرار خواهد گرفت. این پیش نویس طی قطعنامه ۶۵/۱۹ به تصویب مجمع عمومی رسید.

بنابراین ابتدا پس از اشاره به چگونگی گردآوری دیدگاه ها در سازمان ملل، در یک مرور کلی، دیدگاه های دولت ها براساس تقسیم بندی فوق مورد اشاره قرار می گیرد. سپس به بررسی استدلال های هر دو گروه موافق و مخالف، پاسخ های هر یک به دیگری و نقد آنها می پردازیم و نهایتاً با ارزیابی وضع سیاسی طرفین از حیث پراکندگی جغرافیایی و پراکندگی سیاسی، جهان شمولى دیدگاه های موافق و مخالف را می سنجیم تا شاید تحلیلی واقع بینانه از فرجام طرح مواد راجع به مسؤلیت دولت بابت اعمال متخلفانه بین المللی حاصل آید.

گزارش دبیرکل درباره دیدگاه‌ها و اطلاعات دولتها به موجب سند ۶۲/۶۳ که در ۹ مارس ۲۰۰۷ ارائه گردیده و دیگر گزارش دبیرکل با همین عنوان به موجب سند شماره ۶۵/۹۶ و البته گزارش الحاقی آن که هر دو متعاقب قطعنامه ۶۵/۷۶ ارائه گردیدند. علاوه بر این سه سند مکتوب و دیگر گزارش‌ها و مقالات، گزارش بخش اخبار و رسانه‌های دیپلمات اطلاعات عمومی سازمان ملل در خصوص جلسه مورخ ۱۹ اکتبر ۲۰۱۰ در کنار برخی اظهارات نمایندگان دولتها در کمیته ششم (C/6.A/56/SR.11-24) که شامل آخرین دیدگاه‌های بیان شده شفاهی نمایندگان دولتها نزد کمیته ششم است، در این بررسی مورد استفاده قرار گرفته است.

## ۲. دیدگاه‌های موافق تدوین و تصویب کنوانسیون ۱-۲. اختلافات شکلی

دولتهایی که از فرجام تصویب یک کنوانسیون حمایت می‌کنند درباره روند و شکل دستیابی به این هدف، روش‌ها و آینده‌ها ای مختلفی دارند. اولین تفاوت دیدگاه آن‌ها در زمان تصویب چنین کنوانسیونی است. برخی معتقدند مواد مزبور می‌توانند اینک به عنوان یک کنوانسیون یا مبنایی برای یک کنوانسیون مورد توجه قرار گیرند. در این میان، فرانسه معتقد است مواد راجع به مسؤولیت دولت به قدر کافی برای تدوین، توسعه یافته اند. دولت‌هایی نظیر لیتوانی، مکزیک، لیبی، ویتنام، ونزوئلا، جمهوری اسلامی ایران، یونان و روسیه نیز برای تصویب کنوانسیون پیش شرطی تعیین نمی‌کنند. پرتغال نیز صراحتاً تأکید دارد زمان مناسب برای اتخاذ تصمیم درباره فرجام طرح فرارسیده است. شیلی به نمایندگی از گروه کشورهای ریو (شامل آرژانتین، برزیل، بلیز، بولیوی، شیلی، کلمبیا، کاستاریکا، کوبا، دومینکن، اکوادور، السالوادور، گواتمالا، گویان، هائیتی، هندوراس، جامائیکا، مکزیک، نیکاراگوئه، پاناما، پاراگوئه، پرو، اروگوئه و ونزوئلا) در جلسه کمیته ششم در سال ۲۰۱۰، به تثبیت شده بودن مواد اشاره و از تدوین کنوانسیون حمایت می‌کند. کوبا نیز تأخیر در تصویب کنوانسیون را به معنای ظفره رفتن تعدادی از دولت‌ها نسبت به مسؤولیت هایشان می‌داند.

در مقابل، عده‌ای معتقدند هنوز زمان مناسب برای این کار نرسیده و تصویب کنوانسیون منوط به تحقق امور شکلی یا ماهوی دیگری است. از جمله برزیل معتقد است مواد راجع به مسؤولیت باید مبنای کنوانسیونی در آینده باشد. قطر، تدوین معاهده را به مراحل بعدی و پس از تشکیل کارگروهی در مجمع عمومی و تصویب اجماعی مواد نزد مجمع موکول می‌کند. السالوادور تدوین معاهده را با رفع خلاء مکانیزم حل اختلاف سودمند می‌داند. نروژ به نمایندگی از کشورهای اسکاندیناوی (شامل نروژ، دانمارک، فنلاند و سوئد) در سال ۲۰۰۷ موضوع تدوین معاهده را به آینده‌ای نامعلوم حواله می‌دهد. پرتغال نیز علیرغم اعتقاد به فرارسیدن زمان تصمیم‌گیری، از بررسی بیشتر موضوع در کمیته‌ای ویژه در مورد امکان تصویب کنوانسیون سخن می‌گوید. هلند نیز اصل تصویب کنوانسیون را مفید می‌داند اما معتقد است شرایط کنونی - که در میان استدلال‌های مخالف تشریح خواهد شد - برای این کار مناسب نیست.

اختلاف دیگری که میان این دولتها مشاهده می‌شود در طریقه تصویب معاهده است. برخی تصویب از طریق مجمع عمومی و برخی دیگر تشکیل یک کنفرانس بین‌المللی را پیشنهاد می‌دهند. در میان دسته نخست برزیل از تصویب معاهده تحت لوای سازمان ملل متحد حمایت می‌کند و پرتغال، کمیته ششم مجمع عمومی را مسؤول تحقق این امر می‌داند. فرانسه، لیتوانی، السالوادور، ایران، ویتنام، آفریقای جنوبی (نماینده گروه جامعه توسعه جنوب آفریقا شامل پانزده کشور آفریقای) (C/6.A/56/SR.12) و یونان در میان دسته دوم قرار دارند که از تشکیل یک کنفرانس بدون آن که الزاماً تحت نظر ملل متحد برگزار شود، پشتیبانی می‌کند. البته آفریقای جنوبی، تصویب قطعنامه‌ای توسط مجمع عمومی را نیز به عنوان گام نخست توصیه می‌کند.

سومین اختلاف شکلی میان دولت‌های موافق، به موضوع مذاکره بازمی‌گردد. برخی معتقدند متن مواد کنونی با رتبه یک توازن و مصالحه شکننده و ظریف است و در حقوق عرفی جایگاه ویژه‌ای دارد، بنابراین باید بدون تغییر تصویب شوند، اما این دلیل در میان اغلب دولت‌های موافق مورد بی‌توجهی قرار گرفته و از مواد مزبور به عنوان مبنایی برای مذاکره نام می‌برند. یونان با هرگونه تغییر محتوای متن صراحتاً مخالفت نموده است. (Crawford, 2005: 962) دولتهایی مانند مکزیک، پرتغال و شیلی (نماینده گروه کشورهای ریو) نیز از

ایده تصویب متن مواد بدون تغییر حمایت می کنند.

دردسته دوم دولت هایی نظیر برزیل، فرانسه و لیبی قرار دارند. بلاروس گرچه با توازن کلی مواد موافق است اما پیشنهاد می کند برخی جنبه های مواد می تواند در یک کنفرانس دیپلماتیک در آینده مورد بررسی مجدد قرار گیرد. (۶۵.SR/۶۵۹.A/C) تایلد ضمن اشاره به این نکته که نگرانی در مورد مسائلی مثل استناد به مسؤولیت از سوی دولت غیرزبان دیده نفعی در بر ندارد، خواهان انجام مذاکره بر سر یک کنوانسیون است. برخی نظیر لیتوانی، قطر، السالوادور، ویتنام، ونزوئلا و ایران نیز اشاره صریحی به این موضوع ندارند اما طبیعتاً پیشنهاد آنها منی بر تشکیل یک کنفرانس، بر امکان مذاکره و چانه زنی در مورد مواد، در دیدگاه این دو تنها صحنه می گذارد و باید آن ها را نیز در زمره دسته دوم دانست. ممکن است گفته شود کارگروه احتمالی در چارچوب کمیته ششم یا کنفرانس بین المللی بررسی مواد، میلی به بررسی مجدد محتوای مواد نخواهد داشت و به همین دلیل برخی نمایندگی ها مثل یونان و شاید قبرس پیشنهاد دادند که کار چنین کارگروهی باید فقط تدوین مقدمه، مقررات پایانی و پیش بینی مکانیزم حل اختلاف را بررسی نماید. (Crawford, 2005: ۶۹۲)

## ۲-۲. استدلال ها

از اختلافات شکلی که بگذریم، دولت های موافق کنوانسیون استدلال های نسبتاً مشابهی را برای بیان ضرورت تدوین و تصویب چنین معاهده ای بیان می کنند که ذیلاً به برخی از آن ها اشاره می شود:

۱-۲-۲. تدوین و توسعه حقوق بین الملل؛ تحقق توسعه حقوق مسؤولیت

فرانسه معتقد است وظیفه کمیسیون حقوق بین الملل، تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین الملل است و از آنجا که این مواد به قدر کافی توسعه یافته اند، امکان تدوین آنها فراهم شده است. مکزیک بر این نکته اصرار دارد که مواد راجع به مسؤولیت دولت، یکی از موارد توسعه حقوق بین الملل نیز به شمار می رود و شایسته تدوین است چرا که موضوع فوق را از مبنای محدود آن (حمایت از اشخاص و دارایی آنها) به یک مفهوم حقوقی بنیادین تبدیل نموده است که حقوق و تکالیف بین المللی الزام آوری در چارچوب یک نظام حقوقی توسعه یافته ایجاد می کند. لذا این مواد موجب شده است حقوق ملل به مثابه مجموعه ای از رژیم های دوجانبه یا ماهیت قراردادی، به ساختاری با نظم حقوقی راستین برای جامعه بین الملل تبدیل شود. بنابراین مواد راجع به مسؤولیت دولت باید در کنار کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات به عنوان یکی از ابعاد بنیادین حقوق بین الملل عمومی بر شمرده شود. مکزیک معتقد است تصویب معاهده، بهترین راه برای نیل به هدف مندرج در بند یک ماده ۱۲ منشور ملل متحد است. لیتوانی نیز به طور تلویحی تفسیری پراتیک از ماده ۱۳ منشور ارائه داده و بیان می کند که «برداشت ما این است که نتیجه منطقی کار کمیسیون در تدوین حقوق بین الملل، مذاکره و تصویب یک معاهده الزام آور است.» قبرس نیز معتقد است با توجه به زمان صرف شده برای آماده سازی مواد، تنها شکل مناسب نهایی، یک کنوانسیون می تواند باشد.

## ۲-۲-۲. جایگاه مسؤولیت در نظم حقوقی بین المللی

لیتوانی، بنای استدلال خود را بر حفظ ثبات و توسعه نظم حقوقی بین المللی قرار داده و تصویب معاهده را در این چارچوب مفید ارزیابی می کند. پرتغال به اهمیت حوزه مسؤولیت دولت در حقوق بین الملل اشاره می کند و برای دست یابی به انسجام، آن را شایسته تدوین سندی حقوقی می داند. به اعتقاد پرتغال این امر به رعایت حقوق بین الملل و احترام به صلح و ثبات در روابط بین المللی کمک می کند. برای پرتغال واضح است که «مواد راجع به مسؤولیت دولت می تواند و باید رکن سوم نظم حقوقی بین المللی پس از جنگ جهانی دوم را تشکیل دهد. این ارکان عبارتند از منشور ملل متحد، حقوق معاهدات - که قبلاً در کنوانسیون ۱۹۶۹ وین تدوین شده است - و عواقب اعمال متخلفانه بین المللی.» روسیه نیز تویحاً جایگاه این موضوع را در کنار کنوانسیون وین حقوق معاهدات ارزیابی می کند. پرتغال به سابقه موضوع نزد مجمع عمومی از سال ۲۰۰۱ به بعد نیز اشاره نموده است که موضوع مزبور دارای اهمیتی عمده در روابط میان دولت ها دانسته است. (مقدمه قطعنامه ۵۹/۲۵) جمهوری اسلامی ایران نیز معتقد است، مسؤولیت دولت، ستون نگهدارنده و هسته مرکزی حقوق

بین الملل است و از این رو قواعد آن باید شفاف باشد.

#### ۲-۳. اعتبار و الزام معاهده

علی رغم توجه قریب به اتفاق دولتها به وضعیت معتبر و الزام آور کنونی مواد راجع به مسؤولیت دولت، برخی بر تصویب معاهده به منظور رفع هرگونه ابهام و ره فرار از مسؤولیت تأکید نموده اند. مکزیک در میان استدلال های خود، نخستین بحث را به تضمین کافی برای جبران خسارت دولت زیان دیده اختصاص داده و معتقد است دولتها تمایل دارند آنچه را که حقوق نرم خوانده می شود، انکار نمایند و بدین جهت معبد است یک اعلامیه بتواند پس از پنج دهه تلاش کمیسیون، نقش مهمی در تدوین حقوق بین الملل ایفا نماید. به اعتقاد شیلی نیز تصویب یک معاهده به ثبات و اتقان قواعد مسؤولیت دولت کمک می کند. وتزوئلا هم معتقد است مواد پیش نویس باید به یک سند حقوقی الزام آور منتج شود که این یکی از وجوه حقوق بین الملل معاصر است. به اعتقاد کوبا تأخیر در تصویب کنوانسیون به این معناست که تعدادی از کشورها از مسؤولیت های خود نسبت به مسؤولیت هایشان طفره می روند، زیرا قواعد روشنی درباره مسؤولیت دولت وجود ندارد. بنابراین تصویب یک معاهده چنین مقرراتی را تضمین خواهد کرد و به قضات قدرت بیشتری برای اجرای عدالت اعطا می نماید. به اعتقاد یونان نیز تبدیل این مواد به یک متن الزام آور بین المللی، آنها را معتبرتر و اجباری تر می کند. اردن هم علیرغم آن که بر ماهیت عرفی این مواد، حتی مواد بحث پراکنج راجع به اقدام متقابل تأکید دارد، اما از ایده انعقاد یک معاهده حمایت می کند. بلاروس نیز معتقد است با توجه به اعتبار معاهدات، باید کنوانسیونی در این خصوص به تصویب برسد چرا که تاکنون، حقوق مسؤولیت عرفی بوده و این امر موجب شکل در اثبات آن شده است. (۱۲.SR/۵۶/۴.A/۵)

#### ۲-۴. عدم توازن قواعد اولیه و ثانویه

مکزیک معتقد است در حال حاضر میان قواعد اولیه و قواعد ثانویه در حقوق بین الملل، تناسب و توازن مشاهده نمی شود. قواعد اولیه با جامعیت بیشتری تدوین شده اند اما قواعد ثانویه رشد کافی را نیافته اند و این عدم تناسب ممکن است در بلندمدت به انسجام و کارایی حقوق بین الملل لطمه وارد سازد. علاوه بر این، پرتغال معتقد است دولتها نباید در خصوص پیشرفت این حوزه حقوقی محتاط باشند زیرا این حوزه فقط به تأسیس عواقب اعمال متخلفانه بین المللی مربوط است و تمهیدی برای تعریف خود این اعمال. پرتغال به این نکته اشاره نموده است که بی معنا خواهد بود اگر روند توسعه و تدوین حقوق بین الملل در زمینه مسؤولیت استمرار نیابد اما کمیسیون به کار خود در زمینه هایی نظیر حمایت دیپلماتیک و مسؤولیت سازمان های بین المللی ادامه دهد؛ در حالی که اصول اساسی حاکم بر توسعه این موضوعات اخیر، شبیهه آن قواعدی است که بر مسؤولیت دولت اعمال می شود. لیبی نیز به این نکته توجه می دهد که قصور در تدوین موضوعی با چنین اهمیتی، در شرایطی که موضوعات کمتر مهم، تدوین شده اند؛ غیرقابل توضیح است.

#### ۲-۵. عدم ممنوعیت تحولات عرفی

مکزیک برخلاف دیدگاه مخالفان، معتقد است تدوین معاهده به فرایند شکل گیری و تحول عرف بین المللی در این موضوع لطمه ای وارد نمی سازد. برعکس کار کمیسیون در دیگر زمینه ها نظیر حقوق معاهدات نشان داده است انعقاد معاهده می تواند تأثیری مداوم و مثبت بر توسعه حقوق عرفی داشته باشد.

#### ۲-۶. پذیرش در حقوق داخلی

در میان دولتها فقط مکزیک است که به رابطه مسؤولیت دولت و نظام حقوقی داخلی می پردازد و به این نکته توجه دارد که تصویب یک معاهده در این موضوع، به پذیرش قواعد حقوقی بین المللی در حقوق داخلی منجر می شود. لذا باید مزایای حقوق موضوعه برای اجرای مؤثر رژیم حقوقی مسؤولیت بین المللی دولت (به خصوص در مورد کشورهای دارای نظام حقوقی نوشته) مدنظر کارگروه کمیته ششم قرار گیرد.

### ۲-۷. جایگاه مواد در رویه بین المللی

هیچ دولتی جایگاه مهم مواد در رویه قضایی بین المللی و رویه دولتها و سازمان های بین المللی را انکار نکرده است، به ویژه آن که حتی برخی دوتتهای مخالف در ارائه اطلاعات خود و دبیرکل در گزارش راجع به مجموعه تصمیمات ارجاع شده به مواد، فراوانی این ارجاعات و فراوانی نهادهای ارجاع دهنده را به خوبی نشان داده اند. به اعتقاد پرتغال، همین نشانه خوبی است که فرصت و البته نیازی بنیادین در این بخش از قلمرو حقوق بین الملل برای تدوین یک معاهده وجود دارد. شیلی به نمایندگی از گروه ریو تصریح می کند که گرچه این قواعد برای همه دولتها ایده آل نیست اما نمایانگر بهترین نتیجه در کل برای همه دولتهاست. همچنین این مواد نباید برای تصویب مورد بازنگری قرار بگیرند به این دلیل که مفاد آن قبلاً پذیرفته شده و گام هایی تضمین شده در توسعه حقوق بین الملل هستند که ارزش خود را به عنوان یک معیار قدرتمند تثبیت شده نشان داده اند. روسیه نیز در بیان وضع کنونی مواد از عنوان «حقوق عرفی طبیعی» استفاده می کند. یونان نیز به طیف گسترده تحت پوشش مواد و مقبولیت آنها اشاره دارد و معتقد است قدر دانستن سودمندی مواد مزبور، در مجموع به رعایت حقوق بین الملل کمک می کند.

### ۳. دیدگاه های مخالف تدوین و تصویب کنوانسیون

#### ۳-۱. اخلاف بر سر اقدام

در میان کشورهای مخالف تدوین کنوانسیون، عده ای معتقدند هیچ اقدام دیگری در خصوص مواد راجع به مسؤلیت ضروری و مطلوب نیست و استمرار وضع کنونی، ضرری برای نظام حقوق بین الملل ایجاد نکرده و حقوق بین الملل عرفی نیز بدون وجود یک معاهده، آسوده تر توسعه می یابد. در مقابل، عده ای حداقل اقدام را - یعنی تصویب مواد به عنوان ضمیمه قطعنامه ای که به تصویب مجمع عمومی ملل متحد برسد - پیشنهاد می نمایند. (Crawford, ۲۰۰۵: ۹۶۲)

فلاتد به نمایندگی از کشورهای اسکاندیناوی در دیدگاه کتبی خود بیان می دارد که این مواد به عنوان ضمیمه یک قطعنامه موضعی مستحکم تر در حقوق بین الملل خواهند داشت. قطر که البته به تصویب معاهده نیز علاقه مند است، به ضرورت خصلت اجماعی چنان قطعنامه ای نیز توجه نموده است. جمهوری چک نیز با اشاره به نقش مجمع عمومی در تدوین و توسعه حقوق بین الملل، نسبت به تصویب مواد در قالب قطعنامه مجمع عمومی ابراز علاقه نموده است و بیان می کند که چنین جایگزینی فرصت بیشتری را ایجاد می کند تا این سند - از دید اکثریت دولتها - در صورت ارزیابی ماهیت عرفی این قواعد، به عنوان دلیلی بروجود یک اعتقاد حقوقی باشد. کانادا نیز چنین قطعنامه ای را به مثابه جایگزینی برای یک معاهده می پندارد.

در گروه مقابل، آلمان معتقد است تازمانی که دولتها و مراجع قضایی مواد راجع به مسؤلیت را در عمل پذیرفته اند، نیازی به کنوانسیون نیست و اقدام دیگری را نیز پیشنهاد نمی کند. هلند نیز نمی خواهد مانع تصویب کنوانسیون باشد، اما زمان را برای چنین اقدامی مناسب نمی داند و بر جنبه عرفی مواد تأکید دارد. اسلواکی نیز در دیدگاهی مشابه بیان می کند که ضرورت یک کنوانسیون را رد نمی کند اما معتقد است زمان بیشتری لازم است تا دولت ها با این مواد بیشتر آشنا شوند و بهترین تصمیم را اتخاذ کنند. این دیدگاه بیشترین قرابت را با دیدگاه پروفیسور کرافورد، گزارشگر ویژه کمیسیون در این موضوع دارد. وی نیز معتقد است که هر گونه تصمیمی باید پس از طی یک دوره آماده سازی اتخاذ شود که طی آن دولتها در عمل و رویه بیشتر با این مواد آشنا شوند. (Crawford, ۲۰۰۵: ۹۵۹) چنان که کرافورد گزارش می دهد، اگر دولت ها درباره یک کنفرانس برای انعقاد کنوانسیون موافقت نکنند، نظر اکثریت اعضای کمیسیون در آن زمان بر آن بوده است که تصویب مواد در قالب یک قطعنامه مجمع عمومی نیز کافی است. (Crawford, ۲۰۰۲: ۸۸۹) بنابراین به نظر می رسد فعلاً توافق بر این است که پس از طی یک دوره برای دریافت بازتاب این مواد و کسب تجربه، موضوع تقریباً مسکوت بماند تا بعداً تصمیم گرفته شود که آیا این مواد باید به یک کنفرانس دیپلماتیک ارجاع شوند یا نه. (Rosenstock, ۲۰۰۲: ۷۹۶)

چین بر این عقیده است که شرایط برای برگزاری یک کنفرانس بین المللی جهت انعقاد معاهده ای در این خصوص مهیا نیست اما این موضوع باید هر سال یا دو سال یک بار در دستور کار مجمع عمومی قرار گیرد و کارگروهی تشکیل شود که اجازه دهد دولت ها به طور منظم نظرات خود را راجع به تمام موضوعات مربوطه مبادله کنند و سپس راه حلی برای اقدام مناسب اتخاذ شود. (Crawford, ۲۰۰۵: ۹۶۴) ژاپن هم موضعی در قبال شکل نهایی مواد اتخاذ نکرد و صرفاً این بحث را مطرح کرد که مجمع عمومی باید پس از ۴-۵ سال مجدداً به این مسأله بپردازد. بریتانیا، ایالات متحده و مالزی به طور جداگانه در بیان دیدگاه های خود صراحتاً بیان می کنند که به عقیده شان «مذاکره برای یک کنوانسیون نه ضروری است و نه مطلوب». بریتانیا، نفعی در تصویب چنین معاهده ای نمی بیند و در اجلاس شصت و دوم مجمع عمومی نیز تأکید می نماید که «اقدامی دیگر در خصوص این مواد، معقول و مناسب نیست». هند و ایالات متحده نیز هیچ گونه اقدام دیگری را ضروری نمی دانند.

### ۲-۲. استدلال ها

دولت های مخالف تدوین یک معاهده نیز استدلال های متفاوتی را برای تقویت موضع سیاست حقوقی بین المللی خود در این موضوع بیان نموده اند که مختصراً به شرح زیر است:

#### ۱-۲-۳. تهدید توازن حقوقی متن

نخستین و مهمترین نگرانی یا استدلال مخالفان، توازن ظریف و شکننده حقوقی متن کنونی است که ممکن است در اثر مذاکرات، برای رهایی از بن بست بده-بستان های سیاسی فروبریزد. فنلاند معتقد است یک کنفرانس دیپلماتیک ممکن است خطر برهم زدن این توازن را به همراه داشته باشد. پس چنین مذاکره ای «به مصلحت و مقتضی» نیست. به نظر ایالات متحده سخت است که بتوان از اکنون پیش بینی کرد که با تصویب یک کنوانسیون و طی مذاکرات چه حاصل خواهد شد. در حقیقت، مذاکرات با این خطر روبروست که کار کمیسیون از بین برود. نروژ به نمایندگی کشورهای اسکاندیناوی معتقد است بیان مجدد این مواد در چارچوب مصالحه های سیاسی و بسته های به هم پیوسته (Package Deals) در یک کنفرانس بین المللی، موجب فرسایش قواعد مندرج در مواد مزبور خواهد شد و توازن مواد را به خطری اندازد. مالزی نیز خطر تهدید توازن متن را خاطر نشان می کند و آن را دلیلی بر امکان عده پذیرش جهانشمول مواد می داند. هند نیز به توازن متن کنونی اشاره و آن را بر مبنای مصالحه میان دولتها دانسته است.

#### ۲-۲-۳. عدم ضرورت: اعتبار عرفی

آلمان تأکید نموده که در تصمیمات خود همچون دیوان بین المللی دادگستری و دیوان اروپایی حقوق بشر به این مواد ارجاع خواهد داد و فرض می کند این مواد در حقوق بین الملل عرفی، وضعی الزام آور دارند و این وضعیت هم در حقوق آلمان و هم در رویه قضایی بین المللی تضمین شده است. لذا تا زمانی که این رویه ادامه دارد نیازی به یک کنوانسیون نیست. فنلاند بیان می کند که مراجع قضایی و دیگر نهاد های بین المللی به این مواد به عنوان «قواعد تثبیت شده» یا به مثابه «بیانی از اصول پذیرفته شده حقوق بین الملل» ارجاع داده اند؛ پس اعتبار متن در گرو تبدیل آن به یک معاهده نیست. همچنین، این مواد، بازتابی از یک «اجماع گسترده» هستند که کنفرانس دیپلماتیک، این اجماع را به مخاطره می افکند. بریتانیا اشاره دارد که این مواد از طریق رویه دولتها و محاکم بین المللی و آثار نویسندگان، وارد بافت حقوق بین الملل شده اند و مکرراً در حوزه های مختلف حقوق بین الملل از جمله حقوق تجارت، توسل به زور و حقوق بشر مورد استناد و استفاده قرار گرفته اند که این امر نتیجه وقوع رویه قضایی بین المللی است. همچنین این مواد در عملکرد وزرای امور خارجه و دیگر بخش های حکومت ها مورد ارجاع قرار گرفته و رویه دولت ها را راهنمایی نموده اند. به خصوص تأثیر این مواد پس از تصویب آنها در سال ۲۰۰۱ با ارجاعات روزافزون، افزایش یافته است. به اعتقاد بریتانیا مذاکره

ممکن است مجتوا و وضع کنونی مواد را از بین ببرد، در حالی که اینک این مواد دریافت حقوق بین الملل، تبلوری طبیعی یافته اند. به نظر ایالات متحده این مواد در شرایطی که قالبی الزام آور نداشته اند نیز در زمان خود کارایی داشته اند. به اعتقاد مالزی نیز این مواد همچنان بر رویه دولت ها و دادگاه ها تأثیر گذارند و از این طریق دریافت حقوق بین الملل وارد شده اند. این مواد نشان داده اند که در شکن غیرالزام آور کنونی به عنوان یک راهنما برای دولتها، دیوان ها و دادگاه های بین المللی مفید بوده اند.

هلند در این میان، اعتقادی دیگر دارد و تأکید دارد که بیشتر این مواد بازتاب حقوق بین الملل عرفی هستند که تبدیل این بخش به یک کنوانسیون ممکن است به توسعه حقوق بین الملل بیانجامد اما مابقی مواد را می توان به عنوان «حقوق مطلوب / پیشنهادی» (de lege ferenda) یا توسعه تدریجی حقوق بین الملل توصیف نمود. در مورد این بخش، هلند معتقد است که رویه دولت ها و نیز تصمیمات محاکمه قضایی و داوری بین المللی و دیگر نهادها، سهم مهمی در توسعه حقوق بین الملل عرفی در این زمینه دارد و تبلور این مواد در حقوق بین الملل عرفی نسبت به یک معاهده، در طی زمان بیشتر سودمند خواهد بود.

### ۳-۲-۳. عدم اجماع:

خطر عدم مشارکت گسترده هلند، علاوه بر بیان خطر تهدید توازن متن در صورت تصویب معاهده، این نکته را خاطر نشان می سازد که مذاکرات ممکن است به تصویب متنی منجر شوند که هرگز لازم الاجرا نگردد یا مشارکت جهانی یا شبه جهانی [لازم] را به دست نیاورد. ایالات متحده نیز معتقد است، چنانچه تعداد قابل توجهی از دولت ها کنوانسیون حاصله را تصویب نکنند، کار کمیسیون از بین خواهد رفت. البته این کشورها به این پرسش فرضی پاسخ نداده اند که متن کنونی را در قالب یک کنوانسیون و بدون تغییر خواهند پذیرفت یا نه؟ از نظر بریتانیا، در مذاکرات ممکن است مسائل قدیمی مجدداً مطرح شوند و این ممکن است به تردیدهایی بی ثمر بیانجامد که انسجام مواد را زائل و اجماع کنونی را تضعیف کند. حتی اگر متنی مورد توافق قرار بگیرد بعید است از حمایتی که این مواد اینک از آن برخوردارند، بهره مند شود و بسیاری از کشورها از تصویب آن خودداری می کنند. نتیجتاً اگر تعداد کمی از دولت ها یک کنوانسیون را تصویب کنند، آن سند نسبت به وضع کنونی مواد، الزام حقوقی کمتری خواهد داشت. بریتانیا ادعا می کند که هیچ دولتی نسبت به تمام جنبه های مواد راجع به مسؤولیت دولت راضی نیست. جمهوری چک نیز عدم اجماع برای تصویب مواد به عنوان کنوانسیون را به عنوان دلیل مخالفت خود در شرایط کنونی مطرح می کند. به اعتقاد آلمان نیز یک کنوانسیون الزام آور ممکن است اجماع موجود نسبت به ماهیت الزام آور این مواد پیش نویس را به خطر اندازد. مالزی نیز به تکرانی خود نسبت به امکان عدم پذیرش جهانشمول کنوانسیون اشاره نموده است. کانادا یا نمایندگی از استرالیا و نیوزلند با تکرار این نگرانی بیان داشته است که در صورت عدم نیل به مشارکتی گسترده، قدرت و اعتبار سیاسی کنونی متن مواد تضعیف می شود.

### ۳-۲-۴. تهدید توسعه حقوق بین الملل

در دیدگاه بریتانیا، چنانچه مواد راجع به مسؤولیت دولت، با هدف مذاکره برای یک کنوانسیون، مورد بازنگری قرار گیرند ممکن است این خطر پدید آید که فرایندهای بعدی به از بین رفتن امکان توسعه حقوق بین الملل در این موضوع منجر شود. همچنین بریتانیا در اجلاس شصت و دوم بیان می کند که در صورت عدم تصویب کنوانسیون از سوی تعداد زیادی از کشورها، ممکن است توسعه حقوق در حوزه ای که به طور سنتی با رویه دولتها و رویه قضایی شناخته شده است، فروپاشی شود؛ لذا اقدام دیگری مرجح نیست، جز این که مواد پیش نویس برای تأثیرگذاری بیشتر از طریق رویه قضایی و رویه دولت ها رها شوند. بریتانیا معتقد است نسبت به برخی مواد توافق بیشتری نسبت به مواد دیگر وجود دارد؛ لذا باید به این مقررات اجازه داد که به صورت ارگانیک به عنوان مرجع حقوق توسعه یابند، حتی اگر وضعیتی قاطع نداشته باشند. ایتالیا نیز بیان نمود که رویه بین المللی باید اجازه دهد که مواد در توسعه آتی حقوق بین الملل عرفی سهیم باشند.



### ۳-۲-۵. پیچیدگی و احتیاط

هند معتقد است در تحلیل رویه موجود دولت‌ها باید محتاط بود، مخصوصاً که این مواد اصولی نظیر صلاحیت جهانی و مجازات نقض‌های شدید تعهدات حاوی قواعد آمره حقوق بین‌الملل (مانند نسل‌زدایی، تجاوز، دزدی دریایی و بیه‌بردی گرفتن) را توسعه داده‌اند. لذا پیچیدگی موضوعات مزبور است که دولت‌ها را برای تصویب مواد به عنوان قواعدی الزام‌آور محتاط می‌کند.

### ۴. نقد استدلال‌ها

#### ۴-۱. پاسخ مخالفان و موافقان به یکدیگر

در شرایطی که موافقان انعقاد معاهده، توسعه حقوق بین‌الملل و اعتبار کنونی مواد در رویه قضایی بین‌المللی را مورد توجه قرار می‌دهند، مخالفان معتقدند انعقاد یک معاهده ممکن است مانع توسعه حقوق بین‌الملل مسؤولیت از طریق رویه دولتها شود و ضمناً با توجه به جایگاه مواد در رویه و عرف، نیازی به یک معاهده نیست. سایر استدلال‌های موافقان در مورد جایگاه مسؤولیت، اعتبار معاهده، فقدان توازن قواعد اولیه و ثانویه حقوق بین‌الملل و تسهیل پذیرش قواعد در نظام‌های حقوقی داخلی تقریباً بی‌پاسخ مانده‌اند. البته برای مثال، آلمان اشاره دارد که دادگاه‌های داخلی و مقامات ذی‌صلاح این مواد را مورد استناد قرار خواهند داد. در مقابل و در میان استدلال‌های مخالفان، تهدید توازن حقوقی متن، خطر عدم اجماع گسترده و پیچیدگی و احتیاط در موضوع، از طرف موافقان انعقاد کنوانسیون تقریباً بی‌پاسخ مانده است. آن‌چه در این میان جلب توجه می‌کند، استدلال‌های متقارن و نتایج متضاد دو طرف است. به واقع هر دو طرف اولاً بر سر امکان یا امتناع توسعه حقوق بین‌الملل در کنار یک معاهده اتفاق نظر ندارند. ثانیاً علیرغم توافق بر سر اعتبار کنونی مواد در رویه عرف، در مورد ضرورت یا غیرضروری بودن انعقاد معاهده نیز استنتاج متفاوتی دارند.

#### ۴-۲. ارزیابی استدلال‌ها و پاسخ‌ها

اگر به استدلال‌های متقارن اما نتایج متفاوت طرفین دقت شود، چگالی بیشتر رویکرد سیاسی نسبت به رویکرد حقوقی در استدلال‌های طرفین واضح‌تر خواهد شد. با وجود این، رویکرد حقوقی محض (یا در نظر داشتن ملاحظات سیاسی) می‌تواند به راه‌حلی مناسب در تحلیل این استدلال‌ها منجر شود. نتیجه چنین تحلیلی، تفوق استدلال‌های موافقان انعقاد یک کنوانسیون راجع به مسؤولیت بین‌المللی دولت خواهد بود؛ بی‌آن‌که الزاماً در مورد شرایط زمانی و مکانی نتیجه‌ای یکسان حاصل شود. موافقان به درستی بر این نکته صحه می‌گذارند که تدوین، خود می‌تواند بخشی از فرایند توسعه حقوق بین‌الملل نیز باشد. تدوین یک موضوع عرفی، لاجرم به سکون و رکود قواعد حقوقی منجر نخواهد شد، آنچنان که تحولات نظام حقوقی دریاها پس از کنوانسیون‌های ۱۹۵۸، تحولات نظام حقوق بین‌الملل بشردوستانه پس از معاهدات ۱۹۴۹ و حتی توسعه خزنده برخی مفاهیم مندرج در کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات (نظیر قواعد آمره) در رویه و دکترین نشان می‌دهد که صرف تدوین، مانع توسعه آنی نظام حقوق بین‌الملل نخواهد بود. بلکه توسعه حقوق بین‌الملل عرفی، زاینده نیازهای جامعه بین‌المللی و روابط قدرت در این جامعه است. مواد کنونی نیز در واقع ترکیبی از تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل هستند. (Caron, 2002: 872) حتی اعتبار عرفی مواد راجع به مسؤولیت دولت نیز مانع تدوین کنوانسیون نیست، به ویژه آن‌که «تدوین معمولاً به گردآوری عرف‌های موجود در حقوق بین‌الملل معنا شده است. اعتبار کنونی مواد، یک استثناء و اتفاق ویژه در حقوق بین‌الملل است که ممکن است به یک رویه تبدیل شود یا یک استثناء باقی بماند. این اتفاق ویژه، تناقض را زایل‌نماید این مواد است که گرچه در قالبی الزام‌آور عرضه نشده‌اند اما تأثیری بیش از یک معاهده چند جانبه دارند. (ibid: 860) به عبارت دیگر تأثیر این مواد بخاطر انسجام و ارزش آنهاست و نه به این دلیل که در کار کمیسیون ظهور یافته‌اند یا شکل آنها مشابه یک معاهده است (ibid: 872, 873) و چه بسا این راز را باید در حقوق طبیعی یا تقدس‌پیمان‌ها جست و جو نمود. (Crawford, 2002: 876) به عبارت دیگر تدوین

«حقوق موجود» (lex lata) اگر در یک بند از یک گزارش هم باشد، کم اثرتر از یک ماده در یک معاهده چندجانبه نخواهد بود. (Rosenstock, ۲۰۰۲: ۷۹۷)

با این همه نمی توان گفت در صورت وجود عرف، نیازی به معاهد نیست؛ بلکه معاهده به تقویت عرف می انجامد، حتی خطر عدم امکان اجماع بر سر متن در مذاکرات کنوانسیون نیز آنچنان که القا می شود، تهدید مهمی برای حقوق مسؤولیت دولت نیست. گرچه دست یابی به متنی متوازن که حتی المقدور از متن کنونی و تفسیر آن دور نشود، به روح مؤد کنونی پایبند بماند، مطلوب و حتی ترافق بر سر متن کنونی بدون تغییر، مطلوب تر است؛ با این حال تجربه کنوانسیون حقوق معاهدات و اساساً دیوان کیفری بین المللی تجربه ای مطلوب است. معاهده ۱۹۶۹ حقوق معاهدات تنها ۱۱۱ عضو دارد و ایالات متحده نیز آن را تصویب نکرده است.<sup>۳</sup> اما جایگاه عرفی مستحکمی در نظام حقوق بین الملل یافته است؛ به گونه ای که مراجع قضایی بین المللی به این کنوانسیون نه به عنوان یک معاهده بلکه به عنوان حقوق بین الملل عرفی استناد می نمایند. (Crawford, ۲۰۰۲: ۸۸۹) اساساً دیوان کیفری بین المللی نیز با ۱۱۴ عضو وضعیت مشابهی دارد<sup>۴</sup> و به تقویت و استحکام قواعد حقوقی بین المللی کیفری منجر شده است. کنوانسیون حقوق دریاها نیز علیرغم وضعیت سختگیرانه اش نسبت به صلاحیت اجباری دیوان بین المللی حقوق دریاها، تاکنون ۱۶۱ عضو دارد.<sup>۵</sup> چالش اجماع، تا حدود زیادی نیز به رفتار و موضع دولت‌های مخالف در قبال مواد بستگی دارد.<sup>۶</sup> مهمترین فایده تدوین، شفاف شدن حقوق و در نتیجه امنیت حقوقی است. (Caron, ۲۰۰۲: ۸۶۰) البته نیل به این فایده منوط به تحقق شرایطی است.

همچنین، موضوع مسؤولیت دولت به عنوان بخش اصلی قواعد ثانویه به قدر قواعد اولیه و ماهوی پیچیدگی ندارد. گرچه این قواعد خود می توانند منشاء تعهدات جدیدی باشند؛ از جمله تعهد به جبران خسارت و تعهد به عدم شناسایی وضعیت ناشی از نقض قواعد آمره و تعهد به همکاری برای پایان دادن به چنین نقضی. به عنوان «عواقب» نقض جدی قواعد آمره خود نوعی قاعده ماهوی محسوب می شوند که نخطی از آنها می تواند به مسؤولیت مضاعف بیانجامد. بنابراین تمایز میان قواعد اولیه و قواعد ثانویه، نسبی است (Crawford, ۲۰۰۲: ۸۷۷) و این هنجارها صرفاً نسبت به هنجارهای اولیه ذاتی، ثانویه محسوب می شوند و پیامد یک تخلف بین المللی یا نقض یک تعهد بین المللی هستند. بر این اساس، چالش کمیسیون این نبوده که قواعد عمومی ثانویه قابل اعمال را طبق مدل آگو حصر نماید بلکه هدف این بود که قواعد اولیه رفتاری قابل اعمال را در گونه های مشخصی از وضعیت ها تعریف یا تمهید نماید و در همین چارچوب است که تعهد به پیشگیری از ۱۹۹۷ در دستور کار کمیسیون قرار گرفت و به تدوین طرح و پیشگیری از زیان های فراسرزمینی ناشی از اقدامات زیانبار در ۲۰۰۱ انجامید. (Rosenstock, ۲۰۰۲: ۷۹۵)

اصولاً راه حل ترجیحی برای هرگونه متن تقنینی بین المللی، انعقاد یک معاهده است. این روش به طور خاص مثلاً در مورد اساسنامه یک دیوان کیفری بین المللی که به افراد تحمیل می شود و نیازمند رعایت فرایند قانونی (Due Process) می باشد، یا در موردی که قواعد بین المللی باید از طریق حقوق داخلی اجرا شوند، بدیهی است. (Crawford, ۲۰۰۲: ۸۹۰) گرچه این ادعای موافقان که تدوین معاهده، پذیرش قواعد مسؤولیت بین المللی را در نظام های داخلی تسهیل می کند، پاسخی از سوی مخالفان دریافت نکرده است. اما کرافورد معتقد است قواعد ثانویه مسؤولیت دولت فقط به طور غیرمستقیم در دادگاه های داخلی اعمال می شوند و نیازی به قانونگذاری داخلی در مورد آنها نیست. (Ibid) با وجود این، تسهیل پذیرش هنجارها در نظام های داخلی در صورت انعقاد معاهده - که موجب آشنایی قانونگذاران و قضات داخلی با هنجارهای بین المللی می شود - انگار نا پذیر است. حتی این نگرانی که حقوق مسؤولیت دولت هنوز به بلوغ نرسیده است، تنها می تواند تکرار وضعیت تاریخی این موضوع در ۱۹۳۰ قلمداد شود (Borchard, ۱۹۳۰: ۵۴۰) چرا که گرچه این موضوع نیز مانند بسیاری موضوعات دیگر حقوق بین الملل - نظیر مصونیت قضایی دولت ها (Caplan, ۲۰۰۳: ۷۸۱) - در حال

3 - [http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg\\_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mdsg3&lang=en](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mdsg3&lang=en)

4 - [http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg\\_no=XXIII-08&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=XXIII-08&chapter=18&lang=en)

5 - [http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg\\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mdsg3&lang=en](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mdsg3&lang=en)

6 - درباره دیدگاه های آمریکا نسبت به مسائل ماهوی راجع به طرح مسؤولیت بنگرید به: Murphy, Sean, U.S comments on ILC draft

۶۲۶, ۲۰۰۱, ۴, No. ۸۵, articles on state responsibility, A.I.L., Vol

تحول و توسعه بیشتر است. اما رویه مکرر دولت‌ها و مراجع قضایی و دیگر ارکان و نهادهای بین‌المللی نشانه مثبتی از بلوغ نسبی حقوق مسؤولیت دولت است.

مهمترین نگرانی حقوقی مخالفان - که پاسخ هم صدایی از سوی موافقان دریافت نکرده است - احتمال برهم خوردن توازن و انسجام کنونی مواد طی یک کنفرانس دیپلماتیک است. این نگرانی نیز از دو منظر قابل رفع است. نخست آن که چنانچه مواد نه از طریق اجماع مجمع عمومی، بلکه از طریق یک کنفرانس به تصویب می‌رسد، توافق برای مذاکره بر سر مواد باشد و نه آن که مذاکرات تازه‌ای با هدف تدوین مجموعه‌ای جدید از مواد انجام شود و دوم آن که حتی امکان متن کنونی دچار تغییر نشود. به ویژه دولت‌های موافق و مخالف زیادی که به اعتبار عرفی این مواد استناد نموده‌اند، می‌توانند برای جلوگیری از تغییرات نامتوازن در متن تأثیرگذار باشند.

## ۵. آرایش موافقان و مخالفان

### ۵-۱. پراکندگی جغرافیایی

هنگامی که در یک موضوع حقوقی بین‌المللی، کشورهای عضو اتحادیه اروپا نیز موضعی یکسان ندارند (Crawford, ۲۰۰۵: ۶۹۵)، چشم انداز پراکندگی جغرافیایی و سیاسی دیدگاه‌ها را می‌توان حدس زد. اکثر کشورهای آمریکای لاتین (گروه ریو) و بسیاری از کشورهای آفریقایی (گروه جامعه توسعه جنوب آفریقا، و لیبی) در نظرات مشترک یا انفرادی خود از تصویب کنوانسیون حمایت نموده‌اند؛ اما این اشتراک دیدگاه در سایر مناطق مشاهده نمی‌شود. در اروپا، فرانسه و بریتانیا در دو سوی میدان ایستاده‌اند، اولی موافق انعقاد معاهده دومی مخالف است. در میان کشورهای آسیایی، ایران، قطر، تایلند و اردن از تصویب کنوانسیون حمایت می‌کنند، هند و مالزی در دسته مقابل جای گرفته‌اند. کشورهای آفریقایی نیز غالباً (از جمله گروه جامعه توسعه جنوب آفریقا و لیبی) از ایده تصویب معاهده حمایت می‌کنند.

### ۵-۲. پراکندگی سیاسی و حقوقی

اگرچه پراکندگی جغرافیایی در قالب سنتی «تقسیم عادلانه جغرافیایی» مورد نظر ماده ۲۳ منشور، نمادی از جهانشمولی هر نهاد حقوقی به شمار می‌رود، اما به نظر می‌رسد پراکندگی سیاسی و حقوقی، می‌تواند به عنوان عنصری مؤثرتر و مکمل، تضمین‌کننده جهانشمولی یک دیدگاه یا نهاد حقوقی باشد. از نظر سیاسی همخوانی و قرابت کامل میان دو دسته وجود ندارد. دولت‌هایی نظیر ایران، کوبا و ونزوئلا در کنار مکزیک، برزیل و فرانسه از معاهده حمایت می‌کنند و در دسته مقابل، جمهوری چک (از بلوک شرق سابق) و مالزی و هند از شرق دور در کنار آلمان، بریتانیا و ایالات متحده قرار گرفته‌اند. نه اتفاق نظری میان اعضای اتحادیه اروپا مشاهده می‌شود، نه میان کشورهای غیرمتعهد و نه میان گروه هشت. در اتحادیه اروپا برخی از ایده کنوانسیون حمایت می‌کنند (فرانسه و اسپانیا)، عده‌ای مخالف آن - حداقل در زمان فعلی - هستند (بریتانیا، ایتالیا و کشورهای اسکاندیناوی) و برخی نیز موضعی نسبتاً میانه دارند. (آلمان، اتریش، هلند و اسلواکی)

از نظر تقسیم بندی حقوقی نیز توازن و یکدستی مشهودی میان دولتها قابل استنتاج نیست. کشورهای اسلامی درباره فرجام طرح مواد راجع به مسؤولیت دولت، توافقی ندارند. فرانسه از میان کشورهای نظام حقوق نوشته به انعقاد معاهده علاقه مند است و آلمان و ایتالیا در گروه مقابل قرار گرفته‌اند. تنها می‌توان گفت که نوعی اتفاق نظر میان کشورهای کامن لا وجود دارد که طبع عرفی نظام‌های حقوقی آنها می‌تواند یکی از توجهات هماهنگی نظرات آنها باشد.

## ۶. نتیجه گیری

تعداد کشورهای حامی کنوانسیون، نسبت به سال ۲۰۰۱ افزایش یافته است و این در حالی است که تعداد کمی

از دولت‌ها نسبت به بازگشایی مواد برای مذاکره بر سر متن یا تجدید نظر کلی در مواد علاقه مند هستند. (Crawford, ۲۰۰۵: ۶۹۵) مواد راجع به مسؤولیت دولت، مهیاست که تفکر، برنامه ریزی و رفتار حقوقی دولت‌ها را در آینده نزدیک روشن و سازماندهی کند. نمی‌توان منکر شد که در این مورد نیز، مانند کارهای انجام شده در مورد مزایا و مصونیت‌های دولت‌ها، حقوق دریاها و حقوق معاهدات، کمیسیون، بنیان محکمی برای توسعه آتی حقوق مسؤولیت در پرتو شرایط متغیر جامعه بین‌المللی فراهم ساخته است. (Rosenstock, ۲۰۰۲: ۷۹۷) انتظار می‌رود موقعیت این مواد به عنوان بخشی از یافت حقوق بین‌الملل، از طریق اعمال آن‌ها به وسیله مراجع قضایی بین‌المللی و مشاوران حقوقی بین‌المللی در آینده، آزموده، پالایش و مستحکم‌تر خواهد شد. (Crawford, ۲۰۰۵: ۹۷۱ and Bodansky and Crook, ۲۰۰۲: ۷۹۰) مرور و تحکیم مواد، در وضعیت عدم اجماع، آینده بهتری را برای این مواد رقم خواهد زد. (Crawford, ۲۰۰۲: ۱۹۹-۱۹۸) اصالتاً پس از گذشت این دوره، تعاف یک معاهده در خصوص مسؤولیت بین‌المللی دولت، می‌تواند روند توسعه مفاهیم بنیادین نظام حقوقی بین‌المللی نظیر قواعد امره و تعهدات ارگامنتی را تسریع کند چرا که در چارچوب طرح کمیسیون، قواعد امره نقش مهمی در حقوق مسؤولیت دولت به خصوص در مورد نقض‌های حقوق بشر و حقوق بشردوستانه ایفا خواهد نمود. (Dupuy, ۱۹۹۹: ۳۸۴) و شاید از همین روست که دولت‌ها در برابر این مواد، محتاطانه برخورد می‌کنند. وضعیت صیعی و عرفی در کنار انسجام عقلانی این مواد، موقعیت ویژه و خاصی به طرح کمیسیون داده است اما نمی‌توان ضرورت شفاف‌سازی حقوق مسؤولیت بین‌المللی دولت را منکر شد و این مهمترین برگ برنده دولت‌هایی است که از انعقاد یک معاهده در این موضوع حمایت می‌کنند. با وجود این، هرگونه تحول بنیادین که انسجام و روح این مواد را به مخاطره اندازد، معاهده احتمالی حاصله را در کشاکش با تحولات عرفی سریع نظام بین‌المللی به سوی انسان‌گرایی و ساخت یک نظم سلسله مراتبی قرار خواهد داد که از یک سو تهدیدی برای اعتبار و مشروعیت چنان معاهده‌ای است و از سوی دیگر مانعی برای تکمیل ساختار همچنان در حال ظهور نظام حقوقی نوین بین‌المللی خواهد شد. به نظر می‌رسد صرفاً قواعد ثانویه موجود در مواد نیست که چنین چالش‌هایی را برای دولت‌ها رقم زده است، بلکه بیشتر تردید آنها از آینده مبهم ایشان در قبال قواعد دوجبه (ثانویه در قبال تعهدات ماهوی از یکسو و اولیه نسبت به مسؤولیت مضاعف و در ساختار نظم سلسله مراتبی از سوی دیگر)، چنین سرنوشت ویژه‌ای را برای طرح مواد راجع به مسؤولیت دولت، رقم زده است.

### فهرست منابع:

الف) کتابها و مقالات

1. Bodansky, Daniel and Crook, John R. (2002) 96. No. 4, "Symposium: The ILCs State Responsibility Articles", the American Journal of International Law
2. Borchard, Edwin M. (1930) 24. No. 3, "Responsibility of States at the Hague Codification Conference", the American Journal of International Law.
3. Caplan, Loo M. (2003) 97. No. 4, "State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", the American Journal of International Law.
4. Caron, David D. (2002) 96. No. 4, "The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority", the American Journal of International Law.
5. Crawford, James. (1998) 92. "On Re-reading the Draft Articles on State Responsibility", Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law).
6. Crawford, James. (2002) 96. No. 4, "The ILCs Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", the American Journal of International Law.
7. Crawford, James and Dileson, Smon. (2005) 54. No. 4, "The Continuing Debate on a UN Convention on State Responsibility", the International and Comparative Quarterly.
8. Dupuy, Pierre-Marie. (1999) 10. No. 2, "Reviewing the Difficulties of Codification: on Argo's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility", the European Journal of International Law.
9. F. Lenzini, Malgoussia and Sarcoshi, Dan. (2004) Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions. Oregon: Hart Publishing.
10. Murphy, Sean D. (2001), 95. No. 3, "U.S. Comments on ILC Draft Articles on State Responsibility", the American Journal of International Law.
11. Ragazzi, Maurizio. (2005) International Responsibility Today. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
12. Rosenstock, Robert. (2002) 96. No. 4, "The ILC and State Responsibility", the American Journal of International Law.

ب) اسناد

- |                  |                        |              |                           |
|------------------|------------------------|--------------|---------------------------|
| 13. A/Res/56/20  | 14. A/56/76            | 15. A/56/95  | 16. A/C.6/56/SR.11-24, 27 |
| 17. A/Res/58/35  | 18. A/Res/62/61        | 19. A/62/63  | 20. A/Res/65/19           |
| 21. A/65/76      | 22. A/65/96 and add. 1 | 23. A/65/463 | 24. A/65/PV.57            |
| 25. A/C.8/65/L.8 |                        |              |                           |

## مبانی جرم انگاری تجهیزات دریافت از ماهواره

محمد داوری

### چکیده

چگونگی استفاده از تکنولوژی پخش مستقیم ماهواره ای به چالشی جدی در کشور ما بدل شده است. توجه غیر علمی و غیر جامع در اغلب مقاله ها و اظهار نظرها، ضرورت بررسی آن را ایجاب نمود. قانونگذار در جرم انگاری تجهیزات ماهواره ای مواردی چون تکلیف دولت در ایجاد بستر لازم برای تکامل افراد، تهاجم فرهنگی و حمایت کیفی از ارزشهای اساسی جامعه را مدنظر داشته است بررسی های به عمل آمده مشخص ساخت میانی تصویب قانون ممنوعیت به کار گیری تجهیزات دریافت از ماهواره، فاقد پشتوانه شرعی و قانون اساسی بوده و با معیارهای جرم انگاری علمی منطبق نیست. اقدامات فرهنگی و رقابتی جدی نیز در ضمن سیاست ممنوعیت قانونی، اتخاذ و اجرا نشده است. براین اساس ضرورت دارد با درک کامل واقعیت ها و شرایط عینی جامعه ایران نسبت به تدوین سیاستی جامع در این خصوص اقدام شود. در این تحقیق سعی شده است با تکیه بر اصول علمی و حقوقی و با لحاظ اصول قانونگذاری در ایران ( قانون اساسی و شرع اسلام) و با توجه به واقعیات اجتماعی جامعه ایران به بررسی موضوع پرداخته شود.

**کلیدواژه:** برنامه های ماهواره ای؛ جرم انگاری؛ قانون اساسی.

### مقدمه

چرایی جرم انگاری در عرصه های فرهنگی هم چون برنامه های ماهواره ای پخش مستقیم، در ایران از مدت ها پیش مطرح بوده است؛ افراد زیادی در این خصوص چه علمی و چه غیر علمی سخن گفته اند؛ البته در باب جرم انگاری برنامه های پخش مستقیم ماهواره ای حساسیت ها قزون تر بوده و هست؛ در این مبحث

\*- فوق، لیسانس حقوق جزا و جرم شناسی، وکیل پایه یک دادگستری- مشهد.

ابتدا به صورت مقدمه به ارائه مدل‌های مختلف جرم‌انگاری فرهنگی در سطح کشورهای جهان پرداخته می‌شود و سپس مبانی جرم‌انگاری در ایران نسبت به برنامه‌های ماهواره‌ای توضیح داده می‌شود؛ لازم به ذکر است در مبانی جرم‌انگاری، در حقیقت نگرانی‌های قانون‌گذار از پخش مستقیم برنامه‌های ماهواره‌ای، آنچه موجب جرم‌انگاری در آن خصوص و نهایتاً تصویب قانون ممنوعیت شده است توضیح داده شده و تبیین می‌شود.

به طور کلی با مذاقه در رویکردهای مختلف نسبت به عرصه فرهنگ و میزان مداخله دولت‌ها در این عرصه می‌توان سه مدل ترسیم نمود<sup>۱</sup>:

**مدل اول:** مدل پیشینه‌خواه (یا حداکثری) است؛ در این رهیافت، حکومت یا نوساز به ساز و کار حقوق کیفری، به ممنوعیت گسترده برخی رفتارها و فعالیت‌ها در عرصه فرهنگ می‌پردازد. در واقع قانونگذار با ردن برچسب مجرمانه بر روی برخی رفتارها از طریق تهدید افراد به ضمانت‌اجراهای کیفری سرکوب‌گر، درصدد ارتزاش سازی است تا حمایت از ارتزاش‌های بنیادین موجود و مورد وفاق جامعه و حقوق کیفری بیشتر به عنوان ابزاری در رستای همسو سازی فرهنگی مورد استفاده قرار می‌گیرد.

**مدل دوم:** کمینه‌خواه (یا حداقلی) نام گرفته است؛ در این رویکرد با توجه به احترام زیاد به اصل استقلال فردی و حق متفاوت بودن افراد و نیز تفکیک حوزه عمومی از حریم خصوصی، مداخله دولت در حوزه حقوق و آزادی‌های فرهنگی شهروندان یا توسل به حقوق کیفری به حداقل می‌رسد؛ در این مدل استفاده از کنترل‌های اجتماعی غیررسمی در سیاست‌گذاری‌های فرهنگی اولویت دارد و حقوق جزا به عنوان آخرین راه حل و در حمایت از ارتزاش‌های بنیادین و اساسی مورد استفاده قرار می‌گیرد. در این رهیافت ساماندهی و هدایت عرصه فرهنگ به شهروندان و نهادهای مدنی واگذار می‌شود.

**مدل سوم:** رهیافتی بنیادین است، در این مدل از یک طرف از مداخله افراطی و گسترده در حوزه فرهنگ پرهیز می‌شود و از طرف دیگر افراد به حل خود نیزها نمی‌شوند، بلکه دولت به عنوان یک ناظر، شرایط لازم و امکانات مورد نیاز را در اختیار افراد و نهادها قرار می‌دهد و در مواقع لزوم، خود به هدایت و ساماندهی برخی عرصه‌های فرهنگی مبادرت می‌نماید.

اکنون به آنچه جرم‌انگاری قانونگذار در عرصه برنامه‌های پخش مستقیم ماهواره‌ای را موجب شده است، پرداخته می‌شود. در خصوص مبانی جرم‌انگاری، ذکر این نکته ضروری است که علاوه بر مشروح مذاکرات نمایندگان مجلس در تصویب قانون ممنوعیت بکارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره، از اصول مختلف قانون اساسی (به عنوان مهمترین سند کشوری) و اظهارات صاحب نظران مختلف که در تبیین مبانی جرم‌انگاری در این خصوص نگاه شده است، بهره برداری شده است.

## ۱- مبانی جرم‌انگاری

### ۱-۱- تکلیف دولت در ایجاد بستر لازم برای تکامل افراد

توجه به مشروح مذاکرات نمایندگان مجلس شورای اسلامی<sup>۲</sup> در تصویب قانون ممنوعیت بکارگیری تجهیزات دریافت ماهواره روشن می‌سازد از جمله نگرانی‌های قانون‌گذار این بوده است که با توجه به رسالت نظام جمهوری اسلامی در ایجاد محیط مساعد برای رشد فضائل اخلاقی و مبارزه با کلیه مظاهر فساد و تباهی، آزاد بودن استفاده از

۱- حمزه زینالی و همکاران: «جرم‌زدایی در حوزه فرهنگ»، ص ۴

۲- سایت مجلس شورای اسلامی به آدرس [www.majles.ir](http://www.majles.ir)

تجهیزات دریافت از ماهواره، نه تنها ایجاد چنین محیطی را مخدوش می کند بلکه عملاً با دسترسی آسان به انواع برنامه های مخرب، مظاهر فساد و تباهی را گسترش می دهد؛ در نظر نمایندگان تصویب کننده این قانون، از عوامل موثر انقلاب اسلامی سال ۱۳۵۷، گسترش فساد و تباهی بود و همین فساد و تباهی، نظام سیاسی وقت را به نابودی سوق داد و اگر نبود نظام جمهوری اسلامی، با فرض بقاء نظام سیاسی وقت، جامعه در انتهای تباهی و فساد غوطه ور می ماند؛ تصویب کنندگان آن قانون، هر چند صراحتاً به اصول قانون اساسی در خصوص چنین تکلیفی اشاره نکرده اند اما اصل وجود چنین تکلیفی برای دولت (نظام سیاسی) در اصول مختلف قانون اساسی بالاخص بند اول اصل سوم آن آمده است.

در اصل سوم قانون اساسی آمده است: «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای اموززیریه کاربرد؛

۱. ایجاد محیط مساعد برای رشد فضائل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوی و مبارزه با کلیه مظاهر فساد و تباهی.....»

### ۲-۱- تهاجم فرهنگی

این که اساساً تهاجم فرهنگی چیست از حوصله این بحث خارج است اما از مجموع مذاکرات نمایندگان مجلس<sup>۳</sup> در زمان تصویب قانون ممنوعیت به کارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره برمی آید که نظر نمایندگان از این اصطلاح، هجمه فرهنگی، بیگانه به فرهنگ ایرانی اسلامی جهت تخریب فرهنگ کشور ایران است (بند ۵ اصل سوم و اصل نهم قانون اساسی).

نمایندگان از جمله دلایل ضرورت جرم انگاری استفاده از ماهواره را تهاجم فرهنگی کشورهای غربی از طریق برنامه های ماهواره ای، پخش مستقیم به کشور بر شمرده اند. در مذاکرات مجلس، هر دو گروه مخالف و موافق تصویب قانون مذکور، ضمن بیان امکان استفاده صحیح از برنامه های ماهواره ای، اعتقاد بر این داشته اند، برنامه های مخرب ارسالی از سوی ماهواره ها، آسیب های جبران ناپذیر فرهنگی عیدیه ای را به جامعه به خصوص به بنیان های اساسی آن مانند خانواده وارد می سازد.<sup>۴</sup>

در مذاکرات مجلس مشهود است، نمایندگان با وجود اعتقاد به امکان استفاده مطلوب از برنامه های پخش مستقیم ماهواره ای، به علت عدم امکان تمیز برنامه های سودمند از برنامه های مخرب، خود را ناچار از جرم انگاری استفاده از این برنامه ها دانسته اند.

در این خصوص گفته شده است علی رغم فرهنگ غنی ایرانی اسلامی، هر فرهنگی آسیب پذیری خاص خود را دارد و سپردن آن نفوذ ناپذیر نیست؛ از این رو دولت های قوی و توسعه یافته از طریق برنامه های تلویزیونی ماهواره ای نفوذ و سیطره خود را بر فرهنگ کشورهای ضعیف و در حال توسعه، اعمال می کنند؛ به طوری که ارزش های فرهنگی کشورهای گیرنده، این گونه برنامه ها از دخالتهای خارجی ستان می شود.<sup>۵</sup> لذا موضوع تهاجم فرهنگی و این که چنین چیزی با آزادسازی برنامه های ماهواره ای گسترش یافته و انواع مختلفی از رفتارهای انحرافی و غیر اخلاقی در سطح افراد جامعه شیوع می یابد، یکی از علل موثر جرم انگاری استفاده از برنامه های ماهواره ای به شمار می رود.

۳- سایت مجلس شورای اسلامی به آدرس [www.majles.ir](http://www.majles.ir)  
 ۴- گروه مطالعات حقوقی سازمان صدا و سیما، «چالش های حقوقی پخش مستقیم برنامه های ماهواره ای»، ص ۸۱.  
 ۵- دکتر غلامرضا قیسی، «زبانهای ناشی از پخش مستقیم فرامرزی برنامه های رادیویی - تلویزیونی و مسئولیت دولتها در حقوق بین الملل»، ص ۹۱.

همین اعتقاد (تهاجم فرهنگی) سبب شده است تا شورای نگهبان از جمله دلایل مغایرت مصوبه مجلس ششم با قانون اساسی را جلوگیری از نفوذ اجانب (بند اصل سوم قانون اساسی) عنوان کند.

### ۱-۳ حمایت کیفری از ارزشهای اساسی جامعه

علی الاصول جرم انگاری رفتارها در قوانین کیفری يك جامعه مبین ارزشهای اساسی آن جامعه است؛ دولت هادر جرم انگاری ه، رفتارهایی را مد نظر قرار می دهند که نقض آن ها را جز یا پاسخ کیفری حاکمیت، تحمل نمی کنند، هر چند در دو دهه اخیر پاسخ کیفری به برخی رفتارهای مجرمانه به سوی عدالت ترمیمی سوق داده شده است. قانون مجازات هر کشور در واقع محل تبلور باورها و ارزشهای اساسی هر جامعه است که حمایت از آن به حقوق کیفری واگذار شده است؛ از این رو با مطالعه قانون مجازات يك کشور می توان به نوع و ماهیت سیاسی اجتماعی آن جامعه پی برد؛ به همین ترتیب مجموعه قوانین و مقررات کیفری يك کشور، اجازه می دهد تا میزان پایبندی آن کشور نسبت به حقوق و آزادی های شهروندان و به صورت کلی میزان احترام به کرامت انسانی در آن کشور، سنجیده شود.<sup>۶</sup>

از جمله براهینی که جرم انگاری استفاده از تجهیزات دریافت برنامه از ماهواره و دیگر رفتارهای مرتبط با آن را در ایران موجب شده است و می توان آن را دگرترین مستتر این مهم قلمداد نمود و همچنین در پاسخ به استدلال مخالفان جرم انگاری داور برنامه ممکن بودن چنین ممنوعیتی، ابراز شده این بوده است که چنین استدلالی از سوی مخالفان جرم انگاری متکی بر نوعی پیش فرض است که عمل قانونگذاری را صرفاً با هدف تولید هنجارهای حقوقی قاطع و عملی در نظر می گیرند؛ در حالی که در جرم شناسی، يك اقدام حقوقی در ارتباط با کل ساختار اجتماعی قرار می گیرد و با بررسی ابعاد ساختارهای کلان تر و شخصیت های فردی، گاه ممکن است به ضرورت جرم انگاری رفتاری رای داد که از نظر صرفاً حقوقی هیچ توجهی برای آن وجود نداشته باشد. وانگهی در جامعه ای مثل جامعه ایران که غالباً رفتارهای حکومت (به مثابه حکومت اسلامی) به عنوان نسخه های عملی نظام اخلاقی اسلام تلقی می شود و بسیار پیش می آید که عملکرد سازمان های تابعه این حکومت به عنوان حجت برای مشروع بودن برخی اعمال اقامه می گردد، نفس مخالفت این حکومت با چنین ادواتی (صرف نظر از این که مخالف به نحو قهر آمیز و کیفری قابل اعمال باشد یا خیر) در نزد بسیاری از کنشگران به عنوان نسخه های عملی نظام اخلاقی اسلام تلقی می گردد. به عبارت دیگر از آنجا که قانون کیفری مبین حمایت از ارزش های اساسی يك جامعه است، نقض تحریم قانون باعث می شود، حدود و ثغور نظام هنجاری عمومی جامعه، به کنشگران داخلی و در عرصه بین المللی شناسانده شود و همگان با این حدود آشنا گردند ولو آنکه در عمل اجرای قانون کیفری مذکور با مشکلات همراه بوده یا ناممکن باشد. بر این اساس نگرانی قانون گذاران این که عدم جرم انگاری چنین رفتاری ممکن است به مباح بودن آن در نظر اقشار مختلف مردم در داخل و نیز در روابط بین المللی تعبیر شود از جمع دلایل جرم انگاری قلمداد می شود.

### ۱-۴ زیان به منافع سیاسی

اگر نگوییم در زمان تصویب قانون ممنوعیت تجهیزات دریافت برنامه از ماهواره، زیان به منافع سیاسی کشور، در جرم انگاری استفاده از ماهواره و دیگر رفتارهای قانون مذکور، مورد توجه جدی بوده است، لاقلاً تردید وجود ندارد در مقطعی که اقداماتی در جهت لغو ممنوعیت مطلق از سوی پارلمان برداشته شده است، توجه به لطمات سیاسی جزء عواملی بوده است که چنین اقداماتی را عقیم گذارده است (اصل نهم قانون اساسی).

در نظر موافقان جرم انگاری رفتارهای ممنوعه قانون مذکور، عمده ترین شکل تحمیل زیان به منافع سیاسی يك کشور از سوی کشوری دیگر، به وسیله تبلیغات رادیویی و تلویزیونی فرامرزی صورت می گیرد. القای تردید در ارکان

۶- جورج یو، فلچر، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ص ۱۶.

۷- تاملانی در جامعه شناسی حقوقی و امنیت اخلاقی، «نوم افزار نملیه، مرکز پژوهشهای آستان قدس رضوی».



نظام سیاسی یک کشور، غیر دموکراتیک جلوه دادن آن نظام، تحریک به جنگ و شورش داخلی، تزییق احساس ناامنی و ناامیدی، همگی می‌تواند زیانهای انسانی را به منافع سیاسی کشور گیرنده برنامه‌ها وارد می‌کند. همچنین سوابق موجود در حقوق بین‌الملل و میزان حساسیت جامعه بین‌المللی به این مهم، دلیلی بر وجود زیان سیاسی برنامه‌های پخش مستقیم برای کشور قلمداد می‌شود؛ نخستین سند موجود در حقوق بین‌المللی در این خصوص، کنواسیون بین‌المللی راجع به استفاده از پخش امواج رادیویی است، که جامعه جهانی در سال ۱۹۳۶ با این توجیه که صلح جهانی به مخاطره می‌افتد با انجام تبلیغات از طریق امواج رادیویی از سوی کشوری علیه کشور دیگر مخالفت کرده است.<sup>۸</sup> همچنین در این خصوص گفته شده است.<sup>۹</sup> شبکه‌های ماهواره‌ای قدرتمند در کشورهای توسعه یافته می‌توانند جزیی از امکان پرتوافکنی رسانه‌ای خود را در اختیار اشخاص، سازمان‌ها یا تشکیلاتی بگذارند که قصد دارد با حکومت یک کشور دست به مقابله تبلیغاتی بزنند و یا توجه به کارکردهای برنامه‌های ماهواره‌ای پخش مستقیم از نظر سرعت، اطمینان، پخش برنامه به زبان سرزمینی و... در نظر مردم آن کشور بسیار خودمانی‌تر و پذیرفته‌تر است و می‌تواند زمینه‌های وارد کردن ضربه به منافع سیاسی یک کشور را در سطح کلان یا خرد فراهم کند؛ بر این اساس نگرانی‌های سیاسی قانونگذاران می‌تواند از جمله دلایل جرم‌انگاری استفاده از ماهواره قلمداد کرد، مخصوصاً در مورد کشور ایران که اپوزوسیون نظام، شبکه‌های ماهواره‌ای قابل توجهی را اداره می‌کنند.

مبحثی که گذشت، با توجه به مشروح مذاکرات مجلس، اصول قانون اساسی و نظریات در باب جرم‌انگاری، مهمترین عوامل و میانی جرم‌انگاری استفاده از ماهواره و نگرانی‌هایی که قانونگذاران به سمت جرم‌انگاری آن سوق داده است بررسی شد؛ با این وجود برخی لطمه به منافع اقتصادی و تجاری را جزء علل ممنوعیت استفاده از ماهواره قلمداد کرده‌اند ولی از مجموع مباحث و مذاکرات نمایندگان در مجلس، چه در زمان تصویب قانون ممنوعیت به کارگیری تجهیزات دریافت از برنامه و چه در مقطعی که پارلمان اقداماتی را در جهت تغییر ممنوعیت مطلق پیش برد، ولی به سرانجام نرسیده است، در هیچ‌کدام لطمات اقتصادی احتمالی، تصویب یا ادامه ممنوعیت و جرم‌انگاری را به همراه نداشته است.

## ۲- نقد قانونگذاری

نوع نگرش و چگونگی برناشت مردم از جرم ناشی تجربیات شخصی آنان و یا اطلاعاتی است که از طریق ارتباط با اعضای خانواده، دوستان، همکاران و افراد محله خود به دست می‌آورند. بخشی از باورهای مردم نیز تحت تاثیر منابع رسانه‌ای مانند رادیو، تلویزیون، روزنامه‌ها و نشریات و منابع اینترنتی شکل می‌گیرد؛ از دیدگاه برخی کارشناسان<sup>۱۰</sup> رسانه‌ها گاهی با انتخاب و گزینش اخبار خاص و ارائه تصویر غرق آمیز از پیامدهای اجتماعی، مسیر جرم‌انگاری را هموار می‌کنند.

توجه به کنشگران رسمی (مسئولین) و غیررسمی (رسانه‌ها) در جامعه ایران مقارن با تصویب قانون ممنوعیت تجهیزات دریافت از ماهواره نیز نشان می‌دهد رفتارهای در ارتباط با این تجهیزات، ابتدا در رسانه‌ها و از طریق پخش گزارش‌های خبری، تیتراژ روزنامه‌ها و پردازش اخبار و رویدادهای اجتماعی، جرم‌انگاری شده و مرتکبان آن متحرف و مجرم خوانده می‌شده‌اند و چنین گزارش‌هایی نقش موثری در جلب توجه پلیس و مقامات سینسی و قضایی نسبت به این موضوع و نوعی جرم‌انگاری رسانه‌ای و خیابانی در این زمینه دارد؛ از این رو رسانه‌های دولتی و رسمی نقش مهمی را در جرم‌انگاری رسانه‌ای و جلب حمایت افکار عمومی برای توسل رویکرد سرکوبگرانه (کیفری) ایفا می‌کنند؛ در این فرایند گاهی رهبران مذهبی، برخی رسانه‌ها و کارکنان نهاد عدالت کیفری، تصویری نگران‌کننده و

۸- دکتر غلامرضا رفیعی؛ «زیانهای ناشی از پخش مستقیم فراسرزی برنامه‌های رادیویی - تلویزیونی و مسئولیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل»، ص ۹۱.

۹- علی اکبر قاضی راد؛ «تاملی در رسانه فراگیر ماهواره هجوم اطلاعات بی‌اعتنا به مرزها»، صص ۹۶، ۹۵.

۱۰- دکتر محمد فرجیچا؛ «بازتاب رسانه‌ای جرم»، ۱۳۸۵.

فساد آمیز از تولیدات و برنامه های رادیو تلویزیونی ماهواره ای ارائه می کنند. چنین فرایندی به معنای آن است که جرم انگاری به عنوان یک فرآیند پیچیده، ابتداء در حوزه بازنمایی رسانه ای و نه در رویه های پلیسی و سیاسی و قضایی اتفاق می افتد.

در چنین فضایی بود که قانون مذکور به سرعت در ۲۲ بهمن ۱۳۷۲ تصویب و پس از تأیید شورای محترم نگهبان، پس نامه اجرائی آن در ۲۱ خرداد ۱۳۷۴ به تصویب هیأت وزیران رسیده است، جلب آن که قانونگذار با توجه به وجود گزینگی های مجازات حبس و شلاق، مجازات نرم جزای نقدی را برگزیده، که حکایتگر نوجبه قابوگذار به گستره مرتکبان اجتماعی و نوع آنها که می تواند از طبقه اجتماعی بالا باشند است؛ قانون مذکور که بنا بر نظر موافقان و مخالفان به عنوان راهکاری موقتی اندیشیده شده بود، اکنون بیش از ۱۴ سال است که لازم الاجراست<sup>۱۱</sup> و هر گونه طرحهای مجالس ششم و هفتم تاکنون نافرجام مانده است؛ علی رغم آنکه نقص قانون مذکور بر همگان آشکار شده است، با این وجود گزارش مرکز پژوهشهای مجلس<sup>۱۲</sup>، از جمله ایرادات به قانون فعلی را بدین شرح بر شمرده است: روشن نبودن شمول یا عدم شمول تجهیزات ماهواره ای اینترنتی در قانون فعلی، اشکال در اجرائی قانون به جهت قاچاق تجهیزات ماهواره ای، هزینه اندک تولید و خرید ماهواره در داخل کشور، کاهش کارکردهای مثبت ماهواره از طریق ممنوعیت مطلق استفاده از ماهواره به ویژه برای افراد حقیقی دارای صلاحیت علمی و فرهنگی، ضربه جدی به روح قانون کرایسی و رابطه افراد با حاکمیت به جهت عدم رعایت قانون توسط حدود ۳۰ درصد مردم<sup>۱۳</sup>؛ مضافاً تعیین جزای نقدی ثابت (و نه نسبی) از تغییرات قانون کاسته است؛ تمام این مسائل مشخص می سازد تجهیزات دریافت برنامه های رادیو تلویزیونی ماهواره ای نیازمند یک قانون در زمدت و پایدار است. در ادامه این مبحث به نقد مبنای جرم انگاری و تطبیق جرایم تجهیزات دریافت از ماهواره با معیارهای جرم انگاری پرداخته می شود.

#### ۲-۱ نقد مبنای جرم انگاری

در مبحث قبیل موضوع جرایم جرم انگاری جرایم تجهیزات دریافت از ماهواره توضیح داده شد؛ با نظریه مدلهای مختلف رویکرد به عرصه فرهنگ و این که اتخاذ موضع نسبت به این جرایم به نوعی به عرصه فرهنگ جامعه بر می گردد؛ به نظرمی رسد سیاست حاکم در این عرصه به سیاست پیشینه خواه (حداکثر) نزدیک باشد، هر چند نقد سیاستی جامع بعید نیست؛ با این حال در نقد مبنای جرم انگاری جرایم مذکور، مطالب زیر قابل ذکر است:

گفته شد در مبنای جرم انگاری، اصول مختلفی از قانون اساسی همچون اصول ۳، ۴، ۹، ۱۰، ۲۰ و ۲۰ مد نظر قانون گذار عادی قرار داشته است؛ آشخورتأسی به این اصول، قلمداد نمودن جرم انگاری تجهیزات دریافت از ماهواره، مبتنی بر این پیش فرض است که این تجهیزات ذاتاً فساد آور است و کارکردهای قابل اقبال مثبت در مقابل کارکردهای حداکثری سراسر منفی؛ به چشم نمی آید؛ و بر این اساس نیز این تجهیزات باید، حرام و موجب مفسده تلقی شده است؛ غافل از آنکه جرم زدایی از داشتن دستگاه ویدئو نیز بر مبنای استثنائاتی در خصوص عدم حرمت خرید، فروش و استفاده از وسایل چند منظوره انجام شده است؛ درست است دستگاه ویدئو خود به بازپخش برنامه های تلویزیونی نمی پردازد و از این جهت با تجهیزات دریافت از ماهواره متفاوت است، اما با توجه به مبنایی که در خصوص خرید و فروش و استفاده از وسایل و دستگاه های چند منظوره وجود دارد<sup>۱۴</sup>، شرعاً مشکلی در جهت مباح نمودن این تجهیزات وجود نداشته، مخالفتی با اصل چهارم قانون اساسی نیز به نظر نمی رسد.

بند اول اصل سوم قانون اساسی دارای دو قسمت ایجابی و سلبی است؛ در قسمت اول با بیان «ایجاد محیط مساعد برای رشد فضائل اخلاقی» اقدامات سلبی (همچون جرم انگاری) را شامل نمی شود و عمدتاً اقدامات فرهنگی و زیرساختی مورد نظر است، قسمت دوم با بیان «مبارزه با کلیه مظاهر فساد و تباهی» خواستار مبارزه علیه کلیه مظاهر فساد و تباهی به عنوان وظیفه دولت شده است که یکی از مصادیق بارز مبارزه

۱۱- در سایت مجلس (سامانه قوانین) بر روی نسخه قانون مذکور عبارت «این مصوبه منسوخ شده است» درج شده است که با توجه به بعید بودن چنین آشنیاهی آن همه در مابیت رسمی مجلس شورای اسلامی، به نظرمی رسد چنین عبارتی با توجه به توقف عملی گاه گاه قانون مذکور، جهت استفاده کاربران خارجی درج شده باشد.

۱۲- مجتبی جاویدی، «سیاست جنایی ج.ا.ا. در استفاده از تجهیزات دریافت از ماهواره»، ص ۲۰۹.

۱۳- روزنامه خراسان، ۱۳۸۷/۷/۲۵.

۱۴- بنا بر استفتاء بسیاری از مراجع نظام، این تجهیزات، حکم آلات مشرکه را دارد.

جرم انگاری است؛ مظاهر<sup>۱۱</sup> جمع مظهر به معنای محل آشکار شدن است و در عرف حقوقی، علنی (آشکار شدن) هم گفته می‌شود؛ لذا مظاهر فساد و تباهی، به معنای فساد و تباهی علنی است و چنین فسادی مستلزم جرم انگاری به عنوان یکی از اشکال مبارزه است، در حالی که استفاده از برنامه های ماهواره ای در منازل افراد جزء حريم خصوصی ایشان بوده و ملا عام محسوب نمی‌شود تا مبارزه را بطلد. مضافاً مقصود از بند اول اصل سوم قانون اساسی، وجود سابقه مظاهر فساد و تباهی در نظام سیاسی قبل از انقلاب بوده است و نه تجهیزات دریافت از ماهواره که در منازل مردم است.

توجه قانونگذار به اصل ۹ قانون اساسی دایره‌ای که هیچ مقامی حق ندارد به نام استفاده از آزادی به استقلال سیاسی، فرهنگی و... خدشه ای وارد کند در این خصوص جالب است، زیرا قطع نظر از آنکه تلقی تجهیزات دریافت از ماهواره به عنوان صدمه سیاسی و فرهنگی و نیز توجه به اصول ۱۰ و ۲۰ قانون اساسی مبتنی بر همان پیش فرض «ذاتاً پلید دانستن» این تجهیزات است، اساساً رفتار مورد نظر اصل ۹ قانون اساسی مستلزم فعل است و نه ترک فعل؛ بنابراین عدم تصویب قانون ممنوعیت، نمی‌توانست قانونگذار عادی را در معرض اتهام صدمه به استقلال سیاسی و فرهنگی قرار دهد؛ همچنین است اسناد شورای محترم نگهبان به بند ۵ اصل سوم قانون اساسی دایره «طرد کامل استعمار و جلوگیری از نفوذ اجانب»؛ در خصوص احتمال صدمه سیاسی، این نکته قابل ذکر است که وجود شبکه های خبری و تحلیلی مخالف نظام سیاسی کشور نه تنها نمی‌تواند تهدیدی تلقی شود؛ بلکه در دنیای مدرن به عنوان یکی از مظاهر دموکراسی تلقی می‌شود. لذا نگرانی های ناپجا سبب محرومیت نظام سیاسی از این امتیاز در عرصه بین المللی می‌گردد. در خصوص صدمه فرهنگی یا عبارت معمول «تهاجم فرهنگی» نیز قابل توجه است با وجود امکان استفاده ساکنان مرزهای کشور از شبکه های مغایر اخلاق کشور های همسایه، این شهرها هیچ گاه دچار اضمحلال فرهنگی نشده اند.

در خصوص تلقی قانون کیفری به عنوان پاسخی به ارزشهای اساسی جامعه نیز با توجه به آن چه در گفتار بعد در تطبیق رفتارهای مورد نظر با معیار قبلتر پتنگ گفته خواهد شد، توجه به استفاده انبوه مردم و اینکه چنین تجهیزاتی ذاتاً پلید نیستند، به نظر می‌رسد زمان آن فرا رسیده است تا جرم انگاری از نظام سیاسی و قضایی ایران مصادف با هر عمل حرام و بالعکس نباشد؛ وقت آن است که سکوت قانون گذار در قبال یک پدیده به معنای اباحه آن پدیده تلقی نشود؛ هم چنان که در ماده ۶۴۰ قانون مجازات اسلامی و استنباط هیأت عمومی دیوان عالی کشور از آن در رای وحدت رویه شماره ۶۴۵ / ۹ / ۲۳ / ۷۸ آمده است؛ نگهداری هر آنچه که عفت و اخلاق عمومی را جریحه دار می‌کند در صورتی که معد برای تجارت نباشد علی رغم حرمت شرعی فاقد جنبه جزایی است.

#### ۲-۲ تطبیق جرایم تجهیزات ماهواره ای با معیارهای جرم انگاری

سؤال مهم در جرم انگاری آن است که معیار جرم انگاری چیست؟<sup>۱۲</sup> بدون شک در قانون گذاری مدرن هر رفتاری قابلیت جرم نگاری را ندارد، بلکه صرفاً رفتارهایی دارای چنان قابلیتی خواهد بود که ملاک و معیارهای مورد نظر را داشته باشند؛ البته در این که ملاک جرم انگاری چیست اتفاق نظر وجود ندارد؛ اما این به معنای فقدان عقیده جرم شناسان بر لزوم جرم انگاری رفتارهای خاص نیست؛ در این خصوص ملاکهای اولیه و قدیمی تر وجود داشته است از جمله آقای گاروفالو با تقسیم جرایم به طبیعی و مصنوعی، معیار در جرایم طبیعی را وجدان عمومی و در جرایم مصنوعی نظم جامعه دانسته است؛ آقای دورکیم نیز معیار جرم انگاری را، تحت تأثیر قوی قراردادن وجدان جمعی کل جامعه (و نه وجدان افراد) می‌داند؛ در نظریات جدید معیارهایی چون ضرورت، عدالت، عدالت دموکراتیک، توازن، دلایل و یا لاش مطرح شده است:

طرفداران معیار ضرورت، با استناد به ماده ۸ اعلامیه حقوق بشر که مقرر داشته است قانون جزا کیفرهایی که مسلماً و بی‌کم و کاست ضروری است مقرر نمی‌دارد، گفته اند قانون گذار جز کیفرهای ضروری، حق جرم تراشی ندارد؛ ضرورت را نیز سبب زبان دیگری بودن تعریف کرده اند و در همین راستا فی المثل در کانادا جرایم بدون قربانی (مانند جرم همجنس بازی) حذف شده است.

۱۵ - حسن حمید: «فرهنگ فارسی عمید»، صص ۹۶۸ و ۷۳۴.

۱۶ - دکتر عباس شیخ الاسلامی: «جزوه درسی جرم شناسی کارشناسی ارشد».

طرفداران معیار عدالت گفته اند معیار جرم انگاری عدالت اخلاقی است و دلایل خود را حمایت از ارزشها و لزوم عذاب و وجدان مجرم از انجام عمل ممنوعه اعلام کرده اند؛ کمک نکردن به افراد در معرض خطر و نیز ترک انفاق تحت تأثیر این تفکر در فرانسه جرم انگاری شده است.

مدافعان معیار عدالت دموکراتیک معتقدند ابتدا در خصوص عمق افکار اجتماعی و تغییرات آن، تحقیق، سپس با توجه به مقبولیت عام جرم انگاری شود. خواستاران معیار توازن دلایل معتقدند دلایل جرم انگاری و جرم زدایی به صورت مستقل همچون دو کفه ترازو بررسی شود و در این خصوص قابلیت یا عدم قابلیت جرم انگاری و هزینه های مادی و معنوی آن و مقبولیت جامعه مدنظر قرار گیرد.

جانبداران معیار پالایش (فیلترینگ) معتقدند رفتارهایی را باید جرم انگاری کرد که از سه فیلتر با موفقیت عبور کرده باشند:

۱- **صافی اصول:** هر جامعه ای یک سری منابع اخلاقی دارد که متأثر از اخلاق دینی یا تاریخی است. رفتاری باید جرم باشد که ذاتاً پایید بوده وجدان جامعه را آزرده کند، به عبارتی تک تک افراد جامعه بدانند چنین رفتاری بد است. عملی جرم انگاری شود که در تقابل با اصول اخلاقی (دینی یا تاریخی) جامعه باشد؛ در جوامع مختلف، این صافی اصول با هم متفاوتند. این صافی را می توان با این پرسش مطرح کرد: آیا رفتار مورد نظر برای جرم انگاری به درجه ای از مشکل آفرینی رسیده است که مستلزم پاسخ باشد؟

۲- **صافی فروض:** در این صافی سؤال اساسی این است آیا با راههای غیر کیفری نمی شود به رفتار مورد نظر پاسخ داد؟ هیچ کس برای شکستن فندق از پتک استفاده نمی کند؛<sup>۱۷</sup> گاهی اوقات با مسائل غیر کیفری می شود مشکل را حل کرد.

۳- **صافی عملگرایی (واقع بینی):** سؤال آن است آیا با فرض جرم انگاری امکان عملی مقابله با این رفتارها وجود دارد؟ آیا جرم انگاری رفتار مورد نظر، سبب پاک شدن صورت قضیه نمی شود؟ با نظر به نظریات فوق، معیار پالایش، بهترین گزینه عملی جهت تشخیص لزوم جرم انگاری رفتارهای مورد نظر به نظر می رسد. اکنون به بررسی و تطبیق رفتارهای جرم انگاری شده در قانون ممنوعیت تجهیزات دریافت از ماهواره، با معیار پالایش پرداخته می شود. همان طور که قبلاً گفته شد تمام رفتارهای جرم انگاری شده در قانون مذکور را می توان تحت عنوان «جرائم تجهیزات دریافت از ماهواره» نام گذاری نمود؛ رفتارهای ورود، تولید، توزیع، استفاده، حمل، نگهداری، نصب و تعمیر تجهیزات دریافت از ماهواره را، از این جهت که همگی در ارتباط موضوعی مشترک بنام تجهیزات دریافت از ماهواره هستند می توان در یک سنخ قلمداد نمود؛ از این رو از نقطه نظر تطبیق با معیار جرم انگاری نیز تحت عنوان «جرائم تجهیزات دریافت از ماهواره» بررسی می شود.

۱- در خصوص صافی اصول نسبت به جرائم تجهیزات دریافت از ماهواره این سؤال مطرح است آیا این رفتارهای جرم انگاری شده ذاتاً پایید هستند؟ آیا رفتارهای مذکور در تقابل جدی با اصول اخلاق دینی یا تاریخی جامعه ایران است؟ در پاسخ به این سؤال می توان گفت که مشروح مذاکرات مجلس نشان می دهد که نه تنها مخالفان تصویب، بلکه موافقان نیز بر امکان استفاده صحیح از برنامه های تلویزیونی ماهواره ای تأکید کرده اند؛ ضمن آنکه بسیاری از مقامات سیاسی و پلیسی نیز کارکردهای مفید ماهواره ای را مدنظر قرار داده اند، هر چه مدعی شده اند یا توجه به کارکردهای منفی و عدم امکان کنترل، چاره ای جز محرومیت از کارکرد های مثبت نیست؛ در سطح جامعه نیز این سؤال مطرح است آیا تک تک افراد جامعه اعتقاد بر پایید بودن این رفتارها دارند؟ آمار ۳۰ درصدی استفاده کنندگان از ماهواره به نقل از رئیس صدا و سیما<sup>۱۸</sup> پاسخ روشنی به این سؤال است. البته به نظر می رسد رفتارهای جرم انگاری شده در تضاد یا مبانی اخلاقی نیستند تا مستلزم جرم انگاری باشند.

۲- در صافی فروض این مسأله بررسی می شود به فرض عبور از صافی اصول، آیا با راه های غیر کیفری

17 - One does not use a sledgehammer to crack a nut.

Reference: » Understanding criminal law. C.M.V.Clarkson. Fontana press London. 1987 p167 «

نمی شود به رفتارهای مورد نظر پاسخ داد؛ بر اساس معیار اصالت صدمه که در این صافی مطرح می شود، ابزارهای کیفری باید صرفاً در مورد رفتارهایی که متضمن صدمه یا تهدید به جامعه است به کار گرفته شود؛ غیر اخلاقی بودن یک رفتار، شرط لازم برای جرم انگاری یک رفتار است اما شرط کافی نیست؛ نکته قابل توجه آنکه، هر چند مجازات جریمه نقدی مجازاتی کیفری محسوب می شود، با این وجود قانون گذار با برقراری چنین مجازاتی ضمن آنکه به زعم خود، نرم ترین پاسخ ممکن را داده است، خواسته است تا حدودی خود را به مجازات های غیر کیفری نزدیک نماید؛ سؤال آن است آیا به فرض لزوم پاسخ، نمی توان از پاسخ اداری یا انضباطی استفاده کرد؟

به نظر می رسد رفتارهای مورد نظر قابل رسیدگی از طریق اداری و انضباطی و... باشد، زیرا عمده دلایل موافقان جرم انگاری تخریب و هجمه به فرهنگ جامعه عنوان شده است و فرهنگ جامعه و فرآیند اجتماعی شدن افراد در چرخه ای از نهاد های اجتماعی همچون خانواده، مدرسه، کانون های مذهبی، گروه های همسالان و غیره شکل می گیرد، بر این اساس واکنش اداری، انضباطی و کلاً غیر کیفری و عنداللزوم غیر دولتی، نتیجه بهتری را به دنبال خواهد داشت؛ بنابراین رویکرد کیفری به رفتارهای جرم انگارانه از صافی فروع نیز عبور نمی کند.

۳- سؤال اساسی در صافی عمل گرای آن است که آیا با فرض جرم انگارانه به لحاظ عملی امکان مقابله وجود دارد؟ پاسخ آنکه با توجه به وجود بیش از دو میلیون رسیور در سطح ۱۹ کشور و استفاده ۳۰ درصدی مردم که مبین استفاده فراگیر از برنامه های ماهواره ای است و با توجه به اینکه مقابله با این جرایم به منزله ورود به حریم خصوصی فشر کثیری از مردم می باشد.

به نظر می رسد از لحاظ عملی امکان مقابله با این رفتارها وجود نداشته باشد.

۴- با توجه به معیار پالایش کاملاً روشن است جرایم تجهیزات دریافت از ماهواره مستلزم جرم انگاری نبوده و از نظر علمی شایسته جرم زدایی است.

#### منابع

- ۱ گروه مطالعات حقوقی سازمان صدا و سیما؛ «چالش های حقوقی بخش مستقیم برنامه های ماهواره ای».
- ۲ دکتر غلامرضا رفیعی؛ «زینهای ناشی از بخش مستقیم فرسوزی برنامه های رادیویی تلویزیونی و مسئولیت دولتها در حقوق بین الملل».
- ۳ جورج پی. فلچر؛ «مفاهیم بنیادین حقوق کیفری».
- ۴ حسن حمید؛ «فرهنگ فارسی عمید».
- ۵ حمزه زینالی و همکاران؛ «جرم زدایی در حوزه فرهنگ».
- ۶ ...؛ تأملاتی در جامعه شناسی حقوقی و منیت اخلاقی، نرم افزار نمایی، مرکز پژوهشهای آستان قدس رضوی.
- ۷ علی اکبر قاضی زاده؛ «تأملی در رسانه فراگیر ماهواره هجوم اطلاعات بی اعتنا به مرزها».
- ۸ دکتر محمد فرجیها؛ «بازتاب رسانه ای جرم»، ۱۳۸۵.
- ۹ مجتبی جاویدی؛ «سیاست جنایی ج.ا.ا در استفاده از تجهیزات دریافت از ماهواره».
- ۱۰ دکتر عباس شیخ الاسلامی؛ «جزوه درسی جرم شناسی کارشناسی ارشد».
- ۱۱ سایت مجلس شورای اسلامی به آدرس [www.majlis.ir](http://www.majlis.ir)
- ۱۲ روزنامه خراسان ۱۳۸۷/۲/۲۵.

#### Abstract:

How we use from direct satellite broadcast technology now is changed to the most important problem in our country. Unscientific and incomprehensive survey in most articles and statements necessitated the study of this subject. Legislator should be considered different cases such as duty government for creating necessary situation for development of human, cultural invasion, and criminal support from basic social values.

Accomplished surveys showed that approval prohibition law bases about application of satellite equipments is free from legal regulation and constitutional law, and doesn't conformed with scientific criminological norms. Also, cultural steps and serious competitive actions does not enforced and adopted in the interim of lawful prohibition policy. Therefore, we should take necessary action with whole perception from different identical conditions and realities of Iran society toward codifying full comprehensive policy.

In this study, we are attempted to represent examination of subject based on scientific legal principles and constitutional law in Iran and social realities of Iran.

## دادگاه صالح در رسیدگی به جرایم سایبر

مرضیه اسماعیلی فلاح ■

### چکیده

ویژگی‌های خاص محیط سایبر و استفاده‌های نادرست بی‌شمار از آن باعث پیش‌بینی تدابیری شده است که از جمله آن‌ها جرم‌انگاری عناوین مجرمانه از سوی کشورهای مختلف است. از سوی دیگر می‌دانیم که اعمال مجازات قانونی از طریق دادگاه‌های صالح میسر است و در این میان ویژگی‌های متمایز و منحصر به فرد فضای سایبر نسبت به دنیای فیزیکی باعث بروز آرای مختلفی در این باب شده است.

اکنون برای جامعه حقوقی این سؤال مطرح شده است که آیا اختیارات و مقررات موجود در آیین دادرسی کیفری برای انجام تحقیقات مقدماتی به نحو احسن و رسیدگی به پرونده‌های مربوطه کافی است؟

از طرفی با توجه به طبع فراملی بسیاری از جرایم سایبر، افراد و کشورهای درگیر قضیه افزایش یافته و همین موضوع موجب بروز تعارضات بین‌المللی چه از لحاظ دادگاه‌های صالح به رسیدگی و چه از نظر جمع‌آوری ادله گردیده است.

در این جستار برآنیم تا با نقد و بررسی دیدگاه‌های موجود، زمینه بحث و بررسی بیشتر را فراهم آوریم.

**واژگان کلیدی:** جرایم سایبر، قلمرو حاکمیتی، صلاحیت سرزمینی، صلاحیت تابعیتی، صلاحیت واقعی، صلاحیت جهانی.

### مقدمه:

در حال حاضر به دلیل گسترش تکنولوژی (IT - Information Technology) و اجزاء وابسته

به آن در اکثر کشورهای دنیا، مشکلات ناشی از جرایم کامپیوتری کم و بیش گریبان‌گیر تمامی کشورهای جهان شده است. در فضای سایبر، حد و مرز به معنای آنچه در دنیای فیزیکی ادراک می‌شود، وجود ندارد و اگر حد و مرزی برای فعالیت‌های سایبری ترسیم می‌شد، تا این حد امکان شکوفایی آن وجود نداشت، حتی فراتر از آن، برای این که هیچ مانعی بر سر راه توسعه و ارتقاء این فضای سایبری به وجود نیاید، ابداع کنندگان و هم‌چنین گردانندگان فعلی آن، اصول تحدیدناپذیر بودن آن را پذیرفته‌اند و در عمل نیز به اجرا می‌گذارند. از طرف دیگر سوء استفاده‌ها به اندازه نفوذ فضای سایبر در شئون خرد و کلان، گستردگی و تنوع دارند و بدتر آن که پیامدهای به وجود آمده، به مراتب از نظایر فیزیکی زیان‌بارتر و خطرناک‌تر هستند، این در حالی است که حاکمیت برای مبارزه با این هنجار شکنی‌ها در توسل به کیفر با محدودیت‌های بسیاری از جمله حدود و ثغور قلمرو حاکمیتی‌اش مواجه است. هم‌چنین اگر بخواهد به قواعد صلاحیت فراسرزمینی استناد کند نیز محرز است که آن‌ها در جایگاه استثنا قرار دارند و چندان ابتکار عملی ایجاد نمی‌کنند، مگر این که شرایط و اوضاع و احوال جدید، اسباب موجهه‌ای را فراهم آورد.

در این جستار ما تنها به ذکر کلیات و مبانی این حوزه پرداخته و در ابتدا توضیح مختصری راجع به جرایم رایانه‌ای و جرایم سایبر داده و پس از آن راجع به صلاحیت سرزمینی در فضای سایبر و اعمال قواعد صلاحیت فراسرزمینی بحث خواهیم کرد.

گفتنی است که در این مقال جرایمی مورد توجه قرار گرفته‌اند که عنصر مادی آن‌ها در این فضا تحقق یابد، لذا به طور کلی آن دسته از جرایمی که این فضا در حکم ابزار ارتكابی آن‌ها بوده، از حوزه بحث خارج خواهند بود.

## فصل اول: کلیات

### گفتار اول: جرایم رایانه‌ای، جرایم اینترنتی و جرایم سایبری

«جرایم رایانه‌ای در معنای عام درباره جرایم مرتبط با رایانه کاربرد دارد.» (خرم آبادی، ۱۳۸۴: ۵۵)

«جرایم اینترنتی که از آن به عنوان جرایم شبکه‌ای نیز یاد می‌شود، جرایمی هستند که در ارتباط با شبکه جهانی اینترنت و نه صرفاً رایانه به وقوع می‌پیوندند. با عنایت به مفهوم عامی که از جرم رایانه‌ای ارائه شده می‌توان جرایم اینترنتی را نوع خاصی از جرایم رایانه‌ای دانست.» (باستانی، ۱۳۸۳: ۱۶)

به عبارت دیگر رابطه جرایم رایانه‌ای و جرایم اینترنتی عموم و خصوص مطلق است. یعنی هر جرم اینترنتی، جرم رایانه‌ای تلقی می‌شود، اما هر جرم رایانه‌ای لزوماً جرم اینترنتی نیست. این امر در شرایط کنونی که لازمه دسترسی به اینترنت و ارتکاب جرم در آن استفاده از رایانه است، موضوعی پذیرفته شده است.

اینترنت در کنار کاربردهای فراوانی که دارد، دارای خصیصه ایجاد یک دنیای مجازی در کنار دنیای واقعی است و طبیعی است که یک سری جرایم نیز در این محیط رخ می‌دهند. بنابراین جرایم سایبری را می‌توان زیر مجموعه‌ای از جرایم اینترنتی و به تبع آن زیر مجموعه‌ای از جرایم رایانه‌ای قلمداد کرد. نسل سوم جرایم رایانه‌ای را به طور خاص، جرایم سایبر نامیده‌اند.

البته به سبب آن که در حال حاضر هم جرایم رایانه‌ای را جرایم سایبری تشکیل می‌دهند، می‌توان آن را معادل جرایم رایانه‌ای در مفهوم عام قلمداد کرد. آن چنان‌که کنونسیون اروپایی جرایم سایبر این نام را برای خود انتخاب کرده است.

«لازم به ذکر است که در جرایم محیط سایبر حتی قوانین موجود دولت‌های پیشگام در زمینه جرایم کامپیوتری (مثل کشورهای اروپایی و آمریکایی) نیز قواعد مناسبی را برای چنین تحقیقاتی امکان‌پذیر نمی‌سازد و دلیل آن گسترده بودن، جدید بودن و تخصصی بودن جرایم ارتكابی در محیط سایبر می‌باشد.» (باستانی، ۱۳۸۳: ۸۹)

با توجه به پیچیدگی و نوین بودن موضوعات متنازع فیه در فضای سایبر، قوانین و مقررات کشورها در این زمینه با خلأ مواجه بوده که با تلاش دانشمندان و متخصصان این رشته در حال تکوین می‌باشد.

### گفتار دوم: صلاحیت کیفری

صلاحیت کیفری عبارت از «شایستگی و اختیاری است که به موجب قانون برای مراجع جزایی، جهت رسیدگی به امور کیفری، تعیین شده است.» (آخوندی، ۱۳۸۰: ۲۳۹) در تعریف دیگر، صلاحیت به «توانایی و شایستگی قانونی و نیز تکلیف مرجع قضایی به رسیدگی به یک دعوی کیفری» اطلاق شده است. (آشوری، ۱۳۸۵: ۲۸)

صلاحیت در امور کیفری، ناظر به نظم عمومی و از زمره قواعد آمره است، هم چنین احراز صلاحیت، شرط اصلی برای ورود به تحقیقات است.

اقسام صلاحیت که در مورد یک جرم می‌تواند مطرح شود عبارتند از:

الف. صلاحیت‌های بیرون مرزی:

۱. صلاحیت جهانی

۲. صلاحیت واقعی

۳. صلاحیت سرزمینی

ب. صلاحیت‌های درون مرزی:

۱. صلاحیت ذاتی

۲. صلاحیت شخصی

۳. صلاحیت سحلی

۴. صلاحیت تکمیلی

«اما در رسیدگی به جرایم رایانه‌ای، قواعد سنتی صلاحیت، به طور اساسی دچار چالش شده‌اند. تا حدی که سازمان‌های بین‌المللی دست اندرکار جرایم رایانه‌ای مباحث مفصلی را به این امر اختصاص داده‌اند. به عنوان مثال سازمان OECD در سال ۱۹۸۷ گزارش مبسوطی در این زمینه ارائه نموده است.» (پاکزاد، ۱۳۸۴: ۸۴)

بند ۵ ماده ۶ کنوانسیون آنسیترال ۲۰۰۵ به این واقعیت که با انکاب به اینترنت نمی‌توان از مولعیت مکانی فردی که با اتصال به آن ارتباطی را برقرار نموده است، اطمینان حاصل کرد، اذعان نموده است: «صرف این واقعیت که یک طرف، از نام حوزه یا نشانی پست الکترونیکی مرتبط با کشوری خاص استفاده می‌کند، مبین این امره نیست که محل کسب و کار وی در آن کشور واقع است.» لذا به طریق اولی در موارد وقوع جرم در فضای مجازی شبکه اینترنت، تشخیص محل وقوع جرم بسیار مشکل و در مواردی ناممکن است. به ویژه که مجرم، اصل را بر اختفای مکان حضور واقعی خود گذارده و از همه راهکارهای فنی موجود در این زمینه بهره خواهد برد.

چالش بعدی در زمان وقوع تعارض مثبت صلاحیتی بین چند کشور آشکار می‌گردد، که در مورد جرایم رایانه‌ای امری غالب است. از آن جا که مجرمان رایانه‌ای ترجیح می‌دهند هر چه دورتر از محل ظهور نتیجه کار خود قرار داشته باشند، تا از خطر تعقیب مصون بمانند، لذا «در غالب موارد، جرایم رایانه‌ای موجب درگیر شدن بیش از یک کشور می‌شوند و بخشی از اعمال مجرمانه با استفاده از شبکه‌ها یا سیستم‌های رایانه‌ای چند کشور و در واقع در قلمرو حاکمیت آن‌ها به وقوع می‌پیوندد یا آثار یا نتایج آن در چند کشور آشکار می‌شود. در چنین شرایطی طبیعی است که همه آن کشورها بر مبنای این که یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم یا نتایج آن، در قلمرو حاکمیت شان به وقوع پیوسته است، خود را صالح بدانند.» (دولت‌شاهی، ۱۳۸۴: ۱۴۷ و ۱۵۳)



### گفتار سوم: روند تقنینی اصلاحی بین‌المللی در حوزه سایبر

از لحاظ گفتار بین‌المللی، روند قانونگذاری اصلاحی را در حوزه سایبر می‌توان در ۴ مرحله بیان داشت: «اولین موج تحول و اصلاح قوانین در دهه‌های ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ میلادی و در زمینه حمایت از حقوق فردی و اطلاعات خصوصی بوده است. پس از آن موج دوم اصلاحات با شروع دهه ۱۹۸۰ و اتخاذ تدابیری جهت جلوگیری از شکل خاص جرایم اقتصادی با کمک کامپیوترها پیدایش یافت. در طول دهه ۱۹۸۰ موج سوم اصلاحات قوانین در راستای حمایت از دارایی‌های غیرمادی در زمینه‌ی تکنولوژی کامپیوتر بود که با هدف ارتقای حمایت از مالکیت معنوی در تکنولوژی اطلاعاتی صورت گرفت. دهه ۱۹۹۰ همراه با شروع موج چهارم اصلاح قوانین در زمینه قوانین شکلی و آیین دادرسی بود.» (باستانی، ۱۳۸۲: ۷۵)

در رابطه با این که شاخص تعیین محل ارتکاب جرایم سایبری چیست، باید یادآور شد که به رغم لزوم تسریع تصمیم‌گیری و حل و فصل مسائل جهانی راجع به این حوزه، تاکنون هیچ اقدامی در عرصه بین‌المللی صورت نگرفته است. نمونه بازار آن کنوانسیون بوداپست جرایم سایبر ۲۰۰۱ می‌باشد که به واقع بی‌تأثیرترین ضوابط آن را مقررات راجع به صلاحیت کیفری به خود اختصاص داده است. کنوانسیون مزبور به عنوان جدیدترین سند بین‌المللی، از آن جا که نتوانسته است قاعده‌ای مورد پذیرش همه دولت‌ها وضع کند، در بند ۵ ماده ۲۲ خود چنین مقرر کرده که کشورهای مدعی صلاحیت جهت رسیدگی به جرایم مندرج در این کنوانسیون در صورت صلاحدید به شور نشسته و شایسته‌ترین عضو جهت تعقیب و پیگرد تعیین می‌شود.

گفتنی است که «در سطح ملی چنین پیشنهاد شده است که یک هیأت مرکزی در تهران برای تعیین صلاحیت رسیدگی به جرایم رایانه‌ای تشکیل شود، و در هر نقطه از کشور که شکایتی در خصوص جرایم رایانه‌ای مطرح شد به آن مرکز منعکس گردد، تا با لحاظ سایر گزارش‌های رسیده به آن مرکز، بهترین مرجع را در اسرع وقت به عنوان مرجع صالح معرفی و رسیدگی را به آن مرجع احاله دهد.» (دولت‌شاهی، ۱۳۸۴: ۱۵۷)

### فصل دوم: صلاحیت سرزمینی و سایر صلاحیت‌های برون مرز

#### گفتار اول: صلاحیت سرزمینی و فضای سایبر

اساسی‌ترین و قدیمی‌ترین قاعده‌ای که برای اعمال قوانین جزایی مورد استناد محاکم کیفری قرار می‌گیرد، صلاحیت سرزمینی است. به عقیده برخی صاحب نظران، مبتنی پذیرش این اصل آن است که «حاکمیت سرزمینی، بیشترین منفعت، مؤثرترین اسکانات و راحت‌ترین وضعیت را برای مقابله با جرایمی که در قلمرو سرزمینی ارتکاب می‌یابند فراهم می‌کند.» (August, ۲۰۰۰: ۵۳۶)

بر خلاف آن چه ظاهراً این اصطلاح میبین آن است، این عبارت تنها به خاک یک کشور اشاره ندارد و به تبع آن جو فوقانی و هم‌چنین بخشی از آب‌های مجاور خاک کشور که در معاهدات بین‌المللی حوزه آن مشخص شده نیز در این محدوده می‌گنجد. هر چند پرواضح است که این حوزه‌ها و فضاها فی‌نفسه نقشی ندارند و آنچه به آن‌ها هویت می‌بخشد، مصنوعاتی هستند که بشر با ابداع آن‌ها توانسته آن‌ها را به تسخیر خود درآورد. بر طبق اصل سرزمینی بودن، هر دولتی محقق است صلاحیت خود را برای تمامی اعمالی که در سرزمین آن دولت ارتکاب می‌یابد، اعمال کند. تفسیر و اجرای این حق، مسائل متنوعی را به دنبال دارد. مسأله مربوط می‌شود به این که جرم در کجا ارتکاب یافته است و عوامل فراسرزمینی چگونه باید مدنظر قرار گیرند.

«بسیاری از کشورها مکان ارتکاب را بر مبنای دکترین Ubiquity (حضور در هر جا) تعیین می‌کنند. طبق این دکترین، جرم اگر چه بخشی از آن در یک مکان ارتکاب یافته باشد، تماماً ارتکاب یافته در آن محل فرض می‌شود، بدین ترتیب طبیعی است چند دولت خود را صالح به رسیدگی بدانند.» (باستانی، ۱۳۸۳: ۹۴)

به کارگیری موسع دکترین Ubiquity به این نتیجه منجر می‌شود که جرم کامپیوتری جایی ارتکاب یافته که

یکی از عناصر آن رخ داده است، امروزه اگر چه این قاعده جهان شمول است و در اصل آن تردیدی وارد نشده، ولیکن مسائل مربوط به صلاحیت در فضای سایبر ابعاد تازه‌ای را در زمینه صلاحیت ایجاد کرده است. فضای سایبر به دلیل ماهیت خاص خود محدود به زمان و مکان ویژه‌ای نبوده، و تمام عملیات در فضای شبکه‌های بین‌المللی به صورت غیر ملموس و غیر فیزیکی انجام می‌گیرد. در فضای سایبر چند سرزمین در کسر نایب به طور هم‌زمان درگیر جرایم این محیط می‌شوند، لذا این اصل در حل مشکلات ناشی از جرایم فضای سایبر چاره‌ساز نمی‌باشد. چرا که به موجب تعدد صلاحیت (تعارض مثبت) که در نتیجه طبیعی این موقعیت حاصل می‌شود، هم‌زمان چند دولت که تبعات جرم در کشور آن‌ها واقع شده، صالح به رسیدگی بوده و مشکل تشدید می‌گردد. گفتنی است که در حقوق ایران مواد ۲ و ۴ قانون مجازات اسلامی اصل صلاحیت سرزمینی را تبیین نموده است.

### گفتار دوم: صلاحیت شخصی و فضای سایبر

اصل صلاحیت شخصی بر اساس تابعیت مجرم استوار است و به کارگیری آن عموماً به جرایم مهم محدود می‌شود تا از بروز صلاحیت‌های موازی جلوگیری گردد. هم‌چنین گاهی اوقات، قانونگذار کیفری تصمیم می‌گیرد، برای اجرای شایسته عدالت، حوزه صلاحیت تابعیتی را به بزه دیدگان نیز تسری دهد. اما از آن جا که این اقدام چندان با اقبال مواجه نشده است از آن به صلاحیت شخصی منفعل (Passive Nationality Jurisdiction) یاد می‌شود که در مقابل صلاحیت تابعیتی فعال (Active Nationality Jurisdiction) که نسبت به مرتکبان جرایم مصداق دارد، قرار می‌گیرد. هر چند در برخی جرایم که وجدان جامعه را تحریک می‌کند و جریحه‌دار می‌سازد به این دلیل که تعداد زیادی از شهروندان از جرم ارتكابی متضرر می‌شوند و در واقع یک مطالبه می‌باشد برای برخورد با مرتکب جرم شکل می‌گیرد، عمال این نوع صلاحیت نه تنها غیر منطقی و نامتعارف نخواهد بود، بلکه ضروری و اجتناب ناپذیر است. (Xingun, op.cit: ۱۷)

اما آن چه راجع به فضای سایبر در مورد صلاحیت تابعیتی به طور خاص جلوه‌گر شده است، مطرح ساختن آن به عنوان فضای چهارم بین‌المللی است. به طور کلی، مطابق نظریه فضاهای بین‌المللی (The Theory of International space)، تابعیت و نه قلمرو سرزمینی، مبنای صلاحیت در مفهوم عام (صلاحیت تقنینی، قضایی و اجرایی) در فضای ماورای جو (Outer Space)، قطب جنوب (Antarctica) و دریاهای بزرگ (High seas) است. (Menthe, op.cit: ۸۳)

اما در خصوص فضای سایبر، باید دید تا چه اندازه می‌توان از نظریه پردازی‌ها و رویه‌های حقوقی سه فضای فوق، یعنی فضای ماورای، قطب جنوب و دریاهای بزرگ بهره‌برداری کرد در واقع آن چه میان این سه فضا وجه اشتراک محسوب می‌شود، بین‌المللی بودنشان به مفهوم بدون حاکمیت بودنشان (Sovereignless) است. به همین دلیل است که می‌توان میان آن‌ها و فضای سایبر ارتباط برقرار کرد. (Ibid: ۸۵)

اما باید خاطر نشان کرد با این که به نظر صاحب نظران این چهار فضا در بی حاکمیت بودن وجه اشتراک دارند، اما راجع به نحوه راهبری ارکان سایبر بحث‌های جدی‌ای مطرح است که بی‌تدید با حوزه حاکمیت تداخل می‌یابد. از طرف دیگر الزام به ثبت تابعیتی تمامی فایده‌ها و پیام‌ها به موجب معاهدات بین‌المللی، شدنی نیست، چرا که در شبکه اینترنت، هویت مرتکب مخفی است و اصل عدم افشای هویت و تابعیت کاربران نیز در جامعه اطلاعاتی پذیرفته شده است، هر چند که بین ضرورت احترام به اراده کاربران اینترنت برای عدم افشای مشخصات و هویت آنان و ضرورت کمک به تسهیل کوشش مقامات عمومی برای اجرای قانون و تعقیب مسؤولان اعمال مجرمانه، بایستی تعادل برقرار گردد. از طرف دیگر به فرض دستیابی به مشخصات یک کاربر که در شبکه اینترنت ثبت شده است نیز این احتمال وجود دارد که مشخصات به صورت غیر واقعی ثبت شده باشد. (جاوید نیا، ۱۳۸۷: ۱۶۶)

تمامی این مسائل پیچیده باعث شده در این جا نیز نویسندگان کنوانسیون جرایم سایبر موضوع را کاملاً مسکوت بگذارند. لازم به ذکر است که در حقوق کیفری ایران مواد ۶ و ۷ قانون مجازات اسلامی صلاحیت

شخصی را تبیین نموده است.

### گفتار سوم: صلاحیت واقعی و حوزه سایر

اصل صلاحیت واقعی بر اساس حمایت از منافع حیاتی و ملی یک کشور استوار است و طبق این اصل یک کشور می‌تواند در مورد جرایم ارتكابی در خارج از کشور که امنیت ملی را به خطر می‌اندازند، صلاحیت خود را اعمال کند. در این موارد قربانی فعل مجرمانه، دولت یا حتی خود حاکمیت می‌باشد. در این جا هیچ وحدت ملاکی بین کشورها برای جرم انگاری وجود ندارد و هر کشور می‌تواند متناسب با سیاست‌ها و خط مشی‌های خود و کلاتی که دنبال می‌کند، گستره‌ای از اقدامات را مغبایر با امنیت و منافع ملی تلقی کند.

به لحاظ اهمیت این مسأله در قوانین کشورها، دیگر نه محل ارتكاب فعل و نه تابعیت مرتکب مورد توجه قرار گرفته است و هر کس در هر جای دنیا چنین اعمالی را مرتکب شود، تحت شمول قوانین جرایمی کشور بزه دیده قرار خواهد گرفت. (جلالی فراهانی، ۱۳۸۵: ۱۱۲) لذا نتیجه‌ای که می‌توان از این رویکرد حاکمیتی گرفت این است که در این جا بار اصلی بردوش قانونگذاران است و محاکم همانند دواصل سرزمینی و تابعیتی ملزم نیستند در اعمال آن، ضوابط قانونی و اجرایی بسیاری را مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار دهند. در این جا فقط باید به متن قانون عمل کرد، فارغ از این که چه شخصی و با چه هویتی و در چه محلی مرتکب چنین جرایمی شده است. (August, op.cit: ۵۴۲)

اما در خصوص فضای سایر باید دید آیا محملی برای اعمال این نوع صلاحیت وجود دارد. برای پاسخ به این سؤال، باید موضوعی را یافت که بتواند تحت شمول چنین حمایتی قرار گیرد. با توجه به این که تحقق دولت الکترونیکی از اولویت‌های اصلی کشورها در ورود به هزاره نوبین محسوب می‌شود، به نظر نمی‌رسد این سخن ناصحیح باشد که از این پس «تجلی امنیت و منافع ملی را باید در فضای سایر جستجو کرد. این فضا و به تبع آن هرآن چه در خود جای داده برای تمامی جهانیان دسترس پذیر است که این به معنای خطرپذیری حداکثری خواهد بود. اکنون با برداشته شدن تمامی موانع و محدودیت‌ها از یک سو و در دسترس بودن بهترین ابزارهای تعرض با کاربرد آسان از سوی دیگر و از همه مهم‌تر، دور بودن از مجریان قانون در این فضا بهترین شرایط برای ارتكاب جرم مهیا است.» (جلالی فراهانی، ۱۳۸۵: ۱۱۴)

### گفتار چهارم: صلاحیت جهانی

«اصل صلاحیت جهانی که بر اساس حمایت از ارزش‌های جهانی و به صورت موردی اعمال می‌گردد، ناظر به سواردی است که جرم مورد نظر خطرناک باشد و کشوری که جرم در صلاحیت آن واقع شده است قادر و یا مایل به تعقیب قانونی جرم نباشد. در حقوق سنتی، جرایمی که در محدوده‌ی صلاحیت جهانی واقع می‌شوند، غالباً جرایمی هستند که ماهیت و جنبه بین‌المللی دارند.» (باستانی، ۱۳۸۲: ۹۵)

«بحث تئوریک که از سوی محققان کانادایی و تا حدی اروپایی مطرح شده، این است که جرایم کامپیوتری، جرم بین‌المللی است و جرایم بین‌المللی موضوع صلاحیت جهانی است.» (باستانی، ۱۳۸۳: ۹۲) لیکن تاکنون این تئوری در اسناد بین‌المللی مطرح نگردیده است. «باید توجه داشت که صلاحیت جهانی در سواردی مطرح می‌شود که جرم انگاری از حوزه حاکمیت و قلمرو سرزمینی کشورها فراتر رفته و در واقع این مهم را حقوق بین‌المللی به عهده گرفته است. لذا پر واضح است که به موارد بسیار خاصی محدود می‌شود که اجماع جهانی در مورد آنها شکل گرفته است.» (جلالی فراهانی، ۱۳۸۵: ۱۱۴ و ۱۱۵)

جرایمی که جنبه بین‌المللی و فراملی دارند مثل برده فروشی، مواد مخدر، دزدی دریایی، تروریسم و ... اصولاً بحث صلاحیت جهانی در آن‌ها مطرح است اما در خصوص میزان کاربرد این اصل در رسیدگی به جرایم ارتكابی در فضای سایر، با وجود این که صراحتاً بر استثنای بودن آن تأکید و تصریح شده و می‌شود، اما به نظر می‌رسد زندگی اجتناب‌ناپذیر در این فضای مشترک و غالب بودن ماهیت بین‌المللی در این گونه جرایم و حفظ انسجام جامعه جهانی سایبری، اقتضا دارد که در سریع‌ترین و راحت‌ترین شکل تدابیر کیفری لازم اعمال گردد.

از یک سواصل صلاحیت جهانی، طبق اسناد بین‌المللی، فقط در مورد آن دسته از جرایم خطرناک

بین‌المللی قابل اعمال است، که کشور محل وقوع جرم نتواند یا نخواهد مجرم را مجازات کند، لذا در مورد جرایم رایانه‌ای که عموماً چنین وضعی را ندارند پذیرش آن مشکل است. «از سوی دیگر، هم اکنون اشتراک نظرهای بسیاری راجع به برخی مصادیق مجرمانه، نظیر هرزه نگاری کودکان، نشر ویروس (به ویژه از منظر تروریستی آن)، پول شویی الکترونیکی و ... به وجود آمده است که به تدریج پر نوع و میزان آن‌ها افزوده خواهد شد.» (جلالی فراهانی، ۱۳۸۵: ۱۱۶) به همین جهت در مقدمه کنوانسیون جرایم سایبر بر لزوم اتخاذ سیاست جنایی مشترک جهت مقابله با این حیف از جرایم تأکید شده است و در بند ۲۲ ماده ۲۲ آن نیز به صلاحیت جهت اشاره شده است:

ماده ۲۲: بندت: «در جایی که جرم مورد نظر مطابق قوانین جرایم قابل مجازات، شناخته شده و توسط تبعه کشور هم ارتکاب یافته باشد یا جرم ارتكابی از جمله جرایم واقع در صلاحیت جهانی حقوق جزا باشد ... (آن کشور صالح به رسیدگی خواهد بود).»

### گفتار پنجم: لزوم تعاون بین المللی

امروزه اعمال ضمانت اجراهای کیفری در فضای سایبر به یکی از معضلات جدی کشورها تبدیل شده است و قوانین اغلب کشورها این موارد را پیش بینی ننموده‌اند و در تدوین قوانین در مراحل مقدماتی می‌باشند. منشأ عدم شکل گیری اجماع جهانی در اعمال صلاحیت کیفری را می‌توان در صلاحیت تقنینی کیفری سایبری یا همان جرم انگاری در فضای سایبر دانست؛ کما این که ندوین کنندگان جرایم سایبر نیز نتوانستند بر آن فائق آیند و در نهایت ۹ عنوان مجرمانه که همگی به اتفاق از حق شرط برخوردار بودند، ارائه گردید که این خود ضرورت کار جمعی بیشتر را برای نزدیک تر کردن دیدگاه‌های ملی در شکل گیری یک سیاست جنایی مشترک سایبری نشان می‌دهد.

«از جمله مشکلاتی که امروزه برای اقدام به همکاری بین المللی در زمینه جرایم سایبری وجود دارد، عبارت است از:

۱. فقدان اتفاق نظر جهانی در مورد این که چه نوع رفتارهایی تشکیل دهنده جرایم سایبری هستند.
  ۲. فقدان هماهنگی لازم بین قواعد شکلی کشورها
  ۳. سطح نامتجانس کشورها از لحاظ پیشرفت رایانه‌ای و مسائل ناشی از آن.
- لذا ضرورت همکاری بین المللی در تدوین قوانین و معاهدات بین المللی برای برخورد با این نسل از جرایم رایانه‌ای به شدت توصیه گردیده است.» (باستانی، ۱۳۸۳: ۱۰۱ و ۱۰۲)

### نتیجه‌گیری:

«راه حل‌هایی که ناکتون توسط متخصصین اروپایی و آمریکایی در خصوص صلاحیت پیشنهاد شده، عبارتند از کاهش موارد تعدد صلاحیت، قبول صلاحیت سیستم قضایی کشور مبدأ، قبول صلاحیت اولین کشور درگیر و شروع کننده به رسیدگی و تطبیق جرایم سایبر با جرایم کلاسیک از لحاظ صلاحیت و گسترش کنوانسیون‌ها و موافقت‌نامه‌های بین المللی در این زمینه که مستلزم رویکرد مثبت دولت‌ها می‌باشد.» (باستانی، ۱۳۸۳: ۹۸)

از سوی دیگر در سطح جهانی اولاً بنا به پیشنهاد بند ۵ ماده ۲۲ کنوانسیون بودابست در خصوص کشورهای عضو، مشورت و اتخاذ تصمیم در خصوص صالح دانستن یکی از اعضا جهت رسیدگی به تمامی اتهامات وارده و شکایات واصله راهگشا خواهد بود و از سوی دیگر، بهترین و کارآمدترین راه حل، چه در خصوص کشورهای عضو کنوانسیون مزبور و چه در مورد کشورهای غیر عضو، همکاری‌های بین المللی و یا همان مبادعت قضایی بین المللی است که البته کنوانسیون نیز نظر به این که در قسمت صلاحیت نهایتاً راه حل روشنی ارائه ننموده، بلافاصله پس از مبحث مربوط به صلاحیت، ذیل فصل سوم، تحت عنوان همکاری‌های بین المللی از ماده ۲۳ تا ۳۵ طی ۱۳ ماده اصول همکاری‌های قضایی و پلیس بین المللی را تعیین نموده و حتی در ماده ۲۵، یک نقطه تماس بین المللی را که به طور ۲۴ ساعته و به صورت Online آماده دریافت، پیگیری و ارائه گزارشات

مربوط به همکاری کشورها در مبارزه با جرایم سایبری است، برای هر یک از اعضا پیش بینی نموده تا از این طریق با سریع ترین وسایل ارتباطی که به آن‌ها نیز تحت بند ۳ ماده ۲۵ قابلیت استناد بخشیده، بتوان به پیگیری و تعقیب و رسیدگی این جرایم اهتمام ورزید. کتوانسیون مربوطه حتی در رسیدگی های قضایی با یادآوری اصول مربوط به استرداد مجرمین (ماده ۲۴) سعی در تقویت مساعدت قضایی دولت‌ها نموده است.

و اما در سطح داخلی در خصوص تعارض صلاحیت در حوزه های قضایی داخلی، می توان با تأسیس یک هیأت و یا شعبه مرکزی، در خصوص رسیدگی به جرایم سایبر در کشور، که با توجه به قابلیت های تخصصی و امکانات مالی و تجهیزاتی، علی القاعده در تهران برپا خواهد شد، به تمامی مراجع قضایی سراسر کشور تکلیف نمود، تا در صورت دریافت هرگونه گزارش از مقامات ذی صلاح و یا وصول شکواییه و یا مشاهده هرگونه جرمی از جرایم محیط سایبر، بلافاصله شعبه مرکزی را در جریان امر قرار داده و منتظر تعیین تکلیف از سوی شعبه مرکزی بمانند. با این روش چنان چه بزه دیدگان متعددی در سراسر کشور اقدام به تقدیم شکواییه نموده و خواستار پیگیری قضیه شده باشند، تمامی این شکایات و اعلانات در شعبه مرکزی منعکس شده و این شعبه، یا در نظر گرفتن معیارهای اصولی هم چون تراکم بزه دیده در نقطه یا نقاط خاص، وجود اعلام احتمالی کشف ادله جرم در یک یا چند حوزه خاص، و یا دستیابی احتمالی هر یک از حوزه ها به اطلاعات مرتکب یا مرتکبین، یا ارجاع پرونده به حوزه ای که بیشترین پارامترها را در اختیار دارد و هم چنین تکلیف دیگر مراجع گزارش دهنده، به این که تمامی پرونده های مشکله و تحقیقات احتمالی انجام گرفته با نزد شعبه مرجوع الیه ارسال نمایند، گامی مؤثر در جهت تعیین مرجع صالح واحد، و جلوگیری از تراکم پرونده در حوزه های مختلف و اصلاح آرای متهاقت و متعارض خواهد بود.

بدیهی است نظریه سرعت خیره کننده مبادلات در محیط سایبر، و به تبع آن، سرعت ارتکاب جرایم سایبر و امکان فرار بسیار سریع مرتکب، از صحنه جرم (مجازی) و امکان اختفا و یا حتی امحاء آثار و دلایل جرم، این گونه اطلاع رسانی، و ارجاع واحد، بایستی با حداقل تلف زمانی صورت پذیرد که این سرعت عمل امری بایسته و تفکیک ناپذیر در پیشگیری و مبارزه با جرایم سایبر خواهد بود. (دولت‌شاهی، ۱۳۸۴: ۱۵۰)

### منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. آخوندی، محمد. (۱۳۸۰)، آیین دادرسی کیفری (جلد دوم)، تهران: نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ ششم.
۲. آشوری، محمد. (۱۳۸۵)، آیین دادرسی کیفری (جلد دوم)، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، چاپ هفتم.
۳. باستانی، برومند. (۱۳۸۲)، جرایم کامپیوتری و اینترنتی جلوه‌ای نوین از بزهکاری، تهران: نشر بهنامی، چاپ اول.
۴. جاویدنیا، جواد. (۱۳۸۲)، جرایم تجارت الکترونیکی، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول.

ب. مقالات

۱. پاکزاد، بتول. (۱۳۸۴)، اقدام‌های سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای در خصوص جرم‌های رایانه‌ای، مجموعه مقالات همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، تهران: نشر نسلیل، چاپ اول.
۲. جلالی فراهانی، امیر حسین. (۱۳۸۵)، صلاحیت کیفری در فضای سایبر، ماهنامه‌ی فقه و حقوق، سال سوم، شماره ۱۱، زمستان.
۳. خرم‌آبادی، عبدلصمد. (۱۳۸۲)، تاریخچه، تعریف و طبقه‌بندی جرم‌های رایانه‌ای، مجموعه مقاله‌های همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، تهران: نشر نسلیل، چاپ اول.
۴. دولت‌شاهی، شاه‌ور. (۱۳۸۴)، صلاحیت قضایی در محیط سایبر، مجموعه مقاله‌های همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، تهران: نشر نسلیل، چاپ اول.

### منابع لاتین

1. August, Ray. (2002), International Cyber Jurisdiction: A Comparativ Analysis, American Business Law Journal.
2. Xingan, Li. (2004), Theories and Practices of International Jurisdiction of Cyber Crime, LEX Publications.
3. Menthe, Darel C. (1998). Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Space, Michigan Telecommunication and Technology law Review, Vol. 4 : 69.

## مداخله وکیل در تحقیقات مقدماتی در حقوق کیفری ایران

مظفر کشکولی ■ رسول کشکولی ■ ■

### چکیده:

در نظام حقوقی ایران، مداخله وکیل در تحقیقات مقدماتی به لحاظ قانونی و رویه قضایی، با موانع متعددی روبرو است. به نظر می‌رسد که اساس تمامی این موانع، بر محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی و اعطای اختیار ممانعت از حضور وکیل در این مرحله به قاضی استوار باشد. در این مقاله تلاش شده است تا با بررسی دقیق و ریشه‌ای مبانی دخالت وکیل در تحقیقات مقدماتی، ضمن نقد رویه موجود در رابطه با این موضوع، راهکارهایی برای توجه بیشتر به حقوق اشخاص در این مرحله از دادرسی نیز ارائه گردد.

به نظر می‌رسد که مقررات کنونی آیین دادرسی کیفری در ایران، محدودیت غیر قابل توجیهی را برای مداخله وکلا و به خصوص وکیل متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی ایجاد نموده است و رویه قضایی در دادسراها نیز بر این محدودیت‌ها افزوده است به نحوی که وکیل متهم عملاً در مرحله تحقیقات مقدماتی دخالت داده نشده و از انجام اقدامات لازم برای دفاع مؤثر از موکل خود در این مرحله از دادرسی محروم است. با این حال، در چارچوب قوانین فعلی نیز راهکارهایی برای رفع این نقیصه و ایجاد امکان دفاع وکیل متهم از وی که از استانداردهای شناخته شده دادرسی عادلانه در سطح بین‌المللی نیز می‌باشد، وجود دارد که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته است.

لایحه پیشنهادی جدید آیین دادرسی کیفری بسیاری از نقایص موجود در قانون فعلی در رابطه با این موضوع را برطرف نموده است هرچند که در برخی موارد نیز مقررات این لایحه می‌تواند قابل انتقاد باشد. مواد مربوط به مداخله وکیل در تحقیقات مقدماتی در این لایحه نیز در این نوشتار مورد مطالعه و نقد قرار گرفته است.

**واژگان کلیدی:** استاندارد دادرسی، وکیل، مداخله، تحقیقات مقدماتی، اسناد بین‌المللی، متهم، حقوق بشر.

## مقدمه:

در این مقاله تلاش می‌شود تا با دقت در قوانین و مقررات ایران، وضعیت مداخله وکیل در تحقیقات مقدماتی در نظام حقوقی ایران شناخته شود. بدین منظور لازم است ابتدا حقوقی که توسط نظام کیفری ایران برای متهم در رابطه با استفاده از وکیل به رسمیت شناخته شده است مورد مطالعه قرار گیرد تا معلوم گردد مداخله وکیل در تحقیقات مقدماتی تا چه حد با حقوق متهم ارتباط دارد. در گام بعدی، میزان و حوزه مداخلات وکلای شاکی خصوصی و متهم در تحقیقات مقدماتی با نگاهی به لایحه جدید آیین دادرسی کیفری مورد بررسی قرار می‌گیرد.

در تمامی قسمت‌های این بخش، رویه عملی حاکم در محاکم ایران نیز مورد توجه نگارنده قرار گرفته و تلاش شده است تا با استفاده از اطلاعاتی که از رویه قضایی ایران در دست است، نسبت به بررسی مباحث مطرح شده از دیدگاه عملی هم غفلت نگردد.

## فصل اول: حقوق متهم برای استفاده از خدمات وکلای دادگستری

تحقیقات مقدماتی مرحله حساس دادرسی کیفری است. اقدامات قضات تحقیق و ضابطین دادگستری در موارد خاص، در این مرحله همانند مراحل کشف جرم، تعقیب متهم و دادرسی به معنی اخص باید متضمن حفظ حقوق و آزادی‌های اساسی متهمان، ترمیم خسارات بزه دیدگان و تأمین نظم عمومی و منافع اجتماع باشد. با این همه، تأمین حفظ حقوق فردی و اجتماعی مزبور به طور توأمان در این مرحله از دادرسی از پیچیدگی و ظرافت خاص بیشتری برخوردار است. زیرا از یک سو ضرورت حفظ نظم عمومی و منافع اجتماعی و ترمیم خسارت بزه دیدگان ایجاب می‌کند که به سرعت، آثار و قرائن و دلایل ارتکاب جرم حفظ و جمع‌آوری شده و از فرار یا مخفی شدن متهمان جلوگیری شود و از سوی دیگر همواره نگرانی و بیم این امر وجود داشته است که در اثنای انجام اقدامات سریع مزبور دقت و احتیاط، فدای تعجیل در ضرورت تسریع انجام تحقیقات شود و اشخاص شرافت مند به ناحق تحت تعقیب کیفری قرار گرفته و علیه ایشان کیفرخواست صادر شود.

به همین لحاظ در تحولات نظام‌های دادرسی کیفری به منظور تأمین موازین حقوق بشر در اسناد بین‌المللی سعی وافر مبذول شده که ضمن تأمین حقوق جامعه، حقوق دفاعی اشخاص مظنون در این مرحله حفظ و توسعه یابد. در میان اقدامات متنوعی که در تحقیقات مقدماتی انجام می‌شود، نظریه اهمیت امر تحقیقات مقدماتی و به ویژه اقدام به بازجویی، اسناد بین‌المللی حقوق بشر، قوانین اساسی و نظام‌های عدالت کیفری منرقی کشورها، تضمینات حقوق دفاعی متهمان را در راستای حمایت از اصل برائت به عنوان میراث مشترک حقوقی کشورها، به هنگام اعمال تحقیقات پیش‌بینی و مقرر کرده‌اند. دفاع مؤثر متهمان و وکلای ایشان در استناد به حقوق دفاعی مزبور موجب جلوگیری از تعرض به حقوق و آزادی‌های اساسی آنان و صدور قرار منع تعقیب و یا موقوفی تعقیب در مرحله تحقیقات است. بنابراین تحقیق در تبیین مفهوم حقوق دفاعی متهمان و مصادیق آن‌ها از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. اصل الزامی بودن شرکت وکیل مدافع در کلیه مراحل دادرسی‌های کیفری در مقررات موضوعه اکثر قریب به اتفاق کشورهای جهان، به عنوان یکی از اساسی‌ترین تضمین‌های دفاعی متهم پذیرفته شده است و در برخی از جوامع، محاکمه متهم بدون شرکت وکیل مدافع ممکن نیست (آخوندی: ۱۳۸۱: ۲۳۵).

در جمهوری اسلامی ایران شرکت وکیل مدافع در جرایم مستوجب قصاص نفس، اعدام، رجم، حبس ابد، اجباری و در سایر موارد، اختیاری است و با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در سال ۱۳۷۸ حق استفاده از وکیل در مراحل مختلف دادرسی دچار آن چنان تغییراتی شده، که در موارد بی‌شماری منجر به تضییق و تضییع حق دفاع متهم شده است. اقدام قانونگذار، باعث طرح این سؤال شده

است که آیا قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در مورد حق داشتن وکیل و اعلام آن به متهم به عنوان یکی از تضمینات حقوق دفاعی او در دادرسی های جزایی با اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مطابقت دارد؟

صرف نظر از پاسخ سؤالاتی از این دست می توان چنین اظهار نظر نمود که در نظام حقوقی ما حقوق زیر برای متهمین به رسمیت شناخته شده و باید در تمام مراحل رسیدگی کیفری رعایت گردد:

### مبحث اول: حق استفاده از خدمات وکیل در مرحله کشف جرم

منظور از مرحله کشف جرم اقداماتی است که تا پیش از دخالت مقام قضایی و اولین معرفی متهم به دادسرا توسط اشخاصی که متهم را در حین ارتکاب جرم دستگیر می نمایند، انجام می گیرد. حق داشتن وکیل برای متهم از زمان کشف جرم تا اجرای حکم صادره، از مهم ترین تضمینات حقوق دفاعی متهم است. (قاری سید فاطمی، ۱۳۸۲: ۶۶)

عقل و انصاف حکم می کند که با پیچیده شدن مسائل حقوقی به ویژه در امور کیفری که با آبرو و حیثیت و جان و عرض افراد در ارتباط است متهم بتواند در دفاع از خود که مستلزم آگاهی از قوانین و مسائل حقوقی، است از وجود وکیل مدافع بهره مند گردد. وکیل با اتکا به اطلاعات و تجارب حقوقی خود و با استفاده از ضعف ادله و قرائن ارائه شده توسط ضابطین دادگستری، دادسرا و دادگاه و شاکی خصوصی و با ارائه دفاع موجه می تواند موجب رفع اتهامات ناروا علیه او شود. (مظاهری، ۱۳۸۵: ۹۵)

شرکت وکیل مدافع در تحقیقات مقدماتی به طور اعم و بازجویی های اولیه به نحو اخص، رافع سوء استفاده های احتمالی مأمورین انتظامی از اختیارات قانونی در خصوص جمع آوری ادله غیر اصولی علیه متهم است. برای آنکه دولت ها نتوانند این امتیاز را ز افراد جامعه سلب نمایند، این حق به عنوان یک حق بنیادین در اسناد بین المللی حقوق بشر پیش بینی شده است.

بر اساس مفاد قسمت «ب» بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هرکس متهم به ارتکاب جرمی شود باید وقت و تسهیلات کافی برای تهیه دفاع خود و ارتباط با وکیل منتخب داشته باشد» کمیته حقوق بشر سازمان ملل در توضیح قسمت اخیر اظهار داشت: «متهم باید فرصت کافی برای عقد قرارداد وکالت و مذاکرات لازم و تماس با وکیلی که برمی گزیند، داشته باشد.» (مسعودی مقام، ۱۳۸۰: ۴۰) قانون آیین دادرسی کیفری سابق به طور تلویحی حق داشتن وکیل را در ماده ۲۵ و تبصره ماده ۱۱۲ مورد شناسایی قرار داده بود. اما ضابطین دادگستری را مکلف به رعایت این حق دفاع متهم نکرده بود. قانونگذار در سال ۱۳۷۸ با ایجاد تغییرات اساسی در مقررات سابق و نسخ ماده ۲۵ قانون آیین دادرسی کیفری سابق و عدم جایگزینی ماده قانونی مناسبی برای آن، حق داشتن وکیل مدافع را به عنوان یکی از تضمینات اساسی حقوق دفاعی متهم نادیده گرفت. در واقع تنها محدودیتی که در قانون ایران برای ضابطین دادگستری در مرحله کشف جرم در نظر گرفته شده است، لزوم معرفی متهم به مقام قضایی ظرف ۲۴ ساعت از زمان بازداشت می باشد اما قانونگذار هیچ اشاره ای به امکان استفاده متهم در این زمان از خدمات وکلای دادگستری ننموده و در این زمینه سکوت کرده است.

محرومیت از برخورداری از اطلاعات و آگاهی های قانونی و حقوقی وکیل مدافع در مرحله حساسی همچون مرحله کشف جرم که ضابطین دادگستری دارای اختیارات وسیعی هستند نه تنها ناقض تضمین پیش بینی شده در اسناد بین المللی حقوق بشر در بهره مندی متهم از حق داشتن وکیل مدافع است، نوعی باز گذاشتن راه سوء استفاده مأموران از اختیارات خود در جمع آوری دلایل غیر اصولی علیه متهم نا آگاه و بی اطلاع از موازین



قانونی و حقوقی است. این خلأ قانونی در مواردی که متهم به دلیل عدم آشنایی با قوانین و مقررات مبادرت به اظهارات ناسنجیده می کند، بیش از پیش احساس می شود (مسعودی مقام: ۱۳۸۰: ۳۱).

با این همه به نظر می رسد که سکوت قوانین امروز ایران در رابطه با امکان استفاده متهمین از وکیل در مرحله کشف جرم را نباید به معنای بی بهره بودن متهمین از این حق دانست چرا که علاوه بر آنکه این حق در اسناد بین المللی پذیرفته شده توسط دولت ایران به رسمیت شناخته شده است. می توان این گونه نیز استدلال نمود که اصل بر امکان استفاده آزاد همگان از خدمات وکلاد در هر مکان و زمانی است و برای سلب این حق از افراد باید نص صریح قانونی وجود داشته باشد و با فقدان چنین نصی در نظام حقوقی ایران، حق استفاده از وکیل در مرحله کشف جرم را باید به رسمیت شناخت.

### مبحث دوم: حق داشتن وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی

فلسفه وجودی این حق در مرحله تحقیقات مقدماتی از آن جا ناشی می شود که متهم در دفاع از خود در مقابل مقام تحقیق کننده که آشنا به مسائل حقوقی و قوانین است، بتواند از کمک افراد آگاه و متخصص برخوردار باشد تا بین او و مقام تحقیق به لحاظ اطلاعات و تجارب حقوقی و استفاده مؤثر از قانون، توازن برقرار شود.

حضور وکیل مدافع نه تنها به لحاظ اطلاع و آگاهی از موازین حقوقی در دفاع از اتهام انتسابی به متهم مفید است، بلکه باب هرگونه سوء استفاده فراقانونی را از ضابطین دادگستری و قضات در جمع آوری دلایل غیرحقوقی و غیر قانونی سلب می کند.

میتاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، مراجع رسیدگی کننده را موظف می کند که حق داشتن وکیل را به متهم اعلام دارند و وکیل مدافع متهم را در مراحل مختلف رسیدگی بپذیرند و مدافعات او را استماع کنند و در صورت عدم توانایی مالی متهم، برای او وکیل رایگان تعیین کنند. (مظاهری: ۱۳۸۵: ۹۶) بدین منظور در بند ۳ ماده ۱۴ چنین تصریح شده است: "هر کس متهم به ارتکاب جرمی بشود با تساوی کامل لااقل حق تضمین های ذیل را خواهد داشت و باید وقت و تسهیلات کافی برای تهیه دفاع خود و ارتباط با وکیل منتخب خود داشته باشد، در محاکمه حاضر شود و شخصاً یا به وسیله وکیل منتخب خویش از خود دفاع کند و در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن یک وکیل به او اطلاع داده شود و در مواردی که مصالح دادگستری اقتضا کند از طرف دادگاه راساً برای او وکیلی تعیین بشود که در صورت عجز از پرداخت حق الوکاله هزینه ای نخواهد داشت". بند ۱ ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز به طور ضمنی این حق را برای متهم به عنوان یکی از تضمینات لازم دفاع به حساب آورده است. این ماده اعلام می دارد: "هر کسی که به بزهکاری متهم باشد بی گناه محسوب خواهد شد تا وقتی که در جریان یک دعوی عمومی که در آن کلیه تضمین های لازم برای دفاع او تأمین شده باشد، تقصیر او قانوناً محرز شود." قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۳۵ مقرر می دارد: "در همه دادگاه ها طرفین دعوی حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم شود". ملاحظه می شود که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل مذکور، به اسناد بین المللی در زمینه حق داشتن وکیل بایبند است. ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (تعمیرات و مجازاتهای بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵ در مقام بیان ضمانت اجرای کیفری برای متخلف از این اصل برآمده است و برای مرتکب بر حسب مورد انفصال از خدمت و محرومیت سه تا پنج سال از مشاغل دولتی و محکومیت به حبس از شش ماه تا سه سال تعیین کرده است. مع الوصف مفسرین در سال ۱۳۷۸ با تصویب ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری گامی معایری با قانون اساسی و موازین حقوق بشر در زمینه داشتن حق وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی برداشته است. ماده فوق الاشعار مقرر می دارد: "متهم

می تواند یک نفر وکیل همراه خود داشته باشد. وکیل متهم می تواند بدون مداخله در امر تحقیق پس از خاتمه تحقیقات مطالبی را که برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قوانین لازم بداند به قاضی اعلام کند. اظهارات وکیل در صورت جلسه منعکس می شود.<sup>۱</sup>

تبصره همین ماده اشعاری می دارد: «در مواردی که موضوع جنبه محرمانه دارد یا حساس و غیر متهم به تشخیص قاضی موجب فساد شوند و همچنین در خصوص جرایم علیه امنیت کشور حضور وکیل در مرحله تحقیق با اجازه دادگاه خواهد بود.»

ملاحظه می شود در مرحله تحقیقات مقدماتی حق داشتن وکیل به عنوان حقی از حقوق دفاعی متهم به موجب تبصره ماده ۱۲۸ قانون مزبور تضمین شده است (خالقی: ۱۳۸۸: ۱۴۸). محرومیت متهم از حق داشتن وکیل در مرحله تحقیق به واسطه محرمانه بودن و موارد دیگر مندرج در ماده فوق الاشعار مغایرت آشکار با اطلاق و عموم اصل ۲۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دارد که جای هیچ گونه توجیهی را باقی نمی گذارد. در تبصره ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری دامنه حق دفاع متهم محدود شده و از سیاق ماده مزبور برداشت می شود که وکیل متهم حق مداخله در امر تحقیقات مقدماتی را نداشته و فقط پس از پایان تحقیقات هر گونه مطالبی را که برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قوانین لازم بداند به قاضی اعلام می کند. به رغم اینکه قانونگذار صریحاً به حق دفاع متهم توجه داشته و با درج عبارت «دفاع از متهم» معترض این مطلب شده است. اما در نهایت حق دفاعی متهم را نادیده انگاشته است و با وضع تبصره ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری علاوه بر نقض آشکار این تضمین حقوق دفاعی متهم، موجبات وقوع استبداد قضائی و خودرأیی قاضی را نیز فراهم آورده است (آقایی جنت مکان: ۱۳۸۵: ۱۹۵).

داشتن وکیل مدافع تضمین کننده حقوق دفاعی متهم است و به هیچ وجه نمی تواند موجب محرمانه بودن موضوع باشد، حتی اگر محرمانه بودن موضوع جهت جلوگیری از اشاعه فساد یا اخلال در نظم عمومی لازم باشد، نمی تواند به موارد خاص اطلاق شود، چون یک امر کلی است که قابل تعمیم به تمام موارد متعدد است. وجود چنین احتمالی حق داشتن وکیل را در تمام موارد نقض می کند و با اصل ۲۵ قانون اساسی و تضمینات ناظر بر حقوق دفاعی در اسناد بین المللی حقوق بشر متفاوت است. واژه فساد دارای معانی متعدد است، اما مقنن ملاک و ضابطه ای برای تشخیص آن ارائه نکرده است بلکه تشخیص این موضوع را به قضات واگذار کرده است. این در حالی است که با توجه به معانی متعدد فساد، هر قاضی می تواند به سلیقه خود معنایی از آن را مورد استناد خود قرار دهد و موجب نقض حق دفاع متهم در برخورداری از حق داشتن وکیل مدافع در مرحله حساسی همچون تحقیقات مقدماتی شود (نجفی توانا: ۱۳۸۵: ۶۲).

### فصل دوم: مداخله وکیل شاکی در تحقیقات مقدماتی

به نظر می رسد که در نظام حقوقی ایران، بین وکیل شاکی و وکیل متهم در رابطه با مداخله در تحقیقات مقدماتی تبعیض هایی وجود دارد. شناخت این تبعیض ها و تشخیص روا یا ناروا بودن آن ها تنها از طریق مطالعه میزان و حوزه مداخلات این وکلاد در تحقیقات، قابل فهم است.

#### مبحث اول میزان مداخله

منظور از میزان مداخله وکیل این است که وکیل چه اقداماتی را می تواند در مرحله تحقیقات مقدماتی انجام داده و از انجام چه اموری ممنوع است.

به نظر می رسد که وکیل شاکی با هیچ محدودیتی در رابطه با مداخله در تحقیقات مقدماتی مواجه نیست چراکه می تواند از بدو صرح شکایت تا ختم تحقیقات، در تمامی مراحل به وکالت از شاکی مداخله نموده و از

محتویات پرونده مطلع گردد. در برخی موارد، اختیارات وکیل شاکی در تحقیقات مقدماتی گسترده تر از خود شاکی نیز می باشد. برای مثال، بسیاری از شعب دایاری و بازپرسی، پرونده را جهت مطالعه در اختیار شاکی قرار نمی دهند در حالی که این کار در رابطه با وکلا، امری عادی و مرسوم به نظر می رسد.

با این حال نباید تصور نمود که وکیل شاکی از اصل محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی نیز مستثنی است و محرمانه بودن تحقیقات تنها برای متهم و وکیل او دارای معنا می باشد. به نظر می رسد که محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی شامل حال شاکی و وکیل او نیز می شود و وکیل شاکی نیز تنها حق دسترسی به آن دسته از اسناد و مدارکی از پرونده را دارد که با رعایت این اصل منافاتی ندارد. اساساً به نظر می رسد که قانونگذار در محرمانه اعلام کردن تحقیقات مقدماتی بیشتر جانب متهم را نگاه داشته است تا جانب شاکی را چرا که محرمانه بودن این تحقیقات به منظور جلوگیری از انتشار بی دلیل اتهامات اثبات نشده و ایراد صدمه ناروا به آبروی متهم نیز بوده است. بر همین اساس، علی رغم تصور غلطی که در بسیاری از شعب در رابطه با مجاز بودن وکیل شاکی برای دسترسی به کل پرونده وجود دارد، برخی از دادیاران و بازپرسان هوشیار نیز از ارائه کل پرونده به وکیل شاکی خودداری و با استناد به لزوم رعایت محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی، از ارائه هر مدرکی به شاکی و وکیل او خودداری می نمایند اما به نظر می رسد که در بیشتر دادسراهای ایران، بدون توجه به این نکته، پرونده ها در مرحله تحقیقات مقدماتی به طور کلی در اختیار وکیل شاکی خصوصی قرار می گیرد.

در تبصره ماده ۱۰-۱۲۳ لایحه جدید آیین دادرسی کیفری پیش بینی شده است که چنانچه بازپرس مطالعه یا دسترسی به تمام یا بخشی از اوراق پرونده را مغایر یا محرمانه بودن تحقیقات بداند، یا ذکر دلیل می تواند قرار عدم دسترسی شاکی و وکیل وی به پرونده را صادر نماید. این قرار ظرف سه روز پس از ابلاغ قابل اعتراض در دادگاه صالح می باشد.

به نظر می رسد که این تمهید نویسندگان قانون جدید در رابطه با تعیین میزان مداخله وکیل شاکی در تحقیقات مقدماتی، در صورت تصویب نهایی، می تواند اقدامی منطقی و عادلانه به شمار رود.

### مبحث دوم حوزه مداخله

منظور از حوزه مداخله، مراحل مختلف دادرسی است که وکیل می تواند در آن حضور داشته باشد. این مراحل از تحقیقات نزد ضابطین قضایی شروع شده و به مراجع تجدید نظر و فرجام خواهی ختم می شود.

به نظر می رسد که حوزه مداخله وکیل شاکی نیز در نظام حقوقی امروز ایران دارای محدودیت خاصی نیست و وکیل شاکی می تواند در تمامی این مراحل حضور داشته باشد. در واقع وکیل شاکی می تواند از بدو طرح شکایت کیفری در دادسرا تا اتمام تحقیقات مقدماتی تمامی امور را به نیابت و وکالت از طرف شاکی خصوصی انجام داده و در هیچ مرحله ای از تحقیقات، منعی برای حضور او در قوانین ایران پیش بینی نشده است.

با این حال به نظر می رسد که حوزه مداخله وکیل شاکی در تحقیقات مقدماتی را نیز باید با رعایت اصل محرمانه بودن این تحقیقات تعیین نمود. به عبارت دیگر، درست است که در قوانین جاری ایران در رابطه با حوزه مداخله وکیل شاکی در تحقیقات مقدماتی محدودیتی پیش بینی نشده است، اما باید توجه داشت که این آزادی چندان هم مطلق نیست و باید در هر حال جنبه محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی حفظ گردد.

### فصل سوم: مداخله وکیل متهم در تحقیقات مقدماتی

همان طور که پیشتر بیان گردید، منظور از مداخله وکیل هم مداخلات فیزیکی و هم مداخله به معنای واقعی

آن یعنی ارائه و بیان مطالب توسط وکیل می باشد. در قوانین ایران، برای هر دو نوع مداخله وکیل متهم در تحقیقات مقدماتی مقررات خاصی پیش بینی شده است که ذیلاً بررسی می گردد.

### مبحث اول: میزان مداخله

به نظر می رسد که میزان مداخله وکیل متهم در تحقیقات مقدماتی بسیار محدودتر از میزان مداخله وکیل شاکی می باشد به نحوی که مداخله واقعی وکیل متهم در تحقیقات بسیار محدود و غیر قابل مقایسه با مداخلات واقعی وکیل شاکی می باشد. این تبعیض در دو مورد زیر به شکل واضح تری خود نمایی نموده و منجر به ایجاد موانع زیادی در راستای انجام وظایف وکیل متهم می گردد.

#### گفتار اول تقاضای تحقیقات خاص

به نظر می رسد که با توجه به ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری وکیل متهم حق درخواست انجام تحقیقات خاص را ندارد. در واقع چون در این ماده اعلام شده است که وکیل متهم بدون دخالت در امر تحقیق و در پایان تحقیقات می تواند اظهارات خود را بیان نماید، به نظر می رسد که تقاضای انجام برخی از تحقیقات نیز مداخله وی در امر تحقیقات محسوب شده و امکان پذیر نمی باشد (مجموعه دیدگاه های حقوقی و قضایی قضات دادگستری استان تهران؛ ۱۳۸۴: ۲۰۶). با این حال، هرگاه توضیحاتی که وکیل متهم در چارچوب این ماده به مقام قضایی ارائه داده است لزوم انجام این تحقیقات را برای قاضی روشن نماید، قاضی می تواند به این درخواست ترتیب اثر دهد.

برخی دیگر از حقوقدانان نیز معتقدند وفق صدر ماده ۱۲۸ ق. آ. د. ک وکیل می تواند اصولاً در تمامی جلسات تحقیق همراه با موکل خویش (متهم) شرکت نماید و ضمن تنظیم لوائیحی برای متهم، انجام اقداماتی را برای تبیین بهتر حقایق از دادسرا بخواهد (مجموعه دیدگاه های حقوقی و قضایی قضات دادگستری استان تهران؛ ۱۳۸۴: ۲۱۱).

#### گفتار دوم: کپی و مطالعه پرونده

تهیه رونوشت و مطالعه پرونده توسط وکیل متهم با دو ایراد عمده روبرو است: نخست آنکه محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی به عنوان یکی از ویژگی های این تحقیقات، دست وکیل متهم را برای تهیه رونوشت و حتی مطالعه پرونده می بندد. به عبارت دیگر، مقامات دادسرا با این استناد که تحقیقات مقدماتی محرمانه است، از ارائه پرونده به وکیل متهم خودداری می نمایند. اما سوال این است که آیا محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی تنها از سوی متهم لازم الرعایه است یا آنکه شاکی نیز با همین محدودیت روبرو است؟

به نظر می رسد ماده ۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری شاکی را نیز از دسترسی به بخش هایی از پرونده که متضمن حفظ جوانب محرمانه تحقیق است منع نموده است و از این نظر شاکی و متهم تفاوتی با یکدیگر ندارند. از همین جا مانع دوم بر سر راه دسترسی وکیل متهم به پرونده رخ می نماید: برخی با این استدلال که ماده فوق تنها تهیه رونوشت از مطالب غیرمحرمانه را برای شاکی مجاز دانسته است، ارائه رونوشت مطالب به وکیل متهم را ممنوع می دانند. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۷/۳۳۵۵ مورخ ۲۴/۵/۷۳ اعلام نموده است که وکیل متهم حق مراجعه به پرونده و مطالعه آن را تا پایان تحقیقات مقدماتی ندارد.

اما به نظر می رسد که عدم پیش بینی امکان تهیه رونوشت از مطالب غیرمحرمانه پرونده برای وکیل

متهم در قانون رانمی توان دلیلی بر سلب این حق از وی دانست (نجفی توانا: ۱۳۸۵: ۶۰). زیرا صرف نظر از اینکه سکوت قانونگذار در مقام بیان نبوده است، رعایت اصل تساوی سلاح‌ها نیز ایجاب می‌کند که وکیل متهم نیز حق اطلاع و تهیه رونوشت از مطالب غیر محرمانه پرونده را نیز داشته باشد.

در ماده ۲۳ - ۱۲۵ لایحه جدید آیین دادرسی کیفری نیز پیش بینی شده است که وکیل متهم می‌تواند پرونده را مطالعه و مطالعه نماید اما هرگاه بازپرس تشخیص دهد که بخشی از پرونده به لحاظ محرمانه بودن قابل دسترسی نیست، با صدور قرار به نام قرار عدم دسترسی به پرونده، می‌تواند از دسترسی وکیل به پرونده جلوگیری نماید. این قرار ظرف سه روز پس از ابلاغ قابل اعتراض در دادگاه صالح می‌باشد.

### مبحث دوم: حوزه مداخله

در ادامه به بررسی حوزه مداخلات وکیل در تحقیقات مقدماتی پرداخته می‌شود:

#### گفتار اول: نزد ضابطین دادگستری

هدف از طرح این گفتار، بررسی این نکته است که آیا وکیل متهم حق دارد در هنگام انجام تحقیقات توسط ضابطین دادگستری هم، در کنار متهم حضور داشته باشد یا خیر. این امر زمانی از اهمیت بیشتری برخوردار می‌گردد که متهم برای انجام تحقیقات در اختیار ضابطین خاص دادگستری و به ویژه مراجع امنیتی قرار می‌گیرد که در این حالت دفاع از حقوق قانونی متهم در مرحله تحقیقات و بازجویی از حساسیت بیشتری برخوردار می‌گردد.

ضابطین دادگستری به عنوان نایب قاضی تحقیق و در موارد جرایم مشهود می‌توانند تحقیقات مقدماتی را انجام دهند. دستورات قضایی به ضابطین دادگستری به صورت کتبی، صریح و با قید مهلت صادر می‌شود. در موارد فوری که صدور دستور کتبی مقدور نیست دستور به صورت شفاهی صادر می‌شود و ضابط دادگستری باید ضمن انجام دستورات و درج کامل آن در صورت جلسه، در اسرع وقت آن را به امضای مقام قضایی برساند (موذن زادگان: ۱۳۸۵: ۴).

به موجب ماده ۱۲۸ «متهم می‌تواند یک نفر وکیل همراه خود داشته باشد. وکیل متهم می‌تواند بدون مداخله در امر تحقیق پس از خاتمه تحقیقات مطالبی را که کشف حقایق و دفاع از متهم یا اجرای قوانین لازم بداند به قاضی اعلام نماید، اظهارات وکیل در صورت جلسه منعکس می‌شود».

بر اساس تبصره این ماده نیز «در مواردی که موضوع جنبه محرمانه دارد یا حضور غیر متهم به تشخیص قاضی موجب فساد گردد و همچنین در خصوص جرایم علیه امنیت کشور حضور وکیل در مرحله تحقیق با اجازه دادگاه خواهد بود».

نابراین می‌توان چنین اظهار نظر نمود که وکیل متهم حق حضور همراه متهم نزد ضابطین قضایی را داراست و منع وی از حضور در این مرحله نیز تنها با دستور قاضی رسیدگی کننده به پرونده امکان پذیر است. به عبارت دیگر، ضابطین دادگستری تنها زمانی حق ممانعت از حضور وکیل در تحقیقات خود را دارند که برای این کار دستور صریحی از قاضی پرونده دریافت نموده باشند.

در عین حال به نظر می‌رسد وکیل متهم در حدود مذکور در این ماده حق مداخله نزد ضابطین را دارد

و از انجام کارهایی همچون اظهار نظر به جای متهم، راهنمایی متهم، پیگیری پرونده و... ممنوع است (زراعت، مهاجری؛ ۱۳۸۲: ۲۰۸).

اما برخی از حقوق دانان معتقدند که وکیل می تواند تنها نزد قاضی تحقیق (مقامات دادسرا) حضور پیدا کند و در سایر مراحل تحقیقی و از جمله در مراجع انتظامی حق حضور و همراهی متهم را ندارد زیرا صرف نظر از این اصل کلی که تحقیقات مقدماتی سری و غیرعلنی است، حضور وکیل متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی جنبه استثنایی دارد و در نتیجه باید به قدر متیقن که همان حضور وکیل صرفاً در دادسرا است، اکتفا گردد (مجموعه دیدگاههای حقوقی و قضایی قضات دادگستری استان تهران؛ ۱۳۸۴: ۲۰۷).

در مقام نقد این نظریه می توان چنین استدلال نمود که ضابطین دادگستری در واقع به نایب از مقامات دادسرا اقدام به انجام پاره ای از تحقیقات می نمایند و در نتیجه هر حقی که برای متهم نزد مقامات دادسرا وجود دارد، نزد ضابطین دادگستری نیز لازم الزامی است.

در قوانین دادرسی برخی از کشورهای پیش بینی شده است که متهم می تواند تا زمان اخذ وکیل و حضورت با وی از ارائه هرگونه پاسخی به ضابطین قضایی امتناع کند. اما چنین موردی در قانون سابق پیش بینی نشده است و ماده ۱۲۹ شماره دارد که اگر متهم از دادن پاسخ امتناع کرد، به هر دلیلی، امتناع و در صورت مجلس قید می شود و مجبور به پاسخ دادن نمی شود. البته به نظر می رسد که منجر حق اظهار و نوشتن این مطلب را دارد که تازه آن حضور وکیلش از هر نوع اظهار نظری خودداری خواهد کرد و اعلام این مطلب را نمی توان در حکم سکوت او دانست (زراعت، مهاجری؛ ۱۳۸۲: ۲۰۸).

به موجب ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری، چنانچه در جرایم مشهود، بازداشت متهم برای تکمیل تحقیقات ضروری باشد، ضابطین دادگستری حداکثر تا مدت ۲۴ ساعت می توانند او را تحت نظر نگهداری نمایند. در مورد حضور وکیل به همراه متهم در این مرحله قانون ساکت است و حکمی بیان نکرده است اما می توان با استفاده از وحدت ملاک ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری، بیان داشت که متهم می تواند یک نفر وکیل به همراه داشته باشد. وکیل می تواند بدون مداخله در امر تحقیق پس از خاتمه تحقیقات مطالبی را که برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قوانین لازم بداند به ضابطین اعلام نماید.

اظهارات وکیل در صورت جلسه باید منعکس شود و ضابطین دادگستری نمی توانند به استناد تبصره ماده (۱۲۸) قانون آیین دادرسی کیفری، از حضور وکیل ممانعت نمایند زیرا این اختیار برای دادگاه و قاضی وضع شده است، نه ضابطین دادگستری. البته ضابطین دادگستری مکلف نیستند به متهم اعلام کنند که می تواند در اجرای ماده ۱۲۸ یک نفر وکیل به همراه داشته باشد زیرا در شرایط فعلی، این تکلیف برای مقامات دادسرا هم جز در مواردی خاص وجود ندارد (ظاهر خانی؛ ۱۳۸۳: ۱۲۴).

در ماده ۲۳ - ۱۲۵ لایحه جدید آیین دادرسی کیفری نیز تنها تکلیف اعلام حق برخورداری از وکیل بر عهده بازپرس گذاشته شده و هیچ اشاره ای به وجود چنین تکلیفی برای ضابطین قضایی نشده است.

در صورتی که ضابطین دادگستری از حضور وکیل به همراه متهم در این مرحله ممانعت نمایند، ضمانت اجرای خاصی مانند بطلان تحقیقات انجام شده در قانون پیش بینی نشده است و این عمل نیز جرم محسوب نمی شود و تنها ممکن است باعث تنبیه انضباطی به وسیله فرمانده مربوط گردد. از نظر حقوق تطبیقی در حقوق برخی از کشورها نظیر فرانسه و انگلستان ضابطین دادگستری مکلف به اعلام این مطلب هستند که متهم می تواند از سرویس وکلای مدفع مجانی در این مرحله بهره مند شود (آقایی

در ماده ۲۰-۱۲۱ لایحه جدید آیین دادرسی کیفری نیز پیش بینی شده است که با شروع تحت نظر قرار گرفتن، متهم می تواند تقاضای حضور وکیل نماید. وکیل حق دارد حداکثر ۳۰ دقیقه با متهم ملاقات نموده و سپس ملاحظات کتبی خود را جهت درج در پرونده به ضابطین ارائه نماید.

همچنین ماده ۲۵-۱۲۱ همان لایحه پیش بینی شده است که هرگاه متهم در مرجع انتظامی تحت نظر قرار گرفت، ضابطین دادگستری مکلفند حقوق مندرج در این قانون را به متهم نفهیم و به صورت مکتوب در اختیار وی قرار دهند.

در نقد این مواد پیشنهادی می توان چنین اظهار نظر نمود که اساس رویکرد نویسندگان این لایحه به مداخله وکیل نزد ضابطین دادگستری، مطابق با عدالت و ضوابط دادرسی منصفانه است اما برخی بی دقتی ها در ادبیات و واژگان به کار رفته در این لایحه می تواند در آینده منشأ مشکلاتی گردد. برای مثال، ماده اخیرالذکر اعلام نموده است که هرگاه متهم در مرجع انتظامی تحت نظر قرار گیرد، ضابطین موظف به تفهیم حقوق به وی هستند و همین امر ممکن است این ابهام را به وجود آورد که اگر متهم در مکان دیگری مانند بازداشتگاه های نهادهای امنیتی تحت نظر قرار گیرد، ضابطین از انجام امور مقرر در این ماده معافاند.

#### گفتار دوم: در دادسرا

دادسرا مرجع عمومی تظلمات و قوه قضاییه از طریق دادگاه ها در مقام رسیدگی و صدور حکم مسؤول تحقق بخشیدن به عدالت است. قرآن مجید در سنی احکاء قضائی را مبتنی بر حق، عدل و فسط می داند. بنابراین برای متجلی شدن محیط مساعد و امکانات مناسب برای محاکمه توجه کردن به حق دفاع متهم و در نتیجه مختار بودن او در جهت انتخاب وکیل امری انکار ناپذیر است.

در مراحل مختلف دادرسی، از مرحله تحقیقات مقدماتی تا مرحله صدور حکم، تلاش برای احیای حقوق فردی (اصحاب دعوی) و اجتماعی مد نظر است و در این صورت، دفاع از مواضع و حقوق برای هریک از مدعیان امر حقی به نظر می رسد. در امور کیفری، همان گونه که دستگاه قضایی اشخاص حقوقدان و مطلع همچون قضات تحقیق (مقامات دادسرا) را در اختیار دارد تا به نمایندگی از سوی جامعه، افراد را تحت تعقیب کیفری قرار دهند و با تشخیص و مهارت خود در تمام مراحل دادرسی از حقوق عمومی دفاع نماید. بسیار به جاست که افراد نیز چنین حقی را دارا باشند و به منظور دفاع از حقوق خود و رد اتهامات وارد اقدام کنند، تا تعادل میان طرفین این دعوی عمومی حفظ شود. به هر حال در پرتو دار بودن حق دفاع از سوی متهم، داشتن وکیل در کلیه دعاوی اولاً از حقوق اولیه هر فرد محسوب می شود، ثانیاً می توان اظهار داشت که یکی از تضمینات مهم جهت برقراری امنیت قضایی به شمار می آید (آقای جنت مکان: ۱۳۸۵: ۱۹۵).

یکی از حقوق اساسی که ضامن حراست از حقوق فردی و اجتماعی است و تأثیر قابل توجهی در تأمین امنیت قضایی جامعه دارد، رعایت حقوق متهم در کلیه مراحل، اعم از مرحله تحقیقات مقدماتی و رسیدگی در دادگاه است. با توجه به اهمیت و نقش ویژه حقوق متهم، اعلامیه های جهانی و منطقه ای حقوق بشر و قوانین اساسی دولت ها ضمن حمایت از این حق در اشکال مختلف به بیان مصادیق متنوع این حقوق پرداخته اند.

در قانون آیین دادرسی کیفری نیز مواردی از تضمینات راجع به حقوق متهم در مرحله دادرسی به معنای

خاص که مورد توجه ما در این نوشتار است، بیان شده که با تحولات زمان کاملاً هماهنگ نبوده و تغییرات لازم مطابق مقتضیات زمان را می طلبد.

طبق ماده ۱۹۲ قانون آیین دادرسی کیفری، دادگاه بعد از تفهیم اتهام می تواند شروع به رسیدگی نماید و تا زمانی که متهم از موضوع اتهام آگاهی نداشته باشد می تواند از هرگونه دفاع و ادای پاسخ خودداری نماید. متهم می تواند و حق دارد که از مقام تحقیق بخواهد که در حین تفهیم اتهام وکیل خود را به همراه داشته باشد.

همچنین به هنگام اخذ آخرین دفاع نیز متهم حق دارد وکیل خود را به همراه داشته باشد و حتی پیش از اعلام آخرین دفاع خود، از نظر مشورتی وکیل خود نیز آگاهی یابد.

در رابطه با حضور وکیل در تحقیقات مقدماتی در دادسرا محدودیت هایی در قانون ما پیش بینی شده است که عمدتاً با فسادآور بودن حضور وکیل و محرمانه بودن تحقیقات مقدماتی توجیه شده است. مشکل عدم رعایت حقوق برابر شاکلی و متهم زمانی بیشتر مشهود است که به تبصره ذیل همین ماده محدود کننده حق دفاع متهم توجه کنیم (آقایی جنت مکان: ۱۳۸۵: ۱۹۶).

در مواردی که موضوع جنبه محرمانه دارد یا حضور غیر متهم به تشخیص قاضی موجب فساد گردد و همچنین در خصوص جرایم علیه امنیت کشور حضور وکیل در مرحله تحقیق با اجازه دادگاه خواهد بود. این متن چنان مبهم و قابل تفسیر، انشا و تصویب شده که به قاضی تحقیق (مقامات دادسرا) اجازه می دهد در هر موردی به تشخیص و تفسیر خود موضوع اتهام را محرمانه اعلام دارد و یا حضور غیراً موجب فساد تلقی کند. تبصره مزبور به این دو مورد قابل تفسیر «محرمانه» و «با تشخیص قاضی» بسنده نکرده و در مورد جرایم علیه امنیت کشور (برخلاف اصل برائت) به طور کلی حضور وکیل را بدون اجازه دادگاه منع کرده است (ظاهر خانی: ۱۳۸۳: ۱۲۷).

بر مبنای اصل برائت و ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر کسی که به بزهکاری متهم شده باشد بی گناه محسوب خواهد شد تا وقتی که در جریان یک دادرسی عمومی که در آن کلیه تضمین های لازم برای دفاع او تأمین شده باشد تقصیر او قانوناً محرز گردد. بنابراین وقتی در این قانون در جرایم علیه امنیت کشور حضور وکیل در مرحله تحقیق منوط به اجازه دادگاه می شود، عملاً اصل برائت نادیده گرفته شده است. زیرا از ابتدا تحقق جرم علیه امنیت کشور را مفروض و محرز دانسته و حضور وکیل مخل امنیت تلقی شده است.

این امر در شرایطی است که در قوانین بعضی از کشورها نظیر آلمان و بلژیک و حتی سوریه قاضی تحقیق مکلف شده است که از ابتدای شروع تحقیقات متهم را از حق داشتن وکیل مطلع نموده و این امر را در صورت جلسه تحقیق منعکس کند و تنها پس از آنکه متهم اعلام کرد که وکیل نمی خواهد باز پرس می تواند تحقیقات خود را شروع نماید (آشوری: ۱۳۸۶: ۲۶۲). گرچه گفته می شود در جرایم سیاسی، قضات تحقیق محاکم ویژه سوریه و کشورهای مشابه می نویسند متهم خود از داشتن حق وکیل منصرف است ولی در جرایم عادی به موجب ماده ۶۹ قانون اصول محاکمات کیفری این کشور قضات تحقیق به محض حضور متهم در باز پرس و احراز هویت وی، او را از اتهام متناسب مطلع نموده و او را آگاه می کنند که می تواند تا زمان حضور وکیل دادگستری از پاسخ دادن امتناع نماید (آشوری: ۱۳۸۶: ۲۶۳). همین امر حسب مورد در قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه و آلمان نیز آمده است. در ماده ۱۳۶ قانون آیین دادرسی آلمان آمده است: متهم می تواند از دادن پاسخ بدون حضور وکیل خودداری کند. بند دیگری از این ماده علاوه بر حق داشتن وکیل و سکوت تا حضور او، باز پرس را مکلف کرده است که به گونه ای عمل کند که امکان رفع اتهامات برده به متهم را میسر سازد. داشتن وکیل به بهترین وجه این امکان را فراهم می سازد (آشوری: ۱۳۸۶: ۲۶۳).

تبصره ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی منع حضور وکیل در این مرحله را مستند به فساد آور بودن آن کرده است که هم می تواند توهین آمیز باشد و هم منطبقه قابل تفسیری است که هر چیزی می تواند مصداق



آن به شمار رود. در مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام مصوب ۱۳۷۰/۷/۱۱ شأن وکیل هم طراز شأن قاضی شناخته شده است و به نظر می رسد که به کارگیری اصطلاحاتی نظیر فساد آور بودن حضور وکیل به هیچ وجه صحیح نیست و قانونگذار باید از عبارات غیر توهین آمیز برای بیان مقاصد خود استفاده نماید (آقای جنت مکان: ۱۳۸۵: ۱۹۴).

هم چنین ضابطه «جنبه محرمانه داشتن» تحقیقات مقدماتی نیز معیاری کشدار و کلی است اما به هر روی چنانچه تحقیقات محرمانه باشد، قاضی تحقیق حق ممانعت و جلوگیری از حضور وکیل را دارد که در این صورت چیزی باقی نمی ماند که وکیل بتواند در آن مداخله کند. تحقیقات محرمانه از ویژگی های نظام تفتیشی است که در مرحله تحقیقات مقدماتی در ایران اعمال می گردد اما در رابطه با محرمانه بودن تحقیقات سوالی به ذهن خطور می کند که به منظور نيل به دادرسی منصفانه باید به آن ها پاسخی مناسب داد.

اولین سوالی که مطرح می شود این است که موارد محرمانه چه مواردی هستند؟ اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی خود به شماره ۷/۲۳۷۹/۲۰۷۳۷۹/۹/۱۳۷۹ آورده است: «منظور از موارد محرمانه در تبصره ماده ۱۲۸ ق.ا.د.ک مورد مذکور در بندهای سه گانه ماده ۱۸۸ همان قانون است». لکن به نظر می رسد دامنه موارد محرمانه به آنچه در ماده ۱۸۸ پیش بینی شده، محدود نباشد زیرا تشخیص محرمانه بودن به عهده قاضی محول است و می تواند قلمرو آن را گسترش دهد. محدود بودن حضور وکیل در جرایم علیه امنیت کشور و متوطا کردن آن به اجازه دادگاه خلاف اصل است و به تعبیری استثنائی کلی است که در صورت اجرا، دخالت وکیل را بیهوده می سازد.

سوال دیگر این است که جرایم علیه امنیت کشور چه جرایمی هستند؟ آیا منظور جرایمی است که در موارد ۴۹۸ تا ۵۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ آمده است. در پاسخ باید گفت جرایم علیه امنیت کشور اعم از امنیت داخلی یا خارجی محدود به موارد مذکور در موارد پیش گفته نیست، بلکه مواردی نظیر جرم محاربه (ماده ۱۸۳ به بعد) و تبانی برای اقدام علیه امنیت کشور (ماده ۶۱۰) می تواند مصداق جرایم علیه امنیت کشور باشد (آقای جنت مکان: ۱۳۸۵: ۱۹۵).

جالب اینکه در جرایم علیه امنیت کشور يك طرف آن حاکمیت است که احتمال نقض حقوق متهم بسیار زیاد تر است و حضور وکیل بسیار ضروری است در حالی که قانونگذار آن را نیز محدود کرده است (نجفی توانا: ۱۳۸۵: ۶۲).

در پرونده های کیفری، مرحله تحقیقات مقدماتی از اهمیت ویژه ای برخوردار است. در صورتی که تحقیقات به درستی انجام نگیرد می تواند مسیر پرونده را تحت الشعاع قرار دهد. تضمین سلامت و صحت آرای دادگاه ها مستلزم اینست که تحقیقات مقدماتی دقیق تر و بی طرفانه تر و به صورت توافقی انجام شود (ظاهرخانی: ۱۳۸۲: ۱۲۳). به موجب بند ۳ ماده واحده قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۲، محاکم و دادرها مکلفند حق دفاع متهمان، و مشتکی عنهم را رعایت کرده و فرصت استفاده از وکیل و کارشناس حقوقی را برای آنان فراهم آورند. برخی با استناد به این قانون معتقدند که تبصره ذیل ماده ۱۲۸ نسخ ضمنی شده و از تاریخ اجرایی شدن این ماده واحده، دیگر نمی توان وکلای دادگستری را به لحاظ معاذیر مذکور در این تبصره، از حضور در دادرسی منع نمود (خالقی: ۱۳۸۸: ۱۴۹). در مقابل، اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه ۷/۱۹۵۰ مورخ ۲۵/۳/۸۴ معتقد است که بند ۳ ماده واحده مذکور تأکیدی بر حق دفاع و فراهم آوردن فرصت استفاده از وکیل و کارشناس برای متهمان است و در مقام حذف یا نسخ تبصره ذیل ماده ۱۲۸ نبوده است. به نظر می رسد که چون ماده واحده مذکور مؤخر قانون آیین دادرسی کیفری تصویب شده و به لحاظ عموم و خصوص نیز با مدلول ماده ۱۲۸ تقارن دارد، بنابراین باید حکم به نسخ ضمنی تبصره ماده ۱۲۸ داد. با این حال به نظر می رسد که این نظریه در دادسراهای ایران محجوز مانده و در این مراجع همچنان به این تبصره عمل می شود.

سوالی که مطرح است این است که آیا متهم یا وکیل او حق دارند انجام تحقیقات خاصی را از قاضی درخواست کنند؟ آیا قاضی مکلف به قبول این گونه تقاضاهاست یا خیر؟ در قانون آیین دادرسی کیفری راه حلی برای پاسخ به این سؤالات ارائه نشده است. لکن در نظام حقوقی کامن لاقاضی باید به درخواست متهم

یا وکیل او در خصوص انجام تحقیقات مورد درخواست پاسخ مثبت بدهد (آقایی جنت مکن: ۱۳۸۵: ۱۶۸). بنابراین، حق دفاع متهم از طریق استفاده از مساعدت قضائی وکیل دادگستری نسبت به قبل از انقلاب به طور اساسی محدود تر شده است و در برخی موارد وجود این حق را بهبود داده ساخته است.

به نظر می رسد که با توجه به اینکه تعقیب متهم حسب مورد به عهده مدعیان خصوصی یا دادستان ها است و دادستان ها همراه وکلای مدعیان خصوصی از توانایی علمی و حقوقی لازم برای اثبات ادعای خود در برابر متهم ناآگاه به مسائل حقوقی برخوردارند، این عدم تعادل در امکانات دفاع به ضرر متهم است. لذا وکیل متهم باید از همان ابتدای تعقیب کیفری او حاضر شود و از او دفاع کند تا متهم از حق دفاع برابر برخوردار گردد. در مورد محدودیت حضور وکیل در دادسرا متأسفانه قانون آیین دادرسی کیفری ما در ماده ۱۲۸ این حق را محدود کرده و متهم فقط می تواند در مرحله تحقیقات (دادسرا) یک نفر وکیل را همراه خود داشته باشد. این وکیل نمی تواند در امر تحقیق مداخله نماید و تنها می تواند پس از خاتمه تحقیقات مطالبی را که برای کشف حقیقت و دفاع از متهم و یا اجرای قانون لازم بداند، به قاضی اعلام نماید. قطع نظر از اینکه این ماده فلسفه برابری شاکی و متهم را در دفاع نادیده گرفته و به متهم اجازه نداده است که از توانایی علمی و فنی یک حقوقدان در برابر دادستان و وکیل شاکی خصوصی برخوردار باشد اصولاً این ماده زمان خاتمه تحقیقات را تعیین نکرده است. در این صورت فروض زیر مطرح می شود:

۱. مراد از تحقیقات اقداماتی است که توسط ضابطین قضایی و به دستور قاضی تحقیق انجام می شود.

۲. مراد تحقیقی است که پس از هر جلسه توسط بازپرس یا دادیار صورت می گیرد.

۳. پایان تحقیقات معد شدن پرونده برای صدور قرار مجرمیت یا منع تعقیب برای مشتکی عنه است.

به نظر می رسد بهترین تفسیری که بتوان از این ماده نمود این است که منظور مقنن از خاتمه تحقیقات پایان تحقیقی است که ضابطین دادگستری یا مقامات دادسرا از متهم می کنند و در پایان هر جلسه تحقیق، باید امکان اظهار نظر را به وکیل متهم اعطا نمود. اما با توجه به منطبق سابر مواد همین قانون مراد از تحقیقات اقداماتی است که قضات محترم تحقیق شخصاً انجام می دهند. بنابراین به نظر می رسد قسمت دوم ماده ۱۲۸. د.ک با صدر ماده مزبور در تضاد است زیرا مطابق صدر ماده به متهم حق استفاده از خدمات وکیل مدافع صراحتاً واگذار شده است و لذا چگونه می توان از وکیل استفاده کرد، ولی به اوج مداخله داده نشود؟ پس فلسفه حضور وکیل مدافع در مرحله تحقیقات مقدماتی چیست؟ آیا پیش بینی چنین محدودیتی نوعی نقض غرض محسوب نمی شود؟

به نظر می رسد وکیل متهم در حدود مذکور در این ماده حق مداخله دارد و صرفاً از انجام کارهایی همچون اظهار نظر به جای متهم، راهنمایی متهم و اصولاً انجام هر کاری که روند صحیح تحقیقات را دچار مشکل سازد و کشف حقیقت را با مشکل مواجه نماید، مداخله در امر تحقیق به حساب می آید و ممنوع است (زرعت، مهاجری: ۱۳۸۳: ۳۰۸).

در ماده ۷-۱۱۱ لایحه جدید آیین دادرسی کیفری، رعایت حقوق شهروندی مقرر در قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی و سایر قوانین در تمام مراحل دادرسی از جمله کشف جرم و تحقیقات مقدماتی از سوی تمامی مقامات قضایی و ضابطین دادگستری الزامی است. بنابراین به نظر می رسد که در این لایحه محدودیت های موجود در قانون فعلی برای حضور وکیل در تحقیقات مقدماتی از بین رفته و مقامات دادسرا موظف به پذیرش وکلای متهمین در تمامی مراحل هستند.

#### گفتار سوم: در دادگاه (موارد رسیدگی دادگاه بدون کیفرخواست)

رسیدگی به پاره ای از جرایم بدون صدور کیفرخواست و مستقیماً در دادگاه مربوط انجام می پذیرد. در این نوع از جرایم، ممکن است چنین تصور شود که مرحله تحقیقات مقدماتی حذف گردیده و اساساً چنین مرحله ای برای این نوع جرایم قابل تصور نیست. این نظر ممکن است با این استدلال مطرح شود که از آنجایی که تبصره ۳ ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مبین رسیدگی مستقیم به این جرایم است،

بنابراین منظور قانونگذار حذف مرحله تحقیقات مقدماتی در رابطه با این جرایم بوده است. اگر این نظر مورد پذیرش قرار گیرد، تمامی محدودیت هایی که برای مداخلات وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی وجود داشته است، در رابطه با این جرایم از بین می رود.

اما ممکن است چنین استدلال شود که رسیدگی مستقیم به این جرایم در دادگاه به معنای حذف تحقیقات مقدماتی نبوده و خود دستگاه راساً مبادرت به انجام این تحقیقات می نماید. در واقع، از آنجایی که قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ به قوت خود باقی است و در آن به انجام تحقیقات مقدماتی توسط دادگاه نیز اشاره شده است، بنابراین می توان چنین اظهار نظر کرد که دادگاه ها در رابطه با جرایم موضوع تبصره ۳ ماده ۳ قانون اصلاح تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب موظف به انجام تحقیقات مقدماتی هستند. در نتیجه وکیل همچنان با محدودیت های مربوط به تحقیقات مقدماتی در رسیدگی به این جرایم نیز مواجه هستند.

همچنین دادگاه های بخش هم در حال حاضر مستقیماً و بدون وجود دادسرا در معیت خود، اقدام به رسیدگی به اتهاماتی می کنند که در صلاحیت ذاتی و محلی آنان قرار دارد. به نظر می رسد که در این دادگاه ها نیز باید مرحله تحقیقات مقدماتی را از مرحله صدور حکم تفکیک نمود و ضوابط و مقررات راجع به وکالت در مرحله تحقیقات مقدماتی را در این دادگاه ها نیز جاری دانست.

در ماده ۷-۱۳۳ لایحه جدید آیین دادرسی کیفری نیز مقرر شده است که در مواردی که پرونده به صورت مستقیم در دادگاه مطرح می شود، انجام تحقیقات مقدماتی باید بر طبق مقررات مربوط صورت گیرد. بنابراین در لایحه جدید ابهامات موجود در رابطه با چگونگی تحقیقات مقدماتی در مواردی که موضوع مستقیماً در دادگاه مطرح می شود، از بین رفته است.

### نتیجه گیری:

نتایج این تحقیق حکایت از وجود خلأهای قانونی در زمینه حضور وکیل مدافع در فرآیند دادرسی دارد. از جمله این موارد که به سکوت برگزار شده است، می توان به مواردی از قبیل تکلیف ضابطین و مقامات قضایی، به آگاه کردن متهم از حق مزبور، امکان برقراری ارتباط و گفتگوی حضوری با وکیل قبل از شروع جلسه بازپرسی و عنداللزوم پس از آن، چگونگی دسترسی وکیل به پرونده و اسناد و مدارک آن در مرحله تحقیقات مقدماتی و حق برخورداری از مساعدت وکیل تسخیری در مرحله تحقیقات مقدماتی اشاره کرد. طبیعتاً پرهیز از ساده انگاری و به سکوت برگزار کردن چنین اصول و حقوق مهم دفاعی، گاهی مهم در جهت پس رفت عدالت قضایی خواهد بود. به نظر نگارندگان علی رغم وجود برخی ابهامات و نیاز به اصلاح و شفاف سازی قوانین موجود، در شرایط فعلی نیز می توان با تفسیر موسع قوانین به نفع متهم و برای تضمین حقوق دفاعی او، مجوز مطالعه پرونده و حتی اخذ رونوشت از مطالب غیر محرمانه پرونده را به وکیل متهم اعطا نمود. اعطای چنین مجوزی شرط لازم و اساسی دفاع مؤثر وکیل متهم از موکل خویش است چرا که چگونه ممکن است وکلی که از محتوای پرونده آگاه نیست بتواند از اتهامات متناسب به موکل خود دفاع نماید.

### فهرست منابع و مآخذ:

- ۱- اخوندی، محمود. آیین دادرسی کیفری. قم. جلد چهارم. انتشارات اشراق. چاپ دوم، ۱۳۸۱
- ۲- آشوری، محمد عدالت کیفری. تهران. گنج دانش. چاپ اول. ۱۳۸۶
- ۳- آقایی جنت مکان، حسین. حق دفاع متهم: تهدید و توسعه. مجله کانون وکلای دادگستری مرکز. شماره ۱۹۸، ۱۹۹، تهران، ۱۳۸۵
- ۴- خالقی، محی. آیین دادرسی کیفری. شهر دانش. چاپ دوم. ۱۳۸۸
- ۵- زرغامی، عباس مهاجری، علی. آیین دادرسی کیفری. جلد اول. تهران. انتشارات فکر سوزان. چاپ دوم. ۱۳۸۲
- ۶- طاهرمانی، خیرالله. بررسی حق دفاع متهم در حقوق موضوعه ایران. پیام آموزش. ش. ۷. تهران. معاونت آموزشی قوه قضاییه. ۱۳۸۲
- ۷- قاری سید فاطمی. سید محمد. حقوق بشر در جهان معاصر. جلد اول. انتشارات دانشگاه شهید بهشتی. ۱۳۸۲
- ۸- مسعودی مقام. اسدالله. مطالعه تطبیقی حقوق متهم در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و قانون آیین دادرسی کیفری. پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تربیت مدرس. ۱۳۸۰
- ۹- مظاهری، امیرمسعود. مفهوم مداخله وکیل در تحقیقات مقدماتی. مجله حقوقی دادگستری. شماره ۵۷، ۵۶. تهران. ۱۳۸۵
- ۱۰- مؤذن زادگان. حسنعلی. تضمین حقوق متهم. روزنامه شرق. ۱۳۸۵
- ۱۱- مجموعه دیدگاه های حقوقی و قضایی قضات دادگستری استان تهران. جلد ۵. تهران. انتشارات دادپار. چاپ اول. ۱۳۸۲
- ۱۲- نجفی توانا، علی. دفاع از حق دفاع. مجله کانون وکلای مرکز. ۱۹۲، ۱۹۳. تهران. ۱۳۸۵

## استثنائات وارده بر قاعده منع افشای اسرار حرفه‌ای وکیل

■ مسلم رنجبران

### چکیده:

قانونگذار، گروهی از مشاغل از جمله وکلارا صرف‌نظر از وظیفه اخلاقی که نسبت به حفظ و عدم افشای اسرار مراجعین خود دارند از لحاظ قانونی نیز مسؤول دانسته است و وظیفه سنگینی بر عهده آنان گذاشته است اما در مواردی از جمله، منافع و مصالحی مهم‌تر از حقوق موکل اقتضا می‌کند که وکیل اصل عدم افشای اسرار حرفه‌ای را نادیده بگیرد و اقدام به افشای اسرار موکلین خود نماید. از جمله: حفظ مصالح عالی کشور یا افراد، افشاء قصد موکل مبنی بر ارتکاب جرم در آینده، افشاء اسرار موکل در مقام دفاع از خود، یا رضایت موکل مبنی بر افشای اسرار خود توسط وکیل. شاید در نگاه اول به نظر برسد که وکیل با این کار اخلاق حرفه‌ای را زیر پا نهاده است اما با توجه و دقت در کاری که وکیل انجام داده است متوجه می‌شویم که در صورت عدم اقدام، پیامدهای زیانباری به همراه خواهد داشت.

### واژگان کلیدی:

افشای اسرار، وکیل، سر، موکل، استثنائات

### مقدمه

عدم افشای اسرار حرفه‌ای از زمره اصول اخلاقی و قانونی می‌باشد و نقض آن از ردائیل اخلاقی به شمار می‌رود. قانون‌گذار، گروهی از افراد را که به مناسبت شغل و حرفه خود به اسرار مردم دست پیدا می‌کنند در صورت افشای اسرار مراجعین، بار ملامتشان را به مراتب از افراد عادی بیشتر دانسته و در قوانین کیفری برای این گروه از افراد مجازات تعیین کرده است. در عالم حقوق شاید کمتر موردی را بتوان یافت که مطلق مانده باشد و با قید و یا قیودی، مقید نشده باشد بنابراین در مواردی نیز همین اصول اخلاقی یا قانونی، عمل این افراد را در افشای اسرار مراجعین توجیه می‌کند، ولی باید توجه کرد که عدم افشای اسرار حرفه‌ای یک اصل مسلم می‌باشد که موارد استثنا این اصل باید با استفاده از دلایل و منابع معتبر ثابت شود تا امکان جزئی نقض قاعده عدم افشای اسرار حرفه‌ای وجود داشته باشد.

سر در لغت به معنای راز، چیزی که پوشیده از دیگران است. و در اصطلاح حقوقی امری است که نوعاً داعی

بر اخفای آن وجود داشته باشد. رازداری از لحاظ شرعی، اخلاقی و عرفی امری پسندیده و عدم رعایت آن، امری مذموم و مورد نکوهش می‌باشد که در قرآن و سنت بر رعایت آن تأکید شده است. خداوند، خیانت کاران را مورد نکوهش قرار داده است، ان الله لا یحب من کان خوفاً ائیمًا، یعنی خداوند کسانی را که خیانت کار و بدکار هستند را دوست نمی‌دارد. امانتداری از صفات مؤمنان است «والذین هم ولامانائهم وعهدهم راعون» .

در سوگندنامه سقراط نیز در خصوص حفظ اسرار آمده است: «آنچه در حین انجام دادن حرفه خود و حتی خارج از آن در باره زندگی مردم خواهم دید یا خواهم شنید نباید فاش شود و به هیچ کس نخواهم گفت زیرا این قبیل مطالب را باید به گنجینه اسرار سپرد».

بر طبق ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی در صورتی افشای سر، جرم محسوب می‌شود که وکیل به مناسبت شغل و حرفه خود به اسرار افراد دست یافته باشد خواه اطلاعات مربوطه راجع به اسرار حقوقی موکل باشد یا مربوط به دیگر مسائل زندگی خصوصی او که تمایلی به افشای آنها ندارد. زندگی حرفه‌ای وکیل از زندگی خصوصی او غیر قابل تفکیک است. وکیل در زندگی خصوصی خود نیز اخلاقی حرفه‌ای وکالت را نیز باید مد نظر داشته و در مورد اعمالی که ممکن است به آن آسیب بزند مانند صحبت در مورد اسرار موکلین باید هشیار باشد و آن را رعایت نماید.

دلیل این که قانونگذار فقط برای کسانی که به مناسبت مشاغل خود محرم اسرار مردم هستند در صورت افشای اسرار مجازات تعیین کرده است این می‌باشد که عدم رازداری این اشخاص (در بحث ما وکیل) باعث می‌شود که به دلیل عدم اعتماد مردم به وکلا، برای حل مسائل حقوقی خود کمتر به وکیل مراجعه کنند و در نتیجه به سلامت قضایی جامعه آسیب برسد. از این استدلال می‌توانیم استفاده کنیم و ایرادی را بر قانونگذار وارد کنیم. که جرم افشای اسرار حرفه‌ای را در ماده ۷۲۷ ق.م.ا جرمی خصوصی در نظر گرفته است.

#### طرق دست‌یابی وکیل به اسرار موکل:

اسرار موکل به سه شکل در اختیار وکیل قرار می‌گیرد:

۱. اطلاعاتی که که خود موکل مستقیماً به وکیل ارائه می‌کند.
۲. اسراری که وکیل با نکته‌سنجی از سخنان موکل به آن دست پیدا می‌کند.
۳. اطلاعاتی که از مطالعه اسناد مربوط به دعوا و یا از تبادل لوایح به آنها دست پیدا می‌کند.

#### دلایل وجوب حفظ اسرار توسط وکیل:

وجوب حفظ اسرار حرفه‌ای توسط وکیل را می‌توان در موارد ذیل خلاصه کرد:

۱. رسم امانتداری اقتضا می‌کند به افشای اسراری که به مناسبت اعتمادی که به او شده است در اختیار او قرار داده شده، اقدام نکند.
۲. سوگندی که در ابتدای شروع به حرفه وکالت خورده است.
۳. افشای اسرار برخلاف قراردادی است که بین وکیل و موکل منعقد شده است.
۴. ماده ۳۰ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ و بند ۲ ماده ۸۱ آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۲۳ که مقرر داشته: متخلف در موارد ذیل به مجازات انتظامی درجه ۵ محکوم خواهد شد. در صورتی که به واسطه وکالت از اسرار موکل مطلع شده و آن را افشا نماید اعم از اینکه اسرار مزبور مربوط به امر وکالت یا شرافت و حیثیت و اعتبار موکل باشد. و ماده ۶۴۸ ق.م.ا که برای افشای اسرار حرفه‌ای مجازات کیفری مقرر کرده است که با مجازات انتظامی مقرر (متنوعیت از ۳ ماه تا ۳ سال از حرفه وکالت) بر طبق ماده ۸۹ آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری و هم بر طبق اصول حقوقی جمع خواهد شد.

نسخه این که چه مواردی جزء اسرار می‌باشد باید دادگاه است.

مطلع بودن چند نفر از موضوع سر یا امکان فاش شدن بعدی آن به وسیله دیگران مجوز افشای اسرار از

طرف وکیل نمی باشد مگر اینکه مطالب به حد شیاع رسیده باشد.

لزومات زندگی اجتماعی دو سویه است، هم جنبه ایجابی بر فرد و اجتماع دارد، یعنی فرد و اجتماع را ملزم می سازد که حریم خصوصی فرد را افشا کنند و هم جنبه سلبی، یعنی فرد را ملزم می کند حریم خصوصی فرد را مخفی نگه داشته و به آن احترام بگذارد. از شرایط اصلی تحقق جرم افشای اسرار حرفه ای این است که افشای برودر غیرمواذبی که قانون مقرر داشته صورت گرفته باشد که در آن موارد افشای اسرار حرفه ای بر ضیق قانون مجاز می باشد، یعنی در این مورد حکم قانون را می توان به عنوان علل موچه جرم محسوب کرد. پس رازداری وکیل امری مطلق نمی باشد و با استثنائات قانونی محدود شده است.

بالاترین مصلحتی که می تواند منجر به نقض قانون شود خود قانون است. در کشورهایی که به حقوق فردی اهمیت بیشتری داده می شود دایره این استثنائات بسیار محدود است و در کشورهایی که میان حقوقی بر مصالح جمعی استوار است دایره این استثنائات بسیار گسترده تر می باشد.

مقامات قضایی باید توجه داشته باشند که انتظاری مورد از وکیل دادگستری نباید داشت و از او بخواهند در کشف حقیقت واقعه، یار و یاور قاضی باشد. وکیل باید در اجرای صحیح قانون به قاضی کمک کند، که می کند، ولی حق ندارد جای قاضی بنشیند یا با سوء استفاده از اعتماد موکل اش به جاسوس دوجانبه تبدیل شود. بنابراین وکیل فقط باید در موارد محدود که بتوان شرایط افشای اسرار را به طور کامل محقق دانست آن هم برای تامین مصلحتی بسیار قوی تر از مصلحت موکل اقدام به افشای اسرار موکل نماید.

اما نکته ای که باید به آن توجه کرد این است که قانون گذار، وکیل را برخلاف کارشناسان رسمی (ماده ۱۲ قانون کارشناسان رسمی، مصوب ۱۳۱۷)، مأموران تشخیص مالیات (ماده ۲۳۲ قانون مالیاتهای مستقیم ۱۳۶۶) کارگزاران بورس (ماده ۲۸ قانون تأمین بورس اوراق بهادار)، پزشکان (ماده ۱۳ و ۱۶ قانون طرز جلوگیری از بیماری های آمیزشی و بیماری های واگیر دار مصوب ۱۳۲۰) و (ماده واحده راجع به ثبت و گزارش اجباری بیماری های سرطانی مصوب ۱۳۶۶) و... بر طبق مواد قانونی مشخصی، مواردی که امکان افشای اسرار حرفه ای در آنها مجاز است یا تکلیفی در این زمینه وجود دارد را مشخص نکرده است و فقط و با درج عبارت «هرگاه در غیر موارد قانونی اقدام به افشای اسرار نماید» در ماده ۶۴۸ ق.م.ا.موضوع را مسکوت گذاشته است.

ولی می توان دریافت که اصل، بر ممنوعیت افشای اسرار است که شخص به مناسبت حرفه خود به آنها دست پیدا می کند. پس ناچاراً باید به سراغ اصول کلی، از جمله علل موجهه جرایم برای تعیین مواردی که وکلا بر طبق استثنای ماده ۶۴۸ می توانند اقدام به افشای اسرار حرفه ای نمایند، برویم.

علت تشریح علل موجهه جرم این بوده است که عمل مرتکب ضد اجتماعی نیست و عرف و جامعه چنین اعمالی را مخالف منافع خود نمی بیند و ارتکاب چنین اعمالی را در صورتی که کلیه شرایط مقرر در قانون وجود داشته باشد مجاز می شمارد.

رازداری و افشای اسرار یکی از مصادیق امنیت فردی و اجتماعی می باشد که مصونیت آن، از آرمانهای اصیل بشری و ارجمند در قرآن است. قرآن سه عامل را به عنوان عوامل تهدید کننده امنیت دانسته و ضمن هشدار در این موارد آنها را نیز از جرایم بر ضد بشری شمرده است. ۱. ظلم که دشمن امنیت است و حتی در شرایطی که ظلم حکم فرماست ظالم امنیت نخواهد داشت. ۲. تجاوز به حریم خصوصی دیگران که قرآن از آن به عنوان تعدی نام می برد. ۳. افساد و ایجاد بی نظمی در زمین و اخلاص در روابط اجتماعی. بنابراین کسی که ظالم است یا به حریم خصوصی مردم احترامی نمی گذارد یا در زمین فساد ایجاد می کند و روابط اجتماعی را در سطح گسترده دچار اخلاص می کند چندان نباید خود را در امنیت ببیند. و قرآن نیز به کسانی که در فکر و اندیشه سوء هستند هشدار می دهد و آنها را از دایره امنیت خارج می داند.

#### استثنائات قاعده منع افشای اسرار حرفه ای.

۱) افشای قصد موکل مبنی بر ارتکاب جرم در آینده؛  
در هنگامی که وکیل از تباری موکل یا موکلین خود با اشخاص دیگری برای ارتکاب جرم علیه اعراض و

نفوس یا اموال مردم آگاه می‌شود، ذر راه را پیش روی خود دارد:

۱. این که در راستای سوگندی که ادا کرده، جز عدالت و احقاق حق را پیش روی خود قرار ندهد، برای دوری از بی‌عدالتی استعفا دهد. ۲. تبانی آنها را در نزد مراجع قضایی افشا کند. ولی باید توجه کرد در موادی مانند مواد ۶۰۶ و ۷۱۱ د.ق.م.ا و قوانین متفرقه ذکر شده در بالا اشخاصی را که به مناسبت شغل و حرفه خود موظف به راپورت و اعلام اسرار یا جرایم نزد مراجع قضایی یا سایر مراجع کرده شامل وکیل نمی‌شود. پس برای امکان افشای اسرار حرفه‌ای توسط وکیل و بالتبع دفاع از منافع اساسی فرد و یا منافع اجتماع و عدم مجازات برای وکیل باید به سراغ اصول کلی حقوق جزا از جمله اضطرار رفت. «فمن اضطر و غیر باغ و لاعاد فان الله غفور رحیم». در ماده ۶۳ طرح پیشنهادی برای تدوین اخلاق حرفه‌ای وکیل دادگستری مقرر داشته: «وظیفه افشاء اسرار حرفه‌ای وکیل مانع از آن نخواهد بود که در صورت ضرورت در موارد مرتبط به هنگام طرح یا دفاع از دعوی به آن استناد نماید».

ماده ۵۵ ق.م.ا نیز این اجازه را به وکیل می‌دهد که در صورت احراز خطر شدید به منظور حفظ جان یا مال دیگری مرتکب جرم شود و در صورت وجود سایر شرایط و اثبات آن معاف از مجازات بماند. البته باید شرایط دیگر اضطرار نیز کاملاً موجود باشد که در جرم تبانی به خصوص تبانی بر ضد امنیت داخلی یا خارج از کشور این شرایط موجود می‌باشد.

و در ماده ۶۱۱ ق.م.ا در صورتی که لفظ مردم را برای عده‌ای از افراد تعبیر کنیم که بتوان بر آنها لفظ مردم را اطلاق کرد، به راحتی می‌توان شرایط اضطرار را برای توجیه جرم افشای اسرار حرفه‌ای فراهم کرد. حتی اگر کلمه مردم را در ماده ۶۱۱ ق.م.ا به معنای تفسیر ارائه شده در بالا در نظر بگیریم می‌توان تبانی بر علیه یک فرد را با اثبات شرایط اضطرار از جمله شرط اصلی آن که میزان خطر مورد اجتناب بیش از خطر ناشی از فعل ارتكابی باشد، وکیل می‌تواند اقدام به افشای اسرار حرفه‌ای خود در نزد مراجع صلاحیت دار نماید یا وقتی که وکیل از قصد سوء موکل حتی بدون اینکه تبانی یا دیگر اشخاص در کار باشد مبنی بر قتل فرد دیگر یا تجاوز به دختری آگاه شود و جرم پیش رو نیز متضمن خطر فعلی و قریب الوقوع باشد، در این صورت درست است که وکیل اصل عدم افشای اسرار حرفه‌ای را زیر پا می‌گذارد ولی از خطر بسیار بزرگتری جلوگیری می‌کند که نه تنها عرف جامعه و اصول اخلاقی عمل او را برخلاف اخلاق حرفه‌ای نمی‌داند بلکه بر عمل او صحه می‌گذارد.

در کلیه مواردی که شخص مجاز به افشای اسرار است باید آن را به مقامات ذی صلاح گزارش کند و گرنه چنانچه به کسانی به جز افرادی که صلاحیت اقدام را دارند گزارش بدهد مرتکب جرم افشای اسرار حرفه‌ای شده است.

ولی نکته اساسی که در اینجا باید مورد توجه فرار گیرد این است که اگر خطر مورد اجتناب مساوی یا ریسکی باشد که در صورت اقدام به افشای اسرار با آن مواجه می‌شود وکیل نمی‌تواند اقدام به افشاء اسرار حرفه‌ای نماید، زیرا در این مورد دو مهم در برابر هم دیگر قرار می‌گیرند که وظیفه رازداری وکیل و رعایت مصلحت موکل، عدم افشای اسرار حرفه‌ای را مقدم می‌دارد.

قانون جزای فرانسه نیز که خودداری از اعلام و جلوگیری از ارتکاب جرایم را جرم‌انگاری کرده است، آن را تنها در مورد جنایت به طور گسترده و وسیع و در مورد جنحه به طور محدود و کم دامنه جرم‌انگاری کرده است و حتی در مورد جنحه‌هایی که فقط موجب زیان معنوی است مانند افترا و نشر اکاذیب، دخالتی برای افشاء آن‌ها را به دلیل خطرناکی کمتر این جرایم لازم ندانسته است.

#### ۲) افشای اسرار حرفه‌ای توسط وکیل در صورت رضایت موکل:

در حقیقت موکل با اجازه دادن به افشای اسرار و بازگو کردن آن برای افراد دیگر، امر مطروحه را از حالت راز بودن خارج کرده است مثلاً موکلی که در مقام دادن اختیار صلح و مذاکره به وکیل یا طرف یا طرفین مقابل اجازه بازگو کردن مسائلی مربوط به خود را که حالت و جنبه راز بودن دارا می‌باشد، بدهد، در این حالت جرم اصلاً تحقق پیدا نمی‌کند زیرا مسرراً امری تعریف کرده‌اند که نوعاً داعی بر مخفی نگه داشتن آن وجود دارد، ولی باید توجه کرد که در این حالت اگر قصد موکل افشای سرفقط برای افراد مشخصی از سوی وکیل باشد و وکیل این امر را نادیده بگیرد به جرم افشای اسرار حرفه‌ای محکوم خواهد شد.

در ماده ۱۰ طرح پیشنهادی کد اخلاقی وکلای آمده است که وکیل نباید هیچ گونه دعوایی را که در بعضی از قسمت‌ها با اسراری که در انجام شغل وکالت از موکل بدست آورده، ارتباط دارد بدون جلب رضایت و موافقت او قبول نماید.

### ۳) افشای اسرار حرفه‌ای در مقام دفاع از مصالح اجتماعی؛

در این مورد نص صریحی وجود ندارد که وکیل را مکلف به افشای اسرار حرفه‌ای کند و باید موضوع را در راستای استثنای موجود در ماده ۶۴۸ ق.ا.م.ا مورد بررسی قرار داد مثلاً وقتی که وکیل انجام خدمات حقوقی یک شرکت خدماتی خصوصی را که عهده‌دار ارائه خدمات عمومی می‌باشد بر عهده می‌گیرد و بعد از مدتی متوجه می‌شود که آن شرکت هدف اش از تشکیل، کلاهبرداری است و استفاده از خدمات حقوقی وکیل نیز به منظور جلب اعتماد مشتریان و نشان دادن مؤسسه به عنوان یک مؤسسه قانون مدار است و در بین همکاری از این موضوع آگاه می‌شود؛ در این مورد نزاحمی بین اصل رازداری و حفظ مصالح اجتماعی به وجود می‌آید و در این مورد وکیل می‌تواند: رای حفظ مصالح اجتماعی و نیز برای اینکه خود در آینده در مظان اتهام قرار نگیرد اقدام به افشاء اسرار موکل خود نماید.

### ۴) افشای اسرار حرفه‌ای در مقام دفاع از خود؛

در دعوایی که موکل علیه وکیل مطرح می‌کند و وکیل را با اتهامات مختلف مانند بی‌مبالائی در دفاع از خود مواجه می‌سازد و دعوا به گونه‌ای مطرح شده که دفاع از خود منتهی به افشای اسرار موکل می‌شود وکیل در بین یک دو راهی قرار می‌گیرد.

۱. اقدام به افشای اسرار موکل نماید ولی نمی‌تواند به بهانه دفاع از خود اقدام به افشای اسراری کند که هیچ ارتباطی به دعوای مطرح شده ندارد در غیر این صورت بر طبق ماده ۶۴۸ ق.ا.م.ا به مجازات افشای اسرار حرفه‌ای محکوم خواهد شد.

۲. تا پایان دادرسی سکوت کند و در مظان اتهام باقی بماند.

دفاع، یک اصل مسلم حقوقی می‌باشد. بنابراین عدالت اقتضا می‌کند که قاضی پرونده زمینه دفاع وکیل را از خود فراهم سازد و در صورت امکان، جلسه دادگاه نیز بر طبق بند ۳ ماده ۱۸۸ ق.ا.د.ک غیر علنی برگزار شود زیرا بر طبق مبانی مذهبی آگاهی غیر طرفین از مواردی که جنبه محرمانه و سری برای طرفین دارد قابل توجیه نمی‌باشد.

در این موارد نه تنها عدم دفاع از خود توسط وکیل به حیثیت خود وکیل ضرر می‌رساند بلکه عدم اقدام وکیل به دفاع از خود و سکوت کردن در مقابل اتهامات مختلف، به دلیل اینکه نباید در هیچ حالتی اسرار موکل فاش شود به حیثیت کل جامعه وکالت ضربه خواهد زد.

ماده ۴ آیین نامه اخلاق حرفه‌ای وکلای لبنان نیز مقرر داشته: وکیل و کسانی که در دفتر او کار می‌کنند باید با تیزبینی از اسرار حرفه‌ای مراقبت کنند. زمانی که موکل اش شکایت می‌کند می‌تواند برای کشف حقیقت و دفاع از خود در قبال آن شکایت به میزانی که ضرورت دارد این اسرار را فاش نماید و مسؤول هم نباشد. . .  
۵) شهادت و افشای اسرار حرفه‌ای؛

در صورتی که وکیل به عنوان شاهد به دادگاه احضار می‌شود تا از قضیه‌ای که موکلش در مورد آن نزدش اقرار کرده شهادت دهد یا خود شاهد برامری بوده که مربوط به اسرار موکلش می‌باشد در این مورد وکیل باید به منظور اصل رازداری و رعایت حق دفاع و مصلحت موکل حتی اگر عقد وکالت منقذ شده باشد رازداری را بر افشاء اسرار مقدم بدارد.

ولی بر طبق قانون آیین دادرسی کیفری در صورتی که برای امر کیفری به دادگاه به عنوان شاهد دعوت شد مجبور است که حضور بیابد زیرا در صورت عده حضور و وجود شرایط دیگر از جمله شرایط مذکور در مواد ۱۵۹ و ۸۶ ق.ا.د.ک جلب خواهد شد ولی اجبار به حضور به معنای اجبار به ادای شهادت نمی‌باشد و در قانون نیز ضمانت اجرایی برای عدم ادای شهادت در صورت حضور در نزد مراجع قضایی پیش بینی نشده است در حالی که درباره تقض قاعده رازداری حرفه‌ای ضمانت اجرای کیفری پیش بینی شده است و دلیل جلب او در صورت عدم حضوری توجیهی به دستور مقام قضایی برای حضور در دادگاه می‌باشد نه برای اینکه او را مجبور



به ادای شهادت کنند.

استقلال کانون وکلارا در حکم دژ محکمی باید در نظر گرفت در مقابل خشم و تجاوزات سایر قوا (از نظر تعدی به حقوق افراد) که مانع از هر نوع تجاوزی می‌شود. بنابراین استقلال کانون وکلا باعث می‌شود که وکیل خود را مستقل بداند و تحت سلطه سایر قوا نباشد و از ادای شهادت نیز در صورتی که آن را برخلاف حقوق موکل خود می‌بیند خودداری کند.

و ماده ۱۰۶ ق.آ.ک که وکیل را در صورت درخواست مقام قضایی مکلف به ارائه اسناد و مدارکی که موکل به او سپرده و مربوط به واقعه جرم نیز می‌باشد کرده است به نوعی وکیل را در این زمینه مجبور به ارائه اسناد و بالتبع افشای اسرار موکل در نتیجه ارائه این اسناد کرده است که در صورت عدم ارائه نیز برای وکیل مجازات کیفری سنگینی مقرر داشته است، به نوعی محدود کننده فضات نیز می‌باشد که فقط در مورد اسناد است و در سایر موارد قضات نمی‌توانند وکیل را مجبور به ارائه آنها به مراجع قضایی کند و در دعوی حقوقی نیز این ماده قابل اجرا نمی‌باشد و از اعمال سلیق شخصی نیز جلوگیری می‌کند.

### نتیجه گیری:

در پاره‌ای از موارد دلایلی ایجاب می‌کند که وکیل اقدام به افشای اسرار حرفه‌ای نماید که نه تنها اخلاق حرفه‌ای وکالت این اقدام را محکوم نمی‌کند بلکه از آن حمایت نیز می‌کند. و وکیل با این اقدام علی‌رغم اینکه باعث ضرر موکل خود می‌شود اما از مفسده‌ی بسیار بزرگتری پیشگیری می‌کند. زیرا در صورت عدم اقدام وکیل ضرری که ایجاب می‌شود هیچ‌گاه قابل جبران نیست. موردی که به آن باید توجه کرد این است که در صورتی که جرم به طور کامل تحقق پیدا کرده باشد وکیل نمی‌تواند اقدام به افشای اسرار نماید زیرا افشای اسرار برای جلوگیری از خطر شدید می‌باشد که در اینجا تحقق پیدا کرده است. هر نوع مصحتی نمی‌تواند توجیه‌گر عمل وکیل و جزء عوامل سوجه مذکور در ماده ۶۴۸ ق.م.ا باشد.

بنابراین وکیل باید در این مورد، اهم را بر مهم که همان حفظ مصالح اجتماع یا عالی‌ه افراد (مانند نفس) است را بر عدم افشای اسرار حرفه‌ای مقدم بداند نه مهم را بر مهم دیگر که همان عدم افشای اسرار حرفه‌ای می‌باشد. زیرا اصل کلی رعایت مصلحت موکل و رعایت رازداری در این مورد، رعایت حقوق موکل را مقدم می‌دارد. در تمام مواردی که جواز افشای اسرار بر طبق اصول کلی از جمله حق دفاع از خود یا جلوگیری از بروز خطر شدید در آینده، یا دفاع از مصالح اجتماعی، یا رضایت موکل به افشای اسرار وجود دارد وکیل می‌تواند اقدام به افشای اسرار موکل خود نماید و هیچ گونه تکلیفی و الزام قانونی در این باب وجود ندارد.

ایزادی که بر قانون گذار در مورد استثنائات عدم افشای اسرار حرفه‌ای وارد است این است که قانون گذار به روش احصاء قانونی این موارد اهم را مانند مواردی در مورد پزشکان، کارشناسان رسمی و... که در متن نیز ذکر شد، مشخص نکرده است و این امر باعث تفاسیر نامتناسب و ناهماهنگ از علل موجهه قسمت اخیر ماده ۶۴۸ ق.م.ا شده است. پس لازم است که قانونگذار به منظور جلوگیری از سردرگمی و سردرآری متناقض با ذکر صریح مواردی که امکان افشای اسرار حرفه‌ای وجود دارد، مصالح افراد و جامعه را تأمین نماید.

### فهرست منابع:

۱. قرآن کریم.
۲. آقابالی، جواد، صداقت وکیل دادگستری در مقابل دستگاه قضایی و تقابل آن با حفظ اسرار و مصلحت موکل، مجله کانون وکلای مرکز، شماره ۱۸۰، ۱۳۸۲.
۳. اخوت، محمد علی، شرح و تفسیر موادی از قانون مجازات اسلامی موانع مسؤولیت جزایی، مجله د درسی، شماره ۴۳، ۱۳۸۳، ۴۰. اخوان کاظمی، دکتر بهرام، امنیت و ابعاد آن در قرآن، مجله مطالعات اسلامی، شماره ۷۵، ۱۳۸۵.
۵. یاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی جرایم بر علیه اشخاص، تهران، انتشارات دانشور، چاپ اول.

۶. پرادل، ژان، ترجمه ادیب، مجید، حقوق کیفری تطبیقی، نشر میزان، چاپ اول ۱۳۸۶.
۷. تقی خانی، دکتر بهروز، به نقل از محمد تقی دامغانی، وظیفه اصلی وکیل دادگستری کمک به قاضی در اجرای صحیح قانون، خیرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان، شماره ۹، ۱۳۸۶.
۸. جمعی لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران چاپ ششم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۲.
۹. سپهوند، امیرخان، جرایم علیه اشخاص، تهران چاپ سوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۸.
۱۰. ترجمه، سرشار، دکتر محمود، کد اخلاقی وکلا، مجله کانون وکلای مرکز، شماره ۶، بی تا.
۱۱. سرشار، دکتر محمود، وظایف اخلاقی وکلا، مجله کانون وکلا شماره ۲۹، ۱۳۳۱.
۱۲. شقاقی، بیژن، اخلاق حرفه‌ای حفظ اسرار، مجله کانون وکلای مرکز، شماره ۱۸۱، ۱۳۸۲.
۱۳. شهریار، دکتر حمید، حریم خصوصی و جامعه اطلاعاتی، سایت مرکز هم اندیشی های استادان و نخبگان دانشگاهی.
۱۴. شکری، رضا و سیروس، قادر، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران چاپ ششم، انتشارات میلاد نور، ۱۳۸۶.
۱۵. عباسی دکانی، خسرو، آیا مصالح اجتماعی می تواند موجب نقض قانون شود؟، مجله کانون وکلا، شماره ۲۸، ۱۳۸۲.
۱۶. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، جلد دوم (ذی)، تهران چاپ دهم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۳.
۱۷. قهرمانی، دکتر نصرالله، طرح پیشنهادی برای تدوین اخلاق حرفه‌ای دادگستری، گاهنامه شماره ۵ دادسرای انتظامی کانون وکلای مرکز ۱۳۸۵.
۱۸. قماش، سعید، بررسی جرم افشای اسرار حرفه‌ای، مجله دادرسی، شماره ۵۸، ۱۳۸۵.
۱۹. گلدوزیان، دکتر ایرج، محشای ق.م.ا، تهران چاپ هشتم، انتشارات مجد، ۱۳۸۶.
۲۰. ترجمه از، یوسفی محله، ابراهیم، آیین نامه اخلاق حرفه‌ای وکلای لبنان، به نقل از مجله کانون مرکز شماره ۲۰۹، ۱۳۸۹.

# جستاری در ابعاد ساختاری سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

حمید رضا اشراقی ■

**موضوع:** سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت که نباید آن‌ها را با هم اشتباه کرد و ما در این باب بیشتر سخن خواهیم گفت در نظام اقتصادی ما پدیده‌ای شناخته شده است. در خصوص موضوع مقاله چند سؤال پیش روی است که در جریان تحقیق به آن‌ها پاسخ داده خواهد شد:

۱. سرقفلی و حق کسب و پیشه و چه تفاوتی با یکدیگر دارند؟
۲. با عنایت به این که در مورد حرمت و غیر مجاز بودن ربا بحث و تردید نیست در خصوص سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت با توجه به اوصاف و مشخصاتشان آیا مصداق ربا هستند یا نه؟
۳. وضع ویژه سرقفلی در قانون روابط موجر و مستاجر، دادرسان را به تردید انداخته که آیا در مقام تقسیم ترکه می‌توان سرقفلی را جزء حصری یکی از ورثه قرارداد یا باید آن را در زمره حقوق احتمالی شمرد و یا به حالت اشاعه باقی گذارد؟
۴. آیا سرقفلی را می‌توان به عنوان مال و یا حقوق مالی شناخت یا خیر؟

## اهمیت‌گزینش موضوع:

در خصوص مفهوم سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت بین حقوقدانان اختلاف نظر است به گونه‌ای که برخی قایل به وحدت مفهوم سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت هستند و برخی قایل به وحدت نبوده و این دو چیز را متفاوت می‌دانند که ما نیز با آن موافقم به عبارت دیگر فرض بر تفاوت بین این ۲ دو مفهوم است که در خلال مقاله در خصوص صحت آن بحث خواهیم کرد.

سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در نظام اقتصادی ما پدیده‌ای شناخته شده است و افراد در گفتگوها از خرید و فروش سرقفلی و مالکیت آن سخن می‌گویند و در موقع محاسبه و ارزیابی اموال اشخاص حقیقی و حقوقی، حق کسب و پیشه و تجارت به عنوان یکی از اقلام دارایی به حساب می‌آیند و وزارت دارایی از نقل و انتقال مالیات می‌گیرد و سرقفلی اماکن را برای استیفاء مالیات معوقه آن‌ها توقیف و حراج می‌کنند.

اغلب دادگاه‌ها به الزام موجر به تجویز حق انتقال کسب و پیشه و تجارت مستأجر به غیر حکم می‌دهند و در مواردی تخلیه اماکن استیجاری را فقط با پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت روا می‌دانند. مردم حق تقدم

در اجاره راهم چون سایر حقوق مالی واگذار می‌کنند و در بسیاری موارد، اخلاق عمومی مالکی را که موفق به تخلیه ملك خود شود به دیده‌ی متجاوز و غاصب می‌نگرند.

هم چنین تردیدی اساسی در خصوص حلیت یا حرمت و مالیت داشتن یا نداشتن سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت وجود دارد و اینکه آیا حق کسب و پیشه و تجارت و سرقتی مصداق ربا هستند یا خیر؟ لزوم بررسی موارد پیش گفته و پاسخ به سؤالات مطرح شده برای روشن شدن اینها مرات در این خصوص و سعی برای از بین بردن تردیدها اهمیت پرداختن به این موضوع را روشن می‌کند.

**روشن بررسی:** پدیده سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت به عنوان يك نهاد قانونی در نظام اقتصادی و قضایی ما جوان و نوپاست بنابراین تألیفات و آثار مکتوب در مورد آن کمتر می‌توان یافت و از طرفی این مسأله که رسیدگی به دعاوی موجرو مستأجر و به تبع آن‌ها مسأله‌ی مربوط به سرقتی اصولاً در صلاحیت دادگاه‌های صلح اسبق و حقوقی و احکام صادره فقط قابل پژوهش یا تجدید نظر بوده و بدون رسیدن به دیوان کشور قطعیت می‌یابد باعث شده است که در مورد این پدیده و در مقام ایجاد وحدت رویه اظهار نظر شود.....

**چکیده:** قوانین مربوط به تنظیم روابط موجرو مستأجر به علت شیوع اجاره، از مهم ترین قوانین هر کشور محسوب می‌شوند. هم چنین، بحث سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت، از بحث های مهم اجاره محل های تجاری هستند. قانون گذار جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۶۷ با تصویب جدیدترین قانون روابط موجرو مستأجر، تغییرات عمیقی در این زمینه به وجود آورد، که شایسته کنکاش و بررسی است. مقاله حاضر به اختصار، ضمن بررسی مفهوم این دو واژه و ضرورت نداشتن چنین تقسیم‌بندی، به بررسی مبانی این دو نهاد حقوقی می‌پردازد، سپس پیشینه آن‌ها را به اشاره از نظر می‌گذراند. بخش دیگر این مقاله ضمن اشاره به تفاوت های این قانون با وضعیت های پیش بینی شده در قوانین سابق، به دآوری در زمینه کم و کیف مفهوم سرقتی، با معنای مورد نظر این قانون می‌پردازد.

## مقدمه

سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت، از مهم ترین مباحث مربوط به اجاره است که جایگاه بسیار مهمی در مباحث حقوقی و اقتصادی داشته، تغییر و تحول این نهاد حقوقی و تقنین در این باب همیشه حساسیت‌زا و بحث‌انگیز بوده است که خود دلیل بر نقش مهم و فراگیر این نهاد در عرصه اقتصادی اجتماع می‌باشد.

مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۷۶، آخرین قانون مربوط به موجرو مستأجر را به تصویب رساند. از جمله مباحث تغییر یافته در این زمینه، بحث سرقتی بود که دستخوش تحولات عظیمی گردید. مقاله حاضر، درصدد بررسی نکات مثبت و منفی این قانون در زمینه یاد شده است. لیکن این بررسی میسر نیست، مگر بعد از ارائه مباحثی در جهت تبیین تفاوت بین «سرقتی» و «حق کسب و پیشه و تجارت»، مبنای این دو حق، پیشینه حق کسب و پیشه و تجارت، و نظر فقها در موضوع یاد شده. لذا قبل از بحث و بررسی قانون جدید، زمینه‌های اجتناب‌ناپذیر این مباحث را فراهم می‌آوریم.

امروزه سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت از مناسبات بسیار مهم در عرصه اقتصادی و حقوقی اجتماع و افراد می‌باشد و قوانین مرتبط به تنظیم روابط موجرو مستأجر به علت شیوع اجاره بخصوص در محل های تجاری از مهم ترین قوانین هر کشور محسوب می‌شود که به طور آشکار تغییر و تحول این نهاد حقوقی و تقنین در این باب جهت یکسان سازی تئوری حقوقی و تلاش در ایجاد رویه قضایی مناسب و پرهیز از برخورد های متفاوت محاکم با آن دلیلی بر نقش مهم و فراگیر این نهاد در عرصه اقتصادی و اجتماعی می‌باشد. لذا هر چند این موضوع در گذشته از سوی اساتید و صاحب نظران علم حقوق مورد واکاوی و کنکاش قرار گرفته؛ اینک در این مقاله نگارنده با رویکرد تحلیلی درصدد بیان مفهوم و بررسی قوانین موضوعه و دکتربین حقوقی در این خصوص می‌باشد.

## سیرتاریخی حق کسب و پیشه و تجارت:

تا قبل از سال ۱۳۳۹ با اینکه مواد صریحی در این مورد وجود نداشت، ولی حق مزبور در عرف و عادت تجاری شناخته شده بود، و عملاً رعایت شد (کشاوری، ۱۳۷۴، ص ۶۰).

این وضعیت در سال ۱۳۳۹ به صورت قانونی بروز پیدا کرد، و قانون این عرف را به رسمیت شناخت. وضعیت به همین منوال تا سال ۱۳۵۶ ادامه یافت. و در این سال، قانون روابط موجر و مستأجر جدیدی وضع شد. طبق ماده ۳۲ این قانون، قانون مصوب ۱۳۳۹ منسوخ اعلام گردید، ولی حق کسب و پیشه و تجارت دوباره در ماده ۱۹ این قانون، به رسمیت شناخته شد.

بعد از انقلاب اسلامی و در سال ۱۳۶۲، دوباره قانون موجر و مستأجر جدیدی وضع گردید. ولی طبق ماده ۱ این قانون، فقط محل های مسکونی شامل این قانون بودند. لذا در زمینه بحث حاضر، اصولاً باید به قانون سال ۱۳۵۶ مراجعه می شد.

به علت این که بیشتر مجتهدان به غیر شرعی بودن حق مزبور نظر داده اند، اختلاف رویه ای بین قضات در این زمینه ایجاد شد. در سال ۱۳۶۳، شورای نگهبان در نظریه ای اعلام کرد که حق مورد اشاره ماده ۱۹ قانون سال ۱۳۵۶ عنوان شرعی ندارد (روزنامه رسمی، ۱۳۶۳، شماره ۱۱۵۰۲).

این نظریه به علت اختلاف نظری که در صلاحیت اعلام نظر استقلالی شورای نگهبان وجود داشت، کارساز واقع شد. در تاریخ ۶ اسفند ۱۳۶۳، دیوان کشور با جمعی از قضات و مجتهدان خود که به طور قانونی تشکیل یافت، اعلام نظری کرد که حاکی از تأیید ضمنی چنین حقی بود (کشاوری، ۱۳۷۴، ص ۱۲۰).

در سال ۱۳۶۵، ماده واحده ای به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. بر اساس این ماده واحده، اصولاً چنین حقی وجود دارد، به شرطی که اجاره با سند رسمی نبوده و سرقفلی نیز دریافت شده باشد. در این صورت، به قانون سال ۱۳۵۶ ارجاع داده شده است.

بالاخره بعد از مباحث طولانی درباره شرعی بودن یا نبودن حق کسب و پیشه و تجارت، در سال ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام ماده ای را به تصویب رساند، و به همه گفتگوها و اختلاف نظرها پایان داد. به موجب این ماده:

«در مورد حق کسب یا پیشه یا تجارت، مطابق قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۵۶/۵/۲ عمل شود. ماده واحده الحاقیه به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۶۵/۸/۱۵، به قوت خود باقی است.»

اما چنان چه خواهیم دید، این نظر نیز در سال ۷۶ تغییر کرد، و قانون جدید چنین حقی را غیر قانونی اعلام نمود.

اکنون، در باب نظر فقها و مجتهدان درباره حق کسب و پیشه و تجارت، باید گفت که از دیدگاه اینان، حق یاد شده با مبنایی که ذکر شد، مردود است. حتی بعضی از ایشان ضمن اشاره به توجیه یاد شده، آن را غیر صحیح و نامعقول دانسته اند، و سپس حکم بر حرمت مطالبه چنین حقی از سوی مستأجر داده اند. (حلی، ص ۱۲۱؛ امام خمینی (ره)، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۶۱۵؛ خویی، ۱۳۹۵، ق، ص ۳۴؛ منتظری، ۱۳۶۲، ص ۴۰۹؛ صانعی، ۱۳۷۴، صص ۴۷۸، ۴۷۷؛ مظاهری، ۱۳۷۰، ص ۳۰۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷، صص ۲۹۸، ۲۹۷).

به طور قریب به یقین، می توان مقدمه چنین حکمی را قاعده تسلیط دانست که وجود چنین حقی برای مستأجر، مالک را از تسلط و اختیار کامل بردارایی خویش محروم می نماید؛ اگرچه می توان باب بحث درباره تعارض قواعد لاضرر و قاعده یاد شده را در مورد یاد شده، مفتوح دید.

هم چنین، همه فقها با اجماع به صحت اخذ سرقفلی به وسیله موجر معتقدند. و چنانکه بعضی نیز به طور صریح اشاره کرده اند، مبنای آن را اختیار مالکانه می دانند. و لذا، حق رجوع برای مشتری نسبت به آن قائل نیستند. مگر اینکه شرطی به نفع مشتری شده باشد و مشتری در قبال گذشتن از حق خود، سرقفلی را مطالبه کند (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷، ص ۳۰۰).

## سرقفلی و حق کسب چیست؟

در قوانین مدون، ما با دو کلمه روبرو می شویم: سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت. در جامعه ما گاه این دو به یک معنی به کار رفته و گاه از هم تفکیک شده اند و با معانی مختلف مطرح شده اند. اما سرقفلی وجهی است که مالک (خواه مالک عین باشد یا منفعت) در ابتدای اجاره و جدای از مال الاجاره از مستأجر می گیرد تا محل را به وی اجاره بدهد و واگذار کند.

در حالی که حق کسب و تجارت حقی است که به طور تدریجی و به مرور زمان برای مستأجر محل کسب و پیشه و تجارت به وجود می آید. در نتیجه بعد از این که مستأجر کار و فعالیت کرد و مشتری و اعتبار بدست آورد، حقی برای او به وجود می آید که به آن حق کسب و پیشه و تجارت می گویند. پس این دو در ماهیت کاملاً باهم متفاوت هستند.

وقتی به قوانین سال های ۱۳۲۲ تا ۱۳۷۶ نگاه می کنیم هر جا کلمه سرقفلی به کار رفته منظور حق کسب و پیشه و تجارت بود. این در حالی است که مشروعیت در حق کسب و پیشه و تجارت همیشه از لحاظ شرعی محل بحث و مناقشه و تردید بود.

اما سرقفلی همیشه مجاز بوده است. علت اینکه حق کسب و پیشه و تجارت در قوانین ما پیشتر مورد توجه است، بخاطر این بود که مستأجر مدتی زحمت کشیده و مشتری به دست آورده و وقتی او را از محل بیرون می کنند مشتری ها را از دست می دهد و در محل جدید باید دوباره مدتی وقت صرف کند تا مشتری جدید بیاید. به همین دلایل قانون گذار از مستأجرها حمایت می کند. به طور کلی حق کسب و پیشه و تجارت و سرقفلی بعد از انعقاد قرارداد اجاره به وجود می آید.

- علی القاعده سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در روابط موجرو مستأجر مطرح شده اما با این وجود در برخی قوانین مانند قانون تملک زمین برای نوسازی مصوب ۱۳۳۹ و قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷ و لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ پیش بینی کرده اگر دولت بخواهد محل تجاری و کسب و کار کسی را برای امور فوق تملک کند، باید سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت بدهد. در نتیجه نیازی نیست در این مورد رابطه استیجاری وجود داشته باشد.

آیا حق کسب و پیشه و تجارت در حال حاضر وجود دارد؟

در سال ۱۳۷۶ قانونی در خصوص روابط موجرو مستأجر به تصویب رسید و مقرر گردید که اخذ سرقفلی در مواردی که در قانون مزبور آمده جایز است اما مطالبه هر وجهی غیر از سرقفلی ممنوع است. در نتیجه به موجب این قانون هر قرارداد اجاره ای که از سال ۱۳۷۶ به بعد در خصوص اماکن تجاری منعقد شده، گرفتن سرقفلی در آن ها جایز است اما حق کسب و پیشه و تجارت به مستأجر تعلق نمی گیرد.

در قانون سال ۷۶ سرقفلی در چه مواردی تعلق می گیرد؟

ماده ۶ قانون سال ۷۶ می گوید، هر گاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار کند می تواند مبلغی به عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت کند و مستأجر می تواند در طول مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجریا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند مگر آن که در ضمن حق اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد.

تبصره الف: چنانچه مالک سرقفلی نگرفته باشد و مستأجر با دریافت سرقفلی ملک را به دیگری واگذار کند، پس از پایان مدت اجاره مستأجر اخیر حق مطالبه سرقفلی را از مالک ندارد.

تبصره ب: در صورتی که موجری به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل کند، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد.

ماده ۷: هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود تازمانی که عین مستأجره را در تصرف مستأجر باشد، مالک حق افزایش اجاره بها و تخلیه عین مستأجره را نداشته باشد و متعهد شود که هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار کند. در این صورت مستأجر می تواند از موجریا مستأجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای حقوق

خود دریافت کند. هم چنین هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک عین مستاجر به غیر مستاجر اجاره ندهد و هرساله آن را به اجاره متعارف به مستاجر متصرف واگذار کند، مستاجر می تواند برای دریافت حقوق خود یا تخلیه محل، مبلغی را بعنوان سرقفلی مطالبه کند.

حق سرقفلی که در حقوق فرانسه به عنوان «Propriete Commercial» و در بعضی موارد «Pas de Porte» نامیده شده است، عبارت است از حقی که تاجر برای تقدم در اجاره محل و ادامه تجارت خود دارد (کورنو، ۱۹۸۶م).

برای آن که بتوانیم تعریفی جامع از این واژه در حقوق ایران ارائه کرده باشیم، باید برداشتی هماهنگ از این واژه وجود داشته باشد. اما بین استادان حقوق ایران در این زمینه، اختلاف عقیده وجود دارد. بعضی از استادان، این حق را فقط متعلق به مستاجر می دانند (کانوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۵۲۲). برخی دیگر، آن را متعلق به مالک می دانند و حقی را که مشتری دارد، به عنوان «حق کسب و پیشه و تجارت» نام می نهند.

به نظر می رسد اختلاف نظر ماهوی چندانی بین حقوقدانان وجود نداشته باشد، و قریب به اتفاق نسبت به این موضوع هم عقیده باشند. حقوقی که مستاجر و موجر دارند، دو چیز مختلف است و دو مینای مختلف دارد. ولی بعضی از استادان به پیروی از حقوق فرانسه، سرقفلی را مختص به حق مستاجر نموده اند. بعضی دیگر به تبعیت از عرف جامعه ایران، آن را بر هر دو نوع حق اطلاق کرده اند. عده ای نیز به علت تفاوت ماهیت این دو نوع حق، بر هر کدام نامی مستقل نهاده اند.

علاوه بر این که «سرقفلی» و «حق کسب و پیشه و تجارت» را دو حق مختلف می دانیم و برخلاف بعضی حقوقدانان به تفاوت بین این دو معتقدیم، برای تبیین حقوقی مطلب و تجزیه و تحلیل مناسب آن، بهتر است هم از اصطلاح عرفی سرقفلی و هم از برداشت غربی آن دست برداریم، و با واژه گزینی دقیق به بررسی آن ها بپردازیم. اینک در تعریف «سرقفلی» باید گفت:

«پولی است که در ابتدای عقد اجاره به هر علتی، توسط مالک از مستاجر دریافت می شود.»

(ستوده، ۱۳۷۶، ص ۶۸؛ کشاورز، ۱۳۷۴، صص ۱۸ و ۳۷) در حالی که حق کسب و پیشه و تجارت، عبارت است از:

«حقی که تاجریا صنعت گرد در نتیجه جلب مشتری و شهرت و فعالیت خود، برای محل کارش قائل می شود.»

همچنین در تعریف دیگری از حق کسب و پیشه و تجارت آمده است (احمدی، ۱۳۷۴، ص ۶۸).

«حقی است که تاجر و کاسب نسبت به محلی پیدا می کند. این حق ناشی از تقدم در اجاره، حسن شهرت، جمع آوری مشتری و رونق کسی است که بر اثر عملکرد مستاجر محل به وجود آمده است.»

تعریف حق کسب و پیشه و تجارت و ارکان آن:

کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی نیز در پاسخ به این پرسش که «آیا امکان کسب و پیشه مشمول قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۶۲ می باشند یا خیر؟ در نامه مورخ ۱۳ اردیبهشت ۱۳۶۲ چنین پاسخ داد: «مقررات این قانون منحصر به اماکن مسکونی است و به محل کسب و پیشه و تجارت تسری ندارد.»

حق کسب و پیشه حقی است مالی که به تبع مالکیت منافع برای مستاجر محل کسب و پیشه یا تجارت تحقق می یابد و قابلیت انتقال به غیر را دارد. برخی حقوقدانان در مقام تبیین چنین حقی - در معنای عام آن - ضمن این که بین مفهوم سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت قائل به وحدت مفهوم شده و گفته اند که «حقی بر مشتریان داریم سرمایه تجارتخانه» است (ناصر کانوزیان، ضمیمه حقوق مدنی - عقود معین) در معنای محدود تر آن اظهار داشته اند حق کسب و پیشه و تجارت حقی است که به موجب آن مستاجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می شود. (محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق).

تعریف دکتر کانوزیان صرف نظر از ابهام و اجمال دارای این اشکال است که در آن نقش موقعیت و محل کسب و هم چنین نوع استفاده بیان نشده است و به علاوه بین مفهوم سرقفلی یا حق کسب و پیشه و تجارت قائل به وحدت مفهوم شده اند. تعریف دکتر لنگرودی نیز منصرف به موردی است که مدت اجاره تمام شود و

موجر بخواهد آن را به فرد دیگری اجاره دهد. بنابراین در اینجا مستأجر اول به جهت داشتن این حق بر دیگران مقدم است؛ ولی شامل موردی که خود مستأجر (بدون این که مدت اجاره اش تمام شود) بخواهد به اذن مالک یا اذن محکمه منافع مورد اجاره و به تبع آن حق کسب یا پیشه و تجارت خود را به دیگران انتقال دهد، نمی شود. اشکال اساسی دیگر این است که ماهیت حق کسب، پیشه و تجارت در تعریف تبیین نگردیده؛ بلکه برخی آثار آن به صورت ناقص ذکر شده است. وی در تعریف دیگری چنین بیان داشته است: «حق است برای مستأجر بازرگان و پیشه وران و مطلق کسانی که از طریق اجاره مکانی کسب معاش کنند - ولو آن که بازرگان نباشند - و با سرقفلی معمولاً تفاوت دارد. زیرا شهرت تجارت و وجود مشتریان از عناصر سازنده آن نیست. «آقای کشاورز نیز در بیان تعریف آورده است: «حق کسب، پیشه و تجارت حقی است مالی که به تبع مالکیت منافع برای مستأجر محل کسب یا پیشه یا تجارت تحقق می یابد و قابلیت انتقال به غیر را - توأم با منافع عین مستأجره - دارد. «این تعریف نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا اولاً این حق قطعی الحصول نبوده؛ بلکه ممکن الحصول است. اگر مستأجر مرتکب تخلفی نشود و به علاوه موجبات حسن شهرت فراهم گردد، مستحق حق موصوف می گردد. ثانیاً، در صورت تجویز انتقال منافع قابلیت انتقال چنین حقی نیز ممکن است. حق کسب و پیشه و تجارت خود به خود مالیت ندارد و به تنهایی قابل مبادله نیست؛ یعنی مستأجر نمی تواند هم منافع عین مستأجره را برای خود نگه دارد و هم حق کسب و پیشه و تجارت را به غیر منتقل کند. و عوض آن را بگیرد؛ بلکه هر دو را باید با هم منتقل نماید؛ یعنی حق کسب و پیشه نسبت به منافع عین مستأجره یک مال تبعی است و از این رو توقیف تابع بدون توقیف متبوع معنا ندارد. حقاً حقی تبعی به تنهایی مورد معامنه قرار نمی گیرد و مالیت ندارد. حق به ملک و حق سرقفلی با کسب و پیشه نیز از این قبیل است و به همین جهت حق سرقفلی به تنهایی برای اجرای اجرائیه دادگاه یا اجرائیه بیتی قابل توقیف نیست. اگر گفته شود حق کسب و پیشه حقی است بر مشتریان دایم و سرمایه تجارخانه در نتیجه آثار این حق ناظر به محل کسب نخواهد بود. چرا که مشتریان دایم با فرض تغییر محل تجارخانه آن را رها نخواهند کرد و سرمایه تجارخانه - با فرض قبول این تعریف - اگر استیجاری باشد، نمی تواند جزئی از سرمایه محسوب شود؛ یعنی ارزش مستقلی ندارد. تعریف حق کسب، پیشه و تجارت به «حق که به موجب آن مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران حق تقدم دارد» نیز اگر در زمان حکومت قانون مصوب ۱۳۵۶ دیگر چنین نیست؛ زیرا وجود این حق فقط در حالی که در مقام تحلیل حقوقی فرض کنیم مدت اجاره تمام شده و مالک قصد تخلیه عین مستأجره و اجاره دادن مجدد آن را دارد و در این حالت مستأجر متصرف - به اعتبار داشتن حق کسب، پیشه و تجارت - بر دیگر داوطلبان اجاره مقدم است، متجلی نمی شود؛ بلکه چنان چه مستأجر قصد انتقال حقوق خود در عین مستأجره را به غیر داشته باشد نیز قابل قبول است (ماده ۱۹ قانون مصوب ۱۳۵۶ و تبصره های آن).

در این حالت مستأجر حقی را که در نتیجه انعقاد عقد اجاره برای وی ایجاد شده با رضایت مالک و یا به حکم دادگاه (در صورت راضی نشدن مالک) به غیر منتقل می کند. بنابراین در این جا حق تقدم در اجاره کردن محل کسب خود مطرح نیست؛ بلکه اختیار انتقال منافع ملک غیر مطرح می باشد. در صورتی که مستأجر بدون تحصیل اذن دادگاه یا موافقت موجر در مواردی که حق انتقال به غیر را ندارد، منافع را به دیگری منتقل کند، در این صورت مستأجر متصرف در برابر تخلیه استحقاق دریافت نصف سرقفلی را دارد. نصف حق کسب و پیشه و تجارت به مستأجر متصرف پرداخت می شود. در اینجا سخن از حق تقدم در اجاره مطرح نیست؛ بلکه این حقی است که هر چند به تبع رابطه استیجاری پدیدار می شود؛ اما لااقل نصف آن وجود مستقل دارد.

قید «از طریق اجاره مکانی کسب معاش کنند» زاید به نظر می رسد، امروزه نقش انعقاد عقد اجاره تصرف مستأجر در محل باعث می شود که تحقق تدریجی حق کسب پیشه و تجارت برای مستأجر آغاز گردد، چه وی عملاً در محل به کسب بپردازد و چه محل را خالی بگذارد و خواه کسب در محل وسیله کسب معاش او باشد و خواه از طریق دیگری امرار معاش کند.

به علاوه این توضیح هم که «با سرقفلی از نظر مفهومی تفاوت دارد؛ زیرا شهرت تجاری و وجود مشتریان از عناصر سازنده آن نیست» واجد اشکال می باشد؛ زیرا:

- به شرحی که گفته شد، آنچه شهرت تجاری مستأجر و وجود مشتریان در میزان آن تأثیر ندارد «سرقفلی



است و نه حق کسب، پیشه و تجارت.

- بدون هیچ تردیدی باید قائل به این شد که شهرت تجاری مستأجر و تعداد مشتریان عناصر تشکیل دهنده حق کسب، پیشه و تجارت و عوامل مؤثر در میزان آن است.

- فرض کنیم شخصی محلی را از مالک برای جواهر فروشی اجاره می کند. اگر این شخص محل را در ابتدای سال ۱۳۶۷ اجاره کرد و A تومان سرقفلی پرداخته شد و بعد هم در دکان را ببندد و هیچ کاری در آن جا انجام ندهد و در اول اردیبهشت ماه سال بعد قصد انتقال آن را به غیر داشته باشد، حق کسب، پیشه و تجارت محل عبارت خواهد بود از  $A + B$  که B عبارت است از حقی که طی یک سال برای مستأجر ایجاد شده است.

از طرفی گزینش عبارت «حق کسب و پیشه یا تجارت» در قانون موجر و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ و «حق کسب و پیشه یا تجارت» در قانون سال ۱۳۵۶ نیز دارای ایراد است. قانون گذار از کلمه متعارف سرقفلی دست برداشته و به جای آن کلمه نامأنوس «حق کسب یا پیشه و تجارت» را برگزیده است. در حالی که ماهیت و اوصاف اصلی حق در همه موارد یکی است. حق تاجر یا پیشه ورو مظاهر گوناگون و اقسام مختلف آن یک مفهوم هستند. حق کسب یا پیشه و تجارت علاوه بر ترکیب ابداعی قانون گذار در قلمرو نیز نادرست و گمراه کننده است:

- ترکیب ابداعی حق کسب و پیشه و تجارت ترکیبی نادرست است، زیرا مطابق بند یک از ماده ۲ قانون تجارت، کاسب به مفهومی که ما از آن داریم، تاجر است، در حقوق کوئی ما تاجر را به میزان سرمایه یا داشتن کارت بازرگانی نمی شناسند و هرکس اعمال تجارتي را پیشه خود سازد، تاجر است. کاسب کسی است که کالایی را به قصد فروش و سود جویی می خرد و به همان شکل و گاه با تغییر مختصر در کالا آن را به فروش می رساند مثل بقال، قصاب، نانوا، کتاب فروش و روزنامه فروش و مانند این ها. از آنجا که صاحبان این مشاغل به کار خرید و فروش می پردازند تاجر محسوب می شوند؛ خواه به صورت دوره گرد کم بضاعت باشد یا شرکت تجاری معتبر. در تأیید این مطلب ماده ۶ قانون تجارت، کاسب جزء راهم تاجر شناخته؛ ولی چنین شخصی را از داشتن دفاتر تجارتي معاف کرده است. بنابراین حق کسب نمی تواند مفهومی غیر از حق داشته باشد در حالی که در اصطلاح ابداعی قانونگذار ۲ مفهوم جداگانه شناخته است که نادرست می باشد.

- گمراه کننده است؛ زیر عنوان «حق پیشه» این توهم را به وجود می آورد که صاحبان مشاغل گوناگون مانند پزشک، سردفتر و وکیل دادگستری نیز می توانند حق پیشه خود را به دیگری منتقل سازند یا در برابر تخلیه ملک از موجر مطالبه سرقفلی کنند. در حالی که مفهوم سرقفلی تنها در جایی قابل تصور است که مشتریان مؤسسه ای به دلیل شهرت و موقعیت محل و مرغوب بودن کالا به آن رجوع کنند نه به دلیل شخصیت مالک. مشتری پزشک یا وکیل دادگستری وابسته به شخص اوست و با مطب و دفتر و کالت ارتباط ندارد تا تخلیه ملک حقی را از وی کسب کند یا پرارزش منافع بیفزاید. به نظر می رسد مقصود قانون گذار اشاره به پیشه وران مانند کفاش و خیاط باشد که از حیث مقررات اجاره و سرقفلی در زمره بازرگانان هستند؛ زیرا مشتریان پیشه وران نیز تا اندازه ای به اعتبار مؤسسه به محل رجوع می کنند.

استفاده از حق سرقفلی به جای حق کسب و پیشه و تجارت نیز با توجه به آن چه گفته شد، نمی توانست موجه باشد؛ چه هر یک از این دو معنای خاص خود را دارند و قانونگذار درصد تعیین و تدوین ضوابطی برای سرقفلی نبوده است. البته باید پذیرفت که امروزه ۲ مفهوم سرقفلی و حق کسب یا پیشه و تجارت به خصوص نزد عوام به شدت به هم آمیخته شده است؛ اما بدیهی است که این آمیختگی آن جا که سخن از احکام قانونی و مسائل قضایی در میان است، ماهیت متفاوت این دو را تغییر نمی دهد.

در تجارت امروز کاردانی و سرمایه تاجر و نوع کاری که انجام می دهد، بیش از خصوصیات اخلاقی او اهمیت دارد. ممکن است مشتریان تجارخانه ای صاحب آن را شناسند؛ اما به دلیل اعتماد به نام تجاری و فعالیت مؤسسه مایل باشند کالای مورد نیازشان را از فرآورده های آن تهیه کنند. چنان که وقتی کسی ساعت سی تی زن یا یخچال پارس یا خودرو بنز می خرد نظری به امانت یا زیبایی و دینداری و نوع دوستی مدیران مؤسسه ها ندارد؛ بلکه برای او علامت تجاری یا صنعتی آن ها اطمینان بخش است. در واقع مشتریان دائم به سرمایه، کالای تجاری و نوع ابزار به کار رفته در محصول بیشتر از شخصیت تاجر اهمیت می دهند. در حالی

که مشتریان مدنی مانند کسانی که به پزشک یا وکیل دادگستری رجوع می کنند به اعتبار صلاحیت، حسن رفتار، اخلاق و معلومات خود اقدام به این کار می نمایند. به همین دلیل رفته رفته این فکر ایجاد شد که حقی که تاجر بر مشتریان خود دارد، را باید در زمره حقوق مالی به حساب آورد، حقی که تاجر بتواند در آن تصرف کرده و به دیگران انتقال دهد؛ حق کسب، پیشه و تجارت دارای عناصر گوناگونی است که برخی از این عناصر مادی و برخی دیگر غیرمادی هستند، عنصر اساسی حق کسب، پیشه و تجارت حفظ مشتریان تاجر و امتیازی است که در اثر کار و کوشش به دست آورده است.

### جایگاه شرعی و فقهی حق کسب و پیشه و تجارت:

در لغت نامه ها و کتب فقهی و حقوقی متقدمان ذکری از حق کسب، پیشه و تجارت نمی توان یافت؛ زیرا ولادت و ظهور این پدیده در نظام اقتصادی و قضایی ایران در دهه ۱۳۲۰ تحقق یافته و پیش از این تاریخ، تأسیس مزبور در ایران جایگاهی نداشته، عنوان شرعی آن نامعلوم و حلیت آن نیز مورد مناقشه بوده و این مناقشه تا صدور نظر مجمع تشخیص مصلحت نظام ادامه داشته است. شورای نگهبان در پاسخ شورای عالی قضایی در این باره اعلام نموده است: «... قسمتی از قوانین از قبیل قانون قصاص و حدود، در پاره ای از آئین دادرسی کیفری در کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی تصویب و به تأیید شورای نگهبان رسیده و برای اجرا ابلاغ گردیده است. به منظور حفظ نظم، جلوگیری از تخلفات و احقاق حق مردم اجرای سایر قوانین مادام که مخالفت آن با موازین اسلامی اعلام نشده، به طور موقت بلامانع است.»

مبنای این دو نوع حق، از مهم ترین مباحث این موضوع است. اصولاً تا مبنای این حقوق شناخته نشود، نمی توانیم وضعیت قانونی و شرعی این حقوق را بررسی کنیم. متأسفانه، در این باره کمتر صحبت شده است. مجتهدانی نیز که در این باب اظهار نظر کرده اند، حکم مسأله را بدون ذکر علت و مبنای آن بیان کرده اند. با این همه، می توان به طور خلاصه مبنای این حقوق را به قرار ذیل ارزیابی کرد.

### تفاوت ساختاری سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت:

- حق سرقتی به موجب ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶ و منابع معتبر فقهی عبارت از مال یا مبلغی است که مستأجر در ابتدای انعقاد قرارداد اجاره به موجر می دهد و با پرداخت این مبلغ استحقاق دریافت معادل عادلانه آن را در زمان تخلیه پیدا می کند ولی حق کسب، پیشه و تجارت در حقیقت عبارت است از آن کسب شهرت و رونقی است که در ملک به واسطه اقدام مستأجر به وجود آمده است؛ چه مستأجر مال یا وجهی به موجر داده یا نداده باشد.
- حق کسب، پیشه و تجارت تدریجی الحصول است و به مرور حاصل می شود و ممکن است اصلاً چنین حقی به وجود نیاید. به عبارت دیگر، محتمل الحصول است و بستگی به عمل مستأجر دارد. حال آن که حق سرقتی قطعی الحصول است و به محض پرداخت مبلغ یا مال از سوی مستأجر به موجر به وجود می آید.
- میزان و مقدار حق سرقتی مشخص است؛ ولی میزان و مقدار حق کسب، پیشه و تجارت قابل محاسبه و پیش بینی نیست و ممکن است در پایان عقد اجاره به واسطه وقوع تخلفی از جانب مستأجر به طور کل ساقط شود یا اصلاً چنین حقی حاصل نگردد.
- حق سرقتی قابل اسقاط است؛ زیرا با پرداخت مبلغی از طرف مستأجر محقق می شود؛ هر چند برخی بر این عقیده هستند که با انعقاد عقد سبب ایجاد شده و شرط استحقاق، حسن شهرت است.
- حق سرقتی قابل توقیف است؛ ولی حق کسب و پیشه قابل توقیف نیست.
- حق سرقتی قابل ضمان است؛ ولی حق کسب و پیشه قابلیت ضمان را ندارد.
- حق سرقتی قابل واگذاری و انتقال به غیر است؛ ولی حق کسب و پیشه قابل واگذاری به غیر نیست، مگر به موجب درخواست تجویز انتقال منافع و صدور حکم در این خصوص و یا تفویض انتقال به غیر.

- حق سرقتی با تخلف ساقط نمی شود؛ ولی حق کسب و پیشه به صرف تحقق تخلف ساقط می گردد.

- حق کسب، پیشه و تجارت دارای ۲ نوع است، حق کسب و پیشه موضوع قانون روابط موجر و مستأجر که اختصاص به مستأجر دارد و حق کسب و پیشه موضوع تبصره ۲ ماده ۵ لایحه قانونی نحوه خرید و تمليك اراضی و املاك برای اجرای برنامه های عمومی، عمرانی و نظامی چنان که در تبصره مزبور ملاحظه می گردد به جای کلمه مستأجریا مستأجران، کلمه اشخاص آورده شده که اعم از مستأجر و مالك است و از این لحاظ با حق کسب و پیشه مذکور در قانون روابط موجر و مستأجر متفاوت است.

- حق سرقتی ذاتاً قابل اسقاط، توقیف، ضبط و حتی ضمان است؛ اما در مورد حق کسب و پیشه این موارد مصداق ندارد.

سرقطی به مالك پرداخت می شود نه به مستأجر اول و همچنین شهرت تجاری و رونق کسبی و اعتبار صنفی خلاف حق کسب و پیشه در سرقطی تأثیری ندارد و مالك می تواند سرقطی را نگیرد و ملك خود را اجاره دهد؛ ولی نمی تواند بعد از مستأجر سرقطی مطالبه کند که این موارد در حق کسب، پیشه و تجارت مطرح نیست.

سرقطی فقط در اول عقد اجاره به مالك پرداخت می شود. لذا، کسب اعتبار و شهرت تجاری و ... هیچ تأثیری در این زمینه نمی تواند داشته باشد. در حالی که اساس حق کسب و پیشه و تجارت، بر شهرت و جلب مشتری است.

با تعریفی که از این دو واژه به عمل آمد و به مفهومی که بیان شد، فقها فقط با سرقطی موافقت و حق کسب و پیشه را شرعی نمی دانند. این مطلب، دلیلی بر تفاوت ماهوی آن هاست.

برخلاف حق کسب و پیشه و تجارت، مبلغ و میزان سرقطی با توجه به موقعیت محلی، کیفیت بنا و تجهیزات عین مستأجره تعیین می شود، و مبلغ نهایی را موجر تعیین می کند (کشاورز، ۱۳۷۴، صص ۲۸۱۴).

### - مبسوط تفاوت ساختاری حق سرقطی و حق کسب و پیشه و تجارت:

#### ۱. حق کسب و پیشه و تجارت

در قانون جدید برخلاف قانون سال ۱۳۵۶، هیچ اشاره ای به عنوان «حق کسب و پیشه و تجارت» نشده است. از این جهت، قانون گذار، از روش قانون سال ۱۳۳۹ و همین طور اصطلاحات رایج بین مردم و عرف، تبعیت کرده است. ضمن این که این مسأله، نشان گر جهت گیری قانون گذار در این بخش می باشد و با تغییر عنوان مذکور، مفهوم مذکور نیز کاملاً متفاوت از قانون سابق شده است. در قانون سابق، حق کسب و پیشه و تجارت يك حق مفروض برای مستأجر بود. در حالی که سرقطی در قانون جدید، يك حق قابل مطالبه برای مالك است. و اگر حقی نیز با این عنوان برای مستأجر پیش بینی شده است، چیزی غیر از معنای اصطلاحی و عرفی آن است که در بررسی «سرقطی» بدان خواهیم پرداخت. و چون تبصره ماده ۱۰ قانون جدید، گرفتن هر مبلغی خارج از مواد یاد شده در قانون را ممنوع اعلام می کند، پس حق کسب و پیشه و تجارت به طور کلی از بین رفته است شکی وجود ندارد که چنین اقدامی، جز در جهت شرعی کردن این مقررات نبوده است؛ چنان که قبلاً به نظرات فقها پرداخته ایم. اما به نظر می رسد چنین اقدام مهمی، شدیداً قابل انتقاد است؛ چرا که:

**الف:** همان گونه که اشاره شد، به نظر می رسد تنها مبنای رد این حق، قاعده تسلیط است. بنابراین قاعده، چون وجود چنین حقی حدود صلاحیت مالك در اعمال حقوق مالکیتش نسبت به ملك را تحدید می کند، مردود است. در حالی که لااقل در چنین استدلالی، جای بحث و نظر در باب تعارض قواعد لاضرر و تسلیط هم چنان باز است. چگونه ممکن است فردی را که طی سالها اجازه نشینی در محلی تجاری، در نتیجه مهارت، صداقت، درستکاری و ... باعث جلب مشتری و شهرت محل شده است. که مایه اولیه درآمد و تجارت به شمار می رود. از حق خود محروم کرد و هیچ حقی برای او قائل نبود.

آیا چنین برخوردی فقط با استدلال بر وجود حق مالك، قابل توجیه است؟  
آیا افراد قادرند وجود حق خود را برخلاف اصول عقلی و اصل چهلم قانون اساسی وسیله اضرار به غیر، بلکه

استفاده بلاجهت از دستاوردهای دیگران قرار دهند؟

آیا دایره شمول حق تسلیط و اعمال حقوق مالکیت نسبت به اموال معنوی و دستاوردهای مادی دیگران، قابل تسری است؟

پ: بنابراین چه در بخش پیشین ذکر گردید، حق مزبور قبل از این که جامه قانونی به خود ببوشد، در عرف تجاری موجود بود و رعایت می شد، و در نهایت در سال ۱۳۳۹ به صورت قانونی درآمد. اگر نخواهیم بپذیریم که چنین حقی قبل از تاریخ مذکور نیز به صورت عرفی موجود بوده است، دست کم بعد از این تاریخ وجود چنین حقی با این سابقه طولانی، شکی در این مطلب باقی نمی گذارد که مطالبه آن توسط مستأجر امری کاملاً متعارف بوده است. مالک نیز قهراً به هنگام واگذاری محل برای اجاره، می دانسته است که در عین واگذاری منافع محل به دیگری، ملتزم به رعایت حقوقی خواهد بود که بعد برای مستأجر ایجاد خواهد شد. البته، بدون شك علی رغم این عرف، مالک می توانسته است شرط خلاف این مسأله را بنماید و از مستأجر بخواهد قبل از اجاره کردن محل، حقوق آینده خود را نسبت به ملك مزبور ساقط کند. اکنون با این مقدمه، می گوییم که مورد مذکور مشمول مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی است. طبق ماده ۲۲۵ قانون یاد شده، متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم متصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است.

چون آن چه فقها در باب حرمت این عقد ذکر کرده اند، مقتضای اطلاق این عقد است و نه مقتضای ذات این عقد، بنابراین طرفین می توانند با رضایت و توافق یکدیگر، برخلاف این قاعده تصمیم بگیرند و تعهداتی بر عهده هر کدام از طرفین نهاده شود. لذا، وقتی این حق به صورت امری متعارف و کاملاً پذیرفته یا سابقه ای طولانی درآمده است، حتی بدون ذکر در عقد نیز به منزله ذکر در عقد بوده و طرف متعهد را ملتزم می کرده است. پس، حتی در صورت پذیرفتن غیر شرعی بودن با اطلاق این حق نیز مشکلی در توجیه این حق از نظر شرعی نداشته است. بنابراین، به نظر می رسد بهترین است که با توجه به مصالح اقتصادی و نیازهای جامعه امروز که باعث شده است در اغلب کشورهای جهان نیز چنین حقی به طور قانونی به رسمیت شناخته شود، قانون گذار ما نیز به جای ریشه کن کردن این حق، با اصل قرارداد و وجود چنین حقی، در عین حال به طرفین اجازه شرط خلاف می داد یا اگر اوضاع و احوال را نشان گر خلاف اصل یاد شده می دید، به غیر قانونی بودن آن حکم می کرد؛ اصلی که با عرف جا افتاده جامعه نیز همسویی کامل داشت.

ج: مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۶۹ به علت اختلاف نظر در باب شرعی بودن یا نبودن این حق، ماده ای را تصویب نمود و در قسمتی از ماده، وجود چنین حقی را قانونی و شرعی اعلام کرد. اکنون، سؤال این است که مگر مجمع تشخیص مصلحت نظام، محل تشخیص احکام ثانویه در جهت مصالح روز و اداره کشور نیست؟

آیا غیر از این است که وجود چنین نهادی پیش بینی شده است تا مرجعی باشد که در موارد مخصوصی، در امر قانون گذاری مداخله نماید و تصمیمش به عنوان تصمیمی بالاتر از تشخیص مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان عمل شود تا تنگ نظری ها و سختگیری های فقهی باعث اختلال در اداره امور جامعه نگردد؟ بنابراین، نه تنها حداقل لازم بوده است که مجلس در مورد یاد شده، در همان حد ماده تصویبی از سوی مجمع بدان پایبند بماند، بلکه لازم است بحثی گسترده تر در این زمینه گشوده شود که آیا مجلس شورای اسلامی حق دارد به طور صریح یا ضمنی با تصویب قوانینی، مانع اجرای مصوبات تصمیمات این مجمع گردد؟

این حق که نوعی حق تقدم در اجاره محل کسب می باشد، بیشتر با این مبنا توجیه شده است که مؤسسات تجاری، اغلب اوقات در ساختمان هایی تأسیس می شوند که مالکیت آن ها متعلق به دیگران است. در نتیجه، کوشش و فعالیت و پشتکار تاجر در اثر پیدا شدن مشتری محل کسب و فعالیت، مرغوبیت و ارزشی پیدا می کند که نمی توان آن را نادیده گرفت و چون ادامه استقرار او در محلی است که کار خود را شروع کرده و توسعه داده، به موازات حقی که مالک محل برخوردار است، تاجر و مستأجر نیز دارای حقوقی می شود که در اثر سعی و جدیت تاجر به آن محل تعلق می گیرد؛ زیرا تاجری که عده ای را به عنوان مشتری برای مراجعه به محل کسب خود جلب کرده، ارزش محل را چند برابر نموده است. از این رو، هر کس جانشین او شود از نتیجه فعالیت سابق او استفاده خواهد کرد.

از طرف دیگر، چنان چه مالک محل کار تاجر، آزادانه بتواند تاجر را از ملک خود بیرون کند، نه تنها تاجر را از حقوق مکتسبه خود محروم خواهد نمود، بلکه بلاجهت از نتیجه و ثمره فعالیت او استفاده خواهد کرد (ستوده، ۱۳۷۶، ج ۱، صص ۹۰، ۸۹). اگرچه دلایل دیگری نیز برای وجود چنین حقی نقل شده است، اما دلیل عمده و مبنای چنین حقی همان است که بیان شد.

## ۲. سرقفلی

سرقفلی اصطلاحی است که قانون گذار، برای بیان حقوق مالک و مستأجر برگزیده است. این اصطلاح در مورد حق مالک، همان سرقفلی اصطلاحی است که قبلاً نیز پذیرفته شده بود. اما نسبت به مستأجر، متفاوت از چیزی است که به عنوان حق کسب و پیشه و تجارت بود، و جز در مورد توافق طرفین چنان حقی نمی تواند جنبه قانونی داشته باشد.

قانون گذار در مواد مربوط به سرقفلی (مواد ۶ تا ۱۰) بعد از ذکر حق مالک در دریافت مبلغی به عنوان سرقفلی، مواردی را نیز با همین عنوان برای مستأجر شمرده است. در همه موارد مذکور که حقی به مشتری داده شده، موضوع عبارت است از این که به عنوان عقد، موجر امتیازاتی به مستأجر داده است، که این امتیازات ارزش مالی دارند. و لذا، مستأجر می تواند در ازای گذشتن از این حق خود، مبلغی دریافت دارد. در حالی که در قانون سابق حق کسب و پیشه و تجارت، نتیجه کار مستأجر بود. در صورتی که حقوق پیش بینی شده در قانون جدید برای مستأجر ایجاد شود، انتقال این نوع سرقفلی با مشکلی مواجه نخواهد بود. یعنی در موارد سه گانه پیش بینی شده، مستأجر با توافق و تراضی مالک یا مستأجر جدید خواهد توانست حق خود را منتقل سازد. و اصولاً اختلاف در میزان این حق هم پیش نخواهد آمد؛ در حالی که در حق قبلی مستأجر، چنین اختلافی طبیعی بود. موضوعی که در این قانون ذکر نشده است، ولی در قانون سابق بدان پرداخته شده و تکلیف آن مشخص شده بود، این است که انتقال این سرقفلی از سوی مستأجر آیا باید با سند رسمی باشد یا با سند عادی نیز امکان پذیر است؟ قانون گذار وظیفه داشت به جهت اهمیت مطلب، در این باب تصمیم بگیرد. تقریباً همه فقها و مجتهدانی که در این زمینه بحث نموده اند، وجود چنین حقی را برای مالک تأیید کرده اند؛ ولی کمتر کسی به مبنا و علت آن اشاره کرده است. از مجموع نظرات حقوق دانان و فقها، می توان مبنای این حق را بر یکی از سه نظر عمده زیر استوار کرد.

## ۱. اختیارات مالکانه

اعتقاد بیشتر اندیشمندان این است که مالک چون مسلط بر مال خویش است، بنابراین حق دارد علاوه بر مال الاجاره ای که به صورت زمان بندی شده و مشخص دریافت می دارد، مبلغی نیز دریافت کند. این مبلغ را می بایست اصولاً جزء مال الاجاره محسوب کرد؛ که البته، قسمت مؤجل مال الاجاره ای محسوب خواهد شد.

در این که چه علتی باعث شده است که مالک علاوه بر دریافت مال الاجاره زمان بندی شده چنین مبلغی را نیز مطالبه نماید، بحث چندانی نشده است؛ ولی برخی حقوق دانان و فقها در این زمینه، نظرات مشابهی دارند. یکی از حقوق دانان در این باره چنین اظهار نظر کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۵۲۲):  
«حق سرقفلی، ویژه مستأجر است و مالک حقی بر آن ندارد. منتهی، چون اجاره ای که بر طبق قانون روابط موجر و مستأجر منعقد می شود، حق مالکیت را بیش از پیش و فراتر از حد تراضی طرفین محدود می سازد، مالکان نیز پیش از انعقاد اجاره، مبلغی به عنوان سرقفلی از مستأجر می گیرند. گرفتن این پول یا مفهوم سرقفلی انطباق ندارد، ولی در عمل رواج کامل دارد.  
آیت... فاضل لنکرانی نیز معتقد است:

«چون مال الاجاره محل کسب ترقی می کرد و مالک نمی توانسته اجاره را با لایبرد یا مستأجر را از آن محل

بیرون کند و گاهی يك محل كسب و معازه سالهای متمادی بدون اضافه شدن مبلغ اجاره در دست مستأجر باقی می ماند است، مالك اقدام به گرفتن چنین مبلغی علاوه بر مبلغ زمان بندی شده می نماید. (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷، ص ۲۷۹)

پس در مجموع از آن چه بیان گردید، چنین قهמידه می شود که محدود شدن اختیارات مالك، باعث استفاده از آن حق مالکانه موجرنسبت به منگ خود شده است.

### ۲. دریافت وجهی در قبال موقعیت خوب ملك استیجاری

براساس این نظر (ستوده، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۹۱): هر منگی دارای شرایطی است و از جهت کیفیت شرایط برای تجارت، يك وضعیت ندارد. مالك می تواند وقتی که ملك خود را جهت تجارت به اجاره واگذار می کند، به جهت موقعیت خوبی که ملكش برای این کار دارد، مبلغی را از مستأجر دریافت کند. طبعاً، هر مکانی که دارای شرایط و کیفیت بهتری برای تجارت باشد، سرفقلى بیشتری خواهد داشت.

### ۳. دریافت سرفقلى در قبال دادن امتیازی به مستأجر

براین اساس، هنگامی که مالك ملك تجاری با دریافت سرفقلى محل را به اجاره واگذار می نماید، به علاوه حق انتفاع از منافع ملك یاد شده، به مستأجر این امتیاز را می دهد که در پایان مدت اجاره، بتواند به اقامت خود در محل ادامه دهد و با اجاره بهای متعارفی اجاره ادامه پیدا کند؛ یا این که حق تخلیه محل را از خود سلب می نماید.

چنین برداشتی از سرفقلى برخلاف موارد یاد شده قبلی، باعث ایجاد حق مخصوصی برای مستأجر می شود که حتماً دارای ارزش مالی است. بنابراین، بالطبع همیشه این امکان برای مستأجر فراهم می شود که به اجاره محل ادامه دهد؛ یا اگر بخواهد، محل را تخلیه نماید و به موجر تحویل دهد و در قبال گذشتن از این حق خود، از مالك مبلغی دریافت نماید و اگر بخواهد، به مستأجر دیگری منتقل نماید و مبلغی در مقابل این حق از او بگیرد.

برداشت عرف از سرفقلى دریافتی به وسیله مالك، با این مبنا بسیار سازگارتر بود تا با مبانی قبلی؛ چرا که وقتی مالکی ملك تجاری خود را با دریافت سرفقلى اجاره می داد. یا به قول عرف مرسوم، به صورت فروش سرفقلى معامله می کرد. این گونه نبود که این سرفقلى جزئی از مال الاجاره باشد و بعد از اتمام مدت، مستأجر هیچ حقی نسبت به ملك نداشته باشد. بلکه از دید عرف، با چنین معامله ای فقط ملك در دست مالك باقی می ماند که می تواند اجاره بهای متعارف آن را دریافت نماید، ولی اداره محل، تخلیه آن یا واگذاری به مستأجر دیگر، در اختیار مستأجر قرار می گرفت. و به قول عرف، می توانست سرفقلى خریداری شده محل را بفروشد.

اشاره ای گذرا به پیشینه حق كسب و پیشه و تجارت و همچنین نظریه فقها در این باب، راهگشای بررسی این حق در قانون جدید است.

حق كسب و پیشه و تجارت، چه در عرف تجاری ایران و چه در قانون مربوط به روابط موجر و مستأجر، تغییر و تحولات عمده ای داشته و فراز و نشیب های فراوانی را به خود دیده است.

## چند و چونی در نحوه‌ی آموزش کانون‌ها و استادان حقوق

رضا زرعی ■

حدیث نیک و بد ما نوشته خواهد شد  
زمانه را سند و دفترین و دیوانی است  
«پروین اعتصامی»

با تداوم زندگی اجتماعی انسان‌ها، موانع پیرامونی نیز هر چه بیشتر شناسایی شده و با تکامل فکری و اجتماعی، مسیر رشد و تکاپو همچنان ادامه می‌یابد. برای نیل به اهداف مذکور و تداوم سازندگی، استادان و اندیشمندان علوم انسانی و اجتماعی وظیفه‌ای بس سنگین دارند. انتظار جامعه از آنان این است که با نگاهی به گذشته، سرمنشأ اصلی ایجاد تزلزل و ناامنی‌ها و خودسانسوری‌ها را با دقت شناسایی و به حداقل ممکن برسانند، با تعمق و تأمل و سعه صدر، نحوه برخورد و مقابله با ناهنجاری‌های پیرامونی و عوامل اختناق، سستی و رخوت احتمالی و راه‌های برون رفت از تنگناهای تحمیلی را نشان دهند و مشکلات آینده را هم پیش بینی و چاره‌سازی نموده و افق روشن تری را نسبت به آینده ترسیم کنند. البته اینهمه نیز به شرط دردمندی و احساس مسؤلیت، تشخیص درست مسائل و مشکلات ممکن و مقدور خواهد بود.

در خصوص خانواده وکلانیز همین حکم جریان دارد تا این اشخاص حرفه‌ای، صرف نظر از این که چه ایده و گرایشی داشته باشند، به مجموعه مواریث سازمانی و صنفی خود مستحضر و مفتخر باشند و اگر قصد تصحیح این روش‌ها را نیز داشته باشند، با مبنای اقدام‌های شناخته شده علمی و اقناعی باشد تا مانع از تخریب و اضمحلال بناهای ایجاد شده گردد. ولی با تأسف باید اذعان کرد که هنوز با وجود درک موضوع، پژوهش‌های منظم و سازماندهی شده صنفی در بررسی مشکلات و حل بنیادین آن‌ها انجام نشده است؛ یعنی با عدم انسجام درونی تکلیف سازمانی و قانونی خود را در نظام فکری و علمی خود نمی‌دانیم و به همین خاطر، هنوز در همان اندر خم کوچه عشق باقی مانده ایم. متن متفحی از قوانین وکالتی موجود نمی‌باشد. وظایف و چهارچوب‌ها بطور دقیق و منظم شناخته شده نیست. از طرف دیگر، همچنان اهانت‌ها و ایجاد ناامنی‌های شغلی و روانی نیز ادامه دارد.

### الف- در نامگذاری نشریات کانون‌ها و تخصیص درج توبیخ در «مجله کانون وکلان»

ضرورت دارد نقش کانون‌های وکلادر خصوص فراهم آوردن وسایل پیشرفت و ترقی علمی، عملی و اخلاقی وکلای بیشتر تبیین و تحلیل شود تا فهم مسائل بر اساس موازین فنی و اصولی باشد تا به روشن نگری بیشتری برسیم و دچار تشویش ذهنی و فکری نشویم. قطعاً در طی این طریق حساس و ظریف، نقش استادان حقوق و پیش‌کسوتان وکالت و تشکیلات اسکودا بسیار تعیین کننده است. با اینکه قبلاً شمه‌ای از دغدغه‌های

اصلی خود را راجع به مراتب فوق، ضمن مقالاتی در شماره های ۴۸، ۵۳، ۵۵، ۵۶ و ۵۹ مدرسه حقوق بیان کرده و با این سروده شاعر شریک گشته ایم که:

گفتم که بگوشه ای چو سنگی بنشینم و روی دل به دیوار  
بینم که میسرم نگرود تو سنگ درآوری به گفتار

فعلاً انتشارنامه استاد بزرگوار جناب آقای دکتر محمود کاشانی در آخرین صفحه شماره ۵۹ مدرسه حقوق خطاب به آقای دکتر تقی خانی بهانه ای شده است تا ارادت خود را بر عزیزان پیش کسوت نشان داده و درس خود را تحویل دهیم و در این وسط هم به یکی از مسائل تئوریک داخلی پرداخته و ببینیم که: - آیا در حال حاضر کانون ها و از جمله کانون اصفهان (که مدنظر استاد بوده است)، مکلف به استفاده از عبارت: «مجله کانون وکلا» بر روی نشریات خود هستند یا خیر؟  
- اگر پذیرفته باشیم که وکلا باید با هم ارتباط مؤثر و اصولی با میانی علمی و پژوهشی داشته باشند، پس این سؤال نیز به دنبال خواهد آمد که تاکنون چه شیوه و طریق عملی مهمی به کار گرفته شده تا به این هدف کمک کند؟

- آیا اظهارنظرهای انجام شده اتفاقی صرف، ما را در بیمودن راه پریسج و خم پژوهش ها و ارتباطات کمک مؤثری خواهد کرد؟ اگر جواب منفی است پس چگونه می توان مباحث اساسی و نیازهای فوری وکلا را مشخص و تبیین نمود؟ و اصولاً کدام شیوه های تحلیل، مناسب و در شان وکلا خواهد بود تا بتوانیم بقول استاد کاشانی «با بهره گرفتن از استقلال کانون وکلا و توان علمی و حقوقی وکلا... و دیگر حقوقدانان کشور... در جهت پیشبرد حقوق مردم و برقراری حکومت قانون مانند گذشته موفق» باشیم؟  
حال به بحث اصلی عنوان مقاله برمی گردیم و با کسب اجازه به عصاره نامه جناب آقای دکتر سید محمود کاشانی و نقد آن می پردازیم.

حضرت استاد در نامه مذکور مؤکداً معتقداند که: «عنوان «مجله کانون وکلا» یک نام رسمی و قانونی است و نمی توان بنام های دیگری هر چه زیننده باشند، تبدیل کرد». در ادامه نیز فرموده اند: «نام این خیرنامه یعنی «مدرسه حقوق» نمی تواند جایگزین عنوان رسمی مجله کانون وکلای دادگستری که در ماده ۷۶ آیین نامه قانون استقلال کانون وکلا مصوب آذر ۱۳۳۴ به آن تصریح شده است، باشد.»

همان گونه که ملاحظه شد، استناد اصلی ادعای استاد، ماده ۷۶ آیین نامه لایحه قانونی استقلال (لابد بند ۳ از ماده مذکور) اعلام شده که در این بند، قانونگذار مجازات درجه سه از ناحیه وکیل متخلف را به صورت: «توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون» پیش بینی کرده است. از متن نامه و اظهارنظر استاد می توان دو برداشت متفاوت نمود:

۱- چاپ و انتشار کلیه نشریات کانون ها به طور عموم و اطلاق، باید با عنوان «مجله کانون وکلا» باشد و لاغیراً دلیل اش نیز «رسمی بودن مجله کانون وکلای دادگستری» است که در متن قانون به شرح فوق قید شده است.

۲- فقط در اعمال مجازات تخلف از نوع درجه سه وکلا یعنی توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون، باید در نشریه ای که نام آن «مجله کانون وکلا» باشد این کار انجام گیرد و نه در نشریات دیگری از کانون ها. ای کاش جناب استاد منظور و مقصود خود را قدری بیشتر توضیح می دادند تا شاگردان به راحتی به منظور اصلی استاد پی می بردند و نیازی به این قبیل و قال ها نمی بود؛ ولی به هر حال با بررسی اجمالی انجام شده به نظر می رسد هیچ کدام از دو مورد فوق وارد و قانونی نباشد.

موارد دیگر قابل اشاره و استناد: ۱- البته قانونگذار در موارد دیگر نیز از الفاظ ترکیبی «مجله رسمی» و «مجله کانون» استفاده کرده که شاید استاد ضرورتی به استناد و اشاره به آن موارد ندیده اند. یکی از آن موارد



بند ۳ از ماده ۵۱ قانون وکالت مصوب ۱۳۶۵ در خصوص مجازات های انتظامی وکلاست که در نحوه درج مجازات درجه سوم چنین گفته بود: «توییح با درج در مجله رسمی» و همان گونه که ملاحظه می شود در آن جا نیز فقط «مجله رسمی» قید شده بود نه چیز دیگر.

۲- در موارد صدور کیفرخواست و حکم تعلیق موقت وکلا که این آخرین توسط دادگاه انتظامی انجام می شود (الزام آگهی در روزنامه رسمی و مجله کانون وکلا و ابلاغ مراتب به دادگاه ها در ضمن ماده ۸۷ همین آیین نامه پیش بینی شده است.

- فرموده اند: «تختین شماره مجله کانون وکلای دادگستری مرکز نیز در خرداد سال ۱۳۲۷ با همین نام انتشار یافته است». اگر چنین است دیگر نمی توان حرف از تبعیت آیین نامه سال ۱۳۲۴ در ۷ سال پیش از تصویب قانون را زد. به عبارت دیگر استاد فرموده اند در سال ۱۳۲۷ در نامگذاری مجله تبعیت از قانونی شده است که هنوز وجود خارجی نداشته است!

چاره ای نداریم جز این که بگوییم اصلاً در نامگذاری مجله توجهی به این مباحث مذکور در قانون وکالت و آیین نامه لایحه قانونی استقلال، نشده و موضوعیتی نداشته است تا مورد توجه و رعایت قرار گیرد؛ در نتیجه ادعای رسمی و قانونی بودن این نامگذاری، نمی تواند مستند و مستدل باشد.

دلیل دیگر ما بر بطلان این ادعا، اصل مجلات منتشره است که در کتابخانه شخصی این جانب موجود است و نشان می دهد که در تمامی شماره ها، نام نشریه در صفحه اول «مجله علمی حقوقی انتقادی» قید شده و نی در صفحه دوم جلد ها (تا حدود سال ۱۳۴۰) عبارت «مجله ماهیانه کانون وکلای دادگستری» را درج نموده اند تا نشان دهند که اولاً ماهیانه منتشر می شود و در ثانی متعلق به کانون وکلای دادگستری است.

حتی عرف و رویه های متفاوت کانون ها در نامگذاری بر روی نشریات خود در تمام طول نزدیک به ۶۰ سال گذشته عملاً استدلال ما را در موضوع مورد بحث تقویت و تأیید می کند. مخصوصاً این که بنا به گفته خود استاد، این ضرورت درج توییح در روزنامه رسمی و مجله کانون، زیر عنوان: تخلفات وکلا و نحوه مجازات آن ها بیان شده، نه در موضوع مستقلی تحت عنوان: نامگذاری نشریات کانون ها.

#### ب- رویه کانون ها در نحوه نامگذاری نشریات در گذشته و حال

روشن است «مجله علمی-حقوقی-انتقادی» کانون وکلای مرکز به شرح فوق جمعاً در ۱۴۵ شماره و در ۱۳۶ مجلد تا زمستان سال ۱۳۵۷ چاپ و منتشر شد، ولی بعد از مدتی وقفه، مجدداً از سال ۱۳۶۸، این بار با نام «مجله کانون وکلا» چاپ و ارائه گردید؛ (۱) حتی در دوره اخیر نیز نام «مجله کانون وکلا» همچنان حفظ شده است. هر چند معتقد به تبعیت از نامگذاری «مجله کانون وکلا» در نشریات نبوده و نیستیم، ولی بر این باوریم که باستناد این گفته که: «اثبات شیء نفی ماعدا نمی کند»، می توان عناوین معمول و مرسوم دیگری نیز بر روی نشریات گذاشت که همان محتوای مجله کانون را تا حد ممکن داشته باشد و به مباحث حقوقی-علمی در زمینه های مختلف آن بپردازد و حتی در تحقق اهداف عالیّه تفهیم و تفاهم و برقراری نظام صحیح اجتماعی و عدالت محور و وسیله مؤثری تلقی گردد.

ایراد استاد کاشانی چون به نوعی ممکن است به نحوه نامگذاری و فعالیت انتشاراتی دیگر کانون ها نیز تسری یابد، به ناچار و نیز به قصد تقویت استدلال های ارائه شده و نزدیک تر شدن به واقعیات امر، نمونه ها و مصادیق نشریه های چاپ شده توسط بعضی از کانون های محترم و رویه های جاری آنان را، مورد توجه و بررسی قرار می دهیم:

۱- کانون بزرگ وکلای آذربایجان هیچ وقت از عنوان ادعایی جناب دکتر تبعیت نکرده است؛ یعنی از اسفند ماه ۱۳۴۷ تاکنون اگر ویژه نامه هایی را با مناسبت های «سالگرد استقلال کانون وکلا» منتشر نموده، نام هیچ کدام برخلاف نظر استاد «مجله کانون وکلا» نبوده است و حتی در این اواخر هم مشاهده شده که عناوین «مقالات حقوقی» و «ویژه نامه های کمیسیون امور زنان کانون وکلای آذربایجان شرقی» (در حقوق زن)

چاپ و منتشر کرده است!

(با این توضیح اضافی که بعد از حدود ۴ سال از تصویب آیین نامه استنادی هم که اولین فعالیت انتشاراتی این کانون محترم، (با پیشگامی مرحوم علی ابوالفتحی) باز هم به مناسبت ششمین سال استقلال کانون وکلای دادگستری، استثنائاً «نشریه کانون وکلای دادگستری آذربایجان» نامیده شده بوده و نه «مجله کانون وکلا».)

در زمستان سال ۱۳۸۸ نیز آخرین شماره انتشاراتی این دومین کانون صرفاً با نام «نشریه کانون وکلای دادگستری آذربایجان شرقی» (س پنجم، ش ۱۶، دوره جدید) منتشر شده و احکام قطعی توییح مورد نظر، صادره از دادگاه انتظامی آن کانون را هم درج کرده است و نگارنده نیز دست بر قضا، شریک جرم شده و مقاله ای را در ۱۶ صفحه تحت عنوان «اعمال حق شفعه در آپارتمان ها» در همان شماره ارائه داده و همه این نسخ را در کتابخانه شخصی خود نگهداری می کند.

۲. کانون وکلای استان همدان با قید عنوان «مجله حقوقی» نشریه خود را با محتوای «پژوهشی و تحلیلی» منتشر، ولی البته در صدر صفحه دوم (قبل از فهرست مطالب) عنوان «مجله کانون وکلای دادگستری استان همدان» را آورده است.

۳. کانون وکلای استان گیلان عنوان «دو فصلنامه راه وکالت» را به مجله خود داده و مضمون آن را «نشریه خبری، اطلاع رسانی، آموزشی، تحلیلی و پژوهشی» اعلام کرده و سه شماره از آن را نیز تا تاریخ نگارش این مقاله منتشر نموده که افتخار کارآموزی و همکاری با این کانون محترم نصب نگارنده نیز شده است.

۴. کانون وکلای منطقه فارس و ... نشریه خود را «مجله علمی و تخصصی کانون وکلای دادگستری» نام نهاده است.

۵. کانون وکلای کرمانشاه از عنوان «مجله کانون وکلای دادگستری» استفاده کرده و آن را فصلنامه «علمی (حقوقی)، آموزشی و اطلاع رسانی» نام نهاده است.

۶. بعضی از کانون ها و از جمله کانون های مرکز، کرمانشاه و ایلام، خراسان و ... در شماره های متعدد و کثیره نشریاتی منتشر کرده اند که عنوان «خبرنامه» کانون های مربوط را داشته اند و نه چیزی دیگر!

۷. کانون محترم وکلای دادگستری استان خوزستان در شماره هایی (از جمله: س اول، ش ۲ و ۳، تیر و مرداد ۱۳۸۹) اقدام به چاپ و نشر «خبرنامه داخلی» کرده و کسی جلودارش نشده است!

۸. بعضی از کانون ها، به کرات «نشریه داخلی» چاپ و منتشر کرده و عمدتاً اخبار و توییح ها و تعلیق ها و انفصالیهای انجام شده را نیز برخلاف نظر استاد در آن نشریه های داخلی (و نه مجله کانون وکلا) درج کرده اند؛ از جمله آن هاست:

نشریات داخلی مکرر و عدیده کانون های مرکز (از جمله: س پنجم، ش ۱۷، خرداد ۱۳۷۵، صص ۶۸ به بعد)، نشریه داخلی خراسان، نشریه داخلی آذربایجان شرقی (از جمله: س دوم، ش ۳ و ۴، دوره جدید، صص ۱۶۵ به بعد / سال اول، ش ۱، دوره جدید، زمستان ۸۳، ص ۱۴۸ به بعد) و نشریه داخلی مازندران و گلستان و ... (س دوم، ش ۶ و ۷، فروردین و اردیبهشت ۱۳۷۹)

با ملاحظه موارد فوق و نحوه تداوم انتشارات کانون ها و نحوه نامگذاری آن ها و درج توییح در نشریه های داخلی، استاد بزرگوار - حداقل به رفقای نزدیکشان در کانون مرکز - دلالت هایی نفرموده اند چون اگر این امر انجام می شد قطعاً شیوه های فوق تداوم نمی یافت. آنچه که ما سراغ داریم و استاد نیز قطعاً تأیید می فرمایند نحوه فعالیت مدرسه حقوق است که مورد استقبال و تشویق پیش کسوتان وکالت و حقوقدانان علاقمند سطح کشور و کانون های محترم قرار گرفته است. (۲)

می خواهیم بگوییم اگر در این حال و هوا، کانون اصفهانی پیدا شده و با همت و پامردی مجموعه همکاران، «مدرسه حقوق» را راه انداخته و با درج آرم کانون وکلای در بالای مجله، «خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان» را نیز بدینال نام مذکور آورده است، غمی نیست و بر اساس تحلیل های ارائه شده در این نوشتار اتفاق غیرعادی خاصی نیفتاده است و بدون این که وارد اصطلاحات مطبوعاتی و نحوه تغییر عنوان نشریات کانون ها شویم (۳) شخصاً با این نظر صائب استاد کاشانی موافق است که مدرسه حقوق، کمک بزرگی

به پیشبرد اندیشه های حقوقی در کشور کرده است.

از نظر قاصر این جانب، هیچ متع قانونی برای کانون ها در چاپ و انتشار مقالات و گفتارها در قالب عناوینی مختلف از قبیل مدرسه حقوق، راه وکالت، مجله حقوقی، نشریه داخلی، مجله تخصصی، خبرنگار و کتاب وجود نداشته و ندارد و کانون اصفهان هم با انتشار منظم و مجدانه مدرسه حقوق، بار بزرگی را بر دوش گرفته و در جبران قسمتی از مافات و بزرگ کردن خلأهای موجود آموزشی تلاش می نماید.

با این همه، اگر کانون تازه تأسیسی، در مسیر ترقی علمی و عملی وکلا و کارآموزان خود بخواهد کتاب، مجله، جزوات و یا اوراق آموزشی، فرهنگی و اجتماعی را چاپ نماید، محدودیت فرض شده جناب آقای دکتر کاشانی مانعی نخواهد بود و این کانون نازه تأسیس نیز مثل دیگر کانون ها می تواند در چهارچوب مسائل صنفی و حرفه ای، مسائل وکلا را تعقیب و تحلیل کند. با همت نویسندگان تلاشگر و صاحب نظر، الگوهای وکالتی و قضائتی ارائه گردد و به همه وکلا و حق طلبان راه امید و تکاپو و احساس مسؤلیت نشان داده شود...

اگر می گوییم که تعبیرات «مجله رسمی» و «مجله کانون وکلا» در نصوص مورد نظر قانونی نباید دست و بال ما را ببندد؛ به این دلیل است که این ترکیبات فقط منحصر و معطوف به موارد توییح و تعلیق است و این نصوص را بدون دلیل واضح نباید به طور عموم و اضالی راجع به دیگر فعالیت های انتشاراتی کانون ها تمییم داد. زیرا منافاتی ندارد که مجازات توییح (و موارد دیگری که یادآوری گردید) در یکی از همین نشریه های عمومی کانون های وکلای مربوط درج و اعلام شود؛ چه در «نشریه داخلی» باشد یا «مجله کانون وکلا» و با عناوین دیگر؛ چون در واقع قانونگذار در استخدام لفظ «مجله» اعم از مجله رسمی و یا مجله کانون وکلا تعدی نداشته است.

#### ج- نحوه ی تشخیص به کارگیری اسباب ترقی علمی و عملی وکلا و مرجع این تشخیص

همان گونه که اشاره شد، در قوانین و آیین نامه های وکالتی، از جمله در بند ۱ ماده ۱۹ قانون وکالت «... تهیه موجبات ترقی علمی و اخلاقی آنها (وکلا)» و بند «ه» از ماده ۶ لایحه قانونی استقلال وکلا «فراهم آوردن وسائل پیشرفت علمی و عملی وکلا» از وظایف اصلی کانون ها شمرده شده است؛ این عبارات و الزام ها چه موضوعاتی را در ذهن اشخاص صاحب نظر تداعی می کنند؟ مگر نه این است که قانونگذار با این تعبیرات و تأکیدات تمامی کانون ها را موظف و مجاز کرده که به هر طریق ممکن با تشخیص و سلیقه خود، این موجبات و اسباب آموزش را برای ترقی و پیشرفت علمی، عملی و اخلاقی فراهم آورند؟ یعنی هدف اصلی مقنن از تأکیدات فوق این بوده که کانون ها با هر وسیله و عنوان ممکن اعم از کتاب و نشریات مختلف (چه عنوان نشریات مجله کانون وکلا باشد و یا نباشد) و نیز با راه اندازی کتابخانه، سایت و وبلاگ تخصصی و غیره در خدمت وکلا باشند، چرا که «اذن در شیء اذن در لوازم آن نیز هست» و هم این که «مقدمه واجب نیز واجب است».

باز هم می گوییم که هدف این است که نشریات کانون ها، با هر عنوان عرفی و معمولی دیگر، عمدتاً به مسائل آموزشی، تحلیلی، تخصصی، پژوهشی و علمی وکلا بپردازند و تا کتون نیز رویه چنین بوده و خواهد بود؛ تا به تعبیر خود استاد کاشانی «در جهت پیشبرد حقوق مردم و برقراری حکومت قانون» باشند. (۴)  
نتیجه گیری نهایی: بنا به مطالب ارائه شده و با تعمق در وظایف آموزشی کانون ها، شاید همکاران و از جمله خود استاد نیز موافقت فرمایند که بگوییم:

۱- درج توییح وکیل در مجله رسمی کانون وکلا خصوصیتی نداشته و ندارد و کسی غیر از استاد در طول ده ها سال گذشته، متعرض این معنی نشده است.

۲- خبر صدور حکم تعلیق موقت توسط دادگاه انتظامی نیز صرفاً جنبه اطلاع رسانی دارد. فلسفه و توجیه این امر نیز این است که دادگاه ها و مردم بتوانند بعد از انتشار خبر تعلیق وکیل مورد نظر در نشریات کانون ها، آن شخص را تا اطلاع ثانوی بعنوان یک وکیل نپذیرند و به سراغ همچو وکیلی که ممنوع الوکاله است، نروند. در همین جا می گوییم هر کانونی که مطالبی را نشر می دهد باید به نحوی، انتساب آن نشریه را به کانون مورد نظر مدلل بدارد و نشان دهد.

به نظر نگارنده، هدف از تأکید قانونگذار برای درج در نشریه کانون ها (به هراسم و عنوانی که مناسب باشد) رعایت جنبه تریهیبی و ترذیبی (در توییح) و اطلاع رسانی (در تعلیق) می باشد، نه این که در مقام تعیین تکلیف برآمده و بخواهد نام الزامی «مجله کانون وکلا» را برای نشریات کانون ها تعیین کند.

نهایتاً این که بر اساس اصل استقلال و مختار بودن کانون ها، زمینه ایفای وظایف از جمله وظیفه آموزشی و کلا فراهم شده است تا سطح علمی، عملی، اخلاقی و رفاهی وکلا و کارآموزان بالا برود و قطعاً انتخاب وسائل و شرایط نیل به این مقصود نیز همان است که خود کانون ها تشخیص داده و انجام می دهند؛ به عبارت دیگر، انتخاب و انتشار مطالب با عناوین مختلف طریقیست دارد و فی حد ذاته موضوعیتی برای قالب ها و عناوین نشریات وجود ندارد و نمی توان در انجام وظایف آموزشی کانون ها محدودیتی عجیب و غریب ایجاد نمود.

در صورت قبول مراتب فوق، انتظار این است که استادان گرامی و همکاران پیشکسوت حتی بیش از گذشته، بدون بهانه دادن بدست رقیب، در ایجاد وحدت و همدلی و از بین بردن تزلزل و دغدغه ذهنی، کانون های وکلا و شاگردان خود را تشویق به تلاش و تکاپو فرمایند و همچنان پیشقدم و راهنما باشند که قطعاً نیز چنین خواهد بود.

قدر استاد نکو دانستن حیف استاد به من یاد نداد...!

- ۱- رک: قسمت اخیر مقدمه دکتر افتخار جهرمی، شماره ۱۴۷-۱۴۶، دوره جدید مجله کانون وکلا، بهار- تابستان ۱۳۶۸، ص ۱۰.
- ۲- جالب تر این که جناب آقای دکتر محمد رضا مجتهدی، رئیس محترم وقت کانون آذربایجان شرقی، طی نامه ای خطاب به ریاست محترم کانون وکلا اصفهان، (که در ص ۴۵ شماره ۱۹ خیرنامه اصفهان درج شده) با اشاره به مذاکرات همایش های گذشته، راجع به انتشار روزنامه وکالت یا عناوین مشابه، پیشنهاد گردیده که: با تیراژ مجله اصفهان افزایش یابد و یا با تغییر قطع خیرنامه به بولتن رسمی اتحادیه، از طریق کانون اصفهان خلأ موجود در کشور در خصوص ارائه تحلیل ها و خبررسانی ها پر شود.
- جناب آقای بهمن کشاورز نیز به عنوان ریاست اسکوفا با اشاره به مضمون نامه آقای مجتهدی، پیشنهاد مطرح شده را مفید تلقی و متن نامه را به کلیه کانون ها منعکس و نظر آنان را جویا شده اند.
- بنا به مراتب فوق، موضوع افزایش تیراژ مدرسه حقوق، علاوه بر این که خواسته کانون های وکلا بوده حتی از طرف علاقمندان و تحصیل کردگان حقوق و جمع بسیاری از وکلان نیز با استقبال عمومی مواجه شده است. شاید با همین انگیزه ها، جناب آقای محسن طاهری در آستانه به سالگی را نوشتند (شماره ۲۶) و جناب آقای شاپور اسماعیلیان نیز در آستانه پنج سالگی، را ( شماره ۴۹)
- ۳- رک: مقاله «مدرسه حقوق و تأویل ها»، نوشته فرشید فولادی نژاد، شماره ۵۱
- ۴- این استدلال وقتی بیشتر تقویت می شود که می بینیم قانونگذار در قانون وکالت (فصل سوم - بند ۳ از ماده ۲۵) «ترقی علمی و عملی در امور وکالت» را جزء «حقوق و وظایف وکلا» دانسته بود. بعداً نیز به همین نیت در ماده ۳۷ آیین نامه لایحه قانونی استقلال وکلا و دادگستری و ماده ۳ از اساسنامه اسکوفا مجدداً بر وظایف آموزشی وکلا توسط این تشکیلات تأکید شد و همکار عزیزمان جناب آقای احسان زورخ نیز با عنوان «نقش اتحادیه در آموزش جامعه وکالت»، در شماره ۳۶ نقش اسکوفا را با موشکافی بیشتری نشان دادند.

## جلب شخص ثالث (توضیح و اوضحات)

علی حیات بخش ■

ماده ی ۱۳۵ق آدم می گوید(هریک از اصحاب دعوا که جلب شخص ثالثی را لازم بدانند می تواند تا پایان جلسه ی اول دادرسی جهات و دلائل خود را اظهار کرده و ظرف سه روز پس از جلسه با تقدیم دادخواست از دادگاه درخواست جلب او را بنماید چه دعوا در مرحله ی نخستین باشد یا تجدید نظر.) ظاهر ماده ی حاکی از آن است که اگر اصحاب دعوی تا پایان جلسه اول دادرسی اظهار جلب شخص ثالث نکردند و دادخواست جلب را به دادگاه تقدیم نمودند این اختیار برای آن ها باقی است که در اولین جلسه در مرحله ی تجدید نظر (اگر تشکیل گردد) اظهار جلب شخص ثالث نموده و دادخواست جلب را به دادگاه تجدید نظر تقدیم نمایند شاید این تصور به جهت تصریح قانون گذار در ذیل ماده ی مذکور برای بعضی افراد به وجود آید لیکن نباید فریب این ظاهر را خورد زیرا با امعان نظر در ماده ی مذکور می توان ارده ی مقنن را کشف نمود و به حقیقت موضوع رسید، چون ماده ی مذکور را با دو قید تصریح شده در آن بطور مجموع بایستی در نظر گرفت. قیود در ماده عبارتند از:

۱- اظهار جلب شخص ثالث بایستی تا پایان جلسه اول دادرسی توسط اصحاب دعوی صورت پذیرد.  
۲- اصحاب دعوی که اظهار جلب شخص ثالث را در جلسه اول دادرسی می نمایند بایستی دادخواست خود را ظرف سه روز پس از جلسه تقدیم دادگاه نمایند. شاید این سؤال مطرح شود که جلسه ی اول دادرسی چه جلسه ای می باشد پاسخ این است که جلسه ی اول دادرسی با عنایت به رأی شماره ی ۱۹۲۴-۱۱/۳۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور آن چنان جلسه ای است که موجبات قانونی طرح و استماع دعوی طرفین فراهم باشد، اگر به جهتی از جهات جلسه ی مزبور تجدید شود، جلسه یا جلسات بعدی جلسه ی اول محسوب نمی گردد.

پس جلسه اول دادرسی یا این وصف ممکن است اولین جلسه ی مقرر باشد و یا این که چندمین جلسه ی رسیدگی در دادگاه جلسه اول دادرسی محسوب گردد.  
با این قیود در ماده ۱۳۵ قانون مذکور، این تصور را که اگر در مرحله ی بدوی و در جلسه ی اول دادرسی

جلب شخص ثالث اظهار نشد و یا درخواست جلب پس از جلسه طرف سه روز تقدیم دادگاه نگردد، هریک از اصحاب دعوی بتواند از این حق در اولین جلسه دادگاه تجدید نظر استفاده نماید امری است غیر معقول و برخلاف اراده قانون گذار. لذا در یک دادرسی عادی در طول مدت دادرسی فقط یک بار جلسه ی اول دادرسی تشکیل می گردد که در این جلسه بر اساس ماده ی مذکور هریک از اصحاب دعوی که جلب ثالثی را لازم بدانند می تواند جهات و دلایل خود را اظهار نموده و ظرف مهلت مقرر در ماده دادخواست خود را به دادگاه رسیدگی کننده به دعوی اصلی تقدیم نماید که ممکن است جلسه ی اول دادرسی در مرحله ی نخستین تشکیل گردد و یا در مرحله ی تجدید نظر، لذا فرض تشکیل دو بار جلسه ی اول دادرسی در مرحله ی بدوی و یا در مرحله تجدید نظر فرض اشتباه بوده و مغایر با نظر مقتن در ماده ی ۱۲۵ آ.م.ی. باشد.

اکنون ممکن است این سؤال مطرح گردد که تصریح ذیل ماده، به این که دعوا در مرحله نخستین باشد یا تجدید نظر دارای چه معنایی است؟ آیا اگر هریک از اصحاب دعوی جلب شخص ثالثی را لازم بدانند ولیکن در جلسه اول دادرسی به هر دلیلی نتوانند اظهار جلب نمایند، نمی توانند در جلسه ای که ممکن است در دادگاه تجدید نظر بین همین اصحاب دعوی تشکیل می گردد شخص ثالث را به دادرسی جلب نمایند؟ در پاسخ باید گفت موارد جلب شخص ثالث را بایستی در یک دادرسی از یکدیگر تفکیک نمود زیرا ممکن است جلسه ی اول دادرسی برای اصحاب یک دعوی در مرحله ی بدوی تشکیل شود و یا ممکن است این جلسه در دادگاه تجدید نظر باشد لذا تصور چنین جلسه ای در مرحله ی بدوی یا تجدید نظر دور از ذهن نیست، برای توضیح مطلب ناچار نمونه هایی از جلسه اول دادرسی در مرحله ی تجدید نظر که کمک به کشف نظر مقتن نماید تصریح می گردد:

۱- در موردی که دادگاه مبادرت به صدور رأی غیابی می نماید، محکوم علیه حق دارد وفق مقررات قانونی در مهلت بیست روز از تاریخ ابلاغ رأی مذکور دادخواست و خواهی را به همان دادگاه صادر کننده برای غیابی تقدیم نماید حال اگر محکوم علیه رأی غیابی جلب شخص ثالثی را لازم بدانند بر اساس ماده ی ۱۳۶ ق.آ.م.ی. بایستی دادخواست جلب شخص ثالث را توأم با دادخواست و خواهی به آن دادگاه تقدیم نماید، اما اگر مهلت و خواهی سپری گردید و لیکن محکوم علیه رأی غیابی مبادرت به تقدیم دادخواست تجدید نظر نمود یا وحدت ملاک از ماده ی مذکور به نظر می رسد در صورتی که وی جلب شخص ثالثی را لازم بدانند می تواند دادخواست جلب خود را توأم با دادخواست تجدید نظریه دادگاه مذکور تقدیم نماید اما اگر وی دادخواست جلب را همراه با دادخواست تجدید نظر تقدیم دادگاه ننماید و لیکن دادگاه تجدید نظر وقت رسیدگی تعیین نماید و در این جلسه اصحاب دعوی حضور یابند و به عنوان جلسه ی اول دادرسی قلمداد گردد در این صورت هریک از اصحاب دعوی که جلب شخص ثالثی را لازم بدانند می توان تا پایان این جلسه جهات و دلایل خود را اظهار نموده و ظرف مهلت مقرر در ماده ۱۳۵ فوق الذکر دادخواست جلب شخص ثالث را به دادگاه تجدید نظر تقدیم نماید. لذا در این فرض می بینیم جلسه ی اول دادرسی بین اصحاب دعوی در مرحله ی تجدید نظر تشکیل می گردد و این یکی از مواردی است که در ماده ی ۱۲۵ آمده است (چه دعوا در مرحله ی نخستین باشد یا تجدید نظر).

۲- به استناد ماده ۱۳۰ ق.آ.م.ی. (هرگاه شخص ثالثی در موضوع دادرسی اصحاب دعوی اصلی برای خود مستقلاً حقی قایل باشد و یا خود را در محق شدن یکی از طرفین ذی نفع بدانند می تواند تا وقتی که ختم دادرسی اعلام نشده است وارد دعوا گردد چه این که رسیدگی در مرحله ی بدوی باشد یا در مرحله ی تجدید نظر...) حال اگر جلسه اول دادرسی در مرحله ی تجدید نظر تشکیل گردد وارد ثالث می تواند اگر جلب شخص ثالثی را لازم بدانند وفق ماده ی ۱۳۵ قانون مذکور در جلسه ی اول دادرسی اظهار نموده و دادخواست را ظرف مهلت مقرر در این ماده به دادگاه تجدید نظر تقدیم نماید شاید دور از ذهن نباشد که وارد ثالث حتی بتواند همراه با دادخواست ورود ثالث دادخواست جلب ثالث خود را در هر مرحله که وارد دادرسی شود تقدیم دادگاه رسیدگی کننده به دعوی اصلی نماید.

۳- به موجب ماده ی ۴۱۷ ق آد م (اگر در خصوص دعوائی، رأیی صادر شود که به حقوق شخص ثالث خللی وارد آورد و آن شخص یا نماینده ی او در دادرسی که منتهی به رأی شده است به عنوان اصحاب دعوا دخالت نداشته باشد می تواند نسبت به آن رأی اعتراض نماید) و یا توجه به ماده ۴۱۸ همان قانون شخص ثالث حق دارد به هر گونه رأی صادره از دادگاه های عمومی و تجدید نظر اعتراض نماید. در این فرض معترض ثالث که با تقدیم دادخواست به دادگاه صادر کننده ی رأی قطعی چه در مرحله ی بدوی یا تجدید نظر اعتراض خود را مطرح می نماید و دادخواست خود را به طرفیت محکوم له و محکوم علیه تنظیم و تقدیم نموده است اگر جلب شخص ثالثی را به دادرسی لازم بدانند می توانند در جلسه ی اول دادرسی تشکیل گردیده در مرحله بدوی یا تجدید نظر وفق ماده ی ۱۳۵ قانون مذکور اظهار جنب ثالث نمود هو طرف مهلت مقرر در ماده ی فوق الاشعار دادخواست جلب ثالث را به دادگاه رسیدگی کننده به اعتراض ثالث تقدیم نماید بنابراین در این مورد هم به نظر می رسد علاوه بر این که معترض ثالث می تواند در جلسه اول دادرسی اظهار جلب نماید حق دارد توأم با دادخواست اعتراض ثالث به دادگاه اعم از بدوی یا تجدید نظر که به اعتراض رسیدگی می کند، دادخواست جلب شخص ثالث را نیز تقدیم نماید.

ما حاصل بحث این است که در یک دادرسی که بطور معمول در مرحله ی بدوی اصحاب دعوی حاضر می گردند و موجبات قانونی طرح و استماع دعوی در جلسه ی اول دادرسی فراهم می باشد، جلسه ی اول دادرسی فقط یک بار در طول دادرسی تشکیل می گردد و آن هم در مرحله ی نخستین می باشد ولیکن در دادرسی های غیر معمول که سه نمونه از آن ذکر گردید ممکن است جلسه ی اول دادرسی در مرحله ی تجدید نظر هم اتفاق بیافتد و این همان نظر قانون گذار در ماده ی ۱۳۵ ق آد م می باشد.

## وکیل زن یا زن وکیل

■ شیرین شریف زاده

در شماره ۵۹ مدرسه ی حقوق، مقاله ای تحت عنوان « جایگاه وکیل زن در نهاد وکالت و قضاوت » نوشته ی خانم نازنین کیانی فرد به چاپ رسید؛ از آن جایی که نوشته ی ایشان را حاوی تناقضاتی یافتیم و وجود این تناقضات را در نگاه اغلب زنان به خصوص زنان شاغل از علل اصلی به وجود آمدن دغدغه ی موجود در آن مقاله می دانیم، برآن شدم که نه در پاسخ به مقاله ی ایشان بلکه به بهانه ی چاپ مقاله ی ایشان، زعم خود را در رویکرد به مسأله ی زنان بالاخص مشکلات حرفه ای زنان با تکیه بر زنان وکیل، بیان کنم.

موضوعات حاوی تناقض به وضوح در مقاله ی « جایگاه وکیل زن ..... » مشهود است، این همان سردرگمی هم جنسان من در نگاه به خود در جایگاه حرفه ای و اجتماعی است. من به عنوان یک وکیل زن در ارتباط با موکل مرد و وکیل سرپرست مرد و ... نمی توانم زن باشم و طبعاً دارای محدودیت های خانوادگی و اجتماعی زنانه و در ارتباط با قضاوت و همکاران مرد و ... انتظار نگاهی فارغ از جنسیت داشته باشم.

به تأکید اذعان می دارم که عدم تناسب قوانین مدنی و کیفری با وضعیت زنان امروز، واقعیتی انکارناپذیر است. تناقض ماده ی ۲ قانون کیفیت اخذ پروانه ی وکالت دادگستری با مواد ۱۰۰۵ و ۱۱۱۴ قانون مدنی که مورد اشاره ی نویسنده ی مقاله قرار گرفته، قطره ای از این دریاست که می توان موارد مشابه آن را در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی - که مرد را مجاز می داند، زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی باشد، منع نماید - یافت؛ به علت مشغله ی بسیار زنان وکیل که به ضرر مصالح خانوادگی است! این ماده در مورد بسیاری از آنان می تواند مصداق یابد که در این شرایط وضعیت پرونده های در جریان رسیدگی آن وکیل و مسؤلیت حرفه ای او در تناقض با این حق همسرش، وضعیت تأسف بار و شاید مضحکی به بار آورد.

همچنین است بند ۴ از تبصره ی ۴ ماده ی ۱۸ قانون گذرنامه که صدور گذرنامه زنان شوهردار را منوط به اجازه ی کتبی شوهر آنان نموده، در این حالت نیز وضعیت زنان وکیل یا هر زن شاغل و تحصیل کرده ای که برای شرکت در کنفرانس، همایش یا نشستی در ارتباط با حرفه اش به خارج از کشور دعوت می شود و صدور گذرنامه و شرکت در آن جلسه بسته به نظر همسرش می گردد، عدم تناسب قوانین با واقعیات جامعه را بیش از پیش نمایان می سازد.

لیکن زنان در جامعه ی ما مخصوصاً در ارتباط با مشاغل به خط کشی های جنسیتی از قبیل تأسیس انجمن زنان .....، جمعیت زنان ..... می پردازند و متوقع اند علی رغم این جداسازی که خود بانی آن هستند با نگاهی فراجنسیتی مواجه باشند.



نحوه‌ی برخورد وکیل زن با موکل مرد یا به قول نگارنده‌ی مقاله‌ی مذکور، جان فشانی‌های وکیل زن برای موکل مرد، همان قدر می‌بایست مورد کنترل و دقت وکیل زن باشد که یک وکیل مرد با موکل زن؛ که اگر آن، باعث وجود مشکلات در مسائل حرفه‌ای و شخصی و مناسبات زناشویی است! این هم هست.

این موضع‌گیری در خصوص ارتباط کارآموز زن با وکیل سرپرست مرد و کارمندان دادگستری نیز مصداق یافته است. در این شقوق، رویکرد نگارنده‌ی مقاله‌ی مذکور کاملاً مبتنی بر تفاوت‌های جنسیتی و محدودیت‌های زنان در مناسبات اجتماعی است، تا جایی که پیشنهاد ایشان مبنی بر لزوم وجود ضوابط اخلاقی میان وکیل سرپرست و کارآموز زن و وکیل زن و موکل مرد، شائبه‌ی تفکیک جنسیتی، آن گونه که این روزها در دانشگاه‌ها مطرح است را به ذهن متبادری سازد.

در ارتباط میان وکلا و کارمندان دادگستری نیز جای تأمل است که چرا اگر همکار مرد من از کارمند زن یا مردی - که به واسطه‌ی برخورد روزانه، نوعی ارتباط حرفه‌ای میان‌شان برقرار است - تقاضا نماید که به واسطه‌ی کسالت آن روزش، کار وی را زودتر انجام دهد، رفتار خلاف شأنی انجام نداده ولی اگر همین وکیل، زن باشد و چنین درخواستی کند، این ارتباط انسانی خلاف شأن تلقی شده و باب یک گفتگوی خودمانی را با آن کارمند می‌گشاید. آیا این همان نگاه براساس تفکیک جنسیتی نیست، که نگارنده‌ی آن مقاله از آن انتقاد نموده و از نگاه جنسی و جنسیتی به زنان وکیل گلایه مند است؟

من به هیچ رو متکرر وجود مشکلات زنان که خاص جامعه‌ی وکالت هم نبوده و هم جنسان من در هر جایگاه و منصب و حرفه‌ای با آن دست به گریبانند، نیستم. لیکن سخن آن است که با من فقط وکیل بدون جنسیت که دیگر محملی برای این سخنان و گلایه‌ها نیست و یا یک وکیل زنم که این جنسیت، هم وجود دارد و هم مسائل خاص خود را در پی می‌آورد.

آن نگاه، نگاه زنانه‌ی است که در مواقع اقتضای و نفعشان زن هستند و مقدم بر مردان وزماتی که جنسیت برایشان نفعی ندارد، هم ردیف مردانند.

به عنوان یک زن، همیشه برایم این سؤال مطرح است که چرا علی‌رغم مشارکت زنان در فعالیت‌های حرفه‌ای و اجتماعی، اغلب میزان موفقیت مردان در این عرصه‌ها بیشتر بوده است؟ پاسخ را جدا از موانع و مشکلات قراروی زنان به خصوص در مواردیکه مسؤلیت‌های متعدد داخل و خارج از خانه را برعهده دارند، در این یافتن که زنان برای موفقیت گویی دو مرحله را پیش رو دارند، در قدم اول از جنسیت خود می‌گذرند و تبدیل به یک مرد می‌شوند و پس از آن در پی موفقیت‌اند، در حالیکه مردان برای موفقیت، منع جنسیتی ندارند.

وجود این نگاه ناشی از تربیت سنتی و بایسته‌های تاریخی و اجتماعی ماست و چنان با باورهایی ما عجین شده که در زبان و ادبیات ما، صفت مردانگی با قدرت و صلابت و صفت زنانگی با ضعف و کاستی مترادف گشته است.

حال اگر من، زن بودم را به معنی نقص و کاستی ندانم، شوخی رئیس دادگاه به این مضمون که «همین بلارا سر شوهرت می‌آوری؟» یا شوخی مشابهی با همکار مرد، به این مضمون که «همین بلارا سرزنت می‌آوری؟» همسان می‌گردد و زندگی آن برای من به همان میزانی خواهد بود که برای همکار مرد، نه آن که تمسخر و تحقیر مضاعفی را به واسطه‌ی جنسیتی در آن نهفته بیایم، آن زمان که نگاه من به زن بودم، در خود من تغییر کند، اشاره به زنانگی ام، موجب تمسخر من نیست. همان گونه که برای یک مرد اشاره به جنسیتش نمی‌تواند معنایی تحقیرآمیز داشته باشد.

چه بسا که قابلیت‌های من به عنوان یک زن می‌تواند در حرفه‌ی وکالت، کسب امتیازاتی نماید که این خصوصیات در جنس مخالفم وجود نداشته باشد. قابلیت‌های زنانه‌ی من می‌تواند موجب درک عمیق‌تری از مقولاتی چون عسرو حرج، کودک‌آزاری، دفاع مشروع و... گردد و من چون پال آن فرشته‌ای هستم که علی‌رغم ظاهر زنانه اش تمامی ارکان وجودی اش از قانون گذار

و مجری قانون را تماماً جنسیت مردانه تشکیل داده اند، این مسؤلیت را دارم که دانش ام را با قابلیت های زنانه ام در هم آمیزم و از آن به سود موکلم واقناع وجدان دادرس دادگاهی استفاده کنم که گاه به سبب تفاوت جنسیتی از اعمال عدالت ناتوان است.

برخلاف نظر نگارنده ی آن مقاله چون انتخاب من به عنوان وکیل در بعضی از موارد با توجه به جنسیت صورت گرفته، اتفاقاً باید در این موارد به اصطلاح «کاسه ی از آش داغ تر» باشم و گرنه تفاوتی میان من و وکیل دیگر وجود نخواهد داشت.

پس به عنوان یک زن نیازی ندارم که برای نیل به موفقیت، جنسیتم را انکار کنم بلکه می توانم از آن برای رسیدن به هدفم استفاده کنم. شاید تجربه ی زنان موفق در حرفه ی ما، گویای همین حقیقت باشد که آنان از احساسات و قابلیت های زنانه ی خود همچون حس مادری، احساسات بشردوستانه، دقت و توجه به جزئیات، رقت قلب و... برای دستیابی به هدف بهره برده اند تا جایی که در موارد بسیار جسورتر و شجاع تر از وکلای مرد عمل نموده اند.

گرچه به تساوی حقوق زن و مرد معتقدم ولی این به معنای نادیده گرفتن تفاوت های جنسیتی آن ها نیست و اگر این تفاوت را به منزله ی کاستی ننگریم، نه به حمایت ویژه در منشور اخلاقی وکلا و نه به قانون و ضابطه ی اخلاقی خاصی در این مورد، نیاز خواهیم داشت، که این همان دید قیم مآبی را در مردان تقویت کرده و زنان را به عنوان جنس دوم مطرح می نماید. اگر خود را انکار نکنیم، در پی انکار آن از جانب دیگران هم نخواهیم بود و آن گاه دیگر نیازی نیست که زن بودن را در سایه ی فعالیت حرفه ای کم رنگ و بعضاً بی رنگ سازیم.

#### بیم از نابودی

جمع شدند در مرکزی به بهانه منشوری راجع به اخلاق وکالت. از همان ابتدا اخلاق را فراموش و مرکز تبدیل شد به میدان مسابقه در ایراد تهمت های ناروا به کانون ها و وکلای دادگستری تربیت شده کانون ها: یکی می گفت و دیگری او را تحسین می کرد. سخن از لشکر کشی و لشکر آرای و افتخار به شمارش و کثرت اعضا بود گویی جنگی در پیش است.

بی درک صحیح از معنای قوانین، سخنانی گفتند نه تنها خلاف اخلاق حرفه ای، بلکه خلاف اخلاق انسانی. تغییر دادند معانی مقدس را به معنای شومی که خود می خواستند. استقلال را خود کامگی و دخالت را نظارت نامیدند و سعی کردند مقابله ای ترسیم کنند بین وکالت و قضاوت. وکیل را که متکی به حرفه ای آزاد است مستخدم قوا معرفی کردند و نیات خود را به دیگران نسبت دادند تا از قوای قانونی کسب جاهت کنند. بی حیائی تا آن جا که برای وصول به اهداف خود مردم را به اهانت، شاهدان دروغین و قضاوت را تابع وکلا نامیدند آن چنان که وکیل می تواند با قاضی روابط ناسالم برقرار کند! استقلال وکالت به نظر ایشان باید از وکلا سلب شود چون برخی از آنان خود را با کراوات می آرايند.

کسانی درباره وکالت دادگستری سخن گفتند و با آنان هم صدا شدند که از وکالت درکی صحیح ندارند و اطلاع دادرسی را به وکلا نسبت دادند، گویی قضات از خود لراده ای در دادرسی ندارند. مؤده دادند که منشوری از اخلاق وکالت در راه است تا به وکالت سامان دهد. سالی که نکوست از بهارش بیداست. سخن از اخلاق در چنین جلسه ای جای شکفتی است؛ خداوند همه ما را به سوی نور هدایت فرماید. تا در موضع احساس خطر اخلاق را فراموش نکنیم. ان شاء...

دکتر غلامرضا طبرانیان - وکیل دادگستری

## تمرکز امور وکالتی

■ مرتضی شیخ الاسلامی

### تمرکز امور وکالتی

یکی از موارد تخلف انتظامی که مخصوصاً در سال های اخیر و با کثرت وکلای دادگستری باعث بسیاری از پرونده های دادرسی انتظامی شده است ، تمرکز امور وکالتی در غیر محل تعیین شده می باشد .

جهت یادآوری لازم می دانم ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت را در ذیل به طور کامل عنوان نمایم :  
وکلا نمی توانند در غیر از محلی که برای آن ها پروانه وکالت دریافت کرده اند دفتر وکالت تأسیس نمایند و همچنین نمی توانند عملاً فعالیت وکالتی خود را در محل دیگری متمرکز نمایند . تخلف از این حکم مستوجب مجازات انتظامی درجه ۳ در نوبت اول و درجه ۴ در نوبت دوم و درجه ۵ در نوبت سوم خواهد بود .

به این تخلف در دادسرا و دادگاه انتظامی کانونی رسیدگی خواهد شد که تخلف در حوزه آن انجام شده است . در صورت عدم توجه و رسیدگی کانون اخیر ، کانون متبوع وکیل مزبور نیز حق رسیدگی خواهد داشت . در خصوص قسمت اخیر ماده ۶ نیز صراحتاً عنوان شده است محل رسیدگی به تخلف تمرکز امور وکالتی وکیل دادگستری در غیر محل اشتغال کدام دادسرا می باشد .

در کانون وکلای دادگستری مرکز کمیسیون نظارت و بازرسی نیز به عنوان یک کمیسیون تخصصی در مورد رسیدگی به تمرکز امور وکالتی و تبلیغ وکلای دادگستری تأسیس شده است که با ارسال گزارش و یا ... برای آن کمیسیون ، برای وکلای دادگستری تشکیل پرونده می شود و یا دعوت از وکیل در خصوص موضوع و گرفتن اظهارات ایشان و با تشخیص اعضای کمیسیون جهت تصمیم گیری به دادرسی انتظامی کانون وکلای ارسال می شود .

ماده ۶۲ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری ( مصوب ۱۳۴۳/۱۲/۵ ) :  
از هر طریقی اطلاع راجع به تخلف یا سوء اخلاق و رفتار وکیل به رئیس کانون برسد و آن را قابل توجه تشخیص دهد به دادسرا رجوع می نماید و دادسرا باید به موضوع رسیدگی کرده اظهار عقیده نماید .

بر اساس این ماده ، عده ای معتقدند ارسال پرونده های کمیسیون نظارت و بازرسی به دادسرا باید از

طریق ریاست کانون و با دستور ایشان انجام شود. عده ای نیز اعتقاد دارند از هر طریقی که دادسرا تخلف را تشخیص دهد می تواند به آن موضوع رسیدگی نماید.

دادسرای انتظامی اگر احراز کند وکیل مشتکی عنه تمرکز امور وکالتی در غیر محل تعیین شده دارد کیفرخواست صادر و برای صدور حکم انتظامی به دادگاه کانون ارسال می گردد و در غیر این صورت قرار منع تعقیب صادر خواهد شد. در این جا سوال پیش می آید آیا تمرکز امور وکالتی با تأسیس دفتر وکالت در محلی غیر از محل اشتغال تعیین شده در پروانه وکالت تفاوت دارد یا خیر؟

در پاسخ می توان گفت اگر وکیل دادگستری در غیر از محل اشتغال تعیین شده تأسیس دفتر نموده باشد دارای تمرکز امور وکالتی می باشد، ولی امکان دارد وکیل دادگستری دفتری نداشته باشد ولی تمرکز امور وکالتی ایشان در محلی غیر از محل اشتغال تعیین شده احراز شود.

سوال بعدی که می توان در این خصوص مطرح کرد این است که چگونه می توان احراز نمود وکیل دادگستری بدون تأسیس دفتر در محلی غیر از محل اشتغال تعیین شده تمرکز امور وکالتی دارد؟

در چند مورد می توان این موضوع را رسیدگی کرد:

- الف- محل ابطال تمیزهای مالیاتی وکیل مشتکی عنه.
- ب- ذکر نشانی در وکالت نامه های مختلف با موکلین متفاوت.
- پ- چاپ نشانی محل فعالیت وکالتی در کارت ویزیت و یا در سرپرگ.
- ت- ذکر نشانی در وکالتنامه به عنوان (جهت سهولت ابلاغ) ولی در پرونده های متعدد.
- ث- ذکر نشانی صحیح در وکالتنامه ولی ارائه لایحه و اعلام نمودن نشانی غیر از محل اشتغال تعیین شده در پرونده های متعدد.
- ج- عدم تأسیس دفتر، ولی استفاده از دفاتر مؤسسات حقوقی و وکلای دیگر و اعلام نشانی های متعدد در وکالتنامه ها.
- چ- وجود چندین شاکی که عنوان نموده اند وکیل مشتکی عنه در نشانی های مختلف با آن ها قرارداد منعقد نموده است و.....

## نقش ضابطین قضایی در مراحل مقدماتی فرایند دادرسی کیفری

میثم مهدوی شنقی

### چکیده

نقش ضابطین قضایی در دو حوزه صحت سنجی شکایات از طریق برآورد ادله شاکی و ضرورت ارائه آن به مقامات قضایی و هم چنین امکان ایجاد مصالحه و سازش در راستای تحقق بخشی به اهداف جنبش عدالت ترمیمی در حوزه جرایم قابل گذشت از اهمیت بسزایی برخوردار بوده و رویکرد سیاست جنایی قضایی در این حوزه و اهتمام آن به موارد مذکور می تواند از منظر جلوگیری از صرف هزینه و زمان اضافی در جریان دادرسی کیفری مؤثر واقع گردد لذا کارآمد کردن فعالان این حوزه از طریق کسب تخصص های ویژه می تواند در تحقق بخشی اهداف سیاست جنایی قضایی در این زمینه نقش مهمی را ایفا نماید.

### کلید واژه ها: ضابطین قضایی، دادرسی کیفری، صحت سنجی شکایت، مصالحه و سازش درآمد

نقش ضابطین قضایی در فرایند دادرسی کیفری ایران علی الاصول جز در جرایم مشهود، بعد از طرح شکایت توسط شاکی در مراجع قضایی و ارجاع امر به مقامات قضایی دادسرا و یا شروع به تعقیب از سوی دادستان در جرایمی که جنبه عمومی آن ها بر جنبه خصوصی شان غلبه دارد نمود پیدا کرده و اقدامات آنها در راستای کشف جرم و بازجویی مقدماتی و حفظ آثار و دلایل جرم و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم و ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضایی تحت نظارت و به دستور مقام قضایی و به موجب قانون صورت می گیرد.

از این رو جز در جرایم مشهود که به موجب ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری به ضابطین اجازه داده شده اقدامات لازم را به منظور حفظ آلات و ادوات و آثار و علائم و دلایل جرم و جلوگیری از فرار متهم و یا تبانی انجام داده و بلافاصله به اطلاع مقام قضایی برسانند، ضابطین تحت الامر مقام قضایی عمل نموده و اختیار و مجوز انجام تحقیقات بدون دستور مقام قضایی را ندارند.

البته در جرایم مشکوک نیز که اطلاعات ضابطین دادگستری از منابع موثق نبوده قانونگذار به صورت کاملاً محدود این اختیار را به ضابطین داده که قبل از اطلاع به مقامات قضایی تحقیقات لازم را بدون حق دستگیری یا ورود به منزل کسی انجام داده و نتیجه اقدامات خود را سریعاً به مقام قضایی صالح اعلام دارند. بنابراین ضابطین قضایی علی الاصول نمی توانند بدون دستور قضایی وارد فرایند دادرسی کیفری شده و تحقیقات خود را شروع کنند.

اما ضابطین نقش مهمی را در زمان به جریان افتادن شکایت و بعد از صدور دستور مبنی بر تعقیب شکایت از سوی مقام قضایی بر عهده داشته و حضور مؤثر آن ها در طی فرایند دادرسی کیفری می تواند مانع از ادامه رسیدگی به شکایتی گردد که بعد از طول جریان دادرسی و صرف هزینه و وقت بسیار به دلایل مختلف متوقف گردیده و نتیجه ای را در بر نداشته باشد.

بسیاری از شکایاتی که توسط افراد در مراجع قضایی مطرح می‌گردد یا به جهت فقد دلایل و مستندات اثباتی کافی امکان پیگیری را نداشته و یا ناشی از احساسات و تندخویی های گذرای افراد طی آسیب از جرایمی می‌باشد که در زمره ی جرایم قابل گذشت بوده و در نهایت قابلیت خاتمه پیدا کردن از طریق مصالحه و سازش را خواهند داشت. این درحالی است که به جریان افتادن چنین شکایاتی که نتیجه آنها به جهت شرایط حاکم از پیش معلوم بوده، آسیب های بسیاری را نسبت به نظام قضایی و اصراف دعوی کیفری با خود به همراه داشته که اتخاذ تدابیر مفدسانی در راستای جلوگیری از پیگیری این چنین شکایات می‌تواند از بروز این آسیب ها به طور قطع جلوگیری نماید.

در حال حاضر رویه حاکم بر برخی از دادسراها، ارجاع مقدماتی پرونده به ضابطین قضایی می‌باشد که طی آن نظام قضایی اهدافی را پیگیری کرده که انجام صحیح دستورات مقامات قضایی و حضور مؤثر ضابطین در این جریان می‌تواند نقش مؤثری را در دستیابی به این اهداف و جلوگیری از سیر رسیدگی بی نتیجه به جرمی که به دلایل مختلف امکان پیگیری را ندارند، داشته باشد.

از این رو برآنیم تا در این نوشتار طی دو بخش نقش ضابطین قضایی را در مراحل مقدماتی فرایند دادرسی کیفری در راستای جلوگیری از ادامه جریان دادرسی های کیفری بی نتیجه بیان نماییم.

#### ۱- نقش ضابطین قضایی در صحت سنجش شکایات

قاعده ی البینه علی المدعی که فاعده ای عقلایی نیز محسوب می‌شود و از جمله مهم ترین آثار اصل برائت است، ايجاب می‌کند که در امور کیفری مقام تعقیب اعم از دادستان یا هر نهاد دیگری که عهده دار دفاع از منافع جامعه می‌باشد و نیز شاکی به ارائه ادله و اثبات بزهکاری متهم بپردازند.<sup>۱</sup>

البته این امر زمانی مصداق عملی می‌یابد که طرح دعوی کیفری از نظر انطباق رفتار مرتکب با جرایم منصوص در متون جزایی دارای خللی نبوده و انبیاات مجرمیت مرتکب تنها نیازمند ارائه ادله اثباتی از ناحیه شاکی باشد.

بنابراین وظیفه ی ارائه ی دلیل در راستای اثبات جرم علی‌الخصوص در جرایم قابل گذشت بر عهده ی شاکی می‌باشد،<sup>۲</sup> هرچند این تکلیف شاکی حتی در جرایم قابل گذشت با توجه به تعدیل قاعده منع تحصیل دلیل در دعوی کیفری<sup>۳</sup> که مبنای آن دفاع از نظم عمومی است، نافی وظیفه دادستانی به عنوان مدافع حقوق عامه در راستای اثبات جرم نیست. اما به هر شکل طرح ادعای ارتکاب جرم از ناحیه شاکی نیازمند ارائه دلایل مقدماتی است که مقام دادستانی را مجاب به انجام وظیفه خود در قبال تعقیب جرم نماید و در غیر این صورت به لحاظ عملی اساساً امکان تعقیب برای آن مقام وجود نخواهد داشت.

کشف این امر که طرح شکایات شاکی متکی به دلایل مثبت ادعای او می‌باشد یا خیر، می‌تواند تکلیف دادسراها را در امکان تعقیب شکایات مطروحه روشن سازد و چنانچه شکایت شاکی ملازم با ادله اثباتی هرچند به نحو مقدماتی نباشد قبل از تعقیب جدی و صرف هزینه از پیگیری آن خودداری ورزند.

احراز صحت ادعای شاکی و این امر که طرح شکایت او مقرون به واقع بوده یا خیر تا حدود زیادی از طریق انجام تحقیقات مقدماتی از شاکی و مشتکی عنه قابل کشف بوده و این امکان را به مقام تعقیب و تحقیق خواهد داد تا شکایات بی مبنا را در همان مراحل مقدماتی از فرایند دادرسی کیفری خارج سازند.

از این رو فرایند صحت سنجی مقدماتی شکایت شاکی امری است که می‌تواند مقام تحقیق و تعقیب را از ادامه تعقیب و انجام تحقیقات و صرف هزینه های اضافی در خصوص شکایاتی که امکان تعقیب را ندارند آگاه ساخته و آنان را از ادامه مسیر بازدارد.

۱- آشوری، محمدابین دادرسی کیفری، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۲۴۲

۲- ن.ک: خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، تهران، انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۷، ص ۳۹۳

۳- برای مطالعه بیشتر در خصوص قاعده منع تحصیل دلیل و تعدیل این قاعده ر.ک: شمس، عبدالله، ادله اثبات دعوی، تهران، انتشارات درگاه، ۱۳۸۷، ص ۵۴ و ۵۳

۴- شایان ذکر است که قاعده منع تحصیل دلیل که نشأت گرفته از قاعده البینه علی المدعی می‌باشد همچنان در جرایم حدی با قدرت جریان داشته و با توجه به اهداف خاص مجازات ها در آن حوزه تعدیل این قاعده نسبت به این جرایم جریان نداشته است.

در حال حاضر برخی مقامات قضایی دادسرا با ارجاع مقدماتی شکایات به ضابطین قبل از پیوستن آن به آمار قضایی، وظیفه صحت سنجی شکایات را بر عهده آنها قرار داده و با صدور دستوراتی در خصوص تحقیق از شاکی و مشتکی عنه در ارتباط با شکایت و اخذ اظهارات شهود و مطلعین در صورت معرفی آنها از ناحیه شاکی، امکان انجام تحقیقات مقدماتی در راستای نیل به هدف مذکور را از سوی ضابطین فراهم سازند، چراکه همانطور که پیشتر بیان شد امکان انجام تحقیقات از سوی ضابطین علی الاصول متوقف بر صدور دستور از ناحیه ی مقام قضایی بوده و ضابطین قضایی جز در موارد مصرح امکان انجام تحقیقات بدون اخذ دستور از مقام قضایی را ندارند.<sup>۵</sup>

انجام تحقیقات ابتدایی از سوی ضابطین قضایی تا حدود زیادی تکلیف مقام تعقیب و تحقیق را در خصوص ادامه تحقیقات روشن ساخته و چنانچه با ملاحظه ادله مقدماتی مقدمات را برای احضار متهم کافی بنمایند با احضار او وارد رسیدگی جدی به موضوع مطروحه خواهند شد و در غیر این صورت از احضار متهم خردداری نموده و شاکی را مجاب به ارائه ادله تکمیلی می نمایند و در صورت عدم امکان ارائه ادله جدید از سوی شاکی و یا حتی در صورت مقرون به واقع ندانستن موضوع با صدور قرار منع تعقیب پرونده را مختومه می سازند.

از سوی دیگر انجام این تحقیقات از سوی ضابطین سبب می گردد تا احضار متهم از سوی مراجع قضایی با اتکاء بر ادله ای صورت گیرد که احضار او را ایجاب می نماید چرا که احضار متهم از سوی مقامات قضایی علاوه بر آنکه او را وارد محیط کیفری ساخته و این امر تبعات منفی را از منظر جامعه شناختی برای او در پی خواهد داشت، تکالیف قانونی را بر عهده ی مقامات قضایی همچون تفهیم اتهام و پیروان صدور قرار تأمین قرار می دهد<sup>۶</sup> که متهم را بیش از پیش درگیر فرایند کیفری ساخته و حقوق و آزادیهای او را تهدید می سازد و حتی در صورت عدم امکان اخذ تأمین می تواند منجر به بازداشت متهم گردد.

بنابراین حضور مقدماتی مشتکی عنه در نزد ضابطین قضایی پیش از حضور او نزد مقامات قضایی و انجام تحقیقات پیرامون ارتکاب جرم و وجود ادله اثباتی، مقام تحقیق را در همان مراحل اولیه به جریان افتادن پرونده و حتی پیش از حضور متهم و اخذ تأمین جهت اتخاذ تصمیم قضایی آماده ساخته و او را در این فرایند باری می سازد.

از این رو صحت سنجی شکایات از سوی ضابطین قضایی اگر با ورود و جذب نیروهای متخصص در این حوزه همراه گردد تأثیر بسزایی در کاهش حجم آمار قضایی داشته و همانند يك فيلتر در میانه راه شکایت و ورود در فرایند دادرسی کیفری عمل خواهد نمود که طبیعاً نتیجه مثبت آن جلوگیری از به جریان افتادن پرونده هایی است که در این فرایند به جهت فقد دلایل مثبت ادعا و یا حتی واهی بودن آن راه به جایی نخواهند برد.

## ۲- نقش ضابطین قضایی در ایجاد مصالحه و سازش بین طرفین دعوی کیفری

برخی از جرایم در نظام عدالت کیفری در زمره جرایم قابل گذشت تلقی میگردند که تعقیب آنها تنها به موجب شکایت شاکی آغاز و با گذشت او نیز متوقف می گردد، چرا که در این گونه جرایم وجه خصوصی جرم بر وجه عمومی آن غلبه داشته و لذا با گذشت شاکی خصوصی حکومت نیز از حق خود در خصوص تعقیب متهم یا مجازات مجرم خواهد گذشت.

از سوی دیگر در دهه های اخیر با توجه به شکل گیری جنبش عدالت ترمیمی و لزوم اهتمام به بزه دیده و بزهکار و همینطور جامعه محلی به عنوان طرف های اصلی دعوی و برکنار ماندن حکومت، زمینه تشفی خاطر و وصول به خواسته های اصلی طرفین دعوی بویژه بزه دیده فراهم گردیده<sup>۷</sup>، چراکه عدالت ترمیمی در جستجوی بازگرداندن وحدت و هماهنگی به آن چیزی است که در اثر ارتکاب جرم گسسته شده است.<sup>۸</sup> نظام

۵- در این زمینه ن. ک.؛ بخش درآمدین نوشتار

۶- ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری

۷- موسوی مجاب، سید درید، جزوه درس جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم، مقطع کارشناسی، نیم سال اول ۱۳۸۵-۸۶

۸- غلامی، محمد، عدالت ترمیمی، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد آثوری)، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸، ص ۲۲۵

عدالت کیفری نیز با توجه به وجود زمینه های اجرای سیاست های این جنبش در حوزه جرایم قابل گذشت به سمت ترویج فرهنگ گذشت و مصالحه سوق یافته است که ایجاد نهادهایی همچون شوراهای حل اختلاف بیانگر این حقیقت می باشد. علاوه بر این بسیاری از شکایات در حوزه جرایم قابل گذشت، بر پایه احساسات زودگذر و یا تلاقی جویانه شاکی صورت گرفته و بعضاً در طول جریان دادرسی و یا حتی بعد از صورت حکم قطعی با گذشت شاکی به جهت فروکش کردن این گونه احساسات خاتمه می یابند. لذا صرف هزینه و زمان بسیار از سوی نهادهای قضایی در مورد این گونه جرایم که امکان توقف تعقیب یا اجرای مجازات در آنها بواسطه گذشت شاکی خصوصی وجود دارد صحیح نبوده و سیاست جنایی قضایی در این حوزه بیش از آن که تعقیب جدی خود را با ابتنا بر شکایت شاکی خصوصی آغاز کند می بایست در راستای ایجاد مصالحه و سازش میان طرفین دعوی کیفری گام برداشته و تمام تلاش خود را در این راستا به عمل آورند.

از این رو نقش ضابطین قضایی در مواردی که مقامات دادسرا شکایات را ابتدائاً به آن ها جهت انجام تحقیقات مقدماتی ارجاع می دهند بسیار حائز اهمیت است و تلاش آن ها در ایجاد مصالحه این امکان را فراهم می سازد که بدون صرف هزینه های اضافی و زمان در خصوص تعقیب جرم، فرایند کیفری در همان بدو امر به واسطه گذشت شاکی خصوصی و مصالحه طرفین خاتمه یابد. لیکن آنچه که اهمیت بسزایی در ایفای این نقش از سوی ضابطین برخوردار است، همانند آنچه که در بخش پیشین نیز به آن اشاره شد، ورود تخصصی ضابطین در این حوزه است که مستلزم فراگیری علمی همچون روانشناسی و جامعه شناسی از سوی آن ها است چرا که ورود غیر تخصصی ضابطین اثر بسیار اندکی را در این خصوص برجای گذاشته و نمی تواند اهداف نظام عدالت کیفری را در این حوزه با موفقیت چندان بی رویه سازد. اما چنانچه نقش ضابطین متخصص در این حوزه فعال گردد بسیاری از شکایاتی که قابلیت مختومه شدن بواسطه گذشت شاکی خصوصی را دارند در همان مراحل مقدماتی فرایند دادرسی کیفری متوقف گردیده و ضابطین همچون یک فیلتر موثر در این حوزه عمل خواهند نمود.

### نتیجه گیری

با توجه به امکان توقف تعقیب در حوزه جرایم قابل گذشت به واسطه ی گذشت شاکی خصوصی و هم چنین با در نظر گرفتن حاکمیت اصل برائت که لزوم تحصیل دلیل را بر عهده ی شاکی و مدعی العموم قرار داده سعی در تشخیص و احراز شرایط حاکم بر فرایند دادرسی کیفری، از جهت امکان ایجاد مصالحه و سازش بین طرفین دعوی کیفری و یا وجود یا عدم وجود ادله کافی جهت ارائه آن از سوی شاکی که امکان تعقیب جرم را در عمل فراهم می سازد در سیاست جنایی ایرانی از جایگاه ویژه ای برخوردار بوده که ضابطین قضایی حسب امر مقامات قضایی می توانند در این حوزه بسیار مؤثر عمل نموده و نقش مهمی را ایفا نمایند، لذا کسب تخصص ها و مهارت های لازم در دو حوزه صحت سنجی شکایات و امکان ایجاد مصالحه و سازش بین طرفین دعوی کیفری می تواند مانع از صرف هزینه و زمان اضافی در خصوص پیگیری و تعقیب این گونه جرایم گردد که امید است سیاست جنایی قضایی ایرانی در این حوزه اهتمام ویژه ای را به خرج داده و زمینه اجرای هدف مذکور را فراهم سازد.

### منابع

- ۱- آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، تهران، چ دوم، چ هشتم، انتشارات سمت، ۱۳۸۶
- ۲- شمس، عبدالله، ادله اثبات دعوی، تهران، چ دوم، انتشارات دراک، ۱۳۸۷
- ۳- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، تهران، چ اول، انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۷
- ۴- قیاسی، جلال الدین، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، قم، چ دوم، انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶
- ۵- قلامی، محمد، عدالت ترمیمی، علوم جنایی، مجموعه مقالات در تجلیل از استاد آشوری، تهران، چ دوم، انتشارات سمت، ۱۳۸۸
- ۶- موسوی مجتاهد، سید درید، جزوه درس جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم، مقطع کارشناسی، نیم سال اول تحصیلی ۸۶-۱۳۸۵

۹- سیاست جنایی قضایی عبارت است از سیاست های قوه قضاییه در راستای اجرای قانون مانند تسامح دادستان نسبت به تعقیب برخی جرایم، گزینشی برخورد کردن با پرونده های جرایم خاص یا شدت عمل در کشف و تعقیب برخی جرایم (قیاسی، سید جلال الدین، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، قم، انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶، ص ۲۹)



## خبرها و حاشیه‌ها

شاپور اسماعیلیان \*

**اشاره:** برخلاف گذشته‌ها و دهه‌های پیشین، سبک غالب خبر و گزارش نویسی در رسانه‌های خبری و تحلیلی - در کلیه ابعاد - پرهیز از کاربرد عناوین و القاب، چون دکتر، مهندس، آقا و جناب و... می‌باشد و همین‌طور اجتناب از تعارفات و استعمال واژه‌ها و ضمایرو یا افعال جمع برای شخص مفرد است مگر در مورد مقامات و موارد فوق‌العاده استثنایی. از این رو نباید تصور شود کاربرد چنین سبکی در گزارش خبرها و حاشیه‌ها غیر متعارف بوده و دلیلی برای خرد شمردن مقامات یا اشخاصی است که مطالب در مورد آن‌ها نگارش می‌یابد و اینک ادامه این بخش:

### پاسخ بهمن کشاورز به رئیس مرکز مشاوران حقوقی

اظهارات اخیر رئیس مرکز امور مشاوران حقوقی، وکلاء و کارشناسان قوه قضائیه در خصوص وکلاء و کانون‌های وکلا با واکنش رئیس اسکودا، رئیس کانون وکلاء دادگستری مرکز، نایب رئیس اسکودا و برخی از حقوقدانان و جامعه وکلای روبرو رو شد. انعکاس این اظهارات و نیز پاسخ به آن‌ها در برخی از جراید در رسانه‌های خبری و از جمله سایت اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران سبب گردید جنجال خبری بالا گیرد. از این رو به نظر می‌رسد کانون‌ها و اکثریت وکلای بنحوی از انحاء از موارد اتهامی رئیس مرکز مشاوران حقوقی و وکلای قضاائیه و پاسخ‌ها و مدافعات برخی از سران جامعه وکالت یا خبر شوند. در این بخش از نشریه با رعایت محدودیت صفحات، موارد مطروحه از سوی رئیس مرکز امور مشاوران حقوقی و پاسخ بهمن کشاورز رئیس اسکودا ذیل نقل شود:

عبدالرضا مؤمنی ۲۸ اردیبهشت سال جاری طی سخنانی در نخستین همایش سراسری وکلای قوه قضائیه گفته بود: وکلای در زمان طاغوت با توجه به استقلالی که داشتند همیشه به صورت منفعل عمل کرده و حتی هیچ‌گاه استقلال خود را جشن نگرفتند، اما پس از انقلاب تازه به یادشان افتاده که مستقل هستند و هر ساله جشن استقلال برگزار می‌کنند. جشن‌هایی که به ادعای برخی از دوستان حاضر در آن، عرق شرم بریشانی می‌نشیند و در حقیقت این جشن‌ها، جشنواره کراوات و روسری‌های تا فرق سرفرفته است. وی در ادامه با بیان این‌که «در جریان مسائل سیاسی که اخیراً پیش آمد، بیشترین وکلای تسخیری متهمان از مرکز امور مشاوران بود. گفت: «مسلم است که استقلال قاضی از استقلال وکیل بالاتر است» مؤمنی در عین حال اظهار داشت: «قوه قضائیه مایل است همان نظارتی را که در مرکز امور مشاوران دارد بر مجموعه مرکز کانون وکلای مرکز امور مشاوران داشته باشد» بهمن کشاورز در مورخ ۳/۳/۹۰ در جایگاه ریاست اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران نسبت به سخنان مؤمنی واکنش نشان داده و در نشستی خبری با بیان این‌که «متأسفیم که موضوع صحبت ما امروز عمدتاً بلکه کلاد مورد چیزی خواهد بود که ما هرگز نمی‌خواهیم و نمی‌خواستیم در این زمینه با دوستان مطبوعاتی صحبت کنیم ولی متأسفانه باید پاسخگوی بحث‌هایی باشیم که شاید اگر مطرح نمی‌شد، خیلی بهتر بود. و سپس با اشاره به استقلال کانون وکلا، اظهار داشت: «استقلال کانون از ۱۳۳۱ به بعد هر سال در

\* وکیل دادگستری - ارومیه

باشگاه وکلا و باشگاه دانشگاه جشن گرفته می شد. بعد از انقلاب هم جشن برگزار می شد اما در فاصله سال ۵۹ تا ۷۷ جشنی نگرفتیم، زیرا استقلالی در کار نبود که جشن آن را بگیریم. به گزارش ایسنا، وی در ادامه به بخش دیگری از صحبت های مؤمنی در خصوص حضور بیشتر وکلا مرکز مشاوران در وکالت های تسخیری در مسائل سیاسی اشاره کرد و گفت: ما هم فیلم دادگاه ها را دیدیم، شما هم دیدید. اصلا به این که موضوع محاکمه چه بود و این که آیا باید علنی باشد یا نه کاری نداریم. اتحادیه و کانون ها با مسائل سیاسی کاری ندارند اما بسیاری از مردم که فیلم دادگاه ها را دیده بودند می گفتند صحبت هایی که وکلاد دادگاه مطرح کردند را خود متهمان هم می توانستند مطرح کنند. من ایرادی به آن دوستان نمی گیرم ولی مثالی که مطرح شده مثال خوبی برای دفاع از مرکز مشاوران نبود. کشاورز تاکید کرد: «ما چنین روش های دفاعی را نه یاد می دهیم و نه از وکلای چنین دفاعی را می پذیریم. وکیل باید حق دفاع مردم را آن چنان که باید اجرا کند.» وی با اشاره به این که گفته شده بود جشن های استقلال کانون، جشنواره کراوات و روسری ها تا فرق سراسر اظهار نظر کرد: کانون های وکلا قویا از همه وکلای می خواهند در محل های رسمی، ظاهری آراسته با رعایت شأن وکالت و شرع داشته باشند اما اگر خانم یا آقای محترمی رعایت حجاب را آنچنان که در شرع گفته شده، نکرد، بقیه آن به ما مربوط نیست. کشاورز به تحقیقی که مرحوم دکتر نوربها در مورد تاریخچه کراوات انجام داده بود اشاره کرد و گفت: «بر اساس تحقیق ایشان کراوات یک نماد اسلامی است و در جنگ های صلیبی سربازان اسلام از آن استفاده می کردند ولی چون اولین بار مسلمانان قوم کراوات آن را انتخاب کردند به این نام مشهور شده است.»

### برخورد با انحرافات جن گیری و رمالی

رئیس قوه قضائیه، چند روز پس از آنکه از تخلفات اقتصادی، ارتباط با بیگانگان و جن گیری، جریان انحرافی، پدیده برداری کرد. درسی ام اردیبهشت سال جاری در اظهاراتی جدید خبر داد: «برخی از بزرگان کشور پیغام دادند که با انحرافات جن گیری و رمالی برخورد جدی شود» آیت اله آملی لاریجانی بیست و یکم فروردین ماه طی سخنانی با بیان این که «در جریان انحرافی در مفاسد اقتصادی غوطه ورنند و بی امان جلو می روند» گفته بود: «در زمان ماهم جریان انحرافی که گویا تمام نکات انحرافات گذشته را با هم در یک جا جمع دارد، در کمرنگ کردن نقش علما و در ترویج ایرانی گری و قومیت گرایی بسیار تلاش می کند.» هنوز چند روزی از اظهار نظر رئیس دستگاه قضائی مبنی بر غوطه وری بودن جریان انحرافی در فساد مالی نگذشته بود که مصطفی پور محمدی، رئیس سازمان بازرسی کل کشور برخی از پرونده های مالی این جریان را افشاء کرد. این در حالی بود که محسنی از ای سخنگوی قوه قضائیه در نشست خبری با خبرنگاران نیز بازداشت افرادی با عنوان رمال، پیشگو و جن گیر را تأیید کرده بود و گفته بود: «دوستان با عنوان مدعی العموم وارد شده و پرونده در حال طی مراحل مقدماتی است اما بحث طیف و گروه مطرح نیست» - منبع، روزنامه شرق ۹۰/۲/۳۱

### دادستان تهران: پرونده مستند «ظهور نزدیک است» بسیار مهم است

عباس جعفری دولت آبادی، دادستان تهران در حاشیه مراسم تودیع سرپرست سابق دادسرای کارکنان دولت به تشریح برخی از پرونده های قضایی پرداخت. به گزارش ایسنا، وی در همین زمینه از تلاش برای رفع نقص از پرونده سعید مرتضوی، دادستان سابق تهران [ متهم اصلی فجاجیه کهریزک ] خبر داد و گفت: رسیدگی به این پرونده منوط به وجود یک استعلام از یک مرجع شده بود اما مرجع صدور استعلام عنوان کرد که به سرعت نمی توان این استعلام را پاسخ داد. وی با بیان این که پرونده را از دادگاه گرفته و مواردی را به آن اضافه کردیم تا شاید نیاز به استعلام نباشد اما باز هم در جلسه دادگاه وجود استعلام ضروری دانسته شد. جعفری دولت آبادی در خصوص پرونده موسوم به «ظهور نزدیک است» که سی دی آن به نحو گسترده ای در پایتخت توزیع شده است گفت برخی از متهمان در بازداشت هستند و هر کسی که در توزیع این مستند نقش آفرینی کرده تحت تعقیب قرار خواهد گرفت

وی تأکید کرد این پرونده بسیار مهم است. که دادستانی همچنان در حال تحقیق است. - همان منبع، ۹۰/۲/۲۹

### برخورد با دفتر خانه های متولی همسر یابی

اما بعد از خبر برخورد با جن گیرها و مستند سازان «ظهر نزدیک است» خبر برخورد با دفتر خانه های همسر یابی نیز شنیدنی است. به گزارش ایسنا، معاون قوه قضائیه و رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور با بیان این که متأسفانه آمار ازدواج در سه سال گذشته با روند کاهشی ۰/۲ درصد و آمار طلاق با رشد ۱۴ درصدی مواجه بوده است، گفت: قطعاً مسئولان به این مسأله توجه داشته اند. تویسرکانی در پاسخ به سؤالی در رابطه با ارسال پیامک هایی با موضوع صیبه توسط دفاتر اسناد نیز گفت: قطعاً این کار خلاف است و برخورد جدی با آن صورت خواهد گرفت. البته موردی هم به ما گزارش نشده اما گاهی دفتر خانه هایی را شاهدیم که به شکل غیرقانونی چنین اقداماتی را انجام می دهند. قاعدتاً دفتر خانه نباید محل ایجاد باند باشد یا افرادی بیایند اطلاعات خودشان را بدهند و همسر یابی کنند. این اظهارات در حالی است که مدیر کل آسیب های اجتماعی قوه قضائیه در گفتگو با خبرنگار روزنامه شرق اظهار داشته دلیل ۱۵ درصد از افزایش طلاق های سه سال اخیر در ایران تماشای برنامه های کانال ماهواره ای فارسی وان بوده است. مجید ابهری به شرق گفته است: بر اساس تحقیقی که گروه آسیب شناسی بنیاد علوم رفتاری انجام داده است، ۸۵ درصد از ۳۷۵۰ زوجی که در این تحقیق درباره دلایل جدایی خود مورد پرسش قرار گرفته اند، از بینندگان این شبکه ماهواره ای بودند و به دیدن فیلم ها و سریال های این کانال وابستگی داشتند. ابهری در پاسخ به این سؤال که معیارها برای یافتن ارتباط طلاق های صورت گرفته و تماشای این شبکه ماهواره ای چیست؟ گفت: بر اساس تشخیص نظر کارشناسان پژوهشی این گروه مشکلات به وجود آمده برای ازدواج ها ناشی از تماشا و وابستگی بینندگان به برنامه های این شبکه بوده است بر اساس گفته های ابهری این تحقیق در میان زوج های جدا شده در دو استان تهران و البرز انجام شده است. پایه سنی زنان حاضر در تحقیق ۲۰ تا ۳۵ سال و برای مردان نیز ۲۸ تا ۳۵ سال بود. مدیر کل آسیب های اجتماعی قوه قضائیه در ادامه می افزاید: «تغییرات رفتاری و به وجود آمدن طلاق عاطفی و بد رفتاری خانگی اعم از نخوتن غذا، تنبیه بچه ها، تلفن های مشکوک و رفت و آمد بدون جواب گویی از عمده ترین دلایل مردان برای جدایی از همسران خود بوده است. زنان سو عدم اعتماد به همسر برای ادامه زندگی، احساس بی وفایی همسران و نداشتن تفاهم نیز از اصلی ترین دلایل زنان برای جدایی بوده است» (منبع شرق ۹۰/۳/۸) بدون تردید یکی از مهم ترین عوامل افزایش طلاق را - سواى عوامل فرهنگی بمثابة آنچه در اظهارات ابهری آمده - ناشی از آسیب های اقتصادی «چون بیکاری، تورم، گرانی و بطور کلی عدم تامین معاش اولیه زوجین» بر شمرد که به هر حال آسیب شناسی طلاق بر مبنای کلیه محورهای تأثیر گذار تعیین کننده چرایی این معضل جدی اجتماعی است.

### تجهیزات ماهواره و حکم کلی برای ورود به پشت بام خانه ها

حال که سخن از ماهواره به میان آمد، جا دارد خبر مربوط به جمع آوری ماهواره ها، نقل می شود، جانشین فرمانده نیروی انتظامی می گوید که پلیس برای ورود به «مشاعات» مجوز قانونی گرفته است. اشاره سردار رادان به حکمی کلی است که دادستانی برای جمع آوری ماهواره ها به ناجا داده است. رادان تأکید می کند ورود نیروی پلیس به پشت بام ها و مراکزى که تجهیزات دریافت ماهواره به صورت آشکار در آن ها وجود دارد با مجوز قضایی و البته با اخلاق صورت می گیرد - (شرق ۹۰/۳/۲) بدیهی است در شرایط کنونی نگهداری تجهیزات ماهواره ای و استفاده آن جرم محسوب می شود. اما مشاعات مجتمع های مسکونی و منازل (مانند پشت بام ها) که اغلب دیش های ماهواره ای در آن جا نصب شده حریم خصوصی مالکان مجتمع هاست و نه جزء اماکن عمومی، بنا بر این مطابق قانون آئین دادرسی کیفری به استناد حکم قضایی کلی نمی توان به مشاعات و توابع این اماکن مالکان خصوصی وارد شد مگر این که حکم خاص در مورد يك مجتمع مسکونی با

ذکر ویژگی های آن از سوی مقام قضایی صلاحیتدار صادر شود. این رویکرد قضایی و پلیسی (اگر صحت داشته باشد) همانطوری که برخی از حقوقدانان صاحب نظر نیز اعلام داشته اند قابل پیگرد قضایی و انتظامی است.

### دستور توقف دیه ۹۰ میلیونی

اواخر اردیبهشت سال جاری يك مقام قضایی با اعلام این که از ۱۶ خرداد امسال نرخ دیه دو برابر - یعنی ۹۰ میلیون خواهد شد، گفت: به موجب قانون مبلغ دیه براساس تاریخ پرداخت و به عبارت حقوقی «یوم الاداء» محاسبه و دریافت می شود، بنا براین افرادی که بنا بر احکام قطعی دادگاه ها به پرداخت دیه محکوم شده اند، تا قبل از تاریخ اعمال نرخ جدید نسبت به پرداخت مبلغ دیه اقدام کنند در غیر این صورت مشمول نرخ جدید شده و باید براساس آن اقدام کنند - (روزنامه همشهری ۹۰/۲/۲۹ تیترو خیراول) این خبر شوکه آور که می توان از آن به عنوان هدفمند سازی دیه، تعبیر کرد! موجب واکنش های گسترده صاحب نظران حقوقی، بیمه گران، و مردم گردید. این فضای ملتهب ادامه داشت بنحوی که ۱۲ ساعت پس از آن که دادستان کل کشور و سخن گوی قوه قضائیه با دفاع از واقعی شدن نرخ دیه کامل در سال ۹۰، از اجرائی شدن این قانون از ۱۶ خرداد خیرداد، رئیس جمهور در دستوری به وزیر دادگستری مانع ابلاغ دیه ۹۰ میلیون تومانی شد. در حالی که اداره کل روابط عمومی قوه قضائیه تعیین نرخ دیه و اعلام رسمی آن را از اختیارات رئیس قوه قضائیه اعلام داشته بود و بختیازی وزیر دادگستری نیز با گفت و گو با همشهری همین موضوع را مورد تأیید قرار داد (روزنامه همشهری ۱۱ خرداد ۹۰) تا این که با دستور رئیس قوه قضائیه اجرای نرخ جدید دیه فعلا به تعویق افتاد وزیر دادگستری در پاسخ به چرایی این پرسش گفت: این پیشنهاد از سوی وزیر دادگستری به رئیس قوه قضائیه ارائه شده است نه از سوی دولت، و علت آن هم بازبینی مجدد قیمت شتر است... و شاید در نهایت به همین قیمت ۹۰ میلیونی برسیم ولی نتیجه نهایی را رئیس قوه قضائیه اعلام می کند. به هر روی اگر قیمت دیه به میزان فاحش افزایش یابد، گذشته از واقعی بودن آن، پرسش مردم عادی این است که چرا این افزایش شوکه آور در چند سال قبل و تدریجا صورت نگرفته است؟ آیا چنین بازبینی چیزی جز هدفمند سازی دیه نیست؟ اساسا برای جلوگیری تبعات تورم زای این نوع افزایش، دولت چه بسته حمایتی می تواند در نظر گیرد؟ به ویژه این که کشور ما از حیث آمار صدمات بدنی، مرگ و میر تصادفات رانندگی در بین کشورهای جهان، رتبه های نخستین (اول تا سوم) را داراست.

## سخن دان پروده پیر کهن بیاندیشد آن گه بگوید سخن

حسن رستگار ■

جناب آقای عبدالرضا مؤمنی رئیس مرکز امور مشاوران حقوقی و وکلای کارشناسان قوه قضائیه در نخستین همایش سراسری وکلای قوه قضائیه اظهار داشته اند (وکلادر زمان طاغوت با توجه به استقلالی که داشتند به صورت منفعل عمل کرده و حتی هیچ گاه استقلال خود را جشن نگرفتند اما پس از انقلاب تازه یادشان افتاده که مستقل هستند و هر ساله جشن استقلال برگزار می کنند.....) نقل از گزارش خبرنگار حقوقی خبرگزاری دانشجویان ایران (ایستا)

بنده نه جناب ایشان را از نزدیک می شناسم نه از خصوصیات ایشان اطلاعی دارم اما نتیجه ای که از اظهارات ایشان گرفتم این است که یا تجاهل العارف کرده و یا اصولاً از آن چه در کانون وکلای دادگستری قبل از انقلاب گذشته بی اطلاع هستند و تأسف بیشتر این که رئیس مرکز مشاوران حقوقی وکلای قوه قضائیه مجله کانون وکلای دادگستری و سایر منابع مربوطه را نخوانده اند چون اگر اندک مرور و مطالعه ای بر این منابع داشتند قطعاً چنین اظهار نظری نمی کردند.

این جانب با سابقه نزدیک به ۴۷ سال وکالت که از دوران کارآموزی در جریان مسائل و فعالیت های جامعه وکالت بوده و هستم ناچار برای روشن شدن موضوع مخصوصاً توجه وکلای جوان دادگستری بایستی عرض کنم:

بعد از تصویب لایحه استقلال وکلادر سال ۱۳۳۳ وکلای دادگستری همه ساله جشن استقلال کانون را که حاصل کوشش و پایداری پیش کسوتان و در زمان حکومت مرحوم دکتر مصدق اتفاق افتاده و این هدیه گران بها به نام آن مرحوم در تاریخ وکالت ایران ثبت شد و بعد از انقلاب نیز با وقفه ای استمرار یافته است حتی در اسفند سال ۵۷ بعد از انقلاب نیز جشن استقلال برگزار و آقای بنی صدر رئیس جمهور وقت در آن شرکت کرد در این جشن های قبل از انقلاب که بنده چندین سال در آن شرکت داشته ام به طور معمول نخست وزیر - بعضی از وزراء - وزیر دادگستری - رئیس دیوان عالی کشور - قضات عالی مقام دیوان کشور و بسیاری از نمایندگان مجلسین و رجال وقت شرکت کرده و یکی از سخنران ها نیز نخست وزیر وقت بود شاهد مجله های کانون وکلای روزنامه های آن زمان و مجلات حقوقی است که آن زمان منتشر می شد و امکان دسترسی به آن ها نیز هم اکنون فراهم است بنابراین جشن های استقلال یا در دانشگاه تهران و یا در محل هایی که امکان پذیرانی

بود برگزار می گردید و انعکاس بسیار مطلوبی نیز در جامعه قضا و بین مردم داشت.

آقای مؤمنی اظهار داشته اند (با توجه به استقلالی که داشتند همیشه به صورت منفعل عمل می کرده اند) قبل از انقلاب نه تنها جامعه وکالت منفعل نبوده بلکه با وجود وکلای برجسته و دانشمند و آزادی خواه و متخصص در جامعه ایرانی از جایگاه خاصی برخوردار بودند که نوعاً از هر فرصت پیش آمده برای دفاع از حقوق موکلین خود استفاده کرده و در دادگاه ها به دفاع از آزادی و حقوق مردم می پرداخته اند و در سال ۴۶ بعد از تمهید مقدماتی که از تشکیل جلسات عمومی وکلادر هتل های مختلف تهران پیش آمد باشگاه وکلای دادگستری تاسیس گردید ریاست هیأت امناء رامرحوم سید هاشم وکیل ریاست وقت کانون به عهده داشت. این باشگاه تا سال ۵۶ دائرو روزهای سه شنبه بعد از صرف نهار جلسه سخنرانی شروع و گاهی تا ساعت ۷ بعد از ظهر ادامه می یافت با قطعیت عرض می کنم که جلسات سخنرانی باشگاه با حضور تعداد زیادی از وکلای توجه به سلطه و تسلط وکلای کلام و سخن در نوع خود بی نظیر بود و جالب است که در بسیاری از جلسات محور سخن بر انتقاد از حکومت و روش های آن بود و موضوع سخنرانی ها هر چند ظاهراً در ارتباط مستقیم با حکومت نبود اما در معنی و نهایت به حکومت و دولت برمی گشت و جالب است که بعضی از این سخنرانی ها ضبط و به صورت کاست روز بعد در دادگستری پخش می شد و هیچ گاه نیز از تشکیل جلسات باشگاه وکلای جلوگیری نشد شاهد عینی همکارانی هستند که در آن زمان در جلسات باشگاه شرکت و خوشبختانه در قید حیات می باشند.

با شروع انقلاب و نشست ها و تشکیل گروه و جمعیت وکلای بیشتر گردید اعلامیه ها و اقدامات وکلای دادگستری در به ثمر رسیدن انقلاب برکسی پوشیده نیست مگر نه این است که کانون وکلای محفل تجمع همافران و خانواده آنها بود مگر نه اینکه وکالت بسیاری از زندانیان سیاسی در دادگاه ها - به عهده وکلای بود و هر چه می خواستند می گفتند و از حکومت و روش آن انتقاد می کردند و کسی هم مانع آن ها نمی شد. استقلال کانون وکلای هیچ گاه مورد گفتگو و محل تعرض نبود و جایگاه هیأت مدیره کانون به حدی بود که بعد از انجام انتخابات وزیر دادگستری و رئیس دیوان عالی کشور برای تبریک به هیئت مدیره می آمدند و خاطرات بسیار دیگری که محل ذکر آن ها فعلاً در این مقاله نیست و امیدوارم در شرایطی برای وکلای جوان امروز بارگو شود.

حال چگونه است که به گفته آقای مؤمنی وکلای قبل از انقلاب منفعل بوده و به تعبیری اکنون از حالت انفعال درآمده و صحبت از استقلال می نمایند.

امیدوارم چنین نباشد که باور کنیم امروز جامعه وکالت به جهت تحمیل شرایطی منفعل گردیده تا جایی که آقای مؤمنی اظهار می دارند (قوه قضائیه مایل است همان نظارتی را که در مرکز امور مشاوران دارد بر مجموعه کانون وکلای مرکز امور مشاوران داشته باشد) تحمل و قبول چنین شرایطی قطعاً مصداق انفعال وکلاست.

اصلاح قرار گرفت. این منشور متشکل از اصول اخلاقی و حرفه‌ای است که اصحاب مشاغل حقوقی ملزم به رعایت آن‌ها بوده و بر فعالیت‌های فرامرزی وکلایی که در اتحادیه اروپا فعالیت می‌کنند اعمال می‌گردد. هدف اصلی این منشور، تهیه دستورالعمل برای وکلایی است که در فعالیت‌های فرامرزی خود با وضعیت‌های متعارض اخلاقی مواجه می‌شوند. این وضعیت‌های متناقض ناشی از تفاوت مجموعه اصول و قواعد اخلاقی در دو حوزه قضایی (به عنوان مثال، حوزه قضایی کشور متبوع وکیل یا مشاور حقوقی و حوزه قضایی کشوری که بخشی از فعالیت‌های او در آن جا جریان دارد) است. در صورت بروز چنین تعارضی، وکلانیاز به دستورالعملی دارند تا به واسطه آن در مورد اعمال هر یک از اصول و قواعد مزبور، تصمیم بگیرند.

### بحث سوم: منابع تعهدات اخلاقی در ایران

در مقررات داخلی در کشورمان، قانون یا منشور خاصی در مورد تعهدات اخلاقی وجود ندارد. اما در میان مقررات موجود در خصوص وکالت، می‌توان به برخی مواد اشاره نمود که به موجب آن‌ها وکلای مکلف به رعایت برخی قواعد اخلاقی شده‌اند. از جمله ماده ۲۹ قانون وکالت (مصوب ۱۳۱۵)، بر حفظ اسراری که به واسطه امر وکالت از سوی موکل در اختیار وکیل قرار گرفته است تأکید کرده است. ماده ۳۴ این قانون و مواد ۷۱ الی ۸۰ نظام‌نامه قانون مزبور مقرراتی نیز در خصوص هزینه‌ها دارد. معمولاً در منشورهای اخلاقی، فصلی تحت عنوان "حق الزحمه و هزینه‌ها" وجود دارد که مقررات ماده ۳۴ قانون وکالت قابل مقایسه با قواعد مزبور است. همچنین می‌توان به ماده ۳۸ این قانون اشاره کرد که وکلای را از توسل به وسایل خدعه آمیز جهت تطویل دادرسی منع کرده است. ماده ۱۴ قانون وکالت و ماده ۳۹ آئین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری حاوی قسمی است که باید وکیل پیش از دریافت پروانه وکالت یاد کند. این قسم نیز در بردارنده تعهداتی اخلاقی است. از جمله می‌توان به پی جویی عدالت، احقاق حق، احترام به همکاران، صداقت و احتراز از اموری چون انتقام و کینه جویی اشاره نمود.

از دیگر مقررات قابل اشاره قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری (مصوب ۱۳۷۶) است. در تبصره ۳ ماده ۶ این قانون، کارآموزان وکالت مکلف به حسن اخلاق و رفتار شده‌اند. همچنین بند ۲ ماده ۸۰ آئین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری، اشاره به این دارد که تحصیل وکالت با استفاده از وسایل فریبنده، مستوجب مجازات انتظامی است. بند یک ماده ۸۰ آئین‌نامه لایحه قانونی مذکور نیز برای ارتکاب اعمال و رفتار منافی شئون وکالت مجازات انتظامی پیش بینی کرده است.

اگرچه مقررات مربوط به اخلاق حرفه‌ای در ایران چندان توسعه یافته و تفصیلی نیست، اما وکلای تلاش می‌کنند تا در مقالات و سمینارهای حرفه‌ای، مصادیق رفتارهای خلاف تعهدات اخلاقی را تبیین نمایند. به عنوان مثال، وکلای سعی می‌کنند تا با تعیین مصادیق مواد فوق‌الذکر، همکاران وکیل خود را با تعهدات اخلاقی‌شان آشنا تر نمایند. در این زمینه کارگاه‌های آموزشی و سخنرانی‌هایی ترتیب داده می‌شود و یا در خبرنامه‌ها و گاهنامه‌های منتشره توسط دادرسی کانون وکلای دادگستری از قبیل نقض تعهدات اخلاقی را تبیین نمایند. به عنوان مثال در یکی از شماره‌های گاهنامه دادرسی انتظامی کانون وکلای مرکز، تلاش شده است تا "تحصیل وکالت با استفاده از فریب" مورد تفسیر و تبیین قرار گیرد:

"امیدوار نمودن موکل به احقاق حق با توسل به وسایل فرا قانونی، یکی از مصادیق تحصیل وکالت با استفاده از فریب موکل است. چنان‌چه وکیل ادعا نماید با قاضی محکمه و یا با دادستان محل وقوع جرم ارتباطی دارد و ثابت شود در اثر طرح چنین ادعاهایی تحصیل وکالت نموده است، یا این‌که ادعای دارا بودن مدارک یا توانایی‌های خلاف واقع نماید، مورد از مصادیق تخلف بند ۳ ماده ۸۰ آئین‌نامه می‌باشد. چنین اقداماتی هرچند با توجیه "تبلیغ" انجام می‌گیرد اما به نظر می‌رسد که تحصیل وکالت در نتیجه طرح چنین ادعاهایی (هرچند صحیح و واقعی باشد) برخلاف شئون حرفه وکالت بوده و عملی غیر اخلاقی است."<sup>۴۰</sup>

اقتصادی اروپا باشد، احساس می‌گردد. (جهت کسب اطلاعات کامل‌تر در خصوص تاریخچه تأسیس و اسناد مهم، رجوع شود به سایت اینترنتی این شورا: Code of Conduct for Lawyers in the European Community (CCBE Code). (www.ccbe.org)

۴۰ - ظهیری، عباس، گزارش کارگاه آموزشی مقررات انتظامی، موضوع کارگاه اول، تحصیل وکالت با توسل به وسایل فریبنده، گاه‌نامه شماره یک دادرسی انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز، دی ۱۳۸۴.

تعهدات و ارزش های اصلی اخلاقی در منشورهای اخلاقی مورد اجرا در کشورهای اروپایی (با نظام حقوقی موضوعه) و آمریکا (با نظام حقوقی عرفی)، یکسان هستند. این تعهدات از جمله شامل: استقلال، رازداری، صداقت و اجتناب از تعارض منافع می باشد. با این همه، تفاوت های بنیادی که در نظام های حقوقی عرفی و موضوعه وجود دارد، موجب تفاوت نگرش به حرفه های حقوقی و نقش و کلا در اجتماع شده است و همین ختلاف رویکرد موجب شده است که انتظارات متفاوتی نیز از وکلادر نظام های مختلف حقوقی ایجاد گردد. به همین ترتیب، منشورهای اخلاقی که در نظام های حقوق موضوعه و حقوق عرفی تدوین می گردند نیز دارای تفاوت های چشمگیری می باشند و از همین رو منشورهای مزبور بهترین منبع برای بررسی اختلافات این دو نظام در موضوع 'خلاق حرفه ای حقوقی' می باشند.

از لحاظ شکلی، شیوه تنظیم منشورها در نظام های حقوقی اروپایی و ایالات متحده متفاوت می باشند. منشورهای که در ایالات متحده تدوین می گردند از لحاظ شکلی هم چون مقررات قانون بوده و دارای لحن رسمی نری نسبت به هم تیان اروپایی خود هستند و مقررات آن ها بیش از آنکه شبیه دستورالعمل های رفتاری باشند هم چون مقررات قانون هستند. در نقطه مقابل، منشورهایی که در نظام های موضوعه تدوین گشته اند متضمن اصولی کلی هستند و در آن ها کمتری می تواند اثری از مقررات دقیق و تفصیلی پیدا کرد. از لحاظ ماهوی نیز منشورهای اروپایی بر روابط کاری حسنه میان همکاران تأکید دارند و بعلاوه متضمن مقرراتی در خصوص تعهدات متقابل وکلا و مسؤولیت آنان در تربیت وکلای جوان می باشند. به عنوان مثال قانون اخلاق حرفه ای وکلادر کشور ایتالیا (مصوب ۱۶ اکتبر ۱۹۹۹) متضمن مقرراتی در خصوص رابطه وکیل با کارآموز وکالت است و مقرر شده است که وکیل باید برای کارآموزان تضمین انجام یک کارآموزی واقعی را نموده و با هدف سودمند بودن این تجربه، در جهت تدارک آموزش های متناسب برای کارآموزان مساعدت نماید. بعلاوه در این قانون وکیل مکلف شده است که در یادداشت های مندرج در دفترچه کارآموزی برواقعیت تأکید کرده و از هر گونه اغماض یا انگیزه های محبت آمیز خودداری نموده و احساسات مزبور را کنترل نماید.<sup>۲۸</sup>

در نظام حقوقی آمریکا رویه قضایی مشروخی در خصوص تفسیر منشورهای اخلاقی وکلا وجود دارد.<sup>۲۹</sup> این امر علاوه بر این که ناشی از ویژگی های ذاتی نظام حقوق عرفی است (که فوقاً بدان ها اشاره گردید)، ریشه در این امر دارد که در نظام حقوقی ایالات متحده، اقامه دعوی مربوط به نقض شؤن حرفه ای بسیار رایج است. ماهیت چنین دعاوی به گونه ای است که دادگاه ها ناگزیر از تفسیر قواعد مندرج در منشورهای اخلاقی هستند، و همین امر موجب می شود که حجم بزرگی از شرح و تفسیر قضایی قواعد مزبور ایجاد گردد. در حالی که چنین موقعیت هایی در نظام های حقوق موضوعه بسیار به ندرت اتفاق می افتد. علت همان است که قبلاً ذکر شد، ویژگی های متفاوت دو نظام حقوقی به منشورهای ضوابط اخلاقی به گونه ای است که در ایالات متحده منشورهای مذکور به مثابه قانون و در اروپا به عنوان استانداردها و دستورالعمل های رفتاری شناخته می شوند. در نظام های حقوق موضوعه، دعوی علیه وکلا و مشاوران حقوقی؛ هم چون دریافت حق الوکاله غیر قانونی، به دادگاه ارجاع نمی گردد بلکه توسط کانون وکلای محل مورد حل و فصل قرار می گیرد.

رویکرد این دو نظام حقوقی در خصوص تعارض منافع نیز متفاوت است. منشورهای اخلاقی در ایالات متحده، این امکان را به موکل می دهد که از تعارض منافع موجود صرف نظر نماید مشروط بر این که به طور کامل از تعارض مربوط مطلع گشته (وکیل او را مطلع نماید) و داوطلبانه حاضر به صرف نظر از آن گردد. در نظام های حقوق موضوعه، منشورهای اخلاقی فاقد مقرراتی در خصوص امکان انصراف موکل از تعارض منافع هستند.

مفهوم 'استقلال' که یکی از تعهدات عمده اخلاقی وکلادر همه نظام های حقوقی و در کلیه زمینه ها و مشاغل حقوقی است یکی دیگر از موارد اختلافات ماهوی میان منشورهای اخلاقی موجود در این دو نظام حقوقی است و دارای معانی مختلفی در آن ها می باشد. در نظام حقوقی ایالات متحده، استقلال به معنی این است که یک وکیل بتواند امور حرفه ای خود را در مقابل دخالت های فوه مقننه و سایر سازمان ها و نهاد های دولتی کنترل و اداره نماید. به عبارت دیگر این استقلال به این معناست که هیچ مقام و قدرتی نتواند روابط وکیل و موکل را کنترل نماید. در حالی که در کشورهای

۲۸ - بوسفی محله، ابراهیم، اخلاق حرفه ای در روابط بین وکلای کشور ایتالیا، گاهنامه داخلی دادسرای انتظامی کانون وکلای مرکز، بهمن ۸۶، ص ۱۵.



اروپایی، استقلال وکیل به مفهوم عدم وابستگی و استقلال او از موکل است.

### گفتار سوم: نگاهی به برخی قواعد اخلاق حرفه ای حقوقی

حقوق، مصاحبه ای است میان ایده های اخلاقی و امکانات عملی. تلاش وکلای برای سازش میان بلندپروازی های اخلاقی از یک سو و قیود و محدودیت های عملی، نه تنها برای حرفه آنان، بلکه برای کل جامعه واجد اهمیت است.<sup>۴۳</sup> اصول اخلاقی حقوقی، قواعدی را تعریف می کند که حقوقدان به واسطه آن ها، به ارائه خدمات حقوقی می پردازد و مخرج مشترک کلیه فعالیت های حرفه ای است که اصحاب حرف حقوقی نسبت به انجام آن ها اقدام می کنند. هر موقعیتی که یک حقوقدان در حرفه خود با آن روبرو می شود دارای صیغه ای اخلاقی است و باید به شکلی اخلاقی نیز اداره گردد. قواعد مربوط به اخلاق حرفه ای حقوقی صرفاً درصدد تعیین رفتارهای صحیح برای اصحاب مشاغل حقوقی نیستند، بلکه وجود آن ها تضمین کننده اخلاقی بودن محیط حرفه های حقوقی بوده و از جمله این اطمینان را ایجاد می کنند که نظام حقوقی موجود، از اصول بنیادین عدالت و انصاف حمایت می کند. به تعبیری یکی از نویسندگان، قواعد اخلاقی، قاعده های بازی حقوق هستند و بدون قاعده بازی، امکان بازی کردن وجود ندارد.<sup>۴۴</sup> با این همه، تصویری که عموم مردم از مشاغل حقوقی دارند این است که انجام چنین مشاغلی جز با زیر پا گذاردن مداوم اصول اخلاقی، امکان پذیر نیست. به عنوان مثال، نگارنده در یک سایت اینترنتی، جملات طنزی در خصوص وکلای مشاهده نمود که در واقع بازخورد تصور عموم از این قشر از اجتماع است:

چه وقتی به وکیل داره دروغ می گه؟  
معلومه! وقتی داره حرف میزند.

یک وکیل، مشاور حقوقی یا یک دارالوکاله در صورتی می تواند در گذر زمان موفق باشد که متعهد به اصول اخلاقی حرفه ای بوده و اعتماد لازم را در میان مشتریان ایجاد نماید. به عنوان مثال یک شرکت بیمانکار<sup>۴۵</sup> برای شرکت در یک مناقصه بزرگ و حساس، می خواهد از خدمات مشاوره حقوقی یک مؤسسه حقوقی استفاده نماید. چنین امری ملازمه با این دارد که بسیاری از اسرار تجاری و حرفه ای شرکت مزبور در اختیار مؤسسه حقوقی قرار گیرد. این امر مستلزم آن است که شرکت مزبور بتواند به اعضای مؤسسه حقوقی اعتماد نموده و مطمئن باشد که اسرار تجاری او در اختیار شرکت های دیگر و رقبای تجاری او قرار نگرفته یا در جهت کسب منافع برای اشخاص ثالث مورد سوء استفاده قرار نخواهد گرفت. محرمانه نگاه داشتن اسرار مشتریان<sup>۴۶</sup> یکی از مهم ترین تعهدات اخلاقی در "اخلاق حرفه ای حقوقی" است. در مثال فوق، مرز ظریف قاعده حقوقی و قاعده اخلاقی به خوبی قابل شناسایی است. ممکن است مطابق قوانین موضوعه، وکیل یا مؤسسه حقوقی مزبور مکلف به محرمانه نگاه داشتن اسرار تجاری موکل یا مشتری شده باشند. آیا صرف ذکر این تکلیف در مجموعه قوانین موضوعه، می تواند موجب آسودگی خاطر مشتری یا موکل گردد و محرمانه ماندن اسناد او را تضمین نماید؟ پاسخ مطمئناً منفی است. هیچ چیزی، حتی مقررات کیفری، غیر از نقید وکیل یا مؤسسه مزبور به قواعد اخلاقی نمی تواند مانع فروش اسرار تجاری مذکور گردد؛ خاصه این که فروش اسناد محرمانه، به نحوی محرمانه انجام می گیرد و ممکن است مشتری یا موکل، هیچ گاه از فروخته شدن اسرار تجاری خود مطلع نگردد. در مورد وکیل، رعایت اصول اخلاقی حقوقی بدین معناست که او به عنوان عضوی از جامعه وکلای مکلف است در تمام زمینه های زندگی، آرمان های حرفه خود را از هر گونه آلودگی و پلیدی به دور دارد. از سوی دیگر او مکلف است که در دنیای خارج، تعهدات خاصی را نسبت به مشتریان خود، محاکم، سایر همکاران و جامعه ای که در آن زندگی می کند به جا آورد و به اصول اخلاقی خاصی پایبند باشد. این اصول تفاوت ماهوی با قواعد اخلاقی که بر سایر احاد اجتماع اعمال می شود ندارند، اما هم چون قوانین نانوشته ای هستند که تعهدات خاصی را نسبت به مشتری بر عهده وکلای می کند که ریشه در شرافت حرفه ای او داشته و در راستای حفظ منافع مشتری و مراقبت از سلامت اخلاقی محیط حرفه مربوط است.<sup>۴۷</sup>

43 - Rhode, Deborah L., "Ethics in Practice: Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation", Oxford University Press US, 2003, p. 3.

44 - Ibid, p. 9

45 - Contractor

46 - Confidentiality

47 - Ibid, pp. 4-5

ذیل به چند مورد از تعهدات اخلاقی وکلا اشاره می‌گردد.

#### الف- رازداری (حفظ اسرار)

رازداری و محرمانه نگاه داشتن اسرار موکل و اطلاعاتی که در خلال روابط وکیل و موکل مبادله می‌گردد یکی از مهم‌ترین تعهدات اخلاقی وکلا است. تعهد وکلا به حفظ اسرار موکلین، موجب اطمینان به وکیل می‌گردد و موکل می‌تواند کلیه اطلاعات مربوط را در اختیار او قرار دهد. چنین تعهدی موجب می‌شود که نگرانی موکل از بابت این که اطلاعات مذکور بدون اجازه او، در اختیار اشخاص ثالث قرار خواهد گرفت، مرتفع گردد. تعهد به رازداری موجب می‌شود که موکل بتواند تمامی ابعاد موضوع را صادقانه برای حقوق‌دان بازگو کند و همین امر، زمینه را برای ارائه خدمات بهتر از سوی او برای مشتریان مهیاتر می‌نماید.

در مقررات ایالات متحده، کلیه ایالت‌ها وکلارا مکلف به حفظ اسرار مشتریان خود نموده‌اند و آنان را از افشای اطلاعاتی که مشتری در اختیار ایشان قرار داده یا به هر طریقی درباره مشتری کسب کرده‌اند، منع می‌نماید.<sup>48</sup> منشور ضوابط رفتاری وکلاد در جامعه اروپا<sup>49</sup> تعهد به حفظ اسرار را به عنوان پایه و اساس حرفه وکالت توصیف می‌کند. برخلاف قواعد نمونه رفتار حرفه‌ای<sup>50</sup> اتحادیه کانون‌های وکلای آمریکا که دارای استثنائاتی در خصوص تعهد به حفظ اسرار است، در مقررات منشور اروپایی، این تعهد امری مطلق بوده و با عبارت ذیل بیان شده است:

<sup>48</sup> دارد.

استثنائاتی که در قواعد نمونه رفتار حرفه‌ای<sup>50</sup> وجود دارد شامل مواردی می‌شود که وکیل افشای آن‌ها را ضروری بداند و محدود به مواردی است هم‌چون جلوگیری از مرگ حتمی یا ورود خسارت جانی، اقامه دعوا یا دفاع از دعوایی که طرفین آن وکیل و موکل باشند و همچنین اجرای مقررات قانونی یا دستور دادگاه.

#### ب- تبلیغ و معرفی

با در نظر داشتن اختلاف نظرهای فراوانی که در خصوص جواز تبلیغ برای وکلاد در میان همکاران وکیل وجود دارد نگارنده معتقد است وکیل یا مشاور حقوقی باید بتواند خدمات خود را به جامعه و مشتریان احتمالی معرفی نموده و برای توسعه فعالیت‌های حرفه‌ای خود به تبلیغ بپردازد. اما وکلا باید در امر تبلیغات، مقید به رعایت اصولی باشند. تبلیغات وکلان باید همراه کننده یا حاوی اطلاعات غلطی باشد در غیر این صورت موجب کاهش اعتماد عموم و خدشه به اعتبار خود و حرفه وکالت خواهند شد. کشورهای مختلف مقرراتی در خصوص محدودیت‌های وکلا و مشاوران در امر تبلیغات دارند. به عنوان مثال در ایالات متحده مقررات مربوط به این امر در "قواعد نمونه رفتار حرفه‌ای"<sup>51</sup> آمده است که از سوی اتحادیه کانون‌های وکلای آمریکا وضع شده است. مهم‌ترین قواعد مربوط به تبلیغات در ماده ۷ این سند آورده شده است. بندهای شش گانه ماده ۷ وکلارا مکلف می‌کند که از ارائه اطلاعات اشتباه یا همراه کننده خودداری کنند. تبلیغات وکلان باید به گونه‌ای باشد که انتظارات غیر موجهی از نتیجه رسیدگی دادگاه ایجاد نماید. وکلای عضو یک دارالوکاله باید در تبلیغات خود نام حداقل یکی از وکلای دارالوکاله و آدرس او را ذکر نمایند. تبلیغات یک وکیل نباید متضمن مقایسه او با همکارانش باشد.

در کشورهای اروپایی نیز تبلیغات وکلاد از موضوعات بحث برانگیز است. منشور ضوابط رفتاری وکلاد در جامعه اروپا<sup>52</sup> که توسط شورای کانون‌های وکلا و جوامع حقوقی اروپا<sup>53</sup> در سال ۱۹۸۸ به تصویب رسید نتوانسته است در این زمینه نظامی هماهنگ ایجاد نماید. لذا در این حوزه مقررات داخلی کشورهای اروپایی مورد عمل قرار می‌گیرد. به عنوان مثال در کشور سوئد تبلیغات وکلان باید مبتنی بر واقعیت بوده و نباید موجب خدشه به اعتبار کانون وکلاد گردد. وکیل سوئدی نباید خدمات خود را بهتر یا ارزان‌تر از خدمات همکارانش معرفی نماید.

48 - Article 2.3.2, "lawyer shall respect the confidentiality of all information that becomes known to him in the course of his professional activity."

49 - Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE)

### ج- مراودات وکیل و موکل

منشورهای ضوابط رفتاری و قوانین داخلی برخی کشورها متضمن مقرراتی در خصوص روابط وکیل با موکل است. مطابق مقررات و قواعد مزبور، وکلانکالیفی را در قبال مشتریان خود بر عهده دارند. به عنوان مثال در نظام حقوقی ایالات متحده، "قواعد نمونه رفتار حرفه‌ای" وکلارا مکلف کرده است که نسبت به موکلین خود جدی، سخت‌کوش، سریع‌العمل، رازدار و صادق باشند.<sup>۵۰</sup> مشابه همین تعهدات در "منشور ضوابط رفتاری وکلادر جامعه اروپا" نیز آمده است. جدیت و سخت‌کوش بودن وکلان از مهم‌ترین ویژگی‌هایی است که هر مشتری از وکیل یا مشاور حقوقی انتظار دارد. به این دلیل که او شخصاً نمی‌تواند امور حقوقی خود را در سیستم قضایی پیگیری نماید و نیز به اطلاعات کافی در خصوص مقررات مربوط به موضوع مورد مشاوره دسترسی ندارد. بعلاوه جدیت و سخت‌کوشی وکلان موجب افزایش اعتماد جامعه به حرفه وکالت و اجرای عدالت در جامعه می‌شود.

### د- تعارض منافع و ضرورت افشای آن

تعارض منافع در جایی ایجاد می‌شود که یک وکیل یا دارالوکاله، وکالت شخصی را قبول نمایند که منافع او در تعارض با منافع موکل فعلی باشد یا این که وکیل یا دارالوکاله او یا یکی از اقربای او، منافی در موضوع اختلاف داشته باشد. وکیل و مشاور حقوقی مکلف است که در رابطه با موکل اصل صداقت و وفاداری را رعایت نماید. اگر وکیل در موضوع وکالت دارای منافع شخصی باشد و یا اقدام به پذیرش وکالت شخصی نماید که دارای منافی مغایر با منافع یکی دیگر از موکلین است، باید این امر را به اطلاع موکل برساند و اقدام به افشای تعارض منافع نماید. تعارض منافع موجب می‌شود که وکیل نتواند از منافع موکل به درستی دفاع نموده و تعهدات مربوط به نمایندگی را به صورت مؤثری به جا آورد. عدم افشای تعارض منافع از جانب وکیل موجب از میان رفتن اعتماد موکل به وکیل و مخدوش شدن استقلال وکیل خواهد شد.

در خصوص تعارض منافع دو رویکرد مختلف در منشورهای اخلاقی اتخاذ شده است. تفاوت این دو رویکرد ریشه در تفاوت‌های دو نظام حقوقی عرفی و موضوعه، در رابطه با نقش وکیل و مفهوم استقلال او دارد. رویکرد اول متعلق است به کشورهای اروپایی با نظام حقوق عرفی و کشورهای ایالات متحده. در یک نگاه کلی، در این کشورها اختیارات مداخله در امور مربوط به نمایندگی برای موکل شناسایی شده است. در همین راستا موکل یا مشتری باید از تعارض مزبور مطلع گردد و در صورت صلاحدید، می‌تواند از تعارض مزبور چشم‌پوشی نماید و به وکیل یا دارالوکاله اجازه دهد که با وجود تعارض مزبور به امر نمایندگی ادامه دهند. این رویکرد نشانگر ویژگی مشتری محوری یا در اصطلاح بهتر، موکل محوری<sup>۵۱</sup> نظام حقوقی کشورهای مذکور است. در نظام حقوقی ایالات متحده، اصل اساسی حاکم بر موضوع تعارض منافع این است که تعهد وکیل به صداقت و اخلاص نسبت به موکل، او را از قبول نمایندگی شخص دیگری که دارای منافع متعارض با موکل است منع می‌نماید، مگر این که موکل شخصاً رضایت بدین امر داشته باشد.<sup>۵۲</sup>

رویکرد دیگر مربوط است به آن دسته از کشورهای اروپایی که دارای نظام حقوقی موضوعه می‌باشند. در این کشورها در صورت بروز تعارض منافع، وکلان انجام نمایندگی منع شده‌اند. در چنین شرایطی آنان باید بدون این که موکل یا مشتری را در جریان بروز تعارض قرار دهند، اقدام به استعفاء نمایند. منشور ضوابط رفتاری وکلادر جامعه اروپا<sup>۵۳</sup> نیز به وکلان تذکر می‌دهد که از بروز تعارض منافع میان منافع شخصی خود با منافع موکل اجتناب ورزند و از پذیرش نمایندگی موکلینی که دارای منافع متعارض با یکدیگر هستند بپرهیزند.<sup>۵۴</sup> این منشور فاقد مقرراتی در خصوص رضایت موکل یا چشم‌پوشی او از تعارض موجود است. اساساً رویکرد "منشور ضوابط رفتاری وکلادر جامعه اروپا" تصویر متفاوتی از وکیل و حرفه او به دست می‌دهد. در "قواعد نمونه رفتار حرفه‌ای" که توسط اتحادیه کانون وکلای آمریکا به تصویب رسیده است و در آن وکیل به مثابه نماینده موکل می‌باشد و بنابراین حقوق و تعهدات او در موضوع وکالت، تابع حقوق و تعهدات موکل است.<sup>۵۵</sup> در منشور اروپایی، وکیل دارای نقشی کاملاً مستقل از موکل است.

50 - ABA Model Rules of Professional Conduct, Rules 1.1-1.4, 1.6, and 1.7-1.13

51 - Goldstein Bolocan, Mays, Op Cit, p 37

52 - ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.7

53 - CCBE Code of Conduct

54 - Articles 2.1.1. and 3.2.1.

55 - Terry, Laurel S., "An Introduction to the European Community's Legal Ethics Code Part II: Applying the CCBE Code of

### ه- حق الزحمه و هزینه ها

موضوع حق الزحمه و کلابکی از مهم ترین موضوعات در رابطه وکیل و موکل است. معمولاً رابطه مالی میان وکیل و موکل براساس یک قرارداد مالی تنظیم می‌گردد که در آن میزان حق الوکاله و منای پرداخت آن ذکر می‌گردد. این قرارداد یا به صورت مبلغ ثابتی برای کار معین است، فارغ از این که چه نتیجه‌ای از فعالیت‌های وکیل عاید موکل گردد. در حالی که برخی از قراردادهای مالی منضمین این شرط است که در صورت عدم دست‌یابی به نتیجه مورد نظر، حق الوکاله‌ای به وکیل پرداخت نخواهد شد، اما اگر رأی بد نفع موکل صادر گردد، مبلغ حق الوکاله، درصد یا مقداری از مبلغی خواهد بود که موکل به واسطه رأی صادره، به دست آورده است. این شکل از حق الوکاله‌ها تحت عنوان 'حق الوکاله مشروط'<sup>۵۶</sup> شناخته می‌شوند. در این گونه قراردادها وکیل اخلاقاً مکلف است تا تمایز میان هزینه‌های لازم برای انجام وکالت و حق الوکاله را برای موکل توضیح دهد. برخی قراردادهای مالی نیز به صورت مبلغ معین برای هر ساعت از فعالیت وکیل است.

در نظام‌های حقوقی عرفی و موضوعه، بحث پرداخت حق الوکاله و نحوه پرداخت آن با تفاوتی همراه است که ریشه در اختلافات ذاتی دو نظام حقوقی مذکور دارد. در کشورهای اروپایی با نظام حقوقی موضوعه، عموماً مقررات آمره و تکمیلی در خصوص زمان بندی پرداخت حق الوکاله از سوی دولت و کانون‌های وکلای وضع شده است، در حالی که در ایالات متحده تعیین زمان بندی نحوه پرداخت، به "توافق طرفین قرارداد واکتار شده است. از دیگر موارد اختلاف، مربوط است به قراردادهایی که پرداخت حق الوکاله منوط به کسب نتیجه مطلوب از رسیدگی شده است (حق الوکاله مشروط). این شکل از قرارداد مالی، در ایالات متحده بسیار رواج دارد. در حالی که در بسیاری از کشورهای اروپایی چنین قراردادی باطل تلقی می‌گردد.<sup>۵۷</sup> چنین قراردادی باید به صورت مکتوب بوده و به امضای موکل رسیده، و شرایط پرداخت حق الوکاله اجزای مالی، درصد یا درصدهایی که به وکیل تعلق خواهد گرفت، صراحتاً در آن شرح داده شده باشد. البته این نوع از قراردادهای مالی محدودیت‌هایی نیز دارد و وکیل نمی‌تواند در پرونده‌های کیفری، قرارداد حق الوکاله مشروط منعقد نماید. بعلاوه در اختلافات خانوادگی، وکیل نمی‌تواند دریافت حق الوکاله را منوط به گرفتن حکم طلاق یا درصدی از مبلغ نفقه نماید.<sup>۵۸</sup>

در مقررات "قواعد نمونه رفتار حرفه‌ای" به صراحت ذکر شده است که وکیل حق ندارد مبلغ غیرمتعارفی را به عنوان حق الوکاله یا هزینه‌های مربوطه دریافت دارد. وکیل باید موضوع و حوزه نمایندگی، مبلغ حق الوکاله و نحوه و نرخ محاسبه آن را به اطلاع موکل برساند و این امر باید پیش از آغاز نمایندگی و یا در خلال مدت متعارفی پس از آن باشد. مطلع نمودن موکل باید ترجیحاً به صورت مکتوب انجام گیرد.

در منشور ضوابط رفتاری اروپا، در خصوص حق الوکاله تصریح شده است که وکیل باید تمامی مبلغ حق الوکاله را به اطلاع موکل برساند. حق الوکاله دریافتی باید منصفانه و متعارف باشد و مطابق مقررات قانونی باشد که حاکم بر فعالیت وکیل مزبور است.<sup>۵۹</sup> نکته قابل توجه این است که موکل باید از تمام مبلغ حق الوکاله مطلع باشد، بنابراین امکان انعقاد قراردادهایی که مبلغ حق الوکاله منوط به تعیین میزان خسارت یا مبلغ دریافتی به موجب حکم دادگاه است، منتفی است و مبلغ حق الوکاله باید صراحتاً فیما بین طرفین معین باشد.

### و- تعهدات اخلاقی در قبال جامعه

یکی از مهم ترین تعهدات اخلاقی وکلا و مشاوران حقوقی این است که از قانون به مثابه ابزار استفاده نمایند. به عبارت دیگر، وکیل باید رویکردی درست‌کارانه نسبت به قانون داشته باشد و قواعد حقوقی و مقررات قانونی نباید وسیله‌ای برای نقض قانون، تضارب به دیگران یا قلب حق به ناحق باشد. مقررات قانونی فقط باید در راه احقاق حق مورد استفاده قرار گیرد. شهروندان عادی اجتماع، همگی ملزم به استفاده مشروع و قانونی از قانون و قواعد حقوقی هستند. در واقع آنان، به عنوان شهروندان یک اجتماع، حق ندارند از قانون سوء استفاده نموده و از آن به مثابه ابزار

Conduct", Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol. 7, 1993, p. 374-78.

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=596204>

56 - Contingent Fee

57 - Goldstein Bolozar, Maya, Op Cit, p 50 - 52

58 - ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.5.C. and D.

59 - CCBE Code of Conduct, Rule 3.4

رسیدن به اهداف غیرقانونی استفاده نمایند. در مقابل وکلا و مشاوران حقوقی که به مثابه نمایندگان همان شهروندان در محاکم حاضر می‌شوند، در مقام نمایندگی، مجاز به استفاده از واجبات و محرمات قانونی جز به طریق مشروع و برای احقاق حق نیستند.<sup>۶</sup> در واقع حدود نمایندگی آنان و صلاحیت ایشان در همین حد است آن‌ها اخلاقاً مجاز نیستند که از مقررات قانون در راه نقض قانون و قلب حقوق و تعهدات موکل استفاده کنند.

### نتیجه‌گیری

حرفه وکالت زیر ذره بین دقیق اجتماع است و اقدامات و رفتارهای تک تک وکلایر دیدگاه جامعه در خصوص این حرفه مهم مؤثر است فلذا وکلایبایست در رفتار و گفتار خود آن‌چنان باشند که نام نیک حرفه خود را پاس دارند و نیز از راه راست شرافت خارج نگردند؛ شرافتی که ضامن سوگند خود نموده‌اند و در کنار علم و تقوا، از مهم‌ترین ابزارهای یک وکیل در نیل به عدالت است.

به نظر نگارنده علت عمده رفتارهای بعضاً غیر اخلاقی همکاران وکیل نه سوء نیت آن‌ها بلکه ناآگاهی نسبت به ماهیت غیر اخلاقی افعال صادره از ایشان است و به نظری رسد برای خشکانیدن ریشه این ناآگاهی هیچ جایی بهتر از دانشکده حقوق نیست. پیشنهادی که در این تحقیق ارائه شد مبتنی بر این اصل سقراطی است که انسان اگر آگاهی و دانش داشته باشد هیچ‌گاه به راه خطا نمی‌رود و نگارنده نیز بر این باور است که اگر علم کافی در خصوص رفتارهای حرفه‌ای غیر اخلاقی در اختیار دانشجو قرار گیرد و او بیاموزد که در موقعیت‌هایی که با سؤال‌های اخلاقی مواجه می‌شود، به کدام راه برود، بسیاری از مشکلات جامعه وکالت حل خواهد شد. «اخلاق حرفه‌ای» درسی است که در بسیاری از دانشگاه‌های معتبر جهان تدریس می‌شود اما جای آن در میان دروس دانشگاهی ما خالی است.

### منابع انگلیسی

1. ABA Model Rules of Professional Conduct
2. Campbell Black, Henry, Nolan, Joseph R., Nolan-Haley, Jacqueline M., "Black's Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern", West Publishing Company, 5th Ed 1978.
3. Code of Conduct for Lawyers in the European Community (CCBE Code)
4. Goldstein Bolocan, Maya, "Professional legal Ethics: A Comparative Perspective", Central European and Eurasian Law Initiative (CEEELI), 2002
5. IBA Minimum Standards of Judicial Independence
6. IBA Standards for the Independence of the Legal Profession
7. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration
8. Lonbay Julian The Education, Licensing, and Training of Lawyers in the European Union, Part II: The Emerging Common Qualifications Regime and its Implications for Admissions in Europe
9. Lynton, Jonathan S., Mick Lyndall, Terri, Church, Jay, "Legal Ethics and Professional Responsibility", Cengage Learning, 1994.
10. Lyons, David, "Moral Aspects of Legal Theory", Cambridge University Press, 1993, pp 64-70.
11. Lyons, David, "Moral Judgment and the Legal Theory", Working Paper Series, Public Law & Legal Theory Working Paper No. 00-11.
12. Radfern, Alan, and Martin Hunter, "Law and Practice of International Arbitration", Student Edition, London, Sweet & Maxwell, 2003.
13. Rhode, Deborah L., "Ethics in Practice: Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation", Oxford University Press US, 2003
14. Rotunda Ronald D., "Judicial Ethics, the Appearance of Impropriety, and the Proposed New ABA Judicial Code", Hofstra Law Review, Vol. 34, No. 4, Summer 2006
15. Sundra, Rajoo, "Privacy and Confidentiality in Arbitration, Mediation and Alternative Dispute Resolution" [December 2002] INFOLINE, The Official Newsletter of the Malaysian Bar at p. 5, 2003
16. Terry, Laurel S., "An Introduction to the European Community's Legal Ethics Code Part II: Applying the CCBE Code of Conduct", Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol. 7, 1993.  
Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=596204>  
Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=255297> or DOI: 10.2139/ssrn.255297
17. Wendel, W. Bradley, "Legal Ethics and the Separation of Law and Morals", Cornell Legal Studies Research Paper No. 05-311, 2005.  
Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=687804> or DOI: 10.2139/ssrn.687804
18. Wynans Jessup, Henry, "The Professional Ideals of the Lawyer: A Study of Legal Ethics", Wm. S. Hein Publishing, 1983.

### منابع فارسی

۱. قربان‌نیا، ناصر، «حقوق، ترجمان اخلاق»، نقد و نظر، شماره ۱۳ و ۱۴، ۱۳۷۶ و ۱۳۷۷.
۲. گنسلو، هری، جی، درآمدی جدید به فلسفه اخلاق، ترجمه بحرینی، حمید، آسمان خيال، تهران، ۱۳۸۵
۳. ظهیری، عباس، گزارش کارگاه آموزشی مقررات انتظامی، موضوع کارگاه اول: تحصیل وکالت یا توسل به وسایل فریبده، گاهنامه شماره یک دادسرای انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز، دی ۱۳۸۴.
۴. یوسفی محله، ابراهیم، اخلاق حرفه‌ای در روابط بین وکلای کشور ایتالیا، گاهنامه داخلی دادسرای انتظامی کانون وکلای مرکز، بهمن ۸۶.

## از یاران

جناب آقای دکتر بهروز تقی خانی

با درود

و خایه ه خود می دانم که با لیاقت از گروه وکلای جوار، پارسیان، برگزاری با شکوه نخستین کنگره ملی وکلارا در اصفهان به تاریخ پانزدهم اردیبهشت ۱۳۹۰ به حضرت عالی و سایر دست اندرکاران در کانون وکلای دادگستری استان های اصفهان چهار محال و بختیاری، شاد باش دوباره بگویم. بی شک این افتخار، نصیب کانون وکلای موصوف شده و این در حالی است که کانون های وکلای دادگستری با پیشینه بیشتر هستند اما اصفهان توان ثبت این افتخار را به نام خود، داشته است. جناب عالی نیز قطعاً تصدیق می فرمایید که برگزاری کنگره یاد شده، عاری از اشکال نبوده است اما مسلماً به عنوان نخستین کنگره، از عهده برآمده و توانسته است که برخی از مشکلات مربوط به حرفه وکالت را مطرح کند و بشکافد.

امید است که برگزاری چنین کنگره ای در آینده، جهت اعتلای حرفه مقدس و مظلوم وکالت، استمرار داشته باشد و با مساعی بزرگانی همچون حضرت عالی، هر سال بهتر از گذشته، برگزار شود.

با سپاس

دبیر گروه وکلای پارسیان

آرش صادقیان

جناب آقای دکتر بهروز تقی خانی

دبیر محترم نخستین کنگره ملی وکلا

اعضای محترم دبیر خانه کنگره

درود بر شما

افتخار برگزاری با شکوه نخستین کنگره ملی وکلایا میزبانی تحسین برانگیز شما در شهر زیبا و تاریخی اصفهان شایسته تقدیر و ویژه ای است که بدون تردید، ارسال این نامه و نامه هایی از این دست، صرفاً می تواند لیبیک به ندایی باشد که از زاینده رود و نقش جهان شنیده شده و قرار است سرآغازی باشد برای تحول خواهی در بدنه جامعه وکالت تا آسیب شناسی وکالت در دادگستری این کشور و کانون های وکلارا به دور از حواشی و تعارفات مرسوم و تحکیمات معمول، با نقد و گفتگو دنبال کند. گروه حقوقی وکیل الرعایا، این افتخار بزرگ را به حضرت عالی و سایر همکاران ارجمند دبیر خانه کنگره، شادباش گفته و امید و آراست بتواند با کسب تجربه و یادگیری آموزه های مطروحه در متن مباحث و عنداللزوم نقد عملکرد کنگره، نقش موثرتری در برنامه های آینده کنگره داشته باشد.

با احترام

مدیر گروه حقوقی وکیل الرعایا

سعید دهقان

بزرگوار ارجمند

جناب آقای دکتر بهروز تقی خانی

با سلام و تجدید ارادت: اقدام ارزنده فرهنگی علمی آن جناب در برگزاری کنگره ی علمی وکلای دادگستری و توفیق حضور این جانب در این گرد هم آیی ارزنده که با لطف حضرت عالی همراه بود،

موجب نهایت امتنان و سپاس گردید. اقدام ارزنده تشکیل، این کنگره که پس از تشکیل کمیود و نبودن اش در سنوات گذشته بیشتر مشهود گردید، موجب دلگرمی علاقمندان حقوق و وکلا گردید. تردیدی نیست که چنین اقدام ارزنده ای هم در اعتلاء حرفه و شغل وکالت و هم در تغییر برداشت و نگاه همگان به این حرفه بسیار موثر خواهد بود. این جانب به سهم خود با ابراز تشکر از مهمان نوازی شما مراتب امتنان و قدردانی خود را به حضور حضرت عالی و همه همکاران، خصوصاً هیأت مدیره محترم کانون وکلای اصفهان تقدیم داشته، توفیق بیش از پیش شما را در اقدامات مؤثر آتی از خداوند مسألت دارم.

ارادتمند فریده غیرت

### گراتقدیر معزز، استاد فرزانه جناب آقای دکتر تقی خانی

با سلام و احترام، بر خود و سایر همکاران در استان چهارمحال و بختیاری لازم می دانیم از زحمات، تلاش ها و تمهیدات هوشمندانه و بخردانه جنابعالی و هیأت مدیره محترم در برگزاری با شکوه و کم نظیر کنگره ملی وکلای اصفهان که موجب فخر و مباهات وکلای آن کانون گردید کمال تشکر و سپاسگزاری را به عمل آوریم، و با تمسک به وجود حق باری تعالی آرزو کنیم در مراحل بعدی وظایف محوله، همچنان سرافراز و موفق باشید.

پروین اسماعیل زاده

نماینده کانون اصفهان در استان

چهارمحال و بختیاری

### خطی ز خوشحالی

سرانجام، تلاش ها و تدارکات طاقت فرسای چند ماهه به گل نشست و در سایه ی دلسوزی و همیاری کانون محترم وکلای اصفهان و مدیریت علمی بانسئ نشریه ی مدرسه حقوق -جناب دکتر تقی خانی - اولین اجلاسیه ی کنگره ی ملی وکلا و حقوقدانان، در نهایت بلند نظری، احترام و فارغ از هر تبعیضی برگزار شد. با توجه به همه ی محدودیت ها و مشکلات ریز و درشت که حاشیه نشینان و رویاپرداران از آن ها بی خیر اند، ناصافاً تجربه ی خوبی بود. از این بابت خوشحال ام؛ دست اهالی دست اندرکار هم درد نکنند! ولی این دیکته بدون غلط نبود و به رغم استقبال غیرمنتظره و یا همه ی شکوه، یک چیز اساسی کم داشت: نشست تبادل نظر با هر اسم و عنوانی.

اصراراً بر سخن راندن - حتی اگر قطار کردن مواد قانونی باشد - از یک سو و رودرپایستی و دغدغه ی بروز شائبه و کدورت از سوی دیگر، وقت زیادی را از کنگره گرفت و نگذاشت کسی به فکر این ضرورت باشد. در حالی که درست آن بود که فرصتی در پایان اجلاسیه پیش بینی می شد تا اهل نظر بنشینند و در خصوص مشکلات حرفه ی وکالت تبادل نظر و رایزنی بکنند.

کسی چه می داند؟ شاید از لابلای صحبت های جمعی و گفت و گو های اهل نظر، راهکارهای مشخص و عملی برای بحرانی که حرفه ی وکالت را از هر سو محاصره کرده، پیدا می شد. بالاتر از آن، چه بسا محور بحث و دستور کار جامعی برای اجلاسیه ی سال آینده مورد توافق قرار می گرفت. مگر نه به قول مولوی: «عقل هارا عقل ها یاری دهد»؟

به هر حال گذشت. ولی چون کنگره ادامه و بازتاب و تکمیل کننده ی نشریه ی مدرسه حقوق است که مهر و نشان اصفهان را دارد؛ بهتر بنکه لازم است پرونده اش کماکان در این نشریه بازماند تا دوستان جدا از تعریف ها و تمجیدهای مرسوم و متداول، کاستی های آن را هم برشمارند و به بهتر برگزار شدن اش در سال های آینده کمک کنند.

راستی! به نظر شما اولین اجلاسیه ی کنگره چه کم داشت؟

محسن طاهری

# طنز

محمد رضا محمدی جرقویه ای

در ادله سلسله برنامه های تحقیقاتی میدانی در خدمت شما هستیم با یک برنامه دیگر و یک پرسش دیگر، همکار خبرنگار ما امروز در جمع مردم حضور یافته و از ایشان پرسیده است: به نظر شما چرا مردم وکیل انتخاب می کنند؟.. در ذیل پاسخ ایشان را می بینیم:

۱- یک شهروند عادی: چون مجبورند ازدواج کنند وکیل بگیرند که خودشان بلد نیستند خطبه عقد را بخوانند.

۲- شهروند معمولی دیگر: معمولاً وکلای پولدار هستند، چه اشکالی دارد آدم با یک وکیل زن ثروتمند ازدواج کند؟

- نه قربان، منظور ما ازدواج با وکیل نیست، منظور این است که چرا برای حضور در دادگاه و یا دادسرا مردم وکیل انتخاب می کنند؟

- آهان از آن نظر فرمودید؟

- بله

- نمی دانم

۳- یک مسؤل که نخواست نامش فاش شود:

- موضوع سیاسی است بنده از پاسخگویی معذورم.

۴- همسایه شهروند زریف اول:

چون اگر وکیل بگیریم، می گویند چرا وکیل نگرفته اید؟ یکبار دادخواست بردم دادگاه گفتند چرا وکیل نگرفته اید، دادخواست را برگرداندند. این مربوط به چند ماه



قبل بود.

- ۵- یک عنصر معلوم الحال از دید کانون وکلا:  
 - چون نمی خواهند حقیقت را بگویند.  
 ۶- یک شهروند دیگر که احتمالاً خودش وکیل بود:  
 - برای کمک به دادگاه و کشف حقیقت  
 ۷- یک شهروند که ظاهراً ادیب هم بود:  
 وکیل باتفاق قانون و کارکنان دادگستری به منزله بالهای فرشته عدالت هستند که با همکاری یکدیگر میتوانند (... یادش رفت بقیه اش را بگوید...)  
 - کاری کنند که فرشته عدالت پرواز نموده و هیچ وقت در هیچ جا مستقر نشود (... این به ذهن خبرنگار رسید)  
 ۸- یک شهروند که در برنامه قبلی هم با وی مصاحبه شده بود:  
 - می دانم ولی نمی گویم  
 - چرا؟  
 - چون سری قبل با من مصاحبه کردید ولی چاپ نکردید.  
 - ما قول می دهیم این بار مطالب شما را چاپ کنیم. لطفاً بفرمائید.  
 - بنظر من علت انتخاب وکیل توسط مردم این است که ... و... و... یا...  
 ... است... اما... اگر... که... ما... (تنها حرفی که از فرمایشات ایشان قابل چاپ بود، چاپ شد)  
 ۹- یک شهروند که پسر عمه شهروند شماره ۶ بود:  
 بعضی وقت ها وکیل مردم را می گیرند. (خبرنگار هم متوجه منظور ایشان نشد)  
 ۱۰- یک شهروند دانشجوی حقوق هم بود.  
 - چون وکیل یکی از وسایل اثبات دعوا است.  
 ۱۱- یک نفر که ظاهراً مشکل داشت و حرف های بودار می زد:  
 - چون در بعضی جرایم و در کشورهای خارجی خود وکیل هم به حبس محکوم می گردد و باعث می شود مجرم اصلی تنها نباشد.  
 ۱۲- یک شهروند دیگر که بسیار هم مشتاق به پاسخگویی بود:  
 - من خودم شخصاً پاسخ سؤال شما را می دانم ولی برادر دارم که ایشان دانشجو هستند، فکر می کنم، ایشان هم نمی دانند.  
 ۱۳- یک شهروند که همراه شهروند شماره ۷ بود:  
 - دقیقاً نمی دانم ولی یک شعر بلدم می گویم: فکر نکنم جواب شما باشد  
 - بفرمائید:  
 - گر وکیلانه بگیری تو ز ظالم دارم  
 به دو عالم ندهم لذت مظلومی را