



مجله کانون وکلای دادگستری استان قزوین

اندیشه وکیل  
شماره ۸

فصل نامه علمی-تخصصی / سال سوم / زمستان ۱۴۰۳





کانون وکلای دادگستری استان قم

# اندیشه وکیل

فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۸ / زمستان ۱۴۰۳

صاحب امتیاز/	کانون وکلای دادگستری استان قم
شماره پروانه انتشار/	۹۲۳۹۸ مورخ ۱۴۰۱/۱۰/۱۹
مدیر مسئول /	ابراهیم جلالیان
سر دبیر/	دکتر سید مهدی رضوی فرد
هیات تحریریه/	دکتر ابراهیم دلشاد معارف، رضا نوعی، دکتر سید مهدی رضوی فرد، ابراهیم جلالیان، تقی برهانی، دکتر سیده فاطمه هاشمی
طراح و صفحه آرا/	سید محمد جواد فقاہتی (@radasabz)
نشانی/	قم، خیابان شهید لویسانی، نبش کوی ۲۱
تلفن/	۰۲۵۳۷۷۵۷۷۸۰
دورنگار/	۰۲۵۳۷۷۵۸۸۹۱
پایگاه الکترونیکی/	www.qombar.ir
رایانامه/	dadestaa@gmail.com
قیمت/	۱۵۰ هزار تومان

اندیشه وکیل؛ نشریه کانون وکلای دادگستری استان قم.

از مقالات و آثار علمی وکلا، حقوقدانان و اعضای جامعه حقوقی کشور استقبال می‌کند.

مجله، ضمن انجام داوری، در ویرایش، قبول یا رد مقالات و آثار، مختار است و مقالات نظر نویسندگان آنان است

و لزوماً نظر کانون نمی‌باشد.

۵	شیوه نامه نشریه
۷	سخن آغازین
۹	بی اعتباری رسیدگی و رای دادگاه در صورت بازنگشتن نتیجه ابلاغ دکتر حسن محسنی
۲۳	قانون قانونی و قانون غیر قانونی علی رضا فیض مشکینی
۳۷	نقدی بر ورود دادگاه به قرارداد حق الوکاله میان وکیل و موکل دکتر محمد صادق جاووشی / سید حمزه خاره
۴۵	قانون جدید الزام و تحول در داوری قراردادهای پیش فروش: از الزام به اختیار محمد طباطبایی نیک
۶۵	بیابید همه وکلای را بگشیم دکتر سید مهدی رضوی فرد
۶۹	حقوق وکالت از دیدگاه حقوق بشر محسن زاهدنیا
۹۷	لایحه منتخب دکتر علی خالقی
۱۰۳	بررسی جرایم سایبری در حوزه ارزهای دیجیتال و طرح های کلاهبرداری مدرن علی رضا قاسمی
۱۱۳	”موقعیت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها در رویه قضایی“ (بررسی چند مصداق) تقی برهانی
۱۲۵	بررسی اصل منع اعاده ی پناهندگان و مسئله ی امنیت ملی کشورها ملیحه محمدی
۱۴۱	وکالت تسخیری سید جعفر برقی
۱۴۹	آقای وکیل (به یاد زنده یاد بهمن کشاورز) محمد جواد رهسپار
۱۵۳	تحلیل حقوقی ماده ۱۰۴ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ مریم رجبی / سحر محمد شریفی
۱۷۳	جایگاه حقوق بشر اسلامی در ارتقای حقوق شهروندی و اصل دفاع در نظام بین الملل دکتر مرتضی اشرفی / علی رضا افشاری وقار
۱۹۹	پیام تبریک ریاست کانون
۲۰۲	معرفی کتاب
۲۰۵	رکن انتظامی کانون وکلای دادگستری استان قم از منظر آمار
۲۰۷	اسامی وکلای محکوم به توبیخ با درج در مجله کانون و پایگاه اطلاع رسانی کانون عملکرد اداره معاضدت کانون وکلای دادگستری استان قم





## شیوه نامه نشریه اندیشه وکیل فصلنامه کانون وکلای دادگستری استان قم

یکم) رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی الزامی است:

۱. ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.

۲. حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۲ صفحه یا ۶۰۰۰ کلمه

۳. ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون‌متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)

۴. ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.

۵. ذکر فهرست منابع استفاده شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:

کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده. سال چاپ، نام کتاب

\* در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم، محل انتشار، ناشر.

نمونه: جعفری لنگرودی، محمد جعفر. ۶۷۳۱، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش

مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده. سال چاپ، عنوان مقاله، در صورت ترجمه نام

مترجم، نام مجله، شماره مجله، شماره صفحات مقاله در مجله.

نمونه: هاشمی نژاد، مجید، ۶۷۳۳، نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۶۱ و ۶۳

قانون ثبت. مجله کانون. شماره ۳: ص.ص ۶۶۱-۶۶۱

در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، ذکر نشانی



سایت در پایان منابع و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی و...، به شکلی مستقل و تحت عنوان پایگاه اینترنتی.

۷. ارسال مطالب در محیط world با فونت ۱۴ B loutus به نشانی الکترونیکی:

dadestaan@gmail.com

## دوم) مطالب ارسالی در دو قالب، قابل نشر است:

الف- مقالات دارای ساختار نشریات علمی که دارای: چکیده (شامل حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه و دارای حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه کلیدی است)، مقدمه، متن، نتیجه و منابع است.

ب- نکات، یادداشت‌ها، نظرات و نقدهای حقوقی و نقد آراء که الزاما ساختار رایج مقاله علمی را ندارند. اما طبعا بایستی از لحاظ علمی نظر داروا نشریه را جلب نماید.

\* اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه وکالت دارد یا موضوعات‌شان جدید است. هم‌چنین نویسنده متعهد می‌شود که مطالب ارسالی قبلا در پایگاه اینترنتی یا نشریه‌ی دیگر منتشر نشده باشد.

\* مقاله پس از ارسال داوری و پس از پذیرش توسط هیات تحریریه (در صورت لزوم) تلخیص یا ویرایش خواهد شد.





## سخن آغازین

با افتخار و امید، هشتمین شماره از مجله کانون وکلای دادگستری استان قم با نام "اندیشه وکیل" را به وکلای دادگستری و جامعه حقوقی و قضایی کشور تقدیم می‌کنیم. این شماره نیز همچون گذشته، با هدف ارتقای دانش حقوقی، تبادل اندیشه‌های نوین و بررسی چالش‌های پیش‌روی نظام قضایی و وکالت، گردآوری و منتشر شده است.

در این شماره، تلاش کرده‌ایم تا با نگاهی عمیق به مسائل حقوقی و قضایی روز، مقالاتی تحلیلی و کاربردی ارائه دهیم که بتواند راهگشای وکلای محترم، قضات، دانشجویان حقوق و تمامی علاقه‌مندان به این حوزه باشد. موضوعات مطرح شده در این شماره، از مسائل حقوقی نوین تا تحلیل آرای قضایی و مباحث نظری حقوقی، گسترده‌اند و امیدواریم مورد توجه و استفاده قرار گیرند.

کانون وکلای دادگستری استان قم همواره بر این باور است که وکالت نه تنها یک حرفه، بلکه رسالتی بزرگ در جهت تحقق عدالت و حفظ حقوق شهروندی است. مجله "اندیشه وکیل" نیز به عنوان یکی از ابزارهای انجام این رسالت، تلاش می‌کند تا با ایجاد فضایی برای تبادل نظر و ارتقای دانش حقوقی، گامی هرچند کوچک در راستای تحقق این هدف بردارد.

از تمامی نویسندگان، حقوق‌دانان و همکارانی که در تهیه و انتشار این شماره ما را یاری کرده‌اند، صمیمانه تشکر می‌کنیم. همچنین از خوانندگان محترم دعوت می‌کنیم تا با ارسال نظرات و پیشنهادات خود، ما را در بهبود کیفیت مجله یاری نمایند.



امید است که این شماره نیز همچون گذشته، مورد قبول جامعه حقوقی کشور قرار گیرد و بتواند به رشد و تعالی هرچه بیشتر این حوزه کمک کند.

ابراهیم جلالیان  
مدیرمسئول مجله اندیشه وکیل





# بی‌اعتباری رسیدگی و رای دادگاه در صورت بازنگشتن نتیجه ابلاغ

(یادداشتی برای شماره ۱۳۹۵/۵/۳۰ مورخ ۹۳۰۹۹۸۸۴۱۰۳۰۰۲۸۶)

شعبه سوم دیوان عالی کشور)



دکتر حسن محسنی  
وکیل پایه یک دادگستری  
استاد دانشگاه تهران

## چکیده

راییی از دادگاه‌های فرودست صادر شده است. این رای‌ها حتی اگر در ماهیت درست و قانونی صادر شده باشند، در فرجام‌خواهی بررسی می‌شود که آیا قواعد آیین دادرسی در رسیدگی و صدور رای به درستی و موبه‌مورعایت شده است یا خیر. بر بنیاد میانی که در این نوشته بررسی شده است، اصل رعایت حقوق دفاعی ایجاب می‌کند با بازنگشتن جواب ابلاغ، موجبات رسیدگی و به طریق اولی، صدور رای فراهم نباشد و چنین راییی در دیوان عالی کشور نقض شود. این رای بار دیگر، سیمای واقعی آیین دادرسی مدنی را نشان می‌دهد.

واژگان کلیدی: اصول دادرسی؛ موجبات رسیدگی؛ دادرسی پویا.

## مقدمه و گزارش پرونده<sup>۱</sup>

در تاریخ ۱۳۹۳/۴/۲۲ خانمی به نام ک. ن. ۶۴ ساله دادخواستی به طرفیت سازمان اوقاف و امور خیریه استان کرمانشاه به خواسته ابطال وقف‌نامه شماره ۵۷۱-

۱. گزارش به نقل از: سامانه ملی آرای قضایی، (<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/34733>)، تاریخ بازدید: ۱۴۰۳/۱۱/۱۹.



۱۳۸۸/۳/۳۰ منعقد در دفتر اسناد رسمی شماره ۹۷ سرپل ذهاب به استناد تصویر مصدق وقفنامه مزبور تسلیم دادگستری شهرستان سرپل ذهاب نموده که در شعبه اول حقوقی مطرح می‌شود.

او چنین توضیح داده است که قطعه زمینی را جهت احداث مسجد وقف نموده و در وقفنامه قید شده صیغه وقف جاری شده است در حالی که صیغه جاری نگردیده و زمین مزبور تحویل موقوف علیه نشده و در زمان وقف حالت روحی متعادلی نداشته و از عواقب آن آگاهی نداشته و اکنون با توجه به نیاز شدید خانواده به زمین مذکور و عدم رضایت شرعی تقاضای ابطال وقفنامه فوق‌الاشعار را دارد و در پایان به تصویر استفتاء به عمل آمده از دفتر مقام معظم رهبری استناد جسته که اگر قبض صورت نگرفته باشد وقف تحقق پیدا نکرده است.

دفتر دادگاه پرونده را به جریان قانونی قرار داده و در جلسه رسیدگی ۱۳۹۳/۵/۱۴ پس از استماع اظهارات خواهان و ملاحظه لایحه اداره اوقاف و امور خیریه به شرح دادنامه شماره ۰۰۳۶۲ - ۱۳۹۳/۵/۱۹ چنین رأی صادر و اعلام کرده است:

«در رابطه با دعوی خواهان خانم ک. ن. به طرفیت خوانده سازمان اوقاف و امور خیریه استان کرمانشاه به خواسته صدور حکم به ابطال وقف نامه شماره ۵۷۱ - ۸۸/۰۳/۳۰ دفتر شماره ۹۷ ثبتی سرپل ذهاب با توجه به اوراق و محتویات پرونده و مفاد دادخواست تقدیمی و منضمات آن و نظر به اینکه خواهان اظهار نموده چون قبض مال موقوفه انجام نگرفته است و صرفاً مبادرت به نوشتن وقفنامه گردیده خواستار ابطال وقفنامه به لحاظ عدم حصول قبض است حال آنکه به مستفاد از وقفنامه فی‌مابین که تصویری از آن پیوست است مال موقوفه به قبض موقوف‌علیه در آمده لذا دادگاه به لحاظ حصول قبض و اینکه بعد از قبض موقوفه عقد وقف لازم می‌گردد و رجوع از آن برای واقف ممکن نیست مستنداً به مادتين ۶۱ و ۶۲ از قانون مدنی و ماده ۱۹۷ قانون آئین دادرسی مدنی حکم به رد دعوی خواهان صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره حضوری محسوب و به مدت بیست روز پس از ابلاغ قابل



تجدیدنظرخواهی در محاکم محترم تجدیدنظر مرکز استان است.»

خانم ک. ن. نسبت به دادنامه مرقوم اعتراض نموده و درخواست تجدیدنظر کرده است و اعتراضات قبلی را تکرار نموده است و شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان کرمانشاه پس از رسیدگی مجدد چنین رأی صادر و اعلام کرده است:

«در خصوص تجدیدنظرخواهی خانم ک. ن. نسبت به دادنامه تجدیدنظرخواسته بشماره ۳۶۲ - ۱۹/۵/۹۳ از شعبه اول دادگاه عمومی سرپل ذهاب دادگاه تجدیدنظرخواهی مطروحه را وارد می‌داند زیرا صرف نظر از تنظیم سند وقف بشماره ۵۷۱ - ۸۸/۰۳/۳۰ در دفتر اسناد رسمی ۹۷ توسط تجدیدنظر خواه نظر به اینکه دلیلی که دلالت بر تحقق قبض عملی ملک توسط موقوف علیهم باشد ارائه نشده و از سال ۸۸ تا کنون اصولاً هیچ‌گونه اقدام عملی در ملک مورد نزاع صورت نگرفته است مضافاً مستنداً به مواد ۶۲ و ۳۶۷ قانون مدنی اصولاً قبض عبارت است از استیلاء ید منتقل الیه (موقوف علیهم) بر موضوع مورد انتقال، در موضوع مطروحه دلیلی که حاکی از تحقق عملی قبض و استیلاء ید موقوف علیهم بر ملک مورد نزاع باشد ارائه نشده با اعتقاد به عدم تحقق قبض و فلسفه وقف که با رضایت قلبی و باطنی واقف در امور خیریه صورت می‌گیرد مستنداً به مواد ۵۹ و ۶۰ و ۶۱ و ۶۲ قانون مدنی و مواد ۳۵۸ و ۳۶۵ قانون آئین دادرسی مدنی و نیز استفتائات به عمل آمده از مقام معظم رهبری ضمیمه پرونده در مورد عدم تحقق وقف در صورت عدم تحقق قبض با پذیرش اعتراض مطروحه و نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته رأی به ابطال وقفنامه استنادی صادر می‌گردد رأی صادره ظرف بیست روز قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور می‌باشد.»

با ابلاغ این دادنامه اداره اوقاف و امور خیریه کرمانشاه در فرجه قانونی فرجام‌خواهی کرده است. دفتر دادگاه صادر کننده دادنامه فرجام‌خواسته تبادل لوائح را انجام داده و سپس پرونده را به دفتر کل دیوان عالی کشور ارسال نموده است.



ما حصل فرجام‌خواهی اداره اوقاف و امور خیریه استان کرمانشاه این است که به موجب وقف‌نامه رسمی واقفه محترم قبض و اقباض متولیان به شرح سند تنظیمی در دفتر اسناد رسمی شماره ۹۷ سر پل ذهاب در سطر پانزده وقف‌نامه صیغه وقف ایجاباً و قبولاً جاری شده و قبض و اقباض به عمل آمده و عقد وقف بعد از قبض و اقباض لازم است و مالکیت از مالک قبلی خارج گردیده و غیر قابل ابطال می‌باشد. بر طبق وقف‌نامه متولی مورد وقف آقای هادی زیبایی تبار فرزند سهراب که خود ایشان نیز یکی از موقوف علیهم مورد وقف محسوب می‌گردد در سطر شانزدهم وقف‌نامه قبض و اقباض مال موقوفه را تأیید و امضاء نموده‌اند نماینده اوقاف نیز آن را امضاء کرده است و چون موقوفه زمین بایر محدوده شهر و فاقد اعیانی است قبض و اقباض به همان صورت کفایت می‌کند مضافاً به این که اظهارات واقفه در دادگاه نخستین مبنی بر عدم صحت مزاج در زمان وقوع عقد وقف و ارائه استشهادیه محلی باستناد مواد ۱۳۰۹ و ۱۲۹۲ قانون مدنی تردید در ماهیت اعتبار سند رسمی و تمسک به شهادت شهود در قبال سند رسمی غیرقابل استماع می‌باشد و نقض وقف به دلیل عدم رضایت قلبی و باطنی آن هم سال‌ها پس از انجام وقف مطابق شرع و قانون نمی‌باشد. لذا مستند به سند رسمی و گواهی قبض و اقباضی بین متولی و واقفه محترم نقض دادنامه فرجام خواسته صادره از شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان کرمانشاه و ابرام رأی صادره از دادگاه نخستین مورد استدعا است.

دفتر دادگاه فرجام‌خواهی را به فرجام‌خوانده ابلاغ نموده و با وصول پاسخ کتبی پرونده امر را به دفتر کل دیوان عالی کشور ارسال داشته رسیدگی به شعبه سوم دیوان عالی کشور ارجاع گردیده است و پس از رسیدگی منتهی به دادنامه شماره ۱۴۰۳۸۴۰۹۱۰۰۹۹۷۰۹۴۰۹۴ - ۱۸/۸/۱۳۹۴ به شرح زیر گردیده است:

«در خصوص فرجام‌خواهی اداره کل اوقاف و امور خیریه استان کرمانشاه نسبت به دادنامه شماره ۲۸/۸/۱۳۹۳ - ۹۳۰۹۹۷۸۳۲۵۰۰۰۶۹۵ شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر



استان کرمانشاه نظر به این که واقف مدعی عدم قبض مال مورد وقف است در حالی که اداره اوقاف به شرح سطر پانزدهم وقف‌نامه اجرای صیغه وقف ایجاباً و قبلاً و قبض و اقباض را محقق می‌داند و از آنجا که منشاء اختلاف قبض و اقباض موقوفه است و مالک (فرجام‌خوانده) استشهادیه‌ای مبنی بر صحت ادعای خود به دادگاه محترم تجدیدنظر استان ارائه نموده که ضرورت داشته دادگاه در خصوص صحت و سقم اینکه ادعا شده مال موقوفه در ید و تصرف خانم ک.ن. (فرجام‌خوانده) باقی‌مانده و به تصرف وقف داده نشده توجه نموده و با در نظر گرفتن مواد ۱۹۹ و ۲۲۹ به بعد از قانون آئین دادرسی مدنی تحقیقات لازم را از مسجّلین استشهادیه مرقوم به عمل آورده و با توجه به نتیجه تحقیقات و توضیحات متولی در لایحه‌ی تقدیمی در مرحله فرجامی و نماینده اوقاف در جلسه ۱۳۹۳/۸/۷ آن دادگاه در خصوص کیفیت قبض و اقباض سپس مبادرت به صدور رأی کند علیهذا مستنداً به بند ۵ ماده ۳۷۱ قانون آئین دادرسی مدنی دادنامه صادره به لحاظ نقص رسیدگی و تحقیقات نقض و با رعایت شقوق الف مواد ۴۰۱ و ۴۰۵ همان قانون رسیدگی مجدد به دادگاه صادر کننده آن ارجاع می‌شود».

دادگاه مرجوع الیه قرار استماع شهادت شهود به منظور تحقیق پیرامون قبض مورد وقف صادر و اعلام داشته و وقت رسیدگی برای روز ۹۴/۱۱/۱۹ ساعت ده صبح تعیین و طرفین را به همین علت دعوت نموده است.

حسب گزارش مدیر دفتر دادگاه در برگ ۵۴ پرونده اخطاریه‌های ارسالی برای این جلسه اعاده نگردیده است اما در سیستم رایانه نتیجه ابلاغ دادنامه به طرفین اعلام گردیده و تاریخ ابلاغ به هر یک نیز اداره اوقاف در ۹۴/۹/۷ و خانم ک.ن. ۹۴/۱۰/۲۲ گزارش شده است.

در جلسه مرقوم که کیفیت ابلاغ معلوم نیست و در متن اخطاریه مشخص نیست که جلسه برای اجرای چه قرار است و وظیفه هر یک از طرفین چه بوده است؟، حسب صورت مجلس تنظیمی اداره اوقاف و امور خیریه حضور نداشته و فرجام‌خوانده ک.ن.



حاضر بوده و اظهار داشته که گواهان خود را حاضر کرده و تحقیق از آنان را خواستار شده و دادگاه جلسه را تشکیل داده و از گواهان تعرفه شده به نام‌های ۱- سید عزت اله مرتضائی فرزند سید ن. ۴۷ ساله فرهنگی ۲- ع.ب.ی. فرزند الف. ۵۰ ساله فرهنگی ۳- پ.ز. فرزند ع. ۳۵ ساله شغل آزاد تحقیق به عمل آمده و آنان به علاوه طی شهادت‌نامه رسمی شماره ۹۴/۱۱/۱۸-۲۴۸۸۹ و ۹۴/۱۱/۱۸-۱۳۹۴۹۱۰۵۰۷۸۹۰۰۰۰۲۰ دفتر اسناد رسمی ۴۱ سرپل ذهاب نیز گواهی داده‌اند که زمین موضوع دعوی همچنان در تصرف خانم ک. ن. بوده و می‌باشد و هادی زیبایی تبار فرزند سهراب نیز ب.س. گواهی رسمی تنظیم (برگ ۵۹) و پیوست پرونده کرده است. نامبرده اخیر وقف‌نامه را نیز امضاء کرده که در آن تصریح گردیده قبض و اقباض انجام شد (برگ ۴ پرونده) سپس دادگاه در تاریخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۴ طی دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۸۳۲۵۰۰۰۹۴۳ دادنامه شماره ۱۳۹۴/۱۱/۲۴ چنین رأی صادر و اعلام کرده است:

«در خصوص تجدیدنظرخواهی ک. ن. نسبت به دادنامه تجدیدنظرخواسته بشماره ۳۶۲- ۹۳/۵/۱۹ صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی سرپل ذهاب توضیح اینکه به شرح دادنامه صادره به شماره ۶۹۵ - ۹۳/۸/۲۸ از سوی شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر با نقض دادنامه صادره بشماره ۳۶۲- ۹۳/۵/۱۹ و پذیرش دعوی ابطال وقف‌نامه استنادی تجدیدنظرخواه حکم به ابطال وقف‌نامه استنادی صادر و با طرح پرونده در پی فرجام‌خواهی اداره اوقاف در شعبه سوم دیوان عالی کشور و با نقض دادنامه صادره از سوی این شعبه به لحاظ نقص تحقیقاتی پرونده مجدداً به این شعبه ارجاع گردیده در جهت رفع نقص مورد نظر دیوان عالی کشور دادگاه از گواهان استنادی تجدیدنظرخواه تحقیقات لازم پیرامون نحوه قبض و تصرفات طرفین بعمل آورده با توجه به اظهارات گواهان استنادی که دلالت بر عدم احراز قبض و استیلاء ید موقوف علیهم بر ملک مورد نزاع را دارد علی‌هذا به لحاظ عدم احراز قبض تجدیدنظرخوانده و فلسفه وقف که با رضایت قلبی و باطنی واقف در امور خیریه صورت می‌گیرد و نیز استفتائات به عمل آمده از مقام معظم رهبری مضبوط در



پرونده در مورد تحقق وقف در صورت عدم تحقق قبض مستنداً به مواد ۵۹ و ۶۰ و ۶۱ و ۶۲ قانون مدنی و مواد ۳۵۸ و ۳۶۷ و ۴۰۱ و ۴۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته رأی به ابطال وقف‌نامه استنادی صادر می‌گردد و رأی صادره ظرف بیست روز قابل فرجام خواهی در دیوان عالی کشور می‌باشد».

با ابلاغ این دادنامه اداره کل اوقاف استان کرمانشاه در مهلت مقرر فرجام خواهی کرده است ماحصل آن این است که ۱- قبض و اقباض در اموال منقول و غیر منقول متفاوت است با توجه باینکه موقوفه مذکور یک قطعه زمین است جهت احداث مسجد و مهدیه قبض آن بشکل انتقال رسمی و تنظیم سند مالکیت می‌باشد که با تنظیم وقف‌نامه رسمی انجام شده و سلب مالکیت شخصی گردیده است و حالت دیگری وجود ندارد و استناد به شهادت شهود نسبت به سند رسمی خلاف قانون می‌باشد ۲- زمین به شرح متن وقف‌نامه جهت احداث مسجد و مهدیه بوده عدم پی کنی یا ساخت آن دلیل بر عدم تحقق وقف نمی‌باشد و احداث بنا جدای از وقف عرصه می‌باشد ۳- رضایت قلبی و باطنی با حضور واقف در دفتر اسناد رسمی و تنظیم سند رسمی وقف حاصل شده و قابل رجوع نمی‌باشد و طبق فقه اسلامی و قانون مدنی قابل ابطال نمی‌باشد ۴- استناد به فتوی نیز با توجه به ناقص مطرح کردن سؤال و مغایرت سؤال مطرح شده با وضع موجود موجه نمی‌باشد لذا نقض دادنامه مورد استدعاست. دفتر دادگاه فرجام خواهی را ابلاغ نموده و با وصول پاسخ کتبی فرجام خوانده مبنی بر عدم رضایت قلبی و شرعی خود و عطف به لوایح قبلی پرونده را به دیوان عالی کشور فرستاده رسیدگی پیرو سابقه در دستور کار این شعبه قرار گرفته لایحه فرجام خواهی و پاسخ طرف مقابل هنگام شور قرائت می‌شود.

هیئت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید پس از قرائت گزارش آقای شاملو عضو ممیز و ملاحظه اوراق پرونده مشاوره نموده چنین رأی می‌دهد:



رای شعبه سوم دیوان عالی کشور

«صدور دادنامه به کیفیتی که مدیر دفتر دادگاه گزارش داده (برگ ۵۴ پرونده) مبنی بر عدم اعاده اخطاریه (اداره اوقاف) برای جلسه رسیدگی و اجرای قرار مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۱۹ با این که اخطاریه برای حضور صادر شده و اعاده نگردیده صورت قانونی و شرعی نداشته و موجبات رسیدگی و اجرای قرار فراهم نبوده است مضافاً به این که حضور نماینده اداره اوقاف در جلسه مرقوم با توجه به سند رسمی شماره ۵۷۱ - ۱۳۸۸/۳/۳۰ دفتر خانه ۹۷ سرپل ذهاب و نحوه تنظیم آن خصوصاً نماینده اداره مزبور در تنظیم سند رسمی و اخذ توضیح از وی ضرورت داشته است بنابراین دادنامه صادره که به کیفیت مرقوم صادر گردیده واجد نقص است مستنداً به بندهای ۳ و ۵ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی با رعایت شقوق الف مواد ۴۰۱ و ۴۰۵ همان قانون نقض و رسیدگی مجدد به دادگاه صادر کننده آن ارجاع می شود تا با توجه به مراتب مرقوم و لحاظ مواد ۱۹۹ و ۲۰۰ قانون یاد شده حسب نتایج حاصله رای مقتضی صادر و اعلام دارند».

رئیس شعبه سوم دیوان عالی کشور - حسن غفارپور و مستشار دیوان عالی کشور - رسول شاملو

## یادداشت بر رای

در تایید و درستی این رای ارزشمند از شعبه سوم دیوان عالی کشور که به ریاست و مستشاری دو تن از از مفاخر حقوقی کشور، استاد حسن غفارپور و جناب آقای رسول شاملو صادر شده است، ده سخن می توان گفت. این سخنان تنها پیرامون بنیادها و جلوه‌های آیینی رای شعبه سوم است و به موضوع در ماهیت و اصل دعوا، هیچ اشاره‌ای ندارد.

نخستین سخن پیرامون اصل رعایت حقوق دفاعی است. این اصل که ریشه در حقوق



طبیعی دارد، با رهیافت‌هایی هم‌چون ابلاغ و آگاهی بدان‌سان که در آیین دادرسی مدنی بدان اصل تناظر یا اصل تقابلی بودن دادرسی می‌گویند<sup>۲</sup>، تضمین و اجرا می‌شود. بر این بنیاد، اگر ابلاغیه یا اخطاریه‌ای برای یکی از طرفین دادرسی ارسال شود و تا روز جلسه رسیدگی، نتیجه ابلاغ دریافت نشود، این اصل بر وضعیت حکومت دارد و آنچنان که خواهیم دید، بر رسیدگی و رای حاصل آن اعتباری نیست. این اصل در حقوق موضوعه و مبانی آن برای نمونه در شرع، به رسمیت شناخته شده است آن‌گونه که در رای شعبه سوم می‌بینیم که گفته است «با اینکه اخطاریه برای حضور صادر شده و اعاده نگردیده صورت قانونی و شرعی نداشته» است.

دومین سخن پیرامون مفهوم رسیدگی است. رسیدگی در اینجا به معنای رسیدگی درست و قانونی دادگاه به موضوع دعوا و اجرای دستور دادگاه است. اما این رسیدگی نیازمند مقدماتی است. از مقدمات رسیدگی، فراهم بودن موجبات قانونی است. این مقدمات در هر مقطع، می‌تواند متفاوت باشد آن‌چنان که هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای شماره ۳۰۳۱ - ۱۳۳۹/۱۰/۳ درباره مقدمات رسیدگی جلسه نخست دادرسی چنین حکم نموده است: «منظور از اولین جلسه دادرسی آن‌چنان جلسه‌ای است که موجبات قانونی طرح و استماع دعوی طرفین فراهم باشد. بدیهی است در صورتی که به جهتی از جهات جلسه مزبور تجدید شود جلسه یا جلسات بعدی جلسه اول محسوب نمی‌گردد»<sup>۳</sup>. بر این اساس، باید گفت که بازگشتن جواب اخطاریه از موجبات قانونی طرح و استماع دعوی است چنانچه در رای شعبه سومین آمده است: «موجبات رسیدگی و اجرای قرار فراهم نبوده است».

۲. در این باره ر.ک: شمس، دکتر عبدالله، اصل تناظر، در: مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱، شماره ۲۶-۳۵، ص. ۶۱ تا ۷۶؛ و نیز: حیدری، سیروس، اصل تناظر، رساله برای دریافت درجه دکتری حقوق خصوصی، به راهنمایی دکتر عبدالله شمس، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ۱۳۸۷-۱۳۸۶؛ و نیز: محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه اصول دادرسی و در چارچوب همکاری، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۳، چاپ ۸، ص. ۲۶۷ به بعد.

۳. به نقل از: مجموعه رویه قضایی، آرشیو حقوقی کیهان، آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور از سال ۱۳۲۸ تا سال ۱۳۴۲، تهران، آرشیو حقوقی کیهان، ۱۳۵۳، چاپ دوم، جلد دوم - آراء مدنی، شماره ۴۲.



سومین سخن پیرامون اعتبار رای است که دادگاه با وجود فراهم نبودن موجبات رسیدگی و اجرای قرار صادر می‌کند. این رای حتی اگر برابر مقررات حقوق ماهوی درست و قانونی باشد، از نگاه حقوق آیین دادرسی نادرست و بی‌اعتبار است. در این باره قانون آیین دادرسی مدنی در بند ۳ ماده ۳۷۱، به عدم رعایت اصول دادرسی اشاره دارد. بی‌گمان بازنگشتن پاسخ اخطاریه موجب تردید در اجرای درست اصل رعایت حقوق دفاعی (اصل تقابلی بودن دادرسی) می‌شود و این تردید مساله عدم اجرای اصول دادرسی را مطرح می‌نماید و بدین‌سان، با وجود این که در مقررات قانون آیین دادرسی مدنی به ضرورت بازگشتن اخطاریه برای رسیدگی، هیچ اشاره‌ای نشده است، موثر خواهد بود و رای را بی‌اعتبار می‌کند. در حقیقت، در این جا این اندیشه بار دیگر مطرح می‌شود که وجود اصول دادرسی در قانون آیین دادرسی نیازمند تصریح نیست.<sup>۴</sup> این اصول بر سرتاسر فرایند دادرسی حاکمیت دارند. چنین است که در رای شعبه سوم می‌بینیم که حکم نموده اند «بنابراین دادنامه صادره که به کیفیت مرقوم صادر گردیده واجد نقص است».

چهارمین سخن ارتباط میان بازگشتن ابلاغیه با قواعد آمره است. آن گونه که گفته شد، بازگشتن اخطاریه از مصرحات قانونی در قانون آیین دادرسی مدنی نیست و نمی‌توان گفت که این روی‌داد خلاف قواعد آمره است چه چنین قواعدی در قانون نیست. با این وصف، می‌شود گفت قواعد ابلاغ که با هدف تحقق آگاهی برای مخاطب وضع شده‌اند، همگی آمره هستند و نقض آن‌ها می‌تواند موجب نقض عمل قضایی متعاقب آن باشد. این چنین است که در رای شعبه سوم دیوان عالی کشور بدون تفکیک میان وجوه بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی، به این بند به طور کلی استناد شده است «مستنداً به بندهای ۳ ... ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی .... نقض و رسیدگی مجدد به دادگاه صادر کننده آن ارجاع می‌شود».<sup>۵</sup>

۴. در این باره رک: محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه اصول دادرسی و در چارچوب همکاری، پیشین، ص. ۷۰ به بعد؛ و نیز: محسنی، حسن، «مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و چگونگی تمییز این اصول از تشریفات دادرسی»، در: مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۸۵، دوره جدید شماره ۲۳ و ۲۴، شماره پیاپی ۱۹۲ و ۱۹۳، ص. ۹۹ تا ۱۳۱.

۵. برای مطالعه بیشتر رک: حسن محسنی، «رعایت قواعد آمره و حقوق اصحاب دعوا با رسیدگی به دعوی تقابل»، فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی)، ۶ زمستان ۱۳۹۶ (۲۱) (۱۳۹۸): ۶۷-۵۹، doi: 10.22106/jcr.۲۰۱۸۸۰۳۱۲.۱۱۳۱



پنجمین سخن پیرامون حقوق اصحاب دعوا است. آیا طرفین دادرسی در اجرای درست قواعد دادرسی محق هستند؟ در بند ۳ ماده ۳۷۱ به حقوق اصحاب دعوا نیز اشاره نموده است که بر بنیاد تفسیر نگارنده باید آن را مقید به حالتی دانست که ضرر ناشی از عدم اجرای حقوق اصحاب دعوا باید به درجه‌ای از اهمیت باشد که رای را از اعتبار بیاندازد. به هر روی، گرچه محتوای اصل رعایت حقوق دفاعی، همین حق اطلاع است باید تاکید کرد که گویا در این رای، علت نقض، صرف عدم اجرای اصول دادرسی بوده است یا به تعبیر دیگر همین علت برای نقض رای، بسنده بوده است گرچه از متن می‌توان دریافت که شعبه، به مساله حقوق اصحاب دعوا نیز توجه داشته است. چنین است که در رای شعبه سوم دیوان عالی می‌بینیم: «مضافاً به این که حضور نماینده اداره اوقاف در جلسه مرقوم با توجه به سند رسمی شماره ۵۷۱ - ۱۳۸۸/۳/۳۰ دفتر خانه ۹۷ سرپل ذهاب و نحوه تنظیم آن خصوصاً نماینده اداره مزبور در تنظیم سند رسمی و اخذ توضیح از وی ضرورت داشته است». این ضرورت معنایی جز رعایت حقوق اصحاب دعوا ندارد.



ششمین سخن پیرامون اخذ توضیح است. این کار تلاش دادرس است برای نوعی مداخله محدود در امور موضوعی دعوا که بی هیچ کم و کاست در تسلط اصحاب دعوا است.<sup>۶</sup> در این کار سه شرط باید وجود داشته باشد و رعایت شود؛ وجود ابهام در امر موضوعی؛ درج موارد مبهم در صورت مجلس دادگاه؛ و ابلاغ مراتب به مخاطب ابلاغ.<sup>۷</sup> برابر رای شعبه سوم، باید از نگاه آیینی، شرط دیگری به چگونگی اخذ توضیح افزود؛ بازگشتن جواب ابلاغ در این باره. این گونه است که در رای شعبه سوم می‌بینیم تاکید شده است که «موجبات ... اجرای قرار فراهم نبوده است ... خصوصاً نماینده اداره مزبور در تنظیم سند رسمی [که] اخذ توضیح از وی ضرورت داشته است».

۶. در باره این اصل ر.ک: محسنی، حسن و محمد پورطهماسبی فرد، «اصل تسلط طرفین دعوا بر جهات و موضوعات دعوا»، در: مجله کانون وکلای داگستری مرکز، شماره ۲۱، شماره پیاپی ۱۹۰، پاییز ۱۳۸۴، ص. ۵۳ تا ۷۷.  
۷. در این باره ر.ک: محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه اصول دادرسی و در چارچوب همکاری، پیشین، ص. ۱۷۴-۱۷۳.

هفتمین سخن پیرامون نقش کارکنان اداری دادگاه در اجرای درست اصل رعایت حقوق دفاعی است. همواره چنین تصور شده است که یگانه مسول اجرای درست قانون در دادگاه دادرسان آن هستند. این رای بار دیگر نشان می‌دهد که همه کارکنان اداری دادگستری و به ویژه مدیر دفتر دادگاه چه نقش مهمی در تضمین اجرای اصول دادرسی و قواعد آمره دارد. این گونه است که شعبه سوم دیوان عالی کشور در رای خود چنین می‌آورد «صدور دادنامه به کیفیتی که مدیر دفتر دادگاه گزارش داده (برگ ۵۴ پرونده) مبنی بر عدم اعاده اخطاریه (اداره اوقاف) برای جلسه رسیدگی و اجرای قرار ... صورت قانونی و شرعی نداشته». این رای اهمیت اجرای درست آیین دادرسی و مشارکت دادرس و کارمند در آن را به نیکی نشان می‌دهد.

هشتمین سخن پیرامون نقطه آغاز کار دادگاه پایین تر پس از نقض رای آن در دیوان عالی کشور است. شعبه سوم در رای خود چنین آورده است: «مستنداً به بندهای ۳ و ۵ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی با رعایت شقوق الف مواد ۴۰۱ و ۴۰۵ همان قانون نقض و رسیدگی مجدد به دادگاه صادر کننده آن ارجاع می‌شود». بند ۳ که به شرح بالا بررسی شد، علت نقض است اما بند ۵ علت نقص رسیدگی پیشین است. اگر علت نقض وجود داشته باشد، عمل دادگاه رسیدگی کننده باطل است و دادگاه باید از نو آن عمل قضایی، در این جا رای، را صادر کند. اما اگر علت نقص باشد، دادگاه باید برای نمونه نقص تحقیقات را برطرف کند و سپس رای بدهد. شقوق الف مواد ۴۰۱ و ۴۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی هم همین مهم را بازگو می‌کنند: «الف - اگر رأی منقوض به صورت قرار بوده و یا حکمی باشد که به علت نقص تحقیقات نقض شده است، رسیدگی مجدد به دادگاه صادر کننده آن ارجاع می‌شود». و «دادگاه مرجوع الیه به شرح زیر اقدام می‌نماید: الف - در صورت نقض حکم به علت نقص تحقیقات، تحقیقات مورد نظر دیوان عالی کشور را انجام داده، سپس با در نظر گرفتن آن مبادرت به صدور رأی می‌نماید». پس در اولی گویا دادگاه پس از نقض، به مرحله پیش از صدور رای باز می‌گردد و در دومی به مرحله تحقیقات. با این وصف، چون هر دو موجب نقض



رای فرجام‌خواسته است، شعبه سوم در رای خود به هر دو حکم استناد نموده است. نهمین سخن پیرامون تقدم امور آیینی و شکلی بر امور موضوعی و ماهوی است. از رای شعبه سوم دیوان عالی کشور به خوبی می‌توان دریافت که هنوز این شعبه درباره اصل اختلاف هیچ اظهارنظری ننموده است و آن را واگذار نموده است به صدور رای بر بنیاد قواعد آیین دادرسی. این گفته بار دیگر ارزش اجرای دقیق اصول و قوانین آیین دادرسی در فرایند دادخواهی را نمایش می‌دهد و رای شعبه سوم، چه زیبا این هدف و الزام را بیان نموده است؛ «نقض و رسیدگی مجدد به دادگاه صادر کننده آن ارجاع می‌شود تا با توجه به مراتب مرقوم و لحاظ مواد ۱۹۹ و ۲۰۰ قانون یاد شده حسب نتایج حاصله رأی مقتضی صادر و اعلام دارند».

دهمین سخن پیرامون رهنمود شعبه سوم دیوان عالی است به دادگاه مرجوع الیه. این شعبه به دو ماده برای راهبرد بعدی آن دادگاه استناد می‌کند؛ یکی ماده ۱۹۹ و دیگری ماده ۲۰۰. ماده نخست با پیشینه خواندنی یکی از نوآوری‌های مهم حقوق آیین دادرسی مدنی ایران است<sup>۸</sup> که دادرس را از داور بی‌طرف به دادرس پویا بدل می‌کند:

«در کلیه امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد». ماده دوم هم درباره قاعده مهمی است که بدان ضرورت رسیدگی در جلسه دادرسی گفته می‌شود: «رسیدگی به دلایلی که صحت آن بین طرفین مورد اختلاف و مؤثر در تصمیم نهایی باشد در جلسه دادرسی به‌عمل می‌آید مگر در مواردی که قانون طریق دیگری معین کرده باشد».

شعبه سوم دیوان عالی دادگاه مرجوع الیه را به اجرای دقیق ماده ۲۰۰ در مقام اجرای ماده ۱۹۹ تاکید می‌کند که بار دیگر نمایانگر نقش برجسته عالی دیوان، در رسیدگی‌های قضایی است.<sup>۹</sup>

۸. در این باره نمونه ر.ک: پوراستاد، مجید، «نقش دادگاه در تحصیل دلیل و کشف حقیقت»، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۵-۱۳۸۴؛ و نیز: محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه اصول دادرسی و در چارچوب همکاری، پیشین، ص. ۱۱۱-۹۷.  
۹. در این باره ر.ک: محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه اصول دادرسی و در چارچوب همکاری، پیشین، ص. ۱۹۷-۱۸۷.



## برآیند

اجرای درست قواعد آیین دادرسی که ریشه دار در اصول دادرسی است بر اجرای حقوق ماهیتی در دادگستری، تقدم دارد. با وجود این که پیرامون اثر بازنگشتن جواب ابلاغیه در قانون آیین دادرسی مدنی حکمی نیامده، شعبه سوم دیوان عالی کشور به درستی، رسیدگی و رای در پی این وضعیت را مغایر بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی دانسته است.





## قانون قانونی و قانون غیر قانونی



علی‌رضا فیض مشکینی  
وکیل پایه یک دادگستری

در این که منشأ قانون چه می‌تواند باشد، از دیرباز بحث‌های زیادی شده است. من به عنوان یک مسلمان، که سال‌های طولانی از عمر خود را در حوزه‌های علمیه، به عنوان شاگرد یا معلم، در علوم اسلامی گذرانده‌ام، از سویدای دل باور دارم که منشأ هر حقی، ذات اقدس خداوند متعال است. معتقدم منابع موجود، که در رأس آن‌ها مُصَحَّفِ شریف قرار دارد، دریچه‌ی ارتباط ما با ذات احدیت است. ما با او به زبان نماز و دعا سخن می‌گوییم و او با ما به زبان قرآن. هر منبع دیگری، باید به قرآن عرضه شود، اگر موافق بود، پذیرفته و اگر مخالف بود، دور انداخته می‌شود. اگر یک مسلمان وارد سیاست، حقوق، قضاوت، و کالت، نیروهای مسلح و هر کار دیگری می‌شود، یا از ناحیه‌ی شرع مکلف به این کار می‌گردد و یا از بی‌طرفی شرع و به اصطلاح مباح بودن عمل اطمینان پیدا می‌کند. در زمان رژیم سابق هم بسیاری از مؤمنین، که در دستگاه‌های حکومتی مشغول کار بودند، به مرجع تقلید خود مراجعه و نسبت به وضعیت اشتغال خود کسب تکلیف می‌کردند. بسیاری از نظامیان و حتی مقامات امنیتی، با مشورت با مراجع تقلید در سمت خود فعالیت می‌کردند. در زمان اشتغال به قضاوت یکی از همکاران گفت در جایی صحبت از شما شد، کسی



گفت "همان که قانون را قبول ندارد!" گفتم او اشتباه می‌کند. اتفاقاً من غیر از قانون در قضاوت هیچ چیز دیگر را قبول ندارم. اما این پارادوکس باید حل شود. آیا اتکای من، فقط و فقط به شرع، با التزام عملی من، فقط و فقط به قانون قابل جمع است؟ من فکر می‌کنم قابل جمع است، بلکه در نظام جمهوری اسلامی، راهی بجز این جمع برای فرار از تناقض وجود ندارد. در غیر این صورت، در برخورد مداوم با تناقضات، از نظر اعتقادی متلاشی خواهیم شد و هر کسی برای فرار از این تلاشی و تناقض، ناگزیر از اتخاذ یکی از سه روش خواهد شد:

نخست، مانند بسیاری از متدینین، به گوشه‌ی انزوا می‌خزد، کار شیخ را به شیخ و کار شاه را به شاه واگذار می‌کند و تابع سرنوشتی می‌شود، که دیگران برایش رقم می‌زنند.

دوم، دین، اعتقاد، تکلیف و اخلاق را کنار می‌گذارد و تابع سیاست، به معنای مصطلح می‌شود. در این صورت حقوق و قانون را هم سیاستمداران برایش رقم خواهند زد. او هم، نه در کنج انزوا، بلکه در این روند، مشارکت فعالانه یا منفعلانه خواهد داشت. سوم، مصداق مَدْبَدَب خواهد بود که "دو دل و مردّد باشند، نه به سوی مؤمنان یک‌دل می‌روند و نه به جانب کافران (۱۴۳ نساء)" از طرفی دین و وجدان مذهبی‌اش راضی به کنار گذاشتن دین، اعتقاد، تکلیف و اخلاق نمی‌شود و از طرفی، به دلیل ضرورت‌های زندگی جمعی، توان سرکشی از سرنوشتی که سیاستمداران برایش رقم زده‌اند، ندارد، "مانند کسی که فریب و اغوای شیطان او را در زمین سرگردان ساخته است در حالی که او را یارانی است که به راه راستش می‌خوانند (۷۱ انعام)" توضیح بیشتری لازم نیست. هر یک از ما به اطرافیان مان توجه کنیم خیل عظیمی از این مذبذبین را می‌بینیم. آن‌ها این اضطراب و تَدْبَدَب را به فرزندان‌شان منتقل می‌کنند و این یعنی خسارت قطعی، چرا که جوانانی که با این روش تربیت می‌شوند، تسلیم چنین بلاتکلیفی نخواهند شد، آن‌ها به یکی از دو گروه می‌پیوندند، که هر دو سر باخت است.

برای فهم چگونگی جمع بین دین و قانون باید به مبانی شکل‌گیری نظام جمهوری



اسلامی توجه کنیم. مسئله‌ی دخالت دین در سیاست، مسئله‌ی دیروز و امروز نیست. از صدر اسلام این مسئله مطرح بوده است. مخصوصاً در بین اهل سنت، ده‌ها عنوان کتاب به نام‌های مختلف، مانند الاحکام السلطانیه، نصیحة الملوک، قوانین الوزاره، کتاب الاموال، کتاب الحسبه و مانند آن نوشته شده است. در بین علمای شیعه هم در چند قرن اخیر این مسئله به صورت جدی مطرح شد و در زمان مشروطیت به اوج خود رسید و با انقلاب بهمن ۵۷ به کرسی نشست. اما از ابتدا، مخصوصاً در چند صد سال گذشته، طرفداران دخالت مذهب در سیاست، به دو مبنای فکری گرایش پیدا کرده‌اند. از این دو مبنا در دهه‌های اخیر، در بین نخبگان این تفکر، از نظر چگونگی نقش مردم در حاکمیت، به "حکومت اسلامی" و "جمهوری اسلامی" تعبیر می‌شود.

۱ - حکومت اسلامی. در این نگرش، حاکمیت از آن خدا است و هیچ حکمی غیر از حکم خدا نمی‌تواند در بین مردم حاکم باشد. حکم خدا را هم فقهاء تشخیص می‌دهند. در این نگرش، فقط فقیه است که از طرف امام عصر (عج) در زمان غیبت، اجازه و مشروعیت حکومت دارد و مردم هیچ نقشی در مشروعیت بخشی به او ندارند. اشکال مهمی که در این نگرش مطرح می‌شود، این است که اگر مردم هیچ نقشی ندارند، فقیه با چه قدرت و امکاناتی اعمال حاکمیت می‌کند؟ البته علما و فقهای بزرگی مدافع این نگرشند. بنابراین ممکن نیست آن‌ها به نقش مردم، یا حد اقل گروه قابل توجهی از آنان، در امکان عملی تحقق این حاکمیت غافل بوده باشند. آن‌ها نقش مردم را فقط در حدی که امکان عملی برقراری چنین حکومتی را فراهم کنند، لازم می‌دانند. مردم صرفاً باید از فقیه پیروی کنند و او را به قدرت برسانند، سپس از او اطاعت محض نمایند. البته فقیه حاکم هم موظف است با مردم مشورت کند "و با آنان مشورت کن (۱۵۹ آل عمران)" اما پس از مشورت، باز هم اختیار با خود او است "پس زمانی که تصمیم گرفتی به خدا توکل کن (۱۵۹ آل عمران)" با این نگرش، اعتبار قانون، قانون گذاران، مجریان، دستگاه قضا ... همگی بسته به تصویب و پذیرش فقیه حاکم است. فقیه ملزم به رعایت قانون نیست، بلکه هر تصمیمی او بگیرد بر قانون حاکم است. این نگرش صدها سال است مدافعین مهمی دارد. در ابتدای انقلاب و حتی



پیش از آن هم، تلاش‌های بسیاری شد تا این نظریه به کرسی بنشیند و حکومتی که مستقر می‌شود، با این مبنا اعمال حاکمیت نماید. در حال حاضر هم گروه‌ها و جناح‌های قدرت‌مندی در سطوح حاکمیتی به دنبال تحقق چنین ایده‌ای هستند.

۲ - جمهوری اسلامی. بر اساس این نگرش، حاکمیت مورد نظر اسلام، دو رکن دارد: جمهوری و اسلامیت.

۱ - ۲ - جمهوری. این یک اصطلاح عرفی است. معمولاً شرع، جز در موارد خاصی، که آن‌ها را "موضوعات مُسْتَنْبَطَه" می‌نامند، موضوعات احکام خود را از عرف می‌گیرد. مثلاً وقتی گفته می‌شود "رکوع واجب است" رکوع یکی از موضوعات مستنبطه است. یعنی باید خود شرع این موضوع را کاملاً بیان کند که "رکوع چیست و چگونه محقق می‌شود" اما وقتی گفته می‌شود "نفقه‌ی زن بر شوهر واجب است" نفقه، یک امر عرفی است. در زمان، مکان و شرایطی، آب و غذا و پوشاک و مسکن، در حدی که زن زنده بماند، نفقه محسوب می‌شود و در زمان، مکان و شرایط دیگری، یک واحد آپارتمان با لوازم برقی و الکترونیکی مناسب و ارتباطات بین‌المللی و وسیله‌ی نقلیه‌ی مناسب و ... نفقه محسوب می‌شود. این موضوع در یک قبیله‌ی کوچ نشین یک معنا پیدا می‌کند و در یک جامعه‌ی شهری مدرن معنای دیگر. جمهوری هم یک معنای عرفی است. شکی نیست که جمهوری به معنای همه‌ی مردم نیست، چرا که تحقق چنین وحدت نظری بین همه‌ی مردم عادتاً محال است. درباره‌ی این موضوع عرفی، صدها سال است در بین دانشمندان جهان بحث‌های عمیق و تحقیقات و تألیفات گسترده‌ای شکل گرفته است. پیشرفت در این زمینه از پیشرفت در سایر علوم نظیر ریاضیات، پزشکی، رایانه و... اگر بیشتر نباشد کمتر نیست. تلاش شده است تدابیری اندیشیده شود که هر فردی از افراد جامعه، به اندازه‌ی خود در اداره‌ی جامعه نقش داشته باشد. از طرفی گروه اقلیت نتواند برنامه‌های اکثریت را با مشکل مواجه کند و از طرف دیگر اکثریت نتواند به اتکای قدرت خود حقوق اساسی اقلیت را ضایع کند. بحث در این زمینه از حوصله‌ی این مختصر خارج است.

۲ - ۲ - اسلامیت. مجموعه‌ای از تعلیمات دینی، که برای هر یک از ما کم و بیش



شناخته شده است، مقیاس تشخیص اسلامیت هر نظامی است. مباحث بسیاری در این خصوص در حوزه‌های علمیه و دانشگاه‌ها شده، که پرداختن به آن‌ها ما را از بیان هدف این نوشتار باز می‌دارد.

نتیجه این که بر اساس این نگرش، نظام مورد نظر اسلام، نظامی است که هم جمهوری باشد و هم اسلامی. در نتیجه اگر نظامی فاقد هر یک از این دو رکن باشد، نظام اسلامی نیست.

۳- ۲- از یک نکته‌ی اساسی نباید غافل شد. ممکن است نظامی جمهوری باشد، اما اسلامی نباشد. مثل بسیاری از کشور های دنیا، که نظام حکومتی جمهوری دارند، اما اسلام و احکام اسلامی در این حکومت‌ها جایگاهی ندارد. یا کشور اسلامی نیست یا اسلامی هست اما با قوانین اسلامی اداره نمی‌شود. بنابراین می‌توان نظامی را تصور کرد که جمهوری باشد اما اسلامی نباشد. اما آیا می‌توان نظامی را تصور کرد که اسلامی باشد اما جمهوری نباشد؟ قبل از ورود به این بحث باید روشن شود که منظور از "جمهوری" در اینجا فراتر از نظام جمهوری است که در برخی از کشورها برقرار است. منظور از "جمهوری" اتکاء حکومت به آراء مردم است. به این معنا برخی از کشورهای سلطنتی، پارلمانی، امپراطوری ... هم تحت این واژه قرار می‌گیرد. آیا می‌توان تصور کرد کشوری بدون اتکاء به آراء مردم اداره شود و در عین حال اسلامی باشد؟ بررسی ادله‌ی شرعی، اعم از قرآن، سنت و عقل، نشان می‌دهد که چنین تصویری معقول نیست. ممکن نیست حکومتی بدون اتکاء به آراء مردم اداره شود و در عین حال اسلامی باشد. ادله‌ی شرعی بیش از آن است که قابل توجیه باشد. از قبیل این که:

۱- ۳- ۲- مردم در انتخاب اصل دین آزادند. هیچ کس، حتی پیامبر خدا حق ندارد مردم را به اجبار به دین داری و پذیرش دین وادار کند. "اگر پروردگار تو بخواهد، همه کسانی که در روی زمینند ایمان می‌آورند. آیا تو مردم را به اجبار وامی‌داری که ایمان بیاورند؟ (۹۹ یونس)"

۲- ۳- ۲- هیچ کسی بر دیگری ولایت و سلطه ندارد. هرگونه سلطه نیاز به دلیل روشن و واضح دارد. مانند سلطه‌ی پدر بر طفل خردسال یا قیّم بر فرد مجنون و مانند



آن. این اصل در فقه غیر قابل خدشه است و پرداختن به اثبات آن ما را از موضوع این نوشتار خارج می‌کند.

۳ - ۲ - یکی از ادله‌ی مهم استنباط احکام شرعی سیره‌ی عقلاء است. پیروی از روش عقلاء، تا زمانی که دلیل شرعی واضحی بر انکار آن وجود نداشته باشد، لازم است. و معلوم است که سیره و روش عقلاء در قرون و اعصار گذشته، مخصوصاً با پیشرفت دانش و آگاهی جوامع، اقتضا می‌کند که مردم بر سرنوشت خود حاکم باشند. ۴ - ۳ - ۲ - سیره‌ی معصومین علیهم‌السلام همین رویه را نشان می‌دهد. علی‌رغم آن که امیر المؤمنین علیه‌السلام از جانب پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله وسلم به جانشینی خود تعیین شده بود، وقتی مردم از بیعت با او خودداری کردند، به خانه رفت و فقط زمانی زمام امور را به دست گرفت که مردم از او چنین خواستند.

۴ - ۲ - حال که ممکن نیست بدون خواست و اراده‌ی مردم، حاکمیتی بر مبنای اسلام شکل بگیرد، وظیفه‌ی مردم چیست؟ مردم نسبت به انتخاب حاکمیت چه تکلیفی دارد؟ جمع بین تکلیف مردم به انتخاب حاکم صالح و تکلیف حاکم صالح در صورت عدم انتخاب مردم چگونه ممکن است؟

۱ - ۴ - ۲ - اگر مردم، مانند بسیاری از کشورهای جهان، مسلمان نباشند، که معلوم است. آن‌ها به هیچ یک از تکالیف شرعی عمل نمی‌کنند. البته در علم کلام مطرح می‌شود، که آیا کفار، فقط برای این که عقیده‌ی درستی ندارند، مؤاخذه خواهند شد، یا این که علاوه بر مؤاخذه به دلیل عقیده‌ی باطل، به دلیل ترک تکالیف شرعی هم مؤاخذه می‌شوند؟ این بحث طولانی است، که جای آن در علم کلام است. به هر حال، پرداختن به تکالیف شرعی کفار خارج از بحث ما است.

۲ - ۴ - ۲ - اگر مردم مسلمان باشند، فقط اگر بخواهند و بپذیرند کسی حق حکومت بر آنان را دارد. در این میان وظیفه‌ی شرعی مردم و نیز وظیفه‌ی شرعی فرد واجد شرایط حاکمیت چه می‌شود؟

به اعتقاد ما مردم موظفند حاکم عالم، عادل، مدیر، مدبر، شجاع، متقی، آگاه به زمان را به حکومت انتخاب کنند. ممکن است آن شخص، یکی از معصومین علیهم‌السلام



باشد یا مجتهدی جامع‌الشرایط و نایب او. اگر مردم چنین کردند، حکم شرعی را اطاعت کرده‌اند و نزد خدا مأجورند. اما اگر نکردند، نزد خدا مأجور نیستند؛ همین. مانند سایر تکالیف شرعی، بلکه مانند اصل دین، کسی نمی‌تواند آن‌ها را مجبور به چنین کاری کند. تکلیف شخص واجد شرایط حاکمیت چه می‌شود؟ تکلیف او هم معلوم است. او هم مکلف است اگر مردم انتخابش کردند، در مسند حکومت قرار بگیرد و اگر انتخابش نکردند، کنار بکشد. در این صورت مشروعیت حکومت او دو رکن خواهد داشت: وجود شرایط حاکمیت و خواست مردم.

در نتیجه، جمع بین اسلامیت و جمهوریت از این طریق ممکن است. البته با این قید که هر نظامی که اسلامی باشد، جمهوری است. اما چنین نیست که هر نظامی که جمهوری باشد اسلامی باشد. به عبارت دیگر جمهوری غیر اسلامی تصور می‌شود اما اسلامی غیر جمهوری تصور نمی‌شود.

حال که معلوم شد مردم حق انتخاب حاکم را دارند و حکومت حاکم، بدون انتخاب مردم مشروعیت ندارد، طبعاً مردم حق خواهند داشت که این انتخاب خود را مطلق یا مقید کنند. طبق رویه‌ی عقلایی شناخته شده، هر مقامی در هر کشوری در چهارچوب قانونی انتخاب می‌شود، در واقع انتخاب، مقید به آن قانون است. و چون حاکم در نظام جمهوری اسلامی بر اساس قانون اساسی و توسط مجلس خبرگان انتخاب شده است، بنابراین مشروعیت او در چهارچوب قانون اساسی است. وقتی مردم او را بر اساس قانون انتخاب می‌کنند و او بر اساس قانون چنین سمتی را می‌پذیرد، قانون به یک میثاق بین او و مردم تبدیل می‌شود.

بدین سان، عقیده‌ی کسانی که ولایت فقیه را عین ولایت رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم می‌دانند، مشکلی در این روند ایجاد نمی‌کند؛ چرا که اگر خود رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم هم بر اساس چنین قانونی انتخاب می‌شد، این قانون به میثاق بین او و مردم تبدیل می‌شد و به ادله‌ی متعدد، باید به همین میثاق پایبند می‌بود:

”ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به پیمان‌ها وفا کنید(۵ مائده)“ هم چنین ”مؤمنان رستگار شدند ... و آن‌ها که امانت‌ها و عهد خود را رعایت می‌کنند (مؤمنون ۱ و ۸)“



و در همین میثاق، یعنی قانون اساسی، آمده است ”رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است(اصل ۱۰۷)“ تکلیف سایر مقامات معلوم است. حال که آحاد ملت، در برابر قانون اساسی برابرند. بنابراین از شخص اول کشور، تا تمامی سطوح حاکمیت و آحاد مردم، مکلفند به این قانون پایبند باشند. هیچ کس حق تخلف از این قانون را ندارد. نه تنها چون قانون است، بلکه چون پایبندی به آن به حکم ادله‌ی قطعی شرعی، تکلیف هر مسلمانی است که در مرزهای ایران زندگی می‌کند و تخلف از آن نامشروع است. هیچ کس فوق قانون نیست. همه در برابر این قانون مساوی‌اند.

۴ - ۲ - حال که معلوم شد در نظام حکومتی جمهوری اسلامی، فقط و فقط قانون است که اعتبار دارد، ارجاع قاضی در مواردی به مبانی شرعی یا فتاوی معتبر چه معنایی دارد؟ در این خصوص باید گفت: بر همین اساس و طبق همین قانون اساسی، در مواردی قاضی باید به ادله‌ی شرعی مراجعه کند. چرا که طبق اصل یکصد و شصت و هفتم: ”قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.“

تا زمانی که قانون مدون وجود دارد، هیچ کس، حتی قاضی نمی‌تواند به ادله‌ی شرعی مراجعه کند. حتی طبق تبصره‌ی ماده‌ی سوم قانون آیین دادرسی مدنی، ”چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد“ و نمی‌تواند بر خلاف قانون و بر طبق اجتهاد خود حکم کند. در ابتدای اشتغال به قضاوت، از مرحوم آیت الله مشکینی پرسیدم: ”اگر در جایی برآیند قوانین مختلف مرا به صدور حکمی خلاف سوق داد، تکلیف چیست؟“ گفتند: ”در آن صورت باید بین دینت و شغلت یکی را انتخاب کنی.“

۵ - ۲ - همین قانون اساسی، برخی از قوانین را غیر قانونی می‌داند. طبق اصل نهم ”هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را، هر چند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند.“



برای بیان این اصل، باید به این نکته توجه کرد که قانون اساسی دو بخش دارد، که بخش اول حاکم بر بخش دوم است.

۱ - ۵ - ۲ - بخش اول متصدی بیان حقوق ملت و وظایف متقابل ملت و حکومت است. در این بحث به شکل و جزئیات مربوط به اجرا نمی‌پردازد. پنج فصل اول قانون اساسی، به "اصول کلی"، "زبان، خط، تاریخ و پرچم رسمی کشور"، "حقوق ملت"، "اقتصاد و امور مالی" و "حق حاکمیت ملت و قوای ناشی از آن" می‌پردازد.

۲ - ۵ - ۲ - سایر فصول قانون اساسی، به سازماندهی، امور شکلی، اختیارات و تقسیم وظایفی که برای تحقق این اهداف لازم است، می‌پردازد. حاکمیت این اصول بر سایر اصول به نحوی است، که در مواردی که ممکن است حاکمیت مطلق آن پیامدهای ناخواسته‌ای داشته باشد، تذکر داده می‌شود که این اصل، باید بر طبق اصول آینده اعمال گردد. مانند اصول شش و پنجاه هفت، که به سایر اصول قانون اساسی ارجاع داده می‌شود.

بنابراین اگر قانونی تمامی مراحل قانون گذاری را طی کرد اما ناقض حقوق و آزادی‌های مشروع مردم بود، بر اساس اصل نهم فاقد اعتبار است. قانون است، اما فاقد اعتبار است و منطبق با قانون اساسی نیست. به عبارت دیگر قانون است اما قانونی نیست. مسئله‌ی مهم در اینجا تشخیص موضوع و مرجع تشخیص است. فرض کنیم دولت لایحه‌ای به مجلس داد، مجلس تصویب کرد، شورای نگهبان هم تأیید کرد، اما این قانون ناقض حق و آزادی مشروع ملت بود. چه مرجعی باید این امر را تشخیص بدهد؟ معلوم است که به خود آن‌ها نمی‌توان ارجاع داد. چاره چیست؟

۳ - ۵ - ۲ - بخشی از این مشکل به سرمایه‌ی اجتماعی حاکمیت مربوط می‌شود. در هر حاکمیتی مراجعی هستند، که حرف آخر را می‌زنند. مراجعی مانند محاکم تجدید نظر، دیوان عالی کشور، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مقام رهبری، ریاست جمهوری، وزراء و تمام مراجع قضائی و غیر قضائی، که حکم یا تصمیم‌شان قطعی است و طبق قانون، مرحله‌ی بالاتری برای شکایت یا اعتراض به تصمیمات آن‌ها وجود ندارد.



تصمیمات این مراجع، چهره‌ی نظام حاکم را در نظر مردم ترسیم می‌کنند. مثلاً اگر مجلس تصمیمی بگیرد که مورد رضایت مردم نباشد، مردم امیدوارند که شورای نگهبان این امر را اصلاح کند. اما اگر شورای نگهبان قانونی را که مورد رضایت عامه‌ی مردم نبود تأیید کرد، این تصمیم خدشه‌ای بر چهره‌ی نظام حاکم ایجاد می‌کند. یا اگر دادگاه بدوی رأی نادرستی صادر کرد، امیدی هست که دادگاه تجدیدنظر یا سایر مراجع بالاتر آن اشتباه را اصلاح کنند. اما اگر آن‌ها هم تصمیم اشتباه را تأیید کردند، یا تصمیم درست را با تصمیم نادرست جایگزین کردند، این خطا، خدشه‌ای بر چهره‌ی نظام حاکم ایجاد می‌کند. این خدشه‌ها به تدریج چهره‌ی نظام را مخدوش می‌کند.

اگر مردم به دفعات زیاد و در مدت زمانی طولانی و در موارد متعددی به بن‌بست برسند و مرجع بالاتری هم برای اصلاح و گشودن بن‌بست نباشد، سرمایه‌ی اجتماعی حاکمیت ضعیف شده و رابطه‌ی مردم با نظام حاکم سست می‌شود. در این صورت بن‌بست‌ها، گره‌ها و عقده‌های ناگشوده بر روی هم انبار شده و در فرصت‌هایی که معمولاً با پیش آمدن جرقه‌هایی در جامعه ایجاد می‌گردد، منفجر می‌شوند. عدم باور و اعتماد مردم به حاکمیت یکی از عواملی است که باعث می‌شود مردم از حقوق و آزادی‌های مشروع خود در مسیری استفاده کنند، که بر خلاف مسیر حاکمیت است. حاکمیت هم برای این که آن مسیر را عوض کند، تلاش می‌کند در راه مردم موانعی ایجاد نماید. در نتیجه قوانینی تصویب می‌شود، که محدود کننده‌ی حقوق و آزادی‌های مشروع مردم است. و چنین مصوباتی، هر چند تمامی مراحل تصویب را گذرانده است، اما مخالف قانون اساسی و در نتیجه غیر قانونی است. و معلوم است وقتی قانون عادی با قانون اساسی در تعارض باشد، قانون اساسی مقدم است.

۴ - ۵ - ۲ - مشکل دیگر این است که اگر ما برخی از قوانین را بر اساس اصل نه قانون اساسی، غیر قانونی بدانیم، در این صورت ممکن است هرج و مرج پیش بیاید و افراد یا گروه‌هایی ترغیب شوند که اعتبار قوانینی را که با منافع آن‌ها مخالف است، بر همین اساس انکار کنند. چون معنای اصل نه قانون اساسی این است که "سلب آزادی‌های مشروع، هر چند با وضع قوانین و مقررات" ممنوع است، لذا فرض این



است که قانونی تمامی مراحل قانون‌گذاری را طی کرده است. یعنی مجلس، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام و ... و هر مرجعی که قانوناً می‌توانسته در این خصوص اعلام نظر کند، این کار را کرده است و علیرغم تبدیل شدن یک امر به قانون، آزادی‌های مشروع مردم را سلب می‌کند. در این صورت چه مرجعی باید تشخیص دهد که این قانون یا مقررره یا مصوبه آزادی‌های مشروع مردم را سلب کرده است یا خیر؟ چنانچه قبلاً در نوشتارهای متعدد بیان شده است، جای خالی دادگاه قانون اساسی در چنین مواردی احساس می‌شود. مسلماً نمی‌توان گفت کسی که مدعی است قانونی که مجلس تصویب کرده و شورای نگهبان هم درباره‌ی عدم مخالفت آن با شرع و قانون اساسی اظهار نظر کرده، حقوق و آزادی‌های مشروع مردم را سلب کرده است، باید برای اثبات ادعای خود به مجلس یا شورای نگهبان مراجعه کند. بالاتر، اگر فرد یا گروهی مدعی بود مقام رهبری از قانون اساسی سرپیچی کرده و در تصمیماتی که اتخاذ کرده، حقوق و آزادی‌های مشروع مردم را سلب کرده است، باید به چه مرجعی مراجعه کند؟

بنابر اصل صد و پنجاه و شش قانون اساسی "رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات و شکایات" از وظایف قوه‌ی قضائیه است. اما چنین دادگاهی باید فراقوه‌ای باشد، چرا که ممکن است شکایت مربوط به تعدی ارکان نظام و سرپیچی آن‌ها از قوانین باشد. ابزار کار محاکم قضائی قانون است. اما فرض این است که شکایت مربوط به اعتبار قانون است.

در چنین مواردی، مرجعی لازم است، که علاوه بر بهره‌گیری از سرمایه‌ی اجتماعی حاکمیت، صلاحیت حقوقی لازم را جهت تشخیص این امر داشته باشد. در بسیاری از جوامع، دادگاه قانون اساسی وجود دارد. در این جوامع، افراد یا گروه‌هایی که مدعی نقض قانون اساسی هستند، با ضوابط و آیین دادرسی ویژه‌ای به این دادگاه مراجعه می‌کنند و معمولاً این دادگاه‌ها به صورت علنی و با تشریفات خاصی برگزار می‌گردد.



## دو تذکر:

۱ - سرمایه‌ی اجتماعی حاکمیت و متکی بودن به آراء مردم، رکنی است که در تمامی سطوح و مراحل زندگی فردی، اجتماعی، سیاسی یا فرهنگی تعیین کننده است. اگر حاکمیت به مردم متکی نباشد، ده‌ها دادگاه و مرجع هم که باشد، نخواهد توانست جای فقدان رابطه‌ی سالم و اعتماد بین مردم و حاکمیت را بگیرد. هر چه نهادهای عالی و نهایی کشور، بیطرفانه عمل کنند و جانب عدالت را بگیرند و از ورود به سیاست، اقتصاد و فعالیت‌هایی که باعث سلب اعتماد مردم یا گروه بزرگی از آن‌ها می‌شود، خودداری کنند و از گرایش‌های گروهی یا حزبی یا جناحی دورتر باشند و هرچه اعتماد بیشتری بین آن‌ها و مردم وجود داشته باشد، تشنج و تنش کمتری در جامعه ایجاد خواهد شد و طبعا نیاز کمتری به چنین دادگاه احساس خواهد شد. اما امروز به نظر می‌رسد بسیاری از دستگاه‌های حاکمیتی، نه تنها وارد این دسته‌بندی‌ها شده‌اند، بلکه به عنوان عوامل و سخنگویان برخی از جریان‌ها و گرایش‌ها عمل می‌کنند.

۲ - موضوع این نوشتار، قوانین، مقررات و مصوباتی است که توسط مراجع قانونی و با طی تمامی مراحل قانونی تدوین شده و از نظر قانونی و مخصوصا از دیدگاه قانون اساسی، در جامعه لازم‌الاجرا است. اما مقررات و مصوباتی بوفور در جامعه و بین مراجع حاکمیتی وجود دارد، که اصلا توسط مراجع قانونی تصویب و تدوین نشده‌اند و علیرغم بی‌اعتباری قانونی، به شکل قانون، بلکه فراتر از سایر قوانین، اجرا می‌شوند. مصوباتی که توسط شوراهای محاکم، ستادها ... که در قانون اساسی هیچ جایگاهی ندارند و حسب مورد به امور سیاست‌گذاری، تقنین، قضاوت و اجرا می‌پردازند. معلوم است که چنین اموری، اصلا از اعتبار اولیه هم برخوردار نیستند و اصلا نوبت به پرداختن به اوصاف ثانویه‌ی آن‌ها نمی‌رسد.

## خلاصه و نتیجه‌گیری

۱ - از قرن‌ها قبل، قائلین به جواز تصدی حاکمیت توسط فقهاء دو دیدگاه "جمهوری



- اسلامی و "حکومت اسلامی" مطرح بوده است.
- ۲- در دیدگاه "حکومت اسلامی" مردم هیچ نقشی جز فراهم کردن امکان حکومت توسط فقیه جامع شرایط ندارند و نظر آنها هیچ اعتباری در مشروعیت حاکمیت ندارد.
- ۳- در دیدگاه "جمهوری اسلامی" حاکمیت اسلامی دو رکن دارد: جمهوریت و اسلامیت.
- ۴- جمهوریت نظام یک امر عرفی مانند سایر جمهوریه‌های جهان است.
- ۵- ممکن است حاکمیتی جمهوری باشد و اسلامی نباشد. اما ممکن نیست اسلامی باشد و جمهوری نباشد.
- ۶- بر اساس دیدگاه حاکمیت جمهوری اسلامی، حاکمیت فقیه، فقط در صورتی مشروع است که مردم حاکمیت او را بپذیرند.
- ۷- قانون اساسی میثاقی است بین مردم و فقیه، که تخلف از آن ممنوع و نامشروع است.
- ۸- قضات در مواردی به حکم قانون اساسی و در صورت سکوت، اجمال یا نقص قوانین به مبانی شرعی یا فتاوی معتبر یا اصول حقوقی مراجعه می‌کنند. این مراجعه خلاف قانون نیست، بلکه به حکم قانون است.
- ۹- هر قانونی، هر چند تمامی مراحل تصویب و تدوین را گذرانده باشد، اگر حقوق و آزادی‌های مشروع مردم را سلب کرده باشد، فاقد اعتبار است و طبعاً برای مردم لازم‌الاتباع نیست.
- ۱۰- مهم‌ترین راه پرهیز از تحقق قوانینی که حقوق و آزادی‌های مشروع مردم را سلب نماید، سرمایه‌ی اجتماعی و رابطه‌ی نزدیک بین مردم و حاکمیت است.
- ۱۱- اگر چنین قوانین، مصوبات و مقرراتی به وجود بیاید، باید دادگاه قانون اساسی وجود داشته باشد، تا جلو سرپیچی عمومی از قوانین را بگیرد. در غیر این صورت بین مردم و حاکمیت تنش ایجاد خواهد شد و این تنش‌ها به نوبه‌ی خود سرمایه‌ی اجتماعی را کاهش خواهند داد و این دو در هم تأثیر متقابل و تشدید کننده خواهند داشت.



۱۲ - موضوع نوشتار حاضر، قوانین، مقررات و مصوباتی است که تمامی مراحل تدوین و تصویب را در مراجع قانونی بر اساس قانون اساسی طی کرده‌اند. اما مصوبات و مقرراتی که توسط شوراها، محاکم، ستادها ... و مراجعی که جایگاهی در قانون اساسی ندارند، حتی اعتبار اولیه را هم ندارند تا به سایر اوصاف آنها پرداخته شود.





## نقدی بر ورود دادگاه به قرارداد حق الوکاله

### میان وکیل و موکل

(نقدی بر دادنامه شماره ۱۴۰۲۰۹۳۹۰۰۱۱۰۶۳۸۱۸ صادر شده از شعبه دوم

دادگاه عمومی حقوقی شهرستان آران و بیدگل)



سید حمزه خاره  
وکیل پایه یک دادگستری



دکتر محمد صادق چاووشی  
وکیل پایه یک دادگستری  
مدرس دانشگاه

دور فلک یک سره بر منهج عدل است...

#### ۱. پیش‌گفتار

قسمتی از مزرعه ... آران و بیدگل مشمول قانون ملی شدن اراضی و جنگل‌ها می‌گردد. خواهان یکی از وکلای دادگستری در سال ۱۳۹۲ قرارداد وکالت با برخی از سهام‌داران مزرعه یاد شده منعقد می‌نماید تا نسبت به ملی شدن اراضی مزرعه، اعتراض مطرح نماید. در خصوص قرارداد مالی جهت انجام کارهای وکالت نیز، صلح‌نامه‌ای به تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۳ تنظیم می‌گردد. به موجب صلح‌نامه یاد شده، سهام‌داران متعهد می‌شوند بابت حق الوکاله، بهای چهار درصد ارزش زمین را به وکیل پرداخت نمایند. با توجه به اینکه کشاورزان توان پرداخت نداشته‌اند، موضوع تبدیل به ۵۰۰۰ متر مربع از اراضی آزاد شده می‌گردد.

طبق صلح‌نامه موجود، زمین مذکور در یک قسمت مشخص مزرعه تعیین می‌گردد. حسب تقسیم‌نامه عادی مقرر می‌گردد کلیه اراضی موضوع حکم قطعی فی‌مابین کلیه سهام‌داران مزرعه ... به صورت مشاعی تقسیم گردد. خواندگان ردیف اول تا سوم پرونده یاد شده، اقدام به درخواست ثبت مازاد بر قدرالحصه و سهم خود می‌نمایند. از این رو



دعوایی از سوی اصیل خواهان (وکیل پرونده اعتراض به ملی شدن اراضی) مبنی بر اعتراض به پذیرش ثبت و نشر آگهی مطرح می‌گردد. منشا ادعای خواهان مبتنی بر قرارداد و تقسیم‌نامه عادی تنظیمی بوده و درخواست ثبت مازاد را معارض با حقوق خویش و دیگر سهام‌داران اعلام می‌نماید. پرونده به شعبه ... دادگاه عمومی حقوقی شهرستان آران و بیدگل ارجاع می‌شود.

## ۲. چکیده موضوع

۱. خلاصه دادنامه صادر شده از شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی دادگستری شهرستان

آران و بیدگل

... نظر به اینکه خواهان دعوا اساس و مبنای استحقاق مالکیت خود نسبت به اراضی متنازع فیه را، صلح‌نامه مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۳ عنوان داشته است و با مذاقه در صلح‌نامه مشخص می‌گردد قطعه زمین موضوع مورد صلح به خواهان، میزان تقریبی ۵۰۳۰ متر مربع از اراضی ... پلاک ..... بخش ... حوزه ثبتی آران و بیدگل که به صورت مفروز و با حدود اربعه معین از طریق کشاورزان مزرعه ... در ازای مال الصلح (یک میلیون تومان) به ایشان واگذار گردیده است ... دادگاه در راستای مواد ۱۹۹ و ۲۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی پرونده کلاسه ۸۸۰۳۶۲ همین شعبه را که خواهان به عنوان وکیل در آن انجام وظیفه نموده و صلح‌نامه استنادی ایشان به عنوان حق الوکاله در این پرونده تنظیم شده است را جهت بهره برداری قضایی و بررسی وکالت نامه و قرارداد وکالت ایشان، اخذ و موارد مفید و موثر را خارج نویسی نموده است. با بررسی پرونده مشخص می‌گردد خواهان میزان حق الوکاله را این گونه قید نموده: «به شرح قرارداد جداگانه تنظیم خواهد شد» و تمبر مالیاتی به میزان ۱۵ هزار ریال ابطال و الصاق گردیده است. با توجه به میزان تمبر مالیاتی الصاقی مشخص می‌باشد که تمبر بر اساس تعرفه مقرر در دعوای غیرمالی باطل گردیده است ... با کنکاش در محتویات پرونده استنادی، مشخص می‌گردد در وکالت‌نامه‌های ارائه شده در پرونده استنادی، اشاره‌ای به قرارداد و صلح‌نامه عادی مستند دعوای حاضر نشده است و میزان حق الوکاله بر اساس تعرفه



قید شده و تمبر نیز بر اساس همین مبنا باطل شده است. نظر به اینکه بر اساس مواد ۷۸ و ۷۹ نظام نامه قانون وکالت مصوب ۱۳۱۶/۰۳/۱۹ و ماده ۳۴ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵/۱۱/۲۵ که مقرر می‌دارد: «دریافت هر وجه یا مالی از موکل یا گرفتن سند رسمی یا غیررسمی از او علاوه بر میزان مقرر به عنوان حق الوکاله و علاوه بر مخارج لازمه به هر اسم و هر عنوان که باشد ولو به عنوان وجه التزام و نذر ممنوع است و مرتکب به مجازات انتظامی از درجه پنج به بالا محکوم می‌شود و چنین سند التزام در محاکم و ادارات ثبت منشا ترتیب اثر نخواهد بود...» با توجه به اینکه در ما نحن خواهان دعوا مبنای استحقاق خود را صلح‌نامه‌ای که به عنوان حق الوکاله ایشان (علاوه بر آنچه به عنوان قرارداد رسمی وکالت و وکالت‌نامه در پرونده استنادی ارائه نموده است) تنظیم گردیده، قرار داده است، در واقع وکیل با کتمان حقیقت در پرونده استنادی، حق الوکاله بیشتری دریافت نموده است... خواهان با کتمان واقع میزان حق الوکاله قراردادی مذکور در پرونده استنادی را وفق تعرفه اعلام داشته و مطابق تعرفه نسبت به ابطال تمبر دادرسی اقدام نموده است. لازم به ذکر است قانون مالیات‌های مستقیم، وکیل را مکلف نموده است مبلغ حق الوکاله را در وکالت‌نامه قید نماید و همان‌گونه که قرارداد وکالت تابع قانون می‌باشد خود وکالت‌نامه هم باید مطابق مقررات تنظیم شود و ماده ۱۰ قانون مدنی هم ناظر بر قراردادهایی که خلاف موازین و مقررات قانونی نباشد و با توجه به اینکه وکیل در وکالت‌نامه اقرار به وصول همان مبلغ کرده است، دریافت وجه بیشتر از آن ایفاء ناروا می‌باشد و به عبارت دیگر وکیل نمی‌تواند از امتیاز قانونی استفاده کند لکن از تکلیف قانونی فرار نماید و اقدام ایشان خلاف نظم عمومی و نوعی تخلف انتظامی و مصداق فرار مالیاتی می‌باشد. فلذا با عنایت به اینکه ادعای خواهان و مبنای استحقاق ایشان در خصوص مالکیت وی بر اراضی متنازع فیه را منشا ترتیب اثر و ایجادکننده مالکیت برای خواهان نمی‌داند، دعوای خواهان را وارد تشخیص نداده و با استناد به مواد فوق‌الذکر و همچنین ماده ۱۹۷ از قانون آئین دادرسی مدنی، حکم به بطلان دعوای خواهان صادر و اعلام می‌نماید.



۲. خلاصه دادنامه صادرشده از شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان خواهان نسبت به دادنامه صادرشده تجدیدنظرخواهی نموده که پرونده به شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان چنین استدلال می‌کنند: «... با عنایت به اینکه به موجب صلحنامه مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۳ تجدیدنظرخواه از جمله سهام‌داران مشاعی مزرعه و چاه ... موضوع پلاک‌های ... و ... اصلی از بخش ... حوزه ثبتی آران بیدگل می‌باشد و بر خلاف استدلال دادگاه بدوی دلیلی بر بی‌اعتباری صلحنامه مذکور ارائه نگردیده و حسب تقسیم‌نامه عادی و مفاد دادنامه شماره ۱۶۰۴-۳۶۹۹۰-۹۲۰۹۹۷۰ شعبه بیستم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان مقرر گردیده کلیه اراضی بین کلیه سهام‌داران چاه و مزرعه ... بر اساس ۱۸۰۰ سهم حقایبه (چاه) آب مزرعه به قدرالحصه و به صورت مشاعی تقسیم گردد و از توجه به نظریه کارشناسی که طی شرحی اعلام نموده تجدیدنظرخواندگان ردیف اول و دوم و سوم مازاد بر سهم و قدرالحصه خود در پرونده ثبتی مورد مالکیت خود از پلاک ثبتی مذکور تقاضای ثبت داده‌اند که نظریه مذکور مورد اعتراض قرار گرفته و نظریه هیات کارشناسی که اعلام نموده به موجب تقسیم‌نامه اراضی مزرعه بین کشاورزان و مالکان بر اساس ۱۸۰۰ سهم چاه آب موجود تقسیم و از این تاریخ تقسیمات قبلی از درجه اعتبار ساقط و بر اساس سهام هر سه (تجدیدنظرخواندگان ردیف اول و دوم و سوم) نسبت به سهمی که طبق تقسیم‌نامه و پرونده ثبتی داشته‌اند اضافه و مازاد درخواست ثبت نموده‌اند و عملاً با قبول تقاضای ثبت مستدعیان ثبت یادشده در آینده با کسر سهام برای عده‌ای از مالکین ذی حق مواجهه می‌گردد و نظریه هیات کارشناسی مصون از ایراد و اعتراض موجه و موثر باقی مانده و با اوضاع و احوال مسلم قضیه نیز مبیانته نداشته و تجدیدنظرخواندگان ردیف اول و دوم و سوم دلیلی بر مالکیت خود نسبت به مازاد بر سهام خود طبق نظریه کارشناسی ارائه نموده فلذا ... مستنداً به ماده ۳۵۸-۳۵۳-۱۹۸-۵۱۵-۵۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم به ابطال عملیات ثبت املاک مشاعی موضوع آگهی نوبتی شماره ۱۴۱۷ مورخ ۱۴۰۲/۰۲/۰۱ نسبت به مازاد بر سهم مالکیت تجدیدنظرخواندگان



ردیف اول و دوم و سوم بر اساس نظریه هیات کارشناسی و محکومیت آنها بالمناصفه به پرداخت مبلغ ... ریال بابت خسارات دادرسی و حق الوکاله وکیل طبق تعرفه در حق خواهان بدوی صادر و اعلام می گردد...».

### ۳. بررسی و نقد مواد استنادی در دادنامه شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی آران و بیدگل

در ادامه، ایرادهای وارد و ناظر بر استدلال مندرج در دادنامه بدوی صادرشده و انعکاس آن در آیینہ قوانین و مقررات پرداخته می شود.

۱. به موجب ماده ۳۴ قانون وکالت: «دریافت هر وجه یا مالی از موکل یا گرفتن سند رسمی یا غیر رسمی از او علاوه بر میزان مقرر به عنوان حق الوکاله و علاوه بر مخارج لازمه به هر اسم و هر عنوان که باشد ولو به عنوان وجه التزام و نذر ممنوع است و مرتکب به مجازات انتظامی از درجه پنج به بالا محکوم می شود و چنین سند و التزام در محاکم و ادارات ثبت منشأ ترتیب اثر نخواهد بود - در صورتی که وکیل این عمل را به طور حيله انجام دهد مثل اینکه پول یا مال یا سندی در ظاهر به عنوان دیگر و در باطن راجع به عمل وکالت باشد و یا در ظاهر به اسم شخص دیگر و در باطن برای خود بگیرد کلاهبردار محسوب و مورد تعقیب جزایی واقع خواهد شد».

چنانچه قائل به ماده ۳۴ قانون یاد شده باشیم، به صراحت اعلام داشته است «علاوه بر میزان مقرر» ممنوع است. وکیل بر اساس میزان مقرر حق الوکاله خود را دریافت داشته تا آنجا که بالغ بر ۱۵۰ نفر ذیل صلحنامه نام برده (در یک قسمت مشخص و مفروز مزرعه با لحاظ نمودن سهم مشاع برای آن و با مستثنی نمودن آن از اراضی موضوع تقسیمنامه بین کلیه سهامداران) امضا نموده که خود دلیلی بر این است که وکیل بیش از میزان مقرر حق الوکاله دریافت نموده است چرا که اگر بیشتر بود قطعاً سهامداران مزرعه صلحنامه یاد شده را امضا نمی نمودند. این حجم امضای ذیل سند یاد شده عینی ترین دلیل علیه صاحبین امضا می باشد.

۲. خواهان با انجام کار مورد تعهد - که وکیل طرح دعوا و دفاع از حقوق مورد نظر



موکلان دعوای سابق است- استحقاق حق الوکاله را داشته و دارد؛ ماده ۳۴ قانون وکالت ناظر به زمانی است که وکیل بعد از انعقاد قرارداد وکالت، علاوه بر حق الوکاله مقرر یا مورد توافق بین طرفین، سند رسمی یا عادی دیگری که متضمن التزام موکل به دادن وجه بیشتر یا انجام تعهد دیگر ملتزم نماید انجام دهد؛ به طور مثال در قرارداد فی مابین طرفین به صورت توافقی حق الوکاله مبلغ ۳۰ میلیون تومان تعیین می گردد اما مجدداً وکیل به موکل اعلام می نماید که علاوه بر آن سند یک وسیله نقلیه به نام وکیل منتقل یا سند عادی ملک دیگر نیز علاوه بر میزان مقرر اولیه مطالبه و دریافت نماید.

۳. توافق بعدی میان موکل و خواندگان، مشمول ماده ۳۴ قانون یاد شده نبوده و مصداق تبدیل تعهد می باشد. کاستن یا افزودن مبلغ حق الزحمه بعد از انجام تعهد وکیل به قصد و اراده وکیل و موکل بستگی دارد. در فرض حاضر، توافق وکیل و موکل، پرداخت بهای ۴ درصد از ارزش روز ملک بعد از صدور حکم نهایی بوده است که پس از صدور حکم نهایی به علت اینکه موکلین امکان پرداخت بهای فوق الاشعار را نداشته اند و دارای تعذر در پرداخت ریالی حق الوکاله بودند در قالب تبدیل تعهد اقدام به تنظیم صلح نامه مورخ ۱۳۹۲ (یک سال بعد از صدور حکم) گردیده اند. تنظیم صلح نامه حاضر حاکی از اقرار موکلین مبنی بر بدهی ریالی به وکیل بوده که اشتغال ذمه موکلین به وکیل از این طریق بری گردیده است.

۴. تنظیم صلح نامه دلالت بر عدم پرداخت حق الوکاله می نماید و این حاکی از مدیونیت موکلین به وکیل می باشد. از این رو استناد به ماده ۳۴ قانون وکالت در دعوای حاضر خروج حکمی و موضوعی داشته و دارد تا آنجا که نمی توان استدلال نمود که وکیل در مدعی به نیز مداخله نموده است؛ چرا که صلح نامه، یک سال بعد از صدور حکم نهایی تنظیم گردیده است و مال موکلین تبدیل به محکوم به شده تا آنجا که چون توانایی پرداخت بهای آن را نداشته اند و دارای تعذر بودند چنین تبدیل تعهدی صورت پذیرفته است. از سوی دیگر تنظیم صلح نامه حاکی از رفع نزاع موجود جهت پرداخت حق الوکاله وکیل بوده و دارای اعتبار و نافذ است.

۵. نگاهی به وضع ماده ۱۰۴ قانون مالیات های مستقیم هم راهگشاست و در آن نوعی



تعیین تکلیف شده است. محتوای ماده مزبور مقرر می‌دارد: اگر در جریان رسیدگی در دادگاه ثابت شود حق الوکاله وکیل بیش از مبلغی بوده است که در وکالت‌نامه نوشته و بر اساس آن تمبر مالیاتی ابطال شده است مدیر دفتر دادگاه مکلف است مراتب را به اداره دارایی اعلام کند تا مابه تفاوت مالیات را وصول کنند و الا ضمانت اجرای عدم اعلام مبلغ دقیق حق الوکاله، اسقاط حق وکیل در مطالبه و وصول حق الوکاله نیست. حقوق دانان محترم، قطعاً آگاه هستند که شأن قاضی اجل از مامور و ممیز مالیاتی است. بنابراین در پرونده استنادی، وکیل هیچ‌گونه تکلیف قانونی مبنی بر پرداخت مالیات و سهم صندوق وکلای دادگستری را در آن زمان نداشته است، چرا که در آن زمان (۱۲ سال پیش) هیچ‌گونه وجهی از ناحیه موکلین به ایشان پرداخت نگردیده است تا تکلیف قانونی جهت پرداخت مالیات داشته باشند.

۶. فصل ششم از آیین‌نامه نظام نامه قانون وکالت مصوب ۱۳۱۶ و اصلاحات بعدی آن تحت عنوان «نظام‌نامه مربوط به حق الوکاله و هزینه مسافرت» مشتمل بر ۱۰ ماده از ماده ۷۱ تا ۸۰ آیین‌نامه مذکور است. ماده ۸۰ این آیین‌نامه چنین است «شرکت در مدعی به برای وکلای عدلیه ممنوع است و متخلف به مجازات انتظامی از درجه ۴ به بالا محکوم می‌شود و در صورتی که ثابت شود این عمل به طور ساختگی و حيله انجام یافته از قبیل آن که شرکت در مدعی به به نام دیگری است و در باطن مربوط به خود وکیل می‌باشد مجازات وکیل متخلف از درجه ۵ به بالا خواهد بود». به موجب تصویب مقررات لاحق، این فصل از مقررات آیین‌نامه مذکور دارد.

۷. توافق وکیل و موکل ارتباط به میزان مالیات ندارد؛ اساساً انواع مختلف قرارداد در حوزه‌های گوناگون غیر از وکالت منعقد و مبنای حقوق خصوصی طرفین می‌شود که ممکن است مالیات آن متناسب با مبلغ نباشد یا یکی از طرفین همچنان مدیون دولت باقی بماند؛ نه در قواعد عمومی قراردادها و نه در قانون مالیات‌های مستقیم، کمترین اشاره‌ای که رابطه حقوق خصوصی به جهت عدم پرداخت مالیات باطل یا حتی غیر نافذ باشد، وجود ندارد. لذا اصرار بر بطلان قرارداد بدون توجیه و دلیل قانونی، فاقد اعتبار است.



۸. رویه‌ای که در حال حاضر در بعضی از محاکم به صورت ناصواب شکل گرفته، استناد به بند ۲۹ ماده ۷۶ آیین نامه قانون وکالت ۱۴۰۰ است با این تفسیر که اگر اقدام و عمل وکیل در اخذ حق الوکاله از محکوم به قبل از ۱۴۰۰ برگردد منعی ندارد (مثل صلح نامه دعوی حاضر) و الا وکیل با مانع قانونی یادشده مواجه است؛ در حالی که این جهت گیری نیز دارای اشکال است، چرا که طبق بند ۸ ماده ۷۶ آیین نامه موصوف تنظیم قراردادهای خصوصی در چهارچوب ماده ۱۹ لایحه استقلال بلامانع است و از سوی دیگر، هرگاه وکیل، درصدی از بها یا ارزش محکوم به را حق الوکاله قرار دهد، هیچ منع قانونی وجود ندارد و فقط از باب رعایت شأن وکیل، ماده ۷۶ تنظیم گردیده است.

#### ۴. نتیجه گیری

استنباط حقوقی باید برخواسته از روح کلی حاکم بر قوانین باشد. تفاسیر شکل گرفته در بعضی از محاکم برخلاف روح قانون و تاریخ تحولات این موضوع می باشد. در بند ۷ ماده ۷۶ آئین نامه قانون وکالت (مصوب ۱۴۰۰) به عنوان آخرین اراده قانون گذار، تنظیم قرارداد الحاقی مانعی ندارد و صلح نامه یاده شده را می توان نوعی قرداد الحاقی نیز تلقی کرد؛ آنچه در وکالت نامه اولیه قید شده حق الوکاله طی قرارداد جداگانه تنظیم خواهد شد. آن چنان که در حال حاضر نیز در قراردادهای الکترونیک (بند سی ام) موکل به وکیل می تواند اختیار دهد که مانده حق الوکاله خود را از محکوم به احتمالی برداشت نماید. بنابراین در تفسیر قوانین و مقررات، بایستی با چشمانی بازتر به تحولات و شرایط نگاه شود.





# قانون جدید الزام و تحول در داوری قراردادهای پیش فروش: از الزام به اختیار



محمد طباطبایی نیک  
مولف، مدرس و داور حقوقی

## چکیده

وجود ماده ۲۰ و بند ۱۰ از ماده ۲ در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ که الزامی بودن داوری در قراردادهای پیش فروش ساختمان را بیان می‌کرد، موجبات چالش و بحث فراوانی را فراهم کرده بود. آرای قضایی متناقض در اعتقاد به اجباری بودن و در مقابل نظرات و آرای بر غیرالزامی بودن داوری در قراردادهای پیش فروش از جمله آنهاست. این دو بند قانونی، شیوه حل اختلافات در قراردادهای داوری را الزاماً داوری در نظر گرفته بود. علت عمده اختلافات و تفسیرها و تعبیرهای گوناگون هم به ماهیت انتخابی داوری باز می‌گردد. یعنی از آنجا که مطابق اصول حقوقی و قوانین جاری در کشور و اکثر جوامع جهان، طرفین یک قرارداد در انتخاب داوری به عنوان شیوه حل و فصل اختلاف کاملاً آزاد هستند، بنابراین نگاه به این دو بند قانونی، نگاهی تردیدآمیز بود. تردیدی که حکایت از یک بام و دو هوای ایجادی توسط قانونگذار بود. داوری شیوه‌ای مدرن و در عین حال کهن در حل و فصل اختلافات و در موازات با محاکم دادگستری؛ این طرفین اختلاف هستند که انتخاب نهایی را خواهند داشت. به داوری بروند و از مزایای آن بهره ببرند، یا اینکه به شیوه عادت همیشگی به دادگستری



مراجعه نمایند. و صد البته عادت‌ها که طی کمتر از یک صد سال گذشته ایجاد شد. در هر صورت قانون گذار در قانون الزام به تنظیم سند رسمی اموال غیرمنقول مصوب اردیبهشت ۱۴۰۳ تکلیف این بلا تکلیفی را روشن ساخت و الزام داوری را از قراردادهای پیش فروش برداشت. از آنجا که متأسفانه عده‌ای دانسته یا نادانسته، در مقابل توسعه داوری ایستادگی می‌کنند، با تصویب و اجرایی شدن این قانون، شاید شائبه این ایجاد شود که منظور قانون گذار، حذف و ممنوعیت داوری در قراردادهای پیش فروش باشد. موضوع تبیین ضرورت وجود داوری و صد البته آزادی تصمیم‌گیری طرفین در انتخاب شیوه داوری در قراردادهای پیش فروش ساختمان، موضوع بحث این متن حقوقی است.

واژگان کلیدی: داوری - داوری حقوقی - داوری اجباری - قانون پیش فروش - قانون الزام به ثبت رسمی اموال غیرمنقول

## مقدمه

انتخابی بودن شیوه داوری یک اصل مسلم و انکارناپذیر است. اصولاً طعم لذت بخش داوری، بر مبنای تصمیم طرفین اختلاف بر انتخاب این شیوه جهت حل اختلاف است که معنای واقعی به خود می‌گیرد. اما هر چقدر اعمال حاکمیت اراده و تصمیم‌گیری اصحاب داوری در انتخاب شیوه داوری و انتخاب داور کمتر شود، از میزان دست‌یابی به هدف غایی داوری محروم‌تر خواهیم شد. هدفی که همراه با کاستن از تشریفات، تسریع در رسیدگی و رسیدن به تصمیم‌نهایی بر پایه عدالت تخصصی و با هزینه کمتر صورت می‌گیرد.

اما اینکه حاکمیت دولتی، کم‌کم بخشی از داوری را که قطع به یقین می‌بایست نهادی کاملاً مردمی باشد را دولتی و اجباری نماید، موضوعی است که نباید به راحتی از آن گذشت. که صد البته سال‌هاست که از آن گذشته‌اند و حتی تبدیل به قانون هم شده است. قوانینی که داوری اجباری را بنا نهاده است. مصادیق داوری اجباری مثل بند ۱۴ ماده ۵۷ قانون بخش تعاونی اقتصاد مصوب ۱۳۷۰ یا هیات داوری موضوع



قانون بازار اوراق بهادار (که البته برخی نویسندگان آن را داوری به معنای خاص نمی‌دانند و صرفاً به عنوان مرجع قانونی خارج از دادگستری محسوب می‌نمایند).<sup>۱</sup> یا مورد دیگر ماده ۱۴ لایحه قانونی مربوط به تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره مصوب ۱۳۳۶<sup>۲</sup> و ماده ۵ قانون توسعه ی صنایع پتروشیمی مصوب ۱۳۴۴ و نیز ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ را می‌توان نام برد. قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۶ و ماده ده قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ را می‌توان نام برد. اما در مورد ماده ۲۰ و بند ۱۰ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹؛ در اینکه شیوه داوری به عنوان یکی از روش‌های حل و فصل‌کننده اختلافات در قراردادهای پیش فروش اجباری است یا خیر، اختلاف نظر وجود داشت. قانون جدید الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول مصوب ۱۴۰۳ این موضوع را حل کرد. اینک درباره اینکه آیا این حذف داوری به معنای داوری پذیر نبودن این اختلافات است یا اینکه صرفاً اجبار بر داوری در قراردادهای پیش فروش برداشته شد و قانون‌گذار اختیار انجام داوری را در این قراردادها ایجاد کرد، بررسی خواهیم کرد.

بر این اساس، دو سوال اساسی زیر را در این مقاله مورد بررسی قرار می‌دهیم؛  
 ۱ - آیا این حذف به معنای ممنوعیت داوری در قراردادهای پیش فروش است یا صرفاً اجباری بودن برداشته شده و طرفین قرارداد پیش فروش مخیر و آزاد در انتخاب شیوه حل اختلاف از طریق داوری هستند؟  
 ۲ - حذف اجباری بودن داوری در قرارداد پیش فروش چه تاثیری در توسعه داوری و اقبال عمومی به این مقوله خواهد داشت.

## بخش اول - درباره اصل حاکمیت اراده طرفین و داوری‌های اجباری

### ۱ - اجباری بودن داوری اصل است یا اختیاری بودن آن؟

داوری یک مقوله ارجاع امر به داوری علی‌الاصول اختیاری، یعنی مبتنی بر توافق

۱. حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی - دکتر عبدالله خدابخشی - صفحه ۱۱۵  
 ۲. ماده چهاردهم - اختلافاتی که بین شرکت ملی نفت ایران و طرف‌های دیگر پیش آید چنانچه از طریق مذاکره دوستانه به نحوی که در هر قرارداد پیش‌بینی خواهد شد رفع نشود از طریق سازش و داوری حل خواهد شد.



طرفین است. در عین حال در بعضی موارد قانون گذار درخواست یکی از طرفین در ارجاع امر به داوری را کافی دانسته و دادگاه را مکلف به اقدام در این خصوص نموده است.<sup>۳</sup> به عبارت دیگر این اختیاری بودن انتخاب شیوه داوری و آزادی عمل در تعیین داور است که داوری را از شیوه مراجعه به محکمه دولتی متمایز می سازد. چرا که اگر قرار بر این بود که اجبار در کار باشد و هیچ انتخاب و رقابتی در اجرای هر چه بهتر داوری نباشد که چه جایی بهتر از دادگستری؟! محکمه قضایی جایی است که بر اساس اصل ۳۴ قانون اساسی<sup>۴</sup> و اصل ۱۵۹ قانون اساسی<sup>۵</sup> تشکیل شده است و به صورت تخصصی در واحدهای تخصصی در حال رسیدگی می باشد. این تخصص ها هر روز هم در حال افزایش است. تشکیل محاکم مخصوص موضوعات مالکیت فکری یا موضوعات دعاوی تجاری شرکتها را می توان قدم های خوبی در این مسیر نام برد. بنابراین با همه تلاش ها و پیشرفت هایی که برای هر چه بهتر اجرا شدن عدالت در محاکم قضایی صورت گرفته است، اما وضعیت کنونی سیستم قضایی در کشور و اطلاعاتی که در رسیدگی ها وجود دارد و نتیجه اش صف طولانی طرح دعاوی متعدد، حکایت از ضرورت بر تغییر دارد. تغییری که ابتدا باید در فرهنگ این جامعه صورت گیرد و در ادامه تغییری که باید در شیوه های کار صورت گیرد.

با این همه واضح است که اگر انتخابی بودن داوری را از آن بگیریم، در اصل خواسته ایم آب خشک ایجاد نماییم. همان طور که خیس بودن آب بخش جدایی ناپذیر آب است و مربوط به ذات آن است، انتخابی بودن داوری هم از ذات آن است و نمی توانیم بدون انتخابی بودن داوری، خصوصا در انتخاب شخص داور، یک عدالت تمام عیار از طریق داوری را از آن انتظار داشته باشیم.

داوری چنانچه ناشی از تراضی و قرارداد طرفین در ارجاع موضوع به داوری نباشد

۳. آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، جلد سوم، دکتر عبدالله شمس، صفحه ۵۰۵.

۴. اصل ۳۴ - دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می تواند به منظور دادخواهی به دادگاه های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاهها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.

۵. اصل ۱۵۹ قانون اساسی: مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است. تشکیل دادگاهها و تعیین صلاحیت آن ها منوط به حکم قانون است.



و ارجاع به داوری به حکم قانون صورت گیرد، داوری اجباری نام دارد.<sup>۶</sup> اجباری بودن داوری یک استثناء است و اصل بر داوری اختیاری است. یعنی طرفین یک قرارداد یا اصحاب یک اختلاف از بین شیوه‌های حل و فصل اختلافات تصمیم به داوری می‌گیرند. اما قانون‌گذار در ایران در مواردی داوری اجباری را لحاظ کرده است. اینکه داوری اجباری خلاف اصل است و باید تفسیر مضیق شود.

قانون اساسی در اصل ۱۵۹<sup>۷</sup> اختیار تمام عیاری را در انتخاب شیوه حل و فصل اختلاف قرار داده است. همین اصل مطابق ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی<sup>۸</sup> به نوعی تخصیص خورده است و قانون آیین دادرسی مدنی اختیار ارجاع اختلاف به داوری را با وجود اصل ۱۵۹ قانون اساسی در نظر گرفته است.

## ۲ - مصادیق داوری اجباری در سیستم قضایی حال و حاضر ایران

در ایران داوری اجباری به دو شیوه مطرح شده است: نوع اول این است که برخی از اختلافات به تجویز قانون الزاماً به داوری ارجاع می‌شود. نوع دوم این است که طرفین یک قرارداد به موجب قانون ملزم می‌شوند که در قرارداد خود شرط داوری را درج نمایند.<sup>۹</sup>

منظور از داوری اجباری در حقوق ایران، نوعی از داوری است که قانون موضوع اختلاف را به داوری ارجاع می‌کند و طرفین دعوی نقشی در این امر ندارند و حل مسئله به وسیله داوری ناشی از اراده آن‌ها نیست.<sup>۱۰</sup> هر چند تعداد این چنین داوری‌ها به نسبت عناوین و تنوع قراردادها بسیار کم است اما همین میزان پایین نیز قابل بررسی و تامل برانگیز است. همچنین با لحاظ اینکه برخی از این موارد در شرایط فعلی منسوخ شده است، اما علت پذیرش اجباری بودن چنین داوری‌هایی می‌بایست مورد

۶. شرحی بر قانون داوری تجاری بین المللی ایران، همایون مافی، انتشارات دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، صفحه ۵۴.

۷. صل یکصد و پنجاه و نهم: مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است. تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است.

۸. ماده ۱۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی: در صورتی که تعیین طرف مقابل برای درخواست کننده تامین دلیل ممکن نباشد، درخواست تامین دلیل بدون تعیین طرف پذیرفته و به جریان گذاشته خواهد شد.

۹. داوری تجاری بین المللی - دکتر عبدالحسین شیروی - انتشارات سمت - چاپ چهارم - زمستان ۱۳۹۳ - صفحه ۲۴.

۱۰. حدود مداخله اراده طرفین، داور و دادگاه در داوری اجباری در حقوق ایران و فرانسه ... (عزیزیانی و یکتایی)



بررسی قرار گیرد تا علت وجود آن بدست بیاید. این کار از تکرار قانون گذاری در جهت اجباری نمودن برخی داوری ها جلوگیری می نماید. برخی عناوین قوانینی که داوری اجباری را در حقوق ایران احصاء می نماید به شرح ذیل است؛

الف - قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ و ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان:

سازمان مدیریت و برنامه ریزی در اجرای ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه<sup>۱۱</sup>، مجموعه اول حاکم بر پیمان کاری طرح های عمرانی مربوط به ساخت و ساز ابنیه و مستحدمات را تحت عنوان موافقت نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان در ۵۴ ماده برای کلیه دستگاه های اجرایی، مهندسان مشاور و پیمانکاران ارسال می کند. مقررات مزبور به عنون یک نمونه کامل قرارداد، متضمن کلیه ضوابط و مقررات مربوطه است که باید در قراردادهای طرح های عمرانی تکمیل و به وسیله طرفین امضاء شود و کلیه مفاد آن به عنوان سند مورد توافق اجرا گردد. در صدر ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان آمده است: "الف - هر گاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید، دو طرف می توانند برای حل سریع آن، قبل از درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری طبق بند (ج) بر حسب مورد، به روش تعیین شده در بندهای ۱ و ۲ عمل نمایند." در خصوص ماده فوق در رویه قضایی دو دیدگاه وجود دارد؛ برخی معتقدند لفظ «می تواند» در این ماده حاکی از اختیاری بودن ارجاع اختلاف است. در مقابل، عده ای معتقدند اگر چه ماده ۵۳ در ظاهر مراجعه به داور را اختیاری دانسته، اما الزامی بودن گنجاندن این شرط در قرارداد و همچنین کفایت مراجعه یکی از طرفین برای درخواست انجام داوری سبب اجباری دانستن شرط داوری در این قراردادها می گردد. اگر دیدگاه دوم پذیرفته شود دیگر نمی توان داوری مقرر در شرایط عمومی پیمان را ماهیتا داوری دانست.<sup>۱۳</sup>

۱۱. ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه - سازمان برای تعیین معیارها و استانداردها همچنین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرح های عمرانی آیین نامه ای تهیه و پس از تصویب هیات وزیران بر اساس آن دستورالعمل لازم به دستگاه های اجرایی ابلاغ می نماید و دستگاه های اجرایی موظف به رعایت آن می باشند.

۱۲. حقوق داوری کاربردی - علی علی دادی ده کهنه - ابوذر جوهری - صفحه ۱۷۶

۱۳. حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی - دکتر عبدالله خدابخشی - صفحه ۱۷۳.



ب - قانون نفت - مصوب هشتم مردادماه ۱۳۵۳ با اصلاحات و الحاقات بعدی:

ماده ۲۳ قانون نفت مصوب ۱۳۵۳ بیان می‌دارد؛ "اختلافاتی که بین شرکت ملی نفت ایران و طرف‌های قرارداد پیش آید هرگاه از طریق مذاکره دوستانه بنحوی که در هر قرارداد پیش‌بینی خواهد شد رفع نشود از طریق داوری حل خواهد شد. مقررات مربوط به ارجاع اختلافات به داوری در هر قرارداد بنحو مقتضی پیش‌بینی می‌گردد. آئین رسیدگی در مورد داوری مطابق قوانین ایران و محل داوری تهران خواهد بود مگر آنکه بعد از بروز اختلاف طرفین قرارداد نسبت به محل دیگری توافق نمایند. اعتبار و تفسیر و اجرای قراردادها تابع قوانین ایران خواهد بود." به نظر می‌رسد بخش پایانی ماده که امکان توافق طرفین در انجام حل اختلاف در محل دیگر را ممکن می‌سازد، خالی از ابهام نیست. چرا که مشخص نیست که منظور قانون‌گذار از محل دیگر، انجام به شیوه دیگر مثل مراجعه به مرجع قضایی است یا اینکه در محل دیگری داوری نمایند. در هر صورت این چنین داوری، از لحاظ ماهیت داوری اجباری است، چرا که تجربه نشان داده است، در زمانی که بین طرفین اختلاف حادث شده است، عملاً امکان توافق بر تغییر شیوه یا تغییر مکان یا هر نوع توافق دیگری امکان پذیر نمی‌باشد.

ج - قانون توسعه صنایع پتروشیمی مصوب بیستم تیرماه ۱۳۴۴:

ماده ۵ قانون توسعه صنایع پتروشیمی بیان می‌دارد: اختلافاتی که بین شرکت ملی صنایع پتروشیمی و طرف‌های دیگر پیش آید چنانچه از طریق مذاکره دوستانه به نحوی که در هر قرارداد پیش‌بینی خواهد شد رفع نشود از طریق سازش و داوری حل خواهد شد. مقررات مربوط به ارجاع اختلافات به سازش و داوری در هر قرارداد به نحو مقتضی پیش‌بینی می‌گردد.

د - قانون مربوط به تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره

مصوب هفتم مرداد ماه ۱۳۳۶:

ماده ۱۴ این قانون بیان می‌دارد: اختلافاتی که بین شرکت ملی نفت ایران و طرف‌های دیگر پیش آید چنانچه از طریق مذاکره دوستانه به نحوی که در هر قرارداد پیش‌بینی خواهد شد رفع نشود از طریق سازش و داوری حل خواهد شد. مقررات مربوط به



ارجاع اختلافات به سازش و داوری در هر قرارداد به نحو مقتضی پیش بینی می گردد. و - قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب هفدهم فروردین ماه ۱۳۷۹:

ماده ۲۰ - رسیدگی، اظهار نظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هریک از تصمیمها در امر واگذاری در صلاحیت هیأت داوری است و این موضوع در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام قید می شود و به امضای طرفین قرارداد می رسد.

ه - قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران مصوب سیزدهم شهریورماه ۱۳۷۰:

بند سه ماده ۵۷ این قانون بیان می دارد: ۳ - حل اختلاف و داوری در محدوده امور مربوط به تعاونیها به صورت کدخدا منشی و صلح مابین اعضاء و اتحادیهها و بین تعاونیها و اتحادیهها.

ن - قانون پیش فروش ساختمان مصوب دوازدهم دی ماه ۱۳۸۹ (بررسی مواد قبل از تصویب قانون الزام مصوب ۱۴۰۳):

داوری در قانون پیش فروش نیز تا قبل از تصویب قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول مصوب اردیبهشت ۱۴۰۳، یکی از انواع داوری اجباری بود. ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان قبل از تصویب و اجرای قانون الزام بیان می دارد: کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجراء مفاد قرارداد پیش فروش توسط هیات داوران متشکل از یک داور از سوی خریدار و یک داور از سوی فروشنده و یک داور مرضی الطرفین و در صورت عدم توافق بر داور مرضی الطرفین یک داور با معرفی رئیس دادگستری شهرستان مربوطه انجام می پذیرد. در صورت نیاز داوران می توانند از نظر کارشناسان رسمی محل استفاده نمایند.

آیین نامه اجرایی این ماده توسط وزارت راه و شهرسازی و وزارت دادگستری تهیه و به تایید هیات وزیران خواهد رسید. داوری موضوع این قانون تابع مقررات آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب خواهد بود.



بند ده ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان قبل از تصویب و اجرای قانون الزام بیان می‌دارد: معرفی داوران

موارد حذف شده بر اساس ماده ۱۵ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب ۱۴۰۳ اعمال شده است که این ماده قانونی بیان می‌دارد: «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، ... اصلاحات زیر در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ با اصلاحات بعدی انجام می‌شود: ... بند سه - ... در ماده (۱۴) عبارت «با کسب نظر هیات داوری مندرج در ماده (۲۰) این قانون» ... بند (۱۰) ماده (۲) و مواد (۲۰) ... حذف می‌شوند.» اجباری بودن داوری در قراردادهای پیش فروش قبل از تصویب قانون الزام، موضوعی چالش برانگیز بود و برخی اعتقاد به اجباری بودن و عده‌ای به اختیاری بودن این داوری در قراردادهای پیش فروش معتقد بودند.

### ۳ - داوری ناپذیری؛ موجبات محدود شدن حاکمیت اراده طرفین قرارداد

هر چند داوری ناپذیری را به عنوان داوری اجباری محسوب نمی‌کنیم، چرا که بر عکس اجبار به عدم داوری است. اما از آن جهت که محدودیتی در تصمیم‌گیری طرفین قرارداد در شیوه حل اختلاف محسوب می‌شود، قابل تامل و بررسی می‌باشد. به طور کلی آزادی اراده در روابط خصوصی افراد باید تا حد زیادی پررنگ شود. یعنی قانون‌گذاری و برقرار قواعد باید به سمتی برود که تا حد ممکن و تا جایی که نظم عمومی را در مخاطره قرار ندهد، نباید محدودیتی در روابط خصوصی افراد ایجاد نماید. خصوصاً اینکه شیوه حل اختلاف که طرفین و کسب و کارشان عمدتاً در چالش و اختلاف قرار گرفته است. بنابراین از آنجا که هدف این مقاله به چالش کشیدن موضوعات اجباری و اختیاری بودن داوری در قراردادها و مراودات است، بنابراین به این موضوع نیز می‌پردازیم.

برخی از مواردی که امکان داوری در اختلافات خصوصی افراد وجود ندارد، بدین شرح است:

الف - موارد منع داوری مصرح در ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی:



ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی بیان می‌دارد: ”دعاوی زیر قابل ارجاع به داوری نیست: ۱ - دعاوی ورشکستگی ۲ - دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب“ مطابق این موارد که به نظر می‌رسد بیشتر مربوط به نظم عمومی است، توسط قانون‌گذار به صراحت منع داوری شده است.

## ب - دستور موقت و تامین خواسته:

این دو نهاد مهم حقوقی در قانون آیین دادرسی مدنی و در باب هفتم که مربوط به داوری است، اشاره‌ای به آن نشده است. در رویه قضایی فعلی نیز دستور موقت و تامین خواسته در داوری جایی ندارد. علی‌رغم آن مطابق مواد ۹ و ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، هر دو نهاد دستور موقت و تامین خواسته، توسط داور و دادگاه همزمان قابل رسیدگی و صدور می‌باشد. بنابراین این دو نهاد حقوقی در داوری‌های داخلی، الزاما می‌بایست در مراجع قضایی رسیدگی شود و امکان داوری در این موارد در داوری داخلی وجود ندارد.

ماده ۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی: هریک از طرفین، قبل یا حین رسیدگی داوری می‌تواند از رییس دادگاه موضوع ماده ۶ صدور قرار تامین و یا دستور موقت را درخواست نماید.

ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی: ”داور“ می‌تواند در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج به تعیین تکلیف فوری است، به درخواست هر کدام از طرفین دستور موقت صادر نماید، مگر آن که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند ”داور“ می‌تواند مقرر نماید که متقاضی تأمینی مناسب بسپارد. در هر دو صورت چنانچه طرف دیگر تأمینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد ”داور“ از دستور موقت رفع اثر خواهد کرد.

## ج - رسیدگی به دعوی اعسار از محکوم به:

رسیدگی به دعوی اعسار دقیقا یکی از مواردی است که در قانون از داوری ناپذیری آن صحبتی نشده است. اما رویه، قطع به یقین آن را در صلاحیت مرجع قضایی مفروض می‌دارد. هر چند مطابق ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی، به داوری



ناپذیری اشاره‌ای نشده است، اما در ماده ۱۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی که بیان می‌دارد "دعوی اعسار در مورد محکوم به در دادگاه نخستین رسیدگی کننده به دعوی اصلی یا دادگاه صادر کننده اجرائیه و به طرفیت محکوم له اقامه می‌شود. بر همین اساس، دعوی اعسار را از آنجا که به عنوان دعوی که صرفاً به وضعیت مالی محکوم علیه رسیدگی می‌شود و در اصل اختلاف طرفین در این دعوا مدنظر نمی‌باشد، بنابراین در صلاحیت دادگاه دانسته شده است. اما در پاسخ و در دفاع از صلاحیت داوری باید گفت، در زمانی که طرفین هرگونه اختلاف و تفسیر و حتی مواردی در پیرامون قرارداد و اختلاف را به داوری ارجاع داده باشند، دعوی اعسار و تعیین وضعیت مالی بدهکار را نیز باید داوری رسیدگی و اعلام نظر نماید.

#### د - دعوی مربوط به اختلافات کار و کارگر:

با وجود تصویب قانون آیین دادرسی کار در تعداد ۱۳۵ ماده در تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۷ و بیان کلیه امور مربوط به موارد شکلی رسیدگی و صدور آراء در هیات‌های تشخیص و حل اختلاف، لیکن به موضوع داوری و رسیدگی توسط داور اشاره نشده است. رویه ادارات کار و محاکم برقرار در آن نیز به همین شیوه عمل می‌نمایند. حتی در صورتی که طرفین شرط داوری رسیدگی به کلیه اختلافات را در قرارداد درج نموده باشند نیز محاکم ادارات کار خود را صالح به رسیدگی و صدور رای می‌دانند و رای را نیز صادر می‌نمایند. هر چند نباید ناگفته بماند که رسیدگی به اختلافات مربوط به خسارات را می‌توان در داوری انجام داد که مشروط به درج چنین شرطی در قرارداد بین کارگر و کارفرما می‌باشد.

#### بخش دوم: قانون جدید الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول

#### مصوب اردیبهشت ۱۴۰۳

پس از طی فراز و نشیب‌ها و کشمکش‌های زیاد در مورد مبانی فقهی و اصولی در مورد محدود ساختن اراده طرفین قرارداد در تنظیم سند رسمی و بعد از تصویب قانون در مجلس در تاریخ ششم آذرماه ۱۴۰۱ و رفت و برگشت‌های فراوان، بالاخره این قانون



در ۲۶ اردیبهشت ماه ۱۴۰۳ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب شد. اما و اگرهای زیاد پیرامون این قانون وجود دارد و همه صاحب نظران در حال ارائه نظرات خود در این زمینه هستند. از نحوه قانون گذاری مبهم تا موضوع به موقع نبودن این قانون در شرایط کنونی و نیز فقدان زیرساخت های لازم برای اجرای آن را می توان نام برد. اما از همه این موضوعات که بگذریم، مهم ترین بحث اتفاقاتی است که با اجرای این قانون در جامعه رخ خواهد داد. اتفاقاتی که عمدتاً صدایش خیلی بعدها طنین انداز خواهد شد که قطعاً قانون گذار فعلی احتمالاً به امید این که چو فردا شود فکر فردا کنیم، چنین قانونی را تصویب و روانه بازار سرمایه انگیزترین بازار حال و حاضر نموده است. بازاری که همه خانوار و اقشار جامعه را بدون کوچک ترین استثنائی درگیر خودش نموده است.

## ۱ - قانون الزام و تاثیر آن بر قرارداد پیش فروش

نوآوری جدیدی که در قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب ۱۴۰۳ با آن روبرو هستیم و مربوط به بحث این نوشته ماست، موضوع حذف داورسی از قرارداد پیش فروش است. همان طور که گذشت قانون گذار در ماده پانزده قانون الزام، اقدام به نسخ و حذف مواد بیست و بند ده ماده دو و در ماده چهارده عبارت "با کسب نظر هیات داورسی مندرج در ماده بیست این قانون" نموده است.

اینکه در قانون پیش فروش ساختمان سال ۱۳۸۹ طبق ماده ۵ و دیگر مواد این قانون مقرر شده بود کلیه قراردادها به صورت رسمی ثبت شود و هیچ وقت این اتفاق رخ نداد و همه مردم و حقوق دانان و حاکمیت نظاره گر عدم اجرای قانون بودند و حال مجدداً در قانونی که ارتباطی به بحث لزوم یا عدم اجبار داورسی در قرارداد پیش فروش ندارد، چنین مقرره ای می آید جای بسی تعجب دارد.

قانونی که با هدف الزام به تنظیم سند رسمی معاملات اموال غیرمنقول است بعد در مورد رفع اجبار داورسی در قرارداد پیش فروش مقرر وضع می نماید. واقعا جای تعجب و سوال دارد. اما در هر صورت قانونی است که تصویب شده است و تا زمان تغییر آن می بایست تلاش کرد.



البته به نظر می‌رسد حذف این مواد که داوری اجباری را در قانون پیش فروش مصوب ۱۳۸۹ بیان می‌نمود، منطقی هم باشد. زمانی که به اختلاف نظرات در خصوص اجباری بودن یا اختیاری بودن داوری در این قانون بر می‌خوریم و اینکه در عمل چطور باعث اطلاع دادرسی شده است و در مواردی، افراد فقط به دلیل درج نشدن شرط داوری در قرارداد و صرفاً به جهت اینکه ماهیت قرارداد پیش فروش می‌باشد، بسیاری از شعب آن را در صلاحیت رسیدگی داوری می‌دانند و از خود رفع صلاحیت می‌نمودند. بنابراین جای حذف اجباری بودن داوری در این قانون واقعاً خالی بود و چه بهتر که اینکار انجام شد.

اما نکته مهم اینست که منظور قانون‌گذار از حذف داوری از قانون پیش فروش، ممنوعیت داوری در این قراردادها نبوده است. بلکه منظور صرفاً حذف اجباری بودن داوری در این قراردادها منظور بوده است. به عبارتی با حذف اجباری بودن داوری در این قانون یک قدم به هدف آزادی اراده در تعیین شیوه داوری حرکت کرده‌ایم. با این وجود با توجه به مزایای داوری و اینکه تجربه جهانی بسیار خوبی در حل و فصل داوری وجود دارد، وجود داوری در قراردادها به شدت توصیه می‌شود. اما نکته مهم و حیاتی اینکه در داوری می‌بایست در تعیین شخص داوری یا مقام ناصب داوری دقت کافی شود. صد البته که تا زمانی که موسسات و مراکز معتبر داوری جای خود را در بین عموم باز نکرده باشند، امکان برخی سوء استفاده‌ها در این زمینه وجود خواهد داشت.

## ۲- بررسی وضعیت پیشین قراردادهای پیش فروش (قبل از تصویب قانون جدید الزام):

بررسی وضعیت پیشین داوری در قراردادهای پیش فروش مرور قانون پیشین و الزام به داوری در قراردادهای پیش فروش. دلایل قانونی و اقتصادی برای الزام به داوری در قراردادهای پیشین. چالش‌ها و مشکلات ناشی از الزام به داوری در عمل. اصولاً قرارداد پیش فروش به دلیل شرایط و موقعیتی که دارد می‌بایست هر چه



سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران

سریعتر تصمیم‌گیری در مورد اختلاف انجام شود. چه بسیار ساختمان‌های نیمه‌کاره‌ای در شهر که شرکاء و پیش خریداران و پیش فروشندگان به جای تکمیل و استفاده از ساختمان، راهروی محاکم را طی می‌کنند و به دنبال حق خود هستند. قطعاً مهم‌ترین دلیل الزام طرفین قرارداد پیش فروش به درج شرط داوری در این قرارداد، سرعت و دقت و تخصصی بودن شرایط این قرارداد می‌باشد.

اما موضوع مهم وضعیت مبهم در خصوص اجباری بودن یا اختیاری بودن شیوه رسیدگی به اختلافات در مورد قراردادهای پیش فروش بود. چه بسیار آرای متناقضی که این شرایط را دشوارتر می‌نمود. تا جایی که قانون‌گذار در یک اقدام درست و اما در جایی که مناسب نبود (قانون الزام مصوب ۱۴۰۳) اقدام به حذف داوری از قرارداد پیش فروش نمود.

نمونه‌ای اختلاف نظرات را در رای بدوی و نظر شعبه دیوان عالی کشور را در ادامه ملاحظه می‌نماییم.

الف - ماهیت هیئت داوری موضوع قانون پیش فروش آپارتمان - شماره دادنامه قطعی ۱۳۹۴/۰۴/۰۶ - تاریخ دادنامه قطعی: ۹۴۰۹۹۸۸۳۱۲۲۰۰۱۲۵

خلاصه پرونده و رای صادره از دادگاه بدوی یا تجدیدنظر: خانم ص. ص. در دادخواستی به طرفیت آقای ف. ف. و آقای الف. ش. الزام آنان را به انتقال رسمی آپارتمان پیش فروش شده را خواستار شده است. شعبه ۲۲ دادگاه عمومی کرمانشاه به موجب دادنامه شماره ۰۰۱۴۴ - ۱۳۹۴/۳/۷ رسیدگی به موضوع را در صلاحیت هیأت داوران مذکور در قانون پیش فروش ساختمان دانسته با نفی صلاحیت از خود پرونده را در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی پرونده را به دیوان عالی کشور فرستاده است. متن قرار دادگاه در هنگام شور قرائت خواهد شد. هیأت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید. پس از قرائت گزارش آقای محمدرضا خسروی عضو ممیز و ملاحظه اوراق پرونده در خصوص تعیین صلاحیت مشاوره نموده چنین رأی می‌دهد. رأی شعبه دیوان عالی کشور: در خصوص اعلام عدم صلاحیت دادگاه عمومی کرمانشاه به اعتبار صلاحیت داوران موضوع قانون پیش فروش ساختمان به شرحی



که در قرار شماره ... ۱۳۹۴/۳/۷ آن مرجع قضائی بازتاب یافته است با عنایت به این که هیات بالقوه‌ای که در آن قانون می‌تواند محل مراجعه قرار گیرد در حدود مقررات داوران مربوط به مواد ۴۵۴ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی است که می‌بایست با تدارک قبلی اقدام شود لذا دادگاه در وضع موجود نفیاً یا اثباتاً باید اتخاذ تصمیم کند با این وصف مستنداً به ماده ۲۸ قانون مذکور و با نقض قرار موصوف پرونده را به دادگاه صادرکننده قرار اعاده می‌دهد.

ب - نظریه مشورتی شماره ۸۷۹/۹۱/۷ مورخ ۱۳۹۱/۰۵/۰۴

استعلام: اگر قرارداد پیش فروش ساختمان به صورت غیررسمی تنظیم شود آیا استفاده از مقررات ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان برای حل اختلافات مقدور است و در صورت منفی بودن پاسخ رسیدگی به اختلافات مزبور در صلاحیت کدام مرجع خواهد بود؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه: هرگاه قرارداد پیش فروش ساختمان بدون تنظیم رسمی و بطور عادی منعقد شود اگر چه براساس ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادی معتبر می‌باشد، اما با توجه به اینکه قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ در ماده ۳ مقرر نموده است «قرارداد پیش فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید با رعایت ماده ۲ این قانون از طریق سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل صورت گیرد» و در ماده ۴ تنظیم این قرارداد را منوط به ارائه مدارک خاصی کرده است و در ماده ۵ برای تشویق تنظیم این قراردادها به صورت رسمی تسهیلاتی قائل شده است و در ماده ۲۳ برای عدم تنظیم رسمی آن ضمانت اجرای کیفری مقرر نموده و در ماده ۲۴ مشاوران املاک را از تنظیم این قرارداد منع نموده است بنظر می‌رسد امتیازات خاص مقرر در این قانون برای قرارداد پیش فروش ساختمان تنظیم شده به صورت رسمی است و در قراردادهای عادی، در حد مقررات عام قانون مدنی معتبر و لازم‌الاجرا است از سوی دیگر با توجه به مواد قانونی فوق‌الذکر ذی‌نفع می‌تواند با طرح دعوا و پس از تنظیم سند رسمی پیش فروش از مزایای مقرر در این قانون استفاده کند با این



توضیح داوری مقرر در ماده ۲۰ برای قراردادهای عادی ممکن نیست و مطابق مقررات عمومی اختلافات ناشی از این قراردادها در صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری است.

### ۳ - آیا حذف الزام داوری در این قانون به معنای حذف کامل داوری از قراردادهای پیش‌فروش است؟

سوال اصلی در نگارش این مقاله این است که آیا حذف الزام داوری در قراردادهای پیش‌فروش طبق قانون جدید الزام، به معنای ممنوعیت داوری در این چنین قراردادهاست یا صرفاً اجبار آن برداشته شده است. یعنی در اصل با این سوال مواجه هستیم که آیا قانون‌گذار در سال ۱۴۰۳ پس از گذشت ۱۴ سال پس از قانون پیش‌فروش که برای داوری جایگاه ویژه برقرار کرده بود، آیا قانون‌گذار امروز با اختیاری کردن داوری به توسعه داوری کمک می‌کند یا اینکه با اینکار در تضعیف و بی‌اهمیت جلوه دادن داوری می‌کوشد؟

این سوالی است که شاید قانون‌گذاران به هر دلیل به آن توجهی نداشته‌اند. اما در بین مردم معامله‌گران کلان که مرتب در حال گذراندن چالش‌های حقوقی هستند و اهمیت وجود داوری برایشان روشن شده است، مطرح می‌شود.

چیزی که مشاهده می‌کنیم اینست که قانون‌گذار در قانون الزام، موضوعی مرتبط با منع درج شرط داوری در قراردادهای پیش‌فروش بیان نکرده است. بلکه در همین قانون و در ماده یک قانون الزام<sup>۱۴</sup> و در متن ماده بیان می‌دارد: ”هر عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع ... باید در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت برسد، در غیر این صورت دعاوی راجع به اعمال حقوقی مذکور که ثبت نشده باشد ... نزد مراجع قضائی، شبه قضایی و داوری قابل استماع نبوده و فاقد اعتبار است ... به نظر می‌رسد در جای دیگری از متون قانونی به این صورت در زمان وضع یک مقرر و خطاب قرارداد مراجع قضایی، داوری قرار نگرفته بود و به ظاهراً این یک نوآوری در این قانون محسوب می‌شود.

۱۴. ماده یک قانون الزام با ۷۵۱ کلمه و با تعداد شش تبصره را شاید بتوان به عنوان بلندترین ماده قانونی حال و حاضر سیستم قانونگذاری ایران در نظر گرفت!



از مطلب فوق به این می‌رسیم که منظور قانون‌گذار از وضع ماده ۱۵ و حذف داوری از قراردادهای پیش فروش در قانون پیش فروش صرفاً سروسامان دادن به وضعیت کنونی رسیدگی به دعاوی مربوط به قراردادهای پیش فروش بوده است. آن هم به دلیل ازدیاد اختلاف نظرات در خصوص اجباری بودن داوری در حل و فصل اختلافات قراردادهای پیش فروش بوده است. چه بسیار قضاتی که حتی بدون درج شرط داوری در قرارداد پیش فروش و صرفاً پس از احراز ماهیت پیش فروش بودن قرارداد، آن را به داوری ارجاع می‌نمودند و دلیلشان هم اجباری بودن داوری در این قراردادها می‌باشد. و در مقابل چه بسیار محاکمی که حتی با وجود قرارداد پیش فروش، پس از طرح دعوی توسط خواهان در محکمه قضایی و پس از عدم ایراد توسط خوانده در همان دعوا و به جهت اینکه طرفین در محکمه رضایت به رسیدگی داده‌اند، این موضوع را توافق ضمنی بر عدول از داوری و توافق طرفین بر رسیدگی در محکمه قضایی مفروض می‌دارند.

در پاسخ به این سوال اصلی در مورد اینکه آیا حذف داوری از قراردادهای پیش فروش طبق قانون الزام به معنای ممنوعیت داوری است یا صرفاً اجباری بودن داوری از این قراردادها برداشته شده است، باید قائل به نظر دوم باشیم و حذف اجباری بودن داوری در قراردادهای پیش فروش را در دستور کار قرار دهیم. همان‌طور که بر این عقیده هستیم که هر چقدر از اجباری بودن انتخاب شیوه داوری و اجباری بودن انتخاب شخص داور برداشته شود، به غنا و توسعه‌ی داوری افزوده خواهد شد.

#### ۴ - تأثیر حذف الزام داوری بر امنیت سرمایه‌گذاری در بخش مسکن

با توجه به آزادی عملی که همه سرمایه‌گذاران و فعالین تجاری به دنبال آن هستند، بنابراین اجباری بودن داوری در قرارداد می‌تواند لذت بخش نباشد. اهمیت قراردادهای مناسب و شیوه حل اختلاف در قراردادها در جذب سرمایه‌گذاران مسکن بر کسی پوشیده نیست. اگر قراردادها اجباری باشد و داوری اجباری در آن درج شود، می‌تواند هر چند کم، اما تأثیر مستقیمی بر میزان سرمایه‌گذاری در موضوع مسکن داشته باشد.



یکی از عوامل مهمی که بر تصمیم سرمایه‌گذاران در حوزه مسکن تأثیر می‌گذارد، نوع قرارداد و شیوه حل اختلافات پیش‌بینی شده در آن است. قراردادهای نامناسب، اجباری یا حاوی شرط دواوری اجباری می‌توانند به طور جدی سرمایه‌گذاران را از این بازار دور کنند و بر رونق آن تأثیر منفی بگذارند. اصولاً قراردادهای شفاف و دقیق، با مشخص کردن حقوق و تعهدات طرفین، امنیت سرمایه‌گذاری را افزایش می‌دهند و از بروز اختلافات و سوء تفاهم‌ها جلوگیری می‌کنند. قراردادهای مناسب، به ویژه آن‌هایی که دارای شرایط انعطاف‌پذیر و منصفانه هستند، می‌توانند سرمایه‌گذاران بیشتری را به سمت بازار مسکن جذب کنند. قراردادهای استاندارد و شفاف، باعث تسریع در روند سرمایه‌گذاری می‌شوند، زیرا زمان و هزینه‌های مربوط به مذاکره و تنظیم قرارداد کاهش می‌یابد. همچنین قراردادهای خوب طراحی شده، ریسک‌های حقوقی ناشی از اختلافات را کاهش می‌دهند و از بروز مشکلات حقوقی در آینده جلوگیری می‌کنند. شرط دواوری اجباری، به معنای الزام طرفین قرارداد به حل اختلافات خود از طریق دواوری به جای مراجعه به دادگاه است. قراردادهای نامناسب و اجباری، به ویژه آن‌هایی که حاوی شرط دواوری اجباری هستند، می‌توانند باعث ایجاد بی‌اعتمادی در میان سرمایه‌گذاران شوند. این بی‌اعتمادی می‌تواند به کاهش سرمایه‌گذاری در بازار مسکن و در نتیجه رکود این بازار منجر شود. بنابراین قراردادهای مناسب و شفاف، نقش مهمی در جذب سرمایه‌گذاران به بازار مسکن دارند. شرط دواوری اجباری، اگرچه مزایایی دارد، اما ممکن است برای برخی از سرمایه‌گذاران جذاب نباشد. بنابراین، تدوین قراردادهای استاندارد، ارائه مشاوره حقوقی و ترویج فرهنگ دواوری، می‌تواند به بهبود شرایط سرمایه‌گذاری در بازار مسکن کمک کند.

## بخش سوم: نتیجه‌گیری و پیشنهادات

هر چند در فعالیتهای اقتصادی داخلی، دواوری هنوز نتوانسته به رقیب جدی دادرسی تبدیل شود، اما در فعالیتهای تجاری و اقتصادی بین‌المللی، دواوری توانسته جایگاه مناسبی را پیدا کند. امروزه دواوری بخش جدایی‌ناپذیر حقوق تجارت بین‌الملل



را تشکیل می‌دهد و بسیاری از نهادهای مربوط به حقوق تجارت بین‌الملل از طریق داوری توسعه و بسط یافته است. توافق بازرگانان و فعالان اقتصاد در عرصه بین‌المللی مبنی بر ارجاع اختلافات خود به داوری به جای دادرسی امری عادی محسوب می‌شود. به نحوی که مقاومت در برابر آن و اصرار به حل و فصل اختلافات از طریق دادگاه رفتاری خلاف متعارف تلقی شده و باعث افزایش هزینه‌های معاملات می‌گردد.<sup>۱۵</sup> بر این اساس پرداختن به داوری و انجام یک داوری اصولی و عدالت پسند می‌تواند در توسعه این نهاد حقوقی کمک شایانی نماید.

## الف - پاسخ به سوال اصلی مقاله:

اولین نتیجه‌گیری را باید پاسخ به سوال اصلی این مقاله در نظر گرفت. حذف داوری از قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ توسط قانون الزام مصوب ۱۴۰۳ به هیچ عنوان به منزله ممنوعیت داوری در این قراردادها نیست. بلکه اجبار قانون‌گذار حذف شده تا همه مردم با اطمینان و با اطلاعات نسبت به شیوه داوری و تعیین داوران اقدام نمایند. بنابراین درست است در قانون جدید الزام، داوری حذف شده است اما این به معنای ممنوع بودن داوری در این نوع قراردادها نیست. بلکه قانون‌گذار به درستی، موضوع داوری اجباری را در این قانون لغو کرده است و اختیار تعیین شیوه داوری و تعیین داور را بر عهده طرفین قرار داده است.

ب - تأکید بر اهمیت تدوین آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اجرایی برای شفاف‌سازی موضوع:

سوال دیگری که باید درباره آن اندیشید و منتظر پاسخ آن در آینده بود اینکه آیا این حذف، صرفاً با هدف توسعه داوری صورت گرفته است یا در جهت تضعیف داوری؟ اگر در جهت توسعه بوده است که لزوماً می‌بایست با وضع آیین‌نامه‌هایی که بعداً صورت می‌گیرد این موضوع به خوبی وضع شود.

۱۵. داوری تجاری بین‌المللی - دکتر عبدالحسین شیروی - انتشارات سمت - صفحه ۴



## منابع؛

- ۱ - قانون اساسی
- ۲ - قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹
- ۳ - قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶
- ۴ - شمس، عبدالله، ۱۳۸۹، صفحه ۵۲۴ - آیین دادرسی مدنی.
- ۵ - حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی - خدابخشی، دکتر عبدالله - ۱۳۹۹
- ۶ - داوری تجاری بین المللی - شیروی، دکتر عبدالحسین - انتشارات سمت - زمستان ۱۳۹۳
- ۷ - حقوق داوری کاربردی - علی علی دادی ده کهنه - ابوذر جوهری - صفحه ۱۷۶
- ۸ - حدود مداخله اراده طرفین، داور و دادگاه در داوری اجباری در حقوق ایران و فرانسه ... (عزیزیانی و یکتایی)
- ۹ - شرحی بر قانون داوری تجاری بین المللی ایران، همایون مافی، انتشارات دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، صفحه ۵۴.
- ۱۰ - وبسایت آرای قضایی وابسته به پژوهشگاه قوه قضاییه به نشانی:  
[/https://ara.jri.ac.ir](https://ara.jri.ac.ir)





## «بیایید همه وکلا را بکشیم»



دکتر سید مهدی رضوی فرد  
وکیل پایه یک دادگستری  
مدرس دانشگاه

«بیایید اولین کاری که می‌کنیم این باشد که همه وکلا را بکشیم» (ویلیام شکسپیر)

Dick: The first thing we do, let's kill all the lawyers.

این باوری جدی است که نوابغ هنرمندان گاه زودتر از تحلیل‌گران و جامعه‌شناسان و سیاست‌مداران شرایط را پیش‌بینی می‌کنند. مانند برخی جان‌داران که بدون هرگونه ابزاری زودتر از انسان وقوع زلزله یا برخی فجایع طبیعی را پیش‌بینی می‌کنند. بشر در تاریخ بارها این را تجربه کرده است. داستایفسکی از نمونه‌های برجسته جهان مدرن است و در ادبیات خودمان نیز حافظ و سعدی را می‌توان نمونه آورد که شرایط جامعه را به خوبی درک و تحلیل می‌کردند و می‌توانستند برخی اتفاقات آینده را پیش‌بینی کنند. این جمله که عنوان این نوشتار شد جمله مشهوری است که شکسپیر در نمایش‌نامه «هنری ششم» آورده است.

در این پرده دیک قصاب، یکی از شورشیان که ادعای سرکردگی بخشی از عوام را دارد، فریاد می‌زند:

«اولین کاری که می‌کنیم آن است که همه وکلا را می‌کشیم».



البته این شعار به وکلا منحصر نمی‌شود. جک کید، که واقعاً یک شخصیت تاریخی است که در قرن ۱۵ میلادی علیه حکومت هنری ششم قیام می‌کند و در این نمایش‌نامه به عنوان رهبر یک جنبش شورشی در انگلستان است و به شدت علیه فساد در حکومت معترض است، در این قسمت از نمایش‌نامه، با گردآوری گروهی از کشاورزان و طبقات پایین جامعه، علیه حکومت مرکزی قیام می‌کند.

اما اگر خشم دیک قصاب دامن‌گیر وکلا می‌شود، شعارهای جک کید، قضات و کل نظام قضایی را هم شامل می‌شود. این جملات شاهکار طبعاً از شکسپیر است:

Cade: Nay, that I mean to do. Is not this a lamentable thing, that of the skin of an innocent lamb should be made parchment? that parchment, being scribbled o'er, should undo a man? Some say the bee stings: but I say, 'tis the bee's wax; for I did but seal once to a thing, and I was never mine own man since.

« آیا این مایه تأسف نیست که پوست بره‌ای بی‌گناه، صفحه کاغذ و نوشت ابزار می‌شود و به سرعت خط خطی و سیاه شود (مکتوب شود)، و آن گاه یک مرد (انسان) را (با حکم اعدام) نابود کند. برخی می‌گویند که زنبور نیش می‌زند. اما من می‌گویم: این موم زنبور است که نیش می‌زند. (از آن زمان که با موم زنبور حکم مرگ ما را امضا کردند).<sup>۱</sup> و از آن زمان که اولین نامه را با آن مهر کردم، دیگر آدم خودم نبودم.»

تلخ آن است که در ادامه یک منشی (دادگاه) به دست شورشیان می‌افتد و جک کید می‌گوید:

Smith: The clerk of Chatham: he can write and read and cast accmpt.

Cade: O monstrous! ... he is a conjuror .... I am sorry , of mine honour; unless I find him guilty, he shall not die.

I say! hang him with his pen and ink –horn about his neck.

۱. جمله داخل پرانتز است افزوده نگارنده است.



«این افتخار من خواهد بود که تا او را گناه‌کار نشناسم نخواهم مرد.  
و سپس فریاد می‌زند:

این دیو شیطانی را با قلم و دواتش از گردن بیاویزید و نوک قلم را بر گردنش بزنید.»

این نماد شورش علیه فساد اجتماعی و قضایی است که این چنین در نمایش‌نامه تاریخی شکسپیر نمود می‌یابد و مردم و شورشیان را ضد نظام فاسد اجتماعی برمی‌آشوبد.<sup>۲</sup>

واقع آن است که این اتفاقی است که بدون نماینده فریادگر در بین مردم و بدون شورشی آشکار و تا این میزان اغراق شده، در سطح جامعه ایران در سال‌های اخیر قابل مشاهده است. آمار وکیل کشتی و ضرب و جرح وکلا در سال‌های گذشته آن قدر هست که هر هفته و هر ماه خبری از این دست می‌خوانیم و می‌شنویم.

در این چند سال حاکمیت و سران قدرت به شکلی تأمل برانگیز به این امر بی‌اعتنایی کردند و کمتر در این رابطه سخنی گفته شد و کمتر در راستای حمایت از وکلا و تأمین امنیت وکلا اقدامی انجام شد. در حالی که از سوی شخصیت‌های بلند مرتبه، بسیار علیه وکلا شنیده‌ایم و می‌شنویم و در فیلم و سریال‌ها می‌بینیم که وکلا نماد فساد و دروغ و حق و ناحق کردن‌اند. البته من از طنز و نقد اجتماعی در هر سطحی دفاع می‌کنم و به آزادی بیان در سطح بالایی باور دارم.

اما اینها را گفتم تا یادمان باشد که این به وکلا منحصر نمی‌ماند، چنان که نماند. متأسفانه در ماه گذشته خبر ترور دو قاضی بلندپایه، بمب خبری شد و از قضا بسیاری آگاهانه سکوت کردند.

این نوشته تاریخی شکسپیر که می‌تواند برای ما رنگ پیش‌بینی داشته باشد جدی است، و باید جدی‌اش بگیریم.

مطابق آمارهای رسمی طی ۸ سال گذشته (از سال ۱۳۹۶)، حدود ۵۴ فقره قتل

۲. تا جایی که نگارنده می‌داند این نمایش‌نامه به فارسی ترجمه نشده است.



وکیل صورت گرفته و متأسفانه وکلای بسیاری مورد حمله و خشونت قرار گرفته‌اند و خدارا شکر زنده مانده‌اند. افزایش این آمار زمانی رخ می‌نماید که بدانیم ۳۹ فقره از این قتل‌ها فقط از سال ۱۴۰۰ به بعد صورت گرفته است. آماري که مرا عجيب ياد شعارهاي ديک قصاب در نمايش نامه شکسپير می‌اندازد و به نظر می‌رسد در سطوح بالا چندان از آن سخن نمی‌رود. این زنگ خطری است که نمایان‌گر یک آشوب نهفته در دل جامعه است. آشوب و خشونت‌ی که ابتدا نسبت به وکلا و روحانیون بی‌گناه و هیچ‌کاره آسیب می‌زند و در سطح بعدی گریبان قضاات را می‌گیرد و بعد به جان حکومت می‌افتد. البته که برای امنیت وکلا باید تدبیری اندیشیده شود اما در نگاهی کلانتر باید بجد با فساد به تقابل برخواست. مامشات با فساد به نفع هیچ‌کس نیست؛ حتی خود فاسدانی که از آن بهره می‌برند.

## منابع:

Shakespeare. William. The Works of William Shakespeare. Edited by William George Clark & William Aldis Wright. The Project Gutenberg eBook of The Works of William Shakespeare . Cambridge Edition. Vol. ۵ of ۹/// www.gutenberg.org

<https://scoda.org/>





## حقوق وکالت از دیدگاه حقوق بشر



محسن زاهدنیا  
وکیل پایه یک دادگستری

### چکیده<sup>۱</sup>

شاخصه‌های حقوق بشری با وصف اینکه در نگاه اول، اموری بدیهی به نظر می‌رسند اما به نحو شگفت‌انگیزی مورد بی‌مهری اصحاب قدرت واقع می‌شوند و آنچه که انگیزه بسیاری از فعالان حقوق بشری را برانگیخته تا با پرداختن هرچه بیشتر نسبت به آن، توجه جوامع و دولت‌ها را به این گونه حقوق معطوف دارند، عملکرد ناصواب قدرتمندان سرکش در برخورد با حقوق بشر در پهنه تاریخ بوده است. شاید اگر شواهد بی‌شمار نادیده گرفتن حقوق بشر یا حقوق بنیادین از دیرباز تا کنون، وجود نداشت سخن راندن از این حقوق اولیه بشر امری بیهوده به نظر می‌رسید. لذا در این مقاله سعی شده تا به اختصار به یکی از مولفه‌های حقوق بشر یعنی حقوق وکالت و زیر شاخه‌های آن پرداخته شود به نحوی که با جستجوی آن در لایه‌های تاریخ علی‌رغم فراز و فرودهای آن، وجود آنرا به عنوان حقوقی بنیادین اثبات نماییم و در ادامه با توصیف جایگاه وکالت و اهمیت و ارتباط آن با دیگر اجزاء حقوق بشر، به حقوق و

۱. این مقاله بخشی از پایان‌نامه «نقش استقلال نهاد وکالت در حمایت و ترویج حقوق بشر» می‌باشد که برای اخذ کارشناسی ارشد حقوق بشر دانشگاه شهید بهشتی، توسط نگارنده مقاله تنظیم و با تغییراتی اندک در اختیار این مجله جهت چاپ قرار گرفته است. برای ملاحظه متن کامل آن می‌توان به پایگاه اینترنتی ویکی حقوق مراجعه نمود.



اختیارات وکلا در پرتو حقوق بشر در حقوق تطبیقی و بین‌المللی و داخلی بپردازیم. کلید واژه‌ها: وکیل، حقوق بشر، قواعد امره، حقوق بنیادین نهاد وکالت، حقوق فردی وکلا، حقوق عمومی وکلا

## گفتار اول: پیشینه‌ای کوتاه از حق داشتن وکیل

### بند اول: تاریخ باستان

با بررسی کتب مختلف تاریخی ملاحظه می‌گردد که اعتقاد به لزوم توسل به افراد متبحر جهت دفاع از حقوق قانونی خود در هنگام محاکمه وجود داشته و این امر نه تنها مذموم نبوده بلکه مورد توجه خاص جوامع متمدن بوده است و حتی در برخی تمدن‌ها به حق داشتن انجمن و اجتماع نیز توجه شده است که برای رعایت اختصار به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:<sup>۲</sup>

«در زمینه آیین داوری و حضور وکیل مدافع در محاکم یکی از سومر شناسان بزرگ معاصر ساموئل کریمر، کتابی تالیف کرده که در فصلی از آن زیر عنوان «عدالت»، محاکمه متهم به قتلی را شرح می‌دهد که در آن وکیل مدافع شرکت کرده و ظاهراً این نخستین وکالت دفاعی در یک دادگاه قانونی است که دانش امروزی از آن اطلاع دارد و در شرح آن بیان شده در حدود سال ۱۸۵۰ پیش از میلاد قتلی در سرزمین سومر رخ می‌دهد و در جریان آن سه تن اقدام به قتل یکی از کارکنان معبد می‌نمایند و همسر مقتول نیز بعد از قتل شوهرش از وقوع آن مطلع می‌شود ولیکن از اعلام آن به مقامات مسوول خودداری می‌کند و در هر حال پس از اطلاع پادشاه از قتل دادگاهی تشکیل می‌شود و علی‌رغم اتهام اولیه زن به قتل شوهرش، در نهایت و بدنبال دفاعیات دو نفر از او، اعضای مجمع نظر وکلای مدافع را پذیرفتند زیرا مقتول نفقه همسر خود را نمی‌پرداخت و سکوت زن ناشی از بی‌مهری مرد بوده است. محکمه پس از شور چنین رای داد: کیفر جنایت متوجه مباشرین جرم و مجازات آن اعدام است اما زوجه مقتول از اتهامات وارده مبرا می‌باشد».

۲. کاتبی، حسینقلی، وکالت، چاپ دوم، تهران، انتشارات آبان، بهار ۱۳۳۷ ص ۵۱



«در تاریخ یونان که به سرزمین فلسفه و حکمت معروف است نخستین شواهد در تعیین شرایط وکیل مدافع به قوانین مصوب سولون حکیم، باز می‌گردد که در ادامه و در زمان تشکیل محکمه‌های پانصد نفری می‌خوانیم که امر دفاع با خود متهم بود ولی اگر اظهار عجز می‌کرد کسانی بودند که برای وی لایحه دفاعی تنظیم می‌کردند و قرائت لایحه دفاع از متهم را برعهده می‌گرفتند و بدین ترتیب گرایش مردم به سوی سخنوری و فن بیان سوق پیدا کرد به نحوی که در مواردی تا مرز جدل و سفسطه رسید و کسانی مانند سوفسطایی‌ها پیدا شدند که به شاگردان خود «فن استدلال و اثبات نقیضین» را یاد می‌دادند.»

«در تاریخ رم باستان نیز به یک نقطه عطف تاریخی در خصوص حق داشتن وکیل و حتی حق داشتن جامعه مخصوص به آن‌ها در زمان امپراطور ژوستینین بر می‌خوریم که نشان از متداول بودن حق وکالت و نظم و ترتیب آن در آن زمانه داشته و حتی ریشه کانون وکلا از لحاظ حقوق لاتین همین فرمان بوده است.»

«در ایران باستان حقوق، قضا، دفاع و بالجمله آیین و تشریفات دادرسی از عرف، قواعد زردشت، فرامین پادشاهی سرچشمه می‌گرفت و با در نظر گرفتن مادیگان هزار دادستان چنین بر می‌آید که در آیین دادرسی دوره ساسانی، وکالت دعاوی از جانب طرفین جایز بوده است منتها در دعاوی جزایی یا لاقلاً جنایی مدعی باید شخصاً محکمه حاضر شود و شکایت کند.»

### بند دوم: حق داشتن وکیل در قرون میانی میلادی

«بسیاری از پژوهشگران به کد Primi Henrici Leges، که با نام قوانین پادشاه هانری اول شناخته و به عنوان نخستین نوشته در انگلستان، که در آن به حق استفاده از مشاور حقوقی اشاره شده است یاد می‌کنند.

تحلیل دوناوه نشان از آن دارد که در قرون وسطا، متهم در برخی از مراحل رسیدگی کیفری اجازه بهره‌مندی از معاضدت حقوقی را دارا بود. برخی از پژوهش‌گران نیز با این دیدگاه همراه می‌باشند. از کارهای تحقیقی پیرامون کد Leges کاملاً آشکار است که در زمان حکومت این کد، رویه بر این بود که متهم در مراحل اولیه محاکمه، در



برابر وقایع پرونده مربوطه به تنهایی از خود دفاع کند. حق دسترسی به وکیل مدافع - اگر در دسترس قرار می‌گرفت - تنها معطوف به حل و فصل ابعاد حقوقی پرونده بود. در تعدادی از پرونده‌ها در قرن چهاردهم، حق دسترسی به وکیل مدافع به کسانی که متهم به جرائم دسته جنایات بودند هرگز اعطا نمی‌شد.<sup>۳</sup>

## بند سوم: حق داشتن وکیل در سده‌های اخیر

### ۱-۱: حق داشتن وکیل در دادگاه

در بسیاری از کشورهای اروپایی حتی تا چند قرن گذشته حق دسترسی به وکیل مدافع مورد پذیرش قرار نگرفته بود و یا حداقل متهمان در جرائم مهم از حق داشتن وکیل محروم بودند برای مثال «در انگلستان تا سال ۱۸۳۶، افراد متهم به جنایت حق داشتن وکیل در دادگاه خود را نداشتند. با این حال آنچه امروزه در حقوق انگلستان، حق داشتن وکیل به رسمیت شناخته شده و در معرض محدودیت‌های نسبتاً کمی است».<sup>۴</sup>

و همچنین در خصوص محروم نمودن افراد از حق داشتن وکیل، ماده ۱۶۲ فرمان ۱۵۳۹ فرانسه مقرر کرده بود که «در رسیدگی به جرائم [عرائض] طرفین در هیچ صورتی نباید توسط مشاور حقوقی یا با نمایندگی هر شخص ثالثی در دادگاه طرح شود، بلکه متهمین باید شخصاً در برابر اتهامات وارده دفاع کنند»<sup>۵</sup> و حتی در برهه‌ای از تاریخ اخیر اروپا به وکلا کاملاً بدبینانه نگریسته می‌شد به نحویکه بیان شده: «ناپلئون وکلا را دوست نمی‌داشت و می‌گفت این‌ها آشوب طلب هستند و هنرمندان جنایت و خیانت می‌باشند می‌خواهم زبان هر وکیلی که علیه حکومت به کار رود بریده شود»<sup>۶</sup>، اما همین شخص در دیباچه فرمان ۱۸۱۰، با تغییر نگرشی کاملاً بالعکس، چنین مقرر

۳. بولاغ، محمود، خادمی، مازیار، عارفی، محمدشعیب، بازجستی تاریخی - تحلیلی در چرایی حق دسترسی متهم به وکیل در دادرسی کیفری از منظر حق‌های رویه‌ای، فصلنامه قضاوت، شماره ۹۷، بهار ۹۸، ص. ۷۱ و ۷۲

۴. شفیع، حدیث؛ وحید، مرتضی فر، بررسی تطبیقی اصل تناظر و حق برخورداری از وکیل در حقوق ایران و انگلیس، فصلنامه راه وکالت سال دهم، کانون وکلای دادگستری گیلان، ش. بیستم، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، ص. ۹۶

۵. بولاغ، محمود، خادمی، مازیار، عارفی، محمدشعیب، بازجستی تاریخی - تحلیلی در چرایی حق دسترسی متهم به وکیل در دادرسی کیفری از منظر حق‌های رویه‌ای، فصلنامه قضاوت، شماره ۹۷، بهار ۹۸، ص. ۷۵

۶. کاتبی، حسینقلی، قواعد و سنن کانون وکلا در فرانسه، نشریه کانون وکلای دادگستری دوره قدیم اسفند ۱۳۴۱ شماره ۲ صفحه ۲۰



داشت که: «وکالت یکی از خاص‌ترین وسایل کسب پرهیزکاری، دقت، بی‌طرفی، میل به آشتی، عشق به حقیقت و عدالت، احساس حمایت به ضعفا و ستم دیده‌ها است.»<sup>۷</sup> «گفته می‌شود نظر گیوم دولاموینون (Guillaume de Lamoignon)، نخستین رئیس شورای پاریس، تأثیر حیاتی بر شناسایی متعاقب حق دسترسی به مشاور حقوقی داشت. وی بیان می‌داشت: «هیچ چیزی زشت‌تر از آن نیست که در سایه دستگاه عدالت کیفری، سر بی‌گناهی بالای دار برود و بهتر است که هزار مجرم بدون مجازات رها باشد تا یک بی‌گناه مجازات شود. این حق دسترسی به مشاور حقوقی، امتیازی نیست که بخواهد به موجب فرامین و قوانین اعطا شود. این حق یکی از مصادیق آزادی است که ریشه در حقوق طبیعی دارد که قدمتش را از همه قوانین ساخته و پرداخته دست بشر بیشتر است. با این حال سخنرانی دولاموینون درباره حق دسترسی به وکیل مدافع، در فرانسه عصر لیوئی چهاردهم مورد توجه قرار نگرفت اما در سال ۱۸۰۸ قانون آیین دادرسی کیفری ناپلئون، به همراه داشتن یک وکیل را در محاکم جنایی را برای متهم الزامی ساخت.»

## ۲-۱: حق داشتن وکیل در مرحله تحقیق

یکی دیگر از موارد چالشی در خصوص حق برخورداری از وکیل مرحله برخورداری از این حق پس از انتساب اتهام می‌باشد بدین شرح که آیا متهم می‌تواند از اولین لحظات اعلام اتهام و یا دستگیری از این حق برخوردار شود و یا اینکه این حق تنها پس از انجام تحقیقات اولیه توسط پلیس و یا دادسرا به متهم داده می‌شود؟ که در پاسخ بایستی گفت دیر زمانی نیست که در بسیاری از کشورها این حق، از افراد گرفته شده بود ولیکن به مرور حق همراه داشتن وکیل در این مرحله نیز مورد قبول قرار گرفت و حتی عدم رعایت آن نقض حقوق بنیادین تلقی گردید و مستند این مدعی، رای دادگاه اروپایی حقوق بشر در پرونده ماری بود که محرومیت متهم از حق دسترسی به وکیل در طول بازجوئی به مفهوم نقض اصول دادرسی عادلانه شناخته شد.<sup>۸</sup>

۷. همان - ص ۷۶

۸. Murray v. UK (1996), A. Sanders and R. Young, Criminal Justice, Oxford, Oxford Uni. Press, 2007, p. 196.



نکته جالب توجه این است که بر اثر این رویکرد، در بسیاری از کشورها حتی پلیس موظف به اعلام شفاهی و کتبی داشتن برخی حقوق از جمله حق سکوت و همراه داشتن وکیل به متهم شده است و برای خارج شدن از عادی و شکلی شدن چنین حقی برای نحوه حضور و زمان حضور وکیل ساعت و شرایط عملی در نظر گرفته شده است.

برای مثال «قانون‌گذار فرانسوی به منظور رعایت هرچه بیشتر حقوق فردی و تحت تأثیر رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و شورای قانون اساسی آن کشور، حق داشتن وکیل در مرحله تحت نظر را به رسمیت شناخته است. این حق که ابتدا در سال ۱۹۹۳م به صورت یک ملاقات ساده از بیستمین ساعت تحت نظر پذیرفته شد، به موجب اصلاحات تقنینی در سال‌های ۲۰۰۰ و ۲۰۱۱م به حضور فعال وکیل شخص تحت نظر در این مرحله تبدیل شده است طبق اصلاحات به عمل آمده در سال ۲۰۱۱م، با در نظر گرفتن عامل‌های جغرافیایی و انسانی و به منظور تلفیق بین کارایی حق دفاع متهم و وظیفه پلیس (کشف حقیقت) مهلتی دوساعته برای حضور وکیل مدافع پیش‌بینی کرده است (بند ۳ ماده ۲ - ۴ - ۶۳). بدین ترتیب، در مواردی که شخص تحت نظر حضور وکیل خود را در مدت تحقیقات درخواست کند، شروع بازجویی تا قبل از سپری شدن دو ساعت امکان‌پذیر نخواهد بود. این مدت در صورت جلسه قید شده و تنها پس از انقضای آن امکان استماع اظهارات و مواجهات فراهم می‌شود.

با این همه یادآور می‌شویم، در مواردی که ضرورت تحقیقات فردی ایجاب کند دادستان مجاز است انجام تحقیقات را بدون منتظر ماندن وکیل مدافع و با دو شرط تجویز کند: اول اینکه به شرح بند سوم ماده ۲ - ۴ - ۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه انجام تحقیقات فوری توسط پلیس از دادستان درخواست شود و نکته دوم این که، این تقاضا باید به صورت کتبی و مستدل باشد تا از رهگذر شکایت ذی‌نفع از چنین تصمیمی و با اعمال کنترل بعدی مقامات قضایی ذی‌ربط، به رعایت حقوق شخص تحت نظر و جلوگیری از سوءاستفاده ضابطان



در این خصوص امیدوار شد. هم چنین در حقوق فرانسه هنگامی که وکیل بعد از سپری شدن دو ساعت به محل تحت نظر مراجعه می‌کند، بازجویی یا مواجهه با درخواست شخص تحت نظر به منظور انجام ملاقات و هم چنین مطالعه پرونده متوقف خواهد شد. در مواردی که شخص تحت نظر چنین درخواستی را مطرح نکند، وکیل مدافع حق خواهد داشت بی‌درنگ پس از مطالعه پرونده، در تحقیقات و یا مواجهاتی که در جریان است شرکت کند.

البته در خصوص برخی جرائم خاص و با شرایطی خاص و محدود می‌توان حق ملاقات متهم با وکیل را محدود نمود بعنوان نمونه در حقوق فرانسه، در خصوص پاره‌ای از جرایم مهم مداخله وکیل مدافع تنها پس از سی و ششمین ساعت (جرایمی مانند شرکت در گروه‌های بزه‌کاری و یا سرقت و تخریب با شرکت در گروه‌های سازمان یافته) یا هفتاد و دومین ساعت (تروریسم و جرایم مواد مخدر) امکان‌پذیر است. در مورد اخیر، قانون‌گذار فرانسوی مأموران پلیس را مکلف کرده تا دادسرا را از ماهیت این جرایم آگاه کنند تا در صورت بررسی و تأیید دادسرا، محدودیت زمانی ملاقات شخص تحت نظر با وکیل مدافع اعمال شود. به موجب اصلاحات به عمل آمده در سال ۲۰۱۱ م در کشور فرانسه، افزایش مدت تحت‌نظر در جرایم علیه اموال، اشخاص و امنیت عمومی، چنان‌چه دارای ویژگی سازمان یافته باشد، به طور استثنایی تا صد و چهل و چهار ساعت در صورت خطر قریب الوقوع یک اقدام تروریستی امکان‌پذیر است.<sup>۹</sup>

با بررسی حقوق متهمین در آمریکا<sup>۱۰</sup> نیز ملاحظه می‌گردد که متهم در مرحله تحقیق حق برخورداری از وکیل را دارد: «در آمریکا اعلام حقوق متهم که به «حقوق میراندا» معروف است شامل اعلام حق داشتن وکیل می‌شود. لازم به ذکر است که قاعده میراندا قاعده‌ای اساسی و بنیادین است و اگر کنگره قانونی را تصویب کند که

۹. ساقیان، محمد مهدی، تحولات حق متهم بر داشتن وکیل در مرحله تحت نظر در حقوق فرانسه و ایران، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی زمستان ۱۳۹۳ - شماره ۱ ص. ۱۰۴  
 ۱۰. کوشکی، غلام حسن؛ سهیلی مقدم، سحر، مطالعه تطبیقی حقوق شخص تحت نظر در نظام دادرسی کیفری ایران و آمریکا، مجله حقوقی دادگستری، تابستان ۱۳۹۵، سال هشتم، ش. ۹۴، ص. ۲۱۰



سبب تعلیق یا نسخ هشدارهای میراندا شود، آن قانون معتبر نخواهد بود. ماده ۵ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر نموده است که: متهم باید در اسرع وقت، از موضوع و ادله اتهام انتسابی آگاه و از حق دسترسی به وکیل و سایر حقوق دفاعی مذکور در این قانون بهره‌مند شود.»

## گفتار دوم: ویژگی‌های حق برخورداری از وکیل مدافع از دیدگاه حقوق بشر بند اول: حقی جهان‌شمول

یکی از ویژگی‌هایی که برای حقوق بشر در نظر گرفته شده است جهان‌شمول بودن این‌گونه حقوق است بدین معنا که «علی‌رغم همه تفاوت‌های جوامع انسانی حقوق بشر ناظر به حقوق تمام جوامع انسانی است و در کلیه جوامع امکان تحقق دارد این حقوق، حقوق انسانی است و در تمام جوامع انسانی انسان‌ها از حیث انسان بودن برابر هستند و تفاوت‌های میان جوامع مانع تحقق حقوق بشر در آن جوامع نخواهد بود این اصل ناظر بر برخورداری از تمامی انسان‌ها در تمامی جوامع از حقوق برابر و بدون تبعیض است البته این اصل مخالفانی دارد که مبنای نظریه آن‌ها نسبت‌گرایی فرهنگی و همچنین پیروان مذاهب و ایدئولوژی‌های خاص می‌باشد.»<sup>۱۱</sup>

«نظام بین‌المللی رفتارهای فرهنگی را با شاخصه‌های خاصی می‌پذیرد آن شاخص‌ها اصول اساسی حقوق بشر هستند از جمله «اصل منع تبعیض» و «اصل برابری» و «اصل منع خشونت» یعنی اگر رفتارهای فرهنگی با این سه اصل در مغایرت بودند نمی‌توان انتظار داشت که نظام بین‌الملل آن رفتارها را مورد قبول قرار دهد و رفتارهای فرهنگی را که در چارچوب این سه اصل قرار دارند مورد شناسایی و احترام قرار دهد.»

حقوق بشر پس از طی مراحل پیدایش مفهوم و استانداردسازی در مرحله بین‌المللی شدن و استقبال کشورهای مختلف شناسایی و رعایت این حقوق توسط آنان مقررات موجود در این کنوانسیون‌ها را به شکل ارتباط بین‌الملل درآورد در ادامه با افزایش یافتن حساسیت‌ها نسبت به نقض این حقوق و ضرورت رعایت این مقررات توسط همه کشورهای برخی از مقررات و موازین حقوق بشری جزء «قواعد آمره» درآمدند هنگامی

۱۱. اسلامی، رضا، آیا حقوق بشر، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۷، ص ۲۵



که سخن از امره بودن قاعده حقوقی به میان می‌آوریم منظور آن است که: «اولاً: این قواعد الزاماً باید در تمامی کشورها مورد توجه قرار گیرد و نتیجه این بحث این است که الحاق یا عدم الحاق به اسناد دیگر معنا دار نیست و همه کشورها باید رعایت آن‌ها را بپذیرد دولت‌ها وظیفه دارند که به این مقررات احترام بگذارند و آنها را در قوانین داخلی خود شناسایی و حمایت‌های لازم از این حقوق را در قوانین خود پیش‌بینی کند ثانیاً: قواعد امره ایجاب می‌کند که تمام کشورها نه تنها خود به رعایت آن موازین اقدام نمایند بلکه نسبت به رعایت آن‌ها در سایر کشورها نیز حساسیت نشان دهد همه کشورها موظفند در صورت مشاهده نقض قاعده امره حقوق بشر واکنش نشان داده و از کشور ناقض رعایت احترام به آن موازین را خواستار شود این از لوازم قاعده امره بودن استاندارد حقوق بشری است» کشورهای ناقض حقوق بشر دیگر نمی‌توانند به بهانه نقض استقلال کشور یا حاکمیت ملی و یا دلایل دیگر این اعتراضات را وارد ندانسته و آنها را دخالت در امور داخلی کشورشان بدانند همان‌طور که عدم الحاق به این اسناد توجیه برنقض و عدم رعایت آن‌ها نیست حتی می‌توان گفت که قاعده امره شدن برخی از موازین حقوق بشر راهی مناسب برای مقابله با کشورهایی است که به دلایل ایدئولوژیکی ممکن است با برخی از موازین مخالفت نمایند.

«در این میان اصل برخورداری از حمایت‌های وکیل مستقل یکی از مواردی است که در سطح بین‌المللی به عنوان یک عرف مسلم در آمده و دلایل این مدعا توجه خاص و دقیق با آن در مقررات بین‌المللی است و از همین روست که گزارش‌گر ویژه سازمان ملل در خصوص استقلال قضات و وکلای در برخی از گزارشات خود اقداماتی که از ناحیه حکومت‌ها در جهت تعرض یا محدودیت بر وکلای انجام پذیرفته است را منعکس نموده و آن را نقض موازین بین‌المللی دانسته است.»<sup>۱۲</sup>

### بند دوم: حقی غیر قابل سلب

هنگامی که یک حق در زمره حقوق بشر و قواعد امره قرار گرفت، معنی و مفهوم آن این است که این حق غیر قابل سلب از افراد از سوی حاکمیت با توجیهاتی هم‌چون

۱۲. ضیائی فرد، محمدحسن. حق برخورداری از وکیل یا مشاور حقوقی، نشریه حقوق اساسی، سال چهارم، شماره هشتم، تابستان ۱۳۸۶ ص ۴۲۶



مصلحت عمومی و یا مسایل امنیتی و سیاسی و ... حتی غیر قابل انصراف بنا به تصمیم خود اشخاص می‌باشد، زیرا چه بسا در اثر فشارهای نامحسوس و غیر علنی فردی به ظاهر از داشتن برخی حقوق اعلام انصراف کند و این امر باعث تضییع حقوق اساسی وی شود. لذا با توجه به این که حقوق بشر از جمله داشتن حق تعیین وکیل با انتخاب خود که قطعاً معنی و مفهوم آن وکیل مستقل از حاکمیت است، حقی غیر قابل سلب می‌باشد در موارد متعددی عدم رعایت این حق باعث مخدوش اعلام شدن روند رسیدگی و تحقیقات و مآلاً نقض رای قضایی صادره از سوی نهادهای عالی داخلی و محکومیت کشوری که چنین آرائی از سوی ان صادر شده از سوی نهادهای بین‌المللی گردیده است.

## بند سوم: حقی مرتبط با دیگر حقوق بشر

همان گونه که می‌دانیم حقوق بشر مجموعه‌ای از حقوق است که از شرایط به هم پیوستگی برخوردار است و رعایت‌گزینه‌های آن باعث مخدوش شدن مجموعه آن حقوق می‌گردد برای مثال نمی‌توان مدعی رعایت حق آزادی بیان بود ولیکن از تشکیل اجتماعات مسالمت آمیز جهت اعلام نظرات و یا برگزاری سخنرانی افراد جلوگیری کرد و یا از رعایت حقوق بشر در امر دادرسی دفاع کرد ولی از حق انتخاب وکیل مدافع منتخب شخص جلوگیری نمود زیرا با حضور وکیل مستقل و منتخب آشنایی با بسیاری از حقوق از سوی متهم و اجرای آن از سوی مراجع انتظامی و قضایی به منصفه ظهور خواهد رسید.

لذا رعایت حق دادرسی عادلانه و رعایت حق تضمین‌های لازم برای رسیدگی بی‌طرفانه به دعاوی و شکایات و بسیاری دیگر از حقوق بنیادین بشری مستلزم به رسمیت شناختن حضور وکیل مستقل در امر رسیدگی می‌باشد.

## بند چهارم: حقی ماهوی، آیینی

در خصوص این که حق داشتن وکیل حقی است که به شکل رسیدگی به دعاوی می‌پردازد و یا اینکه حقی ماهیتی است که برای خود اصالت دارد نظرات مختلف است ولیکن آنچه مسلم است در اثر پیشرفت کشورها در امر آیین دادرسی، اهمیت و مقام



رعایت ؤیین دادرسی ارتقا فوق العاده‌ای پیدا کرده است، به نحوی که عدم رعایت آنها گاه قوی‌ترین دلایل اثباتی بدست آمده در امر تحقیقات قضایی را به جهت عدم رعایت مقررات دادرسی مخدوش و کان‌لم‌یکن تلقی نموده است.

«امروزه رعایت تضمینات دادرسی نه تنها به عنوان بخشی از قوانین و مقررات آیینی در مجموعه حقوق موضوعه مطرح می‌گردد، بلکه شناسایی تضمینات دادرسی منصفانه در عداد حق‌های بشری و همچنین تبدیل شدن این حق به یک حق ماهوی، جوهری و بنیادین و فزاینده‌تر رفتن آن از دایره و قلمرو حق‌های آیینی از ویژگی‌های کنونی این تضمینات تلقی می‌گردد؛ ضمن اینکه تضمینات دادرسی منصفانه نسبت به دسته بندی‌های حقوق داخلی و مفاهیم کلاسیک و رایج از استقلال مفهومی برخوردار گردیده است.»<sup>۱۳</sup>

بنابراین به جهت گستره انعکاس حق داشتن وکیل در موازین بین‌المللی و حقوق اساسی کشورها و ... می‌توان اعلام نمود که حق تعیین وکیل منتخب و مستقل چنان جایگاهی پیدا کرده است که تفکیک جنبه آیینی و ماهیتی آن امکان پذیر نیست و عدم رعایت آن در حد موارد عدم رعایت حقوق ماهوی تلقی گردد.

### بند پنجم: حقی برای همگان

همان‌گونه که می‌دانیم یکی از محوری‌ترین اصول و حقوق بنیادین، بهره‌مندی آحاد افراد بشر از تمامی این حقوق بدون هرگونه تبعیض نژادی عقیدتی و جنسیتی و غیره می‌باشد البته اگرچه برخی حقوق دانان در خصوص تسری حقوق شهروندی به اتباع دیگر کشورها را به عنوان یک امتیاز شهروندان در نظر گرفته و آن را لازم‌الرعایه برای دولت‌ها برای غیر شهروندان خود نمی‌دانند اما رعایت حقوق بشر به هیچ وجه قابلیت اعمال تبعیض آمیز را نداشته و بایستی برای همگان فراهم گردد.

لذا با به رسمیت شناخته شدن حق داشتن وکیل منتخب و مستقل به عنوان یکی از حقوق بشر، این حق جنبه همگانی پیدا کرده و بایستی برای تمامی افراد و بدون هرگونه تبعیض و حتی برای اتباع دیگر کشورها رعایت گردد و به همین دلیل است

۱۳. یوری. اسدالله «از دادرسی تا دادرسی منصفانه» تحول در مفهوم و قلمرو کلاسیک دادرسی و تضمینات آن: تحقیقات حقوقی» زمستان ۱۳۹۳ - شماره ۶۸ ص ۲۱۸



که در بند ۲ از اصول مبنای نقش وکلا<sup>۱۴</sup> می‌بینیم که بیان می‌دارد «دولت‌ها اطمینان حاصل خواهند نمود که طرق موثر و ساز و کارهای پاسخ‌گو برای دسترسی موثر و مساوی به وکلا جهت کلیه افراد داخل قلمرو آن‌ها و تابع صلاحیت‌های آن‌ها بدون تبعیض بر اساس نژاد رنگ خاستگاه نژادی زبان دین عقاید سیاسی و غیره خاستگاه ملی یا اجتماعی مالکیت و غیر وجود داشته باشد.»

و از سوی دیگر یکی از شرایط تحقق حق همگانی وکالت لزوم ایجاد شرایط دسترسی به وکیل رایگان است و به همین دلیل «در نظریات کمیته حقوق بشر سازمان ملل، دیوان بین‌آمریکایی حقوق بشر، دیوان اروپایی حقوق بشر، قطع‌نامه کمیسیون آفریقایی حقوق بشر در مورد حق بر دادرسی عادلانه موارد مختلفی وجود دارد که [هر کدام به نحوی] ضرورت داشتن وکیل مجانی را ضروری دانسته‌اند به عنوان مثال در موضوع شکایت هنری و داگلاس علیه جامائیکا که در سال ۱۹۹۶ منجر به اظهار نظر کمیته حقوق بشر سازمان ملل شد جرایم دارای مجازات اعدام از جمله مواردی دانسته شده که حتما متهم باید وکیل داشته باشد و اگر وکیل انتخابی نداشت وکیل تسخیری ضروری است یا دیوان اروپایی حقوق بشر در موارد مختلفی اعلام نظر کرده که حتی مجازات تا ۳ سال حبس یا ۵ سال حبس از جمله مواردی دانسته شده که لازم است برای متهم که وکیل انتخابی نداشته، حتما وکیل تسخیری معرفی شود.»<sup>۱۵</sup>

## گفتار سوم: حقوق بنیادین نهاد وکالت

### بند اول: حقوق فردی وکلا

#### ۱-۱: حق مصونیت وکیل

در نظام حقوقی بسیاری از کشورها برخی از مشاغل دارای مصونیت هستند مانند مصونیت سیاسی یا دیپلماتیک در خصوص نمایندگان سیاسی و کنسولی کشورهای

۱۴. منبع اصلی بسیاری از متن‌های قطع‌نامه‌ها و... بین‌المللی در این مقاله، مجموعه کتاب‌های تدوین شده توسط آقای دکتر انصاری، باقر، «اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، ج. اول و دوم، چ. اول، تهران، خرسندی، ۱۳۹۵ می‌باشد.

۱۵. ضیائی فر، محمد حسن، حق برخورداری از وکیل یا مشاور حقوقی در مرحله تحقیقاتی، با تأکید بر رویه دیوان اروپایی، نشریه حقوق اساسی، شماره ۸ تابستان ۱۳۸۶، ص. ۴۲۴



دیگر در کشور میزبان، مصونیت پارلمانی در مورد نمایندگان مجلس چنانچه در اصل ۸۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «نمایندگان مجلس در مقام ایفای وظایف نمایندگی در اظهار نظر و رای خود کاملاً آزادند و نمی‌توان آن‌ها را به سبب نظرات که در مجلس اظهار کردند یا آرای که در مقام ایفای وظایف نمایندگی خود داده‌اند تعقیب یا توقیف کرد»

و همچنین می‌توان از مصونیت مقامات قضایی به خصوص دادستان یاد نمود که به عنوان مدعی العموم و وظیفه او انتساب اتهام به افرادی است که دلایل اتهامی متوجه آن‌ها می‌گردد و معقول نیست که در هر پرونده‌ای که متهم در نهایت حکم برائت حاصل نماید بتواند مقامات قضایی دادسرا و یا دادگاه قبلی که نظر به مجرمیت وی داشته‌اند را تحت تعقیب قرار دهد، البته باید این مهم را نیز در نظر داشت که مقامات قضایی از مصونیت مطلق برخوردار نیستند و در صورت ارتکاب رفتارهایی که خارج از وظایف شغلی آنها باشد قابلیت تعقیب دارند با این تفاوت که بایستی تشریفات خاصی جهت تحت تعقیب قرار دادن آنها رعایت گردد برای مثال در ایران بایستی مطابق ماده ۳۹ از قانون نظارت بر رفتار قضات ابتدائاً موضوع توسط دادستان انتظامی با بررسی دلایل و مدارک در دادگاه عالی انتظامی قضات مطرح و سپس در صورت موافقت مرجع مذکور و با تعلیق موقت قاضی مذکور از سمت قضایی امکان تعقیب مقام قضایی تحقق پیدا می‌کند.

مطالب پیش گفته شاهد مثال و مبنایی بود برای وحدت ملاک قرار گرفتن نسبت به حق مصونیت وکلا در مقام ایفای وظایف شغلی خود که البته همانند مصونیت‌های دیگر موافق و مخالفانی دارد مهم‌ترین دلایل موافقان آنها نظریه مصلحت خدمت و اهمیت شغل وکالت، و لزوم تضمین آزادی وکیل در برابر اشخاص ثالث و عدم سوء نیت مجرمانه وکیل می‌باشد و در مقابل آن، نظریات گوناگونی در رد این مصونیت مطرح شده است که عموماً بر مبنای اصل برابری افراد در مقابل قانون استوار گردیده است.

پیشینه‌ی تاریخی دکترین مصونیت قضایی به اوایل قرن چهاردهم در زمان سلطنت



ادوارد سوم در انگلستان بازمی‌گردد. در حقوق این کشور، وکیل مدافع (Barrister) که وظیفه طرح دعوا و پاسخگویی به آن را در دادگاه به عهده دارد، طبق نظریه «مصونیت وکیل مدافع»، از مصونیت مربوط به خطاهای شغلی برخوردار است. مصونیت وکلا در استرالیا و انگلستان از دو قرن پیش تاکنون وجود داشته است و وکلای مدافع در مورد اعمالی که با بی‌احتیاطی انجام می‌دهند دارای مصونیت هستند. این مصونیت با مصونیت دادرسان و شهود برابر است.

مصونیت وکلا در حقوق قدیم فرانسه نیز شناخته شده است. فرمان بلوا مورخ ۱۵۰۶ م. و قوانین بعد (۱۵۳۷ و ۱۵۴۳ م.) به‌طور صریح وجود آن را تأیید کرده‌اند. به موجب ماده ۵۴ فرمان اخیر: «اگر وکیلی در لایحه دفاعیه خود مبادرت به توهین یا هتک حرمت یا افترای علنی نسبت به طرف دعوا یا شهود قضیه کرده و امور مذکور مربوط به دعوا باشد از مجازات معاف است»

در مقررات بعدی فرانسه می‌توان از قاعده مصونیت در فرمان قانونی ۱۴ دسامبر ۱۸۱۰ و قانون ۲۰ جولای ۱۸۸۱ سخن به میان آورد و پذیرش این واقعیت که آزادی در دفاع مستلزم وجود مصونیت برای وکیل دادگستری است، از فرمان قانونی و قانون یاد شده منبعث شده است. ماده ۴۱ قانون ۲۰ جولای ۱۸۸۱ در همین زمینه مقرر می‌دارد: «گفتارهای بیان شده (اعلامی) و نوشته‌های تسلیم شده به دادگاه‌ها به وسیله وکلای مدافع به هیچ وجه عنوان افتراء، ناسزا یا اهانت پیدا نمی‌کند و وکیل از مصونیت برخوردار است.»

شاید فلسفه وضع چنین قانونی را بتوان در ضرورت‌ها و نیازهای جامعه در تصویب آن جستجو کرد و توجیه آن را این‌گونه بیان داشت که به منظور ایجاد یک شرایط بسیار ایده‌آل در امر دفاع و ایجاد یک فضای کاملاً آزاد در امر دادرسی و خارج نمودن ذهن وکیل از خود سانسوری در بیان مطالب و شگردهای دفاعی و احتمال تحت تعقیب قرار گرفتن بواسطه هرگونه اظهارنظری که بتواند برای او بعد از امر دفاع مشکل ساز شود و... این مصونیت فراگیر را به وی داده‌اند.

و به همین جهت در قطع‌نامه موسوم به «اصول مبنایی راجع به نقش وکلا»



خواندیم<sup>۱۶</sup>؛

«۱۶. دولت‌ها اطمینان حاصل خواهند نمود که وکلا:

الف) قادر به ایفای کلیه وظایف حرفه‌ای خود بدون تهدید ارباب ممانعت و دخالت نادرست می‌باشند.

ج) به خاطر اقدامی که طبق وظایف موازین و اصول اخلاقی شناخته شده حرفه خود را انجام می‌دهند مورد تغییر قرار نگیرند یا تهدید به تعقیب نشوند یا متحمل جریمه‌های اداری اقتصادی و غیره نشوند یا تهدید به تحمیل این جریمه‌ها نشوند.»  
در بررسی سیر تاریخی پیدایش اصطلاح «مصونیت» در حقوق ایران، برای نخستین بار در اصل ۱۲ قانون اساسی مشروطه به آن بر می‌خوریم:

«به هیچ عنوان و به هیچ دستاویز کسی بدون اطلاع و تصویب مجلس شورای ملی حق ندارد متعرض اعضای آن بشود»

وکیل ممکن است اصحاب قدرت، از جمله خود قاضی را به پای میز محاکمه بکشد؛ پس برای تضمین حسن انجام وظایف شغلی، آزادی و مصونیت او ضروری است. ولیکن این مصونیت دارای محدوده‌ای خاص است با این توضیح که اولاً: وکیل در مقام دفاع از موکل خود باشد به تعبیر دیگر نمی‌تواند خارج از موضوع دعوا اقدام به اتهام زدن نماید ثانیاً: این که وکیل باید در مقام نمایندگی به بیان مطالب بپردازد یعنی مشخص باشد که به منظور دفاع از حقوق موکل در حال بیان مطالب باشد نه غرض ورزی شخصی، ثالثاً: حق تغییر واقعیت را ندارد به تعبیر دیگر وکیل باید صادق باشد چرا که مطابق متن سوگندنامه وکالت، وکلا بایستی صداقت داشته باشند و مطابق بند ۳ ماده ۷۴ آیین نامه لایحه استقلال وکلا در دادخواست و لوایح و نامه‌ها و اظهارات شفاهی نزاکت را نسبت به اشخاص و مقامات و همکاران و اصحاب دعوا را رعایت نمایند تعارض اعمال نظریات شخصی و سیاسی کینه توزی با موضوع مصونیت

۱۶. تنها مصوبه بین‌المللی خاص وکالت که به صراحت از «وکیل حرفه‌ای» و «استقلال وکالت» و از حق داشتن «انجمن‌های حرفه‌ای وکلا» و «خود انتظامی وکلا» و ... سخن به میان آورده مصوبه هشتمین کنگره سازمان ملل راجع به پیشگیری از جرم و رفتار با مجرمین کوبا می‌باشد که در ضمیمه خود تحت عنوان «اصول مبنایی راجع به نقش وکلا» به مهم‌ترین شاخصه‌های استقلال حرفه وکالت پرداخته است، این اجلاس در ۲۷ اوت تا هفتم سپتامبر ۱۹۹۰ با حضور نمایندگان عضو سازمان ملل تشکیل و این مصوبه مهم دستاورد آن کنگره می‌باشد که به مصوبه هاوانا نیز معروف است.



و کلا بررسی می‌شود.

و کلا در قبال مطالبی که با حسن نیت به طور کتبی یا شفاهی جهت دادخواهی یا در خلال حضور حرفه‌ای خود در محضر دادگاه یا دیوان و سایر مراجع قانونی و اداری ابراز می‌نمایند از مصونیت مدنی و کیفری برخوردار خواهند بود.

در نظام حقوقی ایران اصل مصونیت شغلی و تعرض ناپذیری و کلا به صورت صریح پذیرفته نشده است و از خلال برخی متون قانونی از جمله تبصره ۳ ماده واحده «انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی» مصوب ۷۰/۷/۱۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام که مقرر می‌دارد: «وکیل در موضع دفاع از احترام و تامینات شاغلین شغل قضا برخوردار است» می‌توان استنباط نمود که همانند مصونیت‌هایی که در خصوص قضات از جهت انجام وظایف شغلی وجود دارد، و کلا نیز بر همین منوال از مصونیت برخوردار باشند. و این مهم اگر چه در رویه قضایی بویژه از سوی مراجع انتظامی کانون و کلا و دادگاه عالی انتظامی قضات مورد توجه قرار گرفته است ولیکن چنین مصونیتی حداقل در برخی موارد به هیچ وجه از جهت تحت تعقیب قضایی گرفتن و کلا رعایت نمی‌شود و حتی در مواردی علیرغم صراحت ماده ۱۷ از لایحه قانونی استقلال کانون‌های وکلای دادگستری سال ۱۳۳۳ مبنی بر اینکه «از تاریخ اجرای این قانون هیچ وکیلی را نمی‌توان از شغل وکالت معلق یا ممنوع نمود، مگر به موجب حکم دادگاه انتظامی» اقدامات قضایی علیه وکلای دادگستری دایر بر محرومیت از اشتغال به وکالت به صورت دائمی و یا موقت صادر شده است که برخلاف نص صریح قانون و قراردادهای بین‌المللی پذیرفته شده در ایران می‌باشد. «لذا ضرورت حفظ حقوق افراد ملت و توجه به صراحت تبصره ۳ ماده واحده مذکور و ماده ۱۷ و ۲۰ و ۸۷ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری تردیدی در لزوم تامین مصونیت وکلای دادگستری باقی نمی‌گذارد.»<sup>۱۷</sup>

## ۱-۲: حق امنیت وکیل

می‌دانیم که یکی از پرخطرترین مشاغل مرتبط با حقوق عمومی شغل وکالت است

۱۷. حبیب زاده، محمد جعفر؛ اسدی، فرشته، مصونیت قضایی دادرسان و وکلای دادگستری در نظام حقوقی ایران، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دوره ۳۸ شماره ۴ زمستان ۱۳۸۷ صفحه ۱۷۹



زیرا وکیل مستقل از حاکمیت از یک طرف بنا به مقتضای کاری با طرف مقابل پرونده به چالش می‌پردازد و از سوی دیگر به جهت اینکه به صورت شخصی دفتر و شرایط کاری خود را ترتیب می‌دهد از داشتن امکانات حفاظتی اشخاص وابسته به دولت محروم است و بنا به موضوع پرونده‌ای که در آن قبول وکالت کرده می‌تواند مورد انتقام طرف مقابل اعم از اشخاص و یا حتی دولت قرار گرفته و یا از آن ناگوارتر مورد خشم موکل خود در پرونده‌هایی که در آن موفق به اخذ رای به نفع موکل نگردیده قرار گیرد.

موضوع خطرات شغلی وکلا به قدری جدی است که در سطح بین‌المللی روز ۲۴ ژانویه را به عنوان «روز جهانی وکلای در معرض خطر»<sup>۱۸</sup> نام‌گذاری کرده‌اند و علت نام‌گذاری این روز به قتل رسیدن چند وکیل در دفتر کار خود بنا به دلایل شغلی و سیاسی از سوی نئوفاشیست‌های اسپانیا بوده است که البته در ایران نیز در سال‌های اخیر ضرب و جرح‌های شدید و حتی قتل وکلا در موارد متعددی اتفاق افتاده که با واکنش شدید جامعه وکالت در برابر مقام‌های امنیتی و حتی رسانه‌ای به جهت عدم حمایت از آن‌ها و فرهنگ‌سازی غلط نسبت به شغل و جایگاه وکالت، منجر شده است. لذا در سطح بین‌المللی این حق برای وکلا شناخته شده که از سوی حاکمیت به صورت ویژه مورد محافظ و حمایت قرار گیرند و در خصوص هرگونه تعرض به آن‌ها مقررات خاص و سخت‌گیرانه‌تری در نظر گرفته شود.

به همین دلیل است که در خاص‌ترین مقررات بین‌المللی راجع به وکالت یعنی «اصول مبنایی راجع به نقش وکلا» ملاحظه می‌گردد:

۱۶. دولت‌ها اطمینان حاصل خواهند نمود که وکلا؛

الف) قادر به ایفای کلیه وظایف حرفه‌ای خود بدون تهدید ارباب ممانعت و دخالت نادرست می‌باشند.

۱۷. در مواقعی که امنیت وکلا به خاطر انجام وظایف آنها را در معرض تهدید قرار دارد باید از ایشان به قدر کافی توسط مقامات مملکت حمایت شود.

۱۸. International Day of the Endangered Lawyer



۱۸. وکلا نباید به خاطر انجام وظایف خودشان با موکلین و اهداف موکلین یکی دانسته شده و در یک ردیف قرار داده شوند.»  
در مقررات ایران یکی از مهم‌ترین مواردی که در خصوص امنیت شغلی وکلا به چشم می‌خورد ماده ۲۰ از لایحه قانونی استقلال کانون‌های وکلای دادگستری است که بیان می‌دارد «هر کس نسبت به وکیل دادگستری حین انجام وظیفه وکالتی یا به سبب آن توهین کند، به حبس جنحه‌ای از ۱۵ روز الی ۳ ماه محکوم خواهد شد.»  
در مورد بعدی یعنی سند امنیت قضایی که به تصویب ریاست قوه قضائیه ایران رسیده است و برای کلیه مسوولین دستگاه قضایی لازم الاجراست ملاحظه می‌گردد که:

«در نظام اسلامی وظیفه وکلا دفاع از موکل در جهت احقاق حق است، با توجه به نقش مهمی که وکلا در نظام قضایی و اجرای عدالت برعهده دارند، باید از تعقیب به سبب دفاع از حقوق موکل مصون بوده و بتوانند به صورت مستقل و فارغ از هرگونه فشار سیاسی داخلی و خارجی، تهدید و آزار و اذیت به فعالیت بپردازند.»<sup>۱۹</sup>  
و دست آخر می‌توان از ماده ۶ آیین نامه اجرائی لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری اصلاحی مصوب ۱۴۰۰ رئیس قوه قضائیه یاد کرده که بیان می‌دارد: «وکیل در مقام دفاع از احترامات و تأمینات شغل قضاء برخوردار است. کلیه مقامات قضایی، کارکنان اداری و ضابطان، در برخورد با وکلای دادگستری موظفند ضمن حفظ کرامت آنان، بر مبنای اصول و موازین اخلاقی، شرعی، قانونی و حقوق شهروندی رفتار کنند.»

البته همان‌گونه که گفته شد گاهی آنچه که در قالب مقررات و بیانیه‌ها می‌آید با آنچه که در عمل بایستی تحقق پذیرد با یکدیگر متفاوت است و در خصوص رعایت حقوق وکلا نیز این موضوع مستثنی نمی‌باشد.

## بند دوم: حقوق عمومی وکلا

### ۱-۱: حقوق سیاسی وکلا

یکی از موارد چالشی نسبت به وکلا موضع گیری‌های سیاسی آن‌ها نسبت به

۱۹. متن در سایت <https://dotic.ir/news/7680> پایگاه ملی اطلاع رسانی قوانین و مقررات کشور



وضعیت کشور و شهروندان به خصوص افرادی که مورد اتهام سیاسی و امنیتی قرار گرفته و وکالت آن‌ها را به عهده می‌گیرند، می‌باشد.

زیرا همان‌گونه که می‌دانیم وکالت امری اختیاری بوده و وکلا بنا به علاقه و تخصص خود به مرور به سوی پرونده‌هایی خاص متمایل و بالتبع آن در برخی امور وکالتی مشهور می‌شوند و پر واضح است قبول وکالت در پرونده‌هایی که حاکمیت نسبت به آنها حساس است وکیل را با چالش‌های شغلی و امنیتی مواجه می‌سازد لذا وکلا از یک‌سو به جهت اینکه قشری آگاه نسبت به اتفاقات پیرامون خود و متعهد به حقوق بشر و حقوق شهروندی هستند، بایستی در مقابل ظلم حاکمیت نسبت به فعالان حقوق بشری سکوت اختیار نکرده از سوی دیگر اقدامات آنها در این خصوص ممکن است مورد خشم حاکمیت قرار گیرد به همین جهت وکلا از منظر نهادها و موازین حقوق بشری، مورد توجه خاص بوده و دولت‌ها موظف به رعایت حقوق و آزادی‌های وکلا در این زمینه شده‌اند.

در این خصوص با مراجعه به قطع‌نامه "اصول مبنایی راجع به نقش وکلا" می‌خوانیم: «بند ۱۴. وکلا در حمایت از حقوق موکلین خود و ترویج آرمان عدالت، به حقوق بشر و آزادی‌های بنیادی شناسایی شده در حقوق داخلی و بین‌المللی ارج نهاده و همواره آزادانه و با دقت طبق قانون و موازین و اصول اخلاقی شناخته شده حرفه وکالت عمل خواهند نمود.»

در خصوص فعالیت سیاسی وکلا در ایران بعضی به اشتباه به استناد بخشی از سوگند وکالت که در ماده ۳۹ این‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون‌های وکلا آمده و بیان می‌دارد: «در این موقع که می‌خواهم به شغل شریف وکالت نائل شوم به خداوند قادر متعال قسم یاد می‌کنم که همیشه قوانین و نظامات را محترم شمرده و... و از اعمال نظریات سیاسی و احتراز نموده و...»<sup>۲۰</sup> استنباط ناصواب نموده و وکیل را ممنوع از هرگونه فعالیت سیاسی دانسته‌اند در صورتی که این استنباط برخلاف حقوق بنیادین و حقوق اساسی به عنوان مرجع تفسیر و اجرای مقررات عادی بوده و درک درست آن این‌است که وکیل در دفاع از حقوق موکل از اعمال نظریات سیاسی احتراز

۲۰. قهرمانی، نصرالله، یوسفی محله، ابراهیم، مجموعه کامل مقررات وکالت، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد، ص ۱۴۹



کند و تنها مورد قابل تصور این مورد آنجاست که وکیلی که اگر به هر دلیل به صورت توافق خصوصی و یا بنا به الزامات قانونی همچون وکالت تسخیری وکالت فردی را به عهده گرفت بر اساس شرافت شغلی خود عمل نموده و در جهت دفاع از موکل اقدام نماید هر چند منافع موکل وی با عقاید سیاسی وکیل و یا حاکمیت همسو نبوده و مورد قبول او نباشد.

## ۱-۲: حق آزادی بیان وکلا

یکی از لوازم اولیه حقوق بشر آزادی نظر و عقیده و بدنبال آن آزادی بیان آن نظر می باشد بدیهی است با توجه به اینکه شغل وکیل بیان و نگارش دفاعیات از طرف موکل می باشد بدون آزادی بیان عملاً شغل وکالت بلا اثر خواهد بود.

و به همین دلیل در بند ۲۳ از اصول مبنایی راجع به نقش وکلا خواندیم «وکلا مثل سایر شهروندان حق دارند که از آزادی بیان، عقیده ... شرکت در بحث‌های عمومی درباره حقوق، اجرای عدالت و ترویج و حمایت از حقوق بشر را دارند...»

اما یک مساله وجود دارد و آن این است که آزادی بیان وکلا در خارج از دادگاه نبایستی به منظور تحت تاثیر قرار دادن روند رسیدگی قضایی صورت گیرد بدین معنی که وکلا در دادگاه به طور کلی امکان دفاع آزادانه و البته در چارچوب ادب و احترام را دارند و هیچ مقام و منصبی نمی تواند آنها را در خصوص نحوه دفاع و ارائه دلایل در دفاع از موکل محدود نماید ولیکن در خارج از دادگاه وکلا حتی در مقایسه با اصحاب رسانه آزادی کامل را ندارند. در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز به این امر توجه شده است.<sup>۲۱</sup>

با این توضیح که در پرونده شکایت Schopfer علیه کشور سوئیس در سال ۱۹۹۸، خواهان آقای Alois Schopfer که دارای سمت وکالت است از حبس یکی از موکلین خود که به اتهام چندین سرقت مورد تعقیب بود، ناراحت شده و دچار غلیان احساسات می شود. احساسات آقای وکیل Schopfer زمانی به بالاترین حد خود می رسد که وی از طریق همسر متهم مطلع می شود که دو نفر از دست‌اندرکاران فرمانداری شهر

۲۱. جلالی، محمد، آزادی بیان وکلا در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر، نشریه رای، شماره ۹ زمستان ۱۳۹۳، ص ۱۱۴



Hochdorf به او مشورت می‌دهند که اگر خواهان آزادی همسرش می‌باشد، باید وکیل خود را تغییر دهد. وکیل رسانه‌های مذکور نیز تصمیم می‌گیرد تا در دفتر وکالت خود در شهر Lucerne کنفرانسی مطبوعاتی برگزار نماید و در جریان این کنفرانس اعلام می‌دارد که در فرمانداری شهر Hochdorf، قوانین کانتون و حقوق بشر از سالیان قبل در بالاترین سطح خود مورد نقض و تجاوز قرار می‌گیرد. همچنین وی بیان می‌دارد که مراجعه و متوسل شدن به رسانه‌ها و مطبوعات، آخرین راه حل برای او بوده است. این موضوع به شدت مورد توجه مطبوعات محلی قرار می‌گیرد و رسانه‌ها صفحات و یادداشت‌ها و مطالب زیادی را به آن اختصاص می‌دهند تا جایی که دادستان کانتون Lucerne تصمیم می‌گیرد بیانیه‌ای رسمی درباره قانونمند بودن تعقیب صورت گرفته در خصوص متهم صادر نماید. خواهان (آقای Schopfer) هم از پای نمی‌نشیند و طی یک بیانیه مطبوعاتی، بار دیگر انتقادات شدید خود را تکرار می‌کند و علاوه بر آن اعلام می‌دارد که دستگیری و بازداشت موکل او کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و نیز قانون آیین دادرسی کیفری را «به طریقی مطلقاً خودسرانه و غیرقابل قبول» نقض نموده است. فرماندار شهر Hochdorf - که از اعمال رسانه‌های و اعلامیه‌ها و بیانیه‌های مکرر آقای وکیل به ستوه آمده - قضیه وکیل را به نهاد نظارتی و کلا یا همان دادگاه انتظامی و کلا ارجاع می‌دهد و این نهاد نیز وکیل را به جریمه‌ای بالغ بر ۵۰۰ فرانک سوئیسی به دلیل زیر پا گذاشتن قواعد حرفه‌ای وکالت محکوم می‌نماید. از نظر دادگاه انتظامی، وکیل مذکور به این دلیل خطاکار شناخته می‌شود که به خصوص به نوعی تبلیغات مخفی، در جستجوی تأثیرگذاری متوسل شده و از سطح معقول و متعادلی نیز در بیانیه‌های مطبوعاتی و انتقادات خود استفاده نکرده است.

محکومیت انتظامی نیز تغییری در عزم جزم خواهان ایجاد نمی‌کند. وی سرانجام قضیه را نزد دیوان اروپایی حقوق بشر با ادعای نقض حق آزادی بیان و عدم رعایت حرمت وکلا مطرح می‌کند. دیوان اروپایی در رأی خود ادعای خواهان در خصوص نقض ماده ۱۰ کنوانسیون را با اکثریت هفت رأی در برابر دو رأی رد می‌نماید و به



این ترتیب، عمل برگزاری کنفرانس مطبوعاتی وکیل در خصوص دادرسی کیفری در جریان را شدیداً محکوم کند. و دیوان هدف اصلی از این رویه خود را هم حفظ اقتدار و بی طرفی دستگاه قضایی در مقابل انحرافی به نام «عدالت نمایی» اعلام می کند. دیوان چنین اظهار می دارد که خواهان در زمان کنفرانس مطبوعاتی خود تأیید می کند که «در فرمانداری Hochdorf قوانین کانتون و حقوق بشر از سالیان قبل در بالاترین سطح خود مورد نقض و تجاوز قرار گرفته است». تَن صدا و لحن استفاده شده توسط فاعل و قائل بیانات که با شکل و نحوه بیان ارتباط دارد. این معیار باید منعکس کننده عدم تعادل یا ویژگی توهین آمیز نسبت به قضات یا دادگاهها باشد؛ مثلاً وقتی خواهان اعلام می کند که دستگیری موکلش به صورتی خودسرانه و غیرقابل قبول، منجر به نقض کنوانسیون شده و یا اینکه برای او هیچ راهی جز مراجعه به مطبوعات به عنوان آخرین راه حل باقی نمانده در صورتی که از همه ارجاعات قانونی معمولی استفاده نکرده، وضعیت مؤید این معیار است. در واقع وکیلی که از آزادی بیان خود در خارج از دادگاه برای دیوان اروپایی حقوق بشر استفاده می نماید باید ملاحظات مختلفی را، هم در مورد محتوای ایده ها و اطلاعات بیان شده و هم در خصوص شکل و نحوه بیان در نظر بگیرد.

به این ترتیب، این مرجع قضایی، ایده خود را در خصوص حفظ و حمایت از حرفه وکالت بروز و ظهور می دهد؛ حرفه ای که بدون حمایت از آن، حمایت از حقوق و آزادی های بنیادین امکان پذیر نخواهد بود.

البته همین دیوان در رای دیگری به دفاع از آزادی بیان وکلا پرداخته و حتی تعیین جریمه بسیار پایین تر نسبت به وکیل Schopfer را رد می کند با این توضیح که در پرونده «Amihalachioaie» علیه کشور مولداوی در سال ۲۰۰۴، جریمه تحمیل شده (مبلغ ۳۶ یورو) بر رئیس اتحادیه وکلای مولداوی را نامتناسب می داند. چرا که موضوع از این قرار بوده که ایشان انتقاد شدیدی علیه تصمیم دادگاه قانون اساسی مولداوی مطرح کرده بود؛ تصمیمی که با استناد به آن، استقلال وکلا مخدوش گردیده و زیر سؤال می رفت. دیوان اروپایی در رأی خود اظهار می دارد



که هر چند به ظاهر جریمه تحمیل شده به خواهان مبلغ کمی است اما اولاً: اعمال این جریمه به صورت نمادین دارای اهمیت است؛ ثانیاً، دادگاه مولداوی در رأی خود حداکثر جریمه پیش‌بینی شده در قانون را برای آن فرد در نظر گرفته است. نظارت مبتنی بر اصل تناسب به دیوان اجازه می‌دهد تا مراقب باشد که مجازات‌های کیفری شدید، شهروندان و در این مورد خاص وکلا را از اظهار نظرهای عمومی در خصوص موضوعات مرتبط با کار قضا باز ندارد.»

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که دیوان با نگاهی هوشمندانه به مساله آزادی بیان وکلا خارج از دادگاه پرداخته و تنها وقتی آن را تایید نموده که در جهت منافع عمومی و خدشه به حقوق بنیادین صورت گرفته باشد و نه برای تحت تاثیر قراردادن روند رسیدگی قضایی به خصوص در مواردی که پرونده موکل در حال رسیدگی طبق روال معمول می‌باشد.

لازم به ذکر است که دیوان اروپایی حقوق بشر به همان میزان که از محدودیت اقدامات در خارج از دادگاه به منظور تحت تاثیر قرار دادن روند رسیدگی قضایی دفاع می‌نماید اما در مقابل از این آزادی در دادگاه دفاع می‌نماید و به عنوان نمونه می‌توان به پرونده آقای Kyprianou علیه کشور قبرس اشاره نمود که طی آن خواهان آقای - وکیل قبرسی - در قبرس به اتهام توهین به دادگاه مورد تعقیب قرار گرفته بوده است در حالی که وی از یک متهم به قتل در دادگاه کیفری شهر Limassol دفاع می‌نموده است. وی در جریان رسیدگی و حین دفاع از موکل خود بوده است که دادگاه، دفاعیات او را با این استدلال که بیش از حد وارد جزئیات شده متوقف می‌نماید. آقای وکیل ضمن ابراز ناراحتی شدید از رفتار و عملکرد دادگاه چنین اظهار می‌دارد که: «من خیلی شرمندهام که بگویم در حالی که من در دفاع از موکلم در حال سخن گفتن هستم اعضای دادگاه در حال صحبت با یک‌دیگر و رد و بدل کردن مسائل بی‌ارتباط با پرونده هستند». این سخن وکیل منجر به ناراحتی قضات می‌شود، لذا خواستار سکوت وکیل مذکور می‌شوند، اما وکیل با تجربه در عین بی‌توجهی به سخنان قضات به اعتراضات خود ادامه می‌دهد. دادگاه، جلسه دادرسی



را متوقف می‌کند و پس از کمی تأمل، وکیل نامبرده را به اتهام توهین، به پنج روز حبس قطعی محکوم می‌نماید. دادگاه کیفری Limassol و نیز در مرحله بعدی دیوان عالی قبرس نیز رأی مذکور را تأیید می‌نمایند با این توضیح و استدلال که امکان دادن پاسخ مناسب دیگری به وکیل نبود، که در غیر این صورت از اعتبار کار دادگاه کاسته می‌شد. وکیل مورد نظر، قضیه را نزد دیوان به استناد نقض حق خود در برخورداری از دادرسی منصفانه و نیز نقض حق آزادی بیان مطرح می‌کند. دیوان به اتفاق آراء، نقض ماده ۱۰ (آزادی بیان) را می‌پذیرد و چنین اظهار می‌کند: «روشن است که هر وکیلی وقتی از یک موکل در دادگاه به‌خصوص در جریان رسیدگی کیفری دفاع می‌نماید، ممکن است در وضعیت حساسی قرار گیرد که می‌بایست تصمیم بگیرد که: آیا به نحوه عمل دادگاه اعتراض بنماید یا خیر؟ و در تمام وقت هم منافع موکلش را از نظر دور ندارد.

بنابراین ملاحظه می‌گردد که رویه دیوان اروپایی حقوق بشر ایجاد تعدیل در آزادی بیان مطلق و کلا با گرایش به آزادی بیشتر و نامحدودتر در دادگاه می‌باشد و این امر می‌تواند بعنوان الگویی مناسب در خصوص نحوه در نظر گرفتن آزادی بیان و کلا در نظر گرفته شود.

بدیهی است که وکلا خارج از موضوع پرونده‌های خود از آزادی معمول جهت ابراز نظرات و بیانات خود مانند دیگر شهروندان برخوردار می‌باشند.

### ۳-۱: حق داشتن تشکل صنفی وکلا

یکی از حقوق مسلم بشری داشتن حق اجتماعات و در مرحله تخصصی تر و متشکل تر داشتن انجمن‌های سیاسی و صنفی مستقل جهت پیشبرد اهداف مربوطه می‌باشد و همان‌گونه که قبلا اعلام شد این حق در ماده ۲۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به رسمیت شناخته شده و در دیگر منابع بین‌المللی نیز مورد توجه خاص قرار گرفته است.

داشتن این حق به خصوص نسبت به وکلا از اهمیت خاصی برخوردار است و به شکل کاملا محسوسی محلی برای تنازع بقاء میان رژیم‌های خود کامه و طرفداران



حقوق مردم و شهروندان بوده و هست به نحوی که هر چه حکومت‌ها از مردم فاصله گرفته‌اند علاوه بر سعی در تقویت نیروی نظامی خود علیه مردم و اعمال نفوذ در سیستم قضایی و ... سعی در ورود در عرصه وکالت و انجمن‌های صنفی و کلا نموده و از سوی دیگر این اقدامات مورد اعتراض و دفاع وکلا از حریم خود واقع شده و این درگیری‌ها پیروز و شکست خوردگانی بنا به قدرت فاشیستی حاکمیت و یا عوام‌گرایی ناشی از هیجانات انقلابی و یا قدرت و تعقل دموکراتیک مردم و وکلا داشته است.

برای مثال در کشور فرانسه در حالی که از قرن سیزدهم با عنوان شغلی وکالت دعاوی مواجه هستیم، در قرن هفدهم گرایش به استقلال به وجود آمد و یک سازمان حرفه‌ای تشکیل گردید ولیکن در سال ۱۷۹۰ پس از پیروزی انقلاب در فرانسه کانون پاریس حذف شد و هر کس می‌توانست دفاع در دادگاه‌ها را به عهده گیرد. متهمان در برابر دادگاه‌های انقلاب مورد پیگرد قرار می‌گرفتند.

قضات این مراجع از حضور وکلای حرفه‌ای خشنود نبودند؛ بنابراین وکلای دادگستری هم به این دادگاه‌ها راه نداشتند. پس از ۲۰ سال خونریزی و اعدام‌های پی در پی و نقض حقوق و آزادی‌های مردم بساط دادگاه‌های انقلاب برچیده شد و حرفه وکالت دوباره در سال ۱۸۱۰ از سوی ناپلئون به دلیل علاقه‌ای که به امر دفاع و سازماندهی آن داشت برقرار گردید. با این حال امپراتور از روحیه استقلال طلبی وکلا بیم‌ناک بود و بنابراین تصمیم گرفت رئیس و اعضای هیات مدیره کانون از سوی دادستان کل برگزیده شوند. وکلای دادگستری فرانسه برای به دست آوردن استقلال کامل، ایستادگی کردند تا سرانجام «لویی فیلیپ» پادشاه فرانسه به وکلا اجازه داد خود مسوولان کانون را برگزینند.

روشی که از ۱۷۰ سال پیش تاکنون ادامه یافت و از آن پس وکلای دادگستری، آزاد و مستقل در برابر قدرت دولتی، نقش نخستین را در زندگی عمومی و سیاسی کشور خود ایفا می‌کنند و جامعه فرانسه از ثمرات سودمند در اختیار داشتن یک کانون وکلای مستقل برخوردار گردید. ماده ۷ قانون وکالت فرانسه مصوب ۱۹۷۷ در همین راستا می‌گوید:



« حرفه وکالت، یک شغل آزاد (Liberal) و مستقل (Independent) است. »<sup>۲۲</sup> و در این خصوص می‌توان مثال‌های دیگری از فراز و نشیب حق داشتن انجمن صنفی برای وکلا در کشورهای مختلف آورد ولیکن در مجموع آنچه که در حال حاضر مورد اتفاق نظر مدافعین حقوق بشر واقع گردیده حق داشتن انجمن صنفی مستقل برای وکلا می‌باشد که در این خصوص در مصوبه «اصول مبنایی راجع به نقش وکلا» خواندیم که:

« ۲۴. وکلا حق خواهند داشت که انجمن‌های حرفه‌ای مستقل تشکیل داده یا به آن‌ها ملحق شوند که نماینده منافع آن‌ها بوده و تداوم آموزش و تحصیلات و حمایت از اعتبار شغلی آن‌ها را ترویج نماید. رکن اجرای این‌گونه انجمن‌های حرفه‌ای توسط اعضای آن‌ها انتخاب شده و وظایف خود را بدون مداخله خارجه انجام خواهد داد. »

## نتیجه‌گیری

بنابر منابع معتبر تاریخی و مستندات مندرج در اسناد بین‌المللی به ویژه مصوبه هشتمین کنگره سازمان ملل راجع به پیشگیری از جرم و رفتار با مجرمین کوبا که در ضمیمه خود تحت عنوان «اصول مبنایی راجع به نقش وکلا» به مهم‌ترین شاخصه‌های استقلال حرفه وکالت پرداخته است و همچنین مصوبات داخلی بسیاری از کشورهای پیشرفته، بایستی به درستی اعلام نمود که حقوق وکالت یکی از ارکان مهم حقوق بشر است که ارتباط عمیق و تنگاتنگی با دیگر حقوق بنیادین برقرار کرده و حتی به تعبیری همانند چتری حمایتی بسیاری از آن‌ها را در بر گرفته است و به همین جهت نادیده گرفتن آن به مثابه یک عرف بین‌المللی و قاعده‌ی امره، نقض فاحش حقوق بشر محسوب شده و بر همین مبنا قانون‌گذاران داخلی را موظف به توجه به آن به صورت ویژه نموده است به نحوی که رعایت آن شاخصی مهم جهت راستی آزمایشی مشروعیت هر حاکمیتی در سطح بین‌المللی و نهادهای حقوق بشری تلقی می‌گردد.

۲۲. کاشانی، سید محمود، استقلال کانون وکلای دادگستری دستاورد وکلای دادگستری ایران و جهان، نشریه کانون وکلا، زمستان ۱۳۸۰، شماره ۱۷۵، ص ۵۵



## منابع:

- ۱- کاتبی، حسینقلی، وکالت، چاپ دوم، تهران، انتشارات آبان، بهار ۱۳۳۷
- ۲- بولاغ، محمود، خادمی: مازیار: عارفی. محمدشعیب، بازجستی تاریخی - تحلیلی در چرایی حق دسترسی متهم به وکیل در دادرسی کیفری از منظر حق‌های رویه‌ای، فصل‌نامه قضاوت، شماره ۹۷، بهار ۹۸
- ۳- شفیع، حدیث؛ وحید، مرتضی فر، بررسی تطبیقی اصل تناظر و حق برخورداری از وکیل در حقوق ایران و انگلیس، فصل‌نامه راه وکالت سال دهم، کانون وکلای دادگستری گیلان، شماره ۲۰
- ۴- کاتبی، حسینقلی، قواعد و سنن کانون وکلای فرانسه، نشریه کانون وکلای دادگستری دوره قدیم اسفند ۱۳۴۱ شماره ۲
- ۵- ساقیان، محمد مهدی، تحولات حق متهم بر داشتن وکیل در مرحله تحت نظر در حقوق فرانسه و ایران، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی زمستان ۱۳۹۳ - شماره ۱
- ۶- کوشکی، غلام حسن؛ سهیلی مقدم، سحر، مطالعه تطبیقی حقوق شخص تحت نظر در نظام دادرسی کیفری ایران و آمریکا، مجله حقوقی دادگستری، تابستان ۱۳۹۵، سال هشتم، ش. ۹۴
- ۷- اسلامی، رضا، آیا حقوق بشر، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۷
- ۸- ضیائی فرد. محمدحسن. حق برخورداری از وکیل یا مشاور حقوقی، نشریه حقوق اساسی، سال چهارم، شماره هشتم، تابستان ۱۳۸۶
- ۹- یآوری، اسدالله «از دادرسی تا دادرسی منصفانه» تحول در مفهوم و قلمرو کلاسیک دادرسی و تضمینات آن: تحقیقات حقوقی» زمستان ۱۳۹۳ - شماره ۶۸
- ۱۰- حبیب زاده، محمد جعفر؛ اسدی، فرشته، مصونیت قضایی دادرسان و وکلای دادگستری در نظام حقوقی ایران، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دوره ۳۸ شماره ۴ زمستان
- ۱۱- قهرمانی، نصرالله، یوسفی محله، ابراهیم، مجموعه کامل مقررات وکالت، چاپ



چهارم، تهران، انتشارات مجد

۱۲- جلالی، محمد، آزادی بیان و کلا در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر، نشریه رأی، شماره ۹ زمستان

۱۳- کاشانی، سید محمود، استقلال کانون وکلای دادگستری دستاورد وکلای دادگستری ایران و جهان، نشریه کانون وکلا، زمستان ۱۳۸۰، شماره ۱۷۵

۱۴- انصاری، باقر، «اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، ج. اول و دوم، چ. اول، تهران، خرسندی، ۱۳۹۵

۱۵- Murray v. UK (۱۹۹۶), A. Sanders and R. Young, Criminal Justice, Oxford, Oxford Uni. Press, ۲۰۰۷, p. ۱۹۶.





## لایحه منتخب



دکتر علی خالقی  
وکیل پایه یک دادگستری  
استاد دانشگاه تهران

### ریاست محترم دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران

با سلام و احترام، در پرونده کلاسه ... شعبه ... دادگاه کیفری دو تهران، مربوط به شکایت شاکی ... با وکالت اینجانبان ... و ... علیه آقای ... به اتهام «جعل سند رسمی و استفاده از آن»، دادنامه شماره ... مبنی بر تبرئه متهم از اتهام جعل و محکومیت او در استفاده از سند مجعول صادر و در تاریخ ۱۴۰۱/۰۸/۲۹ ابلاغ شده است که بدین وسیله با تقدیم تجدیدنظرخواهی خود از طرف شاکی نسبت به هر دو جنبه دادنامه فوق (برائت و محکومیت متهم)، تقاضای ارجاع پرونده به یکی از شعب تجدیدنظر و رسیدگی و صدور حکم شایسته را دارد. با توجه به اینکه درخواست تجدیدنظر حاضر ناظر به هر دو جنبه دادنامه فوق است، دلایل و مستندات خود نسبت به این دو جنبه را ذیلاً به تفکیک به استحضار می‌رساند:

### الف) تجدیدنظرخواهی نسبت به حکم برائت

با وجود تحقیقات دقیق و مفصل دادرسی و نظریه صریح کارشناسی، دادگاه صادرکننده حکم بدوی در مورد جعل یک فقره سند رسمی (صلح‌نامه شماره ... مورخ ۱۳۸۹/۰۸/۱۹ دفتر اسناد رسمی ... تهران)، به نوشتن یک سطر اکتفاء کرده و آورده است: «با توجه



به اینکه این احتمال دارد که جعل توسط اشخاص دیگری صورت گرفته و منتسب به ایشان نمی‌باشد» و بر این اساس، حکم برائت متهم را صادر نموده است! متأسفانه قاضی محترم شعبه ... در اقدامی غیرحرفه‌ای و غیرقانونی، در دو جلسه رسیدگی به تاریخ‌های ۱۴۰۱/۰۴/۲۰ و ۱۴۰۱/۰۸/۲۲ به بهانه عدم حضور شاکی و متهم، اجازه صحبت به وکلای آن‌ها را هم ندادند و در پاسخ به توضیح و کلای شاکی مبنی بر اینکه شاکی در ایران نبوده و شغل و محل اقامت او در خارج از کشور است، فرمودند «خب، ایران نیست، منم برائت میدم!» ایشان با این برخورد غیرمسئولانه حاضر به شنیدن اظهارات و توضیحات وکلای طرفین نشدند و نهایتاً هم حکم برائت وعده داده شده را صادر فرمودند! این در حالی است که هیچ مقرر قانونی به قاضی اجازه نمی‌دهد که به عذر عدم حضور شاکی یا متهم، از قبول وکیل او یا دادن اجازه صحبت به وی خودداری نماید.

در پرونده حاضر نیز اگر قاضی محترم شعبه بدوی به وکلای شاکی امکان ارائه توضیحات خود را می‌داد می‌توانست در کشف حقیقت و احراز بزهکاری متهم موفق باشد. متهم، با طراحی دقیق و با اهداف سودجویانه، یک فقره سند رسمی را جعل و به دادخواست تقدیمی خود به شعبه ... دادگاه حقوقی تهران پیوست نموده و دعوایی واهی را به منظور ابطال چند فقره سند رسمی موکل طرح نموده است. پس از اطلاع موکل و اقدام قضایی علیه او، دلایل زیر در جعلی بودن این سند کشف و به دادگاه کیفری ارائه شده است:

اولاً، همان‌گونه که مستحضربید در مورد اسناد منتسب به مراجع رسمی، یکی از راه‌های احراز اصالت آن‌ها، استعلام از مرجعی است که صدور آن سند به آن نسبت داده شده است. این روشی است که معمولاً در احراز اصالت احکام دادگاه‌ها یا گواهی‌ها و مدارک تحصیلی هم استفاده می‌شود. در این پرونده، از آنجا که ادعای جعلیت یک سند رسمی مطرح بوده، از مرجعی که صدور سند منتسب به آن است، یعنی دفتر اسناد رسمی ... تهران (با کفالت سردفتر اسناد رسمی ... تهران) در مورد آن استعلام شده و این دفتر در پاسخ، نخست طی نامه شماره ... مورخ ۹۹/۱۲/۱۳ و سپس طی نامه شماره ... مورخ ۱۴۰۱/۰۶/۰۶ صحت تنظیم سندی در آن دفترخانه با شماره فوق به



عنوان صلح‌نامه را قاطعانه رد و اعلام کرده است که «سند شماره ... این دفتر در تاریخ ۸۴/۱۰/۱۲ ثبت دفتر گردیده و وکالت می‌باشد، نه صلح (موکل ... ، وکیل ...)» و به روشنی افزوده است که «چنانچه سند صلحی به شماره ... -۸۹/۸/۱۹ از طرف دفتر ... به آن مرجع ارائه شده، قطعاً جعلی می‌باشد. ضمناً سند در ردیف بایگانی نمی‌باشد.» لازم به ذکر است که حسب اطلاعات به دست آمده، سردفتر اسناد رسمی شماره ... که صلح‌نامه موصوف منتسب به دفترخانه اوست به دلیل اتهامات متعدد مربوط به انجام وظایف خود، سلب صلاحیت شده و در پی تعقیب قضایی نامبرده، قرار بازداشت درباره او صادر شده و متعاقباً در بازداشتگاه فوت نموده است. پس از این وقایع، سردفتر اسناد رسمی ... کفیل آن دفترخانه شده و پاسخ استعلام فوق را داده است. بی‌تردید، اقدام سردفتر سابق در مورد این سند امری فراتر از یک تخلف بوده و با متعاملین تبانی و هم‌دستی داشته و به درخواست آن‌ها چنین سندی را تنظیم کرده است، اما شماره سندی را که سابقاً به یک سند وکالت تخصیص یافته بود، بر روی آن درج نموده است. به همین دلیل کارشناس رسمی منتخب خبر از سوابق ثبتی سند ... داده اما موضوع آن را وکالت اعلام کرده و گفته است خبری از صلح‌نامه در دفترخانه نیست.

ثانیاً، از آنجا که صلح‌نامه ادعایی دلالت بر این داشته که این سند در تاریخ ۸۹/۰۸/۱۹ توسط متهم (به عنوان متصالح) و مادرش خانم ... (به عنوان مصالح) در دفتر اسناد رسمی شماره ... تهران امضاء شده است، و شاکی مدعی بوده که این خانم (یعنی خواهرش) در تاریخ مذکور اساساً در ایران نبوده است، مراتب از مراجع ذیربط استعلام شده و رئیس پلیس مهاجرت و گذرنامه ناجا به موجب نامه شماره ... مورخ ۹۹/۱۲/۰۹ که اصل آن در پاسخ به استعلام شعبه ... دادگاه حقوقی به آن مرجع ارسال و تصویر آن توسط دفتر دادگاه به بازپرس محترم تقدیم شده اعلام کرده است که خانم ... مدتی قبل از تاریخ فوق، یعنی در تاریخ ۸۹/۰۶/۰۶ ایران را به مقصد انگلستان ترک کرده و در تاریخ ۸۹/۰۹/۱۹ به کشور مراجعت نموده است. در نتیجه، خانم ... اساساً در تاریخ ادعایی تنظیم صلح‌نامه مزبور یعنی ۸۹/۰۸/۱۹ در ایران حضور نداشته است تا بتواند چنین سندی را امضاء نماید. بر اساس این حقایق، در دادگاه حقوقی روشن شد که صلح‌نامه شماره ۵۸۴۸ مورخ ۸۹/۰۸/۱۹ جعلی بوده و در تاریخ ادعایی آن و مقدم بر



اسناد موکل تنظیم نشده و در نتیجه حکم غیابی صادر شده بر مبنای آن فسخ و دعوای خواهان (متهم) رد شد. بدیهی است که با اثبات جعلی بودن سند، هیچ کس جز متهم ذینفع در ارتکاب این رفتار مجرمانه نبوده است.

ثالثاً، برای روشن شدن نقش متهم در جعل صلح نامه رسمی موضوع شکایت، کافی است که به تقدیم این سند توسط متهم به شعبه ... دادگاه حقوقی تهران توجه نمود که وی آن را به آن دادگاه ابراز و در واقع استفاده نموده است. با این حال، برای اینکه شبهه‌ای در این نباشد که متهم خود به امضاء سند مذکور مبادرت ورزیده است، این موضوع به کارشناس رسمی دادگستری ارجاع گردید. کارشناس منتخب، با ملاحظه اصل سند (که تا آن زمان متهم نه نزد مرجع قضایی حاضر شده بود و نه سند را تحویل داده بود) و با استکتاب از شخص متهم و خانم ... (نه بر اساس اسناد مسلم‌الصدور آن‌ها)، نظریه خود را در تاریخ ۱۴۰۱/۰۶/۲۶ صادر و در آن به صراحت اعلام نمود که «تعداد دو فقره امضاء انتسابی به خانم ... و فرزندش ... در مقایسه با امضات استکتایی و اساس تطبیق وی از حیث: شکل و قالب، شروع و خاتمه، سرعت و صراحت، نحوه تحریر کلمات نام و نام خانوادگی آن‌ها در کنار امضاء و سایر ویژگی‌های فنی دارای تشابهات زیادی بوده و مطابقت دارند (مثبت+)».

بدین ترتیب، روشن و مشخص شد که امضاء ذیل صلح نامه توسط متهم درج شده و متعلق به اوست. همان گونه که مستحضرید درج امضاء در ذیل یک سند جزء آخر و سبب تشکیل آن سند است، به طوری که حتی اگر تمام متن سند توسط سردفتر یا شخص دیگری با اتخاذ عنوان سردفتر تنظیم شده، ولی توسط متعاملین امضاء نشده باشد، نمی‌توان از تنظیم سند سخن گفت، بلکه با امضاء یک سند در واقع قصد انشاء صاحب آن اعلام و «سند ساخته» می‌شود. به موجب ماده ۵۲۳ قانون تعزیرات نیز یکی از مصادیق جعل و تزویر «ساختن نوشته یا سند» می‌باشد. در پرونده حاضر، مهم نیست که چه کسی (متهم یا سردفتر متوفی یا شخصی دیگر) متن سند صلح را تایپ کرده است. مهم این است که متهم با درج امضای خود در ذیل آن، به آن متن به عنوان یک سند موجودیت بخشیده و آن را تکمیل کرده است. بنابر این عمل او «ساختن سند» است که از مصادیق جعل به شمار می‌رود و چون در مقام ساختن یک سند رسمی



برآمده، اقدام او جعل یک فقره سند رسمی است. جعل «نوشته‌ها و اوراق رسمی» توسط کارمندان و مسؤولان دولتی در ماده ۵۳۲ قانون تعزیرات و اقدام به همین عمل توسط اشخاصی که کارمند یا مسؤول دولتی نیستند در ماده ۵۳۳ آن قانون جرم و قابل مجازات شناخته شده است.

با توجه به مراتب فوق، اتهام متهم دائر بر جعل صلح‌نامه رسمی شماره ... مورخ ۸۹/۰۸/۱۹ ثابت است و تقاضای نقض حکم تجدیدنظرخواسته در این قسمت و صدور حکم محکومیت نامبرده را دارد. در این زمینه، توجه قضات محترم تجدیدنظر را به این نکته جلب می‌کند که متهم با اقدام خود، دست به ارتکاب جعل در یک سند عادی نزده، بلکه یک سند رسمی را که باید مورد اعتماد و وثوق باشد، جعل نموده است تا آن را برای فریب دادگاه مورد استفاده قرار دهد و به وسیله آن موفق شده ۹ سند رسمی مربوط به موکل را ابطال نماید. وی پس از آن، با اخذ نامه‌ای از دادگاه صادرکننده حکم خطاب به اداره کل ثبت اسناد و املاک تهران، عملیات مربوط به ابطال اسناد مزبور در دفتر املاک و دفاتر اسناد رسمی را نیز پیگیری کرده بود تا اینکه به طور اتفاقی و هنگام مراجعه یکی از بستگان موکل به یکی از این دفاترخانه‌ها از اقدامات وی پرده برداشته شد. مقابله با این اقدامات متهم در دادگاه حقوقی و اعاده اعتبار اسناد ابطال شده، وقت و هزینه زیادی را از موکل گرفت و به او ظلم شد. از سوی دیگر، توجه به این نکته لازم است که در حالی که ورودی شگفت‌آور پرونده‌های قضایی، قضات دادگستری را با حجم عظیم موجودی مواجه و آن‌ها را خسته و فرسوده کرده است، متهم با جعل سند رسمی، یک دعوای واهی را در دادگستری طرح نموده و با بی‌اطلاع نگه داشتن خواندگان از طریق ارائه نشانی مجعول، دادگاه را فریفته و حکم به سود خود گرفته است. همان‌گونه که مستحضرید، در بسیاری از کشورها، فریب مقامات قضایی تحت عنوان «جرائم علیه عدالت» دسته‌بندی شده و به شدیدترین وجه مجازات می‌شود، زیرا مرتکب با این اقدام خود، امری خلاف واقع را با حکم قضایی، واقعی جلوه می‌دهد و اعتبار آراء و مراجع قضایی را مخدوش می‌سازد. در پرونده حاضر نیز، متهم چنین اقدامی انجام داده و در اجرای تبصره الحاقی به ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی و به استناد بندهای «الف» و «ب» آن ماده استحقاق محکومیت به مجازاتی بیش از حداقل مقرر قانونی را دارد.



## ب) تجدیدنظر خواهی نسبت به حکم محکومیت

با توجه به محتوای پرونده حقوقی مربوط به این موضوع در دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر تهران که مهم‌ترین اوراق آن‌ها از سوی دفتر دادگاه ارسال و در پرونده کیفری مضبوط گردیده به خوبی روشن است که متهم با ارائه سند جعلی به مرجع قضایی و استناد به آن برای اثبات ادعای خود در آن مرجع، دست به استفاده از سند مجعول زده و حکم محکومیت او از این لحاظ صحیح است. با این حال، رأی تجدیدنظرخواسته از نظر تعیین میزان مجازات متهم متضمن دو اشتباه به شرح زیر است که چون به اساس رأی لطمه وارد نمی‌سازد به استناد ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی کیفری تقاضا دارد ضمن تأیید حکم محکومیت، آن را اصلاح نماید:

اولاً، حسب اعلام صریح دادسرا در کیفرخواست مورخ ۱۴۰۱/۰۳/۱۶ به دادگاه، متهم ... دارای سابقه «محکومیت کیفری» بوده و همین امر ایجاب می‌نموده که سوابق وی استعلام و با توجه به آن‌ها و با رعایت قواعد تکرار جرم به تعیین مجازات او مبادرت گردد. بدیهی است که نحوه برخورد با متهمی که دارای سوابق کیفری (از جمله سابقه ارتکاب ضرب و شتم نسبت به شاکی) است نباید مانند برخورد با متهمی ناکرده بزه و بدون سابقه باشد.

ثانیاً، با توجه به ارتکاب دو جرم یعنی جعل و استفاده از سند مجعول توسط متهم، تعیین میزان مجازات متهم تابع قواعد تعدد جرم بوده و لازم است که در هر دو جرم بر اساس بند «ب» ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹) رفتار شود. بر این اساس، حداقل میزان مجازات هر یک از این جرائم بیشتر از میانگین حداقل و حداکثر مجازات مقرر قانونی (یعنی بیشتر از بیست و یک ماه) است. بنابر این، از آن دادگاه محترم تقاضا دارد که با توجه به دلایل مجرمیت متهم در خصوص اتهام جعل و استفاده از سند مجعول و احراز حالت تعدد جرم، و با توجه به اینکه میزان مجازات مقرر در حکم نخستین بر خلاف جهات قانونی کمتر از حداقل میزانی است که قانون مقرر داشته، در اجرای ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری با تصحیح حکم، نسبت به تعیین حداقل مجازاتی که قانون مقرر داشته است (یعنی بیست و یک ماه و یک روز حبس)، اقدام نماید. با تجدید احترام





# بررسی جرایم سایبری در حوزه ارزهای دیجیتال و طرح‌های کلاهبرداری مدرن



علی‌رضا قاسمی  
وکیل پایه یک دادگستری

## مقدمه

در سال‌های اخیر، رشد فناوری‌های نوین مالی و ظهور ارزهای دیجیتال، فرصت‌ها و چالش‌های متعددی را برای نظام‌های اقتصادی و حقوقی کشورها ایجاد کرده است. در کنار این فرصت‌ها، فعالیت‌های غیرقانونی نظیر شرکت‌های هرمی (مانند فیوچر، یونیک فایننس و موارد مشابه) که عمدتاً با پوشش سرمایه‌گذاری در حوزه ارزهای دیجیتال فعالیت می‌کنند، مشکلات جدی برای نظام حقوقی و اقتصادی کشور به وجود آورده‌اند. این مقاله به تحلیل وضعیت حقوقی این فعالیت‌ها در چارچوب قوانین و مقررات داخلی می‌پردازد.

## مطالعه موردی:

پرونده کلاهبرداری موسوم به پروژه سرمایه‌گذاری "Filipping" در قم

## چکیده

پیشرفت فناوری اطلاعات و ظهور ارزهای دیجیتال در سال‌های اخیر، فرصت‌های جدید اقتصادی را فراهم کرده است، اما هم‌زمان بستری مناسب برای شکل‌گیری جرایم



سایبری مانند کلاهبرداری‌های اینترنتی، پولشویی و طرح‌های هرمی مدرن نیز ایجاد کرده است. این مقاله با بررسی ابعاد مختلف این جرایم، به تحلیل‌های حقوقی و استناد به پرونده‌های واقعی پرداخته و خلأهای قانونی موجود در ایران را تشریح می‌کند.

دکتر عبدالحسین شیروی در کتاب جرایم رایانه‌ای و اینترنتی بیان می‌کند: «ناشناس بودن کاربران و سهولت انجام تراکنش‌ها از طریق شبکه‌های غیرمتمرکز، چالش‌های بسیاری برای قانون‌گذاران و نظام قضایی کشورها ایجاد کرده است» (شیروی، ۱۳۹۹، ص ۸۷).

یکی از پرونده‌های مشهور در این زمینه، پرونده صرافی غیرقانونی MT.Gox در ژاپن است که منجر به سرقت ۸۵۰ هزار بیت‌کوین و نابودی سرمایه‌گذاران شد. این پرونده نشان می‌دهد که خلأ نظارت و امنیت در معاملات ارزهای دیجیتال، چگونه زمینه را برای کلاهبرداری‌های کلان فراهم می‌کند.

## \*\*\* ماهیت شرکت‌های هرمی و تمایز آن از فعالیت‌های اقتصادی مشروع

شرکت‌های هرمی مانند فیلپینگ (Filipping) به طور کلی با هدف جذب سرمایه‌گذاران جدید به منظور پرداخت به سرمایه‌گذاران قبلی طراحی می‌شوند. در این سیستم‌ها، بیشتر درآمد افراد از جذب اعضای جدید به سیستم است تا از فروش محصولات یا خدمات واقعی. این گونه شرکت‌ها معمولاً پتانسیل کلاهبرداری دارند و در بسیاری از کشورهای جهان غیرقانونی محسوب می‌شوند. برخی از ویژگی‌های شرکت‌های هرمی عبارتند از:

۱. ورود به سیستم با پرداخت هزینه یا خرید محصول به قیمت بالاتر از ارزش واقعی آن.
۲. ایجاد شبکه‌ای از افراد جدید برای کسب درآمد از طریق جذب اعضای بیشتر به جای تمرکز بر فروش محصول واقعی.
۳. فقدان محصولات یا خدمات واقعی با ارزش در سیستم، یا اگر هم محصولی وجود داشته باشد، کیفیت آن معمولاً بسیار پایین است.



در مقابل، شرکت‌های مشروع و قانونی دارای ویژگی‌هایی هستند که آن‌ها را از شرکت‌های هرمی متمایز می‌کند:

۱. محصولات یا خدمات واقعی: شرکت‌های قانونی برای درآمد خود بر روی فروش محصولات یا خدمات با کیفیت تکیه می‌کنند. این محصولات باید دارای ارزش واقعی باشند و قابل استفاده یا مصرف برای مشتریان.

۲. مدل کسب و کار مبتنی بر فروش: در شرکت‌های مشروع، درآمد از فروش واقعی محصولات یا خدمات حاصل می‌شود، نه از جذب سرمایه‌گذاران جدید.

۳. قانونی بودن و شفافیت: این شرکت‌ها معمولاً تحت نظارت مراجع قانونی و مقررات کسب و کار قرار دارند و فعالیت‌های آنها شفاف و ثبت شده است.

در نتیجه، تمایز اصلی بین شرکت‌های هرمی و شرکت‌های مشروع در نحوه کسب درآمد، مشروعیت، و وجود محصولات یا خدمات با ارزش است.

## \*\*\* بررسی پرونده کلاهبرداری موسوم به سیستم هرمی "فلیپینگ" در ایران

### شرح پرونده

در این پرونده که بنده بعنوان وکیل شاکیه حضور دارم، خانم ف.آ، یکی از قربانیان در سراسر کشور، با تبلیغات گسترده در اینستاگرام از سوی شخصی به نام ا.ع ترغیب شد که در طرحی موسوم به فلیپینگ سرمایه‌گذاری کند. با تشویق‌های فرد کلاهبردار، موکله فریب خورده و تعداد ۱۵ واحد اتریوم (معادل ۵ میلیارد تومان در زمان سرمایه گذاری) را در این سیستم سرمایه‌گذاری می‌کند. نهایتاً، اتریوم‌های استیک‌شده موکل توسط سیستم قفل شده و امکان دسترسی همیشگی به سرمایه از دست می‌رود. در همین حین، فرد معرف که موکل با ترغیب او وارد سیستم شده، ناپدید می‌شود.

مکانیسم این نوع کلاهبرداری بر پایه یک طرح هرمی است که در آن اعضای جدید مجبور به پرداخت مبلغی برای ورود شده و سود افراد قدیمی از محل سرمایه‌گذاری تازه واردها تأمین می‌شود. پس از مدتی، حساب کاربری قربانیان به بهانه‌های مختلف از جمله عدم دسترسی به استخر نقدینگی مسدود و دارایی‌های آنان ضبط می‌شود.



## تحلیل مفهومی و فنی کلاهبرداری موضوع سیستم فلیپینگ

در این بخش، برای شفاف‌سازی موضوع سیستم هر می فلیپینگ و تبیین مفهوم استیک کردن اتریوم و نحوه عملکرد کلاهبرداری، توضیحات زیر را به مرجع قضایی و در مقام دفاع ارائه نمودم:

• فلیپینگ چیست؟

• فلیپینگ (Flipping) در دنیای ارزهای دیجیتال معمولاً به خرید و فروش سریع ارزها برای کسب سود اشاره دارد.

• اما در این پرونده، فلیپینگ به عنوان یک پروژه هر می یا پانزی ارائه شده است.

• مشتکی عنهم ادعا کرده‌اند که با خرید اتریوم و مشارکت در یک سیستم استیکینگ خاص، می‌توان در مدت کوتاهی سود کلانی کسب کرد.

• این پروژه بر اساس ساختار هر می طراحی شده که سود افراد جدیدالورود، به حساب معرفان واریز می‌شود (نه از فعالیت واقعی یا سود سرمایه‌گذاری).

• استیک کردن اتریوم چیست؟

• استیکینگ (Staking) به معنای قفل کردن مقدار مشخصی از یک ارز دیجیتال در یک قرارداد هوشمند برای دریافت پاداش است.

• در این پرونده، کلاهبرداران ادعای دروغین مطرح کرده‌اند و به جای اتصال موکل به یک شبکه معتبر، اتریوم‌های استیک‌شده را به کیف پول خودشان منتقل کرده‌اند.

در نهایت از مرجع قضایی و در مقام تحقیقات خواسته‌ام که دستورات مقتضی را جهت رهگیری ولت (آدرس کیف پول دیجیتال) متعلق به موکله و مشتکی عنهم انجام بدهد.

برای تسریع فرآیند بررسی و رهیابی تراکنش‌های مربوط به پرونده‌های کلاهبرداری ارزهای دیجیتال، همکاری دقیق با پلیس فتا از اهمیت بالایی برخوردار است. در این راستا، ارائه مستندات و اطلاعات صحیح و جامع می‌تواند روند پیگیری را بهینه‌سازی کرده و امکان بازیابی وجوه از دست‌رفته را افزایش دهد.



## ۱. اطلاعات دقیق کیف پول دیجیتال را در اختیار پلیس فتا قرار بدهید:

• آدرس کیف پول دیجیتال: اولین و مهم‌ترین مدرک، آدرس کیف پول (Wallet Address) موکل است. این آدرس باید بدون نقص در اختیار پلیس فتا قرار گیرد تا ره‌یابی تراکنش‌ها ممکن شود.

• آدرس‌های عمومی برای ارزهای دیجیتال مختلف: در صورتی که موکل از چند نوع ارز دیجیتال (مانند بیت‌کوین، اتریوم، تتر و ...) استفاده کرده، باید تمامی آدرس‌های مربوطه ارائه شود.

## ۲. اطلاعات مربوط به تراکنش‌ها

• تاریخ و زمان تراکنش‌ها: مشخص کردن دقیق زمان هر تراکنش به پلیس فتا کمک می‌کند تا بررسی‌های خود را در بازه مشخصی انجام دهد.

• مقدار ارز منتقل شده: حجم و ارزش تراکنش‌های مشکوک باید به تفکیک ذکر شود.

• شناسه تراکنش (TXID): ارائه TXID هر تراکنش به پلیس فتا امکان بررسی دقیق و ره‌یابی مبالغ را می‌دهد.

## ۳. اطلاعات سیستم و سرویس‌های مورد استفاده

• پلتفرم‌های مرتبط با کیف پول: نام و نوع کیف پول دیجیتال (مثلاً Metamask، Trust Wallet) یا صرافی‌های مورد استفاده (مانند Binance، Coinbase) باید مشخص شود.

• نام یا شناسه حساب‌های مرتبط: اگر از پلتفرم‌های دیفای یا پروژه‌های استیکینگ استفاده شده است، این اطلاعات به همراه نام حساب ارائه شود.

## ۴. اسناد و مدارک مرتبط با مالکیت کیف پول

• اثبات مالکیت کیف پول: مدارکی مانند ایمیل‌های مرتبط، کلید خصوصی (در صورت امکان)، یا گواهی صادر شده توسط سرویس‌دهنده کیف پول باید ارائه شود.

• مکاتبات مرتبط: هرگونه ایمیل یا چت مربوط به تراکنش‌ها که می‌تواند در شناسایی متهمان مفید باشد، به پرونده اضافه شود.



## ۵. استفاده از ابزارهای ره‌گیری تراکنش‌ها

• تحلیل بلاک‌چین: استفاده از ابزارهای ره‌گیری مانند Etherscan (برای اتریوم) یا Blockchain Explorer (برای بیت‌کوین) می‌تواند اطلاعات مفیدی درباره تراکنش‌ها ارائه دهد.

## ۶. شناسایی فعالیت‌های مشکوک

• گزارش فعالیت‌های غیرعادی: در صورت مشاهده رفتار مشکوک در کیف پول یا حساب‌های مرتبط، این موارد باید به‌طور مستند ارائه شوند.

## ۷. همکاری با پلیس فتا و کارشناسان فنی

• ارائه اطلاعات کارشناسی: در صورت نیاز، همکاری با تحلیل‌گران بلاک‌چین می‌تواند به ره‌یابی دقیق تراکنش‌ها کمک کند.

## ۸. ارائه شواهد فنی دیگر

• اسکرین‌شات‌های حساب‌ها و تراکنش‌ها: ثبت تصاویر از تراکنش‌ها، تاریخچه کیف پول و سوابق حساب‌های صرافی‌ها می‌تواند در تحقیقات کمک‌کننده باشد.

## چگونه با پلیس فتا همکاری کنید؟

۱. تماس اولیه با پلیس فتا: گزارش جرم و ارائه اطلاعات اولیه.
۲. تحویل مستندات کامل: ارائه مدارک و اطلاعات مربوط به کیف پول، تراکنش‌ها و ارتباطات مالی.
۳. رصد وضعیت کیف پول: همکاری با پلیس در استفاده از ابزارهای ره‌گیری بلاک‌چین.
۴. پیگیری و تعامل با کارشناسان: در برخی پرونده‌ها، همکاری متخصصان تحلیل بلاک‌چین ضروری است. از قاضی بخواهید ضمن همکاری با پلیس فتا از کمک کارشناسان خبره در این زمینه استفاده کند.

## \*\*\* قوانین بین‌المللی موجود درباره ارزهای دیجیتال و جرایم مرتبط

۱. مقررات FATF در خصوص مبارزه با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم



گروه ویژه اقدام مالی (FATF) که وظیفه نظارت بر جرایم مالی بین‌المللی را بر عهده دارد، در سال ۲۰۱۹ دستورالعمل‌هایی برای نظارت بر تراکنش‌های ارزهای دیجیتال صادر کرد. این دستورالعمل‌ها شامل موارد زیر است:

• الزام صرافی‌های ارز دیجیتال به احراز هویت مشتریان (KYC).

• ثبت و گزارش تراکنش‌های مشکوک به مراجع ذی‌صلاح.

• ایجاد سازوکار نظارتی برای جلوگیری از پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم.

۲. مقررات اتحادیه اروپا (MiCA)

در سال ۲۰۲۳، اتحادیه اروپا قانونی به نام مقررات بازارهای دارایی‌های دیجیتال (MiCA) تصویب کرد که هدف آن تنظیم بازار ارزهای دیجیتال است.

۳. مقررات ایالات متحده (SEC و CFTC)

• کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا (SEC) بسیاری از عرضه‌های اولیه سکه

(ICO) را تحت قوانین اوراق بهادار قرار داده و آنها را ملزم به ثبت کرده است.

• کمیسیون معاملات آتی کالا (CFTC) ارزهای دیجیتال را به عنوان کالا شناخته و

مقررات خاصی برای معاملات آنها وضع کرده است.

## \*\*\*تحلیل حقوقی جرایم سایبری در ایران

۱. قوانین موجود و محدودیت‌ها

در ایران، قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ تنها به جرایم رایانه‌ای عمومی پرداخته است و هنوز قوانین جامعی برای مقابله با جرایم مرتبط با ارزهای دیجیتال وجود ندارد.

البته در مورد شرکت‌های هرمی معمولاً قضات دادگاه طبق بند ۱ ماده یک قانون

مجازات اخلاک‌گرایان در نظام اقتصادی (الحاقی ۱۴/۱۰/۱۳۸۴) - تأسیس، قبول نمایندگی

و عضوگیری در بنگاه، موسسه، شرکت یا گروه به منظور کسب درآمد ناشی از افزایش

اعضاء به نحوی که اعضاء جدید جهت منفعت، افراد دیگری را جذب نموده و توسعه

زنجیره یا شبکه انسانی تداوم یابد.» که جرم‌انگاری شده است حکم صادر می‌نمایند.

\*\*\* تاکنون، بانک مرکزی ایران هنوز مجوز رسمی برای صرافی‌های ارز دیجیتال



صادر نکرده است. این امر به دلیل نبود چارچوب‌های قانونی مشخص در حوزه ارزهای دیجیتال است. با این حال، صرافی‌های معتبری در ایران فعالیت می‌کنند که با رعایت مقررات عمومی و دریافت مجوزهای لازم، خدمات خود را ارائه می‌دهند. برخی از این صرافی‌ها عبارت‌اند از: نویتکس، آبان تتر، تترلند، والکس، بیت‌بین، تبدیل، اکسیر، رمزینکس، او ام پی فینکس.

این صرافی‌ها با رعایت استانداردهای امنیتی و نظارتی، محیطی امن و شفاف را برای کاربران فراهم می‌کنند. با وجود عدم صدور مجوز رسمی، این صرافی‌ها با رعایت مقررات و استانداردهای موجود، به فعالیت خود ادامه می‌دهند و کاربران می‌توانند با اطمینان نسبی از خدمات آن‌ها استفاده کنند. لکن با این وجود، بانک مرکزی ایران استفاده از ارزهای دیجیتال به‌عنوان ابزار پرداخت ممنوع است. (بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۹ دی ۱۳۹۶، طی اطلاعیه‌ای به کارگیری بیت‌کوین و سایر ارزهای دیجیتال را در تمام مراکز پولی و مالی کشور ممنوع اعلام کرد).

همچنین، در مصوبه هیئت وزیران به شماره ۵۸۱۴۴/ت/۵۵۶۳۷ هـ مورخ ۱۳ مرداد ۱۳۹۸، تأکید شده است که استفاده از رمزارزها در مبادلات داخل کشور مجاز نیست و مسئولیت ریسک آن بر عهده متعاملین است.

این مصوبات نشان‌دهنده موضع رسمی بانک مرکزی و دولت در خصوص محدودیت استفاده از ارزهای دیجیتال به‌عنوان ابزار پرداخت در داخل کشور است. فلذا لازم است قانون‌گذار با شناخت دقیق جهت کشف و تعقیب جرایم سایبری و سیستم‌های هرمی قوانین و مقررات روزآمدی را تدوین نماید.

دکتر ابوالفضل طهری در مقاله تحلیل طرح‌های پانزی اشاره می‌کند: «تبود قوانین شفاف و به‌روز در زمینه ارزهای دیجیتال و جرایم مرتبط با آن، فرصت‌های بسیاری برای مجرمان سایبری ایجاد کرده است» (طهری، ۱۴۰۰، ص ۱۲۰).

## \*\*\* خلاصه‌های قانونی و راهکارهای پیشنهادی

۱. تدوین قوانین مشخص برای ارزهای دیجیتال و طرح‌های هرمی



۲. تشکیل دادگاه‌های تخصصی جرایم سایبری
۳. ایجاد نهادهای نظارتی برای ردیابی جرایم مالی دیجیتال
۴. عدم شفافیت در تعیین صلاحیت قضایی در جرایم بین‌المللی سایبری

## \*\*\*پیشنهادات برای بهبود قانون‌گذاری

- تدوین قوانین جامع برای ارزهای دیجیتال شامل تعاریف، مصادیق جرم و نحوه رسیدگی به آن‌ها.
- تقویت همکاری‌های بین‌المللی و امضای معاهدات همکاری در حوزه جرایم سایبری.
- ایجاد سازوکارهای نظارتی بر صرافی‌های ارز دیجیتال مانند الزام به گزارش‌دهی.
- توسعه ابزارهای پیش‌رفته ردیابی و تحلیل برای رهگیری تراکنش‌های مجرمانه.

## نتیجه‌گیری

پرونده‌های مربوط به کلاهبرداری‌های سایبری و طرح‌های هرمی مانند فلیپینگ نشان می‌دهد که عدم وجود قوانین مشخص و نظارت دقیق بر ارزهای دیجیتال، بستری مناسب برای فعالیت‌های مجرمانه فراهم کرده است. برای مقابله با این تهدیدات، لازم است که قانون‌گذاری دقیق‌تری انجام شود و نهادهای قضایی و انتظامی ابزارهای مناسبی برای پیگیری این جرایم داشته باشند. برای اینکه پلیس فتا بتواند به‌سرعت سابقه تراکنش‌ها را بررسی کند، ارائه اطلاعات دقیق کیف پول، تراکنش‌ها، سوابق حساب‌ها و مدارک معتبر ضروری است. همچنین استفاده از ابزارهای تحلیلی مانند Etherscan می‌تواند در تسریع روند تحقیقات مؤثر باشد.

## منابع

فارسی:

۱. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۹)، جرایم رایانه‌ای و اینترنتی، انتشارات سمت.
۲. طهری، ابوالفضل (۱۴۰۰)، "تحلیل طرح‌های پانزی و جرایم مرتبط با ارزهای



۲۵. دیجیتال، فصلنامه حقوق و فناوری، شماره ۲۵.
۳. موسوی، رضا (۱۴۰۱)، «بررسی قوانین ایران در حوزه رمزارزها»، مجله حقوق اقتصادی، شماره ۴۵.
۴. قانون جرایم رایانه‌ای ایران، مصوب ۱۳۸۸.
۵. قانون مبارزه با پول‌شویی، مصوب ۱۳۸۶ و اصلاحات بعدی آن.  
انگلیسی:
۶. Nakamoto, S. (۲۰۰۸), Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, available at: [www.bitcoin.org](http://www.bitcoin.org)
۷. Zohar, A. (۲۰۱۵), "Bitcoin: under the hood", Communications of the ACM, ۹(۵۸), pp. ۱۱۳-۱۰۴.
۸. Europol Report (۲۰۲۱), "Cryptocurrency and Criminal Activities", available at: [www.europol.europa.eu](http://www.europol.europa.eu)
۹. Financial Action Task Force (FATF), "Guidance on Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers" (۲۰۲۱), available at: [www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)
۱۰. کتاب "Securities Regulation" (نوشته Jerry Markham) و کتاب "Fraud and Abuse in the Investment Industry" (نوشته S.A. Knapp) مقالات علمی Journal of Business Ethics و Journal of Financial Economics





## ”موقعیت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در رویه قضایی“ (بررسی چندمصادق)



تقی برهانی  
وکیل پایه یک دادگستری  
مدرس دانشگاه

”اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها“ تضمین کننده حقوق فردی و اجتماعی شهروندان است. در سایه این اصل هیچ مقامی حق تعرض به دیگری را ندارد. این اصل تضمین کننده آزادی شهروندان و میثاقی است که دولت و حکومت با آحاد مردم در تشکیل جامعه‌ی نوین بر آن متعهد است. اصول ۳۶ و ۳۷ و ۱۶۹ قانون اساسی بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تکیه می‌کند. اهتمام حاکمان به ویژه قضات دادگاه‌ها که مرجع تظلم و دادخواهی مردم هستند (اصل ۳۴ و ۷۳ و ۱۵۹) همچنین تضمین کننده و پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت هستند

۱. اصل-۳۶ ق.۱ - حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.  
اصل-۳۷ ق.۱ - اصل، برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.

اصل-۱۶۹ ق.۱ - هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود.  
۲. اصل-۳۴ ق.۱ - دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید، همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هر کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه را به آنرا دارد منع کرد.

اصل-۷۳ ق.۱ - شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است، مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان، در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند نیست.



(اصل ۱۵۶)۳ دارای اهمیت فراوان است، نحوه‌ی تمسک و استنباط قضات در مسائل جاری و نوپیدا به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها از ارزش فوق‌العاده‌ای برخوردار بود و شاخص عدم عدول از موازین اصلی و حقوقی اساسی شهروندان است. در این نوشتار به آراء دیوان عالی کشور - نظریات اداره حقوقی - نشست‌های قضایی و به طور کلی دیدگاه دستگاه قضایی راجع به اصل مذکور پرداخته می‌شود.

## ترک وظیفه شرعی “نهی از منکر”

شماری از وظایف و تکالیف شرعی وجود دارد که قانون‌گذار ضمانت اجرایی برای انجام یا ترک آنها پیش‌بینی نکرده است، از جمله آنها “ترک وظیفه شرعی نهی از منکر” است که یک تکلیف شرعی است برابر روایات وارده از ائمه معصومین علیهم السلام امر به معروف و نهی از منکر نباید ترک شود. اکنون این سوال مطرح می‌شود چنانچه شخص مکلف مسلمان از وظیفه مذکور خودداری نماید و توجهی به آن ننماید آیا مرتکب جرم شده است یا خیر؟ اداره حقوقی راجع به این موضوع چنین اظهار نظر کرده است:

”به موجب اصل ۱۶۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۶ قانون راجع به مجازات اسلامی، فعل یا ترک فعل را که در قوانین و مقررات جاری صراحتاً جرم محسوب نشده است نمی‌توان جرم دانست و نمی‌توان برای مرتکب آن مجازات تعیین نمود.“<sup>۴</sup>

(منبع - مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی در زمینه مسایل کیفری ج ۱، ص ۱۸۷)

بقیه از ص ۱۸۳ جلسه ۷ رویه قضایی

۳. اصل-۱۵۶ق ۱- قوه قضاییه قوه ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده دار وظایف زیراست:

- ۱) رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبیه که قانون معین می‌کند.
  - ۲) احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادیهای مشروع.
  - ۳) نظارت بر حسن اجرای قوانین.
  - ۴) کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام.
  - ۵) اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین.
۴. اصل-۱۶۹ق ۱. هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود.



## «عدم اجرای حکم تمکین»

پس از صدور حکم تمکین و تقاضای اجرای حکم، زن مکلف است در منزل مشترک به ایفای وظایف زناشویی بپردازد، اکنون اگر زن به دستور مأمور اجرای احکام برای انجام تمکین آماده نشد و حاضر نشود حکم دادگاه را اجرا نماید، آیا مرتکب جرم تمرد شده است (موضوع ماده ۶۰۷ ق.م.اسلامی) آیا می‌توان برابر ماده ۱۶ قانون اجرای احکام مدنی متمرّد را تحت تعقیب قرار داد؟

مفاد ماده ۶۰۷ قانون مجازات اسلامی ۹۲ مقرر می‌دارد: «...»

ماده ۱۶ قانون اجرای احکام می‌گوید: ...

اداره حقوقی می‌گوید: ...

ضمانت اجرا و عدم اجرای حکم تمکین در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی پیش‌بینی شده است و جز ناشزه بودن و عدم استحقاق نفقه، تکلیف دیگری برای زن متصور نیست، بنابراین زنی که در برابر حکم تمکین مقاومت کرده و آن را اجرا نمی‌نماید، متمرّد محسوب نمی‌شود.

نظریه اداره حقوقی: «مقررات قانون مدنی زنی را که از شوهر خود تمکین ننماید و وظایف زناشویی را انجام ندهد، مستحق دریافت نفقه نمی‌داند و ضمانت اجراء عدم اجرای حکم تمکین در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی پیش‌بینی شده است. بنابراین عدم اجرا حکم تمکین از طرف زوجه مقاومت و تجرّی موضوع ماده ۱۶۰ قانون مجازات عمومی تلقی نمی‌گردد تا با توجه به ماده ۱۶ قانون اجرای احکام مدنی قابل تعقیب کیفری باشد.» (همان منبع ص ۲۳۸)

در تحلیل این نظریه می‌توان گفت که ایفاء وظایف زناشویی از موارد دستوری نیست تا زن در صورت استنکاف از آن مستحق مجازات باشد. در مقابل، پرداخت نفقه از وظایف شوهر بوده و در صورت عدم پرداخت نفقه در صورت داشتن استطاعت مالی جرم ترک انفاق موضوع ماده ۶۴۲ ق.م.اسلامی محقق می‌گردد. باید توجه داشت که برای تحقق جرم ترک انفاق وجود استطاعت مالی شرط اساسی است بنابراین اگر شوهر با داشتن استطاعت از پرداخت خودداری نماید قاضی جرم را محقق تلقی نموده



و حکم به مجازات می‌دهد در حقیقت داشتن استطاعت مالی و عدم پرداخت نفقه سوءنیت را خود بخود محقق می‌سازد.

در مقابل، ایفای وظایف زناشویی از سوی زن او را مستحق نفقه می‌سازد، اما اگر زن تمکین ننماید ناشزه بوده و نفقه به او تعلق نمی‌گیرد بنابراین بالاجبار نمی‌توان او را به خانه شوهر برد و اگر زن مقاومت نماید و دستور مأمور اجرا را نادیده انگارد از مصادیق تمرد از دستور مأمور نیست.

ممکن است اجبار را از کلمه «باید» در ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی استنباط کرده و چنین حکم نمود که زن اجبار به حضور در منزل شوهر دارد.

ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی می‌گوید: “زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد” از حکم “باید” اجبار استفاده نمی‌شود زیرا اولاً این منافی حقوق اولیه و انسانی زن است ثانیاً در ماده ۱۱۵ قانون مدنی چنانچه مظنه ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد زن حق دارد مسکن علی‌حده انتخاب نماید و دادگاه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد.

تنها ضمانت اجرای ماده مذکور عدم استحقاق نفقه برای زن خواهد بود. ثالثاً چون اختیار طلاق به شوهر داده شده است. بنابراین یکی از دلایل عدم اجبار و الزام فیزیکی به حضور زن در منزل شوهر یا تمکین عام و خاص وی اختیار زوج است که هر وقت تمایل داشته باشد می‌تواند همسر ناشزه خود را طلاق دهد. بر این اساس مأمور اجرا تنها می‌تواند مفاد رأی را اعلام و حضور یا عدم حضور زن در منزل مشترک صورت جلسه نماید. از این نظر اجبار و الزام زن به حضور در منزل مسکونی شوهر تنها جنبه مالی داشته و چنانچه زن در مقابل مأمور اجرا از آمدن به منزل مشترک خودداری نماید، فعل وی از مصادیق تمرد موضوع ماده ۶۰۷ ق.م.اسلامی نخواهد بود.

## ” مفهوم غارت “

دقت در موضوع جرم برای رعایت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها مهم است، اداره حقوقی دادگستری در پاسخ به این سوال که آیا غارت شامل زمین خریداری



شده و اموال غیر منقول می‌شود یا خیر؟ اعلام داشته است: غارت منصرف به اموال منقول و شامل زمین و اموال غیرمنقول و اموال جزئی نمی‌شود به علاوه در غارت شرایطی از قبیل هجوم عده‌ای با قهر و غلبه لازم است. همچنین خرید زمین یا ملک با پرداخت قیمت آن به هیچ وجه از طرف خریدار غارت محسوب نمی‌شود هر چند که گفته می‌شود غارت شامل اموال غیرمنقول هم می‌باشد.

ماده ۶۸۳ قانون مجازات اساسی اسلامی ۹۲ می‌گوید: هرگونه نهب و غارت و اتلاف اموال و اجناس و امتعه یا محصولات که از طرف جماعتی بیش از سه نفر به نحو قهر و غلبه واقع شود چنانچه محارب شناخته نشوند به حبس از دو تا پنج سال محکوم خواهند شد.

بنابراین اولاً آتش زدن و غارت و اتلاف اموال منصرف به اموال منقول است. ثانیاً اموال در حکم غیرمنقول یا غیرمنقول تبعی را شامل می‌گردد. در ماده ۱۱ تا ۱۸ قانون مدنی اموال منقول و غیرمنقول مشخص شده‌اند.

آنچه ملصق به زمین یا بنا شده “غیرمنقول تبعی” است و تابع وضع موجود اما هرگاه از زمین یا بنا جدا شود منقول است. در ماده ۱۷ قانون مدنی حیوانات، بذر و اشیایی که در زراعت بکار می‌رود در حکم مال غیرمنقول است. (کاتوزیان: ۱۳۷۸- ص ۳۷ و ۳۹) اما وضعیت غیرمنقول تبعی و حکمی در حقوق جزا با آنچه در قانون مدنی آمده است متفاوت است. در دعاوی مدنی برای تشخیص صلاحیت محاکم، اموال ذاتاً منقول در حکم غیرمنقول آورده شده است و نیز اموال ذاتاً منقولی وجود دارد که تبعاً غیرمنقول محاسبه شده‌اند.

موضوع در نهب (آتش سوزی) و غارت (سرقت و بردن تهاجمی اموال) اموال منقول است و اموال منقولی که تبعاً یا در حکم غیرمنقول تلقی شده‌اند در حقوق جزا ماهیت اموال را تغییر نمی‌دهد و این اموال کماکان منقول هستند. ضمن این که ذاتاً غارت اموال غیرمنقول که ملازمه با حمل آن دارد ممکن نیست اما نهب آن ممکن است، بنابراین چنانچه محصولات زراعی ملک مورد نهب قرارگیرد با وجود شرایط از جمله تهاجم دسته جمعی و... در شمار جرم نهب و غارت تلقی می‌گردد. از طرفی سوزاندن



و نهب به نحو مذکور عرفاً ممکن است اما اگر زمین خالی (بدون محصول) مورد تاخت و تاز یا نهب (آتش سوزی) قرار گیرد از مصادیق ماده ۶۸۳ نمی‌باشد و در صورت وجود محصول با لحاظ شرایط نهب تلقی می‌گردد.

## “فعل حرام”

“عمل حرام” چیست؟ در قوانین جاری کشور برای عمل حرامی تعریفی ارائه نشده است گرچه عمل حرام نزد فقها روشن است. از نظر فقها هر کس واجبی را ترک کند یا حرامی را مرتکب شود امام معصوم علیهم السلام و نایب وی در صورتی که فعل یا ترک فعل از گناهان کبیره باشد می‌تواند وی را مجازات نماید.

حقوق جزای اسلامی ویژگی‌های خاص خود را دارد. در حقوق کیفری اسلام مجازات‌های تعزیری از حیث نوع و مقدار در اختیار حاکم است و حاکم با توجه به نحوه‌ی ارتکاب جرم، زمان، شخص مرتکب و نوع جرم، مجازات تعزیری را تعیین می‌کند بنابراین مجازات‌ها و عناوین مجرمانه تعزیری غالباً مشخص نیست. اما اکنون با توجه به میثاق اولیه مردم کشور جمهوری اسلامی ایران با حاکمان و مدیران جامعه و تنظیم قانون اساسی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها پذیرفته شده است. این موضوع در اصول ۳۶، ۱۶۹، ۱۶۶، ۳۷ قانون اساسی به صراحت ذکر شده است. بنابراین نمی‌توان به استناد شرع مقدس افراد را مجازات نمود، در مواردی که فعل حرامی به عنوان اتهام فرد مطرح گردد در صورت عدم ذکر عنوان یا مجازات آن در قانون قاضی مکلف است باستناد اصول مذکور و اصل ۱۶۷ قانون اساسی رأی بر برائت متهم صادر نماید.

اداره حقوقی محتاطانه به سؤالی در این مورد پاسخ گفته است.

سؤال: آیا ارتکاب فعل حرام جرم و قابل مجازات است یا نه؟

نظریه اداره حقوقی ۱۳۷۲/۴/۷ - ۷/۲۵۳۰

“در قوانین جاریه برای نفس ارتکاب حرام مجازاتی تعیین نشده است ولی حضرت امام قدس سره در جلسه دوم تحریر الوسیله ص ۴۷۷ مسأله پنجم می‌فرماید: “کل



من ترک واجباً او ارتکب حراماً فللامام علیه السلام و نائبه تعزیره بشرط ان یکون من الکبائر“.

به طور کلی “عمل حرام” یا دارای کیفر در قانون می باشد و یا دارای کیفر در قانون نمی باشد در صورتی که عمل حرام دارای عنوان مجرمانه باشد و در متن قانون ذکر شده باشد، مرتکب باید تعزیر گردد. این مقتضای اعتقاد و عمل به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست که در اصول قانون اساسی و نیز صریح در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ است که فعل یا ترک فعل باید در قانون تصریح شده باشد. بنابر این عنوان کلی “عمل حرام” بدون ذکر مصداق نمی تواند مجوز برای تعقیب متهم و نهایتاً مجازات وی گردد. در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی ترتیب خاصی به چشم می خورد.

متن ماده: “هرکس علناً در انظار و اماکن عمومی و معبر تظاهر به عمل حرامی نماید علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه و یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می گردد و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن دارای کیفر نمی باشد ولی عفت عمومی را جریحه دار نماید فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.”

“عمل حرام” در ماده ۶۳۸ معلوم مشخص نشده است.

با این وصف در صورتی که فرد مورد اتهام ارتکاب عمل حرام قرار بگیرد ممکن است از حرمت آن باخبر نباشد و از طرفی عنوان در قانون ذکر نشده است بنابراین نمی توان حاکم را آنچنان مبسوط الیه دانست که او قادر باشد بر خلاف میثاق خود (قانون اساسی) شهروندان را برای عنوانی که قبلاً اعلام نکرده است، مجازات نماید. گستره عنوان “عمل حرام” بقدری است که می تواند طیف وسیعی از عناوین مجرمانه‌ای که در قانون پیش بینی نشده است را بگیرد.

گستره قسمت دوم ماده مرقوم از حیث نقض اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها بیشتر است زیرا در قسمت دوم می گوید حتی اگر نفس عمل دارای کیفر نباشد ولی عفت عمومی را جریحه دار نماید باز می توان مرتکب را مجازات نمود.



اداره حقوقی در نظریه ۷۲/۴/۷ - ۷/۲۵۳۰ در زمان حاکمیت قانون تعزیرات اعلام داشته است:

“ماده ۱۰۲ تعزیرات حکم دو مورد را بیان کرده است:

اول تظاهر به عمل حرامی که آن عمل دارای کیفر است مانند تظاهر به شرب خمر در این مورد علاوه بر کیفر عمل تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیراً به مرتکب زده می‌شود. دوم تظاهر به عمل حرامی که دارای کیفر نمی‌باشد ولی عفت عمومی را جریحه‌دار می‌نماید، مجازات آن فقط تا ۷۴ ضربه شلاق است. اما اگر عمل حرام دارای کیفر نباشد و عفت عمومی را هم جریحه‌دار ننماید ماده ۱۰۲ شامل آن نمی‌شود.”

البته این نظریه بشرح پیش گفته قابل نقد است و مورد قبول نیست.

بنابراین در صورت ورود اتهامات موضوع ماده ۶۳۸ بایستی قاضی به استناد تعارض قانون عادی با مفاد قانون اساسی، قانون اساسی را مقدم داشته به استناد اصل ۱۶۷ اصل برائت را با اتکا به ۱۶۹ قانون انتخاب و متهم را تبرئه نماید.

## “تعلیم عملیات رزمی و فعالیت‌های ورزشی”

یکی از عوامل توجیه کننده عدم مجازات، “عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن” است.

در عملیات ورزشی، ورزشکاران با هدف مسابقه و پیروزی ممکن است صدماتی به یکدیگر وارد نمایند، این صدمات اگر با رعایت مقررات ورزشی باشد و مرتکب قصد مجرمانه و سوء نیت برای رسانیدن آسیب به طرف مقابل را نداشته باشد مجازات است و عدم مجازات را توجیه می‌کند.

برای تحقق جرم باید سوء نیت عام یعنی کلیه شرایط عامه تکلیف و علم بر خلاف بودن عمل مذکور و سوء نیت خاص قصد ایراد صدمه به مجنی علیه توسط شاکی و دادستان ثابت شود.

اکنون سؤال این است اگر شخصی مکانی را تهیه نموده و به اشخاص تعلیم ورزش‌های رزمی داده آیا مرتکب جرم شده است؟ در پاسخ باید گفت صرف تعلیم



ورزش‌های رزمی نمی‌تواند جرم تلقی گردد زیرا عنوان مجرمانه ندارد اما اگر باصطلاح استاد با علم به این که فراگیرنده به قصد ایراد صدمه به فلان شخص معین و ارتکاب جرم قصد فراگیری دارد از باب معاونت در جرم قابل تعقیب است.

ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی ارتکاب اعمالی را قابل مجازات ندانسته است از جمله در بند (ث) می‌گوید: «عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن، مشروط بر این که سبب حوادث، نقض مقررات مربوط به آن ورزش نباشد و این مقررات هم مغایر موازین شرعی نباشد.»

با توجه به ماده مذکور چنانچه مرتکب عمداً و با آگاهی از این که زدن ضربه و صدمه نقض مقررات ورزشی به دیگری صدمه‌ای وارد کند مسؤل آن تلقی می‌گردد. به طور مثال اگر فوتبالیست با مشت به صورت بازیکن مقابل بزند یا به او نسبت رکیک بدهد به ترتیب مرتکب جرم ایراد صدمه عمدی مستوجب قصاص یا دیه حسب مورد و استعمال الفاظ رکیک می‌شود، زیرا در مقررات ورزش فوتبال مشت زدن یا استعمال الفاظ رکیک پیش‌بینی نشده است.

اداره حقوقی دادگستری در نظریه شماره ۷/۱۸۹ - ۱۳۷۳/۱/۱۴ در پاسخ به این سؤال که: آیا تعلیم عملیات ورزشی رزمی جرم محسوب است و آیا می‌توان اماکن ورزشی فاقد پروانه را تعطیل نمود؟

می‌گوید: «اقدام به فعالیت‌های ورزشی و تعلیم عملیات رزمی جرم تلقی نمی‌شود ولی دائر کردن این نوع محل‌ها و اداره‌ها آن نیاز به داشتن پروانه بوده و بدون اخذ پروانه نمی‌توان این مؤسسات را تأسیس و یا اداره کرد، در صورت نداشتن پروانه تعطیل محل فعالیت بلامانع به نظر می‌رسد.»

## «قصد و انگیزه ارتکاب جرم»

«قصد ارتکاب» یکی از سه رکن اصلی جرم را تشکیل می‌دهد. عنصر قانونی رکن اول، عنصر مادی، رکن دوم و عنصر روانی، رکن سوم را تشکیل می‌دهد. در رکن مادی مفاهیمی چند به کار می‌رود، بازشناسی مفاهیم مشترک یا مترادف در عنصر معنوی



یا روانی از حیث آثار مهم است بنابراین در ذیل به بررسی هر یک از آنها می‌پردازیم  
(قصد، نیت - انگیزه - سوءنیت عام - سوءنیت خاص)

Intention - intent - قصد، نیت، تصمیم، هدف، منظور، خواسته، تعمد

قصد و نیت مترادف هم هستند. فکر مجرمانه فرایندی را در ذهن طی می‌کند انگیزه + قصد + تصمیم و اراده، تلاقی و یکی شدن قصد و هدف = نقشه ذهنی ابتدا انگیزه در قوای دماغی شکل می‌گیرد، انگیزه به معنای محرک تلقی می‌شود سپس یک مرحله جلو آمده و تبدیل به قصد می‌شود یعنی شخص انگیزه خود را یک مرحله جلوتر برده و به قصد انجام بدل می‌کند - سپس «تصمیم» می‌گیرد برای رسیدن به انگیزه قصد خود را محقق نماید در اینجا آنچه در فکر داشته (محرک) با قصد ارتکاب عمل، تلاقی پیدا می‌کند، تلاقی انگیزه و قصد منجر به تصمیم می‌گردد و پس از تصمیم ابتدا در ذهن، نقشه، طراحی می‌شود بعد از نقشه ذهنی جرم به عنوان یک عنصر سیال وارد مرحله عنصر مادی می‌گردد.

«سوءنیت عام» به معنی اراده ارتکاب جرم است و این اراده در شخصی محقق می‌شود که دارای شرایط عامه تکلیف باشد. شرایط عامه تکلیف عبارتست از بلوغ جسمی و سن تکلیف و مسئولیت - عقل (به معنی نداشتن جنون و عدم مست بودن) علم به جرم بودن رفتار (به معنی عدم اشتباه و فعل خلاف قانون) سوءنیت خاص: به معنی قصد و نیت ارتکاب فعل مورد نظر و خواستن نتیجه آن. مثلاً در جرم قتل سوءنیت عام مرتکب عبارتست از این که فرد بالغ باشد و عقل هم داشته باشد یعنی قدرت تجزیه و تحلیل عقلی و دارای وضعیت سالم دماغی و مغزی است و نیز علم داشته باشد به این که رفتاری را که انجام می‌دهد برخلاف قانون است باین وصف مرتکب عملی می‌شود که «قتل» نام دارد.

سوءنیت خاص در جرم قتل به این معنی است که مرتکب قصد تحقیق نتیجه‌ی فعل خود که همانا سلب حیات از مجنی علیه است را دارا می‌باشد، «قصد نتیجه» در جرایم مقید بیشتر مطرح می‌شود زیرا در جرایم مقید به فعلیت رسیدن نتیجه یا حداقل خواست نتیجه شرط است.



به طور مثال در سرقت که قصد نتیجه یعنی خواست ربودن مال دیگری در آن شرط است. اما این که گفتیم «حداقل خواست نتیجه» در موضوع شروع به جرم مطرح می‌شود مثلاً در جرم سرقت اگر مرتکب موفق به ربودن نشود چنانچه قسمتی از عنصر مادی جرم سرقت یعنی وضع ید را انجام داده باشد می‌توانیم خواستن نتیجه یعنی سرقت را به او نسبت داده ولی چون از نظر مادی جرم محقق نشده می‌توان شروع به جرم سرقت را محقق دانست. تفکیک جرم تام از شروع به جرم، اثر خود را در مجازات نشان می‌دهد.

در فرآیند ذهنی (عنصر روانی جرم) صرف انگیزه مجرمانه تلقی نمی‌گردد به دلیل اینکه قابلیت سنجش و اندازه‌گیری را ندارد، به عبارت دیگر محرک اولیه نمی‌توان مؤثر در مقام باشد بلکه پله دوم از فرآیند عنصر روانی (یعنی قصد) برای قضاوت درباره اندیشه مجرمانه کافی است و دادستان یا شاکی باید قصد مجرمانه را اثبات نماید. اثبات «قصد مجرمانه» از چند طریق ممکن است:

۱. از طریق اقرار و اعتراف: مرتکب نیت و قصد را شخصاً اعلام نماید. (مفاد ماده ۳۶۰ آیین دادرسی کیفری) البته این اعتراف و اقرار باید با واقع و نفس‌الامر تطابق داشته باشد (ماده ۳۶۰ ق.آ.د.ک)

۲. از طریق عنصر مادی جرم (فعل یا ترک فعل) گاهی نوع فعل یا ترک فعل نشان‌دهنده نیت و قصد مرتکب است. به طور مثال در جرم قتل، چنانچه مرتکب قصد ارتکاب جرم قتل را نداشته باشد اما فعل وی منجر به سلب حیات از مجنی علیه شود، قصد مرتکب احراز می‌شود. زیرا تفکیک قصد از فعل ممکن نیست. بند ب ماده ۲۹۰ می‌گوید: «هرگاه مرتکب، عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می‌گردد هر چند قصد ارتکاب آن جنایت یا نظیر آن را نداشته باشد، ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود.»

- اداره حقوقی در نظریه ۷/۱۶۹۲ - ۱۳۷۳/۳/۳ به سوألی جواب می‌دهد.

سوأل: آیا قصد و انگیزه نیک یا بد در ارتکاب جرم مؤثر در میزان مجازات است؟ نظریه اداره حقوقی: قصد و انگیزه دو مقوله جداگانه هستند و نباید با هم اشتباه



شوند، بدون قصد، جرائم عمد محقق نمی‌یابد و قصد از عناصر مهم و اصلی جرم است ولی انگیزه در تحقق جرم تأثیری نداشته و تنها ممکن است از جهات مخففه و یا مشدده به شمار آید.

(مسأله انگیزه در کودتا- محاربه و ... بررسی می‌شود)

نظریه اداره حقوقی قابل نقد به نظر می‌رسد زیرا در جرایم خاصی صرف داشتن انگیزه عنصر روانی جرم را محقق می‌نماید. همان‌گونه که در این نوشتار توضیح داده شد اصولاً «انگیزه» مدخلیتی در تحقق جرم نخواهد داشت اما استثنائاً قانون‌گذار مواردی را پیش بینی نموده است که صرف انگیزه قابلیت مجازات داشته باشد. به طور مثال در ماده ۴۹۸ ق.م.ا.م صوب ۱۳۷۵ تشکیل جمعیت بیش از دو نفر به هدف برهم زدن امنیت کشور می‌تواند از مصادیق محاربه تلقی گردد و در صورتی که محاربه تلقی نشود تشکیل دهندگان به ۲ تا ۱۰ سال حبس محکوم می‌شوند.

«ماده ۴۹۸- هر کسی با هر مرادی، دسته، جمعیت یا شعبه جمعیتی بیش از دو نفر در داخل یا خارج از کشور تحت هر اسم یا عنوانی تشکیل دهد یا اداره نماید که هدف آن برهم زدن امنیت کشور باشد و محارب شناخته نشود به حبس از ۲ تا ۱۰ سال محکوم می‌شود.»

همچنان‌که از منطوق و صریح ماده مشخص است جمعیت مذکور صرفاً اقدام به تشکیل گروه داده‌اند بدون اینکه اقدامی نموده باشند، در اینجا به دلیل خطرناک بودن موضوع، قانون‌گذار هدف و انگیزه را مجرمانه تلقی نموده است و آن را قابل مجازات می‌داند.





## بررسی اصل منع اعاده‌ی پناهندگان و مسئله‌ی امنیت ملی کشورها



ملیحه محمدی  
کارشناس ارشد حقوق بین الملل

### چکیده

متن پیش رو تحلیلی است از اصل منع اعاده‌ی پناهندگان مذکور در بند دوم ماده ۳۳ کنوانسیون ژنو که مقرر می‌کند: «هیچ کس را نباید اخراج کرد یا به بازگشت از مرزها وادار نمود به صورتی که ناچار شود به سرزمینی بازگردد یا در سرزمینی باقی بماند که در آنجا به علت نقض اصول اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، حیات یا آزادیش در معرض خطر قرار گیرد.» اما باید در نظر داشت که کنوانسیون پناهندگان در بند ۶ ماده‌ی ۱، افرادی را از شمول حمایت خود خارج کرده است مثل افرادی که مرتکب جنایت علیه صلح شده‌اند، جنایات‌های جنگی و یا جنایات ضد بشریت انجام داده‌اند. امنیت ملی، تعریف واحد، روشن و مشخصی ندارد و با توجه به گذر زمان مفهومی پویا است. تعریف و دامنه امنیت «ملی» در سال‌های اخیر به طور اساسی تغییر کرده است و از تمرکز انحصاری یا غالب بر تهدیدات «سنتی» که تمامیت فیزیکی دولت را به خطر می‌اندازد، مانند درگیری‌های نظامی، به تهدیدات آشکارا غیرسنتی مانند پاندمی آنفولانزا تغییر کرده است. حال باید در نظر گرفت اگر پناهنده‌ای در کشور مقصد مرتکب جرم مهمی شود و نظم عمومی کشور مذکور را با عملش مختل کند دیگر نمی‌تواند از حمایت اصل



منع اعاده بهره مند شود. در واقع امنیت ملی و نظم عمومی اموری هستند که دولت برای محافظت از آن‌ها اجازه پیدا می‌کند برخی تعهدات خود را نادیده بگیرد. واژگان کلیدی: پناهنده، پناه‌جو، آواره از وطن، منع اعاده، امنیت، امنیت ملی

## ۱. مقدمه

کنوانسیون ژنو، علاوه بر ارائه‌ی تعریف جامعی از پناهنده<sup>۱</sup> حقوق و تکالیف پناهندگان و همچنین تفاوت پناهنده را با سایر مفاهیم (پناه‌جو، آواره از وطن) را مشخص کرده است؛ هم چنین افرادی را از شمول حمایت این کنوانسیون خارج می‌کند. اصل منع اعاده‌ی پناهندگان مذکور در این کنوانسیون در اسناد حقوق بشری دیگر از جمله در اعلامیه‌ی پناهندگی سرزمینی مصوب ۱۹۶۷ (بند اول ماده‌ی ۳) هم چنین کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر مصوب ۱۹۶۹ (بند ۸ ماده‌ی ۲۲) با بیانی مشابه، وارد شده است. در این نوشتار هم چنین به تعریف امنیت ملی، تبیین مفهوم امنیت، مصادیق به خطر افتادن امنیت، بیان رویکردهای چندگانه در رابطه با مرجع امنیت و بررسی مفهوم امنیت در جهان امروز پرداخته ام. اما سوال اینجاست که آیا اصل منع اعاده‌ی پناهندگان که به عنوان سنگ بنای حمایت بین‌المللی از پناهندگان که توسط بسیاری از صاحب نظران پذیرفته شده است، استثنایی بر امنیت ملی کشورهاست؟ آیا کشورها می‌توانند تعهد بین‌المللی خود را نسبت به این کنوانسیون نادیده بگیرند و اقدام به بازگرداندن یا اخراج پناهندگان از سرزمین خود کنند؟ اصل منع اعاده‌ی پناهندگان چه جایگاهی در حقوق بین‌الملل دارد؟ آیا امنیت ملی کشورها استثنای وارده بر بند دوم ماده‌ی ۳۳ کنوانسیون ژنو است؟ در این متن تلاش شده است تا با بررسی ابعاد مختلف موضوع و با در نظر داشتن حقوق شخص پناهنده و امنیت ملی کشور پذیرنده به این سوالات پاسخ داده شود.

از میان اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای که تاکنون در حوزه‌ی پناهندگی و در جهت تشریح وضعیت آن‌ها و در جهت تشریح وضعیت قانونی پناهندگان و تعیین حقوق

refugee. ۱



پناهندگان تصویب شده است، کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو از اهمیت بسیاری برخوردار است. در واقع این سند پایه و اساس حقوق بین‌الملل پناهندگان را تشکیل می‌دهد که حاوی تعریف پناهنده و حداقل معیار رفتار با پناهندگان است و منسجم‌ترین سند در باب حمایت از این افراد محسوب می‌شود که نباید در کنار سایر مسائل مهم جامعه‌ی بین‌المللی از آن‌ها غافل ماند. کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو توسط پروتکل ۱۹۶۷ اصلاح شده است.

## ۲. تحلیل مفهومی پناهنده و تفکیک ماهوی از مفاهیم مشابه<sup>۲</sup>

### ۲.۱. تعریف پناهنده در کنوانسیون ۱۹۵۱ پناهندگان

کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو تعریف جامعی از پناهنده ارائه کرده است با وجود این دولت‌هایی که عضو این کنوانسیون نیستند و حتی دولت‌های عضو غالباً در این زمینه بر اساس منافع و سیاست ملی خویش عمل می‌کنند و تفسیرهای گوناگون و باب طبع خود ارائه از آن ارائه می‌دهند، ولی باید پذیرفت که این تعبیرهای مختلف تنها در کیفیت اعطای پناهندگی توسط دولت‌ها موثر است و در اصل تعریف آن بی اثر است. بر اساس بند ۲ ماده ی ۱ کنوانسیون ۱۹۵۱، پناهنده به کسی اطلاق می‌شود که: «به علت ترس موجه از اینکه به علل مربوط به نژادی یا مذهب یا تابعیت یا عضویت در گروه اجتماعی خاص یا دیدگاه سیاسی مورد آزار قرار گیرد، در خارج از کشور متبوعش به سر می‌برد و نمی‌تواند، یا به علت ترس مذکور نمی‌خواهد، خود را تحت حمایت آن کشور قرار دهد».

لازم به ذکر است که ماده ی ۱ بند ۶ کنوانسیون، افرادی را از شمول حمایتی کنوانسیون خارج می‌کند؛ افرادی که مرتکب جنایتی علیه صلح شدند، جنایتکاران جنگی یا مرتکبان جنایت ضد بشریت، از شمول حمایت کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو خارج‌اند. هم چنین افرادی که پیش از تقاضای پناهندگی، در خارج از کشور پذیرنده مرتکب جرایم سنگین غیر سیاسی شده باشند و نیز افراد مرتکب اعمال منافی اهداف و اصول منشور ملل متحد، مشمول اقدامات حمایتی کنوانسیون ۱۹۵۱ نیستند.

۲. قاری، سید فاطمی، سید محمد، جستارهایی تحلیلی در حق‌ها و آزادی‌ها، جلد دوم



## ۲,۲. تفکیک مفهوم پناهنده از مفاهیم مشابه

پناهنده را نباید با پناه‌جو و آواره از وطن اشتباه کرد. اسناد بین‌المللی حقوق بشر و رویه‌ی جاری کشورها، نمایانگر گونه‌ای از تفکیک بین این مفاهیم است. یک پناه‌جو ممکن است به همان دلایل مذکور در تعریف پناهنده از یک کشور تقاضای شناسایی وضعیت پناهندگی نماید ولی مادام که توسط کشور پذیرنده یا کمیساریای عالی پناهندگان رسماً به عنوان پناهنده شناخته نشده است، به عنوان پناه‌جو شناخته خواهد شد. وضعیت پناهندگی وضعیت ویژه‌ای است که حقوق و تکالیف خاصی را متوجه کشور پذیرنده و هم‌چنین پناهنده خواهد کرد. کنوانسیون ۱۹۵۱ افزون بر تعریف پناهنده، ترسیم‌کننده‌ی بخشی از این حقوق و تکالیف است.

آوارگان از وطن معمولاً بر اثر حوادث ناخوشایند همچون جنگ و قحطی و هرج و مرج داخلی به کشورهای همسایه پناه می‌برند. اما از آنجا که کنوانسیون ۱۹۵۱ حقوق پناهندگان، ماهیتی فردگرایانه دارد و تنها افرادی را که به یکی از دلایل پنج‌گانه‌ی مذکور پناه‌جو هستند، تحت مفهوم پناهنده قرار می‌دهد، گروه‌های آواره شده از حوادثی چون جنگ و قحطی و نا‌بسامانی‌های داخلی را به عنوان پناهنده نمی‌شناسد. با این حال، اسناد منطقه‌ای چون کنوانسیون ۱۹۶۹ آفریقایی پناهندگان و اعلامیه ۱۹۸۴ کشورهای آمریکای لاتین با توسعه‌ی مفهوم پناهنده در کنوانسیون ۱۹۵۱ تعریفی را ارائه دادند که مصادیقی چون آوارگان دور از وطن را در بر می‌گیرد. ذکر این نکته ضروری است که حتی کشورهایی که تنها به کنوانسیون ۱۹۵۱ پایبنداند و بدون این نظام حقوقی به پذیرش پناهندگان اقدام می‌کنند، مکلف‌اند از آوارگان از وطن یا پناه‌جویان به دلایل انسان‌دوستانه حمایت کنند.

در واقع یکی از دلایل آسیب‌پذیری پناهندگان این است که آن‌ها با مهاجران عادی تفاوت دارند. مهاجران به انتخاب خود و برای بهره‌مندی از امکانات بیشتر و ارتقای سطح زندگی اقدام به جابه‌جایی می‌کنند، اما پناهندگان برای نجات جان خود و حفاظت از آزادی‌شان مجبور به جا به جایی می‌شوند و علی‌الظاهر نه تنها هیچ حمایتی از جانب کشور مبدأ برایشان متصور نیست بلکه این کشور، خود در پی آزار رسانیدن به آن‌هاست.



ترس موجه داشتن یکی از دلایل پنج‌گانه مذکور در تعریف پناهنده در کنوانسیون است، تشخیص موجه یا موجه نبودن ترس به نظر دولت پناه‌دهنده بستگی دارد که پس از انجام بررسی‌های لازم تصمیم مقتضی را اتخاذ می‌کند.

صرف‌نظر از انگیزه‌ی افراد در اقدام به پناهندگی، اصولاً این دولت‌ها هستند که باید از اتباع خود حمایت کنند، اما اگر به هر دلیلی این حمایت برای اتباع در دسترس نباشد و حقوق آن‌ها مورد نقض قرار بگیرد، ممکن است وطن خود را ترک کرده و برای یافتن پناه‌گاهی امن وارد کشورهای دیگر شوند. در واقع این زمانی است که جامعه‌ی بین‌المللی باید برای حمایت از این افراد اقدام کند و جایگزین حمایت داخلی گردد. یکی از این حمایت‌ها، ممنوعیت اعاده‌ی پناهندگان است.

### ۳. اصل ممنوعیت اعاده‌ی پناهندگان

بررسی ماده‌ی ۳۳ کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو پناهندگان درباره منع اخراج یا اعاده‌ی پناهندگان<sup>۳</sup>:

هیچ یک از دول متعاقد به هیچ نحو پناهنده‌ای را به سرزمین‌هایی که امکان دارد به علل مربوط به نژاد، مذهب، ملیت، عضویت در دسته‌ی اجتماعی به خصوص یا دارا بودن عقاید سیاسی زندگی یا آزادی او در معرض تهدید واقع شود تبعید نخواهد کرد یا باز نخواهد گردانید.

مطابق بند فوق دولت اخراج‌کننده‌ی پناهنده (در اینجا پناهنده اعم است از قانونی و غیر قانونی)، حق ندارد با نقض اصول حقوق بشر، پناهنده را به سرزمینی بازگرداند که نامبرده به علل داشتن نژاد یا اعتقادات خاص، آزادی و زندگی اش در آنجا در معرض تهدید قرار می‌گیرد. قاعده‌ی یاد شده نه تنها دولت اخراج‌کننده را از اینکه پناهنده را به موطن خودش بازگرداند منع می‌کند، بلکه دولت یاد شده را از اعزام پناهنده به کشورهایایی که به دلیل داشتن معیارهای مساوی با کشور مبدا یا به هر دلیل دیگر ممکن است آزادی یا جان فرد در آنجا به خطر افتد، منع می‌کند. همان‌طور که گفته

۳. رحیمی، محمدرضا، حقوق بیگانگان



شد یکی از حمایت‌های جامعه‌ی بین‌المللی از پناهندگان، اصل ممنوعیت اعاده‌ی پناهندگان است که بند ۱ ماده‌ی ۳۳ کنوانسیون ۱۹۵۱ آن را اینطور توضیح می‌دهد: «هیچ یک از دولت‌های عضو به هیچ نحو پناهنده را به مرزهای سرزمین‌هایی که در آنجا به علل مربوط به نژاد، مذهب، ملیت، عضویت در گروه اجتماعی خاص یا دارا بودن عقیده‌ی سیاسی، حیات یا آزادی او در معرض تهدید قرار می‌گیرد، اخراج نخواهد کرد یا باز نخواهد گردانید.»

بسیاری از صاحب نظران عرصه‌ی پناهندگی، اصل ممنوعیت اعاده پناهندگان را سنگ بنای حمایت بین‌المللی از پناهندگان نامیده‌اند. این اصل با بیانی مشابه در اسناد حقوق بشری که متعاقب کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو تصویب شده اند، وارد شده است. برای مثال بند اول ماده‌ی ۳ اعلامیه‌ی پناهندگی سرزمینی مصوب ۱۴ دسامبر ۱۹۶۷ مقرر می‌دارد: «هیچ کس را نباید اخراج کرد یا به بازگشت از مرزهای یک سرزمین وادار نمود به صورتی که ناچار شود به سرزمینی بازگردد یا در سرزمینی باقی بماند که در آنجا به علت نقض اصول اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، حیات یا آزادی او در معرض خطر قرار می‌گیرد.»<sup>۴</sup> همچنین بند ۸ ماده‌ی ۲۲ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر مصوب ۱۹۶۹، عنوان می‌کند:

«زمانی که در یک کشور حق حیات یا آزادی شخصی یک انسان به دلیل نژاد، ملیت، مذهب، وضعیت اجتماعی یا عقاید سیاسی‌اش در معرض نقض قرار می‌گیرد صرف نظر از اینکه این کشور، کشور متبوع فرد باشد یا نباشد، نباید به آنجا بازگردانده شود.» در اسنادی که پس از کنوانسیون ۱۹۵۱ راجع به پناهندگان تصویب شد، به پذیرش در مرزها نیز اشاره شده است، برای مثال در اعلامیه‌ی سرزمینی ۱۹۶۷ و کنوانسیون مصوب سازمان وحدت آفریقا راجع به جنبه‌های خاصی از مشکلات پناهندگان در آفریقا در سال ۱۹۶۹. رویه‌ی دولت‌ها در سالیان متمادی تفسیر موسعی از منع اعاده پناهندگان را ایجاد کرده است که عدم پذیرش در مرزها را نیز در بر می‌گیرد و همین رویه است که نشن می‌دهد پناهجویان نیز در کنار پناهندگان رسمی در مقابل اعاده

۴. سنگر، نیلوفر، بررسی اصل منع اعاده‌ی پناهندگان



محافظت‌ی شوند. کمیته‌ی اجرایی کمیساریای عالی در تصمیم شماره‌ی ۶ خود اهمیت بنیادین اصل منع اعاده را (هم در مرزها و هم در داخل سرزمین یک دولت) نسبت به اشخاصی که ممکن است اگر به کشور مبدا خود باز گردند، مورد آزار قرار بگیرند، مورد تایید قرار داده است، صرف‌نظر از این که رسماً به عنوان پناهنده شناسایی شده باشند یا خیر. در واقع منظور این است که نه تنها پناهندگان حاضر در سرزمین یک کشور بلکه افرادی که در مرزها به دنبال تقاضای پناهندگی هستند و هنوز بررسی‌های لازم در مورد آن‌ها انجام نشده را نیز شامل می‌شود. ممنوعیت اعاده، همچنین علاوه بر پناهندگی انفرادی، پناهندگی جمعی را نیز در بر می‌گیرد و منظور از آن زمانی است که به دلایل گوناگون از جمله اشغال سرزمین و تصرف نظامی، افراد ساکن در یک کشور دسته دسته به کشورهای اطراف پناه می‌آورند. البته اسکان گروه‌های گسترده پناهندگان و فراهم کردن امکانات لازم برای آن‌ها کار ساده‌ای نیست، بنابراین اقدام مناسبی که برای این نوع پناهندگان پیشنهاد می‌شود، این است که موقتاً اجازه‌ی اقامت داشته باشند تا مراحل قانونی طی شود و بررسی‌های مقتضی انجام شود. بنابراین صرف دسته جمعی بودن مهاجرت مانعی برای پذیرش آن‌ها در سایر کشورها محسوب نمی‌شود. امکان پناهندگی موقت راه حلی است که کمیته‌ی اجرایی کمیساریای عالی پناهندگی در تصمیم شماره‌ی ۲۲ خود به آن اشاره کرده است و از دولت‌ها خواسته است بدون تبعیض بر مبنای نژاد، مذهب، ملیت و عقیده‌ی سیاسی نسبت به آن اقدام کنند. سوالی که پیش می‌آید این است که: در صورتی که بین دولتی که در صدد اخراج پناهنده است و دولت متبوع پناهنده، معاهده‌ی استرداد مجرمین موجود باشد و دولت مبدا تقاضای استرداد پناهنده را بکند وضعیت چگونه خواهد بود؟ در این صورت تعارض بین ماده‌ی یاد شده (مربوط به استرداد مجرمین) و کنوانسیون مربوط به استرداد به وجود خواهد آمد.<sup>۵</sup>

شاید پاسخ این باشد که: قاعدتاً در زمان پذیرش پناهندگی و بررسی پرونده متقاضی پناهندگی، سوابق وی در کشور مبدا، بررسی شده و احتمالاً جرائمی که نامبرده در

۵. رحیمی، محمدرضا، حقوق بیگانگان



آن کشور مرتکب شده (با وجود معاهده‌ی استرداد مجرمین) کشور پذیرنده را برای مسترد داشتن وی مجاب نکرده است. پس دلیلی وجود ندارد که در این مرحله نسبت به استرداد وی به کشور مبدا اقدام شود. (قاعده‌ی عدم اخراج یا باز نگرداندن بر استرداد اولویت دارد بدین معنا که حتی اگر دلیل استرداد قانع کننده باشد باز گرداندن پناهنده به دلیل ترس ناشی از نقض آزادی‌های وی به لحاظ نژاد، مذهب) اما پناهنده‌ای که طبق دلایل کافی وجودش برای امنیت کشوری که در آن به سر می‌برد خطرناک بوده یا طبق رای قطعی دادگاه محکوم به ارتکاب جرم یا جنایتی مهم شده و مضر به حال جامعه‌ی کشور تشخیص داده شود نمی‌تواند درخواست استفاده از مقررات مذکور در این ماده را بنماید. همانگونه که در توضیح بند ۱ گفته شد اینجا پناهنده اعم از قانونی و غیر قانونی است.

تهیه کنندگان پیش نویس کنوانسیون اهمیت به سزایی به امنیت ملی کشور داده‌اند و شاید این تفکر نیز چندان نابجا نبوده است. دولتی که در صدد انجام اقدامات انسانی است، نباید به خاطر چنین اقداماتی با حضور پناهنده‌ای که به حال شهروندان وی مضر است، تنبیه شود. به همین دلیل در این بند پیش‌بینی شده که، اولاً: پناهنده باید برای امنیت دولت خطرناک تلقی شود یا اینکه طبق رای دادگاه (چنین رای‌هایی باید نهایی و قطعی باشد و تمام مراحل قانونی آن به صورت کامل طی شده باشد). محکوم به ارتکاب جرم یا جنایت مهمی شده باشد.

مطابق بند ۲ ارتکاب چنین جرمی به تنهایی کافی نیست که به دولت حق اخراج فوری پناهنده را بدهد و وی را از حقی که در بند ۱ ماده‌ی ۳۳ پیش‌بینی شده محروم کند، بلکه چنین جرمی باید مضر به حال جامعه‌ی کشور تشخیص داده شود. با حصول این شرایط دولت‌ها از اجرای بند ۱ ماده‌ی ۳۳ معاف خواهند بود.

### ۳.۱. حوزه‌ی جغرافیایی و اجرای ماده‌ی ۳۳ کنوانسیون پناهندگی<sup>۶</sup>

حوزه‌ی جغرافیایی و اجرای ماده‌ی ۳۳ را با یک نمونه‌ی عملی روشن می‌کنیم: پس از کودتای ۱۹۹۱ هائیتی، عده‌ی زیادی از مردم با قایق به سوی ایالات متحده

۶. رحیمی، محمدرضا، حقوق بیگانگان



روی آوردند. دولت آمریکا به گشت ساحلی خود دستور داد از ورود سیل پناهندگان پیش‌گیری کند. نمایندگان مردم هائیتی از دادگاه خواستند دستور منع اقدامات دولت آمریکا را به دلیل نقض ماده ۳۳ کنوانسیون بدهد. دادگاه نتیجه گرفت که اجرای ماده ۳۳ را نمی‌توان به آبهای آزاد گسترش داد. کمیسیون عالی پناهندگان به تصمیم دیوان عالی کشور آمریکا در پرونده‌ی فوق اعتراض کرد و آن را مغایر مفاد و روح کنوانسیون شناخت.

#### ۴. اصل ممنوعیت اعاده به مثابه یک قاعده‌ی عرفی

کمیته‌ی اجرایی کمیساریای عالی پناهندگی در تصمیم شماره‌ی ۲۵ خود، اهمیت اصول اولیه‌ی حمایت بین‌المللی از پناهندگان و خصوصاً ممنوعیت اعاده را که از اصول قطعی و بی‌چون و چرای حقوق بین‌الملل است، مورد تأکید مجدد قرار داده است. لزوم حمایت از پناهندگان باعث شد این کمیته مجدداً اهمیت اصل منع اعاده را یادآوری کند و در تصمیم شماره‌ی ۷۹ خود اعلام کند که این اصل نباید مورد تخطی قرار بگیرد. ممنوعیت اعاده‌ی پناهندگان، اصلی است که رعایت آن علاوه بر کشورهای عضو، برای سایر دولت‌ها نیز لازم است. در واقع می‌توان گفت که این اصل به یک قاعده‌ی عرفی حقوق بین‌الملل تبدیل شده است.

#### ۵. تعریف امنیت

سیاست در امور انسانی هنگامی به وجود می‌آید که بین دو یا چند بازیگر مستقل - انسان‌های مستقل یا کارگزاران آن‌ها - درباره‌ی نتایج حاصله از منافع، اهداف و ارزش‌های مورد مناقشه‌شان، اختلاف نظر وجود داشته باشد. امنیت، شکل خاص و گونه‌ی بسیار کلی از سیاست است. همه‌ی موضوعات امنیتی مسائل سیاسی هستند. امنیت به مثابه ویژگی اصلی مسائل سیاسی هنگامی به وجود می‌آید که بازیگران برای کسب خواسته‌ی خود از دیگران از زور یا تهدید به زور استفاده کنند. به عبارت دقیق‌تر، به محض آنکه صدمه‌ی فیزیکی یا خسارتی دامن‌گیر یک بازیگر یا چند بازیگر درگیر



شود جنبه‌ی دوم سیاست - به مثابه اختلاف یا به مثابه موضوع امنیتی - ظاهر می‌شود. گستره‌ی مسائل امنیتی در سراسر تاریخ و در تمام مکان‌ها، همزمان با تاریخ تعامل بشری بوده و زور و تهدیدات قهری در آن نقش اساسی داشته است. امنیت همانند سیاست پدیده‌ی ایست که همواره به دلیل قصد یا اقدام انسان‌ها ایجاد می‌شود.

## ۵.۱. مرجع امنیت<sup>۷</sup>

تعیین مرجع امنیت، پرسشی اساسی در هویت بخشی به این مفهوم است. «بدون شک، امنیت به عنوان یک مفهوم، به هدفی نیاز دارد که به آن استناد نماید و بدون پاسخ به این سوال، این ایده هیچ معنایی ندارد.» رویکردهای نظری، در پی پاسخگویی این هستند که امنیت برای چیست و موضوع سیاست‌های امنیتی کدام است و هر یک مرجعی را تعیین کرده است. در این تقسیم بندی محوریت دولت مطرح است؛ به گونه‌ای که اگر عنصر دیگری مورد توجه قرار گرفته، به علت نسبت آن با دولت بوده است. هویت بخشیدن به مفهوم امنیت، مستلزم تعیین مرجعی مشخص است. به عبارت دیگر، پاسخ به این پرسش که امنیت برای چه یا برای کیست، از اهمیت بنیادینی برخوردار است. بدون مشخص شدن مرجع امنیت، این مفهوم به کلی ابهام‌آمیز می‌گردد. رویکردهای نظری مختلف، تلاش کرده‌اند تا به این پرسش پاسخ دهند که امنیت برای چه موضوعی و چه کسانی مورد نظر است. در این میان، اغلب دولت را به عنوان مرجع اصلی امنیت در نظر گرفته‌اند، هرچند برخی دیگر نیز به نقش عوامل دیگری اشاره کرده‌اند.

## ۶. مفهوم امنیت ملی<sup>۸</sup>

مفهوم امنیت ملی هر روز بیش از گذشته، نه تنها در جهت سیاست، بلکه در اقتصاد، فرهنگ و اجتماع، به کار می‌رود و آرام آرام به واژه و مفهومی پر قدرت تبدیل می‌شود. گستردگی این مفهوم باعث شده است که امنیت، محور مطالعاتی قرار گیرد که مفاهیم کلیدی، از جمله روابط بین الملل، قدرت، منافع و بحران را پوشش می‌دهد. دولت‌ها با این مفهوم، تهدیدها را می‌سنجند و استراتژی شان را بر اساس آن تدوین می‌کنند.

۷. ربیعی، علی، امنیت ملی مفهومی در حال تکوین

۸. ربیعی، علی، امنیت ملی مفهومی در حال تکوین



در جهانی که روز به روز کوچک‌تر می‌شود، ابعاد تازه می‌گیرد و متغیرهای ناشناخته در آن پدید می‌آید. جستجوی رویکردهای امنیتی برای تبیین و پاسخگویی به شرایط و نظم‌های نو، اهمیت و جایگاه ویژه‌ای دارد؛ از این رو باید این تغییرات را به درستی شناخت و نیز تهدیدها و فرصت‌ها را مورد بررسی قرار داد؛ زیرا، با شناخت دقیق تحولات و در کنار آن رویکردهای امنیت ملی ناشی از شرایط است که دولت‌ها می‌توانند به دنبال ثبات و تامین منافع خود باشند.

مفهوم امنیت ملی تا به امروز، همچنان مبهم است، زیرا از تعاریف ساده‌تری که بر آزادی از تهدید نظامی و اجبار سیاسی تأکید داشتند، تکامل یافته است و این نشان می‌دهد که چگونه این مفهوم تکامل یافته است تا نگرانی‌های غیر نظامی را در بر گیرد. تعریف و دامنه امنیت «ملی» در سال‌های اخیر به طور اساسی تغییر کرده است و از تمرکز انحصاری یا غالب بر تهدیدات «سنتی» که تمامیت فیزیکی دولت را به خطر می‌اندازد، مانند درگیری‌های نظامی، به تهدیدات آشکارا غیرسنتی مانند پاندمی آنفولانزا تغییر کرده است.

فیتز-جرالد (۲۰۰۸) مشاهده می‌کند که تعریف امنیت ملی از کشوری به کشور دیگر و حتی از نهادی به موسسه دیگر متفاوت است. او با بررسی استراتژی‌های مختلف کشورها، می‌گوید که همه تعاریف به اهمیت منافع ملی خاص برای محافظت در برابر تهدیدها و حوادث احتمالی اشاره می‌کنند.<sup>۹</sup>

## ۶.۱. چیستی امنیت ملی<sup>۱۰</sup>

چیستان امنیت ملی در سه جا پیش کشیده می‌شود: سنجه (معیار) و موضوع و مصداق‌های آن. درباره‌ی معیار امنیت ملی بسیار گفته شده است ولی درباره‌ی آن هم داستانی و اتفاق نظر وجود ندارد. در اینکه نبود تهدید و دست‌اندازی از سوی دشمن سنجه‌ای برای پابرجایی امنیت ملی است پذیرش همگانی وجود دارد ولی در اینکه چه زمانی یک دولت در تهدید به سر نمی‌برد دیدگاه‌های گوناگونی پیشنهاد گردیده است. برخی میان دولت‌ها جدایی انداخته برای دولت‌های باختر، نبود تهدید بیرونی (جنگ)

۹. Godwin-Gill, G, refugees and security

۱۰. افتخاری، اصغر، مراحل بنیادین اندیشه در مطالعات امنیت ملی



و برای دولت‌های خاور، نبود تهدید بیرونی و درونی هر دو را بایسته‌ی امنیت می‌دانند. برخی دیگر معمای امنیت ملی را در نبود معیاری برای ارزیابی توانایی یک دولت در هم‌آوردی‌ها (رقابت‌ها) است. چه کوشش‌های یک دولت برای نگه‌داری امنیت خویش که ممکن است تنها بر پایه‌ی انگیزه‌های پدافندی (دفاعی) باشد با این احتمال رو به روست که دولت دیگر آن را کنشی با انگیزه‌ی تهاجمی برداشت کند که این خود نامنی را افزایش داده و دولت دیگر را وادار به پیاده کردن چاره‌اندیشی‌های هشدار دهنده می‌کند و از این رو در معنای امنیت ملی دور باطل پدید می‌آید.

درباره‌ی موضوع امنیت ملی این چالش فرا روی ماست که امنیت برای کیست؟ دولت یا شهروندان؟ پاسخ به این پرسش وابسته به این است که پژوهش‌های امنیتی را شاخه‌ای جدا از علوم سیاسی بدانیم یا خیر. چون در علوم سیاسی امنیت ملی برای دولت یک هدف یا ارزش است و در همان حال دولت نمی‌تواند موضوع آن باشد چه دولت‌افزایی است پویا و امنیت ملی هدفی است ایستا. ولی اگر پژوهش‌های امنیت را ناوابسته بدانیم در این حال امنیت ملی خود حوزه‌های بررسی جداگانه‌ای دارد که تعیین موضوع یکی از آنهاست. امنیت ملی واژه‌ای برخاسته از دولت‌های مردم سالار است و گرایش این دولت‌ها به امنیت ملت (مردم یا شهروندان) و امنیت دولت هر دو است. حوزه‌ی مطالعات امنیت ملی تحت تاثیر گرایش‌های اثبات‌گرایانه حاکم بر حوزه‌ی مادر - یعنی حوزه‌ی روابط بین‌الملل - در ابتدا گرایش زیادی به مؤلفه‌های کمی در معادلات امنیتی دارد که نمونه بارز آن را می‌توان توجه به رویکرد صرفاً نظامی در تحصیل امنیت برای کشورها - از سوی دولت‌مردان - مشاهده کرد. واقع امر آن است که به رغم تمامی تحولات مهمی که در حوزه‌ی امنیت ملی در این دوره شاهد آن بوده، ماهیت سلبی آن هم‌چنان باقی مانده و تا پایان جنگ سرد این ویژگی حضور و استمرار دارد.

## ۶.۳. برخی از تعاریف امنیت ملی

(۱) یک ملت زمانی از امنیت برخوردار است که مجبور نباشد منافع مشروع خود را برای اجتناب از جنگ قربانی کند و در صورت به چالش کشیدن، بتواند با جنگ آن‌ها



را حفظ کند.

۲) امنیت ملی از نظر عینی به معنای فقدان تهدید برای ارزش‌های اکتسابی و از لحاظ ذهنی، عدم ترس از حمله به این ارزش‌ها است.

۳) امنیت ملی توانایی حفظ تمامیت فیزیکی و قلمرو کشور، حفظ روابط اقتصادی خود با سایر نقاط جهان در شرایط معقول، حفظ ماهیت، نهاد و حکومت آن از اخلال از خارج و کنترل مرزهای آن است.

۴) امنیت ملی به بهترین وجه به عنوان ظرفیتی برای کنترل آن شرایط داخلی و خارجی توصیف می‌شود که افکار عمومی یک جامعه معین برای برخورداری از خودمختاری و رفاه خود لازم می‌داند.

۵) امنیت ملی ترکیبی مناسب و تهاجمی از انعطاف و بلوغ سیاسی، منابع انسانی، ساختار و ظرفیت اقتصادی، شایستگی فناوری، پایگاه صنعتی و در دسترس بودن منابع طبیعی و در نهایت توان نظامی است.

۶) امنیت ملی، وضعیت قابل اندازه‌گیری توانایی یک ملت برای غلبه بر تهدیدهای چند بعدی برای رفاه ظاهری مردم و بقای آن به عنوان یک ملت است. دولت در هر زمان معین، با ایجاد توازن بین تمامی ابزارهای سیاست دولتی از طریق حاکمیت ... و توسط متغیرهای خارج از آن به امنیت جهانی قابل گسترش است.»

۷) امنیت ملی و بین‌المللی، ممکن است به عنوان آزادی مشترک از ترس و نیاز و آزادی زندگی با کرامت در نظر گرفته شود.

## ۶,۴. امنیت در جهان امروز<sup>۱۱</sup>

با توجه به صورت‌بندی‌های جدید از وضعیت امنیتی، شواهد و بررسی‌ها حاکی از تغییراتی در ابعاد اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و نظامی سطوح امنیتی جریان‌های فرو ملی تا عرصه‌ی بین‌المللی است. اکنون بسیاری مسائل امنیتی جدید و بی پاسخ پیش رو قرار رفته‌اند که بعضاً بسیار پیچیده‌اند و بررسی آن‌ها نیازمند مطالعات ترکیبی عمیق درباره‌ی مسائل فرهنگی (حتی در سطح خرد)، مسائل اقتصادی و عقب

۱۱. ربیعی، علی، امنیت ملی مفهومی در حال تکوین



ماندگی‌ها و نیز مسائل بین‌المللی است. برای نمونه حادثه‌ی یازده سپتامبر نشان داد که ایدئولوژی‌های به حاشیه رانده شده، در درون خود، توان بسیاری برای به خطر انداختن امنیت کشورهای قدرتمند دارند و نظم امنیتی قدرتمندان در برابر اینگونه تهدیدها نفوذناپذیر است.

اساساً کشورهای توسعه یافته و قدرتمند غربی ساختارهای امنیتی خود را بر پایه‌ی تهدیدهای سنتی تعریف شده بنیان نهاده‌اند؛ از این رو، در برابر تهدیدهای غیر متعارف و کم سابقه، به گونه‌ی جدی آسیب پذیرند، بویژه در مواردی که امنیت روانی شهروندان آن‌ها تهدید می‌شود. امروزه در مطالعات امنیتی، پدیده‌ی تروریسم به گونه‌ی سطحی و با عنوان کلی و نامشخص "تروریسم" تبیین می‌شود، اما به نظر می‌رسد که تبیین این پدیده نیاز به مطالعات روان‌شناختی، روانشناسی اجتماعی، مطالعات پیرامون توسعه یافتگی و عقب‌ماندگی، مطالعات سیاسی و بررسی رفتارها و آموزه‌های تازه و آثار هر یک از آن‌ها در ترکیب ایجاد شده دارد.

تهدید عمده‌ی امنیتی اکنون دیگر از نوع تهدیدهای مبتنی بر جنگ نیست، بلکه مسائلی چون تروریسم، قاچاق مواد مخدر، بیماری‌های واگیر، فاجعه‌های زیست محیطی و فقر عمومی را در بر می‌گیرد. در برابر امنیت نظامی، مفاهیم "امنیت انسانی" به گونه‌ای چشم‌گیر، بر اولویت‌های سیاست‌گذاران کشورها اثر گذاشته است.

## ۷. امنیت ملی، استثنای وارد بر اصل منع اعاده‌ی پناهندگان

بر اصل ممنوعیت اعاده‌ی پناهندگان استثنایی نیز وارد شده است که در بند دوم ماده‌ی ۳۳ کنوانسیون پناهندگی مندرج است. بر اساس این بند، پناهنده‌ای که بنا بر دلایل موجه وجودش برای امنیت کشور پناه‌دهنده خطرناک باشد یا اینکه بنا بر رای قطعی دادگاه مرتکب جرم مهمی شده و برای جامعه مضر باشد از حمایت در برابر اعاده بهره‌ای نخواهد برد.

در واقع امنیت ملی و نظم عمومی اموری هستند که دولت برای محافظت از آن‌ها اجازه پیدا می‌کند برخی تعهدات خود را نادیده بگیرد. علی‌رغم تفسیرهای انجام شده، اینکه دقیقاً جرم مهم کدام است یا چه شرایطی موجب می‌شود شخصی برای امنیت



یک کشور خطرناک محسوب شود مواردی هستند که کنوانسیون نسبت به آن‌ها سکوت کرده است و زمینه را برای توسل به حقوق داخلی کشورها فراهم کرده است. البته این ممنوعیت باعث نمی‌شود پذیرفته‌شدن در یک کشور به صورت حقی برای افراد در نظر گرفته شود. هنوز هم دولت‌هایی هستند که در اجرای امور حاکمیتی خود، پس از بررسی‌های لازم اجازه‌ی اقامت در سرزمین خود را به افراد می‌دهند. در حقیقت اصل منع اعاده‌ی پناهندگان ابزاری حمایتی برای ممانعت از فرستادن این افراد به جایی است که حیات و آزادی‌شان در معرض خطر قرار می‌گیرد و نباید به عنوان وسیله‌ای برای مجبور کردن دولت‌ها در پذیرش پناهندگان به آن نگریست.

## ۸. نتیجه‌گیری

با عنایت به مباحث مطرح شده پیرامون تعریف امنیت ملی و مصادیق به خطر افتادن امنیت ملی کشورها، هرچند که کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو در رابطه با اینکه جرایم مهم چه جرایمی هستند و اینکه چه شرایطی موجب می‌شود که شخصی برای امنیت یک کشور خطرناک محسوب شود سکوت کرده است اما کشور پذیرنده با در نظر داشتن و توسل به حقوق داخلی خود، حق دارد که در صورت ارتکاب پناهنده به جرایم علیه صلح و بشریت، ارتکاب جنایات جنگی تعهد خود را به موجب ماده‌ی ۳۳ کنوانسیون پناهندگی، نسبت به شخص پناهنده نادیده بگیرد و اقدام به اخراج یا بازگرداندن او کند. از سکوت کنوانسیون در مورد اینکه دقیقاً جرم مهم چه جرمی است و شرایط ارتکاب آن چیست میتوان اینطور برداشت کرد که کنوانسیون پناهندگی، احراز این مسئله را به حقوق داخلی کشورها واگذار کرده است و توسل به حقوق داخلی در این مسئله برای آن‌ها بلامانع است. ذکر این نکته ضروری است که تهیه‌کنندگان پیش نویس کنوانسیون، اهمیت بسزایی به امنیت ملی کشورها داده‌اند چون دولتی که در صدد انجام اقدامات انسانی است نباید به خاطر چنین اقداماتی با حضور پناهنده‌ای که به حال شهروندان وی مضر است، تنبیه شود و باید این صلاحیت داشته باشد که در صورت ارتکاب پناهنده به جرایمی که ضد امنیت ملی و علیه صلح هستند، نفع شهروندان و ثبات امنیت ملی کشور خودش را در نظر بگیرد و اقدام به اخراج و اعاده کند.



بنابراین، امنیت ملی کشورها استثنایی به جا و درست بر اصل منع اعاده‌ی پناهندگان مذکور در بند دوم ماده‌ی ۳۳، می‌نماید.

## ۹. منابع و ماخذ

• ربیعی، علی، بهمن و اسفند۱۳۸۲، امنیت ملی مفهومی در حال تکوین، نشریه اطلاعات سیاسی - اقتصادی.

• رحیمی، محمدرضا، ۱۳۹۳، حقوق بیگانگان: مطالعه تطبیقی در حقوق بین‌الملل و حقوق اسلام.

• سنگر، نیلوفر، بررسی اصل منع اعاده پناهندگان

• قاری سیدفاطمی، سید محمد، جستارهایی تحلیلی در حق‌ها و آزادی‌ها، جلد دوم،

انتشارات نگاه معاصر، ۱۳۹۹.

• افتخاری، اصغر، مراحل بنیادین اندیشه در مطالعات امنیت ملی، ۱۳۸۱، نشر

پژوهشکده مطالعات راهبردی.

• Guy S. Godwin-Gill, G, refugees and security, ۵





## وکالت تسخیری



سید جعفر برقعی

وکیل پایه یک دادگستری

رئیس اداره معاضدت قضایی کانون وکلای دادگستری استان قم

### مقدمه

در شماره‌های ۶ و ۷ این مجله، وکالت معاضدت، ساختار و وظایف مؤسسه معاضدت قضایی کانون وکلا مورد تشریح قرار گرفت. مختصراً اینکه طرفین دعوی حقوقی که بضاعت مالی ندارند حق درخواست وکیل معاضدت را از کانون وکلا خواهند داشت. وکلا نیز قانوناً مکلفند وکالت ارجاعی از سوی کانون را که با ساز و کار قانونی در مؤسسه معاضدت قضایی رسیدگی و تصمیم‌گیری شده بپذیرند. عدم پذیرش وکالت معاضدت قانوناً تخلف و مستوجب مجازات انتظامی است. وکالت وکیل نیز بدو رایگان و در خاتمه در صورت وصول محکوم به برعهده موکل و در غیر آن با دولت می‌باشد. همچنین وکیل معاضدت در طول دادرسی حقوقی، از ابطال تمبر مالیاتی و عوارض صنفی معاف می‌باشد. اما وکالت تسخیری مطابق قوانین وکالت، به وکالتی گفته می‌شود که از طرف محکمه در موارد جزائی به وکلا ارجاع شده و وکلا باید وکالت متهم را قبول نمایند. عدم پذیرش این وکالت نیز تخلف و مستوجب مجازات انتظامی است. وکالت وکیل نیز رایگان و در خاتمه بر عهده دولت بوده و وکیل متهم، در طول دادرسی کیفری از ابطال تمبر مالیاتی و عوارض صنفی معاف می‌باشد. ضمناً در ماده ۳۱ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵، از



وکالت‌های فوق به عنوان وکالت انتخابی نام برده شده است. با این توضیحات به شرایط تعیین وکیل تسخیری توسط مرجع کیفری می‌پردازیم که بسته به میزان اتهام و اینکه متهم زیر ۱۸ سال تمام یا بالای ۱۸ سال است قانون متفاوت می‌باشد:

## بخش اول - شرایط انتخاب وکیل تسخیری از منظر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

### مبحث اول - انتخاب وکیل تسخیری برای متهم زیر ۱۸ سال تمام توسط مرجع کیفری

چنانچه پرونده اتهامی افراد زیر ۱۸ سال در دادسرا یا دادگاه اطفال و نوجوانان مطرح شود و متهم وکیل معرفی ننماید، مستنداً به ماده ۴۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری علاوه بر جرائمی که در صلاحیت دادگاه کیفری یک است یا جرائمی که مستلزم دیه یا ارش بیش از خمس دیه کامل است و همچنین در جرائم تعزیری درجه ۶ و بالاتر، مرجع کیفری اعم از دادسرا و دادگاه بایستی برای متهم وکیل تسخیری معرفی نماید. لذا عدم ملائت ولی متهم یا متهم شرط تعیین وکیل تسخیری نبوده و ملاک، سن متهم و نوع اتهام می‌باشد و لازمه‌ی رسمیت جلسه مرجع کیفری حضور وکیل تسخیری در پرونده اتهامی است. همچنین با توجه به ماده مذکور، مراجع کیفری فقط در جرائم تعزیری با مجازات درجه ۷ و ۸ بایستی برای متهم طفل و نوجوان وکیل تسخیری انتخاب نمایند.

### مبحث دوم - انتخاب وکیل تسخیری برای متهم بالای ۱۸ سال تمام در مرجع کیفری

مطابق ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری، در جرائم موضوع بندهای الف، ب، پ و ت ماده ۳۰۲ قانون مذکور، در صورت عدم تعیین وکیل توسط متهم، انتخاب وکیل تسخیری توسط مرجع کیفری برای متهم بالای ۱۸ سال الزامی می‌باشد. لذا انتخاب وکیل تسخیری توسط دادگاه برای متهم بالای ۱۸ سال در جرائم تعزیری با مجازات درجه ۳ و بالاتر الزامی بوده و متفاوت از جرائم تعزیری اشخاص زیر ۱۸ سال است که از



مجازات درجه ۶ به بالا بایستی برایشان وکیل تسخیری انتخاب شود. هم چنین، چنانچه پرونده در دادسرا مطرح شود مستنداً به تبصره ۲ ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری، صرفاً در جرائمی که مجازات آن سلب حیات و حبس ابد است بازپرس برای اشخاص بالای ۱۸ سال وکیل تسخیری انتخاب می‌نماید. بنابراین بازپرس نمی‌تواند در جرائم موضوع بندهای پ و ت ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری که مجازات آن قطع عضو، جنایت عمدی با میزان نصف دیه کامل و مجازات تعزیری درجه سه و بالاتر می‌باشد برای متهم بزرگسال وکیل تسخیری انتخاب نماید. لذا انتخاب وکیل تسخیری در جرائم مذکور راجع به بزرگسالان از مختصات محکمه کیفری است و نه دادسرا. در حالیکه در جرائم اشخاص بین ۱۵ تا ۱۸ سال که بایستی وکیل تسخیری برایشان انتخاب شود تماماً از دادسرا الزامی می‌باشد. همچنین با توجه به اصلاح قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ و تبصره ۶ اضافه شده به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که تمام حبس‌های ابد غیر حدّی مقرر در قانون، به حبس درجه یک، یعنی بیش از ۲۵ سال تبدیل شده است، جرائم تعزیری که قانون برای آن حبس ابد در نظر گرفته، قانوناً بازپرس نبایستی وکیل تسخیری برای متهم بدون وکیل انتخاب نماید و تحقیقات دادسرا در رسیدگی به جرائم با مجازات حبس ابد تعزیری که دیگر مجازات حبس ابد ندارد بدون حضور وکیل تسخیری قانونی می‌باشد.

## بخش دوم - وکالت تسخیری و سایر شرایط آن از منظر جامع قوانین

### مبحث اول - انتخاب وکیل تسخیری توسط مرجع کیفری

همانطوری که در مقدمه ذکر شد مطابق ماده ۳۱ قانون وکالت، وکالت تسخیری وکالتی است که از طرف محکمه در موارد جزائی به وکیل ارجاع می‌شود. مطابق ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۰ قانون تشکیل صندوق حمایت وکلا مصوب ۱۳۸۸، وکالت تسخیری نیز چنین بیان شده: "وکالتی است که از طرف محکمه و در امور جزایی برای متهم تعیین می‌شود". لذا انتخاب وکیل تسخیری مختص مراجع کیفری عمومی و اختصاصی زیر نظر قوه قضاییه می‌باشد و مراجع شبه قضایی نظیر سازمان تعزیرات



حکومتی که تحت نظر قوه مجریه بوده و قانوناً اجازه صدور حکم حبس و جزای نقدی را دارند نمی توانند وکیل تسخیری برای متهم انتخاب نمایند. همچنین اجرای احکام کیفری یا دادگاه‌های حقوقی نیز مطابق مواد قانونی مذکور حق انتخاب وکیل تسخیری را ندارند.

## مبحث دوم - تعیین وکیل تسخیری برای متهم

مطابق مواد ۴۱۵، ۳۸۴ و تبصره ۲ ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری، چنانچه متهم اقدام به معرفی وکیل در جرائم پیش‌بینی شده در مواد مذکور ننموده باشد، مرجع کیفری برای متهم وکیل تسخیری انتخاب می‌نماید. بنابراین مرجع کیفری حق انتخاب وکیل تسخیری را برای شاکی پرونده ندارد. لازم به ذکر است پیش‌بینی تعیین وکیل برای متهم و شاکی در ماده ۳۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری از استثنائات قانونی می‌باشد که شاکی یا متهم فاقد تمکن مالی می‌توانند از دادگاه کیفری و نه دادسرا درخواست وکیل نمایند. این وکالت از نوع وکالت معاضدتی بوده و نوع اتهام و سن متهم به مانند وکالت تسخیری در آن ملاک نمی‌باشد. دادگاه نیز الزامی در انتخاب وکیل موضوع ماده ۳۴۷ قانون مذکور ندارد و جریان پرونده بدون انتخاب وکیل معاضدتی معتبر است. در حالی که در وکالت تسخیری مرجع کیفری صرف‌نظر از ملائت یا عدم ملائت متهم و حسب شرایط قانونی پیش گفته ملزم به انتخاب وکیل برای متهم بوده که وکیل تعیین ننموده و در صورت عدم انتخاب وکیل، روند دادرسی غیرقانونی و بی‌اعتبار می‌باشد.

## مبحث سوم - انجام وکالت تسخیری به عنوان تکلیف قانونی وکلا

همانطوری که در ابتدای ماده ۳۱ قانون وکالت آمده است، وکلا باید وکالت انتخابی جزائی را که در حدود قوانین و نظامات به آن‌ها ارجاع می‌شود قبول نمایند. بنابراین در صورت انتخاب وکیل توسط مرجع کیفری، وکیل حق عدم پذیرش یا استعفا و یا حق توکیل به غیر را ندارد چراکه این تکلیف برخلاف قواعد وکالت مدنی از مقررات استثنائی و بمنزله عقد لازم بوده و قائم به شخص وکیل می‌باشد. همچنین، این وکالت محدودیت نداشته و تا زمانی که پرونده کیفری در جریان رسیدگی است، وکیل مکلف



کتابخانه تخصصی وکالت

به حمایت از موکل می باشد. ضمناً میزان وکالت‌های تسخیری وکیل در سال، مطابق قانون نامحدود است و فقط مطابق ماده ۲۳ قانون وکالت، وکالت‌های معاضدتی وکیل به سه دعوی در سال محدود گردیده است. لکن برای اولین بار در بند ۱۷ ماده ۷۶ آیین‌نامه لایحه استقلال کانون وکلا مصوب ۱۴۰۰، پذیرش چهار بار وکالت معاضدتی و تسخیری در سال توسط وکیل گنجانده شده و وکالت تسخیری نیز با آیین‌نامه و نه قانون محدود شده است. همچنین با توجه به کلمه وکلا در قانون مذکور و مطابق ماده ۷۰ آیین‌نامه لایحه استقلال کانون وکلا که پس از اتمام دوره کارآموزی از کارآموز تعهدنامه معاضدت قضایی اخذ می‌شود؛ لذا کارآموزان وکالت از انجام تکلیف وکالت تسخیری در ایام کارآموزی معاف می‌باشند.

#### مبحث چهارم - انجام وکالت تسخیری توسط وکلا و تکلیف دولت در پرداخت حق الوکاله

هر چند وکیل با موکل ملاقاتی جهت تنظیم قرارداد حق الوکاله صورت نمی‌دهد، لکن این امر به منزله اطلاق رایگان بودن خدمات وکیل نبوده؛ چراکه مطابق ماده ۱۰ قانون تشکیل صندوق حمایت وکلا و کارگشایان دادگستری مصوب ۱۳۵۵ و ماده ۵۶۷ قانون آیین دادرسی کیفری، وظیفه پرداخت حق الوکاله‌ی وکالت‌های تسخیری بر عهده‌ی دولت بوده که با در اختیار داشتن منابع و بیت‌المال مسئولیت حمایت از اشخاص آسیب‌پذیر در محاکم را برعهده دارد. مطابق قوانین مذکور، دولت مکلف شده هر ساله ردیف مستقلی در بودجه کل کشور بابت وکالت‌های تسخیری پیش‌بینی و به کانون‌های وکلا پرداخت نماید. متأسفانه در طول سالیان گذشته فقط حق الوکاله‌ی وکالت‌های معاضدتی و تسخیری در قانون بودجه سال ۱۳۹۸ پیش‌بینی و توسط قوه قضاییه به کانون‌های وکلا پرداخت شده؛ لکن این پرداختی به حدی پایین بوده که حتی هزینه رفت‌وآمد وکلای را جهت پیگیری پرونده که شاید سال‌ها به طول انجامیده را تأمین ننموده است. ناگفته نماند، مطابق ماده ۸ آیین‌نامه تعرفه حق الوکاله، حق المشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری مصوب ۱۳۹۹، میزان حق الوکاله وکالت‌های تسخیری دو برابر حداقل تعرفه حق الوکاله مقرر در آیین‌نامه می‌باشد.



## مبحث پنجم - معافیت و کلا از پرداخت مالیات و عوارض صنفی در وکالت‌های

### تسخیری

قانون‌گذار با توجه به تکلیفی بودن وکالت تسخیری و رایگان بودن آن، در ماده ۸ آیین‌نامه تعرفه حق‌الوکاله و تبصره بند ۱۷ ماده ۷۶ آیین‌نامه لایحه استقلال قانون وکلا، وکیل تسخیری را از پرداخت مالیات و عوارض صنفی معاف نموده است. همچنین مطابق ماده ۸ آیین‌نامه فوق، ارائه وکالت‌نامه تسخیری به مرجع کیفری الزامی شده و تنظیم وکالت تسخیری در سامانه عدل ایران نیز پیش‌بینی شده است. اما در رویه، مراجع کیفری استان قم علاوه بر اینکه وکیل انتخاب ننموده و وکیل تسخیری را از اداره معاضدت قضایی کانون وکلا مطالبه می‌نمایند، به نامه‌ی اداره معاضدت قضایی کانون وکلا نیز اکتفا نموده و تاکنون ارائه وکالت‌نامه تسخیری الکترونیک عملاً الزامی نشده است.

## مبحث ششم - تخلف بودن عدم انجام وکالت تسخیری

مطابق تبصره ۱ ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری در صورت تعیین وکیل تسخیری توسط مرجع کیفری و امتناع وکیل از حضور در دادرسی بدون عذر موجه، دادگاه مراتب را به مرجع صالح به منظور تعقیب وکیل متخلف اعلام می‌دارد. همچنین مطابق بند ۱۵ ماده ۱۲۲ آیین‌نامه لایحه استقلال کانون وکلا، عدم پذیرش وکالت تسخیری ارجاع شده یا عدم انجام مطلوب وظایف وکالتی تسخیری، تخلف محسوب شده و وکیل در دادسرا و دادگاه انتظامی کانون وکلا با گزارش مرجع قضایی مورد تعقیب قرار گرفته و برای تخلفات فوق، مجازات انتظامی درجه ۳ در نظر گرفته شده است.

## بخش سوم - موارد ممنوعیت و معافیت وکلا از انجام وکالت تسخیری

### مبحث اول - معرفی وکیل تعیینی از سوی متهم

مطابق تبصره ۲ ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری، وجود وکیل تعیینی در پرونده از موارد انتفاء وکالت تسخیری می‌باشد؛ لذا وکالت تعیینی و تسخیری قانوناً مانع‌الجمع هستند. همچنین، علی‌رغم اینکه متهم در محاکم کیفری یک و دو می‌تواند وکیل



متعدد تعیین نماید، با توجه به مواد ۳۴۸، ۳۴۹ و ۴۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری، انتخاب وکیل تسخیری در دادگاه‌های فوق برای متهم واحد می‌باشد و وکالت تسخیری اشتراکی قانوناً منتفی است. اما وکیل تسخیری می‌تواند برای دو یا چند متهم انتخاب، به شرط آنکه تعارضی در دفاع صورت نگیرد.

### مبحث دوم - درخواست تغییر وکیل تسخیری از سوی متهم

مطابق تبصره ۳ ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری، متهم می‌تواند برای یک بار از محکمه درخواست تغییر وکیل تسخیری را بنماید و موافقت دادگاه از موارد انتفاء وکالت تسخیری می‌باشد. لذا مخالفت دادگاه با درخواست تغییر وکیل تسخیری موجبی نداشته مگر مستند به قانون باشد؛ از جمله اینکه با وحدت ملاک از ماده ۳۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری، پس از تشکیل جلسه رسیدگی درخواست تغییر وکیل تسخیری شود که قانوناً قابل پذیرش نمی‌باشد. همچنین درخواست تغییر وکیل تسخیری توسط متهم، هرچند در ذیل فصل رسیدگی در دادگاه‌های کیفری آمده اما قانون‌گذار در مقام بیان این حق برای متهم اختصاصاً در محاکم نبوده و شامل دادرها نیز می‌گردد.

### مبحث سوم - وجود جهات رد دادرس بین وکیل تسخیری با طرف مقابل، شرکا و معاونان جرم یا وکلای آنان

مطابق ماده ۳۴۹ قانون آیین دادرسی کیفری، وجود جهات رد دادرس مندرج در ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، بین وکیل تسخیری با طرف مقابل، شرکا و معاونان جرم یا وکلای آنان، موجب ممنوعیت از انجام وکالت در پرونده می‌باشد؛ لکن این ممنوعیت اثر قهقراپی نداشته و روند گذشته پرونده و جلساتی که وکیل تسخیری در آن حضور داشته و دفاع نموده را بی‌اعتبار نمی‌سازد.

### مبحث چهارم - تعلیق و ممنوعیت وکیل از انجام وکالت و یا عدم تمدید پروانه چنانچه وکیل به حکم محاکم کیفری و از باب مجازات تکمیلی یا تبعی، ممنوع از



وکالت شود و یا اینکه مراجع اختصاصی غیرقضایی، وی را معلق یا ممنوع از وکالت نماید، همچنین در صورت عدم تمدید پروانه، انجام وکالت وکیل مطابق بند ۱۲ ماده ۱۲۲ و بند ۶ ماده ۱۲۴ آیین نامه لایحه استقلال کانون وکلا تخلف محسوب شده و بالتبع ممنوع از انجام وکالت تسخیری نیز می باشد. لازم به ذکر است، با اجرای محکومیت های فوق و نیز عدم تمدید پروانه، حساب کاربری وکیل در سامانه عدل ایران نیز غیرفعال شده و لذا امکان ثبت وکالت تسخیری وکیل توسط دفتر محکمه نیز وجود ندارد.

## منابع و مأخذ قانونی

- ۱- قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵
- ۲- قانون تشکیل صندوق حمایت وکلا مصوب ۱۳۵۵
- ۳- قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹
- ۴- قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲
- ۵- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
- ۶- قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹
- ۷- آیین نامه اجرایی ماده ۱۰ قانون تشکیل صندوق حمایت وکلا مصوب ۱۳۸۸
- ۸- آیین نامه تعرفه حق الوکاله، مشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری مصوب ۱۳۹۹
- ۹- آیین نامه لایحه استقلال کانون وکلا مصوب ۱۴۰۰





## آقای وکیل (به یاد زنده یاد بهمن کشاورز)

محمد جواد رهسپار  
قاضی دادگستری



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۸ / زمستان ۱۴۰۳

بسیاری از کارآموزان وکالت یا قضاوت به دنبال پاسخ این پرسش هستند که در دوره کارآموزی چه بخوانیم؟

در پاسخ به این پرسش می‌توان یک دو جین کتاب حقوقی که به وفور در بازار یافت می‌شود را معرفی کرد. بنده اما در کنار معرفی چند کتاب کاربردی موجود در بازار به کارآموزان وکالت - که ذکر نامشان در اینجا نه مفید و نه ضروری است! - همواره به آنان توصیه می‌کنم که کتاب‌های مرحوم بهمن کشاورز را تهیه کرده و به عنوان "کتاب‌های بالینی" هر شب چند صفحه‌ای از آن‌ها را بخوانند و با این کار به شغل وکالت قطعاً بیشتر علاقه‌مند خواهند شد و حتی پس از مدتی از اینکه یک "وکیل دادگستری" هستند، احساس شور و شعف خواهند کرد! اصطلاح مذکور - کتاب بالینی - را هم از یکی از فیلسوفان معاصر شنیدم که همواره در نوشته‌هایش به این اصطلاح اشاره کرده و مثلاً دیوان حافظ را برای خود، یکی از این کتاب‌ها می‌داند.

این کتاب‌ها عبارتند از: دفاع و استدلال شفاهی در دادگاه، وکیل دادگستری و اخلاق حرفه‌ای، آسیب شناسی وکالت دعاوی، هنر دفاع در دادگاه‌ها، آداب و شگردهای وکالت دادگستری، آیین نگارش حقوقی و کلیات عملی علم حقوق.

اما آیا بنده این کتابها را خریده و مطالعه کرده‌ام؟ واقعیت آن است که نه! پس آیا به تعبیر قرآن کریم (اتَمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَ تَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ)؟! (سوره بقره، آیه ۴۴) عرض می‌کنم!

من این کتابها را نخریده‌ام ولی بخش‌هایی از آنها را خوانده‌ام! می‌پرسید چگونه؟ کافی است در شبکه اجتماعی تلگرام (سایر شبکه‌های اجتماعی را نمی‌دانم) نام "بهمن کشاورز" را به فارسی یا به انگلیسی "**Bahman Keshavarz**" جستجو (همان سرچ بیگانه!) کرده و کانال ایشان را دنبال کنید. در این کانال علاوه بر انتشار پاره‌ای از دست نوشته‌ها، یادداشت‌های چاپ شده در روزنامه‌های مختلف و خاطرات مرحوم بهمن کشاورز صفحاتی از کتاب‌های مذکور نیز منتشر و به رایگان در اختیار علاقه‌مندان قرار می‌گیرد. من صفحاتی از آن کتابها را در این کانال خوانده و می‌خوانم و همواره به وسعت دید و قدرت قلم و نگاه نافذ و تیزبین مرحوم بهمن کشاورز درود می‌فرستم.

در اواخر عمر پربرکت ایشان روزی نبود که مطلبی از ایشان در یکی از سایت‌های خبری یا روزنامه‌های کثیرالانتشار منتشر نشود. این مطالب هم اکنون نیز در کانال مذکور قابل رویت و بازخوانی است.

مرحوم کشاورز ساده و روان می‌نوشت و ساده‌نویسی برخلاف نام آن اصلا ساده نیست! شاید به همین دلیل بود که ایشان مطالعه دوره شش جلدی حقوق مدنی مرحوم دکتر سید حسن امامی استاد فقید دانشگاه تهران را هنوز هم برای وکلا و حقوقدانان و کارآموزان مفید می‌دانست. بی‌مناسبت نیست اگر عرض کنم که مرحوم دکتر ناصر کاتوزیان رحمت‌الله‌علیه نیز در مصاحبه‌ای با روزنامه اطلاعات در سال ۱۳۸۴ به دانشجویان توصیه کرده بود که کتاب‌های دکتر سید حسین صفایی را بخوانند چون نثری ساده و روان دارد. مطالعه کتاب‌های مرحوم بهمن کشاورز نه تنها برای کارآموزان و کالت بسیار مفید است بلکه وکلا و کسانی که قصد دارند به حرفه و کالت رو بیاورند نیز بهتر است از مطالعه آنها غافل نباشند.

مرحوم کشاورز با آنکه وکیل دادگستری بود اما هرگز به این صنف محدود و خلاصه نمی‌شد و به عنوان یک حقوق‌دان و فعال مدنی مسائل و مشکلات سایر اصناف حقوقی را



نیز به دقت زیر نظر داشت. برای مثال در مصاحبه‌ای با اشاره به مشکلات معیشتی قضات و کارمندان دادگستری می‌گوید: توجه به معیشت کارمندانی که با قضات کار می‌کنند، بسیار مهم و واجب است زیرا بر خورداری این کارمندان از سطح زندگی مناسب موجب می‌شود از فساد جلوگیری شود. واضح است همین موضوع در مورد قضات نیز وجود دارد و قاضی باید از نظر مالی در سطحی بالاتر از میانگین کسانی که به او مراجعه می‌کنند قرار داشته باشد. در این حالت می‌توان با انحرافات با شدت برخورد کرد. در شرع انور... قضات باید از بیت‌المال ارتزاق کنند، یعنی نباید به آن‌ها حقوقی داده شود بلکه کلیه احتیاجات آن‌ها از هر قبیل و بدون محدودیت باید تامین شود. این همان چیزی است که در حقوق انگلستان به طور نمادین با دادن چک سفید به قضات وجود دارد. (پایگاه خبری اختیاب. دهم خرداد نود و پنج)

مرحوم بهمن کشاورز به اخلاق حرفه‌ای فوق العاده اهمیت و بها می‌داد و به همین دلیل کتابی با این نام و عنوان نوشت. در جایی از این کتاب خطاب به وکلا می‌گوید: اینکه دو وکیل در مقام دفاع از حقوق موکلین خود با یکدیگر تعارض علمی و فنی پیدا کنند، امری قابل قبول و شاید ناگزیر است. اما اینکه این اختلاف علمی و فنی جنبه معارضه شخصی و برخورد فردی پیدا کند، به هیچ وجه پذیرفتنی نیست. اولاً: چون نوعاً محل این برخوردها دادگاه‌ها و دادرهاست، حرمت وکیل و وکالت نزد مقامات قضایی مخدوش می‌شود و وکیلی که محرک چنین حرکتی بوده مالا از این هتک حرمت مصون نخواهد ماند.

ثانیاً: اینکه عوام احساس کنند به وکیل دادگستری هم می‌توان تعرض و توهین کرد، به ضرر همه و کلاست منجمله کسی که محرک چنین حرکتی باشد. گذشته از همه اینها نفس وجود چنین برخوردهایی بین وکلای دادگستری - که اگر برجسته ترین افراد جامعه نباشند، بنا بر اصل از برجسته ترین‌ها هستند - غیر قابل قبول و توجیه است. (صفحه ۱۱ و ۱۲)

مرحوم بهمن کشاورز با ادبیات فارسی مانوس بود و یکی از توصیه‌های او به وکلا نیز مطالعه کتاب‌های دستور زبان فارسی و آیین نگارش بود. او با ضرب المثل‌های فارسی و فرهنگ عامه نیز آشنا بود و گاهی برای تاثیر بیشتر در کلام خود به زیبایی از آن‌ها



استفاده می کرد. برای مثال در جایی می نویسد: وکلای دادگستری دقیقاً مصداق کسانی هستند که نان خود را می خورند و حلیم حاج عباس را هم می زنند. یعنی نه باری بر دوش بیت المال و نظام هستند نه کوچک ترین کمکی از دولت می گیرند، با اقدامات خود موجبات شفافیت و روانی دادرسی را فراهم می آورند و از همه مهم تر اینکه کانون های وکلا با استقلالی که مثلاً دارند، وسیله مباحثات و فخر نظام جمهوری اسلامی در محافل اجتماعی و قضایی جهانی هستند و بی گمان هنوز هم آنچه از زبان یک وکیل دادگستری گفته می شود، از سخنان بسیاری دیگر در سطح جهان مقبول تر است ...

بگذریم از اینکه ما خورندگان نان خود و هم زندگان حلیم حاج عباس سالی ۸۰۰ هزار تومان هم به عنوان هزینه خدمات قضایی به نظام می پردازیم. (روزنامه شرق). چهاردهم بهمن نود و شش)

مرحوم بهمن کشاورز بی گمان نماد یک وکیل حرفه ای و سرشناس بود. به رعایت شوون وکالت و حتی آداب پوشش و پیرایش حساس و مقید بود. ایشان به رعایت مطلق حرمت دادگاه ها و روسای دادگاه ها تاکید داشت. دفاع او در پرونده معروف محاکمه کرباسچی نشان داد که او چگونه به عنوان یک وکیل حرفه ای با رعایت تمام ادب و احترام، تمام قد از حقوق موکل خود دفاع کرد. مرحوم بهمن کشاورز سیاست را به درستی می شناخت و از قدیم الایام - با توجه به سوابق پدر و خانواده اش - با سیاست آشنا بود ولی در عمل نشان داد که یک وکیل حرفه ای هرگز سیاست را در وکالت دخالت نخواهد داد. این مهم را پیام های تسلیت پس از فوتش نیز به درستی نشان می داد.

از خداوند بزرگ شادی و آرامش روح ایشان را طلب دارم.





# تحلیل حقوقی ماده ۱۰۴ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰



مریم رازی

وکیل پایه یک دادگستری

سحر محمدشریفی

دانشجوی کارشناسی فقه و حقوق

## چکیده

همه قوانین بشری در حوزه عمل و اجرا به ضمانت اجرا نیازمندند. حقوق ثبت و قوانین آن نیز از این قاعده مستثنی نیست ضمانت اجرای حقوق ثبت، حقوق کیفری است. حقوق کیفری با اعمال مجازات در حق مجرمینی که قوانین ثبتی را نادیده می‌گیرند به حمایت از حقوق ثبت می‌پردازد و حقوق کیفری عکس‌العمل دولت در مقابل اعمال ضد اجتماعی منجر به نقض قوانین است. جرم ثبتی نیز فعل یا ترک فعل کارمندان ثبت و سران دفاتر و اشخاص در نقض قوانین و مقررات ثبتی است. جرایم ثبتی مجموعه‌ای از جرایم عمومی، انتظامی، خطاهای کیفری و امور خلافی می‌باشند که قانون‌گذار برای حمایت از حقوق اشخاص، حفظ نظم و امنیت عمومی و حمایت از مالکیت رسمی و اعتبار اسناد رسمی وضع نموده است.

لفظ «تقصیرات» در ماده‌ی ۱۰۴ قانون ثبت اعم از جرایم ثبتی عمومی عمدی و غیر عمدی همچنین تخلفات اداری می‌باشد باید توجه داشت منظور از جرم عمومی در ماده مرقوم جرایم عمومی ثبتی می‌باشد و جرایم عمومی غیر ثبتی مانند ضرب و جرح، توهین در اداره ثبت و... را شامل نمی‌شود. این ماده بیان می‌کند جرایم عمومی ثبتی و



تخلفات انتظامی مستخدمین و اجزای ثبت اسناد و املاک که مجازات آن‌ها در بخش جرایم و مجازات قانون ثبت اسناد و املاک آمده است، این مواد حاکم می‌باشند در غیر مواردیکه در قانون ثبت بیان نشده در جرایم عمومی ثبتی بر اساس قانون مجازات اسلامی مانند مواد ۵۸۰-۵۹۸-۶۰۰-۶۰۱-۶۰۲ و... به جرایم آن‌ها رسیدگی می‌شود و در خصوص تخلفات اداری حسب مورد در خصوص تخلفات کارمندان ادارات ثبت اسناد و املاک بر اساس قانون رسیدگی به تخلفات اداری و در هیات‌های خاص رسیدگی می‌شود و در خصوص تخلفات انتظامی سران دفاتر اسناد رسمی و دفتریاران بر اساس قانون دفاتر اسناد رسمی و آیین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۹۹ اصلاحی ۱۴۰۲ رسیدگی می‌گردد.

## ۱- جرایم ثبتی

برابر ماده ۱۰۴ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ هجری شمسی «در موارد تقصیراتی که مجازات آن‌ها به موجب این باب معین نشده است، مستخدمین و اجزای ثبت اسناد و املاک که مرتکب جرم عمومی و یا تقصیرات اداری می‌شوند موافق مقررات قوانین جزایی و یا قانون استخدام تعقیب خواهند شد».

برای تحلیل این ماده نیاز است به سوالات ذیل پاسخ دهیم:

الف) منظور از تقصیرات در ماده‌ی ۱۰۴ قانون ثبت اسناد و املاک چیست؟

ب) مرتکبین تقصیرات در ماده‌ی ۱۰۴ قانون ثبت اسناد و املاک چه اشخاصی هستند؟

ج) قوانین حاکم بر تقصیرات مستخدمین و اجزای ثبت اسناد و املاک در ماده ۱۰۴ قانون ثبت کدامند؟

جرایم ثبتی از حیث طبیعت و ماهیتی که دارند در یک تقسیم‌بندی کلی به دو نوع تقسیم می‌شوند:

۱-۱. جرایم ثبتی عمومی: جرایمی هستند که علیه منافع عمومی، اجتماعی و اقتصادی جامعه صورت می‌گیرند. هدف مجرم ثبتی اختلال و ناامنی در نظام اقتصادی

۱. توسلی، علی، کیفرهای حمایتی از حقوق ثبت، انتشارات دادگستر چاپ اول، ۱۳۸۹



مالکیت جامعه است. مجرم با انگیزه سودجویی و طمع ورزی مرتکب جرم می‌شود. مصادیق بارز جرم ثبتی عمومی، در جرایم کلاهبرداری ثبتی و در حکم جعل ماده ۱۰۰ قانون ثبت دیده می‌شود. با نگرش به قوانین و مقررات ثبتی، مواد قانونی عدیدهای مشاهده می‌شود که جرائم ثبتی اسناد و املاک را مشخص می‌سازد. در حقوق کیفری ایران جرایم ثبتی اسناد و املاک با جرائم علیه اموال و مالکیت و جرائم علیه آسایش عمومی تقارن دارند، به طور مثال، می‌توان گفت که جرائم مندرج در مواد ۱۰۵-۱۰۶-۱۰۷-۱۰۸ و ۱۰۹ قانون ثبت در شمار جرایم ثبتی علیه آسایش و اموال هستند که تحت عنوان جرم در حکم کلاهبرداری می‌باشند. علاوه بر این بعضی از جرائم ثبتی اسناد و املاک به عنوان جرم خاص در قوانین و مقررات ثبتی مطرح گردیده است مانند ماده ۱۱۷ قانون ثبت که در خصوص معامله‌ی معارض است. در خصوص جرایم ثبتی که در قانون ثبت اسناد و املاک بیان نشده بر اساس قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ مانند مواد ۵۸۰-۵۹۸-۶۰۰-۶۰۱-۶۰۲ و... رسیدگی می‌شود. از جمله ویژگی‌های جرایم ثبتی عمومی می‌توان به مواردی مانند: نفع طلبی در ارتکاب جرم، مالی بودن جرایم، حرفه‌ای بودن شخصیت مجرم و نوشته بستری بودن جرم، بعضاً تبانی با اجزای ادارات ثبت اسناد و املاک و... اشاره نمود.

۱-۲. تخلفات ثبتی: تخلفاتی هستند که علیه قوانین و مقررات و آئین نامه‌ها و نظامات اداری صورت می‌گیرند و نقض مقررات صنفی یا گروهی که اشخاص به تبع عضویت در گروه آن را پذیرفته‌اند. تخلفات انتظامی می‌تواند به صورت عمدی یا غیر عمدی صورت گیرد که بدان تقصیر اداری نیز گفته می‌شود، تقصیر اداری مانند جرم جزایی قاطعیت و صراحت ندارد به همین جهت بی لیاقتی، عدم رعایت شئون صنفی نیز جرم انتظامی تلقی می‌شود و نیز کیفر تخلف انتظامی تناسب و ارتباط با شغل مرتکب تخلف دارد از قبیل توییح، تعلیق موقت، انفصال موقت یا دائم از شغل و... ولی کیفر جرم جزایی غالباً ارتباطی با شغل و حرفه‌ی مجرم ندارد مانند حبس، جزای نقدی و ...

تخلفات ثبتی یا انتظامی به دو قسمت تقسیم می‌شوند:

الف) تخلفات ثبتی ماهوی: تخلفاتی هستند که به مفاد و ماهیت و موضوع اسناد



و دلالت آن ها ارتباط دارند و چنین تخلفاتی خلل به ارکان معاملات و اصالت اسناد رسمی و به استحکام و سندیت اوراق اداری وارد می کنند. از این رو هرگاه چنین تخلفاتی روی دهد به ماهیت اسناد و شروط و تعهدات مندرج در آن ها خدشه وارد می گردد و یا از اعتبار و قدرت اسناد رسمی می کاهد و یا اینکه سندی را از حالت لازم الاجرا بودن خارج می نماید.

ب) تخلفات ثبتی شکلی: تخلفاتی هستند که به نحوه تنظیم اسناد و شکل و مقدمات تنظیم آن توجه دارد و لذا تخلفات از تشریفات و کنار گذاشتن مقدمات و لوازم ظاهری اسناد رسمی، زمینه‌ای برای مجازات‌های انتظامی مرتکب می‌باشد. با توجه به موارد فوق و الفاظ پایانی ماده‌ی ۱۰۴ قانون ثبت اسناد و املاک می‌توان گفت که لفظ تقصیرات در ماده‌ی ۱۰۴ قانون ثبت اسناد و املاک اعم از جرایم ثبتی عمومی عمدی و غیرعمدی همچنین تخلفات اداری و انتظامی می‌باشد.

## ۲- مرتکبین در ماده ۱۰۴ قانون ثبت اسناد و املاک

۲-۱. مستخدمین ثبت اسناد و املاک، اشخاصی که بر اساس قوانین استخدام کشوری به استخدام دولت در آمده‌اند و حقوق خود را از دولت دریافت می‌کنند و بر اساس تبصره ماده ۱ آیین‌نامه قانون رسیدگی به تخلفات اداری ۱۳۷۳ «منظور از کارمند، کلیه کارکنان رسمی، ثابت، دائم، پیمانی و قرار دادی است» مستخدمین اداره ثبت اسناد و املاک (کارمندان ادارات ثبت اسناد و املاک) از لحاظ جرایم عمومی ثبتی حسب مورد تابع قوانین جزایی ثبتی قانون ثبت هستند و در غیر این صورت تابع قوانین جزایی عمومی می‌باشند از جهت تخلفات اداری نیز تابع قانون رسیدگی به تخلفات اداری ۱۳۷۲ و آیین‌نامه مربوطه می‌باشند.<sup>۲</sup>

۲-۲. اجزای ثبت اسناد و املاک: اشخاصی هستند که رابطه‌ی استخدامی با اداره ثبت اسناد و املاک ندارند حقوق بگیر این اداره هم نیستند اما بر اساس قوانین و ضوابط اداری در ارتباط با این اداره بوده و در ارتباط با وظایف قانونی خود نسبت به اداره ثبت اسناد و املاک مسئولیت قانونی دارند و در انجام وظایف محوله بر اساس دستور

۲. آدابی، حمید رضا، مسولیت کیفری سردفتران اسناد رسمی، نشر جنگل



العمل‌های سازمان ثبت اسناد و املاک عمل می‌کنند از جمله‌ی این اجزا می‌توان به دفتر یاران دفاتر اسناد رسمی اشاره کرد. بر اساس مواد ۸۱ و ۸۴ قانون ثبت و ماده‌ی ۳ قانون دفاتر اسناد رسمی ۱۳۵۴ دفتریار نماینده اداره ثبت اسناد محسوب می‌شود که یکی از وظایف دفتریار به عنوان نماینده‌ی اداره ثبت بر اساس آیین‌نامه‌ی اجرایی دفاتر اسناد رسمی اخذ حقوق دولتی و واریز آن به حساب دولت است که از وظایف دفتریار است و وظایف دیگر ... در نتیجه دفتریار از جهت جرایم ثبتی عمومی مشمول این ماده و مواد قبل در این باب می‌شود و از جهت تخلفات اداری مشمول مجازات‌های انتظامی قانون دفاتر اسناد رسمی و آیین‌نامه‌های مربوطه است که در ادامه خواهد آمد. یکی دیگر از اجزای ثبت اسناد و املاک مهندسین نقشه‌بردار می‌باشند که دارای پروانه‌ی نظام مهندسی هستند که پس از تایید اداره‌ی ثبت اسناد و املاک استان طی تشریفات و رابطه‌ی قراردادی با اداره ثبت اسناد و املاک استان به عنوان نقشه‌بردار معتمد به ادارات ثبت اسناد و املاک معرفی می‌گردند و حق الزحمه وظایفی که بر عهده آن‌ها گذاشته می‌شود بر اساس تعرفه‌های دولتی بر عهده‌ی ارباب رجوع است در نتیجه این افراد رابطه‌ی استخدامی با اداره‌ی ثبت ندارند و حقوق بگیر دولت هم نمی‌باشند اما مرتبط با اداره‌ی ثبت بوده و در ارتباط با وظایف خاص ثبتی خود از اجزای ثبت اسناد و املاک محسوب می‌شوند.

۲-۳. طبق مستندات ذیل صاحبان دفاتر اسناد رسمی مشمول ماده‌ی ۱۰۴ قانون ثبت نمی‌شوند زیرا سر دفتر مامور به خدمت عمومی می‌باشد، مامورین به خدمت عمومی اشخاصی هستند که با یکی از سازمان‌های عمومی (مانند سازمان ثبت اسناد و املاک) جهت تحقق یک خدمت عمومی و یا تامین یکی از نیازهای عمومی همکاری می‌نمایند. خدمات عمومی اموری هستند که درصدد رفع نیازها و تامین منافع عمومی اجتماع باشند این خدمات نه تنها مستلزم تصویب دولت یا قانون‌گذار است بلکه باید بطور مستقیم یا غیرمستقیم نیز زیر نظر دولت ارائه شود.<sup>۲</sup>

بر اساس مواد ۴۹ الی ۶۹ قانون ثبت، وظایف سر دفتران عبارتند از: ۱- ثبت کردن اسناد مطابق مقررات ۲- دادن سواد (رونوشت) مصدق ۳- تصدیق صحت امضاء ۴-

۲. امامی و استوار سنگری، محمد و کوروش، حقوق اداری، ج اول، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۶



قبول و حفظ اسنادی که امانت می‌گذارند و... همچنین وظایفی که در قانون دفاتر اسناد رسمی بیان شده که همه در جهت خدمت عمومی می‌باشند همچنین دفاتر اسناد رسمی بر اساس بند ب ماده ۱ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰ موسسه غیر دولتی مامور به خدمت عمومی می‌باشد: «موسسات خصوصی حرفه‌ای عهده دار مأموریت عمومی، موسسات غیر دولتی می‌باشند که مطابق قوانین و مقررات بخشی از وظایف حاکمیتی را بر عهده دارند نظیر کانون کارشناسان رسمی دادگستری، سازمان نظام پزشکی و سازمان نظام مهندسی» و این نکته را باید بیان داشت که بر اساس بند ه ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری ۱۳۸۶ امور ثبتی از جمله امور حاکمیتی می‌باشد و ادارات ثبت اسناد و املاک در خصوص دفاتر اسناد رسمی نقش نظارتی دارند. از طرفی طبق ماده ۲ قانون دفاتر اسناد رسمی ۱۳۵۴ اداره‌ی دفتر خانه بر عهده سر دفتر می‌باشد و در ازای انجام وظایف قانونی خود حق التحریر و حق الثبت را بر اساس تعرفه‌های قانونی از ارباب رجوع دریافت می‌کند (مواد ۱۲۳ الی ۱۳۳ قانون ثبت و ماده‌ی ۵۰ قانون دفاتر اسناد رسمی) در نتیجه مستخدم دولت یا از اجزای ثبت اسناد و املاک نیست و حقوق خود را از دولت دریافت نمی‌کند.

در ماده‌ی ۱۰۰ قانون ثبت به طور صریح نام صاحبان دفاتر اسناد رسمی را در کنار مستخدمین و اجزای ثبت اسناد و املاک به طور مجزا آورده است و بر اساس اطلاق مقامی چون قانون‌گذار در جایگاه بیان بوده است اگر می‌خواست نام سر دفتر را هم در ماده‌ی ۱۰۴ قانون ثبت بیان می‌کرد و در پاسخ کسانی که بیان می‌دارند که در زمان تصویب ماده‌ی ۱۰۴ یعنی سال ۱۳۱۰ دفاتر اسناد رسمی به شکل کنونی وجود نداشته‌اند و قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ موخر از این ماده بوده باید بیان کرد که قانون‌گذار در ماده ۸۱ قانون ثبت ۱۳۱۰ به تشکیل دفاتر اسناد رسمی اشاره دارد بدین شرح که «در نقاطی که وزارت عدلیه مقتضی بداند برای تنظیم اسناد رسمی، دفاتر رسمی به عده‌ی کافی معین خواهد کرد - هر دفتر رسمی اسناد مرکب از یک نفر صاحب دفتر و لا اقل یک نفر نماینده‌ی اداره ثبت اسناد است» و همچنین در مواد ۸۷-۸۶-۸۵-۸۴ و... قانون ثبت نیز به وجود دفاتر اسناد رسمی پرداخته است، نتیجه آنکه



بر اساس اصل تفسیر مضیق در قوانین جزایی و تفسیر به نفع متهم در امور کیفری که نشأت گرفته از اصل قانونی بودن جرم و مجازات می‌باشد، سردفتر اسناد رسمی مشمول ماده ۱۰۴ قانون ثبت نمی‌باشد.<sup>۴</sup>

قانون دفاتر اسناد رسمی ۱۳۵۴ در فصل چهارم با عنوان (تعقیب و مجازات انتظامی سر دفتران و دفتر یاران) از ماده‌ی ۳۲ به بعد همچنین آیین‌نامه‌های مربوط به این فصل به تخلفات اداری سردفتران و دفتریاران و مراجع اداری صالح و آیین رسیدگی به تخلفات اداری سر دفتران و دفتر یاران پرداخته است. بر اساس ماده‌ی ۳۸ قانون دفاتر اسناد رسمی مجازات‌های انتظامی سردفتران به قرار ذیل می‌باشد:

۱- توبیخ با درج در پرونده ۲- جریمه نقدی ۳- انفصال موقت از اشتغال به سر دفتری یا دفتر یاری از سه ماه الی شش ماه ۴- انفصال موقت از شش ماه تا دو سال ۵- انفصال دائم

در ماده‌ی ۶۵ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب سال ۱۳۹۹ قوه قضاییه و اصلاحات سال ۱۴۰۲ آمده است:

تخلفات سردفتران و دفتریاران اسناد رسمی و سردفتران ازدواج و طلاق و تنبیهات متناسب با آن‌ها به شرح زیر تعیین می‌شود:

الف) تخلفات زیر مستوجب توبیخ کتبی با درج در پرونده است:

- ۱ - عدم حضور در دفترخانه در ساعات مقرر بدون عذر موجه
- ۲ - تمرد دفتر یار از انجام دستور قانونی سردفتر
- ۳ - اهمال سردفتر در نظارت بر امور دفترخانه در صورتی که منجر به نقض مقررات اداری گردد

۴ - عدم امضا و مهر نسخ پشتیبان اسناد و یا سایر خدمات ثبتی ظرف ۲۴ ساعت از تاریخ تأیید نهایی

۵ - عدم رعایت ضوابط مربوط به نگهداری اسناد و سوابق دفترخانه

۶ - عدم نصب مشخصات و عکس سردفتر و دفتر یار و کارکنان دفترخانه در معرض دید مراجعان

دید مراجعان

۴. جرایم ثبتی در حقوق ایران، حاجیانی، علی، چاپ اول ۱۳۸۴، انتشارات شروع



۷ - عدم تهیه و نصب تابلو مطابق نمونه مصوب سازمان.  
۸ - عدم رعایت اخلاق حرفه‌ای و شوونات اسلامی از جمله پوشش مناسب سردفتر و یا عدم نظارت سردفتر بر رعایت موارد مذکور توسط کارکنان دفترخانه.  
ب) تخلفات زیر مستوجب پرداخت جریمه نقدی مطابق قانون بودجه سنواتی و تعدیل آن بر اساس مقررات قانونی است:

۱ - تعطیلی دفترخانه در ساعات مقرر اداری و عدم پاسخگویی به مراجعان  
۲ - غیبت غیرموجه به صورت متناوب یا متوالی تا مدت سه روز  
۳ - اهمال در تبدیل قبوض سپرده و صدور حواله آن به صندوق ثبت یا امتناع از پذیرش قبوض سپرده که مطابق مقررات موظف به قبول آن می‌باشند  
۴ - امتناع از پاسخ به استعلام‌هایی که دفترخانه برابر مقررات مکلف به پاسخگویی می‌باشد

۵ - عدم نصب تعرفه حق‌الثبت و حق‌التحریر در محل مناسبی که در معرض دید مراجعان دفترخانه باشد

۶ - تمرد از قبول کفالت دفاتر دیگر بدون عذر موجه در مواردی که از طرف ثبت محل تکلیف شود

۷ - اهمال و تأخیر در صدور اجراییه یا صدور اجراییه به صورت ناقص پس از تکمیل مدارک و پرداخت حقوق مربوطه توسط متقاضی

۸ - عدم تأیید نهایی اسناد توسط سردفتر

۹ - عدم اجرای تصمیم کانون سردفتران و دفتریاران در رابطه با رفع اختلاف سردفتر و دفتریار

۱۰ - خودداری از درج مراتب حضور متقاضی ثبت سند معاملات قطعی و صلح و اجاره غیرمنقول در دفتر اندیکاتور.

پ) تخلفات زیر مستوجب انفصال موقت از سه ماه تا شش ماه است:

۱ - عدم حضور در دفترخانه در ساعات مقرر بدون عذر موجه در صورت داشتن یک بار سابقه محکومیت انتظامی به این تخلف.



- ۲ - تنظیم سند بر خلاف قوانین، آیین نامه ها، بخشنامه ها و دستورالعمل های مربوط که موضوع دیگر تخلفات نباشد.
- ۳ - اهمال سردفتر در نظارت بر امور دفترخانه در صورتی که منجر به نقض مقررات اداری گردد و دارای یک بار سابقه محکومیت انتظامی به این تخلف باشد.
- ۴ - امتناع از پیشنهاد دفتربار واجد شرایط ظرف دو ماه از تاریخ تأسیس و یا از تاریخ اخطار اداره ثبت مبنی بر بلا تصدی شدن سمت دفترباری بدون عذر موجه.
- ۵ - رفتار خارج از نزاکت و مغایر شوون شغل سردفتری و دفترباری با مأمورین رسمی دارای مجوز کتبی و مراجعان.
- ۶ - امتناع از انجام وظایف قانونی مورد درخواست مراجعان بدون عذر موجه در حدود ماده ۳۰ قانون و اعلام کتبی.
- ۷ - واگذاری امور دفترخانه و مهر به اشخاص غیرمسئول و سپردن رمزنگار (توکن) و مهر به اشخاص غیرمسئول بدون حضور سردفتر برای ارائه خدمات.
- ۸ - امتناع از ارائه نسخه‌ای از اسناد تنظیمی، مدارک تنظیم سند و رونوشت به اشخاصی که برابر مقررات حق دریافت دارند و یا تسلیم آن‌ها به اشخاصی که حق دریافت ندارند.
- ۹ - عدم پرداخت ده درصد سهم کانون و پانزده درصد سهم دفتربار از حق التحریر ظرف مهلت مقرر
- ۱۰ - صدور گواهی امضا اوراقی که مفاد آن تعهد مالی تلقی شود
- ۱۱ - ثبت واقعه ازدواج و طلاق و خدمات فرعی خارج از محل دفترخانه
- ۱۲ - عدم درج مراتب ثبت وقایع ازدواج و طلاق در شناسنامه زوجین
- ۱۳ - ثبت طلاق رجعی بدون تنظیم صورت جلسه
- ۱۴ - اهمال در حفظ و نگهداری دفاتر، اسناد و سوابق الکترونیکی و مهرها و رمزنگار (توکن)
- ۱۵ - ایجاد اختلال و رفتار توهین آمیز هر یک از اعضاء در جلسات هیأت مدیره کانون



- ۱۶ - برگزاری یا شرکت سردفتر ازدواج در مراسم مغایر شعائر و موازین اسلامی
  - ۱۷ - هرگونه فعالیت غیرمجاز در فضای مجازی و رسانه‌های گروهی از قبیل تولید و انتشار اخبار واهی و بی اساس
  - ۱۸ - تغییر محل استقرار دفترخانه بدون موافقت اداره ثبت محل
  - ۱۹ - اخلال در تشکیل جلسات کانون سردفتران و دفتریاران
  - ۲۰ - عدم شرکت در دوره‌های آموزشی که توسط سازمان یا کانون برگزار می‌شود، بدون عذر موجه
- ت) تخلفات زیر مستوجب انفصال موقت از شش ماه تا دو سال است:
- ۱ - حضور و دخالت مستقیم یا غیرمستقیم سردفتر منفصل یا معلق در امور دفترخانه
  - ۲ - ممانعت از انجام بازرسی قانونی
  - ۳ - عدم اسکن دفاتر در مهلت تعیین شده در تبصره ماده ۳۵ آیین‌نامه
  - ۴ - عدم ممانعت کفیل دفترخانه از حضور و دخالت مستقیم یا غیرمستقیم سردفتر یا دفتریار منفصل یا معلق در امور دفترخانه و یا خودداری از اعلام مراتب مذکور به اداره ثبت محل
  - ۵ - اخذ حق التحریر مازاد بر تعرفه قانونی چنانچه مبلغ اضافه دریافتی تا دو برابر مبلغ مقرر باشد
  - ۶ - عدم پرداخت ده درصد سهم کانون و پانزده درصد سهم دفتریار از حق التحریر در ظرف مهلت مقرر، برای بار دوم
  - ۷ - قصوری که منتهی به ثبت سند معارض گردد.
  - ۸ - خودداری از تحویل مدارک و اسناد دفترخانه در موارد تعلیق و انفصال موقت، به کفیل یا ثبت محل
  - ۹ - غیبت غیرموجه بیش از یک ماه
  - ۱۰ - تغییر محل دفترخانه به شهر یا محلی غیر از آنچه در ابلاغ سردفتر تعیین شده است
  - ۱۱ - تنظیم سند بر خلاف قوانین، آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های مربوط در صورت داشتن یک بار سابقه محکومیت انتظامی به این تخلف



- ۱۲ - اخلال در انتخابات کانون سردفتران و دفتریاران
  - ۱۳ - تقلب در رأی‌گیری و شمارش آراء
  - ۱۴ - تهدید، تطمیع یا اغواء افراد برای رأی دادن به شخص یا اشخاص خاصی از داوطلبان عضویت در کانون سردفتران و دفتریاران
  - ۱۵ - قبول و دریافت حقوق مالی زوجین که باید به اجرای احکام دادگستری و یا صندوق ثبت تودیع گردد
  - ۱۶ - ثبت رجوع به مابذل و رجوع به زوجیت خارج از موعد مقرر شرعی و قانونی
  - ۱۷ - هرگونه فعالیت تبلیغی برای ثبت وقایع ازدواج و طلاق به نحو غیرمتمعارف
  - ۱۸ - ثبت طلاق بدون تأدیه حقوق مالی زوجه به نحو مقرر در حکم قطعی دادگاه
  - ۱۹ - اجرای صیغه ازدواج و طلاق بدون رعایت موازین شرعی
- ث ( تخلفات زیر مستوجب انفصال دائم است:
- ۱ - عدم ممانعت کفیل دفترخانه از حضور یا دخالت مستقیم یا غیرمستقیم سردفتر یا دفتریار منفصل یا معلق در امور دفترخانه و یا خودداری از اعلام مراتب مذکور به اداره ثبت محل در صورتی که دارای یک بار سابقه محکومیت انتظامی به این تخلف باشد
  - ۲ - تقصیری که منتهی به ثبت سند معارض گردد.
  - ۳ - اخذ حق التحریر مازاد بر تعرفه قانونی چنانچه مبلغ اضافه دریافتی بیش از دو برابر مبلغ مقرر باشد؛ و همچنین در صورت داشتن سابقه محکومیت انتظامی به لحاظ ارتکاب این تخلف.
  - ۴ - اشتغال به شغل منافی سردفتری و دفتریاری
  - ۵ - ثبت نکاح زوجه که در قید زوجیت دیگری و یا در عده طلاق یا عده وفات قرار دارد.
  - ۶ - ثبت ازدواج افراد کمتر از سن قانونی بدون حکم دادگاه.
  - ۷ - ثبت ازدواج بدون رضایت ولی زوجه در موارد لزوم اذن.
  - ۸ - ثبت ازدواج مرد متأهل بدون حکم دادگاه.
  - ۹ - ثبت طلاق بدون اخذ گواهی عدم بارداری در موارد مقرر در قانون.



سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران

- ۱۰ - ثبت ازدواج تبعه بیگانه با ایرانی بدون رعایت مقررات.
- ۱۱ - ثبت هر یک از موجبات انحلال نکاح یا اعلام بطلان نکاح یا طلاق بدون حکم دادگاه یا گواهی عدم امکان سازش.
- ۱۲ - ثبت ازدواج بدون اخذ آزمایش‌های پزشکی لازم برابر قوانین و مقررات.
- جرایم عمومی سر دفتران اسناد رسمی و مجازات آن‌ها در ماده‌ی ۱۰۰ قانون ثبت اسناد و املاک و در خصوص سایر جرایم سر دفتران که در قانون ثبت بیان نشده است بر اساس قوانین عمومی جزایی می باشد که به نمونه‌های از آن‌ها اشاره می‌کنیم.
- ۱ - جرم ارتشاء: ماده‌ی ۳ ق تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری ۱۳۶۷ مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام
- ۲ - جرم خیانت در امانت: ماده‌ی ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی تعزیرات ۱۳۷۵
- ۳ - تعدی به اموال دولتی و عدم پرداخت وجوه دولتی: ماده‌ی ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی تعزیرات ۱۳۷۵
- ۴ - افشاء اسرار حرفه‌ای: ماده‌ی ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی تعزیرات ۱۳۷۵
- ۵ - جرم پولشویی: مواد ۹، ۷، ۶، ۵، ۶۴۸ قانون مبارزه با پولشویی ۱۳۸۶ (اصلاحی ۱۳۹۷) و بند ط ماده‌ی ۱ آیین نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی
- ۶ - جرایم مرتبط با مفاسد اقتصادی در حوزه مأموریت: بند ج ماده‌ی ۲ و ماده‌ی ۱۳ و ۱۴ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰
- سر دفتران اسناد رسمی علاوه بر مسولیت‌های کیفری و مسولیت‌های انتظامی، بر اساس ماده‌ی ۲۲ قانون دفاتر اسناد رسمی دارای مسولیت مدنی نیز می‌باشند «سر دفتران و دفتریارانی که در انجام وظایف خود مرتکب تخلفاتی بشوند، در مقابل متعاملین و اشخاص ذی‌نفع مسئول خواهند بود. هرگاه سندی در اثر تقصیر یا تخلف آن‌ها از قوانین و مقررات مربوطه، بعضاً یا کلاً از اعتبار افتد و در نتیجه ضرری متوجه آن اشخاص شود، علاوه بر مجازات‌های مقرر، باید از عهده خسارت وارده برآیند، دعاوی مربوط به خسارات ناشی از تخلفات سر دفتران و دفتریاران تابع قوانین و مقررات عمومی خواهد بود».



### ۳- مراجع قضایی صالح در خصوص جرایم ثبتی عمومی:

اصولا مرجع قانونی و صالح جهت رسیدگی به جرایم ثبتی، دستگاه قضایی و به طور خاص دادسراها و دادگستری‌ها سراسر کشور می‌باشند که البته بر حسب نوع جرم ارتكابی و یا میزان مجازات آن صلاحیت دادسرا و دادگاه رسیدگی کننده مشخص می‌شود و از طرفی اصل بر این است که دادسراهای عمومی و دادگاه‌های کیفری دو صلاحیت رسیدگی به تمام جرایم را دارند مگر جرایمی که طبق قانون از صلاحیت آن‌ها خارج باشند جرایم ثبتی نیز از این قاعده کلی خارج نیست و چون قانون‌گذار این گونه جرایم را در صلاحیت مرجع خاصی قرار نداده است لذا مرجع قضایی صالح جهت رسیدگی به این جرایم دادسرا و دادگاه کیفری دو محل وقوع جرم می‌باشد. این دادگاه‌ها پس از تکمیل پرونده و انجام تحقیقات مقدماتی در دادسرا و صدور قرار نهایی جلب به دادرسی و تنظیم کیفرخواست توسط دادستان یا نماینده وی و ارجاع پرونده اقدام به رسیدگی و صدور حکم می‌نمایند.

### ۴- مراجع انتظامی صالح در خصوص تخلفات اداری سردفتران و دفتر یاران:

دادسرا و دادگاه انتظامی سردفتران و دفتریاران دفاتر اسناد رسمی، در خصوص رسیدگی به تخلفات انتظامی سردفتران و دفتریاران دفاتر اسناد رسمی صالح به رسیدگی، صدور حکم و اجرای آن می‌باشند.

در مواد مختلف قانون دفاتر اسناد رسمی و آیین‌نامه‌های قانون مذکور مصوب ۱۳۹۹ در خصوص مراجع فوق، اعضاء و طرز رسیدگی مقدماتی مقرراتی وضع شده است. رسیدگی مقدماتی به شکایت اشخاص از سردفتران اسناد رسمی، ازدواج و طلاق و دفتریاران با بررسی موضوع در محل دفترخانه و تنظیم صورت‌مجلس بازرسی توسط بازرسان سازمان ثبت، کانون و یا هیأت‌های مخصوص از سوی قوه قضاییه یا نمایندگان وزارت امور اقتصادی و دارائی برای امور مالیاتی، آغاز می‌شود.

بازرس موظف است گزارش مأموریت خود را به انضمام صورت‌مجلس تنظیمی که در برگیرنده پاسخ سردفتر یا دفتریار به همراه اظهار نظر خود است، به مرجع اعزام‌کننده



تحويل دهد. مرجع اعزام کننده موظف است صورت مجلس مذکور را به اداره کل ثبت اسناد و املاک استان تحويل دهد. مدیرکل ثبت استان در صورت تشخیص وقوع تخلف، مراتب را با استناد به مقررات به دادستان انتظامی سردفتران و دفترياران یا جانشین او اعلام می کند. دادستان یا جانشین او پس از بررسی پرونده در صورت تخلف نبودن رفتار ارتكابی یا فقد دلیل یا شمول مرور زمان حسب مورد نسبت به قرار منع یا موقوفی تعقیب اقدام می نماید و در صورتی که پرونده را ناقص تشخیص دهد شخصاً یا از طریق مدیرکل ثبت استان نسبت به رفع نقص اقدام می نماید. در غیر این صورت، پرونده را با صدور کیفرخواست به دادگاه ارسال خواهد کرد، در متن کیفرخواست علاوه بر ذکر مشخصات کامل سردفتر و یا دفتريار، باید به نوع، دلایل و مدارک مبتنی بر تخلف و سوابق کیفری و انتظامی آن ها، تشریحاً اشاره گردد.

ابلاغ کیفرخواست و دادنامه و دیگر اختاریه ها به صورت الکترونیکی انجام می شود، مدت پاسخ سردفتر و دفتريار به کیفرخواست ده روز از تاریخ ابلاغ می باشد و با درخواست متقاضی و موافقت مدیرکل ثبت استان برای ده روز قابل تمدید است. سردفتر یا دفتريار می تواند در پاسخ به کیفرخواست کلیه دلایل و اسنادی را که حاکی از براءت خود می داند همراه با لایحه دفاعیه به صورت الکترونیکی به دادگاه ارسال نماید و چنانچه درخواست حضور در جلسه رسیدگی داشته باشد، در لایحه قید نماید. در این صورت به تشخیص دادگاه انتظامی سردفتران و دفترياران از متقاضی برای شرکت در جلسه دادگاه دعوت به عمل می آید. عدم حضور متقاضی مانع رسیدگی نخواهد بود.

هرگاه در حین بررسی تخلف در اداره کل ثبت استان، یا رسیدگی در دادسرا یا دادگاه انتظامی رفتار ارتكابی، جرم تشخیص داده شود، ضمن رسیدگی به تخلف انتظامی مراتب با تصریح به دلایل و مستندات قانونی جرم به مرجع صالح قضایی اعلام می شود.



## ۵- مراجع اداری صالح در رسیدگی به تخلفات اداری مستخدمین اداره ثبت اسناد و املاک:

براساس قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲ به منظور رسیدگی به تخلفات اداری در هر یک از دستگاه‌های مشمول این قانون هیات‌های تحت عنوان «هیات رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان» تشکیل می‌شود. هیات‌های مزبور شامل هیات‌های بدوی و تجدیدنظر می‌باشد. کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، موسسات و شرکت‌های دولتی، شرکت‌های ملی نفت و گاز و پتروشیمی و شهرداری‌ها و بانک‌ها و موسسات و شرکت‌های دولتی که مشمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام است و موسساتی که تمام یا قسمتی از بودجه آن‌ها از بودجه عمومی تامین می‌شود و نیز کارکنان مجلس شورای اسلامی و نهادهای انقلاب اسلامی مشمول مقررات این قانون هستند، (مشمولان قانون استخدام نیروهای مسلح و غیر نظامیان ارتش و نیروهای انتظامی، قضات، اعضای هیات‌های علمی دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی و مشمولان قانون کار از مشمول این قانون خارج بوده و تابع مقررات مربوط به خود خواهند بود). باید توجه داشت که براساس تبصره ۱ ماده ۲ آیین نامه قانون رسیدگی به تخلفات اداری، سازمان ثبت اسناد و املاک یک سازمان مستقل دولتی محسوب می‌شود و مشمول این قانون می‌باشد. هرگاه تخلف کارمند عنوان یکی از جرایم مندرج در قوانین جزایی را نیز داشته باشد هیات رسیدگی به تخلفات اداری مکلف است مطابق این قانون به تخلف رسیدگی و رای قانونی صادر نماید و مراتب را برای رسیدگی به اصل جرم به مرجع قضایی صالح ارسال دارد. هرگونه تصمیم مراجع قضایی مانع اجرای مجازات‌های اداری نخواهد بود. براساس ماده ۸ قانون مذکور تخلفات اداری مستخدمین به قرار زیر است:

- ۱- اعمال و رفتار خلاف شئون شغلی یا اداری.
- ۲- نقض قوانین و مقررات مربوط.
- ۳- ایجاد نارضایتی در ارباب رجوع یا انجام ندادن یا تاخیر در انجام امور قانونی آن‌ها بدون دلیل.
- ۴- ایراد تهمت و افترا، هتک حیثیت.



- ۵ - اخاذی.
- ۶ - اختلاس.
- ۷ - تبعیض یا اعمال غرض یا روابط غیر اداری در اجرای قوانین و مقررات نسبت به اشخاص.
- ۸ - ترک خدمت در خلال ساعات موظف اداری.
- ۹ - تکرار در تاخیر ورود به محل خدمت یا تکرار خروج از آن بدون کسب مجوز.
- ۱۰ - تسامح در حفظ اموال و اسناد و وجوه دولتی، ایراد خسارات به اموال دولتی.
- ۱۱ - افشای اسرار و اسناد محرمانه اداری.
- ۱۲ - ارتباط و تماس غیر مجاز با اتباع بیگانه.
- ۱۳ - سرپیچی از اجرای دستورهای مقام‌های بالاتر در حدود وظایف اداری.
- ۱۴ - کم کاری یا سهل‌انگاری در انجام وظایف محول شده.
- ۱۵ - سهل‌انگاری روسا و مدیران در ندادن گزارش تخلفات کارمندان تحت امر.
- ۱۶ - ارائه گواهی یا گزارش خلاف واقع در امور اداری.
- ۱۷ - گرفتن وجوهی غیر از آن چه در قوانین و مقررات تعیین شده یا اخذ هرگونه مالی که در عرف رشوه خواری تلقی می‌شود.
- ۱۸ - تسلیم مدارک به اشخاصی که حق دریافت آن را ندارند یا خودداری از تسلیم مدارک به اشخاص که حق دریافت آن را دارند.
- ۱۹ - تعطیل خدمت در اوقات مقرر اداری.
- ۲۰ - رعایت نکردن حجاب اسلامی.
- ۲۱ - رعایت نکردن شئون و شعایر اسلامی.
- ۲۲ - اختفاء، نگهداری، حمل، توزیع و خرید و فروش مواد مخدر.
- ۲۳ - استعمال یا اعتیاد به مواد مخدر.
- ۲۴ - داشتن شغل دولتی دیگر به استثنای سمت‌های آموزشی و تحقیقاتی.
- ۲۵ - هر نوع استفاده غیر مجاز از شئون یا موقعیت شغلی و امکانات و اموال دولتی.
- ۲۶ - جعل یا مخدوش نمودن و دست بردن در اسناد و اوراق رسمی یا دولتی.



- ۲۷ - دست بردن در سوالات، اوراق، مدارک و دفاتر امتحانی، افشای سوالات امتحانی یا تعویض آن‌ها.
- ۲۸ - دادن نمره یا امتیاز، بر خلاف ضوابط.
- ۲۹ - غیبت غیرموجه به صورت متناوب یا متوالی.
- ۳۰ - سو استفاده از مقام و موقعیت اداری.
- ۳۱ - توقیف، اختفا، بازرسی یا باز کردن پاکت‌ها و محمولات پستی یا معدوم کردن آن‌ها و استراق سمع بدون مجوز قانونی.
- ۳۲ - کارشکنی و شایعه پراکنی، وادار ساختن یا تحریک دیگران به کارشکنی یا کم‌کاری و ایراد خسارت به اموال دولتی و اعمال فشارهای فردی برای تحصیل مقاصد غیر قانونی.
- ۳۳ - شرکت در تحصن، اعتصاب و تظاهرات غیر قانونی، یا تحریک به برپایی تحصن، اعتصاب و تظاهرات غیر قانونی و اعمال فشارهای گروهی برای تحصیل مقاصد غیر قانونی.
- ۳۴ - عضویت در یکی از فرقه‌های ضاله که از نظر اسلام مردود شناخته شده‌اند.
- ۳۵ - همکاری با ساواک منحل به عنوان مامور یا منبع خبری و داشتن فعالیت یا دادن گزارش ضد مردمی.
- ۳۶ - عضویت در سازمان‌هایی که مرام‌نامه یا اساسنامه آن‌ها مبتنی بر نفی ادیان الهی است یا طرفداری و فعالیت به نفع آن‌ها.
- ۳۷ - عضویت در گروه‌های محارب یا طرفداری و فعالیت به نفع آن‌ها.
- ۳۸ - عضویت در تشکیلات فراماسونری.
- در ماده‌ی ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، تنبیهات اداری به ترتیب زیر عبارتند از:
- الف - اخطار کتبی بدون درج در پرونده استخدامی.
- ب - توبیخ کتبی با درج در پرونده استخدامی.
- ج - کسر حقوق و فوق العاده شغل یا عناوین مشابه حداکثر تا یک سوم از یک ماه تا یک سال.



- د - انفصال موقت از یک ماه تا یک سال.
- ه - تغییر محل جغرافیایی خدمت به مدت یک تا پنج سال.
- و - تنزل مقام و یا محرومیت از انتصاب به پست‌های حساس و مدیریتی در دستگاه‌های دولتی و دستگاه‌های مشمول این قانون.
- ز - تنزل یک یا دو گروه و یا تعویق در اعطای یک یا دو گروه به مدت یک یا دو سال.
- ح - بازخرید خدمت در صورت داشتن کمتر از ۲۰ سال سابقه خدمت دولتی در مورد مستخدمین زن و کمتر از ۲۵ سال سابقه خدمت دولتی در مورد مستخدمین مرد با پرداخت ۳۰ تا ۴۵ روز حقوق مبنای مربوط در قبال هر سال خدمت به تشخیص هیات صادرکننده رای.
- ط - بازنشستگی در صورت داشتن بیش از بیست سال سابقه خدمت دولتی برای مستخدمین زن و بیش از ۲۵ سال سابقه خدمت دولتی برای مستخدمین مرد بر اساس سنوات خدمت دولتی با تقلیل یک یا دو گروه.
- ی - اخراج از دستگاه متبوع.
- ک - انفصال دائم از خدمات دولتی و دستگاه‌های مشمول این قانون.
- صلاحیت رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان با هیات بدوی است و آرا صادره در صورتی که قابل تجدیدنظر نباشد از تاریخ ابلاغ، قطعی و لازم‌الاجرا است. در مورد آرای که قابل تجدیدنظر باشد هر گاه کارمند ظرف ۳۰ روز از تاریخ ابلاغ رای درخواست تجدیدنظر نماید، هیات تجدیدنظر مکلف به رسیدگی است. آرای هیات تجدیدنظر از تاریخ ابلاغ قطعی و لازم‌الاجرا است.

## نتیجه‌گیری

لفظ تقصیرات در ماده‌ی ۱۰۴ قانون ثبت اسناد و املاک اعم از جرایم ثبتی عمومی عمدی و غیرعمدی همچنین تخلفات اداری می‌باشد. باید توجه داشت منظور از جرم عمومی در ماده مرقوم جرایم عمومی ثبتی می‌باشد و جرایم عمومی غیر ثبتی مانند ضرب و جرح، توهین در اداره ثبت و... را شامل نمی‌شود. این ماده بیان می‌دارد جرایم عمومی



ثبتی و تخلفات انتظامی مستخدمین و اجزای ثبت اسناد و املاک که مجازات آن‌ها در مواد ۱۰۲، ۱۰۱، ۱۰۰ و... قانون ثبت آمده، این مواد حاکم می‌باشند در غیر مواردی که در قانون ثبت بیان نشده در جرایم عمومی ثبتی بر اساس قانون مجازات اسلامی مانند مواد ۵۸۰-۵۹۸-۶۰۰-۶۰۱-۶۰۲ و... به جرایم آن‌ها رسیدگی می‌شود و در خصوص تخلفات اداری بر اساس قانون رسیدگی به تخلفات اداری و در هیات‌های خاص و با آیین رسیدگی خاص به آن‌ها رسیدگی می‌شود همچنین بر اساس استدلال‌های ذکر شده در مقاله سردفتران اسناد رسمی به دلیل وجود قوانین خاص مربوطه، از شمول ماده ۱۰۴ قانون ثبت اسناد و املاک خارج می‌باشند و در خصوص تخلفات انتظامی سران دفاتر اسناد رسمی و دفتریاران بر اساس قانون دفاتر اسناد رسمی و آیین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۹۹ اصلاحی ۱۴۰۲ رسیدگی می‌گردد.

## منابع

- ۱- آدابی، حمید رضا، مسولیت کیفری سر دفتران اسناد رسمی، نشر جنگل ۱۳۸۹.
  - ۲- امامی واستوار سنگری، محمد و کوروش، حقوق اداری، ج اول، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۶.
  - ۳- توسلی، علی، کیفرهای حمایتی از حقوق ثبت، انتشارات دادگستر چاپ اول، ۱۳۸۹.
  - ۴- حاجیانی، علی، جرایم ثبتی در حقوق ایران، انتشارات شروع، چاپ اول ۱۳۸۴.
- \* قوانین ومقررات (تاریخ هجری شمسی)
- ۱- قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵
  - ۲- قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰
  - ۳- قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴
  - ۴- آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۹۹
  - ۵- قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵
  - ۶- قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶



- ۷- قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ اصلاحی سال ۱۳۹۷ و آیین نامه‌ی مربوطه
- ۸- قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲ و آیین نامه‌ی مربوطه مصوب ۱۳۷۳
- ۹- قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس، ارتشاء و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷،  
مجمع تشخیص مصلحت نظام
- ۱۰- قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰





# جایگاه حقوق بشر اسلامی در ارتقای حقوق شهروندی و اصل دفاع در نظام بین الملل

علی‌رضا افشاری‌وقار  
وکیل پایه یک دادگستری



دکتر مرتضی اشرفی  
مدرس دانشگاه



## چکیده

حقوق بشر اسلامی نقشی کلیدی در ارتقای حقوق شهروندی در جوامع اسلامی ایفا می‌کند. این حقوق بر اساس اصول و آموزه‌های اسلامی تنظیم شده‌اند و تأکید ویژه‌ای بر عدالت، کرامت انسانی و مساوات دارند. در چارچوب حقوق بشر اسلامی، حقوق و مسئولیت‌های افراد به صورت جامع‌تر و همراه با ارزش‌های دینی و اخلاقی تعریف می‌شود. در مقاله حاضر بررسی و تبیین جایگاه حقوق بشر اسلامی در ارتقای حقوق شهروندی و اصل دفاع در نظام بین‌الملل می‌پردازیم؛ هدف از این پژوهش، گسترش ادبیات حقوق بشر اسلامی در حوزه حقوق بین‌الملل بشر و توجه به آسیب‌ها و چالش‌های پیش روی اجرای آن در راستای ارتقای حقوق شهروندی است.

مقاله حاضر به دنبال بررسی ابعاد حقوق بشر اسلامی و محدودیت‌های ناظر بر آن در پرتو آموزه‌های حقوق شهروندی است، این که منزلت حقوق بشر اسلامی در نظام بین‌المللی حقوق بشر کجاست؟ و چگونه می‌تواند در ارتقای حقوق شهروندی تأثیر گذار باشد؟ پرسش کلیدی پژوهش‌گران این نوشتار است که بدان پاسخ داده شده است. در این نوشتار با تمرکز بر مباحث و مبانی حقوق بشر اسلامی از یک سو و اعلامیه جهانی



حقوق بشر از سوی دیگر به عنوان مهم‌ترین سند مدون نظام بین‌المللی بشر، به بررسی و تبیین جایگاه حقوق بشر اسلامی در ارتقای حقوق شهروندی و اصل دفاع در نظام بین‌الملل پرداخته شده است. حقوق بشر اسلامی با بهره‌گیری از اصول عدل، انصاف و احترام به کرامت انسانی، تلاش می‌کند تا حقوق شهروندی افراد را تضمین کند. این حقوق شامل آزادی‌های اساسی، امنیت، برخورداری از فرصت‌های برابر و حمایت از حقوق اجتماعی و اقتصادی است. همچنین، حقوق بشر اسلامی بر اهمیت احترام به حقوق دیگران و همکاری در جامعه تأکید دارد و این امر منجر به ایجاد تعادل و انسجام اجتماعی می‌شود. در نهایت، حقوق بشر اسلامی به عنوان یک چارچوب اخلاقی و دینی، می‌تواند به بهبود وضعیت حقوق شهروندی و ارتقای سطح زندگی افراد در جوامع اسلامی کمک کند. این چارچوب با تأکید بر ارزش‌های انسانی و اخلاقی، راهکاری مؤثر برای ایجاد جوامعی عادلانه و همبسته ارائه می‌دهد. شناخت دقیق چنین حقی، نیازمند توسعه دسترسی و استیفای افراد به اطلاعات و دفاع از آن‌ها است. روشی که در مقاله حاضر استفاده شده است، روش توصیفی و تحلیلی بر مبنای منابع اسنادی و کتابخانه‌ای است.

کلمات کلیدی: حقوق بشر اسلامی، حقوق شهروندی، اصل دفاع، روابط بین‌الملل، نظام بین‌المللی حقوق بشر.

## ۱- مقدمه

حقوق بشر اسلامی به عنوان یکی از اصول بنیادین نظام‌های حقوقی در جوامع اسلامی، نقش مهمی در تعیین و تضمین حقوق و وظایف شهروندان دارد. این حقوق بر پایه تعالیم و آموزه‌های اسلام استوار است و تأکید ویژه‌ای بر عدالت، کرامت انسانی و مساوات دارد. در دهه‌های اخیر، توجه به حقوق بشر اسلامی و تطبیق آن با مفاهیم مدرن حقوق بشر، به یکی از موضوعات مهم و مورد بحث در محافل علمی و اجتماعی تبدیل شده است. از سالیان دور موضوع حقوق بین‌الملل یکی از مسایل مهم و مبتلا به جوامع بشری بوده و فعالیت‌هایی در جهت تامین آن از سوی افراد و گروه‌ها و حکومت‌ها صورت گرفته



است. (ثریایی، ۱۳۸۲) تدوین اعلامیه‌ها و میثاق‌ها و معاهدات و تشکیل سازمان‌ها و کنفرانس‌های بین‌المللی بخشی از این اقدامات است. (صابری، ۱۳۷۸: ۳۳-۳۹)

هیچ مجموعه معتبری از حق‌ها وجود ندارد که به لحاظ سیاسی بی‌غرض باشند: در یک جهان لادری، حق‌ها نمی‌توانند چیزی جز سازه‌های قانونی باشند که دائما به مفاهیم جایگزینی از مصلحت سیاسی باز می‌گردند. در هر تضاد اجتماعی، ادعاهای طرف‌های مخالف را می‌توان مطالبات حق‌ها دانست: حق آزادی من در برابر حق امنیت شما. مرزهای آزادی و امنیت در راستای فرضیات فرهنگی و سیاسی در مورد ارزش‌هایی ترسیم می‌گردند که یک جامعه خوب ترجیح می‌دهد و فرایندی که از طریق آن جنبه‌ای از واقعیت در غالب حق‌ها مشخص می‌گردد، توسط هیچ یک از ماهیات ضروری آن موضوع نیز تعیین نمی‌گردد. این یک موضوع مربوط به رجحان سیاسی است: تنها تصورات خاصی از زندگی خوب، شایستگی برخورداری از حمایتی را دارد که حق مستلزم برخورداری از آن است. به علاوه زبان حقوق از جهاتی غیر دقیق و نامشخص است، که به دغدغه‌های سیاسی باز می‌گردد. حتی حق اساسی مانند حق حیات مستقل از شیوه تفسیر آن توسط مراجع ذیربط، بی‌معناست و مانند تمام قواعد حقوقی، حقوق بشر [نیز] مواردی را در بر می‌گیرد که ما نمی‌خواهیم و مواردی را نیز که ما فکر می‌کنیم باید در بر می‌گرفت، شامل نمی‌شود. بر همین اساس، حقوق همواره باید با استثنائاتی همراه باشد. اما دامنه و معیار کاربرد این استثنائات هرگز به روشنی تعریف نگردیده‌اند. در معاهده اروپایی حقوق بشر، رابطه بین حقوق و قدرت کاهش آن‌ها منوط به چیزی است که در یک جامعه دموکراسی ضروری خوانده می‌شود قطعا یک معیار که دارای بار موقعیتی و سیاسی است. پس حقوق محصول یک جامعه سیاسی است. (پتمن، ۱۳۹۸: ۱۲۳-۱۵۰)

به دلیل آنکه حقوق بشر از دو واژه «حق» و «بشر» ترکیب شده، تبیین معنای آن وابسته به تبیین مفاهیم حق و بشر است. اختلاف نظر درباره ماهیت حق و حقیقت بشر، دستیابی به تعریف و تفسیر جامع از حقوق بشر را نیز دشوار ساخته است. هویت مشترک همه تعریف‌های مربوط به حقوق بشر را می‌توان این گونه بیان داشت که



حقوق بشر مربوط به انسان بما هو انسان است و در برخورداری از آن جز انسان بودن، هیچ‌گونه قیدی لحاظ نمی‌گردد، لکن به دلیل اختلاف نظر در چیستی «حق» و «حقیقت انسان»، این حقوق به صورت‌های گوناگون تفسیر شده است. چنان که وجود تفسیرهای مختلف از آن، سبب شده تا مفهوم این حقوق در یک اصطلاح خاص، تنها بر حقوق بشر مدرن اطلاق گردد. (محسنی و طالبی، ۱۳۹۷: ۵-۲۷)

در نظام بین‌الملل حقوق بشر اشخاص، صاحب حق به شمار می‌روند. (سید آقایی، ۱۳۸۱) این ایده که نظام حقوق بشر بیانگر و گاه اعطا کننده حق به انسان‌هاست. این تفسیر مضیق از متون حقوق بشری را مردود می‌سازد که هر دولتی موظف است منحصرًا حقوق بشر را نسبت به اتباع خود رعایت کند. اما آیا به موجب حقوق بشر دوستانه انسان‌ها صاحب حق محسوب می‌شوند؟ (ممتاز و قربان نیا، ۱۳۸۵: ۳) اما آنچه امروزه در جهان ما شاهد آنیم نشان از بی‌توجهی سیاست‌مداران عالم به آموزه‌های انبیا و اولیا الهی می‌باشد و همین است که روز بروز شاهد جنایات و کشتار عظیم مردم بی‌دفاع و ضعیف در سرتاسر گیتی می‌باشیم اما آنچه در حال حاضر بیشتر نمود دارد و بخصوص بعد از حادثه ۱۱ سپتامبر، هجوم گسترده و بی‌رحمانه غرب و در رأس آن‌ها آمریکا به کشورهای اسلامی و نشانه رفتن تیغ دشمنی خود با این کشورهاست و این در حالی است که کشورهای غربی دم از آزادی و دموکراسی و حقوق بشر می‌زنند و ما هر روز شاهد قتل و جنایت و غارت در عراق و افغانستان و فلسطین و جاهای دیگر که این زور مداران عالم به آن دست گذاشته‌اند هستیم. با این وجود دین اسلام بعنوان یکی از ادیان الهی در هیچ دوره‌ای از تاریخ نسبت به وظایف انسانی غافل نبوده و در هر زمان به ظلم ستیزی و دفاع از حقوق مظلومان جهان پرداخته شده است.

این مقاله به بررسی جایگاه حقوق بشر اسلامی در ارتقای حقوق شهروندی می‌پردازد و تلاش می‌کند تا تأثیرات مثبت این حقوق بر بهبود وضعیت حقوق شهروندی در جوامع اسلامی را نشان دهد. با تحلیل اصول و مبانی حقوق بشر اسلامی، می‌توان به درک بهتری از این مفاهیم و نقش آن‌ها در توسعه عدالت اجتماعی و ایجاد جوامعی همبسته و پایدار رسید.



## ۲- جهان شمولی حقوق بین الملل دینی و تعدد ادیان و تنوع جهان بینی‌ها

در مورد مبنای دینی نظریه حقوق بین الملل ایراداتی وجود دارد که برخی از آن‌ها عبارتند از: مردم جهان از لحاظ عقاید دینی یکپارچه نیستند و دین واحدی بر آنان حکومت نمی‌کند. علاوه بر این، همه مردم جهان در زمره معتقدان ادیان نیستند. بنابراین نظریه دینی حقوق بین الملل در بهترین حالت آنکه عصاره تمام ادیان روی زمین باشد نیز، از جهان شمولی کامل برخوردار نخواهد بود.

در پاسخ باید گفت: بحث حقوق بین الملل، بحثی است به دنبال شناسایی حقوق «انسان از آن جهت که انسان است.» انسان موصوف به: مسلمان، مسیحی، یهودی، ترک، فارس، عرب، ایرانی، آمریکایی، سفید، سیاه و سرخ و... هیچ کدام موضوع حقوق بین الملل نیست. موضوع حقوق بین الملل، انسان فارغ از همه این اوصاف و ویژگی‌هاست: انسان از آن جهت که انسان است. انسان فرامنطقه‌ای، فرافرهنگی و فرادینی و نسبت به دین ماهیت پیشینی دارد که می‌تواند متدین باشد یا نامتدین، مسلمان باشد یا نامسلمان. (اشرفی، ۱۳۹۵: ۳۷-۵۷)

ویژگی دیگر حقوق بین الملل این است که به دنبال جهان شمولی است تا بتواند در تمام دنیا مورد پذیرش باشد. (شریفیان، ۱۳۸۰) همه بتوانند به آن استناد کنند، همه دولت‌ها موظف به اجرای آن باشند و همه آن را طلب کنند. در یک کلام، حقوقی که بتواند مبنای یک گفتمان جهان گستره به حساب آید. سؤال اساسی این است که راهکارهای دستیابی به چنین حقوقی، که مقدمه تفاهم عام جهان شمول باشد، چیست؟ دیدگاه‌های مختلفی ممکن است در این رابطه مطرح باشد:

برخی بر این عقیده‌اند که «توافق جهانی بر حقوق بین الملل تنها یک راه دارد و آن راهی است که اعلامیه جهانی بر آن گام نهاده است- یعنی صرف نظر کردن از توافق بر سر مسایل فلسفی یا دینی مربوط به انسان و چنین توافقی هیچ‌گاه حاصل نخواهد شد.» اعلامیه حقوق بشر راه حل یک توافق عملی اجتناب ناپذیر برای به رسمیت شناختن حرمت و کرامت انسان در هر شرایط و بدون هیچ استثنا و تبعیض را نشان می‌دهد و کاری به اختلاف نظرهای موجود در انسان شناسی فلسفی و دینی قدیم و



جدید ندارد. از همه مهم تر اینکه چنان که رنه کاسن گفته: حقوق بشر در ارتباط انسان با انسان معنا و اعتبار دارد و نه در ارتباط انسان با خداوند (شبستری، ۱۳۷۹، ۲۲۷)

در بررسی این دیدگاه باید گفت: اولاً، در این دیدگاه نگرش انسان شناختی دین لغو محسوب می‌شود، به این معنا که دیدگاه دین در عرصه انسان شناختی حتی برای گروندگان به آن دین قابل استناد و پذیرش نخواهد بود. ثانیاً، با غیردینی کردن و فلسفه زدایی از عرصه تفسیر انسانیت، راه یک توافق عام و جهانی برای به رسمیت شناختن حرمت و کرامت انسان هموار نمی‌شود. چرا که این دیدگاه واقعیتی به نام دین و فلسفه را نادیده می‌انگارد. در واقع، اساساً تکریم انسان و باور به اصالت وی در ذهنیت آدمیان و دولت‌ها تنها در پرتو مبنای فلسفی میسر است. این حقیقتی است که اعلامیه نمی‌تواند و نتوانسته خود را از آن برهاند. ثالثاً، برتری انسان بر حیوان و تسلط بر او و بهره برداری انسان از طبیعت و محق دانستن خود در این بهره برداری خود مبنی بر مقدماتی فلسفی است. بنابراین، چگونه می‌توان بر ذی حق بودن انسان در صحنه اجتماع و محور قرار دادن وی بر تعاملات اجتماعی بدون اتکا بر پایه‌های فلسفی اصرار ورزید؟ رابعاً، علاوه بر اینکه این اعلامیه در خود از نوعی تناقض رنج می‌برد و آن برای رسیدن به جهان شمولی حقوق بین‌الملل، دین و دین مداران طرد می‌کنند! در واقع، می‌توان گفت: جهان شمولی بر اساس این نگرش در یک جهان کاملاً سکولار قابل اجرا و تحقق است و امکان بروز و ظهور یک جامعه غیر سکولار در عرصه بین‌الملل عملاً منتفی خواهد بود. راه جهان شمول سازی بر اساس این نگرش نفی کثرت‌ها است. در حالی که، معضل اصلی این بود که با تعدد ادیان و مذاهب و با وجود متدینان و غیرمتدینان چگونه می‌توان به حقوق بین‌الملل جهان شمول دست یافت؟

### ۳- دین و حقوق بشر

برخی از نظریه پردازان غیرمذهبی، آموزه‌های دینی را که به امور قطعی و مقدس می‌پردازد و مبتنی بر تعبد است، با امور عقلی که بنیاد حقوق بشر را تشکیل می‌دهد، معارض می‌دانند. همچنین عقیده دارند حقوقی که با فرمان الهی اعطا می‌شود، باید



بسیار عام و انتزاعی باشد (مانند حق حیات و آزادی) که بتوان آنها را در هزاران سال تاریخ بشر اعمال کرد، اما حقوق بشر معاصر پرشمار و جزئی‌اند؛ مانند حق آموزش، مسکن، اوقات فراغت و جز آن. انتساب حقوق بشر به فرمان‌های الهی، حقوق بشر را تضمین نمی‌کند، زیرا کافی است که بخشی از مردم به خدا یا به یک شریعت یا بخشی از آن اعتقاد نداشته باشند و مشکل روی گردانی از فرمان الهی یا اجبار به آن توسط معتقدان به یک شریعت پیش آید.

در اینجا تنها اشاره به یک ملاحظه ضروری است که الهیاتی بودن حقوق لزوماً با عقلانی بودن آن معارض نیست. چنان‌که در بحث مستقلات عقلیه در اصول فقه (مبانی و فلسفه فقه) در اسلام گفته می‌شود که هرچه حکم عقل باشد، حکم شرع نیز هست و سیره عقلا از ملاک‌های استنباط احکام الهی است و عدالت (به مفهومی که خرد جمعی درک می‌کند) مقیاس دین است، نه دین مقیاس عدالت. نظریه کانت نیز شباهت وافر به این دیدگاه دارد. در میان متفکران مسلمان نیز در برابر آن دسته از فلاسفه مذهبی و مسلمان که معتقد به فطری بودن حقوق بشرند، برخی اندیشمندان مسلمان دیگر معتقدند که منبع حقوق بشر نفسانی است و انسان به‌عنوان موجودی ناتمام و ناقص قادر به تشریح نیست و فقط از منبع وحی می‌توان برای انسان قانون‌گذاری کرد (جوادی آملی، جم). این مسئله یکی از کانون‌های نزاع اسلام و حقوق بشر است که توسط روشن‌فکران مذهبی مورد بحث قرار گرفته است و آنان به نفع طبیعی بودن یا اخلاقی و جهان‌شمول بودن حقوق بشر رأی می‌دهند.

#### ۴- دیدگاه اسلام در خصوص حقوق بشر

در مقابل، دیدگاهی وجود دارد که در قرآن کریم به عنوان دیدگاه مورد توافق میان پیروان ادیان پیشنهاد شده است:

«ای پیامبر به اهل کتاب بگو بیا بید بر محور کلمه‌ای که بین ما و شما مشترک است گردیم آیمیم که جز خدا را نپرستیم و با او کسی را شریک نسازیم و یکدیگر را به جای خدا ارباب خود نسازیم و اگر چنانچه این دعوت را اجابت نکردند با آنان بگو بید که شاهد



باشید که ما مسلمان هستیم.» (آل عمران: ۶۴)

در این آیه محور پیشنهادی برای توافق جهانی میان پیروان ادیان در موضوع حقوق بین‌الملل بر دو عنصر استوار است که مصداق «کلمه سواء» میان آنان به حساب می‌آید:

## ۱- نفی شرک

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، در این دیدگاه توافقی که در اعلامیه جهانی بر آن تأکید شده است، یعنی توافق بر نادیده گرفتن خدا اساساً توافقی نامشروع است. به یقین این امر با جوامع دینی و اسلامی غیرقابل پذیرش است. در اسلام همچون وفاق بر غصب، وفاق بر واگذاری جایگاهی که اختصاص به خداوند دارد به دیگری، یعنی «محوریت» برای تعاملات اجتماعی، از اساس فاقد مشروعیت است.

## ۲- نفی سلطه

از سوی دیگر، می‌توان از این آیه الهام گرفت که در رابطه میان جوامع، اعم از دینی و غیر دینی و در روابط میان همه اعضای جامعه بین‌المللی باید «کلمه سواء» را کشف کرده و به عنوان محور وفاق میان ملت‌ها به حساب آورده شود: یعنی «اصل نفی سلطه و احترام متقابل»- اصلی که می‌تواند سلامت روابط میان همه انسان‌ها را تضمین نماید. این اصل قرآنی در روابط ملت، جامعه ملل، سازمان ملل متحد و یا در منشور ملل متحد و دیگر اسناد مهم بین‌المللی، از نظر تئوریک به عنوان مبنای روابط میان ملت‌ها تأکید شده است.

در ذیل آیه‌ای که اشاره شد، آمده است: (فَإِنْ تَوَلَّوْا فَقُولُوا اشْهَدُوا بِأَنَّا مُسْلِمُونَ)- یعنی اگر از توحید اعراض کردند و روی برتافتند، آنان را بر اسلام خود گواه بگیرید و هرگز به استحاله خود در فرهنگ الحادی تن ندهید و بر محور بعدی برای ایجاد همزیستی مسالمت‌آمیز مراجعه و تأکید کنید که عبارت از اصل نفی سلطه و روابط میان ملت‌ها بر اصل احترام متقابل است.

بی تردید حق حیات شایسته، حق کرامت، حق تعلیم و تربیت، حق آزادی مسئولانه، حق مساوات در مقابل قوانین، مبانی حقوق بین‌الملل اسلامی را تشکیل می‌دهند که در این قسمت مختصراً به برخی از آنها پرداخته می‌شود:



#### ۴-۱- حق حیات شایسته

الف) حیات عطای خداوندی است و حق حیات برای همه انسان‌ها تضمین شده است و همه دولت‌ها و جمعیت‌ها و افراد مکلفند به حمایت و دفاع از حق حیات در مقابل هرگونه تعدی و وارد شدن هرگونه اخلال بر بقای طبیعی آن، مانند بیماری‌ها و بلاهای طبیعی و انسانی و جایز نیست جدا کردن هیچ روحی از بدن بدون مقتضی شرعی.

ب) استفاده از هر وسیله برای نابودی چشمه‌سار حیات بشری، اعم از کلی و جزئی، حرام است.

ج) حفظ حیات بشری تا هر زمان که خدا بخواهد واجب است، خواه محافظت از خود در مقابل دیگران باشد و یا تعدی بر خویشان.

د) قیام علیه کسی که دیگری را مورد استضعاف قرار داده، واجب است  
ه) و...

#### ۴-۲- منع قتل و شکنجه

در حالت جنگ و نزاع‌های مسلحانه جایز نیست کشتن کسانی که در جنگ و نزاع شرکت نکرده‌اند، مانند کهن سالان و زنان و کودکان، مجروحین و بیماران حق دارند که معالجه شوند و اسیر حق دارد که اطعام شود و مسکن و پوشاک داشته باشد و مثله کردن کشته شدگان حرام است و جایز است تبادل اسیران و اجتماع خانواده‌هایی که موقعیت‌های جنگی آنان را از همدیگر جدا کرده است به مقتضای احکام شرع. (لازم بذکر است این ماده در اعلامیه جهانی حقوق بشر از دیدگاه غرب وجود ندارد.) هیچ انسانی را نمی‌توان شکنجه بدنی یا روانی یا هر نوع آزارهای موجب ذلت و قساوت بار یا مخالف کرامت انسانی نمود و این جایز نیست. (اشرافی، ۱۳۹۵: ۳۷-۵۷)

#### ۴-۳- آزادی

جایز نیست گرفتن و بازداشت کردن انسان یا مقید ساختن آزادی، یا تبعید، یا کیفر دادن او بدون علت شرعی و نیز ممنوعیت قرار دادن یک انسان در معرض آزمایش‌های طبی و علمی نیز به "حق آزادی" مربوط می‌شود که البته در مواردی که انسان اجازه بدهد و این امر برای پزشکی مفید باشد مانعی ندارد. (جعفری، ۱۳۸۰، ۱۴۴-۱۵۴)



## ۵- عدالت اجتماعی

عدالت اجتماعی یکی از هنجارهای اجتماعی است که زندگی جمعی صلح آمیز، رضایت‌بخش و آرامی را ممکن می‌سازد. این نوع از عدالت در برگیرنده نهادهای حقوقی، حکومتی و قانون‌گذار است و در عدالت بین‌المللی «رابطه حکومت‌ها و ملت‌ها با یکدیگر» بازتاب می‌یابد که در کمک‌ها و یاری‌های اقتصادی و غیره خود را نشان داده و به تاسیس حکومت جمهوری فدرال جهانی می‌انجامد. عدالت اجتماعی با عدالت سیاسی هم‌سنگ است. عدالت میان نسل‌ها، عدالت در رابطه با همسایگان، عدالت نسبت به محیط زیست، بخش‌های دیگری از عدالت اجتماعی را تشکیل می‌دهند.

### ۵-۱- عدالت اجتماعی، هم علت حدوث و هم علت بقاء

از نظر استاد مطهری عدالت اجتماعی، هم علت حدوث و هم علت بقاء انقلاب اسلامی است. او می‌گفت: «تاکید می‌کنم اگر انقلاب ما در مسیر برقراری عدالت اجتماعی به پیش نرود، مطمئناً به نتیجه نخواهد رسید و این خطر هست که انقلاب دیگری با ماهیت دیگری جای آن را بگیرد.»

ایشان اصلی‌ترین انحراف حکومت در صدر اسلام را فاصله گرفتن از عنصر عدالت می‌دانست و برای مثال معتقد بود: «یکی از نقطه ضعف‌های اساسی قوم و خویش بازی بود؛ آنهم قوم و خویشی که در دوره جاهلیت با گونه‌ای از اشرافیت خو گرفته بودند. دیگر اینکه از بیت‌المال بخشش‌های فوق‌العاده بزرگی انجام می‌شد و به اصطلاح امروز پرداخت‌ها برحسب ارقام نجومی بود. به این ترتیب در عرض ده، دوازده سال ثروتمندانی در جهان اسلام پیدا شدند که تا آن زمان نظیرشان دیده نشده بود. از نظر سیاسی هم باز پست‌ها و مقامات در میان همان اقلیت تقسیم می‌شد و می‌چرخید.»

اما در نقطه مقابل علی علیه‌السلام بود: «او حکومت را برای اجرای عدالت می‌خواست و همین شدت عدالت خواهی بالاخره منجر به شهادتش شد. دوره خلافت برای علی علیه‌السلام از تلخ‌ترین ایام زندگی او به حساب می‌آید، اما از نظر مکتبش او موفق شد بذر عدالت را در جامعه اسلامی بکارد. اگر علی علیه‌السلام به جای آن دوره کوتاه، بیست سال خلافت می‌کرد در حالیکه نظام زمان عثمان همچنان باقی می‌ماند امروز نه اسلام



باقی مانده بود، نه علی علیه السلام، نه نهج البلاغه و نه اسمی از عدالت اسلامی. علی هم خلیفه‌ای می شد در ردیف معاویه!

آنچه استاد شهید از این تحلیل نتیجه می گیرد، این است که: ”روش علی علیه السلام به وضوح به ما می آموزد که تغییر رژیم سیاسی و تغییر و تعویض پست‌ها و برداشتن افراد ناصالح و گذاشتن افراد صالح به جای آنها بدون دست زدن به بنیادهای اجتماع از نظر نظامات اقتصادی و عدالت اجتماعی، فایده‌ای ندارد و اثربخش نخواهد بود.“ (مطهری، ۱۳۵۸: ۳)

## ۵-۲- یکی از شاخصه‌ها؛ تساوی افراد در برابر قانون و دادگاه

از دیدگاه وی یکی از شاخصه‌های تحقق عدالت اجتماعی، تساوی همه افراد در برابر قانون و دادگاه است و رانت خواری قضایی نشانه دور شدن انقلاب ما از اهداف و شعارهای اولیه است. آن روز که صاحبان قدرت و اطرافیان آنها در برابر احکام جزایی و حدود الهی حاشیه امن پیدا کنند و با تمسک به بهانه‌های دروغینی چون ”مصلحت“، قانون در پای ”منفعت“ افراد و جناح‌ها قربانی شود، زنگ خطری به صدا در آمده است که نشنیدن آن نابودی همه چیز را در پی خواهد داشت. آنچه موجب هلاکت ما است اجرای عدالت نیست، فدا کردن آن برای ”منفعت“ خویش، اما به نام ”مصلحت“ جامعه است.

شنیدن این داستان از زبان شهید مطهری عبرت آموز است که ”در سال فتح مکه، زنی مرتکب جرمی شده بود که باید مجازات می شد. اتفاقاً این زن که دزدی کرده بود، وابسته به یکی از خانواده‌های بزرگ و جزو اشراف طراز اول قریش بود. وقتی بنا شد حد درباره‌اش اجرا شود و دستش را قطع کنند، غریب از خاندان زن برخاست که: ای وای این ننگ را چگونه تحمل کنیم. دسته جمعی به سراغ پیامبر رفتند و از او درخواست کردند که از مجازت زن صرف نظر کند. فرمود: هرگز صرف نظر نمی کنم. هر چه که واسطه و شفیع تراشیدند پیامبر ترتیب اثر نداد. در عوض مردم را جمع کرد و به آنها گفت: می دانید چرا امت‌های گذشته هلاک شدند؟ دلیلش این بود که در این گونه مسائل تبعیض روا داشتند. اگر مجرمی که دستگیر شده بود وابسته به یک خانواده بزرگ نبود و شفیع و واسطه نداشت او را زود مجازات می کردند. ولی اگر مجرم شفیع و



واسطه داشت، در مورد او قانون کار نمی کرد. خدا به همین سبب چنین اقوامی را هلاک می کند. من هرگز حاضر نیستم در حق هیچ کس تبعیضی قائل شوم.“

مطهری داستان دیگری را هم نقل می کند تا معلوم شود برخی، تا چه اندازه از آموزه های اسلامی فاصله گرفته اند. ”مشهور است در وقتی که عمروعاص حاکم مصر بود، روزی پسرش با فرزند یکی از رعایا دعوایش می شود، در ضمن نزاع پسر عمروعاص سیلی محکمی به گوش بچه رعیت می زند. رعیت و پسرش برای شکایت پیش عمروعاص می روند، رعیت می گوید پسرت به پسر من سیلی زده و طبق قوانین اسلامی ما آمده ایم تا انتقام بگیریم. عمروعاص اعتنائی به حرف او نمی کند و هر دو را از کاخ بیرون می کند. رعیت غیرتمند و پسرش برای دادخواهی راهی مدینه می شوند و یکسر به نزد خلیفه دوم می روند. در حضور خلیفه رعیت شکایت می کند که این چه عدل اسلامی است که پسر حاکم، پسر مرا سیلی می زند و حق دادخواهی را هم از ما می گیرد.“

### ۵-۳- شاخصه دیگر؛ نفی ویژه خواری

نقض عدالت اجتماعی در بخش بهره مندی از منابع مالی کشور که امروز به رانت خواری اقتصادی نیز مشهور است، از دیگر مفاصد بنیادینی است که به نظر مطهری بدون تغییر آن تلاش های انقلاب بی نتیجه خواهد ماند. او باز هم از علی علیه السلام مثالی می آورد که در نامه ۴۵ نهج البلاغه می فرماید: ”آیا از خویشتن به این خرسند باشم که مرا امیر مومنان بنامند، اما در ناگواری های مردم هم نفس نباشم؟“. استاد با تحلیل این نامه استنباط می کند که: ”امام می گوید: القاب و عناوین چه ارزشی دارد؟ مرد انقلابی اساساً پای بند القاب و عناوینش نیست. چقدر باید کوچک بود که به این لقبها دلخوش کرد و در سختی های مردم شرکت نکرد.“ (اشرفی، ۱۳۹۵: ۳۷-۵۷)

البته زهد مالی مسئولان، به تنهایی کافی نیست. آنان یا نباید عهده دار حکومت علوی شوند یا اینکه علاوه بر خود مانع بهره مندی های نزدیکان و فرزندان خود نیز باشند؛ بهره مندی هایی که به ظاهر مشروع و قانونی است اما دست دیگران از آن کوتاه است و اینان تنها به دلیل نسبت و قرابت و رابطه خویش از آن برخوردارند.

”درباره علی (ع) نقل می کنند که روزی گردنبندی به گردن دخترش دید، فهمید که



گردنبند مال او نیست، پرسید این را از کجا آورده‌ای؟ جواب داد؛ آنرا از بیت‌المال "عاریه" مضمونه" گرفته‌ام یعنی عاریه کردم و ضمانت دادم که آن را پس بدهم. علی فوراً مسئول بیت‌المال را حاضر کرد و فرمود تو چه حقی داشتی این را به دختر من بدهی؟ عرض کرد یا امیرالمؤمنین این را به عنوان عاریه از من گرفته که برگرداند، فرمود به خدا قسم اگر غیر از این می‌بود دست دخترم را می‌بریدم."

استاد پس از ذکر این قضیه می‌گوید: "این حساسیت‌هایی است که ائمه و پیشوایان ما - که اسلام مجسم و معلم راستین اسلام اصیل بوده‌اند - در زمینه عدالت اجتماعی از خود نشان دادند. انقلاب اسلامی ما نیز اگر می‌خواهد با موفقیت به راه خود ادامه دهد، راهی بجز اعمال چنین شیوه‌ها و بسط روش‌های عدالت‌جویانه و عدالت‌خواهانه در پیش ندارد."

#### ۴-۵- جنبش عدالت خواهی؛ رمز انتظار

عدالت بالاترین آرزوی بشریت است و رمز انتظار ظهور هم همین است. برای همین است که به تعبیر رهبر معظم انقلاب اسلامی «برجسته‌ترین شعار مهدویت عبارت است از عدالت. مثلاً در دعای ندبه وقتی شروع به بیان و شمارش صفات آن بزرگوار می‌کنیم، بعد از نسبت او به پدران بزرگوار و خاندان مطهرش، اولین جمله‌ای که ذکر می‌کنیم، این است: "این المعد لقطع دابر الظلمه، این المنتظر لاقامة الامت والعوج، این المرتجی لازالة الجور والعدوان" - یعنی دل بشریت می‌تپد تا آن نجات‌بخش بیاید و ستم را ریشه کن کند - بنای ظلم را - که در تاریخ بشر، از زمان‌های گذشته همواره وجود داشته و امروز هم با شدت وجود دارد - ویران کند و ستمگران را سر جای خود بنشانند.

این اولین درخواست منتظران مهدی موعود از ظهور آن بزرگوار است. یا در زیارت آل‌یاسین وقتی خصوصیات آن بزرگوار را ذکر می‌کنید، یکی از برجسته‌ترین آن خصوصیات این است که "الذی یملأ الارض عدلا و قسطا کما ملئت ظلما و جورا". انتظار، این است که او همه عالم - نه یک نقطه - را سرشار از عدالت کند و قسط را در همه جا مستقر کند. در روایاتی هم که درباره آن بزرگوار هست، همین معنا وجود دارد. بنابراین انتظار منتظران مهدی موعود، در درجه اول، انتظار استقرار عدالت است."



ایشان با تاکید بر اینکه "اولین درس عملی از این موضوع این است که نابود کردن بنای ظلم در سطح جهان، نه فقط ممکن است، بلکه حتمی است" از اینکه "مجموعه بزرگی از نخبگان که سر رشته کار هم در دنیا در دست آنهاست، اسیر یاس و ناامیدی‌اند و این یاس و ناامیدی را به ملت‌های خود سرریز می‌کنند" انتقاد کرده و انقلاب اسلامی مردم ایران را نمونه‌ای از خیزش‌های عدالت طلبانه معرفی می‌کنند؛ مطالبه‌ای که هیچ‌گاه کهنه و فراموش نخواهد شد. (اشرفی، ۱۳۹۵: ۳۷-۵۷)

## ۶- مفاهیم کلی قوانین انسان دوستانه بین‌المللی در اسلام

پس از ذکر مقدمات و کلیات به‌تراست از شیوه و روش حقوق‌دان سوئیسی، جین پیکت، پیروی کنیم. در آغاز کار، هماهنگ با قوانین انسان دوستانه بین‌المللی کنونی که متأثر از مکتب حقوق اثباتی است، به تبیین قواعد انسان دوستانه بین‌المللی در اسلام خواهیم پرداخت. تخصص مسلحانه، یا به عبارت دیگر جنگ، در جهان اسلام به دو مقوله کلی تقسیم شده است: جنگ‌های داخلی و به قول ماوردی «جنگ برای مصالح» و دیگر جنگ‌هایی که علیه مشرکین و کفار صورت می‌گیرد. بخش اول تحت عنوان «جنگ‌های غیر بین‌المللی» و بخش دوم تحت عنوان «جنگ‌های بین‌المللی» جای می‌گیرد. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۷۲)

### ۶-۱- تخصصات مسلحانه غیر بین‌المللی (جنگ داخلی یا جنگ مصالح)

برای روشن تر شدن موضوع لازم است قدری در خصوص انواع مختلف جنگ‌های مصالح عمومی سخن گفته شود:

۱) جنگ علیه سارقان مسلح و راهزنان: سارقان مسلح و راهزنان، افراد فاسدی هستند که سلاح به دست گرفته، با راهزنی، مردم را به قتل می‌رسانند، اموال آن‌ها را می‌برند و در جریان آمد و شد و سفر اخلاص می‌کنند. بدیهی است در این خصوص از جنگی سخن می‌گوییم که در محدوده «حقوق بین‌الملل» قرار می‌گیرد؛ یعنی قوانینی که ناظر بر حقوق انسانی در زمان صلح است، نه قوانین انسان دوستانه بین‌المللی که حقوق انسان را در زمان جنگ تعیین می‌کنند.



۲) جنگ علیه شورشیان (باغیان) و خوارج متمرّد: باغیان و خوارج، مسلمانانی هستند که علیه امام (حاکم) قیام کرده، با جامعه به مخالفت و تعارض برخاسته‌اند و از شیوه و مکتبی بدعت آمیز و نکوهیده پیروی می‌کنند.

اگر این شورشیان و باغیان، در حالی که با سایر مومنان وفادار مختلط هستند شورش خود را بروز دهند، بر حاکم اسلامی (امام) فرض است که موضع غیراصولی و فساد عقیده‌شان را به آنها متذکر گردد تا به راه راست بازگشته، با جامعه مسلمانان همراه گردند. موضعی که در قبال شورشیان اتخاذ می‌شود، در واقع همانند موضعی است که علیه احزاب و گروه‌های مخالف اتخاذ می‌شود؛ یعنی تا زمانی که مخالفت آنان با اعمال خشونت‌آمیز یا توسل به قوهی قهریه توأم نباشد، در اظهار عقاید خود کاملاً آزاد هستند؛ اما هرگاه به هر یک از دو عمل یاد شده، توسل جویند، امام حق دارد آن‌ها را مجازات کند و بدیهی است این امر، ارتباطی با قوانین انسان دوستانه بین‌المللی ندارد.

۳) جنگ علیه مرتدین: جنگ علیه مرتدین در واقع جنگ علیه آنانی است که قبلاً اسلام آورده‌اند، لکن بعد از اسلام روی بر تافته‌اند. درباره این افراد رسول الله (ص) فرمود: «هر که دین خود را تبدیل می‌کند، به قتل برسانید». ایشان همچنین فرمود: «خون هیچ مسلمانی را نمی‌توان ریخت، بجز در سه مورد: کفر بعد از ایمان، زناى محصنه، کشتن یک انسان نه از روی قصاص». رابطه بین این نوع جنگ و قوانین بین‌المللی را حقوق بشر تعیین می‌کند، یعنی آن دسته از موازینی که حقوق انسانی را به زمان درگیری مسلحانه بین یک دولت با دولت دیگر است. (اشرافی، ۱۳۹۵: ۳۷-۵۷)

اما هرگاه مرتدین به یک سرزمین غیراسلامی وارد شوند که دسترسی به آنان مقدور نباشد و در آنجا حکومتی تشکیل دهند و بخواهند بر خاک اسلامی حکم‌روایی کنند، به لحاظ ارتداد، باید با آنها جنگید. البته جنگ علیه آنان به دنبال اعلان و هشدار صورت می‌گیرد، درست همان‌طور که در مورد جنگ با دشمنان خارجی عمل می‌شود. با این همه، چهار تفاوت بین جنگ با این‌گونه مرتدین و جنگ با دشمنان خارجی وجود دارد: ۱. به هیچ وجه مذاکره صلح صورت نمی‌گیرد و با آنان در سرزمین خودشان منعقد نمی‌شود، در حالی که با دشمنان می‌توان قرارداد صلح منعقد کرد.



۲. با مرتدین بنا به لحاظ مالی به هیچ وجه مصالحه و سازش جایز نیست، در حالی که در این خصوص با دشمنان خارجی معنی وجود ندارد.
  ۳. مرتدین را نمی‌توان به بردگی گرفت و زنان آنان را اسیر کرد که البته در این مورد بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.
  ۴. اموال مرتدین جزء غنایم محسوب نیست، حال آنکه رزمندگان فاتح می‌توانند از دشمنان خارجی غنیمت بگیرند. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۷۳-۸۰)
- ۶-۲- تخاصمات مسلحانه بین‌المللی

در بررسی تخاصمات مسلحانه بین‌المللی، ابتدا به تبیین قواعد و قوانین انسان دوستانه بین‌المللی در رابطه با این نوع تخاصمات پرداخته، اصول مهم آن را تجزیه و تحلیل می‌کنیم. اگر چه ممکن است حمل بر کلی گویی شود، لیکن می‌توان اذعان کرد که تمام اصول اثباتی، برگرفته از مفهوم مهم و عام‌الشمولی است که در مقدمه اعلامیه سن پترزبورگ (۱۸۶۸) آمده است: «تنها هدف مشروع دولت‌ها از جنگ باید تضعیف قوه و اقتدار ارتش دشمن باشد». در نتیجه آنچه در محدوده این هدف قرار می‌گیرد، با قوانین انسان دوستانه بین‌المللی تعارضی ندارد؛ حال آن که آنچه ورای آن و مغایر با عرف بین‌المللی یا مفاد معاهدات باشد، در واقع تجاوز از آن چیزی است که به موجب پروتکل دوم «تخطی از اصول انسانیت و موازین وجدان عمومی» خوانده شده است. در این خصوص در قرآن کریم آمده «انان که با شما به ستیز برمی‌خیزند، با آنان جنگ کنید، اما از حدود و موازین معینه تجاوز نکنید، که خدا خطاکاران را دوست ندارد». به این ترتیب خداوند، تجاوز از اهداف مشروع را در جنگ منع فرموده و تخطی از آن را خطا محسوب کرده است. آیه شریفه یاد شده صراحتاً هدف از جنگ را دفع تجاوز دشمن اعلام کرده است.

از رسول الله (ص) منقول است: زمانی که دولت مقتدر با دولت ضعیفی به جنگ پرداخت و خداوند دولت ضعیف را نصرت فرمود تا بر دشمن پیروز شد، لیکن دولت غالب، دولت مغلوب را سرکوب و ذلیل کرد و از پیروزی خود سوءاستفاده کرد، از این رو خشم خداوند تا روز جزا بر آنان نازل خواهد شد. این امر بین اصل کلی و بنیانی برای



بسیاری از قوانین است که حسب آن، رفتار و آزادی دولت‌ها محدود می‌گردد. ما این قوانین را تحت این عناوین بررسی می‌کنیم: به کاربردن سلاح، رفتار با دشمن در جنگ و سلوک با اسرای جنگی.

(۱) به کاربردن سلاح: اندیشه انسان دوستانه همواره بر آن است تا از میزان سببیت و وحشیگری در جنگ‌ها بکاهد و با هدف کاستن از موارد بی‌رحمی در منازعات، حق انتخاب سلاح را محدود می‌سازد و به کاربردن سلاحی را که رنج و درد ناهنجار ایجاد می‌کند منع می‌کند. با این همه هنوز قانون جامعی در این باره وضع نشده و قواعد کلی که برای تحقق آن اهداف وضع شده‌اند نیز ناقص و نارسایند. (اشرفی، ۱۳۹۵: ۳۷-۵۷)

(۲) تمیز رزمنده از غیر رزمنده: در تعالیم اسلامی در رابطه با سلاح، هدف دیگری نیز مورد توجه است و آن اینکه "استفاده بدون هدف از سلاح که هم ممکن است به رزمنده متخاصم و هم به غیر رزمنده و احتمالا به اهداف نظامی بدون تشخیص و تمایز اصابت کند ممنوع است." بنابراین، هر رزمنده‌ای با دو تکلیف مواجه است: اول آنکه رزمنده را از غیر رزمنده تمیز دهد و فقط اولی را هدف قرار دهد و دوم اینکه مواضع نظامی را از غیر نظامی تمیز بدهد و در این مورد نیز هدف او حمله به موضع اول باشد. هر رزمنده مسلمان متعهد است که در هر حال فقط رزمنده متخاصم را هدف قرار دهد و این امر در حدیثی از رسول ا... (ص) به این شرح تأیید شده است: "پیامبر در پایان یکی از غزوات ملاحظه کردند که عده‌ای تجمع کرده‌اند. ایشان کسی را مأمور بررسی علت آن امر کردند. مأمور بازگشت و به رسول الله (ص) گفت: علت آن کشته شدن یک زن است. رسول ا... (ص) فرمودند: چرا او را کشته‌اند در حالی که قطعاً او (زن) نمی‌توانسته در حال جنگ باشد؟"

(۳) رفتار با دشمن در جنگ: در این قسمت هم به اعمالی می‌پردازیم که با دشمن در حین جنگ انجام می‌شود. اولین قانون انسان دوستانه بین‌المللی مقرر می‌دارد که هر رزمنده باید از کشتن مجروحان و بیماران و شکنجه کردن و دست زدن به رفتار موهن با دشمن خودداری کند و زمانی که دشمن یا بواسطه از کار افتادن سلاحش و یا تسلیم شدن قادر به ادامه جنگ نباشد، از کشتن او بپرهیزد. این اصل بنیانی قوانین انسان دوستانه بین‌المللی در تبصره «ج» ماده ۲۳ کنوانسیون لاهه در سال ۱۹۰۷ وضع و توسط



ماده ۳۸ از اولین پروتکل و ماده ۷ از دومین پروتکل کنوانسیون ژنو تأیید شده است. در قواعد انسان دوستانه بین‌المللی اسلامی به این اصل در قالب آیات و احادیث متعدد توجه خاصی مبذول گردیده است. ذات باری تعالی به مسلمانان حکم می‌فرماید که با دشمنان به عدالت رفتار کنند: تا زمانی که آنان با شما عادلانه رفتار می‌کنند، شما نیز با آنان عادلانه رفتار کنید. همانا به راستی خداوند تقوا پیشگان را دوست می‌دارد (Lundmark, L. (۲۰۰۵, p. ۲۴)

خداوند همچنین مسلمانان را به صلح ترغیب می‌فرماید: «چنانچه آنان (دشمنان) به صلح راغب باشند، شما نیز صلح کنید و به خداوند توکل کنید». ذات باری هم‌چنین کشتن دشمنی را که سلاح بر زمین نهاده و یا از ادامه جنگ دست شسته منع می‌فرماید: چنانچه آنان از شما اعراض کردند و دیگر با شما پیکار نکردند و پیشنهاد صلح کردند، در این صورت ذات باری به شما اجازه جنگیدن با آنها را نمی‌دهد.

## ۷- مفهوم اسلامی حقوق بشر دوستانه:

این مفهوم در مرتبه نخست مبتنی بر آن دسته از آیات قرآن به ویژه آیات ۱۹۰-۱۹۴ از سوره بقره و آیات ۱۰۲-۱۰۵ و ۱۱۰-۱۰۷ از سوره آل عمران است که به گفتار و کردار پیامبر در دوران عداوت‌ها و دشمنی‌های تحمیل شده بر ایشان مربوط می‌شود و در نهایت مبتنی بر قواعد استنباط شده از اصول اساسی پنج‌گانه نظام حقوقی اسلامی بوده است. حقوق بشر دوستانه اسلامی در زمان‌های جنگ و درگیری‌های مسلحانه، راهنمایی برای رفتار انسانی و اخلاقی با تمامی طرف‌های درگیر ارائه می‌دهد. این حقوق با تأکید بر ارزش‌های انسانی و اخلاقی، می‌تواند به کاهش خشونت و بهبود وضعیت انسان‌ها در شرایط بحرانی کمک کند. شاید بهترین راه روشن ساختن این مفهوم، به خصوص برای کسانی که با تعالیم اسلام آشنایی ندارند، توضیح آن با توجه به کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو و پروتکل‌های الحاقی باشد. برای این کار از ترتیبی که در پروتکل اول مراعات شده، یعنی بیان قواعد اساسی، شیوه‌ها و روش‌های جنگ، حفظ مردم غیر نظامی و حمایت از اهداف غیر نظامی پیروی خواهیم کرد.



۱. مفهوم حقوق بین الملل بشردوستانه در اسلام شامل برخی قواعد است که بنیادی محسوب می شوند و سراسر نظام حقوقی بشردوستانه اسلام متأثر از آنهاست. (اشرافی، ۱۳۹۵: ۳۷-۵۷)

قبل از همه چیز باید توجه داشت که مفهوم اسلامی مورد نظر بین اقسام جنگ یا مخاصمات مسلحانه فرق نمی گذارد. خواه جنگ برای تبلیغ اسلام یا مطلع کردن مردم از آن باشد و خواه جنبه تدافعی داشته، علیه کافران، دشمنان، منافقان، تفرقه افکنان، یاغیان و شورشیان باشد، قواعد حاکم بر آن یکسان است، زیرا این قواعد منشا الهی دارند و باید بوسیله همه بدون تبعیض و تمایز مراعات گردند. لذا این قواعد تمامی منازعات مسلحانه بین المللی یا غیر بین المللی وجود ندارد.

۲. قسمت سوم نخستین پروتکل الحاقی ۱۹۷۷ به کنوانسیون ۱۹۴۹ ژنو شامل قواعدی در مورد روش‌ها و وسایل جنگی و رزمندگان و اسرای جنگی است. این قواعد در کمیته سوم کنفرانس دیپلماتیک در مورد تأیید و انشای حقوق بین الملل بشردوستانه تلقی گردید. (Rushdie, S). (۱۹۹۹), p. ۱۶۸)

لازم به تذکر است که این مقررات در زمان صلح و هنگامی که جنگ فلسفه وجودی خود را از دست داده بود، مورد بحث قرار گرفته است، یعنی زمانی که جنگ دیگر وسیله‌ای ضروری یا صحیح برای حل اختلافات تلقی نمی شد و در افکار عمومی جهان نیز قابل قبول نبود. مع هذا تنظیم مقررات مذکور چهار سال طول کشید و تصویب نامه نهایی که به آنها قدرت قانونی می داد، در ۱۰ ژوئن ۱۹۷۷ یعنی سیزده قرن بعد از ظهور اسلام، بامضا رسید. (اشرافی، ۱۳۹۵: ۳۷-۵۷)

با بررسی دقیق معلوم می شود که اغلب مواد قسمت‌های سوم و چهارم پروتکل اول الحاقی بوضوح تحت مفهوم حقوق بین الملل (بشردوستانه) اسلامی جای می گیرد. دیگر مواد این قسمت‌ها بطور مستقیم در این نظام حقوقی اسلامی وجود ندارد. دلیل این امر واضح است، زیرا چنین جزئیاتی به زندگی در جوامع امروزی مربوط می شود. اما جوهر و ماهیت تمامی این مواد در اصول کلی مفهوم اسلامی حقوق بشردوستانه وجود دارد. قواعد مربوط به واقعیت زندگی در جوامع معاصر و آینده باید در چهارچوب



پنج اصل اساسی نظام حقوقی اسلامی مورد بررسی قرار بگیرند. این واقعیات جدید باید بر پایه استنباط (اجتهاد) مورد قبول قرار گیرند و یا رد شوند و این بستگی به تطابق یا تناقض آنها با پنج اصل بنیادین نظام حقوقی اسلامی دارد. به عبارت دیگر، هر مقرر قانونی مربوط به امروز یا فردا که موافق با اصول بنیادین اسلام باشد، خود به خود در نظام حقوقی اسلام وارد، و جزء لاینفک مفهوم حقوق بشر دوستانه اسلام می‌گردد. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۱۶۲-۱۶۶)

## ۸- اصول و منابع کلیدی حقوق بشر دوستانه اسلامی:

### ۸-۱- اصول حقوق بشر دوستانه اسلامی:

۱. کرامت انسانی: در اسلام، کرامت و ارزش انسان‌ها به عنوان مخلوقات خداوند تأکید می‌شود. حفظ و احترام به این کرامت حتی در شرایط دشوار و بحرانی ضروری است.
۲. عدالت و انصاف: اجرای عدالت و انصاف در برخورد با افراد، حتی در زمان جنگ، یکی از اصول اساسی حقوق بشر دوستانه اسلامی است.
۳. حمایت از افراد غیرنظامی: تأکید بر حفظ حیات و امنیت افراد غیرنظامی و جلوگیری از آسیب به آنان در جریان درگیری‌ها و جنگ‌ها. (رک: فتحی، ۱۳۹۷؛ نظری، ۱۳۹۹)
۴. رفتار انسانی با اسرا: برخورد انسانی و احترام‌آمیز با اسرا و زندانیان جنگی، و تأمین نیازهای اساسی آنان.
۵. کمک به مجروحان و نیازمندان: حمایت و کمک به مجروحان، بیماران و نیازمندان بدون توجه به وابستگی‌های دینی و ملی.

### ۸-۲- منابع حقوق بشر دوستانه اسلامی:

۱. قرآن کریم: قرآن به عنوان منبع اصلی آموزه‌های اسلامی، اصول و مقرراتی برای حفظ حقوق انسان‌ها در شرایط بحرانی ارائه می‌دهد.
۲. احادیث و سنت نبوی: روایات و سنت‌های پیامبر اسلام (ص)، که به عنوان راهنمایی برای رفتار انسان‌ها در شرایط مختلف محسوب می‌شوند.



۳. فقه اسلامی: قواعد و اصول فقهی که توسط علمای دینی برای تفسیر و تطبیق آموزه‌های اسلامی با شرایط جدید تدوین شده‌اند. (رک: فتوحی، ۱۳۹۷؛ نظری، ۱۳۹۹)

### ۹- جلوه‌های حقوق بشر دوستانه در مکتب اهل بیت(ع):

پیامبر اسلام (ص) پس از پایان جنگ احزاب و اسارت یهودیان به دست مسلمانان، فرمودند: به اسیران خود آب گوارا بنوشانید و از غذای نیکو و لذیذ به آنان بخورانید و اسارتشان را نیکو بدارید. (بحار الانوار، ج ۲۰، ۲۳۸) در جایی دیگر به نقل از امام صادق(ع) است که: رسول مکرم اسلام (ص)، از قتل زنان و کودکان در میدان جنگ، منع می‌فرمودند، مگر در صورتی که اقدام به مبارزه کنند که در این حالت هم می‌فرمودند تا جایی که امکان دارد از جنگیدن با آنان پرهیز نمائید. (بحار الانوار، ج ۱۹، ۳۳۵)

#### ۹-۱ حمایت از قربانیان جنگ و رفتارهای ممنوع

رزمنده اسلام، از انهدام جمعی یا تهدید به انهدام جمعی دشمن و نیز سلب حق تسلیم برای دشمن منع شده است. این قاعده عینا در ماده ۴۰ از پروتکل اول و بند یک از ماده چهارم پروتکل دوم در تایید مفاد بند "د" از ماده بیست و سوم کنوانسیون سال ۱۹۰۷ آمده است. بنابراین، حکم اسلامی در این خصوص بر تمامی قوانین یاد شده در بالا تقدم زمانی دارد. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۹۸)

#### ۹-۲- محروم نساختن از آب و غذا:

سنت و سیره ائمه چنان کامل است که می‌فرمایند به اسرای خود آب گوارا بنوشانید. اسلامی که کشتن حیوانات را مگر بضرورت آن منع نموده است چطور می‌تواند انسانی را با بستن آب و غذا برویش مواخذه کند. (خبرنامه ۱، ۱۳۸۴، ۱۰)

#### ۹-۳- برخورد با اسیران جنگی:

هر کس اسلحه بر زمین بگذارد در امان است. (بحار، ج ۴۱، ۱۴۵) هر کس به لشکر امام پناه بیاورد نیز در امان است. (بحار، ج ۵۲، ۳۶۷)

حضرت امیر(ع) وقتی ضربت خوردند به امام حسن(ع) فرمودند: پسر من با اسیر در دستت مدارا بنما و به او رحم کن و او را نیکو بدار و با شفقت و مهربانی با او رفتار



کن. سپس غش کردند. وقتی به هوش آمدند از شیرینی که خودش می‌نوشتید، فرمود به قاتل من که در دست شما اسیر است نیز از این شیر بدهید. همان‌طور که در بحث حقوق بشر از دید اسلام نیز آمد نباید با اسیر خلاف کرامت انسانی برخورد کرد و اسیر حق دارد در صورت زخمی بودن معالجه شود و نیز مورد اطعام و مسکن قرار گیرد. (جعفری، ۱۳۸۰، ۱۵۱)

## ۱۰- نتیجه‌گیری:

حقوق شهروندی و حقوق بشر از طبیعی‌ترین حقوق انسان می‌باشد که خداوند همزاد با او آفریده است. امام خمینی (ره) حقوق شهروندی را هدیه‌های از جانب پروردگار یکتا به افرادی می‌داند که در دل اجتماع و تحت لوای حکومت واحدی زندگی می‌کنند و هیچ مقام بشری از جمله حکومت یا مقامات رسمی و... نمی‌توانند افراد را از این حق طبیعی خود محروم سازند و تفاوت در نوع نژاد، جنس، زبان و... تاثیری در کیفیت و کمیت این حقوق ندارد و همه افراد علی‌رغم تفاوت‌های ذاتی و اکتسابی آن‌ها از این حقوق برخوردارند.

حقوق شهروندی، حقوق سیاسی و اجتماعی، از قبیل حق آزادی، حق حیات، حق آزادی بیان، آزادی عقیده و منع تفتیش عقاید و... می‌باشد. در دکتترین حقوق بشری امام خمینی (ره) که برگرفته از مبانی دینی و اسلامی است، جایگاه بسیار والایی برای نوع بشر در نظر گرفته شده است و هر عاملی که به این جایگاه خدشه وارد سازد را مورد نکوهش قرار می‌دهند و در بیانات خود حقوق بشر غرب و مدعیان آن را با عباراتی مانند: پایمال‌کنندگان واقعی حقوق بشر، تعدی به بشریت توسط مدعیان حقوق بشر، حقوق بشر در غرب در خدمت ابرقدرت‌ها و... مورد هجمه و انتقاد قرار داده‌اند. به عقیده امام خمینی (ره) آزادی حق اولیه بشر است که در همان آغاز خلقت به او اعطا شده است. آزادی که همواره امام از آن به نعمت بزرگ الهی، هدیه آسمانی و امانت الهی یاد می‌کند امتیاز به حساب نمی‌آید تا دولتی آن را اعطا و یا احیاناً پس بگیرد. مهم‌ترین مصادیق مشترک میان حقوق شهروندی و حقوق بشر از دیدگاه امام (ره) عبارت است از: حق آزادی، حق عدالت، حق امنیت و... شرط ورود به حقوق شهروندی، مفروض



دانستن بناهای حقوق بشری پیش ساخته است؛ یعنی حقوق شهروندی، عصاره حقوق بشر مورد نظر است و در دل کلیات حقوق بشر جا گرفته است. (چوگانی، وثوق و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۵-۳۲)

حقوق بشر اسلامی، با تأکید بر اصول بنیادین عدالت، کرامت انسانی و مساوات، نقش مهمی در ارتقای حقوق شهروندی در جوامع اسلامی دارد. با بهره‌گیری از آموزه‌های اسلامی و ارزش‌های اخلاقی، می‌توان به بهبود وضعیت حقوق شهروندی و افزایش کیفیت زندگی افراد در این جوامع کمک کرد.

نکات کلیدی نتیجه‌گیری:

۱. عدالت و انصاف: حقوق بشر اسلامی بر اجرای عدالت و انصاف تأکید دارد که می‌تواند به ایجاد تعادل و کاهش تبعیض در جامعه منجر شود.
  ۲. کرامت انسانی: احترام به کرامت انسانی یکی از اصول مهم حقوق بشر اسلامی است که زمینه‌ساز حفظ حقوق و آزادی‌های اساسی افراد است.
  ۳. مساوات: تأکید بر مساوات و برابر بودن همه افراد در برابر قانون می‌تواند به تقویت حقوق شهروندی و انسجام اجتماعی کمک کند.
  ۴. تعاملات اجتماعی و همکاری: حقوق بشر اسلامی با ترویج فرهنگ مشارکت و همکاری بین افراد جامعه، می‌تواند به ارتقای سطح همکاری‌ها و همبستگی اجتماعی منجر شود.
  ۵. پاسخ‌گویی و شفافیت: تأکید بر پاسخ‌گویی و شفافیت در امور حکومتی و اداری می‌تواند اعتماد عمومی را افزایش داده و ارتباطات بین دولت و شهروندان را تقویت کند.
- در نهایت، حقوق بشر اسلامی به عنوان یک چارچوب جامع و اخلاقی، می‌تواند به ایجاد جوامعی پایدار، عادلانه و همبسته کمک کند که در آن حقوق شهروندی به طور کامل رعایت و محترم شمرده می‌شود. بر همین اساس، بحث علمی و منطقی گسترده و عمیقی در مورد مفهوم حقوق بشر دواستانه و نگرش اسلام در این خصوص، و نقد و بررسی اصول و موازین اعلام شده به عنوان اصول مسلم و جهان‌شمولی حقوق بشر باید صورت گیرد. در این زمینه باید کسانی که عمیقاً از مبانی اسلامی مطلع‌اند و از قدرت اجتهاد به معنی وسیع و کامل آن برخوردارند و دارای سعه صدر و فارغ از پیش‌داوری‌های غیرعلمی و غیرمنطقی هستند و با مفاهیم و اصطلاحات روز و تجزیه و



تحلیل‌های مربوط به حقوق بشر آشنایی دارند، بحثی جدی بنمایند و نکات مشترک و موارد افتراق را بخوبی روشن نمایند.

اگر اسلام دیدگاه متفاوتی دارد، باید به گونه‌ای که دنیای امروز بتواند درک کند، آن دیدگاه تشریح شود و مزایای آن برای تامین بهتر حقوق ذاتی انسان تبیین گردد. از اصول اعلام شده حقوق بشر در اعلامیه‌ها و میثاق‌های بین‌المللی نقد علمی به علمی به عمل آید و بر عدم قابلیت جهان‌شمول بودن تمام آن اصول، استدلال منطقی، ارائه گردد.

مسئولیت حمایت به عنوان آموزه نسل جدید حاکمیت، حمایت از حقوق داخلی شهروندان در جامعه اسلامی، توجه به حق حیات و مولفه‌های آن و مسوولیت برای حمایت از افراد جامعه در برابر تجاوز و تهدیدات خارجی را به عنوان مولفه‌های حقوق بشر در نظام اسلامی مورد توجه قرار می‌دهد. الگوسازی حقوق بشر اسلامی از طریق آموزش شهروندان، تاسیس و راه‌اندازی نهاد ملی حقوق بشر، تعامل و هم‌افزایی درونی و بیرونی دستگاه‌های متولی حقوق بشر اسلامی و تخصیص هزینه‌های لازم برای آموزش و تشریح حقوق نسل جدید از جمله حق بر محیط زیست، حق بر آموزش کودکان و زنان، حق بر سلامتی، حق بر امنیت انسانی و حق بر بهره‌مندی از اطلاعات و آگاهی از جمله راهکارهایی است که حاکمیت در نظام اسلامی می‌تواند در ارتباط با گسترش حقوق بشر به کار گیرد. (پویامنش و گودرزی، ۱۴۰۰: ۳۱۱-۳۳۰)

اما در حال حاضر حقوق بین‌الملل و به معنی اخص حقوق بشر دوستانه ابزاری شده در دست دولت‌های غربی و استعمارگر که علیه کشورهای مخالف آنها و یا آن کشورهای که از زیر یوغ آنها خارج شده‌اند.

”برخورد دوگانه غرب و سازمان ملل با مساله حقوق بین‌الملل و گزینشی عمل کردن آنها، این شبیهه را قویا در ذهن ایجاد می‌کند که اگر دولتی معیارهای غرب را قبول و سیاست خود را با آن هماهنگ نمود همانند آنها می‌تواند ناقض حقوق بین‌الملل باشد و با کمک آن‌ها توجیه سازمان ملل پسندی نیز برای این عمل خود بیابد.

ولی اگر حمایت آن‌ها را عملاً نپذیرد و سیاست خود را با آن‌ها هماهنگ نکند، هر تلاش هم که در زمینه حقوق بشر نماید بحساب نخواهد آمد و این او را از اتهام ناقض حقوق بشری مبری نمی‌کند.



## ۱۱- منابع:

- قرآن کریم.
- آنتونی پ. و. راجرز، پل مالرب، (۱۳۸۲)، قواعد کاربردی حقوق مخاصمات مسلحانه، ترجمه کمیته ملی حقوق بشر دوستانه، انتشارات امیرکبیر، تهران
- اشرافی مرتضی و مجتبی اشرافی، (۱۳۹۵)، بررسی الزامات نگرش نظام مند به کلیت حقوق بشر از دیدگاه اسلام، دوفصلنامه مطالعات تطبیقی حقوق بشر.
- پتمن یارنا، (۱۳۹۸)، حقوق بشر و دموکراسی: تعیین مرزهای جامعه، نشریه حقوق بشر، شماره پیاپی ۲۷.
- پویامنش سیامند و مهناز گودرزی، (۱۴۰۰)، حقوق بشر و رابطه آن با حاکمیت در نظام اسلامی، فصلنامه رهیافت انقلاب اسلامی، شماره پیاپی ۵۵.
- جعفری، محمد تقی، (۱۳۸۰)، رسائل فقهی، انتشارات تهذیب، قم
- جوادی آملی، عبد...، (۱۳۸۳)، فلسفه حقوق بشر، چاپ چهارم، انتشارات اسراء، قم
- چوگانی هادی، مهدی وثوق، زهرا قاسمی و فاطمه بیرجندی، بررسی تطبیقی حقوق شهروندی و حقوق بشر با تاکید بر اندیشه امام خمینی (ره)، نشریه آفاق علوم انسانی، سال دوم شماره ۱۲.
- حسینی، علی. (۱۳۹۸)، حقوق بشر اسلامی و عدالت اجتماعی، انتشارات مرکز تحقیقات حقوق بشر
- رحمانی، حسین. (۱۳۹۵)، مبانی حقوق بشر اسلامی، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- فتحی، محمد. (۱۳۹۷). حقوق بشر اسلامی در بحران‌های اجتماعی. انتشارات دانشگاه تهران.
- علوی، مهدی. (۱۳۹۶)، اصول حقوق بشر در اسلام، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی
- صابری، هنگامه، (۱۳۷۸)، ضمانت اجراء در حقوق بشر دوستانه، انتشارات وزارت امور خارجه
- سید آقایی، داود، (۱۳۸۱)، ایران و سازمان‌های بین المللی، انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی، تهران
- شریفیان، جمشید، (۱۳۸۰)، راهبرد جمهوری اسلامی ایران در زمینه حقوق بشر



- در سازمان ملل متحد، انتشارات وزارت امور خارجه، تهران
- شبستری، محمد مجتهد، (۱۳۷۹)، نقدی بر قرائت رسمی از دین، برهان ها و چالش‌ها، راه حل‌ها، انتشارات طرح نو، تهران
  - ثریایی حسین، (۱۳۸۲)، حقوق بین‌الملل عمومی، جلد اول، نشر قومس، تهران
  - کنعانی، محمد طاهر و دیگران، (۱۳۸۵)، حقوق بین‌الملل بشردوستانه ناظر بر حمایت از افراد در درگیری‌های مسلحانه، کمیته ملی حقوق بشردوستانه ایران، چاپ دوم، نشر دالاهو، تهران
  - مجلسی علامه محمد باقر، (۱۴۰۳). بحار الانوار، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
  - محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۳)، حقوق بشردوستانه بین‌المللی "رهیافت اسلامی"، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران
  - محسنی محمد سالم و محمد حسین طالبی، (۱۳۹۷)، چیستی حقوق بشر، نشریه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، شماره پیاپی ۳۸.
  - ممتاز جمشید و دیگران، (۱۳۷۷)، حقوق بشر در تحولات بین‌المللی، نشر دادگستر، تهران
  - ممتاز جمشید و ناصر قربان نیا، (۱۳۸۵)، چارچوب هنجاری نظام بین‌الملل حقوق بشر و بشردوستانه، مجله‌نامه مفید، شماره پیاپی ۵۵.
  - مطهری، مرتضی، (۱۳۵۸)، بیست گفتار، قم، انتشارات صدرا.
  - نظری، احمد. (۱۳۹۹)، فقه اسلامی و حقوق بشر، انتشارات پژوهشگاه علوم انسانی.
  - Rushdie, S. (۱۹۹۹). *The Ground Beneath Her Feet*. Henry Holt.
  - Malmberg, A. (۲۰۰۳). "Beyond the Cluster: Local Milieus and Global Connections." In J. Peck & H. Wai-chung Yeung (eds.), *Remaking the Global Economy*. Sage Publications.
  - Lundmark, L. (۲۰۰۵). "Economic Restructuring into Tourism in the Swedish Mountain Range." *Scandinavian Journal of Hospitality and Tourism*, ۱(۵).





پیام تبریک ریاست کانون  
به مناسبت انتصاب حجت الاسلام والمسلمین  
جناب آقای دکتر مظفری  
به سمت معاونت قضائی قوه قضائیه



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۸ / زمستان ۱۴۰۳



کانون وکلای دادگستری استان قم

بنام خدا

شماره: ۸۱۱۳۳۰۲  
تاریخ: ۱۴۰۳/۰۸/۰۷  
پیوست:

حجت الاسلام و المسلمین جناب آقای دکتر مظفری

معاون محترم قضائی قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران

با سلام و تحیات؛

احتراماً، به نمایندگی از وکلای دادگستری استان قم، انتصاب شایسته حضرتعالی به عنوان معاون قضائی قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران که نشانه اعتماد ریاست محترم قوه قضائیه به جنابعالی می باشد را تبریک عرض می نمایم. نظر به اینکه جنابعالی علاوه بر داشتن دانش فقهی و حقوقی و دارا بودن تجربیات قضائی و مدیریتی در بیش از سه دهه و نیز عهده دار مسئولیتهای مختلف در بالاترین سطوح دستگاه قضائی بوده اید و از این منظر به تمام زوایا و نقاط ضعف و قوت این قوه اشراف وافی و کافی دارید. امیدوارم دوران مدیریت حضرتعالی در این سمت یکی از بهترین دوران برای عموم ملت شریف ایران در جهت رعایت هر چه بیشتر استقرار حاکمیت قانون، تضمین استقلال قاضی و وکیل مدافع، حمایت از حقوق شهروندی و مبارزه با فساد در صورت گوناگون و نیز حمایت از نهادهای مدنی مستقل به ویژه کانون وکلای دادگستری باشد. از آنجا که کانونهای وکلای دادگستری منبع عظیم ظرفیتهای علمی و عملی بوده و اعضا کانونها متشکل از نیروهای متخصص حقوقی در رشته های مختلف هستند. بنابراین توانایی لازم در راستای اعتلای قوه محترم قضائیه و مساعدت به دستگاه عدالت را دارا می باشند. در پایان موفقیت و سربلندی آن مقام محترم را در انجام این مسئولیت خطیر از خداوند منان مسئلت می نمایم.

ابراهیم جلالیان  
رئیس کانون وکلای دادگستری استان قم



بیت

شماره: ۶۲/۰۳/۸۱۴۵

تاریخ: ۱۴۰۲/۰۹/۱۹



جناب آقای ابراهیم جلالیان

رئیس محترم کانون وکلای دادگستری قم

سلام علیکم

با احترام، بیز و سید از درازبختی و درازبختی جناب محترم در سال پیام تبریک انتصاب  
ایجاب میباید تشکر و سپاسگزار می‌شود. لایحه است. بحال و قوه الو و مساعدت و دانش نظر شما سرور  
از جناب در این مطلب از منویات خیر و در راستای منویات ریاست منظم قوه قضائیه قدم هر مؤثر و  
منیجر بر رویم.

از نگاه خلاقیت و مثال مردم عزت، سلامت و توفیق روز افزون جناب محترم را در خدمت نظام مقدس  
جمهوری اسلامی ایران و در فکر تبهت حضرت علی (ع) سلامت و دراز

علی مظفری  
معاون قضایی قوه قضائیه



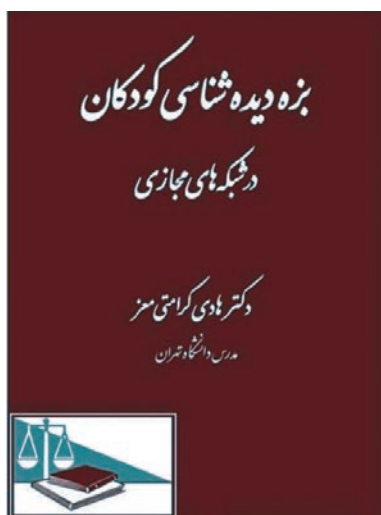


## معرفی کتاب

# نگاهی به کتاب «بزه دیده شناسی کودکان در شبکه های مجازی»

تالیف دکتر هادی کرامتی معز

مدرس دانشگاه تهران (دانشکده گان فارابی)



انتشارات دادگستر / چاپ اول ۱۳۹۹



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۸ / زمستان ۱۴۰۳

گستره توزیع و استفاده از شبکه های مجازی که در حال حاضر در گوشی های تلفن همراه بسیار سهل و آسان در دسترس عموم مردم قرار گرفته است، علاوه بر فرصت ها می تواند تهدیدها و آسیب هایی نیز به همراه داشته باشد. در این حوزه کودکان و نوجوانان بیش از پیش در معرض انواع آسیب های این نوع از شبکه های مجازی هستند و با توجه به فراگیری آن ها در ایران مانند سایر نقاط جهان به تنهایی این پدیده را به موضوعی مهم برای پژوهش تبدیل می کند و اهمیت مطالعه این پدیده زمانی بیشتر می شود که آن را در پیوند با بحث کودکان و نوجوانان به عنوان یکی از آسیب پذیرترین اقشار در شبکه های مجازی تطبیق داد.

با توجه به بررسی ها و مطالعات صورت گرفته در کتاب در ایران همواره رویکرد حاکم بر سیاست گذاری و برنامه ریزی اجتماعی و فرهنگی کشور در زمینه مواجهه با شبکه های مجازی به سوی فرستنده بوده است، فرستنده ای که هزاران کیلومتر دورتر و در خارج

از مرزهای این سرزمین اراده کرده است از امکانات فناورانه خود برای رساندن پیامش به مخاطبان ایرانی بهره بگیرد. در مقابل، کمتر به مخاطب کودک توجه شده است که جایی در همین حوالی است. به عبارت دیگر، می‌توان گفت برنامه ریزی‌های اجتماعی و فرهنگی مخاطب محور نبوده است. به نظر می‌رسد متولیان این شبکه‌های مجازی نیز از این نقطه ضعف و غفلت آگاه بوده‌اند و به رغم اتخاذ راهکارهای داخلی گوناگون هم چون ارسال پارازیت و جمع آوری گیرنده‌ها، هم چنان اقبالی گسترده نسبی به این شبکه‌ها در میان مخاطبان ایرانی وجود دارد.

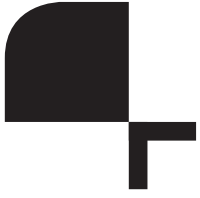
استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات در دنیای کنونی، گریز ناپذیر بوده و از لوازم اساسی زندگی بشر تلقی می‌گردد و حتی در برخی از کشورها به عنوان یکی از لوازم حقوق بشر شناخته شده است، با این وصف؛ سیاستگذاران کشورمان در حوزه فضای مجازی چند سالی است که برای کنترل و مهار آسیب‌های فضای مجازی از سیاست‌های سلبی استفاده نموده و به ویژه با فیلترینگ شبکه‌های اجتماعی نظیر فیس‌بوک، توئیتر، تلگرام و اینستاگرام منجر به نقض حقوق افراد گشته و اختلال جدی در زندگی آن‌ها ایجاد نموده‌اند و همچنین کودکان را بیشتر در معرض بزه‌دیدگی جنسی قرار داده است؛ زیرا سیاست‌های سلبی کامل در شبکه‌های مجازی به جهت ویژگی‌ها و ساختار این محیط، عملاً امکان پیاده سازی ندارد و با فیلترینگ آن‌ها در اغلب موارد، کاربران کودک و نوجوان به نصب فیلتر شکن و ورود به فضای مجازی با استفاده از این ابزار اقدام می‌کنند. نصب فیلتر شکن بر روی گوشی و رایانه‌های کاربران، آن‌ها را قادر می‌سازد که به فضاهای مجازی منحرفانه مانند چت روم‌های اختصاصی برای مسائل جنسی و... وارد شوند و خود را در معرض بزه‌دیدگی بیشتر قرار دهند. علاوه بر این، با فیلتر شدن شبکه‌های مجازی، والدینی که به هر جهت به نصب فیلتر شکن اقدام نمی‌نمایند، از این محیط اخراج شده‌اند و با اخراج این افراد، بستر رفتارهای پر خطر کاربران کودک و نوجوان و متعاقب آن بزه‌دیدگی ایشان بیش از پیش فراهم می‌شود.

اگر شبکه‌های مجازی را چه به منزله ابزاری برای آسیب‌ها، چه به منزله فراهم آورنده محتوای آسیب‌زا و یا به منزله عمل آسیب‌بدانیم؛ در هر حالت می‌توان گفت که راه جلوگیری و کاهش آسیب‌های آن و همچنین کاهش بزه‌دیدگان آن؛ نگاه به کودک



و استفاده از تکنیک‌های خاص برای واکیسنه کردن آن در برابر این آسیب هاست که می‌توان در قالب پیشگیری رشد مدار و نیز ارتقای سواد رسانه‌ای و هوشیاری مجازی اقدام نمود. بنابراین، لازم است که در برنامه آموزش رسمی مدارس، زمان خاصی به آموزش حفظ امنیت شخصی در فضای مجازی اختصاص داده شود. به علاوه، به دلیل آگاهی و تجربه اندک و تأثیرپذیری بالا در این دوره سنی، والدین باید نظارت فعالانه‌ای بر حضور این گروه‌های سنی در شبکه‌های مجازی داشته باشند. والدین می‌توانند با انجام فعالیت‌های مشترک در اینترنت نظیر جستجو و یادگیری مطالب جدید، فرصتی را برای حضور خود در کنار فرزندشان، در هنگام استفاده از اینترنت فراهم کنند. والدین و متولیان آموزش می‌توانند با ارائه اطلاعات صحیح و افزایش آگاهی کودکان مانع از تأثیرگذاری اطلاعات اشتباه و گمراه کننده و ترویج کننده سبک‌های غلط زندگی شوند. این کتاب علاوه بر این که برای جرم‌شناسان، حقوقدانان، پژوهش‌گران و دانشجویان، کاربرد دارد، برای مسئولین ذی‌ربط، کودکان، نوجوانان و خانواده‌ها نیز جهت آشنایی با علت‌شناسی و آسیب‌شناسی بزه دیدگی کودکان در شبکه‌های مجازی و همچنین شناخت راهبردهای پیش‌گیرانه در این زمینه مفید فایده خواهد بود.





# رکن انتظامی کانون وکلای دادگستری استان قم از منظر آمار

« رکن انتظامی کانون وکلای دادگستری استان قم از منظر آمار »  
از مورخ (۱۴۰۳/۰۹/۰۸) لغایت (۱۴۰۳/۱۱/۲۴)



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۸ / زمستان ۱۴۰۳

۲۷	تعداد پرونده‌های ثبت شده در دادسرا
۲۰	تعداد قرار منع تعقیب صادره
۳	پرونده‌های منجر به کیفرخواست
-	تعداد قرار موقوفی
-	تعداد قرار عدم صلاحیت
۲۱	پرونده‌های جاری
تعداد	آراء صادره
۶	تعداد پرونده‌های ارجاعی به شعبات دادگاه‌های انتظامی
۲۱	تعداد آراء صادره در شعبات دادگاه انتظامی

# اسامی وکلای محکوم به توبیخ با درج در مجله کانون و پایگاه اطلاع رسانی کانون

احکام محکومین انتظامی به توبیخ با درج در مجله کانون  
و پایگاه اطلاع رسانی کانون براساس آراء صادره از دادگاه انتظامی  
کانون وکلای دادگستری استان قم و دادگاه عالی انتظامی قضا  
از مورخ (۱۴۰۳/۰۹/۰۸) لغایت (۱۴۰۳/۱۱/۲۴)



ردیف	نام و نام خانوادگی	شماره پروانه	شعبه دادگاه	شماره و تاریخ حکم
۱	آقای حسن بابائیان	۱۶۲۶	شعبه هفتم دادگاه انتظامی کانون مرکز	۰۳۱۱۰۰۱۳۹۶ ۱۴۰۳/۰۷/۲۳
۲	آقای سیدعابدین میرحسینی	۱۹۱۳	شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون مرکز	۰۳۱۱۰۰۱۶۲۸ ۱۴۰۳/۰۸/۱۶



# عملکرد اداره معاضدت کانون وکلای دادگستری استان قم



فصل نامه علمی - تخصصی / سال سوم، شماره ۸ / زمستان ۱۴۰۳

## «عملکرد اداره معاضدت کانون وکلای دادگستری استان قم»

از تاریخ ۱۴۰۳/۰۹/۰۸ لغایت ۱۴۰۳/۱۱/۲۷

ریاست محترم کانون وکلای دادگستری استان قم

با اهداء سلام و تحیت

احتراماً به استحضار می‌رساند: عملکرد اداره معاضدت کانون وکلای دادگستری استان قم از تاریخ ۱۴۰۳/۰۹/۰۸ لغایت ۱۴۰۳/۱۱/۲۷ به شرح ذیل می‌باشد.

۱۲۵ مورد	۱- تعداد وکلای مشاور (رایگان) در محل کانون وکلای قم
۴۲۵ مورد	۲- تعداد دریافت کنندگان مشاوره (رایگان) در محل کانون وکلای قم
۱۶ مورد	۳- تعداد وکالت های معاضدتی (رایگان) ارجاعی به وکلای محترم از سوی اداره معاضدت کانون وکلای قم
۱۴۵ مورد	۴- تعداد وکلای تسخیری (رایگان) معرفی شده به مراجع قضایی استان قم
۱۲۵ مورد	۵- تعداد وکلای مشاوره (رایگان) معرفی شده به دادرای عمومی و انقلاب شهرستان قم

اداره معاضدت کانون وکلای دادگستری استان قم



## مرحوم دکتر محمد رضا جلالی نائینی

محمد رضا جلالی نائینی (متولد ۱۲۹۵  
نائین - وفات ۱۱ فروردین ۱۳۸۹،  
تهران) روزنامه نگار، وکیل، سیاستمدار،  
نماینده مجلس سنا، محقق، زبان شناس،  
هندشناس، حافظ پژوه و ایران پژوه بود.



تحصیلات دوره متوسطه را در اصفهان به پایان رسانید و وارد دانشکده  
حقوق و علوم سیاسی شد و در ۱۳۱۷ کارشناسی حقوق قضایی را دریافت  
کرد، اما از قضاوت چشم پوشید و به کار وکالت دادگستری پرداخت و پس  
از چندی عضویت در هیئت مدیره کانون وکلای دادگستری سرانجام به  
ریاست آن برگزیده شد و یک دوره بر کانون وکلا ریاست داشت.

گزیده تالیفات:

دیوان حافظ شیرازی بر اساس نسخه ۸۲۴، به اهتمام دکتر محمد رضا جلالی نائینی و دکتر

نذیر احمد، سازمان امور فرهنگی و کتابخانه ها

«پنچا کیانه یا پنج تنتره» (کلیله و دمنه) تصحیح و تحقیق دکتر تاراچند، دکتر عابدی و

دکتر جلالی نائینی

«گزیده سروده های ریگودا» ترجمه، تحقیق و نگارش جلالی نائینی

«مها بهارت» ترجمه فارسی نقیبخان در چهار جلد به اهتمام دکتر شوکلا و دکتر جلالی

نائینی

«پارسی پرکاش» (فرهنگ مختصر سانسکریت به فارسی) تألیف کریشنا داس، به تحقیق

و تصحیح و کوشش دکتر جلالی نائینی

«جوگ باسشت، در فلسفه و عرفان» ترجمه نظام پانیپتی، به کوشش دکتر جلالی نائینی

📍 قم خیابان شهید لواسانی نبش کوی ۲۱

☎ ۰۲۵-۳۷۷۵۷۷۸-۰۲۵

🌐 www.qombar.ir