



جمهوری اسلامی ایران
قوه قضائیه
سازمان بازرسی کل کشور

رویه قضایی و قوانین
موضوعه در مورد

جرایم کارکنان دولت

مؤلف: عباس فرزادنیا

مرکز مطالعات و پژوهش‌های
سلامت اداری و مبارزه با فساد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ
الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ

«سوره حديد آيه ٢٥»



**رویه قضایی و قوانین موضوعه
در مورد
جرایم کارکنان دولت**

مؤلف: عباس فرزادینیا

مرکز مطالعات و پژوهش‌های سلامت اداری و مبارزه با فساد

زمستان ۱۳۹۷



نشر علوم اجتماعی

فرزادنيا، عباس، -	□□□□□□
رويه قضايی و قوانين م□□□□□□ مورد جرایم کارکنان دولت/مؤلف عباس فرزادنيا؛ [برای] مرکز مطالعات و پژوهش‌های سلامت اداری و مبارزه با فساد.	□□□□□□ □□ □□□□□□
تهران: □□□ علوم اجتماعی، □□□□.	□□□ □□□□□□□□
□□□□ □□□□	مشخصات ظاهري
978-622-6381-00-0	شابک
فيما	وضعيت فهرست نویسی
کتابنامه	□□□□□□
تخلفات اداری -- قوانين و مقررات -- ايران	□□□□□□
Misconduct in office -- Law and legislation -- Iran	
کارکنان يقه سفيد -- ايران -- جرایم	□□□□□□
White collar crimes -- Iran	
رويه قضايی -- ايران	□□□□□□
Jurisprudence -- Iran	
حقوق اداری (□□□)	□□□□□□
Administrative law (Islamic law)	
سازمان بازرسی کل کشور، مرکز مطالعات و پژوهش‌های سلامت اداری و □□□□□□ □□□□□□	□□□□□□ □□□□□□
□□□□□□ □□□□□□ □□□□□□	رده بندی کن□□□□
KMH □□□□□□/□□□□□□ □□□□□□	رده بندی ديويي
□□□□□□□□□□□□□□□□	شماره کتابشناسی ملی

رويه قضايی و قوانين موضوعه در مورد جرایم کارکنان دولت

- ◆ مؤلف: عباس فرزادنيا
- ◆ ناشر: علوم اجتماعی
- ◆ صفحه آرا: سيد کمال برزنجه
- ◆ طراح جلد: مجيد مقصودی
- ◆ چاپ اول: زمستان ۱۳۹۷

مرکز مطالعات و پژوهش‌های سلامت اداری و مبارزه با فساد
تهران - خیابان طالقانی، تقاطع سپهبد قرنی، سازمان بازرسی کل کشور
کلیه حقوق مادی و معنوی اثر، متعلق به سازمان بازرسی کل کشور می‌باشد.

پیشگفتار

بررسی‌های به‌عمل آمده حکایت از آن دارد که از زمان شکل‌گیری و گسترش علم حقوق، جرایم مرتبط با کارکنان دولت نیز به موازات دیگر جرایم، مورد بحث و بررسی علمای حقوق بوده است. پرداختن به مباحث مربوط به ارتشاء، اختلاس، تصرف غیرقانونی یا پورسانت کاری مربوط به سال‌های اخیر نیست. با این همه سنگینی مباحث مربوط به این جرایم مانعی جهت فراگیری جامعه هدف یعنی کارکنان دستگاه‌ها بوده است. از طرف دیگر حتی اگر اقدامی در راستای گردآوری این دسته از جرایم صورت پذیرفته باشد، باز هم رویه قضایی و نحوه عمل محاکم مورد بحث و بررسی موشکافانه قرار نگرفته است.

در این کتاب به‌گونه‌ای موجز رویه قضایی و نحوه عملکرد محاکم در خصوص اغلب جرایم مرتبط با کارکنان دولت تشریح خواهد شد و الزاماتی را پیش‌رو خواهد آورد تا با توجه به آن‌ها مقنن نسبت به تصویب و تدوین قوانین کارآمد، محاکم و شعب رسیدگی‌کننده جهت برخورد قاطع با جرایم مزبور و قوه مجریه نسبت به اعمال نظارت‌های لازمه و اصلاح شیوه‌های اداری جهت پیشگیری از وقوع جرم، موفق‌تر عمل نمایند. حاصل آنکه در این اثر ضمن بررسی نمونه‌ای آراء محاکم، اصول علمی و رویه قضایی پیرامون جرایم مرتبط با کارکنان دولت و شدت عمل محاکم در منظر خوانندگان محترم ترسیم می‌گردد.

اجرای عدالت کیفری در مورد کارکنان دولت نسبت به سایر افراد به مراتب از صعوبت بیشتری برخوردار است. لذا هدف اصلی گردآوری مطالب این کتاب در چند موضوع خلاصه می‌شود؛ اولاً از خلال تحلیل پیرامون تطبیق یا عدم تطبیق آراء منتخب با قانون، رویه قضایی مورد بحث قرار می‌گیرد. ثانیاً متناسب با آراء صادره، به برخی پرسش‌ها پاسخ می‌دهد. از جمله اینکه آیا رویکرد مرجع صادرکننده رأی، سختگیرانه بوده است؟ دادرسی همراه با سرعت صورت گرفته است و نهایتاً آیا صدور رأی نقشی در پیشگیری از وقوع جرم توسط متهم داشته است؟ از همه مهم‌تر، تصویری شفاف از رویکرد مراجع قضایی اعم از محاکم عمومی و مراجع اختصاصی داخلی و رویه قضایی را در برخورد با جرایم کارکنان دولت ارائه خواهد نمود و از این طریق زمینه را برای برخورد مؤثر و متناسب با جرایم کارکنان دولت فراهم می‌نماید. لذا نویسنده به لحاظ وظیفه‌ای که در خود احساس می‌کند، تلاش نموده تا تجارب حاصل از دو دهه خدمت و فعالیت در دستگاه‌های نظارتی و شبه قضایی و قضایی را در اختیار بازرسان، مدیران و کارکنان محترم دستگاه‌های اجرایی قرار دهد.

از آنجا که به‌رغم تلاش وافر، نگارش حاضر مانند هر نوشته دیگری خالی از اشکال نبوده، امیدوارم از نظر تمامی آنانی که بیش از نگارنده در مباحث کیفری تتبع نموده و قلم فرسوده‌اند و همچنین نگاه نکته‌سنج اهل فضل و معرفت بهره وافر ببرم.

عباس فرزادنیا

قاضی دادسرای عمومی و انقلاب تهران

تهران - ۱۳۹۲

فهرست مطالب

پیشگفتار	۵
مقدمه	۱۱
فصل اول: بررسی فقهی و قانونی مفاهیم	۱۵
مقدمه	۱۶
مبحث اول: اختلاس	۱۶
مبحث دوم: رشوه	۱۸
مبحث سوم: پورسانت	۲۱
مبحث چهارم: رویه قضایی	۲۲
مبحث پنجم: تبانی	۲۲
مبحث ششم: قانون	۲۴
مبحث هفتم: تصرف غیر قانونی	۲۵
مبحث هشتم: تدلیس	۲۶
مبحث نهم: اقرار	۲۷
مبحث دهم: انکار	۲۹
فصل دوم: رشاء و ارتشاء	۳۱
مقدمه	۳۲
مبحث اول: بررسی جهات تخفیف مجازات ارتشاء در رویه قضایی (موضوع ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)	۳۳
مبحث دوم: تخفیف مجازات با وجود تعدد جرم در رویه قضایی پیرامون ارتشاء (موضوع تبصره ۳ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)	۳۶

- مبحث سوم: بررسی شمول یا عدم شمول ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری
- نسبت به کارکنان شرکت‌های غیردولتی در رویه قضایی ۴۴ _____
- مبحث چهارم: بررسی تأثیر یا عدم تأثیر اقرار رآشی نسبت به مرتشی و توافق بین آن‌ها در رویه قضایی (موضوع ماده ۱۶۴ به بعد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) ۴۶ _____
- مبحث پنجم: بررسی عناصر متشکله رشاء و ارتشاء در رویه قضایی ۵۰ _____
- مبحث ششم: تشریح رویکرد مراجع قضایی و رویه قضایی موجود پیرامون اثبات رشاء و ارتشاء ۵۴ _____
- مبحث هفتم: بررسی رویه قضایی در خصوص وصول وجه الرشاء از ناحیه مرتشی ۵۹ _____
- مبحث هشتم: بررسی عنصر مادی جرم ارتشاء در رویه قضایی (موضوع ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری) ۶۲ _____
- مبحث نهم: بررسی مرور زمان در رویه قضایی (موضوع ماده ۱۰۵ به بعد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) ۷۱ _____
- مبحث دهم: بررسی درجات تعزیر ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در رویه قضایی ۷۵ _____
- مبحث یازدهم: بررسی علت دریافت و پرداخت وجه جهت اثبات رشاء و ارتشاء در رویه قضایی ۷۹ _____

۸۳ فصل سوم: اختلاس

- مقدمه ۸۴ _____
- مبحث اول: بررسی رویه قضایی در خصوص تعلیق مجازات جرم اختلاس (موضوع ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) ۸۶ _____
- مبحث دوم: استثنائات قاعده عطف به ما سبق نشدن قوانین جزایی در رویه قضایی (موضوع ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) ۹۰ _____
- مبحث سوم: تخفیف مجازات با وجود تعدد جرم در رویه قضایی پیرامون اختلاس (موضوع تبصره ۳ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) ۹۳ _____
- مبحث چهارم: رویه قضایی پیرامون شمول یا عدم شمول تعدد جرم بر اختلاس و برداشتهای متعدد از یک صندوق ۹۷ _____
- مبحث پنجم: رویه قضایی پیرامون شمول یا عدم شمول اختلاس نیروهای نظامی بر تبصره ۳ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری ۱۰۰ _____
- مبحث ششم: رویه قضایی در خصوص اختلاس باندى (موضوع ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ... و

- ۱۰۴ _____ ضرورت حضور یا عدم حضور وکیل
- ۱۱۰ _____ مبحث هفتم: رویه قضایی در خصوص صلاحیت اضافی دادگاه‌ها به منظور رسیدگی به جرم اختلاس
- _____ مبحث هشتم: رویه قضایی در خصوص تأثیر استرداد تمام یا بخشی از وجوه اختلاس شده در تعلیق حبس
- ۱۲۰ _____ (موضوع تبصره ۲ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری)
- ۱۲۵ _____ مبحث نهم: بررسی رویه قضایی در خصوص مفهوم تصاحب و تصرف اموال در اختلاس
- ۱۳۱ _____ مبحث دهم: رویه قضایی در خصوص عنصر مادی جرم اختلاس
- ۱۳۵ _____ مبحث یازدهم: بررسی رویه قضایی در خصوص تأثیر استرداد وجوه مورد اختلاس در زمان رسیدگی وخواهی

فصل چهارم: مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی _____ ۱۳۹

- ۱۴۰ _____ مقدمه
- _____ مبحث اول: بررسی رویه قضایی در خصوص وابستگی مدیران (موضوع تبصره ۱ ماده ۱ قانون راجع به منع مداخله
- ۱۴۱ _____ وزرا، نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات کشوری و لشکری)
- _____ مبحث دوم: بررسی سوءنیت در جرایم مربوط به مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی
- ۱۴۶ _____ مبحث سوم: رویه قضایی در خصوص عنصر مادی جرم مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی
- ۱۵۱ _____ مبحث چهارم: بررسی رویه قضایی در خصوص مداخله بازنشستگان دستگاه‌های مشمول در معاملات دولتی
- _____ ۱۵۴ مبحث پنجم: رویه قضایی در خصوص تشخیص و تطبیق مصادیق با بندهای تبصره ۳ ماده ۱ لایحه قانونی راجع به
- _____ ۱۵۷ منع مداخله وزرا، نمایندگان و کارکنان دولت مصوب ۱۳۳۷
- _____ ۱۶۴ مبحث ششم: رویه قضایی محاکم در استفاده هم زمان از تخفیف و تعلیق اجرای مجازات

فصل پنجم: تصرف غیر قانونی و استفاده غیر مجاز (موضوع ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵) _____ ۱۶۹

- ۱۷۰ _____ مقدمه
- _____ مبحث اول: بررسی لزوم یا عدم لزوم سوءنیت پیرامون تضییع اموال عمومی در رویه قضایی (موضوع ماده ۵۹۸
- _____ ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵)
- _____ مبحث دوم: بررسی رویه قضایی در خصوص هزینه‌کرد غیر قانونی اعتبارات (پرداخت‌های نجومی) موضوع ماده
- _____ ۱۷۵ ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵
- _____ مبحث سوم: تناسب یا عدم تناسب مجازات تعیین شده با جرم تصرف غیر قانونی در رویه قضایی (موضوع ماده
- _____ ۱۸۰ ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵)

مبحث چهارم: بررسی امر آمر قانونی در رویه قضایی ۱۸۴

فصل ششم: اخذ پورسانت ۱۸۷

مقدمه ۱۸۸

اخذ پورسانت در رویه قضایی ۱۸۹

فصل هفتم: تحصیل منفعت در معاملات موضوع ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی ۱۹۹

مقدمه ۲۰۰

تحصیل منفعت در معاملات در رویه قضایی ۲۰۱

فصل هشتم: تبانی در معاملات دولتی ۲۰۷

مقدمه ۲۰۸

تبانی در معاملات دولتی در رویه قضایی ۲۰۹

فصل نهم: تحصیل منفعت به واسطه تدلیس در معاملات دولتی یا تقلب در ساختن ۲۱۹

مقدمه ۲۲۰

تحصیل منفعت به واسطه تدلیس در معاملات یا تقلب در ساختن در رویه قضایی ۲۲۱

فصل دهم: تصدی بیش از یک شغل کارکنان دولت ۲۲۹

مقدمه ۲۳۰

تصدی بیش از یک شغل کارکنان دولت در رویه قضایی ۲۳۱

نتیجه گیری ۲۳۵

فهرست منابع و مآخذ ۲۷۳

مقدمه

اهمیت و کارکردهای «رویه قضایی» به عنوان یکی از منابع حقوقی کشور ما پذیرفته شده است؛ اما بهره‌وری و مدرسانی این منبع زاینده حقوق کشور، تحت تأثیر عواملی به حداقل رسیده و یا ظرفیت‌های خالی برای افزایش بهره‌وری از این منبع همچنان وجود دارد.

مصادیق رویه قضایی کاملاً شناخته شده نیست، زیرا طیف وسیعی از آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، بخشنامه‌های قضایی، نظر گروه‌های مختلف قضات و ... با عنوان «رویه قضایی» گنجانده می‌شوند؛ بدین گونه حصر این مصادیق و روابط میان آن‌ها به صورتی شناخته شده و مسلم تاکنون پدیدار نشده است. در تعیین مصادیق رویه قضایی ابهام و اختلاف وجود دارد. برای حل این مشکل بنا را بر آن گذاشتیم تا این پدیده را اینگونه تعریف کنیم که «رویه قضایی عبارت است از روش و عادت دادگاه‌ها و مراجع قضایی برای حل یک مسئله خاص» براساس این تعریف مصادیق و مصادر رویه قضایی عبارت از آرای وحدت رویه و آرای تمیزی و اصراری؛ بخشنامه‌های قوه قضائیه؛ نظرهای اداره حقوقی؛ نشست‌های قضایی جلسات قضات سراسر کشور؛ و در مواردی استفتائات فقهی و نیز آرای دادگاه عالی انتظامی قضات می‌باشد.

رویه قضایی برخلاف قوانین و دکترین حقوقی از نظام ثبت و تدوین مشخصی برخوردار نبوده است. بسیاری از نظریه‌های اداره حقوقی یا آرای اصراری یا بخشنامه‌های قضایی از چرخه ثبت و تدوین به دور مانده است. رویه قضایی نیز به حکم موادی از قانون، جایگاه استنادی درخوری یافته است و شگفت اینکه با وصف جایگاه قانونی خود در کنار دکترین حقوقی که چنین بختی نداشته است همچنان کم‌فروغ باقی مانده است.

وضعیت و مشکلات ناشی از دسترسی به رویه قضایی و نیز فقدان نظام ثبت و تدوین رویه قضایی، موجب شده است که کاربرد آن در چرخه دادرسی همپای قانون و هماهنگ با آن نباشد و شاید در مواردی دکترین هم بر کاربرد رویه قضایی پیشی گرفته باشد.

مشکلات فوق موجب شده تا رویه قضایی باوجود اینکه منبع زاینده‌ای در تولید دانش بومی، سازمانی و حرفه‌ای دستگاه قضایی بوده است اما به لحاظ این مشکلات، کارکردهای آن در اموری همچون هدف‌گراسازی فن تفسیر قانون، اصلاح قوانین، حل معضل در موارد نقص، سکوت، اجمال یا تعارض قوانین، تسهیل جریان انتقال تجارب قضایی و مانند آن در سطح حداقلی باقی بماند.

شاید این تصور به ذهن رسد که قانون مکتوب پیوسته رو به کمال می‌رود و فزونی قواعد اعلام‌شده فرصت ابتکار و انتخاب را از قاضی می‌گیرد. ولی تجربه نشان می‌دهد که مجموعه قوانین، تنها بخش ناچیزی از واقعیت‌های زندگی را در برمی‌گیرد و درباره آن‌ها حکمی صریح دارد. در همین بخش است که رویه قضایی نقشی سازنده دارد و به‌عنوان تکمیل‌کننده و گاه اساس نظام حقوقی جلوه می‌کند.

علمای حقوق معتقدند که حقوق واقعی هر کشور را تنها در مجموعه قوانین نباید جست‌وجو کرد؛ زیرا قضات به‌عنوان انسان‌های برگزیده و مظهر اخلاق و تمدن، به یاری عقل و عرف و اجرای اصول کلی حقوقی و از همه مهم‌تر عدالت و نظم حقوقی، قواعدی بر آن می‌افزایند و تغییراتی در قلمرو قوانین می‌دهند که نباید از نگاه محققان دور بماند. کوتاه سخن، امروزه حقوق‌دانان پذیرفته‌اند که رویه قضایی از منابع مهم حقوق است، پس روا نیست که دانشگاه‌ها و مراکز علمی به محاکم کم‌اعتنایی کنند و غافل ازآنچه در جهان واقعیت‌ها می‌گذرد به مطالعه نظری و شرح و بسط قوانین بپردازند.

بی‌گمان، امروزه عنایت به رویه قضایی به‌مراتب بیش از گذشته شده و مجموعه‌هایی که فراهم آمده، گوشه‌هایی از رویدادهای قضایی را نشان می‌دهد. ولی این مجموعه‌ها دارای دو عیب مشترک هستند. نخست این فعالیت‌ها؛ فردی و ناقص بوده و محققان را به سیر و حرکت این منبع عظیم علمی و اجتماعی راهنمایی نمی‌کند. تهیه مجموعه‌هایی از این‌دست، کار یک نفر نیست و باید مؤسسه علمی مجهز به نیروی انسانی و مالی کافی به آن بپردازند. دیگر اینکه آرای محاکم بدون حضور نقد و تحلیل علمی در آن‌ها گردآوری شده است. این درحالی است که نباید رویه قضایی را با رأی دادگاه اشتباه گرفت. رویه قضایی، قواعد استنتاج شده از توده‌های ارزشمند و بی‌ارزش آراء است و شرط مهم دستیابی به این مقصود، گذشته از جمع و نظم بخشیدن به آن‌ها، توجیه و نقد آن‌ها نیز هست. اینگونه نقدها، نه تنها قواعد اعمال شده در رأی را برجسته و روشن می‌کند بلکه در هدایت این نیروی اجتماعی نیز مؤثر است.

قاضی، اگرچه از نظر حرفه‌ای ملزم به اطاعت از قانون است با این حال، در اندیشه دادگستری هم هست و تجربه نشان می‌دهد که وی در بیشتر موارد برای شنیدن ندای وجدان، گوشی حساس‌تر دارد.

پس درایت چنین حکم می‌کند که دانش حقوق، برای دست یافتن به تمام واقعیت، به بخش پنهانی و انسانی منابع رویه قضایی هم بپردازد و از روان‌شناسی قضایی غافل نماند. حقوقدانان برجسته برآنند که حقوق زنده را باید از زبان قاضی شنید.

امروزه به دلایل مختلف جرایم و تخلفات در سطح کارکنان و مدیران دستگاه‌های اجرایی به‌وقوع می‌پیوندد. صرف‌نظر از ضعف قوانین و مقررات و عدم نظارت کامل وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها بر فعالیت‌های کارکنان و مدیران خود؛ نوع قرارها و آرای صادره از ناحیه محاکم قضایی نیز باید موردتوجه قرار گیرد. از نگاه کلی، تشتت رویه قضایی در برخورد با جرایم کارکنان دولت و صدور قرارهای منع تعقیب و آرای براءت موجبات جری‌تر شدن مجرمان دستگاه‌های اداری و اجرایی را فراهم خواهد نمود. گذشته از اینکه دلایل وقوع این جرایم چه می‌باشد و راه پیشگیری از وقوع جرایم مزبور چیست، پرداختن به بعضی از جرایم و

تشریح عناصر سه‌گانه آن‌ها و بررسی رویه قضایی پیرامون جرایم مزبور اجتناب ناپذیر و ضروری می‌باشد. امروزه عدم اطلاع کارکنان و مدیران از ابعاد مختلف جرایم، خود عامل وقوع بسیاری از جرایم است. بسیاری از کارکنان وقوع جرم رشوه را فقط در اخذ پول به‌صورت مستقیم می‌دانند و یا اینکه اساساً عناصر سه‌گانه جرم تصرف غیرقانونی برای مدیران ناشناخته است. بسیاری از فعالان حوزه‌های اجرایی به‌دلیل عدم شناخت دقیق از قانون منع تصدی بیش از یک شغل، مناصب مختلف را برعهده گرفته و از چند صندوق دولتی حقوق و مزایا دریافت می‌کنند یا بسیاری از اندیشمندان حقوق، تمایزی بین جرم اخذ پورسانت با تبانی در معاملات دولتی قائل نیستند. از طرف دیگر رویه محاکم نیز در رسیدگی به جرایم کارکنان و مدیران موضوعی است که نیاز به کنکاش و بحث جدی دارد تا از محل این بحث اهمیت و تناسب مجازات با جرایم ارتكابی مورد بررسی قرار گیرد.

هماهنگی نظام قضایی با سیاست‌های کلان کشور در راستای برخورد با جرایم مرتبط با کارکنان دولت اعم از کارمندان و مدیران و صدور آرای مؤثر و مجازات به‌موقع مجرمان نقش قابل‌توجهی در از بین بردن زمینه‌های فساد در نظام اداری ایفاء می‌کند. صدور آرای مؤثر و متناسب با فضای اداری و جرایم ارتكابی، زمینه تجری مجرمان را از بین خواهد برد. ازسوی دیگر مشخص شدن رویه قضایی در برخورد با جرایم یادشده، زمینه را برای اصلاح رویه در نظام قضایی فراهم می‌کند. اگرچه اصل برآن است که همه نسبت به قانون آگاهند و کارکنان دولت نیز مشمول این اصل هستند اما شایسته است کارکنان دولت از جرایمی که در حیطه وظایف اداری، آن‌ها را تهدید می‌کند آگاهی دقیق‌تری یابند که بی‌شک این آگاهی نقش مؤثری در سالم‌سازی فعالیت‌های اداری آن‌ها ایفا خواهد نمود.

فصل اول

بررسی فقهی و قانونی مفاهیم

مقدمه

قبل از ورود به مباحث رویه قضایی و قوانین موضوعه درمورد جرایم کارکنان دولت، ابتدا ضرورت دارد به دلیل تنوع جرایم مزبور به اختصار مفاهیم عمده کتاب از نظر لغوی و اصطلاحی مورد بحث و بررسی قرار گیرند:

مبحث اول: اختلاس

الف - معنای لغوی:

اختلاس یک واژه عربی بر وزن افتعال می‌باشد و معانی مختلفی برای آن در کتب لغت بیان گردیده که به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌گردد:

اختلاس کلمه‌ای عربی و به معنی ربودن و زود ربودن و سلب کردن می‌باشد.^۱ همچنین به‌دست آوردن با حيله و نیرنگ و عجله و قاپیدن تعریف شده است.^۲ نفس اخذ و گرفتن را اختلاس می‌گویند.^۳

۱- دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۷، لغت نامه دهخدا، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، جلد یک، چاپ دوم

۲- العلامة ابی الفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم ابن منظور الافریقی المصری، ۱۴۱۰ هـ، لسان العرب، بیروت، دار صادر بیروت، المجلد السادس، ص ۶۵

۳- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، ۱۴۱۲ هـ، القاموس المحیط، داراحیاء التراث العربی، بیروت، الطبعة الاولى، ص ۳۰۶

مختلس کسی است که در زمان غفلت مالک، مال وی را می‌گیرد. بنابراین از نوع تفریط که با آن، اختلاس امکان می‌یابد، خالی نمی‌باشد و مختلس همانند سارق نیست، بلکه به خائن شبیه‌تر است.^۱

ربودن پول یا مال و به معنی درحال خلسه بودن می‌باشد و اختلاس اموال دولتی به معنی ربودن مال و دارایی متعلق به دولت از طرف کارمند دولت است.^۲

ربودن و زود ربودن و دزدیدن پول به‌صورت پنهانی و ربودن حق از صندوق بنگاه یا اداره‌ای یا برداشتن پول به‌طور پنهانی و ربودن حق از صندوق بنگاه یا اداره‌ای آمده است.^۳

اختلاس مصدر عربی بوده و عبارت است از تصرف در مالی که از طرف کسی به شخصی سپرده شده است.^۴

ب - معنای اصطلاحی:

در اصطلاح حقوقی اختلاس به‌نوعی خاص از جرم خیانت در امانت مأمورین دولت اطلاق می‌شود. به دیگر سخن اختلاف اختلاس با خیانت در امانت این است که مرتکب اختلاس مأمور دولت بوده و نسبت به اموال متعلق به دولت و اموالی که از طرف اشخاص نزد دولت گذاشته شده و برحسب شغل یا مأموریت مأمور نزد وی می‌باشد مرتکب خیانت می‌شود.^۵ اختلاس از نظر حقوق جزا عبارت است از تصاحب همراه با سوءنیت اموال دولت یا اشخاص، توسط مستخدم دولت که به حکم وظیفه در اختیار وی قرار داشته به نفع خود یا دیگری.^۶

اختلاس به نوع خاص از جرم خیانت در امانت مأمورین دولت اطلاق می‌شود و آن عبارت است از اینکه مأموری که برحسب وظیفه قانونی، مال دولت به او سپرده شده آن را

۱- ابن قیم الجوزیه، ۱۹۵۵ م، اعلام الموقعین عن رب العالمین، ج ۲، ص ۲۶۲

۲- آموزگار، حبیب‌الله، ۱۳۳۲ هـ، فرهنگ آموزگار، تهران، چاپ دوم، ص ۵۴

۳- عمید، حسن، ۱۳۷۸، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ پانزدهم، جلد اول، ص ۱۲۷

۴- خلیل جرّ، فرهنگ لاروس (عربی به فارسی)، ترجمه طبیبیان، ۱۳۷۳، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ پنجم، جلد ۱، ص ۸۰

۵- میرحسینی، سید حسن، ۱۳۸۸، حقوق و تخلفات اداری، تهران، مؤسسه فرهنگی حقوقی سینا، چاپ سوم، ص ۲۱۴

۶- گلدوزیان، ایرج، ۱۳۹۱، حقوق جزای اختصاصی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هجدهم، ص ۴۱۶

به طریق نامشروع تصاحب نماید.^۱

خیانت مأمور دولت در اموالی که برحسب وظیفه به او سپرده شده است.^۲

اختلاس عبارت است از برداشت مال منقول یا اسناد بهادار سپرده شده، برحسب وظیفه

به کارمند دولت یا مأمور به خدمات عمومی به نفع خود یا دیگری.^۳

مبحث دوم: رشوه

الف- معنای لغوی:

رشوه در فارسی قدیم به آن «پاره» می‌گفتند.^۴

۱. «آنچه به کسی دهند تا کارسازی به ناحق کند، آنچه که برای باطل نمودن حق و یا

حق نمودن باطل داده شود، مزد، هدیه نامشروع به کسی برای انجام دادن مقصود

خود.^۵

۲. «عرضه، اعطاء و یا دریافت تقاضای هر چیز ارزشمندی به منظور تأثیرگذاری بر عمل و

رفتار یک مقام رسمی در انجام وظایف عمومی یا قانونی او»^۶

۳. «دادن مالی منقول یا غیرمنقول و یا وجه نقد به کسی برای انجام یا تسریع در انجام

مقصود خود یا ثابت کردن باطل و حق جلوه دادن آن»^۷

۴. «رشوه در لغت به معنی کود و خاشاک است که کشاورزان آن را به زمین می‌دهند تا

زمین را برای کشاورزی و فلاحیت و باروری بهتر آماده سازند و همچنین به معنای

۱- ولیدی، محمد صالح، ۱۳۸۹، حقوق جزای اختصاصی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ ششم، جلد ۲، ص ۳۱۲

۲- شامبیانی، هوشنگ، ۱۳۸۸، جرایم علیه اموال و مالکیت، تهران، انتشارات ویراستار، چاپ هفتم، ص ۱۳۳

۳- جویباری، عباس، ۱۳۹۲، بررسی بزه خیانت‌درامانت، اختلاس و بیان تفاوت‌های آن‌ها، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ص ۵۶

۴- عمید، حسن، ۱۳۷۸، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ پانزدهم، جلد اول، ص ۷۰۰

۵- دهخدا، علی‌اکبر، ۱۳۴۱، لغت‌نامه چهارم، تهران، شرکت چاپ افست گلشن، ص ۲۱۹

۶- نبی، قاسمعلی، ۱۳۸۷ «آسیب‌شناسی رشوه و رشوه‌خواری در نظام اداری» <http://www.isfahanprisons.ir/> -

دسترسی در ۱۳۸۷/۹/۱۶

۷- همان

طنابی است که به دلو می‌بندند و نیز به معنای طناب است علی‌الاطلاق و بدون مسئله اتصال آن به دلو ... رشوه هم مرتشی را برای انجام امر منظور راشی آماده کرده و مرتشی را به‌سوی او جلب می‌نماید».^۱

۵. «از تعاریف رشوه در جامع المقاصد و حاشیه الارشاد و نهایت‌اللغه چنین استنباط می‌شود که ظاهراً پرداخت رشوه فقط و صرفاً در محاکم و آن‌هم فقط در رابطه با امر قضاوت و صدور حکم متصور است و در موارد غیرقضایی صادق نیست».^۲

۶. رشوه در مبانی تکمله المنهاج چنین تعریف شده است «الرشوه هی ما یبذله القاضی لیحکم البازل بالباطل»^۳

۷. حضرت رسول اکرم (ص) می‌فرماید: «الراشی و المرتشی (والماشی بینهما) کلاهما فی النار».^۴ از مجموع آیات و روایات و همچنین نظرات فقهای عظام چنین می‌توان نتیجه گرفت که رشوه و ارتشاء از نظر اسلام در قضاوت و صدور حکم حرام می‌باشد.^۵

۸. نظر امام خمینی (قدس سره) در رساله نوین قابل تسری به سایر مأمورین نیز به‌نظر می‌رسد؛ زیرا صدر کلام ایشان افاده این منظور را می‌نماید هرچند جمله بعد از صدر کلام ناظر به محاکم و مرحله صدور حکم است.^۶

۹. رشوه لفظی عربی از ریشه «ر ش و» گرفته شده و مفرد است و جمع آن «رشاء» به معنای پاره و مزد می‌باشد.^۷

ب- معنای اصطلاحی:

برای رشوه تعاریف مختلفی ارائه شده است که هرکدام از آن‌ها بخشی از عوامل به‌وجود آورنده این پدیده ناهنجار را پوشش می‌دهد. به‌دلیل اینکه رشوه معلول مجموعه‌ای از عوامل

۱- شفائی، محسن، ۱۳۸۸، رشوه و اقسام آن، مجله کانون وکلا، شماره ۵۳ خرداد و تیر، ص ۵۱

۲- دوست طلب، غلامرضا، ۱۳۸۷، ارتشاء، اختلاس و تصرف غیرقانونی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ص ۳

۳- خوئی، آیت‌الله سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، نجف اشرف، مطبعه الاداب، جلد ۱، ص ۶

۴- پاینده، ابوالقاسم، نهج‌الفصاحه، تهران، سازمان چاپ و انتشارات جاویدان، چاپ هفتم، جلد اول و دوم، روایت ۱۶۸۰، ص ۳۵۱

۵- نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دارالاحیاء التراث، ج ۲۲، بحث رشوه

۶- دوست طلب، غلامرضا، همان، ص ۶۸

۷- صفی‌پور شیرازی، عبدالرحیم، ۱۳۹۰، منتهی‌الارب فی لغه العرب، تهران، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، جلد ۱، ص ۴۵۱

ساختاری و محیطی حاکم بر جامعه (عوامل اقتصادی، سیاسی، اداری، فرهنگی و اجتماعی) است که جملگی در بسترسازی و ایجاد رشوه تأثیر گذارند، بنابراین واژه رشوه نیز با تأثیرپذیری از این متغیرها معانی متعددی را در بردارد.

رشوه در ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، عبارت است از «دریافت وجه و یا مالی ازسوی مستخدمین و مأمورین دستگاه‌های مذکور در ماده فوق‌الذکر در مقابل انجام دادن یا ندادن امری که مربوط به سازمان‌های مذکور می‌باشد، اعم از این‌که امر مذکور مربوط به وظایف آن‌ها بوده و یا آنکه مربوط به مأمور دیگری در آن سازمان باشد و صرف‌نظر از اینکه این کار قانونی بوده و یا غیرقانونی باشد».

اصطلاح فوق در فرهنگ حقوقی بلاک بدین نحو تعریف شده است «عملی که به قصد دادن امتیاز مغایر با حقوق و وظیفه رسمی دیگران انجام می‌گیرد. عمل یک مأمور یا شخص امین که به‌طور غیرقانونی و متخلفانه از وضعیت یا خصوصیت خود نفعی برای خود یا دیگری برخلاف وظیفه و حقوق دیگران تحصیل کند».^۱ رشاء یا رشوه دادن را می‌توان به معنی دادن وجه، مال یا سند تسلیم وجه یا مال به مأموران دولت یا کارکنان شاغل در نهادهای عمومی و سایر افراد مذکور در قانون برای انجام یا عدم انجام وظایف مرتبط با اداره یا سازمان محل اشتغال آن‌ها تعریف نمود و ارتشاء و رشوه گرفتن را به معنی اخذ وجه، مال یا تسلیم سند وجه یا مال ازسوی مأموران دولت یا کارکنان شاغل در نهادهای عمومی و سایر افراد مذکور در قانون برای انجام یا عدم انجام وظایف مرتبط با اداره یا سازمان محل اشتغال آن‌ها دانست.^۲

این اصطلاح در زبان انگلیسی مفهوم نسبتاً گسترده‌ای دارد و تقریباً همه اعمالی را که به قصد دادن امتیاز با حقوق و وظیفه رسمی دیگران انجام شود را در برمی‌گیرد.^۳ بر مرتشی واجب است مال یا پولی را که به‌عنوان رشوه گرفته است را به صاحب آن برگرداند و در همه این موارد تفاوتی میان اینکه رشوه به‌عنوان خودش و یا به‌عنوان هبه و یا

۱- سلیمی، صادق، ۱۳۸۲، جنایات سازمان‌یافته فراملی، تهران، انتشارات تهران صدا، ص ۸۳.

۲- میرمحمدصادقی، حسین، ۱۳۸۶، حقوق کیفری اختصاصی، تهران، نشر میزان، چاپ نهم، ص ۳۶۳.

۳- معظمی، شهلا، ۱۳۸۴، جرم سازمان‌یافته و راهکارهای جهانی مقابله با آن، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ص ۱۱۰.

زیر نام بیع محاباتی و عناوین دیگری از قبیل رشوه داده شود و گرفته شود وجود ندارد.^۱

رشوه مالی است که شخص به دادرس می‌دهد تا آنکه بدان وسیله نظر او را جلب نموده تا له خود و علیه دیگری حکم گیرد.^۲

رشاء و ارتشاء عبارت است از فعل حرام و رفتار مجرمانه‌ای که به موجب آن فردی به عنوان راشی عالم‌اً عامداً مالی یا سند تسلیم وجه یا مالی یا تعهد مالی به نفع یکی از کارمندان یا کارکنان دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی اعم از قضایی و اداری به طور مستقیم یا غیرمستقیم به او عطا کرده تا وی به عنوان مرتشی با قبول آن عالم‌اً عامداً نسبت به انجام یا عدم انجام امری که از وظایف مرتبط با شغل یا وظیفه یا محل اشتغال او است اقدام نماید.^۳

مبحث سوم: پورسانت

الف- معنای لغوی:

این عبارت از نظر لغوی به معنای برقراری صدی چند، دریافت صدی چند، صد چندی می‌باشد.^۴ پورسانت به معنای دریافت درصدی از بهای معامله توسط دلال یا واسطه است.^۵

ب- معنای اصطلاحی

به معنای پرداخت مبلغی یا دادن مالی به افرادی با عنوان کمیسیونر که نقش مهمی در انجام انواع مختلف معاملات داشته و طرفین معامله، درصدی از مبلغ معامله را به عنوان مزد و با عنوان پورسانت به این اشخاص می‌پردازند.

۱- موسوی الخمینی، روح الله، تحریر الوسیله، جلد ۲، ص ۴۰۶، مسئله ۶

۲- سنگلجی، استاد محمد، ۱۳۶۹، آئین دادرسی در اسلام، تهران، انتشارات طه، ص ۳۰

۳- ساکی، محمدرضا، ۱۳۸۹، حقوق کیفری اقتصادی، تهران، انتشارات جنگل، ص ۳۶۹

۴- عمید، حسن، ۱۳۷۸، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات امیرکبیر، جلد اول، ص ۵۸۰

۵- حبیبی، زدا... ۱۳۸۵، حقوق و قوانین معاملات دولتی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، ص ۳۵

مبحث چهارم: رویه قضایی

الف - معنای لغوی:

رویه قضایی عبارت است از روش و عادت دادگاه‌ها و مراجع قضایی برای حل یک مسئله خاص. براساس این تعریف مصادیق و مصادر رویه قضایی عبارت از آرای وحدت رویه و آرای تمیزی و اصراری؛ بخشنامه‌های قوه قضائیه؛ نظرهای اداره حقوقی؛ نشست‌های قضایی جلسات قضات سراسر کشور و در مواردی استفتائات فقهی و نیز آرای دادگاه عالی انتظامی قضات می‌باشند.

ب - مفهوم اصطلاحی:

رویه قضایی قواعد استنتاج شده از توده‌های ارزشمند و بی‌ارزش آراء است و شرط مهم دستیابی به این مقصود، گذشته از جمع و نظم بخشیدن به آن‌ها، توجیه و نقد آن‌ها است. این گونه نقدها، نه تنها قواعد اعمال شده در رأی را برجسته و روشن می‌کند بلکه در هدایت این نیروی اجتماعی نیز مؤثر است.

مبحث پنجم: تبانی

الف - مفهوم لغوی:

تبانی در لغت به معنی «با هم ساختن»^۱ آمده است. در تبانی حداقل دو نفر باید وجود داشته باشند. به عبارت دیگر تبانی مستلزم وجود حداقل دو نفر یعنی تبانی کنندگان است. لذا اگر یک نفر حيله‌ای به کار برده باشد تحت عنوان تبانی قرار نخواهد گرفت و تقلب در معامله محسوب می‌شود.

اگر مسئول خرید یا فروش دولتی خودش بدون مواضع و بدون قرار پنهانی با خریدار یا فروشنده مقررات مربوط را نادیده بگیرد، این مورد عنوان تبانی ندارد، ولی ممکن است مشمول عناوین مجرمانه دیگری باشد و یا حداقل تخلف از مقررات دولتی یا سوءجریان امور

۱- عمید، حسن، ۱۳۷۸، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ پانزدهم، جلد اول، ص ۴۰۹

اداری به حساب آید. مثلاً موردی که باید معامله به صورت مزایده و انتشار آگهی انجام گیرد، این تشریفات را در معامله رعایت نمی‌کند.

ب- مفهوم اصطلاحی:

لغت تبانی در قوانین مختلف به کار رفته است. از جمله می‌توان به قانون مجازات اشخاصی که برای بردن مال غیر تبانی می‌نمایند (مصوب ۱۳۰۷)، تبانی برای ارتکاب جرم علیه امنیت داخلی و خارجی موضوع کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات بازدارنده) و همچنین تبانی با دشمن موضوع ماده ۲۱ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ اشاره کرد. آنچه مدنظر ما در این بحث می‌باشد جرم تبانی در معاملات دولتی است.

معاملات دولتی به معاملاتی گفته می‌شود که دولت برای رفع حوائج ضروری خود مبادرت به انعقاد آن‌ها می‌نماید اعم از اینکه طرف معامله دولت باشد و یا طرفین آن از ادارات دولتی و اعم از اینکه طرف شخص حقیقی یا اینکه شخص حقوقی، خصوصی یا عمومی باشد. بعضی از اساتید معاملاتی را که یک طرف آن دولت باشند معامله دولتی دانسته‌اند.^۱

تبانی از باب تفاعل، عبارت است از توافق و تمایل حداقل دو نفر بر امر سوئی که نتیجه‌اش متوجه شخص ثالثی باشد. با این توضیح توافق دو نفر در ارتکاب یک جرم که عنوان خاص قانونی دارد از شمول تبانی خارج می‌گردد، به عنوان مثال چنانچه توافق پنهانی دو نفر منجر به مشارکت آنان در ربودن مال دیگری شود، اصطلاحاً به آن تبانی گفته نمی‌شود بلکه شرکت در سرقت نامیده می‌شود.

تبانی و توافق سوئی که منجر به ورود ضرر به دولت یا شرکت‌ها و مؤسسات وابسته به دولت شود مشمول مجازات است و چنانچه توافق و تبانی طرفین به هر دلیل موجب ضرر به دولت نشود امکان تعقیب طرفین تبانی نخواهد بود.

۱- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، ۱۳۷۸، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، جلد پنجم، ص ۴۱۷

مبحث ششم: قانون

الف - مفهوم لغوی:

قانون به معنی اندازه و مقیاس اشیاء است و به معنی قضیه کلی که یک رشته جزئیات را بیان می‌کند.

ب - مفهوم اصطلاحی:

دستور کلی و گاهی جزئی که به وسیله مرجع صالح انشاء شده و به وسیله مجالس قانون گذاری تصویب و سپس به توشیح مرجع صلاحیت دار برسد. در معنی اعم شامل مجموعه قواعد حقوقی است که به وسیله قانون گذار مقرر می‌شود. قانون علی‌الاصول مصادیق فراوان دارد و اختصاص به مورد معینی ندارد.^۱

زمانی که در منابع حقوق از قانون سخن گفته می‌شود و این منبع در برابر عرف به کار می‌رود، مقصود تمام مقرراتی است که از طرف یکی از سازمان‌های صالح دولت وضع شده است، خواه این سازمان قوه مقننه یا رئیس دولت یا یکی از اعضای قوه مجریه باشد. پس در این معنای عام، قانون شامل تمام مصوبات مجلس و تصویب‌نامه‌ها و بخشنامه‌های اداری نیز می‌شود.

ولی در اصطلاح حقوق اساسی، قانون به قواعدی گفته می‌شود که یا با تشریفات مقرر در قانون اساسی از طرف مجلس شورای اسلامی وضع شده است یا از راه همه‌پرسی به‌طور مستقیم به تصویب می‌رسد؛ یعنی قانون مفهوم خاصی دارد که با تصمیم‌های قوه مجریه متفاوت است و آن‌ها را نباید به جای هم استعمال کرد.

در کشور ما، قانون مهم‌ترین منبع حقوق است و قدرت آن را با سایر منابع نباید برابر دانست. ولی تمامی متونی که به نام قانون مشهور می‌باشند از حیث اعتبار برابر نیستند و سلسله مراتبی بین آن‌ها وجود دارد.

۱- همان، ص ۵۱۷.

مبحث هفتم: تصرف غیرقانونی

الف - مفهوم لغوی:

مترادف با تصرف نامشروع و تصرف عدوانی است و اعم از تصرف غصبی یا غاصبانه است.

ب - مفهوم اصطلاحی:

در معنی اعم شامل اختلاس و تصرفات غیرقانونی است. در معنی اخص عبارت است از تصرف بدون مجوز قانونی امناء اموال دولت (اموالی که متعلق به افراد و اشخاص است و دولت به امانت آن‌ها را نگه می‌دارد) در اموال منقولی که امین در نگهداری آن‌ها هستند.^۱

جرم تصرف غیرقانونی از جرایم عمدی مطلق است که صرف‌نظر از حصول نتیجه، صرف ارتکاب آن جرم است. در جرم تصرف غیرقانونی، کارکنان وجوه نقدی یا مطالبات یا حوالجات یا سهام و سایر اسناد و اوراق بهادار یا سایر اموال متعلق به سازمان‌ها را که حسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده است را مورد استفاده غیرمجاز قرار می‌دهد، بدون آنکه قصد تملک آن‌ها را به نفع خود و دیگری داشته باشد.

عنصر قانونی تصرف غیرقانونی در وجوه یا اموال دولتی که بعضاً با عنوان استفاده غیرمجاز از وجوه و اموال دولتی نیز مطرح می‌شود، ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ می‌باشد که مقرر می‌دارد «هریک از کارمندان و کارکنان ادارات و سازمان‌ها یا شوراها و یا شهرداری‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و یا وابسته به دولت و یا نهادهای انقلابی و بنیادها و مؤسساتی که زیر نظر ولی فقیه اداره می‌شوند و دیوان محاسبات و مؤسساتی که به کمک مستمر دولت اداره می‌شوند و یا دارندگان پایه قضایی و به‌طور کلی اعضا و کارکنان قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح و مأموریت به خدمات عمومی، اعم از رسمی و غیررسمی، وجوه نقدی یا مطالبات یا حوالجات یا سهام و سایر اسناد و اوراق بهادار یا سایر اموال متعلق به هریک از سازمان‌ها و مؤسسات فوق‌الذکر یا اشخاصی که

۱- همان، ص ۱۵۶.

برحسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده است را مورد استفاده غیرمجاز قرار دهد، بدون آنکه قصد تملک آن‌ها را به نفع خود یا دیگری داشته باشد، متصرف غیرقانونی محسوب و علاوه بر جبران خسارت وارده و پرداخت اجرت‌المثل به شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم می‌شود و در صورتی که منتفع شده باشد، علاوه بر مجازات مذکور به جزای نقدی معادل مبلغ انتفاعی محکوم خواهد شد.»

در باب عنصر قانونی این جرم، ذکر چند نکته ضروری است نکته اول اینکه در قوانین و مقررات دیگر، قانون‌گذار برخی جرایم دیگر را در حکم جرم تصرف غیرقانونی دانسته و از این لحاظ دامنه جرم موردنظر، بسیار گسترده می‌باشد. ثانیاً برای تحلیل این جرم مطالعه قانون محاسبات عمومی، قانون برنامه‌بودجه، قوانین بودجه سنواتی و ... الزامی است.

مبحث هشتم: تدلیس

الف - مفهوم لغوی:

اعمالی که موجب فریب طرف معامله شود.

ب - مفهوم اصطلاحی:

تدلیس اصطلاحاً به معنی غش هم استعمال می‌شود؛ مانند ضرب مسکوک تقلبی که نوعی از تدلیس است و در این نوع مفهوم جزایی پیدا می‌کند.^۱

طبق ماده (۵۹۹) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ «هر شخصی عهده‌دار انجام معامله یا ساختن چیزی یا نظارت در ساختن یا امر به ساختن آن برای هریک از ادارات و سازمان‌ها و مؤسسات مذکور در ماده (۵۹۸) بوده است، به واسطه تدلیس در معامله از جهت تعیین مقدار یا صفت یا قیمت بیش از حد متعارف مورد معامله یا تقلب در ساختن آن چیز، نفعی برای خود یا دیگری تحصیل کند، علاوه بر جبران خسارات وارده به حبس از شش ماه تا پنج سال محکوم خواهد شد.»

در بحث عنصر مادی تدلیس توجه به نکات زیر ضروری است:

عمل مرتکب این جرم مرکب از دو قسمت است. اولاً مرتکب اقدام به عملیات تدلیس-آمیز نموده، ثانیاً از طریق فوق، نفعی برای خود یا دیگری تحصیل نموده باشد. تدلیس طبق ماده (۴۳۸) قانون مدنی عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود. وجود وصف و خصیصه «عملیاتی» بودن در تعریف تدلیس سبب می‌شود که اولین رکن از عمل مرتکب را صرفاً به صورت انجام فعل مثبت مادی قابل تحقق بدانیم.

بی‌مبالاتی خریدار در احراز وصف واقعی مبیع و حفظ منافع خود مانع از تحقق تدلیس نیست. درباره سکوت عمدی فروشنده درباره عیب کالا اختلاف شده است که تدلیس است یا اثری ندارد، ولی تمایل عمومی بر این است که حسن نیت در قراردادهای ایجاب می‌کند که فروشنده، عیوب پنهانی را به خریدار اعلام کند.^۱ این موضوعات در چارچوب حقوق مدنی کاملاً صحیح می‌باشد، لیکن به نظر نگارنده در حقوق کیفری که قاعده بر عمل به تفسیر مضیق و قدر متیقن است، لازم است شخص طرف معامله به عملیاتی متوسل گردیده باشد و ترک فعل نمی‌تواند عنصر مادی این قسمت از عمل مرتکب قرار گیرد. علاوه بر توسل به عملیات فریب کارانه، مرتکب باید در اثر این عملیات، نفعی برای خود یا دیگری تحصیل کرده باشد، بنابراین تحصیل منفعت به عنوان جزء دوم رکن عمل مرتکب به صورت فعل مثبت محقق می‌گردد.

مبحث نهم: اقرار

الف - مفهوم لغوی:

در کتب لغت، معانی متعددی برای اقرار ذکر کرده‌اند که از جمله می‌توان به اعتراف نمودن^۲، اذعان کردن حقی برای صاحب آن^۳ و اثبات کردن چیزی یا کسی در جایی است.

ب - مفهوم اصطلاحی:

۱- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۷، قانون مدنی در نظام حقوقی کنونی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ص ۳۳۶

۲- فخرالدین طریحی، مجمع البحرین، جلد ۳، صفحه ۴۵۶

۳- محمد بن یعقوب فیروزآبادی، قاموس اللغة، حرف قاف

- در ماده ۱۳۵۹ قانون مدنی، اقرار عبارت است از اخبار به حقی برای غیر بر ضرر خود. فقهای شیعه درباره اقرار، تعاریف متفاوتی ارائه داده‌اند که به چند نمونه اشاره می‌شود:
۱. «هو اخبار بحق علی نفسه»؛ اقرار، خبردادن از حقی است بر ضرر خود.
 ۲. «و هو الاخبار الجازم عن حق لازم للمخبر»؛ اقرار، خبردادن قطعی از حق لازم بر خبردهنده است.
 ۳. «هو اخبار الانسان عن حق لازم له»؛ اقرار، خبردادن انسان از حقی لازم برای دیگری است.
 ۴. «بانه اخبار عن حق سابق للغير او نفيه لازم للمقر»؛ اقرار، خبردادن از حقی سابق است برای غیر یا نفی حق لازمی برای اقرارکننده.
 ۵. «الاقرار اخبار جازم عن حق لازم سابق علی وقت الصیغه»؛ اقرار، خبردادن قطعی از حق لازم سابقی است در وقت صیغه.
 ۶. «الاقرار اخبار عن حق سابق لا يقتضی تمليکاً بنفسه بل یکسف عن سبقه»؛ اقرار، خبردادن از حق سابقی است که خودبه‌خود مقتضی تملیک نیست، بلکه کاشف از حق سابق می‌باشد.
 ۷. «الاقرار الذی هو الاخبار الجازم بحق لازم علی المخبر او بما يستتبع حقاً او حکماً علیه او بنفی حق له او ما يستتبعه»؛ اقرار، خبردادن قطعی است به حقی لازم یا چیزی که حق یا حکمی را به‌دنبال دارد به ضرر خبردهنده یا نفی حق لازم یا چیزی که حق یا حکمی را در پی دارد به ضرر مخبر برای غیر.
- چنانچه در تعریف‌های بالا دقت شود، آشکار خواهد شد که چهار قید «اخبار»، «حق»، «به نفع غیر» و «به ضرر خود» در تمام تعریف‌ها تکرار شده است. این چهار قید در تعریف قانون مدنی نیز وجود دارد.^۱

۱- گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۶، ادله اثبات دعاوی کیفری، نشر دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ سوم، ص ۹۲

مبحث دهم: انکار

الف - مفهوم لغوی:

در لغت به معنی اظهار عدم شناسایی و نیز نفی چیزی است.

ب - مفهوم اصطلاحی:

در اصطلاح آیین دادرسی مدنی کسی که سندی علیه او ابراز شود و او مهر یا امضا یا اثر انگشت منتسب به خود را نفی کند و آن‌ها را از خود نداند این عمل را انکار «انکار سند» نامند و گاهی به جای این دو اصطلاح عبارت «تکذیب سند» هم به کار می‌رود.

در ماده ۱۲۷۷ قانون مدنی آمده است که انکار بعد از اقرار مسموع نیست، لکن اگر مقرر ادعا کند اقرار او فاسد یا مبنی بر اشتباه یا غلط بوده، شنیده می‌شود و همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد مثل اینکه بگوید اقرارش به گرفتن وجه در مقابل سند یا حواله‌ای بوده که وصول نشده، لکن دعاوی مذکوره مادامی که اثبات نشده، مضر به اقرار نیست.

بنابراین قانون مدنی انکار بعد از اقرار را پذیرفته است اما در صورتی که مقرر مدعی بطلان اقرار است باید بتواند این اقرار را اثبات کند والا اقرارش قابل انکار نیست.

فقهها لفظ صریح انکار را مطرح ننموده‌اند و بحث مذکور را تحت عنوان تعقیب اقرار به چیزی که منافی اقرار است مطرح می‌کنند.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۱۷۳ انکار بعد از اقرار را موجب سقوط مجازات ندانسته است. به جز در اقرار به جرمی که مجازات آن رجم یا حد قتل است که در این صورت در هر مرحله، ولو در حین اجرا، مجازات مزبور ساقط می‌گردد.

فصل دوم

رشاء و ارتشاء

مقدمه

رشوه در اصطلاح قانون، قبول وجه یا مال یا سند پرداخت وجه و یا تسلیم مال، مستقیماً و یا غیرمستقیم توسط کارکنان دولت یا سایر کارکنان مصرح در ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری به سبب انجام وظیفه یا عدم انجام وظیفه می‌باشد.

رشوه از منظر اقتصادی، محصول ساختارهای غلط اداری است که از دیرباز در جوامع گوناگون رایج بوده و برای مبارزه با آن قوانین ویژه‌ای وضع شده است، لیکن با تمام قوانین وضع شده که حتی رشوه‌گیرنده و دهنده و واسطه بین آن دو را مذموم دانسته است، این هنجارشکنی هرگز ریشه‌کن نشده و به حیات نامیمون خود در ساختارهای اداری و غیراداری کشورها ادامه داده است.

رشوه از مهم‌ترین انحرافات است که آسیب‌های جدی در ابعاد گوناگون به جامعه وارد می‌سازد و باید ابعاد و علل این پدیده زشت را شناسایی و در راستای محو آن از جامعه اقدام جدی نمود.

امروزه نیز پدیده ارتشاء و رشوه‌خواری، فساد اداری به دو شکل سنتی و نوین در ساختارهای اداری تمامی کشورها به وضوح نمایان است. این پدیده مهلک، روابط حاکم بر مجموعه‌های اداری را مختل ساخته و ارزش‌های اخلاقی جامعه را دگرگون می‌سازد. خطرناک‌ترین وضعیت آن این نکته مهم است که زشتی ارتشاء از بین رفته و به یک رفتار بهنجار مبدل شده است.

در مباحث آتی تعدادی از آرای قضایی صادره درخصوص جرم فوق مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد تا از این طریق رویه قضایی پیرامون بعضی از موضوعات مربوطه مشخص گردد:

مبحث اول: بررسی جهات تخفیف مجازات ارتشاء در رویه قضایی (موضوع ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)

حسب دادنامه شماره ۲۸۴ مورخ ۱۳۹۵/۴/۱۳ شعبه ۱۰۵۷ دادگاه کیفری دو تهران آقای الف، فاقد سابقه محکومیت کیفری به اخذ رشوه به مبلغ ۴ میلیارد ریال متهم است. دادگاه با امعان نظر در جمیع اوراق و محتویات پرونده و متن مکالمه انجام شده فی‌مابین طرفین (متهم و شاکی)، اقرار و اذعان متهم به مطالبه وجه و دفاع بلا وجه نامبرده مبنی بر اینکه به‌صورت قرض مبلغ را دریافت کرده، مجموع تحقیقات صورت‌گرفته توسط بازپرس و سایر قرائن و امارات موجود در پرونده، بزهکاری متهم را محرز دانسته و مستنداً به ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری و با رعایت مواد ۳۷ و ۳۸ از قانون مجازات اسلامی به‌دلیل فقدان سابقه محکومیت کیفری و جوانی متهم، حکم به محکومیت وی به تحمل یک سال حبس تعزیری (با دو درجه تخفیف) و پرداخت مبلغ ۴۵ میلیون تومان جزای نقدی در حق صندوق دولت و انفصال موقت به مدت سه سال از خدمات دولتی و تحمل ده ضربه شلاق تعزیری محکوم می‌نماید.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

در رویه قضایی محاکم ایران تخفیف مجازات به دو صورت اعمال شده است؛ تخفیف قانونی و تخفیف قضایی.

منظور از تخفیف قانونی، تخفیف الزامی است؛ یعنی قانون‌گذار دادگاه را مکلف کرده است در موارد خاصی مجازات جرم را تخفیف دهد. مثلاً به‌موجب ماده ۵۳۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۵۷، قانون‌گذار علت الزام به تخفیف را بیان کرده که عبارت است از

اطلاع دادن اعمال مجرمانه و معرفی شرکای جرم.

قانون‌گذار گاهی نیز فراتر از این عمل کرده و خود مبادرت به تخفیف مجازات در قانون نموده است. مثلاً طبق ماده ۵۸۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۵۷، توقیف و حبس غیرقانونی اشخاص، مستلزم حبس از یک تا سه سال است. حال اگر مرتکب یا معاون پیش از تعقیب، شخص توقیف شده را رها کند یا اقدام لازم را برای خلاصی وی به عمل آورد در صورتی که شخص توقیف شده را بیشتر از ۵ روز توقیف نکرده باشد برابر ماده مذکور مجازات حبس او دو تا شش ماه خواهد بود.

منظور از تخفیف قضایی، اختیار دادگاه نسبت به اعمال تخفیف مجازات قانونی است. ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در مقام بیان این نوع از تخفیف می‌باشد. تخفیف مجازات فقط در محدوده چهار بند ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ و آن‌هم به صورت تبدیل یا تقلیل مقدور خواهد بود.

منظور از «تقلیل» آن است که مجازات بدون تغییر نوع آن از حیث درجه کاهش یابد و منظور از «تبدیل» آن است که مجازات به نوع دیگری تبدیل شود.

تلاش قانون‌گذار برای سامان بخشیدن به چگونگی اعمال تخفیف یعنی تعیین حدود و برای آن به موجب ماده ۳۷ اقدامی شایسته و ضروری است اما ایراد مهم این ماده آن است که به موجب بند نخست آن امکان تبدیل مجازات حبس به جزای نقدی یا سایر مجازات منتفی است.

این بند از ماده ۳۷ موجب افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها می‌شود؛ زیرا سابقاً برابر ماده ۲۲ بسیاری از مجازات حبس به دلیل وجود کیفیات مخففه به مجازات دیگر از جمله جزای نقدی تبدیل می‌شدند و البته اعمال سایر سازوکارهای تخفیفی از جمله معافیت از کیفر، مجازات جایگزین زندان، توبه و تعلیق اجرای مجازات می‌تواند در کاهش جمعیت کیفری مؤثر باشد.^۱

۱- مصدق، محمد، ۱۳۹۵، شرح قانون مجازات اسلامی، تهران، انتشارات جنگل، چاپ اول، جلد اول، ص ۱۹۴

مستند به ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ حدود قانونی مجازات بزه ارتكابی توسط متهم توجهاً به مبلغ رشوه پنج تا ده سال حبس بوده ولی شعبه بدوی با دو درجه تخفیف مجازات یک سال حبس را تعیین نموده است. هرچند تخفیف به مجازات امری قانونی است لکن به تأکید قانون این تخفیف باید متناسب باشد. حال آنکه به نظر می‌رسد استناد به فقدان سابقه کیفری درخصوص برخی از کارمندان (افرادى که فقدان سابقه کیفری شرط ضروری خدمت ایشان است) نمی‌تواند موجب تخفیف در مجازات بزه ارتكابی به میزان چهار سال کمتر از حداقل مجازات قانونی باشد. این امر درخصوص استناد دادگاه به سن متهم به عنوان جهت تخفیف نیز صادق است.

در تعیین مجازات بین اقل و اکثر، توجه به جایگاه متهم، آثار تخریبی بزه ارتكابی و میزان قباحت عمل، امری ضروری است حال آنکه اخذ رشوه، در شرع و عرف امری به شدت ناپسند است به نحوی که در کلام ائمه معصومین علیهم السلام از آن به کفر به خدای متعال تعبیر شده است. قباحت عمل به دلیل از بین رفتن اعتماد مردم به سازمان خدمات رسان و خدشه دار شدن آبروی نیروهای انسانی خدوم، بی ادعا و جهادگر است.

با توجه به شیوه ارتكاب جرم (از طریق ارتباط گیری با وکیل)، دریافت رشوه با حضور بر سر قرار شبانگاهی، مکالمات وی به نحو مضبوط در پرونده با راشی که نشان از جدیت تأسف بار محکوم علیه به عمل خلاف قانون دارد، اعطای تخفیف به نحو مزبور ناصواب و برخلاف رویه قضایی به نظر می‌رسد.

مبحث دوم: تخفیف مجازات با وجود تعدد جرم در رویه قضایی پیرامون ارتشاء (موضوع تبصره ۳ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)

براساس دادنامه شماره ۵۱۵ مورخ ۹۵/۷/۲۸ شعبه ۱۰۶۰ دادگاه کیفری ۲ تهران آقای الف متهم است به تحصیل مبلغ ۲۵۰ میلیون ریال از طریق نامشروع و ارتشاء به دلیل اخذ مبلغ ۱۰۰ میلیون ریال.

دادگاه با امعان نظر به محتویات پرونده، شکایت شاکی، گزارش حفاظت و اطلاعات استان تهران، صورت جلسه تنظیمی در خصوص سوار شدن آقای شاکی در خودروی متهم و پرداخت وجه الرشاء به وی در داخل خودرو و متواری شدن متهم و نهایتاً کشف وجه الرشاء از داخل خودرو و ملاحظه پرینت حساب بانکی که نشانگر واریز وجه چک ۲۵ میلیون تومانی به حساب سپرده همسر متهم، ملاحظه مکالمات ضبط شده فی مابین شاکی و آقای (ج)، اظهارات متناقض متهم در مراحل تحقیق و رسیدگی و همچنین مفاد کیفرخواست صادره از دادسرای کارکنان دولت و سایر قرائن و امارات موجود در پرونده، بزه های انتسابی را محرز و مسلم دانسته و با استناد به مواد ۲ و ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری با رعایت ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی، حکم به محکومیت متهم موصوف به تحمل دو سال حبس تعزیری با احتساب ایام بازداشت قبلی بابت بزه تحصیل مال از طریق نامشروع و به تحمل ده سال حبس تعزیری به علاوه ۱۰ میلیون تومان جزای نقدی معادل وجه الرشاء و انفصال موقت از خدمات دولتی و قضایی به مدت ۳ سال و ده ضربه شلاق تعزیری صادر و اعلام می نماید که مجازات اشد اجرا می شود.

دادگاه مزبور به لحاظ وضع خاص متهم و نداشتن سابقه کیفری با استناد به ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی با دو درجه تخفیف حبس مشارالیه را در بزه ارتشاء به دو سال تقلیل می دهد.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

قانون‌گذار در تعیین مجازات تعزیری برای تعدد مادی، به‌جز درجه‌های ۷ و ۸ که در آن‌ها مجازات با هم و با سایر مجازات تعزیری جمع می‌شود، شیوه‌های زیر را برگزیده است:

الف - در صورتی که شخص مرتکب دو یا سه فقره جرم شده، به شرح زیر اقدام می‌شود:

- چنانچه مجازات دارای حداقل و حداکثر باشند، حداکثر مجازات تعیین می‌شود و از میان آن‌ها مجازات اشد اجرا می‌شود.
- چنانچه مجازات دارای حداقل و حداکثر نباشند تا یک‌چهارم به مجازات جرم اضافه می‌شود و از میان این مجازات، مجازات اشد اجرا می‌گردد.

ب - در صورتی که جرایم شخص بیش از سه فقره باشد، به شرح زیر اقدام می‌شود:

- چنانچه مجازات دارای حداقل و حداکثر باشند، مجازات مرتکب حداکثر به‌علاوه تا نصف مجازات حداکثر تعیین می‌شود و از میان آن‌ها، مجازات اشد اجرا می‌شود.
- چنانچه مجازات دارای حداقل و حداکثر نباشند تا نصف حداکثر مجازات به مجازات اضافه می‌شود و از میان این مجازات، مجازات اشد اجرا می‌گردد.

ج - در جمع میان تعدد و تخفیف به شرح زیر عمل می‌شود:

- در صورتی که همه مجازات دارای حداقل و حداکثر باشند، در تمامی موارد اعم از اینکه تعداد جرایم ارتكابی کمتر یا بیشتر از سه فقره باشد، مرتکب به تا میانگین حداقل و حداکثر مجازات قانونی محکوم می‌شود.
- در صورتی که هیچ‌یک از مجازات دارای حداقل و حداکثر نباشند در مقام تخفیف مجازات در تمامی موارد اعم از اینکه تعداد جرایم ارتكابی کمتر یا بیشتر از سه فقره باشد مرتکب به تا نصف مجازات قانونی جرم محکوم می‌شود.

با توجه به اطلاق ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقررات آن در تمامی جرایم تعزیری اعم از مشابه یا مختلف اعمال می‌گردد.

منظور از تقلیل یا تبدیل یا غیرقابل اجرا شدن مجازات اشد در ادامه این ماده که مقرر می‌دارد «اگر مجازات اشد به یکی از علل قانونی تقلیل یابد یا تبدیل یا غیرقابل اجرا شود، مجازات اشد بعدی اجرا می‌گردد»؛ عفو مجازات نیست، بلکه مواردی از قبیل اعمال ماده ۴۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ است که با اعمال این ماده چنانچه مجازات در اثر تقلیل یا تبدیل، تخفیف یابد، مجازات اشد بعدی اجرا می‌گردد و منظور از غیرقابل اجرا شدن، مواردی از قبیل تبرئه محکوم‌علیه در مراحل اعاده دادرسی است.

چنانچه مجازات اشد به هر دلیلی غیرقابل اجرا گردد مجازات اشد بعدی اجرا می‌شود لیکن آن مقدار از مجازاتی که از مجازات اولیه اجرا شده است، باید از مجازات اشد بعدی کسر گردد هرچند که قانون‌گذار به این موضوع تصریح نکرده است.^۱

براساس نظریه مشورتی شماره ۷/۱۱۲۹ مورخ ۱۳/۶/۱۳۹۲ اداره کل حقوقی قوه قضائیه وقتی مجازات جرمی در قانون، یکی از چند جنس جداگانه مثلاً حبس یا شلاق یا جزای نقدی باشد، قاضی طبق قانون مخیر به انتخاب یکی از آنهاست و هرکدام از آنها را می‌تواند تعیین و مورد حکم قرار دهد و چنانچه موضوع مشمول مقررات ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ باشد باید حداکثر مقرر در قانون از همان را مورد حکم قرار دهد. مثلاً در جرم موضوع ماده ۶۰۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، دادگاه مخیر به انتخاب مجازات حبس یا جزای نقدی یا شلاق است و هریک از این سه نوع مجازات را که انتخاب نمود در اعمال مقررات صدر ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی باید حداکثر آن را تعیین کند. بدیهی است اگر مجازات جرمی مجموع چند نوع جداگانه باشد و دادگاه مکلف به انتخاب همه یا چند نوع از آن مجازات باشد مانند حبس و جزای نقدی و شلاق؛ چون مجموع آنها مجازات قانونی جرم است، قاضی مکلف است در اعمال مقررات تعدد جرم حداکثر مجازات مقرر قانونی همه آنها را مورد حکم قرار دهد.

۱- مصدق، محمد، ۱۳۹۵، شرح قانون مجازات اسلامی، تهران، انتشارات جنگل، چاپ اول، جلد دوم، ص ۸۳

در تعدد جرم در صورت وجود جهات تخفیف، دادگاه می‌تواند مجازات را تخفیف دهد. در خصوص تکرار جرم نیز در صورت وجود جهات تخفیف دادگاه می‌تواند مجازات را تخفیف دهد، مگر اینکه مرتکب دارای سه فقره محکومیت قطعی مشمول مقررات تکرار جرم یا بیشتر از آن باشد که در این صورت مقررات تخفیف قابل اعمال نخواهد بود.^۱

تخفیف مجازات در پرونده‌هایی که مشمول مقررات تعدد جرم هستند فرمول خاصی دارد و براساس تبصره ۳ ماده ۱۳۴ عمل می‌شود. این تبصره مقرر می‌دارد:

«در تعدد جرم در صورت وجود جهات تخفیف، دادگاه می‌تواند مجازات مرتکب را تا میانگین حداقل و حداکثر و چنانچه مجازات فاقد حداقل و حداکثر باشد تا نصف آن تقلیل دهد.»

به تعبیر دیگر فرمول تخفیف این است که حداقل مجازات جرم (بدون در نظر گرفتن موضوع تعدد) به علاوه حداکثر مجازات جرم (بدون در نظر گرفتن موضوع تعدد) تقسیم بر ۲. این حداکثر میزان تخفیفی است که در پرونده‌های مشمول مقررات تعدد جرم می‌توان اعمال کرد.

منظور از واژه «حداکثر» در تبصره ۳ این ماده، حداکثر مجازات قانونی جرم بدون در نظر گرفتن موضوع تعدد است، نه حداکثری که پس از تشدید مجازات (افزودن نصف حداکثر) تعیین می‌شود؛ اگر چنین نباشد، قسمت اخیر تبصره بدون مصداق می‌ماند؛ زیرا در این بخش از عبارت «چنانچه فاقد حداقل و حداکثر باشد» استفاده شده است و اگر مقصود از حداکثر را حداکثری بدانیم که با افزودن مجازات (یک‌چهارم یا نصف) ایجاد می‌شود، از آنجاکه در مجازات ثابت هم با افزودن مجازات (یک‌چهارم یا نصف) مجازات دارای حداقل و حداکثر می‌شود، دیگر مجازات ثابتی باقی نمی‌ماند.

براساس نظریه مشورتی شماره ۷/۹۵۲ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۶ اداره کل حقوقی قوه قضائیه، دادگاه با توجه به تبصره ۳ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تخفیف را نسبت به همه مجازات اعمال می‌کند نه فقط در مورد مجازات قابل اجرا (مجازات اشد)؛ زیرا ممکن

۱- سالانی، اسماعیل، ۱۳۹۵، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر مشاهیر دادآفرین، چاپ دوم، ص ۳۷۳

است اجرای مجازات اشد به عللی موقوف شود که در این صورت مجازات اشد بعدی باید اجرا گردد، اما اگر موجبات اعمال تخفیف نسبت به برخی جرایم ارتكابی فراهم باشد فقط نسبت به همان جرایم قابل اعمال خواهد بود.

ملاحظه می‌گردد در بررسی رویه قضایی در دادنامه فوق از حیث اتهام تحصیل مال از طریق نامشروع به تحمل دو سال حبس تعزیری و از حیث اتهام ارتشاء به تحمل ده سال حبس، انفصال موقت به مدت سه سال و ده ضربه شلاق محکوم شده است. سپس دادگاه با اعمال دو درجه تخفیف مجازات ده سال حبس را به دو سال تقلیل داده است. نظر به اینکه باتوجه به موارد فوق‌الذکر درخصوص تعدد جرم مقررات تبصره ۳ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به‌عنوان قاعده خاص تخفیف حاکمیت داشته و طبق این تبصره، دادگاه در موارد تعدد فقط می‌تواند در صورت وجود جهات تخفیف، مجازات را تا میانگین حداقل و حداکثر و در صورت نداشتن حداقل و حداکثر تا نصف تقلیل دهد لذا کاهش مجازات ده سال حبس به دو سال خلاف تبصره مذکور و رویه قضایی بوده و لذا مجازات تعیین‌شده از میزان مقرر در قانون کمتر است.

با توجه به بازداشت متهم در مراحل تحقیق ذکر این موضوع ضروری است که قبل از تصویب قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و لازم‌الاجرا شدن آن، براساس تبصره ۴ ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ... اگر میزان رشوه بیش از دویست هزار ریال می‌رسید صدور قرار بازداشت موقت به مدت یک ماه الزامی بود و در بدو امر شاید به ذهن می‌رسید که صدور قرار بازداشت موقت تنها برای مواردی است که موضوع رشوه وجه نقد آن هم بیش از دویست هزار ریال باشد، زیرا قانون‌گذار در این تبصره برخلاف پاراگراف‌های متن ماده ۳ از عبارت قیمت مال استفاده نکرده بود و تنها به مبلغ اشاره کرده که مبلغ هم درمورد وجه نقد به‌کار می‌رفت؛ اما رویه قضایی مشکل مزبور را حل کرده بود زیرا عقلاً پذیرفته نیست کارمند برای دریافت بیست و یک هزار تومان وجه نقد یک ماه بازداشت موقت شود اما کارمند دیگری برای قبول یک اتومبیل خارجی به‌عنوان رشوه بازداشت موقت نگردد؛ بنابراین اگر قیمت مال مأخوذ هم بیش از دویست هزار ریال باشد صدور قرار

بازداشت موقت الزامی بود.

قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ با الهام از قوانین گذشته درخصوص بازداشت موقت مرتکبان جرایم مالی دولت توجه نموده و در ماده ۲۳۷ آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲^۱ حکم موضوع را مشخص نموده است.

بازداشت موقت متهم که از آن در حقوق کیفری ایران، به توقیف احتیاطی نیز تعبیر می‌شود، عبارت است از سلب آزادی از متهم و زندانی کردن او در طول تمام یا قسمتی از تحقیقات مقدماتی یا پس از آن، توسط مقام صالح قضایی.

در ابتدا، بازداشت موقت اجباری در بسیاری از کشورهای جهان از جمله ایران تا قبل از تصویب قانون جدید، در موارد مقرر در قانون پیش بینی شده بود که در صورت وقوع آن جرم خاص، قاضی تحقیق مکلف به صدور قرار بازداشت موقت بود.

در نیمه دوم قرن بیستم و با شروع پذیرش نظریه ضرورت فردی کردن مجازات، فردی کردن قرارهای تأمین کیفری نیز مدنظر قانون‌گذاران کشورهای مختلف جهان از جمله فرانسه قرار گرفت و اغلب کشورها در صدد الغای قرار بازداشت موقت اجباری برآمدند.

در حقوق ایران نیز در آغاز، اصل بر اختیاری بودن صدور قرار بازداشت موقت بود ولی رفته رفته موارد صدور قرار بازداشت موقت الزامی به ویژه در ق.آ.د.ک ۱۳۷۸، افزایش

۱- صدور قرار بازداشت موقت جایز نیست، مگر در مورد جرایم زیر که دلایل، قرائن و امارات کافی بر توجه اتهام به متهم دلالت کند:

الف- جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات؛ حبس ابد یا قطع عضو و جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آن‌ها ثلث دیه کامل مجنی‌علیه یا بیش از آن است.

ب- جرایم تعزیری که درجه چهار و بالاتر است.

پ- جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور که مجازات قانونی آن‌ها درجه پنج و بالاتر است.

ت- ایجاد مزاحمت و آزار و اذیت بانوان و اطفال و تظاهر، قدرت‌نمایی و ایجاد مزاحمت برای اشخاص که به وسیله چاقو یا هر نوع اسلحه انجام شود.

ث- سرقت، کلاهبرداری، ارتشاء، اختلاس، خیانت در امانت، جعل یا استفاده از سند مجعول در صورتی که مشمول بند (ب) این ماده نباشد و متهم دارای یک فقره سابقه محکومیت قطعی به علت ارتکاب هریک از جرایم مذکور باشد.

تبصره- موارد بازداشت موقت الزامی، موضوع قوانین خاص، به جز قوانین ناظر بر جرایم نیروهای مسلح از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون ملغی است.

پیدا کرد. ماده ۳۵ ق.آ.د.ک سابق شاهد این مدعاست. با این حال قانون گذار در ماده ۲۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر داشته که صدور قرار بازداشت موقت جایز نیست مگر در موارد مقرر در بندهای این ماده که بازپرس یا مقام صالح قضایی، می تواند در صورت وجود شرایط مقرر در ماده ۲۳۸ این قانون، قرار بازداشت موقت صادر کند.

با توجه به ماده ۲۳۷ و در صورت وجود یکی از شرایط مقرر در ماده ۲۳۸، صدور قرار بازداشت موقت در موارد زیر که دلایل، قراین و امارات کافی، بر توجه اتهام به متهم دلالت کند، جایز است: جرایم با مجازات قانونی سلب حیات؛ جرایم با مجازات قانونی قطع عضو؛ جرایم تعزیری درجه یک تا چهار؛ جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور در صورتی که مجازات قانونی از درجه یک تا پنج باشد؛ ایجاد مزاحمت و آزار و اذیت بانوان و اطفال و تظاهر، قدرت نمایی و ایجاد مزاحمت برای اشخاص که به وسیله چاقو یا هر نوع اسلحه انجام شود؛ جرایم ارتكابی سرقت، کلاهبرداری، ارتشاء، اختلاس، خیانت در امانت، جعل یا استفاده از سند معمول در صورتی که مجازات قانونی آن ها درجه ۴ و بالاتر باشد و متهم دارای یک فقره سابقه محکومیت قطعی با هر میزان مجازات به علت ارتكاب هریک از جرایم مذکور باشد.

موارد بازداشت موقت الزامی زیر که در قوانین خاص آمده است، به موجب تبصره ماده فوق الذکر صراحتاً لغو گردیده است:

۱- تبصره ۴ ماده ۳ و تبصره ۵ ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری؛

۲- ماده واحده قانون لغو مجازات شلاق مصوب ۱۳۴۴/۳/۶؛

۳- ماده ۳۰ آیین نامه اجرایی قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن، مصوب ۱۳۷۷/۱۰/۲۲؛

۴- تبصره ۲ ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵؛

۵- تبصره ۳ ماده ۱۸ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳۴/۳/۲۹؛

۶- ماده ۳۵ آیین نامه دادرسی و دادگاه های ویژه روحانیت اصلاحی ۱۳۸۴/۹/۳.

منظور از عدم امکان تبدیل قرار بازداشت موقت در مدت یک ماه در هیچ‌یک از مراحل رسیدگی؛ مراحل تحقیقات مقدماتی؛ محاکمه بدوی و تجدیدنظر است و منظور قانون‌گذار آن بوده که چنانچه این سه مرحله داخل در مهلت یک ماه واقع شوند بازداشت موقت همچنان باید پابرجا بماند و نمی‌توان به اعتبار این‌که درمورد متهم حکم صادر شده و اصل مجازات تعیین گردیده قرار او در مدت یک ماه تبدیل کرد.

اگر قبل از مدت یک ماه حکم برائت متهم صادر شود قرار بازداشت فک و متهم بلافاصله از زندان آزاد خواهد شد.^۱ هرچند اصل حکم قابل تجدیدنظر باشد. چون اصل برائت است و حکم برائت موافق با اصل است. به موجب ماده ۷ قانون تشدید مجازات مرتکبین ... در هر مورد از بزه‌های مندرج در این قانون که مجازات حبس برای آن مقرر شده است در صورتی که مرتکب از مأمورین مذکور در این قانون باشد، از تاریخ صدور کیفرخواست از شغل خود معلق خواهد شد. اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۸۹۴ مورخ ۱۳۹۱/۵/۸ این موضوع را مورد تأکید قرار داده است. به موجب این نظریه مراجع اداری مکلف به تبعیت به اجرای دستورات و آرای مراجع قضایی هستند و در موارد مختلفی در قوانین موضوعه از جمله ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی به آن تأکید گردیده است. لذا در صورت صدور دستور تعلیق کارمند از سوی مرجع قضایی، مرجع اداری مجاز به لغو این دستور و اعاده به خدمت کارمند متهم، رأساً نیست.

ضبط مال ناشی از ارتشاء تنها مجازات راشی در فاصله بین تاریخ اجرای قانون تشدید و تاریخ لازم‌الاجرا شدن مبحث تعزیرات قانون مجازات اسلامی است؛ اما چنانچه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون مجازات اسلامی (تعزیرات ۷۵/۴/۲۰) راشی رشوهای داده باشد مجازات حبس نیز به تعزیر مالی او اضافه می‌شود.

۱- ماده ۱۴۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸: «چنانچه قرار منع تعقیب یا موقوفی تعقیب یا برائت متهم صادر شود یا پرونده به هر کیفیت مختومه شود، قرارهای تأمین صادره ملغی الاثر خواهد بود. قاضی مربوطه مکلف است از قرار تأمین وثیقه رفع اثر نماید.»

مبحث سوم: بررسی شمول یا عدم شمول ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری نسبت به کارکنان شرکت‌های غیردولتی در رویه قضایی

حسب دادنامه شماره ۰۰۱۰۸ مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۳، شعبه ۱۰۵۷ دادگاه عمومی تهران^۱، آقای م. ع که از عوامل اجرائیات شهرداری بوده را به لحاظ اخذ رشوه به مبلغ ۷,۰۰۰,۰۰۰ ریال، با استناد به ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، به یک سال حبس تعزیری و ۲ میلیون ریال جزای نقدی و ۲۰ ضربه شلاق و انفصال موقت به مدت یک سال محکوم نموده است. تجدیدنظرخواهی وی از رأی صادره به منظور رسیدگی به شعبه ۷۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران ارجاع که دادگاه مرجوع‌الیه طی دادنامه شماره ۰۰۰۳۰۰ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ با رد درخواست نامبرده دادنامه تجدیدنظر خواسته را مورد تأیید قرار داده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، درادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

جرایم رشاء و ارتشاء در صورتی قابل تحقق هستند که رشوه‌گیرنده (مرتشی) از زمره کارکنان دولت و به تصریح ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری جزء مستخدمین و مأمورین دولتی اعم از قضایی و اداری یا شوراها یا شهرداری‌ها یا نهادهای انقلابی و به‌طور کلی قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح یا شرکت‌های دولتی یا سازمان‌های دولتی یا وابسته به دولت یا مأمورین به خدمات عمومی خواه رسمی یا غیررسمی باشند. بدین ترتیب قانون‌گذار و رویه قضایی ایران هرچند برخلاف نظر برخی از فقها تحقق رشاء و ارتشاء را محدود به امر قضا ننموده لیکن تا آنجا پیش نرفته است که برای اخذ و اعطای رشوه در مورد کارکنان بخش خصوصی هم وصف مجرمانه قائل شود. به‌طور خلاصه می‌توان گفت که کارکنان بخش‌های غیردولتی که خدمات عمومی

۱- پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۴، مجموعه آرای قضایی کیفری، تهران، اداره انتشار رویه قضایی، چاپ اول، ص ۲۳۴

انجام می‌دهند، نمی‌توانند مرتکب ارتشاء شوند.

برای تحقق دو جرم رشاء و ارتشاء در قانون ایران جنبه مالی داشتن، آن چیزی است که داده و گرفته می‌شود. بنابراین هرگاه کارمند در عوض مقاله‌ای که در تعریف و تمجید از او در روزنامه چاپ می‌گردد، یا نمره قبولی که به او یا فرزندش داده می‌شود، یا رأیی که به نفع او در یک محکمه خانواده صادر می‌شود، یا این‌که فرزندش در مدرسه خوبی ثبت‌نام یا به خودش شغل خوبی پیشنهاد می‌گردد، یا دیگری با او ازدواج می‌کند، یا به صرف خواهش و درخواست کسی کاری را (برخلاف وظیفه) انجام دهد یا از انجام آن خودداری ورزد، مرتشی محسوب نخواهد شد، همچنان‌که طرف مقابل نیز در این موارد راشی محسوب نمی‌شود.

محتویات پرونده و مستند ابرازی (قرارداد کاری متهم با پیمانکار شهرداری) مؤید این است که وی مستخدم رسمی دولت یا شهرداری نبوده تا بزه انتسابی‌اش مشمول ماده ۳ قانون تشدید... شود و علاوه بر آن در صورتی که دادگاه متهم را مستحق تخفیف در مجازات می‌داند می‌بایست آن قسمت از مجازات را که مدنظرش در اعمال تخفیف می‌باشد مشخص نماید در غیر این صورت کلیه مجازات را می‌بایستی طبق قانون آئین دادرسی سابق کمتر از حداقل تعیین می‌نمود. لذا آرای صادره شعب بدوی و تجدیدنظر مغایر با قانون ارزیابی می‌گردد.

مبحث چهارم: بررسی تأثیر یا عدم تأثیر اقرار راشی نسبت به مرتشی و توافق بین آنها در رویه قضایی (موضوع ماده ۱۶۴ به بعد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)

در بررسی پرونده کلاسه ۱۹۲۶ شعبه ۱۰۵۷ دادگاه عمومی تهران، شعبه مزبور درخصوص اتهام آقای ع. م فرزند م. دائر بر اخذ رشوه به مبلغ یک میلیارد و هفتصد میلیون تومان، طی دادنامه شماره ۰۳۸۱-۱۳۸۹/۹/۲۲ اعلام نموده که متهم صراحتاً اقرار نموده که کلیه اظهارات متهمان م. ش و ع. ت و پ. ص را قبول دارم و بر این مبنا، با توجه به اقرار دیگر متهمین، بزهکاری وی را محرز دانسته و با استناد به ماده ۳ از قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری حکم مقتضی صادر نموده است که با اعتراض نامبرده و دیگر محکومین به حکم صادره، شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، درخصوص محکومیت آقای ع. م از جهت اخذ رشوه، ضمن رد تجدیدنظرخواهی نامبرده، دادنامه تجدیدنظر خواسته را تأیید نموده است.

علی‌هذا با توجه به محتویات پرونده و دفاعیات متهمان صرف‌نظر از آنکه دادگاه در متن دادنامه به‌منظور محکومیت متهم، اظهارات وی در مرحله مقدماتی و خارج از دادگاه را مبنی بر اینکه کلیه اظهارات متهمان م. ب و ع. ت و پ. ص را قبول دارم، اقرار تلقی نموده است، نکات ذیل قابل‌ذکر است:

متهم در کلیه جلسات دادرسی منکر اصل بزه انتسابی بوده و اظهارات متهمین مذکور و دیگر متهمین نسبت به وی راجع به مبلغ مورد رشوه متفاوت و متناقض می‌باشد. ادعا شده که مبالغی از رشوه مورد ادعا، به‌صورت چک برای کارهای اداری بوده که برخی از آنها وصول نشده است. تعدادی از متهمین راشی و عده‌ای دیگر از متهمین که از همکاران متقاضی اعاده دادرسی بوده‌اند، تبرئه شده‌اند که این امر در میزان واقعی مبلغ مورد ارتشاء توسط متهم تفاوت ایجاد خواهد کرد و در پرونده از نظر کارشناس رسمی دادگستری استفاده نگردیده و مبنا و منشاء مبالغ مورد اشاره، درخصوص اخذ رشوه توسط متقاضی، به‌طور دقیق ذکر نگردیده و مشخص نشده است. صرف احراز این امر که چند فقره چک به‌منظور کار اداری به متهم داده شده باشد خصوصاً اینکه وصول هم نگردیده‌اند، دلیل بر وقوع بزه ارتشاء نیست.

همچنین حسب دادنامه شماره ۸۸۰ شعبه سوم دادگاه نظامی استان تهران، ملاحظه می‌گردد که ستوان سوم آقای مجتبی ... فرزند عربعلی به اتهام اخذ رشوه و ... و آقای ذوالفقار... فرزند اسدالله به اتهام پرداخت رشوه تحت پیگرد قرار گرفته‌اند.

شعبه مزبور به پرونده رسیدگی و به موجب دادنامه شماره ۸۸۰ مورخ ۷۹/۹/۱۴ با توجه به اعترافات متهم ردیف دوم در مراحل مختلف (به‌رغم عدم اقرار متهم ردیف اول) به استناد ماده ۹۳ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح و ماده ۵۹۲ قانون مجازات اسلامی، متهم ردیف اول مجتبی ... را به تحمل پنج ماه حبس تعزیری با احتساب ایام بازداشت و پرداخت سیصد هزار ریال جزای نقدی و محرومیت از ترفیع درجه به مدت دو سال و متهم ردیف دوم ذوالفقار ... را به ضبط وجه الارتشاء و تحمل سی ضربه شلاق محکوم می‌نماید و از سایر اتهامات تبرئه می‌نماید.

همان‌طور که در تحلیل رأی قبل بیان گردید اقرار متهم ردیف دوم در مرحله مقدماتی، فقط نسبت به خود وی نافذ است و اظهارات غیرنظامی عسگر ... که در جلسه دادگاه اظهار داشته ناظر به پرداخت وجه به متهم نبوده و کیفیت ارتباط وی با راشی و اینکه راشی یعنی ذوالفقار ... با آقای ح ... رابطه خادم و مخدومی داشته و برنج‌های فروخته شده متعلق به آقای ح ... بوده که به‌عنوان جنس نامرغوب مرجوع شده و آقای ح ... برای خلاصی از جبران خسارت و پرداخت وجه، خود را به‌عنوان مخبر معرفی و برنج را قاچاق قلمداد و موضوع را به عسگر ... منعکس کرده که عسگر ... مأموران را مطلع کرده است و گزارش مأموران براساس اظهارات اولیّه متهمان تنظیم شده که بعداً منکر آن شده‌اند، مخدوش و فاقد اعتبار قضایی است و نمی‌تواند مبنای علم بر وقوع بزهکاری متهمان قرار گیرد.

به‌رغم اینکه متهم ردیف اول پرونده به نام مجتبی ... در کلیه مراحل تحقیق و جلسات دادگاه نسبت به اتهام اخذ رشوه منکر بوده و بینه‌ای بر اثبات اتهام اقامه نشده و در نتیجه آرای صادره دادگاه‌ها فقط مستند به علم و قطع قاضی می‌باشد که براساس قرائن و امارات موجود حاصل گردیده است.

به موجب قسمتی از دادنامه شماره ۱۳۷-۰۰۹۱/۳/۲۱ صادره از شعبه اول دادگاه نظامی یک اهواز نیز آقایان ع. الف و ه. الف هر دو جمعی پلیس راه به اتهام اخذ رشوه تحت پیگرد قرار گرفته‌اند. متهمان در محضر دادگاه در مراحل قبلی منکر بزه انتسابی شده‌اند ولیکن ع. الف سایر اتهامات را پذیرفته است. دادگاه رسیدگی کرده و به موجب دادنامه صادره با استناد به گزارش یگان و اظهارات متهمان و به استناد بند ب ماده ۱۱۸ و ماده ۵ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، آقای ع. الف را از جهت اخذ رشوه به جزای نقدی به میزان سی میلیون ریال بدل از حبس و جزای نقدی معادل وجه مأخوذه و تنزیل دو درجه و آقای الف را هم از جهت اخذ رشوه به استناد بند الف ماده ۱۱۸ و ماده ۴ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح به ده میلیون ریال جزای نقدی بدل از حبس و جزای نقدی معادل وجوه مأخوذه و تنزیل یک درجه محکوم نموده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه‌های صادره، در ادامه رویه قضایی اتخاذ

شده مورد بحث قرار می‌گیرد:

اعمال مقررات کیفری راجع به رشوه منوط به وجود نوعی توافق، هرچند ظاهری، بین راشی و مرتشی است و در صورت فقدان این توافق، چه به‌طور صریح و چه به‌طور ضمنی، حکم به تحقق رشاء یا ارتشاء از نظر حقوق ما مشکل خواهد بود. به همین دلیل اداره حقوقی قوه قضائیه طی یک نظریه مشورتی اظهار داشته است «در جرم ارتشاء چنانچه متهم به اخذ رشوه به عللی غیرشخصی از جرم انتسابی برائت حاصل نماید، محکوم کردن راشی به همان جرم قابل توجیه نخواهد بود، زیرا بین عمل راشی و مرتشی ملازمه وجود دارد و با انتفای یکی دیگری نیز منتفی می‌شود.^۱»

از آنچه که در مورد لزوم وجود یک توافق صریح یا ضمنی بین راشی و مرتشی از نظر حقوق ایران گفتیم نباید استنباط کرد که محکومیت کسی به رشوه گرفتن حتماً مستلزم محکوم کردن دیگری به رشوه دادن است، زیرا چه‌بسا یک‌طرف، بنا به علل شخصی مثل

۱- نظریه مشورتی شماره ۷/۸۷۱۱ مورخ ۱۳۸۷/۱/۲۹ اداره حقوقی قوه قضائیه

برخورداری از دفاعی چون اضطرار (مذکور در ماده ۵۹۱ «قانون تعزیرات») یا نداشتن عنصر روانی لازم (مثلاً جدی نبودن در اخذ یا اعطای مال، به‌رغم تظاهر به آن) از تعقیب کیفری معاف ولی طرف مقابل محکوم شود.

دیوان عالی کشور در رأیی اعلام نموده که «... ارتشاء عبارت از این است که کارمند دولتی یا مملکتی یا بلدی وجه یا مالی به‌منظور انجام دادن یا انجام ندادن امری که ... مربوط به وظیفه اوست از کسی بگیرد و اگر دهنده وجه در حقیقت قصد دادن رشوه را به مشارالیه نداشته باشد، تأثیری در رفع مسئولیت کیفری او ندارد. چنان‌که، بالعکس، اگر کسی به‌منظور انجام وظیفه یا عدم انجام وظیفه ... چیزی به کارمند دولتی و مملکتی و بلدی بدهد و محقق شود که گیرنده آن بدون قصد انجام منظور او به اغراض دیگری، از قبیل اطلاع دادن به مقامات مربوطه و اعلام جرم بر دهنده آن گرفته و به‌هیچ‌وجه قصد ارتشاء نداشته است، در این صورت دهنده وجه، راشی محسوب می‌شود بدون اینکه گیرنده آن مرتشی شناخته شود و به عبارت آخری بین راشی و مرتشی ملازمه دائمی نیست و به‌طور کلی ممکن است دادن رشوه به وجود عناصر قانونی آن تحقق پیدا کند بدون اینکه مرتشی در بین باشد و بالعکس.^۱»

به‌طور خلاصه می‌توان گفت که استدلال بعضی محاکم در خصوص اخذ رشوه توسط متهمان موجه نیست، زیرا صرفاً از جیب آنان وجوهی کشف شده و افرادی به‌عنوان راشی اقرار به دادن رشوه نموده‌اند لکن متهمان (مرتشی) مصرانه منکرند. علی‌هذا در این خصوص آرای صادره قابل خدشه می‌باشند. صرف پیدا کردن وجوهی در جیب متهم و اقرار برخی افراد به پرداخت رشوه دلیل بر اثبات اتهام دریافت رشوه نیست.

البته از این جهت که دادگاه تمام جرایم ارتكابی را مدنظر قرار داده است، دادنامه را می‌توان هم‌سو با نظریه مشورتی اداره کل حقوقی به شماره ۷/۹۴/۳۳۶۱ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۳ ارزیابی کرد، یعنی در صورتی که مأمورین علاوه بر خودداری از انجام وظیفه، وجوهی از افراد اخذ نمایند مرتکب دو فعل مجرمانه جداگانه شده‌اند. بنابراین هم از حیث اخذ رشوه تحت تعقیب قرار خواهند گرفت و هم از حیث جرم ارتكابی قوانین مربوطه.

۱- رأی شماره ۱۰۰ مورخ ۱۳۲۲/۶/۱ شعبه دوم دیوان عالی کشور، مذکور در: متین، مجموعه وحدت رویه، قضایی، ص ۱۱

مبحث پنجم: بررسی عناصر متشکله رشاء و ارتشاء در رویه قضایی

مطابق دادنامه شماره ۲۴۷۳ شعبه دهم دادگاه نظامی یک تهران^۱، ستوان یکم رضا ... و ستوان سوم محرم ... به ترتیب به اتهام اخذ رشوه و پرداخت رشوه به تحمل ۴ ماه حبس و جزای نقدی معادل وجه مأخوذه و پرداخت دویست هزار ریال جزای نقدی بدل از اخراج و ردیف دوم را به ضبط مال ناشی از رشوه و تحمل ۴۰ روز حبس محکوم می‌نماید...

با اعتراض تجدیدنظرخواهان در فرجه قانونی، پرونده به شعبه چهارم دیوان عالی کشور ارجاع شده که ضمن نقض دادنامه صادره، پرونده به منظور رسیدگی به شعبه دیگر دادگاه نظامی یک تهران ارجاع می‌گردد...

در این مرحله پرونده به شعبه نهم دادگاه نظامی یک تهران ارجاع گردیده، شعبه مذکور پس از استماع دفاعیات متهمین که منطبق با اظهارات قبلی آن‌ها و انکار اتهام انتسابی است، طی دادنامه شماره ۳۵۲-۸۱/۵/۲۲ متهم ردیف اول را به تحمل ۴۰ روز حبس تعزیری با احتساب ایام بازداشت قبلی و ضبط مال ناشی از ارتشاء محکوم می‌نماید.

با اعتراض محکوم‌علیه‌ها پرونده مجدداً به شعبه چهارم دیوان عالی کشور ارجاع شده است. هیأت شعبه با اصراری تشخیص دادن رأی، با استناد به بند ج ماده ۲۶۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، پرونده را خدمت ریاست دیوان عالی کشور ارسال تا دستور فرمایند نسبت به طرح پرونده در هیأت عمومی دیوان عالی کشور اقدام قانونی معمول گردد.

هیأت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور به شرح ذیل رأی اصراری صادر نموده است:

نظر به اینکه موضوع اتهامات، رشاء و ارتشاء است و طبق ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، مرتشی کسی است که برای انجام یا عدم انجام امری از امور اداری، وجه یا مالی قبول می‌کند و با توجه به محتویات پرونده، ترتیب قانونی مزبور درمورد ستوان رضا ... که به اتهام اخذ رشوه

۱- اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۴، مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تهران، چاپ اول، ص ۲۹۰

محکوم شده محقق نیست و اقدام ستوان محرم ... در پرونده با ماده ۵۹۲ قانون تعزیرات مصوب ۷۵ که شرایط رشاء را پیش‌بینی نموده است، قابل تطبیق نیست و متهمان نیز در کلیه مراحل رسیدگی منکر ارتکاب جرایم انتسابی شده‌اند و صرف پرداخت و دریافت وجه به فرض صحت، بدون تحقق شرایط قانونی فوق‌الذکر مجوز محکومیت محسوب نمی‌شود، لذا اعتراض وارد است. بنا به جهات مذکوره با مستفاد بند ((ج)) ماده ۷ قانون تجدیدنظر آرای دادگاه‌ها مصوب ۱۳۷۲ دادنامه شماره ۳۵۲-۸۱/۵/۲۲ صادره از شعبه نهم دادگاه نظامی یک تهران با اکثریت آراء نقض و رسیدگی مجدد به دادگاه دیگری از شعب نظامی یک تهران ارجاع می‌شود.

➤ **علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه‌های صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.**

رشاء و ارتشاء مانند سایر جرایم از جرایمی هستند که مرتکب، باید از روی عمد و اراده آن را انجام داده باشد و ارتکاب آن به صورت غیرعمدی یا خطایی متصور نیست. در مورد تعزیرات اصل بر عمدی بودن جرایم است و برای قابل مجازات بودن مرتکب، باید قصد و عمد او را احراز کرد. در حدود نیز چنین است. بنابراین کسی که مرتکب یکی از جرایم مستوجب حد مانند سرقت گردد و عنصر روانی وی مخدوش باشد قابل مجازات نیست. در تعزیرات نیز جرم غیرعمدی وجود ندارد و اگر کسی در اثر سهو یا اشتباه یا در خواب و بیهوشی مرتکب یکی از جرایم تعزیری شود مسئولیت کیفری ندارد هرچند مسئول جبران خسارت مدنی خواهد بود. لذا اگر کسی در اثر اجبار یا اکراه یا در اثر اشتباه موضوعی یا خواب از دیگری مالی بگیرد یا بدهد نمی‌توان وی را به عنوان ارتکاب رشاء یا ارتشاء مسئول دانست؛ اما قصد عام در رابطه با این جرم این است که مرتکب بداند عمل او خلاف قانون است و رفتار ارتكابی، جرم است و قصد خاص وی دریافت یا پرداخت رشوه به کارمند دولت به منظور اجابت خواسته وی است. به طور خلاصه می‌توان گفت که برای تحقق شرایط بزه ارتشاء، قبول وجه یا مال از ناحیه مرتشی به منظور انجام یا عدم انجام امری، ضروری می‌باشد.

علاوه بر اینکه مرتکب باید در کاری که انجام می‌دهد قاصد و عامد باشد و راشی یا مرتشی نباید در حال خواب یا بیهوشی یا مستی بوده بلکه به نکاتی هم عالم باشند. بنابراین علاوه بر لزوم وجود قصد در لحظه گرفتن و دادن پول باید علم هم وجود داشته باشد. چه راشی و چه مرتشی باید علم به سمت اداری مرتشی داشته باشند. بنابراین اگر در لحظه دادن یا گرفتن پول هر کدام از آنان از سمت گیرنده مطلع نباشد از لحاظ کیفری مسئول نیست؛ مانند اینکه گیرنده وجه نداند که در آن لحظه به استخدام دولت درآمده است. ثانیاً مرتکب باید بداند که دادن یا گرفتن وجه یا مال برای انجام یا عدم انجام کاری در اداره متبوع گیرنده است والا اگر تصور کند که این وجه بابت هدیه عروسی یا تولد فرزند اوست مسئولیت کیفری نخواهد داشت.^۱

سؤالی که ممکن است پیش آید این است که اگر مرتکب در لحظه گرفتن مال به موارد فوق علم نداشته باشد اما پس از اینکه فهمید این پول به عنوان رشوه داده شده از استرداد آن خودداری نماید یا آن را به عنوان رشوه بپذیرد حکم قضیه چیست؟

دکتر میرمحمد صادقی در کتاب خود در این باره می‌گوید: چون عنصر مادی و عنصر معنوی باید با یکدیگر تقارن زمانی داشته باشند و در این مثال این تقارن وجود ندارد، (زمانی که رکن مادی اتفاق می‌افتاده، سوءنیتی در کار نبوده و زمانی که علم حاصل شده عمل مادی اتفاق نیفتاده است) بنابراین نمی‌توان شخص را از لحاظ کیفری مسئول دانست.

انگیزه علی‌الاصول هیچ تأثیری در مسئولیت کیفری ندارد؛ اما انگیزه شرافتمندانه می‌تواند در بعضی از جرایم موجب تخفیف مجازات مرتکب شود. بنابراین ملاحظه می‌شود انگیزه هیچ تأثیری در مسئولیت ندارد و آنچه مبنای تعیین مسئولیت است قصد و علم مرتکب می‌باشد؛ اما انگیزه در بعضی از جرایم، همین حد از تأثیر را نیز ندارد. مثلاً در جنایات انگیزه شرافتمندانه اثری ندارد و چنانچه عمد احراز گردد شخص مستوجب قصاص است اما در جرایم تعزیری می‌تواند مؤثر باشد. حال اینکه کارمند مرتشی که قاصد و عالم

۱- میرمحمد صادقی، حسین، ۱۳۸۸، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ چهاردهم، ص ۳۸۸

است اگر چنانچه قصد داشته باشد رشوه را برای فرد بسیار نیازمندی بگیرد و به او هم برساند تنها می‌تواند در صورت اثبات از تخفیف مجازات برخوردار باشد و الا مسئولیت کیفری او به اتهام اخذ رشوه به جای خود باقی است.

به‌رغم اینکه قانون‌گذار ایران تنها در ماده ۵۹۲ «قانون تعزیرات» راجع به رشاء، قیود «عاملاً و عامداً» را به‌کار برده و در ماده ۳ «قانون تشدید» راجع به ارتشاء، ذکر از این واژه‌ها به میان نیاورده است، لیکن برای تحقق هر دو جرم مرتکب باید از روی عمد و اختیار مالی را از دیگری گرفته (ارتشاء) و یا به او داده باشد (رشاء). بنابراین هرگاه این کار در حال خواب و بی‌اختیاری و مستی صورت گیرد مرتکب فاقد مسئولیت کیفری خواهد بود.

آنچه عقل سلیم به آن حکم می‌کند این است عملی که از شخصی سر می‌زند هرچند خلاف موازین قانونی و شخص مرتکب آن شده باشد فقط وقتی مسئول است که عمل او از روی عمد انجام یافته باشد.^۱

اگر مرتشی قبلاً از خدمت دولت منفصل گشته و سپس به خدمت اعاده شده ولی خود یا فرد رشوه دهنده هنوز از این حکم جدید مطلع نباشد فرد جاهل را نمی‌توان به ارتکاب یکی از دو جرم رشاء یا ارتشاء محکوم کرد. البته صرف این نکته که مرتکب از شمول قانون نسبت به خود ناآگاه باشد (مثلاً نداند که کارکنان شهرداری‌ها نیز تحت شمول قوانین راجع به ارتشاء قرار می‌گیرند) نمی‌تواند موجب گریز وی از مسئولیت کیفری به استناد جهل به قانون گردد.

۱- سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، ۱۳۸۹، برنامه مبارزه با فساد و ارتقاء سلامت در نظام اداری، تهران، چاپ دوم، ص ۳۸

مبحث ششم: تشریح رویکرد مراجع قضایی و رویه قضایی موجود پیرامون اثبات رشاء و ارتشاء

حسب دادنامه شماره ۱۱/۴۷۷ شعبه یازده دیوان عالی کشور^۱، متهمان سروان اسماعیل و حسن و محمود (غیرنظامی)، به ترتیب متهم به اخذ رشوه در دو دفعه و پرداخت رشوه به وسیله ردیف سوم به ردیف اول و نهایتاً معاونت در پرداخت رشوه می‌باشند.

دادگاه با استناد به ماده ۹۳ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح با رعایت کیفیات مخففه، متهم سروان اسماعیل ... را به استرداد میزان مأخوذه صد و چهل و پنج هزار تومان و معادل آن جزای نقدی و تحمل سه ماه زندان بدل از اخراج محکوم و محمود ... را به عنوان معاونت در پرداخت رشوه (در رأی عنوان راشی) به استناد ماده ۵۹۳ قانون مجازات اسلامی ناظر به ۵۹۲ همان قانون به پرداخت دویست هزار ریال جزای نقدی بدل از حبس محکوم و حسن را به لحاظ عدم کفایت دلیل از بزه رشاء تبرئه نموده است. وکیل محکوم علیه اسماعیل به رأی صادره اعتراض نموده و پرونده با لوائح دفاعیه به دیوان عالی کشور ارسال و به یکی از شعب ارجاع گردیده است.

شعبه دیوان در دادنامه ۱۱/۴۷۷ با ایراد در دادنامه بدوی مبنی بر اینکه بر فرض ثبوت دادن رشوه، این امر توسط حسن... به سروان اسماعیل ... صورت گرفته، چگونه حسن... به لحاظ فقد دلیل از دادن رشوه تبرئه می‌گردد و سروان اسماعیل ... محکوم به دریافت رشوه می‌گردد. درحالی که بین رشاء و ارتشاء ملازمه است و محمود ... به عنوان معاون در دادن پول، رشوه تلقی شده و در رأی صادره، راشی عنوان گردیده است، لذا اعتراض را وارد دانسته و با نقض رأی، پرونده را به شعبه دیگری از محاکم نظامی استان مازندران ارجاع نموده و ظاهراً در محل مرجوع الیه تنها یک دادگاه نظامی یک بیشتر وجود نداشته، پرونده به دادگاه های نظامی یک استان سمنان ارسال و به شعبه اول ارجاع شده است.

شعبه اخیر نیز با تشکیل دو جلسه و تحقیق و بررسی، سرانجام مبادرت به صدور رأی نموده و در رأی شماره ۴۳۸-۷۶/۱۰/۲، اتهام نامبردگان را محرز دانسته و به استناد ماده ۹۳ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح و رعایت ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی، متهم

۱- اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۵، مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تهران، چاپ ۸۵، ص ۱۶۶

ردیف اول را به رد مال الارتشاء و معادل آن جزای نقدی به صندوق دولت و شش ماه حبس تعزیری و یکصد و پنجاه هزار تومان جزای نقدی بدل از اخراج از نیروی مسلح محکوم نموده و متهم ردیف دوم حسن ... را با استناد به ماده ۵۹۲ قانون مجازات به ضبط وجه الارتشاء و سه ماه زندان و متهم ردیف سوم محمود ... را با استناد به ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی ناظر به ماده ۵۹۲ قانون مذکور به دویست هزار ریال جزای نقدی محکوم نموده است.

پس از ابلاغ، رأی صادره مورد اعتراض وکیل سروان ... و خود متهم قرار گرفته و پرونده با لوائح اعتراضیه به دیوان ارسال و به یکی از شعب ارجاع گردیده است. شعبه دیوان به لحاظ نقص تحقیقات (لزوم حضور وکیل) دادنامه صادره را نقض و مجدداً پرونده را به همان دادگاه صادرکننده رأی منقوض ارجاع می‌نماید.

سرانجام دادگاه نظامی سمنان مجدداً طی رأی شماره ۵۷۵-۷۹/۱۲/۱۴ متهم ردیف اول سروان اسماعیل را به استرداد وجه مأخوذه رشوه به مبلغ ۱۴۵,۰۰۰ تومان و جزای نقدی معادل آن به صندوق دولت و چهار ماه حبس با احتساب ایام بازداشت و یکصد و پنجاه هزار تومان جریمه بدل از اخراج از نیروی مسلح محکوم و متهم ردیف دوم حسن ... را به استناد ماده ۵۹۲ قانون مجازات اسلامی با رعایت ماده ۲۲ قانون مذکور به ضبط همان وجه الارتشاء و سه میلیون ریال جزای نقدی بدل از حبس محکوم می‌نماید.

رأی صادره پس از ابلاغ مورد اعتراض و تجدیدنظرخواهی آقایان سروان پاسدار اسماعیل ... و حسن ... قرار گرفته و پرونده ضمن لوائح تنظیمی به دیوان عالی کشور ارسال و حسب سابقه با ثبت به کلاسه ۱۵-۷۸۱۵-۱۱ به یکی از شعب ارجاع گردیده است.

هیأت شعبه نسبت به دادنامه شماره ۵۸۵-۷۹/۱۲/۱۴ تجدیدنظر خواسته مشاوره نموده و موضوع را از مصادیق رأی اصراری تشخیص و با استناد به ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، پرونده را به‌نظر ریاست دیوان عالی کشور برای طرح در هیأت عمومی اصراری می‌رساند.

هیأت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور مبادرت به صدور رأی اصراری نموده و اعتراض نسبت به رأی صادره از شعبه اول دادگاه نظامی یک سمنان را وارد دانسته است. زیرا متهم در کلیه مراحل رسیدگی منکر اخذ رشوه شده و دلیلی بر اثبات اتهام وارده اقامه نگردیده است. بنابراین به استناد بند (ج) ماده ۷ قانون تجدیدنظر آرای دادگاه‌ها مصوب ۱۳۷۲ و به اکثریت آراء، دادنامه شماره ۵۸۵-۷۹/۱۲/۱۴ دادگاه مزبور نقض و رسیدگی مجدد به دادگاه دیگری از دادگاه‌های نظامی یک سمنان، در صورت نبودن دادگاه نظامی یک دیگر در این محل؛ به دادگاه نظامی یک نزدیک‌ترین محل ارجاع می‌گردد.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، درادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

الف: محکومیت آقای اسماعیل ... فاقد دلیل معتبر می‌باشد، زیرا نه اقراری بر اتهام انتسابی در کلیه مراحل تحقیقات و محاکمه وجود دارد و نه دلیل و مدرک کشف جرم و نه بینه و شاهد واجد شرایط، بلکه صرفاً به اظهارات اشخاصی به‌عنوان متهم و یا مطلع استناد شده که متأسفانه در همه آن‌ها تناقض‌گویی آشکار وجود دارد و می‌توان به تناقض‌گویی حسن ... و تناقض‌گویی محمود ... و تناقض بین اظهارات این دو نفر با یکدیگر و تناقض‌گویی رحمتا... اشاره نمود.

ب: رأی شماره ۴۳۸/۷۶ مورخ ۷۶/۱۰/۲ دادگاه نظامی یک سمنان نسبت به حسن که به‌موجب رأی دادگاه نظامی یک ساری تبرئه شده بود و قطعیت یافته و مقامات ذی‌صلاح به رأی صادره اعتراض نکرده‌اند، لکن وی را محکوم نموده است، این محکومیت فاقد وجهت قانونی می‌باشد.

ج: رأی شماره ۵۸۵/۷۹ مورخ ۷۹/۱۲/۱۴ دادگاه نظامی یک سمنان نیز که حسن ... را مجدداً محکوم نموده، به دلیل مذکور در بند (ب) فاقد وجهت قانونی است.

رأی شماره ۱۴۵ شعبه دیوان عالی کشور از این حیث که گفته شده «درمورد تجدیدنظرخواهی آقای محمود... با توجه به اینکه به‌موجب رأی دادگاه نظامی مازندران

محکوم گردیده و به لحاظ عدم اعتراض او قطعیت یافته» اشتباه می‌باشد؛ زیرا پس از محکومیت وی در دادگاه نظامی سمنان که فاقد وجاهت قانونی نیز بوده، وی اعتراضی به حکم به عمل نیاورده، یعنی محمود در دادگاه ساری که محکوم شده، اعتراض نکرده بود، مجدداً وقتی در دادگاه نظامی سمنان مطرح گردیده، دادگاه نظامی سمنان او را محکوم کرده است، این رأی فاقد وجاهت قانونی نیز بوده؛ زیرا وی اعتراضی به حکم نکرده، هرچند حکم دادگاه نظامی ساری در خصوص وی به علت عدم اعتراض، قطعیت یافته است.

در رأی شماره ۱۵ چنین آمده است «اشتباهاً به جای حسن ... نام محمود قید شده، درحالی که محکومیت او قطعی بوده، فلذا صدور حکم به محکومیت حسن ... مورد نداشته و نقض بلاارجاع می‌گردد.» این موضوع به نظر اشکال دارد. به این دلیل که براساس رأی شعبه اول دادگاه نظامی ساری، حسن ... محکومیتی نیافته بود تا نسبت به آن تجدیدنظرخواهی کرده باشد، همچنین وقتی محکومیت محمود ... قطعیت یافته و تقاضای تجدیدنظر هم نکرده است، نظریه شعبه محترم دیوان در ذیل رأی شماره ۱۵ مبنی بر اینکه درباره آقای محمود... پس از اظهارنظر هیأت عمومی اصراری اظهارنظر خواهد شد، فاقد وجاهت قانونی است.

در رأی شماره ۱۵ بین برائت پرداخت کننده رشوه به نام حسن ... و دریافت کننده به نام اسماعیل ... ملازمه قائل شده‌اند که صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا با فرض تحقق جرم، راشی محمود ... بوده نه حسن ... و درواقع در این قضیه دو عامل ربط وجود داشته، یکی رابطه بین حسن و محمود که می‌توانسته فاقد عنوان رشوه باشد و دیگری رابطه بین محمود و اسماعیل که می‌توانسته واجد عنوان رشوه باشد، بنابراین ملازمه‌ای بین برائت حسن و اسماعیل نخواهد بود. بنا به مراتب فوق، رأی شعبه یازدهم دیوان عالی کشور صرفاً از این جهت که حکم محکومیت اسماعیل را وارد ندانسته است صحیح می‌باشد. صرف نظر از ایرادات مطروحه، عملکرد شعبه بدوی و تجدیدنظر و دیوان عالی کشور از حیث رسیدگی به اتهامات متهم اصلی و شرکا و معاونین، مطابق نظریه مشورتی اداره کل حقوقی بوده است. اداره کل مزبور در نظریه شماره ۷/۴۸۶۶ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۷ بیان نموده است به استناد ماده ۵۶ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و به صراحت ماده ۱۹۸ قانون آئین دادرسی

کیفری ۱۲۹۰ و رأی وحدت رویه شماره ۷۰۶ مورخ ۱۳۸۶/۹/۲۰ شرکا و معاونین جرم در دادگاهی محاکمه می‌شوند که صلاحیت رسیدگی به اتهام متهم اصلی را داراست. لذا بعد از صدور حکم بدوی، مرحله تجدیدنظرخواهی نیز باید در مرجع واحد صورت گیرد. زیرا احراز مجرمیت معاون جرم منوط به احراز مجرمیت مباشر جرم است.

طبق ماده ۷۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ هرکس در جرایم تعزیری معاونت می‌نمود حسب مورد به حداقل مجازات مقرر در قانون برای همان جرم محکوم می‌گردید. مثلاً در رانندگی بدون پروانه، مجازات مرتکب طبق ماده ۷۲۳ تا دو ماه حبس یا جزای نقدی تا یک میلیون ریال تعیین شده است. برای تعیین مجازات معاون این جرم مشکل وجود داشت؛ زیرا حداقل در قانون معین نشده بود.^۱ ولی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۱۲۷ از آشفتگی مجازات معاون جرم فاصله گرفته است و با توجه به شدت جرم ارتكابی به احصاء مجازات قابل اعمال بر مرتکب می‌پردازد.^۲

همان‌طور که در متن ماده اشاره گردیده است در جرایم مستوجب تعزیر مجازات معاون، هم‌سنگ مجازات مباشر خواهد بود با این‌وجود در مواردی که مجازات مباشر مصادره اموال، انفصال دائم، انتشار حکم محکومیت است مجازات قابل اعمال بر معاون، جزای نقدی می‌باشد. با توجه به ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در حقوق کیفری ایران، نظریه مجرمیت عاریه‌ای پذیرفته شده است و اصولاً مجازات معاون کمتر از مجازات مباشر است. ولی در برخی مواد خاص مثل مواد ۵۱۲ و ۶۳۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ قاعده مجرمیت مستقل نیز پذیرفته شده است.^۳

۱- دفتر تحقیقات دادگستری تهران، ۱۳۷۸، مجموعه دیدگاه‌های قضات دادگستری استان تهران، انتشارات گنج دانش، ص ۵۷

۲- در صورتی که در شرع یا قانون مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد مجازات وی به شرح زیر است:

الف) در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات یا حبس دائم است، حبس تعزیری درجه دو یا سه؛

ب) در سرقت حدی و قطع عمدی عضو، حبس تعزیری درجه پنج یا شش؛

پ) در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها شلاق حدی است سی‌ویک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش؛

ت) در جرایم موجب تعزیر یک تا دو درجه پایین‌تر از مجازات جرم ارتكابی.

۳- گروه علمی مؤسسه آموزش عالی آزاد چتر دانش. قانون یار مجازات اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۳، انتشارات چتر دانش، ص

مبحث هفتم: بررسی رویه قضایی در خصوص وصول وجه الرشاء از ناحیه مرتشی

به موجب کیفرخواست شماره ۲۱۸۲ دادسرای عمومی ساری^۱، آقای غلامحسین فرزند حسن به اتهام اخذ رشوه به مبلغ دو میلیون ریال از آقای قربانعلی و آقای سیروس فرزند حمزه به اتهام معاونت در اخذ رشوه به مبلغ دو میلیون ریال و آقای قربانعلی فرزند شعبانعلی به اتهام دادن رشوه به متهمین ردیف‌های اول و دوم، تحت تعقیب قرار گرفته‌اند و دادگاه متهم ردیف اول آقای غلامحسین را به استناد ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و ... و تبصره‌های زیر آن به دو سال حبس و پرداخت مبلغ پنجاه هزار تومان به حساب دولت اسلامی و انفصال موقت به مدت یک سال از خدمات دولتی و تحمل سی ضربه شلاق تعزیری و متهمان ردیف دوم و سوم را نیز هریک به تحمل دو سال حبس و سی ضربه تازیانه و ضبط مبلغ پنجاه هزار تومان پرداختی به نفع دولت محکوم می‌نماید.

محکوم‌علیه‌هم نسبت به حکم صادره تجدیدنظرخواهی نمودند که پرونده برای رسیدگی به شعبه یازدهم دیوان عالی کشور ارجاع، هیأت شعبه پس از رسیدگی محتویات پرونده به موجب دادنامه شماره ۲۱۱/۴۳۷ دادنامه تجدیدنظر خواسته را نقض و رسیدگی مجدد را به شعبه دیگر دادگاه‌های کیفری یک ساری ارجاع نموده است.

شعبه دهم دادگاه کیفری یک ساری پس از نقض فرجامی به موضوع رسیدگی و به استناد ماده ۳ و تبصره ۳ از ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری متهم ردیف سوم را به پرداخت سیصد و پنجاه هزار ریال جریمه نقدی و تحمل شش ماه حبس تعزیری و متهم ردیف دوم را علاوه بر ضبط مال ناشی از ارتشاء به نفع دولت به تحمل شش ماه حبس تعزیری و متهم ردیف اول را به پرداخت چهارصد هزار ریال جزای نقدی و به انفصال موقت از خدمات دولتی به مدت دو سال و به تحمل سی ضربه شلاق و پانزده ماه حبس تعزیری با احتساب ایام بازداشتشان محکوم می‌نماید.

با تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه‌هم و وکلای دو نفر از آنان، پرونده به دیوان عالی کشور ارسال و شعبه اجمالاً بر نقض دادنامه شماره ۱۳۴/۷۳-۷۳/۲/۲۱ فرجام خواسته مشاوره

۱- اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۹۰، مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تهران، چاپ پنجم، ص ۶۷۰

نموده و پرونده به منظور طرح در هیأت عمومی کیفری دیوان عالی کشور نزد ریاست دیوان عالی کشور ارسال شده است.

هیأت مزبور با توجه به محتویات پرونده و نظر به انکار متهمین و مفاد رأی صادره از شعبه یازدهم دیوان عالی کشور و مستندات آن، رأی صادره را نقض و رسیدگی مجدد را به دادگاه دیگر از محاکم ساری ارجاع می نماید.

➤ علی هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می گیرد:

به هر دو رأی ایراد وارد است هم رأی اولیه و هم رأی دیوان عالی کشور. زمانی که متهمین اعتراض کردند دیوان عالی کشور باید وارد بحث قانونی می شد. برای اینکه قانون در زمان صدور حکم برای راشی مجازات تعیین نکرده و مجازات راشی فقط ضبط مال الرشوه است نه حبس. متهم هم تجدیدنظرخواهی کرده و بهتر بود دیوان عالی کشور اساساً وارد این ایراد می شد که طبق قانون نباید مجازات تعیین می کرده است.

اما در مورد رأی دیوان عالی کشور بحث این است که مبلغی از چک که وصول شده یا وصول نشده چه اثری در تحقق جرم رشوه دارد. مثل اینکه بگوییم کسی که رشوه پرداخته هزار تومانی تقلبی داده است، یا طلایی که داده است سکه مجعول است. آنچه مهم است بحث گرفتن رشوه است و اثر بعدی اش چه می شود ملاک نیست. مرتشی مطالبه دو میلیون وجه کرده است و راشی دو میلیون چک داده است. اینکه بعد وصول می شود یا نمی شود؛ تفاوتی ندارد. در قانون هم گفته حتی اگر بابت رشوه سند هم بدهد باز رشوه است اگر نوشته هم بدهد که من این قدر به تو می دهم باز رشوه است. گاهی متهمان در بخشی از بازجویی ها اظهار می دارند که چون پنجاه هزار تومان را نگرفته پس به حساب نمی آید یا بعد گفته بشود چون صد و پنجاه هزار تومان را دیگری وصول کرده است یعنی چک را من و بعد هم دیگری وصول می کند این هم ملاک نمی شود. به نظر می رسد اقرار هم درست است. باوجود چکی که متهم گرفته است و همچنین باوجود قرائن دیگری که دلالت بر اخذ رشوه

دارد نمی‌شود گفت ملاک نیست چون اقرار آنجا بوده و نزد حاکم دادگاه هم نبوده و اصلاً اثری ندارد.

آنچه به یک کارمند ارتباط دارد، قبول وجه یا سند است. حتی اگر یک قطعه چک بین طرفین ردوبدل شده ولو اینکه دو ساعت بعد اعلام کرده که من منصرف شدم تأثیری ندارد. درست مثل موردی است که سارق مال مسروقه را دو ساعت بعد تحت تأثیر عوامل دیگری سر جایش بگذارد و اگر جهات تحقق سرقت محقق شده باشد سارق مستوجب مجازات است. اگر تا این حدود قبول داشته باشیم و بحث اقرار و قرائن و امارات را ملاک قرار دهیم رشوه تحقق پیدا کرده و احکام صادره صحیح و همسو با رویه قضایی است.

لازم به ذکر است مسئله تخفیف تبصره یک ماده یک قانون تشدید مجازات که در مورد کلاهبرداری و همچنین ارتشاء و اختلاس است و تخفیف را مقید می‌کند به حداقل؛ (یعنی اگر در سایر موارد مثل اختلاس و ارتشاء جهات تخفیف وجود داشته باشد دادگاه نمی‌تواند از حداقل کمتر تعیین مجازات بکند) اما قانون مجازات اسلامی به‌طور کلی تخفیف را به‌طور نامحدود تجویز کرده بود و حتی اجازه می‌داد در مقام تخفیف مجازات به نوع دیگری تبدیل بشود. بر فرض اینکه بحث خاص و عام مطرح بشود یعنی بگوییم قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء یک قانون خاص است و قانون مجازات اسلامی قانون عام و عام نمی‌تواند ناسخ خاص باشد. معتبر بودن خاص باوجود عام موقعی مطرح است که عام و خاص هر دو وجود داشته و هر دو معتبر و لازم‌الاجرا باشند ولی وقتی که قانون مجازات اسلامی صراحتاً می‌گوید کلیه مقررات مغایر با این قانون ملغی است، این کل دلالت بر عموم قوانین دارد خواه مطلق؛ خواه عام؛ خواه خاص و لذا مقررات قانون تشدید مجازات به وضوح با موضوع تخفیف مطروحه در قانون مجازات اسلامی مخالف و مغایر است. در زمان حاکمیت قانون مجازات اسلامی سابق و فعلی تقریباً می‌شود گفت که اغلب دادگاه‌ها قانون مجازات اسلامی را مورد عمل قرار داده‌اند.

مبحث هشتم: بررسی عنصر مادی جرم ارتشاء در رویه قضایی (موضوع ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری)

حسب دادنامه شماره ۱۶۳۷، شعبه هفتم دادگاه نظامی یک تهران^۱ ناخدا کیوان ... را به جرم اخذ رشوه علاوه بر پرداخت جزای نقدی به مبلغ یک میلیون ریال به تحمل شش ماه حبس تعزیری و آقای رضا ... را به ضبط مبلغ مورد ارتشاء به نفع صندوق دولت محکوم نموده است.

دادنامه صادره پس از ابلاغ مورد اعتراض ناخدا کیوان ... و وکیل مدافع نامبرده قرار گرفته و پرونده به منظور رسیدگی به اعتراض آنان به دیوان عالی کشور ارسال و به یکی از شعب ارجاع و شعبه با تهیه گزارش لازم، طی دادنامه شماره ۳۵۳، دادنامه تجدیدنظر خواسته را در مورد آقای کیوان کلاً نقض و مقرر گردیده پرونده در این خصوص در شعبه دیگر دادگاه نظامی یک تهران مورد رسیدگی مجدد قرار گیرد.

پرونده به مرجع مربوطه اعاده و به شعبه پنجم دادگاه نظامی یک تهران ارجاع گردیده و مورد رسیدگی مجدد قرار گرفته و دادگاه مرجوع الیه نیز با جری تشریفات، در مقابل شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور (شعبه ما نحن فیه) در مورد رشوه بر رأی سابق اصرار ورزیده است.

محکوم علیه ناخدا کیوان و وکیل مدافعش به دادنامه صادره اعتراض نموده و پرونده به منظور رسیدگی به اعتراض نامبردگان به دیوان عالی کشور ارسال گردیده است.

هیأت شعبه اجمالاً رأی صادره از شعبه پنجم دادگاه نظامی یک تهران در مورد اتهام اخذ رشوه را منتسب به ناخدا کیوان اصراری تشخیص و به منظور طرح در هیأت عمومی (شعب کیفری) به محضر ریاست دیوان عالی کشور ارسال نموده است.

اعضا به اتفاق آراء، رأی شعبه محترم ۳۲ دیوان عالی کشور را تأیید نموده اند. هیأت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور به موجب رأی اصراری اعتراض متهم آقای کیوان ... نسبت به حکم تجدیدنظر خواسته را وارد دانسته است زیرا اتهام منتسبه انطباق با عناصر

۱- اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۹۰، مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تهران، چاپ دوم، ص ۲۶۸

متشکله بزه ارتشاء مندرج در ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ نداشته و مشارالیه نیز در کلیه مراحل رسیدگی منکر اخذ رشوه شده و دلیلی هم بر تحقق جرم و احراز مجرمیتش در پرونده امر مشهود نمی‌باشد. بنابراین حکم تجدیدنظر خواسته به استناد بند (ج) ماده ۷ قانون تجدیدنظر آرای دادگاه‌ها مصوب ۱۳۷۲ به اتفاق آرا نقض و رسیدگی مجدد به دادگاه دیگری از دادگاه‌های نظامی یک تهران ارجاع شده است.

➤ **علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:**

عنصر مادی صَوْر عام جرم رشاء و ارتشاء را باید در سه ماده به شرح زیر جست‌وجو کرد: اول، ماده ۳ «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری» مصوب سال ۱۳۶۷ (راجع به جرم ارتشاء). دوم، ماده ۵۹۲ «قانون تعزیرات» مصوب سال ۱۳۷۵. همان‌طور که از متن مواد مزبور معلوم می‌شود، عمل فیزیکی لازم برای تحقق عنصر مادی جرایم رشاء و ارتشاء عبارت است از «دادن» یا «قبول کردن» وجه یا مال یا سند پرداخت وجه یا تسلیم مال (که اولی عمل فیزیکی در جرم رشاء و دومی عمل فیزیکی در جرم ارتشاء می‌باشد) و نیز «انجام معامله» با مبلغ غیر واقعی. (درمورد جرم رشاء).

سوم، ماده ۵۹۰ «قانون تعزیرات» مصوب سال ۱۳۷۵ (در تبیین معنی رشوه).^۱

بدین ترتیب کارمندی که در مقابل انجام یا عدم انجام کاری برای ارباب رجوع، مالی را از وی قبول می‌کند یا ملک او را به بهایی بسیار کمتر از قیمت واقعی آن می‌خرد مرتشی و طرف مقابل راشی محسوب می‌شود. نکته قابل ذکر در مورد واژه (قبول نماید) مذکور در ماده ۳ «قانون تشدید ...» آن است که با توجه به ظاهر عبارت ماده مذکور و با توجه به اینکه ماده ۵۹۲ ضمن اشاره به ماده ۳ از «دادن» وجه یا مال یا سند سخن گفته است، تردیدی باقی نمی‌ماند که منظور ماده ۳ از «قبول نماید» آن است که کارمند مورد بحث وجه یا مال یا سند را «اخذ نماید» بنابراین به صرف اینکه وی «پیشنهاد» ارباب رجوع را برای دادن وجه یا مال یا سندی به وی «بپذیرد» جرم ارتشاء محقق نخواهد شد.^۲

در تأیید این عقیده اداره حقوقی قوه قضائیه در پاسخ به این سؤال که «آیا صرف وعده و قراری که بین شخصی به عنوان راشی و دیگری به عنوان مرتشی گذاشته می‌شود برای تحقق

۱- ماده ۳: «هر یک از مستخدمین و مأمورین دولتی اعم از قضایی و اداری یا شوراها یا شهرداری‌ها یا نهادهای انقلابی و به‌طور کلی قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح یا شرکت‌های دولتی یا سازمان‌های دولتی یا وابسته به دولت و یا مأمورین به خدمات عمومی، خواه رسمی و یا غیررسمی، برای انجام دادن یا ندادن امری که مربوط به سازمان‌های مزبور می‌باشد وجه یا مال یا سند پرداخت وجه یا تسلیم مالی را مستقیماً یا غیرمستقیم قبول نماید در حکم مرتشی است، اعم از اینکه امر مذکور مربوط به وظایف آن‌ها بوده یا آنکه مربوط به مأمور دیگری در آن سازمان باشد، خواه آن کار را انجام داده یا نداده و انجام آن بر طبق حقانیت و وظیفه بوده یا نبوده باشد و یا آنکه در انجام یا عدم انجام آن مؤثر بوده یا نبوده باشد به ترتیب زیر مجازات می‌شود ...»

ماده ۵۹۲: «هرکس عالماً و عامداً برای اقدام به امری یا امتناع از انجام امری که از وظایف اشخاص مذکور در ماده (۳) قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۷۶/۹/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌باشد وجه یا مالی یا سند پرداخت وجه یا تسلیم مالی را مستقیم یا غیرمستقیم بدهد در حکم راشی است ...»

ماده ۵۹۰: «اگر رشوه به صورت وجه نقد نباشد بلکه مالی بلاعوض یا به مقدار فاحش ارزان‌تر از قیمت معمولی یا ظاهراً به قیمت معمولی و واقعاً به مقدار فاحشی کمتر از قیمت به مستخدمین دولتی اعم از قضایی و اداری به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم منتقل شود یا برای همان مقاصد مالی به مقدار فاحشی گران‌تر از قیمت، از مستخدمین یا مأمورین مستقیم یا غیرمستقیم خریداری گردد، مستخدمین و مأمورین مزبور مرتشی و طرف معامله راشی محسوب می‌شود.»

۱- رأی شماره ۲۳۱۶ مورخ ۱۳۱۹/۶/۱۶ شعبه دوم دیوان عالی کشور، مذکور در احمد متین، مجموعه رویه قضایی، ص ۱۱ که اشعار می‌دارد: «طبق ماده ۱۴۲ قانون کیفر عمومی هر کس برای اقدام به امری که از وظایف اشخاص مذکور در آن ماده است یا برای امتناع آنان از انجام آن امر وجهی به آن‌ها بدهد راشی محسوب است و قبول نکردن آن‌ها تأثیری در قضیه نخواهد داشت.»

رشاء و ارتشاء کافی است یا تسلیم و تسلیم مال یا وجه ضرورت دارد؟» به شرح زیر پاسخ داده است:

«از عبارت مذکور در ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب سال ۱۳۶۷ که مقرر می‌دارد، «... وجه یا مال یا سند پرداخت وجه یا تسلیم مالی را مستقیماً یا غیرمستقیم قبول نماید» و تبصره ۲ ذیل ماده مذکور، که مقرر می‌دارد در تمام موارد فوق مال ناشی از ارتشاء به‌عنوان تعزیر رشوه دهنده به نفع دولت ضبط خواهد شد، این مفهوم حاصل است که مرتشی باید مال را دریافت نماید، به عبارت دیگر قبول به معنی دریافت است و با دریافت آن جرم ارتشاء تحقق می‌یابد و الا صرف وعده راشی به تنهایی کافی برای تحقق جرم نیست، مگر آنکه اقداماتی را که مرتشی انجام داده با وعده راشی جمعاً مفید شروع به جرم ارتشاء باشد.^۱»

شاید بتوان آنچه را که به آن اشاره کردیم ایرادی بر مواد ۳ و ۵۹۲ فوق‌الاشعار دانست و بهتر بود که هر دو ماده حتی پیشنهاد دادن یا گرفتن وجه، مال یا سند را نیز مشمول عناوین رشاء یا ارتشاء قرار می‌دادند مخصوصاً از آن‌رو که محسوب کردن این‌گونه پیشنهادها به عنوان «عملیات اجرایی» جرم و در نتیجه مجازات کردن پیشنهاددهنده تحت عنوان شروع به جرم نیز مورد تردید می‌باشد.

ماده ۵۹۰ «قانون تعزیرات» انجام معاملات به بهای غیرواقعی را نیز در حکم دادن یا گرفتن مال و در نتیجه موجب تحقق عناوین مجرمانه رشاء و ارتشاء دانسته است. در قسمت اول ماده مورد بحث از انتقال مال و در قسمت آخر آن از خریدن مال سخن به میان آمده است. با توجه به اینکه «انتقال» واژه‌ای عام بوده و شامل مواردی غیر از خرید و فروش نیز می‌شود، بهتر آن بود که قانون‌گذار در قسمت اخیر ماده نیز از همان واژه انتقال به جای کلمه «خریداری» استفاده می‌کرد تا این ابهام برای خواننده ماده به وجود نیاید که با توجه به کلمات به کار رفته شده در ماده «انتقال دادن» مال به کارمند دولت، به هر نحو از انحاء (اعم از هبه معوض، صلح، بیع و غیره) در مقابل عوضی کمتر از عوض واقعی، رشوه محسوب

می‌شود، ولی «انتقال گرفتن» آن به مقداری گران‌تر از مقدار واقعی تنها در صورتی رشوه محسوب می‌گردد که این انتقال با انعقاد عقد «بیع» صورت گرفته باشد.

در هر حال به نظر می‌رسد که تحقق جرم منوط به آن است که عملاً انتقال مالکیت صورت بگیرد، والا اگر معامله انجام شده، به دلیل وجود یکی از موانع صحت معاملات در آن، مثلاً موجود نبودن مبیع در بیع عین معین یا وجود شرط خلاف مقتضای عقد در آن^۱ یا مالک نبودن انتقال‌دهنده و یا هر دلیل دیگری، باطل و کان لم یکن محسوب گردد، حداکثر می‌توان حکم به تحقق شروع به جرم داد، زیرا در چنین حالتی خرید و فروش یا انتقال دادن و گرفتن، به عنوان عمل فیزیکی لازم برای تحقق عنصر مادی جرم به وقوع نپیوسته است.

بدین ترتیب معلوم می‌شود که هر چند در دادن مال یا وجه برای «تحقق جرم رشاء یا ارتشاء مالکیت راشی نسبت به مالی که به عنوان رشوه می‌دهد شرط نیست و اگر راشی مال مسروقه را هم به عنوان رشوه بدهد از مصادیق رشاء می‌باشد^۲»، لیکن در صورت انجام «معامله» (یعنی شق دوم عمل فیزیکی لازم برای تحقق عنصر مادی جرم) حتماً باید معامله صحیح باشد به گونه‌ای که «انتقال» مالکیت صورت گیرد و الا جرایم تام رشاء و ارتشاء به وقوع نخواهند پیوست. حالت پیچیده‌تر وقتی است که معامله انجام شده باطل نبوده بلکه به علی مثل مالک نبودن انتقال‌دهنده یا مکره بودن مالک (شخص ثالث) انتقال غیرنافذ بوده باشد. در چنین حالتی، در صورت تنفیذ بعدی مالک آیا می‌توان حکم به تحقق جرایم رشاء و ارتشاء داد و اگر بلی، از چه زمانی می‌توان این جرایم را محقق دانست: از زمان تنفیذ یا از زمان انجام اولیه معامله؟ نظر نگارنده آن است که، با توجه به اینکه به موجب قانون ایران رضای مالک کاشف می‌باشد و نه ناقل و باعث صحیح شدن معامله از همان زمان انعقاد می‌گردد،^۳ در این مورد نیز باید، در صورت تنفیذ بعدی معامله از سوی مالک، جرایم رشاء و ارتشاء را از همان زمان انجام معامله محقق دانست.

۱- مواد ۳۶۱ و ۲۳۳ قانون مدنی

۲- نظریه مشورتی شماره ۷/۱۵۶۴ مورخ ۱۳۸۷/۴/۱۸ اداره حقوقی قوه قضائیه

۳- ماده ۲۰۹ قانون مدنی

همان‌طور که در هر سه ماده فوق تصریح شده است، دادن یا گرفتن وجه، مال یا سند و نیز انجام معامله صوری، لازم نیست به شکل مستقیم انجام گیرد، بلکه بنا به تصریح قانون می‌تواند به‌طور غیرمستقیم (مثلاً به واسطه همسر یا فرزند راشی یا مرتشی و یا هر شخص ثالثی) نیز انجام گیرد. این موضع در قوانین بسیاری از کشورهای دیگر هم پذیرفته شده است.^۱ همین‌طور قبض و اقباض فیزیکی مال ضرورتی ندارد بلکه صرف اینکه مال در اختیار فرد قرار داده شود، مثلاً وجه به حساب او واریز یا ملک به نام او منتقل یا پول با رضایت او، در کشوی میزش گذاشته شود، کفایت می‌کند.

از لحاظ جزء سوم عنصر مادی، یعنی عنصر نتیجه، باید گفت که رشاء و ارتشاء از زمره جرایم مطلق می‌باشند و تحقق آن‌ها منوط به تحقق نتیجه خاصی نمی‌باشد. بنابراین، همان‌طور که ماده ۳ «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء...» تصریح کرده است، تحقق جرم ارتباطی با اینکه مستخدم «آن کار را انجام داده یا نداده» باشد ندارد. همین موضع در قوانین بسیاری از کشورهای دیگر، از جمله کانادا، پذیرفته شده است.^۲ همین‌طور، در صورت دادن و گرفتن «سند پرداخت وجه یا تسلیم مال»، مثل اینکه چکی بین طرفین ردوبدل شود، برگشت خوردن آن تأثیری در مسئولیت کیفری طرفین ندارد، زیرا به‌محض دادن و گرفتن آن سند جرم تمام شده است.

بدین ترتیب به‌طور خلاصه می‌توان اظهار داشت که جامعه باید بتواند بر صحت عمل کارکنان بخش دولتی و خصوصی اعتماد نماید و نباید تصور کرد که تنها فساد کارکنان بخش دولتی زیانبار است. پس باید مقررات راجع به رشوه‌خواری و نیز اخذ کمیسیون‌های غیرقانونی را به همه کسانی که انجام وظایفی را، چه در بخش دولتی و چه در بخش خصوصی، برعهده دارند اعمال کرده و سپس این موضوع را برعهده قاضی گذاشت که در

۱- بخش (C) (1) ۱۱۰ قانون جزای کانادا و مفاد کنوانسیون حقوق جزا در مورد فساد منعقد از سوی شورای اروپا در سال ۱۹۹۹

2 - Sinasac(1977) 35 C. C. C. (2d) 81 (Ont. C. A); Ruddock (1978) 25 N. S. R. (2d) 77 N.S.C.A.

تعیین میزان مجازات، عندالاقضاء، سمت و مقام دولتی شخص را مدنظر قرار دهد.^۱ راه دیگر آن است که سمت دولتی فرد در خود قانون به عنوان یک کیفیت مشدده محسوب گردد، آن چنان که ماده ۱ «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری» مصوب سال ۱۳۶۷ در مورد کلاهبرداری چنانچه مرتکب جزء کارکنان دولت باشند چنین کرده است. در مورد جزء دوم عنصر مادی، یعنی مجموعه شرایط و اوضاع و احوالی که وجود یا عدم آن‌ها برای تحقق جرم ضروری است، می‌توان به چند شرط و نکته مهم اشاره کرد.

این شرط، که از به کار رفته شدن کلمات و عباراتی چون «وجه»، «مال»، «سند»، «ارزانت‌تر از قیمت» و «گران‌تر از قیمت» در متن مواد ۳ «قانون تشدید...» و ۵۹۰ «قانون تعزیرات» استنباط می‌شود، موضع قانون ایران را در این مورد قابل انتقاد ساخته است. زیرا، از یک سو، تفکیک بین آنچه جنبه مادی دارد و آنچه فاقد این جنبه می‌باشد همیشه آسان نیست.

اینکه آیا رشاء نیز می‌تواند همانند ارتشاء یکی از مصادیق بارز فساد اقتصادی باشد یا خیر، می‌توان گفت که هرچند ارتشاء مهم‌ترین مصداق فساد در نظام اداری است اما رشاء به تنهایی خللی در امور اداری و روابط اقتصادی ایجاد نمی‌کند و تهدیدی نسبت به امنیت اداری و اقتصادی محسوب نمی‌شود اما وقتی با ارتشاء ملازمت می‌یابد باید پذیرفت که اگر رشاء نباشد ارتشائی نیست، پس رشاء در این منظر هم‌پایه ارتشاء و از زمره جرایم مرتبط با مفاسد مالی محسوب خواهد شد.

مطابق مقررات مذکور در ایران رشاء و ارتشاء از جرایم مطلق‌اند، به این مفهوم که برای تحقق رشوه ضروری نیست امر انجام شده یا نشده غیرقانونی باشد، به همان اندازه که لازم نیست لاجرم کاری انجام شود بلکه کافی است مأموران مذکور در ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس، ارتشاء و کلاهبرداری، قول یا وعده انجام دادن یا انجام ندادن امری را بدهند، بنابراین جرم رشوه به لحاظ انجام دادن و انجام ندادن امری در قبال وجه یا

۱- میرمحمد صادقی، حسین، ۱۳۸۶، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ نهم، ص ۳۷۲

مال دریافتی جرم مطلق است. مهم‌ترین زمینه‌های کاربرد رشوه عبارت‌اند از: مناقصه، مزایده، خریدهای دولتی، تسریع در انجام امور قانونی، پرداخت به دولت، سندسازی، کسب امتیازات، امور بانکی و امور قضایی.

مطابق ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب سال ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام هر یک از مستخدمین و مأمورین دولتی اعم از قضایی و اداری یا شوراها یا شهرداری‌ها یا نهادهای انقلابی و به‌طور کلی قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح یا شرکت‌های دولتی یا سازمان‌های دولتی وابسته به دولت و یا مأمورین خدمات عمومی خواه رسمی یا غیررسمی برای انجام دادن یا انجام ندادن امری که مربوط به سازمان‌های مزبور می‌باشد وجه یا مال یا سند پرداخت وجه یا تسلیم مالی مستقیماً یا غیرمستقیم قبول نماید در حکم مرتشی است اعم از اینکه امر مذکور مربوط به وظایف آن‌ها بوده یا آنکه مربوط به مأمورین دیگری در آن سازمان باشد، خواه آن کار را انجام داده یا نداده و انجام آن بر طبق حقانیت و وظیفه بوده یا نبوده باشد و یا آنکه در انجام یا عدم انجام مؤثر بوده یا نبوده باشد مجازات می‌شوند که کیفرشان بیان شده است.

مورد ما باید منطبق با یک چنین وضعی و آن موادی که در رأی آورده‌اند باشد و باید ببینیم این عملی که بین این دو نفر انجام شده واقعاً مشمول این ماده است یا خیر.

به‌هرحال درخصوص اتهامی که به ناخدا نسبت داده شده است باید گفت که وی همه‌جا انکار کرده و هیچ‌جا بیان نکرده است که من به‌عنوان رشوه گرفته‌ام ولی دادگاه اولین ادله‌ای را که قید می‌نماید اقرار شاکی است و این غیرقابل قبول است که با اقرار شاکی متهم را محکوم کنیم، ناوی رضا متهم است و او را محاکمه نکرده‌اند که تو را به جرم رشوه دادن محاکمه می‌کنیم اقراری که شاکی می‌کند درباره خودش نافذ است و ما نباید اقراری که ایشان به ضرر خودش کرده است به ناخدا سرایت بدهیم درحالی که او منکر است و می‌گوید قرض گرفتم و شاید با او غرض خصوصی و دعوا دارد و بگوید که من رشوه دادم و نمی‌داند که مرتشی و راشی با هم فرق نمی‌کنند. بنابراین شخص چون منکر است و اقرار او هم ولو برای خود او کافی باشد برای این شخص یعنی متهم ردیف اول نمی‌تواند مفید و مؤثر در

اثبات جرم باشد.

مسئله دیگر اینکه شخص خودش اقرار دارد که من قرض دادم و او هم می‌گوید من قرض گرفتم و چون مادرش مریض بود و من به این دلیل به این آقا مرخصی می‌دادم. هیچ‌جا اقرار نکرده است. رابطه دوستانه بین آن‌ها در حدی بوده است که اگر پولی هم به او نمی‌داد این کارها را برایش می‌کرد و نسبت فامیلی بین آن‌ها برقرار بوده است. در مرخصی‌ها هم که مرثشی داده است می‌گوید من یک امضاء داشتم و امضای دوّم مال من بود و آن شخصی که اوّل امضا کرده او باید امضاء نمی‌کرد وقتی او مرخصی داد ایشان هم امضاء کرده است. مسئله دیگر این است که راشی کارش قرض دادن بوده است و یک رفاه نسبی داشته و از او قرض می‌کردند و این متهم هم از او قرض نموده و ضمناً جهات دوستانه هم وجود داشته است. بنابراین به‌نظر نگارنده رأی شعبه دیوان صحیح است و این شخص را نمی‌توانیم به‌عنوان رشوه گیرنده مجازات کنیم.

ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس گرفتن وجه یا مال یا قبول سند دریافت وجه یا مال را مسبوق نموده به اینکه بین راشی و مرثشی یک توافقی وجود داشته باشد و این توافق راجع به انجام و یا عدم انجام امری مربوط می‌شود. در این پرونده معلوم نیست پولی که پرداخت شده از چه باب است و ناخدا چه کاری باید انجام می‌داد. چون توافقی وجود ندارد و گرفتن وجه یا سند باید مسبوق به توافق باشد که این توافق وجود ندارد و معلوم نیست بر فرض صحت ادعای شاکی چرا پول را پرداخت کرده و از این بابت جنبه ارتشاء منتفی است و اصولاً عنوان ارتشاء وجود ندارد. لذا رأی شعبه محترم ۳۲ دیوان عالی کشور منطبق با مقررات و موازین ارزیابی می‌گردد.

مبحث نهم: بررسی مرور زمان در رویه قضایی (موضوع ماده ۱۰۵ به بعد قانون

مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)

بررسی رأی وحدت رویه ۶۷۷-۱۳۸۴ دیوان عالی کشور^۱ حاکی است که قائم مقام رئیس دادگستری استان اصفهان با ارسال نامه‌ای به ضمیمه دو فقره دادنامه صادره از دادگاه‌های تجدیدنظر استان که در موضوع واحدی دو رأی متفاوت اصدار یافته است، تقاضای طرح در هیأت عمومی دیوان عالی کشور را نموده است. ابتدا خلاصه‌ای از جریان هر دو پرونده منعکس، سپس اظهار نظر می‌نماید:

در پرونده کلاسه ۴۷۶/۷۶ ع ۱۱ اداره امور اقتصادی و دارایی تهران، علیه فردی به نام علی ... به‌عنوان اخذ رشوه، طرح شکایت نموده و پرونده به شعبه یازدهم دادگاه عمومی تهران ارجاع، دادگاه مزبور پس از رسیدگی طی دادنامه شماره ۲۳۷۱-۱۳۸۰/۱۱/۶ چنین مبادرت به انشاء رأی نموده است: نظر به اینکه از زمان اولین اقدام تعقیبی مدتی بیش از ۵ سال گذشته و پرونده تاکنون منتهی به صدور حکم نشده است، بنابراین به واسطه شمول مرور زمان با استناد به بند (ب) ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۷۸ ناظر به مجازات مقرر در ماده ۵۸۸ قانون مجازات اسلامی، قرار موقوفی تعقیب صادر و اعلام می‌گردد.

رأی صادره به درخواست اداره شاکی تجدیدنظرخواهی شده و در شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورد رسیدگی قرار گرفته و طی دادنامه شماره ۹۴۳ مورخ ۱۳۸۱/۷/۲۵ بدین شرح انشاء رأی نموده است:

اعتراض تجدیدنظرخواه نسبت به رأی شماره ۲۳۷۱-۱۳۸۰/۱۱/۶ صادره از شعبه ۱۱ دادگاه عمومی تهران که متضمن موقوفی تعقیب تجدیدنظر خوانده آقای علی ... از اتهام اخذ رشوه به علت مرور زمان می‌باشد وارد است، زیرا تنها جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها از نوع بازدارنده یا اقدامات تأمینی و تربیتی باشد، مشمول مقررات ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری و مرور زمان می‌باشند و نظر به اینکه طبق ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی و تبصره

۱- اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۹، مذاکرات و آرای هیات عمومی دیوان عالی کشور، تهران، چاپ دوم، صفحه ۱۲۱

یک ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری، جرم ارتشاء فعل حرام بوده که مجازات آن شرعاً از نوع تعزیری می‌باشد، لذا مشمول مقررات ماده ۱۷۳ قانون مذکور و مرور زمان نیست.

بنابراین با استناد به بند ۲ از شق (ب) ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی کیفری با نقض قرار بدوی، پرونده جهت ادامه رسیدگی به دادگاه بدوی اعاده شده است.

در پرونده کلاسه ۷۵/۸۲۵/ع ۱۱ سرپرستی بانک سپه تهران علیه افرادی به نام‌های پرویز...، اصغر...، محمدحسن... و ... به‌عنوان تصرف غیرقانونی در اموال دولتی و پرداخت رشوه، شکایت نموده و پرونده به شعبه یازدهم محاکم عمومی تهران ارجاع، دادگاه مزبور پس از رسیدگی، طی دادنامه شماره ۱۳۸۰/۱۲/۹-۲۴۲۲ چنین مبادرت به انشاء رأی نموده است:

نظر به اینکه از زمان اولین اقدام تعقیبی مدتی بیش از ۵ سال گذشته و پرونده تاکنون منتهی به صدور حکم نشده است، بنابراین به واسطه شمول مرور زمان و با استناد به بند (ب) از ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، ناظر به مجازات مقرر در مواد ۵۸۸، ۵۹۰، ۵۹۲ و ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی، قرار موقوفی تعقیب قضیه صادر و اعلام می‌گردد.

رأی صادره به درخواست اداره شاکی، تجدیدنظرخواهی شده و در شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مورد رسیدگی قرار گرفته و طی دادنامه شماره ۴۶۵ مورخ ۱۳۸۱/۴/۲ به شرح زیر انشاء رأی نموده است:

درخصوص تجدیدنظرخواهی سرپرستی بانک سپه تهران، نسبت به دادنامه شماره ۱۳۸۰/۱۲/۹-۲۴۲۲ صادره از دادگاه شعبه ۱۱ عمومی تهران، دادگاه با توجه به محتویات پرونده و با عنایت به اینکه موضوع مطروحه شامل مرور زمان شده و از طرفی بانک تجدیدنظرخواه ایراد و اعتراض موجه و مستدلی نسبت به دادنامه مرقوم به عمل نیاورده است، قرار صادره مطابق موازین قانونی صادر، با استناد به ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی کیفری تأیید و استوار می‌گردد.

همان گونه که ملاحظه می شود، دو شعبه دادگاه تجدیدنظر استان تهران در خصوص جرایمی که دارای جنبه مجازات تعزیری می باشند، دو رأی متفاوت صادر نموده اند. به نحوی که یکی از شعب آن را مشمول مرور زمان دانسته و به استناد بند (ب) ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی در امور کیفری قرار موقوفی تعقیب را تأیید و استوار نموده و شعبه دیگر آن را مشمول مقررات ماده ۱۷۳ قانون مذکور ندانسته و قرار موقوفی تعقیب صادره از دادگاه بدوی را نقض و مرتکب را با انقضاء ۵ سال مستحق مجازات دانسته و بدین ترتیب دو رأی متفاوت در یک موضوع از دو شعبه دادگاه صادر شده است.

➤ علی هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می گیرد:

برخلاف ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، در ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مجازات های بازدارنده حذف شده اند و مبحث مرور زمان از متن قانون آیین دادرسی کیفری به قانون مجازات اسلامی منتقل و در ماده ۱۰۵ مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. به عبارتی با توجه به تعریف قانون گذار از مجازات تعزیری در قانون جدید، مجازات بازدارنده در مجازات تعزیری ادغام شده است. از طرف دیگر رشوه از افعال حرام و یا ترک واجبی است که شارع مقدس اسلام آن را به عنوان معاصی و مستوجب عقوبت و تعزیر مقرر فرموده است. در ما نحن فیه، اخذ رشوه علاوه بر اینکه خود از افعال حرام منصوص در شرع انور بوده و همچنین تصرف غیرقانونی در اموال دولتی که از مصادیق بارز اکل مال به باطل است، از معاصی کبیره و موجب تعزیر و مجازات می باشد.

بنابراین وضع حرمت و یا سلب آن از اختیارات فقیه و حاکم نمی باشد و مآلاً توقف پیگرد کیفر این گونه جرایم و یا تجویز معافیت مرتکبین آن ها از مجازات منوط به اراده و اختیار حکومت نخواهد بود. بنا به مراتب دادنامه شماره ۹۴۳ صادره از شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران که در مقام تعیین مجازات برای عمل رشوه برآمده است منطبق با موازین شرعی و قانونی و منطبق با رویه قضایی موجود، تشخیص و مورد تأیید می باشد. لذا با توجه

به حرمت شرعی رشاء و ارتشاء و حرمت تعاون بر اثم و لزوم تعزیر شرعی مرتکبین حرام و تارکین واجب، جرم مزبور از شمول مرور زمان خارج است.^۱

براساس رأی وحدت رویه شماره ۶۷۷ مورخ ۸۴/۴/۱۴، واضع جرایم واجد مجازات بازدارنده حکومت است زیرا کیفرهای مذکور برای حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماعی در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی اعمال می‌گردد و تعزیرات شرعی عبارت است از مجازاتی که در شرع مقدس اسلام برای ارتکاب فعل حرام یا ترک واجب بدون تعیین نوع و مقدار مجازات مقرر گردیده و اصل حکم پرداخت و دریافت رشوه را نیز شرع انور بیان فرموده‌اند و در قانون مجازات اسلامی و ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام اسلامی، به ممنوعیت مستخدمین دولتی، به‌طور کلی، اعم از قضایی و اداری، از دریافت رشوه، به هر عنوان، تصریح گردیده و در تبصره‌های ۲ و ۵ قانون اخیرالذکر، نوع مجازات را «تعزیری» اعلام نموده‌اند، لذا عمل مزبور را رشوه تلقی و به حکم شرع و قانون دارای مجازات تعزیری دانسته است.

لازم به ذکر است که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۱۰۹، جرایم اقتصادی شامل کلاهبرداری و جرایم موضوع تبصره ماده ۳۶ این قانون با رعایت مبلغ مقرر در آن ماده را از شمول مرور زمان تعقیب، صدور حکم و اجرای مجازات مستثنا نموده است. ماده فوق در قانون سابق فاقد پیشینه می‌باشد. جرایم اقتصادی که در ماده یاد شده به‌صورت حصری احصاء شده‌اند عبارت از کلاهبرداری، رشاء، ارتشاء، با رعایت مبلغ مقرر در ماده ۳۶، اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی در صورت تحصیل مال توسط مجرم یا دیگری، مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری، تبانی در معاملات خارجی، اخذ پورسانت در معاملات خارجی، تعدیات مأمورین دولتی نسبت به دولت، جرایم گمرکی، جرایم مالیاتی، پولشویی، اختلال در نظام اقتصادی کشور و تصرف غیرقانونی در اموال عمومی و دولتی می‌باشند.

۱- موسوی خمینی، روح‌الله، تحریر الوسیله، جلد ۲، ص ۴۷۷

مبحث دهم: بررسی درجات تعزیر ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در رویه قضایی

در صدور برخی از آرای قضایی، پیرامون رشوه به سمت متهم و درجات تعزیر توجه نشده است. مثلاً در پرونده کلاسه ۱۱۷۶ مورخ ۱۳۹۰/۷/۱۳ دادرای عمومی تهران آقای الف کارمند استانداری را به اتهام اخذ رشوه تحت تعقیب قرار داده و با صدور کیفرخواست و تطبیق جرم انتسابی با ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری از دادگاه کیفری یک تهران درخواست نموده که کیفر مقتضی درباره اش تعیین نماید.

متهم در تحقیقات مقدماتی به اخذ مبلغ یک میلیون ریال اقرار نموده اما گفته است که عنوان قرض الحسنه داشته و نه رشوه. مضافاً اینکه اعلام نموده در آن زمان از پست سازمانی محروم بوده ام و تعلیق شده ام و فاقد پست بودم. شعبه ۱۳۸ دادگاه کیفری یک، حسب ارجاع به موضوع رسیدگی کرده و در دادگاه نیز متهم به اخذ وجوه با عنوان قرض الحسنه اقرار نموده است. پس از استماع مدافعات متهم و اعلام ختم رسیدگی با احراز مجرمیت و صدور دادنامه به استناد مقررات ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری با لحاظ جهات مخففه از جهت استحقاق متهم به اعمال مقررات تخفیف، نامبرده را به چهار ماه حبس و با احتساب ایام بازداشت قبلی و پرداخت جزای نقدی معادل وجه مأخوذه و شش ماه انفصال از خدمات دولتی و پرداخت دویست هزار ریال جزای نقدی به جای شلاق محکوم کرده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

براساس ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام هریک از مستخدمین و مأمورین دولتی اعم از قضایی و اداری یا شوراهای شهرداری‌ها یا نهادهای انقلابی و به طور کلی قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح یا شرکت‌های دولتی یا سازمان‌های دولتی وابسته به دولت و یا مأمورین به خدمات عمومی خواه رسمی یا غیررسمی برای انجام دادن یا انجام ندادن امری که مربوط

به سازمان‌های مزبور می‌باشد وجه یا مال یا سند پرداخت وجه یا تسلیم مالی را مستقیماً یا غیرمستقیم قبول نماید، در حکم مرتشی است. اعم از اینکه امر مذکور مربوط به وظایف آن‌ها بوده یا آنکه مربوط به مأمور دیگر در آن سازمان باشد. خواه آن کار را انجام داده یا نداده و انجام آن برطبق حقانیت و وظیفه بوده یا نبوده باشد و یا آنکه در انجام یا عدم انجام آن مؤثر بوده یا نبوده باشد به شرح مندرج در قانون، مجازات می‌شود.^۱

۱- در صورتی که قیمت مال یا وجه مأخوذه بیش از بیست هزار ریال نباشد به انفصال موقت از شش ماه تا سه سال و چنانچه مرتکب در مرتبه مدیرکل یا هم‌طراز مدیرکل یا بالاتر باشد به انفصال دائم از مشاغل دولتی محکوم خواهد شد و بیش از این مبلغ تا دویست هزار ریال از یک سال تا سه سال حبس و جزای نقدی معادل قیمت مال یا وجه مأخوذ و انفصال موقت از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد و چنانچه مرتکب در مرتبه مدیرکل یا هم‌طراز مدیرکل یا بالاتر باشد به جای انفصال موقت به انفصال دائم از مشاغل دولتی محکوم خواهد شد.

در صورتی که قیمت مال یا وجه مأخوذ بیش از دویست هزار ریال تا یک میلیون ریال باشد مجازات مرتکب دو تا پنج سال حبس به علاوه جزای نقدی معادل قیمت مال یا وجه مأخوذ و انفصال دائم از خدمات دولتی و تا ۷۴ ضربه شلاق خواهد بود و چنانچه مرتکب در مرتبه پایین‌تر از مدیرکل یا هم‌طراز آن باشد به جای انفصال دائم به انفصال موقت از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد.

در صورتی که قیمت مال یا وجه مأخوذ بیش از یک میلیون ریال باشد مجازات مرتکب پنج تا ده سال حبس به علاوه جزای نقدی معادل قیمت مال یا وجه مأخوذ و انفصال دائم از خدمات دولتی و تا ۷۴ ضربه شلاق خواهد بود و چنانچه مرتکب در مرتبه پایین‌تر از مدیرکل یا هم‌طراز باشد به جای انفصال دائم به انفصال موقت از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد.

تبصره ۱: مبالغ مذکور از حیث تعیین مجازات یا صلاحیت محاکم اعم از این است که جرم دفعه‌تاً واحده یا به دفعات واقع شده و جمع مبلغ مأخوذه بالغ بر نصاب مزبور باشد.

تبصره ۲: در تمامی موارد فوق مال ناشی از ارتشاء به عنوان تعزیر رشوه دهنده به نفع دولت ضبط خواهد شد و چنانچه راشی به وسیله رشوه امتیازی تحصیل کرده باشد این امتیاز لغو خواهد شد.

تبصره ۳: مجازات شروع به ارتشاء حسب مورد حداقل مجازات مقرر در آن مورد خواهد بود (در مواردی که در اصل ارتشاء انفصال دائم پیش‌بینی شده است در شروع به ارتشاء به جای آن سه سال انفصال تعیین می‌شود) و در صورتی که نفس عمل انجام شده جرم باشد به مجازات این جرم نیز محکوم خواهد شد.

تبصره ۴: هرگاه میزان رشوه بیش از مبلغ دویست هزار ریال باشد در صورت وجود دلایل کافی صدور قرار بازداشت موقت به مدت یک ماه الزامی است و این قرار در هیچ‌یک از مراحل رسیدگی قابل تبدیل نخواهد بود و همچنین وزیر دستگاه می‌تواند پس از پایان مدت بازداشت موقت، کارمند را تا پایان رسیدگی و تعیین تکلیف نهایی وی از خدمت تعلیق کند. به ایام تعلیق مذکور در هیچ حالت هیچ‌گونه حقوق و مزایایی تعلق نخواهد گرفت.

تبصره ۵: در هر مورد از موارد ارتشاء هرگاه راشی قبل از کشف جرم، مأمورین را از وقوع بزه آگاه سازد از تعزیر مالی معاف خواهد شد و در مورد امتیاز طبق مقررات عمل می‌شود و چنانچه راشی در ضمن تعقیب با اقرار خود موجبات تسهیل تعقیب مرتشی را فراهم نماید تا نصف مالی که به عنوان رشوه پرداخته است به وی بازگردانده می‌شود و امتیاز نیز لغو می‌گردد.

بدیهی است انجام یا عدم انجام کار اداری باید مربوط به اداره متبوع کارمند مرتشی باشد اعم از اینکه کار اداری در ارتباط با وظایف شغلی کارمند مرتشی باشد یا کارمند دیگر؛ بنابراین اگر کارمند یک اداره دولتی برای انجام یا عدم انجام کار اداری در اداره دولتی دیگر وجه یا مال قبول کند عمل او مصداق اخذ رشوه نمی‌باشد. دلیل این امر آن قسمت از ماده قانونی است که بیان می‌دارد... یا آنکه مربوط به مأمور دیگری در آن سازمان باشد... و کلمه سازمان در این عبارت اشاره به سازمان متبوع کارمندی است که رشوه گرفته است.

تحقق ارتشاء موکول به این امر است که کارمند دولت آگاهانه و با قصد سوءاستفاده از عنوان دولتی و یا درجهت انجام وظیفه یا عدم انجام وظیفه وجهی را از راشی دریافت کند.^۱ به‌نظر می‌رسد قسمت اول عبارت مذکور منطبق با متن و ارکان لازم برای تحقق جرم ارتشاء نباشد زیرا در تعریف مذکور دو مصداق برای تحقق جرم ارتشاء بیان شده است. یکی اینکه کارمند دولت آگاهانه و با قصد سوءاستفاده از موقعیت شغلی وجهی را دریافت کند و دیگر اینکه دریافت وجه درجهت انجام وظیفه یا عدم انجام وظیفه باشد درحالی‌که مصداق دوم شرط لازم برای تحقق جرم است و خودبه‌خود جرم نیست بنابراین تعریف مذکور نیاز به تعدیل دارد. ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری^۲ از اعضای نیروهای مسلح نیز نام برده است. ولی درمورد این گروه در سال ۱۳۸۲ مقررات خاص تصویب و ماده ۱۱۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی در تاریخ

۱- بازگیر، یدالله، ۱۳۷۶، کلاهبرداری، اختلاس و ارتشاء در آرای دیوان عالی کشور، تهران، نشر حقوقدان، ص ۲۳۶

۲- «هر نظامی برای انجام یا خودداری از انجام امری که از وظایف او یا یکی دیگر از کارکنان نیروهای مسلح است وجه یا مال یا سند پرداخت وجه یا تسلیم مالی را بلاعوض یا کمتر از قیمت معمول به هر عنوان قبول نماید اگرچه انجام یا خودداری از انجام امر برخلاف قانون نباشد در حکم مرتشی است و به ترتیب زیر محکوم می‌شود:

الف) هرگاه قیمت مال یا وجه مأخوذ تا یک میلیون ریال باشد به حبس از یک تا پنج سال و جزای نقدی معادل وجه یا قیمت مال مأخوذ و تنزیل یک درجه یا رتبه؛

ب) هرگاه قیمت مال یا وجه مأخوذ بیش از یک میلیون تا ده میلیون ریال باشد به حبس از دو تا ده سال و جزای نقدی معادل وجه یا قیمت مال مأخوذ و تنزیل یک درجه یا رتبه؛

ج) هر مال یا وجه مأخوذه بیش از ده میلیون ریال باشد به حبس از سه تا پانزده سال و جزای نقدی معادل وجه یا قیمت مال مأخوذه و اخراج از نیروهای مسلح».

۱۳۸۲/۱۰/۹ با تصویب کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی در این خصوص قابل بحث است.

لازمه تحقق ارتشاء آن است که گیرنده وجه کارمند باشد و چنانچه شخصی غیر از کارمند وجهی بگیرد که کار اداری فردی را در اداره‌ای تسریع بخشد عمل گیرنده وجه ارتشاء نیست^۱ و چنانچه ثابت شود واسطه‌ای برای اخذ و رساندن آن به دست کارمند جهت تسریع در کار پرداخت کرده است عمل کارمند اخذ رشوه و عمل واسطه مشمول ماده ۵۹۳ قانون مجازات اسلامی است.^۲

اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۶۴۷ مورخ ۱۳۹۱/۴/۴ اعلام نموده است که در فرض معلق بودن کارمند که فاقد پست سازمانی بوده و در محل کارش نیز حضور نداشته و بابت طرح توجیهی سازمان متبوع خود حق الزحمه‌ای دریافت کرده موضوع از مصادیق رشاء و ارتشاء خارج است.

صرف نظر از نظریه مزبور چنانچه معتقد به مجرمیت متهم باشیم از حیث احراز مجرمیت و تطبیق مورد با مواد قانون و تعیین کیفر حبس و جزای نقدی و نیز رعایت ترتیبات رسیدگی ایرادی ملاحظه نمی‌گردد و رأی صحیح صادر شده است اما با در نظر گرفتن سمت متهم از آنجاکه حسب مندرجات اوراق پرونده جایگاه متهم پائین‌تر از مدیرکل و هم‌تراز آن است و استحقاق استفاده از تخفیف مجازات را دارد صدور حکم به شش ماه انفصال از خدمات دولتی که حداقل انفصال از خدمات دولتی و بدون رعایت تخفیف اعمال گردیده است موجه نمی‌باشد و باید به کمتر از حداقل حکم صادر گردد.

۱- ماده یک قانون مجازات اعمال نفوذ بر خلاف حق و مقررات قانونی مصوب ۱۳۱۵/۹/۲۹

۲- ماده ۵۹۳ قانون مجازات اسلامی «هر کس عالماً و عامداً موجبات تحقق جرم ارتشاء از قبیل مذاکره، جلب موافقت یا وصول و ایصال وجه یا مال و یا سند پرداخت وجه را فراهم نماید به مجازات راشی برحسب مورد محکوم می‌شود.»

مبحث یازدهم: بررسی علت دریافت و پرداخت وجه جهت اثبات رشاء و ارتشاء در رویه قضایی

حسب محتویات پرونده کلاسه ۱۷۳۴ شعبه ۱۰۶۱ دادگاه عمومی جزایی تهران ۱- الف. م متهم به پرداخت رشوه به آقایان ... ۲- پ.خ متهم به دریافت رشوه به میزان ۳۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال از آقایان الف. م و ۲۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال از الف. ب، ۳- ع. ش متهم به دریافت مبلغ ۱۶۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال رشوه از آقای الف. م ۴- م. س متهم به دریافت مبلغ ۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال به علاوه سه عدد سکه بهار آزادی به عنوان رشوه از آقای الف. م ۵- م. ز متهم به فراهم آوردن موجبات ارتشاء، از طریق ایصال وجه از آقای م. به آقای ش؛ و ۶- الف. ک متهم به اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی با اخذ مبلغ ۱۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال از آقای الف. م به منظور اخذ تسهیلات بانکی، ۷- س. ف، متهم به اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی با اخذ مبلغ ۴۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال از آقای الف. م به منظور اخذ تسهیلات بانکی برای وی در سال ۱۳۸۳ می باشند. در نهایت پرونده پس از صدور کیفرخواست جهت رسیدگی به دادگاه ارجاع گردیده است. دادگاه نظر به مراتب مارالذکر و اینکه پرداخت و دریافت وجه بابت انجام کار و یا امتناع از انجام کاری نبوده و نظر به ضرورت تحقق عناصر سه گانه مادی، قانونی و معنوی در وقوع بزه و عدم تحقق عناصر قانونی و معنوی در مانحن فیه و با عنایت به اصل تفسیر مضیق در مسائل کیفری و جاری کردن اصل ۳۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به جهت فقد ادله اثباتی و فقدان عنصر روانی، بزه ای را احراز نکرده و با استناد به بند الف ماده ۱۷۷ قانون آئین دادرسی کیفری و اصل ۳۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حکم به برائت متهمان از بزه های انتسابی صادر و اعلام می دارد.

➤ علی هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می گیرد:

با ملاحظه تحقیقات صورت گرفته، گزارش و اظهارات و مدافعات هریک از متهمان و وکلای آنان به شرح مضبوط در پرونده و با مذاقه در تعریف قانون گذار و شرایط قانونی

مصرحه در مواد ۵۹۲ از قانون مجازات اسلامی و ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری بدین نحو که قانون‌گذار در ماده ۵۹۲ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: هر کسی عالماً و عامداً برای اقدام به امری یا امتناع از انجام امری که از وظایف اشخاص مذکور در ماده ۳ قانون تشدید مجازات ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری می‌باشد، وجه یا مالی یا سند پرداخت یا تسلیم مالی را مستقیم یا غیرمستقیم بدهد، راشی محسوب می‌گردد... و ماده ۳ قانون تشدید نیز مقرر می‌دارد: «هر یک از مستخدمین و مأمورین دولتی ... قبول نمایند در حکم مرتشی است ...» همان‌طوری که قانون‌گذار بیان نموده برای تحقق بزه ارتشاء باید وجه یا مال ... برای انجام دادن و یا انجام ندادن کاری باشد که برای پرداخت‌کننده بزه راشی و برای دریافت‌کننده بزه مرتشی تعریف و برای آن مجازات مقرر گردیده است. در ما نحن فیه هیچ‌گونه دلیل و مدرکی که حاکی از آن باشد که وجوه پرداختی جهت انجام کاری و یا انجام ندادن کاری باشد ارائه نگردید، بنابراین بزه ارتشاء محقق نشده و درمورد تک‌تک متهمان؛ اتهام متهم ردیف اول پرداخت رشوه درمورد آقایان خ؛ و ش. با توجه به اظهار صریح نماینده م. دایر به عدم انجام کار و همچنین وجود هرگونه دلیل و مدرکی که حاکی از انجام و یا عدم انجام کار برای متهم باشد در پرونده مشاهده نمی‌گردد. علاوه بر اینکه اولاً: آقای پ. خ براساس مدارک ابرازی رئیس کمیسیون معاملات نبوده بلکه کارشناس بوده و در نتیجه نمی‌توانسته نقشی در برنده شدن یا نشدن متهم ردیف اول در مناقصه داشته باشد. ثانیاً: براساس مدارک ابرازی از جانب آقای ش. نامبرده کار فنی خارج از وقت اداری برای شرکت ع انجام داده و در قبال آن دستمزد دریافت کرده هرچند با توجه به وجود قرارداد فی‌مابین اداره متبوع وی و شرکت ع این کار ممکن است تخلف اداری محسوب گردد؛ درمورد آقای م. س نامبرده در زمان دریافت وجه بازنشسته گردیده و دیگر قادر به انجام کاری برای شرکت ع نبوده و دلیلی هم ارائه نشده که این کار قبلاً انجام شده است. اداره کل حقوقی در نظریه شماره ۷/۴۵۸۲-۱۱/۵-۱۳۹۰/۱ اعلام نموده است اگر شریک جرم در بزه ارتشاء کارمند دولت نباشد عنوان مرتشی را ندارد و با توجه به مقررات قسمت اخیر ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ... ممکن است مشمول مقررات این ماده

باشد و درمورد آقایان الف. ک و س.ف دایر به اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات نیز هیچ گونه دلیل و مدرکی ارائه نگردیده و صرف اقرار متهم در مسائل کیفری در صورتی که با اوضاع و احوال مسلم و محقق قضیه منافات داشته باشد نظر به طریقت داشتن اقرار در مسائل کیفری فاقد اثر قانونی می باشد و تفسیر مضیق و به نفع متهم در مسائل کیفری نیز ایجاب می نماید که صرف وجود ظن بدون وجود دلیل و مدرک قانونی و شرعی با جاری کردن اصل برائت حکم قضیه مشخص گردد. دریافت دستمزد یا حق مشاوره توسط کارمند دولت از اشخاص حقیقی و حقوقی، در قبال ارائه خدمات فنی و تخصصی در ساعات غیر اداری رشوه محسوب نمی شود.

انگیزه علی الاصول هیچ تأثیری در مسئولیت کیفری ندارد؛ اما انگیزه شرافتمندانه می تواند در بعضی از جرایم موجب تخفیف مجازات مرتکب شود. بنابراین ملاحظه می شود انگیزه هیچ تأثیری در مسئولیت ندارد و آنچه مبنای تعیین مسئولیت است قصد و علم مرتکب می باشد؛ اما در بعضی از جرایم انگیزه همین حد از تأثیر را نیز ندارد. مثلاً در جنایات انگیزه شرافتمندانه اثری ندارد و چنانچه عمد احراز گردد شخص مستوجب قصاص است اما در جرایم تعزیری می تواند مؤثر باشد. حال اینکه کارمند مرتشی که قاصد و عالم است اگر چنانچه قصد داشته باشد رشوه را برای فرد بسیار نیازمندی بگیرد و به او هم برساند تنها می تواند در صورت اثبات از تخفیف مجازات برخوردار باشد و الا مسئولیت کیفری او به اتهام اخذ رشوه به جای خود باقی است.

فصل سوم

اختلاس

مقدمه

اختلاس عبارت است از برداشت و تصاحب وجوه یا مطالبات یا حواله‌ها یا سهام و اسناد و اوراق بهادار یا سایر اموال متعلق به هریک از سازمان‌ها و مؤسسات مندرج در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری و یا اشخاصی که برحسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده است به نفع خود یا دیگری.

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد موضوع جرم اختلاس طبق ماده صدرالذکر عبارت است از وجوه، مطالبات، حواله‌ها، سهام، اسناد، اوراق بهادار و سایر اموال متعلق به هریک از سازمان‌ها و مؤسسات موضوع ماده یاد شده و یا اشخاصی که برحسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده است.

از خصایص جرم اختلاس طبق ماده (۵) قانون تشدید... این است که اموال مورد اشاره در این ماده باید برحسب وظیفه به کارمندان و کارکنان واحدهای مذکور در ماده (۵) سپرده شده باشد. به همین منظور برای تحقق جرم اختلاس و انتساب آن به مرتکب، لازم است قبل از هر مورد به شرح وظایف سازمانی وی توجه و صرفاً در صورتی که براساس شرح وظایف سازمانی و ضوابط و تشریفات و عرف اداری، مال یا اموالی سپرده شده به کارمند تلقی گردد، وی را مجرم دانست. در همین جا لازم به ذکر می‌داند علاوه بر مواردی که شرح

وظایف سازمانی برخی اشخاص نظیر کارپردازان و مأمورین پرداخت و ... مستلزم سپردن وجوه نقدی و سایر اموال به آنها می‌باشد، هر کارمندی برای انجام مطلوب وظایف محوله، فهرستی از اموال و امکانات را از دستگاه متبوع تحویل و در صورت برداشت و تصاحب آنها، به‌عنوان مختلس محسوب می‌شود. بدیهی است در این صورت، ممکن است در شرح وظایف چنین کارمندی، اصولاً سپردن اموال مصداق نداشته باشد، لیکن به لحاظ عرف اداری، چنین اموالی، اموال سپرده شده به کارمند محسوب می‌شوند. البته به‌نظر بعضی از علمای حقوق برای تحقق جرم اختلاس ضرورت ندارد که کارمندان و کارکنان صرفاً اموال سپرده شده به آنها در دستگاه متبوع اصلی خود را برداشت و تصاحب نمایند، بلکه ممکن است شخص کارمند از نظر اداری و استخدامی تابع یک دستگاه اما محل خدمت و فعالیت وی در دستگاه دیگری باشد که در مورد این شخص نیز برداشت و تصاحب اموال، اختلاس تلقی می‌شود.^۱

مرتکب جرم اختلاس باید در برداشت و تصاحب اموال دولت و دستگاه‌های موضوع ماده (۵) سوءنیت داشته باشد. سوءنیت عبارت است از تعلق اندیشه خلاف قانون بر انجام عمل مجرمانه. اختلاس از جرایم عمدی است و برای تحقق عمد لازم است که تصاحب یا از بین بردن مال متعلق به دولت یا اشخاص که در ید امانی مرتکب بوده است معلول سوءنیت و قصد آگاهانه کارمند باشد و به‌علاوه باید متضمن انتفاع شخص مختلس یا شخص دیگری هم باشد. به عبارت دیگر تحقق عنصر روانی جرم موکول به وجود عمد عام مرتکب در تصاحب مال و وجود سوءنیت خاص در اضرار دولت یا افراد دیگر است.

در مباحث آتی تعدادی از آرای قضایی صادره در خصوص جرم فوق مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد تا از این طریق رویه قضایی پیرامون بعضی از موضوعات مربوطه مشخص گردد:

۱- صادق منته‌نژاد، ۱۳۸۶، حقوق کیفری مالی جرایم مالی علیه دولت، دیوان محاسبات کشور، چاپ اول، ص ۲۸۹

مبحث اول: بررسی رویه قضایی در خصوص تعلیق مجازات جرم اختلاس (موضوع ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)

حسب دادنامه شماره ۶۰۳۱ مورخ ۱۳۹۵/۵/۲۵ شعبه ۱۰۵۸ دادگاه کیفری ۲ تهران، آقای الف به عنوان متصدی امور بانکی در دو شعبه رودکی و جیحون مشغول به کار بوده و در زمان تصدی خود در این شعبات با صدور کارت‌های بانکی، برای چند حساب که راکد بوده و جعل شش فقره سند، مبادرت به برداشت و تصاحب مبلغ ۴/۴۷۴/۳۳۲/۱۶۱ ریال نموده، به نحوی که پس از کشف موضوع وجوه مذکور را با احتساب خسارت‌های وارده مسترد و جبران نموده است.

دادگاه وقوع بزه و انتساب آن را به متهم محرز و مسلم تشخیص و با استناد به تبصره ۲ ماده ۵ و با رعایت تبصره ۳ (به جهت استرداد وجوه مورد اختلاس قبل از صدور کیفرخواست) از قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ و با رعایت بند ب ماده ۳۷ و بندهای الف، ت، ث و ج ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به لحاظ گذشت شاکی، اظهار ندامت، اقرار مؤثر متهم در حین تحقیق و رسیدگی و اقدام متهم برای جبران زیان، حکم به محکومیت متهم به تحمل هفت سال حبس تعزیری و پرداخت مبلغ ۸/۹۴۸/۶۶۴/۳۲۲ ریال جزای نقدی در حق صندوق دولت و انفصال موقت به میزان ۵ سال که دادگاه وی را از پرداخت تمام جزای نقدی معاف می‌نماید. ضمناً با احراز شرایط مندرج در مواد ۴۰ و صدر ماده ۴۶ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (وجود جهت تخفیف و پیش‌بینی اصلاح مرتکب و جبران ضرر و زیان و فقدان سابقه کیفری) و با رعایت بند الف، ت، ث و ج ماده ۳۸، ۵۲ و ۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قرار تعلیق اجرای مجازات محکوم (صرفاً حبس) به مدت یک سال صادر و اعلام می‌نماید. با این وصف که هرگاه محکوم از تاریخ صدور قرار تا پایان مدت تعلیق، مرتکب یکی از جرایم عمدی موجب حد، قصاص، دیه یا تعزیر تا درجه هفت شود علاوه بر مجازات جرم اخیر، مجازات معلق نیز درباره وی اجرا و الا محکومیت تعلیقی بی‌اثر می‌شود. همچنین با وصف استرداد کل مبلغ مورد اختلاس از طرف متهم، موضوع رد مال را منتفی اعلام نموده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می‌گیرد:

آنچه از مفهوم سپرده شدن وجوه نقدی، حواله‌ها یا سهام یا سایر اسناد و اوراق بهادار یا سایر اموال متعلق به هریک از سازمان‌ها و مؤسسات مندرج در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ به ذهن متبادر می‌گردد، همان مفاهیم عرفی است و سپرده شدن نیز اعم از سپردن مستقیم و یا غیرمستقیم می‌باشد؛ به عبارت دیگر چگونگی سپردن وجه یا مال اعم از اینکه به وسیله مقامات و یا افراد به مؤسسات و دستگاه‌های موردنظر تحویل و بعد از طی مراحل اداری در اختیار کارمند قرار گرفته و یا اینکه توسط مقامات و یا افراد مستقیماً به کارمندان مدنظر واگذار شده باشد، ملاک تحقق سپرده شدن نبوده و فقط تحویل وجوه یا اموال به کارمندان، آن هم حسب وظیفه موردتوجه می‌باشد که چه به صورت واقعی و یا حکمی تحقق یابد و در باب بزه اختلاس، تسلیم مال یا وجه ناشی از یک رابطه و قرارداد حقوقی ایجادشده در چارچوب مقررات حقوقی و اداری است، علاوه بر اینکه برداشت وجوه به منزله تصاحب و تملک آن به حساب می‌آید، یعنی درمورد وجوه به صرف برداشت، جرم به صورت تام واقع می‌شود. ثانیاً در جرم اختلاس بین محروم نمودن موقت یا دائم دستگاه‌های مذکور در ماده ۵ همان قانون تفاوتی وجود ندارد و به محض اینکه اندیشه مرتکب بر محرومیت دستگاه‌های موصوف از آن وجوه یا اموال تعلق گرفت، در آن صورت، موقت یا دائم بودن قصد محرومیت تأثیری در تحقق جرم نداشته و این امر صرفاً در مواردی در مجازات جزای نقدی تأثیرگذار است که این موضوع در رویه قضایی مورد توجه بوده است.

تعلیق اجرای حکم از مصادیق تخفیف مجازات محسوب نمی‌شود؛ بنابراین اعمال تخفیف مجازات و تعلیق به صورت توأمان درخصوص یک جرم منع قانونی ندارد. نظر مشورتی شماره ۷/۵۲۵۸ مورخ ۱۳۶۷/۸/۲ و ۷/۱۹۰۷ مورخ ۱۳۷۵/۳/۳۱ اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز مؤید این نظر است: «استفاده از تخفیف مقرر در ماده ۲۲ و همچنین تعلیق

قسمتی از اجرای مجازات در یک جرم با لحاظ مقررات مواد ۲۲ و ۲۵ قانون مجازات اسلامی بلا اشکال است»

عده‌ای معتقدند که تعلیق موضوع تبصره ۳ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری درواقع همان تعلیق موضوع ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی است و لذا واجد آثار و عوارض ماده ۴۶ است. از لوازم این ماده آن است که اولاً در صدور این قرار باید مدت تعلیق معین شود، ثانیاً چنانچه محکوم در مدت تعلیق مرتکب یکی از جرایم تعزیری تا درجه هفت شود این قرار ملغی خواهد شد.

عده‌ای دیگر معتقدند که مجازات حبس تعلیق شده مرتکب موضوع تبصره ۳ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری هیچ‌وقت منجز نخواهد شد و تحت هیچ شرایطی قرار صادره لغو نمی‌شود ولو اینکه محکوم مرتکب جرایم تعزیری درجات بالا شود؛ به عبارت دیگر تعلیق موضوع تبصره یاد شده به معنای معافیت از کیفر است؛ زیرا فلسفه وضع این تبصره آن است که مرتکبان اختلاس در راستای کشف مورد اختلاس و برگرداندن مال مورد اختلاس تشویق شوند تا با رد تمام اموال و وجوه اختلاس شده، مجازات حبس آن‌ها معلق شود. روبه قضایی و دکترین حقوقی در نظام قضایی ما این نظر را پذیرفته است؛ یعنی هرچند که عنوان این قرار با قرار تعلیق اجرای مجازات موضوع ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ یکی است ولی آثار و عوارض این دو متفاوت است. در حقیقت منظور قانون‌گذار معافیت مرتکب از مجازات حبس است، اگرچه از واژه تعلیق استفاده نموده است مقتضای تفسیر به نفع متهم نیز همین نظر است^۱ و با توجه به اینکه ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام قانون خاص مقدم است، قانون عام مؤخر نمی‌تواند آن را نسخ نماید بنابراین همچنان به قوت خود باقی است.

صرف‌نظر از مباحث فوق‌الذکر آنچه مسلم می‌باشد این است که ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ درخصوص جرایم اقتصادی موضوع جرم بیش از یک‌صد میلیون ریال

۱- مصدق، محمد، ۱۳۹۵، شرح قانون مجازات اسلامی، تهران، انتشارات جنگل، جلد اول، ص ۲۶۷

را قابل تعلیق اجرای مجازات ندانسته است. یکی از این جرایم اقتصادی با توجه به بند «ب» ماده ۱۰۹ قانون مزبور، اختلاس موجود در بند «ب» از تبصره ماده ۳۶ همان قانون است. در دادنامه فوق‌الذکر میزان موضوع مورد اختلاس بیش از یک‌صد میلیون ریال بوده است. قانون‌گذار با وضع ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی در مقام یکسان‌سازی قوانین و مقررات مربوط به تعلیق اجرای مجازات و ذکر موارد ممنوعیت اعمال تعلیق اجرای مجازات بوده است. هرچند قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء ... قانونی خاص است لکن به لحاظ آنکه قانون مجازات اسلامی به تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان رسیده است، موجب نسخ تبصره ۳ ماده ۵ قانون اخیرالذکر شده است. مواردی را که در تبصره ماده ۲۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز آمده است و در آن موارد بازداشت موقت الزامی کلیه قوانین خاص به‌جز جرایم نیروهای مسلح را ملغی دانسته است. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مقام سخت‌گیری نسبت به بزهکاران جرایم اقتصادی و نیز کارمندان دولت بوده که از اعتماد عمومی سوءاستفاده نموده و مرتکب چنین جرایمی از جمله اختلاس می‌شوند لذا تبصره ۳ ماده ۵ مارالذکر موجب جری شدن چنین افرادی و موجب تشویق آن‌ها می‌شود.

باتوجه به اینکه مرجع قضایی در اجرای تبصره ۵ ماده ۵ قانون تشدید ... به لحاظ مبلغ و میزان مورد اختلاس مکلف به صدور قرار بازداشت موقت به مدت یک ماه در صورت وجود دلایل کافی بوده است لذا عدم توجه به این تکلیف یکی از تخلفات واقع شده در روند رسیدگی توسط مراجع قضایی اعم از دادسرا و دادگاه است کما اینکه در تعیین مجازات حبس نیز شعبه صادرکننده اشاره‌ای به ایام بازداشت ننموده است و عدم توجه به موضوع فوق‌الذکر به وفور در رویه قضایی قابل مشاهده می‌باشد.

مبحث دوم: استثنائات قاعده عطف به ما سبق نشدن قوانین جزایی در رویه قضایی **(موضوع ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)**

حسب دادنامه شماره ۷۰۳ مورخ ۱۳۹۵/۸/۲۵ شعبه ۱۰۵۷ دادگاه کیفری دو تهران، آقای الف متهم است به اختلاس توأم با جعل به مبلغ ۱۶/۴۶۸/۳۶۵/۴۳۳ ریال از وجوه شرکت‌های متعلق به سازمان متبوعه و آقای ب متهم است به معاونت با متهم ردیف اول در اختلاس با ارائه شماره حساب بانکی اشخاص که وقوع بزه را تسهیل نموده است.

دادگاه در مقام رسیدگی بزهکاری متهمان را محرز دانسته و با استناد به تبصره ۲ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری و مواد ۱۲۶ و ۱۲۷ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در باب معاونت در جرم و ماده ۲ از قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، حکم به محکومیت متهم ردیف اول از حیث اختلاس توأم با جعل به تحمل هفت سال حبس تعزیری، انفصال دائم از خدمات دولتی، رد مال در حق شاکی و پرداخت مبلغ ۱۶/۴۶۸/۳۶۵/۴۳۳ ریال به‌عنوان جزای نقدی در حق صندوق دولت و درخصوص اتهام متهم ردیف دوم از حیث معاونت در اختلاس به تحمل ۹۱ روز حبس تعزیری صادر و اعلام می‌دارد.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح مختصر رأی صادره، درادامه رویه قضایی مورد بررسی قرار می‌گیرد:

مواد مربوط به تخفیف مجازات در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اعم از ماده ۳۷، تبصره ۳ ماده ۱۳۴ و ۱۳۳ محدودیت در تخفیف مجازات ایجاد کرده است. درحالی‌که در ماده ۲۲ قانون سابق محدودیتی در تخفیف مجازات پیش‌بینی نشده بود؛ بنابراین اعمال مواد جدید مربوط به تخفیف مجازات در حق متهم به نوعی تشدید مجازات محسوب می‌شود و لذا اعمال نخواهد شد و ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در حق وی قابلیت اعمال دارد؛ به‌عبارت‌دیگر با توجه به صدر ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و مقررات مشابه آن در ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ در جرایم

تعزیری، مقررات پیش از وقوع جرم باید اجرا شود، مگر اینکه موضوع مشمول ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ باشد که در این صورت با هر شرایطی قانون جدید اعمال می شود و در غیر این صورت اگر قواعد تخفیف، تعدد، تکرار جرم، آزادی مشروط و سایر مقررات تخفیف، محدودیتی قائل شده باشد، تشدید محسوب و عطف به ما سبق نمی شود.

قاضی اجرای احکام مکلف است شخصاً و یا به درخواست محکوم، پرونده های محکومانی را که احتمال می دهد قانون جدید مساعد به حال آنها است به منظور تخفیف مجازات و اصلاح حکم به دادگاه صادر کننده حکم قطعی ارسال کند. بدیهی است چنانچه قانون جدید مساعد نباشد دادگاه حق تشدید نخواهد داشت.

چنانچه مجموع مجازات تعیین شده در خصوص جرایم ارتكابی با توجه به میزان مجازات قانونی جرم اشد که برابر مقررات ماده ۱۳۴ قانون جدید قابلیت اعمال و اجرا دارد بیشتر باشد، اجرای احکام مکلف است در اجرای بند «ب» ماده ۱۰ این قانون، پرونده را جهت اعمال تخفیف مجازات به دادگاه ارسال نماید لیکن چنانچه اعمال مقررات ماده ۱۳۴ این قانون با لحاظ میزان مجازات قانونی جرایم ارتكابی موجب تشدید مجازات مرتکب شود مقررات جدید نسبت به احکام قبلی قابلیت اعمال و اجرا نخواهد داشت.

در خصوص متهم ردیف اول، دادگاه نامبرده را به اتهام اختلاس توأم با جعل به هفت سال حبس تعزیری، انفصال دائم، رد مال و جزای نقدی و به اتهام پولشویی، جزای نقدی و به اتهام اخذ وجوه بیش از مبلغ معامله با اعمال تخفیف به جزای نقدی و به اتهام استفاده از شناسنامه مکرر به جزای نقدی محکوم نموده است و مقررات تعدد جرم موضوع ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد توجه قرار نگرفته است. علی هذا چنانچه دادگاه ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی را ملاک قرار می داد باید حداکثر مجازات را تعیین می نمود و وفق تبصره ۲ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری حداکثر مجازات حبس اختلاس توأم با جعل بیش از ۵۰ هزار ریال، ده سال می باشد در حالی که دادگاه هفت سال حبس تعیین نموده است. ثانیاً با عنایت به تعدد جرایم (بیش از سه جرم) براساس حکم ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی تا میانگین بین هفت تا ده سال به

مجازات حداکثر حبس اختلاس اضافه و آن را تشدید می نمود درحالی که دادگاه به این موضوع عمل نکرده است و به لحاظ عدم اجرای قانون مشدد، کمتر از میزان مقرر در قانون مجازات تعیین نموده است.

ملاحظه می گردد از آنجا که سال وقوع بزه قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می باشد دادگاه از اعمال ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به دلیل اینکه به ضرر متهمان می باشد خودداری نموده است و این موضوع بیانگر شکل گیری رویه قضایی بر مبنای قانون می باشد.

مبحث سوم: تخفیف مجازات با وجود تعدد جرم در رویه قضایی پیرامون اختلاس (موضوع تبصره ۳ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)

حسب دادنامه شماره ۳۹۸ مورخ ۱۳۹۵/۶/۲۰ شعبه ۱۰۶۰ دادگاه کیفری ۲ تهران، آقای الف متهم به پذیرش نفوذ موضوع ماده ۳ قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی و آقای ب متهم به شرکت در جعل و شرکت در اختلاس نسبت به کالاهای ارسال شده به ملک شخصی متهم ردیف اول و اعمال نفوذ موضوع ماده دو قانون اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی و آقای ج کارمند شهرداری متهم به گواهی برخلاف واقع در نگارش متن نامه در زیر لیست کالاهای ارسالی برای متهم ردیف اول و شرکت در اختلاس نسبت به اموال اشاره شده در صورت جلسه فوق به اتفاق متهم ردیف دوم و آقای د کارمند شهرداری متهم به شرکت در جعل نامه منتسب به اداره بهداشت به اتفاق متهم ردیف دوم و استفاده از سند مجعول فوق و نهایتاً آقای ه پیمانکار شهرداری متهم به معاونت در اختلاس به همراه متهمان ردیف دوم و سوم در انتقال اموال به باغ متهم ردیف اول می باشند.

دادگاه پس از تحقیق، بزه های انتسابی متهمین را محرز و مسلم دانسته و با استناد به مواد ۲ و ۳ قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی و مواد ۵۳۲، ۵۴۰، ۵۳۵، قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) و ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری و رعایت مواد ۱۲۶ و ۱۲۷ و ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حکم به محکومیت هریک از متهمین به شرح زیر صادر و اعلام نموده است:

متهم ردیف اول به انفصال ابد از خدمات دولتی بابت اتهام پذیرش نفوذ موضوع ماده ۳ قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی و متهم ردیف دوم به تحمل دو سال حبس تعزیری با احتساب ایام بازداشت قبلی بابت شرکت در جعل نامه منتسب به اداره بهداشت و دو سال حبس و انفصال دائم از خدمات دولتی بابت بزه شرکت در اختلاس نسبت به کالاهای ارسال شده به ملک شخصی متهم ردیف اول و به تحمل یک سال حبس تعزیری بابت اعمال نفوذ موضوع ماده ۲ قانون اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی که مجازات اشد درمورد وی به مرحله اجرا گذاشته می شود و متهم ردیف سوم به تحمل ۵۰

ضربه شلاق بابت بزه صدور گواهی خلاف واقع و به تحمل دو سال حبس تعزیری و انفصال دائم از خدمات دولتی بابت بزه شرکت در اختلاس نسبت به اموال اشاره شده که مجازات اشد به اجرا گذاشته خواهد شد که به لحاظ وضع خاص متهم و نداشتن سابقه کیفری با استناد به تبصره ۶ ناظر به تبصره ۱ ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس، حبس مشارالیه را به یک سال و انفصال دائم نیز به انفصال موقت به مدت یک سال تقلیل می‌دهد. متهم ردیف چهارم به تحمل یک سال حبس تعزیری با احتساب ایام بازداشت قبلی بابت شرکت در بزه جعل و تحمل یک سال حبس تعزیری بابت بزه استفاده از سند جعلی محکوم می‌گردد که مجازات اشد به اجرا گذاشته می‌شود و متهم ردیف پنجم را به تحمل شش ماه حبس تعزیری با احتساب بازداشت قبلی بابت بزه انتسابی معاونت در اختلاس محکوم می‌نماید.

➤ **علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:**

- قانون‌گذار در تعیین مجازات تعزیری برای تعدد مادی، به جز درجه‌های ۷ و ۸ که در آن‌ها مجازات با هم و با سایر مجازات تعزیری جمع می‌شود، شیوه‌های زیر را برگزیده است:
- الف -** در صورتی که شخص مرتکب دو یا سه فقره جرم شده، به شرح زیر اقدام می‌شود:
- چنانچه مجازات دارای حداقل و حداکثر باشند، حداکثر مجازات تعیین می‌شود و از میان آن‌ها مجازات اشد اجرا می‌شود.
 - چنانچه مجازات دارای حداقل و حداکثر نباشند تا یک‌چهارم به مجازات جرم اضافه می‌شود و از میان آن‌ها، مجازات اشد اجرا می‌شود.
- ب -** در صورتی که جرایم شخص بیش از سه فقره باشد، به شرح زیر اقدام می‌شود:
- چنانچه مجازات دارای حداقل و حداکثر باشند، مجازات مرتکب حداکثر به علاوه تا نصف مجازات حداکثر تعیین می‌شود و از میان آن‌ها، مجازات اشد اجرا می‌شود.

- چنانچه مجازات دارای حداقل و حداکثر نباشند تا نصف حداکثر مجازات به مجازات اضافه می‌شود و از میان این مجازات، مجازات اشد اجرا می‌شود.
- ج - در جمع میان تعدد و تخفیف به شرح زیر عمل می‌شود:
 - در صورتی که همه مجازات‌ها دارای حداقل و حداکثر باشند، در تمامی موارد اعم از اینکه تعداد جرایم ارتكابی کمتر یا بیشتر از سه فقره باشد، مرتکب به تا میانگین حداقل و حداکثر مجازات قانونی محکوم می‌شود.
 - در صورتی که هیچ‌یک از مجازات دارای حداقل و حداکثر نباشند در مقام تخفیف مجازات در تمامی موارد اعم از اینکه تعداد جرایم ارتكابی کمتر یا بیشتر از سه فقره باشد مرتکب به تا نصف مجازات قانونی جرم محکوم می‌شود.
- با توجه به اطلاق ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقررات آن در تمامی جرایم تعزیری اعم از مشابه یا مختلف اعمال می‌گردد.
- منظور از تقلیل یا تبدیل یا غیرقابل اجرا شدن مجازات اشد در ادامه‌ی این ماده که مقرر می‌دارد: «اگر مجازات اشد به یکی از علل قانونی تقلیل یابد یا تبدیل یا غیرقابل اجرا شود، مجازات اشد بعدی اجرا می‌گردد»؛ عفو مجازات نیست، بلکه مواردی از قبیل اعمال ماده ۴۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ است که با اعمال این ماده چنانچه مجازات در اثر تقلیل یا تبدیل، تخفیف یابد، مجازات اشد بعدی اجرا می‌گردد و منظور از غیرقابل اجرا شدن، مواردی از قبیل تبرئه محکوم‌علیه در مراحل اعاده دادرسی است.
- چنانچه مجازات اشد به هر دلیلی غیرقابل اجرا گردد، مجازات اشد بعدی اجرا می‌شود لیکن آن مقدار از مجازاتی که از مجازات اولیه اجرا شده است، باید از مجازات اشد بعدی کسر گردد هرچند که قانون‌گذار به این موضوع تصریح نکرده است.
- براساس نظریه مشورتی شماره ۷/۱۱۲۹ مورخ ۱۳/۶/۱۳۹۲ اداره کل حقوقی قوه قضائیه وقتی مجازات جرمی در قانون، یکی از چند جنس جداگانه مثلاً حبس یا شلاق یا جزای نقدی باشد، قاضی به‌طور قانونی مخیر به انتخاب یکی از آنهاست و هرکدام از آنها را می‌تواند تعیین و مورد حکم قرار دهد و چنانچه موضوع مشمول مقررات ماده ۱۳۴ قانون

مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ باشد باید حداکثر مقرر در قانون از همان را مورد حکم قرار دهد. مثلاً در جرم موضوع ماده ۶۰۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، دادگاه مخیر به انتخاب مجازات حبس یا جزای نقدی یا شلاق است و هریک از این سه نوع مجازات را که انتخاب نمود در اعمال مقررات صدر ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی باید حداکثر آن را تعیین کند. بدیهی است اگر مجازات جرمی مجموع چند نوع جداگانه باشد و دادگاه مکلف به انتخاب همه یا چند نوع از آن مجازات باشد مانند حبس و جزای نقدی و شلاق؛ چون مجموع آن‌ها مجازات قانونی جرم است، قاضی مکلف است در اعمال مقررات تعدد جرم حداکثر مجازات مقرر قانونی همه آن‌ها را مورد حکم قرار دهد.

از آنجاکه ردیف دوم به جعل، اعمال نفوذ و شرکت در اختلاس متهم است، لذا براساس ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دادگاه موظف بوده است درمورد هر سه جرم حداکثر مجازات را تعیین، سپس مجازات جرم اشد یعنی جرم اختلاس را درمورد وی قابل اجرا اعلام نماید، این درحالی است که مجازات تعیین شده برای نامبرده کمتر از مجازات قانونی است و دادگاه بدون رعایت ماده ۱۳۴ در تعیین مجازات، مجازات اشد را قابل اجرا دانسته است.

درخصوص متهم ردیف سوم نیز که متهم به صدور گواهی خلاف واقع و شرکت در اختلاس بوده است نیز دادگاه موظف به تعیین حداکثر مجازات در اجرای اعمال مقررات تعدد و قابل اجرا دانستن مجازات اشد بوده است. دادگاه ضمن آنکه مجازات را کمتر از میزان قانونی تعیین نموده، مجازات اشد را قابل اجرا دانسته است و درواقع بدون رعایت قواعد تعدد، مجازات اشد را قابل اجرا دانسته است. اشکال فوق‌الذکر درمورد متهم ردیف چهارم که متهم به جعل و استفاده از سند مجعول بوده است نیز صدق می‌نماید لذا رأی صادره از جهت تعیین مجازات و اعمال قواعد تعدد خلاف مقررات و رویه قضایی صادر شده است.

مبحث چهارم: رویه قضایی پیرامون شمول یا عدم شمول تعدد جرم بر اختلاس و برداشته‌های متعدد از یک صندوق

طبق دادنامه شماره ۳۹۴ مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۵ شعبه ۱۰۵۶ دادگاه عمومی تهران^۱، پیرامون اتهام آقای م.ش دائر بر اختلاس مبلغ ۲۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال از وجوه متعلق به بانک که در چند مرحله و به دفعات برداشت نموده است، بزهکاری وی را محرز تشخیص و با استناد به ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، نامبرده را علاوه بر رد وجوه مورد اختلاس و تحمل سه سال حبس تعزیری به پرداخت مبلغ ۴۲۲۴۰۰۰ ریال جزای نقدی و انفصال دائم از خدمات دولتی محکوم می‌نماید. متهم در مقام واخواهی به رأی غیابی اعتراض کرده و شعبه مزبور مجازات نامبرده را به تحمل دو سال حبس و انفصال موقت از خدمات دولتی به مدت یک سال و پرداخت جزای نقدی به میزان وجه مورد اختلاس، تقلیل می‌دهد.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی اتخاذ شده مورد بررسی قرار می‌گیرد:

همان‌طور که از متن دادنامه مشخص می‌باشد متهم از زمره کارکنان و مستخدمین موضوع ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری بوده که اموال و وجوه بانک به‌طور مستقیم و غیرمستقیم بنا بر مقتضای وظیفه اداری وی به او سپرده شده که وظیفه حفظ و حراست از اموال و وجوه دولتی را بر عهده داشته و به‌رغم منع قانون با سوءاستفاده از مقام و موقعیت شغلی و آن‌هم با سبق تصمیم و برنامه از پیش طراحی شده با توسل به یکسری اعمال به‌ظاهر قانونی ولی در اصل مغایر با قوانین و مقررات، مبلغ ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال از وجوه حاصله از بازپرداخت اقساط تسهیلات و مبالغ موجود در صندوق بانک را به نفع خود برداشت و تصاحب نموده است که تصرف در وجوه متعلق به مردم به‌دفعات بیان‌کننده سوءنیت متهم می‌باشد که اداره کل حقوقی قوه قضائیه به‌رغم

۱- پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۴، مجموعه آرای قضایه کیفری، تهران: اداره انتشار رویه قضایه، چاپ اول، ص ۳۹۵

ارتکاب عمل به دفعات آن را مشمول تعدد جرم ندانسته است و در نظریه شماره ۷/۹۴/۳۳۸۰ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۵ در این خصوص اعلام نموده است: «آنچه در تبصره یک ماده ۳ و تبصره ۴ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین... آمده است شامل یک جرم اختلاس است. یعنی مختلس از صندوق مشخصی وجوهی را به دفعات برداشت می کند که در این صورت مجموع مبالغ ملاک تعیین مجازات و صلاحیت است و قاعده تعدد جرم جاری نیست.» اداره مزبور در نظریه شماره ۷/۹۳/۴۹۶ مورخ ۱۳۹۳/۳/۴ اعلام نموده است: «چنانچه فردی از صندوق های مختلف وجوهی را در زمان های متفاوت اختلاس نماید مشمول مقررات تعدد جرم موضوع ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ خواهد بود.» اضافه بر اینکه در این بین در اختیار شخص اداری قرار گرفتن وجوه مورد اختلاس که از جمله شرایط تحقق این جرم است به نظر می رسد در پرونده امر تحقق یافته است. چون آنچه از مفهوم سپرده شدن وجوه نقدی، مطالبات، حواله ها یا سهام و یا سایر اسناد و اوراق بهادار یا سایر اموال متعلق به هریک از سازمان ها و مؤسسات مندرج در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری به ذهن متبادر می گردد، همان مفاهیم عرفی است و سپرده شدن نیز اعم از سپردن مستقیم و یا غیرمستقیم می باشد. به عبارت دیگر چگونگی سپردن وجه یا مال اعم از اینکه به وسیله مقامات و یا افراد به مؤسسات و دستگاه های مورد نظر تحویل و بعد از طی مراحل اداری در اختیار کارمند قرار گرفته و اینکه توسط مقامات و یا افراد مستقیماً به کارمندان مدنظر واگذار شده باشد ملاک تحقق سپرده شدن نبوده و فقط تحویل وجوه یا اموال به کارمندان، آن هم حسب وظیفه مورد توجه می باشد که به صورت واقعی یا حکمی تحقق یابد و در باب بزه اختلاس، تسلیم مال یا وجه ناشی از یک رابطه و قرارداد حقوقی ایجاد شده در چارچوب مقررات حقوق اداری است. علاوه بر اینکه در اختلاس، برداشت وجوه به منزله تصاحب و تملک آن به حساب می آید. یعنی در مورد وجوه به صرف برداشت، جرم به صورت تام واقع می شود و مرتکب به عنوان مختلس قابل تعقیب جزایی خواهد بود. ولی در مورد سایر اموال باید رفتار مرتکب به صورت تصاحب بروز و ظهور پیدا کند تا جرم به شکل تام واقع شود. از طرفی در جرم اختلاس بین محروم نمودن موقت یا دائم دستگاه های مذکور در ماده ۵ قانون

اخیرالذکر از اموال متعلقه، تفاوتی وجود ندارد و به محض اینکه اندیشه مرتکب بر محرومیت دستگاه‌های موصوف از آن اموال تعلق گرفت در آن صورت موقت یا دائم بودن قصد محرومیت تأثیری در تحقق جرم نداشته و این امر صرفاً در مواردی در مجازات جزای نقدی اثرگذار است. به علاوه استفاده یا عدم استفاده عملی شخص مرتکب از وجوه یا مال موضوع اختلاس تفاوتی در ماهیت جرم ایجاد نمی‌کند. در این جرم مقنن خروج وجه یا مال از مالکیت دولت و سایر دستگاه‌ها را ملازم با نفع خود یا شخص دیگری دانسته، خواه شخص مرتکب از آن وجه یا مال بهره‌مند شده یا نشده باشد. افزون بر این، برخلاف آنچه متهم ادعا نموده، تحقیقات معموله و مستندات ابرازی حکایت از این امر داشته است که متهم تجدیدنظرخواه پیش از واگذاری سهام بانک در بورس اوراق بهادار که اولین بار به بخش خصوصی واگذار گردیده، مبلغ ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال از وجوه متعلق به بانک را برداشت و تصاحب نموده است و اساساً در زمان وقوع جرم بانک از جمله بانک‌های دولتی بوده که تحت شمول ماده ۵ قانون تشدید ... قرار داشته است و در نهایت نظر به اینکه به موجب ماده ۵ قانون تشدید... مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در صورتی که میزان اختلاس بیش از مبلغ ۵۰/۰۰۰ ریال باشد مرتکب به انفصال دائم از خدمات دولتی محکوم می‌شود و توجهاً به اینکه دادگاه در مانحن فیه با اعمال کیفیات مخففه قضایی و در مقام واخواهی مجازات متهم را برخلاف تبصره ۶ ماده ۵ قانون مرقوم از انفصال دائم از خدمات دولتی به انفصال موقت از خدمات دولتی به مدت یک سال تنزل داده است، بر این مبنا رأی صادره واجد ایراد و اشکال است.

مبحث پنجم: رویه قضایی پیرامون شمول یا عدم شمول اختلاس نیروهای نظامی بر

تبصره ۳ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری

آقای... معاون نظارت و بازرسی سازمان قضایی نیروهای مسلح طی نامه شماره ۷۹/۱/۱۴-۳۵/۱۰۳/۷۹ به عنوان دادستان محترم کل کشور با ارسال سه فقره آراء از شعب ۴ و ۳۱ و ۳۲ دیوان عالی کشور^۱ و پرونده‌های مربوط به کلاسه‌های ۶۲۶۸/۷۰ ک و ۵۴۴۴۴/۷۳ ک دادسرای نظامی فارس و کلاسه ۵۵۷۸/۷۱ ک دادسرای نظامی تهران در خصوص اعمال مقررات تبصره ۳ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب آذرماه ۱۳۶۷ که رویه‌های مختلفی اتخاذ گردیده، تقاضای طرح موضوع را در هیأت عمومی دیوان عالی کشور به منظور ایجاد رویه واحد نموده است. بدواً خلاصه‌ای از جریان پرونده‌ها، معروض و سپس مبادرت به اظهار نظر می‌نماید:

۱- در پرونده کلاسه ۶۲۶۸/۷۰ / ۱۲/۱۴ شعبه اول دادگاه نظامی یک با تحقیق از متهم و گروهان معرفی شده به موجب دادنامه شماره ۲۷۷- ۷۴/۶/۱۸ با توجه به دلایل اقامه شده علیه متهم از قبیل گزارش‌های مأمورین ذیصلاح و گواهی گواهان، وقوع بزه را محرز دانسته و به استناد ماده ۹۴ قانون مجازات نیروهای مسلح مصوب سال ۷۱ و رعایت مواد ۱۵ و ۲۲ قانون مجازات اسلامی وی را به رد مال مورد اختلاس و پرداخت جزای نقدی معادل دو برابر مال مورد اختلاس و چهار ماه حبس و یک سال تأخیر از ترفیع محکوم می‌نماید.

با اعتراض وکیل محکوم علیه و ارجاع پرونده به شعبه چهارم دیوان عالی کشور، شعبه مذکور به شرح دادنامه شماره ۴۱۸- ۷۹/۱/۲۶ حکم را به پرداخت پانصد هزار ریال جزای نقدی تقلیل می‌دهد.

۲- در پرونده کلاسه ۵۵۷۸۶/۷۱ دادسرای نظامی تهران آقای ستوان دوم سید داود ... و ستوان سوم بهنام ... جمعی قرارگاه و پشتیبانی ناجا، متهم به شرکت در اختلاس تحت تعقیب دادسرای نظامی تهران بوده‌اند. دادگاه نظامی یک هم به موجب دادنامه صادره آقای سید داود ... را علاوه بر استرداد وجه مورد اختلاس به تحمل شش ماه حبس و پرداخت

۱- اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۹۰، مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تهران، چاپ دوم، ص ۳۳۸

پانصد هزار ریال جزای نقدی و یک سال محرومیت از تفریح و آقای بهنام ... را علاوه بر استرداد مبلغ یک صد و پنجاه هزار تومان که باید به حساب ناجا واریز شود به تحمل شش ماه حبس تعزیری و محرومیت از تفریح برای مدت ۶ ماه و دویست هزار ریال جزای نقدی محکوم می‌نماید.

آقای ... به وکالت از محکومان به حکم صادره اعتراض و اظهار می‌کند موکلان کلیه وجوه مورد اختلاس را قبل از صدور کیفرخواست مسترد کرده‌اند. لذا مقررات تبصره ۳ از ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری درمورد آنها لازم‌الرعايه است که دادگاه نظامی به آن توجه نکرده و پس از ارجاع پرونده به شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور، شعبه مزبور چنین رأی داده است:

بهموجب دادنامه شماره ۵۳۳-۷۸/۹/۱۴ با قبول ایراد وکیل محکومان و احراز اینکه وجه مورد اختلاس قبل از صدور کیفرخواست مسترد شده، لازم‌الرعايه بودن تبصره ۳ از ماده ۵ قانون مارالذکر را ضروری تشخیص و با نقض دادنامه بدوی پرونده را به شعبه یک دادگاه نظامی یک ارجاع می‌نماید.

۳- در پرونده ۷۳-۵۴۴۴ دادسرای نظامی فارس ۱۱ نفر از نظامیان به اتهام اختلاس تحت تعقیب دادسرای نظامی فارس بوده‌اند. متهمان قبل از صدور کیفرخواست وجه مورد اختلاس را مسترد می‌دارند. دادگاه نظامی یک فارس با احراز وقوع بزه هریک از متهمان را به تحمل شش ماه حبس و انفصال دائم از خدمات دولتی محکوم و باتوجه به اینکه وجه مورد اختلاس را قبل از صدور کیفرخواست مسترد نموده‌اند مجازات حبس را به مدت دو سال تعلیق می‌نماید و این حکم به‌موجب دادنامه شماره ۷۵۷-۷۷/۹/۲۶ در شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور ابرام شده است.

➤ **علی‌هذا با توجه به تشریح آرای صادره، درادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:**

همان‌طور که ملاحظه می‌شود بین شعب ۴ و ۳۱ و ۳۲ دیوان عالی کشور درخصوص

اینکه مقررات تبصره ۳ از ماده ۵ قانون مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری درمورد پرسنل نظامی لازم الرعایه می‌باشد یا خیر؟ رویه‌های مختلفی اتخاذ شده است. با وجود مجمع تشخیص مصلحت نظام و تعدد مراجع قانون‌گذاری، این تصور را نباید داشته باشیم که مراجع مختلف می‌توانند قوانین معارضی تصویب کنند، بلکه قانون جرایم نیروهای مسلح که مؤخر بر قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء به تصویب رسیده با درنظر گرفتن مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب شده و اگر چنانچه مجمع تشخیص مصلحت نظام این قانون را خلاف مصلحت تشخیص می‌داد قانون مؤخر را نسخ می‌کرد بنابراین مرجع مزبور قانون مؤخر را تأیید کرده و طبق ماده ۲ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران اعلام گردیده که هر موقع در این قانون سکوتی باشد از قوانین قبلی می‌توان استفاده کرد. طبق ماده ۲ در مواقعی که مجازات جرمی در این قانون ذکر نشده باشد دادگاه طبق قوانین عمومی تعیین کیفر خواهد کرد؛ بنابراین در مواردی که جرمی در قانون جرایم نیروهای مسلح پیش‌بینی نشده باشد از قوانین عمومی که تعیین کیفر کرده است استفاده خواهد شد. قبل از تصویب قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ ماده ۱۵۲ قانون مجازات عمومی مختلسین اموال دولتی را تعریف و مجازاتی تعیین کرده بود و بعد قانون مجازات مختلسین اموال دولتی ۱۳۰۶ تصویب شد و به همین نحو نسبت به اختلاس کارمندان دولت عمل می‌گردید و ماده ۴۰۰ قانون دادرسی و کیفر ارتش مصوب ۱۳۱۸ درخصوص نظامیان اجرا می‌شد. در ماده ۴۰۰ قانون دادرسی و کیفر ارتش به دلیل اشد بودن مجازات از زندان تا اعدام پیش‌بینی شده بود و بعد که قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء و کلاهبرداری در سال ۱۳۶۷ تصویب شد آن قانون را نسخ کرد به‌طوری‌که در مواد ۱ و ۲ و ۵ قانون مرتکبین اختلاس و ارتشاء از قوای سه‌گانه نیروهای مسلح نام برده و این قانون نسبت به آن‌ها هم اجرا می‌شد تا اینکه قانون جرایم نیروهای مسلح تصویب شد. ماده ۹۳ این قانون درمورد ارتشاء نظامیان و ماده ۹۴ درمورد اختلاس نظامیان به تصویب رسید که این قانون نیز اشد از قانون مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء بود.

تبصره ۳ ماده ۵ مورد اختلاف در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح پیش‌بینی نشده و تسری تبصره به مختلسین نظامی خلاف نظر قانون‌گذار و فلسفه وضعی ماده‌های ۹۳ و ۹۴ به‌عنوان قانون خاص مؤخر می‌باشد؛ بنابراین رویه قضایی حکایت از این موضوع دارد که مقررات تبصره ۳ از ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری درخصوص افراد نیروهای مسلح لازم‌الرعايه نمی‌باشد.

مبحث ششم: رویه قضایی در خصوص اختلاس باندى (موضوع ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ... و ضرورت حضور یا عدم حضور وکیل

حسب دادنامه شماره ۶۵۲-۱۳۶۹/۳/۱۶ شعبه اول دادگستری بندر ماهشهر^۱ هفت نفر از کارمندان تحت تعقیب قرار می‌گیرند. دادگاه با احراز بزهکاری متهمان، شش نفر از آن‌ها را به‌عنوان مختلس و دو نفر را هم به‌عنوان معاونت در اختلاس به ۱۵ سال حبس محکوم می‌کند، سپس به این رأی اعتراض می‌شود و پرونده به شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور ارجاع شده و این شعبه ایرادی بر آن وارد می‌کند مبنی بر اینکه دادگاه بدون حضور وکیل، با توجه به الزامی بودن دخالت وکیل به استناد تبصره ذیل ماده ۱۸۶ آیین دادرسی کیفری، پرونده را به دادگاه صادرکننده حکم اعاده می‌نماید. دادگاه عمومی ماهشهر بر طبق ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، هریک از متهمین را به تحمل دو سال حبس محکوم می‌نماید. در رأی قبلی، دادگاه به استناد ماده ۴ قانون فوق به لحاظ جعل و استفاده از سند مجعول و تشکیل باند اختلاس، متهمین را به ۱۵ سال حبس محکوم کرده بود اما در مرحله دوم با یکسری تغییرات در مستندات و ادله، یکی از متهمین را تبرئه و بقیه را به ۲ سال حبس محکوم می‌کند، سپس از این رأی تجدیدنظرخواهی می‌شود و شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان خوزستان به موضوع رسیدگی کرده و این بار سه نفر تبرئه می‌شوند و چهار نفر دیگر هم به جرم سرقت به دو سال حبس و شلاق محکوم می‌شوند به این رأی نیز در اجرای ماده ۲ قانون اختیارات ریاست قوه قضائیه اعتراض می‌شود و این اعتراض وارد تشخیص داده شده و پرونده را به‌منظور رسیدگی مجدد به شعب تشخیص ارسال می‌کنند که در نهایت متهمین به‌عنوان مختلس و معاونت در اختلاس به حبس و جزای نقدی و رد مال و انفصال محکوم می‌شوند.

۱- پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۳، نشست‌های نقد و بررسی آرای قضایی (اختلاس)، تهران، چاپ اول، ص ۳

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح مختصر دادنامه‌های صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بررسی قرار می‌گیرد:

بین اختلاس که برداشت و تصاحب اموال دولتی است با سرقت حدومرز نزدیکی است. واژه اختلاس در فرهنگ عمید این‌طور تعریف شده است: «اختلاس عبارت است از ربودن مال به سرعت.» همچنین باید توجه داشت بعضی از متهمان کارمند رسمی نبوده‌اند یا اموالی به آن‌ها سپرده نشده است. درحالی‌که اختلاس باید مال به مختلس سپرده شده باشد و آن فرد کارمند رسمی یا غیررسمی آن سازمان بوده و مال را به نفع خود یا به نفع دیگری برداشته باشد. این درحالی است که وجوه حاصله به حساب شخصی متهم ردیف یک واریز شده است؛ بنابراین در اینکه اموال دولتی ربوده شده است، شکی نیست.

نکته دیگری که مطرح می‌شود این است که درخصوص این‌که اموال در اختیار این هشت نفر بوده، باز این رأی دارای اجمال است و معلوم نیست که درواقع به تمامی آن‌ها اموالی سپرده شده یا نه؟ مثلاً آقای (م.ر) مأمور حراست بوده و آیا اموال در اختیار کارمند حراست قرار می‌گیرد؟ و می‌توانیم عنوان اختلاس بر آن بگذاریم یا خیر؟

در مواد قانونی استناد شده در رأی به‌جای ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، ماده ۴۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ را ذکر کرده‌اند و محکومیت به‌عنوان مختلس و معاونت در اختلاس را تفکیک نکرده‌اند؛ بنابراین نظر شعبه این بوده که اگر مستقیماً مختلس نبوده‌اند به‌عنوان معاون دخالت داشته‌اند و مجازاتی هم که تعیین گردیده حداقل مجازات بوده که برای معاون هم همین مجازات در نظر گرفته شده است.

درمورد عدم دخالت وکیل خصوصاً در بحث ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری که مجازات ۱۵ سال حبس تا حبس ابد را در نظر گرفته، دیوانعالی کشور دخالت وکیل را به‌دلیل اینکه با مجازات مفسد فی‌الارض روبه‌رو هستیم الزامی دانسته است؛ به‌عبارت دیگر بعضی از جرایم هستند که مجازات آن‌ها دقیقاً اعدام است یا مثلاً حبس ابد. ولی بعضی از جرایم مانند این مثال ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، حداکثر حبس ابد است یا اینکه می‌تواند افساد فی‌الارض

باشد. سؤال این است که در مواردی مثل این ماده که مجازات بین حداقل و حداکثر در نوسان است، آیا حضور وکیل در همه موارد الزامی است یا اینکه فقط در مواردی الزام به حضور دارند که عمل، مصداق افساد فی الارض باشد یا مجازات تعیینی حبس ابد باشد؟

در این مورد دادگاه بدوی در حکم اولیه از شعبه ۱۰۱ متهمین را به استناد ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری محکوم کرده و ماده ۴ قانون فوق‌الذکر مجازات را ۱۵ سال تا حبس ابد تعیین کرده و به همین مناسبت هم شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور در رأیی که صادر کرده با اشاره به این مطلب که مجازات قانونی حبس ابد است لذا دخالت وکیل الزامی بوده و چون دادگاه‌ها بدون توجه به این مسئله حکم داده‌اند، لذا این ایراد شکلی را وارد کرده است.

پنج ایراد اساسی در رأی بدوی شعبه اول دادگستری ماهشهر به شرح زیر می‌باشد:

ایراد اول: اتهام در صفحه اول شرکت در اختلاس آمده ولی در متن رأی، اختلاس باندی عنوان شده است. عنوان تشکیلاتی و باندی بودن، دارای مجازات زیادی است که احراز آن نیاز به استدلال دارد. متأسفانه در خود رأی هم چیزی عنوان نشده و قید گردیده است که متهم به‌عنوان «شرکت در اختلاس» محکوم می‌گردد. حتی داخل پرانتز به‌صورت باندی یا تشکیلاتی بودن آن هم اشاره نکرده است. اگر باندی و تشکیلاتی بوده پس چرا در نوع اتهام نوشته است شرکت در اختلاس؟ این یک نکته اساسی است که هنگام رأی دادن باید به آن توجه کرد. چون هر لفظی، هر کلمه‌ای و هر عبارتی که انتخاب می‌کنیم یک بار حقوقی دارد و یک بار قضایی. نوع اتهامی که انتخاب خواهیم کرد در آینده در تجدیدنظرخواهی و اعتراضات فوق‌العاده واجد اثر می‌باشد و لذا تطبیق عمل با موضوع قانون دارای اثرات عملی است و برای اصحاب پرونده دارای بار حقوقی است و نیاز به دقت زیادی دارد. در رأی عنوان اتهامی «شرکت در اختلاس» نوشته شده است اما با دقت در رأی می‌بینیم که به ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری استناد کرده است. ابتدا تصور می‌شود منظور شعبه ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری است؛ اما وقتی دقیق مطالعه می‌گردد و به مستندات قانونی رأی

توجه می‌شود درمی‌یابیم مستند دادگاه ماده ۴ قانون تشدید مجازات است. اتهام مندرج در ماده اخیر سنگین است و قانون‌گذار آن را در حد افساد فی‌الارض پیش برده است. این ماده می‌گوید چنانچه افساد فی‌الارض نباشد، مجازات تا حبس ابد خواهد بود. سؤالی که اینجا مطرح می‌شود این است که مفهوم شبکه چیست و مصداق آن کدام است؟ قانون عناوینی مانند شبکه، باند یا زنجیره که در بسیاری از قوانین می‌بینیم را تعریف نکرده است. بنابراین ممکن است که موضوع به تشخیص و سلیقه قاضی محول شود اما بعضی از حقوق‌دانان در تعریف شبکه نوشته‌اند: «شبکه در اصطلاح به دسته‌ها و گروه‌هایی اطلاق می‌شود که برای انجام کارهای جمعی و گروهی به‌منظور و هدف خاصی تشکیل می‌شود؛ مانند شبکه‌های جاسوسی»^۱

از متن ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری چنین استفاده می‌شود که اختلاس باندى یکی از موارد تشدید مجازات مختلسین می‌باشد و اگر اختلاس باندى به‌منظور اخلال در نظام جمهوری اسلامی ایران باشد مجازات مفسد فی‌الارض را خواهد داشت. مجازات کسانی که با تشکیل یا رهبری شبکه چند نفره مبادرت به اختلاس می‌نمایند علاوه بر ضبط اموال و انفصال دائم از خدمات دولتی، حبس از ۱۵ سال تا ابد خواهد بود. مجازات انفصال دائم و ۱۵ سال حبس تا ابد مجازات کسی است که تشکیل شبکه داده یا رهبری شبکه را برعهده داشته است. این مجازات در صورتی است که اقدام تشکیل‌دهنده شبکه، فساد محسوب نشود والا به مجازات مفسد فی‌الارض محکوم خواهد شد.^۲

ایران دوم: دادگاه در مورد حضور وکیل به قانون توجه نکرده است. اگر به رأی بدوی دقت شود هیچ اسمی از وکیل نیست و بعداً در مراحل بعدی وکیل وارد شده است. لذا عدم تعیین وکیل تسخیری در جرمی که به‌موجب قانون مجازات اعدام یا حبس ابد دارد، تخلف انتظامی است که در این پرونده مورد اعتراض قرار نگرفته است. پس متهم حق دارد که از

۱- نورزاد، فرهاد، ۱۳۸۹، رشوه در حقوق کیفری ایران و اسلام، تهران، انتشارات دانشور، ص ۸۷

۲- سپهوند، امیر، جزوه آموزشی دوره‌های کارآموزی قضاوت (شرح قانون تعزیرات)، ص ۱۶۰

وجود حتی یک وکیل تسخیری برخوردار باشد ولی متأسفانه قاضی به این موضوع عنایت نداشته است.

در مقررات آیین دادرسی کیفری لزوم تعیین وکیل تسخیری در برخی جرایم آمده است و عدول از آن در اختیار قاضی نیست. تعیین وکیل تسخیری را قانون‌گذار به هر دلیل و بر هر مصلحتی و با هر قاعده‌ای و با هر ملاحظه‌ای، یکی از حقوق دفاعی متهم می‌شمارد. یکی از حقوق دفاعی متهم که در تبصره ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته تعیین وکیل تسخیری در برخی جرایم است. اگر متهم خودش وکیل تعیین نکرد، قانون‌گذار قاضی را مجبور می‌کند که حتماً در جرایمی با مجازات قصاص، رجم، اعدام و حبس ابد باید وکیل حضور داشته باشد. نگارنده معتقد است که اگر قاضی از این وظیفه تخطی کند، تخلف انتظامی مرتکب شده است. البته کسی علیه قاضی شکایت نکرده لیکن اگر کسی گزارش کند این جزء تخلف انتظامی است. لذا عملکرد دیوان در نقض این رأی به دلیل عدم تعیین وکیل تسخیری صحیح است. لذا به دلیل عدم حضور وکیل، دیوان عالی کشور، رأی را به دلایل شکلی نقض و به دادگاه صادرکننده رأی برمی‌گرداند که این بار قاضی رسیدگی‌کننده عنوان جرم را اختلاس می‌داند، ولی از حالت باندی خارج می‌کند. باز این شعبه هم استدلال نمی‌کند که چرا باندی و تشکیلاتی نیست و به صورت یک اختلاس ساده محسوب کرده و رأی می‌دهد. البته که در آن مقطع با توجه به اینکه نظر قاضی اول اختلاس بوده شاید تا حدودی تصور و استنباط این قاضی درست باشد. این گونه تصور کرده که در ابتدا اختلاس باندی بوده و سپس از حالت باندی بودن خارج و اختلاس ساده در نظر گرفته شود. اختلاس ساده نیز مشمول ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری می‌گردد و مجازات با تغییر قاضی، از ۱۷ سال و ۱۵ سال به ۲ سال تقلیل می‌یابد. تفاوت آن‌ها ۱۵ و ۱۳ سال است و برای یک محکوم علیه خیلی مهم است؛ بنابراین استنباط یک قاضی، عمل باندی و تشکیلاتی است و بنابر استنباط قاضی دوم، عمل اختلاس ساده است.

ایراد سوم: دادگاه هریک از متهمین را معادل تمامی اموال مورد اختلاس به جزای نقدی محکوم کرده است، یعنی هریک از متهمین باید صد و پنجاه میلیون تومان جزای نقدی پرداخت کنند؛ که معلوم نیست دادگاه این موضوع را به چه شکل استنباط کرده است. ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری بیان داشته کسانی که به صورت بانندی یا تشکیلاتی مرتکب ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری می شوند به حبس و همین طور جزای نقدی معادل مجموع آن اموال محکوم می شوند. درواقع قانون گذار جمع بسته و همه را به پرداخت کل مال محکوم کرده نه اینکه هریک از متهمین، تک تک به جمع آن اموال محکوم شوند. این ایراد وارد بر دادنامه بسیار اساسی و مهم است.

ایراد چهارم: دادگاه در رأی خود نوشته است: «با اجازه حاصل از ماده ۵۹۲ قانون مجازات اسلامی» درحالی که این ماده مربوط به اخذ رشوه می باشد و معلوم نیست چه ارتباطی با موضوع پرونده دارد و در تبصره اش هم معاذیر معاف کننده را بیان داشته که چنانچه راشی در مقام اضطرار یا احقاق حق باشد، مجازات ندارد.

ایراد پنجم: مجازات ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری فقط حبس نیست و شامل انفصال از خدمت نیز می باشد. در رأی بدوی دادگاه به این موضوع دقت نکرده که با توجه به اینکه متهمین کارمند هستند و ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری صراحت دارد که اگر محکوم به حبس شوند، محکوم به انفصال از خدمات دولتی هستند آن هم نه به صورت موقت بلکه دائم. این مطلب در رأی نیست و مغفول واقع شده است. این ها ایراداتی است که بر این دادنامه وارد است. همان طور که اشاره گردید، شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور به درستی رأی را صرفاً به دلیل شکلی نقض کرده و اصلاً وارد ماهیت نشده است.

در ادامه رسیدگی به رأی بدوی اعتراض و به شعبه ۱۳ تجدیدنظر ارجاع می شود. سه نفر تبرئه می شوند و چهار نفر دیگر هم به اتهام سرقت به ۲ سال حبس و شلاق محکوم می گردند و نفر آخر به تحمل یک ضربه شلاق محکوم می شود. تعیین یک ضربه شلاق از ناحیه شعبه رسیدگی کننده جای سؤال دارد.

مبحث هفتم: رویه قضایی در خصوص صلاحیت اضافی دادگاه‌ها به منظور رسیدگی به

جرم اختلاس

حسب محتویات پرونده کلاسه ۱۷۲۸/۹۲ مطروحه در شعبه سوم دادگاه عمومی شهرستان دماوند، تعدادی از کارکنان به اتهام اختلاس، جعل مهر و سند و استفاده از اسناد مجعول، جعل فیش‌های بانکی مجعول، جعل مدرک تحصیلی و کلاهبرداری تحت تعقیب واقع و پرونده پس از صدور قرار مجرمیت و کیفرخواست به دادگاه ارجاع و این مرجع پس از رسیدگی هریک از متهمان را به مجازات قانونی محکوم نموده است. با اعتراض محکوم‌علیه‌هم پرونده به شعبه ... دادگاه تجدیدنظر استان تهران ارجاع و این دادگاه با عنایت به ایراد احد از وکلای نامبردگان در مورد صلاحیت دادگاه بدوی ختم رسیدگی را اعلام و به استناد بند ۲ از ماده ۲ قانون اصلاح قانون تشکیل دیوان کیفر، مصوب ۱۳۵۵ و ماده ۸ لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب ۱۳۵۸ و با اعلام اینکه مرجع صالح در خصوص جرایم کارکنان دولت در مورد بزه‌های ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری ... دادگاه‌های عمومی مرکز استان می‌باشد و با لحاظ مقررات ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و ماده ۳۱۰ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و لزوم رسیدگی به جرایم متعدد متهمین در یک دادگاه، رأی بدوی را نقض و پرونده را به منظور رسیدگی به دادرسی عمومی شهرستان تهران ارجاع نموده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می‌گیرد:

حسب ماده ۲ قانون تشکیل دیوان کیفر مصوب اردیبهشت سال ۱۳۴۴ رسیدگی به کلیه جرایم استانداران و معاونین وزارتخانه‌ها و مدیران کل و فرمانداران و رؤسای ادارات استان‌ها و شهرستان‌ها و کلیه کارمندان قضایی که به سبب شغل دولتی مرتکب می‌شوند در دیوان کیفر به عمل می‌آید و نیز رسیدگی به جرایم اختلاس و هر نوع تصرف غیرقانونی و ارتشاء و کلاهبرداری به سبب شغل دولتی سایر مستخدمین و مأمورینی که در قوانین

دیوان کیفر پیش‌بینی شده در صورتی که مبلغ مورد اختلاس یا تصرف غیرقانونی و یا کلاهبرداری دفعتهً واحده یا مجموعاً از سی هزار ریال مبلغ رشوه دفعتهً واحده یا مجموعاً از پنج هزار ریال بیشتر باشد در صلاحیت دیوان کیفر است.

ماده ۳ قانون فوق ادامه داده است در صورتی که مستخدمین و یا مأمورین علاوه بر ارتکاب اختلاس و یا ارتشاء و یا کلاهبرداری مرتکب یک یا چند بزه دیگر شوند رسیدگی به اتهامات مزبور هم در دیوان کیفر به عمل خواهد آمد جز در مورد اتهاماتی که طبق قانون مجازات عمومی مجازات آنها اعدام است.

تبصره ماده مذکور قید کرده است در صورتی که کارمندان دولت مشمول این قانون، متهم به شرکت یا معاونت نسبت به بزه‌های مزبور در این قانون باشند نسبت به کلیه متهمین ولو اینکه کارمندان دولت نباشد در دیوان کیفر رسیدگی خواهد شد.

ماده ۲ این قانون در تاریخ ۱۳۵۵/۱/۲۴ بدین شرح اصلاح شده است:

۱- کلیه جرایم معاونان و مدیران کل وزارتخانه‌ها و معاونان نخست‌وزیر و مدیران کل نخست‌وزیری و سازمان‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت و سفرا و رؤسای دانشکده‌ها و دانشگاه‌ها و مؤسسات عالی علمی دیگر که از طرف دولت یا با کمک مستمر دولت اداره می‌شوند و استانداران و فرمانداران و رؤسای ادارات استان‌ها و شهرستان‌ها و شهرداران مراکز شهرستان‌ها و رؤسا و مدیران اعضاء هیأت مدیره و هیأت عامل شرکت‌ها و مؤسسات و سازمان‌های دولتی و وابسته به دولت و رؤسا و مدیران سازمان‌ها و مؤسسات مملکتی و رؤسا و مدیران سازمان‌ها و مؤسسات مأمور به خدمات عمومی و کفیل یا قائم‌مقام هر یک از مقامات مذکور و رؤسا و مستشاران و دادستان دیوان محاسبات و دارندگان پایه‌های قضایی که به سبب شغل و وظیفه مرتکب شوند.

۲- جرایم اختلاس و تصرف غیرقانونی و ارتشاء و کلاهبرداری به سبب شغل و وظیفه سایر کارکنان سازمان‌ها و مؤسسات فوق و کارمندان شهرداری‌ها و شهرداران غیر مراکز شهرستان‌ها در صورتی که مبلغ رشوه از پنج هزار ریال و مبلغ مورد اتهام در سایر جرایم از سی هزار ریال بیشتر باشد.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی لایحه‌ای با عنوان تشکیل دادگاه‌های عمومی در تاریخ ۱۳۵۸/۶/۲۰ به تصویب رسید، به موجب ماده ۸ قانون مزبور، دادگاه‌های عمومی از تاریخی که وزارت دادگستری اعلام می‌کند تشکیل و از همان تاریخ دادگاه‌های شهرستان و استان و دیوان کیفر کارکنان دولت و شوراهای داوری و دادرهای استان و دیوان کیفر منحل می‌گردد و وظایف دادرهای استان و دیوان کیفر به عهده دادرهای عمومی خواهد بود.

در تبصره ۱ ماده مزبور آمده است به جرایمی که رسیدگی به آن در صلاحیت دیوان کیفر کارکنان دولت است در دادگاه‌های جزایی مرکز استان رسیدگی خواهد شد. ممکن است یک یا چند شعبه از دادگاه‌های مذکور را وزارت دادگستری برای رسیدگی به جرایم مزبور اختصاص دهد به کلیه جرایم استانداران و فرمانداران و دارندگان پایه‌های قضایی در دادرها و دادگاه‌های جزایی تهران رسیدگی می‌شود.

حسب تبصره ۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۸۱/۷/۲۸ رسیدگی به جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها قصاص نفس یا قصاص عضو یا رجم یا صلب یا اعدام یا حبس ابد است و همچنین رسیدگی به جرایم مطبوعاتی و سیاسی به نحوی که در موارد بعدی ذکر می‌شود در دادگاه کیفری استان به عمل خواهد آمد. رسیدگی به کلیه اتهامات اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای نگهبان، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، وزرا و معاونین آن‌ها، معاونان و مشاوران رؤسای سه قوه، سفرا، دادستان و رئیس دیوان محاسبات کشور، دارندگان پایه قضایی، استانداران، فرمانداران و جرایم عمومی افسران نظامی و انتظامی از درجه سرتیپ و بالاتر و مدیران کل اطلاعات استان‌ها در صلاحیت دادگاه کیفری استان تهران می‌باشد به استثنای مواردی که در صلاحیت سایر مراجع قضایی است.

در این ارتباط ذکر رأی وحدت رویه شماره ۵۵۰ مورخ ۶۹/۱۲/۲۱ ضروری به نظر می‌رسد ... جرایم انتسابی به شهردار بادرود نطنز (شهرداری غیر مرکز شهرستان) از جرایم مذکور در ماده ۲ قانون اصلاح قانون تشکیل دیوان کیفر مصوب ۱۳۵۵ نبوده و مشمول تبصره ۲ ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب ۱۳۵۸ نمی‌باشد لذا رأی شعبه ۱۵

دادگاه‌های کیفری یک اصفهان که رسیدگی را در صلاحیت حوزه محل وقوع جرم دانسته صحیح و منطبق با موازین قانونی است.

در ارتباط با جرایم متعدد افراد مشمول قوانین فوق رأی وحدت رویه شماره ۷۰۹ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور راهگشا می‌باشد. به موجب این رأی «... مستفاد از اصول کلی حقوقی و مواد ۵۴ و ۱۸۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، هرگاه کسی متهم به ارتکاب چند جرم از درجات مختلف باشد، دادگاهی باید به اتهامات او رسیدگی نماید که صلاحیت رسیدگی به مهم‌ترین جرم را دارد به این ترتیب به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صورتی که یکی از اتهامات متهم از جرایمی باشد که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه کیفری استان است این دادگاه‌ها باید به اتهامات دیگر او نیز که در صلاحیت دادگاه عمومی است رسیدگی نماید. همچنین چنانچه بزهی به اعتبار ترتب یکی از مجازات مندرج در تبصره الحاقی به ماده ۴ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ در دادگاه‌های کیفری استان مطرح گردد و دادگاه پس از رسیدگی تشخیص دهد عمل ارتكابی عنوان مجرمانه دیگری دارد که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه عمومی جزایی است این امر موجب نفی صلاحیت دادگاه نخواهد بود و باید به این بزه رسیدگی و حکم مقتضی صادر نماید.»

با توجه به مطالب فوق نتایج ذیل حاصل است:

۱- رسیدگی به کلیه اتهامات منتسب به افراد مشمول تبصره ماده ۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۸۱/۷/۲۸ من جمله بزه اختلاس در صلاحیت دادگاه کیفری استان تهران بوده است.

۲- چنانچه افرادی با افراد مذکور در بند ۱ در تحقق هر جرمی (من جمله اختلاس) معاونت یا مشارکت نموده باشند رسیدگی به اتهامات آنان نیز با دادگاه کیفری استان تهران بوده است.

۳- رسیدگی به کلیه اتهامات سایر اشخاص مذکور در بند ۱ ماده ۲ قانون اصلاح ماده ۲

قانون دیوان کیفر مصوب ۱۳۵۵/۱/۲۴ و نیز رسیدگی به اتهامات سایر کارکنان سازمان‌ها و مؤسسات دولتی و کارمندان شهرداری‌ها و شهرداران غیر مراکز شهرستان‌ها با حد نصاب مذکور در بند ۲ ماده ۲ قانون یاد شده درخصوص جرایم ارتشاء، اختلاس، تصرف غیرقانونی و کلاهبرداری در صلاحیت دادگاه‌های کیفری مراکز استان‌های مربوطه بوده است.

۴- مرجع صالح درمورد رسیدگی به اتهامات معاونین و شرکت‌کنندگان در بزه‌های منتسب به افراد موضوع بند ۳ نیز دادگاه‌های کیفری مراکز استان‌های مربوطه بوده است.

۵- با توضیحاتی که در بالا داده شد نظر به اینکه متهمین از کارکنان شهرداری شهرستان ... از شهرستان‌های استان تهران می‌باشند و یکی از بزه‌های منتسب به آنان اختلاس بوده است لذا حسب بند ۱ ماده ۲ قانون اصلاح ماده ۲ قانون دیوان کیفر مصوب ۱۳۵۵/۱/۲۴ و لحاظ تبصره ۲ ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب ۱۳۵۸ رسیدگی به اتهامات آنان در صلاحیت دادگاه عمومی مرکز استان (شهرستان تهران) بوده و دادگاه بدوی بدون درنظر گرفتن صلاحیت ذاتی مبادرت به رسیدگی و صدور حکم نموده است. به همین دلیل دادگاه تجدیدنظر رأی صادره را نقض و پرونده را به‌منظور رسیدگی به دادگاه عمومی و شهرستان تهران ارجاع نموده است.

تبصره ماده ۴ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مقرر می‌دارد رسیدگی به کلیه اتهامات اعضاء مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای نگهبان، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، وزرا و معاونین آن‌ها، معاونان و مشاوران سه قوه، سفرا، دادستان و رئیس دادگاه محاسبات، دارندگان پایه قضایی، استانداریان، فرمانداران و جرایم عمومی افسران نظامی و انتظامی از درجه سرتیپ و بالاتر و مدیران کل اطلاعات استان‌ها در صلاحیت دادگاه کیفری استان تهران می باشد. به‌استثنای مواردی که در صلاحیت سایر مراجع قضایی است.

سیر تاریخی تصویب تبصره فوق‌الذکر به شرح ذیل است:

مرحله اول: طبق بند (۱) ماده ۲ قانون دیوان کیفر کارکنان دولت مصوب ۱۳۳۴ رسیدگی به جرایم افراد زیر در صورتی که به سبب شغل و وظیفه باشد در صلاحیت دیوان

کیفر کارکنان دولت بود:

معاونان و مدیران کل وزارتخانه‌ها، سفرا، رؤسای دانشگاه‌ها و مؤسسات عالی علمی دولتی یا دانشگاه‌ها و مؤسسات عالی که با کمک مستمر دولت اداره می‌شوند، استانداران، فرمانداران، رؤسای ادارات دولتی، شهرداران مراکز استان‌ها و دارندگان پایه قضایی و ...

مرحله دوم: در سال ۱۳۵۸ لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی توسط شورای انقلاب اسلامی تصویب شد. براساس تبصره یک ماده ۸ لایحه مذکور، جرایمی که رسیدگی به آن در صلاحیت دیوان کیفر کارکنان دولت بود این صلاحیت به دادگاه‌های جزایی مراکز استان‌ها واگذار شد. به عبارت دیگر طبق ماده مذکور رسیدگی به جرایم مقامات مذکور در بند یک ماده ۲ قانون دیوان کیفر کارکنان دولت اگر به سبب وظیفه و شغل بود در صلاحیت دادگاه‌های جزایی مراکز استان قرار می‌گرفت که ضرورتاً تحقیقات مربوط به جرایم مقامات مذکور توسط دادگاه عمومی و انقلاب شهرستان مرکز استان صورت می‌گرفت.

مرحله سوم: تبصره ماده ۴ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ رسیدگی به کلیه اتهامات اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای نگهبان و ... در صلاحیت دادگاه کیفری استان تهران قرار داده است. که ضرورتاً تحقیقات مقدماتی مربوط به جرایم افراد مذکور توسط دادسرای عمومی و انقلاب تهران صورت می‌گیرد. بنابراین اگر در پرونده‌ای که در آن یکی از افراد ذکر شده در تبصره یک ماده ۴ قانون مذکور مرتکب جرم شده باشد (چه به سبب وظیفه و چه غیر آن) پرونده با قرار عدم صلاحیت به شایستگی دادسرای عمومی و انقلاب تهران به حوزه قضایی استان تهران ارسال می‌گردد.

همان‌گونه که ملاحظه شد، شخصیت اداری متهمان، مرجع صالح به رسیدگی را معین کرده است. در ارتباط با مقامات مذکور این سؤال مطرح است که چنانچه استاندار یا فرماندار یا نماینده مجلس یا دارنده پایه قضایی قبل از احراز مقام خود مرتکب جرمی شده باشد ولی در زمان مسئولیت به نحوی از انحاء رسیدگی به این جرم مطرح گردد چه مرجعی صالح به

رسیدگی است؟ مثلاً شاکی خصوصی شکایت می‌کند یا سازمان بازرسی کل کشور جرمی را به مرجع قضایی اعلام می‌دارد. از طرفی شخص مرتکب فعلاً دارای مقامی است که او را مشمول تبصره ماده ۴ قرار می‌دهد و از طرف دیگر زمانی جرم را مرتکب شده که در این مسئولیت نبوده است. اداره حقوقی قوه قضائیه قبلاً طی نظریه شماره ۱۳۶۲/۷/۱۲-۷/۳۱۹۵ اعلام نموده است «جرایم قبل از تصدی کماکان در صلاحیت محاکمی است که در زمان وقوع، صلاحیت داشته‌اند».

در نقد نظریه اداره حقوقی می‌توان گفت قانون‌گذار بنا به مصالحی که به دوران تصدی و مسئولیت مقامات برمی‌گردد مصلحت ندیده است که آن‌ها در حوزه مأموریت خود تحت تعقیب قرار گیرند و رعایت حرمت و شئون اداری آن‌ها معیار تصمیم قانون‌گذار مبنی بر ضرورت رسیدگی به جرایم آن‌ها در دادگاه‌های ذی‌ربط در تهران قرار گرفته است و به‌رغم نظریه اداره حقوقی به‌نظر می‌رسد چنانچه ارتکاب جرم قبل از تصدی مقامات مذکور بوده باشد تعقیب جزایی آنان همچنان باید در تهران صورت گیرد.

قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۳۰۷ رسیدگی به اتهامات رؤسای قوای سه‌گانه و معاونان و مشاوران آنان، رئیس و اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام، اعضای شورای نگهبان، نمایندگان مجلس شورای اسلامی و خبرگان رهبری، وزیران و معاونان وزیران، دارندگان پایه قضایی، رئیس و دادستان دیوان محاسبات، سفیران، استانداران، فرمانداران مراکز استان و جرایم عمومی افسران نظامی و انتظامی از درجه سرتیپ و بالاتر و یا دارای درجه سرتیپ دومی شاغل در محل‌های سرلشکری و یا فرماندهی تیپ مستقل، مدیران کل اطلاعات استانی حسب مورد، در صلاحیت دادگاه‌های کیفری تهران دانسته است، مگر آنکه رسیدگی به این جرایم به موجب قوانین خاص در صلاحیت مراجع دیگری باشد.

تبصره یک این ماده اذعان داشته است که شمول این ماده بر دارندگان پایه قضایی و افسران نظامی و انتظامی در صورتی است که حسب مورد در قوه قضائیه یا نیروهای مسلح انجام وظیفه کنند.

تبصره دو این ماده اذعان داشته است که رسیدگی به اتهامات افسران نظامی و انتظامی موضوع این ماده که در صلاحیت سازمان قضایی نیروهای مسلح می‌باشد، حسب مورد در صلاحیت دادگاه نظامی یک یا دو تهران است.

اصل بر صلاحیت دادگاه محل وقوع جرم است با این حال این اصل در مواردی تخصیص خورده است که از مصادیق آن، این ماده و ماده ۳۰۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ می‌باشد.

بر این اساس مقنن در مواد ۳۰۷ و ۳۰۸ این قانون بنابر اهمیت جرم یا سمت و موقعیت مرتکب رفتار مجرمانه، از اصل کلی صلاحیت محل وقوع جرم عدول نموده و رسیدگی به اتهام را به نحو انحصار در صلاحیت دادگاه‌های مرکز استان یا دادگاه‌های تهران قرار داده است.

لازم به ذکر است که در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی سال ۱۳۸۱ نیز قانون‌گذار در ادامه تبصره ماده ۴، رسیدگی به اتهامات موضوع تبصره را در صلاحیت دادگاه کیفری استان تهران قرار داده بود به استثنای مواردی که در صلاحیت ذاتی دادگاه‌های دیگر قرار داشت.

رسیدگی به کلیه اتهامات اشخاص مذکور در ماده حسب مورد در دادگاه کیفری یک یا دو تهران رسیدگی می‌شود مگر مواردی که به موجب قوانین خاص در صلاحیت ذاتی دادگاه‌های دیگری باشد. مثل دادگاه نظامی یا دادگاه ویژه روحانیت. صلاحیت دادگاه کیفری اعم از دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ تهران است.

به جرایم دارندگان پایه قضایی و جرایم عمومی افسران نظامی و انتظامی در صورتی در دادگاه کیفری یک یا دو استان تهران رسیدگی می‌شود که آن‌ها استخدام رسمی قوه قضائیه یا نیروهای مسلح باشند، لذا این ماده شامل حال کارآموزان قضاوت یا سربازان وظیفه نمی‌گردد.

رسیدگی به جرایم خاص نظامی؛ ارتكابی از سوی افسران نظامی یا انتظامی از درجه سرتیپ و بالاتر و یا دارای درجه سرتیپ دومی شاغل در محل‌های سرلشگری و یا فرماندهی

تیپ مستقل، حسب مورد در صلاحیت دادگاه نظامی یک و دو تهران است.

قانون‌گذار در ماده ۳۰۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ دادگاه صالح به‌منظور رسیدگی به جرایم برخی از مسئولین را معین نموده و افزوده است رسیدگی به اتهامات مشاوران وزیران، بالاترین مقام سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسه‌های دولتی و نهادها و مؤسسه‌های عمومی غیردولتی، مدیران کل، فرمانداران، مدیران مؤسسه‌ها، سازمان‌ها، ادارات دولتی و نهادها و مؤسسه‌های عمومی غیردولتی استان‌ها و شهرستان‌ها، رؤسای دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی، شهرداران مراکز شهرستان‌ها و بخشداران، حسب مورد در صلاحیت دادگاه‌های کیفری مرکز استان محل وقوع جرم است، مگر آنکه رسیدگی به این اتهامات به‌موجب قوانین خاص در صلاحیت مراجع دیگری باشد. ماده فوق‌الذکر نیز از مصادیق استثنائات بر صلاحیت محلی است.

به‌موجب ماده ۲ لایحه مربوط به تشکیل دیوان کیفر کارکنان دولت و طرز تعقیب مأمورین دولتی در محل خدمت مصوب سال ۱۳۳۴ و اصلاحی ۱۳۵۵؛ به جرایم برخی از افراد در دیوان کیفر کارکنان دولت رسیدگی می‌شد؛ اما بعداً به‌موجب تبصره ماده ۸ لایحه قانونی تشکیل دادگاه عمومی مصوب ۱۳۵۸ به جرایمی که رسیدگی به آن در صلاحیت دیوان کیفر کارکنان دولت است در دادگاه‌های جزایی مراکز استان رسیدگی خواهد شد. این دیدگاه در ماده ۱۴ آیین‌نامه قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی انقلاب اصلاحی ۱۳۸۱ نیز مورد پذیرش قانون‌گذار واقع شده بود.

در ماده ۳۰۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نسبت به مواد فوق، تغییر و تحولاتی به‌وجود آمده است و برخی از مقامات مذکور حذف و مقامات جدیدی نیز اضافه شده‌اند و از همه مهم‌تر اینکه نیازی به ارتکاب جرم به سبب شغل و وظیفه نیست.

با توجه به ماده فوق‌الذکر، کلیه جرایم ارتكابی ازسوی افراد مذکور، در صلاحیت دادگاه‌های کیفری مرکز استان محل وقوع جرم (حسب مورد با توجه به جرم ارتكابی دادگاه کیفری ۱ و ۲) است مگر آنکه رسیدگی به اتهامات به‌موجب قوانین خاص در صلاحیت مراجع دیگری باشد. لذا اگر جرم از جرایمی باشد که در صلاحیت دادگاه‌های دیگری مثل

انقلاب یا ویژه روحانیت باشد رسیدگی به جرایم آن‌ها در دادگاه‌های کیفری مرکز استان به عمل نخواهد آمد.

قانون‌گذار در ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تأکید نموده است که صلاحیت دادگاه برای رسیدگی به جرایم اشخاص موضوع مواد ۳۰۷ و ۳۰۸ این قانون، اعم از آن است که در زمان تصدی سمت‌های مذکور یا قبل از آن مرتکب جرم شده باشند. ملاک صلاحیت دادگاه‌های کیفری استان تهران و دادگاه‌های کیفری استان محل وقوع جرم در رسیدگی به جرایم مقامات مذکور در مواد ۳۰۷ و ۳۰۸ صرفاً ارتکاب جرم در زمان تصدی پست‌های مذکور نیست بلکه اگر یکی از مقامات مذکور قبل از تصدی سمت نیز مرتکب جرمی شده باشد و تا زمان تصدی آن سمت به جرم او رسیدگی نشده باشد، به جرم وی در یکی از دادگاه‌های مذکور رسیدگی می‌گردد.

هرچند ماده به این نکته اشاره نکرده که اگر در زمان تصدی مرتکب جرمی شوند ولی در آن زمان به دلیلی به جرم آن‌ها رسیدگی صورت نگیرد، آیا بعد از منفک شدن از آن خدمت به جرم آنان نیز در دادگاه‌های مذکور در مواد ۳۰۷ و ۳۰۸ رسیدگی می‌شود یا در دادگاه‌های دیگر. ولی باید گفت از آنجاکه ملاک صلاحیت دادگاه‌های مذکور، ارتکاب جرم قبل و یا در زمان تصدی است، لذا علی‌القاعده به جرایم ارتكابی در زمان تصدی، در دادگاه‌های مذکور رسیدگی می‌شود. هرچند در زمان رسیدگی دارای پست‌های مذکور نباشند و حتی می‌توان این قاعده را به طریق اولی جاری دانست.

ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بیانگر صلاحیت محلی و درعین حال صلاحیت اضافی است. منظور از صلاحیت اضافی این است که در برخی موارد دادگاهی که از لحاظ صلاحیت محلی، صلاحیت رسیدگی به جرمی را ندارد به حکم قانون صلاحیت رسیدگی به آن جرم را پیدا می‌کند. لذا صلاحیت این دادگاه نسبت به جرایم واقع شده در خارج از حوزه قضایی خود یک صلاحیت اضافی محسوب می‌شود بیانگر صلاحیت محلی و درعین حال صلاحیت اضافی است.

**مبحث هشتم: رویه قضایی در خصوص تأثیر استرداد تمام یا بخشی از وجوه اختلاس
شده در تعلیق حبس (موضوع تبصره ۲ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء،
اختلاس و کلاهبرداری)**

به موجب دادنامه شماره ۷ مورخ ۱۳۸۸/۰۵/۱۱ صادره از شعبه ۱۱۹۳ دادگاه عمومی جزایی تهران^۱، آقای الف به اتهام مشارکت در اختلاس توأم با جعل به میزان ۵/۳۲۳/۰۶۰/۰۰۰ ریال از سازمان ح با محکوم علیه آقای س به تحمل پنج سال حبس تعزیری و پرداخت جزای نقدی به مبلغ دو میلیارد ریال در حق دولت و انفصال دائم از خدمات دولتی و رد مبلغ ۵/۳۲۳/۰۶۰/۰۰۰ ریال به طور مشترک با محکوم علیه آقای الف. ت در حق سازمان ح به استناد تبصره ۲ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ و ماده ۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ محکوم و این حکم از ناحیه محکوم علیه در خارج از فرجه مقرر قانونی مورد تجدیدنظرخواهی قرار گرفته و به موجب دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۲۱۳۰۳۰۰۶۰ مورخ ۱۳۸۰/۰۶/۱۶ صادره از همان دادگاه قرار رد درخواست تجدیدنظرخواهی صادر که بر طبق دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۲۱۳۱۴۰۰۰۳۳ مورخ ۱۳۸۸/۰۹/۲۹ صادره از شعبه ۶۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورد تأیید قرار گرفته است. سپس محکوم علیه از دیوان عالی کشور درخواست اعاده دادرسی نموده که به شعبه نهم دیوان عالی کشور ارجاع شده است. شعبه مرجوع الیه استدعای محکوم علیه را با التقات بر بند ۶ ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ منطبق دانسته و ضمن اجابت خواسته نامبرده به موجب دادنامه شماره ۹/۸۲ مورخ ۱۳۸۹/۲/۱۲ در اجرای مواد ۲۷۴ و ۲۷۵ قانون مرقوم به منظور رسیدگی مجدد به اتهام مشارالیه، پرونده را به محاکم دادگاه عمومی جزایی تهران ارسال که به شعبه ۱۰۶۳ دادگاه عمومی جزایی تهران ارجاع گردیده است. در پی آن شعبه مرجوع الیه براساس دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۲۱۳۰۲۰۰۶۲ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۰ با اصلاح میزان باقیمانده مال مورد اختلاس به مبلغ ۲/۳۸۵/۸۳۹/۰۰۰ ریال رأی مورد درخواست اعاده دادرسی را تأیید و

۱- پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۳، مجموعه آرای قضایی کیفری، تهران، اداره انتشار رویه قضایی، چاپ دوم، ص ۶

استوار نموده است. مجدداً محکوم‌علیه از دیوان عالی کشور درخواست اعاده دادرسی نموده که به شعبه نهم دیوان عالی کشور ارجاع و شعبه مرجوع الیه نیز با تمسک به همان استدلال مسبوق به سابقه، استرداد نرم‌افزارها در حق سازمان ح موضوع اختلاس را قبل از صدور کیفرخواست شماره ۴۵ مورخ ۱۳۸۷/۹/۴ عنوان داشته است و بر این اساس مورد را با بندهای ۵ و ۶ ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ منطبق دانسته و ضمن اجابت خواسته نامبرده طی دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۹۴۰۰۴۴۲ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۰ در اجرای مواد ۲۷۴ و ۲۷۵ قانون مرقوم به‌منظور رسیدگی مجدد به اتهام نامبرده، پرونده به محاکم تجدیدنظر استان تهران ارجاع گردیده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح مختصر دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد

بررسی قرار می‌گیرد:

از عطف توجه به اوراق متشکله پرونده و نظر به اینکه محکوم‌علیه آقای الف. ت مدیرکل سابق نظارت و بازرسی سازمان ح و مجری طرح تجهیز و ساماندهی مناطق با استفاده از اسناد و مدارک مجعول و صوری، وجوه متعلق به سازمان ح را به میزان ۴/۲۲۵/۹۸۹/۰۰۰ ریال برداشت و تصاحب نموده که در این میان محکوم‌علیهم آقایان ح.ف؛ م.ز؛ الف. ص با ارائه فاکتورهای مجعول و صوری و اخذ وجوه چک‌های واصله و اقداماتی از این دست مرتکبین اصلی را یاری و موجبات وقوع بزه اختلاس توأم با جعل را فراهم نموده‌اند و توجهاً به اینکه قید عبارت «تمام وجه یا مال مورد اختلاس» در تبصره ۳ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ بیانگر آن است که مرتکب جرم اختلاس به‌منظور استفاده از تعلیق اجرای مجازات حبس و معافیت از تمام یا قسمتی از جزای نقدی مکلف است تمام وجوه یا مال مورد اختلاس را قبل از صدور کیفرخواست مسترد کند و با استرداد بخشی یا قسمتی از وجوه یا مال مورد اختلاس، دادگاه الزامی در تعلیق مجازات حبس و معاف نمودن مرتکب جرم معنونه از تمام یا قسمتی از جزای نقدی

ندارد و صرفاً در حدود قانون می‌تواند در مجازات مرتکب تخفیف دهد در صورتی که در مانحن فیه محکوم‌علیه آقای الف. ت با احد دیگر از محکوم‌علیهما آقای ح. ش به‌عنوان مرتکبین جرم اختلاس توأم با جعل تمامی وجوه مورد اختلاس به مبلغ ۴/۲۲۵/۹۸۹/۰۰۰ ریال را قبل از صدور کیفرخواست در حق سازمان ح مسترد نکرده‌اند بلکه آنان بخشی از وجوه مورد اختلاس که برابر نامه شماره ۸۹/۴۸۲۵۴ مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۳ سرپرست دفتر حقوقی سازمان مبلغ ۱/۸۴۰/۱۵۰/۰۰۰ ریال می‌باشد را در قالب ده فقره نرم‌افزار در سال ۱۳۸۶ قبل از صدور کیفرخواست تحویل داده‌اند و مابقی وجوه اختلاس را به مبلغ ۲/۳۸۵/۸۳۹/۰۰۰ ریال مسترد نکرده‌اند. اضافه بر اینکه وجوه مورد اختلاس به مبلغ ۴۷/۲۲۵/۹۸۹/۰۰۰ ریال مشتمل بر دو قسم بوده که مبلغ ۱۷۰/۸۳۹/۰۰۰ ریال از بابت طراحی و نصب نرم‌افزار که مشارالیه بخشی از آن را به میزان ۱/۸۴۰/۱۵۰/۰۰۰ ریال در قالب ده فقره نرم‌افزار تحویل داده‌اند و اساساً مستندی در ارتباط با استرداد مابقی وجوه مورد اختلاس در حق سازمان ح ارائه نشده است. افزون بر اینکه به دلالت نظریه کارشناس رسمی دادگستری که موافق با اوضاع و احوال پرونده بوده و شواهد و امارات مقیده در پرونده شامل فاکتورهای معمول و صوری خرید پهنای باند اینترنتی مبین این امر است که این میزان مصرف خریداری شده برای استفاده ده‌ها هزار کاربر اینترنت بوده که این تعداد کاربر و این میزان کامپیوتر در سازمان ح وجود ندارد و هیچ نوع فعالیت مخابراتی یا تجهیزات آن مشاهده نشده است و در سایت داخلی سازمان هم موجود نبوده و در صورت وجود نیز اصولاً نمی‌توانسته هزاران کاربر در سراسر دنیا داشته باشد. بر این مبنا پهنای باند خریداری شده غیرواقعی و مخدوش بوده و اساساً خریداری نشده است. با این اوصاف چگونه امکان‌پذیر است درحالی که خریدی از جهت پهنای باند اینترنتی به جز یک مورد صورت نپذیرفته است، ادعای استرداد تمامی وجوه مورد اختلاس مطرح گردد. این امر خود گویای آن است که اگرچه مرتکبین بزه اختلاس توأم با جعل در پرونده امر بخشی از وجوه مورد اختلاس را به‌صورت ده فقره نرم‌افزار معادل مبلغ ۱/۸۴۰/۱۵۰/۰۰۰ ریال قبل از صدور کیفرخواست در حق سازمان ح مسترد کرده‌اند اما مابقی وجوه حاصل از اختلاس به میزان

۲/۳۸۵/۸۳۹/۰۰۰ ریال از صدور کیفرخواست کماکان در اختیار داشته و اقدامی در راستای استرداد آن معمول نداشته‌اند. بدین لحاظ نامبرده را نباید مشمول تبصره ۳ ماده ۸ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ دانست. علاوه بر این نامه‌های رسمی صادره از معاونت‌های سازمان ح که مستند تجویز اعاده دادرسی نیز ازسوی شعبه نهم دیوان عالی کشور قرار گرفته جملگی در تعارض با مستندات مضبوط در پرونده خاصه نظریه کارشناس رسمی دادگستری و نامه شماره ۸۹/۴۸۲۵۴ مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۳ و ۹۰/۳۷۱۲۳ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۱۸ سرپرست دفتر حقوقی سازمان ح بوده و حکایت از استرداد بخشی از وجوه مورد اختلاس توسط محکوم‌علیها قبل از صدور کیفرخواست داشته نه اینکه تمامی آن وجوه را استرداد کرده باشند. هرچند که به‌نظر می‌رسد از ناحیه برخی از اشخاص، به‌ویژه کارکنان سازمان ح سعی شده و می‌شود همچون نامه ۱۶۶۵-ن-۱۲/۱ مورخ ۱۳۸۸/۸/۲۰ مدیرکل هماهنگی گارد امور مناطق سازمان ح و تصویر صورت‌جلسه مورخ ۱۳۸۸/۸/۲۰ چنین وانمود گردد که مرتکبین بزه اختلاس توأم با جعل، تمامی وجوه مورد اختلاس را قبل از صدور کیفرخواست آن‌هم طی سال‌های ۱۳۸۲-۱۳۸۳ مسترد کرده‌اند. در صورتی‌که سازمان مذکور با وصف برداشت و تصاحب اموال و وجوه دولتی توسط محکوم‌علیها آقایان الف. ت؛ و ح. ش؛ و عدم استرداد تمام آن ازسوی نامبردگان در سال ۱۳۸۵ مبادرت به طرح شکایت کیفری کرده است. اضافه بر اینکه اساساً بخشی از اعتبارات در رابطه با طرح تجهیز و ساماندهی مناطق به مبلغ چهل میلیارد ریال در سال ۱۳۸۴ تخصیص یافته و بر طبق نامه شماره ۵۵۱-۶۲۴۵ مورخ ۱۳۸۸/۸/۲ ذی‌حساب و مدیرکل امور مالی سازمان ح برابر اسناد حسابداری پرداخت شده است. پس چگونه میسر است اعمال مجرمانه که برابر کیفرخواست تنظیمی در خلال سال‌های ۱۳۸۴ تا ۱۳۸۷ واقع شده و همچنین بخشی از وجوه که در سال ۱۳۸۴ بر طبق اسناد مجعول ارائه شده از ناحیه محکوم‌علیها پرداخت گردیده بتواند در سال‌های ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ برداشت و تصاحب و در همان سال‌ها نیز مسترد گردیده باشد. علی‌هذا دادگاه با تدقیق نظر در دلایل و مستندات پرونده و با امعان نظر در مراتب مسطوره وقوع بزه اختلاس توأم با جعل و انتساب آن به

محکوم علیه آقای الف. ت را ثابت و محتوم تشخیص و با التفات به اینکه تمامی وجوه مورد اختلاس قبل از صدور کیفرخواست شماره ۴۵ مورخ ۱۳۸۷/۹/۴ در حق سازمان مسترد نگردیده تا مرتکب از تعلیق اجرای مجازات حبس و معافیت از تمامی یا قسمتی از جزای نقدی برخوردار گردد. لذا بررسی اجمالی رویه قضایی گویای این است که تعلیق حبس و منتفی شدن جزای نقدی موضوع تبصره ۲ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در صورتی قابل اعمال بوده که قبل از صدور کیفرخواست، تمام وجوه اختلاس شده، استرداد شده باشد نه بخشی از آن.

مبحث نهم: بررسی رویه قضایی در خصوص مفهوم تصاحب و تصرف اموال در اختلاس

حسب دادنامه شماره ۴۱۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۷ شعبه ۱۰۵۹ دادگاه عمومی جزایی تهران^۱ آقای م. الف متهم به اختلاس وجوه بانک ر. به مبلغ ۵۱/۷۰۰/۰۰۰ ریال از طریق تأخیر در واریز مبلغ متعلق به مشتریان به حساب آنان می‌باشد. دادگاه عنصر مادی بزه اختلاس که همان تصاحب و برداشت وجوه متعلق به بانک می‌باشد به وسیله متهم را محرز ندانسته است. به علاوه بانک ر در شکوائیه قدیمی خود به دادرسی موضوع شکایت را سوءاستفاده از موقعیت شغلی مطرح و عقیده‌ای به برداشت و تصاحب وجه از سوی کارمندش نداشته است لذا با عنایت به مراتب فوق و با رعایت اصل کلی برائت و اصل ۳۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و بند الف ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری به لحاظ عدم احراز وقوع بزه اختلاس حکم به تبرئه متهم موصوف صادر و اعلام گردیده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، درادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می‌گیرد:

مرتکب جرم اختلاس باید در برداشت و تصاحب اموال دولت و دستگاه‌های موضوع ماده (۵) سوءنیت داشته باشد. سوءنیت عبارت است از تعلق اندیشه خلاف قانون بر انجام عمل مجرمانه. اختلاس از جرایم عمدی است و برای تحقق عمد لازم است که تصاحب یا از بین بردن مال متعلق به دولت یا اشخاص که در ید امانی مرتکب بوده است معلول سوءنیت و قصد آگاهانه کارمند و به علاوه باید متضمن انتفاع شخص مختلس یا شخص دیگری هم باشد. به عبارت دیگر تحقق عنصر روانی جرم موکول به وجود عمد عام مرتکب در تصاحب مال و وجود سوءنیت خاص در اضرار دولت یا افراد دیگر است.

اما هرگاه بر اثر بی احتیاطی یا اشتباه در محاسبه از ناحیه صندوقداران مبلغی از وجوهی که برحسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده، کسری حاصل گردد این اندازه اقدام مرتکب به علت فقدان قصد مجرمانه اختلاس محسوب نمی‌شود. هرچند ممکن است موجب مسئولیت

۱- پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۳، مجموعه آرای قضایی کیفری، تهران، اداره انتشار رویه قضایی، چاپ دوم، ص ۸

مدنی صندوقدار گردد. به علاوه برای جبران این قبیل اشتباه‌ها معمولاً مبلغ جزئی به عنوان کسر صندوق به آنان پرداخت می‌شود. در مورد سایر کالاهای تبخیر شدنی و غیره نیز کسری متعارفی برای انبارداران در نظر گرفته می‌شود.^۱

برای تحقق جرم اختلاس لازم است وقوع جرم و سوءنیت یا اتلاف عمدی احراز شده باشد. این جرم نیز همانند سایر جرایم دارای دو سوءنیت عام و خاص است.

سوءنیت عام در جرم اختلاس همان قصد برداشت و تصاحب اموال و اشیاء به نفع خود یا دیگری است و سوءنیت خاص تحصیل منفعت برای مرتکب و اضرار به دولت است. در واقع باید بین عمل مرتکب و حصول نتیجه که همان تحصیل مال یا نفعی است رابطه علیت موجود باشد.^۲

اداره حقوقی قوه قضائیه با تأکید بر لزوم احراز سوءنیت در نظریه شماره ۷/۱۴۵۹ - ۱۳۸۰/۶/۱۳ اعلام می‌کند: «مأمورین و مستخدمین دولت که اموال، وجوه و یا سایر اشیاء دولتی متعلق به بیت‌المال که به حسب وظیفه به ایشان سپرده شده است هرگاه اموال مذکور را به نفع خود یا دیگری برداشت یا تصاحب نمایند مشمول مقررات تشدید مجازات ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری خواهند بود. در صورت عدم احراز سوءنیت و وقوع جرم یا اتلاف غیرعمدی، با توجه به مسئولیت ناشی از امانت و مقررات قانون مسئولیت مدنی و سایر قوانین موضوعه با آنان رفتار خواهد شد.»

یکی از شعب دیوان عالی کشور در رأی خود می‌نویسد: «تنها وجود کسر در وجوه ابواب جمعی که ممکن است این کسر جهات دیگری غیر از اختلاس داشته باشد و همچنین عجز جمعدار از اثبات دعوای فقدان، هیچ‌یک ملازمه با اختلاس ندارد. بلکه اصولاً دادگاه باید اقدام متهم را به اختلاس احراز نماید.»

بنابراین اشخاصی که وجوه نقدی یا مطالبات یا حواله یا سهام و اسناد و اوراق بهادار نزد آن‌هاست صرف امتناع از رد آن‌ها ولو بعد از مطالبه یا عجز از دادن حساب باشد دلیل قاطع بر قصد اختلاس نیست، چه بسا ممکن است مأمور دولتی به سبب اشتباهات یا روشن کردن موارد خرج یا علل دیگری که هیچ‌یک ملازمه با تصاحب ندارد تأخیر در دادن حساب بنماید

۱- ولیدی، محمد صالح، ۱۳۸۳، حقوق جزای اختصاصی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ سوم، ص ۳۱۵

۲- شامبیانی، هوشنگ، ۱۳۸۵، جرایم علیه اموال و مالکیت، تهران، انتشارات ویراستار، چاپ دوم، ص ۱۳۸

و این امر را نمی‌توان دلیل بر اختلاس دانست.

یکی از حقوق‌دانان مصر در این باره می‌نویسد: «اختلاس اموال عمومی در همه حالاتش یک جرم عمدی است علاوه بر آن باید قصد خاص نیز باشد»^۱

طبق ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری هریک از کارمندان و کارکنان ادارات و سازمان‌ها و یا شوراهای و یا شهرداری‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و یا وابسته به دولت و یا نهادهای انقلابی و دیوان محاسبات و مؤسساتی که به کمک مستمر دولت اداره می‌شود و یا دارندگان پایه قضایی و به‌طور کلی قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح و مأمورین به خدمت عمومی اعم از رسمی و غیررسمی، وجوه و یا مطالبات و یا حواله‌ها یا سهام و اسناد و اوراق بهادار و یا سایر اموال متعلق به هریک از سازمان‌ها و مؤسسات فوق‌الذکر و یا اشخاصی که برحسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده است را به نفع خود و یا دیگری برداشت و تصاحب نماید مختلس محسوب و به ترتیب مندرج در قانون مجازات خواهد شد.^۲

۱- حسنی، محمود نجیب، ۱۹۹۲ میلادی، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دارالنهضة العربیه، ص ۱۰۳

۲- در صورتی که میزان اختلاس تا پنجاه هزار ریال باشد مرتکب به شش ماه تا سه سال حبس و شش ماه تا سه سال انفصال موقت و هرگاه بیش از این مبلغ باشد به دو تا ۱۰ سال حبس و انفصال دائم از خدمات دولتی و در هر مورد علاوه بر رد وجه یا مال مورد اختلاس به جزای نقدی معادل دو برابر آن محکوم می‌شود. براساس تبصره یک در صورت اتلاف عمدی، مرتکب علاوه بر ضمان به مجازات اختلاس محکوم می‌شود. براساس تبصره دو چنانچه عمل اختلاس توأم با جعل سند و نظایر آن باشد در صورتی که میزان اختلاس تا پنجاه هزار ریال باشد مرتکب به دو تا پنج سال حبس و یک تا پنج سال انفصال موقت و هرگاه بیش از این مبلغ باشد به هفت تا ده سال حبس و انفصال دائم از خدمات دولتی و در هر مورد علاوه بر رد وجه یا مال مورد اختلاس به جزای نقدی معادل دو برابر آن محکوم می‌شود. بر اساس تبصره سه هرگاه مرتکب اختلاس قبل از صدور کیفرخواست تمام وجه یا مال مورد اختلاس را مسترد نماید دادگاه او را از تمام یا قسمتی از جزای نقدی معاف می‌نماید و اجرای مجازات حبس را معلق ولی مجازات انفصال درمورد او اجرا خواهد شد. براساس تبصره چهار حداقل نصاب مبالغ مذکور در جرایم اختلاس از حیث تعیین مجازات یا صلاحیت محاکم اعم از این است که جرم دفعتهً واحده یا به دفعات واقع شده و جمع مبلغ مورد اختلاس بالغ بر نصاب مزبور باشد. براساس تبصره پنجم هرگاه میزان اختلاس زاید بر صد هزار ریال باشد در صورت وجود دلایل کافی صدور قرار بازداشت موقت به مدت یک ماه الزامی است و این قرار در هیچ‌یک از مراحل رسیدگی قابل تبدیل نخواهد بود. همچنین وزیر دستگاه می‌تواند پس از پایان مدت بازداشت موقت کارمند را تا پایان رسیدگی و تعیین تکلیف نهایی وی از خدمت تعلیق کند و به ایام تعلیق مذکور در هیچ حالت حقوق و مزایایی تعلیق نخواهد گرفت. براساس تبصره ششم در کلیه موارد مذکور در صورت وجود جهات تخفیف، دادگاه مکلف به رعایت مقررات تبصره یک ماده یک از لحاظ حبس و نیز بنا به مورد حداقل انفصال موقت یا انفصال دائم خواهد بود.

اختلاس به شرح ماده ۵ عبارت است از برداشت و تصاحب وجوه یا مطالبات یا حواله‌ها یا سهام و اسناد و اوراق بهادار یا اموال دیگر یکی از مراجع مذکور در ماده فوق یا یکی از اشخاص که در نزد آن مراجع است.

شرط تحقق جرم اختلاس آن است که موضوع اختلاس حسب وظیفه در اختیار شخص اداری قرار گرفته باشد؛ بنابراین چنانچه کارمند، مالی حسب وظیفه در اختیارش نباشد ولی آن را به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب نماید عمل او اختلاس نیست بلکه مورد مشمول دیگر عناوین جزایی است.

مجازات شریک جرم اختلاس نیز قابل تعلیق نمی‌باشد اداره حقوقی قوه قضائیه طی نظریه شماره ۷/۳۸۳۳ اعلام نموده است تعلیق مجازات شرکای بزه‌های اختلاس و ارتشاء و جعل و استفاده از سند مجعول جایز نیست.^۱

با مطالعه دکترین حقوقی در سایر کشورها از نظر بعضی حقوقدانان واجب است که شیء اختلاس شده از اشیائی باشد که دارای قیمت و ارزش مالی باشد.^۲

یکی دیگر از حقوقدانان مصری می‌نویسد: «موضوع اختلاس مالی است که در حیا زت ناقص کارمند دولت به حکم وظیفه‌اش می‌باشد و مقصود از مال هر چیزی است که صلاحیت داشته باشد تا محلی برای حقی از حقوق قرار گیرد.»^۳

ماده ۹۷ قانون مجازات مصر برای مجازات مختلس شرط می‌کند که شیء اختلاس شده باید به سبب وظیفه به کارمند تسلیم شده باشد ولی قانون‌گذار فرانسوی در ماده اختلاس شرط می‌کند که شیء مورد اختلاس باید به سبب وظیفه در اختیار مختلس باشد و قانون فرانسه تسلیم را ذکر نکرده است.^۴

۱- شهری، غلامرضا و ستوده جهرمی، فروش، نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری، انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۷۷، جلد ۱، ص ۵۰۷

۲- جندی عبدالملک، الموسوعه الجنائیه، بیروت، دار العلم للجمع، الطبعة الثانية، الجزء الاول، ص ۴۳۴

۳- الشاذلی، فتوح عبدالله، ۱۹۹۱ م، الجرایم المضره بالمصلحه العامه فی القانون المصری، الطبعة الاولى، ص ۳۶۳

۴- بک، احمد امین، شرح قانون العقوبات الاهلی، الدار العربیه للموسوعات، المجلد الاول، ص ۸۵

نسبت به دادنامه صادره از شعبه ۱۰۵۹ دادگاه عمومی جزایی تهران که طی آن متهم آقای م. الف فرزند ح کارمند بانک ر. از اتهام اختلاس مبلغ ۵۱/۷۰۰/۰۰۰ ریال برائت حاصل نموده، ایراد وارد است. گردشکار پرونده به نحو خلاصه چنین است. مشارالیه در زمان تصدی در فرایند دریافت وجوه از مشتریان بانک که به سبب وظیفه برای واریز به حساب بانکی به او سپرده می‌شده را به تصرف مالکانه خود درآورده و متعاقباً با وقفه‌ای چندروزه آن را به حساب مشتریان واریز می‌کرده که در این بین به دفعات مبلغ ۵۱/۷۰۰/۰۰۰ ریال را تصاحب نموده است؛ اما دادگاه بدوی مستندات مضبوط در پرونده را مبین تصاحب وجوه ندانسته و وی را از اتهام انتسابی تبرئه کرده است. این درحالی است که اگرچه ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ که رکن مادی بزه اختلاس را تشکیل می‌دهد ناظر به مواردی است که یکی از کارکنان و مستخدمین دستگاه‌ها و سازمان‌های موضوع ماده ۵ قانون مرقوم وجوه یا مطالبات یا حواله‌ها یا سهام و اسناد و اوراق بهادار و ... را که حسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده را به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب نماید. اساساً مادامی که ارکان و شرایط مقرر در ماده ۵ قانون مذکور جمع و فراهم نباشد نمی‌تواند متصف به این وصف مجرمانه گردد و در جرم اختلاس شخصیت مرتکب جرم یکی از اجزای تشکیل‌دهنده عنصر مادی است و برخلاف بزه خیانت در امانت که ممکن است توسط هر شخصی صورت پذیرد، جرم اختلاس صرفاً توسط اشخاصی قابلیت تحقق دارد که با دولت در معنای عام و وسیع آن دارای علقه و رابطه استخدامی باشند؛ به عبارت دیگر جرم اختلاس را باید خیانت در امانت کارکنان و مستخدمین دستگاه‌ها و سازمان‌های موضوع ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ در اموال دستگاه‌ها و سازمان‌های مربوطه سپرده شده دانست ولی در پرنده امر متهم از جمله کارکنان بانک ر به عنوان یکی از مؤسسات وابسته به سازمان تأمین اجتماعی است. اگرچه ماده واحده قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۳؛ سازمان تأمین اجتماعی را یکی از نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی قلمداد کرده است و به موجب ماده واحده فوق‌الاشعار واحدهای سازمانی مندرج در ماده واحده و مؤسسات

وابسته به آن‌ها را نیز مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی به حساب آورده است. با این وجود در تبصره یک ماده واحد، مؤسسات وابسته را واحدهای سازمانی مشخصی دانسته که به صورتی غیر از شرکت و برای مقاصد غیرتجارتی و غیرانتفاعی توسط یک یا چند مؤسسه و نهاد عمومی غیردولتی تأسیس و اداره می‌شوند و به نحوی مالکیت آن‌ها متعلق به یک یا چند مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی باشد. با این حال کارکنان و مستخدمین بانک را که در زمان وقوع جرم بیش از پنجاه درصد سهام آن متعلق به سازمان تأمین اجتماعی بوده قطع نظر از اینکه دولتی محسوب نمی‌شود و صرفاً دولت بر آن حاکمیت نظارتی داشته و مالکیت و اختیارات سازمان تأمین اجتماعی در آن و افزایش سرمایه را برعهده داشته است مستثنی از شمول قانون تشدید مجازات مرتکبین ... نیستند. در این زمینه اداره کل حقوقی قوه قضائیه طی نظریه شماره ۷/۹۲/۵۹۱ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۹ اعلام نموده است: «با توجه به تعریف «مأمورین به خدمات عمومی» در بند ۳ ماده ۳ قانون راجع به محاکمه و مجازات مأمورین به خدمات عمومی مصوب ۱۳۵۱ کارمندان بانک‌های خصوصی نیز از جمله مأمورین به خدمات عمومی محسوب شده، لذا چنانچه کارمند بانک خصوصی وجوه دریافتی از مشتری را عمداً و با سوءنیت به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب نماید عمل وی منطبق با جرم موضوع ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ... است زیرا مشتری این وجوه را برحسب انجام وظیفه کارمند بانک به وی می‌سپارد.»

آرای محاکم قضایی و رویه قضایی کشورمان گویای این موضوع است که برخلاف بزه خیانت در امانت که ممکن است توسط هر شخصی صورت پذیرد، جرم اختلاس صرفاً توسط اشخاصی قابلیت تحقق دارد که با دولت در معنای عام و وسیع آن دارای علقه و رابطه استخدامی باشند.

مبحث دهم: رویه قضایی در خصوص عنصر مادی جرم اختلاس

شعبه ۱۰۵ دادگاه عمومی جزایی مشهد^۱ متهمین پرونده را دایر بر اختلاس و جعل و معاونت در جرایم مذکور که در سازمان تدارکات پزشکی مرتکب شده‌اند به شرح دادنامه شماره ۱۱۶۰۰۰۲۲۷ - ۸۸/۴/۱ حسب مورد به مجازات قانونی محکوم کرده است. شعبه بیستم دادگاه تجدیدنظر استان خراسان با نقض رأی بدوی به شرح دادنامه شماره ۳۴۰۰۰۹۶۹ - ۸۸/۷/۱۲ آقای م. س و متهم ردیف ۶ آقای م. ر را از اتهام اختلاس به لحاظ عدم صدق تصاحب و برداشت تبرئه کرده است. با درخواست تجدیدنظر آقایان م. ی و م. ر نسبت به رأی اخیرالذکر شعبه مزبور پس از رسیدگی با رد دادخواست تجدیدنظر آنان، رأی بدوی را مطابق دادنامه شماره ۱۳۴۰۰۱۴۷ - ۱۳۹۰/۲/۱۱ تأیید و سپس آقای م. ی با وکالت آقای د. ک تقاضای اعاده دادرسی از دیوان عالی کشور کرده است.

دیوان عالی کشور به شرح زیر مبادرت به صدور رأی نموده است:
مستند درخواست اعاده دادرسی آقای م. ی نسبت به مفاد رأی شماره ۱۳۴۰۰۱۴۷ - ۹۰/۲/۱۱ شعبه بیستم دادگاه تجدیدنظر استان خراسان مطالبی است که قبلاً در جریان دادرسی عنوان شده است و تقاضای اعاده دادرسی وی با هیچ‌یک از شقوق ماده ۲۷۲ قانون آئین دادرسی کیفری قابل انطباق نمی‌باشد و رد می‌شود.

➤ **علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، درادامه رویه قضایی مورد بحث و**

بررسی قرار می‌گیرد:

ماده (۵) قانون تشدید ... چنین مقرر داشته که «هریک از کارمندان و ... وجوه یا مطالبات یا حواله‌ها یا سهام و اسناد و اوراق بهادار و ... را که برحسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده است، به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب نماید، مختلس محسوب و به ترتیب زیر مجازات خواهد شد...». استفاده مقنن از واژه‌های دوگانه «برداشت» و «تصاحب» جای تردیدی باقی نمی‌گذارد که این جرم صرفاً با انجام یک فعل مثبت محقق می‌گردد و ترک

۱- پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۳، مجموعه آرای قضایی کیفری، تهران، اداره انتشار رویه قضایی، چاپ دوم، ص ۸۱

فعل عنصر مادی این جرم قرار نمی‌گیرد؛ به عبارت دیگر عمل مرتکب در جرم اختلاس مرکب از دو رکن مهم «برداشت» و سپس «تصاحب» می‌باشد و بدون جمع این دو عمل، مرتکب مختلس تلقی نمی‌گردد. در مرحله برداشت، شخص مرتکب هنوز مال موضوع جرم را به حیطة تملک خود در نیاورده است و صرفاً پس از تصاحب و تملک آن است که مشمول جرم اختلاس می‌گردد. همین موضوع، وجه ممیزه جرم اختلاس با جرم استفاده غیرمجاز از اموال دولتی موضوع ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی می‌باشد. زیرا در جرم اخیرالذکر، مرتکب بدون قصد تصاحب و تملک و با حفظ مالکیت دولت بر اموال دولتی، اقدام به استفاده غیرمجاز از آن‌ها می‌نماید.^۱

در اینکه مرتکب در دو جرم سرقت و اختلاس، مال متعلق به غیر را به دست می‌آورد این دو جرم اشتراک دارند. چه آنکه در هر دو، استیلا بر مال دیگری با هدف تملک و تصاحب آن وجود دارد.^۲

بین جرم اختلاس و خیانت در امانت چنان ارتباط محکمی وجود دارد که برخی از حقوقدانان، اختلاس را مصداق مشدد جرم خیانت در امانت می‌دانند.^۳

یکی از حقوقدانان عراق درباره تشابه جرم اختلاس با خیانت در امانت می‌نویسد: «هر دو جرم اختلاس اموال عمومی و خیانت در امانت از جرایم عمومی می‌باشند و قصد لازم برای تحقق آن‌ها علاوه بر قصد عام مرتکب از جهت علم و اراده عناصر مادی جرم خیانت در امانت و اختلاس همان قصد خاص است و آن عبارت است از توجه به نیت مرتکب به استیلاء بر شیء به قصد تملک».^۴

البته تفاوت‌هایی نیز بین این دو جرم وجود دارد. یکی از محوری‌ترین تفاوت‌های جرم اختلاس با جرایم دیگر به‌ویژه جرم خیانت در امانت، شخصیت مرتکب می‌باشد. به این صورت که برخلاف جرم اخیرالذکر که ممکن است توسط هر شخصی صورت پذیرد،

۱- صادق منی‌زاد، ۱۳۸۶؛ حقوق کیفری مالی جرایم مالی علیه دولت، دیوان محاسبات کشور، چاپ اول، ص ۲۷۶

۲- السعدی، حمید، ۱۹۶۸ م، النظرية العامة لجريمة السرقة، ص ۱۶۰

۳- شامبیانی، هوشنگ، ۱۳۸۵، جرایم علیه اموال و مالکیت، تهران، انتشارات ویراستار، چاپ دوم، ص ۱۳۱

۴- الجورانی، عبدالرحمن، ۱۹۷۲ م، الادعاء العام، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الحقوق، ص ۲۹۸

جرم اختلاس صرفاً توسط اشخاصی صورت می‌گیرد که با دولت به معنای عام دارای علقه و رابطه استخدامی در معنای وسیع آن باشند؛ به عبارت دیگر جرم اختلاس عبارت است از خیانت در امانت کارکنان دولت در اموال دولت یا اموال شخصی که نزد دولت سپرده شده باشند. آقای دکتر میرمحمد صادقی، این جرم را از فروض جرم خیانت در امانت دانسته و برخی جرم اختلاس را مصداق مشدد جرم خیانت در امانت دانسته‌اند.

موضوع جرم اختلاس طبق ماده (۵) قانون تشدید... عبارت است از وجوه، مطالبات، حواله‌ها، سهام، اسناد، اوراق بهادار و سایر اموال متعلق به هریک از سازمان‌ها و مؤسسات موضوع ماده (۵) و یا اشخاصی که برحسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده است.

یکی دیگر از خصایص جرم اختلاس طبق ماده (۵) قانون تشدید... این است که اموال مورد اشاره در این ماده باید برحسب وظیفه به کارمندان و کارکنان واحدهای مذکور در ماده (۵) سپرده شده باشد. به همین منظور برای تحقق جرم اختلاس و انتساب آن به مرتکب، لازم است قبل از هر مورد به شرح وظایف سازمانی وی توجه و صرفاً در صورتی که براساس شرح وظایف سازمانی و ضوابط و تشریفات و عرف اداری، مال یا اموالی به کارمند سپرده شده باشد، وی را مجرم دانست. در همین جا لازم به ذکر می‌داند علاوه بر مواردی که شرح وظایف سازمانی برخی اشخاص نظیر کارپردازان و مأمورین پرداخت و ... مستلزم سپردن وجوه نقدی و سایر اموال به آن‌ها می‌باشد، هر کارمندی برای انجام مطلوب وظایف محوله، فهرستی از اموال و امکانات را از دستگاه متبوع تحویل و در صورت برداشت و تصاحب آن‌ها، به عنوان مختلس محسوب می‌شود. بدیهی است در این صورت، ممکن است در شرح وظایف چنین کارمندی، اصولاً سپردن اموال مصداق نداشته باشد، لیکن به لحاظ عرف اداری، چنین اموالی، اموال سپرده شده به کارمند محسوب می‌شوند. البته به نظر بعضی از علمای حقوق برای تحقق جرم اختلاس ضرورت ندارد که کارمندان و کارکنان صرفاً اموال سپرده شده به آن‌ها در دستگاه متبوع اصلی خود را برداشت و تصاحب نمایند، بلکه ممکن است شخص کارمند از نظر اداری و استخدامی تابع یک دستگاه اما محل خدمت و فعالیت وی در دستگاه دیگری باشد که درمورد این شخص نیز برداشت و تصاحب اموال، اختلاس تلقی می‌شود.^۱

۱- صادق منی نژاد، ۱۳۸۶، حقوق کیفری مالی جرایم مالی علیه دولت، دیوان محاسبات کشور، چاپ اول، ص ۲۸۹

سؤال قابل طرح درخصوص اموال موضوع ماده (۵) این است که آیا برداشت و تصاحب منافع اموال، ضمن حفظ مالکیت دولت بر عین اموال، اختلاس محسوب می‌شود یا استفاده غیرمجاز موضوع ماده (۵۹۸) قانون مجازات اسلامی است؟ همان‌گونه که می‌دانیم، یکی از وجوه تمایز اصلی جرم اختلاس و استفاده غیرمجاز موضوع ماده (۵۹۸)، عبارت از عدم تصاحب و تملک مال موضوع جرم، در جرم استفاده غیرمجاز و تصاحب آن در جرم اختلاس می‌باشد. بر همین اساس در صورتی که مستخدم دولت از خودرو، ساختمان اداری و سایر اموال متعلق به دولت استفاده غیرمجاز نموده و از این طریق بدون تملک اموال مذکور از منافع آن‌ها بهره‌مند شود، مرتکب جرم استفاده غیرمجاز گردیده نه جرم اختلاس. نکته مورد اختلاف در جایی است که منافع مذکور، جنبه منفصل به خود می‌گیرد. به‌عنوان مثال کارمند دولت، خودرو و ساختمان اداری دولت را به دیگران اجاره داده و وجوه دریافتی حاصل از آن‌ها را بدون اینکه عین اموال موصوف از مالکیت دولت خارج شده باشند، برداشت می‌نماید.

همچنین به‌موجب تبصره یک ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، اتلاف عمدی اموال دولتی که در اختیار مأمور دولتی بوده است نیز در حکم اختلاس بوده و مقنن برای آن مجازات معین کرده است، بنابراین از لحاظ ماهیت عنصر مادی جرم اختلاس باید گفت که برداشت، تصاحب و اتلاف اموال دولتی توسط کارمند دولت به‌عنوان اختلاس جرم انگاری شده است البته با احراز سوءنیت مرتکب در کسب منفعت شخصی برای خود یا دیگری. در شرایط کنونی ارتکاب اختلاس از جانب کارمندان دولت با روش‌های زیر قابل وقوع است:

- ✓ برداشت از حساب‌های اشخاص نزد بانک‌ها و مؤسسات اعتباری؛
- ✓ استفاده شخصی کارمند دولت از هرگونه وجوه در اختیار؛
- ✓ استفاده از وجوه در اختیار و استرداد آن‌ها بعد از مدت کوتاهی پس از استفاده در معاملات سودآور؛
- ✓ تصاحب و تملک اموال سپرده شده به کارمند دولت از سوی خودش؛
- ✓ تملیک اموال و وجوه متعلق به دولت به شخص دیگری بدون مبنا و توجیه قانونی.

مبحث یازدهم: بررسی رویه قضایی در خصوص تأثیر استرداد وجوه مورد اختلاس در

زمان رسیدگی و اخواهی

به دنبال واخواهی آقای م کارمند وقت بانک نسبت به دادنامه غیابی ۸۹۰۹۹۷۰۲۳۰۶۰۰۲۸-۸۹/۲/۵^۱ که به موجب آن در ارتباط با شکایت بانک عامل دائر بر اختلاس مبلغ ۲۰۰ میلیون ریال از وجوه متعلق به بانک بنا بر دلایل منعکس شده و با استناد به ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری علاوه بر رد وجوه، به تحمل سه سال حبس و پرداخت جزای نقدی و انفصال دائم از خدمات دولتی محکوم گردیده است، دادگاه با در نظر گرفتن این موضوع که استرداد وجوه مورد اختلاس در زمان رسیدگی و اخواهی به منزله استرداد قبل از کیفرخواست تلقی نمی گردد و مقررات دادرسی در مرحله واخواهی همانند دادرسی ماقبل خویش در دادگاه می باشد و هیچ ارتباطی با مرحله قبل از کیفرخواست نداشته لذا واخواه با وجود استرداد وجوه نمی تواند از مزیت قانونی مندرج در تبصره ۳ از ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری استفاده نماید. لذا ضمن رد واخواهی و با اعمال کیفیات مخففه (با در نظر گرفتن تبصره ۶ از ماده ۵ قانون تشدید مجازات ...) و استنباط قضایی از نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره های ۵۳۶۱-۷۳/۸/۱۹ و ۷۴/۱۱/۲۳-۷/۶۳۷۸ به تحمل دو سال حبس و انفصال موقت از خدمات دولتی به مدت یک سال و پرداخت جزای نقدی به میزان وجه مورد اختلاس محکوم نموده است.

➤ علی هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می گیرد:

متهم از زمره کارکنان و مستخدمین موضوع ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ بوده که اموال و وجوه بانک به طور مستقیم و غیرمستقیم بنا بر مقتضای وظیفه اداری وی به او سپرده شده که وظیفه حفظ و حراست از اموال و وجوه دولتی را برعهده داشته و به رغم منع و حذر قانون با سوءاستفاده از مقام و

۱- پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۳، مجموعه آرای قضایی کیفری، تهران، اداره انتشار رویه قضایی، چاپ دوم، ص ۱۰

موقعیت شغلی و آن‌هم با سبق تصمیم و برنامه‌ای از پیش طراحی شده با توسل به یک سری اعمال به ظاهر قانونی ولی در اصل مغایر با قوانین و مقررات مبلغ ۲۰/۱۱۲/۰۰۰ ریال از وجوه حاصله از بازپرداخت اقساط تسهیلات و مبالغ موجود در صندوق بانک را به نفع خود برداشت و تصاحب نموده است. اضافه بر اینکه در این بین در اختیار شخص اداری قرار گرفتن وجوه مورد اختلاس که از جمله شرایط تحقق این جرم است به‌نظر می‌رسد در پرونده امر تحقیق‌یافته است چون آنچه از مفهوم سپرده شدن وجوه نقدی، مطالبات، حواله‌ها یا سهام و یا سایر اسناد و اوراق بهادار یا سایر اموال متعلق به هریک از سازمان‌ها و مؤسسات مندرج در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ به ذهن متبادر می‌گردد همان مفاهیم عرفی است و سپرده شدن نیز از اعم از سپردن مستقیم و یا غیرمستقیم می‌باشد؛ به عبارت دیگر چگونگی سپردن وجه یا مال اعم از اینکه به‌وسیله مقامات و یا افراد به مؤسسات و دستگاه‌های موردنظر تحویل و بعد از طی مراحل اداری در اختیار کارمند قرار گرفته و اینکه توسط مقامات و یا افراد مستقیماً به کارمندان مدنظر واگذار شده باشد ملاک تحقق سپرده شدن نبوده و فقط تحویل وجوه یا اموال به کارمندان آن‌هم حسب وظیفه مورد توجه می‌باشد که چه به‌صورت واقعی و یا حکمی تحقق یابد و در باب بزه اختلاس تسلیم مال یا وجه ناشی از یک رابطه و قرارداد حقوقی ایجاد شده در چارچوب مقررات حقوقی اداری است. علاوه بر اینکه برداشت وجوه به منزله تصاحب و تملک آن به حساب می‌آید؛ یعنی درمورد وجوه به صرف برداشت، جرم به‌صورت تام واقع می‌شود و مرتکب به‌عنوان مختلس قابل تعقیب جزایی خواهد بود ولی درمورد سایر اموال بایستی رفتار مرتکب به‌صورت تصاحب بروز و ظهور پیدا کند تا جرم به شکل تام واقع شود. از طرفی در جرم اختلاس، بین محروم نمودن موقت یا دائم دستگاه‌های مذکور در ماده ۵ اخیرالذکر از اموال متعلقه، تفاوتی وجود ندارد و به‌محض اینکه اندیشه مرتکب بر محرومیت دستگاه‌های موصوف از آن اموال تعلق گرفت، در آن صورت، موقت یا دائم بودن قصد محرومیت، تأثیری در تحقق جرم نداشته و این امر صرفاً در مواردی در مجازات جزای نقدی اثرگذار است. به‌علاوه استفاده یا عدم استفاده عملی شخص مرتکب از وجوه یا مال موضوع اختلاس تفاوتی در ماهیت جرم ایجاد نمی‌کند. در این جرم مقنن

خروج وجه یا مال از مالکیت دولت و سایر دستگاه‌ها را ملازم با نفع خود یا شخص دیگری دانسته، خواه شخص مرتکب، از آن وجه یا مال بهره‌مند شده یا نشده باشد افزون بر این، خلاف آنچه وکیل ادعا نموده، تحقیقات معموله و مستندات ابرازی حکایت از این امر داشته است که متهم پیش از واگذاری سهام بانک در بورس اوراق بهادار که اولین بار در تاریخ ۱۳۸۷/۱۱/۳۰ به بخش خصوصی واگذار گردیده مبلغ ۲۰/۱۱۲/۰۰۰ ریال از وجوه متعلق به بانک را برداشت و تصاحب نموده است و اساساً در زمان وقوع جرم بانک از جمله بانک‌های دولتی بوده که تحت شمول ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ قرار داشته است. اداره کل حقوقی قوه قضائیه حتی کارمندان بانک‌هایی که خصوصی شده‌اند را نیز از شمول قانون تشدید مجازات مرتکبین ... خارج نکرده است و در نظریه شماره ۷/۹۲/۵۹۱ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۹ اعلام نموده: «با توجه به تعریف «مأمورین به خدمات عمومی» در بند ۳ ماده ۳ قانون راجع به محاکمه و مجازات مأمورین به خدمت عمومی مصوب ۱۳۱۵ کارمندان بانک‌هایی که خصوصی شده‌اند جزء مأمورین به خدمت عمومی محسوب و در نتیجه چنانچه عمل آن‌ها قابل انطباق با مفاد ماده ۳ و ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ... باشد قابل تعقیب هستند.» و توجهاً به اینکه در وصف صدق مدعای وکیل متهم، ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ که رکن قانونی بزه تحصیل مال از طریق نامشروع را تشکیل می‌دهد ناظر به مواردی است که شخص یا اشخاصی مرتکب رفتاری در محدوده خریدوفروش یا سوءاستفاده از مجوز صادرات و واردات و آنچه عرفاً موافقت اصولی گفته می‌شود و همچنین تقلب در توزیع کالاهای دارای ضوابط مشخص گردند که به تحصیل مال از طریق نامشروع بیانجامد و اساساً هر نحو دارا شدن غیرعادلانه و نامشروع مادامی که ارکان و شرایط مقرر در ماده ۲ قانون مرقوم جمع و فراهم نباشد، نمی‌تواند متصف به این وصف مجرمانه گردد. به بیان دیگر میان دو مفهوم کلی یعنی بزه تحصیل مال از طریق نامشروع و تحصیل نامشروع ثروت و افزودن ناروا به دارایی‌ها از میان نسب اربعه، رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار بوده یعنی هر تحصیل مال نامشروعی که مشمول ماده ۲ قانون مرقوم باشد بی‌گمان مصداق دارا شدن غیرعادلانه نیز خواهد بود ولی عکس این قضیه

همواره صادق نخواهد بود و همان گونه که اشاره گردید تا زمانی که ارکان و شرایط مقرر در ماده ۲ قانون فوق الاشعار جمع نباشد، مجرمانه قلمداد کردن عمل و تعیین کیفر برای مرتکب آن برخلاف منظور قانون گذار بوده است و نظر به اینکه به دلالت تبصره ۳ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ استرداد تمام وجه مورد اختلاس آن هم قبل از صدور کیفرخواست موجب تعلیق اجرای مجازات حبس و معافیت از تمام یا قسمتی از جزای نقدی می گردد و اساساً عدم حضور متهم در مراحل تحقیقات مقدماتی و دادرسی با وصف عدم دسترسی به وی و احضار وی از طریق انتشار آگهی در روزنامه کثیرالانتشار و متعاقب آن پرداخت وجه مورد اختلاس قبل از رسیدگی به واخواهی به معنای استرداد تمام وجه مورد اختلاس قبل از صدور کیفرخواست نیست، علی هذا بنا به مراتب از حیث دلایل احراز بزه و انتساب آن به متهم و انطباق آن با قانون و رعایت اصول و قواعد دادرسی نیز اشکال اساسی که مؤثر در حکم بوده، ملاحظه نمی گردد و نظر به اینکه به موجب ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ در صورتی که میزان اختلاس بیش از مبلغ پنجاه هزار ریال باشد مرتکب به انفصال دائم از خدمات دولتی محکوم می شود و توجهاً به اینکه دادگاه بدوی در مانحن فیه با اعمال کیفیات مخففه قضایی، مجازات متهم را برخلاف تبصره ۶ ماده ۵ قانون مرقوم از انفصال دائم از خدمات دولتی به انفصال موقت از خدمات دولتی به مدت یک سال تنزل داده است بر این مبنا رأی صادره واجد ایراد و اشکال است.

بنابراین در جرم اختلاس، برداشت وجوه به منزله تصاحب و تملک آن می باشد و بین محروم نمودن موقت یا دائم دستگاه های مذکور در ماده قانون اخیرالذکر از اموال متعلقه، تفاوتی وجود ندارد و این امر صرفاً در مواردی در مجازات جزای نقدی اثرگذار است.

ضمناً استفاده یا عدم استفاده عملی شخص مرتکب از وجوه یا مال موضوع اختلاس تفاوتی در ماهیت جرم ایجاد نمی کند و عدم حضور متهم تجدیدنظرخواه در مراحل تحقیقات مقدماتی و دادرسی به دلیل عدم دسترسی به وی و احضار وی از طریق انتشار آگهی در روزنامه کثیرالانتشار و متعاقب آن پرداخت وجه مورد اختلاس قبل از رسیدگی به واخواهی به معنای استرداد تمام وجه مورد اختلاس قبل از صدور کیفرخواست نیست.

فصل چهارم

مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و
کارمندان دولت در معاملات دولتی

مقدمه

در هر جامعه‌ای، مجموعه‌ای از شرایط، موقعیت‌ها و... وجود دارد که اشخاص واجد آن شرایط و موقعیت‌ها بیش از دیگران امکان انجام اعمال مجرمانه را پیدا می‌کنند و قانون‌گذار آینده‌نگر و تیزبین با درک این شرایط، باید سعی در از بین بردن چنین زمینه‌هایی داشته باشد. در مجموعه قوانین کیفری هر نظامی از جمله ایران، قوانینی در چنین زمینه‌ای تصویب می‌گردد. چنین قوانینی قبل از اینکه ناظر به مرحله پس از ارتکاب جرم باشند، بیشتر واجد خصیصه پیشگیرانه می‌باشند. یکی از این قوانین، قانون ممنوعیت کارکنان دولت از مداخله در معاملات دولتی یا داوری در دعاوی دولت است. معاملات دولتی به‌ویژه در کشورهای توسعه نیافته و یا در حال توسعه که دولت مداخله مستقیم در امر تصدی‌های اقتصادی دارد، به لحاظ کمیت و کیفیت، از سطح بالایی برخوردار بوده و از این حیث صحت برگزاری آن‌ها، از اهمیت زیادی برخوردار است. تمرکز اداری سیستمی است که در آن حق تصمیم‌گیری و اداره امور ملی و محلی در انحصار دولت مرکزی است؛ یعنی نهادها و مقامات عالی کشور که در مرکز مستقر هستند عهده‌دار امور ملی و محلی کشور می‌باشند.^۱ در صورت مجاز بودن مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی، کارکنان مذکور به لحاظ ارتباطی که با دولت و

۱- امامی، محمد، ۱۳۸۷، حقوق اداری، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم، جلد اول، ص ۵۵

احیاناً اطلاعاتی که از کم و کیف معاملات مذکور دارند و به لحاظ احتمال سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری خود، ممکن است به صحت انجام این معاملات خلل وارد نمایند. بر همین اساس در ایران، همانند بسیاری از کشورهای دیگر، لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری در تاریخ ۱۳۳۷/۱۰/۲۲ به تصویب رسیده است.

در مباحث آتی تعدادی از آرای قضایی صادره درخصوص جرم فوق مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد تا از این طریق رویه قضایی پیرامون بعضی از موضوعات مربوط مشخص گردد:

مبحث اول: بررسی رویه قضایی درخصوص وابستگان مدیران (موضوع تبصره ۱ ماده ۱ قانون راجع به منع مداخله وزرا، نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات کشوری و لشکری)

حسب محتویات پرونده کلاسه ۱۰۱/۱۰۷۲/۹۱ و دادنامه شماره ۸۷۰۹۹۷۵۱۱۵۶۰۲۹۴۹-۱۳۹۱/۱۰/۱۴ صادره از شعبه ۱۰۱ محاکم جزایی مشهد، مدیرعامل و چهار نفر دیگر از کارکنان و پیمانکاران شرکت دولتی الف متهم‌اند به مداخله در معاملات دولتی به‌صورت غیرقانونی. بدین توضیح که متهم ردیف اول مبادرت به انعقاد ۳۳ فقره قرارداد با همسران، فرزندان، برادران و وابستگان مدیران شرکت الف نموده که ارزش این قراردادها جمعاً مبلغ بیست میلیارد ریال بوده است. دادگاه با عنایت به اینکه صرفه و صلاح شرکت الف در انعقاد آن قراردادها رعایت نگردیده است عمل انتسابی به نامبردگان را محرز و مسلم دانسته فلذا با استناد به ماده ۲ قانون مارالذکر هریک از متهمین به‌غیراز متهم ردیف اول را به تحمل دو سال حبس تعزیری و متهم ردیف اول را به تحمل چهار سال حبس تعزیری محکوم می‌نماید.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می‌گیرد:

براساس ماده یک قانون فوق‌الذکر بعضی از اشخاص نمی‌توانند (اعم از اینکه در مقابل خدمتی که انجام می‌دهند حقوق یا مالی دریافت دارند و یا آنکه خدمت را به‌طور افتخاری و رایگان انجام دهند) در معاملات یا دآوری در دعاوی با دولت یا مجلسین یا شهرداری‌ها یا دستگاه‌های وابسته به آن‌ها و یا مؤسسات مذکور در بند ۴ و ۶ این ماده شرکت نماید اعم از اینکه دعاوی مزبور در مراجع قانونی مطرح شده یا نشده است. (به‌استثنای معاملاتی که قبل از تصویب این قانون قرارداد آن منعقد شده باشد).

این اشخاص عبارت‌اند از:

۱. نخست‌وزیر، وزیران، معاونین و نمایندگان مجلس؛
۲. سفراء، استانداران، فرمانداران کل، شهرداران و نمایندگان انجمن شهر؛
۳. کارمندان و صاحب‌منصبان کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و دستگاه‌های وابسته به آن‌ها؛
۴. کارکنان هر سازمان یا بنگاه یا شرکت یا بانک یا هر مؤسسه دیگر که اکثریت سهام یا اکثریت منافع یا مدیریت یا اداره کردن یا نظارت بر آن متعلق به دولت یا شهرداری یا دستگاه‌های وابسته به آن‌ها باشد؛
۵. اشخاصی که به نحوی از انحاء از خزانه دولت یا مجلسین یا مؤسسات مذکور در بالا حقوق یا مقرری یا حق‌الزحمه یا پاداش یا امثال آن به‌طور مستمر (به‌استثنای حقوق بازنشستگی و وظیفه و مستمری قانونی) دریافت می‌دارند؛
۶. مدیران و کارکنان بنگاه‌های خیریه‌ای که از دولت یا شهرداری‌ها کمک مستمر دریافت می‌دارند؛
۷. شرکت و مؤسساتی که پنج درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آن متعلق به یک نفر از اشخاص مذکور در فوق یا بیست درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آن متعلق به چند نفر از اشخاص مذکور در فوق باشد و یا اینکه نظارت یا مدیریت و یا اداره

و یا بازرسی مؤسسات مذکور با آن‌ها باشد (به‌استثنای شرکت‌ها و مؤسساتی که تعداد صاحبان سهام آن یک‌صد و پنجاه نفر و یا بیشتر باشد مشروط بر اینکه هیچ‌یک از اشخاص مذکور در فوق بیش از پنج درصد از کل سهام آن را نداشته و نظارت یا مدیریت یا اداره و یا بازرسی آن با اشخاص مذکور در فوق نباشد)؛

۸. شرکت‌هایی که اکثریت سهام یا سرمایه یا منافع آن‌ها متعلق به شرکت‌های مندرج در بند ۷ باشد.

براساس تبصره یک پدر و مادر و برادر و خواهر و زن و یا شوهر و اولاد بلافصل و عروس و داماد اشخاص مندرج در این قانون و همچنین شرکت‌ها و مؤسساتی که اقربای فوق‌الذکر به نحو مندرج در بند ۷ و ۸ در آن سهام یا دارای سمت باشند نمی‌توانند با وزارتخانه‌ها، بانک‌ها، شهرداری‌ها، سازمان‌ها و یا سایر مؤسسات مذکور در این قانون که این اشخاص (اشخاص مندرج در ردیف‌های هشتگانه) در آن سمت وزارت و یا معاونت و یا مدیریت دارند وارد معامله یا دآوری شوند.

مطابق تبصره دو شرکت‌های تعاونی کارمندان مؤسسات مذکور در این ماده در امور مربوط به تعاونی از مقررات این قانون مستثنی خواهند بود.

براساس تبصره سه، معاملات مندرج در ماده مزبور عبارت است از:

۱- مقاطعه‌کاری (به‌استثنای معاملات محصولات کشاورزی ولو آنکه از طریق مقاطعه انجام شود)؛

۲- حق‌العمل‌کاری؛

۳- اکتشاف و استخراج و بهره‌برداری (به‌استثنای معادن طبقه اول مندرج در قانون و همچنین نمک طعام که معادن مذکور در ملک شخصی آن‌ها واقع است)؛

۴- قرارداد نقشه‌برداری و نقشه‌کشی و نظارت در اجرای آن؛

۵- قرارداد و مطالعات و مشاوران فنی، مالی و حقوقی؛

۶- شرکت در مزایده و مناقصه؛

۷- خریدوفروش‌هایی که باید طبق قانون محاسبات عمومی یا مناقصه و یا مزایده انجام شود؛ هرچند به‌موجب قوانین دیگر از مناقصه و مزایده استثناء شده باشد.

براساس تبصره چهارم، معاملات و اجناس و کالاهای انحصاری دولت و امور مطبوعاتی دولت و شهرداری‌ها از موضوع این ماده مستثنی است.

براساس ماده دوم این قانون اشخاصی که برخلاف مقررات ماده فوق شخصاً یا به نام و یا واسطه اشخاص دیگر مبادرت به انجام معامله نمایند و یا به‌عنوان داور در دعاوی فوق-الاشعار شرکت کنند و همچنین هریک از مستخدمین دولتی (اعم از کشوری و لشکری) و سایر اشخاص مذکور در ماده فوق در هر رتبه و درجه و مقامی که باشند هرگاه برخلاف مقررات این قانون عمل نمایند به حبس جنایی درجه دو از دو تا چهار سال محکوم خواهند شد و همچنین مجازات برای مسئولین شرکت‌ها و مؤسسات مذکور در بند ۷ و ۸ ماده اول که با علم و اطلاع؛ بستگی و ارتباط خود و یا شرکا را در موقع تنظیم قرارداد و انجام معامله اظهار نمایند نیز مقرر است و معاملات مزبور باطل بوده و متخلف شخصاً و در صورت تعدد متضامناً مسئول پرداخت خسارت ناشی از آن معامله یا داور و ابطال آن می‌باشد.

به استناد تبصره ذیل ماده دوم، کارمندان مشمول ماده اول که بر اثر اجرای این قانون قادر به ادامه خدمت دولتی نباشند بازنشسته محسوب و در صورتی که مشمول مقررات بازنشستگی نباشند کسور بازنشستگی پرداختی دفعتاً واحده به آنان پرداخت می‌شود.

درخصوص دادنامه شماره ۸۷۰۹۹۷۵۱۱۵۶۰۲۹۴۹-۱۳۹۱/۱۰/۱۴ موضوع پرونده کلاسه ۱۰۱/۱۰۷۲/۹۱ شعبه ۱۰۱۱ محاکم محترم عمومی جزایی که به‌موجب آن و به اتهام مداخله در معاملات دولتی به‌صورت غیرقانونی به استناد ماده ۲ قانون راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲ و با ملاحظه تبصره یک بند ۸ ماده یک آن آقایان الف و ب و ج هرکدام به دوسال حبس محکوم شده‌اند و آقای (د) را به چهارسال حبس محکوم نموده و حبس وی را به شرح مذکور به پرداخت چهل میلیون ریال جریمه نقدی تبدیل نموده است. با توجه به محتویات پرونده و مدافعات متهمین، استدلال دادگاه درخصوص وابستگی مدیران قابل خدشه می‌باشد. به لحاظ اینکه در تبصره یک ذیل ماده یک لایحه قانونی منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری تصریح شده است: پدر و مادر و برادر و خواهر و زن و یا شوهر و اولاد بلافصل و عروس و داماد اشخاص مندرج در

این قانون و همچنین شرکت‌ها و مؤسساتی که اقرای فوق‌الذکر به نحو مندرج در بند ۷ و ۸ در آن سهام یا دارای سمت باشند نمی‌توانند با وزارتخانه‌ها و یا بانک‌ها و یا شهرداری‌ها و یا سازمان‌ها و یا سایر مؤسسات مذکور در این قانون که این اشخاص در آن سمت وزارت یا معاونت و یا مدیریت دارند وارد معامله و یا داوری شوند که با توجه به اینکه در این موارد باید تفسیر مضیق شود کلمه مدیریت منصرف به مدیرعامل شرکت‌ها و مؤسسات می‌باشد و اگر هم تسامحا به کسی که بخشی از سازمان و یا شرکتی را اداره نماید مدیر گفته می‌شود وظایف و تکالیفی که متوجه مدیرعامل است متوجه او نخواهد بود و در پرونده، سمت مدیرعامل و مدیریت مذکور در قانون استنادی را نداشته‌اند و قراردادهای منعقد با آنان صرف‌نظر از مدافعات آقای د و وکیل وی و اینکه خود افراد پیمانکار موظف به اعلام ممنوعیت و عدم ممنوعیت خود می‌باشند که در این رابطه فرم‌های مربوطه هم ضمیمه قراردادها بوده که به امضاء رسیده است به لحاظ اینکه پیمانکاران از افراد ممنوع نبوده‌اند مطابق روال عادی انجام گرفته است. اداره کل حقوقی در نظریه شماره ۷/۲۲۲۴ مورخ ۱۳۹۴/۱/۲۹ اعلام نموده در آیین‌نامه معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۹ محدودیتی درخصوص اشخاص شرکت‌کننده در مزایده نیامده و تنها محدودیتی که برای برخی اشخاص پیش‌بینی شده در لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت مصوب ۱۳۳۷ آمده است. بنابراین صرفاً اشخاص مشمول لایحه اخیرالذکر ممنوع از شرکت در مزایده دولتی می‌باشند و تنها شرکت‌های موضوع بندهای ۷ و ۸ لایحه قانونی فوق‌ممنوع از شرکت در مزایده دولتی می‌باشند و برای سایر شرکت‌ها چنین محدودیتی وجود ندارد و اگر فرضاً فردی تصدی بیش از یک شغل هم احیاناً نموده باشد، این موضوع ارتباطی به مدیرعامل سازمان و یا شرکت دولتی ندارد مگر با علم و اطلاع با وی همکاری نموده باشند که خود موضوع مستقلاً است. همچنین در جایی که سوءاستفاده به ضرر دولت و منافع عمومی صورت گرفته و خارج از اعمال ارتكابی توسط محکومین باشد و حتی کسانی که در شرکت‌های مورد قرارداد کمتر از پنج درصد سهام داشته باشند، می‌توانند مطابق بند ۷ ماده یک قانون استنادی دادگاه محترم؛ در قراردادها شرکت نمایند.

مبحث دوم: بررسی سوءنیت در جرایم مربوط به مداخله کارکنان دولت در معاملات

دولتی

حسب محتویات پرونده کلاسه ۲۵/۱۱۹۱/۸۷ و دادنامه شماره ۲۴ مورخ ۱۳۹۱/۶/۱۲ شعبه ۱۱۹۱ دادگاه عمومی مستقر در مجتمع قضایی امور اقتصادی، آقای الف به‌رغم اشتغال به کار دولتی (عضویت در کادر آموزشی دانشکده) و داشتن مالکیت پنج درصد سهام شرکت مهندسی ...؛ و داشتن سمت رئیس هیأت مدیره، مبادرت به انعقاد قرارداد بین شرکت دولتی از یک طرف و شرکت مهندسی ... به‌عنوان مشاور به‌منظور ارائه خدمات مشاوره و نظارت و کنترل کمی بر ساخت ترانسفورماتور در شرکت ساخت نیرو نموده است. دادگاه به استناد ماده دوم قانون، متهم مذکور آقای الف را با اعمال تخفیف به پرداخت مبلغ ۲۵۰ میلیون ریال جزای نقدی در حق صندوق دولت بدل از دو سال حبس تعزیری محکوم و اعلام می‌دارد و اما نظر به اینکه آقای ب به‌عنوان مسئول شرکت مهندسی ... به نمایندگی از شرکت مذکور طرف قرارداد با شرکت دولتی بوده، ضرورت داشته که مشارالیه در موقع تنظیم قرارداد با شرکت دولتی اخیر، کارمند بودن متهم صدرالذکر را به‌عنوان احد از شرکا خود در حین انجام معامله اظهار نماید. لیکن برخلاف این تکلیف در ماده ۱۶ قرارداد منعقدۀ اعلام داشته که شرکت مذکور یا شرکای وی مشمول قانون منع مداخله نمی‌باشند و از طرفی در کیفرخواست صادره، شرط کردن ماده ۱۶ در قرارداد را مبین علم و اطلاع تنظیم‌کنندگان قرارداد به موارد منع مداخله کارکنان کشوری و لشکری در معاملات دولتی دانسته، لیکن علم و اطلاع و آگاهی ارتباط شرکای تنظیم‌کننده قرارداد یعنی آقای ب در دادسرا مورد تحقیق قرار نگرفته و نام مشارالیه در کیفرخواست به‌عنوان متهم قید نشده است که با این وصف دادگاه در چارچوب کیفرخواست صادره اظهار نظر نموده و در این رابطه خود را با تکلیف خاصی از حیث تعیین مجازات به نامبرده و ابطال قرارداد منعقدۀ مواجه ندانسته است.

➤ **علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:**

توجه فاعل به نتیجه فعل مجرمانه از خصایص عمد به شمار می‌رود. ولی برحسب میزان این توجه و کوشش فاعل به اخذ نتیجه مذکور، سوءنیت فاعل صورت‌های گوناگونی به خود می‌گیرد که در صدق وصف مجرمانه و سرانجام میزان مجازات بی‌تأثیر نیست. کیفیات عمد را از جمله می‌توان به شرح زیر از یکدیگر بازشناخت:

داشتن سوءنیت یعنی عزم ارتکاب فعلی که قانون‌گذار آن را منع کرده است همیشه به تنهایی کافی نیست. گاه قانون‌گذار وجود جرم را منوط به داشتن قصد مشخص و صریحی کرده که فاعل برای تحقق آن کوشیده است. برای مثال، در جرم قتل، صرف ایذاء و آزار عمدی مجنی علیه کفایت نمی‌کند، بلکه فاعل باید در تحصیل نتیجه خلاف قانون یعنی کشتن او نیز عاقد باشد تا بتوان فعل ارتكابی را قتل عمد شناخت. درحالی‌که در جرم ایراد ضرب و جرح وجود سوءنیت عام در فعل زدن کافی است و لازم نیست مرتکب قصد صدمه زدن داشته باشد تا ضارب شناخته شود.

همچنین در جرم کلاهبرداری، مرتکب علاوه بر سوءنیت عام در ارتکاب افعال فریبکارانه، باید قصد خاص بردن مال غیر را نیز داشته باشد؛ درغیراین‌صورت اگر توسل به وسایل تقلبی فرضاً به قصد به دام انداختن رقیب خود در معاملات موهوم و سپس ورشکسته کردن او باشد، عمل کلاهبرداری نیست.^۱

مرتکبین جرم مداخله در معاملات دولتی، به دو دسته تقسیم می‌شوند: دسته اول: عبارت‌اند از کارکنان دولت و سایر اشخاص مذکور در ماده اول لایحه قانونی و برخی از اقرباء آنها به شرح تبصره یک ماده اول و دسته دوم عبارت‌اند از مسئولین و مقامات مجاز و کارکنان دستگاه طرف قرارداد و معامله. بر این اساس در تحلیل عنصر روانی جرم مذکور، تفکیک و رعایت دسته‌بندی مذکور، به شرح زیر ضرورت دارد:

۱- اردبیلی، محمدعلی، ۱۳۸۷، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ نوزدهم، جلد اول، ص ۲۴۲

۱. اولین جزء ضروری در عنصر روانی جرم مداخله در معاملات دولتی عبارت است از سوءنیت عام اشخاص مندرج در بندهای یک لغایت هفت ماده اول لایحه قانونی، در شرکت و مداخله در معاملات دولتی دستگاه متبوع یا سایر دستگاه‌های دولتی و واحدهای مصرح در ماده اول این قانون.

۲. در برخی از معاملات دولتی، به‌ویژه در مناقصه‌ها و خریدهای جزئی که نماینده دولت (مثلاً شخص کارپرداز یا مأمور خرید) به دلایلی از جمله عدم نیاز به برگزاری مناقصه عمومی و ... نیازی به اعلام سمت خود به فروشنده یا ارائه‌دهنده کالا و خدمت نمی‌بیند، علم طرف معامله به دولتی بودن معامله الزامی و عدم علم وی از عوامل رافع مسئولیت کیفری است.

۳. گسترش حوزه حریم خصوصی افراد و کاهش روزافزون روابط و ارتباطات خانوادگی و تبعاً عدم اطلاع برخی از اشخاص از برقراری قرابت‌های سببی موجب می‌گردد، درخصوص مداخله اقربای مذکور در تبصره یک ماده اول در معاملات دولتی دستگاه‌هایی که بستگان آن‌ها در این دستگاه‌ها دارای سمت وزارت، معاونت و یا مدیریت باشند، با حساسیت خاص نگاه کنیم. چه‌بسا شخصی از این‌که فرزندش در فلان دستگاه سمت مدیریت داشته باشد بی‌اطلاع باشد. بر همین اساس لازم است «علم» به‌عنوان یکی از اجزای عنصر روانی در چنین موقعیت‌هایی احراز شود.

در قسمتی از ماده دوم لایحه قانونی آمده که «... همچنین هریک از مستخدمین دولتی (اعم از کشوری و لشکری) و سایر اشخاص مذکور در ماده فوق در هر مرتبه و درجه و مقامی که باشند، هرگاه برخلاف مقررات این قانون عمل نمایند...» در اینجا قانون‌گذار، علاوه بر شناسایی مسئولیت کیفری برای اشخاصی که دارای یکی از روابط مصرح در ماده اول آن قانون با دولت و دستگاه‌های مذکور در آن می‌باشند، برای مستخدمین دستگاه طرف معامله که اقدام به انعقاد چنین قراردادی با این اشخاص نموده‌اند، مسئولیت کیفری در نظر گرفته است. درخصوص این عده از افراد، باید گفت که اولاً مرتکب باید دارای سوءنیت عام در انعقاد قرارداد با چنین اشخاصی باشد. ثانیاً مرتکب باید از کارمند دولت بودن یا وجود یکی از

حالات بندهای یک لغایت هشت در این شخص، علم و آگاهی داشته باشد. در اینجا ذکر دو نکته را لازم می‌داند: نکته اول اینکه گرچه طبق قانون محاسبات عمومی، رئیس دستگاه و مقامات مجاز از طرف وی، مقام صالح به‌منظور انجام تعهد (انعقاد قرارداد) می‌باشند، اما همان‌گونه که در ماده دوم آمده و صحبت از مستخدمین دولت و سایر اشخاص مذکور در ماده اول به‌صورت مطلق گردیده است، مرتکب این جرم می‌تواند هریک از مستخدمین دولت، نظیر کارپرداز، مأمور خرید و رئیس دستگاه باشد. نکته دوم این‌که دامنه انجام این جرم توسط اشخاص دسته دوم، از دسته اول کمتر است، زیرا امروزه در کلیه قراردادهای دولتی، الزاماً باید این شرط قید شود که طرف قرارداد متعهد می‌گردد که مشمول لایحه قانونی منع مداخله نیست. با پیش‌بینی این شرط، اصولاً بار مسئولیت از دوش افراد دسته دوم ساقط می‌گردد. بدیهی است در صورت اثبات این امر که این اشخاص به‌زعم اقرار مکتوب طرف قرارداد به اینکه مشمول لایحه قانونی نمی‌باشد، از کارمند بودن وی آگاه و مطلع بوده‌اند مسئول تلقی می‌شوند.

دادگاه رابطه استخدامی کارمندان و کارکنان دولت را باوجود اعطای مرخصی بدون حقوق محفوظ دانسته است. همچنین متهم با دریافت مرخصی بدون حقوق کماکان کارمند دولت می‌باشد. ادعای جهل به مقررات و قوانین ازسوی متهم و تصور نادرست نامبرده رافع تکلیف و مسئولیت وی در برابر قانون نمی‌باشد. مالکیت پنج درصد سهام شرکت مهندسی خصوصی که طرف قرارداد با دولت بوده است متعلق به متهم بوده و درعین حال عضو کادر آموزشی دانشکده نیز می‌باشد. مشارالیه صراحتاً و به‌کرات این موضوع را در جلسات رسیدگی قضایی و دادرسی اقرار نموده است. اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۹۳/۲۶۱۳ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۲۷ اعلام نموده است قراردادهایی که با اعضای هیأت علمی دانشگاه‌های دولتی در غیر موارد پژوهشی و تحقیقاتی منعقد می‌گردد مشمول ممنوعیت مذکور در لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی مصوب ۱۳۳۷ می‌باشد. اداره کل مذکور در ادامه اعلام نموده حسب ماده ۲ قانون اخیرالذکر اقدام برخلاف ماده یک توسط اشخاص مذکور مستوجب مجازات می‌باشد.

لذا دادگاه صادرکننده حکم این موضوع را صرف‌نظر از این‌که متهم از مدیران شرکت مذکور می‌باشد یا نه مصداق بند ۷ ماده اول لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۲۲ دی ۱۳۳۷ تشخیص داده است. با این وصف شرکت متبوع متهم در ماده ۱۶ قرارداد منعقدۀ با دولت صراحتاً اعلام داشته است که مشمول قانون منع مداخله کارمندان دولت در معاملات دولتی نیست. مستندات پیوست پرونده حاکی از آن است که متهم در حین اشتغال به کار دولتی و سهامدار بودن شرکت، نایب‌رئیس هیأت مدیره شرکت خصوصی نیز بوده که مبادرت به انعقاد قرارداد با شرکت دولتی ... نموده است. فلذا عدم رعایت قانون منع مداخله راجع به مشارالیه محرز می‌باشد.

مبحث سوم: رویه قضایی در خصوص عنصر مادی جرم مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی

حسب محتویات پرونده کلاسه ۵۰۳- ۹۱ و دادنامه شماره ۶۸۴ مورخ ۱۳۹۱/۸/۱۴ شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی جزایی زاهدان، آقای الف متهم به مداخله در معاملات دولتی می‌باشد. بدین توضیح که متهم کارمند سابق سازمان دولتی ... و کارمند اداره کل (در هنگام مزایده عمومی یک باب ساختمان اداری) در تهران بوده و در مزایده شرکت کرده و برنده آن اعلام گردیده است. دادگاه با توجه به محتویات پرونده و شکایت سازمان بازرسی کل کشور صرف‌نظر از عدم اطلاع متهم مبنی بر اینکه شرکت در مزایده منع قانونی دارد (زیرا جهل به قانون رافع مسئولیت نیست) بزه انتسابی به نامبرده را محرز و مسلم دانسته و به استناد بند سه ماده یک قانون منع مداخله کارمندان (کارکنان) دولت در معاملات دولتی مصوب ۱۳۳۷ و بند ۶ تبصره ۳ و ماده ۲ همان قانون علاوه بر ابطال معامله موضوع مزایده، متهم را با رعایت بند ۵ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی (فقد سابقه) به یک میلیون ریال جزای نقدی در حق دولت (بدل از حبس) محکوم می‌نماید.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، درادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

موضوع اصلی جرم مورد بررسی، عبارت است از شرکت کارکنان دولت و کارکنان واحدهایی که اکثریت سرمایه یا سهام یا منافع و یا مدیریت یا اداره یا نظارت آن متعلق به دولت یا شهرداری‌ها و یا دستگاه‌های وابسته به آن‌ها و نیز شرکت‌ها و مؤسساتی که پنج درصد یا بیشتر سرمایه یا سهام یا منافع آن متعلق به یک نفر از اشخاص مذکور در فوق یا بیست درصد سهام یا سرمایه یا منافع آن متعلق به چند نفر از اشخاص مذکور در فوق و یا اینکه نظارت و یا مدیریت و یا اداره و یا بازرسی مؤسسات مذکور با آن‌ها باشد (به استثنای شرکت‌ها و مؤسساتی که صاحبان سهام آن‌ها صد و پنجاه نفر و یا بیشتر باشد، مشروط بر اینکه هیچ‌یک از اشخاص مذکور در فوق بیش از ۵ درصد کل سهام آن را نداشته و نظارت

یا مدیریت یا اداره و یا بازرسی آن با اشخاص مذکور نباشد) و نیز شرکت‌هایی که اکثریت سهام یا سرمایه یا منافع آن‌ها متعلق به شرکت‌های مندرج در بند ۷ ماده یک این قانون باشد و نیز شرکت پدر و مادر و برادر و خواهر و زن و شوهر و اولاد بلافصل و عروس و داماد اشخاص مندرج در این قانون و همچنین شرکت‌ها و مؤسساتی که اقربای فوق‌الذکر (پدر و مادر ...) در آن سهیم و یا دارای سمت باشند، در معاملات یا داوری در دعاوی دولت یا مجلس یا شهرداری‌ها یا دستگاه‌های وابسته به آن‌ها و مداخله و شرکت آن‌ها در معاملات یا داوری در دعاوی مؤسسات مذکور در بند ۴ و ۶ ماده یک قانون مذکور در ماده (۲) همین قانون، مبادرت به انجام معامله و یا شرکت در داوری اعم از مداخله و شرکت در داوری اعم از مداخله و شرکت به‌صورت مستقیم و یا با واسطه اشخاص دیگر دانسته شده است؛ بنابراین عمل مرتکب در این جرم عبارت است از انجام فعل مثبت مداخله و شرکت در معاملات و داوری در دعاوی دستگاه‌های مذکور در ماده یک، به نحو مستقیم یا غیرمستقیم. از آنجایی که شرکت در معامله توسط مرتکب مذکور چه در قالب بایع و چه در قالب مشتری و چه موجر و چه مستأجر و ... باشد، مستلزم انجام یکی از دو رکن معامله یعنی ایجاب یا قبول می‌باشد و شرکت در داوری نیز مستلزم انجام یکی از دو رکن معامله یعنی ایجاب یا قبول می‌باشد و شرکت در داوری نیز مستلزم حضور شخص داور در دعوی و اظهارنظر راجع به آن می‌باشد، بنابراین هیچ‌یک از اعمال موضوع این ماده با ترک فعل قابل تحقق نیست.^۱

برابر تصمیمات متخذه در کمیسیون مزایده از بین پیشنهاد دهندگان آقای ه کارمند سابق سازمان دولتی با قیمت پیشنهادی بالاتر از سایر شرکت‌کنندگان به‌عنوان برنده اعلام می‌گردد. نامبرده قبل از انحلال سازمان دولتی کارمند سازمان مذکور بوده و بعد از انحلال هم به سازمان دولتی دیگری منتقل شده و در زمان شرکت در مزایده کارمند دولت بوده و به استناد مفاد بند ۳ ماده اول قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی مصوب ۱۳۳۷ نامبرده حق شرکت در مزایده فوق را نداشته است. اداره کل حقوقی نیز در نظریه

۱- صادق، منتهی نژاد، ۱۳۸۶؛ حقوق کیفری مالی جرایم مالی علیه دولت، دیوان محاسبات کشور، چاپ اول، ص ۳۲۵

فصل چهارم: مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی / ۱۵۳

شماره ۷/۹۳/۷۴۱ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱ اعلام نموده است ممنوعیت کارکنان دولت در معاملات دولتی به‌طور عام می‌باشد و قانون‌گذار برابر تبصره ۳ ماده ۱ لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی مصوب ۱۳۳۷ منظور از معاملات مصرح در ماده ۱ لایحه قانونی اخیرالذکر را بیان نموده است و شرکت در مزایده و مناقصه و نیز خریدوفروش‌هایی را که باید طبق قانون محاسبات عمومی یا مناقصه و یا مزایده انجام شود هرچند به‌موجب قوانین دیگر از مناقصه و مزایده استثنا شده باشد جزء معاملات موصوف دانسته است لذا به استناد ماده دوم قانون منع مداخله؛ معامله باطل بوده و عمل آقای الف به استناد ماده دوم قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی جرم تلقی و قابل تعقیب کیفری می‌باشد.

اظهارات محکوم‌علیه مبنی بر عدم درج شرط ممنوعیت شرکت کارکنان دولت در شرایط مزایده که ازسوی هیأت تصفیه اعلام‌شده و همچنین عدم آگاهی از قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی قانع‌کننده و قابل قبول نیست زیرا عدم ذکر ممنوعیت فوق در شرایط مزایده، مجوزی برای نادیده گرفتن مفاد قانون مورد اشاره نمی‌تواند باشد.

مبحث چهارم: بررسی رویه قضایی در خصوص مداخله بازنشستگان دستگاه‌های مشمول در معاملات دولتی

حسب محتویات پرونده کلاسه ۹۱-۱۴۲۴-۱۰۳ و دادنامه شماره ۸۶۰۹۹۷۵۱۱۵۸۰۰۱۰۶۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۵ صادره از شعبه ۱۰۳۲ دادگاه عمومی جزایی تهران، آقای الف مدیرعامل و آقای ب درحال حاضر بازنشسته و عضو هیأت مدیره شرکت دولتی، متهم است به عدم رعایت قانون راجع به منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی به هنگام انعقاد قرارداد با شرکت مزبور از طریق عدم اعلام این موضوع که آقای ب عضو هیأت مدیره شرکت و سهامدار آن شرکت می‌باشد. لذا دادگاه به استناد مواد ۱ و ۲ لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزراء، نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲ و به لحاظ اینکه متهم فاقد سابقه کیفری است، ایشان را به پرداخت مبلغ سیصد میلیون ریال جزای نقدی بدل از حبس در حق دولت محکوم می‌نماید.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

در ماده اول لایحه قانونی راجع به منع مداخله، حداقل یازده دسته از اشخاص مورد حکم قرار گرفته‌اند:

۱. دسته اول عبارت‌اند از کارکنان عالی‌رتبه و معمولی دولت و شهرداری‌ها به شرح بندهای ۱ و ۲ و ۳ ماده اول؛
۲. دسته دوم عبارت‌اند از کارکنان هر واحدی که اکثریت سهام یا اکثریت منافع آن متعلق به دولت یا شهرداری‌ها و یا دستگاه‌های وابسته به آن‌ها باشد به شرح قسمت اول بند (۴) ماده اول؛
۳. دسته سوم عبارت‌اند از کارکنان هر واحدی که مدیریت یا اداره یا نظارت آن متعلق به دولت یا شهرداری‌ها و یا دستگاه‌های وابسته به آن‌ها باشد، به شرح قسمت دوم بند (۴) ماده اول؛

۴. دسته چهارم اشخاصی که به نحوی از انحاء از خزانه دولت یا مجلسین یا مؤسسات مذکور در بالا (مؤسساتی که اکثریت سهام یا منافع و یا مدیریت و اداره و نظارت آن با دولت و ... باشد) حقوق یا مقرری یا حق الزحمه یا پاداش و یا امثال آن به طور مستمر (به استثنای حقوق بازنشستگی و وظیفه و مستمری قانونی) دریافت می دارند به شرح بند (۵) ماده اول؛
۵. دسته پنجم عبارت‌اند از مدیران و کارکنان بنگاه‌های خیریه‌ای که از دولت یا شهرداری‌ها کمک مستمر دریافت می‌دارند به شرح بند (۶) ماده اول؛
۶. دسته ششم عبارت‌اند از شرکت‌ها و مؤسساتی که پنج درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آن متعلق به یک نفر از اشخاص مذکور در فوق باشد، به شرح قسمت اول بند (۷) ماده اول؛
۷. دسته هفتم عبارت‌اند از شرکت‌ها و مؤسساتی که بیست درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آن متعلق به چند نفر از اشخاص مذکور در فوق باشد، به شرح قسمت دوم بند (۷) ماده اول؛
۸. دسته هشتم عبارت‌اند از شرکت‌ها و مؤسساتی که نظارت و یا مدیریت و یا اداره و یا بازرسی آن‌ها با اشخاص مذکور در فوق باشد، به شرح قسمت سوم بند (۷) با مستثنیات آن؛
۹. دسته نهم عبارت‌اند از شرکت‌هایی که اکثریت سهام یا سرمایه یا منافع آن متعلق به شرکت‌هایی باشد که یک نفر از اشخاص مذکور در بندهای یک لغایت شش، دارای ۵ درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع در آن و یا چند نفر از این اشخاص دارای بیست درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع در آن و یا اصولاً نظارت و یا مدیریت و یا اداره و بازرسی این شرکت‌ها با اشخاص مذکور باشد، به شرح بند (۸) ماده اول؛
۱۰. دسته دهم عبارت‌اند از پدر، مادر، برادر، خواهر، زن، شوهر، اولاد بلافصل، عروس و داماد اشخاص مندرج در این قانون، به شرح قسمت اول تبصره یک ماده اول

(در موردی که اشخاص طرف قرابت در دستگاه‌های متبوع، دارای سمت وزارت یا معاونت یا مدیریت باشند).

۱۱. دسته یازدهم عبارت‌اند از شرکت‌ها و مؤسساتی که پدر، مادر، برادر، خواهر، زن، شوهر، اولاد بلافصل، عروس و داماد اشخاص مندرج در این قانون طبق بندهای ۷ و ۸ ماده اول در آن سهیم و یا دارای سمت باشند، به شرح قسمت دوم تبصره یک ماده اول؛

به‌رغم آنکه آقای ب عضو هیأت مدیره شرکت و سهامدار آن شرکت بوده و هم‌زمان به‌عنوان کارمند شرکت و در لیست رئیس اجرای طرح‌های شرکت انجام‌وظیفه می‌کرده است این موضوع را در هنگام عقد قراردادهای اعلام نکرده است و ردیف دوم در عین اینکه کارمند دولت بوده است به‌عنوان عضو هیأت مدیره شرکت در شرکت مذکور مشغول به کار بوده است، با توجه به گزارش مفصل سازمان بازرسی کل کشور و اداره کل بازرسی استان، ملاحظه تصویر قراردادهای انعقادی و لحاظ تحقیقات دادسرا، بزهکاری ردیف اول دایر به عدم اعلام اینکه آقای ب عضو هیأت مدیره شرکت در زمان انعقاد قرارداد از کارکنان شرکت (کارکنان دولت) می‌باشد به‌نظر ثابت است و صرف ارائه آگهی تغییرات شرکت به هنگام انعقاد قرارداد توسط ایشان با شرکت برای مرتفع شدن مسئولیتش کافی نیست بلکه باید کتباً به شرکت اعلام می‌نمود که آقای ب عضو هیأت مدیره شرکت و به عبارتی از کارکنان دولت می‌باشد که به این تکلیف قانونی عمل نکرده است و دفاعیات وکیل ایشان مبنی بر آنکه آگهی تغییرات شرکت موکلش به هنگام انعقاد قرارداد به‌وسیله موکلش ارائه گردیده است مؤثر نمی‌باشد. اداره کل حقوقی در نظریه شماره ۷/۹۴/۲۱ مورخ ۱۳۹۴/۱/۱۵ اعلام نموده است کارکنانی که با دستگاه‌های دولتی صرف‌نظر از نوع استخدام (اعم از رسمی، غیررسمی و قراردادی) رابطه استخدامی دارند، مشمول ممنوعیت‌های مصرح در لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی، کشوری مصوب ۱۳۳۷ می‌باشند.

مبحث پنجم: رویه قضایی در خصوص تشخیص و تطبیق مصادیق با بندهای تبصره ۳ ماده ۱ لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا، نمایندگان و کارکنان دولت مصوب ۱۳۳۷

خانم الف بدون رعایت ماده ۲ لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا، نمایندگان و ... مصوب ۱۳۳۷ اقدام به انعقاد یک فقره قرارداد به شماره ۳۰۷۴ مورخ ۱۳۸۹/۴/۱ با موضوع «طراحی و راهاندازی سایت سیستم جامع مسیر زندگی زنان» به مبلغ ۴۹۰ میلیون ریال با شرکت رایانه‌ای نموده است.

در بررسی اسناد و مدارک مشاهده شده است که اسناد شرکت رایانه‌ای در تاریخ ۱۳۸۸/۳/۱۲ در اداره ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری به ثبت رسیده و آقای ب به‌عنوان رئیس هیأت مدیره و خانم ج (خواهر خانم الف) مدیرعامل و عضو هیأت مدیره شرکت فوق معرفی شده‌اند، لکن در اسناد موجود در دستگاه دولتی (کارفرما) آقای دال به‌عنوان عضو هیأت مدیره و مدیرعامل به جای خانم ج آورده شده است. استعلام انجام شده از اداره ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری، حکایت دارد که هیچ‌گونه صورت‌جلسه مجمع عمومی مؤسسين شرکت پیمانکار مبنی بر تغییر اعضا به ثبت نرسیده است.

علی‌هذا از آنجاکه خواهر خانم الف به نام خانم ج به‌عنوان مدیرعامل شرکت رایانه‌ای مبادرت به انعقاد قرارداد مذکور نموده لذا اقدام نامبرده مغایر با ماده ۲ لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا، نمایندگان و کارکنان مصوب ۱۳۳۷ تشخیص داده شده است.

معذالک شعبه ۱۵ دادسرای کارکنان دولت در مقام صدور قرار نهایی با این استدلال «نظر به اینکه مقنن مطابق تبصره (۳) ماده (۱) لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا، نمایندگان و کارمندان دولت و ... مصوب ۱۳۳۷ مصادیق معاملات ممنوعه را احصا و قرارداد موردنظر مشمول هیچ‌یک از بندهای آن نبوده و از این حیث از مستند قانونی مورد اشاره خروج موضوعی دارد» قرار منع تعقیب صادر نموده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح قرار صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می‌گیرد:

منظور از معاملات دولتی معاملاتی است که در قالب مزایده، مناقصه، حق‌العمل‌کاری، پیمانکاری، مقاطعه‌کاری یا عناوین دیگر بین دولت و شخص یا اشخاص منعقد می‌گردد. با توجه به ممنوعیت ادارات دولتی از استخدام و نیاز بعضی از ادارات به نیروهای انسانی؛ امروزه مرسوم گردیده که تعدادی از کارکنان اداره دولتی شرکت تعاونی یا شرکت خدماتی تأسیس و به نام شرکت با اداره دولتی متبوع یا اداره دولتی دیگر قرارداد همکاری منعقد و افرادی را به منظور انجام وظیفه و در قالب قرارداد به آن اداره دولتی معرفی می‌نماید. اداره دولتی حقوق و مزایایی به این افراد نمی‌پردازد و آن‌ها حقوق خود را از شرکت متبوع دریافت و شرکت نیز در قالب قراردادی که ابتدا منعقد نموده وجوه را از اداره دولتی دریافت می‌کند. این اقدام مشمول مجازات منع مداخله در معاملات دولتی است. زیرا به صراحت بند ۷ ماده یک شرکتی که سهام یا سرمایه‌اش متعلق به کارمندان باشد از انعقاد قرارداد با دولت ممنوع‌اند.

چنانچه شرکتی که با دولت (اداره دولتی) قرارداد منعقد می‌کند دارای سهامدارانی باشد که او کارمند دولت است و درعین حال کمتر از ۵ درصد سهام شرکت را داراست این قرارداد مشمول ممنوعیت نمی‌باشد. همچنین اگر شرکتی که قرارداد با اداره دولتی منعقد نموده تعدادی سهامدار داشته باشد که کارمند دولت باشند ولی مجموع سهام آن‌ها کمتر از ۲۰ درصد باشد قرارداد منعقد مشمول ممنوعیت این قانون نخواهد بود.

اگر کارمندانی که سهامدار یک شرکت خصوصی هستند در مجموع کمتر از ۲۰ درصد سهام را داشته باشند اما اقربای آنان نیز دارای سهام باشند چنانچه مجموع سهام اقربا و کارمندان ۲۰ درصد یا بیشتر باشد مشمول ممنوعیت این قانون خواهند بود. البته این نظر هم به ذهن خطور می‌کند که اگر مجموع سهام کارمندان کمتر از ۲۰ درصد و مجموع سهام اقربا با هم کمتر از ۲۰ درصد باشد و قراردادی با دولت منعقد شود مشمول ممنوعیت نمی‌باشد زیرا صراحتاً در متن قانون چنین ممنوعیتی قید نگردیده است.

چنانچه اقبای کارمند اداره‌ای در شرکتی ۲۰ درصد یا بیشتر سهام داشته باشد تنها در صورتی از انعقاد قرارداد و معامله با اداره دولتی ممنوع‌اند که کارمند یا کارمندان آن اداره که اینها با او خویشاوند می‌باشند سمت وزارت، معاونت و مدیریت داشته باشند.

چنانچه اقبای سه نفر از کارکنان اداره دولتی در شهرستان در شرکتی دارای ۲۰ درصد سهام باشند و آن شرکت با اداره متبوع سه نفر کارمند، قراردادی منعقد کند درحالی که سه نفر کارمند سمت مدیریت ندارند اما برادر یکی از سه نفر که به‌هرحال با شرکای شرکت خویشاوند است سمت معاونت وزارتخانه‌ای را دارد که این اداره دولتی تحت پوشش آن وزارت است به‌نظر می‌رسد این قرارداد مشمول ممنوعیت است. زیرا وزارتخانه، ادارات تابعه را نیز در برمی‌گیرد و ادارات کل استان‌ها و ادارات شهرستان در مجموع اجزای وزارتخانه‌ها محسوب می‌گردند و مدیریت تنها در محدوده یک ساختمان شرط ممنوعیت نیست.

شرط مسئولیت جزایی تخلف از قانون، ورود خسارت یا دریافت وجه از اداره دولتی نمی‌باشد بلکه به صرف انعقاد قرارداد و معامله مسئولیت جزایی ایجاد می‌شود.

نکته مهمی که در ماده ۲ قید شده، آن است که در صورت اثبات تخلف از این قانون آن معاملات و قراردادهایی که افراد و شرکت‌های مذکور در ماده اول با اداره دولتی منعقد کرده‌اند به‌خودی‌خود باطل است و نیازی به تقدیم دادخواست به‌منظور ابطال معامله نمی‌باشد. یک بحث در اینجا مطرح است و آن این است که اگر به علت عدم احراز سوءنیت در کارمند متخلف طرف قرارداد نامبرده از لحاظ مسئولیت جزایی تبرئه گردد آیا تبرئه وی موجب نفوذ قرارداد و معامله‌ای است که منعقد گردیده یا خیر؟

در پاسخ باید گفت صرف دارا بودن یکی از شرایط مذکور در قانون موجب عدم اهلیت شرکت یا شخصی است که طرف قرارداد با دولت واقع شده است و چون از ارکان اساسی معامله اهلیت است لذا صرف‌نظر از مجازات یا تبرئه کارمند یا مدیر شرکت این قرارداد به علت فقدان یکی از ارکان اساسی معامله باطل است.

معمولاً هر اداره دولتی برای تأمین مایحتاج ضروری کارکنان تحت امر تعاونی مصرف تشکیل و سهامداران این تعاونی که در قالب قانون شرکت‌های تعاونی تشکیل گردیده همان کارمندان هستند. یعنی صد در صد سهام متعلق به کارمندان است. چنانچه این تعاونی با

اداره دولتی یا شرکت دولتی قرارداد و معامله‌ای منعقد کند تا در راستای اهداف تعاونی مایحتاج ضروری اعضا را خریداری و بین آن‌ها تقسیم یا به آن‌ها بفروشد این معامله مشمول ممنوعیت مذکور در لایحه قانونی منع مداخله نمی‌باشد. این مطلب از تبصره ۲ ماده یک استفاده می‌شود.

چنانچه کارمندان پس از دوران خدمت موظف در زمان بازنشستگی رأساً یا از طریق تشکیل شرکت تعاونی یا شرکت خصوصی با ادارات دولتی قرارداد و معامله منعقد نمایند به‌نظر می‌رسد اقدام آنان مشمول لایحه قانونی منع مداخله نباشد.

منظور از علم و اطلاع در ماده دوم درمورد مسئولین شرکت‌ها و مؤسسات مذکور در بندهای ۷ و ۸ ماده یک؛ علم و اطلاع از رابطه خویشاوندی با کارمندی که سهامدار شرکت می‌باشد نیست. زیرا هیچ‌کس وجود ندارد که از خویشاوندی خود با دیگران بی‌اطلاع باشد بلکه از قانونی نبودن معامله و قرارداد است که در این‌صورت باید انتساب و خویشاوندی خود با کارمند اداره دولتی را که در شرکت سهامدار است اطلاع دهد.

کلمه خویشاوند در این قانون به‌طور مطلق به‌کاررفته است و مشخص نیست کدام‌یک از درجات خویشاوندی مدنظر قانون‌گذار بوده است. با استفاده از تبصره یک ماده یک باید خویشاوندی را منحصر به پدر، مادر، برادر، خواهر، زن، شوهر، اولاد بلافصل، عروس و داماد کارمند و بالعکس بدانیم.

چنانچه کارگران تحت پوشش قانون کار که رابطه استخدامی با اداره دولتی ندارند معاملات موضوع لایحه قانونی را با اداره دولتی منعقد نمایند به‌نظر می‌رسد مشمول مجازات نباشند. زیرا در بند ۳ ماده یک به کارمندان اشاره شده است و کسی که به‌صورت قراردادی یا روزمزد در خدمت اداره دولتی است کارمند محسوب نمی‌شود.

چنانچه شرکتی با اداره دولتی قرارداد یا معامله منعقد نماید و در ضمن مدت قرارداد یا پس از معامله یک یا چند نفر از سهامداران شرکت از طریق طی تشریفات قانونی به استخدام دولت درآیند تأثیری در معامله‌ای که صورت گرفته نخواهد داشت و به استثنای ادامه قرارداد نمی‌توان مدیر شرکت را تحت تعقیب قرار داد.

درمورد اینکه اجازه دادن محلی به دولت یا اداره دولتی توسط کارمند مشمول لایحه قانونی است یا خیر؟ اداره حقوقی قوه قضائیه طی نظریه شماره ۷/۸۶۱ - ۷۳/۲/۱۷ اعلام نموده است «معاملاتی که اشخاص مذکور در ماده اول لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری ممنوع از انجام آن می‌باشند در تبصره ۳ ماده مزبور احصا شده و اجازه اموال (اعم از منقول و غیرمنقول) به لحاظ منصوص بودن موارد ممنوع و منظور از معاملات مندرج در آن قانون از مشمول آن خارج است.»^۱

منع از ورود در معاملات دولتی (ماده ۴۵ آیین‌نامه معاملات دولتی) شامل موارد ذیل نمی‌شود:

- موردی که قانون افراد را ملزم به فروش مال خود به دولت یا مؤسسات کشوری یا بلدی کند. چنانچه کارمند دولت خانه خود را به‌ضرورت توسعه معابر به شهرداری بفروشد.
 - در مورد معاملاتی که منحصر به کارمند دولت باشد و اجرای ضوابط مواد ۳، ۴ و ۵ آیین‌نامه معاملات دولتی میسر نباشد ممنوعیت وجود ندارد. مثل اینکه اداره دولتی نیاز به اجازه خانه بزرگی دارد و تنها خانه بزرگ محل، ملک یک کارمند دولت است. از همین قبیل است کتبی که مؤلفان (مأمور دولتی) می‌نویسند و دانشگاه یا وزارتخانه‌ای آن‌ها را چاپ می‌کند و حق التألیف به مؤلف می‌دهد.^۲
- رسیدگی به جرم موضوع لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و... حسب مورد در صلاحیت دادگاه کیفری استان تهران یا دادگاه‌های عمومی است؛ و حکمی که در این-خصوص صادر می‌شود حسب مورد قابل تجدیدنظر در دیوان عالی کشور یا دادگاه تجدیدنظر است.

۱- شهری، غلامرضا و ستوده جهرمی، سروش، ۱۳۷۵، نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسایل کیفری، انتشارات

روزنامه رسمی، جلد دوم، ص ۴۸۱

۲- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات بنیاد راستا، ص ۶۶۱ و ۶۶۲

قانون‌گذار در قسمت انتهایی بند ۸ ماده اول، به ذکر دستگاه‌ها و واحدهایی پرداخته که اشخاص موضوع بندهای یک تا هشت ماده اول، حق شرکت در معاملات با آن‌ها یا داوری در دعاوی مربوط به آن‌ها را ندارند.

این دستگاه‌ها و واحدها عبارت‌اند از:

(در اینجا، دولت در معنای عام و وسیع آن یا همان حکومت شامل قوای سه‌گانه و مراجع کلان کشور از جمله شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز می‌گردد).

۱. مجلسین: صرف‌نظر از حذف نظام ثنویت مجلس در ایران، مجلس یا مجلسین خود از اجزای دولت در معنای عام می‌باشند و نیازی به ذکر مجدد آن‌ها نبوده است.

۲. شهرداری‌ها: در قوانین قبل و بعد از انقلاب، معمولاً قانون‌گذار در کنار واژه دولت، از واژه شهرداری و بعضاً شوراهای استفاده تا بر شمول این‌گونه قوانین بر واحدهای مذکور تردید ایجاد نشود. اصولاً شوراهای شهرداری‌ها محصول اندیشه نظام عدم تمرکز یا تمرکززدایی اداری می‌باشند. با روش تمرکززدایی، به نهادهای محلی (انجمن‌ها، شوراهای و امثال آن) از سوی قانون‌گذار مرکزی، اختیارات ویژه‌ای داده می‌شود تا اختیار تصمیم‌گیری‌های اداری در محل را داشته و بتوانند یا خود یا به‌وسیله عوامل اجرایی خود آن را اجرا کنند.^۱ گرچه مقامات محلی مذکور تحت نوعی ولایت یا قیمومیت دولت مرکزی هستند، اما همین میزان از داشتن اختیارات، بعضاً سبب ابهاماتی در شمول قوانین بر آن‌ها می‌شود. در لایحه قانونی منع مداخله، به‌منظور رفع این ابهام، شهرداری‌ها در کنار مجموعه دولت ذکر شده‌اند.

۳. دستگاه‌های وابسته به دولت یا شهرداری‌ها: با توجه به تعریف دولت و انواع معانی آن که به تفصیل در بند (۱) آمد و گفتیم که طبق این تعریف تمام ارکان قوای سه‌گانه را در برمی‌گیرد، علی‌الاصول دیگر نباید نیازی به ذکر نام دستگاه‌های وابسته به دولت باشد، اما در زمان تصویب لایحه قانونی مورد بررسی، برخی سازمان‌ها و واحدها وجود داشته‌اند که در قالب اشکال رسمی واحدهای سازمانی یعنی وزارتخانه‌ها، مؤسسات

دولتی و شرکت‌های دولتی قرار نمی‌گرفتند، ولی در عمل هم از حیث اداری و سازمانی و هم از لحاظ بودجه و دارایی و تشکیلات، جزء مجموعه دولت تلقی می‌شدند. بدیهی است پس از تصویب ماده ۱۳۰ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶، اصولاً باید چنین دستگاه‌هایی وجود خارجی نداشته باشد، زیرا طبق حکم این ماده، تمام مؤسسات وابسته به دولت مکلف به تطبیق وضع خود، حسب مورد با وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی گردیده‌اند والا مؤسسه دولتی تلقی می‌شوند. موضوعی که تاکنون محقق نشده است. منظور از دستگاه‌های وابسته به شهرداری‌ها، واحدهایی نظیر سازمان خدمات موتوری و ... می‌باشد.

۴. سازمان‌ها، بنگاه‌ها، شرکت‌ها، بانک‌ها یا هر مؤسسه دیگری که اکثریت سهام یا اکثریت منافع یا مدیریت یا اداره کردن یا نظارت آن متعلق به دولت یا شهرداری‌ها و یا دستگاه‌های وابسته به آنان باشد.

۵. درخصوص این بند قبلاً توضیحات لازم داده شد. تنها به ذکر همین نکته بسنده می‌شود که واحدهایی که به نحو فوق‌الاشاره، دولت در آن‌ها دارای اکثریت سهام یا منافع باشد، معمولاً در قالب شرکت‌های دولتی ساماندهی شده‌اند.

۶. بنگاه‌های خیریه‌ای که از طرف دولت یا از شهرداری‌ها، کمک مستمر دریافت می‌دارند.

با عنایت به صراحت بندهای قانون مزبور و نظر به انعقاد قرارداد فوق‌الذکر با موضوع طراحی و راه‌اندازی سایت جامع «مسیر زندگی زنان» فی‌مابین خانم الف با یک شرکت رایانه‌ای به مدیریت خانم ج (خواهر خانم الف)، اقدام نامبرده منطبق با بندهای (۱) و (۷) تبصره (۳) ماده (۱) لایحه قانونی فوق می‌باشد و لذا قرار صادره مخدوش اعلام می‌گردد.

مبحث ششم: رویه قضایی محاکم در استفاده هم زمان از تخفیف و تعلیق اجرای مجازات

حسب محتویات پرونده کلاسه ۹۳۰۵۶۰ شعبه ۱۰۱ جزایی شهرستان صحنه، احدی از کارکنان سازمان دولتی شهرستان اقدام به خریدوفروش املاک شهرداری آن شهرستان از طریق مزایده نموده که در بررسی به عمل آمده مشخص گردیده تعداد هفت قطعه از اراضی مذکور توسط نامبرده خریداری شده است. پرونده پس از انجام تحقیقات قضایی به شرح دادنامه شماره ۶۵۱ منجر به صدور رأی گردیده است و به دلیل اینکه نامبرده کارمند دولت بوده و خرید هفت قطعه زمین توسط وی به دنبال شرکت در مزایده برگزار شده توسط شهرداری و اقرار صریح متهم و مفاد کیفرخواست دادسرا، بزهکاری وی را محرز دانسته و با استناد به مواد ۱ و ۲ لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری و ایضاً رعایت بند الف ماده ۳۷ و بند ث ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و با رعایت کیفیت مخففه به لحاظ فقد سابقه کیفری و معیل بودن و سوابق مثبت خدمتی با دو درجه تخفیف متهم را به تحمل شش ماه حبس محکوم و از آنجایی که پیش بینی گردیده که متهم اصلاح شده لذا با استناد به مواد ۴۰، ۴۶، ۵۲ و ۵۴ قانون اخیرالذکر، شش ماه حبس متهم را به مدت دو سال معلق نموده است.

➤ علی هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، درادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می گیرد:

قانون گذار در ماده ۲ لایحه قانونی، برای مرتکبین این جرم (خواه کارکنانی که برخلاف قانون در معاملات دولتی شرکت می نمایند و خواه کارکنانی که با علم و اطلاع اقدام به انعقاد قرارداد با این گونه افراد می نمایند) مجازات حبس جنایی درجه دو از دو تا چهار سال تعیین نموده است. از نظر مدنی چون چنین معامله ای فاقد شرایط صحت معامله می باشد، باطل تلقی شده و متخلف شخصاً و در صورت تعدد متضامناً مسئول پرداخت خسارات ناشی از آن معامله (داوری) و ابطال آن می باشد.

براساس تبصره ۱ ماده دوم لایحه قانونی «کارمندان مشمول ماده اول که بر اثر اجرای

این قانون مایل به ادامه خدمت دولتی نباشند، بازنشسته محسوب و در صورتی که مشمول مقررات بازنشستگی نباشند، کسور بازنشستگی پرداختی دفعتاً واحده به آنان پرداخت می‌شود.» براساس مواد ۷۴، ۷۵، ۷۶، ۷۷ و ۷۹ قانون استخدام کشوری، کارکنان دولت براساس دو عامل سن و سابقه خدمت می‌توانند بازنشسته گردند. در تبصره یک ماده ۷۴ همین مآخذ آمده است که در مشاغل غیر تخصصی، کلیه وزارتخانه‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و ... می‌توانند مستخدمین رسمی یا ثابت یا دارای عناوین مشابه را براساس درخواست کتبی آنان و موافقت بالاترین مقام دستگاه اجرایی مشروط به آن که بیش از ۲۰ سال سابقه خدمت داشته باشند، بازنشسته و در صورتی که سابقه خدمت آنان کمتر از بیست سال باشد، بازخرید نمایند. در مشاغل تخصصی طبق تبصره ۲ همین مآخذ عمل می‌شود.

قانون مذکور با توجه به زمان تصویب آن که سال ۱۳۳۷ می‌باشد، امروزه به لحاظ تغییرات ایجادشده در ساختار حاکمیت و پیدا شدن روش‌های جدید انجام معاملات و ... پاسخ‌گوی نیازهای جامعه امروز نمی‌باشد و به همین دلیل نمایندگان مجلس طرحی با عنوان منع مداخله مقامات، مسئولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران در معاملات و داوری دستگاه‌های دولتی و مؤسسات عمومی تهیه که کلیات آن به تصویب نمایندگان مجلس شورای اسلامی رسیده است، لیکن فعلاً به تصویب نهایی نرسیده است.

سؤال قابل طرح درخصوص جرم مورد بررسی این است که آیا این جرم ازجمله جرایم مطلق می‌باشد یا اینکه در زمره جرایم مقید قرار می‌گیرد؟ به عبارت دیگر سؤال اساسی این است که آیا صرف مداخله اشخاص مذکور در این قانون ممنوع و مجرمانه می‌باشد یا اینکه از این مداخله نیز نتایج خاصی باید حاصل گردیده باشد؟ در پاسخ به این سؤال ضمن تکرار این اصل و قاعده که در حقوق جزا اصولاً جرایم مطلق می‌باشند و جرایم مقید، جنبه خاص و استثنایی دارند، باید به این نکته توجه داشت که مطلق و مقید بودن جنبه نسبی دارد؛ به عبارت دیگر ممکن است در جرمی، عملی به عنوان نتیجه تلقی و در جرم دیگر همین عمل به عنوان خود عمل مجرمانه تلقی و جرم از این لحاظ مطلق تلقی شود. با این مقدمه باید گفت که اگر منظور از مطلق و مقید بودن در جرم مداخله در معاملات دولتی، اخذ و

دریافت وجه یا مالی در قبال انجام این معاملات باشد، جرم مذکور مطلق می‌باشد، زیرا در انتهای بند ۸ ماده اول لایحه قانونی منع مداخله آمده است که «... نمی‌توانند (اعم از اینکه در مقابل خدمتی که انجام می‌دهند حقوق یا مالی دریافت دارند یا آن که خدمت مربوطه را به‌طور افتخاری و رایگان انجام دهند) در معاملات یا داوری در دعاوی با دولت یا مجلسین یا ... شرکت نمایند...» اما اگر مطلق یا مقید بودن از منظر انجام یا عدم انجام معامله مطرح شود، باید به تعارضات مربوط به این بحث در لایحه قانونی منع مداخله اذعان نماییم؛ زیرا از یک طرف قانون‌گذار در تبصره ۳ ماده اول در باب تعریف معاملات دولتی، صرف انعقاد قرارداد نقشه‌برداری و نقشه‌کشی و نظارت در اجرای آن و صرف شرکت در مناقصه و مزایده و ... را مورد حکم قرارداد و از طرف دیگر در ماده دوم همین قانون که مقرر می‌دارد «اشخاصی که برخلاف مقررات ماده فوق، شخصاً و یا به نام و یا واسطه اشخاص دیگر، مبادرت به انجام معامله نمایند...»، موضوع لزوم انجام معامله و قرارداد را مطرح که براساس تبصره (۳) ماده اول جرم مذکور مطلق ولی در ماده ۲ همین قانون، جرم مقید به انجام معامله گردیده است. از نظر فلسفه جرم شناختی باید به این موضوع پرداخته شود که هدف از جرم شناختن این عمل چیست و قانون‌گذار با وضع این قانون از چه ارزش و موضوعی حمایت می‌نماید؟ همان‌گونه که قبلاً گفتیم هدف قانون‌گذار از وضع این جرم، جلوگیری از به خطر افتادن سلامت انجام معاملات دولتی با استفاده از رانت کارمند دولت بودن می‌باشد. سؤال این است که آیا سلامت این معاملات به صرف انعقاد قرارداد به خطر می‌افتد یا اینکه باید تعهد موضوع قرارداد انجام گرفته باشد تا چنین امری محقق گردد؟ به نظر می‌رسد، صرف مداخله اشخاص مذکور در معاملات دولتی در هریک از مراحل معاملات دولتی اعم از مرحله برگزاری مناقصه یا مزایده، برنده شدن شخص و انعقاد قرارداد مناقصه یا مزایده با وی و انجام معامله یا قرارداد، ممنوع و از این لحاظ جرم مذکور از جمله جرایم مطلق می‌باشد. بدون چنین برداشتی، فلسفه جرم شناختی این جرم محقق نمی‌گردد.

طبق ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قانون‌گذار جرایم اقتصادی را قابل

تعلیق ندانسته است.

جرایم اقتصادی در این قانون تعریف نشده است ولی با توجه به بند ب ماده ۱۰۹ منظور از جرایم اقتصادی، کلاهبرداری و جرایم سیزده‌گانه مندرج در تبصره ماده ۳۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است که عبارت‌اند از:

الف- رشاء و ارتشاء

ب- اختلاس

پ- اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی در صورت تحصیل مال توسط مجرم یا دیگری

ت- مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری

ث- تبانی در معاملات دولتی

ج- اخذ پورسانت در معاملات خارجی

چ- تعدیات مأموران دولتی نسبت به دولت

ح- جرایم گمرکی

خ- قاچاق کالا و ارز

د- جرایم مالیاتی

ذ- پولشویی

ر- اخلال در نظام اقتصادی کشور

ز- تصرف غیرقانونی در اموال عمومی یا دولتی

همین‌طور که ملاحظه می‌گردد مرجع قضایی به استناد مصوبه فوق‌الذکر مجاز به تعلیق مجازات تعیین شده نبوده است.

معذالک لازم به ذکر است که از نظر قانون تعلیق اجرای حکم از مصادیق تخفیف مجازات محسوب نمی‌شود، بنابراین در مواردی که اعمال این دو ابزار مجاز می‌باشد اعمال تخفیف مجازات و تعلیق به صورت توأمان در خصوص یک جرم منع قانونی ندارد. اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه ۷/۵۲۵۸ مورخ ۱۳۶۷/۸/۲ اعلام نموده که: «استفاده از تخفیف مقرر در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی و همچنین تعلیق قسمتی از اجرای مجازات در یک جرم با لحاظ مقررات مواد ۲۲ و ۲۵ قانون مزبور بلاشکال است.»

فصل پنجم

تصرف غیرقانونی و استفاده غیرمجاز

(موضوع ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵)

مقدمه

جرم تصرف غیرقانونی از جرایم عمدی مطلق است که صرف نظر از حصول نتیجه، صرف ارتکاب آن جرم است و با عنایت به اینکه جرم مزبور عبارت است از تصرف غیرقانونی در اموال و وجوه دولتی در غیر ما وضع له، بنابراین اعلام بعضی از محاکم مبنی بر عدم احراز سوءنیت موجه نیست و نهایتاً صدور حکم برائت خلاف موازین قانونی و رویه قضایی است.

عنصر قانونی تصرف غیرقانونی در وجوه یا اموال دولتی که بعضاً با عنوان استفاده غیرمجاز از وجوه و اموال دولتی نیز مطرح می‌شود، ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ می‌باشد که مقرر می‌دارد: «هریک از کارمندان و کارکنان ادارات و سازمان‌ها یا شوراها و یا شهرداری‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و یا وابسته به دولت و یا نهادهای انقلابی و بنیادها و مؤسساتی که زیر نظر ولی فقیه اداره می‌شوند و دیوان محاسبات و مؤسساتی که به کمک مستمر دولت اداره می‌شوند و یا دارندگان پایه قضایی و به‌طور کلی اعضا و کارکنان قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح و مأموریت به خدمات عمومی، اعم از رسمی و غیررسمی، وجوه نقدی یا مطالبات یا حوالجات یا سهام و سایر اسناد و اوراق بهادار یا سایر اموال متعلق به هریک از سازمان‌ها و مؤسسات فوق‌الذکر یا اشخاصی که برحسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده است را مورد استفاده غیرمجاز قرار دهد، بدون آنکه قصد تملک آن‌ها را به نفع خود یا دیگری داشته باشد، متصرف غیرقانونی محسوب و علاوه

بر جبران خسارت وارده و پرداخت اجرت‌المثل به شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم می‌شود و در صورتی که منتفع شده باشد، علاوه بر مجازات مذکور به جزای نقدی معادل مبلغ انتفاعی محکوم خواهد شد.»

یکی از فروض و شاخه‌های جرم تصرف غیرقانونی در وجوه و اموال دولتی و عمومی عبارت است از قسمت انتهایی ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد «... و همچنین است در صورتی که به علت اهمال یا تفریط موجب تضییع اموال و وجوه دولتی گردد...»

بخش دیگری از ماده مزبور یعنی عبارت «... و یا آن را به مصارفی برساند که در قانون اعتباری برای آن منظور نشده یا در غیر مورد معین ... مصرف نموده باشد» است؛ که عمل موردنیاز برای ارتکاب این جرم را «مصرف و هزینه اعتبارات» دانسته است؛ بنابراین تحقق این جرم از طریق فعل مثبت امکان‌پذیر است و با ترک فعل این جرم محقق نمی‌شود. در مباحث آتی تعدادی از آرای قضایی صادره در خصوص جرم فوق مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد تا از این طریق رویه قضایی پیرامون بعضی از موضوعات مربوط مشخص گردد:

مبحث اول: بررسی لزوم یا عدم لزوم سوءنیت پیرامون تضییع اموال عمومی در رویه قضایی (موضوع ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵)

در پرونده کلاسه ۹۴۰۰۴۱ شعبه هشتم دادسرای کارکنان دولت درخصوص اتهام آقای الف دائر بر اهمال و تفریط منجر به تضییع اموال دولتی به میزان ۲۲/۸۹۲/۰۰۰/۰۰۰ ریال به دلیل عدم ضبط ضمانت‌نامه‌های شرکت پیمانکار به‌رغم عدم اجرای پروژه توسط پیمانکار در مهلت تعیین شده، با استناد به دفاعیات متهم مبنی بر اینکه شرکت پیمانکار علاوه بر پروژه موضوع پرونده، پروژه ملی و مهم دیگری در دست اجرا داشته و وی (متهم) به‌منظور صرفه و صلاح شرکت کارفرما (شرکت برق منطقه‌ای) صرفاً موضوع ضبط ضمانت‌نامه‌ها را با حفظ حقوق اهم شرکت به تأخیر انداخته است به لحاظ عدم احراز سوءنیت و بزه با استناد به ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری قرار منع تعقیب صادر کرده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح قرار صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

عنصر قانونی این جرم که به‌عنوان یکی از فروض و شاخه‌های جرم تصرف غیرقانونی در وجوه و اموال دولتی و عمومی شناخته می‌شود، عبارت است از قسمت انتهایی ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد «... و همچنین است در صورتی که به علت اهمال یا تفریط موجب تضییع اموال و وجوه دولتی گردد...»

عمل مرتکب به‌عنوان بخشی از عنصر مادی در این جرم عبارت است از «تضییع اموال و وجوه دولتی در اثر اهمال و تفریط مرتکب». اهمال از نظر لغوی به معنای فرو گذاشتن، وا گذاشتن، در کاری یا درباره چیزی سستی و تنبلی و سهل‌انگاری کردن و تفریط به معنای کوتاهی کردن در کاری، اظهار عجز کردن در کاری، بیهوده ساختن، ضایع کردن و تلف کردن مال. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار در این جرم، اهمال و تفریط یعنی سهل‌انگاری و ندانم‌کاری را که در قالب «ترک فعل» محقق می‌شود، به‌عنوان عمل مرتکب پذیرفته است. بدیهی است در این جرم نیز همانند استفاده غیرمجاز، لازم است اموال مذکور

برحسب وظیفه به شخص مستخدم سپرده شده باشد، بنابراین استفاده غیرمجاز کارکنان موصوف از اموال دستگاه غیرمتبوع و یا اموالی که برحسب وظیفه به او سپرده نشده است، مشمول این حکم نمی‌گردد.

اصولاً در یک تقسیم‌بندی کلی جرایم به دودسته عمدی و غیرعمدی تقسیم می‌شوند. در حقوق کیفری اصل بر عمدی بودن جرایم بوده و جرایم غیرعمدی جنبه استثنایی داشته و نیاز به تصریح دارند. عنصر معنوی جرایم عمدی عبارت است از «سوءنیت» و عنصر معنوی جرایم غیرعمدی عبارت است از «خطا». خطا دارای مصادیق متعددی نظیر غفلت و تسامح و بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی و اهمال و تفریط و ... می‌باشد. یکی از مواردی که قانون‌گذار اعمال غیرعمدی را مجرمانه تلقی نموده، اهمال و تفریطی است که موجب تضییع بیت‌المال شود؛ به عبارت دیگر در صورتی که مستخدمین و مأمورین مصرح در ماده ۵۹۸، بدون سوءنیت و صرفاً به لحاظ سهل‌انگاری و ندانم‌کاری موجب ضایع شدن اموال و وجوه دولتی گردند، مجرم تلقی می‌شوند. اهمیت و حساسیت قانون‌گذار نسبت به اموال و وجوه دولتی سبب گردیده که مقنن خطای کارکنان دستگاه‌های مذکور را قابل تعقیب کیفری بداند؛ بنابراین عنصر معنوی این جرم عبارت است از اهمال و تفریط یا به عبارتی «خطای» مستخدمین مذکور.

ضمناً شرکت پیمانکار به‌رغم زمان‌بندی پیش‌بینی شده در قرارداد و دریافت مبلغ ۱۲/۷۴۶/۵۱۱/۰۰۰ ریال پیش‌پرداخت و مبلغ ۱۰/۱۴۶/۲۸۴/۰۰۰ ریال بابت صورت‌وضعیت‌های موقت شماره ۱ و ۲ مبادرت به تعطیل کردن پروژه عملیاتی نموده است. لذا باوجود آنکه عملیات واقعی در حد صفر می‌باشد گزارش پیشرفت فیزیکی ارائه شده ۱۵ درصد اعلام شده است و کارفرما (متهم) باید بر حسن اجرای این پیمان نظارت می‌نمود.

از آنجاکه به استناد ماده ۲۱ شرایط عمومی پیمان، نگهداری مصالح و تجهیزات وابسته تا زمان تحویل موقت برعهده پیمانکار بوده و ازطرفی پرداخت مبالغ فوق به پیمانکار منتج به انجام پروژه نشده است، مالاً پرداخت مبلغ ۲۲/۸۹۲/۰۰۰/۰۰۰ ریال بدون احتساب جرایم تأخیر و خسارت ناشی از سهل‌انگاری و کم‌کاری پیمانکار و افزایش قیمت تجهیزات و تملک

اراضی، تضییع حقوق بیت‌المال محسوب و ازاین‌جهت با ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی قابلیت تطبیق دارد.

همچنین شعبه ۳ دادگاه کیفری ۲ طی دادنامه شماره ... مورخ ۹۴/۶/۲۸ درخصوص اتهام آقایان الف و ب و ج از اعضای وقت کمیسیون معاملات اداره کل ... دایر بر ایراد خسارت به دولت و تضییع حقوق بیت‌المال (موضوع اعتراض اداره کل بازرسی استان کردستان به‌قرار منع تعقیب شماره ۷۰۴ مورخ ۱۳۹۴/۵/۱۰ دادسرای سنندج) با عنایت به اینکه دفاعیات متهمان دلالت بر حسن انجام‌وظیفه نامبردگان در راستای تثبیت و حفظ حقوق بیت‌المال بوده، نه تضییع اموال. لذا با استناد به ماده ۲۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری ضمن رد اعتراض مرجع مزبور، قرار صادره را عیناً تأیید و استوار نموده است.

کمیسیون معاملات اداره کل تحت تصدی متهمان دادنامه فوق در جریان خرید تجهیزات گرمایشی موردنیاز، ضمن برگزاری مناقصه و برنده اعلام نمودن شرکت ... در اقدامی غیرموجه پس از تشکیل کمیته فنی بازرگانی، مناقصه شرکت موصوف را به‌دلیل عدم صلاحیت لازم در تأمین تجهیزات کان لم یکن تلقی و در فاصله کوتاهی پس‌ازآن مجدداً با برگزاری مناقصه دیگری فروشگاه ب را برنده مناقصه اعلام می‌نماید، لذا با توجه به ماده ۱۹ قانون برگزاری مناقصات، ارزیابی فنی بازرگانی بعد از گشودن پاکت‌های مناقصه به نص صریح بندهای (ج) و (د) ماده مذکور فاقد وجاهت قانونی است.

لازم به ذکر است مناقصه مورد بحث محدود بوده و ارزیابی فنی مناقصه‌گران بدواً و پیش از دعوت آنان به مناقصه توسط کمیته فنی بازرگانی صورت پذیرفته و شرکت ... حائز صلاحیت تشخیص داده شده و به‌منظور شرکت در مناقصه رسماً دعوت گردیده و احراز عدم توانایی آن پس از بازگشایی پاکت‌های پیشنهاد قیمت، ادعایی کاملاً غیرقانونی است.

به‌رغم اینکه در شکوائیه اولیه روند غیرقانونی برگزاری مناقصه و نقض قوانین و مقررات صورت گرفته، تضییع اعتبارات دستگاه تشریح و تحلیل گردیده، لیکن در متن قرار صادره بدون ذکر ادله قانونی و قضایی، مبنای صدور رأی، دفاعیات مؤثر متهمین و فقد ادله کافی اعلام شده است.

مبحث دوم: بررسی رویه قضایی در خصوص هزینه کرد غیرقانونی اعتبارات (پرداخت‌های نجومی) موضوع ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵

در قرار نهایی شماره ۱۷۱ مورخ ۱۳۹۵/۱/۲۹ شعبه اول دادسرای کارکنان دولت درخصوص اتهام آقای الف معاون توسعه و مدیریت منابع انسانی و آقای ب مدیر امور مالی و ذی حساب و آقای ج مدیرکل دائر بر تصرف غیرقانونی در وجوه دولتی ازطریق برقراری مزایا و پرداخت وجوه با عنوان فوق‌العاده رفاهی، از طرف متهمین ردیف اول و دوم به حساب متهم ردیف سوم و نیز برخی از معاونین و مدیران ستادی سازمان، با عنایت به لایحه دفاعی سازمان مزبور و مستندات ارائه شده و دفاعیات متهمین ردیف اول و دوم در شعبه رسیدگی کننده و لوائح دفاعی ارائه شده و پاسخ استعلام انجام شده از دیوان محاسبات و سایر محتویات پرونده ازاین جهت که اقدامات انجام شده از طرف متهمین بر مبنای استنباط آنان از مقررات و حدود اختیارات قانونی بالاترین مقام اجرایی و رئیس سازمان متبوع خودارزیابی گردیده لذا سوءنیت آنان را در این خصوص محرز ندانسته و ارتکاب بزه را احراز نکرده و با استناد به ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ قرار منع تعقیب صادر نموده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح قرار صادره، درادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

عنصر قانونی جرم موصوف قسمتی از ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی می‌باشد که مقرر می‌دارد «... و یا آن را به مصارفی برساند که در قانون اعتباری برای آن منظور نشده یا در غیر مورد معین ... مصرف نموده باشد» بدیهی است تحلیل صحیح این جرم مستلزم توسل به منابع قانونی دیگر نظیر ماده ۵۰ قانون محاسبات عمومی و بند «ب» ماده واحده قوانین بودجه سنواتی و ... می‌باشد.

از آنجایی که قانون‌گذار با به کار بردن عبارت «... و یا آن را به مصارفی برساند که در قانون اعتباری برای آن منظور نشده یا در غیر مورد معین ... مصرف نموده باشد» عمل موردنیاز برای ارتکاب این جرم را «مصرف و هزینه اعتبارات» دانسته است، بنابراین تحقق این جرم

از طریق فعل مثبت امکان پذیر است و با ترک فعل این جرم محقق نمی شود.

اولین سؤالی که در مورد عنصر معنوی این جرم مطرح می شود، این است که آیا برگشت عبارت «... و یا آن را به مصارفی برساند که در قانون اعتباری برای آن منظور نشده یا در غیر مورد معین ... مصرف نموده باشد» به عبارت «... همچنین است در صورتی که به علت اهمال یا تفریط ...» می باشد؟ اگر چنین برگشتی متصور و منظور باشد، جرم مورد بحث از جمله جرایم غیر عمدی بوده که قانون گذار به لحاظ حساسیت امر، برای آن ضمانت اجرای کیفری لحاظ نموده است؛ اما اگر قائل به این باشیم که چنین ارجاع و برگشتی مدنظر قانون گذار نبوده است، در آن صورت باید حکم به عمدی بودن این جرم صادر نمود. گرچه از سبک و سیاق ماده مقصود و منظور قانون گذار به روشنی قابل احراز و استنباط نیست و حتی شاید بتوان به سختی تمایل مقنن را به غیر عمدی دانستن این جرم بیشتر دانست، اما با این حال از آنجایی که در حقوق جزا اصل بر عمدی بودن جرایم بوده و اعمال غیر عمدی جز با تصریح مقنن مشمول ضمانت اجرای کیفری قرار نمی گیرند و از آنجایی که معمولاً و برحسب قاعده و منطق وقتی قانون گذار حالت غیر عمدی عملی را مجرمانه می داند، قطعاً باید حالت عمدی آن را نیز جرم و بلکه مشمول ضمانت اجرای کیفری شدیدی قرار دهد که در ما نحن فیه چنین امری به چشم نمی خورد، لاجرم باید قائل به این شد که این جرم از جرایم عمدی بوده و منظور قانون گذار این است که مرتکب، عمداً اعتبارات را در غیر محل های قانونی یا در محل هایی که قانوناً اعتباری برای آن منظور نشده است هزینه نماید. با این توضیح باید گفت که عنصر معنوی این جرم عبارت است از سوءنیت عام مرتکب در هزینه غیر قانونی اعتبارات. سؤال قابل طرح در اینجا این است که آیا علم مرتکب به این موضوع که قانون اعتباری برای آن امر در نظر گرفته یا خیر و یا علم وی به اینکه آیا این هزینه دقیقاً منطبق با محل مشخص شده توسط قانون گذار هست یا خیر ضرورت دارد؟ اگر چنین عملی را ضروری بدانیم باید چهل به آن را از مصادیق چهل به حکم غیر کیفری (مثلاً) چهل به احکام قوانین بودجه یا قوانین برنامه توسعه و ... که مبنای حکم کیفری است بدانیم و از این حیث چنین جهلی را رافع مسئولیت کیفری تلقی نماییم. در همین جا لازم است به این نکته توجه داده

شود که جرم موضوع ماده ۵۹۸ یک جرم کاملاً «مدیریتی» است به این صورت که چون صرفاً مسئولین و مقامات مجاز دستگاه مسئولیت انجام مراحل خرج و هزینه را برعهده دارند، بنابراین مرتکب این جرم هر شخصی نمی تواند باشد.

عنصر قانونی جرم هزینه کرد اعتبارات زائد بر میزان، عبارت است از قسمت انتهایی ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی که مقرر می دارد «... و همچنین است در صورتی که به علت اهمال یا تفریط موجب تضییع اموال و وجوه دولتی گردد و یا آن را به مصارفی برساند که در قانون اعتباری برای آن منظور نشده یا در غیر مورد معین یا زائد بر اعتبار مصرف نموده باشد» علاوه بر این بند «ب» ماده واحده قانون بودجه سنواتی که مقرر می دارد «... به دولت اجازه داده می شود، درآمدها و سایر منابع مندرج در قسمت سوم این قانون را با رعایت قوانین و مقررات مربوط در سال ... وصول و هزینه ها و تملک دارایی های سرمایه ای و مالی وزارتخانه ها و مؤسسات دولتی و همچنین کمک ها و سایر اعتباراتی را که در جداول ... این قانون در حدود وصولی درآمدها و سایر منابع تأمین اعتبار در سال ... با رعایت قوانین و مقررات مربوط و براساس شرح عملیات و فعالیت های موافقت نامه های مبادله شده و تبصره های این قانون و براساس تخصیص اعتبار، تعهد و پرداخت نماید...» از منابع کمکی قانونی جرم مبحث عنه می باشد. همچنین ماده ۱۹ قانون برنامه بودجه می تواند در تحلیل دقیق این جرم به عنوان منبعی کمکی مورد استفاده قرار گیرد. حکم این ماده بدین شرح است «بودجه مصوب از طرف دولت به کلیه دستگاه های اجرایی به منظور اجرا ابلاغ خواهد شد. در اجرای بودجه دستگاه اجرایی مکلف است براساس شرح فعالیت ها و طرح ها که بین دستگاه و سازمان (منظور سازمان برنامه بودجه است) مورد توافق واقع شده است، در حدود اعتبارات مصوب عمل نماید» ماده ۹۳ قانون محاسبات عمومی در حکم مرتبطی مقرر نموده که «در صورتی که براساس گواهی خلاف ذی حساب نسبت به تأمین اعتبار و یا اقدام یا دستور وزیر یا رئیس مؤسسه دولتی یا مقامات مجاز از طرف آن ها زائد بر اعتبار مصوب و یا برخلاف قانون وجهی پرداخت یا تعهدی علیه دولت امضا شود، هریک از این تخلفات در حکم تصرف غیرقانونی در وجوه و اموال دولتی محسوب خواهد شد» از همه این موارد

مهم‌تر اصل ۵۵ قانون اساسی مقرر نموده که «دیوان محاسبات به کلیه حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید که هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد...»

با عنایت به حکم انتهای ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی که مقرر نموده «... یا زائد بر اعتبار مصرف نموده باشد» مشخص می‌شود که عمل مرتکب در این جرم عبارت است از فعل مثبت هزینه زائد بر اعتبار توسط مقامات و مسئولین دستگاه‌های موضوع ماده ۵۹۸ قانون مذکور و این جرم از طریق ترک فعل قابل تحقق نمی‌باشد.

اضافه می‌نماید در بند (۲) ماده ۱۵۳ اصلاحی قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۵، صرفاً حالت عمدی این جرم بدین شرح پیش‌بینی گردیده بود «درموردی که وجوه یا اموال عامداً ... زائد بر اعتبار مصوب مصرف شده و میزان آن بیش از ده هزار ریال باشد، مرتکب به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد...» این حکم نیز قرینه‌ای بر عمدی بودن این جرم می‌باشد.

با استناد به قوانین و مقررات عمومی، پرداخت هر وجهی به مستخدمین دولت به موجب قانون صورت می‌گیرد و همچنین در صورت پرداخت وجهی به مستخدمین کشوری، قطع کردن آن نیز باید به موجب قانون یا رأی مراجع قضایی یا اداری باشد. قابل ذکر است پرداخت هرگونه فوق‌العاده مغایر با مفاد ماده ۷۸ قانون مدیریت خدمات کشوری از زمان اجرا (۱۳۸۸/۱/۱) لغو شده است.

در صورتی که دولت بخواهد فوق‌العاده را با عنوان رفاهی به کارمندان خود کمک و پرداخت کند این فوق‌العاده برای تمامی کارکنان مشمول برقرار می‌شود مگر فوق‌العاده مربوط به حق مدیریت و احراز ایشارگری. ولی در موضوع جرم مندرج در قرار نهایی با توجه به ممنوعیت قانونی این فوق‌العاده رفاهی مستند به مفاد ماده ۷۸ قانون مدیریت خدمات کشوری به صورت تبعیض آمیزی فقط برای مدیرکل، معاونین و تعداد خاصی از مدیران

ستادی برقرار شده است که این موضوع مورد توجه مقام تحقیق قضایی قرار نگرفته است.

با عنایت به تبصره ۲ ماده ۲۰ ضوابط اجرایی ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۹۲ و تبصره ۲ ماده ۱۵ ضوابط اجرایی ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۹۳ و حتی در بند ۱ استعلام شماره ۱۹۶۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۹/۹ مدیرکل امور اداری سازمان فوق به صراحت به این ممنوعیت قانونی اشاره شده است که این موضوع نیز مورد توجه مقام محترم قضایی قرار نگرفته است.

مبحث سوم: تناسب یا عدم تناسب مجازات تعیین شده با جرم تصرف غیرقانونی در رویه قضایی (موضوع ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵)

وفق اسناد هزینه شماره ۷۹/۱۷۰ سال مالی ۱۳۹۰ مبلغ ۳۲۲ میلیارد ریال کمک مالی پرداختی از سوی وزارت الف به مجموعه فرهنگی و ورزشی اختصاص داده شده است. لیکن در بررسی برخی از مدارک مربوط به هزینه‌های به‌عمل‌آمده از محل کمک‌های مزبور مشاهده گردیده که اسناد این هزینه‌ها صوری و غیرواقعی بوده و حسب بررسی دفاتر حسابداری و تراز مالی ابرازی ملاحظه گردیده که رئیس وقت آن مجموعه از سال ۱۳۹۱ تا سال ۱۳۹۲ از محل تنخواه‌گردان در اختیار، بالغ بر ۳۳۷/۰۰۰/۰۰۰ ریال بدهکار بوده و به‌رغم پیگیری و اخطارهای مسئولان مربوطه به نامبرده، اقدام به استرداد وجوه مذکور ننموده است.

شعبه رسیدگی‌کننده (۱۰۵۷ دادگاه کیفری ۲ تهران)، در تاریخ ۱۳۹۴/۴/۸ طی دادنامه شماره ۱۷۹ با اعلان نظر در جمیع اوراق و محتویات پرونده و اقراریه دست‌نوشته متهم و دفاعیات بلاوجه وی در مرحله بازپرسی، بزهکاری وی را محرز دانسته و با استناد به ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ به تحمل ۳۰ ضربه شلاق تعزیری محکوم و به لحاظ کهولت سن و فقدان سابقه کیفری متهم، در راستای مواد ۴۰ و ۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اجرای مجازات مقرر در دادنامه را به مدت یک سال معلق نموده است.

همچنین شعبه ۱۰۵ دادگاه عمومی جزایی اردبیل به‌موجب دادنامه شماره ۳۲ مورخ ۱۳۹۴/۱/۲۰ درخصوص اتهام آقایان الف و ب دأثر بر تصرف غیرقانونی در وجوه و اموال دولتی به مبلغ ۹۷۵ میلیون ریال، با توجه به محتویات پرونده و تحقیقات مقدماتی و دادرسی و مجموع دلایل و مدارک ارائه شده از ناحیه متهمان و اظهارات و دفاعیات آنان در جلسه دادرسی به لحاظ عدم احراز سوءنیت (فقد رکن معنوی بزه معنوی) حکم بر برائت مشارالیه‌هم صادر و اعلام کرده است.

➤ **علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، درادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:**

جرم تصرف غیرقانونی از جرایم عمدی مطلق است که صرف‌نظر از حصول نتیجه، صرف ارتکاب آن جرم است و با عنایت به اینکه جرم مزبور عبارت است از تصرف غیرقانونی در اموال و وجوه دولتی در غیر ما وضع له، بنابراین اعلام دادگاه مبنی بر عدم احراز سوءنیت موجه نمی‌باشد و نهایتاً صدور حکم برائت خلاف موازین قانونی و رویه قضایی است.

عنصر قانونی تصرف غیرقانونی در وجوه یا اموال دولتی که بعضاً با عنوان استفاده غیرمجاز از وجوه و اموال دولتی نیز مطرح می‌شود، ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ می‌باشد که مقرر می‌دارد: «هریک از کارمندان و کارکنان ادارات و سازمان‌ها یا شوراها و یا شهرداری‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و یا وابسته به دولت و یا نهادهای انقلابی و بنیادها و مؤسساتی که زیر نظر ولی‌فقیه اداره می‌شوند و دیوان محاسبات و مؤسساتی که به کمک مستمر دولت اداره می‌شوند و یا دارندگان پایه قضایی و به‌طور کلی اعضا و کارکنان قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح و مأموریت به خدمات عمومی، اعم از رسمی و غیررسمی، وجوه نقدی یا مطالبات یا حوالجات یا سهام و سایر اسناد و اوراق بهادار یا سایر اموال متعلق به هریک از سازمان‌ها و مؤسسات فوق‌الذکر یا اشخاصی که برحسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده است را مورد استفاده غیرمجاز قرار دهد، بدون آنکه قصد تملک آن‌ها را به نفع خود یا دیگری داشته باشد، متصرف غیرقانونی محسوب و علاوه بر جبران خسارت وارده و پرداخت اجرت‌المثل به شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم می‌شود و در صورتی که منتفع شده باشد، علاوه بر مجازات مذکور به‌جزای نقدی معادل مبلغ انتفاعی محکوم خواهد شد.»

در باب عنصر قانونی این جرم ذکر چند نکته ضروری است: نکته اول اینکه در قوانین و مقررات دیگر، قانون‌گذار برخی جرایم دیگر را در حکم جرم تصرف غیرقانونی دانسته و از این لحاظ دامنه جرم موردنظر، بسیار گسترده می‌باشد. ثانیاً برای تحلیل این جرم مطالعه قانون محاسبات عمومی، قانون برنامه‌بودجه، قوانین بودجه سنواتی و ... الزامی است.

برای تحلیل هر جرمی، باید اجزای مختلف رکن مادی آن جرم نظیر عمل مرتکب، شخصیت مرتکب و ... مورد بررسی قرار گیرد. در جرم تصرف غیرقانونی با تبعیت از همین روش، اجزای مختلف رکن مادی این جرم تشریح می‌گردد:

عمل مرتکب در جرم تصرف غیرقانونی عبارت است از «استفاده غیرمجاز از وجوه و یا اموال دولتی یا وجوه یا اموال سپرده شده نزد دستگاه‌های مذکور در ماده ۵۹۸ بدون قصد تملک آن‌ها به نفع خود یا دیگری». در قسمت ابتدایی ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی، قانون‌گذار لفظ «استفاده» را به کار برده و همان‌گونه که می‌دانیم لفظ مذکور، متضمن انجام یک فعل مثبت می‌باشد و با ترک فعل، این جرم محقق نمی‌شود.

بارزترین ویژگی جرم استفاده غیرمجاز از وجوه و اموال دولتی که آن را از سایر جرایم مشابه نظیر اختلاس و خیانت در امانت متمایز می‌نماید، این است که مرتکب جرم استفاده غیرمجاز، قصد تملک مال موضوع جرم را به نفع خود یا دیگری نداشته و بلکه چنین شخصی صرفاً اقدام به استفاده موقت و بدون اجازه از اموال موضوع ماده ۵۹۸ می‌نماید و قصد محروم نمودن دائمی یا موقت دستگاه‌های مذکور در ماده اخیرالذکر را از مالکیت این اموال ندارد. ضمناً طبق ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قانون‌گذار جرایم اقتصادی را قابل تعلیق ندانسته است.

جرایم اقتصادی در این قانون تعریف نشده است ولی با توجه به بند ب ماده ۱۰۹ منظور از جرایم اقتصادی، کلاهبرداری و جرایم سیزده‌گانه مندرج در تبصره ماده ۳۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است که عبارت‌اند از:

الف - رشاء و ارتشاء

ب - اختلاس

پ - اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی در صورت تحصیل مال توسط مجرم یا دیگری

ت - مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری

ث - تبانی در معاملات دولتی

ج - اخذ پورسانت در معاملات خارجی

چ - تعدیات مأموران دولتی نسبت به دولت

ح - جرایم گمرکی

خ - قاچاق کالا و ارز

د - جرایم مالیاتی

ذ - پولشویی

ر - اخلال در نظام اقتصادی کشور

ز - تصرف غیرقانونی در اموال عمومی یا دولتی

همین‌طور که ملاحظه می‌گردد مرجع قضایی به استناد مصوبه فوق‌الذکر مجاز به تعلیق مجازات تعیین‌شده نبوده است.

مبحث چهارم: بررسی امر آمر قانونی در رویه قضایی

شعبه پانزدهم دادسرای کارکنان دولت طی قرار شماره ۸۶ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۱۲، درخصوص آقای (الف) مدیر تصفیه وقت سازمان ... مبنی بر واگذاری غیرقانونی سهام شرکت‌های (الف) و (ب) به ...، با این استدلال که متهم صرفاً مجری دستورات و تصمیمات مقام عالی اجرایی کشور و نیز دیگر مقامات ذی سمت بوده، موضوع بزه ماده ۵۹۸ ازسوی متهم را احراز ننموده و با لحاظ ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری، قرار منع تعقیب صادر کرده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح قرار صادره، درادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می‌گیرد:

به‌موجب ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ «هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات رسمی، جرم واقع شود، آمر و مأمور، به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند، لکن مأموری که امر آمر را به دلیل اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه امری قانونی است اجرا کرده باشد مجازات نمی‌شود.»

ماده فوق‌الذکر مکمل حکم مذکور در بند «پ» ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است لذا همان‌گونه که تصریح شد چنانچه مأموری امر قانونی مقام ذی‌صلاح مافوق خود را که خلاف شرع نیست انجام دهد، مسئولیت کیفری نخواهد داشت، لکن چنانچه آن امر غیرقانونی بوده و مأمور نسبت به این موضوع آگاه باشد، آمر و مأمور هر دو دارای مسئولیت کیفری می‌باشند. چنانچه مأمور به دلیل اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه امری قانونی است، آن را اجرا کرده باشد، مسئولیت کیفری ندارد، اما دارای مسئولیت مدنی است.

درخصوص معنای «مقامات رسمی» در ماده مورد بحث، نظر مشورتی شماره ۷/۱۵۲۳ مورخ ۱۳۷۳/۲/۳ اداره حقوقی قوه قضائیه قابل توجه است که چنین اعلام عقیده نموده است: «کلیه کارمندان دولت در محدوده وظایف خود مقام رسمی محسوب می‌شوند. منظور از مقام رسمی، مستخدمی است که نسبت به کارمند مأمور خود امر قانونی محسوب

می‌شود و مأمور مرئوس قانوناً مکلف به اجرای دستور مافوق خود است؛ به عبارت دیگر، کسی که با احراز و رعایت شرایط قانونی و با صدور حکم تصدی مقامی را عهده‌دار می‌گردد و وظایف و تکالیفی به عهده وی گذاشته می‌شود، مقام رسمی است»

ضمن اینکه سازمان فوق‌الذکر (سازمان متبوعه متهم) به صراحت بند (ج) ماده ۱۷ و بند (ه) ماده ۱۸ و ماده ۸۶ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی رأساً مجاز به واگذاری املاک و دارایی‌ها و سهام شرکت‌های تابعه نبوده و تنها مسئول قانونی این واگذاری‌ها، سازمان خصوصی‌سازی بوده است و حتی در صورت تأکید مقام مافوق بر عدم رعایت قوانین و مقررات، متهم مطابق ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، مکلف بوده چنانچه دستور غیرقانونی از سوی مدیران فوق صادر شده است، مراتب را به آنان گزارش نماید که ایشان چنین اقدامی به عمل نیاورده و این موضوع مورد عنایت مقام قضایی قرار نگرفته است.

فصل ششم

اخذ پورسانت

مقدمه

قانون گذار برای جرم قبول پورسانت در معاملات خارجی، مجازات حبس تعزیری از دو تا پنج سال و جزای نقدی معادل پورسانت دریافتی را مقرر نموده است. در صورت تحقق جرم مذکور، قاضی صادرکننده حکم، ملزم به صدور حکم به هر دو مجازات مذکور می باشد. علاوه بر این همانند بسیاری از جرایم مالی، مرتکب مکلف به رد پورسانت دریافتی یا معادل آن می باشد. البته این قسمت از حکم که واجد وصف مدنی می باشد، نیاز به ذکر در قانون جزایی ندارد. در نظریه شماره ۷/۳۱۶۳ - ۱۳۷۸/۵/۵ اداره حقوقی قوه قضائیه آمده که «رد پورسانت یا معادل آن به دولت که در ماده واحده قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی مصوب سال ۱۳۷۲ آمده است، مجازات محسوب نمی شود تا با فوت محکوم علیه اجرای حکم در این خصوص موقوف شود. رد پورسانت یا مال تحصیل شده از جرم، حکم قانونی خاص است که در ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی تصریح شده است. بنا بر مراتب در صورت قبول ترک، وراثت با رعایت ماده ۲۳۸ قانون امور حسبی، مکلف به پرداخت وجه مذکور به صندوق است. چنانچه وجوه و اموال ضبط و توقیف شده از متهم همان وجوه و اموال مأخوذه بابت پورسانت باشد، ضبط آن به نفع دولت و سازمان جمع آوری اموال تملیکی فاقد اشکال قانونی است.»

متأسفانه در این قانون مشخص نشده به چه معاملاتی معاملات خارجی گفته می شود. به نظر می رسد معاملات خارجی دولت به آن دسته از خرید و فروش ها و قراردادهای و کلاً توافق نامه های مالی گفته می شود که یکی از قوای سه گانه با یک کشور یا شرکت خارجی منعقد می کنند.

اخذ پورسانت در رویه قضایی

حسب محتویات پرونده کلاسه ۵/۱۱۹۲/۹۱ و دادنامه شماره ۲۴ صادره از شعبه ۱۱۹۲ دادگاه عمومی تهران، آقای الف متهم به اخذ پورسانت در معامله خارجی به میزان هشتاد هزار پوند می‌باشد. بزه معنونه از ناحیه دادگاه نسبت به نامبرده محرز و مسلم تشخیص داده شده و ضمن انطباق موضوع با ماده واحد قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی مصوب ۱۳۷۲/۴/۲۷ متهم موصوف را علاوه بر رد مبلغ هشتاد هزار پوند در حق دولت به تحمل سه سال و چهار ماه حبس تعزیری و پرداخت هشتاد هزار پوند به عنوان جزای نقدی در حق صندوق دولت (معادل پورسانت) محکوم می‌نماید.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، درادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می‌گیرد:

طبق ماده واحد فوق‌الذکر قبول هرگونه پورسانت از قبیل وجه، مال، سند پرداخت وجه یا تسلیم مال با هر عنوان به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در رابطه با معاملات خارجی قوای سه‌گانه، سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی، نیروهای مسلح، نهادهای انقلابی، شهرداری‌ها و کلیه تشکیلات وابسته به آن‌ها ممنوع است.

مرتکب علاوه بر رد پورسانت یا معادل آن به دولت به حبس تعزیری از دو تا پنج سال و جزای نقدی برابر پورسانت محکوم می‌شود.

براساس تبصره یک این ماده مجازات شروع به این جرم حداقل مجازات مقرر در ماده مذکور است و در صورتی که نفس عمل انجام شده نیز جرم باشد؛ مرتکب به مجازات آن جرم نیز محکوم خواهد شد.

همچنین مطابق تبصره دو این ماده رد پورسانت یا معادل آن به دولت از مورخه ۱۳۵۸/۱/۱ مجری خواهد بود.

به موجب تبصره سه این ماده در صورتی که شخص حقیقی یا حقوقی خارجی به طرف معامله پورسانت می‌پردازد موضوع به اطلاع مسئول دستگاه ذی‌ربط رسانده می‌شود و وجه

مزبور دریافت و تماماً به خزانه واریز می‌گردد. در این صورت اقدام‌کننده مشمول ماده فوق نخواهد بود.

➤ در خصوص عنصرمادی جرم اخذ پورسانت در معاملات خارجی توجه به نکات زیر ضروری است:

عمل مرتکب عبارت است از فعل مثبت «قبول» هرگونه پورسانت به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در رابطه با معاملات خارجی دستگاه‌های دولتی. آنچه مسلم است، با ترک فعل این جرم محقق نمی‌شود و شخص مرتکب باید در قالب فعل مثبت «پذیرفتن و قبول»، اقدام به دریافت پورسانت نموده باشد. بدیهی است صرف وعده پذیرفتن پورسانت، مشمول این ممنوعیت نمی‌باشد، زیرا در قسمت ابتدای ماده‌واحد، به رد پورسانت اشاره گردیده و این بیانگر این است که شخص مرتکب باید عملاً اقدام به دریافت پورسانت نموده باشد.

گرچه در متن ماده‌واحد قانون ممنوعیت اخذ پورسانت... صحبتی از شخصیت مرتکب نشده و از این حیث این تصور به‌وجود می‌آید که مرتکب آن می‌تواند هم شامل کارمندان دولت و هم غیر آن شود، با این وجود به لحاظ اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری و همچنین به لحاظ اینکه مأمور خرید دستگاه‌های دولتی، شخصی به نام کارپرداز می‌باشد که براساس ماده ۳۵ قانون محاسبات عمومی حتماً باید از بین «مستخدمین رسمی» واجد شرایط انتخاب شود، بنابراین مرتکب این جرم نمی‌تواند شخصی غیر از کارمندان دولت باشد. لازم به ذکر است، ماده ۱۰۹ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۹ که مقرر می‌دارد که «قبول هرگونه هدیه یا امتیاز یا درصدا نه از قبیل وجه، مال، سند پرداخت وجه یا تسلیم مال، با هر عنوان، به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در رابطه با معاملات و قراردادهای خارجی و داخلی توسط نظامیان ممنوع است...» سبب خروج کارکنان نیروهای مسلح از شمول قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی مصوب ۱۳۷۲ می‌گردد.

در متن ماده‌واحد قانون ممنوعیت اخذ پورسانت آمده است که «قبول هرگونه پورسانت از قبیل وجه، مال، سند پرداخت وجه یا تسلیم مال... ممنوع است» در بادی امر به‌نظر

می‌رسد، با توجه به عبارت «از قبیل»، منظور قانون‌گذار از مصادیق ذکر شده، ذکر مواردی به‌طور تمثیلی می‌باشد. این درحالی است که اولاً عبارت پورسانت از نظر لغوی به معنای درصد می‌باشد و ثانیاً مصادیق ذکر شده همگی وجه نقد و یا مواردی است که قابل تقویم به وجه نقد می‌باشند؛ بنابراین قبول و پذیرفتن موارد دیگر در قبال معاملات خارجی که فاقد جنبه ربالی و غیرقابل تقویم به وجه نقد باشد، اخذ پورسانت تلقی نشده و از این حیث مشمول این ماده نمی‌باشند.

قانون‌گذار با ذکر عبارت «تحت هر عنوان» و عبارت «به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم» نظر خاصی درمورد نحوه ارتکاب عمل نداشته است؛ بنابراین قبول وجه، مال و ... با عنوان هدیه و غیره موجب تجویز پورسانت نمی‌شود، اما الزاماً دریافت این موارد باید درخصوص و پیرامون انجام معاملات خارجی باشد.

معاملات دستگاه‌های دولتی، طبق ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی و سایر قوانین و مقررات مشابه، می‌تواند شامل خرید و فروش و اجاره و استیجاره و پیمانکاری و اجرت کار و غیره باشد؛ اما همه معاملات دولتی مشمول بحث ما نبوده، بلکه الزاماً قانون‌گذار صرفاً دریافت پورسانت از معاملات خارجی یعنی معاملاتی که یک طرف آن شخص حقیقی یا حقوقی خارجی باشد را ممنوع نموده است. درخصوص معاملات داخلی، می‌توان به ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی، استناد و اشاره نمود. ماده ۶۰۳ قانون معنون مقرر می‌دارد که «هریک از کارمندان و کارکنان و اشخاص عهده‌دار وظیفه مدیریت و سرپرستی در وزارتخانه‌ها و ادارات و سازمان‌های مذکور در ماده ۵۹۸ که بالمباشره یا به واسطه در معاملات و مزایده‌ها و مناقصه‌ها و تشخیصات و امتیازات مربوط به دستگاه متبوع، با هر عنوانی اعم از کمیسیون یا حق‌الزحمه و حق‌العمل یا پاداش برای خود یا دیگری، نفعی در داخل یا خارج کشور از طریق توافق یا تفاهم یا ترتیبات خاص با سایر اشخاص یا نمایندگان و شعب آن‌ها منظور دارد، یا بدون مأموریت از طرف دستگاه متبوعه برعهده آن چیزی بخرد یا بسازد یا در موقع پرداخت وجوهی که حسب وظیفه به عهده او بوده یا تفریغ حسابی که باید به عمل آورد، برای خود یا دیگری نفعی منظور دارد، به تأدیه دو برابر وجوه و منافع

حاصله از این طریق محکوم می‌شود و در صورتی که عمل وی موجب تغییر در مقدار یا کیفیت مورد معامله یا افزایش قیمت تمام شده آن گردد، به حبس از شش ماه تا پنج سال و یا مجازات نقدی از سه تا سی میلیون ریال نیز محکوم خواهد شد.^۱

بنابراین همان گونه که ملاحظه می‌شود، در قانون ممنوعیت اخذ پورسانت... مصوب سال ۱۳۷۲، مقنن صرفاً دریافت پورسانت در معاملات خارجی را مورد حکم قرار داده و دریافت جوهری با عنوان کمیسیون و پورسانت در معاملات داخلی، مشمول ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی می‌گردد.^۱

در صدر ماده واحد مورد بحث، به معاملات خارجی قوای سه گانه، سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی، نیروهای مسلح، نهادهای انقلابی، شهرداری‌ها و کلیه تشکیلات وابسته به آن‌ها اشاره شده است. صرف نظر از ایرادی که به نحوه احصاء دستگاه‌های دولتی در این قانون و بسیاری قوانین دیگر وجود دارد باید گفت که دستگاه‌های دولتی به شرح مواد ۲ لغایت ۵ قانون محاسبات عمومی مصوب سال ۱۳۶۶، عبارت‌اند از وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی شرکت‌های دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی. نکته قابل بحث اینکه، برخی وزارتخانه‌ها نظیر وزارت جهاد کشاورزی و بسیاری از شرکت‌های دولتی نظیر شرکت ملی نفت، شرکت گاز و... از جمله دستگاه‌های مستلزم ذکر یا تصریح نام می‌باشند، به این معنی که طبق قوانین تشکیل یا اساسنامه این دستگاه‌ها، مقرر گردیده که قوانین و مقررات عمومی جز با ذکر یا تصریح نام این واحدها، شامل آن‌ها نمی‌شود. در متن ماده واحد اشاره‌ای به شمول آن به دستگاه‌های مستلزم ذکر نام نشده است، اما نگارنده اعتقاد دارد به‌رغم اینکه در قوانین کیفری باید قایل به تفسیر مضیق بود، اما ذکر نام این دستگاه‌ها، صرفاً از حیث نحوه اداره آن‌ها بوده و قوانین کیفری از جمله قانون ممنوعیت اخذ پورسانت شامل این دستگاه‌ها نیز می‌شود.

به موجب تبصره ۳ ماده واحد قانون ممنوعیت اخذ پورسانت... «در صورتی که شخص حقیقی یا حقوقی طرف معامله، پورسانت می‌پردازد، موضوع به اطلاع مسئول

۱- منتهی نژاد، صادق، ۱۳۸۶، حقوق کیفری مالی جرایم مالی علیه دولت، دیوان محاسبات کشور، چاپ اول، ص ۴۰۶

دستگاه ذی ربط رسانده می شود و وجه مزبور دریافت و تماماً به حساب خزانه واریز می گردد. در این صورت اقدام کننده مشمول ماده فوق نخواهد بود» بنابراین در صورتی که در عرف حاکم بر روابط طرف معامله، پرداخت پورسانت امری قانونی و رایج باشد، شخص مأمور انجام معامله در صورت اطلاع موضوع به مسئول دستگاهی که از طرف آن معامله را انجام می دهد و واریز کل مبلغ پورسانت به حساب خزانه، مرتکب جرمی نشده است. درج تبصره ۳ در ماده واحد موصوف، ناشی از اعلام ایراد شورای نگهبان بوده است. به این صورت که شورای مذکور، عدم دریافت پورسانت در مواردی که طرف خارجی، طبق عرف تجاری پورسانت می پردازد و مالاً عدم واریز آن به حساب خزانه را موجب تضرر دولت می دانسته است.

در تبصره ۲ ماده واحد آمده است که «در متن ماده واحد، رد پورسانت یا معادل آن به دولت از مورخ ۱۳۵۸/۱/۱ مجری خواهد بود» به هنگام طرح قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در مجلس شورای اسلامی، عده ای از نمایندگان خواستار این بودند که قانون مذکور به منظور مبارزه با کسانی که در سنوات قبل، در قراردادهای خارجی، مبالغ کلانی پورسانت اخذ نموده بودند، عطف به ماسبق شود که در نهایت به لحاظ مغایرت این امر با اصل ۱۶۹ قانون اساسی، مقرر گردید که در صورت اخذ پورسانت در سنوات قبل، دریافت کنندگان صرفاً پورسانت دریافتی یا معادل آن را که پس از تاریخ ۱۳۵۸/۱/۱ دریافت داشته، به دولت مسترد نمایند و در مورد این عده از مرتکبین، مجازات حبس تعزیری اعمال نشود. در نظریه شماره ۱۳۷۸/۷/۲۸-۷/۵۲۶۳ اداره حقوقی قوه قضائیه آمده است که «تعقیب کیفری اخذکننده پورسانت، قبل از ممنوعیت اخذ به لحاظ اینکه در آن وقت جنبه کیفری نداشته، طبق ماده ۱ قانون مجازات اسلامی فاقد وجهت قانونی است...».

به موجب ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ «هریک از کارمندان و کارکنان و اشخاص عهده دار وظیفه مدیریت و سرپرستی در وزارتخانه ها و ادارات و سازمان های مذکور در ماده ۵۹۸ که بالمباشره یا به واسطه، در معاملات و مزایده ها و مناقصه و تشخیصات و امتیازات مربوط به دستگاه متبوع، تحت هر عنوانی اعم از کمیسیون یا حق الزحمه و حق العمل یا پاداش برای خود یا دیگری نفعی در داخل یا خارج کشور از طریق

توافق یا تفاهم یا ترتیبات خاص با سایر اشخاص یا نمایندگان و شعب آن‌ها منظور دارد... به تأدیه دو برابر وجوه و منافع حاصله از این طریق محکوم می‌شود و در صورتی که عمل وی موجب تغییر در مقدار یا کیفیت مورد معامله یا افزایش قیمت تمام شده آن گردد، به حبس از شش ماه تا پنج سال و یا مجازات نقدی از سه تا سی میلیون ریال نیز محکوم خواهد شد.» در ماده ۸۱ قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۶۲، حکمی مشابه فوق به این شرح آمده بود که «هریک از مستخدمین و مأمورین دولتی که بالمباشره یا به توسط واسطه، در معاملات و مزایده‌ها و مناقصه‌ها و تشخیصات و امتیازات دولتی و مانند آن‌ها که در مدیریت یا نظارت او به عمل آمده، نفعی برای خود منظور دارد یا بدون مأموریت از طرف دولت چیزی بخرد یا بسازد... علاوه بر انفصال ابد از خدمت دولت، محکوم به تأدیه انتفاعی که منظور داشته است خواهد شد» آنچه مسلم است وجود ماده ۸۱ قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۶۲ که قبل از قانون منع اخذ پورسانت مصوب سال ۱۳۷۲ به تصویب رسیده، مؤید آن است که حکم ماده ۶۰۳ که با اندک تغییراتی همان حکم ماده ۸۱ قانون تعزیرات سابق است و جنبه عام و کلی دارد، نمی‌تواند ناسخ قانون منع اخذ پورسانت باشد؛ بنابراین در رابطه با اخذ پورسانت در معاملات خارجی، الزاماً باید قانون ممنوعیت اخذ پورسانت مصوب سال ۱۳۷۲ را ملاک قرارداد و سایر موارد اخذ پورسانت را تابع ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ دانست. لازم به ذکر است، ماده ۶۰۳ قانون اخیرالذکر، حکم مساعدتری نسبت به مجازات مقرر در قانون منع اخذ پورسانت پیش‌بینی نموده است.

نکته دیگر اینکه، همان‌گونه که اداره حقوقی قوه قضائیه، در نظریه شماره ۷/۸۱۰۸-۱۳۷۱/۸/۱۳ اعلام نموده «مقررات ماده ۸۱ قانون تعزیرات (ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵) و مقررات لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری، هر یک قانون جداگانه بوده و در قلمرو اجرایی خود لازم‌الرعايه هستند؛ به عبارت دیگر ماده ۸۱ قانون تعزیرات (ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵) قانون منع مداخله را نسخ نکرده و هر دو قانون دارای قدرت قانونی هستند.»

به عبارت دیگر کارمندان دولت در ماده ۶۰۳ از طرف دولت مأمور انجام معاملات دولتی به نمایندگی دولت و برای دولت می گردند، درحالی که در لایحه قانونی منع مداخله، کارمندان دولت به عنوان یک شخص حقیقی یا در قالب شخص حقوقی، رأساً در انجام معاملات دولتی با دولت طرف معامله قرار می گیرند.

این جرم عمدی بوده که با صرف سوءنیت عام مرتکب مبنی بر قبول عمدی هرگونه پورسانت بدون اطلاع مسئولین دستگاه مربوطه محقق می گردد و نیاز به وجود سوءنیت خاص نمی باشد. در این جرم، علم به حکم فرض می گردد و جهل به حکم رافع مسئولیت نیست و انگیزه نیز اصولاً هیچ گونه تأثیری در تحقق جرم ندارد.

قانون گذار برای جرم قبول پورسانت در معاملات خارجی، مجازات حبس تعزیری از دو تا پنج سال و جزای نقدی معادل پورسانت دریافتی را مقرر نموده است. در صورت تحقق جرم مذکور، قاضی صادرکننده حکم، ملزم به صدور حکم به هر دو مجازات مذکور می باشد. علاوه بر این همانند بسیاری از جرایم مالی، مرتکب مکلف به رد پورسانت دریافتی یا معادل آن می باشد. البته این قسمت از حکم که واجد وصف مدنی می باشد، نیاز به ذکر در قانون جزایی ندارد. در نظریه شماره ۷/۳۱۶۳ - ۱۳۷۸/۵/۵ اداره حقوقی قوه قضائیه آمده که «رد پورسانت یا معادل آن به دولت که در ماده واحده قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی مصوب سال ۱۳۷۲ آمده است، مجازات محسوب نمی شود تا با فوت محکوم علیه اجرای حکم در این خصوص موقوف شود. رد پورسانت یا مال تحصیل شده از جرم، حکم قانونی خاص است که در ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی تصریح شده است. بنا بر مراتب در صورت قبول ترکه، وراثت با رعایت ماده ۲۳۸ قانون امور حسبی، مکلف به پرداخت وجه مذکور به صندوق است. چنانچه وجوه و اموال ضبط و توقیف شده از متهم همان وجوه و اموال مأخوذه بابت پورسانت باشد، ضبط آن به نفع دولت و سازمان جمع آوری اموال تملیکی فاقد اشکال قانونی است.»

متأسفانه در این قانون مشخص نشده به چه معاملاتی معاملات خارجی گفته می شود. به نظر می رسد معاملات خارجی دولت به آن دسته از خریدوفروشها و قراردادهای کلاً

توافق‌نامه‌های مالی گفته می‌شود که یکی از قوای سه‌گانه با یک کشور یا شرکت خارجی منعقد می‌کنند.

چنانچه یک نفر تبعه ایرانی در یک کشور خارجی دارای کارخانه تولید لوازم مخابراتی باشد و شرکت مخابرات با او قرارداد خرید خدمات یا ملزومات مخابراتی منعقد و آن شخص پورسانت بپردازد به‌نظر می‌رسد گیرنده پورسانت در قالب قانون ممنوعیت اخذ پورسانت قابل تعقیب نباشد. زیرا در تبصره ۳ این قانون عبارت «در صورتی که شخص حقیقی یا حقوقی خارجی طرف معامله پورسانت بپردازد» دلالت دارد که پرداخت‌کننده باید خارجی باشد و کسی که تابعیت ایران را دارد خارجی محسوب نمی‌گردد.^۱

منظور از اقدام‌کننده در تبصره ۳ کسی است که پورسانت دریافت نموده و درعین حال موضوع را به دستگاه متبوع اطلاع داده است می‌باشد. بنابراین چنانچه شخص دیگری غیر از دریافت‌کننده پورسانت موضوع را به اطلاع دستگاه متبوع برساند اقدام‌کننده به اخذ پورسانت دارای مسئولیت جزایی خواهد بود.

چنانچه دریافت‌کننده وجه از طرف خارجی برای انجام یا عدم انجام امری مبادرت به این کار نموده باشد قصد او مبنی بر انجام یا عدم انجام آن امر، موضوع را از شمول پورسانت خارج و مشمول ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری می‌نماید.

چنانچه اخذ پورسانت در ارتباط با معاملات نهادهای عمومی غیردولتی مؤسسات مأمور به خدمات عمومی باشد به‌نظر می‌رسد مرتکب از لحاظ جزایی مشمول این قانون نباشد. زیرا در قانون از این مراجع نامی برده نشده است.

تبصره یک قانون درمورد تبصره ۲ قابلیت اعمال ندارد. به‌عنوان مثال چنانچه مشخص شود شخصی قبل از تصویب قانون و بعد از تاریخ ۱۳۵۸/۱/۱ درموردی شروع به اخذ پورسانت نموده نمی‌توان او را به پرداخت یک ریال یا یک دلار به‌عنوان حداقل مالی که باید به‌عنوان رد پورسانت در نظر گرفته شود محکوم نمود.

۱- مهاجری، علی، خانلری مشیری، عبدالرضا، ۱۳۸۸، جرایم شغلی کارکنان دولت، تهران، انتشارات کیهان، چاپ اول، ص ۲۲۳

براساس ماده ۴ قانون مدنی می‌توان گفت که تنها قانون‌گذار اختیار مطلق عطف به ماسبق کردن قوانین را دارد و مراجع اجرایی دولت حق چنین عملی را ندارند.^۱ این جرم از جرایم خاص کارکنان دولت و شهرداری‌هاست و چنانچه مرتکب روحانی باشد رسیدگی به اتهام او در صلاحیت دادسرا و دادگاه ویژه روحانیت است و در غیر این صورت با دادگاه عمومی است.

پرداخت پورسانت در معامله توسط شخص یا شرکت خارجی خللی به اصل معامله و قرارداد وارد نخواهد کرد و شرایط معامله همچنان برای طرفین لازم‌الاجرا خواهد بود. رسیدگی به این جرم در صلاحیت دادسراها و دادگاه‌های عمومی بوده و حکمی که در این خصوص صادر می‌شود قابل تجدیدنظر است.

با توجه به بررسی اوراق و محتویات پرونده و تحقیقات جامع به‌عمل آمده از ناحیه دادسرا و شهادت شهود تعرفه شده که به‌طور قطع و یقین بر دریافت مبلغ هشتاد هزار پوند از ناحیه متهم ادای شهادت نموده‌اند و با التفات به اینکه حسب تحقیقات به‌عمل آمده معامله مذکور با طرف خارجی به لحاظ حدوث اختلاف متوقف گردیده و متهم موصوف با دریافت مبلغ مذکور به‌طور مستقیم در راستای برقراری مجدد معامله تلاش نموده است و نظر به اینکه نامبرده به‌رغم ابلاغ قانونی در دادگاه حاضر نشده و دفاعی در قبال بزه انتسابی ابراز نداشته و اداره کل حقوقی نیز در نظریه شماره ۷/۴۶۰۷ مورخ ۱۳۸۹/۸/۱ اعلام نموده قبول هرگونه پورسانت ناظر به معاملات خارجی قوای سه‌گانه، سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی، نیروهای مسلح، نهادهای انقلاب، شهرداری‌ها و کلیه تشکیلات وابسته به آن‌ها است لذا رأی صادره مطابق با قانون صادر گردیده است و حکایت از جهت‌گیری مناسب رویه قضایی در برخورد با مجرمان این بخش دارد.

۱- موسی‌زاده، رضا، ۱۳۸۷، حقوق اداری (۱-۲)، تهران، نشر میزان، چاپ دهم، ص ۱۶۳

فصل هفتم

تحصیل منفعت در معاملات
موضوع ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی

مقدمه

در رویه قضایی ایران، محاکم ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ را ناسخ ماده واحد قانون ممنوعیت اخذ پورسانت مصوب ۱۳۷۲/۴/۲۷ نمی دانند. زیرا ماده صدرالذکر را ناظر به مواردی می دانند که مدیریت دستگاه ذی ربط با ایفای نقش در معامله و مزایده به نفع طرف مقابل حق العملی دریافت می دارد، در حالی که در ماده واحد ممنوعیت اخذ پورسانت، قانون گذار صرف قبول وجه و درصد را ممنوع نموده است.

بعضی از نویسندگان ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی را راجع به ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات دولتی دانسته اند و نتیجه گرفته اند که اجرای حکم ماده ۶۰۳ با لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲ مانع الجمع نیست. به عبارت دیگر ماده ۶۰۳ را ناسخ قانون منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان ندانسته اند.

تحصیل منفعت در معاملات در رویه قضایی

حسب محتویات پرونده کلاسه ۱۱۹۱/۹۱ و دادنامه شماره ۴۵ صادره از شعبه ۱۱۹۱ دادگاه عمومی تهران، آقای الف، رئیس هیأت مدیره شرکت مهندسی، متهم به مشارکت در اهمال و تفریط منجر به تضییع اموال دولتی و ایجاد منفعت به غیر و آقای ب قائم مقام شرکت توسعه ...، متهم به ایجاد منفعت به غیر به میزان ۲/۲۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال در رابطه با موضوع قرارداد شماره ۵۰۳۵ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۱ و آقای ج متهم به ... می‌باشد. علی‌هذا دادگاه بزه انتسابی هریک از متهمین را محرز و مسلم دانسته و متهم ردیف اول آقای الف را از حیث بزه اهمال و تفریط منجر به تضییع اموال دولتی مستحق تحمل ۷۴ ضربه شلاق تعزیری دانسته و از حیث ایجاد منفعت به غیر (شرکت مهندسی مشاور) به میزان ۵۵۲۳ میلیون ریال که منجر به افزایش قیمت تمام شده می‌باشد به استناد مقررات ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی به تأدیه ۱۱۰۴۶ میلیون ریال (دو برابر مبلغ ایجاد منفعت به غیر) و از حیث افزایش قیمت تمام شده تولید آلومینا به تحمل دو سال حبس تعزیری محکوم نموده است و همچنین دادگاه متهم ردیف دوم آقای ب درمورد بزه ایجاد منفعت به غیر به میزان ۲/۲۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال به استناد ماده ۶۰۳ به تأدیه ۴/۴۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال (دو برابر مبلغ ایجاد منفعت به غیر) و از حیث افزایش قیمت تمام شده به دولت به تحمل دو سال حبس تعزیری محکوم می‌نماید و نیز درخصوص متهمین ردیف سوم و چهارم و پنجم از حیث بزه ایجاد منفعت به غیر به میزان ۴۷۹۸ میلیون ریال دادگاه هر سه متهمین موصوف را مشترکاً و مجتمعاً به استناد ماده ۶۰۳ و ۴۲ قانون مجازات اسلامی به تأدیه دو برابر رقم اخیر (۹۵۹۶ میلیون ریال) در حق صندوق دولت و از حیث قیمت تمام شده به دولت هریک از متهمین یاد شده را به تحمل دو سال حبس تعزیری محکوم و اعلام می‌دارد.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، درادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می‌گیرد:

طبق ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ هریک از کارمندان، کارکنان و اشخاص عهده‌دار وظیفه مدیریت و سرپرستی در وزارتخانه‌ها و ادارات و سازمان‌های مذکور در ماده ۵۹۸^۱ که بالمباشره یا به واسطه در معاملات، مزایده‌ها و مناقصه‌ها و تشخیصات و امتیازات مربوط به دستگاه متبوع، با هر عنوانی اعم از کمیسیون یا حق‌الزحمه و حق‌العمل یا پاداش؛ برای خود یا دیگری نفعی در داخل یا خارج از کشور از طریق توافق یا تفاهم یا ترتیبات خاص یا سایر اشخاص یا نمایندگان یا شعب آن‌ها منظور دارد یا بدون مأموریت از طرف دستگاه متبوعه برعهده آن چیزی بخرد یا بسازد یا در موقع پرداخت وجوهی که حسب وظیفه به عهده او بوده یا تفریغ حسابی که باید به عمل آورد یا برای خود یا دیگری نفعی منظور دارد به تأدیه دو برابر وجوه و منافع حاصله از این طریق محکوم می‌شود و در صورتی که عمل وی موجب تغییر در مقدار یا کیفیت مورد معامله یا افزایش قیمت تمام شده آن گردد به حبس از شش ماه تا پنج سال و یا مجازات نقدی از سه تا سی میلیون ریال نیز محکوم خواهد شد.

جرم موضوع این ماده تنها شامل کارکنان، کارمندان و اشخاصی می‌شود که در یکی از وزارتخانه‌ها و ادارات و سازمان‌های مذکور در ماده ۵۹۸ عهده‌دار وظیفه مدیریت و سرپرستی باشند. بنابراین چنانچه غیر از سرپرست؛ مأمور یا رئیس یا معاونان دستگاه یا

۱ - ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی:

«هریک از کارمندان و کارکنان ادارات و سازمان‌ها یا شوراها و یا شهرداری‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و یا وابسته به دولت و یا نهادهای انقلابی و بنیادها و مؤسساتی که زیر نظر ولی‌فقیه اداره می‌شوند و دیوان محاسبات و مؤسساتی که به کمک مستمر دولت اداره می‌شوند و یا دارندگان پایه قضایی و به‌طور کلی اعضا و کارکنان قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح و مأمورین به خدمات عمومی اعم از رسمی و غیررسمی؛ وجوه نقدی یا مطالبات یا حوالجات یا سهام و سایر اسناد و اوراق بهادر یا سایر اموال متعلق به هر یک از سازمان‌ها و مؤسسات فوق‌الذکر یا اشخاصی که برحسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده است را مورد استفاده غیرمجاز قرار دهد بدون آنکه قصد تملک آن‌ها را به نفع خود یا دیگری داشته باشد متصرف غیرقانونی محسوب و علاوه بر جبران خسارت وارده و پرداخت اجرت‌المثل به شلاق تا (۷۴) ضربه محکوم می‌شود و در صورتی که منتفع شده باشد علاوه بر مجازات مذکور به جزای نقدی معادل مبلغ انتفاعی محکوم خواهد شد و همچنین است در صورتی که به علت اهمال یا تفریط موجب تضییع اموال و وجوه دولتی گردد و یا آن را به مصارفی برساند که در قانون اعتباری برای آن منظور نشده یا در غیر مورد معین یا زاید بر اعتبار مصرف نموده باشد».

قسمت‌های اداری یکی از تخلفات مذکور در متن ماده را مرتکب شوند عمل آنان مشمول مجازات مقرر در ماده ۶۰۳ نخواهد بود. هرچند که معاملات و مزایده‌ها و مناقصه‌ها معمولاً توسط کارمندانی صورت می‌گیرد که به‌عنوان رئیس و مسئول یکی از مراجع مذکور در ماده ۵۹۸ خدمت می‌کنند و کسی که کارمند دون پایه یا میان پایه است اساساً معاملات و مزایده‌ها و مناقصه‌ها نمی‌تواند با طرفیت او منعقد گردد و قانون‌گذار با هدف جلوگیری از اعمال مزبور توسط مدیران، متن ماده را تصویب نموده است.

اگر جرم موضوع این ماده از طرف کارمندان و کارکنان و اشخاص عهده‌دار نظارت در مراجع ذی‌ربط صورت گیرد مشمول مجازات این ماده نخواهد بود؛ اما ماده ۸۱ قانون تعزیرات سال ۱۳۶۲ که ماده ۶۰۳ جایگزین آن ماده است این افراد را نیز مشمول مجازات می‌داند.

در صورتی که حق کمیسیون، حق الزحمه، حق العمل، پاداش یا نفع تحصیل شده توسط مدیر یا سرپرست موجب تغییر در مقدار یا کیفیت مورد معامله یا افزایش قیمت تمام شده نگردد امکان اعمال مجازات حبس یا جزای نقدی درمورد او وجود نخواهد داشت و تنها به تأدیه دو برابر وجوه و منافع حاصله محکوم خواهد شد.

عبارت «افزایش قیمت تمام شده» در ذیل ماده ۶۰۳ دلالت بر این امر دارد که قانون‌گذار به خرید و مناقصه توسط دستگاه ذی‌ربط نظر داشته است نه فروش و مزایده. چرا که اگر در مزایده عمل مدیر موجب افزایش قیمت گردد به نفع دولت است. بنابراین اگر نفع تحصیل شده توسط مدیر و سرپرست درمورد افزایش قیمت تمام شده مالی باشد که دولت از طریق مناقصه خریده است مجازات حبس شامل موضوع خواهد بود.

اگر نفعی که مدیر و سرپرست برای خود منظور می‌دارد موجب کاهش قیمت در مزایده شود و مال دولت به کمتر از مقداری که می‌بایست فروش می‌رفت فروش برود، امکان اعمال مجازات حبس نخواهد بود زیرا در ماده تنها به افزایش قیمت تمام شده اشاره شده است. در این حال ممکن است موضوع مشمول قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۸/۳/۱۹ باشد که جداگانه توضیح داده خواهد شد.

در این ماده مجازات طرف‌های معامله که با تفاهم و توافق مسئول دولتی پاداش یا حق‌العملی به او می‌پردازند در نظر گرفته نشده است؛ اما از آنجایی که آن‌ها با پرداخت وجه

عملاً موجبات تسهیل وقوع جرم توسط مدیر یا مسئول دولتی را فراهم کرده‌اند به‌عنوان معاون جرم قابل تعقیب می‌باشند.

در قسمت اول ماده ۶۰۳ به تأدیه دو برابر وجوه و منافع حاصله اشاره شده اما قانون‌گذار مشخص نکرده است این تأدیه باید به چه کسی صورت گیرد؟

ممکن است بدو به ذهن آید که نفع تحصیل شده یا وجه اخذ شده به کسی تأدیه می‌شود که از او اخذ شده یا از قبل او نفع برده شده است؛ اما با کمی دقت مشخص می‌شود این تأدیه نباید به شکل معامله یا مزایده یا مناقصه صورت گیرد. زیرا با توجه به استدلالی که صورت گرفت طرف معامله خودش معاون جرم است و کسی که وقوع جرم را تسهیل نموده باید مجازات شود نه اینکه در نتیجه ارتکاب جرم به مالی نیز برسد. مضافاً متضرر واقعی در اینجا دولت است که در معامله دستگاهش موجبات تغییر در مقدار یا کیفیت یا قیمت تمام شده حاصل گردیده است. بنابراین تأدیه باید به دولت یعنی دستگاه ذی‌ربط صورت گیرد.

تأدیه وجه یا منافع تحصیل شده مستلزم تقدیم دادخواست از طرف دستگاه متبوع متهم نمی‌باشد زیرا اولاً جنبه ضرر و زیان ندارد تا مستلزم طرح دعوی حقوقی باشد. ثانیاً تأدیه وجوه و منافع حاصله رفع آثار جرم است و رفع آثار جرم به دادخواست نیاز ندارد.

در صورتی که در اثر تحصیل منفعت موجبات تغییر در مقدار یا کیفیت معامله یا افزایش قیمت تمام شده فراهم گردیده و این امر موجبات ضرر و زیان دولت شده باشد مطالبه این ضرر و زیان مستلزم تقدیم دادخواست است.

در رویه قضایی ایران، محاکم ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ را ناسخ ماده واحده قانون ممنوعیت اخذ پورسانت مصوب ۱۳۷۲/۴/۲۷ نمی‌دانند. زیرا ماده صدرالذکر را ناظر به مواردی می‌دانند که مدیریت دستگاه ذی‌ربط با ایفای نقش در معامله و مزایده به نفع طرف مقابل حق‌العملی دریافت می‌دارد، در حالی که در ماده واحده ممنوعیت اخذ پورسانت، قانون‌گذار صرف قبول وجه و درصد را ممنوع نموده است.

بعضی از نویسندگان ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی را راجع به ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات دولتی دانسته‌اند و نتیجه گرفته‌اند که اجرای حکم ماده ۶۰۳ با لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و

کشوری مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲ مانعه‌الجمع نیست. به عبارت دیگر ماده ۶۰۳ را ناسخ قانون منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان ندانسته‌اند.

همچنین بررسی رویه قضایی حکایت از این موضوع دارد که رسیدگی به جرم تحصیل منفعت در معاملات داخلی موضوع ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ حسب مورد در صلاحیت دادگاه کیفری استان تهران یا در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است و حکمی که در ارتباط با ماده فوق صادر می‌شود حسب مورد قابل تجدیدنظر در دیوان عالی کشور یا دادگاه تجدیدنظر است.

هریک از متهمین به ترتیب و تفکیک مرتکب اعمال زیر شده‌اند: متهم ردیف اول آقای الف به‌رغم عدم بررسی‌های لازم و فقدان مطالعات کافی اقدام به عقد قرارداد با شرکت الف نموده است و در نتیجه به میزان ۲۶۴ میلیون دلار به‌علاوه ۲۴۹۶ میلیون ریال بر ذمه دولت بلاجهت ایجاد تعهد نموده است و از طرفی اقدام نامبرده موجب تمرکز فاقد توجیه وجوه و سرمایه عمومی به میزان ۲۷۰ میلیون دلار به‌علاوه ۱۰۷۵ میلیارد ریال گردیده که نتیجه آن منتهی به تولید آلومینا به میزان ۱۹۵ دلار در هر تن گران‌تر از نوع وارداتی آن شده است. مضافاً مشارالیه حداقل مبلغ ۵۵۲۳ میلیون ریال افزون بر ضوابط به شرکت مهندسین مشاور پرداخت مازاد نموده است. نامبرده به‌عنوان مجری طرح تولید آلومینا از بوکسیت، شرایط و معیارهای لازم را به‌عنوان مجری طرح عظیم ملی نداشته و ضعف نامبرده زمینه‌ساز بسیاری از تصمیم‌گیری‌های نادرست و مشکلات فراوانی را برای طرح ایجاد و درنهایت منتهی به خسارت دولت شده است و به‌علاوه براساس صورت جلسه تنظیمی با مشارکت آقایان (و) و (ح) (عامل ذی حساب طرح و متهم این پرونده) شرکت الف فاقد صلاحیت و شرایط لازم به‌عنوان برنده مناقصه اعلام نموده و به‌واسطه نقض مفاد ماده ۱۲ آیین‌نامه معاملات دولتی موجب اهمال و سهل‌انگاری در تضييع اموال و وجوه دولتی به میزان ۵۳/۹ میلیون و نهصد هزار دلار آمریکا به‌عنوان خسارت مستقیم، گردیده فلذا در انتخاب پیمانکار خارجی سهل‌انگاری شده است. متهم ردیف دوم آقای ب از کل مبلغ ۱/۱۱۷/۴۵۰/۵۱۵ ریال برخلاف ضوابط مقرر دستورالعمل‌های استنادی مبلغ ۲۲۰۰ میلیون ریال افزون بر ضوابط و مقررات یاد شده به شرکت پ پرداخت نموده است. متهم ردیف سوم

آقای ج با مشارکت متهمین ردیف چهارم و ردیف پنجم مبلغ بالغ بر ۴۷۹۸ میلیون ریال افزون بر ضوابط و خارج از حدود متعارف به شرکت ج پرداخت نموده‌اند که وجاهت قانونی نداشته است. مضافاً در قرارداد منعقدۀ با شرکت د به‌عنوان مجری وقت طرح، بخشی از شرح خدمات را از قرارداد اصلی به شماره ۷۴/۴۹۳۹ مورخ ۱۳۸۴/۸/۱۰ منفک نموده و با توافق‌نامه جداگانه‌ای مبلغ ۸/۴۹۰/۳۸۴/۰۰۰ ریال به آن شرکت پرداخت نموده است که در توافق‌نامه جدید ۱۷ برابر افزایش یافته که پیشنهاد تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها می‌بایستی با امضای وزیر یا رئیس دستگاه اجرایی به همراه توجیهات کافی به‌منظور تصویب در شورای عالی فنی یا سازمان برنامه و بودجه ارسال می‌گردیده فلذا مقررات مربوطه نقض شده و در پرداخت وجوه مازاد بر ضوابط به پیمانکار موصوف موجب تضییع اموال و وجوه دولتی شده است و در قرارداد شماره ۷۵/۲۵۸۶ مورخ ۱۳۷۵/۳/۱۰ با شرکت صنعتی فولاد در افزایش غیرمتعارف مبلغ قرارداد با اهمال و سهل‌انگاری موجب تضییع اموال و وجوه دولتی شده است. متهم ردیف چهارم و پنجم آقای د و ه به شرح گفته شده در اتهام ردیف سوم در پرداخت مبلغ ۴۷۹۸ میلیون ریال افزون بر ضوابط به شرکت ج مشارکت داشته است. متهم ردیف ششم آقای و به شرح گفته شده در توصیف مجرمانه متهم ردیف اول به‌عنوان عضو کمیسیون متهمین برنده مناقصه به‌دلیل عدم رعایت مفاد ۱۲ آیین‌نامه معاملات دولتی موجب تضییع ۵۳/۹ میلیون دلار از وجوه دولتی به‌واسطه سهل‌انگاری در انتخاب پیمانکار خارجی گردیده است. متهم ردیف هفتم آقای ز در قرارداد شماره ۷۸/۴۳۶۵ مورخه ۱۳۷۸/۶/۲ به پرداخت حق‌الزحمه غیرمتعارف به پیمانکار مقابل (مبلغی بالغ بر ۴۰۰ میلیون ریال) افزون بر ضوابط پرداخت نموده و موجب تضییع وجوه دولتی شده است. متهم ردیف هشتم آقای ح به‌عنوان عضو کمیسیون به شرح گفته شده در توصیف اتهام ردیف ششم و اول موجب تضییع اموال و وجوه دولتی شده است. متهم ردیف نهم آقای ط به نمایندگی مجری طرح موجب افزایش غیرقانونی و غیرمتعارف در قرارداد شماره ۷۳/۱۸۴۶ مورخ ۱۳۷۳/۲/۲۰ گردیده و به لحاظ پرداخت وجوه مازاد بر مبلغ اولیه قرارداد (۲/۳ برابر کل مبلغ اولیه پیمان) بدون داشتن هیچ‌گونه مجوزی از مراجع ذی‌صلاح موجب تضییع وجوه دولتی شده و با این اوصاف ملاحظه می‌گردد رأی صادره وفق مقررات صادر گردیده است.

فصل هشتم

تجانی در معاملات دولتی

مقدمه

جرم تبانی در معاملات دولتی از جرایم عمدی است. لذا جرم مذکور باید عالمأ صورت گیرد. خصوصاً در مورد مستخدمین، ماده واحده قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی مصوب سال ۱۳۴۸، صراحتاً می گوید «با علم و اطلاع از تبانی، معامله را انجام دهد.» پس با سوءنیت عام یعنی همین که عمداً این کار (تبانی و مواضعه) را انجام دهد نه سهواً، این جرم تحقق یافته است.

تبانی باید به ضرر دولت تمام شود. نتیجه جرم که ورود ضرر است باید حاصل شده و تحقق باید تا بتوان گفت عمل مذکور مشمول این جرم است. لذا اگر قبل از وقوع ضرر، جرم مذکور به هر علتی متوقف گردد، دیگر مصداق این ماده نیست. قصد ضرر نیز مطرح نیست. اگر ماده گفته بود به قصد ضرر تبانی کند، در آن صورت صرف قصد ضرر مشمول مجازات این ماده قرار می گرفت، ولی باید ضرر دولت حاصل شده باشد.

اما ضرر دولت یعنی چه؟ در مقررات موجود از انواع ضرر اعم از ضرر مادی، عدم النفع و ضرر معنوی بحث شده است. سؤال این است که کدام یک از انواع ضرر مدنظر قانون گذار است؟ که این موضوع در ادامه مورد بحث قرار خواهد گرفت.

تبانی در معاملات دولتی در رویه قضایی

به موجب قسمتی از دادنامه شماره ۰۰۰۱۰۴ مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۸ صادره از شعبه پنجم محاکم نظامی تهران^۱ کارمندان صنایع ... به اتهام تبانی در معاملات دولتی و ع.م. جمعی یگان فوق الذکر به اتهام تبانی در معاملات دولتی و جعل و استفاده از سند مجعول و تدلیس در معاملات دولتی و غیرنظامیان الف. ص و ف.ن و ف. م به اتهام تبانی در معاملات دولتی و غیرنظامی م.ب به اتهام معاونت در تبانی در معاملات دولتی تحت تعقیب دادسرای نظامی قرار گرفته‌اند. با صدور کیفرخواست دادسرای نظامی تهران شعبه پنجم دادگاه نظامی عهده‌دار رسیدگی شده است. دادگاه مزبور به موجب دادنامه اصداری متهم ردیف اول را به تحمل یک سال حبس تعزیری و پرداخت خسارت وارده به نسبت سهم وی به میزان ۴۳۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال و پرداخت مبلغ ۲۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال جزای نقدی از حیث معادل منافع تحصیل شده و همچنین با توجه به اینکه اموالی که از طریق نامشروع تحصیل می‌شود در ملکیت متهم قرار نمی‌گیرد و چنین مالکیتی به‌طور شرعی و قانونی معتبر نیست، لذا حکم به ضبط ملک خریداری شده متهم به نفع دولت صادر و اعلام می‌گردد و مقرر می‌نماید پس از فروش ملک مذکور مبلغ ۱۲۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال از قیمت ملک به‌عنوان بخشی از خسارت به یگان خدمتی مسترد و از میزان بدهی متهم کسر شود و مازاد بر آن به نفع دولت ضبط گردد. بقیه متهمین نیز به ترتیب به مجازات مقرر قانونی محکوم شده‌اند.^۲

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می‌گیرد:

طبق ماده واحد قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۸ اشخاصی که در معاملات یا مناقصه‌ها و مزایده‌های دولتی یا شرکت‌ها و مؤسسات وابسته به دولت یا مأمور به خدمات عمومی و یا شهرداری‌ها با یکدیگر تبانی کنند و در نتیجه تبانی ضرری متوجه

۱- پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۴، مجموعه آرای قضایی کیفری، تهران، اداره انتشار رویه قضایی، چاپ اول، ص ۶۴۵

۲- پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۲، مجموعه آرای قضایی، تهران، اداره انتشار رویه قضایی کشور، ص ۶۴۵

دولت و یا شرکت‌ها و مؤسسات مذکور شود به حبس تأدیبی از یک تا سه سال و جزای نقدی به میزان آنچه من غیر حق تحصیل کرده‌اند محکوم می‌شوند.

هرگاه مستخدمین دولت یا شرکت‌ها و یا مؤسسات مزبور یا شهرداری‌ها و همچنین کسانی که به نحوی از انحاء از طرف دولت و یا شرکت‌ها و یا مؤسسات فوق در انجام معامله یا مناقصه و یا مزایده دخالت داشته باشند و با علم و اطلاع از تبانی، معامله را انجام دهند یا به نحوی در تبانی شرکت یا معاونت کنند به حداکثر مجازات حبس و انفصال ابد از خدمات دولتی و شرکت‌ها و مؤسسات وابسته به دولت و شهرداری‌ها محکوم خواهند شد. در کلیه موارد مذکور در صورتی که عمل مطابق قانون مستوجب کیفر شدیدتر باشد، مرتکب به مجازات اشد محکوم خواهد شد.

با توجه به اینکه مهم‌ترین رکن قانونی این جرم، در ماده‌واحدده سال ۱۳۴۸ ظهور پیدا کرده است، ابتدا براساس این قانون ابعاد مختلف عنصر مادی این جرم را تبیین می‌نماییم. تبانی یک فعل مثبت مادی است. البته درجایی هم به ترک فعل اشاره دارد که بعداً مورد بحث قرار خواهد گرفت.

برابر مفاد ماده‌واحدده قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی، تبانی یا توسط غیرمستخدمین دولت است یا با همکاری مستخدم یا غیرمستخدم یا فقط توسط خود مستخدمین صورت می‌گیرد و از این سه حال خارج نیست. لذا در تبانی چند حالت متصور است:

ممکن است اشخاصی که مأمور و مستخدم دولت نبوده، در معامله دولتی با هم تبانی کنند و نتیجه این تبانی نیز تضییع حق دولت باشد. در این حالت، تبانی اصلاً هیچ ارتباطی به مأمور و مستخدم دولت ندارد و اشخاص حقیقی عادی (متقاضیان و شرکت‌کنندگان در معامله) با هم تبانی می‌کنند. عبارت صدر ماده‌واحدده مذکور یعنی قسمت اول ماده ناظر به این نوع از تبانی است. برابر آن «اشخاصی که در معاملات یا مناقصه‌ها و مزایده‌های دولتی یا شرکت‌ها و مؤسسات وابسته به دولت یا مأمور به خدمات عمومی و یا شهرداری‌ها با یکدیگر تبانی کنند و...» مثلاً مزایده‌ای اعلام‌شده و تعدادی شرکت‌کننده در مزایده وجود دارد،

شرکت‌کنندگان قبل از انجام مزایده با هم تبانی می‌کنند که قیمت‌ها را از یک سطح مشخصی بالاتر نبرند و در نتیجه هر کس برنده مزایده شد منافعی که عاید او خواهد شد بین همه آن‌ها تقسیم شود.

در این حالت از تبانی، مستخدم یا مأمور دولت با اشخاص عادی در یک معامله دولتی تبانی می‌کنند. حال ممکن است این مستخدم یا مأمور دولت در معامله مذکور دخالت داشته و تبانی هم نموده باشد یا اینکه اساساً در انجام معامله دخالت نداشته، ولی یکی از تبانی‌کنندگان بوده باشد. در هر صورت این حالت از تبانی که فرد در هر دو صورت آن مباشر در امر تبانی است مشمول مجازات قسمت دوم ماده است. برابر آن «هرگاه مستخدمین دولت یا شرکت‌ها و یا مؤسسات مزبور یا شهرداری‌ها و همچنین کسانی که به نحوی از انحاء از طرف دولت یا شرکت‌ها و یا مؤسسات فوق در انجام معامله یا مناقصه یا مزایده دخالت داشته باشند...».

در این فرض، تعدادی کارمند دولت بدون اینکه در معامله دولتی دخالت داشته باشند، با هم هماهنگی کرده و تبانی نموده‌اند که در این مسیر، معامله به ضرر دولت تمام شود. علت این تبانی هرچه می‌خواهد باشد (بدنام کردن دولت؛ ورشکسته نمودن دولت و...) این حالت نیز مشمول قسمت دوم ماده است، زیرا اطلاق عبارت «مستخدمین دولت» شامل این مورد هم می‌شود.^۱

اگرچه ممکن است گفته شود با توجه به آنچه در قسمت تبانی مستخدم و مأمور دولت با اشخاص غیرمستخدم (حالت دوم) گفته شد، «مشارکت در تبانی» نیز تحت شمول آنچه در آنجا بیان شد، قرار می‌گیرد و از این جهت تکرار موضوع در قسمت اخیر ماده با عبارت

۱- اگر هر دو طرف معامله (خریدار و فروشنده) دستگاه دولتی باشند، آیا این امر تبانی به ضرر دولت تلقی می‌شود یا خیر؟ مثلاً وزارت بازرگانی می‌خواهد ساختمان خود را به وزارت رفاه و تأمین اجتماعی بفروشد و در این میان مسئولان امر در مورد فروش با قیمت کمتر با هم تبانی می‌کنند. بعضی معتقدند که این نیز از مصادیق تبانی است، زیرا هر دستگاه بودجه اختصاصی خود را دارد و با این شیوه عمل بودجه یک دستگاه کاسته شده و به بودجه دستگاه دیگر افزوده می‌شود؛ اما در یک رویکرد دقیق باید گفت جابه‌جایی پول در اینجا از این جیب به آن جیب ریختن است و چون چیزی از خزانه دولت کم نشده، لذا ضرری متوجه دولت نشده و از آنجاکه جرم تبانی باید به ضرر دولت باشد، این فرض جرم نبوده و قابل مجازات نیست.

«به هر نحوی در تبانی شرکت نمایند»، تأکید بر بند دوم به نظر می‌رسد. لکن باید توجه داشت که این عبارت اخیر ناظر بر موردی است که مستخدم یا مأمور دولت در انجام معامله دخالت نداشته، لکن در تبانی شرکت نموده است (نه اینکه خود مباشر در امر تبانی باشد).

جرم تبانی در معاملات دولتی از جرایم عمدی است. لذا جرم مذکور باید عالمات صورت گیرد. خصوصاً در مورد مستخدمین، ماده واحده صراحتاً می‌گوید «با علم و اطلاع از تبانی، معامله را انجام دهد». پس با سوءنیت عام یعنی همین که عمداً این کار (تبانی و مواضعه) را انجام دهد نه سهواً، این جرم تحقق یافته است.

تبانی باید به ضرر دولت تمام شود. نتیجه جرم که ورود ضرر است باید حاصل شده و تحقق یابد تا بتوان گفت عمل مذکور مشمول این جرم است. لذا اگر قبل از وقوع ضرر، جرم مذکور به هر علتی متوقف گردد، دیگر مصداق این ماده نیست. قصد ضرر نیز مطرح نیست. اگر ماده گفته بود به قصد ضرر تبانی کند، در آن صورت صرف قصد ضرر مشمول مجازات این ماده قرار می‌گرفت، ولی باید ضرر دولت حاصل شده باشد.

اما ضرر دولت یعنی چه؟ در مقررات موجود از انواع ضرر اعم از ضرر مادی، عدم النفع و ضرر معنوی بحث شده است. سؤال این است که کدام یک از انواع ضرر مشمول موضوع مورد بحث قرار خواهد گرفت؟ که در مباحث آتی مورد بررسی قرار خواهیم داد.

در این مقام باید گفت وضعیت ضرر مادی روشن است و در ماده نیز به صراحت آمده که «به میزان آنچه من غیر حق تحصیل کرده» (آنچه عاید مجرم شده است) باید جزای نقدی بدهد. لذا این نوع ضرر مشمول حکم ماده بوده و قابل مطالبه است.

سؤال این است که آیا از دست رفتن منافع به‌طور کلی تحت شمول عنوان ضرر قرار خواهد گرفت؟ ماده (۹) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) در مقام احصاء ضررهای قابل مطالبه، علاوه بر ضرر مادی به منفعت ممکن الحصول که در نتیجه ارتکاب جرم از دست رفته است، نیز اشاره دارد. منافع از دسته رفته شامل منافع ممکن الحصول و منافع محتمل الحصول می‌باشند.

منافع ممکن الحصول (اگر این جرم واقع نمی‌شد، این منفعت به‌طور قطع برای بزه‌دیده حاصل می‌شد) قابل مطالبه است. مثل راننده کامیونی که از بندرعباس باری را به تهران می‌آورد و قرار است در مقابل این عمل ۴۰۰ هزار تومان پول بگیرد. حال چنانچه در بین راه، فردی کامیون وی را آتش بزند، خسارتی که به کامیون وارد شده، ضرر مادی بوده و قابل جبران است، اما اینکه ایشان نتوانسته بار را به مقصد برساند و ۴۰۰ هزار تومان مذکور را بگیرد و یا اینکه ماشین وی ۱۰ روز در تعمیرگاه برای تعمیرات مانده و کار او نیز اساساً جابه‌جایی کالا است، این منافی که از دست داده، ممکن الحصول و قابل مطالبه می‌باشد؛ اما منافع محتمل الحصول (اگر این تبانی صورت نمی‌گرفت، احتمالاً نفعی برای دولت داشته باشد) قابل مطالبه نیست؛ یعنی ضرر محتمل اینجا مدنظر نیست.

آیا این ماده شامل ضرر معنوی هم می‌شود یا خیر؟ اگر دو نفر در یک معامله دولتی تبانی کردند و در نتیجه آن ضرر معنوی به دولت وارد شد، آیا این نوع ضرر مشمول حکم ماده قرار می‌گیرد و باید جبران شود؟ زیان معنوی عبارت است از هتک حرمت، حیثیت، آبرو و احساسات و هر لطمه‌ای که از این حیث وارد شود. در مقررات ما، ضرر معنوی چگونه باید جبران شود؟ در ماده (۹) قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۰ که کماکان در نیروهای مسلح اجرا می‌شود، علاوه بر ضرر مادی و منافع ممکن الحصول از دست رفته، شق سوومی نیز وجود دارد و آن ضرر معنوی است. تا قبل از انقلاب اسلامی هم همین قانون حاکم بوده و رویه نیز بر این بود که اگر کسی نسبت به مطالبه ضرر و زیان معنوی ناشی از جرم دادخواستی ارائه می‌کرد، مورد رسیدگی قرار می‌گرفت. در قانون مسئولیت مدنی نیز ضرر اعم از مادی و معنوی شناخته شده و باید جبران شود؛ اما بعد از انقلاب اسلامی بحث ضرر معنوی دچار یک تغییر شد. اگرچه قانون اساسی ج.ا.ا نیز جبران ضرر (اعم از مادی یا معنوی) را مدنظر قرار داده و به‌رغم اینکه در قوانین قبلی نیز به این مطلب اشاره شده بود، به هنگام تدوین ماده (۹) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) عین ماده (۹) قانون سابق پیش‌بینی شده بود و پیشنهاد اولیه هر سه شق ضرر (مادی، معنوی و ممکن الحصول) را دربرداشت، اما بعداً ضرر معنوی را از زیان‌های قابل مطالبه

حذف نمودند. فقها معتقدند ضرر معنوی قابل تقویم به مال نیست و باید به نحو دیگری جبران شود. با توجه به توضیحات یاد شده، می‌خواهیم ببینیم آیا ماده‌واحد مورد بحث، ضرر معنوی را هم شامل می‌شود؟ در اینجا وقتی می‌گویید در نتیجه تبانی ضرری متوجه دولت شود، ضرر را عام و مطلق آورده، لذا شامل هر دو نوع ضرر (اعم از مادی و معنوی) است. هرچند در معاملات معمولاً نفع و ضرر مادی مدنظر قرار می‌گیرد، ولی گاهی منافع غیرمادی نیز در معامله تأثیر دارد. مثلاً می‌خواهیم یک جنسی را به قیمت ارزان‌تر بفروشیم تا از یک منفعت معنوی برخوردار شویم. حال ممکن است. سؤال شود، در این صورت (فرض وقوع ضرر معنوی) فرد از چه چیزی منتفع شده تا به‌عنوان جزای نقدی او را محکوم نماییم؟ در پاسخ باید گفت بحث جبران ضرر مطرح نیست که ما به‌دنبال راه جبران ضرر بگردیم، هرچند ملاک تعیین جزای نقدی را چیزی که تحصیل کرده قرار داده است. لذا صرف‌نظر از اینکه این ضرر چگونه جبران می‌شود، اگر تبانی موجب ضرر معنوی شود، امکان صدور حکم هست و در این صورت جزای نقدی بر فرد بار نمی‌شود.

سؤالی که مطرح است اینکه آیا در تبانی انتفاع شخصی هم شرط است؟ به تعبیر دیگر تبانی‌کنندگان (اعم از مستخدم یا غیرمستخدم) حتماً باید نفع شخصی داشته باشند؟ پاسخ این است که خیر، نفع شخصی در این جرم مطرح نیست. در ماده یاد شده نیز چنین شرطی نشده و فقط باید به ضرر دولت باشد. البته گاهی نفع شخصی نیز در آن مستتر است. فردی که تبانی می‌کند معمولاً یک امتیازی را برای خودش می‌گیرد، ولی اگر هیچ امتیازی هم نگرفته و بدون هیچ چشم‌داشتی تبانی کرده باشد و آن نیز به ضرر دولت تمام شود، جرم محقق است؛ بنابراین قصد انتفاع شخصی شرط تحقق این جرم نیست.

اگر به نفع دولت تبانی صورت گرفت، لکن به ضرر دیگران تمام شد، یا بالعکس اینکه تبانی به ضرر دیگران صورت گرفت و به نفع دولت تمام شد، آیا این نوع معاملات مشمول حکم این ماده هست یا خیر؟ پاسخ این است که چون در اینجا ضرر دولت تحقق نیافته، لذا تحت شمول حکم این ماده قرار نخواهد گرفت.

ممکن است به‌رغم تبانی، نتیجه به ضرر دولت تمام نشود، حکم این مورد چیست؟ به تعبیر دیگر، دو نفر با هم به ضرر دولت تبانی کرده و قصد ضرر هم داشته‌اند، ولی نتیجه عمل آنان به ضرر دولت منجر نشده است. مثلاً با مسئول فروش همفکری کرده و قرار گذاشته‌اند قیمت مشخصی را تعیین کنند تا جنس دولت را ارزان ببرند. چنانچه جنس را ببرند، اما به هنگام فروش یک‌دفعه در سطح بازار داخلی و بین‌المللی قیمت کالای مذکور افت پیدا کند، تبانی به ضرر دولت صورت‌گرفته ولی عوامل مؤثر دیگری باعث شده که دولت در این قضیه ضرر نکند. لذا در اینجا چون ضرری متوجه دولت نشده، جرم تبانی در معامله دولتی تحقق نیافته است؛ بنابراین، اگر به هرعلتی ضرر متوجه دولت نشود، مشمول حکم مندرج در این ماده نخواهد بود. البته اگر تبانی‌کنندگان به ضرر دولت که نهایتاً نیز به ضرر دولت نشده کارهای دیگری کرده باشند که عنوان مجرمانه دیگری داشته باشد (مثلاً رشوه گرفته باشند)، مشمول همان عناوین مجرمانه قرار خواهند گرفت.

بدیهی است چنانچه جرم تام تبانی در اشکال مختلف خود شکل بگیرد مسئولیت تام متوجه شخصی است که بدون واسطه نقشی اساسی در جهت تحقق جرم مربوط ایفاء نموده است و چنانچه اشخاصی در جریان شکل‌گیری این جرم مثلاً با علم و عمد وسایل ارتکاب جرم را تهیه کرده و یا طریق ارتکاب آن را با علم به قصد مرتکب ارائه داده یا عالماً و عامداً وقوع جرم را تسهیل کرده باشد به‌عنوان معاون جرم تلقی شده و قابل تعقیب می‌باشد.

ماده‌واحد مذکور، راجع به غیرمستخدم حبس از ۱ تا ۳ سال به‌علاوه جزای نقدی و درمورد مستخدم حداکثر حبس به اضافه انفصال ابد از خدمت در همه دستگاه‌های دولتی را به‌عنوان مجازات پیش‌بینی نموده است. علت اینکه قانون‌گذار برای مستخدم دولت مجازات شدیدتری در نظر گرفته این است که هرچند گاهی دخالت غیرمستخدم در ارتکاب جرم بیشتر از مستخدم می‌باشد، ولی مستخدم به لحاظ اینکه امین دستگاه بوده، اصلاً انتظار نمی‌رود که او رعایت امانت را ننماید. از طرفی غیرمستخدم نیز به‌دنبال منافع خودش است و اصلاً نباید از او انتظار داشت که منافع دولت را تضمین و تأمین کند. از این‌رو، مقنن

مجازات مستخدم را بیشتر در نظر گرفته است.

در هیچ‌یک از موارد فوق‌الذکر اشاره به جبران خسارت نشده و تکلیف وجه یا مالی که به ناحق تحصیل شده، معلوم نگردیده و تنها به‌جزای نقدی اشاره شده است؛ بنابراین، هر جا چنین خسارتی وارد شده باشد، مطالبه آن مستلزم دادخواست است.

در ماده (۱۱۱) قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح اشاره شده که «چنانچه بازرسان یا ناظران امور مالی در نیروهای مسلح در ارتکاب جرایم مندرج در مواد (۱۰۸)، (۱۰۹) و (۱۱۰) این قانون شرکت نمایند، به مجازات مرتکبان اصلی محکوم و اگر پس از کشف یا اطلاع از وقوع، آن را مخفی دارند به مجازات حبس مرتکبان اصلی محکوم خواهند شد.» لذا برای افراد نظامی تکلیف در این ماده مشخص شده است.

حال اگرچه برای مسئولان دستگاه‌های دولتی (افراد غیرنظامی) نیز چنین وظیفه‌ای پیش‌بینی شده تا اگر در حیطه کارشان متوجه این‌گونه جرایم شدند، اعلام نمایند و حتی در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب نیز این مطلب آمده است که مقامات و مسئولان دولتی مکلف‌اند جرایم را به دادستان گزارش کنند، منتهی ضمانت اجرای اطلاع ندادن مشخص نیست؟ در این‌خصوص باید گفت چنانچه افراد غیرنظامی در جریان معامله مطلع شدند جرم تبانی صورت گرفته و اطلاع ندهند مجازات دارد و مشمول همان مجازات مربوط به جرم تبانی هستند؛ اما اگر ابتدا خبر نداشته و بعداً خبردار شدند که جرم تبانی صورت گرفته و آن را گزارش نکنند. تکلیف چیست؟ آیا این عمل مشمول مجازات هست یا خیر؟ مفاد ماده (۶۰۶) قانون مجازات اسلامی تکلیفی برای رؤسا پیش‌بینی نموده است؛ اما از آنجاکه ماده مذکور یک دسته از جرایم مشخص را احصا نموده و تبانی را ذکر نکرده است، لذا مشمول آن قرار نخواهد گرفت.

بنابراین اگر این افراد بعد از انجام معامله از وقوع جرم تبانی اطلاع پیدا کردند و گزارش نمودند، فقط تخلف اداری محسوب می‌شود. البته ماده (۱۲) قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور نیز در این رابطه حکمی دارد که بازرسان قانونی، حساب‌رسان و... را مکلف کرده

سوءجریان (اعم از تخلف، جرم و...) را به سازمان بازرسی کل کشور اطلاع دهند. ضمانت اجرای این موضوع نیز این است که اگر این سوءجریان را انعکاس ندهند مشمول مجازات مقرر در ماده (۶۰۶) قانون مجازات اسلامی خواهند شد.

با توجه به اینکه در پرونده مزبور متهمین ایراد تحقق مرور زمان را مطرح کرده‌اند به اعتقاد نگارنده این ایراد وارد به نظر نمی‌رسد. زیر ماهیت بزه تبانی در معاملات دولتی که از طرف متهمین انجام شده این بوده است که نامبردگان با توسل به اقدامات متقلبانه و اسناد غیرواقعی و مجعول (مانند فاکتور و برگ استعلام بها) اموال را به نحو غیر مشروع تحصیل کرده‌اند که این اقدام از مصادیق بارز اکل مال باطل است که در آیه شریفه ۱۸۸ سوره مبارکه بقره حرام شناخته شده است. از طرف دیگر عنوان جزایی احتیال که در متون فقهی به آن تصریح شده است منحصر به آنچه امروز به عنوان کلاهبرداری شناخته می‌شود نمی‌باشد. زیرا تعریف فقهی احتیال شامل تحصیل اموال به نحو متقلبانه با توسل به دروغ و فریب و اسناد دروغین و غیرواقعی است که از این جهت اتهام تبانی در معاملات دولتی نیز قابل انطباق با عنوان فقهی احتیال می‌باشد و به این دلیل مشمول عنوان تعزیرات شرعی بوده و ثانیاً هرچند متهم ردیف سوم درمورد اموالی که خود تهیه کرده و به یگان فروخته است مرتکب تدلیس نیز شده است اما به عقیده نگارنده، اقدام وی در این خصوص نیز از مصادیق تبانی در معاملات دولتی است و تدلیس در معاملات دولتی وقتی با تبانی افراد دیگر صورت گیرد، عنوان تبانی در معاملات دولتی به آن منتسب خواهد بود و بدیهی است که در این موارد نیز متهم ردیف سوم هم با متهمین ردیف اول و دوم و هم با کسانی که مهر و امضای غیرواقعی در اختیار وی قرار داده‌اند تبانی کرده است و ثالثاً اقدام متهم ردیف هفت نیز چون در عملیات اجرایی شرکت کرده و اسناد قراردادهای را امضاء نموده است از مصادیق شرکت در تبانی در معاملات دولتی است نه معاونت در بزه مذکور. چراکه لازمه تحقق بزه تبانی در معاملات دولتی این نیست که شخصی واقعاً طرف قرارداد دولت باشد و در معامله‌ای که یک نفر منعقد می‌نماید ممکن است دیگری نیز با وی تبانی داشته باشند. اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۴۹۶۴ مورخ ۹۰/۱۲/۱۷ در این خصوص

اعلام نموده است که چنانچه افراد فاقد سمت دولتی با تبانی کارمندان و تنظیم صورت وضعیت‌های غیرواقعی مازاد بر خدمات واقعی، منافی از دولت کسب و در نتیجه ضرری متوجه آن می‌نمایند، قابل انطباق با ماده واحد قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی می‌باشند و چنانچه در جریان ارتکاب این جرم، جرایم دیگری مانند جعل مرتکب شوند به جرم مذکور نیز باید رسیدگی و برای آن مجازات تعیین شود. اداره کل مزبور در نظریه شماره ۷/۳۵۸۴ مورخ ۸۴/۶/۱ همچنین اعلام نموده است کلیه اشخاصی که در معاملات یا مناقصه‌ها و مزایده‌های دولتی یا شرکت‌ها و مؤسسات وابسته به دولت یا مأمور به خدمات عمومی و یا شهرداری‌ها با یکدیگر تبانی کنند و در نتیجه تبانی ضرری متوجه دولت یا شرکت‌ها یا مؤسسات مذکور شود مشمول مقررات قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۸ خواهند بود. البته حسب مدارک ارائه شده و ابرازی از ناحیه متهم ردیف اول، آنچه خریدار از ثمن بیع هنگام تنظیم مبایعه‌نامه، پرداخته است، مبلغ پنج میلیون تومان بوده است و صدق اینکه آپارتمان موصوف از وجوه ناشی از جرم خریداری شده مورد شبهه جدی است و دادنامه در این قسمت قابلیت نقض دارد.

فصل نهم

تحصیل منفعت به واسطه تدلیس در
معاملات دولتی یا تقلب در ساختن

مقدمه

جرم موضوع ماده ۵۹۹ یعنی منفعت به واسطه تدلیس در معاملات دولتی یا تقلب در ساختن از جمله جرایم مقید به نتیجه می‌باشد. به این صورت مادامی که اعمال فریب کارانه و تدلیس آمیز اشخاص موصوف، منجر به تحصیل منفعتی برای شخص مرتکب نگردیده باشد، عمل وی از این حیث مجرمانه تلقی نمی‌گردد؛ بنابراین نتیجه این جرم عبارت است از تحصیل منفعتی برای خود یا دیگری؛ اما در این خصوص منافع مورد اشاره در ماده ۵۹۹ چیست و آیا شامل منافع مادی و غیرمادی هر دو می‌شود، باید گفت که گرچه تحصیل منافع مادی، وجه غالب و معمول در تحصیل منافع می‌باشد و محدود نمودن منافع مذکور به منافع مادی هم با اصل تفسیر مضیق قوانین جزایی و هم تفسیر قوانین به نفع متهم و هم با قسمت انتهایی ماده معنون که جبران خسارت را ملحوظ نموده سازگار است، اما به نظر می‌رسد منافع مورد اشاره در این ماده علاوه بر منافع مادی شامل منافع غیرمادی هم می‌گردد و جبران خسارت مذکور در این ماده را بیشتر باید ناظر به جبران تفاوت‌های غیرمعارف در موضوع معامله از حیث مقدار، صفت و قیمت دانست نه از باب منفعتی که شخص مرتکب تحصیل نموده است؛ بنابراین تحصیل منافع موضوع این ماده هم می‌تواند شامل منافع مادی و هم منافع معنوی و وعده قبول و یا پرداخت آن‌ها نیز باشد. محور اصلی این جرم متضرر شدن دولت در اثر تدلیس اشخاص مرتکب در موضوع معامله می‌باشد و سایر مباحث جنبه فرعی دارند.

تحصیل منفعت به واسطه تدلیس در معاملات یا تقلب در ساختن در رویه قضایی

حسب محتویات پرونده کلاسه ۸۸۰۹۹۸۲۱۲۶۲۰۰۰۶ و دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۲۱۳۰۳۰۰۸۲ شعبه ۱۱۹۳ دادگاه عمومی جزایی تهران، آقای الف مسئول وقت اجرایی شرکت الف متهم به تدلیس در معامله از جهت تعیین صفت برخلاف واقع به مبلغ ۱/۰۹۸/۲۵۲ دلار آمریکا و تضییع وجوه دولتی به میزان ۱۸/۴۵۱/۹۸۷/۴۰۵ ریال می‌باشد. دادگاه با توجه به محتویات پرونده و نظر به انکار متهم و حاکمیت اصله البرائه و اصل ۳۷ قانون اساسی رأی بر برائت متهم فوق‌الذکر از بزه‌های انتسابی صادر و اعلام نموده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح دادنامه صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

طبق ماده (۵۹۹) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ «هر شخصی عهده‌دار انجام معامله یا ساختن چیزی یا نظارت در ساختن یا امر به ساختن آن برای هریک از ادارات و سازمان‌ها و مؤسسات مذکور در ماده (۵۹۸) بوده است، به واسطه تدلیس در معامله از جهت تعیین مقدار یا صفت یا قیمت بیش از حد متعارف مورد معامله یا تقلب در ساختن آن چیز نفعی برای خود یا دیگری تحصیل کند، علاوه بر جبران خسارات وارده به حبس از شش ماه تا پنج سال محکوم خواهد شد.»

در بحث عنصر مادی توجه به نکات زیر ضروری است:

عمل مرتکب این جرم مرکب از دو قسمت است. اولاً مرتکب اقدام به عملیات تدلیس آمیز نموده و ثانیاً از طریق فوق نفعی برای خود یا دیگری تحصیل نموده باشد. تدلیس طبق ماده (۴۳۸) قانون مدنی عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود. وجود وصف و خصیصه «عملیاتی» بودن در تعریف تدلیس سبب می‌شود که اولین رکن از عمل مرتکب را صرفاً به صورت انجام فعل مثبت مادی قابل تحقق بدانیم. بی‌مبالاتی خریدار در احراز وصف واقعی مبیع و حفظ منافع خود مانع از تحقق تدلیس نیست. درباره سکوت عمدی فروشنده درباره عیب کالا اختلاف شده است که تدلیس است

یا اثری ندارد، ولی تمایل عمومی بر این است که حسن نیت در قراردادها ایجاب می‌کند که فروشنده عیوب پنهانی را به خریدار اعلام کند.^۱ این موضوعات در چارچوب حقوق مدنی کاملاً صحیح می‌باشد، لیکن به نظر نگارنده در حقوق کیفری که قاعده بر عمل به تفسیر مضیق و قدر متیقن است، لازم است شخص طرف معامله به عملیاتی متوسل گردیده باشد و ترک فعل نمی‌تواند عنصر مادی این قسمت از عمل مرتکب قرار گیرد. علاوه بر توسل به عملیات فریب کارانه، مرتکب باید در اثر این عملیات نفعی برای خود یا دیگری تحصیل کرده باشد؛ بنابراین تحصیل منفعت به عنوان جزء دوم رکن عمل مرتکب به صورت فعل مثبت محقق می‌گردد.

در خصوص شخصیت مرتکب این جرم توجه به نکات زیر ضروری می‌باشد:

۱. مقنن در ابتدای ماده ۵۹۹ با ذکر عبارت «هر شخصی» سعی داشته که چنین وانمود نماید که مرتکب این جرم می‌تواند هم شامل کارمند دولت و هم اشخاص عادی باشد. در ماده ۱۵۳ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، قانون‌گذار صراحتاً حکم ماده را هم شامل مستخدمین دولت و هم اشخاص عادی دانسته بود. دکتر گلدوزیان معتقدند با توجه به قید هر شخص، این ماده شامل مأمورین دولت و غیر آنها یعنی افراد عادی می‌شود.^۲

۲. ماده ۵۹۹ شامل چند قسمت می‌گردد: الف- شخص عهده‌دار انجام معامله برای دستگاه‌های موضوع ماده ۵۹۸ گردد. ب- شخص عهده‌دار ساختن چیزی برای دستگاه‌های مذکور گردد. ج- شخص عهده‌دار نظارت در ساختن چیزی برای دستگاه‌های موصوف گردد. د- نهایتاً اینکه شخص عهده‌دار امر به ساختن چیزی برای دستگاه‌های مورد اشاره گردد.

در مورد قسمت (الف) یعنی عهده‌داری انجام معامله برای دستگاه‌های موضوع ماده ۵۹۸ نکات زیر قابل توجه است:

۱. معاملات دولتی طبق ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی و احکام مشابه و متناظر شامل خرید، فروش، رهن، اجاره و استجاره و پیمانکاری می‌باشد.

۱- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۷، قانون مدنی در نظام حقوقی کنونی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ص ۳۳۶

۲- گلدوزیان، ایرج، ۱۳۸۷، حقوق جزای اختصاصی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم، ص ۳۱۵

۲. انجام معاملات دولتی اصولاً حسب مورد به صورت و در قالب انجام تشریفات مناقصه و مزایده و در موارد استثنایی، در قالب ترک تشریفات مناقصه و مزایده صورت می گیرد (ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی)

۳. به موجب ماده ۱۱ قانون برگزاری مناقصات مصوب سال ۱۳۸۳، مناقصه به طرق زیر انجام می شود:

الف - در معاملات کوچک، کارپرداز یا مأمور خرید با توجه به کم و کیف موضوع معامله (کالا، خدمت یا حقوق) درباره بهای آن تحقیق می کند و با رعایت صرفه و صلاح دولت و اخذ فاکتور مشخص و به تشخیص و مسئولیت خود، معامله را با تأمین کیفیت به کمترین بهای ممکن انجام خواهد داد.

ب - در معاملات متوسط، کارپرداز یا مأمور خرید باید با توجه به کم و کیف موضوع معامله (کالا، خدمت یا حقوق) درباره بهای آن تحقیق نماید و با رعایت صرفه و صلاح و اخذ حداقل ۳ فقره استعلام کتبی، با تأمین کیفیت مورد نظر، چنانچه بهای به دست آمده مورد تأیید مسئول واحد تدارکاتی یا مقام مسئول و هم تراز وی باشد، معامله را با عقد قرارداد یا اخذ فاکتور انجام دهد و چنانچه اخذ ۳ فقره استعلام کتبی ممکن نباشد با تأیید مسئول تدارکاتی یا مقام مسئول هم تراز وی به تعداد موجود کفایت می شود.

ج - در معاملات بزرگ به یکی از روش های زیر عمل می گردد:

- برگزاری مناقصه عمومی از طریق انتشار فراخوان در روزنامه های کثیرالانتشار؛
- برگزاری مناقصه محدود.

همان گونه که ملاحظه می شود در معاملات کوچک و متوسط، متصدی و متولی انجام معامله، شخص کارپرداز است و از آنجایی که طبق ماده ۳۵ قانون محاسبات عمومی کارپرداز مأموری است که از بین مستخدمین رسمی واجد صلاحیت دستگاه ذی ربط به این سمت منصوب می شود و از این حیث انجام وظایف کارپردازی توسط اشخاص غیر کارمند امکان پذیر نیست، بنابراین در دو دسته معامله مذکور تنها شخص کارپرداز مسئولیت دارد. حال در صورتی که ایشان مرتکب تدلیس در معامله از جهت تعیین مقدار یا صفت یا قیمت

گردد و از این طریق نفعی برای خود یا دیگری تحصیل کند، مشمول ضمانت اجرای کیفری ۵۹۹ می‌گردد. در خصوص این قسمت از عمل مرتکب یعنی عهده‌داری انجام معامله باید گفت که با توجه به توضیحات فوق، اشخاص عادی نمی‌توانند مرتکب جرم قرار گیرند و این افراد فقط می‌توانند طرف معامله با دولت باشند.

در مورد قسمت (ب) یعنی عهده‌دار شدن ساختن چیزی برای دستگاه‌های موضوع ماده ۵۹۸، به نظر می‌رسد موضوع غالباً قابل تحقق توسط اشخاص عادی یعنی غیر از کارمندان دولت باشد و به نظر می‌رسد انجام این عمل توسط کارمندان دولت دور از ذهن باشد. گرایش امروزی دولت‌ها به سمت کوچک‌سازی خود و واگذاری امور به‌ویژه تصدی‌های غیرحاکمیتی به بخش غیردولتی، دور نمای آینده را به سمت تحقق کامل این جرم توسط افرادی غیر از کارمندان دولت می‌کشانند.

در خصوص قسمت (ج) یعنی مواردی که شخص عهده‌دار «نظارت» در ساختن چیزی گردد، باید توجه داشت که اصولاً بحث نظارت در ساختن، غالباً در فرایند اجرای پروژه‌های عمرانی دولت قابل فرض است. بر این اساس بند (الف) ماده (۳۲) شرایط عمومی پیمان مقرر داشته که «عملیات اجرایی پیمانکار همیشه باید زیر نظر و با اطلاع مهندس مشاور انجام شود. نظارتی که از طرف کارفرما و مهندس مشاور در اجرای کارها به عمل آید، به‌هیچ‌روی از میزان مسئولیت پیمانکار نمی‌کاهد...» و در بند (ب) همین ماده آمده که «مهندس مشاور، تنها مرجع فنی پیمانکار برای اجرای موضوع پیمان ازسوی کارفرماست. هرگونه تغییرات، اظهارنظرهای فنی و اصلاحات موردنیاز پیمانکاران، سازندگان و بازرسان فنی، پس از هماهنگی با مهندس مشاور انجام می‌گیرد و توسط وی به پیمانکار ابلاغ می‌شود. مواردی که مهندس مشاور، موظف به کسب مجوز از کارفرما برای انجام وظایف نظارت است، در اسناد و مدارک پیمان تعیین شده است.» همچنین در بند (الف) ماده ۳۳ شرایط عمومی پیمان مقرر گردیده که «مهندس ناظر که نماینده مهندس مشاور در کارگاه است، وظیفه دارد که با توجه به اسناد و مدارک پیمان، در اجرای کار، نظارت و مراقبت دقیق به عمل آورده و مصالح و تجهیزاتی را که باید به مصرف برسد، براساس نقشه‌ها و

مشخصات فنی مورد رسیدگی و آزمایش قرار دهد و هرگاه عیب و نقصی در آن‌ها یا در نحوه مهارت کارکنان یا چگونگی کار مشاهده کند، دستور رفع آن‌ها را به پیمانکار بدهد...» در بند (ب) همین ماده نیز آمده است که «مهندس ناظر به هیچ روی حق ندارد که از تعهدات پیمانکار بکاهد یا موجب تمدید مدت پیمان یا پرداخت اضافی به پیمانکار شود یا هر نوع دستور یا تغییر کاری را صادر کند.»

با توجه به مراتب فوق، از آنجایی که مهندس مشاور و مهندس ناظر، نمایندگان کارفرما در اجرای پروژه‌های عمرانی می‌باشند، در صورتی که به واسطه تدلیس و اعمال فریب کارانه از جهت تعیین مقدار، صفت یا قیمت بیش از حد متعارف، نفعی برای خود یا دیگری تحصیل نمایند، مشمول مجازات ماده ۵۹۹ می‌گردند. در همین جا لازم به ذکر می‌دانند، مهندس مشاور و ناظر ممکن است از کارمندان دولت و یا از میان اشخاص عادی یعنی خارج از کارمندان دولت انتخاب شود. در صورتی که مهندسین مشاور و ناظر دستگاه از میان کارکنان دولت (همان دستگاه یا دستگاه دیگر) انتخاب شده باشند و نامبردگان وجه یا مال یا سند تسلیم وجه یا مال از مجریان و پیمانکاران طرف قرارداد دریافت تا به واسطه آن، دستگاه اجرایی متبوع را با توسل به عملیات تدلیس آمیز راجع به قیمت، صفت و یا کیفیت کار یا کالا، فریب دهند، به نظر می‌رسد به لحاظ تقدم دریافت وجه یا وعده قبول بر عملیات تدلیس آمیز، عمل مشمول رشاء و ارتشاء خواهد بود، لیکن در صورت تأخر وصول وجه یا منافع بر عملیات تدلیس آمیز، عمل مشمول ماده ۵۹۹ می‌گردد.

در مورد آخرین جزء از عمل مرتکب یعنی انجام عملیات تدلیس آمیز یا متقلبانه از ناحیه کسی که عهده‌دار امر به ساختن چیزی گردیده و از این طریق منافی برای خود تحصیل نموده است، باید گفت از آنجایی که معمولاً «امر به ساختن» از جمله وظایف اداری کارکنان دولت می‌باشد و علی‌الاصول دولت، اشخاص عادی را به عنوان واسطه مأمور صدور امر به ساختن نمی‌نماید، بنابراین، این قسمت از عمل مرتکب نیز غالباً به وسیله کارکنان دولت قابل انجام می‌باشد.

قانون‌گذار در ماده ۵۹۹ قانون مجازات اسلامی، هر عملی را که منجر به تحصیل منافی برای مرتکب شود، مجرمانه ندانسته، بلکه اعمال چنین شخصی صرفاً در صورتی مجرمانه

تلقی می‌شود که در قالب تدلیس یعنی مکر و فریب راجع به مقدار، وصف یا قیمت موضوع معامله صورت گرفته باشد؛ بنابراین در صورتی که در اثر تدلیس افراد موضوع این قانون، کالا یا خدمتی با مقدار کمتر یا وصف غیرمطلوب یا با قیمت بیشتر از حد متعارف تحویل دولت گردد، مرتکب مشمول ضمانت اجرای کیفری این ماده می‌باشد. گرچه گاهی مواقع کیفیت نیز در قالب وصف قرار می‌گیرد، اما در سایر موارد، موضوع کیفیت از موضوع وصف متفاوت بوده و بر همین اساس و به لحاظ لزوم تفسیر مضیق قوانین کیفری، بعید به نظر می‌رسد تحویل کالا یا انجام خدمتی با کیفیت پایین‌تر را در اثر تدلیس افراد مخاطب این قانون بتوان واجد وصف کیفری ماده ۵۹۹ دانست.

در همین جا ذکر این نکته را ضروری می‌داند که تفاوت در مقدار، وصف و قیمت باید بیش از حد متعارف باشد و تفاوت‌های معمول و متعارف که در جوامع در حال توسعه و ثبات نیافته رایج می‌باشد، مشمول ماده ۵۹۹ نمی‌گردد؛ بنابراین در ماده ۵۹۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، مقنن برخلاف ماده ۱۵۳ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ و برخلاف رویه جاری و اصول حاکم بر حقوق کیفری، به نقش عرف در تحقق این جرم اشاره نموده است و گرچه اصولاً حقوق دانان نقش سازنده عرف را در حقوق مدنی و در حقوق جزا مضر به حقوق و آزادی‌های اشخاص می‌دانند، اما در خصوص ماده ۵۹۹ پیش‌بینی نقش عرف در خصوص موارد مطروحه، جنبه سازنده و مثبت داشته و در راستای جلوگیری از مجرم نمودن افراد به بهانه تفاوت‌های جزئی در مقدار، صفت و قیمت موضوع معامله بوده است.

عنصر روانی این جرم عبارت است «سوءنیت عام مرتکب» در انجام عملیات تدلیس‌آمیز و فریب‌کارانه در معامله از جهت تعیین مقدار یا صفت یا مقدار و «سوءنیت خاص» مرتکب در تحصیل منفعت برای خود یا دیگری. عده‌ای از حقوق‌دانان قصد فریب را نیز به‌عنوان سوءنیت خاص (علاوه بر قصد تحصیل منفعت) ضروری دانسته‌اند.^۱ که به نظر می‌رسد چنین نباشد.

۱- دکتر زراعت، عباس، ۱۳۸۰، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ص ۴۴۷

مجازات اصلی این جرم شش ماه تا پنج سال حبس است که غیرقابل گذشت نیز می‌باشد. قاضی دادگاه می‌تواند با ملاحظه خصوصیات جرم و مجرم نظیر کارمند بودن وی، از مجازات تکمیلی و تتمیمی و تبدیلی وفق ماده ۷۲۸ و ۱۹ قانون مجازات اسلامی استفاده نماید. در ماده ۱۵۳ قانون مجازات عمومی مصوب سال ۱۳۰۴، علاوه بر مجازات حبس، پرداخت غرامت معادل دو برابر آنچه مرتکب تحصیل نموده، پیش‌بینی شده بود.

جرم موضوع ماده ۵۹۹ از جمله جرایم مقید به نتیجه می‌باشد. به این صورت که مادامی که اعمال فریب‌کارانه و تدلیس‌آمیز اشخاص موصوف، منجر به تحصیل منفعتی برای شخص مرتکب نگردیده باشد، عمل وی از این حیث مجرمانه تلقی نمی‌گردد؛ بنابراین نتیجه این جرم عبارت است از تحصیل منفعتی برای خود یا دیگری؛ اما در این خصوص منافع مورد اشاره در ماده ۵۹۹ چیست و آیا شامل منافع مادی و غیرمادی هر دو می‌شود، باید گفت که گرچه تحصیل منافع مادی، وجه غالب و معمول در تحصیل منافع می‌باشد و محدود نمودن منافع مذکور به منافع مادی هم با اصل تفسیر مضیق قوانین جزایی و هم تفسیر قوانین به نفع متهم و هم با قسمت انتهایی ماده معنون که جبران خسارت را ملحوظ نموده سازگار است، اما به نظر می‌رسد منافع مورد اشاره در این ماده علاوه بر منافع مادی شامل منافع غیرمادی هم می‌گردد و جبران خسارت مذکور در این ماده را بیشتر باید ناظر به جبران تفاوت‌های غیرمتعارف در موضوع معامله از حیث مقدار، صفت و قیمت دانست نه از باب منفعتی که شخص مرتکب تحصیل نموده است؛ بنابراین تحصیل منافع موضوع این ماده هم می‌تواند شامل منافع مادی و هم منافع معنوی و وعده قبول و یا پرداخت آن‌ها نیز باشد. محور اصلی این جرم متضرر شدن دولت در اثر تدلیس اشخاص مرتکب در موضوع معامله می‌باشد و سایر مباحث جنبه فرعی دارند.

اگرچه اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۵۸۹ مورخ ۱۳۹۱/۷/۲۰ منظور از کلمه «هر شخص مندرج» در ماده ۵۹۹ قانون مجازات اسلامی را اعم از کارمند و غیرکارمند دانسته و تدلیس در معامله با ادارات و سازمان‌ها و مؤسسات مذکور در ماده ۵۹۸ قانون فوق‌الذکر را اعم از کارمند یا غیرکارمند بیان نموده است با این حال برحسب دفاعیات

متهم و ملاحظه جایگاه مشارالیه از منظر تصمیم‌گیری به لحاظ وجود مدیرعامل و سایر پست‌های تصمیم‌ساز نامبرده منفرداً در تصمیم‌گیری، نحوه و چگونگی تنظیم قرارداد و پرداخت‌ها و غیره نبوده و لذا توجه اتهام مشارالیه با کیفیت حاضر متصور نمی‌باشد. ثانیاً براساس نظریه کارشناس رسمی دادگستری به شرح مضبوط در پرونده اقدامات انجام شده واجد جنبه اداری و عملیاتی بوده و پیش‌پرداخت‌های صورت پذیرفته در هر حال در پرداخت‌های قطعی مورد احتساب قرار گرفته است. ثالثاً هیچ دلیل و بینه‌ای دال بر وقوع جرم در پرونده مشاهده نگردیده است و مجموع اعمال متهم در راستای اجرای طرح بوده و چنانچه پرداختی صورت پذیرفته است در راستای اجرای پروژه و جلوگیری از تضییع اموال دولتی و در جهت اجرای قرارداد بوده است. رابعاً اتهام تدلیس در معامله زمانی است که در معامله به دلیل تعیین مقدار یا صفت یا قیمت بیش از حد متعارف مورد معامله یا تقلب در ساختن آن چیز، نفعی برای خود یا دیگری تحصیل نماید. در حالی که در مانحن‌فیه عملیات مادی صورت گرفته به شرح موصوف در کیفرخواست که مدعی پرداخت وجه در قبال تجهیزات اجاره نشده خارجی بوده است منطبق با ماده مرقوم نبوده و نمی‌باشد چراکه نه در وصف کالا، نه در مقدار آن و نه در قیمت کالا و نه در ساخت آن تخلفی صورت پذیرفته است و تقلبی نیز رخ نداده است. اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری واصل تفسیر قانون به نفع متهم نیز اجازه توسعه و تفسیر قانون علیه متهم را ممتنع می‌سازد. لذا در پرتو رویه قضایی رأی صادره مطابق با قانون ارزیابی می‌گردد.

فصل دهم

تصدی بیش از یک شغل

کارکنان دولت

مقدمه

عنصر قانونی جرم تصدی بیش از یک شغل کارکنان دولت عبارت است از اصل ۱۴۱ قانون اساسی و قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل دولتی مصوب دی ماه ۱۳۷۳. علاوه بر این شورای نگهبان قانون اساسی، ۹ نظریه تفسیری راجع به اصل ۱۴۱ اعلام داشته که هریک از آن‌ها می‌تواند در مجموعه عنصر قانونی این جرم مورد استفاده قرار گیرد.

عنصر معنوی جرم تصدی بیش از یک شغل دولتی و برخی مشاغل خصوصی، درمورد متخلف اصلی عبارت است از سوءنیت عام مرتکب در تصدی بیش از یک شغل دولتی و یا برخی مشاغل موضوع تبصره ۴ ماده واحد و درمورد آمر و صادرکننده احکام عبارت است از سوءنیت عام در آمریت یا صدور حکم به تصدی شغل دیگر توسط مستخدمین دولت باوجود علم و آگاهی از کارمند بودن آن‌ها. بدیهی است چهل این‌گونه افراد به کارمند بودن آن‌ها از مصادیق چهل به حکم غیرکیفری که پایه حکم کیفری قرار گرفته، بوده و رافع مسئولیت می‌باشد.

تصدی بیش از یک شغل کارکنان دولت در رویه قضایی

شعبه پانزدهم دادسرای کارکنان دولت تهران طی قرار نهایی شماره ۱۸ مورخ ۱۳۹۴/۹/۳، درخصوص گزارش معاون نظارت و بازرسی امور اقتصادی سازمان بازرسی کل کشور علیه آقای الف مبنی بر تصدی بیش از یک شغل موضوع ماده واحد قانون منع تصدی بیش از یک شغل مصوب ۱۳۷۳ مجلس شورای اسلامی از حیث تصدی عنوان عضویت در هیأت مدیره شرکت ... و دارا بودن استانداری اردبیل با استدلال اینکه متهم در زمان عضویت، حقوق و مزایای مربوط به مناصب موردنظر در شرکت‌ها را دریافت ننموده است لذا قرار منع تعقیب مستنداً به ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ صادر کرده است.

➤ علی‌هذا با توجه به تشریح قرار صادره، در ادامه رویه قضایی مورد بحث و

بررسی قرار می‌گیرد:

- مفاد قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل دولتی مصوب ۱۳۷۳ به شرح زیر است:
- «با توجه به اصل ۱۴۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هر شخص می‌تواند تنها یک شغل دولتی را عهده‌دار شود.
- تبصره ۱- سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی و تحقیقاتی از این موضوع مستثنا می‌باشند.
- تبصره ۲- منظور از شغل عبارت است از وظایف مستمر مربوط به پست ثابت سازمانی یا شغل و یا پستی که به‌طور تمام وقت انجام می‌شود.
- تبصره ۳- شرکت و عضویت در شوراهای عالی، مجامع عمومی، هیأت‌های مدیره و شوراهای مؤسسات و شرکت‌های دولتی که به‌عنوان نمایندگان قانونی سهام دولت و به‌موجب قانون و یا در ارتباط با وظایف و مسئولیت‌های پست و یا شغل سازمانی صورت می‌گیرد، شغل دیگر محسوب نمی‌گردد. لکن پرداخت یا دریافت حقوق بابت شرکت و یا عضویت در موارد فوق ممنوع خواهد بود.
- تبصره ۴- تصدی هر نوع شغل دولتی دیگر در مؤسساتی که تمام یا قسمتی از سرمایه

آن متعلق به دولت و یا مؤسسات عمومی است و نمایندگی مجلس شورای اسلامی، وکالت دادگستری، مشاوره حقوقی و ریاست و مدیریت عامل یا عضویت در هیأت مدیره انواع شرکت‌های خصوصی، جز شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات برای کارکنان دولت ممنوع است.

تبصره ۵- متخلف از این قانون به انفصال خدمت موقت از شش ماه تا یک سال محکوم می‌گردد و وجوه دریافتی از مشاغل که در یک زمان تصدی آن را داشته است به‌جز حقوق و مزایای شغل اصلی وی مسترد می‌گردد و در صورت تکرار در مرتبه دوم علاوه بر استرداد وجوه موضوع این تبصره به انفصال دائم از مشاغل محکوم می‌گردد.

تبصره ۶- آمر و صادرکننده احکام در صورت اطلاع به نصف مجازات مذکور در صدر تبصره ۵ محکوم می‌گردند.

تبصره ۷- مسئولین ذی‌حسابی و واحدهای مالی دستگاه‌های دولتی در صورت پرداخت حقوق و مزایا بابت شغل دیگر، در صورت مطلع بودن از شغل دوم به انفصال خدمت موقت بین سه تا شش ماه محکوم خواهند گردید.

تبصره ۸- افرادی که مستقیماً از سوی مقام معظم رهبری به سمت‌هایی در دستگاه‌های مختلف منصوب می‌گردند، از شمول مفاد این قانون مستثنا خواهند بود.

تبصره ۹- کلیه سازمان‌ها و نهادها و ارگان‌هایی که به نحوی از بودجه عمومی استفاده می‌نمایند و شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت و مؤسساتی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام است، مشمول این قانون می‌باشند.»

عنصر مادی این جرم عبارت است از:

- ۱- تصدی بیش از یک شغل دولتی توسط کارمندان دولت در رده‌های مختلف؛
- ۲- تصدی شغل غیردولتی وکالت دادگستری، مشاوره حقوقی و ریاست و مدیریت عامل یا عضویت هیأت مدیره انواع شرکت‌های خصوصی؛
- ۳- دریافت و پرداخت بابت شرکت و عضویت در شوراهای عالی، مجامع عمومی، هیأت مدیره و شوراهای مؤسسات و شرکت‌های دولتی که به‌عنوان نمایندگی قانونی سهام دولت و

به موجب قانون و یا در ارتباط با وظایف و مسئولیت‌های پست و یا شغل سازمانی صورت گیرد.

عنصر معنوی جرم تصدی بیش از یک شغل دولتی و برخی مشاغل خصوصی، درمورد متخلف اصلی عبارت است از سوءنیت عام مرتکب در تصدی بیش از یک شغل دولتی و یا برخی مشاغل موضوع تبصره ۴ ماده واحد و درمورد آمر و صادرکننده احکام عبارت است از سوءنیت عام در آمریت یا صدور حکم به تصدی شغل دیگر توسط مستخدمین دولت با وجود علم و آگاهی از کارمند بودن آن‌ها. بدیهی است چهل این‌گونه افراد به کارمند بودن آن‌ها از مصادیق چهل به حکم غیرکیفری که پایه حکم کیفری قرار گرفته، بوده و رافع مسئولیت می‌باشد.

عنصر معنوی این جرم درمورد مسئولین پرداخت دستگاه‌ها، یعنی ذی‌حسابان و سایر مأمورین ذی‌صلاح مالی عبارت از سوءنیت عام در پرداخت حقوق و مزایا به کارمندان دولت که متصدی شغل دیگری به شرح ماده واحد گردیده‌اند، می‌باشد. بدیهی است این‌گونه افراد باید از کارمند بودن اشخاص مذکور، علم و آگاهی داشته باشند.

نکته قابل ذکر اینکه کارمندان دولت ممکن است پس از استخدام در دستگاه متبوع، به وکالت دادگستری یا مشاوره حقوقی، ریاست یا مدیریت عامل یا عضویت در هیأت مدیره انواع شرکت‌های خصوصی بپردازند. بدیهی است در صورتی که دستگاه‌ها و ارگان‌های اخیرالذکر (مثلاً واحد اداری یا مالی شرکت خصوصی محل خدمت) متوجه کارمند بودن شخص مورد اشاره گردند، از آنجایی که اولاً به این‌گونه اشخاص، عنواناً ذی‌حسابی و واحد مالی تلقی نمی‌شود و ثانیاً این واحدها از عناوین واحدها و دستگاه‌های دولتی تلقی نمی‌گردند و ثالثاً حکم انفصال از خدمت در این مراکز فاقد معنا و موضوعیت می‌باشد، بنابراین اصولاً این‌گونه افراد نمی‌توانند موردنظر قانون‌گذار بوده باشند. لذا مشمول انفصال موقت از سه تا شش ماه نمی‌شوند و این مسئولیت تنها متوجه ذی‌حسابی و واحدهای مالی دستگاه‌های دولتی بوده، به این معنا که اگر آنان متوجه شوند، مستخدم دستگاه متبوع آن‌ها قبلاً در جای دیگری استخدام شده و در آن سازمان در حال انجام وظیفه است، باید از هرگونه

پرداختی به او خودداری نماید و همچنین است اگر مسئول مالی دستگاه دولتی، متوجه شرکت و عضویت فعلی و یا قبلی مستخدم دستگاه متبوعش به عنوان ریاست، مدیریت و یا عضویت وی در هیأت مدیره یک شرکت خصوصی شود.

تحقیق جرم دو شغله بودن، به دریافت حقوق، پاداش و ... منوط نشده است و صرف عضویت در هیأت مدیره شرکت جرم می باشد.

در دادنامه دیگری شعبه ۱۰۵۷ دادگاه عمومی تهران ویژه رسیدگی به جرایم کارکنان دولت در خصوص اتهام آقای الف دایر بر تصدی بیش از یک شغل و آقای ب دایر بر انتصاب متهم ردیف اول به عنوان عضو هیأت مدیره شرکت ... موضوع کیفرخواست شماره ۲۷۸ دادسرای کارکنان دولت با این استدلال که عضویت در هیأت مدیره به نمایندگی از سهام یک مجموعه، عضویت قلمداد نمی گردد بلکه نمایندگی بوده و عضویت متعلق به سهامدار اصلی می باشد، اقدام به صدور رأی برائت نموده است.

در نقد دادنامه فوق الذکر نیز باید گفت که تبصره ۳ ماده واحده قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مقرر داشته است شرکت و عضویت در شوراهای عالی، مجامع عمومی، هیأت های مدیره و شوراهای مؤسسات و شرکت های دولتی که به عنوان نمایندگی قانونی سهام دولت و به موجب قانون و یا در ارتباط با وظایف و مسئولیت های پست و یا شغل سازمانی صورت می گیرد، شغل دیگر محسوب نمی گردد. لکن پرداخت یا دریافت حقوق بابت شرکت و یا عضویت در موارد فوق ممنوع خواهد بود.

ملاحظه می گردد که استثناء قانونی تجویز شده در تبصره فوق الذکر صرفاً شامل نمایندگان قانونی سهام دولت در مؤسسات و شرکت های دولتی است و یا اینکه این عضویت در ارتباط با وظایف و مسئولیت های پست و یا شغل سازمانی صورت پذیرفته باشد، حال آنکه شرکت های مورد بحث دولتی نبوده و هیچ گونه اجازه قانونی مبنی بر عضویت متهمان به عنوان نماینده شرکت ... وجود ندارد.

ملاحظات و نتیجه گیری

❖ در بررسی رویه قضایی ملاحظه می‌گردد تخفیف مجازات درخصوص بعضی متهمان وفق مقررات انجام نشده است. هرچند تخفیف به مجازات امری قانونی است لکن به تأکید قانون این تخفیف بایستی متناسب باشد. حال آنکه به نظر می‌رسد استناد به فقدان سابقه کیفری درخصوص بعضی از کارمندان (افرادی که فقدان سابقه کیفری، شرط ضروری خدمت ایشان است) نمی‌تواند موجب تخفیف در مجازات بزه ارتكابی به میزان چهار سال کمتر از حداقل مجازات قانونی باشد. این امر درخصوص استناد دادگاه به سن متهم درخصوص قشر فوق به عنوان جهت تخفیف نیز صادق است.

❖ در تعیین مجازات بین اقل و اکثر توجه به جایگاه متهم، آثار تخریبی بزه ارتكابی و میزان قباحت عمل، امری ضروری است حال آنکه اخذ رشوه، در شرع و عرف امری به شدت ناپسند است به نحوی که در کلام ائمه معصومین علیهم السلام از آن به کفر به خدای متعال تعبیر شده است. قباحت عمل به دلیل از بین رفتن اعتماد مردم به دستگاه و موجب خدشه دار شدن آبروی کارمندان خدوم است. واقع امر آن است که هر پدیده‌ای باید با توجه به اثرش در موضع خاص مورد توجه قرار گیرد. هرچند اساساً ارتشاء امری مذموم است لکن در میان برخی افسار اداری، قباحت آن دو چندان است. علی‌هذا با توجه به شیوه ارتكاب برخی از جرایم از طریق ارتباط گیری با وکیل، دریافت رشوه با حضور بر سر قرار شبانگاهی و غیره، اعطای تخفیف ناصواب و برخلاف رویه قضایی به نظر می‌رسد.

❖ در بررسی رویه قضایی ملاحظه می‌گردد بعضاً دادگاه متهم را از حیث اتهام تحصیل مال از طریق نامشروع به تحمل دو سال حبس تعزیری و از حیث اتهام ارتشاء به تحمل ده سال حبس، انفصال موقت به مدت سه سال و ده ضربه شلاق محکوم نموده است. و سپس با اعمال دو درجه تخفیف مجازات ده سال حبس را به دو سال تقلیل داده است. نظر به اینکه درخصوص تعدد جرم مقررات تبصره ۳ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به‌عنوان قاعده خاص تخفیف حاکمیت داشته و طبق این تبصره، دادگاه در موارد تعدد فقط می‌تواند در صورت وجود جهات تخفیف، مجازات را تا میانگین حداقل و حداکثر و در صورت نداشتن حداقل و حداکثر تا نصف تقلیل دهد لذا کاهش مجازات ده سال حبس به دو سال خلاف تبصره مذکور و رویه قضایی می‌باشد.

❖ قبل از تصویب قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و لازم‌الاجرا شدن آن، براساس تبصره ۴ ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ... اگر میزان رشوه بیش از دویست هزار ریال اعلام می‌گردید، صدور قرار بازداشت موقت به مدت یک ماه الزامی بود و در بدو امر شاید به ذهن می‌رسید که صدور قرار بازداشت موقت تنها برای مواردی است که موضوع رشوه وجه نقد آن هم بیش از دویست هزار ریال باشد؛ زیرا قانون‌گذار در این تبصره برخلاف پاراگراف‌های متن ماده ۳ از عبارت قیمت مال استفاده نکرده بود و تنها به مبلغ اشاره نموده که مبلغ هم درمورد وجه نقد به کار می‌رفت؛ اما رویه قضایی مشکل مزبور را حل کرده بود، زیرا عقلاً پذیرفته نیست کارمند برای دریافت بیست و یک هزار تومان وجه نقد یک ماه بازداشت موقت شود اما کارمند دیگری برای قبول یک اتومبیل خارجی به‌عنوان رشوه بازداشت موقت نگردد؛ بنابراین اگر قیمت مال مأخوذ هم بیش از دویست هزار ریال باشد صدور قرار بازداشت موقت الزامی بود.

❖ جرایم رشاء و ارتشاء در صورتی قابل تحقق هستند که رشوه‌گیرنده (مرتشی) از زمره کارکنان دولت و به تصریح ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و

کلاهبرداری جزء مستخدمین و مأمورین دولتی اعم از قضایی و اداری یا شوراهای یا شهرداری‌ها یا نهادهای انقلابی و به‌طور کلی قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح یا شرکت‌های دولتی یا سازمان‌های دولتی یا وابسته به دولت یا مأمورین به خدمات عمومی خواه رسمی یا غیررسمی باشند. بدین ترتیب رویه قضایی ایران هرچند برخلاف نظر برخی از فقها تحقق رشاء و ارتشاء را محدود به امر قضا نموده لیکن تا آنجا پیش نرفته است که برای اخذ و اعطای رشوه درمورد کارکنان بخش خصوصی هم وصف مجرمانه قائل شود. به‌طور خلاصه می‌توان گفت که کارکنان بخش‌های غیردولتی که خدمات عمومی انجام می‌دهند نمی‌توانند مرتکب ارتشاء شوند.

❖ دیوان عالی کشور در رأیی اعلام نموده که: «... ارتشاء عبارت از این است که کارمند دولتی یا مملکتی یا بلدی وجه یا مالی به‌منظور انجام دادن یا انجام ندادن امری که ... مربوط به وظیفه اوست از کسی بگیرد و اگر دهنده وجه در حقیقت قصد دادن رشوه را به مشارالیه نداشته باشد، تأثیری در رفع مسئولیت کیفری او ندارد چنان‌که، بالعکس، اگر کسی به‌منظور انجام وظیفه یا عدم انجام وظیفه ... چیزی به کارمند دولتی و مملکتی و بلدی بدهد و محقق شود که گیرنده آن بدون قصد انجام منظور او به اغراض دیگری، از قبیل اطلاع دادن به مقامات مربوطه و اعلام جرم بر دهنده آن، گرفته و به‌هیچ‌وجه قصد ارتشاء نداشته است، در این صورت دهنده وجه، راشی محسوب می‌شود بدون اینکه گیرنده آن مرتشی شناخته شود و به عبارت اخیری بین راشی و مرتشی ملازمه دائمی نیست و به‌طور کلی ممکن است دادن رشوه به وجود عناصر قانونی آن تحقق پیدا کند بدون اینکه مرتشی در بین باشد و بالعکس.» به‌طور خلاصه می‌توان گفت که استدلال بعضی محاکم درخصوص اخذ رشوه توسط متهمان موجه نیست، زیرا صرفاً از جیب آنان وجوهی کشف شده و افرادی به‌عنوان راشی اقرار به دادن رشوه نموده‌اند، لکن متهمان (مرتشی) مصراانه منکرند. علی‌هذا در این خصوص آرای صادره قابل خدشه می‌باشند. صرف پیدا کردن وجوهی در جیب متهم و اقرار برخی افراد به پرداخت رشوه دلیل بر اثبات اتهام دریافت رشوه نیست.

❖ رویه قضایی ایران حاکی است که برای تحقق شرایط بزه ارتشاء، قبول وجه یا مال از ناحیه مرتشی به منظور انجام یا عدم انجام امری، ضروری می باشد.

❖ مسئله تخفیف تبصره یک ماده یک قانون تشدید مجازات که درمورد کلاهبرداری و همچنین ارتشاء و اختلاس است و تخفیف را مقید می کند به حداقل؛ (یعنی اگر در سایر موارد مثل اختلاس و ارتشاء جهات تخفیف وجود داشته باشد دادگاه نمی تواند از حداقل کمتر تعیین مجازات بکند) اما قانون مجازات اسلامی سابق به طور کلی تخفیف را به طور نامحدود تجویز کرده و حتی اجازه می داد در مقام تخفیف، مجازات به نوع دیگری تبدیل بشود. بر فرض اینکه بحث خاص و عام مطرح شود یعنی قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء یک قانون خاص است و قانون مجازات اسلامی قانون عام و عام نمی تواند ناسخ خاص باشد باید گفت، معتبر بودن خاص باوجود عام زمانی مطرح است که عام و خاص هر دو معتبر و لازم الاجرا باشند. اما وقتی قانون مجازات اسلامی صراحتاً می گوید کلیه مقررات مغایر با این قانون ملغی است این کل دلالت بر عموم قوانین دارد خواه مطلق، خواه عام، خواه خاص و لذا مقررات قانون تشدید مجازات به وضوح با موضوع تخفیف مطروحه در قانون مجازات اسلامی مخالف و مغایر است. در زمان حاکمیت قانون مجازات اسلامی سابق و فعلی تقریباً می شود گفت که اغلب دادگاه ها، قانون مجازات اسلامی را مورد عمل قرار داده اند.

❖ براساس رأی وحدت رویه شماره ۶۷۷ مورخ ۱۳۸۴/۴/۱۴، واضع جرایم واجد مجازات بازدارنده حکومت است زیرا کیفرهای مذکور برای حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماعی در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی اعمال می گردد و تعزیرات شرعی عبارت است از مجازاتی که در شرع مقدس اسلام برای ارتکاب فعل حرام یا ترک واجب بدون تعیین نوع و مقدار مجازات مقرر گردیده و اصل حکم پرداخت و دریافت رشوه را نیز شرع انور بیان فرموده اند و در قانون مجازات اسلامی و ماده ۳ قانون تشدید مجازات

مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام اسلامی، به ممنوعیت مستخدمین دولتی، به‌طور کلی، اعم از قضایی و اداری از دریافت رشوه، به هر عنوان تصریح گردیده و در تبصره‌های ۲ و ۵ قانون اخیرالذکر، نوع مجازات را «تعزیری» اعلام نموده‌اند. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۱۰۹، جرایم اقتصادی شامل کلاهبرداری و جرایم موضوع تبصره ماده ۳۶ این قانون با رعایت مبلغ مقرر در آن ماده را از شمول مرور زمان تعقیب، صدور حکم و اجرای مجازات مستثنا نموده است. ماده فوق در قانون سابق فاقد پیشینه می‌باشد. جرایم اقتصادی که در ماده یاد شده به‌صورت حصری احصاء شده‌اند عبارت‌اند از کلاهبرداری، رشاء، ارتشاء، با رعایت مبلغ مقرر در ماده ۳۶، اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی در صورت تحصیل مال توسط مجرم یا دیگری، مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری، تبانی در معاملات خارجی، اخذ پورسانت در معاملات خارجی، تعدیات مأمورین دولتی نسبت به دولت، جرایم گمرکی، جرایم مالیاتی، پولشویی، اخلاف در نظام اقتصادی کشور و تصرف غیرقانونی در اموال عمومی و دولتی می‌باشند. لازم به ذکر است جرایم اقتصادی شامل کلاهبرداری و جرایم سیزده‌گانه مندرج در تبصره ذیل ماده ۳۶ قانون مرقوم در صورتی از شمول مرور زمان خارج است که میزان مال موضوع جرم ارتكابی یک میلیارد ریال و بالاتر باشد.

❖ عده‌ای معتقدند که تعلیق موضوع تبصره ۳ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در واقع همان تعلیق موضوع ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی است و لذا واجد آثار و عوارض ماده ۴۶ است. از لوازم این ماده آن است که اولاً در صدور این قرار باید مدت تعلیق معین شود، ثانیاً چنانچه محکوم در مدت تعلیق مرتکب یکی از جرایم تعزیری تا درجه هفت شود این قرار ملغی خواهد شد.

❖ عده‌ای دیگر معتقدند که مجازات حبس تعلیق شده مرتکب موضوع تبصره ۳ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری هیچ‌وقت منجر نخواهد شد و تحت هیچ شرایطی قرار صادره لغو نمی‌شود ولو اینکه محکوم مرتکب جرایم تعزیری درجات بالا شود؛ به عبارت دیگر تعلیق موضوع تبصره یاد شده به معنای معافیت از کیفر است؛ زیرا فلسفه وضع این تبصره آن است که مرتکبان اختلاس در راستای کشف مورد اختلاس و برگرداندن مال مورد اختلاس تشویق شوند تا با رد تمام اموال و وجوه اختلاس شده، مجازات حبس آن‌ها معلق شود. رویه قضایی و دکترین حقوقی در نظام قضایی ما این نظر را پذیرفته است؛ یعنی هرچند که عنوان این قرار با قرار تعلیق اجرای مجازات موضوع ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ یکی است ولی آثار و عوارض این دو متفاوت است. در حقیقت منظور قانون‌گذار معافیت مرتکب از مجازات حبس است، اگرچه از واژه تعلیق استفاده نموده است. مقتضای تفسیر به نفع متهم نیز همین نظر است و با توجه به اینکه ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام قانون خاص مقدم است، قانون عام مؤخر نمی‌تواند آن را نسخ نماید بنابراین همچنان به قوت خود باقی است.

صرف‌نظر از مباحث فوق‌الذکر آنچه مسلم می‌باشد این است که ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص جرایم اقتصادی موضوع جرم بیش از یک‌صد میلیون ریال را قابل تعلیق اجرای مجازات ندانسته است. یکی از این جرایم اقتصادی با توجه به بند «ب» ماده ۱۰۹ قانون مزبور، اختلاس موجود در بند «ب» از تبصره ماده ۳۶ همان قانون است. قانون‌گذار با وضع ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی در مقام یکسان‌سازی قوانین و مقررات مربوط به تعلیق اجرای مجازات و ذکر موارد ممنوعیت اعمال تعلیق اجرای مجازات بوده است. هرچند قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء ... قانونی خاص است لکن به لحاظ آنکه قانون مجازات اسلامی به تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان رسیده

است، موجب نسخ تبصره ۳ ماده ۵ قانون اخیرالذکر شده است. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مقام سخت‌گیری نسبت به بزه‌کاران جرایم اقتصادی و نیز کارمندان دولت بوده که از اعتماد عمومی سوءاستفاده نموده و مرتکب چنین جرایمی ازجمله اختلاس می‌شوند لذا تبصره ۳ ماده ۵ مارالذکر موجب جری شدن چنین افرادی و موجب تشویق آن‌ها می‌شود.

❖ با توجه به اینکه مراجع قضایی در اجرای تبصره ۵ ماده ۵ قانون تشدید ... به لحاظ مبلغ و میزان مورد اختلاس تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مکلف به صدور قرار بازداشت موقت به مدت یک ماه در صورت وجود دلایل کافی بوده‌اند لذا عدم توجه به این تکلیف یکی از تخلفات واقع شده در روند رسیدگی توسط مراجع قضایی اعم از دادسرا و دادگاه بوده است. در بررسی رویه قضایی به وفور ملاحظه می‌گردد که شعب رسیدگی‌کننده، ضمن عدم توجه به ضابطه فوق، در تعیین مجازات حبس نیز اشاره‌ای به ایام بازداشت ننموده‌اند.

❖ مواد مربوط به تخفیف مجازات در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اعم از ماده ۳۷، تبصره ۳ ماده ۱۳۴ و ۱۳۳ محدودیت در تخفیف مجازات ایجاد کرده است. درحالی‌که در ماده ۲۲ قانون سابق محدودیتی در تخفیف مجازات پیش‌بینی نشده بود؛ بنابراین اعمال مواد قانون جدید مربوط به تخفیف مجازات در حق متهمی که در زمان حاکمیت قانون قبل مرتکب جرم شده است به نوعی تشدید مجازات محسوب می‌شود و لذا اعمال نخواهد شد و ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در حق وی قابلیت اعمال دارد؛ به عبارت دیگر با توجه به صدر ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و مقررات مشابه آن در ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ در جرایم تعزیری، مقررات پیش از وقوع جرم باید اجرا شود، مگر اینکه موضوع مشمول ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ باشد که در این صورت با هر شرایطی قانون جدید اعمال می‌شود و در غیراین صورت

اگر قواعد تخفیف، تعدد، تکرار جرم، آزادی مشروط و سایر مقررات تخفیف و موارد محدودیتی قائل شده باشد، تشدید محسوب و عطف به ما سبق نمی‌شود. لذا از آنجاکه سال وقوع بعضی از جرایم قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بوده، محاکم از اعمال ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به دلیل اینکه به ضرر متهمان می‌باشد خودداری نموده‌اند و این موضوع بیانگر شکل‌گیری رویه قضایی بر مبنای قانون می‌باشد.

❖ بررسی رویه قضایی حکایت از این موضوع دارد که در اختلاس، برداشت وجوه به منزله تصاحب و تملک آن به حساب می‌آید. یعنی درمورد وجوه به صرف برداشت، جرم به صورت تام واقع می‌شود و مرتکب به عنوان مختلس قابل تعقیب جزایی خواهد بود. ولی درمورد سایر اموال بایستی رفتار مرتکب به صورت تصاحب، بروز و ظهور پیدا کند تا جرم به شکل تام واقع شود. از طرفی در جرم اختلاس بین محروم نمودن موقت یا دائم دستگاه‌های مذکور در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری از اموال متعلقه، تفاوتی وجود ندارد و به محض اینکه اندیشه مرتکب بر محرومیت دستگاه‌های موصوف از آن اموال تعلق گرفت در آن صورت موقت یا دائم بودن قصد محرومیت تأثیری در تحقق جرم نداشته و این امر صرفاً در مواردی در مجازات جزای نقدی اثرگذار است. به علاوه استفاده یا عدم استفاده عملی شخص مرتکب از وجوه یا مال موضوع اختلاس تفاوتی در ماهیت جرم ایجاد نمی‌کند. در این جرم مقنن خروج وجه یا مال از مالکیت دولت و سایر دستگاه‌ها را ملازم با نفع خود یا شخص دیگری دانسته، خواه شخص مرتکب از آن وجه یا مال بهره‌مند شده یا نشده باشد. در نهایت نظر به اینکه به موجب ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در صورتی که میزان اختلاس بیش از مبلغ ۵۰/۰۰۰ ریال باشد مرتکب به انفصال دائم از خدمات دولتی محکوم می‌شود و با توجه به اینکه بعضی محاکم در مانحن فیه با اعمال کیفیات مخففه قضایی، مجازات متهم را برخلاف

تبصره ۶ ماده ۵ قانون مرقوم از انفصال دائم از خدمات دولتی به انفصال موقت از خدمات دولتی به مدت یک سال تنزل داده است، بر این مبنا آرای صادره در مورد اخیرالذکر واجد ایراد و اشکال است.

❖ بین شعب دیوان عالی کشور در خصوص اینکه مقررات تبصره ۳ از ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در مورد پرسنل نظامی لازم الرعایه می‌باشد یا خیر؟ رویه‌های مختلفی اتخاذ شده است. با وجود مجمع تشخیص مصلحت نظام و تعدد مراجع قانون‌گذاری، این تصور را نباید داشته باشیم که مراجع مختلف می‌توانند قوانین معارضی تصویب کنند، بلکه قانون جرایم نیروهای مسلح که مؤخر بر قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء به تصویب رسیده، با در نظر گرفتن مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب شده و اگر چنانچه مجمع تشخیص مصلحت نظام این قانون را خلاف مصلحت تشخیص می‌داد قانون مؤخر را نسخ می‌کرد؛ بنابراین مرجع مزبور قانون مؤخر را تأیید کرده که در ماده ۲ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران اعلام گردیده در مواقعی که مجازات جرمی در این قانون ذکر نشده باشد دادگاه طبق قوانین عمومی تعیین کیفر خواهد کرد؛ بنابراین در مواردی که جرمی در قانون جرایم نیروهای مسلح پیش‌بینی نشده باشد از قوانین عمومی که تعیین کیفر کرده است استفاده خواهد شد. تسری تبصره ۳ ماده ۵ قانون فوق‌الذکر به مختلسین نظامی خلاف نظر قانون‌گذار می‌باشد؛ بنابراین رویه قضایی حکایت از این موضوع دارد که مقررات تبصره ۳ از ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در خصوص اعضای نیروهای مسلح لازم الرعایه نمی‌باشد.

❖ در ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری که مجازات ۱۵ سال حبس تا حبس ابد را در نظر گرفته، دیوان‌عالی کشور وفق رویه قضایی موجود، حضور وکیل را به دلیل اینکه با مجازات مفسد فی الارض روبه‌رو هستیم الزامی دانسته است.

❖ در رویه قضایی موجود، اختلاس بانندی یکی از موارد تشدید مجازات مختلسین می‌باشد و اگر اختلاس بانندی به‌منظور اخلال در نظام جمهوری اسلامی ایران باشد مجازات مفسد فی‌الارض را خواهد داشت. مجازات کسانی که با تشکیل یا رهبری شبکه چند نفره مبادرت به اختلاس می‌نمایند علاوه بر ضبط اموال و انفصال دائم از خدمات دولتی، حبس از ۱۵ سال تا ابد خواهد بود. مجازات انفصال دائم و ۱۵ سال حبس تا ابد مجازات کسی است که تشکیل شبکه داده یا رهبری شبکه را برعهده داشته است. این مجازات در صورتی است که اقدام تشکیل‌دهنده شبکه، فساد محسوب نشود والا به مجازات مفسد فی‌الارض محکوم خواهد شد.

❖ در مقررات آیین دادرسی کیفری لزوم تعیین وکیل تسخیری در برخی جرایم آمده است و عدول از آن در اختیار قاضی نیست. تعیین وکیل تسخیری را قانون‌گذار به هر دلیل و بر هر مصلحتی و با هر قاعده‌ای و با هر ملاحظه‌ای، یکی از حقوق دفاعی متهم می‌شمارد. یکی از حقوق دفاعی متهم که در تبصره ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته تعیین وکیل تسخیری در برخی جرایم است. اگر متهم خودش وکیل تعیین نکرد قانون‌گذار قاضی را مکلف می‌کند که حتماً در جرایمی با مجازات قصاص، رجم، اعدام و حبس ابد باید وکیل حضور داشته باشد. اگر قاضی از این وظیفه تخطی کند مرتکب تخلف انتظامی شده است. لازم به‌ذکر است که رویه قضایی موجود در راستای ضوابط فوق شکل گرفته است.

❖ رویه قضایی در خصوص قید عبارت «تمام وجه یا مال مورد اختلاس» در تبصره ۳ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ بیانگر آن است که مرتکب جرم اختلاس به‌منظور استفاده از تعلیق اجرای مجازات حبس و معافیت از تمام یا قسمتی از جزای نقدی مکلف است تمام وجوه یا مال مورد اختلاس را قبل از صدور کیفرخواست مسترد کند و با استرداد بخشی یا قسمتی از وجوه یا مال مورد

اختلاس دادگاه الزامی در تعلیق مجازات حبس و معاف نمودن مرتکب جرم معنونه از تمام یا قسمتی از جزای نقدی ندارد و صرفاً در حدود قانون می‌تواند در مجازات مرتکب تخفیف دهد. علی‌هذا رویه قضایی گویای این است که تعلیق حبس و منتقی شدن جزای نقدی موضوع تبصره ۲ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در صورتی قابل اعمال بوده که قبل از صدور کیفرخواست، تمام وجوه اختلاس شده، استرداد شده باشد نه بخشی از آن.

❖ آرای محاکم قضایی و رویه قضایی کشورمان گویای این موضوع است که برخلاف بزه خیانت در امانت که ممکن است توسط هر شخصی صورت پذیرد، جرم اختلاس صرفاً توسط اشخاصی قابلیت تحقق دارد که با دولت در معنای عام و وسیع آن دارای علقه و رابطه استخدامی باشند.

❖ استدلال بعضی محاکم در خصوص وابستگی مدیران در رسیدگی به جرم مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی قابل خدشه می‌باشد. به لحاظ اینکه در تبصره یک ذیل ماده یک لایحه قانونی منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری تصریح شده است: پدر و مادر و برادر و خواهر و زن و یا شوهر و اولاد بلافصل و عروس و داماد اشخاص مندرج در این قانون و همچنین شرکت‌ها و مؤسساتی که اقربای فوق‌الذکر به نحو مندرج در بند ۷ و ۸ در آن سهیم یا دارای سمت باشند نمی‌توانند با وزارتخانه‌ها و یا بانک‌ها و یا شهرداری‌ها و یا سازمان‌ها و یا سایر مؤسسات مذکور در این قانون که این اشخاص در آن سمت وزارت یا معاونت و یا مدیریت دارند وارد معامله و یا داوری شوند که با توجه به اینکه در این موارد باید تفسیر مضیق شود کلمه مدیریت منصرف به مدیرعامل شرکت‌ها و مؤسسات می‌باشد و اگر هم تسامحاً به کسی که بخشی از سازمان و یا شرکتی را اداره نماید مدیر گفته می‌شود وظایف و تکالیفی که متوجه مدیرعامل است متوجه او نخواهد بود.

❖ رویه قضایی رابطه استخدامی کارمندان دولت را با وجود اعطای مرخصی بدون حقوق، برای رسیدگی به جرم تصدی بیش از یک شغل کارکنان دولت محفوظ دانسته است. لذا متهم با دریافت مرخصی بدون حقوق، کماکان کارمند دولت می‌باشد. ادعای جهل به مقررات و قوانین ازسوی متهمان و تصور نادرست آنان رافع تکلیف و مسئولیتشان در برابر قانون نبوده است.

❖ جرم تصرف غیرقانونی از جرایم عمدی مطلق است که صرف نظر از حصول نتیجه، صرف ارتکاب آن جرم است و با عنایت به اینکه جرم مزبور عبارت است از تصرف غیرقانونی در اموال و وجوه دولتی در غیر ما وضع له، بنابراین اعلام محاکم مبنی بر عدم احراز سوءنیت موجه نمی‌باشد و نهایتاً صدور حکم برائت خلاف موازین قانونی و رویه قضایی است.

❖ در صورتی که دولت بخواهد فوق‌العاده‌ایی را با عنوان رفاهی به کارمندان خود پرداخت کند این فوق‌العاده برای تمامی کارکنان مشمول برقرار می‌شود مگر فوق‌العاده مربوط به حق مدیریت و احراز ایشارگری. در بررسی جرم تصرف غیرقانونی در اموال عمومی و دولتی در رویه قضایی ملاحظه می‌گردد برخلاف مفاد ماده ۷۸ قانون مدیریت خدمات کشوری فوق‌العاده مزبور به صورت تبعیض آمیزی فقط برای تعداد خاصی از عوامل ستادی برقرار شده است که این موضوع مورد توجه مقام قضایی قرار نگرفته است.

❖ در رویه قضایی ایران، محاکم ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ را ناسخ ماده واحد قانون ممنوعیت اخذ پورسانت مصوب ۱۳۷۲/۴/۲۷ نمی‌دانند. زیرا ماده صدرالذکر را ناظر به مواردی می‌دانند که مدیریت دستگاه ذی ربط با ایفای نقش در معامله و مزایده به نفع طرف مقابل حق‌العملی دریافت می‌دارد، در حالی که در ماده واحد ممنوعیت اخذ پورسانت، قانون‌گذار صرف قبول وجه و درصد را ممنوع نموده است.

❖ از مهم‌ترین خلأهای موجود که موجب عدم تأثیر آرای صادره محاکم قضایی در برخورد با جرایم مرتبط با کارکنان دولت به‌ویژه اختلاس و ارتشاء شده است، می‌توان به عدم برخورداری از رویه قضایی واحد در کنار ضعف قوانین اشاره نمود.

❖ طی سال‌های اخیر حرکت قوانین به سوی استفاده بیشتر از جزای نقدی در کنار حبس بوده است که با توجه به طبیعت جرایم اقتصادی و انگیزه‌های مرتکبین، اقدامی مثبت و شایسته است ولی سیاست کیفری تقنینی ایران در جرایمی نظیر ارتشاء، اختلاس، اخذ پورسانت و تبانی در معاملات دولتی دچار آشفتگی و پراکندگی بوده و از انسجام برخوردار نبوده است.

❖ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۳۰۷ رسیدگی به اتهامات رؤسای قوای سه‌گانه و معاونان و مشاوران آنان، رئیس و اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام، اعضای شورای نگهبان، نمایندگان مجلس شورای اسلامی و خبرگان رهبری، وزیران و معاونان وزیران، دارندگان پایه قضایی، رئیس و دادستان دیوان محاسبات، سفیران، استانداران، فرمانداران مراکز استان و جرایم عمومی افسران نظامی و انتظامی، مدیران کل اطلاعات استانی حسب مورد را در صلاحیت دادگاه‌های کیفری تهران دانسته است، مگر آنکه رسیدگی به این جرایم به‌موجب قوانین خاص در صلاحیت مراجع دیگری باشد. قانون‌گذار بنا به مصالحی که به دوران تصدی و مسئولیت مقامات برمی‌گردد مصلحت ندیده است که آن‌ها در حوزه مأموریت خود تحت تعقیب قرار گیرند و رعایت حرمت و شئونات اداری آن‌ها معیار تصمیم‌گذار مبنی بر ضرورت رسیدگی به جرایم آن‌ها در دادگاه‌های ذی‌ربط در تهران یا مرکز استان قرار گرفته است. به عبارت دیگر شخصیت اداری متهمان، مرجع صالح به رسیدگی را معین کرده است.

❖ هرچند اصل بر آن است که همه نسبت به قانون آگاه‌اند و کارکنان دولت نیز مشمول این اصل هستند اما حقیقت آن است که درعالم واقع خلاء معلومات و اطلاعات قانونی وجود دارد. امروزه به دلایل مختلف جرایم و تخلفات در سطح کارکنان و مدیران دستگاه‌های اجرایی به وقوع می‌پیوندد. صرف‌نظر از ضعف قوانین و مقررات، عدم نظارت کامل دستگاه‌ها بر فعالیت‌های کارکنان و مدیران نیز مزید بر علت گردیده است. از نگاه کلی تشتت رویه قضایی در برخورد با جرایم کارکنان دولت و حجم بالای آرای براءت و منع تعقیب نه‌تنها زمینه را برای کاهش فساد دستگاه‌ها فراهم ننموده بلکه موجبات جری‌تر شدن مجرمان دستگاه‌های اداری و اجرایی را فراهم کرده است. امروزه عدم آگاهی کارکنان و مدیران از ابعاد مختلف جرایم، خود عامل وقوع بسیاری از جرایم می‌باشد. بسیاری از کارکنان وقوع جرم رشوه را فقط در اخذ پول به‌صورت مستقیم می‌دانند یا تعریف و عناصر سه‌گانه جرم تصرف غیرقانونی حتی برای مدیران عالی نیز ناشناخته می‌باشد. بسیاری از مدیران اجرایی به‌دلیل عدم شناخت دقیق از قانون منع تصدی بیش از یک شغل، مناصب مختلف را برعهده گرفته و از چند صندوق دولتی حقوق و مزایا دریافت می‌کنند یا بسیاری از اندیشمندان حقوق تمایزی بین جرم اخذ پورسانت یا تحصیل منفعت در معاملات دولتی موضوع ماده ۶۰۳ قائل نیستند. اجرای عدالت کیفری درمورد کارکنان دولت نسبت به سایر افراد به‌مراتب دارای صعوبت بیشتری است. خصوصاً در وضعیتی که ممکن است کارمند دولت از بایدها و نبایدهای شغلی بهره کامل نبرده و محرومیت از داشتن یک زندگی متعارف نیز مزید بر علت شده باشد.

❖ عدم دسترسی به مدارک کافی و مستدل، عدم توجه مدیران عالی دستگاه‌ها به‌عنوان شاکی جهت تنظیم شکایت و پیگیری پرونده در ساختار نظام عدالت کیفری ازجمله مواردی است که زمینه تسهیل و تداوم جرایم مرتبط با کارکنان دولت را دوچندان می‌سازد. همچنین در مرحله تعیین برنامه‌های مقابله با جرایم مربوط به کارکنان دولت،

می‌توان به انطباق ندادن برخی قوانین با واقعیات اجتماعی و نارسائی یا خلأ مقررات کیفری در برخی موارد و عدم توجه رکن قانون‌گذار به جرم انگاری‌های نوین یا اصلاح مقررات ناقص موجود اشاره نمود. عدم حاکمیت نظم قانونی در سیستم اقتصادی کشور، جنجال‌سازی پیرامون عدم امنیت کاری برای مدیران توسط برخی افراد و عدم الزام مدیران و مسئولین به ثبت و اعلام صحیح سرمایه‌های دولتی در پروژه‌های اجرایی نیز از موانع موجود بر سر راه نظام عدالت کیفری و تقنینی در کنترل جرایم مرتبط با کارکنان دولت می‌باشند. علی‌هذا مبارزه با جرم و فساد اداری مستلزم برخورد قضایی است و به این منظور وجود نظام قضایی مستقل و کارآمد همچنان ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. دستگاه قضایی می‌تواند با رسیدگی سریع به پرونده‌های فوق‌الذکر و انتشار اسامی محکومین در رسانه‌ها، زمینه‌های بروز ارتشاء و اختلاس و دیگر جرایم کارکنان دستگاه‌های اداری را کاهش دهد.

❖ با بررسی متون قانونی مربوط به جرایم اقتصادی نظیر ارتشاء، اختلاس، اخذ پورسانت، تبانی در معاملات دولتی به این نتیجه دست می‌یابیم که با توجه به آشفتگی و پراکندگی موجود در سیاست کیفری تقنینی ایران، اصولاً نمی‌توان یک سیاست کیفری منسجم و مدون را تبیین نمود.

❖ شاید مهم‌ترین عامل در مقابله با اختلاس و ارتشاء و دیگر مفاسد اقتصادی، قدرت سیاست جنایی یک جامعه یعنی وجود یک برنامه هدفمند قانونی و مؤثر و پیامدگرا با ضمانت اجرای کارآمد به‌منظور رویارویی با مفاسد اقتصادی باشد. عدم جرم‌انگاری برخی از مصادیق مفاسد اقتصادی که در نظام‌های اداری واقع می‌شوند و نظام عدالت کیفری بر تقنین آن وقعی ننهاد و از تعیین عنوان مجرمانه و متعاقباً ضمانت اجرای کیفری برای آن کوتاهی کرده است، وجود ضمانت اجرای غیر مؤثر برای مصادیق مجرمانه در ارتباط با مفاسد اقتصادی که در قوانین مختلف جزایی عنوان مجرمانه یافته‌اند اما ضمانت اجرای کیفری آن‌ها یا بسیار ناکارآمد بوده و یا روش‌هایی برای عدم اعمال یا فرار از آن‌ها وجود دارد.

❖ در بحث مجازات و ضمانت اجرای کیفری در ارتشاء و اختلاس سیاست مقنن بارها دستخوش تغییرات شده است. به نحوی که اگر قوانین پس از انقلاب اسلامی را در نظر بگیریم، ابتدا در قانون تعزیرات سال ۱۳۶۲ برخوردی خفیف وجود داشته و سپس در قوانین بعدی نظیر قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری بر شدت مجازات افزوده است. حرکت قوانین نیز به سوی استفاده بیشتر از جزای نقدی در کنار حبس بوده است که با توجه به طبیعت جرایم اقتصادی و انگیزه های مرتکبین، اقدامی مثبت و شایسته است.

❖ در سال های اخیر طرح ها و لوایحی که نقش پیشگیرانه ای در ارتکاب ارتشاء، اختلاس و جرایم کارکنان دولت ایفا می کنند نظیر لایحه رسیدگی به دارایی مسئولان، قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و ... مطرح و غالباً تصویب گردیده است و تلاش های دیگری با تصویب قانون پولشویی، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات سال ۱۳۹۴ صورت پذیرفته است

❖ هر گونه برخورد شتابزده در ارتباط با جرایم مرتبط با کارکنان دولت ممکن است آثار سوئی به دنبال داشته باشد. پیچیدگی این حوزه و تأثیر متغیرهای ناشناخته در پدیداری وضعیت اقتصادی جدید ایجاب می کند تا سیاست کیفری در ارتباط با جرایم این حوزه از سازمان یافتگی و انسجام خاص برخوردار باشد. تنظیم رویکرد سرکوبگرانه و بازدارنده به گونه ای که رابطه مکملی بین آن ها برقرار باشد و فراگیرسازی رویکردهای مزبور نسبت به تمامی زمینه های جرم خیز باید بر پایه مطالعات و پژوهش های دقیق انجام شود. هر گونه پیشرفت در رویکرد سرکوبگرانه و محوریت پاسخ های کیفری بدون اندیشیدن سازوکارهای ترمیمی و رویکرد بازدارنده و متناسب با وضع موجود، موجب عدم تعادل در این بخش می شود و فرآیند مبارزه با جرایم و مفاسد بخش اداری خصوصاً ارتشاء و اختلاس را دچار اختلال می کند، لذا در کنار مبارزه مستمر و برخورد قاطع با مجرمان باید به موضوعاتی که پیش تر گفته شد نیز توجه لازم صورت پذیرد.

❖ درک واقعی از اهداف و مفاهیم مرتبط با «جرایم کارکنان دولت» مستلزم مطالعه سیاست کیفری ایران در این ارتباط است. همچنین شکل‌گیری رویه قضایی و نیز همگرا شدن سیاست کیفری و قضایی در ارتباط با جرایم کارکنان دولت ضروری است. لذا تقریب بین سیاست کیفری تقنینی و رویه قضایی موجب کارآمدتر شدن فرآیند مبارزه با جرایم کارکنان دولت می‌شود.

❖ مبارزه جدی با ارتشاء و اختلاس و دیگر جرایم کارکنان دولت، در وهله نخست مستلزم انجام اصلاحات لازم و بنیادین در نظام مالی و معاملاتی کشور و در مرحله دوم نیازمند وضع قوانین کیفری لازم متناسب با چنین نظامی و ارائه آموزش‌های مرتبط به قضات برای برخورد با جرایم مرتبط با کارکنان دولت است.

❖ اجرای قانون به نحو صحیح و درست لازمه هرگونه مبارزه با جرایم است. چنانچه اهرم‌های کنترل و نظارتی کافی برای اجرای قانون پیش‌بینی نشود مبارزه با جرایم مورد بحث با چالش‌هایی مواجه خواهند شد و چه‌بسا این قوانین مورد سوءاستفاده قرار گرفته و نتیجه معکوس داشته باشد.

❖ مبارزه با فساد مستلزم عزم ملی، خواست همگانی و جدیت دولت است. این مبارزه باید ساختاریافته، هماهنگ و برنامه‌ریزی‌شده انجام گیرد. این مبارزه باید ابتدا از بخش‌ها و نقاط حساس شروع شود و هدف آن، خشکاندن ریشه باشد و نه قطع کردن شاخ و برگ‌ها. زیرا در این‌صورت، شاخ و برگ‌های جدیدی به‌وجود خواهد آمد. مقصود از ریشه، کلیه عواملی است که سبب فراهم شدن فرصت ارتکاب فساد می‌شوند و کلیه افرادی که ممکن است حتی حضور ملموس در سازمان‌های دولتی را نداشته باشند، اما حضور پشت پرده آن‌ها کاملاً محسوس باشد. مجازات مرتکبین فساد و افزایش شدید هزینه ارتکاب به فساد (به‌عنوان اقدام پس از وقوع) و اصلاح روش‌ها، بهبود سیستم‌های کاری، شناسایی و حذف

نقاط مستعد فساد، افزایش شفافیت و پاسخ‌گویی در عملکرد سازمان‌های دولتی و به‌طور کلی اصلاح نظام اداری (به‌عنوان اقدام پیشگیرانه) دو روی سکه مبارزه موفق با ارتشاء و اختلاس تلقی شده و مکمل یکدیگرند و هیچ‌یک به تنهایی کارساز نخواهد بود.

❖ حاکمیت قانون شرط نخست پیشگیری و مبارزه با فساد اداری است. فساد در جایی رخ می‌دهد که قانون، ضعیف بوده و شهروندان نسبت به آن بی‌تفاوت هستند. تجربه نشان می‌دهد در کشورهایی که به قانون احترام بیشتری گذاشته می‌شود و مردم قانون را به‌عنوان عامل حل و فصل اختلافات تلقی می‌کنند، انواع مختلف فساد به‌ویژه اختلاس و ارتشاء کمتر دیده می‌شود. شاید به همین دلیل است که در شاخص‌هایی که به سنجش میزان سلامت و فساد اداری در کشورها می‌پردازند، حاکمیت قانون یکی از نماگرهای مهم محسوب می‌شود.

❖ بررسی اقدامات کشورهای مختلف نشان می‌دهد اقدامات حقوقی و قضایی صرف نمی‌تواند جرایم کارکنان دولت و فساد اداری را کاهش دهد. بلکه حوزه‌های مختلف مرتبط با نظام اداری همچون شیوه حکمرانی، متغیرهای اقتصادی و مدیریتی نیز باید مورد توجه قرار گیرد. به واقع ارتشاء و اختلاس به‌عنوان مصادیق اصلی فساد اداری، پدیده‌ای چند رشته‌ای و چندبعدی هستند و موفقیت هر الگوی سیاست‌گذاری؛ مستلزم توجه به ابعاد مختلف این مشکل است. لذا با ایجاد بسترهای لازم فرهنگی، اجتماعی، قانونی، اجرایی و نظارتی به‌منظور فراگیر نمودن رعایت اخلاق و رفتار حرفه‌ای که پیشگیری از جرایم را به‌دنبال دارند می‌توان گامی مؤثر در کاهش این جرایم برداشت.

❖ سیاست جنایی موجود در ایران چه در مرحله جرم‌انگاری و چه در مرحله پاسخ‌دهی نسبت به جرایم اقتصادی و مالی با توجه به اشکال جدید فساد مالی در دوران معاصر نمی‌تواند چندان کارآمد باشد. اگر روزگاری فساد عمدتاً در بین کارکنان دولت

موردتوجه قانونگذار بوده، اکنون با توجه به سپرده شدن برخی از وظایف عمومی به بخش خصوصی که در گذشته در انحصار دولت بوده است، در این بخش نیز ضروری است به جرم انگاری فساد مالی در بخش خصوصی اقدام گردد.

❖ وضع قوانین متناسب و شفاف و آموزش کادر متخصص، اعم از قضایی، پلیسی و اداری کارآمد و نهایتاً تشویق عموم مردم به همکاری در مبارزه با این جرایم از طریق اطلاع رسانی و آموزش عمومی برای مقابله با مجرمین یقه سفید و حمایت همه جانبه مردم و مسئولین از قضات فاضل و متعهد و دستگاه های نظارتی، اهمیت اساسی دارد. بازداشت به موقع و به میزان ضرورت، بازجویی از متهمان توسط بازپرس، نظارت مستمر دادستان ها بر فرایند تحقیقات، همراهی و هماهنگی ضابطان با قضات دادر، حمایت از قضات شجاع و رعایت مقررات می تواند برخی از پیامدهای بازداشت متهمان یقه سفید را برطرف کند. همچنین رعایت قوانین و مقررات در محاکمه مجرمان یقه سفید از جمله دسترسی آنان به وکیل، علنی بودن دادگاه در چارچوب قانون، دسترسی متهم به مدارک و ادله، رعایت حقوق دفاعی وی و صدور احکام مستدل و مستند؛ این گونه احکام را در جامعه مؤثرتر می نماید و رویه قضایی را تحت تأثیر قرار می دهد و زمینه ساز آموزش هایی عمیق و مؤثر برای قضات جوان و وکلای تازه کار خواهد شد.

علی‌هذا به‌منظور رفع خلاءهای موجود و رسیدگی کیفی به جرایم کارکنان دولت، توجه به موارد زیر در بخش‌های تقنینی، اجرایی و قضایی حائز اهمیت می‌باشد:

❖ به‌منظور شکل‌گیری رویه قضایی صحیح و تطبیق قوانین مورد عمل با کنوانسیون‌های بین‌المللی و رفع خلأهای قانونی مصوبات مجلس شورای اسلامی، خصوصاً قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ و قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴/۳/۲۴ ضروری است موارد ذیل‌الذکر به‌عنوان ابزارهای قانونی جدید به‌جای عناصر قانونی سابق در مراجع قانون‌گذاری موردتوجه و تصویب قرار گیرد:

۱ - تحصیل هرگونه مال، سند پرداخت وجه یا تسلیم مال یا امتیاز مالی یا غیرمالی به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم توسط هریک از کارکنان نهادهای حکومتی برای خود یا دیگری، به‌منظور انجام یا خودداری از فعلی که انجام آن مطابق قوانین و مقررات بوده یا نبوده، در حیطه وظایف وی باشد یا نباشد، آن را انجام داده یا نداده، رفتار وی در انجام آن مؤثر باشد یا نباشد، ارتشاء محسوب و مرتکب حسب مورد به شرح زیر مجازات گردد:

الف - هرگاه رشوه غیرمالی یا دارای ارزش مالی کمتر از یک‌صد میلیون ریال باشد به یک یا دو مورد از مجازات درجه شش؛

ب - هرگاه ارزش مالی رشوه بیش از یک‌صد میلیون تا یک میلیارد ریال باشد، به یک یا دو مورد از مجازات درجه پنج؛

ج - هرگاه ارزش مالی رشوه بیش از یک میلیارد ریال باشد، به یک یا دو مورد از مجازات درجه چهار؛

چنانچه مرتکب دارای پایه قضایی، مدیرکل یا هم‌طراز وی یا بالاتر باشد، علاوه بر مجازات حبس و جزای نقدی مزبور به انفصال دائم از خدمات دولتی و عمومی نیز محکوم گردد.

۲ - تحصیل هرگونه مال، سند پرداخت وجه یا تسلیم مال یا امتیاز مالی یا غیرمالی

به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در خلال فعالیت‌های اقتصادی، مالی یا تجاری توسط هریک از اعضای هیأت امناء، مدیران، بازرسان و کارکنان اشخاص حقوقی که به‌موجب قانون به ثبت رسیده یا مجوز فعالیت دریافت کرده‌اند، برای خود یا دیگری به‌منظور انجام یا خودداری از انجام فعلی که براساس قوانین و مقررات نسبت به آن مجاز نبوده است، اعم از اینکه آن را انجام داده یا نداده و یا رفتار وی در انجام آن مؤثر باشد یا نباشد، ارتشاء محسوب و مرتکب به دو تا پنج سال حبس و جزای نقدی معادل وجه اخذ شده یا ارزش ریالی مال اخذ شده محکوم گردد.

۳ - تحصیل هرگونه مال، سند پرداخت وجه یا تسلیم مال یا امتیاز مالی یا غیرمالی به‌طور مستقیم توسط هریک از کارکنان دولت‌های خارجی یا سازمان‌های عمومی بین‌المللی برای خود یا دیگری، برای انجام یا خودداری از انجام فعلی به‌منظور کسب یا حفظ یک امتیاز ناروای مربوط به فعالیت‌های تجاری بین‌المللی مرتبط با دولت جمهوری اسلامی ایران که در حیطه وظایف وی باشد، اعم از اینکه آن را انجام داده یا نداده و یا رفتار وی در انجام موضوع مؤثر باشد یا نباشد، ارتشاء محسوب و مرتکب به دو تا پنج سال حبس و جزای نقدی معادل وجه اخذ شده یا ارزش ریالی مال اخذ شده محکوم گردد.

منظور از کارکنان دولت خارجی، هر فردی است که به‌صورت رسمی یا غیررسمی، شغل اجرایی، قانون‌گذاری یا قضایی کشور خارجی را برعهده دارد یا یک شغل دولتی را برای یک نهاد دولتی کشور خارجی انجام می‌دهد.

منظور از کارکنان سازمان عمومی بین‌المللی، هر کارمند بین‌المللی سازمان عمومی بین‌المللی یا فردی است که به نمایندگی از سوی آن سازمان دارای مجوز اقدام است. در صورت ابهام در تشخیص سازمان‌های بین‌المللی، مقام قضایی از وزارت امور خارجه استعلام می‌نماید.

۴ - پیشنهاد یا وعده مال، سند پرداخت وجه یا تسلیم مال یا امتیاز مالی یا غیرمالی به هریک از افراد فوق‌الذکر یا موافقت با موارد مذکور یا این موارد از سوی این افراد درخواست

گردد، مرتکب به نودویک روز تا شش ماه حبس یا جزای نقدی از ده میلیون تا بیست میلیون ریال محکوم گردد.

۵ - چنانچه هریک از افراد فوق‌الذکر پس از اخذ رشوه و پیش از انجام یا خودداری از انجام فعل موضوع رشوه، اموال را مسترد کند یا مراتب را به مراجع صالح گزارش دهد، حسب مورد به مجازات شروع به جرم محکوم و در مواردی که موجبات تسهیل تعقیب راشی را فراهم نماید، به تناسب میزان همکاری از مجازات معاف یا مجازات وی معلق گردد.

❖ به‌رغم جدیت محاکم قضایی کشورمان در بازگشت وجوه به بیت‌المال، التفات به نهادهایی از قبیل کیفیات مخففه قضایی، مرور زمان، تفسیر مضیق قوانین کیفری قابل توجه است. معذالک پیشنهاد می‌گردد بحث شمول مرور زمان تعقیب یا اجرای مجازات در چنین جرایمی دقیق‌تر مورد توجه قرار گیرد. خصوصاً آنکه شمول مرور زمان نایستی باعث تأخیر یا عدم اعاده وجوه به بیت‌المال گردد. نکته قابل توجه در آرای صادره از محاکم قضایی آن است که اهمیت اعاده وجوه به بیت‌المال و عزم جدی در تعقیب پرونده‌های مربوط از توجه به اصل برائت نکاسته و قرارهای منع تعقیب و احکام برائت قابل توجیهی حداقل در پاره‌ای از اتهامات مشاهده می‌گردد. البته پاره‌ای از قرارهای منع تعقیب و احکام برائت ناشی از قدیمی بودن نصوص قانونی است که قضات را ناچار از تفسیر مضیق قوانین به نفع متهمین می‌نماید. به‌عنوان مثال در قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی ضرورت دارد تا در مقامات مشمول آن قانون و معاملات مشمول آن توسط مقنن تجدیدنظر گردد و مصادیق مبهم رفع ابهام گردد وگرنه قضات ناچار از تفسیر به نفع متهم خواهند بود. با توجه به گذشت مدت زمان مدیدی از قوانین، تجدیدنظر در مجازات آن‌ها نیز حائز اهمیت است. خصوصاً آنکه میزان مجازات قانونی، مؤثر در شمول مرور زمان هم خواهد بود. در بحث جرم پورسانت نیز به‌نظر می‌رسد بایستی میزان پورسانت در میزان مجازات مؤثر باشد.

سیاست کیفری تقنینی کشور در مقابله با برخی از مصادیق جرایم، ناقص به نظر می‌رسد. نمونه آن جرایم ارتشاء و اخذ پورسانت در معاملات خارجی است. در قوانین ما از ابتدای شروع قانون‌گذاری تا حال حاضر، همواره سیاست مقنن بر جرم‌انگاری ارتشاء دولتی استوار بوده و پس از انقلاب نیز از عبارت در حکم ارتشاء استفاده نموده است، حال آنکه هرچند ارتشاء دولتی در سال‌های گذشته به دلیل انحصار امور در دست دولت قابل توجه بوده است، اما امروزه با توجه به رویکرد جدید جوامع و کشور ما به خصوصی‌سازی و اصل چهل و چهارم قانون اساسی و رشد بخش اقتصاد خصوصی، بسیاری از اموری که در اختیار بخش دولتی بوده، یا به بخش خصوصی واگذار شده و یا بخش خصوصی نیز در کنار بخش دولتی در آن زمینه فعالیت می‌کند؛ بنابراین نیاز به جرم‌انگاری ارتشاء در بخش خصوصی را به شدت اجتناب‌ناپذیر می‌نماید و ضروری است به‌رغم تصویب قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مبارزه با فساد، اصلاح قوانین در این خصوص همچنان مورد توجه قرار گیرد.

❖ ضرورت دارد مجلس شورای اسلامی در تدوین قوانین موضوعه جدید، بر تعامل دستگاه‌های مبارزه کننده با اختلاس و ارتشاء و جرایم کارکنان دولت تأکید نماید تا این‌گونه نهادها بتوانند به وظیفه قانونی خود به نحو مؤثر عمل کنند و البته برای این منظور ایجاد منابع مالی و کادر تخصصی لازم و ایجاد دوره‌های آموزشی برای کارکنان و جامعه هدف به‌منظور ایفای مطلوب وظایف خود حائز اهمیت می‌باشد. با توجه به اینکه مجرمین اغلب با تفکر و حسابگری دست به ارتکاب جرم می‌زنند، لازم است مقنن برای این جرایم، مجازات مالی مناسب تعیین نماید. تعیین مجازات مالی همانند جزای نقدی، ضبط و مصادره اموال می‌تواند مجرمین این بخش را از کسب منفعت مالی ناامید گرداند.

❖ پیشنهاد می‌گردد که قانون‌گذار در راستای اصلاح دوگانگی سیاست کیفری و تفنینی در جرم‌انگاری‌ها وارد عمل شود. در زمینه‌ی جرایم مورد بحث عموماً، سیاست کیفری کشور ما دارای انسجام نبوده و ناقص به نظر می‌رسد. برخوردهای دوگانه و سازمان نیافته با

جرائمی همچون رشاء و ارتشاء، اختلاس، اخذ پورسانت، اخلال در نظام اقتصادی و همچنین بحث عدم برخورد مؤثر با مصادیق جرایم اقتصادی نظیر ارتشاء و اختلاس در بخش خصوصی به رغم رویکرد اصل خصوصی سازی در کشور، می تواند زمینه سوءاستفاده مرتکبین را فراهم نماید. به روز نبودن قوانین کیفری یکی دیگر از مشکلات موجود است. به نظر می رسد با توجه به تأثیرات عمیق این گونه جرایم بر امنیت و آسایش و اعتماد عمومی به دولت و همچنین تأثیر این گونه جرایم دارای ماهیت مالی در شکل گیری باندهای بزهکاری و جرایم سازمان یافته، می بایستی در قالب انجام یکسری کارهای پژوهشی و کارشناسی، جرایم اقتصادی و قوانین و مقررات و جرم انگاری های مربوطه در سطح گسترده ای به جامعه معرفی و رویکردهای بازدارنده و پیشگیرانه نیز تشریح گردد.

❖ یکی از عوامل بسیار مؤثر در شکل گیری جرایم ارتشاء و اختلاس و دیگر جرایم مرتبط با کارکنان دولت، عدم بهره گیری از امکانات و تجهیزات نوین در عرصه امور اداری می باشد. بدیهی است با توجه به رشد روزافزون فناوری و لزوم دستیابی بخش های مختلف کشور ضرورت دارد دولت در راستای ایجاد فناوری نوین اقدامات لازم را به منظور گسترش تکنولوژی در این بخش به عمل آورد. تقویت حرکت فناوری اطلاعات، ماشینی کردن عملیات دسترسی به اطلاعات و گردش صحیح آن در حوزه مزایده ها و مناقصه ها، پیگیری، راه اندازی و به کارگیری شبکه ملی اطلاع رسانی به منظور صرفه جویی در وقت و هزینه مناقصه گذاران، افزایش تعداد شرکت کنندگان در مناقصه ها با ایجاد فضای رقابتی به منظور کاهش چشمگیر قیمت های پیشنهادی و افزایش کیفیت ارائه خدمات و کالا از موضوعات مهمی هستند که باید در دستور کار دستگاه های مناقصه گذار قرار گیرد.

❖ پیشگیری واقعی از جرم در چارچوب یک سیاست جنایی راهبردی، زمانی مصداق می یابد که از یک طرف به کاهش فرصت های ارتکاب جرم ارتشاء و اختلاس و از طرف دیگر به هماهنگ سازی اعضای جامعه با قواعد اجتماعی و تقویت بنیادهای مربوطه پرداخت. لذا

ضروری است که در کنار توجه به پیشگیری از اختلاس و ارتشاء در دستگاه‌ها از طریق ایجاد مجموعه مقررات رفتار حرفه‌ای و کاهش دسترسی به موقعیت‌های جرم‌زا و فرصت‌های ارتکاب جرم و استفاده از تکنیک‌های قانونی و به عبارت دیگر پیشگیری وضعی- فنی ارتکاب این جرایم را کاهش داد.

تو فشنود باشی و ما رستگار

فدایا چنان کن سرانجام کار

فهرست منابع و مآخذ

(۱) فارسی

- ۱- اردبیلی، دکتر محمدعلی، ۱۳۸۳، پیشگیری از جرم در حقوق کنونی ایران، مجله حقوقی دادگستری، ش ۴۹ و ۴۸.
- ۲- امامی، محمد، ۱۳۸۷، حقوق اداری، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم، جلد اول.
- ۳- انصاری، ولی‌ا...، ۱۳۸۹، کلیات حقوق اداری، تهران انتشارات بنیاد حقوقی میزان.
- ۴- آموزگار، حبیب‌الله، ۱۳۳۲، فرهنگ آموزگار، تهران، چاپ دوم.
- ۵- باختر، سید احمد، ۱۳۸۷، ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در آیینہ قوانین و رویه قضایی، تهران انتشارات خرسندی، چاپ اول.
- ۶- بازگیر، یدالله، ۱۳۷۶، کلاهبرداری، اختلاس و ارتشاء در آرای دیوان عالی کشور، تهران، نشر حقوقدان.
- ۷- باقرزاده، دکتر احد، مرداد ۱۳۸۳، جرایم اقتصادی و پولشویی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد،
- ۸- برغمندی، قاسم، ۱۳۸۹، بررسی تطبیقی سیاست جنایی ایران در قبال ارتشاء با کنوانسیون مبارزه با فساد مالی ۲۰۰۳ سازمان ملل متحد، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.
- ۹- پاینده، ابوالقاسم، نهج‌الفصاحه، تهران، سازمان چاپ و انتشارات جاویدان، چاپ هفتم، جلد اول و دوم، روایت ۱۶۸۰.
- ۱۰- پژوهشگاه قوه قضائیه، بهار ۱۳۹۲، مجموعه آرای قضایی، تهران، اداره انتشار رویه قضایی کشور،
- ۱۱- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات بنیاد راستا.

- ۱۲- دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه چهارم، تهران، شرکت چاپ افست گلشن، ۱۳۴۱.
- ۱۳- زراعت، دکتر عباس، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، انتشارات ققنوس، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۰.
- ۱۴- سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، برنامه مبارزه با فساد و ارتقاء سلامت در نظام اداری، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۴.
- ۱۵- سلیمی، دکتر صادق، جنایات سازمان‌یافته فراملی، انتشارات تهران صدا، بهار ۸۲.
- ۱۶- سنگلجی، استاد محمد، آئین دادرسی در اسلام، انتشارات طه، ۱۳۶۹.
- ۱۷- شامبیاتی، هوشنگ، جرایم علیه اموال و مالکیت، انتشارات ویراستار، چاپ دوم، ۱۳۷۵.
- ۱۸- شهری، غلامرضا و ستوده جهرمی، سروش، نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه‌ی مسائل کیفری، جلد اول و دوم، انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۷۷.
- ۱۹- صفی پور شیرازی، عبدالرحیم، منتهی‌الارب فی لغه العرب. جلد ۱. مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
- ۲۰- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ پانزدهم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۸، جلد اول.
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضایی، نشر دادگستر، چاپ اول، بهار ۷۷.
- ۲۲- گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۷، تهران.
- ۲۳- گروه علمی مؤسسه آموزش عالی آزاد چتر دانش. قانون یار مجازات اسلامی، انتشارات چتر دانش، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۳.
- ۲۴- مجموعه دیدگاه‌های قضات دادگستری استان تهران، دفتر تحقیقات دادگستری تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- ۲۵- مصدق، محمد، شرح قانون مجازات اسلامی، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۵، جلد اول.
- ۲۶- معاونت آموزش قوه قضائیه، انتشارات جاودانه، چاپ اول، تهران.

- ۲۷- معظمی، شهلا، جرم سازمان‌یافته و راهکارهای جهانی مقابله با آن، چاپ اول، پاییز ۸۴، نشر دادگستر.
- ۲۸- معین، محمد، فرهنگ فارسی، چاپ دوازدهم، تهران، نشر سرایش، ۱۳۸۷.
- ۲۹- منتهی نژاد، صادق، حقوق کیفری مالی جرایم مالی علیه دولت، دیوان محاسبات کشور، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- ۳۰- موسی زاده، رضا، حقوق اداری (۱-۲)، نشر میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۷، تهران.
- ۳۱- میرحسینی، سید حسن، حقوق و تخلفات اداری، مؤسسه فرهنگی حقوقی سینا، چاپ سوم، تهران ۱۳۸۸.
- ۳۲- میرمحمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، نشر میزان، چاپ نهم، تابستان ۱۳۸۶.
- ۳۳- نجفی ابرندآبادی، دکتر علی حسین، پیشگیری از بزهکاری در پلیس علمی، مجله امنیت، ش ۱۹ و ۲۰، ۱۳۷۹.
- ۳۴- نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری، انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۷۵، جلد ۲.
- ۳۵- نواده توپچی، حسین، چالش‌های فراروی اجرای کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد در کشور، مجله راهبرد، دانشگاه عالی دفاع ملی، شماره ۵۷، زمستان ۸۹.
- ۳۶- ولیدی، محمد صالح، حقوق جزای اختصاصی، انتشارات امیرکبیر، چاپ سوم، ۱۳۷۳، جلد ۲.

(۲) عربی

- ۳۷- الامام العلامة ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرم ابن منظور الافریقی المصری، لسان العرب، المجلد السادس، دار صادر بیروت، ۱۴۱۰ هـ ق.
- ۳۸- الجورانی، عبدالرحمن، الادعاء العام، دراسه تحلیلیه مقارنه، مجله الحقوقی، ۱۹۷۲ م.
- ۳۹- السعدی، حمید، النظریه العامه لجریمه السرقة، ۱۹۶۸ م.
- ۴۰- الشاذلی، فتوح عبدالله، الجرایم المضره بالمصلحه العامه فی القانون المصری، الطبعة الاولى، ۱۹۹۱ م.
- ۴۱- الموسوی الخمینی، روح الله، تحریر الوسیله، جلد ۲، ص ۴۰۶، مسئله ۶.
- ۴۲- ابن قیم الجوزیه، اعلام الموقعین عن رب العالمین، ج ۲، ۱۹۵۵ م.
- ۴۳- بک، احمد امین، شرح قانون العقوبات الاهلی، المجلد الاول الدار العربیه للموسوعات.
- ۴۴- جندی عبدالملک، الموسوعه الجنائیه، الجزء الاول، الطبعة الثانيه، دار العلم للجمع، بیروت.
- ۴۵- حسنی، محمود نجیب، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دارالنهضة العربیه، ۱۹۹۲.
- ۴۶- خلیل جرّ، فرهنگ لاروس (عربی به فارسی)، مترجم: طیبیان، سید حمید، انتشارات امیرکبیر، چاپ پنجم، ۱۳۷۳، جلد ۱.
- ۴۷- خویی، آیت الله سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، چاپ نجف اشرف عراق، مطبعه الاداب، جلد ۱.
- ۴۸- فتحی بهنسی، احمد، الموسوعه الجنائیه فی الفقه الاسلامی، دار النهضة العربیه، ۱۴۱۲ هـ ق، جلد ۱.
- ۴۹- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، داراحیاء التراث العربی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۲ هـ ق، بیروت.
- ۵۰- نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۲، چاپ بیروت، دارالاحیاء التراث، بحث رشوه.

(۳) مقالات

- ۵۱- ابراهیمی، دکتر شهرام، ۱۳۹۲، جرایم اقتصادی در قانون مجازات اسلامی، مصاحبه با روزنامه حمایت.
- ۵۲- جویباری، عباس، پایان‌نامه بررسی بزه خیانت در امانت، اختلاس و بیان تفاوت‌های آن‌ها، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- ۵۳- شاطری پور اصفهانی، شهید، مطالعه جرم شناختی کنوانسیون پالرمو و کنوانسیون مریدا، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.
- ۵۴- شفایی، محسن، خرداد و تیر ۱۳۳۶، رشوه و اقسام آن، مجله کانون وکلا، شماره ۵۳.
- ۵۵- معظی، دکتر شهلا، ۱۳۸۶، پیشگیری جرم‌شناسی، فصلنامه مجد، ش ۱.
- ۵۶- دوست طلب، غلامرضا، ۱۳۷۰، پایان‌نامه فوق‌لیسانس، ارتشا، اختلاس و تصرف غیرقانونی، دانشگاه شهید بهشتی.

(۴) نشریات الکترونیک

- ۵۷- بینانی، محمد، ۱۳۹۱، کنکاشی پیرامون فساد مالی در قراردادهای دولتی برگرفته از سیاست‌مداران بازرسی کل کشور، www.gio.ir
- ۵۸- نبی، قاسمعلی، آذر ۹۲، آسیب‌شناسی رشوه و رشوه‌خواری در نظام اداری. <http://www.isfahanprisons.ir/>
- ۵۹- خبره، ولی‌الله، اهمیت و جایگاه بخش خصوصی در مبارزه با فساد اقتصادی، تیرماه ۹۳. <http://www.aftabir.com>

(۵) انگلیسی

- ۶۰- بخش (C) (1) 110 قانون جزای کانادا و مفاد کنوانسیون حقوق جزا در مورد فساد منعقد از سوی شورای اروپا در سال ۱۹۹۹.
- 61- Sinasac(1977) 35 C. C. C. (2d) 81 (Ont. C. A); Ruddock (1978) 25 N. S. R. (2d) 77 N.S.C.A.

