



بازاندیشی در تعریف «شرکت در جرم» برای مقابله با فعالیت‌های هماهنگ و گروهی مجرمانه

دکتر بهنام یوسفیان شوره دلی^۱
لیلا رسولی آستانی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۴/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۲

چکیده

در رویکرد رایج میان حقوق دانان ایرانی، تأثیر مادی و مشترک رفتار مرتکبان متعدد در جرم واحد برای تحقق شرکت در جرم ضروری است، ولی ضرورت اشتراک در عنصر روانی یا توافق مجرمانه نفی شده و صرف نظر از پاره‌ای موارد استثنائی، مسئولیت شریک جرم به پیامدهای مستقیم رفتار خود او محدود میشود و وی، در قبال عواقب حاصل از تصمیمات مجرمانه مشترک که از رفتار سایر شرکا ولی به مدد همکاری گروهی پدید آمده، پاسخگو نیست؛ بزهکارانی که رفتار آنها بخشی از علت مادی جرم نبوده، غالباً به عنوان معاون جرم، از مسئولیت اصلی مبرا می‌شوند، حال آنکه ممکن است همکاری آنها، در توفیق طرح مجرمانه جنبه حیاتی داشته باشد. نارسایی‌های مفهوم مادی شرکت در جرم و ضرورت مقابله با همکاری های گروهی مجرمانه، قانونگذار را به اتخاذ بعضی تدابیر محدود همانند به کارگیری مفهوم «گروه مجرمانه سازمان یافته» واداشته است. در تکمیل تدابیر مزبور، بر مبنای آموزه‌های حقوق تطبیقی، بازاندیشی در تعریف شرکت در جرم (مخصوصاً در جرایم تعزیری) با بهره گیری از ضابطه «کنترل مشترک بر عملیات اجرایی مجرمانه» به جای ضابطه کنونی که بر علیت مادی استوار است توصیه می‌گردد.

واژگان کلیدی: بزهکاری سازمان یافته، توافق مجرمانه، شرکت در جرم، عنصر روانی، کیفیات مشدده مجازات، تبانی، مباشرت معنوی

✉ by_863@yahoo.com

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان (نویسنده مسئول)
۲. دانشجوی دکتری رشته حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات

مقدمه

مفهوم شرکت در جرم، در قیاس با مفهوم معاونت، نمایان‌گر مسئولیت بیشتر بزهدکار در فعالیت مجرمانه گروهی است. از این رو، مسئولیت بیشتر شریک جرم نسبت به معاون جرم، نیازمند توجیه است؛ باید مشخص کرد که مشترک بودن چه چیز میان دو یا چند مجرم، مسئولیت کیفری را در چهارچوب مفهوم قانونی شرکت در جرم، متوجه آن‌ها می‌سازد و باعث می‌شود شرکا را به‌عنوان مرتکبین اصلی از معاون جرم تفکیک نماییم؟

باید دانست که مجرمان گاه در عنصر مادی با یکدیگر سهیم هستند، یعنی با رفتار خود به‌طور مشترک جرم واحدی را پدید می‌آورند، بدون این‌که لزوماً همفکری و تصمیم مشترکی آن‌ها را به این کار سوق داده باشد. گاهی نیز چند نفر در عنصر روانی با یکدیگر اشتراک دارند، به این معنا که بر مبنای تصمیم مشترکی برای تحقق بخشیدن به اهداف غیر قانونی خود به‌طور هماهنگ وارد عمل می‌شوند، بدون این‌که همه آن‌ها لزوماً در تحقق بخشیدن به عنصر مادی جرم، به‌طور مستقیم و با رفتار شخص خود سهیم باشند.^۱ به‌نظر می‌رسد در موارد اخیر، جامعه خطر بیشتری را متوجه نظم عمومی می‌بیند، زیرا همکاری و هماهنگی گروهی احتمال موفقیت مجرمین در دست یافتن به اهداف غیرقانونی خود و نیز احتمال فرار آن‌ها از عواقب قانونی جرایم ارتكابی را افزایش می‌دهد و این امر، برخورد متناسب نظام عدالت کیفری را اقتضا دارد. گواه صدق این مدعا آن است که مقنن، تبانی برای ارتکاب جرم را که ماهیتاً چیزی غیر از تصمیم مشترک و توافق دو یا چند نفر برای همکاری در ارتکاب جرم نیست، تحت شرایطی به‌عنوان جرم مستقل می‌شناسد و تبانی‌کنندگان را با اینکه موفق به اقدام نشده‌اند، مستحق مجازات می‌داند. بدیهی است اگر تبانی‌کنندگان موفق به اقدام شوند، مجازات آنها تحت عنوان تبانی، دیگر امکان‌پذیر نیست^۲، اما همان خطری که قانون‌گذار را به جرم‌انگاری تبانی واداشته است، به جای خود باقی است.^۳ حال آیا نهاد شرکت در جرم، به عنوان اصلی‌ترین مفهومی که در حقوق ما، معرف مسئولیت توأمان چند نفر برای جرم واحد است، ظرفیت پاسخگویی به این خلأ قانونی را دارد؟

۱. البته امکان دارد در اقدام مجرمانه‌ی گروهی، هم اشتراک در عنصر مادی وجود داشته باشد، هم تصمیم مشترک و توافق در عنصر روانی؛ بحث در این است که در صورت وجود یکی از این دو و فقدان دیگری، شرکت در جرم احراز می‌شود یا خیر. ضمناً اشتراک در عنصر روانی، چیزی بیش از وحدت قصد است، زیرا ممکن است در جرایم عمدی، چند نفر به‌طور اتفاقی، علیه هدف واحدی قصد مجرمانه داشته باشند ولی توافق و هماهنگی میان آنها وجود نداشته باشد.
۲. در ماده ۶۱۱ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی به این نکته تصریح شده است.
۳. از همین رو، گاهی مقنن صریحاً یا ضمناً اراده خود را برای برخورد شدیدتر با عملیات هماهنگ و یا برنامه‌ریزی شده مجرمانه آشکار ساخته است. برای نمونه، ر.ک. ماده ۶۲۰ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات.

قوانین جزایی پیش از انقلاب، نیم‌نگاهی به لزوم احراز عنصر هماهنگی و همکاری مرتکبان متعدد برای احراز شرکت در جرم داشتند. ماده ۲۷ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ میان حالتی که «چند نفر مرتکب یک جرم شوند به نحوی که هریک فاعل آن جرم شناخته شود» از یک طرف و حالتی که «هر کدام یک جزء از جرم واحد را انجام دهند به طریقی که مجموع آن‌ها فاعل آن جرم شناخته شود» از طرف دیگر، قائل به تفکیک شده و فقط حالت دوم را «شرکت در جرم» نامیده بود. مسلماً استناد جرم به مجموع افراد یک گروه، تا حدی مربوط به عنصر روانی جرم بود، زیرا چنانچه هر فاعلی فقط قسمتی از اجزاء تشکیل دهنده‌ی جرم را انجام دهد، ولی مشترکاً و متفقاً سوء نیت لازم برای جرم کامل را نداشته باشند، نمی‌توان مجموع آن‌ها را فاعل تمام جرم دانست. به دیگر سخن، برای آن‌که پیامد کلی رفتار اعضای گروه به یکایک آن‌ها قابل انتساب باشد، اتحاد در مقصود و مطلوب مشترک ضروری است، یعنی لازم است همگی برای رسیدن به هدف واحدی، اقدام کرده باشند.

دادستان وقت کل کشور هم به همین لحاظ، ضمن تفکیک شرکت در جرم از ارتکاب جرم توسط مجرمین متعدد مستقل که تباری و توافقی میان آن‌ها وجود ندارد، با استناد به منابع حقوق اروپایی، تباری قبلی را از عناصر اصلی شرکت در جرم می‌شمرد (علی‌آبادی، ۱۳۸۴: ۳۳۴-۳۳۱). همچنین، یکی از حقوق‌دانان در سال‌های حکومت قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ نوشته بود: «ولی در تمام این صور (شرکت و معاونت در جرم) قدر مشترک این است که همکارها باید قبل از ارتکاب جرم، قرار همکاری با یکدیگر گذاشته باشند یعنی برای ارتکاب جرم و تقسیم کار بین آن‌ها موافقت قبلی حاصل شده باشد، والا اگر قبلاً توافق نظر بین آن‌ها حاصل نشده باشد و بر سبیل اتفاق چند نفر در ارتکاب جرمی شرکت کرده باشند، شریک یا معاون جرم محسوب نشده و بلکه هر یک از آن‌ها بالانفراد فاعل اصلی محسوب و عمل هریک از آن‌ها جرم علی‌حده تلقی می‌شود. مثلاً هرگاه بلوا و شورش اتفاق افتد و شورش کنندگان در ضمن شورش، مرتکب جرمی شوند، مثل اینکه داکتین را غارت کرده و اموالی را سرقت نمایند، در این مورد بین مرتکبین قرار قبلی برای ارتکاب جرم گذاشته نشده... و هر یک از آن‌ها مستقلاً در عمل مورد اتهام، فاعل اصلی حساب می‌شوند» (سمیعی، ۱۳۴۸: ۱۱۳).

مقنن ضمن بازنگری در ماده ۲۷ قانون مجازات عمومی در اصلاحات سال ۱۳۵۲، مقرر داشت: «هرکس با علم و اطلاع با شخص یا اشخاص دیگر در انجام عملیات اجرایی تشکیل دهنده جرمی مشارکت و همکاری کند شریک در جرم شناخته می‌شود و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم است...» در ماده اخیر، عبارت «عملیات اجرایی تشکیل دهنده جرم» به کار رفته بود که در برابر عملیات مقدماتی استعمال می‌شود. این مفهوم بنا بر تفسیری، از مفهوم عنصر مادی وسیع‌تر

است؛ عملیات اجرایی به معنای موسع کلمه، همان است که ورود در آن، شرط تحقق شروع به جرم است و شامل اموری می‌شود که از مقدمات ضروری و مستقیم تحقق جرم باشد، مانند شکستن حرز یا به کار بردن کلید ساختگی در بزه سرقت (سمیعی، ۱۳۴۸: ۱۱۵-۱۱۴). همچنین، ماده ۲۷ اصلاحی، از عبارات «با علم و اطلاع» و «مشارکت و همکاری» استفاده کرده بود؛ کلمه «همکاری»، دلالت بر وجود هدف و خواست مشترک (اشتراک در عنصر روانی) دارد، زیرا به اشتراک مادی صرف، یعنی منتهی شدن تصادفی رفتار چند نفر به تحقق پیامد واحدی که خواسته یا مورد انتظار بعضی از آن‌ها نباشد، لفظ «همکاری» اطلاق نمی‌گردد.

بعد از انقلاب اسلامی با تصویب قوانین منطبق با آموزه‌های فقهی، ابتدا در ماده ۲۰ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ و سپس در ماده ۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ (با مختصری تغییر نسبت به قانون سابق)، با حذف کلمه همکاری و تأکید بر ضرورت مستند بودن جرم به عمل تمامی شرکا، شاهد دگرگونی اساسی در تعریف قانونی شرکت در جرم بوده‌ایم. بی‌توجهی به عنصر همکاری و هماهنگی گروهی در تعریف قانونی شرکت در جرم در ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز تداوم یافته است.^۱ حتی برخلاف قوانین پیشین که از به کار بردن صریح لفظ «شریک در جرم» برای مسئولین مشترک یک جرم غیر عمدی خودداری ورزیده بودند،^۲ ماده ۱۲۵ قانون فعلی به صراحت، تقصیر دو یا چند نفر را که به صورت غیر عمدی منتهی به یک نتیجه مجرمانه مشترک شده باشد، از مصادیق «شرکت در جرم» اعلام کرده است.

ماده ۳۶۹ همین قانون، رویکرد اتخاذ شده توسط مقنن را بیشتر توضیح می‌دهد: «قتل یا هر جنایت دیگر می‌تواند نسبت به هریک از شرکا حسب مورد عمدی، شبه عمدی یا خطای محض باشد.» ماده ۳۷۰ نیز در همین باره اضافه می‌کند: «ثابت نبودن حق قصاص بر بعضی از شرکا به هر دلیل مانند ... غیر عمدی بودن جنایت نسبت به او، مانع از حق قصاص بر دیگر شرکا نیست و هر یک از شرکا حکم خود را دارد.» بر این اساس، واضعین قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، «شرکت در جرم» را ظاهراً به مفهوم مادی آن تلقی کرده، هیچ عنصر روانی مستقلی، مجزا از عنصر

۱. ماده ۱۲۵ این قانون مقرر می‌دارد: «هرکس با شخص یا اشخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی مشارکت کند و جرم مستند به رفتار همه آن‌ها باشد، خواه رفتار هریک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد خواه نباشد و خواه اثر کار آنان مساوی باشد خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم است. در مورد جرایم غیر عمدی نیز چنانچه جرم مستند به تقصیر دو یا چند نفر باشد، مقصران شریک در جرم محسوب می‌شوند و مجازات هریک از آنان مجازات فاعل مستقل آن جرم است.»

۲. برای نمونه در قسمتی از ماده ۲۷ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ بدون استعمال لفظ شرکت در جرم برای مداخله در جرایم غیر عمدی چنین آمده بود: «در مورد جرایم غیر عمدی که ناشی از خطای دو نفر یا بیشتر باشد، مجازات هریک از آنان نیز مجازات فاعل مستقل خواهد بود.»

روانی فاعل مستقل، برای تحقق آن قائل نبوده‌اند. از نظر آنان، شرکت در جرم، اختصاص به جرایم عمدی ندارد و در جرایم غیرعمدی هم مصداق می‌یابد. نظر به این‌که تصمیم مشترک مجرمانه نمی‌تواند در جرایم غیر عمدی جایگاهی داشته باشد، پذیرش تحقق «شرکت» در جرایم غیر عمدی، مساوی با شرط ندانستن تصمیم مشترک مجرمانه میان شرکای جرم است.

با این همه در ماده ۵۳۵ قانون مصوب ۱۳۹۲، وحدت قصد در جنایت برای تحقق شرکت در جرم، مؤثر شمرده شده و مقرر گردیده است: «هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیر مجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند، کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد، ضامن است ... مگر آن‌که همه قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت، شرکت در جرم محسوب می‌شود.» در این ماده قانونی، وحدت قصد چند نفر در ایجاد اسباب طولی جنایت، به منزله شرکت آن‌ها در جرم مقصود شناخته شده، به طوری که با احراز عمد و وحدت قصد در جنایت، مقدم یا مؤخر بودن تأثیر آن اسباب تفاوتی ندارد. به عبارت دیگر، نتیجه منطقی این ماده آن است که در جرایم عمدی، وحدت قصد چند نفر در ارتکاب جرم واحد برای تحقق شرکت در جرم لازم و مؤثر است، حال آن‌که در مواد ۳۶۹ و ۳۷۰ همان قانون به شکل کاملاً متعارضی، وحدت قصد به هیچ وجه لازم شمرده نشده است، به گونه‌ای که ممکن است یکی از شرکا فقط دارای تقصیر جزایی و شریک دیگر دارای قصد مجرمانه باشند.

در این مقاله، پس از توصیف رویکرد مادی به مفهوم شرکت در جرم، نارسایی‌ها و اشکالات حاصل از پذیرش آن مفصلاً بیان می‌گردد. سپس، با استناد به دکترین کنترل جرم که توسط برخی حقوق دانان آلمانی پیشنهاد شده، بازاندیشی در تعریف شرکت در جرایم تعزیری توصیه می‌گردد. در رویکرد پیشنهادی، دخالت در تسهیل جرم و یا تشویق مرتکبین اصلی، برای این‌که مرتکب در ردیف شرکای جرم جای گیرد کافی نیست؛ با این همه، هرگونه همکاری با اشخاص دیگر از طریق ایجاد بعضی مقدمات مستقیم و ضروری جرم، به شرط سهیم بودن در تصمیم مشترک مجرمانه، مرتکب را شایسته‌ی توصیف به‌عنوان یکی از شرکای جرم می‌سازد و به این ترتیب، احراز رابطه‌ی علیت مادی میان رفتار شخص و تحقق خارجی جرم لزومی ندارد.

۱. تبیین ماهیت شرکت در جرم بر مبنای رویکرد مادی

در رویکرد مادی، شرکت در جرم زمانی تحقق می‌یابد که عمل دو یا چند شخص به‌عنوان شرکای جرم، مجتمعاً منطبق با فعل یا ترک فعلی باشد که در قانون ممنوع گردیده و جرم واحدی را تشکیل می‌دهد (مانند اشتراک چند نفر در عمل ربایش مال غیر در بزه سرقت)؛ درخصوص جرایم مقید به نتیجه (مانند سلب حیات در بزه قتل) نیز لازم است که عمل یکایک شرکا، مجتمعاً دخیل

در علت یا عامل مادی و مستقیم پیدایش نتیجه‌ی جرم باشد. ضمناً در رویکرد مزبور، کسانی که رفتار آن‌ها فاقد چنین وصفی است، در غیر موارد مباشرت معنوی که در اینجا محل بحث نیست، فقط ممکن است تحت‌عنوان معاونت در جرم مسئولیت داشته باشند.

چون اشتراک در عنصر روانی یا همکاری آگاهانه و هماهنگ شرکا در رویکرد مادی ضرورتی ندارد، ممکن است کسی بدون اینکه از عمل مجرمانه‌ی دیگری اطلاع داشته باشد، به طور اتفاقی در عنصر مادی جرم واحدی (اعم از جرم عمدی یا غیر عمدی) با او سهیم شود و شرکت در جرم میان آنها تحقق یابد. در نتیجه، مسئولیت هر شریک کاملاً جنبه‌ی شخصی دارد و جمعی بودن اقدام مجرمانه، در تشدید یا تخفیف مسئولیت او بی‌اثر انگاشته می‌شود. خلاصه اینکه شرکت در جرم در رویکرد مادی، صورت خاصی از تحقق عنصر مادی جرم است و تا جایی که به عنصر روانی و مسئولیت کیفری مربوط می‌شود، شریک جرم هیچ تفاوتی با مجرم منفرد و مستقل ندارد. از منظر رویکرد مادی، حتی اگر چند نفر به طور تصادفی علیه بزه‌دیده‌ی واحدی وارد عمل شده باشند، باز هم در صورت استناد مادی جرم به رفتار یک‌یک آنها، شرکت در جرم تحقق یافته است، چرا که: «صرف شرکت مادی، برای تحقق شرکت در جرم کافی است و توافق قبلی یا مقارن با ارتکاب جرم (سوء نیت خاص شرکت) توسط شرکاء لازم نیست.» (زراعت، ۱۳۸۷: ۱۱۵-۱۱۴)^۱

به نظر طرفداران رویکرد مادی، «موضوع شرکت، صرفاً با رکن مادی جرم مرتبط است، لذا شرکت در وقوع زیان، بدون لحاظ کیفیت رکن روانی و توجه به انگیزه یا عمد و قصد شرکا، امری عینی و واقعی قلمداد می‌گردد...» (صادقی، ۱۳۹۲: ۴۱). به عبارت دیگر، «برخلاف رکن مادی شرکت که مجموع سهام مرتکبین، رکن مادی را تشکیل داده و نتیجه باید معلول حاصل جمع عملیات اجرائی باشد، در رکن معنوی، مرتکب در صورتی شریک محسوب می‌شود که هریک از آن‌ها منفرداً رکن معنوی جرم یا جنایت ارتكابی را دارا باشند. بنابراین در رکن معنوی شرکت، موضوع تجمیع منتفی است» (آقایی نیا، ۱۳۹۲: ۱۱۶) بر همین مبنا، در توضیح ماده ۴۲ قانون سابق مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰) بیان شده است: «عبارت (عالمماً و عامداً) به معنای آن نیست که شرکت کنندگان در جرم باید با یکدیگر وحدت قصد داشته باشند بلکه قصد مجرمانه هریک از شرکا کفایت می‌کند.» (زراعت، ۱۳۸۷: ۱۱۵) قید «عالمماً و عامداً» از نظر این گروه، درنهایت «قید زائدی» معرفی شده است (زراعت، ۱۳۹۲: ۲۱۳).

بعضی از طرفداران رویکرد مادی، نه تنها معتقدند که برای احراز شرکت در جرم، باید دخالت مجرمان متعدد در عنصر مادی جرم واحد به اثبات رسد، بلکه هم‌عرض بودن عوامل دخالت‌کننده

۱. نیز ر.ک. اردبیلی ۱۳۹۲، ۸۶: «بطور کلی، شرکت در جرم منوط به هیچ نوع توافقی نیست» و مرادی، ۱۳۷۳، ۴۸-۴۷:

«قصد خاص شرکت ضرورتی ندارد.»

را نیز از شرایط تحقق شرکت در جرم می‌دانند. افزون بر این به نظر آنان، شرکت در جرم، اصلاً ربطی به مبحث مسئولیت کیفری ندارد، بلکه صرفاً یکی از حالت‌ها و صورت‌های مختلف عنصر مادی جرم محسوب می‌گردد. یکی از حقوق‌دانان در ضمن انتقاد از ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که امکان تحقق شرکت در جرم را در اجتماع طولی سبب و مباشر تلویحاً پذیرفته است، با اعتقاد به این‌که شرکت در جرم یا مشارکت در ایراد خسارت، حتی بدون وجود هر گونه عنصر روانی هم امکان‌پذیر است، از جمله تصریح می‌کند: «تحقق شرکت در جرم یا مشارکت در ایجاد صدمه و خسارت، منوط به وجود دو رکن اساسی است: مداخله عوامل متعدد، هم‌عرض بودن عوامل... از آنجا که شرکت صورتی از انجام رکن مادی جرم است، اصولاً شرایط روانی و ویژگی‌های فردی مباشر در تحقق شرکت وی با سبب در حدوث نتیجه مدخلیتی ندارد، همچنان که وجود یا عدم قصد و تبانی شرکاء نیز در این امر فاقد اثر است، لذا خصوصیات ویژه مباشر یا سبب مانند جنون، جهل، صغر و ... فی نفسه در تحقق شرکت یا عدم آن نقشی نداشته و با وجود شرایط لازم، عوامل دخالت‌کننده همچنان شریک محسوب می‌شوند، هرچند ویژگی‌های مذکور می‌تواند ماهیت ضمان مباشر یا سبب را دگرگون سازد» (صادقی، ۱۳۹۲: ۱۱۶-۱۱۵).

۲. پیامدهای نامطلوب اتخاذ رویکرد مادی نسبت به تعریف شرکت در جرم

رویکرد مادی به شرکت و مباشرت در جرم، علاوه بر این‌که در نظام حقوقی کنونی ایران طرفداران زیادی دارد، در نظام کامن‌لا (مخصوصاً کشورهای انگلستان و ایالات متحده) هم به خوبی شناخته شده است. در این نظام‌های حقوقی نیز مباشر جرم یا مجرم اصلی، کسی است که عنصر مادی جرم را به اجرا درآورده باشد و تمامی مداخله‌کنندگان دیگر، تحت‌عنوان «معاونین» یا «محرکین» جرم توصیف می‌شوند. با این همه، رویکرد مزبور موفق عمل نکرده و پیامدهای غیر قابل قبولی به همراه دارد، چرا که عدم مباشرت در اجرای عنصر مادی جرم، همیشه به معنای مسئولیت کمتر در مجرمیت‌های گروهی نیست. لذا در طول زمان، کامن‌لا از طریق رویه‌ی قضائی، نظریات متعددی را طراحی کرد تا این کمبود را برطرف نماید. در نظام‌های حقوقی کنونی وابسته به کامن‌لا، تفکیک مجرمین اصلی از مداخله‌کنندگان ثانوی یا همان معاونین جرم، اهمیت خود را به شدت از دست داده، به طوری که مثلاً در حقوق کیفری ایالات متحده، معاونین و مباشرین جرم به یک اندازه مسئولیت داشته، در معرض محکومیت به مجازات‌های یکسانی هستند. در واقع چون تعریف ارائه شده از مباشرت و معاونت در جرم، دارای انسجام و کارایی لازم نبوده، بهترین راه حل را این دیده‌اند که تفکیک میان مباشر و شریک جرم از یک سو و معاون جرم از سوی دیگر را آن‌چنان کم‌رنگ سازند که در نتیجه‌ی نهایی پرونده تأثیری نداشته باشد، تا جایی که بر مبنای دکنترین قانون

مشترک مجرمانه، در صورت اثبات وحدت قصد همکاری کنندگان در ارتکاب جرم، در نظام‌های کامن‌لا هیچ تفاوتی میان محکومیت به عنوان مباشر جرم و یا محکومیت به عنوان معاون جرم باقی نمانده است.^۱ (Ohlin, 2015: 519)

به نظر نمی‌رسد که این عدم موفقیت رویکرد مادی در نظام‌های حقوقی کامن‌لا، جای تعجب داشته باشد؛ ذیلاً توضیح می‌دهیم که چرا قبول رویکرد مادی برای تفکیک مرتکبین اصلی جرم از سایر مداخله کنندگان، مشکل‌آفرین می‌شود.

۱.۲. ناهماهنگی با درک عرفی و دشواری‌های بی‌ثمر در مقام اجرا

به موجب ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قابل استناد بودن جرم به رفتار تمامی شرکا، شرط ضروری تحقق شرکت در جرم است؛ مفهوم دقیق «استناد» روشن نیست و گروهی آن را مترادف علیت مادی و گروهی به معنای انتساب جرم به شخص معین بر حسب قضاوت عرف می‌پندارند. اگر «استناد» به معنی رابطه علیت مادی باشد، جرم فقط به کسانی مستند می‌شود که علت مادی مؤثر در پیدایش جرم را به دست خود یا با واسطه یک عامل غیر مسئول که همچون آلت دست آن‌ها بوده، به وجود آورند؛ پس در این برداشت نوع ذهنیت یا وضعیت روانی مرتکب، مدخلیتی در استناد ندارد. با این همه، برخی حقوق‌دانان با تکیه بر داوری عرف، مفهوم علیت مادی را در جرایم مستلزم تعزیر و مخصوصاً بزهکاری سازمان‌یافته، مناسب ندانسته، عنوان داشته‌اند که اگر عرف، کسی را فاعل جرمی مثلاً فاعل قتل تلقی کرد و فرضاً عنوانی نظیر قاتل یا سارق را بر وی اطلاق نمود، بجا است از لحاظ حقوقی چنین کسی را شریک جرم به حساب آوریم (حاجی‌ده-آبادی، ۱۳۹۰: ۱۴۶-۱۰۷). با قدری تأمل به آسانی می‌توان دریافت که درک عرفی، همکاری هم‌هنگ در راستای هدف مجرمانه‌ی مشترک را موجب انتساب نتیجه به همکاری کنندگان می‌شمارد، ولو اینکه رابطه‌ی استناد مادی میان عمل تمامی آنها با جرم ارتكابی محرز نباشد. از همین جهت، در پاره‌ای از تعاریف حقوقی نیز شریک در جرم را علی‌الاصول کسی دانسته‌اند که با فرد یا افراد دیگری در انجام مادی فعل یا ترک فعل مجرمانه، به نحو «هم‌هنگ با همکاران خود دخالت می‌کند، به نحوی که بتوان او را شریک در مفهوم عرفی آن شناخت.» (نوربها، ۱۳۸۷: ۱۹۸). در

۱. مفهوم کانون مشترک مجرمانه (joint criminal enterprise) و مفهوم مشابه آمریکایی آن موسوم به دکترین تبانی پینکرتون، تبانی را نه به عنوان یک جرم ناقص، بلکه به عنوان صورت خاصی از مسئولیت کیفری تعریف می‌کند که شامل جرایم تام هم می‌شود. طبق این مفهوم، تفکیک میان مباشرین مادی و معاونین جرم، اهمیت خود را یکسره از دست می‌دهد، زیرا تبانی کنندگان مسئول تمام جرایمی هستند که با اجرای طرح یا توافق مجرمانه تحقق می‌یابد، ولو اینکه مباشرت مادی در آن جرایم نداشته باشند. (یوسفیان شوره‌دلی، ۱۳۹۳: ۳۰۱-۲۶۷)

مقابل، طرفداران برداشت مادی، با انکار نقش عرف در تبیین مفهوم حقوقی شرکت در جرم، از اینکه قانون‌گذار در مواد ۵۲۶، ۵۳۵ و ۵۳۶ قانون مجازات ۱۳۹۲ تا حدی برای تشخیص استناد به قضاوت عرفی تکیه کرده و با دخالت دادن عنصر روانی در استناد و ضمان، از قواعد «عقلی و شرعی» فاصله گرفته است، به شدت ابراز تأسف نموده‌اند (صادقی، ۱۳۹۲: ۵۶-۳۳ و صادقی، ۱۳۹۳: ۱۲۳-۹۷).

به نظر می‌رسد برداشت عرفی مبهم‌تر از آن است که به تنهایی بتواند معرف خوبی برای مفهوم شرکت در جرم باشد؛ اما اصرار ورزیدن بر تبعیت بی‌چون و چرا از رویکرد مادی به شرکت در جرم، در مواردی باعث می‌شود با اینکه درک عرفی بدون هیچ تردیدی شرکت در جرم را محقق می‌داند، نتوانیم همکاری کنندگان در یک اقدام مشترک مجرمانه را شریک یکدیگر قلمداد کنیم. برای نمونه، اگر دو نفر برای سرقت اموال موجود در یک انبار دولتی، همراه یکدیگر حفره یا نقبی در دیوار آن ایجاد کنند که فقط یک نفر بتواند از راه آن وارد شود، سپس یکی از آن‌ها داخل انبار شده و کیسه‌های حاوی سیمان را تا نزدیک محل نقب بیاورد و دومی، بدون این‌که وارد شود، دست دراز کرده و کیسه‌ها را یکی یکی خارج نموده و در وانت‌بار خود جای دهد، عرفاً هر دو نفر سارق مال محسوب می‌شوند. اما اگر بخواهیم با نادیده گرفتن درک عرفی، صرفاً بر برداشت مادی از شرکت در جرم پافشاری نماییم، کسی که وارد انبار شده، مالی را نربوده، بلکه فقط مال را در داخل حرز جایجا کرده است. در این صورت، فقط نفر دوم به عنوان مباشر جرم سرقت شناخته خواهد شد.^۱

به عنوان یک مثال دیگر، فرض کنیم که دو نفر با همکاری یکدیگر دست کسی را قطع کنند، بدین نحو که یکی از آن‌ها کاردی را بر روی ساعد و دیگری کاردی را بر پشت ساعد مجنی‌علیه قرار دهند و هم‌زمان فشار وارد آورند تا آن‌که دست مجنی‌علیه قطع شود. جماعتی از طرفداران رویکرد مادی قائل به این هستند که در چنین فروضی، شرکت در جنایت تحقق نیافته، بلکه هریک از مرتکبان را باید منفرداً در صورت امکان، به سبب همان مقدار صدمه‌ای که با کارد او وارد شده، قصاص نمود و اگر امکان نداشته باشد، قصاص ساقط است (نجفی، ۱۳۷۶: ۷۱-۷۰). در مقابل، صاحب تکمله‌المنهاج بعید نمی‌داند که باتوجه به صدق عرفی، شرکت در چنین فرضی تحقق یابد. (موسوی خویی، ۱۴۲۸: ۳۳) واضح است که در این مثال نیز صدق عرفی شرکت، دقیقاً به سبب وجود هماهنگی و هدف مشترک میان شرکا می‌باشد.

۱. این مثال در اصل، مقتبس از منابع فقهی است و فقها در مورد مشابه، صرفاً خارج کننده‌ی مال را مشمول حد می‌دانند؛ چون در این مقاله، قصد نقد و بررسی فتاوی فقها را نداریم، مثال را طوری تغییر دادیم که مشمول عنوان سرقت حدی نشود. برای ملاحظه‌ی فتاوی و تحلیل فقهی، ر.ک. موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۴۶۳-۴۶۲.

از دو مثال فوق می‌توان نتیجه گرفت که عرف، تقسیم کار در عملیات اجرایی جرم را مانع تحقق شرکت در جرم نمی‌شمارد، در حالی که اگر رویکرد مادی بخواهد خود را از درک عرفی بی‌نیاز بداند، باید نتایج غیرطبیعی و عجیبی را قبول کند. ممکن است این اشکال به ذهن برسد که درک عرفی، تفاوتی میان معاون و شریک جرم قائل نیست؛ لذا تبعیت از آن، درهم آمیختگی مفاهیم تثبیت شده در حقوق ایران (از قبیل شرکت و معاونت در جرم) را در پی خواهد داشت. در پاسخ به این اشکال، تأکید می‌نماییم مدعای ما این نیست که عرف باید یگانه ملاک در تعریف مفاهیم حقوقی مذکور باشد یا جای تعاریف قانونی را بگیرد. با این همه، به نظر می‌رسد هرچند درک عرفی به تنهایی نمی‌تواند مفاهیم حقوقی شرکت و معاونت در جرم را به درستی از یکدیگر تفکیک نموده و تعریف حقوقی هر کدام از آنها را به دست دهد، در عین حال قواعد حقوقی نیز نمی‌توانند درک عرفی را یکسره نادیده بگیرند.

هنگامی که ارتباط رفتار شخص با وقوع جرم چنان نزدیک و اساسی است که توصیف او صرفاً به‌عنوان معاون جرم (و انتساب مسئولیت فرعی به او) با اساسی‌ترین انگاره‌های عدالت ناسازگار می‌نماید، یک نظام حقوقی نمی‌تواند فقط به این خاطر که رفتار شخص مزبور، بخشی از جزء اخیر علت تامه یا عنصر مادی جرم به معنای اخص کلمه نبوده است، داوری روشن عرف را فراموش کند و چنین کسی را در زمره شرکای جرم جای ندهد. توضیح اینکه به کار بستن ملاک مادی در تعریف شرکت در جرم، مستلزم آن است که در هر جرمی، اولاً معلوم شود که علت تامه‌ی نتیجه‌ی مجرمانه دقیقاً چه چیز بوده و ثانیاً، آن علت تامه، دقیقاً با رفتار چه کس یا کسانی ایجاد شده است. این در حالی است که عرف در موارد بسیاری، ما را از این دشواری‌های بی‌حاصل نجات می‌دهد. نمونه‌های زیر از رویه‌ی قضائی ایران، این نکته را به شکل واضح‌تری نشان می‌دهد:

در یکی از پرونده‌های اصراری، شعبه هفدهم دادگاه کیفری یک اهواز چنین استدلال کرده است: «برای دادگاه محرز است که متهم همان‌گونه که در تحقیقات اولیه اقرار نموده پس از این‌که متهم دیگری یعنی تورج طناب را بر گردن مقتول انداخته وی نیز با چاقو به مقتول حمله نموده ضربات متعددی به مقتول وارد نموده است و آثار خون بجای مانده نیز مؤید این مطلب می‌باشد... اگرچه با توجه به سوزاندن جسد نمی‌توان تأثیر عمل وی و متهم دیگر را دقیقاً مشخص نمود لیکن مستفاد از ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی خواه اثر کار آن‌ها مساوی باشد یا متفاوت دادگاه مرگ را مستند به [عمل] هر دو متهم می‌داند...» (دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، ۱۳۷۷: ۲۹۹).

در استدلال فوق، دادگاه این نکته را نادیده گرفته است که چه بسا انداختن طناب به دور گردن مقتول، هیچ اثری در تحقق مرگ نداشته و یا برعکس، آنچه موجب مرگ شده خفه شدن مقتول به

دست تورج بوده و ضربات چاقو فقط موجب ایراد جراحت شده است. به هر حال، استناد به ذیل ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مصادره به مطلوب بوده زیرا، ابتدا باید اصل تأثیر عمل مجرم در تحقق مرگ و سلب حیات از مقتول ثابت شود و سپس بگوییم که ضعیف یا قوی بودن این تأثیر، یکسان است. چنانچه جسد مقتول سوزانده نمی‌شود، چه بسا معلوم می‌گردید که عمل یکی از متهمان در بروز مرگ، بی‌اثر بوده است.

پس از نقض رأی اولیه، شعبه ۲۰ دادگاه عمومی اهواز دوباره با اجرای قسامه، حکم به شرکت در قتل و قصاص هردو متهم داده، اما شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور بار دیگر ضمن نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته بیان می‌دارد که «اولاً متهم ردیف ۲ حسین مکرراً می‌گوید به تنهایی او را کشتیم و متهم ردیف ۳ فقط اعتراف کرده که طناب به گردن مقتول انداخته و هم‌زمان متهم ردیف ۲ با چاقو به سینه و شکم مقتول زده که وجود آثار خون در منزل مقتول و در اتومبیل حامل جسد مؤید این مطلب است. و در این صورت عمل متهم ردیف ۳ در حد امساک خواهد بود و قتل توسط ضربات چاقو انجام گرفته و اگر بعد از ضربات چاقو متهم ردیف ۳ فشار بر گردن را ادامه داده باشد این کار بر شخص کالمدبوح انجام شده و موجب قصاص نمی‌گردد و قسامه نمی‌تواند واقعیت را دگرگون سازد...» (همان: ۳۰۰) جالب آنکه برای بار سوم شعبه هجدهم دادگاه عمومی اهواز متکفل رسیدگی شده و دوباره با اجرای مراسم قسامه، حکم به شرکت دو متهم در قتل صادر می‌نماید و این در حالی است که در استعلام به عمل آمده از پزشکی قانونی، به هیچ عنوان علت تامة مرگ مشخص نبوده است. سرانجام، پرونده در هیأت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور مطرح می‌گردد.

به مشروح مذاکرات هیأت عمومی دسترسی نداریم، اما در نهایت به رغم نظر مخالف نماینده دادستان کل کشور، در رأی اصراری شماره ۱۴ مورخ ۱۳۷۵/۷/۱۷ چنین عنوان شده است: «با توجه به اظهارات و اقرار متهمین در مورد نحوه مداخله در قتل احمد... و مخفی کردن جسد و کشف قطعاتی از آن اعتراض مؤثر نیست و به استناد بند (ج) ماده ۲۴ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب دادنامه شماره ۲۱۸-۷۵/۲/۶ شعبه هجدهم دادگاه عمومی اهواز مبنی بر محکومیت تورج... به قصاص نفس با قیود اجرایی آن (رعایت حقوق و سهم صغار و قاتلین در صورت قصاص) با اکثریت آراء ابرام می‌شود.» (همان: ۳۰۴-۳۰۰) با توجه به اینکه در پرونده به دلیل سوزانده شدن جسد مقتول، امکان تشخیص علت دقیق مرگ وجود نداشته و با این وجود، شرکت در جرم به نظر قضات دیوان عالی کشور محقق شمرده شده است، می‌توان استنباط کرد که به نظر هیأت عمومی، هرگاه همکاری و دخالت هماهنگ دو یا چند نفر در قتل کسی ثابت شده ولی به اثبات نرسد که علت دقیق مرگ او چه بوده است، مخصوصاً اگر مرتکبین عمداً و مشترکاً

عملی انجام داده باشند که موجب نامعلوم ماندن علت دقیق مرگ شده باشد، شرکت در قتل به دلیل صدق عرفی آن بدون نیاز به اثبات تأثیر مادی عمل هریک از شرکا در حدوث مرگ قابل احراز خواهد بود. این در حالی است که اگر بیش از اندازه بر ملاک مادی به عنوان یگانه ملاک مؤثر در تعریف شرکت در جرم تأکید کنیم، چه بسا به دلیل معلوم نشدن علت تامه، بی‌جهت محاکم را با معماهای قضائی روبرو کنیم و وقت زیادی را مصروف گشودن گره کور برخی ماجراهای جنایی نماییم.

در رأی اصراری شماره ۱۶ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱۵ هیئت عمومی شعب کیفری دیوان نیز قضاوت عرف در احراز شرکت در قتل، (با صراحت بیشتری) دخالت داده شده است: «با عنایت به شکایت اولیاء دم مقتول از آقایان محمد... و حمید... مبنی بر شرکت در قتل عمدی مرحوم علی صفدر... و تقاضای قصاص آنان و با توجه به مندرجات گزارش معاینه‌ی جسد مبنی بر مشاهده یک جفت جوراب مشکی زنانه در گردن مقتول و گره آن در خلف گردن و انسداد مجاری هوایی فوقانی در اثر فشار جسم رشته‌ای مانند و خفگی ناشی از آن و اقرار صریح متهمان به شرکت در عملیات اجرایی بزه معنونه و سبق تصمیم هر دو نفر به ارتکاب آن و تهیه وسایل ارتکاب آن و انتساب عرفی قتل به هر دو نفر و این‌که در اوضاع و احوال منعکس در پرونده، منفرداً و مستقلاً قادر به انجام آن نبوده‌اند... رأی شعبه نهم دادگاه عمومی همدان دائر بر محکومیت متهمان به قصاص نفس... تأیید می‌گردد» (اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۶: ۴۴۴). قضات هیئت عمومی در پرونده‌ی اخیر، در شرایطی شرکت در قتل عمدی را احراز کرده‌اند که طبق محتویات پرونده، دخالت هر دو متهم در تهیه مقدمات و وسایل ارتکاب جرم، تصمیم مشترک هر دو نفر به ارتکاب قتل راننده (مقتول) و سرانجام، همکاری هر دو نفر در عملیات اجرایی جرم به معنای موسع کلمه محرز بود، اما فشار وارد بر ناحیه گردن مقتول را فقط یک نفر وارد ساخته و نقش دیگری، نگه داشتن مقتول و جلوگیری از مقاومت او بود؛ به این ترتیب، با اینکه از بعضی از مراجع عظام حوزه علمیه قم استفتاء شده بود که در پاسخ، شرکت در قتل را تأیید ننموده بودند، (همان، ۴۲۲-۴۲۳) ملاحظه می‌شود که همکاری در اجرای نقشه مشترک در تمامی مراحل، از جمله تحریک متهم دیگر، تهیه‌ی آلت قتل و سرانجام، مهار مقاومت مقتول با داشتن قصد مشترک، باعث گردیده که قضات هیئت عمومی، به جای حکم معاونت و امساک، حکم شرکت و مباشرت هر دو متهم در قتل را جاری سازند.

۲.۲. نتایج غیر منطقی و ناعادلانه‌ی تبعیت از رویکرد مادی

تبعیت از رویکرد مادی و مآلاً تعریف شرکت در جرم بدون در نظر گرفتن نقش هماهنگی و تصمیم مشترک مجرمانه، نه تنها مخالف با درک عرفی است، بلکه چه بسا به نتایجی منتهی می‌شود که به سختی می‌توان آنها را با مقتضای اجرای عدالت سازگار دانست. بویژه در جرایم مقید به نتیجه، اتخاذ چنین رویکردی، سرنوشت همکاری کنندگان در ارتکاب جرم را به بخت و تصادف احاله می‌دهد و مانع آن می‌شود که عدالت کیفری، مسئولیت جزایی را بر اساس میزان تقصیر اخلاقی یا خطر اجتماعی مجرمان، به شکل عادلانه و منطقی توزیع نماید. توضیح این‌که در یک همکاری مجرمانه گاه ممکن است دو نفر بزهکار به طور هم‌زمان و با اشتراک در قصد ایجاد نتیجه، برای دست یافتن به هدف واحد و مشترک خود وارد عمل شوند و به عنوان نمونه، به سوی شخص واحدی هم‌زمان تیراندازی کرده یا او را به قصد قتل، به همراه یکدیگر کتک بزنند. رویکرد مادی، چنین مواردی را از مصادیق شرکت در جرم نمی‌داند، مگر اینکه ثابت شود مجنی علیه حقیقتاً بر اثر گلوله‌های شلیک شده توسط هر دو مجرم یا ضربات متعدد وارده توسط هر دو بزهکار، به قتل رسیده است. اما آیا چنین چیزی به راستی منطقی است؟

به نظر می‌رسد در چنین مواردی که «دو یا چند نفر با یکدیگر در عمل نهایی مجرمانه همکاری می‌کنند تا به نتیجه معینی برسند، اغلب غیر طبیعی است که بخواهیم سهم ایفاء شده توسط هر کدام را تفکیک و مرتکب اصلی را از مرتکب ثانوی جدا نماییم. مثلاً اگر دو نفر کسی را آن قدر کتک بزنند که منتهی به مرگ شود، هیچ معنا و منطق قابل درکی ندارد که بخواهیم میان شخصی که ضربه خاص منتهی به مرگ را وارد آورده، با شخص دیگری که ضربه کشنده را فقط بر حسب اتفاق وارد نساخته تمایزی قرار دهیم» (Cryer et al, 2010 : 363). در مثال مذکور، چون هر دو نفر مصمم به قتل مجنی علیه بوده‌اند، برای آنها فرق نمی‌کند که نتیجه مجرمانه با ضربه یا گلوله کدامیک حاصل شود؛ آنها هر دو تصمیم به مباشرت در قتل دارند و فقط بعد از مرگ قربانی است که از کتک زدن مجنی علیه یا شلیک کردن به سمت او دست می‌کشند و به همین خاطر، گناه هیچ کدام کمتر از دیگری نیست. حتی شاید خود آنها هم به درستی ندانند که ضربه یا ضربات کدامیک، نهایتاً باعث مرگ مجنی علیه شده یا گلوله‌های کدامیک به موضع حساس بدن مقتول اصابت کرده است؛ در چنین شرایطی، چگونه می‌توان یکی از آنها را فقط به عنوان معاون جرم یا هر عنوان دیگری غیر از شریک جرم، از مسئولیت اصلی مبرا پنداشت؟

یکی دیگر از مظاهر ناعادلانه بودن این رویکرد، در مورد کیفیات مشدده عینی مجازات بروز می‌نماید. توضیح این‌که بدون توجه به عنصر هماهنگی و همکاری مشترک، ناچار باید قبول کرد که: «پیش‌بینی مجازات فاعل مستقل برای شریک جرم به خاطر آن است که هر شریکی وصف

مجرم بودن را از فعل خودش به دست می‌آورد و دخالت دیگران در تشدید یا تخفیف مجازات وی تأثیری ندارد» (زراعت، ۱۳۹۲: ۲۱۲). البته گاهی مقرراتی در قانون وجود دارد که دخالت یک شریک را موجب تشدید مجازات شریک دیگر می‌داند و با رویکرد مادی نمی‌توان چنین مقرراتی را به نحوه عادلانه‌ای اجرا نمود. مثلاً فرض کنید کامیونی که حامل بسته‌های مواد شوینده است بر اثر حادثه‌ای واژگون می‌شود. «الف» و «ب» که این صحنه را مشاهده می‌کنند، هر کدام یک جعبه از بار کامیون را برداشته و سرقت می‌نمایند، بدون این‌که ارتباطی با هم داشته یا در این کار به یکدیگر کمک کرده باشند. در بند «۵» ماده ۶۵۶ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، صرف این واقعیت که سارقین دو نفر یا بیشتر بوده‌اند موجب تشدید مجازات دانسته شده است، اما آیا در مثال فوق این حکم تشدید مجازات جاری خواهد شد؟ مسلماً در اینجا نمی‌توان از «همکاری» دو مجرم سخن گفت. اگر صرفاً علم و عمد در سرقت را کافی بدانیم و برای تحقق شرکت در جرم قصد همکاری متقابل را لازم نشماریم، باید مجازات این دو مجرم را تشدید کنیم. ولی هرگاه قائل به این باشیم که توافق ضمنی شرکا برای همکاری در سرقت بار کامیون، شرط تحقق شرکت در جرم است، بدیهی است که هم‌زمانی تصادفی سرقت ارتكابی دو مجرم علیه هدف واحد در مثال فوق، از مصادیق شرکت در جرم محسوب نخواهد شد، بلکه هر یک از دو مجرم به عنوان فاعل مستقل جرم سرقت تعقیب و به مجازات آن محکوم خواهند شد. تشدید مقرر در بند «۵» ماده ۶۵۶ مذکور بدون وجود تصمیم مشترک مجرمانه، دور از عدالت و انصاف به نظر می‌رسد، زیرا تشدید مجازات یک سارق به‌خاطر دخالت سارق دیگر فقط در صورتی اخلاقی است که به اتفاق، تصمیم به سرقت گرفته باشند.

در مثال دیگری فرض می‌کنیم که دو نفر مجرم فراری که هیچ ارتباطی با هم ندارند، برای در امان ماندن از دستگیری، به عنف و اکراه، وارد مسکن غیر می‌شوند. همچنین فرض می‌کنیم که یکی از آن‌ها، حامل سلاح و دیگری فاقد سلاح باشد. مطابق مقررات ماده ۶۹۴ قانون مجازات اسلامی (کتاب تعزیرات مصوب ۱۳۷۵) کیفر مرتکبین در چنین فرضی، به جای حبس از شش ماه تا سه سال، حبس از یک تا شش سال خواهد بود. اما آیا اگر متهمی که سلاح ندارد، هیچ توافقی با متهم دیگر نداشته و تصادفاً وارد یک خانه شده باشند، تشدید مجازات او عادلانه است؟

رویکرد مادی به شرکت در جرم، چاره‌ای جز این ندارد که در مثال فوق، نتیجه ناعادلانه را بپذیرد و مجازات هر دو نفر را تشدید نماید. در عین حال، این رویکرد در مورد سایر جرایمی که حکم قانونی خاص وجود ندارد، کیفیت مشدده مجازات را به کسی که با رفتار خود موجب تحقق کیفیت مزبور شده اختصاص خواهد داد، ولو این‌که شرکای دیگر که در عنصر مادی جرم دخالت داشته‌اند، به وجود آن کیفیت مشدده عالم بوده و کاملاً نسبت به آن رضایت داشته باشند. به عنوان

مثال، در بزه توقیف غیر قانونی، طبق ماده ۵۸۷ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی، چنانچه مرتکب جرم توقیف غیر قانونی، شخص توقیف شده یا محبوس شده را تهدید به قتل نموده یا شکنجه و آزار بدنی وارد آورده باشد، مجازات او به یک تا پنج سال حبس تشدید می‌شود. در این حالت، اگر یکی از شرکای جرم، شخص محبوس شده را (به طور خودسرانه یا به دستور شریک دیگر) تهدید به قتل نماید یا شکنجه کند، در صورت پذیرش رویکرد مادی، مجازات شریک دیگر را نمی‌توان طبق ماده مذکور تشدید نمود. در این مورد، فرق نمی‌کند که شریک دیگر نیز در هنگام مباشرت به جرم توقیف غیر قانونی، خواستار شکنجه یا تهدید به قتل مجنی علیه بوده یا نبوده باشد. این امر از آن جهت است که اگر رویکرد مادی بخواهد مجازات شرکای دیگر را در مثال فوق تشدید کند، لازم می‌آید که یک شریک را مسئول عمل شریک دیگر قلمداد کند، امری که از اساس با رویکرد مادی مغایرت دارد. بعلاوه، در فرض خودسرانه بودن رفتار شریکی که مرتکب شکنجه یا تهدید به قتل شده، تسری دادن کیفیت مشدده به شرکای دیگر با موازین عدالت هم ناسازگار می‌نماید. به این ترتیب، تبعیت از رویکرد مادی باعث نوعی دوگانگی و عدم انسجام در نظام حقوقی ایران می‌شود، به این معنا که در جرایمی مانند سرقت و ورود به مسکن غیر، کیفیت مشدده عینی (مانند حمل سلاح) به حساب تمامی شرکا گذارده می‌شود و در جرایم دیگری مانند توقیف غیر قانونی، کیفیت مشدده عینی به کسی اختصاص می‌یابد که آن را ایجاد کرده است. به دیگر سخن در برداشت مادی، حالت توافق و تراضی شرکا به وجود کیفیت مشدده از یک طرف و حالت اقدام خودسرانه یکی از آنها از طرف دیگر، یکسان پنداشته می‌شود و به این ترتیب، خطر مضاعف حاصل از همکاری‌های هماهنگ مجرمانه از نظر دور می‌ماند.

برعکس در رویکردهایی که تصمیم مشترک مجرمانه را از عناصر ضروری شرکت در جرم می‌دانند، از این ناهماهنگی و عدم انسجام احتراز می‌گردد. از یک سو، در جرایمی نظیر سرقت و ورود به مسکن غیر، حمل سلاح توسط یکی از مرتکبین فقط در صورت علم و رضایت شرکای دیگر باعث تشدید مجازات آنها خواهد شد و از سوی دیگر در جرایمی نظیر توقیف غیر قانونی نیز علم و رضایت شرکا به وجود کیفیت مشدده باعث می‌شود که همگی پاسخگوی آن باشند. اگر اشتراک در طرح مجرمانه و همکاری متقابل را مبنا قرار دهیم، فقط در صورتی که مجموع عملیات مجرمانه، حاصل تصمیم مشترک و همکاری آگاهانه و هماهنگ شرکا با یکدیگر بوده باشد، چون این همکاری ذاتاً متضمن تهدید شدیدتری علیه نظم عمومی است، این تهدید شدیدتر با پاسخ متناسب مواجه خواهد شد. در چنین مواردی، کاملاً سودمند و عادلانه به نظر می‌رسد که هر شریک جرم را مسئول کیفیات مشدده ناشی از اعمال دیگران بدانیم، به شرط آن که وجود آن کیفیات مشدده مورد توافق تمام شرکا باشد.

افزون بر موارد فوق، رویکرد مادی بر این فرض نادرست استوار است که مباشرت مادی، نوعاً به معنای سنگین‌تر بودن مسئولیت اخلاقی و اجتماعی یک بزهکار در فعالیت مجرمانه مشترک است، حال آنکه مخصوصاً در جرایم سازمان یافته و جرایمی که با سوء استفاده از قدرت و نفوذ قانونی یا غیرقانونی ارتکاب می‌یابد، اهمیت تحریکات و مداخلات غیر مستقیم و همکاری در تهیه اسباب و مقدمات ضروری جرم را نباید دست کم گرفت. برای نمونه در گذشته، دیوان عالی کشور با تبعیت از رویکرد مادی، در دادنامه شماره ۲۶۴۰ مورخ ۲۷ دی‌ماه ۱۳۱۸، محرک جرم را از مصادیق مباشر خارج دانسته و چنین رأی داده است: «وادر نمودن دیگری به سوزاندن برگ‌ها و اسناد دولتی به طور صریح و روشن مشمول شق اول ماده ۲۸ قانون کیفر عمومی و از مصادیق واضح معاونت در اصطلاح قانون است ولو آن که تحریک مؤثر تام و علت قوی در ایجاد عمل بوده باشد و ایجاد حریق مباشرت مستقل و فاعلیت بزه است، اگرچه در نتیجه تأثیر تحریک مزبور بوده باشد.»^۱، در حال حاضر نیز، تحریک دیگری و حتی سوء استفاده از قدرت برای واداشتن او به ارتکاب جرم، طبق ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی، از مصادیق معاونت در جرم شمرده می‌شود و علی‌الاصول، مستلزم مجازات به مراتب کمتری نسبت به مباشر جرم است. همین امر، انتقاد بعضی صاحب‌نظران را بر-انگیخته است، چرا که در اغلب موارد، مخاطره کسی که دیگری را وادار به جرم نموده، به مراتب بیش از مباشر مستقیم جرم است. «کسی که در پناه ثروت و یا قدرت خویش از وجود دیگران سوء استفاده می‌نماید و بدون آن که مستقیماً دست خود را به ارتکاب جنایت آلوده نماید، دیگری را وادار به ارتکاب جرم می‌نماید، به مراتب برای جامعه خطرناک‌تر از مباشر مادی و مستقیم جرم است. در این شرایط، دفاع جامعه ایجاب می‌نماید که مسئولیت چنین شخصی بیش از مباشر مادی جرم و یا حداقل مساوی وی باشد، در صورتی که عملاً مسئولیت او کمتر است.» (محسنی، ۱۳۷۶: ۴۶-۴۵).

۳. رویکرد مبتنی بر ضابطه‌ی کنترل جرم

با توجه به نقاط ضعف رویکرد مادی، قانون‌گذار ایران در مواردی به تعدیل آن همت گماشته است. برای نمونه در مواد ۵۳۸ و ۶۲۱ قانون مجازات اسلامی (کتاب تعزیرات) و برخی مواد قانونی پراکنده دیگر، ارتکاب جرم «توسط دیگری» یا همان مباشرت معنوی به منزله مباشرت مادی تلقی شده و مستلزم همان مجازات است. نارسایی موجود در چنین مقرراتی آن است که اولاً قانون‌گذار هیچ تعریف خاصی از مفهوم ارتکاب جرم توسط دیگری یا مفهوم مباشرت معنوی ارائه نکرده و به نظر می‌رسد شرایط تحقق این مفاهیم در دکتترین حقوقی نیز به درستی تبیین نشده است. در

۱. ابده، محمد؛ اصول قضائی دیوان عالی کشور، ص ۲۱۹، به نقل از محسنی، ۱۳۷۶: ۴۵.

حقیقت، برخی حقوق دانان (اگرچه نه تمام آن‌ها) بر آنند که ارتکاب جرم توسط دیگری در جرایمی نظیر آدم‌ربایی، اختصاص به مواردی دارد که مباشر مادی، فاقد مسئولیت کیفری باشد؛ لذا موارد ارتکاب جرم به دستور سرکرده‌ی گروه مجرمانه به وسیله‌ی اعضای گروه را در بر نمی‌گیرد (میر-محمدصادقی، ۱۳۸۹: ۴۹۷-۴۹۶؛ آقایانیا، ۱۳۸۶: ۱۷۵). ثانیاً قطع نظر از ابهام در تعریف که بررسی آن، محتاج به پژوهش دیگری خواهد بود، به هر تقدیر، استفاده از مفهوم مباشرت معنوی (وقتی که مباشر مادی به طور هم زمان دارای مسئولیت کیفری باشد) محدود به مواردی است که در قانون تصریح شده باشد و یک قاعده عمومی که در کلیه جرایم کاربرد داشته باشد در این زمینه وجود ندارد.

تعریف و کاربرد اصطلاح «گروه مجرمانه‌ی سازمان‌یافته» به شرح ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌های آن نیز در همین راستا مد نظر قانون‌گذار قرار گرفته است. تعریف گروه مجرمانه‌ی سازمان‌یافته بر عنصرهمکاری و هدف مشترک مجرمانه در میان اعضای گروه تأکید دارد؛ با این همه، آثار این هماهنگی و هدف مشترک برای مسئولیت کیفری اعضای گروه، به هیچ وجه ذکر نشده است. مثلاً سازمان‌یافته بودن جرم (نه از نظر متن قانون و نه طبق دکترین حقوقی) باعث نمی‌شود که در ملاک تفکیک مفاهیم شرکت و معاونت در جرم از یکدیگر، تغییری حاصل شود یا مسئولیت شریک جرم به کیفیات حاصل از رفتار سایر اعضای گروه هم توسعه یابد؛ به شکل استثنائی و منحصرأ در چهارچوب مفهوم مضیق سردستگی گروه مجرمانه است که سردسته به حد-اکثر مجازات مهم‌ترین جرم ارتكابی اعضای گروه محکوم می‌شود.

راه حل متفاوتی که در حقوق کیفری آلمان، برای تعریف مباشرت و شرکت در جرم برگزیده شده، تعریف شرکت در جرم بر مبنای اشتراک چند نفر در عنصر روانی یا طرح مجرمانه می‌باشد. این راه حل، تمرکز خود را معطوف به عنصر روانی مداخله کنندگان در جرم می‌سازد و شرکای جرم را شامل کسانی می‌داند که در شکل گرفتن و اجرای تصمیم مجرمانه‌ی مشترکی نقش داشته‌اند. در حقوق آلمان، دکترین حقوقی میان دو مفهوم، قائل به تفکیک شده است: مرتکبین متعدد مستقل و شرکت در جرم؛ مرتکبین متعدد مستقل از نظر حقوق دانان آلمانی کسانی هستند که «علیه قربانی واحدی کاملاً به طور مستقل اقدام به جرم می‌نمایند و فقط در قبال اعمال شخصی خود مسئول شمرده می‌شوند» (بوهلندر، ۱۳۹۰: ۳۳۲). در مقابل، مسئولیت مرتکبین به‌عنوان شرکای جرم یا «مرتکبین مشترک»^۱ مستلزم آن است که اشخاص متعددی، نه بر حسب اتفاق، بلکه بر مبنای نقشه‌ی مشترک مجرمانه با یکدیگر همکاری نمایند. «پیامد مسئولیت بر چنین

1. Mittaterschaft

مبنایی آن است که با هریک از مشارکت کنندگان در جرم به‌عنوان مرتکب اصلی برخورد می‌گردد» (همان: ۳۳۳) «در حقوق آلمان اصل بر این است [که هرگاه] مرتکبین بر مبنای نقشه مشترک عمل [نمایند] همه مشارکت کنندگان در قبال کلیه اقداماتی که هریک از آنها بر اساس نقشه مشترک انجام داده‌اند، مقصر شناخته می‌شوند، البته مشروط به اینکه اقدامات آنها بر تحقق جرم تأثیر داشته باشد... بر طبق نظر دادگاه فدرال آلمان، مبنای مذکور باید در توافق متهمین جهت ارتکاب جرم و تقسیم وظایف منعکس شده باشد. هریک از آنها باید اقدامات خود را به عنوان عاملی جهت پیشبرد اقدامات دیگران تلقی نماید و اقدامات آنها را نیز به عنوان عامل پیش‌برنده اقدامات خود محسوب کند... توافق بین مرتکبین مشترک ممکن است در حین ارتکاب جرم ایجاد شود، بنابراین قصد قبلی ضرورتی ندارد» (همان: ۳۳۸-۳۳۷).

پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر همکاری در اجرای تصمیم مشترک مجرمانه با داشتن وحدت قصد، از عناصر ضروری شرکت در جرم شمرده شود، فارق مفاهیم شرکت و معاونت در جرم چه خواهد بود؟ منشأ اشکال این است که عنصر روانی به تنهایی نمی‌تواند شاخص خوبی برای تفکیک مجرمین اصلی از معاونین جرم باشد، زیرا گاهی افرادی که تأثیر مادی بسیار اندکی در تحقق جرم داشته‌اند، به‌عنوان مباشر جرم شناخته خواهند شد. به همین دلیل، بسیاری از شارحین بنام حقوق کیفری آلمان تحت تأثیر نظریات راکسن^۱، حقوق دان شهیر این کشور، رویکرد جدیدی را در دهه‌های اخیر برگزیده‌اند که تلفیقی از دو رویکرد مادی و ذهنی به مباشرت و شرکت در جرم می‌باشد.

در واقع، راکسن معتقد بود که تنها مباشرین مادی جرم نیستند که استحقاق توصیف به عنوان مرتکبین اصلی جرم را دارند، بلکه مباشرین معنوی را هم باید در این دسته جای داد؛ او به رژیم‌های استبدادی بعضی دولت‌ها و نیز بعضی سازمان‌های جنایی و شبه مافیایی اشاره می‌کند که از سلسله مراتب سازمانی و انضباط خشنی (البته از نوع فرا قانونی) برخوردارند. در چنین نهادهایی، همان‌طور که راکسن مفصلاً توضیح داده است، رهبر یا سرکرده می‌تواند مطمئن باشد که اوامر و دستورهای او به هر حال، به موقع اجرا گذارده می‌شود، زیرا اگر فرضاً یکی از زیردستان از اجرای دستور سر باز زند، نه تنها از طریق انضباط خشن سازمانی با او برخورد می‌شود، بلکه تقریباً بلافاصله یکی دیگر از اعضای سازمان، جای‌گزين او شده و دستور رئیس یا سرکرده را اجرا می‌نماید. در حقیقت، تشکیلات دولتی یا سازمان جنایی شبه مافیایی، هم‌چون ماشین عظیمی تحت کنترل رئیس یا سرکرده قرار دارد، چنان‌که گویی به‌صورت خودکار، دستورهای او را اجرا می‌کند. راکسن با اشاره به جنایات آلمان نازی، توضیح می‌دهد که با توسل به نظریه او، مقامات بالای رژیم

1. Roxin

نازی، با آن که به دست خود کسی را نکشته یا شکنجه ننموده بودند، چون کنترل کنندگان اصلی جنایات ارتكابی به شمار می‌رفتند، باید به‌عنوان مباشران و شرکای جرم (مرتکبین اصلی) محکومیت یابند و این امر، محتاج به اثبات مکره بودن مأمورین آن رژیم نیست. دادگاه فدرال آلمان با اقتباس این نظریه، آن را در سالهای بعد به مدیران بنگاه‌های تجاری و حتی مدیران مؤسسات دیگر نیز توسعه داده و موقعیت‌هایی را که در آنها، اراده‌ی مباشر مادی تحت تأثیر آگاهی بیشتر، نفوذ روانی و یا قدرت سازمانی فرد دیگری (مباشر معنوی) قرار دارد، در آراء متعدد خود مشخص ساخته است. دادگاه مزبور، برخلاف نظریات اولیه‌ی راکسن، وجود انضباط خشن و تعویض‌پذیری زیردستان را همیشه لازم نمی‌داند، بلکه آمادگی کامل زیردستان برای اجرای اوامر مافوق را به هر دلیل دیگری که باشد کافی می‌داند. (Jain, 2011 : 164 and 169-171)

حقوق دانان آلمانی با الهام گرفتن از نظریه‌ی راکسن، تعریف نوینی از شرکت در جرم ارائه کرده‌اند. بر اساس رویکرد آن‌ها که مشهور به نظریه‌ی کنترل جرم است، مجرم اصلی در یک تعامل گروهی مجرمانه کسی است که کنترل یا تسلط نسبت به تحقق یا عدم تحقق جرم داشته باشد، یعنی تصمیم او در خصوص وقوع یا عدم وقوع جرم، کلیدی و تعیین کننده باشد. در این رویکرد، اگر دو نفر را فرض کنیم که مشترکاً توانایی کنترل تحقق یا عدم تحقق رفتار مجرمانه را داشته باشند، آن‌ها را می‌توانیم شرکای جرم محسوب نماییم. در حقیقت، توافق مجرمانه و تقسیم نقش‌های اساسی میان چند نفر، به آنها اجازه می‌دهد که جرم را مشترکاً کنترل کنند یعنی بتوانند روند ارتکاب را هدایت کرده یا بنا بر اراده و تصمیم خود متوقف سازند و همین امر، آن‌ها را شایسته‌ی توصیف به‌عنوان شرکای جرم می‌سازد. (Ohlin, 2015: 520) در عین حال، تفکیک میان شریک و معاون جرم در این رویکرد، در ضابطه‌ی کنترل جرم نهفته است، به این معنا که معاون جرم برخلاف شریک، در موقعیتی نیست که بتواند روند ارتکاب جرم را با امتناع از همکاری، متوقف سازد، بلکه فقط مرتکبین اصلی را به ارتکاب جرم تشویق کرده یا اجرای تصمیم آن‌ها را تسهیل می‌نماید. نظر اغلب حقوق دانان آلمانی این است که صرف دخالت در مقدمات غیر مستقیم جرم، مانند رساندن مرتکبین به محل ارتکاب یا تهیه‌ی وسایل ارتکاب جرم، از مصادیق معاونت است، نه شرکت در جرم. با این همه، از لحظه‌ای که کار اجرای نقشه مجرمانه عملاً شروع می‌شود (مرحله شروع به جرم) تا لحظه‌ای که اجرای این نقشه به اتمام می‌رسد، کسانی که سهم عمده‌ای در اجرای آن داشته و قادرند روند ارتکاب را با مانع مواجه سازند، شریک در جرم محسوب می‌شوند. به این ترتیب، مباشرت در نفس رفتار مجرمانه یا عنصر مادی به معنای دقیق کلمه شرط نیست. برای نمونه، فرض کنیم دو نفر سارق بانک («الف» و «ب») به همراه یکدیگر اقدام به سرقت خشونت‌آمیز از بانک نمایند، به این ترتیب که «الف» با استفاده از تفنگ خود کارمندان را تهدید کرده و «ب»

پول‌ها را هم‌زمان از صندوق‌ها خارج سازد. در این مثال، هر مداخله‌کننده، سهمی برابر با دیگری ایفاء می‌کند، یعنی هر کدام در اجرای یک توافق مشترک و در راستای برنامه طراحی شده و مورد اتفاق برای ارتکاب جرم، سهم خود را به انجام می‌رساند. سهم‌های ایفاء شده در اجرای جرم، یکدیگر را تکمیل می‌کنند به گونه‌ای که مجموعاً کل اجرای جرم به یک فعالیت مشترک تبدیل می‌شود و مآلاً طبق حقوق آلمان، کل نتیجه حاصله به هر کدام از همکاری‌کنندگان به یک اندازه قابل انتساب است (Jain, 2011: 165).

از آنجا که تعریف مفاهیم شرکت و مباشرت معنوی بر اساس دکترین کنترل جرم، برای تعیین حدود مسئولیت کیفری در جرایم پیچیده و مخصوصاً جنایات بین‌المللی مناسب به نظر می‌رسد، رویه‌ی قضائی دیوان کیفری بین‌المللی به اقتباس رویکرد پیشنهادی حقوق‌دانان آلمانی تمایل نشان داده‌است. توضیح این‌که جنایات جنگی، جنایات بر ضد بشریت و نسل‌زدایی، اغلب و حتی بعضاً حسب تعریف، نیازمند طراحی توسط یک دولت یا گروه شبه نظامی هستند و منطقی نیست که صرفاً مباشرین مادی را به‌عنوان مرتکبین اصلی این قبیل جرایم بشناسیم. از همین رو، نظریه‌ی کنترل جرم که ضابطه‌ی کنترل را جای‌گزین ضابطه‌ی مباشرت مادی می‌سازد، طبعاً مورد توجه قضات دیوان مذکور قرار گرفته‌است. قضات شعبه مقدماتی دیوان در بخشی از قرار «تأیید اتهامات» (جلب به محاکمه) صادره در پرونده لوبانگا^۱ با تصریح به این‌که وجود طرح و فعالیت مجرمانه هماهنگ، از عناصر ضروری شرکت در جرم بوده و هر شریکی که در اجرای طرح مشترک دخالت کرده، مسئول تمامی فعالیت مجرمانه‌ی مشترک است، در بیان مفهوم شرکت در جرم اظهار می‌دارند: «این شعبه دیوان معتقد است که سرمنشأ مفهوم شرکت در جرم را باید در این اندیشه جستجو کرد که هرگاه مجموع مداخلات فردی جمعی از اشخاص که به طور هماهنگ صورت می‌پذیرد، به تحقق کلیه عناصر مادی جرم واحدی منتهی گردد، هر شخصی را که در این امر سهمی ایفاء کرده، می‌توان بر مبنای مسئولیت ناشی از عمل دیگری، مسئول سهام ایفاء شده توسط کلیه دیگر اعضای آن جمع تلقی کرده و در نتیجه، نسبت به کلیت جرم واقع شده به‌عنوان مرتکب اصلی شناسایی نمود.» (ICC Lubanga Decision, 29.1.2007, Para. 326.)

دیوان در توصیف رویکرد خود به مفهوم شرکت در جرم، ضمن ارجاع صریح به نظریه‌ی راکسن و برخی نظام‌های حقوقی ملی مخصوصاً حقوق آلمان، دکترین کنترل جرم را به شرح زیر توضیح می‌دهد: «... اندیشه مبنایی این رویکرد این است که مرتکبین اصلی یک جرم، محدود به کسانی که به طور فیزیکی، عناصر مادی جرم را به اجرا درمی‌آورند نیستند، بلکه شامل آنانی نیز می‌شوند که هرچند از صحنه ارتکاب جرم فاصله داشته باشند، بر ارتکاب آن تسلط دارند یا مغز متفکر جرم

1. Lubanga

هستند، چه اینان هستند که در اصل ارتکاب و چگونگی ارتکاب جرم تصمیم می‌گیرند» (Ibid:para327-330)

مسئولیت اصلی شخصی که مغز متفکر جرم بوده در حقوق ایران نیز تحت عنوان سردستگی گروه مجرمانه سازمان یافته (ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) شناسایی شده است، به این معنا که سردسته نمی‌تواند به این دلیل که رفتار مجرمانه را به دست خود انجام نداده، از مسئولیت اصلی بگریزد و خود را صرفاً در حد معاون جرم مسئول بداند. منتها دیوان با اقتباس دکترین کنترل جرم از حقوق آلمان، در واقع خواسته است توضیح دهد که چرا و در چه شرایطی سردسته به عنوان کنترل کننده جرم، از مسئولیتی نظیر مباشر مادی برخوردار می‌شود. به نظر دیوان، عنصر مادی در رویکرد موسوم به کنترل جرم عبارت است از اوضاع و احوال مناسبی که امکان کنترل جریان ارتکاب جرم را به وجود می‌آورد و نیز عنصر روانی آن عبارت است از علم و اطلاع مرتکب از وجود اوضاع و احوال مزبور. بر این اساس، فقط کسانی که جریان ارتکاب جرم را در اختیار دارند و از داشتن چنین اختیاری آگاه هستند، مرتکب اصلی جرم شناخته می‌شوند؛ این امر، در سه فرض ممکن می‌شود: (نخست) حالتی که مرتکب، عنصر مادی جرم را مباشرتاً و به دست خود انجام می‌دهد، یعنی حالت مرتکب مستقل جرم یا مباشرت مادی و مستقیم^۱؛ (دوم) حالت کسانی که اراده مرتکبین مادی در اجرای جرم را تحت کنترل دارند، یعنی ارتکاب جرم به وسیله شخص دیگر یا مباشرت غیر مستقیم^۲؛ یا (سوم) حالت مرتکبی که به همراه دیگران، به سبب وظیفه یا نقش اساسی محول شده به وی، کنترل جریان جرم را به دست دارد، یعنی ارتکاب جرم با همراهی دیگران یا شرکت در جرم^۳.

به تصریح جزء «الف» بند «۳» ماده ۲۵ اساسنامه رم، شخص ممکن است هریک از جنایات موضوع اساسنامه را از طریق شخص دیگری مرتکب شود، «اعم از اینکه شخص مزبور، دارای مسئولیت کیفری باشد یا نباشد». بنابراین، ممکن است با اینکه مباشر مادی جرم به نوبه خود دارای مسئولیت کیفری کامل بوده است، شخص دیگری که مباشر مادی را به خدمت گرفته است، در زمره مرتکبین اصلی جرم شناخته شود. بر همین مبنا دیوان پس از آنکه رویکرد مادی و ذهنی به شرکت در جرم را مردود می‌شناسد، رویکرد سوم یعنی کنترل جرم را با اساسنامه خود سازگارتر دانسته و به تبیین بیشتر آن می‌پردازد.

۱. این حالت همان است که در رویکرد مادی به شرح ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ انعکاس یافته است.

۲. این حالت همان است که در حقوق ایران، سردستگی یا مباشرت معنوی نامیده می‌شود.

۳. این حالت برخلاف دو حالت پیشین، در حقوق ایران شناسایی نشده و جای خالی آن محسوس می‌باشد.

عین عبارت دیوان در این زمینه چنین است: «مبنای تعریف شرکت در جرم بر اساس مفهوم کنترل مشترک، اصل تقسیم کارها یا نقش‌های ضروری لازم برای تحقق هدف ارتکاب جرم است که میان دو یا چند نفر که به نحو هماهنگ اقدام می‌کنند، پدیدار می‌شود. به این ترتیب، اگرچه هیچ کدام از شرکت کنندگان کنترل همه‌جانبه و کامل جرم را در دست ندارد و هریک از آنها برای اجرای جرم، نیازمند دیگری است، همه آنها سهمی در کنترل جریان جرم دارند، زیرا هرکدام از آنان قادر است با امتناع از انجام نقش یا سهم خود، ارتکاب جرم را با شکست مواجه سازد.» (Ibid:para342).

عناصر مادی شرکت در جرم، از نظر قضاوت پرونده‌ی لوبانگا عبارتند از: اول، وجود یک توافق یا طرح مشترک میان دو یا چند شخص با هدف یا با نتیجه طبیعی ارتکاب جرم؛ دوم، مداخله اساسی و ضروری هرکدام از شرکا به نحو هماهنگ با سایرین که منجر به پدیداری کلیه عناصر مادی جرم گردد. اما ارکان عنصر روانی شرکت در جرم عبارتند از: نخست، داشتن عنصر روانی لازم برای تحقق جرم مورد نظر؛ دوم، آگاهی مشترک یکایک متهمان از اینکه اجرای طرح مشترک مجرمانه، ممکن است به تحقق عملی عناصر مادی جرم منتهی شود و اینکه همگی به چنین پیامدی رضایت داده باشند؛ (سوم) اطلاع مرتکب از اینکه اوضاع و احوال موجود، چنان است که به او توانایی کنترل مشترک جرم به همراه سایرین را می‌دهد (Ibid:para343-367).

تعریف شرکت در جرم بر مبنای نظریه‌ی کنترل مشترک، با استقبال قضاوت در آراء بعدی نیز روبرو شده‌است. (ICC, Katanga & Ngudjolo Chui, 30.9.2008, paras480-539).

نتیجه‌گیری

همکاری آگاهانه میان چند نفر در اجرای جرم، می‌تواند به آن‌ها امکان دهد که مشترکاً با تقسیم نقش‌های کلیدی میان خود، بر فرآیند ارتکاب آن، تسلط داشته باشند؛ این تسلط، ملازمه‌ای با دخالت یکایک آنها در عنصر مادی جرم ندارد. اگر قائل به این باشیم که مفهوم قانونی شرکت در جرم، اصولاً برای پاسخگویی به پدیده همکاری گروهی برای ارتکاب جرم و تعیین حدود مسئولیت ناشی از آن وضع شده است، توصیف این مفهوم با یک رویکرد کاملاً مادی را که به عنصر همکاری گروهی بی‌اعتنا است، به هیچ وجه نمی‌توانیم بپذیریم. البته باید اذعان داشت که در جرایم مستلزم حد و قصاص یا دیه، بازنگری در تعریف شرکت در جرم جز با نهایت احتیاط امکان‌پذیر نبوده و مستلزم بحث فقهی گسترده‌ای خواهد بود، اما چون مقنن در کیفیت و کمیت مجازات‌های تعزیری، از آزادی عمل برخوردار است، از نظر شرعی مانعی به نظر نمی‌رسد که در جرایم اخیر، کلیه کسانی که بر اثر توافق مجرمانه، یکی از اسباب و مقدمات مستقیم جرم را ایجاد کرده‌اند، به عنوان شریک

جرم شناخته شوند. مقصود از اسباب و مقدمات مستقیم، اعمال مقدماتی و اجرایی مختلفی است که به دلیل داشتن رابطه‌ی نزدیک با اجرای جرم، به طور آشکار، معرف قصد همکاری در راستای اجرای توافق مجرمانه باشد، اعم از این که بخشی از عنصر مادی جرم و عملاً مؤثر در تحقق نتیجه بوده یا نبوده باشد. به سخن دیگر، هرگاه عمل یک مداخله کننده چنان باشد که بر فرض عدم توفیق در تکمیل جرم، بتوان او را به اتهام شروع به جرم مجازات کرد، به نظر ما منطقی می‌توان در صورت تکمیل جرم، او را شریک یا مرتکب اصلی تلقی نمود. به عنوان مثال، اگر دو نفر به قصد سرقت و با همکاری یکدیگر، با استفاده از کلید ساختگی یا شکستن حرز به مسکن غیر داخل شوند، در صورت توفیق، شریک در سرقت و در صورت عدم توفیق، شریک در شروع به سرقت هستند و فرق نمی‌کند که مال صاحب‌خانه را هر دو برابند یا اینکه مثلاً یکی از آنها، وظیفه‌ی جستجوی خانه و جمع‌آوری اموال و دیگری، وظیفه ربایش اموال و انتقال آنها به خارج خانه را به عهده گیرد. در صورت پذیرش این قاعده، کسانی که اقدام آنها فقط موجب تسهیل وقوع جرم شده، احتمال تحقق جرم را افزایش داده یا مرتکبین را مصمم‌تر ساخته بدون اینکه از اسباب و مقدمات مستقیم جرم باشد، معاون جرم شناخته می‌شوند.

رویکرد کنونی مبنی بر مشروط ساختن احراز شرکت در جرم به وجود رابطه‌ی علیت مادی میان رفتار شخص و جرم مورد نظر، موجب می‌شود کسانی که بدون همکاری آن‌ها چه بسا اصلاً جرمی واقع نمی‌شد، بی‌جهت از مسئولیت اصلی میرا شوند. به عبارت دیگر، تأکید بیش از اندازه بر ضرورت اثبات علیت مادی میان رفتار متهم و جرم مورد نظر در مورد احراز شرکت در جرایم تعزیری مناسب نیست زیرا، در راستای ایجاد آرامش در افکار عمومی و از منظر حفظ نظم جامعه که رسالت حقیقی حقوق جزا است، در اقدامات مشترک مجرمانه و مخصوصاً فعالیت‌های پیچیده‌ای که توسط گروه‌های بزهکاری سازمان‌یافته صورت می‌گیرد، مباحثت در عنصر مادی ملاک خوبی برای تشخیص و تفکیک مرتکبین اصلی از مرتکبین فرعی و ثانوی محسوب نمی‌شود. در نتیجه اگر قانون‌گذار نخواهد در مفهوم قانونی شرکت در جرم (حداقل در جرایم تعزیری) تجدیدنظر کند، شایسته است هریک از اعضای «گروه مجرمانه سازمان یافته» مسئول اصلی تمام جرایمی محسوب شوند که بدون همکاری آن‌ها، محقق نمی‌گردید.

باید افزود که هر جا مقنن، تشدید مجازات مجرمین را به دلیل تعدد مداخله کنندگان مقرر کرده و یا کیفیت مشدده‌ای را که از رفتار یک نفر حاصل آمده، دامن‌گیر سایرین نیز دانسته‌است، تشدید مجازات بدون اثبات وجود توافق مجرمانه میان مداخله کنندگان، ناعادلانه و غیر منصفانه خواهد بود. برعکس، در موارد اثبات توافق مجرمانه، تسری کیفیات مشدده عینی به تمامی مداخله کنندگان، نه تنها غیر منصفانه نیست، بلکه عامل بازدارنده‌ای در برابر کسانی محسوب می‌شود که با

مواضعہ و ہمدستی یکدیگر، خطر جدی تری را متوجہ نظم عمومی ساختہ اند. این امر، ضرورت باز-اندیشی در رویکرد کنونی بہ شرکت در جرم در خصوص جرایم تعزیری را ہرچہ آشکارتر می سازد.

منابع

- آقایی نیا، حسین (۱۳۹۲)، **حقوق کیفری جرایم علیہ اشخاص (جنایات) بر اساس قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲**، ویرایش ہشتم، تہران: انتشارات میزان.
- آقایی نیا، حسین (۱۳۸۶)، **حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیہ اشخاص (شخصیت معنوی)**، چاپ دوم، تہران: انتشارات میزان.
- ادارہی وحدت رویہ و نشر مذاکرات ہیئت عمومی دیوان عالی کشور (۱۳۸۶)، **مذاکرات و آراء ہیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۸۳**، چاپ اول، تہران.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ بیست و دوم، ویراست دوم، تہران: انتشارات میزان.
- بوہلاندر، مایکل (۱۳۹۰)، **مبانی حقوق کیفری آلمان**، ترجمہ اصلی عباسی، ویرایش اول، تہران: مجمع علمی-فرہنگی مجد.
- حاجی دہ آبادی، احمد (۱۳۹۰)، «استناد و نقش آن در شرکت در جرم»، **مجلہ تحقیقات حقوقی**، شماره ۵۳، ص ۱۴۶-۱۰۷.
- دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور (۱۳۷۷)، **مذاکرات و آراء ہیئت عمومی دیوان عالی کشور**، جلد دوم، چاپ اول، تہران: چاپخانہ روزنامہ رسمی.
- زراعت، عباس (۱۳۸۷)، **قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی**، ویرایش سوم، تہران: انتشارات ققنوس.
- زراعت، عباس (۱۳۹۲)، **شرح مختصر قانون مجازات اسلامی**، ویرایش اول، تہران: انتشارات ققنوس.
- سمیعی، حسین (۱۳۴۸)، **حقوق جزا**، ویرایش چہارم، تہران: انتشارات شرکت مطبوعات.
- صادقی، محمدہادی، (۱۳۹۲)، «اجتماع اسباب در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، **مجلہ آموزہ-ہای حقوق کیفری**، شماره ۶، ص ۵۶-۳۳.
- صادقی، محمدہادی، (۱۳۹۳)، «اجتماع سبب و مباشر در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، **مجلہ مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز**، دورہ ششم، شماره ۲، ص ۹۷-۱۲۳.

- علی آبادی، عبدالحسین (۱۳۸۴)، موازین قضائی هیئت عمومی دیوان عالی کشور - بخش آراء کیفری، جلد اول، چاپ اول، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.
- محسنی، مرتضی (۱۳۷۶)، دوره حقوق جزای عمومی، مسئولیت کیفری، جلد سوم، ویرایش اول، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- مرادی، حسن (۱۳۷۳)، شرکت و معاونت در جرم، تهران: نشر میزان.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷)، فقه الحدود والتعزیرات، جلد سوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید.
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۸)، مبانی تکمله المنهاج، جلد ۲، ویرایش سوم، قم: انتشارات الامام الخوئی.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۹)، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، چاپ ششم، تهران: انتشارات میزان.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۷۶)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۲، ویرایش سوم، تهران: انتشارات دارالکتب اسلامیه.
- نوربها، رضا (۱۳۸۷)، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ بیست و دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- یوسفیان شوره‌دلی، بهنام (۱۳۹۳)، «کانون مشترک مجرمانه: جستجوی توصیف مناسبی برای مسئولیت جنایتکاران بین المللی فراسوی مباشرت مادی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۶۸.
- Cryer, Robert, Friman, Hakan, Robinson, Darryl & Wilmshurst, Elizabeth (2010), **an introduction to criminal law and procedure**, Cambridge University Press, second edition, New York.
- Jain, Neha (summer 2011), "the Control Theory of Perpetration in International Criminal Law" (January 16, 2011). **Chicago Journal of International Law**, vol. 12, no. 1, p. 158. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1865842>.
- Ohlin, Jens David (2015), "co-perpetration: German dogmatic or German Invasion?", **The law and practice of the International Criminal Court: a critical account of challenges and achievements**, Carsten Stahn ed., Oxford University Press. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2351514>.
- Court Decisions:**
- ICC, Lubanga Decision: ICC, *the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Pretrial Chamber I, Decision on the Confirmation of the Charges (public redacted version), 29 January 2007.

ICC, Katanga & Ngudjolo Chui: ICC, *the Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Case No. ICC-01/04/01/07, pretrial Chamber I, Decision on the confirmation of the charges, (public redacted version), 30 September 2008.

