

تحلیلی نوین از جرم تحصیل مال نامشروع در حقوق ایران^۱

ابوالحسن شاکری *

امیر البوعلی **

چکیده

غالباً در حقوق ایران، بر اساس ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس، کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷، در جرائم علیه اموال، از جرمی تحت عنوان «تحصیل مال نامشروع»، یاد می‌شود. این ماده دارای متن مبهمی است که این شبهه را القاء می‌کند. این جرم از جانب هر شخصی با هر خصوصیات قابل ارتکاب است؟ یا مرتکبین چنین جرمی اشخاصی با ویژگی‌های خاص هستند؟ با توجه به مبنا و شیوه‌ی انشاء متن و لزوم تفسیر به نفع متهم، ماده‌ی مزبور ناظر به اشخاصی است که حسب صدر ماده به گونه‌ای از جانب دولت و بر اساس ضوابط و مقررات خاصی، امتیازاتی را کسب کنند و یا مسؤول و متعهد توزیع کالاهایی طبق ضوابط خاص شوند و از همین طریق، مالی را تحصیل کرده‌اند. واژه نامشروع مندرج در این ماده را هم باید به معنی بر خلاف ضوابط و مقررات تعیین شده برای مرتکب دانست که می‌تواند تعبیری دیگر از کلام خداوند در قرآن به «اکل مال بالباطل» باشد که بلاجهت خود را صاحب مال غیر کرده است.

کلید واژه‌ها: دولت، مال نامشروع، تحصیل، جرم.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۱/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۸/۱۷

*دانشیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسؤول)

shakericriminallaw@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق کیفری دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران و عضو هیات علمی واحد آبادان، دانشگاه

آزاد اسلامی، آبادان، ایران

۱- مقدمه

ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ جرمی را پیش-بینی کرده است که گستره آن مشخص نیست و حتی می‌تواند به موارد حقوق مدنی هم تسری پیدا کند. ابهام از آن‌جا ناشی می‌شود که مقصود قانونگذار از عبارت «به طور کلی مالی یا وجهی تحصیل کند که طریق تحصیل آن فاقد مشروعیت قانونی بوده است» مشخص نیست. این حکم ظاهراً می‌تواند شامل تمام مواردی شود که شخصی از طریق فاقد مشروعیت قانونی همانند کلاهبرداری، سرقت، اختلاس و سایر جرائم مشابه مالی را بدست آورده باشد. به خاطر همین ابهام است که از یک طرف اداره حقوقی قوه قضائیه با استنباط خاصی از این ماده آورده است که تحصیل مال ناشی از کلاهبرداری، برخلاف تحصیل مال مسروقه به خاطر عدم پیش‌بینی در قانون مجازات اسلامی جرم تلقی نمی‌شود^۱ و از طرف دیگر غالباً در مباحث علمی و آثار حقوق دانان (گلدوزیان، ۱۳۹۳، ۵۴۶؛ درویش، ۱۳۹۰، ۱۶۴؛ باقر زادگان، ۱۳۹۲، ۹۶؛ زراعت، ۱۳۹۲، ۱۰۰؛ منصور آبادی، ۱۳۸۴، ۱۰۳) و حتی در آراء بعضی دادگاه‌ها^۲ جرمی تحت همین عنوان در حقوق ایران پذیرفته شده و به طور موسع و مطلق مشمول انواع شیوه‌های تحصیل مال به طور نامشروع دانسته شده است. از سوی دیگر اطلاق ماده مذکور در خصوص جرم دانستن هر نوع تحصیل مال از طریق فاقد مشروعیت قانونی از آن جهت که کلی است با اصل قانونی بودن جرم و مجازات-که در اصول ۳۶ و ۱۶۶ قانون اساسی و ماده‌ی ۲ و ۱۰ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است-و همچنین با اصول قانونگذاری از قبیل اصل صراحت در بیان که قانونگذار در تشریح قوانین کیفری همواره باید به کار بندد (اردبیلی، ۱۳۹۲، ۲۱۳)، مغایرت دارد.

با توجه به مبهم بودن ماده مذکور چند سؤال اساسی مطرح می‌شود. این سؤالات عبارتند از ۱- مبنای جرم انگاری ماده مزبور چیست؟ ۲- مرتکب جرم مزبور چه شخصی می‌تواند باشد؟ ۳- منظور از واژه نامشروع چیست؟ ۴- آیا منظور قانونگذار از وضع این ماده تعمیم جرم تحصیل مال نامشروع و قابل مجازات دانستن کلیه اشخاصی است که بلاجهت مالی را دارا شوند؟ پاسخ به این پرسش‌ها مستلزم بررسی و تحلیل مطالب بر اساس آموزه‌های فقهی و حقوقی راجع به تحصیل مال و نامشروع بودن و طریق

۱- نظریه شماره ی ۵۴۳۱/۷ مورخ ۱۳۷۳/۰۸/۳۱ اداره حقوقی قوه قضائیه

۲- از جمله رای شماره ۵۸۱۰۵۸۱۱۷۳۰۰۹۹۷۶ مورخه ۱۳۹۱/۰۵/۱۰ شعبه دوم دادگاه تجدید نظر استان خوزستان

تحصیل مال و تعیین اشخاص مشمول این ماده می باشد، لذا مطالب مربوط تحت عناوین مبنای جرم و عناصر مادی و روانی جرم ساماندهی و بحث شده است.

۲- مبنای جرم

قانونگذار در جرم انگاری (شناختن رفتاری به عنوان جرم)، مبانی و ملاک هایی را مد نظر قرار می-دهد که متأثر از منطق عقلائی است، حقوق دانان سه اصل کلی را مبنای جرم انگاری می دانند ۱- غیراخلاقی بودن؛ یعنی اینکه رفتاری را قانونگذار جرم می شناسد که اخلاقاً قبیح و مذموم باشد. ۲- ضد اجتماعی بودن رفتار، یعنی رفتار مرتکب باید از نظر اجتماعی زیان آور باشد. ۳- رفتار باید بطور بالقوه یا بالفعل حقوق اساسی دیگران را نقض کند (عبدالفتاح، ۱۳۸۰، ۱۵۵). البته ماهیت و نوع جرم در هر جامعه به نظام و مدل حکومتی آن جامعه بستگی دارد که منشاء و ملاک های آن، ممکن است دینی، اجتماعی، سیاسی باشند، گاهی در جرم انگاری یک عمل چند ملاک مد نظر مقنن قرار می گیرند و حتی در برخی موارد ممکن است همه ی ملاک های مذکور را مبنای جرم انگاری قرار دهند مثل جرم خیانت درامانت (حبیب زاده، ۱۳۷۷، ۵). در خصوص مبنای جرم تحصیل مال از طریق نامشروع هم می توان به چند دیدگاه اشاره کرد.

دیدگاه اول (دیدگاه فقهی): بر اساس این دیدگاه مبنای جرم مزبور ماهیت ناپسند بودن آن از نظر شرع است که مستند آن آیات شریفه ی ۱۸۸ سوره ی بقره و ۲۹ سوره ی نساء در خصوص ممنوعیت اکل مال به باطل^۱ می باشد. این آیات بر عدم جواز تصرف در مال غیر بدون اذن صاحب آن دلالت می-کند (شاهرودی، ۱۴۲۳، ۱۷۹). بر این اساس، هر نوع تحصیل مال از طریق غیر شرعی ممنوع و گناه اعلام شده است که حتی شامل امور مدنی از قبیل استفاده بلاجهت و غصب هم می گردد. در فقه اهل سنت آمده است که هر کس از طریق خدعه و نیرنگ مال دیگری را بدست آورد عملش از عنوان سرقت خارج است و به عنوان عمل حرام قابل تعزیر است (عبدالرحمن جزیری، ۱۴۳۰، ۲۶۰). بر اساس همین دیدگاه های فقهی بعضی از نویسندگان در بیان اهداف ماده قانونی مورد بحث نوشته اند: «نمی توان منکر قصد ضمنی

۱- آیه ی ۱۸۸ سوره ی بقره: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ.» و آیه ی ۲۹ سوره نساء: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا.»

قانونگذار بر جرم‌انگاری تمامی راه‌های نامشروع کسب مال شد (باقرزادگان، ۱۳۹۲، ۸۴)، برخی گفته‌اند قانونگذار جرایم مالی را به دو دسته ی جرایم معین (سرقت، خیانت در امانت و کلاهبرداری) و جرایم غیر معین (تحصیل مال نامشروع) تقسیم نموده است (زراعت، ۱۳۹۲، ۱۰۰). بنابراین ماده مزبور هرگونه تحصیل مال از طریق نامشروع را جرم‌انگاری کرده است تا بدین وسیله خلاء قوانین ایران را که باعث می‌شود برخی از اعمال نادرست تحت هیچ یک از عناوین خاص مجرمانه، مثل کلاهبرداری، خیانت در امانت، اختلاس، سرقت و ... قرار نگیرد، و در نتیجه راهی برای تنبیه این گونه مجرمان مالی و اقتصادی وجود نداشته باشد، مرتفع نماید (صادقی، ۱۳۹۲، ۱۴۶). این دیدگاه به شرایط حاکم در زمان قانونگذاری ماده مورد بحث توجهی نداشته و بدون نظر به تاریخچه وضع آن، صرفاً به مبنای حرمت عمل توجه نموده است. در حالی که در متون فقهی اگر چه فقها در باب عقود از چنین عمل نامشروعی بسیار یاد کرده‌اند^۱ ولی در هیچ یک از منابع فقهی، تعزیری برای این عمل قائل نشده‌اند. همچنین لازم به توضیح است که اگرچه فقها بر این امر متفق القول هستند که برای تعیین مجازات تعزیری از نظر فقهی حرام بودن عمل کافی است و حاکم می‌تواند بنا به قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» افراد مرتکب فعل حرام را به مجازاتی که خود صلاح می‌داند محکوم کند همانطور که شیخ طوسی در المبسوط گفته است: «امر تعزیر به حاکم واگذار شده است» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۶۷). محقق حلی نیز در الشرایع بیان کرده است: «هرکس مرتکب فعل حرامی باشد یا از امر واجبی سر باز زند، بر امام است که او را تعزیر کند.» (محقق حلی، بی‌تا، ۱۱۲). ولی با لحاظ قانون اساسی قواعد حقوق کیفری به ویژه اصل قانونی بودن جرم و مجازات، صرف قابلیت تعزیر بودن فعل حرام از نظر شرعی برای قاضی مجوز تعیین مجازات نیست و بلکه مستند حکم دادگاه باید قانون باشد.

دیدگاه دوم: (دیدگاه حقوقی): حسب ظاهر ماده ۲ قانون مورد بحث عده‌ای معتقدند: هر کس به طور کلی مالی یا وجهی تحصیل کند که طریق تحصیل آن فاقد مشروعیت قانونی بوده است مرتکب جرم

۱- برای مثال در کتاب ایصال الطالب، سید محمد حسینی شیرازی در خصوص حرمت تصرف در مال مرهونه و مصادق اکل مال بالباطل گفته اند: «... فیُحرم التصرفُ فیهِ، لانه اکلُ المالِ بالباطلِ) و قد قال سبحانه: «و لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ.» (شیرازی، بی‌تا، ۱۵۳). همچنین در کتاب مفاتیح الشرائع در خصوص عقد صلح و حرمت تصرف افراد نسبت به مالی که محق در دریافت آن نیستند آمده است: «فَلَا يَسْتَبِيحُ لِكُلِّ مِنْهُمَا مَا وَصَلَ إِلَيْهِ بِالصَّلْحِ وَ هُوَ غَيْرُ مُحَقِّقٍ، لانه اکل مال بالباطل» (کاشانی، بی‌تا، ۱۰۳)

تحصیل مال نامشروع و مشمول این ماده شده و می‌توان او را به مجازات مذکور در آن ماده محکوم کرد (درویش، ۱۳۹۰، ۱۳۴). در حالی که باید توجه داشت قانونگذار در جرم‌انگاری هر رفتاری، نظم اجتماعی و حفظ آسایش عمومی در زمان تصویب را در نظر دارد. مقنن در نظر دارد اشخاصی که بموجب یک موقعیت و از طرف یک مقام دولتی اختیاری را بدست می‌آورند از آن مقام سوءاستفاده نکنند و اعتماد دولت و نهادهایی که به آن‌ها این اختیارات و امتیازات را داده است حفظ کند تا در امور اجرائی کشور خدشه ای وارد نشود و بالعکس. لذا در زمان وضع این قانون در سال ۱۳۶۷^۱ که مقارن با جنگ بود و اقتصاد کشور مشکلات فراوان داشت قانونگذار خواسته است امتیازاتی که به بعضی اشخاص برای کمک به جامعه و برای باز کردن گره‌ای از مشکلات وقت جامعه داده می‌شد مورد سوء استفاده این اشخاص که دولت به آنها اعتماد کرده و به آنها امتیاز داده است، واقع نگردد. از آن‌جا که جرم شناختن عمل فلسفه دارد و جرم ماهیتاً عملی است که ناقض نظم عمومی است نه ظاهراً عملی که قانون پیش بینی کرده است و پیش بینی عمل در قانون شکل آن است. پس باید این سوال را پرسید که چرا خرید و فروش امتیازات موضوع قانون جرم است؟ در پاسخ باید گفت که وقتی جهت صادرات یا واردات جوازی صادر می‌شود به این خاطر است که در اقتصاد مملکت نتیجه ای مثبت حاصل شود لذا چنانچه به جای صادرات یا واردات این امتیازات خرید و فروش شوند باعث بورس بازی و تلف شدن سرمایه ملی و رکود و بیکاری می‌گردد. به همین خاطر قانونگذار خرید و فروش جواز صادرات و واردات را ممنوع کرده است (آزمایش، ۱۳۸۶، ۳۷). لذا عبارت «به طور کلی مالی یا وجهی را تحصیل کند» را باید بدین صورت تفسیر کرد که منظور از آن اشاره به موارد تحصیل وجه یا مالی از سوی همان اشخاص خاص برخوردار از امتیازات دولتی مذکور در صدر ماده به روشی غیر از روش‌های مندرج در صدر ماده می‌باشد. در این دیدگاه بر خاستگاه ماده مورد بحث و شرایط و وضعیت اقتصادی کشور در زمان وضع توجه شده و با تفسیر مضیق از آن، اشخاص مشمول ماده محدود به اشخاص مندرج در صدر ماده شده است. در تقویت این دیدگاه لازم است نگاه قانونگذار که در راستای مصالح اجتماعی در دوره‌های مختلف قانونگذاری و به کرات به صورت موردی اعمالی را که ضمناً یا صریحاً تحصیل نامشروع مال باشد جرم دانسته است مورد توجه قرار گیرد:

۱- البته لایحه مربوط به این قانون در سال ۱۳۶۴ در مجلس به بحث گذاشته شد و در تاریخ ۱۳۶۴/۰۶/۲۸ به تصویب رسید ولی در شورای نگهبان به علت ایراداتی تایید نشد. نهایتاً در سال ۱۳۶۷ پس از تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در این مجمع مطرح شد و با اصلاحاتی در تاریخ ۱۳۶۷/۰۹/۱۵ به تصویب مجمع رسید. (مهر پور، ۱۳۸۷، ۷۱۵ و ۷۱۶).

الف- ماده یک قانون مربوط به رسیدگی به دارائی وزراء و کارمندان دولتی اعم از کشوری، لشکری، شهرداریها، مؤسسات وابسته به آنها مصوب ۱۳۳۷/۱۲/۱۹ مقرر می دارد: «از تاریخ تصویب این قانون وزراء و معاونین و سایر کارمندان دولت ... مکلف هستند صورت دارایی و درآمد خود ... تسلیم و رسید دریافت دارند.»^۱ با دقت در این ماده می توان گفت که مبنای ممنوعیت این عمل جلوگیری از داراشدن بلا جهت اموال عمومی و تزییع بودجه ی عمومی کشور است و از آنجا که مأموران دستگاه اجرایی کشور بیشتر از هر فرد دیگری در معرض این لغزش هستند که بودجه ی عمومی را به صورت غیر مشروع و غیر قانونی مصرف کنند و یا آن که از آن برای نفع و اعمال شخصی استفاده کنند، قانونگذار اضافه شدن نامممول دارایی این گونه اشخاص و خانواده ی آنها را قرینه ای بر استفاده غیر صحیح از بودجه ی کشور دانسته است، مگر آنکه افراد مذکور در توجیه اضافه ی دارایی خود جواب قابل قبولی داشته باشند و چنانچه صریحاً جواب نداشته باشند به معنی استفاده غیر مشروع از بودجه و در نتیجه، مال حاصله نامشروع و عمل مرتکب تحصیل مال نامشروع تلقی می شود.

ب- ماده ی ۲ قانون مجازات عاملین تخلف در امر حمل و نقل کالا مصوب ۱۳۶۷ /۱/۲۳ مجلس شورای اسلامی مقرر می دارد: «هر کس اموال و کالاهای مذکور در ماده ی فوق (ماده ۱) را با علم و اطلاع، تحصیل یا مخفی یا قبول نموده و یا مورد معامله و یا مورد استفاده دیگری قرار دهد یا با آن مؤسسه یا شرکت یا بنگاه یا به هر نحو همکاری نماید به حبس ... محکوم می شود ...» ماده ی ۱ مقرر می دارد «متصدی شرکتها، مؤسسات، بنگاه های حمل و نقل و راندگی که مسؤول حمل کالا به مقصد می باشد چنان چه عمداً آن را به مقصد نرساند علاوه بر جبران خسارت وارده به صاحب کالا(در مثلی مثل و در قیمی قیمت) به حبس ... محکوم خواهد شد».

ماده ۲ فوق الذکر، تحصیل کنندگان، مخفی کنندگان و قبول کنندگان یا مورد معامله کنندگان اموال و کالاهای مذکور در ماده ی ۱ همان قانون را جرم دانسته است. چون عمل چنین افرادی باعث می شود که متخلفین و مجرمین ماده ی ۱ انگیزه ی بیشتری برای ارتکاب جرم داشته باشند به همین خاطر قانونگذار جهت جلوگیری و پیشگیری از وقوع جرائم موضوع ماده ی ۱، ماده ی ۲ را به قبول کنندگان و استفاده-

۱- ضمانت اجرای این عمل در ماده ۵ همان قانون آمده است که عبارت است از انفصال دائم و محرومیت از خدمت دولت و مؤسسات مذکور در ماده اول و ضبط ان مال است و هر گاه عمل با سایر مواد قانون مجازات عمومی منطبق باشد مرتکب علاوه بر مجازات فوق به مجازات مندرج در ان قانون نیز محکوم خواهد گردید.

کنندگان از اموال موضوع ماده ۱ اختصاص داده و برای آنها مجازات تعیین کرده است و در واقع نوعی تحصیل مال نامشروع را به طور خاص پیش‌بینی کرده است.

در حقوق ایران هر چند خاستگاه اصلی جرم‌انگاری تمام جرائم علیه اموال آیات شریفه مزبور و قاعده کلی ممنوعیت اکل مال به باطل است. چون در منابع اسلامی، به موازات تأکید بر اصل تحقق عدالت اجتماعی و نقش آن در حیات سالم و رسیدن انسان به کمال، بر بهره‌گیری صحیح از اموال، به عنوان وسیله ای برای رسیدن به هدف، تأکید شده است و حرکت‌های ناسالم اقتصادی و اجحاف‌ها و برخورد های ظالمانه و دغل کارانه و اکل مال به باطل مردود است (اسماعیلی، ۱۳۷۳، ۱۲۸). ولی هر کدام از جرائم علیه اموال مبنای خاص خود را دارد و مبنای جرم مورد بحث همانند جرایم موضوع قوانین مصوب ۱۳۳۷ و ۱۳۶۷ اخیر الذکر، حفظ نظم اجتماعی و به عنوان یک راه حل اقتصادی جلوگیری از تورم و بورس بازی کاذب در شرایط بحرانی سال های آخر جنگ بوده است. لذا این ماده نمی تواند صرفاً مبنای کاملاً شرعی داشته باشد و در واقع مذاق قانونگذار سخت گیری بیشتر در خصوص اشخاصی است که به نوعی نماینده دولت تلقی و مردم و دولت به آنها اعتماد نموده اند.

۳- عناصر رکن مادی جرم

با لحاظ ماده قانونی بحث به عنوان رکن قانونی این جرم، دیگر عناصر این جرم را می توان تحت عناوین مرتکب جرم، رفتارمادی (تحصیل)، موضوع جرم (مال)، نامشروع بودن، تفویض اختیار از سوی دولت و رابطه علیت میان تقلب و تحصیل مال و نتیجه ی جرم به عنوان عناصر رکن مادی جرم تقسیم و بحث کرد.

۳-۱- مرتکب جرم

تفسیری که برخی حقوق دانان در پیش گرفته اند این است که حسب این ماده هرکس به طور کلی مالی یا وجهی تحصیل کند که طریق تحصیل آن فاقد مشروعیت قانونی بوده است مشمول این ماده شده و می توان او را به مجازات مذکور در آن ماده محکوم کرد (درویش، ۱۳۹۰، ۱۳۴).

ماده ی ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس، کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ از سه قسمت تشکیل شده است: قسمت اول ماده را می توان، ناظر به جرمی تحت عنوان در معرض خرید و فروش قرار

دادن یا سوءاستفاده کردن از امتیازات توسط اشخاص - که به جهت داشتن شرایط ویژه امتیازاتی به آنها تفویض شده است - دانست. قسمت دوم ماده را می‌توان، ناظر به جرمی تحت عنوان تقلب در توزیع کالا توسط اشخاصی که ملزم شده اند طبق ضوابطی آن کالاها را توزیع نمایند، در نظر گرفت. بالآخره قسمت سوم ماده را می‌توان، مشتمل بر جرمی تحت عنوان عام «تحصیل مال نامشروع» دانست که توسط همه اشخاص - اعم از اشخاص مندرج در صدر ماده و غیر آنها قابل ارتکاب است. مثلاً در جایی که مأمور پست بسته‌ی پستی را به اشتباه به فردی غیر صاحب آن یا به فردی که مجاز به دریافت آن نباشد، تحویل دهد و فرد مذکور علی‌رغم علم به عدم استحقاق خود آن بسته را دریافت کند و آن را مسترد نکند و یا بعد از دریافت به گونه‌ای قصد تملک آن را بنماید و آن را مسترد نکند، این مورد حسب تفسیر اخیر، مشمول عنوان تحصیل مال نامشروع می‌شود. کما اینکه برخی حقوق دانان معامله با مال ناشی از کلاهبرداری را مشمول این ماده دانسته‌اند (گلدوزیان، همان) و حتی در برخی دادگاه‌ها آرائی مبنی بر پذیرش این تفسیر و محکومیت به چنین جرمی هم صادر شده است^۱ که این خود ناشی از رویه‌ای است که در دادگاه‌ها مبنی بر تفسیر موسع ماده‌ی ۲ مزبور می‌باشد در حالی که مبرهن است تفسیر موسع در قوانین کیفری جایز نیست. به نظر می‌رسد ماده‌ی مورد بحث (ماده‌ی ۲ ق.ت.م.ا.ک) ناظر بر تحصیل مال نامشروع توسط کسانی است که دارای خصوصیات نظیر خصوصیات اشخاص مذکور در قسمت‌های اول و دوم ماده باشد. در واقع مورد اول (سوءاستفاده از امتیازات تفویض شده یا در معرض خرید و فروش قرار دادن آنها) و مورد دوم (تقلب در توزیع کالا) از باب تمثیل هستند نه اینکه ماده متشکل از سه بخش باشد که هر بخش آن یک جرم مستقل باشد. البته ممکن است این ایراد گرفته شود که جرم موضوع قسمت اخیر ماده مورد بحث یعنی تحصیل مال از طریق نامشروع بر خلاف دو جرم اول موضوع صدر ماده مقید به تحصیل مال است و نمی‌تواند شبیه آن دو باشد. در پاسخ باید گفت مراد از شباهت و خصوصیت مشترک موارد تمثیلی و مورد مصرح آن است که هر دو قسمت ناظر به حمایت از ارزشی یکسان یا ارزش‌های مشابه هستند نه تشابه از نظر رکن مادی (فربخش، ۱۳۸۸، ۲۹۸). البته می‌توان گفت که ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری باید در چارچوب این سه عنوان مجرمانه یعنی «ارتشاء»، «اختلاس»، «کلاهبرداری» باشد و محدود به همین چارچوب باشد نه فراتر از آن. یعنی زمانی عمل مشمول ماده ۲ می‌شود که اولاً: عمل مرتکب در راستای یکی از این سه جرم اتفاق افتاده باشد و ثانیاً: به علت عدم مطابقت

کامل با یکی از این جرایم به علت عدم وجود یکی از عناصر جرم، نتوان عنوانی از این سه عنوان مجرمانه بر آن عمل اطلاق کرد. چنین تفسیری منطقی خواهد بود به ویژه اینکه صدر ماده - که بیان کننده مسؤولیتی برای مرتکب از جانب دولت می باشد - چنین عملی را به اختلاس نزدیک تر می کند ولی می دانیم مرتکب جرم اختلاس ضرورتاً باید مأمور دولتی باشد ولی مرتکب جرم موضوع ماده ۲ مزبور اعم از آن است. در نتیجه باید محدودیتی برای عمومیت این ماده وجود داشته باشد. به طور کلی جهت اثبات منطقی بودن تفسیر محدود از این ماده دلایل زیر قابل طرح می باشد:

۳-۱-۱- با تدقیق در تبصره این ماده دیده می شود که تخفیف و تعلیق مجازات در این جرم ممنوع شده است. با این حال چنانچه قائل به این باشیم که این جرم صرفاً با تحصیل مال نامشروع توسط هر کس قابل تحقق است نیازی به این شدت عمل نبوده است. کما اینکه جرائمی نظیر سرقت تعزیری و جعل و استفاده از سند مجعول و یا حتی جرم شدیدی مثل آدم ربایی با وسیله نقلیه و بسیاری از جرائم تعزیری دیگر قابل تخفیف هستند و تخفیف مجازات این جرائم بر اساس ماده ی ۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ توسط قاضی دادگاه ممکن است. بنابراین در مقایسه ی این جرائم قابل تخفیف با جرم موضوع ماده ی ۲ ق.ت.م.م.ا.ا.ک. (تحصیل مال از طریق نامشروع) بدیهی است که جرائم مذکور بسیار شدیدتر از جرم موضوع ماده ی ۲ قانون مزبور باشد، ولی قانونگذار مجازات آن جرائم را قابل تخفیف دانسته در حالی که در جرم موضوع ماده ۲ تخفیف را ممنوع کرده است. پس منطقی است که بایستی یک خصوصیتی در این جرم وجود داشته باشد که آن را غیرقابل تخفیف قرار داده است. علاوه بر این مجازات سه قسمت مذکور در ماده یکی است که این امر وجود خصوصیتی مشترک را در آنها می رساند. به نظر می رسد این خصوصیت مشترک عبارت از داشتن یک امتیاز دولتی و سوء استفاده از آن است. چنانچه قانونگذار این بخش از ماده را ناظر به همه اشخاص دانسته و آن را از جانب همه اشخاص قابل تحقق دانسته باشد، دلیلی وجود ندارد که این جرم را در ذیل همین ماده، که در مقام بیان جرایم سوءاستفاده از امتیازات اعطا شده به اشخاص و تخلف از مقرراتی که بر اساس آن شخص متعهد به توزیع کالاهایی شده است و تحصیل مال از آن طریق می باشد بیاورد بلکه می توانست آن را ذیل ماده ی مربوط به کلاهبرداری یا در قالب یک ماده ی مستقل وضع کند.

۳-۱-۲- نظریه ی اداره ی حقوقی قوه ی قضائیه به اینکه « به موجب اصل ۱۶۹ قانون اساسی و ماده ی ۲ قانون مجازات اسلامی هر فعلی که در قانون مجازات برای آن تعیین شده است جرم محسوب

می شود و در ق.م.ا. برای خرید اموال ناشی از کلاهبرداری مجازات تعیین نشده است تا خریدار قابل تعقیب و مجازات باشد ولی ذینفع می تواند در مورد ابطال معامله انجام شده از طریق محاکم حقوقی اقدام نماید.^۱ دلالت بر جرم نبودن هرگونه دارا شدن بلاجهت از جمله خرید اموال ناشی از کلاهبرداری باشد.

۳-۱-۳- قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰ مجمع تشخیص

مصلحت نظام در بند ج ماده ی یک، جرم تحصیل مال نامشروع را به عنوان یکی از جرائمی که پرسنل اداره‌های عمومی گریبانگیر آن می شوند تلقی نموده و یکی از اهداف قانونگذار از این قانون را پیشگیری از چنین جرمی قرار داده است که این خود مبین ارتباط آن جرم با ادارات و شرایط و امتیازات اعطایی از جانب آنها به مرتکب می باشد و بر این امر دلالت دارد که تحصیل مال نامشروع غالباً با یک وظیفه مربوط به دولت توأم است به ویژه اینکه ماده ۸ از قانون تشدید مجازات ... مقرر نموده است که: «کلیه دستگاه‌هایی که شمول قانون نسبت به آن‌ها مستلزم ذکر نام است مشمول این قانون خواهند بود...». که این خود مبین چنین ارتباطی میان جرایم موضوع قانون با دستگاه‌های دولتی است.

۳-۱-۴- با بررسی قوانین سایر کشورها به ویژه کشورهای تابع حقوق رومی- ژرمنی و همچنین

کشورهای حقوق اسلامی جرمی تحت عنوان تحصیل مال نامشروع که به طور کلی ناظر به تمام اشخاص و تحت هر شرایط باشد دیده نمی شود و در قانون تعداد معدودی از آنها جرمی پیش‌بینی شده است که فقط ناظر به اموال منقول است و مصادیق آن احصاء شده و محدود است.^۲ در متون فقهی هم هیچ اشاره‌ای

۱- نظریه شماره ی ۷/۵۴۳۱ مورخ ۱۳۷۳/۰۸/۳۱

۲- در قوانین کشورهایی از قبیل مصر و لبنان و اردن جرمی تحت عنوان تحصیل مال نامشروع یا تحصیل مال از طریق فاقد مشروعیت قانونی دیده نمی شود (محمد جعفر، ۱۹۹۵، ۲۵۷).

قانون مجازات اردن در ماده ی ۴۱۶ چنین جرمی را پیش‌بینی کرده است که یکی از شرایط تحقق آن قصد برگرداندن مال پس از استعمال تعیین شده است. (ابراهیم العانی، ۱۹۹۵، ۱۳۸). لذا تفاوت اساسی این جرم با جرم تحصیل مال پیش بینی شده در قانون ایران (ماده ۲ ق.ت.م.ا.ک) این است که در جرم تحصیل مال قصد مرتکب تملک آن است، ولی یکی از شرایط تحقق جرم پیش بینی شده در قوانین کشور های خارجی قصد استرداد مال به صاحب آن است. فی الواقع مرتکب مالی را بدون مجوز استفاده می کند بدون اینکه قصد تملک آن را داشته باشد. (همان، ۲۵۷) و چنان چه قصد تملک دائمی آن را داشته باشد مشمول عنوان سرقت قرار می گیرد. در حقوق ایران می توان این جرم را، چنان چه عنصر ربودن موجود باشد بدون اینکه قصد تملک آن را داشته باشد، مشمول ماده ی ۶۶۵ ق.م.ا. یعنی ربودن مالی که مشمول عنوان سرقت نیست دانست (صادقی، ۱۳۹۲، ۲۶۹) بنابراین در جایی که عنصر ربودن محقق نشده باشد صرف استعمال مال بدون اجازه صاحب آن در قانون ایران وصف مجرمانه ندارد مگر اینکه دارای شرایط ماده ی ۲ ق.ت.م.ا.ک باشد.

جرم مشابهی در قانون مجازات لبنان در ذیل جرم خیانت در امانت پیش بینی شده است (رشدی، ۱۳۸۶، ۱۲۰). در این جرم همان گونه که از ماده ی بالا بر می آید لازم است که موضوع جرم (مال) به گونه ای به شخص دیگری (مرتکب) منتقل شود. به طوری که بدون انتقال مال و استیلاء و تصرف آن توسط مرتکب جرم مذکور محقق نمی شود. به همین خاطر است که ماده ی مذکور این جرم را به

به تعزیر شدن مرتکب عمل تحصیل یا اکل مال به باطل - که ده ها مرتبه در متون فقهی در امور حقوقی مورد اشاره قرار گرفته است - نشده است (مراغی، ۱۴۱۷، ۷۰۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷۴؛ ذرفولی، ۱۴۱۰، ۳۳؛ قزوینی، ۱۴۲۴، ۶۹۶).

به نظر می‌رسد که علت چنین امری این است که به نظر عموم قانونگذاران جرم انگاری چنین جرمی به طور عام و کلی با اصول جرم انگاری مخالفت دارد و معمولاً قانونگذاران به طور دقیق مصادیق اکل مال به باطل و یا تحصیل مال نامشروع را در قالب جرائم علیه اموال از قبیل سرقت و کلاهبرداری و خیانت در امانت و موارد مشابه جرم انگاری می‌کنند لذا می‌توان گفت که قانونگذار ایران از این قاعده تبعیت کرده است و ماده ۲ مورد بحث را به موارد ویژه ای اختصاص داده است.

بنابر موارد فوق، می‌توان نتیجه گرفت که ماده مذکور همانند موادی از قبیل ماده ی ۲ قانون مجازات عاملین متخلف در امر حمل و نقل کالا مصوب ۱۳۶۷/۱/۲۳^۱ و ماده ی ۵ قانون مربوط به رسیدگی به دارایی وزراء و کارمندان دولت اعم از کشوری و لشکری، شهر داری‌ها، مؤسسات وابسته به آنها مصوب ۱۳۳۷/۱۲/۱۹^۲، فقط اشخاصی که از مقام و امتیاز خود و از اعتمادی که نسبت به آنها شده است سوء استفاده کنند و مرتکب تخلف شوند و در نتیجه‌ی آن، مال غیرمشروع را تحصیل کنند مشمول این حکم قرار می‌گیرند نه اینکه ماده مذکور ناظر به همه اشخاص باشد که به هر طریقی مال غیر مشروعی را تحصیل کنند.

نتیجه این که بخش اول ماده مورد بحث (مورد استفاده یا در معرض خرید و فروش قرار دادن امتیازات) و بخش دوم (تقلب در توزیع کالا) از باب تمثیل هستند و مورد اخیر در واقع باید واجد خصوصیتی

اموال منقول که برخلاف اموال غیر منقول قابل نقل و انتقال هستند اختصاص داده است از جهت دیگر این انتقال باید یا از طریق اشتباه مالک یا متصرف قانونی آن و یا یافتن آن و یا عدم استرداد آن به مالک و یا ورود اتفاقی آن به حیات مرتکب صورت پذیرد. قانون انگلیس تسلیم مال به اشتباه یا با اکراه یا تهدید یا هر عملی که رضای دهنده مال در آن اختلال داشته باشد به اختلاس ملحق دانسته است. (رشدی، ۱۳۸۶، ۱۲۱).

۱- براساس این ماده هر کس اموال و کالاهای مذکور در ماده ی ۱ (کالاهای که مقصدشان شرکت‌ها و ... می‌باشد و رانندگان حمل و نقل کالا عمداً آن را به مقصد نرسانند) را با علم و اطلاع تحصیل یا مخفی یا قبول نموده و یا مورد معامله یا مورد استفاده دیگری قرار دهد و... به حبس شش ماه تا سه سال جبران خسارت وارد به صاحب کالا محکوم خواهد شد.

۲- این ماده مقرر می‌دارد مضمولین ماده اول مکلفند کلیه پرسشهای مربوط به تغییرات حاصله در صورت دارایی جواب صریح بدهند و در صورتی که دارایی از طریق غیر مشروع تحصیل شده باشد، مرتکب با انفصال دائم و محرومیت از خدمت دولت و مؤسسات مذکور در ماده اول (دولت و شهر داریها، مؤسسات و وابسته به آنها) و ضبط آن مال محکوم خواهد شد و هر گاه عمل با سایر مواد قانونی منطبق باشد مرتکب علاوه بر مجازات فوق به مجازات مندرج در آن قانون نیز محکوم خواهد گردید.

باشد که در همه موارد تمثیلی وجود داشته باشد و نمی‌توان آن را به طور کاملاً وسیع تفسیر کرد به گونه‌ای که صفتی به غیر از آن چه در موارد تمثیلی وجود دارد پیدا کند.

۳-۱-۵- بدیهی است که در تفسیر قانون اصولی وجود دارد که به ترتیب اولویت باید در نظر گرفته شوند^۱-تفسیر برای احراز نظر مقنن (تفسیر غایی) ۲- اصل تفسیر مضیق ۳- تفسیر به نفع متهم(سلیمی، ۱۳۹۲، ۷۳) لذا تفسیر غایی که بر اساس آن «تفسیر قوانین باید اخباری یعنی خبر دهنده نیت قانونگذار باشد»(اردبیلی، همان، ۲۲۲) در اولویت انواع تفسیر قرار دارد. تفسیری که با دلایل فوق از ماده مورد بحث شده با تفسیر غایی و مبنای جرم انگاری ماده مذکور سازگاری دارد و هدف قانونگذار را بیان می‌کند. همچنین این تفسیر که نوعی تفسیر مضیق از قوانین است و به نفع متهم هم می‌باشد و از طرفی در جهت تأمین حقوق شهروندی و آزادی مشروع هست در مقایسه با تفسیر ادبی که طرفداران نظر اول (قابلیت تحقق این جرم توسط هر کسی و به هر نحو) به آن قائل هستند اعتبار بیشتری دارد بنابراین اداره ی حقوقی قوه ی قضائیه با علم به وجود ماده ی ۲ ق.ت.م.ا.ا.ت تحصیل و خرید مال ناشی از کلاهبرداری و به طور کلی تحصیل مال به هر طریق را جز در موارد مصرح در قانون جرم ندانسته است. لذا به طور تلویحی با تصریح به اینکه در قانون مجازات برای خرید اموال ناشی از کلاهبرداری مجازات تعیین نشده است، پذیرفته است که این ماده ناظر به امر دیگری غیر از تحصیل مال از طریق کلاهبرداری یا خرید مال امانی و سایر امور مشابه می‌باشد و نمی‌تواند شامل کلاهبرداری و جرائمی از این قبیل گردد، لذا به نظر می‌رسد ماده ی ۲ ق.ت.م.ا.ا.ک ناظر به اشخاصی است که طبق ضوابطی مقرر شده است کالاهایی را توزیع نمایند یا اشخاصی که جهت داشتن شرایط مخصوص امتیازاتی به آنها تفویض گردیده است یا قرار باشد اعمال دیگری از این قبیل انجام دهند و در انجام وظیفه خود مرتکب سوء استفاده شده باشند و از آن طریق مالی را تحصیل کرده باشند. این اشخاص اعم از اشخاص حقیقی و یا حقوقی است. بدیهی است که شخصیت حقوقی زمانی مسئول است که طبق ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی دارای شرایط مسؤولیت باشد که در این صورت علاوه بر مسؤولیت شخص حقوقی، شخص حقیقی مرتکب نیز مسؤول است.

۳-۲- رفتار مجرمانه مرتکب

رفتار مادی این جرم تحصیل است. معنی تحصیل از لحاظ لغوی (با فتح ت و کسر ص) به معنی حاصل کردن، فراهم آوردن، بدست آوردن، درس خواندن، دانش آموختن(عمید، ۱۳۶۵، ۱، ۶۵۰) و

یا کسب کردن، گرد کردن، اندوختن، مالیات گرفتن، کسب، جمع آوری، دانشجویی است (معین، ۱۳۲۴، ۱۰۳۸). مراد قانونگذار از این واژه معنی اصطلاحی آن است که از معنی لغوی آن دور نیست و همان بدست آوردن و کسب کردن مال است. با این قید که طریق و شیوه آن نامشروع - با مفهومی که در سطور آتی خواهد آمد - باشد. رفتار مادی این جرم - یعنی تحصیل مال - غالباً با فعل مثبت ارتکاب می‌یابد. لازم به اشاره است که واژه ی تحصیل که در مورد جرم کلاهبرداری نیز در ماده ۱ قانون مورد بحث هم عرض با واژه «بردن» به کار رفته است معنی وسیع تری نسبت به واژه هایی از قبیل بردن یا ربودن - واژه ای که در جرم کلاهبرداری و سرقت به کار رفته است - و یا واژه ی خوردن - واژه ای که در مورد کلاهبرداری در ماده ۳۰۰ قانون جزای عرفی مصوب ۱۳۳۵ ه.ق به کار رفته بود - و یا واژه ی تملک کردن - واژه ای که قانونگذار در ماده ۶۷۴ ق.م.ا (بخش تعزیرات) به عنوان یکی از رفتارهای مادی جرم خیانت در امانت پیش بینی کرده است - تفاوت دارد، به عبارت دیگر، تحصیل ملازمه ای با تملک مال برای خود مرتکب ندارد، در واقع واژه «تحصیل» دال بر انتقال حقوقی مال است، لذا با واژه‌های بردن و ربودن، که دال بر انتقال فیزیکی است و یا واژه ی تملک که دال بر به مالکیت خود در آوردن مال است، تفاوت دارد. این رفتار اگرچه دارای مفهومی غیر مادی، از قبیل تملک است ولی جهت تحقق آن به رفتاری خارجی به صورت فعل نیاز دارد.

۳-۳- موضوع جرم

موضوع این جرم وجه یا مال است. منظور از وجه هر وجه نقدی و یا پول اعم از وجه رایج ایران یا ارز خارجی است. مال هرچیزی است که برای بشر مفید باشد و بتواند یکی از نیازهای وی را برآورد. چه طبیعی مانند: لباس و غذا و چه اعتباری مثل: اسکناس و چه تجملی و زینتی. همین که چیزی نیاز انسان را تأمین کند، مالیت دارد. البته صرف داشتن منفعت، کافی نیست. بلکه باید به لحاظ دارابودن فایده، مورد رغبت و توجه عقلاً باشد و شرعاً ممنوع و حرام نباشد.^۱ از نظر شرعی، مالیت هر چیزی به اعتبار وجود استفاده های حلال در آن است. پس چیزی که منفعت حلال آن بسیار کم و ناچیز است، مانند شراب و خوک، شرعاً مال نیست. باید توجه داشت که گاهی منفعت آن قدر کم و ناچیز و یا پلید است که در نزد عقلاء و شرع منفعت به حساب نمی‌آید. نداشتن منفعت، ناشی از دو امر است: کمی و پستی. کمی مانند:

۱- مصباح الفقهان تقریر درس های آیت الله خویی، تنظیم: محمد علی توحیدی، جلد ۲/۴، حاجیانی، قم

یک یا دو دانه گندم و یا یک دانه مویز، و و پستی مانند: حشرات، موش‌ها، مارها، سوسک‌ها.^۱ مال دارای مفهومی نسبی است و حسب زمان و مکان مفهوم آن متغیر خواهد بود، چه بسا چیزی در یک زمان یا مکان معین و یا بر اساس یک فرهنگ خاص مال به حساب آید ولی در زمان یا مکان و یا فرهنگ دیگری برای آن، مفهوم مال قائل نباشند. به طور کلی هر چیزی که انسان جهت رفع نیازها و احتیاجات خویش مورد استفاده قرار داده و در حیات اجتماعی خود برای آن ارزش و بهائی قائل شود مال محسوب است و موضوع حقوق مالی قرار می‌گیرد. بنابراین بهترین معیار برای تشخیص مال، قابل معامله و مبادله بودن شیء است و ظاهر کلام فقها و حقوق دانان اسلامی بر همین معنا دلالت دارد (منصور آبادی، همان، ۱۰۵). که موافق با مبنای جرم انگاری جرایم علیه اموال از جهت مالکیت محترم اشخاص و حفظ حقوق آنهاست. در حقوق جزا مال دارای معنی محدودتر از حقوق مدنی است مثلاً حقوق معنوی مانند حق تألیف مالی، نمی‌تواند موضوع جرائم علیه اموال قرار گیرد بلکه باید جنبه‌ی مادی و عینی داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۲۷۸) بنابراین اموال و حقوق غیرمادی مانند حق اختراع و حق تألیف چنانچه واجد جنبه‌ی مادی شوند، مثلاً به صورت کتاب و لوح فشرده‌ی رایانه، در آیند، مال مادی محسوب می‌شوند (حبیب زاده، ۱۳۸۱، ۱۳) پس چنین مالی می‌شود موضوع جرم تحصیل مال از طریق نامشروع قرار گیرد. با توجه به این که مال در ماده‌ی مذکور به صورت مطلق به کار رفته است شامل مال منقول و غیر منقول می‌باشد. تحقیقاً وسیله‌ی تحصیل مال مانند چک، برات و ... مال نیست مگر اینکه برای دارنده آن عرفاً دارای ارزش اقتصادی باشد، که در این صورت می‌تواند موضوع چنین جرمی قرار گیرد. چون تحصیل حقوقی مال ملاک است نه تحصیل فیزیکی که می‌تواند متفرع بر آن باشد.

۳-۴- نامشروع بودن تحصیل مال

واژه نامشروع از نظر لغوی یعنی خلاف قوانین شرع بودن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۳۶۰۷) ابتدا باید معنای اصطلاحی نامشروع در این ماده را بررسی کرد و سپس به این سوال پاسخ داد که آیا وصف "فاقد مشروعیت" در ماده مورد بحث به معنی بر خلاف شرع بودن است؟ یا بر خلاف قانون؟ و یا اینکه فاقد مشروعیت به معنی خاص دیگری است؟

۱- علامه حلی می‌نویسد (ولخلوا الشیئی عن المنفعه، سببان، القله والخسه. فالقله كالجبه والجبتین من الحنطه والزبیبه الواحده واما الخسته كالحشرات كالفار والحیات والخنافس). (نهایه الاحکام، علامه حلی، جلد ۲/۴۶۵).

در مباحث فقهی و بر مبنای قاعده ممنوعیت اکل مال به باطل، نامشروع به معنی باطل است. باطل به معنای نابودی و ناپایداری و ضد حق است (احمد بن فارس، بی تا، ۱۵۸). هر چیزی که حق نباشد باطل خواهد بود ولی آیا معنی باطل در آیات قرآنی همین معناست یا تفاوت دارد؟ مفسران (طبرسی، بی تا، ۱۳۴؛ فخر رازی، بی تا، ۶۹؛ قرطبی، بی تا، ۱۷۸) در این باره احتمالات و وجوهی را ذکر کرده اند و برای بسیاری از آنها شواهدی از کتاب و سنت آورده اند. با مروری بر آیات و روایات در می یابیم که «باطل» بر اموری همچون رباخواری^۱، رشوه گیری^۲، سوگند به دروغ، ظلم و ستم، خوردن مال یتیم، لهو و لعب، قماربازی، غصب و تصرفات عدوانی، هر شیء پلید، مبادلات و معاملات غیر مشروع و فاسد، در آمد های نامشروع، صرف اموال در مسیرهای حرام و ناپسند و بالاخره بر هر غیر حقی و هر نوع استفاده غیر عقلانی از اموال و داراییها^۳ اطلاق شده است. بر این اساس باطل هر چیزی است که ناحق و بی هدف و غیر عقلانی باشد.

در مباحث حقوقی و در مقام تفسیر برخی گفته اند که با توجه به قید «قانونی» که در ادامه ماده آمده است باید فاقد مشروعیت را منصرف به موارد خلاف قانون دانست (باقرزادگان، همان، ۸۱۹). به نظر منظور از طریق فاقد مشروعیت، به دست آوردن مال با تخلف از ضوابط تعیین شده برای مرتکب جهت توزیع کالا هاست، به ویژه با تدقیق در ماده ی مذکور قابل استنباط است طرفی که به شخص مرتکب این جرم ضوابطی را برای توزیع کالاها تعیین می کند نوعی وابستگی به دولت دارد، یعنی طرف شخص مذکور دولت است که به او یک سری اختیاراتی می دهد و او از آن سوء استفاده کند و یا مرتکب تقلب شود و یا به نوعی در تحصیل مال بر خلاف آن ضوابط عمل نماید. پس منظور از ذیل ماده مذکور، تحصیل مال توسط شخصی است که به او اختیاراتی از سوی دولت داده شده است و نامشروع بودن به معنی تخلف از ضوابط تعیین شده است.

سؤال دیگری که مطرح می شود این است که صفت نامشروع ناظر به خود مال است یا طریق تحصیل مال؟. در پاسخ باید گفت که با توجه به متن ماده که مقرر می دارد: «... مالی یا وجهی تحصیل کند که طریق تحصیل آن فاقد مشروعیت قانونی است...»، نامشروع بودن خصوصیت طریق است و منصرف از خصوصیات مال است.

۱- سوره نساء، آیه ۱۶۱؛ (سوره بقره)، آیه ۲۷۵

۲- سوره بقره، آیه ۱۸۱

۳- طبرسی، همان

۳-۵- تفویض اختیار از سوی دولت

از شرایط و اوضاع و احوال دیگر رکن مادی این جرم تفویض اختیار از سوی دولت به مرتکب جهت انجام یک سری امور است. به طوری که این جرم از سوی یک شخص دیگر قابل تحقق نیست چون مبنای جرم انگاری این عمل، جلوگیری از سوء استفاده از اختیارات اعطایی است. در واقع اشخاص دارای چنین اختیاراتی به نمایندگی از سوی دولت عمل می‌کنند و بایستی عمل خود را به جد انجام دهند، بنابراین مرتکب این جرم باید شخصی باشد که اختیاراتی از سوی دولت به او داده شده است. با توجه به اینکه در صدر این ماده مقرر شده است که «... به نحوی از انحاء امتیازاتی را که به اشخاص خاص به جهت داشتن شرایط مخصوص تفویض می‌گردد ...» و با عنایت به اینکه این تفویض جز توسط یک نهاد که به دولت وابسته باشد و صلاحیت این تفویض را دارد انجام نمی‌شود پس باید گفت در بخش دوم ماده که مقرر می‌دارد: «... در توزیع کالاهایی که مقرر بوده طبق ضوابطی توزیع نماید ...» طرف این شخص و نهاد تعیین کننده ضوابط دولت یا یکی از نهادهای صالح وابسته به دولت باشد. در این جا ممکن است این سؤال اساسی مطرح شود که با توجه به اینکه شخص در واقع تحت نظر دولت یا یکی از سازمان های دولتی عمل می‌کند و با تخلف از مقررات دولتی مالی را به دست می‌آورد در این صورت چه تفاوتی با اختلاس خواهد داشت و با وجود ماده ی ۵ ق.ت.م.ا.ک چه نیازی به پیش بینی این عمل در ماده ای جداگانه بوده است؟ در پاسخ باید گفت که اولاً: در این جرم، بر خلاف جرم اختلاس، مرتکب ضرورتاً مأمور دولتی نیست، بلکه کافی است که از سوی دولت اختیاراتی را دریافت کرده که قرار بر این بوده اموری را انجام دهد. مثلاً یک شخص حقیقی و حتی یک شرکت خصوصی دارای موافقت اصولی از سوی دولت جهت واردات کالای خاصی با شرایط ویژه، کالا را وارد می‌کند ولی به جهت عدم رعایت آن شرایط، برای خود مالی را بیش از مبلغ قانونی تحصیل نماید. ثانیاً مواردی وجود دارد که بدون این که مشمول ماده ی ۵ ق.ت.م.ا.ک، مربوط به اختلاس، باشد مرتکب تنها بر اساس ماده ۲ همان قانون قابل تعقیب است، مانند عمل کارمندی که شکر مخصوص جیره‌بندی و توزیع بین اشخاص را در بازار آزاد یا به اشخاص مورد نظر خود می‌فروشد و قیمت رسمی را به دولت رد می‌کند و از تفاوت نرخ بازار سیاه سوء استفاده می‌کند، بدون اینکه مال دولت را تصاحب یا تملک کرده باشد. ثالثاً: بر اساس ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس ارتشا کلاهبرداری، مرتکب جرم اختلاس حتماً باید کارمند دولت یا بخش عمومی باشد در حالی

که مرتکبین جرم تحصیل مال از طریق نامشروع لزوماً و غالباً کارمند دولت یا بخش عمومی نیستند بلکه اشخاصی هستند که بواسطه توافقاتی با دولت مجری سیاست های دولت در بخش توزیع یا اجرای این سیاست ها می باشند. رابعاً؛ قانونگذار در خصوص تحصیل مال از طریق نامشروع در ماده ی یک قانون مربوط به رسیدگی به داری و وزراء و کارمندان دولتی اعم از کشوری، لشکری، شهرداری ها، مؤسسات وابسته به آنها مصوب ۱۳۳۷/۱۲/۱۹ و ماده ی ۲ قانون مجازات عاملین متخلف در امر حمل و نقل کالا مصوب ۱۳۶۷/۱/۲۳ مجلس شورای اسلامی، به صراحت قسم خاصی از مأمورین و مستخدمین را مخاطب خود قرار داده است در حالی که این دو ماده می توانستند یکی از مصادیق جرم اختلاس باشند و باز همان سؤال قابلیت طرح پیدا می کرد بنابراین استنباط عدم نیاز به چنین ماده ای به قرینه ی اینکه این ماده مشمول اختلاس می باشد مستلزم منتفی دانستن دو ماده ی پیشین است که این استنتاج منطقی به نظر نمی رسد و خلاف منطوق قانون و هدف قانونگذار می باشد.

۴- رکن روانی جرم

به جز برخی جرایم که احراز سوء نیت مرتکب ضروری نیست که به جرایم مادی صرف^۱ معروفند و مسئولیت ناشی از آنها را مسؤولیت محض^۲ می گویند (Catherine Elliot, 2000, 28)، سایر جرایم جهت تحقق، به وجود رکن روانی و احراز سوء نیت عام و غالباً سوء نیت خاص نیاز دارند. جرم تحصیل مال از طریق نامشروع همانند سایر جرایم دارای رکن روانی است که متشکل از دو عنصر سوء نیت عام و سوء نیت خاص می باشد. منظور از سوء نیت عام اراده خودآگاه فرد در ارتکاب عمل مجرمانه و در اینجا عبارت است از قصد تحصیل مال می باشد، به عبارت دیگر مرتکب باید با علم به غیر قانونی بودن عمل خود مالی یا وجهی را تحصیل کند و در تحصیل آن مال یا وجه عمد داشته باشد. یعنی باید بداند که این مال حق او نیست و این گونه به دست آوردن مال بر خلاف ضوابط تعیین شده از جمله مقررات توزیع کالا باشد. لذا هرگاه کسی به اشتباه ولی صادقانه معتقد به قانونی بودن تحصیل آن مال باشد و آن مال را تحصیل کند یا این که در حالت ناهوشیاری مثلاً در حالت بی اراده شدن ناشی از مستی شرب خمر یا تحت تأثیر هیپنوتیزم یا حتی به طریقی که قانون آن را جرم خاصی نمی داند، مالی را به صورت غیر قانونی تحصیل

1 -Strict liability crimes

2 -Strict liability

کند به خاطر عدم داشتن علم یا اراده مضمول این ماده قرار نمی‌گیرد و عمل او جرم شناخته نمی‌شود. نکته‌ی قابل ذکر در جایی است که مرتکب به غیر قانونی بودن طریق تحصیل «تردید» داشته باشد مثلاً در توزیع کالاها تردید داشته باشد که آیا این گونه توزیع کالاها و در نتیجه آن تحصیل مال بر خلاف ضوابط مقرر است یا خیر؟ و علی‌رغم این تردید مالی را ناشی از آن گونه توزیع به دست آورد، آیا می‌توان این شخص را به ارتکاب این جرم محکوم کرد یا خیر؟ برخی حقوق دانان در خصوص وجود این تردید در جرم کلاهبرداری نسبت به متقلبانه بودن وسایل و عملیات، معتقدند که «چون نمی‌توان گفت که این شخص در هنگام تحصیل مال (یعنی در هنگام ارتکاب عمل مجرمانه) از عنصر روانی لازم برخوردار بوده است حکم به کلاهبرداری بدون اشکال نخواهد بود، در هر حال، طریق احتیاط آن است که از محکوم کردن چنین شخصی به ارتکاب جرم کلاهبرداری خودداری نماییم» (صادقی، همان، ۱۰۷)، همین استدلال درخصوص جرم تحصیل مال از طریق فاقد مشروعیت قانونی قابل دفاع است، بنابراین در این جا جرم به خاطر شبهه در رکن روانی محقق نشده است.

عنصر دیگر رکن روانی جرم مذکور، سوءنیت خاص یعنی قصد اضرار به «دیگری» است. اینکه دیگری چه شخصی می‌تواند باشد باید اذعان نمود که دیگری هر شخصی می‌تواند باشد اعم از حقیقی یا حقوقی، خصوصی یا دولتی، یک فرد معین یا مردم (جامعه) به طور کلی. در خصوص انگیزه ی مرتکب هم باید گفت که انگیزه ی شرافت مندانه نمی‌تواند قصد اضرار را از بین ببرد، بلکه همانند اکثر جرائم، انگیزه در اینجا مؤثر نیست و فقط می‌تواند با نظر قاضی طبق ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی یکی از موارد تخفیف مجازات باشد.

۵- نتیجه‌گیری

در این نوشتار اعتقاد بر این است که ماده‌ی ۲ ق.ت.م.ا.ا.ک ناظر به همه ی اشخاص و به هر طریق به صورت نامشروع بدست آوردن مال نیست بلکه با توجه به اینکه مبنای جرم انگاری این ماده جلوگیری از حیف و میل اموال عمومی و سوءاستفاده ی اشخاصی که به نوعی امتیاز انجام اعمالی را برای دولت دارند می‌باشد، بنابراین صدر ماده مورد بحث و بخش دوم آن به صورت تمثیلی آورده شده اند و قید آخر ماده ی مذکور که تصریح می‌دارد: «یا به طور کلی مالی یا وجهی را تحصیل کند که طریق تحصیل آن فاقد مشروعیت قانونی است» می‌تواند شامل آن دو بخش ماده (چنانچه به سبب آن جرائم، مالی

تحصیل شده باشند) هم بشود. در نتیجه، این عبارت عام را باید بر اساس موارد تمثیلی تفسیر کرد، یعنی عبارت مذکور باید دارای خصوصیتی باشد که در موارد تمثیلی وجود داشته باشد و آن خصوصیت بارز، انجام کار برای دولت یا نهاد وابسته به آن یا هر مؤسسه ای که اکثریت سرمایه ی آن را دولت به عهده دارد، می باشد. پس عبارت اخیر ناظر به اشخاصی است که به نوعی از دولت مجوز کاری را کسب می کنند و به واسطه‌ی تخلف از شرایط مقرر میان آنها و نهاد مذکور مالی را تحصیل می کنند، لذا باید چنین جرمی را در چارچوب سه جرم «ارتشاء»، «اختلاس» و «کلاهبرداری» - که در این جرائم نوعی وابستگی مرتکب به دولت و تأثیر گذاری بر سلامت نظام اداری از نظر فساد مالی وجود دارد بررسی کرد و آن را محدود به اشخاصی خاص دانست. نتیجه چنین تفسیری این است که منظور از نامشروع بودن تحصیل، تحصیل مال بر خلاف ضوابط تعیین شده از سوی دولت است. همچنین مفهوم تحصیل اعم از بدست آوردن مال به صورت فیزیکی و حقوقی است. ماده‌ی مورد بحث از این عمل تحت عنوان تحصیل مال از طریق فاقد مشروعیت قانونی یاد کرده است که «نامشروع» را صفت تحصیل دانسته است نه صفت مال. بنابراین اطلاق عنوان تحصیل مال از طریق نامشروع بر عمل مزبور دقیق تر از عنوان تحصیل مال نامشروع است. در نتیجه در حقوق ایران، علیرغم اعتقاد به حرمت «اکل مال به باطل» جرمی به نام تحصیل مال نامشروع که به صورت عام شامل هر شخصی باشد که به هر گونه مال نامشروع را کسب کند، وجود ندارد، در غیر اینصورت، تفسیر موسع آن خلاف تفسیر قوانین جزائی بنفع متهم در مقام شک است، بنابراین صرف تحصیل مال نامشروع جرم نیست، مگر اینکه مشمول یکی از عناوین مجرمانه جرائم علیه اموال باشد و ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا اختلاس کلاهبرداری ناظر به اشخاص با امتیاز خاص دولتی است.

فهرست منابع

- ۱- قرآن کریم، (۱۳۹۰)، ترجمه مهدی الهی قمشه‌ای، انتشارات پیروز، تهران.
- ۲- احمد بن فارس، (بی تا)، معجم مقاییس اللغة، دار الکتب العلمیه، بیروت.
- ۳- اردبیلی، محمد علی، (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، نشر میزان، تهران.
- ۴- باقرزادگان، امیر و میرزایی، محمدرضا، (۱۳۹۲)، اهداف و قلمرو جرم انگاری تحصیل مال از طریق نامشروع»، فصلنامه علمی - ترویجی کارآگاه، دوره دوم، شماره ۲۳.

- ۵- جبور، محمد، (۱۹۸۴)، الجرائم الواقعة على الأموال في القانون العقوبات الأردني، الشركة الجديدة للطباعة والتجليد، عمان.
- ۶- جزیری، عبدالرحمن، (۱۴۱۹)، الفقه على المذاهب الاربعه، منشورات دارالفتلین، بیروت.
- ۷- جعفر، علی محمد، (۱۹۹۵)، قانون العقوبات (الجرائم الرشوه و الاختلاس والاخلال بالثقه العامه و الاعتداء على الأشخاص و الأموال، مکتبه دارالثقافه للنشر و التوزيع، بیروت.
- ۸- جعفری لنگرودی، جعفر، (بی تا)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران.
- ۹- حسن بن یوسف، علامه حلی، (بی تا)، نهایه الأحکام فی معرفه الأحکام، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث، قم.
- ۱۰- حبیبزاده، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، خیانت در امانت در حقوق کیفری ایران، دفتر نشر آثار علمی دانشگاه تربیت مدرس، تهران.
- ۱۱- حجتی، سید محمد، (بی تا)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، انتشارات میثاق عدالت، تهران.
- ۱۲- درویش، بهرام، (۱۳۹۰)، جرایم علیه اموال، نشر مؤسسه، بینه تهران.
- ۱۳- دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، (۱۴۱۰)، کتاب مکاسب (المحشی)، مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب، قم.
- ۱۴- رشتی گیلانی، میرزا حبیب الله، (بی تا)، کتاب الغضب، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البيت، قم.
- ۱۵- رشدی، مراد، (۱۹۸۶)، الاختلاس فی جرائم الاموال، مکتبه نهضه الشرق، القايره.
- ۱۶- زراعت، عباس، (۱۳۹۲)، جرایم علیه اموال و مالکیت، اول، نشر جاودانه، تهران.
- ۱۷- زراعت، عباس، (۱۳۸۳)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، انتشارات ققنوس، تهران.
- ۱۸- سلیمی، صادق، (۱۳۹۲)، چکیده حقوق جزایی عمومی، انتشارات جنگل، تهران.
- ۱۹- شاهرودی، سید محمود، (۱۴۲۳)، کتاب الاجاره، مؤسسه دایره المعارف الاسلامی، قم.
- ۲۰- شیرازی، سید محمد حسینی، (بی تا)، ایصال الطالب إلى مکاسب، منشورات اعلمی، تهران.
- ۲۱- ضیائی، کیوان، (۱۳۸۴)، قانون مجازات اسلامی در قلمرو قضایی ایران، انتشارات ضیاء، تهران.
- ۲۲- طباطبایی، سید محمد حسین، (۱۳۷۴) تفسیر المیزان، مؤسسه العلمی، بیروت.
- ۲۳- طبرسی، (بی تا)، مجمع البیان، دار مکتبه الحیاه، بیروت.
- ۲۴- طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، التبیان فی تفسیر القرآن، مکتبه الاعلام الاسلامی، قم.
- ۲۵- طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی الفقه الامامیه، مکتبه المرتضویه، تهران.

- ۲۶- عبد الفتاح، عزت، (۱۳۸۱)، جرم چیست و معیارهای جرم انگاری کدام است، مترجم: اسماعیل رحیمی نژاد، مجله ی قضایی و حقوقی دادگستر، شماره ۱۴.
- ۲۷- عبد ابراهیم العانی، عادل، (۱۹۹۵)، جرائم الاعتداء على الأموال فى القانون العقوبات، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان.
- ۲۸- عربيه، غلام حسين، (۱۳۸۲)، پدیده ی پول شویی در حقوق ایران، مجموعه ی سخنرانی ها و مقالات بین المللی مبارزه با پول شویی شیراز.
- ۲۹- علیوی ناصر، محمد، (۲۰۰۲)، خیانه الأمانه و أثرها فى العقود، دراسه مقارنه، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان.
- ۳۰- عمید، حسن، (۱۳۵۶)، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیر کبیر، تهران.
- ۳۱- فخر رازی، (بی تا)، التفسیر الکبیر، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
- ۳۲- فرحبخش، مجتبی، (۱۳۸۸)، تأملی بر رکن مادی کلاهبرداری و تحصیل مال نامشروع، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۷.
- ۳۳- قرطبی، (بی تا)، تفسیر الجامع لأحكام القرآن، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
- ۳۴- قزوینی، سید علی موسوی، (۱۴۲۴)، ینابیع الأحكام فى معرفه الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
- ۳۵- کاشانی، فیض، (بی تا)، محمد محسن، مفاتیح الشرائع، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره)، قم.
- ۳۶- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، مقدمه علم حقوق، نشر میزان، تهران.
- ۳۷- گلدوزیان، ایرج، (۱۳۹۳)، محشای قانون مجازات اسلامی، انتشارات مجد، تهران.
- ۳۸- معین، (۱۳۴۲)، فرهنگ فارسی معین، انتشارات امیر کبیر، تهران.
- ۳۹- منصور آبادی، عباس، (۱۳۸۲)، موضوع جرم در باب جرایم علیه اموال، اندیشه های حقوقی، دوره اول.
- ۴۰- مهرپور، حسین، (۱۳۸۷)، مجموعه نظریات شورای نگهبان (دوره اول)، نشر دادگستر، تهران.
- ۴۱- میرمحمد صادقی، حسین، (۱۳۹۲)، حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه اموال و مالکیت، نشر میزان، تهران.
- ۴۲- میبیدی، رشیدالدین، کشف الأسرار وعده الأبرار، به سعی و اهتمام علی اصغر حکمت، امیرکبیر، تهران.
- ۴۳- مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، (۱۴۱۷)، العناوین الفقہیہ، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
- ۴۴- نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فى شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت.
- ۴۵- نجیب حسنی، محمود، (۱۹۸۴)، جرائم الإعتداء على الأموال فى القانون العقوبات اللبنانى (دراسه مقارنه)، دار النهضه العربيه، بیروت.

منابع لاتین

- 46-William,W.(2001). *Criminal law*. London: london And New York Loncman Publication.
- 47-Catherine, E.,& Frances, Q.(2000). *Criminal Law*(3rd ed.). Pearson Education.

