

جایگاه تحصیل مال نامشروع در جرائم علیه مالکیت و اموال

وکیل دکتر علی آزمایش*

به نام خداوند جان و خرد کزین برتر اندیشه بر نگذرد

از مناجات های خواجه عبدالله انصاری است که «خدا یا به آنکه عقل دادی چه ندادی؟! و به آنکه عقل ندادی چه دادی؟!» ...

مقدمه (لزوم پذیرش و شناسایی وکالت در ایران)

عرض کنم خدمت شما قبل از اینکه این بحث (جایگاه تحصیل مال نامشروع در جرائم علیه مالکیت و اموال) را بکنیم؛ من امیدوارم که جامعه وکالت در ایران مورد شناسایی قرار بگیرد. می دانید در حقوق بین المللی مبحثی داریم به نام شناسایی دولت ها. یک دولتی که تأسیس می شود اعتبار ندارد. تعداد معینی از دولت ها که آن را شناسایی کردند و پذیرا شدند آن وقت رسمیت پیدا می کند؛ جامعه وکالت در ایران شناسایی نشده است. هر کس فقط وقتی گیر یفتد (بیخشند دوستان قضایی) و لابه لای چرخ دنده های دستگاه قضایی گیر بکند، یادش می افتد که یک آدمی هم در جامعه هست که می تواند بیاید به کمک من و از من دفاع بکند. اینقدر شناسایی نشده که ما، رو به وکیل می کنیم می گوئیم تواز یک مجرم دفاع می کنی؟! در دادگاه ها کسی متهم به قتل است، اقرار هم دارد و هنوز حکم صادر نشده است. هنوز در مسند برائت است. و با وجود این چون پرونده را قاضی خوانده و به نظرش این فرد مجرم است، حکم جزایش را در ذهنش صادر کرده است. من دنبال آن فرد می روم برای دفاع. می روم از چه چیزی دفاع کنم؟ چه دفاعی دارد این آدم؟ یاد همه مان باشد، یاد خود قضات هم باشد که وقتی یک نفر در برابر جامعه قرار می گیرد، یک نفر در برابر یک نفر مرتکب جرم نشده است. در دادگستری یک جامعه به یک نفر حمله می کند. نه یک نفر به یک نفر. تمام دستگاه ها و نهادهای اجتماعی بسیج می شوند برای کوبیدن آن یک نفر. این عادلانه نیست زیرا عمل او یک نفری بوده، حالا تمام جامعه می خواهند او را بکوبند؟! از همه بدتر اینکه قاضی ای که می خواهد رسیدگی کند، عضو همان جامعه است که می خواهد من متهم را بکوبد. نظم عمومی این جامعه به هم خورده است، قاضی داخل در آن نظم عمومی است، مجنی علیه آن جرم است. چون جرم نسبت به افراد نیست و نسبت به جامعه است. هیچ پناهگاهی ندارد این آدم. حتی خود قاضی پناهگاهش نیست. کوشش می کند بی طرف باشد، ولی سخت است. پرونده می رسد به قاضی. بچه ای را دزدیده است یا یک تجاوزی کرده یا چیزی را سوزانده است. خوب این دیگر چیزی نیست و حرفی نیست که درباره اش بزنیم.

عبارات قانونی ما برای مردم نوشته نشده است. قانون را برای مردم می نویسند؟! نه این قوانین

* این سخنرانی مورخ ۱۸ / ۲ / ۹۱ در جمع وکلا و قضات در تالار اجتماعات دانشگاه آزاد اسلامی مشهد ایراد شده است.



مفسر می خواهند. مردم عبارات قانونی این دادرسی را نمی فهمند. کسی که به عنوان وکیل می آید به دادگاه؛ زبان موکل است، زبان متهم است، زبان خوانده است، زبان خواهان دعوی است، زبان مجنی علیه است. چون آنها نمی فهمند که این قوانین چه می گویند، (می دانند که یک حقی دارند) حق دفاع از خودشان را ندارند؟! سلّما! ولی یادمان باشد که فرد فرد ما در معرض این هستیم که لای چرخ دنده های عدالت گیر کنیم. اگر گیر کردیم می فهمیم وکیل لازم است. تا گیر نکرده ایم دیگران وکیل لازم ندارند. انجمن حمایت از زندانیان را بعضی از مسؤولین همین حکومت جمهوری اسلامی تشکیل ندادند. تشکیل شده بود، تقویت کردند. چون چهار بار رفته بودند اوین و خوابیده بودند. آمدند بیرون و انجمن حمایت از زندانیان را پر و بال دادند و تقویت کردند. لازم است تا همه ما گیر کنیم تا بفهمیم که وکیل لازم است؟ آیاهمه ما باید برویم زندان تا بفهمیم انجمن حمایت از زندانیان لازم است؟ کسانی که به جامعه و کالت لطمه می زنند «بر سر شاخه نشسته اند و بن شاخه می برند». جامعه و کالت یک نهاد اجتماعی است. مثل سایر نهاد های اجتماعی، نشیب و فراز دارد. یکی از نشیب هایش هم این است. اما از بین نمی رود و دوباره فراز پیدا می کند. اما چشمان خود را باز کنیم و فقط یادمان بیفتد که صدام حسین را وقتی محاکمه می کردند به قاضی دادگاه گفت، این دادگاه عادلانه نیست چون وکیلی که من می خواستم اجازه ندادید انتخاب کنم. این وکیل را شما انتخاب کردید و وکیل تعیینی من نیست. قاضی دادگاه پاسخ خیلی فلسفی و علمی و استدلالی به او نداد، قانون آئین دادرسی را برداشت و گفت: آقای صدام حسین این قانون آئین دادرسی در زمان شما تصویب شده است و از وقتی که شما ساقط شده اید دولت عراق قانون جدیدی که نوشته است! ما بر اساس همان قانون شما داریم شما را محاکمه می کنیم. ایشان باز هم بیشتر عصبانی شد و گفت علی ایحال این محاکمه عادلانه نیست. راست هم می گفت عادلانه نبود چون نتوانسته بود وکیلش را انتخاب کند. اما آیا آنهایی که در زمان خود او محاکمه شده بودند، محاکمه اشان عادلانه بود؟

وای از این فراموشی ها. این شعر را شاید در یک جلسه ای دیگر برایتان خوانده ام. ولی عیب ندارد که یک بار دیگر هم بخوانم. از سید صادق تفرشی است (معلم پسر نادر شاه)، داستانی برای او تعریف کرد و او گفت آن را به شعر در بیاور و این شعر را گفت:

نادره مردی ز عرب هوشمند	گفت به عبدالملک از روی پند
زیر همین قبه و این بارگاه	روی همین مسند و این دستگاه
بر سپری چون سپر آسمان	تازه سری بود و از آن خون چکان
سر که هزاران سر و افسر فدا	صاحب دستار رسول خدا
دیدم و دیدم که ز این زیاد	دیده چه ها دید که چشم مباد
از پس چندی سر آن خیره سر	بُد بر مختار به روی سپر
باز چو مصعب سر و سردار شد	دستخوش او سر مختار شد
این سر مصعب بُود ای نامدار	تا چه کند با سر تو روزگار

حیف که یک دیده بیدار نیست هیچ کس از کار خبردار نیست

از ۶۹ سال سنی که دارم حداقل ۵۵ سالش را مطالب و کالتی و حقوقی شنیده ام بعد خودم وکیل شدم. حالا سال چهارم را گذراندم در وکالت، خیلی سخت است، در این ۳۲ سال بارها شنیدم از تربیون های رسمی مملکت که وکیل کلاهبردار است! بارها شنیدم به گلايه از وکلا که قاضی با آنها بد رفتاری کرده و الی آخر. سخت است، ولی جزء فراز و نشیب های جامعه وکالت است. دل قوی دارید که این نشیب ها به فراز در جامعه وکالت منتهی خواهد شد. ان شاء الله. باید بگوئیم برای جامعه وکالت «بگذرد این روزگار تلخ تر از زهر، بار دگر روزگار چون شکر آید».

یکی از معیار های اساسی سازمان ملل برای دادرسی عادلانه وجود وکلای مستقل است. وکیل وابسته به دستگاه دولتی وکیل نیست. وکیل باید مستقل از دستگاه دولتی باشد چون در برابر دستگاه دولت از متهم دفاع می کند. بنابراین باید مستقل باشد. ان شاء الله این حق شناخته خواهد شد.

تحصیل مال نامشروع

خیلی در باره اش بحث شده است. در مجتمع های قضایی یکی از بحث هایی که قبلاً برای قضات مطرح کرده ام، بحث جایگاه تحصیل یعنی بحث ماده ۲ قانون تشدید بوده و به آنها اصرار کردم که از این ماده در عمل، حسن استفاده را بکنند چون، اگر کمی کج به این ماده نگاه بشود، سوء استفاده خواهد شد از این ماده. (چرا که) جزء دوم این ماده خلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که به بحث آن می رسیم. وقتی فرمودند در اینجا این صحبت را بکنیم، خوب بنده بحث را یک مقدار دقیق تر و گسترده تر تهیه کردم. خیلی سریع رئوس مطالب این ماده را خدمتون عرض می کنم.

بحثی خاص در باب مالکیت

مالکیت یک حق شناخته شده است. بعضی از مؤلفین آنقدر حواسشان پرت شده که نوشته اند مالکیت یک حق مقدس است! یک مقدار اگر فلسفه مطالعه کرده باشید و تاریخ فلسفه را دور زده باشید به فلاسفه ای رسیدید که گفته اند که مالکیت فقط متعلق به نظام سرمایه داری است. اگر نظام سرمایه داری نظام مقدسی است، مالکیت هم مقدس است؟! نه، یکی از ابزار نظام سرمایه داری است. اگر در یک کشور نظام سرمایه داری نباشد دیگر بحث «مالکیت محترم است» وجود ندارد. همان طوری که هفتاد، هشتاد سال در کشورهای کمونیستی بود. پس مالکیت، یک امر اجتماعی و اعتباری است. ولی بعضی از مؤلفین این امر را به عنوان یک حق انسانی بسیار ذاتی و عمیق و فطری و مقدس تلقی کردند. خوب شاید یک برداشت مذهبی در موردش داشتند که برداشت مذهبی داخل در بحث های حقوقی نمی شود. تاریخ را که بررسی کنید مورد تأیید قرار می گیرد. عرف و عادات را در جامعه بررسی کنید حرمت مالکیت در جامعه سرمایه داری مورد تأیید قرار می گیرد. قوانین مذهبی را که رعایت کنید مالکیت حرمت دارد. اعلامیه حقوق بشر را که بررسی کنید



مالکیت حرمت دارد. وقتی مالکیت اینقدر حرمت دارد پس در ردیف یکی از معیارها و فاکتورهای نظم عمومی جامعه قرار می گیرد. نقض مالکیت، نقض حرمت مالکیت و یک خورده وسیع تر نقض حرمت مال دیگری، نقض نظم عمومی تلقی می شود. و به این علت جرم انگاری می شود. چرا سرقت جرم است؟ چون سرقت ناقض نظم عمومی است. چرا ناقض نظم عمومی است؟ چون در نظام های سرمایه داری (که اکثریت قریب به اتفاق کشورهای جهان در این نظام هستند)، جزء فاکتورهای نظم عمومی، مالکیت است و حرمت مالکیت. صدمه زدن به حرمت مالکیت، نقض نظم عمومی تلقی می شود. آماده باشید که یک روز بشنوید (شماها که جوان هستید)، که اموال شخصی شما جزء سرمایه های ملی است. خودتان هم حق نخواهید داشت که به اموال شخصی نان لطمه بزنید. سرمایه های ملی مال جامعه است. جاه و مال و پست و مقام و حکومت و دارائی و ثروت همگی «آبی است ایستاده در این ملک». یعنی در این دنیا چند روز شما مهمان می شوید و رد می شوید. الان دارید در کشورهای دیگر تغییر حکومت ها را می بینید. مال هم دست به دست می شود. جامعه به تدریج خواهد گفت این اموالی که شما هر کدام چند صباحی در اختیار دارید مال جامعه است و مال شما نیست که «این امانت چند روزی نزد ماست». می گفتند «در حقیقت مالک اصلی خداست» ولی در آینده خواهند گفت «در حقیقت مالک اصلی جامعه است». اینها جزء سرمایه های ملی است، پس شما حق ندارید یک اسکناس ده هزار تومانی را از جیبتان در بیاورید و کبریت بزنید و بگوئید می خواهم مال خودم را بسوزانم. در آینده حرمت مالکیت به جبهتی دارد می رود که به اینجا خواهد رسید. پس جرم انگاری آن قدیمی است.

بررسی عناصر مربوط به جرائم علیه مالکیت و اموال

جرائم علیه مالکیت و علیه اموال عناصر مشترکی دارند. همه آن ها را که با هم در یک کاسه بریزید، عناصر مشترکی دارند. در جزء مادی و در جزء معنوی. در جزء مادی تمام این جرائم عمل مادی مثبت می خواهند. با ترک فعل جرم علیه اموال و مالکیت واقع نمی شود. بعضی ها سعی کردند توی کتاب ها بنویسند خیانت در امانت با کوتاهی در نگهداری مال می تواند واقع بشود. نه، نمی تواند واقع بشود. باید من یک عمل مثبت مادی انجام بدهم. اگر هم نگاه کنید در مصادیق خطا (بی احتیاطی، بی مبالائی)، باز هم می بینیم که برگشتیم به اقدام مادی. در جرائم علیه اموال، یک عمل مادی لازم است به عنوان رکن اولیه. یک نتیجه لازم است که نتیجه، کسر ارزش مال است. کسر ارزش مال هم نه، کسر ارزش دارائی یک نفر. این شخص قبل از اقدام من در این حد دارائی داشته است، که با اقدام من کسر ارزش دارائی پیدا کرده است. این نتیجه اسمش ضرر است. در تمام جرائم علیه اموال، ضرر وجود دارد و شرط تحقق این جرم است. منتهی در عمل مادی مستتر است و جدای از عمل مادی نیست. من که یک سنگ به شیشه ای می زنم با عمل خودم کسر ارزش را ایجاد کرده ام یعنی نتیجه در عمل مستتر است. دیگر دنبال رابطه علیت نمی گردید. البته چرا، اگر قبل از اینکه سنگ من به شیشه خورده باشد شیشه را زلزله شکسته باشد، خوب این دیگر ربطی به من ندارد، اما عمل من

(برخورد این سنگ به شیشه) با نتیجه توأم است. این هم در همه جرائم وجود دارد. در بعضی از این جرائم یک عنصر اضافه وجود دارد و آن نفع مرتکب است. در همه جرائم نفع مرتکب شرط نیست (جرائم علیه اموال) ولی در بعضی از مصادیق آنها به عنوان نتیجه لازم است.

موضوع همه این جرائم مال است، نه حق مالی و نه حق، بلکه مال است. بنابراین اگر یکی از این جرائم اتفاق بیفتد، یعنی مالی جابجا شده است. هرچند، قانونگذار گفته مال یا وجه و وجه را در ردیف مال ذکر کرده است. نحوه عمل مرتکب در این جرائم در وقوع جرم موثر نیست و فقط در تفسیر مسئولیت و مجازات موثر است. در عنصر مادی این جرائم این اجزاء همگی مشترک هستند و وجود دارند. اما در عنصر معنوی علم به ممنوعیت عمل لازم است. خوب فوراً به ذهن شما می رسد که جهل به قانون مسموع نیست. وارد این بحث نمی شوم که این قاعده غیر عادلانه است. شماها وکیل دادگستری هستید، قاضی هستید، جوان هستید. من هم وکیل دادگستری هستم و پیر هستم. از من پرسید، مجموعه قوانین جزائی ایران را تو که چهل سال، چهل و دو سال است که درس جزائی می دهی، آیا یک دور از اول تا آخرش را خوانده ای؟ خیر، ولی عالم هستی (از دید تئوری) به تمام محتوای این قانون؟! فرض غلطی است. اما به هر حال این فرض به اجتماع تحمیل شده است. در بعضی از اجتماعات سعی کرده اند که اصلاحش کنند. ولی ما هنوز وارد در این وادی نشده ایم. اما الآن علم به ممنوعیت باز هم در حقوق ما مورد دارد و آن وقتی است که مبنای حکم جزائی حکم غیر جزایی باشد. این ممنوعیت را باید بشناسیم. مقررات مربوط به ورود و خروج کالا کیفری نیست. اما مبنایی برای یک حکم کیفری قرار گرفته است. من باید مجازات بشوم به خاطر این که این عمل را انجام داده ام. اگر این مقررات ورود کالا را نمی دانم مسئولیت کیفری ندارم. منتهی اینجا شبهه حکمی نیست. شبهه مصداقی است، موضوعیه است. یعنی برگشت شبهه حکمی غیر کیفری به شبهه موضوعی کیفری است. بنابراین در مسئولیت کیفری موثر است. مثالی که خیلی پیش پا افتاده است بزنیم؛ کسی که با زنی که در عده دیگری است ازدواج می کند و نمی داند که عده طلاق رجعی چقدر است؛ قابل مجازات نیست. خیال می کند که دو طهر است، نه قانون مدنی می گوید سه طهر است. او نمی دانسته آیا می خواهی او را مجازات کنی؟! اگر او حکم را نمی دانسته که قابل مجازات نیست، چون سوء نیت ندارد. در ذهنش با زنی ازدواج کرده که آن زن آزاد بوده و قابل ازدواج بوده؛ شبهه مصداقیه است، موضوعیه است و در مسئولیت کیفری موثر است. بعد، علم به تعلق مال به غیر است. من بدانم که مال دیگری است بعد در آن دخالت کنم. خیال می کنم مال من است، جرمی مرتکب نشده ام. جرمی اتفاق نیفتاده است و استرداد مال را باید حکم داد. در مال مشاعی این بحث ضعیف است. در همه جرائم علیه اموال اگر من در مال مشاعی مداخله کردم مجرم هستم یا نیستم؟ یک رای وحدت رویه داریم از هیأت عمومی دیوان علی کشور. در مبحث تخریب «شریکی که مال مشترک را با



سوء نیت اضرار به غیر تخریب کند یا بسوزاند، مسئولیت جزائی دارد». می بینید که چقدر ظریف و قشنگ هیأت عمومی دیوان عالی کشور به جای اینکه تکلیف مال مشاعی را تعیین کند که موضوع جرم علیه مالکیت قرار می گیرد یا نه، در عنصر معنوی بحث کرده است و می گوید: «شریکی که با سوء نیت مال مشترک را تخریب کند». ما الان بحث سوء نیت نداریم. می خواهیم ببینیم مال مشاع موضوع جرائم علیه اموال قرار می گیرد. استنتاج از این حکم این است که علی الاصول خیر. از باب عنصر معنوی است که هیأت عمومی دیوان عالی کشور می گوید. پس مال مشاع در جرائم علیه اموال موضوعیت ندارد. این یک بحث ضعیف است در تعلق مال به غیر. بعد باید سوء نیت انجام عمل را داشته باشد. بخواهد که این سنگ را پرتاب کند، پس اگر در اثر لرزه دست این سنگ را پرتاب کرد مشمول ماده نیست. بخواهد که ضرر وارد کند. بخواهد که منفعت ببرد (سوء نیت خاص است). اضرار یا انتفاع در سوء نیت عام عمل مستتر است و جداگانه لازم نیست که اثباتش کنیم. انگیزه هم در این جرم تأثیر ندارد. می دانیم انگیزه نفع بردن مرتکب است و یا ممکن است فقط ضرر زدن به دیگری باشد ولی اثری در این جرائم ندارد.

بررسی ماده ۲ قانون تشدید ...

ماده ۲ قانون تشدید، در این خانواده که مشترکاتش را گفتم چه می گوید. من ماده را می خوانم، خودتان بارها خوانده اید، شاید این طوری که من می خوانم نخوانده باشید: «هر کس پس خصوصیتی در شخص مرتکب شرط نیست. به نحوی از انحاء» پس طریق انجام عمل در این ماده مورد نظر مقنن نیست. جزء اول ماده را دارم می خوانم: «امتیازاتی را که به اشخاص خاص به جهت داشتن شرایط مخصوص تفویض می گردد» یعنی، موضوع جرم امتیازات خاصی است که به اشخاص خاص به جهت خاص (خیلی شرط شده دیگه)، امتیاز خاص به شخص خاص با شرایط خاص. هر کدام از اینها صدمه بخورد، در شرایط، در اشخاص و در امتیازات، ماده بی تأثیر و بی ربط می شود و از اعتبار ساقط می شود. موضوع خیلی محدود است، منتهی قانونگذار تمثیلی بیان کرده است این مسئله را و این امتیازات را: «نظیر جواز صادرات و واردات و آنچه عرفاً موافقت اصولی گفته می شود»، پس موضوعش تمثیلی است. می دانیم امتیاز است، می دانیم به شخص خاص واگذار می شود. حالا در این شخص خاص شما شخص حقیقی یا شخص حقوقی را می توانید مورد بحث قرار دهید. می بینیم که شرایط خاص هم دارد. این مسأله مصادیق زیادی دارد. یکی از آن جواز صادرات است. یکی جواز واردات است. بقیه اش را حالا به موقع برخورد می کنید در مجموعه قوانین. چکار کند با این امتیاز؟ این امتیاز را «در معرض خرید و فروش قرار دهد». نمی گوید بفروشد یا بخرد. می گوید در معرض خرید یا فروش قرار دهد. یعنی اگر من این امتیاز را در روزنامه آگهی کردم که می فروشم مشمول این ماده ام؟! این را قانونگذار می خواسته؟ نه. می خواسته کسی را مجازات کند که این امتیاز را در بازار تبدیل به پول می کند ولی جمله را بد نوشته است و گفته در معرض خرید قرار دهد، در معرض فروش قرار دهد. خوب این را باید قاضی وقتی

که می خواند در مقام تفسیر دنبال احراز نظر مقنن بگردد. برود مشروح مذاکرات مجمع تشخیص مصلحت را در این زمینه ببیند. با آنها مذاکره کند. اینها (این) ماده را که گذرانده اند در زمان جنگ بوده است و هنوز جنگ تمام نشده بود. امتیازات مورد سوء استفاده قرار می گرفت. باید ببیند آیا این امتیازات فقط در دوران جنگ نباید خرید و فروش می شد یا به طور کلی؟ اینها را باید قاضی بررسی کند. اگر در مجمع تشخیص مصلحت صحبت این بوده است که در این دوران جنگ، چنین و چنان، این دیگر پس از خاتمه جنگ که اعتبار ندارد.

می گوید در معرض خرید و فروش. آیا خریدار هم مجرم است مطابق این ماده یا فقط فروشنده مجرم است؟ چه می خواسته بگوید؟ ببینید، وقتی یک ماده قانونی نوشته می شود ولی بی تفکر؟ و وقتی این ماده را می خواهیم بنویسیم، خودمان تجزیه اش نمی کنیم، یک دور نگاهش نمی کنیم تا ببینیم چه کسانی گرفتار این قانون می شوند. آیا تا حالا سراغ دارید خریدار این امتیازات در تحصیل مال نامشروع تعقیب شده و مجازات شده باشد؟ اگر نه، که زنده باد دادگستری و قضات که حواس شان بوده که در این مجموعه فقط فروشنده مورد نظر است. فروشنده است که امتیاز را به جهت خاص با شرایط خاص به او داده ایم و حق ندارد به دیگری واگذار کند. اگر واگذار کرد در این نظام اقتصادی که ما ذکر کردیم، مرتکب یک تخلف شده است. به نظم این نظام اقتصادی لطمه زده است و حالا (ادامه ماده ۲) «یا از آن سوء استفاده نماید» پرسیدند آقا اگر خرید و فروش نبود چه؟ گفتند بنویسید و غیره. «یا از آن سوء استفاده نماید» یعنی همان «و غیره». پس، هر کاری کرده باشد مجازاتش می کنند، مشروط بر این که سوء استفاده کند یعنی بر خلاف آنچه که در قرارداد امتیاز نوشته بودیم، عمل کند و نفعی به او برسد، مالی به او برسد. «یا در توزیع کالاهایی که مقرر بوده طبق ضوابطی توزیع نماید، مرتکب تقلب شود». پس در جزء اول ماده، امتیازات با همه اجزاء و توزیع کالاهای که در آن تقلب کرده، ذکر شده به عنوان دو جرم و دو عنوان. نمی دانم چند تا پرونده درباره اش داریم. خوشبختانه آمار قابل اعتماد نداریم! ولی خوب اگر کسی بخواهد جزء اول ماده را یک پایان نامه یک تحقیق یا یک مقاله ای در مجله کانون وکلای مشهد بنویسد، مطلب قابل عنایتی است. (جزء اول یا این اجزائی که خدمتان عرض کردم).

جزء دوم «و یا به طور کلی مال یا وجهی تحصیل کند»، در قانون اول جزائی اتحاد جماهیر شوروی نوشته بود هر کس مرتکب عملی شود که به نظام سیاسی یا اقتصادی یا حیثیت بین المللی یا نظامی یا اجتماعی اتحاد جماهیر شوروی لطمه بزند مجرم است. چقدر خوب است، پس همه ما بالقوه مجرم هستیم. یک ماده قانونی بنویسیم و بگوئیم به طور کلی هر کس مالی تحصیل کند مجرم است؟! به طور کلی یعنی چه؟ قانون جزا استثناء است. استثناء است که نیاز به تصریح دارد، متن قانون جزائی باید مشخص باشد ولی این که به طور کلی اگر این کارها را انجام بدهد و مال یا وجهی تحصیل کند که طریق تحصیل آن فاقد



مشروعیت قانونی است، پس مال نامشروع باشد اشکال ندارد مال را تحصیل می کند طریقه تحصیل آن نامشروع است. مال نامشروع چیست؟ ماده چیزی درباره اش نمی گوید. اگر طریق تحصیل نامشروع باشد ولی مال خودم باشد و از شما می گیرم چه؟ یعنی مال مشروع باشد و طریق تحصیل آن نامشروع باشد. آیا مشمول این قانون می شود؟ قانون گذار این ها را نمی خواسته بگوید. چه می خواسته بگوید در این ماده؟

مجازاتش هم جالب است مجازاتش را هم بگویم بعد بیایم سراغ این که ماده چه می خواهد بگوید. مجازاتش این است: «مجرم محسوب» (این هم از آن عبارات غلطی است که ما از قدیم الایام در قوانین خود می نویسیم). اگر کسی مرتکب قتل شده است مجرم محسوب است. وقتی می گوئیم مجرم محسوب است یعنی در حکم مجرم است. «مجرم است و علاوه بر رد مال» کدام مال؟ امتیازی را فروختم و پولش را گرفتم. «علاوه بر رد مال» رد مال به چه کسی؟ به خریدار یا به دولت. چون گفته «رد» یعنی به خریدار. «علاوه بر رد مال به مجازات سه ماه تا دو سال حبس یا جریمه نقدی (اختیار قاضی) معادل دو برابر مال به دست آمده».

خوب امتیازاتی به اشخاص خاص داده ایم بابت شرایط خاص. می دانید که شهرداری تراکم به ما می دهد در قبال اینکه مثلاً زمینی را از ما گرفته است. امتیاز خاصی به من می دهد، به شخص خاص با شرایط خاص. این مال مال من است. امتیاز به جای زمینی است که از من گرفته است. مشمول این ماده نیست. اگر آنچه به عنوان امتیاز به شخص داده شده است ما به ازاء مال او بوده است دیگر مشمول این ماده نیست. امتیازی که بدون عوض به شخص داده شده است مشمول این ماده است. اوست که نظام اقتصادی را به هم زده است و الا شهرداری باید پول به من می داد و به جای آن تراکم داد. من تراکم را می فروشم و مکلف نیستم حتماً بسازم. من مالی را تحصیل نکرده ام که دو برابرش را به عنوان جریمه یا جزای نقدی بدهم.

جرم مورد بحث، جرم عمدی است آن جهات مشترکی را که گفتم اینجا تکرار نمی کنم. جرم، جرم عمدی است. سوء نیت عام (علم به مقررات) می خواهد. سوء نیت خاص می خواهد. اینها همه را لازم دارد که قبلاً گفتم. اما دو تلقی از جمله ذیل ماده می توانیم داشته باشیم. کل ماده را برایتان قرائت کردم. خودتان هم بارها خوانده اید. پرونده هم داشته اید. دو برخورد می توانید با این ماده داشته باشید: (۱) جزء دوم ماده ۲ قانون تشدید حکمی است عام. هر تحصیل مال نامشروعی را شامل می شود. می تواند دستگاه قضایی یا قاضی مفسر ماده در مقام اجرا بگوید. به نظر من جزء دوم این ماده کلی است و عام است. ماده دو جزء مستقل از یکدیگر دارد جزء اول امتیازات و توزیع کالا. جزء دوم تحصیل مال از طریق نامشروع. عقیده من قاضی این است. این تفسیر غلط است. چرا؟ چون خلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات است. باید مشخصاً معلوم باشد چه مالی و از چه طریقی. می گوید در ماده ۲ و در جزء ۲ «که طریق تحصیل آن فاقد مشروعیت قانونی است». و کلاء و قضات معمرخاطرشان هست که در حقوق ایران همیشه بحث بوده است که مشروع یعنی چه؟ مشروع یعنی آنچه جنبه شرعی دارد یا آنچه که جنبه قانونی دارد؟ دفاع مشروع یعنی چه؟ خیلی از مؤلفین نوشته اند

مشروعیت یعنی قانونی بودن. پس دفاع مشروع یعنی دفاع قانونی. عقیده ای است. معتقد به این عقیده نیستیم و ناصحیح می دانم ولی وارد بحثش نمی شوم. اینجا مشخص کرده گفته که مشروعیت از نظر مقنن یعنی مشروعیت قانونی. پس مشروعیت شرعی در این ماده مورد بحث نیست. جهات شرعی مال نامشروع، در این ماده، تحصیل مال نامشروع نمی تواند تلقی شود و فقط قانونی مد نظر بوده است. پس یک ماده قانونی باید پیدا کنیم و بگوییم این طریق تحصیل بر خلاف این ماده قانونی است. خوب مگر جرائم اموال را ما لیست نکردیم؟ سرقت، خیانت در امانت کلاهبرداری، صدور چک، تخریب، مگر این ها را ذکر نکردیم و «و غیره» یعنی «و سایر موارد». یعنی من اگر در خیابان راه می روم کیف پولی افتاده را دیدم، مثل همین رفتگر شهرداری که اخیراً مورد تشویق قرار گرفت که یک رقم سنگین پول در یک کیف پیدا کرد و رفت و صاحبش را پیدا کرد و تحویلش داد. اگر می گذاشت در جیبش مشمول جزء دوم ماده بود؟ اگر جزء دوم ماده را وسیع تفسیر کنید، عام تفسیر کنید، اصل قانونی بودن را زیر پا گذاشتید. اول اینکه چون هر کاری را دلنان خواست می توانید مجازات کنید. از جمله این که کسی تو خیابان پولی را افتاده دیده است، بر دارد و بگذارد در جیبش. دوم این که طبقه بندی جرائم علیه اموال و مالکیت را نفی کردید. سرقت عبارت است از تحصیل مال از طریق نامشروع. خیانت در امانت عبارت است از تحصیل مال از طریق نامشروع الی آخر!! طریق تحصیل این اموالی که در جرائم علیه اموال و مالکیت است نامشروع است، مال هم نامشروع است؟ اینجا در مورد مال سکوت کرده است. پس حق نداریم در دستگاه قضایی تفسیر کلی از ذیل ماده ۲ بدهیم. اما در یک صورت حق داریم و آن صورتی است که دستگاه قضایی دارد به آن عمل می کند. یعنی قضات جوان ما با مطالعاتی که دارند متوجه هستند که برای بعضی از جرائم در اثر خشونت گرائی ذهنی مقنن مجازات های بسیار سنگینی برای آن پیش بینی شده است و زندگی این مرتکب را از بین می برد. در اینجا اقدام می کنند به جنحه سازی. یک پدیده ای است در حقوق کیفری. یعنی شما یک جزئی از یک عنصر جرم را (جرم شدید را) نمی بینید و در یک درجه ای پائین تر با آن جرم برخورد می کنید. یعنی سرقت مستوجب حد وقتی شرایط آن را می خوانید می گوید: «بداند و ملتفت باشد که مال غیر است» «آن مال را بدون رضایت و موافقت صاحب مال بردارد» «از حرز بردارد» «به قصد سرقت بردارد». یعنی چه؟ بعضی آقایان در کتاب هایشان نوشته اند، به تقلید از حقوق انگلستان، که در حقوق انگلستان قصد سرقت یعنی قصد محروم کردن دائمی صاحب مال از مال. بله در حقوق انگلستان اینطوری است. در حقوق ایران اینطوری نیست. اگر کسی ماشین دیگری را برداشت و رفت و تصرف مالکانه کرد و یک ماه بعد آمد و گفت آقا من پشیمان شدم بفرومائید من اصلاً قصد نداشتم، تحویل می دهم. سرقتش محقق است. مال را پس داده خسارت هم باید بدهد، اما سرقت سر جایش هست. قصد سرقت یعنی چی؟ قاضی می نویسد قصد سرقت برای من محرز نشد، پس این سرقت مستوجب تعزیر است. این را می گویند جنحه سازی و بارک الله به آن



قاضی که به جنحه سازی در مواردی که مجازات را غیر متناسب می داند متوسل می شود. در بحث کلاهبرداری این طوری است. بسیار سنگین است و زندگی ها را متلاشی می کند. برای رقم های خیلی کم. وقتی قاضی می بیند این مناسب نیست و من باید به این آدم تخفیف بدهم کلاهبرداری را نمی بیند و تحصیل مال نامشروع می گیرد که مجازاتش کم است و قابلیت تخفیف دارد و قابلیت تبدیل به جزای نقدی. در نتیجه یک عمل مصلحانه اجتماعی انجام می دهد با جنحه سازی. در این صورت این حکم کلی است. فقط همین مورد را داریم. والا بودن در جهت خلاف حقوق متهم (این به نفع متهم بود که گفتیم)، بر خلاف اصل قانونی بودن است و بر خلاف طبقه بندی و نظام کیفری است. به نظر می رسد تفسیر صحیح جزء دوم ماده (می گویم به نظر می رسد، حکم ندارد این جا) فقط در دو صورت امکان پذیر است، که اصول حقوق کیفری را نقض نکنیم. نظام کیفری خودمان را نقض نکنیم. در دو صورت می توانیم جزء دوم ماده را که حکم کلی است اجرا کنیم: فقط در مصادیق جزء اول ماده یعنی امتیازات و توزیع کالا. یعنی قانون گذار می گوید همان طور که گفتیم امتیازات نظیر توزیع کالا هم آمد در ردیف امتیازات. در فروش امتیازات و توزیع کالا ها به هر طریق نامشروع این مال را تحصیل کند، مجازات درباره اش اعمال می شود. یعنی جزء دوم ماده محصور است در جزء اول ماده.

در جزء اول ماده امتیازات (بحثی که قبلاً گفتم) باید ارتجالی مورد معامله قرار بگیرند. یعنی بدون معوض باشد. ارتجال از پیش خودی است. امتیازی به شخصی ارتجالاً داده شده است. دولت تصمیم گرفته به شما امتیاز بدهد. این امتیاز است که که موضوع بحث است فقط. اگر این امتیاز در برابر حق شما به شما داده شده است، معوض داشته است، از شمول ماده خارج است (منظور من این است). پس جزء دوم ماده فقط در مصادیق جزء اول قابل اعمالند. آن هم نه در همه موارد. در مواردی که امتیاز اعطا شده معوض نبوده است یا عوض نبوده است. اگر عوض بوده است از شمول حکم ماده خارج است. اینهایی که خدمت شما عرض کردم یک کلیاتی است راجع به ماده ۲. ماده ۲ بیش از این بحث دارد.

اما یک اشکال دارد ماده ۲ و آن این است که در سال ۱۳۶۷ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت رسیده و در سال ۶۷ مجمع تشخیص مصلحت غیر قانونی بوده است. مجمع تشخیص در اصلاح قانون اساسی وارد قانون اساسی شده است. در قبل از اصلاح قانون اساسی مجمع تشخیص مصلحت مبنای قانونی در مملکت ما نداشته است. با وجود این از سال ۶۷ تا حالا به استناد این قانون داریم مجازات می کنیم. مهم هم نیست چون می دانید همه شما که از آخر اسفند ۱۳۹۰، قانون کیفری ما منقضی شد و قانون کیفری نداریم و از اول فروردین ۱۳۹۱ تا امروز که هجدهم اردیبهشت ۱۳۹۱ است، ۴۹ روز است که مردم را بدون قانون مجازات می کنیم. پس چی، مجازات نکنیم؟! نه، حتماً باید مجازات کنیم. اصلاً تمام ایرانیان را باید یک به یک مجازات کنیم. مستحق مجازاتند. ولی قانون نداریم. بدون قانون مجازات می کنیم. خیلی که بحث کنید می گویند ما یک جا توی روزنامه خوانده ایم که یک کسی گفته که

یک شخص دیگه ای گفته حالا فعلاً اجرا کنید. چشم اجرا می کنیم. خیلی عجیب نیست که مجمع تشخیص مصلحت قانونی نبوده است و ما داریم از سال ۶۷ تا حالا مجازات می کنیم. سؤالاتان را بفرمائید، بنده سریعاً نگاه کنم و سریعاً جواب بدهم.

پرسش و پاسخ

سؤال - در جرائم در خصوص تحصیل مال نامشروع در محاکم کیفری اثبات عنصر معنوی و سوء نیت متهم به چه طریق ممکن است؟

پاسخ - من توضیح دادم. در پرونده ای قاضی به دلیل عدم اثبات عنصر معنوی قرار منع تعقیب صادر کرده است. آقا، جزء دوم ماده ۲ قانون تشدید زائد است. غیر منطبق است با حقوق خودتان. هر کس را می شود با این جزء دوم ماده مجازات نمود. زنده باد آن قاضی که قرار منع تعقیب صادر کرده و گفته من عنصر معنوی احراز نکردم. به چه طریق ممکن است؟ شما که قاضی نیستید. قاضی باید احراز کند. اگر گفت سوء نیت را احراز کردم هم امر موضوعی است و نمی شود گفت چرا سوء نیت را احراز کردی. اینجا گفته سوء نیت را احراز نکردم و بر اصل براءت صحه گذاشته است. دستش درد نکند. لازم نیست حتماً اگر من موکلم شاکی پرونده تحصیل مال نامشروع است قرار مجرمیت صادر شود و حکم محکومیت. این ها را که می گوئیم دو طرفه است. اگر موکلان متهم این پرونده بود خوشحال می شدید.

سؤال - در جریان تامین خواسته مستند به یک فقره چک به مبلغ پنجاه میلیون تومان خواهان به همراه ظهر نویس قبلی در جریان توقیف و حمل، اموالی را برداشت می نمایند. آیا عمل ایشان سرقت یا تحصیل مال نامشروع است. یا از باب خسارت به مالک این اموال می باشد؟

پاسخ - خیلی سوال خوبی است. اول انقلاب یک بنده خدائی آمده بود به تهران از شهرستان و مسؤول مسکن انقلاب شده بود... ایشان فرمودند که ما آمده ایم تقاص کنیم. تقاص یعنی اینکه هر کس برود و حق خودش را از اموال متجاوز بردارد. دولت جمهوری اسلامی هم آمده تا اموال متجاوزین را تقاص کند. همه را بگیرد. اصول حقوقی می گویند احقاق حق شخصی، ناقض نظم عمومی است. می گویند اگر کسی آمد و خانه شما را تصرف کرد شما چند نفر را بر ندار و برو کتک کاری کن و بندازش بیرون. دستگاه انتظامی و دستگاه قضایی را درست کرده اند برو شکایت کن، می آیند و بیرونش می کنند. در جامعه منظم که نظم عمومی اعتبار دارد تصرف محترم است. تجاوز به تصرف جرم است. تجاوز عمومی به تصرف جرم است. این سوال ریشه در احکام فقهی دارد. البته قانون مدنی هم گفته است که مالک حق دارمالش را در بد هر کس که هست چکار کند؟ حق تعقیب دارد. یعنی مراجعه کند به دستگاه قضایی. حالا سرقت است، شاید مزاحمت باشد، شاید ممانعت باشد و شاید تصرف. شاید هم موضوع ماده ۶۹۰ باشد، نمی دانم باید پرونده را ببینم. ولی این ملاک صحیحی نیست که بگوئیم مال خودش بوده پس برداشته است. من



مال خودم را از دیوار خانه شما بالا آمدم و برداشتم و رفتم. چند تا جرم اتفاق افتاده است. در حالی که مال خودم را بر داشته ام. مال را از من پس نمی گیرند ولی عمل من خلاف قانون است.

سؤال - ارتجالی بودن و لزوم آن در حق مورد معامله را از کدام قسمت ماده استنتاج می کنید؟

پاسخ - نه، کلمه ارتجالی را مسامحتاً به کار بردم. و به اصطلاح به ضرورت شعر. به ضرورت قافیه به کار بردم. به شما عرض کردم، ارتجالی بودن یعنی از پیش خودی، خود به خود، عامل خارجی ندارد. این ارتجالی بودن در امتیازی است که دولت می دهد. آن امتیازی موضوع این ماده است که ارتجالیاً به شخص داده شده است، نه در برابر حقی که از دولت طلبکار بوده است. اگر کلمه ارتجالی شما را اذیت می کند فراموشش کنید. به جا به کار نبردم کلمه ارتجالی را، ولی می خواستم بگویم عامل مقدماتی ای برای گرفتن امتیاز نبوده، مثل حق من.

سؤال - سؤال من این است که مرز بین وکالت و سیاست کجاست؟

پاسخ - می خواهید بعد از جلسه با هم برویم بگردیم پیدایش کنیم؟! مرز بین وکالت و سیاست کجاست؟ وکالت چه ربطی به سیاست دارد. وکیل افکار سیاسی دارد مثل هر انسان دیگری. وکالت کاری به سیاست ندارد. وکالت با قانون سر و کار دارد اقدامات شما بر مبنای قانونی فقط صورت می گیرد. عصبی هم نشوید. اینجا بی قانون یک نفر را زندانی کرده اند. خوب بنویسید، آقا شما او را بدون ماده قانونی زندانی کرده اید. آزادش نمی کنند؟ خوب دیگر شما چه می گوئید. مسئولش آن کسی است که آزادش نمی کند. شما کار حقوقی و قانونی خودتان را انجام بدهید. در کار وکالت سیاست دخالت نکند و نمی تواند. مثل قضاوت است. قاضی ای که کار سیاسی می کند جایش پشت میز قضاوت نیست بلکه باید برود توی یکی از این دستگاه هایی که کار سیاسی می کنند بنشینند. وکیل هم کارش کار سیاسی نیست. کار حقوقی است.

سؤال - در تقابل بین عدالت و قانون کدام مقدمند؟ نظر شخصی تان چیست؟ لطفاً به کتب دکتر کاتوزیان ارجاع ندهید؟

پاسخ - چشم. بین عدالت و قانون آنچه حاکم است نظم عمومی است. نظم عمومی را قانون تعیین می کند. قانون را عادلانه نمی دانید؟ اسناد بین المللی می گویند ملت ها در برابر قانونی که آن را ناعادلانه می دانند حق نافرمانی مدنی دارند. یعنی چه؟ مطالعه کنید حقوق بین المللی را و ببینید حق نافرمانی مدنی چیست؟ بنابراین و در عین حال اصل ۹ از قانون اساسی ما را بخوانید. اصل ۹ قانون اساسی می گوید هیچ کس نمی تواند به بهان آزادی، نظم مملکت را مختل کند و قوانین مملکت را زیر پا بگذارد و هیچ کس در هیچ مقامی نمی تواند به بهانه حفظ نظم آزادی های مردم را سلب کند. خوب حالا سلب می شود. مرجعی در مملکت نیست که این قانون مغایر قانون اساسی را بررسی کند. تا می گوئیم، می گویند شورای نگهبان که تصویب کرده است. بله ولی ماده قانونی است، من هم ذی شعورم می خوانم می بینم



تعارض دارد با قانون اساسی و با همین اصل ۹ قانون اساسی (ذیل اصل ۹). در کشورهای دیگر یک دادگاه قانون اساسی هست (این جا هم قرار بود تشکیل بشود که نشد) که قانون مصوب را به او بدهند و بگویند که این خلاف قانون اساسی است، تا بررسی کند و اگر خلاف بود باطلش کند. ما این را نداریم. چه تعریفی از عدالت دارید؟ بعضی ها می گویند عدالت یعنی این، حضرت فرمودند عدالت یعنی آن و.... من یک جواب می خواهم از شما. عدالت یعنی چه؟ فقط متن قانون حاکم است. اگر متن قانون با قانون اساسی با حقوق و آزادی های بنیادی انسانی مغایرت دارد حق نافرمانی مدنی هست. نمی شود انجام داد؟ خوب نمی شود. ۱۹۲ کشور در سازمان ملل هستند. در ۱۸۰ تا از آن ها نمی شود.

سؤال - آیا این که در ماده ۲ تصریح شده در معرض خرید و فروش قراردهد به این اعتبار نبوده که کلیتاً این امتیازات، بر اساس قانون مدنی در تعریف بیع که عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم، قانوناً قابلیت خرید و فروش ندارند؟

پاسخ - خوب اگر قابلیت خرید و فروش ندارد که ضرری به جامعه وارد نمی شود. در معرض خرید و فروش قرار می دهد ولی قابل خرید و فروش نیست. خوب پس برای چه مجازاتش می کنیم؟ امتیازی از دولت گرفته ام آگهی می کنم و هیچ کس نمی آید بخرد چرا مجازاتش می کنیم. نه، این بحث، بحث خاص جزائی است و بر اساس این تعریف بیع از قانون مدنی قابل توضیح نیست.

سؤال - واگذاری مدرک تحصیلی به شرکتی که کالای خاص تولید می کند و برای اخذ مجوزهای لازم نیاز به آن مدارک دارد و اخذ وجه در مقابل این واگذاری مشمول ماده ۲ می شود؟

پاسخ - خیر نمی شود. این تخلفی است که آن شخص در برابر آن سازمانی که آن مدرک را به او داده است انجام داده است (مثل مهندسی). به او شکایت کنید و او مجازاتش می کند.