

جرم انگاری برخی از عنوانهای حقوقی در ایران و تاثیر ملاحظه های

سیاسی و اجتماعی بر آن (۱)

چکیده:

یک رفتار همواره در حوزه یک نوع خاص کنترل اجتماعی باقی نمی ماند. برخی از عنوان های مدنی مانند معامله فضولی و غصب به حقوق کیفری نیز کشانده شدند تا شاید به پشتوانه ابزار مجازات کیفر در قالب یک نظام کنترلی شدیدتر، کمتر روی دهند و نظم اجتماعی و روابط افراد کمتر مخدوش و نقض شود.

بررسی، نشان می دهد که هدف فوق، تنها مورد نظر قانونگذاران کیفری ایران نبوده است، در کنار هدف گفته شده در بالا، توانا تر کردن و تجهیز حکومت و قدرت سیاسی به ابزار مجازات کیفر در این گرایش دخالت داشته است.

از منظر حقوقی، تمایز مهم و برجسته یک عنوان مدنی مشابه با عنوان کیفری در سوء نیتی است که قانون گذار برای جرم به طور معمول در نظر می گیرد در حالی که در امور مدنی و حقوقی سوء نیت، عنصر تاثیر گذار به شمار نمی آید.

اگر بتوانیم یک ارزیابی دقیقی از تأثیر این دو نوع ضمانت اجرا داشته باشیم، می توانیم نتیجه بگیریم که در برخی موارد امکان جرم زدایی از این عنوان ها و استفاده از سایر تدابیر جانشین وجود دارد.

واژه‌های کلیدی: عنوان مشابه، جرم‌انگاری، ضرر، مسئولیت مدنی، مسئولیت جزایی و

سوءنیت

مقدمه

تنظیم روابط اجتماعی، تعیین یا اعلام حقوق و تکالیف آنان و سرانجام صیانت از نظم عمومی و حقوق و آزادی‌های فردی مهم‌ترین کارکرد و هدف حقوق است. در این راستا حقوق مدنی و حقوق کیفری بر حسب تعریف، ویژگیها و اهداف خاص خود، به طور متفاوت عمل می‌کنند. ماهیت دو گانه این دو شعبه حقوق، قانونگذاران را بر آن می‌دارد که از قواعد هر یک در موقع مناسب و با رعایت جمیع شرایط بهره جویند.

تنظیم روابط اشخاص در جامعه و صیانت از آن در گام نخست هدف قواعد حقوق مدنی است که ضمانت اجرای آن، با ماهیت نظم بخشی مدنی آن سازگار است و تا آنجا که مقدور است همین ضمانت اجرای مدنی در تنظیم و تنسيق نظم و انضباط و نیز نسق بخشی به روابط شهروندان کافی است؛ ولی محدود نبودن روابط اجتماعی به روابط شهروندان و گسترش آن به روابط دولت و مردم و صاحبان اقتدار و حاکمیت با فرمانبران و نیز ناکارآمدی ضمانت اجرای مدنی و اداری به دلیل زیاد بودن رفتارهای ناقض هنجارهای اجتماعی و بر نتابیدن آنها توسط جامعه و عموم شهروندان و سرانجام تفاوت در نوع

ساخت‌ها و ساختارهای اجتماعی، فرهنگی و سیاسی جامعه و دولت و نظریه‌های فلسفی، اجتماعی و سیاسی حاکم بر هر جامعه، دولت به عنوان صاحب اقتدار به مداخله مستقیم و قهرآمیز دست می‌زند.

واکنش تند و سرکوبگر جامعه - دولت به چنین رفتارهایی در قواعد جزایی نمودار می‌شود؛ هر چند که ویژگی تمام واکنش‌های جزایی سرکوبگری نیست ولی ماهیت و اهداف آنها متفاوت از قواعد مدنی و اداری است.

همین تفاوت ماهوی و هدفی و آثار زیانبار این نوع واکنش و پرهزینه بودن سازماندهی چنین پاسخی ایجاب می‌کند تا زمانی یک عمل جرم و مستوجب پاسخ کیفری شناخته شود که مداخله کیفری مفید و لازم باشد؛ یعنی هم آخرین حربه باشد و هم کاربرد چنین سلاحی مفید.

این نوع ملاحظات سبب شده که قانونگذاران خردمند و خردگرا - صرفنظر از نوع قدرت سیاسی حاکم و مناسبات و ساختارهای اجتماعی، ترتیب منطقی و زمانی اعمال انواع واکنش‌ها و ضمانت اجراهای مدنی را رعایت کنند. به این جهت شایسته است ابتدا به تدوین قواعد و قوانین مدنی همت گماشته، آنگاه که ناکارآمدی قاعده‌ای در برآورده کردن اهداف موردنظر آشکار و یا در ابتدا براساس مطالعات و تحقیقات انجام شده

ضرورت و فایده مندی قواعد جزایی احراز شده، اقدام به جرم انگاری رفتاری خاص و تنظیم واکنش کیفری مناسب آن کنند.

مطالعه سیر جرم انگاری‌ها، به ویژه جرم انگاری عناوین مدنی، در حقوق ایران و مقایسهٔ ارکان هر کدام، هم از حیث شناخت تاریخ تحولات حقوق ایران و هم از منظر مطالعات جامعه شناختی حقوقی و سیاسی و بالاخره از جهت مباحث فنی حقوقی سودمند است.

انقلاب مشروطه سر آغاز تحولات قانونگذاری نوین در ایران است. این تحول با ایجاد دولت مطلقه و متمرکز در دورهٔ پهلوی به ویژه پهلوی اول، شکل و ویژگی‌های خاصی

پیدا کرد. تا پیش از این دوران روابط خصوصی مردم بر اساس قواعد و مقررات فقه شیعی تنظیم و به دعاوی ناشی از آن بر این اساس و بیش و کم در نزد محاکم شرع رسیدگی و اختلافات حل و فصل می‌شد. دولت نیز به جرایم و تخلفات، بدون آنکه تعریفی از آنها به دست دهد، به شیوه‌ای استبدادی و خود کامه رسیدگی و اعمال قدرت می‌کرد.

پس از انقلاب مشروطه، مجالس شورای ملی اقدام به تدوین قوانین و قانونگذاری در تمام عرصه‌ها کردند که این فعالیت در عصر پهلوی شتاب بیشتری گرفت. از منظر موضوع مورد بررسی در این تحقیق، و براساس سیر طبیعی تدوین قوانین، در ابتدای امر به نظر می‌رسد که قانون مدنی پیش از قانون جزا به تصویب قانونگذار مشروطه رسیده است، اما واقعیت چیز دیگری است. قانون مجازات عمومی در سال ۱۳۰۴ و در مجلس پنجم

مشروطه اول تصویب شد و آنگاه قانون مدنی در ۱۳۰۷ و موادی از آن در سالهای پس از آن.

علی رغم این سیر غیرمنطقی تدوین، به لحاظ ماهیتی، همان منطق پیش گفته رعایت شده است؛ چه اینکه قواعد مدنی به موجب فقه اسلامی در تمام این دوران و پیش از آن مورد عمل بود. پس، هرچند قانون مدنی پس از قانون جزا تصویب شد ولی به دلیل اجرای آن توسط فقها و محاکم شرعیه، مفاهیم عمومی آن شناخته شده و روشن بود. قانون جزا برخی از عنوان‌های مدنی را مجرمانه اعلام کرد و علاوه بر ضمانت اجرایی مدنی، کیفر نیز برای آنها در نظر گرفت، در هر حال قواعد جزایی با توجه به سابقه مدنی آنها وضع شده است.

نویسنده در این مقاله می‌کوشد عناوین مشابهی را از قانون مدنی و قوانین جزایی مورد بررسی و مقایسه قرار دهد و وجوه تشابه و افتراق حقوقی بخشی از این عناوین را بیان کند و در پایان نیز به یافته و به اختصار چرایی جرم‌انگاری و عوامل مؤثر بر آن بپردازد.

اول- معامله فضولی و انتقال مال غیر

معامله فضولی

الف- تعریف و ارکان

ماده ۲۴۷ قانون مدنی در فصل پنجم با عنوان «در معاملاتی که موضوع آن مال غیر است یا معاملاتی فضولی» بدون ارائه تعریفی مقرر می‌دارد:

« معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد. ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله صحیح و نافذ می‌شود».

حقوقدانان تعاریف گوناگونی از معامله فضولی کرده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ش ۴۰۰۸ - ۴۰۰۵) و (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۹۸) با تأمل در مواد قانون مدنی و تعاریف

مزبور می‌توان گفت: معامله فضولی، معامله به مال غیر است توسط غیر مالک (یا قائم مقام وی) و بدون اذن وی؛ دو رکن مهم معامله فضولی مال غیر بودن موضوع معامله و غیر مأذون بودن معامل فضول از طرف مالک یا قائم مقام قانونی وی است. رضایت باطنی مالک نسبت به معامله فضولی برای نفوذ آن کافی نیست (ماده ۲۴۷ ق.م.).

بنابراین معامله‌ای که دارای این دو رکن است فضولی تلقی می‌شود، خواه معامل فضول با علم به مستحق‌الغیر بودن آن را معامله کند یا با جهل به آن. و خواه با حسن نیت و برای صاحب مال و به مصلحت او انجام شود و خواه با سوءنیت و برای خود یا دیگری؛ انگیزه و قصد، مداخلیتی در تحقق یا عدم تحقق این نوع معامله ندارد. چه این ویژگی خاص حقوق مدنی است که قواعدش صرفاً بر عمل مادی فاعل مبتنی است.

ب- قلمرو معامله فضولی

هر چند بیشتر دلایل نقلی مربوط به امکان اجازه معامله به مال غیر درباره بیع فضولی و نکاح است (نجفی، ۱۹۸۱ م، ص ۲۷۷)، اما در اینکه قلمرو این قاعده منحصر به آن دو نوع عقد است یا اینکه قاعده‌ای است در تمام معاملات، اختلاف نظر است. برخی از فقیهان و حقوقدانان آن را از قواعد عمومی قراردادها می‌شمارند (انصاری، مکاسب، ص ۱۲۴) و عده‌ای تنفیذ معامله فضولی را قاعده حاکم بر همه اعمال حقوقی می‌دانند، مگر

اینکه به دلیل خاص بطلان آن احراز شود (قمی، ۱۳۲۴ هـ، ص ۱۸۰). در مقابل، کسانی هم آن را حکمی استثنایی تلقی کرده‌اند (طباطبایی، بی تا، ج ۱، ص ۲۵۰).

از ظاهر قانون مدنی که معامله فضولی را در شمار قواعد عمومی معاملات آورده است و مفاد مواد ۳۰۴، ۵۸۱، ۶۷۴ و ۱۰۷۳ قانون مدنی به خوبی بر می‌آید که احکام مربوط به این معامله جزء قواعد عمومی است و در هر مورد که نیابت امکان داشته باشد بایستی رعایت شود (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۱۰۲).

همچنین عقد فضولی علاوه بر عقود تملیکی شامل عقد عهده‌ی نیز می‌شود (امامی، ۱۳۷۱، صص ۳۰۰-۲۹۹) و (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ص ۱۰۴).

ج- آثار حقوقی معامله فضولی

آن گونه که اشاره شد قصد انشای معامل فضول ساختار این معامله را ایجاد می کند. اما تکمیل آن منوط به پیوستن اجازه مالک به آن است. بنابراین در صورت اجازه مالک تنفیذ و در صورت رد، باطل می شود. در صورت نخست اثر تنفیذ به زمان وقوع عقد برمی گردد؛ یعنی اجازه کاشف است و کلیه آثار قانونی از آن زمان بر عقد مترتب می شود و در صورت رد نیز بطلان از حین عقد است. هر چند برخی از حقوقدانان در تشخیص ماهیت این تأثیر بین نظریه کشف و نقل، قول سومی را برگزیدند. (کاتوزیان، ۱۳۶۶، صص ۱۳۰-۱۲۲) ولی، از جهت عملی تفاوتی با نظریه کشف ندارد. ماده ۲۸۵ قانون مدنی به صراحت اثر اجازه یا رد را از روز عقد می داند.

در کنار این ضمانت اجرای مدنی، اثر رد معامله فضولی این است که هرگاه خریدار حین عقد عالم بر فضولی بودن معامله بوده، چون احتمال رد و قبول آن را از طرف مالک می داده، اقدام به ضرر خود کرده و بنابراین کسی مسؤول و ضامن آن نیست و فقط حق رجوع برای ثمن را دارد. ولی در صورتی که اصیل جاهل به آن باشد غرامات وارده طبق ماده ۲۶۳ قانون مدنی بر عهده معامل فضول است.

با توجه به مواد قانون مدنی در خصوص این معامله فهمیده می شود که معامله فضولی مورد حمایت قانونگذار نیست و صحت آن منوط به اجازه مالک شده است. زیرا تنها مالک است که می تواند مالی را از اموال خود خارج یا وارد دارایی های خود کند. احترام به مالکیت افراد مقتضی چنین حکمی است.

انتقال مال غیر

قانونگذار ایران پنج قانون کیفری در خصوص انتقال مال غیر تصویب کرده که دو قانون

نسخ ضمنی شده و بقیه لازم الاجرايند. قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب

فروردین ۱۳۰۸ یکی از قوانین لازم الاجرا است. [۱]

صدور ماده ۱ این قانون نوعی معامله‌ای فضولی را مورد حکم قرار داده و آن را در حکم

کلاهبرداری تلقی کرده است:

« کسی که مال غیر را با علم به اینکه مال غیر است به نحوی از انحاء، عیناً یا منفعتاً بدون

مجوز قانونی به دیگری منتقل کند کلاهبردار محسوب و مطابق ماده ۲۳۸ قانون مجازات

عمومی محکوم می‌شود...»

به موجب این ماده انتقال مال غیر جرم است و در کنار ضمانت اجرای مدنی راجع به

معامله فضولی، ضمانت اجرای کیفری نسبتاً سنگینی قرار گرفته است. برای تشخیص

نسبت میان انتقال مال غیر - که عنوان مجرمانه است - معامله فضولی، بیان و تحلیل عناصر

این جرم ضروری است.

الف- رکن مادی جرم

«انجام تشریفات قانونی انتقال مال غیر» که منضم انتقال ظاهری مال است. عنصر مادی

جرم انتقال مال غیر است. انتقال مال غیر به طرق گوناگونی قابل تحقق است. هر آنچه در

قانون مدنی سبب انتقال مال است مانند بیع، هبه و معاوضه عنصر مادی جرم مذکور را می تواند تشکیل دهد. به این جهت در ماده ۱ قانون مذکور آمده است که: به نحوی از انحاء... منتقل کند...» بنابراین وسیله در تحقق این جرم نقشی ندارد.

۱- فعل مرتکب

فعل مرتکب انجام تشریفات قانونی است که عملی مثبت است. برای تحقق عنصر مادی این جرم لازم است مرتکب عملیاتی را که برای انتقال ظاهری مال غیر لازم است انجام دهد. این عملیات همان تشریفات قانونی است که مطابق مقررات جاری کشور برای انتقال مال لازم است. حسب اینکه نوع انتقال، شیوه آن چگونه و در قالب چه عقد یا معامله ای صورت می گیرد، تشریفات انتقال هم متفاوت می شود. آنگونه که از اطلاق ماده قانونی فهمیده می شود، انتقال به هر دو صورت رسمی و عادی، در قالب نوشته یا توافق شفاهی امکان پذیر است. بدیهی است برای تحقق این منظور مرتکب تشریفات متفاوتی را انجام می دهد؛ انتقال رسمی دارای تشریفات متفاوت از انتقال عادی است.

۲- موضوع جرم

موضوع جرم، مال (متعلق به غیر) است. مال اعم از منقول و غیر منقول است [۲] و هر آنچه را که قابلیت تقویم بوده و مالیت داشته باشد به طور قطع دربرمی گیرد. اما آیا شیء را هم

شامل می شود؟ شیء اعم از مال است؛ چه بسا چیزی قابلیت تقویم نداشته و از جهت قواعد حقوق مدنی نیز مالیت نداشته باشد. چنین چیزی داخل در کلیت «شیء» هست ولی مال به آن اطلاق نمی شود. پاسخ به این سؤال که شیء نیز داخل در موضوع جرم است یا نه در پاسخ به این پرسش نهفته است که: هدف قانون جزا (حقوق جزا) صیانت از نظم عمومی و حقوق و آزادیهای فردی است یا تضمین آنچه در قواعد مدنی مورد احترام شناخته شده است؟ از جهت نظری پاسخ این است که حقوق جزا در جایی دخالت می کند که هنجاری چنان نقض شود که نتوان با مداخله سایر قواعد حقوقی و غیرحقوقی در برابر آن واکنش نشان داد و یا آن مداخله بی تأثیر و غیرمفید باشد. نقض هنجار، نظم عمومی را بر هم می زند و حقوق آزادیهای فردی را دستخوش تعرض و تزلزل می کند. از این رو سرقت، تخریب یا فروش مال متعلق به غیر - که دارای ارزش فراوان است - به همان اندازه نظم عمومی و حقوق افراد نسبت به اموالشان را بر هم زده و متزلزل می کند که سرقت، تخریب یا فروش «شیء» که ارزش مالی نداشته و فقط برای قربانی جرم مورد احترام بوده است.

دیگر آنکه صرف آگاهی مردم از وقوع جرمی علیه اموال، در آنان ترس از جرم و احساس ناامنی ایجاد می کند، خواه مرتکب مال با ارزشی را برده یا تخریب کرده باشد، خواه چیز بی مقداری را. همین میزان از عمل نقض تحریم های قانونی است. میزان خسارات، آثار جرم، نوع بزه دیدگان و ... در قابلیت سرزنش مجرم و استحقاق عقاب

بودن وی بی تأثیر است. چنین اموری در تعیین میزان واکنش علیه جرم (مجازات - اقدامات تأمینی) مؤثر است.

با اینکه از منظر نظری «شیء» داخل در موضوع جرم است اما قانونگذار کیفری ایران به خوبی آن را در نیافته و جز در موارد استثنایی و آنهم نه به صراحت [۳]، از اشیاء حمایت کیفری نکرده است. رویه قضایی نیز عملاً چنین مسیری را پیموده است.

به تصریح قانون، عین یا منفعت مال می تواند موضوع جرم باشد. مانند اینکه خانه متعلق به غیر را بدون رضایت مالک بفروشد و یا آن را اجاره دهد که در این صورت منفعت مال غیر را منتقل کرده است.

پرسشی که مطرح است این است که آیا «حق» روی عین هم موضوع جرم قرار می گیرد؟ مانند اینکه مال مرهونه را منتقل نماید. چه به موجب ماده ۷۹۳ قانون مدنی راهن نمی تواند در رهن تعرضی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن. با اینکه راهن در صورت فروش مال مرهون حق مرتهن را از بین می برد و مکلف به جبران خسارات وارده بر مرتهن است و در این خصوص مسئولیت مدنی دارد، ولی به نظر می رسد مرتکب جرم موضوع انتقال مال غیر نشده است؛ زیرا در ماده ۱ قانون راجع به انتقال مال غیر صرف انتقال عین یا منفعت مال متعلق به غیر جرم تلقی شده است و توسعه این جرم انگاری به

«حق» غیر در مال منتقل شده، هم خلاف صراحت قانون است و هم متضمن تفسیر موسع جزایی.

قانونگذار سال ۱۳۰۸ برای پیشگیری از انتقال غیر قانونی اموال مردم - که در نبود ثبت اسناد و املاک در کشور- رواج یافته بود، این قانون را وضع کرد. از سوی دیگر انتقال حق غیر به تبع انتقال مال چنان فراگیر نیست که تضمین های مدنی کافی نباشند.

۳- تعلق مال به غیر

ویژگی تمام جرایم علیه اموال تعلق مال موضوع جرم به دیگری است. گاهی مال مفروز و مالک مشخص دارد. گاه مفروز و بدون مالک و گاه مشاع است. در حالت دوم دو فرض امکان وقوع دارد: مالک از مال اعراض کرده که در این صورت انتقال آن جرم نیست و در فرض دوم عدم اعراض اثبات نشده باشد. در این مورد جرم دانستن عمل منتقل کننده محل تردید است. زیرا عدم رضایت مالک احراز نشده است.

در خصوص مال مشاع دو عقیده عمده در بین فقها و حقوقدانان وجود دارد: شریک منتقل کننده در جزء مال شریک است و هیچ جزئی از مال به معنای واقعی مال غیر نیست. بنابراین مرتکب جرم نشده است. برعکس عده ای آن را جرم می دانند. چرا که در هر جزء از مال دیگری یا دیگران سهم اند و بردن مال به مثابه بردن مال غیر هم هست. در فقه عقاید بینابین دیگری به ویژه در سرقت وجود دارد.

بی تردید هر نظری که در این خصوص اختیار شود در تمام جرایم علیه اموال قابل تسری است و نمی توان در خصوص جرایم متفاوت نظرات مختلفی را برگزید.

به نظر می رسد انتقال مال مشاع جرم است چه اینکه هدف قواعد جزا، حفظ و برقراری

نظم عمومی و صیانت از حقوق و آزادیهای فردی است که در انتقال مال مشاع این هدف

مخدوش می شود. انتقال مال مفروز و مال مشاع هر دو حریم خصوصی افراد را نقض

می کنند. وقتی مالکی راضی به انتقال مال خود نباشد چه تفاوتی می کند که مال مشاع باشد

یا مفروز، اتفاقاً در مورد مال مشاع قابلیت سرزنش بیشتر است، زیرا شرکای یک مال مشاع

باید نسبت به هم از صحت عمل و امانتداری بیشتری برخوردار باشند. حفظ حرمت حریم

مالکیت شرکاء ایجاب می کند تصرفاتشان در مال با رضایت سایرین باشد. به همین دلیل

است که ماده ۵۸۱ قانون مدنی مقرر می دارد:

«تصرف هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی

بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود».

به موجب ماده ۵۸۲ چنین شریکی ضامن است.

رویه قضایی در خصوص جرایم علیه مال مشاع شفاف نیست. پیش از انقلاب شعبه ششم

دیوان عالی کشور بر این عقیده رأی داد که: «مداخله احد شرکاء در مال مشترک سرقت

نمی باشد» [۴] و پس از آن رأی وحدت رویه اعلام کرد که در جرم تخریب «در صورتی

که مقرون به قصد اضرار و یا جلب منافع غیرمجاز با سوءنیت باشد قابل تعقیب و مجازات است هر چند مالکیت اموال موضوع جرم مشمول ماده فوق [۲۶۲ق.م.ع.] به طور اشتراک و اشاعه باشد». [۵]

اداره حقوقی دادگستری نیز در چند نظریه بر مبنای وجود یا نبود سوءنیت اظهار نظر کرده است:

«هر چند انتقال ملک مشاع به نحوه مفروز از لحاظ حقوقی بدون موافقت سایر شرکاء نافذ نیست، ولی اگر مورد انتقال معادل سهم انتقال دهنده باشد از جهت این که سوءنیت نداشته جنبه کیفری ندارد و در غیر این صورت انتقال مال غیر تلقی می شود». [۶]

به نظر می رسد شیوه تحلیل شعبه ششم دیوان که به این نتیجه رسید عمل جرم نیست درست تر از استدلال هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه و نیز اداره حقوقی دادگستری بود. زیرا محل بحث در عنصر مادی است و نه عنصر معنوی. در عنصر مادی صرف نظر از وجود یا عدم سوءنیت بحث و استدلال می شود. مراجع مذکور باید راجع به این نکته که آیا «مال مشاع مصداق مال غیر است» تصمیم گیری می کردند. بدیهی است که اگر از نحوه عمل مرتکب در انتقال مال - چه مشاع چه مفروز - سوءنیت احراز نشود، عمل جرم نیست و چنین نکته ای نیاز به بیان ندارد. اگر اداره حقوقی در مقام بیان این نکته باشد که کسی که به اندازه مال و سهم خود از مال مشاع را منتقل می کند دارای سوءنیت

نیست (عدم سوء نیت مفروض است) به خطر رفته است چرا که استدلالی برای این فرض اقامه نکرده است. هر چند که در دو نظریه دیگر خود نبود سوء نیت را به صورت شرط بیان کرد و نه فرض. با این حال شعبه سوم دیوان عالی کشور در رأی استناد دیوان جنایی را مبنی بر اینکه «مواد مربوط به انتقال مال غیر مخصوص مواردی است که مال موضوع انتقال تماماً ملک غیر باشد» رد کرد. [۷]

در هر حال به نظر می‌رسد بنا به دلایل مذکور در بالا انتقال مال مشاع هم، مشمول موضوع جرم است و با وجود سایر شرایط عمل جرم تلقی می‌شود.

۴- نتیجه جرم

نتیجه انتقال مال غیر، ضرر مالک است. صرف ضرر محتمل نیز کافی است. وقوع ضرر در اینجا و معامله فضولی مشترک است و هدف دخالت قانونگذار در هر دو مورد جلوگیری از ایراد ضرر به دیگری است. مداخله مدنی و کیفری دولت با استناد به اصل ضرر و یا قاعده لاضرر توجیه می‌شود.

ب- رکن معنوی

علم مرتکب به تعلق مال به غیر جزء عنصر معنوی است که ماده قانونی نیز به آن تصریح کرده است. بنابراین جهل به موضوع، دافع مسئولیت کیفری است. جزء دوم رکن معنوی، عمد است. خواست انجام عمل خلاف قانون انتقال مال غیر، عمد عام است و قصد اضرار

به صاحب مال عمد یا سوءنیت خاص؛ یعنی «سوءنیت در تحصیل نتیجه» سوءنیت خاص است.

ج- نتیجه: مقایسه و وجه تمایز

انتقال مال غیر یکی از مصادیق معامله فضولی است؛ به عبارتی رابطه این دو عموم و خصوص مطلق است. عنصر مادی جرم انتقال مال غیر همان رکن مادی معامله فضولی است جز اینکه تصرفات هر یک از شرکاء در مال مشاع از جهت قانون مدنی معامله فضولی است ولی در تسری عنوان مجرمانه انتقال مال غیر به این مورد اختلاف نظر وجود دارد.

وجه ممیز این دو در عنصر روانی است. آنگونه که گفته شد در معامله فضولی قصد معامل فضولی دخالتی در تحقق این عنوان ندارد در حالی که انتقال مال غیر جرمی عمد است و نیاز به سوءنیت مرتکب بر قصد ایراد ضرر به دیگری دارد. بنابراین اگر معامل فضول مال غیر را با حسن نیت و به قصد انتفاع صاحب مال و بنا به مصلحت وی بفروشد، مرتکب جرم نشده است. به این جهت احراز سوءنیت برای تحقق این جرم لازم است.

هدف حمایت کیفری قانون گذار از اموال مردم، پیشگیری مؤثرتر از ایراد ضرر بوده است؛ هدفی که در ظاهر نتوانسته بود با عنوان مدنی معامله فضولی برآورده کند.

با این حال، هیچ ارزیابی دقیقی از تأثیر هر یک از این عناوین در هدف کلی حقوق یعنی تنظیم روابط اجتماعی مردم و پیشگیری از نقض و تجاوز به آزادیهای یکدیگر انجام نشده است.

دوم- غصب و عناوین مشابه کیفری

یکی از موارد ضمان آور مدنی - که به صورت تأسیس مستقل خاص حقوق اسلام و ایران است - غصب است. دایره و وسعت آن به حدی است که بسیاری از اعمال ضمان آور را در کنار مسئولیت مدنی و استیفای آن پوشش می دهد. ارکان و ویژگیهای غصب چنان است که تعدادی از عناوین مجرمانه عیناً و گاه در عنصر مادی با آن مشابه می شوند.

در این قسمت به صورت مختصر غصب و عناوین مشابه کیفری با یکدیگر مقایسه خواهند شد.

غصب

به موجب ماده ۳۰۸ قانون مدنی: «غصب استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است.» قانونگذار با انتخاب این تعریف، قول برخی از فقیهان را در این باب کنار نهاد که در بررسی ارکان غصب به اشاره از آن می گذریم.

الف- ارکان غصب

۱- استیلا

استیلا مسلط شدن بر مال یا حق غیر است. منع مالک یا صاحب حق از تصرفات مالکانه بر مال یا حق خود کافی نیست بلکه لازم است که غاصب بر آن مستولی شود و معیار تشخیص آن به عقیده برخی از حقوقدانان عرف است. (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۳۷۵) استیلا مستلزم تصرف مادی نیست؛ همین که غاصب مال یا حق غیر را در اختیار بگیرد و امکان استفاده از آن و تسلط به آن را داشته باشد کافی است. بنابراین کسی که ماشین دیگری را از صاحبش گرفته و در خانه خود پارک کرده بر آن مستولی شده است. در استیلا، مباشرت نیز شرط نیست؛ چنانکه کسی به امر دیگری در خانه غیر ساکن شود، امر مستولی است. بنابراین اگر کسی مالک را از تصرف در مال خود مانع شود بدون آنکه خود او بر آن مسلط شود غاصب نیست لکن در صورت اتلاف یا تسبیب ضامن است (ماده ۳۰۹ ق.م.) [۸] مانند آنکه نهی حفر کند تا صاحبان ملکی نتوانند اتومبیل‌های خود را وارد آن کنند.

در غصب استقلال در استیلا شرط نشده است. [۹] بنابراین غاصبی که با مالک در خانه‌ای سکونت کنند و نتوان بخش معینی را در تصرف مستقل هر کدام شمرد، غاصب بر نیم مشاع خانه مستولی است، مگر اینکه مالک عملاً از تصرف منع شود و عرف وی را غاصب تمام بداند. (شهید ثانی، بی تا، ص ۲۲۰) و (طیرانیان، بی تا، صص ۲۶-۲۲). صرف نظر از اختلاف نظر میان فقیهان و حقوقدانان در میزان مسئولیت غاصب در مال مشاع، قدر متیقن غاصب بودن وی است.

غصب مشترک مال یا حق توسط چند غاصب نیز داخل در تعریف است و هر دو مسئولیت تضامنی دارند.

۲- عدوانی بودن استیلا

استیلابی غصب تلقی می‌شود که به ظلم و برخلاف حق باشد. بردن مال غیر و تصرف ملک دیگری بدون اینکه متصرف حق چنین تصرفاتی داشته باشد و مالک نیز به آن رضایت نداده باشد غصب است. در عدوانی بودن استیلاء علم و جهل غاصب مدخلیتی ندارد. بنابراین، چه با علم به تعلق مال به غیر، آن را برخلاف رضایت مالک تصرف کند و چه با جهل به آن، غاصب است. در این صورت ضمان غاصب و ویژگی‌های خاصی پیدا می‌کند. [۱۰] ضمان غاصب بر تصرف بدون حق متصرف بار می‌شود و سوءنیت و قصد وی تأثیری در ضمان وی ندارد. با این حال برخی از حقوقدانان علم متصرف به تعلق مال

به غیر و اینکه حق تصرف در مال را ندارد را شرط تحقق غصب دانسته و عدوانی بودن استیلاء را به این معنا گرفته‌اند. جهل به تعلق مال به غیر و یا جهل به عدم اذن مالک، تصرف را غاصبانه نمی‌سازد ولی آن را در حکم غصب قرار می‌دهد (امامی، ۱۳۷۱، صص

۳۶۳-۳۶۲).

با توجه به اینکه مستند این ادعا ذیل ماده ۳۰۸ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «... اثبات ید برمال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است» ایراداتی بر این استدلال و ادعا

وارد است:

اول اینکه مبنای تمایز دو بخش ماده ۳۰۸ علم یا جهل متصرف به تعلق مال به غیر و یا نبود اجازة صاحب حق نیست، بلکه نحوه تصرف و رضایت یا عدم رضایت صاحب حق در ابتدای استیلاء است. این نوع استیلاء بر حق دیگران نیز نامشروع و غیرقانونی است ولی با تعریف غصب مطابقت کامل ندارد. در این مورد صرفاً احکام غصب و از جمله ضمان

ید (علی‌البدن ما اخذت حتی تودی) جاری می‌شود. یکی از عناصر تحقق غصب «عدوانی بودن» استیلاء است؛ یعنی برخلاف حق و به ظلم باشد. پس مستأجری که در پایان مدت اجاره از تخلیه خودداری می‌کند یا امینی که مال مورد امانت را مسترد نمی‌کند، با اینکه شروع تصرفات وی با رضایت مالک و مطابق قانون و حق بوده، استیلائی وی به نحو

عدوان نبوده است ولی استمرار تصرف وی بدون مجوز و نامشروع است. و از این تاریخ

تصرف وی در حکم غصب است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۳۷۹) (ماده ۳۱۰ ق.م.ا).

دوم، از موادی از قانون مدنی در باب غصب می‌توان به نحو صریحی این نکته را دریافت

که جاهل یا علم متصرف در غاصب شمردن متصرف عدوانی تأثیری ندارد. ماده ۳۱۶ مقرر

می‌دارد: «اگر کسی مال معصوب را از غاصب غصب کند آن شخص نیز مثل غاصب

سابق ضامن است اگر چه به غاصبیت اولی جاهل باشد». مواد ۳۲۴ و ۳۲۵ نیز از جهت

تحقق غصب تفاوتی میان جاهل و عالم نیفکنده است. خصوصاً که در هر مورد که قانون

مدنی در مقام بیان «در حکم غصب» بود، به آن تصریح کرده است، مانند ماده ۳۱۰.

سوم اینکه غصب از موجبات ضمان قهری و از الزامات بدون (خارج) قرارداد است. ماده

۳۰۱ در کلیات این الزامات مقرر کرده که کسی که به عمد یا از روی اشتباه چیزی را که

مستحق نبوده است دریافت کند، ملزم به تسلیم آن به مالک است. همچنین است مواد ۳۰۳

و ۳۰۴. بنابراین از دیدگاه قانون مدنی علم و جاهل در ضمان و مسئولیت مدنی بی‌تأثیر

است. [۱۱]

۳- منصوب : حق غیر

قانون مدنی برخلاف عقیده برخی از فقهای امامیه که موضوع غصب را «مال غیر» قلمداد کرده بودند (شهید ثانی، بی تا، ج ۷، ص ۱۳) و (نجفی، ۱۹۸۱ م، ج ۳۷، ص ۷). حق را موضوع غصب دانسته است؛ یعنی علاوه بر مال (عین یا منفعت) حق را نیز در برمی گیرد:

مانند حق مرتهن نسبت به عین مرهونه، حق تحجیر و حق استفاده از مشترکات عمومی.

صرف تعلق این حق به دیگری کافی است که بتواند موضوع غصب قرار گیرد، اما برخی

میان حقوق اختصاصی و مشترک تفاوت افکنده اند: بدین تفصیل که در دومی چون

غاصب نیز حق استفاده دارد، ضامن نیست (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۷، ص ۳۲) و (امامی، ۱۳۷۱،

ص ۳۶۵). از کلام این عده فهمیده می شود که چنین فردی را غاصب می دانند ولی در

ضمان وی تردید دارند. بنابراین اختلاف در وجود ضمان یا عدم آن است. با این حال

عده ای نیز ضمان غصب مشترکات را پذیرفته اند که عبارت است از ضمان تلف حق تقدم

(کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۳۶۸).

به نظر می رسد اطلاق حق در ماده ۳۰۸ تمام حقوق مذکور در بالا را در برمی گیرد زیرا در

غصب تصرف مادی مدنظر نیست بلکه تصرف و استیلائی عرفی ملاک است. بنابراین در

حقوق که عینی نیستند، عرف غصب آنها را ممکن می داند و گاه اهمیتش بیش از مال

است.

تعلق به غیر داشتن حق به معنای اختصاص آن به فرد نیست. صرف داشتن حقی چه به نحو مفروز و چه اشاعه و چه به طور اختصاصی و چه مشترک کافی است که بتواند موضوع غصب قرار گیرد. تصرف مال مشاع، [۱۲] تصرف مال مشترک، استیلا برحق انتفاع یا ارفاق مشترک و ... همگی از مصادیق غصب اند.

ماهیت تصرف و استیلا برخلاف حق نهی و منع شده و قانون مدنی آن را ضمان آور دانسته است.

ب- آنچه در حکم غصب است

همان گونه که اشاره شد قانون مدنی مواردی را هم که آغاز استیلا و تصرف، قانونی و مشروع بوده ولی استمرار آن خلاف حق، در حکم غصب دانسته است: «... اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است» مانند امینی که مال مورد امانت را علیرغم مطالبه صاحب آن مسترد نمی‌دارد و یا مستأجری که در پایان اجاره، خانه را تخلیه نمی‌کند.

ماده ۳۱۰ قانون مدنی در این مورد مقرر می‌کند: «اگر کسی مالی به عاریه یا ودیعه و امثال آنها در دست اوست منکر گردد، از تاریخ انکار در حکم غاصب است». در ماده ۶۳۱ ضمان تلف و نقص را در مورد تعدی و تفریط و امتناع امین از رد مال نیز اعلام کرده است. در خصوص مقبوض به عقد معاوضی فاسد هم قانون مدنی می‌گوید: «هر گاه کسی

به بیع فاسد مالی را قبض کند، باید آن را به صاحبش رد نماید. و اگر تلف یا ناقص شود، ضامن عین و منافع آن خواهد بود» (م ۳۶۶).

بعضی از حقوقدانان به عنوان یک قاعده عقیده دارند: در هر مورد که شخص به طور نامشروع بر مال دیگری دست یابد یا به هنگام از رد مالی که به امانت نزد خود دارد امتناع ورزد و یا منکر وجود آن شود یا در تصرف و نگاهداری آن مرتکب تقصیر گردد و کار او منطبق با غصب نباشد، در حکم غصب است. (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۳۷۹). [۱۳] این قاعده از مجموع مواد قانون مدنی و هدف و ماهیت آن احکام قابل استفاده است.

اینکه که کلیاتی در خصوص غصب مورد توجه قرار گرفت با جستجو در عناوین مجرمانه مشابه آن، آنها را با یکدیگر مقایسه می کنیم.

غصب و عناوین مشابه کیفری

الف - غصب و سرقت

سرقت «ربودن مال غیر (به طور متقلبانه)» است. در سرقت مال از حیطة تصرفات مالکانه خارج می شود؛ یعنی در کنار محرومیت مالک از تصرف در مال، سارق آن را در استیلاء خود قرار می دهد و امکان هر نوع تصرفی برای او فراهم می شود.

۱- عنصر مادی

فعل مرتکب (ربودن) عمل مثبت است همچنان که در غصب نیز عمل مثبت است. در ربودن متقلبانه بودن نیز مستتر است یعنی بردن مال به نحو متقلبانه. یکی از شیوه‌های استیلا بر مال غیر، بردن آن است. بنابراین «ربودن مال غیر» از مصادیق غصب است و رابطه این دو عموم و خصوص من وجه است. و اگر در تعریف سرقت «پنهانی» را به آنگونه که در قانون مجازات آمده، وارد کنیم سرقت، ربودنهای محدودتری را در بر می‌گیرد و مصادیق کمتری از استیلا را به خود اختصاص می‌دهد.

موضوع جرم سرقت، مال منقول است و نه غیر منقول ذاتی چه این نوع مال قابل ربایش نیست. مال مفروز با مالک معین و مال مشاع هر دو می‌توانند موضوع سرقت باشند. بردن مال مفروز بدون مالک مشخص نیز چنانچه اعراض مالک احراز شود سرقت نیست و اگر فرض بر عدم اعراض باشد و فرض بر وجود مالک باشد، عنصر مادی سرقت (موضوع جرم) تحقق می‌یابد و در تحقق سرقت احراز عنصر روانی به شرحی که خواهد آمد ضروری است. زیرا مهم در عنصر معنوی احراز عدم رضایت مالک است که در این موارد مشکل است.

به دلایلی که پیشتر گفته شد شیء هم در موضوع جرم داخل است: یعنی، هم آنچه مالیت دارد و هم آنچه مالیت ندارد و شیء متعلق به غیر است. همین اختلاف نظر که آیا مالیت داشتن شرط است یا نه، در غصب نیز وجود دارد [۱۴] و اساساً منشاء این اختلاف در امور

کیفری همین اختلاف در امر مدنی است. خصوصاً که قول مشهور در حقوق مدنی مالیت داشتن است و دیگر اینکه در سایر ابواب قانون مدنی مالیت داشتن محور مباحث است.

بنابر آنچه گذشت دامنه موضوع غصب وسیع تر از سرقت است به ویژه که حق نیز داخل در موضوع غصب است ولی در سرقت حق موضوع جرم نیست. بنابراین از این حیث رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار است.

از حیث نتیجه نیز در سرقت «ضرر صاحب مال» شرط تحقق آن است. همان طور که در غصب ضرر صاحب حق مبنای ضمان غصب است. ضرر احتمالی در هر دو کافی است.

۲- عنصر معنوی

علم مرتکب به تعلق مال به غیر برای تحقق مسئولیت کیفری لازم است. جزء دوم عمد در عمل است. یعنی سوءنیت عام و آن خواست عمل خلاف قانون است. در سرقت سوءنیت خاص ضروری نیست.

عدم رضایت مالک شرط تحقق سرقت است و ربطی به عنصر معنوی ندارد. علم یا جهل مرتکب به رضایت بی تأثیر در تحقق سرقت است. بلکه وجود یا عدم رضایت مؤثر است.

در غصب، هیچ کدام از ارکان عنصر معنوی سرقت لازم نیست. اما شرط تحقق غصب هم فقدان رضایت صاحب حق است.

۳- نتیجه گیری

سرقت از مصادیق غضب است. از حیث عنصر مادی بعضی از مصادیق استیلاء که ویژگی «ربایش» را دارد سرقت است و سایر طرق استیلاء داخل در عنصر مادی سرقت نیست. دیگر آنکه حق موضوع غضب است و در سرقت مال منقول. سوم اینکه تحقق سرقت منوط به وجود عنصر معنوی است که در غضب لازم نیست. بنابراین فرق اساسی این دو سوءنیت است.

ب- تصرف عدوانی و ایجاد آثار تصرف

۱- پیشینه و محل بحث

دعوی تصرف عدوانی اصولاً یک دعوی حقوقی است. قوانین مربوط به این موضوع نیز ناظر به تعریف و تعیین شرایط این نوع تصرف و نحوه رسیدگی به دعوی «رفع تصرف عدوانی» است [۱۵] که قانونگذار فصل هشتم آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ را با توجه به قوانین قبلی به این نوع دعوی و ممانعت از حق و مزاحمت اختصاص داده است.

آنچه در قانون اصلاحی جلوگیری از تصرف عدوانی سال ۱۳۵۲ و قوانین متفرقه و نیز قانون آیین دادرسی قبلی و جدید در خصوص تصرف عدوانی آمد، ناظر به بحث حقوقی و شیوه رسیدگی به دعوی مربوط به آن است که در اینجا مورد نظر نیست. نظر ما در اینجا عنوان مجرمانه‌ای است که قانونگذار کیفری ایران ابتدا در مواد ۲۶۴ تا ۲۶۸ قانون

مجازات عمومی سال ۱۳۰۴ و سرانجام پس از اصلاحات و الحاقات بعدی، در سال ۱۳۷۵ در ماده ۶۹۰ و مواد بعدی به تصرف عدوانی داده است. اگر هدف از قوانین حقوقی و قانون جلوگیری از تصرف عدوانی، حفظ نظم اجتماعی و هدایت امور از مجاری قانونی باشد قوانین کیفری بیشتر صیانت از مالکیت اشخاص و حریم اموال آنها را - که مورد تعرض روز افزون قرار گرفته بود- مورد نظر دارند. همین تفاوت نگاه موجب خلق ویژگیهایی خاص برای تصرف عدوانی حقوقی و کیفری شد.

۲- ایجاد آثار تصرف در املاک غیر

ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی هم ایجاد آثار تصرف و تجاوز به املاک غیر به منظور تصرف یا ذی حق معرفی کردن خود یا دیگری را جرم تلقی کرده است و هم هرگونه تصرف عدوانی، ایجاد مزاحمت یا ممانعت از حق را: «هر کس به وسیله صحنه سازی از قبیل پی کنی، دیوار کشی، تغییر حدفاصل، امحای مرز، کرت بندی، نهر کشی، حفر چاه، غرس اشجار و زراعت و امثال آن به تهیه تصرف در اراضی مزروعی اعم از کشت شده یا در آیش زراعی، جنگل ها و مراتع ملی شده، کوهستانها، باغها، قلمستانها، منابع آب، چمسه سارها، انهار طبیعی و پارک های ملی، تأسیسات کشاورزی و دامداری و دامپروری و کشت و صنعت و اراضی موات و بایر و سایر اراضی و املاک متعلق به دولت با شرکت های وابسته به دولت یا شهرداریها یا اوقاف و همچنین اراضی و املاک و موقوفات و محبوسات و اثلاث باقیه که برای مصارف عام المنفعه اختصاص یافته یا اشخاص حقیقی

یا حقوقی به منظور تصرف یا ذی حق معرفی کردن خود یا دیگری، مبادرت نماید یا ... یا اقدام به هرگونه تجاوز و تصرف عدوانی یا ایجاد مزاحمت یا ممانعت از حق در موارد مذکور نماید به مجازات یک ماه تا یک سال حبس محکوم می شود....»

قسمت اول ماده (ایجاد آثار تصرف) که در ماده ۱۳ قانون تعزیرات قبلی آمده بود، برگرفته از ماده ۲۶۴ قانون مجازات عمومی (مصوب ۱۳۵۴) است. [۱۶] ولی قسمت دوم ماده بعد از انقلاب افزوده شد.

۱-۲- عنصر مادی جرم تهیه آثار تصرف در ملک غیر

«ایجاد هرگونه اثر یا تغییری در املاک غیر برای تصرف مالکانه در آن یا ذی حق جلوه دادن خود یا دیگری» جرم ایجاد آثار تصرف در املاک غیر را محقق می کند. فعل مرتکب هرگونه عمل مثبتی است که موجب تغییر یا تبدیل در املاک غیر و یا ایجاد هر نوع اثری مانند پی کنی، دیوار کشی، تغییر حد فاصل، [۱۷] امحای مرز، کثرت بندی، نهر کشی، حفر چاه، غرس اشجار و زراعت در املاک غیر می شود. وسیله تحقق در ایجاد آثار شرط نیست همان گونه که نوع تغییر یا ایجاد اثر ملاک نیست.

لازمه تحقق این جرم استیلاء بر تمام ملک و تصرف آن نیست و اگر مرتکب صرفاً در اطراف ملک غیر و یا در گوشه‌ای از آن چاهی حفر کند و یا دیواری بکشد یا درختی

بکارد و در عین حال ملک به طور کامل در تصرف وی نباشد و عرفاً متصرف تمام ملک هم تلقی نشود کافی است زیرا همین مقدار برای تحقق ایجاد اثر در ملک کافی است.

موضوع جرم املاک و اراضی متعلق به دولت یا سایر اشخاص است. تمام مصادیقی که قانونگذار ذکر کرده مال غیر منقول ذاتی اند. [۱۸]

مشترک یا مشاع بودن اموال مذکور در تحقق جرم بی تأثیر است همچنان که در سایر جرایم علیه اموال چنین است.

از سوی دیگر چون تعلق این املاک به غیر شرط تحقق جرم است، لازم است که دادگاه

رسیدگی کننده تعلق املاک مذکور در ماده را - که حصری هم هستند - به غیر احراز نماید. [۱۹]

تحقق ضرر نتیجه جرم است. صرف ضرر احتمالی هم کافی است؛ مانند تزلزل در مالکیت مالک نسبت به املاک خود.

۲-۲- عنصر معنوی جرم

برای تحقق جرم، علم مرتکب به تعلق ملک به دیگری لازم است. بنابراین چنانچه کسی خود را مالک ملکی تلقی کند و در آن آثار تصرف ایجاد کند، جرم مذکور محقق نشده

است. همان گونه که گذشت، دادگاه در کنار احراز تعلق ملک به غیر باید علم مرتکب به

موضوع را نیز احراز نماید. [۲۰]

سوء نیت عام، عمد در فعل و خواست نقض قانون جزا است. اما این از جمله جرایمی

است که علاوه بر سوء نیت عام سوء نیت خاص نیز لازم دارد. به صراحت ماده ۶۹۰

مرتکب آثار تصرف را باید «به منظور تصرف یا ذی حق معرفی کردن خود یا دیگری»

تهیه نماید؛ یعنی مرتکب آثار تصرف را به منظور تصرف به عنوان مالکیت یا صاحب حق

معرفی کردن خود یا دیگری انجام دهد. مانند اینکه پس از ایجاد آثار تصرف اقداماتی

برای گرفتن سند مالکیت و یا اخذ امتیازات و حقوق ناشی از مالکیت املاک انجام

دهد. [۲۱] به این صورت مرتکب می خواهد از طریق ایجاد آثار تصرف، ملک دیگری را

به طور کامل از تصرف وی خارج کند به گونه ای که بتواند به عنوان مالک ملک

تصرفات مالکانه را انجام دهد. بنابراین، صرف ایجاد آثار بدون قصد تصرف و یا مالک

کردن خود یا دیگری موجب تحقق جرم نیست و تنها می تواند تصرف عدوانی (مدنی)

باشد. [۲۲]

۳-۲- نتیجه گیری و مقایسه

تهیه آثار تصرف برای مالک و ذی حق معرفی کردن خود از جهت عنصر مادی از

مصادیق غصب است. فارق این دو، سوء نیت مرتکب است. در غصب تصرف و استیلاء

خلاف رضایت کافی بود ولی در اینجا متصرف هم باید علم به تعلق مال به غیر داشته باشد. برخلاف غصب که این شرط لازم نبود- و هم تصرفات را به منظور مالکیت و ذی حق معرفی کردن خود انجام دهد. در حالی که در غصب احراز این سوءنیت ضروری نیست نه اینکه متصرف غاصب بدون قصد تملک و ذی حق معرفی کردن خود مال غیر را غصب کند بلکه، وجود یا عدم چنین سوءنیتی شرط تحقق نیست.

۳- تصرف عدوانی

قانونگذار در ماده ۶۹۰ به پیروی از ماده ۱۳۴ قانون تعزیرات سابق با افزودن عبارتی دامنه

جرم را وسیعتر کرد: «... یا اقدام به هرگونه تجاوز و تصرف عدوانی یا ایجاد مزاحمت یا ممانعت از حق در موارد مذکور نماید...»

عنصر مادی تصرف عدوانی همانند غصب است. در تصرف عدوانی برخلاف قسمت اول ماده که تهیه آثار تصرف بود، مرتکب بر ملک غیر تصرف پیدا می کند و استیلاء او چنان است که می تواند همانند مالک تصرفات مالکانه انجام دهد و تا عرفاً فرد متصرف شناخته

نشود، نمی توان وی را متصرف عدوانی تلقی کرد، در حالی که مطابق بخش اول ماده قانونی، صرف ایجاد آثار تصرف مثل حفر چاه در یک زمین ده هکتاری و یا پی کنی در زمینی کافی است که جرم تحقق پیدا کند و این آثار برای مالک معرفی کردن خود است. موضوع این جرم نیز املاک غیر است به تصریح ماده که مقرر می دارد: «در موارد مذکور».

احراز تعلق ملک به دیگری برای تحقق جرم ضروری است. بنابراین، برخلاف تصرف عدوانی غیر کیفری و مطرح در قانون راجع به رفع تصرف عدوانی، که احراز سبق تصرف شاکی و حقوق تصرف متصرف برای احراز موضوع و پس از آن مداخله دادسرا کافی بود، احراز مالکیت شاکی نسبت به ملک موضوع تصرف عدوانی لازم است؛ زیرا در ماده ۶۹۰ تصرف عدوانی در املاک متعلق به دولت و اشخاص حقیقی و حقوقی جرم شناخته شد و تا این جزء ثابت نشود جرم تحقق پیدا نمی کند. در برخی از آراء صادره از محاکم تالی و دیوان عالی کشور، دادگاهها لزوم احراز مالکیت شاکی در تهیه آثار تصرف در املاک غیر را شرط دانسته اند. [۲۳] بدیهی است تصرف عدوانی جزایی که یک جرم علیه مالکیت و اموال است نیز زمانی تحقق پیدا می کند که ملک مورد تصرف متعلق به غیر باشد.

با این حال بعد از انقلاب که در قانون تعزیرات (ماده ۱۳۴ و ماده ۶۹۰) تصرف عدوانی در کنار تهیه آثار تصرف در املاک دیگران ذکر شده و مستوجب کیفر دانسته شد، آرای محاکم در تشخیص ارکان این جرم دچار تشتت فراوان است و مبنای این ابهام و تشتت عدم تمایز میان تصرف عدوانی جزایی و رفع تصرف عدوانی در آیین دادرسی مدنی و قانون تصرف عدوانی سال ۱۳۵۲ است. به همین جهت در برخی از آرای محاکم تالی و حتی دیوان عالی کشور، برای احراز تصرف عدوانی جزایی احراز مالکیت شاکی را شرط ندانسته اند و بر این باورند که تصرف عدوانی موضوع ماده ۱۳۴ قانون تعزیرات پیشین

(و ۶۹۰ جدید) با احراز سبق تصرفات شاکی و لحوق تصرفات متهم اثبات می شود (صمدی اهری، ۱۳۷۸، ج ۱، صص ۲۶۷-۲۶۴).

بی تردید چنین رویه ای مخدوش است زیرا دادگاه جزایی نمی تواند در تعریف تصرف

عدوانی موضوع ماده ۶۹۰ که جرم تلقی شده است به تعریف آن در قانون آیین دادرسی

مدنی یا قانون رفع تصرفات عدوانی سال ۱۳۵۲ مراجعه کند. زیرا این دو قانون با هدف

برقراری نظم تنظیم شده اند و دادرسی که در مدت مقرر یک ماهه حکم به رفع تصرف

متصرف جدید دهد، صرف نظر از مالکیت شاکی چنین تصمیمی را می گیرد. در حالی که

تصرف عدوانی جزایی برای حمایت از حریم مالکیت افراد است و به همین جهت است

که ماده ۶۹۰ تصرف عدوانی ملک غیر را به منظور تصرف و ذی حق معرفی کردن خود یا

دیگری جرم می داند. یعنی متصرف عدوانی اگر تصرفاتش را به عنوان مالکیت و ذی حق

معرفی کردن خود انجام دهد جرم است. در این صورت، احراز این سوءنیت لازم است.

نتیجه جرم نیز تحقق ضرر است. صرف ضرر احتمالی هم کافی است.

از حیث عنصر معنوی نیز ذکر این نکته ضروری است که با اینکه ماده ۶۹۰ تعریفی از

تصرف عدوانی ارائه نکرده ولی با توجه به سیاق عبارات ماده و اینکه در صدر ماده

سوءنیت خاص «به منظور تصرف یا ذی حق معرفی کردن خود یا دیگری» را شرط کرده

است، همان عنصر معنوی جرم «تهیه آثار تصرف در ملک دیگران» برای تصرف عدوانی لازم است.

با این توضیح تصرف عدوانی املاک دیگران با غضب رابطه عام و خاص مطلق دارد و فارق این دو در عنصر روانی تصرف عدوانی است. ضمن اینکه موضوع آن تنها املاک یعنی اموال غیرمنقول ذاتی است.

ج- خیانت در امانت

عنصر قانونی خیانت در امانت ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی است .

خیانت در امانت عبارت است از اقدام عمدی خلاف رابطه امانی امین در مال سپرده شده به وی به ضرر مالک یا سپارنده.

۱- عنصر مادی

اولین جزء عنصر مادی وجود رابطه حقوقی امانت آور بین سپارنده مال و امین است. این رابطه در صورتی ایجاد می شود که سپارنده مجاز به سپردن مال به دیگری باشد. بنابراین سارق غاصب نمی تواند با سپردن مال مغضوب به دیگری رابطه حقوقی امانی ایجاد کند. این رابطه می تواند به هر شکل حقوقی ایجاد شود، در هر حال از سه نوع رابطه امانی شرعی، قانونی و قراردادی، نوع سوم در ماده قانونی ملاک عمل قرار گرفته است.

براساس رابطه: ۱- مال به امین سپرده شده ۲- قرار بوده مسترد یا به مصرف معینی برسد.

فعل مرتکب (امین) عمل مثبت مادی است که به صراحت در ماده ۶۷۴ معین شده و یکی

از چهار مورد است:

استعمال یا تصاحب یا تلف یا مفقود کردن مال.

تصاحب یعنی تصرف به عنوان مالکیت نه مالک شدن زیرا عمل تملک از جهت ظاهری

تحقق می یابد نه از نظر حقوقی؛ چرا که مال صاحب دارد و تنها او است که می تواند مالش

را به ملکیت دیگری در آورد. اگر تصرف به عنوان مالکیت ملاءک عمل باشد استعمال

کردن هم از مصادیق تصاحب است. فعل مرتکب همچنین می تواند به صورت تلف کردن

یا مفقود کردن مال امانی باشد، در این صورت قصد تصاحب معنا ندارد. در این دو حالت

در واقع جرم تخریب واقع می شود ولی مقنن این تخریب را خیانت در امانت تلقی کرده

است.

موضوع جرم اعم از شیء و مال است و مال اعم از منقول و غیر منقول.

نتیجه جرم ضرر احتمالی و قابل پیش بینی مالک یا متصرف است نفع مرتکب شرط نیست

هر چند که در تصاحب و تلف چنین نفعی مترتب است ولی در تلف و مفقود کردن چنین

نیست.

۲- عنصر معنوی

علم به رابطه امانی لازم است و تصاحب، استعمال، تلف یا مفقود کردن باید به ضرر مالک یا متصرف انجام شود. در اینجا سوءنیت عام کافی است. سوءنیت خاص در اولی موجود است.

۳- مقایسه غصب و خیانت در امانت

همان طور که گذشت غصب استیلاي عدواني برحق غير است؛ یعنی باید ابتدا استیلا به نحو عدواني برخلاف رضایت مالک یا صاحب حق واقع شود. چون در خیانت در امانت که مالک یا متصرف مال خود را به امینی می سپارد و یک رابطه حقوقی امانی برقرار می شود، غصب قابل تحقق نیست. اما از زمانی که مالک یا متصرف مراجعه و امین انکار می نماید و از استرداد آن خودداری می کند، در حکم غصب است. این است که ذیل ماده ۳۰۸ می گوید: «اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است».

اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز فقط از حیث شروع استیلا که عدواني نبوده با غصب تفاوت دارد. در موارد در حکم غصب همین که امین برخلاف قرار بین او و صاحب مال یا متصرف بر مال مستولی شود به طوری که این استیلا به عنوان مالکیت باشد یا اینکه در آن تصرفات مالکانه و به ضرر متصرف یا مالک انجام دهد مثل تلف یا مفقود کردن، ضمان امین محقق است. از نظر جزایی عمل امینی که مال مورد امانت را مسترد نمی کند و آن را تصاحب، استعمال، تلف یا مفقود می کند خیانت در امانت است و از جهت مدنی

در حکم غضب. با این تفاوت که « اثبات ید بر مال غیر » محدوده وسیع تری از خیانت در امانت را در بر می گیرد، در حالی که خیانت در امانت فقط از طریق چهار عمل مثبت مذکور قابل تحقیق است.

وجود سوءنیت اقدام به ضرر مالکین یا متصرفین برای تحقق جرم لازم است ولی برای محقق موارد در حکم غضب لازم نیست.

د - اختلاس

اختلاس نوعی خیانت در امانت است جز اینکه دو ویژگی دیگر هم دارد: موضوع جرم مال دولت یا سایر اشخاص است که حسب وظیفه به کارمند دولت سپرده شده است.

فعل مرتکب، تصاحب مال است و با تلف و مفقود کردن جرم تحقق نمی یابد.

قصد تملک و تصاحب در اختلاس لازم است. این سوءنیت خاص در سوءنیت عام مستتر است. بنابراین اختلاس هم داخل در موارد در حکم غضب است.

سایر عناوین مشابه مدنی و کیفری

عناوین دیگری را می توان در قوانین مدنی و جزایی یافت که مشابه یکدیگرند. اتلاف مدنی در حقوق کیفری با عنوان تخریب جزایی - که صورت های گوناگون تلف را در بر

می گیرد- جرم تلقی شده است؛ نگاهی به مواد ۳۲۸ تا ۳۳۰ قانون مدنی و مقایسه آن با مواد مربوط به تخریب به ویژه مواد ۶۷۵ تا ۶۸۷ روشن می سازد که تفاوت عمده این عناوین، در سوءنیت (جزایی) است که فعل موجب ضمان مدنی را به رفتاری خلاف هنجار و ناقض قوانین جزایی تبدیل کرده است.

برخی از قواعد مربوط به تسبیب مدنی که موجب مسئولیت مدنی سبب می شده، در قوانین جزایی نیز منعکس شده است. به ویژه زمانی که قانونگذار دیه را جزء مجازاتها تلقی کرده و بسیاری از اسباب ضمان آور مدنی، دارای ضمانت جزایی شدند، عناوین مشابه مدنی و کیفری زیادی- که گاه مرز میان آنها قابل شناسایی نیست- به وجود آمد؛ دیه در جنایات خطایی از جمله اینهاست.

پاره ای از احکام مدنی راجع به مکاسب، معاملات و افعال حرام شرعی و ممنوع قانونی مثل قمار و گروبندی (ماده ۶۵۴ ق.م.) در قانون مجازات اسلامی عنوان جزایی پیدا کرده اند (ماده ۷۰۵ ق.م.ا).

بعضی از عناوین که جزء اسباب تملک محسوب می شدند مثل شکار و صید (مواد ۱۷۹ تا ۱۸۲ ق.م.) به موجب قانون مجازات اسلامی (مواد ۶۷۹ و ۶۸۰) و برخی قوانین متفرقه دیگر جرم تلقی شدند. ممنوعیت شکار گونه هایی از حیوانات و به ویژه جرم انگاری شکار

در مناطق ممنوعه از باب اختیارات حکومتی و نه شرعی دولت اعمال شده و بنابراین مستوجب مجازات باز دارنده است و نه تعزیری.

همچنین ضمانت اجرای مدنی راجع به برخی اسناد تجاری مثل چک، در قوانین جزایی به ضمانت اجرایی جزایی قرار داده شد (قانون صدور چک).

ورشکستگی و اعسار تجاری چنانچه به تقصیر یا به تقلب باشد جرم تلقی شده است.

تدلیس در معاملات و نکاح عنوان کیفری کلاهبرداری، تدلیس در معاملات و تدلیس در نکاح را یافته است.

نمونه‌های دیگری را نیز می‌توان نام برد که قانونگذار کیفری به دلایلی و بنا به ضرورت‌هایی جرم دانسته است که مطالعه هر یک نیاز به فرصت دیگری دارد. در این مطالعه، آنچه اهمیت دارد یافتن اصولی برای تمییز مداخله کیفری دولت از دخالت‌های غیر کیفری اوست.

سوم- ارزیابی کلی جرم انگاری عناوین مدنی

الف- شرایط تاریخی، اجتماعی و سیاسی تدوین قوانین در ایران

صرف نظر از زمینه‌های فکری و تاریخی وقوع انقلاب مشروطه در ایران، می‌توان گفت انقلاب مشروطه ایران با سه هدف اساسی پیروز شد:

۱- تشویق مشارکت مردم و جامعه در زندگی سیاسی؛

۲- ایجاد تحولات اقتصادی و اجتماعی در جهت جبران عقب‌افتادگی در ایران؛

۳- ایجاد نظام سیاسی مقتدر و منسجم مرکزی (بشیریه، ۱۳۷۸، ص ۶۹).

انقلاب مشروطه به تکرار قدرت ایالات، طبقات و گروه‌های اجتماعی دوره قاجار که نوعی

حکومت ملوک الطوائفی متمایل به تمرکز و شیوه اعمال قدرت استبدادی بود، پایان داد و

با هدف دستیابی به اهداف سه‌گانه فوق‌منتهی به تحولاتی در ساخت قدرت سیاسی و

اجتماعی در ایران شد. هر چند زمینه‌های نامساعد آن را از مهمترین اهدافش به ویژه دو

قسم نخست دور کرد ولی در ایجاد دولت متمرکز و مطلقه جدید که با ظهور پهلوی اول

به اوج رسید، مؤثر بود. از این رو برخی از صاحب‌نظران، انقلاب مشروطه را از این حیث

که به تکرار هم‌گسیخته قدرت و نظام قاجار پایان داد و سرآغاز ایجاد دولت مطلقه

مدرن در درون جامعه مدنی ضعیفی شده بود، مرز تاریخی ایران قدیم و جدید می‌شمارند

(بشیریه، ۱۳۷۸، ص ۶۹).

این تحول در لوای اندیشه قانون، آزادی و ایجاد دولت متمرکز و منسجم صاحب اقتدار

آغاز شد ولی بنا به دلایل متعددی سالهای آغاز آن همراه کشمکش‌های فراوان گروه‌های

داخلی و دخالت مستمر قدرتهای بزرگ بود و به همین دلیل مجالس شورای ملی تشکیل شده نتوانستند به خوبی این حرکت جدید را که بنیاد آن باید بر قوانین مجلس نهاده می شد، نهادینه کنند. با این حال، مجالس مشروطه برای همان اهداف و برای انعقاد نطفه دولت مطلقه و انتقال از صورت بندهای ماقبل به صورتهای جدید سرمایه داری اولیه، اداری و انتظامی اقداماتی انجام دادند.

نزاع میان دولت مشروطه و دولت مطلقه با ظهور رضاخان منجر به تفوق جدی دولت مطلقه شد. تمرکز بی سابقه در منابع و ابزارهای قدرت و زوال تکثر و پراکندگی در ساخت قدرت و ویژگی عمده این دولت در دوره رضاخان بود.

از جمله ابزارهای اعمال قدرت - که دیگر صرفاً به شیوه دوره قاجار نبود - قوانین کیفری مناسب و متناسب برای استحکام این ساخت جدید و نیز صیانت و حفظ بقای قدرت، از جمله مهمترین این ابزارها به شمار می رفت. به همین جهت است که با لطایف الحیل مجلس شورای ملی را به اعلام انقراض سلسله قاجار و سلطه پهلوی جهت دادند تا مبانی قانونی نظام جدید را استوار سازند. از سوی دیگر در جهت تحصیل مشروعیت نظام و دولت جدید - که به عنوان رکن دوم قدرت سیاسی است - نیز هر چند به صورت متزلزل کوشش بسیاری انجام دادند.

دو عامل عمده دولت رضاخان را واداشت به طور وسیعی اقدام به تنظیم لوایح قانونی و اعمال فشار و جهت دهی به مجالس شورای ملی برای تصویب قوانین مورد نیاز دولت کند: نخست اینکه قانون و به ویژه قوانین کیفری به عنوان ابزار جدید اعمال قدرت جایگزین زور خام، شیوه استبدادی پیشین شود. این مهم هم در ایجاد قدرت متمرکز و هم در صیانت از آن ضروری می نمود. دوم اینکه در هر جایی که مشروعیت قدرت سیاسی، به هر دلیلی، کم و متزلزل است، آن دولت می کوشد از طرق قانونی مبنای قانونیت نظام سیاسی خود را افزایش دهد تا اینکه به نحوی بتواند توازن میان این دو رکن را برقرار سازد. به ویژه این شیوه زمانی جاری است که دولت بر مبنای دموکراسی شکننده و اولیه ای قدرت بگیرد.

از آنجا که قوانین جزایی طریق اعمال چهره سرکوبگر قدرت سیاسی است، چنین دولتهایی ابتدا اقدام به تصویب و تدوین چنین قوانینی می کنند و سایر قوانین مثل قانون مدنی در مرحله دوم اقدام قرار می گیرد.

البته نباید از این نکته غفلت کنیم که اجرای چنین قوانین جزایی خود به خود در تنظیم مناسبات مردم مؤثر خواهند بود ولی نکته مهم اینجاست که با چه دیدگاهی قانون جزایی تهیه و تصویب می شود. بدیهی است لازمه تمرکز قدرت سیاسی، اعمال اقتدار بر تمام زوایای زندگی اجتماعی است و در هر موردی که امکان تزلزل در این تمرکز و اقتدار فراهم شود، دولت مطلقه از حضور جزایی و سرکوبگرانه در آن ناحیه ابایی ندارد.

از سوی دیگر لازمه اعمال اقتدار مطلقه از طرق قوانین جزایی در کشوری که - هر چند نیم بند و نهادینه نشده - تصویب قوانین را بر عهده مجلس شورای ملی نهاده است، نفوذ بر نهاد تقنینی است. از این منظر تلاشهای فراوان رضاخان در تشکیل مجالس فرمایشی و اعمال نفوذ بر آن و تطمیع و تهدید نمایندگان معنا و مفهوم می یابد.

با سلطه نسبی دولت بر تمام نهادهای قدرت و نفوذ شدید در مجلس، دولت گام دیگری را برای تسهیل تصویب قوانین برداشت. شاه از وزیر عدلیه خواست لایحه ای را به مجلس ارائه دهد و به موجب آن از مجلس بخواهد که لوایح عدلیه پس از پیشنهاد دولت تنها در

کمیسیون قوانین عدلیه بررسی و تصویب شود و در صحن مجلس طرح نشود. «قانون اجازه لوایح قانونی وزارت عدلیه پس از تصویب کمیسیون پارلمانی قوانین عدلیه» در دوره های مختلف مجلس از تصویب نمایندگان گذشت و بدین طریق راه برای تصویب قوانین مورد نیاز هموار شد.

اولین قانون جزایی ایران - که سرآغاز تحول کیفری در حقوق ایران شد - قانون مجازات

عمومی ۱۳۰۴ است که با استفاده از اجازه مجلس صرفاً در کمیسیون قوانین مجلس پنجم

مطرح و تصویب شد. در این قانون اعمال و ترک افعالی جرم شناخته شد و بعضی از

عناوین مدنی مذکور در فقه اسلامی، عنوان مجرمانه گرفت. پس از آن در مجالس بعدی

قوانین متفرقه دیگری مثل «قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر» تصویب شد. در این

قوانین به اقدامات علیه امنیت کشور و تعدیات کارکنان دولت و اعمال علیه نظم عمومی

بیش از حقوق و آزادیهای فردی اهمیت داده شد. تحدید اقتدار کارکنان دولت و فرمانروایان فرعی و نیز سرکوب گروههای پرنفوذ و ایلات - که پیش از این در عرض دولت اعمال نفوذ می کردند - از اهداف عمده این قوانین بود.

تا حد زیادی طبیعی است که در چنان شرایطی دولت جدید که بیشتر به سمت ایجاد نظام سیاسی مقتدر و متمرکز در حرکت است، کمتر به سایر اهداف در تهیه و تصویب قوانین جزایی و نیز سایر عوامل دخیل در مداخله کیفری توجه کند.

با این حال، نمی توان از دلایل دیگری برای جرم انگاری رفتارها چشم پوشید. این اسباب و عوامل در جای خود قابل بررسی هستند ولی جهت کلی همان بود که گفته شد.

ب- حقوق جزا: مداخله مفید و لازم

آنگونه که در مقدمه اشاره شد، مداخله حقوق جزا باید به عنوان آخرین حربه تلقی شود. ارزیابی این مداخله بر پایه تئوریهای مرسوم با دو شاخص فایده مندی و ضرورت میسر است. نخستین این دو، بر مبنای هدف مداخله و جرم انگاری است و دومی بر این اساس که سایر مداخلات حقوقی و غیر حقوقی ناکارآمد بوده و واکنش جزایی نتیجه چنین ضرورتی است. این محدودیت به جهت کارکرد تحدید سرکوبگرانه آزادی است که خاص حقوق جزاست سلب و تحدید آزادی باید برای اهداف مهم تر و طبق قواعد معین و صریح صورت پذیرد.

البته شاخص فایده‌مندی جرم‌انگاری مبتنی بر نظریه «سودانگاری» لیبرالی است که دخالت کیفری را با تحلیل هزینه - فایده ارزیابی می‌کند. در مقابل نظریه‌های اخلاق‌گرایی وجود دارند که صرف نقض قاعده اخلاقی را - صرفنظر از نتایج آن - مشروع و موجه می‌شمارند.

هرچند در اینجا در مقام بیان مبانی نظری و ویژگی‌های این دو نظر نیستم ولی نمی‌توانم بر فایده‌مندی مجازات تأکید نکنم. گرچه حمایت از اخلاق و قواعد اخلاقی بر دوش دولت هم هست ولی نمی‌توان گفت از هر قاعده اخلاقی باید حمایت کیفری کرد.

با اذعان به اینکه تحولات حقوقی و نفوذ اندیشه‌ها و مکاتب حقوقی و فلسفی در ایران آن روز چنان نبود که دولت‌ها بتوانند با دید باز قانونگذاری کنند اما از نگاه امروزی قابل نقد است، به ویژه که جرایمی که در آن زمان ایجاد شدند بدون ارزیابی مجدد همچنان در سیاهه جرایم باقی مانده‌اند.

به عنوان مثال نبود سازمان ثبت اسناد و انجام معاملات منقول و غیرمنقول به موجب اسناد عادی و حتی بدون سند، موجب می‌شد عده‌ای اموال دیگران را به عنوان مال خود

بفروشند و یا به عوض مال خود معرفی کنند؛ ضرورت صیانت از حرمت اموال مردم ایجاب می‌کرد دولت اقداماتی انجام دهد و از جمله آنها، جرم‌انگاری انتقال مال غیر و یا معرفی مال غیر به عوض مال خود بود.

دیگر اینکه برخلاف سیر طبیعی تدوین قوانین، ابتدا قوانین جزایی نوشته شد. درست است که پیش از آن بر اساس فقه اسلامی روابط خصوصی مردم در محاکم شرع و یا به صورت دیگر تنظیم و اختلافات حل و فصل می شد ولی همه آنها توسط نهادهای مدنی و گاه دولت انجام می شد. و تا زمانی که یک دولت متمرکز به صورت یکپارچه و با سیاست معینی از ابزارهای حقوقی و غیر حقوقی استفاده نکند، نمی توان گفت که کدام شیوه عمل در تنظیم مناسبات مردم و حفظ نظم عمومی و حقوق فردی مؤثرتر بوده است. از این جهت پیدا است نمی توان گفت دولتی که هنوز قوانین مدنی را تدوین نکرده و سازمان قضایی و غیرقضایی نهادینه شده ای را برای اجرا و تضمین آن ایجاد نکرده و بلافاصله اقدام به جرم انگاری اعمال یا ترک افعالی کرده، بدون مراعات ملاحظات حقوقی و فنی عمل کرده است.

به عنوان نمونه، اتلاف اموال مردم یا تسبیب در آن و غضب مال دیگری از جهت فقه اسلامی ضمان آور است و متلف، سبب و غاصب ضامن عین یا مثل یا قیمت مال و خسارات وارده است، چگونه ممکن است پیش از اینکه دولتی اجرای چنین قواعدی را تجربه کند و یا حداقل در خصوص فایده مندی آنها تحقیقی انجام دهد، اقدامات مذکور را جرم بشناسد؟

به نظر می رسد بدون اینکه در این مختصر در صدد قضاوت ارزشی در خصوص هر کدام از موارد مذکور باشیم می توان گفت برخی از جرایمی که عنوان مشابه در قوانین مدنی

دارند قابل ارزیابی مجددانه تا چه حد جرم انگاری برخی صور تخریب مثل اتلاف حیوان متعلق به غیر ، غصب اموال دیگران مثل تصرف عدوانی و انتقال مال غیر ضروری و مفید است؟ آیا آثار بهتری از ضمان مدنی دارد؟ تا چه حد این اقدامات مخل نظم عمومی و حقوقی فردی است که نیاز به مداخله حقوق جزا است؟

پاسخ به این پرسش‌ها و امکان‌سنجی جرم‌زدایی از برخی عنوان‌های مجرمانه نیازمند تحقیق و ارزیابی عملکردهاست.

نتیجه‌گیری

عناوین مدنی که عنوان مجرمانه یافتند، جز در مواردی که از جهت عنصر مادی اندکی تفاوت پیدا می‌کنند، از حیث مداخلیت سوءنیت در عنوان کیفری و عدم اخذ آن در عنوان مدنی با یکدیگر تفاوت می‌کنند؛ بنابراین عمدی بودن جرایم مذکور ، به‌طور عموم، متضمن احراز سوءنیت مرتکب است، در حالی که ضمان مدنی این عناوین فارغ از وجود یا عدم سوءنیت بر مرتکب تحمیل می‌شود و این ویژگی امور مدنی است که مسئولیت بر فعل زیانبار مبتنی است.

هر چند جرم انگاری عناوین مدنی، در برخی موارد بر حسب ضرورت و فایده‌مندی انجام شده است، اما مطالعه سیر جرم‌انگاری این عناوین نشان می‌دهد، ملاحظات سیاسی-

اجتماعی و تاریخی بیش از مقتضیات حقوقی و جرم‌شناختی بر این روند تأثیر گذار بوده

است. همین موضوع ایجاب می‌کند قانونگذار و مجموعه دولت با تدوین چارچوب اصول

یک سیاست جنایی، اقدام به بازنگری در متون جزایی کنند و حسب مورد از تورم جزایی

پیش آمده بکاهند. چه، به نظر می‌رسد ملاحظات گوناگون ممکن است سبب شود ما از

برخی جرایمی که عنوان مشابه مدنی دارند جرم زدایی کنیم.

در مجموع به نظر می‌رسد در مواردی ضمانت اجرای مدنی در صورت فراهم کردن

سایر شرایط - می‌توانند مفیدتر از ضمانت اجرای کیفری باشند.

یادداشت‌ها:

[۱]- پیش از این قانونگذار «قانون موقت راجع به اشخاصی که مال غیر را انتقال می‌دهند

یا تملک می‌کنند» را در ۲ جوزای ۱۳۰۲ به تصویب رسانده بود. این قانون نسخ ضمنی شده است.

[۲]- نظریه شماره ۷/۸۲۲۷-۱۳۷۳/۱۲/۱۰ اداره حقوقی دادگستری. رأی شماره ۷۵۷ مورخ

۱۳۱۸ و رأی شماره ۸۰۶۷/۴۰۷ مورخ ۱۳۱۶/۱۲/۲۷ دیوانعالی کشور.

[۳]- مانند موارد ۶۷۷ و ۶۷۴ قانون مدنی ایران.

[۴]- رأی شماره ۱۲۲ مورخ ۱۳۲۱/۷/۲۵.

[۵]- رأی شماره ۱۰-۱۳۵۵/۷/۲۱.

[۶]- نظریه شماره ۷/۳۴۴۴ مورخ ۱۳۵۸/۱۲/۱۹. و نیز نگاه کنید به نظریه‌های شماره

۷/۲۶۵۲ مورخ ۱۳۷۰/۷/۱۹ و ۷/۷۲۹۳ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۴.

[۷]- رأی شماره ۳۴۹۳-۳۷/۶/۲۳: «اگر کس دو دانگ از اتومبیلی را که سه دانگ آن را

مالک بود، با سند رسمی به یک نفر بفروشد و بعداً شش دانگ آن را به شخص دیگری

بفروشد عمل مشمول ماده ۱۱۷ قانون ثبت اسناد است و استناد دیوان جنایی به این که

«مواد مربوط به انتقال مال غیر مخصوص موردی است که مال موضوع انتقال تماماً ملک غیر باشد، صحیح نیست.»

[۸]- این صورت با عناوین کیفری ایجاد مزاحمت و ممانعت از حق مشابه است (ماده ۶۹۰ ق.م.ا.).

[۹]- عده‌ای از فقها مانند شهید اول آن را شرط می‌دانند و در تعریف غضب می‌گویند: «الاستقلال با ثبات الید علی مال الغیر عدواناً». (شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، بیروت: دارالعالم الاسلامی، بی‌تا، ج ۷، ص ۱۳).

[۱۰]- مانند حکم ماده ۳۲۵ ق.م. در خصوص حق رجوع غاصب جاهل نسبت به ثمن و خسارات.

[۱۱]- در بسیاری از آراء صادره از محاکم در خصوص خلع ید و حکم به ضمان متصرف

به موجب مواد مربوط به غضب نیز به روشنی استنباط می‌شود که اولاً در موارد زیادی محکوم علیه نیز مدعی حقی نسبت به مورد تصرف بوده و خود را ذی حق می‌پنداشته و ثانیاً محاکم هیچگاه به این موضوع که غاصب علم به تعلق مال به غیر و عدم رضایت وی داشته یا نه پرداخته‌اند. ر.ک: بازگیر، یداله، آراء دیوان عالی کشور در امور حقوقی،

تهران: انتشارات فردوسی، ۱۳۷۹، صص ۳۲۹-۳۲۴. بازگیر، یداله، قانون مدنی در آئینه آراء دیوان: سقوط تعهدات، ضمان قهری، صص ۵۰-۲۳۹.

[۱۲]- در یکی از آراء دادگاههای حقوقی ۲ تهران آمده بود که: «استیفاء حقوق مالک

مشاعی از کل مال مشاعی بدون اذن، تا حد سهم سایرین غصب است.» (اجتهادی، عباس

و غیره، گزیده آراء دادگاههای حقوقی، ص ۱۳۸.

[۱۳]- برای مطالعه برخی آراء محاکم در خصوص موارد در حکم غصب ر.ک: بازگیر،

یداله، همان، صص ۲۶۲-۲۶۰.

[۱۴]- مالیت داشتن شرط است (کاتوزیان، همان، ص ۳۷۸ و نیز: یآوری، فتح الله، «نقد و

بررسی رأی وحدت رویه...»). کانون وکلا، شماره ۱۶۳، ص ۲۷۷. مالیت داشتن شرط

نیست، زیرا قانون مدنی به کلمه «حق» اشاره کرده است (امامی، سید حسن، همان، ص

۳۶۳).

[۱۵]- برای مطالعه سیر تحول قانونگذاری در این خصوص و به ویژه صلاحیت دادرها

در رسیدگی به دعاوی رفع تصرف عدوانی رجوع شود به: طیرانیان، غلامرضا، همان،

صص ۱۷-۱۳؛ ضرابی، غلامرضا «بحثی پیرامون ماده ۱۳۴ قانون تعزیرات و قانون رفع

تصرف عدوانی»، کانون وکلا، شماره ۱۵۴، صص ۲۰۳-۱۹۷. و نیز مراجعه شود به:

محسنی، مرتضی، کلانتریان، مرتضی و مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری، تهران: انتشارات روزنامه رسمی، بی تا، صص ۲۸۶-۲۷۶.

[۱۶]- ماده واحده اصلاح ماده ۲۶۴ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۴، ماده ۲۶۸ مکرر همان قانون (مصوب ۱۳۳۸) را فسخ و با تغییراتی جایگزین آن کرده بود.

[۱۷]- اداره حقوقی دادگستری طی نظریه ۱۳۴۳/۸/۲ حدفاصل مذکور در ماده ۲۶۴ ق.م.ع را ناظر به حد فاصل کلیه املاک دانسته اعم از آنکه املاک مذکور به ثبت رسیده و سند مالکیت داشته باشد [و حد فاصل مذکور در سند را تغییر دهد] و یا به ثبت نرسیده و فاقد

سند مالکیت باشد» (محسنی، مرتضی ...، همان، ص ۲۰۱)

[۱۸]- توضیح اجزاء موضوع در اینجا لازم نیست.

[۱۹]- برای مطالعه رویه قضایی در خصوص تهیه آثار تصرف در املاک دیگران می توان به یکی از ارزشمندترین آراء و به ویژه نظریه دادستان کل کشور مرحوم دکتر عبدالحسین

علی آبادی مراجعه کرد که حاوی مباحث گوناگون راجع به ارکان مادی و معنوی این جرم است. (مجموعه رویه قضایی کیهان سال ۱۳۴۸، صص ۹۲-۶۲)

[۲۰]- همان.

[۲۱]- همان.

[۲۲]- اداره حقوقی دادگستری طی نظریه مورخ ۱۳۴۳/۱۰/۱۳ خود مقرر کرد:

«هرگاه منظور شخصی که در ملک دیگری چاه حفر کرده تهیه آثار تصرف در ملک دیگری بوده و به استناد آن خود را مالک و متصرف آن ملک قلمداد کند، در این صورت عمل شخص با ماده ۲۶۸ مکرر قانون مجازات عمومی منطبق است و دادستان یا بازپرس مطابق ذیل ماده مذکور باید دستور توقیف عمل چاه کنی را صادر کند ولی هرگاه شخص مذکور بدون ادعایی به ملک غیر مبادرت به حفر چاه کرده باشد، در این

صورت عمل چنین شخصی با ماده مذکور منطبق نبوده و عمل فقط تصرف عدوانی محسوب می شود». (محسنی، مرتضی و دیگران، همان، صص ۳-۱۵۲).

[۲۳]- رأی شماره ۴۸/۷/۹-۱۷۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور (رأی اصراری)

(مجموعه رویه قضایی سال ۱۳۴۸، صص ۹۲-۶۲).

کتابنامه:

الف- کتب

۱- اجتهادی، عباس (وهمکاران)، گزیده آرای محاکم حقوقی تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۴.

۲- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، انتشارات اسلامیه، چاپ نهم، ۱۳۷۱.

۳- انصاری، مرتضی (شیخ)، مکاسب.

۴- بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آینه آرای دیوانعالی کشور: سقوط تعهدات و ضمان قهری، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۹.

۵- بشیریه، حسین، جامعه مدنی و توسعه سیاسی در ایران، تهران، مؤسسه نشر علوم نوین، چاپ اول، ۱۳۷۸.

۶- جعفری لنگرودی، جعفر، ترمینولوژی حقوقی، تهران، گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۶۸.

۷- الجبعی العاملی، زین الدین، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، بیروت، دارالعالم الاسلامی، بی تا.

۸- شهری، غلامرضا؛ ستوده جهرمی، سروش، نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه

مسائل کیفری، ج ۲، تهران روزنامه رسمی دادگستری، ۱۳۷۵.

۹- صمدی اهری، محمدهاشم، نظریات قضایی دادستان کل کشور در اجرای مواد ۱۸ و

۳۱ قانون تشکیل دادگاههای عمومی انقلاب، ج ۱، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.

۱۰- طباطبایی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، قم، چاپ سنگی، بی تا.

۱۱- طیرانیان، غلامرضا، دعاوی تصرف در دادر، تهران، روزنامه رسمی، بی تا.

۱۲- عاملی، سید محمود جواد، مفتاح الکرامة، ج ۴، مؤسسه آل البیت، بی تا.

۱۳- قمی (جیلانی)، میرزا ابوالقاسم، جمع اشقات، چاپ سنگی، ۱۳۲۴ هـ.ق.

۱۴- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ اول،

۱۳۶۶.

۱۵- کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ

سوم، ۱۳۷۰.

۱۶- مجموعه رویه قضایی کیهان سالهای ۸-۱۳۴۷.

۱۷- محسنی، مرتضی؛ کلانتریان، مرتضی، مجموعه نظریه های مشورتی اداره حقوقی

دادگستری، تهران، روزنامه رسمی، بی تا.

۱۸- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۲، بیروت، دار احیاء التراث العربی، الطبعة

السابعة، ۱۹۸۱م.

ب- مقالات

۱- ضرابی، غلامرضا، «بحثی پیرامون ماده ۱۳۴ قانون تعزیرات و قانون رفع تصرف

عدوانی»، مجله کانون وکلا، ش ۵ جدید- صص (۵-۱۵۴)، ۱۳۷۵.

۲- یاوری، فتح الله، «دعوی غصب: نقد و بررسی رأی وحدت رویه» مجله کانون وکلا،

شماره ۸-۹ جدید، ۴-۱۳۷۳

نویسنده: فیروز محمودی