

بررسی تطبیقی اختلاس و تصرف غیر قانونی

در حقوق کیفری ایران^۱

دکتر محمد جعفر حبیب زاده^۲

عباس منصور آبادی^۳

چکیده

جرم اختلاس و تصرف غیر قانونی از جمله جرایم علیه آسایش عمومی هستند که در ابعاد و جنبه های چندی با یکدیگر اشتراک دارند و در پاره ای دیگر متفاوتند. آنچه بیش از همه این دو جرم را به یکدیگر شبیه می کند، وصف و خصوصیت مرتکب آن است که در هر دو مورد، مرتکب باید «مستخدم دولت و یا شخص در حکم مستخدم دولت» باشد. مبنای اصلی تفاوت و جدایی این دو جرم نیز نوع و چگونگی «رفتار مجرمانه» است؛ به این ترتیب که مصادیق رفتار مجرمانه در اختلاس «برداشت و تصاحب» و در تصرف غیر قانونی «استعمال، استفاده یا به مصرف رساندن غیر مجاز» است. اختلاس فقط شامل اموال منقول می شود، ولی هر دسته اموال منقول و غیر منقول، موضوع تصرف غیر قانونی قرار می گیرند. وجوه نقد اصولاً موضوع تصرف غیر قانونی قرار نمی گیرند، زیرا به صرف برداشت این وجوه جرم اختلاس به صورت تام واقع خواهد شد. در مورد سایر اموال باید با توجه به نحوه مداخله و سایر شرایط و اوضاع و احوال که ارتکاب عمل را فرا گرفته به تحلیل موضوع پرداخت. در صورتی که احراز واقع میسر نگردید، با توجه به این که اختلاس در بعد رکن مادی و روانی به شرایط و جزایی بیش از تصرف غیر قانونی نیاز دارد و با تمسک به قاعده این تفسیر به نفع متهم، مداخله انجام پذیرفته را باید تصرف غیر قانونی به حساب آورد، نه اختلاس.

کلیدواژه‌گان: اختلاس، تصرف غیر قانونی، برداشت، تصاحب، خیانت در امانت.

۱ - چاپ شده در: مجله مدرس علوم انسانی، دوره ۴، شماره ۲، تابستان، ۱۳۷۹، صص ۴۱ تا ۶۲.

۲ - دانشیار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس

۳ - دانشجوی دوره دکتری دانشگاه تربیت مدرس

۱- تصرف غیر قانونی در اموال دولتی و اختلاس^۱ از مهمترین جرایم مالی بر ضد آسایش عمومی اند که ارتکاب آنها فقط توسط گروه خاصی، یعنی مستخدمان دولت یا شخص در حکم مستخدم دولت امکان پذیر است. همین خصوصیت، این دو جرم را به یکدیگر پیوند می دهد. علت دیگری که اشتراک این دو جرم را باعث می شود این است که در هر دو مورد باید مال و موضوع جرم قبلاً به سبب شغل و وظیفه به مرتکب تسلیم و سپرده شده باشد. در عین حال، از نظر پاره ای شرایط، اجزا و ارکان این دو به کلی متمایز از یکدیگرند. به همین خاطر در بعضی از موارد، تشخیص اینکه قضیه مشمول کدام یک از عناوین مذکور است، مشکل به نظر می رسد. در چنین مواردی، تشخیص امر مستلزم دقت و توجه خاص به جزئیات، شرایط و ارکان تشکیل دهنده هر یک از عناوین جزایی مذکور است. لذا به منظور پیدا کردن راه حل برای موارد مشتبه و مشکل، ضرورت دارد جرایم یاد شده را از جنبه های مذکور مورد بررسی تطبیقی قرار دهیم.

در این مقدمه ضمن اشاره به تحول قانونگذاری در مورد هر یک از جرایم یاد شده، تعریفی از آنها ارائه خواهیم داد. سپس در قسمت بحث و بررسی، آنها را از لحاظ رکن مادی و رکن معنوی مقایسه و مطالعه خواهیم کرد. در مبحث رکن مادی از موضوع جرم، وصف و خصوصیت مرتکب، رفتار مجرمانه و نتیجه مجرمانه سخن می گوئیم. از آنجا که تمایز و تفاوت عمده این دو جرم در رفتار مجرمانه است، در ضمن بحث از رفتار مجرمانه، موارد مشتبه را نیز بررسی خواهیم کرد. در بحث رکن معنوی راجع به علم و آگاهی مرتکب، سوء نیت عام و سوء نیت خاص در هریک از جرایم یاد شده مطالبی ارائه می شود و در خاتمه به نتیجه گیری خواهیم پرداخت.

اولین بار قانونگذار ما جرایم یاد شده را در ماده ۱۵۲ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، مورد حکم قرار دارد؛ لیکن در سال ۱۳۵۵، با اصلاح موادی از قانون یاد شده، ماده ۱۵۲ به جرم اختلاس و ماده ۱۵۳ را به جرم تصرف غیر قانونی اختصاص داد. پس از پیروزی

1 - Misappropriation of Public Property and Embezzlement

انقلاب اسلامی در سال ۱۳۶۲، با تصویب قانون تعزیرات، مواد ۷۵ و ۷۶ این قانون به ترتیب جانشین مواد ۱۵۲ و ۱۵۳ قانون مجازات عمومی گردیدند که ماده ۷۵ ناظر به جرم اختلاس و ماده ۷۶، ناظر به جرم تصرف غیر قانونی بود. سپس با تصویب قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری در سال ۱۳۷۶، قانونگذار طی ماده ۵ این قانون، مجازات اختلاس را تشدید کرد و بعد در سال ۱۳۷۵ با تصویب کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی، ماده ۵۹۸ این قانون را به جرم تصرف غیر قانونی اختصاص داد. بنا بر این، رکن قانونی جرم اختلاس، ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری و رکن قانونی جرم تصرف غیر قانونی، ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی است.

حقوقدانان تعاریف مختلفی را برای اختلاس ذکر کرده اند که به پاره ای از آنها اشاره می کنیم. بعضی گفته اند: «هو کُلُّ عملٍ یکشف عن نیه الفاعل فی تَغییر حیازته للمال المسلم الیه حیازه ناقصه الی حیازه کامله تعبر عن نیه التملک»، یعنی اختلاس بر عملی اطلاق می شود که کاشف از نیت مرتکب در تغییر دادن نحوه تصرف در مال سپرده شده به او باشد؛ یعنی تغییر تصرف ناقص به تصرف کامل که از آن به «نیت تملک» تعبیر می شود. این تعریف فاقد قید وصف و خصوصیت مرتکب است و خیانت در امانت را هم شامل می شود.^۱ بعضی دیگر از مؤلفان گفته اند: «قیامُ الموظف العمومی وَ من فی حکمه بادخال اموال منقوله او اوراق او ایه اشیاء اخری وجدت فی حیازته بسبب الوظیفه فی ذمته دون وجه حق» یعنی اقدام مستخدم عمومی یا شخص در حکم آن به تصاحب و از آن خود ساختن اموال منقول یا اوراق یا اشیای دیگری که به سبب وظیفه در اختیار و تصرف او قرار داده شده بدون آنکه حقی نسبت به آنها داشته باشد.^۲

با توجه به ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری ، جرم مزبور را می توان به صورت زیر تعریف کرد: «اقدام مستخدم دولت یا شخص در حکم مستخدم دولت به برداشت و تصاحب مالی که به سبب شغل و وظیفه تحت تصرف و اختیار او

۱ - صبحی العطار - احمد، جرائم الاعتداء علی المصلحه العامه، قاهره، الهيئته المصریه العامه للكتاب، (بی تا)، صص ۸-۲۵۷.

۲ - عبدالرحمن صالح - نائل، الاختلاس، چ اول، عمان (اردن)، دارالفکر العربی للنشرو التوزیع، ۱۹۹۲، ص ۹.

قرار داده شده است، اعم از آنکه به نفع خود باشد یا دیگری». اما تصرف غیر قانونی، در معنای عام هر گونه مداخله غیر مجاز در مال دیگری را شامل می شود؛ ولی در معنای خاص، بعضی آن را این گونه تعریف کرده اند: «تصرف غیر قانونی عبارت است از صرف کردن وجوه و اموال دولتی به غیر از مصرفی که برای آن در قانون پیش بینی شده است».^۱ در این تعریف فقط به یک قسم از رفتاری که طبق قانون مصداق تصرف غیر قانونی است، اشاره شده است. در تعریف دیگری آمده است: «غیر قانونی عبارت است از مورد استفاده غیر مجاز قرار دادن مال یا اوراق بهادار سپرده شده حسب وظیفه به کارمند یا مأمور به خدمات عمومی، توسط او یا ترضیع اموال مذکور به علت اهمال یا تفریط وی».^۲

ایراد پیشین بر این تعریف نیز وارد است و لذا می توان این جرم را نیز به صورت زیر تعریف کرد: «اقدام مستخدم دولت یا شخص در حکم مستخدم دولت به استفاده یا مصرف غیر مجاز مالی که به سبب شغل و وظیفه تحت تصرف و اختیار او قرار داده شده است».

بحث و بررسی

۲- رکن مادی اختلاس و تصرف غیر قانونی:

همان گونه که در مقدمه یاد آور شدیم، در این مبحث به ترتیب از رفتار مجرمانه، موضوع جرم، نتیجه مجرمانه و وصف و خصوصیت مرتکب بحث خواهیم کرد.

الف) رفتار مجرمانه:

ابتدا باید توجه داشت که قانونگذار ما در ماده ۱۵۲ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴، رفتار مجرمانه هر یک از جرایم یاد شده را با عبارت «اختلاس یا هر تصرف غیر قانونی نماید» بیان کرده بود؛ ولی مواد ۱۵۲ و ۱۵۳ قانون اصلاحی سال ۱۳۵۵، برای اختلاس عبارت «برداشت و تصاحب کرده و با عمداً تلف کند» و برای تصرف غیر قانونی عبارت «استفاده غیر

۱ - راستین-منصور، مقررات کیفری در امور دولتی، چ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۲، ص ۱۳۷.
۲ - خوبیاری-عباس، بررسی بزه خیانت در امانت، اختلاس و تصرف غیرقانونی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۶۶.

مجاز» و نیز «مصرف غیر مجاز بودجه» را به کار برده است. در مقررات مصوب بعد از انقلاب نیز همین تعبیرات بکار رفت؛ اما در تبصره ذیل ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری، قانونگذار اتلاف عمدی مال را جدا از برداشت و تصاحب ذکر کرده و مجازات آن را مجازات اختلاس قرار داده است و در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی «اهمال یا تفریط منجر به تضییع مال» را نیز در حکم تصرف غیر قانونی محسوب کرده است.

از سوی دیگر، همانگونه که اشاره کردیم تمایز و تفاوت عمده این دو جرم طبق مقررات جاری به رفتار مجرمانه آنها مربوط می شود. لذا در مورد رفتار مجرمانه هر یک از این دو جرم جداگانه بحث کرده، در ادامه، موارد مشتبه را مطالعه خواهیم کرد.

یک) رفتار مجرمانه اختلاس

– برداشت و تصاحب: قانون گذار، رفتار مجرمانه اختلاس را با عبارت «برداشت و تصاحب»^۱ بیان کرده است، ولی از این بیان نباید اینگونه استنباط کرد که رفتار مجرمانه در این جرم مرکب از دو جزء است، بلکه به نظر می رسد که چون اختلاس در بیشتر موارد از وجوه نقد و توسط کسانی صورت می پذیرد که با پول نقد و امور مالی سرو کار دارند، لذا قانون گذار برداشت و تصاحب را به یک معنا بکار برده؛ یعنی هر دو را به معنای تملک و تصرف مالکانه مال، استعمال کرده، لکن برداشت را ناظر به تملک و تصرف مالکانه وجوه و تصاحب را ناظر به تملک تصرف مالکانه سایر اموال دانسته است.

«برداشت» اصطلاحی است که امروزه بیشتر در امور و عملیات بانکی به ویژه در مورد جابجایی و مبادله وجوه نقد به کار برده می شود، لذا قانون گذار در به کار بردن این واژه، تملک وجوه نقد را مدنظر داشته و صرف برداشت را دلیل بر تملک آن وجوه به حساب آورده است.

اکثر حقوق دانان بر این باورند که رفتار مجرمانه در اختلاس با تغییر دادن^۱ نحوه تصرف و وضع یدی که مرتکب بر مال دارد تحقق پیدا می کند و آن عبارت است از این که مرتکب، تصرف و وضع ید ناقص خود را که در واقع تصرف از طرف غیر و به حساب غیر است به تصرف و وضع ید کامل و مالکانه تبدیل کند، یعنی با مالی که از طرف غیر تحت تصرف دارد، همان گونه برخورد کند که با مال خود می کند.^۲ به عبارت دیگر، نسبت به مال خود عنوان مالک ظاهر شده و در نظر دیگران خود را مالک آن مال نشان دهد.^۳ این نحوه برخورد با مال در قالب رفتارهای متنوعی می تواند متجلی شود؛ مثل این که آن را بفروشد، هبه کند، مخفی کند، در معرض فروش قرار دهد، تلف کند یا هر کار دیگری را که نشان می دهد مال از آن اوست با مالی که از طرف غیر تحت تصرف دارد، انجام دهد، بنا بر این ملاک و معیار تحقق جرم اختلاس، تصاحب و از آن خود ساختن مال است و در این جرم - همانند خیانت در امانت - معمولاً عدم استرداد یا امتناع از رد مال با وجود مطالبه صاحب مال می تواند کاشف از ارتکاب تصرف و تصاحب مال توسط مرتکب باشد؛ همانطور که بعضی گفته اند: در این عنوان که ابتدا از اداره درونی و ذهنی شروع می شود و با اعمال خارجی که مبین سوء نیت مرتکب آن است محقق می شود، تصاحب وقتی مصداق خارجی پیدا می کند که همراه با اعمال خارجی باشد.^۴ بدین ترتیب برداشت و تصاحب هر کدام مصداقی از رفتار مجرمانه اختلاس هستند که به صورت فعل (رفتار مثبت) ظهور و بروز پیدا می کنند؛ لذا ترک فعل، رکن مادی این جرم را تشکیل نمی دهد. خلاصه این که کشف و احراز وقوع اختلاس، پی بردن به تغییر نحوه تصرف و مداخله در مال است که حسب مورد می تواند متنوع و متفاوت باشد.

1-Conversion

۲-العمروسی-انور و أمجد العمروسی، جرائم الاموال العامه، چ اول، اسکندریه، دارالفکر الجامعی، ۱۹۹۱، ۱۴۳؛ محمد سلامه-مأمون، قانون العقوبات(القسم الخاص)، قاهره، دارالفکر العربی، ۱۹۸۸، ج ۱، ص ۲۵۰؛ نجیب حسنی-محمود، شرح قانون العقوبات اللبانی (القسم الخاص)، قاهره، دارالنهضة العربیه، ۱۹۹۲، ص ۱۰۱.

۳ - الشاذلی- فتوح عبدالله، الجرائم المضره بالمصلحه العامه(فی قانون مصری)، اسکندریه، المکتب الجامعی الحدیث، ۱۹۹۱، ص ۳۷۰.

۴ - حبیب زاده-محمدجعفر، حقوق جزای اختصاصی، تهران، سمت، ۱۳۷۳، ص ۱۷۵.

– اتلاف عمدی: حقوق دانان اتلاف یا تلف کردن را به از بین بردن و نابود کردن کلی یا جزئی معنا کرده اند؛ خواه بالمباشره باشد، خواه بالتسبیب. از بین بردن ممکن است از طریق منهدم کردن، سوزانیدن، شکستن و مانند اینها صورت پذیرد، نحوه تلف کردن در ماهیت امر مؤثر نیست، بلکه نفس تلف کردن موضوعیت دارد. بنا بر این، تخریب و آتش زدن می توانند از مصادیق تلف کردن باشند.^۱ بر این اساس اتلاف مال عبارت است از ارتکاب رفتاری که مال را از حیز انتفاع خارج کند یا نقض و عیب فاحشی به آن وارد سازد که ارزش اولیه خود را از دست می دهد.^۲

همان گونه که اشاره شد، همچنین از این اطلاق استفاده می شود که اتلاف چه نسبت به مالی که به سبب وظیفه به مرتکب سپرده شده صورت پذیرد، چه نسبت به سایر اموال موجود نزد سازمانهای دولتی و خواه مرتکب آن کارمند باشد خواه غیر کارمند، مشمول تبصره ماده مذکور خواهد شد، ولی به نظر می رسد با توجه به این که قانونگذار طی مواد ۶۷۵ به بعد قانون مجازات اسلامی، مطلق اتلاف اموال دیگری – خواه متعلق به دولت باشد خواه به اشخاص – مورد حکم قرار داده، تسری تبصره ۱ ذیل ماده ۵ قانون مذکور به همه موارد اتلاف اموال دولتی چندان موجه نیست. بنا بر این با توجه به سابقه قانون گذاری از یک سو و نیز ارتباط بین حکم تبصره یاد شده با متن ماده از سوی دیگر، باید در اینجا اتلاف عمدی را فقط شامل اموالی بدانیم که به سبب شغل و وظیفه به کارمند سپرده شده اند.

دو) رفتار مجرمانه تصرف غیر قانونی

– استفاده غیر مجاز: استفاده از چیزی، یعنی بهره برداری کردن و منتفع شدن از آن، که همراه با وصف «غیر مجاز» می توان آن را این گونه معنی کرد: «بهره برداری، و منتفع شدن از چیزی بدون آنکه اجازه و اختیاری در این باره داده باشد». البته به نظر می رسد که این معنا مورد نظر قانونگذار نبوده، زیرا در ادامه ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی تأکید کرده

۱ - میرمحمدصادقی-حسین، جرائم علیه اموال و مالکیت، چ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸، ص ۱۴۷.
۲ - نجیب حسنی-محمود، جرائم الاعتداء علی الاموال (فی قانون العقوبات اللبنانی)، بیروت، دارالنهضة العربیه، ۱۹۸۴، ص ۴۹۰.

است: «در صورتی که منتفع شده باشد، علاوه بر مجازات مذکور به مجازات نقدی معادل مبلغ انتفاعی محکوم خواهد شد». این عبارت دلالت دارد که استفاده اعم از آن است که شخص منتفع شده باشد یا نه و مناسبتر بود که برای بیان این مقصود، واژه «استعمال» در متن مقرر قانونی یاد شده به کار می رفت؛ زیرا «استعمال» افاده مفهوم عام می کند ولی «استفاده» فقط مفهوم بهره برداری و انتفاع را می رساند. به هر حال این گونه استظهار می شود که منظور قانونگذار از «استفاده» مورد استعمال قرار دادن مال است اعم از آن که شخص استفاده کننده یا دیگری منتفع بشود یا انتفاعی در کار نباشد.

بنا بر این استعمال غیر مجاز عبارت است از به کار گرفتن یا بهره برداری کردن از مالی بدون آن که چنین اجازه و اختیاری اعطا شده باشد.

-اهمال و تفریط منجر به تضییع مال: قصور و کوتاهی در حفظ و حراست از اموال از سوی مستخدمان و کارمندان دولتی غیر قابل اغماض است. از این رو قانونگذار این رفتار را که بیشتر جنبه سلبی و ترک فعل دارد، چنانچه منجر به تضییع و از بین رفتن مال گردد، به مثابه تصرف غیر قانونی تلقی کرده و برای آن مجازات جرم مذکور را در نظر گرفته است. بنا بر این اهمال و تفریط منجر به تضییع مال از مصادیق جرایم غیر عمدی است و باید آن را در حکم تصرف غیر قانونی به حساب آورد.

اهمال در متون حقوقی ما تعریف نشده است، ولی با توجه به ریشه لغت و کار بردن آن در متون حقوقی عرب زبانان. می توان آن را مترادف با تفریط دانست بنا بر این هر دو عبارتند از ترک فعلی که به موجب قرار داد یا متعارف برای حفظ مال متعلق به دیگری ضرورت داشته باشد (ماده ۹۲۵ قانون مدنی) اگر این ترک فعل منجر به تضییع یا از بین رفتن مال تحت تصرف مستخدم شود، طبق ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی، او قابل تعقیب جزایی خواهد بود، تضییع مال در اینجا معنا و مفهومی وسیع دارد که ربودن مال، وارد آوردن عیب و نقصان به مال در نتیجه حوادث و پیامدهای غیر منتظره - به شرط آنکه قابل انتساب به ترک فعل مستخدم بوده و فعلی را که ترک کردن جزء تکالیف و وظایف اداری او در ارتباط با آن مال باشد - را شامل می شود.

البته بعید نیست که تضییع مال ناشی از فعلی باشد که شخص در ارتکاب آن قصد نتیجه نداشته است. برای مثال: عمل کارمندی که وسیله ای سنگین را بر روی یک دستگاه کامپیوتر قرار داده و باعث شکستن و یا از بین رفتن آن شده، تضییع مال را به دنبال دارد که نوعی اهمال و تفریط است، لکن ترک فعل نیست. بنا بر این شاید بتوان گفت اهمال و تفریط در این مقررۀ قانونی مترادف با تقصیر و خطا به کار رفته که هر نوع فعل یا ترک فعل غیر عمدی در ارتباط با حفظ و نگهداری مال را شامل می شود.

-مصرف غیر مجاز: اصولاً این واژه در مورد نحوه هزینه کردن بودجه بر خلاف قوانین مربوط به کار می رود و ظاهر عبارت قانون نیز بر همین معنا دلالت دارد. اگر چه هر مال دیگری نیز می تواند مورد مصرف غیر مجاز قرار گیرد، ولی ارتکاب چنین جرمی غالباً در خصوص هزینه کردن بودجه متصور است. قانون گذار همه ساله با تصویب قانون بودجه، در آمد و هزینه دستگاههای دولتی را به تفکیک معلوم و معین می سازد و همه مجریان و دست اندرکاران امور مالی و اداری سازمانهای دولتی مکلف به رعایت و اجرای دقیق مفاد آن هستند، و در صورتی که بر خلاف ضوابط مندرج در قوانین بودجه که جنبۀ آمرانه دارد عمل کنند، مرتکب بزه تصرف غیر قانونی از طریق مصرف غیر مجاز بودجه گردیده اند. باید توجه داشت که ارتکاب سه گونه تخلف در هزینه کردن بودجه متصور است:

۱. هزینه کردن در موردی که اعتبار برای آن در نظر گرفته نشده است، مثل اینکه برای خرید ساختمان هیچ بودجه ای در نظر گرفته نشده باشد و مجریان به خرید ساختمان با بودجه ای که اصولاً برای هزینه کردن در سایر امور پیش بینی شده است اقدام کنند.

۲. هزینه کردن در غیر مورد معین؛ مثل این که بودجه ای برای خرید ساختمان اداری تخصیص داده شده باشد ولی مجریان اداره ذی ربط آن را مصرف خرید خوابگاه کنند.

۳. هزینه کردن زاید بر اعتبار مصوب، مثل اینکه برای خرید لوازم اداری مبلغ یک میلیون تومان در نظر گرفته شده باشد، ولی مجریان اداره ذی ربط مبلغی معادل یک میلیون و دویست هزار تومان برای این کار هزینه کنند.

در کلیه موارد مذکور، اقدام مرتکب «مصرف غیر مجاز» محسوب می شود به معنای هزینه کردن یا مصرف کردن بودجه یا سایر وجوه بر خلاف اختیاراتی است که به موجب قانون یا ضوابط یا دستورات اداری شده است. بدین ترتیب معلوم می شود که رفتارهای مزبور کاملاً با یکدیگر تفاوت و تمایز دارند و جرایم یاد شده در این بعد از یکدیگر فاصله می گیرند. شبهه و اشتباه در تشخیص رفتارهای مزبور باعث خلط جرایم یاد شده می شود. بنا بر این لازم است موارد مشتبه را بررسی کنیم؛ اما قبل از بیان این مطلب تذکر چند نکته ضرورت دارد:

الف) همان گونه که اشاره شد اهمال و تفریط منجر به تضییع اموال دولتی، یک جرم غیر عمدی است که نمی تواند مصداق جرم تصرف غیر قانونی باشد؛ ولی قانون گذار آن را در حکم تصرف غیر قانونی قرار داده است در نتیجه برای تحقق جرم مذکور ارکان و عناصر اختصاصی لازم است، لکن مجازات تصرف غیر قانونی در مورد آن اجرا می شود.

ب) مصرف غیر مجاز نیز مصداقی از تصرف غیر قانونی است که اصولاً مداخله ناپجا در بودجه سالانه را شامل می شود و موارد ارتکاب آن را با اختلاس مشتبه نخواهد شد. از این رو ضرورتی برای مقایسه این صورت با اختلاس وجود ندارد.

ج) در ماده ۱۵۳ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۵، مواردی در حکم تصرف غیر قانونی به حساب آمده بود که معادل آنها در مقررات جزایی فعلی وجود ندارد. این موارد عبارتند از: مصرف غیر مجاز سپرده اشخاص، عدم ضبط سپرده یا عدم وصول وجه تخلف، پرداخت سپرده قبل از موعد، و متعهد کردن سازمان یا اداره دولتی. همچنین در تبصره ۲ ماده یاد شده، کیفیت معاف دارنده ای در نظر گرفته شده بود که در مقررات جدید مورد توجه قانونگذار قرار نگرفته است.

سه) موارد مشتبه

الف) اگر یک کارمند مقداری از وجوه نقدی در اختیار خود را برای نیاز شخصی خود مثل ادای دین یا خرید مایحتاج خویش بردارد و قصد داشته باشد که پس از رفع نیاز آن را مسترد کند، آیا چنین رفتاری را باید اختلاس محسوب داشت یا تصرف غیر قانونی؟ شاید بتوان

این گونه استدلال کرد که برداشت را مترادف تصاحب بدانیم و آن را به معنای تملک و تصرف مالکانه به حساب آوریم، این رفتار در بعد رکن معنوی نیاز به قصد و سوء نیت خاص دارد و آن قصد تصاحب و تملک است که لازمه این معنا، نفی مالکیت غیر است. از آنجا که چنین موردی مرتکب مالکیتی را مستقلاً برای خود قائل نیست و نفی مالکیت غیر (مالک اصلی) نکرده، اقدام او را نمی توان اختلاس محسوب داشت. به علاوه وجوه نقد از حیث ماهیت، مال کلی محسوب می شود یعنی نمی توان آن را عین معین فرض کرد. بنا بر این هر گاه شخص عهده دار حفظ یا به مصرف رساندن وجوهی از جانب غیر باشد، در صورتی که وجوه را - با این قصد که آنها را جایگزین خواهد کرد - به مصرف دیگری برساند، نمی توان چنین فرض کرد که او را تصاحب کرده، زیرا در این موارد در هر حال ذمه شخص به مال غیر معین مشغول است و هروجه نقد دیگری را جایگزین کند، اعتبار همان وجهی را که برداشت کرده دارا خواهد بود. کما اینکه در باب خیانت در امانت، بعضی بر این باورند که تلف کردن مال شامل پول نقد نمی شود؛ زیرا قابل جبران است و تلف کردن در مورد آن مصداق پیدا نمی کند. با همین استدلال می توان گفت که تصاحب هم در مورد آن مصداق پیدا می کند، مگر آنکه محرز باشد کرتکب با قصد تصاحب و نفی مالکیت صاحب مال، وجه نقد یا پول را مورد استفاده قرار داده یا این که از استرداد آن خودداری کرده و یا منکر دریافت آن شده است.

اما همچنین به نظر می رسد که استدلالهای فوق ناتمام است و قابل پذیرش نیست؛ زیرا در چنین موردی، همین که شخص از وجوه برداشت کرده و با آن معامله ای را انجام داد، این رفتار او حکایت می کند که با مال غیر به مثابه مال خود رفتار کرده، یعنی آنچه از او سر زده، رفتاری است که مبین تصاحب وجوه و برخورد مالکانه با آن است. بنا بر این، همان رفتاری که برای ارتکاب اختلاس ضرورت داشته از کارمند سرزده و جرم به صورت تام واقع گردیده است. همان گونه که در بحث از رفتار مجرمانه اختلاس بیان شد، تصاحب وجوه به برداشت آنهاست و قانون گذار واژه برداشت را در خصوص تصرف مالکانه وجوه به کار برده و تصاحب را ناظر به تملک سایر اموال منقول دانسته است.

استدلال پیشین شاید در باب خیانت در امانت قابل پذیرش باشد، ولی در باب اختلاس که قانونگذار برداشت و تصاحب را به عنوان دو مصداق متفاوت برای ارتکاب این جرم پیش بینی کرده، به هیچ وجه قابل قبول نیست و لذا قصد مرتکب به مسترد داشتن وجوه یا حتی استرداد آنها تأثیری در رفع مسئولیت کیفری او نخواهد داشت و این قصد یا حتی استرداد مال به منزله این است که جرم به صورت تام واقع شده و مرتکب پس از ارتکاب، از اقدام خود پشیمان گردیده و در صدد جبران آثار سوء آن بر آمده است که این وضعیت فقط می تواند به عنوان کیفیت مخفقه در نظر گرفته شود.

بنا بر این، این گونه استنباط می شود که اصولاً وجه نقد پول، موضوع تصرف غیر قانونی قرار نمی گیرد و استفاده از وجوه نقد همواره به عنوان اختلاس قابل مجازات خواهد بود؛ زیرا استفاده از وجوه ملازمه ای با برداشت آنها و از بین رفتن آنها دارد، در حالی که رفتار مجرمانه تصرف غیر قانونی (استعمال و استفاده) در جایی قابل تصور است که از منافع مال، انتفاع و بهره برداری شود و عین آن باقی بماند ، بدین ترتیب ، هر گاه یک کارمند وجوهی را که در اختیار دارد به نفع خود یا دیگری مورد استفاده قرار دهد ، اقدام او اختلاس خواهد بود، نه تصرف غیر قانونی.

ب) مطالبات وقتی وصول شوند حکم وجوه نقدی را پیدا می کنند که در اختیار مأمور قرار دارند و دیگر عنوان «مطالبات» ندارند. مسأله قابل طرح این است که آیا عمل کارمندی که عمداً از وصول مطالبات خودداری می کند، اختلاس است یا تصرف غیر قانونی ؟

منظور از مطالبات هر گونه دین یا تعهد مالی است که بر اساس یک رابطه حقوقی یا به موجب قانون یا به حکم دادگاه به نفع دولت بر عهده اشخاص قرار می گیرد؛ از قبیل عوارض، مالیات، حقوق گمرکی، جزای نقدی و سایر وجوهی که مأموران و مستخدمان عمومی و دولتی مکلف به وصول و اخذ آنها از اشخاص هستند.

در چنین مواردی ممکن است با این استدلال که عدم وصول، برداشت و تصاحب به نفع دیگری است گفته شود که عمل اختلاس است؛ ولی به نظر می رسد که با لحاظ معیارهای قانونی مندرج در قانون مجازات عمومی، رفتار مرتکب را باید «تصرف غیر قانونی» تلقی کنیم،

معیار مورد نظر در این باره، آن قسمت از ماده ۱۵۳ قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۵ است که عدم ضبط سپرده یا عدم وصول وجه تخلف را صراحتاً تصرف غیر قانونی دانسته بود، چرا که رفتار مجرمانه در باب اختلاس همواره فعل است و عدم وصول مطالبات، ترک فعل است. بنا بر این برای رفع این تردید، قانونگذار قبل از انقلاب صراحتاً آن را تصرف غیر قانونی اعلام کرده بود، البته اگر مطالبات عین معین باشند، شاید بتوان تحلیل دیگری ارائه داد و عدم وصول را تصاحب به نفع دیگری به حساب آورد.

ج) اگر کارمندی مالی را که در اختیار دارد به دیگری بدهد تا پس از استفاده یا رفع نیاز مسترد کند، در صورتی که تحویل گیرنده آن را از بین ببرد یا تصاحب کند و عمداً از استرداد آن خودداری ورزد، عمل کارمند چه عنوانی پیدا خواهد کرد؟ در این مورد نیز تصرف غیر قانونی دانستن رفتار کارمند موجه تر به نظر می رسد، چه آنکه کارمند باعث محرومیت صاحب مال (دولت) از مالش شده، لکن نه خودش رأساً به فعلی دست زده که این محرومیت را در پی داشته باشد و نه این قصد را داشته است. لذا عمل تحویل گیرنده با عنوان خیانت در امانت منطبق است و عمل کارمند مشمول تعدد معنوی است؛ زیرا هم معاونت در خیانت در امانت کرده و هم مرتکب تصرف غیر قانونی شده است و طبق ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی باید مجازات جرمی که مجازات آن اشد است در مورد او اعمال شود.

ب) موضوع جرم

موضوع جرم، چیزی است که رفتار مرتکب بر آن واقع می گردد و زیان یا نقصان کلی یا جزئی به آن وارد می سازد. طبق تعریفی که از جرایم مذکور به عمل آمد و با توجه به عناصر قانونی هر یک، موضوع هر دو جرم، مال است و از این لحاظ هر دو اشتراک دارند، اما این که مال باید دارای چه اوصاف و خصوصیتی باشد تا بتواند موضوع هر یک از جرایم یاد شده قرار گیرد، مطلبی است که باید در ادامه مورد بررسی قرار گیرد. به طور کلی مال موضوع هر یک از جرایم یاد شده از سه نظر قابل بررسی است: (۱) منقول یا غیر منقول بودن آن، (۲) تسلیم قبلی مال به مرتکب، (۳) تعلق مال به دولت یا اشخاص

یک) منقول یا غیر منقول بودن مال موضوع جرم:

سوال این است که آیا مطلق مال یا به تعبیری هر مالی خواه منقول و خواه غیر منقول می تواند موضوع هر دو جرم واقع شود یا نه؟

برای یافتن پاسخ این سوال، باید الفاظ به کار برده شده در متن مواد قانونی مربوطه را بررسی کرد. در هر دو مقرر قانونی مربوط به اختلاس و تصرف غیر قانونی، قانون گذار برای بیان موضوع جرم این الفاظ را به کار برده است: (وجه)، (مطالبات)، (حواله ها)، (سهام)، (اسناد)، (اوراق بهادر) و (سایر اموال) شاید در نگاه اول گفته شود که با توجه به عبارت (و سایر اموال) مال مورد نظر در هر جرم اعم از منقول و غیر منقول است، چه عین باشد چه منفعت. به نظر می رسد تمسک به این اطلاق در مورد تصرف غیر قانونی موجه باشد، ولی در مورد اختلاس پذیرش آن چندان قابل قبول نیست.

بعضی بر این باورند که موضوع اختلاس اعم از منقول یا غیر منقول است. این گونه استدلال می کنند که اختلاس صورت خاصی از خیانت در امانت است و قانون گذار در ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی به شمول خیانت در امانت در اموال منقول و غیر منقول تصریح کرده است. بنابراین با توجه به تصریح قانونگذار در مورد خیانت در امانت تردید نیست که اختلاس نیز از این حیث وضعیتی مشابه با خیانت در امانت دارد.^۱

هر چند مشابهت های بسیاری بین خیانت در امانت و اختلاس وجود دارد، ولی نمی توان تمامی احکام و شرایطی را که قانون گذار برای خیانت در امانت مقرر کرده به اختلاس تسری داد، زیرا در اصل این بحث که آیا خیانت در امانت، اموال غیر منقول را شامل می شود، بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد و اغلب بر این عقیده اند که اموال غیر منقول موضوع خیانت در امانت واقع نمی شوند.^۲ با این حال، تصریح قانون گذار به این موضوع نیز می تواند از

۱ - الجورانی - عبدالرحمن، جرمه اختلاس الاموال العامه فی التشريع و القضاء العراقي، بغداد، مطبعه الجاحظ، ۱۹۹۰، ص ۱۷۵؛ رضانی - احمد، بررسی فقهی - حقوق جرم اختلاس، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مفید، ۱۳۷۸، ص ۱۲۸.

۲ - حبیب زاده، پیشین، ص ۱۸۱؛ میرمحمدصادقی، پیشین، ص ۱۳۷.

نظر مبنایی محل بحث باشد. بنابراین چنین استنباط می شود که موضوع جرم اختلاس فقط مال منقول است، کما این که اداره حقوقی قوه قضائیه نیز چنین اظهار نظر کرده است: «ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری شامل اموال غیر منقول از قبیل زمین و خانه و باغ نمی شود و منصرف به اموال منقول است»^۱.

همچنین بعضی از حقوق دانان اعتقاد دارند که حمایت از اموال منقول ضرورت بیشتری دارد، زیرا اثبات و استقرار اموال غیر منقول، حمایت کافی و لازم را برای آنها در پی دارد. و از این حیث کمتر در معرض خطر تلف یا ازدست رفتن قرار می گیرند، در حالی که اموال منقول به علت امکان نقل و جابه جایی و سهولت استیلا پیدا کردن بر آنها بیشتر در معرض مخاطره قرار دارند.^۲ به علاوه حمایت غیر کیفری از اموال غیر منقول به قدر کافی آنها را مصون از تعرض نگه می دارد. برای مثال، عدم اعتبار بیشتر دلایل در مقابل در اسناد رسمی که خود نوعی حمایت غیر کیفری از اموال غیر منقول محسوب می شود، موقعیت صاحب مال را همواره مستحکم و پابرجا می سازد. بر عکس، حمایت غیر کیفری در باب اموال منقول بسیار کمتر بوده، همان مقدار موجود نیز موثر و مفید نیست برای مثال، قاعده ید و تصرف به همان میزان که موقعیت مالک را استحکام می بخشد، حمایت از غیر مالک را نیز به همراه دارد.

خلاصه کلام آن که در وضع مقررات کیفری ناظر به اموال باید اصل را بر این قرار داد که قانون گذار درصدد حمایت کیفری از اموال منقول است، مگر این که به شمول آن بر اموال غیر منقول تصریح کرده باشد، یا بنا به یک تفسیر منطقی و صحیح، اراده قانون گذار را بر این امر احراز کنیم.

تصرف غیر قانونی اصولاً شامل بهره برداری و استفاده از منافع تدریجی الحصول اموال می شود و عین مال به تبع ملازمه ای که با بهره برداری از منافع مال دارد، موضوع این جرم قرار می گیرد. لذا در بهره برداری و استفاده از منافع، بین اموال منقول و غیر منقول تفاوتی

۱ - شهری-غلامرضا و سروش ستوده جهرمی، نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری (از ۷۳ تا ۷۳)، چ اول، تهران، روزنامه رسمی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۴۴۲.

۲ - شاذلی، پیشین، ۳۶۳.

نیست، همان گونه که می توان از منافع منقول بهره برداری و استفاده کرد، استفاده و بهره برداری از منافع غیر منقول نیز امکان پذیر است و از این حیث منقول و غیر منقول وضعیت کاملاً مشابه دارند. در غالب موارد، موضوع جرم تصرف غیر قانونی اولاً و بالذات، منفعت است و به تبع بهره برداری و استفاده از منافع، عین مال را شامل می شود. بر عکس اختلاس که موضوع آن فقط عین مال است به علاوه رفتار مجرمانه اختلاس، برداشت و تصاحب مال است و تحقق این معنا صرفاً در مورد اموال منقول متصور است و اموال غیر منقول را شامل نمی شود.

بنابراین، تردیدی نیست که موضوع جرم اختلاس، فقط اموال منقول و موضوع جرم تصرف غیر قانونی اموال، اعم از اموال منقول و غیر منقول است، ضمن آن که اصولاً منافع این دو دسته از اموال، موضوع تصرف غیر قانونی در اموال قرار می گیرند، در حالی که در اختلاس، عین مال موضوع جرم قرار می گیرد.

وجوه، مطالبات، حوالجات، سهام و اوراق بهادار هر کدام مصداقی از مال منقول اند. به طور کلی اسناد از حیث مالکیت داشتن به دو دسته کلی تقسیم می شوند: یک دسته اسنادی که بدون شک واجد ارزش مالی نیستند، هر چند ممکن است دارای ارزش معنوی بوده یا در اثبات و نفی حقوق مالی موثر باشند، مثل مکاتبات اداری و شخصی یا مدارک و مستندات دعاوی، دسته دیگر اسنادی اند که ارزش مالی دارند، مانند سهام یا اوراق بهادار. دسته اخیر از اسناد بدون تردید موضوع دو جرم یاد شده واقع می شوند، ولی شمول جرایم مذکور به دسته دیگر (اسنادی که واجد ارزش مالی نیستند) بسیار بعید به نظر می رسد، زیرا قانون گذار راجع به دست اندازی ماموران و کارمندان دولتی به نوشته ها و اوراق و اسنادی که دارای ارزش مالی نیستند طی ماده ۶۴۵ و ۶۰۴ قانون مجازات اسلامی انشای حکم کرده است. بنابراین، باید (اوراق بهادار) را بر (اسناد) عطف کرد و (بهادار) را صفت هر دو دانست و اسناد و اوراق بهادار را در یک معنا مورد توجه قرارداد. نظر غالب حقوق دانان بر این است که این اسناد که دارای مابازای مالی یا وسیله تحصیل مال هستند، فی نفسه نوعی مال محسوبند و در عرف معاملاتی

و تجاری دارای ارزش مالی هستند و معمولاً بدون توجه به ما بازاری که دارند مورد معامله و داد و ستد واقع می شوند.^۱

دو) شرط تسلیم قبلی مال

برای تحقق جرم اختلاس و تصرف غیر قانونی باید مال موضوع جرم قبلاً به مرتکب تسلیم یا به او سپرده شده باشد. این شرط از جمله وجوه اشتراک جرایم یاد شده با جرم خیانت در امانت است. دو جرم یاد شده در این بعد وضعیت کاملاً یکسانی دارند و لذا به اختصار آن را بررسی کرده، به ابعاد مختلف آن خواهیم پرداخت.

تسلیم مال، یعنی قرار دادن آن تحت ید و یا تصرف دیگری.^۲ بنابراین تسلیم اصولاً یک عمل ارادی است که موجب قطع تصرف یک شخص و پیدایش تصرف برای دیگری می شود. در هر یک از جرایم یاد شده تسلیم مال اعم است از اینکه واقعی (مادی) باشد یا حکمی (اعتباری). تسلیم واقعی (مادی) آن است که مال به صورت مادی از تسلیم کننده به تحویل گیرنده انتقال پیدا کند، ولی در تسلیم حکمی (اعتباری)، بنا به ملاحظات قانونی خاص، مال، تحت تصرف و در اختیار مامور یا مستخدم قرار می گیرد. شاید بتوان گفت که تسلیم مال در باب جرایم یاد شده، بیشتر به صورت حکمی (اعتباری) شکل می گیرد و موارد آن عدیده است. مثلاً وقتی که کلید انبار تحویل انبار دار می شود به منزله این است که کلیه محتویات انبار نیز تحویل وی شده است یا در جایی که ماموری در حین تفتیش محل وقوع جرم، اشیایی را کشف و ضبط می کند، مال به صورت مادی تحویل او نمی شود، ولی قرار گرفتن مال در تحت تصرف و اختیار او، به منزله تسلیم و تحویل مال به اوست.

همچنین تسلیم مال باید به ترتیب زیر صورت پذیرد تا بتواند منشا آثار حقوقی لازم برای ارتکاب اختلاس باشد.

۱ - ستوده تهرانی-حسن، حقوق تجارت، چ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۶۵؛ کانوزیان-ناصر، حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، چ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۵۸.
۲ - بدره، پیشین، ص ۱۹؛ کرم-عبدالواحد، معجم المصطلحات القانونیه، چ اول، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۰۷، ص ۱۲۹.

اولاً موجب استیلائی کارمند بر مال شود: به این منظور مال باید به عنوان امانت تحت تصرف کارمند قرار داده شود، نه مالکیت. به عبارت دیگر، تصرفی که در نتیجه استیلا بر مال برای کارمند پیدا می شود باید تصرف از طرف غیر باشد، و الا اگر تسلیم موجب پیدایش تصرف مالکانه باشد یا عنوان تحویل موقتی پیدا کند، از نظر ارتکاب اختلاس یا تصرف غیر قانونی نمی تواند منشا اثر باشد؛ زیرا چنانچه تسلیم مال موجب پیدایش تصرف مالکانه برای تحویل گیرنده باشد، حق هر گونه مداخله در مورد آن مال را دارد و مداخله او مشمول هیچیک از عناوین جزایی مذکور نخواهد شد.

همچنین اگر مال به صورت تحویل موقتی در اختیار شخص قرار داده شده باشد هیچ سلطه ای برای وی نسبت به آن پیدا نمی شود و سلطه و تصرف قبلی بر آن کماکان ادامه خواهد داشت و مداخله در آن بیشتر با عنوان ربودن و سرقت انطباق خواهد داشت تا اختلاس یا تصرف غیر قانونی.^۱ به عنوان مثال، اگر مامور بازرسی اداره در هنگام بازبینی کیف شخصی، محتویات آن را برداشت کند مرتکب سرقت یا ربودن مال غیر شده است.

ثانیاً به صورت صحیح و در چهار چوب مقررات قانونی صورت پذیرفته باشد. در صورتی که تسلیم در چهار چوب قانون انجام نشده باشد، اصولاً واجد آثار حقوقی مورد نظر نیست. برای مثال، اگر ماموری خارج از ضوابط قانونی، دیگری را وادار به تسلیم مال کند و صاحب مال در نتیجه اکراه و اجبار حاضر به تسلیم مال شود و متعاقب آن مامور یاد شده آن مال را تصاحب کرده یا مورد استفاده قرار دهد، عمل او را باید اخاذی یا سرقت به عنف یا تحصیل مال از طریق نامشروع تلقی کرد، نه اختلاس یا تصرف غیر قانونی.^۲

ثالثاً تسلیم مال و پیدایش تصرف برای مستخدم باید به سبب شغل و وظیفه باشد؛ به این معنا که بین تسلیم و تصرف مال از یک سو و شغل و وظیفه ای که مستخدم به آن اشتغال دارد از سوی دیگر یک نوع رابطه سببیت موجود باشد. جرایم مزبور را به تعبیری می توان

۱ - حبیب زاده، پیشین، ۲۳؛ شاذلی، پیشین، ۳۶۹؛ عمروسی، پیشین، ۱۳۷.

۲ - رشدی - مراد، اختلاس فی جرائم الاموال، چ دوم، قاهره، مطبعه جامعه القاهره و الكتاب الجامعی، ۱۹۸۲، ص ۱۶۴.

نوعی خیانت در امانت اداری تلقی کرد. بنابراین، باید هر یک از این رفتارها نقص یک رابطه امانی اداری باشد و این در صورتی قابل تصور است که شخص در مورد آن مال، تعهد اداری داشته باشد. این تعهد اداری نیز زمانی به وجود می آید که به تعبیر قانون گذار، مال به حسب وظیفه به مستخدم سپرده شده باشد. بنابراین اگر شخص به مناسبت موقعیت اداری خود - نه به سبب شغل ووظیفه - امکان دسترسی به مالی را بیابد و آن را تصاحب کند، عمل او بر حسب مورد ممکن است سرقت یا ربودن مال باشد و مشمول عنوان اختلاس یا تصرف غیر قانونی نمی شود.^۱

سه) تعلق مال به دولت

از جنبه هایی که جرایم اختلاس و تصرف غیر قانونی را به جرایم مالی پیوند می دهد، این است که مال موضوع جرم باید به غیر تعلق داشته باشد و الا چنانچه مال از آن مرتکب باشد، مداخله او در آن مال واجد هیچ عنوان جزایی نخواهد بود، جز در یک مورد، یعنی مداخله در اموال توقیفی (موضوع ماده ۶۶۳ قانون مجازات اسلامی) در جرایم یاد شده، اصولاً مال به دولت یا سازمان یا موسسه ای که مرتکب در آنجا کار می کند تعلق دارد. به تعبیر دیگر، در باب این دو جرم اصولاً مال متعلق حق عمومی یا دولت و یا موسسات عمومی است. ولی منافاتی ندارد که مال به اشخاص تعلق داشته باشد و در مقرر قانونی مربوط به هر یک از جرایم یاد شده صراحتاً بر این مطلب تاکید شده است. بنابراین مال موضوع اختلاس می تواند مال دولتی و عمومی یا در حکم مال دولتی و عمومی باشد.

ج) نتیجه مجرمانه

جرم اختلاس، جرم مقید محسوب می شود و تصرف غیر قانونی، جرم مطلق است. اهمال و تفریط منجر به تضییع مال در حکم تصرف غیر قانونی است، نه مصداقی از تصرف غیر قانونی، اگر این رفتار را مصداقی از تصرف غیر قانونی بدانیم چون همواره تحقق آن مستلزم

۱ - عبدالمنعم-سلیمان، قانون العقوبات الخاص(الجرائم الماسه بالمصلحه العامه)، اسکندریه، الجامعه الجديده للنشر، ۱۹۹۳، ص ۲۸۷.

پیدایش نتیجه است؛ ممکن است تصور شود تصرف غیر قانونی، جرم مقید است در حالی که چنین است.

نتیجه اختلاس محرومیت مالک و صاحب مال از مال است و همین وضع، زیانی است که به مالک وارد می آید؛ هر چند که در نتیجه استرداد یا پرداخت خسارت، جبران شود، اعم از آنکه مرتکب یا دیگری منتفع شده باشد یا نه. بنابراین، جرم اختلاس، جرمی است مقید و از این حیث تحقق آن نیاز به نتیجه دارد و نتیجه در این جرم، ضرر و زیانی است که به مالک و صاحب مال که اصولاً دولت یا موسسات عمومی هستند وارد می شود. به عبارت دیگر، محرومیت دولت یا موسسات عمومی از اموالی که در اختیار کارمند و مستخدم خویش قرار داده اند نتیجه ای است که بر اختلاس مترتب می شود و لذا مادام که این نتیجه تحقق پیدا نکرده اختلاس به وقوع نخواهد پیوست.

بر همین اساس نیز ضرورت دارد که بین رفتار ارتكابی شخص و نتیجه حاصل رابطه سببیت وجود داشته باشد. در صورت فقدان این رابطه نمی توان فرد را به عنوان مختلس مورد تعقیب قرارداد. برای مثال، اگر کارمندی، مالی را در کیف خود قرار دهد تا آن را از اداره خارج سازد، ولی در همین هنگام فرد دیگری موقعیت را مغتنم شمرده، کیف را برباید یا این که کیف از مکان بلندی فرو افتاده، کالای موجود در آن از بین برود، محرومیت مالک از مالش محقق گردیده، ولی بین این نتیجه و رفتاری که از کارمند سر زده است رابطه سببیت وجود ندارد. براین اساس، هر چند ممکن است فرد را از لحاظ مدنی مسئول بدانیم، ولی از نظر کیفری نمی توان او را مختلس محسوب داشت. اما در تصرف غیر قانونی، وضع بدین صورت نیست؛ زیرا در آنجا رفتار مرتکب اعم از آن است که موجب ورود ضرر شده یا نشده باشد یا حتی ممکن است نه فقط ضرری برای دولت به همراه نداشته، بر عکس، منفعتی هم در پی داشته باشد؛ لکن در هر حال کارمند به عنوان تصرف غیر قانونی قابل تعقیب جزایی خواهد بود. برای مثال، چنانچه کارمندی بودجه ای را در غیر محل خود هزینه کند ولو این کار به نفع دولت باشد، از آنجا که برخلاف دستور صریح ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی صورت گرفته، کارمند مرتکب تصرف غیر قانونی شده است.

بدین ترتیب، از این حیث بین جرایم یاد شده تفاوت و تمایز وجود دارد و همان گونه که در ابتدای سخن اشاره شد باید اختلاس را جرم مقید و تصرف غیر قانونی را جرم مطلق به حساب آورد.

(د) وصف و خصوصیت مرتکب

این شرط نیز از جمله وجوه اشتراک دو جرم اختلاس و تصرف غیر قانونی است و فارق اصلی آن دو با جرم خیانت در امانت به شمار می رود؛ به این معنا که ارتکاب جرایم مزبور فقط توسط کسی امکان پذیر است که از آن به (مستخدم دولت یا شخص در حکم مستخدم دولت) تعبیر کردیم.

به طور کلی اوصاف و خصوصیات افراد تاثیری در مسئولیت کیفری آنان ندارد و طبق اصل تساوی مجازاتها، همه افراد علی السویه در مقابل قانون مسئولند و در صورت ارتکاب جرم، مجازات خواهند شد؛ ولی در پاره ای از موارد، قانون گذار بعضی از جرایم را در مورد افراد خاصی پیش بینی کرده است که این نحوه از قانون گذاری از دو وجه خالی نیست؛ یا این که وصف و خصوصیت مرتکب به عنوان یک کیفیت مشدده یا مخففه لحاظ شده یا به عنوان شرطی که می تواند در تحقق جرم موثر باشد. در باب اختلاس و تصرف غیر قانونی، وصف و خصوصیت مرتکب به نحو اخیر الذکر مورد حکم قانون گذار قرار گرفته که در هر دو مورد، با اندک اختلاف، گروههایی که مشمول مقررات جزایی یاد شده می گردند در متن مواد قانونی مربوط احصا شده اند.

در تعاریف به عمل آمده از هر یک از جرایم مزبور، از مجموعه این گروهها با عنوان کلی (مستخدم دولت یا شخص در حکم مستخدم دولت) تعبیر کردیم و لذا می توان گفت که یکی از شرایط موثر در تحقق جرایم مزبور این است که مرتکب مستخدم دولت یا شخص در حکم مستخدم دولت باشد؛ اما مستخدم دولت کیست؟ و شخص دولت چه فردی را شامل می شود؟

یک) مفهوم مستخدم دولت

مستخدم دولت یا مستخدم عمومی در حقوق اداری به گونه های مختلف مورد تعریف قرار گرفته است و از زوایای مختلف به وضعیت حقوقی او نگریسته می شود.^۱ در قوانین و مقررات جزایی، قانون گذار با الفاظ و تعبیرات مختلف از مستخدم یاد کرده است و همواره یک مفهوم و معنای خاص را مد نظر نداشته و در پاره ای از موارد مفهوم محدودی از آن را اداره کرده است. گاه الفاظ به کار برده شده در نص قانونی، عده خاصی از مستخدمان را شامل می شود و در مواردی که به صورت کاملاً گسترده به آن نگریسته شده است، به گونه ای که شامل بسیاری از کسانی می گردد که از دیدگاه حقوق اداری نمی توان آنها را مستخدم به حساب آورد.^۲ بنابراین در تفسیر متون و مقررات جزایی در این بعد نمی توان معیارهای حقوق اداری را ملاک قرار داد و باید با توجه به الفاظ و تعبیرات به کار رفته در هر مقرر قانونی اراده قانون گذار را کشف و حسب مورد مفهوم خاصی را که از مستخدم مد نظر بوده ارائه کرد.

در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری و ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی، قانون گذار دستجات و گروههایی را که عنوان اختلاس و تصرف غیر قانونی شامل آنها می شود احصا کرده است؛ با این تفاوت که در ماده ۵۹۸ دو مورد تازگی دارد که تا اندازه ای ابهامات موجود در خصوص شمول قانون به بعضی از مقامات یا کارکنان بعضی از نهادها را به کلی مرتفع ساخته است که عبارتند از: (۱) کارمندان و کارکنان بنیادها و موسساتی که زیر نظر ولی فقیه اداره می شوند؛ (۲) اعضا و کارکنان قوای سه گانه، در ماده ۵ قانون یادشده به اعضای قوای سه گانه تصریح نشده بود و در اینکه آیا قانون مزبور نمایندگان مجلس شورای اسلامی را در بر می گیرد یا نه، تردید وجود داشت و با این تصریح که می تواند ملاک و معیاری برای تفسیر ماده ۵ نیز باشد دیگر نباید در این زمینه تردید روا داشت.

به هر حال دستجات و گروههایی را که در خصوص دو جرم مزبور می توان مستخدم دولت محسوب داشت عبارتند از: (۱) کارمندان و کارکنان ادارات و سازمانهای دولتی، (۲)

۱ - ابوالحمد-عبدالحمید، حقوق اداری ایران، چ چهارم، تهران، انتشارات توس، ۱۳۷۰، ص ۳۵؛ طباطبائی مؤتمنی-منوچهر، حقوق اداری، چ دوم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۴، ص ۱۵۳؛ موسی زاده-رضا، حقوق اداری، چ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۷، ص ۱۷۳.

۲ - همانها.

کارمندان و کارکنان دیوان محاسبات، ۳) دارندگان پایه قضایی، ۴) کارمندان و کارکنان نیروهای مسلح، ۵) کارمندان و کارکنان شوراها، ۶) کارمندان و کارکنان موسسات و شرکتهای دولتی، ۷) کارمندان و کارکنان موسسات و شرکتهای وابسته به دولت. بنابراین کسانی که در هر یک از سازمانها و ادارت فوق الذکر به کار و فعالیت اشتغال دارند مستخدم دولت محسوب می شوند، اعم از این که رابطه استخدامی و کاری آنها به صورت رسمی یا قراردادی باشد یا پیمانی، روز مزد و غیره، البته در این خصوص نوع سمت و عنوان و انتخابی بودن مستخدم تاثیری ندارد.

براساس این تقسیم بندی که شاید تا اندازه زیادی از مفاهیم موجود در حقوق اداری نیز فاصله داشته باشد، کارمندان و کارکنان ادارات و سازمانهای دولتی (مجموعه قوه مجریه)؛ دارندگان پایه قضائی (مجموعه قوه قضائیه) دیوان محاسبات و اعضای مجلس شورای اسلامی (مجموعه قوه مقننه) و به طور کلی اعضا و کارکنان قوای سه گانه و نیز کارکنان شرکتهای دولتی و موسسات وابسته به دولت جزء (مستخدم دولت) هستند.

ضمناً باید توجه داشت که در مورد کارمندان نیروهای مسلح، در باب اختلاس، ماده ۹۴ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۱، به طور مطلق حاکم خواهد بود - خواه لوازم نظامی باشد خواه غیر نظامی - و در باب تصرف غیر قانونی، در صورتی که مال مورد استفاده قرار گرفته جزء وسایل و لوازم نظامی باشد، ماده ۶۳ قانون مزبور و در غیر این صورت ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی معتبر و قابل اجراست.

دو) مفهوم شخص در حکم مستخدم دولت

غیر از گروهها و دستجاتی که در مواد قانونی یاد شده جزءمستخدمان دولت قرار می گیرند، بقیه کسانی که در نهادها و موسسات عمومی غیر دولتی اشتغال دارند، اشخاص در حکم مستخدم دولت به حساب می آیند. بنابراین اشخاص در حکم مستخدم دولت عبارتند از: ۱) کارکنان و کارمندان شهرداریها، ۲) کارکنان و کارمندان موسساتی که به کمک مستمری دولت اداره می شوند، ۳) کارکنان و کارمندان نهادهای انقلابی. البته بعضی از نهادهای انقلابی مثل جهاد سازندگی، سپاه پاسداران انقلاب اسلامی و غیره طبق قانون جزء ادارات دولتی

محسوب می شوند، ولی بعضی از آنها مثل بنیاد شهید انقلاب اسلامی، کمیته امداد و غیره کماکان جزء موسسات عمومی غیر دولتی اند.

به طور کلی، غیر از نهادها و ارگانهای مورد اشاره در قسمت قبل، بقیه نهادها و تشکیلاتی که در ماده ۵ قانون مجازات مرتکبین اختلاس، ارتشاء و کلاهبرداری و ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مورد اشاره قرار گرفته اند جزء موسسات عمومی غیر دولتی مصوب ۱۳۷۳ احصا گردیده اند. این نهادها عبارتند از: (۱) شهرداریها و شرکتهای تابعه آنها، (۲) بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی، (۳) هلال احمر، (۴) کمیته امداد امام، (۵) بنیاد شهید انقلاب اسلامی، (۶) بنیاد مسکن انقلاب اسلامی، (۷) کمیته ملی المپیک ایران، (۸) بنیاد پانزده خرداد، (۹) سازمان تبلیغات اسلامی، (۱۰) سازمان تامین اجتماعی، (۱۱) بنیاد امور بیماریهای خاص. کارکنان و کارمندان نهادها و موسسات یاد شده و نیز ماموران به خدمات عمومی که در ماده ۳ قانون راجع به محاکمه و مجازات ماموران به خدمات عمومی مصوب ۱۳۱۵ تعریف شده اند، عموماً اشخاص در حکم مستخدم دولت محسوب می شوند.

۲- رکن معنوی

اختلاس و تصرف غیر قانونی جزء جرایم عمدی محسوب می شوند، در عین حال اجزای تشکیل دهنده رکن روانی در هر دو مورد یکی نیست. از این رو بعضی از اجزای رکن روانی این دو جرم متمایز از یکدیگرند و لذا رکن روانی آنها را جداگانه بررسی خواهیم کرد.

الف) رکن معنوی اختلاس

اختلاس از جرایم عمدی است و در بعد رکن معنوی وضعیتی کاملاً مشابه با خیانت در امانت دارد. آن گونه که در باب خیانت در امانت بیان شده، رکن معنوی این جرم مرکب از علم مرتکب به عدم استحقاق خود و عمد او نسبت به انجام عمل است. در اختلاس نیز مرتکب باید اولاً به این که مال به او متعلق نیست و حق مداخله در آن را ندارد علم و آگاهی داشته باشد. بنابراین در صورتی که مرتکب به تصور آنکه مال به او تعلق دارد آن را مورد تصرف مالکانه قرار دهد، نمی توان او را به عنوان مختلس مورد تعقیب قرار داد. ثانیاً باید نسبت به انجام دادن

عمل و نیز وارد کردن ضرر به دولت، عمد و قصد داشته باشد. عمد مرتکب به انجام دادن عمل، یعنی قصد برداشت و تصاحب را (سونیت عام) یا (عمد در عمل) و عمد او در ضرر زدن به دولت را (سوءنیت خاص) یا (عمد در نتیجه) می خوانیم. بنابراین برای تحقق اختلاس باید مرتکب هم دارای سوء نیت عام باشد و هم سوء نیت خاص و چنان چه احراز شود که در ارتکاب عمل فاقد این حالت روانی بوده رفتار او را نمی توان اختلاس به حساب آورد.

البته هر گاه محرز شود که مرتکب قصد برداشت و تصاحب را داشته، دیگری نیازی به اثبات سوءنیت خاص نیست؛ زیرا کسی که تصاحب مالی را به نفع خود یا دیگری قصد می کند، به طور تبعی قصد ایراد ضرر به صاحب مال را هم دارد و این چنین قصدی در آن مستتر است.

ب) رکن معنوی تصرف غیر قانونی

تصرف غیر قانونی نیز به شرط آنکه اهمال و تفریط منجر به تضييع مال را در حکم تصرف غیر قانونی به حساب آوریم، از جرایم عمدی است. بنابراین قبل از هر چیزی باید توجه داشت که اهمال و تفریط منجر به تضييع مال، جزء رفتارهای غیر عمدی است و رکن معنوی آن را خطا یا تقصیر جزایی تشکیل می دهد. این رفتار از این حیث، هم با اختلاس تمایز و تفاوت دارد و هم از تصرف غیر قانونی قابل تفکیک است و به همین اعتبار ما آن را در حکم تصرف غیر قانونی می خوانیم.

اما در دو قسم رفتار دیگر (استفاده و مصرف غیر مجاز) که برای تصرف غیر قانونی بیان داشتیم، رکن معنوی را می توان این گونه تحلیل کرد.

اولاً از آنجا که این جرم مطلق است، نیاز به اثبات سوء نیت خاص یا عمد در نتیجه ندارد، یعنی خواه مرتکب قصد نتیجه که ضرر رساندن به دولت است را داشته باشد، خواه نه، در صورت استفاده یا مصرف غیر مجاز مال تحت تصرفش به عنوان متصرف غیر قانونی قابل مجازات خواهد بود. بنابراین در جرم تصرف غیر قانونی، مرتکب، عمل را با هر قصد که انجام داده باشد مسئول است و حتی اگر قصد ایراد ضرر نداشته، بلکه به قصد نفع رساندن به دولت،

وجوه را در غیر مورد خاص خود مصرف یا استفاده کند، عمل او تصرف غیر قانونی بوده، تحت این عنوان قابل مجازات خواهد بود.

ثانیاً در هر دو صورت یاد شده (استفاده و مصرف غیر مجاز) مرتکب باید دارای سوء نیت عام یا عمد در انجام دادن فعل باشد؛ یعنی عمداً و با سوء نیت، اموال و وجوه دولتی را برخلاف اختیاراتی که به او داده شده مورد استفاده و یا مصرف قرار دهد. لذا اگر مرتکب فاقد چنین سوءنیتی باشد، عمل او را نمی توان تصرف غیر قانونی به حساب آورد.

ثالثاً در تصرف غیر قانونی نیز علم به موضوع (تعلق مال به دولت) از جمله شرایط لازم برای رکن معنوی است. به این معنا که مرتکب باید با علم به اینکه مال متعلق به دولت است و اختیارات او در مورد نحوه استفاده و مصرف آن محدودیت دارد، اقدام به این کار کرده باشد. بنابراین اگر مرتکب به تصور اینکه مال به خودش تعلق دارد یا اجازه مصرف یا استفاده از مال در مورد خاصی را دارد - در حالی که واقعاً این چنین نیست - مرتکب تصرف شود عمل او را نمی توان تصرف غیر قانونی محسوب داشت.

چنان که ملاحظه می شود، جرایم مذکور از نظر دو جزء اخیر الذکر رکن معنوی (سوء نیت عام و علم مرتکب) با یکدیگر کاملاً اشتراک داشته، هر دو به این دو جزء نیازمندند. ولی در جزء سوءنیت خاص یا عمد در نتیجه با یکدیگر تفاوت دارند. اختلاس جرمی مقید است و نیاز به سوء نیت خاص، یعنی قصد اضرار دارد، ولی تصرف غیر قانونی جرم مطلق است و نیاز به این جزء ندارد و همان گونه که اشاره شد چه قصد اضرار و وارد کردن ضرر به دولت وجود داشته چه نداشته باشد، در صورت مصرف یا استفاده خارج از حدود و ضوابط، مرتکب به عنوان تصرف غیر قانونی قابل تعقیب جزایی خواهد بود.

نتیجه گیری

جرم اختلاس و تصرف غیر قانونی از جنبه های بسیار از جمله موضوع جرم، شرط تسلیم قبلی مال، سببیت شغل و وظیفه در تسلیم و تصرف مال، شرط وصف و خصوصیت مرتکب با یکدیگر اشتراک داشته، جنبه هایی که این دو جرم را از یکدیگر متمایز می سازد از این قرار است:

۱- رفتار مجرمانه، که در اختلاس به تصریح قانون گذار (برداشت و تصاحب) و در تصرف غیر قانونی (استفاده یا مصرف غیر مجاز) است. با آن که قانون گذار در باب خیانت در امانت، هر یک از رفتارهای مذکور را مصداقی از رفتار خائنانه به حساب آورده و بر همه آنها یک اثر جزایی مترتب ساخته است، ولی در باب خیانت ماموران و کارمندان دولت نسبت به مالی که به سبب شغل و وظیفه به آنها سپرده شده، دو اثر جزایی کاملاً متفاوت را بر هر یک از رفتارهایی که مصداقی از رفتار خائنانه است مترتب ساخته است.

در مواد ۱۵۲ و ۱۵۳ قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۵، هر چند قانون گذار دو جرم مذکور را جداگانه مورد حکم قرار داده، ولی مجازات یکسانی را برای آنها مقرر داشت. البته رویه فعلی قانون گذار که تصرف غیر مجاز را خفیف تر از اختلاس تلقی کرده مقبول تر به نظر می رسد، ولی این که مجازات آن را بسیار کمتر از اختلاس قرار داده چندان منطقی نیست؛ زیرا رفتارهای مذکور در هر دو جرم، ماهیتاً خیانت است و با تفاوت اندک قابل سرزنش، البته نه به صورتی که هم اکنون پیش بینی شده است.

۲- نتیجه جرم و سوءنیت خاص، از حیث نتیجه نیز این دو جرم با هم تفاوت دارند؛ اختلاس جرمی مقید، و تصرف غیر قانونی جرمی مطلق است. تحقق اختلاس به پیدایش نتیجه وابسته و نتیجه آن، ورود ضرر به دولت است که همزمان با تصاحب به وجود می آید، ولی تصرف غیر قانونی نیاز به نتیجه ندارد و رفتار مرتکب حتی اگر موجب ورود زیان به دولت نشده باشد قابل مجازات خواهد بود. به همین دلیل، اختلاس در بعد رکن معنوی نیاز به سوءنیت خاص دارد، ولی در تصرف غیر قانونی، وجود این جزء از رکن معنوی ضرورت ندارد.

قرابت و نزدیکی بین این دو جرم، باعث می شود که در عمل با رفتارهایی مواجه شویم که شمول هر یک از عناوین جزایی مذکور بر آنها بعید نباشد، خصوصاً در مورد بعضی از مصادیق مال، مثل وجوه نقد و مطالبات، چنین تردیدی بیشتر می شود. در چنین مواردی ضرورت دارد ضمن دقت در جزئیات رفتار مجرمان و با مد نظر قرار دادن وجوه اشتراک و افتراقی که برای جرایم مذکور بیان داشتیم، تحلیلی درست و واقع بینانه از قضیه ارائه کنیم و در صورتی که رفع تردید میسر نگردید، به اقتضای قاعده تفسیر به نفع متهم، اولی آن است که رفتار انجام شده را تصرف غیر قانونی به حساب آوریم.