

میزان

شماره علمی تخصصی انجمن علمی دانشجویی فقه و مبانی
حقیق اسلامی پاییز ۱۹ شماره ۹ - قیمت ۵۰۰ تومان

نقش عقل در فقه شیعه

ریا در بانکداری اسلامی

تأثیر اشتباه در معامله

نکاح عقد معاوضی یا شبه معاوضی؟

بررسی تطبیقی ارکان جرم اختلاس



صاحب امتیاز: انجمن علمی فقه و مبانی حقوق

زیر نظر: امور فرهنگی دانشگاه الزهراء(س)

استاد راهنما: زهرا سادات میر هاشمی

مدیر مسئول: فریناز سادات خطیبی

سر دبیر: زینب خسروی فر

هیئت تحریریه: فریناز سادات خطیبی، زینب خسروی فر، مریم خدایی، زهرا اسحاقی و فاطمه اسدی

کارشناس نشریات: سرکار خانم وزیری

طراح و صفحه آرا: غلام رضا قدرتی

چاپ: دامون

آدرس: ونک، میدان شیخ بهایی، دانشگاه الزهراء(س)-ساختمان خوارزمی تلفکس: ۸۸۶۱۷۵۳۶

فهرست

۵	نقش عقل در فقه شیعه
۱۰	ریا در بانکداری اسلامی
۱۲	تاثیر اشتباه در معامله
۱۵	نکاح عقد معاوضی یا شبه معاوضی؟
۱۶	بررسی تطبیقی ارکان جرم اختلاس



نقش عقل در فقه شیعه

چکیده:

عقل آدمی ظرفیت چشم گیری در دستیابی بسیاری از ملاکات احکام فقهی دارد خواه این دستیابی از طریق سیر و بررسی در متون دینی باشد یا بیرون از آن، چرا که احکام فقهی در یک دسته بندی به دو قسم تاسیسی و غیر تاسیسی بخش بندی می شود و احکام غیر تاسیسی نیز به دو قسم عقلی و عقلایی تقسیم می گردد و قلمرو این دسته از احکام، در فقه گسترده و سهم عقل نیز در فهم ملاکات آنها غیر قابل انکار است. از این رو، فهم ملاکات احکام نه تنها امری ممکن است بلکه ضرورتی است که بایستی در دو قلمرو استنباط احکام شرع و تشخیص احکام حکومتی آن را باز شناخت.

بحث کنونی در باره ظرفیتها و زمینه های بهره گیری از عقل در فقه شیعه است و لزوما نظر به آنچه از سوی فقیهان در گذشته انجام داده اند نیست، همان گونه که بسا نتوانسته باشیم به همه ظرفیتهای موجود در فقه شیعه بپردازیم بلکه نگاهی نه چندان روشن به گستره ای بزرگ است.

مطالعه در آیات شریف قرآن و احادیث معتبر دینی که در بردارنده احکام هستند و گاهی به علت و ملاک احکام اشاراتی دارند و از دیگر سو، پرسشهایی که گاهی در روایات از ملاک و علل احکام شده است، گواه بر این توانایی برای عقل بویژه در بسیاری از احکام غیر عبادی است. به نظر نگارنده بایستی در این سخن که، «لاشیء ابعده عن دین الله من عقول الرجال» (۱) تأمل کرد؛ زیرا این سخن اولاد در منابع روایی دیده نشده است، ثانیاً بر فرض وجود، خبر واحد است و نمی توان همه فقه را زیر سیطره آن قرار داد و پاسخ مساله مهمی؛ مانند قلمرو کارایی عقل را از آن دریافت کرد؛ زیرا این یک مساله فقهی نیست که با یک یا دو روایت بتوان آن را مورد نفی یا اثبات قرار داد. ناگفته نماند که پاسخ به این مساله می تواند از سوی نصوص دینی داده شود و چنین امری، غیر منطقی و غیر عقلی نیست ولی در نصوص دینی پاسخ روشن منفی به این مساله دیده نشده است بلکه همان گونه که گفته شد، مطالعه در نصوص دینی می فهماند که ظرفیت عقل در فهم بسیاری از ملاکات احکام چشمگیر است و به هیچ وجه نمی توان آن را نادیده گرفت.

کلمات کلیدی: عقل، احکام، ملاکات، فقه، نص، فقه شیعه، فهم، شرع،

عقل و کشف ملاکات

ملاک در لغت به پایه، قوام و نظام هر چیزی گفته می شود. (۲) ملاک، یعنی چیزی که به آن اعتماد می شود. در نوشته های اندیشمندان اصولی شیعه، تعریفی از ملاک دیده نشده است. با نگاه به معنای لغوی آن و با توجه به این که در پاره ای موارد آن را به کار برده اند، باید گفت: ملاک حکم چیزی است که پایه و مبنا برای اعتبار و جعل آن قرار می گیرد. (۳)

واژه ملاک در نوشته های اصولی و فقهی شیعه در دو معنا به کار می رود. در یک کاربرد، منظور از ملاک، مصلحت یا مفسده ای است که موجب جعل و اعتبار حکم می شود. در این معنا، ملاک حکم همان علت ثبوتی حکم، قلمداد می شود؛ مانند این که گفته می شود، علت جعل تقصیر در نماز مسافر، جلوگیری از سختی است.

ملاک به این معنا هم ردیف معنای حکمت حکم است. (۴) معنای دوم ملاک، عناوینی است که در متون دینی و نوشته های فقهی به عنوان نشانه، علامت و معرف برای تحصیل مصالح احکام قرار می گیرد؛ مانند «سفر» که ملاک برای تقصیر در نماز است. این گونه ملاکها، عناوینی هستند که با وجود آنها حکم احراز می شود، تا مصلحت و حکمت مورد نظر شارع تامین گردد. آنچه در بحث کنونی، یعنی عقل و کشف ملاکات مد نظر است، معنای نخست، یعنی علت ثبوتی است و ما بحث را در سه عنوان پی می گیریم.

الف) عقل و امکان کشف ملاکات؛

ب) ضرورت کشف ملاکات؛

ج) عقل و تصرف در نصوص؛

الف) عقل و امکان کشف ملاکات

یکی از ظرفیتهای به کارگیری عقل در فقه شیعه کشف ملاکات است. کشف ملاکات می تواند در دو حوزه متون دینی و بیرون از متون دینی به میان آید. حوزه متون دینی بدین معناست که انسان با سیر و بررسی در متون قرآن و سنت (فهم از نصوص) بدون این که متن مصرح یا ظاهری در مساله وجود داشته باشد، ملاک حکم را به دست آورد. البته این فهم بایستی روشمند بوده و بر پایه اصول و ضوابط پذیرفته شده و قابل دفاع در علم اصول باشد؛ برای نمونه، تنقیح مناط یکی از روشهای فهم ملاک است. (۵) گاهی فقیه با سیر و بررسی در نصوص دینی و علاوه بر آن با سود جستن از واقعیتها و

تجربه های اجتماعی، ملاک حکم را به دست می آورد؛ به عنوان مثال، برخی از فقیهان با دیدن انبوه قربانی هایی که در ایام حج، در سرزمین منی انجام می شود و همین طور اسراف و تبذیری که در این باره صورت می گیرد و از دیگر سو، با نگاه به موارد نیاز مصرف گوشت قربانی، با این پرسش مواجه می شوند که آیا برآستی ملاک وجوب قربانی برای حجاج، تنها اراقه دم است و علت دیگری ندارد؟ ایشان با سیر و بررسی در نصوص قرآن و سنت و همینطور به ضمیمه دیگر دلیلهای شرعی می گویند ملاک وجوب قربانی اراقه دم برای اطعام است و از آنجا که در ایام حج با توجه به انبوه قربانی این امری میسر نیست دیگر چنین امری لزوم ندارد و بایستی قربانی را در مکانی دیگر انجام داد تا در راه اطعام مصرف شود. (۶)

حوزه بیرون از متون دینی، بدین معناست که انسان بدون استمداد جستن از متون دینی ملاک حکم را در یابد (فهم مستقل از نصوص). (۷)

از دیدگاه نظری هیچ مانعی برای فهم ملاکات احکام در دو حوزه یاد شده وجود ندارد و هیچ برهانی بر خلاف آن، یاد نشده است. تنها گروهی از دانشمندان اصولی شیعه، ادعا کرده اند که به لحاظ واقعیت، تحقق چنین امری در بیشتر موارد دشوار (۸) و حتی یافت نشدنی است (۹) اگر چه در برابر آن برخی گفته اند نمی توان به یک باره دست عقل مستقل را از فهم ملاکات کوتاه انگاشت. (۱۰)

به نظر نگارنده برای بازشناسی ظرفیت توان عقل در فهم ملاکات احکام شرع، شایسته است چنین گفته شود در یک نگاه گسترده احکام شرع به دو دسته بخش بندی می شود، احکام تاسیسی، احکام غیر تاسیسی. احکام تاسیسی نیز به دو دسته تقسیم می گردند، احکام عقلی، احکام عقلایی. منظور از احکام عقلی یک رشته شناختهای فطری است که از واقعیت بهره مندند و خرد بشری آنها را می یابد و رابطه عقل با آنها، رابطه کاشف و مکشوف است؛ مانند شایسته بودن عدالت و ناشایست بودن ستم. (۱۱) این دست احکام عقلی به دو دسته بخش بندی می شوند:

دسته یکم: احکام یا شناختهای خود بنیاد هستند، بدین معنا که از چیزی گرفته نشده اند و مبتنی بر آنها نیستند بلکه بسا احکام دیگر از آنها گرفته می شوند؛ مانند شایسته بودن عدالت و ناشایست بودن ستم. این دو حکم از گزاره های ریشه ای و مستقل

هستند که سرچشمه و پایه بسیاری از احکام اخلاقی، سیاسی اقتصادی و حقوقی به شمار می آیند و اساسا جهت گیری این دسته از احکام برای تامین عدالت و زدودن ستم در روابط انسانی است. از این رو بایستی سایه گستر وضع قانون و فهم دین قرار گیرند. اساسا بسیاری از احکام فقهی در قلمرو حقوق مدنی و کیفری از مصادیق این دو شناخت بنیادین بشری، قلمداد می شوند و بدین رو ملاک بسیاری از این گونه احکام برای عقل روشن است و احکام شارع نیز در این راستا جعل گردیده اند.

دسته دوم: احکام و شناختهای فطری و فرعی یا دیگر بنیاد است، بدین معنا که از دیگر شناختها گرفته شده اند و از شاخه های آنها قلمداد می شوند؛ مانند شایستگی مجازات مجرم، ناروایی کیفر بی گناه، ناروایی عقاب بدون بیان در امور کیفری، ناروایی تکلیف کردن به مجنون و نابالغ در امور عبادی، جبران زیان وارد شده، وجود خیار غبن و.... بنابراین ملاکهای این دسته از احکام نیز برای عقل روشن است و شرع نیز بر همین اساس حکم کرده است.

منظور از احکام عقلایی یک رشته توافقات و رفتارهایی است که مورد پذیرش آنان است و به علت نیاز و احتیاجات خود در روابط اجتماعی آنها را پدید آورده اند؛ مانند عمل به استصحاب، اماره بودن ید برای ملکیت، تمسک به ظواهر الفاظ، حکم به لزوم بیع، جعل انواع خیارات برای بیع، جواز تصرف در شیء حیازت شده، جواز بیع معاطاتی و به طور کلی بسیاری از احکامی که در قلمرو معاملات دیده می شوند. احکام عقلایی به این معنا، امور واقعی نیستند تا عقل آنها را کشف کند و بشناسد بلکه یک رشته اموری هستند که در پی نیازهای انسان پدید می آیند، از این رو احکام عقلایی نیز دو دسته اند. یک دسته احکام ثابت و همیشگی که وابسته به نیازهای ثابت انسان هستند؛ مانند تمسک به ظواهر الفاظ، دسته دیگر احکام عقلایی موقت یا عصری اند که وابسته به نیازهای عصری انسانند؛ مانند احکامی که مرتبط با برده داری است.

بسیاری از ملاکات هر دو دسته از احکام، یعنی احکام عقلی و عقلایی برای خرد بشر روشن است و مصالح و مفاسد آنها را می فهمد، بویژه این که بسیاری از این دو دسته احکام در قلمرو احکام غیرعبادی مطرح است و به اقرار بسیاری از دانشمندان شیعی ملاکات احکام غیر عبادی، اموری پنهان از عقل بشر نیست و عقل می تواند ملاکات

بسیاری از آنها را دریابد. از این رو پاره ای از دانشمندان شیعی بر این باورند احکام شارع در باره امور غیر عبادی، اساسا ارشادی و تاکیدی است. (۱۲) بنابراین فهم ملاکات آنها بدون یاری جستن از شرع، ممکن است و اساسا شارع نیز در همین راستا حکم جعل می کند و امر جدیدی را نیاورده است؛ برای نمونه حضرت امام رحمه الله در باره مالکیت امام معصوم علیه السلام نسبت به انفال، ثروتهای طبیعی و به طور کلی هر آن چیزی که مالک ندارد می گوید، مالکیت امام علیه السلام در این موارد، امری عقلایی است و میان همه دولتتها رواج دارد و اسلام در این باره چیز جدیدی را نیاورده و بر مشی عقلا حکم کرده است و اجازه حیات و مالکیت ثروتهای طبیعی نیز امری عقلایی و شایع میان دولتهاست. (۱۳)

احکام تاسیسی احکامی است که پیش از شارع سابقه ندارد و او پدید آورنده آنها بوده است، اینگونه احکام بیشتر در قلمرو عبادات دیده می شوند و ممکن است در برخی از موارد ملاکات آنها از خرد بشری پنهان باشد؛ مانند ملاک تعداد رکعات نماز، با این همه، نمی توان گفت به طور کلی دست عقل از فهم این گونه ملاکات کوتاه است؛ زیرا در این گونه احکام عقل می تواند اصل ملاک را درک کند، اگر چه ممکن است فهم برخی از خصوصیات و جزئیات آنها برای عقل ناشناخته باشد؛ برای نمونه عقل می تواند ملاک اصل وجوب نماز، طهارت یا روزه را دریابد، اگر چه ملاک وجوب برخی از خصوصیات آنها روشن نباشد. شاید گواه بر این سخن اسراری است که در باره عباداتی چون نماز، روزه، حج و... در نوشته های دانشمندان مسلمان بیان گردیده است. آیا چنین نوشته هایی نمی تواند گواهی بر فهم ملاکات و مصالح برخی از این احکام قلمداد شود؟

بر پایه گفته های یاد شده، می توان نتیجه گرفت، از دیدگاه نظری مانعی برای شناخت ملاکات و مصالح احکام وجود ندارد و از دیدگاه عملی نیز ملاک احکام شرع در زمینه عقلی و عقلایی برای عقل قابل دستیابی است. تنها در زمینه برخی از احکام تاسیسی شارع است که تا کنون ملاک آنها برای عقل روشن نشده است، اگر چه پس از این روزگار، ممکن است با توجه به نوآوری و تحقیقات دانشمندان آینده در دانش فقه و اصول، آنها نیز قابل فهم باشد و دلیل و برهانی بر نفی چنین امری دیده نمی شود. به طور کلی عقل موجودی تاریخمند است و

تواناییهای آن در طول زندگی بشر نوسان و فراز و نشیب داشته است و مجموعه دانش او و حقانیت آنها در طول تاریخ یکسان نیست و آنچه که بر پایه روند کنونی دیده می شود، به سوی گستردگی و عمق است از این رو، مانعی ندارد که عقل بشر امروز بسیاری از ملاکات را دریابد، اگر چه در گذشته این امکان را نداشته است. حتی اقرار برخی از دانشمندان امروزی مبنی بر دور از دسترس بودن حقیقت، از نشانه های کمال عقل بشری است که ناتوانی خود را در برابر ژرفای حقیقت و کاستی فهم انسان، احساس کرده است. اساسا بسیاری از دانشمندان در اواخر عمر خود به جهل خویش و گستردگی و عمق حقیقت اقرار می کنند و نباید چنین امری را گواه بر ناتوانی عقل بشر بر فهم ملاکات پنداشت. بر این پایه چنانچه نکوهشی در باره ناتوانی عقل بشر در باره فهم ملاکات و احکام شرع در روایات وجود داشته باشد، آیا می توان به عقل بشر امروز نیز گسترش داد و عقل بشر دیروز با امروز را یکسان قلمداد کرد آیا دانش و تجربه بشر امروز با بشر دیروز هم عرض هستند تا هنوز برخی از این دست روایات صادق باشند؟

ب) ضرورت و تاثیر کشف ملاکات و علل احکام

کاوش و دستیابی به علل و ملاکات احکام نه تنها امری ممکن بلکه ضروری است، شایان یادآوری است که پیامد کشف ملاکات و علل احکام برای تعدی کردن از نصوص شرعی و قیاس نمودن امور غیر منصوص به امور منصوص نیست بلکه غرض انگشت نهادن به نکته ای است که به طور مستقل کمتر میان دانشمندان شیعی به آن همت گماشته شده ولی ضرورتی است که روی آوری به آن موجب بالندگی بیش از پیش فقاقت می گردد.

در یک نگاه گسترده می توان ضرورت کشف ملاکات و علل احکام را در دو قلمرو به میان آورد:

- ۱- قلمرو استنباط احکام شرعی؛
- ۲- قلمرو تشخیص مصلحت و بیان احکام حکومتی؛

۱- قلمرو استنباط احکام شرعی
به طور کلی احکام دین در پی استقرار اهداف و ملاکات خرد و کلانی است که مد نظر شارع قرار دارد و هر یک از آنها یا دسته ای از آنها، ابزار تحقق اهداف خرد و کلان شارع به شمار می آیند؛ برای نمونه، ملاک

حرمت زنا حفظ نسل و کیان خانواده است (۱۴) و همین گونه ملاک حرمت خرید و فروش خون و فضولات انسان، نبود منفعت عقلایی و جلوگیری از اکل مال به باطل است و ملاک حرمت شراب حفظ نسل و سلامت روانی انسان است و... بر این پایه، همواره میان احکام دین و غایات و ملاکات آن، نوعی سنخیت و هماهنگی برقرار است و شناخت ملاکات و علل غایی احکام در ابواب و کتابهای گوناگون فقهی؛ مانند بیع، نکاح، جهاد و... کمک می کند تا احکام درست تر و به واقع نزدیکتر استنباط و بیان شوند. فقیهیه که تلاش می کند تا اهداف و ملاکات شارع را در ابواب فقه به دست آورد، در استنباط احکام تنها به قواعد اصولی بسنده نمی کند و اندیشه خود را در چارچوب تمسک به اطلاق و عموم نصوص و مانند آنها گرفتار نمی سازد بلکه با نگاه به همان قواعد اصولی، نصوص را از روزه اهداف و ملاکات شارع که با واقعیت زندگی پیوند دارند، می فهمد. شناخت ملاکات احکام مشعلی فروزان برای فهم نصوص شرعی و دستیابی به احکام شرع، همپای نیازهای روزگار است؛ برای نمونه به یک استدلال فقهی صاحب جواهر اشاره می کنیم. ایشان با توجه به دو ملاک مهم حسن عدل و قبح ظلم در باره عدم لزوم اجازه ولی در نکاح دختر رشید و باکره و با توجه به تعارض روایات به عنوان یک احتمال در این باره می گوید:

بسا اعتبار (دلیل عقل) گواه بر سقوط ولایت باشد؛ زیرا اجبار کردن دختر عاقل و کامل (از سوی پدر) موجب ستم بر او می شود. (۱۵)

ایشان در باره گسترش حرمت احتکار به موضوعاتی بیش از آنچه که در زبان روایات آمده می گوید:

از آنجا که حصر موضوع حرمت احتکار در چارچوب روایات، بسا موجب ستم و تنگی بر مردم گردد. بنابراین برای از میان برداشتن دشواری از مردم، موضوع حرمت احتکار را به هر موضوعی که موجب فشار بر آنها می شود، گسترش می دهیم. (۱۶)

به دیگر سخن صاحب جواهر در استنباط موضوع حرمت احتکار بر این باور است که موضوع حرمت احتکار در باره کالاهایی است که مورد نیاز مردم است و احتکار آن موجب تنگی و سختی بر مردم می گردد و این برخلاف عدالت و موجب ستم است از این رو نبایستی احتکار را به موضوعاتی که در روایات آمده است، منحصر ساخت ولی چنانچه کالای احتکار شده تا آن اندازه

مورد نیاز مردم نباشد، به گونه ای که آنان را به سختی بیاندازد، حرمت معنا ندارد؛ مثلا حرمت احتکار نمک در نواحی ایران معنا ندارد. (۱۷)

همان گونه که ملاحظه می شود اگر چه صاحب جواهر، نصوصی را پیش رو دارد، با این همه با یاری جستن از اصل عدالت، لزوم اجازه ولی را در نکاح دختر رشید باکره نفی می کند و همین طور دامنه موضوع احتکار را به بیش از آنچه که در روایات یاد گردیده است، گسترش می دهد و از دو اصل حسن عدل و قبح ظلم به عنوان مشعلی برای روشنایی راه اجتهاد، بهره می جوید.

۲- قلمرو تشخیص مصلحت و بیان احکام حکومتی

حکم حکومتی، حکمی است که از سوی فقیه با توجه به مصالح و نیازهای جامعه در زمینه های گوناگون و در چارچوب ضوابط شرعی تشخیص داده شده و بیان می گردد. از تعریف یاد شده به دست می آید که حکم حکومتی دارای سه رکن است، اولاً از سوی فقیه است، ثانیاً با توجه به مصالح جامعه بیان می شود، ثالثاً در چارچوب ضوابط شرعی قرار گیرد. بر این پایه، مصالح جامعه پایه و خاستگاه حکم حکومتی است که بایستی در گستره ضوابط شرعی تشخیص داده شود و در طول آنها قرار گیرد و روشن ست شناخت مصالح جامعه بستگی آشکاری به شناخت ملاکات و مصالح احکام که همان ضوابط شرعی است، دارد. اگر مصالح و ملاکات احکام روشن نباشد، چگونه می توان در چارچوب ضوابط شرع، مصلحت جامعه را تشخیص داد. از آنجا که در پاره ای موارد میان مصلحتها تزامم پدید می آید، یکی از پایه های تشخیص مصلحت، شناخت مهم از غیر مهم و همین طور شناخت مهم از مهمتر است و روشن است، بازشناسی هر یک از آنها از رهگذر روشن بودن ملاکات و مصالح احکام امکان می یابد. چنانچه ملاکات خرد و کلان احکام و یا دست کم ملاکات کلان احکام روشن نباشد، چگونه می توان مصلحت جامعه را از میان مصالح متزامم موجود بازشناخت؟ آیا شناخت مهم یا مهمتر بودن حکمی، راهی به جز شناخت ملاک حکم دارد؟ برای نمونه شناخت این که احترام به مالکیت خصوصی و نگهداری اموال مردم از تخریب آنها، مهمتر است یا تخریب خانه های مردم (اگر چه بدون رضایت آنها باشد) و ساختن اماکن مورد نیاز جامعه، با توجه به شناختی است که از ملاک هر یک از دو حکم وجود دارد و مسلماً صدور چنین

حکمی در پرتو فهم ملاک هر دو حکم و ترجیح یکی بر دیگری است.

بر این پایه، در نگرش کسانی که ولایت فقیه را پذیرفته اند و وظیفه وی را اجرای احکام شرع در جای جای تصمیم گیریهای مرتبط با جامعه می دانند، شناخت ضوابط و ملاکات احکام برای او امری ضروری و گریزناپذیر است. ملاکات و مصالح احکام در سنجش با احکام حکومتی مانند قانون اساسی در مقایسه با قانون عادی است، همان گونه که قوانین عادی باید در راستای قانون اساسی وضع شوند، فتاوا و احکام حکومتی نیز بایستی در راستای تامین ملاکات و مصالح شرع قرار گیرند.

ما در این بخش کوتاه به زمینه های ضروری و تاثیر شناخت ملاکات احکام در دو قلمرو اجتهاد و احکام حکومتی و همین طور حکم و موضوع اشاره می کنیم و کاوش و کوشش در این باره را به مجال دیگری می سپاریم.

۱- تاثیر در باب ترجیح در بحث تزامم احکام؛

۲- تاثیر در باب ترجیح در بحث تعارض اخبار؛

۳- تاثیر در پذیرش روایات و ایجاد وثوق و اطمینان به صدور آنها؛

۴- تصرف در اطلاق یا عموم نصوص و تقیید یا تخصیص آنها؛

۵- تاثیر در روشن ساختن مفاد نصوص مجمل و محتمل و ترجیح یکی از آن معانی، با توجه به شناخت مصالح و ملاکات؛

۶- بازشناسی دقیق موضوع و صدق عناوین احکام فقهی؛

۷- تاثیر در تشخیص و جعل احکام حکومتی؛

۸- تاثیر در ترتیب مقدمات فقهی برای استنباط حکم.

در یک سخن کوتاه می توان گفت، شناخت ملاکات و مصالح و مفاصد احکام، می تواند جهت گیری اجتهاد را روشن سازد و مسیر حرکت آن را نشان دهد و اجتهاد را در فضایی روشن و شفاف قرار دهد و مجتهد را تنها با تمسک جستن به یک سلسله قواعد اصولی احیاناً از بی راهه رفتن، باز بدارد. اساساً توجه به ملاکات و مصالح و مفاصد احکام خود می تواند یکی از ترازها و قواعد اجتهاد به شمار آید که بایستی مجتهد در دستیابی حکم به آن اهتمام ورزد و این سخن تازه و بدیعی نیست بلکه برخی نشانه های آن در نوشته های فقهی به نام «روح شریعت» یا «مذاق شارع» دیده می شود. شاید سخن یاد شده نزدیک به مطلبی باشد که به عنوان «شم الفقاهه» در میان نوشته های برخی فقیهان

مانند شیخ جعفر کاشف الغطاء مطرح است. (۱۸)

ج) عقل و تصرف در نصوص

همان گونه که در پیش نیز گفته شد یکی از زمینه های بهره گیری از عقل، تحلیل و تصرف در نصوص دینی است و به راستی که یکی از دشوارترین عرصه های اجتهاد نیز همین امر است؛ زیرا تا هنگامی که فقیه به ظواهر نصوص عمل کند کار دشواری را پیش رو نخواهد داشت. سنگینی کار هنگامی آغاز می شود که بخواهد آیه یا روایتی را از ظاهرش برگرداند و مدلول ظاهری آن را به کنار نهد.

در یک نگاه گسترده دو دسته امور موجب تصرف در ظواهر نصوص می گردد، یک دسته قراین لفظی منفصل است و دسته دیگر قراین لبی یا غیر لفظی است. قراین لبی یا غیر لفظی نیز سه امر است، اجماع، سیره عقلا و دلیل عقل. در بحث کنونی دلیل عقل مد نظر است و همان گونه که پیش از این نیز گفته شد، منظور از عقل، هر گونه یافته های بشری است که می تواند در قلمرو مباحث احکام شرعی مطرح باشد.

تصرف در ظواهر بسیاری از نصوص شرعی، امری گریزناپذیر است و علت آن نیز منطبق نبودن مفاد ظاهری آن با حقایق و وقایع، در گمان مجتهد است. این عدم انطباق از آن روست که همواره فهم متن در چارچوب شخصیت فکری، روانی فهم کننده، انجام می شود. به طور کلی شخصیت هر فهم کننده متن، برخوردار از یک ویژگیهای مشترک و ویژگیهای فردی است. ویژگیهای مشترک همان اصول و معرفت‌های فطری است که همه انسانها از هر تیره و تباری از آن برخوردار هستند و ناگزیر همه متون از سوی هر انسانی در چارچوب آنها فهمیده می شود. می توان این را به طور مسامحی، نوعی جبر در فهم متون نام نهاد؛ مانند این که خداوند فرموده است «یا ایها الناس اعبداوا ربکم» (۱۹) و به دلیل عقل، بدیهی گفته می شود، منظور از «ناس» کسانی هستند که عاقل، بالغ و قادر هستند.

ویژگیهای فردی، مجموعه باورها و یافته های فکری و خصوصیات روانی فهم کننده است که در گمان وی مانع می شود به مدلول ظاهری نص عمل شود و در تصور وی التزام به ظاهر نص، با یک سلسله حقایق یا واقعیت‌های موجود معارض است. (۲۰) به هر روی می توان گفت ضرورت تصرف در

نصوص توسط عقل، عدم انطباق نصوص با حقایق است که در نظام فکری مجتهد وجود دارد و ناسازگاری مدلول نصوص با وقایع موجود است. چنین امری وی را و می دارد تا مدلول ظاهری آنها را کنار بگذارد و با نگاه به آن حقایق وقایع، گونه ای توسعه یا تضییق در آنها بدهد. به دیگر سخن، آنچه ضرورت تصرف در نصوص را به گونه هایی چون تخصیص یا تقیید و یا توسعه روشن می سازد، بایستگی فهم عاقلانه آنهاست، بدین معنا که بایستی نصوص را دست کم در چارچوب یک رشته معرفت‌های بدیهی و نظری دریافت کرد و به تفسیر و تحلیل آنها پرداخت. چارچوب‌مند بودن فهم بشر یک ضرورت شناخت‌شناسی است. بر این پایه بسا واژه هایی در زبان گفتاری یا نوشتاری وجود دارد که به لحاظ ساختار زبانی از گستردگی و شمول و یا نوعی ضیق برخوردار است، با این همه چون گستره فهم آدمی دست کم در حصار معرفت‌های بدیهی عقل است، مفاد الفاظ، تخصیص یا تقیید می خورد و ناگزیر نمی توان با شمول آنها پابند بود. این حداقلی است که در این باره وجود دارد و در آن خرده گیری دیده نمی شود. فراتر از آن، این است که گفته شود از آنجا که اجتهاد چیزی جز تلاش برای دستیابی به مقصود شارع نیست و این تلاش از رهگذر یک رشته شناخت‌های عقلی و نقلی پدید می آید، آنچه نهایتاً به عنوان معیار و ضابطه دستیابی به مدار شارع و استنباط حکم پذیرفته می شود، فناعت وجدان مجتهد است که پس از به کارگیری یک رشته ترازها و قاعده های پذیرفته شده به دست می آورد. بر این پایه، بسا در نصوص، عمومات یا مطلقات و یا به طور کلی ظواهری پیدا شود که از نگاه مجتهد با دیگر باورهای عقلی یا نقلی وی ناسازگار است. از این رو آنها را تخصیص یا تقیید می زند و یا ظاهر آن را از وجوب به استحباب، برمی گرداند.

فقیه روشن اندیش، شیخ طوسی در داوری میان نظریه جواز تخصیص عمومات به دلیل عقل و دیگر دلیلها می گوید:

آنچه که بر درستی نظریه نخست صحه می گذارد، این است که اگر دلیلی (اگر چه عقلی) موجب علم گردد، بایسته است که عمومات توسط آن تخصیص بخورد. (۲۱)

شهید محمد باقر صدر در یکی از نوشته های خود پس از آن که تصریح می کند هدف از اجتهاد سازگار ساختن اندیشه اسلامی با رویدادهای زندگی است، می گوید، چنانچه مدلول نص در قلمرو مسائل عبادی باشد،

بایستی به همان ظهور لغوی یا سیاقی آن بسنده گردد و بایستی به آن چیزی افزود ولی چنانچه مدلول نص در قلمرو مسائل اجتماعی باشد، در این صورت بایستی نص را از دریچه فهم اجتماعی و ارتکاز مشترک میان مردم فهمید و بسا چنین فهمی موجب توسعه یا تضییق نص گردد. وی برای نمونه به مساله تحقق ملکیت در حیازت اشاره کرده می گوید، اگر مدلول نص این بود که چنانچه کسی آب چاه یا هیزم را حیازت کرد، مالک آن می شود، مدلول لغوی چنین نصی اقتضا می کند که در حکم به ملکیت برای شخص حیازت کننده، به همین دو موضوع اکتفا شود ولی چنانچه از دریچه فهم اجتماعی و ارتکاز عقلایی نگریسته شود، حکم به ملکیت منحصر در حیازت آب چاه یا هیزم نیست بلکه در برگیرنده همه ثروت‌های طبیعی می شود. وی از این امر به تناسب حکم و موضوع یاد می کند، بدین معنا که در ارتکاز عقلا به طور کلی، حکم به ملکیت با ثروت‌های طبیعی تناسب دارد و منحصر در آب چاه یا هیزم نیست و این دو به عنوان مصداقی از ثروت‌های طبیعی در نص آمده اند و با ضمیمه کردن ارتکاز مشترک میان عقلا، بایستی حکم به ملکیت را به همه ثروت‌های طبیعی گسترش داد و در ظاهر لغوی نص تصرف کرد. (۲۲)

ممکن است اشکال شود، بحث در باره نقش دلیل عقل در تصرف نصوص است ولی آنچه برای نمونه گفته شد، در باره ارتکاز عقلایی است که موجب تعمیم و گستردگی در نص گردیده و روشن است، میان دلیل عقل و ارتکازات عقلایی تفاوت وجود دارد. در پاسخ گفته می شود تحقیق نشان می دهد، دست کم شماری از ارتکازات عقلا بر پایه گونه گونه تحلیل عقلانی که در ضمیر ناخودآگاه آنان وجود دارد، استوار هستند و در نهایت به نوعی دلیل عقلی به معنایی که پیش از این گفته شد، برمی گردند. مساله ارتکاز عقلایی در باره حیازت از این دست ارتکازات به شمار می آید؛ زیرا چنانچه پذیرفته شود، حیازت چیزهایی؛ مانند آب چاه و هیزم، موجب مالکیت می گردد، چنین امری در واقع بر پایه این استدلال استوار است که این امور مالک بخصوصی ندارد و هر کسی آنها را یافت، بویژه چنانچه برای یافتن آنها، جستجو و هزینه کرده باشد، برای وی حق پدید می آید و اصل عدالت اقتضا می کند که مالک آنها به شمار آید. عقلا بر پایه چنین استدلالی، اگر چه ناخودآگاه حکم به مالکیت کرده اند و این ارتکاز یا دلیل عقلی؛ مانند قرینه، موجب می گردد

در مدلول ظاهر نص تصرف شود و حکم به همه ثروت‌های طبیعی گسترش یابد. بر پایه آنچه گفته شد، به کارگیری عقل در فقه شیعه از ظرفیت شایسته ای برخوردار است؛ زیرا شمار بسیاری از احکام شرع در زمینه های حکم عقلی یا حکم عقلایی است و اساساً بخش فراوانی از آنها در این باره ارشادی است و بدین روست که عقل می تواند و گاهی باید، عموم یا اطلاق برخی نصوص را تضییق کند و یا در مفاد آنها توسعه بدهد؛ زیرا احکامی که زمام آنها به دست عقل و عقلاست، حدود و قیود و گستره آنها نیز به دست عقل و عقلاست. (۲۳) بررسی و جستجو در نوشته های فقهی گواه روشنی بر این سخن است. فقیهان گرانمایه اگر چه در مباحث اصول، عقل را در جایگاه شایسته آن نشانده اند ولی در مباحث فقهی به شایستگی از آن سود جسته اند و هر آنچه در مباحث اصول کم گفته اند، در مباحث فقه به کار بسته اند. این امر پژوهشی شایسته خود را می طلبد که بایستی به آن همت گماشت.



ربا در بانکداری اسلامی

نویسنده: موسویان، سید عباس؛ منبع: فصلنامه اقتصاد اسلامی، شماره ۶

چکیده

اقتصاد ربوی اقتصادی است که در آن، گروهی با تمام توان کار می کنند و هزاران خطر و نگرانی را به جان می خردند و در پایان، بخش اصلی سود و دسترنج را به گروهی فاصله گرفته از عرصه کار و کوشش و بی تفاوت در برابر اضطراب ها و افت و خیزهای اقتصاد واقعی، تحویل می دهند. پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تغییر روابط اجتماعی و تغییر قوانین غیراسلامی، بازار پول و سرمایه، به ویژه نظام بانکی ایران نیز دستخوش دگرگونی اساسی شد که تصویب و اجرای قانون عملیات بانکداری بدون ربا، از مصادیق روشن آن به شمار می آید. این مقاله با بررسی نظام بانکداری ایران، نشان می دهد که نظام بانکی، نخواستار یا نتوانسته آن گونه که انتظار بود، ربا و بهره را از معاملات خود حذف کند و ربا در موارد بسیاری به صورت پنهان و آشکار خود را نشان می دهد. مهم ترین مصادیق ربا در نظام بانکی را می توان در دو بخش اعطای تسهیلات بانکی و بخش جریمه تأخیر و تمدید مهلت پرداخت بدهی بررسی کرد.

کلمات کلیدی: ربا، بانکداری، تسهیلات، سود، اجرای قانون عملیات بانکداری بدون ربا، بانکداری اسلامی

مقدمه

الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ
الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكِ بَأْنَهُمْ
قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ
وَحَرَّمَ الرِّبَا. (۱) کسانی که ربا می خورند،
بر نمی خیزند، مگر مانند برخاستن کسی که
شیطان بر اثر تماس آشفته اش کرده است.
این بدان سبب است که آنان می گفتند:
«دادوستد مانند ربا است» و حال آن که خدا
داد و ستد را حلال، و ربا را حرام کرده است.
اقتصاد ربوی، اقتصادی است که گروهی در
نقش کارگر، کشاورز، تاجر و کارخانه دار با

معنا است که بخش فراوانی از افزایش تولید،
نصیب صاحبان پول شده؛ در نتیجه، حقوق و
دستمزد نتوانسته در حدّ رشد تولید ناخالص
ملی رشد کند و فقط ۳/۲ برابر شده است.
(۳) اندیشه ور سوئیسی هانس یورگن گفته
است:

بهره، رشوه ای است که تمامی شاغلین،
از کارگر گرفته تا کشاورزان و کارفرمایان
باید به صاحبان سرمایه های مالی بپردازند
تا بتوانند مشغول به کار شوند. ... بهره،
یک بار کمرشکن برای اکثریت و درآمدی
غیرمسئولانه برای اقلیت است. (۴)
پس از پیروزی انقلاب اسلامی و در پی

تمام توان و علاقه، از صبح تا شب در آن
زحمت می کشند و کار می کنند و هزاران
خطر و نگرانی را به جان می خردند و در
نهایت، بخش اصلی محصول و دسترنج را به
گروهی فاصله گرفته از عرصه کار و کوشش
و بی خبر از اضطراب ها و نگرانی ها و افت
و خیزهای صحنه عمل تحویل می دهند.
(۲) شاید بهترین شاهد بر این مدعا، مطالعه
آمار یکی از پیشرفته ترین اقتصادهای دنیا
باشد. طبق آمار رسمی بانک مرکزی آلمان،
در حالی که تولید ناخالص ملی در طول
۲۲ سال، ۴/۲ برابر شده، درآمدهای ناشی
از بهره، از ۱۰ برابر تجاوز کرده و این بدان

دگرگونی های بزرگ روابط اجتماعی و تغییر قوانین و مقررات غیراسلامی، بازار پول و سرمایه ایران به ویژه نظام بانکی، دستخوش تحوّل اساسی شد. تصویب و اجرای قانون عملیات بانکداری بدون ربا، آن هم در زمانی که به اعتقاد بیش تر اقتصاددانان نظام سرمایه داری، اقتصاد بدون بهره به تناقض درونی مبتلا بوده، در کوتاه مدّت، کارایی، و در بلندمدّت، حیات خود را از دست می دهد، (۵) کامیابی بزرگی به شمار می آید؛ اما به علل گوناگونی که در مقاله بیان می شود، نظام بانکداری ایران نخواست یا نتوانسته آن گونه که انتظار بود، ربا و بهره را از معاملات خود به طور کامل حذف کند و در موارد بسیاری به صورت پنهان و آشکار خود را نشان می دهد. مهم ترین مصادیق ربا در نظام بانکی را می توان در دو بخش، ردیابی کرد: بخش نخست، گرایش نظام بانکی به حقیقت بهره در عملیات بانکی است و بخش دوم در مسأله جریمه تأخیر و تمدید مهلت پرداخت بدهی است. برای تبیین بیش تر این مسأله، مقاله در دو بخش مستقل تنظیم شده است.

بخش نخست: گرایش نظام بانکی به حقیقت بهره (ربا)

برای نشان دادن این مطلب، لازم است به عملکرد بانک ها در بخش اعطای تسهیلات توجه شود؛ چرا که بانک ها مطابق قانون عملیات بانکداری بدون ربا، یا مالک سپرده ها هستند (در سپرده های دیداری و پس انداز) یا وکیل سپرده گذاران (سپرده های سرمایه گذاری)، و هرچه به صورت سود از طریق اعطای تسهیلات، به دست می آورند، پس از کنار گذاشتن سهم خود (در جایگاه مالک یا به صورت حق الوکاله)، بقیه را به صاحبان سپرده سرمایه گذاری می پردازند؛ پس اگر سود دریافتی بانک ها از طریق اعطای تسهیلات، مشروع و از ربا خالی باشد، سهم بانک و سپرده گذاران نیز مشروع و خالی از ربا خواهد بود و اگر آن سودها ربوی باشد همان طور که سهم بانک، ربوی می شود سود اعطایی به سپرده گذاران نیز ربوی خواهد بود و در حقیقت، بانک به جای وکالت در دادن و گرفتن سود، در دادن و گرفتن ربا وکیل می شود.

پس از اجرای قانون بانکداری بدون ربا، از میان عقود دوازده گانه اعطای تسهیلات به جهت این که بانک ها موضوع عقود مزارعه و مساقات (زمین زراعی و باغ) را نداشتند، به

این دو عقد، اصلاً عمل نشد. عقد خرید دین نیز به جهت وجود مشکلات فقهی از سال ۱۳۶۷ باز ایستاد؛ بنابراین، بانک ها افزون بر سرمایه گذاری مستقیم، از طریق هشت عقد فروش اقساطی، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مضاربه، جعاله، سلف، اجاره به شرط تملیک و قرض الحسنه، به اعطای تسهیلات اقدام کردند. بررسی عملکرد بانکداری بدون ربا نشان می دهد که بدبختانه نظام بانکی، نه تنها به سمت رهایی از حقیقت بهره پیش نرفته، بلکه با اتخاذ برخی روش ها و راه کارها به سمت آن کشیده شده است و این حقیقت تلخ را می توان در مسائل آینده به روشنی مشاهده کرد

شواهد گرایش نظام بانکی به حقیقت بهره

پیش از بیان شواهد، یادآوری این نکته لازم است که در قانون عملیات بانکداری بدون ربا، شیوه های به کارگیری منابع بانک به لحاظ کیفیت تعلق سود، به پنج گروه تقسیم می شود.

گروه اول، عقود مشارکتی (مشارکت مدنی، حقوقی و مضاربه) هستند. در این عقود، مطابق قانون، نسبت های تقسیم سود در قرارداد، تعیین، و نرخ سود انتظاری، پس از کارشناسی مشخص می شود؛ اما نرخ سود قطعی بعد از انجام فعالیت اقتصادی و مشخص شدن سود واقعی به دست می آید. گروه دوم، عقود با بازده ثابت (فروش اقساطی و اجاره به شرط تملیک) است. سود آن ها هنگام معامله به صورت قطعی معین می شود.

گروه سوم، عقود با بازده متغیر (سلف و جعاله) است که در آن ها، سود قطعی بانک، پس از پایان دوره مالی و براساس قیمت های پایان دوره و هزینه های تمام شده تعیین می شود.

گروه چهارم، عقد قرض الحسنه که ماهیت خیرخواهانه داشته، بانک در برابر کاری که انجام می دهد، کارمزد می گیرد و سودی بابت خود پول قرض داده شده دریافت نمی کند.

گروه پنجم، سرمایه گذاری مستقیم است. در این روش، بانک بخشی از منابع را به طور مستقیم، سرمایه گذاری، و به فعالیت اقتصادی اقدام می کند. سود بانک در این روش، همانند عقود مشارکتی به سود واقعی فعالیت، بستگی دارد.

آشنایان با مسائل نظری بانکداری اسلامی

می دانند که این روش ها همگی از جهت فقهی مورد قبول بوده، جایزند؛ اما از میان آن ها فقط عقود مشارکتی، سرمایه گذاری مستقیم و قرض الحسنه با اهداف بانکداری اسلامی و اقتصاد اسلامی تناسب کامل داشته، با حکمت تحریم ربا منطبق و از حقیقت ربا و بهره در بازار سرمایه دور است و عقودی چون فروش اقساطی، سلف، اجاره به شرط تملیک، گرچه در بازار کالاها و خدمات، جایگاه منطقی و قابل دفاعی دارند، در بازار پول و سرمایه در عمل، دارای ماهیتی شبیه وام و اعتبار ربوی هستند؛ (۶) در نتیجه، هر چه سهم عقود مشارکتی، سرمایه گذاری مستقیم و قرض الحسنه بیش تر باشد، به حقیقت بانکداری اسلامی نزدیک تر می شویم و برعکس، هر چه سهم آن ها کم تر شود، به حقیقت ربا و بهره نزدیک تر می شویم.

۱. رشد کمی عقود با بازده ثابت مطالعه عملکرد نظام بانکی که در جدول ها و نمودار صفحه های بعد منعکس شده، نشان می دهد با گذشت زمان، جهتگیری بانک ها به طور عمده به سمت به کارگیری عقود با بازده ثابت است. در حالی که درصد مانده تسهیلات اعطایی به روش عقود مشارکتی (مشارکت مدنی، حقوقی و مضاربه)، مرتب کاهش یافته و از ۳۷/۱ درصد کل تسهیلات در سال ۶۳ به ۱۹/۳ درصد در سال ۷۸ رسیده، سهم عقود با بازده ثابت (فروش اقساطی و اجاره به شرط تملیک) رشد مداوم داشته، از ۳۵/۸ در سال ۶۳ به رقمی در حدود ۶۰/۳ درصد در سال ۷۸ رسیده است (۷) و از این میان، فروش اقساطی که در حقیقت ضعیف ترین نوع عقود بانکی در تحقق اهداف اقتصاد اسلامی است. از همه بیش تر رشد کرده؛ به طوری که از سال ۷۶ به بعد، به تنهایی بیش از نصف مانده تسهیلات اعطایی را شامل می شود؛

جدول شماره ۱- ترکیب مانده تسهیلات اعطایی جدید بانک ها به بخش غیر دولتی* در پایان سال

* شامل انواع موضوع معاملات به جز اموال اجاره به شرط تملیک است.

** شامل مطالبات معوق و سررسید گذشته است.



تأثیر اشتباه در معامله

نویسنده: نظری، ایراندخت؛ منبع: فصلنامه ندای صادق، شماره ۱۶

چکیده:

اصل لزوم و صحت معاملات ایجاب می کند که اشتباه، یعنی تصور خلاف واقع طرفهای عقد، در سرنوشت معامله بی تأثیر باشد. مع الوصف اشتباهات طرفهای عقد را نمی توان یکسان دانست و باید آن را تفکیک نمود. بعضی از اشتباهات که مانع تأثیر اراده و تحقق قصد انشاء، - عنصر سازنده عقد می شود، سبب بطلان عقد خواهد بود؛ مثل اشتباه در ذات و ماهیت مورد معامله. برخی دیگر از اشتباهات مثل اشتباه در بعضی اوصاف مورد معامله، هیچ اثری در صحت عقد ندارد.

علاوه بر اشتباه در مورد معامله، ممکن است در شخص طرف معامله نیز اشتباه رخ دهد. در این صورت، هرگاه شخصیت طرف، علت عمده عقد باشد، یعنی عقد با لحاظ شخصیت و شخص بخصوص منعقد شده باشد، اشتباه در شخص طرف معامله، سبب بطلان عقد خواهد بود. در غیر این صورت اشتباه در شخص طرف معامله، اثری در عقد ندارد. معمولاً در عقود نظیر نکاح، صلح یا هبه، شخصیت طرف علت عمده عقد به شمار می آید که اشتباه در این موارد، سبب بطلان عقد است.

کلمات کلیدی: علت عمده عقد، اشتباه، معامله، بطلان عقد، شخص طرف معامله، سبب بطلان عقد

اشتباه و انواع آن

اشتباه یا تصور خلاف واقع بر دو نوع است:
۱- اشتباه مؤثر یا مانع ۲- اشتباه غیر مؤثر
۱- اشتباه مؤثر یا مانع: منظور از اشتباه مؤثر، اشتباهی است که در عقد اثر گذاشته سبب بطلان آن می شود. این اشتباه از آن جهت که مانع تحقق قصد انشا و تأثیر اراده می شود، عقد را باطل می کند. (۱) اینگونه اشتباهات را می توان از عیوب قصد نامید؛ زیرا سبب می شود مقصود طرف معامله با واقع منطبق نباشد؛ به دیگر سخن، این موانع، جلو تأثیر قصد طرفین را گرفته، مانع تشکیل عقد می گردد؛ مثل اشتباه در ذات و ماهیت مورد معامله که ماده ۳۵۳ ق.م. آن را سبب بطلان بیع دانسته است؛ "هرگاه چیز معینی به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد، بیع باطل است..." در این مورد تفاوتی ندارد که هر دو طرف در اشتباه

باشند یا یکی از طرفین با تصور خلاف خود، مبادرت به انعقاد عقد کرده باشد. مثلاً هرگاه شخصی ظرفی را به تصور این که جنس آن نقره است، خریداری کند و سپس معلوم شود، جنس ظرف کروم بوده، عقد بیع باطل است. اما هرگاه خریدار هنگام خرید ظرف معینی که پیش روی او قرار دارد، اشتباهاً تصور کند که ظرف مزبور ساخت اصفهان است بعد معلوم شود ظرف، ساخت اصفهان نبوده، عقد صحیح خواهد بود؛ مگر این که چنین وصفی، ضمن عقد شرط شده باشد که در این صورت، فقدان وصف، برای خریدار حق فسخ به وجود خواهد آورد.

اشتباه در شخص طرف معامله نیز هرگاه شخصیت طرف، علت عمده عقد باشد، از اشتباهات مؤثر و مانع تحقق قصد انشا بوده عقد را باطل می سازد. بعضی از حقوقدانان، اشتباهی را سبب بطلان عقد می دانند که موجب عیب تراضی، یعنی

مانع تحقق تراضی شده باشد. این اصطلاح ظاهراً از حقوق اروپا اقتباس شده است؛ زیرا در سیستم حقوق اروپایی، رضا عنصر سازنده عقد است و عنصری به نام قصد انشا وجود ندارد. اما در حقوق ایران (۲) که به موجب ماده ۱۹۱ ق.م. "عقد محقق می شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند"، آنچه سازنده و بوجود آورنده عقد است، قصد انشاست نه رضای طرفین. رضا عبارت است از حالت تمایل که پس از سنجش سود و زیان در شخص ایجاد می شود و مربوط به مرحله تصمیم گیری است، در حالی که قصد انشا یا عنصر سازنده عقد، مربوط به مرحله اجرای تصمیم است.

بهمین علت در حقوق ایران، فقدان قصد، سبب بطلان معامله می شود؛ اما فقدان رضا، عدم نفوذ معامله را به دنبال دارد؛ مثل معامله مکره یا معامله فضولی و می دانیم که معامله باطل هیچ اثری نداشته قابل اصلاح نیست؛

عقد می دانند که موجب عیب تراضی، یعنی

اما معامله غیر نافذ را می توان با تنفیذ بعدی، اعتبار و نفوذ بخشید؛ بنابراین، بهتر است اشتباه مؤثر در عقد را عیب قصد نامید، نه عیب تراضی.

در حقوق فرانسه که رضای طرفین، عنصر سازنده عقد، معرفی شده، اشتباه بر دو دسته نابود کننده رضا و معیوب کننده رضا تقسیم شده است. (۳) اشتباه راجع به ماهیت عقد و اشتباه در علت عقد، از اشتباهات نابودکننده رضا و سبب بطلان عقد است. در حالی که اشتباه در ارزش مورد معامله یا شخص طرف معامله، اگر شخصیت او علت عمده عقد باشد، از اشتباهات معیوب کننده رضاست؛ اما عقد را بطور مطلق باطل نمی سازد. (۴)

در فقه نیز قصد انشا، عنصر سازنده عقد است. هرچند تفکیکی بین اشتباه مؤثر و غیر مؤثر بنحوی که گفته شد، به عمل نیامده، اما از مطالعه کتب فقهی می توان استنباط کرد که هرگاه اشتباه مانع تحقق قصد شود، سبب بطلان عقد خواهد بود؛ علاوه بر اینکه مقررات قانون مدنی در خصوص اشتباه در ذات مورد معامله یا اوصاف آن، اساساً از فقه اقباس گردیده است.

۲- اشتباه غیر مؤثر: این اشتباه اثری در صحت یا فساد عقد ندارد؛ مثل اشتباه در یکی از اوصاف مورد معامله. در این مورد تفاوتی ندارد که این اوصاف از اوصاف مهم باشد یا غیر مهم. اوصاف غیر مهم در جلب تمایل اشخاص اثری ندارد، هرچند که وصف به شمار می آید مثل رنگ صابون، اما اوصاف مهم در جلب تمایل اشخاص دخالت دارد، مثل رنگ فرش. اشتباه در اوصاف غیر مهم، اثری در سرنوشت عقد ندارد؛ مگر اینکه بصورت شرط ضمن عقد درج شده باشد، که در صورت تخلف، برای مشروط له، حق فسخ به وجود می آورد. اشتباه در اوصاف مهم، در صورتی که منطبق با شرایط مربوط به اختیارات، نظیر خیار تخلف وصف یا خیار عیب باشد، سبب پیدایش حق فسخ برای اشتباه کننده خواهد شد، در غیر این صورت و در صورتی که وصف مذکور در عقد، شرط نشده باشد، اشتباه اثری در عقد ندارد؛ مثلاً هرگاه شخصی فرش معینی را که در مقابل او قرار دارد، با این تصور اشتباه که بافت تبریز است، خریداری کند و بعد معلوم شود، بافت مشهد بوده است، معامله صحیح بوده قابل فسخ هم نیست؛ زیرا خریدار فرش معینی را که دیده خریداری کرده و در ماهیت مبیع دچار اشتباه نبوده است و چون وصف مزبور در عقد، شرط نشده، اشتباه خریدار، اثری در عقد نداشته، سبب پیدایش حق فسخ هم نخواهد شد.

قابل توضیح است که اشتباه در وصف جانشین ذات، سبب بطلان معامله خواهد بود. (۵) وصف جانشین ذات، در واقع همان ماهیت عرفی مورد معامله است که مبنای ارزش اقتصادی آن را تشکیل می دهد؛ مثل وصف عتیقه بودن ظرف؛ اشتباه در این وصف، مانند اشتباه مؤثر، از موانع تاثیر اراده و سبب بطلان عقد است؛ زیرا وصف در این مورد، جانشین ذات و ماهیت مورد معامله می شود و اشتباه در آن، مانند اشتباه در ذات مورد معامله، مانع از تحقق قصد انشا، و در نتیجه باطل کننده عقد است.

این تقسیم بندی اشتباه، از جهت تاثیر یا عدم تاثیر آن در عقد بود؛ ولی باید توجه داشت که هر یک از این اشتباهات ممکن است در مورد معامله یا شخص طرف معامله رخ دهد. اشتباه در شخص طرف معامله اشتباه در شخص طرف معامله را در دو فرض باید بررسی کرد:

۱. شخصیت طرف، علت عمده عقد نباشد.
۲. شخصیت طرف، علت عمده عقد باشد.
منظور از شخص، انسان معین و مشخص، و مقصود از شخصیت، مجموع اوصاف و عوارضی است که فردی را از افراد دیگر متمایز می کند. (۶) ماده ۲۰۱ ق.م.، هر دو واژه را به کار برده است. "اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی کند مگر در مواردی که شخصیت طرف، علت عمده عقد بوده باشد".
اشتباه ممکن است درباره شخص طرف معامله باشد؛ مثلاً شخصی خانه خود را به حسن صلح کند و بعد معلوم شود، متصالح، حسین بوده است؛ و ممکن است اشتباه در شخصیت طرف معامله رخ دهد؛ در این صورت شخصیت به مجموعه اوصاف و خصوصیات فرد معین اطلاق می شود نه به برخی از اوصاف او. در این صورت نیز همان معنای شخص، از آن افاده می شود؛ زیرا شخص، فردی است که دارای اوصاف و عوارض خاصی باشد.

اشتباه در یکی از اوصاف فرد طرف معامله، اثری در عقد ندارد؛ به همین علت حتی در عقد نکاح که شخصیت طرفین، علت عمده عقد است، اشتباه در یکی از صفات - نه اشتباه در شخصیت هرچند صفت اساسی هم باشد، اثری در عقد ندارد، مگر اینکه... این صفت در عقد، شرط شده یا عقد بنای بر آن منعقد شده باشد که در این صورت برای طرف مقابل در صورت فقدان صفت مذکور، حق فسخ نکاح به وجود می آید. (۷)

۱- شخصیت طرف معامله علت عمده عقد نیست؛ منظور از علت عمده عقد، علت و هدف

مستقیمی است که شخص از انعقاد معامله دارد، به نحوی که اگر آن علت وجود نداشت، شخص حاضر به معامله نمی شد؛ مثلاً شخصی اموال خود را به دانشمند مشهوری هبه می کند، در این صورت، شخصیت دانشمند علت عمده عقد هبه است و اگر پس از عقد معلوم شود متهم آن، دانشمند معروفی نبوده، عقد هبه باطل خواهد بود. در غیر این صورت، اشتباه در شخص طرف معامله، اثری در عقد ندارد. مثل اینکه شخصی کالایی را از علی بخرد ولی اشتباه تصور کند او احمد است. در این مورد، معامله حتی قابل فسخ هم نیست؛ زیرا شخصیت طرف معامله علت عمده عقد نبوده است؛ بلکه علت عمده عقد بدست آوردن عوضین یعنی مبیع و ثمن بوده که با عقد محقق شده است و اینکه عوض یا معوض از چه کسی دریافت شده، و این شخص دارای چه خصوصیتی است، برای طرفین، اهمیتی ندارد. هرچند معمولاً اشخاص ترجیح می دهند با افراد خوشنام و معتبر معامله کنند، اما این امر به حدی نیست که علت عمده عقد به حساب آید؛ بنابراین ماده ۲۰۱ ق.م. مقرر داشته «اشتباه در شخص طرف، به صحت معامله خللی وارد نمی سازد...».

بعضی از فقها، (۸) هنگام بحث از شرایط متعاقدين، این سؤال را طرح کرده اند که آیا تعیین مالکان مبیع و ثمن لازم است یا خیر؟ ایشان سپس با نقل قول از برخی محققان (صاحب مقابیس) - که معتقدند در بیع، باید متعاقدين معلوم باشند، در غیر این صورت، به علت اینکه ملک بدون مالک خواهد ماند عقد لغو خواهد شد این نظر را مورد انتقاد قرار داده و گفته اند که تعیین عوض و معوض در عقد، ما را از تعیین مالک بی نیاز خواهد ساخت؛ مگر در عقود نظیر نکاح که حتماً باید طرفین معلوم باشند. از این استدلال استنباط می شود که هرگاه شخصیت، طرف علت عمده عقد نباشد، اشتباه در آن، اثری در صحت عقد ندارد.

به موجب ماده ۱۱۱۰ ق.م. فرانسه، اشتباه در شخص طرف معامله در صورتی که شخصیت او علت عمده عقد نباشد، موجب بطلان عقد نخواهد بود.

۲- شخصیت طرف، علت عمده عقد است؛ در این مورد علت انعقاد عقد، شخصیت طرف معامله است؛ به نحوی که اگر اشتباهی در این مورد رخ دهد، عقد باطل خواهد بود؛ زیرا این اشتباه در قصد انشای طرف که سازنده عقد است، اثر گذارده آن را از اثر می اندازد. در عقود نظیر نکاح، هبه، صلح و وقف، شخصیت طرف، علت عمده عقد محسوب

می شود؛ مثلا هرگاه شخصی خانه خود را به فردی صلح کند به تصور اینکه این شخص نوه اوست که سالهاست او را ندیده است، و بعد معلوم شود فرد مذکور نوه او نبوده، عقد صلح باطل است؛ زیرا قصد مصالح، صلح خانه به نوه خود بوده، نه هر شخص دیگر و حال که معلوم شده اشتباه رخ داده، در حقیقت، قصد انشا هم محقق نشده و عقد باطل خواهد بود. هرچند در عقود غیر مالی نظیر نکاح، معمولا شخصیت طرف، علت عمده عقد است، در سایر عقود معوض نظیر بیع نیز هرگاه ثابت شود، شخصیت طرف، علت عمده عقد بوده و اشتباهی در آن رخ داده است، این اشتباه عقد را باطل می کند.

در حقوق فرانسه، اشتباه در شخص طرف معامله، در صورتی که علت عمده عقد باشد، سبب بطلان نسبی عقد است. (۹) در این مورد، تفاوتی که بین این سیستم و سیستم حقوقی ایران وجود دارد، در بطلان عقد است؛ زیرا در حقوق ایران، عقد باطل را نمی توان بهیچ عنوان اصلاح و معتبر کرد. در حقیقت، عقد باطل مثل عقدی است که هرگز منعقد نشده و هیچ اثر حقوقی بر آن متصور نیست، اما در حقوق فرانسه، بطلان به بطلان مطلق و نسبی تقسیم شده است؛ عقد باطل مطلق، شبیه عقد باطل در حقوق ایران است؛ اما عقد باطل نسبی را می توان به عقد معتبر تبدیل کرد، سرنوشت عقد باطل نسبی در دست طرفی است که عقد نسبت به او باطل اعلام شده، این شخص می تواند از دادگاه، اعلام بطلان عقد را درخواست کند. عقد در این صورت باطل می شود و در غیر این صورت به قوت خود باقی می ماند.

همین طور که گفته شد، در عقود مانند نکاح، هبه و صلح، شخصیت طرف، علت عمده عقد است.

ماده ۷۶۲ ق.م. در مورد عقد صلح به این امر تصریح می کند: "اگر در طرف مصالحه یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است." هرچند قانون در مورد عقد هبه یا وقف، به این امر تصریح نکرده اما معلوم است که در این عقود نیز شخصیت طرف، معمولا علت عمده عقد است و اشخاص معمولا حاضر به هبه یا وقف اموال خود به اشخاص ناشناس نیستند و شخصیت طرف عقد، برای واهب یا واقف، علت عمده عقد است. با توجه به اینکه در بین عقود یاد شده، در عقد نکاح شخصیت طرفین بیش از هر عقد دیگری مورد نظر بوده و هدف عمده عقد محسوب می شود.

اشتباه در شخصیت زوجین: شخصیت طرفین در عقد نکاح علت عمده عقد است، به نحوی

که می توان گفت این عقد به لحاظ شخصیت طرفین منعقد می شود. به همین علت، ماده ۱۰۶۷ ق.م. اعلام داشته: "تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است." تعیین طرفین عقد نکاح باید به نحوی باشد که هیچ شبهه ای برای ایشان باقی نماند، این امر بوسیله مشاهده، تعریف و ذکر نام و مشخصات صورت می گیرد. بنابراین، هرگاه شخصی یکی از دو نفر را به نحو مردد به همسری برگزیند، عقد نکاح باطل خواهد بود.

اشتباه در شخص طرف عقد نکاح، چنانکه برخی از حقوقدانان گفته اند، ممکن است اشتباه در هویت جسمی او باشد. مثل اینکه دختری را به مردی معرفی کنند و او به اشتباه ازدواج با خواهر او را اراده کند. (۱۰) در این مورد، عقد نکاح به سبب اینکه اشتباه در شخص معینی صورت گرفته که شخصیت او علت عمده عقد است، باطل خواهد بود. برخی از فقها عقیده دارند تعیین و شناسایی زوجین در عقد نکاح از این جهت واجب است که زن و شوهر به منزله عوض و معوض در عقد محسوب می شوند و چون جهل به عوضین سبب بطلان معامله است، پس عدم شناسایی یا اشتباه در طرف عقد نکاح، عقد را باطل خواهد کرد. (۱۱)

با توجه به اینکه عقد نکاح از عقود غیر مالی است و انسان را نمی توان مانند عوضین در معامله به حساب آورد، باید معتقد بود که تعیین زن و شوهر از این جهت اهمیت دارد که شخصیت ایشان علت عمده عقد است و اشتباه از این جهت سبب بطلان عقد می شود؛ نه از جهت مجهول ماندن عوضین.

برخی دیگر از حقوقدانان (۱۲) نوع دیگری از اشتباه در طرف عقد نکاح را، اشتباه در وضعیت مدنی شخص ذکر کرده اند. مثل اینکه شخصی با سرقت اسناد سجلی فرد مشهور و معتبری، خود را به جای او معرفی کند و به این علت زنی حاضر به ازدواج با وی گردد. در این مورد نیز عقد نکاح باطل است؛ زیرا هرچند زن با همان کسی که دیده ازدواج کرده اما هویت این شخص با هویت شخصی که شخصیت او علت عمده عقد بوده و زن بدان سبب با وی حاضر به نکاح شده یکی نیست و این اشتباه، عقد را باطل می سازد. به عبارت دیگر مجموعه اوصاف فرد و خصوصیات که شخصیت مشهور را تشکیل می داده، سبب رغبت زن به ازدواج شده است و این شخصیت علت عمده عقد بوده نه هر شخص دیگر.

برعکس، هرگاه مردی با ارائه شناسنامه جعلی، با تغییر نام خود، زنی را به عقد ازدواج خود درآورد، این عقد صحیح است؛ زیرا مشخصات مرد برای زن معلوم بوده و زن با فرد معینی که دیده ازدواج کرده است. اینجا اهمیت نام مرد و اوراق هویت او بحدی نبوده که علت عمده عقد به حساب آید؛ بنابراین نکاح واقع شده صحیح و اشتباه در این مورد بی تاثیر است. در این مورد منظور از شخصیت، شخص معین با همان خصوصیات ظاهری است، نه مجموعه اوصاف و خصوصیات که فرد را مثلا به عنوان یک شخص مشهور و معتبر از دیگران متمایز ساخته است. بنابراین نکاح واقع شده شرعا صحیح است اما سند نکاح به سبب تقلب در اسناد رسمی، قابل ابطال است و زن می تواند به استناد این تقلب، از دادگاه تقاضای طلاق کند.

اشتباه در اوصاف زوجین هرچند از اوصاف مهم باشد، چنانکه گفته شد، اثری در عقد ندارد مگر این که ضمن عقد، شرط شده باشد. چنانکه ماده ۱۱۲۸ ق.م. تصریح کرده است: "هرگاه در یکی از زوجین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متباین بر آن واقع شده باشد." بنابراین در غیر موارد مذکور، هرگاه یکی از زوجین به علت تشابه اسمی، تصور کند همسر او از خانواده ای معروف است و بعد خلاف این امر اثبات شود، این اشتباه اثری در عقد ندارد و حق فسخ هم برای اشتباه کننده به وجود نمی آید.

از آنچه گفته شد، چنین برمی آید که اشتباه ممکن است در مورد معامله یا در شخص طرف معامله واقع شود. این اشتباه هرگاه مربوط به ذات و ماهیت مورد معامله یا وصف جانشین ذات رخ دهد، مانع تاثیر اراده و سبب بطلان عقد خواهد بود. اما اشتباه در اوصاف مورد معامله، اثری در صحت معامله ندارد و با درج شرط ضمن عقد یا جمع شرایط مربوط به اختیارات، در صورت فقدان وصف، حق فسخ به وجود می آید.

همچنین اشتباه در شخص طرف معامله، علی الاصول اثری در عقد ندارد، مگر این که شخصیت طرف، علت عمده عقد بوده باشد و اشتباه در خصوص این شخص صورت گیرد. در این مورد، اشتباه مؤثر و سبب بطلان عقد است؛ زیرا مانع تاثیر اراده و قصد انشا می شود.



نکاح عقد معاوضی یا شبه معاوضی؟

تعبیر فقهای امامیه درباره ماهیت مهریه یا به عبارتی معاوضی یا شبه معاوضی بودن عقد نکاح متفاوت است از ظاهر برخی از تعبیر برمی آید که نکاح از عقود معاوضی است و به تبع آن مهریه در جایگاه عوض قرار میگیرد اما در مقابل تعبیر برخی دیگر از فقها صراحت دارد که نکاح از عقود معاوضی نیست و اینکه در برخی عبارتها عقد نکاح مثل عقود معاوضی دانسته شده به دلیل مترتب شدن برخی از احکام عقود معاوضی بر پاره ای از جنبه های عقد نکاح است. بنابراین مهریه در ماهیت خود عوض نیست بلکه هبه ویژه ای از جانب خداوند متعال است که مرد ملزم میشود آن را به زن بدهد. مراد از هبه ویژه آن است که احکام فقهی و حقوقی عقد هبه به طور کامل بر آن مترتب نمیشود نظر غالب در ماهیت حقوقی مهریه مانند ماهیت فقهی آن است.

ماهیت مهر در فقه

در دیدگاه فقها با دو دسته از تعبیر مواجهیم در دسته اول ظاهر نکاح را در زمره عقود معاوضی بر شمرده و به تبع آن به مهر به مثابه عوض توجه میکنند اما در دسته دوم فقها به صراحت تأکید دارند که عقد نکاح جزء عقود معاوضی نیست هر چند در برخی از احکام شبیه عقد معاوضی است. اکنون به تحلیل دو دیدگاه یاد شده میپردازیم؟

دسته اول: در سخنان فقها گاه نکاح در زمره عقود معاوضی شمرده شده در ترتب برخی از احکام آن به همین جهت نیز استدلال شده برای مثال علامه حلی میگوید: «مهر عوض بضع است و زن به سبب عقد مالک آن میشود عوض به کسر عین به چیزی اطلاق میشود جای چیز دیگر واقع میشود.» شیخ طوسی نکاح را یک عقد معاوضی میدانند هرگاه مردی با مهر معلوم با زنی ازدواج

کند زن به سبب عقد مالک مهر میشود و مرد نیز در همان وقتی که او مالک مهر گشته مالک بضع میشود زیرا نکاح یک عقد معاوضی است.» صاحب جواهر از جمله فقهایی است که عبارتهای وی شامل هر دو دسته از تعبیر مذکور میشود. ایشان عقد نکاحی را که در آن مهر ذکر شده باشد یک عقد معاوضی میدانند و دلیلش این است که عقد نکاح اقتضای عقود معاوضی را دارد و آن این است که هر یک از متعاضین حق دارند تا گرفتن معوض از طرف مقابل از تسلیم عوض خودداری کند

ارزیابی نظر فقهای دسته اول:

پر واضح است که مقصود فقها معاوضه حقیقی میان مهر و استمتاع جنسی مرد از زن نبوده بلکه نکاح را از بعضی جهات عقد «شبه معاوضی» میدانسته اند و بدون تردید تقابل حقیقی میان مهر و استمتاع جنسی مرد از زن وجود ندارد چرا که زن نیز از مرد بهره جنسی میبرد و تصریح کرده اند که مهر رکنی از ارکان نکاح نیست و قوام و رکن، خود زوجین می باشند و مطابق ادله فقهی عقد بدون مهر درست بوده ذکر مهر در نکاح دائم شرط نیست و این مکملب اجماعی است و چنین عقدی در فقه اسلامی اصطلاح ویژه ای به نام «تفویض بضع» دارد و به زنی که در عقد او از مهر ذکری نیامده «مفوضه البضع» گفته میشود

شواهد رکن نبودن مهر:

شاهد اول:

مهر در شکل گیری عقد نکاح بی اثر است

عقد بدون مهر در عرف عقلا و به اجماع فقها درست است و فقها به لزوم تعیین مهر برای صحت عقد اعتقاد ندارند و در این مطلب اختلافی نیست..

درباره تعیین مقدار مهر و زمان توافق بر آن احکامی بیان شده که با عوض بودن آن سازگار نیست از جمله: شاهد دوم:

*توصیه های اکید شارع بر کمی مهر است اگر مهر عوض زن محسوب میشود چرا شارع توصیه کرده که در حد امکان مهر زن زیاد نباشد؟ بدیهی است که در این صورت چنین توصیه ای بی جهت خواهد بود در این خصوص روایات فراوانی هم در شرع وارد شده به علاوه اگر مهر قیمت و ارزش زن بود بایستی برای فاطمه زهرا سرور زنان عالم بالاترین مهر در نظر گرفته میشد ولی چنین نشد. نیست زیرا *عنوان «مهرالسنة» که به موجب آن میزان مهر ثابت و پانصد درهم است دلیل بر این است که مهر عوض معامله مقدار عوض تابع ارزش معوض است و با تغییر معوض تغییر میکند

*زمان تعیین مهریه ممکن است بعد از عقد باشد به طور معمول مهریه در حین عقد تعیین میشود ولی ممکن است امر به زوج و زوجه واگذار شود تا بعد از عقد تصمیم گیری کنند و بر مهریه توافق نمایند این نشان میدهد که مهر مهریه ماهیت عوض گونه ندارد چرا که در معاوضات عوضین باید حین عقد معلوم باشند خداوند در آیه ۲۳۶ سوره بقره میفرماید: «لا جناح علیکم ان تطلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضا لهن فریضه...»

ترجمه: عیبی نیست بر شما اگر زنان را طلاق دادید مادامی که با آنها آمیزش نکردید یا برای آنان فریضه فرض نکردید. و این یعنی میتوان بعد از عقد تعیین مهریه کرد، فرض فریضه کرد.

شاهد سوم: احکامی که راجع به بخشش مهر است با عوض بودن آن جور نیست از جمله: *جواز عفو مهر توسط زن است خداوند در آیه ۴ سوره نساء میفرماید:

«واتوا النساء صدقاتهن نحله فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنیا مریا»

ترجمه: مهر زنان را به عنوان هدیه ای از روی طیب خاطر به ایشان بدهید و اگر به میل خودشان چیزی از آن را به شما واگذاشتند آن را حلال و گوارا بخورید. پس اگر بنا بر دادوستد بود و مهر عوض زن محسوب میشود عفو و گذشت از مهر توسط زن معنا و وجهی *نه تنها عفو و گذشت مهر جایز است بلکه در آیه ۲۳۷ سوره بقره



بررسی تطبیقی ارکان جرم اختلاس

نویسنده: احمد رضانی

چکیده:

اختلاس اموال عمومی، همزاد با تشکیل حکومت مطرح بوده و قدمتی به اندازه خود دولتها دارد. اختلاس از جمله تعدیات کارمندان و کارکنان دولت و مؤسسات و شرکتهای دولتی و یا وابسته به دولت و یا سایر ماموران به خدمات عمومی است که به اموال متعلق به دولت یا اشخاص دیگر، صورت می‌گیرد و همواره به عنوان تهدیدی جدی علیه دولت و ملت قلمداد می‌گردد. در تحقیق حاضر به بررسی ارکان جرم اختلاس در قانون ایران و برخی کشورهای دیگر در سه مبحث پرداخته شده است؛ مبحث اول درباره رکن قانونی جرم اختلاس می‌باشد و مبحث دوم و سوم اختصاص به رکن مادی و معنوی این جرم دارد. از نکات قابل توجه در این مقاله علاوه بر اثبات این مطلب که معیار تحقق جرم اختلاس تصاحب و برخورد مالکانه کردن با مال می‌باشد، می‌توان دایره این جرم را به اموال بانکهای خصوصی، شرکتهای سهامی غیر دولتی، احزاب، سندبکها و نیز به اموال غیر منقول، تعمیم داد.

واژگان کلیدی: اختلاس

مقدمه

امروزه برای اداره جامعه و سامان بخشیدن به روابط اجتماعی و بهره‌مندی مردم از مواهب و نعمات موجود در طبیعت، بخش عظیمی از سرمایه‌ها و اموال موجود در یک کشور در اختیار کارکنان دولت قرار می‌گیرد؛ این دسته از اموال و سرمایه‌ها را خطرات زیادی مورد تهدید قرار می‌دهد و همواره احتمال می‌رود که اموال دولت یا اموال اشخاص که به حسب وظیفه به کارمند ولت سپرده شده است، به نوعی مورد استفاده غیر قانونی واقع شود و برخلاف هدف مورد نظر، از آن بهره‌برداری شخصی شود و یا این که آن را به

اختلاس عبارتست از: «تصاحب همراه با سوء نیت اموال دولت یا اشخاص توسط مستخدم دولت که به حکم وظیفه در اختیار وی قرار داشته است به نفع خود یا دیگری». به هر حال یکی از بارزترین مشکلات و معضلات جهان بالاخص کشورهای جهان سوم و کشورهای در حال توسعه، تخلفات و جرایم کارکنان دولت و سوء استفاده‌های مالی آنها از اموال سپرده شده به آنها می‌باشد. علی‌رغم تشدید مجازات مرتکبین جرم اختلاس، ارتکاب این جرم در سطح وسیعی همچنان ادامه دارد. اختلاسها بخصوص توسط کارمندان بلند پایه، اهمیت قضیه را دوچندان می‌کند.

نفع خود یا دیگری تصاحب نماید. به منظور جلوگیری از سوء استفاده‌های کارمندان دولت از سرمایه و اموال موجود در اختیار آنها و تضمین هر چه بیشتر منافع دولت و ملت، قانونگذار در صدد حمایت کیفی از این دسته از اموال و سرمایه‌ها بر آمده است و کسانی را که متولی امور اجتماعی بوده و امکانات و داراییهای عمومی در اختیار آنهاست از دخل و تصرف برخلاف موازین قانونی و استفاده شخصی یا تصاحب آنها به نفع خود یا دیگری ممنوع کرده است. این حمایت کیفی تحت عناوین مختلفی در قانون آمده است که از جمله مهمترین آنها «جرم اختلاس» می‌باشد.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که همانند قوانین اساسی سایر کشورها، در آن نمادی‌ترین و مهمترین مطالب بیان گردیده، در اصل ۴۹ دولت را موظف کرده است تا ثروتهای ناشی از اختلاس را گرفته و حسب مورد به بیت المال یا صاحب حق برگرداند. با این مقدمه به بررسی ارکان جرم اختلاس پرداخته می‌شود.

مبحث اول: رکن قانونی

عنصر قانونی جرم اختلاس و شروع به آن در حقوق ایران در حال حاضر ماده ۵ و ۶ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری می‌باشد.

علی‌رغم تصویب قانون جدید تعزیرات در سال ۱۳۷۵ با عنایت به جامعیت قانون تشدید درباره اختلاس، ماده ۵ این قانون همچنان به عنوان عنصر قانونی جرم اختلاس به قوت خود باقی است؛ بنابراین توهم برخی از نویسندگان (۳) مبنی بر لغو ماده ۵ توسط ماده ۵۹۸ ق.م.ا، کاملاً بی اساس است.

اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره (۷/۶۱۶۶ - سال ۱۳۷۶) اشعار می‌دارد:

«آنچه در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری آمده و عنوان اختلاس دارد با موضوع ماده ۵۹۸ قانون تعزیرات که مربوط به تصرف غیر قانونی است، جرایم جداگانه هستند و ماده ۵۹۸ اخیرالذکر به قوت خود باقی است.»

یکی از حقوقدانان در این باره می‌گوید: «با عنایت به این که این قانون (قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۴ و در تاریخ ۱۳۶۷/۹/۱۵ به تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید) از هر لحاظ جامع و مانع بود. به همین جهت در سال ۱۳۷۵ که قانون تعزیرات اصلاح شد، بحثی تحت عنوان اختلاس در این قانون جدید پیش بینی نگردید و در حال حاضر رکن قانونی جرم اختلاس اموال دولتی مقررات ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری می‌باشد.» (۴)

جرم اختلاس اموال دولتی قبلاً در ماده ۱۵۲ قانون مجازات عمومی سابق پیش‌بینی شده بود:

«هر یک از اشخاص مذکور در ماده ۲ قانون تشکیل دیوان کیفر، وجوه نقدی یا مطالبات یا حوالجات یا سهام و سایر اسناد و اوراق بهادار یا سایر اموال متعلق به هر یک از سازمانها و مؤسسات مندرج در آن ماده یا

اشخاص را که بر حسب وظیفه به او سپرده شده است به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب کرده و یا عمداً تلف نماید، مختلس محسوب و... مجازات خواهد شد.»

اشخاص مذکور در ماده ۲ لایحه مربوط به تشکیل دیوان کیفر کارکنان دولت و طرز تعقیب ماموران دولتی در محل خدمت مصوب ۱۹ اردیبهشت ماه ۱۳۳۴ عبارت بودند از: «معاونان و وزیران کل وزارتخانه‌ها و معاونان نخست‌وزیر و مدیران کل نخست وزیری و سازمانها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت و سفراء و رؤسای دانشکده‌ها و دانشگاهها و مؤسسات عالی علمی دیگر که از طرف دولت یا با کمک مستمر دولت اداره می‌شوند و استانداران و فرمانداران و رؤسای ادارات استانها و شهرستانها و شهرداران مراکز شهرستانها و رؤسا و مدیران و اعضای هیات مدیره و هیات عامل شرکتها و مؤسسات و سازمانهای دولتی و وابسته به دولت و رؤسا و مدیران سازمانها و مؤسسات مملکتی و رؤسا و مدیران سازمانها و مؤسسات مامور به خدمات عمومی و کفیل یا قائم مقام هر یک از مقامات مذکور و رؤسا و مستشاران و دادستان دیوان محاسبات و دارندگان پایه‌های قضایی که به سبب شغل و وظیفه مرتکب جرم شوند.»

قانونگذار جمهوری اسلامی ایران ابتدا جرم اختلاس را در ماده ۷۵ قانون تعزیرات سابق (۵) مقرر و عنوان ماموران دولتی را نه تنها احصاء بلکه در تبصره یک آن کارمندان و کارکنان قوای مقننه و قضاییه را نیز مشمول جرم اختلاس مندرج در این ماده قرار داد. اما از آن جا که سیاست کیفری قانونگذار ایجاب می‌نمود تا درصدد جلوگیری و مبارزه با مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری بر آید، در سال ۱۳۶۴ قانون خاصی تحت عنوان «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری» توسط مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۶۷/۹/۱۵ به تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. با عنایت به این که این قانون نسبت به سایر قوانین نسبتاً مناسب بود، به همین جهت در سال ۱۳۷۵ که قانون تعزیرات اصلاح شد، بحثی تحت عنوان اختلاس در قانون جدید پیش بینی نگردید و در حال حاضر رکن قانونی جرم اختلاس مقررات ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری خواهد بود که مقرر می‌دارد: «هر یک از کارمندان و کارکنان ادارات و سازمانها یا شوراها و یا شهرداریها و مؤسسات

و شرکتهای دولتی و یا وابسته به دولت و یا نهادهای انقلابی و دیوان محاسبات و مؤسساتی که به کمک مستمر دولت اداره می‌شوند و یا دارندگان پایه قضایی و بطور کلی قوای سه گانه و همچنین نیروهای مسلح و ماموران به خدمات عمومی اعم از رسمی یا غیر رسمی وجوه یا مطالبات یا حواله‌ها یا سهام و اسناد و اوراق بهادار و یا سایر اموال متعلق به هر یک از سازمانها و مؤسسات فوق الذکر و یا اشخاص را که بر حسب وظیفه به آنها سپرده شده است به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب نماید مختلس محسوب و... مجازات خواهد شد.»

عنصر قانونی جرم اختلاس در قانون مجازات سوریه در ماده ۳۴۹ مقرر شده است که همانند عنصر قانونی این جرم در قانون مجازات لبنان می‌باشد. قانونگذار مصری نیز به تبعیت از ماده ۱۶۹ قانون مجازات فرانسه درباره جرم اختلاس، عین همان ماده را در ماده ۹۷ خود پیش‌بینی کرده است. (۶) و قانونگذار عراق نیز در مواد ۳۱۶ تا ۳۲۰ قانون مجازات به جرم اختلاس و جرایم مشابه پرداخته است. (۷)

مبحث دوم: رکن مادی

با عنایت به عنصر قانونی جرم اختلاس، و تعریفی که از آن به عمل آمد، ارکان تشکیل دهنده آن، رکن مادی و معنوی می‌باشد، که در این مبحث به رکن مادی پرداخته می‌شود. مرتکب می‌بایست نسبت به مال و یا اشیاء دیگری که به حسب وظیفه به او سپرده شده خیانت کند لذا صرف قصد موجب تعقیب کیفری نیست و عمل ارتكابی است که عنوان جرم دارد. با مقایسه ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری با ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی ملاحظه می‌شود که مقنن در جرم اختلاس دو خصوصیت «مامور دولت» و «بر حسب وظیفه» را به جرم خیانت در امانت به مفهوم اخص اضافه نموده است. (۸) به عبارت دیگر یکی از فروض جرم خیانت در امانت به معنای اخص، جرم اختلاس می‌باشد که اختلاف آن با خیانت در امانت آن است که مرتکب آن مامور دولت بوده و نسبت به اموال متعلق به دولت یا اموالی که از طرف اشخاص نزد دولت به امانت گذاشته شده و به حسب شغل یا ماموریت نزد وی می‌باشد مرتکب خیانت می‌شود. (۹)

برای تحقق رکن مادی جرم اختلاس عناصری لازم است که بیان می‌گردد.

مرتکب جرم اختلاس می‌بایست از کارمندان و کارکنان دولت و یا ماموران به خدمت عمومی باشند. مستخدم رسمی کسی است که به موجب حکم رسمی در یکی از پستهای سازمانی وزارتخانه‌ها یا مؤسسات دولتی مشمول قانون استخدام کشوری شده باشد. کارمندان و یا کارکنان به ترتیب مقرر در قانون عبارتند از:

- کارمندان و کارکنان ادارات دولتی یا وابسته به دولت
 - کارمندان و کارکنان سازمانها یا شوراهای شهرداریها
 - کارمندان و کارکنان مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت
 - کارمندان و کارکنان شرکتهای دولتی یا وابسته به دولت
 - کارمندان و کارکنان نهادهای انقلابی نظیر کارکنان نهاد ریاست جمهوری
 - کارمندان و کارکنان دیوان محاسبات عمومی
 - کارمندان و کارکنان مؤسساتی که با کمک مستمر دولت اداره می‌شوند نظیر کارمندان و کارکنان سازمان بازنشستگی کشوری
 - دارندگان پایه قضایی
 - کارمندان و کارکنان قوای سه گانه مقننه، مجریه و قضاییه
- در سمت مرتکب توجه به دو نکته ذیل حائز اهمیت می‌باشد.

نکته اول:

چنانکه می‌دانیم کارکنان قوه قضاییه یا از اجزایی هستند که به عنوان قضات مشغول انجام وظیفه هستند و یا از اجزای اداری محاکم می‌باشند. کارکنان قوه مقننه نیز دارای دو ماهیت کاملاً متفاوت می‌باشند، زیرا کارکنان این قوه نیز متشکل از نمایندگان ملت (اجزاء فنی) و اجزاء اداری نظیر کارکنان ثابت مجلس شورای اسلامی می‌باشند، بدیهی است اگر وجوه عمومی در اختیار هر یک از کارکنان فوق قرار گیرد و موظف به نگهداری آن باشند، ولی به نفع خود یا دیگری تصاحب کنند، می‌توان آنها را به عنوان «مختلس» تحت تعقیب و مجازات قرار داد.

نکته دوم:

مقنن اعمال کارمند و ماموران نیروهای مسلح را در صورتی که وجوه یا مطالبات

یا حواله‌ها یا سهام و اسناد یا... را به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب نماید، مشمول ماده ۵ قانون تشدید مجازات جرایم ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری نموده، در حالی که همین مقررات در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۱/۵/۱۸ پیش بینی شده است. به موجب مقررات ماده ۹۴ قانون فوق الاشعار:

«هر نظامی وجوه یا مطالبات یا حواله‌ها یا اسناد و اشیاء و لوازمی را که بر حسب وظیفه به او سپرده شده است به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب نماید مختلس محسوب و حسب مورد به مجازات زیر محکوم می‌شود:

۱ - هرگاه میزان اختلاس از حیث وجه یا بها تا پانصد هزار ریال باشد به یک تا سه سال حبس و تنزیل یک درجه یا یک رتبه.

۲ - در صورتی که از این مبلغ بیشتر باشد به حبس از سه تا پانزده سال و اخراج از نیروهای مسلح محکوم می‌گردد.

تبصره یک - در هر مورد علاوه بر رد وجه یا مال مورد اختلاس به جزای نقدی دو برابر آن محکوم می‌گردد.»

بنابراین با توجه به این که دادگاه‌های نظامی به جرایم مربوط به وظایف خاص نظامی و انتظامی کلیه پرسنل ارتش، سپاه پاسداران، وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح و سازمانهای وابسته به آن و اعضای بسیج سپاه و غیره رسیدگی می‌نمایند، لذا ذکر عبارت «همچنین نیروهای مسلح» مندرج در ماده ۵ قانون تشدید مجازات ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام، سالیبه به انتفاء موضوع است و عملاً قابلیت اجرا ندارد. (۱۰)

به هر صورت مرتکب جرم اختلاس باید از کارمندان و کارکنان مذکور در ماده ۵ قانون تشدید باشد. بنابراین کارمندان شرکتهای خصوصی که در اموال شرکت مرتکب خیانت می‌شوند یا اشخاص عادی که به دلایلی اموال دولتی در اختیارشان قرار می‌گیرد و آنها را تصاحب می‌کنند از شمول این ماده خارج می‌باشند.

در تحقق اختلاس، خائن به سبب انجام وظیفه و سمتی که دارد مالی را که بر حسب وظیفه و بر اساس شرح وظایف و روش جاری معمول در ادارات و مؤسسات مامور به خدمات عمومی به او سپرده و تحویل شده است تصاحب می‌نماید. لذا سپرده شدن مال و وجود وظیفه و سمت قبلی مرتکب از اجزاء اصلی عنصر مادی جرم اختلاس محسوب می‌شود و مناط اعتبار اختلاس و فارق آن

از ربودن و خیانت در امانت همانا وظیفه و سمت مرتکب جرم است.

باید توجه داشت که ادارات دولتی و کارکنان آن که مظهر قدرت حاکمه دولت هستند در مقابل مؤسسات مامور به خدمات عمومی و اعضای آن از نظر تشکیلات و سازمان و بودجه و نحوه استخدام یکسان نیستند.

کارمندان دولت افرادی هستند که طبق قانون استخدام کشوری با داشتن شرایط خاص به استخدام دولت در می‌آیند و از بودجه عمومی کشور استفاده می‌کنند و دارای سمت و عناوین رسمی سازمانی هستند در حالی که مؤسسات عمومی که مأموریت انجام کارهای عام المنفعه عمومی را به عهده دارند مانند شهرداریها و سایر نهادها از نظر استخدامی و بودجه و تشکیلات به نحو خاصی اداره می‌شوند، اما اقدام آنها در انجام وظایف محوله نسبت به اموال سپرده شده به علت اعتماد عمومی به آنها در صورت تحقق خیانت، اختلاس شناخته می‌شود.

قانونگذار مصر و عراق و فرانسه و سوریه و لبنان و... نیز، سمت مرتکب یا صفت جانی از جهت کارمند دولت بودن را یکی از ارکان اصلی جرم اختلاس می‌دانند.

یکی از حقوقدانان مصر درباره ارکان جرم اختلاس می‌گوید:

«جرم اختلاس بر پنج رکن استوار است: ۱ - صفت مرتکب ۲ - عمل اختلاس ۳ - نوع اشیاء اختلاس شده ۴ - تسلیم این اشیاء به جانی به سبب وظیفه ۵ - قصد بزهکاری. (۱۱)

بنابراین در حقوق مصر نیز، لازم است مختلس، کارمند عمومی دولت یا کسی که در حکم کارمند عمومی است باشد. و این افراد شامل کارمندان دولت مرکزی و محلی و همچنین رؤسا و اعضای مجالس و افراد نیروهای مسلح و هر کسی که یک کار معین حکومتی به او سپرده شده است، می‌باشند و همچنین افرادی که در خدمات عمومی مشغول به کار می‌باشند و... (۱۲)

گفتار دوم: اختلاس از شرکتهای سهامی غیر دولتی

با عنایت به روند خصوصی سازی در کشورهای جهان، و کاهش تصدیات دولتی، این سؤال مطرح می‌شود که آیا اختلاس از رکت خصوصی متصور است؟ به عبارت دیگر، امروزه در بسیاری از کشورها بانکها، مؤسسات، شرکتهای تعاونی خصوصی، احزاب، سندیکاها و صدها مورد دیگر،



اموال مردم را در اختیار دارند، حال سؤالی که مطرح است این است که اگر یکی از کارمندان احزاب سیاسی یا شرکتهای خصوصی و غیره، اموالی را که به حسب وظیفه به او سپرده شده است تصاحب نماید آیا می‌توان با توسعه دایره جرم اختلاس، از اموال چنین شرکتهایی نیز حمایت کیفری نمود.

در حقیقت سؤال فوق به این نکته بر می‌گردد که در تحقق جرم اختلاس کارمند دولت بودن شرط است یا این که معیار تحقق این جرم در اختیار داشتن اموال دیگران بر حسب وظیفه و تصاحب آنها به نفع خود یا دیگری می‌باشد؟

قانونگذار ما در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس، کارمند دولت بودن را یکی از عناصر تحقق جرم اختلاس می‌داند. و اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در دو نظریه مشورتی بر این باور می‌باشد که:

اولاً، اصل بر این است که تصرف و تصاحب در اموال متعلق به دولت از مصادیق جرم اختلاس است و استثنائاً دخل و تصرف در اموالی که بر حسب وظیفه به کارمندان دولت سپرده شده در حکم اختلاس است. (۱۳)

ثانیاً، بزهی که در شرکت دولتی اختلاس نام دارد در شرکت خصوصی ممکن است از مصادیق خیانت در امانت یا کلاهبرداری یا سرقت باشد. (۱۴)

بیشتر قوانین کشورهای عربی، تصاحب اموال شرکتهای سهامی را اختلاس نمی‌نامند. اما قانونگذار مصری در ماده ۱۱۳ مکرر از قانون مجازات ظاهراً با اقتباس از قانون فرانسه تصاحب اموال شرکتهای سهامی را به عنوان جرم اختلاس پیش‌بینی نموده است. این ماده اشعار می‌دارد:

«هر یک از رؤسا یا اعضای هیات مدیره یکی از شرکتهای (سهامی) یا مدیر یا کارمند آن شرکتها، اموال یا اوراق یا غیر آنها که به حسب وظیفه در اختیارش بوده است اختلاس نماید یا بدون دلیل در آنها تصرف نماید (تصرف غیر مجاز نموده) یا حیزات و استیلاء بر آنها را برای دیگری تسهیل نماید، به هر طریقی که باشد به مدتی که از ۵ سال تجاوز نمی‌کند به زندان محکوم می‌شود. و مجازات حبس در صورتی که استیلاء بر مال به نیت تصاحب صورت نپذیرد، از دو سال تجاوز نمی‌کند و...» (۱۵)

یکی از حقوقدانان مصر درباره این ماده می‌گوید:

«این ماده شامل جرم دانستن همان اعمالی

است که بر اساس ماده ۱۱۲ و ۱۱۳ قانون مجازات مصر که یکی شامل اختلاس و دیگری شامل تصرف غیر قانونی است، می‌باشد.

و لکن اختلاف اساسی بین ماده ۱۱۳ مکرر و ماده ۱۱۲ و ۱۱۳ قانون مجازات درباره سمت مرتکب می‌باشد، زیرا بر اساس ماده ۱۱۳ مکرر، مرتکب نه کارمند عمومی است و نه در حکم کارمند است، بلکه این شخص رئیس، عضو، مدیر عامل و یا کارمند یکی از شرکتهای سهامی است. « (۱۶) علت جرم دانستن چنین عملی به عنوان جرم اختلاس، اهمیت فعالیت اقتصادی برای چنین شرکتهایی می‌باشد. (۱۷)

نجیب حسنی از حقوقدانان مصر در توضیح ارکان جرم ماده ۱۱۳ مکرر قانون مجازات مصر می‌گوید: «تحقق این جرم نیاز به وجود چهار رکن دارد: سمت مرتکب، موضوع جرم، رکن مادی و رکن معنوی.»

سمت مرتکب

«مرتکب لازم است رئیس یا عضو هیات مدیره شرکت‌سهامی یا مدیر یا کارمند شرکت باشد. و از همین جا از دایره ماده ۱۱۳ مکرر، فردی که در شرکتها و جمعیتها و اتحادیه‌های اقتصادی که ماده ۱۱۹ قانون مجازات آنها را پیش‌بینی کرده است خدمت می‌کند خارج می‌باشد. زیرا بر اساس ماده ۱۱۹ مکرر قانون مجازات مصر، چنین فردی به عنوان کارمند و مامور عمومی محسوب می‌شود. و همچنین از دایره این ماده، افرادی که در شرکتهایی کار می‌کنند که شرکتها و اتحادیه‌های پیش‌بینی شده در ماده ۱۱۹ در آن سهامی ندارند، خارج می‌شوند، البته

تا زمانی که به عنوان شرکت‌سهامی نباشند مثل شرکت تضامنی و شرکت با مسؤولیت محدود و...» (۱۸)

تعبیر قانونگذار مصری از مرتکب به «رئیس یا عضو هیات مدیره یا مدیر و یا کارمند یکی از شرکتهای سهامی» تعبیری است که شامل هر کس که به حساب یکی از این شرکتها کار می‌کند، می‌شود. و از نظر کیفیت ارتباط هیچ فرقی بین نوع ارتباط شخص با شرکت وجود ندارد. و لازم نیست که ارتباط کارمند با شرکت دائمی باشد بلکه در مواردی شخصی مکلف به خدمت موقتی یا خدمت مهمی می‌شود که طبیعت آن موقتی است. این است که در زمان ارتکاب عمل اختلاس، مرتکب نباید از خدمت شرکت منفک شده باشد. (۱۹)

نکته‌ای که نباید از آن غافل شد این است که شاید کسی بگوید چون ممکن است در این شرکتها دولت نیز سهمی داشته باشد، بنابراین کارمندی که مرتکب اختلاس می‌شود مشمول همان احکام مربوط به اختلاس از اموال عمومی می‌شود. در پاسخ به این مطلب باید گفت که مقنن مصری در ماده ۱۱۹ مکرر جهاتی را به عنوان اموال عمومی در نظر گرفته که یکی از آنها موردی است که دولت در آن شرکتها، سهمی دارد. که اگر کارمند مرتکب عمل اختلاس از یکی از این جهات شود، به عنوان کارمند مامور به خدمات عمومی محسوب و طبق مواد ۱۱۲ و ۱۱۳ قانون مجازات با آنها برخورد می‌شود. (۲۰) بنابراین تمایز این ماده با مواد ۱۱۲ و ۱۱۳ و ۱۱۹ مکرر در این است که در ماده ۱۱۳ مکرر، مرتکب دارای سمت دولتی نمی‌باشد، بلکه کارمند شرکت‌سهامی بوده و ارتباطی با دولت ندارد.

او سپرده شده است متقلبانه از انبار خارج کند و به صورت آزاد به فروش می‌رساند و یا صندوقداری که وجوه صندوق را برداشته و به مصرف شخصی می‌رساند.

هرگاه مرتکب اموال مذکور در ماده ۵ را به نفع خود یا دیگری تصاحب نماید یعنی آنها را از آن خود انگاشته و وارد مایملک خود یا دیگری نماید، جرم اختلاس تحقق می‌یابد، بنابراین صرف استفاده غیر مجاز از این اموال بدون قصد تملک آنها به نفع خود یا دیگری را نمی‌توان مشمول ماده ۵ فوق الذکر دانست، در صورت اخیر، یعنی استفاده غیر مجاز از وجوه یا اموال دولتی (مثلاً استفاده شخصی و غیر مجاز از اتومبیل‌های دولتی) بدون قصد تملک آن مرتکب به موجب ماده ۵۹۸ تعزیرات به دلیل تصرف غیر قانونی تحت تعقیب قرار خواهد گرفت.

مقایسه برداشت و تصاحب

چنان که ملاحظه شد قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، واژه «برداشت» و «تصاحب» را با حرف واو در کنار یکدیگر قرار داده است، در حالی که در ماده ۷۵ قانون تعزیرات این دو واژه با حرف «یا» در کنار هم قرار گرفته بودند، (۲۵) حال سؤال این است که آیا بین این دو واژه تفاوتی وجود دارد یا این که هر دو یک معنا را می‌رساند؟ در صورت دوم فلسفه این که قانونگذار در قانون تشدید این دو واژه را با حرف «واو» آورده چه چیزی می‌تواند باشد؟ واژه «برداشت» مصدر مرخم و مخفف برداشتن است. برخی از لغویین آن را به آنچه دکاندار یا یکی از دو شریک از نقود حاضر بهر خود برگیرد، معنا می‌کنند، برداشت کردن را به از دخل یا صندوق مشترک یا انحصاری مبلغی به نام خود تصرف کردن، معنا می‌کنند. (۲۶)

همین لغوی در مورد واژه «تصاحب» می‌گوید:

«تصاحب یعنی مالکیت و صاحب شدگی - صاحب و مالک شمردن و شدن،» (۲۷)

در ادامه می‌گوید:

«این لفظ که به شکل عربی است در عربی استعمال نشده و جعل فارسی زبان از لفظ صاحب است. لفظ صاحب در لغت به معنی مصاحبت و دوستی است ولی معمولاً آن را از کلمه صاحب به معنی مالک می‌گیرند و به جای تملک استعمال می‌کنند.» (۲۸)

وی در مورد عبارت «تصاحب کردن» می‌گوید:



اختلاس دانسته و در حقیقت با توسعه مفهوم جرم اختلاس و شمول آن بر شرکت‌های سهامی یک نوع حمایت کیفری از فعالیت اقتصادی این شرکتها نموده است.

نگارنده با الهام از این مطلب به این نکته راهنمایی شد که با عنایت به توسعه خصوصی سازی در اکثر کشورهای جهان و کاهش تصدیات دولتی شاید بتوان با توسعه دایره جرم اختلاس، یک نوع حمایت کیفری از اموال شرکت‌های خصوصی که در چارچوب اعمال حاکمیت دولت، دست به فعالیت اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی می‌زنند و یا حتی با تسری آن به اموال احزاب سیاسی و سندیکاها که به نوعی اموال مردم را در اختیار دارند، یک نوع اعتماد عمومی نسبت به فعالیت اقتصادی شرکت‌های سهامی و فعالیت سیاسی، اجتماعی و فرهنگی احزاب و سندیکاها و غیره را به وجود آورد. به نظر می‌آید فلسفه آوردن اختلاس اموال اشخاص حقیقی سپرده شده به کارمند دولت، تحت عنوان جرم اختلاس، در چنین مواردی نیز وجود دارد.

گفتار سوم: تصاحب

مرتکب باید با انجام فعل مثبت خود اموال یا اشیاء یا کالای متعلق به دولت یا اشخاص را که بر حسب وظیفه به او سپرده شده است عالماً و عامداً تصاحب کند و تصاحب در این معنا اعم از فروش یا مصرف یا از بین بردن اموال و اشیاء مورد نظر است.

مانند انبارداری که مقداری از قند و شکر یا گندم یا سایر مایحتاج عمومی را که به

۲ - موضوع جرم: لازم است موضوع جرم «مال» باشد. هرگاه فعل منتسب به متهم عنوان اختلاس را داشته باشد، واجب است که این مال در حیزت متهم به سبب یکی از مقتضیات عمل وی باشد، چه این مال، مال شرکت باشد یا مال شرکت نباشد. (۲۱)

۳ - رکن مادی: رکن مادی این جرم از یکی از سه صورت ذیل تشکیل می‌شود:

اختلاس، استفاده غیر مجاز، تسهیل استفاده برای دیگری. (۲۲)

۴ - رکن معنوی: برای تحقق این جرم لازم است، قصد مجرمانه وجود داشته باشد. و این قصد در همه حالات، آگاهی مرتکب به وجود ارکان جرم از جمله علم وی به ارتباط وی با شرکت و این که مال ملک دیگری است را طلب می‌کند. (۲۳)

قانونگذار مصری دو نوع مجازات را برای این جرم در نظر گرفته است اگر اختلاس از درجه جنایی باشد، به حبس کمتر از ۵ سال و همچنین انفصال از خدمت و جزای نقدی و استرداد اموال محکوم می‌شود. اما اگر از درجه جنحه باشد به حبس کمتر از دو سال و جزای نقدی محکوم می‌شود ولی محکوم به انفصال و جزای نقدی نمی‌شود و...» (۲۴)

نتیجه‌گیری:

چنانکه ملاحظه شد، قانونگذار مصری، تصاحب اموال شرکت‌های سهامی توسط رئیس یا یکی از اعضای هیات مدیره یا کارمند چنین شرکت‌هایی را مشمول جرم

«مصدر مرکب به معنای مالک شدن، در تصرف خود در آوردن می‌باشد.» (۲۹)

به هر جهت اگر معنای «برداشت» اعم از برداشت به معنای تصرف غیر قانونی (استفاده غیر مجاز) و تصاحب باشد با عنایت به مشترک لفظی بودن بهتر است در جرم اختلاس و تصرف غیر قانونی نیاید تا اشتباهی رخ ندهد. و اگر واژه «برداشت» تنها به معنای اخذ غیر مجاز است و شامل تصاحب نمی‌باشد در این صورت نیز، آوردن این واژه در تعریف اختلاس، ضرورت چندانی ندارد.

اما اگر این واژه به معنای «تصاحب» است و دو لفظ مترادف می‌باشند و هر دو به معنای برخورد مالکانه کردن با مال باشد و از آن خود انگاشتن مال باشد، باز هم آوردن این واژه تطویل بلا طائل می‌باشد.

در هر صورت به نظر می‌آید، فلسفه این که قانونگذار، حرف «یا» را که در عنصر قانونی جرم اختلاس (ماده ۷۵ تعزیرات سابق) به حرف «واو» تبدیل نموده، معانی متعددی بوده است که در واژه «برداشت» نهفته بود. زیرا برخی از قضات، برداشت را به معنای تصرف غیر قانونی گرفته، و چون این واژه با تصرف غیر مالکانه نیز سازگاری داشت، مجازات مختلس را بر کارمندی که مرتکب تصرف غیر قانونی شده بود بار می‌کردند. و دقیقاً عنایت به این نکته بود که موجب حذف حرف «یا» شد. و حرف «واو» جانشین آن گردید تا راه بر چنین برداشت اشتباهی بسته شود.

نتیجه‌گیری:

به نظر می‌آید آوردن واژه «برداشت» در تعریف جرم اختلاس موردی ندارد، زیرا یکی از شرایط تحقق جرم اختلاس، سپرده شدن مال به اختیار مستخدم دولت می‌باشد، و وقتی چنین شد دیگر برداشت معنایی ندارد، بلکه معیار همان تصاحب و تغییر جهت دادن مال می‌باشد. زیرا وقتی مال در اختیار کسی می‌باشد دیگر برداشت مجدد معنا ندارد و همین که مالی که به طور امانی و به عنوان کارمند دولت بودن در اختیارش قرار دارد را به ملک شخصی خود یا دیگری وارد کند، اختلاس صورت گرفته است.

در حقیقت چون جرم اختلاس برگرفته شده از حقوق فرانسه می‌باشد، در حقوق فرانسه واژه (۳۰) (detournement ou soustraction) به کار رفته است. مقنن ایرانی و مصری نیز همین واژه را در عنصر قانونی جرم اختلاس آورده‌اند، در حالی که خود شارحین حقوق جزای فرانسه آمدن این واژه، (sousteraction) در ماده جرم

اختلاس را به باد انتقاد گرفته‌اند، زیرا این لفظ به حسب اصطلاح قانونی به اخذ شیء از حیات شخص دیگری، معنا می‌دهد، در حالی که فرض ما در بحث اختلاس این است که شیء مورد اختلاس، در حیات متهم می‌باشد، بنابراین ممکن نیست که تصرف وی در این شیء ربودن، (sousteraction) حساب شود (شمرده شود) بلکه لازم است تنها به واژه، (detournement) اکتفاء شود. زیرا این واژه به تمام معنا، از مراد و مقصود ما حکایت می‌کند چه آن که این واژه به این معناست که شخصی که مال دیگری در حیات وی می‌باشد، این مال را به ملک اختصاصی خود، اضافه نماید. (۳۱)

بنابراین رکن مادی جرم اختلاس این است که مختلس مالی را که به سبب وظیفه به او سپرده شده است تصاحب و در آن تصرف مالکانه بنماید. در حقیقت جوهره اختلاس به تغییر نیت متهم بر می‌گردد که حیات ناقصه‌ای که به اعتبار کارمند دولت بودن، به وی داده شده است به حیات کامل تغییر دهد. یعنی نیت خود را متوجه تملک مالی کند که در اختیارش می‌باشد و به عنوان یک مالک با او برخورد کند، منتهی باید همراه با این نیت یک سلسله عملیات و افعال مادی که جرم در آن تحقق می‌یابد، انجام دهد و باید این عمل به گونه‌ای باشد که قاطعانه دلالت بر نیت متهم نسبت به تصاحب مال سپرده شده به او، بنماید. بنابراین هرگاه مختلس عملی را انجام دهد که به صورت قاطع کشف از توجه نیت کارمند به تملک مالی که در اختیارش به حکم وظیفه است، بکند، برای تحقق جرم اختلاس کفایت می‌کند. بنابراین در معرض فروش قرار دادن مال یا رهن یا هبه یا قرض و انفاق و مصرف آن در یک امر عمومی با این بهانه که متهم بر ذمه دولت، طلبی دارد و بین مورد اختلاس و حقیقت تقاض حاصل شده یا این که یک ضمانت مالی را در نظر گرفته که در صورت نقص، به آن رجوع شود و صدها مورد دیگر نمی‌تواند، راهی برای فرار از جرم اختلاس باشد. چنانکه هرگاه حسابدار در محاسبات خود عاجز شود یا این که حسابهای وی تراز نباشد و یا تاخیر در رد مال در زمان مقرر یا محال بودن برگشت مال، نمی‌تواند حاکی از تحقق جرم اختلاس باشد زیرا ممکن است این اعمال به خاطر خستگی و اشتباه حسابها و اهمال ناشی از عمل دیگری؛ مثل سرقت، یا قوه قاهره یا آتش سوزی و غیره باشد. (۳۲)

گفتار چهارم: موضوع و متعلق جرم اختلاس

یکی دیگر از عناصر رکن مادی جرم اختلاس، مال موضوع اختلاس می‌باشد که شامل وجوه یا مطالبات یا حواله‌ها یا سهام و اسناد و اوراق بهادار یا سایر اموال متعلق به هر یک از سازمانها و مؤسسات و یا اشخاص را که بر حسب وظیفه به کارمند دولت سپرده شده است، می‌باشد.

به بیانی دیگر می‌توان گفت که متعلق جرم اختلاس، حقی است که از سوی مرتکب مورد تعدی و تجاوز قرار می‌گیرد، برای مثال در جرایم علیه اموال، متعلق جرم «حق مالکیت» و در جرایم علیه تمامیت جسمانی، متعلق جرم «حق حیات و سلامتی» است.

موضوع جرم، آن چیزی است که جرم بر آن واقع گردیده و رفتار انجام یافته از سوی مرتکب، موجب ورود زیان و یا نقصان به صورت کلی یا جزئی در آن می‌شود.

بنابراین، متعلق جرم اختلاس، بنا بر آن که آن را در زمره جرایم علیه اموال بدانیم، «حق مالکیت» محسوب می‌شود که حسب مورد ممکن است به دولت یا اشخاص تعلق داشته باشد و مختلس با ارتکاب جرم، به این حق، تعدی و تجاوز می‌کند و حرمت مالکیت غیر را که به موجب قانون محترم و معتبر شناخته شده زیر پا می‌گذارد. چنانکه گفته شد موضوع این جرم، بر اساس تعریفی که به عمل آمده «مال» است که در متن ماده ۵ ق.ت.م.ا.و.ا.و.ک. از آن به «وجوه یا مطالبات یا حواله‌ها یا سهام یا اسناد و اوراق بهادار و یا سایر اموال» تعبیر شده است.

لفظ مال دارای چنان مفهومی است که همه موارد مذکور را شامل می‌شود.

از نظر حقوقی، به چیزی مال می‌گویند که دارای دو شرط اساسی باشد.

۱ - مفید باشد و نیازی را برآورد خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی.

۲ - قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد. (۳۳)

بطور مسلم این شیء دارای ارزش اقتصادی و قابل داد و ستد خواهد بود.

بر اساس نص صریح ماده ۹۷ قانون مجازات مصر که اختلاس اموال حکومت یا اشخاص و یا اوراق که به جای اموال نقدی می‌نشینند، مجازات دارد، بنابراین واجب است که شیء اختلاس شده از اشیایی باشد که دارای قیمت و ارزش مالی باشد و این مطلب از نوع وظایفی که به عهده کسی که ممکن است از او اختلاس صورت پذیرد، گذاشته شده، فهمیده می‌شود و به علاوه از نص صریح ماده ۹۷ که جانی را ملزم به رد مال اختلاس شده

و دفع غرامتی مساوی با قیمت مال اختلاس شده می‌کند، بدست می‌آید که مال اختلاس شده باید دارای ارزش مالی باشد. (۳۴)

یکی دیگر از حقوقدانان مصری می‌گوید: «موضوع اختلاس مالی است که در حیات ناقص کارمند دولت به حکم وظیفه‌اش می‌باشد و مقصود از مال هر چیزی است که صلاحیت داشته باشد تا محلی برای حقی از حقوق قرار گیرد (در این باره به ماده ۸۱ قانون مدنی رجوع کن) بنابراین وقتی موضوع جرم اختلاس مال باشد دیگر ممکن نیست انسان به عنوان موضوع جرم اختلاس مطرح گردد. اما سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که هرگاه بعد از فوت انسان وی را برای کارهای کفن و دفن به عهده یک کارمند سپرده‌اند، و او نیز مثلاً جسد انسان را به یکی از دانشجویان دانشگاه پزشکی بفروشد آیا در این حالت اختلاس صورت گرفته است؟! (۳۵)

به هر حال به نظر این نویسنده قیمت مال اختلاس شده اهمیتی ندارد. و فرقی بین اموالی که دارای قیمت مادی بالایی می‌باشند و اموالی که دارای قیمت مادی پائین می‌باشند، وجود ندارد. بلکه اصلاً لازم نیست تا برای مال یک قیمت مادی باشد، همین که مال قیمت ادبی یا معنوی صرف هم داشته باشد، برای مال بودن و موضوع جرم اختلاس بودن، کفایت می‌کند. زیرا عبارت ماده ۱۱۲ قانون مجازات با الفاظ عامی ریخته شده است که در مدلول آن هر آنچه که تقویمش به مال ممکن است و هر آنچه که برای آن قیمت ادبی یا اعتباری وجود دارد، داخل می‌شود. (۳۶)

نویسنده در ادامه می‌گوید: برای تحقق جرم اختلاس مشروع بودن حیات مال موضوع اختلاس لازم نیست، بنابراین این جرم تحقق می‌یابد ولو حیات مال نسبت به شخص عادی، غیر مشروع باشد. مثلاً کارمندی که مواد افیونی یا اسلحه‌ای که اجازه‌ای در حیات آن نیست ولی به مقتضای وظیفه‌اش، موظف به نگهداری یا تسلیم یا ضبط آنها در مدت معینی می‌باشد، آنها را اختلاس کند، مرتکب جرم اختلاس شده است. در تحقق این جرم اهمیتی برای مالک مال نیست و مالک می‌تواند دولت یا یکی از اشخاص دیگر باشد مهم آن است که این اموال به مقتضای وظیفه به مامور دولت تسلیم شده باشد و هرگاه کارمند دولت مال یکی از افراد را تصاحب کرد، شناخت مالک مال برای تحقق جرم اختلاس، ضرورتی ندارد. چه آن که علت جرم دانستن این عمل، حمایت از مالکیت

فرد بر اموالش نمی‌باشد بلکه هدف اصلی این است که این عمل (اختلاس) اطمینان افراد نسبت به دولت را از بین می‌برد. (۳۷)

قانونگذار فرانسه نیز در ماده ۱۶۹ قانون مجازات خود بین اموال عمومی و خصوصی فرقی نگذاشته و تصریح دارد که جرم اختلاس ممکن است بر هر یک از این اموال واقع شود. (۳۸)

مشابه همین موارد در قانون مجازات عراق (مواد ۳۱۵ و ۳۱۶) و قانون مجازات لبنان (ماده ۳۵۹) و قانون مجازات سوریه (ماده ۳۴۹) و قانون جنایی مغرب (ماده ۲۴۱) وجود دارد.

شمول جرم اختلاس بر اموال غیر منقول

در این که آیا اموال غیر منقول تحت دایره جرم اختلاس قرار می‌گیرند یا خیر؟ دو نظریه متفاوت در میان حقوقدانان ایران و حقوقدانان برخی کشورهای دیگر وجود دارد. یعنی همچنان که در میان حقوقدانان ایران دو نظر درباره شمول یا عدم شمول جرم اختلاس بر اموال غیر منقول وجود دارد، همین دو نظر در میان حقوقدانان عرب نیز وجود دارد که آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱ - نظریه اول: عده‌ای بر این عقیده‌اند که اختلاس چنانکه بر مال منقول واقع می‌شود، همچنین بر مال غیر منقول نیز واقع می‌شود. یکی از حقوقدانان ایران در این باره می‌گوید: « نکته دیگری که حائز اهمیت است این است که آیا خیانت کارمندان و کارکنان و ماموران دولت نسبت به دولت فقط در مورد اموال منقول تحقق پیدا می‌کند یا این جرم شامل اموال غیر منقول هم می‌شود. مقنن در جرم خیانت در امانت به معنی اخص در ماده ۶۷۴ ق.م.ا. اشاره به اموال منقول یا غیر منقول یا نوشته‌هایی از قبیل سفته و چک و قبض و نظایر آن نموده در حالی که در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری علاوه بر وجوه و مطالبات... اشاره به « سایر اموال متعلق به دولت » کرده است. بنابراین با استنباط از این عبارت می‌توان نتیجه گرفت که جرم اختلاس هم شامل اموال منقول و هم اموال غیر منقول می‌شود و اگر یکی از کارکنان مندرج در این ماده وجوه عمومی یا اموال منقول و غیر منقول را به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب نماید مشمول این جرم قرار خواهد گرفت. » (۳۹)

۲ - نظریه دوم: در مقابل نظریه فوق، برخی

از حقوقدانان دیگر بر این باورند که هر چند واژه « سایر اموال » به طور مطلق ذکر شده ولی به نظر آنها موضوع جرم اختلاس فقط اموال منقول می‌باشد. یکی از نویسندگان در این باره می‌گوید:

« بدین ترتیب معلوم می‌شود که مواد بر شمرده شده فوق (وجوه، مطالبات، حواله، سهام، و اوراق بهادار) هر کدام مصداقی از مال منقول است و به لحاظ اهمیتی که قانونگذار برای آنها قائل بوده، به آنها اشاره کرده و با توجه به آوردن قید « و سایر اموال » کاملاً مشخص می‌شود که موضوع جرم اختلاس هر نوع « مال منقول » است. ممکن است گفته شود قانونگذار « سایر اموال » را به طور مطلق ذکر کرده و بنابراین شامل اموال منقول و غیر منقول می‌شود، ولی به نظر می‌رسد که در این مورد باید به قدر متیقن اکتفاء و از توسعه دامنه مقرره جزایی جلوگیری کرد و موضوع جرم اختلاس را فقط اموال منقول دانست. » (۴۰)

بالاخره به نظر این عده، بزه اختلاس هم مانند سرقت در مورد مال غیر منقول مصداق ندارد. زیرا غیر منقول را نمی‌توان ربود و با توجه به معنای لغوی اختلاس (ربودن) و مفهوم اصطلاحی آن در فقه (ربودن مال از غیر حرز) و این که در قانون ما اختلاس نوعی خاص از خیانت در امانت است و مال موضوع بزه خیانت در امانت منقول می‌باشد و همچنین اموال غیر منقول را نمی‌توان « برداشت » کرد، می‌گویند جرم اختلاس تنها شامل اموال منقول می‌شود. (۴۱)

اداره حقوقی وزارت دادگستری در نظریه شماره ۷/۴۲۱۸ - ۷۳/۷/۲۴ اشعار می‌دارد: « اختلاس شامل اموال غیر منقول نمی‌شود و منصرف به اموال منقول است. » (۴۲)

چنان که گفته شد همین دو نظریه در میان حقوقدانان سایر کشورها نیز وجود دارد که به دو مورد از آنها اشاره می‌شود:

۱ - برخی از حقوقدانان عرب می‌گویند: جرم اختلاس چنانکه بر مال منقول واقع می‌شود بر غیر منقول نیز واقع می‌شود. زیرا علاوه بر این که وقوع استیلاء بر مال غیر منقول متصور است، در برخی از صورتهای جرم اختلاس شمول و عمومیتی است که می‌توان گفت این جرم بر ضد اموال غیر منقول نیز سریان دارد. (۴۳)

۲ - در مقابل نظریه فوق، برخی دیگر بر این باورند که لازم است مال موضوع اختلاس منقول باشد، و در صورت غیر منقول بودن جرم اختلاس تحقق نمی‌یابد. یکی از این نویسندگان عرب درباره مال موضوع اختلاس

می‌گوید:

« مال هر چیزی است که صلاحیت دارد تا محلی برای حقی از حقوق باشد. و قانونگذار در ماده ۱۱۲ مجازات در موضوع جرم اختلاس شرط کرده است که « اموال یا اوراق یا غیر آنها » باشد و در مال موضوع اختلاس شرط کرده است که باید منقول باشد. هر چند قانونگذار تصریح به این شرط نکرده است، زیرا این که در موضوع جرم اختلاس، اموال منقول شرط باشد، با حکمت جرم دانستن اختلاس اموالی که کارمند به سبب وظیفه آنها را حیزت می‌کند سازگاری دارد و آن محافظت بر اموالی است که در اختیارش می‌باشد و این حکمت تنها نسبت به اموال منقول محقق می‌شود، اما در مورد اموال غیر منقول، همین ثبات آنها، یک نوع حمایت کافی می‌باشد. » (۴۴)

نتیجه‌گیری:

در بحث فوق دو نظریه متفاوت در مورد شمول و یا عدم شمول جرم اختلاس نسبت به اموال غیر منقول همراه با ادله آنها بیان گردید. به نظر می‌آید با عنایت به تعریفی که از جرم اختلاس ارائه گردید و همچنین توجه به معنای تصاحب و واژه « سایر اموال » در ماده قانونی جرم اختلاس در حقوق ایران و واژه « غیرها » در مواد قانونی جرم اختلاس در قوانین برخی کشورهای عربی، جرم اختلاس شامل اموال منقول و غیر منقول بشود. و در حقیقت علت برداشت افرادی که جرم اختلاس را در اموال غیر منقول جاری نمی‌دانند، معنا کردن واژه « برداشت » در قانون ایران، به معنای لغوی یا فقهی می‌باشد. در حالی که روشن است که مراد از اختلاس در مواد قانونی معنای لغوی یا فقهی نمی‌باشد و چنین دلیل آوردن خلط بحث می‌باشد.

بنابراین جرم اختلاس شامل کلیه اموال غیر منقول و منقول که در مواد ۱۲ تا ۲۲ قانون مدنی پیش‌بینی شده است می‌گردد.

به علاوه، اگر جرم اختلاس را یکی از صورتهای جرم خیانت در امانت بدانیم وقتی خود این جرم (خیانت در امانت) شامل اموال غیر منقول می‌شود جرم اختلاس هم می‌تواند شامل چنین اموالی بشود.

قانونگذار در ماده ۶۷۴ اشعار می‌دارد:

« هرگاه اموال منقول یا غیر منقول یا نوشته‌هایی از قبیل سفته و چک و قبض و نظایر آن به عنوان اجاره یا امانت یا رهن یا برای وکالت یا هر کار با اجرت یا بی اجرت

به کسی داده شده و بنابراین بوده است که اشیاء مذکور مسترد شود یا به مصرف معینی برسد و شخصی که آن اشیاء نزد او بوده آنها را به ضرر مالکین یا متصرفین آنها استعمال یا تصاحب یا تلف یا مفقود نماید به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد. »
چنانکه ملاحظه می‌شود، قانونگذار، جرم خیانت در امانت به معنای عام را در اموال غیر منقول نیز جاری می‌داند.

از اینها گذشته وقتی قانونگذار در باب اختلاس واژه « سایر اموال » را به صورت مطلق و بدون وصف آن به منقول یا غیر منقول، آورده است به همان اطلاق به نحو اطلاقی که در تعریف مال در قانون مدنی آمده است اخذ می‌شود. و چنانکه گفته شد قانون مدنی در ماده ۱۱ اموال را بر دو قسم منقول و غیر منقول تقسیم می‌کند.

اگر کسی بگوید که تفسیر نصوص جزایی به نفع متهم اقتضاء می‌کند که «سایر اموال» را تنها به اموال منقول حمل کنیم؛ در پاسخ گفته می‌شود که این تفسیر زمانی اجازه داده شده است که در مساله ابهام و اجمالی باشد و رفع ابهام و اجمال از متون قانونی غیرممکن باشد؛ اما به نظر می‌آید اولاً در مساله ابهام و اجمالی وجود ندارد. ثانیاً در موردی که امکان مراجعه به قانونگذار جهت رفع ابهام و اجمال وجود داشته باشد و یا این که از طریق قواعد عقلی و اصول استنباط بتوان رفع ابهام نمود به صرف عدم صراحت قانون نمی‌توان به اصل تفسیر به نفع متهم متوسل شد. برخی از حقوقدانان کشورهای عربی نیز بعد از بیان دو نظریه فوق در میان حقوقدانان عرب، شمول اختلاس به اموال غیر منقول را علاوه بر اموال منقول، ترجیح می‌دهند. (۴۵) به نظر می‌آید ماده ۴ قانون تشدید (۴۶) که به صورت صریح از اموال منقول و غیر منقول درباره جرایم رشوه، اختلاس و کلاهبرداری نام برده است، می‌تواند خود مؤید بسیار خوبی بر این نتیجه‌گیری باشد که مراد قانونگذار از « سایر اموال » اموال غیر منقول را نیز شامل می‌شود.

گفتار پنجم: سپرده شدن اموال یا اشیاء

یکی دیگر از شرایط تحقق عنصر مادی در جرم اختلاس سپرده شدن اموال یا اشیاء به کارمند دولت است. امانت دار بودن و موظف بودن در این جرم وضعیتی است که از طبیعت جرم اختلاس، جدا شدنی نیست. لذا اگر کارمندی اموال یا وجوه سپرده به

دست کارمند دیگر را بردارد و در آن تصرف مالکانه نماید، عمل وی اختلاس نبوده بلکه سرقت تلقی خواهد شد یا مثلاً در موردی که یک کارمند مال یا اوراق بهادار سپرده شده به خودش را به کارمند دیگری تا چند ساعت یا چند روزی بدهد تا از آن نگهداری کند، ولی کارمند دوم، آن را به نفع خود تصاحب می‌کند، عمل وی خیانت در امانت محسوب می‌شود. چه این که در دو مثال فوق عمل ارتكابی ناشی از وظیفه رسمی دولتی نمی‌باشد.

به موجب رای شعبه دوم دیوان عالی کشور به شماره ۴۹ - ۱۳۲۴/۱/۲۵:

« ... اگر کسی به سمت تحصیلداری تعیین شود و قبل از تحویل گرفتن تصرفات غیر قانونی در اموال دولتی بکند، عمل او مشمول ماده ۱۵۲ نیست و ممکن است با جرم سرقت تطبیق کند. » (۴۷)

به هر حال اگر کارمندی اموال یا وجوه سپرده به دست کارمند دیگر را ربوده و تصرف نماید، عمل وی اختلاس نبوده، بلکه سرقت یا ممکن است عنوان کیفری دیگری داشته باشد و هم چنین اگر عمل ارتكابی ناشی از وظیفه رسمی دولتی نباشد مثل این که وجوه یا اموال به عنوان موقتی از طرف کارمند موظف به دیگری سپرده شده و او آنها را به نفع خود برداشت و تصرف نماید این عمل عنوان اختلاس نداشته بلکه تحت عنوان « خیانت در امانت » به مفهوم اخص قابل تعقیب خواهد بود. (۴۸)

همچنین است اگر افرادی بدون دریافت حقوق و مزایا و بدون وجود رابطه استخدامی در سازمان یا یک شرکت دولتی اشتغال داشته و مرتکب برداشت و یا تصاحب مالی شوند، چون این افراد از جمله کارکنان رسمی و موظف دولت نیستند، طبعاً مشمول مقررات ماده مربوط به اختلاس کارکنان دولت نبوده و با توجه به نوع جرمی که مرتکب شده‌اند، حسب مورد به اتهام خیانت در امانت و یا کلاهبرداری و امثال آن تحت تعقیب قرار خواهند گرفت. ولی اگر این افراد بدون داشتن رابطه استخدامی مأمور خدمات عمومی باشند، و مرتکب جرم اختلاس شوند، در حکم مأموران دولتی بوده و همانند آنان قابل تعقیب خواهند بود. (۴۹)

بنابراین سپردن مالی به مرتکب حسب وظیفه یا حسب اقتضاء عمل بایستی صورت گرفته باشد و تشخیص وظیفه که عنصر مهم بزه اختلاس است همان سر حد تشخیص جرم خیانت در امانت با اختلاس است. بدین ترتیب اگر سر دفتر اسناد رسمی که حسب

دستور اداره ثبت اسناد و املاک متصدی فروش تمبر اسناد بوده وجوهی را به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب نماید، عمل مشمول جرم اختلاس خواهد بود، ولی اگر ثمن معامله را که متعاملین برای انجام معامله نزد او سپرده‌اند، تصاحب کند عمل او خیانت در امانت است زیرا که دفتر به هیچ وجه وظیفه قبول ثمن معامله را ندارد و چنین وظیفه‌ای به او محول نشده است. (۵۰)

چنانکه بیان گردید یکی از شرایط تحقق رکن مادی در جرم اختلاس در حقوق ایران، سپرده شدن اموال به کارمند دولت به حسب وظیفه بود. حقوقدانان کشورهای عربی نیز در شرح جرم اختلاس به این نکته تصریح نموده‌اند که به برخی از آنها اشاره می‌شود: یکی از حقوقدانان مصر می‌گوید:

« ماده ۹۷ قانون برای مجازات مختلس شرط می‌کند که شیء اختلاس شده باید به سبب وظیفه به کارمند، تسلیم شده باشد ولی قانونگذار فرانسوی در ماده اختلاس شرط می‌کند که شیء مورد اختلاس باید به سبب وظیفه در اختیار مختلس باشد؛ و قانون فرانسه تسلیم را ذکر نکرده بلکه به وجود شیء در اختیار مختلس اکتفاء نموده است. (۵۱)

یکی دیگر از حقوقدانان در این زمینه می‌گوید: « در جرم اختلاس لازم است که مال در حیزت جانی به سبب وظیفه‌اش یافت شود... بنابراین جرم اختلاس اموال عمومی زمانی که از متهم ویژگی کارمند عمومی بودن، منتفی شود تحقق نمی‌یابد، بلکه جرم وی خیانت در امانت یا سرقت و... حسب نوع فعلی که مرتکب شده، می‌تواند باشد. (۵۲) پس اگر کارمند مالی که به حساب دولت حیزت می‌کند به پسرش تسلیم نماید و فرزندش خیانت‌بکند، فرزند وی مرتکب جرم خیانت در امانت شده است و اگر همسر کارمند بر مال سپرده شده بر کارمند، دست‌یازد و آن را بردارد، مرتکب جرم سرقت شده است. » (۵۳)

به هر حال هرگاه متهم کارمند عمومی باشد ولی مال را به سبب وظیفه حیزت نکرده است، و در کار کارمندی که حیزت بر این مال اختصاص به آنها دارد، دخالت می‌کرده، و در عملی که خارج از محدوده وظیفه‌اش بوده است به تقاضای کارمندان دیگر، وارد شده است و مال را حیزت کرده است، در این صورت نمی‌توان به چنین شخصی گفت که حیزت اموال برای دولت، وظیفه اختصاص وی بوده است. بنابراین اگر چنین

کارمندی بر مال دولت، حیزت کند، مشمول جرم اختلاس نمی‌شود. (۵۴)

نتیجه‌گیری:

از آنچه در این بحث گذشت به این نتیجه می‌رسیم که لازم است

اولاً: مال به کارمند سپرده شده باشد؛ حال فرق نمی‌کند که بودن مال در اختیار وی از جهت سپردن مال به وی باشد یا مقتضای وظیفه‌اش، بودن اموال در اختیارش می‌باشد یا این که خودش آن را اخذ کرده باشد.

ثانیاً: همه این اعمال باید به حسب وظیفه باشد. یعنی حیزت و اختیار اموال اختلاس شده بر عهده کارمند مختلس بوده است. و معیار در اختیار وی بودن، زمان اختلاس است. به عبارت دیگر، وقتی جرم اختلاس تحقق می‌یابد که مال دولت یا اشخاص دیگر به حسب وظیفه در اختیار وی باشد. بنابراین اگر کارمند دولت باشد اما قبل از حیزت بر مال یا بعد از سلب حیزت از مال، اموال را تصاحب کند، مختلس شمرده نمی‌شود. (۵۵)

بنابراین آنچه که در قانون فرانسه به صورت مطلق آمده و تسلیم مال به کارمند را ذکر نکرده است، به نظر می‌آید از سایر قوانین جامع‌تر باشد و بهتر است سایر قوانین از جمله قانون ما نیز این گونه اصلاح شود که کارمند مالی که در اختیارش به سبب وظیفه بوده است را تصاحب نماید... نه مال سپرده شده به وی.

مبحث سوم: رکن معنوی

اختلاس از جرایم عمدی است و برای تحقق عمد، لازم است که تصاحب یا از بین بردن مال متعلق به دولت یا اشخاص که در ید امانی مرتکب بوده است، معلول سوء نیت و قصد آگاهانه کارمند باشد و به علاوه باید متضمن انتفاع شخص مختلس یا شخص دیگری هم باشد، به عبارت دیگر تحقق عنصر روانی جرم موکول به وجود عمد عام مرتکب در تصاحب مال و وجود سوء نیت خاص در اضرار دولت یا افراد دیگر است.

اما هر گاه بر اثر بی احتیاطی یا اشتباه در محاسبه از ناحیه صندوقداران مبلغی از وجوهی که بر حسب وظیفه به آنها سپرده شده کسری حاصل گردد، این اندازه اقدام مرتکب، به علت فقدان قصد مجرمانه اختلاس محسوب نمی‌شود، هر چند ممکن است

موجب مسؤولیت مدنی صندوقدار گردد. به علاوه برای جبران این قبیل اشتباهها معمولاً مبلغ جزئی به عنوان کسر صندوق به آنان پرداخت می‌شود. در مورد سایر کالاهای تبخیر شدنی و غیره نیز کسری متعارفی برای انبارداران در نظر گرفته می‌شود. (۵۶)

برای تحقق جرم اختلاس لازم است وقوع جرم و سوء نیت و یا اتلاف عمدی احراز شده باشد. این جرم نیز همانند سایر جرایم دارای دو سوء نیت عام و خاص است:

سوء نیت عام در جرم اختلاس همان قصد برداشت و تصاحب اموال و اشیاء به نفع خود یا دیگری است و سوء نیت خاص تحصیل منفعت برای مرتکب و اضرار به دولت می‌باشد. در واقع باید بین عمل مرتکب و حصول نتیجه که همان تحصیل مال یا نفعی است رابطه علیت موجود باشد. (۵۷)

اداره حقوقی قوه قضائیه با تاکید بر لزوم احراز سوء نیت می‌گوید:

« ماموران و مستخدمین دولتی که اموال، وجوه و یا سایر اشیاء دولتی متعلق به بیت‌المال که به حسب وظیفه به ایشان سپرده شده است هرگاه اموال مذکور را به نفع خود یا دیگری برداشت یا تصاحب نمایند مشمول مقررات تشدید مجازات ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری خواهند بود. در صورت عدم احراز سوء نیت و وقوع جرم یا اتلاف غیر عمدی با توجه به مسؤولیت ناشی از امانت و مقررات قانون مسؤولیت مدنی و سایر قوانین موضوعه با آنان رفتار خواهد شد. (۵۸)

یکی از شعب دیوان عالی کشور در یکی از آراء خود می‌گوید: « تنها وجود کسر در وجوه ابواب جمعی که ممکن است این کسر جهات دیگری غیر از اختلاس داشته باشد و همچنین عجز جمعدار از اثبات دعوی فقدان هیچ یک ملازمه با اختلاس ندارد؛ بلکه اصولاً دادگاه باید اقدام متهم را به اختلاس احراز نماید. »

بنابراین اشخاصی که وجوه نقدی یا مطالبات یا حواله یا سهام و اسناد و اوراق بهادار نزد آنها است، صرف امتناع از رد آنها و لو بعد از مطالبه یا عجز از دادن حساب باشد، دلیل قاطع بر قصد اختلاس نیست چه بسا ممکن است مامور دولتی بواسطه اشتباهات یا روشن کردن موارد خرج یا علل دیگری که هیچ یک ملازمه با تصاحب ندارد، تاخیر در دادن حساب بنماید و این امر را نمی‌توان دلیل بر اختلاس دانست.

یکی از مواردی که ممکن است در انبار جمع‌داری کسری بوجود آید و آن کسری

معلول اختلاس نباشد کسری معروف به « کسر تخیر » است؛ نظیر این کسری در صندوق نقدی منظور می‌شود که از حدود مبلغ جزیی تجاوز نمی‌کند یا این کسری معلول اشتباه در شمارش پول، بی احتیاطی، بی مبالا، محاسبه، توزین و نظایر آن باشد و چنانکه گفته شد، به همین دلایل است که معمولاً به صندوقداران وجوهی از این بابت به عنوان فوق‌العاده مخصوص منظور و پرداخت می‌شود. در مقابل این کسریهای جاری و جزیی قابل اغماض، افزایشهایی هم در انبار موجود است که معروف به « سرک انبار » است مانند این که در گونیهای شکر و گندم و غلات و غیره بطور کلی ممکن است اختلافی میان توزین اولیه و توزین بعدی به نفع انبار بوجود آید که البته انباردار حق برداشت و تصرف این سرک را ندارد. و در عمل آنچه از انباردار می‌خواهند این است که جنس موجود در انبار با آنچه در دفاتر او وارد و تحویل گرفته است، مطابقت داشته باشد. « (۵۹)

بررسی مقایسه‌ای:

چنانکه گذشت از نظر حقوقدانان کشور ما، برای تحقق رکن معنوی، وجود دو عنصر، سوء نیت عام و سوء نیت خاص ضرورت دارد؛ همین وضعیت در میان حقوقدانان سایر کشورها نیز وجود دارد. یکی از حقوقدانان مصر در این باره می‌گوید:

« اختلاس اموال عمومی در همه حالاتش یک جرم عمدی است؛ علاوه بر آن باید قصد خاص نیز باشد. بنابراین اگر کارمند دولت در محافظت از مالی که به سبب وظیفه به او سپرده شده است، کوتاهی کند و در نتیجه مال از بین برود یا این که به سرقت برده شود، جرم اختلاس به چنین کارمندی صدق نمی‌کند. « (۶۰)

همین حقوقدان درباره عنصر قصد عام می‌گوید:

« قصد عام، آگاهی متهم به این که مال در حیات ناقصه وی می‌باشد و این حیات به سبب وظیفه‌اش می‌باشد و این مال در ملکیت وی نمی‌باشد و بداند که قانون چنین رفتاری را مجاز نمی‌داند و اراده‌اش را متوجه انجام دادن اختلاس بنماید، در این صورتها قصد عام، تحقق می‌یابد. اما اگر متهم نداند که مالی که در حیات وی می‌باشد، ناقصه می‌باشد (یعنی اختیار تصاحب و برخورد مالکانه را با آن ندارد) مثل این که معتقد باشد مالی که به او سپرده شده است به

سببی می‌باشد که به وظیفه‌اش ربطی ندارد؛ مثل این که گمان کند صاحب مال، آن را در شکل ودیعه به او داده است یا این که اموال عمومی را برای مصرف عمومی انفاق کند به این اعتقاد که قانون به او چنین امر می‌کند یا این که قانون برای چنین کاری دست وی را باز گذاشته است، در همه این حالات، قصد عام محقق نمی‌شود و... « (۶۱)

یکی دیگر از حقوقدانان مصری درباره قصد خاص می‌گوید: « علم و اراده برای صدق جرم اختلاس کفایت نمی‌کند؛ بلکه لازم است قصد خاصی همراه با نیت تملک مال اختلاس شده باشد، یعنی متهم حق دولت بر مال را انکار کند و با این مال، جمیع تصرفات مالکانه را انجام دهد. بنابراین جرم اختلاس توسط کارمندی که تنها مال متعلق به دولت را استعمال می‌کند، ولی نیت تملک آن را نمی‌کند، ارتکاب نمی‌یابد. مثال این مطلب موردی است که شخصی اتومبیل دولتی را اجاره کند و مخارج لازم آن را، خود به عهده بگیرد. (اما استفاده از اتومبیل دولتی برای استفاده شخصی بدون تحمل مخارج آن، از بابت روغن استهلاک شده و غیره، اختلاس می‌باشد. « (۶۲)

این نویسنده در ادامه می‌افزاید: « در حقیقت قصد خاص در فعل و رکن مادی اختلاس داخل است، زیرا انجام جرم اختلاس، مادیات صرف نیست، بلکه انجام آن مرکب از فعل مادی و نیت خاص که در ضایع کردن مال بر مالکش و اضافه نمودن آن به ملک جانی، ظاهر می‌شود. بنابراین هرگاه اختلاس (تصرف کارمندی در مال) به اعتبار مالکیت وی بر آن باشد، این مطلب ضرورتاً به انعقاد نیت کارمند بر تملک و تصاحب این مال و تغییر حیات ناقصه آن به حیات کامله، را می‌رساند.

هرگاه قصد جنایی محقق شد، دیگر به انگیزه‌های مرتکب در ارتکاب جرم اختلاس، توجهی نمی‌شود، فرقی نمی‌کند این انگیزه شرافتمندانه باشد مثل بر آوردن نیاز یک فقیر یا پست و رذیلانه باشد مثل تمایل به انتقام از دولت و غیره. قصد جنایی توسط کارمند به خاطر اطاعت دستور رئیس یا تصریح رئیس به تصرف در مال به وجهی که آئین‌نامه چنین تصرفی را جایز نمی‌داند از بین نمی‌رود. و کارمند حق ندارد دستور صادره از سوی رئیس مبنی بر ارتکاب فعلی که می‌داند قانون چنین عملی را مجازات می‌داند، را اطاعت و پیروی کند. مگر این که قانونی اجازه چنین دستوری را به تصرف در مال سپرده شده به کارمند را به رئیس

داده باشد یا این که کارمند با دلایل معقولی، معتقد باشد که اطاعت رئیس بر او واجب و لازم است. به هر حال اثبات قصد جنایی تابع قواعد عمومی اثبات می‌باشد. و گاهی امارات و قراینی پیدا می‌شود که دلالت بر تحقق قصد جنایی دارد مثل فرار متهم بعد از عملیات اختلاس یا مخفی نمودن آن یا تزویر در دفاتر و اوراق برای مخفی کردن اثر اختلاس. « (۶۳)

حقوقدانان سایر کشورهای عربی از جمله عراق و لبنان نیز مطالبی مشابه آنچه در قصد عام و خاص، گذشت، بیان نموده‌اند که از ذکر آنها خودداری می‌شود و به همین مقدار اکتفا می‌شود. « (۶۴)

نتیجه‌گیری کلی:

- آوردن واژه «برداشت» در تعریف و ارکان جرم اختلاس، وجاهت ندارد، چه این که وقتی یکی از عناصر تحقق جرم اختلاس وجود مال در اختیار کارمند دولت می‌باشد، دیگر برداشت مجدد معنایی ندارد، بلکه معیار تحقق جرم اختلاس، تغییر نیت و برخورد مالکانه کردن با مال می‌باشد.

- از جهت موضوع و تعلق جرم اختلاس به این نتیجه رسیدیم که این جرم علاوه بر اموال منقول، در مورد اموال غیر منقول نیز سریان دارد؛ لذا شایسته است قانونگذار ترتیبی اتخاذ نماید تا روند واحدی در محاکم جاری گردد و از برداشتهای متفاوت از واژه «سایر اموال» در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری جلوگیری شود.

- عوامل و انگیزه‌هایی که باعث شده است تا تصاحب اموال اشخاص که به کارمند دولت سپرده شده است، تحت عنوان جرم اختلاس قرار گیرد، همان انگیزه‌ها می‌تواند درباره تعمیم جرم اختلاس به تصاحب اموال شرکتهای سهامی غیر دولتی، تعاونیهای خصوصی و غیره نیز وجود داشته باشد. به عنوان مثال اگر دولت اجازه تاسیس بانکهای خصوصی به اشخاص حقیقی یا حقوق را بدهد، و این اشخاص در چارچوب قانون اقدام به راه اندازی چنین بانکهایی نمایند و مردم نیز بر اساس اعتماد عمومی نسبت به نظارت دولت بر فعالیت افراد فوق، اموال خود را در اختیار آنها قرار دهند، به نظر می‌آید (با عنایت به تعزیری بودن جرم اختلاس) قانونگذار بتواند برای حمایت کیفری از چنین اموالی و نیز تضمین فعالیتهای اقتصادی و سیاسی و فرهنگی، تصاحب چنین اموالی را نیز تحت عنوان جرم اختلاس قرار دهد.

