پژوهش در فقه و حقوق، شماره ۱ ، پاییز ۱۳۹۵، ص ۱۲۳-۱۰۸

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

مجله علمی تخصصی پژوهش در فقه و حقوق (سال اول)
شماره ۱ / پاییز ۱۳۹۵ / ص ۱۲۳-۱۰۸

مطالعه تطبیقی رشا و ارتشا در بخش خصوصی

علیرضا شایق [۱]، محمدجواد رحیمی نسب [۲]

[۱] کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی

[۲] دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، آزاد یزد

نام و نشانی ایمیل نویسنده مسئول:

علیرضا شایق

shayegh.article@gmail.com

چکیده

رشا و ارتشاء مهمترین نمونه ی فساد اقتصادی در نظام های حقوقی مختلف محسوب می شود و از این حیث هم در دوره های مختلف نظام های حقوق داخلی و هم در عصر جهانی شدن ـ همسو با پیوند منافع اقتصادی ملت ها ـ در اسناد منطقه ای و بین مورد توجه قرارگرفته اند. به بیان دیگر، رشوه به عنوان یکی از مصادیق فساد مالی و اقتصادی ـ که عمدتاً ناظر به فساد در فعالیت های اقتصادی و تجاری است ـ نه تنها قوانین جدید، بلکه از دیرباز در متون فقهی نیز به مصادیقی از این جرم اشاره کرده اند. همچنین امروزه، علاوه بر قوانین داخلی، کنوانسیون های متعدد منطقه ای و بین المللی برای ایجاد رویه ای واحد در برخورد کیفری با انواع فساد و از آن جمله، رشا و ارتشاء منعقد شده اند. برای نمونه می توان از کنوانیسون ملل متحد علیه جرایم سازمان یافته (پالرمو ـ ۲۰۰۰) نام برد که در مواد ۸ و ۹ به جرم انگاری و اقدامات لازم در بمارزه با فساد اشاره نموده و ارتشاء را به عنوان مهم ترین مصداق فساد مورد تصریح قرار داده است. همچنین، کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد (۲۰۰۳) در مواد ۱۵ و و ۱۶ خود به تفصیل به ارتشای اشخاص حقوق عمومی و در ماده ۲۱ به ارتشای بخش خصوصی پرداخته است. اگر بپذیریم اهمیت فساد مالی و جرم انگاری رفتارهایی مانند رشا و ارتشا، در حمایت از اعتماد عمومی و حفظ روند گردش سالم سرمایه و احترام به حق مالکیت افراد و برخورداری از امتیازاتی است که به تبع این حق، باید داشته باشند و با توجه به این ضرورت، در این نوشتار خواهیم کوشید ابتدا مفاهیم اصلی مطرح در این رابطه را تبیین نماییم (گفتار نخست)؛ سپس، تحلیلی از ارکان این جرایم در کنوانسیون ارائه داده، برخی مصادیق مرتبط در قوانین فعلی ایران را با کنوانسیون مقایسه می نماییم (گفتار دوم)؛ در گام بعدی، مطالعه ای گذرا در رویکردهای اتخاذ شده در نظام های حقوقی دیگر خواهیم داشت (گفتار سوم) و دست آخر، با جمع بندی و نتیجه گیری از مباحث طرح شده، پیشنهادهایی برای قانونگذار ایرانی ارائه خواهیم نمود.

واژگان کلیدی: رشا، ارتشا، فساد اقتصادی

پژوهش در فقه و حقوق، شماره ۱ ، پاییز ۱۳۹۵، ص ۱۲۳-۱۰۸

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

مقدمه

فصل نخست : مفاهیم اصلی

برای روشن شدن محدوده و سامان بحث و رسیدن به فهمی مشترک از مفاهیم اصلی که در این نوشتار بررسی می شود، در این گفتار می کوشیم مروری اجمالی بر تعریف مفاهیم اصلی مورد بررسی در این نوشتار داشته باشیم. در بند الف، تحلیلی از مفهوم فساد را با توجه به برخی اسناد بین المللی و نظام حقوق داخلی ارائه می کنیم و در بند ب، مفهوم رشوه را ـ به ویژه از نظرگاه فقه امامیه ـ تحلیل می نماییم؛ تحلیلی که ضمن آن خواهیم کوشید ـ تبعاً ـ چارچوبی کلی از مفاهیم رشا و ارتشا را نیز به دست دهیم. (در این بخش، ارکان جرم رشا و ارتشای بخش خصوصی تحلیل نخواهد شد. این موضوع را در گفتار دوم پی خواهیم گرفت.) سرانجام در بند ج مفهوم بخش خصوصی را بازخوانی می کنیم.

گفتار اول : فساد

درگام نخست برای تبیین موضوع رشا و ارتشا ـ به عنوان زیرمجموعه ای از مفهوم فساد ـ باید تعریفی از این مفهوم به دست دهیم. در میان تعاریف ارائه شده در این رابطه[1]، به نظر می رسد تعریف سازمان شفافیت بین الملل از حیث شمول، پذیرفتنی تر باشد: «سوءاستفاده از قدرت تفویض شده در جهت منافع شخصی، اعم از این که در بخش خصوصی باشد یا دولتی». (مشابه همین تعریف از سوی دفتر ملل متحد برای مبارزه با جرم و مواد مخدر نیز ارائه شده است.)

این تعریف، از این جهت که شامل فساد بخش خصوصی و عمومی می شود و نیز از حیث اشاره به سوءاستفاده از قدرت و جایگاه شخص، برای کسب منفعت ، قابل قبول تر از سایر تعاریف می نماید ولی با این حال، خالی از اشکال نیست؛ برای نمونه، مفهوم سوءاستفاده و قلمرو آن روشن نیست. هرچند، شاید بتوان گفت هرگونه إعمالِ اختیارات تفویض شده فراتر از حدود قانونی، قراردادی یا متعارف آن، مصداق سوءاستفاده است.

به بیان دیگر، «استفاده» از اختیارات مزبور در جهتی جز آنچه که به طور صریح یا ضمنی، به فرد اجازه داده شده، نوعی «سوءاستفاده» است. اساساً می توان گفت جوهر فساد ـ خواه در بخش دولتی یا عمومی و خواه در بخش خصوصی ـ سوءاستفاده از موقعیت و جایگاه برای کسب منفعتی ناروا و بی مورد، برخلاف قوانین و مقررات است.[2]

النهایه می توان به این تعریف بسنده نمود که منظور از فساد مالی و اقتصادی، هرگونه عملی (فعل یا ترک فعل) در جریان روابط و معاملات تجاری و اقتصادی است که طی آن، شخص با سوءاستفاده از جایگاه و سمت خود، مستقیم یا غیرمستقیم در صدد کسب امتیاز یا منفعت مالی غیرمالی برای خود یا دیگری باشد یا امتیاز را کسب نماید؛ اعم از این که در بخش عمومی واقع شود یا بخش خصوصی.

این تعریف، با مصوبه اخیر مجلس شورای اسلامی نیز هماهنگ به نظر می رسد که در ماده ۱ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد (در تاریخ ۱۳۸۷/۲/۲۷ مجلس شورای اسلامی به طور آزمایشی به مدت سه سال تصویب شد و در تاریخ ۱۳۹۰/۸/۷ با اصلاحاتی به تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید) مقرر داشته است: «فساد در این قانون هرگونه فعل یا ترک فعلی است که توسط هر شخص حقیقی یا حقوقی به صورت فردی، جمعی یا سازمانی که عمداً و با هدف کسب هرگونه منفعت یا امتیاز مستقیم یا غیرمستقیم برای خود یا دیگری، با نقض قوانین و مقررات کشوری انجام پذیرد یا ضرر و زیانی را به اموال، منافع، منابع یا سلامت و امنیت عمومی و یا جمعی از مردم وارد نماید نظیر رشاء ، ارتشاء ، اختلاس، تبانی، سوءاستفاده از مقام یا موقعیت اداری، سیاسی، امکانات یا اطلاعات، دریافت و پرداختهای غیرقانونی از منابع عمومی و انحراف از این منابع به سمت تخصیصهای غیرقانونی، جعل، تخریب یا اختفاء اسناد و سوابق اداری و مالی».

---

[1] . در باره ی تعریف فساد ر.ک. : حمید بهره مند بگ نظر، **سیاست جنایی تقنینی ایران در قبال فساد و مطالعه ی تطبیقی آن با کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد**، رساله ی دکتری حقوق جزایی و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، ص ۶ به بعد

[2] . برای نمونه، در تعریف فساد در بخش عمومی گفته شده است: «سوءاستفاده از سمت عمومی در راستای منافع فردی به نحوی که خلاف قوانین و مقررات باشد.» (Melanie Manion, *"corruption by design"* in: **Journal of Law, Economics and Organization**, Vol. 12, No. 1 , Oxford University Press. Apr. 1996, p. 167)

پژوهش در فقه و حقوق، شماره ۱ ، پاییز ۱۳۹۵، ص ۱۲۳-۱۰۸

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

گفتار دوم : رشوه

آنچنان که گفته اند واژه ی «رشوه» در اصل به معنای طنابی است که با آن از چاه آب می کشند و به همین خاطر، در جایی که کسی به دیگری چیزی می دهد تا او را به مقصودی ناروا و ناحق برساند، از همین تعبیر استفاده شده است. گو این که در آیه ی ۱۸۸ سوره ی مبارکه ی بقره آمده است: «وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَى الْحُكّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوالِ النّاسِ بِالْإِثْمِ» و درباره ی مفهوم « [لا] تدلوا بها إلی الحکام» دقیقاً معنای منع از ارتشای قضات گفته شده است. [۳] در لسان‌العرب از ابن‌اثیر نقل شده است که معنای رشوه، برآوردن حاجت و نیاز است از طریق مصانعه و صرف پول و رشا، در لغت چیزیست که با آن به آب می رسند.[۴] با این حال، برخی تأکید کرده اند که «بر هدیه ای که که برای تحبیب و جلب قلوب داده می شود، عنوان رشوه صادق نیست، هرچند که قباحت آن قابل انکار نیست.»[۵]

سابقه ی رشا و ارتشا در ادبیات فقهی ما مشهود است. جالب این که، مشهورترین مصداق آن نه راجع به فساد حکومتی، بلکه درباره ی فساد قضات است که در ادوار گذشته، در بسیاری از مصادیق خود ـ از جمله قاضی تحکیم ـ غیروابسته به دولت بودند و با بیان امروزین، مصداق بخش عمومی غیردولتی محسوب می شدند. در واقع، در متون فقهی ما اصولاً رشوه به مالی گفته می شود که به قاضی داده می شود تا به حق یا ناحق به سود دیگری حکم کند.[۶] همچنین در روایاتی به ارتشای والیان اشاره و در حد شرک به پروردگار دانسته شده است.[۷]

با این حال در این موضوع که آیا رشوه اختصاص به مورد حکم قاضی دارد یا مورد دیگری را هم شامل می شود، اختلاف شده است و به نظر، قول صائب و منطبق با اطلاق روایات وارد شده در این باب، همین است که حرمت رشوه اختصاص به فرض حکم قاضی ندارد؛ بلکه در هرجا که عرف عمل را «رشوه» تقلی کند، حکم حرمت شرعی بر آن بار می شود.[۸] در واقع نکته ی جالب توجه در این بیان همین است که مرجع در تشخیص موضوع این حکم، عرف معرفی شده است و اگر احراز شود که امروزه عرف جامعه، پرداخت مال با سوءنیت و به منظور برخورداری از حق یا امتیازی را که فرد، واقعاً مستحق آن نیست، مصداقی از رشوه تلقی می نماید، به نظر مانعی برای تسری احکام مربوط به رشوه به این مصادیق وجود ندارد. آنچنان که، برخی از فقهای معاصر، در تعریف رشوه اظهار داشته اند: « بذل چیزی است به قصد جلب توجه و متمایل کردن گیرنده به منظور اینکه به نفع دهنده حکم کند یا او را بر ظلم یا معصیت کمک کند.»[۹]

از این منظر، باید گفت این قابلیت ـ دست کم به طور بالقوه ـ در فتاوای فقهای امامیه وجو دارد که رشوه را فقط منحصر به مواردی خاص ندانیم؛ یا لا اقل می توان گفت با مانعی مواجه نیست. هرچند ظاهر از عبارات فقها، موضوعیت داشتن پرداخت و دریافت مال برای تحقق

---

[۳] . سیدعلی اکبر قرشی، **قاموس قرآن**، ج ۷، چ ۶، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۱۱ ق.، ص ۳۵۶

[۴] . ابن منظور، **لسان العرب**، ج ۱۴ بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.، ص ۳۲۲

[۵] . محمدجعفر جعفری لنگرودی، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: کتابخانه ابن سینا، ۱۳۴۶، ش ۲۶۸۰، مدخل رشوه

[۶] . محمد یزدی، **فقه القرآن**، ج ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ص ۲۲۹ به بعد

[۷] . شیخ صدوق در باب عقاب والیانی که از برآوردن نیازهای مردم مانع می شوند، از امیرمؤمنان علی (ع) روایت کرده است: « هر فرمانروائی که خود را از نیازهای مردم نهان دارد خداوند در روز قیامت خویش را از نیازهای وی نهان می‌دارد، و اگر هدیه بگیرد خیانتکار است و اگر رشوه بگیرد مشرک است » (شیخ صدوق، **ثواب الأعمال و عقاب الأعمال**، چ ۲ قم: دارالشریف الرضی، ۱۴۰۶ ق.، ص ۲۶۱)

[۸] . محمدحسن نجفی، **جواهرالکلام**، ج ۲۲، چ ۷، بیروت: دار إحیاء التراث العربی، ۱۴۱۱ق. ، صص ۱۴۸ و ۱۴۹ ـ آیةالله بروجردی، «*درآمدهای مالی قاضی*»، **مجله فقه اهل بیت (ع)**، ش ۲۳، ص ۷۸ ـ برخی ازفقهای معاصر نیز در فهم رشوه، به عرف و دلالت لفظ ارجاع داده اند، هرچند نهایتاً آن را منحصر به مورد حکم دانسته اند. (محمد سنگلجی، **قضا در اسلام**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۶، صص ۹۶ و ۹۷) با این حال برخی از فقهای معاصر، حرمت رشوه را منحصر به رشوه در حکم دانسته اند؛ هرچند مخالفت با احکام و قوانین نظام اسلامی را در هر حال جایز نشمرده اند و از این باب اشاره کرده اند سایر صور رشوه چنانچه باعث اختلال نظام گردد، جایز نیست. (میرزا جواد تبریزی، رساله ی استفتائات جدید، ج ۱، مسأله ۹۹۹ ـ ج ۲، مسأله ۱۱۶۴).

[۹] . فاضل لنکرانی، **جامع المسائل**، ج ۲، چ ۱۱، قم: امیرقلم، ص ۲۷۲ ـ همچنین برخی از معاصرین، در همراهی با این نظر هرگونه پرداخت به قاضی برای حکم (برای باطل باشد یا حق) و هرگونه پرداخت و بذل مال برای وصول به امری باطل و ناروا را، رشوه شمرده اند؛ هرچند نهایتاً یادآور شده انداز برخی عبارات فقها جواز رشوه در غیر مورد حکم ـ از باب جواز عمومی جُعل ـ استفاده می شود. ر.ک: گروه نویسندگان (زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی) ، **معجم فقه الجواهر**، ج۳، بیروت: الغدیر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۷ ق.، صص ۵۱ و ۵۲ ـ با این حال به نظر می رسد این تحلیل در میان نهادهای رسمی نظام حقوقی ایران، چندان مقبول نیفتاده است. گو این که قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری، به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده و در ماده ۳ از تعبیر «در حکم مرتشی» استفاده نموده است.

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

رشوه و به تبع آن، رشا و ارتشاست اما از باب اختیارات ویژه ی حاکم جامعه ی اسلامی، می توان گفت نفس پیشنهاد یا توافق و تبانی بر سر رشوه، در نظام حقوقی ما نیز قابل جرم انگاری است.

بدین ترتیب، می توان گفت رشوه منفعتی است که به منظور واداشتن دیگری بر انجام عملی ناروا به او داده می شود؛ در این میان مهم نیست رشوه دهنده چه کسی است؛ همچنین، شخصیت یا سمت رشوه گیرنده، در تحقق عنوان رشوه دخالتی ندارد. نگفته پیداست که این تحلیل، مطابق نصوص قانونی فعلی نیست وصرفاً در مقام بحث نظریست. از بعد اصطلاح حقوقی و قانونی در گفتارهایی بعدی بحث را پی خواهیم گرفت.

گفتار سوم : بخش خصوصی

از حیث حقوقی و تا آنجا که بدین بحث مربوط می شود، سه حوزه از یکدیگر قابل تفکیک هستند: ۱- حوزه ی دولتی (که ممکن است مبادرت به فعالیت های حاکمیتی نماید یا امور تصدی؛ در فرض نخست، قواعد حقوق عمومی و مشخصاً حقوق اداری حکم است و در فرض دوم، اصولاً ضوابط حقوق خصوصی. با این حال، این بدان معنا نیست که فرضاً یک فعالیت شرکت دولتی، مصداق بخش خصوصی قلمداد شود.)؛ ۲ ـ بخش عمومی غیردولتی؛ بخش خصوصی.

به همین ترتیب، برخی[۱۰] از سه نوع شغل نام برده اند: مشاغل رسمی، غیررسمی و شبه رسمی و در توضیح آن افزوده اند: «منظور از شاغلین مشاغل رسمی تمام کسانی هستند که مشمول مقررات رسمی استخدام کشوری و لشکری قرار میگیرند و مقصودر از صاحبان مشاغل شبه‌رسمی کسانی است که شغل آنان اگرچه ممکن است از جمله مشاغل آزاد تلقی گردد ولی چون بنحوی از انحاء دارای جنبه ی رسمی می باشد باید آن را شبه‌رسمی خواند مثل مأموران بخدمات عمومی موضوع قانون مصوب ۱۳۱۵-سردفتران-وکلا-مترجمین-کارشناسان و غیره».

در کنوانسیون نیز به جای تعریف بخش خصوصی یا عمومی، به تعریف طرف گیرنده ی رشوه بسنده کرده است؛ بدین تریب، هرگاه گیرنده ی رشوه از مقامات عمومی باشد، باید آن را از شمول عنوان رشوه ی بخش خصوصی خارج دانست و در مقابل، هرگاه گیرنده ی رشوه، در این گروه قرار نگیرد، می توان آن را ملحق به بخش خصوصی نمود. در این جا منظور از مقامات عمومی ـ انچنان که در ماده ۲ کنوانسیون توضیح داده شده ـ اشخاص ذیل است: «۱ ـ هر شخصی که دارای شغل قانونگذاری، اجرائی، اداری یا قضائی در کشور عضو اعم از انتصابی یا انتخابی و دائم یا موقت باشد و حقوق دریافت کند یا نکند، صرف‌نظر از ارشدیت وی.۲ ـ هر شخص دیگری که کار عمومی را انجام می‌دهد ازجمله برای نهاد یا مؤسسات عمومی یا همان‌طور که در قانون داخلی کشور عضو تعریف شده است و همان‌گونه که در زمینه مربوط قانون کشور عضو به‌کار رفته است، خدمات عمومی ارائه می‌دهد.۳ ـ هر شخص دیگری که به‌عنوان «مقام عمومی» در قانون کشور عضو تعریف شده باشد، در هر حال از نظر بعضی از اقدامات مندرج در فصل (۲) این کنوانسیون، مقام عمومی به معنی شخصی است که یک کار عمومی را انجام می‌دهد یا همان‌طور که در قانون داخلی کشور عضو تعریف شده است و همان‌گونه که در زمینه مربوط قانون کشور عضو به کار رفته است خدمات عمومی ارائه می‌دهد.»

واقعیت این است که تعریف بخش خصوصی، با تعریف بخش دولتی و بخش عمومی روشن می شود (تعرف الأشیاء بأضدادها). چرا که، اصولاً وابستگی به بخش عمومی یا دولتی ـ چون به طور مستقیم یا غیرمستقیم، با شرکت در قدرت عمومی و برخورداری از آن (که اصل بر عدم برخورداری از آن است) ملازمه دارد ـ امری استثنایی و خلاف قاعده محسوب می شود که نیازمند به تعریف و تصریح آن از سوی مقنن است. (با این حال، باید اذعان داشت در چنین مواردی، آنچه می تواند کاراتر و راهگشاتر باشد، ارائه ی معیارهایی عینی است که در مقام عمل، بتوان بر مبنای آن ها، ماهیت یک نهاد یا بنگاه فعال در عرصه ی اقتصادی را تعیین نمود؛ هرچند چنین معیارهایی باید نهایتاً ریشه در تعاریف نسبتاً انتزاعی داشته باشند.)

در حال حاضر، مواد ۱ تا ۹ قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۵) و تبصره ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور (۱۳۶۶) به دو ملاک در تشخیص بخش دولتی و بخش عمومی، اشاره دارند؛ نخست، مالکیت سرمایه و سهیم بودن در بودجه ی کشور؛ بدین ترتیب، شرکت ها و مؤسساتی که بیش از ۵۰ درصد سرمایه ی آن ها از محل بودجه ی دولت تأمین می شود، دولتی و شرکت ها و مؤسساتی که بیش از ۵۰ درصد سرمایه ی آن ها از محلی غیر از بودجه ی دولت تأمین می شود، غیردولتی (ونه لزوماً خصوصی) محسوب می شوند. دوم، معیار

[۱۰]. علی فتحی پور، «*رشوه در مشاغل غیررسمی*»، **مجله کانون وکلا**، بهار ۱۳۴۷، ش ۱۰۸، ص ۱۸۳

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

موضوع فعالیت است؛ بدین ترتیب، نهادهایی که به اموری با جنبه ی عمومی (از قبیل امور اجتماعی، فرهنگی و خدماتی به شرح ماده ۹ ق. مدیریت خدمات) می پردازند، عمومی محسوب می شوند؛ خواه دولتی (که در این صورت جنبه ی حاکمیتی ـ به شرح مندرج در ماده ۸ ق. مدیریت خدمات ـ نیز به خود می گیرد) و خواه غیردولتی.

در تکمیل این موارد، می توان به معیار دیگری که در قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی‌ایران و اجراء سیاستهای کلی اصل چهل و چهارم(۴۴) قانون اساسی (مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۵) بیان شده، اشاره نمود. ماده ۱ قانون مزبور ، سه گروه فعالیت را به طور مرتبط با یکدیگر تعریف می نماید که با توجه به ماده ۳ آن، قلمرو فعالیت دولت عمدتاً به گروه نخست آن (که در واقع ـ برخلاف اصل ۴۴ ـ باقیمانده ی گروه های دو و سه ـ یعنی قلمرو فعالیت بخش های خصوصی، تعاونی و عمومی غیردولتی است) محدود می شود. در مقابل، در ماده ۴ همین قانون، قلمرو فعالیت اقتصادی بخش غیردولتی چنین تشریح شده است: «قلمرو فعالیتهای اقتصادی بخش غیردولتی به شرح زیر تعیین می‌شود : الف – سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در فعالیتهای گروه یک مادهٔ (۲) این قانون منحصراً در اختیار بخش غیردولتی است . تبصره - ورود دولت در این فعالیتها با رعایت تبصره‌های(۲) و(۳) بند(الف) ماده (۳) این قانون مجاز است. ب -سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در فعالیتهای گروه دو ماده (۲) این قانون برای بخش‌های خصوصی، تعاونی و مؤسسات عمومی‌غیردولتی مجاز است. ج -فعالیت بخشهای خصوصی و تعاونی و عمومی‌غیردولتی در موارد مشمول گروه سه ماده (۲) این قانون با رعایت تبصره(۱) بند «ج» ماده (۳) این قانون مجاز است.»

در همین رابطه، اخیراً بند ب ماده ۱ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، مقرر داشته است: «مؤسسات خصوصی حرفه‌ای عهده‌دار مأموریت عمومی، مؤسسات غیردولتی می‌باشند که مطابق قوانین و مقررات، بخشی از وظایف حاکمیتی را بر عهده دارند نظیر کانون کارشناسان رسمی دادگستری، سازمان نظام پزشکی و سازمان نظام مهندسی».

به نظر می رسد مقرره ی اخیر ملاک انجام خدمات عمومی را در تفکیک بخش عمومش از بخش خصوصی پذیرفته و ظاهراً بخش عمومی غیردولتی را با بخش عمومی دولتی ـ دست کم از حیث نظام نظارتی در جهت مقابله با فساد ـ یکسان مورد حکم قرار داده است. طرفه آن که، قانونگذار ـ تلویحاً ـ خدمات عمومی را با «وظایف حاکمیتی» یکسان انگاشته است؛ رویه ای که بیش و کم در قوانینی که قبلاً اشاره شد نیز، متبع بوده است.

شاید با وضع مقررات پیش گفته، بتوان گفت قلمرو بخش خصوصی تا حدی روشن تر شده است اما با این حال، ضرورت های توسعه ی بخش خصوصی ـ آنچنان که پیش تر اشاره شد ـ نشان از آن دارد که برخورد واحد در مواجهه با فساد مالی در بخش دولتی و غیردولتی، ضروری است. این ضرورت، نه فقط برخاسته از گسترش دامنه ی فعالیت های بخش خصوصی است، بلکه ناشی از آثار و تبعات مشابهی است که فساد بخش خصوصی و دولتی، به طور نسبتاً یکسان بر امنیت و سلامت مبادلات اقتصادی، انگیزش فعالیت تجاری و اعتماد عمومی به دنبال دارد.

می توان گفت در جمع موارد مذکور در قوانین پراکنده، بخش خصوصی در نظام حقوقی ایران عبارتست از: « کلیه ی اشخاص حقیقی و حقوقی که اولاً ارتباط و یا وابستگی سازمانی مستقیم یا غیرمستقیمی با دولت در معنای اعم و اصولاً نهادهای حاکمیتی ندارند و ثانیاً به ارائه ی خدمات عمومی ـ یا به تعبیر قانونگذار، وظایف حاکمیتی مبادرت نمی ورزند.»

فصل دوم : مروری بر رشا و ارتشای بخش خصوصی در کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد و قوانین ایران

بنابر آنچه گفته شد رکن رکین رشوه برخوردار شدن یک طرف از امتیازی ناروا در جهت سوءاستفاده از اختیاراتی است که بهوی تفویض شده است. این مفهوم، در کنوانسیون و قوانین فعلی ایران، به اشکال مختلف بازتاب یافته است. لذا، در این گفتار، ابتدا، تحلیلی از ارکام رشا و ارتشای بخش خصوصی در کنوانسیون را مطالعه می کنیم (الف) و سپس، مصادیق مرتبط و قابل بحث را در حقوق ایران، بررسی می کنیم. (ب)

پژوهش در فقه و حقوق، شماره ۱ ، پاییز ۱۳۹۵، ص ۱۲۳-۱۰۸

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

گفتار اول : رشوه ی بخش خصوصی در کنوانسیون

درباره ی فساد مالی و اقتصادی اسناد متعدد منطقه ای و بین المللی منعقد شده[۱۱] که مهمترین آن ها، کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد است که صراحتاً در مواد متعدد و جداگانه به مسأله ی فساد مالی بخش خصوصی توجه نشان داده است. با این حال در کنار این سند اصلی، اسناد قابل توجه دیگری نیز وجود دارد؛ از جمله کنوانسیون ملل متحد علیه جرایم سازمان یافته و نیز کنوانسیون سازمان توسعه و همکاری اقتصادی[۱۲] برای مبارزه با فساد مقامات عمومی خارجی در مبادلات تجاری بین المللی.[۱۳] با وجود این، نکته ی مهم در این اسناد، تسری جرم انگاری رشوه به بخش عمومی غیردولتی و از آن سو، خودداری از تسری جرم انگاری ارتشا، به بخش خصوصی است. (در واقع، به جز کنوانسیون، تنها سند دیگری که در سطح منطقه ای، به جرم انگاری رشا و ارتشای بخش خصوصی پرداخته ، کنوانسیون حقوق کیفری شورای اروپا درباره ی فساد (۱۹۹۹) [۱۴] است که در گفتار بعدی بررسی خواهد شد.)

گو این که ماده ۲۱ کنوانسیون نیز جرم انگاری رشوه در بخش خصوصی را در زمره ی مقررات اختیاری و توصیه ای (غیرالزامی) برای کشورهای طرف معاهده قرار داده است.[۱۵] دلیل این موضوع، تفاوت وضعیت بخش خصوصی و میزان گستردگی فعالیت آن در کشورهای مختلف است. در واقع، تردیدی نیست که جرم انگاری در نظام تقنینی هر کشور، تابعی است از مقتضیات اقتصادی، اجتماعی، سیاسی، مذهبی و اخلاقی آن جامعه. لذا روشن است که در این رابطه نیز باید دقیقاً با در نظر گرفتن وضعیت اقتصادی جامعه ی ایران، بررسی شود که تا چه میزان و به چه شکل نیاز به مداخله ی کیفری وجود دارد. به ویژه آن که، جرم انگاری و استفاده از اقتدار کیفری به عنوان آخرین راهکار، در عرصه ی فعالیت های اقتصادی و تجاری، نباید به عاملی برای فرار سرمایه و کاهش انگیزه ی فعالان اقتصادی، و مانعی بر سر راه گردش آزاد سرمایه و حرکت در مسیر رشد و توسعه ی اقتصادی گردد.

با این مقدمه، به تشریح و توضیح ارکان جرم رشا و ارتشای بخش خصوصی در کنوانسیون ـ به عنوان سند مادر که در نظام تقنینی ایران نیز وارد شده است ـ می پردازیم.

ماده ۲۱ کنوانسیون مقرر داشته است: «هر کشور عضو، اتخاذ قوانین و سایر اقدامات مقتضی را مدنظر قرارخواهد داد تا موارد زیر در صورتی که به‌صورت عمدی در خلال فعالیتهای اقتصادی، مالی یا بازرگانی ارتکاب یافته‌باشد، جرم کیفری تلقی شود:

الف - وعده، ارائه یا دادن مستقیم یا غیرمستقیم امتیاز بی‌مورد به هر شخص، که در هر جایگاهی برای بخش خصوصی فعالیت یا آن را اداره می‌کند برای خود آن شخص یا شخص دیگر برای این‌که وی با زیرپاگذاشتن وظایف خود، عملی را انجام دهد یا از انجام آن خودداری نماید.

ب - درخواست یا قبول مستقیم یا غیرمستقیم امتیاز بی‌مورد توسط هر شخص که در هر جایگاهی برای بخش خصوصی فعالیت یا آن را اداره می‌کند برای خود آن شخص یا شخص دیگر برای این‌که وی با زیرپاگذاشتن وظایف خود، عملی را انجام دهد یا از انجام آن اجتناب ورزد.» [۱۶]

بنابراین، می توان ارکان جرم را در این کنوانسیون بدین ترتیب تفکیک نمود:

---

[۱۱] . برای دیدن فهرستی از این موارد، ر.ک به: حمید بهره مند بگ نظر، **پیشین**، صص ۵ و ۶

[۱۲] . Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)

[۱۳]. Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (21 Nov. 1997)

[۱۴] . The Criminal Law Convention on Corruption of the Council of Europe

یادآور می شود که شورای اروپا ـ که نهادی است کاملاً مستقل از اتحادیه ی اروپا ـ در حال حاضر ۴۷ عضو دارد و تقریباً تمام منطقه ی اروپا را شامل می شود و کنوانسیون های مصوب آن برای اعضا، حسب مورد، جنبه ی الزامی یا توصیه ای دارد. برای دیدن متن کنوانسیون ر.ک:
http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/173.htm

[۱۵] . Article 21: "Each State Party ***shall consider*** adopting such legislative and other measures…"

[۱۶] . بند الف این ماده بیانگر جرم رشا و بند دوم، بیانگر جرم ارتشاست که از آن، به ترتیب به رشوه ی ایجابی (فعال) [active bribery] و رشوه ی سلبی (منفعل) [passive bribery] نیز تعبیر شده است. (میرمحمدصادقی، پیشین، ص ۳۶۱)

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

در بخش عنصر مادی، لزومی به پرداخت یا اخذ وجه نیست؛ صرف پیشنهاد، توافق و یا وعده ی برخورداری از یک امتیاز ناروا (بی جهت و بی مورد) ـ اعم از این که امتیاز مزبور مالی باشد یا غیرمالی ـ کفایت می کند. همچنین مهم نیست رفتارهای فوق، مستقیماً و مباشرتاً واقع شود و یا به طور غیرمستقیم و بوسیله ی واسطه ها.[۱۷] (همین رویه در قوانین مشابه از جمله کنوانسیون ضد رشوه ی OECD اتخاذ شده است.) پیشنهاد دریافت یا پرداخت رشوه، باید به منظور ارتکاب یک فعل یا ترک فعل باشد که برخلاف وظایف و تعهدات شغلی شخص شاغل در «هر جایگاهی» ـ اعم از کارمند، نماینده، عامل، دلال، حق العمل کار و ... ـ در بخش خصوصی است. نکته ی قابل توجه در این جا، رشوه دهنده می تواند هرکسی باشد ولی رشوه گیرنده، لزوماً از کارکنان بخش خصوصی است که دامنه ی بسیار گسترده ای را دربرمی گیرد. برخی اشاره کرده اند[۱۸] ممکن است مصادیقی از بخش خصوصی نیز که خدمات عمومی ارائه می دهند در این قسمت مشمول قرارگیرند. با این حال، این تحلیل محل درنگ است؛ چرا که اگر ارائه ی خدمات عمومی به نحوی باشد که باعث الحاق مورد به مصادیق بخش عمومی غیردولتی گردد، از شمول این ماده خارج خواهدبود. بعلاوه باید افزود این جرم، مطلق است و مهم نیست به نتیجه (نقض تکلیف توسط رشوه گیرنده و انتفاع رشوه دهنده) بینجامد یا خیر. همچنین ـ برخلاف رشا که مرتکب می تواند هر شخصی باشد ـ در مورد ارتشا مرتکب، لزوماً کارمند یا نماینده یا کارگزار بخش خصوصی است و در مقام نقض تعهدات قانونی، قراردادی یا عرفی شغل خود برمی آید (خواه این نقض تکلیف مجرمانه باشد یا نه). نکته ی قابل ذکر دیگر این که، محدوده ی جرم انگاری این اعمال، از نظر کنوانسیون، صرفاً « فعالیتهای اقتصادی، مالی یا بازرگانی» است؛ بنابراین، رشا و ارتشا در سایر حوزه های فعالیت بخش خصوصی (مثلاً مؤسسات غیرانتفاعی و غیرتجاری) موردتوجه نیست.[۱۹]

در بخش عنصر روانی، قصد یا انگیزه مرتکب به عنوان یکی از ارکان سازنده ی جرم مهم است. بدین ترتیب، در رشا، شخص باید به منظور تشویق و ترغیب رشوه گیرنده به انجام عملی برخلاف تعهدات شغلی اش است، مرتکب رشا شود و در مقابل، در ارتشا، وجود قصد یا انگیزه ی انجام عملی (اعم از فعل یا ترک فعل) برخلاف تعهدات و وظایف شغلی در مرتکب ضروری است.

جدول زیر خلاصه ای از ارکان این جرایم را در کنوانسیون نشان می دهد:

	عنصرمادی			عنصر روانی
	رفتار	اوضاع و احوال	نتیجه	
رشا	پیشنهاد پرداخت یا پرداخت مستقیم یا غیرمستقیم امتیازی ناروا برای خود یا دیگری	مرتکب، می تواند هر شخصی باشد. لزوماً باید در ارتباط با فعالیتهای اقتصادی، مالی یا بازرگانی صورت بگیرد.	ـــــــــ	قصد (انگیزه) برانگیختن مرتشی به ارتکاب فعل یا ترک فعلی برخلاف وظایف و تعهدات شغلی
ارتشا	درخواست یا دریافت مستقیم یا غیرمستقیم امتیازی ناروا برای	مرتکب، کارمند یا نماینده یا کارگزار بخش خصوصی است و در مقام نقض تعهدات قانونی، قراردادی یا عرفی شغل خود برمی آید (خواه این نقض تکلیف مجرمانه باشد یا نه). لزوماً باید در ارتباط با فعالیتهای		قصد (انگیزه) ارتکاب فعل یا ترک فعلی برخلاف وظایف و تعهدات شغلی

[۱۷] . نتیجه ی منطقی چنین تحلیلی این خواهد بود که واسطه ها خود، حسب مورد به عنوان مباشر یا معاون جرم قابل تعقیب خواهند بود. مشابه همین وضعیت در قوانین فعلی ایران درباره ی رشا و ارتشا در بخش دولتی مطرح است. (ر.ک: میرمحمدصادقی، **پیشین**، ص ۳۶۸) واسطه میان رشوه دهنده و رشوه گیرنده را در فقه رایش نامیده اند و اصولاً باید او را تحت عنوان معاون جرم ـ که زمینه ی تبانی طرفین و رشوه گرفتن و رشوه دادن را فراهم می کند ـ تعقیب نمود.

[۱۸] . حمیدبهره مند بگ نظر، **پیشین**، صص ۸۸ و ۸۹

[۱۹] . این موضوع در جای خود حائز اهمیت است. برای نمونه، عمل پزشکی که با اخذ وجه، تصدیق نامه ی خلاف واقع صادر می کند (موضوع ماده ۵۳۹ ق. مجازات اسلامی) از نظر کنوانسیون مزبور، مصداق ارتشای بخش خصوصی محسوب نمی شود.

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

	خود یا دیگری	اقتصادی، مالی یا بازرگانی صورت بگیرد.	ــــــــــ	

درباره ی منطق حاکم بر جرم انگاری رشا و ارتشا ، برخی[۲۰] قائل به تفکیک شده اند؛ بدین ترتیب، جرم انگاری رشا را مبتنی بر بازدارندگی (ممانعت از ارتکاب جرمی دیگر) و جرم انگاری ارتشای بخش خصوصی را مبتنی بر قبح نفس عمل رشوه گرفتن و به نوعی خیانت و سوءاستفاده از حسن ظن و اعتماد دیگری، دانسته اند. در واقع، بر اساس منطق حقوق کیفری از جهت تحلیل رفتار مجرمانه، رشا، نوعی معاونت در ارتشا (تشویق و برانگیختن دیگری به رشوه گرفتن) است و وقتی کسی نباشد که رشوه بدهد، رشوه گیرنده ای هم درکار نخواهد بود و از این جهت، مبارزه با رشا، مانعی بر سر راه ارتشاست؛ در حالی که، ارتشا فی نفسه، عملی خلاف اخلاق متعارف جامعه و تعهدات شاغلین در بخش خصوصی است. از این منظر، پیشنهاد شده است که جرم انگاری رشا ـ درحالی که تحت عنوان معاونت در ارتشا، قابل کیفر است ـ به عنوان یک عمل مجرمانه ی مستقل وانهاده شود و به صورت معاونت در جرم ارتشا تحت پیگرد قرارگیرد. گو این که پیش بینی معاونت به صورت یک عنوان مجرمانه ی مستقل، اصولاً در جرایمی که اهمیت ویژه ای برای مقنن داشته، مورد توجه قرار گرفته است و این ادعا که جرم انگاری رشا به صورت معاونت جنبه ی بازدارندگی آن را کاهش می دهد، درباره ی رشای بخش خصوصی که اهمیت آن به این اندازه ای نیست ـ مقبول نمی نماید.[۲۱] برخلاف ارتشا، که فی نفسه مصداقی از سوءاستفاده از اختیارات و اعتماد دیگران است و به خودی خود اخلاقاً قبیح بوده، آثار سوئی در نظام اقتصادی کشور در پی دارد.

این تحلیل، از این جهت که به مبنای جرم انگاری توجه دارد و از مداخله ی کیفری را در روابط اقتصادی و تجاری مردم می کاهد، در خور توجه است و در تقویت آن می توان افزود باید به یاد داشت که آنچه در کنوانسیون ـ آنچنان که از روح حاکم بر آن فهمیده می شود ـ کانون توجه و توصیه است، اتخاذ واکنش کیفری در برابر رشا با توجه به مقتضیات نظام حقوقی هرکشور است و لزوماً بدین معنا نیست که رشا، باید عنوان مجرمانه ی مستقلی داشته باشد. (هرچند رشا یا رشوه ی ایجابی در کنوانسیون به صورت مطلق جرم انگاری شده است، درحالی که در نظام حقوقی ایران مانند بسیاری از نظام های حقوقی، معاونت در جرم، عنوانی تبعی و عاریتی است که تحقق جرم اصلی، شرط محقق شدن آنست.)

با این حال، نباید از نظر دور داشت که آنچنان که پیشتر نیز اشاره شد، مبنا در جرم انگاری توجه به ضرورت های اجتماعی هرجامعه است. اگر شیوع پیشنهاد پرداخت رشوه در جامعه به حدی باشد که با عث فساد نظام اقتصادی شده، آن را در معرض آسیب های جدی قرار بدهد؛ در این صورت نمی توان پذیرفت که جرم انگاری رشا به صورت یک عنوان مستقل از ارتشا فاقد توجیه است. در واقع، هم تئوری ضرر در جرم انگاری و هم توجه به قبح و سرزنش پذیری اجتماعی، توجیه گر جرم انگاری چنین رفتاری خواهند بود. آنچنان که، کنوانسیون و نیز بسیاری از نظام های حقوقی در کشورهای توسعه یافته ـ که در آن ها بخش خصوصی، بازیگر اصلی و عمده ی عرصه ی اقتصاد و تجارت است ـ همین رویکرد را در پیش گرفته اند. فرضاً، نمی توان پذیرفت در معاملات نفتی که قراردادها عموماً بالغ بر چندین میلیارد دلار است و یا فرآیند تسهیلات، مبادلات و اعتبارات بانکی ـ که اخیراً یک نمونه از فساد گسترده ی آن پیکر نحیف اقتصاد در حال توسعه ی ما را زخمی تر از گذشته کرد ـ پیشنهاد رشوه و فراهم کردن زمینه ی فساد از رشوه گرفتن، آسیب کمتری در پی دارد یا اخلاقاً قبح کمتری متوجه آنست. همین وضعیت را می توان در مصادیق دیگری نظیر مسابقات فوتبال، واردات کالاهای اساسی، معاملات تجاری کلان و ... مطرح نمود.

گفتار دوم : برخی مصادیق مرتبط در نظام حقوقی ایران

در وضعیت کنونی، باید گفت رشا و ارتشای بخش خصوصی به طور کلی در نظام کیفری ایران، جرم انگاری نشده است. بنا بر آنچه گفته شد می توان نتیجه گرفت آنچه باعث تمایز رشوه در قوانین فعلی ایران با تعاریف کنوانسیون ملل متحد می شود، اولاً شخصیت مرتکب است که در قوانین فعلی ایران اصولاً محدود به بخش دولتی است و شامل (لااقل قسمتی از) بخش عمومی غیردولتی و بخش خصوصی نمی شود؛ ثانیاً، رفتار مرتکب در قانون ایران در مورد راشی، محدود به پرداخت و در مورد مرتشی، محدود به اخذ است و شامل رفتارهایی از قبیل

---

[۲۰] . **همان**، ص ۹۲

[۲۱] . **همان**، صص ۹۳ و ۹۴

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

وعده، پیشنهاد، توافق و ... نمی شود. (به ویژه این که شروع به جرم تنها در مورد ارتشا جرم انگاری شده و وعده و پیشنهاد و توافق در فرض رشا، در قالب شروع به جرم نیز قابل مجازات نیست.) همچنین به این موارد می توان نوع امتیازی را که فرد از طریق ارتشاء کسب می کند ـ که در قوانین فعلی ایران، محدود به امتیازات مالی است ـ از دیگر وجوه تمایز قوانین داخلی با کنوانسیون دانست. وانگهی یادآوری این نکته نیز خالی از وجه نیست که در مورد ارتشای بخش خصوصی، توصیه ی کنوانسیون به جرم انگاری، ناظر به فعالیت هایی است که محدود به عرصه ی امور اقتصادی، تجاری و مالی می شود.

در قانون مجازات عمومی (۱۳۰۴) در ماده ۱۳۹ تا ۱۴۸ به رشوه پرداخته شده بود و پس از آن نیز در قانون مجازات ارتشاء (۱۳۰۷) عمدتاً نهادهای دولتی و قضایی و نیز ادارات «شوروی و بلدی» مورد توجه گرفته بود. رویه ای که بیش و کم در قانون گذاری پس از انقلاب نیز پی گرفته شده است و در ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء و کلاهبرداری، به عنوان جرمی که از سوی مستخدمین بخش عمومی و دولتی سر می زند، مورد توجه قرار می گیرد.

بدین ترتیب، در حال حاضر رشوه گیرنده یا راشی در نظام کیفری ایران «مستخدمین و مامورین دولتی اعم از قضایی و اداری یا شوراها یا شهرداری ها یا نهادهای انقلابی و به طور کلی قوای سه گانه و همچنین نیروهای مسلح یا شرکت های دولتی یا سازمان های دولتی وابسته به دولت و یا مامورین به خدمات عمومی خواه رسمی یا غیر رسمی» (م ۳ ق. تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری) و «داوران و ممیزان و کارشناسان اعم از این که توسط دادگاه معین شده باشد یا توسط طرفین» (م ۵۸۸ ق. م. ا) تعریف شده است. به طور متقابل، می توان گفت راشی یا رشوه دهنده کسی است که به این افراد، رشوه پرداخت نماید.

همچنین موارد دیگری از قبیل ماده ۵۳۹ قانون مجازات اسلامی قابل اشاره است که مقرر داشته: «هرگاه طبیب تصدیقنامه برخلاف واقع درباره شخصی برای معافیت از خدمت در ادارات رسمی یا نظام وظیفه یا برای تقدیم به مراجع قضایی بدهد به حبس از شش ماه تا دو سال یا به سه تا دوازده میلیون ریال جزای نقدی محکوم خواهد شد و هرگاه تصدیقنامه مزبور به واسطه اخذ مال یا وجهی انجام گرفته علاوه بر استرداد و ضبط آن به عنوان جریمه ، به مجازات مقرر برای رشوه گیرنده محکوم می گردد. »

و یا مورد ۲ از بند هـ آیین نامه ی قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران (مصوب ۱۳۵۴ با اصلاحات بعدی) «گرفتن وجوهی غیر از آنچه در قوانین و مقررات تجویز گردیده است» را به عنوان یکی از تخلفات انتظامی موجب انفصال دایم (به استناد ماده ۳۸ قانون مزبور) در نظر گرفته است. به نظر می رسد عموم و اطلاق مقرره ی فوق، می تواند شامل دریافت رشوه نیز بشود. (هرچند این مورد را ـ که اصولاً ضمانت اجرای اداری و انتظامی محسوب می شود ـ نمی توان اقدام کیفری در معنای دقیق کلمه دانست.)

با این حال، ظاهراً چنین مواردی را نمی توان از مصادیقی مورد نظر کنوانسیون شمرد؛ زیرا ـ آنچنان که در ماده ۲۱ کنوانسیون آمده است ـ ارتشاء به عنوان مصداقی از «فساد اقتصادی» باید در جریان فعالیت های مالی، تجاری و اقتصادی رخ داده باشد و به نظر، دشوار می نماید بتوان مصادیق فوق را از این دست قلمداد نمود یا دست کم باید گفت با توجه به کنوانسیون، توصیه ای به جرم انگاری این گونه رفتار برای کشورهای عضو آن، از جمله ایران، وجود ندارد.

در مقابل، ماده ۳۴۹ قانون تجارت، مقرر می دارد: « اگر دلال برخلاف وظیفه خود نسبت به کسی که به او مأموریت داده به نفع طرف دیگر معامله اقدام نماید و یا برخلاف عرف تجارتی محل از طرف مزبور وجهی دریافت و یا وعده وجهی را قبول کند مستحق اجرت و مخارجی که کرده نخواهد بود به علاوه محکوم به مجازات مقرر برای خیانت در امانت خواهد شد.»

این ماده از حیث ساختار بیش از هرچیز نزدیک به جرم موضوع بند ب ماده ۲۱ کنوانسیون، یعنی ارتشای بخش خصوصی است. با این حال، قانونگذار تلویحاً آن را در حکم خیانت در امانت قرار داده است، شاید از این بابت که از اعتماد و اطمینان بزه دیده، سوءاستفاده می کند. گو این که، در برخی از نظام های حقوقی (از جمله مصر در ماده ۱۰۶ قانون عقوبات که به دریافت یا پذیرش هدیه یا وعده در صورت عدم علم کارفرما یا عدم رضای او اشاره می کند) نیز همین رویه در پیش گرفته شده و اشاره شده ات تحقق جرم در بخش خصوصی، «منوط به نوعی خیانت در امانت نسبت به کارفرماست».[۲۲]

---

[۲۲] . **همان**، ص ۸۹

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

در این رابطه، قوانین پراکنده ی دیگر، مانند قانون ممنوعیت اخذ پورسانت (مصوب ۱۳۷۲/۴/۲۷) نیز قابل اشاره است. در این قانون، مرتکب جرم می تواند کارمند دولت باشد یا نباشد ولی به عنوان نمایندگی، دلالی یا مانند آن، در جریان معامله مداخله نماید. در این مورد، چون اخذ پورسانت، ممنوع اعلام شده است، «اخذ» آن را می توان از مصادیق قبول وجهی برخلاف وظایف دانست که ـ هرچند کاملاً با عنوان ارتشا منطبق نیست، اما می توان آن را در حکم ارتشا یا یکی به بیان دقیق تر، یکی از صور خاص آن دانست که به طور ویژه و با شرایطی متفاوت از شرایط ارتشا، جرم انگاری شده است.

فصل سوم : مطالعه ی تطبیقی: مروری بر اشکال رشا و ارتشای بخش خصوصی در دیگر نظام های حقوقی

در دیگر نظام های حقوقی، رویه های متفاوتی در پیش گرفته شده است که ذیلاً به بررسی برخی مصادیق آن می پردازیم.

گفتار اول : در ایالات متحده ی آمریکا

برخی ایالات، از چندین دهه پیش رشوه در بخش خصوصی را جرم انگاریکرده اند. از جمله، در ایالت میشیگان قانون جزایی مصوب ۱۹۴۸ درمورد ارتشای شاغلین در بخش خصوصی و ماده ۳۸۲ قانون جزای ۱۹۵۱ ایالت نیویورک در ارتباط با رشوه در مسابقات ورزشی.[۲۳] در این باره ماده ۸۳۸.۱۲ قوانین جامع ایالت فلوریدا نیز قابل اشاره است که در حال حاضر، رشا و ارتشا در بخش خصوصی را جرم انگاری کرده و مقرر داشته است که هرکس به شخص دیگری که به هر نحو در یک مسابقه ورزشی حرفه ای یا آماتور، به عنوان شرکت کننده، مربی، مالک باشگاه، مدیر، داور و ... مشارکت دارد یا با این اشخاص یا تیم شرکت کننده، مرتبط است؛ هرگونه کالا، پول، امتیاز مالی یا نظایر آن پرداخت نماید یا پیشنهاد دهد یا توافق یا تبانی کند؛ تا آن شخص به نحوی باعث باخت آن تیم یا شخص شود مرتکب رشا شده است و طبق مقررات بخش های ۸۳-۷۷۵.۰۸۲ همان قانون مجازات می شود. مشابه همین مقرره، در بخش ۷۵۰.۱۲۴ ایالت میشیگان، درباره ی رقابت های ورزشی آ اعم از حرفه ای یا آماتور ـ دیده می شود.

با این حال، در فلوریدا، سایر موارد ارتشای بخش خصوصی جرم انگاری نشده است و حتی در مورد آنچه رشوه ی تجاری[۲۴] نامیده شده است (بخش ۱۶-۸۳۵،۰۱۵)، رشوه گیرنده، شاغل در بخش عمومی و در واقع، از مأموران به خدمات عمومی (publ i c servant) محسوب می شود و در ارتباط با محدوده ی صلاحیت و اختیاراتش در بخش عمومی رشوه می گیرد. به طور کلی می توان گفت در ایالات متحده، در سطح فدرال، ارتشا هنوز در مورد اشخاص حقوق خصوصی پیش بینی نشده است.[۲۵]

در بخش ۱۱۹ و ۱۲۰ قانون کیفری کانادا[۲۶] نیز صرفاً ارتشای مقامات عمومی[۲۷] از قبیل مقامات قضایی، اعضای پارلمان ایالتی، پلیس، و ... پیش بینی شده؛ هرچند ارتکاب رشا از ناحیه ی هر فردی امکان پذیر است.

در مقابل، بسیاری ازکشورها به ویژه در اروپا در دو دهه ی اخیر اشکال مختلف رشوه در بخش خصوصی را جرم انگاری کرده اند.

---

[۳۲] . به نقل از: فتحی پور، **پیشین**، ص ۱۸۴

[۲۴]. Commercial bribery

برای دیدن متن این قوانین ر.ک به نشانی اینترنتی: archive.flsenate.gov/statutes

[۲۵] . در ایالات متحده به موجب قانون فدرال Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) مصوب ۱۹۷۷ رشوه دادن اساساً ناظر است به مقامات عمومی داخلی یا خارجی یا افرادی که کاندیدای کسب یک سمت دولتی یا عمومی هستند. (a foreign official, foreign political party or party official, or any candidate for foreign political office) هرچند رشوه دادن را از سوی اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی که در داخل آمریکا یا خارج از آن فعالیت می کنند ولی با نظام اقتصادی آن در ارتباط هستند، پیش بینی کرده است. تصویب این قانون در پی رسوایی واترگیت و تحقیقات اواسط دهه ی ۷۰ میلادی بود. این تحقیقات نشان می داد که بیش از ۴۰۰ شرکت در آمریکا، نزدیک به ۳۰۰ میلیون دلار پرداخت غیرقانونی به مقامات عمومی و دولتی داشته اند. همچنین شمول قانون مزبور اعم از آنست پرداخت یا وعده ی آن، مستقیماً و بی واسطه صورت گیرد یا به طور غیر مستقیم و از طریق واسطه ها (intermediary):[http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/lay-persons-guide.pdf]

ضرورت جرم انگاری مقامات عمومی بین المللی یا خارجی را در حال حاضر در مواردی مانند فساد گسترده ی مقامات فیفا ـ که در سال جاری بعد از برنامه ی افشاگرانه ی پانوراما ی تلویزیون بی بی سی (BBC World News) مطرح شد ـ مشاهده نمود.

[۲۶]. Canada Criminal Code, Toronto: Carswell, 2011, p. 11

[۲۷] . در بخش ۱۱۸ قانون کیفری کانادا، مقام عمومی (public official) اعم از کسی تعریف شده است که برای ایفای یک خدمت عمومی منتخب یا منصوب شده و یا کسی که اداره ی یک نهاد عمومی را عهده دار شده است. (مشابه تعریف کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد).

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

گفتار دوم : در نظام کیفری انگلستان[۲۸]

شاید به دلیل رواج شدید شرط بندی و به دنبال آن، گسترش فساد در بخش خصوصی ـ از بیش از یکصد سال پیش، قوانین مختلف و قابل توجهی درباره ی رشا و ارتشا در بخش خصوصی به تصویب رسیده است. از جمله، قانون اعمال متقلبانه نهادهای عمومی[۲۹] (۱۸۸۹)، قانون مبارزه با فساد[۳۰] (۱۹۰۶)، قانون مبارزه با فساد (۱۹۱۶) قابل ذکرند. قانون مبارزه با فساد ۱۹۰۶ صراحتاً در بند ۱ از بخش ۱ خود، ارتشای کارگزاران و نمایندگان بخش خصوصی را که به نمایندگی از اصیل اقدام می کنند و نیز رشوه دادن به این افراد بدین منظور که برخلاف تعهدات قراردادی خود و به ضرر اصیل اقدام نمایند، جرم انگری نموده است.

به طور مشخص در این زمینه، قانون رشا و ارتشاء ۲۰۱۰ انگلستان پس از یک نزدیک دهه بحث و جنجال فراوان ، سرانجام در سال ۲۰۰۹ از سوی ملکه مطرح و بالاخره در سال ۲۰۱۰ به تصویب پارلمان رسید. این قانون از ۱ جولای ۲۰۱۱ اجرایی خواهد شد و با این حال، از زمان طرح و تصویب، تحولاتی را در نظام اقتصادی انگلستان به دنبال داشته است.

بخش ۱ تا ۵ این قانون در تعریف مصادیق رفتار مجرمانه، اشخاص حقوق عمومی و حقوق خصوصی و حتی کارکنان نهادهای بین المللی را موضوع خود قرار داده است. همچنین، به هرگونه امتیاز مالی و غیر مالی ـ نظیر وعده ی استخدام و غیر آن ـ اشاره نموده و در واقع یکی از ویژگی های این قانون، عدم توجه به شخصیت مرتکب از حیث مستخدم بخش عمومی یا خصوصی بودن است. مضافاً این که، ارتشای مقامات عمومی خارجی[۳۱] نیز در بخش ۶ این قانون جرم انگاری شده است. همچنین، مهم نیست که منفعت یا امتیازی که موضوع رشوه قرار می گیرد، مالی است یا غیر مالی.[۳۲]

بندهای ۱ و۲ از بخش ۳ قانون فوق، فعالیت هایی را که در قلمرو شمول این قانون قرار دارند، به عنوان «اقدامات یا فعالیت های مرتبط با رشا و ارتشاء» برشمرده است: هر نوع خدمات عمومی که فرد باید با حسن نیت[۳۳] آن را انجام دهد؛ هر عملی مربوط به فعالیت های تجاری و اقتصادی که فرد باید با بی طرفی[۳۴] آن را به انجام برساند؛ هر عملی در جریان شغلی فرد که به جهت انجام آن، فرد در موقعیت اعتماد و اطمینان [۳۵] دیگران قرار داشته باشد؛ و هر عملی که از سوی مجموعه ای از افراد اجرا می شود، خواه به صورت شرکت باشند یا نه.

نکته ی جالب توجه دیگر در قانون رشا و ارتشای انگلستان (۲۰۱۰) پیش بینی تکالیف پیشگیرانه برای شرکت ها و سایر اشخاص حقوقی است (بخش ۷) که در صورتی که اقدامات مزبور به درستی صورت نپذیرد و نماینده ی اشخاص حقوقی مزبور مرتکب ارتشاء شوند، با شرایطی می تواند موجب مسؤولیت کیفری این اشخاص شود. مقرره ی اخیر، از نوآوری های این قانون نسبت به قوانین قبلی محسوب می شود.

گفتار سوم : در نظام کیفری سویس

نیز ارتشاء افراد شاغل در بخش خصوصی جرم انگاری شده است. بنابراین، در سویس ـ مانند مصر ـ مرتشی ممکن است از مستخدمین رسمی یا شاغل در بخش عمومی باشد و یا کسی باشد که در بخش خصوصی به عنوان «کارمند، شریک، کارگزار یا هرنوع مشاغل مرتبط دیگری نسبت به شخص ثالث» باشد. بدین ترتیب، با توجه به ماده 4a قانون قدرال مبارزه با ر قابت متقلبانه (ناعادلانه) ـ که با توجه به الحاق سویس به کنوانسیون حقوق کیفری شورای اروپا درباره ی فساد تصویب شد ـ باید قبول یا اخذ رشوه، برخلاف حدود اختیارات و وظایف و به منظور انجام عملی ناروا در ارتباط با منافع شخص ثالثی که فرد در اتباط استخدامی با او قرار دارد، صورت بگیرد تا به عنوان ارتشای بخش خصوصی تحت پیگرد قرارگیرد. در واقع، یک رابطهبا سه طرف برقرار است: شخصی که پیشنهاد یا پرداخت یک امتیاز ناروا

---

[۲۸]. کلیه ی قوانین مورد استناد از نظام کیفری انگلستان در این بخش، از نشانی زیر، استخراج شده است:
http://www.legislation.gov.uk

[۲۹] . Public Bodies Corrupt Act

[۳۰] . Prevention of Corruption Act

[۳۱] . foreign public official

[۳۲] . financial or another advantage

[۳۳] . in good faith

[۳۴] . impartiality

[۳۵] . in a position of trust by virtue of performing it

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

(بی مورد) را انجام می دهد (راشی) شخصی که طرف این پیشنهاد یا پرداخت است (مرتشی) و بالاخره، شخص ثالثی که مرتشی قصد دارد علیه منافع او عمل نماید. ویژگی مهم در مرتشی این است که تعهد قانونی یا قراردادی یا عرفی به رعایت غبطه و مصلحت[۳۶] شخص ثالث دارد. نکته ی جالب توجه دیگر در نظام کیفری سویس ـ مانند قانون رشا و ارتشای انگلستان ـ پیش بینی مسؤولیت کیفری برای اشخاص حقوقی است.[۳۷]

گفتار چهارم : در نظام کیفری آلمان[۳۸]

مقررات مشابهی در این رابطه وضع شده است. از جمله، ماده ۲۹۹ قانون جزای آلمان در بندهای ۱ و ۲ خود، ارتشای بخش خصوصی را در مورد «مستخدم یا کارگزار یک تجارتخانه»[۳۹] و رشا را در مورد هرشخصی که به مستخدم یا کارگزار یک تجارتخانه «با مقاصد رقابتی»[۴۰] رشوه دهد، جرم انگاری کرده و در بند ۳، یادآور شده است مقررات این ماده، شامل رقابت های تجاری خارجی نیز می شود. برخی[۴۱] معتقدند مقررات ماده ی فوق، عام بوده و تفاوتی بین این که معامله ی تجاری در بخش دولتی انجام شود یا بخش خصوصی وجود ندارد.

نکته ی جالب توجه درباره ی این ماده، قابل گذشت بودن جرم موضوع این ماده است. در واقع، با توجه به ماده ۳۰۱ این قانون، اصولاً جرم موضوع ماده ۲۹۹، منوط به شکایت بزه دیده (ثالثی که منافع او تهدید می شود) مگر این که به تشخیص مقام تعقیب، شدت جرم به حدی باشد (مثلاً از انواع مشدد آن ـ مانند فرضی که به صورت سازمان یافته ارتکاب می یابد در ماده ۳۰۰ پیش بینی شده ـ باشد) که به نحو متقنی، «منفعت عمومی» اقتضای تعقیب داشته باشد.

در این جا بد نیست یادآوری کنیم که بخش عمده ی اصلاحات صورت گرفته در کشورهای اروپایی در زمینه ی جرم انگاری رشا و ارتشای بخش خصوصی، در پی تصویب کنوانسیون حقوق کیفری شورای اروپا درباره ی فساد (۱۹۹۹) صورت گرفته است. این کنوانسیون، در مواد ۲ تا ۱۱ خود به جرم انگاری انواع رشا و ارتشای مقامات دولتی، بخش عمومی و بخش خصوصی پرداخته است[۴۲] و تأثیر آن بر قوانین تصویب شده در کشورهای عضو شورای اروپا ـ از جمله قانون رشا و ارتشای انگلستان ـ محسوس و آشکار است. رشوه ی ایجابی و سلبی (رشا و ارتشا) در بخش خصوصی در مواد ۷ و ۸ این کنوانسیون مطرح شده است. قملرو جرم انگاری، به «فعالیت های تجاری»[۴۳] محدود شده و شامل هرگونه وعده، توافق، پیشنهاد، دریافت و پرداخت هر نوع «امتیاز بی مورد» می شود.(همانطور که ملاحظه می شود عبارات شباهت بسیار زیادی به کنوانسیون ملل متحد دارد.)

آنچه در موضع گیری قوانین مورد اشاره از دیگر نظام های حقوقی، قابل توجه می نماید این نکته است که: اولاً رشا و ارتشا، یکسان و بدون توجه به این که نتیجه ی مورد طرفین محقق شده است یا نه مورد جرم انگاری قرار گرفته اند؛ نکته ای که نشان از اهتمام نظام های حقوقی فوق به برخورد بدون مسامحه با راشی و مرتشی دارد. ثانیاً، مجازات مقرر برای این جرایم، عموماً با توجه به میزان و مبلغ منفعت

---

[۳۶] . loyalty obligation

[۳۷] متن انگلیسی قانون جزای سویس از آدرس زیر استخراج شد:
http://www.admin.ch/ch/e/rs/3/311.0.en.pdf
همچنین متن انگلیسی قانون فدرال مبارزه با رقابت متقلبانه (ناعادلانه) از نشانی زیر دریافت شد:
http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/ch/ch016en.pdf
و برای دیدن تحلیلی اجمالی از وضعیت جرم انگاری رشا و ارتشا در قوانین سویس ر.ک به:
Dieter A. Hoffmann et Oliver M. Kunz, “Bribery in the Private Sector”, in:
http://www.walderwyss.com/publications/486.pdf

[۳۸] . متن قوانین مرتبط از نظام کیفری آلمان از نشانی ها زیر استخراج شده است:
http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/german_criminal_code.pdf

[۳۹] . employee or agent of a business

[۴۰] . for competitive purposes

[۴۱] . حمید بهره مند بگ نظر، **پیشین**، صص ۹۰ و ۹۱ ـ

[۴۲] بخش ۱ پروتکل الحاقی به این کنوانسیون (۲۰۰۳) در ۶ ماده، ارتشای داوران و اعضای هیئت منصفه ـ بیشگانه باشند یا نه ـ را جرم انگاری نموده است: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/191.htm

[۴۳] . business actions

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

موضوع رشوه تعیین شده است. همچنین نکته ی قابل اشاره ی دیگر، این که، رشوه گیرنده ی بخش خصوصی تقریباً در تمام قوانین فوق الذکر «اصیل» نیست[۴۴]؛ بلکه به نحوی از انحاء در استخدام شخص حقیقی یا حقوقی دیگر قرار دارد یا به عنوان شریک تجاری، نماینده، کارگزار و ... اقدام می نماید. در عین حال، یادآوری این نکته لازم است که در تمام کشورهای فوق، اتخاذ سیاست جنایی مطلوب، با توجه به وضعیت اقتصادیس و اقتضائات اجتماعی آن ها صورت گرفته است؛ موضوعی که قانونگذار ایران نیز باید آن را مد نظر قرار دهد.

نتیجه گیری و پیشنهاد

بنابرآنچه گفته شد، به نظر می رسد با توجه به توسعه ی فعالیت های بخش خصوصی در دو دهه ی گذشته در عرصه ی اقتصاد ایران، و به ویژه با توجه به روند رو به رشدی که بخش خصوصی در میدان روابط تجاری و فعالیت های مالی و اقتصادی طی کرده و پیش رو دارد؛ امروزه، مداخله ی کیفری برای ایجاد فضایی سالم و عاری از روابط متقلبانه، ناعادلانه و فسادآمیز ضروری می نماید. بعلاوه اگر می پذیریم که بخش خصوصی عرصه ی فعالیت های کلان اقتصادی باشد و هر امتیازی را که سابقاً بخش دولتی در این عرصه بهره مند بوده است، به بخش خصوصی نیز تعمیم می دهیم (ماده ۸ قانون اجرای سیاست های اصل ۴۴ مقرر می دارد: هر امتیازی که برای بنگاههای دولتی با فعالیت اقتصادی گروه یک و دو ماده (۲) این قانون مقرر شود، عیناً و با اولویت برای بنگاه یا فعالیت اقتصادی مشابه در بخش خصوصی، تعاونی و عمومی‌غیردولتی باید درنظر گرفته شود) چندان دور از منطق نیست که بپذیریم ضمانت اجراها و نظارت هایی لااقل مشابه آن چه پیش از این شامل حال بخش دولتی بوده ، در اینجا قابل تسری است. (من له الغنم فعلیه الغرم.)

با این حال نباید از یاد برد که این تأکید بر ضرورت مداخله ی کیفری در این حوزه ـ به سان هر حوزه ی دیگر ـ مؤخر بر آزمودن و اعمال دیگر راهکارهای پیش گیرانه و ضمانت اجراهای انتظامی و مدنی است. اصل کمینه کردن حقوق کیفری و استفاده از اقتدار و ضمانت اجراهای جزایی به عنوان آخرین راه چاره، اقتضا می کند پیش از هرچیز، سیاستگذاران کشور، تدوین مقررات پیشگیرانه در راستای ایجاد فضایی شفاف و رقابتی در عرصه ی روابط تجاری و فعالیت های اقتصادی را نصب العین خود قرار دهند و پس از آن، برای تضمین هرچه بیش تر سلامت فضای کسب و کار و تنگ کردن عرصه بر سودجویان سوداگری که طمع طعمه، چشمشان را بر امانت ها می بندد، به ابزار کیفری متوسل شوند.[۴۵]

به هر روی، با توجه به الحاق ایران به کنوانسیون و پیدایش نیاز روزافزون به پیش بینی مقررات کیفری در زمینه ی تأمین فضای اقتصادکشور از مداخلات فسادآمیز، توجه به نکات ذیل در تدوین هرگونه مقرره ی کیفری در زمینه ی رشا و ارتشای بخش خصوصی، به شرح ذیل، توصیه می شود:

۱. در هر مورد، باید به دقت بررسی شود آیا اقتضائات واحدی (نسبت به سایر فعالیت های تجاری) بر مسأله ی مورد نظر حاکم است یا خیر؛ برای مثال آیا ضرورت های متفاوتی در مورد فعالیت باشگاه های ورزشی ـ در مقایسه با سایر ورزش ها و هم چنین در مقایسه با سایر حوزه های فعالیت بخش خصوصی ـ وجود دارد؟ فرضاً، به نظر می رسد تدوین مقررات یکسان و واحد در مورد معاملات تجاری (موضوع ماده ۲ قانون تجارت) و نیز سایر فعالیت ها ومعاملات و فعالیت های مرتبط تجار، حاکم است که اقتضا می کند مقررات واحدی بر آن ها حاکم شود؛ اما در همین زمینه، فعالیت های مالی به معنای اخص کلمه نظیر فعالیت های بانکی، ممکن است نیازمند مقررات کیفری متفاوتی ـ از حیث دامنه ی شمول، ارکان سازنده ی جرم و به ویژه مجازات ها ـ باشد. تصمیم گیری در این رابطه، نیازمند تحقیقات میدانی دقیقی است که از حوصله ی این نوشتار بیرون است؛ با این حال، آن چه درباره ی آن نمی توان تردید داشت شمول عنوان رشا و ارتشای بخش خصوصی ـ به ویژه با توجه به توصیه ی کنوانسیون ـ بر معاملات و مبادلات تجاری احصاشده در ماده ۲ ق. تجارت است.[۴۶]

---

[۴۴] . در حقیقت می توان گفت رکن اساسی و جوهری فساد که همان سوءاستفاده ی فرد از قدرت و موقعیت تفویض شده به فرد است، در مصادیق ارتشای بخش خصوصی نیز مورد توجه است.

[۴۵] . تدوین مقرراتی از قبیل قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، قانون مبارزه با پولشویی و به ویژه، آیین نامه ی این قانون، نشان از توجه درست و بجای قانونگذار ایرانی به این موضوع دارد.

[۴۶] . در مورد مصادیقی که بدین ترتیب از شمول این عنوان خارج می شوند (مانند پزشکی که برای صدور گواهی خلاف واقع، رشوه بگیرد؛ باید در نظر داشت که دلیلی برای اتخاذ سیاست جنایی واحد در مواجهه با این موارد نیست. برای مثال، ممکن است در چنین مواردی مجازات های اداری و انتظامی کفایت کند؛ و یا، عندالاقتضا ـ که بستگی به صلاحدید مقنن بر حسب مطالعات تجربی و تحلیل های کارشناسی ـ مجازات کیفری متناسب دیگری برای آن وضع شود.

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

۲. قانونگذار ایرانی ـ نظر به رواج رشوه در نظام اداری و آثار سوئی که در گردش امور کشور داشت ـ در رویارویی با رایش یا واسطه در رشوه که اصولاً معاون در جرم محسوب می شود، برخوردی سختگیرانه داشته و در ماده ۵۹۳ ق.م.ا مقرر داشته است: « هر کس عالما و عامدا موجبات تحقق جرم ارتشا از قبیل مذاکره ، جلب موافقت یا وصول و ایصال وجه یا مال یا سند پرداخت وجه را فراهم نماید به مجازات راشی برحسب مورد محکوم می شود».

تردیدی نیست نقش واسطه در جرم رشا و ارتشا، علی القاعده از نقش راشی کمتر است. پس اگر مقنن عمل راشی را به طور مستقل جرم انگاری کرده و حتا مجازات راشی را برای او پیش بینی نموده است، باید پذیرفت سیاستی سختگیرانه و مبتنی بر تسامح صفر را در رویارویی با این جرم در پیش گرفته است که دلیلی بر تخفیف آن در مورد راشی وجود ندارد. در حقیقت، ضرورت ها و واقعیات جامعه در این حوزه به حدی پر رنگ بوده است که مقنن را مجاب نموده، مماشاتی در رویارویی با این جرم روا ندارد و سیاست جنایی سخت گیرانه ای را علیه آن اتخاذ نماید. رویکردی که با توجه به واقعیت های عرصه ی اقتصادی جامعه ی ایرانی، چندان خالی از وجه نیست. بنابراین، به نظر می رسد ـ به ویژه با توجه به کارکرد بازدارندگی مجازات ـ دلیلی وجود ندارد که رفتار راشی را مستقل از مرتشی ـ و نه به عنوان معاونت در جرم ـ قابل مجازات بدانیم.[۴۷] بنابراین، به نظر نمی رسد در صورت جرم انگاری رشا و حتا وساطت در ارتشا در بخش خصوصی، به صورت مستقل (نه به عنوان معاونت) از حیث مبانی حقوق کیفری، نقدی بر قانونگذار ایرانی وارد باشد.

۳. جرم انگاری رشا و ارتشا، نباید صرفاً محدود به دریافت و پرداخت مال باشد؛ هم از حیث موضوع (منفعت مالی و غیرمالی) و هم از جهت رفتار (پیشنهاد، توافق، تبانی و به طریق اولی، دریافت و پرداخت) باید توسعه یابد. همچنین به نظر می رسد جرم انگاری ارتشای بخش خصوصی، نسبت به اصیل بی معناست؛ به بیان دیگر، بی معناست کسی علیه منافع خود، رشوه بگیرد! بلکه این عنوان فقط در مواردی محقق است که شخصی به عنوان شراکت، نمایندگی، عاملی، وکالت، دلالی و ... در ارتباط با منافع شخص حقیقی یا حقوقی دیگر فعالیت می کند.

۴. جرم انگاری رشا و ارتشا، و یا جرایم مرتبط با آن ها (مثلاً عدم انجام اقدامات پیشگیرنده و بازدارنده) عندالاقتضا باید در مورد اشخاص حقوقی نیز جرم انگاری شود؛ در واقع، محدود بودن مسؤولیت کیفری به شخص حقیقی، در شرایط فعلی و به ویژه، در امور تجاری و اقتصادی، چندان منطقی نمی نماید. مسیری که مقنن ایرانی نیز در تدوین قوانینی مانند قانون جرایم رایانه ای به سمت آن حرکت کرده است.

۵. تعیین سازوکارهای بازدارنده و تکالیف قانونی مشخص و مستظهر به ضمانت اجراهای مؤثر (اعم از مدنی، انتظامی و کیفری) برای اشخاص حقوقی دولتی و خصوصی در راستای ایجاد شفافیت هرچه بیشتر روابط مالی و اداری ضروریست. این روند، لازمه ی سیاست کلی خصوصی سازی است: تغییر نقش دولت از یک کنش گر و نهاد مداخله گر اقتصادی ـ که گاه دستان خودش نیز آلوده به جرم می شد ـ به یک ناظر و کنترل کننده ی بی طرف و هوشیار که سلامت روابط مالی را تضمین می کند.

۶. با توجه به این که در این جم عمدتاً منافع اشخاص به خطر می افتد، به نظر می رسد قانونگذار می تواند با تعیین معیارهای عینی و روشن ـ نظیر سازمان یافته بودن جرم، تعدد موارد ارتکابی جرم، بالابودن میزان خسارت، ایجاد اخلال در نظام اقتصادی و ... ـ گونه هایی از جرم را غیرقابل گذشت و سایر موارد را قابل گذشت اعلام کند.

با توجه به این موارد، برای جرم انگاری رشا و ارتشای بخش خصوصی، متن زیر، به عنوان متن پایه و الگو پیشنهاد می گردد: [۴۸]

ارتشاء در بخش خصوصی: هر شخص که در هر جایگاه و به هرعنوانی ـ از قبیل شراکت، وکالت، دلالی، کارگزاری و امثال آن ـ در استخدام یا ارتباط حرفه ای با بخش خصوصی، فعالیت یا یک واحد بخش خصوصی را اداره می‌کند؛ در جریان روابط یا معاملات تجاری و اقتصادی، هرگونه امتیاز یا منفعت مالی یا غیرمالی را با سوءاستفاده از موقعیت و اختیارات خود، برای انجام دادن یا ترک یکی از وظایف

---

[۴۷] . برخی نویسندگان تحقق جرم موضع این ماده را منشوط به تحقق ارتشا یا شروع به ارتشا، و در واقع، مقید به نتیجه دانسته اند. در حقیقت، قواعد عمومی معاونت در جرم ـ از جمله شرط بودن تحقق جرم اصلی ـ بر این ماده نیز حاکم شمرده اند. (عباس زراعت، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، چ ۳، تهران: ققنوس، ۱۳۸۷، ذیل ماده ۵۹۳)

[۴۸] . بدیهی است در این قسمت تعیین مجازات در هر مورد باید با توجه به حساسیت موضوع و هماهنگ با نظام کلی حاکم بر جرایم و مجازات ها صورت بگیرد. لذا در این جا، از تعیین مجازات خوددادری می شود.

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

قانونی یا قراردادی خود یا نقض یکی از تعهدات قانونی یا قرادادی خویش، به طور مستقیم یا غیرمستقیم برای خود یا دیگری درخواست، پیشنهاد، یا قبول نماید ـ اعم از این که فعل یا ترک فعل منظور را انجام دهد یا نه ـ مرتشی محسوب می شود.

رشا در بخش خصوصی: هرشخص که در جریان روابط یا معاملات تجاری و اقتصادی، به شخص دیگری که در هر جایگاه و به هرعنوانی ـ از قبیل شراکت، وکالت، دلالی، کارگزاری و امثال آن ـ در استخدام یا ارتباط حرفه ای با بخش خصوصی، فعالیت یا یک واحد بخش خصوصی را اداره می‌کند؛ هرگونه امتیاز یا منفعت مالی یا غیرمالی را برای خود آن شخص یا شخص دیگری، وعده یا پیشنهاد دهد یا اعطا نماید تا آن شخص با سوءاستفاده از موقعیت و اختیارات خود، یکی از وظایف قانونی یا قراردادی اش را انجام دهد یا ترک نماید یا یکی از تعهدات قانونی یا قرادادی خویش را نقض نماید ـ اعم از این که شخص مزبور، فعل یا ترک فعل منظور را انجام دهد یا نه ـ راشی محسوب می شود.

تبصره ۱ ـ در مورد رشا و ارتشای بخش خصوصی، تعیین مصادیق روابط یا معاملات تجاری و اقتصادی، از طریق آیین نامه ای که تدوین آن برعهده ی وزارت صنایع، معادن و تجارت و وزارت دادگستری است، به عمل می آید. این آیین نامه ظرف سه ماه از تصویب این قانون و با مشارکت و مشورت کمیسیون اقتصادی و کمیسیون حقوقی ـ قضایی مجلس تدوین و تصویب می شود. هرگونه تغییر یا اصلاح بعدی در آیین نامه ی مزبور بدون جلب نظر دوسوم کمیسیون های فوق ممنوع است.[۴۹]

تبصره ۲ ـ رشا و ارتشای خصوصی قابل گذشت است و شروع تعقیب، منوط به شکایت بزه دیده است؛ مگر در موارد زیر:

۱. ارتکاب جرم به صورت گروهی یا سازمان یافته باشد.
۲. دفعات ارتکاب جرم، سه بار یا بیشتر باشد یا مورد، مطابق مقررات قانون مجازات اسلامی، از مصادیق تکرار جرم باشد..
۳. میزان خسارت وارده به بزه دیده یا بزه دیدگان ـ خواه دفعهٔ واحده و خواه در مجموع ـ بیش از یک میلیارد ریال باشد.

ارتکاب جرم به نحوی باشد که موجب اختلال در نظام اقتصادی کشور شده باشد. در این مورد، تشخیص تحقق اختلال، با توجه به اظهار نظر وزارت صنایع، معادن و تجارت صورت می گیرد.»

[۴۹] . تعیین مصادیق معاملات مشمول این ماده، کاری دشوار است که معقولاً باید آن را بر عهده ی نهادهای تخصصی و اجرایی گذاشت. با این حال، چون این تعیین مصادیق در تعیین جرم و مجازات مؤثر است، کسب نظر مجلس به عنوان مرجع یگانه ی تقنین در امر کیفری (اصل ۳۶ قانون اساسی) ضروری می نماید.

ISSN: 2463-3675
http://www.Joce.ir

منابع و مراجع

[۱] بهره مند بگ نظر، حمید ، سیاست جنایی تقنینی ایران در قبال فساد و مطالعه ی تطبیقی آن با کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، رساله ی دکتری حقوق جزایی و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۹
[۲] زراعت ، عباس ، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، چ ۳، تهران: ققنوس، ۱۳۸۷
[۳] فتحی پور، علی ، «رشوه در مشاغل غیررسمی»، مجله کانون وکلا، بهار ۱۳۴۷، ش ۱۰۸
[۴] قرشی ، سیدعلی اکبر ، قاموس قرآن، ج ۷، چ ۶، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۱۱ ق
[۵] لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه ابن سینا، ۱۳۴۶،
[۶] میرمحمدصادقی، حسین، حقوق جزای اختصاصی ۳ ؛ جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، چ۳، تهران: میزان، زمستان ۱۳۸۸
[۷] نجفی ابرندآبادی، حسین، حقوق کیفری اقتصادی (خلاصه ی تقریرات) برای کارشناسی ارشد حقوق اقتصادی، دانشگاه شهید بهشتی، نیم سال نخست ۸۶ ـ ۸۷

a. http://www.legislation.gov.uk
b. http://www.admin.ch/ch/e/rs/3/311.0.en.pdf
c. http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/ch/ch016en.pdf
d. http://www.walderwyss.com/publications/486.pdf
e. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/german_criminal_code.pdf
f. http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/191.htm