

Challenges of the Islamic Republic of Iran regarding the Criminalization of Illicit Enrichment Established by United Nations Convention against Corruption

(Type of Paper: Research Article)

Omid Mollakarimi ¹, Saleh Amiri ^{2*}

Abstract

The United Nations Convention against Corruption, which the Islamic Republic of Iran is its member, has criminalized illicit enrichment related to significant increase in assets of public officials which is not consistent with their legitimate income. However, some critics believe that this way of criminalization contradicts to some principles such as presumption of innocence, right to silence, and the principle of legality. Scrutinizing this issue in the Iranian criminal system, this study shows that the elements of illicit enrichment have enough transparency and don't violate the principle of legality. As well, the prediction of the necessity of existence of legal presumptions would resolve the problem of its contradiction to the presumption of innocence. In addition, the unnecessary of proving via self-incrimination would reject any contradictions to the right to silence. As a result, acceptance of illicit enrichment seems to be in accordance with Iranian domestic law.

Keywords

Illicit Enrichment, United Nations Convention against Corruption, Presumption of Innocence, Public Official, Right to Silence, Restitution of Illegitimate Property.

-
1. Assistant Prof., Department of Public and International Law, Faculty of Humanities, North Tehran Branch, Tehran, Islamic Azad University, Iran. Email: Mollakarimi.omid@gmail.com
 2. Ph.D. Student in International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran (Corresponding Author). Email: saleh_amiri_1986@yahoo.com
- Received: April 13, 2019 - Accepted: September 23, 2019



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and adapt the material for any purpose.

چالش‌های جمهوری اسلامی ایران در جرم‌انگاری عنوان دارا شدن نامشروع مندرج در کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

امید ملاکریمی^۱، صالح امیری^{۲*}

چکیده

کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد که جمهوری اسلامی ایران نیز عضو آن است، جرم‌انگاری عنوان مجرمانه دارا شدن نامشروع را در ارتباط با افزایش چشمگیر دارایی‌های مقامات عمومی که با میزان درآمدهای مشروع آنان منطبق به‌نظر نمی‌رسد، مدنظر قرار داده است. عده‌ای از منتقدان اما بر این باورند که شیوه جرم‌انگاری این عنوان و نهادن بار اثبات مشروع بودن منشأ دارایی‌ها در تقابل با اصولی مانند براءت، حق بر سکوت متهم و اصل قانونی بودن جرم و مجازات است. در این نوشتار به این رهیافت رسیدیم که ارکان این جرم از شفافیت کافی برخوردار بوده و در تقابل با اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیست. همچنین پیش‌بینی لزوم وجود امارات قانونی در زمان انتساب جرم، ادعای تقابل این جرم با اصل براءت و عدم لزوم اثبات از راه اقرار، تخطی آن را از حق بر سکوت متهم منتفی می‌سازد. در ضمن نیم‌نگاهی نیز به قانون اصلاح مبارزه با پولشویی (مصوب ۱۳۹۷) و طرح اعاده اموال نامشروع مسئولان انداخته شده است.

کلیدواژگان

دارا شدن نامشروع، کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل، اصل براءت، مقام عمومی، حق بر سکوت متهم، اعاده اموال نامشروع.

۱. استادیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، تهران، ایران.
Email: Mollakarimi.omid@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
Email: saleh_amiri_1986@yahoo.com

مقدمه

ضرورت زیستن در جهان معاصر انطباق هرچه بیشتر افراد با هنجارهای پیچیده آن را طلب می‌کند. وسیله سنجش میزان این انطباق، گذشته از اخلاق و عرف و رسوم هر جامعه، قانون مورد وفاق شهروندان آن جامعه است. قوانین در جوامع امروزی حسب ضرورت موجود به‌منظور روان‌سازی معادلات اجتماعی، می‌بایست هر آینه آمادهٔ صیانت از هنجارهای بنیادین موجود و مقابله با نابهنجاری‌های پیچیده‌ای باشند که هر روز در حال دگربرداری باشند و در کالبدی جدید در آن جامعه ظهور می‌یابند (Goldstein, 2000: 386). یکی از مصادیق مهم نابهنجاری‌های مورد بحث جرائم مربوط به فساد به‌طور اعم و جرائم مربوط به فساد در بدنهٔ حاکمیت و مقامات به‌طور اخص است.

کارگزاران نظام با بیت‌المال سروکار دارند و اعداد و ارقام زیادی از وجوه نزد کارگزاران است و احتمال سوء استفادهٔ آنها زیاد است. در عین حال که قوانین کیفری در سطح داخلی با جرائم احتمالی کارگزاران مقابله می‌کند، لیکن این مبارزه از برخی لحاظ ناکافی است. محروم کردن مقامات عمومی از بهره‌مندی از عواید حاصل از فساد به‌منظور افزایش ضریب تأثیر مبارزه با فساد ضروری است. این امر به زدودن هرچه بیشتر انگیزهٔ ارتکاب جرم منجر می‌شود و به تبع آن هزینه‌های دست یازیدن به فساد برای مجرمان بالقوه بر منافع احتمالی آن غلبه خواهد کرد؛ اما تخصصی بودن مقولهٔ مقابله با فساد، فقدان شاکی خصوصی، نیاز به حسابرسی‌ها و بازرسی‌های ویژه و همچنان نفوذ بالای مرتکبان این جرائم، بر دشواری تعقیب آنها توسط نظام قضایی افزوده است (Muzila & Morales, 2012: 5).

مصادیق جرائم اقتصادی حال حاضر در کشور ما را به‌طور کلی می‌توان در قوانین زیر یافت: قانون مجازات اخلاگران نظام اقتصادی کشور، قانون نحوهٔ اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی، قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی، قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی، مقررات جزایی قانون دیوان محاسبات، قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس (مصوب ۷۵)، قانون تشدید مجازات جاعلین اسکناس، واردکنندگان، توزیع‌کنندگان و مصرف‌کنندگان اسکناس مجعول، قانون مجازات مرتکبین قاچاق، قانون تعزیرات حکومتی، قانون مبارزه با پولشویی و در نهایت مواد ۵۸۸ تا ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۵) که در ذیل به‌اختصار به آنها پرداخته می‌شود. در قوانین داخلی کشور ما، عناوین مجرمانه‌ای چون تحصیل مال از طریق نامشروع، اختلاس، سوء استفاده از مقام دولتی در معاملات و مزایده برای پیگیری فساد با کاستی‌هایی مواجه است. مهم‌ترین ضعف این قوانین، بار اثبات است که بر دوش مقام تعقیب است. به‌منظور غلبه بر کاستی‌های مذکور، نظام‌های حقوقی در سطح داخلی و بین‌المللی «دارا

شدن نامشروع^۱ را در قامت یک عنوان مجرمانه، به‌هنگام مواجهه با «دارایی‌های نامتناسب»^۲ یک مقام عمومی یا «دارایی‌های تبیین‌نشده»^۳ که امکان اتخاذ اقدامات قانونی متناسب را در بطن خویش فراهم می‌کند، در نظر گرفته‌اند. در واقع کاستی‌های قوانین داخلی قانونگذار را بر آن داشته است تا به ضرورت جرم‌انگاری جدید آگاه شود. در واقع در خصوص این کاستی‌ها باید گفت قانون «رسیدگی به اموال مسئولان» (مصوب ۱۳۹۴) پس از تصویب در سال ۱۳۸۶ و ایراد شورای نگهبان و اصرار مجلس و ارجاع آن به مجمع تشخیص مصلحت نظام بعد از ده سال پیگیری در سال ۱۳۹۴، با تخریب و ناقص کردن مصوبه مجلس تصویب شد و به‌نظر می‌رسد آیین‌نامه آن نیز کارایی لازم را نخواهد داشت. از سوی دیگر، قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی مصوب ۱۳۶۳ نیز صرفاً به‌منظور بازگرداندن اموال نامشروع مسئولان قبل از انقلاب است و برای مقامات و مسئولان پس از پیروزی انقلاب قابلیت اجرا ندارد.

از ویژگی‌های شایان توجه این عنوان مجرمانه آن است که صرف غیرقابل تعیین بودن منشأ دارایی، اماره‌ای بر برآمدن آن دارایی از فساد است. آنچه مقام تعقیب بایست اثبات کند، آن است که منشأ دارایی‌ها تبیین‌نشده است، اما لازم نیست ثابت کند که منشأ این مال نامشروع بوده و از راه‌هایی مانند رشوه^۴، اختلاس^۵، اعمال نفوذ در معاملات یا سوء استفاده از وظایف محوله^۶ به‌دست آمده است. به‌عبارت بهتر، در این حالت، جابه‌جایی بار اثبات دعوا صورت پذیرفته است، بر عهده مقام تعقیب است که ثابت کند میزان دارایی به‌دست‌آمده توسط مقامات، از صور ممکنه کسب درآمد مشروع قابل توجیه و تصور نیست و همین امر است که فرض به‌دست آمدن آن از راه فساد را مطرح می‌کند (Muzila & Morales, 2012: 7). متهم می‌تواند با اثبات منشأ قانونی اموال مورد بحث، پیش‌فرض مطروحه را رد کند و شکست او در اثبات این مدعا می‌تواند به محکومیت و تحمیل مجازات‌های مقرر در قانون علیه وی منجر شود.

ماده ۲۰ کنوانسیون مبارزه با فساد^۷ که کشور ما نیز با تصویب مجمع تشخیص مصلحت

1. Illicit Enrichment
2. Disproportionate Wealth
3. Inexplicable Wealth

۴. در برگردان عبارت Illicit Enrichment ترجیح ما بر استفاده از معادل فارسی «دارا شدن نامشروع» بوده است تا دارا شدن بلاجهت، به این دلیل که عبارت دوم در ادبیات حقوقی ما معادل عبارت انگلیسی Unjustified Enrichment به‌کار رفته است. به‌کار بردن «استیفای نامشروع» نیز به‌علت تبادر مفاهیم غیرمنطبق با منظور نگارنده، که به انحراف ذهن خواننده از ادبیات کیفری به پیشینه کاربرد این واژه در خصوص اسباب مسئولیت غیرقراردادی - یا به تعبیری شق سومی که نه مسئولیت قراردادی است و نه غیرقراردادی - منجر می‌گردد، در برگردان مفهوم مورد بحث، مناسب به‌نظر نمی‌رسد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک: رحیمی، ۱۳۸۰.

5. Bribery
6. Embezzlement
7. Trading In Influence
8. Abuse of Functions
9. United Nations Convention Against Corruption (2003)

نظام در سال ۱۳۸۷ به آن پیوست؛^۱ به جرم دارا شدن نامشروع اختصاص داده شده است. از این رو با توجه به عدم ورود این عنوان مجرمانه به مجموعه قوانین کیفری ایران تا به لحظه نگارش این نوشتار، ضرورت پرداختن به امکان جرم‌انگاری آن مفید به نظر می‌رسد. با این مقدمه در بخش‌های آتی این نوشتار، پس از تبیین اجزای تشکیل‌دهنده این جرم در حد امکان، به چالش‌هایی که در مواجهه با جرم‌انگاری عنوان دارا شدن نامشروع در حیطه حقوق بشر و اصول دادرسی منصفانه، مانند نسبت این عنوان مجرمانه با اصل برائت، حق بر سکوت متهم و اصل قانونی بودن جرم و مجازات، مطرح شده است، خواهیم پرداخت. در پایان نیز نوشتار را با تحلیلی کوتاه در خصوص امکان اندراج عنوان مجرمانه دارا شدن نامشروع در نظم حقوقی جمهوری اسلامی ایران، به پایان خواهیم برد.

ارکان تشکیل‌دهنده جرم دارا شدن نامشروع

به منظور ارائه تحلیلی در خصوص چالش‌های پیش روی جرم‌انگاری دارا شدن نامشروع، ابتدا باید به این پرسش پاسخ داد که این عنوان مجرمانه بر چه ارکانی استوار است و حدود این ارکان چیست. با مذاقه در اسناد بین‌المللی مانند کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل و کنوانسیون‌های منطقه‌ای در این خصوص و همچنین با بررسی تطبیقی قوانین داخلی کشورها، می‌توان ارکان مشترکی را که شاکله این جرم را تشکیل می‌دهند، در پنج مبحث خصوصیات مرتکب جرم، بازه زمانی لازم به منظور تحقق جرم، افزایش چشمگیر دارایی‌های مرتکب، عدم وجود توجیه عقلانی در خصوص منشأ این افزایش و لزوم وجود رکن معنوی جهت انتساب عنوان دارا شدن نامشروع، بررسی کرد.

۱. خصوصیات مرتکب^۲

اولین مقوله‌ای که با مذاقه در مشترکات تعاریف جرم دارا شدن نامشروع در اسناد گوناگون به چشم می‌آید، مرتکب خاص آن است. این جرم صرفاً توسط شخصی قابل ارتکاب است که مقام عمومی^۳ تلقی شود. به عبارت دیگر، اشخاصی که در دایره این تعریف نگنجد، حتی در صورت دست یازیدن به رفتار مشابه در شرایطی همسان، تحت لوای این جرم قرار نخواهند گرفت. از این رو پیش از هرگونه اقدام به منظور انتساب جرم، باید در خصوص تعریف «مقام عمومی» به نتیجه رسید.

۱. ماده واحد قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، قابل دسترس در آدرس ذیل:
<http://rc.majlis.ir/fa/law/show/134837>

۲. Persons of Interest
۳. Public Officials
۴. One Take

با مراجعه به پیش‌نویس مذاکرات، این نکته رخ می‌نماید که در پیش‌نویس اولیه عبارت «مقام دولتی» استفاده شده بود، اما با این توجیه که استفاده از این عنوان با تعریفی که در ابتدای کنوانسیون از مقام عمومی به عمل آمده است همخوانی ندارد و به تدوین معیاری دوگانه در این خصوص منجر می‌شود، اصطلاح مقام عمومی در این ماده جای گرفت (UNODC, 2010: 199).

کنوانسیون مریدا در تعریف مقام عمومی آورده است: «هر شخص که عهده‌دار سمتی قضایی، تقنینی، اجرایی یا اداری، به صورت دائم یا موقت، انتصابی یا انتخابی، با دریافت دستمزد یا بدون آن باشد، صرف‌نظر از جایگاه وی در سلسله‌مراتب مربوطه، مقام عمومی تلقی می‌گردد.»^۲

این تعریف، شکلی سنتی از مفهوم مقام عمومی را ارائه می‌کند که بر پایه رابطه ارگانیک فرد با نهاد قرار دارد و طی آن، انتساب به عنوان مقام عمومی، بر اراده نهاد عمومی بنیان می‌یابد که در نظم حقوق داخلی کشور و نظم اداری سازمان تجلی یافته است. وجه دیگری که با قناعت به دایره این تعریف مغفول می‌ماند، لزوم شناسایی افرادی است که بر پایه اشتغالات خود مقام عمومی تلقی می‌شوند، هم از این روست که کنوانسیون با اشراف بر لزوم برطرف کردن این نقیصه، در ادامه مقرر فوق‌الذکر هر شخص دیگری را که قانون داخلی بر وی اشتغالی عمومی بار کرده است، چه در قالب نهادی عمومی^۴ و چه در چارچوب شرکت‌های دولتی عمومی^۵ و چه آنکه بر هر نحو دیگر، خدماتی عمومی ارائه کند، مقام عمومی تلقی کرده است.^۷

در قوانین برخی کشورها تعاریف نسبتاً موسع‌تری از مفهوم مقام عمومی در خصوص دارا شدن نامشروع صورت گرفته است. در کشور گویان^۸ از مقام عمومی به عنوان «هر شخص در عرصه حیات عمومی»^۹ یاد شده است. در هندوستان نیز می‌توان این تمایل به تعریف موسع از مفهوم مقام عمومی را در قانون پیشگیری از فساد مشاهده کرد که در آن انتصاب به وسیله دولت از شرایط «مأمور به خدمت عمومی»^{۱۱} تلقی نشده است.^{۱۲}

اگرچه برخی کشورها در این باره تا آنجا پیش رفته‌اند که دامنه دارا شدن نامشروع را به عنوان یک جرم مستقل^{۱۳} به اشخاص خصوصی نیز بسط داده‌اند،^{۱۴} اما می‌توان ادعا کرد که این رویکرد

1. Government Official
2. United Nations Convention Against Corruption, Article 2 (A)i
3. Functions
4. Public Agency
5. Public Enterprise
6. Public Service
7. United Nations Convention Against Corruption, Article 2 (A)ii
8. Guyana
9. A Person In Public Life
10. 1998, Integrity Commission Act Guyana
11. Public Servant
12. India Prevention of Corruption Act of 1988, Article 13
13. Stand-alone Offense
14. Act no. 599 of 2000. Criminal Code, Title X, Crimes against the Economic Social Order, Chapter V, Article 327, Colombia

عمومیت ندارد. دلیل این عدم اقبال نیز آن است که در جرم‌انگاری، اگر حسب ضرورتی قانونگذار بنا دارد که بنا به ملاحظاتی از یک اصل کلی حقوق کیفری - در اینجا اصل برائت و حق بر عدم اقرار توسط متهم - تا حدودی عدول کند، دامنه این تغییر بایست هر چه مضیق‌تر ترسیم شود، زیرا استثنا بایست به‌طور موسع تفسیر شود. ضرورتی که در مقابله با فساد در مقامات عمومی وجود دارد، بیشتر مبنی بر عدم امکان تعیین ذی‌نفع مشخص برای پیگیری جرم است، درحالی‌که معمولاً بزه‌دیده در بخش خصوصی قابل تعیین بوده و می‌تواند رأساً به احقاق حقوق خود برخیزد، بنابراین ضرورتی برای عدول از اصول بنیادین حقوق کیفری در اینجا وجود ندارد. نکته دیگر آنکه گاه دارایی‌های بستگان فرد نیز در فرایند رسیدگی توسط مقام تعقیب لحاظ می‌شود. برای مثال در *السالوادور*^۱ و مصر دارایی‌های همسر و فرزندان صغیر مقام عمومی نیز مدنظر گرفته می‌شود. آدر پاراگوئه امکان تحقیقات قضایی حتی بستگان نسبی تا درجه دوم مقام عمومی را شامل می‌شود.^۲

۲. بازه زمانی لازم به منظور تحقق جرم^۴

منظور از این بازه، دوره‌ای است که اقدام مقام عمومی را می‌توان مصداقی از جرم دارا شدن نامشروع دانست.^۵

دولت‌ها سه رویکرد در خصوص تعیین حدود این بازه داشته‌اند؛ دسته اول آن را منحصر به دوران تصدی سِمَت توسط شخص دانسته‌اند. کشور *شیلی* از این جمله بوده و امکان انتساب مسئولیت کیفری به فرد را صرفاً در دوران اشتغال محقق می‌داند. برخی دیگر بازه زمانی مشخصی را پس از خاتمه دوران اشتغال فرد، به‌عنوان سقف زمانی ممکن جهت انتساب جرم معین کرده‌اند. *آرژانتین* و *کلمبیا* را می‌توان در این دسته جای داد که بازه‌ای بین دو تا پنج سال پس از اتمام مسئولیت را، بازه زمانی معقولی برای انتساب عنوان مجرمانه دارا شدن نامشروع به مرتکب دانسته‌اند. آدر آخر نیز نگرشی در حقوق داخلی به چشم می‌خورد که قائل به محدودیت زمانی جهت انتساب جرم دارا شدن نامشروع نیست. برای مثال در *برونئی*^۶ امکان انتساب جرم دارا شدن نامشروع بر «هر شخصی که مقام عمومی است یا قبلاً بوده است» وجود دارد.^۷

1. El Salvador
2. El Salvador, Constitution, Article 240; Criminal Code, Article 333 (Illicit Enrichment), AND Egypt, Arab Rep.: Law no. 62 of 1975, Illegitimate Gains
3. Paraguay, Law no. 2.523/04, Article 3
4. Period of Interest
5. One Take
6. Chile: 1999, Criminal Code of Chile, Article 241
7. Argentina: 1964, Argentine Criminal Code, Article 286(2), And Colombia Penal Code 2004, Article 412
8. Brunei Darussalam
9. Brunei Darussalam: 1982, Prevention of Corruption Act, Article 12, Possession of Unexplained Property

۳. افزایش چشمگیر دارایی‌ها^۱

هم کنوانسیون مریدا و هم کنوانسیون‌های منطقه‌ای، با اینکه مسئولیت اثبات افزایش چشمگیر دارایی‌ها را بر عهده مقام تعقیب نهاده‌اند، از تعیین آستانه کمی مشخصی به‌عنوان معیار در این باره اجتناب ورزیده‌اند. آتوالی فاسد تعیین آستانه کمی را می‌توان ایجاد حاشیه امن برای ارتکاب فساد تا آستانه مذکور توسط مجرمین بالقوه دانست. از این‌روست که شاخص‌های کیفی مانند نامتناسب بودن^۲ میزان افزایش دارایی نسبت به انتظارات معقول از منابع درآمدی مشروع فرد، بهتر می‌تواند پاسخگوی مصادیق مختلف در زمان تعقیب باشد.^۴ ردپای این نگرش را می‌توان در زمان تصویب کنوانسیون مبارزه با فساد مشاهده کرد که در آن، کارگروه غیررسمی^۵ مربوطه با این دغدغه که عدم تعیین معیاری برای تبیین مفهوم «قابل ملاحظه» بودن افزایش، می‌تواند به تفاسیر نامعقول و به‌کارگیری دلبخواهی چنین ضابطه‌ای منجر شود، پیشنهاد استخراج معیارهای مشترک کیفی را از رویه دولت‌ها در این زمینه، مطرح کرد (UNODC, 2010: 199). اگرچه در انشای نهایی ماده ۲۰، نظر کارگروه مذکور تأمین نشد. نکته دیگری که از دید برخی قانونگذاران داخلی پنهان نمانده است، این است که گاه مقام عمومی بدون آنکه مستقیماً دارایی خود را به‌نحوی افزایش دهد که بتوان عنوان مالکیت حقوقی را در مورد اموال وی به‌کار برد، به‌نحو غیرمستقیم و به‌واسطه منصبی که دارد، کیفیت زندگی خویش را به طرز نامشروع بالا برده و از خدمات و امتیازاتی توجیه‌ناپذیر بهره می‌برد. از این‌روست که قانونگذاران گاه از معیارهایی مانند «سبک زندگی»^۶ به‌عنوان اماره‌ای برای جلب نظر مقام تعقیب به فساد احتمالی مقام عمومی بهره جسته‌اند. بر مبنای منطق پیش‌گفته، قانون پیشگیری از فساد کشور نپال به «شیوه زندگی ناهمخوان»^۷ اشاره داشته است. نکته دیگری که ذکر آن در پایان این بحث ضروری است، آن است که افزایش چشمگیر دارایی شامل کاهش نامشروع دیون نیز خواهد بود.^۹

۴. رکن معنوی

امر دیگری که باید در تبیین عنوان مجرمانه دارا شدن نامشروع مدنظر قرار گیرد، چگونگی

1. Significant Increase in Assets
2. UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION, Article 20 and Inter-American Convention against Corruption art. 9 And African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, 2003, Art 1.
3. Disproportionate
4. One Take, p.18
5. Informal Working Group
6. Life Style
7. Incompatible or Unsuitable Lifestyle
8. Nepal: 2009, the Prevention of Corruption Act, Article 20
9. One take, p.20

ظهور رکن معنوی جرم در آن است. کنوانسیون مریدا در ماده ۲۰ خود، لزوم ارتکاب عامدانه را در خصوص رکن معنوی جرم دارا شدن نامشروع عنوان داشته است. در نگاه اول به نظر می‌رسد این تصریح به لزوم اثبات عنصر معنوی توسط مقام تعقیب، با ماهیت جرم دارا شدن نامشروع که در آن صرف افزایش چشمگیر دارایی، قرینه‌ای بر نامشروع بودن منشأ آن انگاشته شده است، در تضاد باشد. از این‌روست که در قوانین داخلی برخی کشورها مانند چین، بر لزوم وجود قصد در این جرم تصریح نشده است. البته این عدم تصریح به منزله عدم لزوم وجود رکن معنوی نیست، بلکه می‌توان آن را اماره‌ای بر وجود نظام مسئولیت مطلق کیفری در خصوص جرم دارا شدن نامشروع در کشورهایی مانند چین دانست.

توضیح آنکه مفهوم جرائم با مسئولیت مطلق، در بین دو تقریر مردد می‌نماید. تقریر نخست به مقام ثبوت و تحقق واقعی، به معنای عدم لزوم وجود عنصر معنوی نظر دارد، و تقریر دوم به مقام اثباتی یا شکلی بازمی‌گردد که در آن، ضرورت وجود عنصر معنوی نفی نمی‌شود، اما وجود آن در نفس ارتکاب جرم مذکور، مفروض است (شاهچراغ، ۱۳۹۱: ۸۰). اصل لزوم تفسیر مضیق در حقوق کیفری ما را وامی‌دارد تا از نگرش دوم پیروی کرده و از لزوم وجود عنصر معنوی در جرم مورد بحث دفاع کنیم، اما ماهیت جرم دارا شدن نامشروع به گونه‌ای است که اثبات عنصر معنوی در آن اگرچه غیرممکن، که دست‌کم دشوار می‌نماید. وجود مفهوم عمد و غیرعمد به عنوان اوصاف جرائم، وابستگی تام با وجود عنصر روانی و چگونگی این عنصر دارد. البته ارتکاب عمل مجرمانه، به خودی خود دلیل وجود عنصر روانی نیست و در مواردی با آنکه عمل مجرمانه ارتکاب می‌یابد، قانون مرتکب را به سبب فقدان قصد جنایی قابل مجازات نمی‌داند، زیرا هر انسانی عواقب نامطلوب جرمی را که از روی درک، اختیار، اراده و عمد مرتکب شده است، به دوش می‌کشد و از طرفی مرتکب تنها در صورتی از نظر کیفری مسئول قلمداد می‌شود که توانایی و اهلیت درک اعمال و رفتار خود را داشته باشد و به عبارتی قادر به فهم ماهیت اعمال و اوضاع و احوال باشد، عواقب عمل خود را بسنجد و توانایی کنترل رفتار خود را داشته باشد. جالب آنکه غیر از کنوانسیون مبارزه با فساد، هیچ‌یک از کنوانسیون‌های آفریقایی و آمریکایی مبارزه با فساد بر لزوم وجود عنصر معنوی به عنوان یکی از ارکان جرم دارا شدن نامشروع تصریح نکرده‌اند. به نظر می‌رسد راه برون‌رفت از این تنگنا آن است که ماده ۲۰ کنوانسیون مبارزه با فساد را در کنار ماده ۲۸ آن که به عنصر معنوی پرداخته است، تفسیر کرد. در واقع باید گفت ماده اخیرالذکر نسبت به جرائم مندرج در فصل سوم کنوانسیون، از جمله دارا شدن

1. UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION, Article 20, "... when committed intentionally..."
2. China: 1997, Criminal Law of the People's Republic of China, Article 395
3. Strict Liability
4. The Principle of Restrictive Interpretation

نامشروع احاطه‌ عام دارد. در این ماده تصریح شده است که اجزای تشکیل دهنده رکن معنوی جرائم مندرج در این کنوانسیون، اعم از علم او قصد، می‌تواند برآمده از «حقایق عینی مربوط به اوضاع و احوال»^۴ مربوطه باشد. مشابه این راهکار در اسناد بین‌المللی دیگر، از جمله کنوانسیون مبارزه با جرائم سازمان‌یافته فراملی^۵ در خصوص عنصر معنوی بزه «تطهیر عواید حاصل از جرم»^۶ پیش‌بینی شده و در آن بر کفایت اوضاع و احوال و قرائن عینی جهت تثبیت رکن معنوی تأکید شده است. نتیجه آنکه از جمع مابین دو ماده ۲۰ و ۲۸ کنوانسیون مبارزه با فساد چنین برمی‌آید که عنصر قصد، در جرم دارا شدن نامشروع، می‌تواند از قرائن مانند تراکنش مالی شایان ملاحظه که با منابع مشروع درآمدهای فرد همخوانی ندارد، استنتاج شود. جزء بعدی جرم که باید به‌عنوان شرطی لازم در انتساب عنوان دارا شدن نامشروع در خصوص آن به بررسی پرداخت، عدم قدرت مقام عمومی بر اقناع مقام تعقیب در ارتباط با مشروع بودن منشأ دارایی‌های افزایش یافته است.

۵. نبود توجیه افزایش دارایی^۷

هر سه کنوانسیون جهانی، آفریقایی و آمریکایی مبارزه با فساد، نبود توجیه عقلانی در خصوص دارایی‌هایی را که به‌طور چشمگیر افزایش یافته‌اند، شرط اساسی به‌منظور انتساب جرم دارا شدن نامشروع به یک مقام عمومی دانسته‌اند.^۸ این شرط بار اثبات را از دوش مقام تعقیب برمی‌دارد و بر عهده مقام عمومی در مظان اتهام می‌نهد. به‌عبارت دیگر به محض آنکه مقام تعقیب ثابت کرد که دارایی فرد افزایش چشمگیری داشته است و عنصر معنوی جرم نیز به شرحی که ذکر آن رفت، اثبات شد، این متهم است که باید با ارائه ادله متقن ثابت کند که منشأ دارایی‌های مورد بحث مشروع بوده است. این موضوع، در تبصره ۳ ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی (مصوب ۱۳۹۷) مقرر داشته است: «چنانچه ظن نزدیک به علم بر تحصیل مال از طریق نامشروع وجود داشته باشد در حکم مال نامشروع محسوب و مرتکب در صورتی که مشمول مجازات شدیدتری نباشد، به حبس درجه شش محکوم می‌شود. در هر صورت مال

1. Knowledge
2. Objective Factual Circumstances
3. UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION, Article 28
4. UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME
5. The Laundering of Proceeds of Crime
6. UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME AND THE PROTOCOLS THERETO, New York, 2000, Art 6
7. Absence of Justification
8. UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION, Article 20 and Inter-American Convention against Corruption art. 9 And African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, 2003, Art 1

مزبور ضبط خواهد شد مگر اینکه تحصیل مشروع آن اثبات شود». قسمت اخیر تبصره یادشده به‌صراحت به جابه‌جایی بار اثبات دعوا اشاره دارد و عبارت «ظن نزدیک به علم» نیز اشاره به اماره و نه دلیل دارد. از سوی دیگر، تبصره ۱ ماده ۲ قانون یادشده، اشاره کرده است که «هر گاه ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال وجود داشته باشد، مانند آنکه نوعاً و با توجه به شرایط، امکان تحصیل آن میزان دارایی در یک زمان مشخص وجود نداشته باشد، مسئولیت اثبات صحت آنها بر عهده متصرف است». منظور از علم در تبصره ۱ و ۳ ماده ۲ همان است که در قانون مجازات اسلامی برای علم قاضی تعریف شده است. مطابق ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲): «علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات بّین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قرائن و امارات بّین مستند علم خود را به‌طور صریح در حکم قید کند».

در خصوص مبانی نظری جابه‌جایی بار اثبات در این جرم، در بخش‌های آتی به‌تفصیل سخن خواهیم گفت و در اینجا تنها به ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که اگرچه امروزه در قوانین داخلی بسیاری از کشورها و همین‌طور در عرصه اسناد بین‌المللی، جابه‌جایی بار اثبات^۱ در جرائمی مانند پولشویی، دارا شدن نامشروع و فرار مالیاتی پذیرفته شده است (Mohammad Ahmad, 2016: 25)، دادگاه‌های داخلی در بسیاری از موارد هنوز هم بر این باورند که محکوم کردن شخص تحت عنوان دارا شدن نامشروع به صرف شکست در اثبات منبع مشروعیت دارایی، خلاف اصول بنیادین حقوق داخلی آنهاست (Mohammad Ahmad, 2016: 26). در بخش آتی این نوشتار و در خلال بحث درباره چالش‌های پیش روی جرم‌انگاری دارا شدن نامشروع، به توضیح انتقادهای وارده، خواهیم پرداخت.

جرم‌انگاری عنوان دارا شدن نامشروع در نظم حقوقی ایران

درج عنوان دارا شدن نامشروع در کنوانسیون مبارزه با فساد به‌نحوی که الزام تمام دولت‌های عضو به‌منظور پیش‌بینی آن در حقوق داخلی را در پی داشته باشد، مورد توافق دول شرکت‌کننده در مذاکرات قرار نگرفته است. از این‌رو مانند برخی از مواد کنوانسیون که متضمن شرطی تضمینی است که به‌عنوان فیلتری برای تعهدات دولت‌های عضو در موارد تعارض با قواعد قانون اساسی یا سایر قواعد بنیادین حقوق داخلی آنها عمل می‌کند، ماده ۲۰ نیز با درج عبارت «با در نظر گرفتن قانون اساسی و اصول بنیادین حقوق اساسی» هنگام تصویب این ماده، مسئله مذکور را مطمئن نظر قرار داده است (جلالی، ۱۳۹۴: ۳۹۴).

مبنای انتقادهای وارده بر این عنوان مجرمانه را می‌توان در جابه‌جایی بار اثبات در این جرم

1. Burden of Persuasion or Burden of Proof

و نهادنش بر دوش متهم دانست. پیش از تدوین کنوانسیون مبارزه با فساد، بند ۷ ماده ۱۲ کنوانسیون مبارزه با جرائم سازمان‌یافته فراملی در خصوص مصادره و توقیف عواید حاصل از جرم پیش‌بینی کرده بود که کشورهای عضو می‌توانند مقرر کنند که مجرم باید منبع قانونی عواید مورد ادعای حاصل از جرم یا سایر اموال قابل مصادره را ارائه کند، به این شرط که این امر با اصول حقوق داخلی آنها و نیز ماهیت دادرسی قضایی یا سایر روندهای اجرایی و اداری انطباق داشته باشد.^۱

در آرای دادگاه‌های داخلی نیز می‌توان نمونه‌هایی در تأیید جابه‌جایی بار اثبات دعوا در چنین مواردی یافت. دادگاه عالی استرالیا طی رأی در خصوص مقوله مصادره، در پاسخ به اعتراض خوانده نسبت به جابه‌جایی بار اثبات دعوا در پرونده مربوطه عنوان می‌دارد: «اصول بنیادین دادرسی دادگاه را ملزم می‌گرداند که بار اثبات هر ادعا را بر دوش مدعی آن بنا نهد. با این حال در موارد استثنایی ممکن است از این قاعده کلی عدول شود. اجرای بدون انعطاف قواعد دادرسی ممکن است در برخی موارد راه‌گیزی را برای متعدیان به عدالت باز کند که منصفانه نباشد. اصول فوق‌الذکر بایست زمانی که اطلاعات مربوط به موضوع مورد ادعا به طور انحصاری در دسترس یکی از طرفین دعوا قرار دارد، انعطاف لازم جهت دستیابی دادگاه به آنها را فراهم نماید»^۲. به همین ترتیب در پرونده دیگری در سال ۲۰۰۶ که مقام تعقیب دادخواستی را علیه متهم بر مبنای دارا شدن نامشروع تنظیم کرده بود، ایراد متهم در خصوص جابه‌جایی بار اثبات دعوا در پرونده، توسط دادگاه مردود دانسته شد و دادگاه استرالیا «شک معقول را در باب نامشروع بودن منشأ دارایی را جهت صدور حکم مصادره کافی دانست»^۳.

دادگاه عالی کانادا نیز در یکی از آرای خود، تحدید برخی از اصول دادرسی را زمانی که موضوع به درجه‌ای از اهمیت باشد که جهت صیانت از اصول مورد حمایت از قانون اساسی ضروری باشد، قابل پذیرش دانست، البته به شرطی که «ایراد این محدودیت‌ها مبتنی بر دغدغه‌های برخاسته از یک جامعه آزاد و دموکراتیک باشد و همچنین جهت ایجاد تعادل بین تحدیدات لازم در راستای این دغدغه‌ها و حفاظت از حریم اصول دادرسی منصفانه، تخطی از این اصول تنها در صورتی مجاز است که: الف) جانبدارانه، غیرمنصفانه و مبتنی بر اغراض غیرمنطقی نباشد، ب) تا حد ممکن کمترین محدودیت را بر اصول پیش‌گفته وارد نماید، ج) اثرات آن به گونه‌ای باشد که با اهدافی که از آن برخاسته است متناسب باشد»^۴.

برخی نویسندگان نیز در جست‌وجوی تلاش به‌منظور کاهش انتقادهای پیش‌گفته به این

1. UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME AND THE PROTOCOLS THERETO, New York, 2000, Art

2. Williamson v. Ah On (1926), High Court of Australia, para. 113-114.

3. DPP v. Dung [2006] WADC

4. Robert M. Chaulk v The Attorney General of Canada, 1990. Para 103.

عنوان مجرمانه پیشنهاد کردند که به جای نهادن بار اثبات بر دوش متهم، آن را کماکان متوجه مقام تعقیب دانست (Wilsher, 2006: 30). راهکار مذکور اما با این ایراد منطقی مواجه است که دارا شدن نامشروع را از فلسفه وجودی آن تهی می‌کند؛ توضیح آنکه اگر منشأ نامشروع مال مورد بحث مشخص شود، قاعدتاً این منشأ به جرمی دیگر منتسب خواهد بود و تحت همان عنوان بررسی خواهد شد، از این رو استناد به جرم دارا شدن نامشروع در چنین موردی اساساً موضوعیت نخواهد یافت. با توجه به ضرورت بررسی چالش‌هایی از این دست به‌عنوان موانع احتمالی پذیرش عنوان مجرمانه دارا شدن نامشروع در نظام حقوق کیفری، در ادامه تلاش خواهیم کرد اهم انتقادهای وارده را که برخاسته از تقابلهای این اصل با اصولی مانند اصل برائت، حق بر سکوت متهم و اصل قانونی بودن جرم و مجازات است، بررسی کنیم و آنگاه به پاسخگویی به این پرسش برآییم که انتقادهای وارده تا چه حد در ممانعت از ورود عنوان مجرمانه دارا شدن نامشروع به نظم حقوقی ایران مؤثر خواهند بود. امروزه در پاره‌ای از جرائم مهم و سازمان‌یافته مانند قاچاق مواد مخدر، تروریسم و پولشویی، از این اصل کلی «به ظاهر» عدول شده و قانونگذاران کشورها، با اتخاذ سیاست جنایی امنیت‌مدار^۱ سعی در چشم‌پوشی از برخی حقوق دفاعی متهمان - نه همه آنها - «نظیر جابه‌جایی بار اثبات دلیل» کرده‌اند. به‌عبارت دیگر، مطالعات جرم‌شناسی بعد از حادثه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، به سمت و سوی تغییر نگرش حاکم بر دیدگان سیاستگذاران جنایی کشورها در حرکت بوده، به‌گونه‌ای که اسناد بین‌المللی مانند کنوانسیون مریدا و پالرمو، به کشورهای عضو پیشنهاد کرده‌اند که در پاره‌ای از جرائم مانند پولشویی، قاچاق مواد مخدر - به‌صورت سازمان‌یافته آن - که وجود قرائن و شواهد، ظن ارتکاب جرم توسط متهم را تقویت می‌کند و نیز در مواردی که حفظ مصالح عالیه ایجاب می‌کند، اقدام به محدودسازی قلمرو اعمال اصل برائت یا به‌زعم برخی، جایگزینی یا تقدم‌آماره مجرمیت بر این اصل کنند (شاملو و مرادی، ۱۳۹۲: ۶۵).

۱. نسبت جرم دارا شدن نامشروع و اصل برائت^۲

اولین موضعی که می‌تواند نقطه قابل اتکایی به‌منظور بنیان نهادن تحلیل انتقادی متقن به‌عنوان مجرمانه دارا شدن نامشروع باشد، بحث در خصوص حدود تعارضات این جرم با اصل برائت است. حسب این اصل بنیادین است که مقام تعقیب باید وجود تمامی ارکان جرم را اثبات کند (Lewis, 2012: 34). تا آنجا که مربوط به مقام تعقیب است، به‌منظور انتساب اولیه اتهام، تمامی ارکان جرم باید در سطح «شکی معقول»^۳ اثبات شوند. این اصل از بنیادین‌ترین حقوق متهم و

1. Security - oriented criminal policy
2. Presumption of Innocence
3. Reasonable Doubt

پایهٔ دادرسی منصفانه است (Lewis, 2012: 31). حق بر سکوت^۱ و حق بر عدم اقرار به زیان خویشتن^۲ نیز از همین اصل منبعت می‌شوند.

قانون اساسی ایران اصل ۳۷ را به این مهم اختصاص داده است که اصل بر برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر آنکه خلاف آن در دادگاه صالح اثبات شود. قانون آیین دادرسی کیفری نیز ضمن تأکید مجدد بر این اصل در مادهٔ ۴، تحدید آزادی و تعدی به حریم شخصی افراد را تنها در پرتو قانون و با توجه به اصل برائت جایز می‌داند.

برای نمونه آمریکا چه در هنگام پیوستن به کنوانسیون آمریکایی و چه در زمان پیوستن به کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با فساد، با اعمال حق شرط الزامات ناشی از جرم‌انگاری دارا شدن نامشروع را نپذیرفت، به این استدلال که اولاً در قوانین آمریکا تدابیر لازم برای مقابله با چنین جرمی در قالب اعلامیه‌های افشای دارایی^۳ و امکان تعقیب مقام عمومی توسط دادستان در صورت خودداری از پرداخت مالیات‌های مربوط به افزایش دارایی وجود دارد و در ثانی تحمیل بار اثبات بی‌گناهی بر متهم خلاف مقتضیات نظام حقوقی داخلی ایالات متحده است (Susanti, 2015: 71). سایر دولت‌های شرکت‌کننده در مذاکرات نیز در جریان تصویب این ماده به‌طور مکرر نگرانی خود را از تقابل جرم‌انگاری عنوان دارا شدن نامشروع با اصل برائت بیان داشتند، به‌نحوی که دبیرخانه در مشروح مذاکرات مقدماتی کنوانسیون مبارزه با فساد، طی یادداشتی به مجمع دول مذاکره‌کننده یادآور شد که یکی از محورهای اصلی انتقادهای دولت‌ها به پیش‌نویس مطروحه در خصوص مادهٔ ۲۵ (مادهٔ ۲۰ فعلی) کنوانسیون، مقولهٔ تعارض این مقرره با اصل برائت است (UNODC, 2010: 196).

با این همه می‌توان ادعا کرد با وجود اجماعی که در سطح نظام‌های حقوقی مختلف بر سر این اصل وجود دارد، جایگاه آن چه در عمل و چه از منظر هنجاری با چالش‌های جدی روبه‌رو بوده است. از جمله آنکه تفسیر موسع از محدودهٔ این اصل، ممکن است دامنهٔ قابلیت اثبات یک دعوا را تا آن حد مضیق گرداند که عملاً در تقابل با دادرسی منصفانه قرار گیرد و اثبات حق توسط مدعی را غیرممکن سازد (Jong & Lent, 2016: 32). در پاسخ به انتقادهای این‌چنینی مدافعان این اصل نیز گفتمان خود را روزبه‌روز بر پایهٔ الزامات رو به اقبال حقوق بشری بسط داده‌اند. تعارضات بین این دو دیدگاه سبب شده است تا نه‌تنها در سطح ملی، بلکه در سطح بین‌المللی نیز تلاش‌هایی به‌منظور هماهنگ‌سازی و ایجاد قابلیت همزیستی میان نگرش‌های گوناگون در خصوص چالش مذکور، صورت پذیرد.^۴ به همین منظور برخی اندیشمندان در

1. Right to Silence
2. Self-Incrimination
3. Financial Disclosure Statements
4. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Strengthening of certain aspects of the Presumption of Innocence and of the Right to be Present at Trial in Criminal Proceedings, COM(2013) 821/2

گفتمان نظری خویش، اصل برائت را به‌عنوان یک اصل (فرض) مجازی قانونی در نظر گرفته‌اند. مجاز ماهیتاً مفهومی معرفت‌شناختی است که به‌عنوان راهی برای شناخت متقن حقیقت تعیین‌یافته، از آن یاد می‌شود (Jong & Lent, 2016: 38). در چارچوب حقوقی، فرض مجاز به رابطه بین شرایط قانونی و امر واقع می‌پردازد. اصل برائت به‌عنوان فرض مجازی راهی به‌سوی شناخت حقیقت است و نه خود حقیقت و همین ماهیت سبب می‌شود که در فضای دادرسی امکان ابراز اندام سایر راه‌های کشف حقیقت مسدود نشود (Jong & Lent, 2016: 40). برخی کشورها نیز از روش‌های اثبات غیرمستقیم^۴ در راستای ایجاد تعادل بین اصل برائت و مشکلات اثباتی در روند دادرسی بهره‌جسته‌اند. برای مثال در سازوکار دستگاه مالیاتی ایالات متحده، زمانی که مؤدی مالیاتی سعی در پنهان کردن افزایش‌های درآمد خویش داشته باشد، دولت در راستای حقیقت‌یابی به سازوکار ویژه‌ای^۵ توسل می‌جوید که حسب آن «ممکن است شواهد ضمنی-و نه مستقیم- دال بر احتمال ارتکاب جرمی کلان، با توجه با اوضاع و احوال برای انتساب اتهام کفایت نماید»^۵.

چنین تدابیری در نظم حقوقی و فقهی ما به کارکردهای «اماره» شباهت دارد. حسب ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود». این تعریف دخالت عقل و استنباط را در اماره می‌رساند و نشان می‌دهد که قانونگذار یا قاضی به آنچه برمی‌خورد، «اوضاع و احوال» است، امری که به‌خودی‌خود مطلوب و هدف نیست، ولی زمینه‌ساز رسیدن به واقع مطلوب است. به همین سبب می‌گویند اماره، دلیل غیرمستقیم است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۲۶). در تعریف اماره می‌توان گفت «نتیجه‌ای است که ذهن بر مبنای غلبه و سیر طبیعی امور، از نشانه‌ها و اوضاع و احوال می‌گیرد تا ظن معقولی بر وجود مجهول خود بیابد، چندان‌که قناعت وجدان یابد که به احتمال قوی به واقع دست یافته است» (کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۳۵۱). سختگیری و اصرار بر رابطه مستقیم مابین دلیل و مدلول در عالم حقوق، نه باید چنان متزلزل باشد که عقل انتساب منطقی این دو به یکدیگر را نپذیرد و نه بایست سختگیری در این خصوص چنان باشد که «از حد معقول بگذرد و نظام اثباتی را دچار اختلال سازد» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۲۷).

در خصوص حل تعارض میان اماره و اصل در حقوق ما سخن بسیار گفته شده است. تفاوت ماهیت اماره قانونی و اصل عملی در این است که هرچند اماره مانند دلیل مستقیم ذهن را به یقین نزدیک نمی‌کند و اعتباری مبنی بر غلبه و درجه دوم دارد، ولی در هر حال دلیل است و

1. A Counterfactual Principle

2. Epistemological Concept

3. indirect methods of proof

4. The Net-Worth Method

5. Internal Revenue Manual 9.5.9 Methods of Proof, 9.5.9.2.2 Indirect Methods, [IRS Manual 5], updated March 19, 2012, United States

راهی به کشف واقع محسوب می‌شود، درحالی‌که در اصل عملی هدف کشف واقع نیست، فصل خصومت و رها ساختن دادرس از تردید است. فرضی است که قانون یا اندیشه‌های حقوقی ایجاد می‌کنند تا در آخرین مرحله اثبات، دادرس را از سرگردانی رها سازد (مظفر، ۱۳۹۲: ۱۵). به همین سبب می‌گویند اماره بر اصل حکومت دارد و آن را از اعتبار می‌اندازد. پس در فرض تعارض دو راه اثباتی، باید اماره را بر اصل حاکم شمرد و ترجیح داد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۳۵). در مقوله دارا شدن نامشروع، افزایش چشمگیر دارایی اماره‌ای بر نامشروع بودن منشأ آن تلقی شده است؛ یعنی اماره در جهت خلاف اصل براءت حرکت کرده است و بر شرحی که گذشت، اماره مذکور بر اصل حکومت خواهد کرد. از این رو می‌توان قائل به این امر بود که پذیرش جرم دارا شدن نامشروع از باب تعارض با اصل براءت در نظم حقوقی ما بلامانع است. در ادامه به یکی دیگر از توابع اصل براءت یعنی حق بر سکوت متهم پرداخته و نسبت آن را با عنوان مجرمانه مورد بحث بررسی خواهیم کرد.

۲. نسبت دارا شدن نامشروع و حق بر سکوت متهم

این امر که متهم می‌تواند سکوت اختیار کند بدون اینکه سکوت وی به منزله اعتراف یا انکار تلقی شود، از جمله اصولی است که در حقوق داخلی کشورها و حقوق بین‌الملل به‌طور وسیعی به رسمیت شناخته شده است (Rome Statute of the International Criminal Court, 1998: 67). در حقوق داخلی ما نیز، در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ قانونگذار به‌صراحت مقرر کرده است: «متهم می‌تواند سکوت اختیار کند. در این صورت مراتب امتناع وی از دادن پاسخ یا امضای اظهارات، در صورت مجلس قید می‌شود»^۱.

دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه مری علیه انگلستان عنوان داشت که «حق بر سکوت متهم و حق بر امتناع از اقرار علیه خویشتن، از معیارهای شناخته‌شده بین‌المللی در بستر یک دادرسی عادلانه هستند». منتقدان جرم‌انگاری مقوله دارا شدن نامشروع نیز، بر این باورند که مذاقه در این جرم چه در قوانین داخلی و چه بین‌المللی حاکی از نوعی تخطی جرم دارا شدن نامشروع از اصل حق بر سکوت متهم است (Boles, 2006: 835).

در پاسخ به این ایرادات می‌توان گفت زمانی که اصل براءت به‌نحوی که ذکر شد، خدشه‌دار شود، سکوت متهم نمی‌تواند حمل بر بی‌گناهی وی تلقی شود. سکوت در حالت خلأ قرائن، سلباً یا ایجاباً حاوی هیچ پیامی نیست، از این رو پس از اثبات امارات مربوطه توسط مقام تعقیب، می‌توان قائل به وضعی شد که انتساب جرم به متهم نه به‌دلیل سکوت وی، بلکه به‌دلیل وجود

۱. قانون آیین دادرسی کیفری، ۱۳۹۲.

2. Murray v. United Kingdom

3. Murray v. United Kingdom, 22 Eur. Ct. H.R. 29, Para 45 (1996)

آمارات است. پس برخلاف ادعای منتقدان، این اصل مورد خدشه قرار نگرفته، بلکه صرفاً مسیر اثبات جرم از راه اقرار نگذشته است. از این رو در جایی که قاضی بر سبیل دیگری به علم دست یابد، اصولاً تأکید بر اقرار و به تبع آن دفاع از حق سکوت متهم ضرورت نخواهد داشت (حبیب‌زاده، ۱۳۹۵: ۷۷).

۳. نسبت میان دارا شدن نامشروع و اصل قانونی بودن جرم و مجازات^۱

برخی منتقدان جرم‌انگاری عنوان دارا شدن نامشروع، به علت وجود زمینه بروز تفاسیر متفاوت از حدود و ثغور این جرم در عرصه عمل، آن را در تعارض با اصل قانونی بودن جرم و مجازات انگاشته‌اند (Muzila, 2012: 33). این امر که مبنای اصل قانونی بودن جرم و مجازات را چه بدانیم، بر نحوه تعریف ما از مقوله تخطی از این اصل به آن پرداخته شود، مفهوم آزادی است، زیرا اصل بجاست در جست‌وجوی مبنای این اصل به آن پرداخته شود، مفهوم آزادی است، زیرا اصل قانونی بودن جرم و مجازات به تعبیری بنا دارد تا از تحدید بی‌مورد آزادی شهروندان جلوگیری کرده و نسبت عمل شهروند به پیامدهای آن را برای وی پیش‌بینی‌پذیر کند. «برلین» معتقد است جنبه سلبی آزادی نبود موانع یا مداخلات چه از جانب حاکمیت بر توده مردم و چه در ارتباط بین شهروندان در حریم اختصاصی یکدیگر است و جنبه ایجابی آزادی به مثابه «حق تعیین سرنوشت خویش» در ابعاد فردی معنا می‌شود (Peristeridou, 2017: 42).

در پرتو رابطه عمودی که در جهان واقع بین دولت و فرد ایجاد می‌شود و با علم به نابرابری در میزان اقتدار این دو، باید ابزارهای لازم به منظور محافظت از آزادی و خودمختاری فرد در برابر اعمال خودسرانه زور توسط حاکمیت، در ساختارهای تشکیل‌دهنده جوامع در نظر گرفته شود (Peristeridou, 2017: 42). از آنجا که یکی از مبنای بنیادین تشکیل جامعه، قرارداد اجتماعی مورد پذیرش اعضاست، قاضی نمی‌تواند به بهانه مصلحت جامعه علیه عضو آن یعنی متهم، برخلاف مفاد این قرارداد اجتماعی که حدود آن توسط قانون تعیین یافته است، به صورت دلبخواهی اقدام به تعیین یا تشدید مجازات کند (بکاربا، ۱۳۸۰: ۷۷).

اندیشه دیگری که در تبیین مبنای اصل قانونی بودن جرم و مجازات در سالیان گذشته مؤثر افتاده است، نقش بازدارندگی اصل مذکور است. «هوئریاخ» به عنوان یکی از بنیانگذاران این اصل، معتقد بود که آگاهی فرد از دارا بودن مسئولیت کیفری از لحاظ روانی تا حد زیادی منشأ خودداری افراد از ارتکاب جرم می‌شود (Peristeridou, 2017: 41).

1. The Principle of Legality
2. Isaiah Berlin
3. Self-Mastery
4. Deterrence
5. P.J.A Fuerbach

به نظر می‌رسد منتقدان مورد اشاره بیشتر مبنای اول، یعنی نسبت این اصل با آزادی را در نقد خود به مقوله دارا شدن نامشروع مدنظر داشته‌اند (Muzila, 2012: 33). با مذاقه در اجزای این جرم، می‌توان ادعا کرد که عناصر این جرم در حد لزوم تبیین شده‌اند و افراد می‌توانند از میزان انطباق عمل خویش با ارکان این جرم پیش‌بینی معقولی به‌دست آورند. از این‌روست که دادگاه در آرژانتین ضمن رد ادعای تعارض این جرم با اصل قانونی بودن جرم و مجازات، تأکید کرد وضوح موجود در این مفهوم، به‌منظور تعیین معقول مصادیق کافی است (Muzila, 2012: 33).

نتیجه‌گیری

مبرهن است که جرم‌انگاری عناوین تازه در نظام‌های حقوق کیفری، صرفاً نباید با معیار تأثیرگذاری مستقیم آن بر کاهش نابهنجاری مورد هدف آن عنوان مجرمانه قضاوت شود. میزان انطباق جرم‌انگاری یک عنوان با معیارهای حقوق بشری و اصول دادرسی منصفانه، عاملی است که بدون در نظر گرفتن آن ممکن است مضرات به‌کارگیری سلاح کیفری جدید مدنظر، بر محاسن موردنظر قانونگذار غلبه کند و در درازمدت قبح تعدی به حقوق آحاد جامعه توسط حاکمیت را به بهانه ظهور و بروز مصلحت‌های حادث اجتماعی و حفظ نظم عمومی، از میان بردارد.

در همین زمینه در این نوشتار در پی پاسخگویی به این پرسش بودیم که عنوان مجرمانه دارا شدن نامشروع که ایران در کنوانسیون مبارزه با فساد، متعهد شده است در صورت عدم تقابل با قانون اساسی و سایر قواعد بنیادین حقوق داخلی آن را در مجموعه حقوق کیفری خویش جای دهد، تا چه حد منطبق بر نظم حقوق داخلی کشور است. در مسیر جست‌وجوی خویش به این مهم دست یافتیم که با وجود انتقادهایی که به‌صورت مکرر در خصوص تعارض جرم مورد بحث با اصل برائت مطرح شده است، از آنجا که افزایش چشمگیر دارایی و همچنین نبود توجیه عقلانی در خصوص علت این افزایش به‌عنوان اماراتی قانونی در دل این عنوان مجرمانه درج شده است و از آنجا که از نظم حقوقی و فقهی کشور ما چنین برمی‌آید که اماره بر اصل حکومت دارد، از این‌رو تقابل مورد ادعا نمی‌تواند دلیلی بر ممانعت از ورود آن در ساختار حقوقی کشور ما محسوب شود.

در زمینه تقابل این جرم با اصل لزوم رعایت حق بر سکوت متهم نیز، متذکر شدیم از آنجا که در انتساب اتهام مذکور، علم قاضی نه بر مبنای اقرار متهم، بلکه بر مبنای آن امارات و قرائن قانونی قرار دارد، ادعای تخطی از این اصل نمی‌تواند مسموع باشد.

اصولاً انتقاد از منظر تقابل یک عنوان مجرمانه با اصل قانونی بودن جرم و مجازات زمانی می‌تواند مورد اعتنا واقع شود که جرم‌انگاری به‌نحوی مبهم صورت گیرد و قدرت پیش‌بینی میزان انطباق افعال با آن عنوان مجرمانه را به‌نحوی معقول برای شهروندان فراهم نسازد. با

توجه به ضرورت وجود ارکان مشخصی در ارتکاب این جرم مانند لزوم تصدی یک منصب عمومی، افزایش چشمگیر دارایی، بازه زمانی ارتکاب جرم، نبود توجیه در مورد افزایش دارایی و لزوم عامدانه بودن فعل ارتكابی، به نظر نمی‌رسد که انتقاد پیش‌گفته در خصوص عدم شفافیت و قابل پیش‌بینی بودن قانون را بتوان متوجه این عنوان مجرمانه دانست.

به نظر می‌رسد پذیرش نهاد دارا شدن نامشروع در قامت یک عنوان مجرمانه در نظام حقوق کیفری جمهوری اسلامی ایران در تقابل با نظم حقوقی ما نیست و ناقض اصول حقوق بشری در خصوص اصول دادرسی منصفانه تلقی نشود؛ چه آنکه مطابق تبصره ۳ ماده ۲ قانون اصلاح مبارزه با پولشویی (اصلاحی ۱۳۹۷) با عبارت «در هر صورت مال مزبور ضبط خواهد شد مگر اینکه تحصیل مشروع آن اثبات شود»، جابه‌جایی بار اثبات دعوا صورت پذیرفته و در پیش‌نویس طرح «اعاده اموال نامشروع مسئولان» نیز تبصره مذکور مورد ارجاع قرار گرفته است، به این صورت که «دادگاه نسبت به صحت اسناد و مدارک و دفاعیات ارائه‌شده بررسی لازم را انجام می‌دهد و با رعایت مفاد تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی ظرف مدت یک هفته پس از ختم رسیدگی حکم به رد دعوا یا اعاده اموال نامشروع به دولت را صادر می‌کند». تبصره ۱ ماده ۲ قانون یادشده، اشاره کرده است که «هر گاه ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال وجود داشته باشد، مانند آنکه نوعاً و با توجه به شرایط، امکان تحصیل آن میزان دارایی در یک زمان مشخص وجود نداشته باشد، مسئولیت اثبات صحت آنها بر عهده متصرف است».

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. بکاریا، سزار (۱۳۸۰)، *رساله جرائم و مجازات‌ها*، ترجمه محمد اردبیلی، چ دوم، تهران: میزان.
۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷)، *مقدمه علم حقوق*، چ ۱۱۲، تهران: گنج دانش.
۳. مظفر، محمدرضا (۱۳۷۸)، *اصول الفقه*، ج ۲، چ هفتم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ب) مقالات

۱. جلالی، محمود (۱۳۹۴)، «قلمرو انطباق رویکرد قانونگذار ایران با مقررات متحدالشکل مقابله با فساد در کنوانسیون مریدا»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۵، ش ۳.
۲. حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۹۵)، «شناسایی و مدیریت حق سکوت متهم»، *مجله حقوقی*

د/دگستری، ش ۹۵.

۳. شاملو، باقر؛ مرادی، مجید (۱۳۹۲)، «تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در پرتو امنیت‌گرایی در جرم پولشویی»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۸۱.
۴. شاهچراغ، سید حمید (۱۳۹۱)، «بررسی تطبیقی مسئولیت مطلق کیفری در حقوق ایران با نگرشی بر نظام حقوقی کامن‌لا»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۷۸، تابستان.
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، «ماهیت و اثر اماره حقوقی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۴۶.

ج) رساله

۶. رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۸۰)، «استفاده بلاجهت (مطالعه تطبیقی)»، رساله دکتری، دانشگاه تهران.

د) قوانین

۷. قانون آیین دادرسی کیفری، ۱۳۹۲.
۸. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸ (اصلاح‌شده در ۱۳۶۸).
۹. ماده واحده قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد (۱۳۸۷).

۲. انگلیسی

A) Books

1. Cesare Beccaria (2001), *Traite Des Delits Et Des Peines*, Tradult en Persan Par M.A.ARDEBILL, Tehran: MIZAN Publication (In Persian).
2. Jarvis, Michael (2016), *Towards a More Systematic Fight Against Corruption*, The World Bank Institute, The International Bank for Reconstruction and Development, New York.
3. Katouzian, Naser (2018), *Moghaddameh elme hoquq*, Tehran: Ganj-e-Danesh, chap 112 (In Persian).
4. Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias, Tammar Berger (2012), *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, International Bank for Reconstruction and Development/ The World Bank, Washington DC.
5. Muzaffar, Mohammad Reza (1999), *Osul Figh*, Qom: daftare entesharat eslami, chap haftom (In Persian).
6. Peristeridou, Christine (2017), *The Principle of legality In European Criminal Law*, Cambridge University Press, Intersentia.
7. UNODC (2010), *Travaux Preparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Corruption*, United nations Office on Drugs and Crime.

8. UNODC (2016), *Criminalization and Law Enforcement: the pacific's implementation of chapter iii of The UN Convention against Corruption*, UNDP-UNODC Pacific Regional Anti-Corruption (UN-PRAC) Project.

B) Articles

9. Abu-Morad, Mohammad Ahmad (2016), "Burden of proof and Presumption of Innocence in the Prosecution of Illicit Enrichment with Reference to Jordanian Legislation", *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol.49, Malaysia.
10. Dan Wilsher (2006), "Inexplicable Wealth and Illicit Enrichment of Public Officials: A Model Draft That Respects Human Rights in Corruption Cases", 45 *CRIME L. & SOC. CHANGE* 27.
11. Ferry de Jong & Leonie van Lent (2016), "The Presumption of Innocence as a Counterfactual Principle", *Utrecht Law Review*, Vol. 12, Issue 1.
12. HabibZadeh, MohammadJafar (2016), "Recognition and Management of Right to Silence" *The Judiciary Law Journal*, No. 95 (In Persian).
13. Jalali, Mahmoud (2015), "Scope of compatibility of the Iranian Law-Maker's approach with the unified provisions against corruption in Merida convention", *Public Law Studies Quarterly*, Vol. 45, No.3 (In Persian).
14. Jeffrey R. Boles (2006), "Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offences AND Human Rights Violations", *Legislation and Public Policy*, Vol. 17. University of California, Berkeley.
15. Judith Goldstein, Miles Kahler (2012), "Legalization and World Politics, International Organization" 54, 3, *University of Cambridge Press*.
16. Katouzian, Naser (2004), "Mahiyat va asar amareh hoquqi", *majleh daneshkadeh hoquq va olum siyasi*, No. 46 (In Persian).
17. Laras Susanti (2015), "Criminal Liability of Public Officials For Illicit Enrichment: Comparing Approaches of The Use of Indirect Methods of Proof in Investigating Illicit Enrichment In INDONESIA and The U.S.A", *Journal Hukum Internasional*, Vol. 13, No. 1.
18. Margaret K. Lewis (2012), "Presuming Innocence, or Corruption, in China", 50 *COLUM. J. TRANSNAT'L L.* 287, 291.
19. Shacheragh, Seyed Hamid, (1391), "Comparative Analysis of Criminal Absolute Liability in Iran's Law, with a View of the Common Law", *The Judiciary Law Journal* , No. 78, summer (In Persian).
20. Shamlu, Bagher & Moradi, Majid (1392), "Restrictions against fair trial guarantees in the light of Security- oriented approach to money laundering", *The Judiciary Law Journal*, No. 81 (In Persian).

C) Verdicts

21. Abu-Morad, Mohammad Ahmad, Burden of proof and Presumption of Innocence in the Prosecution of Illicit Enrichment with Reference to Jordanian Legislation, *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol.49, Malaysia, 2016, p. 26

22. DPP v. Dung [2006] WADC., High Court of Australia, available at: "Booz Allen Hamilton, Comparative Evaluation of Unexplained Wealth Orders, U.S. Department of Justice, 2011, p.116
23. Egypt Court of Cassation, Case No 30342 of 2000 and Case No 786 of 1972 Available At:
24. Murray v. United Kingdom, 22 Eur. Ct. H.R. 29, Para 45 (1996), Available at: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>
25. Robert M. Chaulk v The Attorney General of Canada, 1990. Para 103, Available at: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/707/index.do>
26. Williamson v. Ah On (1926), High Court of Australia, para. 113–114. Available at: <https://jade.io/article/63273>
27. And (Supreme Court of Justice), 22 December 2008, Available at: Muzila, Lindy, One Take Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption, The World Bank, UNODC, (STAR), 2012 International Bank for Reconstruction and Development, Washington DC, p.33
28. Maria J. Alsogaray, (National Chamber of Criminal Appeals), 9 June 2005 Available at: Muzila, Lindy, One Take Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption, The World Bank, UNODC, (STAR), 2012 International Bank for Reconstruction and Development, Washington DC, p.33

D) Documents

29. 1998, Integrity Commission Act Guyana
30. African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, 2003
31. Argentina: 1964, Argentine Criminal Code, Article 286(2), And Colombia Penal Code 2004
32. Brunei Darussalam: 1982, Prevention of Corruption Act, Possession of Unexplained Property
33. Chile: 1999, Criminal Code of Chile
34. China: 1997, Criminal Law of the People's Republic of China
35. Colombia Act no. 599 of 2000. Criminal Code, Title X, Crimes against the Economic Social Order, Colombia
36. El Salvador, Constitution, Article 240; Criminal Code, Article 333 (Illicit Enrichment), AND Egypt, Arab Rep.: Law no. 62 of 1975, Illegitimate Gains
37. Internal Revenue Manual 9.5.9 Methods of Proof, 9.5.9.2.2 Indirect Methods, [IRS Manual 5], *updated* March 19, 2012, United States,
38. Nepal: 2009, the Prevention of Corruption Act
39. Organization of American States, Inter-American Convention against Corruption, Mar. 29, 1996
40. Paraguay, Law no. 2.523/04
41. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Strengthening of certain aspects of the Presumption of Innocence and of the Right to be Present at Trial in Criminal Proceedings, COM(2013) 821/2
42. Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, Art 67,

available at <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>

43. The Prevention of Corruption Act, No. 49 of 1988, INDIA CODE (1988)
44. United Kingdom, Criminal Finances Act (2017), CHAPTER 22, PART 1, unexplained wealth orders, 362A.
45. UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION, (New York, 2004), UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, Vienna
46. UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME AND THE PROTOCOLS THERETO, New York, 2000, Art 6.

C) Teases

47. Rahimi, habibollah (1380), *Estsfaade bela jahat (Motale tatbiqi* , resale doctor, daneshgah Tehran (In Persian).

D) Rules

48. *Qanun aiein dadresi keyfari*, 1392 (In Persian).
49. *Qanun asasi jomhuri eslani iran, mosavab 1358* (eslah shodeh dar 1368)
50. *Madeh vahedeh qanun elahaaq dolat jomhuri eslaami iran be konvansiyon sazeman melal motahed baray mobarezeh ba fasad (1387)* (In Persian).