

استناد و نقش آن در «شرکت در جرم»

دکتر احمد حاجی‌ده‌آبادی*

چکیده

مطابق قوانین پیش از انقلاب برای تحقق شرکت در جرم، مشارکت یعنی دخالت دو یا چند نفر در عملیات اجرایی تشکیل‌دهنده جرم کافی بود. لکن پس از انقلاب به تبع فقه علاوه بر مشارکت، استناد جرم به عمل همگان نیز لازم است. اینکه مفهوم استناد چیست و پیشینه آن در فقه چقدر است و آیا در تعریف شرکت، به این قید نیازی هست یا خیر، بحثی است و اینکه نقش آن چیست، بحث دیگری است. استناد می‌تواند موارد مشارکت را محدود نماید به این معنا کسی که در عملیات اجرایی جرم نقش داشته شریک جرم نیست، به آن جهت که جرم به وی مستند نیست. اما آیا استناد می‌تواند موارد مشارکت را توسعه دهد؟ به این معنا کسی که در عملیات اجرایی جرم نقش نداشته به این بهانه که جرم به وی مستند می‌باشد شریک در جرم به‌شمار آید؟ نگارنده معتقد است هرچند مطابق قوانین فعلی در همه جرائم پاسخ منفی است اما مطابق مبانی فقهی و حقوقی این وضعیت خاص جرائم مستوجب حد، قصاص و یا دیه است. در نتیجه در جرائم تعزیری و بازدارنده قانون‌گذار می‌تواند بنا به مصالحی که از جمله آنها وضعیت خاص سازمان‌یافته و باندی بودن جرم است کسانی را که عملیات اجرایی جرم را انجام نداده‌اند، شریک جرم به‌شمار آورد و جلوی سوء استفاده‌ها را بگیرد.

کلید واژگان

شرکت در جرم، مشارکت، استناد، عملیات اجرایی، سبب، مباشر.

* عضو هیأت علمی دانشگاه تهران.

مقدمه

از آنجا که مجرمان نوعاً به تنهایی دست به ارتکاب جرم نمی‌زنند و سعی می‌کنند همدست یا همدستانی برای خود داشته باشند، حقوق کیفری در این زمینه، نهادی را با عنوان «شرکت در جرم» تأسیس نموده است. این نهاد از جمله نهادهای شناخته شده و مهم حقوق کیفری است که در اکثر قوانین جزایی مقررات چندی را به خود اختصاص داده است. در کنار شرکت در جرم، معاونت در جرم مطرح می‌شود. فارق اساسی شرکت از معاونت آن است که شریک در تحقق عملیات اجرایی تشکیل دهنده جرم و به تعبیر بهتر عنصر مادی آن نقش دارد بر خلاف معاون که بدون اینکه عنصر مادی جرم را تحقق بخشیده باشد، به نوعی در وقوع جرم نقش دارد.

برای شرکت در جرم تعاریف مختلفی شده است. برخی حقوق دانان با توجه به مواد ۴۲، ۲۱۴ و ۲۱۵ ق.م.ا. شرکت در جرم را «همکاری دست کم دو یا چند نفر در اجرای جرم خاص به طوری که فعل هر یک سبب وقوع آن شود»^۱ می‌دانند. برخی دیگر نوشته‌اند: «شرکت در جرم عبارت است از همکاری مؤثر با شخص دیگر در ارتکاب اجزای اصلی عنصر مادی جرم»^۲. اما به نظر می‌رسد اگر خواسته باشیم بر اساس مواد قانون مجازات اسلامی تعریف بهتری از شرکت در جرم ارائه دهیم باید بگوییم:

«در جرائم قابل شرکت هرگاه دو یا چند نفر عملیات اجرایی تشکیل دهنده جرمی را بی‌واسطه یا با واسطه انجام دهند به گونه‌ای که جرم مستند به همه آنها باشد، شرکت در جرم تحقق یافته است.»

۱. محمدعلی اردبیلی؛ حقوق جزای عمومی، ج ۲، ص ۲۹.

۲. حسن مرادی؛ شرکت و معاونت در جرم، ص ۱۸۵.

مطابق این تعریف که برگرفته از مقررات قانونی است برای تحقق شرکت در جرم وجود سه شرط ضروری است:

اول آنکه جرم از جرایمی باشد که قابل شرکت باشد یعنی تعدد مرتکب، محتمل باشد و هم با یک نفر و هم با دو یا چند نفر قابل ارتکاب باشد. بنابراین در جرائمی مثل شرب خمر و ترک نفقه زوجه که تنها از یک نفر قابل صدور است، شرکت منتفی است. همچنین در جرائمی مانند زنا و لواط و تبانی مجرمانه که تعدد مرتکب، لازمه تحقق جرم است شرکت منتفی است و عنوان اتهامی، شرکت در زنا و لواط و ... نیست.

دومین شرط دخالت دو یا چند نفر در انجام عملیات اجرایی تشکیل‌دهنده جرم است به گونه‌ای که عملیات اجرایی توسط ایشان تحقق پذیرد. به تعبیر دیگر دخالت دو یا چند نفر در تمام یا بعضی از قسمت‌های رفتار مجرمانه. این همان است که در بقیه تعاریف نیز دیده می‌شود و با تعبیری همچون «مشارکت»، «مشارکت در انجام عملیات اجرایی تشکیل‌دهنده جرم»، «همکاری مؤثر» و «دخالت در عنصر مادی» از آن یاد می‌شود. اصولاً تمایز شرکت از معاونت با همین قید صورت می‌پذیرد. البته شرکت در جرم هم به صورت مباشرت ممکن است و هم به صورت تسبیب (مثل شهادت دروغین که باعث اعدام یا مجازات دیگری شود) و قید «با واسطه یا بی واسطه» ناظر به این معنا است.

سومین شرط «استناد جرم به عمل همگان» است. این قید در مقررات قبل از انقلاب وجود نداشت نه در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴^۳ و نه در قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲^۴.

۳. ماده ۲۷ ق.م.ع. ۱۳۰۴ مقرر می‌داشت: «هرگاه چند نفر مرتکب یک جرم شوند به نحوی که هر یک فاعل آن جرم شناخته شود، مجازات هر یک از آنها مجازات فاعل است و اگر هر کدام یک جزء از جرم واحد را انجام دهند به طریقی که مجموع آنها فاعل آن جرم شناخته شود شرکاء در جرم محسوب و مجازات هر یک از آنها حداقل مجازات فاعل مستقل است ...»

اول بار پس از انقلاب، ماده ۲۰ قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱^۵ به این قید تصریح کرد و در حال حاضر هم ماده ۴۲ ق.م.ا. در مورد شرکت در جرائم تعزیری و بازدارنده به طور عام و مواد ۲۱۴ و ۲۱۵ در مورد شرکت در قتل به طور خاص بر این قید تأکید کرده‌اند. مطابق ماده ۴۲ «هر کس عالماً و عامداً با شخص یا اشخاص دیگر در یکی از جرائم قابل تعزیر و یا مجازات‌های بازدارنده مشارکت نماید و **جرم مستند به عمل** همه آنها باشد ... شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم خواهد بود ...» و مطابق ماده ۲۱۵: «شرکت در قتل زمانی تحقق پیدا می‌کند که کسی در اثر ضرب و جرح عده‌ای کشته شود و مرگ او **مستند به عمل** همه آنها باشد ...». این معنا در ماده ۲۱۴ هم آمده است.

به هر حال آنچه از مواد فوق استفاده می‌شود این است که قانون‌گذار صرف مشارکت و همکاری در انجام عملیات تشکیل‌دهنده جرم را شرکت نمی‌داند و الا مقررات قبل از انقلاب را تغییر نمی‌داد بلکه علاوه بر این شرط، استناد جرم به عمل همگان را لازم می‌داند. بر این اساس لازم است تأمل بیشتری پیرامون استناد صورت گیرد. سیر مباحث این نوشتار به این صورت است که ابتدا از تبارشناسی و پیشینه استناد (۱) و سپس از مفهوم آن (۲) و در نهایت از رابطه آن با جزء دیگر شرکت در جرم یعنی مشارکت و مداخله در عملیات اجرایی تشکیل‌دهنده جرم (۳) بحث می‌کنیم.

۴. این قانون در ماده ۲۷ با رویکردی بهتر نسبت به قانون ۱۳۰۴ مقرر می‌داشت: «هر کس با علم و اطلاع با شخص یا اشخاص دیگر در انجام عملیات اجرایی تشکیل‌دهنده جرمی مشارکت و همکاری کند، شریک در جرم شناخته می‌شود و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم است ...»

۵. مطابق این ماده: «هر کس با علم و اطلاع با شخص یا اشخاص دیگر در یکی از جرائم قابل تعزیر، مشارکت نماید و جرم مستند به عمل همه آنها باشد ... شریک در جرم محسوب ... خواهد بود».

۱. تبارشناسی استناد

مقصود از این عنوان آن است که ببینیم از چه زمانی این واژه وارد ادبیات حقوقی و فقهی شده است. در مورد ادبیات حقوقی از مطالب پیش گفته روشن شد که تا قبل از انقلاب اسلامی با چنین واژه‌ای در قوانین مواجه نیستیم و اول بار ماده ۲۰ قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ و ماده ۹ و ۱۰ قانون حدود و قصاص و مقررات آن مصوب ۱۳۶۱ و سپس ماده ۴۲ و ۲۱۴ و ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی به این واژه اشاره دارند. گفتنی است اولاً حضور این واژه در غیر مبحث شرکت در جرم در قوانین دیده می‌شود (مثل ماده ۳۵۴ ق.م.ا. و مواد ۲۴۰ و ۳۱۵ و ۳۳۲ و ۶۱۶ و ۶۳۱ و ۱۲۳۸ قانون مدنی) و در نتیجه ایجاب می‌نماید تا این بحث صورت گیرد که آیا مفهوم واژه استناد در این مواد با مفهوم واژه استناد در مواد مربوط به شرکت در جرم متفاوت است یا خیر.^۶ ثانیاً ماده ۱۲۴ لایحه قانون مجازات اسلامی در تعریف شرکت در جرم به این واژه اشاره دارد اما در مقررات شرکت در جنایت - که از فصل ششم لایحه فوق و با عنوان «شرکت در جنایت» از ماده ۳۶۹ آغاز و به ماده ۳۷۵ ختم می‌گردد - اثری از این واژه دیده نمی‌شود. ماده ۳۶۹ این لایحه مقرر می‌دارد:

«اگر عده‌ای، آسیب‌هایی را بر مجنی‌علیه وارد کنند و تنها برخی از آسیب‌ها موجب قتل او شود، فقط واردکنندگان این آسیب‌ها شریک در قتل هستند و دیگران حسب مورد به قصاص عضو یا پرداخت دیه محکوم می‌شوند.»

آنچه مهم است این است که بدانیم آیا این واژه در فقه حضور دارد یا خیر، زیرا در نگاه اول به نظر می‌رسد قانونگذار پس از انقلاب در پی الزام به تبعیت از مقررات شرعی این واژه را وارد ادبیات قانونی کرده است.

۶. در بحث مفهوم‌شناسی واژه استناد به این سؤال پاسخ داده می‌شود.

در پاسخ به سؤال فوق باید گفت در آن دسته از روایاتی که درباره شرکت در جنایت آمده است این واژه دیده نمی‌شود. در کتاب‌های فقهی نیز چنین واژه‌ای دیده نمی‌شود جز در برخی کتاب‌های فقه‌های معاصر. حتی فقهایی که به تعریف و تبیین ضابطه شرکت در قتل و همچنین شرکت در قطع عضو پرداخته‌اند این واژه را نیاورده‌اند. مثلاً محقق حلی در شرایع الاسلام می‌نویسد:

«و تتحقق الشركة بان يفعل كل واحد منهم ما يقتل لو انفراد او ما يكون له شركة في السراية مع القصد الى الجنایة».^۷

عین این عبارت در قواعد الاحکام علامه حلی (ج ۳، ص ۵۸۸)، مسالك الافهام شهید ثانی (ج ۱۵، ص ۱۰۰)، جواهر الکلام شیخ محمدحسن نجفی (ج ۴۲، ص ۶۹) و برخی کتب دیگر دیده می‌شود.

از فقه‌های معاصر مرحوم آیت‌الله خویی این قید را آورده و بر آن تأکید دارند. ایشان در تبیین ضابطه شرکت در قتل می‌نویسند:

«تتحقق الشركة فی القتل بفعل شخصین معاً و ان كانت جنایة احدهما اکثر من جنایة الآخر؛ فلو ضرب احدهما ضربة والآخر ضربتین او اکثر فمات المضروب و استند موته الى فعل کلّیهما کان متساویین فی القتل...»^۸

ایشان در تبیین ضابطه شرکت در جنایت بر اعضا نیز می‌نویسد:

«تتحقق الشركة فی الجنایة علی الاطراف بفعل شخصین او اشخاص معاً علی نحو تستند الجنایة الى فعل الجميع».^۹

۷. جعفر بن الحسن حلی؛ شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۹۷۸.

۸. سیدابوالقاسم خویی؛ مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۲۶-۲۷.

۹. همان، ص ۲۹.

۲. مفهوم استناد

درباره اینکه مفهوم استناد چیست، در کتب و مقالات به مطلبی برخورد نکردیم. گرچه در مجموع می‌توان گفت برای استناد دو مفهوم متصور است.

مفهوم اول آن است که مقصود از استناد، رابطه علیت است. مرحوم آیت‌الله فاضل لنکرانی در پاسخ استفتاء اینجانب مبنی بر اینکه مقصود از استناد در مواد ۲۱۴ و ۲۱۵ که برگرفته از فقه است چیست، نوشته‌اند: «استناد همان رابطه علیت است اما طبق درک عرف نه دقت عقلی و فلسفی». آیت‌الله مکارم شیرازی هم نوشته‌اند: «منظور از استناد همان رابطه علیت است یعنی علت مرگ ضربات تمام آنها باشد» و یکی دیگر از مراجع معاصر (ره) نوشته‌اند: «مراد از استناد، رابطه علیت عرفی است یعنی تأثیر در حصول اثر فعل هرچند به ضمیمه فعل دیگران و در عرض آن باشد».

مشاهده می‌شود که در جواب‌های بالا مقصود از استناد، رابطه علیت و سببیت دانسته شده است یعنی شرکت در قتل زمانی رخ می‌دهد که عمل دو یا چند نفر سبب و علت حصول مرگ باشد.

مفهوم دوم آن است که بگوییم مقصود از استناد، انتساب است یعنی اینکه «بگویند عمل این دو یا چند نفر مثلاً قتل است و ایشان قاتل محسوب می‌شوند». تفاوت این مفهوم با مفهوم قبلی این است که در مفهوم قبلی بر رابطه علیت و سببیت تأکید شده است در حالی که جزء اول ضابطه شرکت در جرم (یعنی مداخله در عملیات اجرایی تشکیل‌دهنده جرم، مشارکت و...) به نوعی تداعی‌کننده رابطه علیت است. در نتیجه باید استناد معنایی دیگر را داشته باشد. به تعبیر دیگر قانون‌گذار برای تحقق شرکت در جرم، وجود دو امر «مشارکت» و «استناد» را لازم دانسته است. ظاهراً مشارکت و واژگان مشابه، همان رابطه علیت را تداعی می‌کنند، در نتیجه باید مقصود از استناد، امر جدیدی باشد و این مفهوم جدید، انتساب است یعنی اینکه در شرکت در قتل بگویند فلانی قاتل است و عملش قتل می‌باشد.

در اینجا تذکر دو نکته ضروری است؛ اول اینکه شاید مفهوم اول استناد، یعنی رابطه علیت نیز به مفهوم دوم برگردد و مقصود کسانی که استناد را به رابطه علیت معنی کردند همین مفهومی است که به عنوان مفهوم دوم بیان شد. در این صورت مآل هر دو مفهوم به یک امر است. دوم اینکه این مفهوم دوم را از مطلبی استفاده کردیم که مرحوم آیت الله خوئی ذیل بحث قتل در حال خواب آورده‌اند. ایشان در جایی که کسی غیردایه در حال خواب بر اثر حرکت و غلتیدن موجب تلف دیگری شود معتقدند دیه لازم نیست نه بر نائم و نه بر عاقله وی و نه بر بیت‌المال. ایشان در تبیین اینکه دیه بر نائم لازم نیست عبارتی دارند که خلاصه آن این است که «سببیت» امری است و «استناد» امری دیگر. درست است که شخص خواب سبب مرگ دیگری شده است اما آنچه ضمان قصاص و دیه را ایجاب می‌نماید آن است که قتل به دیگری مستند باشد و وی قاتل به شمار رود و چون شخص نائم عمد و شبه عمد و خطای محض نداشته است، قتل به وی مستند نیست و لذا ضامن نیست.^{۱۰}

ما در مورد صحت و سقم سخن ایشان در مورد نائم بحثی نداریم، اما آنچه جالب است تفکیک سببیت و علیت از استناد است. انتساب یعنی اینکه بر عمل شخص، آن جرم و بر خود شخص اسم فاعل آن جرم صدق کند یعنی مثلاً بگویند قتل و قاتل.

از اینجا به بحث دیگری منتقل می‌شویم و آن اینکه «استناد»، امری مختص شرکت در جرم نیست بلکه حتی در مباشرت هم باید استناد و انتساب باشد و به همین جهت است که

۱۰. سیدابوالقاسم خوئی؛ مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۲۲۲ و ۲۲۳: «اما الاول [که دیه بر عهده نائم باشد] فلا وجه له عدا ما قيل من ان قتل النائم باعتبار ارتفاع الاختيار عنه من باب الاسباب التي ضمانها عليه دون العاقله و لذا ذكر الاصحاب ذلك في باب ضمان النفوس ولكنه لا دليل عليه مطلقاً ما لم يستند القتل اليه بالاختيار لعمد او شبه عمد او خطا محض، لو ضوح ان مجرد كونه سبباً له لا يوجب الضمان بدون تحقق ذلك و عليه فلا يتم ذكر الاصحاب ذلك في باب ضمان النفوس».

گاه این واژه در غیر بحث شرکت در جرم هم دیده می‌شود. چنان‌که ماده ۳۵۴ ق.م.ا. مقرر می‌دارد:

«هرگاه کسی در ملک خود آتشی روشن کند و آتش به جایی سرایت نماید و سرایت به او استناد داشته باشد، ضامن تلف و خسارت‌های وارده می‌باشد گرچه به مقدار نیاز خود روشن کرده باشد».

در قانون مدنی هم این واژه در مواد متعدد مثل ۲۴۰، ۳۱۵، ۳۳۲، ۶۱۶، ۶۳۱ و ۱۲۳۸ آمده است.

ماده ۳۳۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«هرگاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود، مباشر مسئول است نه مسبب مگر اینکه سبب اقوی باشد به نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد».

در لایحه قانون مجازات اسلامی نیز بیش از پانزده دفعه این واژه به کار رفته است. از جمله ماده ۴۹۶ که مقرر می‌دارد:

«جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه خواهد بود که نتیجه حاصل شده، مستند به رفتار مرتکب باشد اعم از آنکه به نحو مباشرت انجام شود یا به تسبیب یا به اجتماع آنها». در فقه هم این واژه و مشتقات آن بسیار دیده می‌شود در حالی که بحث شرکت مطرح نبوده است. مثلاً «اگر کسی دیگری را در آب یا آتش بیندازد و او بتواند بیرون بیاید و نیاید و بمیرد، خودش قاتل خودش است چون قتل مستند است به خودش نه فرد اول»^{۱۱} «اگر خودش را بر دیگری بیندازد و بمیرد خودش هدر است، لان قتله مستند الی نفسه»^{۱۲}

۱۱. همان، ص ۵.

۱۲. همان، ص ۷.

«اگر در طعام دیگری سم بریزد و آکل از مسموم بودن غذا خبر نداشته و آن را بخورد و بمیرد، کسی که سم را در غذا ریخته ضامن است چرا که قتل مستند است به فعل او»^{۱۳} و...

نتیجه اینکه استناد امری نیست که خاص شرکت در جرم باشد بلکه حتی در مباشرت هم مطرح است. النهایه در جایی که مباشر مادی یک نفر است، انتساب و استناد جرم به فعل او به راحتی برقرار است؛ در سبب اقوی از مباشر هم انتساب جرم به سبب است ولی در جایی که دو یا چند نفر در تحقق جرم نقش دارند چون ممکن است میزان مداخله شرکاء یکسان نبوده و مداخله برخی به اندازه‌ای ضعیف باشد که استناد جرم به عمل او وجود نداشته باشد، لذا برای تحقق شرکت، لازم است استناد جرم به عمل همگان باشد. بر این اساس، علت تحقق نیافتن شرکت در قتل در مواد ۲۱۶ و ۲۱۷، استناد نداشتن قتل به عمل همگان است چرا که قتل تنها مستند به فعل یکی است.

از اینجا می‌توان گفت که حتی قوانین قبل از انقلاب که این قید را نیاورده بودند و نیز آن دسته از فقهای که در تبیین ضابطه شرکت در جرم این قید را نیاورده‌اند، اینگونه نبوده که مخالف اشتراط این قید باشند، بلکه شاید به‌خاطر وضوح امر به آن اشاره نکرده‌اند. در نتیجه این قید، قیدی لازم است و اینکه قانون‌گذار به‌طور ویژه بر آن تأکید کرده است کار صحیحی است چرا که گاه مداخله در عملیات اجرایی به اندازه‌ای ضعیف است که استناد وجود ندارد.

۳. رابطه «مشارکت» و «استناد»

تا به اینجا روشن شد که برای تحقق شرکت در جرم، وجود دو امر «مشارکت» و «استناد» لازم است. اما اینکه رابطه این دو با هم چیست، باید گفت در اینجا دو احتمال

۱۳. همان، ص ۸.

وجود دارد یکی آنکه استناد به عنوان محدودکننده مشارکت و دیگر آنکه به عنوان توسعه‌دهنده مشارکت باشد. به‌طور خلاصه گاه مشارکت در عملیات اجرایی جرم توسط دو یا چند نفر محقق شده است، ولی چون جرم مستند به همگان نیست، شرکت در جرم صورت نگرفته است و گاه گرچه مشارکت در عملیات اجرایی صورت نگرفته است اما چون جرم مستند به عمل همگان است، شرکت در جرم محقق شده است. ذیلاً به بررسی این دو احتمال می‌پردازیم تا روشن شود آیا این دو احتمال، در حدّ احتمال باقی می‌مانند و یا این که امری واقعی هستند. لازم به ذکر است که این بحث به‌صورت منظم و منقح در نوشته‌ها دیده نمی‌شود.

الف) استناد به عنوان عامل محدودکننده مشارکت

ابتدایی‌ترین نکته‌ای که از مطالعه مواد پیشین به ذهن خطور می‌کند آن است که استناد به عنوان عامل محدودکننده مشارکت باشد به این معنا که قانون‌گذار هر نوع مشارکتی را شرکت در جرم نمی‌داند مگر مشارکتی که به همراه خود، استناد جرم به همگان را نیز در پی دارد. به تعبیر دیگر مشارکت و مداخله در عملیات اجرایی دو گونه است: گاه علاوه بر آن استناد هم هست و گاه نیست. در فرض اول شرکت هست و در فرض دوم نیست.

این نقش کاملاً پذیرفتنی است و به واقع قانون‌گذار برای خارج نمودن دو مورد از بحث شرکت در جرم چنین قیدی را آورده است.

مورد اول، چون عبارت «عملیات اجرایی تشکیل‌دهنده جرم» و «مشارکت» و امثال آنها شامل تنها «دخاله در رفتار مجرمانه جرم» نبوده و بلکه رفتارهای پیش از رفتار اصلی جرم را نیز در بر می‌گیرد یا ممکن است تصور شود که دربرمی‌گیرد، قانون‌گذار برای خروج این گونه موارد از تعریف شرکت، قید استناد را آورده است. به نوشته برخی حقوق‌دانان:

«برای مثال، صرف باز کردن قفل در جهت تسهیل عمل سرقت و یا گرفتن دیگری برای قادر ساختن شخص ثالثی به کشتن وی ممکن است نوعی شرکت در عملیات اجرایی محسوب گردد ولی چون در این موارد عمل مادی سرقت (یعنی ربایش) و یا عمل مادی قتل (یعنی کشتن) مستند به فعل باز کننده در یا نگهدارنده قربانی نیست، تحمیل حد سرقت یا قصاص به این افراد از لحاظ موازین فقهی خالی از اشکال نمی‌باشد»^{۱۴}.

به واقع می‌توان گفت «با قید استناد» مواردی از معاونت‌ها از شمول تعریف شرکت در جرم، خارج خواهد شد.

مورد دوم، گاه ممکن است به عکس مورد اول، شخص یا اشخاصی در ارتکاب رفتار مجرمانه جرم دخالت داشته باشند ولی چون نقش ایشان به اندازه‌ای ضعیف است که دیگر جرم به وی مستند نیست، به این لحاظ وی شریک جرم محسوب نمی‌شود. برای مثال اگر دو نفر به تخریب خانه‌ای پردازند اولی مقداری از گچ خانه را بکند و دومی تمام خانه را تخریب نماید، هر چند هر دو در رفتار مجرمانه جرم تخریب نقش داشته‌اند ولی جرم مستند به یکی از ایشان است. همچنین اگر دو نفر با چاقو به دیگری حمله نمایند ولی ضربه‌ای به لب وی بزنند که باعث اندک خونریزی شود و دیگری ۹۹ ضربه چاقو به جاهای غیر حساس وی بزند و معینی علیه در نتیجه خونریزی بمیرد، یا یک ضربه باعث خراش و خروج اندکی خون از بدن شود و ضربات دیگر باعث خونریزی شود و شخص در نتیجه خونریزی بمیرد، قتل تنها مستند به شخص دوم خواهد بود گرچه هر دو در رفتار مجرمانه جرم قتل که عمل کشنده باشد (در این مثال جرح منتهی به خونریزی کامل و خارج شدن خون از بدن) دخالت داشته‌اند.

۱۴. حسین میر محمد صادقی؛ جرائم علیه اموال و مالکیت، ص ۱۰۰.

می‌توان علت محقق نشدن شرکت در قتل در ماده ۲۱۶ و ماده ۲۱۷ ق.م.ا. را همین نکته یعنی «عدم استناد قتل به همگان» دانست.

ماده ۲۱۶ مقرر می‌دارد:

«هرگاه کسی جراحتی به شخصی وارد کند و بعد از آن دیگری او را به قتل برساند قاتل همان دومی است اگرچه جراحات سابق به تنهایی موجب مرگ می‌گردید ...»
و مطابق ماده ۲۱۷:

«هرگاه جراحتی که نفر اول وارد کرده مجروح را در حکم مرده قرار داده و تنها آخرین رمق حیات در او باقی بماند و در این حال دیگری کاری را انجام دهد که به حیات او پایان بخشد اولی قصاص می‌شود و دومی تنها دیه جنایت بر مرده را می‌پردازد.»
به واقع گرچه هر دو در ضرب و جرح دخالت دارند ولی چون جرم تنها مستند به یکی از ایشان است، شرکت در قتل منتفی می‌باشد.

ب) استناد به عنوان توسعه‌دهنده مشارکت

احتمال دوم آن است که استناد به عنوان توسعه‌دهنده مشارکت در رفتار مجرمانه جرم نقش آفرینی کند. آیا می‌توان شخص یا اشخاصی را که به معنای دقیق کلمه رفتار مجرمانه جرم را انجام نداده‌اند، شریک در جرم محسوب کرد زیرا که جرم مستند به عمل همه آنها است؟ آیا «استناد» می‌تواند چنین نقشی را ایفا کند و کسی را که رفتار مجرمانه جرم را انجام نداده، شریک محسوب نماید؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت در یک مورد پاسخ مثبت و در یک مورد پاسخ منفی است و در مورد سوم اختلاف عقیده وجود دارد.

سبب اقوی از مباشر: مطابق فقه و قانون، در اجتماع سبب و مباشر، مباشر ضامن است مگر اینکه سبب اقوی از مباشر باشد مثل اینکه سبب عالم و مباشر جاهل یا سبب

دارای اراده و مباشر فاقد اراده باشد. در واقع علت اینکه در اجتماع سبب و مباشر، مباشر ضامن است و در سبب اقوی از مباشر، سبب ضامن است، استناد جرم و یا تلف - بسته به مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی - به مباشر در فرض اول و استناد جرم یا تلف به سبب در فرض دوم است. حال در فرض اخیر گرچه سبب، خود مرتکب عملیات اجرایی تشکیل - دهنده جرم و به تعبیر بهتر رفتار مجرمانه جرم نشده است، اما چون جرم مستند به او است، ضامن خواهد بود. در واقع «استناد»، باعث می شود کسی را که رفتار مجرمانه جرم از او سر نزده است، چنین فرض کنیم که مرتکب رفتار فوق شده است و مسئول است. برای اینکه مثالی در این زمینه از مبحث شرکت در جرم مطرح کنیم می توانیم چنین بگوییم: الف و ب قصد کشتن ج را دارند. الف سگ خود را به سوی ج گسیل می دارد و ب با چاقو و تیراندازی جراحاتی را بر ج وارد می کند و در نهایت ج در اثر جراحات حاصل از چنگ و دندان سگ و تیراندازی و چاقو می میرد. در اینجا چون قتل مستند به الف و ب هست هر دو شریک در قتل محسوب می شوند.

سبب ضعیف تر از مباشر: اگر سبب ضعیف تر از مباشر باشد، جرم تنها به مباشر استناد داده می شود و به سبب، مستند نیست. این همان است که پیش تر تحت عنوان «عامل محدودکننده مشارکت» بحث شد.

سبب مساوی با مباشر و مباشرین در عرض هم: در این مورد اختلاف عقیده است که آیا استناد می تواند نقش توسعه دهنده مشارکت را ایفا کند و کسی را که حقیقتاً مرتکب جرم نشده است به عنوان شریک جرم به حساب آورد. بهتر است با چند مثال مسئله را تبیین کنیم.

گاه سبب با مباشر مساوی است مثل جایی که هر دو جاهل باشند. فرض کنید الف به همراه دوستش ب وارد منزل خود می شود و مشاهده می کند که در یخچال جعبه شیرینی گذاشته شده است. الف به تصور اینکه شیرینی را همسرش خریده و مال خودشان است به

ب تعارف می‌کند که از آن بخورد. ب هم شیرینی را می‌خورد و بعد معلوم می‌شود که شیرینی مال همسایه بوده که به علت خرابی یخچال‌شان آن را به همسر الف داده است. حال در این تلف مال، الف به علت تعارف نمودن سبب تلف و ب مباشر تلف است ولی هر دو چون جاهل به تعلق مال به دیگری‌اند، مساوی هستند. تلف به ب مستند است ولی آیا می‌توان گفت تلف به الف هم مستند است چرا که او باعث شد با تعارف کردن، ب مال دیگری را تلف کند. روشن است که در این جا قاعده غرور بر مبنایی که این قاعده را تنها در جایی صادق می‌داند که غارّ عالم و مغرور جاهل باشد، وجود ندارد.

می‌توان در این زمینه مثالی از حقوق کیفری نیز آورد. فرض کنید الف و ب در شکارگاهی هستند. الف از دور شبحی را می‌بیند و به خیال اینکه آن شبح حیوان است، ب را تشویق به شلیک نمودن می‌کند. ب هم که دید چشمش نسبت به الف کمتر است به گفته وی اعتماد می‌کند و به سمت آن شبح شلیک می‌کند و بعد معلوم می‌شود که آن شبح انسان بوده است. اینجا رفتار مجرمانه قتل یعنی عمل کشنده را ب انجام داده است و الف با تشویق و تحریک، سبب قتل بوده است. آیا می‌توانیم در اینجا هر دو را قاتل بدانیم؟ پاسخ مثبت به این سؤال مبتنی بر این است که قتل به هر دو «استناد» داشته باشد یعنی «استناد» بتواند کسی را که عمل کشنده انجام نداده است، شریک در انجام آن بداند.

در جایی که سبب و مباشر هر دو عالم باشند نیز این بحث مطرح می‌شود. دو نفر به قصد سرقت قطعه انگشتر کوچک ولی گران بها وارد جواهر فروشی می‌شوند، یکی از ایشان، صاحب مغازه را سرگرم می‌کند و دیگری از فرصت بهره جسته و انگشتر را می‌دزدد. حال سؤال این است که با توجه به این که عنصر مادی سرقت «ربودن» است که به معنای «وضع ید و جابه‌جایی» است و این کار را تنها یک نفر انجام داده است، آیا سرقت به هر دو استناد دارد؟ آیا فردی که صاحب مغازه را سرگرم کرده، تنها معاون جرم محسوب می‌شود یا اینکه شریک جرم محسوب می‌شود؟ مثال دیگر، فرض کنید الف و ب

هر دو صاحب مغازه تعمیر لوازم خانگی هستند. ج ماشین لباسشویی منزلش را که خراب شده است به ایشان می‌دهد تا تعمیر نماید. الف قصد تلف نمودن آن را دارد و ب هم از قضیه مطلع و به آن رضایت دارد و هیچ ممانعتی در این زمینه به عمل نمی‌آورد و حتی الف را تشویق به این کار می‌نماید، آیا جرم خیانت در امانت تنها توسط الف رخ داده است؟ یا اینکه علی‌رغم آنکه ب رفتار مجرمانه خیانت در امانت را انجام نداده است، اما الف و ب هر دو شریک در این جرم‌اند؟

این بحث درباره اشخاصی که در عرض هم به ارتکاب جرمی دست می‌زنند که در اینجا از آن به «مباشرین در عرض هم» یاد می‌کنیم نیز جاری است. این بحث به خصوص در جرائم سازمان‌یافته و جرائمی همانند سرقت‌های بانندی مطرح می‌شود. چهار نفر قصد سرقت مسلحانه از یک بانک را دارند. به همین منظور ماشینی را تهیه و به کنار بانک می‌روند. یکی از ایشان داخل ماشین می‌ماند و دیگران به داخل بانک رفته، دو نفر از ایشان با اسلحه، مأمور حفاظت بانک را خلع سلاح نموده و رئیس و کارمندان بانک را مجبور به همکاری می‌نمایند. در این حال فرد سوم، پول‌ها را داخل کیسه ریخته و آن را به دوش می‌کشد و به همراه دو نفر مسلح از بانک خارج و سوار ماشین شده، فرار می‌کنند. حال سؤال این است که آیا اولاً، هر چهار نفر سارق و شریک در شرکت محسوب می‌شوند یا تنها کسی که گونی پول‌ها را به دوش کشیده و از بانک خارج شده است (در صورتی که به محض خروج از بانک سرقت را تمام شده بدانیم) یا تنها او و کسی که رانندگی ماشین را به عهده داشته است (در صورتی که سرقت را پس از دور شدن ایشان از بانک، تمام شده بدانیم)؟ یا اینکه آن دو نفر مسلح هم شریک در سرقت محسوب می‌شوند هر چند عمل وضع ید و جابه‌جایی را انجام نداده‌اند؟ ثانیاً، به فرض که همه را سارق بدانیم آیا همگان مرتکب سرقت مسلحانه شده‌اند یا تنها آن دو نفری که با اسلحه مأمور حفاظت بانک را خلع سلاح و کارمندان و رئیس بانک را وادار به اطاعت نموده‌اند؟ آیا می‌توان گفت در اینجا سرقت مسلحانه به همگان مستند است زیرا همگان با قصد واحد و اطلاع از

نحوه همکاری دیگری و با رضایت وارد عمل شده‌اند و وضعیت هم به گونه‌ای بوده که اگر یکی اسلحه را بر نمی‌داشته دیگری اسلحه را بر می‌داشته و دخالت می‌کرده است، پس جرم به همگان مستند است و همگان شریک در سرقت آن هم از نوع مسلحانه هستند و به مجازات چنین جرمی محکوم می‌شوند؟^{۱۵}

عبارت برخی فقها، حقوق‌دانان و رویه قضایی حاکی از پذیرش این مطلب است هر چند بعضاً دلیلی بر مدعای خود نیاورده‌اند.

در ابتدا اشاره‌ای به نظرات فقها و حقوق‌دانان و نیز رویه قضایی (۱-ب) می‌شود و سپس از ادله تحقق شرکت (۲-ب) و آن گاه از ادله عدم تحقق شرکت (۳-ب) و در نهایت ضمن جمع‌بندی به تبیین نظریه مختار (۴-ب) خواهیم پرداخت.

۱- ب) اشاره به نظرات فقها، حقوق‌دانان و رویه قضایی

۱. ۱- ب) فقها

۱۵. البته لازم به ذکر است که چگونگی توصیف و تحلیل جرم بسیار اهمیت دارد. مثلاً اگر سرقت حدی را مثل کلاهبرداری جرم مرکب بدانیم که رفتار مجرمانه آن از دو فعل «هتک حرز» و «ربودن» متشکل است، آنگاه اگر هر یک از این دو فعل توسط یک نفر رخ دهد، هر دو را باید شریک در سرقت حدی دانست. هم هتک و هم سارق را. اما اگر سرقت حدی را جرمی ساده بدانیم که رفتار مجرمانه آن ربودن است و هتک حرز یکی از شرایط تشکیل‌دهنده آن باشد در این صورت هتک، شریک در سرقت نیست. چون رفتار مجرمانه سرقت را انجام نداده است. همین وضعیت در مورد کلاهبرداری نیز طبق قوانین فعلی می‌تواند حاکم باشد. یعنی چون الان برحسب ماده ۴۲ برای شرکت در جرائم تعزیری «مشارکت» لازم است، اگر کلاهبرداری را جرمی ساده بدانیم که رفتار مجرمانه آن «بردن مال غیر» است و «به کار بردن وسایل متقلبانه» را نه جزو رفتار آن بلکه از شرایط تشکیل‌دهنده جرم بدانیم، در این صورت کسی که فقط وسایل متقلبانه را به کار برده است، براساس مقررات فعلی شریک در کلاهبرداری نیست. مگر اینکه بگوییم کلاهبرداری به هر دو مستند است.

تا آنجا که نویسنده جست و جو کرده رگه‌هایی از این بحث هم در فقه شیعه و هم در فقه اهل سنت دیده می‌شود.

۱. در فقه شیعه، شاید بهترین تبیین را آیت الله موسوی اردبیلی انجام داده‌اند. ایشان معتقد است در صورتی که جرم سرقت به صورت باندی واقع شود، همه اعضای باند سارق حدّی محسوب می‌شوند. گرچه همگان به معنای واقعی کلمه مرتکب هتک حرز و ربودن نشده باشند. به علت اهمیت این مطلب، ترجمه عبارت ایشان ذیلاً آورده می‌شود. ایشان ذیل این عبارت محقق حلّی - که یکی از شرایط سرقت حدّی آن است - که سارق، به تنهایی یا با کمک دیگری هتک حرز کرده باشد بنابراین اگر هتک حرز توسط شخصی غیر از سارق صورت بگیرد، دست سارق قطع نمی‌شود - می‌نویسد:

«گاه جرم به صورت فردی و غیر گروهی رخ می‌دهد ... مثل این که کسی به قصد سرقت هتک حرز می‌کند ولی از سرقت منصرف شده و دیگری از حرز مالی را می‌برد در این صورت آنچه را که فقها گفته‌اند [که دست هیچ کدام از سارق و هاتک قطع نمی‌شود] صحیح است و اشکالی در آن نیست.

اما گاه جرائم به شکل گروهی و باندی صورت می‌گیرد به گونه‌ای که بر هر عضو از اعضا گروه وظیفه خاصی بر حسب تخصص و زیرکی‌اش نهاده شده است همان‌گونه که [امروزه] در شبکه‌های تروریستی و سازمان‌های جاسوسی قضیه به همین نحو وجود دارد و در حقیقت شبکه به منزله زنجیره بزرگی است که هر فرد از افراد آن به منزله یک حلقه از آن زنجیره‌اند. حال سؤال این است که آیا درست است که به همان شکل و شیوه‌ای که جنایات فردی ملاحظه می‌شود شبکه‌های جنایی در نظر گرفته شوند؟ آیا صحیح است که در موضوع بحث بگوییم دست هیچ یک از اعضا باند سرقت قطع نمی‌شود مگر کسی که هم هتک حرز کرده و هم مال را از حرز برده؟ آیا این راهی [حیله‌ای] به اسقاط حد باز نمی‌کند؟ و باعث باز شدن باب سرقت نمی‌شود؟ در نتیجه بعید نیست بگوییم با همه

اعضای شبکه و باند همانند یک فرد رفتار می‌شود. در نتیجه در صورتی که یک باند، حرزی را هتک نموده و مالی را از آن برده باشند، همه اعضای آن باند محکوم به قطع عضوند. گرچه کسی که مال را برده، هتک حرز نکرده و آن که هتک حرز کرده، مالی را نبرده باشد.^{۱۶}

ایشان این مطلب را در جای دیگری از بحث سرقت حدی^{۱۷} و نیز در بحث محاربه دارد و لذا معتقدند در صورتی که محاربه به صورت باندی رخ دهد، طلیع (کسی که برای محارب اطلاعات برده) و ردء (کسی که به محارب کمک کرده بدون اینکه رفتار مجرمانه محاربه را انجام داده باشد)، محارب محسوب می‌شود.^{۱۸}

۲. مرحوم آیت الله خویی در مسئله ۲۴۱ تکملة المنهاج می‌نویسد: اگر کسی به سویی تیراندازی کند که گاهی انسانی از آن سو رد می‌شود و اتفاقاً تیر به عابری برخورد نماید، دیه بر عهده عاقله تیرانداز است ... اگر عابر بچه‌ای را همراه خود بیاورد و تیر به او برخورد نموده و او بمیرد، آیا دیه بر عهده عابر است یا بر عهده تیرانداز یا بر عاقله این دو؟ در اینجا اختلاف نظر است و قول به حق نزدیک‌تر آن است که تفصیل داده شود و هر یک از این دو نفر که آگاه از حال است بر او نصف دیه لازم است و هر کس که جاهل است بر عاقله او نصف دیه لازم است.^{۱۹}

آنچه در این سخن مرحوم آیت الله خویی جلب توجه می‌نماید این است که ایشان قائل به تحقق شرکت در قتل است یعنی هم تیرانداز و هم عابری که بچه‌ای را همراه خود

۱۶. سید عبدالکریم موسوی اردبیلی؛ فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۵۳-۵۴.

۱۷. همان، ص ۶۰.

۱۸. همان، ص ۵۳۲.

۱۹. خویی؛ پیشین، ص ۲۸۷.

آورده و تیر به او خورده، شریک در قتل می‌باشند. ایشان در پاورقی همین مسئله در شرح نظرشان مبنی بر تفصیل می‌نویسد:

«بیان ذلک: ان کلاً من المصطحب و الرامی: تارة یكون عالماً بان العبور عن هذا المكان فی معرض القتل و اخرى یكون جاهلاً و ثالثه یكون احدهما عالماً و الآخر جاهلاً. فعلى الفرض الاول و الثانى لا یبعد اشتراكهما فی القتل، لاستناده - و الحال هذه - الى كليهما معاً عرفاً، غاية الامر ان القتل على الاول یدخل فی القتل الشبه بالعمد لانصراف ادله القتل الخطائی المحض عن ذلك، فتكون الدیة علیهما و على الفرض الثانى یدخل فی الخطا المحض فالدیة فيه على عاقلتهما. و من هنا یظهر حال الفرض الثالث، فان القتل مستند اليهما معاً، غاية الامر انه بالاضافه الى الجاهل خطأ محض و بالاضافه الى العالم شبهه عمد»^{۲۰}.

«بیان مطلب این است که گاه عابر (که بچه‌ای را همراه خود آورده) و تیرانداز هر دو می‌دانند که عبور از این مکان در معرض تیر خوردن است و گاه هر دو جاهل به این موضوعند و گاه یکی عالم و دیگری جاهل است. بر فرض اول و دوم بعید نیست که هر دو شریک در قتل باشند زیرا عرفاً قتل در این حالت به هر دو مستند است. نهایت اینکه در فرض اول [هر دو عالمند] قتل شبهه عمد می‌باشد زیرا ادله قتل خطای محض منصرف از این صورت‌اند. در نتیجه پرداخت دیه بر هر دو لازم است و در فرض دوم [جهل هر دو] قتل خطای محض است و دیه بر عاقله هر دو است. از همین حال حکم صورت دوم روشن می‌شود زیرا قتل به هر دو مستند است نهایت اینکه قتل نسبت به جاهل خطای محض و نسبت به عالم شبهه عمد می‌باشد.»

۲۰. همان، ص ۲۸۷.

۳. در فقه اهل سنت نیز در مورد ممسک در قتل عمد، فقهای شافعی و حنفی و فقهای حنبلی در یک نقل، معتقدند که قاتل قصاص می‌شود و ممسک حبس ابد می‌شود. اما فقهای مالکی و فقهای حنبلی در نقل دیگر، ممسک و قاتل هر دو را شریک در قتل دانسته به قصاص هر دو معتقدند. البته فقهای مالکی با سه شرط، ممسک را شریک در قتل می‌دانند: ۱. می‌دانسته که قاتل، قصد کشتن داشته است؛ ۲. به قصد کشتن دیگری را نگه داشته است؛ ۳. اگر مقتول را نگه نمی‌داشت، قتلی رخ نمی‌دهد.^{۲۱}

۲. ۱- ب) حقوق دانان

برخی حقوق دانان پذیرفته‌اند که می‌توان گاه کسی را که در عملیات اجرایی جرم به معنای دقیق کلمه، مشارکت نداشته است شریک در جرم دانست. مثلاً دکتر نوربها می‌نویسد:

«به طور کلی لازم است که شریک در عملیات اجرایی جرم مشارکت داشته و جزئی از آن را انجام داده باشد ... البته نباید فراموش کرد که همیشه شرکت در عملیات اجرایی نیاز به تفکیک دقیق این عملیات و اجرای آن دارد چه در برخی از موارد عملیات اجرایی انجام نشده است. فرض کنید دو نفر می‌خواهند انگشتی گران‌بها را سرقت کنند و با یکدیگر وارد مغازه گوهر فروش می‌شوند و یکی از آن دو به سرقت انگشت مبادرت

۲۱. عبد الرحمن جزیری؛ الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۵، ص ۳۰۲. جالب اینجا است که دکتر لنگرودی در تعریف شرکت در جرم می‌نویسد: «ارتکاب جزئی از اجزاء اصلی جرم را به وسیله شخص، شرکت در جرم گویند به طوری که از مجموع اعمال دو یا چند نفر جرم صورت گرفته باشد مانند اینکه کسی دست و پای مقتول را نگه دارد و دیگری سرش را ببرد. شرکت در جرم غیر عمدی هم مصداق پیدا می‌کند مانند اینکه دو نفر دیواری را بلغزانند و به غیر عمد کسی کشته شود» (محمد جعفر جعفری لنگرودی؛ ترمینولوژی حقوق، ص ۳۸۹). آنچه مطمح نظر است شریک دانستن ممسک در قتل عمد می‌باشد.

می‌کند. منطقی نیست که بتوان گفت در چنین شرایطی چون هر دو در عملیات اجرایی به شکل دقیق وارد نشده‌اند پس شرکت در جرم منتفی است چه عقل اجازه نمی‌دهد چنین تصور کنیم که هر یک از آن دو باید در برداشتن انگشتی کوچک با هم اقدام کنند تا اشکالی از جهت عملیات اجرایی پیش نیاید. [ق.م.ا.] با اعلام اینکه «جرم مستند به عمل همه شرکاء باشد خواه عمل هر یک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد خواه نباشد و خواه اثر کار آنها مساوی باشد خواه متفاوت» در حقیقت شرکت در عملیات اجرایی را محصور به عملیات خاص اجرایی برای ارتکاب جرم ندانسته و ظاهراً خواسته است قلمرو شرکت را وسعت ببخشد هرچند گاه ممکن است بیش‌تر معاونت در جرم متبادر به ذهن شود»^{۲۲}.

هرچند ممکن است در مثالی که ایشان آورده، مناقشه کرد، اما اصل مطلب را نباید از ذهن دور داشت. توضیح اینکه در مورد مثال انگشتی ممکن است کسی بگوید این مورد حقیقتاً شرکت در عملیات اجرایی است زیرا سرقت به معنای ربودن پنهانی مال دیگری است و در این مثال یکی با سرگرم کردن صاحب مغازه، وصف پنهانی را تحقق می‌بخشد و دیگری مرتکب ربودن می‌شود. پس چون هر دو جزئی از مفهوم سرقت را تحقق بخشیده‌اند، شریک به شمار می‌روند.

دکتر میر محمد صادقی نیز در مورد ماده ۱۸۵ ق.م.ا. که اشعار می‌دارد: «سارق مسلح و قطاع الطريق هر گاه با اسلحه امنیت مردم و جاده را بر هم بزنند و رعب و وحشت ایجاد کند محارب است» می‌نویسد:

«به نظر می‌رسد که در صورت تعدد مرتکبان، این ماده شامل حال همه آنها خواهد شد هرچند که تنها یکی یا تعدادی از آنها عملاً حامل سلاح باشند البته به شرط آنکه دیگر

۲۲. رضا نوربها؛ زمینه حقوق جزای عمومی، ص ۲۲۱-۲۲۲.

سارقان از این موضوع اطلاع داشته و با هدف و قصد مشترکی دست به سرقت مسلحانه زده باشند»^{۲۳}.

۳. ۱- ب) رویه قضایی

بررسی این موضوعها در آراء دادگاهها نشانگر آن است که در این زمینه وحدت رویه‌ای وجود ندارد، برخی دادگاهها این گونه موارد را شرکت در جرم به شمار آورده‌اند و برخی دیگر چنین عقیده‌ای را ندارند. از جمله پرونده‌هایی که دادگاه آن را شرکت در جرم به حساب آورده است مورد زیر است:

«خلاصه جریان پرونده: ۱. هاشم ۴۰ ساله. ۲. شهلا ۳۱ ساله متهم هستند به شرکت در قتل مرحوم خسرو ... به این شرح که متهم ردیف دوم گفته است: ساعت ۲۴ آمد و به اتفاق همدیگر در آشپزخانه طناب را به سقف بستیم. شوهرم را بیدار کردم و گفتم در منزل را می‌زنند. با همدیگر وارد آشپزخانه شدیم. متهم ردیف یکم که در پشت در مخفی شده بود ایشان را از پشت گرفت و به اتفاق این جانب دست‌های نام برده را بستیم و متهم ردیف یکم طناب را به گردن ایشان انداخت و بالا کشید و بنده شوهرم را نگه داشته بودم. شهود عدیده رابطه نامشروع متهمان را گواهی کرده‌اند و طبق گواهی پزشکی علت مرگ خفگی بوده است»^{۲۴}.

۲۳. حسین میر محمد صادقی؛ جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، ص ۵۳.

۲۴. یدالله بازگیر؛ قتل عمد، ج ۱، ص ۱۸۱-۱۸۲.

دادگاه هر دو متهم را به قصاص نفس محکوم می‌نماید. متهمان به حکم صادره اعتراض می‌نمایند و پرونده به شعبه ۲۷ دیوان عالی ارسال می‌گردد. هیئت شعبه با ردّ اعتراض متهمان رأی دادگاه را تأیید می‌کند.

این پرونده از یک جهت می‌تواند به بحث ما مربوط گردد و آن اینکه بگوئیم عمل کشنده، خفگی بوده که کار یک نفر و آن هم متهم ردیف یکم است و متهم ردیف دوم که شوهرش را نگه داشته بوده، در خفگی مشارکت نداشته است. کار او بالاتر از ممسک در قتل عمد نیست که مجازات وی، قصاص نیست و حبس ابد است. با وجود این دادگاه به علت استناد قتل به هر دو، مورد را شرکت در قتل تلقی نموده است.

ممکن است این پرونده تخصصاً از بحث ما خارج باشد و حقیقتاً شرکت در قتل عمد باشد. زیرا نگه داشتن شوهر برای آن نبوده که شوهر فرار نکند و دست و پا نزنند و تقللاً نکند بلکه زن با نگه داشتن شوهر، وزن خود را به وزن شوهر اضافه کرده و او را از پایین کشیده و متهم ردیف اول او را از بالا و در نتیجه شوهر مرده است. همان‌گونه که اگر دو سر طناب به دست دو نفر باشد و هر یک از جهت مخالف طناب را بکشد شرکت در قتل صدق می‌کرد، در اینجا نیز زن با نگه داشتن شوهر، وزن خود را به وزن و سنگینی شوهر اضافه کرده و او حقیقتاً در عملیات اجرایی قتل یعنی عمل کشنده دخالت داشته است. در این مورد حقیقتاً شرکت در عملیات اجرایی و شرکت در جرم رخ داده است.

در مقابل، برخی آراء حاکی از شرکت به شمار رفتن چنین مواردی است. مثلاً دادنامه شماره ۳۲۵ - ۲۹ / ۴ / ۱۳۷۸ شعبه سی و یکم دیوان عالی کشور حاکی از آن است که: علی رضا ... و کریم ... به اتفاق فرد سومی، وارد محل نگه‌داری گوسفندان فردی به نام عبدالمجید ... شده‌اند. با تهدید چوپان و همسرش و بستن دست و پای آنان به طور مسلحانه ۳۲ رأس گوسفند را به سرقت برده‌اند، بر اثر استمداد چوپان و توجه اهالی، مردم روستا دزدان را تعقیب کرده. دزدان به سوی مردم آتش گشوده‌اند که نهایتاً علی رضا ... و کریم

... دستگیر شده و گوسفندان به سرقت رفته را رها کرده‌اند و از فرد سوم یک قبضه سلاح جنگی از نوع کلت کمری کشف شده که با آن به سوی مردم شلیک کرده است. شعبه سوم دادگاه انقلاب اسلامی گنبد کاووس ... به استناد مواد ۱۸۳ و ۱۸۵ و ۱۹۰ تا ۱۹۲ ق.م.ا، هر سه نفر را به اعدام در ملا عام محکوم کرده است. محکوم شدگان تجدید نظر خواهی می‌کنند و پرونده در این شعبه مطرح می‌شود. این شعبه رأی تجدید نظر خواسته در مورد فرد سوم را تأیید می‌کند، اما با توجه به اینکه دلیلی که مثبت مسلح بودن علی رضا ... و کریم ... و ایجاد اخافه الناس از ناحیه آنان باشد ارائه نشده، دادنامه مورد اعتراض را نقض و رسیدگی رابه شعبه دیگر دادگاه انقلاب اسلامی گنبد کاووس محول می‌کند. شعبه اول دادگاه انقلاب شهرستان مذکور عهده‌دار رسیدگی شده در خاتمه رسیدگی اظهار داشته است:

«با عنایت به مراتب فوق و اظهارات و اقاریر صریح و مکرر متهمان بزهکاری آنان را احراز و چون سرقت مسلحانه به صورت بانندی بوده و مرکب از سه یا چهار نفر انجام می‌گرفت و این گروه با اسلحه کمری به دامداری مردم می‌رفتند و سرقت می‌کردند و در سرقت مسلحانه بانندی و گروهی نیازی نیست که کلیه سارقین مسلح باشند چون سرقت به صورت مشارکت انجام می‌گیرد و سلاح اگرچه در دست یک نفر باشد اما به همه آنها استناد پیدا می‌کند و همه آنها از مصادیق بارز سارقین مسلح محسوب می‌شوند و موجب رعب و وحشت و اخافه الناس می‌گردند، مشارکت در سرقت مسلحانه را احراز کرده و به استناد مواد ۱۸۳ و ۱۸۵ و ۱۹۰ و ۱۹۱ و ۴۲ ق.م.ا، ... [ایشان را محکوم می‌نماید] ...»^{۲۵}

۲۵. مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ج ۵، ص ۳۶۰-۳۶۱.

محکوم شدگان دوباره تجدید نظر خواهی می کنند و شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور رأی دادگاه بدوی را تأیید نمی کند زیرا متهمان فاقد سلاح بوده اند و بر عمل آنان عنوان محاربه صدق نمی کند و در نتیجه موضوع را اصراری تشخیص می دهد. پرونده در هیأت عمومی اصراری کیفری مطرح می شود. در آنجا برخی قضات معتقد به صدق شرکت در سرقت مسلحانه و برخی مخالف بودند. در نهایت هیئت عمومی، رأی شعبه ۳۱ را مبنی بر محقق نشدن شرکت در سرقت مسلحانه و محاربه می پذیرد (رأی اصراری شماره ۱۴-۱۳۷۸/۷/۲۰).

حال باید دید دلیل موافقین تحقق شرکت و پاسخ مخالفین چیست؟

۲- ب) ادله تحقق شرکت

در این پرونده برخی قضات که معتقد به تحقق مشارکت اند، دلیلی برای مدعای خود ذکر نکردند، اما برخی، برای اثبات مدعای خود دلیل آورده اند و مهم ترین دلیل شان هم عرف است. در عین حال می توان برای این عقیده، به ادله دیگری نیز اشاره کرد.

۲.۱- ب) صدق عرفی شرکت در جرم

این دلیل اشعار می دارد که همان گونه که در سبب قوی تر از مباشر، استناد نقش توسعه دهنده را ایفا می کند و سبب را که خود رفتار مجرمانه را انجام نداده است، مرتکب آن به شمار می آورد، و علت هم صدق عرفی است، در این گونه موارد به خصوص در مباشرین در عرض هم عرف می تواند این نقش را ایفا نماید. به تعبیر دیگر عرف در این موارد شرکت را محقق می داند. پیش تر دیدیم که مرحوم آیت الله خویی برای قاتل دانستن تیرانداز و مصطحب (کسی که دیگری را به همراه خود در معرض تیراندازی آورده) چنین

نوشتند: «لا یبعد اشتراکهما فی القتل لاستناده [قتل] و الحال هذه الی کلیهما معاً عرفاً»^{۲۶}. برخی از قضات عضو هیأت عمومی دیوان عالی کشور در این زمینه گفته‌اند:

«در کجا برای ما ترسیم شده است که گروهی که به صورت جمعی و به قصد سرقت یا اخافه الناس وارد یک جمعیتی، خانه‌ای آن هم در دل شب می‌خواهند بشوند، حتماً باید یکایک این‌ها مسلح باشند ... از نظر استنباط عرفی و برداشت عرفی از هر کسی پیرسیم شما به عنوان یک عرف عاقل و متوجه و آگاه جمعی در دل شب [به] یک خانه‌ای به صورت عنف وارد شده‌اند ... عرف چه برداشتی و استنباطی از این قضیه می‌کند. عرف می‌گوید که تنها مسلح به عنوان محارب است و بقیه مشارکتی ندارند و معاونت است؟ من فکر نمی‌کنم یک عرف عاقل و آگاه و هوشیار و متوجه یک چنین برداشتی از این قضیه کند ... [لازم نیست] به اصطلاح مته به خشخاش بگذاریم و بگوییم نه خیر اینجا آن دید فلسفی را مطرح کنیم در حالی که در فقه دید فلسفی ملاک نیست و در فقه دید عرفی و عرف حاکم مطرح است و از دید عرفی هرگز و هرگز اینجا نگرش به فرد فرد افراد نمی‌کنند»^{۲۷}.

آنچه از خلال عبارات فوق به خوبی مشهود است این است که دلیلی برای حکومت عرف در ضابطه اول ارائه نشده است. اینکه «در فقه دید فلسفی ملاک نیست و دید عرفی و عرف حاکم است»، مطلبی است که اجمالاً صحیح است ولی آیا مورد بحث هم از مصادیق آن است؟ به چه دلیل و مستندی؟

آنچه در این نظر مطرح شده، ادعای بدون دلیل است.

۲.۲- ب) امکان سوء استفاده در صورت شریک ندانستن

شریک جرم ندانستن همه اعضای باندهای مجرمانه، باعث سوء استفاده شده، راه ارتکاب جرائم باز می‌گردد و مجازات‌ها تعطیل می‌گردند. برخی فقها در نقد اطلاق این

۲۶. خویی، پیشین، ص ۲۸۷.

۲۷. مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور، پیشین، ص ۳۶۶.

نظر که اگر یک نفر هتک حرز کند و دیگری مال را ببرد، دست هیچ کدام قطع نمی‌شود معتقدند این حکم در جایی درست است که سرقت به صورت بانندی واقع نشده باشد و الا اگر سرقت به صورت بانندی واقع شده باشد، این حکم باعث سوءاستفاده می‌شود زیرا اعضای باند سرقت با علم به این مطلب تقسیم کار کرده یکی تنها هتک حرز می‌کند و دیگری تنها مال را می‌برد و در نتیجه هیچ کدام به مجازات سرقت حدی محکوم نمی‌شوند و این پذیرفته نیست.^{۲۸} در واقع ایشان معتقدند باید به نتایج و آثار و لوازم یک حکم دقت کرد و در صورتی که حکمی آثار نامطلوبی به دنبال داشته باشد، آن حکم قابل پذیرش نیست.

۳.۲- ب) ماده واحده تشدید سرقت مسلحانه مصوب ۱۳۳۸

این ماده مقرر می‌دارد:

«هرگاه دو یا چند نفر با اجتماع و مواضعه قبلی به بانک‌ها یا ... به قصد سرقت و ربودن اموال مسلحانه حمله ببرند (هرچند یک نفر از آنها مسلح باشد) هر یک از مرتکبین در صورت وقوع سرقت یا ربودن مال به حبس با اعمال شاقه و در صورت وقوع قتل به اعدام محکوم خواهد شد ...»

همان گونه که مشاهده می‌شود در این ماده واحده، قانون‌گذار تمام کسانی را که قصد سرقت و ربودن اموال را به طور مسلحانه داشته‌اند، شریک در سرقت مسلحانه به حساب آورده است هرچند تنها یک نفر از آنها مسلح باشد و همگی ایشان را به مجازات‌های یکسان محکوم نموده است.

۲۸. موسوی اردبیلی؛ پیشین، ص ۵۴. عبارت ایشان به تفصیل پیش‌تر آورده شد.

۳- ب) ادله عدم تحقق شرکت

نظر دوم آن است که در این گونه موارد به خصوص در مورد مباشرینی که در عرض هم مرتکب رفتار مجرمانه جرم شده‌اند، نمی‌توان شرکت در جرم را محقق دانست و ادله طرف‌داران تحقق شرکت قابل مناقشه است.

۳.۱- ب) عدم حکومت عرف

توضیح اینکه از آنجا که قانون‌گذار برای شرکت در جرم، ضابطه «دخالت همگان در عملیات اجرایی جرم» را ضروری دانسته است، در تحقق و صدق شرکت، نمی‌توان مسامحه کرد و فهم عرفی را ملاک قرار داد بلکه در اینجا قاضی باید با بررسی دقیق ببیند که آیا ضابطه فوق محقق شده است یا خیر؟

به تعبیر دیگر گاه قانون‌گذار در بیان موضوعی، ابتکار و اختراعی از خود بروز نمی‌دهد در این موارد همان فهم عرفی موضوع ملاک می‌باشد. مثل اینکه مقرر می‌دارد: «قصاص با آلت کند و غیر برنده ممنوع است». حال اینکه مفهوم کند و غیر برنده چیست باید از عرف مدد جست. اما گاه قانون‌گذار در بیان موضوعی و نهادی خود به تأسیس می‌پردازد و ضابطه‌ای را معین می‌کند. مثلاً «شروع به جرم»، «معاونت در جرم»، «شرکت در جرم» در عرف معنا و مفهوم دارند ولی وقتی قانون‌گذار در این موارد به بیان ضابطه می‌پردازد و می‌گوید شروع به جرم چنین است و معاونت در جرم چنان، دیگر نمی‌توان ضابطه قانون‌گذار را نادیده انگاشت و به فهم عرفی تمسک کرد.^{۲۹} برای شرکت در جرم

۲۹. برخی صاحب‌نظران در این زمینه سخنی دارند که جالب توجه است. ایشان در مورد مراجعه به عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق معتقدند: «این کارایی برای عرف تنها در موضوعات عرفی... است وگرنه موضوعاتی که از مخترعات شرعی است یا موضوعی که در گزاره‌های عقلی حضور دارد، مجال برای



نیز قانون‌گذار ضابطه مداخله همگان در عملیات اجرایی را لازم دانسته و در مثال‌های مورد بحث، چون این ضابطه صادق نیست، شرکت محقق نیست.

ما معتقدیم این نظر صحیح است و ادله و شواهد متعددی از شرع و قانون می‌توان برای این نظر اقامه کرد که ذیلًا به آنها اشاره می‌کنیم:

۱. ۱. ۳-ب) قاتل نبودن ممسک در قتل عمد

به استناد روایات معتبر مثل صحیحہ حلبی^{۳۰} اگر کسی دیگری را نگه دارد و شخص ثالثی، نگه داشته شده را به قتل برساند، قاتل کسی است که عمل کشنده را انجام داده است و ممسک به حبس ابد محکوم می‌شود. به همین مضمون، معتبره سماعه، معتبره سکونی و معتبره عمرو بن ابی مقدم دلالت دارند^{۳۱}. بنابراین از نظر فقهی ممسک قاتل محسوب

توهم مرجعیت عرف در تطبیق آن موضوع بر مصادیقش نیست. به عنوان مثال در قضیه: «انجام عملی که صورت نماز را از بین ببرد...» داوری درباره معنا و مفهوم «صورت نماز» و انطباق آن با عینیت خارجی با عرف نیست؛ زیرا نماز و صورت نماز مخترع شرعی است و داوری نیز با شارع است. همچنین در گزاره «هرگاه مالی از دیگری نزد شخصی بود باید در شناسایی مالک کوشش نماید» اگر حاکم در این گزاره عقل باشد، نباید در صدق اشتغال انسان به کوشش در شناسایی مالک، به عرف مراجعه نمود، بلکه چون قضیه عقلی است، باید حدود موضوع و تطبیق را نیز عقل تعیین نماید؛ از این رو، ممکن است عقل در مثال فوق تا حد ناامید شدن از پیدا نمودن مالک تفحص را لازم بداند و صدق عرفی تفحص را کافی نداند. در حالی که اگر گزاره مزبور مستفاد از نص شرعی چون قرآن و حدیث بود، مرجع در بیان مفهوم فحص و اشتغال به آن و بنا به نظر برخی از فقیهان، مرجع در تطبیق آن بر خارج عرف بود. شاید بر اساس همین نگرش است که شیخ انصاری در مسئله مزبور فرموده است: معیار در مقدار فحص صدق عرفی اشتغال شخص به جستجو از مالک است نظیر آنچه فقها در مال پیدا شده، گفته‌اند «ابوالقاسم علیدوست؛ فقه و عرف، ص ۲۵۵-۲۵۶».

۳۰. شیخ حرّ عاملی؛ وسائل الشیعه، ج ۲۹، ص ۴۹.

۳۱. همان، ص ۵۱-۵۰.

نمی‌شود هر چند در صحنه قتل حضور دارد، و نقش بسیار مهمی در قتل دارد زیرا اگر مقتول را نمی‌گرفت، او می‌توانست از خود دفاع کند و کشته نشود. قاتل محسوب نشدن ممسک طبق جزء اول ضابطه شرکت است زیرا رفتار مجرمانه قتل، عمل کشنده است. در اینجا آنچه باعث کشتن شده است جرحی است که به قلب دیگری وارد شده است و نگه داشتن باعث قتل نشده و عمل کشنده نیست. چه بسا اینجا اگر روایات خاص نبود، عرفاً حکم به شریک بودن ممسک و استناد قتل به وی می‌شد، همان‌طور که در حقوق انگلستان چنین است:

«شخص شریک در زمان ارتکاب جرم حاضر بوده و به مباشر کمک یا وی را تشویق می‌کند. مسلماً مرزی بین این حالت و حالتی که در آن D_1 و D_2 هر دو مباشر جرم محسوب می‌شوند وجود دارد. مثلاً اگر D_1 ، P را نگه دارد و D_2 او را بکشد، هر دو مباشر جرم قتل عمد محسوب می‌شوند»^{۳۲}.

باید دانست که در مطالعه این روایات، احساس نمی‌شود که روایات بر امری خلاف قاعده دلالت دارند. یعنی این‌گونه نیست که عرفاً ممسک، شریک در قتل باشد و روایات، امری خلاف قاعده را بیان کنند تا در نتیجه نتوان از آنها، قاعده به دست آورد. ضمن اینکه اطلاق روایات فوق صورتی که قتل و امساک به صورت باندی واقع شده را نیز در بر می‌گیرد. یعنی حتی در جایی که دو نفر با اجتماع و تبانی قرار می‌گذارند که یکی ممسک باشد و دیگری قاتل، هر دو را شریک در قتل به حساب نیاورده‌اند.

۲. ۱. ۳- ب) محارب محسوب نشدن طلیع و رذء

در فقه کسی که برای محارب، خبر و اطلاعات می‌برد (طلیع) و نیز کسی که به محارب کمک می‌کند مثلاً در صحنه محاربه حضور دارد ولی تنها در جمع‌آوری اموال به

۳۲. استیو براندن؛ مروری بر حقوق جزای انگلستان، ص ۳۷.

محارب کمک می کند (ردء) محارب محسوب نمی شوند. در این زمینه میان فقها اختلاف نظر وجود ندارد و همه آن را پذیرفته اند.^{۳۳} این نکته نیز به خاطر دخالت نداشتن این دو در عملیات اجرایی محاربه است. محاربه، سلاح کشیدن به قصد ترساندن مردم است و طلیع و ردء سلاح نکشیده اند. محارب محسوب نشدن این دو و به خصوص ردء، دلیل قوی است بر این که نمی توان به بهانه «باند و گروه»، وضعیت همه اعضای باند را از حیث جرم ارتكابی یکسان دانست. زیرا ردء که هم دست محارب بوده و در صحنه محاربه حضور دارد و به گردآوری اموال می پردازد، محارب محسوب نشده است.

البته اگر کسی بگوید قاتل محسوب نشدن ممسک و محارب محسوب نشدن ردء امری خلاف قاعده و ضابطه است و روایات تنها در مورد ممسک، فهم عرفی را تخطئه کرده است و فقها نیز تنها در مورد طلیع و ردء چنین کاری را انجام داده اند، بدیهی است نمی توان از این دو مورد ضابطه شرکت در جرم را به دست آورد. ولی ظاهراً چنین نیست. به نظر می رسد شرعاً این دو مورد خصوصیتی ندارند و باید در همه موارد ضابطه شرکت را مداخله در عملیات اجرایی دانست.

۳.۱.۳- ب) جلوگیری از ابهامات و نقض حقوقها

فهم عرفی چون باعث توسعه در شرکت می شود و از طرف دیگر ضابطه مند نیست، باعث می شود ابهامات و ایرادات زیادی پیدا شود در حالی که اگر به اجرای دقیق ضابطه قائل شویم، جلوی هرج و مرج و اختلاف رویه و ... گرفته می شود. چون اینکه عرف در چه مواردی جرم را به کسانی که در عملیات اجرایی نقش نداشته اند استناد داده و آنها را

۳۳. به استثنای آیت الله موسوی اردبیلی، نگاه کنید به موسوی اردبیلی، پیشین، ص ۵۳۲.

نیز شریک محسوب می‌کند، روشن نیست و در نتیجه عملاً باعث هرج و مرج و اختلاف رویه دادگاه‌ها و ... می‌شود. در حالی که اگر معتقد به اجرای دقیق ضابطه باشیم، چنین توالی فاسدی پیش نمی‌آید.

۴. ۱. ۳-ب) استفاده از فحوای ماده ۶۵۴ ق.م.ا.

این ماده مقرر می‌دارد:

«هرگاه سرقت در شب واقع شده باشد و سارقین دو نفر یا بیش‌تر باشند و لا اقل یک نفر از آنان حامل سلاح ظاهر یا مخفی باشد در صورتی که بر حامل اسلحه عنوان محارب صدق نکند، جزای مرتکب یا مرتکبان حبس از پنج تا پانزده سال و شلاق تا ۷۴ ضربه می‌باشد.»

شاهد، عبارت «در صورتی که بر حامل اسلحه عنوان محارب صدق نکند» می‌باشد. گویا قانون‌گذار می‌گوید: گرچه سرقت مسلحانه به صورت دسته جمعی و بانندی است اما تنها کسی به عنوان محارب شناخته می‌شود که «حامل سلاح» باشد و دیگران اصلاً محارب شناخته نمی‌شوند. بلکه اگر قانون‌گذار مقرر می‌داشت: «در صورتی که بر آنان عنوان محاربه صدق نکند»، می‌توانستیم بگوییم برای تحقق شرکت در جرم محاربه و ...، دخالت همگان در عملیات اجرایی به مفهوم دقیق کلمه لازم نیست.

۵. ۱. ۳-ب) استفاده از ماده ۴۳ و ...

اگر فهم عرفی در مورد ضابطه دخالت در عملیات اجرایی پذیرفته شود، بسیاری از اعمالی که ذاتاً معاونت در جرم‌اند و قانون آنها را به عنوان معاونت شناخته است (ماده ۴۳ ق.م.ا.) باید تبدیل به شرکت در جرم شود همچون کسی که تسهیل ارتکاب جرم می‌کند.

در حالی که قانون‌گذار این گونه اعمال را معاونت به شمار آورده است. همچنین می‌توان به ماده ۴۵ ق.م.ا. اشاره کرد که مقرر می‌دارد:

«سردستگی دو یا چند نفر در ارتکاب جرم اعم از اینکه عمل آنان شرکت در جرم یا معاونت در جرم باشد از علل مشدده مجازات است.»

اینکه قانون‌گذار پذیرفته سردستگی الزاماً شرکت در جرم نیست و می‌تواند معاونت در جرم باشد، می‌رساند که قانون‌گذار برای شرکت در جرم، اعمال ضابطه دقیق «دخاله در عملیات اجرایی جرم» را ضروری می‌داند. بدیهی است اگر فهم عرفی ملاک بود، عرف سردسته را اگر تنها مباشر جرم نداند، لا اقل شریک در جرم می‌داند.

۲.۳- ب) پاسخ از ماده واحده تشدید سرقت مسلحانه

با توجه به آنچه گذشت روشن می‌شود که نمی‌توان به ماده فوق استناد کرد و باید به نسخ این ماده قائل شد. زیرا مبنای این ماده بر اساس محارب تلقی شدن سارق مسلح نیست و الا مجازات اعدام را تنها در فرض کشته شدن بی گناهی قرار نمی‌داد چه اینکه در قوانین قبل از انقلاب با جدا کردن دادگاه شرع، مجازات‌های شرعی را به این دادگاه‌ها سپردند هر چند عملاً این قضیه اتفاق نیفتاد و در نتیجه باید در مورد سرقت مسلحانه از صراف‌ها و ... به قوانین پس از انقلاب از جمله ماده ۱۸۵ و مانند آن مراجعه کرد و به علاوه دیدیم که در ماده ۶۵۴ صدق وصف محارب را تنها بر سارق مسلح ممکن دانسته است. در نتیجه جایی برای استناد به ماده فوق نیست.

۴- ب) جمع‌بندی نظرات و تبیین نظر برگزیده

همان‌گونه که بیان شد، هرچند این بحث به صورت منقح و منظم در کتاب‌ها و مقالات دیده نمی‌شود، اما شاید بتوان گفت در مجموع سه احتمال در قضیه می‌رود.

احتمال اول، نمی‌توان کسی را که در عملیات اجرایی نقش نداشته است، شریک در جرم محسوب کرد چه در جرائم مستوجب حد و قصاص و دیه و چه در جرائم تعزیری.

احتمال دوم، در صورتی که جرم به صورت باندی و سازمان‌یافته واقع شود، می‌توان کسی را که در عملیات اجرایی جرم به معنای دقیق کلمه دخالت نداشته است، اما از اعضای باند بوده و در تحقق جرم نقش داشته است، شریک جرم به شمار آورد و در این معنا فرقی بین جرائم مستوجب حد و قصاص و دیه و جرایم تعزیری نیست.

ظاهراً تنها کسی که این مطلب را پذیرفته، آیت الله موسوی اردبیلی است. دیدیم که ایشان در مورد سرقت حدی و محاربه که به صورت باندی و سازمان‌یافته صورت می‌گیرد، همه را شریک در جرم به شمار آوردند گرچه تک تک اعضاء باند، رفتار مجرمانه سرقت حدی و محاربه را به صورت دقیق انجام نداده باشند. بدیهی است وقتی ایشان در جرائم حدی این توسعه را بپذیرند، در جرائم تعزیری به طریق اولی آن را خواهند پذیرفت و ظاهر عبارات‌شان به گونه‌ای است که این ملاک در همه جرائم اعم از حدی و غیر حدی وجود دارد.

احتمال سوم، در جرائم مستوجب حد یا قصاص یا دیه، استناد نمی‌تواند نقش توسعه‌دهنده برای مشارکت داشته باشد اما در جرائم تعزیری قانون‌گذار می‌تواند بنا به مصالحی، نقش توسعه‌دهنده برای استناد را بپذیرد که از جمله این مصالح می‌تواند جلوگیری از وقوع جرم سازمان‌یافته باشد.

نویسنده معتقد است احتمال سوم، قابل دفاع و صحیح است و در واقع راه بینایی میان احتمال اول و احتمال دوم است. آنچه در بحث قبلی در نقد ادله تحقق شرکت در جرم گذشت، در واقع، احتمال دوم را نادرست جلوه داد. به واقع از حکم فقهی ممسک و طلیع و ردء و ... استفاده شد که در جرائم حدود و قصاص و دیات نمی‌توان توسعه را پذیرفت. اما در جرائم تعزیری مانعی ندارد که قانون‌گذار همه اعضاء باند را شریک در جرم تلقی

کند. علاوه بر اینکه مصالح اجتماعی و سیاست کیفری اقتضا می‌کند که همگان را شریک در جرم به شمار آورد، از نظر فقهی مانعی وجود ندارد زیرا در جرائم تعزیری قاعده التّعزیر لکل حرام حاکم است و در واقع شخص به خاطر ارتکاب فعل حرام، قابل تعزیر است و آن هم دون الحدّ. حال فرق نمی‌کند که مرتکب فعل حرام را شریک در جرم بدانیم یا معاون جرم و ... مثلاً یکی از جرائم تعزیری رشوه دادن و رشوه گرفتن است. حال اگر کسی در اداره و سازمانی، باندی را تشکیل دهد که از ارباب رجوع رشوه بگیرد، همه اعضا را اعم از سردهسته و ... می‌توان شریک در جرم به‌شمار آورد و هیچ مشکل فقهی ایجاد نمی‌شود. یعنی این‌گونه نیست که اگر سردهسته را مثلاً شریک بدانیم آثار فقهی خاصی داشته باشد نسبت به اینکه وی را معاون بدانیم. در هر صورت وی مرتکب فعل حرام شده و قابل تعزیر است و میزان تعزیر وی در هر صورت باید کمتر از حدّ باشد. قوانین جزایی نیز در پاره‌ای جرائم تعزیری این توسعه را پذیرفته‌اند. مثلاً ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء و کلاهبرداری مقرر می‌دارد:

کسانی که با تشکیل یا رهبری شبکه چند نفری به امر ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مبادرت ورزند، علاوه بر ضبط کلیه اموال منقول و غیر منقول که از طریق رشوه کسب کرده‌اند به نفع دولت و استرداد اموال مذکور در مورد اختلاس و کلاهبرداری و ردّ آن حسب مورد به دولت یا افراد، به جزای نقدی معادل مجموع آن اموال و انفصال دائم از خدمات دولتی و حبس از پانزده سال تا ابد محکوم می‌شوند و در صورتی که مصداق مفسد فی الارض باشند، مجازات آنها، مجازات مفسد فی الارض خواهد بود.

بنابراین در سرقت حدّی مثلاً نمی‌توانیم کسی که تنها هتک حرز کرده یا تنها مال را خارج کرده، مرتکب سرقت حدّی بدانیم و لو با هم تبانی کرده و باندی تشکیل داده باشد ولی در کلاهبرداری مثلاً می‌توانیم دو نفر را که با هم تبانی کرده‌اند اما یکی از این دو تنها توسل به وسایل متقلبانه داشته و دیگری تنها بردن مال را، هر دو را شریک در کلاهبرداری

بدانیم. همچنین کسی که سردستگی این باند را بر عهده داشته می‌توان شریک دانست ولو اینکه هیچ‌یک از دو رفتار توسل به وسایل متقلبانه و بردن را انجام نداده باشد.

در پایان لازم به ذکر است لایحه قانون مجازات اسلامی که در دست بررسی شورای نگهبان است، گام خوبی را در این زمینه برداشته است زیرا گرچه ماده ۱۲۴ لایحه فوق که به شرکت در جرم اختصاص یافته است همان مفاد ماده ۴۲ ق.م.ا. ۱۳۷۰ است، اما لایحه با پیش‌بینی فصلی با عنوان «سردستگی گروه مجرمانه سازمان‌یافته» مقرر می‌دارد:

«ماده ۱۲۹ هر کس سردستگی یک گروه مجرمانه را به عهده گیرد به حداکثر مجازات شدیدترین جرمی که اعضاء آن گروه در راستای اهداف همان گروه مرتکب شده‌اند، محکوم می‌گردد مگر اینکه جرم ارتكابی موجب حد یا قصاص یا دیه باشد که در این صورت به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم خواهد شد. در محاربه و افساد فی‌الارض زمانی که عنوان محارب یا مفسد فی‌الارض بر سر دسته گروه مجرمانه صدق کند حسب مورد به مجازات محارب یا مفسد فی‌الارض محکوم می‌گردد.

تبصره ۱. گروه مجرمانه عبارت است از گروه نسبتاً منسجم متشکل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتكاب جرم تشکیل شده یا پس از تشکیل، هدفش برای ارتكاب جرم منحرف شده باشد.

تبصره ۲. سردستگی عبارت است از تشکیل یا طراحی یا سازماندهی یا اداره گروه مجرمانه.»

مشاهده می‌شود که لایحه با پذیرفتن مجازات فاعل مادی برای سر دسته گروه مجرمانه در واقع او را شریک تلقی نموده است. این گام هرچند خوب است اما ناقص است زیرا بحث را اولاً به گروه مجرمانه که حداقل از سه نفر متشکل است و ثانیاً تنها در مورد سر دسته منحصر نموده است در نتیجه جا برای سوء استفاده باقی است. امید است این اشکال در لایحه مرتفع شود.

نتیجه گیری

۱. مطابق قوانین پس از انقلاب برای تحقق شرکت در جرم وجود دو امر «مشارکت» (دخالت در عملیات اجرایی) و «استناد جرم به همگان» لازم است.
۲. مقصود از استناد، انتساب است یعنی بر رفتار شخص، جرم خاص و بر شخص، اسم فاعل آن جرم صدق کند.
۳. «استناد» امر جدیدی نیست و در غیر شرکت در جرم نیز در مواردی لازم است.
۴. اثری از این واژه در تعریف ضابطه شرکت در جرم در کلمات فقها دیده نمی شود جز در عبارت برخی فقهای معاصر. البته باید اذعان کرد که به این واژه نیاز است.
۵. «استناد» می تواند موارد «مشارکت» را محدود نماید. یعنی کسی که در عملیات اجرایی جرم نقش داشته به آن جهت که جرم مستند وی نیست، شریک جرم به شمار نیاید.
۶. «استناد» نمی تواند در جرائم مستوجب حد، قصاص یا دیه موارد «مشارکت» را توسعه دهد، به این معنا که کسی که در عملیات اجرایی جرم نقش نداشته، به این بهانه که جرم مستند وی می باشد، شریک در جرم تلقی شود.
۷. اما در جرائم تعزیری و بازدارنده، قانون گذار می تواند بنا به مصالحی که از جمله آنها جلوگیری از وقوع جرائم سازمان یافته و باندی بودن جرم است کسانی را که عملیات اجرایی جرم را انجام نداده اند شریک جرم به شمار آورد. قانون گذار این وضعیت را در یکی دو مورد پیش بینی کرده است اما به صورت قاعده نیاورده است.
۸. لایحه قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۲۹ گامی مهم هر چند ناقص در این زمینه برداشته است.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، محمدعلی؛ حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، اول، ۱۳۷۷، ج ۲.
۲. بازگیر، یدالله؛ قتل عمد، تهران، ققنوس، اول، ۱۳۷۶، ج ۲ و ۱.
۳. براندن، استیو؛ مروری بر حقوق جزای انگلستان، ترجمه: حسین میرمحمدصادقی، تهران، اول، نشر حقوق دان، ۱۳۷۶.
۴. الجزیری، عبدالرحمن؛ الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۵.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوق، تهران، ششم، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲.
۶. حلی، جعفر بن الحسن؛ شرایع الاسلام، تهران، انتشارات استقلال، دوم، ۱۴۰۹.
۷. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)؛ قواعد الاحکام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، اول، ۱۴۱۳.
۸. خویی، سیدابوالقاسم؛ موسوعه الامام الخوئی (مبانی تکملة المنهاج)، قم، ۱۴۲۲، ج ۴۲، ق. ۵.
۹. شافعی، محمد بن ادریس؛ کتاب الام، بیروت، دارالفکر، دوم، ۱۴۰۳، ج ۶.
۱۰. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)؛ مسالک الافهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، اول، ۱۴۱۶.
۱۱. علیدوست، ابوالقاسم؛ فقه و عرف، تهران، اول، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴.
۱۲. مذاکرات و آراء عمومی دیوان عالی کشور، اول، اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تهران، ۱۳۸۱، ج ۵.
۱۳. مرادی، حسن؛ شرکت و معاونت در جرم، تهران، نشر میزان، اول، ۱۳۷۳.

۱۴. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم؛ *فقه الحدود والتعزیرات*، قم، مؤسسه النشر لجامعه المفید، دوم، ۱۴۲۹ ه.ق، ج ۳.
۱۵. میر محمدصادقی، حسین؛ *جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی*، تهران، نشر میزان، اول، ۱۳۸۰.
۱۶. میر محمدصادقی، حسین؛ *جرائم علیه اموال و مالکیت*، تهران، نشر میزان، هجدهم، ۱۳۸۶.
۱۷. نجفی، محمدحسن؛ *جوهر الکلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، سوم، ۱۳۶۷.
۱۸. نوربها، رضا؛ *زمینه حقوق جزای عمومی*، تهران، نشر داد آفرین و کتابخانه گنج دانش، چهارم، ۱۳۷۹.