

دکتر علی نجفی توانا

وکیل پایه یک دادگستری

## تعارض و خلأ در مقوله شروع به جرم

### مقدمه

بزه به مثابه یک عمل انسانی محصول مراحل مختلف ذهنی و عینی است. برای ارتکاب یک جرم سکانس‌های منظم و متوالی باید طی شود، مراحل طی چون ایجاد اندیشه مجرمانه، طراحی و برنامه‌ریزی، تهیه مقدمات و تدارکات، شروع به ارتکاب. حصول نتیجه که در صورت اخیر اقدامات مجرمانه خود در یکی از قالبهای جزایی قرار گرفته و عکس‌العمل احتمالی و قانونی را موجب می‌شود.

طی این مسیر مجرمانه و تحقق مدارج بزهکاری همیشه مقرون به موفقیت و تحصیل فرجام نخواهد بود و فرد به علل متفاوت درونی و یا بیرونی از تعقیب مسیر انصراف و یا ناکام می‌ماند. جوامع مختلف با تکیه بر معیارهای مشخصی عکس‌العمل‌های متفاوتی در برخورد با تبه‌کاران، با توجه به نوع خطر مترتب بر اقدامات آنها که متوجه نظم عمومی یا منافع اشخاص گردیده و یا بالحاظ درجه خطرناکی و شخصیت مجرمانه فرد اتخاذ نموده‌اند. به رغم اختلاف در اتخاذ واکنش اجتماعی، قریب به اتفاق کشورها در چند محور متفق‌القولند، فکر جرم، طراحی برای ارتکاب آن، جرم نیست. تهیه مقدمات و تدارک ابزار و وسایل اگر مستقلاً در قانون پیش‌بینی نشده باشد قابل مجازات نمی‌باشد. شروع به اقدامات مادی و اجرایی بزه در صورتی که به علت انصراف ارادی و ارتجالی مرتکب، نتیجه مجرمانه به بار نیآورد از جهت جرم مورد نظر فاعل مجازاتی نخواهد داشت. اما در مواردی که فعالیت بزه‌کارانه با پیمودن کامل راه موجب تحقق بزه گردد (جرم تمام شده) و یا توالی اقدامات با گذر از تمام سکانس‌ها هدفمندانه وصول به

فرجام را تعقیب کند، ولی با حدوث پدیده خارجی فعالیت مجرمانه به نتیجه مطلوب ختم نشود (شروع به جرم) اکثر نظامهای جزایی چنین افرادی را مستحق تعقیب و مجازات می‌دانند. سیاستی که نظام جزائی گذشته کشور ما بدان مایل بود. اما به دلایل نامعلوم در مقررات و مصوبات بعد از انقلاب در قوانین سال ۱۳۶۱ و بویژه ۱۳۷۰ آشکارا با وصف پذیرش عنوان شروع به جرم آن را به مثابه فعالیت مجرمانه قابل مجازات نمی‌دانند. تعجب‌انگیزتر آنکه مقنن تحت همین توصیف اقدامات بزهکارانه که به نتیجه مطلوب نرسیده است را در برخی جرایم کیفر داده است. وجود تعارض در مقررات کیفری موضوعه ناهماهنگی مفهوم و منطوق مواد قانونی در رابطه با شروع به جرم، نگارنده را بر آن داشت که به صورت محدود بدون پرداختن به کلیت موضوع شروع به جرم و یا شرایط تحقق آن، ضوابط حاکم در این زمینه را نقد و تحلیل و احیاناً نکات مبهم و تعارض را تبیین نماید.

## بخش اول

### مراحل داخلی و خارجی تحقق جرم

در حقوق جزا گذر از اندیشه مجرمانه به طراحی و تهیه مقدمات و شروع به عملیات اجرایی که منجر به اخذ نتیجه مطلوب شود تحت عناوین مختلف جزایی: قتل، سرقت و کلاهبرداری و... جرم و قابل مجازات است و اگر فعالیت بزهکارانه به دلیل دخالت عامل خارجی و موانعی که اراده فاعل در آنها دخیل نباشد و منتج به فرجام منظور نشود چنین حالتی را شروع به جرم می‌نامند.

برای درک و تفهیم بهتر شاید مطالعه مراحل مختلف فعالیت بزهکارانه از قصد ارتکاب تا ختم موفقیت‌آمیز جرم بی‌فایده نباشد.

#### الف) اندیشه ارتکاب جرم

فکر و خیال، اولین محرک درونی انسان برای جنبش و تظاهر خارجی است. اندیشه، خواه مجرمانه و یا به هنجار و شرافتمندانه تا وقتی که با واکنش بیرونی نمود و تجلی نداشته باشد امری شخصی تلقی می‌شود. اندیشه و فکر مجرم خود معلول و محصول عوامل فردی و اجتماعی است که به مرور یا دفعتاً پدیدار می‌گردد. بخشی قابل توجه از

افکار بشری همچون صاعقه عمری کوتاه دارند و برخی نیز با هماهنگی اوضاع و احوال پایا و تقویت می شوند. هر چند ممکن است از لحاظ اخلاقی و یا مذهبی، فکر جرم و گناه مذموم باشد ولی در هیچ قانون بشری قابل تعقیب و مجازات نیست چه در آن صورت اکثر انسانها هر روز به دلیل داشتن فکر و اندیشه بزه چندین بار تعقیب و کیفر خواهند شد.

#### ب) قصد و طراحی ارتکاب جرم

بسیاری از اندیشمندان علوم کیفری بر این باورند که قصد و اندیشه جرم یکی است. ولی به نظر می رسد قصد جرم مرحله تکوینی و اندیشه و فکر درجه جنینی در سیر تحول فعالیت بزهداران باشند. به همین دلیل زمانی که فکر خام در یک روند صعودی به قصد ارتکاب جرم استحاله پیدا کند، از حصار درونی فرد به نظر اشخاص می رسد و در برخی جوامع چنانکه بعداً خواهیم دید در رابطه با ارزش های بسیار حفاظت شده مجوز تعقیب و مجازات افراد می گردد. به دیگر سخن اندیشه زمینه بالقوه تظاهرات خارجی انسانهاست. وصول به اهداف مورد نظر مستلزم بررسی راهکارهای تحقق، ابزار مورد نیاز، زمان و مکان اقدام می باشد که مرحله طراحی و برنامه ریزی جرم نامیده می شود. چه بسیارند اشخاصی که درست در همین مرحله به دلایل مختلف از تداوم روند مجرمانه منصرف و موضوع را به بوته فراموشی می سپارند.

#### ج) تهیه مقدمات

هر اقدام مجرمانه مستلزم آماده سازی وسایل معینی است و تهیه و تدارک ابزار و تناسب و کیفیت برنامه به حالت فرد و نوع منظور بستگی دارد. گذر از گستره طراحی به مرحله تهیه مقدمات جرم مؤید جدی و مصمم بودن فرد در تعقیب فکر مجرمانه و حصول نتیجه می باشد و از نظر جرم شناسی حاکی از شخصیتی معد بزهداری است که در صورت وجود دلایل کافی بایستی از تداوم روند اقدامات وی جلوگیری کرد. مع الوصف این سکانس الزاماً دلیل قطعی و مؤید جرم نیست زیرا بهترین مرحله جرم خود مستلزم تجمیع عناصر خاصی مانند سوء نیت عام و یا خاص در شروع به عملیات و آغاز عملیات مادی جرم می باشد که تعیین کننده ترین منزل در مسیر مجرمانه خواهد بود. بسیاری از شروع کنندگان با وصف طی مسیر قبل از مرحله عملیات اجرایی از ادامه

راه متصرف می‌گردند. تهیه مقدمات با توجه به اهمیت جرم اصلی و یا خطری که متوجه نظم و امنیت جامعه می‌کند می‌تواند جرم و قابل مجازات باشد. ضمن آنکه برخی از اعمال مقدماتی مانند حمل اسلحه غیرمجاز مستقلاً حائز توصیف جزائی می‌باشند، مع الوصف در اکثر جوامع عملیات مقدماتی و تدارک وسایل جرم اصولاً قابل تعقیب نخواهد بود.

#### ۵) اقدام به ارتکاب جرم

در این مرحله فاعل با تکیه بر ره‌آورد مراحل گذشته مبادرت به انجام رکن مادی جرم می‌کند یعنی از گستره درون و ذهن پا به دایره عمل و بیرون می‌گذارد. مثلاً براساس فکر اولیه سرقت بدواً به طراحی نقشه آن پرداخته، وسایل مورد نیاز مانند طناب، کلید، سیم‌بری یا نردبان را فراهم و سپس در محل تعیین شده حاضر و با بالا رفتن از دیوار و شکستن قفل وارد منزل شده و به جمع‌آوری وسایل می‌پردازد و یا در مصدافی دیگر پروراندن فکر قتل، تهیه اسلحه، مسلح نمودن آن و نشانه‌گیری برای شلیک، در تمامی این موارد سه حالت قابل تصور است: انجام کامل عملیات اجرایی و حصول نتیجه، انقطاع اقدامات به دلیل دخالت یک عامل خارجی بر خلاف رضای فاعل موجب عدم تحقق نتیجه منظور می‌شود و یا انصراف ارادی فاعل از تداوم عملیات اجرایی. در مورد حالت سوم تقریباً اگر اقدامات انجام شده مستقلاً جرم نباشد، قوانین کیفری فاعل منفعل را قابل کیفر نمی‌دانند و یا نسبت به او جهات تخفیف را اعمال می‌کنند. در خصوص حالت دوم، یعنی عدم تحقق بزه به عللی مستقل از اراده و خواست فاعل (انصراف غیرارادی) با وصف اینکه اقدامات قبل از اتمام عملیات اجرایی منقطع شود (شروع به جرم) و یا با وصف تکوین عملیات اجرایی به دلیل اشتباه در هدف، سهل‌انگاری و یا عدم مهارت فاعل و یا عامل خارجی فرجام مقصود تحصیل نگردد (جرم عقیم) و یا اصولاً نتیجه قابل تحصیل نبوده باشد (جرم محال) قوانین موضوعه اکثر جوامع به عنوان شروع به جرم از خود واکنش کیفری نشان داده‌اند. بدیهی است این همگنی در اتخاذ روش تقریباً مشابه در حکم الزاماً موجد هماهنگی در داشتن نقطه نظر مشترک در تفکیک اعمال مقدماتی و عملیات اجرایی نمی‌باشد. به عبارت دیگر در تمیز بین اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد با اعمالی که بدون

واسطه در صورت عدم دخالت عامل خارجی یعنی بروز حایل و مانع منجر به تحصیل نتیجه مجرمانه منظور می‌گردد اختلاف نظر بسیار چشمگیر و محسوس می‌باشد.

## بخش دوم

### سیاست کیفری در خصوص شروع به جرم در گذر زمان

#### الف) شروع به جرم در قانون مجازات عمومی

ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی اصلاحی ۷ خرداد ۱۳۵۲ و سلف آن شروع به جرم را در جرائم جنایی در قالب شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال قابل مجازات می‌دانست‌النهاییه بر خلاف مقررات گذشته قانون سال ۱۳۵۲ به جای تعیین حداقل مجازات که برای نفس جنایت با توجه به نوع بزه جنایی و درجه و مجازات آن مقرر شده بود به تفکیک جرائم جنایی براساس میزان کیفر، مجازات شروع به جرم را پیش‌بینی کرده است. در تبصره ماده مرقوم مقنن به لحاظ معیارهای عینی جنایت غیرممکن یا جرم محال را نیز در صورتی که اعمال انجام یافته، ارتباط مستقیم با ارتکاب جرم داشته ولی به جهات مادی که مرتکب از آنها بی‌اطلاع باشد منجر به فرجام نشود در حکم شروع به جرم تلقی کرده است. در واقع قانونگذار سابق شروع به جرم را به طور کلی در امور جنایی به هر درجه‌ای از کیفر قانونی پذیرفته است در حالی که وفق ماده ۲۳ قانون موصوف در امور جنحه‌ای اصل بر عدم مجازات شروع به جرم می‌باشد مگر آن که در قانون مشخصاً برای شروع به جرم جنحه‌ای کیفری پیش‌بینی شده باشد مانند سرقت، کلاهبرداری و غیره.

در قانون موصوف، شروع به جرم - که به علت حایل شدن عوامل خارجی و انصراف غیرارادی مرتکب، به صورت بزه کامل تکوین نیافته است فی نفسه قابل مجازات تلقی می‌گردید و طبیعتاً اگر اقدامات انجام شده مشمول یکی از عناوین کیفری تلقی می‌شد از آن حیث نیز قابل مجازات بود. مع الوصف قانونگذار در جهت استفاده از تدابیر انصرافی و تشویق به عدم طی مسیر مجرمانه براساس ماده ۲۲ قانون مذکور شروع بر جنایتی که با میل و اراده فاعل ناتمام مانده و در واقع مرتکب بالحاظ پارامترهای روانی و اخلاقی و یا توجه به تبعات مادی، معنوی و اجتماعی اقدام مجرمانه در دست اجرا از تداوم سیر

بزهکاری انصراف ارادی حاصل می‌کرد مجازاتی به وی تحمیل نمی‌کرد مگر اینکه اقدامات انجام شده در قانون مستقلاً جرم و قابل مجازات تلقی می‌شد.

در آن قانون با تفکیک سکانس‌های مختلف جرم، فکر جرم، قصد ارتکاب جنایت و اقدامات و عملیاتی که صرفاً مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با عملیات اجرایی و با وقوع جرم نداشت شروع به جرم تلقی نشده و فاعل از این حیث قابل مجازات نبوده است.

#### ب) شروع به جرم در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۶۱

در سال ۱۳۶۱ قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۵ با عاریه گرفتن قسمت اعظم چهارچوب شکلی ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی سابق در مبحث شروع به جرم مقرر می‌دارد:

«هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید ولی به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مدخلیت نداشته قصدش معلق بماند و جرم منظور واقع نشود چنانچه عملیات و اقداماتی که شروع به اجرای آن کرده جرم باشد محکوم به مجازات همان جرم می‌شود والا تأدیب خواهد شد.»

با وصف ملاحظه برخی تفاوت‌ها در نحوه نگارش، اختلاف آشکاری را با قانون سابق نشان نمی‌دهد ولی در ماهیت موضوع کاملاً متفاوت است. به عبارت روشن‌تر مقنن در ترسیم متن ماده ۱۵ هیچ‌گاه به مفهوم «شروع به جرم» در حقوق عرفی عنایتی ندارد و بدین علت، در صورتی مرتکب را قابل مجازات می‌داند که اقدامات وی تحت یکی از عناوین جزائی جرم مستقل تلقی شود در غیر این صورت نه به عنوان جرم و نه شروع به جرم قابل تعقیب نمی‌باشد؛ مع‌الوصف متأثر از سنگینی سابقه نظری و عملی مفهوم «شروع به جرم» قانون‌نگزار به کلی با رشته‌های دیرینه قطع رابطه ننمود و با نوعی تلفیق بین دیدگاه فقهی و عرفی، اقدامات مجرمانه ناتمام مرتکب را قابل تأدیب دانسته است. بنابراین مرتکبی که به علت موانع خارجی - انصراف غیرارادی توفیق تحصیل نتیجه را نمی‌یابد در یکی از دو حالت قابل تعقیب خواهد بود یا به عنوان مرتکب بزه مستقل، در صورتی که اقدامات مجرمانه وی چنین اقتضا داشته باشد و یا مرتکب جرم ناقص؛ ظاهراً منطوق ماده افاده درجه معینی از جرائم را نمی‌نماید و لذا خصوصیتی در

بزه ارتكابی مطمح نظر - همانند ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی که منحصرأً جرائم جنائی را مد نظر داشت - قابل تصور نمی باشد. ولی به صراحت می توان گفت قانونگذار سال ۱۳۶۱ مفهوم امروزی شروع به جرم را در نظر نداشته است. برای درک این سیاست جدید بایستی به توجیهاات موجود در دیدگاه فقهی توجه نمود. اصولأً از نظر فقهای اسلام جرم به شکل تام و یا ناقص وجود دارد، در صورتی که اقدامات انجام شده به هر دلیل خواه به علت انصراف ارادی و غیرارادی حائز اجزای یک بزه مستقل و تمام نباشد؛ به عنوان معصیت و گناه قابل تأدیب است مراد از تأدیب از نظر فقهی و پیام مصرحه در تبصره ماده ۱۵ مذکور مجازاتی است از نوع تعزیری که حاکم بالحاظ نوع بزه، شرایط مرتكب و درجه پیشرفت سکانس های جرم بر وی تحمیل می کند. بررسی دیدگاه فوق با معیارهای علمی و دکترین حقوقی مثبت حاکمیت نظریه عینی و یا برون ذاتی درگزینهش فعالیت بزهدکارانه می باشد؛ این در حالی است که برخی فقها با تکیه بر عنوان «جرم تجری» سعی در تبیین «جرم ناتمام» دارند. در این دیدگاه ظاهراً معیارهای ذهنی و درونی افراد سنجش اقدامات مجرمانه تلقی می شوند به عبارت دیگر بالحاظ نیت و انگیزه و قصد فاعل در نافرمانی و عصیان نسبت به ارزشهای الهی، اعمال وی مورد قضاوت قرار می گیرد. به هر کیفیت مقنن در ماده ۱۵ نگاه جدیدی به عنوان «شروع به جرم» دارد که متفاوت با دیدگاه عرفی و مصطلح در حقوق کیفری ایران و کشورهای جهان می باشد.

مع الوصف همین مقنن در برخی مواد قانون مجازات اسلامی سابق مانند ۱۰۹ و تبصره ماده ۱۱۶ قانون تعزیرات با استفاده از عنوان شروع به جرم مرتكب را قابل مجازات دانسته است اقدامی که به آسانی با معیارهای تقنینی در ماده ۱۵ قانون سال ۱۳۶۱ سازش پذیر نمی باشد؛ زیرا اگر اصول حاکم بر ماده ۱۵ ملاک سنجش قرار گیرند افرادی که مبادرت گذر از مراحل مختلف مسیر مجرمانه در سرقت و یا کلاهبرداری نموده و قبل از تکوین و تکامل بزه به صورت انصراف غیرارادی، موفق به تحصیل نتیجه نشده اند بایستی تحت عناوین مستقل دیگری غیر از سرقت و کلاهبرداری مانند هتک حرمت منازل، تخریب و دایر کردن غیرمجاز دفاتر تجاری، جعل عنوان و غیره تعقیب و مجازات شوند و یا اینکه حداکثر به علت ارتكاب اعمال حرام و خلاف ارزش های دینی و اجتماعی (در تعارض با اصل قانونی بودن جرم و مجازات) تأدیب گردند والا به

مصادیق یک بام و دو هوا چگونه می‌توان مفاهیمی را در برخی مصادیق مجرمانه پذیرفت در حالی که در اصول پیش‌بینی نشده است که سردرگمی در مفهوم شروع به جرم و تعارض در اصول و موازین در قانون سابق به همین مقدار محدود نمی‌شود زیرا در مقایسه ماده ۱۵ با مواد ۱۶ و ۱۷ و ۱۸ همان قانون حکایت از وجود تعارض بین دیگری در مورد مفهوم شروع به جرم دارد. ماده ۱۶ جانشین ماده ۲۱ قانون مجازات عمومی سابق مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد شروع به جرم تلقی ننموده و قابل مجازات ندانسته است از نحوه انشاء این ماده می‌توان دریافت که مقنن «شروع به جرم» را به عنوان یک مفهوم جزائی پذیرفته ولی زمانی آن را قابل تحقق می‌داند که فاعل از مرحله فکر، طراحی، تهیه مقدمات وارد گستره عملیات اجرایی شود و یا اینکه قصد ارتکاب و عملیات بزهکارانه ارتباط مستقیم با وقوع جرم داشته باشد که در این حالت شروع به جرم مصادق خواهد داشت. ماده ۱۷ انصراف ارادی فاعل از پیمایش کل مسیر مجرمانه پس از شروع به جرم را موجبی برای عدم تحمیل مجازات بر وی می‌داند و نهایت اینکه ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۶۱ «شروع به جرم» را زمانی قابل مجازات می‌داند که در قانون تصریح شده باشد. چنین به نظر می‌رسد که مقنن در این ماده ضمن تأکید مجدد بر عنوان «شروع به جرم» اصل را بر عدم مجازات آن قرار داده است مگر آنکه در قانون نسبت به هر جرمی به صراحت پیش‌بینی شده باشد. از مجموع آنچه گذشت می‌توان گفت مقنن سال ۱۳۶۱ با وصف تمایل به گسستن از چنبره قواعد گذشته حاکم بر شروع به جرم و علیرغم ابداع حالت ابتکاری جدید در ماده ۱۵ در ادامه گرفتار تناقض گردیده و در نهایت الزاماً مبادرت به پذیرش بخشی از اصول سابق شده است. مع الوصف خواهیم دید که در سال ۱۳۷۰ قانونگذار روند جدایی از اصول گذشته را با طرح جدیدی از شروع به جرم تعقیب نموده که خود موجد مشکلات و معضلات علمی و عملی چشمگیری گردیده است که به بررسی آن خواهیم پرداخت.

### قانون مصوب ۱۳۷۰ و شروع به جرم

ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ تحت عنوان شروع به جرم در فصل



اول آن قانون جانشین ماده ۱۵ قانون مجازات سال ۱۳۶۱ و با حفظ برخی از متن پیام ماده مرقوم به گونه‌ای تدوین گردیده است که از لحاظ حقوقی حاوی هیچ اصول مفید و مناسب نمی‌باشد.

«هر کسی قصد ارتکاب جرمی کند و شروع به اجرای آن نماید لکن جرم منظور واقع نشود چنانچه اقدامات انجام گرفته جرم باشد محکوم به مجازات همان جرم می‌شود.»  
 سیاق عبارت با توجه به خاطره قانونگزاری گذشته این تصور را ایجاد می‌کند که مقنن در صدد تشریح چگونگی ارتکاب شروع به جرم می‌باشد ولی در نهایت تنها پیام قابل استحصال تکرار بیهوده این موضوع است که اگر اقدامات انجام شده جرم باشد، مرتکب به مجازات همان جرم محکوم خواهد شد. به عبارت دیگر وجود و عدم وجود این ماده فاقد کمترین فایده قضایی است و شاید: عدمش به ز وجود! چرا که موجب تقلیل حجم قانون خواهد بود. جالب اینکه مقنن ناتوان از هدایت تفکر مورد نظر در ادامه دچار تناقض آشکار می‌گردد. تبصره ۱ ماده ۴۱ مقرر می‌دارد: مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد شروع به جرم نبوده و از این حیث قابل مجازات نیست.

تدقیق در متن تبصره فوق (تکرار مفاد ماده ۱۶ قانون سال ۶۱ و ۲۱ قانون مجازات، سابق) اگر بدون توجه به متن ماده ۴۱ انجام شود این تصور را ایجاد می‌کند که قانونگذار شروع به جرم را در صورت پیمودن مسیر مجرمانه از قصد تا عملیات اجرایی مستقلاً جرم می‌داند ولی اگر در طی فعالیت بزهکارانه مرتکب در مرحله تفکر و عملیات اقدامات مقدماتی به هر دلیل متوقف گردد در صورتی که این اقدامات ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد اقدام وی شروع به جرم نمی‌باشد و تحت این عنوان قابل تعقیب نخواهد بود. مفهوم مخالف تبصره ۱ این است که اگر این عملیات با وقوع جرم ارتباط داشته باشد فاعل به عنوان شروع به جرم قابل تعقیب است. تعجب‌انگیزتر اینکه اگر همین فاعل با طی تمام مسیر از فکر تا طراحی و تهیه مقدمات مبادرت به شروع به عملیات اجرایی می‌نمود ولی نتیجه منظور به هر دلیل تحصیل نمی‌شد طبق اطلاق ماده ۴۱ فقط زمانی قابل تعقیب و مجازات بود که اقدامات وی در قالب یکی از عناوین جزائی جرم تلقی می‌گردد والا تحت هیچ عنوانی قابل کیفر نمی‌باشد. برای روشن شدن

موضوع مثالی می‌زنیم: شخصی قصد آتش زدن منزلی را دارد بدین قصد مواد منفجره تهیه و با شکستن قفل درب وارد زیرزمین خانه مورد نظر شده و مواد را تعبیه و فتیله رابط چاشنی انفجار را روشن و از منزل خارج می‌گردد اما به عللی مانند سررسیدن صاحب منزل و یا خاموش شدن فتیله، مواد منفجر نمی‌گردد.

اقدامات فوق براساس ماده ۴۱ مطلقاً به عنوان شروع به جرم قابل مجازات نیست، زیرا بزه مورد نظر فاعل به نتیجه نرسیده است مگر اینکه چنین شخصی را به عنوان هتک حرمت منازل و یا در صورت جرم بودن حمل مواد منفجره مستقلاً قابل تعقیب بدانیم. اما همین اقدامات با عنایت به مفهوم مخالف تبصره یک ماده مذکور و احراز ارتباط مستقیم اقدامات موصوف با وقوع جرم، شروع به جرم محسوب و بایستی قابل تعقیب باشد.

واقعیت این است که مقنن بالحاظ اصول مورد توجه خود که در صفحات گذشته گفته شد اعتقادی به مفهوم شروع به جرم نداشته و به همین دلیل آن را در ماده ۴۱ قابل مجازات ندانسته و در ادامه به علت تساهل عین مفاد ماده ۱۶ قانون سال ۱۳۶۱ را تکرار نموده است، بدون آنکه توجه کند این تبصره در رابطه مستقیم با متن ماده ۱۵ و در جهت حفظ منافع متهم و تعدیل و تخصیص مفهوم شروع به جرم و مقید نمودن آن به مواردی است که متهم با تهوّر مسیر مجرمانه را پیموده و دست به عملیات اجرایی زده است، و در غیر این صورت اگر بعد از قصد و تهیه مقدمات متوقف شده باشد به عنوان شروع به جرم قابل تعقیب نخواهد بود. قانونگذار در تبصره ۲ ماده مرقوم در کمال حیرت می‌گوید: «کسی که شروع به جرمی کرده است به میل خود آن را ترک کند و اقدام انجام شده جرم باشد از موجبات تخفیف مجازات برخوردار خواهد شد.»

به عبارت روشن‌تر قانونگذار با فرض جرم دانستن «شروع به جرم» افرادی را که در روند مراحل فعالیت بزهکارانه و با قصد ارتکاب جرم معینی با انصراف ارادی و طوعاً از ادامه مسیر خودداری نمایند نه تنها از مجازات شروع به جرم معاف دانسته است، بلکه اگر اقدامات مربوط به جرم منظور مستقلاً جرم باشد مستحق تخفیف مجازات جرم انجام شده می‌داند. مثلاً در مثال بالا فاعل بعد از ورود به زیرزمین منزل نادم و پشیمان از تعقیب اقدامات مجرمانه منصرف شده و مراجعت کند از حیث بزه هتک حرمت منازل

شایسته تحفیف مجازات خواهد بود. این در حالی است که ماده ۱۷ قانون سال ۱۳۶۱ انصراف ارادی را موجب معافیت فاعل از مجازات شروع به جرم می دانست، مع الوصف باید اذعان نمود که تبصره ۲ ماده ۴۱ در جای خود تدبیری خردورزانه و قابل تقدیر و از عوامل مهم و امیدوار کننده‌ای است که می‌تواند فاعل مصممی که قصد ارتکاب جرمی داشته و برای وصول به نتیجه و تسهیل ارتکاب جرم منظور جرائم دیگری را مرتکب گردیده است، به امید تخفیف، از تداوم مسیر مجرمانه و ارتکاب جرم اصلی خودداری نماید.

مقنن سال ۱۳۷۰ با تصویب ماده ۴۱ و تبصرتین آن سیاست نوین کیفری خود را در باب شروع به جرم اعلام کرده است و با عدم درج مفاد ماده ۱۸ قانون سال ۱۳۶۱ - که شروع به جرم را زمانی قابل مجازات می‌دانست که در قانون درج شده باشد - ظاهراً به کلی این مفهوم را زائد و شروع به جرم را غیر قابل مجازات دانسته است. به ویژه اینکه عبارت «والا تأدیب می‌شود» ذیل ماده ۱۵ قانون سال ۱۳۶۱ را در ماده ۴۱ جدید حذف کرده است. این در حالی است که در ادامه همین روند مقنن در خصوص برخی جرائم مشخصاً از مفهوم شروع به جرم استفاده کرده و آن را قابل مجازات دانسته است. جرائمی مانند کلاهبرداری و... در قانون تشدید مجازات مصوب ۱۳۶۷ و غیره... و چون عام لاحق ناسخ قانون خاص سابق نمی‌باشد شروع به جرم در آن جرایم غیر قابل مجازات است. با توجه به مراتب فوق قطع نظر از مسایل موازی این سؤال مطرح می‌شود که شروع به جرم در حقوق جزای اسلامی وجود دارد یا خیر؟ و اگر مورد پذیرش نیست چگونه در مورد برخی از جرایم که لاحق بر ماده ۴۱ در سال ۱۳۷۵ تصویب شده‌اند شروع به جرم پیش بینی و قابل مجازات تلقی شده است و اگر این مفهوم مقبول و رجودش ضروری است چرا در مورد جرایمی مانند زنا، لواط، شرب خمر، محاربه، تخریب و... مقرر نگردیده است؟ واقعیت این است که نگاه غیر علمی و تک بُعدی مقنن در سال ۱۳۷۰ موجب شده است که امکان قابل مجازات بودن شروع به جرم در جرایم از بین برود و متأسفانه مقنن سال ۱۳۷۵ که واقع بینی بیشتری از خود نشان داده است و صرفاً به پیش بینی مجازات برای شروع به جرایم معدودی مبادرت ورزیده و بخش مهمی از جرایم را از قلم قانونگزاری جا انداخته است و این امر با توجه به اهمیت

موضوع قابل اغماض نمی‌تواند باشد. نقصان و ابهام قانونگزاری در این خصوص زمانی بیشتر خودنمایی می‌کند که ملاحظه می‌گردد قانونگذار با وصف قابل مجازات ندانستن شروع به جرم در بسیاری از جرایم مهم و پیش‌بینی مجازات آن در معدود جرایمی همانند قانونگذار قبل از انقلاب اسلامی، تهیه مقدمات و قصد ارتکاب جرم را حتی اگر در یکی از قوالب جزایی قابل گنجاندن نباشد جرم و قابل مجازات دانسته است که در این رابطه ادامه توضیح پیرامون مواردی چند می‌تواند مفید واقع شود.

در ماده ۱۸۷ قانون مجازات اسلامی قانونگذار اقدام اشخاصی که پس از تفکر مبادرت به طراحی نموده و با تهیه مقدمات از جمله اسلحه و مواد منفجره طرح براندازی حکومت اسلامی را ریخته باشند و حتی معاونت در چنین طرحی جرم و به عنوان محاربه و افساد فی الارض قابل مجازات تلقی شده است به دیگر سخن اگر فرض کنیم تهیه اسلحه و مواد منفجره خود جداگانه جرم تلقی بشود یا نشود صرف برنامه‌ریزی و تهیه این تجهیزات بدون آنکه از مرحله تفکر، طرح، برنامه به مرحله شروع به عملیات اجرایی تکون پیدا کند فاعل یا فاعلین را در معرض مجازات سنگین قرار می‌دهد. این در حالی است که در ماده ۴۱ قانونگذار حتی گذر از تمهید مقدمات به عملیات اجرایی را - اگر مستقلاً جرم نباشد - قابل مجازات ندانسته است و جالب‌تر اینکه در تبصره یک همان ماده شرط مجازات فکر ارتکاب جرم و عملیات و اقدامات مقدماتی ارتباط مستقیم با وقوع جرم دانسته شده است و در صورت احراز چنین فرضی نیز با استنباط از مفهوم مخالف تبصره مذکور عمل به صورت شروع به جرم قابل مجازات است و لاغیر و این در حالی است که ماده ۱۸۷ قانون مجازات اسلامی اقدام فاعل را در تهیه طرح براندازی و تمهید مقدمات نه به عنوان شروع به جرم محاربه و افساد فی الارض بلکه جرم تام و تمام می‌داند.

در همین راستا ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی با حدت بیشتری اجتماع و تبانی جماعت که مرکب از دو نفر یا بیشتر که هدف ارتکاب جرایم ضد امنیت داخلی یا خارجی را داشته باشند بدون آنکه حتی از این مرحله گذر کرده و به مرحله تهیه مقدمات رسیده باشند و یا اقدامات اجرایی را شروع کرده باشند به عنوان جرم - نه شروع به جرم - قابل مجازات دانسته است و در واقع در این ماده همانطوری که از عنوان فصل آن

پیداست صرف تفکر جمعی و تهیه برنامه و طرح برای ارتکاب چنین جرایمی جرم تلقی شده است بدون آنکه فاعل وارد مرحله دیگری از سکانس‌های جرم شده باشد. همین دیدگاه در ماده ۶۱۱ قانون مجازات اسلامی و این بار برای دفاع از اعراض یا انفاس و یا اموال مردم اعمال گردیده است با این تفاوت که اولاً مرتکبین بایستی مقدمات اجرایی را تدارک دیده باشند و ثانیاً به دلیل انصراف ارادی از تعقیب نتیجه خودداری نکرده باشند که به نظر می‌رسد ماده اخیر به گونه‌ای عناصر و احکام شروع به جرم را متبادر به ذهن می‌نماید.

بنابراین این سؤال مطرح می‌شود چگونه در قالب یک سیاست کیفری قانونگذار که اصل را بر عدم مجازات شروع به جرم قرار داده است - مگر آنکه مستقلاً اقدامات انجام شده آن هم پس از شروع به عملیات اجرایی جرم تلقی شود به صرف قصد ارتکاب جرم و یا تمهید مقدمات را دارای مجازات آن هم به میزان شدید مقرر داشته است در عین حال اصل در این است که در تدوین مقررات جزایی بویژه ضوابطی که متضمن توصیف جزایی و مجازات می‌باشند حتی المقدور بستر و زمینه‌ای تهیه شود و تدابیری اتخاذ گردد که افراد تا زمانی که قصد و نیت خود و وسایل تهیه شده را در عملیات مادی جرم به کار نبسته‌اند و تصمیم جازم خود را تا وصول به نتیجه با شروع به عملیات اجرایی نشان نداده‌اند امکان و فرصتی داشته باشند تا با امید استفاده از معافتهای قانونی و یا تدابیر پیش‌بینی شده از تداوم مسیر مجرمانه خودداری ورزند؛ زیرا اگر چنین نباشد و فرد یا افراد احساس نمایند که به صرف تبانی و تهیه مقدمات و قبل از ورود به مرحله اجرایی اگر از ادامه راه انصراف هم حاصل نمایند قابل تعقیب و مجازات خواهند بود بعید نخواهد بود که معافیت مجرمانه را تا مرحله تکمیل و حصول نتیجه ادامه دهند.

### پیشنهاد

با عنایت به آنچه گذشت و به منظور رفع ابهام و تعارض در مقررات راجع به شروع به جرم طرح جدیدی را به شرح ذیل به عنوان جانشین مفاد ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی ارائه می‌نماید تا انشاءالله مورد توجه واقع گردد:

ماده ۴۱ هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لکن به

واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مدخلیت نداشته جرم منظور واقع نشود. چنانچه اقدامات انجام گرفته جرم باشد محکوم به مجازات همان جرم می‌گردد. تبصره ۱: در جرایمی که اقدامات اجرایی به دلیل انصراف غیرارادی فاعل منتج به نتیجه نگردیده و همین مقدار عملیات موجب اخلال در نظم عمومی و یا اضرار، حقوق اشخاص باشد طبق قانون شروع به جرم و قابل مجازات خواهد بود. تبصره ۲: مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد شروع به جرم نبود و از این حیث قابل مجازات نیست.

ماده ۴۱ مکرر: هرگاه کسی که شروع به جرمی کرده است به میل خود آن را ترک کند از حیث جرم مذکور مجازات نخواهد شد لکن اگر همان مقدار اقداماتی را که انجام داده است جرم باشد به مجازات آن با رعایت کیفیات مخففه محکوم خواهد شد.

