

بررسی شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال در لایحه مجازات اسلامی با نگاهی به سیر قانون گذاری

حامد رهدارپور*

کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران

فرشاد چنگایی

کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه اصفهان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۱/۲۲ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۰/۷/۲۵)

چکیده:

لایحه مجازات اسلامی برخلاف قانون فعلی، علاوه بر شروع به جرم، سایر جرایم ناتمام را نیز مورد شناسایی قرار داده است و این نه بدعت، بلکه رجعت مقنن است به قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ که طی آن، جرم محال را تحت عنوان در حکم شروع به جرم، و جرم عقیم را با تلویح بیشتری ضمن شروع به جرم، ذکر کرده است. مضاف بر آن قانونگذار در لایحه با پذیرش صریح عدم انصراف ارادی به عنوان شرط تحقق شروع به جرم، ابهام قانون فعلی را مرتفع نموده، و شروع به جرم را تقریباً به عنوان اصل در تمام جرایم، جرم انگاری کرده است. علاوه بر آن، با تأسی از قانون راجع به مجازات اسلامی سال ۱۳۶۱، هنگامی که عملیاتی مصداق شروع به جرم داشته و در آن واحد نیز منطبق بر عنوان جزایی دیگری هم باشند، قانونگذار در این صورت فقط مجازات جرم خاص را تجویز نموده است که مجموعاً گامی شایسته در نگرشی جدید به جرایم ناتمام می باشد. با این حال عدم پذیرش صریح عنوان کلی جرایم ناتمام، بیان جرم عقیم ضمن شروع به جرم و عدم تخفیف مجازات در هنگامی که فرد، انصراف ارادی نموده ولی اقدامات او مشتمل بر جرم خاصی است، از جمله ایرادات وارده بر لایحه مجازات اسلامی در این فصل به شمار می آیند.

کلید واژه‌ها: لایحه مجازات اسلامی، شروع به جرم، در حکم شروع به جرم، جرم عقیم، جرم محال.

۱. مقدمه:

سیکل مجرمانه یا مسیر تحقق جرم را به چهار قسمت یا مرحله تقسیم نموده‌اند که از مرحله قصد ارتکاب جرم آغاز شده، سپس وارد مرحله تهیه وسایل برای ارتکاب جرم می‌گردد. آنگاه مرحله شروع به جرم پیدا می‌شود و النهایه مرحله اجرای کامل جرم است (chawla, 2006: p1) و آن هنگامی است که عنصرمادی جرم، تحقق خارجی پیدا کرده باشد (فیض، ۱۳۸۱: ۱۹۳). هرگاه مجرم مسیر مجرمانه را تا پایان بپیماید، جرم تام محقق شده است؛ به عبارتی وی مرتکب عملی شده که قانون گذار صراحتاً برای آن مجازات در نظر گرفته است. اما ممکن است در این رهگذر، مرتکب فقط قسمتی از مسیر را طی نماید و پس از آن از ادامه مسیر باز ماند در این حالت براساس اینکه در چه مرحله‌ای متوقف شده عنوان خاصی بر آن صادق است و این لزوماً به معنای جزایی بودن آن عنوان نیست. از موارد بحث برانگیز در این خصوص، توقف عملیات مرتکب در مرحله شروع به اجرا و یا انجام آن ولی عدم تحقق جرم تام است که قسمت اول مربوط به عنوان شروع به جرم و قسمت دوم مشتمل بر جرم عقیم و محال است؛ که به علت عدم تحقق جرم تام جملگی را جرایم بی‌بهره نیز می‌گویند (نوربها، ۱۳۸۴: ۲۳). ولی ما در این مقاله، عنوان جرایم ناتمام را برگزیده‌ایم، به نظر ما عنوان بی‌بهره تا حدی مانع نیست، زیرا تصور شمول آن بر جرایم مطلق هم می‌رود چه در جرایم اخیر ظاهراً مجرم بهره‌ای از جرم خود نمی‌برد و لاقلاً برای جرم بودن آن اعمال، به بهره‌برداری مجرم از عمل خود توجهی نمی‌شود. در جرایم ناتمام با این که انجام اعمال منجر به تحقق جرم تام نمی‌شود، معهداً ارتکاب این اعمال توسط مقررات حقوق جزا ممنوع می‌شود؛ زیرا این اعمال مراحل را در تحقق و تکمیل جرم تام پیموده‌اند (martin, law, 2006: p. 268) که از این جهت قابلیت واکنش کیفری را دارند. همانطور که خواهد آمد شروع به جرم در قوانین ایران جایگاه کیفری داشته است، هرچند حدود و ثغور آن و میزان مجازات و احکامش محل اختلاف است، ولی در خصوص جرم عقیم و محال و شمول قانون بر آنها، قانون‌گذار ایران در سیر تقنینی، تاکنون مسیر تزلزل را پیموده است.

۲. بیان مسأله:

لایحه مجازات اسلامی که در این مقاله مختصراً لایحه نامیده شده و مراحل پایانی را در لازم الاجرا شدن می‌پیماید، در خصوص مسأله جرایم ناتمام حائز نکات خاص و تازه‌ای است که تغییر اساسی آن نسبت به قانون فعلی بسیار چشمگیر است. از آنجا که در خصوص جرایم ناتمام، قانون جزای سال ۱۳۰۴ جرم محال را به سکوت برگزار کرده (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۹۹-۱۹۸) و قانونگذار در قانون

مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ در جهت افزودن ابهام به جرم ناتمام برآستی همت گمارده(!) و قانون راجع به مجازات اسلامی سال ۶۱ هم با اینکه به پیروی از قانون مجازات عمومی سال ۵۲ نسبت به قوانین پیش گفته در این خصوص کامل تر است ولی این نیز مانند قانون سال ۱۳۰۴ در مورد جرم محال متضمن هیچ حکمی نیست. بنابراین قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ که بیش از سایرین به مسأله جرم ناتمام اهتمام ورزیده و نسبت به قوانین دیگر وضوح بیشتری دارد، بهترین راهنما در تهیه لایحه مجازات اسلامی در این خصوص بوده است؛ چرا که مقنن در شناسایی جرایم ناتمام دو راه پیش رو داشته؛ یا در راستای حقوقی کردن قانون به اعمال قدرمتیقن نظر حقوقدانان بپردازد و یا به بهترین قانون جزایی گذشته معطوف شود، که همانطور که مشخص خواهد شد لایحه مسیر آسانی را پیش گرفته و پیرو قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ علاوه بر شروع به جرم، مفهومی دیگر، به عنوان در حکم شروع به جرم را هم به رسمیت شناخته است. با این حال در خصوص هر کدام از این دو مفهوم، پاسخ به سوالاتی چند ضروری است؛ ابتدا باید دانست ماهیت شروع به جرم و در حکم شروع به جرم در لایحه چگونه بوده و چه تغییری نسبت به قانون فعلی و قانون سال ۵۲ نموده است؟ و علاوه بر آن باید رابطه جرایم عقیم و محال را با هر دوی این مفاهیم سنجید. البته ما در ضمن بحث، نقاط روشن و تاریک لایحه را در این خصوص در مقایسه با قوانین جزایی پیشین و تأسی قانونگذار از هر کدام را برجسته خواهیم کرد. لذا بر این اساس این مقاله را به دو قسمت کلی تقسیم نموده، که ابتدا شروع به جرم و سپس در حکم شروع به جرم بررسی خواهد شد.

۳. شروع به جرم:

از میان مراحل تکوین جرم یعنی پیش از انجام جرم کامل، تنها مرحله‌ای که جرم انگاری آن در قوانین کیفری تجلی می‌کند همان مرحله شروع به جرم است و به‌علت این که خود به خود خطرناک بوده و برهم زنده نظم عموم است، تمام قوانین دنیا شروع به جرم را قابل تعقیب و مجازات دانسته‌اند (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۶۰). با این حال، تشخیص مرحله شروع به جرم و دانستن اینکه چه میزانی از رفتار مشمول این عنوان می‌شود، از مسائل بسیار ضروری در این مورد است (Clarkson, ۱۹۸۸: ۲۷). در این مبحث، از منظر لایحه مجازات اسلامی به این مسائل خواهیم پرداخت.

۱.۳. تعریف قانونی از شروع به جرم و انطباق با مفاهیم حقوقی:

ماده ۱۲۱ لایحه، ذیل عنوان شروع به جرم اشعار می‌دارد: «هرکس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجراء آن نماید لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، چنانچه اقدامات انجام گرفته جرم باشد به مجازات همان جرم محکوم و در غیر این صورت به شرح زیر مجازات می‌شود...» این ماده در تعریف شروع به جرم تا حدود زیادی مفهوماً به ماده ۱۵ قانون راجع به مجازات اسلامی سال ۱۳۶۱ عدول نموده است؛ چرا که در آن قانون، مقنن در تشریح شروع به جرم مقرر می‌داشت: «هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید و لی به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مدخلیت نداشته قصدش معلق بماند و جرم واقع نشود...». با این حال باید دانست که ماده مذکور نیز خود متأثر از قانون مجازات عمومی سال ۵۲ بوده است، چه با نگاهی به ماده ۲۰ آن قانون، تکرار کلمات و مفاهیم واضح و تأثیرپذیری مقنن سال ۶۱ از قانون مجازات سال ۵۲ مبرهن است. بنابراین بهتر است گفته شود که لایحه، در تعریف یا تشریح شروع به جرم به مفهوم ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی سال ۵۲ رجوع نموده است. به هر حال آنچه که منظور قانون‌گذار از شروع به جرم بوده، این است که شخص، ابتدا شروع به اجرای جرم نماید و سپس بواسطه عامل خارج از اراده او، جرم منظور نظرش واقع نشود. حال بایستی منظور قانون‌گذار را از این دوجزء دانست تا به درستی مفهوم شروع به جرم در این قانون مشخص گردد. "شروع به اجرا یک عمل مادی است و از این نظر از تصمیم بزهکارانه که کاملاً روانی بوده و اصولاً مجازات ندارد کاملاً مجزا است" (لواسور - استفانی - بولوک، ۱۳۷۷: ۳۲۴). در این که مرحله شروع به اجرا مرحله مادی یا همان عنصر مادی شروع به جرم است، تردیدی نیست ولی آنچه که محل اختلاف است، تشخیص این قسمت از مرحله پیش از آن یعنی اقدامات و اعمال مقدماتی است؛ بگونه‌ای که هیچ مرز مشخص و دقیقی برای تمییز میان اقدامات مقدماتی غیر قابل مجازات و اقدامات قابل مجازات وجود ندارد (فلچر، ۱۳۸۹: ۲۹۷). ما در این مقال در آن مقام نیستیم تا به شرح معیارهای تفکیک شروع به اجرا و اعمال مقدماتی و نقد آنها بپردازیم بلکه صرفاً به این معنا اکتفا می‌کنیم که در این راستا سه نظریه عینی، ذهنی و تلفیقی ارائه شده است (فرهودی‌نیا، ۱۳۸۱: ۵۲) ولی مقنن در هیچ قانونی به صراحت جانب هیچ کدام را نگرفته است، با این حال رویه قضایی بخصوص رویه دیوان عالی کشور ایران ظاهراً از نظریه عینی پیروی کرده است (صانعی، ۱۳۸۲: ۳۴۴). از مرحله شروع به اجرا که بگذریم، بایستی به واسطه عامل خارج از اراده فرد قصدش معلق بماند، یعنی مرتکب اعمال اجرایی به میل و اراده خود از ارتکاب جرم منصرف نشده باشد (همان: ۳۴۶). این قسمت همان جزئی است که در قانون حاضر از قلم افتاده و فقط به این اکتفا شده که «... لکن جرم

منظور واقع نشود...» که سبب ابهامات فراوانی شده بود و به دلیل اینکه قانون گذار از عوامل خارج از اراده فرد بحثی نکرده، لذا عمل چه به صورت ارادی قطع شود و چه به شکل غیر ارادی، مشروط به اینکه مقدار عملیات انجام یافته جرم باشد، ذیل عنوان شروع به جرم قابل تعقیب و مجازات است (نوربها، ۱۳۸۴: ۲۲۶-۲۲۷) که این امر با مفهوم حقوقی شروع به جرم منافات دارد و در لایحه این نقص تا حدود زیادی برطرف شده است.

۲.۳. اصل پذیرفته شده در جرم انگاری شروع به جرم:

نگرش قانونگذار به بحث شروع به جرم، در زمینه جرم انگاری آن، با نگاهی به سیر تاریخی نشان می‌دهد که سیاست واحدی را در پیش نگرفته است. قبل از اصلاحات سال ۱۳۵۲ مقنن در ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی، مجازات شروع به جرم را حداقل مجازات جرم انجام شده تعیین کرده بود (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۶۸) سپس در سال ۵۲ کیفر شروع به جرم در جنایات همیشگی، در جنبه با تصریح قانون و در خلاف اصولاً منتفی بود (نوربها، ۱۳۸۴: ۲۲۵). یعنی با وجود تفاوت میان آنها در هر دوی این قوانین اصل بر جرم بودن شروع به جرم بوده است تا این که در قانون راجع به مجازات اسلامی با ذکر عبارت "... چنانچه عملیات و اقداماتی که شروع به اجرای آن کرده جرم باشد محکوم به مجازات همان جرم می شود، والا تأدیب خواهد شد." تا حدودی از این رویه عدول نمود؛ زیرا تأدیب مذکور در صورتی است که قانون اصولاً شروع به جرم را مجازات می کرد. در غیر این صورت کیفری برای آن متصور نبود (همان: ۲۳۵). بعد از آن در سال ۱۳۷۰ در ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی، قانونگذار اصل را بر عدم جرم بودن شروع به جرم نهاده است، مگر در مواردی که صراحتاً جرم بودن آن بیان شده باشد. صحت این ادعا را دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۳۵-۱۳۷۸/۴/۸ چنین بیان می‌کند: «به صراحت ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی، شروع به جرم در صورتی جرم و قابل مجازات است که در قانون پیش بینی و به آن اشاره شده باشد...».

حال قسمت آخر ماده ۱۲۱ لایحه نیز مقرر می‌دارد: «در غیر این صورت به شرح زیر مجازات می‌گردد...» که عبارت مذکور دلالت بر این امر دارد که قانونگذار در مقام جرم انگاری شروع به جرم بوده است. علاوه بر آن در بندهای سه گانه ماده ۱۲۱، معیار تعیین مجازات برای شروع به جرم، مجازات‌هایی است که برای جرم اصلی مقرر شده است و با تأملی در جرائمی که مجازات‌های مذکور برای آنها پیش بینی شده است، بدین نتیجه می‌رسیم که شروع به جرم در غالب جرایم، جرم محسوب می‌گردد. بنابراین بر اساس لایحه، اصل بر جرم انگاری شروع به جرم است مگر جرایم کم اهمیت و اندکی که مجازات آنان در بندهای سه گانه مقرر نشده است، که منظور همان جرایم

خلافی است که در قانون مجازات عمومی سال ۵۲ نیز شروع به این جرایم جرم نبود. بنابراین، در جرم‌انگاری شروع به جرم، به‌عنوان اصل در تمام جرایم، باز هم ردپای قانونگذار سال ۵۲ به خوبی نمایان است، که البته باید این تقلید قانونگذار را ستود؛ چرا که خلاء عدم مجازات شروع به بسیاری از جرایم خطرناک را رفع نموده است. در پایان باید متذکر شد که ب اساس لایحه، شروع به اجرای جرم زمانی از باب شروع به جرم، قابل مجازات است که اقدامات انجام شده جرم مستقلی نباشد و الا به مجازات همان جرم محکوم خواهد شد و عمل ارتكابی از حیث شروع به جرم، جرم محسوب نمی‌گردد.

۳.۳. مجازات شروع به جرم:

از آنجا که فلسفه جرم‌انگاری شروع به جرم را این فرض اساسی دانسته اند که در این حالت ذهن مرتکب، به بهترین شکل حالت خطرناک وی را نشان می‌دهد (فلچر، ۱۳۸۹: ۲۹۸)، برخی بر این اعتقادند که حمایت و پاسداری از حقوق جامعه و صیانت از آن اقتضای جلوگیری از اشکال و صور گوناگون تعدی و تجاوز را دارد، لذا ناچار باید شروع به جرم، شایسته و در خور مجازات باشد (فرهودی نیا، ۱۳۸۱: ۹۸).

مقنن با تصویب ماده ۱۲۱ لایحه برای مجازات شروع به جرم دو حالت را پیش‌بینی نموده است:

اولاً: عملیات و اقداماتی که شروع به جرم هستند ولی اقدامات مذکور جرم مستقل محسوب می‌شوند.

ثانیاً: عملیات و اقداماتی که شروع به جرم هستند و اقدامات مذکور جرم مستقل محسوب نمی‌شوند. در مورد قسمت اول، قانونگذار به مجازات صرف عمل اکتفا نموده و آن مقدار عمل را که ماهیتاً شروع به جرم می‌باشد بار دیگر از باب شروع به جرم، جرم و قابل مجازات ندانسته است. همانطور که از ماده بر می‌آید، قانونگذار تعدد معنوی را بین شروع به جرم و جرم خاص متصور نشده است؛ زیرا مقتضای چنین امری، پذیرش یک نوع جرم و اعمال مجازات اشد است. با نگاهی به مسیر تقنین، مشخص می‌شود که لایحه در این خصوص، همانند قانونگذار قانون راجع به مجازات اسلامی سال ۶۱ عمل نموده، چه در آن قانون و در ماده ۱۵ آن آمده بود: "... چنانچه عملیات و اقداماتی که شروع به اجرای آن کرده جرم باشد، محکوم به مجازات همان جرم می‌شود والا تأدیب خواهد شد." با این حال حکم ماده ۱۲۱ لایحه نسبت به ماده فوق با مبانی حقوق جزا سازگاری بیشتری دارد؛ زیرا عبارت "والا تأدیب خواهد شد" چندان خالی از اشکال نیست؛ چرا که این

تأدیب در صورتی اجرا می‌شد که قانون اصولاً شروع به جرم را مجازات می‌کرد در غیر این صورت، کیفری برای آن متصور نبود (نوربها، ۱۳۸۴: ۲۲۵)، حال آنکه طبق ماده ۱۸ همان قانون شروع به جرم فقط هنگامی قابل مجازات بود که تصریح شده باشد! بنابراین لایحه در چنین وضعیتی بدون توجه به میزان مجازات، صرفاً مجرم را به مجازات همان جرم خاص محکوم می‌کند. یعنی نه قاعده جمع مجازات را پذیرفته و نه تعدد معنوی را، و البته فقط در غیر این صورت است که مجازات شروع به جرم اعمال می‌گردد. در قسمت دوم یعنی هرگاه عمل شروع به جرم باشد و آن اقدامات انجام شده جرم مستقلی را تشکیل ندهد، عمل از باب شروع به جرم، جرم محسوب و قابل مجازات می‌باشد.

حال در خصوص میزان مجازات در شروع به جرم، باید به میزان مجازات جرم اصلی (جرمی که مرتکب، قصد انجام آن را داشته است) رجوع کرد. قانونگذار سه نوع مجازات در بندهای سه گانه ماده ۱۲۱ لایحه برای شروع به جرم، به شرح ذیل متصور شده است:

۱ در جرائمی که مجازات قانونی آن سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه یک تا سه است به حبس تعزیری درجه چهار.

۲ در جرائمی که مجازات آنها قطع عضو یا حبس تعزیری درجه چهار است به حبس تعزیری درجه پنج.

۳ در جرایمی که مجازات قانونی آنها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج است به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه شش، محکوم می‌گردد.

۴.۳. تأثیر انصراف ارادی و غیر ارادی در شروع به جرم:

یکی از مسائلی که همیشه در بحث تشخیص شروع به جرم مطرح است، مسئله انصراف ارادی و غیر ارادی از عملیات اجرایی است. زیرا شرط دوم تحقق شروع به جرم آن است که بواسطه مانع خارجی که اراده فاعل در آن مدخلیتی نداشته است، قصد مجرمانه معلق یا بی‌اثر بماند (صانعی، ۱۳۸۲: ۳۶۶) یعنی انصراف غیر ارادی باشد یا به تعبیر دقیق‌تر به واسطه موانع خارجی عملیات اجرایی متوقف بماند. بنابراین چنانچه مجرم شخصاً اجرای جرم را متوقف نماید، یعنی شخصاً از تعقیب اجرای جرم صرف نظر کند، شروع به جرمی که قابل مجازات است، تحقق نمی‌یابد؛ چرا که قانون‌گذار می‌خواهد مجرم را تشویق نماید تا از اجرای نقشه بزهکارانه خود، صرف نظر کند. البته باید اضافه نمود که برای اینکه مجرم از مجازات نجات پیدا کند، باید انصراف او ارادی بوده و قبل از اتمام جرم حاصل شود (استفانی، لواسور، بولوک، ۱۳۷۷: ۳۲۷). نقطه قوت لایحه در خصوص شروع

به جرم تا حد زیادی مربوط به مسأله انصراف از عملیات اجرایی می‌شود؛ زیرا برخلاف قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ و پیرو قوانین راجع به مجازات اسلامی سال ۶۱ و خصوصاً قانون مجازات عمومی سال ۵۲ متعرض این مسأله شده است. ماده ۱۷ قانون راجع به مجازات اسلامی و البته پیش از آن، ماده ۲۲ قانون مجازات عمومی صراحتاً انصراف ارادی را از عملیات اجرایی مانع تحقق شروع به جرم می‌دانستند. ولی در قانون لازم الاجرای فعلی، عنصر انصراف غیر ارادی از عملیات اجرایی حذف شده است و از این جهت در تعریف شروع به جرم به گذشته‌های خیلی دور رجعت کرده است (فهودی نیا، ۱۳۸۱: ۷۲). و از طرفی در تبصره ۲ ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی، انصراف ارادی از جرم را در صورتی که اقدام انجام شده جرم باشد از موجبات تخفیف مجازات می‌داند که بر ابهام و ایراد ماده هر چه بیشتر می‌افزاید. در حالی که لایحه در ماده ۱۲۳ صراحتاً متعرض این نکته شده و اشعار می‌دارد: «هرگاه کسی که شروع به جرمی کرده و باراده خود آن را ترک کند به اتهام شروع به جرم منظور تعقیب نمی‌شود...». بنابراین در لایحه در پی انتقادات حقوقدانان از ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی، حقیقت قانونی شروع به جرم را به مفهوم حقوقی آن نزدیکتر نموده و عدم انصراف ارادی را شرط تحقق شروع به جرم در نظر گرفته است.

۴. در حکم شروع به جرم:

لایحه قانون مجازات اسلامی در تبصره ماده ۱۲۱ اقدام به جرم انگاری جدیدی نسبت به قانون لازم الاتباع فعلی زده است تا شاید بار انتقادات وارده بر ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی را تا اندازه‌ای جبران نموده باشد. در این تبصره، مقنن عنوان در حکم شروع به جرم را به رسمیت شناخته که حاکی از آن است که قانون گذار دریافته بایستی علاوه بر شروع به جرم به سایر جرایم ناتمام هم وقعی نهد. ولی اشکال وارده اینجاست که باز هم در شمول آن بر جرم محال و جرم عقیم ابهام وجود دارد که ما در این مبحث پس از شرح عنوان در حکم شروع به جرم، سعی در تطبیق آن با دوگونه دیگر جرایم ناتمام (جرم محال و جرم عقیم) خواهیم نمود.

۱.۴. تعریف در حکم شروع به جرم و شرایط احراز:

تبصره ماده ۱۲۱ لایحه اشعار می‌دارد: «هرگاه رفتار ارتكابی ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لکن به جهات مادی که مرتکب از آنها بی‌اطلاع بوده وقوع جرم غیر ممکن باشد، اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است». با نگاهی به سیر قانون‌گذاری در خصوص جرایم ناتمام، مشخص می‌شود که آنچه در این تبصره نمود قانونی گرفته است، نه بدعت قانون‌گذار، بلکه رجعت او به

تبصره ماده ۲۵ قانون مجازات عمومی سال ۵۲ است؛ زیرا تبصره اخیر مقرر می‌داشت: "در صورتی که اعمال انجام یافته ارتباط مستقیم با ارتکاب جرم داشته باشد ولی به جهات مادی که مرتکب از آن بی‌اطلاع بوده، وقوع جرم غیر ممکن شده، عمل در حکم شروع به جرم محسوب می‌گردد." این مفهوم در قوانین جزایی دیگر تا زمان تصویب لایحه، سابقه نداشته است؛ تا اینکه مقنن در لایحه با اندک تغییر در عبارت، عیناً همان حکم تبصره ماده ۲۵ قانون مجازات عمومی را تکرار نموده است. به هر حال در حکم شروع به جرم، عبارت از رفتاری است که با ارتکاب جرم ارتباط مستقیم داشته ولی به جهات مادی، وقوع جرم غیر ممکن باشد، در حالی که مرتکب از آن بی‌اطلاع است؛ یعنی مرتکب از آن جهات مادی که سبب غیر ممکن بودن جرم شده است بی‌اطلاع است، در این صورت، اقدامی که انجام شده است در حکم شروع به جرم محسوب می‌گردد. بنابراین، اولین رکن تحقق این است که نهاد در حکم شروع به جرم، ماهیتی مادی دارد چون از رفتار تشکیل شده است، علاوه بر آن، بایستی این رفتار ارتباطی مستقیم با ارتکاب جرم داشته باشد. بنابراین، اعمال تفسیر بردار و مشکوک که صراحت در ارتکاب جرمی خاص نداشته باشند، نمی‌توانند عنصر مادی در حکم شروع به جرم باشند که بایستی معیار آن را صرفاً عرفی دانست. بنابراین، خرید اسلحه غیر مجاز، چون صراحت در جرمی خاص ندارد، به گونه‌ای که مردم ارتکاب چنین جرمی را بر سایر احتمالات ترجیح دهند، نمی‌تواند در حکم شروع به جرم خاصی باشد. لذا می‌توان عنصر مادی در حکم شروع به جرم را اعمال مقدمات قریبه دانست. صرف مقدمات قریبه، کافی به مقصود نیست بلکه بایستی انجام جرم غیر ممکن باشد و این تفاوتی است که میان در حکم شروع به جرم و شروع به جرم وجود دارد. نکته دیگر این که مرتکب بایستی از غیر ممکن بودن جرم بی‌اطلاع باشد والا در حکم شروع به جرم، محقق نشده است؛ زیرا جرم انگاری این عمل به دلیل حالت خطرناک مرتکب و جلوگیری از اقدام به ارتکاب جرم است، در صورتی که اگر شخص واقف بر بی‌نتیجه بودن جرم باشد در واقع اقدام به عملی داشته که مجرمانه نیست و بدیهی است چنین عملی نمی‌تواند حائز مسئولیت کیفری شود. مثلاً کسی که می‌داند آنچه که در رختخواب دیگری است، نه دشمن او، بلکه فقط یک قطعه چوب است، در عین حال به سمت آن شلیک می‌کند، عملش بیشتر به سرگرمی شبیه است تا اقدام مجرمانه. بنابراین مقنن در لایحه و بهتر بگوئیم در سال ۵۲ این مطلب را بخوبی درک کرده و این قسمت را از عنوان جزایی خارج نموده است.

۲.۴. شمول بر جرم محال:

در اینجا سؤال این است که چه رابطه‌ای بین در حکم شروع به جرم، با جرم محال وجود دارد؟ آیا در حکم شروع به جرم، ماهیتاً همان جرم محال است؟ در جرم محال، مرتکب تا پایان مسیر مجرمانه پیش می‌رود اما گاه به این علت که نمی‌داند موضوع جرم وجود ندارد و یا به بی‌اثر بودن وسایل مورد استفاده نا آگاه است، انجام بزه محال می‌نماید (نوربها، ۱۳۸۴: ۲۳۸).

در قانون مجازات ۱۳۰۴ در زمینه جرم محال، مطلب صریحی وجود نداشت (همان: ۲۴۳) تا این‌که در اصلاحات سال ۵۲ همان‌طور که گفته آمد، مفهوم در حکم شروع به جرم را ابداع نمود که شمول آن بر جرم محال، مورد قبول حقوق‌دانان است (ر.ک. محسنی، ۱۳۸۲: ۱۹۹) ولی پس از آن، قانون راجع به مجازات اسلامی آن را حذف نمود که حاکی از آن بود که تهیه‌کنندگان این قانون نخواستند جرم محال را مورد شناسایی قرار دهند (نوربها، ۱۳۸۴: ۲۴۴). قانون مجازات اسلامی سال ۷۰ هم همین مسیر نادرست را پیش گرفت، با این حال، باز هم برخی با استعانت از عبارت «جرم منظور واقع نشود» در ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی، چنین اظهار نظر کرده‌اند که جرم محال نیز از موارد عدم امکان تحقق جرم و مصداق بارز آن به شمار می‌آید (گلدوزیان، ۱۳۸۲: ۲۰۱).

حال با توجه به این‌که تبصره ماده ۱۲۱ لایحه، تکرار تبصره ماده ۲۵ قانون مجازات عمومی است و حقوق‌دانان معتقدند که قانونگذار در سال ۱۳۵۲ حکم جرایم محال را بیان نموده است (اردبیلی، ۱۳۸۳: ۲۲۷) و با توجه به مبحثی که در قسمت شرایط احراز در حکم شروع به جرم بیان گردید و نیز با تطبیق مفهوم قانونی در حکم شروع به جرم، با مفهوم حقوقی جرم محال، جملگی بر این امر حکایت دارند که مفهوم قانونی در حکم شروع به جرم، همان مفهوم حقوقی جرم محال می‌باشد؛ با این توضیح که شرط مجازات شدن مرتکب، عدم علم و اطلاع از جهاتی است که منجر به غیر ممکن شدن تحقق جرم می‌گردد. در واقع عبارت در حکم شروع به جرم عنوان تبصره را به خود اختصاص نمی‌دهد بلکه این عبارت برای تعیین مجازات مقرر شده است (یعنی جاری نمودن مجازات شروع به جرم بر رفتاری که جزء مصادیق تبصره مذکور قرار می‌گیرد) و با اندک تأملی در ماهیت تبصره فوق‌الذکر در می‌یابیم که قانونگذار جرم محال را جرم دانسته و آثار شروع به جرم را بر آن تحمیل نموده است. اما در شمول عنوان در حکم شروع به جرم بر جرم محال، سخن به اینجا ختم نمی‌شود، زیرا تقسیم‌بندی‌های متفاوتی که از جرم محال شده است، که این امر بر پیچیدگی ماهیت آن افزوده، به‌گونه‌ای که حتی طرفداران دیدگاهی که قائل به مجازات جرم محال می‌شوند، به برخی از گونه‌های این جرم به دیده تردید می‌نگرند و گروهی دیگر از حقوق‌دانان،

صراحتاً صورت‌های خاصی از این جرم را شایسته مجازات نمی‌دانند (Clarkson, 1988: 109-111). با این حال، با توجه به سیاق تبصره ماده ۱۲۱ لایحه که ارتباط مستقیم رفتار ارتكابی را با "جرم" مورد نظر ضروری دانسته، و از طرفی صرفاً به دلایل "مادی" تحقق جرم را منتفی می‌داند، می‌توان چنین برداشت نمود که از میان تقسیم‌بندی‌های متفاوتی که از جرم محال شده، قانونگذار در نظر داشته است که فقط محال مادی یا واقعی را در حکم شروع به جرم قرار دهد و با توجه به قرائن فوق، محال قانونی یا حکمی را خارج ساخته و از طرفی تقسیم‌بندی مطلق و نسبی را مد نظر قرار نداده است، همچنانکه برخی حقوقدانان همین اعتقاد را در خصوص سابقه این ماده در قانون مجازات عمومی دارند (محسنی، ۱۳۸۲: ۲۰۰-۱۹۹).

۳.۴. شمول بر جرم عقیم:

هدف در این قسمت، بررسی این موضوع است که آیا در حکم شروع به جرم، شامل جرم عقیم هم می‌شود یا خیر؟ همان‌گونه که بیان شد در جرم محال، یا همان در حکم شروع به جرم، وقوع جرم غیر ممکن است در حالی که در جرم عقیم که فاعل تمام کوشش خود را برای رسیدن به نتیجه به کار می‌گیرد ولی بنا به عللی غیر قابل پیش‌بینی که خارج از اراده مرتکب است، نتیجه حاصل نمی‌شود (اردبیلی، ۱۳۸۳: ۲۲۷)، ماهیتاً امکان ارتکاب جرم و تحقق نتیجه وجود دارد اما به جهتی که مربوط به شخص مرتکب است (نه موضوع و نه وسیله)، جرم تحقق پیدا نمی‌کند. بنابراین جرم عقیم با چنین ماهیتی، نمی‌تواند تحت شمول در حکم شروع به جرم قرار گیرد. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا جرم عقیم در لایحه جدید جرم انگاری شده است یا نه؟ دریافتیم که جرم عقیم تحت شمول در حکم شروع به جرم قرار نمی‌گیرد، حال جهت یافتن پاسخ سؤال مذکور تنها راه، بررسی جرم عقیم با شروع به جرم ماده ۱۲۱ لایحه می‌باشد. چنانچه شمول ماده ۱۲۱ لایحه، جرم عقیم را در برگیرد، قانونگذار جرم عقیم را جرم دانسته است و چنانچه ماده ۱۲۱ بر جرم عقیم شمولیت پیدا نکند، قانونگذار به جرم انگاری جرم عقیم نظر نداشته و در نتیجه در لایحه مذکور جرم عقیم، جرم شناخته نشده است. در تبصره ماده ۲۵ قانون مجازات عمومی عبارت «...به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آنها مدخلیت نداشته، قصدش معلق یا بی‌اثر بماند» مقرر شده است. حال با توجه به اینکه تبصره مذکور موانع خارجی را برای تحقق ماده ۲۵ (شروع به جرم) لازم دانسته است و در جرم عقیم بحثی از مانع خارجی مطرح نیست نمی‌توان جرم عقیم را تحت شمول ماده ۲۵ قرار داد و به این نتیجه رسید که قانونگذار در قانون مجازات عمومی ۵۲ جرم عقیم را به رسمیت شناخته بود. با این حال برخی از حقوقدانان اظهار نظر کرده

بودند که ماده فوق تا اندازه‌ای منطبق با جرم عقیم است، (علی آبادی، ۱۳۵۳: ۱۲۴)، در حالی که در ماده ۱۲۱ لایحه به جای مانع خارجی، عبارت "عوامل خارج از اراده مرتکب" بیان شده است و کاملاً مشخص است که عوامل خارج از اراده اعم است از موانع خارجی و عوامل منتسب به شخص. با این وجود، ماده ۱۲۱ لایحه علاوه بر شروع به جرم، جرم عقیم را نیز دربر می‌گیرد. زیرا آن قسمت از عوامل خارج از اراده که مربوط به موانع خارجی است منجر به تحقق شروع به جرم می‌گردد (اردبیلی، ۱۳۸۳: ۲۲۴)؛ و آن قسمت از عوامل خارج از اراده که منتسب به شخص مرتکب است، منجر به تحقق جرم عقیم می‌گردد (صانعی، ۱۳۸۲: ۳۵۷). شایان ذکر است که چون بین شروع به جرم و جرم عقیم، تفاوت ماهوی وجود دارد، ذکر آن دو در ذیل یک عنوان منطقی به نظر نمی‌رسد و بهتر آن است که قانونگذار در ماده یا لاقبل تبصره‌ای جداگانه همانند جرم محال، بدان بپردازد تا تفاوت آن با شروع به جرم بهتر نمود پیدا کند.

۴.۴. بررسی آثار در حکم شروع به جرم:

شناسایی مفهومی جدید به عنوان در حکم شروع به جرم مستلزم این است که آثاری جزایی بر آن بار شود، که مهمترین اثر جزایی همان مجازات است. در این خصوص سوال مطرح شده آن است که آیا مجازات شروع به جرم در اینجا هم قابل اجرا است یا خیر؟ از آنجا که برای اعمال در حکم شروع به جرم در فصل شروع به جرم مجازاتی در نظر گرفته نشده، با این حال بدیهی است مقنن در پی اعمال آثار شروع به جرم بر چنین اعمالی بوده که آنها را در حکم شروع به جرم دانسته و الا لفظی را وضع نموده که دلالت بر معنایی خاص نمی‌کند. بنابراین می‌توان گفت مجازات شروع به جرم به همان صورت بر اعمال در حکم شروع به جرم نیز بار می‌شود. حال می‌توان دومین اثر اعمال در حکم شروع به جرم را هم بر این اساس تبیین نمود و آن بحث انصراف ارادی است.

با توجه به تعریفی که قبلاً از جرم محال بیان شد گفته شد که جرم محال زمانی تحقق می‌یابد که عملیات اجرایی تا پایان طی شده و عدم تحقق نتیجه به علت غیر ممکن بودن جرم است، در حالی که در شروع به جرم علت عدم وقوع جرم، متوقف شدن عملیات اجرایی است و چنانچه متوقف شدن عملیات اجرایی به خاطر انصراف ارادی باشد، شروع به جرم تحقق نمی‌یابد، با این توضیح، امکان انصراف ارادی در جرم محال ممکن نیست، زیرا اگر انصراف ارادی تحقق پیدا کند، چون عملیات اجرایی تا پایان طی نشده و این شرط تحقق جرم محال است، دیگر جرم محالی وجود ندارد. نهایتاً، انصراف ارادی مانع تحقق شروع به جرم محال و به طریق اولی مانع تحقق جرم محال است.

موضوع دیگری که در این بند بررسی آن لازم می‌آید، این است که در صورت تعدد معنوی بین اعمال در حکم شروع به جرم با جرم خاص، قاعده جمع مجازات‌ها اعمال می‌شود یا موضوع تابع احکام تعدد معنوی است؟ و یا حکم علیحده ای مقرر نموده است؟ درخصوص شروع به جرم همان‌طور که بیان شد قانونگذار در ماده ۱۲۱ لایحه مقرر نموده است که چنانچه "اقدامات انجام گرفته جرم باشد به مجازات همان جرم محکوم می‌گردد" به عبارت دیگر نه قاعده جمع مجازات را پذیرفته و نه تعدد معنوی را، زیرا از طرفی در چنین صورتی مجازات‌ها با هم جمع نمی‌گردد و از سوی دیگر بدون توجه به میزان مجازات‌ها، فقط مجازات جرم خاص مطرح است فارغ از اینکه این مجازات اشد باشد یا اخف. بنابراین از قاعده تعدد معنوی هم عدول نموده است هرچند که این عدول شایسته به نظر می‌رسد.

حال در خصوص در حکم شروع به جرم باید گفت قانونگذار در تبصره ماده ۱۲۱ لایحه متعرض این قضیه نشده است اما با توجه به اینکه احکام و آثار شروع به جرم در تبصره آن یعنی در حکم شروع به جرم نیز اعمال می‌گردد، شمول حکم مذکور در خصوص در حکم شروع به جرم نه تنها به نفع متهم است بلکه با عدالت نیز سازگاری بیشتری دارد.

۵. نتیجه‌گیری:

۱. با نگاهی به سیر تقنین در خصوص جرایم ناتمام مشخص می‌گردد که قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ راهنمای اصلی مقنن در لایحه مجازات اسلامی در قسمت جرایم ناتمام بوده و نتیجتاً به این قانون بازگشت نموده است.
۲. با بررسی فصل شروع به جرم در لایحه مجازات اسلامی مشخص می‌شود که در این لایحه بیش از قانون لازم الاجرای فعلی به مسئله جرایم ناتمام توجه شده است زیرا در تبصره‌ای جداگانه عنوان در حکم شروع به جرم احیا شده است.
۳. نکته شایان ذکر این است که در لایحه ابهاماتی که در خصوص شرط بودن یا نبودن عدم انصراف ارادی در تحقق شروع به جرم وجود داشت رفع گردیده و صراحتاً شرط تحقق شروع به جرم را عدم انصراف ارادی مرتکب از عملیات اجرایی می‌داند.
۴. تحول لایحه نسبت به قانون فعلی که بسیاری از مشکلات در خصوص شروع به جرم را حل نموده مربوط می‌شود به جرم انگاری کلی شروع به جرم. این لایحه همانند قانون سال ۱۳۵۲ شروع به جرم را جرم انگاری کرده و این امر را به عنوان اصل تقریباً در تمام جرایم پذیرفته است.

۵. نکته مهم دیگر باز هم در خصوص شروع به جرم است و آن اینکه مشکل دیگر قانون فعلی را رفع نموده و هنگامی که اقداماتی که منجر به تحقق شروع به جرم شده اند خود جرم باشند در این صورت فقط مجازات جرم خاص اعمال می‌شود و تنها در غیر این صورت است که مجازات شروع به جرم اجرا می‌گردد و این نشان از تجلی حقوق متهم یا بهتر بگوییم مجرم است در لایحه.

۶. با وجود اینکه شرط انجام عملیات اجرایی برای شروع به جرم در لایحه تغییری نکرده، ولی شرط عدم انجام جرم تغییر نموده و از ابهام ماده ۴۱ قانون فعلی خارج گردیده است. با این حال باز هم به شکل دقیق جرم انگاری نشده و به خاطر اینکه در عدم تحقق جرم به صورت عام عوامل خارج از اراده مرتکب را موثر دانسته است بر جرم عقیم هم دلالت دارد.

۷. با بررسی دقیق عنوان در حکم شروع به جرم مشخص می‌شود قانون گذار در این لایحه در پی شناسایی مفهوم جرم محال بوده است و صرفاً بر این معنی دلالت دارد.

۶. پیشنهادات:

۱. بهتر آن است که فصل اول از بخش دوم لایحه به نام جرایم ناتمام معنون شود. زیرا همانطوری که مشخص شد در این لایحه علاوه بر شروع به جرم، به جرایم ناتمام دیگر هر چند ضمنی اشاره شده و با اعمال این پیشنهاد حاصل کار قانون گذار بهتر نمود پیدا می‌کند.

۲. شایسته است پیش از تصویب نهایی و لازم الاجرا شدن لایحه، عنوان در حکم شروع به جرم به جرم محال تغییر یافته و از لحاظ مجازات در حکم شروع به جرم تلقی شود.

۳. چه خوب است اگر جرم عقیم نیز به علت تفاوت ماهیتی با هر دو عنوان شروع به جرم و جرم محال، از زیر سایه شروع به جرم رهایی یافته و در جهت هرچه حقوقی کردن قانون عنوان علیحده گیرد. فارغ از میزان مجازاتی که برای آن در نظر گرفته شود.

۴. در پایان باید ضرورت این تغییر را هم خاطر نشان کرد که نیکو است اگر قانون گذار همچون قانون فعلی، در زمانی که مرتکب به صورت ارادی از عملیات اجرایی منصرف می‌شود اقدامات انجام یافته جرم باشد، مجازات نسبت به همین رفتارها را هم مشمول تخفیف قرار دهد و این گامی است در جهت پیشگیری از بزه و بزهکاری فرد، زیرا با نوید تخفیف به مرتکب، او را از گرفتاری بیشتر در ورطه بزهکاری نجات خواهیم داد.

۷. منابع و مأخذ:

الف. فارسی:

۱. اردبیلی، محمد علی (۱۳۸۳) **حقوق جزای عمومی**، جلد اول، چاپ ششم، تهران، میزان.
۲. استفانی، گاستن- لواسور، ژرژ-بولوک، برنار (۱۳۷۷) **حقوق جزای عمومی**، جلد اول، ترجمه حسن دادبان، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.
۳. باهری، محمد و داور، علی اکبر خان (۱۳۸۰) **نگرشی بر حقوق جزای عمومی**، چاپ اول، تهران، مجد.
۴. صانعی، پرویز (۱۳۸۲) **حقوق جزای عمومی**، چاپ اول، تهران، طرح نو.
۵. علی آبادی، عبدالحسین (۱۳۵۳) **حقوق جنایی**، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، چاپخانه بانک ملی.
۶. فرهودی‌نیا، حسن (۱۳۸۱) **جرایم ناقص (بررسی تطبیقی)**، چاپ اول، تهران، انتشارات فروزش.
۷. فلچر، جورج. پی (۱۳۸۹) **مفاهیم بنیادین حقوق کیفری**، ترجمه سید مهدی سیدزاده ثانی، چاپ دوم، تهران، گروه پژوهشی دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۸. فیض، علیرضا (۱۳۸۱) **مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام**، چاپ ششم، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۹. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۲) **بایسته های حقوق جزای عمومی**، چاپ هفتم، تهران، میزان.
۱۰. محسنی، مرتضی (۱۳۸۲) **دوره حقوق جزای عمومی (پدیده جنایی)**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۱. میرفردی، قدرت الله- ایروانیان، امیر (۱۳۸۰) «بررسی تطبیقی تحلیلی جرم محال در حقوق ایران، انگلستان و فرانسه»، ماهنامه کانون، شماره ۲۷، صفحات ۲۴-۲۱.
۱۲. نوریها، رضا (۱۳۸۴) **زمینه حقوق جزای عمومی**، چاپ چهاردهم، تهران، گنج دانش.

ب. خارجی:

1. Chawla(M) (2006) **Criminal Attempt and Punishment**, New Delhi, Deep and Deep publication.
2. Clarkson (C.M.V) (1988) **Understanding Criminal law**, London, Fontana Paperbacks.
3. Martin(E.A), Law(J) (2006) **Dictionary of Law**, 6th ed, New York, Oxford University press.
4. Smith(J.C), Hogan(B) (1988) **Criminal Law** 6th ed, London, Edinburgh, Butterworths.

ج. قوانین:

۱. قانون مجازات عمومی (۱۳۰۴)
۲. قانون مجازات عمومی (۱۳۵۲)
۳. قانون راجع به مجازات اسلامی (۱۳۶۱)
۴. قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰)
۵. لایحه مجازات اسلامی (در دست تصویب)

