

قانونگذار در دوراهی حقوق مجازات جدید و فقه

نقد ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی
تبصحات آن در نظام زندانبانی

سید محمدمهدی غمامی
دانشجوی کارشناسی
ارشد حقوق عمومی

اشاره:

یکی از دستاوردهای حقوق جزای جدید، نهاد شروع به جرم است که بر مبنای حمایت از نظم عمومی و نظریه جنبه عینی جرم بوجود آمد. این نهاد از سال ۱۳۰۴ وارد ایران شد و بدین ترتیب مدت تقریباً قابل توجهی در نظام حقوق ایران به سر برده است. اما با تغییراتی که در سال ۱۳۷۰ در قانون مجازات اسلامی رخ داد، مبنای شروع به جرم و آنچه در متن ماده جدید مندرج شد، دچار تشویش و ناهماهنگی گشت. در این نوشتار، بر آن هستیم تا با بیان چالشهای شروع به جرم، به بررسی این چالشها در دو حوزه حقوقی و فقهی بپردازیم. **کلید واژه ها:** شروع به جرم، جرم محال، جرم عقیم، تجری، مقدمه حرام

مقدمه

قانون مجازات اسلامی، در باب سوم، فصل اول، ماده ۴۱ به تعریف شروع به جرم می پردازد و مسائل مربوط به آن را بیان می کند: «هر کس 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 می شود» تبصره ۱: 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. تبصره ۲: کسی که شروع به جرم کرده است، به میل خود آن را ترک کند و اقدام انجام شده جرم باشد از موجبات تخفیف مجازات برخوردار خواهد شد.» موضوع شروع به جرم در قوانین جزایی ۱۳۰۴، ۱۳۵۲ و ۱۳۶۱ طرح شده بود ولی غالب مذکور، متعلق به سال ۱۳۷۰ است همانطور که در لحظه اول به چشم می خورد بیان قانونی فوق، ناظر به یک عنوان مجرمانه نمی شود، کما اینکه همان عناوین چندگانه را نیز شامل نمی شود. اگرچه چنین مشکلی به دلیل عدم فهم دقیق مسائل فقهی ناشی شده و قانونگذار سعی کرده تا مفاهیم فقهی را نیز وارد عنوان شروع به جرم کند ولی از این حیث نیز نتوانسته است تطبیق صحیحی را، اعمال کند. در این مقاله در ابتدا اشکالات حقوقی ماده ۴۱ را

بیان خواهیم کرد و سپس به مشکلاتی اشاره می شود که به علت «تطبیق غیرصحیح این مفهوم با مفاهیم فقهی» ایجاد شده است.

۱) اشکالات حقوقی

الف) منطوق ماده ۴۱ به صورتی نگاشته شده است که مخاطب نفس شروع به جرم را با مفهومی که ماده ارائه می کند جرم نخواهد دانست، در حالی که ماده برای چیزی که جرم نیست مجازات قرار داده است، البته ماده ادامه می دهد مگر اقدامات انجام شده عنوان مجرمانه خاص داشته باشد. به بیان ساده تر مخاطب در نگاه اول و در عبارتی ساده با قاعده «مرتکب جرمی شود، به مجازات همان جرم محکوم می شود» روبرو خواهد شد.

ب) اطلاق عبارت مقنن حاکی از آن است که برای وی، وقوع جرم، چه بصورت ارادی و چه بصورت غیرارادی متوقف گردد، مهم نیست، بلکه مجرم اگر مرتکب جرمی شود باید مجازات گردد، در حالی که متن ماده شروع به جرم، از قانون ۱۹۳۷ سوئیس - ماده ۲۱ - گرفته شده و در آن نظام حقوقی شروع به جرم، جرم است و بین توقف ارادی و غیرارادی تفاوت گذاشته شده است، به عبارت دیگر در نظریه ذهنی [Subjective]، شروع به جرم دارای دو عنصر است: ۱) شروع به اجرا و انجام اعمال مقدماتی ۲) دخالت عامل خارجی منجر به توقف ادامه اعمال مجرمانه. البته در نظام کامان لا و مطابق

نظریه عین [Objective]، شرط دوم اهمیتی ندارد و شاید قانونگذار ایران، تحت تاثیر همین مکتب بین توقف ارادی و غیرارادی تفاوتی قائل نشده است. اما چنین استنادی، مانع از طرح مجدد این سوال نمی شود که «در این صورت قانونگذار بنابر چه علتی برای کسی که به میل خود جرم را ترک کرده است تخفیف قائل شده است؟».

ج) اطلاق کلی این ماده بر عنوان «جرم» که همه انواع مطلق «مقید» غیرعمدی، ترک فعل و خلافی و ... شامل می شود در حالی که:

۱) در جرمهای مطلق و مقید، مخصوصاً جرائم مقید، که هم شروع به جرم آنها و هم اعمال اجرایی آنها، جرم مستقلاً است. با این اطلاق کلی، مشکلاتی از نظر اجرایی رخ می دهد. در مواردی به علت عدم فاصله بین افعال مقدمه ای و اجرایی (در مواردی این دسته چنان به هم گره می خورند که در ظاهر یک عمل می نمایانند) یا بیان قانونی دیگر در مورد شروع به جرم در موردی معین یا غیرمعین، مسئله برای قاضی بفرنج می شود.

۲) همچنین در جرائم مانند جرائم غیرعمدی، سلبی و خلافی، به علت عدم وجود اراده منجز، شروع به جرم اصولاً جایگاهی ندارد. به علاوه آنکه اصل در جرائم، «عمدی بودن» است، جرم انگاری موارد غیرعمدی بطور نادر و بر اساس توجیحات متعدد صورت می گیرد.

د) این ماده، نحوه ارتباط

خود را با سایر قوانین خاص هم روشن نکرده است در نتیجه علی رغم خاص بودن موارد دیگر، قانونگذار قضات را دچار نوعی سردرگمی کرده است، زیرا برای ماده نتیجه عملی نیز بار شده و اصولاً ماده ۴۱ یک قاعده قانونی نیست چون حتی در صورتی که ماده شامل حکمی هم باشد، هیچ ضمانت اجرایی ندارد و بیشتر در قالب یک بیان توصیفی می گنجد تا قاعده قانونی.

۲- اشکالات فقهی

قانونگذار در جهت اسلامی کردن قوانین، دچار یک ایراد مهم شده است؛ زیرا نباید یک نهاد حقوق جزای جدید - حقوق جزای مدرن - را در قالب فقهی جستجو کرد، به عبارت دیگر قانونگذار در کشاکشی چندین مفهوم حقوقی و فقهی، دست به خلق یک مفهوم جدید زده است.

الف) تجری



رخ داده، مقبوض مولی و حرام شرعی نیست و از راه اجماع هم نمی توان بر عمل حکم حرمت بار کرد. شیخ انصاری معتقد است که قبح فاعلی متجری مورد قبول است ولی این امر برای آنکه فعل صادره از او را حرام بدانیم کافی نیست. لذا این امر باعث نمی شود که او را مورد عقاب و عقاب قرار داد.

مرحوم بجنوردی تجری را حرام نمی داند و اجماع را نیز در آن جائز نمی شمارد. وی در منتهی الاصول می فرماید: «در تجری مخالفت صدق نمی کند چون فاعل تنها خیال می کند نهی است و حال آنکه در واقع نهی وجود ندارد».

شهید اول هم گناه دانستن عمل متجری را محل اشکال می داند زیرا قصد او با گناه مصارف نشده است و جز نیت گناه، چیز دیگری در کار نبوده است که البته آن هم بخشیده شده است.

ب) مقدمه حرام هرگاه رابطه دو چیز به نحوی باشد که وجود یکی از آنها متوقف بر دیگری باشد، متوقف را ذوالمقدمه و دیگری را مقدمه می گوئیم. به این ترتیب مقدمه حرام امری است که برای تحقق خارجی حرام، اجرای آن لازم باشد. مرحوم خوبی به نقل از استاد خود آیت الله نائینی می گویند: «سه رابطه بین حرام و مقدمه حرام وجود دارد:

الف) بین مقدمه و ذی المقدمه اراده و اختیار فاعل قرار نگرفته و مقدمه علت نامه برای ذوالمقدمه باشد که در اینصورت نهی وارد بر ذی المقدمه، بطور حقیقی بر مقدمه هم وارد می شود.

ب) اینکه بین مقدمه و ذی المقدمه اراده و اختیار فاعل قرار گرفته باشد که در اینصورت ایشان باز هم معتقد به حرمت است.

ج) بین مقدمه و ذی المقدمه اراده و اختیار فاعل قرار گرفته

تجری یعنی اینکه مرتکب نسبت به تمرد و عصیان از شارع جرأت پیدا کند [نیت مخالف قطعیه با حکم شارع] در حالی که در واقع مخالفتی حاصل نشود. بطور مثال متجری [فعل مثبت یا منفی] را انجام می دهد. به خیال آنکه گناه است، در حالی که آن فعل مباح می باشد. حال سوال اینجاست که متجری همانند عاصی و گناهکار، مستحق عقاب است؟ همچنین آیا نفس تجری مشمول حکم حرمت می شود؟

در جواب به سوالات مذکور بین فقها اختلاف نظر بسیار است. محقق سبزواری تجری را مستحق عقاب دانسته و معتقد به حرمت تجری است. وی قبح تجری را از باب جنت فاعل و شقی بودن او می داند که بواسطه فعلش کشف می شود و از باب قبح فاعلی است و گرنه نفس فعل

امام خمینی (ره) نیز به رغم قائل شدن قبح فاعلی برای متجری، حرمتی برای فعل او قائل نیست. مرحوم نائینی با تکیه بر اینکه مخالف با طریق وجدانی، مخالفت با طریق جعلی است، معتقد به حرمت تجری می باشد.

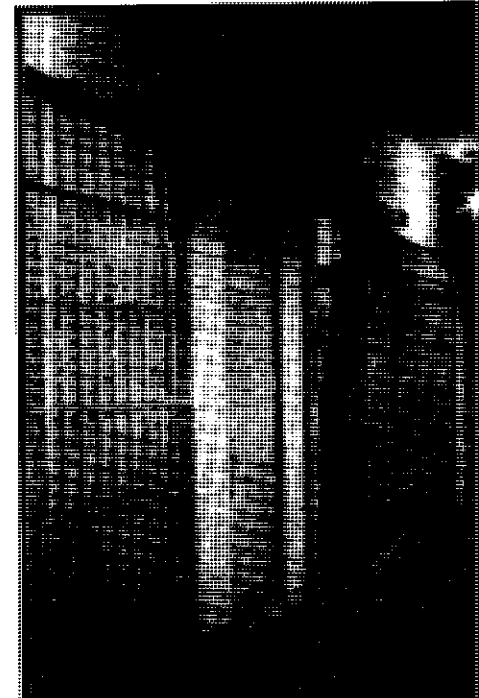
با توجه به مطالب فوق، قانونگذار گمان برده، «تجری» در یک تطبیق کلی می تواند همان تجری باشد و همانطور که فقها مجازاتی را برای تجری در نظر نگرفته اند پس شروع به جرم هم مجازاتی ندارد. در حالی که پیش فرض قانونگذار اشتباه

با توجه به مطالب فوق، قانونگذار گمان برده، «تجری» در یک تطبیق کلی می تواند همان تجری باشد و همانطور که فقها مجازاتی را برای تجری در نظر نگرفته اند پس شروع به جرم هم مجازاتی ندارد. در حالی که پیش فرض قانونگذار اشتباه

در جواب به سوالات مذکور بین فقها اختلاف نظر بسیار است. محقق سبزواری تجری را مستحق عقاب دانسته و معتقد به حرمت تجری است. وی قبح تجری را از باب جنت فاعل و شقی بودن او می داند که بواسطه فعلش کشف می شود و از باب قبح فاعلی است و گرنه نفس فعل

در جواب به سوالات مذکور بین فقها اختلاف نظر بسیار است.

محقق سبزواری تجری را مستحق عقاب دانسته و معتقد به حرمت تجری است. وی قبح تجری را از باب جنت فاعل و شقی بودن او می داند که بواسطه فعلش کشف می شود و از باب قبح فاعلی است و گرنه نفس فعل



باشد لکن اجرای مقدمه، به قصد رسیدن به حرام نیست و پس از اجرای آن به رغم تمکن از ارتکاب ذوالمقدمه از اجرای آن منصرف شود که در این مورد، ایشان معتقد به حرمت نیست چون فرض بر این است که ترک حرام متوقف بر آن نیست».

ایشان در انتها، در کتاب «محاضرات فی الاصول فقه» می گویند که چون در مقدمه واجب، وجوب ذوالمقدمه به مقدمه سرایت نمی کند، مقدمه حرام نیز حرام نیست حتی اگر قائل به وجوب مقدمه واجب باشیم دلیلی وجود ندارد که در حرام، حرمت مقدمه را غیرى بدانیم؛ زیرا اجتناب از حرام متوقف بر ترک مقدمه نیست و مکلف پس از انجام مقدمه قادر به ترک حرام است و این برخلاف مقدمه واجب است که مکلف با ترک مقدمه قادر به انجام واجب نیست». اگر هم کسی معتقد باشد که مقدمه حرام

از باب نفس یعنی تجری حرام است، بیان شد که اکثر فقها تجری را نیز حرام نمی دانند.

امام خمینی (ره) نیز معتقدند جمیع مقدمات حرام نیستند مگر مقدمه ای که جزء اخیر عله تامه باشد. پس بطور کلی تنها ذی المقدمه حرام، حرام است و نه مقدمات آن [مگر در مواردی خاص که آن هم اجماعی نیست].

نتیجتاً عنوان «شروع به جرم» قابل تطبیق بر عنوان «مقدمه حرام» نیست. چون از طرفی هر کدام تعریف خاص خود را دارد و از آن مهمتر، در بحث مقدمه حرام، مسئله تحقق حرام مطرح نیست ولی در عملیات مجرمانه و در شروع به جرم، عملیات اجرایی شروع شده است.

نتیجه :

چالشهای قانونگذاری ایران متعدد و بغرنج است که ماده ۴۱ یکی از مصادیق بارز آن محسوب می شود و تنها

یک نمونه کوچکی است از بحث قوانین جزایی، قوانینی که در حوزه نفس، آزادی و حقوق بنیادین انسان دست به جرح و تعدیل و جرم انگاری می زند. قانونگذار ایران باید خود را در چارچوب همه قوانین - حتی یک قانون خاص - تابع یک معیار و سنت قانونگذاری کند نه اینکه معیارهای سه سنت قانونگذاری فرانسوی - شکلی و عینی - انگلیسی - ماهوی و ذهنی - و اسلامی - فقهی و دینی - را در یک قالب بگنجانند و مهمتر آنکه کارایی هر سه نوع را با این ترکیب از بین ببرد.

به هر حال ماده ۴۱ به تعبیر بسیاری از حقوقدانان - دکتر میرمحمد صادقی / جزای اختصاصی - جرائم علیه اموال / صفحه ۸۸ به بعد، دکتر آزمایش، جزای عمومی ۲ / جزوه درسی / صفحه ۳۸ - یک ماده قانونی نیست بلکه یک بیان و توصیف از چیزهایی است که نباید با هم می آمیختند.

