

## چالش‌های پیش‌روی تعیین کیفر شروع به جرم در جرائم با کیفرهای متعدد و تخییری در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

مجید صادق‌نژاد نائینی\*، سکینه خانعلی‌پور واجارگاه\*\*

### چکیده

هر کشوری نظام پاسخ‌دهی خاص خود را درباره شروع به جرم پیش‌بینی کرده است. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز کیفر شروع به جرم، به‌طور ضابطه‌مند در ماده ۱۲۲ بیان شده است که این اقدام به انسجام احکام کمک می‌کند. اما به‌رغم این رویکرد مثبت، این نظام نسبت به جرائم با کیفرهای تخییری و متعدد با خلأهایی مواجه بوده و مشکلاتی را فراروی قضات قرار داده است؛ برای مثال در جرمی مانند محاربه که دارای مجازات‌های متعدد و تخییری است، مشخص نیست که قاضی در شروع به این جرم باید به استناد کدام بند از ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی تعیین کیفر کند. به‌ویژه آنکه برخی از کیفرهای مقرر برای محاربه مانند نفی بلد، در هیچ‌یک از بندهای ماده پیش‌گفته نمی‌گنجد. به‌منظور برون‌رفت از این مشکل، نظرات مختلفی با ملاک‌های خاص ارائه می‌شود. این نظرات را می‌توان ذیل سه رویکرد عمده قرار داد که عبارتند از: اختیار قاضی، ملاک قراردادن شدیدترین یا خفیف‌ترین کیفر قانونی. بررسی نظرات موجود نشان می‌دهد که کاربست هر یک، با مزایا و معایبی همراه خواهد بود. در این نوشتار با روش تحلیلی تفسیری به بررسی و تحلیل این رویکردها پرداخته و در نهایت با تکیه بر اصول تفسیری، به این نتیجه رسیده‌ایم که در جرائمی که مقنن جرم تام آن‌ها را مشمول اختیار دادرس قرار داده است، در شروع به آن‌ها نیز این اختیار صادق است. با این حال، برای آنکه دادرسان کمتر دچار صدور آرای متهاافت شوند، باید در کیفردهی به نوع جرم ارتكابی و سیاستی که از مجموع مقررات کیفری حاکم بر آن دسته از جرائم اتخاذشده است، توجه کنند.

**واژگان کلیدی:** شروع به جرم، کیفرگذاری، کیفرهای تخییری، کیفردهی، ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی

\* استادیار گروه حقوق دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه حکیم سبزواری (نویسنده مسئول)

m.sadeghnejad@hsu.ac.ir

khanalipoor13@gmail.com

\*\* دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

## مقدمه

کیفر به عنوان پاسخ به رفتارهای مجرمانه، باید در قبال رفتاری به کار بسته شود که عنصر مادی آن تا انتها ارتکاب یافته باشد. با این حال، بنا به مصالحی، گاهی قانون‌گذاران نسبت به بروز رفتارهایی که تنها بخشی از عنصر مادی رفتار را در برمی‌گیرند، واکنش‌هایی مقرر می‌کنند؛ زیرا قسمتی از مسیر ارتکاب جرم را پیموده‌اند (ره‌دارپور و چنگایی، ۱۳۹۰: ۶۰). شاید بتوان علت آن را در برهم‌زدن نظم عمومی (محسنی، ۱۳۸۲: ۸۵) و پاسداری از حقوق جامعه جست که اقتضای آن جلوگیری از بروز آشکال و صور گوناگون تعدی و تجاوز است (فرهودی‌نیا، ۱۳۸۱: ۹۸). همچنین می‌توان آن را نشانی بر وجود حالت خطرناک در مرتکب دانست که با شروع به جرم به بهترین نحو آن را به نمایش گذاشته است (فلچر، ۱۳۸۹: ۲۹۸).<sup>۱</sup> بدین ترتیب، در شروع به جرم، وجود قصد و ذهن مجرمانه در مرتکب و بی‌اعتنایی وی به هنجارهای حقوقی پذیرفته‌شده در جامعه، عامل چاره‌اندیشی قانون‌گذاران نسبت به این‌گونه رفتارها بوده است (مصطفی‌زاده، ۱۳۹۵: ۱۶۷). در واقع، می‌توان گفت در شروع به جرم، رکن روانی بزه تام به‌تمامی وجود دارد (پوربافرانی، ۱۳۹۲: ۱۸۰).<sup>۲</sup> همین امر موجب شده است که این مرحله از میان تمامی مراحل تکوین جرم، قابل تعقیب و کیفر دانسته شود. البته، برخی نیز دلیل آن را غلبه بر دشواری‌های اثباتی سایر مراحل تکوین جرم بیان می‌کنند و آن را دال بر پشت سرگذاشتن اعمال مقدماتی و ورود به مرحله اجرای جرم می‌دانند (کلارکسون، ۱۳۷۴: ۵۶).

در خصوص لزوم برخورد با این دست رفتارها، تحلیل‌های متفاوتی به چشم می‌خورد و بنا به رویکرد هر قانون‌گذاری، میزان اهمیت ارتکاب این رفتارها در نظام‌های حقوقی مختلف، متفاوت است. برخی آن را به‌طور کلی نادیده می‌گیرند و نسبت به آن ورود نمی‌کنند. در برخی از نظام‌های حقوقی نیز پاسخی خفیف‌تری نسبت به جرم تام برای آن در نظر گرفته‌اند که در نظام حقوقی ایران و انگلستان این رویکرد پذیرفته شده است و برخی از نظام‌های حقوقی مانند فرانسه نیز، با آن هم‌سنگ جرم تام برخورد می‌کنند. به‌رغم تفاوت‌های موجود، اغلب نظام‌های حقوقی، شروع به جرم را به‌عنوان موضوعی نیازمند مداخله کیفری به رسمیت شناخته و در این خصوص دست به چاره‌اندیشی زده‌اند.

۱. همچنین؛ (نک: عالی‌پور، ۱۳۹۰: ۶۰). اگرچه، دیدگاه مخالف نیز در این خصوص به چشم می‌خورد. از نگاه برخی در شروع به جرم، زیانی غیرقابل‌تحمل وجود ندارد که ناگزیر از به‌کیفررساندن آن باشیم. از این رو، جرم‌انگاری آن همواره محل اختلاف بوده است (منصورآبادی، ۱۳۹۵: ۱۱۴؛ پوربافرانی، ۱۳۹۲: ۱۸۰).
۲. همچنین؛ (نک: اخوت، ۱۳۹۵: ۲۱).

تعاریف مختلفی از شروع به جرم ارائه و شرایطی نیز برای تحقق آن برشمرده شده است. یکی از تعاریف مشهور از آن عبارت است از توسل به عوامل اجرایی جرم که اگر برای مرتکب انصراف حاصل نشود یا مانعی بر سر راه آن قرار نگیرد، جرم به وقوع می‌پیوندد؛<sup>۱</sup> هرچند تشخیص این مرحله به نوع جرم ارتكابی بستگی دارد و از این جهت امری نسبی است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۳: ۳۹۱). با وجود این، شروع به جرم بیانگر انجام رفتارهایی است که بزه‌کار بعد از تهیه ابزارها درصدد رسیدن به هدف خود برمی‌آید و با گذشت از گام تهیه ابزار، برای عملی کردن قصدش برمی‌خیزد؛ به گونه‌ای که از رفتار وی قصد ارتكاب استنباط شود (زراعت و رحمانی نعیم‌آبادی، ۱۳۹۵: ۱۷۰). حتی از منظر برخی از حقوق‌دانان، شروع به جرم خود جرم است و کیفر خود را دارد (فیض، ۱۳۶۹: ۱۱۸).<sup>۲</sup> در واقع، از آنجا که خسارت وارد می‌کند یا خطر ورود خسارت را به همراه دارد، می‌تواند در خیل جرم یا رفتار نیازمند پاسخ قرار گیرد (Keedy, 1954: 466)؛ بنابراین، برای تحقق آن قصد مجرمانه، شروع به ارتكاب عملیات اجرایی جرم و انصراف غیرارادی لازم است. در غیر این صورت، نمی‌توان از شروع به جرم سخن گفت.

در نظام حقوق کیفری ایران نیز این پدیده به رسمیت شناخته شده است. البته، نگاهی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و مقایسه آن با قانون لازم‌الاجرای پیشین، یعنی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، بیانگر تغییر رویکرد قانون‌گذار در جرم‌انگاری و کیفرگذاری شروع به جرم است.<sup>۳</sup> در واقع، علاوه بر اینکه قانون‌گذار، در مقام مقایسه، بر دامنه جرم‌انگاری شروع به جرم نسبت به قانون پیشین افزوده است، نوع کیفرهای پیش‌بینی شده را نیز تحت قاعده‌ای ویژه درآورده و این‌گونه، نهاد شروع به جرم در ادبیات حقوق کیفری ایران، ساختار منظمی به خود گرفته است. از این رو، می‌توان اذعان کرد که قانون‌گذار با نظر به قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲، قواعد مربوط به شروع به جرم را ضابطه‌مند نموده؛<sup>۴</sup> و با در نظر گرفتن شروع به جرم برای جرائم تعزیری تا درجه پنج، جرائم کم‌اهمیت را

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص؛ (نک: آرای ۱۷۴۴ - ۱۳۲۹/۰۷/۱۸ و ۱۹۲۴ - ۱۳۲۹/۰۸/۱۲ شعبه دوم دیوان عالی کشور؛ قیاسی و دیگران، ۱۳۸۸: ۱۱۹؛ صانعی، ۱۳۸۲: ۳۴۰؛ فتحی و دیگران، ۱۳۹۱: ۲۶-۲۷؛ مصدق، ۱۳۹۴: ۳۴۱؛ گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۶۴).

۲. در خصوص رویکرد اسلام نسبت به شروع به جرم همچنین؛ (نک: معجبی، ۱۳۹۵).

۳. به منظور مطالعه در خصوص تبارشناسی تغییرات صورت‌گرفته در قوانین کیفری ایران در حوزه شروع به جرم؛ (نک: اخوت، ۱۳۹۵: ۲۱-۲۸؛ منصورآبادی، ۱۳۹۵: ۱۲۶-۱۱۷).

۴. در این خصوص؛ (نک: نظریه مشورتی شماره ۷/۹۶۴ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۶ اداره کل حقوقی قوه قضائیه).

از دایره شمول مقررات آن خارج کرده است؛<sup>۱</sup> اقدامی که در سایر کشورها نیز به چشم می‌خورد. برای مثال در فرانسه تمامی شروع به جنایت‌ها، قابل مجازات‌اند و در مورد جنحه نیز جرایمی قابل مجازات است که قانون‌گذار بدان تصریح کرده باشد و خلاف، فاقد شروع به جرم قابل کیفر است (وظیفه‌دوست، ۱۳۹۵: ۴۰-۳۹). در انگلستان نیز محدود به جرائم قابل کیفرخواست یا جرم قابل محاکمه به هریک از دو طریق (کیفرخواست یا اختصاری) شده است (نقدی‌نژاد، ۱۳۹۰: ۶۲).

با وجود این تدبیر پسندیده، گاهی نظام تنظیمی در ایران برای شروع به جرم در مرحله نظر و عمل با دشواری‌هایی مواجه می‌شود. یکی از معضلات پیش‌روی این نظام تقنینی، در برخورد با جرائم دارای کیفرهای متعدد و تخییری خود را نشان می‌دهد. با توجه به نظام پیش‌بینی شده در ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی، مشخص نیست اگر جرمی دارای کیفرهای متعدد و تخییری باشد، مطابق کدام بند باید کیفر شروع به جرم برای آن تعیین شود. این امر علاوه بر اینکه هدف قانون‌گذار مبنی بر نظام‌مندکردن شروع به جرم را زیر سؤال می‌برد، در مرحله اجرا نیز قضات را برای تعیین کیفر مناسب با دشواری و پرسش‌های فراوانی روبه‌رو کرده است.

گفتنی است، این مسئله از آن جهت در نظام حقوقی ایران خود را نشان می‌دهد که بنای قانون‌گذار بر تعیین کیفر خفیف‌تری برای شروع به جرم در مقایسه با جرم تام است. بنابراین، در کشورهایی نظیر فرانسه که با تأکید بر قصد مجرمانه، مرتکب شروع به جرم را شایسته کیفری همانند مرتکب جرم تام می‌داند، در عمل چنین مشکلی ایجاد نمی‌شود. در این نظام کیفری با الهام از تئوری شخصی، در شروع به جرم، جنبه ذهنی و شخصی مرتکب بر جنبه مادی عمل مجرمانه برتری می‌یابد؛ زیرا، درجه بزهکاری و حالت خطرناکی مجرم در شروع به جرم تفاوتی با مرتکب جرم تام ندارد. در واقع، قانون‌گذار به منظور ترساندن مجرمان و جلوگیری از ارتکاب جرم، چنین رویکردی را برگزیده است. بدین ترتیب، در تعیین میزان کیفر بیشتر از شدت جرم به میزان خطری که مرتکب برای جامعه دارد، می‌اندیشد (نقدی‌نژاد، ۱۳۹۰: ۶۲).

از مصادیق بارزی که در نظام حقوقی ایران چنین معضلی را ایجاد کرده، جرم محاربه است. کیفر جرم محاربه مطابق ماده ۲۸۲ قانون مجازات اسلامی یکی از چهار کیفر اعدام، صلب، قطع دست راست و پای چپ و نفی بلد است که انتخاب هریک از مجازات‌های چهارگانه مذکور به اختیار قاضی است (ماده ۲۸۳). بنابراین، مجریان قانون با این پرسش مواجه می‌شوند که در صورت تحقق شروع به جرم محاربه، تکلیف محاکم چیست؟ به بیان دیگر، اگر شخصی مرتکب شروع به جرم آن

۱. برای دیدن نظر موافق؛ (نک: مصطفی‌زاده، ۱۳۹۵: ۱۷۷؛ شمس‌ناتری و همکاران، ۱۳۹۲: ۲۷۱-۲۷۰).

رفتار شود، کدام یک از کیفرهای تخییری مندرج در قانون برای تعیین کیفر شروع به جرم باید مدنظر قرار گیرد؟<sup>۱</sup> بدین صورت که بند الف ماده ۱۲۲، کیفر شروع به جرائمی را که کیفر قانونی آنها سلب حیات است، حبس تعزیری درجه چهار و بند ب ماده مذکور، کیفر شروع به جرائمی را که کیفر قانونی آنها قطع عضو است، حبس تعزیری درجه پنج تعیین کرده است. مسئله این است که با توجه به اینکه هم سلب حیات و هم قطع عضو از زمره کیفرهای چهارگانه پیش‌بینی شده در قانون برای جرم محاربه می‌باشد، برای تعیین کیفر شروع به محاربه باید به کدام یک از بندهای الف یا ب ماده ۱۲۲ استناد کرد و کدام یک ملاک خواهد بود؟<sup>۲</sup>

اگرچه این پرسش بیشتر درخصوص کیفر محاربه مطرح شده است، با این حال، تنها به آن محدود نیست و می‌توان این مشکل را در تمامی جرائمی که چنین کیفرهایی دارند، جاری دانست؛ برای نمونه، ماده ۵۹۲ قانون تعزیرات ۱۳۷۵، دارای کیفر تخییری است. حال برای مجازات شروع به جرم آن، اگر مجازات شلاق را ملاک بگیریم، در این صورت شروع به جرم آن مجازات ندارد؛ زیرا، ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی، برای مجازات قانونی شلاق تعزیری، مجازات شروع به جرم در نظر نگرفته است و اگر مجازات حبس را ملاک بگیریم، در این صورت برای مجازات شروع به جرم باید مطابق بند پ ماده ۱۲۲ عمل کنیم. این نوشتار بر آن است تا با ذکر نظرات این حوزه، تحلیل‌ها و مزایا و معایب هر یک را بیان کند. در انتها نیز نظر مختار ذکر خواهد شد تا بدین ترتیب، پیش از اصلاح قانون در این حوزه بتوان اندکی از خلأ موجود کاست.

### ۱. اختیار قاضی در تعیین کیفر

از راهکارهایی که در امثال به حکم، در هنگام برخورد با بیش از یک راه به آن تمسک می‌شود، تخییر است. بر این اساس، از میان راهکارهای مختلف که راجحی در میان آنها وجود ندارد، می‌توان دست به انتخاب زد و هر یک از آنها را برگزید. مطابق اصل تخییر در مسئله محل بحث، در جرایمی که قضات با کیفرهایی چندگانه مواجه‌اند، می‌توانند دست به انتخاب زنند. مطابق این رویکرد، هنگامی که قانون‌گذار برای یک جرم بیش از یک واکنش مقرر کرده و قضات را در اعمال یکی از آنها مخیر ساخته، برای تعیین کیفر شروع به جرم نیز دادگاه مخیر است که مطابق یکی از کیفرهای

۱. نکته شایان توجه این است که شورای محترم نگهبان نیز در هنگام تأیید ماده مزبور به ایراد طرح‌شده عنایتی نداشته است (نک: مصطفی زاده، ۱۳۹۲: ۵۸).

۲. قابل ذکر است که این پرسش درخصوص کیفر معاونت در این جرائم نیز مطرح می‌شود. به این منظور؛ (نک: مرادی، ۱۳۹۵: ۸۳-۸۸).

متعدد قانونی عمل کند. بنابراین، برای کیفر شروع به جرمی نظیر محاربه دادگاه مخیر است یکی از چهار کیفر را ملاک قرار دهد.

ریشه این تخییر نیز می‌تواند پذیرش اختیار قاضی در صدور حکم در جرائم تعزیری باشد. با توجه به اینکه شروع به جرم حتی در جرائم موجب قصاص و حد، جرمی تعزیری است، می‌توان از اختیار قاضی در تعیین جرائم تعزیری در خصوص جرائم با کیفرهای تخییری بهره برد. شروع به جرم محاربه نیز با توجه به کیفرهای چهارگانه، می‌تواند مشمول بند الف یا ب ماده ۱۲۲ قرار گیرد؛ زیرا اعدام به‌عنوان یکی از کیفرهای پیش‌بینی شده برای آن، مشمول بند الف ماده ۱۲۲ و قطع عضو نیز به‌عنوان دیگر کیفر محاربه، مشمول بند ب است. البته، شروع به جرم صلب (به فرض آنکه این کیفر را در دسته کیفرهای سالب حیات قرار ندهیم و الا مشمول بند الف ماده ۱۲۲ خواهد شد) و نفی بلد یا تبعید نیز اساساً کیفر ندارد. با پذیرش این نظر، کیفر شروع به محاربه یا باید بر اساس بند الف ماده ۱۲۲ که عبارت است از حبس تعزیری درجه چهار (بیش از پنج تا ده سال حبس) یا بر اساس بند ب ماده ۱۲۲ تعیین شود که عبارت است از حبس تعزیری درجه پنج (بیش از دو تا پنج سال حبس).

بنابراین مطابق این رویکرد، قاضی با توجه به میزان عملیات اجرایی صورت‌گرفته و آثار و تبعات جرم ارتكابی و همچنین شخصیت مرتکب، مخیر است که فرد شروع‌کننده را بر اساس بندهای مختلف ماده ۱۲۲ به کیفر رساند. دیگر استدلالی که این رویکرد را تقویت می‌کند، اختیار قاضی در تعیین کیفر جرم تام محاربه است. در واقع، قاضی همان‌طور که در کیفر جرم تام مخیر است، در کیفر شروع به آن نیز از این اختیار برخوردار است؛ زیرا، در کیفرگذاری محاربه، مقنن از بین دو نظر فقهی تخییری و ترتیب، نظر تخییری را پذیرفته است؛ پس در کیفر شروع به محاربه نیز همین رویکرد باید اتخاذ شود تا با سیاست جنایی مقنن در کیفرگذاری جرم تام هماهنگ باشد. از سوی دیگر، این رویکرد بهتر می‌تواند اصل فردی‌کردن کیفر و اصل تناسب را رعایت کند؛ چراکه، قاضی با توجه به آثار و نتایج زیان‌بار جرم و شخصیت مجرم می‌تواند یکی از کیفرهای ماده ۱۲۲ را برگزیند.

با وجود این، به این نظر ایراداتی نیز وارد است. ایراد اصلی نظریه فوق این است که در شروع به جرم، عملیات اجرایی به‌واسطه عامل خارجی مستقل از اراده، ناتمام می‌ماند و لذا پیش‌بینی این امر که در فرض اتمام جرم چه نتایجی حادث می‌گردد، بسیار دشوار است؛ به‌خصوص در مواردی که عملیات اجرایی در مراحل اولیه خود متوقف شود. از سوی دیگر، در مرحله شروع به جرم ممکن است هنوز نتایج خاصی به ثمر نرسیده باشد و لذا استفاده از معیار «توجه به آثار و تبعات زیان‌بار جرم» امکان‌پذیر نیست. به بیان دیگر، این معیار معمولاً در فرضی قابل‌اعمال است که عملیات اجرایی تا حد زیادی به پیش رفته و نزدیک به نقطه پایان باشد. بنابراین اعمال این رویکرد، در همه

موارد امکان‌پذیر نبوده و با اشکالاتی مواجه است که گاه می‌تواند ناعادلانه تلقی شود و قاضی را در تعیین کیفر متناسب به سختی بیندازد.

به‌علاوه، با توجه به اینکه در عمل، تکلیف قانونی یا اجرایی برای قضات برای صدور حکم وجود ندارد تا بر اساس آن دست به تعیین کیفر و ایجاد تناسب میان رفتار ارتكابی و کیفر مدنظر زنند، دادگاه بدون دغدغه اقدام به تعیین میزان کیفر مطابق نظر خود می‌کند و این امر به سلیقه قاضی دادگاه مربوط می‌شود (سبزواری نژاد، ۱۳۹۶: ۱۵۸) که می‌تواند منجر به صدور آرای متهاافت در پرونده‌های مشابه شود (بهره‌مند، ۱۳۹۶: ۱۲۹). بدین ترتیب، از مهم‌ترین نتایج سوء اتخاذ این رویکرد، آشفتگی سیاست جنایی قضایی و تشتت آرای کیفری است. تجربه چنین رویکردی در خصوص جرائمی با کیفرهای تخییری در رویه قضایی نشان داده است که حتی در پرونده‌هایی که از شرایط نسبتاً یکسانی برخوردارند، آرای بسیار متفاوتی صادر شده و هیچ‌گونه توجیهی نیز برای کیفر تعیین شده، ارائه نشده است (صبوری پور، ۱۳۹۷: ۱۲۹-۱۲۸) و تفاوت فاحش و ناموجه در تعیین کیفر<sup>۱</sup> در چنین شرایطی حتی شائبه تبعیض ناوورا و بی‌عدالتی را تقویت می‌کند (آماده، ۱۳۸۹: ۶).

۱. نمونه بارز این امر را می‌توان در جرم موضوع ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ ملاحظه کرد. بدین توضیح که برخی محاکم با این استدلال معتقد بودند که مجازات شلاق مندرج در ماده ۶۳۷ از نوع تعزیر منصوص شرعی است؛ لذا شلاق موضوع حکم به‌واسطه ایام بازداشت قبل از قطعیت حکم مستهلک نمی‌گردد؛ ولی بعضی دیگر از محاکم چنین اعتقادی نداشته و شلاق را به میزان ایام بازداشت قبل از قطعیت حکم مستهلک می‌نمودند. اختلاف رویه دادگاه‌ها در خصوص موضوع اشاره‌شده یعنی قابلیت کسر مجازات قانونی مندرج در ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات به‌واسطه ایام بازداشت قبل از قطعیت حکم، آن‌قدر زیاد شد که در نهایت رأی وحدت‌رویه شماره ۷۷۰ - ۱۳۹۷/۴/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در خصوص این موضوع به این نحو صادر شده است: «مستنبط از مقررات ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تعزیر، مجازاتی است که در موارد ارتكاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌شود و کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام مربوط به آن به موجب قانون تعیین می‌شود و در ماده ۱۱۵ این قانون به دادگاه اجازه داده شده، مقررات راجع به تخفیف مجازات را در کلیه جرائم تعزیری اعمال کند و در تبصره دوم آن «تعزیر منصوص شرعی» که نوع و مقدار آن همانند مجازات‌های حدی، غیر قابل تغییر می‌باشد از اطلاق ماده اخیرالذکر استثنا شده است. بنابراین نظر شعبه نهم دیوان عالی کشور که مقررات ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی را نسبت به محکومیت موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی تعزیرات اعمال کرده است به اکثریت آراء صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص گردید. این رأی در اجرای ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.»



## ۲. ملاک شدیدترین کیفر قانونی

رویکرد دیگری که می‌توان اتخاذ کرد، ملاک قراردادن شدیدترین کیفر قانونی است. بر این اساس، در جایی که قانون‌گذار برای جرمی بیش از یک واکنش مقرر کرده و قضات را در اعمال یکی از آن‌ها مخیر ساخته است، برای تعیین کیفر شروع به این جرائم، دادگاه مکلف است شدیدترین کیفر تخییری مقرر در قانون را ملاک قرار دهد. بنابراین، کیفر شروع به جرمی مانند محاربه باید بر اساس بند الف ماده ۱۲۲ تعیین شود که عبارت از حبس تعزیری درجه چهار یعنی بیش از پنج تا ده سال حبس است. مستند نظریه اخیر، ملاک مذکور در تبصره ۳ ماده ۱۹ است که مطابق آن، در صورت تعدد کیفرها، کیفر شدیدتر ملاک است.<sup>۱</sup> در واقع، مطابق این تبصره، در فرض تعدد کیفرها باید کیفر اشد را ملاک گرفت و همین ملاک در جایی که قانون‌گذار برای یک جرم، کیفرهای متعدد مقرر کرده و قضات را در اعمال یکی از آن‌ها مخیر ساخته، قابل اعمال است.

هرچند به این رویکرد نیز می‌توان ایراداتی وارد کرد. نخست آنکه، ملاک بودن کیفر شدید در تبصره ۳ ماده ۱۹، تنها برای تعیین درجه کیفر کارایی دارد و نمی‌تواند ملاک تعیین کیفر در شروع به جرم قرار گیرد (توجهی، ۱۳۹۴: ۱۷۷). افزون بر این، مشکل دیگری که با اعمال این راهکار بروز می‌کند، شدیدتر شدن کیفر شروع به جرم نسبت به برخی از کیفرهای جرم تام است. برای مثال، در محاربه چنانچه این ملاک در نظر گرفته شود، کیفر شروع به جرم آن حبس تعزیری درجه چهار، یعنی بیش از پنج تا ده سال است. حال آنکه ممکن است مرتکب جرم تام به نفی بلد محکوم شود که می‌تواند یک سال بیشتر به طول نینجامد. در اینجا، در عمل کیفر شروع به جرم بیش از کیفر جرم تام خواهد بود (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۵۸-۵۷). اگرچه، در جرائم با کیفرهای تخییری و متعدد بروز این مشکل تا حدی پیش‌بینی‌پذیر و پذیرفتنی است و حتی در برخی از کشورها، کیفر شروع به جرم به‌سان کیفر جرم تام در نظر گرفته می‌شود، با این حال، با توجه به سیاستی که قانون‌گذار

۱. در این خصوص نظریه شماره ۷/۹۲/۱۰۱۷ مورخ ۹۷/۶/۲ اداره کل حقوقی قوه قضائیه درخور توجه است. این اداره در پاسخ به پرسش: «چنانچه جرمی دارای دو مجازات قانونی به‌صورت تخییری باشد، مثل شکار غیرقانونی موضوع ماده ۶۸۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ که مستوجب محکومیت به حبس از سه ماه تا سه سال یا جزای نقدی از یک و نیم میلیون ریال تا هجده میلیون ریال به‌صورت تخییری است، ملاک درجه‌بندی مجازات حبس است یا جزای نقدی؟»، این پاسخ را داده است: «برای تشخیص درجه مجازات جرائم مطابق تبصره ۲ و ۳ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ باید حداکثر مجازات (مجازات اشد) ملاک قرار گیرد و در صورتی که جرمی دارای مجازات حبس یا جزای نقدی به‌صورت تخییری باشد برای تشخیص درجه مجازات، مجازات حبس که شدیدتر از جزای نقدی است ملاک ضابطه تعیین درجه آن است.»



جمهوری اسلامی ایران در قبال شروع به جرم اختیار کرده و همواره کیفر آن را سبک‌تر از کیفر جرم تام قرار داده است، این ایراد، جدی محسوب می‌شود.

با وجود این، در این خصوص نیز باید میان جرائم مختلف تفاوت قائل شد؛ زیرا، در هر جرمی با توجه به سیاست پذیرفته‌شده قانون‌گذار در قبال آن، رویکردهای متفاوتی برگزیده شده است؛ برای مثال، در برخورد با جرائم علیه امنیت معمولاً قانون‌گذاران همه کشورها از رویکرد سخت‌گیرانه بهره می‌برند. این امر به دلیل اهمیت فراوان جرائم علیه امنیت و تبعات و نتایج مهلک و زیان‌باری است که این‌گونه جرائم برای نظم و امنیت عمومی، استقلال و حاکمیت ملی به‌دنبال دارند. از این رو، دولت‌ها در واکنش به این جرائم معمولاً در جهت تضمین حقوق حاکمیت گام برداشته و بعضاً از اصول کلی و تثبیت‌شده حقوق کیفری عدول و سعی می‌کنند تا رویکرد سخت‌گیرانه‌ای در این حوزه اتخاذ کنند. به بیان دیگر، در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی با توجه به شرایط سیاسی و امنیتی، مدل شدت و قطعیت حاکم است و تعیین و اجرای کیفر شدید قطعی در جرائم علیه امنیت در دستورکار مقنن قرار دارد (محبی و ریاضت، ۱۳۹۵: ۳۳). در مقابل، در خصوص رفتارهای کودکان و نوجوانان که معارض قانون است، رویکرد مخالفی از سوی قانون‌گذاران دنبال می‌شود و در پی آن هستند که تساهل و مدارا به خرج دهند. همان‌گونه که در فصل دهم از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قانون‌گذار پاسخ‌ها و قواعد متفاوت و مجزایی نسبت به رفتارهای گروه سنی کودک و نوجوان پیش‌بینی کرده که مبتنی بر تخفیف است. حال آنکه در جهت عکس، مرتکبان جرائم اقتصادی یا علیه امنیت را حتی از برخی نهادهای ارفاقی محروم کرده است.

به این ترتیب، قراردادن ملاک شدیدترین کیفر، برای تعیین کیفر شروع به جرمی مانند محاربه منطقی به نظر می‌رسد؛ چرا که سیاست جنایی قانون‌گذار ایرانی در جرائم علیه امنیت مبتنی بر سخت‌گیری و کمترین میزان تسامح است؛ اما نمی‌توان همین ملاک را در ارتباط با جرائم ارتكابی از سوی کودکان و نوجوانان پذیرفت. بدین ترتیب، اعمال این ملاک برای تعیین کیفر شروع به جرم، تا حد زیادی به نوع جرم ارتكابی و سیاست کلی قانون‌گذار بستگی دارد.

### ۳. ملاک‌بودن خفیف‌ترین کیفر قانونی

مطابق رویکرد سوم که نقطه مقابل رویکرد دوم است، آنجا که قانون‌گذار برای یک جرم، کیفرهای متعدد و تخییری تعیین کرده است، برای تعیین کیفر شروع به جرم، دادگاه باید خفیف‌ترین کیفر قانونی (کیفر اقل) را به‌عنوان ملاک و معیار در نظر گیرد. بنابراین، کیفر شروع به محاربه باید بر

اساس بند ب ماده ۱۲۲ تعیین شود که عبارت است از حبس تعزیری درجه پنج (بیش از دو تا پنج سال حبس).

استناد اصلی این رویکرد، توسل به اصل «تفسیر مضیق نصوص جزایی» و «تفسیر شک به نفع متهم» است که از اصول شناخته شده و نتیجه اصل قانونمندی حقوق کیفری محسوب می شود (رایجیان اصلی، ۱۳۹۵: ۵۰-۵۱). توضیح آنکه خصیصه کلی بودن قانون و گاه ابهام، اجمال، تعارض یا سکوت آن، ضرورت تفسیر را ایجاب می کند. قانون مجازات اسلامی نیز عاری از این ایرادات نیست. بنابراین، در مقام شک در اراده قانون گذار، ابتدا باید کوشید تا به اراده اصلی مقنن واقف شد (تفسیر منطقی) و در صورت ممکن نبودن دستیابی به این مهم، آنگاه چنین شکمی به نفع متهم تفسیر خواهد شد. مبنای چنین تفسیری را می توان از قاعده درء، اصل برائت، اصل قانونی بودن جرم و کیفر و قاعده قبح عقاب بلا بیان استخراج کرد.

بر اساس این اصل تفسیری، با توجه به اینکه ماده ۱۲۲ در این خصوص ابهام دارد و راهی برای پی بردن به مقصود مقنن وجود ندارد، لذا باید با توسل به تفسیر مضیق و تفسیر شک به نفع متهم، مسئله را برطرف کرد. این تفاسیر، مؤید ملاک خفیف ترین کیفر قانونی است. لازم به ذکر است که اصل حداقل بودن حقوق جزا و استفاده حداقلی از ابزارها و نهادهای حقوق کیفری نیز در راستای این استدلال قابل تمسک است. بر این اساس، استفاده از مداخلات کیفری باید محدود به حداقل موارد ضروری و ناظر به شدیدترین تعدیات به مصالح و منافع فردی و اجتماعی باشد. بنابراین، میزان تعیین شده برای کیفردهی جرائم باید تا حد ممکن خفیف در نظر گرفته شود (غلامی، ۱۳۹۳: ۲۰).<sup>۱</sup> در کنار آن، می توان به دلیل دیگری نیز اشاره کرد و آن تمسک به قدر متیقن است. بر این اساس، می توان تحلیل کرد که قدر متیقن کیفر شروع به جرم در اینجا، خفیف ترین کیفر قانونی است. به این استناد می توان ملاک را خفیف ترین کیفر از میان کیفرهای تخییری و متعدد پیش بینی شده برای این گونه جرائم قرار داد.

البته، توجه به تدرّج در کیفرهای تعزیری نیز همین نتیجه را به همراه دارد. مراد از تدرّج در واکنش های تعزیری، اکتفا به حداقل اقدامات اجرایی مناسب در حصول مقاصد شارع از تشریح تعزیر است. به موجب آن، در صورتی که ردع و منع مجرم و تربیت وی به وسیله تدابیر و اقدامات غیرکیفری یا خفیف ترین عقوبات ممکن باشد، تمسک به واکنش های شدیدتر جایز نیست و نمی توان از تدابیر اخف به اقدامات اشد عدول کرد (صادقی، ۱۳۷۳: ۵۶۵). این رویکرد از سوی کسانی که

۱. همچنین نک: «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری» در غلامی و همکاران، اصل حداقل بودن حقوق جزا، ۱۳۹۳.

تعزیر را یکی از مصادیق امر به معروف و نهی از منکر می‌دانند نیز مطرح می‌شود. از این منظر، همان‌گونه که در امر به معروف و نهی از منکر رعایت قاعده «الایسر فالایسر» لازم است، در تعزیر نیز این قاعده باید مراعات شود (اصغری و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۶۳-۱۶۲). این امر بیانگر سیاست خاصی است که برخاسته از لزوم نافعیت و ضرورت داشتن واکنش‌های تخییری است که قاضی را ملزم به رعایت ترتیب و تدرج در گزینش تدابیر کیفری می‌کند. بر این اساس، چنانچه حداقل واکنش، مؤثر در ردع بزهکار و وافی به مصالح تعزیر باشد، اجرای واکنش‌های شدیدتر، اگر فاقد هرگونه مصلحت فردی و اجتماعی باشد، توجیه‌ناپذیر است. بنابراین، باید در فرایند تصمیم‌گیری درباره واکنش تعزیری، ابتدا خفیف‌ترین واکنش در نظر گرفته شود و تنها در صورت ضرورت می‌توان به واکنش شدیدتر روی آورد. قاعده ممنوعیت ایذاء مؤمن نیز از دیگر دلایلی است که این رویکرد را تقویت می‌کند. هرچند دلایل دیگری از جمله، رعایت اصل «لا ولاية لاجد علی أحد» و نیز قاعده «الناس مسلطون علی أنفسهم/اموالهم» نیز در این راستا درخور توجه است (صادقی و ریاحی، ۱۳۹۷: ۱۱۱-۱۱۰). در واقع، نگاهی به قاعده الاسهل فالاسهل و روح کلی که بر این دیدگاه حاکم است، این رهنمود را به بار می‌آورد که باید در اجرای کیفرهای تعزیری به حداقل اکتفا کرد و تنها هنگامی می‌توان به کیفرهای شدیدتر روی آورد که ضرورتی اقتضا کند. با وحدت ملاک از این رویکرد، می‌توان در کیفر تعزیری شروع به جرم، کیفر سبک‌تر را مدنظر قرار داد.

البته، برخی از نویسندگان نیز میان فرض مختلف تفاوت قائل شده‌اند. از منظر آنان، دو صورت وجود دارد: نخست، مواردی که کیفرهای جرم تام دارای تنوع بوده و همه انواع آن در شروع به جرم قابلیت کیفر داشته باشند که در این صورت باید کیفر اقل را معیار تعیین کیفر برای شروع به جرم دانست؛ دوم، مواردی که کیفرهای جرم تام دارای تنوع است و برخی از آن‌ها در شروع به جرم قابلیت کیفر ندارند. در این صورت، محکومیت فرد به شروع به جرم مشکل است و حکم به برائت ترجیح دارد (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۲۳۱) که هر دو صورت، بر تعیین خفیف‌ترین کیفر تأکید ورزیده‌اند. با وجود این، رویکرد پیش‌گفته نیز بدون ایراد نیست. ایراد این رویکرد این است که نخست، اصول تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم در جایی که کار بسته می‌شود که راهی برای کشف مقصود مقنن وجود نداشته باشد؛ حال آنکه هریک از دسته‌های جرائم، با توجه به مجموع قوانین کیفری که در آن خصوص تصویب شده‌اند، از سیاست مختص به خود پیروی می‌کنند یا دست‌کم قانون‌گذار حکیم باید سیاست مشخصی برای هریک از جرائم داشته باشد و آن را در تمامی فروع متعلق به آن مدنظر قرار دهد. بر این اساس، نگاه به این رویکرد در ارتباط با جرمی نظیر محاربه که در دسته جرائم علیه امنیت قرار می‌گیرد، پذیرفته شده نیست؛ زیرا، با ملاحظه مواد مختلف قانون مجازات

اسلامی و آیین دادرسی کیفری در حیطه این جرائم، می‌توان رویکرد سخت‌گیرانه مقنن را در این حوزه استنباط کرد و لذا کاربرد اصول فوق در این حوزه با هدف غایی مقنن سازگار نیست. در واقع، روح قوانین و مقررات حاکم بر حوزه جرائم علیه امنیت و سیاست جنایی مقنن در این حوزه مبتنی بر سخت‌گیری و تسامح صفر است و لذا رویکرد فوق (ملاک گرفتن خفیف‌ترین کیفر قانونی) با سیاست جنایی مقنن در حوزه جرائم علیه امنیت سازگار نیست. بنابراین، بر این رویکرد نیز ایراد وارد است.

بدین ترتیب، با وجود چنین قرینه‌ای دیگر نمی‌توان به قدر متیقن نیز تمسک جست؛ زیرا، در جایی می‌توان این اصل عملیه را جاری نمود که قرینه‌ای در آن خصوص وجود نداشته باشد. حال آنکه سیاست و رویکرد مقنن به این دست از جرائم، خود قرینه‌ای مهمی برای گذر از قدر متیقن و تمسک به ملاک دیگری است.

#### ۴. نظر مختار

سکوت قانون‌گذار و خلأ موجود در ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی در تعیین کیفر شروع به جرم در خصوص جرائمی با کیفرهای تخییری و متعدد مستلزم چاره‌اندیشی است و به‌قاعده، تفسیر در مقام رفع چنین ایراداتی به کار بسته می‌شود. نظرات مختلفی که در این حوزه برای رفع خلأ موجود و فائق آمدن بر سکوت قانون‌گذار ارائه شده است، اگرچه درخور اعتناست، از جنبه‌هایی قابل نقد هستند. به نظر می‌رسد که می‌توان با تکیه بر اصول تفسیری و نگاهی به نظرات پیش‌گفته این نظر را اختیار کرد که در جرائمی که مقنن جرم نام آن‌ها را مشمول اختیار قاضی قرار داده است و در صورت ارتکاب جرم نام افراد ممکن است با کیفرهای متفاوتی مواجه شوند که ناشی از اختیار قاضی است، در شروع به این جرائم نیز این اختیار صادق است. در واقع، این نظر بر مبنای اختیار ابتدایی است که مقنن برای به کیفررساندن مرتکبان این‌گونه جرائم مد نظر قرار داده است. گویی، قانون‌گذار بر آن بوده است که در این جرائم با توجه به گستره جرم و پیامدهای ناشی از آن که اغلب پیش‌بینی‌پذیر نیست، با اعتماد به قاضی، اختیار تعیین کیفر متناسب را برعهده وی قرار دهد. با پذیرش این استدلال، می‌توان در خصوص شروع به ارتکاب این جرائم نیز همین نظر را دنبال کرد. به‌ویژه آنکه منظور از شروع به جرم، ارتکاب قسمتی از عملیات اجرایی یا به تعبیری رکن مادی جرم است. به این ترتیب، در جرائمی با کیفرهای متعدد و تخییری، قضات می‌توانند دست به انتخاب زنده و کیفر متناسبی برای شروع به آن جرائم نیز در نظر گیرند. در واقع، تا اینجا می‌توان هم‌داستان با رویکرد نخست، اختیار تعیین کیفر را برای قاضی پذیرفت.

با این حال، همان‌گونه که در نقد رویکرد نخست بیان شد، این مسئله قابل طرح است که این اختیار ممکن است، گاهی موجب تشتت آرای قضایی و اتخاذ رویکردهای بسیار متفاوت در پاسخ به یک جرم شود که به دور از مقصود مقنن در تعیین ضوابطی خاص برای تعیین کیفر شروع به جرم است. بنابراین، گذر از این مشکل نیازمند تعیین ضابطه‌ای اگرچه غیرالزامی برای تعیین خط‌مشی مطلوب است. در غیر این صورت، چگونه می‌توان از قضاوت انتظار داشت که در مقام اختیار کیفر متناسب تا جایی که امکان دارد، کمتر دچار اختلاف شوند. بدین جهت، برای تکمیل این نظر می‌توان ضابطه‌ای را مشخص کرد تا قضاوت کمتر در پیچ صدور آرای مختلف بیفتند. نکته‌ای که به نظر می‌رسد در کیفردهی باید مدنظر قضاوت قرار گیرد، نوع جرم ارتكابی و سیاستی است که از مجموع مقررات کیفری حاکم بر آن دسته از جرائم قابل اتخاذ است. بدین ترتیب، اختیار قضاوت در بستر سیاست کلی قانون‌گذار متصور یا به تعبیر دقیق‌تر، منطقی می‌شود.

توضیح آنکه، به‌طور معمول قانون‌گذاران در برخورد با جرائم مختلف، سیاست‌ها و راهبردهای متفاوتی را مدنظر قرار می‌دهند؛ برای مثال، در برخورد با برخی جرائم از شدت عمل بهره می‌برند و در مقابل دربارۀ برخی راه تسامح را در پیش می‌گیرند که این امر به نوع جرم ارتكابی و پیامدهای احتمالی ناشی از آن بستگی دارد. کشف این سیاست از این جهت حائز اهمیت است که به‌ویژه در تفسیر غایی می‌تواند در برخورد با خلاهای تقنینی در خصوص آن دست از جرائم، به مدد قاضی بیاید و در مقام صدور رأی وی را از سردرگمی رها کند. این رهنمود در برخورد با مسئله مدنظر این نوشتار نیز برای تکمیل نظریه مختار ارائه می‌شود. بنابراین، اگرچه در چنین جرائمی قاضی در انتخاب کیفر مختار است، نمی‌تواند چهارچوب‌های پذیرفته‌شده مقنن در برخورد با آن دسته از جرائم را نادیده بینگارد؛ زیرا، سیاست حاکم، البته در صورتی که قابل دریافت باشد، مهم‌ترین قرینه برای کشف مقصود قانون‌گذار از سوی قاضی است که می‌تواند این چنین، در خط سیر سیاست مدنظر حرکت و انسجام آن را حفظ کند. بدین منظور، لازم است تا دسته‌های جرائم و سیاست مقنن در قبال آن‌ها مشخص شود تا قاضی در تعیین حکم خود با استناد به آن‌ها دست به انتخاب مناسب‌ترین گزینه در راستای مقصود قانون‌گذار زند.

در این خصوص می‌توان به دو دسته از جرائم اشاره کرد که از مجموع قوانین و مقررات موجود در جمهوری اسلامی ایران به نظر می‌رسد که قانون‌گذار دو راهبرد و سیاست کاملاً متفاوت را نسبت به آن‌ها اتخاذ کرده است. دسته نخست، جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی است که به‌طور معمول دولت‌ها کمتر نسبت به آن تسامح به خرج می‌دهند. همین امر موجب شده است که این دسته از جرائم یکی از عرصه‌های مهم و حساس تقابل میان حقوق حاکمیت و حقوق شهروندی باشد. به

دلیل اهمیت فراوان این جرائم و پیامدهای ناشی از آن، دولت‌ها در واکنش به این جرائم معمولاً در جهت تضمین حقوق حاکمیت گام برمی‌دارند و حتی گاه از اصول کلی و تثبیت‌شده حقوق کیفری عدول می‌کنند. جرم‌انگاری اندیشه مجرمانه و اعمال مقدماتی، توسعه دامنه شمول جرائم، محروم کردن مرتکبان از تدابیر ارفاقی و حقوق دفاعی، عدول از اصل سرزمینی یا درون مرزی بودن حقوق جزا و اتخاذ رویکرد سخت‌گیرانه در کیفردهی از مصادیق مهم عدول از اصول کلی و تثبیت‌شده حقوق کیفری در حوزه جرائم علیه امنیت محسوب می‌شوند (میرمحمدصادقی و رحمتی، ۱۳۹۴: ۵). از دیگر دلایلی که این رویکرد را تقویت می‌کند، توجه به بازدارندگی به‌عنوان یکی از اهداف کیفر است که اندیشمندان و قانون‌گذاران را واداشته تا از طریق سازوکار شدت و قطعیت کیفر یا ترکیب این دو خصیصه برای کاهش شمار جرائم و وصول به هدف بازدارندگی گام بردارند. بنابراین، برای تأمین بازدارندگی لازم در جرائم علیه امنیت و هماهنگی هر چه بیشتر با روح قوانین و مقررات حاکم بر این جرائم (ایجاد ثبات در نظم عمومی و حاکمیت سیاسی و سخت‌گیری به مجرمان مانند ممنوعیت تعویق و تعلیق این جرائم (ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی)، عدم شمول مرور زمان (ماده ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی) و ممنوعیت تعیین جایگزین‌های حبس (ماده ۷۱ قانون مجازات اسلامی) یا رسیدگی آن‌ها در دادگاه انقلاب (ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری) و...) و همچنین سیاست جنایی قانون‌گذار ایرانی در این حوزه که مبتنی بر سخت‌گیری و کمترین میزان تسامح است، قضات در مقام تفسیر قانون و اعمال کیفر باید به این قرینه مهم توجه داشته باشند. اقتضای این رویکرد آن است که علاوه بر کیفر جرم تام محاربه، شروع به جرم آن نیز جرم‌انگاری و مجازات شود. به این ترتیب، به نظر می‌رسد که در این دست جرائم، قاضی در مقام تخیر در برگزیدن پاسخ مناسب برای شروع به این جرائم، با لحاظ سیاست کلی حاکم بر آن‌ها، قاعدتاً باید شدیدترین کیفری را که مختار به گزینش از میان آن‌هاست، ملاک عمل قرار دهد؛ مثال بارز این نوع جرائم که اتفاقاً دارای کیفرهای تخیری و متعدد است و به نوعی مسئله مد نظر این پژوهش را شکل داد، جرم محاربه است. قاضی در این جرم مخیر به برگزیدن یک کیفر از میان چهار کیفر مقرر است. حال اگر در شروع به جرم نیز قائل به این اختیار باشیم، باید به سیاست قانون‌گذار در قبال این دسته از جرائم توجه داشت. با توجه به اینکه مقنن در جرائم علیه امنیت به رویکرد شدت و قطعیت نظر داشته، می‌توان در مقام تفسیر و رفع خلأ موجود، این‌گونه نظر داد که قاضی مناسب است شدیدترین کیفر اعمال‌شدنی برای شروع به جرم را در میان کیفرهای موجود برگزیند. این امر گامی در راستای مقصود قانون‌گذار و تأمین‌گر سیاست منظور در قبال این جرائم است.

در مقابل این رویکرد، می‌توان از رفتارهای ناقض قانون کودکان و نوجوانان سخن گفت که نگاهی به فصل دهم از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و پاسخ‌های مقرر به این رفتارها و نیز آیین دادرسی ویژه‌ای که برای رسیدگی به جرائم ارتكابی از سوی آنان اتخاذ شده است، حاکی از پذیرش سیاست تسامح و تساهل است. در واقع، در مواجهه با رفتارهای ناپسند و ناقضانه این گروه‌های سنی بیش از آنکه بازدارندگی اهمیت یابد، اصلاح و تربیت آنان برجسته می‌شود. به‌گونه‌ای که بتوان این افراد را که در سن بالندگی و رشد قرار دارند، به سوی مسیر درست زندگی هدایت کرد. در اینجا، به نظر می‌رسد قانون‌گذار با توجه به روح آسیب‌پذیر و امکان بالای اصلاح آنان، به‌گونه‌ای سیاست کیفری خود را تنظیم کرده است که مقصود محقق شود. بنابراین، در برخورد با کیفرهای تخییری و متعددی که احتمالاً شروع به جرم آن‌ها قابل کیفر است، با توجه به روح حاکم بر قوانین و مقررات این حوزه، باید به خفیف‌ترین حالت اکتفا کرد. در غیر این صورت، ورای نظر قانون‌گذار حرکت شده است.

بدین ترتیب، در تکمیل رویکرد نخست، می‌توان در هر جرم، با نظر به رویکرد و سیاست مدنظر مقنن، کیفر شروع به جرم را بر اساس تلفیقی با رویکردهای دوم یا سوم در مدار منطقی خود قرار داد و این‌گونه علاوه بر اینکه سیاست ابتدایی تخییری مقنن در جرم تام حفظ می‌شود، کیفر انتخابی در راستای سیاست حاکم بر دسته‌های مختلف جرائم نیز مدنظر قرار می‌گیرد. به نظر می‌رسد این رویکرد بیش از سایر رویکردها، قابلیت تطبیق با سیاست‌ها و اهداف قانون‌گذار را دارد و با توجه به اینکه قاعده حاکم بر شروع به جرم باید در راستای همان جرم تام مدنظر قرار گیرد و از سیاست و راهبردی نزدیک به آن برخوردار باشد، از این جهت، منطقی‌تر است.

### نتیجه

نگاهی به مقررات حوزه شروع به جرم در قانون مجازات اسلامی بیانگر ترسیم ضوابط خاصی برای به‌کیفررساندن مرتکبان این رفتارهاست. اما، با وجود تلاش قابل تقدیر قانون‌گذار در ضابطه‌مند کردن این نهاد حقوقی، همچنان خلأهایی در قواعد مقرر به چشم می‌خورد. یکی از این خلأها به جرائمی با کیفرهای تخییری و متعدد مربوط می‌شود. در جرائمی با کیفرهای متفاوت که قاضی در انتخاب آن‌ها مختار است، این پرسش مطرح می‌شود که اگر شخصی مرتکب شروع به جرم آن رفتارها شود، کدام یک از این کیفرها برای تعیین کیفر شروع به جرم باید مدنظر قرار گیرد که از مثال‌های بارز آن جرم محاربه است. در حال حاضر، نمی‌توان به‌صراحت شروع به جرم را مضمول یکی از بندهای مندرج در ماده ۱۲۲ قرار داد.



نتایج نشان می‌دهد که از منظر حقوقی در این دسته از جرائم، برای تعیین کیفر شروع به جرم، سه رویکرد وجود دارد که عبارت است از: رویکرد اول، رویکرد تخییری است که به موجب آن برای تعیین کیفر شروع به جرم، دادگاه مخیر است که مطابق یکی از کیفرهای متعدد قانونی عمل کند؛ رویکرد دوم، اتخاذ شدیدترین کیفر قانونی است که به موجب آن برای تعیین کیفر شروع به این جرائم، دادگاه مکلف است ملاک را شدیدترین کیفر تخییری مقرر در قانون قرار دهد؛ رویکرد سوم، نیز در نقطه مقابل رویکرد دوم، ملاک را خفیف‌ترین کیفر قانونی در نظر گرفته است که به موجب آن برای تعیین کیفر شروع به جرم در این موارد، دادگاه باید خفیف‌ترین کیفر قانونی (کیفر اقل) را به‌عنوان معیار در نظر گیرد.

در مقام ارزیابی و ارائه نظر نهایی باید به سکوت قانون‌گذار در این خصوص و وجود خلأ قانونی مزبور اذعان کرد؛ لذا، ضروری است مقنن با الحاق یک تبصره به ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ملاک مدنظر خود را در خصوص کیفر شروع به جرم در کیفرهای تخییری و متعدد به‌صراحت معین کند. اما، تا هنگامی که مقنن به این امر اهتمام نرزد برای پاسخ به پرسش مطرح در ابتدای نوشتار مزبور می‌توان با نگاهی به رویکردهای پیش‌گفته این نتیجه را اتخاذ کرد که در جرائمی که مقنن جرم تام آن‌ها را مشمول اختیار قاضی قرار داده است و در صورت ارتکاب جرم تام، افراد ممکن است با کیفرهای متفاوتی مواجه شوند که ناشی از اختیار قاضی است، در شروع به این جرائم نیز این اختیار صادق است. به این ترتیب، در جرائمی با کیفرهای متعدد و تخییری، قضات می‌توانند دست به انتخاب زند و کیفر متناسبی برای شروع به جرم در نظر گیرند. بنابراین، در این خصوص صلاحدید قضایی اهمیت می‌یابد. با این حال، نکته‌ای که به نظر می‌رسد قضات باید در کیفردهی بدان توجه کنند، نوع جرم ارتكابی و سیاستی است که از مجموع مقررات کیفری حاکم بر آن دسته از جرائم قابل اتخاذ است. بدین ترتیب، اختیار قضات در بستر سیاست کلی قانون‌گذار متصور یا به تعبیر دقیق‌تر، منطقی است. درواقع، اگرچه در چنین جرائمی قاضی در انتخاب کیفر مختار است، نمی‌تواند چهارچوب‌های پذیرفته‌شده مقنن در برخورد با آن دسته از جرائم را نادیده بینگارد؛ زیرا، این سیاست حاکم، البته در صورتی که قابل دریافت باشد، مهم‌ترین قرینه برای کشف مقصود قانون‌گذار از سوی قاضی است که می‌تواند این چنین، در خط سیر سیاست مدنظر حرکت و انسجام آن را حفظ کند. بدین منظور، لازم است تا دسته‌های جرائم و سیاست مقنن در قبال آن‌ها مشخص شود تا قاضی در تعیین حکم خود با استناد به آن‌ها دست به انتخاب مناسب‌ترین گزینه در راستای مقصود قانون‌گذار زند.

در مجموع، به فرض پذیرش دیدگاه اختیار در تعیین کیفر شروع به جرم در جرائمی با کیفرهای تخییری و متعدد، آنچه می‌تواند آن را منطقی سازد، توجه به سیاست‌های حاکم بر جرائم مختلف است که رهنمونی برای تعیین کیفر خواهد بود. اگرچه، پیشنهاد مشخص و عملی برای رفع خلأ موجود، پیش‌بینی تبصره‌ای برای ماده ۱۲۲ است تا رویکرد مقنن به‌صراحت در آن بیان گردد و از اتخاذ آرای متهافت در این زمینه پیشگیری شود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## منابع

## فارسی

- اخوت، محمدعلی (۱۳۹۵)، «شرع به جرم: گفتمان سیاست جنایی»، در: علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری‌های بین‌المللی (مجموعه مقالات نكوداشت دکتر سیلویا تلباخ)، به کوشش: دکتر حسین غلامی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- اصغری، عبدالرضا؛ اسدزاده بنایی، حسین؛ ملک‌پور شلمزاری، یاسر (۱۳۹۵)، «بررسی تطبیقی قاعده «تعزیر بما یراه الحاکم» و کاربرد آن در فعالیت‌های اطلاعاتی»، فصلنامه قضاوت، شماره ۸۶.
- آماده، غلامحسین (۱۳۸۹)، ضابطه‌مندی اختیارات قضایی در تعیین مجازات در نظام کیفری ایران، انگلستان و مصر، رساله دکتری رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- الهام، غلامحسین و برهانی، محسن (۱۳۹۴)، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران: انتشارات میزان.
- بهره‌مند، حمید (۱۳۹۶)، «درجه‌بندی تعزیرات: از نوآوری تا بازاندیشی»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست‌و‌چهارم، شماره ۹۲.
- پوربافرانی، حسن (۱۳۹۲)، حقوق جزای اختصاصی جرائم علیه اشخاص (جنایات)، چاپ دهم، تهران: نشر میزان.
- توجهی، عبدالعلی (۱۳۹۴)، آسیب شناسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، چاپ اول، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۳)، ترمینولوژی حقوق، چاپ چهاردهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- رایجیان اصلی، مهرداد، (۱۳۹۵)، «اصل قانون‌مندی حقوق جنایی با رهیافتی به تحولات اخیر آن در حقوق ایران»، در: علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری‌های بین‌المللی (مجموعه مقالات نكوداشت دکتر سیلویا تلباخ)، به کوشش: دکتر حسین غلامی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- رهدارپور، حامد؛ چنگایی، فرشاد (۱۳۹۰)، «بررسی شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال در لایحه مجازات اسلامی با نگاهی به سیر قانون‌گذاری»، پژوهش‌نامه حقوقی، سال دوم، شماره اول.
- زراعت، عباس؛ رحمانی نعیم‌آبادی، علیرضا (۱۳۹۵)، «گونه‌شناسی بزه شروع به جرم (از منظر چیستی گام‌های مادی آن)»، حقوق جزا و سیاست جنایی، دوره ۱، شماره ۲.
- سبزواری‌نژاد، حجت‌الله (۱۳۹۶)، «جایگاه اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، دو فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۷ و ۷۸.
- شمس ناتری و همکاران، (۱۳۹۲)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، جلد اول، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- صادقی، محمدهادی؛ ریاحی، جواد (۱۳۹۷)، «توجیه اعمال مجازات‌های اجتماعی بر مبنای تدرج تعزیر»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۸، شماره ۱.
- صادقی، محمدهادی (۱۳۷۳)، گرایش کیفری سیاست جنایی اسلام، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس.

- صانعی، پرویز (۱۳۸۲)، حقوق جزای عمومی، تهران: طرح نو.
- صبوری پور، مهدی (۱۳۹۷)، «نظام‌مندسازی کیفرگزینی تعزیری در حقوق ایران»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۸، شماره ۱.
- عالی پور، حسن (۱۳۹۰)، حقوق کیفری فناوری اطلاعات، تهران: انتشارات خرسندی.
- غلامی، حسین (۱۳۹۳)، «اصل حداقل بودن حقوق جزا»، در: غلامی، حسین و همکاران، اصل حداقل بودن حقوق جزا، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ نخست.
- فتحی، محمدجواد؛ رهدارپور، حامد؛ چمگایی، فرهاد (۱۳۹۱)، «ارائه معیار تشخیص جرائم ناتمام»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۶، شماره ۷۷.
- فرهودی نیا، حسن (۱۳۸۱)، جرائم ناقص (بررسی تطبیقی)، تهران: انتشارات فروزش، چاپ نخست.
- فلچر، جورج پی (۱۳۸۹)، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، برگردان: سیدمهدی سیدزاده ثانی، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ دوم.
- فیض، علیرضا (۱۳۶۹)، تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ دوم.
- قیاسی، جلال‌الدین؛ ساریخانی، عادل؛ خسروشاهی، قدرت‌الله (۱۳۸۸)، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی، ارکان جرم، جلد دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- کلارکسون، کریستوفر (۱۳۷۴)، تحلیل مبانی حقوق جزا، برگردان: حسین میرمحمدصادقی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی شهید بهشتی.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۶)، محشای قانون مجازات اسلامی، چاپ هفتم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- محبی، جلیل (۱۳۹۵)، مبانی جرم‌انگاری شروع به جرم در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق آمریکا، رساله دکتری رشته معارف اسلامی و حقوق، دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع).
- محبی، جلیل؛ ریاضت، زینب (۱۳۹۵)، «مبانی و مدل کیفرگذاری تعزیری (مطالعه موردی جرائم علیه امنیت)»، مجله آفاق امنیت، شماره ۳۳.
- محسنی، مرتضی (۱۳۸۲)، دوره حقوق جزای عمومی (پدیده جنایی)، چاپ دوم، جلد دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- مرادی، حسن (۱۳۹۵)، «ضوابط و چالش‌های تعیین کیفر برای معاون جرم»، در: علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری‌های بین‌المللی (مجموعه مقالات نكوداشت دکتر سیلویا تلنباخ)، به کوشش: دکتر حسین غلامی، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ نخست.
- مصدق، محمد (۱۳۹۴)، شرح قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با رویکرد کاربردی، تهران: انتشارات جنگل جاودانه، چاپ هشتم.
- مصطفی‌زاده، فهیم (۱۳۹۲)، کتاب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان، چاپ اول، انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
- مصطفی‌زاده، فهیم (۱۳۹۵)، «بررسی قواعد حاکم بر شروع به جرم با تأکید بر نظام کیفری ایران»، دوفصلنامه حقوق کیفری عدالت، سال اول، شماره یک.

- منصورآبادی، عباس (۱۳۹۵)، «دگرگونی قاعده شروع به جرم در حقوق کیفری ایران»، در: علوم جنایی تطبیقی در پرتو همکاری‌های بین‌المللی (مجموعه مقالات نکوداشت دکتر سیلویا تلنباخ)، به کوشش: دکتر حسین غلامی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- میرمحمدصادقی، حسین و رحمتی، علی (۱۳۹۴)، «مصادیق عدول از اصول کلی حقوق کیفری در جرائم علیه امنیت»، فصلنامه راهبرد، سال بیست و چهارم، شماره ۷۶.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲)، جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، چاپ بیست و چهارم، تهران: انتشارات میزان.
- تقدی‌نژاد، مجتبی (۱۳۹۰)، شروع به جرم در حقوق کیفری (مطالعه تطبیقی ایران و انگلستان)، تهران: انتشارات جنگل.
- نوبهار، رحیم، (۱۳۹۳)، «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری»، در: غلامی، حسین و همکاران، اصل حداقل بودن حقوق جزا، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- وظیفه دوست، سعید (۱۳۹۵)، «شروع به جرم در حقوق ایران و فرانسه»، مجله دادرسی، شماره ۱۱۶.

#### انگلیسی

- Ashworth, Andrew, Horder, Jeremy (2013), *The principles of Criminal Law* (seventh eds.), Oxford University Press.
- Keedy, Edwin R. (1954), *Criminal Attempt at Common Law*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 102.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی