



ژورنال حقوق کیفری

سال دوازدهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۴۰۰
شماره پانزدهم ۲۳ (صفحات ۹۹-۱۲۲)



نارسایی قاعده شروع به جرم در جرائم مستوجب حد

کوروش عظیمی^۱

دکتر حسن شاه ملک پور^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۲/۴

چکیده

شروع به جرم وضعیتی است که بزهکار با وجود تصمیم به ارتکاب رفتار مجرمانه و تدارک مقدمات و ورود به مراحل اجرایی، به واسطه عاملی خارج از اراده اش به نتیجه دلخواه نمی‌رسد، البته این عامل ناخوانده ربطی به اراده شرورانه مجرم ندارد و چه بسا اگر وی با مانعی مواجه نمی‌شد، به مقصود و مراد خویش نائل می‌گردید. بنابراین تردیدی باقی نمی‌ماند که شروع کننده جرم - هر چند کمتر از مرتکب جرم تام - قابل مجازات و سزاوار سرزنش است. ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی نیز از این ایده پیروی نموده و شروع کننده جرم را با لحاظ شرائطی شایسته مجازات می‌داند. اما با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر جرائم مستوجب حد، به نظر می‌رسد تعیین مجازات در بندهای الف، ب و پ، قانون مذکور و در آنجایی که به حدود ارتباط دارد نارسا و دارای اشکال است. این اشکال وقتی بیشتر خودنمایی می‌کند که غالب جرائم مستوجب حد در مراحل اولیه (شروع به جرم) هنوز واجد عنوان حد نبوده و اساساً رفتاری موجب تعزیر هستند، بنابراین شاید بهتر باشد به سیاق سابق (به عنوان مثال مواد ۶۱۳ ق.م.ا در خصوص شروع به قتل عمد یا ۶۵۵ ق.م.ا در خصوص برخی از صور شروع به سرقت...) تنها جرائمی که شروع به آن قابل تصور است، در ذیل مواد قانونی مربوط به خودشان جرم انگاری شده و مجازات مناسب برای آنها در نظر گرفته شود.

واژگان کلیدی: نارسایی قانون، شروع به جرم، محاربه، سرقت، زنا، لواط، سب‌النبی، شرب خمر

✉ azimikoorosh@yahoo.com

۱. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه گیلان

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان

مقدمه

شروع به جرم از آن رو قابل مجازات است که بزه‌کاران و کسانی که در اندیشه ارتکاب رفتار مجرمانه هستند، اگر در گذرگاه اندیشه تا عمل با مانعی مواجه نشوند بی‌تردید به هدف شرورانه خود خواهند رسید. به همان اندازه که مجازات کردن فردی که فقط قصد ارتکاب جرم را دارد بلاوجه و غیر منصفانه است، مجازات نکردن فرد شرور و خطرناکی که سعی می‌کند با درنوردیدن مرزهای اخلاقی و قانونی رفتار مجرمانه‌ای را انجام دهد اما علیرغم میلش، به هر دلیلی موفق نمی‌شود، دور از مفهوم عدالت است. اما این واقعیت نباید موجب شود تا توقف غیر ارادی و نافرجام هر رفتار مجرمانه‌ای را که اگر متوقف نمی‌شد در ادامه موجبات جرم تامی را فراهم می‌کرد، حتماً شروع به آن جرم نامیده شود. به عنوان مثال اگر فردی به قصد جنایت سلاح گرم خود را به سوی دیگری نشانه گرفت، اما قبل از کشیدن ماشه توسط پلیس دستگیر شد، رفتار او را شاید بتوان حمل سلاح غیر مجاز یا تهدید تلقی نموده و نسبت به آن واکنش نشان داد، لیکن اطلاق شروع به قتل به این اندازه از اقدام مرتکب کمی دشوار است^۱ و یا اگر فردی به قصد سرقت وارد حیاط منزل دیگری شد و اتفاقاً قبل از هر اقدامی توسط صاحبخانه دستگیر گردید و یا با شنیدن صدای آژیر اتومبیل پلیس اقدام به فرار نمود، به هیچ‌وجه نباید عمل وی را شروع به سرقت محسوب کرد. به عنوان نمونه، شعبه ۶۳ دادگاه تجدید نظر استان تهران دقیقاً این موضوع را در رای صادره ملاک عمل قرار داده است.^۲ با این وصف ملاحظه می‌شود که یکی از دشواری‌های تشخیص شروع به جرم، همانا یافتن نقطه آغازین اقدامی است که واقعاً بتوان در آن مرحله به مرتکب عنوان مجرم بالقوه را اعطا نمود، بنابراین در گام اول باید خاستگاه شروع به جرم را معین کرد.

از ظواهر امر چنین برمی‌آید که شروع به جرم از جرم تام نشأت گرفته باشد، اما برخی از نظریه‌پردازان پا را فراتر گذاشته و به این فکر افتاده‌اند که شاید بتوان شروع به جرم را لااقل در برخی از جرائم مقید و نتیجه مدار همچون قتل، تخریب یا تحریق، جرم مبنا دانست. به عبارت دیگر در این دسته از جرائم مرتکب تمام تلاش خود را برای رسیدن به نتیجه مجرمانه انجام می‌دهد ولی ممکن است موفق نشود. مثل فردی که به قصد کشتن دیگری تیری شلیک می‌کند ولی تیرش به خطا می‌رود. یا به قصد تخریب خانه‌ای بمبی به داخل آن پرتاب می‌کند اما بمب منفجر نمی‌شود. وجود عنصر اتفاق در جرائم نتیجه‌مدار سبب پیدایش این ایده گردیده که «جرم تام قتل، جرح یا تخریب صرفاً اثر جنبی و عارضی شروع به جرم عمدی محسوب می‌شود» (فلچر،

۱. ر.ک. تحلیل حقوقی شروع به قتل عمدی - کوروش عظیمی و عباس سلمان پور - دومین کنفرانس بین‌المللی حقوق و علوم قضایی - ۱۳۹۹

۲. سامانه ملی آراء قضایی دادنامه شماره 9309970269701196 مورخه ۱۳۹۳/۰۷/۲۳

۱۳۹۴: ۲۹۰). اگرچه تلقی نمودن شروع به جرم به عنوان «جرم مبنا» نشان دهنده تمایل عمومی به مداخله قبل از وقوع ضرر و مجازات جرائم ناتمام، مثل رانندگی در حال مستی است. با این وجود مشخصات ساختاری شروع به جرم، مبین آن است که این جرائم نشأت گرفته از جرم تام هستند (همان: ۲۹۷) در حقوق جزای انگلیس علاوه بر شروع به جرم، تبانی (توافق دو یا چند نفر برای ارتکاب یک جرم) و تحریک (به معنی تشویق دیگران به ارتکاب رفتار مجرمانه) نیز چون با مراحل مقدماتی سایر جرائم ارتباط دارند، در گروه جرائم ناتمام قرار گرفته‌اند. در این حالت فرد ممکن است به جرم ناتمام محکوم شود حتی اگر بنا به دلایلی ارتکاب جرم تام میسر نشود (Elliott and Quinn.1394: 187)

در هر صورت لازم است تا جرم‌انگاری رفتار مجرمانه ناتمام و یا به تعبیر دیگر شروع به جرم، مسبوق به قابل مجازات بودن آن توسط قانون‌گذار باشد، از این حیث ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی نیز عنصر قانونی شروع به جرم است^۱، اما به نظر می‌رسد تلاشی نارسا در این رابطه صورت گرفته باشد. نارسایی و قابل انتقاد بودن این تلاش از آن جهت است که قانون‌گذار با وجود اینکه در بخش اول ماده مذکور، شروع به جرم را تعریف نموده و جرم‌انگاری را انجام داده است، لیکن در بخش تعیین مجازات این تاسیس حقوقی، با مصادیقی مواجه می‌شویم که شاید نتوان برخی از رفتارهای مجرمانه را با آن تطبیق داد و بالتبع چنین مجازاتی قابلیت اجرا نخواهد داشت. به دیگر سخن وقتی از مجازات سلب حیات نام می‌بریم این مجازات منصرف از قصاص در قتل عمد است (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۳، ج ۱: ۱۰۰) همانطور که به نظر می‌رسد منظور مقنن از قطع عضو در بند ب ماده ۱۲۲ دلالت به قطع عضو از باب مجازات حدی باشد و نه قصاص مادون نفس، که اگر غیر از این بود به جای عبارت قطع عضو از عبارت «قصاص مادون نفس» که مجازات‌هایی همچون بریدن، کور کردن، مجروح کردن و ناشنوا کردن را هم دربر می‌گرفت استفاده می‌شد. بنابراین مجازات سلب حیات می‌تواند تنها معطوف به مجازات برخی از اقسام زنا، مثل زنا به عنف، زناى محصنه، مفعول عمل لواط، جرائم موضوع ماده ۲۸۶ و ۲۸۷ ق.م.ا. (بغی و افساد فی الارض) یکی از مجازات‌های محارب، مرتکبین جرائم حدی که برای بار چهارم مرتکب همان جرم شده و سه بار حد بر آنان جاری شده، ساب النبی ... و در یک کلام، مجازات مربوط به حدود الهی باشد. مجازات

۱. ماده ۱۲۲ ق.م.ا: هرکس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لیکن به واسطه عامل خارج از اراده قصدش معلق بماند، به شرح زیر مجازات می‌شود الف) در جرائمی که مجازات قانونی آن سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه سه تا یک است، حبس تعزیری درجه ۴ ب) در جرائمی که مجازات قانونی آن قطع عضو یا حبس تعزیری درجه چهار است، حبس تعزیری درجه ۵ ج) در جرائمی که مجازات قانونی آن شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج است، حبس تعزیری یا شلاق یا حبس تعزیری درجه ۶

حبس دائم نیز با توجه به ماده ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۹۶ که وفق آن مجازات حبس ابد جایگاه خود را به حبس تعزیری و جزای نقدی درجه ۲ واگذار نموده و نیز تبصره ۶ (الحاقی) ماده ۱۹ ق.م.ا.م.صوب ۱۳۹۹ که در آن تمام حبس‌های ابد غیر حدی مقرر در قانون به حبس درجه یک تبدیل گردیده‌اند، تنها مربوط به سارقی است که برای بار سوم مرتکب سرقت مستوجب حد شده و دو بار مجازات حدی بر او اجرا گردیده باشد و نیز مجازات شرعی ممسک در قتل عمدی و مجازات اکراه کننده در قتل است (ماده ۳۷۵ ق.م.ا.م.صوب). مجازات قطع عضو هم صرفاً مربوط به اجرای حد سارقین و نیز محاربین (بسته به نظر قاضی) بوده و در آخر، مجازات شلاق حدی بی تردید تنها بر مرتکبین زنا، لواط (فاعل غیر محصن)، قذف، شرب خمر، تفخیز، مساحقه و قوادی قابل تحمیل و اجراست.

برابر ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی، حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت آن در شرع مقدس تعیین شده است بنابراین قانون‌گذار جرم حدی را تعریف نکرده بلکه حد را به‌عنوان یک مجازات شرعی توصیف نموده است، با این وصف جرمی که سبب اجرای مجازات حدی می‌شود «موجب» نامیده شود، مثلاً مجازات حدی قطع ید دارای موجبی به نام سرقت حدی است و یا زنا موجبی برای صد ضربه تازیانه حدی به‌شمار می‌آید. وانگهی «موجب حد» دارای دو جنبه ثبوتی و اثباتی است، موجب ثبوتی شرایط لازم برای تشکیل جرم محسوب می‌شود که با فقدان آنها اساساً جرم شکل نمی‌گیرد، برای مثال خارج کردن مال از حرز یک موجب ثبوتی و شرط لازم اجزای تشکیل دهنده سرقت حدی است و موجب اثباتی شرایطی هستند که می‌توانند مانع اجرای حد گردند، مثلاً سرقت حدی شکل گرفته لیکن به دلیل توبه سارق حد اجرا نمی‌شود، این شرایط موجب اثباتی نامیده می‌شوند. گاهی رفتار مستوجب حد و موجب تعزیر از یک جنس هستند مثل سرقت موجب حد و سرقت تعزیری یا زنا و رابطه نامشروع، اما تفاوت اساسی آنها در این است که یک رفتار مستوجب تعزیر باید کاملاً اتفاق بیفتد تا بتوان با تجمیع شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر ماجرا آن را جرمی مستوجب حد دانست (موجب ثبوتی)، در غیر این صورت هیچ‌گاه نمی‌توان به یک رفتار مستوجب تعزیر، عنوان حد مترتب کرد. گاهی نیز اوضاع و احوال و شرایط هستند که موجب می‌شوند رفتاری که در حالت عادی جرمی مستحق تعزیر است به جرمی مستوجب حد تبدیل گردد، مثل قاچاقچیان، سارقین و راهزنانی که دست به اسلحه می‌برند و موجب سلب امنیت مردم و راه‌ها می‌شوند (ماده ۲۸۱ ق.م.ا.م.صوب) به همین ترتیب مقررات مربوط به مشارکت، معاونت و به‌ویژه شروع به جرم نیز در جرائم حدی بسیار متفاوت از جرائم تعزیری است. با این توضیح اجمالی، صرف‌نظر از جرائم مطلق موجب حد یا همانا ساب‌النبی و قذف که ارتکاب آنها نیاز به تهیه مقدمات ندارد و در این‌گونه جرائم به محض ارتکاب عمل، مرحله «شروع به جرم» خاتمه یافته و

جرم تام محقق می‌شود و لاجرم حالتی برای شروع به جرم باقی نمی‌ماند^۱، در این مقاله فرض ما بر این است که جرائم مستوجب حد به لحاظ شرایط سخت‌گیرانه تحقق آنها و نیز جرائم ماده ۲۸۶ به علت وجود شرط «گسترده‌گی دامنه ارتکاب» و این که ارتکاب تام آن جرائم باید آنچنان موجب اختلال شدید، ناامنی یا ورود خسارت عمده یا اشاعه در حد وسیع گردد تا مرتکب و حتی گاهی معاون آن دسته جرائم را با مجازات اعدام روبه‌رو سازد، فاقد مرحله شروع به جرم باشند. لذا این پرسش مطرح می‌شود که قانون‌گذار به چه علت برای شروع چنین جرائمی مجازات تعیین کرده است؟ از این رو، بر آنیم تا پس از تبیین مفهوم و مبانی شروع به جرم و پیامدهای آن، اشکالات و نارسایی مجازات‌های تعیین شده در ماده ۱۲۲ ق.م.ا را مورد بررسی و تحلیل قرار دهیم.

۱. مروری بر مبانی و دلایل جرم‌انگاری «شروع به جرم»

گفتیم که شروع به جرم از جرم تام سرچشمه گرفته و اما مهم‌ترین و شاید اساسی‌ترین وجه تمایز آن دو، فقدان نتیجه مجرمانه در «شروع به جرم» است و از قضا مشکل از آنجا آغاز می‌شود که مشخص نیست مرتکب جرم دقیقاً پس از کدام مرحله و انجام چه مقدار کار، قابل مجازات و سرزنش است. آن گونه که در بند ۱ ماده ۱ قانون شروع به جرم کیفری انگلیس^۲ مصوب ۱۹۸۱ بیان شده است «اگر کسی به قصد ارتکاب جرم اعمالی را انجام دهد که بیش از صرف تمهید برای ارتکاب یکی از جرائم مذکور در قانون باشد، وی برای شروع به ارتکاب آن جرم مقصر تشخیص داده می‌شود»^۳ اگر به قبل‌تر برویم، در قانون مجازات ۱۸۱۰ فرانسه بیشتر به اهمیت مفهوم شروع به جرم پی می‌بریم، قانون‌گذار در ماده ۲ آن قانون «آغاز عملیات اجرایی» را آستانه شروع به جرم تعریف کرده بود (فلچر، ۱۳۹۴: ۲۸۸) و این تعریف بعدها به قوانین کیفری غرب و سایر کشورها نیز سرایت نمود. ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ ایران عبارت «شروع به اجرا» را شرط لازم برای شروع به جرم به‌شمار آورده بود و این عبارت در قوانین بعدی از جمله در قانون مصوب

۱. برخی از حقوق‌دانان برای جرائم مطلق چون توهین، مرحله شروع متصور نیستند و این‌گونه جرائم را قابل تجزیه به مراحل مختلف نمی‌دانند (قیاسی و سلیمی، ۱۳۹۵: ۱۲۸) بعضی از حقوق‌دانان، به‌عنوان مثال، جرم براندازی موضوع ماده ۱۷ ق.م.ج.ن.م و محاربه را در زمره جرائم مطلق و فاقد مرحله شروع به جرم دانسته‌اند (آقابابایی، ۱۳۸۵: ۱۲۹ و ۱۳۰) برخی از حقوق‌دانان نیز به این موضوع به‌دیده تردید می‌نگرند و معتقدند شاید نتوان برای این قبیل جرائم شروعی تصور کرد زیرا براین باورند که تجزیه فرایند آغاز و انجام چنین جرائمی دشوار است (اردبیلی، ۱۳۹۶، ج ۱: ۳۳۴) (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۳، ج ۳: ۳۴۶)

2. Criminal Attempts act 1981

3. (1) If, with intent to commit an offence to which this section applies, a person does an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence, he is guilty of attempting to commit the offence

۱۳۹۲ نیز تکرار گردید. با این اوصاف اگر شروع به جرم را رفتاری بدانیم که در راستای اجرای نیت مجرمانه انجام می‌گیرد، شاید بتوانیم هسته اصلی شروع به جرم را نه عمل بلکه قصد بدانیم (همان: ۲۹۷) اما برخلاف این تصور، حقوق دانان معتقدند شروع به اجرا مستلزم ارتکاب فعل مادی است (اردبیلی، ۱۳۹۶، ج ۱: ۳۱۹) یعنی مرحله‌ای که مرتکب با انجام دادن رفتارهای برخلاف قانون و نابهنجار، خود را نشان می‌دهد و از این رو سیستم‌های کیفری به مجازات کردن او تمایل نشان می‌دهند. در یکی از آراء شعبه دوم دیوان عالی کشور در سال‌های گذشته، در تأیید این استنباط از مرحله شروع به جرم آمده بود: «شروع به جرم اصولاً عبارت از توسل به عملیات اجرایی است که اگر انصراف برای مرتکب حاصل نشود و مانعی نرسد، ناگزیر جرم به وقوع می‌پیوندد ... (۱۷۱۱-۱۳۲۹/۰۷/۱۹)»

به دلایل متعددی حقوق دانان شروع به جرم را سزاوار مجازات می‌دانند. فرضاً اگر الف به قصد کشتن ب با سلاح به سمت او نشانه رفته و انگشت خود را روی ماشه بگذارد و هرآن احتمال کشیدن ماشه و شلیک به سوی سوژه وجود داشته باشد. اکنون چنانچه رفتار پیش از قتل جرم- انگاری نشده باشد، پلیس در برخورد با چنین رویدادی نمی‌تواند واکنش نشان دهد و باید منتظر ارتکاب جرم تام بنشیند سپس مداخله نماید و در مقابل، اگر قانون‌گذار همین اندازه از رفتار افراد را خطرناک و مجرمانه تشخیص داده و قبل از شلیک گلوله چنین عملی را قابل مجازات و سزاوار سرزنش تلقی نموده باشد، حتماً پلیس این اختیار را خواهد داشت که در مواجهه با چنین صحنه‌ای متهم را مهار کرده و از بروز خسارت بیشتر که همانا می‌تواند جرح یا قتل سوژه باشد جلوگیری نماید. در جرائم دیگر از جمله سرقت، کلاهبرداری و تخریب و تحریق نیز همین قاعده حکم فرماست و روش عقلایی و منطقی آن است که با دستگیری یا منصرف کردن مجرم در همان مرحله آغازین و تنبیه و سرزنش وی، از به وجود آمدن خسارت و زیان بیشتر جلوگیری گردد. دلیل دیگری که مجازات شروع کننده جرم را جایز و بلکه لازم جلوه می‌دهد آن است که گاهی مرتکب جرم از صرف تمهید برای ارتکاب جرم فراتر رفته و عملاً جرم را آغاز می‌کند، مثل الف که به سوی ب شلیک می‌کند اما تیر او به خطا رفته و به هدف اصابت نمی‌کند، با وجود اینکه برخی از حقوق- دانان این حالت را از مصادیق جرم عقیم به‌شمار آورده‌اند و معتقدند چون قانون‌گذار برخلاف جرم محال، رفتار عقیم را جرم‌انگاری نکرده پس بهتر است به قدر متیقن از مقصود قانون‌گذار اکتفا نموده و از این حیث رفتار مرتکب را قابل مجازات نمی‌دانند (اردبیلی، ۱۳۹۶، ج ۱: ۳۳۹) اما به نظر می‌رسد از همین اندازه از رفتار مرتکب نباید به سادگی چشم‌پوشی نمود، زیرا مرتکب با شلیک گلوله نشان داده که قصد شریانه دارد و بسیار به مقصود خود نزدیک شده است.

با قبول این حقیقت که جرم انگاری «شروع به جرم» پشتوانه‌ای منطقی و عقلایی دارد، لیکن بی‌گمان تعیین مجازات برای این اندازه از رفتار مجرمانه نیازمند تامل و تدبیر بیشتری است، اگر شروع به جرم را همسان با جرم تام به‌شمار آورده و همان مجازات مرتکب جرم تام را برای آن در نظر بگیریم، هم از دایره انصاف خارج شده‌ایم و هم مجرمی را که با یک تلنگر خارج از اراده‌اش بخواهد رفتار مجرمانه را نیمه‌کاره رها کرده و بگریزد، منصرف کرده و او را به ادامه رفتارش ترغیب نموده‌ایم. چه بسا الف که به قصد کشتن ب به سمت او نشانه رفته (شروع به عملیات اجرایی) با دیدن خودرو پلیس و از بیم دستگیری (بروز عاملی خارج از اراده‌اش) بخواهد بدون اینکه اقدامی کند بگریزد، اگر مجازات جرم تام با مجازات شروع به همان جرم یکسان باشد وی عملاً بر سر دوراهی قرار می‌گیرد چرا که او نزد خود خواهد گفت من چه الان دستگیر شوم و چه ب را بکشم و بعد دستگیر شوم فرضاً اعدام خواهم شد، پس بهتر است وجود پلیس را نادیده گرفته و پیش از رسیدن آنها شلیک نمایم. با این حساب یکسان بودن مجازات شروع به جرم و جرم تام، مبنای منطقی و درستی ندارد. از این‌رو قانون‌گذار در بندهای سه‌گانه ماده ۱۲۲ ق.م.ا. مجازات شروع به جرم، در جرائم مختلف را خفیف‌تر و لااقل یک درجه پایین‌تر از جرم اصلی در نظر گرفته است. شایان ذکر است که وفق ماده ۶۶۴ ایالت کالیفرنیا مجازات شروع به جرم نصف مجازات جرم تام است^۱ دادگاه‌های انگلیس نیز در عمل از این شیوه تبعیت می‌کنند، هر چند در ماده (۱) ۴ قانون شروع به جرم‌های کیفری این کشور، تعیین مجازاتی برابر جرم تام، برای شروع کنندگان به آن جرم اجازه داده شده است (قیاسی و سلیمی، ۱۳۹۵: ۱۲۱).

۲. تحلیل حقوقی شروع به جرم در جرائم مستوجب حد

مبانی، آثار و پیامدهای شروع به جرم را با اشاره به قوانین کیفری چند کشور اجمالاً بیان کردیم، از همسانی مجازات برای شروع به جرم و جرم تام، در حقوق انگلیس و ایالت کالیفرنیا گرفته تا قابل سرزنش بودن همین اندازه از رفتار مجرمانه در حقوق جزایی ایران، می‌توان چنین پی برد که از دیدگاه حقوقی شروع به اکثر جرائم دارای اهمیت بوده و از این حیث قابل مجازات هستند. بخشی از ماده ۱۲۲ ق.م.ا. به میزان مجازات شروع به جرائم مستوجب حد ارتباط دارد و این دقیقاً همان بخش مبهم، سوال برانگیز و قابل انتقاد ماده مذکور است. مع‌الوصف لازم است که برای بررسی

1. 664(b): "If the crime attempted is punishable by imprisonment in a county jail, the person guilty of the attempt shall be punished by imprisonment in a county jail for a term not exceeding one-half the term of imprisonment prescribed upon a conviction of the offense attempted" (California Penal Code, Sec. 664).

آسان‌تر، ابتدا این جرائم را از لحاظ میزان مجازات اصلی آنها دسته بندی نموده سپس بندهای الف، ب و پ^۱ ماده مذکور را به ترتیب مورد نقد و تحلیل قرار دهیم.

۱.۲. شروع به جرم در جرائم مستوجب سلب حیات (بند الف ماده ۱۲۲)

جرائم مستوجب سلب حیات، شامل سب‌النبی، برخی از انواع زنا مثل زنا به عنف، یا زنا محصنه، لواط مفعول و یا فاعل محصن یا مکروه، یکی از مجازات‌های محارب، مجازات مفسدین فی الارض موضوع ماده ۲۸۶ ق.م.ا و بغی بوده و نیز مجازات کسی است که برای بار چهارم مرتکب یک جرم مستوجب حد بشود، به شرط آنکه در سه مرتبه قبلی برای ارتکاب همان جرم، حد جاری شده باشد. سب‌النبی نیز یکی از جرائم مستوجب سلب حیات است. سب در منابع متعدد به معنای شتم، دشنام و فحش دادن آمده و قانون‌گذار در ماده ۵۱۳ ق.م.ا اهانتی که دارای شرایط سب باشد را سزاوار اعدام دانسته است. در لسان فقها سب‌النبی به معنای دشنام به پیامبر عظیم‌الشان اسلام یا هریک از امامان شیعه بوده و مجازات آن کشتن دشنام دهنده است (شهید ثانی، ۱۳۸۵: ۶۱۴) قدر متیقن از ماده ۵۱۳ ق.م.ا تحقق این گناه دلالت بر به‌کار بردن الفاظ دشنام‌آمیز نسبت به پیامبر (ص) دارد (شاکری و غلام‌نژاد، ۱۳۹۰: ۱۰۲) سب‌النبی صرف نظر از اینکه یک جرم مطلق است، اساساً نیازی به تمهید مقدمات و شروع به عملیات اجرایی ندارد و لاجرم نمی‌توان برای آن شروع به جرم متصور بود (اردبیلی، ۱۳۹۶، ج ۱: ۳۳۴) در حقیقت جرم مطلق با ارتکاب عمل، مرحله شروع به جرم خاتمه یافته و جرم تکمیل می‌شود، مثل اینکه کسی نعوذ بالله قصد دشنام دادن به نبی مکرم اسلام (ص) را داشته باشد اما پیش از اینکه زبان به دشنام بچرخاند، پشیمان شده (انصراف ارادی) و یا با دیدن پلیس یا از ترس واکنش یک فرد مذهبی متعصب، برخلاف میلش دشنام ندهد (انصراف غیر ارادی) با این اوصاف به هیچ وجه طبقه بندی رفتار مجرمانه سب‌النبی به «قصد - تهیه مقدمات - ورود به رکن مادی و اتمام جرم» امکان‌پذیر نیست و هیچگاه نمی‌توان فردی که قصد دشنام به پیامبر اعظم (ص) را دارد ولی هنوز لفظ حاوی اهانت یا دشنام از دهان او خارج نشده را شروع کننده سب‌النبی قلمداد کنیم. یا عمل فردی که می‌خواهد روی کاغذ دشنام یا توهینی را متوجه نبی مکرم اسلام (ص) نماید، اما با فرض اینکه قبل از نوشتن کلمه اهانت بار، یک عامل خارجی ادامه نوشتن او را متوقف کند را هرگز نمی‌توان شروع به سب‌النبی تلقی کرد.

۱. الف) در جرائمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه یک تا سه است، حبس تعزیری درجه ۴ (ب) در جرائمی که مجازات قانونی آنها قطع عضو یا حبس تعزیری درجه چهار است به حبس تعزیری درجه ۵ (پ) در جرائمی که مجازات قانونی آنها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج است به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه ۶

بی‌گمان دشنام یا اهانت گفته و نوشته می‌شود، یا گفته و یا نوشته نمی‌شود برای گفتن یا نوشتن این‌گونه کلمات نمی‌شود مرحله شروع تصور کرد، بلکه به محض دشنام یا اهانت، جرم آغاز و بلافاصله خاتمه می‌یابد.

اما جرم زنا اعم از زنا عادی موجب تازیانه و زناى به عنف موجب قتل (خویی، ۱۳۹۵: ۶۸) اساساً وقتی قابل اعمال کیفر حد است که جرم به صورت کامل و تمام اتفاق بیفتد، یعنی اگر ایلاج و ادخال صورت نگیرد و به دیگر سخن موجب ثبوتی محقق نشود- مثل رابطه نامشروع مادون زنا- اصلاً زنا واقع نمی‌گردد و اگر نیک بنگریم یکی از شرایط تحقق زنا آن است که به اندازه حشفه یا بیشتر، ادخال صورت گیرد بنابراین حتی اگر کمتر از حشفه دخول انجام شود، این عمل اگرچه بسیار شبیه شروع به جرم است اما فاقد وصف زنا بوده و صرفاً یک رابطه نامشروع مستوجب تعزیر است و نه شروع به زنا (شهید ثانی، ۱۳۹۶، ج ۱۳: ۱۲ و ۱۵ و ۹۶) بنابراین بی‌تردید جرم زناى به- عنف، مرحله شروع به جرم مستوجب مجازات درجه ۴ ندارد، زیرا این جرم در مرحله آغازین عملیات، صرفاً جرم تعزیری و مشمول ماده ۶۳۷ ق.م.ا. است که اشعار دارد: «هرگاه زن و مردی که بین آنها علفه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا ۹۹ ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عنف و اکراه باشد فقط اکراه کننده تعزیر می‌شود»

با توجه به منطوق ماده ۱۲۲، جرائمی که مجازات آنها شلاق تعزیری باشد ابدأ در مرحله شروع به جرم قابل مجازات نیستند. باین وجود اگر جرم زناى به عنف اتفاق بیفتد و تمام شرایط شرعی و قانونی اعمال مجازات حدی را داشته باشد، مرتکب مکروه کشته می‌شود و اگر ایلاج و ادخال صورت نگرفته باشد، عمل انجام شده نه شروع به جرم حدی، بلکه یک جرم تام تعزیری خواهد بود که از قضا برای این جرم تعزیری در مرحله «شروع به جرم» مجازات تعیین نشده است. همین قاعده به جرائم لواط و تفخیز نیز سرایت می‌کند، بدان معنا که در جرم لواط، اگر دخول صورت بگیرد جرم مستوجب حد اتفاق افتاده و با احراز کلیه شرائط (موجب ثبوتی) فاعل و مفعول کشته خواهند شد و اگر عمل نامشروع داخل کردن در دبر اتفاق نیفتد، بلکه قرار دادن آلت در میان دو ران باشد و یا حتی دخول کمتر از ختنه‌گاه که جداً یک شروع به لواط ایقابی را به ذهن متبادر می‌کند، اتفاق بیفتد (شهید ثانی، ۱۳۹۶، ج ۱۳: ۱۰۴) حد آن از باب تفخیز و نه به دلیل شروع به لواط صد تازیانه خواهد بود. دادنامه قطعی مطروحه در شعبه دیوان عالی کشور موید همین استنتاج است، در آن

۱. إذا أكره شخصُ امرأه على الزنا، فزنى بها فقتل من دون فرق في ذلك بين المحصن وغيره ...

۲. زنا ... و يتحقق ذلك بإيلاج الإنسان حشفه ذكره في فرج امرأه محرمة عليه أصالة ... (خویی، ۱۳۹۵: ۱۸) (شهید ثانی، ۱۳۹۶: ۱۱) و ...

پرونده فردی به اتهام لواط ایقابی تحت تعقیب قرار می‌گیرد لیکن دادگاه صادر کننده رای به علت فقدان دلیل، متهم را از این اتهام تبرئه می‌نماید و در عوض بزهکاری متهم را از باب تفخیز محرز دانسته و او را به ۱۰۰ ضربه شلاق محکوم می‌کند و همین رای در دیوان عالی کشور ابرام می‌گردد.^۱ اما اگر فاعل و مفعول شرایط را مهیا کرده و قبل از تماس (چه دخول و چه تفخیز) در اثر مانعی خارج از اراده آنها به مقصود خود نرسند، مثلاً فردی سر برسد و یا توسط پلیس دستگیر گردند نه به علت شروع به لواط یا تفخیز بلکه به دلیل جرم تام «بوسیدن پسر بچه با شهوت» یا «اجتماع دو مذکر زیر یک لحاف» تعزیر خواهند شد (شهیادتانی، ۱۳۹۶، ج ۱۳: ۱۱۳) و (ماده ۲۳۷ ق.م.ا) با این اوصاف نتیجه گرفته می‌شود جرائم جنسی مشمول حدود الهی که مرتکب یا مرتکبین آنها مستحق مجازات مرگ هستند مرحله شروع به جرم نداشته و از این حیث به بند الف ماده ۱۲۲ ق.م.ا قابل انطباق نیستند. بلکه می‌توان مرتکب یا مرتکبین آنها را چنانچه حائز شرایط قانونی باشند تحت عنوان جرم مستقل و تام تعزیری مجازات نمود. (مواد ۲۳۷ و ۶۳۷ ق.م.ا).

دادنامه‌ای که در دیوان عالی کشور مطرح شده بود^۲ این ادعا را تأیید می‌کند، در پرونده مذکور شکات به صورت جداگانه از جانب فرزندان خردسال خود مدعی بودند که فردی فرزند آنها را اغفال کرده و با ربودن و انتقال آنان به مکانی خلوت ضمن ضرب و شتم، آنها را مورد تجاوز به عنف قرار داده است. متهم با قبول برخی از اتهامات خود، اقرار نموده که یک دختر بچه را اغفال کرده و قصد لواط با او را داشته ولی چون گریه و زاری کرده منصرف شده و او را پیاده کرده است. بار دیگر پسر بچه‌ای را به قصد لواط سوار می‌کند اما بدون اینکه موفق شود ناچار او را هم پیاده می‌کند. سپس پسر بچه دیگری را اغفال کرده و بعد از ارتکاب لواط به عنف او را رها می‌نماید. دادگاه مرتکب را علاوه بر ارتکاب آدم‌ربایی و سرقت و ضرب و جرح، به دلیل یک فقره تفخیز محکوم به ۱۰۰ ضربه شلاق می‌کند ... جالب اینجاست که علیرغم اقرار صریح متهم به قصد لواط به عنف که وفق ماده ۲۳۴ ق.م.ا مجازات آن اعدام است، او را از باب جرم تام تفخیز به ۱۰۰ ضربه شلاق محکوم می‌کند و عملیات مقدماتی بعد از قصد او را شروع به جرم به‌شمار نمی‌آورد، در حالیکه باید برابر بند الف ماده ۱۲۲ او را به حبس تعزیری درجه ۴ محکوم می‌نمود. این حکم حکایت از آن دارد که در جرائم مستوجب حد «نه قصد مرتکب» بلکه آن اندازه از عنصر مادی جرم که بروز و ظهور یافته قابل مجازات است.

۱. سامانه ملی آراء قضایی: دادنامه شماره 9309970910000587 مورخه ۱۳۹۳/۰۸/۰۳

۲. همجنس‌گرایی انسان مذکر در غیر از لواط و تفخیز از قبیل تقبیل و ملامسسه از روی شهوت موجب ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجه ۶ است

۳. سامانه ملی آراء قضایی: دادنامه کلاسه 9309970909200288 تاریخ ۱۳۹۳/۰۹/۱۲

شایان ذکر است که شاید برخی بر این گمان باشند که بتوان شروع به لواط به عنف و جرم تام تفخیز و یا شروع به زنا به عنف و عمل منافی عفت مادون زنا موضوع ماده ۶۳۷ ق.م.ا را موجب تعدد معنوی دانست و مجازات اشد را برای آن قائل شد. لیکن به نظر می‌رسد این استنتاج مقرون به صحت نباشد، زیرا قصد زنا به عنف و تمهید مقدماتی که در مرحله تقبیل و مضاجعه متوقف گردد و یا همانطور که در رای دادگاه دیدیم، قصد لواط به عنفی که در مرحله تفخیز متوقف گردیده، هیچگاه تعدد معنوی نیست. بیرون آوردن لباس و بغل کردن و بوسیدن مقدمات زنا هستند، پس اگر این اعمال به ایلاج و ادخال ختم شود زنا مستوجب حد و یا لواط ایجابی محقق می‌گردد، در غیر این صورت صرفاً جرم تعزیری با عنوان عمل منافی عفت مادون زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه نام می‌گیرد که مجازات آن شلاق تعزیری است. وانگهی تعدد معنوی رفتار واحدی است که واجد دو یا چند عنوان مجرمانه باشد مثل تصاحب مال دیگری با استفاده از سند مجعول، که هم جرم کلاهبرداری واقع شده و هم جرم استفاده از سند مجعول (اردبیلی، ۱۳۹۷، ج ۳: ۱۷۸) در جرائم حدی نیز همین قاعده حکم فرماست یعنی اگر دو یا چند جرم حدی در راستای هم و در یک واقعه باشند فقط مجازات اشد اجرا می‌شود، مثل تفخیز در هنگام لواط که تنها مجازات لواط قابل اجرا خواهد بود. بنابراین صحبت از هم راستا بودن دو جرم حدی که در امتداد هم اتفاق می‌افتد در میان است و نه مقدماتی که حکم شروع به جرم را دارد، به دیگر سخن مقدمات جرم و جرم تام هیچگاه با هم عنوان تعدد، اعم از مادی و معنوی نمی‌پذیرند.

در مورد محاربه به لحاظ گستردگی قلمرو آن در قانون مجازات اسلامی و قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح، موضوع کمی پیچیده‌تر است. نگارنده معتقد است که محاربه اساساً یک جرم خاص نیست، بلکه اوضاع و احوالی است که بر برخی از جرائم حاکم می‌شود و مرتکبین آنها را مستحق یکی از مجازات‌های چهارگانه می‌کند، هم‌سو با آنچه گفته شد منظور از محاربه، آنچنان که در احادیث اهل بیت (ع) وارد شده و شان نزول آیه شریفه نیز کمابیش به آن گواهی می‌دهد این است که کسی با تهدید اسلحه به جان یا مال مردم تجاوز کند (مکارم شیرازی و همکاران، ۱۳۷۲، ج ۴: ۳۶۰) *الْمُحَارِبُ كُلُّ مَنْ جَرَدَ السِّلَاحَ لِخَافَةِ النَّاسِ...* یعنی محارب کسی است که برای ترساندن مردم بر روی آنها سلاح بکشد، چه در بیابان، چه در صحرا، در شب یا روز ... (محقق حلی، ۱۳۶۰، ج ۴: ۱۸۸۸) شهید ثانی (ره) هم در شرح لمعه به همین صورت محاربه را تعریف کرده است (شهید ثانی، ۱۳۹۶ ج ۱۳: ۲۳۳) باین وجود مجرم تا در راستای فسادی که قرار است مرتکب شود سلاح خود را برنکشد و باعث خوف و هراس عامه مردم نشود، اساساً محارب محسوب نمی‌گردد. حلبی و امام خمینی در این باب اعتقاد داشتند که محارب کسی است که اسلحه خود را به منظور تهدید و ترساندن مردم از غلاف درآورد و یا آن را مجهز سازد و قصد افساد در زمین را داشته باشد (رضایی،

۱۳۸۹: ۷۴). فاضل لنکرانی نیز بر این اعتقاد بود که اگر محاربه موجب فساد نگردد از شمول حکم آیه خارج است (لنکرانی، ۱۴۰۶: ۵۰۱) فاضل هندی نیز در زمره فقهای بود که محاربه را مشروط به افساد می‌دانست (فاضل هندی، ۱۴۰۵، ج ۲: ۴۳۱) برخی از مفسرین نیز با برداشت مشابه، معتقدند آیه ۳۳ سوره مبارکه مائده در حقیقت کامل‌کننده آیات سابق در خصوص قتل عمد است و جزای افراد متجاوز را که اسلحه به روی مسلمانان می‌کشند و با تهدید به مرگ و حتی گشتن، اموالشان را به غارت می‌برند، با شدت هرچه تمام‌تر بیان شده و محاربه با خدا مبین تاکید فوق‌العاده اسلام درباره حقوق انسان‌ها و رعایت امنیت آنان است (مکارم شیرازی و همکاران، ۱۳۷۲، ج ۴: ۳۵) با توجه به تعاریف فقهی و قانونی محاربه اگر بگوییم افسادی که به دلیل گستردگی و ایجاد رعب و هراس در عموم مردم، در حد و اندازه جنگ با خدا و رسول است، سخن به‌گزارف نگفته‌ایم.

با این اوصاف محاربه اساساً وضعیت و شرایطی است که یک جرم تعزیری را تبدیل به یک جرم مستحق حد می‌کند. برای تبیین بیشتر موضوع، تحلیل ماده ۲۸۱ قانون مجازات اسلامی و ارتباط آن با ماده ۶۵۳ همان قانون^۱ خالی از فایده نیست. محاربه در زمره جرائم مقید قرار دارد و برای تحقق اینگونه جرائم حصول نتیجه مجرمانه امری ضروری است و این نتیجه باید از عمل مرتکب ناشی شود، به عبارت دیگر باید بین عمل مرتکب یا همانا برکشیدن سلاح و ایجاد رعب و هراس و سلب امنیت مردم به عنوان نتیجه، رابطه علیت وجود داشته و اگر وجود چنین رابطه‌ای احراز نگردد جرم محقق نخواهد شد. از منطوق ماده ۲۸۱ ق.م.ا که اشعار دارد «راهزنان، سارقان و قاچاقچیان که دست به سلاح ببرند و موجب سلب امنیت مردم و راه‌ها شوند، محاربند» همین معنا استنباط می‌شود، زیرا مفهوم مخالف این عبارت آن است که راهزنان، سارقان و قاچاقچیان که در هنگام انجام عمل مجرمانه خود دست به سلاح نبرند محارب نیستند، بلکه صرفاً مرتکب جرم قاچاق، سرقت یا راهزنی مستوجب تعزیر شده‌اند. بنابراین سارقی که دست به سلاح نبرده رفتار او منطبق با یکی از مواد قانونی سرقت مستوجب تعزیر است و لاجرم تعزیر خواهد گردید، ماده ۶۵۴ قانون مجازات اسلامی تایید کننده همین مطلب است و اشعار دارد «هرگاه سرقت در شب واقع شده باشد و سارقین دو نفر یا بیشتر باشند و لااقل یک نفر از آنان حامل سلاح ظاهر یا مخفی باشد، در صورتی که بر حامل سلاح عنوان محارب صدق نکند، جزای مرتکب یا مرتکبان از ۵ تا ۱۵ سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق می‌باشد» همین قاعده در مورد قاچاقچیان نیز صدق می‌کند، یعنی فرد یا افرادی که مرتکب فعل قاچاق کالا و ارز می‌شوند، اما دست به سلاح نمی‌برند فقط جریمه

۱. هرکس در راه و شوارع به نحوی از انجا مرتکب راهزنی شود در صورتی که عنوان محارب بر او صادق نباشد به ۳ تا ۱۵ سال حبس.... محکوم می‌شود

نقدی شده و احیاناً به حبس تعزیری محکوم می‌گردند. اما در این میان تکلیف راهزنان روشن نبود و سوالی که مطرح می‌شد این بود که اگر راهزنان در خلال راهزنی دست به سلاح ببرند محارب محسوب می‌شوند ولی اگر به نحو دیگر، مثلاً کمین کردن و یورش یکباره ولی «بدون سلاح» و تنها با تکیه بر قدرت بدنی‌شان راه را بر دیگران بسته و اموال آنها را غارت نمایند، چه عنوان مجرمانه‌ای بر آنها مترتب می‌شود و مجازات آنها چیست؟ قانون‌گذار متوجه این خلاء گردیده و در ماده ۶۵۳ قانون مجازات اسلامی تکلیف چنین مجرمینی را هم روشن نموده است، مجازات ۳ تا ۱۵ سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق در انتظار راهزنانی خواهد بود که بدون برکشیدن سلاح و به نحو دیگر، اقدام به راهزنی می‌کنند.

بی‌گمان در صرف محاربه «به معنای شرایط و اوضاع و احوالی که یک جرم تعزیری را تبدیل به جرمی سزاوار حد می‌کند» مرحله شروع به جرم معنا ندارد (آقابابایی، ۱۳۸۵: ۱۳۰) یا مرتکب با قصد افساد و اخافه عام، سلاح خود را برمی‌کشد و موجب رعب و هراس مردم می‌شود که در صورت تجمیع سایر شرایط، محارب محسوب و مستحق یکی از مجازات‌های چهارگانه، از جمله سلب حیات می‌گردد و یا اینکه قبل از برکشیدن سلاح، به علت عامل یا عواملی خارج از اراده‌اش متوقف شده و به مقصود نمی‌رسد، که در صورت دستگیری شاید تنها به اتهام همراه داشتن سلاح غیرمجاز محاکمه شود و نه به اتهام شروع به محاربه، ناگفته نماند که قانون‌گذار از رفتار نابهنجار فردی که با سلاح گرم یا سرد در معابر عام تظاهر یا قدرت‌نمایی می‌کند اما به هر دلیلی از جمله نترسیدن مردم، محارب شناخته نمی‌شود چشم پوشی نکرده و برابر ماده ۶۱۷ ق.م.ا و ی را مستحق مجازات تعزیری می‌داند. در تأیید این ادعا، شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور برابر دادنامه‌ای، مجرمینی را که مسلحانه، جمعی و شبانه اقدام به ۱۳ فقره سرقت نموده بودند را به این دلیل که قصد ارباب عام از رفتار آنان احراز نشده است، سزاوار عنوان محاربه ندانسته و عمل آنان را تنها سرقت مستوجب تعزیر به شمار آورده است.^۱ در خصوص مواد ۲۷۹ و ۲۸۱ ق.م.ا. نیز قبلاً گفتیم، چنانچه سارقین و قاچاقچیان و راهزنان پیش از اینکه دست به سلاح ببرند - هرچند سلاح داشته باشند ولی اسلحه آنها در غلاف باشد - دستگیر شوند و یا از ترس دستگیری یا واکنش شدید مردم اصلاً دست به سلاح نبرند، نه به خاطر شروع به محاربه بلکه به اتهام جرائم تام سرقت، قاچاق یا راهزنی و حمل سلاح غیر مجاز (اگر سلاح آنها دارای پروانه نباشد) محاکمه خواهند شد. وانگهی اگر مثلاً تعدادی راهزن به قصد غارت و ایجاد رعب و ترساندن اعضای کاروان «سلاح خود را برکشند» ولی قبل از اینکه همه مردم ترسیده و فرار کنند، عده‌ای جوان سلحشور و شجاع موفق به دستگیری راهزنان شوند، اگرچه عمل مهاجمان در این اندازه محاربه محسوب می‌شود، لیکن رفتار آنان تا این مرحله

۱. سامانه ملی آراء قضایی: دادنامه کلاسه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۷۰۰۱۳۷ مورخه ۱۳۹۳/۰۳/۲۰

ماهیتاً بسیار شبیه شروع به جرم است!! و در حقیقت آنها جرم مورد نظر را عملاً آغاز نموده و سلاح خود را برکشیده‌اند اما قبل از هر اقدام دیگری از جمله قتل، غارت یا تجاوز به نوامیس مردم و تنها به دلیل اخافهٔ عام دستگیر شده‌اند، با وجود این اطلاق محارب به آنان خالی از وجه نیست.

در موادی از قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح که مرتکبین جرائمی مثل جاسوسی، خرابکاری یا براندازی، محارب محسوب شده‌اند، با یک مسئله و چند ایراد و ابهام مواجهیم. سوال اساسی آن است که قانون‌گذار به چه دلیلی برخلاف نظر صریح غالب فقهای عظام رفتارهایی را محاربه به‌شمار آورده که نه سلاحی برکشیده شده، نه اخافهٔ عامی صورت پذیرفته و نه قصد جان و مال و ناموس مردم در آن مطرح است و ضمن آنکه هدف جرائم برشمرده شده اساس نظام یا حکومت است و نه امنیت مردم!! ایرادی هم که مطرح می‌شود آنجاست که در جاهایی از قانون مذکور، قانون‌گذار معاونت در جرم و حتی ترک فعل را هم محاربه دانسته است^۱. در پاسخ، به نظر می‌رسد محارب دانستن مرتکبین جرائم فوق‌الشاره نه از باب تطبیق رفتار آنها با تعریف فقهی محاربه بلکه به این دلیل است که نظامیان به خاطر داشتن مشاغل حساس و مرتبط با امنیت کشور و دسترسی به سلاح، مهمات یا اطلاعات استراتژیک، در صورت ارتکاب جرائم مذکور بیش از افراد عادی موجب خسران و زیان به جامعه شده و از این حیث سزاوار مجازات بیشتری نیز هستند. مضافاً اینکه قانون‌گذار برای دوری از هرگونه انتقادی از عبارات «محارب محسوب می‌شود» یا «به مجازات محارب محکوم می‌شود» استفاده نموده که خود همین معنا را متبادر به ذهن می‌کند (مواد ۱۷، ۲۰، ۲۱، ۲۲، ۲۳ ... ق.م.ج.ن.م) اگرچه ماده ۲۸۳ ق.م.ا. قانون‌گذار را از مقصود خود دور می‌کند، زیرا عملاً محارب شناخته شدن، حتماً به معنای اعدام مجرم نیست و قاضی این اختیار را دارد که بر اساس تشخیص خود مرتکب را به یکی از مجازات‌های چهارگانهٔ اعدام، صلب، قطع دست راست و پای چپ یا نفی بلد محکوم نماید.

اما ایراد و اشکال در اینجاست، چنانچه بپذیریم هر یک از نظامیان به محض ارتکاب جرائم برشمرده شده محارب هستند، اگر پیش از ارتکاب جرم تام طراحی یا اقدام براندازانه علیه نظام (مادهٔ ۱۷ ق.م.ج.ن.م) یا اقدام به جدا کردن بخشی از قلمرو حاکمیت یا وارد کردن لطمه به استقلال و تمامیت ارضی کشور (مادهٔ ۲۰ ق.م.ج.ن.م) یا جاسوسی و در اختیار دشمن گذاشتن اسناد یا اشیاء دارای ارزش اطلاعاتی مضر برای کشور (ماده ۲۴ ق.م.ج.ن.م) و یا سایر مواد قانونی مشابه، قصد آنان

۱. ماده ۱۷ ق.م.ج.ن.م : «هر نظامی که برنامه براندازی به مفهوم تغییر و نابودی اساس... یا در چنین جمعیتی شرکت یا معاونت موثر داشته باشد محارب محسوب می‌شود» ماده ۳۲ ق.م.ج.ن.م. «هر نظامی که در مقابل دشمن از به‌کار بردن سلاح یا مهمات یا سایر امکانات نظامی برای مبارزه خودداری نماید یا به مجازات محارب، و آلا به حبس از سه تا پانزده سال محکوم می‌گردد»

به دلیل عاملی خارج از اراده معلق بماند، آیا شروع به جرم ایشان مشمول بند الف (چنانچه نظر قاضی سلب حیات مجرم باشد) یا بند ب (چنانچه نظر قاضی قطع دست و پای مرتکب باشد) ماده ۱۲۲ ق.م.ا خواهد بود؟ ظاهراً در اینجا می‌توان از قواعد جدیدالتصویب شروع به جرم در کتاب تعزیرات تبعیت نکرد، زیرا اولاً اتهام محاربه وقتی بر فرد مفسدی مترتب می‌شود که وی واجد تمام شرایط جرم تام حدی باشد (موجب ثبوتی) در غیر این صورت رفتار وی یک جرم تعزیری خواهد بود، ماده ۱۹ ق.م.ج.ن.م که در ادامه ماده ۱۷ آمده و اشعار دارد: «هر نظامی که به منظور برهم زدن امنیت کشور (ایجاد رعب، آشوب و قتل) جمعیتی با بیش از دو نفر تشکیل دهد یا اداره نماید - چنانچه محارب شناخته نشود - به حبس از ۳ تا ۱۵ سال محکوم می‌گردد. اعضای جمعیت که نسبت به اهداف آن آگاهی دارند در صورتی که محارب شناخته نشوند به ۲ تا ۵ سال حبس محکوم می‌گردند» موید همین معناست.

در حقیقت ایجاد رعب، آشوب و قتل را اگر از مصادیق افساد فی الارض بدانیم و همه شرایط مهیا باشد، اصل بر محارب شناخته شدن مرتکب است. لیکن به نظر می‌رسد، اگر مثلاً مرتکب در مرحله شروع به جرم دستگیر و یا با مانعی دیگر قصدش معلق بماند، به لحاظ از دست دادن شرایط محاربه، برای جرم تام تعزیری تشکیل جمعیت برای برهم زدن امنیت کشور به ۳ تا ۱۵ سال (حبس درجه ۳) محکوم می‌گردد و نه به اتهام شروع به محاربه، با وجود این اگر یک نظامی تصمیم بگیرد برای برهم زدن امنیت کشور، جمعیت یا گروهی را تشکیل دهد و در این رابطه با برخی از همکاران یا افراد غیرنظامی وارد گفتگو شود، لیکن قبل از تشکیل گروه مزبور، نقشه او لو رفته و توسط حفاظت اطلاعات یگان‌های دستگیر شود، می‌توان به اتهام شروع به جرم تعزیری درجه ۳، وی را بر اساس بند الف ماده ۱۲۲ به حبس تعزیری درجه ۴ محکوم نمود. ناگفته پیداست که موادی مثل ماده ۲۲ ق.م.ج.ن.م که اشعار دارد: «هر نظامی که علیه نظام جمهوری اسلامی ایران اقدام مسلحانه نماید محارب محسوب می‌شود» موضوع را پیچیده می‌کند چرا که اگر همین نظامی در مرحله شروع به جرم دستگیر شود با تلفیق ماده ۱۲۲ و ۲۸۳ ق.م.ا هم می‌توان مرتکب را به حبس تعزیری درجه ۴ از باب جرائم مستوجب سلب حیات یا حبس تعزیری درجه ۵ از باب جرائم مستوجب قطع محکوم کرد و چنانچه نظر قاضی مجازات صلب یا نفی بلد مجرم باشد، به دلیل عدم تجویز قیاس و تفسیر موسع در قوانین ماهوی کیفری، اساساً نمی‌توان مجازاتی برای شروع کننده جرم در نظر گرفت.^۱

۱. دکتر میرمحمد صادقی نیز قائل به این ایراد بوده و صرفنظر از اینکه برای محاربه مرحله شروع به جرم را پذیرفته اند، معتقدند که چون قاضی مخیر به انتخاب یکی از مجازات‌های چهارگانه برای محارب است، تطبیق مجازات شروع

اوج نارسایی قاعده شروع به جرم در ماده ۲۸۶ ق.م.ا خودنمایی می‌کند، زیرا علاوه بر اینکه قلمرو این دسته از جرائم بسیار گسترده است و در بالا توضیح دادیم که جداسازی محاربه و افساد فی‌الارض با اطلاق آیه ۳۳ سوره مبارکه مائده منطبق نیست، واژه‌های «گسترده، شدید، عمده و وسیع» که در این ماده قانون به کار رفته‌اند تعریف دقیق و روشنی ندارند در حالیکه قوانین کیفری باید روشن و بدون ابهام نوشته شوند و این وظیفه در مواردی که با مجازات سنگینی مثل اعدام روبه‌رو هستیم، مضاعف می‌شود (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳، ج ۳: ۶۴) با این وجود، آنچه مهم و قابل توجه است عدم وجود مرحله شروع به جرم در جرائم مستوجب اعدام این ماده قانون است.^۲ دلیل این ادعا آن است که اولاً یکی از شروط برای اینکه مرتکب هر یک از جرائم مذکور سزاوار اعدام باشد گستردگی رفتار مجرمانه است، در حالیکه در شروع به جرم اساساً مجرم پیش از اینکه به مقصود برسد در اثر مانعی خارج از اراده‌اش ناکام می‌ماند، بنابراین تردیدی وجود ندارد کسی که هنوز به نحو تام و کامل، مثلاً جرمی علیه امنیت انجام نداده، یا آتشی نیفروخته و یا اکاذیبی را نشر نداده، اطلاق عنوان گسترده به رفتار وی بلاوجه و غیرممکن است. ثانیاً شروط دیگری همچون اخلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده ... یا اشاعه فساد و فحشا در حد وسیع که از آنها نام برده شده اساساً در مرحله شروع به جرم پدیدار نمی‌شوند. ثالثاً از منطوق تبصره ذیل ماده ۲۸۶ چنین استنباط می‌شود که جرم ارتكابی وقتی مرتکب را با مجازات اعدام روبه‌رو می‌سازد که دادگاه از مجموع ادله و شواهد شروط مذکور را احراز نماید، در غیر این صورت جرم ارتكابی، قطع و یقین در زمره جرائم مستوجب تعزیر خواهد بود و نه شروع به جرم افساد فی‌الارض، وانگهی در ماده ۲۸۶ از مجازات اعدام کسانی گفته شده که در جرائم مذکور در ماده معاونت نمایند، از آنجایی که شروع در معاونت جرم مبنای قانونی نداشته و از لحاظ نظری نیز امکان‌پذیر نیست، ناگفته پیداست که: اولاً مرتکبین هر یک از جرائم ماده ۲۸۶ که در مرحله شروع جرم و قبل از

کننده به جرم محاربه با ماده ۱۲۲ ق.م.ا. دشوار است و موجب می‌شود مجازات شروع به جرم گاهی از مجازات جرم تام محاربه بیشتر باشد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳، ج ۳: ۵۸)

۱. هرکس به‌طور گسترده مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اخلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آنها گردد به گونه‌ای که موجب اخلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع گردد مفسد فی‌الارض محسوب و به اعدام محکوم می‌گردد.

۲. برای نظر مخالف رجوع کنید به دکتر میرمحمدصادقی، جرائم علیه امنیت کشور، ۱۳۹۳ ص ۵۹: به نظر ایشان با عنایت به اینکه برای جرائم ماده ۲۸۶ تنها مجازات اعدام پیش بینی شده، بدیهی است که مجازات شروع به ارتکاب آنها به موجب بند الف ماده ۱۲۲ حبس تعزیری درجه ۴ خواهد بود.

ارتکاب جرم تام دستگیر شوند (مثل فردی که قصد دارد منزل مسکونی دیگری را به آتش بکشد ولی به دلیل سر رسیدن صاحبخانه به مقصود نمی‌رسد)^۱ و مجازات آنها با بندهای الف، ب و پ ماده ۱۲۲ تطابق داشته باشد بر همان اساس مجازات خواهند شد. ثانیاً هرکس در رابطه با ارتکاب جرائم فوق معاونت نماید لیکن فاعل جرم در مرحله شروع به جرم دستگیر گردد، مجازات معاون وی - اگر با بندهای ماده ۱۲۲ تطبیق داشته باشد - امکان پذیر است (در مثال بالا شروع کننده جرم احراق عمدی به حبس یا شلاق یا جریمه نقدی درجه ۶ محکوم می‌شود و مجازات معاون نیز یک تا دو درجه پایین‌تر از مجازات جرم ارتكابی و حتماً مجازات درجه ۷ یا ۸ خواهد بود) اما اگر معاون قبل از تسهیل جرم، ترغیب، تحریک، تطمیع ... فاعل اصلی توقیف شود، نه تنها دستگیری، بلکه مجازات وی از باب شروع در معاونت، محمل قانونی ندارد.

۲.۲. شروع به جرم در جرائم مستوجب حبس ابد (بند الف ماده ۱۲۲)

یکی از جرائم مستوجب حبس ابد، مجازات شرعی ممسک در قتل عمدی است (اردبیلی، ۱۳۹۷، ج ۲: ۸۱) لیکن چون این مجازات نوعاً در مبحث معاونت در جرم قتل عمدی قابل طرح است و شروع به معاونت نیز قابل تصور نیست و از طرفی امساک از فروع قصاص محسوب شده و مجازاتی قابل گذشت است، به همین میزان اشاره بسنده می‌کنیم^۲. یکی دیگر از جرائم موجب حبس ابد، مجازات مکره در قتل عمدی است (شهید ثانی، ۱۳۹۷، ج ۱۴: ۳۰) لذا این بخش نیز از بحث ما خروج موضوعی دارد، اگرچه ناگفته پیداست که شروع به اکراه قابل تصور نیست بلکه اکراهی دفاع محسوب می‌شود که (۱) عنصر تهدید وجود داشته باشد، (۲) تهدید باید در حال انجام یا قریب الوقوع باشد، (۳) اکراه کننده قدرت و توانایی عملی ساختن تهدیدات خود را داشته و ظن قوی بر جدیت اجرای تهدید وجود داشته باشد و (۴) مکره قادر به دفع تهدیدات نباشد (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۱۲۸) و اکراه به مرحله غیر قابل تحمل برسد (ماده ۱۵۱ ق.ا.م). با این اوصاف تنها یکی از جرائم موجب حبس ابد که به بحث ما ارتباط دارد، مجازات جرم سرقت مستوجب حد است به شرطی که سارق قبلاً دو بار به حد سرقت محکوم و حکم صادره اجرا شده باشد، در ابتدای بحث خاطر نشان کردیم که جرائم حدی فاقد مرحله شروع به جرم هستند. سرقت مستوجب حد نیز یکی از جرائمی است که مشمول قواعد شروع به جرم نخواهد شد، در گفتار بعدی در این رابطه بیشتر توضیح خواهیم داد.

۱. ماده ۶۷۵ ق.م.ا «هرکس عمداً عمارت، بنا یا کشتی ... و به‌طور کلی هر محل مسکونی یا معد برای سکنی ... متعلق به دیگری را آتش بزند به حبس از ۲ تا ۵ سال محکوم می‌شود»

۲. برای مطالعه بیشتر به «تحلیل جرم امساک در فقه جزایی امامیه و حقوق موضوعه» پژوهش حقوق کیفری ۱۳۹۹ علی محمدیان - لیلیا مهرابی راد و منصوره بکایی رجوع کنید

۳.۲. شروع به جرم در جرائم مستوجب قطع (بند ب ماده ۱۲۲)

جرائم مستوجب قطع منصرف از قصاص عضو، شامل حد شرعی ارتکاب سرقت مستوجب حد (مرحله اول قطع دست راست و مرحله دوم قطع پای چپ)^۱ و یکی از مجازات‌های محاربه به تشخیص قاضی است. در خصوص محاربه و عدم امکان وجود مرحله شروع به جرم در همه ابعاد محاربه و افساد فی الارض مشروحاً گفته شد بنابراین از تکرار دوباره آن پرهیز می‌کنیم. یکی از جرائم مستوجب قطع، سرقت موجب حد است. وفق ماده ۲۶۷ ق.م.ا سرقت عبارت است از ربودن مال متعلق به دیگری حال چنین سرقتی هنگامی سارق را با حد الهی مواجه می‌سازد که علاوه بر شرائط عمومی، مثل بلوغ، عقل و اختیار سارق، سرقت همه ۱۴ شرط مذکور در ماده ۲۶۸ ق.م.ا. را داشته باشد (خویی، ۱۳۹۵: ۲۰۹ الی ۲۱۴) و اگر حتی یکی از شرائط موجب حد را نداشته باشد، حتماً مشمول یکی از سرقت‌های تعزیری است (ماده ۲۷۶ ق.م.ا)^۲ بنابراین ابتدا باید سرقت انجام شود سپس در دادگاه همه شرایط سرقت موجب حد بر مرتکب صدق نماید تا دادگاه او را مستحق مجازات حد بداند. ناگفته پیداست که ما سرقت مستوجب حد داریم نه شروع به سرقتی که احتمالاً در آینده موجب حد گردد. در جایی که سارق طلاجات مالباخته را از گاوصندوق منزل او خارج کرده لیکن قبل از خروج و در حیاط منزل دستگیر می‌شود، دادگاه هیچگاه در صدد آن بر نخواهد آمد که ابتدا یک سرقت تام موجب حد را تصور کند و اکنون که متهم در مرحله شروع به سرقت دستگیر شده و با پیش فرض گفته شده مرتکب را به حبس درجه ۵ محکوم نماید! لذا اساساً وجود مرحله شروع به جرم در سرقت مستوجب حد در محل تردید است و تصمیم‌سازان قضایی را با مشکل مواجه خواهد نمود. به‌عنوان مثال در شروع به جرم سرقت، اگر سارق با تمام شرایط مربوط به سرقت مستوجب حد اموالی را سرقت نمود، اما در حیاط منزل و قبل از خروج دستگیر شد (متزلزل شدن موجب ثبوتی) سوالی که متبادر به ذهن می‌شود این است که آیا باید وی را بر اساس بند ب ماده ۱۲۲ (از باب شروع به جرم موجب قطع) به ۲ تا ۵ سال حبس محکوم نمود؟ یا اگر سرقت وی مقرون به شرایط مشدده نبود (ماده ۶۶۱ ق.م.ا)^۳ به خاطر قلت مجازات اصلی جرم، باید از مجازات وی صرف‌نظر کرد؟ یا اگر مجازات اصلی سرقت از باب تشدید مجازات، ۳ ماه تا سه سال حبس بود (ماده ۶۵۶ ق.م.ا) در مرحله شروع به جرم، مرتکب را باید بر اساس بند پ ماده ۱۲۲ به حبس

۱. تُقَطَّعُ الْأَصَابِعُ الْأَرْبَعُ مِنَ الْيَدِ الْيُمْنَى وَ تُتْرَكُ لَهُ الرَّاحَةُ وَ الْإِبْهَامُ، وَلَوْ سَرَقَ ثَانِيَةً قُطِعَتِ رِجْلُهُ الْيُسْرَى وَ تُرِكَ لَهُ الْعَقَبُ ... (خویی، ۱۳۹۵: ۲۳۸) (شهید ثانی، ۱۳۹۶: ۲۲۶ و ۲۲۷)

۲. ماده ۲۷۶ ق.م.ا: سرقت در صورت فقدان هر یک از شرایط موجب حد، حسب مورد مشمول یکی از سرقت‌های تعزیری است

۳. ماده ۶۶۱ ق.م.ا. در سایر موارد که سرقت مقرون به شرایط فوق نباشد مجازات مرتکب حبس از سه ماه و یک روز تا ۲ سال و تا ۷۴ ضربه شلاق خواهد بود

تعزیری درجه ۶ محکوم نمود یا بر اساس ماده ۱۰۴ (اصلاحی ۱۳۹۹) در صورت اعلام گذشت شاکی، فقدان سابقه موثر کیفری و زیر ۲۰ میلیون بودن ارزش مال مسروقه از مجازات او صرفنظر کرد؟ اگر چنین باشد گاهی مجازات شروع به سرقت از مجازات اصلی بیشتر خواهد شد!! و گاهی سارقی که شروع به سرقت نموده اما به علت بروز مانعی خارج از اراده‌اش به مقصود نرسیده قانوناً از کیفر معاف خواهد شد. در مبحث زناى به عنف توضیح دادیم که شروع به جرم و جرم تام هرگز موجبی برای تعدد معنوی ایجاد نمی‌کنند همین قاعده در سرقت نیز حکم فرماست یعنی کسی که برای بردن مال دیگری از روی دیوار به داخل حیاط می‌پرد و بعد از باز کردن قفل، به داخل منزل ورود کرده و طلاهای صاحب خانه را می‌رباید، تنها مرتکب سرقت تام شده و نمی‌توان ورود به عنف را با سرقت تام، تعدد معنوی دانست و مرتکب را به اشد مجازات سرقت تعزیری محکوم کرد زیرا ورود به عنف و باز کردن قفل از لوازم سرقت محسوب می‌شوند. بنابراین برای جلوگیری از صدور آراء متهاافت چاره‌ای جز تحلیل صحیح موضوع و در پیش گرفتن یک رویه منطقی نداریم.

در حد قطع، چند شرط مهم (موجبات ثبوتی) که به بحث ما ارتباط دارد آن است که اولاً سارق پس از هتک حرز مال را از آنجا خارج نماید، حرز جایی است که غیر از شخص متصرف کسی مجاز در ورود در آن نیست مگر با اذن او و یا جایی که بر در آن قفل زده شده باشد (شیخ طوسی، ۱۳۴۳: ۷۳۵) ثانیاً مال مسروق قبل از اثبات سرقت تحت ید مالک قرار نگیرد، کما اینکه اساساً نمی‌توان از موجبات ثبوتی دیگر از جمله ارزش مال مسروق به راحتی عبور کرد. این شروط از آن جهت مهم هستند که اگر هر یک از آنها محقق نشوند سرقتی که رخ داده هرگز مستحق مجازات حدی نخواهد بود. بنابراین اگر سارقی فرضاً وارد آپارتمان شود و طلاها را از داخل صندوق بردارد، لیکن قبل از خروج از درب منزل دستگیر گردد یا با شنیدن صدای آژیر خودرو پلیس طلاجات را داخل آپارتمان رها کرده و بگریزد و در حین فرار در کوچه دستگیر شود، هر چند شروع به سرقت او محرز است (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۲۹۹) اما با از دست دادن شرط خارج کردن مال از حرز، یقیناً شروع به سرقت وی به دلیل سقوط یکی از موجبات حد قطع، نه شروع به سرقت مستوجب حد بلکه شروع به سرقت موجب تعزیر خواهد بود. یا چنانچه سارق - با داشتن همه شرایط تحقق حد - مال را هم از درب اصلی خارج کرده و وارد کوچه شود (در این مرحله سرقت تام انجام شده است) اما قبل از اینکه دور شود مالباخته سر برسد و اموالش را از دست سارق خارج نماید و او را تحویل پلیس دهد یا سارق با رویت صاحب مال، طلاجات را به زمین انداخته و اقدام به فرار نموده اما توسط مالباخته یا پلیس دستگیر شود، به این دلیل که اساساً سرقت یا ربودن مال دیگری کاملاً محقق نشده و نیز به علت از دست رفتن شرط تحت ید مالک قرار نگرفتن مال مسروق قبل از اثبات سرقت، بی تردید عمل سارق اگر به سرانجام می‌رسید سرقت تام موجب حد می‌بود اما شروع به این چنین سرقتی طبیعتاً شروع به سرقت تعزیری نام خواهد گرفت. البته محقق (ره) در شرایط نظری متفاوت دارد و اخراج مال از حرز را موجب حصول سبب تام حد قطع می‌داند اما از این جهت که

در اجرای حد، مطالبه مسروق منته شرط شده است در حکم تردید می‌کند زیرا با این فرض که مال عیناً به مالباخته برگردانده شده باشد، جایی برای مطالبه ایشان باقی نمی‌ماند (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۳۰۴)

قابل ذکر است که یکی از شروط اصلی اجرای حد سرقت، شکایت صاحب مال نزد مرجع قضایی بوده و قاضی نمی‌تواند بدون شکایت صاحب حق، سارق را به تحمل حد محکوم نماید اعم از اینکه سارق خود اقرار به سرقت کرده یا دیگران علیه وی شهادت داده باشند و یا قاضی با علم خود به ارتکاب جرم توسط وی پی برده باشد. با این وجود، در صورتی صاحب مال واجد حق درخواست حد می‌شود که جرم تام سرقت با تمام شرائط شرعی و قانونی اتفاق افتاده باشد. بنابراین در مرحله شروع به جرم سرقت، صاحب مال هنوز دارای این حق نشده است. یکی دیگر از موجبات ثبوتی حد قطع آن است که ارزش مال مسروق ربع دینار یا بیش از آن باشد با این وصف فرض کنید سارقی وارد منزل دیگری شده و مالی را که ارزش آن کمتر از ربع دینار باشد سرقت می‌کند (همه موجبات حد قطع به جز نصاب مال مسروق فراهم است) اگر سارق موفق شود بگریزد به علت عدم نصاب مال مسروق مرتکب یک فقره سرقت موجب تعزیر گردیده است و به طریق اولی اگر پیش از خروج از آپارتمان دستگیر شود و یا با رویت صاحبخانه با رها کردن مال، موفق به فرار شود همین اندازه از رفتار او شروع به سرقت موجب تعزیر قلمداد خواهد شد و نه شروع به سرقت مستوجب حد قطع. نکته آخر اینکه اگر سارقی دو بار مرتکب سرقت مستوجب حد شده و هر دو بار مشمول مجازات قطع شده باشد، در سرقت سوم اگر در مرحله شروع به سرقت دستگیر شود نه از باب شروع به سرقت حدی مستوجب حبس ابد، بلکه به خاطر شروع به سرقت تعزیری محاکمه و مجازات خواهد شد.

۴.۲. شروع به جرم در جرائم مستوجب شلاق حدی (بند پ ماده ۱۲۲)

جرائم مستوجب شلاق حدی عبارتند از زنا به جز مواردی که موجب قتل یا رجم می‌شود، لواط کننده (فاعل) در صورتی که مکره و محصن نباشد، تفخیز، مساحقه، قوادی، قذف و شرب خمر است. در رابطه با زنا، لواط، تفخیز و مساحقه در گفتار اول به نحو مبسوط توضیح داده و ادعا نمودیم که این جرائم چه مستوجب سلب حیات باشند و چه شلاق حدی، اساساً در مرحله شروع به جرم تغییر عنوان داده و مجازات آنها نه از باب شروع به جرم حدی بلکه به دلیل ارتکاب یک جرم تام، مستحق تعزیر خواهد بود (ماده ۲۳۷ و تبصره ۱ و ۲ ماده ۶۳۷ ق.م.ا). قذف نیز از جرائم مطلق و لسانی بوده و احراز زمان تمهید و شروع به جرم در این جرم قابل تصور نیست، مصرف خمر نیز چون دلالت به خوردن، تزریق، تدخین مسکرات دارد، چنانچه کسی مقدمات شرب خمر را فراهم کرده باشد و حتی لیوان خود را برای خوردن پُر نماید (با در نظر گرفتن این حقیقت که هر آن ممکن است با یاد خداوند و قیامت، به صورت ارادی از نوشیدن منصرف شود) لیکن قبل از نوشیدن، به دلیل بروز مانعی خارج از اراده اش موفق به خوردن نگردد - مثلاً دستگیر شود - امکان محاکمه وی به خاطر شروع به مصرف مشروبات الکلی مستوجب حد

وجود ندارد. بلکه همانطور که بارها گفتیم جرم وقتی مستوجب حد الهی می‌شود که به اتمام رسیده و همه شرایط شرعی و قانونی آن احراز شود و لذا شروع کننده به مصرف مشروبات الکلی (یعنی کسی که هنوز مشروب الکلی را ننوشیده باشد) از باب خرید، حمل یا نگهداری آن به استناد ماده ۷۰۲ ق.م.ا به خاطر ارتکاب جرم تام تعزیر می‌گردد. رای صادره از یک دادگاه بدوی در خصوص متهمی که به تحمل ۸۰ ضربه شلاق حدی بابت نوشیدن مسکر و مجازات تعزیری وفق ماده ۷۰۲ ق.م.ا بابت همراه داشتن ۴۵۰ سی سی مشروب الکلی دست ساز محکوم گردید بود، حکایت از آن دارد که اگر متهم به نوشیدن مسکر اقرار نمی‌کرد، دادگاه صرفاً به دلیل نگهداری ۴۵۰ سی سی مشروب الکلی حکم به تعزیر وی می‌داد. شایان ذکر است که هرچند وفق ماده ۱۲۲ ق.م.ا، این جرم به دلیل قلت مجازات، در مرحله شروع، مجازات ندارد لیکن به نظر می‌رسد در آنجا که گفته شده «در معرض فروش قرار دهد» از این جهت که در معرض فروش گذاشتن مقدمه فروش است، شاید بتوان گفت قانون‌گذار در خود ماده قانون، شروع به جرم را جرم انگاری نموده و سزاوار مجازات شناخته است. دلیل دیگر درستی ادعای ما در ماده ۷۰۴ قانون مجازات اسلامی نهفته است، آنجایی که قانون‌گذار مقرر نموده هرکس محلی را برای شرب خمر دایر کرده باشد یا مردم را به آنجا دعوت کند به سه ماه تا دو سال حبس ... محکوم خواهد شد، نشان از آن دارد که انجام تمهیدات لازم به قصد شرب خمر (شروع به جرم شرب خمر) با دایر کردن محل و مهیا کردن مشروبات الکلی برای کسی که این مکان را دایر کرده، نه مجازات شروع به شرب خمر مستوجب حد، بلکه مجازات تعزیری را به دنبال خواهد داشت و جالب اینکه اگر فردی محلی را برای شرب خمر دایر کرده باشد، اما قبل از اینکه به مقصود خود برسد و پیش از اینکه فرد یا افرادی برای شرب خمر به آن مکان ورود نمایند، فرد دایر کننده دستگیر شود، شروع به جرم وی با هیچکدام از بندهای ماده ۱۲۲ ق.م.ا منطبق نبوده و از این جهت قابل مجازات نیست.

ماده ۲۴۲ ق.م.ا قوادی را به هم رساندن دو یا چند نفر برای زنا یا لواط تعریف کرده است و البته برخی از فقهای عظام نیز البته کمی مبسوط‌تر، قوادی را این چنین تعریف کرده‌اند.^۳ سابقاً در این که قوادی جرمی مطلق یا مقید باشد به دلیل نبود نص قانونی اختلاف نظر وجود داشت، نظریه حقوقی شماره ۷/۱۰۷۳ - ۱۳۶۵/۰۲/۱۶ چون حکایت از آن داشت که انجام عمل زنا یا لواط شرط تحقق بزه قوادی نیست، قوادی را جرمی مطلق دانسته بود. لیکن تبصره ۱ ماده ۲۴۲ ق.م.ا بر این ابهام پایان داده و

۱. ماده ۷۰۲ (اصلاحی ۱۳۸۷/۰۸/۲۲) هرکس مشروبات الکلی را بسازد یا بخرد یا بفروشد یا در معرض فروش قرار دهد یا حمل و نگهداری کند یا در اختیار دیگری قرار دهد، به ۶ ماه تا ۱ سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق و نیز پرداخت جزای نقدی به میزان پنج برابر ارزش عرفی (تجاری) کالای یاد شده محکوم می‌گردد

۲. سامانه ملی آراء قضایی: دادنامه کلاسه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۱۱۶۲ مورخه ۱۳۹۳/۰۸/۱۹

۳. القیاده و هی الجمع بین الرجال و النساء للزنا، و بین الرجال و الرجال للواط و بین النساء و النساء للتحقی (خویی، ۱۳۹۵: ۱۵۵)

با مقید انگاشتن قیادت، حد قوادى را منوط به تحقق زنا یا لواط اعلام نمود. با این تعریف نتیجه می‌گیریم: اولاً با عنایت به تصریح قانون و اینکه قوادى را منحصرأً برای لواط یا زنا قابل مجازات دانسته، جمع کردن زن و زن برای مساحقه و مرد و مرد برای تفخیز، از ماده مذکور خارج بوده و فرد را مستحق حد قوادى نمی‌کند و این اندازه از ارتکاب جرم، اساساً وفق ماده ۲۴۴ همان قانون، همانند به هم رساندن دو یا چند نابالغ برای زنا یا لواط، یک عمل مجرمانه موجب تعزیر است. ثانیاً چون حد قوادى منوط به تحقق زنا یا لواط است، اگر دو نفری که برای ارتکاب این جرائم توسط قواد به هم رسانده شده‌اند، به دلیل بروز مانعی خارج از اراده‌شان به مقصود نرسند، قواد نه از باب شروع به جرم حدی، بلکه از جهت ارتکاب جرم تام تعزیری مستحق ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق و حبس تعزیری درجه ۶ خواهد بود (ماده ۲۴۴ ق.م.ا) و ناگفته پیداست که شروع به این‌گونه جرائم تعزیری، به علت قرار داشتن مجازات اصلی آنها در درجه ششم مجازات‌ها، جرم‌انگاری نشده و فاقد مجازات هستند.

نتیجه‌گیری

نکته مهمی که در اینجا باید به آن اشاره کنیم تفاوت‌های بنیادی نظام‌های حقوقی معاصر با نظام حقوقی اسلام و به‌ویژه تفاوت در مبانی جرم‌انگاری است. دین به پدیده مجرمانه از منظر اخلاقی می‌نگرد و نقض هنجارهای ارزشی معیار جرم‌انگاری محسوب می‌شود، به عبارت دیگر در نگاه مشهور فقهی، جرم همان گناهی است که شخص مرتکب می‌شود و بر حسب میزان و جایگاه آن گناه بر اساس منابع فقهی مستحق مجازات می‌گردد. از این‌رو با همین نگاه به جرم است که در ارتکاب چنین گناهانی و برای تحقق آنها حتی مراحل مقدماتی این اعمال نیز چون از مصادیق یک گناه محسوب می‌شوند، غالباً تحت عنوان رفتاری مستحق تعزیر مورد جرم‌انگاری قرار می‌گیرند و لذا جایی برای تأسیس حقوقی شروع به جرم باقی نمی‌گذارد. در حقیقت از منظر فقهی مراحل مقدماتی یک جرم حدی را نمی‌توان شروع به جرم نامید، چرا که اساساً در مراحل آغازین ارتکاب جرم فعلاً با یک عنوان جرم تعزیری خاص روبرو هستیم. با این‌همه سکوت شارع مقدس برای مرحله شروع به جرم، مانع از تعیین مجازات تعزیری توسط حاکم اسلامی نیست، زیرا اطلاق «التعزیر بما یراه الحاکم» این اجازه را می‌دهد که در جایی که برای رفتاری حکم شرعی وجود ندارد، حکومت برای مرتکبان تعزیر معین نماید.

ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشعار دارد هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، به شرح زیر مجازات می‌شود

- الف) در جرائمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه یک تا سه است به حبس تعزیری درجه چهار

• (ب) در جرائمی که مجازات قانونی آنها قطع عضو یا حبس تعزیری درجه چهار است، به حبس تعزیری درجه پنج

• (پ) در جرائمی که مجازات قانونی آنها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج است به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه شش

ما در این نوشتار ادعا نمودیم که جرائم موجب سلب حیات، حبس دائم، قطع عضو و شلاق حدی، عموماً جرائم مستوجب حدود الهی هستند و این جرائم وقتی مجازات حد را به دنبال دارند که مرتکب علاوه بر شرایط عمومی، جرمی تام را با تمام شرایط اختصاصی آن انجام داده باشد و هیچ مانع و عاملی قصد او را تا اتمام رفتار مجرمانه معلق و مرتکب را ناکام نکند، در غیر اینصورت مجرم نه از حیث شروع به جرم حدی، بلکه به دلیل ارتکاب یک جرم تعزیری تام و گاهی برای شروع به جرمی مستوجب تعزیر، قابل مجازات خواهد بود و از این رو بخش قابل توجهی از بندهای سه‌گانه ماده ۱۲۲ به دلیل تعارض‌های قانونی و از قضا ایجاد تردید در قضات محاکم جزایی، کارآیی خود را از دست می‌دهد. بنابراین بهتر است با حذف عبارات زائد در بندهای الف، ب و پ ماده ۱۲۲، قواعد شروع به جرم را تنها به جرائم مستوجب تعزیر و قابل مجازات محدود نمود.

منابع

- آقابابایی، حسین (۱۳۸۵)، «تحلیل جرم براندازی در حقوق کیفری ایران»، **فقه و حقوق**، سال سوم شماره ۱۰، ص ۱۱۳-۱۳۷.
- اردبیلی، محمد علی (۱۳۹۶)، **حقوق جزای عمومی**، جلد اول، چاپ ۵۱، بنیاد حقوقی میزان.
- اردبیلی، محمد علی (۱۳۹۶)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ ۵۰، بنیاد حقوقی میزان.
- بهاء‌الدین محمد؛ فاضل هندی (۱۴۰۵)، **کشف اللثام**، جلد دوم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- خویی، ابوالقاسم (۱۳۹۵)، **فقه جزایی مبانی تکمله المنهاج**، ترجمه و تدوین مرتضی طبیبی جبلی و مهرداد اطهری، چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان.
- رضایی، جمال (۱۳۸۹)، «بررسی مبانی فقهی محاربه و حد آن»، **فصلنامه فدک**، سال اول، شماره ۲، ص ۶۵-۸۴.
- سایت اینترنتی سامانه ملی آراء قضایی به آدرس <http://raay.ijri.ir/Judge/Index>
- شاکری، ابوالحسن و یاسر غلام‌نژاد (۱۳۹۰)، «بررسی حکم قتل ساب‌النبی(ص) و ائمه اطهار(ع)»، **مجله فقه و حقوق اسلامی**، سال ۴۴، ص ۹۹-۱۱۵.

- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۸۵)، **تحریر الروضه فی الشرح للمعه**، ترجمه سید مهدی دادمرزی، نوبت دهم، قم: کتاب طه.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۹۶)، **شرح للمعه. حدود**، ترجمه و تبیین علی شیروانی، جلد سیزدهم، چاپ ۱۶، انتشارات دارالعلم.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۹۷)، **شرح للمعه. قصاص و دیات**، ترجمه و تبیین علی شیروانی، جلد چهاردهم، چاپ ۱۶، انتشارات دارالعلم.
- طوسی، محمد بن حسن (شیخ الطائفه) (۱۳۴۳)، **النهایه**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- فلچر، جورج پی (۱۳۹۴)، **مفاهیم بنیادین حقوق کیفری**، ترجمه سید مهدی سیدزاده ثانی، چاپ ۱۴، انتشارات آستان قدس رضوی.
- قیاسی، جلال‌الدین و احسان سلیمی (۱۳۹۵)، «رویکرد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به کیفر جرم ناتمام»، **آموزه‌های حقوق کیفری**، شماره ۱۲، ص ۱۳۶-۱۱۷.
- لنکرانی، (محمد موحدی) (۱۴۰۶)، **تفصیل الشریعه، کتاب حدود**، انتشارات قم.
- محقق حلی (۱۳۶۰)، **شرایع الاسلام**، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، جلد چهارم، انتشارات دانشگاه تهران.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۸)، **قواعد فقه بخش جزایی**، چاپ ۳۶، مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدیان، علی و لیلا مهرابی‌راد و منصوره بکایی (۱۳۹۹)، «تحلیل جرم امساک در فقه جزایی امامیه و حقوق موضوعه»، **پژوهش حقوق کیفری**، دوره هشتم، شماره ۳۱، ص ۱۲۵-۱۰۴.
- مکارم شیرازی، ناصر و همکاران (۱۳۷۲)، **تفسیر نمونه**، جلد چهارم، انتشارات دارالکتاب الاسلامیه.
- میر محمد صادقی (۱۳۹۳)، **جرائم علیه اشخاص**، جلد اول، چاپ پانزدهم، بنیاد حقوقی میزان.
- میر محمد صادقی (۱۳۹۳)، **جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی**، جلد سوم، چاپ ۲۷، بنیاد حقوقی میزان.

Criminal Attempts 1981

Elliott, Catherine and Frances Quin (1394), *Criminal law (third edition)*. Mizan publication. Tehran.