

رویکرد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به کیفر جرم ناتمام*

- جلال‌الدین قیاسی^۱
- احسان سلیمی^۲

چکیده

قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۲۲ به طور خاص برای شروع به جرم، و در تبصره همین ماده برای جرم محال، مجازات تعیین نموده است. مطابق با این ماده، جرم‌انگاری از شروع به جرم و جرم محال بر حسب درجه مجازات صورت گرفته است. این پژوهش با ملاحظه مباحث فقهی و مقارنه موضوع با حقوق عرفی، به ارزیابی مجازات جرایم ناتمام در قانون مجازات اسلامی پرداخته است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که در جرم‌انگاری شروع به جرم، عدم توجه قانون‌گذار به ماهیت و نوع جرایم از حیث فعل مثبت یا ترک فعل بودن، مطلق یا مقید بودن و... صحیح نیست و باعث کثرت مصادیق شروع به جرم نیز گشته است. شدت مجازات‌ها اشکال دیگری است که به مجازات جرایم ناتمام در

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۲/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۲/۲۱.

۱. دانشیار دانشگاه قم (jalalghiasi2001@yahoo.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم (نویسنده مسئول) (ehsansalimi1367@yahoo.com).

قانون مجازات اسلامی وارد است. در خصوص جرم محال نیز صحیح آن بود که مقنن با حکم به اقدامات تأمینی و تربیتی به جای مجازات، رفع حالت خطرناک مرتکب را دستور کار قرار می‌داد.

واژگان کلیدی: جرایم ناتمام، تجری، شروع به جرم، جرم عقیم، جرم محال، در حکم شروع به جرم.

مقدمه

جرایم ناتمام که در مقابل جرایم تام به کار می‌رود، با ورود در عملیات اجرایی و عدم تحقق جرم نمود می‌یابد. این جرایم شامل شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال است. عدم تحقق جرم، وجه مشترک اقسام سه‌گانه جرایم ناتمام است. این در حالی است که تلاش و تصور مرتکب برای تحقق این جرایم، حاکی از وجود قصد او برای ارتکاب جرم است. شاید از آن جهت این جرایم را ناتمام گفته‌اند که تمام ارکان جرم، یعنی رکن قانونی، رکن مادی و رکن روانی با هم جمع نمی‌شوند؛ چه آنکه یا رکن مادی در همان آغاز متوقف می‌شود و قصد مجرمانه تنها می‌ماند (در شروع به جرم) یا رفتار مجرمانه بی‌آنکه متوقف شود منطبق بر رکن مادی جرم نیست (در جرم عقیم) یا رکن قانونی، رکن روانی را همراهی نمی‌کند (در جرم محال). نتیجه هر سه صورت این است که ارکان جرم به یکدیگر نمی‌پیوندند و جرم ناتمام می‌ماند.

مرحله ماقبل تحقق جرم، یعنی هنگامی که کسی قصد ارتکاب جرم را دارد و تمام مقدمات را پشت سر گذاشته و شروع به اجرای جرم می‌نماید، لکن به واسطه موانعی که خارج از اراده اوست موفق به ارتکاب جرم نمی‌شود، مرحله شروع به جرم می‌باشد. جرم عقیم هم جرمی است که بر اثر عدم مهارت مرتکب یا کارآمد نبودن وسایل مورد استفاده یا بروز موانع خارجی به نتیجه مورد نظر نمی‌انجامد. لازم به ذکر است که برای تحقق جرم عقیم باید وقوع جرم عادتاً، عرفاً و عقلاً ممکن باشد وگرنه جرم محال خواهد بود. همچنین جرم عقیم با انجام اعمال تشکیل دهنده جرم توسط مرتکب، از شروع به جرم متمایز می‌شود. برای مثال شخصی پس از تهیه مقدمات قتل دیگری، اقدام به تیراندازی به سمت او می‌کند، ولی به جهت عدم مهارت، تیرش به خطا می‌رود و موفق به قتل نمی‌شود. هر گاه مرتکب با قصد ارتکاب جرم تمام کوشش خود را

به کار برده و مسیر مجرمانه را تا آخر بپیماید اما وقوع جرم به واسطه فقدان موضوع آن که مرتکب از آن بی اطلاع است، غیر ممکن باشد، جرم محال تحقق یافته است.^۱ به عبارت دیگر، جرم محال جرمی است که مرتکب آن با دارا بودن قصد مجرمانه و جهت رسیدن به هدف مورد نظر، اعمالی انجام می دهد که در صورت وجود پاره ای شرایط مادی می توانستند، جنبه مجرمانه پیدا نمایند؛ برای مثال، در قتل که موضوع آن انسان زنده است، مرتکب جسدی را به گمان اینکه زنده است به قصد قتل مورد اصابت گلوله قرار می دهد.

در فقه نیز فقهای اسلامی، موضوعات فقهی مرتبط با جرایم ناتمام را تحت عناوینی چون تجرّی، مقدمه حرام و قاعده سد ذرایع مورد بحث و بررسی قرار داده اند. تجرّی عبارت است از اینکه کسی قصد ارتکاب جرمی کند و به تصور اینکه جرم است، آن را مرتکب شود و سپس معلوم شود که آنچه را انجام داده و قطع به جرم بودن آن داشته است، در واقع جرم نبوده است.

نوشتار حاضر، همان طور که از عنوان آن پیداست، صرفاً به بررسی «کیفیت مجازات» جرایم ناتمام پرداخته است و با رویکردی انتقادی، شیوه و مبنای جرم‌انگاری مقنن در این دسته از جرایم را مورد توجه قرار داده است. از این رو دیگر مباحث جرایم ناتمام از قبیل بحث انصراف ارادی یا غیر ارادی در شروع به جرم، ضابطه‌های شروع به جرم، انواع جرایم محال و... به جهت خروج موضوعی، مورد لحاظ قرار نگرفته است. دغدغه این پژوهش، تعیین و شناسایی مجازات منطبق با اصول حقوقی و عدالت، برای مرتکبان جرایم ناقص و تطبیق و مقایسه رویکرد پذیرفته شده در قانون مجازات اسلامی در قبال جرم‌انگاری و مجازات جرایم ناتمام می باشد. آنچه نوشتار حاضر را از پژوهش‌های کم‌شمار صورت گرفته متمایز می کند، لحاظ مباحث مرتبط با جرایم ناتمام در فقه اسلامی، حقوق موضوعه در خصوص مجازات جرایم ناتمام و رویکرد انتقادی نسبت به شیوه جرم‌انگاری جرایم ناتمام در قانون مجازات اسلامی است.

در این مقاله، برای ارزیابی هر چه بهتر موضع قانون‌گذار در خصوص مجازات نهاد

۱. عبارت «جرم محال» با قدری مسامحه قابل بیان است؛ چرا که در واقع در این موارد جرمی واقع نمی شود.

جرم ناتمام، ابتدا به نظرات و رویکردهای مختلف نسبت به مجازات این جرایم در میان صاحب نظران و حقوق موضوعه پرداخته شده است؛ سپس رویکرد قانون مجازات اسلامی در خصوص شروع به جرم، جرم محال و جرم عقیم به ترتیب مورد ارزیابی قرار گرفته است.

۱. رویکردهای مختلف به مجازات جرایم ناتمام

پدیده جرم، دارای مراحل و فرایندهای تدریجی خاصی است؛ به گونه‌ای که می‌توان از لحظه تصور ذهنی تا تحقق جرم تام، مراحل تصور جرم، تصمیم به ارتکاب، تهیه مقدمات، آغاز عملیات اجرایی، انجام عملیات اجرایی و در برخی جرایم، بروز نتیجه مجرمانه را از یکدیگر تفکیک نمود. در خصوص عدم مجازات مراحل نخستین، اختلاف نظری در میان نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف و حقوق دانان داخلی دیده نمی‌شود، لکن در خصوص مجازات مرحله شروع به عملیات اجرایی و اجرای جرم، در فرض عدم تحصیل نتیجه، تفاوت دیدگاه درخور توجهی وجود دارد.

۱-۱. شروع به جرم

از حیث نظری، در خصوص مجازات شروع به جرم دیدگاه‌های گوناگون و گاه متعارضی وجود دارد. دیدگاه ضعیفی معتقد است که شروع به جرم قابل مجازات نیست؛ زیرا جرم اصلی به هر دلیلی اتفاق نیفتاده و جامعه از آن جهت متضرر نگردیده است. در شروع به جرم، بزه ناتمام مانده و قبل از اینکه ضرری برای جامعه به وجود آورد، متوقف شده است. به باور ایشان، این حقیقت همچنان باقی است که از اعمال شروع کننده به جرم، صدمه مستقیمی حاصل نشده است (کلارکسون، ۱۳۹۰: ۲۶۰). دیدگاه دوم این است که اگرچه بین شروع به جرم و جرم تام به لحاظ عینی و خارجی تفاوت جدی وجود دارد، از نظر ذهنی هیچ تفاوتی بین این دو نیست؛ زیرا در هر دو صورت، فاعل قصد جدی برای ارتکاب جرم داشته است. البته در شروع به جرم بنا به دلایلی که اراده فاعل هیچ مداخلیتی در آن نداشته است، قصد مرتکب معلق و ناتمام مانده و تحقق عینی نیافته است و این موضوع هیچ تأثیری در استعداد مجرمانه شخص و حالت

خطرناک او ندارد. این دیدگاه، شروع به جرم را که در حیطه کنترل مرتکب قرار دارد، جرم مینا قرار می‌دهد و معتقد است که مبنای مجازات باید شروع به جرم و نه آثار جانبی اتفاقی باشد (فلچر، ۱۳۹۲: ۲۹۱). بنابراین به همان اندازه که مرتکب جرم تام مستحق مجازات است، شروع کننده به جرم نیز سزاوار مجازات است.

دیدگاه ثالثی که صدمه را محور مجازات می‌داند، با عنایت به اینکه صدمه حاصل از یک جرم ناتمام مانند شروع به جرم به مراتب کمتر از صدمه یک جرم تام است، میزان مجازات جرم ناتمام نیز ضرورتاً کمتر از مجازات جرم تام خواهد بود^۱ (فلچر، ۱۳۹۲: ۲۹۲). در قوانین جزایی کشورهای مختلف، شروع به جرم قابل تعقیب و مجازات دانسته شده است (محسنی، ۱۳۷۵: ۳۸۰/۲). قانون مجازات لبنان در ماده ۲۰۰، مجازات شروع به جرم را برابر مجازات جرم تام قرار داده است (عوجی، ۱۹۹۸: ۵۳۲). مطابق ماده ۶۶۴ قانون ایالت کالیفرنیا، مجازات شروع به جرم، نصف مجازات جرم تام است.^۲ در عمل، دادگاه‌های انگلستان نیز از چنین شیوه‌ای تبعیت می‌کنند. هرچند در قانون این کشور، تعیین مجازاتی مساوی با مرتکبان جرم تام برای شروع کنندگان اجازه داده شده است، در عمل این افراد به تحمل مجازات بسیار کمتری نسبت به آنچه که برای ارتکاب جرایم تام در نظر گرفته می‌شود، محکوم می‌گردند (کلارکسون، ۱۳۹۰: ۲۵۹). از بررسی و مطالعه تطبیقی قوانین جزایی برمی‌آید که همه آن‌ها در باب مجازات شروع به جرم از ایده واحدی الهام گرفته‌اند و آن اینکه فقط جرایم مهم و خطرناک، شروع به جرم قابل

۱. در حقوق کیفری، تفاوت مجازات، به جهت تفاوت میزان صدمه، امری روشن و بدیهی است؛ زیرا میزان مجازات بر اساس تناسب با جرم تعیین می‌شود و نوع و میزان صدمه یا بالفعل و بالقوه بودن آن، عواملی اساسی در تغییر میزان مسئولیت کیفری است. بکار یا ضمن تجویز جرم‌انگاری شروع به جرم در مقام تعلیل مجازات متفاوت برای جرم کامل و شروع به آن می‌گوید: با آنکه قوانین، مجرد قصد مجرمانه را مجازات نمی‌کنند، با وجود این، عملی که حاکی از شروع به اجرا و مبین اراده ارتکاب جرم باشد، سزاوار کیفر است. اهمیتی که پیشگیری از شروع به جرم دارد ضرورت کیفر را توجیه می‌کند، ولی چون ممکن است بین شروع به جرم و تحقق جرم فاصله‌ای به وجود بیاید، اختصاص کیفری سنگین‌تر برای جرم کامل می‌تواند بزهکار را به انصراف تشویق کند (بکاریا، ۱۳۹۳: ۶۴).

2. 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).

مجازات دارند (فرهودی‌نیا، ۱۳۸۱: ۹۹). لذا در تمام نظام‌های کیفری دنیا، جرایم کم‌اهمیت که از آن‌ها با عنوان خلاف یاد می‌شود، شروع به جرم قابل مجازات ندارند.

۲-۱. جرم عقیم

جرم عقیم یک جرم تمام‌شده البته ناکام به شمار می‌آید. در شروع به جرم هرگز نمی‌توان یقین داشت که اگر مداخله عامل خارجی در اثنای اجرا نبود، خود فاعل لحظاتی بعد از ادامه عمل منصرف نمی‌شد، در حالی که در جرم عقیم، فعل انجام‌یافته تردیدی باقی نمی‌گذارد که فاعل تا پایان بر قصد خود باقی بوده است (Rassat, 1987: 354). از این رو علاوه بر احراز حالت خطرناک مرتکب در جرم عقیم، صدماتی که از یک جرم عقیم حادث می‌شود نیز به مراتب بیش از شروع به جرم است.^۱ تفاوت‌های برشمرده‌شده میان شروع به جرم و جرم عقیم، اعمال مجازات شدیدتر را برای جرم عقیم توجیه می‌کند. در نظام کیفری سوریه، ترکیه، اسپانیا، ونزوئلا، کلمبیا و لبنان، مجازات جرم عقیم در یک ماده مستقل مورد تصریح قرار گرفته و شدیدتر و بیشتر از مجازات شروع به جرم در نظر گرفته شده است.

۳-۱. جرم محال و تجری

در خصوص مجازات جرم محال، سه نظر متفاوت مطرح شده است. برخی حقوق‌دانان در توجیه اعمال مجازات برای جرم محال استدلال می‌کنند که دلیلی ندارد مرتکبان شروع به جرم را کیفر دهیم و مرتکبان جرم محال را که وضعیتی مشابه دارند، بی‌کیفر رها سازیم (نوربها، ۱۳۸۶: ۲۰۲). گروهی از حقوق‌دانان نیز معتقدند که جرم محال در هیچ حالتی مستوجب مجازات نیست (گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۱۷۶)؛ چه آنکه خطر ناشی از

۱. یکی از حقوق‌دانان با ذکر یک پرونده کیفری به خوبی به تبیین این مسئله می‌پردازد که در شروع به جرم، خسارتی به دیگری وارد نمی‌شود، ولی در مورد جرم عقیم، تأثر و اضطراب ناشی از جرم ناکام، موجب اختلالات عصبی و یا بیماری‌های دیگر خواهد شد. زمانی که این جانب بازپرس بودم، شخصی به قصد قتل تیری به سوی دیگری رها کرد. گرچه تیر به هدف اصابت نکرد و مجنی‌علیه مجروح هم نشد، ولی در اثر ترس و وحشت حاصل از تیراندازی، مدت‌ها در بیمارستان بستری بود و بالاخره در اثر همین امر، دچار بیماری‌های روانی و از جمله فقدان قوای جنسی گردید (محسنی، ۱۳۷۵: ۲/۳۸۳). پیداست که اگر پرونده مذکور در حد شروع به جرم بود و اجرای جرم به اتمام نمی‌رسید و مثلاً مرتکب قبل از تیراندازی دستگیر می‌شد، مسلماً چنین صدماتی به مجنی‌علیه وارد نمی‌شد.

شروع به جرم، قابل مجازات بودن آن را توجیه می‌کند. ولی نمی‌توان گفت که مرتکب جرم محال، نظم جامعه را بر هم زده یا خللی در جامعه پدید آورده است؛ زیرا مفروض آن است که قطع نظر از اقدام او (مثلاً در مورد قتل) حادثه قبلاً پدید آمده است، پس مخاطرات حاصل از جرم محال به مراتب از شروع به جرم کمتر است (فرهودی‌نیا، ۱۳۸۱: ۱۳۶). برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند که برای مجازات جرم محال باید قائل به تفکیک بین محال قانونی و محال موضوعی شد.^۱ آنگاه که جرم محال قانونی باشد، مجازات جرم محال نمی‌تواند توجیه داشته باشد؛ لکن هر گاه محقق نشدن نتیجه در اثر امری مادی باشد، می‌توان مجرم را مجازات نمود. برخی نیز مجازات جرم محال نسبی را توجیه‌پذیر و مجازات جرم محال مطلق را چون تهدید و خطر عینی وجود ندارد، بی‌ارزش می‌دانند.^۲ رویکرد فقها در زمینه مجازات شخص متجری متفاوت است.^۳ برخی قائل به

۱. در قسمت پیش، به توضیح انواع جرم محال پرداخته شده است.

۲. نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف، رویکرد متفاوتی در خصوص جرم محال اتخاذ کرده‌اند. قوانین کیفری برخی کشورها همچون فرانسه (۱۸۱۰)، بلژیک (۱۸۶۷)، آلمان (۱۸۷۱)، نروژ (۱۹۰۲)، هلند (۱۸۸۶)، لیبی (۱۹۵۳)، مصر (۱۹۳۷) و تونس در اصلاحات قانونی سال (۱۹۶۴)، جرم محال را قابل مجازات ندانسته و در این کشورها در خصوص قابل مجازات بودن یا نبودن جرم محال، حکم خاصی وجود ندارد. به بیانی دیگر، قانون کشورهای دسته‌ای در خصوص جرم محال ساکت است که با توجه به پذیرش اصل قانونی بودن جرم و مجازات در همه نظام‌های حقوقی می‌توان گفت که در این کشورها نیز اصولاً جرم محال قابل مجازات نیست. یکی از حقوق‌دانان فرانسه با یکی دانستن جرم محال و جرم عقیم معتقد است که باید به مناقشه فقدان نص قانونی در خصوص جرم محال و عدم مجازات مرتکبان آن پایان داد (Pradel, 1994: 390).

۳. شیخ انصاری پس از ذکر تقسیمات تجری، متجری را مستحق مجازات نمی‌داند (۱۳۷۴: ۷۷). علامه حلی نیز در کتاب *النهایه* معتقد است که متجری به دلیل اینکه قطع و نیت او با واقع منطبق نشده و تنها قصد ارتکاب جرم داشته است، بدون اینکه عملی مجرمانه از او سر زده باشد، مستحق مجازات نمی‌باشد (به نقل از: همان: ۷۴). در تأیید این نظر، برخی دیگر از فقهای شیعه استدلال می‌کنند که دلیلی ندارد متجری از جهت فعل ارتكابی مستحق کیفر باشد؛ زیرا عقلاً مجازات در مواردی اعمال می‌شود که عمل شخص حرام بوده است. هرچند بگوییم عمل متجری به حکم عقل قبیح است، نمی‌توان آن را موجب استحقاق کیفر از جانب مولی دانست؛ زیرا اصولاً عقوبت به دنبال تکلیف مولی قرار دارد و از این جهت است که گفته شده تکالیف شرعی موجب لطف تکالیف عقلی می‌شوند. منظور این است که اوامر و نواهی صادره از جانب حق تعالی، باعث جریان یافتن ثواب و عقاب بر افعال و ترک افعال بندگان می‌شود (حائری طهرانی، ۱۳۷۰: ۲۶-۳۲). با این حال فقهای همچون آیه‌الله صدر و آخوند خراسانی معتقد به مجازات متجری‌اند.

مجازات متجری و گروهی دیگر، مخالف مجازات متجری هستند. ابن حزم نظر بینابین و قابل قبولی از مجازات جرم تجزی ارائه می‌دهد. از نظر او متجری گناهکار است، ولی مجرم به معنای آنکه وی را مجازات کنیم نیست. او بیان می‌دارد:

متجری مجرم محسوب نمی‌شود، ولی در ارتکاب جرم از خود بی‌مبالاتی و سهل‌انگاری نشان داده و به فضایل و قوانین اسلام توهین کرده است و در هر حال متجری در پیشگاه خداوند متعال گناهکار است (اندلسی ظاهری، ۱۴۰۵: ۱۱۷/۴).

وی معتقد است کسی که قصد ارتکاب جرمی کند و آن را انجام دهد، ولی معلوم شود که فاقد موضوع بوده است، در واقع مجرم شمرده نمی‌شود؛ گرچه سهل‌انگار در احکام شناخته می‌شود. سپس مثالی مطرح می‌کند که اگر کسی با زنی که او را بیگانه می‌دانسته زنا کند و سپس معلوم شود که این زن همسر او بوده است، زانی محسوب نمی‌شود ولی سهل‌انگار در زنا شناخته می‌شود. به همین دلیل، اگر کسی او را قذف کند و نسبت زنا به وی دهد، حد قذف خواهد داشت؛ ولی در عین حال گناه زنا بر او هست (همان). در تعبیر دیگری از برخی اصولیان همچون شیخ انصاری، متناسب با موضوع آمده است:

تجری، بر سوء ضمایر و خبائث درون دلالت دارد. به عبارتی در تجری قبح فاعلی است نه فعلی، لذا متجری مستحق تعزیم (سرزنش و ملامت) و تأدیب است نه مستحق مجازات و تعذیب (مغنیه، ۱۹۸۰: ۲۱۶).

ملاحظه می‌شود که این نظر، قرابت بیشتری با نظریه عدم مجازات متجری دارد. لیکن آنچه نظر فوق را متمایز می‌کند، از یک سو تفکیک روشن و به دور از ابهام میان جرم و گناه و تصریح بر مترتب بودن گناه و عقاب اخروی بر فعل متجری، و از سوی دیگر لزوم تأدیب و توبیخ متجری است.^۱

۱. به عنوان خاتمه این قسمت و مدخلی برای پیگیری بحث در حقوق موضوعه، جا دارد به تعابیر جالب توجه فقها و تطبیق آن با اصطلاحات رایج حقوق موضوعه توجه نمود. همان طور که گذشت، شیخ انصاری از تعبیر «صفت شقاوت» استفاده نموده است. این تعبیر و تعابیر مشابه دیگر همچون «خبث فاعل» و «سوء سریرت» تعابیر دقیقی هستند که می‌توان آن‌ها را با آنچه که در حقوق موضوعه «حالت خطرناک» نامیده می‌شود، مترادف گرفت. همچنین واژه «تعزیم» را که ابن اثیر با توبیخ و سرزنش مترادف دانسته (۱۳۶۴: ۳۰۹)، می‌توان به نهاد حقوقی «اقدامات تربیتی» شبیه دانست. به عبارت دیگر، استحقاق متجری به «تعزیم و توبیخ»، نزدیک به مفهوم استحقاق مجرمان دارای حالت خطرناک به «اقدامات تأمینی و تربیتی» است.

۲. ارزیابی مجازات جرایم ناتمام در قانون مجازات اسلامی

قانون مجازات اسلامی در فصل اول بخش سوم، در مواد قانونی ۱۲۲ تا ۱۲۴ به بحث جرایم ناتمام پرداخته است. در ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی، به مبحث شروع به جرم پرداخته شده و آمده است:

هر کس قصد ارتکاب جرمی کند و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، چنانچه اقدامات انجام گرفته جرم باشد، به مجازات همان جرم محکوم و در غیر این صورت به شرح زیر مجازات می‌شود:

الف) در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه یک تا سه است، به حبس تعزیری درجه چهار؛
ب) در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها قطع عضو یا حبس تعزیری درجه چهار است، به حبس تعزیری درجه پنج؛
پ) در جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج است، به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه شش.

در تبصره همین ماده نصی وجود دارد که به رغم تصریح، اطلاق آن بر جرم محال ممکن است. این تبصره مقرر می‌دارد:

هر گاه رفتار ارتكابی، ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته باشد، لکن به جهت مادی که مرتکب از وقوع آن‌ها بی‌اطلاع است، وقوع جرم غیر ممکن شود، اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است.^۱

در مورد جرم عقیم نیز قانون ساکت است و نص خاصی به این جرایم اختصاص داده نشده است. با وجود این، شاید بتوان از ماده ۱۲۲ به عنوان مستند جرم عقیم نیز یاد کرد. البته چنین برداشتی محل تأمل و اشکال است که پس از ارزیابی رویکرد قانون‌گذار در خصوص شروع به جرم و جرم محال به آن پرداخته خواهد شد.

۱. قانون‌گذار در اصلاحات سال ۵۲، مفهوم در حکم شروع به جرم را با بیانی بسیار مشابه تبصره مذکور ابداع نمود: «در صورتی که اعمال انجام‌یافته، ارتباط مستقیم با ارتکاب جرم داشته باشد، ولی به جهت مادی که مرتکب از آن‌ها بی‌اطلاع بوده وقوع جرم غیر ممکن باشد، عمل در حکم شروع به جرم محسوب می‌شود.»

۱-۲. رویکرد قانون‌گذار در خصوص مجازات شروع به جرم

همان‌طور که گفته شد، قانون مجازات اسلامی جرم‌انگاری از شروع به جرم را بر حسب میزان مجازات جرایم تعیین نموده است و امکان شروع به جرم برای جرایم درجه پنجم و بالاتر متصور است. اتخاذ یک سیاست یکسان برای اعمال مجازات شروع به جرم، امری مثبت قلمداد می‌شود و موجب تناسب بیشتر مجازات جرایم تام با شروع به جرم آن‌ها می‌شود. با وجود این، اشکالاتی از جمله جرم‌انگاری گسترده، مجازات‌های شدید، بی‌توجهی به ماهیت و نوع جرایم، غفلت از جرم‌انگاری برخی موارد و... بر مجازات این نهاد وارد است.

۱-۱-۲. از جرم‌انگاری گسترده تا شدت مجازات

مطابق ماده ۱۲۲، قانون‌گذار برای کلیه جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج و کمتر از درجه پنج است، مجازات در نظر گرفته است. همان‌طور که بیشتر اشاره شد، قوانین جزایی کشورهای مختلف در باب شروع به جرم، فقط جرایم مهم و خطرناک را قابل مجازات می‌دانند (فرویدی‌نیا، ۱۳۸۱: ۹۹). در حقیقت اعمال مجازات بر شروع به جرم، مشروط بر این است که جرم از نوع «جنایت» باشد و یا جنبه‌ای که قانون‌گذار برای آن مجازات تعیین کرده است (باهری، ۱۳۸۹: ۲۲۰). از این رو، پیش‌بینی شروع به جرم در تعداد زیادی از جرایم، آن‌گونه که در قانون مجازات اسلامی صورت گرفته، کاری مخالف اصول و مبانی حقوق کیفری است. به نظر می‌رسد اعمال مجازات در برخی از جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها حبس تعزیری درجه پنج است تا حدی افراط در جرم‌انگاری باشد.^۱ نکته شایان ذکر دیگر، شدت مجازات شروع به جرم است. در قانون مجازات اسلامی، مجازات شروع به جرم سنگین در نظر گرفته شده و در بسیاری از جرایم، تنها یک درجه بین جرم تام و شروع به جرم از حیث مجازات تفاوت وجود دارد. این امر علاوه بر اینکه به هیچ وجه

۱. ماده ۱۹۹ قانون مجازات سوریه با اعمال همین ضابطه، به «شروع به جرم جنایت» پرداخته است. ماده ۲۰۱ همین قانون مقرر می‌دارد: «لا يعاقب على الشروع في الجنحة وعلى الجنحة الناقصة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة» (قانون العقوبات السوري، ۱۹۴۹)؛ شروع به جنحه یا جرم جنحه‌ای ناقص و ناتمام مجازات ندارد، مگر آنکه در قانون تصریح شده باشد.

با عدالت سازگار نیست، با هیچ منطق حقوقی و سیاست کیفری صحیح نیز همخوانی ندارد.

۲-۱-۲. عدم توجه به ماهیت و نوع جرم

اعمال ضابطه کلی برای جرم‌انگاری شروع به جرم، قانون‌گذار را از توجه به ماهیت و نوع جرایم غافل نموده است. این وضعیت نتایج غیر موجهی را پدید می‌آورد؛ برای مثال مطابق اصول پذیرفته شده حقوق کیفری، اعمال مجازات شروع به جرم در جرایم «ترک فعل» ممکن نیست؛ زیرا به محض اینکه تکلیفی بر عهده شخصی ثابت گردید و تکلیف انجام نگرفت، جرم محقق است و حالتی برای شروع به ترک فعل باقی نمی‌ماند (همان: ۲۱۵). به بیان دیگر، شروع به جرم مستلزم ارتکاب فعل مادی است. از این رو، شروع به جرم در جرایمی که عنصر مادی آن‌ها ترک فعل است، محقق نمی‌شود (نقدی‌نژاد، ۱۳۹۰: ۶۳). با وجود این، چون در قانون مجازات اسلامی، جرم‌انگاری قطع نظر از مثبت یا منفی بودن رکن مادی و صرفاً با توجه به میزان مجازات صورت گرفته است، این مهم مورد لحاظ قرار نگرفته و در جرایمی که رکن مادی آن‌ها به صورت ترک فعل باشد و دارای مجازات درجه پنجم یا بالاتر باشند، از حیث رکن قانونی مانعی برای اعمال مجازات شروع به جرم دیده نمی‌شود.

همچنین برخی از حقوق‌دانان، به عدم امکان تحقق شروع به جرم در جرایم مطلق نظر داده، معتقدند در جرایمی که نتیجه در آن‌ها ملحوظ نیست (جرایم مطلق)، شروع به جرم قابل تصور نیست.^۱ به نظر می‌رسد شروع به جرم لااقل در برخی جرایم مطلق، نمی‌تواند مطرح باشد؛ زیرا به مجرد انجام عملیات اجرایی و قبل از حصول نتیجه، جرم انجام یافته تلقی می‌شود. به عبارت دیگر، اقدامات مقدم بر مرحله شروع به اجرای جرم را اقدامات مقدماتی تشکیل می‌دهند که قابل مجازات نیستند و به محض تحقق عملیات اجرایی، جرم خاتمه یافته تلقی می‌شود و نمی‌توان از شروع به جرم سخن گفت،

۱. برخی دیگر نیز در این باره تردید دارند و معتقدند که شاید بتوان برای این قبیل جرایم شروعی تصور کرد و دقیقاً تعیین نمود که مرتکب از چه زمانی ممکن است از اقدام خود منصرف گردد و یا چگونه به واسطه تأثیر عوامل خارجی، جرم مذکور واقع نمی‌شود (برای دیدن دیدگاه‌های موافق با این نظر ر.ک: باهری، ۱۳۸۹: ۲۱۳؛ اردبیلی، ۱۳۸۶: ۲۲۹/۱).

بلکه در این مرحله، جرم تام تحقق یافته و مرتکب باید به مجازات جرم تام محکوم شود؛ برای مثال، جرایمی مانند تحریک و توهین که جرم مطلق محسوب می‌شوند، قابل تجزیه به مراحل مختلفی نیستند که بتوان حالتی را برای شروع به این جرایم تصور نمود. افزون بر این، مرحله پیش از رفتار در جرایم مطلق یا رفتاری، در زمره زمینه‌های بزه است که به راستی از قصد بزه‌کارانه کسی پرده بر نمی‌دارد (عالی‌پور، ۱۳۹۰: ۶۳). با این همه، قانون مجازات اسلامی نسبت به این موضوع اهمال دارد و برای کلیه جرایم تا درجه پنجم اعم از مطلق و مقید تعیین تکلیف نموده است.

۲-۱-۳. رویکرد دوگانه در جرم‌انگاری شروع به جرم

با توجه به اینکه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ شروع به جرم اصولاً قابل مجازات تلقی نمی‌شد و صرفاً برای شروع به جرایم خاصی به صورت جداگانه تعیین کیفر شده بود، با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ شاهد دو رویکرد متفاوت در خصوص مجازات شروع به جرم هستیم. قانون‌گذار در بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی ذیل عناوین مجرمانه خاصی از قبیل قتل، سرقت، ارتشاء، جعل و... برای شروع به جرم جرایم مذکور مجازات تعیین نموده که این مجازات‌ها نه تنها همخوان با ضابطه ماده ۱۲۲ نیستند بلکه اعمال آن‌ها در کنار اعمال ماده ۱۲۲ نتایج ناعادلانه‌ای را رقم خواهد زد؛ برای مثال در خصوص قتل با لحاظ ضابطه کلی ماده ۱۲۲ برای شروع به قتل، حبس تعزیری درجه چهار تعیین می‌شود، در حالی که در ماده ۶۱۳ برای شروع به قتل، مجازات درجه پنج تعیین شده است.^۱ اعمال دو رویکرد مجازاتی متفاوت برای شروع به جرم، به ابهام مضاعف در خصوص نهاد شروع به جرم منجر خواهد شد، همچنان که در حال حاضر، حقوق‌دانان برداشت‌های متفاوتی از نسخ یا تخصیص شروع به جرم در ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی با دیگر موارد شروع به جرم در سایر قوانین دارند.

دیدگاه اول:^۲ عدم نسخ شروع به جرم‌های پیش‌بینی شده در سایر قوانین.

۱. ماده ۶۱۳ قانون تعزیرات: «هرگاه کسی شروع به قتل عمد نماید، ولی نتیجه مذکور بدون اراده وی محقق نگردد، به شش ماه تا سه سال حبس تعزیری محکوم خواهد شد».

۲. برای مشاهده دلایل این نظر ر.ک: اردبیلی، ۱۳۸۶: ۱/۳۳۲-۳۳۴؛ پوربافرانی، ۱۳۹۲: ۲۰۴؛ زراعت، ۱۳۹۳: ۱/۱۷۰، زیرنویس ۱.

دیدگاه دوم: ^۱ نسخ شروع به جرم‌های مندرج در ق.ا.م.ا.ت. مصوب ۱۳۷۵/۳/۲ (به جز ماده ۶۱۳ ق.ا.م.ا.ت.) و نسخ شروع به جرم‌ها در قوانین خاص به جز مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام که رأساً و بدون اختلاف نظر شورای نگهبان با مجلس شورای اسلامی صادر شده باشد. (با استناد به نظریه تفسیری شورای نگهبان).^۲

دیدگاه سوم: نسخ شروع به جرم‌های مندرج در ق.ا.م.ا.ت. مصوب ۱۳۷۵/۳/۲ و قوانین خاص به استثنای مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام که رأساً و بدون اختلاف نظر شورای نگهبان با مجلس شورای اسلامی صادر شده باشد. (با استناد به نظریه تفسیری شورای نگهبان)

به نظر می‌رسد برای احراز نظر مقنن در این باره باید به قواعد تفسیر قوانین کیفری تمسک نمود تا زمانی که رأی وحدت رویه صادر یا قانون اصلاح شود. از آنجا که نسخ خلاف اصل است و نسخ هر قانونی محتاج دلیل است و صدور عام دلیل قاطعی بر نسخ نیست و چون فرض بر آن است که مقنن بر قوانین احاطه داشته و با توجه به وجود چنین قانون خاصی، عام را صادر نموده است و با توجه به اینکه وی می‌داند که تصویب عام پس از خاص موجب اجمال قانون می‌شود، اگر قصد نسخ قانون سابق را داشت، باید صریحاً آن را نسخ می‌کرد. لذا باید حکم این قوانین خاص در خصوص شروع به جرم را همچنان معتبر دانست.

در حال حاضر رویه قضایی در این خصوص بعضاً آرای ناسازگار است؛ برای مثال، دادگاه بدوی در تاریخ ۱۳۹۲/۴/۲۷ برای ماده ۶۵۶ قانون تعزیرات شروع به سرقت در نظر گرفته است، لکن دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که بنا به ماده ۶۵۴ در خصوص سرقت فقط سرقت‌های موضوع مواد ۶۵۱ تا ۶۵۴ می‌توانند مجازات شروع به جرم داشته

۱. برای مشاهده دلایل این نظر ر.ک: میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۹۸-۹۹.

۲. نظریه تفسیری شماره ۱۳۷۲/۷/۲۴-۵۳۱۸ شورای نگهبان قانون اساسی: «هیچ یک از مراجع قانون گذاری حق رد و ابطال و نقض و فسخ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام را ندارد. اما در صورتی که مصوبه مجمع مصلحت مربوط به اختلاف نظر شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی بود، مجلس پس از گذشت زمان معتدبه که تغییر مصلحت موجه باشد، حق طرح و تصویب قانون مغایر را دارد و در مواردی که موضوع به عنوان معضل از طرف مقام معظم رهبری به مجمع ارسال شده باشد در صورت استعمال از مقام رهبری و عدم مخالف معظم له، موضوع قابل طرح در مجلس شورای اسلامی می‌باشد».

باشند و بدون توجه به ماده ۱۲۲، با استدلال زیر، رأی معترض عنه را در این بخش نقض و حکم برائت صادر نموده است:

در خصوص محکومیت مشارالیه به تحمل دو سال حبس تعزیری در خصوص شروع به سرقت، از مصادیق ماده ۶۵۵ قانون مجازات اسلامی نمی‌باشد. برای شروع به سرقت از ماده ۶۵۱ الی ۶۵۴ از قانون مارالذکر جرم در نظر گرفته شده است و موضوع پرونده از آن موارد نیست. نظریه مشورتی ۲۴۰۳ مورخه ۱۳۷۷/۶/۲۷ مؤید برداشت می‌باشد. در مواردی که از قانون برای شروع به مجازات سرقت تصریح نکرده است، تعیین مجازات و جهات قانونی ندارد و مستنداً به شق یک بند ب ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، رأی معترض عنه را در این بخش نقض و استناداً به اصل ۳۷ قانون اساسی، حکم برائت تجدیدنظرخواه از بزه انتسابی صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره قطعی است.

رویکرد دوگانه مقنن در پذیرش شروع به جرم برای مجازات‌های هم‌درجه نیز قابل انتقاد است. توضیح آنکه مقنن در خصوص جرایمی با مجازات مصادره اموال، شلاق تعزیری، جزای نقدی، انفصال دائم یا موقت، مجازات شروع به جرم را در نظر نگرفته است. این در حالی است که در ماده ۱۹ از قانون مجازات، طبقه‌بندی جرایم را برحسب تناسب مجازات‌ها انجام داده است. نتیجه این رویکرد آن است که بعضی از مجازات‌ها که برحسب ماده ۱۹ درجه‌های سنگین محسوب می‌شوند، به جهت آنکه مجازاتشان از نوع حبس نیست، شروع به جرمی ندارند، لکن جرایم با مجازات حبس، از درجه پنج هم که باشند، مجازات شروع به جرم را خواهند داشت.

۴-۱-۲. غفلت از جرم‌انگاری شروع به جرم برای برخی جرایم

دسته‌ای از جرایم وجود دارند که باید نسبت به شروع به اجرای آن‌ها واکنش نشان داده شود، لکن چون این جرایم در طبقه مجازات‌های تا درجه پنج قانون مجازات اسلامی نیستند، اعمال مجازات شروع به جرم برای آن‌ها ممکن نیست؛ برای مثال، شروع به جرم برای بزه موضوع ماده ۵۴۷ (فرار زندانی)^۱ با توجه به نوع و ماهیت بزه و به اقتضای

۱. ماده ۵۴۷: «هر زندانی که از زندان یا بازداشتگاه فرار نماید، به شلاق تا ۷۴ ضربه یا سه تا شش ماه حبس محکوم می‌شود و...».

یک سیاست کیفری صحیح، ضروری به نظر می‌رسد؛ زیرا اگر شروع به این جرم را قابل مجازات ندانیم، تنها زمانی می‌توان به مجازات فرار مرتکب پرداخت که او پس از فرار کامل از زندان و در خارج از زندان دستگیر شود. لیکن چون مجازات این جرم، درجه شش می‌باشد مشمول هیچ یک از بندهای ماده ۱۲۲ قانون مجازات نمی‌شود. این وضعیت عملاً موجب شده در مواردی که دادرس به جهت شرایط و اوضاع و احوال بزه و بزهکار، مصلحت را در اعمال مجازات می‌بیند، به جهت فقد وصف مجرمانه، عاجز از محکومیت بزهکار باشد؛ برای مثال، این حالت را در رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تاریخ ۱۳۹۳/۱/۶ به شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۷۰۰۰۰۱ می‌توان مشاهده نمود:

متهم در مرحله شروع به سرقت دستگیر شده است و چون سرقت پروانه آب در روز، مصداق ماده ۶۶۱ قانون مجازات اسلامی است که دارای حبس از درجه شش می‌باشد و طبق ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شروع به جرم جرایم دارای مجازات حبس درجه شش جرم‌انگاری نشده است، تا حدی که به تشخیص این دادگاه برمی‌گردد ضمن اذعان به ناصحیح بودن و غیر اخلاقی بودن رفتار آقای «ه الف»، شرایط قانونی برای صدور حکم محکومیت علیه وی تحت عنوان سرقت و شروع به سرقت فراهم نبوده است. علی‌هذا به استناد تبصره ۱ ماده ۲۲ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب که اجازه اعلام بی‌گناهی را حتی در صورت عدم اعتراض داده است، با نقض دادنامه معترض‌عنه، رأی برائت آقای «ه الف» صادر می‌گردد. این رأی قطعی است.

همچنین امکان مجازات شروع به جرم برای جرایمی که مجازات قانونی آن‌ها شلاق تعزیری، جزای نقدی، مصادره اموال، انفصال دائم یا موقت، محرومیت از حقوق اجتماعی و انتشار حکم در رسانه‌ها باشد، وجود ندارد؛ چه آنکه مطابق ماده ۱۲۲ شاخص اعمال شروع به جرم، درجه کیفر حبس می‌باشد. این شاخص اگر در یک نظام مجازاتی هدفمند اعمال می‌شد که به طور مثال، کیفر حبس برای جرایم سنگین لحاظ شده بود و شروع به جرم را به این جرایم منحصر می‌کرد، کاملاً موجه و قابل دفاع بود. لکن در حال حاضر که نوع و میزان مجازات‌های هر جرم چندان با شدت جرم همخوانی ندارد، نتایج قابل قبولی به دست نمی‌دهد؛ به ویژه که برخی از

مجازات‌های پیش‌گفته نظیر مصادره اموال و انفصال ابد مطابق ماده ۱۹ از حبس درجه پنج که برای آن شروع به جرم در نظر گرفته شده است، سنگین‌تر هستند. مشکل دیگری که در فراگیری شروع به جرم نسبت به جرایم وجود دارد به این مطلب مربوط می‌شود که حکم شروع به جرم در مواردی که شیوه اثبات جرم در تعیین نوع کیفر مؤثر است، مشخص نمی‌باشد. برای نمونه مطابق ماده ۲۲۵، در صورت عدم امکان اجرای رجم در زنا محصنه، با موافقت رئیس قوه قضاییه، در صورت اثبات جرم با بینه، کیفر اعدام و در صورت اثبات آن با اقرار، صد ضربه شلاق تعیین می‌شود (توجهی، ۱۳۹۴: ۱۷۸). قانون‌گذار در این موارد ضابطه‌ای را تعیین نکرده است.

۲-۱-۵. غفلت از مجازات اشخاص حقوقی

ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، اشخاص حقوقی را در صورتی که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود، دارای مسئولیت کیفری دانسته^۱ و ماده ۲۰ در صدد معرفی مجازات‌های مختص اشخاص حقوقی برآمده است.^۲ با وجود این، ماده ۱۲۲ که مجازات‌های شروع به جرم را تعیین نموده است، در بندهای الف و ب (جرایم تعزیری تا درجه چهار و...) با تعیین مجازات حبس برای مرتکب، عملاً اعمال مجازات شروع به جرم برای اشخاص حقوقی را منتفی نموده است. در بند پ (جرایم تعزیری درجه پنج و شلاق حدی)، امکان مجازات اشخاص حقوقی به این جهت که مجازات در نظر گرفته شده از نوع جزای نقدی است، وجود دارد. نتیجه این وضعیت آن است که اگر شخص حقوقی، مرتکب شروع به

۱. این ماده که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ سابقه نداشت، مقرر می‌دارد: «در مسئولیت کیفری، اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست.

۲. ماده ۲۰: «در صورتی که شخص حقوقی بر اساس ماده ۱۴۳ این قانون مسئول شناخته شود، با توجه به شدت جرم ارتكابی و نتایج زیانبار آن، به یک تا دو مورد از موارد زیر محکوم می‌شود. این امر مانع از مجازات شخص حقیقی نیست: الف- انحلال شخص حقوقی؛ ب- مصادره کل اموال؛ پ- ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال؛ ت- ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال؛ ث- ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر برای مدت پنج سال؛ ج- جزای نقدی؛ چ- انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه‌ها».

جرایمی شود که مجازات آن حبس تعزیری درجات یک تا چهار است، قابل مجازات نیست، در حالی که اگر مرتکب شروع به جرمی شود که مجازات آن جرم حبس تعزیری درجه پنج است، قابل مجازات خواهد بود.

۲-۲. رویکرد قانون گذار در خصوص مجازات جرم محال

آنچه در تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی با عنوان در حکم شروع به جرم، مورد جرم انگاری قرار گرفته است، در واقع جرم محال است که برای مرتکب آن مجازات شروع به جرم را در نظر گرفته است. با دقت نظر در عبارت تبصره مذکور روشن است که قانون گذار از میان ۴ قسم برشمرده شده در خصوص جرم محال، صرفاً محال موضوعی را مستحق مجازات دانسته است. همان طور که پیشتر گفته شد، بیشتر فقهای اسلامی با مجازات نهاد مشابه فقهی، یعنی تجری مخالف اند. اغلب حقوق دانان نیز مخالف مجازات جرم محال هستند. با این حال به جهت بروز حالت خطرناک مرتکب، اعمال اقدامات تأمینی و تربیتی درباره وی ضروری است و صحیح آن بود که قانون گذار به اعمال اقدامات تأمینی و تربیتی درباره مرتکبان جرم محال مبادرت می نمود.

به بیانی دیگر، با این مبنا که مجازات مایزای جرم است، در خصوص جرم محال اساساً جرمی رخ نداده یا حتی مجرم در مسیری نبوده که به ارتکاب جرم بینجامد و نمی توان سخن از مجازات داشت. اصرار بر اقدامات تأمینی به جای مجازات از این جهت است که با اعمال این اقدامات، حالت خطرناک مجرم نیز کاهش می یابد، در حالی که اعمال مجازات بر چنین فردی، آن گونه که مورد پذیرش مقنن واقع شده، علاوه بر اینکه بر مبنای اصول و قواعد حقوق کیفری چندان صحیح نیست، کمکی به رفع حالت خطرناک مجرم نمی کند و حتی با اعمال مجازات حبس، حالت خطرناک مرتکب وخیم تر می شود.

حتی با پذیرش قابل مجازات بودن جرم محال نمی توان پذیرفت که مجازات جرم محال با شروع به جرم برابر باشد. از سوی دیگر، با جرم انگاری عام از جرم محال، اشکالاتی که در این خصوص برای شروع به جرم مطرح شد، به جرایم محال نیز

تسری می‌یابد.^۱

۲-۳. رویکرد قانون‌گذار در خصوص مجازات جرم عقیم

در قانون مجازات اسلامی، به جرم عقیم تصریح نشده است. لیکن برخی با این استدلال که ماده ۱۲۲ شباهت بسیاری به ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی^۲ سال ۵۲ دارد و همچنان که برخی از حقوق‌دانان آن زمان، شمول ماده ۲۰ را بر جرم عقیم قابل توجیه می‌دانستند لذا می‌توان ماده ۱۲۲ را شامل جرم عقیم هم دانست (برای دیدن نظرات موافق این استدلال ر.ک: رهدارپور و چنگایی، ۱۳۹۰: ش ۱/۶۸؛ آقای جنت‌مکان، ۱۳۹۱: ۲۸۳/۱). این استدلال صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در قانون سال ۵۲ سخن از بی‌اثر ماندن جرم هم رفته بود. ولی در قانون مجازات اسلامی، تنها به معلق ماندن قصد اشاره شده است و اصل تفسیر مضیق قوانین جزایی اجازه چنین تفسیری را نمی‌دهد. حقوق‌دانانی هم که در سال ۵۲ معتقد به شمول ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی بر جرم عقیم بودند، به قسمت بی‌اثر ماندن قصد استناد می‌جستند؛ برای مثال یکی از حقوق‌دانان وقت در خصوص دایره شمول ماده ۲۰ چنین استدلال می‌کند:

به طوری که ملاحظه می‌شود، ماده ۲۰ مشتمل بر دو فرض است؛ در فرض اول، مانع خارجی معلق مانده است به این معنا که عملیات اجرایی به انتها نرسیده است. این فرض شروع به جرم است. در فرض دوم، قصد جنایی به علت مانع خارجی بی‌اثر مانده است، به این معنا که عملیات اجرایی به انتها رسیده ولی مانع خارجی، اثر آن را خنثی نموده است. این فرض همان جرم عقیم است (باهری، ۱۳۸۹: ۲۲۶).

۱. شایان توجه است که تنها ضابطه و معیار برای شناسایی جرم محال، «ارتباط مستقیم» با جرم در نظر گرفته شده است. ضرورت وجود ضابطه‌ای دقیق‌تر برای جرم محال از آن جهت اهمیت دارد که مانع گسترش بیش از حد قلمرو مصداقی این جرم شود، آن گونه که در قانون مجازات کشور سوریه جرم محال غیر معقول و جرم محال وهمی به موجب نص قانون این کشور قابل مجازات نیستند. این گستردگی قلمرو در مورد هر جرمی نامطلوب است، ولی در خصوص جرم محال باعث ابهام بیشتری در رویه قضایی خواهد شد؛ زیرا شیوه‌های محال ارتکاب هر جرم بسیار بیشتر از شیوه ممکن ارتکاب جرم است و اگر ضابطه و حدود جرم محال مشخص نشود، احتمال آن می‌رود که هر شخصی که قصد ارتکاب جرمی را کرده باشد و برای عملی کردن جرم، از یک راه غیر ممکن عمل نماید، مرتکب جرم محال شناخته شود.

۲. این ماده مقرر می‌داشت: «هر کس قصد ارتکاب جنایتی کرده و شروع به اجرای آن نماید، ولی به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن‌ها مداخلت نداشته، قصدش معلق یا بی‌اثر بماند و جنایت منظور واقع نشود...».

بنابراین هرچند از حیث نظری، جرم‌انگاری از جرم عقیم حتی از شروع به جرم نیز ضروری‌تر است، اما به دشواری می‌توان با تفسیر موسع ماده ۱۲۲ شمول آن را بر جرم عقیم گسترش داد؛^۱ هرچند با چنین تفسیری نیز اشکالات دیگری برای مجازات جرم عقیم، همچون برابری مجازات این جرایم با شروع به جرم قابل طرح است.

نتیجه‌گیری

قانون مجازات اسلامی به بحث جرایم ناتمام به شیوه‌ای کلی و بر حسب درجه مجازات پرداخته است. این رویکرد ضمن آنکه موجب تناسب بیشتر مجازات هر جرم با مجازات شروع به آن جرم می‌شود، به جهت پرهیز قانون‌گذار از تفصیل برخی جزئیات، موجب بروز اشکالاتی شده است؛ چه آنکه پیش‌بینی شروع به جرم در تعداد زیادی از جرایم، آن گونه که در قانون مجازات صورت گرفته، کاری مخالف اصول و مبانی حقوق کیفری و رویه کشورهای مختلف است. علاوه بر این، اعمال مجازات شروع به جرم در اغلب جرایم بدون توجه به مطلق یا مقید بودن، و فعل مثبت یا ترک فعل بودن جرم نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا در جرایم ترک فعل و لاقفل در برخی جرایم مطلق، شروع به جرم و دیگر جرایم ناتمام نمی‌تواند مطرح باشد. از یک سو شدت مجازات شروع به جرم و جرم محال و عدم تناسب این مجازات‌ها با جرم تام آن‌ها و از سوی دیگر، برابری مجازات شروع به جرم با جرم محال، قابل قبول نیست. افزون بر این، دوگانگی رویکرد نظام حقوقی در خصوص نهاد شروع به جرم قابل انتقاد است و قانون‌گذار باید تکلیف موادی را که به صورت مجزا ذیل برخی از جرایم فصل تعزیرات قانون مجازات اسلامی، به شروع به جرم پرداخته، مشخص نماید. در خصوص جرم محال نیز بهتر آن بود که قانون‌گذار به جای مجازات، به اعمال اقدامات تأمینی و تربیتی مبادرت می‌نمود. به عنوان آخرین مطلب باید گفت به رغم اینکه از حیث نظری، اعمال مجازات شدیدتر بر مرتکب جرم عقیم نسبت به مرتکب شروع به جرم قابل توجیه به نظر می‌رسد، در قانون مجازات اسلامی، تصریحی به جرم عقیم نشده است و شمول ماده ۱۲۲ بر جرم عقیم محل تردید و اختلاف است.

۱. نکته جالب توجه اینکه در متن اولیه قانون مجازات اسلامی، با صراحت به جرم عقیم و محال اشاره شده بود که در متن نهایی حذف شده است (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۱: ۲۸۳/۱).

کتاب‌شناسی

۱. آقایی جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی (بر اساس قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۰)، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۲. ابن اثیر، ابوالسعادات مجدالدین مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والاثار*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۴ ش.
۳. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، چاپ هفدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۴. اندلسی ظاهری، ابومحمد علی بن احمد بن حزم، *الاحکام فی الاصول الاحکام*، مصر، بی‌نا، ۱۴۰۵ ق.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *رسائل (فرائد الاصول)*، ترجمه علامه همدانی، قم، افست مکتبه المصطفوی، ۱۳۷۴ ق.
۶. باهری، محمد، *نگرشی بر حقوق جزای عمومی*، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۸۹ ش.
۷. بکاریا، سزار، *رساله جرایم و مجازات‌ها*، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۸. پورباقرانی، حسن، *حقوق جزای اختصاصی؛ جرایم علیه اشخاص*، تهران، جنگل، ۱۳۹۲ ش.
۹. توجهی، عبدالعلی، *آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*، تهران، پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۴ ش.
۱۰. حائری طهرانی، عباس، *رسائل فی الاصول و الفقه*، قم، بنیاد فرهنگی امام مهدی (عج)، ۱۳۷۰ ش.
۱۱. رهدارپور، حامد و فرشاد چنگایی، «بررسی شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال در مجازات اسلامی با نگاهی به سیر قانون‌گذاری»، *پژوهش‌نامه حقوقی*، سال دوم، شماره ۱، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. زراعت، عباس، *حقوق جزای عمومی*، تهران، جنگل، ۱۳۹۳ ش.
۱۳. عالی‌پور، حسن، *حقوق کیفری فناوری اطلاعات*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۰ ش.
۱۴. عوجی، مصطفی، *القانون الجنائي العام*، بیروت، مؤسسة النوفل، ۱۹۹۸ م.
۱۵. فرهودی‌نیا، حسن، *جرایم ناقص (بررسی تطبیقی)*، تهران، فروزش، ۱۳۸۱ ش.
۱۶. فلچر، جورج پی، *مفاهیم بنیادین حقوق کیفری*، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، چاپ سوم، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۲ ش.
۱۷. *قانون العقوبات السوري*، التصویب ۱۹۴۹/۶/۲۲.
۱۸. کلارکسون، کریستوفر، *تحلیل مبانی حقوق جزای عمومی*، ترجمه حسین میرمحمدصادقی، تهران، جنگل، ۱۳۹۰ ش.
۱۹. گلدوزیان، ایرج، *بایسته‌های حقوق جزای عمومی*، چاپ پانزدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۲۰. مغنیه، محمدجواد، *علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید*، بیروت، دار العلم، ۱۹۸۰ م.
۲۱. میرمحمدصادقی، حسین، *جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی*، چاپ بیست و یکم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲۲. نقدی‌نژاد، مجتبی، *شروع به جرم در حقوق کیفری (مطالعه تطبیقی ایران و انگلستان)*، تهران، جاودانه، ۱۳۹۰ ش.
۲۳. نوریها، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ هشتم، تهران، دادآفرین، ۱۳۸۶ ش.

24. California Penal Code.

25. Pradel, Jean, *Droit Pénal Général*, Paris, Presses Cujas, 1994.

26. Rassat, Michèle-Laure, *Droit Pénal*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987.