

فصلنامه علمی (مقاله علمی-پژوهشی) جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره چهارم (پیاپی ۸) زمستان ۹۸، صص ۲۸۴۵-۲۸۳۳

### تاملی بر دیدگاه‌های ناظر بر ماهیت جرم ناقص

سید محمود عسگری ارجنکی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۵/۳۰

غلامحسین مسعود<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۲

محسن شکرچی زاده<sup>۳</sup>

چکیده:

جرائم ناقص یا ناتمام جرایمی هستند که مرتکب، با قصد مجرمانه تمام کوشش خود را برای ارتکاب جرم به کار می‌گیرد، لیکن به علل خارج از اراده وی، جرم منظور تحقق نمی‌پذیرد، این جرائم به لحاظ داشتن حالت خطرناک و تهدید نظم عمومی، قانونگذاران نظام‌های حقوقی مختلف را به دخالت و جرم انگاری واداشته است. جرائم ناقص به عنوان یکی از مهمترین جلوه‌های جرم انگاری است که مصادیق آن در ایران شامل شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال می‌باشد و در کشور انگلستان علاوه بر موارد مذکور تحریک و تبانی نیز از جمله مصادیق به حساب می‌آیند، در این راستا فقدان معیارهای نسبتاً مشخص که تعیین کننده حدود و ثغور جرائم ناتمام می‌باشد که شناسایی و تفکیک جرائم مذکور را با دشواری مواجه ساخته است، ضرورت و اهمیت پرداختن به این موضوع از آن جهت است که از یکسو به جریان عدالت کمک و از سوی دیگر موازین دادرسی منصفانه را تضمین می‌کند، بدین ترتیب پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی درصدد پاسخ به این سوال است که چه دیدگاه‌های ناظر بر ماهیت جرم ناقص وجود دارد؟

واژگان کلیدی: جرم عقیم، جرم محال، تشخیص جرائم ناتمام، حقوق ایران، حقوق انگلیس.

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران ( نویسنده مسئول)

<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

## گفتار اول: دیدگاه عینی

پیروان این دیدگاه حقوقدانانی هستند که از آنها به عنوان مخالفان جرم انگاری جرائم ناقص یاد می‌شود این دیدگاه که بر عقاید مکتب کلاسیک مبتنی است بیشتر نگاه مادی به جرم دارد و معتقد است که جرم ناقص قابل مجازات نیست، زیرا جرم اصلی به هر دلیل اتفاق نیفتاده و جامعه از آن متضرر نگردیده است و صرف وجود قصد مجرمانه و حتی اثبات آن نمی‌تواند مجازات کسی را که قصد مجرمانه داشته ولی موفق به انجام آن نشده است، توجیه کند. مطابق این دیدگاه وقتی می‌شود برای عملی به عنوان جرم، مجازاتی قائل شد که ارتکاب آن عمل در خارج و از لحاظ مادی سبب نقض ارزشهای جامعه گردد و نظم اجتماعی را بر هم بزند، این دیدگاه به اصل برائت هم توجه داشته است بدین صورت که وجود «اصل برائت» به شکل امروزی آن حاصل تحولات گسترده اجتماع در طول زمان و نیز جان‌فشانی روشن‌فکران، فیلسوفان و حقوق‌دانان است. با نگاهی به مطالعات تاریخی، این نتیجه به دست می‌آید که در گذشته‌های دور و حتی دو قرن اخیر، جز در خصوص برخی اتهامات، اصل برائت قابل پذیرش نبوده و در صورت عدم توانایی شاکی بر ارائه دلیل کافی علیه متهم، اثبات بی‌گناهی بر عهده خود متهم واگذار می‌شده است.<sup>۲</sup>

از دیدگاه تاریخی، به کارگیری عملی از اصل برائت از سابقه چندان دوری برخوردار نیست و تعیین دقیق کاربرد و استفاده از آن به طور دقیق برای اولین بار معلوم نیست. در حقوق روم اگرچه به دستور آنتونیوس مقرر شده بود که در موارد شک و تردید نسبت به مجرم بودن متهم باید به سود او قضاوت شود و هر کس تا زمانی که جرم او به اثبات نرسد بی‌گناه است، با این همه کاملاً مشخص نیست که در عمل تا چه اندازه قضاوت خود را مقید به رعایت و اعمال آن می‌دانسته‌اند. اصل برائت یعنی ظرفیت چشم‌پوشی از خطا در هنگام وجود تردید. این اصل ریشه در آرای اندیشمندان و دوران باستان دارد. یکی از مهم‌ترین و قدیمی‌ترین آن‌ها مربوط به شهر بابل یعنی قانون حمورابی است. در واقع می‌توان گفت که اصل برائت یکی از بنیادی‌ترین قوانین و اصول مورد توجه و پسند در قانون حمورابی می‌باشد. در منشور حمورابی و در ایران باستان عدم پذیرش فرض مذکور منجر به توسل جستن به اوردالی یا داوری ایزدی درباره اتهامات می‌شد.<sup>۳</sup>

به عنوان مثال در منشور حمورابی در مورد اتهام جادوگری و زنا می‌محصنه سرنوشت دعوی را داوری ایزدی مشخص می‌کرده است. طبق ماده ۱۳۲ این منشور (هرگاه زن شوهرداری متهم به هم خوابگی با مردی اجنبی شود ولیکن شوهر او را با دیگری همبستر ندیده باشد، زن باید برای اثبات بی‌گناهی خود، یک بار در نهر مقدس غوطه‌ور شود). در ایران باستان، داوری ایزدی، با عنایت به آئین نامه‌های سی‌وسه‌گانه به (ورگرم) و (ور سرد) تقسیم می‌شده و توسل به آن‌ها مرسوم بوده است. در اروپای قرون

<sup>۱</sup> - قیاسی و دیگران (۱۳۹۱). مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی اسلام و حقوق موضوعه، جلد ۱، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ص ۱۲۵

<sup>۲</sup> - آشوری، محمد (۱۳۷۶). عدالت کیفری، نشر گنج دانش، ص ۱۳۵

<sup>۳</sup> - Francois Quintard-Morenas, (۲۰۱۱). The Presumption of Innocence in the French and Anglo American Legal Traditions, Internet site, p ۱۱۱.

وسطی نیز، به‌ویژه در عصر فرانکها، اوردالی یکی از ادله اثبات بزهکاری یا بیگناهی برخی متهمین متداول بوده و متهمی که موفق به ارائه دلیل کافی بر بی‌گناهی خود نمی‌شد، در مواردی ناگزیر از تن دادن به آزمایش آهن تفته، شیره گیاهان سمی و امثال آن می‌گردید. در مجموعه قوانین مربوط به امر قضاء هندوان که به (قوانین قضائی مانو) معروف است، چنین آورده شده است: «سوگند راست، کسی راست که آتش او را نسوزاند و آب او را فرو نبرد و در برگیرد.»

از ابتدای قرن دهم میلادی دوئل قضایی تنها دلیل و قاعده حقوقی مورد استناد قضات در رسیدگی به جرائم محسوب می‌شد. اما به تدریج در قرن سیزدهم با حاکمیت و استقرار عدالت شاهی و تصمیم‌گیری در خصوص دلایل، اصول و نحوه ارزیابی ادله دچار تحولات اساسی شد. در این دوره سعی شد تا یک سامانه دادرسی کیفری مبتنی بر قانون بنا شود. از قرن هیجدهم به بعد با آغاز نهضت روشن‌فکری و انسان‌گرایی مبتنی بر اصول علمی، عقلی و بشری، خواست عمومی بر مخالفت با سیستم خشک و غیر منعطف دلایل قانونی قرار گرفت. افکار عمومی، نویسندگان و فلاسفه، شدیداً با اصول و قواعد حقوقی که سیستم دلایل قانونی را ارزش گذاری و اعتبار می‌بخشید، به مخالفت برخاست که نهایتاً منجر به صدور اعلامیه حقوق بشر در فرانسه به سال ۱۷۸۹ گردید.<sup>۴</sup>

پایان جنگ جهانی دوم در اروپای غربی با خاتمه‌پذیری خودکامگی‌ها هم زمان شد و توجه مجدد به ارزش‌های متعالی و کرامت انسانی ضرورت ایجاد نهادهای حقوقی حمایت‌گر، به ویژه در سطح بین‌المللی را ضروری ساخت. در این راستا، توجه به حقوق و آزادی‌های فردی در قالب تأکید بر اصل برائت در رسیدگی‌های کیفری، اهمیت ویژه‌ای به خود گرفت. هر چند اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ فرانسه<sup>۵</sup>، با توجه به دست‌آوردهای انقلاب کبیر و به تبعیت از حقوق رُم، با عبارت (هر انسانی بی‌گناه است، مگر آنکه بزهکاری او ثابت شود) قبلاً بر اصل مذکور تأکید ورزیده بود، با این همه، اعلامیه جهانی حقوق بشر سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۸ به منظور جلب توجه خاص دولت‌های عضو در ماده ۱۱ خود و با عباراتی مشابه، ضرورت رعایت اصل برائت را مجدداً مورد تأکید قرار داد. چنان‌که اشاره شد، پیش فرض برائت متهم در دوران کنونی، میراث مشترک حقوقی همه ملل جهان محسوب می‌شود ولی برای نخستین بار به طور رسمی قبول حاکمیت آن بر محاکمات جزایی، در سال ۱۷۸۹ در اعلامیه حقوق بشر فرانسه صورت گرفته است. براساس ماده ۹ اعلامیه مذکور، «افراد تا زمان محکومیت بی‌گناه به شمار می‌آیند...»<sup>۶</sup> به هر حال آنچه در مقررات فوق مورد نظر بوده، این است که اولاً دادگاه نمی‌تواند وظیفه قضایی خود را با ظن یا به گمان مجرمیت متهم انجام نماید. بار اثبات مجرمیت متهم بر دوش دادسراست و هر نوع تردید و ابهام به نفع متهم تأویل می‌گردد. ثانیاً دادگاه باید امکان ارزیابی و رد و ابطال دلایل اتهام را برای متهم فراهم سازد. تقصیر متهم فقط از طریق دلایل غیر قابل ردی که مستقیماً از قانون ناشی می‌شوند، قابل اثبات است. اصل یا پیش فرض برائت یکی از اصول و قواعد بنیادین محاکمات جزایی است که از حقوق شهروندان

<sup>۴</sup>-شاملو، باقر(۱۳۸۳). اصل برائت کیفری در نظام‌های نوین دادرسی، علوم جنایی، مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر محمد آشوری، تهران: سمت،

<sup>۵</sup>- Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen

<sup>۶</sup>-همه افراد پیش از آنکه مجرم شناخته شوند، بی‌گناه به‌شمار می‌روند. از این رو اگر دستگیری اجتناب ناپذیر باشد، جلوی هر گونه سخت‌گیری و رفتار بد با زندانی، در صورتی که در راستای حفظ امنیتش نباشد، توسط قانون گرفته می‌شود.

در برابر قدرت طلبی‌های نهادهای عمومی حمایت می‌کند. پیش از اثبات تقصیر فرد در دادگاه صالح و به موجب قانون، هر نوع اظهار نظر مقامات عمومی پیرامون مسئولیت و مجرمیت وی نقض پیش فرض مورد بحث تلقی می‌شود. افزون بر این ایجاد هر نوع محدودیت برای افراد، هر چند به صورت موقت، پیش از کشف دلیل و توجه اتهام به نحو معقول نیز نقض اصل یا پیش فرض برائت محسوب می‌شود. در تمامی مواردی که اصل استقلال و بی‌طرفی دادگاه به زیان متهم نقض شده می‌توان گفت فرض برائت او نیز نادیده گرفته شده است. سرانجام کنوانسیون اروپائی حقوق بشر که کنوانسیون صیانت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی نیز خوانده می‌شود، با اختصاص بند ۲ ماده ۶ به اعلام اصل برائت و با عبارت «هر فردی که مورد اتهام قرار گیرد، بی‌گناه فرض می‌شود مگر این که مجرمیت او به طریق قانونی ثابت گردد»، بار دیگر توجه کشورهای اروپائی عضو شورای اروپا و تصویب کننده کنوانسیون و پروتکل‌های الحاقی آن را به ضرورت ایجاد شرایط خاص جهت اعمال جهت اصل مذکور، در سطح منطقه‌ای، به خود معطوف داشته است.<sup>۷</sup>

اصل برائت، با هدف تأمین و حفظ آزادی اساسی و شرافت انسانی هر شخصی است که مقام تعقیب و رسیدگی، وی را متهم به ارتکاب رفتاری مجرمانه نموده است. شخصی که عملی مجرمانه را انجام داده است، با نتایج سنگین اجتماعی و شخصی از جمله امکان محرومیت از آزادی جسمانی، بدنامی و طرد از اجتماع و سایر زیان‌های اجتماعی، روان‌شناختی و اقتصادی رو به رو می‌گردد. با توجه به سنگینی این نتایج، اصل برائت، اهمیتی اساسی پیدا می‌نماید. این اصل حاکی از بی‌گناهی افراد تا زمانی است که دولت مجرمیت آن‌ها را فارغ از هرگونه تردید و شک منطقی اثبات نماید. جای هیچ تردیدی نیست که در جامعه‌ای که برابری و عدالت اجتماعی را می‌ستاید و توصیه می‌کند، وجود چنین اصلی، ضروری است. اصل مذکور نیت انسان مدار ما را به اثبات می‌رساند و زبان اعتقاد ما است که تا زمانی که دلیل معارض وجود نداشته باشد، افراد نسبت به قانون صادق بوده و به آن احترام می‌گذارند. با توجه به آنچه که گذشت، هیچ کس را نمی‌توان به لحاظ کیفی مسئول قلمداد نمود مگر این که؛ اولاً مجرمیت فارغ از هرگونه تردید و شک منطقی اثبات شود، ثانیاً، بار اثبات دلیل بر دوش دولت قرار خواهد گرفت. ثالثاً، تعقیبات کیفی باید مطابق با دادرسی قانونی و عادلانه صورت پذیرد.<sup>۸</sup> از سوی دیگر، اصلی مهم برخاسته از حقوق کامن لا وجود دارد که به موجب آن، هرگاه در پایان رسیدگی، تردید و شکی منطقی در خصوص دلیلی راجع به عنصری از عناصر جرم یا نسبت به یک طریق دفاعی که به آن استناد شده است وجود داشته باشد، متهم در پناه اصل برائت خواهد بود. این اصل امروزه به عنوان اصلی مطابق با حقوق اساسی در کانادا درآمده است.

علاوه بر اصل بیان شده، حقوق عرفی (کامن لا) اصل مهم دیگری را راجع به امر دادرسی ناشی از اصل برائت پیش بینی نموده است که به موجب آن، بار اثبات دلیل بر عهده دولت گذارده شده است. در حقیقت، بعد از ابراز دلیل تعقیب و قبل از آن که متهم تصمیم به ارائه یا عدم بیان اظهارات خویش نماید، باید نزد دادگاه دلیلی کافی وجود داشته باشد تا به موجب آن هیئت منصفه حکم

<sup>۷</sup>-شاملو، باقر، پیشین، ص ۲۶۷.

<sup>۸</sup>-آکبری رومنی، فرناز (۱۳۸۷). اصل برائت در گذار تاریخ، مجله حقوقی دادگستری، شماره‌های ۶۲-۶۳، ص ۱۸۶.

به مجرمیت فرد تحت تعقیب دهند. در صورت عدم وجود دلیلی راجع به یکی از عناصر اتهام، متهم می‌تواند در پایان دلیل تعقیب، قرار منع پیگرد یا برائت را درخواست نماید. در صورت پذیرش این خواسته، متهم به دلیل عدم کفایت دلیل، تبرئه می‌گردد. بدین ترتیب، وفق اصول حقوق کامن‌لا و ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر<sup>۹</sup>، در این حالت دادگاه نمی‌تواند حکم بر مجرمیت فرد صادر نماید.

نخستین و مهم‌ترین اثر اصل برائت، در تکلیف مقام تعقیب به تحصیل و ارائه دلیل و اثبات بزه انتسابی به متهم نهفته است. در یک دعوی کیفری دادستان به عنوان مدعی العموم، مدعی اصلی است. لذا به موجب قاعده البینه علی المدعی، مکلف به اثبات بزهکاری متهم در مقابل دادگاه است. به عبارت دیگر متهم تکلیفی بر اثبات بی‌گناهی خود ندارد و بر دادر، به نمایندگی از سوی جامعه و با شاکی خصوصی است که نقض مقررات از سوی متهم را به اثبات رساند. اما باید توجه کرد که شیوه و چگونگی تحصیل دلیل از سوی دادر نیز به همان اندازه تکلیف دادر به ارائه دلیل، واجد اهمیت و هم مسئله آفرین است، تا آن‌جا که در بسیاری از کشورها عدم رعایت ضوابط پیش‌بینی شده به هنگام تحصیل دلیل، از مصادیق بارز تضییع حق دفاع متهم تلقی گردیده و دادگاه‌های عالی اقدام به ابطال تحقیقات و اقدامات قضائی انجام شده نموده‌اند.

اصل برائت و احترام به آن اقتضا می‌نماید که در مرحله تعقیب جرائم یک سری تشریفات و مواردی مرعی گردد. بایستی از معرفی شخص تحت تعقیب به عنوان مجرم تا اثبات اتهام او در یک دادگاه صالح طبق یک دادرسی عادلانه خودداری گردد و بسیاری از حقوق و امتیازات نیز برای متهم در هنگام تعقیب بایستی به رسمیت شناخته شود. از انتشار عکس اشخاص تحت تعقیب بایستی خودداری گردد. در این گفتار به بررسی این موارد در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر همچون اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و نیز حقوق کیفری داخلی می‌پردازیم.

اعلامیه جهانی حقوق بشر در ماده ۱۱ خود اعلام می‌دارد که هر کس به بزهکاری متهم شده باشد، بی‌گناه محسوب خواهد شد تا وقتی که در جریان یک دعوی عمومی که در آن کلیه تضمین‌های لازم برای دفاع او تأمین شده باشد، تقصیر او قانوناً محرز گردد. ماده ۸ اعلامیه در واقع یک نوع ضمانت اجرا برای رعایت حقوق و آزادی‌های فردی است. بر اساس این ماده، در برابر اعمالی که حقوق اساسی فرد را مورد تجاوز قرار بدهد و آن حقوق به وسیله قانون اساسی یا قانون دیگری برای او شناخته شده باشد، هر کس حق رجوع مؤثر به محاکم ملی صالحه دارد.

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز در ماده ۹ خود اعلام می‌دارد: «۱- هیچ کس را نمی‌توان خودسرانه دستگیر یا بازداشت کرد. از هیچ کس نمی‌توان سلب آزادی کرد مگر به جهات و طبق آیین دادرسی مقرر به حکم قانون ۲- هر کس دستگیر می‌شود

<sup>۹</sup>- (۱) هر کس که به بزه کاری متهم شده باشد بی‌گناه محسوب خواهد شد تا وقتی که در جریان یک دعوی عمومی که در آن کلیه تضمین‌های لازم برای دفاع او تأمین شده باشد تقصیر او قانوناً محرز گردد. (۲) هیچکس برای انجام یا عدم انجام عملی که در موقع ارتکاب، آن عمل بموجب حقوق ملی یا بین‌المللی جرم شناخته نمی‌شده است محکوم نخواهد شد. به همین طریق هیچ مجازاتی شدیدتر از آنچه که در موقع ارتکاب جرم بدان تعلق می‌گرفت درباره احدی اعمال نخواهد شد.

باید در موقع دستگیر شدن از جهات آن مطلع شود و در اسرع وقت اختطاریه‌ای دائر بر اتهامی که به او نسبت داده می‌شود دریافت دارد. ۳- هر کس به اتهام جرمی دستگیر یا بازداشت می‌شود. باید او را در اسرع وقت در محضر دادرسی یا هر مقام دیگری که به موجب قانون مجاز به اعمال اختیارات قضایی باشد، حاضر نمود و باید در موقع معقولی دادرسی یا آزاد شود. بازداشت اشخاصی که در انتظار دادرسی هستند نبایستی قانون کلی (اصل) باشد لیکن آزادی موقت ممکن است مؤکول به اخذ تضمیناتی بشود که حضور متهم را در جلسه دادرسی و سایر مراحل رسیدگی قضایی و حسب مورد برای اجرای حکم ضمانت نماید. هر کس که بر اثر دستگیری یا بازداشت شدن از آزادی محروم می‌شود، حق دارد که از دادگاه تظلم‌خواهی نماید تا دادگاه بدون تأخیر، راجع به قانونی بودن بازداشت اظهار نظر نماید و در صورت غیر قانونی بودن بازداشت، حکم آزادی او را صادر کند. ۵- هر کس به طور غیر قانونی دستگیر یا بازداشت باشد، حق مطالبه غرامات وارده را خواهد داشت». همان‌گونه که می‌بینیم میثاق هم‌گام با اصل برائت، تشریفات ضروری جهت تعقیب متهم را مورد شناسایی قرار داده است.

درباره نحوه ارائه اطلاعات پرونده به مظنون، قاعده و ضابطه خاصی وجود ندارد. نیازی نیست که وی را کتباً آگاه سازند و همچنین اطلاعات مربوطه ممکن است تدریجاً در اختیار او قرار داده شود، مشروط بر اینکه بلافاصله پس از حلول، ارائه شوند. قضاوت در مورد رعایت یا عدم رعایت این دستور باید در هر مورد به طور جداگانه صورت پذیرد.<sup>۱۰</sup> علاوه بر این مظنون حق دارد برای رسیدگی مجدد به لزوم یا عدم لزوم بازداشت خویش به یک مقام قضایی بی طرف مراجعه نماید؛ این همان موضوعی است که در حقوق کامن‌لا، به حق شکایت بر اساس قرار احضار زندانی مشهور است. مسائلی از جمله صدور کیفرخواست علیه مظنون یا حضور وی در جلسه تحقیقات مقدماتی دادگاه، نمی‌تواند خودداری از رسیدگی به موقع به شکایات یاد شده را توجیه کند. براساس یکی از اصول پذیرفته شده و تثبیت شده قواعد بین‌المللی حقوق بشر، بازداشت پیش از محاکمه، مادام که از محدوده زمانی معقولی تجاوز نکند، از نظر حقوقی مجاز است.<sup>۱۱</sup>

با این حال، خطاهای قضایی یا شهادت دروغ، گاه ممکن است فرد بی‌گناهی را به عنوان مجرم جلوه دهد. این شرایط که جلوه‌ای از محکومیت بی‌گناهان است، می‌تواند منجر به این امر شود که فرد بی‌گناه بر خلاف اصل برائت، وارد معامله اتهام شود. در این شرایط، فرد تنها برای رهایی از مجازات شدیدتر و با علم به بی‌گناهی خود، ممکن است در معامله شرکت کند. لذا در این شرایط نیز معامله اتهام، موجب نقض حقوق بنیادی متهم می‌شود. این امر به ویژه توسط حقوق‌دانان فرانسوی مورد تأکید قرار گرفته است.<sup>۱۲</sup> زمانی که وکلای مدافع با تعداد پرونده‌ی زیاد روبه‌رو و به ازای هر پرونده مبلغی ثابت دریافت می‌کند، آن‌ها تشویق می‌شوند تا هرچه سریع‌تر هر پرونده را حل و فصل کنند.<sup>۱۳</sup> از سوی دیگر حجم پرونده‌های زیاد می‌تواند دادستان را مجبور کند تا تخفیفات

<sup>۱۰</sup> - Jean-Bosco Barayagwiza v. prosecutor, Case No. ICTR – ۹۷-۱۹-I, ICTR APP.ch, ۲NOV. ۱۹۹۹, para-۸۰-۸۵

<sup>۱۱</sup> - گریانگ ساک گیتی (۱۳۸۳). حقوق بین‌الملل کیفری، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، تهران: انتشارات سمت، ص ۵۳۶

<sup>۱۲</sup> - O'Brien, Marc-Étienne, (۲۰۱۷). L'adéquation des discours relatifs à la négociation de plaidoyer avec leur mise en œuvre Une analyse comparée, historique et sociologique, Université Laval, p ۲۳

<sup>۱۳</sup> - PERBEN, D., (۲۰۰۴). «Les Entretiens du Palais : Rencontres avocats-magistrats (Bordeaux - ۸ et ۹ octobre ۲۰۰۴): Table ronde n° ۱: les évolutions récentes de la procédure pénale: Intervention de Dominique Perben», ۱ (janvier-février) Gaz. Palais ۱۹۰

زیادی را برای متهمین لحاظ کند تا بتواند هرچه سریع‌تر پرونده‌ها را حل و فصل کند. تأثیر این ریسک از آنجایی که قربانیان تقریباً هیچ حرفی در آن ندارند، بیش‌تر به چشم می‌آید. در چنین شرایطی، دادستان به منظور پیش بردن کار بدون لحاظ کردن حقوق قربانی، تخفیفات سخاوتمندانه‌ای را به متهم پیشنهاد می‌دهد<sup>۱۴</sup>.

در عمل، قاضی فرانسوی می‌تواند در نقش ناظر بر دو طرف معامله اتهام نظارت کند تا این اطمینان حاصل شود که معامله اتهام براساس ادله و شواهد پرونده حاصل شده‌باشد. اما در عمل، قانون ابزار محدودی در اختیار قضات برای نظارت بر معامله اتهام قرار داده و به همین دلیل، قضات به ندرت نقش نظارتی بر معامله اتهام دارند. به علاوه، در بسیاری از حوزه‌های قضایی، قضات از دخالت و یا ابراز نظر در خصوص مذاکرات معامله اتهام منع شده‌اند. این در حالی است که قضات در حین مذاکرات می‌توانند بیشترین تأثیر را بر حقانیت و عدالت معامله اتهام بگذارند. زمانی که طرفین درگیر به توافقی دست یافتند، آن‌ها دلیلی بر آشکار کردن جزئیات توافق ندارند. به همین دلیل پرسش قاضی در خصوص حقایقی که توافق حاصله بر آن برپا شده است، هیچ‌گاه شامل مواردی نمی‌شود که اصل توافق را زیر سؤال ببرد<sup>۱۵</sup>.

### گفتار دوم: دیدگاه ذهنی

پیروان این دیدگاه حقوقدانانی هستند که از آنها با عنوان موافقان جرم انگاری جرائم ناقص یاد می‌شود این دیدگاه که بر عقاید مکتب تحقیقی مبتنی است. بیشتر نگاه اخلاقی به جرم دارد و به دنبال حفظ مصالح اجتماعی است. پیروان این دیدگاه معتقدند که اگر چه بین جرم ناقص و جرم کامل به لحاظ عینی و خارجی تفاوت جدی وجود دارد اما از نظر ذهنی هیچ تفاوتی بین این دو نیست زیرا در هر دو صورت، فاعل قصد جدی بر ارتکاب جرم داشته است و این که قصد مرتکب به دلایلی معلق و ناتمام مانده و تحقق عینی نیافته هیچ تاثیری در استعداد مجرمانه و حالت خطرناک او ندارد. از عقاید پیروان این دیدگاه چنین استفاده می‌شود که برای مجازات نباید تنها اعمال خارجی مرتکب را در نظر گرفت بلکه باید بیشتر به روحیه و قصد مشارالیه که بیانگر حالت خطرناک اوست توجه نمود. بنابراین مطابق این دیدگاه مرتکب جرم ناقص به همان اندازه مستحق مجازات است که مرتکب جرم کامل، همانطور که در بخش‌های قبل ملاحظه شد در هیچ یک از نظام‌های حقوقی دیدگاه نخست مورد توجه قانونگذاران قرار نگرفته زیرا هرگز به مصلحت نیست که از مجازات بزهکاری که با سؤنیت مقداری از عمل مجرمانه خود را مرتکب شده، ولی به این دلیل که نتوانسته مسیر مجرمانه را تا انتها طی کند یا اینکه علیرغم طی نمودن مسیر، نتوانسته نتیجه دلخواهش را به دست آورد چشم پوشی نمود.<sup>۱۶</sup> با این وجود تنها نظام حقوقی که ظاهراً از دیدگاه عینی تبعیت کرده. قانون گذار ۱۳۷۰ ایران بود که موجب ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی، جرائم ناقص را بدون مجازات اعلام کرده بود البته قوانین جزایی که پس از قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ به تصویب رسیدند به ایرادات این دیدگاه پی برده و شروع به جرم که یکی از مصادیق جرم ناقص محسوب می‌شود را لاقلاً در مورد

<sup>۱۴</sup> - MOLINS, F.(۲۰۰۳), «Plaidoyer pour le “plaider coupable”: des vertus d’une peine négociée», AJ Pénal. ۶۱.

<sup>۱۵</sup> - LAMY, B. DE,(۲۰۰۴). «La loi n° ۲۰۰۴-۲۰۴ du ۹ mars ۲۰۰۴ portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité», Recl. Dalloz. ۱۹۱۰.

<sup>۱۶</sup>-دکترزاده، ابراهیم(۱۳۱۸). چرا و چگونه شروع به بزه را باید مجازات نمود، مجله حقوقی شماره ۱۱۰، ص ۱۹.

برخی از جرائم، مفروض دانسته اند که از جمله می‌توان به قانون مجازات ۱۳۷۵ اشاره نمود که شروع به جرم را در هفت مجرمانه قابل مجازات اعلام کرده است. همچنین قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز از دیدگاه عینی روی برگردانده و از دیدگاه ذهنی تبعیت نموده و به موجب ماده ۱۲۲ برای شروع به اکثر جرائم، مجازات پیش بینی کرده است.

دیدگاه ذهنی بر خلاف دیدگاه نخست مورد استقبال نظام‌های حقوقی قرار گرفته ولی از آنجا که شالوده این دیدگاه بر ذهنیت مرتکب استوار است، سبب می‌گردد تا کلیه اعمالی که در مراحل اول، دوم و سوم ارتکاب جرم، صرفاً به این دلیل که با قصد رسیدن به جرم تام تدارک دیده شده‌اند، ذیل عنوان جرم ناقص قابل مجازات باشند که این امر محدود شدن حقوق و آزادی‌های فردی را در بر خواهد داشت به همین دلیل نظام‌های حقوقی تا حد امکان این دیدگاه را تعدیل نموده‌اند که یکی از این موارد تعدیل، قرار ندادن مراحل اول و دوم ارتکاب جرم در ذیل عنوان جرائم ناقص، یا به عبارت دیگر محدود کردن مصادیق جرم ناقص به مرحله سوم ارتکاب جرم است که در بخش (مراحل ارتکاب جرم) بدان پرداخته شده است. البته انگلستان به دلیل نگاه ذهن گرایانه که دارد، تحریک و تبانی را با اینکه در حد یک تصمیم ابراز شده برای ارتکاب جرم می‌باشند در حکم آغاز عملیات اجرایی قلمداد نموده و آنها را در زمره جرائم ناقص قرار داده است. جهت دیگر تعدیل دیدگاه ذهنی مربوط به مجازات جرم ناقص و میزان آن است.

### نتیجه‌گیری

نظام حقوقی انگلستان به جرم ناقص معنایی عام‌تر از نظام حقوقی ایران بخشیده است. هم در انگلستان و هم در حقوق ایران شروع به جرم به عنوان یک جرم ناقص پذیرفته شده است ولی تفاوت این دو نظام حقوقی در جرایمی است که در حکم شروع به جرم شناخته می‌شوند. در حقوق مدون، جرائم در حکم شروع به جرم محدودند به جرم عقیم و محال، ولی در کامن لا تحریک و تبانی نیز در حکم شروع به جرم دانسته شده‌اند. با نگاهی به مصادیق جرم ناقص در حقوق ایران می‌توان پی برد که آنچه بیشتر مبنای اعمال مجازات برای این جرائم قرار گرفته، عملی است که بزهدار در جهت رسیدن به قصد مجرمانه‌اش مرتکب شده ولی در به پایان رساندن آن ناکام مانده یا علی‌رغم به پایان رساندن آن، نتیجه دلخواهش را به دست نیاورده اما انگلستان در تبیین مفهوم جرم ناقص علاوه بر عمل ارتکابی به مرتکب عمل نیز توجه دارد. قرار گرفتن تحریک و تبانی در زمره جرائم ناقص شاهدی بر این مدعاست زیرا کسی که دیگری را به ارتکاب جرمی تحریک می‌نماید یا با او برای ارتکاب آن جرم توافق می‌کند علی‌رغم آن که هیچ گونه اقدامی در جهت رسیدن به جرم مقصودش انجام نداده به ارتکاب شروع به جرمی که بدان تحریک نموده یا صرفاً برای انجام آن توافق کرده محکوم خواهد شد. در حالی که در حقوق ایران هنگامی می‌توان شخصی را به ارتکاب تحریک مجازات نمود که جرم مورد تحریک به منصفه ظهور برسد که چنین شخصی تحت عنوان معاون مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد و نه مرتکب شروع به جرمی که بدان تحریک نموده و تبانی نیز اصولاً در مورد برخی از جرائم مهم، عنوان مستقل مجرمانه داشته و تبانی کنندگان بدون توجه به جرمی که برای ارتکاب تن تبانی کرده‌اند به مجازات مربوطه محکوم می‌شوند. بنابراین می‌توان ادعان نمود که سیستم حقوقی انگلستان به این مقوله بیشتر نگاه ذهنی دارد تا عینی، قرار گرفتن تحریک و تبانی در زمره جرائم ناقص در حقوق انگلستان سبب شده که این نظام حقوقی با مرتکبان این گونه جرائم برخورد شدیدتری در مقایسه با حقوق مدون از خود نشان دهد که هر



چند امنیت جامعه را به نحو کامل تأمین می‌کند و موجب خفه کردن جرم در نطفه می‌گردد ولی از آنجا که اعمال مرتکب در تحریک و تبانی تا اجرای کامل جرم فاصله بسیاری دارد، مجازات نمودن چنین شخصی تحت عنوان شروع به جرم، از جهت عدم رعایت تناسب جرم و مجازات بر خلاف مبانی جرم‌نگاری و اصل سرزنش‌پذیری است.

جرم کامل یا تام در برابر جرم ناقص قرار دارد و چون جرم ناقص نسبت به جرم کامل حالت استثنا دارد و زمانی که واقع می‌شود، تکلیفش را قانونگذار بیان می‌کند در قالب شروع به جرم و توابعش، به طور کلی جرم کامل جرمی است که رفتار محقق می‌شود به علاوه وجود موضوع (منظور از موضوع، موضوع در معنای عام است یعنی همان شرایط لازم که قانونگذار پیش بینی کرده، وضعیات موضوعی در برابر وضعیات حکمی، یعنی فقط موضوع در معنای خاص نیست آنچیزی که رفتار بر روی آن واقع می‌شود) و در جرائم مقید باید نتیجه هم حاصل شود. (در جرائم مقید عنصری هم اضافه می‌شود به نام نتیجه). منتها جرم ناقص جرمی است که بر خلاف جرم کامل، یکی از اینها وجود ندارد، در حالت خیلی ابتدایی زمانی است که هیچ یک وجود ندارد، یعنی هیچ یک نسبت به جرم اصلی وجود ندارد، اگر هیچ یک وجود نداشته باشد معمولاً می‌گویند تبانی نسبت به آن صورت گرفته، به همین خاطر تبانی یکی از جرائم ناقص تلقی می‌شود ولی این نکته را توجه داشته باشید که تبانی یک جرم قصدی نسبت به جرم اصلی است ولی یک جرم رفتاری نسبت به ماهیت خودش است، یعنی اگر دو یا چند نفر تبانی کنند برای اقدام بر ضد اعراض و نفوس یا تبانی بر ضد امنیت، این نسبت به آن جرم امنیتی که می‌خواهند انجام دهند یا قتلی می‌خواهند انجام دهند در مرحله قصد است (نسبت به جرم اصلی). ولی تبانی ماهیتاً قصدی نیست بلکه اجتماع و تبانی می‌کنند و یک رفتار در محیط بیرون انجام می‌دهند و سپس اقدامات اجرایی را تدارک می‌بینند و این یک جرم مرکب دو رفتاری است (ماده ۶۱۱) و یا تبانی برای ارتکاب جرائم علیه امنیت تک رفتاری است که اجتماع و تبانی می‌کنند، نسبت به ماهیت خودشان رفتار دارند همان اجتماع و تبانی (بنا گذاشتن بر چیزی). بنابراین ما جرم قصدی در حقوق کیفری مطلقاً نداریم، هیچ جرمی پیدا نمی‌کنید که فقط قصد باشد بلکه این جرم قصدی به اعتبار جرم اصلی است یعنی آن قتلی که می‌خواستند انجام دهند یا احتراق منازل مسکونی، یا احتراق خرمن‌های مردم، در اینجا قصدی است، در اینجا اولین مرحله جرم ناقص است، جایی که اساساً در همان مرحله اول هیچ کدام از این سه تا عنصر رکن مادی محقق نمی‌شود و فقط قصد است (نسبت به جرم اصلی). که به این می‌گوییم تبانی، چون تبانی در مرحله قصد است (نسبت به جرم اصلی)، که به این می‌گوییم تبانی، چون تبانی در مرحله قصد است (نسبت به جرم اصلی)، ولی ماهیت خودش رفتار جداگانه‌ای دارد معمولاً در حقوق جزای عمومی به آن اشاره نمی‌شود، و در جزای اختصاصی بیان می‌شود (تبانی برای ارتکاب جرائم اصلی) و حالت قاعده ندارد که بگوییم این یکی از جرائم ناقص در بخش کلیات قانون مجازات اسلامی می‌باشد. ولی این سه تا چون حالت قاعده عمومی دارند (رفتار، موضوع و نتیجه در جرائم مقید) از این در اون سه تا نوع دیگر که جرم ناقص هستند (یعنی شروع به جرم، جرم محال و جرم عقیم) در ذیل قواعد عمومی قرار می‌گیرند و بر خلاف تبانی که هیچ یک از این سه تا وجود ندارد نسبت به جرم اصلی که مد نظر مرتکبین بوده در اینجا ما می‌توانیم بر اساس قواعد عمومی آنها را معرفی کنیم.

بنابراین جرم ناقص در مرحله اصلی که گفتیم تبانی است، در مرحله بعدی می‌تواند اینطور باشد که رفتار محقق نشود و بعد موضوع وجود نداشته باشد و یا نتیجه محقق نشود، اگر رفتار محقق نشود که به علاوه شروع به اجرا و مانع خارجی است (خواستیم بگوییم که فرق بین جایی که رفتار محقق نمی‌شود تا جایی که اصلاً جرم محقق نمی‌شود چیست) اینجا شبیه مرحله اول است ولی یک مرحله جلوتر است. اینجا (یعنی در مرحله اول که قصد باشد) قصد هست و یکسری رفتارهای مقدماتی و به همین خاطر جرم تمهیدی است اما اینجا (در مرحله بعد) شروع به اجرا می‌کند. به همین خاطر مرحله شروع به اجرا (که بر خلاف آنهایی که شروع

به اجرا ندارند و در مرحله اول می‌مانند) در اینجا شروع به اجرا با مانع خارجی محقق می‌شود. اگر رفتار محقق نشود، شروع به جرم است. اگر موضوع وجود نداشته باشد جرم محال است و اگر نتیجه محقق نشود جرم عقیم است. بنابراین در شروع به جرم اصلاً رفتار واقع نمی‌شود. رفتار در شروع به جرم آنی واقع نمی‌شود و در جرائم مستمر و مرکب ممکن است بخشی از رفتار شود ولی چون عموم جرائم ساده و آنی هستند ابتدائاً و اصالتاً رفتار واقع نمی‌شود و اینکه بعضاً گفته می‌شود که بخشی از رفتار واقع می‌شود یا اینکه در حین یا وسط رفتار است اساساً درست نیست. در جرائم آنی و ساده به یک رفتار واقع می‌شوند ولی این بحث راجع به جرائم مستمر و مرکب قابل بحث است که آنجا می‌گوییم ممکن است واقع شود.

پس رفتار واقع نمی‌شود یعنی شما تیراندازی را نمی‌کنید، ضربه را نمی‌زنید، مال را جابجا نمی‌کنید، مال را تخریب نمی‌کنید و سایر رفتارهای دیگر و شما به واسطه اینکه شروع به اجرا کرده‌اید و مانع خارجی، عملیات متوقف شده است.

واژه (اجرا) در ۲ جا در قانون مجازات اسلامی واجد اثر است، یکی در بحث شرکت در جرم است که واژه (عملیات اجرایی) به کار برده شده است و یکی در شروع، واژه اجرا در برابر رفتار که در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی که اعم از فعل و ترک فعل است دلالت بر این می‌کند که رفتار (که بعضاً به طور عام می‌گوییم عنصر مادی، در حالی که عنصر مادی در معنای خاص می‌شود رفتار در حالی که عنصر مادی در معنای عام شامل رفتار و موضوع در جرائم مطلق و رفتار و موضوع و نتیجه در جرائم مقید است ولی رفتار که اصلی‌ترین قسمت رکن مادی است ناظر به همان فعل و ترک فعلی است که مرتکب قرار است انجام دهد، و قانون پیش بینی کرده است، پس اجرا ماهیتاً با رفتار یکی نیست. رفتار مشخص است که چه کاری باید انجام دهد و چه کاری نباید انجام دهد، اگر آن کار را انجام داد و یا انجام نداد در قالب فعل یا ترک فعل انجام می‌شود.

ولی وقتی که اجرا به کار می‌بریم منظور قانونگذار در اینجا یک رویکرد ظاهری مبنی بر چگونگی یا نحوه عملیاتی شدن آن رفتار است، برای همین وقتی که در شرکت در جرم می‌گوید (عملیات اجرایی) این واژه درست‌تر از این است که گفته می‌شود اگر دو یا چند نفر حضور داشته باشند، عملیات اجرایی نشان می‌دهد که شرکا عموماً و بالای ۹۹ درصد جرم را مثل هم انجام نمی‌دهند، یعنی شما کمتر شریکی پیدا می‌کنید که رفتارشان هم اندازه و به یک شکل دیگر و در یک قالب قرار بگیرد، معمولاً اعمالشان متفاوت است در نزاع، در زد و خورد، در سرقت رفتارها معمولاً مثل هم نیستند از دید قانونگذار مهم این است که شما در عملیات اجرایی باشید و در صحنه جرم باشید. عملیات اجرایی در شرکت در جرم دو ویژگی می‌تواند داشته باشد: یک اینکه شرکا در عملیات اجرایی باشند دوم اینکه قابلیت جابه جایی داشته باشند، یعنی اگر این نتوانست انجام دهد آن یکی انجام دهد، ممکن است سه نفر با هم وارد بانک شده باشند، یعنی اگر این نتوانست انجام دهد آن یکی انجام دهد، ممکن است سه نفر با هم وارد بانک شده باشند و یکی فقط گونی را برداشته باشد و سه نفری فرار کنند و بروند، در اینجا هر سه شریک هستند، اینجا دیگر نمی‌گوییم رفتار، در حالی که رفتار را فقط یکیشان انجام داده است. عملیات اجرایی حامل این معناست، یعنی شما می‌توانید که در بانک بودید و در صحنه بودید و قابلیت جابجایی هم بوده است، بنابراین ما در اینجا سه نفر را شریک تلقی می‌کنیم. در مثال دیگر ده نفری که با هم برنامه ریزی کرده‌اند و رفته‌اند ساختمانی که یک انگشتر قدیمی را بدزدند، هر ده نفر شریک هستند و لازم نیست انگشتر را با هم بگیرند و بیایند بیرون، در حالی که یک نفری که بیرون دم در ایستاده و یک نفر هم با ماشین منتظر آنهاست، این‌ها دیگر شریک نیستند چون اینها در صحنه جرم نیستند (صحنه جابجایی آن مال). به همین خاطر عملیات اجرایی در شرکت در جرم معنی پیدا می‌کند و به همین صورت اجرا در شروع، شما وقتی که قاعده مانع خارجی را دارید که اجازه نخواهد داد رفتار واقع شود، شروع به اجرا یعنی اینکه شما در این عملیات قرار گرفته‌اید یعنی در صحنه انجام جرم قرار گرفته‌اید. به عبارت دیگر همان رویکرد دیوان عالی

کشور که اگر مانع یا عایق نرسد به ناگزیر مرحله بعدی انجام رفتار است، اجرا کرده‌ای ولی این رفتار انجام نمی‌شود یعنی در موقعیت انجام جرم قرار می‌گیری، به این می‌گویند شروع به این عملیات، یعنی وارد صحنه‌ای می‌شوی که مثل شرکای جرم قرار است جرم را در آن صحنه انجام دهی ولی مانع اجازه نمی‌دهد شما آن را انجام دهید، برای همین واژه شروع به اجرا متضمن انجام رفتار نیست بلکه متضمن حضور شما در صحنه انجام رفتار یا عملیات است که اگر مانع خارجی از راه نرسد جرم به ناگزیر واقع می‌شود به همین خاطر می‌گویند شروع به جرم مرحله‌ای است که اگر مانع خارجی حضور نداشته باشد به ناگزیر مرحله بعدی انجام جرم است. یعنی آماده شده که بزند، آماده شده که مال را ببرد، تمام قراین و اوضاع واحوال نشان می‌دهد که دارد تیر اندازی می‌کند و مانع خارجی اجازه نمی‌دهد.

واژه اجرا در اینجا (در شروع به جرم) و در شرکت در جرم حامل این معناست: یعنی مشخصاً اجرا و رفتار یکی نیست. اجرا عملیاتی است برای انجام رفتار و یا در واقع صحنه سازی یا حضور در همان بستری که رفتار را قرار است انجام دهد. برای در شروع به جرم، رفتار واقع نمی‌شود، به استثنا مواردی که جرم ماهیتاً رفتارشان با این قاعده فرق می‌کند: یکی جرم مرکب است. جرم مرکب جرمی است که از دو یا چند رفتار شکل گرفته، پس نشان می‌دهد که در واقع دو رفتار لازم است برخی از جرائم مرکب به لحاظ میزان مجازات قابلیت کیفر داشتن از جهت شروع به جرم دارند. اقدام از راه حيله و تقلب و بردن مال دیگری مثال این مورد می‌باشد. اقدام از راه دیگر تقلب، رفتار اول کلاهبرداری است و بردن مال رفتار دوم است، شخصی ممکن است رفتار را انجام دهد ولی بردن مال محقق نشده باشد، مانور متقلبانه را انجام داده و بعد یکی از دوستانش می‌گوید من این را می‌شناسم این کلاهبردار است تا این میزان شروع به کلاهبرداری است و موارد دیگری جرم مرکب مثل مواد (۵۱۰)، (۵۳۰)، (۶۱۱) کتاب پنجم قانون تعزیرات و (۷۴۵) جرایم رایانه‌ای، در جرائم مستمر هم به همین صورت است تا زمانی که استمرار کامل نشده، یکی مرحله قبل از آن می‌تواند به عنوان شروع به جرم تلقی شود.

اما در ارتباط با جرم محال، جایی که محال است. ما واژه محال بودن یا ناممکن بودن را به اتکای این به کار می‌بریم که لغتا و عرفاً که چیزی وجود ندارد که در واقع جرم نسبت به آن واقع شود و از این رو جرم محال در معنای خاص نسبت به چیزی که وجود ندارد، مالی که وجود ندارد؛ سندی که وجود ندارد. ولی در معنای اعتباری و عام می‌گوییم که هر گونه وضعیاتی که قانونگذار در نظر گرفته و آن وجود ندارد.

راجع به جرم محال دیدگاه بنده این است که نه تنها جرم محال عقیم و شروع به جرم، که هر دو حکم شروع به جرم را دارند و مشمول مجازات شروع به جرم هستند بلکه بنده معتقدم که جرم محال را باید اعم از موضوع خاص و عام بدانیم، بنابراین اگر کسی در جایی که فکر می‌کرده طرف مقابلش که نسبت به او مزاحمت ایجاد کرده دختر بوده ولی پسر از آب در او آمده، آن تجری اش را انجام داده یعنی رفتارشان را انجام داده و موضوعی در این زمینه وجود نداشته است، به شرطی که قابل کیفر باشد یک همچین مواردی را می‌توان در حکم شروع به جرم دانست.

و در آخر جرم عقیم جرمی است که نتیجه محقق نمی‌شود بنابراین جرم عقیم در برابر منتج است و فقط مخصوص جرائم مقید است ولی دو مورد دیگر در جرائم مطلق هم است. جرم عقیم فقط در جرائم مقید است زمانی که شخص اقدامی انجام می‌دهد و نتیجه حاصل نمی‌شود و فرقی هم نمی‌کند که چه تیر اندازی به ماشین ضدگلوله کرده باشی، چه به بدنش خورده باشد و پزشکان نجاتش داده باشند، چه به درخت خورده باشد، همه این‌ها می‌شود جرم عقیم، چون رفتار واقع شده و موضوع هم وجود دارد.

التهایه یک ضابطه، رفتار می‌باشد، که محقق شود یا نشود، (به همین صورت شما وقتی که قاعده مانع خارجی را دارید که اجازه نخواهد داد رفتار واقع شود). معیار دیگر که معیار جامعی به حساب می‌آید امکان یا عدم امکان وقوع جرم در زمان شروع به اجرا است، بدین توضیح که، در فرض اول هر گاه در زمان ورود به عملیات اجرایی (شروع به اجرا) تحقق جرم غیر ممکن باشد، با دوقوله ی عملیات مباح یا جرم محال مواجه می‌شویم، بدین ترتیب که هر گاه (علت غیر ممکن بودن جرم) عدم تکافوی ذاتی رفتار باشد، عمل مذکور اصولاً جز هیچ یک از مصادیق جرائم ناتمام قرار نگرفته و این میزان عمل مستحق واکنش کیفری نخواهد بود: چرا که در واقع شروع به اجرا به عنوان شرط وقوع جرم ناتمام محقق نشده است. در مقابل چنانچه علت امر ناشی از فقدان موضوع، وجود مانع، یا عدم تکافوی نسبی رفتار باشد جرم محال رخ داده است، در فرض دوم هر گاه در زمان شروع به اجرا وقوع جرم ممکن باشد اما ایجاد مانع یا وجود مانع، سبب (عدم تحقق عملی جرم) گردد، شروع به جرم محقق شده است و چنانچه عدم تحقق جرم ناشی از تقصیر یا عیب مرتکب باشد، جرم از نوع عقیم است.

ضابطه دیگر با مذاقه در عملیات اجرایی جرم مقصود و احراز امکان یا عدم امکان نتیجه می‌باشد. و در آخر اگر خیلی خلاصه بخواهیم بگوییم اگر (رفتار) محقق نشود می‌شود شروع به جرم، (موضوع) وجود نداشته باشد جرم محال است و (نتیجه) محقق نشود جرم عقیم است، جرم ناقص جرم فقدان‌هاست. یکی از اینها (رفتار، موضوع و نتیجه) فاقد باشد.

#### پیشنهاد ها

۱- نکته مثبت رویکرد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، بازگشت به موضع قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲ از جهت هایی است: زیرا هم نفس شروع به جرم را، البته جز تعزیری درجه شش تا هشت، به وصف کیفری متصف ساخته است و هم برای جرم محال مادی ضمانت اجرایی تعیین نموده است. ره آورد دیگر، تصریح به دخالت عامل خارج از اراده در توقف عملیات اجرایی جرم است که حتی میتوان آنرا نسبت به معیار مورد اهتمام قانون سال ۱۳۵۲ که بر انصراف ارادی مرتکب اصرار داشت نیز جامع تر دانست.

۲- به رغم سکوت قانونگذار، نمی‌توان به جرم بودن شروع به جرم اشاره و از تسری چنین توصیفی به جرم عقیم که مرتکب، برای نیل به مقصود مجرمانه اش هر آنچه می‌بایست، انجام و خطرناکتر جلوه می‌نماید، امتناع ورزید. در تعلیل این تلقی همین بس که رفتار مرتکب با توجه به عبارت (قصدش معلق بماند) مذکور در ماده (۱۲۲) قانون مجازات اسلامی دست کم، داخل در مفهوم شروع به جرم و مشمول مجازات آن قرار می‌گیرد. با وجود این، اصلاح قانون و استفاده از عبارت کامل تر (قصدش معلق یا بی اثر بماند)، به منظور تقویت این برداشت توصیه میشود.

۳- در پرتو تحولات اخیر، انصراف ارادی، از موانع شکل‌گیری شروع به جرم تلقی شده است. در مقابل، بر خلاف قانون سابق، به تخفیف مجازات مرتکب در صورت جرم خاص بودن اقدام او، تصریح نشده است. با توجه به اینکه پشیمانی مرتکب، نه معطوف به جرم انجام شده که معطوف به جرم نهایی است، موجبی برای تخفیف او و استناد به بند (ث) ماده (۳۸) قانون مجازات اسلامی باقی نمی‌ماند.

۴- ماده (۱۲۲) نسبت به چگونگی واکنش نسبت به شروع به جرم، آنجا که دادگاه در مرحله کیفر دهی، با مجازات های تخییری روبروست و از حق گزینش برخوردار، فاقد راهکار است. با وجود این رجوع به تبصره (۳) ماده (۱۹) قانون مورد بحث که در حالت تعدد مجازات، شدیدترین را ملاک قرار داده، می تواند فرو گشا باشد. گرچه، به دلیل وجود مخالف در این رابطه، اتخاذ موضع صریح از سوی قانونگذار اجتناب ناپذیر خواهد بود.

۵- موضع قانونگذار ایران در مقایسه با سیستم حقوقی انگلیس در راستای تفکیک اشخاص حقوقی و اشخاص حقیقی راجع به ارتکاب شروع به جرم از سوی اشخاص حقوقی و تحمیل مجازات بر آنها به شدت قابل انتقاد است: چه، از یک سو، با توجه به اطلاق حاکم بر ماده (۱۴۳) قانون مجازات اسلامی و سازکار تعبیه شده در آن- نظریه نمایندگی- انتساب جرم ناقص را نیز به این اشخاص ممکن می نماید و از دیگر سو، سنخ ضمانت اجراهای لحاظ شده در بندهای (الف) و (ب) ماده (۱۲۲) -حبس و شلاق- به دلیل عدم سنخیتی با ماهیت اشخاص مورد اشاره، مسؤلیت کیفری این موجود ها بر اساس بندهای مورد اشاره، ناممکن نموده است. از این رو، اقتضا می نماید که در اصلاح های بعدی، با پیش بینی ضمانت اجراهای متناسب و نیز، جایگزینی واژه (هر شخص) به جای (هر کس) این نقیصه رفع شود.

منابع:

۱. اکبری رومنی، فرناز (۱۳۸۷). اصل برائت در گذار تاریخ، مجله حقوقی دادگستری، شماره های ۶۲-۶۳، بهار و تابستان ۱۳۸۷.
۲. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۵). حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۳. پوریافرانی، حسن (۱۳۹۰). حقوق جزای اختصاصی، جرائم علیه اشخاص، (صدمات جسمانی)، نشر جنگل.
۴. توجهی، عبدالعلی (۱۳۹۴). آسیب شناسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
۵. فرهودی نیا، حسن (۱۳۸۱). جرائم ناقص (بررسی تطبیقی)، تهران، انتشارات فروزش.
۶. Lafave, Wayne R., Criminal Law, Case Comments and Question, fourth edition, Tomson West, janury ۲۰۰۶.
۷. Kadish, S. Encyclopedia of Crime and Justice. 1<sup>st</sup> ED. Washington: Amazon publishing, ۱۹۸۳.
۸. H.L.A Hart, the house of lords on attempting the impossible in crime proof and punishment, (essays in memory of sir Rupert cross) Journal of Legal studies, Oxford university press, vol ۱ issue ۲, ۱۹۸۱.