



جرایم ناقص: واکاوی سازگاری آموزه‌های فقهی و حقوقی

دکتر مرتضی طیبی^۱ ✉
مهرداد اطهری^۲

تاریخ پذیرش: ۹۵/۹/۱۵

تاریخ دریافت: ۹۳/۴/۱۵

چکیده

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ برخلاف قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ که اصولاً جرایم ناقص را بدون مجازات اعلام کرده بود از رویکرد قلبی عدول نموده و به موجب نظر برخی حقوقدانان شروع به جرم، جرم محال و جرم عقیم-که از مصادیق جرم ناقص محسوب می‌شوند- را در اکثر جرایم قابل مجازات دانسته است. دلیل عدم جرم‌انگاری جرم ناقص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ به دلیل تبعیت از فقهایی بوده که عقیده بر عدم حرمت مقدمه حرام و همچنین عدم حرمت تجری داشته اند در حالی که قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با تبعیت از فقهایی که عقیده بر حرمت مقدمه حرام و حرمت تجری دارند جرم ناقص را به رسمیت شناخته است و شروع به بسیاری از جرایم، جرم محال و به موجب برخی نظرات، جرم عقیم را قابل مجازات اعلام کرده است ولی واقعیت این است که قانونگذار با تبعیت از معیارهایی منطقی می‌تواند هر رفتاری را جرم‌انگاری کند هر چند اقدامات مزبور دارای حرمت شرعی نباشند و جرم ناقص نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشد.

واژگان کلیدی: جرم ناقص، شروع به جرم، جرم عقیم، جرم محال، قاعده سد ذرایع، مقدمه حرام، تجری.

✉ tabibi890@gmail.com

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

۲. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه اصفهان

مقدمه

در حقوق مدون مصادیق جرم ناقص را شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال تشکیل می دهند. در شروع به جرم مرتکب به منظور عملی نمودن قصد مجرمانه خود دست به عملی می زند که در صورت وقوع، به موجب قانون، جرم به حساب می آید ولی در نتیجه مداخله عامل غیر ارادی، آن عمل در نیمه راه متوقف می گردد و نتیجه ی مورد نظر مرتکب حاصل نمی شود. (فرهودی نیا، ۱۳۸۱: ۲۰) در جرائم عقیم و محال مرتکب بر خلاف شروع به جرم که در نیمه راه متوقف می شود تا پایان مسیر مجرمانه پیش می رود اما نتیجه ای از اعمال ارتکاب یافته، عاید او نمی شود به عبارت دیگر با وجود پایان کلیه عملیات، به موفقیت نهایی نمی رسد. (نوربها، ۱۳۸۴: ۲۳۶) در کلیه مصادیق مذکور فاعل عزم خود را جزم نموده تا جرمی که در مخیله خویش پروراند را مرتکب گردد ولی به دلایلی که عمدتاً خارج از اراده اوست نتوانسته قصد مجرمانه اش را به منصه ظهور برساند. همین قصد مجرمانه دال بر حالت خطرناک اوست و در نتیجه نظام های حقوقی را بر آن می دارد تا با چنین مجرم خطرناکی به مقابله برخیزند. قانون گذار ایران نیز، پیش از انقلاب به تبعیت از سایر نظام های حقوقی جرم ناقص را به رسمیت شناخته بود ولی پس از انقلاب رویکرد خود را تغییر داد تا جایی که با تصویب ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ عملاً موجب خروج جرائم ناقص از زمره عناوین مجرمانه گردید در حالی که در قانون جدید مجازات اسلامی، مقنن به موجب ماده ۱۲۲ تقریباً شروع به جرم و جرم عقیم را در همه جرائم، جرم و قابل مجازات دانسته است و به موجب تبصره ماده مذکور، جرم محال را هم در حکم شروع به جرم قلمداد کرده است. دلیل تفریط و افراط قانون گذار را باید در این دانست که قانون گذار ایران در جهت اسلامی کردن جرائم ناقص به عنوان یک نهاد حقوق جزایی مدرن دچار سردرگمی و تشتت عقیده شده است (غمامی، ۱۳۸۶: ۳۸)، به گونه ای که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در برخورد با این جرائم بسیار مسامحه نموده و به حالت خطرناک بزهکاران توجهی نداشته است و در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ عقیده ای افراطی در پیش گرفته و نسبت به اصل سرزنش پذیری به عنوان یک اصل بنیادین در مجازات ها تا حدی خود را بیگانه نشان داده است. آنچه گفته شد این ضرورت را اقتضا می کند تا مصادیق جرم ناقص در حقوق عرفی مورد تحلیل فقهی قرار بگیرند تا مشخص شود آیا موضع قانون گذار ۱۳۷۰ در حذف چنین جرائمی از پشتوانه فقهی برخوردار بوده یا موضع قانون گذار ۱۳۹۲ در احیای این جرائم؟ لذا برای رسیدن به این هدف این نوشتار را به دو قسمت تقسیم نموده که در قسمت اول جرائم ناقص از منظر مبانی فقهی تجزیه و تحلیل می شوند و با نهاد های مشابه

فقهی یعنی قاعده سدّ ذرایع، مقدمه حرام و تجری تطبیق و مقایسه می‌گردند و در قسمت دوم موضع قوانین جزایی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ در برخورد با این جرائم نقد می‌شود.

۱. تحلیل فقهی جرائم ناقص

۱.۱. شروع به جرم

در شروع به جرم مرتکب با عبور از قصد مجرمانه و عملیات مقدماتی وارد در مرحله اجرایی جرم مقصود خود شده و در حالی که تا اتمام کامل جرم تنها یک گام باقی مانده، به دلیل مداخله یک عامل خارجی از رسیدن به نتیجه مورد نظر ناکام می‌ماند ولی از آنجا که جرم به صورت ناقص محقق گردیده، ذیل عنوان شروع به جرم مستحق مجازات خواهد بود. بر اساس این تعریف برای تحقق شروع به جرم دو شرط لازم است:

شرط اول: مرتکب، شروع به اجرای جرم نماید: در واقع شروع به اجرای جرم را باید برزخ میان اعمال مقدماتی و شروع به جرم دانست زیرا در حالی که اعمال مقدماتی جزء در موارد استثنایی غیر قابل مجازاتند، شروع به اکثر جرائم، با اعمال مجازات همراه است بنابراین باید اعمال مقدماتی از شروع به اجرا تمیز داده شود زیرا اگر اعمال مقدماتی در عنوان شروع به اجرا داخل گردد، جرم محسوب می‌شود و ذیل عنوان شروع به جرم قابل مجازات خواهد بود. برای تفکیک اعمال مقدماتی از شروع به اجرا سه راهکار وجود دارد که ابتدا این سه راهکار به اختصار تبیین و سپس مورد واکاوی فقهی قرار می‌گیرند.

الف) راهکار عینی

مطابق این راهکار زمانی فاعل در مرحله شروع به جرم قرار دارد که یکی از افعالی را که در تعریف قانونی جرم آمده است چه به عنوان رکن تشکیل دهنده و چه به عنوان کیفیت مشدده جرم مرتکب شود. (اردبیلی، ۱۳۸۴: ۲۲۰) به عنوان مثال کسی که مسلحانه از دیواری بالا رفته و یا حرزی را شکسته و وارد منزلی شده است ذیل عنوان شروع به سرقت مجازات می‌شود نه شروع به قتل عمد زیرا بالا رفتن از دیوار و شکستن حرز، در قانون از کیفیات مشدده سرقت پیش بینی شده است نه قتل. (استفانی، ۱۳۸۳: ۳۲۵)

ب) راهکار ذهنی

مطابق این راهکار اگر عمل انجام شده به طور قطع نشانه وجود قصد ارتکاب جرم باشد، حتی اگر جنبه مقدماتی هم داشته باشد، شروع به جرم تحقق یافته است. بر این اساس کلیه اعمالی که با قصد ارتکاب جرم رابطه پیدا می‌کند شروع به اجرا است. (حبیب‌زاده، ۱۳۷۸: ۲۰) به عبارت دیگر

آن لحظه‌ای که مرتکب از نظر ذهنی کاملاً خود را مصمم نموده است که جرم را تا انتها به پایان برساند، شروع به اجرای جرم خواهد بود. 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. (دکترزاده، ۱۳۱۸: ۴۹۶).

ج) راهکار تلفیقی

مطابق این راهکار شروع به اجرا، اعمالی است که همگی حاکی از قصد مجرمانه مرتکب باشند طوری که نتوان آن اعمال را به گونه‌ای دیگر تفسیر نمود بنابراین چنانچه اعمالی که مرتکب انجام داده، قابل حمل بر اغراض و مقاصد متعدد باشد شروع به جرم نبوده (محسنی، ۱۳۷۵: ۱۷۵) و از اعمال مقدماتی محسوب می‌شود. به عنوان مثال برای تحقق شروع به قتل لازم نیست که فاعل اولین ضربه خود را به مجنی علیه وارد سازد بلکه چنانچه چاقو به دست در حال یورش به سوی قربانی دستگیر شود، مرتکب شروع به قتل شده است. (جندی عبدالملک، ۴۱۵)

چنانچه بخواهیم راهکارهای ارائه شده برای تفکیک اعمال مقدماتی از شروع به اجرا را از منظر مبانی فقهی مورد تحلیل قرار دهیم باید یادآور شویم که راهکار ذهنی نمی‌تواند راهکار مورد پذیرش باشد زیرا در راهکار ذهنی این شبهه وجود دارد که از چه زمانی واقعاً مرتکب تصمیم گرفته که مسیر مجرمانه خود را تا انتها طی کند یا آن گونه که ویدال (vidal) و مگنول (magnol) گفته اند خطرات عمل را تقبل کرده و درهای پشت سر را کاملاً ببندد. (نوربها، ۱۳۸۴: ۲۲۲) به عنوان مثال در مورد قتل، آیا از لحظه‌ای که سم را از مغازه می‌خرد؟ یا زمانی که در حال حرکت به جایی است که قربانی در آن حضور دارد؟ یا زمانی که سم را در غذای او می‌ریزد؟ یافتن لحظه‌ای که مرتکب واقعاً در صدد است خطر حادثه را بپذیرد یا به بیان دیگر راه بازگشت خود را مسدود کند بسیار دشوار به نظر می‌رسد و گاه ممکن است این لحظه در همان مرحله تصمیم‌گیری واقع شده باشد. (اردبیلی، ۱۳۸۴: ۲۲۲) این در حالی است که بر اساس قاعده «درأ» - که یک قاعده متقن عقلی و نقلی است و مستند آن، حدیث پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله می‌باشد که فرمود: «ادراءوا الحدود بالشبهات» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۴۷) - فقها گفته‌اند در اکثر مسائل جزایی هرگاه شبهه‌ای پیش آید جرم ثابت نمی‌شود، خواه جرم مذکور حدی باشد، خواه تعزیری. (بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۷۶) همچنین تفاوتی نمی‌کند که این شبهه برای قاضی ایجاد شود یا برای متهم. (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۷۳) بنابراین بر اساس آنچه گفته شد می‌توان دریافت که اعمال راهکار ذهنی، با اعمال «قاعده درأ» در تعارض است چون با تبعیت از راهکار ذهنی در رکن قانونی شروع به جرم شبهه ایجاد می‌شود زیرا معلوم نیست که فاعل برای ارتکاب جرم مقصود خود، باید چه مقدار از مسیر مجرمانه را طی کند تا

قانون او را به ارتکاب شروع به جرم، قابل مجازات بدانند. این مسأله از این جهت دارای اهمیت است که در جرائم ناقص، مؤاخذه مرتکب به خاطر اقداماتی که انجام داده نیست، بلکه مؤاخذه او به دلیل جرمی است که قصد داشته تا با کمک آن اقدامات، مرتکب شود و دیدگاه ذهنی سبب می‌گردد تا بسیاری از این اقدامات که تا اجرای کامل جرم فاصله بسیاری دارند: صرفاً به دلیل آن‌که با قصد مجرمانه ارتکاب یافته‌اند، وصف جزایی پیدا نمایند که سبب گسترش جرائم ناقص از جمله شروع به جرم می‌شود و این گستردگی بی حد و مرز، با مخالفت اصل تفسیر مضیق قوانین جزایی و تفسیر به نفع متهم که رابطه تنگاتنگی با قاعده «درأ» دارند، روبرو خواهد شد. البته در ادامه توضیح داده می‌شود که چنانچه اقدامات مرتکب به گونه‌ای باشد که به وضوح، بر قصد مجرمانه او دلالت کند، در اینکه اقدامات مزبور ذیل عنوان شروع به جرم، قابل مجازات باشند، شبهه‌ای وجود نخواهد داشت.

بنابراین از آنجا که حکم کردن بر اساس «ظاهر امور» از مسلمات عرفی، عقلی و شرعی است می‌توان اعمالی را شروع به اجرای جرم دانست که ظهور در این دارند که قصد فاعل از ارتکاب آنها، انجام عمل مجرمانه بوده است. در واقع هنگامی که اعمال ارتکاب یافته، ظهور در این داشته باشند که به وقوع جرم منتهی می‌شوند، جایی برای اعمال قاعده «درأ» باقی نمی‌ماند زیرا قاعده «درأ» به هنگام عروض شبهه به کار می‌رود، در حالی که در اینجا شبهه‌ای وجود ندارد. به عبارت دیگر از لحاظ اصولی، در این موارد، میان اصل عدم و ظاهر تعارض حاصل می‌شود و قاعده این است که در صورت چنین تعارضی باید ظاهر را بر اصل عدم مقدم نمود زیرا اصل عدم به معنای آن است که تا دلیلی برای وجود حکم یا موضوعی نباشد، اصل بر آن است که وجود نداشته باشد، در حالی که ظاهر، حکم به وجود آن می‌کند بنابراین با تحقق ظاهر، موضوع اصل عدم منتفی می‌شود و جایی برای اعمال آن باقی نمی‌ماند. (زراعت، ۱۳۸۵: ۱۰۹) نتیجه اینکه هر چند به موجب قاعده «درأ» در صورت ایجاد شبهه، اصل، عدم تحقق جرم است ولی هرگاه ظاهر اقدامات انجام گرفته به گونه‌ای باشد که از آن اقدامات نتوان، جز منتهی شدن آنها به وقوع جرم، نتیجه دیگری گرفت، دیگر شبهه‌ای در کار نخواهد بود و در نتیجه ظاهر بر اصل عدم، مقدم می‌شود.

آنچه گفته شد دقیقاً همان راهکاری است که معیار تلفیقی ارائه می‌دهد بنابراین می‌توان اذعان نمود که راهکار تلفیقی از بیشترین پشتوانه فقهی برخوردار است زیرا همان گونه که معیار تلفیقی، شروع به اجرا را عملی می‌داند که بدون هیچ‌گونه ابهامی بر قصد ارتکاب جرمی خاص دلالت دارد، به موجب «عمل به ظاهر» نیز شروع به اجرای جرم را می‌توان اعمالی دانست که بدون هیچ‌گونه شبهه‌ای، ظهور در این دارند که قصد فاعل آنها، ارتکاب یک فعل مجرمانه بوده است طوری که نتوان اقدامات فاعل را به گونه‌ای دیگر تفسیر نمود. البته ناگفته نماند که راهکار عینی نیز در

جرائمی که طی نمودن مقداری از رکن مادی آنها، ظهور در قصد مجرمانه فاعل دارد، می‌تواند در تفکیک عملیات مقدماتی از شروع به اجرا، مورد تبعیت قرار بگیرد.

شرط دوم: ناتمام ماندن جرم، معلول مداخله یک عامل خارجی باشد: دومین شرط تحقق شروع به جرم، عدم اتمام آن در اثر انصراف غیر ارادی است. برای این که شروع به جرم محقق گردد صرف این که مرتکب، شروع به اجرای آن بنماید کافی نیست بلکه لازم است که میان فعل مرتکب و نتیجه مجرمانه عاملی که خارج از اراده اوست مداخله کند و مانع از این گردد که مرتکب به نتیجه دلخواهش برسد بنابراین اگر عدم اتمام جرم به سبب انصراف ارادی باشد، فاعل آن به ارتکاب شروع به جرم مجازات نخواهد شد. البته اگر مقدار عملی که مرتکب گردیده دارای عنوان مجرمانه مستقل باشد، به مجازات آن محکوم می‌گردد به عنوان مثال کسی که به قصد قتل دیگری با اسلحه به طرف او نشانه‌روی می‌کند ولی بلافاصله به میل و اراده خود از مقتول ساختن مجنی علیه منصرف می‌شود، ذیل عنوان شروع به قتل تحت تعقیب کیفری قرار نمی‌گیرد ولی چنانچه مجوز قانونی برای حمل سلاح نداشته باشد، کیفر حمل سلاح غیر مجاز برای او قابل اعمال خواهد بود. (گلدوزیان، ۱۳۸۷: ۱۷۲) در مورد اینکه آیا از منظر آموزه های فقهی نیز برای تحقق شروع به جرم انصراف غیر ارادی شرط است یا خیر، روایت صحیح حلبی از امام صادق علیه السلام قابل نقل است که هر چند فحواى این روایت ظاهراً شبیه به موضوع بحث می‌باشد ولی تفاوت عمده ای با آن دارد که در ادامه بدان پرداخته می‌شود. در روایت صحیح حلبی آمده که از امام صادق علیه السلام در خصوص مردی سؤال کردم که خانه‌ای را سوراخ کرد و قبل از اینکه دسترسی به چیزی پیدا کند، دستگیر شد. فرمود: «مجازات می‌شود.» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۶۲) در این روایت هر چند هر دو شرط تحقق شروع به جرم فراهم بوده است (۱- شروع به اجرای جرم به واسطه سوراخ کردن خانه ۲- مداخله عامل خارجی به واسطه دستگیر شدن) ولی آنچه این موضوع را با شروع به جرم متمایز می‌کند این است که امام علیه السلام در این روایت مرتکب را به دلیل آنکه شروع به سرقت کرده بوده مستحق تعزیر ندانسته بلکه او را به دلیل سوراخ کردن خانه که از گناهان محسوب می‌شود تعزیر نموده است. در واقع در این روایت عملی که فاعل برای سرقت مرتکب شده، فی نفسه دارای حرمت شرعی بوده و به همین دلیل امام او را تعزیر نموده است در حالی که در شروع به جرم، فاعل به خاطر آنچه قصد ارتکاب آن را داشته، مورد مؤاخذه و سؤال قرار می‌گیرد و نه به خاطر عملی که انجام داده است. (مرعشی، ۱۳۷۱: ۱۳) بنابراین آنچه در اینجا نیاز به توضیح دارد، پاسخ به این سؤال است که اگر عملی که فی نفسه مباح است، در راستای ارتکاب یک عمل حرام صورت بگیرد، آیا واجد وصف حرمت می‌شود و امکان تعزیر آن وجود دارد؟ در این مورد، قاعده ای میان فقهای عامه وجود دارد که از آن تحت عنوان «سدّ ذرایع» نام برده می‌شود. به موجب این قاعده

کارهای مباح و حلالی که وسیله انجام عمل حرامی قرار گیرد حرام و ممنوع است. (محمدی، ۱۳۸۵: ۲۵۷) به عنوان مثال برخی فقهای حنبلی با استناد به این قاعده، ورود زنان به قبرستان را تحریم کرده‌اند چون رفتن آنها به این اماکن جهت انجام سوگواری عادتاً موجب برهنه شدن سر و روی آنان جلوی دیدگان اجنبی می‌گردد و مفسده دارد، پس باید از ابتدا راه آن بسته شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۴۵) همان‌گونه که مثال به خوبی نشان می‌دهد، این قاعده بر خلاف اصل اباحه می‌باشد و سبب می‌گردد تا بسیاری از کارهای مباح، حرام گردند (حبیب‌زاده، ۱۳۷۸: ۲۳) به همین دلیل نیز فقهای امامیه این قاعده را نپذیرفته‌اند. (محمدی، ۱۳۸۵: ۲۵۷) از لحاظ حقوق عرفی نیز این قاعده تفاوتی اساسی با شروع به جرم دارد زیرا قاعده سدّ ذرایع در صدد ممنوعیت اعمال مباحی است که شخص از ارتکاب آن‌ها قصد رسیدن به یک فعل حرام را ندارد اما ماهیت این اعمال به گونه‌ای است که غالباً مفسده‌ای بر آنها مترتب می‌گردد مانند زینت نمودن زن در عده وفات شوهر که ممکن است منجر به مفاسده شود. (جناتی، ۱۳۷۰: ۳۷۳) یا رفتن زنان به گورستان که توضیح آن گذشت. در حالی که در شروع به جرم، شخص از ارتکاب اعمال مباح، قصد رسیدن به یک فعل مجرمانه را دارد.

نهاد فقهی دیگری که شباهت بیشتری به شروع به جرم نسبت به قاعده سدّ ذرایع دارد، «مقدمه حرام» می‌باشد. در مقدمه حرام بحث بر سر این است که آیا حرمت و ممنوعیت ذاتی یک عمل به مقدمات آن نیز سرایت می‌کند و مقدمات نیز به تبع ذی المقدمه ممنوع و حرام می‌شوند؟ (قیاسی، ۱۳۹۱: ۱۴۲) به عبارت دیگر هرگاه شخص، اعمال مباح را دستاویزی برای ارتکاب فعل حرام قرار دهد، آیا این اعمال به جهت آن که در راستای ارتکاب حرام انجام گرفته‌اند حرام می‌شوند؟ در پاسخ به این سؤال عده‌ای از فقهای امامیه گفته‌اند که حرمت ذی المقدمه به مقدمه سرایت می‌کند یا به عبارت دیگر مقدمه حرام، حرام است ولی عده دیگری به عدم حرمت مقدمه حرام حکم کرده‌اند و گفته‌اند که مقدمه حرام، حرام نیست.

الف) فقهای معتقدند، مقدمه حرام، حرام است: از جمله ی این فقها مرحوم احمد نراقی است. ایشان در کتاب «عوائد الایام» برای مقدمه حرام سه فرض تبیین کرده است.

فرض اول: زمانی که مقدمه حرام، سبب ارتکاب حرام باشد که در این صورت سبب، حرام و معصیت است مانند قرار دادن آتش بر بدن کسی. در این مثال آتش، سبب ارتکاب حرام است و حرام، همان جرحی است که به مجنی علیه وارد می‌شود.

فرض دوم: زمانی که مقدمه حرام، شرط ارتکاب حرام باشد اما شخص با فراهم ساختن آن، قصد انجام حرام را ندارد مانند کسی که به شهری سفر می‌کند که در آن نوشیدن مشروبات الکلی یا

ارتکاب اعمال منافی عفت ممنوع نیست ولی او از این سفر قصد ارتکاب اعمال مذکور را ندارد که چنین سفری برای او مستوجب گناه و عقوبت نیست.

فرض سوم: زمانی که مقدمه حرام، شرط ارتکاب حرام باشد و شخص با فراهم ساختن آن قصد انجام حرام را داشته باشد که در این صورت مقدمه حرام، حرام خواهد بود مثلاً در فرض قبل شخص به قصد نوشیدن مشروبات الکلی یا ارتکاب اعمال منافی عفت به آن شهر سفر می‌کند ولی پس از سفر، عاملی مانع از ارتکاب حرام می‌شود که باز او به خاطر اصل سفر گناهکار و مستحق تعزیر است.

از میان فروض فوق، فرض سوم با مقوله شروع به جرم انطباق پیدا می‌کند. مرحوم احمد نراقی برای اثبات ادعای خود به دو دلیل تمسک می‌جوید: اول اینکه، فاعل هنگام انجام مقدمه حرام به دلالت عرف، عصیانگر شناخته می‌شود و هر عصیانی بر اساس اجماع فقها و نصوص وارده حرام است و مرتکب آن گناهکار. دوم این که، تردیدی نیست که انجام مقدمه حرام به قصد رسیدن به حرام، اطاعت از شیطان و پیروی از هوای نفس است و هر دوی آن‌ها حرامند، حرام بودن اطاعت از شیطان کاملاً واضح است و حرام بودن پیروی از نفس نیز به استناد اجماع، کتاب و سنت متواتره است. (نراقی، ۱۴۱۷: ۷۱)

ب) فقهای که معتقدند مقدمه حرام، حرام نیست: از جمله این فقها آخوند خراسانی (ره) است. ایشان در کتاب «کفایه الاصول» اظهار می‌دارد: «مقدمه حرام، حرام نیست زیرا ممکن است فردی تمام مقدمات فعل حرامی را مهیا کند اما بعد از تدارک جمیع مقدمات، اراده ارتکاب حرام ننماید بلکه می‌تواند مرتکب حرام شود یا این که آن را ترک نماید مثلاً فردی تمام مقدمات شرب خمر را مهیا می‌کند اما بعد از آن، لازم نیست که شرب خمر تحقق پیدا کند زیرا اراده و اختیار فاعل، آخرین جزء علت هست یعنی اگر او بعد از تهیه تمامی مقدمات، اراده نماید شرب خمر تحقق پیدا می‌کند بنابراین دلیلی ندارد که آن مقدمات، متّصف به حرمت شود زیرا وجود و عدمشان تأثیری در حصول حرام ندارد.» (حسینی قمی، ۱۳۷۸: ۴۱۷) به عقیده ایشان اگر مقدمه حرام، علت تامه تحقق حرام باشد به نحوی که بعد از انجام مقدمه، لامحاله ذی المقدمه هم تحقق پیدا کند، در این صورت مقدمه حرام هم حرام می‌شود لکن نوع و اکثر مقدمات حرام از چنین ماهیتی برخوردار نیستند زیرا همان طور که گفته شد اراده انسان به گونه‌ای است که می‌تواند از ارتکاب حرام اجتناب کند و لو آن که کلیه مقدمات آن را هم تدارک دیده باشد به عبارت دیگر هر چند ترک حرام مطلوب است اما ترک حرام متوقف بر ترک آن مقدمات نیست بلکه ممکن است فردی تمام مقدمات حرام را اتیان نماید اما در عین حال حرام را ترک کند. (حسینی قمی، ۱۳۷۸: ۴۱۸)

دیدگاه‌های مذکور و ارتباط آنها با شروع به جرم، از دو جهت قابل بررسی می‌باشد.

جهت اول: جرم انگاری شروع به جرم با تبعیت از فقهای که اعتقاد به حرمت مقدمه حرام دارند امکان‌پذیر است (دیدگاه اول). ممکن است انتقاد شود که پیروی از این دیدگاه سبب می‌گردد تا اعمال مقدماتی (مرحله دوم ارتکاب جرم) نیز به همراه اعمال اجرایی (مرحله سوم ارتکاب جرم) ذیل عنوان شروع به جرم مجازات شود در حالی که اعمال مقدماتی جز در مواردی که عنوان مجرمانه مستقل دارند، قابل مجازات نیستند. در پاسخ به این انتقاد باید گفته شود، اعتقاد به حرمت مقدمه حرام و قابل تعزیر بودن آن بیشتر ناظر بر مرحله ثبوت حرام است تا مرحله اثبات حرام در حالی که در حقوق جزا فقط اعمالی مستحق مجازاتند که به اثبات برسند بنابراین چنانچه اقداماتی که مرتکب با قصد رسیدن به فعل مجرمانه انجام می‌دهد تا اجرای کامل جرم آن چنان فاصله داشته باشند که عملاً امکان اثبات آن در محاکم نباشد از زمره اعمال مقدماتی محسوب می‌شوند هر چند مرتکب آن در پیشگاه خداوند گناهکار باشد و مستحق عقاب. به عبارت دیگر گناهکار بودن شخص دلالت بر مجرم بودن او نمی‌کند زیرا تا زمانی که نتوان جرم او را اثبات نمود امکان مجازات کردن او وجود ندارد به‌عنوان مثال کسی که به قصد ارتکاب شرب خمر به شهری سفر می‌کند و در آن شهر نمی‌تواند قصدش را عملی سازد، هر چند سفر او حرام است اما آیا می‌توان در محاکم ثابت نمود که او از سفر، قصد ارتکاب حرام داشته و در نتیجه او را تعزیر کرد؟ اما اگر همین شخص در آن شهر در حالی که لیوان حاوی خمر را بر لبانش گذاشته دستگیر شود می‌توان، مجرم بودن او را اثبات کرد زیرا بر اساس آنچه در تفکیک اعمال مقدماتی از شروع به اجرا گفته شد عمل او ظهور در این دارد که اگر عامل خارجی پیش نمی‌آمد شرب خمر قطعی بود.

جهت دوم: مقدمه حرام، خواه حرام باشد (دیدگاه اول) خواه نباشد (دیدگاه دوم)، هیچ ربطی به مقوله شروع به جرم ندارد زیرا فقها در ارتباط با حرمت یا عدم حرمت مقدمات اظهار نظر کرده‌اند در حالی که حرمت یک عمل لزوماً به معنای جرم بودن آن نیست چه اینکه بسیاری از محرمات وجود دارد که قانونگذار آنها را جرم ندانسته مانند غیبت و دروغ و بر عکس، بسیاری از جرائم وجود دارد که حرمت شرعی ندارند مانند شکار یا صید حیوانات، بدون مجوز قانونی. چنانچه از این جهت به موضوع نگریسته شود، شروع به جرم در زمره جرائم دسته دوم قرار می‌گیرد که علی‌رغم اینکه از حرمت شرعی برخوردار نیست ولی به دلیل اینکه در تعارض با نظم و امنیت اجتماعی قرار دارد و جلوگیری از آن لازم و ضروری است، حکومت اسلامی آن را ممنوع و قابل تعزیر اعلام کرده است (قیاسی، ۱۳۹۱: ۱۴۴) زیرا اعمالی که مرتکب انجام داده به وضوح حالت خطرناک او را نشان می‌دهد و به مصلحت نیست که از مجازات چنین شخصی که با سوء نیت مقداری از عمل مجرمانه را مرتکب شده، فقط به این دلیل که نتوانسته مسیر مجرمانه را تا انتها طی کند چشم‌پوشی نمود.

بر اساس هر دو جهت، تحقق شروع به جرم منوط به انصراف غیر ارادی مرتکب خواهد بود. در جهت اول شرط اینکه مقدمه، حرمت را از ذی المقدمه کسب کند یا به بیان دیگر حرمت مقدمه به ذی المقدمه سرایت کند این است که مرتکب به واسطه یک عامل خارجی نتواند به ذی المقدمه نائل شود و الا اگر کسی اعمال مباحی را برای ارتکاب عمل ممنوعی انجام دهد و سپس با اراده از ارتکاب عمل ممنوع بپرهیزد دلیلی برگناهکار بودن او وجود ندارد زیرا در این صورت شخص را به دلیل انجام اعمال مباح عقوبت نموده ایم. در جهت دوم نیز شرط ثبوت حالت خطرناک مرتکب، عدم انصراف ارادی او از ادامه ارتکاب جرم است زیرا در اینجا نیز چنانچه شخصی به میل خود از ادامه عمل مجرمانه خودداری ورزد و اقدامات انجام گرفته فی نفسه مباح باشد، دلیلی مبنی بر اینکه او هنجارهای جامعه را نقض نموده وجود ندارد، تا بتوان بر اساس آن به حالت خطرناک مرتکب حکم نموده و او را مستحق تحمل مجازات دانست.

۲.۱. جرم عقیم

در جرم عقیم مرتکب تا پایان مسیر مجرمانه پیش می رود اما پس از طی مسیر بنا به عللی غیر قابل پیش بینی به نتیجه مورد نظر خویش نمی رسد بنابراین مرتکب در جرم عقیم نسبت به شروع به جرم، گام های بیشتری برداشته و به انتهای عملیات اجرایی رسیده است ولی با این وجود نتیجه مورد نظر را به دست نیاورده است مثلاً شخصی به قصد کشتن دیگری در مسیر او بمب ساعت شماری می گذارد تا در ساعت معین که از آنجا می گذرد منفجر شود و او را به هلاکت برساند ولی تصادفاً در آن ساعت، به علت پیشامد استثنایی آن شخص از آنجا عبور نمی کند و با وجود انفجار بمب، آسیبی به او نمی رسد. (بهری، ۱۳۸۰: ۲۲۵)

از لحاظ مبانی جرم انگاری تردیدی در مجازات نمودن مرتکب جرم عقیم وجود ندارد زیرا خطری که او برای جامعه ایجاد می کند از مرتکب شروع به جرم نیز بیشتر است چون در شروع به جرم مرتکب در میانه راه متوقف می شود به گونه ای که می توان این تردید را به خود راه داد که چنانچه عوامل خارجی در مسیر او ظاهر نمی گشت چه بسا به میل خود از پیمودن ادامه عمل منصرف می شد در حالی که در جرم عقیم، مرتکب مسیر مجرمانه را تا انتها می پیماید به گونه ای که هیچ تردیدی باقی نمی ماند که او تا پایان مسیر مصمم بوده است که قصد خود را عملی سازد ولی از قضا نتیجه مورد نظرش را به دست نیاورده است.

از دیدگاه فقهی، چنانچه اقدامات انجام گرفته مستقلاً دارای حرمت شرعی باشد، جرم عقیم بدون هیچگونه اشکالی قابل تعزیر خواهد بود ولی اگر اقدامات انجام گرفته فی نفسه مباح باشد، از دو جهت امکان مجازات آن وجود دارد.

جهت اول: گفته شد که حتی فقهای که اعتقاد به حرمت مقدمه حرام ندارند (فقهای دسته دوم)، در یک حالت حکم به حرمت مقدمه حرام کرده‌اند و آن در صورتی است که مقدمه حرام، مقدمه موصوله و علت تام ذی المقدمه باشد به نحوی که با تحقق مقدمه، بلا درنگ ذی المقدمه نیز محقق شود. جرم عقیم چنین ماهیتی دارد زیرا کسی که به قصد قتل دیگری به طرف او تیری پرتاب می‌کند، پرتاب شدن تیر، مقدمه موصوله برای ارتکاب قتل به شمار می‌آید و در نتیجه حرمت را از قتل به عاریه می‌گیرد و اینکه فاعل به دلایلی همچون عدم مهارت یا جا خالی دادن طرف مقابل نتوانسته به مقصود خویش برسد چیزی از حرمت عمل او نمی‌کاهد چون که هر چند در این مثال قتلی واقع نشده است ولی حاکم شرع می‌تواند او را تعزیر نماید تا تکرار نکند و اقدام عملی برای ارتکاب چنین گناهی تعزیر دارد. (مکارم شیرازی، ۱۳۹۲: ۴۶)

جهت دوم: اگر جرم بودن یک عمل بی ارتباط با حرمت یا عدم حرمت آن باشد، حکومت اسلامی به دلیل حفظ مصلحت عموم و جلوگیری از رفتارهای مخاطره آمیز باید جرم عقیم را قابل مجازات اعلام کند زیرا در جرم عقیم حالت خطرناک مرتکب به مراتب بیشتر از شروع به جرم است و دفع حالت خطرناک او که استعداد مجرمانه خود را به ظهور و اثبات نیز رسانده، لازم و ضروری است. (قیاسی، ۱۳۹۱: ۱۴۷)

۳.۱. جرم محال

در جرم محال مرتکب تا پایان مسیر مجرمانه پیش می‌رود اما به دلیل آن که موضوع جرم وجود ندارد - مثلاً متهم به قصد قتل شخصی که قبلاً مرده است به او تیر اندازی می‌کند - یا وسایل مورد استفاده او برای ارتکاب جرم بی اثرند - مثلاً متهم به قصد قتل شخصی به اشتباه شکر را به جای سم در غذای او می‌ریزد- به نتیجه مورد نظر خود نمی‌رسد. در حقوق جزای عرفی همواره در امکان مجازات مرتکب جرم محال در میان حقوق دانان تردید جدی وجود داشته است. فوئر باخ (Feuerbach) حقوق دان و فیلسوف آلمانی که نخستین کسی بود که اصطلاح جرم محال را به کار برد معتقد بود که جرم محال قابل مجازات نیست زیرا ارتکاب جرم محال هیچ لطمه‌ای به امنیت جامعه وارد نکرده و یا لااقل اگر وارد کرده لطمه ناچیزی بوده که قابل مقایسه با صدمات و لطمات ناشی از جرم شروع شده نمی‌باشد همچنین اجرای این جرم نمی‌تواند شروع شود چرا که اجرای آن از همان ابتدا محال بوده است. (میرفردی، ۱۳۸۰: ۱۳۶) در مقابل برخی از حقوق دانان جرم محال را مستحق مجازات می‌دانستند زیرا معتقد بودند از لحاظ جرم شناختی بین شخصی که شروع به جرم می‌کند با کسی که جرم محال را انجام می‌دهد تفاوتی نیست زیرا اصل، در هر دو مورد، ضد اجتماع بودن مجرم و حالت خطرناک اوست. (نوربها، ۱۳۸۴: ۲۴۱) عده‌ای نیز عقیده‌ای بینابین اظهار

نمودند با این توضیح که محال قانونی را بدون مجازات اعلام کردند و محال مادی را قابل مجازات. در محال قانونی، رکن تشکیل دهنده جرم وجود ندارد مانند تیراندازی به یک جسد اما در محال مادی هر چند از نظر قانونی موضوع جرم قابل تعریف است ولی به دلیل عدم تکاپوی وسیله یا عدم تکاپوی موضوع، نتیجه‌ای که باید حاصل می‌شده تحقق نیافته است مانند دستبردن در جیب خالی دیگری.

در حقوق کیفری اسلام، اصطلاح جرم محال از دیر باز و پیش از اینکه حقوقدانان غربی بدان بپردازند، ذیل عنوان «تجری» مطرح شده است. تجری در لغت به معنای جرأت کردن در تمرد و عصیان مولی (قانونگذار)، و جسارت ورزیدن و بی پروایی در برابر قوانین اسلامی است. (فیض، ۱۳۸۹: ۲۰۹) و در اصطلاح عبارت است از مخالفت عملی با حکم الزامی مولا به اعتقاد انجام‌دهنده در حالی که پندار وی برخلاف واقع بوده و در حقیقت مخالفتی صورت نگرفته است (جمععی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ۳۵۸) مثل اینکه به قصد قتل به شبحی تیر اندازی کند و بعد معلوم گردد آن شبح انسان، نبوده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۳۹) یا آن‌گونه که ابن حزم مثال زده است کسی با زنی که او را اجنبیه می‌دانسته زنا کند و سپس معلوم شود این زن همسر او بوده است (ابن حزم، ۱۴۰۵: ۱۱۷). مثال دیگری که برای تجری زده می‌شود وقتی است که شخصی با یقین به این که مایعی خمر است، آن را می‌نوشد ولی پس از نوشیدن معلوم می‌گردد مایع مزبور آب بوده است نه خمر. با دقت در مثال‌های مزبور ملاحظه می‌شود که تجری در کلام فقها معادل محال قانونی در حقوق عرفی است. ملاحظه گردید معتقدین به نظریه بینابین، محال قانونی را غیر قابل مجازات می‌دانستند با این استدلال که در محال قانونی، شخص به دلیل جهل به قوانین، عملی که در واقع مشروع و قانونی است را با اعتقاد به این که جرم است انجام می‌دهد که در این صورت او مستحق مجازات نمی‌باشد زیرا یکی از ارکان تشکیل دهنده جرم، رکن قانونی است و در مورد عمل او چنین رکنی وجود ندارد (معتمد، ۱۳۵۱: ۲۶۹) ولی فقهای امامیه در اینکه تجری موجب مجازات است یا خیر اختلاف نظر دارند.

الف) فقهای معتقدند، تجری موجب مجازات است: از جمله این فقها آخوند خراسانی (ره) است. ایشان در «کفایه الاصول» اظهار می‌دارد: «همان عقلی که در باب عصیان به طور مستقل حکم به استحقاق عقوبت می‌کند همان عقل در مورد تجری حکم می‌کند که متجری مستحق ذم و عقوبت است زیرا متجری در صدد طغیان نسبت به مولا بر آمده است و تصمیم بر عصیان در برابر او گرفته است و عمل خارجی را هر چند بحسب واقع معصیت نبوده است، به عنوان عصیان مرتکب شده است.» (حسینی قمی، ۱۳۸۰: ۵۴) به عقیده ایشان دلیل عقوبت تجری، ریشه در عزم و جزم و تصمیم نفسانی متجری برای ارتکاب عمل حرام دارد. بنابراین ایشان استحقاق عقوبت را مربوط به

همان تصمیم و عزم نفسانی می‌دانند. این عزم و جزم ریشه‌ای ذاتی دارد که عبارت است از سوء سریره و سرشت ناپاک یعنی فردی که دارای سوء سریره و سرشت ناپاک است به حسب نوع و اقتضاء تمایل به معصیت و تجری دارد. اگر چه این سوء سریره تا وقتی که به حال خود پنهان باشد فقط یک صفت اخلاقی رذیله است و مستحق عقوبت نیست اما وقتی اثری بر آن مترتب شد و تبعاتی پیدا کرد که از تبعات آن همین تصمیم به مخالفت با مولا است، در این صورت اگر به دنبال آن تصمیم، عمل خارجی محقق شد، آن وقت جای استحقاق ذم و عقوبت است. (حسینی قمی، ۱۳۸۰: ۵۶)

فقهایی که اعتقاد به عقوبت تجری دارند، برای اثبات ادعای خویش سه دلیل ارائه داده‌اند: دلیل اول؛ اجماع: در بعضی از مسائل فقهی ادعا شده است که تجری در آنها حرام است مثلاً اگر کسی یقین داشته باشد وقت نماز تنگ است و عمداً نماز را تا پایان وقت به تأخیر بیندازد ولی بعداً معلوم شود اشتباه می‌کرده و وقت هنوز باقی است، ادعای اجماع شده است که چنین شخصی معصیت کرده است یا اینکه اگر کسی یقین داشته باشد عبور از یک مسیر برای او مخاطره آمیز است و در عین حال از آن مسیر عبور کند، سفر او حرام است و باید نماز خود را تمام بخواند حتی اگر بعداً معلوم شود هیچ خطری وجود نداشته است. (قیاسی، ۱۳۹۱: ۱۵۰)

دلیل دوم؛ بنای عقلا: ایشان کسی که به اعتقاد خویش با دستورات شارع مخالفت می‌کند را گناهکار و مستحق عقاب می‌دانند هر چند در واقعیت امر مخالفتی نکرده باشد زیرا اقدام چنین شخصی کاشف از بی‌مبالاتی و بی‌توجهی او به اوامر شارع است و به همین دلیل استحقاق مجازات را دارد.

دلیل سوم؛ دلیل عقلی: هرگاه در مقابل دو نفر، دو لیوان وجود داشته باشد و هر دو با این یقین که مایع موجود در لیوان‌ها خمر است، آن را بنوشند ولی بعداً معلوم شود که صرفاً مایع موجود در یکی از لیوان‌ها خمر بوده و مایع دیگر آب بوده است چهار فرض پیش می‌آید: اول اینکه هر دو مستحق عقاب باشند، دوم اینکه هیچکدام مستحق عقاب نباشند، سوم اینکه کسی مستحق عقاب باشد که قصدش با واقع منطبق شده است، چهارم اینکه کسی مستحق عقاب باشد که قصدش با واقع منطبق نشده است. فرض دوم و چهارم صحیح نیست. فرض سوم هم صحیح نخواهد بود زیرا طبق آن استحقاق عقاب به امری که از اختیار فاعل خارج است منوط می‌شود که این امر با عدالت منافات دارد. بنابراین از نظر عقلی فقط فرض اول که در آن هر دو نفر مستحق عقاب هستند، صحیح خواهد بود زیرا این دو نفر در اصل کاری که انجام داده‌اند یعنی همان نوشیدن با اعتقاد به خمر بودن مایع، هیچ فرقی با هم ندارند (فیض، ۱۳۸۹: ۲۱۱).

ب) فقهایایی که معتقدند، تجری موجب مجازات نیست: از جمله این فقها شیخ انصاری (ره) است. ایشان در کتاب «فرائد الاصول» دلایل فقهای دسته اول را رد می‌کند: رد دلیل اول: در اینکه متجری مستحق عقوبت است نمی‌توان به اجماع استناد کرد زیرا اجماع یا محصل است یا منقول که اجماع محصل حاصل نبوده و در دسترس نیست، مضافاً اینکه مسأله تجری یک مسأله عقلی است و در مسائل عقلی، اجماع قابلیت تمسک ندارد. همچنین بسیاری از علما با حرمت تجری مخالفت نموده‌اند از جمله علامه حلی (ره) در نهاییه و شهید اول (ره) در قواعد بنابراین اجماع منقول نیز در این مقام حجت نمی‌باشد. (ذهنی تهرانی، ۱۳۷۰: ۶۸).

رد دلیل دوم: عقلاً متجری را از این جهت مورد سرزنش و ملامت قرار می‌دهند که فعل او کاشف از این است که صفتی شقی و خبیث دارد نه اینکه عمل ارتكابی فی نفسه حرام و ممنوع باشد بنابراین دلیل مذمت او این است که بر عصیان نمودن جرأت نشان داده و قصد و عزم آن را نموده و خود را در زمره سرکشان و متمردین قرار داده است بنابراین قبح تجری، قبح فاعلی است نه اینکه نفس فعل ارتكابی مورد نهی مولا باشد (قبح فعلی). خلاصه اینکه قبح فاعلی و شقی بودن متجری مورد قبول عقلای عالم است ولی این امر باعث نمی‌شود که فعل صادره از او را حرام بدانیم و قبح فاعلی در افاده این معنا کافی نمی‌باشد زیرا استحقاق مذمت وی برای امری است، که فعل صادره از او، کاشف از آن است یعنی مذمت او به خاطر شقاوت درونی و سوء سریره ای است که دارد ولی قطعاً این باعث نمی‌شود که فعلش نیز استحقاق عقاب و عتاب پیدا کند و بدیهی است که حکم عقل به استحقاق مذمت، زمانی با استحقاق عقاب تلازم و تقارن دارد که به فعل تعلق گیرد نه به فاعل. (ذهنی تهرانی، ۱۳۷۰: ۷۲)

رد دلیل سوم: شیخ انصاری در رد دلیل عقلی که فقهای دسته اول آن را با ذکر مثالی توضیح دادند، می‌گوید: «از چهار فرضی که فقهای معتقد به حرمت تجری ترسیم نموده‌اند، فرض سوم قابل پذیرش است یعنی فقط شخصی که قصدش با واقع مطابق و مصادف در آمده است مستحق عقاب است زیرا از روی اختیار عصیان نموده است در حالی که از شخصی که قصدش با واقع منطبق نبوده است، هیچ عصیانی سر نزده و به حسب فرض، آب خورده است بنابراین مستحق عقاب نیست.» ممکن است اشکال شود که تفاوت گذاشتن میان این دو صحیح نیست زیرا مطابق این سخن لازمه استحقاق عقاب یا عدم استحقاق عقاب منوط به امری می‌شود که خارج از اختیار مکلف است (ذهنی تهرانی، ۱۳۷۰: ۷۴) زیرا هر دو نفر در اینکه قصد نوشیدن خمر داشته‌اند، با هم برابرند و اینکه از قضا فقط یکی از لیوانها حاوی خمر بوده است از اراده و اختیار آنها خارج بوده بنابراین هر دو باید مستحق عقاب باشند. شیخ انصاری می‌گوید: «این اشکال وارد نیست زیرا کیفر دادن شخص برای ارتکاب عملی که از اختیارش خارج بوده است نادرست است اما کیفر ندادن او برای

ارتکاب عملی که از اختیار او خارج بوده است قبحی ندارد.» (فیض، ۱۳۸۹: ۲۱۲) به عبارت دیگر مسأله دارای سه صورت است:

صورت اول: اول تا آخر مطلب از اختیار شخص، خارج و امری غیر اختیاری است مانند اینکه شخصی را بخوابانند و شراب در دهان او بریزند که هیچ اراده و اختیاری در آن نیست.

صورت دوم: اول مطلب اختیاری و آخر آن غیر اختیاری است ولی آن امر غیر اختیاری نشأت گرفته از یک امر اختیاری بوده است مثل اینکه شخصی با اراده خودش، خود را از جای بلندی به پایین پرت کند که این امر ناشی از اختیار او بوده ولی اینکه او به واسطه پرتاب شدن از جای مرتفع زنده بماند یا کشته شود خارج از اختیار اوست.

صورت سوم: اول مطلب اختیاری و آخر آن غیر اختیاری است ولی این امر غیر اختیاری اتفاقی بوده نه اینکه نشأت گرفته از اختیار فاعل باشد مثل شخصی که به قصد شرب خمر لیوان را سر می‌کشد ولی تصادفاً مایع درون لیوان آب بوده نه شراب که در اینجا اول امر اختیاری است یعنی با اراده خودش مایع را سر کشید و آخر امر غیر اختیاری است ولی این امر غیر اختیاری هم مسبب و معلول آن امر غیر اختیاری نیست زیرا در کارهای اختیاری یک جزء قضیه قصد است و این شخص به قصد شرب خمر، مایع درون لیوان را سر کشید نه به قصد شرب آب، ولی اتفاقاً آب بوده، پس آنچه که قصد کرده واقع نشده و آنچه که واقع شده قصد نشده است. (ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد)

نتیجه اینکه در صورت اول که همه آنچه انجام شده ناشی از اجبار بوده و از اختیار فاعل خارج بوده، عقاب قبیح است ولی در صورت دوم عقاب قبیح نیست و در قسم سوم نیز عقاب قبیح است پس چنانچه عقاب منوط به امر غیر اختیاری باشد قبیح است ولی اگر عدم عقاب منوط به امر غیر اختیاری باشد قبحی ندارد (محمدی خراسانی، ۱۳۷۰: ۳۶) و فرض سومی که فقهای دسته اول آن را نپذیرفته‌اند از همین مقوله است بنابراین فقط کسی که یقینش با واقع منطبق شده مستحق کیفر است و آن کس که یقینش با واقع منطبق نشده مستحق کیفر نیست.

با ملاحظه دو دیدگاه مذکور می‌توان دریافت که فقهای دسته اول به نیت و قصد مرتکب بهای بسیاری می‌دهند و در واقع می‌توان دیدگاه آنها را همان دیدگاه طرفداران راهکار ذهنی در حقوق عرفی دانست که اعتقاد به مجازات جرم محال دارند در حالی که فقهای دسته دوم نگاه مادی به جرم داشته و به همین جهت همچون طرفداران راهکار عینی تمایلی به مجازات جرم محال ندارند. این دیدگاه میان فقها مشهور است و فقهای همچون شهید اول (ره)، آیت الله بجنوردی (ره) و امام خمینی (ره) از پیروان این دیدگاه محسوب می‌شوند. (حبیب‌زاده، ۱۳۷۸: ۲۰)

۲. تحلیل حقوقی جرائم ناقص

در این بخش، جایگاه جرائم ناقص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ مورد بررسی قرار می‌گیرد تا معلوم گردد کدام یک از این دو قانون در برخورد با این جرائم از پشتوانه فقهی بیشتری برخوردار است.

۱.۲. شروع به جرم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰

ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ مقرر می‌داشت: «هرکس قصد ارتکاب جرمی کند و شروع به اجرای آن نماید، لکن جرم منظور واقع نشود، چنانچه اقدامات انجام گرفته جرم باشد محکوم به مجازات همان جرم می‌شود.»

وجود عبارت «چنانچه اقدامات انجام گرفته جرم باشد محکوم به مجازات همان جرم می‌شود» در ماده مزبور نشان می‌دهد که قانون‌گذار ۱۳۷۰ عملاً شروع به جرم را بدون مجازات اعلام کرده بود زیرا در شروع به جرم، فاعل به دلیل اعمالی که مرتکب شده مجازات نمی‌گردد بلکه به دلیل جرمی که قصد ارتکاب آن را داشته مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد و مجازات مرتکب به دلیل اقداماتی که انجام داده ربطی به مقوله شروع به جرم ندارد. شاید دلیل قانون‌گذار ۱۳۷۰ در حذف شروع به جرم از زمره اعمال مجرمانه، تبعیت از فقهایی بوده که اعتقاد به عدم حرمت مقدمه حرام دارند. این اعتقاد در زمان اعتبار قانون تعزیرات ۱۳۶۲ توسط شورای نگهبان در عدم تایید ماده ۸۹ و اظهار نظر در مورد ماده ۱۰۹ قانون مذکور ابراز شده است. ماده ۸۹ مقرر می‌داشت: «هرکس به قصد اخفاء یا امحاء آثار یا مدارک جرم از ذی حق اقدامی کند به مجازات شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم خواهد شد.» در این باره شورای نگهبان اظهار نموده بود: «ماده ۸۹ نیز نظر به این که مقدمات جرم مثل مقدمات اخفاء و امحاء اگر خود جرم به آن‌ها حاصل نشود تعزیر ندارد، تأیید نگردد.» همچنین شورای مذکور در مورد ماده ۱۰۹ نیز که مقرر می‌داشت: «مجازات شروع به سرقت تعزیر تا ۷۴ ضربه شلاق است.» بیان نموده بود: «ماده ۱۰۹ مجمل است. اگر جمله شروع به سرقت، مقدماتی را که فی حد نفسها مباح است شامل شود مغایر با موازین شرعی است و اگر مقصود مقدماتی است که فی حد نفسها حرام است مثل بالا رفتن از دیوار خانه غیر، یا داخل شدن در خانه غیر، عبارت را به نحوی که ظاهر در معنی دوم باشد اصلاح فرماید.» (مهرپور، ۱۳۷۱: ۴۲۶)

با وجود این به دلیل عدم جرم‌انگاری شروع به جرم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ بحث از ارکان تشکیل دهنده شروع به جرم یعنی شروع به اجرای جرم و انصراف غیر ارادی در این قانون سالبه به انتفاء موضوع می‌باشد.

۲.۲. شروع به جرم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بر خلاف قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ که شروع به جرم فاقد مجازات اعلام شده بود، شروع به اکثر جرائم قابل مجازات شناخته شده است. ماده ۱۲۲ قانون مزبور مقرر می‌دارد: «هرکس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجراء آن نماید لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند 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.»

از دقت در مفاد این ماده مطالب زیر پیرامون موضع قانون گذار ۱۳۹۲ در ارتباط با شروع به جرم بدست می‌آید:

اول این که ماده مزبور در تفکیک اعمال مقدماتی از شروع به اجرا راهکاری ارائه نمی‌دهد هر چند به عقیده برخی حقوق دانان از ماده ۱۲۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که مقرر می‌دارد: «مجرد قصد ارتکاب جرم و یا عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم است و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد، شروع به جرم نیست و از این حیث قابل مجازات نمی‌باشد.» چنین استنباط می‌شود که قانون گذار به راهکار ذهنی یا حداقل راهکار تلفیقی نظر داشته است زیرا در این ماده فقط آن دسته از اعمال و اقداماتی را غیر قابل مجازات اعلام کرده است که ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشند و الا اگر این اقدامات ارتباط مستقیم با وقوع جرم داشته باشند قابل تعقیب و مجازات می‌باشند (محسنی، ۱۳۷۵: ۱۸۱) ولو اینکه بخشی از رکن مادی جرم مورد نظر مرتکب- آنگونه که راهکار عینی شرط می‌داند- را تشکیل ندهند ولی واقعیت این است که آغاز عملیات اجرایی از امور موضوعی و موردی است که تشخیص آن را باید با توجه به تعریف هر جرم و شرایط خاص مربوط به وقوع آن از جمله سوابق متهم و کیفیات قضیه به عهده قاضی رسیدگی کننده قرار داد زیرا مسلم است که هر جرم ماهیتی متفاوت از جرم دیگری دارد لذا قانونگذار نمی‌تواند با ارائه‌ی یک راهکار، قضات را ملزم نماید که در تشخیص شروع به اجرای کلیه جرائم فقط از همان راهکار تبعیت نمایند چرا که اساساً هیچ دادرس منصفی نیز به خود حق نخواهد داد که صرفاً با اتکاء به یک معیار (راهکار) در صدد تعیین شروع به جرم برای کلیه جرائم باشد به عنوان مثال قضات برای تشخیص شروع به اجرا در جرائم مطلق، بیشتر می‌توانند از راهکار ذهنی تبعیت کنند تا راهکار

عینی زیرا تجزیه فرآیند آغاز و انجام جرائم مطلق - به دلیل این که وقوع آنها منوط به تحقق نتیجه خاصی نیست - با تبعیت از راهکار عینی کاری بسی دشوار است مانند جرم جعل (موضوع ماده ۵۲۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵) حتی ماهیت برخی از جرائم به گونه ای است که اصلاً امکان تحقق شروع به جرم در آنها وجود ندارد مانند جرم تهدید (موضوع ماده ۶۶۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵) یا تحریک (موضوع ماده ۵۱۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵) چون رکن مادی این جرائم به دلیل اینکه تجزیه ناپذیرند، یا به طور کامل محقق می شوند یا اصلاً محقق نمی شوند زیرا مسیری که مجرم می پیماید آنچنان سریع و کوتاه است که نمی توان مراحل ارتکاب جرم را به درستی تشخیص داد از این رو برای این قبیل جرائم نمی توان شروعی تصور کرد و دقیقاً تعیین نمود که مرتکب از چه زمانی داخل در عملیات اجرایی جرم مورد نظر خویش گردیده است. این در حالی است که در جرائم مقید امکان تعیین شروع به اجرا با تبعیت از راهکار عینی یا تلفیقی نیز وجود دارد زیرا تشخیص مراحل ارتکاب جرائم مقید - به دلیل اینکه وقوع آنها منوط به تحقق نتیجه خاصی است - در بیشتر موارد به راحتی میسر می باشد.

دوم اینکه قانون گذار ۱۳۹۲ همچون سایر اعضای نظام حقوقی مدون انصراف غیر ارادی را در تحقق شروع به جرم شرط می داند که این اقدام قانون گذار هم با مبانی جرم انگاری شروع به جرم و هم با مبانی فقهی آن که قبلاً راجع بدان مفصلاً توضیح داده شد منطبق است.

سوم این که به موجب این ماده شروع به کلیه جرائم (اعم از جرائم مستوجب حد، جرائم مستوجب قصاص و جرائم تعزیری) قابل مجازات است مگر جرائمی که دارای مجازات تعزیری درجه ۶، ۷ و ۸ یا دارای مجازات غیر از حبس (شلاق، جزای نقدی و...) باشد که این رویکرد قانونگذار در مورد شروع به برخی از جرائم با انتقاد روبروست. از جمله این جرائم می توان به مواردی اشاره کرد که علی رغم اینکه در زمره جرائم تعزیری درجه ۶ تا ۸ قرار ندارند اما ماهیتاً تهیه مقدمات اند و سراغ آنها را عمدتاً بایستی در میان جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور گرفت. در این جرائم مقنن دخالت زود هنگام نموده و مراحل بسیار مقدماتی را جرم انگاری می کند. نمونه بارز آن، جرم داخل شدن به اماکن سیاسی یا نظامی یا امنیتی به قصد کسب اطلاع از اسرار سیاسی یا نظامی یا امنیتی (موضوع صدر ماده ۵۰۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵) است. بنابراین شروع به چنین جرائمی که خود در مرحله شروع به جرم و یا عملیات مقدماتی هستند چگونه ممکن است؟ علی ای حال به نظر می رسد تعیین مجازات در مورد شروع به چنین جرائمی ممکن است منجر به محدود شدن آزادی های فردی و احیاناً دخالت بی مورد و نابجای ضابطین در زندگی خصوصی افراد به بهانه تعقیب شروع به جرم احتمالی گردد.

چهارم اینکه قانونگذار ایران به موجب ماده مزبور مجازات فردی که شروع به جرمی بنماید را یک درجه خفیف تر از مجازات جرم تام آن دانسته است به عنوان مثال: هرگاه فردی قصد ارتکاب جرم خیانت در امانت داشته باشد و شروع به اجرای آن نماید لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، با توجه به اینکه مجازات این جرم طبق ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ در زمره مجازات های تعزیری درجه ۵ قرار می گیرد (شش ماه تا سه سال حبس)، مرتکب شروع به این جرم را باید طبق بند «پ» ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه شش محکوم نمود. در واقع این اقدام قانونگذار ۱۳۹۲ بیانگر تبعیت او از قاعده تخفیف مجازات جرم ناقص نسبت به جرم کامل است.

پنجم اینکه مطابق ماده ۱۲۲ هرگاه اعمال مرتکب علاوه بر اینکه مصداقی از شروع به جرم است، در عین حال عنوان مجرمانه مستقل نیز داشته باشد بحث تعدد جرم از نوع اعتباری یا معنوی مطرح می شود. در این صورت باید میان دو حالت قائل به تفکیک شد:

- اقدامات انجام گرفته مستوجب تعزیر باشد: در این صورت به موجب ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که مقرر می دارد: «در جرائم موجب تعزیر هرگاه رفتار واحد، دارای عناوین مجرمانه متعدد باشد، مرتکب به مجازات اشد محکوم می شود.» باید میان مجازات شروع به جرم و مجازات اقداماتی که عنوان مجرمانه مستقل داشته، مجازات اشد بر مرتکب اعمال گردد.

- اقدامات انجام گرفته مستوجب حد، قصاص یا دیه باشد: از آنجا که اعمال مجازات اشد به تصریح ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ محدود به جرائم قابل تعزیر می باشد، بنابراین در صورتی که فعل واحد واجد دو عنوان مجرمانه یکی تعزیری و دیگری مستوجب حد یا قصاص یا دیه باشد باید قائل به جمع مجازات ها شد. به کار بردن این شیوه در مورد مجازات شروع به برخی از جرائم در تعارض آشکار با موازین عدل و انصاف قرار دارد و منجر به نتایج زیان باری خواهد شد به عنوان مثال هر گاه کسی که قصد لواط ایقابی با دیگری را دارد پیش از عمل دخول دستگیر گردد عمل او هم مصداق شروع به لواط خواهد بود و هم مصداق تفخیز که در حال حاضر به موجب ماده ۱۲۲ با این که فقط یک فعل انجام داده است ولی باید دو مجازات را تحمل کند: صد ضربه شلاق حدی به دلیل تفخیز (ماده ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) و حبس تعزیری درجه چهار- که مدت آن بیش از پنج تا ده سال می باشد- به دلیل شروع به لواط (بند الف ماده ۱۲۲). در حالی که اگر به مقصود خویش می رسید و عمل دخول را انجام می داد چه بسا به استناد ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ فقط محکوم به تحمل یکصد ضربه شلاق می گشت^۱ اما در مثال مزبور که

۱. ماده ۲۳۴ مقرر می دارد: «حد لواط برای فاعل، در صورت عنف، اکراه یا دارا بودن شرایط احصان، اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم وجود احصان) اعدام است.»

اساساً موفق به ارتکاب جرم مقصود خویش نشده است، به دو مجازات محکوم می‌شود و این فاقد منطق حقوقی است.

۳.۲. جرم عقیم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ همان طور که قبلاً گفته شد، ماده ۴۱ به گونه ای نگارش شده بود که عملاً منجر به حذف شروع به جرم از عناوین مجرمانه گردید و از آنجا که جرم عقیم نیز در حکم شروع به جرم است، پس به طریق اولی امکان مجازات جرم عقیم نیز منتفی شد. عدم تعیین مجازات برای جرم عقیم از پشتوانه فقهی برخوردار نیست زیرا جرم عقیم منطبق با چیزی است که فقها از آن تحت عنوان مقدمه موصوله و علت تامه ذی المقدمه تعبیر می‌کنند و در جای خود بیان شد که هر چند فقها در باب حرمت مقدمه حرام با هم اختلاف دارند ولی در مورد مقدمه موصوله تقریباً همگی بر این عقیده هستند که حرام است و موجب تعزیر ولی با این حال قانون گذار ۱۳۷۰ از جرم انگاری چنین جرمی امتناع ورزیده است، همچنین اگر جرم انگاری جرم عقیم بی ارتباط با حرمت یا عدم حرمت آن باشد، باز هم اتخاذ تدابیری برای مقابله با مرتکب جرم عقیم که به صراحت حالت خطرناک خود را نشان داده، ضروری است. (اردبیلی، ۱۳۸۴: ۲۲۸)

۴.۲. جرم عقیم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

هر چند قانون گذار ۱۳۹۲ جرم عقیم را به صراحت مورد پذیرش قرار نداده است ولی به نظر می‌رسد که عبارت «به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند» در ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ علاوه بر شروع به جرم شامل جرم عقیم نیز می‌شود زیرا عوامل خارج از اراده اعم است از موانع خارجی و عوامل منتسب به شخص (ره‌دارپور، ۱۳۹۰: ۷۰) و در تعریف شروع به جرم و جرم عقیم دانسته شد که عوامل خارج از اراده که مربوط به موانع خارجی است منجر به تحقق شروع به جرم می‌گردد و آن قسمت از عوامل خارج از اراده که منتسب به شخص مرتکب است منجر به تحقق جرم عقیم می‌گردد. (صانعی، ۱۳۸۲: ۳۵۷).

تعیین مجازات برای جرم عقیم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با مبانی جرم انگاری و مبانی فقهی منطبق است زیرا همان طور که در ذیل عنوان «جرم عقیم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰» گفته شد از لحاظ مبانی جرم انگاری، مرتکب جرم عقیم نسبت به مرتکب شروع به جرم از خود حالت خطرناک بیشتری نشان داده است و این امر مجازات او را توجیه می‌نماید. از لحاظ مبانی فقهی نیز جرم عقیم منطبق است با مقدمه موصوله و اکثر فقها بر این عقیده اند که مقدمه موصوله، حرام است و قابل تعزیر.

۵.۲. جرم محال در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ حکمی در ارتباط با جرم محال وجود نداشت. البته اگر اقدامات انجام گرفته فی نفسه عنوان مجرمانه داشت مرتکب به مجازات همان جرم محکوم می‌شد مثلاً چنانچه کسی به گمان اینکه در صندوق، جواهراتی قرار دارد آن را می‌شکست ولی پس از شکستن در می‌یافت که صندوق خالی از هرگونه شیء با ارزشی است، به جرم تخریب صندوق تحت پیگرد قرار می‌گرفت. عدم تعیین مجازات برای جرم محال در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ شاید به دلیل تبعیت از فقهایی بوده که اعتقاد به عدم عقوبت تجری دارند (نظر غالب فقها) ولی نکته‌ای که وجود دارد این است که در واقع تجری در کلام فقها معادل محال قانونی در حقوق عرفی است و شامل محال مادی نمی‌شود بنابراین می‌توان گفت نظر غالب فقها در اینکه محال قانونی را غیر قابل مجازات می‌دانند شبیه به نظریه بینابین است ولی تفاوتی که وجود دارد این است که پیروان نظریه بینابین در مورد محال مادی نیز اظهار نظر نموده‌اند و مرتکب آن را شایسته مجازات می‌دانند در حالی که فقها در این مورد سکوت اختیار کرده‌اند.

۶.۲. جرم محال در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «هرگاه رفتار ارتكابی، ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لکن به جهات مادی که مرتکب از آنها بی اطلاع بوده وقوع جرم غیرممکن باشد، اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است.» این تبصره فقط ناظر بر محال مادی است و شامل محال قانونی نمی‌شود زیرا در تبصره آمده است که: «هرگاه رفتار ارتكابی، ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته...» که استعمال کلمه «جرم» حاکی از آن است که اعمال انجام شده بایستی واجد عنوان مجرمانه باشد (محسنی، ۱۳۷۵: ۱۹۹) و این همان چیزی است که نظریه بینابین در مقام تعریف محال مادی، بیان می‌نماید. این تفسیر از ماده مزبور علاوه بر اینکه با عقیده غالب فقها که اعتقاد به عدم مجازات تجری یا همان محال قانونی دارند، هماهنگ است، با تفسیر مضیق قوانین جزایی و تفسیر به نفع متهم نیز منطبق است. حق نیز این است که محال قانونی غیر قابل مجازات باشد زیرا در محال قانونی هیچ مفسده‌ای پدید نمی‌آید، آشوب اجتماعی ایجاد نمی‌شود، به حقوق جامعه و افراد آن تجاوزی صورت نمی‌گیرد و نهایتاً اینکه عقل به قبیح بودن چنین عملی نیز حکم نمی‌دهد. (فرهودی نیا، ۱۳۸۱: ۱۹۱)

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

چنانچه ملاک برای جرم‌انگاری جرائم ناقص، حرمت شرعی آن‌ها باشد با کنکاش در مبانی فقهی و اصولی می‌توان دریافت که قاعده سد ذرایع که از ابداعات فقهای عامه محسوب می‌شود، کاملاً بی‌ارتباط با مقوله جرم ناقص است زیرا به موجب آن کلیه اعمال مباح ولو به قصد مباح انجام گرفته باشند فقط به صرف اینکه ممکن است از آن مفسده‌ای حاصل شود باید ممنوع اعلام شوند اما نهاد مقدمه حرام قابلیت انطباق با مقوله شروع به جرم را دارد، به شرط اینکه محدوده آن مضیق و مقید به اعمال اجرائی جرم شود زیرا در اعمال اجرائی، اقدامات مرتکب همگی ظهور در قصد مجرمانه او دارند و در نتیجه قابل اثبات در محکمه می‌باشند. آنچه گفته شد بیانگر این حقیقت نیز می‌باشد که در تفکیک اعمال مقدماتی از اعمال اجرائی شروع به جرم باید اقداماتی را شروع به جرم قلمداد نمود که ظهور در این دارند که قصد فاعل از ارتکاب آنها، انجام عمل مجرمانه بوده است و این همان چیزی است که با تبعیت از دیدگاه تلفیقی و در مواردی دیدگاه عینی نیز می‌توان بدان دست یافت. مقدمه موصوله نیز از لحاظ ماهوی همان جرم عقیم در حقوق عرفی است. نوع خاصی از جرم محال هم که از آن در حقوق عرفی به محال قانونی تعبیر می‌شود در کلام فقها ذیل عنوان تجری به تفصیل و به صورت گسترده و محققانه بیان شده است که بیانگر پشتوانه فقهی این اصطلاح در حقوق کیفری اسلام است ولی اگر جرم‌انگاری جرائم ناقص را بی‌ارتباط با حرمت یا عدم حرمت آنها بدانیم، قانونگذار اسلامی بر اساس قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» می‌تواند برای جرائم ناقص هر چند دارای حرمت شرعی نباشند، ولی به جهت آنکه در تعارض با نظم و مصلحت عمومی قرار گرفته اند، از باب حکم حکومتی تعزیر تعیین نماید.

بر اساس آنچه گفته شد این نتیجه حاصل می‌شود که رویکرد قانونگذار ۱۳۷۰ در حذف جرائم ناقص، معلول نگاه فقهی به این مقوله نبوده است هر چند قانونگذار ۱۳۹۲ نیز با قابل مجازات دانستن شروع به اکثر جرائم و در حکم شروع به جرم دانستن جرم محال و جرم عقیم، افراط نموده است که نتیجه آن اشاعه بدگمانی و سوءظن در محاکم و نهایتاً محدود شدن حقوق و آزادی‌های فردی است و این در حالی است که همه این موارد مورد نهی شارع مقدس قرار گرفته است.

با توجه به مراتب پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار به هنگام بازبینی و اصلاح قانون:

۱- هماهنگ با برخی نظام‌های حقوقی دیگر، تقسیم‌بندی مجازات‌ها به جنایت، جنحه و خلاف را در مورد مجازات‌های تعزیری بپذیرد و شروع به جرم را در جنایات مطلقاً و در جنحه‌ها با تصریح قانون، قابل مجازات اعلام کند و در ارتباط با جرائم مستوجب حد، قصاص و دیه راه دیگری رفته و مثلاً فقط شروع به جرم در جرائم دارای مجازات سلب حیات، حبس ابد و قطع عضو را جرم بداند.

۲- ماده جداگانه‌ای را به جرم عقیم اختصاص دهد تا بدین وسیله شبهه‌ی عدم امکان مجازات

جرم عقیم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مرتفع گردد.

منابع

قرآن کریم

- اردبیلی، م. ۱۳۸۴. **حقوق جزای عمومی**، جلد ۱، چاپ ۷، تهران: انتشارات میزان.
- ابن حزم، ع، ۱۴۰۵ه.ق، **الاحکام فی اصول الاحکام**، جلد ۴، بیروت.
- استفانی، گ. لواسور، ژ. بولوک، ب. ۱۳۸۳. **حقوق جزای عمومی**، جلد ۱، ترجمه حسن دادبان، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.
- باهری، م. داور، م. ۱۳۸۰. **(مقارنه و تطبیق: رضا شکری)**، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- بجنوردی، س. ۱۴۰۱ه.ق، **قواعد فقهیه**، جلد ۱، چاپ ۳، تهران: انتشارات موسسه عروج.
- جعفری لنگرودی، م. ۱۳۸۸. **ترمینولوژی حقوق**، چاپ ۲۲، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جمعی از پژوهشگران. ۱۴۲۶ه.ق. **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام**، جلد ۲، چاپ اول، قم: انتشارات موسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیه السلام.
- جناتی، م. ۱۳۷۰. **منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی**، چاپ اول، تهران: انتشارات کیهان.
- جندی، ع. بی تا. **الموسوعه الجنائیه**، جلد ۴، چاپ اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حبیب‌زاده، م. ۱۳۷۸. «تحلیل ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی»، **ماهنامه دادرسی**، ۱۸(۳): ص ۲۴-۱۸.
- حر عاملی، م. ۱۴۰۹ه.ق. **وسائل الشیعه**، جلد ۲۸، چاپ اول، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام.
- حسینی قمی، س. ۱۳۷۸. **ایضاح الکفایه (درسهای متن کفایه الاصول آیت الله فاضل لنکرانی)**، جلد ۲، چاپ ۳، قم: انتشارات نوح.
- حسینی قمی، س. ۱۳۸۰. **ایضاح الکفایه (درسهای متن کفایه الاصول آیت الله فاضل لنکرانی)**، جلد ۴، چاپ ۴، قم: موسسه مطبوعاتی دارالکتاب (جزایری).
- دکترزاده، ا. ۱۳۱۸. «چرا و چگونه شروع به بزه را باید مجازات نمود (طرح مسئله در حقوق مقایسه)»، **مجله مجموعه حقوقی**، ۱۱۰: ص ۴۹۸-۴۹۵.
- ذهنی تهرانی، م. ۱۳۷۰. **تشریح المقاصد فی شرح الفرائد (شرح فارسی بر رسائل شیخ انصاری)**، چاپ اول، قم: انتشارات حاذق.
- رهدار پور، ح و چنگایی، ف. ۱۳۹۰. «بررسی شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال در لایحه مجازات اسلامی با نگاهی به سیر قانونگذاری»، **پژوهشنامه حقوقی**، ۱(۲): ص ۷۴-۵۹.
- زراعت، ع. ۱۳۸۵. «تعارض اصل و ظاهر»، **مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان**، ۱۴(۵): ص ۹۶-۱۱۴.
- صانعی، پ. ۱۳۸۲. **حقوق جزای عمومی**، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نو.

- غمامی، س. ۱۳۸۶. «قانون گذار در دو راهی حقوق جزای جدید و فقه (نقد ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی تبعات آن در نظام زندانبانی)»، *مجله اصلاح و تربیت*، ۶۸: ص ۳۷-۴۰.
- فرهودی نیا، ح. ۱۳۸۱. *جرائم ناقص (بررسی تطبیقی)*، چاپ اول، تبریز: انتشارات فروزش. (کتاب)
- فیض، ع. ۱۳۸۹. *مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام*، چاپ ۸، تهران: سازمان چاپ و انتشارات.
- قیاسی، ج. ساریخانی، ع. خسروشاهی، ق. ۱۳۹۱. *مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه)*، چاپ ۳، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- گلدوزیان، ا. ۱۳۸۷. *بایسته‌های حقوق جزای عمومی*، چاپ ۱۶، تهران: انتشارات میزان.
- محسنی، م. ۱۳۷۵. *دوره حقوق جزای عمومی (پدیده جنایی)*، چاپ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- محقق داماد، س. ۱۳۸۳. *قواعد فقه*، جلد ۴، چاپ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی خراسانی، ع. ۱۳۷۰. *شرح رسائل*، جلد ۱، چاپ اول، قم: انتشارات دارالفکر.
- محمدی، ا. ۱۳۸۵. *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، چاپ ۲۵، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- مرعشی، س. ۱۳۷۱. «مصلحت و پایه‌های فقهی آن»، *مجله قضایی و حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی*، ۶: ص ۳۸-۹.
- معمد، م. ۱۳۵۱. *حقوق جزای عمومی*، جلد ۱، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه ملی.
- مکارم شیرازی، ن. ۱۴۲۷. *دائرة المعارف فقه مقارن*، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- مکارم شیرازی، ن. ۱۳۹۲. استفتاء، شماره ۴۶_۰۵_۰۹_۹۲ (www.makarem.ir)
- مهرپور، ح. ۱۳۷۱. *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، جلد ۱، چاپ اول، تهران: سازمان انتشارات کیهان.
- میر فردی، ق. ایروانیان، ا. ۱۳۸۰. «بررسی تطبیقی، تحلیلی جرم محال در حقوق ایران، انگلستان و فرانسه، ماهنامه کانون» ۲۷ (۴۵): ص ۲۱-۴۶.
- نراقی، ا. ۱۴۱۷ ه.ق. *عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
- نوربها، ر. ۱۳۸۴. *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ ۱۴، تهران: انتشارات دادآفرین.