

ارائه‌ی معیار تشخیص جرایم ناتمام

محمدجواد فتحی^۱

حامد رهدارپور^۲

فرشاد چنگابی^۳

چکیده

ارائه‌ی ملاکی مشخص برای تفکیک جرایم ناتمام شامل شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال از یکدیگر و تمییز عناوین مذکور از دیگر نهادهای مشابه، در تعیین نوع و میزان واکنش علیه مرتکب مؤثر خواهد بود. جامع‌ترین و بهترین معیاری که می‌توان به عنوان برآیند این اثر ارائه داد، امکان یا عدم امکان وقوع جرم در زمان شروع به اجرا است؛ بدین توضیح که، در فرض اول؛ هرگاه در زمان ورود به عملیات اجرایی (شروع به اجرا) تحقق جرم، غیرممکن باشد، با دو مقوله‌ی عملیات مباح و یا جرم محال مواجه می‌شویم؛ بدین ترتیب که هرگاه «علت غیرممکن بودن جرم»، عدم تکافوی ذاتی رفتار باشد، عمل مذکور اصولاً جزء هیچ یک از مصادیق جرایم ناتمام قرار نگرفته و این میزان عمل، مستحق واکنش کیفری نخواهد بود؛ چرا که در واقع شروع به اجرا به عنوان شرط وقوع جرایم ناتمام محقق نشده است. در مقابل چنانچه علت امر ناشی از فقدان موضوع، وجود مانع و یا عدم تکافوی نسبی رفتار باشد، جرم محال رخ داده است؛ در فرض دوم؛ هرگاه 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 می‌باشد.

واژگان کلیدی:

جرایم ناتمام، شروع به جرم، جرم عقیم، جرم محال، زمان شروع به اجرا، امکان تحقق جرم.

۱. دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، رئیس دانشکده‌ی حقوق دانشگاه تهران (پردیس قم).

۲. کارشناس ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی.

۳. کارشناس ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی.

درآمد

مسیر مجرمانه یا همان روندی که طی آن ممنوعیت کیفری نقض می‌گردد، دارای مراحل است که در چند مقطع کلی قابل بررسی است؛ نخستین مرحله از فرایند پدیده‌ی جنایی، مرحله‌ای است که اندیشه و میل به ارتکاب جرم در ذهن مرتکب ظاهر می‌شود. اندیشه‌ی مجرمانه، نقطه‌ی آغاز محسوب می‌شود. در این مرحله صورت اولیه‌ی ارتکاب جرم در قالب اندیشه، در ذهن مجرم ایجاد می‌گردد (خاطری، ۱۳۸۷: ۱۷). مرحله‌ی اندیشه‌ی مجرمانه دقیقاً به معنای قصد مجرمانه نیست؛ بلکه مقصود، مرحله‌ی روانی ارتکاب جرم است که ممکن است به قصد قطعی ارتکاب جرم نیز منجر شود (محمصانی، ۱۳۸۵: ۲۷۲). دلایل بسیاری بر عدم مجازات در این مرحله وجود دارد؛ بسیاری از حقوق‌دانان در این خصوص توافق دارند که صرف فکر و قصد ارتکاب جرم بدون انجام عملیات مادی به تحقق عمل کیفری منجر نمی‌شود (Turner, 2006: 35)؛ به همین دلیل تقریباً در قوانین کیفری تمامی کشورها، قصد مجرمانه از اعمال مجازات معاف شده است (Chawla, 2006: 35). مرحله‌ی بعدی مسیر مجرمانه، تهیه‌ی مقدمات یا مرحله‌ی مقدماتی است. عملیات مقدماتی آن مقدار اعمالی هستند که در برخی جرایم عمدی برای ارتکاب جرم صورت می‌گیرند. به عنوان مثال، کسی که قصد سرقت دارد، کلیدی می‌سازد، نردبانی تهیه می‌کند و یا ابزار لازمی برای اجرای قصد خود مهیا می‌نماید. این عملیات اگر خود عنوان مجرمانه نداشته باشند، قابل تعقیب نمی‌باشند. در خصوص این مرحله آنچه بیش از همه حائز اهمیت است، تفکیک آن از مرحله‌ی شروع به اجرا می‌باشد. مرحله‌ی شروع به اجرای جرم، مرحله‌ی سوم تحقق جرم است. در این مرحله، مرتکب با وسایلی که تهیه نموده است، درصدد اجرای نقشه‌ی قبلی خود برمی‌آید؛ به این معنی که مثلاً برای انجام عمل قتل، بر سر راه طرف کمین می‌نماید و یا وارد منزل او می‌شود؛ و یا برای انجام عمل سرقت، از دیوار او بالا می‌رود یا درب خانه را باز می‌کند (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۵۵/۲).

با تحقق مرحله‌ی شروع به اجرا، دو نتیجه متصور است؛ یا جرم تام محقق خواهد شد که مجازات آن مشخص است و یا جرم موردنظر محقق نمی‌شود که باید آن را در بحث جرایم ناتمام بررسی نمود. جرایم ناتمام که با ورود در عملیات اجرایی

و در نهایت عدم تحقق جرم نمود می‌یابند، در حقوق ایران مشتمل بر شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال می‌باشد. در نظام حقوقی کامن‌لا، افزون بر موارد مذکور تحریک و تبانی نیز از جمله جرایم ناتمام محسوب می‌شوند (Ashworth, 1991: 395). در این جرایم با وجود آن که مرتکب قصد انجام جرم را دارد و در عملیات اجرایی آن نیز رسوخ می‌نماید، جرم مورد نظر وی تحقق نمی‌یابد. هر یک از مصادیق جرایم مذکور دارای ویژگی‌ها و آثار خاص خود می‌باشد و از آن جهت که در هر کدام از آن‌ها دو مؤلفه‌ی حالت خطرناک و وقوع خطر متفاوت است، نوع واکنش علیه آن‌ها نیز باید متفاوت باشد. در این راستا گام نخست، تشخیص این جرایم و تفکیک آن‌ها از یکدیگر است؛ زیرا ارائه‌ی معیار و ملاک مشخصی در تمییز این جرایم، در تعیین نوع و میزان واکنش علیه مرتکب مؤثر می‌باشد؛ چه بسا عملی که خطر آن کمتر است، به مانند عملی که دارای خطر و زیان بیشتری است، مجازات گردد. از سوی دیگر، برخی اقدامات عملاً از مصادیق جرم محال فرض شده‌اند؛ در حالی که این مقدار از اعمال تحت شمول جرم محال قرار نگرفته و مستحق برخورد کیفری نمی‌باشند. پرسش اصلی این است که بر اساس چه معیاری عملی مباح، جرم محال، شروع به جرم، و یا جرم عقیم تلقی گردد، تا واکنش متناسبی علیه مرتکب آن اعمال شود؟ فقدان معیاری نسبتاً مشخص، که تعیین‌کننده‌ی حدود و ثغور جرایم ناتمام باشد، شناسایی و تفکیک جرایم مذکور را با دشواری مواجه ساخته است. هدف این نوشتار، ارائه‌ی معیاری است تا بر مبنای آن بتوان ضمن تشخیص جرایم ناتمام از دیگر مفاهیم مشابه، جرایم ناتمام را از همدیگر باز شناخت. در این راستا، ابتدا «غیرممکن بودن جرم در زمان شروع به اجرا (عملیات ناممکن)» و سپس «ممکن بودن جرم در زمان شروع به اجرا (عملیات نافرجام)» بررسی می‌شود.

۱. غیرممکن بودن جرم در زمان شروع به اجرا؛ عملیات ناممکن

گاهی در زمان شروع به اجرا احتمال تحقق جرم منتفی است؛ یعنی هنگامی که مرتکب اقدام به عملیات اجرایی می‌کند، روشن است که نتیجه‌ی مورد نظر در هیچ صورتی محقق نخواهد شد، یا به عبارت دیگر وقوع جرم غیرممکن خواهد بود؛ چنین اعمالی را «عملیات ناممکن» نامیده‌ایم. عملیات ناممکن به دو گونه متجلی

می‌شود؛ گاهی به شکل عدم ورود به عملیات اجرایی است؛ در این صورت اقدامات انجام گرفته اصولاً فاقد وصف جزایی می‌باشند، و زمانی به صورت ورود در عملیات اجرایی جرم خاصی می‌باشد؛ این فرض بر جرم محال منطبق است.

۱-۱. فرض عدم ورود به عملیات اجرایی؛ اعمال مباح

برای تحقق هر یک از جرایم ناتمام که مشتمل بر شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال است، باید مجرم شروع به اجرای جرم مورد نظر نماید، اما به علت حدوث وقایع و اموری که کاملاً خارج از اراده و قدرت وی است، نتایج مورد نظر حاصل نگردد (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۸۸/۲). در رویه‌ی قضایی ایران در مواردی بر لزوم تحقق شروع به اجرا و ورود به عملیات اجرایی، نسبت به شروع به جرم تصریح شده است. برای مثال شعبه‌ی دوم دیوان عالی کشور در یکی از آراء خود آورده است «شروع به جرم اصولاً عبارت از توسل به عملیات اجرایی می‌باشد که اگر انصراف برای مرتکب حاصل نشود و مانعی نرسد ناگزیر جرم به وقوع می‌پیوندد...»^۱ هم‌چنین اداره‌ی حقوقی دادگستری نیز در نظریه‌ی مشورتی خود با تأکید بر این امر مقرر نموده است که «با شروع به عملیات اجرایی است که شروع به جرم مصداق پیدا می‌کند...»^۲.

در جرم محال نیز شرط ورود در عملیات اجرایی و تحقق شروع به اجرا، امری ضروری است؛ زیرا در جرم محال، اعم از آن که مستقل از جرایم ناتمام و یا قسمی از شروع به جرم محسوب گردد (Elliott, 2006: 257)، ناگزیر ورود به عملیات اجرایی را شرط تحقق آن می‌دانند (ولیدی، ۱۳۷۳: ۲۶۷/۲). به نظر می‌رسد پس از برخورد با هر عملیات غیرممکنی نباید بلافاصله به تحقق جرم محال حکم داد، بلکه ابتدا باید این مسأله بررسی شود که آیا شخصی که برای انجام جرم مقصودش مرتکب چنین عملیات غیرممکنی گردیده، به مرحله‌ی عملیات اجرایی جرم منظور وارد شده است یا آن که چنین نیست؟ هرگاه ثابت شود مرتکب وارد مرحله‌ی شروع به اجرای جرمی خاص نشده است، جرم محال صورت نگرفته و آنچه تحقق یافته، فاقد عنوان جزایی است؛ زیرا، از یک سو جرم تام محقق نشده و از سوی دیگر شرط تحقق جرایم ناتمام

۱. رأی شماره‌ی ۱۷۱۱ به تاریخ ۱۳۲۹/۷/۱۹ (امین‌پور، ۱۳۳۰: ۱۵۳).

۲. نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۱۹۵۵ به تاریخ ۱۳۶۵/۴/۸ اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه (شهری، ستوده جهرمی، ۱۳۷۷: ۱۷۳).

نيز احراز نشده است. در واقع، در عملياتي كه به منظور تحقق جرم صورت پذيرفته است (عمليات ناممكن)، همواره اين احتمال وجود دارد كه مرتكب به دو دليل در عمليات اجرائي جرم مورد نظر خويش وارد نشده باشد؛ اين موضوع بررسي مي‌شود.

۱-۱-۱. عدم تكافوي ذاتي رفتار

گاه ممكن است عمليات اجرائي كه براي تحقق جرمي خاص به كار رفته است، به گونه‌اي باشد كه ذاتاً قدرت تحقق جرم را نداشته باشد؛ يعني آن اعمال نه فقط در شرايط جرم، بلكه در هر شرايطي نتواند آن جرم خاص را محقق سازد؛ مانند سم دادن به ديگري با دارو و موادي كه كشنده نيست (صانعي، ۱۳۸۲: ۳۵۴). در اين مثال و مثال‌هاي مشابه، احتمال وقوع قتل منتفي است؛ زيرا اين احتمال از زمان انجام عمليات اجرائي وجود ندارد و مبناي تشخيص آن نيز معيار عقل است. پرسش اين است كه نسبت به چنين اعمال ناممكني چه سازستي اتخاذ شده و يا بايد بشود و اصولاً اعمال مذكور در حقوق كيفري تحت چه عنواني قرار مي‌گيرند؟ در مقام پاسخ بايد گفت چنانچه موادي كه به قصد قتل به موضوع جرم (انسان) داده مي‌شود كشنده نباشد، شخص مذكور مرتكب جرم محال نشده و مجازات نخواهد شد (صانعي، ۱۳۸۲: ۳۵۴؛ اردبيلي، ۱۳۸۲: ۲۲۶/۲).

افزون بر آن چه گفته شد، به نظر مي‌رسد اگر جرم بنا به علت ياد شده غيرممكن بماند، نه تنها عمل قابل مجازات نيست، بلكه مشمول عنوان جرم محال نيز نخواهد بود؛ زيرا بايد اصولاً ميان غيرممكن بودن جرم به علت مذكور و ساير علل تفكيك نمود. با ذكر مثالي اين تمايز بهتر روشن مي‌شود؛ مانند فرضي كه شخصي به قصد كشتن ديگري سعي كند با تفنگ آبي او را از پاي در آورد؛ چنين اقدامي بيشتر كاري احمقانه محسوب مي‌شود تا عمليات مجرمانه و شروع به اجرائي قتل؛ لذا بايد ميان اين فرض با زماني كه صرفاً به علت فقدان موضوع، جرم مقصود محقق نمي‌شود، تمايز قائل شد؛ هم‌چنان كه برخي حقوق دانان به طور ضمنی متعرض چنين قضيه‌اي شده و پذيرفته‌اند كه نبايد اين عمل قابل مجازات باشد؛ «اگر شخصي با هفت تير چوبي يا از طريق جادوگري بخواهد ديگري را بكشد آيا مي‌توان او را به عنوان شروع جرم مجازات كرد؟ در اين موارد با آن كه ظاهراً مسئله از مصاديق جرم محال است

ولی چون مرتکب اعمال اجرائی فاقد عنصر روانی برای ارتکاب جرم بوده است، این مقدار از اعمال وی مشمول مجازات نخواهد بود» (صانعی، ۱۳۸۲: ۳۵۷). این که نویسنده‌ی مذکور مورد فوق را برخلاف سایر مصادیق جرایم محال، قابل مجازات نمی‌داند، بیانگر تمایز این مورد با سایر مصادیق جرم محال است. اما به نظر می‌رسد این فرض اصولاً مشمول عنوان جرم محال نیز نباشد. با این وجود باید توجه داشت که از منظر ایشان ظاهراً فرض یاد شده مشمول عنوان جرم محال می‌باشد و منتفی بودن مجازات مرتکب به دلیل عدم وجود سوءنیت است؛ در حالی که علت واقعی منتفی بودن مجازات، فقدان عنوان جزایی و عدم شمول عنوان جرم محال بر عمل مرتکب می‌باشد؛ زیرا اگر این مقدار عمل، جرم محال تلقی شود، لاجرم باید از مقررات جرم محال تبعیت می‌نمود؛ یعنی همانند جرم محال مستحق مجازات می‌بود؛^۱ در حالی که به همان دلیلی که آمد، اصولاً در چنین شرایطی بدین دلیل که مرتکب وارد عملیات اجرائی جرم قتل نشده است، بحث جرم محال نیز منتفی است؛ زیرا چگونه ممکن است شلیک با اسلحه‌ی چوبی شروع به اجرای قتل باشد، در حالی که عملیات اجرائی هر جرمی گونه‌ای از رفتار است که باید با حصول شرایط لازم قدرت تحقق نتیجه را دارا باشد. بنابراین، «هرگاه شخصی به قصد قتل دیگری در غذای وی نمک یا شکر بریزد، این عمل شروع به اجرای قتل به شمار نمی‌آید... زیرا عمل وی داخل در رکن مادی جرم قتل به وسیله مسموم ساختن نیست و شایستگی ایجاد نتیجه‌ی مورد نظر او را ندارد» (فرهودی نیا، ۱۳۸۱: ۱۳۶-۱۳۵).

به عقیده‌ی برخی از نویسندگان حقوق مانند اورتولان^۲ و گاروفالو^۳ از آن جهت که این قبیل اعمال دارای خطر عملی نیستند، قابل مجازات نیز نخواهند بود (معتد، ۱۳۵۱: ۲۶۸). این عده از حقوق دانان نسبت به سایرین، که در ادامه می‌آید، راه حل مناسب‌تری را اتخاذ نموده و لاقلاً بر خلاف آن‌ها در تعلیل خود اصول حقوق جزا را از یاد نبرده‌اند. در مقابل برخی دیگر از حقوق دانان کیفری علت عدم مجازات را در غیر مسؤول بودن مرتکب به علت فقدان شعور کافی و ضعیف‌العقل

۱. این دیدگاه از آن جهت است که جرم محال در زمان نویسنده‌ی اخیر مطابق قانون مجازات عمومی، تحت عنوان شروع به جرم قابل مجازات بوده است. با این وجود حتی در زمان حاضر نیز برخی جرم محال را بر اساس ماده‌ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی قابل مجازات می‌دانند (گلدوزیان، ۱۳۷۸: ۲۰۱).

2. Ortolan
3. Garofalo

بودن دانسته‌اند (علی‌آبادی، ۱۳۶۷: ۱۲۹)؛ برخی نیز هر دو دلیل را خلط نموده‌اند (صدارت، ۱۳۴۰: ۲۱۹). توجیهات اخیر با اشکال مواجه‌اند؛ زیرا از یک طرف آنچه از عنصر روانی برمی‌آید، چیزی جز قصد و اراده‌ی ارتکاب جرم نیست. چه بسا مرتکب، خود به داشتن چنین قصدی اقرار نموده و به صراحت بیان کند که قصد داشته است. برای مثال با تفنگ آبی رقیب خود را از پای درآورد. به هر حال چنین فردی از لحاظ قصد و اراده حالت خنثی و یا منفی نداشته، بلکه کاملاً از لحاظ ذهنی در وضعیت مثبت به سر برده است (آزمایش، ۷۷-۱۳۷۶: ۲)؛ لذا نمی‌توان چنین شخصی را بدون قصد و اراده تصور کرد. از سوی دیگر، حقوق دانانی که اعتقاد به ناقص‌العقل بودن مرتکبی دارند که قصد داشته است با سحر و جادو دیگری را از پا در آورد، به ناچار باید تمام ساحران را مجنون بنامند؛ حال آن‌که فقدان عقل و شعور را نمی‌توان فرض گرفت؛ چرا که جنون دارای تعاریفی روان‌پزشکی است که باید به اثبات برسد (بنگرید به: بشیریه، ۱۳۸۷: ۸۵). ضمن آن‌که، برخی فقها علاوه بر اعتقاد به حقیقت سحر، پیرامون حرمت این عمل و چگونگی تحقق قتل به وسیله‌ی سحر و جادو و حکم مترتب بر آن بحث نموده‌اند (انصاری، ۱۴۲۷: ۱/۲۵۷؛ خمینی، بی‌تا: ۱/۴۶۰). بنابراین، نمی‌توان در توجیه عدم مجازات این قبیل افراد به دلایل فوق استناد جست؛ در واقع ماهیت این اعمال با جرم محال تفاوت دارد، لذا نمی‌توان از طرفی آن‌ها را جرم محال دانست و از سوی دیگر به چنین دلایلی برای عدم مجازات متوسل شد. در رد این توجیه، یکی از نویسندگان تفاوت ارائه شده در خصوص این موارد با مثال‌های دیگر از جرم محال را سست و شکننده می‌داند (فلچر، ۱۳۸۹: ۳۰۸). بدین ترتیب هیچ یک از نظراتی که در این باب ابراز شده است، نمی‌تواند عدم مجازات را نسبت به این اعمال توجیه نماید؛ زیرا اساساً جرم محالی صورت نگرفته تا بحث مجازات یا عدم آن مطرح شود. بنابراین، عدم ورود در عملیات اجرایی، که عنصر مادی و شرط تحقق جرم محال است، مانع صدق جرم محال بر این مصادیق می‌گردد؛ بر این اساس باید بر این باور بود که چنین فروضی فاقد عنوان جزایی بوده و متعاقب آن مستحق مجازات نمی‌باشد.

۲-۱-۱. نقص در شرایط و اوضاع و احوال

یکی دیگر از علل عدم ورود به عملیات اجرایی و در نتیجه عدم تحقق جرم، نقص در شرایط و اوضاع و احوال لازم برای تحقق جرم است. به نظر می‌رسد برای تشخیص درستی یا نادرستی بسیاری از مثال‌های مورد ارائه شده برای جرم محال، باید نقش شرایط تحقق هر جرم را به نحو مستقل بررسی نمود. چرا که با بررسی جداگانه‌ی این مورد مشخص می‌شود که به علت عدم ورود به عملیات اجرایی، شرط اولیه‌ی تحقق جرم محال منتفی شده و عملی که اتفاق افتاده در واقع جرم محال نبوده است. در واقع «شرایط و اوضاع و احوال رفتار، آن وضعیت و حالت‌هایی از امور هستند که مستقل از رفتار وجود داشته و زمینه‌ی تحقق عمل را فراهم می‌آورند» (Duff, 1991: 104)؛ برای مثال شخصی که کارمند دولت بوده و مدتی است در مرخصی به سر می‌برد، در پی مراجعه‌ی دیگری به او برای انجام کارش در سازمان متبوع، حاضر به پذیرش رشوه می‌گردد و ارتشاء انجام می‌گیرد؛ وی به طرف مقابل قول می‌دهد که به محض بازگشت به کار، آن اقدام را در اولویت قرار داده و انجام دهد؛ اما به هنگام مراجعه به اداره، متوجه می‌شود که در پی اتهاماتی که قبلاً داشته و یا در زمان مرخصی احراز شده است، حکم اخراج او و یا بازنشستگی پیش از موعدش صادر گردیده و این امر به زمان پیش از ارتشاء مربوط می‌شود؛ بنابراین زمانی که او رشوه را دریافت کرده، مأمور دولت نبوده است؛ لذا جرم ارتشاء و نیز رشاء صورت نپذیرفته است. با دقت در این مثال به خوبی می‌توان تأثیر شرایط و اوضاع و احوال خاص برخی از جرایم را در عدم تحقق عملیات اجرایی جرم و در نتیجه عدم امکان تحقق جرم دریافت. در این مثال علت عدم امکان جرم ارتشاء آن دسته از شرایط جرم مذکور است که به موقعیت مرتکب مربوط می‌شود؛ با فقدان شرط کارمند بودن، امکان تحقق این جرم وجود نداشته و لذا مرتکب اصلاً وارد عملیات اجرایی جرم نشده است؛ هرچند ظاهر امر خلاف این را می‌رساند. نسبت به عدم امکان جرم رشاء نیز باید گفت شرایط و اوضاع و احوالی که مربوط به طرف مقابل جرم است، وجود نداشته است؛ بنابراین عملیات اجرایی این جرم نیز محقق نشده است؛ در نتیجه، نه تنها زمان انجام رفتار، جرم غیرممکن بوده (جرم ناممکن)، بلکه این میزان از اقدامات اصولاً به علت عدم شروع به اجرا فاقد عنوان جزایی است. هم‌چنین از آن جا که یکی

از شرايط تحقق سرقت «تعلق مال موضوع جرم به ديگري» است (ميرمحمدصادقي، ۱۳۸۴: ۲۱۸)، هرگاه شخص مال خود را به تصور اين که متعلق به ديگري است بربايد، سرقتي رخ نداده است. آن چه در اينجا سبب عدم تحقق شروع به اجرا مي شود، مهيا نبودن تمام ارکان لازم براي انجام سرقت است، همين امر سبب زوال عنوان سرقت و در نتيجه، عدم شروع به اجرا گردیده است و از آن جهت که مرتكب وارد عمليات اجرايي جرم سرقت نشده و در زمان شروع به اجرا نيز وقوع سرقت غيرممکن بوده است، عمل مذکور مشمول جرم محال نبوده و اصولاً فاقد عنوان جزايي است.

هرچند ممکن است برخي مرتکبان چنين اعمالی که (اعمال مباح) تلقی می‌شوند، دارای حالت خطرناک بوده و رها کردن آن‌ها چندان با هدف صيانت اجتماعي سازگار نباشد، اما بايد دانست که صرفاً پس از بررسي هاي باليني مرتكب و تنها در صورت احراز حالت خطرناک است که می‌توان به اقدامات تأميني متوسل شد (Franck; Pagani, 2001: 71). با اين وجود در حال حاضر اين حربه در دستگاه عدالت کيفري ايران قابل اعمال نيست؛ زيرا مطابق قانون اقدامات تأميني و تربيتي مصوب ۱۳۳۹، تنها زماني می‌توان به اين اقدامات متوسل شد که جرمی محقق شده باشد؛ از آن جا که در فرض حاضر جرمی حتی از نوع ناتمام رخ نداده است، محملی براي تعيين حالت خطرناک و اعمال اقدام تأميني و تربيتي وجود ندارد. با اين حال بايد توجه داشت که اين اشکال عملي نبايد موجبي براي عدول از مقررات حقوق کيفري گردیده و به مجازات اعطالی منجر شود که فاقد شرط شروع به اجرا به عنوان شرط اساسی تحقق جرایم ناتمام هستند.

۲-۱. فرض ورود به عمليات اجرايي؛ جرم محال

همان گونه که پيشتر نيز آورده شد، ورود به عمليات اجرايي شرط تحقق و عنصر مادی جرایم ناتمام است. اين فرض متصور است که عمليات ناممکن با ورود به عمليات اجرايي جرمی خاص صورت پذيرد؛ در اين حالت بايد عمل فارغ از ميزان مجازات واجد عنوان جزايي باشد؛ زيرا همان فلسفه‌ی جرم‌انگاری جرایم ناتمام، در اين جا نيز وجود دارد؛ چرا که فرد شروع به اجرای جرمی کرده که از اين مقدار عمل حالت خطرناک وی را می‌توان دريافت. افزون بر اين استدلال جرم‌شناختی، به موجب

تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۱ قانون جدید مجازات اسلامی، قانونگذار با عدول از مقرره‌ی ابهام‌آمیز ماده‌ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰^۱ و با بازگشت به ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۵۲^۲ جرم محال را تحت عنوان «در حکم شروع به جرم» احیاء نموده و مرتکب آن را مشمول مجازات شروع به جرم دانسته است^۳ (بنگرید به: رهدارپور؛ چنگایی، ۱۳۹۰: ۶۹-۶۸). حال از آن جا که در جرم محال قصد جنایی، ممتنع‌الحصول می‌باشد و این امر یا به سبب عدم وجود موضوع است و یا به سبب عدم تکافوی وسیله (باهری، ۱۳۸۱: ۲۲۷)، هر یک از این اسباب بررسی می‌شود.

۱-۲-۱. فقدان موضوع

هر جرمی برای تحقق نیازمند موضوعی است؛ زیرا «تا موضوعی نباشد که رفتار مجرمانه بر روی آن واقع شود، هیچ جرمی در عالم خارج محقق نخواهد شد» (منصورآبادی، ۱۳۸۷: ۱۰۳). در واقع موضوع کسی یا چیزی است که کاری علیه او صورت گیرد (فلچر، ۱۳۸۹: ۸۹). موضوع جرم سرقت، مال است؛ جرم قتل بر روی انسان انجام می‌گیرد و در جرم جاسوسی، امنیت کشور نشانه می‌رود. در صورتی که موضوع هر یک از این جرایم سلب شود، جرمی باقی نمی‌ماند؛ برای مثال اگر مالی وجود نداشته باشد، چگونه می‌توان تحقق سرقت را تصور نمود و یا چگونه ممکن است اقدام به کشتن کسی نمود که وجود ندارد؟ به همین دلیل است که گاهی مرتکب تا پایان مسیر مجرمانه پیش می‌رود، اما به این علت که موضوع جرم وجود ندارد، انجام بزه محال می‌نماید (نوربها، ۱۳۸۵: ۲۳۹). بنابراین، گاه عدم وقوع نتیجه مربوط به نبودن موضوع جرم می‌باشد؛ مانند آن که فردی شبانگاه برای از بین بردن دشمن خود به خوابگاه وی وارد شده و او را در رختخواب هدف گلوله قرار می‌دهد،

۱. «هر کس 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».

۲. «هر کس قصد ارتکاب جنایتی کرده و شروع به اجرای آن نماید ولی به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مداخلت نداشته قصدش معلق یا بی‌اثر بماند و جنایت منظور واقع نشود به ترتیب زیر محکوم خواهد شد ...».

۳. تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۱ قانون جدید مجازات اسلامی: «هرگاه رفتار ارتكابی ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لکن به جهات مادی که مرتکب از آن‌ها بی‌اطلاع بوده وقوع جرم غیرممکن باشد، اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است».

اما شخص اخير به علت بيزاري از زندگي، پيش از به رختخواب رفتن، مقداري قرص كشنده مصرف نموده و پيش از زمان تيراندازي فوت نموده است (محسني، ۱۳۸۲: ۱۸۸/۲). بسياري از نويسندگان فقدان موضوع جرم را از بارزترين مصاديق جرم محال دانسته‌اند (افراسيآبي، ۱۳۷۴: ۲۹۱/۱). به نظر مي‌رسد فقدان موضوع جرم مي‌تواند در مواردی از موجبات محال بودن تحقق جرم باشد، اما بايد توجه داشت كه ملاك در تشخيص نبودن موضوع جرم، زمان انجام عمليات اجرايي است. بنا بر اين، هرگاه در زمان انجام عمليات اجرايي موضوع وجود نداشته باشد، مشروط بر آن كه عدم تحقق نتيجه منحصراً مربوط به فقدان موضوع باشد، عمل مذكور جرم محال محسوب مي‌شود؛ به عبارت ديگر در زمان شروع به اجراي جرم، حصول نتيجه به دليل نبودن موضوع غير ممكن است. با دقت در مثال فوق مشخص مي‌گردد كه پيش از ورود مرتكب به عمليات اجرايي، يعني پيش از اقدام به تيراندازي، موضوع جرم از بين رفته است و به تبع آن در زمان شروع به اجرا، موضوع جرم وجود ندارد؛ لذا انجام جرم، محال مي‌گردد.

بايد توجه داشت كه پذيرش مطلق فقدان موضوع به عنوان مصادق جرم محال توسط حقوق دانان، اندكي شتابزده است؛ چرا كه، عمليات ناممكن با جرم محال تفاوت دارد؛ بسياري از مصاديق عمليات ناممكن به علت عدم ورود به عمليات اجرايي، از دايره‌ي جرم محال خارج مي‌شوند؛ لذا به صرف اين كه گفته مي‌شود سلب موضوع جرم يكي از دلايل عمده‌ي ناممكن بودن جرم است (خاطري، ۱۳۸۷: ۱۵۹)، نمي‌توان حكم به جرم محال داد. چگونه ممكن است شخصي را به اتهام شليك به شيح كسي كه اصلاً وجود خارجي ندارد، به عنوان جرم محال قتل تحت تعقيب قرار داد؟^۱ بنا بر اين فقدان موضوع، در صورتي سبب محال بودن جرم مي‌شود كه اولاً، فقدان موضوع سبب غير ممكن بودن جرم باشد؛ ثانياً، ورود به عمليات اجرايي صورت گرفته باشد. بايد توجه داشت كه در بسياري موارد با فقدان موضوع جرم، امكان ورود در عمليات اجرايي متصور نيست؛ امري كه مانع تحقق جرم محال خواهد شد. براي مثال، تحقق جرم تجاوز به عنف مستلزم وجود يك قرباني انساني است، بنا بر اين هرگاه مردی به يك مانكن زنانه به قصد تجاوز حمله برد، نمي‌توان او را به

۱. همان گونه كه گفته شد به موجب تبصره‌ي ماده‌ي ۱۲۱ قانون جديد مجازات اسلامي، تحقق جرم محال تحت عنوان «در حكم شروع به جرم» مستوجب مجازات شروع به جرم است.

عنوان شروع به تجاوز به عنف مجرم دانست (Scheb, 1999: 83). در این مثال، فقدان موضوع جرم یعنی شخص انسانی، سبب فقدان شرایط اساسی دیگر برای تحقق تجاوز به عنف شده است؛ زیرا در تحقق این جرم یکی از شرایط اساسی، عدم رضایت قربانی است؛ بنابراین در صورتی که رضایت او بدون تهدید، اجبار و فریب اخذ شده باشد، مرتکب به تجاوز به عنف محکوم نخواهد شد (Barker, 1998: 304). در واقع این جرم زمانی محقق می‌شود که مرتکب قصد تجاوز به کسی را داشته باشد و قربانی به انجام عمل ناراضی باشد و مرتکب در فقدان این شرط اساسی یعنی رضایت مجنی‌علیه، عمد داشته و یا بی‌اعتنایی کرده باشد (Wilson, 1998: 235)؛ با فقدان یک زن به عنوان موضوع این جرم، نمی‌توان در خصوص رضایت یا عدم رضایت او سخنی به میان آورد؛ زیرا شرط اساسی و اوضاع و احوال لازم برای تحقق این جرم فرع بر وجود موضوع جرم است؛ با فقدان اصل، فرع نیز منتفی می‌شود؛ لذا جرمی متصور نیست تا شروع به اجرایی محتمل باشد. این استدلال در خصوص دیگر جرایم نیز به خوبی قابل سنجش است. برای تبیین موضوع می‌توان مثال‌های معروف ارائه شده را بررسی نمود؛ یکی از مشهورترین مثال‌های مبین جرم محال، شلیک به شخص متوفی به تصور زنده بودن اوست. از آنجا که تمام شرایط لازم برای تحقق قتل در شخص قربانی جمع شده است، با فقدان انسان به عنوان موضوع جرم قتل، وجود هیچ یک از دیگر شرایط تحقق قتل از جمله زنده بودن قربانی و نیز شرایط فقهی لازم برای قتل مستوجب قصاص از جمله موارد مکافئه بودن، فقدان رابطه‌ی ابوت، محقون‌الدم بودن و ... (نجفی، ۱۹۹۲: ۱۱۶/۱۵) متصور نمی‌باشد؛ لذا فقدان موضوع این جرم نیز به معنای فقدان شرایط و اوضاع و احوال لازم برای تحقق قتل است. بنابراین، به نظر می‌رسد در فرض فقدان انسان زنده به عنوان موضوع قتل، برخلاف نظر اکثریت نویسندگان جزایی، به علت عدم تحقق شروع به اجرا باید به این نتیجه حکم داد که جرم محالی رخ نداده است.

۲-۲-۱. وجود مانع

به وجود آمدن مانع خارجی که موجب بازداشتن عامل از اجرای عمل می‌شود، از شرایط اساسی تحقق شروع به جرم است (صدارت، ۱۳۴۰: ۲۰۶). صرف

نظر از این که در وجود چنین شرطی برای تحقق شروع به جرم در تمام نظام‌های حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد (Lafave, 1986:18)، در نزد قائلین به لزوم چنین شرطی برای شروع به جرم، تحقق جرم محال نیز مستلزم وجود این شرط نمی‌باشد؛ چرا که فارق میان شروع به جرم و جرم محال را به وجود آمدن مانع در اولی و غیرممکن بودن جرم در دومی دانسته‌اند (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۸۹/۲). بنابراین در فرضی که پس از ورود به عملیات اجرایی جرمی مانند سرقت، به علت مانعی چون بیدار شدن صاحب مال، جرم به تمامه محقق نمی‌شود، نمی‌توان از جرم محال سخنی به میان آورد؛ چرا که متعاقب عملیات اجرایی، مانعی به وجود آمده است. بر این اساس هیچ‌گاه به وجود آمدن یا ایجاد مانع، شرط یا علت تامه‌ی تحقق جرم محال تلقی نمی‌شود.

به نظر می‌رسد «وجود» مانع (برحسب شرایطی) می‌تواند یکی از علل تحقق جرم محال باشد؛ با این حال باید در این جا میان «وجود مانع» و «ایجاد مانع» قائل به تفکیک شد؛ چرا که ممکن است مانعی که به عدم تحقق جرم منجر شده است، در زمان شروع به عملیات اجرایی موجود باشد و نه این که لزوماً پس از شروع به اجرا حادث شده باشد؛ لذا در چنین فرضی که به علت «وجود» مانعی که پیش از ورود به عملیات اجرایی موجود بوده است تحقق جرم آغاز شده غیرممکن شده است، وجود مانع را می‌توان از علل تحقق جرم محال دانست؛ زیرا هر دو شرط تحقق جرم محال تأمین شده است؛ از یک سوی ورود در عملیات اجرایی صورت گرفته و از سوی دیگر به علت وجود مانع، تحقق جرم غیرممکن شده است. بنابراین، هرگاه کسی با اسلحه‌ی واقعی قصد کشتن شخصی را نماید و به وی شلیک کند، اما به علت قرار گرفتن فرد مذکور در داخل ماشین ضدگلوله، امکان قتل وی فراهم نباشد، جرم محال تحقق یافته است. در این مورد وسیله‌ی به کار رفته واقعی و کشنده است، موضوع نیز وجود دارد اما به دلیل وجود مانع، امکان تحقق نتیجه منتفی شده است.

هرگاه وجود مانع به طور مستقل لحاظ نشده و صرفاً به ایجاد مانع و نقش آن در تحقق انواع جرایم ناتمام و تفکیک آن‌ها توجه شود، چنین مثال‌هایی بدون پاسخ باقی می‌ماند؛ از این رو، تلقی مثال اخیر تحت عنوان شروع به جرم خالی از اشکال نیست؛ چرا که از یک سوی با توجه به مثال‌های متعدد ارائه شده در تبیین شرط دوم

تحقق شروع به جرم یعنی عدم انصراف ارادی، باید پس از ورود در عملیات اجرایی مانعی حادث شود (علی‌آبادی، ۱۳۶۷: ۱۲۰/۱؛ محسنی، ۱۳۸۲: ۱۸۴/۲)، در حالی که در مثال فوق چنین امری حادث نشده، بلکه از پیش وجود داشته است. از سوی دیگر و مهم‌تر آن که، فارق شروع به جرم و جرم محال، غیرممکن بودن جرم در زمان شروع به اجرا است؛ زیرا در هر دو مورد، ورود به عملیات اجرایی صورت گرفته و تنها تفاوت آن‌ها در این است که در شروع به جرم به علت ایجاد مانع خارجی، انجام نتیجه عملی نمی‌شود و در جرم محال، به دلیل غیرممکن بودن نتیجه، جرم مقصود منتفی است. حال آن‌که در این مثال در همان زمان ورود در عملیات اجرایی به علت وجود مانعی که تحقق نتیجه را غیرممکن نموده، تصور شروع به جرم غیرمنطقی است. مثال مورد بحث با جرم عقیم نیز منطبق نمی‌باشد؛ چرا که «در جرم عقیم امکان ارتکاب جرم از نظر مادی وجود دارد و عدم تحقق جرم معلول عوامل شخصی از قبیل اشتباه، عدم دقت یا عدم مهارت مرتکب عملیات مجرمانه است» (صانعی، ۱۳۸۲: ۳۵۷)، در حالی که، در این مثال از لحاظ مادی اساساً امکان قتل شخص مورد هدف وجود نداشته است. در صورت عدم لحاظ وجود مانع به عنوان یکی از دلایل تحقق جرم محال، نمی‌توان چنین مصادیقی را مشمول عنوان جرم محال دانست؛ زیرا عدم امکان تحقق جرم در این حالت مشمول هیچ یک از دو فرض نبودن موضوع و عدم کارایی وسیله (عوده، ۱۹۹۳: ۳۰۶/۱) قرار نمی‌گیرد؛ چرا که، به وضوح مشخص است که موضوع وجود دارد و عدم تحقق جرم مسلماً به علت فقدان موضوع نبوده است؛ از طرفی وسیله‌ی مورد استفاده نیز کارایی لازم را داشته است؛ زیرا کارایی مورد انتظار از یک سلاح گرم، شلیک تیر است و از چنین شلیکی بر اساس قابلیت ذاتی آن انتظار اثرگذاری می‌رود؛ آن‌چه سبب عدم اثرگذاری شده است، نه عدم کفایت ذاتی و یا نسبی وسیله و یا استفاده‌ی نادرست از آن (عبدالملک، بی تا: ۴/۴۴۰)، بلکه ممانعت عایقی است که پیش از آن وجود داشته و مرتکب از آن غافل بوده است. بنابراین، به نظر می‌رسد باید وجود مانع را یکی از علل جرم محال دانست؛ لذا هنگامی که در جریان یک عملیات پلیسی یکی از تبهکاران، به یکی از اعضای پلیس تیراندازی می‌کند، اما پس از آن مشخص می‌گردد فرد مورد هدف پیش از شروع عملیات در صدد پیشگیری برآمده و جلیقه‌ی ضدگلوله پوشیده، جرم محال قتل رخ داده

است؛ زیرا از یک سو وجود جلیقه‌ی ضدگلوله، عملیات قتل را غیرممکن نموده و از سوی دیگر وجود این امر مانع ورود به عملیات اجرایی نشده است؛ زیرا هیچ یک از عواملی که به عدم ورود به عملیات اجرایی منجر می‌شوند، در اینجا موجود نمی‌باشد. نویسندگان حقوق جزا صرفاً در خصوص موانعی بحث نموده‌اند که پس از شروع به اجرا ایجاد می‌گردند: تمامی مثال‌های ارائه شده نیز مربوط به همین موانع است؛ اما از موانعی که در زمان انجام عملیات اجرایی موجودند و تحقق جرم را غیرممکن می‌کنند، سخنی به میان نیامده است. به عبارت دیگر، صرفاً در خصوص ایجاد مانع بحث شده است و نه وجود مانع. بنابراین، از آن جا که همواره این امکان وجود دارد که در زمان شروع به اجرا مانعی وجود داشته باشد که تحقق نتیجه را غیرممکن کند، باید حکم این مسأله را از دیگر موارد پیشین متمایز نمود و آن را مشمول عنوان جرم محال دانست؛ چرا که جرم محال، جرمی است که پیدایش آن ممکن نیست (عبدالملک، بی تا: ۴/۴۳۸)؛ لذا از آن جا که غیرممکن بودن تحقق نتیجه به علت وجود مانع، یکی از مواردی است که موجب عدم پیدایش جرم می‌شود، وجود چنین مانعی از بارزترین مصادیق جرم محال محسوب می‌گردد.

۳-۲-۱. عدم تکافوی نسبی رفتار

در برخی از مثال‌های ارائه شده برای جرم محال، بدین دلیل که نوع رفتار انجام شده ذاتاً قدرت تحقق نتیجه را ندارد، ورود در عملیات اجرایی منتفی و در نتیجه جرم محال محقق نمی‌شود. ممکن است عملیات اجرایی به کار رفته، ذاتاً قدرت تحقق آن جرم را دارا باشد، اما عملاً تصور وقوع جرم منتفی باشد؛ مانند به کارگیری مقدار نامناسب و ناکافی ماده‌ی سمی برای قتل دیگری (Bell; Boyron; Whitaker, 1998: 223). هم‌چنان که مشخص است این مثال با فرضی که رفتار ذاتاً قدرت کشندگی ندارد، متفاوت است؛ زیرا ماده‌ی سمی ذاتاً کشنده است و با فرضی که به جای آن برای قتل دیگری، شکر به کار رفته باشد، ماهیتاً متفاوت است؛ هرچند در هر دو حالت تحقق نتیجه غیرممکن است؛ بر خلاف زمانی که رفتار ارتكابی ذاتاً مأمیهیای تحقق نتیجه نیست، در عدم تکافوی نسبی، ورود در عملیات اجرایی صورت می‌گیرد؛ زیرا در مورد اخیر رفتاری که مرتکب به آن تشبث جسته،

ذاتاً مهبیای تأمین نتیجه است؛ لذا در هنگام توسل به آن، رفتار لازم برای آن جرم اعمال شده است. بنابراین، عملیات اجرایی (شروع به اجرا) آغاز شده و صرفاً به دلیل عدم کفایت در شرایط جرم، تحقق نتیجه غیرممکن شده است. عدم تکافوی نسبی رفتار فیزیکی، حاکی از مفهومی است که به خوبی می‌توان جرم محال را از آن برگرفت؛ برای مثال، هرگاه شخص به منظور قتل دیگری در نوشیدنی او سم بریزد، اما میزان سم به کار رفته برای مسموم کردن کافی نباشد (Chawla, 2006: 155)، به علت عدم کفایت نسبی رفتار، جرم مقصود محال بوده است؛ زیرا سم اصالتاً قدرت کشندگی دارد، اما مرتکب به گونه‌ای از آن در رفتار خود استفاده نموده است که در نهایت رفتار اتخاذ شده تکافوی تحقق قتل را نداشته است.

در تکمیل این بحث باید افزود آنچه در مثال مذکور، در عدم امکان تحقق نتیجه و به عبارت دیگر تحقق جرم محال نقش اساسی داشته، رفتار ارتكابی است و نه صرفاً وسیله‌ی مورد استفاده؛ زیرا وسیله‌ی تحقق جرم که در اینجا سم بوده، صرفاً جزئی از رفتار فیزیکی است. ضمن آن که این امکان وجود دارد که وسیله، کوچکترین نقصی نداشته باشد و صرفاً به کارگیری نادرست آن از سوی مرتکب و عدم اطلاع کافی وی از تکنیک به کار بردن وسیله (باهری، ۱۳۸۱: ۱۸۳)، موجب عدم تأثیرگذاری آن گردد؛ هم‌چنان که در این مثال چه بسا اگر مرتکب همان میزان سم را بدون حل کردن در نوشیدنی، به قربانی می‌خوراند، احتمال مرگ وجود داشت. بنابراین، در این موارد عدم به کارگیری صحیح یا همان رفتار ناکافی که ابزار مورد استفاده، جزئی از آن است، سبب غیرممکن شدن جرم گردیده و مصداقی از جرم محال به شمار می‌آید.

۲. ممکن بودن جرم در زمان شروع به اجرا؛ بررسی عملیات نافرجام

ملاک تقسیم در این نوشتار، امکان یا عدم امکان تحقق جرم در زمان شروع به اجرا است. بدین توضیح که هرگاه وقوع جرم در زمان شروع به اجرا امکان‌پذیر نباشد، عمل ارتكابی یا فاقد عنوان جزایی است و یا مشمول عنوان جرم محال می‌باشد. حال این پرسش مطرح است که چنانچه در زمان شروع به اجرا وقوع جرم امکان‌پذیر باشد، اما در نهایت، عملیات نافرجام باقی بماند، با وجود ممکن بودن جرم

در زمان عملیات اجرایی، علت عدم تحقق جرم چیست؟ عملیات نافرجام به دلیل ماهیت جداگانه به دو گروه اصلی تقسیم می‌شود؛ گروه نخست، عملیات نافرجامی هستند که عملیات اجرایی آن‌ها تا پایان پیش می‌رود، اما نافرجام می‌ماند؛ گروه دوم عملیاتی هستند که شروع به اجرا در نیمه‌ی راه متوقف می‌گردد؛ بنابراین در خصوص هر یک از این موارد باید سیاست کیفری متفاوتی اتخاذ نمود. بدین‌منظور دو موضوع توقف عملیات اجرایی و پایان یافتن عملیات اجرایی بررسی می‌شود.

۱-۲. توقف عملیات اجرایی؛ شروع به جرم

این که مرتکب در راستای ارتکاب جرم خاصی، عملیات اجرایی را آغاز نماید اما به علت انصراف غیرارادی این عملیات متوقف شود، در بین حقوق دانان با عنوان شروع به جرم شهرت یافته است (بنگرید به: قیاسی؛ ساریخانی؛ خسروشاهی، ۱۳۸۸: ۱۲۳-۱۱۹؛ محسنی، ۱۳۸۲: ۱۸۷/۲-۱۸۲)، چرا که شروع به عملیات اجرایی و توقف غیرارادی آن، دو رکن تشکیل‌دهنده‌ی شروع به جرم محسوب می‌گردند. این مفهوم در متون قانونی نیز بار دیگر با تصویب قانون جدید مجازات اسلامی جایگاه واقعی و تثبیت‌شده‌ی خود را باز یافته است؛ وضع ماده‌ی ۱۲۱ قانون جدید موجب شده است تا اعتبار قانونی شروع به جرم هرچه بیشتر با مفهوم حقوقی شناخته‌شده‌ی آن هماهنگ گردد (رهدارپور؛ چنگایی، ۱۳۹۰: ۶۶-۶۲). در واقع شروع به جرم به عنوان اعمالی دال بر وجود قصد مجرمانه در تعقیب و تکمیل جرم دارد، که اگر در اثنای کار، عامل خارجی دخالت نکند و مانع تحقق جرم نگردد، جرم به صورت کامل انجام می‌گیرد (صانعی، ۱۳۸۲: ۳۴۰). این مفهوم در میان نویسندگان حقوقی و هم‌چنین نظام‌های کیفری جایگاه ویژه‌ای دارد و همواره به عنوان جرمی ناتمام مدنظر بوده است (Chawla, 2006: 8)؛ تقریباً تمامی حقوق دانان در این معنی اتفاق نظر دارند که اجرای جرم باید به واسطه‌ی موانع خارجی که اراده‌ی فاعل در آن مدخلیتی ندارد، متوقف شود تا شروع به جرم تحقق یابد (اردبیلی، ۱۳۸۲: ۲۲۴/۲). علت عدم تحقق نتیجه یا نافرجام ماندن عملیات مجرمانه در شروع به جرم بررسی می‌شود.

۱-۱-۲. ایجاد مانع

بارزترین علت عدم تحقق نتیجه، مانعی است که پس از شروع به اجرا حادث می‌شود؛ بدین توضیح که مرتکب با قصد مجرمانه عملیات اجرایی را آغاز نماید، اما مانعی عدم تحقق نتیجه را موجب شود (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۸۲/۲). برای مثال می‌توان گفت هنگامی که کسی به قصد هتک ناموس به صورت عنف وارد فراش زنی شود، اما به واسطه‌ی مانعی خارجی که اراده‌ی مرتکب در آن دخالتی نداشته، مقصود حاصل نشود، شروع به جرم رخ داده است. به طور کلی هرگاه در زمان شروع به اجرا، تحقق نتیجه «ممکن» باشد، اما به علت مانعی که پس از شروع به اجرا حادث می‌گردد، نتیجه محقق نشود، عمل مشمول شروع به جرم خواهد شد؛ زیرا از شرایط تحقق شروع به جرم، امکان تحقق جرم در زمان شروع به اجرا و عدم تحقق نتیجه به علت مانع حادث شده پس از آن می‌باشد؛ اگر زمان شروع به اجرا، نتیجه غیرممکن باشد، همان‌گونه که آورده شد، موضوع، مصداق عملیات ناممکن خواهد بود. براین اساس، حقوق‌دانان کیفی آن مقدار عملی را که شروع به اجرای جرمی باشد و متعاقب آن به علت حدوث مانعی نتیجه محقق نگردد، شروع به جرم دانسته‌اند؛ مانند این که کسی اقدام به پرتاب نارنجک به طرف دیگری نماید، اما فرد ثالثی دست او را گرفته و مانع اجرای عمل شود (گلدوزیان، ۱۳۷۸: ۱۹۷). بنابراین، هرگاه در زمان شروع به اجرا امکان تحقق جرم وجود داشته باشد، بارزترین علت عدم تحقق نتیجه، ایجاد مانع است.

۲-۱-۲. وجود مانع

گاهی ممکن است در زمان شروع به اجرا، با این که مانع خارجی موجود است، تحقق نتیجه امکان‌پذیر باشد؛ اما پس از شروع به اجرا همین مانع خارجی موجود، مانع تحقق نتیجه گردد. برای مثال هرگاه شخصی درصدد ربودن فرد دیگری برآید، اما به علت حضور پلیس در نزدیکی فرد مورد نظر، جرم آدم‌ربایی تحقق نیابد، شروع به جرم رخ داده است. با دقت در این مثال مشخص می‌شود که در زمان شروع به اجرا با این که مانع تحقق جرم (پلیس) وجود داشته است، تحقق جرم آدم‌ربایی عقلاً امکان‌پذیر بوده است؛ مقاومت پلیس، مانع چیرگی مرتکب و در نهایت مانع

تحقق جرم آدم‌ربایی شده است. این فرض نمی‌تواند از مصادیق جرایم ناممکن به شمار آید؛ زیرا در جرایم ناممکن تحقق نتیجه در زمان شروع به اجرا غیرممکن است. وضعیت موصوف با آن قسمت از جرایم نافرجام که عملیات اجرایی در آن متوقف می‌گردد، اما نتیجه تحقق نمی‌یابد (شروع به جرم)، مطابقت دارد؛ بنابراین، در این فرض مرتکب وارد عملیات اجرایی جرم شده و سپس به دلیل مانعی عملیات مذکور متوقف گردیده است، لذا رفتار ارتكابی مصداق شروع به جرم می‌باشد.

۲-۲. فرض پایان یافتن عملیات اجرایی؛ جرم عقیم

برخلاف زمانی که عملیات اجرایی به علت برخورد با مانعی متوقف می‌شود؛ امری که از آن به ایجاد مانع و وجود مانع یاد کردیم، گاهی به هنگام عملیات اجرایی این امکان وجود داشته است که وقوع جرم ممکن نیز ادامه یابد، اما سرانجام تحقق نتیجه‌ی مجرمانه منتفی باشد. مانند آن که مجرم پس از اتخاذ تصمیم در خصوص قتل دشمن خود و پس از تهیه‌ی اسلحه و کمین کردن در سر راه، به سمت او تیراندازی کند، اما در نتیجه‌ی عدم مهارت در تیراندازی، گلوله به هدف اصابت ننماید (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۸۸/۲). این مورد مشمول عنوان جرم عقیم است. قانونگذار در ماده‌ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و تبصره‌های آن که ظاهراً محل تبیین جرایم ناتمام بوده، متعرض جرم عقیم نشده است؛ از آن جا که شروع به جرم نیز در این ماده محل ابهام است، تصور عدم جرم‌انگاری جرم عقیم منطقی‌تر است. افزون بر این، با این که قانون جدید مجازات اسلامی نیز در خصوص جرم عقیم تصریحی ندارد، به نظر می‌رسد می‌توان این مفهوم را از قرائن ملحوظ در ماده‌ی ۱۲۱^۱ این قانون برداشت نمود؛ هم‌چنان که ماده‌ی مذکور از ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ در اشاره به جرم عقیم صراحت بیشتری دارد (بنگرید به: رهدارپور؛ چنگایی، ۱۳۹۰: ۶۹-۷۰).

جهت تشخیص مصادیق جرم عقیم و تفکیک بهتر این جرم از دیگر جرایم ناتمام و به ویژه شروع به جرم، علل بی‌نتیجه ماندن جرم با وجود پایان یافتن عملیات

۱. «هرکس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجراء 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...».

اجرایی، بررسی می‌شود.

۱-۲-۲. تقصیر مرتکب

هنگامی که فردی تمامی مقدمات ارتکاب جرمی را فراهم آورده و عملیات اجرایی را آغاز می‌کند، اما بنا به عللی خارج از اراده‌ی او مانند عدم مهارت در تیراندازی، قصد وی معلق می‌ماند، گفته می‌شود جرم عقیمی صورت گرفته است (صانعی، ۱۳۸۲: ۳۵۷). بر این اساس، در فرضی که عامل، تا آخرین مرحله از عمل خویش به منظور رسیدن به مقصود پیش می‌رود، اما نتیجه‌ی مورد نظر حاصل نمی‌شود، جرم عقیم تحقق می‌یابد (Chiao, 2009: 37). مانند فرضی که شخصی به قصد کشتن دیگری در مسیر او بمب ساعت‌شماری کار می‌گذارد و با محاسبه‌ای که انجام می‌دهد قصد آن دارد تا در زمان معین و به هنگامی که هدف از آن جا عبور می‌کند بمب مذکور منفجر شود، اما به علت عدم محاسبه‌ی دقیق، فرد مورد نظر زودتر از زمان محاسبه شده از آن مسیر عبور می‌کند و پس از عبور وی بمب منفجر می‌شود. در این مثال، علاوه بر وجود موضوع جرم، وسیله‌ی ارتکاب جرم نیز بدون هیچ گونه عیبی موجود است؛ آن چه علت عدم تحقق جرم شده است، همان تقصیر مرتکب می‌باشد. به عبارت دیگر، در چنین فروضی در زمان شروع به اجرای جرم، امکان تحقق نتیجه وجود داشته است، اما به عللی که منتسب به فرد و خارج از اراده‌ی اوست، نتیجه تحقق نمی‌یابد. ویژگی مهم این حالت آن است که بی‌احتیاطی، بی‌مبالایی، اشتباه، عدم مهارت، عدم دقت و به طور کلی هر آنچه معلول عوامل شخصی است، موجب عدم تحقق نتیجه شده است؛ به نحوی که در فرض رعایت احتیاط، دقت و مهارت لازم، جرم تحقق می‌یافت. بنابراین، در فرضی که شخصی با وجود تهیه‌ی مقدمات و تیراندازی، به دلیل عدم مهارت در تیراندازی نمی‌تواند شخص مقصود را به قتل برساند، از آن جهت که تقصیر مرتکب علت عدم تحقق جرم است، جرم عقیم قتل رخ داده است.

۲-۲-۲. عیوب مرتکب

گاهی ممکن است ضمن وجود موضوع جرم، وسیله‌ی جرم نیز بدون عیب باشد، مرتکب نیز تمام دقت خود را در به ثمر رساندن قصد خویش به کار گیرد، اما نتیجه‌ی مدنظر به دلیل عیبی که در مرتکب وجود دارد، محقق نشود. در چنین فروضی علت عدم تحقق جرم عیبی است که در شخص مرتکب وجود دارد؛ به گونه‌ای که اگر این عیوب در مرتکب وجود نداشت، با حصول سایر شرایط نتیجه تحقق می‌یافت. در هر یک از این فروض، به رغم وجود این عیوب در زمان شروع به اجرا، تحقق نتیجه‌ی مجرمانه عقلاً امکان‌پذیر است؛ در نهایت جرم به علت همین عیب تحقق نمی‌یابد؛ مثال قابل ارائه در این خصوص آن است که فرد کم‌بینایی به قصد قتل دیگری، اسلحه‌ای تهیه نموده و تمام دقت خویش را برای ارتکاب جرم به عمل می‌آورد، اما اتفاقاً به علت دید ناکافی مرتکب، تیر از کنار شخص عبور نموده و قتل محقق نمی‌شود. در این مثال، آنچه سبب بی‌نتیجه ماندن جرم یا به عبارتی تحقق جرم نافرجام شده است، نقص و عیبی است که در مرتکب وجود دارد. با این وجود نقص مذکور که همان کم‌بینایی است، در آغاز کار، تحقق جرم را محال ننموده است؛ بنابراین اولاً، جرمی است نافرجام و نه ناممکن؛ ثانیاً، با وجود تلاش مرتکب، همین عیب او در نهایت مانع انجام جرم شده است؛ لذا عمل ارتكابی، جرم عقیم است. نتیجه آن که، هرگاه مرتکب در زمان شروع به اجرای جرم، دارای عیبی باشد که انجام جرم را غیرممکن نسازد و مرتکب نیز عملیات اجرایی را تا پایان طی نماید، اما جرم اتفاقاً در نتیجه‌ی عیب مذکور محقق نگردد، عمل ارتكابی مصداق جرم عقیم می‌باشد. تفکیک این حالت از فرض عدم تحقق نتیجه‌ی مجرمانه در نتیجه‌ی تقصیر مرتکب، صرفاً برای شناسایی هر چه بهتر چگونگی تحقق جرم عقیم و عدم تلقی این وضعیت برای مصادیق دیگر جرایم ناتمام است و آلا احکام مترتب بر هر دو، واحد است.

برآمد

جامع‌ترین معیار در راستای تفکیک جرایم ناتمام از یکدیگر و هم‌چنین دیگر نهادهای مشابه، امکان یا عدم امکان وقوع جرم در زمان ورود در عملیات اجرایی جرم است؛ با به کارگیری این معیار جامع و در عین حال واحد، می‌توان به سادگی جرایم ناتمام را از همدیگر و از دیگر مفاهیم مشابه بازشناخت. بر اساس معیار فوق، در حالت نخست؛ هرگاه در زمان آغاز عملیات اجرایی (شروع به اجرا) وقوع جرم «غیرممکن» باشد، با دو مقوله‌ی عملیات مباح و یا جرم محال مواجه می‌شویم؛ در این حالت هرگاه به علت عدم تکافوی ذاتی رفتار و یا نقص در اوضاع و احوال لازمه‌ی جرم، امکان ورود در عملیات اجرایی میسر نباشد و این امر به عدم امکان وقوع جرم منجر شود، از آن جهت که ورود در عملیات اجرایی مشخصه‌ی بارز و وجه اشتراک کلیه‌ی جرایم ناتمام است، این مقدار اعمال بر هیچ یک از مصادیق جرایم ناتمام منطبق نبوده و مستحق واکنش نمی‌باشند؛ در واقع فاقد وصف جزایی‌اند. اما چنانچه در زمان ورود در عملیات اجرایی، به دلیل فقدان موضوع جرم یا وجود مانع و یا عدم تکافوی نسبی رفتار - با وجود ورود در عملیات اجرایی - وقوع جرم غیرممکن شود، جرم محال محقق می‌شود. در حالت دوم؛ هرگاه در زمان شروع به اجرا، وقوع جرم «ممکن» باشد، با دو مقوله‌ی دیگر؛ یکی شروع به جرم و جرم عقیم مواجه خواهیم بود؛ بدین توضیح که هرگاه در زمان شروع به اجرا، علاوه بر ورود مرتکب به عملیات اجرایی و با وجود امکان‌پذیر بودن جرم، به دلایلی از قبیل ایجاد مانع یا وجود مانع، جرم منظور واقع نشود، شروع به جرم تحقق می‌یابد؛ اما اگر به دلیل تقصیر و یا عیوب مرتکب جرم مورد نظر وی حاصل نشود، آنچه به وقوع پیوسته، جرم عقیم است.

فهرست منابع

الف: فارسي

- ۱- آزمايش، علي، *تقريرات حقوق کيفري (مبحث عنصر معنوي و مسؤوليت کيفري)*، دوره‌ي کارشناسي ارشد، ۷۷-۱۳۷۶.
- ۲- اردبيلي، محمدعلي، *حقوق جزاي عمومي*، جلد دوم، تهران: ميزان، چاپ ششم، ۱۳۸۲.
- ۳- افراسيابي، محمد اسماعيل، *حقوق جزاي عمومي*، جلد اول، تهران: فردوسي، ۱۳۸۲.
- ۴- امين پور، محمدتقي، *قانون کيفر همگاني در آراي ديوان عالي کشور*، تهران: شرکت سهامي چاپ و انتشار، ۱۳۳۰.
- ۵- باهري، محمد، *تقريرات حقوق جزاي عمومي*، تهران: رهام، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- ۶- بشيريه، تهمورث، «*تعامل مفاهيم حقوقي و روان پزشکي جنون*»، فصل نامه‌ي حقوق دانشکده‌ي حقوق و علوم سياسي، دوره‌ي ۳۸، شماره‌ي ۳، پاييز ۱۳۸۷.
- ۷- خاطري، برهان، *فرآيند تکوين جرم*، تهران: خرسندي، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- ۸- رهدارپور، حامد؛ چنگايي، فرشاد، «*بررسي شروع به جرم، جرم عقيم و جرم محال در لايحه مجازات اسلامي با نگاهی به سير قانونگذاري*»، پژوهشنامه‌ي حقوقي، سال دوم، شماره‌ي اول، بهار ۱۳۹۰.
- ۹- شهري، ستوده جهرمي؛ غلامرضا، سروش، *نظريه‌هاي اداره حقوقي دادگستري (قوه قضاييه) در زمينه مسائل کيفري*، تهران: روزنامه‌ي رسمي، ۱۳۷۷.
- ۱۰- صانعي، پرويز، *حقوق جزاي عمومي*، تهران: طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- ۱۱- صدارت، علي، *حقوق جزا و جرم شناسي*، بي‌جا: کانون معرفت، ۱۳۴۰.
- ۱۲- علي آبادي، عبدالحسين، *حقوق جنائي*، جلد اول، تهران: فردوسي، ۱۳۶۷.
- ۱۳- فرهودي نيا، حسن، *جرائم ناقص (بررسي تطبيقي)*، تبريز: فروزش، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- ۱۴- فلچر، جورج، *مفاهيم بنيادين حقوق کيفري*، مترجم: سيدمهدی سيدزاده ثاني، مشهد: دانشگاه علوم اسلامي رضوي، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
- ۱۵- قياسي، جلال الدين؛ ساريخاني، عادل؛ خسروشاهي، قدرت‌الله؛ *مطالعه تطبيقي*

۱۳۸۸. حقوق جزای عمومی، ارکان جرم، جلد دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۸.
- ۱۶- گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
- ۱۷- محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، پدیده جنایی، جلد دوم، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
- ۱۸- محمضانی، صبحی، فلسفه قانون‌گذاری در اسلام، مترجم: اسماعیل گلستانی، تهران: امیرکبیر، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- ۱۹- معتمد، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران: دانشگاه ملی، چاپ اول، ۱۳۵۱.
- ۲۰- منصورآبادی، عباس، «موضوع جرم در باب جرایم علیه اموال»، اندیشه‌های حقوق، شماره‌ی چهارم، سال اول، ۱۳۸۲.
- ۲۱- میرمحمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اموال و مالکیت، تهران: میزان، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۴.
- ۲۲- نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران: گنج دانش، چاپ هفدهم، ۱۳۸۵.
- ۲۳- ولیدی، محمدصالح، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران: نشر داد، چاپ دوم، ۱۳۷۳.

ب: عربی

- ۱- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، جلد اول، بیروت: منشورات مؤسسه الاعلی المطبوعات، ۱۹۹۱م، ۱۴۲۷ هـ.
- ۲- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد پانزدهم، بیروت: مؤسسه المرتضی العالمیه، چاپ اول، ۱۹۹۲م، ۱۴۱۲ هـ.
- ۳- موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، جلد اول، قم: دارالعلم، بی‌تا.
- ۴- عبدالملک، جندی، الموسوعه الجنائیه، جلد چهارم، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، بی‌تا.
- ۵- عوده، عبدالقادر، التشریح الجنائی الاسلامی (مقارناً بالقانون الوضعی)، جلد

اول، بیروت: مؤسسه الرساله، چاپ دوازدهم، ۱۹۹۳ م، ۱۴۱۳ هـ.

ج: انگلیسی

- 1- Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law*, New York: Oxford University Press, 1991.
- 2- Barker, David; Padfield, Colin, *Law Made Simple*, London: Plan tree, Tenth Edition, 1998.
- 3- Bell, John; Boyron, Sophie; Whitaker, Simon, *Principles of French Law*, New York: Oxford University Press, 1998.
- 4- Chawla, Monica, *Criminal Attempt and Punishment*, New Delhi: Deep and Deep Publications PVT.LTD, 2006.
- 5- Chiao, Vincent, *"Intention and Attempt"*, Cambridge Harvard Law School, in: Crime Law and Philos, 2009.
- 6- Duff, R. A., *"The Circumstances of an Attempt"*, In the Cambridge Law Journal, Vol. 50, No, 1, 1991.
- 7- Elliott, Catherine; Quinn, Frances, *Criminal Law*, Harlow Edinburg Gate, Longman, Sixth Edition, 2006.
- 8- Lafave, Wayne; Scott, Austin. W, Jr., *Substantive Criminal Law*, sr, Paul, 1986.
- 9- Franck, Pinard; Pagani, Linda, *Clinical Assessment of Dangerousness*, Published by the Press Syndicate of the University of Cambridge, 2001.
- 10- Scheb, John. M., *Criminal Law*, New York: Wadsworth Publishing Company, Second Edition, 1999.
- 11- Turner, J.W.C., *The Modern Approach to Criminal Law*, London: University of Cambridge, 1948.
- 12- Wilson, William, *Criminal Law: Doctrine and Theory*, London: Longman, 1998.