



## بررسی دو معیار ذهنی و عینی احراز شروع به عملیات اجرایی و انصراف ارادی در تحقق شروع به جرم

ناصر شریفیان<sup>۱</sup>  
لیلا رحمتی<sup>۲</sup>  
محمد صادق شریفیان<sup>۳</sup>

### مقدمه

عنوان و کلمه‌ی جرم که خود به تنهایی عصاره و چکیده حقوق جزاست، از گردهمایی عناصر مادی و معنوی منشعب شده از قانون تشکیل یافته و اصطلاحاً حیات خویش را وام دار قانون است؛ بنابراین می‌توان چنین گفت که به وقوع پیوستن رفتاری مادی به همراه رکن معنوی و حصول مقصود، ارتکاب بزه‌ی تام و کامل را در پی خواهد داشت. اما همیشه در عرصه‌ی عمل و عالم خارج، همزمانی و همراهی هر سه رکن مطروحه واقع نگردیده و گاه رفتارهای سرزده از مرتکب، عنوان تام را به همراه نخواهند داشت تا جایی که علی‌رغم ارتکاب مقدماتی در راستای تحقق قصد مجرمانه، لزوماً منجر و منتهی به رسیدن به قصد و به وقوع پیوستن جرمی تام نخواهند شد. نظام حقوق کیفری ایران علیرغم اینکه به مقوله‌ی ناقص ماندن ارتکاب جرم تام که تحت عنوان جرم ناقص از آن یاد می‌گردد در راستای پیشگیری از ارتکاب جرم اهمیت و نگاهی ویژه داشته است، در تبیین اصول، خطوط قرمز، تعریف و چگونگی احراز آن در عرصه‌ی عمل و رویه قضایی آن چنان که باید و شاید ورودی نداشته است. در تحقیق پیش رو نگارنده با شناخت گلوگاه اصلی منشاء بروز برخی اختلاف نظرها در موضوع شروع به جرم به عنوان یکی از مصادیق و مهمترین مصداق جرایم ناقص، به بحث و بررسی اولاً معنا و مفهوم شروع به جرم و مفاهیم مشابه نزدیک به آن و ثانیاً موضوع رکن مادی که اساس تشکیل شروع به جرم می‌باشد، می‌پردازد. در موضوع شروع به جرم با عنایت به اینکه عنصر مادی ارتکاب بزه ناقص مانده و انصرافی غیرارادی از ادامه‌ی آن توسط مرتکب صورت می‌گیرد، حول محور اصلی بحث عملیات اجرایی است که دو دیدگاه عمده عینی و ذهنی و نهایتاً دیدگاه مختلط یا تلفیقی به بیان، تبیین و حتی تمییز این عملیات اجرایی می‌پردازد که در تحقیق پیش رو به بررسی هریک از این دیدگاه‌ها پرداخته و دیدگاه چهارمی که به عدالت نزدیک تر بوده را مبنا و منشا نظرگاه خویش چه در عرصه تئوریک و چه در عرصه‌ی رویه قضایی قرار می‌دهد. در بدنه‌ی تحقیق پیش رو خواهیم دید که با تغییر نوع نگاه و تفسیر هر کدام از تئوری‌های مطروحه، تا چه میزان سرنوشت شروع به جرم در بُعد قضایی، تقنینی و تئوریک دستخوش تغییر و تحول می‌گردد.

۱. دانشجوی دکتری حقوق گرایش جزا و جرم شناسی (نویسنده مسؤول) sh.na7777@yahoo.com  
۲. دانشجوی دکتری حقوق گرایش جزا و جرم شناسی rahmati\_leila@yahoo.com  
۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی sharifian\_sadegh@yahoo.com



### ۱. مفهوم شناسی

در اینجا در بدو ورود به مباحث اصلی تحقیق پیش رو، ابتدائاً باید به بیان هر کدام از عناوینی که در بدنه‌ی تحقیق به فراخور بحث به آن خواهیم پرداخت، تأملی داشته و با تعریف هریک بتوانیم نقشه‌ای جامع از اعضای یک موضوع کلی را مورد بحث و بررسی قرار دهیم. در این قسمت به تعریف مفاهیمی چون جرم و عناوین مشابه آن، جرایم ناقص و انواع آن و نهایتاً معیارهای فلسفی ناظر بر تحقیق حاضر را مورد مذاقه و تحلیل قرار خواهیم داد.

#### ۱-۱. مفهوم شناسی جرم و عناوین مشابه

##### ۱-۱-۱. جرم

از آنجایی که در هرجامع و جامعه‌ای، عده‌ای اصول و قواعد زندگی گروهی و اجتماعی را رعایت نمی‌کنند و با رفتار خویش موجبات بهم ریختگی نظم عمومی را فراهم ساخته و عملاً موجب آشفتگی و عدم انضباط اجتماعی می‌گردند، دولت و حاکمیت حاضر از طرف جامعه ناچار به واکنشی شده و با وضع و اعمال برخی مجازات‌ها و ... اقدام به مقابله و تقابل با این رفتارهای ضد اجتماعی میکند (فتحی، ۱۴۰۲). به بیان بهتر و درکی دیگر می‌توان چنین گفت که هر جامعه‌ای جهت حفظ و صیانت خویش و اساساً برقراری مناسبات سالم و هماهنگی میان اشخاص و اشخاص با سازمان‌ها و نهادهای اجتماعی، به وضع قوانین و مقررات می‌پردازد (اردبیلی، ۱۳۹۹، جلد نخست). از نظر لغوی، واژه‌ی جرم از ریشه‌ی عربی جَرَم مشتق شده و مصدر آن، جَرَم به معنی قطع کردن، بریدن و گناه کردن می‌باشد که جرم به معنی گناه و بزه اسم مصدر آن بوده و رابطه‌ی بین گناه و بزه با قطع کردن آن است که گاه موجب قطع رحمت پروردگار بوده و شخص مجرم را نیز به این دلیل که موجب عدم امکان برقراری رحمت الهی را فراهم می‌آورد نام نهاده‌اند (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۹، جلد اول). بدین شکل، جرم به شکل استعاره‌ای آن جهت هر کار زشت و ناپسند و گناه و خطا به کار می‌رود (دهخدا، ۱۳۷۳، جلد پنجم؛ معین، ۱۳۷۵، جلد اول). می‌توان گفت جرم یا عمل مجرمانه که از آن تحت عنوان «پدیده جنایی» یاد می‌شود، یک حقیقت اجتماعی و انسانی بوده چرا که خصیصه‌ی جرم را می‌توان خروجی و محصولی از رفتار و عمل انسان دانست که بر ضد جامعه ارتکاب یافته و موجبات بهم ریختن نظم اجتماعی را فراهم می‌سازد که از این روی به جهت حفظ و تضمین چنین مقوله‌ی اجتماعی، حقوق کیفری ورود کرده و با بررسی اصول و قواعدی که رفتارها و اعمال ضد اجتماعی را تعیین می‌کنند به وضع ضمانت اجراها یا مجازات‌هایی در این خصوص می‌پردازد (فتحی، ۱۴۰۲). هنگامی که از تعاریف لغوی، اصطلاحی، استعاره‌ای و اجتماعی از مفهوم جرم عبور میکنیم و به تعریف آن در حقوق کیفری می‌رسیم، در می‌یابیم که هریک از مکاتب حقوق کیفری نیز بر اساس تفکر و نگرش مختص آن مکتب اقدام به ارائه تعریف کرده است، یعنی هریک از مکاتب عدالت مطلق، کلاسیک، نئوکلاسیک، تحقیقی و سایر مکاتب تعریف خاص خویش از مقوله‌ی جرم را ملاک عمل قرار داده و اصطلاحاً تعاریف مکاتب، علوم و اندیشمندان از این عنوان (جرم) مبتنی بر آن چیزی است که باید باشد و نه آن چیزی که هست (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۹، جلد اول).

به عبارت دیگر آنها تمامی تلاش خویش را مصروف آن کرده‌اند که آنچه را که به نظرشان باید جرم تلقی گردد، جرم می‌انگارند؛ بنابراین اگر به جای جواب به این پرسش که چه چیزی را باید جرم بدانیم، در تلاش جهت جوابگویی به این سوال که چه چیزی جرم است باشیم، نهایتاً حداقل در تعریف حقوقی و آن هم در حوزه‌ی حقوق کیفری به همان ماده ۲ «قانون مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۹۲ خواهیم رسید که گرچه به تعریف مفهوم جرم نپرداخته است، اما حدود و ثغور آن مشخص می‌دارد (همان). بر اساس منطوق ماده مذکور: «هر رفتاری اعم



# نهمین کنفرانس بین المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق

۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می شود. گرچه این ماده تعریفی دقیق از جرم ارائه نمی دهد و به شکل رسایی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها را مورد تفعل قرار نمی دهد اما می توان گفت برحسب این ماده، رفتار مجرمانه، رفتاری است که قانونگذار حسب مورد و به موجب یک مقررہ کیفی یا جزایی، ترک یا انجام آن را از الزاماتی بلامنازع دانسته که براساس پیش آمد هر مورد، می توان در قالب فعل (رفتاری مثبت) و یا ترک فعل (رفتاری منفی) و یا اعم از هردوی آنها باشد» (فتحی، ۱۴۰۰).

۱-۲-۱. گناه

در ارتباط با عنوان «گناه» و اینکه اساساً می توان ارتباطی بین این عنوان با عنوان «جرم» پیدا کرد در بین فقها، حقوقدانان و بالاخص دانشمندان حقوق کیفری اسلام، سخن، تئوری و تحلیل به قدر بضاعت مطرح شده که در اینجا به چکیده و شالوده ای از آن که به فراخور موضوع نیز مورد بحث باشد مورد بحث، بررسی و توجه خاص قرار می گیرد. اکابر حقوق کیفری در شرع و اسلام، گناه و معصیت را در تضاد و مخالف اوامر و نواهی کتاب و سنت دانسته و مرتکبین این اعمال را که نهایتاً با عمل خویش موجبات تباهی فرد یا جامعه را فراهم می سازند مورد عقاب دانسته اند (گرچی، ۱۳۸۶، جلد اول). به بیانی دیگر گناه را شامل انجام دادن فعل یا گفتن و بیان قولی دانسته اند که قانون دین مبین اسلام آن را حرام شمرده و برانجام آن کیفری وضع داشته است و یا در مقابل ترک فعلی یا ترک عملی که قانون اسلام آن را واجب و از تکلیف شمرده و جهت ترک آن، مجازات و کیفری وضع داشته است؛ این مهم از آنجا منشاء خویش را وام می گیرد که هر شخصی که از اوامر و نواهی خداوند سر باز زده و اصطلاحاً سرپیچی کند، برای او کیفری تعیین گردیده است که آن کیفر یا مجازات یا در دنیا جلوی راه گناه کار را گرفته که در این قسم به وسیله ای امام یا حاکم یا قاضی منصوب از طرف آنان به موقع اجرا گذارده می شود و یا واجب و تکلیفی دینی است که گناه کار جهت پوشاندن و محو ساختن باید انجام دهد تا کفاره گناهان او گردد (فیض، ۱۳۶۹، جلد اول).

۳

در حقوق کیفری اسلام، در صورتی که مجازات گناهان به صلاح و مصلحت عموم جامعه باشد، یعنی موجب ریشه کنی و دفع فساد گردد و یا بتواند موجب تضمین سلامت و یا صیانت از حقوق مردم گردد، حق الهی بوده و تحت هیچ شرایطی امکان کان لم یکن شدن را نخواهد داشت (پیشین). در حقوق اسلام گناهان برحسب تضرر، تضییع و تجاوز به حقوق افراد یا جامعه به گناهان حق الناسی، حق الهی و حکومتی به طور کلی قابل تقسیم بوده و به اعتباری که به لحاظ مصلحت در مورد آنان در نظر گرفته می شود به جرایمی چون جرایم بر ضد دین همانند ارتداد، جرایم بر علیه نفس همانند قتل، جرایم بر ضد قوای عقلانی همانند مصرف و شرب خمر، جرایم علیه حقوق مالی اشخاص چون سرقت و ... را نام برد که با عنایت به موارد مطروحه در می یابیم که دایره شمولیت جرم با معصیت یا گناه که موضوع حدود و تعزیرات است تفاوت و تمایز داشته و دارای نسبتی تحت عنوان عموم و خصوص من وجه می باشند (فتحی، ۱۴۰۲). به عبارت بهتر باید گفت گناه که موضوع حدود و تعزیرات را شامل می گردد مشتمل بر هر گناه و رفتاری که دارای عقاب اخروی است ولو اینکه صرفاً دارای وصف فردی و شخصی بوده و آثار وضعی و مفسده ای آن ناظر به خود مرتکب باشد همانند: کذب، ریاکاری، کبر، ترک واجبات و ... در صورتی که جرم و فعل مجرمانه شامل این شکل از گناهان نمی گردد (گرچی، ۱۳۸۶، جلد اول). از سوی دیگر برخی بزه ها همچون نقض اصول و مقررات گمرکی و یا ثبتي و ... معصیت یا گناه به شمار نرفته مگر اینکه موجبات تضییع حقی از حقوق الناس گردند؛ پس بزه یا جرم و گناه یا معصیت از حیثیت منشاء نیز با یکدیگر تفاوت دارند چرا که منشاء حقوق جزای اسلامی، مبدئی الهی و مبتنی بر الهامات و وحیانی است که از قرآن و سنت نشأت می گیرد اما منشاء و مبنای حقوق جزای عرفی یا همان جرم، اعتباری، قراردادی و وضعی است که براساس





نهمین کنفرانس بین المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق  
۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

اجتهاد و نظر اجتماعی از علمای هر قوم تهیه و تدوین می گردند و از طریق قوه مقننه هر کشور مورد تصویب قرار می گیرند (فیض، ۱۳۶، جلد اول: ۷۲). به نظر در عنوان جرم و گناه از باب عناصر تشکیل دهنده نیز دارای وجوه افتراقی جدی می باشند، بدین صورت که در راستای تحقق فعل مجرمانه یا ارتکاب جرم، وجود عناصر مادی ضروری بوده و بدون آن اساساً جرمی ارتکاب نمی یابد و تا به ظهور و عینیت درآمدن اراده فرد مجرم، آثاری بر آن مترتب نیست در حالی که در گناه بعضاً نیازی به چنین عینیت ظاهری نبوده در مواردی مانند: رضایت و موافقت با عمل بد دیگری، حب شیوع فساد، ریا و... موجبات عقاب اخروی فراهم است (حسینی، ۱۳۸۳).

۱-۳-۱. جرم مدنی یا شبه جرم

گرچه به اعتقاد نگارنده سخن از عنوانی تحت موضوع جرم مدنی یا شبه جرم با عنایت به آموزه های خویش از بدو ورود به رشته حقوق تا پایان مقطع دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، عنوانی شبهه ناک، محل تأمل و مورد بحث است چرا که خاصاً جرم، تعریف و مصادیق آن به نظر صرفاً ناظر به امور کیفری بوده و اساساً از مسائل حوزه حقوق خصوصی و مدنی تحت این عنوان خروج موضوعی دارد، اما صرفاً به دلیل وسعت ذهن خوانندگان در تحلیل و ایضاً اشاراتی که اساتید بزرگ حقوق کیفری بدان داشته اند، در اینجا مورد بحث و بررسی قرار می گیرد.

قبل از تعریف عنوان فوق باید بگوییم جرم کیفری به معنی عام و موسع آن، عبارت از هر رفتاری است که به موجب قوانین و مقررات موجود در حوزه حقوق کیفری، انجام یا ترک آن با مجازات از سوی قانونگذار مواجه می باشد و مواردی چون: قتل، کلاهبرداری، خیانت در امانت، سرقت و ... را شامل می گردد در صورتی که جرم مدنی به افعالی اطلاق می گردد که من غیر حق ضرر و زبانی به دیگری وارد و فاعل را به جبران آن ملتزم می گرداند؛ بنابراین جرم کیفری و جرم مدنی از باب عناصر تشکیل دهنده و ضمانت اجرا تفاوت های جدی با یکدیگر داشته به طوری که جرم کیفری از جهت عنصر قانونی بنا به اصل قانونی بودن جرایم، صرفاً رفتار خاصی است که در قانون تصریح به مجازات آن شده باشد در حالی که در جرم مدنی می توان هر نوع فعل زیانباری که مبتنی بر تقصیر باشد ولو در فرض عدم تصریح آن را مورد پیگرد قرار داد (اردبیلی، ۱۳۹۹، جلد نخست)؛ یا از جهت عنصر مادی می توان گفت جرم کیفری همیشه ملتزم زیان و خسارت نبوده و می تواند مستقل از آن نیز عمل نماید که شامل مواردی چون: شروع به جرم، جرم محال یا ... می گردد که در مقابل در جرم مدنی همواره ملازم با فرض وجود خسارت و ضرر است (همان). نهایتاً از جهت رکن معنوی تفاوت این دو مدل از جرم، با وجود اینکه وجود تقصیر در هر دو جرم کیفری و مدنی لازم است، اما گاه این تقصیرها از یکدیگر متمایز بوده به شکلی که در جرم کیفری مبنا و منشاء اکثر موارد ارتكابی وجود سوء نیت در فرد مرتکب است در حالی که در جرم مدنی اراده و سوء نیت شرط نبوده بلکه در اکثر موارد، تقصیر، نتیجه و حاصل اهمالها و بی مبالاتی ها از سوی وارد کننده ضرر می باشد. در ارتباط با ضمانت اجرای موجود در هر دو جرم کیفری و مدنی میتوان ملاک عمل را در این خصوص مجازات یا جبران خسارت دانست به طوری که ضمانت اجرای جرم کیفری مجازاتی است که مستقیماً متوجه فاعل و مرتکب آن است اما ضمانت اجرای جرم مدنی، جبران خسارت زیان دیده یا متضرر است (همان). لازم به ذکر است نسبت منطقی حاکم بر جرم مدنی و کیفری، عموم و خصوص من وجه بوده به شکلی که یک عمل ممکن است هم واجد عنوان جرم کیفری گردد و هم از موجبات مسئولیت مدنی، همانند: سهل انگاری پزشک در عمل جراحی به نحوی که منجر به قطع عضو از بیمار گردد که علاوه بر مسئولیت کیفری واجد وصف مدنی نیز بوده و باید اقدام به جبران خسارات وارده ناشی از جرم کند (فتحی، ۱۴۰۲). با وجود بیان همه ی وجوه افتراق



# نهمین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق

۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

میان این دو عنوان، گه‌گاه پیوندها و ملازماتی دیده می‌شود و آن را هم می‌توان در جایی که یک رفتار دارای دو وصف است جستجو کرد.

## ۱-۴. تخلف انتظامی

در هر کشور و اجتماعی سلسله‌ای از مشاغل، صنوف و تشکل‌هایی وجود دارند که در عین حالی که دارای شغل و فعالیتی واحد می‌باشند، اصول و مقرراتی خاص بر آنها حاکم بوده تا تکلیف، وظایف و تعهدات خویش را به درستی و تمام کمال صورت دهند؛ در این موارد هنگامی که فرد یا شخصی از مجموعه، مرتکب تخلفاتی در حوزه‌ی کاری خویش گردد، طبیعتاً با ضمانت اجراهایی روبرو شده که از آن تحت عنوان تخلفات یا مجازات انتظامی یاد می‌گردد. این شکل از ارتکاب تخلفات ممکن است از طرف کارمندان دولت، اعضا و کارمندان نهادهای عمومی و یا غیردولتی چون: اساتید دانشگاه، قضات دادگستری، پزشکان یا وکلا صورت گیرد که با ضمانت اجراهایی چون عدم تمدید پروانه اشتغال یا ابطال آن، تعلیقات شغلی، انفصالات از خدمت و ... روبرو گردد که برخلاف برخی تشابهات، جرم جزایی از جهات گوناگونی با تخلفات انتظامی تفاوت داشته که به برخی از آنان اشاره میکنیم (فتحی، ۱۴۰۲): نخست اینکه از جهت توسعه و شمولیت، جرم دایره‌ی موسع تری نسبت به تخلف انتظامی داشته چرا که موضوع جرم می‌تواند شامل تمامی افراد جامعه گردد و حتی در برخی مواقع فراتر از مرزهای جغرافیایی رود در حالی که در مقابل، تخلف انتظامی شامل صنف و گروهی خاص از شاغلان و یا کارمندان می‌گردد. دوم اینکه از نظر وضع مقررات و اصول مربوط به دو حوزه‌ی جرم و تخلف انتظامی نیز باید گفت که هر دو دارای افتراقاتی جدی بوده به شکلی که تعریف جرم جزایی را لاجرم قانونگذار باید تعریف، تبیین و تعیین نماید که در عموم موارد برای همگی افراد جامعه یکسان است در حالی که تخلفات انتظامی توسط ادارات، سازمان‌ها و ... تعیین و تبیین می‌گردد و صرفاً ناظر به همان صنف بوده و لزوماً در خصوص همه یکسان نیست. سوم غایت وضع قوانین در خصوص جرایم، جلوگیری از بهم ریختگی نظم عمومی و اعاده جریحه دار شدن اذهان بوده در صورتی که در ارتباط با تخلفات انتظامی هدف، حفظ نظم اداری و شئون کاری و شغلی است. پس می‌توان به شکل خلاصه چنین گفت که می‌شود تفاوت جرم و تخلف انتظامی را با عنایت و بررسی بین عناصر تشکیل دهنده‌ی هر یک و ایضاً ضمانت‌های آنان از یکدیگر بازشناخت چرا که با عنایت به تفاوت در ماهیت هر کدام، تمایزات و وجوه افتراق بین هر یک، به روشنی و وضوح قابل تفکیک بوده و از برخی خطاها در اختلاط هر دو عنوان می‌توان جلوگیری نمود.

## ۱-۲. مفهوم جرایم ناقص

### ۱-۲-۱. شروع به جرم

در صورتی که جهت ارتکاب فعل مجرمانه مانند راهی که مجرم در آن قدم می‌نهد و گام به گام در آن راه سپری می‌کند، آغاز و پایانی ترسیم کنیم، می‌توانیم برای آن مراحل گوناگونی متصور شویم بدین صورت که اصولاً ارتکاب بزه با تفکر و تصورات ذهنی اولیه شروع و سپس با اراده و تصمیم بر صورت دادن آن اقدام به تهیه‌ی مقدمات و نهایتاً شروع به آن تکوین و تکامل می‌یابد (اردبیلی، ۱۳۹۹، جلد نخست). هر زمان مجرم در عرصه‌ی عمل به هدف خویش دست یابد، یعنی حاصلی از این عمل را محقق سازد (جرم تام) بدون هیچ گونه شک و تردیدی قابلیت اعمال مجازات دارد اما گه‌گاه می‌شود که مجرم در تلاش خویش به سدی جدی برخورد کرده و علیرغم تلاش فراوان، تحصیل نتیجه متوقف می‌ماند در اینجا سوال جدی این است که چه میزان از اعمال او شمولیت حکمی جزایی و کیفری را داشته و از چه گاهی به بعد می‌توان او را تحت تعقیب کیفری قرار داد؟ (همان). شروع به معنی آغاز نمودن و شروع به جرم، اقدام به مقدمات قریب جرم را گویند که مع ذلک امری



# نهمین کنفرانس بین المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق

۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

است نسبی و به حسب طبع اصناف جرایم تفاوت دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸). شروع به جرم اصطلاحاً به اعمالی گفته می شود که دال بر وجود قصد مجرمانه در تعقیب و تکمیل جرم به ترتیبی باشد که اگر در اثنای کار عامل خارجی دخالت نکند و مانع تحقق جرم نگردد، جرم به صورت کامل انجام گیرد (صانعی، ۱۳۷۶، جلد اول). عبور از قصد مجرمانه و عملیات مقدماتی و ورود در مرحله ای اجرایی جرم را به نحوی که اعمال انجام شده متصل به جرم باشد، شروع به جرم می نامند، مشروط بر آنکه بزه ارتكابی به طور تام و کامل صورت نگرفته باشد (نوربها، ۱۳۸۵). به عبارت بهتر می توان گفت پس از اقدامات مقدماتی و تهیه وسایل، چنانچه فرد مرتکب قصد و سوء نیت مجرمانه خود را به موقع اجراء گذارده و مبادرت به انجام عملیات اجرایی جرم نماید اما در اثر عللی که خارج از اراده وی بوده موفق به طی ادامه ی مسیر بزهکارانه نگردد و ادامه ی ارتكاب آن متوقف گردد را شروع به جرم گویند (فتحی، ۱۴۰۲). پس از مجموع مواردی که بیان شد می توان چنین گفت که به نظر شرع به جرم، رفتاری است که جهت تحقق یک جرم صورت گرفته اما فرد مرتکب به علت مداخله ی یک امر یا عامل خارجی غیرارادی، ادامه ی طی طریق مجرمانه را عملاً نداشته و ارتكاب کامل آن به توقف برمی خورد. با عنایت و تأملی در ماده ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که عنصر مادی و قانونی شروع به جرم را از نگاهی تقنینی به تحلیل، تعریف و تبیین می گذارد درمی یابیم که: شروع به جرم صرفاً در جرایم تعزیری یک تا پنج بوده که آنهم جرایمی که مجازات قانونی آنها حبس می باشد و نه مجازاتی دیگر، این جرم (شروع به جرم) مطلق بوده و فاقد ماهیتی مقید می باشد و حصول نتیجه در آن شرط نیست، در جرایم غیر عمدی و ترک فعلی موضوعیت مطرح شدن ندارد و نهایتاً اینکه معاونت در شروع به جرم قابل تصور بوده در حالی که شروع به معاونت در جرم موضوعیت ندارد (همان). جهت عدم خلط مبحث بین شروع به جرم و مفاهیمی چون: جرم محال و جرم عقیم، در ادامه به تعریف و بررسی تک تک هر یک از آنان می پردازیم.

## ۱-۲-۲. جرم محال

جرم محال<sup>۱</sup> یا محال بودن جرم، وضعیتی را گویند که مرتکب با هدف و قصد صورت دادن بزه، تمامی جهد و تلاش خویش را به کار برده و به طور کامل طی طریق مجرمانه میکند، لیکن از تلاش خویش حاصلی را کسب نکرده و هدف غایی او محقق نمی گردد، همانند آنکه شخصی به قصد ارتكاب جرم قتل به شخص دیگر تیراندازی کرده و نهایتاً کاشف به عمل می آید که آن فرد علائم حیاتی نداشته و سابقاً مرده است. تفاوت اصلی و عمده این عنوان جرم محال با شروع به جرم در آن است که در شروع به جرم، بزه ارتكابی به طور تام و کامل به موقع اجرا در نیامده است در حالی که در جرم محال تمامی مراحل بزه به اجرا درآمده اما همانند شرع به جرم نتیجه و حاصلی از آن عائد نگردیده است؛ در اینجا به این نکته ی مهم باید اشاره نمود که امکان یا عدم امکان نتیجه، هیچ وقت شرط تحقق شروع به جرم نبوده بدین شکل که هرگاه کسی قصد ارتكاب جرمی کند محال است و به واسطه ی موانع خارجی ارتكاب یا اجرای جرم معلق بماند؛ مرتکب شروع به جرم شده است (اردبیلی، ۱۳۹۹، جلد نخست). علیرغم اینکه جرم محال، اصولاً منشاء ضرر یا زیانی برای انسان و نظم اجتماعی و عمومی نیست، اما رفتار مجرمانه را می توان تظاهر امیال و قصود ستیزجویانه مرتکب حساب نمود چرا که تهدید فعل او نشانه ای از حالتی خطرناک تلقی و باید در راستای اتخاذ تدابیری در جهت جلوگیری از اعمال و اجرای قصد سوء او اقدام نمود. با همه ی اوصافی که مطرح شد، مجازات یا جرم انگاری جرم محال دارای مخالفینی جدی است که البته با بررسی دیدگاه قانونگذار و اتخاذ تصمیمات او در این زمینه، می توان گفت چنین مخالفتی را از دیدگاه تقنینی در

<sup>۱</sup>. Infraction impossible





# نهمین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق

۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

نظام حقوق کیفری ایران نمی‌توان یافت. مطابق با منطوق تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد: «هرگاه رفتار ارتكابی، ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لکن به جهات مادی که مرتکب از آن بی اطلاع بوده وقوع جرم غیرممکن باشد، اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است»، قابلیت تعقیب کیفری جرم محال متصور بوده و با این نظر، قانونگذار از اعداد مخالفین جرم انگاری این رفتار خارج می‌گردد. قید نمودن «ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم» در منطوق تبصره ماده‌ی فوق ناظر به فعل مادی جرم محال بوده که علیرغم به اجرا درآمدن آن و تمام و کمال یافتنش، به علت انتفاء موضوع، همانند شروع به جرم به نتیجه‌ای نرسیده است (همان). برخی از حقوقدانان جرم محال را به محال مطلق و محال نسبی و یا محال قانونی (حکمی) و محال مادی (موضوعی) تقسیم کرده و معتقدند صرفاً جرم محال نسبی و محال مادی قابلیت تعقیب کیفری دارد. قید «غیرممکن» بودن جرم در منطوق صدرالاشاره یا کاشف از امری حکمی است و یا موضوعی بدین صورت که گاه رفتار فاعل یا مرتکب در این قبیل وقایع با تعریف قانونگذار همپوشانی و تطبیق ندارد که خود کاشف از حکمی بودن جرم محال است و یا گاهی ناممکن بودن موضوعی مدنظر است و آن هنگامی است که موضوع جرم از نظر تعریف قانونی غیرممکن نباشد، بلکه موضوع جرم در وضعیت وقوع عجالاً منتفی است همانند آنکه شخصی شب هنگام به سمت انسانی که در بستر خویش خوابیده است شلیک کند، غافل از اینکه او ساعاتی قبل، اتاق را ترک کرده است (همان). در هر حال مطابق تبصره ماده ۱۲۲ که مذکور گشت، قابلیت تعقیب کیفری جهت مرتکب جرم محال وجود دارد.

## ۱-۲-۳. جرم عقیم

هنگامی که مرتکب مراحل ارتكاب جرم را به صورت تمام و کمال روی داده اما به واسطه‌ی مواردی چون محاسبه غلط این مراحل یا عدم دارا بودن مهارت در موضوع جرم ارتكابی و یا نهایتاً موضوعی که قابلیت پیش بینی آن برای او وجود نداشته است، نتیجه و حاصلی که مد نظر او بوده محقق نگردیده و ابتر مانده است را جرم عقیم گویند؛ به عنوان مثال شخصی به قصد قتل شخص دیگری تیری را به سمت او پرتاب کرده اما به علت عدم دارا بودن مهارت در موضوع تیراندازی، تیر به خطا رفته و به هدفی دیگر اصابت میکند و شخص مدنظر از موضوع قتل در امان می‌ماند و اصطلاحاً جرم مقصود، محقق نمی‌گردد (فتحی، ۱۴۰۲). به عبارت دیگر می‌توان گفت جرم عقیم به مانند شروع به جرم نتیجه‌ای که مدنظر مرتکب بوده است را عاید و واصل نمی‌گرداند و همانند جرم محال، مرتکب تمام تلاش خویش را جهت رسیدن به هدف مجرمانه به کار بسته و از هیچ کوششی فروگذار نمی‌کند اما همان گونه که مذکور گشت، به دلایلی چون عدم پیش بینی حادثه‌ای غیرمترقبه یا عدم دقت کافی و یا عدم مهارت لازم در موضوع جرم، حاصلی را تحصیل نمی‌نماید (اردبیلی، ۱۳۹۹، جلد نخست). در ارتباط با وجوه تمایز جرم عقیم با جرم محال و شروع به جرم، باید گفت که عمده تفاوت جرم عقیم با جرم محال در امکان تحقق یا به وقوع پیوستن نتایج این دو است به طوریکه تحقق نتیجه در ارتكاب جرم عقیم همیشه ممکن بوده اما امکان اخذ نتیجه در جرم محال در هیچ صورتی و هیچ گاه ممکن نیست و در تمایز جرم عقیم با شروع به جرم، همین بس که در شروع به جرم هرگز، نمیتوان یقین کرد که اگر مداخله‌ی عامل خارجی در اثنای اجرا نبود، فاعل لحظاتی دیرتر خود را از ادامه‌ی عمل منصرف می‌کرد در صورتی که در عقیم، فعل انجام گرفته تردیدی باقی نمی‌گذارد که مرتکب تا آخرین لحظه بر قصد خویش استوار بوده و صرفاً نتیجه جرم به واسطه‌ی اوضاع و احوال مستقل از اراده‌ی فاعل، بدون نتیجه مانده است (همان). در اینجا ذکر این نکته مهم به نظر میرسد که بدانیم جرمی ممکن است عقیم بماند که در صورت توصیف آن توسط قانونگذار نتیجه را ملحوظ نموده باشد، پس نتیجتاً در جرایم مطلق، موضوعی تحت عنوان جرم عقیم موضوعیت ندارد و نهایتاً تصور جرم عقیم در خصوص جرایم



# نهمین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق

۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

غیر عمدی و جرایم مبتنی بر ترک فعل نیز با تعاریفی که بیان گردید قابل ترتیب اثر دادن نیست. جرم عقیم در قانون مجازات اسلامی صراحتاً مورد جرم انگاری قرار نگرفته ولیکن با عنایت به اینکه در ماهیت این رفتار، مرتکب از مرحله‌ی انجام عملیات اجرایی بزه عبور کرده و قصد خویش را به عرصه‌ی ظهور نهاده است، اعمال مجازات شروع به جرم او منافاتی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها ندارد.

## ۱-۳-۱. مفهوم معیارهای فلسفی در حقوق کیفری ۱-۳-۱. معیار ذهنی

در فلسفه حقوق کیفری، دو شکل تئوری عینی<sup>۱</sup> و تئوری ذهنی<sup>۲</sup> همواره کانون مباحثات و مناقشاتی کهن و ریشه دار بوده است که می‌توان تئوری ذهنی را یکی از شایع‌ترین شاخص‌ها و معیارها در حقوق کیفری دانست که هر دو تئوری را اگر در تضاد هم در نظر نگیریم، حداقل رقیبی جدی در عرصه تغییر و تحولات حقوق کیفری بوده‌اند. طرفداران این دیدگاه (معیار ذهنی) که همانا معروف به ذهن‌گرایان هستند، به علل گوناگونی توجه و نظر ویژه‌ای به شاخص مربوط به ذهن و روان در عرصه‌ی حقوق کیفری داشته‌اند که شاید مهم‌ترین آن این است که تغییر در مبنا و معیارهای فلسفی و تحلیل مسائل گوناگون در حوزه‌ی حقوق کیفری، نهایتاً به تغییر در مبنای اصل تفکیک این رشته از حقوق با حقوق خصوصی و حقوق مسئولیت مدنی دارد بدین شکل که هر سه این رشته‌ها در عرصه معیارهای غیرذهنی با یکدیگر همپوشانی کامل دارند و تنها از جهت این معیار دارای وجوه افتراق و تمایز می‌باشند (منتی نژاد، ۱۴۰۰). شاخص ذهنی در حقوق کیفری تمرکز خویش را از کلیه‌ی موارد مربوط به یک مسئله کیفری در سطح وسیع و کلان آن، منصرف ساخته و نگاه خویش را معطوف به «خواست، استنباط، ارزیابی و تفسیر» عوامل و اشخاص درگیر در یک قضیه یا پدیده‌ی حقوق کیفری می‌نماید؛ به عبارت بهتر معیار موصوف، شاخصی است واقع‌گرایانه و از هر شکل و گونه‌ای که مخلوط به فرض‌گرایی و شبیه‌سازی است اجتناب و دوری جسته و صرفاً به دیدگاهی حقیقی و واقعی که فرد درگیر و دخیل در یک مقوله‌ی کیفری یا تصور می‌شود تکیه می‌نماید (همان). به نظر می‌توان گفت وجه اتکای این نظریه «همان شخص» و کیفیت فعل و انفعالات ذهنی اوست به طوری که از این نظریه تحت نام‌هایی چون: ذهنی بودن وقایع، ادراک ذهنی یا روانی، نظریه شخصی، سیستم درونی یا نفسانی نیز یاد می‌شود. پس با تعاریفی که مطرح گردید می‌توان چنین گفت که شالوده این نظریه این است که رفتاری که کاشف از تصمیم قاطع مرتکب مبنی بر ارتکاب جرم باشد، خواه این رفتار جزء تعریف قانونی جرم باشد، اعم از عناصر تشکیل دهنده یا عوامل مشدده خواه نباشد و همین‌طور خواه فاصله‌ی میان آن رفتار ارتكابی تا جرم منظور این است که برای دفاع از جامعه مطلوب تر و رساتر بوده و با توجه به مبنای خویش که احراز قصد را در مرتکب مدنظر قرار میدهد، رفتار مرتکب در همان مراحل اولیه متوقف می‌گردد. اما عمده قبح و عیب این تئوری این است که امنیت افراد جامعه را به مخاطره انداخته و تهدیدی جهت آزادی افراد جامعه محسوب می‌گردد، چرا که پاسخی قطعی به این پرسش که آیا تصمیم بزهکار در حقیقت بر این بوده که راه مجرمانه را تا پایان سپری کند یا خیر را نمی‌تواند داشته باشد (همان).

## ۱-۳-۲. معیار عینی

معیار و شاخص بعدی پرکاربرد، ریشه دار و مهم در فلسفه‌ی حقوق کیفری و ایضاً علم حقوق، معیار عینی است این عنوان به دلیل گستره‌ی شمولیت و وسعت کاربردی که دارد، گاه حتی نیز حاوی تناقضاتی از سوی

۱. objective theory  
۲. theory subjective





# نهمین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق

۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

استعمال گرایان آن می‌شود که بخشی از این تناقضات، ناشی از کمبودها و نارسایی‌هایی است که از برگردان و ترجمه کلمه‌ی "objective" به زبان فارسی پدید آمده است، چرا که این نوع واژه بسیط و ساده، در زبان فارسی علاوه بر عینیت، مبین مفاهیم «نوعیت» و «نوعی» نیز می‌باشد (منتی نژاد، ۱۴۰۰). در هر صورت منظور از عینیت در این بخش از نوشتار، آن بخش از واژه "objective" است که در مقابل معنا و مفهوم ذهنیت در ترجمه فارسی "subjective" قرار می‌گیرد. به طوری که اگر در تعریف معیار ذهنی بیان می‌گردد که شاخصی است که در آن مسائل و موضوعات از منظر و نقطه نظر شخصی دخیل در یک موضوع حقوق کیفری و سنجش و ارزیابی آن مسئله در صافی و ساختار ذهنی وی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در معیار عینی و عینیت به طور کلی گفته می‌شود که مسائل و موضوعات، مستقل از ذهن افراد دخیل در موضوع، طرح و بیان می‌گردد (همان). از نظریه ای که مذکور گشت تحت عناوینی چون: عینی بودن وقایع، ادراک عینی، ادراک بیرونی، مکتب موضوعی، سیستم بیرونی، تئوری مادی و نظریه موضوعی نیز یاد می‌گردد که می‌توان عمده نظریه طرفداران آن را بر این باور استوار دانست که معتقدند آنچه که موجب برهم زدن نظم عمومی می‌شود، اعمال و افعالی است که واقعاً نظم جامعه را برهم می‌زنند (محسنی، ۱۳۸۲، جلد دوم) و برخی از حقوقدانان که نگاه ویژه ای به جایگاه عمل مجرمانه دارند، پیروان این نظریه هستند. جدایی و استقلال از ذهن فرد مخاطب و افراد درگیر در یک مساله، وجه ممیزه اصلی معیار عینی از معیار ذهنی بوده اما این خصیصه شامل تمام اجزا و ویژگی‌های معیار عینی و عینیت در معنای کلی آن نیست که در مباحث فلسفی به تفصیل فلاسفه به آن پرداخته اند و چون در برخی مواقع از مبحث حاضر خروج موضوعی دارد، به همین مقدار از تعریف و توضیح بسنده می‌کنیم. در نهایت باید بگوییم که نقطه‌ی قوت و حسن این دیدگاه و تئوری، این است که شروع به اجراء به دقت تبیین و به طور موثری حقوق مرتکب تأمین می‌گردد لیکن ایراد وارده این است که گاهی رفتاری داخل در تعریف قانونی جرم نبوده و درعین حال به روشنی قصد مرتکب را پدیدار می‌سازد، اما شروع به جرم قلمداد نخواهد شد و به سخن دیگر، گرچه حقوق و منافع متهم به نحو کامل و افراط آمیز مورد حمایت قرار می‌گیرد، اما چتر حمایتی خود را به صورت کامل روی حقوق و منافع جامعه باز نمی‌گرداند (افراسیابی، ۱۳۸۲، جلد اول).

### ۳-۱. معیار مختلط یا تلفیقی

این شاخص، تئوری و معیار درحقیقت تلفیقی از دو دیدگاه عینی و ذهنی است بدین شکل که نگاهی اجمالی به هر دو نظریه داشته و حسب مورد، احکام هر یک را جاری و ساری می‌سازد. در حقیقت برخلاف دو نظر و دو تئوری سابق، نظریه تلفیقی، هم بر قصد و هم بر رفتار تأکید می‌کند و تعدیلی نسبت به هر دو تئوری قبل می‌باشد. در ارتباط با موضوع مورد تحقیق، به نظر مطابق با این تئوری می‌توان شروع به جرم را چنین تعریف نمود: اعمالی که به قصد تحصیل نتیجه مجرمانه‌ی معین انجام می‌گیرد و بین نتیجه مجرمانه و اعمال مزبور هم ظاهراً و هم از نظر نفسانی رابطه‌ی علیت برقرار است (باهری، ۱۳۸۱). مطابق با نظر برخی از حقوقدانان بر طبق این تئوری، اعمال مجرمانه‌ی صورت گرفته بایستی جزئی از اجزای تشکیل دهنده‌ی عنصر مادی جرم مورد نظر باشند (ولیدی، ۱۳۸۲). باید این نکته را در اینجا متذکر شد که عبارتی که ذکر شد خالی از اشکال و ایراد نبوده چون که مطابق با دیدگاه تلفیقی یا مختلط، نظرگاهی برگرفته از هر دو تئوری سابق بوده و به منظر رفع اشکال از هر دوی آنان برآمده است؛ به عبارتی دیگر در نظریه و تئوری عینی تنها رفتاری که داخل در تعریف قانون جرم می‌بود، مورد توجه قرار می‌گرفت و رفتارهایی که ارتباط مستقیم با ارتکاب جرم داشته، لیکن داخل در تعریف قانونی جرم نبودند مورد توجه نبود، به همین جهت، این تئوری نمی‌توانست به درستی از منافع جامعه دفاع کند و در این راستا در کنار مشکلاتی که آموزه‌های عینی و ذهنی داشته اند نظریه مختلط به وجود آمده است تا با

۹



# نهمین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق

۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

اتخاذ دیدگاهی بینابین به خلاءهای موجود بین دو تئوری، جامه‌ی رفع بپوشاند. با عنایت به اینکه در تحقیق پیش رو ملاک مهم بررسی، این تئوری است و دیدگاه و تئوری چهارمی ارائه خواهد شد، ادامه‌ی بحث در این حوزه را موکول به بررسی این تئوری در مبحث شروع به جرم که از مباحث آتی است موکول کرده و در آنجا به تفصیل به آن خواهیم پرداخت.

## ۲. شروع به جرم

با عنایت به اینکه همواره شروع به جرم یکی از عناوین مهم و چالش برانگیز در حقوق کیفری بوده است و بخش گسترده و عمده‌ای از حقوق جزای عمومی را تشکیل می‌دهد، همواره مورد توجه پژوهشگران و دانشگاہیان در عرصه‌ی پژوهشی و تحقیق و ایضاً توجه رویه قضایی در فرایندهای دادرسی بوده است. نگارنده با شناخت منشاء و مبنای این رفتار که در صورت تحلیل و اعمال هر شکل از تئوری‌هایی که بیان گردید، گستره و دایره مشمولیت آن نیز دستخوش تغییر و تحول جدی می‌گردد، پس از شناخت دقیق تئوری‌ها فلسفی در موضوع شروع به جرم و ایضاً خود شروع به جرم و عناصر آن، از اهم واجبات است که در این قسمت به آنها خواهیم پرداخت.

### ۲-۱. عنصر مادی شروع به جرم و جایگاه تئوری‌های فلسفی در آن

در ابتدای این مبحث، بارزترین و مهمترین سوالی که قابلیت طرح دارد این است که در چه مرحله‌ای می‌توان ارتکاب شروع به جرم را به شخصی نسبت داد؟ قبل از ورود به پاسخ قطعی به این سوال به تحلیل و بررسی موارد مربوط به این حوزه می‌پردازیم. اصولاً جهت ارتکاب هر بزه‌ی، ابتدا یک فکر یا اندیشه بزهکارانه در تفکر و اندیشه شخص شکل می‌گیرد که بعد از آن، اقدام به تهیه‌ی مقدمات لازم در این راستا پرداخته و شروع به اجرای طرح و نقشه خویش کرده و در آخر آن را به صورت تمام و کامل روی می‌دهد. نمی‌توان هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای را در منزل اول جاری ساخت، بدین صورت که مجرد فکر بزهکارانه هیچ‌گاه واجد وصف مجرمانه نبوده که جهت تأیید این مبحث همین بس که قانونگذار زمانی به موضوع ورود می‌کند که اندیشه‌ی ذهنی شخص مرتکب پا به عرصه‌ی ظهور نهد. پس از عبور از خان‌تصمیم و تفکر بزهکارانه، شخص به خان عملیات اجرایی و اقدامات اعدادی و مقدماتی وارد می‌شود لیکن چون هنوز به طور قطعی دلیلی بر قصد مرتکب جهت جرمی خاص وجود ندارد، ذیل شروع به جرم نمی‌توان او را تحت تعقیب کیفری قرار داد و مجازات نمود؛ مگر آنکه این شکل از اقدامات مقدماتی به طور مستقل توسط قانونگذار واجد وصف خاصی و جرم مستقلی تعریف شده باشد، همانند خرید سلاح به قصد و اندیشه ارتکاب جرم قتل که گرچه آن را شروع به جرم قتل نمی‌توان انگاشت، اما با عنایت به ماده ۶ «قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز» مصوب ۱۳۹۰، همین مقدار کم از اقدامات نیز واجد وصف مجرمانه بوده و استحقاق مجازات را دارد. پس از شناخت و تاملی در وجود مراحل که مذکور گشت، پرسش مهمی در مورد اینکه در ارتباط با عنصر مادی لازم جهت به وقوع پیوستن شروع به جرم چه چیزی است مطرح می‌گردد و اینکه معیار تشخیص عملیات مقدماتی (که جرم نیست) و اقدامات اجرایی (که مطابق ماده ۱۲۲ «قانون مجازات اسلامی» تحت شروع به جرم قابل مجازات است) چه می‌باشد؟ به عبارتی دیگر می‌توان گفت به عنوان مثال آیا شروع به جرم به سقط جنین با دادن دارو به زن باردار یا با مصرف دارو محقق می‌گردد؟ آیا می‌توان در ارتباط با شروع به سرقت، زمانی رخ دادن آن را قطعی دانست که مرتکب به قصد سرقت در حال گشودن درب منزل است یا هنگامی که در بالای دیوار خانه است یا چه هنگامی؟ تشخیص و احراز این موضوع که چه هنگامی می‌توان ورود شخص را به مرحله‌ی عملیات اجرایی بزه دانست همواره در نظام‌های حقوقی گوناگون دچار چالش و اختلاف بوده است. جهت تفکیک عملیات مقدماتی از اقدامات



# نهمین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق

۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

اجرای دو نظریه و تئوری فلسفی ورود کرده و به بررسی، مذاقه و تحلیل آن می پردازند. مطابق با نظریه و تئوری عینیت، متهم الزاماً باید رفتار فیزیکی لازم جهت ارتکاب بزه را شروع نموده باشد؛ به عنوان مثال در جرم سرقت دستکم استیلای فیزیکی بر مال موضوع سرقت داشته یا همان وضع ید نموده باشد که همانا خان اول در راستای ربایش مال بوده و اقدامات سابق بر آن، شروع به سرقت محسوب نمی گردد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹). ایراد اصلی این تئوری مهم فلسفی در حوزه حقوق کیفری را می توان بر مضمیق بودن آن دانست چرا که در صورت اکتفا به این تئوری، نتیجتاً باعث آن می گردد که بسیاری از افرادی که ضمن برخورداری از سوء نیت، اقداماتی اساسی را در راستای ارتکاب جرم مورد نظر صورت داده اند، از دایره شمول شروع به جرم خارج مانده و نتوان آنان را علیرغم بروز حالت خطرناکشان، تحت تعقیب کیفری ذیل عنوان شروع به جرم قرار داد؛ درعین حال اگرچه ایراد قبل، تحت عنوان ایراد اساسی تئوری عینی مطرح می گردد اما ایراد دیگری که به این دیدگاه می توان وارد نمود این است که در پاره‌ای از عناوین بزه، نمی توان به راحتی رفتار فیزیکی لازم را جهت به وقوع پیوستن عنصر مادی جرم وارد دانست اما از شمول جرم تام خارج. به عنوان مثال جرم حدی زنا یا به عنف یا تجاوز جنسی را در نظر بگیرید که رفتار فیزیکی جهت تحقق عنصر مادی جرم مذکور، عمل دخول می باشد، حال فرض نماید مردی زنی را ربوده و او را به جای خلوتی برده و حتی لباس های او را نیز از تنش خارج کرده و متعاقب آن بر روی وی قرار می گیرد، لیکن در اثر مقاومت و امتناع خانم موفق به تجاوز او نمی گردد که در همین جا با اعمال تئوری فلسفی عینیت با توجه به مواردی که از این تئوری مطرح گردید، مرتکب را نمی توان به جرم شروع به زنا یا تجاوز جنسی تحت تعقیب کیفری قرار داد چرا که هنوز عمل دخول را صورت نداده است و در مقابل اگر مرتکب عمل دخول نیز گردد، چگونه می توان تصور نمود که علیرغم دخول آن را به پایان نرسانده تا بتوان وی را به جای جرم تام زنا یا به عنف، به شروع به آن محکوم نمود (همان). در مقابل از سوی دیگر با نظریه و دیدگاهی دیگر از فلسفه در حقوق کیفری روبرو هستیم که نگاه ها را به سمت ذهنیت گرایي هدایت می کند. مطابق با این دیدگاه فلسفی، شخص مرتکب، افعالی را از خود به تظاهر کشیده است که تجلی اندیشه، قصد و اراده‌ی قطعی او بوده است، گرچه این دیدگاه نیز از طرفداران خاصی برخوردار بوده و تا حدی می توان آن را حسب اعمال پیشگیری از برخی بزه ها تا جایی که با حقوق حقه‌ی متهمان و مرتکبان در تعارض نباشد، جاری و ساری دانست اما ایرادات جدی در حوزه‌ی حاکمیت این دیدگاه فلسفی در شروع به جرم، آن هم در ارتباط با عنصر مادی وارد است. به عنوان مثال اعمال گوناگونی چون خرید سلاح غیرمجاز به بهای زیاد، فشنگ گذاشتن در داخل سلاح، به سوی شخص خاصی نشانه رفتن یا چکاندن ماشه، همه و همه احتمال وجود قصد و اراده مرتکب جهت ارتکاب بزه قتل باشد لیکن آیا می توان گفت همه ی این مراحل و مواردی که بیان گردید که ضابطه‌ای خاص و مذکور در آن صدق می کند را می توان شروع به جرم قتل دانست؟ قبل از اینکه به این پرسش پاسخ دهیم جالب است نظر یکی از اندیشمندان بزرگ را در ارتباط با درک دقیق معیارهای عینیت گراها و ذهنیت گراها بدانیم. جورج پی فلچر معتقد است هنگامی که عمیق تر و ریشه‌ای تر نظریات طرفداران هردو تئوری فلسفی در حوزه‌ی حقوق کیفری را مورد بررسی قرار می دهیم، پی خواهیم برد که عینیت گرایان، متمایل به حمایت از رویکردی حداقل گرا در این حوزه بوده و ذهنیت گرایان با عنایت به آموزه های مکاتب خویش، معطوف به رویکردی حداکثر گرا نسبت به مسئولیت کیفری هستند و این مساله بدین معناست که عینیت گرایان خط مسئولیت را تا حد امکان به تکمیل جرم نزدیک می کنند و در مقابل ذهنیت گرایان به آستانه شروع به جرم برمی گردند که حاکی از نگاهی حداکثرگرا دارد. به نظر می توان رفتاری را داخل در شروع به جرم دانست که جهت شفافیت نیاز به تفسیر نداشته باشد بلکه بدون هرگونه تردید و ابهامی نشان دهنده‌ی قصد مرتکب برای ارتکاب یک جرمی خاص باشد، پس

۱۱





# نهمین کنفرانس بین المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق

۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

خریدن سلاح یا نردبان گرچه می تواند برای اهداف مختلفی که مجرمانه باشند صورت گیرد اما به علت تفسیربردار بودن، نمی تواند به ترتیب شروع به قتل یا شروع به سرقت محسوب گردد؛ به عبارت بهتر اینکه رفتار مرتکب باید به شکلی باشد که هرگاه فیلم آن برای یک ناظر ناآگاه از قصد فرد نمایش داده شود، عکس العمل طبیعی وی چیزی شبیه به این باشد که: «چه خوب که دستگیر شد، وگرنه داشت سرقت می کرد، یا آدم می کشت، یا تجاوز می کرد...»، لیکن اگر بعد از دیدن فیلم، این سوال و ابهام به ذهن بیننده برسد که: «مگر مرتکب میخواست چه کند؟» این امر نشانگر آن است که اعمال ارتكابی قابل تفسیر بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته و به عبارتی، بدون هرگونه تردید و ابهامی، آن است که اعمال ارتكابی قابل تفسیر بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته او به عبارتی بدون هرگونه تردید و ابهامی نمایانگر قصد سوء مرتکب جهت یک جرم خاص نبوده اند؛ بنابراین مرتکب را نباید به شروع به ارتکاب به آن جرم خاص محکوم نمود(همان). پس از مواردی که مطرح گردید باید گفت در صورتی که بخواهیم نظریه و تئوری ذهنی را در خصوص عنصر مادی شروع به جرم جاری سازیم، با عنایت به اصول و قواعدی باشد که ناظر به اصل برائت و یا تفسیر مساعد به حال متهم و یا تفسیر مضیق است، پس با محدودیت هایی جدی در این حوزه روبرو هستیم، درحالی که اگر بتوانیم احراز کنیم که حقیقتاً تظاهر رفتار مادی از منشایی ذهنی که همانا قصد مرتکب باشد حیات خویش را وام دار است، به نتایج صحیح تر و تحلیل منصفانه تری دست می یابیم. دیدگاهی که مطرح شد که از گفته های استاد مکرم و بزرگوار حقوق جزا یعنی دکتر حسین میر محمد صادقی می باشد، دیدگاهی منصفانه تر در خصوص جاری دانستن عرف جهت احراز شروع به جرم جرمی خاص است چرا که اصولاً در حقوق برخی کشورها همچون انگلستان که دارای هیات منصفه جهت تشخیص امور حکمی هستند، بهترین قضاوت اولیه را می توان از این هیات که از نخبگان اقشار گوناگون جامعه می باشند صادر می گردد که در پس آن قاضی با تشخیص امر موضوعی، آن را بسط داده و قضاوتی حقوقی و تخصصی را از خویش صادر می نماید. آنجایی که بتوان بین قصد مجرمانه و یا همان اندیشه اولیه که به قصد قطعی منجر می گردد، با تظاهر مادی ارتباطی قوی احراز نمود، جایگاه تئوری سوم فلسفی در حوزه ی عنصر مادی شروع به جرم موضوعیت پیدا کرده و با ورود خویش، بازیگردانی می کند. با عنایت به اینکه تئوری سوم یعنی دیدگاهی که عصاره ای از نظریه عینی و ذهنی است که همانا تلفیقی یا مختلط است اشعار می دارد که به منظور تسهیل شناخت و تفکیک مرحله ی اقدامات مقدماتی از مرحله ی عملیاتی اجرایی باید با توجه به هر دو معیار عمل نمود به صورتی که هرکدام از این دو معیارها کاشف از قصد مرتکب جهت تحقق جرم باشد و نیت مرتکب را روشن و آشکار نماید به شکل همزمان. نظریه چهارمی و یا به عبارت بهتر دیدگاه چهارمی که به نظر، هم ناظر به مبانی فلسفی کاربردی در حوزه ی حقوق کیفری و هم در عرصه ی عمل و رویه جاری محاکم و مراجع قضایی به عدالت نزدیک است، از نظر نگارنده این است که به طور مطلق نگاهی صفر و یکی به هریک از این تئوری ها نداشته و اصطلاحاً تعصبی خاص جهت اجرایی بودن یا حاکمیت صرف یکی از این دیدگاه ها ندارد. باید با تفکیکی بین گروه هایی از جرایم براساس اهمیت آنان از نظر عوامل گوناگون چون امنیتی بودن، در تعارض با نظم اجتماعی بودن و ...، حسب مورد هریک از تئوری های فلسفی مطروحه را جاری ساخت. به عنوان مثال در حوزه ی جرایمی که با امنیت و مصالح عمومی ارتباط مستقیمی داشته و در صورت ارتکاب، آثار زیان بار جانی و مالی گسترده ای را در جامعه پیاده می سازند، با اجرایی ساختن تئوری ذهنی تا جایی که با حقوق حقه افراد جامعه در تعارض نگردد، در راستای پیشگیری از این گونه جرایم، به این دیدگاه عمل نمود. در حوزه ی جرایم کم

۱۲

۱. ر.ک تبصره ماده ۱۲۲ و ماده ۱۲۳ قانون مجازات اسلامی، مصوب سال ۱۳۹۲.



# نهمین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق ۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

اهمیت تر چون جرایم که جنبه‌ی خصوصی آنها غالب است، همانند چک بلامحل یا توهین و ... به نظریه عینی عمل نمود و در سایر جرائم به دیدگاه مختلط یا تلفیقی.

## ۲-۲. عنصر روانی شروع به جرم و جایگاه تئوری‌های فلسفی در آن

شاید بتوان چنین گفت که در ارتکاب جرم تمام یا کامل، رکن مادی جرم از بالاترین اهمیت لازم برخوردار است چرا که معمولاً همین عنصر مادی موید وجود عنصر روانی هم می‌باشد. به عنوان مثال از این حقیقت که کسی از درون جیب خویش چاقویی درآورده و آن را در شکم دیگری فرو کرده است، می‌توان به حقیقت وجود قصد قتل در وی پی برد؛ از سوی دیگر در شروع به ارتکاب جرایم، عنصر روانی است که اهمیت اصلی و اولیه و به نوعی مهمترین رکن است و مرتکب عمدتاً به دلیل سوء نیتی که داشته است و همین سوء نیت دال بر حالت خطرناک وی می‌باشد، مجازات می‌شود (میر محمد صادقی، ۱۳۹۹) که در غیر این صورت هیچ‌گونه دلیلی بر اعمال مجازات جهت او نیست. عنصر روانی شروع به جرم، قصد و نیت بوده و هرگاه در جرم تام، علاوه بر سوء نیت عام، وجود سوء نیت خاص هم ضروری باشد (همانند قصد کشتن در جرم قتل عمدی)، در قسمت شروع به جرم آن نیز وجود همان سوء نیت خاص جهت تحت تعقیب قرار گرفتن مرتکب، ضروری به نظر می‌رسد، علاوه بر این موارد، رکن معنوی شروع به جرم بالعکس رکن معنوی جرم تام که می‌تواند به جای قصد و نیت، تقصیر (یعنی بی‌مبالاتی یا بی‌احتیاطی) در جرایم غیر عمدی نیز باشد (همان). دلیل اصلی اینکه در مبحث شروع به جرم نیز از عنصر معنوی سخن می‌گوییم و به بحث و بررسی پیرامون این رکن می‌پردازیم، به دلیل جایگاه ویژه این رکن در مبحث شروع به جرم است که پس از تعریف این رکن بتوانیم با دیدی بهتر پیرامون جایگاه تئوری‌های فلسفی در آن بپردازیم، گرچه توجیهی دیگر در خصوص تبیین جایگاه این رکن این است که با توجه به اینکه خود مقوله‌ی شروع به جرم، همانا خود جرم و عنوانی مستقل (جرمی مستقل) محسوب می‌گردد، پس نتایجاً جهت جرم مستقل بودن لاجرم باید به تبیین و تعریف ارکان آن (عناصر آن) پرداخت. با توجه به تعاریفی که تاکنون از دیدگاه‌های فلسفی رایج در تفکیک مراحل اجرایی شروع به جرم گردید که آن هم ناظر به عنصر مادی جرم بود، به نظر دیدگاه و تئوری ذهنی در این عنصر از جایگاه خاص و ویژه‌ای برخوردار است، به طوری که چون این عنصر نیز منشایی ذاتی و ذهنی داشته و همان‌گونه که از عنوان آن (عنصر معنوی یا روانی) مشخص است، فارغ از عنوان مادی بوده و منصرف از هرگونه تظاهر بیرونی است. از دیدگاه نگارنده تئوری عینی به علت توجه خاص و ویژه به عرصه‌ی ظهور آمدن قصد ذهنی از جایگاهی خاص در این عنصر (عنصر معنوی) برخوردار نبوده و عملاً در این مبحث نمی‌توان اثری خاص بر آن بار نمود، به جز اینکه تنها از نتایج و آثار خروج از مرحله‌ی قصد و نیت و عنصر روانی و ورود به عنصر مادی و تظاهر بیرونی رفتار مجرمانه را در قالب تئوری عینی بررسی و تحلیل کرد. گرچه برخی از حقوقدانان و یا فلاسفه مشغول در این حوزه معتقدند که کاستی‌های موجود در نظریه عینی موجب پیدایش نظریه ذهنی گردید، اما با عنایت به اینکه اگر معتقد باشیم که عنصر روانی یا همان مرحله قصد و نیت مجرمانه، مرحله‌ای قبل از ورود به عنصر مادی است که یقیناً و قطعاً چنین است، پس باید در نظر طرفداران مسئله‌ی قبل، کمی تأمل و تشکیک نمود، چرا که به نظر، تئوری ذهنی قبل از عینیت خود را به نمایش می‌گذارد. پس گرچه با توجه به دلایل فوق می‌توانیم به درستی ثابت کنیم که ذهنیت‌گرایی در حوزه عنصر معنوی شروع به جرم یک تاز و حاکم است، اما با عینیت به برخی محدودیت‌هایی که سابقاً مذکور گشت و تلاش هرچه بیشتر جهت پیاده‌سازی راهکاری که به عدالت قضایی نزدیک باشد، به نظر در این مرحله

۱۳

۱. ر.ک ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی، مصوب سال ۱۳۹۲ و تبصره آن.



# نهمین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق

۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

نیز ضمن جاری دانستن تئوری ذهنی بین جرایم باید قائل به تفکیک بوده و عنصر معنوی و حاکمیت تئوری ذهنی را با عنایت به حقوق حقه‌ی متهمان در جرایم با اهمیت بیشتر همانند جرایم امنیتی جاری داریم. نهایتاً باید گفت با عنایت به اینکه اعمال مجازات بر مرتکب شروع به جرم که موفق به وارد نمودن صدمه و جنایتی به فرد یا جامعه نگردیده صرفاً از جهت ایستادگی و مقابله با وجود حالت خطرناک و ویژگی ضد اجتماعی بودن او قابلیت توجیه دارد و انصراف ارادی مرتکب از ادامه‌ی رفتار مجرمانه‌اش اصولاً نمایانگر فقدان چنین ویژگی و حالتی در او بوده و مجازات چنین شخصی فاقد هرگونه وجاهت قانونی، عرفی و اخلاقی است، برگرفته از تعدیل در تئوری ذهنی و فقدان عنصر معنوی است چرا که در صورت وجود آن، مجازات، همان گونه که مطرح گردید قابلیت اعمال داشته و دارد. البته ذکر این نکته جای بسی اهمیت فراوان دارد که بدانیم انصراف ارادی گرچه از منشا و مبنایی معنوی و ذهنی وام دار است، اما زمانی قابلیت ترتیب اثر دادن به آن وجود دارد که شخصی کلاً از ادامه‌ی رفتار مجرمانه‌ی خویش در بُعد عملی نیز منصرف گردیده و در عرصه‌ی میدانی نیز دست از ادامه مسیر مجرمانه باز نماند. پس همه این موارد موید این است که چه بخواهیم مجازات شروع به جرم را جاری کنیم و چه جاری نکنیم گرچه معیار و مبنا ذهنی و قصد بوده، اما تظاهر بیرونی و عنصر مادی و یا عدم انجام ادامه مسیر مادی مجرمانه حسب مورد جهت تحقق هریک لاجرم باید اتفاق افتند.

## ۲-۳. عنصر قانونی شروع به جرم و جایگاه تئوری‌های فلسفی در آن

در ارتباط با بحث و بررسی حول محور عنصر قانونی شروع به جرم گرچه برخی از حقوقدانان در خصوص ارتکاب جرایم تام که از اهمیت بیشتری نسبت به شروع به جرایم برخوردار است، عنصر قانونی را بعضاً جاری ندانسته و آن را گونه‌ای و یا انشعایی از همان عنصر مادی می‌دانند، اما دیدگاه نگارنده حداقل در خصوص شروع به جرم از چنین نظری تبعیت نکرده و اتفاقاً این عنصر را در شروع به جرم به شدت حیاتی و ویژه می‌پندارد. بارزترین و مهمترین دلیلی که می‌توان با آن توجیه بررسی عنصر مادی شروع به جرم را دارای اهمیت دانست، این است که در برخی از جرایم، شاید نتوان دلایل حقوقی، منطقی یا جرم‌شناختی جهت جرم‌انگاری شروع به رفتار آن جرایم پیدا نمود و تنها به دلیل جرم‌انگاری قانونگذار، به تعقیب کیفری و بعضاً تورم کیفری که از نتایج این جرم‌انگاری است می‌رسیم. دلیل بعدی که به نظر نگارنده بررسی این عنصر را از جایگاهی ویژه برخوردار می‌داند این است که با جاری دانستن هر یک از تئوری‌های فلسفی در جرایم و خصوصاً اینکه قانونگذار از چه دیدگاهی در جرم‌انگاری شروع به جرم پیروی نموده است، می‌توان نتایج به مراتب بهتر یا با تفاوت بیشتر از آنچه که هست را استخراج نمود. به عنوان مثال در قانون سابق مجازات اسلامی یعنی قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، شروع به جرم جرایم اصولاً جرم نبود و در مواردی خاص که قانونگذار جرم‌انگاری شروع به جرم رفتارهای تام برخی جرایمی همچون سرقت و رشوه را که مهم می‌دانست، اقدام به جرم‌انگاری شروع به آن رفتارها کرده بود که با تغییر این نگاه قانونگذار در اینکه شروع به جرم از جایگاه خاصی برخوردار است تا جهت پیشگیری از جرم و جلوگیری از حالت خطرناک، با تغییر رویکردی در این رویه تقنینی، در سال ۱۳۹۲، اقدام به جرم‌انگاری بسیاری از جرایم نمود و هم‌اکنون مطابق این قانون در اکثر موارد می‌توان آثاری از جرم‌انگاری شروع به آن رفتارها را دید. با عنایت به مفاهیمی که از تئوری ذهنی مورد بحث و بررسی قرار دادیم، در صورتی که بخواهیم قانونگذار را به سمت تبعیت از این دیدگاه سوق دهیم، به نظر نتایجی مثبت از آن نگرفته و عملاً دایره مجرمان، متهمان و مظنونان در ارتکاب رفتارهای گوناگون را در حوزه‌ی شروع به جرم زیاد می‌کنیم و در مقابل در صورتی که صرفاً به دیدگاه عینیت‌گرایان بسنده کنیم، با مضیق نمودن دایره افرادی که مرتکب جرایم خاصی می‌گردند که بعضاً از عنصر مادی آنان نمی‌توان به طور حتم عنصر معنوی مجرمانه را احراز نمود، غافل

۱۴





# نهمین کنفرانس بین المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق

۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

می شویم. ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که عملاً عنصر قانونی جرم شروع به جرم جرایم را تشکیل می دهد، جهت اعمال مجازات شروع به ارتکاب جرایم تعزیری صورتی خاص را پیش بینی نموده که در راستای تحت تعقیب کیفری قرار دادن شخصی مرتکب، لاجرم باید این ماده در بُعد عنصر مادی پیاده سازی و اتفاق افتاده باشد. در این عنصر نیز همانند دو رکن سابق یعنی رکن مادی و رکن معنوی که به نظر در برخی اوقات خواستگاه تشکیل رکن قانونی می باشند، باید نگاه قانونگذار را از جهت گیری به سمت یک تئوری خاص از مجموع سه تئوری فلسفی دور نمود و جهت اقناع و تبیین آثار متفاوت تبعیت از هر تئوری، بین انواع جرایم و شروع به آنها قائل به تفکیک شد. هنگامی که قانونگذار با درک این مطلب که حسب اهمیت جرم ارتكابی پیروی از کدام تئوری به عدالت، نظم اجتماعی و حیثیت عمومی سازگاری بهتری دارد رسد، با وضع مواردی در این راستا به همان هدف اصلی که پیشگیری از ارتكاب رفتارهای مجرمانه سخت و جلوگیری از حالت خطرناک در افراد گوناگون مرتکب است، نائل خواهد آمد در هر حال به عقیده نگارنده با عنایت به اینکه جرم انگاری برخی از شروع به جرم ها صرفاً به دلیل دیدگاه قانونگذار بوده مانند آنچه که در تغییر این دیدگاه از سال ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ نمایان است، باید با تفکیک جرایم، در برخی از جرایم مهم همانند مصادیقی که مطرح شد با حفظ حقوق افراد و جامعه و نزدیکی به عدالت از تئوری ذهنی، در برخی جرایم کم اهمیت و دارای جنبه‌ی خصوصی بارز از نظریه عینی و در سایر جرایم از نظریه مختلط یا تلفیقی بهره برد.

۱۵

### نتیجه

گرچه جرایم ناقص و به طور خاص شروع به جرم با عنایت به قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ خود به طور مستقل جرم محسوب می گردند، اما کماکان حیات خویش را وام دار جرم تامی که در صورت اتمام عملیات مادی جرم توسط مرتکب، ارتکاب می یافت هستند، پس اعمال هر مقررات و دیدگاهی در راستای تبعیت و انعکاس در بُعد تقنینی و رویه ای می تواند تفاوت فاحشی در قسمت جرم انگاری جرایم گوناگون خصوصاً در حوزه شروع به ارتكاب آنان را رخ دهد. یکی از این موارد، تفاوت در اعمال دیدگاه و تئوری های فلسفی در این راستاست به طوری که اگر قائل به اعمال دیدگاه تئوری ذهنی در خصوص جرم انگاری جرایم خصوصاً در حوزه شروع به جرم باشیم، نتیجتاً توسعه جرم انگاری را در سطح تقنینی و اجتماعی داریم و بالعکس در صورتی که صرفاً تئوری عینی را جاری کرده و جرم انگاری رفتاری را صرفاً موقوف به تظاهر بیرونی کنیم، دایره مضیق تری جهت جرم انگاری رفتارها و شروع به ارتكاب آنان خواهیم داشت. با بررسی تئوری ذهنی و تئوری عینی و تحلیل و مذاقه در نقاط قوت و ضعف هریک، خصوصاً محدودیت های جدی در راستای تحقق عدالت در صورت نگاه یک جانبه به هر یک از این دو نظر و حتی تئوری تلفیقی که نگاهی بینابین دارد، به نظر، بهترین راه، خروج از تعصب در اعمال هریک از این تئوری ها و تفکیک بین جرایم مهم از نظر مغلوبیت وصف عمومی، وصف خصوصی و وصف بینابین است به طوری که در جرایمی که به لحاظ اهمیت دارای ارزش بالاتری به شکل امنیتی، اقتصادی و اجتماعی است و دایره ورود خسارات جرم به مراتب بالاتر از سایر جرایم می باشند، با لحاظ حقوق متهمان و جامعه، با تکیه بر تئوری ذهنی اقدام به پیشگیری و بازدارندگی موثرتری در این جرایم نماییم و بالعکس در جرایمی که جنبه‌ی خصوصی آنها غالب بوده همانند جرایمی چون چک بلامحل، اقدام به جرم انگاری شروع به رفتار این عنوان در قالب تئوری عینی و تظاهر خارجی کرده و نهایتاً در جرایمی که خارج از حیطه‌ی دو تقسیم مذکور می باشند، در قالب تئوری تلفیقی مورد بحث و بررسی قرار داده و براین اساس عنصر قانونی جرایم را وضع نماییم. نگارنده بر این عقیده است که دیدگاه چهارمی، آن هم نه تئوری ذهنی، نه تئوری عینی و نه حتی تئوری



# ۹<sup>امین</sup> کنفرانس بین المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق ۲۹ و ۳۰ آذر ۱۴۰۲ | دانشگاه تهران

تلفیقی به تنهایی نمی تواند بر همه جرایم و پرونده ها حاکمیت داشته باشد، بلکه حسب مورد و براساس درجه اهمیت و اقتضای زمان و به هنگام قانونگذاری، هم در عرصه ی تقنینی و هم در عرصه رویه ای با شناخت و درک بهتر اوضاع و احوال ارتکاب جرم، حسب مورد با رعایت سایر شرایط یکی از تئوری ها را جاری ساخت.