





دانشگاه اصفهان  
دانشکده علوم اداری و اقتصاد  
گروه حقوق

**پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم شناسی**  
**تحلیل تطبیقی جرائم ناقص در کامن لا، فقه و قانون جدید مجازات اسلامی**

استادان راهنما:

دکتر حسن پوربافرانی

دکتر مرتضی طبیبی

استاد مشاور:

دکتر قدرت الله خسرو شاهی

پژوهشگر:

مهرداد اطهری

اسفند ماه ۱۳۹۲

کلیه ی حقوق مادی و معنوی مترتب بر دستاوردهای مطالعات،  
ابتکارات و نو آوری های ناشی از پژوهش موضوع این پایان نامه،  
متعلق به دانشگاه اصفهان است. دانشجو موظف به رعایت آئین نامه  
و منشور اخلاق در پژوهش برای ارائه و یا چاپ مطالب  
مستخرج از پایان نامه خود می باشد.



دانشگاه اصفهان  
دانشکده علوم اداری و اقتصاد  
گروه حقوق

## پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق گرایش حقوق جزا و جرم شناسی آقای مهرداد اطهری

تحت عنوان

### تحلیل تطبیقی جرائم ناقص در کامن لا، فقه و قانون جدید مجازات اسلامی

در تاریخ ..... توسط هیأت داوران زیر بررسی و با درجه..... به تصویب نهایی رسید.

- |                                     |           |                    |      |
|-------------------------------------|-----------|--------------------|------|
| ۱- استاد/استادان راهنمای پایان نامه | دکتر..... | با مرتبه علمی..... | امضا |
| ۲- استاد/استادان مشاور پایان نامه   | دکتر..... | با مرتبه علمی..... | امضا |
| ۳- استاد/استادان داور داخل گروه     | دکتر..... | با مرتبه علمی..... | امضا |
| ۴- استاد/استادان داور خارج از گروه  | دکتر..... | با مرتبه علمی..... | امضا |

امضای مدیر گروه

باشکر از مقدس ترین واژه مادر لغت نامه دلم:

مادر مهربانم که زندگیم را دیون مهر و عطوفت آن می دانم.

پدرم، مهربانی مشق، بر دبار و حامی.

برادران و خواهرانم، همراهن، همیشگی و پشتوانه های زندگیم.

و

استادانم که عاشقانه سوختند تا که ما نقش وجودم و روشنگر راهم باشند

## چکیده:

جرم ناقص به دلیل ماهیت ویژه ای که دارد سبب شده صاحب نظران در ارتباط با این مقوله دیدگاه های متفاوتی اظهار نمایند. این دیدگاه ها به دو دسته تقسیم می شود: دیدگاه ذهنی و دیدگاه عینی. حسب این که از دیدگاه ذهنی یا از دیدگاه عینی به جرم ناقص نگریسته شود، آثار متفاوتی خواهد داشت. بر اساس دیدگاه ذهنی جرم ناقص به اندازه جرم کامل قابل مجازات است ولی بر اساس دیدگاه عینی جرم ناقص بدون مجازات می ماند. نظام های حقوقی از دیدگاه عینی استقبال نکرده اند و از دیدگاه ذهنی تبعیت نموده اند ولی به دلیل آن که دیدگاه ذهنی نیز منجر به محدود شدن حقوق و آزادی های فردی می گردد، نظام های حقوقی راهکارهایی را در جهت تعدیل این دیدگاه به کار بسته اند. این راهکارها در دو جهت اعمال شده است: مصادیق جرائم ناقص و مجازات جرائم ناقص. در این نوشتار ضمن نقد و بررسی این راهکارها و چگونگی اعمال آنها در حقوق ایران و کامن لا (با محوریت حقوق انگلستان)، رویکرد قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ در برخورد با این جرائم نقد شده است زیرا قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ عملاً جرائم ناقص را بدون مجازات اعلام کرده بود، در حالی که قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از رویکرد قبلی عدول نموده و شروع به جرم و جرم محال - که از مصادیق جرم ناقص محسوب می شوند- را در اکثر جرائم قابل مجازات دانسته است. دلیل این رویکرد دو گانه قانون گذار ایران را باید در این دانست که جرم ناقص با همین عنوان در فقه جزایی اسلام مورد بحث مستقل قرار نگرفته است، همین مسأله اقتضا نموده که در این تحقیق رویکرد مبانی فقهی در برخورد با جرائم ناقص نیز تبیین شود تا مشخص گردد آیا موضع قانون گذار ۱۳۷۰ در حذف چنین جرائمی از پشتوانه فقهی برخوردار بوده یا موضع قانون گذار ۱۳۹۲ در احیای این جرائم؟

**واژگان کلیدی:** جرم ناقص، شروع به جرم، جرم عقیم، جرم محال، تحریک، تبانی، قاعده سد

ذرایع، مقدمه حرام، تجری

## فهرست مطالب

صفحه

عنوان

### فصل اول: کلیات تحقیق

۱-۱	بیان مسئله	۱
۲-۱	اهمیت موضوع و ضرورت تحقیق	۳
۳-۱	اهداف تحقیق	۴
۴-۱	پیشینه تحقیق	۴
۵-۱	سؤال ها و فرضیه های تحقیق	۶
۶-۱	روش تحقیق	۷
۷-۱	سازمان دهی تحقیق	۷

### فصل دوم: ماهیت جرائم ناقص

۱-۲	مراحل ارتکاب جرم	۹
۱-۱-۲	اندیشه جرم و تصمیم بر ارتکاب آن	۹
۲-۱-۲	عملیات مقدماتی	۱۱
۳-۱-۲	آغاز عملیات اجرایی	۱۶
۴-۱-۲	پایان عملیات اجرایی (جرم تام)	۱۷
۲-۲	ارکان تشکیل دهنده جرم ناقص	۱۸
۱-۲-۲	رکن قانونی جرم ناقص	۱۸
۲-۲-۲	رکن مادی جرم ناقص	۲۰
۳-۲-۲	رکن روانی جرم ناقص	۲۰
۳-۲	دیدگاه های ناظر بر ماهیت جرم ناقص	۲۳
۱-۳-۲	دیدگاه عینی	۲۳
۲-۳-۲	دیدگاه ذهنی	۲۳

### فصل سوم: مصادیق جرائم ناقص

۱-۳	شروع به جرم	۲۷
-----	-------------	----

## عنوان

## صفحه

۱-۱-۳	شروع به اجرای عملیات اجرایی جرم یا گام نهادن در مرحله سوم ارتکاب جرم	۲۸
۱-۱-۳-۱	راهکار عینی (موضوعی یا مادی)	۲۸
۱-۱-۳-۲	راهکار ذهنی (روانی یا شخصی)	۲۹
۱-۱-۳-۳	راهکار تلفیقی (مختلط یا عینی-ذهنی)	۲۹
۱-۱-۳-۲	دخالت عامل خارجی یا انصراف غیر ارادی	۳۰
۱-۲-۱-۳	مفهوم انصراف ارادی و غیر ارادی	۳۱
۱-۲-۲-۱-۳	زمان انصراف	۳۲
۱-۲-۱-۳-۳	انصراف در جرائم مطلق و مقید	۳۲
۱-۳-۲-۱-۳	حقوقدانانی که معتقدند انصراف در جرائم مطلق امکان پذیر نیست	۳۲
۱-۳-۲-۲-۱-۳	حقوقدانانی که معتقدند انصراف در جرائم مطلق امکان پذیر است	۳۳
۱-۳-۳	شروع به جرم در حقوق ایران	۳۳
۱-۳-۱-۳	قوانین پیش از انقلاب	۳۳
۱-۳-۲-۱-۳	قوانین پس از انقلاب	۳۵
۱-۲-۳-۱-۳	قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱	۳۵
۱-۲-۳-۱-۳	قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰	۳۶
۱-۲-۳-۱-۳	قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲	۳۸
۱-۳-۴	شروع به جرم در کامن لا	۳۹
۱-۴-۱-۳	راهکار مجاورت (راهکار انجام آخرین عمل مورد نیاز)	۴۰
۱-۴-۲-۱-۳	راهکار زنجیره اعمال نظریه استفان	۴۱
۱-۴-۳-۱-۳	راهکار ایهامی (راهکار دو پهلو)	۴۱
۱-۴-۴-۱-۳	راهکار اقدام اساسی	۴۱
۲-۳	جرم عقیم	۴۴
۱-۲-۳	جرم عقیم در حقوق ایران	۴۶
۱-۲-۳-۱-۳	قوانین پیش از انقلاب	۴۶
۱-۲-۳-۲-۱-۳	قوانین پس از انقلاب	۴۷
۱-۲-۱-۲-۳	قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱	۴۷
۱-۲-۱-۲-۳	قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰	۴۸



## عنوان

## صفحه

۴۸	..... ۳-۲-۱-۲-۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲
۴۸	..... ۲-۲-۳ جرم عقیم در کامن لا
۴۹	..... ۳-۳ جرم محال
۴۹	..... ۱-۳-۳ مقایسه جرم محال با جرم عقیم و شروع به جرم
۴۹	..... ۱-۱-۳-۳ شباهت جرم محال با جرم عقیم و شروع به جرم
۵۰	..... ۲-۱-۳-۳ تفاوت جرم محال با جرم عقیم
۵۰	..... ۳-۱-۳-۳ تفاوت جرم محال با شروع به جرم
۵۰	..... ۱-۳-۱-۳-۳ اعمال مادی
۵۱	..... ۲-۳-۱-۳-۳ انصراف
۵۱	..... ۳-۳-۱-۳-۳ خودداری از تکرار عمل
۵۱	..... ۴-۳-۱-۳-۳ یقینی بودن قصد مجرمانه
۵۲	..... ۲-۳-۳ نظریات راجع به جرم انگاری جرم محال
۵۲	..... ۱-۲-۳-۳ نظریه عدم لزوم جرم انگاری جرم محال
۵۳	..... ۲-۲-۳-۳ نظریه لزوم جرم انگاری جرم محال
۵۳	..... ۳-۲-۳-۳ نظریه بینابین
۵۴	..... ۱-۳-۲-۳-۳ محال مطلق و محال نسبی
۵۴	..... ۱-۱-۳-۲-۳-۳ محال مطلق
۵۴	..... ۲-۱-۳-۲-۳-۳ محال نسبی
۵۵	..... ۲-۳-۲-۳-۳ محال قانونی و محال موضوعی
۵۵	..... ۱-۲-۳-۲-۳-۳ محال قانونی (حکمی)
۵۵	..... ۲-۲-۳-۲-۳-۳ محال موضوعی (مادی)
۵۷	..... ۳-۳-۳ جرم محال در حقوق ایران
۵۷	..... ۱-۳-۳-۳ قوانین پیش از انقلاب
۵۸	..... ۲-۳-۳-۳ قوانین پس از انقلاب
۵۸	..... ۱-۲-۳-۳-۳ قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱
۵۸	..... ۲-۲-۳-۳-۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰
۵۸	..... ۳-۲-۳-۳-۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

## عنوان

## صفحه

۴-۳-۳ جرم محال در کامن لا .....	۵۹
۱-۴-۳-۳ جرم محال ناشی از عدم امکان قانونی .....	۵۹
۲-۴-۳-۳ جرم محال ناشی از عدم امکان فیزیکی .....	۵۹
۳-۴-۳-۳ جرم محال ناشی از نامناسب بودن و ناکافی بودن وسایل .....	۵۹
۴-۳ تحریک .....	۶۱
۱-۴-۳ تحریک در حقوق ایران .....	۶۲
۲-۴-۳ تحریک در کامن لا .....	۶۳
۵-۳ تبانی .....	۶۴
۱-۵-۳ تبانی در حقوق ایران .....	۶۴
۲-۵-۳ تبانی در کامن لا .....	۶۶

## فصل چهارم: مجازات جرائم ناقص

۱-۴ قلمرو اجرا .....	۶۹
۲-۴ قواعد جاری در تعیین میزان مجازات جرم ناقص .....	۶۹
۱-۲-۴ قاعده تساوی مجازات جرم ناقص و جرم کامل .....	۶۹
۲-۲-۴ قاعده تخفیف مجازات جرم ناقص نسبت به جرم کامل .....	۷۰
۳-۴ مجازات شروع به جرم .....	۷۰
۱-۳-۴ مجازات شروع به جرم در حقوق ایران .....	۷۰
۱-۱-۳-۴ قوانین پیش از انقلاب .....	۷۱
۲-۱-۳-۴ قوانین پس از انقلاب .....	۷۲
۱-۲-۱-۳-۴ قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ .....	۷۲
۲-۲-۱-۳-۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ .....	۷۳
۳-۲-۱-۳-۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ .....	۷۴
۲-۳-۴ مجازات شروع به جرم در کامن لا .....	۷۹
۴-۴ مجازات جرم عقیم .....	۸۱
۱-۴-۴ مجازات جرم عقیم در حقوق ایران .....	۸۱
۱-۱-۴-۴ قوانین پیش از انقلاب .....	۸۱

## عنوان

## صفحه

۸۱	۴-۱-۲-۲ قوانین پس از انقلاب .....
۸۱	۴-۱-۲-۱ قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ .....
۸۱	۴-۱-۲-۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ .....
۸۲	۴-۱-۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ .....
۸۲	۴-۲ مجازات جرم عقیم در کامن لا .....
۸۲	۴-۵ مجازات جرم محال .....
۸۲	۴-۵-۱ مجازات جرم محال در حقوق ایران .....
۸۳	۴-۱-۵ قوانین پیش از انقلاب .....
۸۳	۴-۱-۵-۲ قوانین پس از انقلاب .....
۸۳	۴-۱-۵-۱ قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ .....
۸۳	۴-۱-۵-۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ .....
۸۳	۴-۱-۵-۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ .....
۸۴	۴-۵-۲ مجازات جرم محال در کامن لا .....
۸۴	۴-۶ مجازات تحریک .....
۸۴	۴-۶-۱ مجازات تحریک در حقوق ایران .....
۸۴	۴-۶-۲ مجازات تحریک در کامن لا .....
۸۵	۴-۷ مجازات تبانی .....
۸۵	۴-۷-۱ مجازات تبانی در حقوق ایران .....
۸۶	۴-۷-۲ مجازات تبانی در کامن لا .....

## فصل پنجم: تحلیل فقهی جرائم ناقص

۸۸	۵-۱ شروع به جرم .....
۹۰	۵-۱-۱ قاعده سد ذرایع .....
۹۱	۵-۱-۲ مقدمه حرام .....
۹۱	۵-۱-۲-۱ فقهایی که معتقدند، مقدمه حرام، حرام است .....
۹۲	۵-۱-۲-۲ فقهایی که معتقدند، مقدمه حرام، حرام نیست .....
۹۳	۵-۱-۳ تطبیق با قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ .....

عنوان	صفحه
۲-۵ جرم عقیم .....	۹۴
۱-۲-۵ مقدمه موصوله .....	۹۴
۲-۲-۵ ضرورت حفظ نظم عمومی .....	۹۵
۲-۲-۵ تطبیق با قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ .....	۹۵
۳-۵ جرم محال و شباهت آن با تجری .....	۹۵
۱-۳-۵ فقهایی که معتقدند، تجری موجب مجازات است .....	۹۶
۲-۳-۵ فقهایی که معتقدند، تجری موجب مجازات نیست .....	۹۷
۳-۳-۵ تطبیق با قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ .....	۹۹
<b>نتیجه گیری و پیشنهادها .....</b>	
<b>۱۰۰</b>	
<b>منابع و مأخذ .....</b>	
<b>۱۰۲</b>	

## فصل اول

### کلیات تحقیق

#### ۱-۱ بیان مسئله

با نگاهی کاملاً ذهن گرایانه می توان اذعان نمود، هر اقدامی که بزهکار برای رسیدن به جرم مقصود خود انجام می دهد ولی به هر دلیلی به جرم تام منتهی نمی شود، ذیل عنوان جرم ناقص قابل مجازات خواهد بود. نگاهی این چنینی موجب گسترش بی حد و حصر جرائم ناقص خواهد شد که محدود شدن حقوق و آزادی های فردی را در پی خواهد داشت. به همین دلیل نظام های حقوقی جرائم ناقص را محدود به اقداماتی کرده اند که بسیار به جرم تام نزدیک باشند یا به عبارت دیگر در عملیات اجرایی جرم قرار بگیرند. این اقدامات فقط شامل شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال می شوند ولی در کامن لا تحریک و تبانی نیز در زیر مجموعه جرائم ناقص قرار می گیرد (پور احمدی لاله، ۱۳۸۵، ۶۴) در حالی که در حقوق ایران، تحریک از مصادیق معاونت در جرم محسوب می شود و تبانی نیز جرمی مستقل به شمار می آید. قرار گرفتن تحریک و تبانی در زمره جرائم ناقص هر چند منافع و مصالح جامعه را در مقابل بزهکاران حرفه ای تأمین می کند ولی از سوی دیگر رویکردی افراطی به نظر می رسد زیرا به موجب این رویکرد فردی که دیگری را به ارتکاب جرم تحریک نموده یا با سایرین برای ارتکاب آن جرم تبانی کرده است به ارتکاب شروع به جرم اصلی مجازات خواهد شد هر چند تحریک شونده، جرم مقصود محرک را انجام ندهد یا تبانی کنندگان به دلایلی موفق به ارتکاب جرم اصلی

نگردند (کلارکسون، ۱۳۹۰، ۳۸). از سوی دیگر مقوله جرم ناقص در حقوق کیفری ایران نیز همواره دستخوش تغییر و تحولاتی بوده است. با این توضیح که بر اساس یک قاعده کلی پذیرفته شده در نظام حقوقی مدون که ایران نیز یکی از اعضای آن محسوب می شود، زمانی می توان شخصی را به ارتکاب جرم ناقص تحت تعقیب کیفری قرار داد که فرد مذکور با قصد ارتکاب جرم مشخصی مقداری از عملیات اجرایی جرم مقصود را طی نماید ولی در به پایان رساندن آن به واسطه مداخله یک عامل خارجی ناکام بماند یا علی رغم به پایان رساندن آن، نتیجه دلخواهش را به دست نیاورد. قانون گذار ایران نیز در ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ و ماده ۲۰ قانون مجازات اصلاحی مصوب ۱۳۵۲ از همین قاعده کلی پیروی کرده بود و در مواد ۱۵ و ۱۸ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ نیز به همان حکمی دسترسی می شد که قانون گذار ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲ در ماده ۲۳ در ارتباط با جنحه پیش بینی کرده بود (فرویدی نیا، ۱۳۸۱، ۴۷) ولی قانون گذار با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ از این قاعده روی برگرداند و جرم ناقص را بدون مجازات اعلام نمود زیرا در ماده ۴۱ که مقرر شده شروع به جرم محسوب می شد، بحثی از شروع به جرم مطرح نشده بود زیرا علاوه بر حذف «مداخله عامل خارجی در تحقق شروع به جرم»، مجازات شروع به جرم را نیز مشروط به جرم بودن اقدامات ارتكابی کرده بود که این قضیه ربطی به شروع به جرم نداشت<sup>۱</sup> زیرا در این صورت شخص به دلیل اقداماتی که مرتکب شده، مجازات می شود نه به دلیل شروع به جرمی که قصد ارتکاب آن را داشته است. همچنین قانونگذار ۱۳۷۰ در مورد جرائم عقیم و محال نیز سکوت اختیار کرده بود که نتیجه آن عدم امکان مجازات مصادیق جرم ناقص در نظام کیفری ایران بود.

با توجه به انتقادات بسیار زیادی که راجع به این قانون در برخورد با جرائم ناقص وجود داشت، قانون جدید مجازات اسلامی بار دیگر در صدد احیاء جرائم ناقص بر آمده است. با این توضیح که به موجب ماده ۱۲۲ «مداخله عامل خارجی» را در تحقق شروع به جرم شرط دانسته و مجازات آن را بی ارتباط با اقدامات ارتكابی پیش بینی کرده است. همچنین در تبصره ماده مذکور همچون تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲ جرم محال را در حکم شروع به جرم قلمداد نموده که نتیجه آن برخورد یکسان با این دو مقوله است ولی نباید پنداشت که قانون جدید مبرا از اشکال است بلکه دارای اشکالات عمده ای است که انتقادات فراوانی را متوجه خود می سازد. تعیین مجازات برای شروع به اکثر جرائم حتی جرائمی که ماهیتاً فاقد مرحله شروع به جرم هستند یا لا اقل تصور شروع به جرم در آنها دشوار است، دانستن جرم محال در حکم شروع به جرم و برخوردی یکسان با هر دوی آنها و بالاخره عدم انگاری جرم عقیم از عمده ترین ایرادات وارده بر این قانون است، به گونه ای که می توان اذعان کرد قانون جدید مجازات اسلامی در برخورد با جرائم ناقص به اصل سرزنش پذیری به عنوان یک اصل بنیادین در حقوق جزا و آموزه های دینی توجه نداشته است و با اینکه عنوانی اسلامی دارد جایگاه اصول و مبانی فقهی در جرم انگاری این افعال مشخص نیست بنابراین ضروری

۱- ماده ۴۱ مقرر می داشت: «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 می شود.»

است با بررسی مفاهیم فقهی، اصولی و کنکاش در کلام فقها جایگاه این جرائم در حقوق کیفری اسلام نیز به درستی تبیین شود.

## ۱-۲ اهمیت موضوع و ضرورت تحقیق

تفاوت های زیادی بین نظام حقوقی کامن لا و مدون وجود دارد. در عین حال هر دو نظام، تعریف واحدی از جرم دارند. با توجه به پذیرش اصل قانونی بودن جرم در اسناد حقوق بشری؛ تمام نظامهای حقوقی، جرم را رفتاری می دانند که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است. ماده ۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ همین تعریف را از جرم بیان می کند. در حقوق انگلستان نیز دقیقاً همین تعریف از جرم ارائه شده است. من واون<sup>۱</sup> می گوید: «جرم عبارت از عمل یا ترک عملی است که به موجب قانون منع و برای تخلف از آن مجازات تعیین گردیده است.» بنابراین ارکان تشکیل دهنده جرم در همه نظام های حقوقی عبارت اند از: رکن قانونی<sup>۲</sup>، رکن مادی و رکن روانی. بدین ترتیب در هر دو نظام حقوقی ایران و کامن لا، جرائم ناقص<sup>۳</sup> نیز همچون سایر جرائم زمانی به وقوع می پیوندند که در آن شخص با قصد مشخصی (رکن روانی) دست به ارتکاب رفتاری بزند (رکن مادی) که قانون این رفتار را ذیل عنوان جرم ناقص، قابل مجازات بداند (رکن قانونی) ولی با این وجود رویکرد این دو نظام در برخورد با جرائم ناقص متفاوت از یکدیگر است. این تفاوت های عمیق در مورد برخی از جرائم مثل تحریک به ارتکاب جرم که در یک نظام حقوقی (ایران) اصولاً در غالب معاونت قابل مجازات است ولی در نظام حقوقی دیگر (کامن لا) ذیل جرم ناقص قابل مجازات است، این پرسش را ایجاد می کند که حفظ نظم عمومی و نیز حفظ حقوق و آزادی های فردی که دو هدف بلند هر دو نظام حقوقی است با کدام رویکرد بیشتر تأمین می شود؟ نقاط ضعف و قوت هر کدام از دو سیستم چیست؟ کدام سیستم در پیشگیری از وقوع جرائم ناقص موفق تر بوده اند؟ از سوی دیگر قانونگذار ایران پس از پیروزی انقلاب اسلامی در مقوله جرائم ناقص موضع گیری واحد و منسجمی نداشته است به گونه ای که در هر دوره قانون گذاری رویکرد متفاوتی نسبت به دوره قبل اتخاذ نموده است. آزادی های فردی مقوله اندک و نا چیزی نیست که با وضع یک ماده بتوان عده کثیری را از آن محروم نمود و با نسخ آن این آزادی را به آن عده برگرداند. مردم نمی توانند قربانی اشتباهات قانون گذاری شوند. متأسفانه رویکرد چندگانه قانونگذار ایران در برخورد با جرائم ناقص به طور ناخواسته چنین نتیجه ای را در برداشته است. دلیل این تشمت عقیده را می توان در این دانست که فقها در ارتباط با این موضوع بیان ویژه ای ندارند و آن را با معنا و مفهومی که امروزه از جرائم ناقص وجود دارد مورد شناسایی قرار نداده اند تا قانون گذار با استفاده از آن بیانات بتواند موضع واحد و لایتغیری اتخاذ نماید به گونه ای که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در برخورد با این جرائم بسیار مسامحه نموده و به حالت خطرناک بزهکاران

### 1-Man-V-Owen

۲- لازم به ذکر است که در کامن لا رکن قانونی جرم به عنوان یک رکن مجزا مورد بررسی قرار نمی گیرد زیرا بدون رکن قانونی، هیچ عملی جرم نیست یعنی بنا به تصریح قانون است که رفتاری به عنوان رکن مادی یا روانی جرم شناخته می شود. پس بحث از رکن قانونی، مجزای از رکن مادی و روانی موضوعیت نخواهد داشت.

### 3-inchoate offences

توجهی نداشته است و در قانون جدید مجازات اسلامی عقیده ای افراطی در پیش گرفته و نسبت به اصل سرزنش پذیری به عنوان یک اصل بنیادین در مجازاتها کاملاً خود را بیگانه نشان داده است.

### ۱-۳ اهداف تحقیق

اهدافی که در پایان نامه ی پیش رو دنبال خواهیم کرد عبارتند از:

- شناسایی ماهیت جرم ناقص از طریق شناخت مراحل ارتکاب جرم و بررسی ارکان تشکیل دهنده این عنوان مجرمانه؛
- بررسی دیدگاه های ناظر بر ماهیت جرم ناقص؛
- تعیین مصادیق جرم ناقص در حقوق ایران و کامن لا؛
- تعیین محدوده قلمرو اجرای حقوق ایران و کامن لا در مجازات جرائم ناقص؛
- بررسی قواعد ناظر بر مجازات جرائم ناقص در حقوق ایران و کامن لا؛
- تحلیل رویکرد قانون جدید مجازات اسلامی در ارتباط با جرائم ناقص و مزایا و معایبی که قانون مزبور در این زمینه داراست؛
- تحلیل فقهی مصادیق جرم ناقص در حقوق ایران و تطبیق و مقایسه آن مصادیق با نهادهای مشابه فقهی.

### ۱-۴ پیشینه تحقیق

در ارتباط با جرائم ناقص کتابهای چندانی نگاشته نشده است و اکثر حقوقدانان در کتابهای جزای عمومی خود در باب رکن مادی جرم به صورت کلی به این مقوله پرداخته اند از جمله: استفانی، لوسور و بولوک در جلد اول کتاب حقوق جزای عمومی، اردبیلی در جلد اول کتاب حقوق جزای عمومی، گلدوزیان در کتاب بایسته های حقوق جزای عمومی، نوربها در کتاب زمینه حقوق جزای عمومی، محسنی در کتاب دوره حقوق جزای عمومی و سایر حقوقدانان به همین ترتیب کلیاتی را راجع به ارکان تشکیل دهنده این جرائم و نظریاتی که راجع به مجازات این جرائم وجود دارد بیان کرده اند که همانطور که از عناوین این کتاب ها پیداست برای دانشجویان مقطع کارشناسی می تواند بسیار مفید و سودمند باشد.

- کلارکسون (۲۰۰۷) حقوقدان انگلیسی در بخشی از کتاب خود تحت عنوان *Understanding Criminal Law* به مقوله شروع به جرم و سایر جرائمی که در این نظام حقوقی ذیل عنوان جرم ناقص قرار می گیرند از جمله تحریک و تبانی پرداخته است که می تواند برای شناسایی رویکرد کامن لا در برخورد با این مقوله بسیار سودمند واقع شود.

- الیوت و کوپین (۲۰۰۰) هر چند در بخش اعظمی از کتاب خود تحت عنوان *Criminal Law* به مباحث مربوط به جزای اختصاصی پرداخته اند و توصیفی کامل از ارکان و شرایط جرائم متعدد با مثال هایی از موارد عملی آنها در دادگاه ها را ارائه داده اند ولی در فصلی جداگانه نیز جرائم ناقص در این نظام حقوقی را تبیین کرده اند که برای مطالعه تطبیقی می تواند بسیار سودمند باشد.



- میر محمد صادقی (۱۳۷۵) با ترجمه کتاب **Criminal Law** اثر استیو برادون کمک شایانی به شناخت حقوق کیفری انگلستان نموده است، در فصل سوم از کتاب مذکور که با عنوان مروری بر حقوق جزای انگلستان ترجمه شده است، جرائم ناقص در کامن لا و مصادیق آن مورد نقد و بررسی قرار گرفته و به آرای که دادگاه های انگلستان در این زمینه صادر نموده اند اشاره شده است.

- فیض (۱۳۸۹) در بخشی از کتاب مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام به تبیین نظر فقها در ارتباط با جرائم ناقص پرداخته و در مورد قاعده تجری که یک نهاد اصولی و فقهی است و از شبیه ترین نهادها به جرم محال محسوب می شود، مطالبی را بیان داشته است. ایشان معتقد است هر عملی که در جرم ناقص انجام بگیرد چنانچه منطبق با معصیت باشد ذیل عنوان جرم تعزیری قرار می گیرد و خود جرم کاملی به حساب می آید، در نتیجه نیاز چندانی بدین نام گذاری از باب این که حامل بحث جدیدی نیست احساس نمی شود.

- قیاسی، ساریخانی و خسروشاهی (۱۳۹۱) در بخشی از جلد دوم کتاب خود تحت عنوان مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه) به تبیین رکن مادی جرم از دیدگاه مبانی فقهی پرداخته اند و در مقام تطبیق و مقایسه مصادیق جرم ناقص با فقه جزایی اسلام استدلالات ارزشمند و قابل توجهی ارائه کرده اند به عنوان مثال قابل مجازات بودن شروع به جرم، هنگامی که اقدامات انجام گرفته در آن فی نفسه مباح است را با توسل به حرمت اکتسابی عمل توجیه نموده اند که نشان دهنده نگاه جدید آنها به این مقوله است.

- فرهودی نیا (۱۳۸۱) تنها حقوقدان ایرانی است که به طور ویژه این مقوله را مورد توجه قرار داده است. او در کتاب جرائم ناقص به بررسی تطبیقی ارکان تشکیل دهنده شروع به جرم و مجازات آن در کشورهای فرانسه، مصر، سوریه و ایران پرداخته است و در این راستا رویکرد قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نسبت به شروع به جرم را مورد انتقاد قرار داده است. ایشان همچنین به تجزیه و تحلیل جرم عقیم و محال در حقوق جزای عرفی و مقدمه حرام، تجری و سد ذرایع در فقه اسلامی که از نهادها و مفاهیم مشابه با شروع به جرم هستند، پرداخته است.

- نقدی نژاد (۱۳۹۰) در کتاب خود تحت عنوان شروع به جرم در حقوق کیفری (مطالعه تطبیقی ایران و انگلستان) به تجزیه و تحلیل شروع به جرم در حقوق کیفری ایران از سال ۱۳۰۴ تا سال ۱۳۷۰ و حقوق کیفری انگلستان پرداخته است. همچنین شروع به جرم را با سایر نهادهای مشابه در فقه که عبارتند از مقدمه حرام، قاعده سد ذرایع و تجری و نهادهای مشابه در حقوق جزای عرفی که عبارتند از جرم عقیم و محال مقایسه نموده است.

- حبیب زاده (۱۳۷۸) در مقاله ای با عنوان تحلیل ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی (شروع به جرم)، پس از مقایسه شروع به جرم با عناوین فقهی تجری، مقدمه حرام و قاعده سد ذرایع نتیجه می گیرد که دگرگونی های صورت گرفته در ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ کاملاً بی ارتباط با مبانی فقهی است بلکه شروع به جرم مفهومی مستقل از عناوین مذکور است و علت مجازات آن فقط لزوم حفظ نظم عمومی است.

- نجفی توانا (۱۳۸۰) در مقاله ای با عنوان تعارض و خلأ در مقوله شروع به جرم؛ پس از آنکه مراحل ارتکاب جرم را تبیین می کند؛ به سیاست کیفری ایران در خصوص شروع به جرم در گذر زمان می پردازد و در نهایت به نقصان و ابهام قانون گذاری در سال ۱۳۷۰ در ارتباط با این مقوله انتقاداتی سازنده وارد می کند.

- غمامی (۱۳۸۶) در مقاله ای با عنوان قانون گذار در دو راهی حقوق جزای جدید و فقه (نقد ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی تبعات آن در نظام زندانبانی) به بیان اشکالات حقوقی و فقهی قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در ارتباط با مقوله شروع به جرم پرداخته و چالشهای قانون گذاری ایران را در این زمینه متعدد و بغرنج می داند.

- آغچغلو اینالویی (۱۳۸۹) در مقاله ای با عنوان خلاء تقنینی شروع به جرم در نظام کیفری ایران؛ معتقد است که در حقوق ایران، شروع به جرم وجود ندارد و در کلیات قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، مبحث شروع به جرم و مجازات آن دارای خلأ تقنینی است بنابراین جز در موارد مصرحه قانونی امکان مجازات شروع به جرم وجود ندارد.

- دکترزاده (۱۳۱۸) در مقاله ای با عنوان چرا و چگونه شروع به بزه را باید مجازات نمود (طرح مسئله در حقوق مقایسه)؛ نگاهی بنیادین و ماهوی نسبت به این موضوع دارد و ماهیت شروع به جرم را مورد بررسی قرار داده است. ایشان پس از مقایسه نظریات حقوقدانان کشورهای مختلف در این زمینه به رویکرد قانون مجازات عمومی ایران در ارتباط با شروع به جرم می پردازد.

- پور احمدی لاله (۱۳۸۵) در مقاله ای با عنوان جرائم ناتمام در حقوق کیفری انگلیس، به تبیین دو جرم تحریک و تبانی در کنار شروع به جرم می پردازد که در کامن لا به جرائم ناتمام یا مقدماتی مشهورند و از ویژگی این جرائم در حقوق کیفری انگلستان مطالبی را بیان می کند.

- میر فردی و ایروانیان (۱۳۸۰) در مقاله ای تحت عنوان بررسی تطبیقی، تحلیلی جرم محال در حقوق ایران، انگلستان و فرانسه؛ پس از ارائه تعریفی از جرم محال به رویکرد مقررات داخلی و سپس فرانسه و انگلستان در ارتباط با این مقوله می پردازند و معتقد هستند که این عنوان مجرمانه برخلاف نظر اغلب حقوقدانان یک تأسیس اسلامی است تا اروپایی.

## ۱-۵ سؤال ها و فرضیه های تحقیق

- آیا قرار گرفتن تحریک و تبانی در زمره جرائم ناقص و در حکم شروع به جرم دانستن آنها در کامن لا با مبانی جرم انگاری و اصل سرزنش پذیری همخوانی دارد؟

- از لحاظ جرم انگاری اعمال مرتکب در تحریک و تبانی تا عملیات اجرایی جرم کامل فاصله بسیاری دارد به همین دلیل به نظر می رسد، تحمیل مسئولیت کیفری به اندازه شروع به جرم برای مرتکبین تحریک و تبانی مخالف اصل سرزنش پذیری باشد.

- آیا رویکرد قانونگذار ۱۳۹۲ در زمینه جرائم ناقص رویکرد قابل دفاعی است؟

- جرم انگاری شروع به جرم برای اکثر جرائم، همچنین مساوی دانستن احکام شروع به جرم با جرم محال و عدم جرم انگاری جرم عقیم که در قانون جدید مجازات اسلامی دنبال شده است با مبانی فقهی و نیز اصول و مبانی جرم انگاری هم خوانی ندارد.

- آیا فقها در باب جرائم ناقص خود را بی نیاز از جعل عنوان دانسته اند یا اینکه مشی و شیوه آنان در این باب با مشی و شیوه قوانین موضوعه متفاوت است؟

هر چند فقها مقوله جرائم ناقص را مورد بحث مستقل قرار نداده اند ولی این به معنای عدم امکان پاسخ گویی فقه جزایی اسلام به این مسئله جدید نیست بلکه با بررسی مفاهیم فقهی، اصولی و کنکاش در کلام فقها می توان جایگاه این جرائم را در حقوق کیفری اسلام به درستی تبیین نمود.

## ۱-۶ روش تحقیق

نوع مطالعه و روش بررسی فرضیه ها در این نوشتار به صورت توصیفی خواهد بود و با استفاده از شیوه های تحلیل منطقی و عقلی و با استفاده از منابع فقهی و نظرات اساتید حقوقی به تجزیه و تحلیل مطالب می پردازیم.

## ۱-۷ سازمان دهی تحقیق

این نوشتار دارای پنج فصل می باشد. در فصل نخست، به کلیات تحقیق می پردازیم. در فصل دوم، ذیل عنوان «ماهیت جرائم ناقص»، ابتدا مراحل ارتکاب جرم (بخش اول) و سپس ارکان تشکیل دهنده جرم ناقص (بخش دوم) مورد بررسی قرار می گیرد تا بتوان شناخت درستی از ماهیت این جرائم به دست آورد. نهایتاً پس از شناخت ماهیت جرائم ناقص، دیدگاه های ناظر بر ماهیت این جرائم (بخش سوم) تبیین می شود. در فصل سوم، «مصادیق جرائم ناقص» با همین عنوان در حقوق ایران - با محوریت قانون جدید مجازات اسلامی - و کامن لا - با محوریت حقوق انگلستان - مورد بررسی قرار می گیرد. در فصل چهارم، ذیل عنوان «مجازات جرائم ناقص» محدوده قلمرو اجرای حقوق ایران - با محوریت قانون جدید مجازات اسلامی - و کامن لا - با محوریت حقوق انگلستان - در مجازات جرائم ناقص و قواعدی که این دو نظام حقوقی در میزان مجازات جرائم ناقص به کار بسته اند مورد تحلیل قرار می گیرد. در فصل پنجم، مصادیق جرم ناقص در حقوق ایران از منظر مبانی فقهی تحلیل می شود و این مصادیق با نهادهای مشابه فقهی که شامل قاعده سد ذرایع، مقدمه حرام و تجری می شوند، مقایسه و تطبیق می گردد. از سویی دیگر برای پرداخت دقیق تر و ارائه بهتر مطلب هر یک از این فصول و بخش ها به فراخور موضوع، به قسمت های گوناگون تقسیم شده است تا جوانب گوناگون بحث مورد بررسی قرار گیرد. در پایان نتیجه گیری و پیشنهاد ها ارائه خواهد شد.

## فصل دوم

### ماهیت جرائم ناقص

جرائم ناقص از زمره جرائمی است که بیشترین توجه حقوقدانان کیفری را به خود جلب نموده است. ماهیت جرائم ناقص از مسائل بحث برانگیز در قلمرو حقوق کیفری است که همواره مورد بحث و مذاقه اندیشمندان حقوق کیفری و حتی صاحب نظران علم اخلاق قرار گرفته است. دلیل این امر آن است که در جرم ناقص مرتکب علی رغم تمام تلاش خود از دست یافتن به نتیجه مجرمانه ای که در مخیله خود پرورانده ناکام می ماند. عدم دست یافتن مجرم به نتیجه دلخواهش، از جرم ناقص ماهیت ویژه ای ساخته است که در این فصل به بررسی این ماهیت خاص جرم ناقص می پردازیم.

برای شناخت ماهیت جرائم ناقص و تعیین مصادیق آن باید ابتدا مراحل ارتکاب جرم به درستی شناخته شود تا بتوان پی برد که جرم در کدام مرحله از مراحل مذکور، ناقص می ماند و در نتیجه مرتکب آن مستحق مجازات شناخته می شود.