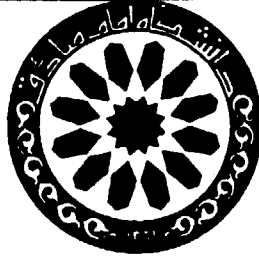


تقدیر
برچهرگان
ایران

۳۹۰۳

کتابخانه مرکزی دانشگاه امام صادق (ع)

شماره ثبت ۱۷۹
شماره ۶



دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

دانشکده معارف اسلامی و حقوق

۲۴ / ۱۰ / ۱۳۸۰

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق (گرایش حقوق جزا)

شروع به جرم در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه

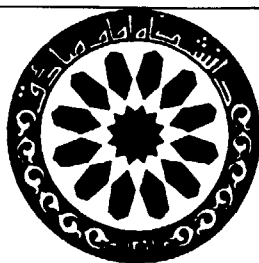
مرتضی هوشیار

استاد راهنما:

دکتر جعفر کوشا

پائیز ۷۹

۳۹۰۳



دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

دانشکده معارف اسلامی و حقوق

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق (گرایش حقوق جزا)

شروع به جرم در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه

مرتضی هوشیار

015847

استاد راهنما:

دکتر جعفر کوشا

استاد مشاور:

دکتر محمد علی مهدوی ثابت

کلیه حقوق اعم از چاپ و تکثیر، نسخه برداری،
ترجمه، اقتباس و ... از این پایان نامه کارشناسی ارشد
برای دانشگاه امام صادق (ع) محفوظ است. نقل
مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

تأییدیه اعضای هیأت داوران حاضر در جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

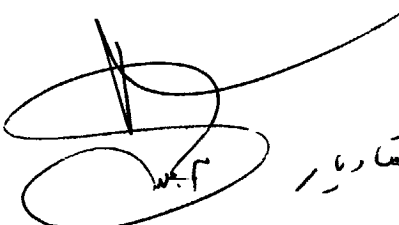
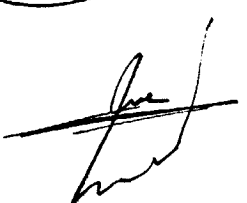
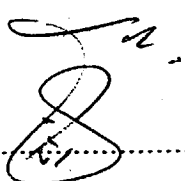



۷۰۳۱۷۴۵۴۱

اعضای هیأت داوران نسخه نهایی پایان نامه آقای مرتضی هوشیار

تحت عنوان شروع به جرم در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه

را از نظر شکل و محتوی بررسی نموده و پذیرش آنرا برای تکمیل درجه کارشناسی ارشد پیوسته

پیشنهاد می کنند.

اعضای هیأت داوران	نام و نام خانوادگی	رتبه علمی	محل امضاء
(۱) استاد راهنما:	دکتر جعفر کوشا		
(۲) استاد مشاور:	دکتر محمد علی مهدوی ثابت	استاد راهنما	
(۳) نماینده شورای تحصیلات تکمیلی دانشکده:	دکتر حیاتی		
(۴) اساتید ناظر:			
(۱)			
(۲)			

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	چکیده
	بخش اول: مبانی نظری شروع به جرم
۱۱	مقدمه
	فصل اول: مراحل ارتکاب جرم (مسیر ارتکاب و تحقق پدیده مجرمانه)
۱۴	گفتار اول: اندیشه مجرمانه از نظر قوانین موضوعه و فقه
۲۵	گفتار دوم: تهیه مقدمات اولیه
۲۷	گفتار سوم: شروع به عملیات اجرایی
۲۸	گفتار چهارم: نتیجه
	فصل دوم: شروع به جرم و عناوین مشابه فقهی
۳۱	گفتار اول: تجری
۴۲	گفتار دوم: مقدمه حرام
	فصل سوم: شرایط و ارکان تحقق شروع به جرم
۴۸	گفتار اول: شروع به اجرای جرم
۵۵	گفتار دوم: انصراف ارادی از ادامه عمل مجرمانه
۶۱	نتیجه بخش اول
	بخش دوم: شروع به جرم از منظر فقهاء و حقوقدانان
۶۳	مقدمه
	فصل اول: مبانی فقهی شروع به جرم
۶۷	گفتار اول: جایگاه فقهی شروع به جرم
۸۵	گفتار دوم: نمونه‌های فقهی شروع به جرم

فصل دوم: مبانی حقوقی شروع به جرم

۹۴	گفتار اول: قوانین قبل از انقلاب
۹۷	گفتار دوم: قوانین بعد از انقلاب
۱۰۲	گفتار سوم: رویه قضایی ایران
۱۰۶	نتیجه گیری
۱۰۹	کلید واژه
۱۱۰	فهرست منابع

شروع به جرم مانند هر پدیده حقوقی دیگر امری اعتباری است و براساس دکترین حقوقی و رویه قضایی غالب کشورها از جمله ایران، مرحله‌ای از رفتار مجرمانه است که به دلیل دخالت عامل خارجی، جرم تحقق پیدا نمی‌کند. مقدمتاً در تعریف شروع به جرم باید گفت: ناتمام ماندن عملیات اجرایی جرم به دلیل وجود یک مانع خارجی، شروع به جرم می‌باشد.

این موضوع به عنوان یک واقعه (پدیده حقوقی) دارای شرایط و ارکانی است که در دکترین و رویه قضایی پذیرفته شده است و آن میزان از عملیات اجرایی جرم که حاکی از حالت خطرناک مرتکب آن است غالباً موجب مفسده اجتماعی می‌گردد و با توجه به این که یکی از علل تعزیر، ارتکاب اعمال مفسده‌آور است، حکومت اسلامی می‌تواند آن را جرم و قابل مجازات اعلام کند.

به رغم آن که این مفهوم در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲ و رویه قضایی قبل و بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و نیز قانون راجع به مجازات اسلامی سال ۱۳۶۱ پذیرفته شده بود، به نظر برخی از اساتید و حقوقدانان، در اصلاح قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ مورد بی‌توجهی قرار گرفت. آنچه در ماده ۴۱ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰ به عنوان شروع به جرم آمده، در واقع بیان این معنا است که اگر رفتار ارتكابی فردی جرم باشد، عامل مجازات می‌شود. این سخن، بیان اصل قانونی بودن جرم است نه مفهوم شروع به جرم در حالی که شرط تحقق شروع به جرم دخالت عامل خارجی در مرحله اجرای عملیات اجرایی است و علت مجازات آن اختلالی است که از این اقدام مرتکب در نظم جامعه ایجاد می‌شود، که حاکی از وجود حالت خطرناک در مرتکب است.

در اینکه آیا برای «شروع به جرم» در حقوق کیفری اسلام می‌توان ما به ازائی یافت یا خیر، نظرات چندی بیان شده که برخی به این سؤال پاسخ مثبت می‌دهند و برخی دیگر معتقدند که: با بررسی مفاهیم اصولی و فقهی می‌توان نتیجه گرفت که علی‌رغم تشابه ظاهری بین مفاهیم فقهی تجزی و مقدمه حرام با شروع به جرم، مفهوم یاد شده مفهومی مستقل از مفاهیم مذکور است و علت مجازات مرتکب آن فقط لزوم حفظ نظم عمومی و صیانت از حقوق جامعه است.

به هر تقدیر در مطالعه این موضوع حتماً باید مباحث جرم محال، جرم عقیم، تجزی و مقدمات ارتکاب جرم مورد توجه و بررسی قرار گیرد. ذکر این نکته لازم می‌باشد که: هر چند در حقوق جزای اسلامی ظاهراً اشاره‌ای به شروع به جرم نشده ولی شارع مقدس در بسیاری موارد قبل از ارتکاب کامل جرم، کیفری تحت عنوان تعزیر معین نموده است.

واژه‌های کلیدی به فارسی:

شروع به جرم، عمل مقدماتی، عمل اجرائی، جرم عقیم، جرم محال، جرم وهمی، تجزی.

□ سؤالات و نکات مهمی که در این باره به نظر می‌رسد عبارت است از:

- ۱- بررسی مفاهیم شروع به جرم، تجری، مقدمه حرام در فقه امامیه و حقوق کیفری ایران.
 - ۲- بیان نقاط اشتراک و افتراق مفاهیم یاد شده.
 - ۳- آیا فقهای امامیه معتقد به «شروع به جرم» می‌باشند؟ اگر این مفهوم را به این عنوان نمی‌پذیرند پس چه عنوانی در این باره به کار می‌برند؟
 - ۴- اساتید حقوق جزا معتقدند که در نگارش قوانین جزایی از کتب فقهی امامیه به عنوان اصل استفاده شده اگر چنین است آیا هماهنگی عنوانی و مفهومی بین فقها و حقوقدانان در این باره وجود دارد؟
 - ۵- چه تحولاتی در این باره در حقوق کیفری ایران رخ داده است؟
- درباره ضرورت و هدف از تحقیق یاد شده باید گفت که: منظور تطبیق مفاهیم فقهی با مفهوم حقوقی شروع به جرم می‌باشد و این که چه برخوردی قانونگذار جمهوری اسلامی با مفهوم یاد شده کرده است، و تلاش در جهت ارائه یک تعریف دقیق، مستند و کاربردی از «شروع به جرم» جهت کمک‌رسانی به قضات در حیطة عمل و در نتیجه جلوگیری از گسترش و صدور آراء متفاوت در بحث شروع به جرم جرائم گوناگون:

□ فرضیه‌ها:

- برخی، مفاهیم فقهی مانند مقدمه حرام را «شروع به جرم» می‌دانند.
 - برخی دیگر، شروع به جرم را با هیچ یک از مفاهیم یاد شده تطبیق می‌دهند.
- حقوقدانان در خود پدیده شروع به جرم سه نظریه را مطرح کرده‌اند: دکترین برون ذاتی، دکترین درون ذاتی، دکترین مختلط
- ۱- آنچه که حقوقدانان تحت عنوان «شروع به جرم» مطرح می‌کنند با «مقدمه حرام» در فقه امامیه تطبیق می‌کند.
 - ۲- بحث «شروع به جرم» در حقوق کیفری، با مبحث «تجری» در فقه و اصول تطبیق نمی‌کند.
 - ۳- آنچه که قانونگذار جمهوری اسلامی در مجموعه قوانین مجازات اسلامی ۱۳۷۵ تحت عنوان «شروع به جرم» مطرح کرده است، بیشتر ناظر بر «اصل قانونی بودن جرم» می‌باشد تا تعریف قانونی شروع به جرم.
 - ۴- تعریفی که قانونگذار از شروع به جرم ارائه داده است، فاقد مستند فقهی است.

□ سابقه و ضرورت انجام تحقیق: علی‌رغم وجود یک مورد تحقیق انجام گرفته درباره موضوع یاد شده، به نظر می‌رسد در این تحقیق موضوع حقوقی شروع به جرم با مفاهیم فقهی مشابهش به اندازه کافی مقایسه نگردیده. بنابراین جهت شناسایی جنبه‌های حقوقی و فقهی این موضوع و تطبیق آن با مفاهیم فقهی شیعه، وجود یک تحقیق مناسب، لازم به نظر می‌رسد.

بخش اول

مبانی نظری شروع به جرم

تعریف لغوی شروع به جرم

شروع در لغت عبارتست از به کاری آغازیدن، در کاری شدن، روی آوردن به، رو نهادن به. و شروع کردن عبارتست از: شروع نمودن، آغازیدن و ابتدا کردن - دست بکار شدن و... مرحوم دهخدا در خصوص واژه - شروع و شروع کردن ابیات زیر از ملای رومی مولوی را آورده است:

اصل را دریافت، بگذشت از فروع
بهر حکمت کرد در پرسش شروع

راند او را جانب نصرانیان

کرد در دعوت شروع او بعد از آن

همچنین استاد سخن سعدی شیرازی در کتاب مجالس خویس می‌گوید:

در نصیحت ارباب ملک و مملکت شروع کنیم. (۱)

همچنین مرحوم دکتر محمد معین نیز در فرهنگ خود «شروع را به معنای آغاز کردن کار و آغازیدن و شروع کردن را به معنای آغاز کردن یا ابتدا کردن عنوان کرده است. (۲) در فرهنگ «المنجد» نیز در باب «الشرع» این معنا آمده است. (۳)

بنابراین «شروع» عبارت است از آغاز نمودن و در اصطلاحات ذیل به کار رفته است:

الف: (اصطلاح مدنی - فقهی) شروع در احیاء: یعنی آغاز نمودن در احیا از عین موات و مباح (دم ۱۴۱ قانون مدنی) از قبیل سنگ چیدن اطراف زمین یا کندن چاه و غیره.

ب: (اصطلاح جزائی) شروع به جرم: یعنی اقدام به مقدمات قریب جرم. مع ذلک امری است نسبی و به حسب طبع اصناف جرائم فرق می‌کند خصوصاً که مقدمات قریبه از مقدمات بعیده (که آنها را به تعبیر نارسا «عملیات مقدماتی جرم» نامیده‌اند، به خوبی قابل تمیز نیست. (۴)

اگر مجرم کلیه مراحل ارتکاب جرم را یکی پس از دیگری سپری کند، چون مرتکب جرم (به شکل کامل)

- ۱- علی اکبر، دهخدا، لغت‌نامه دهخدا، ج ۹ (تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول دوره جدید، بهار ۷۳)، صفحه ۱۲۵۶۳.
- ۲- محمد، معین، فرهنگ فارسی (متوسط)، ج ۲ (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۳)، صفحه ۲۰۴۱.
- ۳- لويس، معلوف، المنجد فی اللغة والأعلام، ج ۱ (تهران: انتشارات اسماعیلیان، فروردین ۱۳۶۴)، صفحه ۳۸۳.
- ۴- محمدجعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۷۷)، صفحه ۳۹۱.

شده، بنابراین مجازات جرم تام در انتظارش می‌باشد ولی در صورتی که قبل از انجام عنصر مادی جرم (مرحله آخر) به دلیل وجود یک مانع خارجی از اتمام جرم و ارتکاب کامل آن ناتوان شود، در این صورت وی متهم به «شروع به جرم» می‌باشد. (۱)

۱- جندی عبدالملک، الموسوعة الجنائية، ج ۴ (بیروت، لبنان: دار احیاء التراث العربی)، صفحه ۴۰۵.
همچنین:

Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, Le nouveall droit penal, Tome 1, Trosiième édition 1996, Page 345, 346.
همچنین، حسینقلی کاتبی، فرهنگ حقوق، فرانسه - فارسی (تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ نخست، ۱۳۶۴)، صفحه ۳۳۲.

در ایام قدیم مسئله شروع به جرم در کشورهای مختلف به طرق مختلفی مورد تعقیب قرار گرفته است. مثلاً در حقوق جزایی ایران باستان و هم‌چنین در حقوق جزای اسلامی، مقرراتی در خصوص تعقیب و مجازات شروع به جرم دیده نمی‌شود. مبنای تعقیب و مجازات در حقوق اسلام واقعیات خارجی و عینی بوده است و به همین علت هم تا کسی مرتکب جرم (جرم تام) نمی‌شد، تحت تعقیب و مجازات قرار نمی‌گرفت. در حقوق جزای قدیم فرانسه موضوع تعقیب و مجازات شروع به جرم مخصوصاً در جرائم مهم کاملاً برعکس بود. در آن ایام جرائم به دو دسته تقسیم می‌شدند: یک دسته جرائم مهم از قبیل خیانت به مملکت، خیانت به شاه، پدرکشی، سمّ دادن و امثالهم. دسته دیگر جرائمی بود که از حیث اهمیت در درجه پائین‌تری قرار داشت مثل جرائمی که امروز حُنججه نامیده می‌شود. ولی در جرائم غیرمهم و دسته دوم نیز اقدامات مقدماتی قبل از وقوع جرم را به نوبه خود به دو دسته تقسیم می‌کردند: یکی مقدمات بعیده و دیگری مقدمات قریبه. مقدمات بعیده که معمولاً به مقدمات ابتدایی گفته می‌شد قابل تعقیب و مجازات نبود ولی مقدمات قریبه که بیشتر با عملیات اجرائی تطبیق می‌کرد قابل تعقیب و مجازات بود.^(۱)

این طرز تفکر تا انقلاب کبیر فرانسه ادامه داشت. پس از انقلاب فرانسه و تحت تأثیر افکار آزادی خواهانه فلاسفه آن زمان وضع کاملاً تغییر یافت. تهیه کنندگان قوانین انقلابی معتقد بودند که آنچه موجب برهم زدن نظم عمومی است همانا اعمال ارتكابی است نه افکار باطنی و یا اعمال مقدماتی و یا حتی شروع به اجراء. به همین علت هم مقنن آن موقع شروع به جرم را جز در مورد قتل عمد و یا جرم سمّ دادن از تعقیب و مجازات معاف نمود.^(۲)

اینکه شروع به جرم، خود به تنهایی جرم است و قابل مجازات، نخستین بار به وسیله حقوقدانان ایتالیایی پیشنهاد شد. آلبرت دوگاندینو حقوقدان ایتالیایی قرن سیزدهم و منوکیوس حقوقدان ایتالیایی قرن شانزدهم مبتکر و طرفدار این نظر بودند که شروع به جرم باید مجازاتی متناسب داشته باشد ولی در صورتی که مجرم بدون دخالت عامل خارجی بلکه به اراده خود از ارتكاب عمل مجرمانه خودداری کند، از مجازات معاف شود و شدت و ضعف کیفر شروع به جرم باید به تناسب نزدیکتر بودن اعمال انجام یافته به جرم باشد بدین معنی که

۱- مرتضی، محسنی، دوره حقوق جزای عمومی، ج ۲ (تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۵)، صفحه ۱۶۰.

۲- منبع پیشین، صفحه ۱۶۲.

هر اندازه اعمال ارتكابی به تحقق جرم نزدیکتر باشد، مجازات مجرم سخت تر است. (۱)

اما همزمان با انقلاب فرانسه، آزادی خواهی و حق خواهی مردان انقلاب فرانسه باعث مسائل جانبی قابل ملاحظه ای شد. شروع به جرم در بعضی از جرائم از قبیل توطئه و دسیسه علیه مملکت، جعل، ساختن سکه های تقلبی، و امثالهم، نظم جامعه را بر هم زده بود. به همین علت در قوانین بعدی مخصوصاً قانون جزای معروف به کد ناپلئون مقررات متعددی در مورد شروع به جرم وضع گردید. مقنن آن زمان با تفکیک عملیات مقدماتی از عملیات اجرایی صراحتاً شروع به جرم را در جنایات و بعضی از حنجه های مهم قابل تعقیب و مجازات اعلام نمود. (۲)

همانگونه که می دانیم جرم وقتی مهم باشد و مباشر آن هم بدوی، در یک لحظه واقع نمی شود بلکه انجام آن از یک سلسله امور معرفت النفسی و مادی که مدتی دوام دارد منتج می گردد و در این صورت مباشر جرم برای ارتکاب آن مراحل را می پیماید. (۳)

در جرم نیز مانند سایر رفتارها، مجرم از زمان پیدایش اندیشه و پندار مجرمانه تا زمان انجام عملیات ملموس و محسوس خارجی که کاشف از قصد او است، مسیر یا مراحل مختلفی را طی می کند. به عبارت دیگر شخصی که می خواهد مرتکب جرمی گردد برای توفیق در این کار از مراحل می گذرد. در بدو امر اندیشه و فکر ارتکاب جرم را در مخیله خود می پروراند و سپس محاسن و معایب کار را ارزیابی می کند. در این مرحله ممکن است از ادامه کار صرف نظر کند یا اینکه تصمیم خود را از قوه به فعل درآورد و با انجام عملیات مادی و محسوس خارجی قصد باطنی خود را بروز دهد و به مقصود خود که همانا تحقق جرم است نائل گردد.

بدین ترتیب برای اینکه کسی به اتهام ارتکاب جرم قابل تعقیب شناخته شود، باید فعالیت های گوناگونی را به ترتیب قصد ارتکاب جرم - تهیه مقدمات کار و اجرای عملیات خارجی به اتمام برساند و در مواردی که قانونگذار ارتکاب اعمالی را به صورت ترک فعل ممنوع و قابل مجازات شناخته است با خودداری از انجام آن عمل، قصد مجرمانه خود را ابراز کند. (۴)

بنابراین مجرم برای ارتکاب جرم، ممکن است با یکی از مراحل مختلف چهارگانه زیر روبرو شود:

۱- ورود در جرم که به علت عوامل خارجی انجام آن ناممکن می شود، این اصطلاحاً همان شروع به جرم

۱- علیرضا، فیض، تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، (تهران: چاپخانه سپهر، ۱۳۶۹)، صفحه ۱۰۸.

۲- مرتضی، محسنی، دوره حقوق جزای عمومی، ج ۲ (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۵)، صفحه ۱۶۲.

۳- عبدالحسین، علی آبادی، حقوق جنایی، ج ۱ (تهران: انتشارات فردوسی، ۱۳۷۱)، صفحه ۱۰۹.

۴- محمد صالح، ولیدی، حقوق جزای عمومی، ج ۲ (تهران: نشر داد، ۱۳۷۳)، صفحه ۲۳۹.

است.

۲- ورود جرم که به علت عوامل درونی و انصراف ارادی به انجام نمی‌رسد.

۳- ورود در جرم و ادامه آن به قصد انجام دادن کامل جرم در حالی که متعلق جرم از قبول جرم امتناع دارد، این را اصطلاحاً جرم محال گویند.

۴- ورود در جرم که به علت اشتباه مجرم یا ناقص بودن وسائل جرم، جرم معلق می‌ماند و این را جرم عقیم می‌نامند. (۱)

بنابراین مجرم در مسیر ارتکاب جرم، پس از عبور از مرحله قصد مجرمانه و تهیه مقدمات کار، به مرحله عملیات شروع به جرم می‌رسد. پس شروع به جرم که به منزله ورود مجرم به مرحله اجراء است، عبارت است از فعلیت یافتن عمل مجرمانه‌ای که هنوز به طور کامل به اتمام نرسیده است. بنا به تعریف مشهور در این مرحله، برای تحقق جرم لازم نیست که عملیاتی که شروع شده کاملاً به اتمام برسد و نتیجه زیان‌باری از آن حاصل گردد، بلکه همین مقدار عملیاتی که به قصد ارتکاب جرم در خارج حاصل گردیده ولی به عللی اجرای آن ناتمام مانده و جرم منظور واقع نشده، شروع به جرم شناخته می‌شود. مثلاً: سارقی که برای سرقت اتومبیل سواری پارک شده در خیابان، پس از اقدام به باز کردن درب اتومبیل و نشستن پشت فرمان، سرگرم روشن کردن اتومبیل می‌گردد ولی به علت حضور پلیس یا صاحب اتومبیل موفق به ربودن اتومبیل نمی‌شود، این مقدار عملیات او شروع به جرم محسوب می‌گردد. (۲)

از نظر حقوق‌دانان اسلامی شروع به جرم، خود جرم یا جرم‌های مستقلی است که مشمول کیفرهای نامعین یعنی تعزیری اسلام قرار می‌گیرد، چون در شروع به جرم یک یا چند امر حرام شرعی ارتکاب می‌یابد. بعضی از نویسندگان و شارحان حقوق گمان کرده‌اند اسلام شروع به جرم را نمی‌شناخته است در حالی که این توهم اشتباه محض است، شک نیست که اسلام این اصطلاح ویژه شروع به جرم را ندارد و در کتب فقهی نباید به دنبال آن گشت، ولی نباید فراموش کرد که اسلام امور ویژه‌ای را که در شروع به جرم اتفاق می‌افتد، به شیوه خاص خود با آنها برخورد کرده است بدین معنی که هر عملی که در شروع به جرم رخ داده اگر منطبق بر معصیت باشد، تحت عنوان جرائم تعزیری مطرح می‌شود و خود جرمی مستقل و کامل به حساب می‌آید که

۱- علی‌رضا، فیض، حقوق جزای عمومی اسلام، (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۹)، صفحه ۱۱۷.

۲- محمد صالح، ولیدی، مختصرالتافع، (تهران: چاپ بهرام، ۱۳۷۸)، صفحه ۲۴۰، همچنین از نامبرده: حقوق جزای عمومی، ج ۲، صفحه ۲۴۳.

ویژگی خود را در حقوق جزای اسلامی دارد. (۱)

به دیگر سخن می‌توان گفت که: به نظر می‌رسد که با تقسیم‌بندی عناوین مجرمانه و مجازات‌های پیش‌بینی شده در اسلام مسئله‌ای تحت عنوان شروع به جرم وجود نداشته باشد. زیرا تقسیم‌بندی اصلی جرائم و مجازات در حقوق کیفری اسلام عبارت است از (الف) عمل مجرمانه ارتکاب یافته دارای مجازات مخصوص و پیش‌بینی شده‌ای باشد. (ب) عمل مجرمانه ارتکاب یافته، دارای مجازات مخصوص و پیش‌بینی شده‌ای نباشد.

در صورت نخست، عمل ارتكابی تحت عنوان «حدود یا قصاص» بحث خواهد شد و در غیر این صورت (یعنی مطابق با مورد دوم) تحت عنوان «تعزیرات» بحث شده و دیگر چیزی به عنوان شروع به جرم مطرح نمی‌گردد. (۲)

برخی از اساتید معتقدند که: از آنجایی که شناخت عنوان «شروع به جرم» مفید فایده خاصی نمی‌باشد لذا حقوق اسلام عناوین مجرمانه و مجازات‌های آن را با سه عنوان اصلی «جرائم حدی - قصاص و تعزیری» بیان کرده است.

ایشان در تأیید این ادعا می‌گویند: بر فرض که ما طبق اصطلاح حقوق جزای جدید بخشی از جرم‌های ناقص را بنام شروع به جرم بشناسیم، چیز تازه‌ای جز یک نامگذاری و اصطلاح‌پردازی جدید ارائه نکرده‌ایم، بدین معنی که بر بخشی از جرم‌ها موجب تعزیر اسلامی نام شروع به جرم گذارده‌ایم، در حالی که نامگذاری اگر محتوایی خاص نداشته باشد، ثمری به بار نمی‌آورد. به خصوص که این شروع به جرم هنوز جان‌نیفتاده و مشتمل بر اجمال‌ها و ابهام‌های چندی است که خود حقوقدانان اروپایی را به اشتباه دچار ساخته است.

نظر اسلام در آنچه حقوق جزای عرفی آن را شروع به جرم می‌نامد دقیقتر و دارای افق گسترده‌تری است چرا که بطور مشخص جرم‌های تعزیری مقدمی را برای ارتکاب جرم اصلی بیان کرده و آنها را دقیقاً و بدون کوچکترین ابهام و اشتباهی در قلمرو حقوق جزائی خود قرار داده است به طوری که هر متخصص وارد به مسائل حقوقی می‌تواند به روشنی هر یک از آنها را تشخیص دهد و ولی فقیه نیز عهده‌دار تعیین و تبیین کیفرهای تعزیری آن است. (۳)

- ۱- علیرضا، فیض، تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۹)، صفحه ۱۲۰.
- ۲- جزوه درسی دکتر کوشا، حقوق جزای عمومی ۴، دانشگاه امام صادق (ع).
- ۳- علیرضا، فیض، تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۹)، صفحه ۱۲۱.

یکی از مباحثی که در حقوق جزا از بدو پیدایش اولین مکاتب حقوقی تا کنون مطرح بوده عبارت از این است که مبنای مسؤولیت کیفری افراد چیست؟ و اصولاً چرا انسان مسؤول است؟ بحث‌های کنونی پیرامون مسؤولیت کیفری اشخاص حقوقی، به نوعی ادامه همان مباحث قدیمی است که متناسب با نیاز امروز جوامع مطرح می‌شود. آنچه که هم‌اکنون تقریباً همه حقوقدانان به آن معتقدند عبارتست از اینکه انسان به دلیل اینکه دارای اختیار است، باید مسؤول باشد و اگر کسی فاقد اختیار باشد، مسؤولیت کیفری از او برداشته می‌شود، به همین دلیل است که اشیاء و حیوانات که زمانی دارای مسؤولیت کیفری بوده‌اند و حتی مجازات می‌شدند، در حال حاضر بدون مسؤولیت و غیرقابل مجازات شناخته شده‌اند.^(۱)

همچنین به همین دلیل است که در اکثر کشورهای جهان و در سیستم‌های حقوقی، اجبار و اکراه و اضطراب را از عوامل رافع مسؤولیت و عوامل موجهه جرم دانسته و بر این اساس افراد مجبور و مکره و مضطر را قابل مجازات نمی‌دانند.

البته بعضی حقوقدانان، مخصوصاً در ایام گذشته معتقد بودند که مصلحت جامعه ایجاب می‌کند که با هر جرمی مبارزه شود و مرتکب آن جرم مجازات شود. ایشان در تأیید ادعا خویش می‌گفتند: وقوع جرم در هر حال مضربه حال جامعه است. بنابراین، ایشان معتقد بودند که ملاک مسؤولیت افراد اختیار نمی‌باشد و مرتکب هر جرمی را اعم از اینکه مختار یا محبور باشد باید مجازات کرد.

نظریه اخیر در اکثر کشورها مردود شناخته شده است و امروزه در همه سیستم‌های پیشرفته حقوقی یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم عنصر روانی است.

بنابراین می‌توان اعتقاد داشت که امروزه تقریباً در هیچ سیستم حقوقی افراد را به صرف داشتن قصد مجرمانه قابل تعقیب نمی‌دانند. حقوق اسلام نیز با ارج نهادن به شخصیت و کرامت انسانی نه تنها صرف قصد مجرمانه را جرم ندانسته بلکه نسبت به تفتیش و تجسس در مسائل پنهانی افراد صریحاً هشدار داده است ... و لا تجسسوا^(۲)

در تأیید سخنان فوق جا دارد به حدیثی از امام صادق (ع) در این باره اشاره شود. محمد بن عبده می‌گوید به

۱- محمد صالح، ولیدی، حقوق جزای عمومی، ج ۲ (تهران: نشر داد، ۱۳۷۲)، صفحه ۲۸۲-۲۹۲.
۲- سوره مبارکه حجرات آیه ۱۲.

امام صادق (ع) عرض کردم: زناکار در حال زنا مؤمن است؟ فرمود: نه. زمانی که روی شکم آن زن است ایمان از او سلب شود و چون برخاست برگردد و باز اگر به زنا برگشت سلب شود. عرض کردم: او که آهنگ برگشتن به زنا دارد چرا ایمانش برمی‌گردد؟ فرمود: چه بسیار کسان که آهنگ برگشتن دارند ولی هرگز بر نمی‌گردند. (۱)

در کشور ما نیز به این مهم در تبصره ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی اشاره شده است و البته این قاعده در موارد نادری استثناء شده است، از جمله ماده ۶۶۹ قانون مجازات اسلامی که مربوط به تهدید افراد به قتل یا ضررهای دیگر است. و همچنین مواد ۶۱۰ و ۶۱۱ که مربوط به تبانی برای جرم بین دو یا چند نفر است که در این مواد قانونگذار قصد مجرمانه‌ای را که به این ترتیب ظهور پیدا کند قابل مجازات دانسته است.

همان گونه که در پلان ملاحظه شد در این بخش مبانی نظری شروع به جرم را مورد بررسی قرار داده‌ایم. ابتدا در فصل اول به مراحل ارتکاب جرم که یکی از اولین و اصلی‌ترین بحث‌های حقوق جزای عمومی است پرداخته‌ایم. در ادامه و در فصل دوم بحث تطبیقی شروع به جرم و عناوین مشابه فقهی آن را مدنظر قرار داده‌ایم و نهایتاً در فصل سوم به شرایط و ارکان تحقق شروع به جرم توجه نموده‌ایم.

همانگونه که در عنوان پایان‌نامه ذکر شده است، موضوع مورد بررسی یک موضوع تطبیقی در فقه امامیه و حقوق است لذا در موارد متعددی به دیدگاه حقوقدانان و فقها اشاره شده است.