

## ملاک‌ها و آثار تشخیص اعمال مقدماتی و اعمال اجرایی جرم

دکتر محمدجعفر حبیب‌زاده، دانشیار دانشگاه تربیت مدرس

دکتر حسن فرهودی‌نیا، استادیار دانشگاه تبریز

### چکیده:

عموماً اجرای رفتارهای آدمی خلق‌الساعه و ابتدا به سکون صورت نمی‌گیرد بلکه اجرای رفتار ابتدا در ذهن بشر نقش می‌بندد و چنانچه شخص، مصمم به انجام آن شود مقدمات اجرای آن را فراهم می‌کند و در نهایت با آغاز عملیات اجرایی، رفتار مورد نظر را نمود خارجی و عینی می‌بخشد.

جرم نیز به عنوان یک رفتار بشری از این قاعده مستثنی نیست، اما آیا تمامی این مراحل قابل تعقیب اند یا حقوق جزا از مرحله و زمان مشخصی حق مداخله و تعقیب مرتکب را دارد؟ به اجمال می‌توان گفت که اصولاً زمان مداخله حقوق جزا پس از شروع به عملیات اجرایی است و مراحل قبلی از حیطة عمل نظام جزایی خارج است.

از این رو غیرقابل مجازات بودن مرحله‌ی تهیه مقدمات یا انجام اعمال مقدماتی جز در موارد استثنایی در کلیه نظام‌های کیفری به عنوان یک قاعده و اصل پذیرفته شده است.

تبصره ۱ ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ متضمن این قاعده در نظام جزای کشور ماست. لیکن

ظاهر ماده ۶۶۴ قانون موصوف، با قاعده و اصل مزبور مغایرت دارد.

در این مقاله تلاش شده است ضمن تبیین اعمال مقدماتی و ویژگی‌های آن و تئوری‌های موجود در این زمینه، احکام مواد قانونی یاد شده از جهت وجود تعارض احتمالی میان آنها و یا عدم آن مورد بحث و بررسی قرار گرفته، اعلام شود که علی‌رغم وجود تعارض ظاهری در مواد قانونی مربوط، اعمال مقدماتی در نظام کیفری ایران قابل مجازات نیست.

**واژه‌های کلیدی:** عمل مقدماتی، عمل اجرایی، جرم، شروع به جرم

پدیده جرم همانند سایر پدیده‌ها ابتدا به ساکن و یک‌باره واقع نمی‌شود، بلکه از لحظه‌ی تکوین ذهنی تا تحقق خارجی مسیری را طی می‌کند و مواضعی را پشت‌سر می‌نهد که علمای حقوق جزا از آن مسیر - که از مواضع و مراحل مختلف تشکیل می‌شود - به عنوان «مسیر جنایت یا جرم»<sup>۱</sup> یاد می‌کنند. (ص، ۳۷۵)

یکی از این مراحل، مرحله‌ی تصویر ذهنی جرم و تصمیم بر ارتکاب آن است؛ در این مرحله که بعضی از صاحب‌نظران آن را جرم ذهنی<sup>۲</sup> نامیده‌اند (ص، ۱۶۹)، تصویر جرم در آئینه‌ی ذهن مرتکب، نقش می‌بندد که حسب مورد ممکن است این نقش آفرینی شخص را به ارتکاب جرم مصمم کند؛ اما مرتکب هنوز در این مرحله در مرتبه آزمون اراده قرار دارد.

مرحله‌ی بعدی، مرحله‌ی تهیه مقدمات<sup>۳</sup> است؛ (ص، ۱۷۰) در این مرحله اندیشه جرم و تصمیم بر ارتکاب آن از ضمیر و درون شخص به خارج و بیرون انتقال می‌یابد و فاعل، در صدد تهیه و تدارک مقدمات لازم از جمله آلات و ادوات برای ارتکاب جرم برمی‌آید. مثلاً به قصد سرقت، کلید تهیه می‌کند و یا سلاح می‌خرد. بزهکار در این مرحله هنوز به مقام اجرا گام نهاده است.

شروع به عملیات اجرایی، مرحله‌ی دیگر مسیر مجرمانه را تشکیل می‌دهد. فاعل زمانی به این مرحله گام می‌گذارد که دست به ارتکاب اعمالی بزند که با فاصله‌ی اندک و مستقیماً به وقوع جرم مورد نظر منتهی می‌شوند و چنانکه این مرحله با مانعی مواجه نشود، جرم تام پدید می‌آید و در صورتی که به یکی از جهات، نتیجه مورد نظر حاصل نشود، حسب مورد با مفاهیم شروع به جرم، جرم عقیم و یا محال، مواجه خواهیم شد.

از میان مراحل یاد شده، مرحله‌ی تصویر جرم و تصمیم بر ارتکاب آن در قلمرو حقوق جزا قرار نمی‌گیرد اگر چه میان تصویر جرم و تصمیم بر ارتکاب آن تفاوت وجود دارد؛ زیرا تصویر جرم ذاتاً قابل ملامت نیست. چون انسان نمی‌تواند بر ادراکات و تصاویری که در آئینه‌ی ذهنش نقش می‌بندد، تسلط داشته باشد. اما تصمیم بر ارتکاب جرم چون قائم بر اراده شخص است، با اینکه خلاف موازین اخلاقی تلقی می‌شود، مع‌الوصف خارج از دایره‌ی شمول حقوق کیفری قرار می‌گیرد؛ زیرا فکر مجرمانه تا زمانی که با یک عمل مادی بروز و نمود خارجی پیدا نکند، قابل مجازات نیست. گذشته از آنکه اگر مقررات کیفری، این محدوده را نیز در قلمرو قانونگذاری و نظارت قرار دهد،

۱ . Letter criminis

۲ . Délit intellectuel

۳ . Délit Préparatoire

لازمه‌اش مداخله در ضمایر اشخاص خواهد بود که مستلزم «تفحصات و تجسس‌ات غیر قابل اغماض» است. (۳، ص ۱۱۳)

لازم به یادآوری است که گاهی علم و اطلاع از وجود یک تصمیم و قصد ارتکاب جنایت، (خواه به وسیله اقرار و اعتراف شخصی و یا از طریق اعلان آن فکر به دیگران) ممکن است باعث آشوب اجتماعی شود، اما وظیفه‌ی پلیس و نیروی انتظامی است که با اتخاذ تدابیر پیش‌گیرانه، اجازه ندهند اقدامات خلاف قانون محقق شود و دستگاه قضایی نمی‌تواند و نباید تکوین آن فکر را کیفر دهد. (۴، ص ۴۰۷) تبصره ۱ ذیل ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به صراحت مجرد قصد ارتکاب جرم، و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد را به عنوان شروع به جرم، قابل مجازات نمی‌داند.

پس از آنکه فکر ارتکاب جرم در ذهن مجرم متمرکز شد و او در ارتکاب آن مصمم شد، قصد خود را با یک سلسله اعمال خارجی مادی به مرحله‌ی ظهور می‌رساند. برخی از این اعمال با عنوان عملیات اجرایی<sup>۴</sup> شناخته شده، قابل مجازات‌اند.<sup>۵</sup> دسته‌ی دیگر تحت عنوان اعمال مقدماتی یا تدارکاتی جرم، مورد بحث قرار می‌گیرند که موضوع اصلی این مقاله بررسی همین عنوان، تفاوت آن با عملیات اجرایی، قابل مجازات و یا غیر قابل مجازات بودن آن و موضع مقنن ایران در همین رابطه است.

## بحث و بررسی

### ۱- تعریف عمل مقدماتی

نه تنها قانون مجازات اسلامی ایران، بلکه قوانین جزایی سایر کشورها از جمله فرانسه (۳، ص ۱۱۳ و ۵ ص ۳۲۴) مصر و سوریه (۶ ص ۳۴۳) نیز عمل مقدماتی را تعریف نکرده‌اند. از این‌رو شارحان حقوق جزا براساس تئوری‌های مورد قبول خود، هر کدام به نحوی آن را تعریف کرده‌اند. به عقیده‌ی برخی از صاحب‌نظران «اعمال مقدماتی عبارت از اعمال خارجی است که ظاهر است و ابدأ جنبه‌ی نهایی ندارد ولی ابهام‌آمیز است و به نفسه نمی‌تواند قصد مرتکب را به وضوح معلوم سازد و همین خصیصه‌ی غیر مشخص و غیر معلوم بودن آن موجب تمیز آن از شروع به اجرا می‌شود. (۳، ص ۱۱۵)

۴. Commencement d'exécution

۵. عمل اجرایی عبارت است از: اقدام فاعل به انجام یک سلسله افعال محسوس و ملموس با این شایستگی و قابلیت که اگر تمام و کمال انجام پذیرند به پیدایش کامل جرم مورد نظر منتهی خواهند شد.

برابر دیدگاه دیگر «اعمال مقدماتی، افعالی هستند که در مرحله‌ی اجرایی جرم مورد نظر، مداخله ندارند، و در درون و ضمیر مرتکب به این جرم پیوسته و متصل بوده، به تدارک اجرای آن منتهی می‌شوند. مانند خریدن سم و مواد آتش‌زا برای مسموم ساختن و ایجاد حریق» (۴، ص ۴۰۹)

بنابر دیدگاه دیگر «مقصود از اعمال مقدماتی، هر اقدامی است که مجرم به کمک آن، وسیله‌ی ارتکاب جرم را تدارک می‌بیند و به دست می‌آورد، مانند خریدن اسلحه یا تهیه کلید گاوصندوق» همچنین «هر عملی که مجرم را در موقعیتی قرار دهد که امکان اجرای جرم برای وی فراهم شود، عمل مقدماتی به شمار می‌آید. مانند نحوه‌ی توقف و ایستادن مجرم در داخل اتوبوس به منظور سرقت از جیب مسافران، یا قدم‌زدن در مسیری که به محل سکونت مجنی‌علیه‌ی که قصد کشتن یا سرقت از خانه‌ی او را دارد، منتهی می‌گردد» (۶، ص ۳۴۳)

شاید بتوان دشواری پیشنهاد تعریف کاملی از عمل مقدماتی و اشکالات احتمالی ناشی از آن را، دلیل اصلی پرهیز و امتناع قانونگذاران از طرح آن به شمار آورد. زیرا در مواردی که عمل ارتكابی در ارتباط با فاعل آن، تاب تفسیرها و تلقی‌های متفاوت را دارد، یعنی ممکن است اقدام واحدی را در ارتباط با فردی عمل مقدماتی و در رابطه با فرد دیگر، عمل اجرایی تفسیر و تعبیر کرد، در صورت وجود تعریف قانونی با مشکل اجرایی مواجه شده، به ناچار درباره‌ی هر دو فرد یاد شده باید اقدام مورد نظر را عمل مقدماتی محسوب و از مجازات معاف بدانیم. به عنوان مثال، در خصوص کسی که برای بار اول دستگیر شده، تهیه طناب، عمل مقدماتی جرم سرقت به حساب می‌آید، اما همین عمل برای کسی که سابقه تکرار جرم سرقت دارد، ممکن است عمل اجرایی محسوب شود و اگر مقنن تهیه طناب را به عنوان عمل مقدماتی تعریف می‌کرد، در خصوص فرد اخیر نیز باید آن را عمل مقدماتی و غیر قابل مجازات می‌دانستیم که چنین نتیجه‌ای بر خلاف عدالت کیفری است. (۷ ص ۵۲۵)

از این رو پرهیز مقنن از بیان تعریف واحد از عمل مقدماتی نه تنها پذیرفتنی است، بلکه درخور تقدیر نیز هست. اما این امتیاز، ضرورت تفکیک میان عمل مقدماتی و عمل اجرایی را از بین نمی‌برد، زیرا قاعده بر این است که عمل مقدماتی به خودی خود جرم نبوده، قابل تعقیب نیست، در حالی که عمل اجرایی جرم محسوب می‌شود و قابل مجازات است.

## ۲ - تفکیک عمل مقدماتی از عمل اجرایی

همان طور که اشاره شد تعیین ضابطه و معیار برای تشخیص عمل مقدماتی از عمل اجرایی ضروری است. زیرا اصولاً مرتکب عمل مقدماتی مسؤولیت کیفری ندارد، در صورتی که مرتکب «عمل اجرایی» تحت یکی از عناوین شروع به جرم، جرم عقیم و محال درخور مجازات است. در عین حال همیشه و در همه‌ی موارد در تفکیک آن دو، با مشکل مواجه نیستیم. گاهی اوقات عمل ارتكابی بدون تردید عمل مقدماتی و یا شروع به اجرا به حساب می‌آید. مثلاً وقتی بزهکار در حالی که دست خود را به قصد سرقت کیف پول به جیب کسی داخل کرده، دستگیر می‌شود، بلاشک مرتکب شروع به اجرای سرقت شده و به این اعتبار نیز مجازات می‌شود، اما اگر همین شخص در حین خرید طناب یا نردبان به قصد استفاده از آنها در عمل سرقت توقیف شود، بدون تردید این اقدام عمل مقدماتی محسوب می‌شود و نمی‌توان ادعا کرد که به طور قطع آنها را در عملیات ربودن مال دیگری به کار خواهد برد. از طرف دیگر، موضوع همیشه به این روشنی نیست و برخی از اعمال مقدماتی قابلیت تفسیرهای متفاوت و گوناگون داشته، اعمالی هستند مبهم و غامض و به صورت مؤکد و دقیق بازگو کننده‌ی نیت مجرمانه نیستند، مثلاً خرید سلاح می‌تواند به انحراف گوناگون تفسیر و تعبیر شود. این عمل ممکن است به قصد ارتكاب قتل کسی یا تهدید وی و یا به منظور دفاع شخصی، صورت بگیرد. تهیه و خرید سم نیز چنین است. گاهی با هدف مسموم ساختن و کشتن انسان دیگری خریداری می‌شود و گاهی ممکن است به منظور مبارزه با حشرات و آفات، مورد معامله قرار بگیرد. به همین اعتبار است که به عنوان یک قاعده، عمل مقدماتی را قابل مجازات نمی‌دانند و مرتکب آن را فاقد مسؤولیت کیفری معرفی و اعلام می‌کنند. (۳، ص ۴۱۱۷؛ ۴، ص ۴۱۱؛ ۵، ص ۳۲۴؛ ۶، ص ۳۴۳)

از آنجا که گوناگونی فعالیت آدمی و فراوانی اشکال و صور آن ارائه‌ی تعریفی از اعمال اجرایی را همانند اعمال مقدماتی غیر ممکن ساخته است، قانونگذاران در عین پرهیز از ارائه‌ی تعریف، وجوه افتراق میان آن دو را نیز در قوانین بیان نکرده‌اند؛ لذا علمای حقوق جزا، براساس گرایش مورد قبول خود، هرکدام معیار خاصی را در تفکیک اعمال دوگانه‌ی مزبور، پذیرفته‌اند. برخی، از تئوری عینی یا موضوعی<sup>۷</sup> و عده‌ای از نظریه‌ی ذهنی یا شخصی<sup>۸</sup> دفاع کرده‌اند که می‌توان با جمع دو نظر، از تئوری تلفیقی دفاع کرد.

۶ . Èquivoque

۷ . Doctrine objective

۸ . Doctrine subjective

## ۲-۱- تئوری موضوعی یا عینی

در این دیدگاه به اراده‌ی مرتکب تا وقتی در قالب یک عمل مجرمانه تحقق نیافته است، اعتنا نمی‌شود و بروجود عمل مادی که به واسطه‌ی مرتکب صورت پذیرفته و ضرری که در نتیجه‌ی آن پدید آمده است؛ تأکید می‌شود. معیارهای چندی که تفاوت چشمگیری با هم ندارند، در تفکیک عمل مقدماتی از عمل اجرایی ارائه و ابراز شده است. برخی از طرفداران این تئوری می‌گویند: «عملی شروع به اجرای جرم به حساب می‌آید که داخل در تعریف قانونی عنصر مادی آن جرم باشد. به عکس، عمل مقدماتی آن است که مقدم بر اجرا صورت گرفته و با قصد تسهیل عمل اجرایی انجام یابد.» (۴، ص ۴۱۳)

برخی دیگر گفته‌اند: «کار مقدماتی وارد در تعریف قانونی جرم شروع شده نیست. در صورتی که شروع به اجرای جرم، به صورت عنصر مشکله یا کیفیت مشدده جزو تعریف قانونی جرم است.» (۵، ص ۳۲۴)

چنانچه در تفکیک عمل مقدماتی از عمل اجرایی، معیاری که در تعاریف مشابه مذکور عنوان شده است، مورد استفاده قرار بگیرد، یک ضابطه‌ی سهل و آسان در اختیار قاضی قرار می‌گیرد؛ زیرا جز مراجعه به نص قانونی مربوط، اقدام دیگری لازم نیست. مثلاً در ماده ۱۹۷ ق. م. ا. سرقت «ربایش پنهان مال دیگری» تعریف شده است. یا از ماده‌ی ۲۰۶ ق. م. ا. چنین فهمیده می‌شود که قتل عمد عبارت از «سلب حیات از دیگری» است. براساس ضابطه‌ی یاد شده، شروع به قتل وقتی محقق می‌شود که مجرم در عمل، به حیات دیگری به قصد سلب آن تعدی و تجاوز کند و شروع به سرقت زمانی مصداق پیدا می‌کند که مرتکب به عمل ربایش مبادرت ورزد. به این ترتیب کلیه‌ی اقدامات و عملیات مقدم بر این مرحله هر چند که به خوبی نیت مجرمانه‌ی مرتکب را بازگو کنند، جزو اعمال مقدماتی محسوب خواهند شد.

ایرادی که به این دیدگاه وارد شده است این که حقوق و منافع متهم را به نحو کامل و افراط‌آمیز مورد حمایت قرار می‌دهد، اما چتر حمایتی خود را به صورت کامل بر روی حقوق و منافع جامعه باز نمی‌کند (۳، ص ۱۱۸؛ ۴، ص

۴۱۳؛ ۵، ص ۳۲۴؛ ۶، ص ۳۴۵)

## ۲-۲- تئوری شخصی یا ذهنی

این تئوری به قصد بزهکارانه‌ی مجرم توجه دارد و برای تجلی خارجی آن (عمل ارتكابی) ارزش و اعتبار زیادی قائل نیست؛ به عبارت دیگر از دیدگاه تئوری موصوف، «عمل اجرایی» آن است که: «اراده‌ی مجرمانه‌ی قطعی و محقق مرتکب» را نشان می‌دهد. (۴، ص ۴۱۴؛ ۵، ص ۳۲۵)

طرفداران این نظریه هر کدام معیار خاصی را برای احراز «قصد مجرمانه» پیشنهاد کرده‌اند. مری وویتو در مقام بیان این که چه عملی می‌تواند شروع به اجرا محسوب شود، گفته‌اند: «عملی که به اندازه‌ای نزدیک جرم است که می‌توان گفت بزهکار باب بازگشت را به روی خود قفل زده و خطرات آن را پذیرفته است». (۶، ص ۳۴۷) یا «عملی که به وسیله‌ی آن مجرم به مرحله‌ی اجرای جرم گام می‌گذارد؛ به نحوی که می‌توان گفت: کشتی‌های پشت سرش را آتش زده و قدم قاطع خود را به طرف جرم برداشته و با این اقدام حقوق دیگری را زیر پا گذاشته است». به تعبیر دیگر: «شروع به اجرا وقتی تحقق می‌یابد که اعمال ارتكابی مرتکب تا حین دستگیر شدنش تصمیم خلل‌ناپذیر او را در ارتكاب جرم به منصفی ثبوت گذارد؛ به عبارت دیگر وقتی فاصله اخلاقی موجود بین عمل بدی که مرتکب شده و هدفی را که در نظر گرفته است به قدری کم باشد که اگر او را آزاد بگذارند، مطمئناً آن فاصله را بپیماید» (۶، ص ۳۴۸؛ ۸، ص ۱۵۶)

روسی<sup>۹</sup> در این زمینه ملاکی را ارائه می‌دهد که به نظر می‌رسد نسبت به معیارهای دیگر پذیرفتنی‌تر باشد، به این بیان که: «مرتکب شروع به جرم ممکن است با خود بگوید: (می‌خواهم ادامه ندهم)<sup>۱۰</sup> و مرتکب اعمال مقدماتی بگوید: (نمی‌خواهم شروع کنم)<sup>۱۱</sup>» (۶، ص ۳۴۷؛ ۸، ص ۱۷۴)

تئوری ذهنی نیز مانند تئوری عینی از انتقاد مصون نمانده است. این که در برخی از معیارها آمده است: «یک گام کوتاه تا جرم باقی نمانده باشد» یا «فاصله‌ی اخلاقی ضعیف وجود داشته باشد»، اصطلاحاتی مبهم هستند که چه بسا حق دفاع متهم را در معرض مخاطره قرار دهند. به علاوه متهم با همان اعمال مقدماتی مانند خرید سم و اسلحه نیز، ممکن است: «پله‌های پشت سرش را خراب کرده باشد» و حال آنکه عمل مقدماتی قابل مجازات نیست. این مشکل باعث ایجاد تئوری دیگری شده است که تلفیقی از تئوریهای عینی و ذهنی است. برخی از علمای حقوق جزا از این تئوری با عنوان «تئوری جدید» یاد کرده‌اند. (۸، ص ۱۷۵)

## ۲-۳- تئوری تلفیقی

۹ . Rossi

۱۰ . Je veax Cesser

۱۱ . Je neveux pas Commencer

به عقیده‌ی پیروان این تئوری و در رأس آنها گارو، نمی‌توان میان جنبه‌های مادی و ذهنی موضوع فاصله انداخت، بلکه باید هم فعل و هم قصد و غرض مرتکب را ملحوظ نظر قرار داد. زیرا فعل ارتكابی و قصد مرتکب دورکن غیر قابل انفکاک از ارکان مجازات به شمار می‌آیند و هر یک در کشف و ایضاح دیگری، نقش ایفا می‌کنند. آنچه در تعیین شروع به جرم به عنوان گام نخستین برای قاضی ضرورت دارد، این است که مشخص کند اولاً مرتکب، قصد ارتکاب چه جرمی داشته است؛ ثانیاً عمل ارتكابی، شروع به اجرای جرم مورد نظر محسوب می‌شود یا خیر؟ (۴ ص ۱۱۴) به بیان دیگر «هرگاه اعمال انجام یافته قابل حمل بر اغراض و مقاصد متعدده باشد، شروع محسوب نمی‌شود. لیکن هرگاه جز انجام جنایت مورد نظر بر مقاصد دیگری قابل انطباق نباشد، چنین عملی شروع به اجرا بوده و قابل تعقیب است». (۸ ص ۱۷۵) به این ترتیب در هر مورد باید محرز شود که قصد مرتکب، ارتکاب چه جرمی بوده است و اینکه آیا مجموعه‌ی اعمال ارتكابی به طور روشن توجه اراده‌ی مجرمانه‌ی مرتکب به سمت و سوی جرم مزبور را نشان می‌دهد یا خیر؟

### ۳- اصل غیر قابل مجازات بودن عمل مقدماتی

همچنان که راجع به مرحله‌ی تصویر جرم و تصمیم بر ارتکاب آن گفتیم، مرحله‌ی تهیه‌ی مقدمات یا اعمال مقدماتی فاقد عنوان مجرمانه است. این موضوع در نظام‌های جزایی اغلب کشورها به عنوان یک قاعده و اصل مورد قبول واقع شده است. (۳، ۴، ۵، ۶) تبصره ۱ ذیل ماده‌ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی نیز از همین قاعده پیروی کرده و عملیات و اقداماتی را که فقط مقدمه‌ی جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته است، شروع به جرم ندانسته و از این حیث غیر قابل مجازات اعلام کرده است. در عین حال اصل یاد شده در مواردی با استثناء مواجه گردیده است؛ بدین معنی که در برخی موارد، قانونگذاران، عمل مقدماتی را جرم و مرتکب آن را شایسته‌ی مجازات معرفی کرده‌اند. گاهی عمل مقدماتی صرف نظر از ارتباط آن با عمل مجرمانه‌ای که مورد نظر مرتکب بوده است، به عنوان یک جرم مستقل، درخور کیفر اعلام می‌شود. علت این امر آن است که برخی از اعمال مقدماتی ذاتاً و یا به اعتبار وضعیت افرادی که آنها را تدارک می‌بینند موجب اخلال در امنیت یا نظم اجتماعی می‌شوند و به لحاظ خطری که جامعه را تهدید می‌کند به عنوان جرم خاص مشمول کیفر قرار می‌گیرند. بعضی از نویسندگان حقوق جزا از این قبیل جرایم با عنوان «جرایم مانع»<sup>۱۲</sup> یاد کرده‌اند که هدف جرم دانستن آنها جلوگیری از وقوع جرایم

<sup>۱۲</sup> . Délits d'obstacles

خطرناک است. (۷. ص ۴۰۳؛ ۸، ص ۱۵۷) مثلاً در ماده‌ی ۶۱۰ ق.م.ا. برای فراهم کردن وسایل ارتکاب جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور، ۲ تا ۵ سال مجازات حبس پیش بینی شده است. همچنین در ماده‌ی ۶۱۱ از همان قانون برای تدارک مقدمات اجرایی اقدام علیه اعراض یا نفوس یا اموال مردم ۶ ماه تا ۳ سال مجازات حبس مقرر گردیده است. از همین قبیل است تغییر دادن حد فاصل املاک موضوع ماده‌ی ۶۹۰ ق.م.ا. و هتک حرمت منازل موضوع ماده‌ی ۶۹۴ از قانون موصوف. در دو ماده‌ی یاد شده تغییر دادن حد فاصل املاک و یا ورود بدون اجازه به منزل غیر، به مثابه‌ی مقدمه برای ارتکاب جرم بعدی تلقی شده است که صرف نظر از ارتباط آنها با جرم مورد نظر (ذی‌المقدمه) به عنوان یک جرم مستقل، قابل مجازات شناخته شده‌اند. تهیه کلید به منظور سرقت نیز از همین موارد است؛ ماده‌ی ۶۶۴ ق.م.ا. در این زمینه مقرر می‌دارد: «هرکس عالمأ، عامداً، برای ارتکاب جرمی اقدام به ساخت کلید یا تغییر آن نماید یا... به حبس از ۳ ماه تا یک سال ... محکوم خواهد شد».

به این ترتیب ملاحظه می‌شود که اعمال مقدماتی ممکن است واجد دو وصف باشند، به خودی خود و با عنایت به خطرناکی شان جرایم خاص محسوب شوند و یا به جهت ارتباطشان با جرایمی که به منظور تسهیل ارتکاب آنها صورت می‌گیرند، عمل مقدماتی به شمار آیند. علی‌ای حال قابل مجازات بودن این اعمال به لحاظ خصیصه‌ی نخستین است، نه به جهت عمل مقدماتی بودن. این روش در قوانین سایر کشورها هم جاری است. از جمله در قانون مجازات مصر ماده ۳۲۴ درباره تهیه کلید برای ارتکاب جرم و ماده ۳۶۹ در هتک حرمت منازل و ماده ۳۶۳ درباره تهیه مواد آتش‌زا از قبیل جرائم مانع‌اند.

#### ۴- اصل غیرقابل مجازات بودن عمل مقدماتی در قانون مجازات اسلامی

مقنن در تبصره ۱ ماده‌ی ۴۱ تصریح کرده است به اینکه: «مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته است، شروع به جرم نبوده و از این حیث قابل مجازات نیست». توجه به عباراتی که در این تبصره به کار رفته است، مبین آن است که:

**اولاً:** مقنن ایران به عنوان یک اصل و قاعده عمل مقدماتی را قابل مجازات نمی‌داند.

**ثانیاً:** ممکن است همین عمل مقدماتی تحت عنوان مستقل دیگری درخور مجازات بوده باشد. قید «از این حیث قابل مجازات نیست» که در آخرین قسمت این تبصره آمده است حامل این مفهوم است.

در عین حال به موجب ماده‌ی ۶۶۴ ق.م.ا. «هرکس عالماً، عامداً برای ارتکاب جرمی اقدام به ساخت کلید یا تغییر آن نماید، یا هر نوع وسیله‌ای برای ارتکاب جرم بسازد یا تهیه کند به حبس از سه ماه تا یک سال و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.» این ماده که در قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۱ سابقه نداشت و در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ - بخش تعزیرات - پیش بینی گردیده، جانشین ماده‌ی ۲۳۲ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ است. ماده‌ی ۲۳۲ مقرر می‌داشت: «هرکس عالماً و عامداً برای ارتکاب جرمی کلیدی نظیر کلید دیگری بسازد یا کلید را تبدیل دهد که به قفل دیگری بخورد یا هر نوع آلتی برای ارتکاب جرم بسازد یا تهیه کند به حبس تأدیبی از دو ماه تا دو سال محکوم خواهد شد.» در قانون مجازات مصر نیز در ماده ۳۲۴ در این زمینه حکم مشابهی دارد: «هرکس کلیدهای تقلیدی بسازد یا در آنها تغییر دهد یا به قصد استفاده در ارتکاب جرمی، ابزار و وسیله‌ای بسازد، به مجازات حبس با اعمال شاقه که بیشتر از دو سال نخواهد بود، محکوم می‌شود و اگر بزهدکار ساختن کلید و قفل‌های تقلیدی را حرفه خود قرار دهد به حبس با اعمال شاقه محکوم خواهد شد.» (۹، ص ۵۷۸)

وقتی احکام تبصره ۱ ذیل ماده‌ی ۴۱ و قسمت اخیر ماده‌ی ۶۶۴ در کنار هم قرار می‌گیرند، در بادی امر به نظر می‌رسد که مقنن جمهوری اسلامی ایران برابر ماده‌ی اخیر قاعده‌ای وضع کرده باشد که با اصل مذکور در بند ۱ ماده ۴۱ ق.م.ا. متغایر است. زیرا در ماده ۶۶۴ «تهیه و ساخت هر نوع وسیله برای ارتکاب جرم» را شایسته‌ی مجازات دانسته است. این شبهه درباره‌ی مقررات جاری قبل از انقلاب اسلامی ایران هم وجود داشت. چه آنکه در ماده‌ی ۲۳۲ ق.م.ع سابق، «ساختن و تهیه‌ی هر نوع آلتی برای ارتکاب جرم» جرم و قابل مجازات معرفی شده بود. لازم به توضیح است که حکم پیش‌بینی شده در صدر ماده‌ی ۶۶۴ ق.م.ا. ناظر به جرم دانستن ساخت کلید، مشکلی ایجاد نمی‌کند. زیرا قبلاً یادآوری کردیم که پاره‌ای از اعمال مقدماتی به لحاظ اینکه ذاتاً خطرناک و مقدمه‌ای برای ارتکاب جرم مهمتری هستند، ممکن است به خودی خود و مستقلاً جرم و قابل مجازات اعلام شوند. درخور کیفر بودن آنها نه از جهت عمل مقدماتی بودن، بلکه به اعتبار جرم خاص بودن آنها است، قابل مجازات بودن ساخت کلید و یا تغییر آن از نوع یاد شده است. سؤال اصلی که در ارتباط با حکم قسمت آخر ماده‌ی ۶۶۴ مطرح می‌شود، این است که آیا این ماده تمامی اعمال مقدماتی را جرم و قابل مجازات معرفی می‌کند و از این حیث آن اعمال با اعمال اجرایی هیچ تفاوتی ندارند؟ در این صورت حکم پیش‌بینی شده در تبصره ۱ ذیل ماده‌ی ۴۱ ق.م.ا. که اصولاً اعمال مقدماتی را غیر قابل تعقیب و مجازات می‌داند چه تکلیفی خواهد داشت؟ آیا مقنن با تصویب ماده

۶۶۴ که موخر بر تبصره ۱ ذیل ماده ۴۱ ق. م. ا. است از موضع قبلی خود مبنی بر: «غیر قابل مجازات دانستن اعمال مقدماتی» عدول کرده است و در حال حاضر عمل مقدماتی را قابل مجازات می داند؟

می دانیم که در غیر قابل مجازات بودن اعمال مقدماتی، به عکس اعمال اجرایی، از طرف صاحب نظران حقوق کیفری دلایل و توجیهات قابل قبول و درخور اعتنا ارائه و ابراز گردیده است که اگر ماده‌ی ۶۶۴ در این قسمت با تبصره‌ی ۱ ذیل ماده‌ی ۴۱ معارض باشد، ناجار باید از همه‌ی آنها دست برداشت. از جمله اینکه؛ اعمال مقدماتی مبهم و غامض و درخور تفسیر و تعبیرهای گوناگون‌اند؛ مانند خرید سلاح یا ماده‌ی سمی که ممکن است به قصد ارتکاب قتل یا به منظور استفاده‌ی مشروع و قانونی خریداری شده باشند. به همین اعتبار هم نمی توان به وضوح از عمل مقدماتی، نیت و قصد مجرمانه‌ی مرتکب را به دست آورد. به علاوه از عمل مقدماتی هیچ ضرری پدید نمی‌آید، مگر زمانی که فاعل بر قصد خود استوار مانده و آن را به منصفه ظهور برساند. همچنین سیاست جنایی منطقی و منطبق با واقعیات اجتماعی و نیازهای جامعه امروز نیز اقتضا می‌کند که عمل مقدماتی غیر قابل تعقیب فرض شود؛ زیرا فاصله اعمال مقدماتی جرم با ارتکاب جرم تام بسیار زیاد است و احتمال پشیمانی مرتکب و انصراف از ارتکاب جرم بعید به نظر نمی‌رسد. فی الواقع عدم مجازات و تعقیب مرتکب در این مرحله، موجب تشویق وی به انصراف از ادامه‌ی قصد خود و در نهایت حفظ حقوق جامعه می‌گردد و اگر مرتکب بداند که به اعتبار تهیه مقدمات جرم نیز کیفر خواهد دید، ترجیح می‌دهد، جرم مورد نظر خود را انجام دهد تا حداقل از لذات و منافع احتمالی آن محروم نگردد. (۳، ص ۱۱۶؛ ۴، ص ۴۱۱؛ ۵، ص ۳۲۰؛ ۶، ص ۳۴۳؛ ۸، ص ۱۷۲)

آیا علی رغم این همه مبانی قابل قبول در غیر قابل مجازات بودن اعمال مقدماتی، می توان پذیرفت که برابر ماده ۶۶۴ ق. م. ا، مقنن از موضع قبلی خود عدول کرده است؟ آیا فی الواقع ماده‌ی یاد شده با تبصره‌ی ۱ ذیل ماده‌ی ۴۱ در تعارض و تهافت است؟ و اگر چنین است، راه حل چیست؟

در صورتی که تعارض را مفروض بدانیم، یک راه حل این است که بگوییم: حکم پیش بینی شده در تبصره‌ی یک ذیل ماده‌ی ۴۱ به عنوان یک قاعده‌ی کلی به اعتبار خود باقی است و ماده‌ی ۶۶۴ (از آنجا که زیر عنوان فصل بیست و یک قانون مجازات اسلامی - تعزیرات - که ناظر به احکام سرقت و ربودن مال غیر است، قرار گرفته) درباره‌ی جرم سرقت قاعده‌ی ویژه‌ای وضع کرده است که منحصر به همین مورد است و در موارد دیگر کاربرد ندارد. به عبارت دیگر، برابر این ماده، تدارک و تهیه‌ی هر نوع وسیله برای ارتکاب جرم «سرقت»، عیناً مانند شروع

به عملیات اجرایی آن درخور تعقیب و قابل مجازات است و فقط مقنن در خصوص این بزه از موضع قبلی خود عدول کرده است و خطرات ناشی از جرم سرقت و اضطراب و آشفتگی اجتماعی که در پی وقوع آن ایجاد می‌شود، او را وادار کرده است تا اعمال مقدماتی این جرم را نیز درخور کیفر معرفی کند؛ اما درباره‌ی جرایم دیگر به حکم قاعده‌ی مذکور در تبصره ۱ ذیل ماده‌ی ۴۱، چنانکه اعمال ارتكابی، عمل مقدماتی به شمار آیند، مرتکب قابل تعقیب نبوده، مسؤولیت کیفری نخواهد داشت.

اما به نظر می‌رسد که اصولاً میان احکام این تبصره و ماده‌ی ۶۶۴ ق.م.ا، تغایر و تهافت وجود نداشته باشد؛ زیرا بعید است که مقنن ضمن یک مجموعه‌ی قانونی در خصوص موضوعی واحد، احکامی وضع و پیش‌بینی کند که با همدیگر در تعارض باشند و در فرض وجود چنین احتمالی باید آن احکام به گونه‌ای تفسیر شوند که تعارض احتمالی از میان برود و از احکام ظاهراً متعارض، استنباط واحد و یکسان به عمل آید.

این تعارض ظاهری با توجه به عبارات و کلمات به کار رفته در دو ماده‌ی قانونی، منتفی است. در تبصره ۱ ذیل ماده ۴۱ آمده است: «... و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه‌ی جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشند شروع به جرم نبوده و از این حیث قابل مجازات نیستند». و در ماده‌ی ۶۶۴ آمده است: «... یا هر نوع وسیله‌ای برای ارتکاب جرم بسازد، یا تهیه کند، به حبس از سه ماه تا یک سال و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد». از منطوق تبصره‌ی ذیل ماده‌ی ۴۱ بر می‌آید که از میان اعمال مقدماتی، آنهایی که «منحصراً مقدمه‌ی جرم به حساب آمده و با وقوع جرم ارتباط مستقیم نداشته باشند»، از این حیث قابل مجازات نیستند. این ماده قطعاً دارای مفهوم مخالف است؛ به این شرح که «اگر اعمال مقدماتی با وقوع جرم ارتباط مستقیم داشته باشند، شروع به جرم محسوب و به این اعتبار قابل مجازات خواهند بود.» این ماده‌ی ویژگی «ارتباط مستقیم با وقوع جرم داشتن» عمل مقدماتی را به عنوان یک ملاک و معیار در اختیار ما قرار می‌دهد تا به کمک آن قابل مجازات بودن عمل مقدماتی و یا عدم آن را تشخیص دهیم: چنانکه آن عمل با جرم مورد نظر ارتباط مستقیم داشته باشد، قابل مجازات است والا از این حیث و به این اعتبار غیر قابل مجازات خواهد بود. به این ترتیب شاید بتوان ادعا کرد که مقنن جمهوری اسلامی در متابعت از قانون مجازات عمومی اصلاحی سال ۱۳۵۲ در این مورد خواسته یا ناخواسته از فرضیه و تئوری ذهنی یا حداقل تئوری بینابین و یا تلفیقی سود جسته است. (۸، ص ۱۸۱)

ویژگی مورد بحث: «ارتباط مستقیم عمل مقدماتی با وقوع جرم» با عبارت «برای ارتکاب جرم» حاکمی از آن است که تهیه یا ساخت وسیله که جزو اعمال مقدماتی محسوب می‌شود، اگر با جرم مورد نظر ارتباط مستقیم داشته باشد مشمول حکم این ماده قرار خواهد گرفت و الا از دایره مجازات بیرون خواهد ماند. به عبارت دیگر قید «برای ارتکاب جرم» در ماده مزبور تفهیم می‌کند که عمل مقدماتی موضوع این ماده، دیگر آن خصیصه‌ی غموض و پیچیدگی را ندارد؛ تفسیر و تعبیر دیگری رانمی‌پذیرد و با جرم مورد نظر ارتباط وثیق و مستقیم دارد و برای ارتکاب آن تدارک دیده شده است.

به این ترتیب ملاحظه می‌شود که هیچ‌گونه تعارضی میان احکام مواد مزبور وجود ندارد و مقنن فعلی ایران مانند گذشته و بسان اغلب قانونگذاران کیفری دنیا، عمل مقدماتی جرم را اصولاً غیر قابل مجازات می‌داند.

## ۵- نتیجه‌گیری

قانونگذار ایران مانند بسیاری از قانونگذاران دنیا عمل مقدماتی را تعریف نکرده و وجود افتراق اعمال مقدماتی از اعمال اجرایی را بازگو ننموده است. این اقدام نه تنها قابل ملامت نیست، بلکه به لحاظ مشکلات ناشی از وجود تعریف قانونی درخور تقدیر نیز هست.

سکوت تحسین برانگیز مقنن در این باره به معنای آن نیست که موضع او درباره‌ی قابل مجازات بودن اعمال مقدماتی یا عدم آن در هاله ابهام فرو رفته باشد، بلکه به عنوان یک اصل و قاعده‌ی کلی آن اعمال را به جز در موارد استثنایی غیر قابل مجازات می‌داند و تبصره یک ذیل ماده ۴۱ ق.م.ا، در مقام بیان این اصل مقرر می‌دارد: «مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه‌ی جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد شروع به جرم نبوده و از این حیث قابل مجازات نیست». همچنین قسمت اخیر ماده‌ی ۶۶۴ ق.م.ا، نه تنها با تبصره مزبور معارض نیست، بلکه فی الواقع تکرار دوباره‌ی اصل یاد شده است. برابر این ماده تدارک و ساخت هر نوع وسیله برای ارتکاب جرم، زمانی عنوان مجرمانه خواهد داشت که با جرم ارتباط مستقیم داشته باشد.

از آنجا که برای تشخیص «ارتباط مستقیم عمل مقدماتی با جرم مورد نظر» آنگونه که در تبصره‌ی ذیل ماده ۴۱ ق.م.ا، پیش‌بینی شده است، و یا «تدارک عمل مقدماتی برای جرم» آنگونه که در ماده ۶۶۴ آمده است ضابطه عینی و مادی وجود ندارد و قاعده و معیار مشخصی نمی‌توان ارائه نمود، این امر فقط با معیار نفسانی و درونی مجرم قابل

دسترسی است. وضعیت نفسانی و قصد مجرمانه نیز یا از اقرار مرتکب به دست می‌آید و یا اوضاع و احوال حاکم بر قضیه به گونه ای است که این استنباط را سهل و آسان می‌سازد.

### فهرست منابع

۱. Pradel, Jean, et André Varinard; Les grands arrêts de droit criminel, tom I, .

2<sup>e</sup> edition, Paris, Dalloz, ۱۹۹۷.

۲. الزغبی، فرید، الموسوعه الجزائیه، ج ۲، دارصادر للطباعه و النشر، بیروت، ۱۹۹۵.
۳. علی آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، ج ۱، انتشارات فردوسی، ۱۳۵۳.
۴. عبدالملک، جندی، الموسوعه الجنائیه، داراحیاء التراث العربی. ج ۴، بیروت، بی تا.
۵. لواسور، استفانی، بلوک، حقوق جزای عمومی، ترجمه حسن دادبان، ج ۱، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷.
۶. نجیب حسنی، محمود، شرح القانون العقوبات اللبانی، القسم العام، ج ۱، دارالنهضة العربیه، ۱۹۸۴.
۷. عوجی، مصطفی، القانون الجنائی العام، ج ۱، مؤسسه نوفل، بیروت، ۱۹۸۸.
۸. محسنی، مرتضی. حقوق جزای عمومی، ج ۲، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۵.
۹. حصری. احمد، السیاسه الجزائیه. ج ۱، دارالجبل، بیروت، ۱۹۹۳.