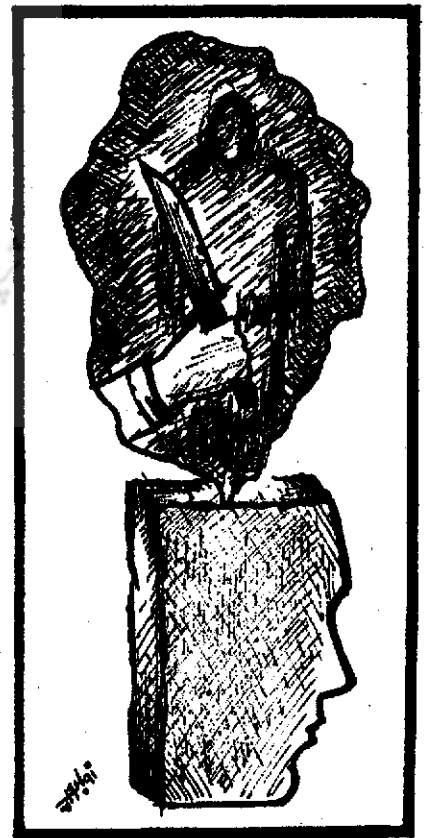


تحلیل ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی

دکتر محمدجعفر حبیب زاده (دانشیار
دانشگاه تربیت مدرس) (قسمت پایانی)



مورد نظر در لیوان خمر است آن را می‌نوشد، در حالی که مشخص می‌شود مایع مورد نظر آب بوده است. لذا تصور او منجر به مفسده نمی‌شود تا به خاطر آن مجازات شود. اما در مقام اثبات اگر عقل، حکم به قبح فعل متجری کند، با توجه به قاعده ملازمه، حرمت شرعی کشف می‌شود. لذا محل اختلاف، این بحث است که آیا از نظر عقلی متجری مانند عاصی، مستحق عقاب است یا نه؟ این بحث کلامی است؛ اما از این لحاظ که آیا نفس تجری حرام است یا نه، خواه دلیل آن اجماع باشد یا غیر آن، یک مسأله فقهی است. خلاصه نظر شیخ در "فرائد الاصول" این است که "تجری" یعنی جرئت پیدا کردن و بی‌مبالاتی نسبت به دستورات شارع که در همه اقسام آن متجری در اراده ارتکاب گناه، بی‌مبالاتی کرده و نسبت به احکام خداوند بی‌اعتنا بوده و آنها را بی‌اهمیت دانسته است، از این بابت قابل نکوهش است؛ زیرا تجری از خسوی شریر و بدسرشتی او حکایت می‌کند ولی مستحق کیفر نیست. ایشان یکی از موافقان حرمت تجری را محقق سبزواری معرفی می‌کند و برای توجیه نظر موافقان حرمت تجری که بنا و سیره عقلا را مبنای حرمت می‌دانند، مثالی می‌زند که اگر دو نفر را فرض کنیم که یکی از آنها به خمر بودن مایع معین قطع دارد و دیگری به خمر بودن مایع دیگر، و هر دو مرتکب شرب شوند و مایعی که معتقد به خمر بودنش هستند، بنوشند و اتفاقاً در واقع امر، یکی از آنها شراب باشد و دیگری نباشد؛ چهار حالت متصور است:

۱. هر دو مستحق عقاب هستند.
۲. هر دو مستحق عقاب نیستند.

۳. تجری در فقه اسلامی

"تجری" در لغت، اسم از عصیان و به معنای "جسارت کردن، با تهور کاری را انجام دادن، بی‌شرمی، دریدگی و بی‌پروایی است" (۱) و در اصطلاح، مخالفت با حجت است، وقتی با واقع مصادف نگردد و از این لحاظ با عصیان، مابین است، در حالی که عصیان مخالفت با حجت است وقتی با واقع مصادف گردد (۲ و ۳). تجری نیز مانند عصیان اختصاص به فعل مثبت نداشته، ترک فعل را هم شامل می‌شود. لذا اگر مکلف قطع به وجوب یا حرمت پیدا کند و با آن مخالفت ورزد و واقعاً هم تکلیفی وجود داشته باشد، عاصی و گناهکار است؛ اما اگر قطع به تکلیف داشته باشد و با آن مخالفت کند، لکن در واقع تکلیفی وجود نداشته باشد، متجری است (۴). بر این اساس، "تجری" آن است که مرتکب نسبت به تمرد و عصیان از دستورات شارع جرئت پیدا کند، در حالی که در عمل، مخالفتی حاصل نشود. متجری خیال می‌کند عملی را که انجام می‌دهد یا فعلی را که ترک می‌کند، گناه است و با همان تصور، انجام دادن فعل یا ترک فعل مورد نظر را قصد می‌کند، لکن پس از آن معلوم می‌شود آنچه انجام داده یا ترک کرده، مباح بوده است؛ در حالی که در عصیان فعل یا ترک فعل انجام شده واقعاً گناه بوده و مرتکب بر انجام دادن یا ترک آن قاصد بوده است و بر فعل یا ترک فعل او مفسده مترتب می‌شود. مجازات عاصی به خاطر مفسده مترتب بر عدم اجرای تکلیف است، در حالی که از نظر ثبوتی تجری موجب مفسده نمی‌شود. برای مثال متجری به تصور آنکه مایع



قصه‌های حضرت علی علیه السلام

دقت:

۱- قدامه بن مظعون شراب نوشید، عمر خواست او را حد بزند.

قدامه گفت: حد من رو نیست، چون خداوند می فرماید: لیس علی للذین آمنوا و عملوا الصالحات جناح "فیما ینصرفون" کسانی که ایمان آورده‌اند کنار سبک، سجا می آورند، هر چه می خواهند می توانند بخورند، عمر هم حد را از او برداشت.

این خبر به گوش علی علیه السلام رسید، نزد عمر آمد و گفت: چرا اقامه حد نمی کنی؟

عمر گفت: قدامه این آیه را خواند، علی علیه السلام گفت: قدامه و امثالش مشمول این آیه نیستند، چون کسانی که به خدا ایمان داشته و کردارشان پسندیده است، هیچ جرمی را جلال نمی شمارند، اکنون قدامه را برگردان و از آن گفته او را توبه بپذیر، اگر توبه کرد حد من او جاری کن و اگر توبه نکرد او را بکش چون بائین گفته از سنت اسلام خارج شده است.

نبوده و فقط به اعتقاد فاعل مبعوض مولی است. لذا بحث این نیست که فعل مصادر از باطن خبیث متجری و سریره شقی او حکایت می کند، بلکه مورد بحث این است که آیا نفس این اعتقاد باعث می شود که فعل مبعوض مولی واقع شود؟ از نظر ایشان، قبیح فاعلی متجری مورد قبول است، ولی این امر برای آنکه فعل صادر از او را حرام شرعی بدانیم، کافی نیست؛ زیرا استحقاق او نسبت به مذمت، بلکه وقوع ملامت و سرزنش از جانب عقلا، به دلیل شقاوت و سوء سریره اوست که فعل صادر از او کاشف از آن است، لیکن این امر باعث نمی شود که فعل او مستحق عقاب و عتاب گردد. لذا حکم عقل به استحقاق مذمت، زمانی با استحقاق عقاب تلازم دارد که به فعل تعلق گیرد، نه به فاعل (۴). شهید اول در "قواعد" معتقد است که گناه دانستن عمل متجری محل اشکال است، زیرا قصد او مصادف با گناه نشده و جز نیت گناه چیز دیگری در کار نبوده که آن هم بخشیده شده است (۵). مرحوم بجنوردی نیز معتقد است که تجری حرام نیست و از راه اجماع هم نمی توان به حرمت آن رسید، زیرا مسأله خلافی است و اجماع وجود ندارد. ایشان فقط در دو مورد تجری را حرام دانسته اند: اول، کسی که ظن داشته باشد که سفرش خطر دارد و بی احتیاطی کند و سفر کند که این سفر، سفر معصیت است و باید نمازش را کماصل بخواند، ولو پس از مسافرت معلوم شود خطری در بین نبوده است. دوم، کسی که فکر می کند وقت نماز تنگ است و بی احتیاطی می کند و و نماز را نمی خواند، بعد معلوم می شود که وقت داشته است. ایشان پس از نقل دو مورد بالا

۳. آنکه قطعش بسا واقع مطابق شده است، عقاب دارد.
 ۴. آنکه قطعش مطابق واقع نشده است، عقاب دارد.
 احتمال دوم و چهارم صحیح نیست و احتمال سوم هم باطل؛ زیرا طبق آن باید استحقاق عقاب را به امری که خارج از اختیار شارب است، منوط کرده باشیم و این نظر با قواعدی که مقتضی عدل است منافات دارد، لذا قول اول متعین است. شیخ بهرغم مثال بالا، ادله قائلان به حرمت تجری را قابل خدشه می داند و معتقد است که در این مورد، امکان تحقق اجماع محصل نیست و چون مسأله مورد بحث عقلی است که جای تمسک به آن نیست، بویژه به این علت که بسیاری از علما از جمله علامه در "نهایه" و شهید اول در "قواعد" با آن مخالفت کرده اند. اجماع منقول نیز در اینجا حجیت ندارد و معلوم نیست بنای عقلا هم آن را تأیید کند و چنین سیره ای وجود داشته باشد و به فرض وجود، متجری به لحاظ عقلی قابل مذمت و عتاب است؛ زیرا فعل او کاشف از وجود صفت شقاوت در اوست و عقلا او را نه به خاطر فعل ارتكابی، که به خاطر صفت زشت او ملامت می کنند. لذا قبیح تجری از باب خبیث فاعل و شقی بودن اوست که به واسطه فعلش کشف می گردد و از باب قبیح فاعلی است و نفس فعل صادر از او مبعوض مولی و حرام شرعی نیست و اگر وی را مذمت و تقیح می کنند، به خاطر آنست که بر عصیان کردن جرئت نشان داده و قصد و عزم آن را کرده و خود را در سلک متمردان و سرکشان قرار داده است. فعلی که از متجری صادر شده در واقع منتهی عنه

می‌گوید: «اولی حکم عقل است که کسی از راه مظنون‌الخطر عبور کند عملش قبیح است و از باب قاعده ملازمه این سفر واقعاً هم حرام است، لذا ارتباطی به تجری ندارد. خوف ضیق وقت در نماز هم همین طور. در چنین حالتی تأخیر از آن وقت حرام می‌شد و تجری نیست. اینکه عقل می‌گوید هتک حرمت مولی به هر صورت - چه تجری و چه عصیان - حرام است و یک مناط دارد، مورد قبول نیست و وحدت مناط وجود ندارد. در عصیان عدم اعتنا به نهی موجود مولی است که مخالفت صدق می‌کند؛ در حالی که در تجری مخالفت صدق نمی‌کند، چون خیال می‌کند نهی است و حال آنکه در واقع نهی وجود ندارد» (۲ و ۳).

امام خمینی رحمته الله علیه در مسأله‌ای می‌گوید: «اگر دزد یا محاربی قصد تجاوز به شخصی را داشته باشد و شخص مذکور بر خلاف دزد یا محارب (بدون اطلاع او) به قصد دیگری غیر از دفاع به او حمله کند، ظاهر عدم ضمان است؛ هر چند او را بکشد، البته در چنین حالتی فاعل جرم، متجری است» (۶). ایشان به‌رغم قائل شدن به قبح فاعلی برای متجری، حرمتی برای فعل او قائل نیست (۷). به‌رغم نظرهای فوق بعضی از فقها قائل به حرمت تجری هستند. از جمله مرحوم نائینی معتقد است بعضی تصور کرده‌اند محل بحث در تجری فقط موردی است که مخالف قطعی با واقع صورت گرفته باشد، بدون اینکه با آن واقع مفروض اثبات شود و لذا این امر در مورد طرق شرعی جریان پیدا نمی‌کند؛ زیرا اشکال و شکی در تعلق عقاب بر مخالفت بر این طریق و احکام ظاهری وجود ندارد ولو به

واقع اصابت نکند. این توهم از آن جانشی شده که گفته‌اند مخالفت با این طریق، مخالفت با احکام ظاهری مجعول مولی است و لذا بناچار بر آن عقاب مترتب

امسام خمینی رحمته الله علیه در مسأله‌ای می‌گوید: «اگر دزد یا محاربی قصد تجاوز به شخصی را داشته باشد و شخص مذکور بر خلاف دزد یا محارب (بدون اطلاع او) به قصد دیگری غیر از دفاع به او حمله کند، ظاهر عدم ضمان است؛ هر چند او را بکشد، البته در چنین حالتی فاعل جرم، متجری است»

می‌شود و اگر مخالفت با حکم واقعی صورت گیرد، در صورتی که به واقع اصابت نکند، مخالفتی با حکم واقعی و ظاهری نشده است. از نظر ایشان مخالفت با طریق وجدانی مانند مخالفت با طریق جعلی است، لذا محل نزاع اعم از مخالفت با قطع و یقین وجدانی و مخالفت با امارات و

مرحوم آخوند خراسانی معتقد است مقدمه حرام و مکروه هرگز به حرمت و کراهت مستصحب نمی‌شود؛ زیرا برخی از این مقدمات به نحوی است که با احضار آنها بناچار هم مکلف می‌تواند حرام و مکروه را اجرا نکند

اصول عملیه، حتی اصالة الاحتیاط (به‌عنوان یکی از طرق شرعی) است (۸). این نظر با وارد کردن طرق شرعی در محدوده تجری، آن را مخالفت با طرق وجدانی و جعلی دانسته است و تجری را

مخالفت با حجج شرعی اعم از قطع، ظن و شک می‌داند. در مورد قطع و علم که واضح است و در مورد ظن نیز که نزدیک به علم است، می‌توان گفت چون برخی از ظنون معتبر هستند، مخالفت با آنها تجری به حساب می‌آید. در خصوص شک نیز به این دلیل که در این حالت طرق شرعی مانند اصول عملیه جاری می‌شود، مخالفت با آنها تجری خواهد بود. بعضی از فقها نیز انجام دادن بعضی از مقدمات جرایم مستلزم حد را از باب تجری حرام دانسته‌اند (۹). اما باید توجه داشت که بعضی از مقدمات حرام مانند خلوت کردن با زن اجنبی برای ارتکاب زنا و داخل شدن در منزل غیر برای سرقت اموال او فی نفسه گناه قابل تعزیز هستند. اگر کسی بدون اجازه وارد منزل دیگری شود ولو مرتکب سرقت نشود یا خمر خرید و فروش کند ولو آن را ننوشد، مرتکب عمل ممنوعی شده که به اتفاق فقها مستوجب مجازات است (۱۰).

از آنچه تاکنون گفتیم نتیجه می‌شود که تجری قصد مخالفت با امر مولی در مواردی است که نفس این قصد و انجام دادن اعمالی که بر آن مبتنی است، موجب مفسده‌ای نمی‌شود و دارای اثر بد اجتماعی نیست و به این لحاظ فقها غالباً قائل به حرمت آن نشده‌اند. به نظر ما بحث تجری با بحث شروع به جرم قابل تطبیق نیست و نمی‌توان حکم تجری - هر چه باشد - را به شروع به جرم سرایت داد؛ زیرا در مرحله شروع به جرم مرتکب علاوه بر قصد عصیان، وارد اجرای عملیات اجرایی جرم نیز می‌شود؛ به نحوی که اگر عامل خارجی دخالت نکند، گناه واقع می‌شود و

قائل به حرمت نیست؛ زیرا ملاک ذوالمقدمه توقف امتثال بر مقدمه است و فرض بر این است که ترک حرام متوقف بر آن نیست (۱۲).

برای هر یک از حالات فوق می توان مثالی زد. حالت اول، وقتی است که مکلف می داند اگر به محل خاصی وارد شود، قهراً به ارتکاب گناه مضطر می شود، به نحوی که قادر به تخلف از آن نیست. حالت دوم،

نمی کند، مقدمه حرام نیز حرام نیست. حتی اگر قائل به وجوب مقدمه واجب باشیم دلیلی وجود ندارد که در حرام، حرمت مقدمه را غیري بدانیم؛ زیرا اجتناب از حرام متوقف بر ترک مقدمه نیست و مکلف پس از انجام دادن مقدمه قادر به ترک حرام است و این بر خلاف مقدمه واجب است که مکلف با ترک مقدمه قادر به انجام دادن واجب نیست. در مورد



وقتی است که مکلف با قصد و اراده برای انجام دادن گناه وارد محلی می شود که می داند محل انجام دادن گناه است و آن را هم انجام می دهد. و حالت سوم، وقتی است که مکلف با علم وارد محل گناه می شود، ولی نه به قصد انجام دادن گناه و گناه را هم انجام نمی دهد. مرحوم خوئی با نقل نظر استاد خود آن را بررسی می کند که خلاصه نظر ایشان به این شرح است: «تحریم مقدمه حرام، به دلیل وحدت ملاک، از قول به وجوب مقدمه واجب تبعیت می کند. در مقدمه واجب، امتثال واجب بر انجام یافتن مقدمه است و در مقدمه حرام، ترک حرام بر ترک مقدمه متوقف است. چون در مقدمه واجب وجوب ذوالمقدمه به مقدمه سرایت

حرمت نفسی آن از باب تجری نیز در جای خود ثابت کردیم که تجری حرام نیست. اگر چه متجری از باب قبح فاعلی، مستحق عقاب است و شرعاً بین استحقاق عقوبت متجری و حرمت تجری، ملازمه نیست. از بعضی از روایات برمی آید که این حرمت از باب نیت حرام است که در بحث تجری اشاره کردیم (۱۲). صاحب اصول مظفر نیز مقدمه واجب را از باب حکم عقل واجب می داند، نه از باب حکم شرع و معتقد است چون شارع می داند که عقل مکلف را به انجام دادن مأموریه مکلف کرده است؛ اگر دوباره بخواهد آن را واجب کند - چه نفسی و چه غیري - تحصیل حاصل و محال است و لذا وجوب شرعی مقدمه علاوه بر وجوب عقلی آن، بیهوده و

عبث است (۱۳).

مرحوم آخوند خراسانی معتقد است مقدمه حرام و مکروه هرگز به حرمت و کراهت متصف نمی شود؛ زیرا برخی از این مقدمات به نحوی است که با اجرای آنها باز هم مکلف می تواند حرام و مکروه را اجرا نکند. لذا برای چنین مقدمه ای هرگز در حصول آنچه ترک حرام یا مکروه مطلوب است دخالت و اثری نیست. از این رو از طلب ترک حرام و مکروه نسبت به مقدمه این دو، طلب ترک هیچ فعلی مترشح نمی شود. اما در صورتی که با انجام دادن مقدمه شخص از ترک حرام و مکروه متمکن نگردد و الزاماً آنها را انجام دهد باید ترک مقدمه مزبور مطلوب باشد و از طلب ترک آن دو، طلب ترک خصوص این دو مترشح گردد. لذا از نظر ایشان فقط مقدمه حرام در حالت مقدمه موصوله حرام است (۱۴).

امام خمینی علیه السلام معتقد است که عدم تلازم بین مقدمه واجب و واجب، در مقدمه حرام و حرام جاری است و حتی در مقدمات موصوله هم اراده انسان وجود دارد و می تواند مؤثر باشد و از تحقق حرام جلوگیری کنند. به نظر ایشان حتی در صورت قائل شدن به وجود تلازم، جمیع مقدمات، حرام نیستند بلکه فقط مقدمه ای حرام است که جزء اخیر علت تامه باشد (۱۵). آیه الله شهید مصطفی خمینی نیز هیچ گونه حرمتی، نه نفسی نه غیري برای مقدمات حرام قائل نیست (۱۶). به نظر می رسد در امور محرم، حکم عقل اکتفا به قدر متیقن است و لذا فقط عمل حرام را حرام می داند. شارع، انجام دادن عمل مبغوض را نهی کرده است

و اگر مقدمات آن را هم حرام می دانست باید بیان می کرد. با توجه به منع قیاس به ویژه در امور کیفری و قاعده "دره"، اصل بر اباحه اعمال مقدماتی است، مگر در مواردی که شارع به طور صریح حرمت امری را اعلام کرده باشد، مانند تعاون بر اثم (ولا تعاونوا علی الاثم والعدوان).

در مقابل نظرهای فوق، مرحوم "نراقی" معتقد است نه فقط وقتی ارتکاب مقدمه الزاماً باعث رسیدن به حرام می شود، حرام است، بلکه اگر مقدمه حرام به انجام دادن حرام هم منتهی نشود، فعل مقدماتی حرام است. برای مثال اگر کسی برای کشتن

هرگاه رابطه دو چیز به نحوی باشد که وجود یکی از آنها مستلزم بر دیگری باشد، حقوق را ذوات مقدماته و دیگری را مقدماته می گویند.

دیگری قصد سفر کند و عامل خارجی از رسیدن او به محل مورد نظر مانع شود، نفس این مقدار مسافرت، حرام و مرتکب مستحق مجازات است. این نظر در صورتی که تقویت شود با بحث شروع به جرم قابل مقایسه است.

علمای اهل سنت در بحث سد ذرایع گفته اند: اگر کارهای مباح و جایز، مقدمه و وسیله انجام دادن حرام گردند، حرام می شوند؛ زیرا انجام دادن آن مقدمات در ارتکاب عمل حرام مؤثر است. بر این اساس، مقدمات هر عمل ممنوعی، حرام و ممنوع است. مستند این قول آیه ۱۰۸ سوره "انعام" است که می فرماید: ای مؤمنان بر آنان که غیر خدا را می خوانند،

دشنام ندهید. بنیاد آنها از روی دشمنی خدا را دشنام دهنده. فقهای عامه معتقدند هر جا نصی درباره حرمت مقدمه وجود داشته باشد، از این قاعده پیروی می کند و حرمت مورد نظر نفسی است نه غیری و از باب حرمت ذوات مقدمه. با توجه به اینکه اصل بر اباحه اعمال است، اگر نظر مذکور صحیح باشد، باعث قانونگذاری بی حد و حصر می شود و بسیاری از اعمال مباح حرام می گردد. لذا شورای نگهبان قانون اساسی در اعلام نظر راجع به قانون تعزیرات سال ۱۳۶۲، در عدم تأیید ماده ۸۹ گفته است: «ماده ۸۹ نیز نظریه اینک مقدمات جرم مثل مقدمات اخفا و امحا اگر خود جرم به آنها حاصل نشود تعزیر ندارد تأیید نگردید».

نیز در مورد ماده ۱۰۹، همان قانون اظهار نظر کرده است: ماده ۱۰۹ مجمل است. اگر جمله شروع به سرقت، مقدماتی را که فی نفسها مباح است شامل شود مغایر با موازین شرع است و اگر مقصود مقدماتی است که فی حد نفسها حرام است، مثل بالا رفتن از دیوار خانه غیر یا داخل شدن در خانه غیر، عبارت را به نحوی که ظاهر در معنای دوم باشد، اصلاح فرمایند» (۱۷) به نظر ما این ایراد به نظر شورای نگهبان وارد است که اصولاً شروع به جرم یک مفهوم و پدیده حقوقی مستقل است که با عنوان مقدمه حرام قابل مقایسه نیست. آنچه در بحث مقدمه حرام مطرح است، صرف عدم تحقق حرام است و همان طور که مرحوم نائینی تقسیم بندی کرده بود، موضوع دخالت عامل خارجی در آن مطرح نیست. به علاوه حرمت مقدمه حرام مورد اتفاق فقها نیست، بلکه در مورد عدم حرمت آن می توان ادعای قول قویتر را

می ساختند. و تو این کار را می کردی. ولی آنان با تو مخالفت می ورزیدند و بیابانهای بی آب و علف را در پیش می گرفتند چه می کردی؟

آنها را رها کرده راه صحیح را دنبال می کردم.

پس عست خویش را دراز کن و بنا من بعت نهاد کلیتاً می گوید، به خدا پس از این استدلال دیگر نزنیم با او مخالفت بورزم.

آدمی آنجه به ریانش بود علیه دشمن به کار می برد علی علیه السلام گفت: تو آن کس را می بینی که به خود سیره می زند تا کسی را که بر پشت داشت بکشد.

حریم:

۱- علی علیه السلام فرموده: اگر اختلافی در فاصله میان دو چاه کم آب پیش آمد، حریم هر یک از آنها چهل ذراع است و دیگری نمی تواند در مسافتی کمتر از چهل ذراع چاه بزند و حریم چاه بر آن شخص ذراع و مسافت پنجمه آب تا چشمه دیگر باشد ذراع است و حریم راه هفت ذراع است.

شرط بندی:

۱- مردی را گوسفندی بود و با عده ای همسواران شده با آنها گرو بست که اگر گوسفند را خورند، گوسفند مال آنان باشد و الا باید فلان مقدار بپردازد علی علیه السلام از شرط بندی ایشان آگاه شد و گفت: شرط بندی در خوراک باطل است.



مطرح کرد. لذا ماده (۴۱) ق.ا. با بحث مقدمه حرام نیز قابل توجیه نیست.

نتیجه گیری:

شروع به جرم به عنوان یک پدیده حقوقی دارای شرایط و ارکانی است که در دکتربین و رویه قضائی پذیرفته شده است و آن مرحله‌ای از عملیات اجرایی جرم است که به دلیل دخالت عامل خارجی، جرم به نتیجه مورد نظر نمی‌رسد. همین میزان از عملیات اجرایی جرم که حاکی از حالت خطرناک مرتکب آن است، غالباً موجب مفسده اجتماعی می‌گردد و با توجه به اینکه یکی از علل تعزیر، ارتکاب اعمال مفسده‌آور است، حکومت اسلامی می‌تواند آن را جرم و قابل مجازات اعلام کند؛ زیرا حکومت اسلامی مکلف به تأمین نظم و امنیت اجتماعی و حفظ جان، مال و ناموس شهروندان است و برای رسیدن به این هدف مقدس اجازه دارد اعمالی را که مصداق شروع به جرم هستند مجازات کند و به این علت برای جرم اعلام کردن شروع به جرم هیچ نیازی به مراجعه به مفاهیم تجری و مقدمه حرام و امثال آن نیست و حکم آنها هر چه باشد، در جای خود معتبر است و قابل تسری به شروع به جرم نیست و اگر اصلاح مقررات راجع به شروع به جرم تحت تأثیر مفاهیم مذکور صورت گرفته باشد، اشتباه است و باید اصلاح شود. احکام اسلام تابع مصالح و مفاسد نوعی است و احکام غیر ثابت، تابع زمان و مکان است و مقتضیات زمان و مکان در تحول آنها مؤثر است. اگر شارع مقدس نسبت به موضوع خاصی مانند شروع به جرم سکوت کرده، به آن معنا نیست که حکومت اسلامی نتواند بر اساس لزوم

حفظ مصالح اجتماعی برای آن مجازات تعیین کند؛ زیرا اطلاق «التعزیر بمایراه الحاکم» چنین اجازه‌ای را به حکومت اسلامی می‌دهد که در آنجا که حکم شرعی در باب محرمات وجود ندارد، برای مرتکبان تعزیر تعیین کند.

تجری در لغت، لغو از عصیان و به معنای مجازات کردن، بنا تصور کاری و انجام دادن، بی شویی، در رسیدگی و بی پروایی است.

براین اساس و با توجه به نظام قانونگذاری در جمهوری اسلامی، قوه قانونگذاری می‌تواند اقداماتی را که منجر به مفسده اجتماعی یا فردی می‌شود، به عنوان جرم اعلام و برای آنها مجازات تعیین کند که به نظر ما یکی از مصادیق آن شروع به جرم یا مفهوم حقوقی آن است که مقنن مکلف است بر اساس اصل (۳۶) و

تجری آن است که مرتکب نیست به فرد و عصیان از دستورات شارع جزوات پیدا کند، در حالی که در منزل مخالفتی حاصل نشود.

(۱۶۹) و بسند ۴ اصل (۱۵۶) ق.ا. با بیان تعریف قانونی، میزان مجازات آن را تعیین و به مردم اعلام کند و حق ندارد میزان مجازات را به طور کلی به عهده قضات مآذون بگذارد.

منابع:

۱. طباطبائی، سید مصطفی، فرهنگ عربی به فارسی، انتشارات اسلامی، ۱۳۵۵.
۲. موسوی بجنودی، سید میرزا حسن.

۳. صدر، سید محمدباقر؛ اصول فقه، ترجمه نصرالله حکمت، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۴، ص ۱۷۱.
۴. شیخ انصاری، فرانسوا، اصول، ترجمه سید محمد جواد ذهنی تهران، انتشارات حاذق، ۱۴۰۵ ه.ق، ص ۶۲.
۵. فیض، علیرضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۲، ج ۱، ص ۱۸۹.
۶. خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوصیله، چاپ اسماعیلیان، بی تا، ج ۱، ص ۲۶۹.
۷. خمینی، سید روح‌الله: تهذیب الاصول، تقریر جعفر سبحانی، چاپ اسماعیلیان، بی تا، ج ۱، ص ۱۵.
۸. خویی، سید ابوالقاسم، اجود التقریرات، انتشارات عرفان، ۱۳۴۸ ه.ق، ص ۲۲.
۹. حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه، کتاب الحدود و التعزیرات، دارالقرآن الکریم، قم، ص ۲۴۳-۵ و ۲۶۴ و ۲۸۳.
۱۰. الجریمه، ص ۳۵۹.
۱۱. معتمد، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۵۱، ص ۷۰-۲۶۹.
۱۲. خویی، سید ابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه، تقریر محمد اسحاق فیاض، دارالهادی للمطبوعات، ۱۴۱۰ ه.ق، قم، جزء دوم، ص ۴۳۹.
۱۳. مظفر، محمدرضا، اصول مظفر، دارالمتعال، ۱۳۶۸ ه.ق، نجف اشرف، ج ۲، ص ۲۹۲.
۱۴. آخوند خراسانی، شیخ محمدکاظم، کفایة الاصول، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ه.ق، قم، ص ۱۲۸.
۱۵. تهذیب الاصول، ج ۱، ص ۱۵.
۱۶. خمینی، سید مصطفی، تقریرات فی الاصول، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۵۵۷.
۱۷. مهرپور، حسین، نظریات شورای نگهبان، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۴۱۵ و ۴۲۶.