

## تحول قاعده تعزیر در جرم انگاری شروع به جرم

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۷/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۹/۱۵

محمد ابراهیم شمس ناتری \*

جلیل محبی \*\*

زینب ریاضت \*\*\*

### چکیده

قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» علی‌رغم اختلافات فقهی راجع به حدود و ثغور آن، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مبانی جرم‌انگاری در حقوق کیفری ایران، در جرم‌انگاری شروع به جرم نیز مورد توجه قانون‌گذار بوده است. علی‌رغم توجه قانون‌گذار به قاعده تعزیر ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ حاکی از اباحه شروع به جرم و ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ این سؤال را فراروی ما می‌نهد که آیا قانون‌گذار به‌جای قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» از قاعده «التعزیر لکل امر مفسد» استفاده کرده است؟

بررسی قاعده تعزیر که ناگزیر از مذاقه در نظریه فقهی مقدمه حرام و تجری نیز می‌باشد دلالت بر آن دارد که قاعده تعزیر مورد استناد در جرم‌انگاری شروع به جرم متحول نشده و قاعده «التعزیر لکل امر مفسد» هم در قانون سابق و هم در قانون جدید مبنای جرم‌انگاری شروع به جرم بوده است و علی‌رغم انقلاب اصل حاکم بر جرم‌انگاری شروع به جرم از اصل عدم تجریم به تجریم، رویکرد قانون‌گذار صرفاً از جهت تشخیص مصادیق اعمال مفسده‌آمیز و مضر به حال جامعه متحول و لذا تحول قاعده تعزیر در شروع به جرم در این دو قانون صرفاً در مصادیق بوده است نه مبانی جرم‌انگاری.

**واژگان کلیدی:** جرم‌انگاری، تحول، قاعده تعزیر، شروع به جرم، مفسد، حرام، مقدمه

حرام، تجری.

shams@ut.ac.ir

mohebbi@mrc.ir

z\_riazat@ut.ac.ir

\* دانشیار دانشگاه تهران

\*\* عضو هیئت علمی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق جزا دانشگاه تهران

## مقدمه

مجازات شروع به جرم با توجه به تقسیم چهارگانه کیفر از نوع تعزیری و با توجه به مبانی و توجیهات جرم‌انگاری هر نظام کیفری که وابسته به مبانی تئوریک آن نظام است مبتنی به مبانی فقهی است.

قاعده فقهی «التعزیر لکل عمل حرام» و «التعزیر لکل امر مفسد» به‌عنوان مبانی فقهی جرم‌انگاری شروع به جرم قابل بررسی و ارزیابی است. در عین حال لحاظ قواعد مورد نظر به‌عنوان مبانی جرم‌انگاری شروع به جرم، ناگزیر از بررسی فقهی حرمت یا عدم حرمت مقدمه حرام و تجری است. در حالی است که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ اصل را بر عدم جرم‌انگاری شروع به جرم نهاده بود و به‌طور کلی طی سی سال قانون‌گذاری جمهوری اسلامی حاکمیت از مجازات تعزیری برای جرم‌انگاری گسترده شروع به جرم استفاده نکرده و به موارد استثنایی اکتفا نموده بود ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حاکی از اصالت تجریم شروع به جرم است و البته هر دو رویکرد در نگاه فقهی شورای محترم نگهبان که مطابق ذیل اصل چهارم قانون اساسی وظیفه انطباق قوانین با شرع مقدس را دارند، مغایر شرع شناخته نشده است.

این مقاله بر آن است تا در راستای پاسخگویی به این سؤال که توسعه جرم‌انگاری شروع به جرم در قانون جدید به جهت تحول قاعده تعزیر بوده است یا خیر، ضمن بررسی قاعده تعزیر، نظریه مقدمه حرام و تجری و قرائت‌های مختلف راجع به آن‌ها، به بررسی صحت فرضیه تحول قاعده تعزیر بپردازد. از دیگر سو مجازات مرتکب شروع به جرم خواه از باب مقدمه حرام باشد و خواه از باب مفسده‌ای که برای جامعه و نظم عمومی ایجاد می‌کند و خواه ما نهاد تجری را مبانی جرم‌انگاری شروع به جرم بدانیم یا خیر، مآلاً نیازمند توجیه مستدل جهت تعیین مجازات تعزیری است؛ لذا قاعده تعزیر و قلمرو آن در جرم‌انگاری شروع به جرم جایگاه ویژه دارد.

## مفهوم‌شناسی مصطلحات

### ۱. تعزیر

در معنای لغوی تعزیر نکوهیدن، و توانا کردن، کسی را به زبان و شمشیر پیروزی دادن، ضربی که کمتر از حد باشد، تأدیب کمتر از حد، سخت‌ترین ضرب، سیاست و عقوبت

و ... ذکر شده است (دهخدا، ۱۳۷۷ش، ج ۵، ص ۶۸۰۸). مالیدن، گوشمال دادن و ادب نمودن نیز از دیگر معانی است که ذکر شده است (معین، ۱۳۷۵ش، ج ۱، ص ۳۵۱). تعزیر به معنای نصرت و یاری رساندن نیز آمده است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۵۱) ریشه اصلی تعزیر به معنی ملامت و سرزنش کردن است و تعزیر کمتر از حد شرعی، یا ضرب شدیدتر است و تعظیم و تفخیم (از دیگر معانی تعزیر) بر ضد تعزیر به معنای حد است (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۴۴).

در تبیین تعزیر گفته شده است که در اصل به معنی سرزنش و ملامت کردن است. همان گونه که معنای دیگرش تازیانه کمتر از حد شرعی می باشد، و علت اینکه آن را تعزیر نامیده اند این است که گنهکار را از تکرار گناه باز می دارد، و مانع از انجام دوباره آن می شود. این واژه در یاری رساندن با شمشیر نیز به کار رفته است، ولی اصل تعزیر منع کردن و بازداشتن است؛ زیرا، کسی را که کمک می کنید گویا دشمنانش را از او بازداشته، و مانع آزار و اذیت آن ها گشته اید و بدین جهت است که به تأدیب کمتر از حد شرعی تعزیر گفته می شود؛ زیرا مانع تکرار گناه ارتكابی توسط جانی می گردد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۲۸؛ ابن اثیر، بی تا، ج ۳، ص ۲۲۸).

تعزیر در اصطلاح فقیهان عقوبتی است که خداوند آن را مقرر داشته تا جنبه بازدارندگی داشته باشد و این مجازات در مورد اخلال به هر واجبی و نیز انجام زشتی ها که از سوی شارع حدی برای آن ها قرار داده نشده، مقرر گردیده است (حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۱۶-۴۱۷) و مقدار آن به حاکم واگذار گردیده به شرط آنکه به مقدار حدودی که برای جرائم دیگر تعیین گردیده، نرسد؛ نام دیگر تعزیر، عقوبت مفوضه (مجازات واگذار شده) می باشد چرا که مقدار آن به صلاح حدید قاضی و حاکم واگذار گردیده است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۶، ص ۲۴۵). در تعریف تعزیر گفته شده است: «تعزیر مجازاتی است که در شرع برای آن اندازه ای تعیین نگردیده و مقدار آن به نظر موکول گردیده تا هر مقدار که مصلحت می داند تعیین نماید» (گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۰).

در قانون موضوعه نیز متأثر از نظرات فقها، تعزیر تعریف شده است. ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ ابتدا مجازات ها را به پنج دسته تقسیم و سپس به عنوان یکی از اقسام مجازات های مورد نظر در ماده ۱۶ تعزیر تعریف شده بود. به موجب این ماده «تعزیر تأدیب و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین

نشده و به نظر حاکم واگذار شده است؛ از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق که میزان شلاق باید از میزان حد کمتر باشد». سپس تبصره ۱ ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ در مقام تعریف تعزیر مقرر نمود که تعزیرات شرعی عبارت است از مجازاتی که در شرع مقدس اسلام برای ارتکاب فعل حرام یا ترک واجب بدون تعیین نوع و مقدار مجازات، مقرر گردیده و ترتیب آن به شرح مندرج در قانون مجازات اسلامی می‌باشد. در این ماده تعزیر شرعی قید گردیده است که در قانون مجازات اسلامی از قید شرعی استفاده نشده است. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز ضمن حذف مجازات‌های بازدارنده و ادغام آن در مجازات‌های تعزیری به تعریف تعزیر پرداخته است. به موجب ماده ۱۸ این قانون که تعریف قابل قبولی از تعزیر نموده است. تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب مجرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود. دادگاه در صدور حکم تعزیری، انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم، شیوه ارتکاب جرم، گستره نقض وظیفه و نتایج زیانبار آن، اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم و سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تأثیر تعزیر بر وی را مورد توجه قرار می‌دهد.

## ۲. شروع به جرم

از زمانی که اندیشه ارتکاب جرم در ذهن مجرم قوت می‌گیرد تا هنگامی که جرم به صورت کامل تحقق می‌یابد، مدارج و مراحل مختلفی قابل تصور است. در سلسله مراحل واکنش‌های کیفری، از یک نقطه به بعد شخص قابل تعقیب می‌شود و این زمانی است که عمل از نظر جزایی عنوان «شروع جرم» به معنای خاص کلمه پیدا می‌کند و فرد قابل مجازات می‌گردد. شروع به جرم دارای تعریفی اعتباری است. ماهیت شروع به جرم وابسته به اعتبار و اختراع قانون‌گذار است که جهت شناخت آن نیازمند مراجعه به قانون است و تعریف آن مستنبط از واقعه خارجی نیست. به عبارت شروع به جرم دیگر حقیقت لغوی یا شرعی یا عرفیه ندارد و ماهیت آن وابسته به حقیقت قانونیه

است. این موضوع به‌عنوان یک واقعه حقوقی متخذ از قانون دارای ماهیت خاصی است که بر دکترین و رویه قضائی تأثیر گذاشته است.

شروع به جرم در اصطلاح حقوقی به اعمالی گفته می‌شود که دال بر وجود قصد مجرمانه در تعقیب و تکمیل جرم دارد و به ترتیبی است که اگر در اثنای کار عاملی خارجی دخالت نکند و مانع تحقق جرم نگردد، جرم به صورت تام انجام می‌گیرد. البته انصراف ارادی نیز مانع تحقق شروع به جرم است. به موجب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برخلاف قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ که اصل را بر این گذاشته بود که شروع به جرم، جرم تلقی نمی‌شود؛ مگر اینکه ما صراحت قانونی در این زمینه داشته باشیم، نحوه نگارش فعلی قانون به این صورت است که می‌گوید هر کسی قصد ارتکاب جرمی را داشته باشد و شروع به اجرای آن کند ولی به دلیل وجود یک عامل خارج از اراده، قصد او معلق بماند، به شرح مندرج این ماده مجازات می‌شود. لذا در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ درباره شروع به جرم اصل بر جرم بودن آن است.

### بررسی قاعده تعزیر در جرم‌انگاری شروع به جرم

بررسی تحول قاعده تعزیر در جرم‌انگاری شروع به جرم نیازمند بررسی قاعده «تعزیر عمل حرام» و قاعده «تعزیر امر مفسد» می‌باشد. با توجه به وابستگی لحاظ قواعد مورد اشاره به‌عنوان مبانی جرم‌انگاری شروع به جرم، به نظریه مقدمه حرام و تجری، نظریات فقهی و جایگاه مبانی مورد نظر در جرم‌انگاری شروع به جرم در ادامه ضمن چهار بند بررسی می‌گردد.

#### ۱. جرم‌انگاری شروع به جرم و قاعده التعزیر لکل عمل حرام

یکی از مبانی مهم فقهی جرم‌انگاری شروع به جرم قاعده «التعزیر لکل عمل حرام» است که در نگاه فقها با قرائت‌های مختلفی راجع به حدود و ثغور آن مواجه هستیم. رویکرد قابل قبول و مشهور، که جمع کثیری از فقیهان امامیه به آن اعتقاد دارند این است که انجام هر فعل حرامی اعم از گناهان کبیره و یا صغیره و نیز ترک عمل واجب مستوجب تعزیر می‌باشد و مقدار تعزیر به عهده امام می‌باشد ولی نباید به اندازه حد شرعی برسد. (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۵۵). مبتنی بر این رویکرد هرکسی فعل

حرامی را مرتکب شود و یا عمل واجبی را ترک نماید موجب تعزیر است و مقدار تعزیر در اختیار امام است، ولی نباید از مقدار حد فراتر رود به این معنی که در مورد شخص آزاد از حد آزاد و در مورد برده از حد برده بیش تر نشود (فیض کاشانی، ج ۲، ص ۱۰۶). در توضیح اختیار امام نیز باید وضعیت جانیان را در نظر گرفت و بسته به وضعیت آنان مقدار مجازات تعزیری نیز متفاوت خواهد بود و در تبیین مجازات تعزیری آزاد و برده گفته شده است که شخص آزاد بین یک تا نود و نه ضربه شلاق و برده یک تا چهل ضربه به عنوان تعزیر مجازات می شود (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۳۹۸). جمعی از فقها ضمن پذیرش این دیدگاه که ارتکاب هر فعل حرامی مستوجب تعزیر است این قید را افزوده اند که این حکم در صورتی جاری خواهد بود که از روی علم و عمد باشد (خویی، ۱۴۱۰ق، ص ۵۵) و از نظر حکم و موضوع به حرمت و وجوب آن آگاهی داشته باشد. همچنین اگر نهی و توبیخ و مانند آن در مرتکب حرام مؤثر واقع نشود روشن است که می توان او را تعزیر نمود ولی اگر با نهی و توبیخ متنه گردد دلیلی بر وجوب تعزیر به طور مطلق وجود ندارد بلکه تنها در مواردی که نصی وارد گردیده و تعزیر یا تأدیب را جایز دانسته باشد می تواند تعزیر کرد (طباطبایی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۳۶۸).

مطابق رویکرد فقهی دیگر تعزیر همه اعمال حرام لازم نیست و اگر عمل ارتكابی از گناهان کبیره باشد مستوجب تعزیر می باشد (نجفی، بی تا، ج ۴۱، ص ۴۴۸). در نگاهی دیگر، افزون بر کسانی که مرتکب گناه کبیره می شوند افرادی که مرتکب گناهان صغیره می شوند ولی از انجام گناه کبیره نیز اجتناب نمی کنند را نیز می توان تعزیر نمود. هر چند دلایلی که تعزیر را اثبات می نماید به حسب ظاهر هر معصیتی را شامل می شود لیکن ظاهر آیه شریفه ۳۱ سوره نساء آن است که، بخشش گناه صغیره در فرضی است که انسان از تمامی گناهان کبیره اجتناب نماید. زیرا، تکفیر مبالغه در کفر و به معنی آن ستر و پوشش است؛ از این رو، اجتناب از ارتکاب گناهان کبیره موجب پوشش دیگر گناهان است و پوشاندن گناهان دیگر در صورتی است که مجازاتی نسبت به آن انجام نپذیرد و به یکباره همه آن ها بخشیده شود و اگر مرتکب آن مورد تعزیر قرار گیرد پوششی تحقق نیافته است و باعث هتک حرمت مرتکب آن شده است (قمی، ۱۳۸۹ش، ص ۵۱۷-۵۱۸).

رویگرد دیگری که در این زمینه وجود دارد آن است که اگر محرماتی که حرام بودن آن اجماعی است را مرتکب شود مستوجب تعزیر خواهد بود مشروط بر آنکه، قائل به حلال بودن آن نباشد و اگر مسلمان زاده‌ای محرمات مزبور را حلال شمرد مستوجب قتل خواهد بود (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۴۷۱). در این زمینه گفته شده است کسی که یکی از محرماتی که حرمت آن اجماعی است را حلال شمرد مانند میت، و از کسانی باشد که یکی از والدین او مسلمان باشد مجازات وی قتل است ولی اگر مرتکب یکی از این محرمات بشود ولی آن را حلال نشمارد مستوجب تعزیر خواهد بود (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۸۱).

از جهت امکان جرم‌انگاری شروع به جرم بر اساس قاعده‌التعزیر لکل عمل حرام باید گفت تفسیر نخست این قاعده که متضمن تعزیر هر عمل حرام است در صورتی می‌تواند مبنای جرم‌انگاری شروع به جرم در قانون قرار گیرد که در مبحث مقدمه حرام که متعاقباً به آن می‌پردازیم قائل به حرمت مقدمه حرام شویم. اگر این مبنا را بپذیریم می‌توانیم مدعی شویم که ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی در جرم‌انگاری شروع به جرم از جمع قاعده تعزیر اعمال حرام (خواه کبیره باشد و خواه صغیره) و حرام بودن مقدمه حرام بهره برده است. همچنین در مورد قانون سابق نیز می‌توان از همین قاعده استفاده کرد و بیان نمود با توجه به شهرت فتوایی حرام شرعی نبودن مقدمه حرام، شروع به جرم در قانون قبل اصولاً جرم نبوده است.

دیگر تفاسیر فقهی این قاعده با جرم‌انگاری شروع به جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ سازگار نیست زیرا از طرفی این قانون بدون توجه به کبیره بودن یا صغیره بودن گناهان شروع به جرم آن‌ها را قابل مجازات دانسته است و در بین این جرائم، جرائم بسیاری وجود دارند که شرعاً گناه کبیره محسوب نمی‌شوند.

همچنین نه در قانون سابق و نه در قانون فعلی معیار مجازات شروع به جرائمی که گناه صغیره محسوب می‌شوند، انجام گناهان صغیره توسط مرتکب نیست و قانون‌گذار بدون توجه به این ویژگی مرتکب و صرفاً با توجه به خود جرم، شروع به جرم را جرم‌انگاری نموده است. از طرفی تفسیر چهارم فقها در معنای تعزیر محرمات اجماعی نیز نه در قانون جدید و نه در قانون سابق مورد توجه نبوده است و برخی جرائم مانند جعل وجود دارند که شرعاً جرم نبوده و بنا به مصالح اجتماعی جرم‌انگاری شده و برای

شروع به آن مجازات در نظر گرفته شده است. لکن در مورد قانون سابق می‌توان تفسیر فقها مبنی بر تعزیر حرام در صورتی که از کبائر باشد را پذیرفت. زیرا ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ اصل را بر قابل مجازات نبودن شروع به جرم گذاشته و در جاهای مختلف به‌طور استثنایی برای شروع به جرم مجازات در نظر گرفته بود مانند قتل. شاید بتوان گفت نظر قانون‌گذار آن است که شروع به جرائمی که گناه کبیره بوده است را جرم‌انگاری نموده است. البته به این استدلال ایرادی وارد است و آن اینکه قانون‌گذار در بسیاری از گناهان کبیره شروع به جرم را جرم‌انگاری نکرده بود؛ مانند شروع به ضرب مسلم که حتماً از گناهان کبیره است.

## ۲. جرم‌انگاری شروع به جرم و قاعده «التعزیر لکل امر مفسد»

یکی دیگر از مبانی مهم فقهی جرم‌انگاری شروع به جرم قاعده تعزیر عمل مفسد است که در نگاه فقها با قرائت‌های مختلفی راجع به حدود و ثغور آن مواجهیم. در یک رویکرد قاعده تعزیر لکل عمل محرم قاعده‌ای صحیح نبوده و اصولاً دامنه تحریم که به ارتباط بنده و خدا مربوط است از دامنه تحریم که اجتماعیات و حاکمیت و اداره جامعه مربوط است جداست و برای جرم‌انگاری ما نیاز به آن نداریم که برای جرم‌انگاری عملی به حرام بودن آن متمسک شویم (حسینی، ۱۳۹۰، ش، ص ۱۴۵). جواز جرم‌انگاری رفتار وابسته به اثرات منفی و مضراتی است که برای جامعه به همراه می‌آورد. به عبارت دیگر مطابق این رویکرد حرام بودن عملی اصولاً نباید مبنای جرم‌انگاری باشد مگر اینکه آن عمل حرام نظم عمومی را به فساد کشانده و به عبارتی مفسد باشد. از این رو عبارت تعزیر لکل عمل مفسد صحیح‌تر از تعزیر لکل عمل محرم است.

شناسایی این قاعده وابسته به واژه نظم و امنیت عمومی است که در لسان شریعت نیز به رسمیت شناخته شده است. برخی از آیات و روایات مستند این ادعا عبارتند از آیه ۱۲۶ سوره مبارکه بقره که بیان‌کننده اولین دعای حضرت ابراهیم (علیه السلام) است. همچنین آیه هشتم سوره تکوین که برخی از مفسرین یکی از مصادیق نعیم در آیه شریفه را نعمت امنیت برشمردند (شبر، ۱۴۱۰ق، ص ۵۶۵) مرحوم طبرسی نیز معنای مذکور را از عبدالله بن مسعود و مجاهد نقل نموده است (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۱۰، ص ۸۱۲)



در روایتی از امام محمد باقر (علیه السلام) نیز به همین مضمون اشاره شده است. از حضرت امیرالمؤمنین (علیه السلام) نیز نقل شده است که مقصود از نعیم در آیه فوق، امنیت، صحت و عافیت است (بحرانی، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۷۵۰).

از منظر روایی نیز امنیت از جایگاه مهمی برخوردار است (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۷۹). که با توجه به جایگاه امنیت و نظم عمومی فقها مجازات کسانی که موجب اختلال در نظم عمومی می شوند را مجاز شمرده اند. در استفتائی از امام خمینی آمده است که در موارد قصاص نفس و قصاص اطراف، اگر از طرف مجنی علیه شکایت نشود، یا شکایت شده ولی در ازای گرفتن مبلغی رضایت دهد، یا بدون گرفتن چیزی عفو کند، اگر برای حفظ نظم لازم می داند، یا آنکه از قرائن به دست می آید که اگر تعزیر نشود جنایت را تکرار می کند، باید تعزیر شود (موسوی خمینی، ۱۳۶۵ش، ج ۱، ص ۱۵۷). «به طور کلی قوانین و مقرراتی که جهت حفظ نظم و برای جلوگیری از اختلال نظام و ناامنی تصویب و اعلام شده، لازم است رعایت شود و تخلف از آنها جایز نیست و اگر کسی تخلف کرد و آنها را نادیده گرفت، تعزیر او به هر نحو که حاکم شرع صلاح دانست، اعم از جزای نقدی یا شلاق، مشروع و بلا مانع است» (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱ش، ج ۲، ص ۴۵۱) لذا «ایجاد مفسده در جامعه مسلمین معصیت است و اگر کسی با علم به حکم و موضوع و از روی قصد مرتکب شود، در صورت ثبوت آن از راه های شرعی، قاضی شرع جامع الشرائط می تواند او را تعزیر نماید؛ و اگر عالم به حکم یا موضوع نباشد و قصد ایجاد مفسده و اختلال نداشته باشد باید ارشاد گردد. و در هر حال باید علم و قصد او احراز گردد تا بتوان حکم به تعزیر وی داد» (منتظری، ۱۳۷۳ش، ج ۲، ص ۵۱۸-۵۱۹).

این قاعده تاب آن را دارد که قانون مجازات سابق و فعلی را در حوزه جرم انگاری و عدم جرم انگاری شروع به جرم حمایت تئوریک و نظری نماید. بدین ترتیب که ارتکاب اعمالی که مقدمه جرم است با تشخیص حاکم مفسده آمیز و موجب تعزیر است. با این تفاوت که قانون گذار در قانون سابق مصادیق مفسده آمیز بودن شروع به جرم را محدود تشخیص داده بود و پس از گذشت زمان به جرم انگاری موسع آن پرداخت. البته صرف نظر از مبنا بودن قاعده مورد بحث مفسده انگیز بودن هر شروع به جرمی نیز محل تأمل است و در مواردی که شخصی قصد تخریب و یا جعل داشته و

مرتکب آن نیز نگردیده است مفسده آمیز بودن رفتار محل تردید است. این نظر که به نظر نگارنده صائب است ما را از توجه به سایر مبانی فقهی مقدمه حرام و تجری بی نیاز کرده و می تواند اصلی برای جرم انگاری همه جرائم تعزیری باشد. این نظریه نقایص اصلی نظریات پیش گفته را ندارد. چنانچه این مبنا صحیح باشد، دیگر بحث بر سر تغییر نظریه شروع به جرم در قانون قبلی و فعلی نخواهد بود و می توان گفت قانون گذار صرفاً در نظر کارشناسی خود در مفسده آمیز بودن اعمال مقدماتی جرائم تغییر نظر داده که امری موضوعی (و نه حکمی) است.

### ۳. جرم انگاری شروع به جرم و نظریه حرمت یا عدم حرمت مقدمه حرام

چنانچه تعزیر را متوقف به حرام بودن عمل بدانیم، در صورتی می توانیم شروع به جرم را تعزیر نماییم که مطابق با اصول و قواعد فقهی ثابت نماییم که مقدمه عمل حرام خود محرمی دیگر است. در غیر این صورت مجازات کردن شروع به جرم ممکن نخواهد بود لذا اتخاذ قاعده التعزیر لکل عمل محرم به عنوان مبنای جرم انگاری شروع به جرم وابسته به بررسی حرمت یا عدم حرمت مقدمه حرام است.

مقصود از مقدمات حرام، مقدماتی است که فعل حرام توقف بر آنها دارد و تا وقتی همه آنها تحقق پیدا نکنند، فعل حرام تحقق پیدا نمی کند (فاضل لنکرانی، ش ۱۳۸۱، ج ۴، ص ۶۳۰). در یک نگاه مقدمه حرام مطلقاً حرام نمی باشد خواه علت تامه برای تحقق ذی المقدمه باشد یا نباشد و خواه با انجام آن قصد رسیدن به حرام باشد یا نباشد (خوئی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۶۵). اما در رویکرد مقابل مقدمه حرام حرام است. در اینکه حرام گیری حرمت عقلی دارد، اختلافی نیست، اما در حرمت شرعی آن و اینکه آیا شارع مستقل از حکم عقل، به حرمت آن حکم کرده است یا نه، اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقها معتقدند، همان گونه که مقدمه واجب، واجب است مقدمه حرام نیز حرام می باشد (لاری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۴). زیرا، بنابر پذیرش ملازمه بین مقدمه و ذی المقدمه باید حرمت مقدمه حرام را پذیرفت؛ زیرا، طلب ترک از ذی المقدمه به مقدمه سرایت می کند. بنابراین، تفاوتی بین مقدمه سببی و غیر سببی نمی باشد (فیض الاسلام، ۱۳۵۲ق، ص ۵۹). حرمت مقدمه حرام با دلایل مختلفی مورد توجه فقها قرار گرفته است. برخی از فقها در حرام بودن مقدمه حرام را از منظر لفظی و برخی دیگر

عرفی و عقلایی دانسته‌اند (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۳، ص ۳۹۶).

مطابق رویکرد دیگری مقدمه حرام از طریق اعمال ولایت تحریم می‌شود. اگرچه فقیهان امامیه در مورد اصل ولایت فقیه اختلاف نظر قابل توجهی وجود ندارند با این وجود، درباره گستره آن اندیشه‌های متفاوتی وجود دارد. به هر تقدیر مطابق برداشت‌های فقهی از نظریه ولایت فقیه، اختیار فقیه همان اختیار پیامبر است و معلوم و مسلم است که رسول خدا در اداره جامعه حق تحریم مقدمه حرام را داشته و می‌توانسته اعمالی را که هنوز به جرائم تام بدل نشده‌اند ممنوع کرده و تعزیر نماید.

یکی از رویکردهای فقهی در این زمینه مبتنی بر تفکیک مقدمات تولیدی و غیرتولیدی است. منظور از مقدمه تولیدی افعالی است که به مجرد تحقق آن، و بدون اینکه اختیار مرتکب در آن دخیل باشد ذی‌المقدمه از آن متولد می‌شود و به صورت قهری تحقق می‌یابد. از این گونه مقدمات به «افعال تولیدی» یا «افعال تسبیبی» و یا «مقدمات تولیدی و تسبیبی» تعبیر می‌شود، یعنی در این فرض مقدمه حرام، حرام می‌باشد. در مقابل، افعال یا مقدمات غیرتولیدی قرار دارند که در عین تحقق مقدمات وقوع حرام و ذی‌المقدمه مشروط به اختیار و اراده مرتکب است. برای مثال، وقتی شرب خمر از سوی شارع حرام شود و فردی تمام مقدمات شرب خمر فراهم کند، نوبت به اراده می‌رسد و چه بسا انسان از ارتکاب آن منصرف شود و در این گونه موارد، هیچ‌یک از مقدمات، وصف حرمت به خود نمی‌گیرد. به تعبیر دیگر در مقدمه حرام باید از دو زاویه سخن گفت؛ نخست از حرمت‌گیری آن و اینکه به خاطر حرام دیگری حکم حرمت بر آن مترتب گردیده است و دیگر، بحث حرمت نفسی آن است که بدون در نظر گرفتن ذی‌المقدمه به خودی خود حرام باشد. در زاویه نخست یعنی حرمت‌گیری آن باید گفت: مقدمه، یا شرط ذی‌المقدمه و یا سبب آن به شمار می‌رود. چنانچه شرط ذی‌المقدمه باشد به عقیده تمام و یا اکثریت فقها حرام نمی‌باشد؛ زیرا، در این فرض ملازمه ای میان حرام بودن چیزی و حرمت مقدمه آن وجود ندارد. چرا که ملازمه یا برهانی است و یا وجدانی و در فرض شرط بودن مقدمه برای ذی‌المقدمه هر دو نوع ملازمه منتفی است؛ زیرا، از سویی، دلیلی عقلی که بتواند چنین ملازمه‌ای را به اثبات رساند وجود ندارد و از سوی دیگر، هنگامی که از چیزی کراهت داشته و ناخشنودیم با مراجعه به وجدان خویش درمی‌یابیم که تنها نسبت به همان چیز کراهت داریم و

کراهت جداگانه‌ای را در وجدان خود احساس نمی‌کنیم اما در فرضی که رابطه سببیت میان مقدمه و ذی‌المقدمه برقرار باشد و ترک مقدمه موجب ترک حرام شود می‌توان حرام بودن آن را پذیرفت؛ زیرا، حرام، نقیض واجب است و چون در فرض مزبور مقدمه واجب، واجب می‌باشد؛ بنابراین، مقدمه حرام نیز حرام است (رشتی، بی تا، ص ۳۵۶).

در نگاهی دیگر برخی فقها بر این باورند که مقدمه حرام در صورتی که به قصد حرام باشد و یا سبب و علت تحقق ذی‌المقدمه شود حرام خواهد بود (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۳۴۸). لذا اگر قصد شخص از اتیان مقدمه، رسیدن به حرام باشد مانند اینکه به نیت کشتن شخصی به شهر محل سکونت وی سفر کند و یا به نیت شرب خمر و مانند آن به شهری سفر کند در چنین مواردی، به حسب ظاهر، مقدمه حرام است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۷۱). اما در رویکرد دیگر حرمت مقدمه حرام در فرض ایصال به حرام است؛ لذا اگر مقدمه حرام از قبیل جزء اخیر علت تامه باشد، در حرمت آن اشکالی وجود ندارد و سزاوار است که از محل بحث خارج گردد؛ همچنین در جایی نیز که مقدمه حرام از قبیل علت تامه برای ذی‌المقدمه (حرام) باشد، بدون اشکال حرام است. اما در صورتی که مقدمه، غیر از این دو مورد باشد و مکلف پس از مقدمه، اختیار داشته باشد که حرام را انجام ندهد، در این حالت، اگر ذی‌المقدمه در خارج واقع نگردد، این مقدمه حرام نیست و نهایت آن است که اگر مرتکب مقدمه، قصد ایصال داشته باشد، متجری محسوب می‌شود.

مطابق نظر دیگری درباره حرمت مقدمه حرام، التزام به حرام بودن مقدمه حرام با قصد رسیدن به حرام به معنای پذیرش حرمت مقدمه حرام نمی‌باشد بلکه از مصادیق و جزئیات مسئله تجری می‌باشد؛ بنابراین، سخن برخی از بزرگان فقه که آن را باب مقدمه حرام دانسته و معتقد است نهی که به ذی‌المقدمه تعلق گرفته به مقدمه نیز تعلق می‌گیرد غیرقابل توجیه است؛ زیرا، جهت قبح و زشتی که برای ارتکاب مقدمه حرام به قصد رسیدن به حرام وجود دارد منوط به وجود حرام واقعی نیست تا آنچه نام گرفته مقدمه آن باشد بلکه در موردی نیز که عملی را به‌عنوان مقدمه و رسیدن به چیزی که به اعتقاد او حرام است ولی در واقع حرام نباشد نیز جاری است و همچنین در فرضی که اعتقاد دارد چیزی مقدمه حرام است و آن را به قصد رسیدن به حرام و ترتب حرام بر

آن انجام می دهد ولی آن چیز مقدمه حرام محسوب نشود و عجیب تر آنکه مقدمه حرام را به مقدمه واجب قیاس نموده است چرا که آنچه در آنجا تحقق می یابد این است که، انجام مقدمه بدون قصد رسیدن به ذی المقدمه اطاعت و پیروی از مولا محسوب نمی شود نه اینکه موضوع طلب تبعی فعلی است که مقرون به این قصد است (حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۳۰).

لذا باید گفت عناوین محرم دو گونه اند: یک نوع آن به خودی خود و بدون آنکه مقید به اراده و اختیار مرتکب باشد مبعوض شارع است هرچند اختیار مرتکب در استحقاق عقاب مؤثر باشد چرا که عملی مستحق عقاب است که از اراده مرتکب نشأت گیرد. نوع دوم حرام، عملی است که در صورتی فعل ارتكابی مبعوض است که ناشی از اراده مرتکب باشد به گونه ای که اگر بدون اختیار انجام پذیرد با مقصود مولا منافاتی نداشته باشد. در نوع نخست، مقدمات خارجی در تحقق حرام تأثیر مستقیم دارد بدون آنکه اراده مرتکب در این زمینه دخالتی داشته باشد ولی در نوع دوم، مقدمات بخشی از علت تامه تحقق فعل حرام را تشکیل می دهند. وقتی انسان به وجدان خویش مراجعه می کند به این حقیقت دست می یابد ملازمه بین مقدمه و ذی المقدمه در صورتی است که مقدمه علت تامه برای تحقق ذی المقدمه باشد و در سایر مقدمات چنین ملازمه ای وجود ندارد. اراده در قسم اول، به طور کلی از صحنه مقدمات خارج است و تمام مسائل بر محور مقدمات خارجیّه تحقق حرام دور می زند. اما در قسم دوم همه مسائل بر محور اراده می چرخد. که اگر قائل شدیم اراده اختیاری است و می تواند متعلق تکلیف واقع شود، حکم به حرمت آن می نماییم. اما اگر اراده را غیر اختیاری دانستیم در قسم دوم نه اراده می تواند اّتصاف به حرمت پیدا کند و نه سایر مقدمات (حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۳۰-۱۳۲).

از جهت تحلیل جرم انگاری شروع به جرم مبتنی بر نظریه مقدمه حرام باید گفت همان طور که اشاره شد برخی فقها قائل به عدم حرمت مقدمه حرام به طور مطلق می باشند که مسلم است قانون جدید بر پایه این نظریه نیست. قانون سابق نیز نمی تواند مستند به این قاعده باشد زیرا با هیچ یک از شقوق مندرج در نظرات صاحبان این نظریه نمی گنجد و در قانون سال ۱۳۷۰ اصل بر جرم ندانستن شروع به جرم و جرم انگاری استثنایی و موردی آن بوده است. در رویکرد دیگر تحریم مقدمه حرام به مثابه وجوب

مقدمه واجب و مبتنی بر دلایل لفظی اثبات گردید که می‌توان گفت این نظریه اصولاً مغایر با قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ است. زیرا در قانون سابق اصل بر جرم نبودن شروع به جرم بوده و صرفاً در برخی از جرائم به‌طور خاص برای شروع به جرم مجازات در نظر گرفته شده بود. درحالی‌که این نظریه مقدمه حرام را اصولاً حرام می‌داند و با جمع با قاعده‌التعزیر لکل عمل محرم همه شروع به جرائم باید جرم‌انگاری می‌شدند که چنین نبود. این نظریه با شروع به جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ نیز قابل تفسیر نیست. زیرا هرچند قانون جدید اصل را بر تجریم شروع به جرم دانسته و جز در جرائم تعزیری سبک باقی جرائم از جمله حدود و قصاص و تعزیرات را جرم‌انگاری کرده است، لکن در میان جرائم تعزیری سبک جرائمی وجود دارند که در شرع اصولاً حرام نیستند که ما بتوانیم شروع به عمل حرام را مقدمه حرام دانسته و قابل مجازات بدانیم. مگر اینکه این‌گونه استدلال کنیم که هر عملی که حاکم اسلامی ممنوع اعلام کند حرام است پس شروع به آن نیز مستلزم حرمت است. پاسخ این شبهه آن است اگر قانون‌گذار همه جرائم از جمله جرائم تعزیری سبک را نیز جرم‌انگاری می‌کرد این مبنا قابل پذیرش بود که اکنون مبادرت به این امر نکرده است. لذا این نظریه نمی‌تواند مبنای جرم‌انگاری شروع به جرم در قانون جدید باشد.

در تحلیل شروع به جرم با تحریم مقدمه حرام از طریق اعمال ولایت باید گفت که تعزیر مستند به این مبنا به مفسد بودن عمل و اخلال در نظم و امنیت عمومی باز می‌گردد. به این معنا که ولی فقیه در صورتی که عملی ولو شرعاً نصی در حرمت نداشته باشد مفسد و مخل به نظم و امنیت بداند اقدام به مجازات و تعزیر آن می‌نماید. لذا این رویکرد بازگشت به قاعده‌التعزیر لکل امر مفسد است.

نظریه حرمت مقدمات تولیدی نیز با هیچ‌یک از نظریات مندرج در قانون جدید و سابق سازگاری ندارد. زیرا جرم‌انگاری شروع به جرم یا اصالت ندادن به جرم‌انگاری آن نمی‌تواند ربطی به نفسی و غیری داشتن عمل داشته یا به تولیدی یا غیر تولیدی بودن آن توجه کند کما اینکه قانون مجازات هم متعرض این مباحث نشده است. لکن یک نکته بسیار مهم وجود دارد و آن اینکه قانون‌گذار جرم‌انگاری شروع به جرم را در قانون جدید و سابق به دایره‌ای محدود نموده و آن مستقیم بودن آن با ارتکاب فعل

است و نظریه مجاورت یا مقدمات مستقیم<sup>۱</sup> مبنایی شبیه به مقدمه تولیدی دارد و مقدمه‌ای در شروع به جرم جرم‌انگاری شده است که تولیدی باشد و این وصف در قالب واژه مقدمات مستقیم و غیرمستقیم در قانون ذکر شده است.

قصد حرام همان‌طور که اشاره شد از سوی برخی دیگر از فقها مبنای حرمت مقدمه حرام است؛ درحالی‌که اشتراط قصد وصول به حرام اصولاً با نگاه اصلی به شروع به جرم مغایر است زیرا قصد وصول به جرم از ارکان اصلی شروع به جرم است و در غیر این صورت شروع به جرمی محقق نشده است. هرچند این نکته که برخی از فقها در انصراف ارادی برشمرده‌اند بدین نحو که اگر فردی مقدمه را انجام و به اراده خود اصل عمل حرام را انجام ندهد مرتکب حرام نشده است، با شرط انصراف غیر ارادی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین شرایط شروع به جرم بین حقوق‌دانان منطبق است (قیاسی، جلال‌الدین، ساریخانی، عادل، خسروشاهی، قدرت‌الله، ۱۳۸۸ ش، ص ۱۱۹-۱۲۳).

حرام بودن مقدمه در فرض ایصال به حرام نیز که از منظر برخی فقها عنوان شده است و عباراتی از جمله اینکه «اگر مقدمه حرام از قبیل جزء اخیر علت تامه باشد» در کلام فقها شباهت بسیاری به نظریه مجاورت در شروع به جرم<sup>۲</sup> دارد. لذا در محدوده جرم‌انگاری مقدمات می‌تواند به کمک قانون‌گذار آید اما به نظر نمی‌رسد این عبارات واجد جنبه‌ای باشد که اصل عمل را جرم‌انگاری کند یا مباح بشمارد. لذا این نظریه در محدودسازی جرم‌انگاری شروع به جرم مفید لکن ارتباطی به اصل جرم‌انگاری شروع به جرم ندارد و اتخاذ آن به‌عنوان مبنای جرم‌انگاری شروع به جرم ندارد.

حرمت مقدمه حرام به جهت تجری رویکرد برخی دیگر از فقها بود که مطابق این تحلیل می‌توان گفت جرم‌انگاری شروع به جرم بر اساس مقدمه حرام مربوط به بحث تجری و وابسته به حرمت یا اباحه شرعی آن است که نمی‌تواند مبنایی برای جرم‌انگاری شروع به جرم یا اباحه آن باشد. زیرا در قانون جدید و سابق عمل به‌طور کلی ممنوع و یا به‌طور کلی مباح بوده و هرکدام صرفاً استثنائاتی از جرائم سبک و سنگین را دارا بوده است و وابسته به فروض و شقوق خاصی نیست.

#### ۴. جرم‌انگاری شروع به جرم و نظریه تجری

یکی دیگر از مبانی قابل بحث در جرم‌انگاری شروع به جرم مبحث تجری است که البته توجه به شروع به جرم و تبیین مبنای جرم‌انگاری آن بر اساس مفهوم فقهی تجری از این جهت نیست که تجری شباهت بسیاری به جرم محال دارد، بلکه از این جهت است که در هر دو این مفاهیم مبنای جرم‌انگاری واحد است. به عبارت دیگر هر چند فقها در مورد کسی که جرمی را شروع نموده لکن به عللی خارج از اراده موفق به انجام آن نشده است بحث چندانی ننموده‌اند، لکن وجود موضوع جرم در شروع به جرم و انتفای آن در جرم محال خللی به این وارد نمی‌کند که از منظر فقهی فردی که قصد ارتکاب جرم کرده اما جرم مورد نظرش محقق نشده به علت انتفای موضوع و محال بودن آن باشد یا به علتی خارج از اراده. به عبارت دیگر هر چند در تعریف تجری در فقه جرمی در عمل قابل ارتکاب نیست، لکن ذات آنچه که موجب شده فقها درباره آن بحث نمایند قصد مجرمانه و سوءنیت فاعل است و محال بودن جرم هم عرض تجری محسوب می‌شود.

در گام نخست باید نظریه تجری از منظر فقهی تبیین شود. تجری در لغت به معنی جرأت کردن، گستاخی، دلیری، سرپیچی و نافرمانی آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷ ش، ج ۵، ص ۶۴۴۸) و در کلام فقهی عبارت است از اقدام به مخالفت با دستورات و اوامر مولا در مواردی که نسبت به آن‌ها قطع وجود دارد، به شرط آنکه قطع مزبور مخالف واقع باشد (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹ ش، ص ۲۸۳).

راجع به حرمت یا عدم حرمت تجری در فقه اختلاف نظر است. مبتنی بر یک رویکرد تجری حرام نیست و دلیلی بر حرام بودن تجری وجود ندارد (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۷ ش، ص ۱۳۸). زیرا حرمت شرعی نیازمند دلیل است و نه دلیل نقلی و نه عقلی بر حرمت تجری وجود ندارد (ایروانی، ۱۴۲۹ ق، ص ۲۱۷) اما در نگاه مقابل تجری حرام و کسی که تجری نموده و عمل واجبی را ترک و یا فعل حرامی را انجام می‌دهد مرتکب حرام شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۶ ق، ج ۱، ص ۷۶).

راجع به قابل مجازات بودن یا نبودن تجری نیز سه رویکرد فقهی وجود دارد. مشهور فقها بر این باورند که، تجری موجب عقاب است و دلیل آن نیز بنای عقلا و



خردمندان عالم است و با مراجعه به وجدان و خرد می‌توان دریافت که، متجرّی به واسطه جسارت به ساحت مولا و هتک حرمت او، مستحق عقوبت و سرزنش است (طباطبایی قمی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۰۲).

امام خمینی (علیه السلام) تجرّی را مستوجب عقاب نمی‌داند و بر این باور است که، تجرّی و معصیت حقیقی در یک چیز مشترکند و آن، جرأت بر مولا است، ولی نباید تردید داشت که عقوبت و مجازات ارتکاب معصیت حقیقی به جهت جرأت بر مولا نمی‌باشد بلکه دلیل آن یا مخالفت با مولا است و یا به واسطه از بین بردن مقصود مولا (تفویت غرض مولا)؛ و نظریه تحقیق آن است که سبب آن، مخالفت با مولا است. از این رو، در مورد تجرّی سببی برای تحقق استحقاق عقاب وجود ندارد؛ زیرا، در فرض تجرّی نه مخالفت با مولا صورت پذیرفته و نه هم مقصود وی از بین رفته است و تنها جرأت بر مولا انجام گرفته است و صرف جرأت بر مولا مستوجب عقاب نمی‌باشد و تنها موجب تاریکی و کدورت معنوی در نفس می‌شود و هر قدر که تجرّی تکرار شود بر تاریکی دل افزوده می‌شود و ممکن است تا آنجا پیش رود که قابلیت برای شفاعت را نیز از دست بدهد (تقوی اشتهاردی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۲۶) لذا «هرچند تجرّی قبیح است و فاعل آن مورد سرزنش قرار می‌گیرد ولی گناهی بر عمل مزبور مترتب نمی‌گردد؛ برای مثال، چنانچه آبی را با اعتقاد به خمر بودن آن بنوشد، مجازات شرب خمر نخواهد داشت ولی از عدالت ساقط می‌شود؛ زیرا، عمل مزبور حاکی از آن است که این شخص دارای حالتی که او را از ارتکاب معاصی بازدارد، نمی‌باشد» (گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۹۵).

از جهت تحلیل جرم‌انگاری شروع به جرم بر اساس تجرّی باید گفت جرم‌انگاری شروع به جرم و تبیین قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ با نظریه موافقان حرمت تجرّی شباهت بسیار دارد و می‌تواند مبنای جرم‌انگاری شروع به جرم باشد. لکن اگر اصل بنای جرم‌انگاری شروع به جرم را بر اساس نظریه حرمت تجرّی بپذیریم ناگزیر از تسری آن به همه جرائم می‌باشیم درحالی‌که قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ برخی جرائم را از مجازات شروع به جرم (جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت) مستثنی نموده است. همچنین ایراد دیگر آن است که بسیاری از جرائم تعزیری که شروع به آن جرم‌انگاری شده است شرعاً عمل حرام محسوب نمی‌شوند که جرم‌انگاری تجرّی به آن قابل توجیه باشد. لذا با توجه به استثناء شدن برخی جرائم این تبیین و

توجیه با مشکل مواجه است.

نظریه منع مجازات متجری نیز هرچند به قانون مجازات سابق شباهت بسیاری دارد، لکن استثناءپذیر نیست. به این مفهوم که اگر بنا بود اباحه شروع به جرم و اصالت دادن به عدم تجریم آن مبتنی بر عدم حرمت تجری باشد نباید جرائمی مانند کلاهبرداری، جعل و قتل مورد پذیرش باشد. لذا امام خمینی تجری را قابل تعزیر ذاتی ندانسته و قانون مجازات سابق نیز در بسیاری از موارد به تحریرالوسیله مستند بود لیکن جرم‌انگاری شروع به سرقت در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مغایر با این تفسیر است. لذا اگرچه تجری را می‌توان یکی از مبنای شرعی مجازات جرائم مزبور بدانیم. لکن با توجه اینکه هم عدم جرم‌انگاری شروع به جرم در قانون سابق و هم جرم‌انگاری آن در قانون جدید دارای استثنائاتی است لذا نمی‌توان گفت نظریه قائلین به اباحه تجری مبنای اباحه شروع به جرم در قانون سابق و نظریه قائلین به حرمت تجری مبنای جرم‌انگاری شروع به جرم در قانون جدید است.

### جمع‌بندی

۱- اگرچه نظریه تعزیر لکل عمل محرم از یک سو و نظریه عدم حرمت مقدمه حرام می‌تواند مبنایی برای قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ باشد، لکن پذیرش این مبنا با دشواری‌هایی روبروست زیرا در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ در ماده ۴۱، قانون‌گذار به ممنوعیت شروع به جرم اشاره‌ای نکرده بود لکن در همان سال و در همان قانون در مبحث شروع به سرقت و پیش از آن در سال ۱۳۶۷ در جرم‌انگاری شروع به کلاهبرداری و در سال ۱۳۷۵ در جرم‌انگاری شروع به قتل و سرقت‌های تعزیری و جعل و مانند آن استثنائاتی بر آن قاعده وارد نمود و قاعده را از کلیت خارج کرد و این موجب می‌شود پذیرش این مبنا برای قانون سال ۱۳۷۰ مشکل باشد. همین اشکال در پذیرش مبنای عدم حرمت تجری در نظر آن دسته از فقها که تجری را شرعاً حرام نمی‌دانند وارد است. با این توضیح که اگر مقدمه حرام و تجری دارای حرمت شرعی نیست نمی‌تواند استثناء‌بردار باشد و شروع به جرائمی که برخی از آن‌ها دارای حرمت اولیه شرعی نیستند (مانند جعل)، جرم‌انگاری شوند.

۲- از طرف مقابل، پذیرش قاعده‌التعزیر لکل عمل محرم و حرمت مقدمه حرام از

یک سو و یا پذیرش نظریه تجری از سوی دیگر برای قانون سال ۱۳۹۲ نیز دارای اشکال است. زیرا قانون گذار در تحولات قانونی اخیر هرچند به جرم انگاری گسترده شروع به جرم پرداخت لکن جرائم سبک را از دایره شروع به جرم خارج نموده و آن را به جرائم موجب حد، قصاص و تعزیر شدیدتر اختصاص داده است و این استثناء نیز قابلیت انطباق با نظریه فقهی فوق را دچار مشکل می نماید

۳- همچنین شورای محترم نگهبان در سال ۱۳۶۷ جرم انگاری شروع به کلاهبرداری، در سال ۱۳۷۰ جرم انگاری شروع به سرقت حدی، در سال ۱۳۷۵ جرم انگاری شروع به جعل، در سال ۱۳۸۸ جرم انگاری برخی جرائم رایانه ای را تأیید نموده و در عین حال در همین زمان قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ حاکم بوده که مطابق آن اصل در جرم انگاری بر اباحه بوده است. لذا نظر فقهای محترم شورای نگهبان در خصوص شروع به جرم نه حرمت و عدم حرمت تجری بوده است و نه حرمت و عدم حرمت مقدمه حرام.

۴- با توجه به رد نظریات فوق الذکر مبنای قانون گذار در جرم انگاری شروع به جرم وفق ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ و همچنین ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ قاعده «التعزیر لکل عمل مفسد» بوده است.

۵- قاعده تعزیر مورد استناد در جرم انگاری شروع به جرم متحول نشده و علی رغم انقلاب اصل حاکم بر جرم انگاری شروع به جرم از اصل عدم تجریم به تجریم، رویکرد قانون گذار صرفاً از جهت تشخیص مصادیق اعمال مفسده آمیز و خلاف نظم عمومی و امنیت جامعه متحول و لذا جرم انگاری شروع به جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ آنچنان وسعت یافته است که اصل بر مفسده آمیز مقدمه حرام و تجری است و تنها استثنائات آن جرائم تعزیری درجه شش تا هشت است؛ حال آنکه در قانون سابق اصل مفسده آمیز نبودن مقدمه حرام و تجری بوده است.

#### یادداشت ها

۱. با توجه به ماده (۱۲۳) قانون مجازات اسلامی که به عملیات مقدماتی در ارتباط مستقیم با جرم اشاره نموده است؛ مرتکب باید عملیات اجرایی و اصلی و قریبه جرم را که عیان شده شروع نموده باشد به طوری که با این تفسیر مقدمات غیرمستقیم عنوان شروع به جرم پیدا

نمی‌کند. از طرفی مقنن فقط اقدامات مقدماتی غیرمستقیم را غیرقابل مجازات و خارج از محدوده رفتاری کنترل شده و قلمروی شروع به جرم کیفری اعلام نموده است. از منظر نگارنده نظریه عینی ناظر بر وقوع و بروز خارجی رفتار است که جایگاه آن در عنصر مادی جرم ارتكابی است. نظریه ذهنی نیز بر هرآنچه قبل از وقوع رفتار حادث می‌گردد اشعار دارد. برخی از حقوق‌دانان نیز نظریه مورد قبول را تحت عنوان ضابطه مجاورت عنوان نموده‌اند. ضابطه «مجاورت» مشعر بر مجاورت زمانی و مکانی با جرم تام است حال آنکه «نظریه ارتباط مستقیم» ناظر بر ضرورت مجاورت زمانی با جرم تام نیست و حسب اشعار ماده (۱۲۳) قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ محدوده شروع به جرم کیفری از مقدمات مستقیم که ناظر بر ارتباط بی‌واسطه با وقوع جرم است آغاز و تا پایان مسیر ارتكاب جرم ادامه دارد و بدین جهت جرم عقیم و محال نیز در محدوده رفتاری کنترل شده شروع به جرم می‌گنجد.

۲. جهت مطالعه بیشتر ر.ک. جرائم علیه اموال و مالکیت، میرمحمدصادقی، حسین، ص ۱۰۰.

## کتابنامه

### عربی

- ابن منظور (۱۴۱۴). لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.
- ابن اثیر جزری (بی‌تا). النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- بحرانی، سید هاشم (۱۴۱۵). البرهان فی تفسیر القرآن، چاپ اول، قم، مؤسسه البعثة، قسم الدراسات الإسلامية.
- تقوی اشتهاردی، حسین (۱۳۷۷). تنقیح الأصول (تقریرات درس اصول امام خمینی)، چاپ اول، بی‌جا، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹). مفتاح الكرامة، دفتر انتشارات اسلامی قم، چاپ اول.
- حسینی خامنه‌ای، سید علی (۱۴۲۴). أجوبة الاستفتاءات، چاپ اول، قم، دفتر معظم له در قم.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). وسائل الشیعة، مؤسسه آل‌البتیت (علیه‌السلام)، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۰). إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

تحول قاعده تعزیر در جرم انگاری شروع به جرم ۴۷

علامه حلی حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳). قواعد الأحكام، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰). تحریر الأحكام، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام).

ابوالصلاح حلبی، تقی الدین (۱۴۰۳). الکافی فی الفقه، چاپ اول، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (علیه السلام).

جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، چاپ اول، بیروت، دار العلم للملایین.

خویی، ابو القاسم (۱۴۱۸). التنقیح فی شرح العروة الوثقی، چاپ اول، قم، تحت اشراف جناب آقای لطفی.

خرازی، سید محسن (۱۴۲۲). عمدة الأصول، چاپ اول، قم، مؤسسه در راه حق.

رشتی، حبیب الله (بی تا). بدائع الأفكار، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۷). الموجز فی أصول الفقه، چاپ چهاردهم، قم، مؤسسه الإمام الصادق (علیه السلام).

شبر، سید عبدالله (۱۴۱۰). تفسیر القرآن الکریم، چاپ دوم، قم، مؤسسه دار الهجرة.

شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰). اللمعة الدمشقیة، چاپ اول، بیروت، دار التراث - الدار الإسلامیة.

شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۳). مسالک الأفهام، چاپ اول، بی جا، مؤسسه معارف اسلامیة.

صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳). من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

طبرسی، امین الاسلام (۱۳۷۲). مجمع البیان فی تفسیر القرآن، چاپ سوم، تهران، ناصر خسرو

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۶). حاشیة فرائد الأصول، چاپ اول، قم، دارالهدی.

فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۱). اصول فقه شیعه، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).

فیض کاشانی، ملا محسن (بی تا). مفاتیح الشرائع، چاپ اول، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰). کتاب العین، چاپ دوم، قم، نشر هجرت.

طباطبایی قمی، سید حسن (۱۴۱۵). کتاب الحج، چاپ اول، قم، مطبعة باقری.

موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۳). إرشاد السائل، چاپ دوم، بیروت، دار الصفوة.

موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۲). الدر المنضود فی أحكام الحدود، چاپ اول، قم، دار القرآن الکریم.

لاری، سید عبد الحسین (۱۴۱۸). التعليقة علی المكاسب، چاپ اول، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية. محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸). شرائع الإسلام، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان. مجلسی محمد تقی (۱۴۰۶). روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، مؤسسه فرهنگي اسلامی کوشانبور.

مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱). فقه الإمام الصادق (علیه السلام)، چاپ دوم، قم، مؤسسه انصاریان. مؤمن قمی، محمد (۱۳۸۹). مبانی تحریر الوسیله - کتاب الحدود، چاپ اول، تهران، مؤسسه نشر آثار امام خمینی.

نراقی مولی احمد (۱۴۱۷). عوائد الأيام، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی. موسوی عاملی، سید محمد (۱۴۱۱). مدارک الأحکام، چاپ اول، بیروت، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام). نجفی، محمد حسن (بی تا). جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی،

#### فارسی

حسینی، سید محمد (۱۳۹۰). سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران، چاپ دوم، تهران، میزان.

دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). لغت نامه، چاپ دوم، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران. شمس ناتری، محمد ابراهیم، ریاضت، زینب، کلانتری، حمیدرضا، زارع (۱۳۹۵)، ابراهیم، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، تهران، میزان، چاپ سوم.

عمید، حسن (۱۳۸۸). فرهنگ فارسی، چاپ اول، تهران، انتشارات فرهنگ نما. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۳). جرائم علیه اموال و مالکیت، چاپ سی و نهم، تهران، میزان. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی (۱۳۸۹). فرهنگ نامه اصول فقه، چاپ اول، قم.

موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۶۵). موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (علیه السلام)، چاپ اول، قم، انتشارات شکوری.

منتظری، حسین علی (۱۳۷۳). رساله استفتائات، چاپ دوم، تهران، نشر تفکر.

نهج البلاغه (۱۴۱۴). مؤسسه نهج البلاغه، چاپ اول.