

## بررسی حقوقی و فقهی تجری در قیاس با جرم محال در پرتو مبانی نظریه جرم‌انگاری

سلمان نصراللهی بروجنی \* محمدرضا کاظمی گلوردی \*\*

(تاریخ دریافت: ۹۷/۱۰/۱۶ تاریخ پذیرش: ۹۸/۶/۲۳)

### چکیده

تجری یکی از موضوعات چالش‌برانگیزی است که از یک سو در ساحت فراحقوقی به مسئله جرم‌انگاری مربوط و از سوی دیگر به نحو وثیقی با حوزه‌های فلسفه اخلاق، فقه، اصول و کلام مرتبط شده است. تجری در حقوق کیفری مدرن به مثابه جرم محال تلقی می‌گردد. نوشتار حاضر ضمن جستارگشایی این موضوع به طور دقیق درصدد پاسخ به این سئوالات است: اولاً؛ آیا اثبات مجازات برای متجری متوقف بر اثبات قبح فعلی و فاعلی تجری است؟ ثانیاً؛ ماهیت حقوقی جرم محال چیست و ثالثاً؛ آیا جرم‌انگاری تجری توجیه‌پذیر است؟ رهیافت حاصل آن است که در قبح فاعلی تجری هیچ شکی نیست و بر فرض اثبات قبح فعلی تجری، اثبات استحقاق مجازات متجری دشوار است بنابراین جرم‌انگاری تجری به عنوان یک قاعده بر مبنای اخلاق دینی توجیه‌پذیر نیست. افزون بر این، واقعیت جرم‌انگاری در تجری حاکی از آن است که قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با یک رویکرد اخلاق‌گرایانه درصدد دفاع حداکثری از قبح اخلاقی بوده است و این در حالی است که بر اساس اخلاق دینی دفاع از جرم‌انگاری جرم محال به عنوان یک قاعده توجیه‌پذیر نیست.

واژگان کلیدی: جرم محال، اخلاق، جرم‌انگاری، متجری.

\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد، مشهد، ایران.

\*\* استادیار رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد ایران (نویسنده مسئول):

## مقدمه

شاید گزاف نباشد که اذعان نمائیم عربان ترین و مستقیم ترین شکل دخالت حکومت در آزادی شهروندان «جرم انگاری»<sup>۱</sup> است که می‌بایست با ابتناء بر دلایل موجه عقلانی صورت پذیرد. شایان ذکر است که به عنوان یک اصل مهم: هرگونه مداخله در آزادی افراد نیازمند «توجیه» بوده<sup>۲</sup> و جرم انگاری استثنایی بر اصل آزادی تلقی می‌گردد. از این رو، جرم انگاری مقوله‌ای پیچیده و موردی است، به گونه‌ای که تا به امروز هیچ نظریه‌ای در باب جرم انگاری نتوانسته نظریه‌ای کامل باشد و به نظر می‌رسد چنین هدفی نیز در جهان اخلاقاً متکثر ناممکن باشد. با این وجود همواره در توجیه جرم انگاری، اصول و محدودیت‌هایی از سوی فلاسفه‌ی سیاسی، اخلاق و حقوق بیان شده است. سه رویکرد مشهور در این زمینه عبارتند از؛ اول رویکرد آزادی‌گرا که به مقوله آزادی‌های فردی و شخصی بسیار اهمیت می‌دهد، این اندیشه یگانه مبنای موجه برای جرم انگاری را اصل ضرر<sup>۳</sup> می‌داند. دوم پدر سالاری قانونی<sup>۴</sup> است و سوم اخلاق‌گرایی قانونی<sup>۵</sup> به عنوان یکی از اصول<sup>۶</sup> مهم جرم انگاری شناخته می‌شود.

جرم انگاری در جمهوری اسلامی ایران مطابق با اصول چهارم، هفتاد و یکم و هفتاد و دوم قانون اساسی بر پایه‌ی ایدئولوژی مذهبی بنیانگذاری شده است، لذا تحلیل فقهی هنجارهای رفتاری بر اساس آموزه‌های فقهی دارای اهمیت ویژه‌ای است. بدین ترتیب سه پیش فرض مهم برای نگارندگان در این مقاله وجود دارد: اولاً، اخلاق دینی صرفاً شرط «لازم» جرم انگاری است و تحریم لزوماً مرادف با تجریم نیست. ثانیاً؛ می‌توان هنجارهای شرعی را بر اساس دینداری

## 1. Criminalization.

۲. در این مورد ن.ک: محمودی جانکی، فیروز و مهرانگیز روستایی، ۱۳۹۲، توجیه مداخله‌ی کیفری؛ اصول و ضرورت‌ها، پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره‌ی سوم: ۶۶-۳۵.

## 3. The Harm Principle.

## 4. Legal Paternalism.

## 5. Legal Morality.

۶. مراد از اصول جرم انگاری پایه‌های اساسی جرم انگاری است که بر مبنای نظری ایدئولوژی سیاسی و زیر ساخت‌های فلسفی آن استوار گردیده است.

معرفت اندیش در ترازوی اخلاق و اکاوی نمود. ثالثاً: با تمسک به سیره‌ی عقلاء می‌توان هنجار رفتاری را در کنار اصول شرعی جرم‌انگاری، در پارادایم ضوابط جرم‌انگاری تحلیل نمود. حال پس از بیان این پیش فرض‌ها به مسئله اصلی مقاله می‌پردازیم.

در یک تعریف ساده تجرّی<sup>۱</sup> یعنی «اقدام به عملی که جرم است از روی علم و عمد در صورتیکه علم او خلاف واقع باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۱۳۹). در مقررات کیفری ما مصداق تجرّی، جرم محال موضوعی است. هرگونه نظریه پردازی در مورد تجرّی می‌تواند آثار بسیار مهمی را بر مقررات کیفری مترتب نماید. اهمیت این بحث در جایی نمایان میشود که فعل قبیح (قابل سرزنش) ممکن است با نیت حسن غیر قابل سرزنش شود یا اینکه فعل حسن با قبح فاعلی قابل سرزنش گردد. از یک سو صرف قصد قابل سرزنش توجیهی برای جرم‌انگاری تلقی نمی‌گردد و از سوی دیگر قصد و انگیزه قابل ستایش می‌تواند توجیه‌گر رفتارهای به ظاهر مجرمانه باشد. به طور مثال: جستجوی خانه متهم مانند تجاوز و ورود به منزل دیگری است، مصادره اموال مانند سرقت است، توقیف مواد مخدر مانند داشتن مواد مخدر است، اعدام مانند قتل است (Ferguson, 2011, 259) در همه این موارد انگیزه مخالفت با قانون وجود ندارد. باری، قانونگذار کیفری با تصویب تبصره‌ی مادی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی اهمیت و ارزش ویژه‌ی برای «ذهنیت‌گرایی» در سپهر جرم‌انگاری قائل شده که از منظرگاه‌های متعددی همچون اخلاق دینی قابل نقد و بررسی است.

باری، پیچیدگی مسئله تجرّی فقط به مباحث پیش گفته ختم نمی‌شود و در این خصوص مسئولیت کیفری متجری<sup>۲</sup> محل خدشه است زیرا «آگاهی و شناخت شخص دربارهِ ماهیت غیر اخلاقی رفتار که یکی از مولفه‌های مسئولیت اخلاقی<sup>۳</sup> است» (برهانی، ۱۳۹۵: ۲۴۱) فرع بر این است که عمل او در واقع نادرست باشد. حال اگر عمل او در عالم واقع درست باشد ولی با تصور

#### 1. Appectus Punitur Liced non Sequatur Effectus (Latin).

۲. به نفس عمل «تجرّی»، به فاعل این فعل «متجری» و به فعل انجام شده «متجری به» گفته می‌شود.

۳. مسئولیت اخلاقی شرط لازم برای تحقق مسئولیت کیفری است به بیان دیگر بدون مسئولیت اخلاقی مسئولیت کیفری تحقق پیدا نمی‌کند ولی شرط کافی قلمداد نمی‌گردد یعنی صرف مسئولیت اخلاقی برای تحقق مسئولیت کیفری کفایت نمی‌کند.

اینکه عملش نادرست است مبادرت به انجام عمل نماید آیا مستحق سرزنش اخلاقی است؟ به عبارت دیگر مکلف با اعتقاد به حرمت عمل آن را مرتکب می‌شود یا ضمن اعتقاد به وجوب آن را ترک می‌کند.

به هر حال، بحث در مورد تجرّی در دو ساحت جرم انگاری و مسئولیت کیفری قابل واکاوی است. در ساحت جرم انگاری «قیح فعلی» تجرّی قابل تردید است و در ساحت مسئولیت کیفری مسئله «سرزنش پذیری»<sup>۱</sup> اخلاقی فرد متجرّی محل تامل جدی است. از نظر گاه فقهی با توجه به اینکه در مورد استحقاق عقاب متجرّی دیدگاه‌های متفاوتی بیان شده است: لذا سؤال این است که از نظر عقلی، تجرّی دارای قیح فعلی است یا قیح فاعلی؟ آیا به صرف قیح فاعلی می‌توان متجرّی را مستحق مجازات دانست؟ در ادامه می‌توان پرسید جرم انگاری تجرّی (محال موضوعی) بر چه اساسی توجیه پذیر است؟ این مقاله با روشی توصیفی-تحلیلی طی دو بخش ابتدائاً موضوع تجرّی را از منظر فقه امامیه مورد تحلیل قرار داده و سپس در ادامه ماهیت حقوقی و فراحقوقی آن را بررسی و در انتها نیز ضمن نتیجه‌گیری، پیشنهادی ارائه می‌نماید.

## ۱. تجرّی در ترازوی اخلاق دینی

واقعیت جرم انگاری در نظام عدالت کیفری جمهوری اسلامی ایران، بر پایه اخلاق دینی بنا شده است که در حصار قانون اساسی و مذهب رسمی کشور قرار دارد.<sup>۲</sup> با این پیش فرض مبانی جرم انگاری تجرّی را ابتدائاً از منظر اخلاق دینی تحلیل می‌نمائیم تا رهنمونی برای جرم‌انگاری تجرّی (جرم محال)<sup>۳</sup> باشد. بدین طریق باید به دو سؤال پاسخ دهیم: اولاً؛ آیا اثبات حرمت تجرّی متوقف

۱. هلمز بیان داشته است: «حقوق به طور کلی مسئولیت را بوسیله‌ی سرزنش پذیری (Blameworthiness) معین می‌کند» (Holmes, 1951, ۱۰۸)

۲. از محدودیت‌های شرعی در جرم‌انگاری می‌توان به اصل اباحه و اصل عدم ولایت اشاره نمود. اصول چهارم، هفتاد و یکم و هفتاد و دوم قانون اساسی نیز «محدودی‌ها» و «ضوابط» جرم‌انگاری را تعیین نموده است.

۳. نگارندگان معتقدند بررسی فقهی در این زمینه صرفاً شرط «لازم» جرم‌انگاری تجرّی است و نه شرط «کافی». این موضع بر اساس اختلاف مبانی در مورد دین حداکثری و اقلی تبیین می‌شود. ضمن آنکه موضع نویسندگان لزوماً دفاع از اخلاق

بر اثبات قبح فاعلی<sup>۱</sup> آن است یا قبح فعلی؟ ثانیاً؛ آیا شخص «متجرّی» مستحق عقاب دنیوی است<sup>۲</sup> یا اخروی؟

### ۱-۱. بررسی تحلیلی حرمت تجرّی در پرتو قبح فعلی و قبح فاعلی

فقهای امامیه در مورد قابلیت قبح شرعی تجرّی از دو منظر «قبح فاعلی» و «قبح فعلی» بحث نموده‌اند. در مورد وجود قبح فاعلی در تجرّی نزد اکثر فقهاء اتفاق نظر وجود دارد (انصاری، ۱۴۲۸ق، ۳۹؛ موسوی خویی، ۱۴۲۴ق، ۱۹؛ غروی نائینی، ۱۴۲۴ق، ۴۲؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۸ق، ۴۳۶). اما نزاع اصلی پیرامون وجود قبح فعلی<sup>۳</sup> است. فعل متجرّی یقیناً حرام نیست و تنها چیزی که می‌تواند آن را حرام کند قطع<sup>۴</sup> به حرمت آن است. ثمره‌ی این بحث در پاسخ به این سؤال است: آیا اثبات حرمت تجرّی متوقف بر اثبات قبح فعلی است یا قبح فاعلی؟ به عبارت دیگر آیا قبح فاعلی تجرّی به قبح فعلی آن تسری می‌کند یا خیر؟ بعضی (غروی نائینی، ۱۳۶۸، ج ۲، ۲۵؛ خویی، ۱۴۲۴ق، ۱۹؛ انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ۴۰) نظر به عدم وجود قبح فعلی در تجرّی دارند و معتقدند اولاً: قطع به حرمت نمی‌تواند تغییر دهنده‌ی مصلحت و مفسده باشد. ثانیاً:

---

گرایی قانونی در هر معنا اعم از دینی یا اجتماعی نیست. موضوع اخیر یک مسئله هنجاری است که موضوع بحث مقاله حاضر نمی‌باشد.

۱. بحث پیرامون اقسام تجرّی که در آن از اصولی بودن یا نبودن این بحث سخن به میان می‌آید و عمومیت و دایره شمول این بحث در آن تبیین و تعیین می‌گردد موضوع این مقاله نیست برای اطلاعات بیشتر در این مورد ن. ک: قادری، محمد علی، ۱۳۸۹، بررسی اصولی تجرّی و آثار آن، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم.
۲. بدیهی است زمانی میتوان از قابلیت عقاب متجرّی صحبت نمود که رفتار وی لزوماً قبح فعلی یا فاعلی داشته باشد.
۳. قبح فعلی یعنی اتصاف نفس فعل به قبح چه ذاتی آن فعل باشد و چه با وجوه مختلف تغییر بکند. در این مورد ن. ک: مظفر، محمد رضا، ۱۳۸۳، جلد دوم، چاپ دوازدهم، قم: اسماعیلیان: ۲۰۱.
۴. قطع عبارت است از مطلق اعتقاد جازم و به دور از هرگونه تردید و احتمال خلاف چه این اعتقاد مطابق با واقع باشد یا نباشد. در واقع شخص قاطع جزم به واقع پیدا میکند و حکم شرعی را می‌بیند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ۶؛ مظفر، ۱۳۸۳، ج ۲، ۲۱).

قطع از اعتبارات است و تغییر دهنده‌ی حسن و قبح نیست<sup>۱</sup> (سبحانی، ۱۴۱۴ق: ۳۳). ثالثاً: عنوان «مقطوع الحرمه» نزد متجری مغفول است. به عبارت دیگر فعل «متجری به» با عنوان «مقطوع الحرمه»<sup>۲</sup> در خارج انجام نشده است بلکه با عنوان شراب انجام شده است. پس این فعل با این عنوان (مقطوع الحرمه بودن) نمی‌تواند قبیح باشد زیرا این عنوان حتی اگر قبح آن مسلم باشد نمی‌تواند قبحی را بر فعل وارد نماید (خراسانی، ۱۴۱۰ق: ۴۳۶). رابعاً: فعلی که توسط متجری انجام شده است غیر اختیاری است (خراسانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲: ۲۳۹). به طور مثال در بحث شرب خمر تنها چیزی که می‌تواند اختیاری باشد شرب خمر واقعی است زیرا مقصود شارب تنها شرب خمر بوده است و نه چیز دیگر و از طرفی این شرب خمر اتفاق نیفتاده است و آنچه واقع شده یعنی «شرب مقطوع الخمریه» اختیاری نیست (صالحی مازندرانی، ۱۳۸۵، ج ۵: ۳۶).

در مقابل بعض دیگر از فقها قائل به وجود قبح فعلی در تجری هستند (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴: ۳۶) زیرا قبح فعل به خاطر عنوان عارضی است و نه عنوان اصلی (صافی گلپایگانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳۶: ۲؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۸ق، ۴۳۷؛ عراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۳: ۳۰) یعنی فعل «متجری به» قبیح است، نه به خاطر عنوان ذاتیش بلکه قبح آن به واسطه‌ی قطع به فعل حرام است و این قطع خودش یک

۱. همسو با این نظر صاحب کفایه می‌فرماید: «ان القطع بالحسن و القبح... لا ملاک للمحبوبیه و المغبوضیه شرعاً» (محمدی خراسانی، ۱۳۸۲، ج ۳: ۳۴) یعنی قطع به حسن و قبح یک فعل نمی‌تواند ملاک محبوب بودن آن یا منفور بودن آن در نزد شارع باشد پس قطع نمیتواند ملاک حکم شرعی قرار بگیرد.

۲. به طور مثال در جایی که قطع دارد مایع شراب است و می‌داند شراب حرام است با این حال آن مایع را می‌نوشد ولی بعد متوجه می‌شود آن مایع آب بوده است. در اینجا فعل از عنوان اولش (شراب بودن) خارج می‌شود و یک عنوان جدید پیدا می‌کند یعنی مقطوع الحرمه بودن.

۳. مرحوم آخوند خراسانی در قبح فعلی تجری اشکال وارد می‌نماید ولی در کتاب کفایه متجری را مستحق عقاب دانسته‌اند ایشان می‌فرمایند: «وجدان انسان بر صحت مواخذة متجری شهادت میدهد» (خراسانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲: ۲۳۵). ایشان استحقاق عقاب متجری را مربوط به عزم نفسانی می‌دانند. البته از نظرات مرحوم محقق خراسانی برداشت‌های اشتباهی صورت گرفته است، آنچه را که محقق خراسانی قبول ندارد قبح فعلی تجری است اما ایشان متجری را مستحق عقاب اخروی به خاطر امر قلبی که همان عزم بر عصیان است می‌دانند.

عنوان عارضی است<sup>۱</sup>. جای تامل است که بعضی از فقهای (خراسانی، ۱۴۱۰ق، ۴۳۶؛ ۱۴۲۹ق، ج ۲، ۲۳۹؛ اصفهانی، ۱۴۱۳ق، ۴۴۲) که متجرّی را مستحق عقاب دانسته‌اند، نظر به عدم قبح فعلی و عدم حرمت تجرّی داشته و قبح فاعلی را برای استحقاق عقاب کافی می‌دانند زیرا معتقدند استحقاق عقاب منوط به قبح فعلی «متجرّی به» نیست. در اینجا جای تردید جدی است که اگر فعل متجرّی قبیح نیست و حرمت شرعی هم ندارد چرا متجرّی مستحق عقاب است؟<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد این دسته از فقها قائل به «گناه» بودن تجرّی هستند<sup>۳</sup>. در مقابل بعضی دیگر از فقها (انصاری، ۱۴۲۸ق، ۴۰؛ غروی نائینی، ۱۴۲۴ق: ۴۳) هم که نظر به قبح فاعلی و عدم حرمت تجرّی دارند، اما متجرّی را مستحق عقاب نمی‌دانند. به نظر می‌رسد نظریه‌ی اخیر صائب‌تر باشد زیرا استحقاق عقاب متجرّی به خاطر «فعل» تجرّی است و نه مجرد قصد وی، ضمن آنکه «قبح فعلی» تجرّی محل تردید بوده و متعلق حرام فعل خارجی است لذا استحقاق عقاب دنیوی وی مشکل است.

با استظهار از کلام فقها می‌توان استحقاق عقاب متجرّی را در چهار گزاره ذیل تحلیل نمود:  
 اول: استحقاق عقاب بنابر قبح فاعلی تجرّی است. مرحوم صاحب کفایه از این دسته هستند ایشان قبح فعلی و حرمت برای تجرّی قائل نیست ولی در عین حال متجرّی را مستحق عقاب می‌دانند.  
 دوم: استحقاق عقاب بنابر قبح فعلی تجرّی با اثبات حرمت آن. در این مورد در استحقاق عقاب متجرّی جای شک نیست. سوم: استحقاق عقاب بنابر فعلی بودن قبح تجرّی و عدم اثبات حرمت.

۱. امام خمینی (ره) (۱۴۰۵ق، ج ۲: ۹۱) در رد این استدلال می‌فرماید: ظاهراً فعل «متجرّی به» از آنچه که بود خارج نشده و به فعل قبیح تبدیل نشده است. این توهم که قبح فعل به خاطر عنوان واقعی‌اش است بطلانش واضح است.

۲. البته نباید فراموش نمود که مقصود مرحوم آخوند خراسانی (۱۴۲۹ق، ۲۲۹-۳۰۱) از عقاب، عقوبت اخروی است. بعضی (طیبی و اطهری، ۱۳۹۵: ۱۸۸) در برداشت از کلام ایشان دچار اشتباه شده‌اند و معتقدند مرحوم آخوند قائل به عقوبت دنیوی است، در حالیکه مرحوم آخوند خراسانی به صراحت بیان نموده‌اند: «کما یشهد به مراجعه الواجدان الحاکم بالاستقلال فی مثل باب الاطاعه و العصیان و مایستتبعان من استحقاق النیران او الجنان».

۳. مفهوم شرعی گناه دو مصداق دارد: یک گناهی که صرفاً دارای آثار اخروی و کیفرهای پس از مرگ است و دوم گناهی گناهی که علاوه بر کیفر اخروی با کیفر دنیوی همراه است (سید حسینی تاشی، ۱۳۷۹: ۳۸).

ظاهراً همه کسانی که (عراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۳: ۳۱؛ خوبی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۳۲؛ صدر، بی تا، ج ۲: ۴۳) معتقدند فعل «متجرّی به» قبیح است قائل به استحقاق عقاب متجرّی هستند و چهارم: استحقاق عقاب بنابر تفصیل. در این مورد تفصیل میان موارد تجرّی با احکام خمس سنجیده می شود (غروی اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ۸۱). پس تجرّی اگر با یک امر واجب که مصلحتش از مفسده‌ی تجرّی بیشتر است مصادفت کرد قبیح تجرّی به طور کامل از بین می رود و چه بسا به حسن تبدیل می شود.

## ۲-۱ داوری در پرتو قبح اخلاقی

در مقام داوری انتقادی این آراء باید خاطر نشان سازیم که حل مسائل مذکور بدون در نظر گرفتن دلیل عقلی و قاعده‌ی ملازمه<sup>۱</sup> امکان پذیر نیست. با توجه به فقدان دلیل متقن (آیات، اجماع و روایات) بر حرمت تجرّی در این مورد و بر اساس نوعی از روش اجتهادی که به توزین احکام فقهی در ترازوی اخلاق اهمیت می دهد، می توان گفت تجرّی از چشم انداز اخلاق هنجاری<sup>۲</sup> و از منظر رویکرد اخلاق فضیلت گرایانه دارای قبح اخلاقی است. لذا قبح شرعی هم دارد زیرا از این منظر نیت اخلاقی فرد برای تحسین یا تقبیح رفتار کافی است، بنابراین می توان فعل او را نیز قبیح دانست. البته از دیدگاه رویکرد اخلاق فایده گرایی<sup>۳</sup> یقیناً صرف نیت پلید متجرّی سبب قبح فعلی نمی شود و در این مورد قبح اخلاقی برای تجرّی نیست. همانطور که مشاهده شد با تمسک به قاعده ملازمه هم نمی توانیم به نظر قطعی دست یابیم. البته باید متذکر شویم که ما در این مقاله در مقام پی جویی مسئله حسن و قبح ذاتی و عارضی به عنوان یک مسئله کلامی، اصولی، فلسفی یا فقهی نیستیم بلکه صرفاً این بحث را به عنوان یک مبنا برای جرم انگاری تجرّی آن هم بر اساس یک واقعیت و نه حقیقت مطلوب دنبال می نمائیم. بدین طریق هر چند قبح فعلی تجرّی از

۱. اذا حکم العقل بقبحه، حکم الشرع بحرمة. جماعت عظیمی از فقیهان بر این باورند که احکام جنایی اسلام پیوند جدی با ارزش های اخلاقی دارند و از این رو قائل به ملازمه احکام اخلاقی (عقل عملی) و احکام شرعی هستند (محمدی، ۱۳۹۵: ۱۷۵). برخی از قائلان به نظریه حداقلی فرمان الهی تاکید می کنند که عقل انسان در وادی اخلاق همان چیزی را کشف می کند و بر آن صحنه می گذارد که مراد خداوند است (Quinn, 2006: 53-77).

2. Normative Ethic.  
3. Utilitarianism.



بعد نظری قابلیت اثبات را دارد اما بر فرضی هم که قبح فعلی و حرمت تجرّی به واسطه دلیل عقلی (اخلاق عملی) به اثبات برسد آنگاه دلیلی بر اثبات مجازات متجرّی وجود ندارد بلکه قرائن بر نفی مجازات وی دلالت دارند؛ زیرا اولاً: مجازات بر محرمات واقعی جاری است، به عبارت اخری اثبات مجازات دنیوی مثل تعزیر و حد دائر مدار تحقق جنایت واقعی در خارج است. ثانیاً: مجرای اصل براءت شک در تکلیف است در مانحن فیه نیز شک در تکلیف داریم. نمیدانیم مجازات برای متجرّی ثابت است یا خیر. مقتضی اصل براءت این است که در مورد تجرّی ثابت نیست. ثالثاً: قبل از عمل متجرّی یقین داشتیم که هرگونه مجازات از شخص مورد نظر منتفی است با انجام دادن عمل متجرّی شک میکنیم متجرّی مستحق مجازات است یا خیر؟ «لا تنقض الیقین بالشک» مقتضی عدم است. بدین ترتیب نگارندگان بر این باورند که بر فرضی هم که قبح فعلی را از جهت قبح فاعلی در نظر بگیریم تنها چیزی که در تجرّی می تواند دال بر قبح شرعی باشد بروز نیت پلید متجرّی است که ایشان را فقط مستحق عقاب اخروی می کند، نه عقاب دنیوی، لذا فرد متجرّی فقط مرتکب «گناه» شده و حتی فعل حرام نیز انجام نداده است.

## ۲. تحلیل ماهیت حقوقی و فراحقوقی تجرّی

سؤالی که در این قسمت مطرح می شود این است: با توجه به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تجرّی جرم انگاری شده است یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال ابتدا باید مفهوم دقیق تجرّی را دریابیم. در اصطلاح حقوق دانان متجرّی به کسی اطلاق می شود که «به حرمت و ممنوع بودن کاری قطع و یقین دارد و به انجام آن دست می زند سپس کاشف به عمل می آید که آن کار ممنوع نبوده

۱. برای اطلاع از نظر مخالف با نگارندگان ن. ک: میرخلیلی، سید محمود، ۱۳۸۹، بازپژوهی تجرّی در آموزه های اسلامی با نگاهی به حالت خطرناک از منظر جرم شناسی: ۳۵ و برای اطلاع از نظر موافق با نگارندگان ن. ک: یزدی، سید کاظم، بی تا، عروه الوثقی، از احکام حائض، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی: ۱۶۵؛ طباطبایی، سید محسن، مستمسک عروه الوثقی، جلد سوم: ۳۳۱. قال فی العروه: اذا وطئها بتخیل انها فی الحیض فبان الخلاف لا شیء علیه؛ حسینی، سید محمد، ۱۳۸۳، رابطه مفهوم شرعی گناه و مفهوم حقوقی جرم و نسبت تحریم و تجریم، در علوم جنایی، مجموعه مقالات در تجلیل از استاد محمد آشوری، نشر سمت: ۶۵۳.

است و اقدام وی با واقعیت مطابقت نداشته است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹، ۱۳۷۲). مانند اینکه شخصی مال خود را به تصور اینکه مال دیگری است برمی دارد یا اینکه به قصد زنا با همسر خود نزدیکی می کند یا به قصد قتل به شبحی تیراندازی می کند و بعد معلوم می گردد که آن شبح انسان نبوده است. اصطلاح تجرّی در کلام فقها معادل رفتار محال<sup>۱</sup> در حقوق کیفری عرفی است. اکنون آیا رفتار محال مطابق با تبصره‌ی ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی<sup>۲</sup> جرم‌انگاری شده است یا خیر؟ آیا اساساً رفتار محال «باید» جرم‌انگاری گردد یا خیر؟

### ۱-۲. چیستی حقوقی تجرّی

ماهیت تجرّی ارتباط مستقیمی با جرم محال دارد. واژه محال «برای تعیین وضعیت‌هایی است که در آن امکان وقوع بزه به هیچ عنوان وجود نداشته باشد» (لوترمی و کلب، ۱۳۸۷: ۶۳). اما مسئله به این سادگی خاتمه نمی یابد زیرا جرم محال دارای درجات و مراتبی است که بدون درک صحیح از آن، نمی توانیم به ماهیت حقوقی تجرّی پی ببریم. در تجرّی کسی رفتاری را به قصد اینکه جرم است مرتکب می شود و بعداً معلوم می گردد رفتاری که انجام شده جرم نبوده است. بنابراین اگر فردی به قصد شرب خمر ظرف خالی آن را به تصور پُر بودن بر دارد یا اینکه مرتکب به قصد قتل به اتاق خالی شلیک نماید یا به قصد سرقت دستش را در جیب خالی نماید، در تمامی این موارد اساساً هرچند «موضوع» رفتار حتی وجود خارجی هم ندارد جرم محال محقق شده همچنان که در این موارد هم تجرّی صادق است: شخص مایعی را می نوشد سپس معلوم می شود شراب است یا به قصد قتل به هدف مورد نظر شلیک می نماید بعداً مشخص می شود آدمک پلاستیکی است یا به قصد سرقت مال متعلق به خود را تصاحب می نماید. در همه‌ی این موارد هم رفتار متجرّی و آنچه مقصود مرتکب بوده نمود خارجی دارد زیرا «ما وقع لم یقصد و ما قصد

۱. Attempting the Impossible. See; Clarkson, G.M.V., Criminal Law. First Edition, 1987, P10-13.

۲. این تبصره مقرر می دارد: «هرگاه رفتار ارتكابی، ارتكاب مستقیم با ارتكاب جرم داشته لکن به جهات مادی که مرتکب از آن‌ها بی اطلاع بوده وقوع جرم غیر ممکن باشد اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است.»

لم يقع<sup>۱</sup>. پس با این توضیح پی می‌بریم که در تجرّی «موضوع جرم»<sup>۲</sup> یا وجود خارجی ندارد یا وجود آن اعتباری است.

جرم محال در یک تقسیم‌بندی به محال قانونی<sup>۳</sup> (حکمی) و محال مادی (عملی) تقسیم می‌شود. محال قانونی هنگامی محقق می‌شود که «عملیات اجرایی که متهم انجام داده حتی اگر به طور کامل و به همان صورت که انتظار دارد محقق شود در بردارنده‌ی جرم نخواهد بود» (Duff, 1996:377) به عبارت دیگر «نتیجه‌ی مورد نظر وصف نامشروع بودن خود را از دست می‌دهد از این رو قابل مجازات نیست به عکس محال مادی که عیناً مانند شروع به جرم مرتکب به لحاظ مداخله‌ی عامل غیر ارادی از تحصیل نتیجه محروم می‌ماند» (فرهودینیا، ۱۳۸۱:۱۴۳). به عنوان مثال: کسی به قصد سرقت مال غیر، مال خود را تملک می‌کند. در سرقت لازم است «مال متعلق به غیر» ربوده شود ولی در جایی که مالی برای سرقت وجود ندارد یا انسان مال خود را تصاحب می‌کند امکان قانونی جرم محال است. عدم دستیابی مجرم به نتیجه‌ی مورد نظر در این موارد معلول یک سری عوامل خارجی عارضی نیست بلکه به لحاظ فقدان یکی از شرایط اصلی رکن قانونی یعنی موضوع جرم است<sup>۴</sup>؛ بر خلاف محال مادی که ناشی از عدم کارایی بالقوه یا بالفعل «وسیله» ارتکاب جرم است مانند آنکه شخصی به قصد قتل دیگری اسلحه خالی یا

۱- یعنی آنچه مورد قصد بوده واقع نشده و آنچه واقع شده مورد قصد نبوده است؛ در حقوق کیفری عرفی از تقارن عنصر مادی و معنوی صحبت به میان می‌آید که با تجرّی تفاوت است؛ بنابراین اگر شخصی در هنگام رانندگی کسی را به قتل برساند و سپس متوجه شود همان کسی است که قصد قتل عمد او را داشته است مسئولیت کیفری وی بر مبنای قتل غیر عمد است.

## 2. Criminal Subject (Issue).

### 3. Legal Impossibility.

۴. بعضی (فرهودی‌نیا، ۱۳۸۱:۱۶۱) معتقدند محال قانونی فقدان رکنی از جرم است. به نظر نگارندگان این نظر صحیح نیست زیرا در محال مادی هم که عدم نتیجه ناشی از وسیله ارتکاب جرم است یکی از ارکان جرم مفقود است. در مورد اخیر هنگامی که شخصی با اسلحه خالی یا خراب به تصور پر بودن یا سالم بودن اسلحه شلیک می‌کند رفتار فیزیکی (فعل) به عنوان یکی از ارکان جرم محقق نشده است. بدین ترتیب در هر کدام از محال مادی و قانونی رکنی از جرم مفقود است و در واقع قانون جزا است که مشخص می‌کند محال مادی یا قانونی بنا بر شرایط استثنایی جرم هستند یا خیر؛ لذا در صورت فقدان نص قانونی، محال قانونی و مادی جرم نیستند.

اسلحه‌ای که ضامن آن کشیده نشده یا خراب باشد را استفاده نماید. بدین ترتیب نکته‌ای که باید بر آن تاکید داشت این است که در حقوق کیفری عرفی ماهیت حقوقی تجرّی معادل محال قانونی است، زیرا در تجرّی و محال قانونی، موضوع ارتکاب جرم یعنی آنچه که رفتار مجرمانه بر آن واقع می‌شود منتفی است.<sup>۱</sup>

حال پرسش اصلی این است که قانون مجازات اسلامی در مورد جرم محال چه سیاستی را اتخاذ نموده است؟ آیا علاوه بر محال مادی، محال قانونی را نیز جرم انگاری نموده است؟ قانونگذار کیفری ایران بر مبنای پیروی از تئوری ذهنی با تصویب تبصره‌ی ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به مدافعان مجازات جرم محال پیوسته است.<sup>۲</sup> اما با این حال در خصوص قلمرو تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی نسبت به مراتب جرم محال اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از مصنفین حقوق کیفری معتقدند که این تبصره ناظر به جرم محال حکمی و موضوعی است (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۳۲۷ و ۳۲۵؛ منصورآبادی، ۱۳۹۶: ۲۳۳).<sup>۳</sup> زیرا «غیر ممکن» بودن

۱. ابضاح این نکته نیز مهم است که در ادبیات مدرن حقوق کیفری به محال قانونی، محال مطلق موضوعی یا حکمی نیز گفته می‌شود.

۲. جالب است که قانونگذار دقیقاً از قرائت تبصره‌ی ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ تقلید نموده است. در این ماده آمده بود: «در صورتیکه اعمال انجام یافته ارتباط مستقیم با ارتکاب جرم داشته باشد ولی به جهات مادی که مرتکب از آنها بی اطلاع بوده وقوع جرم غیر ممکن باشد عمل در حکم شروع به جرم محسوب می‌شود». این تبصره در قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ از ذیل ماده‌ی ۱۵ قانون مزبور حذف گردید و در ماده‌ی ۴۱ و تبصره‌های آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نیز حکمی در مورد جرم محال وجود ندارد.

۳. منظور از محال «حکمی» آن است که رفتار فاعل با تعریف قانونی جرم تطبیق نمی‌کند و ناممکن بودن «موضوعی» هنگامی است که موضوع جرم از نظر تعریف قانونی ناممکن نیست و در وضعیت وقوع عجزاً منتفی است (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۳۲۷) و به نظر نگارندگان این تقسیم بندی خالی از اشکال نیست. چون واضح است که در هر دو حالت جرم به خاطر فقدان یکی از شرایط قانونی (رکن مادی) محقق نیست. در مورد وضعیت اول مثلاً هنگامی که شخصی به دلیل نا آگاهی به مرده تیر اندازی می‌کند موضوع جرم منتفی است. در مورد حالت دوم مثلاً کسی که شبانگاه به سمت انسانی که در بستر خوابیده شلیک می‌کند غافل از اینکه او لحظاتی پیش اتاق را ترک کرده است، در این وضعیت هم موضوع جرم یعنی وجود یک انسان زنده منتفی است.

جرم یا حکمی است یا موضوعی؛ بدین سان قانونگذار بر این عقیده است که در برابر رفتار خطرناکی که از فاعل جرم محال سرزده و اکثراً موثر ضروری است هر چند که به دلیل انتفاء موضوع یا وسیله جرم تحقق جرم محال باشد. در مقابل بعضی دیگر (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۹۹ و ۱۰۰) بر این باورند که شمول تبصره ناظر به وقوع رفتاری است که به جهات «مادی» غیر ممکن باشد؛ و گرنه هر گاه در مواردی که وقوع جرم به جهات «قانونی» غیر ممکن باشد شروع به جرم رخ نمی‌دهد. بدین ترتیب تیراندازی به جسد به قصد قتل در حکم شروع به جرم نیست زیرا در این موارد خدشه در عنصری از عناصر مذکور در «تعریف قانونی جرم» وجود دارد؛ اما چکاندن سلاح بدون فشنگ به قصد قتل دیگری در حکم شروع به جرم است.

در مقام داوری این نظرها چند نکته حائز اهمیت است: اولاً؛ رویکرد اتخاذی در دیدگاه دوم گذر از تفسیر لفظی و ادبی است یعنی منظور قانونگذار از «جهات مادی» پیکره‌ی مادی جرم نیست بلکه منظور «محال مادی» یعنی «وسیله» ارتکاب جرم بوده و نه «محال قانونی». ثانیاً؛ هر چند به نظر ما نتیجه نظر دوم صحیح‌تر است ولی استدلال آن مبنی بر اینکه در جهات قانونی بر خلاف جهات مادی بر تعریف قانونی جرم خدشه وارد می‌شود قابل تامل است زیرا در جایی هم که اسلحه خالی به قصد قتل چکانده میشود رکن مادی جرم یعنی فعل مجرمانه به عنوان یکی از ارکان قانونی محقق نمی‌گردد. ثالثاً؛ با پیش فرض اینکه قانونگذار فقط اقدام به جرم‌انگاری محال مادی نموده است افتراق جرم‌انگاری محال قانونی با محال مادی ناموجه است زیرا در هر دو حالت فقدان «وسیله» و «موضوع» جرم ممتنع می‌شود. ضمن آنکه اگر ملاک برای جرم‌انگاری، حالت خطرناک مرتکب باشد قابلیت سرزنش ذهنی وی در هر دو حالت منطقیاً ثابت است. رابعاً؛ منشأ نزاع هر کدام از این تفسیرها مبتنی بر معمای پیچیده‌ی دفاع از «آزادی» و «امنیت» جامعه است. نظر اول متکی بر «امنیت» هر چه بیشتر جامعه و تفسیر دوم بر دفاع از «آزادی» فردی تکیه کرده است.

به نظر نگارندگان هر دو رویکرد از قوت و ضعف یکسانی برخوردار است لذا در این موارد باید با توسل به تفسیر به نفع متهم قائل به نظر دوم شویم یعنی موارد محال قانونی را از شمول

تبصره خارج نمائیم به خصوص اینکه در بخش قبل ثابت نمودیم از نظر فقهی ماهیت رفتار متجری صرفاً «گناه» است و مستحق عقوبت اخروی است.

## ۲-۲. امکان سنجی جرم‌انگاری تجرّی در پرتو اصول جرم‌انگاری

با توجه به مطالب پیشین به نظر می‌رسد جرم‌انگاری «تجرّی» (محال قانونی) به علت ابتناء نظام حقوقی ایران بر اخلاق دینی با چالش جدی مواجه باشد زیرا تعیین مجازات بر فردی که استحقاق عقوبت و حرمت فعلش قطعی نیست، محل تردید است. شاید به همین خاطر هم باشد که در شرایط و اوضاع و احوال عادی رفتارهای محال مادی و قانونی به علت فقدان یکی از ارکان متشکله‌ی رفتار مجرمانه، جرم تلقی نمی‌شوند.

گذشته از مبانی سه‌گانه‌ی سنتی برخورد با جرائم ناقص که عبارتند از تئوری موضوعی، ذهنی و تلفیقی می‌توان جرم‌انگاری تجرّی را در پارادایم اصول جرم‌انگاری تحلیل نمود. بدین ترتیب در مقام پاسخ به این سئوالات هستیم: آیا عدم امکان امر در عالم خارج می‌تواند توجیهی برای دخالت حقوق کیفری باشد؟ به راستی قاعده‌ی جرم‌انگار در اینجا چه چیزی است؟ جرم‌انگاری رفتار محال به نوعی تخطی از «اصل ضرر» به عنوان یک اصل معمول و قابل قبول در جرم‌انگاری است.<sup>۱</sup> زیرا در این موارد صدمه‌ای مستقیم و عینی به دیگری وارد نشده است. اصولاً در جرم‌انگاری جرائم تام علاوه بر سرزنش ذهنی، سرزنش عینی نیز وجود دارد و بر اساس اصل ضرر این جرایم توجیه پذیر می‌گردند. اما در جرم‌انگاری موارد شروع به جرم تمرکز هرچه

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱. در نیمه دوم قرن نوزدهم جان استوارت میل فیلسوف لیبرال بریتانیایی با طرح «اصل ضرر به دیگری»، جرم‌انگاری اخلاق‌گرایانه را با چالشی جدی روبه‌رو نمود. بدین توضیح که دولت مطابق با این اصل تنها زمانی بر خلاف اراده افراد می‌تواند در حوزه‌ی خصوصی شهروندان دخالت و آزادی آنها را محدود سازد که خطر و ضرری را که متوجه شهروندی شده دفع و رفع کند یا کاهش دهد (Mill, 1961:45). در حقیقت میل اعمال غیر اخلاقی که ضرر به دیگری نمی‌رساند و رفتارهای مضر به خود را از دایره شمول حقوق کیفری خارج نمود. پس از میل جونل فاینبرگ (۱۹۲۶-۲۰۰۴م) ضمن نقد اخلاق‌گرایی و پدر سالاری قانونی، گستره‌ی شمول اصل ضرر و آزرده را تبیین نمود (Feinberg, 1988:534).

بیشتر بر حالت خطرناک و ذهن قابل سرزنش مرتکب است. با توجه به اصل مهم آزادی و تحدید آن در شرایط استثنایی می‌توان در معادله‌ی ترکیبی سرزنش و صدمه به ساختار ذیل دست یافت:

الف: رفتار قابل سرزنش + ذهن قابل سرزنش = اصل در هنجار گذاری جنایی.

ب: رفتار قابل سرزنش + ذهن غیر قابل سرزنش = بعضی از موارد علل موجهه مثل دفاع مشروع.

د: رفتار غیر قابل سرزنش + ذهن قابل سرزنش = تجرّی و مصادیق آن مانند جرم محال.

جرم انگاری رفتار محال (قانونی و مادی) مبتنی بر نوعی اخلاق گرایی قانونی است. در این رویکرد قانونگذار درصدد ترویج فضائل اخلاقی از طریق الزام قانونی اخلاقیات است<sup>۱</sup>. پیشتر هم اشاره شد که رفتارهای محال از منظر اخلاق فضیلت محور غیر اخلاقی هستند. این نوع جرم انگاری بر حسب سیاست جنایی ایدئولوژیک یکی از ویژگی‌های دولت‌های کمال گرا<sup>۲</sup> است. به نظر ما جرم‌انگاری رفتارهای محال (قانونی و مادی) به عنوان یک قاعده در همه موارد پذیرفته نیست؛ زیرا علاوه بر انتقادات و چالش‌های گونه‌گون که در ساحت اخلاق گرایی قانونی وجود دارد<sup>۳</sup>، ورود حقوق کیفری به رفتارهای محال به نوعی نادیده‌انگاری جدایی حقوق از اخلاق

۱. مطابق با یک دیدگاه توجیه جرم‌انگاری، حفظ جامعه از طریق اخلاق متعارف آن است. اخلاق متعارف یا اخلاق اثباتی آن چیزی که مردم یک جامعه معتقدند اخلاقاً درست است یعنی همان اخلاق مشترکی که در واقع از سوی افراد یک جامعه خاص پذیرفته شده است. به تعبیر لرد دولین اخلاق مورد قبول همگان به اندازه یک حکومت مقبول برای وجود جامعه ضروری است. به این معنا که نقض اصول اخلاقی توهین به کل جامعه است. دولین با رد کامل اصل ضرر اعلام نمود که تقسیم امور اخلاقی به حوزه‌ی خصوصی و عمومی صحیح نیست و وظیفه‌ی قانون اجرای اخلاق و برقراری نظم اخلاقی است (Devlin, 1956: 18). بدین ترتیب مطابق با رویکرد اخیر اگر رفتاری از منظر جامعه سرزنش پذیر نباشد قابلیت جرم انگاری را ندارد. به عبارت دیگر جرم عبارت است از قضاوتی که افکار عمومی درباره‌ی فلان عمل دارد. اما به راستی آیا شاخص سرزنش پذیری اجتماعی معیار صحیح و درستی برای توجیه جرم‌انگاری تلقی می‌گردد یا خیر؟

## 2. Perfectionism State.

۳. مسئله مورد توجه این است که حقوق کیفری باید از زبان و ادبیات اخلاقی و مفاهیم اخلاقی در تعریف جرائم خودداری کند، از طرف دیگر رعایت و اطاعت از قانون جزایی نباید به دلیل اخلاقی یا انگیزه‌های اخلاقی باشد (Duff, 2005, 22). یافتن سنجه‌ای که با آن بتوان رفتارهای ضد اخلاقی را جرم‌انگاری نمود کاری بس مشکل است. معیار صریحی در خصوص

است. از این نظر گاه بهتر است فقط در جرائم مهلک مانند قتل عمد اقدام به جرم‌انگاری رفتارهای محال قانونی و مادی نمائیم.

### نتیجه‌گیری

۱. بر اساس آنچه گفته شد، در مورد قبح فاعلی تجرّی تردیدی نیست؛ اما قبح فعلی آن محل مناقشه است. به نظر نگارندگان هرچند بنابر نظریه اخلاقی سترگ فضیلت مدار متجرّی قبح فعلی دارد اما اخلاقی‌ترین قرائت فقهی در این باب رای بر عدم قابلیت قبح شرعی است. به هر روی ادله متعددی همچون اصل برائت و استصحاب همگی دلیلی بر علیه استحقاق عقوبت دنیوی متجرّی هستند و حتی بر فرض اثبات حرمت آن هم نمی‌توان قائل به حتمیت ترتب کیفر بر متجرّی شویم چرا که در این مورد هم عمل حرام صرفاً «اقتضاء» پیش بینی کیفر را دارد.

۲. از منظر حقوق کیفری عرفی تجرّی معادل جرم محال موضوعی تلقی می‌شود. تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به طور صریح تکلیف جرم‌انگاری رفتارهای محال قانونی و مادی را یکسره ننموده است و در این مورد میان مصنفین حقوق کیفری اختلاف نظر وجود دارد. بعضی معتقدند تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۲ قانون فوق‌الذکر شامل محال مادی و قانونی می‌شود و برخی دیگر فقط محال مادی را مشمول تبصره قوق‌الذکر می‌دانند. ریشه‌ی اختلاف این دو رویکرد در ارزش دادن به آزادی فردی و امنیت جامعه است. به نظر نگارندگان هرچند جرم‌انگاری محال مادی ترجیح بر محال قانونی ندارد اما اخلاقی‌ترین تفسیر در این مورد تفسیر به نفع متهم است چرا که هر دو نظر از نقاط قوت و ضعف یکسانی برخوردارند، بدین سان فقط موارد محال مادی را می‌توانیم در حکم شروع به جرم تلقی نمائیم.

۳. از منظر فلسفه حقوق کیفری جرم‌انگاری رفتارهای محال (قانونی و مادی) نمی‌تواند بر پایه‌ی اصل عقلانی «ضرر به دیگری» استوار باشد. هرچند در این موارد تهدید به ضرر غیر صورت

جرم‌انگاری رفتارهای ضد اخلاقی حتی از سوی طرفداران الزام قانونی اخلاقیات ارائه نشده است. نگ: هارت، ۱۳۸۹، آزادی،



پذیرفته است ولی ضرر به صورت عینی و مستقیم ارتکاب نیافته، بدین ترتیب هنجارگذاری جنایی در اینجا بر اساس جرم‌انگاری اخلاق گرایانه است که مطابق با آن دولت در صدد ترویج فضائل اخلاقی از طریق جرم‌انگاری می‌باشد. به نظر ما جرم‌انگاری رفتارهای محال به عنوان یک قاعده با توجه به پیش فرض‌های مقبول حاکم بر اصول جرم‌انگاری در جمهوری اسلامی ایران توجیه پذیر نیست زیرا در این مورد مجازات متجری از منظر اخلاق دینی با مشکل روبه‌رو است. ۴. در انتها پیشنهاد می‌شود که با توجه به عدم توجیه جرم‌انگاری رفتارهای محال به عنوان یک قاعده و تعمیم آن به همه موارد در حکم شروع به جرم، بهتر است قانونگذار جرم‌انگاری این رفتارها را به عنوان یک استثناء آن هم فقط در جرائم مهلک مانند قتل عمد مورد پذیرش قرار دهد.



منابع

فارسی

- اردبیلی، محمد علی، ۱۳۹۲، حقوق جزای عمومی، جلد اول، چاپ سی و دوم، تهران: میزان.
- برهانی، محسن، ۱۳۹۵، اخلاق و حقوق کیفری، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اسلامی.
- سید حسینی تاشی، سید صادق، ۱۳۸۹، رابطه جرم و گناه، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- صالحی مازندرانی، اسماعیل، ۱۳۸۵، شرح کفایه الاصول، تقریر محمد علی صالحی مازندرانی، قم: انتشارات صالحان.
- طیبی، مرتضی و مهرداد اطهری، ۱۳۹۵، «جرائم ناقص: واکاوی سازگاری آموزه‌های فقهی و حقوقی»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال هفتم، شماره دوم، پائیز و زمستان.
- فرهودی نیا، حسن، ۱۳۸۱، جرائم ناقص (بررسی تطبیقی)، چاپ اول، تهران: نشر فروزش.
- لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۹، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، تهران: گنج دانش.
- لوترمی، لورانس و پاتریک کلب، (۱۳۸۷)، بایسته‌های حقوق کیفری عمومی فرانسه، ترجمه محمود روح الامینی، تهران: میزان.
- محمدی خراسانی، علی، ۱۳۸۲، شرح کفایت الاصول، قم: انتشارات حسن بن علی.
- محمدی، قاسم، ۱۳۹۵، قاعده جرم انگار، چاپ دوم، تهران: شهر دانش.
- منصور آبادی، عباس، ۱۳۹۶، حقوق جزای عمومی یک، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- میرمحمد صادقی، حسین، ۱۳۹۲، جرائم علیه اشخاص، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان.
- ب: عربی
- الموسوی الخمینی، سید روح الله، (۱۴۰۵ق)، تهذیب الاصول، تقریر: جعفر سبحانی، قم: موسسه الاسلامیه.
- مظفر، محمد رضا، ۱۳۸۳ق، اصول الفقه، قم: انتشارات اسماعیلیان.

- غروی نائینی، میرزا محمد حسین، ۱۴۲۴ق، *فوائد الاصول*، چاپ هشتم، قم: نشر اسلامی.
- غروی اصفهانی، محمد حسین (صاحب فصول)، ۱۴۰۴ق، *فصول الغرویه*، قم: انتشارات دار الاحیاء العلوم الاسلامی.
- عراقی، آقا ضیاء الدین، ۱۴۲۲ق، *نهایه الافکار*، تقریر محمد تقی بروجردی، جلد سوم، چاپ چهارم، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طباطبایی بروجردی، سید حسین، ۱۴۲۸ ق، *لمعات الاصول*، تقریر سید روح الله الموسوی الخمینی، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- صدر، سید محمد باقر، بی تا، *دروس فی علم الاصول (الحلقه الثالثه)*، قم: موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- صدر، سید محمد باقر، ۱۴۱۷ق، *بحوث فی علم الاصول*، تقریر سید محمود هاشمی حسینی، قم: موسسه دایره المعارف فقه الاسلامی.
- صافی گلپایگانی، لطف الله، ۱۴۲۸ق، *بیان الاصول*، قم: انتشارات ثامن الائمه.
- سبحانی، جعفر، ۱۴۱۴ق، *المحصول فی علم الاصول*، تقریر سید محمد جلالی مازندرانی، قم: موسسه الامام الصادق.
- خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۲۴ق، *الهدایه فی الاصول*، جلد سوم، قم: موسسه امام علی ابن ابی طالب.
- خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۹ق، *الدراسات فی علم الاصول*، تقریر سید علی هاشمی شاهرودی، چاپ اول، قم: موسسه دایره المعارف الفقه الاسلامی، مرکز الغدیر، مطبعه محمد.
- خراسانی، محمد کاظم (آخوند)، ۱۴۱۰ق، *الفوائد فی شرح القرائد*، چاپ اول، بی جا، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- \_\_\_\_\_، ۱۴۲۹ق، *کفایه الاصول*، تعلیق عباس علی الزارعی السبزواری، چاپ پنجم، جلد دوم، قم: موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۷ق، *المکاسب*، چاپ اول، قم: نشر الهادی.
- انصاری، مرتضی بن محمد (شیخ مرتضی)، ۱۴۲۸ق، *فوائد الاصول (رسائل)*، قم: انتشارات اسلامی.
- اصفهانی، سید ابوالحسن، ۱۴۱۳ق، *وسيله الاصول الی حقایق الاصول*، تقریر میرزا حسن سیادت، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

#### انگلیسی

- Holmes, Oliver (1951), *The Common Law*, Forty-fourth Printing, Brown and Compony, Boston.
- Ferguson, Pamela R (2011), "Smoke gets in your eyes, The Criminalization of Smoking in Enclosed Public Places, The Harm Principle and The Limits of Criminal Sanction", *Legal Studies*, Vol. 31, No.2.
- Quinn, Philip, 2006, *Devine Command Theory* in J. Dreier. *Contemporary Debates in Moral Theory* (Oxford Blackwell Publishing).
- Duff, Antony, 1996, *Criminal Attempts*, Clarendon Press, Oxford.
- Feinberg, J. 1988, *The Moral Limits of Criminal Law*, Volume 4, Oxford university Press.
- Duff, Antony, 2005. *Defining Crimes*, First Published, Oxford University Press, New York.
- Devlin, Patrik, 1965, *The Enforcement of Morals*, Oxford: Oxford University Press.