



جستاری در باب مبانی تجرّی در قیاس با جرم محال

سلمان نصراللهی بروجنی^۱

محمد رضا کاظمی^۲

تاریخ دریافت مقاله: ۹۸/۰۵/۰۲ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۸/۱۱/۲۳

چکیده

تجرّی همواره یکی از مباحث مناقشه برانگیزی است که ساحت جرم انگاری را در حوزه فلسفه حقوق کیفری درگیر خود نموده و از سوی دیگر به طور ظریفی با فلسفه اخلاق، فقه، اصول و کلام مرتبط شده است. در حقوق کیفری از تجرّی به عنوان جرم محال یاد می‌شود که البته جرم انگاری آن با چالشهای غامضی روبه رو است. این مقاله ضمن جستارگشایی این موضوع به طور شفاف درصدد پاسخ به این سئوالات است: اولاً: آیا اثبات مجازات برای متجرّی متوقف بر اثبات قبح فعلی و فاعلی تجرّی است؟ ثانیاً: ماهیت حقوقی جرم محال چیست و ثالثاً: آیا جرم انگاری تجرّی توجیه پذیر است؟ رهیافت حاصل آن است که در قبح فاعلی تجرّی هیچ شکی نیست و بر فرض اثبات قبح فعلی تجرّی، اثبات استحقاق مجازات متجرّی مشکل است بنابراین جرم انگاری تجرّی به عنوان یک قاعده بر مبنای اخلاق دینی توجیه پذیر نیست. افزون بر این، واقعیت جرم انگاری در تجرّی حاکی از آن است که قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با یک رویکرد اخلاق گرایانه درصدد دفاع حداکثری از سرزنش اخلاقی بوده است و این در حالی است که بر اساس اخلاق دینی دفاع از جرم انگاری جرم محال به عنوان یک قاعده توجیه پذیر نیست.

کلید واژه‌ها

^۱ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران. salamannasrollahi@yahoo.com

^۲ استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران. (استاد راهنما و نویسنده مسئول): mrkazemigolvardi1348@yahoo.com

تجرّی، جرم محال، جرم انگاری، متجرّی.

مقدمه

جرم انگاری^۱ مستقیم‌ترین شکل مداخله حکومت در مهمترین دستاورد بشر یعنی «آزادی» است. مبرهن است که هرگونه تحدید آزادی نیازمند «توجیه» بوده^۲ و جرم انگاری استثنایی بر اصل آزادی تلقی می‌گردد. جرم انگاری مقول‌هایی پیچیده و بس دشوار است و تاکنون هیچ تئوری عقلانی نتوانسته تکلیف قاعده جرم انگار را مشخص نماید 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 فلاسفه 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 مبناى موجه برای جرم انگاری را اصل ضرر^۳ میدانند. دوم پدر سالاری قانونی^۴ است و سوم اخلاق‌گرایی قانونی^۵ به عنوان یکی از اصول^۶ 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 پایه 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 معرفت‌اندیش^۷ در ترازوی اخلاق واکاوی نمود. ثالثاً؛ با تمسک به سیره عقلاء می‌توان هنجار رفتاری را در کنار

^۱ Criminalization.

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

^۳ The Harm Principle.

^۴ Legal Paternalism.

^۵ 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.

^۷ برای آشنایی بیشتر با مولف‌های دین ورزی معیشت‌اندیش و معرفت‌اندیش ن. ک: عبدالکریم سروش، اصناف دین ورزی، اخلاق خدایان، تهران نشر طرح نو، ۱۳۸۰.

اصول شرعی جرم انگاری، در پارادایم ضوابط جرم انگاری تحلیل نمود. حال پس از بیان این پیش فرض‌ها به مسئله اصلی مقاله می‌پردازیم.

یکی از هنجارهای رفتاری که همواره جرم انگاری آن محل مناقشه بوده «تجری^۱» است. تجری 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 تجری، جرم محال موضوعی است. نتیجه بحث تجری آثار بسیار مهمی در باب حقوق موضوعه دارد. 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 جرم انگاری تلقی نمی‌گردد و از سوی دیگر قصد و انگیزه قابل ستایش می‌تواند توجیه گر 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 تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی اهمیت و ارزش ویژگی‌هایی برای «ذهنیت‌گرایی^۲» در سپهر جرم‌انگاری قائل شده که از منظرگاه‌های متعددی همچون اخلاق دینی قابل نقد و بررسی است.

پیشچیدگی مسئله تجری در اینجا نمایان می‌شود که: مسئولیت کیفری متجری^۳ محل خدشه است زیرا «آگاهی و شناخت شخص درباره ماهیت غیر اخلاقی رفتار که یکی از مولفه‌های مسئولیت اخلاقی^۴ 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 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. بحث در مورد تجری در دو قلمرو جرم انگاری و مسئولیت کیفری قابل واکاوی است. در ساحت جرم انگاری «قبح فعلی»

^۱ Appectus Punitur Liced non Sequatur Effectus (Latin).

^۲ ذهنیت‌گرایی (subjectivism) با اصالت دادن به معیار ذهنی (subjective) از زمان فیلسوف بزرگ آلمانی ایمانوئل کانت شروع شده است و در واقع ارزش‌ها، هنجارها و قواعد حقوقی مشخص مادی و پیشچیده‌ی بنیان نهاده که سر منشا تحولات علمی و عملی دوران مدرن و پسا مدرن زندگی انسان‌ها است.

^۳ به نفس عمل «تجری»، به فاعل این فعل «متجری» و به فعل انجام شده «متجری به» گفته می‌شود.

^۴ 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.

تجرّی قابل تردید است و در ساحت مسئولیت کیفری مسئله «سرزنش‌پذیری»^۱ فرد متجرّی محل اشکال جدی است. از نظرگاه فقهی با توجه به اینکه استحقاق عقاب متجرّی حداقل متوقف بر اثبات حرمت تجرّی است لذا سؤال این است که آیا تجرّی دارای قبح شرعی فعلی است یا فاعلی؟ آیا صرف اثبات قبح فعلی می‌توان متجرّی را مستحق مجازات دانست؟ در ادامه می‌توان پرسید جرم انگاری تجرّی (محال موضوعی) بر چه اساسی توجیه‌پذیر 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 و پیشنهادی ارائه می‌نماید.

۱- تجرّی در ترازوی اخلاق دینی

از نگاه هستی‌شناسی واقعیت جرم انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران، بر پایه اخلاق دینی بنا شده است که در حصار قانون اساسی و مذهب رسمی کشور قرار دارد.^۲ با این پیش فرض مبانی جرم‌انگاری تجرّی را ابتدائاً از منظر اخلاق دینی تحلیل می‌نمائیم تا رهنمونی برای جرم‌انگاری تجرّی (جرم محال)^۳ باشد. بدین طریق باید به دو سؤال پاسخ دهیم: اولاً؛ آیا اثبات حرمت تجرّی متوقف بر اثبات قبح فاعلی^۴ آن است یا قبح فعلی؟ ثانیاً؛ آیا شخص «متجرّی» مستحق عقاب دنیوی است^۵ یا اخروی؟

^۱ هلمز بیان داشته است: «حقوق به طور کلی مسئولیت را بوسیله سرزنش‌پذیری (Blameworthiness) معین می‌کند» (Holmes, 1951, 108).

^۲ حقیقت چیزی است که «باید» باشد و واقعیت چیزی است که «هست». در این مقاله واقعیت جرم انگاری تجرّی توصیف و حقیقت آن تحلیل می‌گردد.

^۳ از محدودیتهای شرعی در جرم انگاری میتوان به اصل اباحه و اصل عدم ولایت اشاره نمود. اصول چهارم، هفتاد و یک و هفتاد و دو قانون اساسی نیز «محدودیت‌ها» و «ضوابط» جرم انگاری را تعیین نموده‌اند.

^۴ نگارندگان معتقدند بررسی فقهی در این زمینه صرفاً شرط «لازم» جرم انگاری تجرّی است و نه شرط «کافی». این موضع بر اساس اختلاف مبنایی در مورد دین حداکثری و اقلی تبیین می‌شود. ضمن آنکه موضع نویسندگان لزوماً دفاع از اخلاق گرای قانونی در هر معنا اعم از دینی یا اجتماعی نیست. موضوع اخیر یک مسئله هنجاری است که موضوع بحث مقاله حاضر نمی‌باشد.
^۵ 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.

^۶ بدیهی است زمانی میتوان از قابلیت عقاب متجرّی صحبت نمود که رفتار وی لزوماً قبح فعلی یا فاعلی داشته باشد.

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

فقه‌های 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^۱ است. فعل متجرّی یقیناً حرام نیست و تنها چیزی که می‌تواند آن را حرام کند قطع^۲ به حرمت آن است. ثمره^۳ 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 دهنده^۴ مصلحت و مفسده باشد. ثانیاً: قطع از اعتبارات است و تغییر دهنده^۵ حسن و قبح نیست^۳ (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ۳۳). ثالثاً: عنوان «مقطوع الحرمه» نزد متجرّی مغفول است. به عبارت دیگر فعل «متجرّی به» با عنوان «مقطوع الحرمه^۴» 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 متجرّی

^۱ 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، ص ۲۰۱.

^۲ 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).

^۳ همسو با این نظر صاحب کفایه می‌فرماید: «ان القطع بالحسن و القبح... لا ملاکا 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.

^۴ 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.

^۵ مرحوم آخوند خراسانی در قبح فعلی تجرّی اشکال وارد می‌نماید ولی در کتاب کفایه متجرّی را مستحق عقاب دانسته‌اند ایشان می‌فرمایند: «وجدان انسان بر صحت مواخذة متجرّی شهادت می‌دهد» (خراسانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ۲۳۵). ایشان استحقاق عقاب متجرّی 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 تجرّی است اما ایشان متجرّی را مستحق عقاب اخروی به خاطر امر قلبی که همان عزم بر عصیان است می‌دانند.

انجام شده است غیر اختیاری^۱ 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 بعضی دیگر از فقها قائل به وجود قبح فعلی در تجرّی هستند (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ۳۶) زیرا قبح فعل به خاطر عنوان عارضی است و نه عنوان اصلی (صافی گلپایگانی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ۳۶؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۸ق، ۴۳۷؛ عراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ۳۰) یعنی فعل «متجرّی به» قبیح است، نه به خاطر عنوان ذاتیش بلکه قبح آن به واسطه قطع به فعل حرام است و این قطع خودش یک عنوان عارضی است^۲. 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^۳؟ به نظر می‌رسد این دسته از فقها قائل به «گناه» بودن تجرّی هستند^۴. 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 نظریه اخیر صائب تر 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

^۱ تنها رفتارهای ارادی و اختیاری هستند که موضوع حسن و قبح و داوری اخلاقی قرار می‌گیرد.

^۲ 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 واقعی اش است بطلانش واضح است.

^۳ 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».

^۴ مفهوم شرعی گناه دو مصداق دارد: یک گناهی که صرفاً دارای آثار اخروی و کیفرهای پس از مرگ است و دوم گناهی که علاوه بر کیفر اخروی با کیفر دنیوی همراه است (سید حسینی تاشی، ۱۳۷۹، ۳۸).

ایشان قبح فعلی و حرمت برای تجرّی قائل نیست ولی در عین حال متجرّی را مستحق عقاب می‌داند. 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. ظاهراً همه کسانیکه (عراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ۳۱؛ خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ۳۲؛ صدر، بی‌تا، 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 خمسہ سنجیده می‌شود (غروی اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ۸۱). پس تجرّی اگر با یک امر واجب که مصلحتش از مفسده تجرّی بیشتر است مصادفت کرد قبح تجرّی به طور کامل از بین میرود و چه بسا به حسن تبدیل می‌شود.

۲-۱ داوری و ارزیابی 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 قاعده ملازمه^۱ امکان پذیر نیست. با توجه به فقدان دلیل متقن (آیات، اجماع و روایات^۲) بر حرمت تجرّی در این مورد و بر اساس نوعی از روش اجتهادی که به توزین احکام فقهی در ترازوی اخلاق اهمیت می‌دهد^۳ می‌توان گفت تجرّی از چشم انداز اخلاق هنجاری^۴ و از منظر رویکرد اخلاق فضیلت‌گرایانه دارای قبح اخلاقی است لذا قبح شرعی هم دارد زیرا از این منظر نیت اخلاقی فرد برای تحسین یا تقبیح رفتار کافی است، بنابراین می‌توان فعل او را نیز قبیح دانست. البته از دیدگاه رویکرد اخلاق فایده‌گرایی^۵ یقیناً صرف نیت پلید متجرّی سبب قبح فعلی نمی‌شود و در این مورد قبح اخلاقی برای تجرّی نیست. همانطور که مشاهده شد با تمسک

^۱ اذا حکم العقل بقبحه، حکم الشرع بحرمة. جماعت عظیمی از فقیهان بر این باورند که احکام جنایی اسلام پیوند جدی با ارزش‌های 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 میکنند که عقل انسان در وادی اخلاق همان چیزی را کشف میکند و بر آن صحه می‌گذارد که مراد خداوند است (Quinn, 2006, 53-77).

^۲ 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، ص ۱۵۷.

^۳ برای آشنایی بیشتر نگاه کنید به: عبدالکریم سروش، ۱۳۸۱، دین و دنیای جدید، سنت و سکولاریسم، تهران انتشارات صراط؛ همچنین نک: سروش دباغ، ۱۳۸۷، آئین در آئینه: مروری بر آراء دین‌شناسانه عبدالکریم سروش، تهران: انتشارات صراط.

^۴ Normative Ethic.

^۵ Utilitarianism.

به قاعده ملازمه هم نمی‌توانیم به نظر قطعی دست یابیم. البته باید متذکر شویم که ما در این مقاله در مقام پی‌جویی 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 می‌نمائیم. بدین طریق هر چند قبح فعلی تجرّی از 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 متجّر و وجود ندارد بلکه قرائن بر نفی مجازات وی دلالت دارند؛ زیرا اولاً: مجازات بر محرمات واقعی جاری است، به عبارت آخری 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 متجّر ثابت است یا خیر. مقتضی اصل براءت این است که در مورد تجرّی ثابت نیست. ثالثاً: قبل از عمل متجّر یقین داشتیم که هرگونه مجازات از شخص مورد نظر منتفی است با انجام دادن عمل متجّر شک می‌کنیم متجّر 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 می‌تواند دال بر قبح شرعی باشد بروز نیت پلید متجّر است که ایشان را فقط مستحق عقاب اخروی می‌کند، نه عقاب دنیوی^۱، لذا فرد متجّر فقط مرتکب «گناه» شده و حتی فعل حرام نیز انجام نداده است.

۲- تحلیل ماهیت حقوقی و فراحقوقی تجرّی

سئوالی که در این قسمت مطرح می‌شود 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 متجّر به کسی اطلاق می‌شود که «به حرمت و ممنوع بودن

^۱ برای اطلاع از نظر مخالف با نگارندگان ن.ک: میرخلیلی، سید محمود، ۱۳۸۹، بازپژوهی تجرّی در آموزه‌های اسلامی با نگاهی به حالت خطرناک از منظر جرم‌شناسی، ص ۳۵ و برای اطلاع از نظر موافق با نگارندگان ن.ک: یزدی، سید کاظم، بی‌تا، عروه الوثقی، از احکام حائض، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ص ۱۶۵؛ طباطبایی، سید محسن، مستمسک عروه الوثقی، جلد سوم، ص 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، ص ۶۵۳.

کاری قطع و یقین دارد و به انجام آن دست می‌زند سپس کاشف به عمل می‌آید که آن کار ممنوع نبوده است و اقدام وی با واقعیت مطابقت نداشته است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۱۳۹). مانند اینکه شخصی مال خود را به تصور اینکه مال دیگری است برمی‌دارد یا اینکه به قصد زنا با همسر خود نزدیکی می‌کند یا به قصد قتل به شبحی تیراندازی می‌کند و بعد معلوم می‌گردد که آن شبح انسان نبوده است. اصطلاح تجرّی در کلام فقها معادل رفتار محال^۱ در حقوق کیفری عرفی است. اکنون آیا رفتار محال مطابق با تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی^۲ جرم انگاری شده است یا خیر؟ آیا اساساً رفتار محال «باید» جرم‌انگاری گردد یا خیر؟

۲-۱ چيستی 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 نمی‌یابد زیرا جرم محال دارای درجات و مراتبی است که بدون درک صحیح از آن، نمی‌توانیم به ماهیت حقوقی تجرّی پی ببریم. در تجرّی کسی رفتاری را به قصد اینکه جرم است مرتکب می‌شود و بعداً معلوم می‌گردد 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 تجرّی محقق شده است همچنان که در این موارد هم تجرّی صادق است: شخص مایعی را می‌نوشد سپس معلوم می‌شود شراب است یا به قصد قتل به هدف مورد نظر شلیک می‌نماید بعداً مشخص می‌شود آدمک پلاستیکی است یا به قصد سرقت مال متعلق به خود را تصاحب می‌نماید. در همه این موارد هم رفتار متجرّی و آنچه مقصود مرتکب بوده نمود خارجی اعتباری دارد زیرا «ما وقع لم

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

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

بقصد و ماقصد لم يقع^۱». پس با این توضیح پی می‌بریم که در تجرّی «موضوع جرم^۲» یا وجود خارجی ندارد یا وجود آن اعتباری است.

جرم محال در یک تقسیم بندی به محال قانونی^۳ (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 بردارنده جرم نخواهد بود» (Duff, 1996, 377) به عبارت دیگر «نتیجه 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 مداخله 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 نتیجه 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^۴؛ بر خلاف محال مادی که ناشی از عدم کارایی بالقوه یا بالفعل «وسيله» ارتکاب جرم است مانند آنکه شخصی به قصد قتل دیگری اسلحه خالی یا اسلحه‌هایی که ضامن آن کشیده نشده یا خراب باشد را استفاده نماید. بدین ترتیب باید خاطر نشان سازیم که در حقوق کیفری عرفی ماهیت حقوقی تجرّی همان محال قانونی 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 راندگی 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.

^۲ Criminal Subject (Issue).

^۳ Legal Impossibility.

^۴ بعضی (فرهودی نیا، 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 بنابر شرایط استثنایی جرم هستند یا خیر؛ لذا در صورت فقدان نص قانونی، محال قانونی و مادی جرم نیستند.

محال مطلق موضوعی^۱ (حکمی) است^۲ زیرا در تجرّی و محال قانونی (موضوعی) موضوع ارتکاب جرم یعنی آنچه که رفتار مجرمانه بر آن واقع می‌شود منتفی است.

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 تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به مدافعان مجازات جرم محال پیوسته است.^۳ اما با این حال در خصوص قلمرو تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی نسبت به مراتب جرم محال اختلاف نظر وجود دارد. بعضی (اردبیلی، ۱۳۹۲، ۳۲۷ و ۳۲۵؛ منصورآبادی، ۱۳۹۶، ۲۳۳) از مصنفین حقوق کیفری معتقدند که این تبصره ناظر به جرم محال حکمی و موضوعی است.^۴ زیرا «غیر ممکن» بودن جرم یا حکمی است یا موضوعی؛ بدین سان قانونگذار بر این عقیده است که در برابر رفتار خطرناکی که از فاعل جرم محال سرزده واکنش موثر ضروری است هرچند که به دلیل انتفاء موضوع یا وسیله جرم تحقق جرم محال باشد. در مقابل بعضی دیگر (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲، ۱۰۰ و ۹۹) بر این باورند که شمول تبصره ناظر به وقوع رفتاری است که به جهت «مادی» غیر ممکن باشد؛ وگرنه هرگاه در مواردی که وقوع جرم به جهت «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.

^۱ Factual Impossibility.

^۲ برای اطلاع از نظر مخالف با نگارندگان ن. ک: قادری، محمد علی، ۱۳۸۹، بررسی اصولی تجرّی و آثار آن، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، ص ۱۴۹.

^۳ جالب است که قانونگذار دقیقاً از قرائت تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ تقلید نموده است. در این ماده آمده بود: «در صورتی که اعمال انجام یافته ارتباط مستقیم با ارتکاب جرم داشته باشد ولی به جهت 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 ماده ۱۵ قانون مزبور حذف گردید و در ماده ۴۱ و تبصره‌های آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نیز حکمی در مورد جرم محال وجود ندارد.

^۴ 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 نا ممکن نیست و در وضعیت وقوع عجالاً 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 تیراندازی 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.

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 «جهت مادی» پیکره 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 جهت قانونی بر خلاف جهت 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 جرم انگاری محال مادی نموده است افتراق جرم انگاری محال قانونی با محال مادی ناموجه است زیرا در هر دو حالت فقدان «وسیله» و «موضوع» جرم ممتنع میشود. ضمن آنکه اگر ملاک برای جرم انگاری، 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 پیچیده 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 نمودم از نظر فقهی ماهیت رفتار متجری صرفاً «گناه» است و مستحق عقوبت اخروی است.

۲-۲ امکان سنجی جرم انگاری تجرّی در پرتو اصول جرم انگاری

با توجه به مطالب پیشین به نظر میرسد جرم انگاری «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 متشکله رفتار مجرمانه، جرم تلقی نشوند.

گذشته از مبانی سه گانه سنتی برخورد با جرائم ناقص که عبارتند از تئوری موضوعی، ذهنی و تلفیقی می‌توان جرم انگاری تجرّی را در پارادایم اصول جرم انگاری 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 قاعده جرم انگار در اینجا چه چیزی است؟

جرم انگاری رفتار محال به نوعی تخطی از «اصل ضرر» به عنوان یک اصل معمول و قابل قبول در جرم انگاری است^۱. زیرا در این موارد صدمه ایی مستقیم و عینی به دیگری وارد نشده است. اصولاً در جرم انگاری جرائم تام علاوه بر سرزنش ذهنی، سرزنش عینی نیز وجود دارد و بر اساس اصل ضرر این جرایم توجیه پذیر میگردند. اما در جرم انگاری موارد شروع به جرم تمرکز هرچه بیشتر بر حالت خطرناک و ذهن قابل سرزنش مرتکب است. با توجه به اصل مهم آزادی و تحدید آن در شرایط استثنایی می توان در معادله 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^۲. پیشتر هم اشاره شد که رفتارهای محال از منظر اخلاق فضیلت محور غیر اخلاقی هستند. این نوع جرم

^۱ در نیمه دوم قرن نوزدهم جان استوارت میل فیلسوف لیبرال بریتانیایی با طرح «اصل ضرر به دیگری»، جرم انگاری اخلاق گرایانه را با چالشی جدی روبه رو نمود. بدین توضیح که دولت مطابق با این اصل تنها زمانی بر خلاف اراده افراد می تواند در حوزه 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 نمی رساند و رفتارهای مضر به خود را از دایره شمول حقوق کیفری خارج نمود. پس از میل جوئل فاینبرگ (۱۹۲۶-۲۰۰۴م) ضمن نقد اخلاق گرایی و پدر سالاری قانونی، گستره شمول اصل ضرر و آزرده را تبیین نمود (Feinberg, 1988, 534).

^۲ مطابق با یک دیدگاه توجیه جرم انگاری، 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 و طی فرآیند جامعه پذیری افراد به نسلهای آتی منتقل 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. در نظر دولین هیچ محدودیت نظری برای حقوق علیه امور اخلاقی وجود ندارد. وی با رد کامل اصل ضرر اعلام نمود که تقسیم امور اخلاقی به حوزه خصوصی و عمومی صحیح نیست و وظیفه قانون اجرای اخلاق و برقراری نظم اخلاقی است. جامعه حق دارد هر آنچه را که اساس زندگی اجتماعی را به خطر میاندازد مجازات نماید. قواعد اخلاقی پیوستگی انسان ها را با یکدیگر تامین میکند. حق بلکه تکلیف حکومت است که از رفتار خلاف اخلاق با توسل به نیروی بازدارنده حقوق کیفری جلوگیری نماید (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 درباره فلان عمل دارد. اما به راستی آیا شاخص سرزنش پذیری اجتماعی معیار صحیح و درستی برای توجیه جرم انگاری تلقی میگردد یا خیر؟

انگاری بر حسب سیاست جنایی ایدئولوژیک یکی از ویژگی‌های دولت‌های کمال‌گرا^۱ است. به نظر ما جرم انگاری رفتارهای محال (قانونی و مادی) به عنوان یک قاعده در همه موارد پذیرفته نیست؛ زیرا علاوه بر انتقادات و چالش‌های گونه‌گون که در ساحت اخلاق‌گرایی قانونی وجود دارد^۲، ورود حقوق کیفری به رفتارهای محال به نوعی ناپیده انگاری جدایی حقوق از اخلاق 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. در مورد قابلیت قبح فاعلی تجرّی شکی نیست؛ اما قبح فعلی آن محل مناقشه است. به نظر نگارندگان هرچند بنابر نظریه اخلاقی سترگ فضیلت مدار متجّرّی قبح فعلی دارد اما اخلاقی ترین قرائت فقهی در این باب رای بر عدم قابلیت قبح شرعی است. به هر روی ادله متعددی همچون اصل براءت و استصحاب همگی دلیلی بر علیه استحقاق عقوب دنیوی متجّرّی هستند و حتی بر فرض اثبات حرمت آن هم نمی‌توان قائل به حتمیت ترتب کیفر بر متجری شویم چرا که در این مورد هم عمل حرام صرفاً «اقتضاء» پیش بینی کیفر را دارد.

۲. در حقوق کیفری عرفی تجرّی معادل جرم محال قانونی (موضوعی) تلقی میشود. ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به طور صریح تکلیف جرم انگاری رفتارهای محال قانونی و مادی را یکسره ننموده است و در این مورد میان مصنفین حقوق کیفری اختلاف نظر وجود دارد. بعضی معتقدند تبصره ماده ۱۲۲ قانون فوق‌الذکر شامل محال مادی و قانونی می‌شود و برخی دیگر فقط محال مادی را مشمول تبصره فوق‌الذکر میدانند. ریشه اختلاف این دو رویکرد در ارزش دادن به آزادی فردی و امنیت جامعه است. به نظر نگارندگان هرچند جرم انگاری 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.

^۱ Perfectionism State.

^۲ 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 سنجهایی که با آن بتوان رفتارهای ضد اخلاقی را جرم انگاری نمود کاری بس مشکل است. معیار صریحی در خصوص جرم انگاری رفتارهای ضد اخلاقی حتی از سوی طرفداران الزام قانونی اخلاقیات ارائه نشده است. نگ: هارت، ۱۳۸۹، آزادی، اخلاق

و قانون، ترجمه و پیشگفتار محمد راسخ، طرح نو، ص ۱۵.

۳. جرم انگاری رفتار های محال (قانونی و مادی) نمی تواند بر پایه اصل منطقی «ضرر به دیگری» استوار باشد. هر چند در این موارد تهدید به ضرر غیر صورت پذیرفته است ولی ضرر به صورت ملموس و مستقیم ارتکاب نیافته، بدین ترتیب هنجار گذاری جنایی در اینجا بر اساس جرم انگاری اخلاق گرایانه است که مطابق با آن دولت در صدد ترویج فضائل اخلاقی از طریق جرم انگاری می باشد. به نظر ما جرم انگاری رفتارهای محال به عنوان یک قاعده با توجه به پیش فرض های مقبول حاکم بر اصول جرم انگاری در جمهوری اسلامی ایران توجیه پذیر نیست زیرا در این مورد مجازات متجری از منظر اخلاق دینی با مشکل روبه رو است.

۴. درانتها پیشنهاد می شود که با توجه به عدم توجیه جرم انگاری رفتارهای محال به عنوان یک قاعده و تعمیم آن به همه موارد در حکم شروع به جرم، بهتر است قانون گذار جرم انگاری این رفتارها را به عنوان یک استثناء آن هم فقط در جرائم مهلک مانند قتل عمد مورد پذیرش قرار دهد.

منابع

الف: فارسی

- ۱- اردبیلی، محمد علی، ۱۳۹۲، حقوق جزای عمومی، جلد اول، چاپ سی و دوم، تهران: میزان.
- ۲- برهانی، محسن، ۱۳۹۵، اخلاق و حقوق کیفری، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اسلامی.
- ۳- سید حسینی تاشی، سید صادق، ۱۳۸۹، رابطه جرم و گناه، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ۴- صالحی مازندرانی، اسماعیل، ۱۳۸۵، شرح کفایت الاصول، تقریر محمد علی صالحی مازندرانی، قم: انتشارات صالحان.
- ۵- طبیبی، مرتضی و مهرداد اطهری، ۱۳۹۵، جرائم ناقص: واکاوی سازگاری آموزه های فقهی و حقوقی، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال هفتم، شماره دوم، پائیز و زمستان.
- ۶- فرهودی نیا، حسن، ۱۳۸۱، جرائم ناقص (بررسی تطبیقی)، چاپ اول، تهران: نشر فروزش.
- ۷- لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۹، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، تهران: گنج دانش.
- ۸- لوترمی، لورانس و پاتریک کلب، ۱۳۸۷، بایسته های حقوق کیفری عمومی فرانسه، ترجمه محمود روح الامینی، تهران: میزان.
- ۹- محمدی خراسانی، علی، ۱۳۸۲، شرح کفایت الاصول، قم: انتشارات حسن بن علی.
- ۱۰- محمدی، قاسم، ۱۳۹۵، قاعده جرم انگار، چاپ دوم، تهران: شهر دانش.

- ۱۱- منصور آبادی، عباس، ۱۳۹۶، حقوق جزای عمومی یک، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
 - ۱۲- میرمحمد صادقی، حسین، ۱۳۹۲، جرائم علیه اشخاص، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان.
- ب: عربی
- ۱- الموسوی الخمینی، سیدروح الله، ۱۴۰۵ق، تهذیب الاصول، تقریر: جعفر سبحانی، قم: موسسه الاسلامیه.
 - ۲- مظفر، محمد رضا، ۱۳۸۳ق، اصول الفقه، قم: انتشارات اسماعیلیان.
 - ۳- غروی نائینی، میرزا محمد حسین، ۱۴۲۴ق، فوائد الاصول، چاپ هشتم، قم: نشر اسلامی.
 - ۴- غروی اصفهانی، محمد حسین (صاحب فصول)، ۱۴۰۴ق، فصول الغرویه، قم: انتشارات دار الاحیاء العلوم الاسلامی.
 - ۵- عراقی، آقا ضیاء الدین، ۱۴۲۲ق، نهاییه الافکار، تقریر محمد تقی بروجردی، جلد سوم، چاپ چهارم، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
 - ۶- طباطبایی بروجردی، سید حسین، ۱۴۲۸ق، لمعات الاصول، تقریر سید روح الله الموسوی الخمینی، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
 - ۷- صدر، سید محمد باقر، بی تا، دروس فی علم الاصول (الحلقه الثالثه)، قم: موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
 - ۸- صدر، سید محمد باقر، ۱۴۱۷ق، بحوث فی علم الاصول، تقریر سید محمود هاشمی حسینی، قم: موسسه دایره المعارف فقه الاسلامی.
 - ۹- صافی گلپایگانی، لطف الله، ۱۴۲۸ق، بیان الاصول، قم: انتشارات ثامن الائمه.
 - ۱۰- سبحانی، جعفر، ۱۴۱۴ق، المحصول فی علم الاصول، تقریر سید محمد جلالی مازندرانی، قم: موسسه الامام الصادق.
 - ۱۱- خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۲۴ق، الهدایه فی الاصول، جلد سوم، قم: موسسه امام علی ابن ابی طالب.
 - ۱۲- 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.
 - ۱۳- خراسانی، محمد کاظم (آخوند)، ۱۴۱۰ق، الفوائد فی شرح الفرائد، چاپ اول، بی جا، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
 - ۱۴- _____، ۱۴۲۹ق، کفایه الاصول، تعلیق عباس علی الزارعی السبزواری، چاپ پنجم، جلد دوم، قم: موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- ۱۵- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۷ق، المکاسب، چاپ اول، قم: نشر الہادی.
- ۱۶- انصاری، مرتضی بن محمد (شیخ مرتضی)، ۱۴۲۸ق، فرائد الاصول (رسائل)، قم: انتشارات اسلامی.
- ۱۷- اصفہانی، سید ابوالحسن، ۱۴۱۳ق، وسیلہ الاصول الی حقایق الاصول، تقریر میرزا حسن سیادت، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ج: 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, Volume4, 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.