**دوفصلنامه پژوهشنامه فقه و نظام‌سازی عدالت**

سال دوم، شماره سوم، بهار و تابستان ۱۳۹۷

# امکان سنجی تعیین مجازات برای جرم محال و شروع به جرم بر اساس ناروایی تجری

اعظم رحمتی[۱]

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۹/۲۵
تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۲۶

**چکیده**

قوانین کیفری در نظام حقوقی ایران، قاعدتا باید مبتنی بر شریعت اسلام باشد. بنابراین استفاده از متون دینی در جهت تفسیر قانون و رفع ابهام از آن، بدیهی است. در قانون جزا در مورد حکم مرتکب به جرم محال و شروع به جرم، نظر جامعی وجود ندارد و مورد اختلاف نظر جدی در بین حقوق دانان می باشد.

گرچه در حقوق اسلام عنوان شروع به جرم وجود ندارد ولی با توجه به شباهت مبناییِ تجری در اصول با شروع به جرم و جرم محال در حقوق جزا، بررسی و مقایسه آن‌ها به ما کمک خواهد نمود تا عقلایی‌ترین و جامع‌ترین حکم برای مرتکب به جرم محال و شروع کننده به جرم مشخص گردد.

در این مقاله دیدگاه‌های اصولیون بر ضرورت عقاب و یا عدم امکان عقاب بر تجری تبیین گردیده و نظر شیخ مرتضی انصاری مبنی بر عدم لزوم عقاب متجری به‌عنوان نظر مختار، مبنای بررسی قرار گرفت. در همین راستا، نگارنده نظریه‌های کلی حقوقی را در مورد امکان و یا عدم امکان مجازات جرم محال و شروع به جرم بیان کرده سپس با انطباق دیدگاه اصولی شیخ در مورد تجری با جرم محال و شروع به جرم به این جمع بندی رسیده است که حتی عدم لزوم عقاب متجری هم نمی تواند مانع مجازات مرتکب جرم محال و شروع به جرم گردد.

**کلید واژگان:** تجری، جرم محال، شروع به جرم.

۱ . دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه عدالت ؛ arahmati@ut.ac.ir

**مقدمه**

بحث تجری از مباحثی است که در اصول بسیار به آن پرداخته شده است. نظریات علما در باب عقاب متجری متفاوت است. برخی عقاب متجری را واجب دانسته‌اند؛ برخی نظر به تفصیل داده‌اند و برخی نیز قائل به عدم عقاب شده‌اند. که نظریه شیخ انصاری – نظریه عدم عقاب متجری – جامع‌تر بنظر می‌رسد.

از طرفی از دیدگاه حقوقی نیز مساتلی مانند شروع به جرم و جرم محال وجود دارند که مناقشات و اختلاف نظرهای متعددی برای احکام جاریِ مربوط به این جرائم وجود دارد. بررسی تاریخی احکام مختلف قانون در موضوع شروع به جرم و جرم محال و تغییر و تحولاتِ احکام مربوط به آن در دوره‌های مختلف نشان می‌دهد که حقوق دانان به یک اتفاق نظر مبنائی نرسیده‌اند لذا کمک گرفتن از مبانی اصول فقه در صورتیکه بتواند راهگشای این مسئله باشد، بسیاز ضروری و مهم بنظر می‌رسد.

با توجه به شباهت مبناییِ تجری در اصول با شروع به جرم و جرم محال در حقوق جزا، بررسی نحوه حل این مسائل در اصول فقه و حقوق و مقایسه آن‌ها به ما کمک خواهد نمود تا عقلایی‌ترین و جامع‌ترین حکم برای مرتکب به جرم محال و شروع کننده به جرم مشخص گردد.

مطالعات متعددی در زمینه جرم محال، جرم عقیم و شروع به جرم و جرم انگاری آن‌ها صورت پذیرفته است به‌طور نمونه مقاله بررسی شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال در لایحۀ مجازات اسلامی با نگاهی به سیر قانونگذاری، مقاله جرم محال و مقررات اصلاحی قانون مجازات عمومی اخیر؛ لکن نکته ای در بیشتر آن‌ها مد نظر بوده است یا بحث از میزان انطباق جرم محال و جرم عقیم با شروع به جرم و بالعکس و یا موارد مربوط به آسیب شناسی قوانین موجود و لوایح در حال تصویب بوده است.

تنها مطالعه مشابه این تحقیق مقاله ای است که در کتاب قواعد فقه جزائی در سال ۱۳۸۸ منتشر شده و به بررسی تطبیقی قاعده تجری با جرم محال و جرم عقیم پرداخته و بحث در آن

خاصتا در مورد شروع به جرم نیست و همچنین به دلیل تغییر قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ نکات تحلیلیِ جدیدی لازم به ذکر بود.

**مفهوم شناسی**

**جرم محال**

عقیم و محال به معنی بی حاصل و بی ثمر است و به معنی ناشدنی، بیهوده، بی‌اصل و دروغ است. (معین، محمد، ۱۳۸۱، ص ۷۶۵– ۹۷۴).

در جرم محال فاعل به قصد ارتکاب جرم تمام تلاش خود را به کار برده و مسیر جرم را تا آخر پیموده است لیکن از تلاش خود نتیجه نگرفته است بنابراین بزهکار علیرغم پایان کلیهٔ عملیات، به موفقیت نهائی نمی‌رسد که نتیجهٔ این امر وقوع جرائم عقیم و محال است. (اردبیلی، محمد علی، ۱۳۸۲،ص ۲۲۶)

جرم عقیم وقتی است که مجرم به واسطهٔ عدم مهارت یا بی کفایتی یا بی فکری خود یا یک علت اتفاقی غیرقابل پیش بینی نتیجه‌ای از عمل خویش نمی‌گیرد. در این مورد مقتضیاتی که به وجود آمده‌اند مستقل از ارادهٔ فاعل هستند. مثلاً بزهکار به قصد کشتن شخصی نیر اندازی می‌کند ولی تیر به دلیل عدم مهارت یا علتی خارج از اراده فاعل به خطا رفته و به هدف اصابت نکرده است در اینجا فرد مجرم با وجود تهیهٔ مقدمات و تیراندازی و انجام کلیهٔ عملیات در مسیر مجرمانه تنوانسته به نتیجهٔ نهائی که همان کشتن فرد منظور است، دست یابد به این عمل جرم عقیم گویند. (نوربها، رضا، ۱۳۷۸، ص ۲۶۴، ۲۶۵).

**شروع به جرم**

شروع به جرم عبارت است از رفتاری که به منظور عملی نمودن قصد مجرمانه انجام شده، لکن به جهت موانع خارجی به تحصیل نتیجه مورد نظر منتهی نگردیده است.( گلدوزیان، ایرج،،۱۳۸۶،ص ۱۷۰)

عبور از قصد مجرمانه و عملیات مقدماتی و ورود در مرحلهٔ اجرای جرم را، به نحوی که اعمال انجام شده متصل به جرم باشد، شروع به آن جرم گویند. مشروط بر آنکه بزه به طور کامل واقع نشود و تحت عنوان جرم تام قرار نگیرد. (نور بها، رضا، ۱۳۸۰، ص ۲۴۳.)

در بیشتر موارد تحصیل نتیجه زیان آور، یکی از ارکان تحقق جرم است. وقتی نتیجه مزبور به دست نیاید، می‌توان گفت جرم، در مرحله شروع به جرم است.

شروع به جرم وقتی مستوجب کیفر است که برای مرتکب آن ضمانت اجرای کیفری پیش بینی شده باشد. ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هر کس قصد ارتکاب جرمی کند و شروع به اجرای آن نماید لکن جرم منظور واقع نشود چنانچه اقدامات انجام گرفته جرم باشد محکوم به مجازات همان جرم می‌شود».

**تجری**

تجری در لغت، اصول فقه و حقوق معانی متفاوتی دارد که در ذیل به تعریف هریک از آنان پرداخته خواهد شد:

**تجری در اصطلاح اصولی**

در اصطلاع فقهی تجری مخالف با حجت است. بر این اساس که مرتکب نسبت به تمرد و عصیان در دستورات شارع جرات پیدا کند.(موسوی بجنوردی،میرزا حسن، ۲۸-۳۵ و صدر،۱۷۱) به عبارت دیگر «اظهار الجرأة علی المولاء بالاقدام علی خلاف ما قطع بوجوبه و حرمته عند الخطأ»،تجری در اصطلاح اظهار جرأت در مقابل مولاست،یعنی اگر کسی بر خلاف قطع خودش اقدام کند، به این عمل و اقدام او تجرّی می‌گویند، کسی که قاطع است که فلان عمل حرام است و باید ترک کند، ولی ترک نمی کند بلکه بر خلاف قطع خود آن را انجام می دهد، در حالی که واقع بر خلاف قطعش می باشد. ویا یقین پیدا می‌کند که فلان عمل واجب است وباید آن را انجام بدهد،ولی بر خلاف قطع ویقین خود عمل می‌کند و آن را انجام نمی‌دهد،منتها بعداً کشف می‌شود که قطعش جهل مرکب،و مخالف واقع بوده است.

بنابراین تجرّی در اصطلاح اصولی چند قید دارد:

الف) در مقابل مولا باشد

ب) بر خلاف قطعش عمل کند و اقدام نماید

ج) قطعش هم مخالف واقع باشد( درس خارج اصول آیت الله سبحانی،۹۲/۰۶/۳۰ )

**تجری در لغت**

تجری در لغت اعم از عصیان و به معنای جسارت کردن است، با تهور کاری را انجام دادن، بیشرمی،دریدگی و بیپروایی است.( طباطبائی،سید مصطفی، ۱۳۵۵ )

به عبارت دیگر در لغت به مطلقِ جرات کردن، نافرمانی و سرپیچی، تجرّی اطلاق می شود.، چه در مقابل مولا باشد و یا در مقابل غیر مولا، و هر کار دیگری، چه قطعش مطابق واقع باشد و چه مخالف واقع ( درس خارج اصول آیت الله سبحانی،۹۲/۰۶/۳۰ )

**تجری در اصطلاح حقوقی**

به معنای بی پروایی و نافرمانی از اوامر و نواهی قانونگذار می‌باشد(اردبیلی، محمد علی، ۱۳۸۲، ص ۲۲۴ ) و متجری کسی است که عمداً کلیه ی مراحل جرم یا گناه را به اتمام می‌رساند ولی بعداً معلوم می‌شود که عملیات انجام یافته ی او جرم یا گناه نیست.( ولیدی، محمد صالح،۱۳۷۴، ص ۲۷۲)

برای جرم تجری اجتماع دو عنصر ضروری است:

الف – قصد ارتکاب جرم یا گناه

ب – بی نتیجه ماندن عملیات اجرایی با وجود کلیه-ی مراحل عملیات اجرائی مادی و محسوس مربوط به جرم یا گناه.( ولیدی، محمد صالح،۱۳۷۴، ص ۲۷۲)

**تجری و جرم انگاری آن**

میدانیم که ریشه قوانین کیفری در نظام حقوقی ایران، شریعت اسلام است. بنابراین بدیهی است که در جهت تفسیر قانون و رفع ابهام از آن، استفاده از متون دینی امر مهمی است. گرچه «در حقوق اسلام عنوان شروع به جرم وجود ندارد ولی این، بدان معنا نیست که نتوان از منابع، اصول و قواعد حقوق اسلامی حکم این عناوین را استنباط نمود. چنانچه در پاره‌ای از جرائم مانند سرقت و غیره مسائلی وجود دارد که میتوان از آن‌ها نظرات حقوقدانان اسلامی را در باب برخی از این مسائل به– دست آورد.» (گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۶۵) بنابراین کسی که شروع به کار خلافی کرده ولی موفق نشده است «علاوه بر مسؤولیت مدنی، حاکم میتواند او را بدین جهت که مرتکب گناه شده است تعزیر کند. کسی که مرتکب گناه محال یا عقیم شده است گرچه

به‌عنوان خاص مرتکب گناه نشده ولی به یقین تجری کرده و متجری در صورتیکه سوء نیت خود را به نحوی ابراز کرده باشد گناهکار است و حاکم میتواند او را هرطور که صلاح بداند تعزیر کند.» (همان، ۳۱۱)

گروهی از فقها حرمت شروع به جرم را از زاویه «مقدمه حرام» نگاه کرده و گفته‌اند: «هرگاه رابطه دو چیز به نحوی باشد که وجود یکی از آن‌ها متوقف بر دیگری باشد، متوقف را ذوالمقدمه و دیگری را مقدمه گویند. پس مقدمه چیزی است که چیز دیگر بر آن متوقف باشد. به این ترتیب منظور از مقدمه حرام امری است که برای تحقق خارجی حرام اجرای آن لازم است.

این نظر در صورتی که تقویت شود با بحث شروع به جرم قابل مقایسه است. (حبیب زاده، محمدجعفر،۱۳۷۷،ص۴۵)

فقهای اهل سنت نیز شروع به جرم (اعم از حدی یا تعزیری) را قابل تعزیر می دانند. (عبدالقادر، عوده، ۱۹۸۵م، ص۶۳۳).

بر این اساس مقدمات هر عمل ممنوعی، حرام و ممنوع است. مستنداً این قول آیه ۱۰۸ سوره انعام است که میفرماید: ای مؤمنان برآنان که غیرخدا را میخوانند دشنام ندهید، مبادا آن‌ها از روی دشمنی خدا را دشنام دهند.» (حبیب زاده، محمدجعفر، ۱۳۷۷، ص۴۵ )

در اصول فقه نیز نظرات مختلفی در مورد امکان یا عدم امکان وجود عقاب برای متجری بیان شده است که نگارنده اصلی‌ترین نظرات در این باره را ذیلا مطرح و نقد و بررسی می‌نماید:

**تجری و امکان وجود عقاب برای آن**

در میان اصولی‌ها، این بحث وجود دارد که آیا تجری، حرام و موجب استحقاق عقاب است یا خیر در این باره مرحوم خویی می‌فرمایند: نفس تجری به‌عنوان تجری قبیح و موجب استحقاق کیفر است؛ زیرا طغیان و سرکشی بر مولا محسوب می‌شود، اما موجب قبح یا حرمت شرعی فعل مورد تجری نیست؛ بلکه آن فعل بر محبوبیت یا مبغوضیت اولیه و حکم واقعی خود باقی است. (مصباح، ص ۲۸ و دراسات ص ۲۰ و نهایهٔ الافکار ج ۳ ص ۳۱ و نهایهٔ الدرایهٔ ج ۳ ص ۳۵– ۳۹)

شهید صدر (ره) نیز از آنجایی که قائل به مسلک حق الطاعه هستند، تجری را حرام می‌دانند و شخصی که مرتکب تجری شده است را مستحق عقاب می‌دانند چون حق الطاعه مولا را به جا نیاورده است.( انصاری، ، مرتضی بن محمد امین، ۱۳۸۹، ص۸۰ ) مرحوم آخوند نیز به همین عقیده هستند و می‌فرمایند: حکم خود تجری استحقاق عقاب است. و شخص متجری به علت عزم بر معصیت و تصمیم بر مخالفت با مولا، مستحق مجازات و عقوبت است. اما عملی که متجری انجام داده است، بر عنوان اولیه و حکم واقعی خود باقی است. بنابراین استحقاق عقاب، به جهت عزم بر مخالفت است؛ نه بر نفس فعلی که انجام داده است؛ ایشان مراجعه به وجدان را به‌عنوان دلیل خود ذکر می‌کنند.( خراسانی، ،علی محمد، ۱۳۸۲،ص ۴۱۶)

آمده که علماء اتفاق دارند که تجری بر مولی حرام است هرچند قطع شخص مخالف واقع باشد مثلا اگر کسی بخواهد پیاده به کربلا رود و قطع داشته باشد که خطر جانی و یا مالی وجود دارد علماء می‌گویند این سفر حرام است و نماز را باید تمام بخواند و لو بعد مشخص شود که در راه راهزنی نبوده است و امنیت کامل وجود داشته است.

در پاسخ گفته می‌شود که این اجماع صحیح نیست، زیرا همانطور که علامه در تذکرهٔ می‌گوید: مثلا کسی که نماز ظهر و عصر را آنقدر نخواند که وقت ضیق شد و فقط برای یک نماز وقت داشت و می‌بایست عصر را بخواند ولی ظهر را خواند بعد دید که که وقت وسیع بود علماء حکم به صحت نماز عصر و عدم عقاب او می‌کنند. مضافا بر اینکه اجماع افراد در مسائل عقلی اعتباری ندارد.

**تجری و عدم امکان وجود عقاب برای آن**

در مقابل علماءیی که قائل به استحقاق عقاب فرد متجری هستند عده ای دیگر از علماء می‌گویند متجری مستحق عقاب نیست. در این باره کلام مرحوم شیخ در رسائل این است که تجری کاشف از سوء سریره متجری است و این متجری بر این سوء سریره مذمت می‌شود ولی مستحق عقاب نیست بخاطر اینکه سوء سریره امر اختیاری نیست و فطری انسان می‌باشد اگر بگوئید که اگر چه سوء سریره اختیاری نیست ولی مذمت بر سوء سیره ملازم با استحقاق عقاب

بر فعل متجری به می‌باشد در جواب می‌گوییم اگر ملازمه ثابت باشد این کلام درست است اما ملازمه ای وجود ندارد.( عباسی،محمد مسعود،،۱۳۹۲، ص ۶۰)

عبارت جناب شیخ در نفی ملازمه «و من المعلوم ان الحکم العقلی باستحقاق الذم انما یلازم استحقاق العقاب شرعا اذا تعلق بالفعل لابالفاعل» می‌فرمایند این ملازمه ای که درست کرده اید اگر یک طرفش فعل متجری به باشد به این معنا که عقل حکم به مذمت فعل متجری به کند ملازمه صحیح است اما یک طرف ملازمه شخص فاعل است نه فعل خارجی و مذمت بر سوء سیره ملازمه با استحاق عقاب بر فعل خارجی ندارد در نتیجه متجری مستحق عقاب نیست.

**نقد و بررسی**

مرحوم شیخ انصاری می فرماید که تجری حرام نیست و قبح تجری هم قبح فعلی نیست بلکه قبحش قبح فاعلی است، یعنی معلوم می شود که شخص ایمانش ضعیف است، پس مرحوم آخوند با مرحوم شیخ در این جهت با یکدیگراختلاف دارند؛ چون مرحوم آخوند می‌فرمایند که تجرّی و خود پرده دری حرام است، یعنی قبح فعلی دارد و هکذا قبح فاعلی نیز دارد، ولی مرحوم شیخ می‌فرماید که قبح فعلی ندارد، فقط قبح فاعلی دارد، به عقیده‌ی مرحوم آخوند تجرّی به خاطر قبح فعلی عقاب دارد، و به خاطر قبح فاعلی نکوهش، ملامت و مذمّت دارد، ولی به عقیده‌ی شیخ انصاری تجرّی قبح فعلی ندارد تا اینکه عقاب داشته باشد، فقط قبح فاعلی دارد و به خاطر قبح فاعلی، باید او را ملامت، مذمّت و نکوهش کرد. صاحب فصول قائل به حرمت تجری است مگر اینکه در ضمن فعلی انجام گیرد که واجب باشد، مثلا شخص قطع پیدا کند که قتل کسی واجب است ولی آن را نکشد، سپس متوجه شود که او فرزند مولا بوده، در اینجا هر چند تجری کرده ولی به نظر صاحب فصول مصلحت واقع قبح تجری را جبران می‌کند(عباسی،محمد مسعود،۱۳۹۲،ص۵۳-۶۱)

بنابر این مرحوم شیخ قائل به عدم استحقاق عقاب در تجری می‌باشند اما مرحوم آخوند فرمودند متجری مستحق عقاب است بخاطر عزم بر عصیان و بعضی دیگر از علماء فرمودند متجری بخاطر نفس فعلش عقاب می‌شود نه عزم بر عصیانش.

نظر مختارِ اکثر اصولیون نیز این است که استحقاق عقاب بر فعل خارجی می‌باشد و حق با جناب شیخ است و متجری مطلقا عقاب ندارد.

**جرم محال و کیفر پذیری آن**

در جرم محال فاعل به قصد ارتکاب جرم تمام تلاش خود را به کار برده و مسیر جرم را تا آخر پیموده است لیکن از تلاش خود نتیجه نگرفته است؛ (اردبیلی، ، محمد علی، ۱۳۸۲، ص ۲۲۶) مثلاً فرض کنیم شخصی به خانه ای حمله می‌کند و به تصور آنکه مرد خانه زیر پتو خوابیده به او تیراندازی می‌کند تا او را به قتل برساند، ولی آن مرد شب گذشته به دلیل سکنه فوت کرده بوده، در اینجا مرتکب به کسی تیراندازی نموده که قبلاً مرده بوده است. یا استفاده از اسلحه ای که فکر می‌کرده پر است در حالیکه اسلحه خالی و در آن تیری وجود نداشته است.

یا فرض کنیم پزشکی بتصور آنکه خانمی باردار است قرص‌هایی برای سقط جنین تجویز می‌کند و آن زن هم مدت‌ها آن داروها را مصرف می‌کند، ولیکن پس از پایان دوره مصرف دارویی با معاینات دقیق معلوم میشود اصلا زن از ابتدا باردار نبوده، پس پزشک در اینجا اقدام به سقط جنین زنی نموده است که اصلا باردار نبوده است یا مثلاً شخصی به قصد سرقت فرش گران‌بهایی وارد یکی از پاساژها می‌شود, غافل از آنکه در همان روز این فرش به شخص دیگری فروخته شده است، بنابر این سارق به عملی دست زده که موضوعاً منتفی بوده است.

تمامی این مثال‌ها نشان دهنده جرائمی هستند که تحقق آن‌ها عقلاً امکان پذیر نمی باشد. حقوق دانان این جرائم را جرائم محال یا Les delits impossibles نامیده‌اند. (محسنی، مرتضی ) به بیان دیگر جرم محال جرمی است که تصور و تحقیق آن در عالم خارج امکان پذیر نباشد.

پس باتوجه به مطالب مذبور شرایط تحقق جرم محال عبارت است از اینکه مجرم ارادهٔ ارتکاب جرم را بکند و علی رقم اینکه عملیات اجرائی جرم را به پایان می‌ساند به دلیل فقدان موضوع یا عیب و نقص وسیلهٔ ارتکاب، حصول نتیجهٔ مجرمانه غیرممکن باشد.

**جرم محال و عدم امکان مجازات مرتکب**

نظرات مختلفی در مورد جرم بودن یا نبودن جرم محال وجود دارد؛ البته این نظریه برای اولین بار توسط فوئر باخ حقوقدان و فیلسوف آلمانی در سال ۱۸۰۷ میلادی مطرح و مورد توجه حقوقدانان قرار گرفت. (نقل از دون دیود ووابر، ص ۱۴۰ ).

اولین ادله کسانی که معتقد به عدم امکان مجازات مرتکب هستند این است که جرائم محال به هیچ وجه موجب اختلال نظام نمی‌شود تا باعث شود شخص مجرم تعقیب و مجازات شود، اینان معتقد هستند که اگر وجدان کنید چطور می توان کسی را تحت عنوان قتل و یا حتی شروع به قتل تعقیب نمود و حال آن که اصلا قتلی انجام نداده یا شخص مقتول خود قبلا مرده بوده باشد و مرتکب هیچ عملی برای مرگ او انجام نداده باشد.

از طرف دیگر درست است که شروع به جرم در برخی جرائم مستحق مجازات است ولی بین شروع به جرم و جرم محال اختلاف بسیاری وجود دارد. چرا که یکی از شروط تحقق شروع به جرم وجود اقدامات و شروع به اجراء است.

زمانی این عملیات اجرائی و شروع به اجراء مصداق پیدا می نماید که موضوع جرم، در عالم خارج وجود داشته باشد. اما در رابطه با جرم محال به دلیل اینکه موضوع معدوم و غیرممکن است پس شروع به امر محال هم مصداق خارجی و عینی پیدا نخواهد کرد. همان طور که منطق دانان می‌گویند زمانی شروع به امری صادق است که آن امر در خارج وجود داشته باشد. به طور مثال چگونه می توان تصور شروع به قتل مردی را کرد که آن مرد اصلا در زیر آن پتوی تیراندازی شده نبوده است!؟بنابراین در محال مودی برای تعقیب یافت نمی‌شود.(ملک اسمائیلی،۱۳۵۵،صص۸۵-۸۷)

دلیل دیگری که معتقدان به عدم امکان مجازات مرتکب بیان کردند این است که وجدان کنید چگونه می توان جرم محال را تعقیب نمود و یا کسی را به جرم تیراندازی به پتو، محکوم نمود.

طرفداران نظریه عدم امکان مجازات مرتکب اضافه می نمایند که درسته فکر و خیال، اولین محرک درونی انسان برای جنبش و تظاهر خارجی است، اندیشه، خواه مجرمانه و یا شرافتمندانه تا زمانی که با واکنش بیرونی همراه نشود امری شخصی تلقی میشود، هر چند ممکن است از

لحاظ اخلاقی و یا مذهبی، فکر جرم و گناه مذموم باشد ولی در هیچ قانون بشری قابل تعقیب و مجازات نیست، اگر این گونه باشد ناگزیر باید اکثر انسانها هر روز به دلیل داشتن فکر و اندیشه بزه چندین بار تعقیب و کیفر شوند. بنابراین قصد باطنی زمانی قابل مجازات است که تظاهر خارجی آن به صورت عملی مغایر با اوامر و نواهی قانونگذار آشکار شود. و عامل درونی ذاتی از قبیل فکر و طرح و قصد تا زمانی که در همین مرحله بماند از تعقیب جزائی مصون می‌مانند.( اردبیلی، محمد علی،۱۳۸۲، ص ۲۰۸).

استدلال بالا موجب شد تا سال‌ها رویه قضائی در بسیاری از کشورهای جهان اعم از آلمان و فرانسه و سویس و اتریش عدم مجازات مرتکب در جرم محال باشد. در تایید مطلب می‌توان به رایی که دیوان کشور فرانسه در سال ۱۸۹۵ صادر کرد، اشاره نمود که صراحتاً اظهار می‌کند که اعمال انجام یافته نسبت به زنی که باردار نبوده، بدون توجه به قصد مرتکب نمی تواند شروع به جرم سقط جنین آن زن محسوب گردد. هم‌چنین در سال ۱۸۹۴ نظر داد که سارقی که برای سرقت دست در جیب خالی فرد دیگری فرو برده است قابل مجازات نمی باشد.

**جرم محال و امکان مجازات مرتکب**

نظریه عدم امکان مجازات مرتکب از همان ابتدای امر، مورد انتقاد شدید قرار گرفت. انتقاد کنندگان عقیده داشتند که آنچه که باعث اختلال نظام و هرج و مرج می‌شود همان پلیدی ذات و حالت خطرناکی است که شخص مجرم دارد که با ارتکاب جرم محال به منصه ظهور می‌رسد و خودش را نمایان می‌کند.

شخصی که با ارتکاب جرم محال پلیدی ذات و نیت خود را نشان داده، معلوم می‌شود که شخصی است مضر اجتماع و خطرناک برای خانواده بزرگ جامعه. از نظر جرم شناسی هیچ گونه تفاوت و فرقی بین جرم محال و شروع به جرم وجود ندارد، چراکه در هر دو آن‌ها ضد اجتماعی بودن مرتکب به اثبات رسیده است.

همچنین در جرم محال از این جهت که جرم منظور واقع نشده شبیه به شروع به جرم است بنابراین در محدودهٔ مادهٔ ۴۱ ق. م. ا چنانچه اقدامات انجام گرفته جرم باشد، عامل محکوم به مجازات همان جرم می‌گردد. مع هذا مفاد مادهٔ ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی که از مصادیق

شروع به جرم قتل عمدی است به جرم محال قابل تعمیم است و لذا مرتکب جرم محال در قتل عمدی مستوجب ۶ ماه تا ۳ سال حبس است.( گلدوزیان ، ایرج،۱۳۸۶، ص ۳۹۸.)

در تایید همین نظریه امیل گارسون حقوق دان فرانسوی نوشت که وقتی قانون شروع به جرم را مستحق مجازات می داند، از نظریه و تئوری نفسانی و درون ذهنی پیروی نموده است. او این اعمال را به خاطر نتیجه و ضرر مادی که به جامعه وارد می آورند تعقیب نمی کند، بلکه هدف وی از این تعقیب همان مجازات مقاصد مجرمانه است که حاکی از خطرناکی و تقصیر مرتکب است. بنابراین هرگاه چنین حالت خطرناکی وجود داشته باشد باید مرتکب تحت تعقیب و مجازات قرار گیرد خواه جرم او امکان پذیر باشد خواه چنین نتیجه محال و ممتنع(امیل گارسون. شرح بر قانون جزای فرانسه در موارد ۲ و ۳.)

در حال حاضر نیز همین نظریه یعنی امکان مجازات مرتکب در جرائم محال مورد توجه مکاتب جدید قرار گرفته است. همانطور که در کتاب دفاع اجتماعی نوین، مارک آنسل به طور صریح، عدم امکان مجازات مرتکب در جرائم محال را مورد انتقاد شدید قرار داده و معتقد است که این قبیل اشخاص که از نظر جرم شناسی کاملاً مجرم هستند نباید به خاطر ظاهر عبارات قانونی و اشتباهات قضائی از تعقیب و مجازات مصون بمانند.( آنسل، مارک، ۱۳۶۶، ص ۱۲۷)

در مورد جرم محال در دوره‌های مختلفِ قوانین جزائی ایران قبل و بعد از انقلاب نیز نظرات متعدی وجود داشته است مثلا قانون۱۳۰۴ در این مورد ساکت است قانون سال۱۳۵۲ جرم محال را در حکم به شروع می‌داند قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ در این مورد ابهام دارد. (رهدارپور، حامد، ۱۳۹۰، ص۵۹-۷۴). در آخرین قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ جرم محالِ مادی را در حکم شروع به جرم می‌داند.( قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)

**جرم محال و عدم امکان مجازات بر اساس تجری**

همان طور که ذکر شد در قوانین برخی کشورها موادی گنجانده شده که شباهت زیادی به تجری دارد ماده‌ی ۲۳ ق.جزای لبنان در مورد جرایم ظنی یا وهمی می‌گوید: «هر کس عملی را به گمان اینکه جرم است انجام دهد، مجازات نمی-شود.» جرم ظنی جرمی است که به اعتقاد

مرتکب، جرم می‌باشد اما قانون آن را جرم نمی‌داند یعنی همان چیزی که در نوشته‌های فقهی به‌عنوان تجری یاد می‌شود.( زراعت، عباس، ۱۳۸۶،ص ۲۶۸)

همانظور که در بررسی تجری و امکان عقاب مرتکب آن قول مختار، نظر شیخ انصاری انتخاب شد؛ طبق نظر ایشان از آنجا که صرفا برای فعل خارجیِ قبیح، عقاب لازم است. اگر جرم محال با تجری انطباق داده شود و قرار باشد امکان مجازات مرتکب جرم محال براساس شباهت آن با تجری بررسی گردد می‌توان به این جمع بندی رسید که بدلیل اینکه مرتکب جرم محال نیز صرفا گمان می‌کرده که جرمی انجام می‌دهد در صورتیکه فعل خارجی او جرم و یا فعل خارجی مجرمانه نبوده است لذا همانطور که متجری عقاب نمی‌گردد مرتکبِ جرم محال نیز مستحق مجازات نیست.

**نقد و بررسی**

طرفداران نظریه عدم امکان مجازات مرتکب به این دلیل که جرائم محال به هیچ وجه موجب اختلال نظام نمی‌شود تا باعث شود شخص مجرم تعقیب و مجازات شود و عدم تحقق شروط ارتکاب جرم و همچنین عدم مصداق داشتن موضوع جرم، در عالم خارج،معتقد هستند که جرمی که قابل مجازات باشد به وجود نمی آید.

طبق نظریه امکان مجازات مرتکب، هیچ تفاوتی از نظر جرم شناختی بین شخصی که شروع به جرم می کند با کسی که جرم محال انجام می دهد وجود ندارد، زیرا اصل در هر دو مورد ضد اجتماع بودن مجرم و پایدی ذات و خطرناک بودن اوست؛ پس چه دلیلی دارد که گروه اوّل را مجازات کنیم و گروه دوم را بی کیفر رها سازیم؟

در انطباق موضوع با بحث تجری نیز به این نتیجه رسیدیم که مرتکب به جرم محال طبق قاعده اصولی به دلیل عدم وجود فعل خارجیِ قبیح، مستحق مجازات و عقاب نیست. لکن بنظر نگارنده در این مورد و با پذیرش نظر اصولیِ مذکور مبنای حقوقیِ خطرناک بودن عمل فرد و ضد اجتماع بودن آن کماکان باقی است و حل نخواهد گشت و لذا نظر مختار نگارنده در این زمینه مبنای حقوقی امکان مجازات مرتکبین است.

البته گرچه قبول تئوری امکان مجازات مرتکبین از نظر نظم و امنیت اجتماعی دارای محاسن فراوانی است ولی پذیرفتن بی چون و چرای آن نیز در برخی از موارد موجب افراط و تفریطهای بی رویه می شود. به طور مثال اگر کسی به جای سرقت ماشین دیگری، به دلیل اشتباه پیش آمده ماشین خود را سرقت کند و آن را تصاحب کند، بر طبق این تئوری قابل تعقیب و مجازات است و حال آنکه تمام حقوق دانان در این خصوص معتقدند که این قبیل جرائم که به آن‌ها عنوان جرائم تصوری را داده‌اند قابل تعقیب و مجازات نمی باشند.

لذا بنظر می‌رسد بهترین حکم را قانون فعلی ایران در این زمینه ارائه داده است که در آن صرفا جرم محال مادی را در حکم شروع به جرم و قابل مجازات دانسته است. این حکم موارد محالِ قانونی از جمله مثال بالا را که مجازات فرد باعث افراط و تفریط می‌گردد را شامل نمی‌گردد.

**شروع به جرم و کیفر پذیری آن**

همانطور که در مفهوم شناسی دکر شد، شروع به جرم رفتاری که به منظور عمل نمودن قصد مجرمانه انجام شده، اما به جهت مانع خارجی به حصول نتیجه ی مورد نظر منتهی نشده است.

در فقه نیز مثال‌های مشابه زیادی در رابطه با شروع به جرم وجود دارد؛ مثلا پرتاب کردن شخصی که نمی‌تواند شنا کند در آب عمیق بدون اینکه قصد قتل او را داشته باشد و نجات مجنی علیه قبل از غرق شدن توسط شخص ثالث، شروع به قتل عمدی نیست.

یا فرض کنید فردی با قصد قتل به وسیله چاقو به همکلاسی خود ضربه ای وارد می‌کند اما به دلیل رساندن فوری مصدوم به بیمارستان و اقدامات به موقع تیم پزشکی از مرگ حتمی ناشی از جراحت چاقو نجات پیدا می‌کند، پس صرفاً مرتکب، متهم به ضرب و جرح عمدی خواهد بود نه شروع به قتل عمدی.

در قانون مجازات اسلامی نظرات مختلفی در مورد امکان یا عدم امکان مجازات شروع کننده به جرم بیان شده است که نگارنده اصلی‌ترین نظرات در این باره را ذیلا مطرح و نقد و بررسی می‌نماید:

**شروع به جرم وامکان یا عدم امکان مجازات مرتکب**

نگرش قانونگذار به بحث شروع به جرم، در زمینه جرم انگاری آن، با نگاهی به سیر تاریخی نشان می دهد که سیاست واحدی را در پیش نگرفته است. قبل از اصلاحات سال ۱۳۵۲ مقنن در ماده۲۰ قانون مجازات عمومی، مجازات شروع به جرم را حداقل مجازات جرم انجام شده تعیین کرده بود (محسنی، مرتضی، ۱۳۸۲، ۲۲۵ ). سپس در سال ۵۲ کیفر شروع به جرم در جنایات همیشگی، در جنحه با تصریح قانون و در خلاف اصولاً منتفی بود (نوربها، رضا، ۱۳۸۴) یعنی با وجود تفاوت میان آن‌ها در هر دوی این قوانین اصل بر جرم بودن شروع به جرم بوده است تا اینکه در قانون راجع به مجازات اسلامی با ذکر عبارت "... چنانچه عملیات و اقداماتی که شروع به اجرای آن کرده جرم باشد محکوم به مجازات همان جرم می شود، والا تأدیب خواهد شد." تا حدودی از این رویه عدول نمود؛ زیرا تأدیب مذکور در صورتی است که قانون اصولاً شروع به جرم را مجازات می کرد. در غیر این صورت کیفری برای آن متصور نبود (همان: ۲۳۵ ). بعد از آن در سال ۱۳۷۰ در ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی، قانونگذار اصل را بر عدم جرم بودن شروع به جرم نهاده است، مگر در مواردی که صراحتاًجرم بودن آن بیان شده باشد. صحت این ادعا را دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه – شماره ۶۳۵–۱۳۷۸/۴/۸ چنین بیان می کند «به صراحت ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی، شروع به جرم در صورتی جرم و قابل مجازات است که در قانون پیش بینی و به آن اشاره شده باشد». قسمت آخر ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی فعلی( مصوب ۱۳۹۲) نیز مقرر می دارد: در غیر این صورت به شرح زیر مجازات می گردد.... » که عبارت مذکور دلالت بر این امر دارد که قانونگذار در مقام جرم انگاری شروع به جرم بوده است. علاوه برآن در بندهای سه گانه ماده ۱۲۲، معیار تعیین مجازات برای شروع به جرم، مجازات‌هایی است که برای جرم اصلی مقرر شده است و با تأملی در جرائمی که مجازات‌های مذکور برای آن‌ها پیش بینی شده است، بدین نتیجه می رسیم که شروع به جرم در غالب جرایم، جرم محسوب می گردد. بنابراین بر اساس قانون، اصل بر جرم انگاری شروع به جرم است مگر جرائم کم اهمیت و اندکی که مجازات آنان در بندهای سه گانه

مقرر نشده است که البته باید این اقدام قانونگذار را ستود؛ چرا که خلاء عدم مجازات شروع به جرم بسیاری از جرایم خطرناک را رفع نموده است.

مراحل تکوین جرم از دیدگاه حقوقدانان کیفری۴ مرحله است: ۱ –مرحله ی تفکر و برنامه - ریزی ۲ –مرحله ی تهیه مقدمات ۳ –مرحله ی شروع به اجرا ۴ –مرحله ی حصول نتیجه مورد نظر (زراعت، عباس، ۱۳۸۶، ۵۲–۵۳) مرحلهی شروع به جرم از مرحلهی سوم آغاز میشود. این که در عمل در چه زمانی بزهکار مرحلهی تهیه مقدمات را پشت سر گذاشته و وارد مرحلهی شروع به جرم شده است.

در پایان باید متذکر شد که بر اساس لایحه، شروع به اجرای جرم زمانی از باب شروع به جرم، قابل مجازات است که اقدامات انجام شده جرم مستقلی نباشد والا به مجازات همان جرم محکوم خواهد شد و عمل ارتکابی از حیث شروع به جرم، جرم محسوب نمی گردد.

**شروع به جرم و امکان مجازات بر اساس تجری**

همانطور که از تعریف شروع به جرم هم مشخص شد یکی از ویژگی‌های تحقق شروع به جرم انجام نشدن جرم به علت خارجی است. به عبارت دیگر اگر انصراف ارادی برای مرتکب حاصل نشود و مانعی او را از ادامه ی عمل باز ندارد، جرم ناگزیر به وقوع می‌پیوندد.( اردبیلی، محمد علی، ۱۳۸۲، ص ۲۱۹). همان طور که اشاره شد طبق ماده ۱۲۲ قانون جدید مجازات اسلامی، هرکس قصد ارتکاب جرمی کند و شروع به اجرای آن کند و اقداماتی را که ارتباط مستقیم با وقوع جرم دارد، انجام دهد ولی به واسطه عامل خارجی که اراده فاعل در آن دخالت ندارد اقدام او معلق یا بی‌اثر بماند، اقدام او شروع به جرم محسوب می‌شود و چنان‌چه در قانون، مجازات دیگری برای آن جرم مقرر شده باشد به آن مجازات محکوم می‌شود و در غیر این صورت به مجازات‌های مقرر محکوم می‌شود. مشخص است که مقصود حقوق دانان از اینکه شروع به جرم را مشمول عنوان تجری کرده اند توجه به معنای لغوی تجری یعنی جرأت پیدا کردن به گناه و جرم می‌باشد نه معنای اصطلاحی آن؛ زیرا همانطور که گفته شد در تجری فعلی که شخص انجام می‌دهد در واقع جرم نیست حال آنکه در شروع به جرم اگر عامل خارجی مزاحم فرد نشود

عملیات وی منتهی به انجام جرم می‌شود.لذا این موضوع ملحق به تجری نمی‌گردد و احکام شروع کننده به جرم نیز قابل انطباق با متجری نیست.

**نقد و بررسی**

بنظر می‌رسد به دلایل مذکور از جمله ضد اجتماع و خطرناک بودن عمل شروع کننده به جرم مجازات فرد منطقی است و همان طور که اشاره شد به استثنای دوره‌های زمانی کوتاهی در مابقی موارد قوانین جزائی حکم به مجرمانه بودن عمل شروع کننده به جرم نموده است،از طرفی طبق قواعد اصول فقه نیز عدم انطباق شرایط شروع کننده به جرم با متجری ثابت شد. و مبنای عدم عقاب متجری نیز نتوانست کمکی به عدم مجازات شروع کننده به جرم نماید. بنابراین هم به لحاظ فقهی هم به لحاظ حقوقی شروع کننده به جرم مجرم است هرچند که در میزان مجازات بحث اختلافی است.

**نتیجه گیری**

در بررسی و قضاوت نسبت به یک عمل مجرمانه، انسان نه فقط به دلیل نتایج عمل مادی خویش، بلکه با توجه به حالت ذهنی در مرحله ارتکاب عمل مجرمانه مورد توجه قرار گرفت. با پیدایش مکاتب نوین و تشریح و تبیین نظریات جدید در حقوق جزا، امروزه برخلاف گذشته، تنها تحقق عمل مجرمانه نیست که مورد توجه قرار می‌گیرد، بلکه حقوق جزا با توجه به برخی از اهداف خود مانند حفظ نظم عمومی و پیش گیری از وقوع جرم، خود را موظف به عکس العمل نسبت به اقدامات مجرمانه ناقص و حتی بی نتیجه می‌داند. در این جاست که وجود یا فقدان اندیشه مجرمانه، در تحلیل و بررسی هر یک از مراحل مختلف جرم دارای نقشی برجسته است.
از طرفی مبنای اصولی شیخ در اصول فقه در مورد متجری، نه در مورد شروع کننده به جرم به دلیل دخالت عامل خارجی در مورد عدم تحقق فعل خارجیِ مجرمانه و نه در مورد جرم محال به دلیل برقراری دلیلِ حقوقیِ پیش گیری از اعمال خطرناک و ضد نظم اجتماع نمی‌تواند موجب عدم مجازات مرتکب به این اعمال باشد.

## منابع


اردبیلی، محمد علی،(۱۳۸۲)؛ حقوق جزای عمومی، تهران: میزان، چاپ ۵.

انصاری، مرتضی بن محمد امین،(۱۳۸۹)؛ ترجمه محمد مسعود عباسی، ترجمه و شرح فراید الاصول، قم: انتشارات دارالفکر.

پاد، ابراهیم،(۱۳۴۸)؛ حقوق کیفری اختصاصی، جلد ۱، تهران: دانشگاه تهران.

تفتازانی، سعدالدین مسعود بن عمر،( ۱۴۰۱ق)؛ شرح المقاصد فی علم الکلام، ج۱، پاکستان: دارالمعارف النعمنیهٔ.

جعفری لنگرودی، دکترمحمدجعفر،(۱۳۶۳)؛ ترمینولوزی حقوق،گنج دانش.

ـــــــــــــــــــــــ،(۱۳۸۱ )؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد۴، گنج دانش.

حلی، حسن بن یوسف بن مطهر،(۱۳۶۳)؛کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، تحقیق: حسن حسن زاده آملی، موسسه نشر اسلامی، قم: جامعه مدرسین.

حلی، حسن بن یوسف بن مطهر،(۱۴۱۵ق )؛ مناهج الیقین فی اصول الدین، ج۱، تهران: دار الاسوه.

حمصی رازی، سدیدالدین،( بی تا)؛ المنقذ من التقلید، ج۱، مؤسسه نشر اسلامی.

حبیب زاده، دکتر محمدجعفر، شروع به جرم در حقوق ایران و مقایسه آن با عناوین مشابه فقهی، دانشور(فصلنامه علمی- پژوهشی دانشگاه شاهد)، س۶، ش۲۱، ۱۳۷۷.

خویی، ابوالقاسم،( بی تا)؛ مبانی تکمله المنهاج، جلد۱، دارالزهرا، بیروت.

خویی، سیدابوالقاسم،(۱۲۱۰ه.ق)؛ محاضرات فی اصول فقه جزء دوم، تقریر: محمداسحاق فیاض، قم، دارالهادی مطبوعات.

خراسانی،علی محمد،(۱۳۸۲)؛ شرح کفایه الاصول، قم، الامام الحسن بن علی (ع)، چاپ ۲.

دهخدا، علی اکبر،(۱۳۷۳)؛ لغت نامه، جلد ۸، تهران، دانشگاه تهران.

رحیمی‌نژاد، اسماعیل،آشنایی با حقوق جزا و جرم‌شناسی، (پایاننامه)، دانشگاه قم،۱۳۷۸.

رسولیان،حرمت ا...، شروع به جرایم مستوجب مجازات در حقوق کیفری ایران (پایاننامه)، دانشگاه مازندران، ۱۳۸۲.

روزنامه رسمی کشور، مجموعه قوانین ۱۳۸۳، چاپخانه روزنامه رسمی کشور.

ـــــــــــــــ مجموعه قوانین ۱۳۷۸، چاپخانه روزنامه رسمی کشور.

زراعت، عباس،(۱۳۸۶)؛ حقوق جزای عمومی، تهران، ققنوس،چاپ ۳.

سبحانی، جعفر، تقریرات درس خارج اصول، موضوع: معنای تجری و استحقاب عقاب بر آن،تاریخ ۹۲/۰۶/۳۰.

شامبیاتی، هوشنگ،(۱۳۸۷)؛ حقوق جزای عمومی، نشر ژوبین، جلد دوم.

شکری، رضا،(۱۳۸۲)؛ قادرسیروس، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، مهاجر.

شهید اول(محمدبن مکی)، ( ۱۳۸۲)؛ المعه الدمشقیه، جلد ۲،ترجمه: دکتر علیرضا فیض و دکتر علی مهذب، دانشگاه تهران.

صانعی، پرویز،(۱۳۷۶)؛ حقوق جزای عمومی، تهران، گنج دانش، چاپ۷.

عباسی،محمد مسعود،(۱۳۹۲)؛ ترجمه و شرح فرائد الاصول شیخ انصاری، قم، انتشارات دارالعلم.

عبدالقادر، عوده،(۱۹۸۵م) التشریح الجنا یی الاسلامی، مقارنا بالقانون الوضعی، بیروت، احیاء التراث العربی.

گرجی، ابوالقاسم،(۱۳۶۵)؛ مقالات حقوقی، جلد ۱، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

گلدوزیان، ایرج،( ۱۳۸۶)؛ بایسته-های حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چاپ ۱۴.
محسنی، مرتضی،مقاله: جرم محال و مقررات اصلاحی قانون مجازات عمومی اخیرالتصویب در این خصوص، شـماره انتشار:۱۵.
موسوی بجنوردی، سید میرزاحسن، (بی تا )؛ منتهی الاصول، جلد ۲.
مارک آنسل،( ۱۳۶۶)؛ دفاع اجتماعی، ترجمه: دکترمحمد آشوری و دکتر علی نجفی ابرند آبادی، نشر راهنما.
ولیدی، محمد صالح،(۱۳۷۴)؛ حقوق جزای عومی، تهران، نشر داد، چاپ ۳.
نوربها، رضا،(۱۳۸۴)؛ زمینه حقوق جزای عمومی،، تهران، گنج دانش، چاپ۱۴.
طباطبائی، فرهنگ نوین عربی به فارسی، ۱۳۵۵
موسوی بجنوردی، منتهی الاصول،۲، ۲۸–۳۵ و صدر، اصول فقه،۱۷۱)