

## واکاوی جرم محال (تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) از منظر اصولیین شیعه

| حسین میرمحمدصادقی | استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید  
بهشتی، تهران، ایران  
| سیدمحسن موسوی فر | استادیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران  
| کاظم خسروی\* | دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی،  
مشهد، ایران

### چکیده

گاهی مرتکب تمامی مراحل ارتکاب جرم ر اسپری می‌کند، اما با این حال باز هم به نتیجه‌ای نائل نمی‌گردد. اگر این ناکامی در عدم تحقق نتیجه، به علت فقدان موضوع و یا عدم تکاپوی وسیله ارتکاب جرم باشد، بیانگر جرم محال است. با توجه به روش این پژوهش که بنیادین (توصیفی - تحلیلی) می‌باشد، با مراجعه به کتب اصولی درمی‌یابیم که اصولیین شیعه در تألیفات خود، ذیل مبحث قطع به بررسی تجری و مبانی آن پرداخته‌اند. به نظر می‌رسد مخالفت قطع با واقع در تعریف اصولیین از تجری، بیانگر عدم امکان وقوع نتیجه در خارج است که بی‌شک فقط می‌تواند با جرم محال هم‌خوانی داشته باشد. در هر حال قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی در مورد مجازات مرتکبین جرم محال قائل به تفکیک بین جهات قانونی و مادی شده است. به نظر می‌رسد این تفکیک قانون‌گذار، هم‌سو و سازگار با نظر صحیح برخی از اصولیین همچون شیخ انصاری در رابطه با عدم عقاب و مجازات متجری می‌باشد.

واژگان کلیدی: جرم، محال، عقیم، تجری، قطع

## مقدمه

هر شخصی برای ارتکاب جرم ناچار از سپری کردن مراحل قصد مجرمانه، انجام عملیات مقدماتی، شروع به اجرای آن و نهایتاً تحقق جرم به صورت کامل می‌باشد.<sup>۱</sup> حال ممکن است مرتکب در هر یک از این مراحل - به صورت ارادی یا غیرارادی - متوقف شده و موفق به انجام کامل جرم نشود. قانون‌گذاران کشورهای مختلف برای توقف در هر مرحله، حکم خاصی وضع نموده‌اند.<sup>۲</sup> اما آنچه به بحث ما مربوط می‌شود این است که مرتکب پس از گذراندن تمامی مراحل ارتکاب جرم، به نتیجه موردنظر خود نائل نگردد. این ناکامی در عدم تحقق نتیجه ممکن است یا ناشی از (حالت اول) فقدان موضوع (تیراندازی به سمت شخص مرده) و یا عدم تکاپوی وسیله (استفاده از مایع آشامیدنی به جای مواد سمی برای قتل دیگری) و یا (حالت دوم) عدم مهارت و توانایی مرتکب (به خطا رفتن گلوله و عدم اصابت به شخص موردنظر بر اثر عدم مهارت در تیراندازی) و یا یک علت و اتفاق غیرقابل پیش‌بینی (تیراندازی و جاخالی دادن شخص موردنظر و عدم اصابت تیر به وی) باشد. همان طور که مشاهده می‌شود وقوع نتیجه در حالت اول، برخلاف حالت دوم، عملاً امکان‌پذیر نمی‌باشد. حالت اول بیانگر جرم محال و حالت دوم جرم عقیم می‌باشد.

در نظام حقوقی ایران، تا سال ۱۳۵۲ حکم خاصی در رابطه با این موارد پیش‌بینی نشده بود. تا اینکه قانون‌گذار در تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی اصلاحی مصوب ۱۳۵۲ مقرر داشت: «در صورتی که اعمال انجام‌یافته ارتباط مستقیم با ارتکاب جرم داشته ولی به جهات مادی که مرتکب از آن‌ها بی‌اطلاع بوده، وقوع جرم غیر ممکن باشد، عمل در حکم شروع به جرم محسوب می‌شود.» به‌رغم ضرورت وجود این تبصره، قانون‌گذار در قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱، اقدام به حذف آن نمود و در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نیز سخنی از آن به میان نیاورد. سرانجام

۱. برخی نیز این‌طور بیان کرده‌اند: «تصور فی ارتکاب شیء مراحل اربع: احدها النیه بمراحلها، ثانیها ارتکاب مقدمات الفعل، ثالثها ارتکاب ذی المقدمه، رابعها مرحله الاصابه للواقع و عد مها.» (القدس، ۲/۱۴۱۶: ۲۳۴-۲۳۵).

۲. به عنوان مثال با توجه به اهمیت خاص برخی از اقدامات، توافق مبنی بر عملی کردن یک تصمیم، حتی اگر در مرحله شروع به اجرای آن هم نباشد، جرم‌انگاری شده است. بند اول ماده ۶۱۰ قانون تعزیرات و مجازات بازدارنده مصوب ۱۳۷۵، مشعر بر این ادعاست: «هرگاه دو نفر یا بیشتر اجتماع یا تبانی نمایند که جرائمی ضد امنیت داخلی یا خارجی کشور مرتکب شوند یا وسایل ارتکاب آن را فراهم نمایند در صورتیکه عنوان محارب بر آنان صادق نباشد، به دو تا پنج سال حبس محکوم خواهند شد.» همچنین قانون عقوبات سوریه و قانون جزای هلند تبانی برای ارتکاب جرایم علیه امنیت و قانون عقوبات مصر و قانون حقوق جزا مصوب ۱۹۹۷ انگلستان، تبانی برای ارتکاب همه جرایم را واجد وصف مجرمانه دانسته‌اند. (نک: میر محمدصادقی، ۱۳۹۲: ۲۵۸-۲۵۷)

وی با اندکی تصرف در الفاظ و کلمات آن تبصره، در تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر داشته است: «هرگاه رفتار ارتكابی، ارتباط 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.» وضع این تبصره، ضرورت پرداختن به جرم محال، ابعاد و مبانی آن را نمایان می‌سازد. اصولیین شیعه در تألیفات خود ذیل مبحث قطع، مبحثی را به «تجری» اختصاص داده‌اند.<sup>۱</sup> تجری در معنای لغوی، مطلق اظهار جرأت و سرکشی می‌باشد. به این معنا که اگر شخصی قطع و یقین به وجوب یا حرمت شینی داشت، اما برخلاف آن عمل نمود، تجری محقق می‌شود. لذاست که در معنای لغوی آن، اینکه قطع وی موافق با واقع باشد یا نباشد، از اهمیت برخوردار نیست. در معنای اصطلاحی، شخص بعد از قطع و یقین به وجوب یا حرمت شرعی شیء، برخلاف آن عمل می‌کند و این در حالی است که قطع وی مخالف با واقع می‌باشد. (نک: السبحانی، ۱/۱۴۲۰: ۲۸؛ الصدر، ۱۴۱۹: ۴۰) به‌عنوان مثال کسی به تصور اینکه فلان مایع مشروبات الکلی می‌باشد، علی‌رغم اینکه قطع و یقین به حرمت نوشیدن آن دارد، به نوشیدن آن مبادرت می‌ورزد. این درحالی است که بعد از نوشیدن، کشف می‌شود که آن مایع مشروب نبوده، بلکه وی آب نوشیده است. در اینجا تجری تحقق پیدا کرده است. لازم است گفته شود ذکر عبارت «مشروط بر اینکه قطع<sup>۲</sup> وی مخالف با واقع باشد» در تعریف اصولیین از تجری، کاملاً منطبق با تعریف «جرم محال» در میان حقوق دانان می‌باشد. توضیح اینکه؛ مخالفت قطع و یقین با واقع بی‌شک بیانگر عدم امکان وقوع نتیجه در خارج است و همان طور که قبلاً نیز گفته شد، تنها در جرم محال امکان وقوع نتیجه عملاً میسر نخواهد بود. لذا تسری عنوان تجری به جرم عقیم که وقوع نتیجه در آن امکان‌پذیر می‌باشد، صحیح نخواهد بود.<sup>۳</sup>

۱. گرچه آنان در کتاب‌های اصولی خود به این موضوع پرداخته‌اند، اما در اینکه «تجری» از مسائل علم اصول است یا فقه و یا کلام، میان آنان اختلاف است. (نک: الکره‌ای، ۲/۱۳۶۲: ۸؛ الخراسانی، ۲/۱۴۳۶: ۲۳؛ الاراکی، ۱/۱۳۷۵: ۳۷۲؛ التقوی‌الاشتهاردی، ۳/۱۳۷۷: ۲۴-۲۱؛ القدسی، ۲/۱۴۱۶: ۲۳۵).

۲. ضروری است که بیان شود موضوع بحث مختص به قطع نیست، بلکه اگر شخصی از طریق امارات معتبره یا اصول عملیه پی به وجوب و یا حرمت شینی ببرد و مخالف آن عمل نماید و بعداً خلاف آن ثابت شود، در این صورت نیز تجری تحقق پیدا کرده است. (نک: الانصاری، ۱۴۱۵: ۴۵؛ الهاشمی‌الشاهرودی، ۳/۱۴۲۶: ۲۲؛ الطباطبائی‌القمی، ۲/۱۳۷۱: ۱۱-۱۲؛ السبحانی، ۱/۱۴۲۰: ۲۹-۲۸)

۳. با این وجود برخی در تفاوت تجری و جرم محال این‌گونه گفته‌اند: «اصولاً در تجری کسی عملی را به تصور و قطع اینکه جرم است مرتکب می‌شود و بعد معلوم می‌گردد که عمل انجام شده جرم نبوده است. و یا به عبارت فقها از خود بی‌مبالاتی و سهل‌انگاری نشان داده است، درحالی که در جرم محال مسأله قصد منجز مجرمانه بر ارتكاب فعل است

در هر حال میان اصولیین نیز در مبانی مجازات یا عدم مجازات متجری بحث‌های فراوانی صورت گرفته است. پرداختن به این نظریات و بررسی مبانی صاحب‌نظران آن، با توجه به هم‌خوانی تجری و جرم محال، از این رو ضروری می‌نماید که بتوانیم پی به این حقیقت ببریم که غرض شارع از وضع تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ توسط قانون‌گذار ما تا چه حدی تأمین گردیده است. به همین منظور ما ابتدا به ذکر دلایل کسانی که قائل به استحقاق عقاب و مجازات نمودن متجری هستند، می‌پردازیم. سپس در ذیل آن به بیان نظرات مخالفین آن خواهیم پرداخت و در پایان نیز نظریات حقوق‌دانان و موضع قانون‌گذار را بررسی خواهیم کرد.

### ۱. آیات و روایات

در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که صراحتاً تمام اعضای بدن از قبیل گوش، چشم و قلب را در برابر پروردگار مسئول می‌داند. در این آیات بیان شده است که حتی اوامر قلبی و آنچه انسان در درون خود نیت می‌کند هم مورد محاسبه و بازخواست قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup> علاوه بر آیات، روایات متعددی با همین مضامین وجود دارد.<sup>۲</sup> بنابراین چنین استدلال می‌شود در تجری که شخص علاوه بر وجود نیت سوء و شریانه خود، به انجام آن عمل نیز مبادرت نموده است، به طریق اولی و به شهادت وجدان باید مورد مؤاخذه و عقاب قرار بگیرد (نک: الخراسانی، ۱/۱۴۳۶: ۲۴۳-۲۴۲؛ الحیدری، ۱۳۷۹: ۱۵۷).

به نظر می‌رسد که آنان بین معصیت قلب و نیت معصیت دچار خلط شده‌اند. توضیح اینکه؛ آنچه در این آیات مورد اشاره قرار گرفته است، معصیت قلب به‌عنوان یکی از اجزای بدن انسان است.

ونه بی مبادلاتی و سهل‌انگاری، و عمل انجام‌شده نیز در شرایط عادی جرم محسوب می‌گردد.» (نوربها، ۱۳۷۹: ۲۷۳) جدای از این مطلب که فقط در کتاب‌های اصولی به تجری و مبانی آن پرداخته شده است و آنچه از تجری در کتب فقهی دیده می‌شود، نوعاً ذکر مثال و آن‌هم بر مبنای آموزه‌های اصولی می‌باشد، این عبارت که مرتکب در تجری از خود بی‌مبادلاتی و سهل‌انگاری نشان داده است و نسبت دادن آن به فقها، ادعایی است که در هیچ‌یک از کتاب‌های اصولی و حتی فقهی - به زعم نویسندگان - دیده نشده است! هم‌چنین در رابطه با نظر برخی مبنی بر تسری تجری به جرم عقیم بینید: (شامبیاتی، ۲/۱۳۹۱: ۱۹۶-۱۹۵)

۱. «ان تبدوا ما فی انفسکم او تخفوه یحاسبکم به الله فیغفر لمن یشاء و یعذب من یشاء» البقره/۲۸۴. «ولا تنف ما لیس لک به علم ان السمع و البصر و الفؤاد کل اولئک کان عنہ مسئولاً» اسراء/۳۶. «لا یواخذکم الله باللغو فی ایمانکم و لکن یواخذکم بما کسبت قلوبکم» البقره: ۲۲۵.

۲. در این روایات اشاره شده است که پروردگار انسان‌ها را بر اساس نیتشان محشور می‌کند. نیت مؤمن بهتر از عملش، و نیت کافر بدتر از عملش می‌باشد. حتی در روایتی علت جاویدان و همیشگی بودن دوزخیان در آتش را، به خاطر نیت آنان مبنی بر معصیت همیشگی خداوند در صورت جاویدان بودنشان در دنیا می‌داند. (وسائل/ الباب ۵ و ۶ من ابواب مقدمات العبادات/ الحدیث ۳ و ۵ و ۶).

به بیان دیگر، برخی از افعال از قلب انسان مانند کتمان نمودن حق و اشتیاق به اشاعه فحشاء صادر می‌شود که این افعال دارای عقاب می‌باشند. همان طوری که برخی دیگر از افعال قلب مانند اعتقاد به خداوند و پیامبر دارای ثواب و حسنه می‌باشد. لذا این آیات فقط بر این افعال قلب که در آیات دیگر نیز بر حرمت و جواز عقوبت آن تصریح شده است، دلالت دارد. لذا باید بگوییم که فقط برخی از افعال قلب که در نصوص دیگر بر مذمت و استحقاق عقاب آنان تصریح شده است، دارای مجازات و عقاب می‌باشند نه اینکه هر فعل قلبی و حتی نیت معصیت هم به استناد این آیات مستحق عقاب باشد (نک: القدسی، ۲/۱۴۱۶: ۲۴۳؛ السبحانی، ۱/۱۴۲۰: ۴۰-۳۸).

در رابطه با روایت می‌گوییم که اولاً: بسیاری از این روایات از لحاظ سندی ضعیف هستند<sup>۱</sup>. ثانیاً: این روایات از لحاظ دلالت نیز قاصر هستند. به عنوان مثال کلمه «خیر» و «شر» در روایاتی که می‌گوید نیت مؤمن بهتر از عملش و نیت کافر بدتر از عملش می‌باشد، به معنای وسیع و بیشتر بودن است. به این معنا که شخص مؤمن در نیت خود همواره قصد انجام کارهای پسندیده و بزرگ فراوانی را دارد، اما بنا به دلایلی مانند کوتاهی عمر انسان، قادر به انجام همه آن اعمال نمی‌باشد. شخص کافر نیز نمی‌تواند همه آنچه از افعال شروارانه‌ای را که در نیت خود می‌پروراند، انجام دهد. (نک: السبحانی، ۱/۱۴۲۰: ۴۳) مضافاً بر اینکه هیچ‌یک از فقها به ظاهر این روایات فتوا نداده‌اند، زیرا در صورت عمل به این روایات، کسی که نیت شرب خمر کرده است اما آن را ننوشیده، در وضعیتی بدتر از کسی قرار می‌گیرد که شرب خمر داشته و به آن عمل نموده است. (نک: القدسی ۲/۱۴۱۶: ۲۴۴) در روایتی نیز امام (ع) علت برتری نیت نسبت به عمل را به خاطر درونی بودن نیت و عاری بودن آن از هرگونه ریا و خودنمایی عنوان کرده است<sup>۲</sup>. روایت دیگری نیز صراحتاً بیان می‌دارد که فقط نیت خوب و پسندیده دارای پاداش است، اما نیت شر و بدی هیچ‌گونه عقابی ندارد<sup>۳</sup>. ثالثاً: در مقابل این روایات، طایفه دیگری از روایات وجود دارد که ملاک عقاب را مترتب بر عمل می‌داند، نه نیت. این

۱. جهت بررسی تفصیلی سند این روایات ببینید: (الطباطبائی القمی، ۲/۱۳۷۱: ۲۰؛ القدسی، ۲/۱۴۱۶: ۴۵-۴۱)  
 ۲. ماررواه زید الشحام، قال قلت لابی عبدالله (ع) انی سمعتک تقول نية المومن خیر من عمله، فکیف تكون نية خیراً من العمل؟ قال لان العمل ربما کان ریاءً للمخلوقین، والنية خالصة لرب العالمین، فیعطى عز و جل علی النية ما لا یعمل علی العمل. (وسائل/ ۱/ الباب ۶ من ابواب المقدمات العبادات/ الحدیث ۱۵). البته همانطور که در متن حدیث نیز مشخص است، این علت فقط در توجیه برتری نیت مؤمن مفید خواهد بود.  
 ۳. و منها عن زرارة عن احدهما (ع) قال: ان الله تبارک و تعالی جعل لآدم فی ذریته و ان من هم بحسنة فلم یعلمها کتبت له حسنة، و من هم بحسنة و عملها کتبت له عشرأ، من هم بسیئة لم تکتب علیه و من هم بها و عملها کتبت علیه سیئة. (وسائل/ ۱/ الباب ۶ من ابواب المقدمات العبادات/ الحدیث ۶).

روایات از لحاظ عددی بیشتر و از لحاظ دلالت واضح‌تر از روایات دسته اول هستند<sup>۱</sup>. لذا با توجه به این دلایل، دیگر نیازی به جمع بین این دو طایفه از روایات هم نمی‌باشد. زیرا روایتی که ملاک عقاب را نیت می‌دانند از لحاظ سندی ضعیف بوده، و از نظر دلالت به آن‌ها خدشه وارد شده، و همچنین از لحاظ عددی کمتر از طایفه دیگر روایات می‌باشد. به همین جهت اصلاً در مقام تعارض قرار نمی‌گیرند که نیازی به جمع بین آن‌ها باشد.<sup>۲</sup>

## ۲. دلیل عقلی

مرحوم شیخ انصاری در فرائداصول از قول محقق سبزواری این دلیل را این‌گونه تقریر می‌کند: فرض کنید دو نفر قطع و یقین به خمر بودن دو مایع مشخص را دارند. آنان با وجود علم به حرمت نوشیدن خمر، اقدام به آن می‌نمایند، اما بعد از نوشیدن مشخص می‌شود که یکی از این دو مایع خمر و دیگری آب بوده است. لذا شخصی که خمر را نوشیده است، معصیت واقعی را انجام داده و عاصی می‌باشد و در مقابل شخصی که آب را نوشیده است، متجری می‌باشد. حال چهار فرض متصور است: ۱. مجازات نمودن عاصی و متجری، ۲. مجازات نمودن هیچ‌کدام، ۳. مجازات عاصی و عدم مجازات متجری، ۴. عدم مجازات عاصی و مجازات متجری.

فرض دوم و چهارم که قطعاً باطل بوده و هیچ‌کس به آن فتوا نداده است. پذیرفتن فرض سوم نیز مستلزم این است که ما عقاب را بر یک امر غیراختیاری مترتب نماییم. زیرا این که در عالم خارج، یکی از این مایع‌ها خمر باشد و دیگری آب، خارج از اختیار آن دو نفر بوده است. لذا برای رفع این محذور تنها فرض اول قابل قبول خواهد بود. (الانصاری، ۱/۱۴۲۲: ۳۹-۳۸)

۱. مارواه ابو بصیر عن ابی عبدالله (ع) قال إن المومن لیهم بالسینة ولا یعمل بها فتکتب له حسنة، و ان هو عملها کتبت له عشر حسنات و ان المومن لیهم بالسینة أن یعملها أن یعلمها فلا یعملها فلا تکتب علیه. (وسائل/ ۱/ الباب ۶ من ابواب المقدمات العبادات/ الحدیث ۷. هم چنین ببینید: وسائل/ ۱/ الباب ۶ من ابواب المقدمات العبادات/ الحدیث ۸ و ۱۰ و ۲۰ و ۲۱ از همین باب و الباب ۷/ الحدیث)

۲. توضیح اینکه مرحوم شیخ انصاری بین این دو طائفه از روایات جمع دلالی نموده و برای آن دو وجه متصور شده است. وجه اول اینکه اخبار دال بر عقاب مربوط به انصراف غیرارادی، و اخبار دال بر عدم عقاب مربوط به انصراف ارادی باشد. وجه دوم اینکه اخبار دال بر عقاب مربوط به حالتی باشد که مرتکب علاوه بر نیت، برخی از مقدمات را نیز انجام داده باشد. و اخبار دال بر عدم عقاب مربوط به مجرد نیت باشد. (الانصاری، ۱/۱۴۲۲: ۴۸. هم چنین ببینید: الهاشمی الشاهرودی، ۳/۱۴۲۶: ۳۸؛ الحسینی المیلانی، ۵/۱۴۲۱: ۱۱۰). برخی دیگر نیز در وجه جمع بین این روایات گفته‌اند روایاتی که دلالت بر عدم عقاب دارند، مرادشان عدم فعلیت عقاب است نه نفی کردن اصل استحقاق عقاب. (الانصاری، ۱/۱۴۲۲: ۶۳) برای بررسی وجه جمع آیت‌الله خوئی نیز ببینید: (السبحانی، ۱/۱۴۲۰: ۴۷).

مرحوم آخوند (ره) نیز در کفایةالاصول، ذیل این بحث که آیا قطع باعث تغییر حسن و قبح فعل متجری به می‌شود یا خیر، بعد از اینکه وجدان را دلیل بر عدم تغییر می‌داند، دلیل دیگر بر مدعای خود را این‌طور بیان می‌کند که عناوینی موجب تغییر حسن و قبح می‌شوند که همراه با قصد و اختیار باشند، اما قاطع در مانحن‌فیه (اعم از متجری و عاصی) قصد و اختیار ندارد. سپس می‌افزاید آنچه موجب عقاب متجری و عاصی خواهد بود، قصد عصبیان و عزم بر طغیان است، نه این فعلی که بدون هیچ‌گونه اختیاری از وی سرزده است. (الخراسانی، ۲/۱۴۳۶: ۲۴۰-۲۳۸)

جالب است گفته شود در میان حقوق‌دانان نیز کسانی که معتقدند مجازات باید کاملاً با عنصر تقصیر مرتبط باشد، شروع به جرم را یک جرم اصلی و زیربنایی می‌دانند. اینکه کسی موفق بشود یا ناکام بماند، خارج از کنترل اوست و بنابراین نباید تأثیری در تقصیر او و میزان مجازات استحقاقی‌اش داشته باشد. لذا به نظر آنان جرم محال نیز که در حکم شروع به جرم می‌باشد، از این قاعده مستثنا نبوده و ناکامی در عدم تحقق نتیجه، خارج از اختیار وی بوده است. (نک: کلارکسون، ۱۳۹۰: ۲۵۹) به نظر ما همان‌طور که برخی نیز به آن اشاره کرده‌اند، فقط شخصی که قطع او مطابق با واقع بوده است، (عاصی) مستحق عقاب و مجازات است. زیرا تنها عمل وی از روی اختیار می‌باشد. (الانصاری، ۱/۱۴۲۲: ۴۱) توضیح اینکه؛ آنچه عاصی قصد و نیت آن را داشته است، نوشیدن خمر بوده، و آنچه در عالم خارج اتفاق افتاده با نیت و قصد او مطابقت داشته است. به عبارت دیگر؛ ما قصد یقع و ما وقع یقصد. بنابراین عمل وی کاملاً اختیاری و مستحق عقاب است. اما در مورد متجری، آنچه وی قصد آن را داشته است، نوشیدن خمر بوده است، ولی آنچه در واقع اتفاق افتاده است، نوشیدن آب بوده است، لذا ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد. بنابراین عمل وی غیراختیاری است و آنچه در نظر شارع قبیح می‌باشد این است که ما عقاب و مجازات را بر یک امر غیراختیاری مترتب نماییم. اما اینکه امر غیراختیاری را عقاب و مجازات نکنیم، به هیچ‌وجه قبیح نخواهد بود. به عبارت دیگر ترتب عقاب بر امر غیراختیاری قبیح است، اما ترتب عدم عقاب بر امر غیراختیاری قبیح نمی‌باشد. (نک: السبحانی، ۱/۱۴۲۰: ۳۲-۳۱؛ القدسی، ۲/۱۴۱۶: ۲۳۸)

ناگفته نماند برخی برای توجیه اختیاری بودن فعل متجری، متوسل به تصور «جامع» شده‌اند. با این بیان که آنچه جامع بین خمر و آب می‌باشد، «مایع» است. در این صورت متجری که به گمان خودش قصد نوشیدن شراب را داشته، در واقع قصد نوشیدن مایع را داشته است. لذا ما قصد یقع و ما وقع یقصد. (به عنوان مثال نک: الحائری الیزدی، ۱۴۰۸: ۳۳۶؛ السبحانی ۱/۱۴۲۰: ۳۶) اما این کلام نیز صحیح نیست. زیرا متجری شرب خمر را با توجه به خصوصیت خمر بودن آن قصد کرده است. لذا اینکه قصد وی را به یک جامع بین خمر و آب که مایع باشد بنماییم، صحیح نخواهد بود.

زیرا از یک سو، اینکه بگوییم وی قصد نوشیدن مایع را به شرط اینکه خمر نباشد دارد، خلاف فرض است. و از سوی دیگر، اینکه قائل به این باشیم که وی قصد نوشیدن به شرط خمر بودن را دارد - چنانچه واقعاً نیز همین طور است - باز هم در نظر گرفتن جامع امکان پذیر نخواهد بود. (نک: الحسینی الميلانی، ۱۴۳۱/۵: ۷۹؛ الاراکی، ۱/۱۳۷۵: ۳۷۳)

### ۳. اجماع

ادعای اجماع بر حرمت تجری مستفاد از موارد فقهی می باشد. با این توضیح که فقها در دو مورد اجماع بر حرمت دارند: اول در جایی که شخص با وجود ظن و گمان به کوتاهی و ضیق وقت، نمازش را به تأخیر می اندازد، اما بعداً وسعت وقت برایش ثابت می شود. دوم اینکه کسی با وجود ظن به وجود خطر و ضرر، سفر می کند اما بعداً نبود خطر در سفر برایش ثابت می شود. بنابراین در تجری نیز که مکلف نه تنها ظن بلکه قطع و یقین به حرمت یا وجوب دارد و برخلاف آن عمل می کند، ولی بعداً کشف خلاف می شود، با توجه به این اجماع موجود در فقه، مرتکب فعل حرامی شده است که مستحق عقاب و مجازات می باشد. (نک: القدسی ۲/۱۴۱۶: ۲۳۷؛ الانصاری، ۱۴۱۵: ۵۶)

مرحوم خوئی (ره) در رابطه با اجماع این دو فرع فقهی و عدم ارتباط آن با تجری قائل بر این است که آنچه در این دو مورد برای شارع موضوعیت دارد، «ترس از وجود ضرر» و «ترس از فوت شدن نماز» می باشد. بنابراین خود همین «خوف و ترس» برای شارع مهم می باشد، و اینکه بعداً کشف خلاف بشود یا نشود، اصلاً مدنظر شارع نیست تا بتوانیم به برکت این دو حرمت و ادعای اجماع بر آن، قائل به وجود اجماع بر حرمت تجری نیز بشویم.<sup>۱</sup> (الهاشمی الشاهرودی، ۳/۱۴۲۶: ۳۷؛ همچنین نک: الحائری الیزدی، ۱/۱۴۰۸: ۲-۳۳۹؛ القدسی، ۲/۱۴۱۶: ۲۳۷؛ الانصاری، ۱۴۱۵: ۵۷-۶۰)

مرحوم شیخ انصاری (ره) نیز در ردّ این اجماع می گوید که اولاً شکی نیست که اجماع مورد ادعای شما یا محصل است یا منقول. اجماع محصل به این معنا که مدعی اجماع تمامی فتاوی را بررسی کرده و سپس نقل اجماع نماید، در فرض مسئله وجود ندارد. علاوه بر این کسی مدعی چنین اجماعی نشده است. اجماع منقول نیز که فاقد حجیت است. ثانیاً این طور نیست که تمامی فقها در دو فرع فقهی اعتقاد به حرمت داشته باشند، به طوری که در همین دو مسئله برخی قائل به توقف و

۱. و فيه ما لا يخفى فان الظاهر أن حرمة السلوك إنما هي من جهة أن خوف الضرر له موضوعيه في نظر الشارع و لداليس فيه كشف خلاف اصلاً و كذلك الظن بضيق الوقت، فإن المستفاد من قوله في صحیحة الحلبي الواردة في ظهیرين «ان كان في وقت لا يخاف فوت احدهما فليصل الظهر ثم ليصل العصر، و ان خاف أن تفوته فليبدأ بالعصر هذا ان خوف فوت الصلاة هو الموضوع لوجوب البدار، و عليه فلا ارتباط بين مسئلتين و مسأله التجري اصلاً.



حتی برخی قائل به عدم حرمت شده‌اند.<sup>۱</sup> لذا اصلاً اجماعی وجود ندارد. ثالثاً مسئله مورد بحث ما یک مسئله عقلی می‌باشد و بر فرض که چنین اجماعی وجود داشته باشد، در مسئله عقلی اجماع پذیرفتنی نیست. (نک: الانصاری، ۱/۱۴۲۲: ۳۹)

#### ۴. بناء عقلا و ملازمه بین حکم عقل و شرع

این دلیل این طور بیان شده است که متجری با انجام عملش هتک حرمت پروردگار را انجام داده است، لذا از رسوم عبودیت خارج شده و درصدد طغیان و عزم بر عصیان برآمده است. بنابراین اجرای مجازات و عقوبت بر وی نه تنها مورد انتقاد و نکوهش عقلا قرار نمی‌گیرد، بلکه از نظر آنان وی مستحق عقاب نیز می‌باشد. (نک: الخراسانی، ۲/۱۴۳۶: ۲۳۷-۲۳۶؛ الصافی الگلپایگانی، ۲/۱۴۲۸: ۳۸؛ المؤمن القمی، ۲/۱۴۱۹: ۱۴-۱۳) مرحوم صدر (ره) نیز که مبتکر نظریه «حق الطاعة» می‌باشد، معتقد است همین که برای مکلف ثابت شد، این تکلیف از جانب پروردگار می‌باشد، عقل حکم می‌کند که رعایت احترام پروردگار را داشته و آن تکلیف را امثال نماید. و در این امثال، موافقت یا مخالفت با واقع تأثیری نخواهد داشت.<sup>۲</sup> (الصدر، ۱/۱۴۱۹: ۲-۴۰) یکی از شارحین در تأیید کلام وی بر این عقیده است که به طور قطع می‌توان گفت که عقل در تفویض احترام پروردگار، فرقی بین موافقت و مخالفت با واقع نمی‌گذارد و هر دو را (عاصی و متجری) قبیح می‌شمارد. (الانصاری، ۱۴۱۵: ۶۵-۶۳) نهایتاً اینان با عنایت به ملازمه بین حکم عقل و شرع - کل ما حکم به العقل حکم به الشرع - این نتیجه را می‌گیرند که شرع نیز عمل متجری را قبیح و وی را مستحق عقاب می‌داند.<sup>۳</sup> (الحیدری، ۱۳۷۹: ۱۵۶)

مرحوم شیخ انصاری (ره) در این رابطه به زیبایی پاسخ می‌دهد که بر فرض قبول بناء عقلا بر مذمت متجری، این مذمت و نکوهش اینان به خاطر وجود صفت شقاوت و سوء سریرت متجری است، نه در نفس فعلی که وی انجام داده است. زیرا نفس فعل انجام شده اصلاً قبیح نیست. و از آنجایی که ملاک عقاب و مجازات بر فعل مترتب می‌شود نه فاعل آن، متجری مستحق عقاب و

۱. در رابطه با این اختلاف: نعم حکمی عن النهایه و شیخنا البهائی التوقف فی العصیان، بل فی التذکره لوظن ضیق الوقت عصی لوائخر وإن استمر الظن، و إنکشف خلافه فالوجه عدم العصیان انتهى. و استقرب العدم سید مشایخنا فی المفاتیح. (الانصاری، ۱/۱۴۲۲: ۳۸)

۲. و مرة اخرى يجب أن نرجع إلى حق الطاعة الذي تمثله مولوية المولى لنحدد موضوعه ... لان حق الطاعة ينشأ من لزوم احترام المولى عقلاً و رعاية حرمة، ولا شك في أنه من الناحية الاحترامية و رعاية الحرمة لا فرق بين التحدى الذي يقع من العاصي و التحدى الذي يقع من المتجری، فالمتجری إذن يستحق العقاب كالعاصي.

۳. در رابطه با اقوال موجود در ملازمه بین حکم عقل و شرع (نک: المظفر، ۲/۱۴۱۵: ۱-۲۲۷)

مجازات نخواهد بود. (الانصاری، ۱/۱۴۲۲: ۳۹) از طرف دیگر، قبح فاعلی سبب قبح فعلی نمی‌شود، و مجرد اینکه فعل کاشف از سوء سریرت فاعل آن باشد، از عناوینی نیست که باعث قبح فعلی شود. به همین علت قبح فاعلی در تجری، بیگانه از قبح فعلی است. (الهاشمی الشاهرودی، ۳/۱۴۲۶: ۲۷؛ همچنین نک: الطباطبایی القمی، ۲/۱۳۷۱: ۱۶؛ والسبحانی، ۱/۱۴۲۰: ۳۱) بنابراین از آنجایی که در تجری، نفس فعل انجام گرفته هیچ گونه قبحی ندارد، ملازمه بین حکم عقل و شرع نیز باطل می‌شود. زیرا عقل زمانی حکم به قبیح بودن شیء و استحقاق عقاب می‌کند که متعلق آن فعل باشد نه فاعل.<sup>۱</sup>

##### ۵. نظریات حقوق دانان و قانون گذار در رابطه با جرم محال

بیان شد که با توجه به تعریف اصولیین از تجری و وجود قید «مخالفت قطع و یقین مکلف با واقع» در تعریف آنان، که بیانگر عدم امکان تحقق نتیجه در عالم خارج خواهد بود، قطعاً تجری با جرم محال در حقوق موضوعه هم‌خوانی دارد. در رابطه با مبانی مجازات جرم محال در میان حقوق دانان اختلاف است. در این رابطه می‌توان از سه دیدگاه سخن به میان آورد. دیدگاه اول که طرفداران بیش ذهنی می‌باشند، برای توجیه مجازات مرتکبین جرم محال، به وجود حالت خطرناک این مرتکبین استناد می‌کنند. آن‌ها بر این باورند که مجازات شروع به جرم به حصول نتیجه منوط نبوده، و مربوط به قصد واقعی شروع کننده جرم است. جرم محال نیز از نظر درون ذاتی حکایت از قصد بزهکارانه و خطرناک بودن مجرم برای اجتماع را دارد. لذا از همین منظر جرم محال مانند شروع به جرم فرض می‌شود که مرتکب، اعمال مادی و اجرایی را انجام داده است. حتی اگر در شروع به جرم فقط اجرای جرم شروع شده است، در جرم محال اجرای آن به صورت کامل صورت گرفته است. (نک: استفانی و دیگران: ۱/۱۳۷۷: ۳۰؛ صانعی، ۱۳۸۲: ۳۵۸) امیل گارسون نیز معتقد است، هدف قانون از اعمال مجازات شروع به جرم یا جرائم عقیم، نتیجه و ضررمادی که به جامعه وارد شده نمی‌باشد، بلکه هدف وی مجازات مقاصد مجرمانه است که حاکی از خطرناکی و تقصیر مرتکب است؛ لذا نباید فرقی بین این جرائم و جرم محال باشد. (نک: محسنی، ۲/۱۳۷۵: ۱۹۳)

مطابق دیدگاه دوم، کسانی همچون فوئر باخ که طرفدار بینش عینی می‌باشند، بر این عقیده‌اند که جرم محال نظم اجتماعی را بر هم نروده است و اینکه ما جرم محال را به منزله شروع جرم قلمداد نماییم، صحیح نمی‌باشد. زیرا در شروع به جرم، موضوع جرم واقعیت حقیقی و خارجی دارد. اما در جرم محال موضوع معدوم و محال است. به همین علت است که شروع به امر محال هم مصداق پیدا نخواهد کرد، زیرا شروع

۱. البته در رد ملازمه مذکور دلایل دیگری نیز اقامه شده است. به عنوان مثال نک: (القدسسی، ۲/۱۴۱۶: ۲۳۸؛ الحائری الیزدی، ۱-۲/۱۴۰۸: ۳۳۹-۳۴۰؛ السبحانی، بی تا/۹۱-۹۰)

به امر معدوم عقلاً و منطقاً ممکن نیست. (نک: محسنی، ۲/۱۳۷۵: ۱۹۲؛ استفانی و دیگران، ۱/۱۳۷۷: ۳۳۰) در حقوق کامن‌لا نیز به این نکته اشاره شده است که اعمال متهم در جرم محال، هیچ‌گاه نمی‌توانسته است آن‌قدر به جرم موردنظر نزدیک باشد که عنصر مادی شروع به جرم را ایجاد کند. به عبارتی دیگر، کسی نمی‌تواند مجاور هیچ باشد زیرا برای تحقق شروع به جرم، اعمال انجام شده، باید بلاواسطه با جرم اصلی مرتبط و در واقع مجاور آن باشد. (نک: کلارکسون، ۱۳۹۰: ۲۶۲)

در دیدگاه سوم از جهت عدم امکان مطلق و یا نسبی جرم (محال مطلق و نسبی) به موضوع نگریسته شده است. به طوری که در عدم امکان مطلق که قائل به عدم مجازات مرتکب هستند، در هیچ شرایطی امکان وقوع جرم وجود ندارد؛ اعم از اینکه این عدم امکان از فقدان موضوع جرم و یا عدم تکاپوی وسیله ناشی شده باشد. مانند خوراندن داروی سقط جنین به زنی که باردار نیست. اما در عدم امکان نسبی جرم که مجرم را مستحق مجازات می‌دانند، امکان وقوع جرم در خارج وجود دارد، منتها حادثه‌ای مقطعی و پیش‌بینی نشده مانع از تحقق جرم است. در واقع وجود موقعیت خاص در آن لحظه مانع ارتکاب جرم می‌شود، نه اینکه امکان ارتکاب جرم به هیچ وجه وجود نداشته باشد. به طور مثال می‌توان گفت زمانی که شخصی به قصد سرقت دست در جیب دیگری می‌کند ولی جیب وی را تهی از مال می‌یابد، جرم محال نسبی شکل گرفته است. (نک: صانعی، ۱/۱۳۷۱: ۲۹۱؛ قیاسی و همکاران، ۱۳۸۸۲: ۱۳۳-۱۳۲)

حقوق دانان تقسیم‌بندی جرم محال به مطلق و نسبی را مورد نقد قرار داده‌اند. زیرا به نظر آنان آنچه در مورد محال نسبی گفته شد، در رابطه با محال مطلق نیز صدق پیدا می‌کند. به عبارت دیگر در محال مطلق هم اگر آن شرایط خاص وجود نمی‌داشت، جرم به وقوع می‌پیوست. لذا در مثالی که برای محال مطلق آوردیم نیز اگر زن باردار می‌بود، جرم شکل می‌گرفت. (نک: محسنی، ۲/۱۳۷۵: ۱۹۵؛ صانعی، ۱/۱۳۷۱: ۲۹۳) ظاهراً به دلیل وجود همین انتقادات است که قانون‌گذار ما این تقسیم‌بندی را نپذیرفته و مبنای خود را در رابطه با جرم‌انگاری و مجازات مرتکبین جرم محال بر عدم امکان قانونی یا مادی بنا نهاده است. به طوری که تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هرگاه رفتار ارتكابی، ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لکن به جهت مادی که مرتکب از آن‌ها بی‌اطلاع بوده وقوع جرم غیر ممکن باشد، اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است». توضیح اینکه؛ غیر ممکن بودن جرم از دو جهت و منظر قابل بررسی است: جهت قانونی و جهت مادی. در جهات قانونی، رفتار ارتكابی با تعریفی که قانون‌گذار از جرم ارائه می‌دهد، تطبیق نمی‌کند. مانند اینکه شخصی با قصد قتل به سوی جسد بی‌جان شلیک کند. رفتار این شخص مطابق این تبصره فاقد وصف مجرمانه خواهد بود. زیرا قانون‌گذار قتل را سلب عمدی حیات از دیگری (انسان زنده) تعریف کرده است. اما در جهات مادی

رفتار شخص با تعریفی که قانون‌گذار از جرم مورد نظر ارائه می‌دهد تطبیق می‌کند، منتها نتیجه مورد نظر به علل دیگر محقق نمی‌شود. مانند اینکه شخصی سلاح بدون فشنگی که آن را دارای فشنگ می‌پنداشته به قصد قتل، به سوی دیگری نشانه رفته و ماشه آن را بچکاند. لذا در این مثال چون عدم تحقق نتیجه به خاطر جهات مادی بوده است، این شخص را می‌توان مطابق تبصره مذکور، به شروع به قتل عمدی محکوم نمود. به عبارت دیگر می‌توان گفت که محال بودن جرم به خاطر جهات قانونی زمانی رخ می‌دهد، که اساساً موضوع جرم وجود نداشته باشد. اما محال بودن جرم به خاطر جهات مادی زمانی اتفاق خواهد افتاد که موضوع جرم وجود دارد اما وسیله انتخاب شده، تکاپوی انجام جرم را ندارد. بنابراین از یک سو اگر کسی به قصد قتل به سوی جنازه‌ای که آن را انسان زنده می‌پندارد، شلیک نماید به خاطر «فقدان موضوع (انسان زنده) یا جهت قانونی» و از سوی دیگر، اگر شخصی به قصد قتل به انسان زنده‌ای به جای مواد سمی، از روی اشتباه مواد خوراکی مقوی بدهد به علت «عدم تکاپوی وسیله یا همان جهت مادی»، وقوع جرم عملاً در خارج امکان پذیر نمی‌باشد. گفتنی است در این رابطه تفاوتی ندارد که عدم تکاپوی وسیله در انجام جرم، ناشی از عدم توانایی ذاتی آن وسیله در تحقق جرم باشد، مانند مثالی که بیان شد و یا ناشی از شرایط و اوضاع و احوال خاصی که در موضوع جرم وجود دارد. به عنوان مثال اگر شخصی با اسلحه به سوی کسی که جلیقه ضدگلوله پوشیده است، شلیک نماید و در اثر اصابت گلوله با جلیقه آسیبی به او نرسد، باز هم محال بودن جرم به جهت مادی خواهد بود. زیرا در این مورد نیز در واقع وسیله وی که همان اسلحه باشد، توانایی و تکاپوی قتل شخصی که جلیقه ضدگلوله پوشیده است را ندارد.

در هر حال قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی، فقط مورد اخیر یعنی عدم تحقق جرم به خاطر جهات مادی را قابل مجازات می‌داند. به نظر می‌رسد که این تفکیک منطقی باشد. زیرا در جهات قانونی که همان فقدان موضوع جرم می‌باشد، در واقع مجازات برای یک امر «معدوم و هیچ» می‌باشد، که این عقلاً جایز نمی‌باشد. اما در جهات مادی، موضوع جرم وجود دارد، منتها وسیله جرم تکاپوی انجام آن را ندارد. لذا مجازات این شخص، مجازات برای «هیچ» نخواهد بود. نظیر همین تفکیک در تبصره، در پرونده آندرتون علیه ریان<sup>۱</sup> در محاکم انگلستان مشاهده می‌شود. «در این دعوی خانم ریان یک دستگاه ویدئو را به تصور اینکه مسروقه است خریده بود. او نزد مأموران پلیس که مشغول بررسی ارتکاب یک سرقت<sup>۲</sup> در منزل او بودند، تا همین حد اقرار کرده بود. اما عملاً دلیلی وجود نداشت که نشان دهد دستگاه ویدئو مسروقه بوده است و بنابراین باید

1. Anderton V. Ryan, 1985

2. Burglary

غیر مسروقه تلقی می‌شد. وی متهم به شروع به مداخله در یک ویدئو مسروقه با سوءنیت به موجب بخش (۱) ۱ قانون شروع به جرم‌های جزایی مصوب ۱۹۸۱ شد. مجلس اعیان مخالف این حکم بود. اما لرد بریج<sup>۱</sup> تمایزی قائل شد که موافقت اکثریت را نیز در برداشت. وی دو حالت را متصور شد: ۱. «مجرمانه عمل کردن»<sup>۲</sup> که در این صورت شخص مسئول است. مثلاً جیب‌بری که دست در جیب خالی می‌نماید، مجرمانه عمل می‌کند و وی مسئول است. ۲. «ارتکاب اعمالی که ذاتاً و فارغ از قصد و نیت مرتکب بابت گناه توأم هستند»<sup>۳</sup> مثل اعمال خانم ریان، که در این صورت قائل به عدم مسئولیت شد. او معتقد بود که اعمال کامل شده خانم ریان، از نظر قانون به جرمی منجر نشده است. زیرا آن اموال مسروقه نبوده‌اند. بخش (۴) ۱، اعمال مقررات شروع به جرم را محدود به جرائمی می‌کند که در صورت کامل شدن، به‌عنوان «یک جرم توأم با کیفرخواست» قابل مجازات باشند. اعمال خانم ریان منجر به یک جرم توأم با کیفرخواست نشده است. همین حکم در مورد مردی که با دختر بیش از شانزده سال نزدیکی جنسی برقرار می‌کند، به تصور اینکه سن او کمتر از این است، جاری خواهد بود. اعمال او ذاتاً بلااشکال است. او همه آنچه را که به او مربوط می‌شده است انجام داده، لیکن آنچه را انجام داده است، از نظر قانون «یک جرم توأم با کیفرخواست» محسوب نمی‌شود. مسئول شناختن او تحت عنوان شروع به جرم به معنی محکوم کردن وی صرفاً بر اساس اندیشه‌های مجرمانه بی‌اثر می‌باشد. این تفکیک بین به شکل مجرمانه عمل کردن و اعمال ذاتاً بی‌گناخانه، با قدری اصلاح به یک «ضابطه عملی» تبدیل شده است که بر اساس آن در موارد شروع به جرم بین یک حمله قانونی علیه یک منفعت قانوناً مورد حمایت، و سایر مواردی که چیزی بیش از یک اندیشه مجرمانه نیست، تفاوت گذاشته می‌شود.» (کلارکسون، ۱۳۹۰: ۲۶۷-۲۶۳)

در هر حال به نظر می‌رسد که با عنایت به تعریف اصولیین از تجری که می‌گویند: «زمانی که مکلف قطع به حرمت یا وجوب شیئی دارد و برخلاف قطع خود عمل می‌نماید و بعداً کشف خلاف می‌شود» تفکیک قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ در جهات مادی و قانونی، با نظریه صحیح برخی اصولیین همچون شیخ انصاری (ره) در عدم مجازات متجری سازگاری دارد. توضیح اینکه؛ لزوم قید «قطع به حرمت یا وجوب شیئی داشتن از سوی مکلف» در تعریف اصولیین از تجری، بیانگر این مطلب است که مکلف علم و قطع به صدور حکم حرمت فعلی از سوی شارع پیدا می‌کند، اما برخلاف آن عمل می‌نماید. و یا اینکه به صدور حکم وجوب فعلی از سوی شارع علم و یقین به دست می‌آورد، اما آن عمل یا فعل را

1. Lord Bridge
2. Acting in a criminal law
3. Objectively innocent

انجام نمی‌دهد. ولی نهایتاً در هر دو صورت (علم به حرمت یا علم به وجوب) بعداً متوجه می‌شود که چنین حکمی اصلاً از سوی شارع در رابطه با این موضوع صادر نشده است. به‌عنوان مثال زمانی که شخصی با قطع به حرمت نوشیدن خمر، آن را می‌نوشد اما بعداً متوجه می‌شود که آب نوشیده است، در واقع حرمتی در رابطه با نوشیدن آب وجود ندارد، بلکه حرمت برای نوشیدن خمر بوده است که در مانحن‌فیه این موضوع یعنی خمر، اساساً وجود ندارد. (عدم امکان نتیجه به خاطر عدم وجود موضوع) گذشت که در اینجا، کسانی مثل شیخ انصاری (ره) قائل به عدم مجازات و عقاب مکلف شدند. این مطلب در واقع همان غیرممکن بودن جرم به جهات قانونی در علم حقوق می‌باشد که مطابق تبصره نیز فاقد وصف مجرمانه می‌باشد. اما بررسی غیرممکن بودن جرم به علت جهات مادی که در تبصره واجد وصف مجرمانه است، در عبارات اصولیین اساساً مورد بحث واقع نشده است. وانگهی تمامی اصولیین عدم تحقق نتیجه را به علت جهات مادی، خارج از بحث تجری و در واقع آن را قابل مجازات می‌دانند. به همین علت است که بیان می‌داریم اینکه قانون‌گذار در تبصره، محال بودن جرم را به علت جهات مادی واجد وصف مجرمانه و به علت جهات قانونی فاقد وصف مجرمانه می‌داند، هم‌سو و مطابق با نظر صحیح برخی از اصولیین می‌باشد.<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

اصولیین شیعه در مباحث خود، تجری را حالتی می‌دانند که مکلف بعد از قطع و یقین به وجوب یا حرمت شیئی، برخلاف آن عمل نماید، مشروط بر اینکه قطع وی مخالف با واقع باشد. به نظر می‌رسد عبارت «مشروط بر اینکه قطع وی مخالف با واقع باشد» بیانگر عدم امکان وقوع نتیجه در عالم خارج می‌باشد که با تعریف جرم محال که تحقق نتیجه در آن به علت فقدان موضوع یا عدم تکاپوی وسیله غیرممکن می‌باشد، هم‌خوانی دارد. به همین دلیل تسری عنوان تجری به جرم عقیم که در آن امکان وقوع نتیجه در خارج عملاً امکان‌پذیر بوده، ولی به دلیل عدم مهارت و توانایی مرتکب یا وجود یک علت و اتفاق غیرقابل پیش‌بینی، نتیجه‌ای از فعل ارتکاب یافته عاید مرتکب نمی‌شود، صحیح به نظر نخواهد رسید.

در هر حال اصولیین در استحقاق عقاب یا عدم عقاب متجری اختلاف نظر فراوان دارند. با بررسی آیات قرآن کریم به این نتیجه می‌رسیم که این آیات تنها دلالت بر عقاب معصیت قلب دارند و این که نیت معصیت هم از سوی پروردگار دارای عقاب باشد، از این آیات استنباط نمی‌شود. در مقابل، روایاتی که ملاک عقاب را نیت می‌دانند، به علت ضعف سندی و قصور دلالتی و فقدان فتوای مشهور

۱. قانون‌گذار انگلستان نیز در سال ۱۹۸۱ با تصویب «قانون شروع به جرم‌های کیفری» همین موضع را در مورد جرائم محال اتخاذ کرده است. (جهت اطلاعات بیشتر نک: میرمحمدصادقی، ۱۳۸۲: ۱۰۰-۹۹)

اصولیین به این روایات، تاب مقاومت در برابر طائفه دیگری از روایات که از لحاظ عددی بیشتر و از لحاظ دلالت واضح ترند و ملاک عقاب را مترتب بر عمل می‌دانند، نخواهند داشت. همچنین می‌توان گفت آنچه از نظر شارع قبیح می‌باشد، ترتب عقاب بر امر غیراختیاری است، اما ترتب عدم عقاب بر امر غیراختیاری قبیح نخواهد بود. لذا اینکه بگوییم قائل شدن به مجازات عاصی و عدم مجازات متجری (در فرضی که هر دو با قطع به حرمت شرب خمر، به نوشیدن آن مبادرت ورزیده‌اند، اما در واقع یکی مشروب نوشیده (عاصی) و دیگری آب (متجری)) ترتب عقاب بر یک امر غیراختیاری می‌باشد که از نظر شارع قبیح خواهد بود، صحیح به نظر نمی‌رسد. گفتنی است ادعای اجماع مستفاد از موارد فقهی که دلالت بر حرمت فعل متجری می‌نماید، پذیرفتنی نیست. زیرا علاوه بر اینکه در آن موارد فقهی نیز برخی قائل به توقف و برخی دیگر قائل به عدم حرمت شده‌اند، اجماع محصل در این زمینه وجود ندارد و اجماع منقول نیز فاقد حجیت می‌باشد. این‌ها همه در حالی است که مسئله تجری و استحقاق عقاب یا عدم عقاب آن، یک مسئله عقلی است و پرواضح است که در مسائل عقلی اجماع پذیرفتنی نیست. بالاخره اینکه باید بگوییم بر فرض قبول وجود شقاوت باطنی و سوء سریرت متجری و حتی هتک حرمت پروردگار از سوی وی، آنچه ملاک مجازات و عقاب قرار می‌گیرد، فعل است نه فاعل. عقل نیز زمانی حکم به قبیح بودن شیئی و استحقاق عقاب می‌نماید که متعلق آن فعل و نه فاعل باشد. لذاست که بیان می‌داریم هیچ گونه ملازمه‌ای بین حکم عقل و شرع در مانحن‌فیه وجود ندارد. بنابراین با توجه به مطالب پیش گفته به نظر می‌رسد، اینکه قائل به عدم عقاب و مجازات متجری باشیم، صحیح‌تر خواهد بود.

مطلب بعدی که در تعریف تجری از سوی اصولیین نهفته است، این می‌باشد که آنان زمانی تجری را محقق می‌دانند که مکلف «با قطع و یقین به وجوب یا حرمت شیئی» برخلاف آن عمل نماید. لذا این علم مکلف به حکم وجوب یا حرمت، در واقع بیانگر همان جهات قانونی می‌باشد که قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آن را فاقد مجازات دانسته است. اما غیرممکن بودن جرم به علت جهات مادی که در تبصره فوق‌الذکر از سوی قانون‌گذار در حکم شروع به جرم و واجد وصف مجرمانه شناخته شده است، اساساً خارج از بحث تجری اصولیین می‌باشد. به همین علت است که می‌گوییم این تفکیک قانون‌گذار با نظر صحیح برخی از اصولیین همچون شیخ انصاری (ره) در عدم استحقاق عقاب متجری از سوی شارع، هم‌خوانی دارد. گفتنی است نظیر همین تفکیک در محاکم انگلستان نیز دیده می‌شود. این محاکم بین «مجرمانه عمل کردن» و «ارتکاب اعمالی که ذاتاً و فارغ از قصد و نیت مرتکب با بی‌گناهی توأم هستند» فرق گذاشته و فقط مورد اول را که می‌تواند، یک حمله قانونی علیه یک منفعت قانوناً مورد حمایت را شکل دهد،

قابل مجازات می‌دانند. بنابراین اعمال مقررات شروع به جرم محدود به جرائمی شده است که در صورت کامل شدن به‌عنوان «یک جرم توأم با کیفرخواست» قابل مجازات باشد. به همین منظور اگر این اعمال منجر به یک جرم توأم با کیفرخواست نشود، در واقع به جهت قانونی خلل وارد شده است که فاقد مجازات می‌باشد.



## منابع

### فارسی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، تهران: نشر میزان.
- استفانی، گاستون و همکاران (۱۳۷۷)، حقوق جزای عمومی، ترجمه حسن دادبان، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی.
- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۹۱)، حقوق جزای عمومی، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد.
- صانعی، پرویز (۱۳۸۲)، حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات طرح نو.
- صانعی، پرویز (۱۳۷۱)، حقوق جزای عمومی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- قیاسی، جلال‌الدین و همکاران (۱۳۸۸)، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی اسلام و حقوق موضوعه، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- کلارکسون، کریستوفر (۱۳۹۰)، تحلیل مبانی حقوق جزای عمومی، ترجمه: حسین میرمحمدصادقی، تهران: انتشارات جنگل.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۳)، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد.
- محسنی، مرتضی (۱۳۷۵)، دوره حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات گنج دانش.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲)، جرائم علیه اشخاص، تهران: بنیاد حقوق میزان.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲)، جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- نجفی‌توانا، علی و دیگران (۱۳۹۳)، حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات جنگل.
- نوربها، رضا (۱۳۷۹)، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران: کتابخانه گنج دانش.

### عربی

- الاراکی، محمدعلی (۱۳۷۵)، اصول الفقه، تهران: مؤسسه در راه حق.
- الانصاری، محمدابراهیم (۱۴۱۵ق)، جواهرالاصول (تقریرات الشهدید السید محمدباقر الصدر (ره))، قم: دارالتعارف للمطبوعات.
- الانصاری، مرتضی (۱۴۲۲ق)، فرائد الاصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- التقوی‌الاشتهاردی، حسین (۱۳۷۷)، تنقیح الاصول، (تقریر اب‌حاث الاستاذ الاعظم آیه الله العظمی السید روح‌الله الموسوی الخمینی)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- الحائری الیزدی، عبدالکریم (۱۴۰۸ق)، درر الفوائد، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- الحسینی‌المیلانی، علی (۱۴۳۱ق)، تحقیق الاصول علی ضوء اب‌حاث شیخنا الفقیه آیت الله الوحید الخراسانی (مدظله)، قم: الحقائق.
- الحیدری، علی‌النقی (۱۳۷۹)، اصول الاستنباط فی اصول الفقه، بیروت: مکتب اهل‌ال‌بیت العامه.
- الخراسانی، محمدکاظم (۱۴۳۶ق)، کفایه الاصول، بیروت: مؤسسه النشر الاسلامی.
- السبحانی، جعفر (۱۴۲۰ق)، ارشاد العقول‌إلی مباحث الاصول، قم: دار الاضواء.
- السبحانی، جعفر (بی‌تا)، تهذیب الاصول، (تقریراً لبحث سیدنا آیت الله الموسوی الخمینی (ره))، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

- الصافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۲۸ق)، بیان الاصول، قم: المطبعة ثامن الحجج (ع).
- الصدر، محمدباقر (۱۴۱۹ق)، دروس فی علم الاصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- الطباطبائی قمی، تقی (۱۳۷۱ق)، آراؤنا فی اصول الفقه، قم: انتشارات المحلاتی، (مفید).
- القدسی، احمد (۱۴۱۶ق)، انوار الاصول، (تقریراً لمباحث سماحه آیت‌الله العظمی الشیخ ناصر مکارم الشیرازی (مدظله))، تهران: انتشارات نسل جوان.
- الکره ای، باقر (۱۳۶۲ق)، اصول الفوائد الغرویة فی مسائل علم الاصول الفقه الاسلامی، قم: چاپ اسلامیة.
- المظفر، محمدرضا (۱۴۱۵ق)، اصول الفقه، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- المؤمن قمی، محمد (۱۴۱۹ق)، تسدید الاصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- الهاشمی الشاهرودی، علی (۱۴۲۶ق)، دراسات فی علم اصول، (تقریراً لأبحاث السيد ابوالقاسم الخوئی)، بیروت: مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی.