

تحلیل ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی

تجری در فقه اسلامی

"تجری" در لغت، اعم از عصیان و به معنای "جسارت کردن، با تهور کاری را انجام دادن، بی شرمی، دریدگی و بی پروایی است" (۱) و در اصطلاح، مخالفت با حجت است، وقتی با واقع مصادف نگردد و از این لحاظ با عصیان، مابین است، در حالی که عصیان مخالفت با حجت است وقتی با واقع مصادف گردد (۲ و ۳). تجری نیز مانند عصیان اختصاص به فعل مثبت نداشته، ترک فعل را هم شامل می شود. لذا اگر مکلف قطع به وجوب یا حرمت پیدا کند و با آن مخالفت ورزد و واقعاً هم تکلیفی وجود داشته باشد، عاصی و گناهکار است؛ اما اگر قطع به تکلیف داشته باشد و با آن مخالفت کند، لکن در واقع تکلیفی وجود نداشته باشد، متجری است. (۴) بر این اساس "تجری" آن است که مرتکب نسبت به تمرد و عصیان از دستورات شارع جرئت پیدا کند. در حالی که در عمل، مخالفتی حاصل نشود. متجری خیال می کند عملی را که انجام می دهد یا فعلی را که ترک می کند، گناه است با همان تصور، انجام دادن فعل یا ترک فعل مورد نظر را قصد می کند، لکن پس از آن معلوم می شود آنچه انجام داده یا ترک کرده، مباح بوده است؛ در حالی که در عصیان فعل یا ترک فعل انجام شده واقعاً گناه بوده و مرتکب بر انجام دادن یا ترک آن قاصد بوده است. و بر فعل یا ترک فعل او مفسده مترتب می شود.

مجازات عاصی به خاطر مفسده مترتب بر عدم اجرای تکلیف است ، در حالی که از نظر ثبوتی تجری موجب مفسده نمی شود. برای مثال متجری به تصور آن که مایع مورد نظر در لیوان خمر است آن را می نوشد در حالی که مشخص مایع مورد نظر آب بوده است .

لذا تصور او منجر به مفسده نمی شود تا به خاطر آن مجازات شود. اما در مقام اثبات اگر عقل ، حکم به قبح فعل متجری کند ، با توجه به قاعده ملازمه ، حرمت شرعی کشف می شود. لذا محل اختلاف این بحث است که آیا از نظر عقلی متجری مانند عاصی ، مستحق عقاب است یا نه ؟ این بحث کلامی است ، اما از این لحاظ که آیا نفس تجری حرام است یا نه ، خواه دلیل آن اجماع باشد یا غیر آن ، یک مساله فقهی است . خلاصه نظر شیخ در

"فرائد الاصول" این است که "تجری" یعنی جرئت پیدا کردن و بی مبالاتی نسبت به دستورات شارع که در همه اقسام آن متجری در اراده ارتکاب گناه ، بی مبالاتی کرده و نسبت به احکام خداوند بی اعتنا بوده و آنها را بی اهمیت دانسته است ، از این بابت قابل نکوهش است ، زیرا تجری از خوی شیرین و بد سرشتی او حکایت می کند ولی مستحق کیفر نیست . ایشان یکی از موافقان حرمت تجری را محقق سبزواری معرفی می کند و برای توجیه نظر موافقان حرمت تجری که بنا و سیره عقلا را مبنای حرمت می دانند، مثالی می زند که اگر دو نفر را فرض کنیم که یکی از آنها به خمر بودن مایع معین قطع دارد و دیگری به خمر بودن مایع دیگر ، و هر دو مرتکب شرب شوند و مایعی که معتقد به خمر

بودنش هستند ، بنوشند و اتفاقاً در واقع امر ، یکی از آنها شراب باشد و دیگری نباشد ؛

چهار حالت متصور است :

۱- هر دو مستحق عقاب هستند.

۲- هر دو مستحق عقاب نیستند.

۳- آن که قطعش با واقع مطابق شده است ، عقاب دارد.

۴- آن که قطعش مطابق واقع نشده است ، عقاب دارد.

احتمال دوم و چهارم صحیح نیست و احتمال سوم هم باطل ، زیرا طبق آن باید استحقاق

عقاب را به امری که خارج از اختیار شراب است ، منوط کرده باشیم و این نظر با قواعدی

که مقتضی عدل است منافات دارد ، لذا قول اول متعین است . شیخ به رغم مثال بالا ، ادله

قاتلان به حرمت تجری را قابل خدشه می داند و معتقد است که در این مورد ، امکان

تحقق اجماع محصل نیست و چون مساله مورد بحث عقلی است که جای تمسک به آن

نیست . بویژه به این علت که بسیاری از علما از جمله علامه در \" نهایی \" و شهید اول در

\" قواعد \" با آن مخالفت کرده اند. اجماع منقول نیز در این جا حجیت ندارد و معلوم

نیست بنای عقلا هم آن را تایید کند و چنین سیره ای وجود داشته باشد و به فرض وجود ،

متجری به لحاظ عقلی قابل مذمت و عتاب است ؛ زیرا فعل او کاشف از وجود صفت

شقاوت در اوست . و عقلا او را نه به خاطر فعل ارتكابی ، که به خاطر صفت زشت او

ملامت می کنند. لذا قبح تجری از باب خبث فاعل و شقی بودن اوست که به واسطه فعلش کشف می گردد و از باب قبح فاعلی است و نفس فعل صادر از او مبعوض مولی و حرام شرعی نیست، و اگر وی را مذمت و تقبیح می کنند، به خاطر آن است که بر عصیان کردن جرئت نشان داده و قصد و عزم آن را کرده و خود را سلک متمردان و سرکشان قرار داده است. فعلی که از متجری صادر شده در واقع منهی عنه نبوده و فقط به اعتقاد فاعل مبعوض مولی است. لذا بحث این نیست که فعل مصادرات از باطن خبیث متجری و سریره شقی او حکایت می کند، بلکه مورد بحث این است که آیا نفس این اعتماد باعث می شود که فعل مبعوض مولی واقع شود؟ از نظر ایشان، قبح فاعلی متجری مورد قبول است، ولی این امر برای آن که فعل صادر از او را حرام شرعی بدانیم، کافی نیست؛ زیرا استحقاق او نسبت به مذمت، بلکه وقوع ملامت و سرزنش از جانب عقلا، به دلیل شقاوت و سوء سریره اوست، که فعل صادر از او کاشف از آن است، لیکن این امر باعث نمی شود که فعل او مستحق عقاب و عتاب گردد. لذا حکم عقل به استحقاق مذمت، زمانی با استحقاق تلازم دارد که به فعل تعلق می گیرد نه به فاعل (۴). شهید اول در "قواعد"

معتقد است که گناه دانستن عمل متجری محل اشکال است، زیرا قصد او مصادف با گناه نشده و جز نیت گناه چیز دیگری در کار نبوده که آن هم بخشیده شده است (۵). مرحوم بجنوردی نیز معتقد است که تجری حرام نیست و از راه اجماع هم نمی توان به حرمت آن رسید، زیرا مساله خلافی است و اجماع وجود ندارد. ایشان فقط در دو مورد تجری را

حرام دانسته اند : اول ، کسی که ظن داشته باشد که سفرش خطر دارد و بی احتیاطی کند و سفر کند که این سفر ، سفر معصیت است و باید نمازش را کامل بخواند ، ولو پس از مسافرت معلوم شود خطری در بین نبوده است . دوم ، کسی که فکر می کند وقت نماز

تنگ است و بی احتیاطی می کند و نماز را نمی خواند ، بعد معلوم می شود که وقت داشته است . ایشان پس از نقل دو مورد بالا می گوید : (اولی حکم عقل است که کسی از راه مظنون الخطر عبور کند عملش قبیح است و از باب قاعده ملازمه این سفر واقعاً هم حرام است . لذا ارتباطی به تجری ندارد . خوف ضیق وقت در نماز هم همین طور . در چنین حالتی تاخیر از آن وقت حرام می شد و تجری نیست . اینکه عقل می گوید هتک

حرمت مولی به هر صورت - چه تجری و چه عصیان - حرام است و یا مناط دارد ، مورد قبول نیست و وحدت مناط وجود ندارد . در عصیان عدم اعتنا به نهی موجود مولی است که مخالفت صدق می کند ؛ در حالی که در تجری مخالفت صدق نمی کند ، چون خیال می کند نهی است و حال آنکه در واقع نهی وجود ندارد) (۳ و ۲)

امام خمینی در مساله ای می گوید : (اگر دزد یا محاربی قصد تجاوز به شخصی را داشته باشد و شخص مذکور برخلاف دزد یا محارب (بدون اطلاع او) به قصد دیگری غیر از دفاع به او حمله کند ، ظاهر عدم ضمان است ؛ هر چند او را بکشد ، البته در چنین حالتی

فاعل جرم ، متجری است)

(۶) ایشان به رغم قائل شدن به قبح فاعلی برای متجری، حرمتی برای فعل او قائل نیست

(۷) به رغم نظرهای فوق بعضی از فقها قائل به حرمت تجری هستند. از جمله مرحوم نائینی

معتقد است بعضی تصور کرده اند محل بحث در تجری فقط موردی است که مخالف

قطعی با واقع صورت گرفته باشد، بدون این که با آن واقع مفروض اثبات شود و لذا این

امر در مورد طرق شرعی جریان پیدا نمی کند؛ زیرا اشکال و شکی در تعلق عقاب بر

مخالفت بر این طریق و احکام ظاهری وجود ندارد ولو به واقع اصابت نکند. این توهم از

آن جانشی شده که گفته اند مخالفت با این طریق، مخالفت با احکام ظاهری مجعول

مولی است و لذا به ناچار بر آن عقاب مترتب می شود و اگر مخالفت با حکم واقعی

صورت گیرد، در صورتی که به واقع اصابت نکند، مخالفتی با حکم واقعی و ظاهری نشده

است. از نظر ایشان مخالفت با طریق وجدانی مانند مخالفت با طریق جعلی است، لذا

محل نزاع اعم از مخالفت با قطع و یقین وجدانی و مخالفت با امارات و اصول علمیه،

حتی اصاله الاحتیاط (به عنوان یکی از طرق شرعی) است (۸) این نظر با وارد کردن طرق

شرعی در محدوده تجری، آن را مخالفت با طرق وجدانی و جعلی دانسته است و تجری

را مخالفت با حجج شرعی اعم از قطع، ظن و شک می داند. در مورد قطع و علم که

واضح است و در مورد ظن نیز که نزدیک به علم است، می توان گفت چون برخی از

ظنون معتبر هستند، مخالفت با آنها تجری به حساب می آید. در خصوص شک نیز به این

دلیل که در این حالت طرق شرعی مانند اصول علمیه جاری می شود. مخالفت با آنها

تجری خواهد بود. بعضی از فقها نیز انجام دادن بعضی از مقدمات جرایم مستلزم حد را از باب تجری حرام دانسته اند. (۹) اما باید توجه داشت که بعضی از مقدمات حرام مانند خلوت کردن با زن اجنبی برای ارتکاب زنا و داخل شدن در منزل غیر برای سرقت اموال او فی نفسه گناه قابل تعزیر هستند. اگر کسی بدون اجازه وارد منزل کسی شود ولو مرتکب سرقت نشود یا خمر خرید و فروش کند ولو آن را ننوشد، مرتکب عمل ممنوعی شده که به اتفاق فقها مستوجب مجازات است (۱۰)

از آن چه تاکنون گفتیم نتیجه می شود که تجری قصد مخالفت با امر مولی در مواردی است که نفس این قصد و انجام دادن اعمالی که بر آن مبتنی است، موجب مفسده ای نمی شود و دارای اثر بد اجتماعی نیست و به این لحاظ فقها غالباً قائل به حرمت آن نشده اند. به نظر ما بحث تجری با بحث شروع به جرم قابل تطبیق نیست و نمی توان حکم تجری - هر چه باشد - را به شروع به جرم سرایت داد؛ زیرا در مرحله شروع به جرم مرتکب علاوه بر قصد عصیان، وارد اجرای عملیات اجرایی جرم نیز می شود. به نحوی که اگر عامل خارجی دخالت نکند، گناه واقع می شود و همین مقدار از عملیات اجرایی جرم نیز دارای مفسده و آثار نامطلوب اجتماعی است و از نظر موضوع و به تبع آن از نظر حکم قابل مقایسه با تجری نیست. لذا موضوع تجری فقط با قصد ارتکاب جرم و به قول یکی از حقوقدانان با جرم وهمی قابل مقایسه است؛ هر چند ممکن است تفاوتی هم داشته باشند. ایشان می گوید: (چنانچه شخصی به علت جهل به قوانین، عملی را که در حقیقت

مشروع و قانونی است با اعتقاد و تصور به این که جرم است انجام دهد یا چنانچه در اثر اشتباه در یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم خاصی تصور کند مرتکب جرم شده است؛ در صورتی که عمل مزبور واجد عنوان جرم نباشد. به این عمل "جرم وهمی" می گویند... این اعمال قابل مجازات نیستند، زیرا یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم، عنصر قانونی است و در مورد این اعمال چنین عنصری وجود ندارد، لذا به عنوان جرم یا شروع به جرم قابل مجازات نیستند. (۱۱)

۴- مقدمه حرام

هر گاه رابطه دو چیز به نحوی باشد که وجود یکی از آنها متوقف بر دیگری باشد، متوقف را ذوالمقدمه و دیگری را مقدمه می 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. مرحوم "خویی" به نقل از استاد خود (مرحوم نائینی) می گوید: (رابطه بین حرام و مقدمه حرام، از سه حالت خارج نیست:

الف) بین مقدمه و ذوالمقدمه اراده و اختیار فاعل قرار نگرفته و مقدمه علت تامه برای ذوالمقدمه است، به نحوی که با انجام یافتن مقدمه، ذوالمقدمه به طور قهری واقع می شود و با انجام گرفتن مقدمه، ترک ذوالمقدمه ممکن نیست (مقدمه موصوله)

ب) بین مقدمه و ذوالمقدمه اختیار و اراده فاعل قرار گرفته و مکلف با اجرای مقدمه قصد رسیدن به ذوالمقدمه را دارد، به نحوی که بعد از انجام دادن مقدمه قادر به اجرای ذوالمقدمه می شود (مقدمه توسلی)

ج) بین مقدمه و ذوالمقدمه، اراده و اختیار فاعل قرار گرفته، لکن اجرای مقدمه به قصد رسیدن به حرام نیست و پس از اجرای آن برغم تمکن از ارتکاب ذوالمقدمه، از اجرای آن منصرف می شود (۱۲)

مرحوم نائینی با تقسیم بندی فوق معتقد است که در حالت اول مقدمه حرام نفسی است،

زیرا نهی وارد به ذوالمقدمه به طور حقیقی بر مقدمه وارد می شود و اجرای مقدمه برای مکلف مقدور می گردد و نهی هم به مقدورات وارد می شود. در حالت دوم نیز به حرمت معتقد است، ولی در خصوص حرمت نفسی یا غیره تردید می کند که آیا حرمت مقدمه، بر تجری مبتنی است یا از باب سرایت حرمت از ذوالمقدمه به مقدمه؟

در حالت سوم ایشان قائل به حرمت نیست، زیرا ملاک ذوالمقدمه توقف امثال بر مقدمه است و فرض بر این است که ترک حرام متوقف بر آن نیست. (۱۲)

برای هر یک از حالات فوق می توان مثالی زد. حالت اول، وقتی است که مکلف می داند که اگر به محل خاصی وارد شود، قهراً به ارتکاب گناه مضطر می شود به نحوی که قادر به تخلف از آن نیست. حالت دوم، وقتی است که مکلف با قصد و اراده برای انجام

دادن گناه وارد محلی می شود که می داند محل انجام دادن گناه است و آن را هم انجام می دهد. و حالت سوم، وقتی است که مکلف با علم وارد محل گناه می شود ولی نه به قصد انجام دادن گناه و گناه را هم انجام نمی دهد. مرحوم خوئی با نقل نظر استاد خود آن را بررسی می کند که خلاصه نظر ایشان به این شرح است:

(تحریم مقدمه حرام، به دلیل وحدت ملاک، از قول به وجوب مقدمه واجب تبعیت می کند. در مقدمه واجب، امثال واجب بر انجام یافتن مقدمه است و در مقدمه حرام، به دلیل وحدت ملاک، از قول به وجوب مقدمه واجب تبعیت می کند. در مقدمه واجب، امثال واجب بر انجام یافتن مقدمه است و در مقدمه حرام، ترک حرام بر ترک مقدمه متوقف است. چون در مقدمه واجب وجوب ذوالمقدمه به مقدمه سرایت نمی کند. مقدمه حرام نیز حرام نیست. حتی اگر قائل به وجوب مقدمه واجب باشیم دلیلی وجود ندارد که در حرام، حرمت مقدمه را غیر بدانیم؛ زیرا اجتناب از حرام متوقف بر ترک مقدمه نیست و مکلف پس از انجام دادن مقدمه قادر به ترک حرام است و این برخلاف مقدمه واجب است که مکلف با مقدمه قادر به انجام دادن واجب نیست. در مورد حرمت نفسی آن از باب تجری نیز در جای خود ثابت کردیم که تجری حرام نیست. اگر چه متجری از باب قبح فاعلی، مستحق عقاب است و شرعاً بین استحقاق عقوبت متجری و حرمت تجری، ملازمه نیست. از بعضی از روایات بر می آید که این حرمت از باب نیت حرام است که در بحث تجری اشاره کردیم. (۱۲) صاحب اصول مظفر نیز مقدمه واجب را از باب حکم

عقل واجب می داند ، نه از باب حکم شرع و معتقد است چون شارع می داند که عقل مکلف را به انجام دادن مامور به مکلف کرده است ؛ اگر دوباره بخواهد آن را واجب کند - چه نفسی و چه غیری - تحصیل حاصل و محال است و لذا وجوب شرعی مقدمه علاوه بر وجوب عقلی آن بیهوده و عبث است . (۱۳)

مرحوم آخوند خراسانی معتقد است مقدمه حرام و مکروه هرگز به حرمت و کراهت متصف نمی شود ، زیرا برخی از این مقدمات به نحوی است که با اجرای آنها باز هم مکلف می تواند حرام و مکروه را اجرا نکند. لذا برای چنین مقدمه ای هرگز در حصول آن چه ترک حرام یا مکروه مطلوب است دخالت و اثری نیست . از این رو در طلب ترک حرام و مکروه نسبت به مقدمه این دو ، طلب ترک هیچ فعلی مترشح نمی شود. اما در صورتی که با انجام دادن مقدمه شخص از ترک حرام و مکروه متمکن نگردد و الزاماً آنها را انجام دهد باید ترک مقدمه مزبور مطلوب باشد و از طلب ترک آن دو ، طلب ترک خصوص این دو مترشح گردد. لذا از نظر ایشان فقط مقدمه حرام در حالت مقدمه موصوله حرام است . (۱۴)

امام خمینی معتقد است عدم تلازم بین مقدمه واجب و واجب ، در مقدمه حرام و حرام جاری است و حتی در مقدمات موصوله هم اراده انسان وجود دارد و می تواند موثر باشد و از تحقق حرام جلوگیری کند. به نظر ایشان حتی در صورت قائل شدن به وجود تلازم ،

جمع مقدمات ، حرام نیستند بلکه فقط مقدمه ای حرام است که جزء اخیر علت تامه باشد

(۱۵). آیت الله شهید مصطفوی خمینی نیز هیچ گونه حرمتی ، نه نفسی نه گیری برای

مقدمات حرام قائل نیست (۱۶) به نظر می رسد در امور محرم ، حکم عقل اکتفا به قدر

متیقن است و لذا فقط عمل حرام را حرام می داند. شارع ، انجام دادن عمل مبعوض را

نهی کرده است و اگر مقدمات آن را هم حرام می دانست باید بیان می کرد. با توجه به

منع قیاس به ویژه در امور کیفی و قاعده "درء" ، اصل بر اباحه اعمال مقدماتی است ،

مگر در مواردی که شارع به طور صریح حرمت امری را اعلام کرده باشد ، مانند تعاون بر

اثم (و لا تعاونوا علی الاثم و العدوان)

در مقابل نظرهای فوق ، مرحوم "نراقی" معتقد است نه فقط وقتی ارتکاب مقدمه

الزاماً باعث رسیدن به حرام می شود ، حرام است ، بلکه اگر مقدمه حرام به انجام دادن حرام

هم منتهی نشود ، فعل مقدماتی حرام است . برای مثال ، اگر کسی برای کشتن دیگری

قصد سفر کند و عامل خارجی از رسیدن او به محل مورد نظر مانع شود ، نفس این مقدار

مسافرت ، حرام و مرتکب مستحق مجازات است . این نظر در صورتی که تقویت شود با

بحث شروع به جرم قابل مقایسه است .

علمای اهل سنت در بحث سد ذرایع گفته اند: اگر کارهای مباح و جایز، مقدمه و وسیله انجام دادن حرام گردند، حرام می شوند؛ زیرا انجام دادن آن مقدمات در ارتکاب عمل موثر است. بر این اساس، مقدمات هر عمل ممنوعی، حرام و ممنوع است. مستند این قول آیه ۱۰۸ سوره انعام است که می فرماید: (ای مومنان بر آنان که غیر خدا را می خوانند، دشنام ندهید. مبادا آنها از روی دشمنی خدا را دشنام دهند) فقهای عامه معتقدند هر جانسی درباره حرمت مقدمه وجود داشته باشد، از این قاعده پیروی می کند و حرمت مورد نظر نفسی است نه غیری و از باب حرمت ذوالمقدمه. با توجه به این که اصل بر اباحه اعمال است، اگر نظر مذکور صحیح باشد، باعث قانون گذاری بی حد و حصر می شود و بسیاری از اعمال مباح حرام می گردد. لذا شورای نگهبان قانون اساسی در اعلام نظر راجع به قانون تعزیرات سال ۱۳۶۲، در عدم تایید ماده ۸۹ گفته است: (ماده ۸۹ نیز نظر به این که مقدمات جرم مثل مقدمات اخفا و امحا اگر خود جرم به آنها حاصل نشود تعزیر ندارد تایید نگردید).

نیز در مورد ماده ۱۰۹، همان قانون اظهار نظر کرده است: ماده ۱۰۹ مجمل است. اگر جمله شروع به سرقت، مقدماتی را که فی نفسها مباح است شامل شود مغایر با موازین شرع است و اگر مقصود مقدماتی است که فی حد نفسها حرام است، مثل بالا رفتن از دیوار خانه غیر یا داخل شدن در خانه غیر، عبارت را به نحوی که ظاهر در معنای دوم باشد، اصلاح فرمایند (۱۷)

به نظر ما این ایراد به نظر شورای نگهبان وارد است که اصولاً شروع به جرم یک مفهوم و پدیده حقوقی مستقل است که با عنوان مقدمه حرام قابل مقایسه نیست.

آن چه در بحث مقدمه حرام مطرح است، صرف عدم تحقق حرام است و همان طور که مرحوم نائینی تقسیم بندی کرده بود، موضوع دخالت عامل خارجی در آن مطرح نیست. به علاوه حرمت مقدمه حرام مورد اتفاق فقها نیست، بلکه در مورد عدم حرمت آن می توان ادعای قول قویتر را مطرح کرد. لذا ماده (۴۱) قانون مجازات اسلامی با بحث مقدمه حرام نیز قابل توجیه نیست.

نتیجه گیری :

شروع به جرم به عنوان یک پدیده حقوقی دارای شرایط و ارکانی است که در دکترین و رویه قضایی پذیرفته شده است و آن مرحله ای از عملیات اجرایی جرم است که به دلیل دخالت عامل خارجی، جرم به نتیجه مورد نظر نمی رسد. همین میزان از عملیات اجرایی جرم که حاکی از حالت خطرناک مرتکب آن است، غالباً موجب مفسده اجتماعی می گردد و با توجه به این که یکی از علل تعزیر، ارتکاب اعمال مفسده آور است، حکومت اسلامی می تواند آن را جرم و قابل مجازات اعلام کند؛ زیرا حکومت اسلامی مکلف به تامین نظم و امنیت اجتماعی و حفظ جان و مال و ناموس شهروندان است و برای رسیدن

این هدف مقدس اجازه دارد اعمالی را که مصداق شروع به جرم هستند مجازات کند و به این علت برای جرم اعلام کردن شروع به جرم هیچ نیازی به مراجعه به مفاهیم تجری و مقدمه حرام و امثال آن نیست و حکم آنها هر چه باشد، در جای خود معتبر است و قابل تسری به شروع به جرم نیست و اگر اصلاح مقررات راجع به شروع به جرم تحت تاثیر مفاهیم مذکور صورت گرفته باشد، اشتباه است و باید اصلاح شود. احکام اسلام تابع مصالح و مفاسد نوعی است و احکام غیر ثابت، تابع زمان و مکان است و مقتضیات زمان و مکان در تحول آنها موثر است. اگر شارع مقدس نسبت به موضوع خاصی مانند شروع به جرم سکوت کرده، به آن معنا نیست که حکومت اسلامی نتواند براساس لزوم حفظ مصالح اجتماعی برای آن مجازات تعیین کند؛ زیرا اطلاق (التعزیر بمایراه الحاکم) چنین اجازه ای را به حکومت اسلامی می دهد که در آن جا که حکم شرعی در باب محرمات وجود ندارد، برای مرتکبان تعزیر تعیین کند. براین اساس و با توجه به نظام قانون گذاری در جمهوری اسلامی، قوه قانون گذاری می تواند اقداماتی را که منجر به مفاسد اجتماعی یا فردی می شود، به عنوان جرم اعلام و برای آنها مجازات تعیین کند که به نظر ما یکی از مصادیق آن شروع به جرم با مفهوم حقوقی آن است که مقنن مکلف است براساس اصل (۳۶) و (۱۶۹) و بند ۴ اصل (۱۵۶) قانون اساسی با بیان تعریف قانونی، میزان مجازات آن را تعیین و به مردم اعلام کند و حق ندارد میزان مجازات را به طور کلی به عهده قضات ماذون بگذارد.

منابع:

- ۱- طباطبایی ، سید مصطفی ، فرهنگ عربی به فارسی ، انتشارات اسلامیه ، ۱۳۵۵
- ۲- موسوی بجنوردی ، سید میرزا حسن
- ۳- صدر ، سید محمد باقر ، اصول فقه ، ترجمه نصرالله حکمت ، انتشارات امیر کبیر ، ۱۳۶۴ ، ص ، ۱۷۱
- ۴- شیخ انصاری ، فرائد الاصول ، ترجمه سید محمد جواد ذهنی تهران ، انتشارات حاذق ، ۱۴۰۵ ه . ق ، ص ۶۲
- ۵- فیض ، علیرضا ، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی ، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی ، ۱۳۶۴ ، ج ۱ ، ص ۱۸۹
- ۶- خمینی ، سید روح الله ، تحریر الوسیله ، چاپ اسماعیلیان ، بی تا ، ج ۱ ، ص ۴۶۹
- ۷- خمینی ، سید روح الله : تهذیب الاصول ، تقریر جعفر سبحانی ، چاپ اسماعیلیان ، بی تا ، ج ۱ ، ص ۱۵
- ۸- خویی ، سید ابوالقاسم ، اجود التقریرات ، انتشارات عرفان ، ۱۳۴۸ ه . ق ، ص ۲۲.

۹- حسنی شیرازی، سید محمد، الفقه، کتاب الحدود و التعزیرات، دارالقران الکریم، قم

ص ۲۴۳-۵ و ۲۶۴ و ۲۸۳

۱۰- الجریمه، ص ۳۵۹

۱۱- معتمد، محمد علی، حقوق جزای عمومی، انتشارات اسلامی تهران، ۱۳۵۱، ص

۲۶۹-۷۰

۱۲- خویی، سید ابوالقاسم، محاضرات فی الاصول الفقه، تقریر محمد اسحاق فیاض،

دارالهادی للمطبوعات، ۱۴۱۰ ه. ق، قم، جزء دوم، ص ۴۳۹.

۱۳- مظفر، محمد رضا، اصول مظفر، دارالمتعال، ۱۳۶۸ ه. ق. نجف اشرف، ج ۲، ص

۲۹۲

۱۴- آخوند خراسانی، شیخ محمد کاظم، کفایه الاصول، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث

، ۱۴۰۹ ه. ق. قم، ص ۱۲۸

۱۵- تهذیب الاصول، ج ۱، ص ۱۵

۱۶- خمینی، سید مصطفوی، تقریرات فی الاصول، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۷ ه. ق،

ص ۵۵۷.

۱۷-مهرپور، حسین، نظریات شورای نگهبان، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۴۱۵.

۴۲۶

نویسنده: دکتر محمد جعفر حبیب زاده