

حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)

سید محمد حسینی*

دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۷/۲۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۹/۱۲)

چکیده:

برای این که یک «سیاست کیفری» همزمان، کارآمد، عادلانه و انسانی باشد، لازم است در پیش‌بینی و اجرای ضمانت‌اجراهای کیفری، متناسب با تنوع جرائم، گوناگونی مجرمان و تفاوت شرایط ارتکاب بزه، از انواع و مقادیر مختلف مجازات‌ها بهره‌جوید. در سیاست کیفری اسلام، با تشریح کیفرهای ثابت و معین (قصاص، دیات و حدود) و مجازات‌های نامعین و انعطاف‌پذیر (تعزیرات)، این تنوع کیفی و نوسان کمی به خوبی دیده می‌شود. لکن وجود اختلاف شدید آراء فقهی راجع به جوانب مختلف حدود و - خاصه - تعزیرات نشان‌دهنده ناشناختگی ماهیت واقعی این دو نوع کیفر در فقه است. این «ناشناختگی» فقهی موجب آن شده است که در سیاست جنایی تقنینی، و نیز قضایی، در جمهوری اسلامی ایران، نتایج مثبت مورد انتظار از این تنوع ابزارهای جزایی کمتر به دست آید. در مقاله پیش رو به کاربردهای مختلف دو واژه حد و تعزیر، و سپس آراء و اقوال پراکنده فقهی راجع به قلمرو، انواع و احکام حدود و تعزیرات پرداخته شده است. نتیجه ابتدایی حاصل از این کاوش جلب توجه به وجود اختلافات فاحش در برداشت‌های فقهی راجع به بخش مهمی از سیاست کیفری اسلام است. لکن هدف نهایی این بحث عبارت است از جلب توجه به آفت مخرب لفظ‌گرایی و معنا و مبنا‌گریزی در «تفقه»، که در قلمرو سیاست، از جمله جزائیات، آثار سوء به مراتب زیانبارتری در پی دارد.

واژگان کلیدی:

حدود - تعزیرات - قلمرو - انواع - احکام - اختلاف اقوال.

* فاکس: ۶۶۴۰۹۵۹۵

برای اطلاع از دیگر مقالات منتشر از این نویسنده در همین مجله، به صفحه پایانی این مقاله نگاه کنید.

سرآغاز

با این چند فراز سخن آغاز می‌کنیم:

- آنچه که ما تحت عناوین «جرم»، «پدیده مجرمانه» (بر فرض داشتن معنایی اعم) و «مجرم» می‌شناسیم، اموری بسیط و «تک یاخته‌ای» نبوده، بر عکس، مقولاتی مرکب، پیچیده و مختلف‌الاضلاع هستند؛ هم در تعاریف و تبیین‌ها و هم در تدابیر و چاره‌اندیشی‌ها.

- به هر میزان که در یک نظام «سیاست جنایی» به واقعیت معقد و چند لایه جرم و مجرم توجه بشود و به اقتضای این واقعیت، در طرح، ارائه و اجرای راهکارهای پیشگیرانه و واکنشی مقابله با پدیده مجرمانه «تنوع» بیشتری وجود داشته باشد، آن سیاست جنایی واقع‌گراتر است. اثر و نتیجه تخلف‌ناپذیر این واقع‌گرایی هم عبارت خواهد بود از کارآمدتر و عادلانه و انسانی‌تر بودن.

- «تنوع» کیفرها و گوناگونی روش‌های اعمال و اجرای آنها از جلوه‌های مهم و معنا دار واقع‌گرایی در یک «سیاست کیفری» می‌باشد (می‌دانیم که همواره «سیاست کیفری» بخش عمده و هسته سخت نظام‌های مختلف «سیاست جنایی» بوده و هست).

- در سیاست کیفری اسلام و، به تبع، ایران، به گونه‌ای جالب توجه، تنوع مجازات‌ها دیده می‌شود. از جمله، تنوع از جهت تعیین نوع و تقدیر میزان و عدم تعیین و تقدیر؛ که از دیدگاه فلسفه مجازات‌ها بسیار معنادار و حاکی از حکمت‌گرایی در این سیاست‌گذاری کیفری است. چرا که تقسیم بخش اعظم کیفرها، در فقه جزایی، به «حدود» و «تعزیرات» در واقع عبارت است از تقسیم‌بندی کلی آنها به «مجازات‌های ثابت تعیین و اندازه‌گیری شده» و «مجازات‌های متغیر نامعین و اندازه‌گیری نشده».

- عناوین «حدود» و «تعزیرات» در فقه جزایی و - به تبع - در قوانین کیفری، صحیح و منطبق با مقصود واقعی سیاست‌گذار کیفری اسلام برداشت و تعریف نشده و این عدم فهم دقیق دو عنوان عمده «حدود» و «تعزیرات»، موجب محرومیت نظام کیفری، در جمهوری اسلامی ایران، از یکی از مظاهر مهم و حکمت‌آمیز تنوع کیفرها شده است.

ناشناختگی ماهیت حدود و تعزیرات، به عنوان دو ابزار- یا دو تاکتیک- اعمال سیاست کیفری اسلام، منشأ پیدایش آراء و اقوال پراکنده و متعارض راجع به ابعاد و جوانب مختلف این دو ابزار مهم مقابله متناسب و مؤثر با بزهکاری در سیاست کیفری شرعی شده است؛ به نحوی که نقش و اثر مورد نظر و انتظار از این دو نوع کیفر را کم رنگ نموده است.

پیداست که تشریح تفصیلی اختلاف اقوال در این زمینه، در یک مقاله میسر نیست. ما بر آنیم که متناسب با فرصت حاضر و به اندازه‌ای که برای جلب توجه کفایت کند، به

نظرات فقهی دربارهٔ جوانب گوناگون حدود و تعزیرات پردازیم. بدین منظور، طی دو گفتار نخست حد و سپس تعزیر را از زوایای مختلف از نظر می‌گذرانیم و در پایان، به نتیجه حاصل از غور و غوص خود در این پژوهش و ثمرهٔ این بحث اشاره خواهیم کرد.

۱. حد

واژه «حد» و جمع آن، حدود، در کتاب و سنت در معانی مختلفی استعمال شده است. از آنجا که این اشتراک لفظی منشأ بروز بخشی از اختلافات فقهی در اطراف حدود و تعزیرات گشته، لازم است، در وهلهٔ نخست (الف) به کاربردهای گوناگون این کلمه در متون شرعی، و در مرحلهٔ بعد (ب) به جنبه‌های مختلف حد، در معنای نوعی مجازات، پرداخته شود.

الف- کاربردها

۱) حد، در معنای حکم

معنای ابتدایی و کاربرد اولیهٔ واژه حد در متون شرعی، عبارت است از «حکم»؛ به این مناسبت که احکام مرزهای رفتاری و باید و نبایدهای هنجاری را مشخص می‌کنند. در قرآن کریم بیش از ده بار «حدودالله» در معنای «احکام الله» به کار رفته و از «نزدیک شدن» و «تعذبی» به آنها نهی شده است: «تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا» و «...فَلَا تَعْتَدُوهَا» (البقره، آیات ۱۸۷ و ۲۲۹).

در متون روایی نیز گاهی واژه حد در معنای حکم به کار رفته است. مثلاً ثقه الاسلام کلینی تحت عنوان «باب التحدید» شش روایت آورده است با این مضامین که «خدای عز و جل برای هر چیزی حدی قرار داده»، «هر چیزی را حدی است» و «خدا هیچ حلال و حرامی را نیافریده جز آن که آن را حدودی است همچون حدود این خانه من که خانه را از معبر جدا کرده است» (الکلینی، فروع الکافی، ج ۷، ص ۱۷۳).

پیداست که «حد» در این معنا از دایرهٔ بحث ما خارج است. آنچه که به مطالعهٔ فعلی ما مربوط می‌شود عبارت است از حد در کاربردهای جزایی، در معنای واکنش کیفری به جرم؛ کاربردهایی که در فقه جزایی یکسان نبوده و دارای تنوع و اختلاف است. گو این که گفتگوهایی از این دست که دامنهٔ تقنین سماوی تا کجاست و مقصود از تحدید حدود رفتاری، به معنای مرزبندی باید و نبایدها و صحیح و باطل‌های عملی، در هدایت تشریحی الهی، کدام است و نسبت و رابطهٔ آن با تمیز و انتخاب آزاد بشری چگونه است، مباحث

بسیار مهمی هستند که ربط وثیقی با حقوق و سیاست کیفری دارند و، در جای خود، شایسته بحث و بررسی گسترده، می‌باشند.

۲) حد، در معنای مطلق عقوبت

بی‌تردید، واژه حد در روایات متعددی در معنای مطلق عقوبت، اعم از قصاص، دیه و حد و تعزیر (در معانی خاص خود) استعمال شده است.

از باب نمونه در روایات سابق الذکر باب التحدید، در کافی شریف، با این مفاد که خداوند برای هر چیزی [موضوعی] حلی قرار داده و برای هر کس که از آن حد تجاوز کند حلی مقرر نموده است، مراد و مقصود از حد دوم کیفر، به معنای عام، است که شامل مجازات جنایات بر نفس و عضو (قصاص و دیه) هم می‌شود.^۱ در این میان، روایت حسان عجلی از امام صادق (ع) که در آن آمده است «هر پدیده‌ای حدودی دارد... حتی ارش خدش» صراحت بیشتری در اطلاق حد بر مطلق عقوبت، از جمله قصاص و دیه، دارد.

نمونه دیگر، که بر اطلاق حد بر تعزیر (به معنای خاص دلالت دارد، روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) است که در مورد مردی که به همسر خود بگوید: «تو را دوشیزه نیافتم» فرمود: «حد زده می‌شود» (الطوسی، الاستبصار، ۳۱۷/۱۰). شیخ الطائفه در مقام جمع بین این روایت و روایات دال بر عدم حد در چنین موردی، نوشته است: «منافاتی در بین نیست. زیرا معنای «يُجْلَدُ الْحَدَّ» در این حدیث این است که «حد تعزیر» زده می‌شود و مقصود از حد «حد تام» نیست؛ به دلالت اخبار پیشین». به این ترتیب و در این کاربرد، واژه حد دو کاربرد دارد: یکی در معنای حد تام و کامل، و دیگری در معنای حد ناقص یا حد تعزیر. مقدس اردبیلی نوشته است: «فان كثيرا ما يقال الحد على التعزير في الروايات كما مر مرارا (المقدس الاردبیلی، ۱۶۲/۱۳) از معاصرین هم مرحوم گلپایگانی گفته است «و اطلاق الحد على الأعم ليس بنادر» (الگلپایگانی، ۱۵۷/۲)

در آثار فقهی نیز «حدود» در معنای عام مشتمل بر قصاص و تعزیر به کار رفته است؛ چنان که عبدالرحمن الجزیری تحت عنوان «کتاب الحدود» از سه قسم مجازات، قصاص، حد و تعزیر، بحث نموده است و به نقل همو، شافعیه حدود را هفت عدد می‌دانند از

۱. البته دقیق‌تر این است که گفته شود مقصود از حد دوم مطلق احکام و آثار مترتب بر نقض اوامر و نواهی شارع مقدس است و کیفرهای مترتب بر جنایات و انواع دیگر جرائم مستوجب مجازات، بخشی از این احکام و آثار است. بخش‌های دیگر، از قبیل احکام وضعی یا احکام غیر کیفری نیز حدودی است که برای انواع دیگر از سرپیچی از فرامین و مقررات الهی مقرر شده است.

جمله قصاص نفس و عضو (الجزیری، ۸/۵)، و چنان که صاحب جواهر بیان نموده است. آن فقیه ماهر در پایان سخن از اندراج یا عدم اندراج مجازات‌های غیر مقدر در شرع تحت عنوان «حد» می‌نویسد: «شاید در مورد احکامی که برای حد ذکر شده و با اصول و عموماً مخالف است، اکتفا کردن به حد به معنای اخص و قول به عدم شمول این احکام بر سایر مجازات‌ها - جز آن چه که با قیاس اولویت و غیره مشمول دانسته شود - خالی از قوت نباشد؛ و از همین جا قول به عدم اندراج قصاص در اطلاق حد قوت می‌یابد و الله العالم» (النجفی، ۲۵۷). معنای جمله اخیر این است که صاحب جواهر اصطلاح حد را مشتمل بر تعزیر و قصاص نیز می‌داند، جز در مواردی که حکم مترتب بر عنوان حد مخالف اصول و عموماً فقهی باشد. بر این اساس، چنان که حکمی مخالف اصول و عموماً نباشد و بر عنوان «حد» مترتب باشد، قصاص و تعزیر را نیز فرا می‌گیرد. مثلاً باید «حدود» در روایت «اقامه الحدود الی من الیه الحکم» (الحر العاملی، ۳۳۸/۱۸) دارای معنای مطلق، و قصاص و تعزیر خارج از نظام قضایی ممنوع دانسته شود. استعمال واژه «حد» در معنای مطلق عقوبت موجب آن بوده است که به منظور تعریف حد در معنای خاص در تعریف قیدی آورده شود تا از قصاص احتراز گردد.

۳) حد، مجازات‌های مقدر در شرع

با وجود کاربرد واژه حد در معنای عام مشتمل بر قصاص و دیات، در بعضی متون شرعی و فقهی، در عمل، با توجه به احکام اختصاصی، روشن و مبسوط این دو نوع کیفر، به‌رغم معین و مقدر بودن، غالباً قصاص و دیات جدا و مستقل از عنوان «حدود» مطرح بوده و هستند. بر این اساس قابل قبول، مناقشه و مشاجره‌ای درباره صدق یا عدم صدق عنوان حد بر قصاص و دیات در نگرفته است. چرا که با وجود احکام مفصل و عمده بی‌نقص و ابهام که از جهات مختلف، آئین دادرسی و مقررات راجع به تعقیب، اثبات، صدور و اجرای حکم یا سقوط مجازات و غیره را در خصوص جرائم مستوجب قصاص و دیه روشن و آنها را از سایر جرائم متمایز کرده، حد نامیدن یا ننامیدن قصاص و دیه منشأ اثر و ثمری نیست.

بر عکس، نظر به ترتب احکام قابل توجهی بر عنوان «حد»، از سویی، و تنوع استعمال واژگان حد و تعزیر در متون شرعی و فقهی در دو معنای عام و خاص، از سوی دیگر و ابهام در مورد ماهیت حدی یا تعزیری مجازات‌هایی که، در متون شرعی، به‌رغم مقدر نبودن، حد، یا به‌رغم مقدر بودن، تعزیر نامیده شده‌اند، از سوم سو، در خصوص حد یا تعزیر نامیدن بعضی از مجازات‌ها در میان فقیهان اختلاف پیش آمده است.

تا زمانی که در آثار روایی-فقهی، تعزیرات به صورت استطرادی در ضمن «حدود» مطرح بوده، اختلاف در تسمیه بعضی از مجازات‌ها به اسم حد یا تعزیر مورد توجه نبوده است. تا آنجا که حتی، در آثار قدما، از بعض تعزیرهای غیر مقدر در نصوص شرعی نیز به «حد» تعبیر شده است (از باب نمونه، «باب حد اكل الميتة و الدّم و لحم الخنزیر»- الصدوق، من لایحضره الفقیه ۵۷/۴ یا «باب الحلة فی نکاح البهائم و نکاح الاموات و الاستمناة بالایدی» - الطوسی، تهذیب الاحکام، ج ۵۵/۱۰). اما در راستای توسعه و تکامل آثار فقهی، در آثار بعدی فقهاء توجه به تفاوت معنادار حد یا تعزیر دانستن یک مجازات جلب شده و به تدریج به بحث «نامگذاری» دامن زده شده است. به نظر می‌رسد نخستین تظاهر این مناقشه از تعریف حد و تعزیر آغاز گشته و در تعیین و احصای افراد و مصادیق مجازات‌های حدی عینیت یافته است.

با صرف نظر از تفاوت‌هایی که در تعاریف حد و تعزیر وجود دارد، هسته مرکزی این تعاریف عبارت است از این که حد مجازات تقدیر (تعیین) شده و تعزیر مجازات تقدیر نشده است.^۱ در این میان، شهید در مسالک، به منظور جمع بین مقدر بودن پاره‌ای از مجازات‌های شرعی (به معنای منصوص)، از طرفی، و تعزیر نامیده شدن آنها در روایات، از طرف دیگر، تعزیر را «عقوبه أو اهانة لا تقدیر لها باصل الشرع غالباً» تعریف کرده و گفته است: «اصل در تعزیر عدم تقدیر است و اغلب افراد آن هم غیر مقدرند. لکن در روایاتی بعضی افراد آن تقدیر شده‌اند...». ملاحظه می‌شود که شهید سعید با التفات به تعارض موجود در تعریف محقق حلی در شرائع با تعبیر از بعضی مجازات‌های مقدر به تعزیر، در پاره‌ای از روایات، رعایت اصل اولی در تعریف (جامع و مانع بودن) را فدای التزام به معنای خاص تعزیر کرده و، به جای حد تلقی کردن آن موارد، آنها را تعزیر محسوب نموده و ناچار شده از تعزیر تعریفی مخدوش ارائه دهد.

در مقابل، فقیهانی دیگر ملاک عدم تقدیر در مجازات تعزیر را قابل تخصیص ندانسته، تعبیر تعزیر در روایات ناظر به مجازات‌های مقدر را بر معنای عام تعزیر حمل کرده و مجازات‌های مقدر را «کیف کان» حد می‌دانند. صاحب جواهر پس از ذکر سخن شهید در مسالک، نوشته است: «گویا اطلاق تعزیر بر موارد مقدر در نصّ روایی موجب آن شده که صاحب مسالک این موارد را به‌رغم مقدر بودن تعزیر بنامد. اشکال اینجاست که درست

۱. محقق در شرائع الاسلام نوشته: «کلّ ماله عقوبة مقدره یُسَمی حدّاً و ما لیس کذلک یُسَمی تعزیراً». مرحوم میرزا جواد آقا تبریزی بر این تعریف خرده گرفته که «خالی از مسامحه نیست؛ چرا که آنچه مجازات مقدر یا غیر مقدر دارد عمل موجب حد و تعزیر است و نه خود حد و تعزیر» (أسس الحدود و التعزیرات، ص ۷). در رد این نقد ادبی باید گفت در زبان عرب تسمیه شیء به اسم لازم آن رایج است و در بسیاری موارد عنوان «لازم» ظاهر در «ملزوم» است. در متون و کتب روایی، استعمال حد در موجب حد بسیار رایج و عباراتی از قبیل «مَنْ آتی حدّاً..» (الکلبینی، ۲۴۸/۷) و «مَنْ آقرَّ بحدٍّ...» (التوری، ۳۱۸/۱۸) متداول است.

است که در نصوص از این موارد به تعزیر تعبیر شده، اما ممکن است مقصود از تعبیر تعزیر در این روایات تعزیر در مقابل حد نباشد. و شاید به همین جهت بعضی فقها این موارد را در شمار حدود آورده‌اند، والامر سهل^۱ (النجفی، ۲۵۵/۴۱).

از معاصرین نیز، مرحوم تبریزی، پس از نقل کلام شهید در مسالک، نوشته است: «حال که فرق بین حد و تعزیر، پس از اشتراک آن دو در مجازات دنیوی بودن، چیزی نیست جز مقلد بودن حد و عدم تقدیر تعزیر، چرا مجازات‌های مقلد داخل در عنوان حد نباشند» (التبریزی، میرزا جواد آقا، ص ۸). حضرت آقای منتظری نیز در ذیل کلام صاحب شرائع در مقام احصاء حدود و تعزیرات، نوشته است: «اولی این بود که هر مجازاتی که - به هر نحو - میزان خاصی برای آن تقدیر شده، از اقسام حدود شمرده شود...» (المنتظری - حسینی، کتاب الحدود، صص ۴۳ و ۱۸۱).

ب- قلمرو، انواع، احکام

(۱) قلمرو

با توجه به تعریف فقهی «حد» به «مجازات مشخص شده در شرع»، قلمرو حدود به جرائمی محدود می‌شود که در شریعت برای آنها مجازات تعیین و تقدیر شده است. به‌رغم معلوم بودن قلمرو حدود در تعریف مجازات حدی، موارد و شماره آنها مورد اتفاق فقها نبوده و بین تعداد حدود در آثار فقها اختلافات فاحشی دیده می‌شود؛ چنان که عبدالرحمن الجزیری، از عامه، فقط سه حد زنا، کذب و سرقت را مورد اتفاق همگان می‌داند (الجزیری، ۹/۵) و ابوالقاسم الخوئی، از امامیه، عدد حدود را به شانزده می‌رساند (الخوئی، ج ۱، ص ۳۲۴).

این اختلاف اقوال درباره تعداد حدود، به علل مختلفی بازمی‌گردد؛ از جمله این که برخی ملاک حد شمرده شدن مجازات را تصریح در «کتاب» دانسته و تعداد حدود را کمتر از تعداد حدود به قول کسانی که مجازات‌های معین و مقلد در سنت را نیز حد می‌دانند، دانسته‌اند (الجزیری، ۸). یا این که بعض فقها پاره‌ای از جرائم را داخل در عنوان جرم دیگری دانسته و آن را جرم مستقل به حساب نیاورده‌اند؛ چنان که مثلاً محاربه را تحت یکی از دو عنوان قتل و سرقت، یا بغی را تحت عنوان ارتداد قرار داده‌اند (همان).

۱. مخفی نماند که، با توجه به احکام مختص به حدود که احکامی ساده و کم اهمیت نیستند، بر این که مجازاتی حد یا تعزیر دانسته شود، آثار قابل توجهی مترتب است. لذا به نظر می‌رسد صاحب جواهر، با عبارت «الامر سهل» امر مهمی را سهل انگاشته که خود - اعلی الله درجته - اندکی بعد، در ذیل کلام منقول از کشف اللثام، به اهمیت آن اشاره کرده است.

اما مهم‌ترین دلیل اختلاف تعداد حدود نزد فقیهان شیعه عبارت است از اختلاف در این که تعزیرات منصوص و معین، یعنی مجازات‌هایی که در روایات بدانها تصریح و هم‌زمان تعیین و تقدیر شده و از آنها به تعزیر یاد شده است، جزء حدود دانسته شوند یا نه.

(۲) انواع

همانند قلمرو حدود، نظر به ویژگی معین و مقلد بودن حدود، از جهت نوع و کمیت، و با توجه به تعیین و تقدیر اکثر آنها در کتاب و سنت، درباره انواع و مقادیر مجازات‌های حدی چندان اختلافی بین فقیهان مذاهب مختلف وجود ندارد. البته این بدان معنا نیست که اختلافات موجود معنادار نبوده و قابل تأمل نیست چنان که - مثلاً - از قول خوارج به عدم مشروعیت رجم، به دلیل عدم ذکر در قرآن (عوده، ۶۴۰/۱) می‌توان استنباط کرد که آنان قائل به حجیت عمل صحابه نبوده و یا عمل ایشان را در حد اعمال و وظیفه حکومتی، در قضایای واقعه، معتبر می‌دانسته‌اند و نه به عنوان یک منبع کشف حکم شرعی. نیز عقیده شافعی به این که حد شرب خمر چهل ضربه تازیانه است «زیرا ثابت نشده که پیامبر (ص) در شرب خمر بیش از چهل ضربه زده باشد» (عوده، ۶۴۹/۱) می‌تواند معنادار باشد.

مع الوصف، در زمان‌های اخیر، در مورد برخی از انواع و اشکال مجازات‌های حدی تردید و تشکیک‌هایی مطرح می‌شود. این‌گونه تجدیدنظر طلبی‌ها اگر تحت تأثیر القانات نظام سلطه غربی و مجامع آلت دست آن، و به منظور جلب رضایت خاطر «غربی»‌ها و اخذ علامت استاندارد حقوق بشری از آنان باشد، قابل توجه نیست؛ چرا که «غربی» تبهکارتر و جنایتکارتر از آن است که صلاحیت داشته باشد به دیگران درس کرامت انسانی و حقوق بشر بدهد، یا قواعد و قوانین دیگران را نقض و ابرام کند.

اما از نگاه مستقل داخلی و از منظر اجتهاد و تفقه در دین، به منظور کشف مقصود شرع و حکم شارع - اگر واجب نباشد - قدر مسلم این است که هیچ مانعی از تأملی دیگر در ادله شرعی برای پاسخ دادن به این پرسش وجود ندارد که: آیا انواع و اشکال مجازات‌های تعیین شده در شرع موضوعیت و خصوصیت دارند و جزء احکام ثابت و لا یتغیر به شمار می‌آیند، یا - به اقتضای این که ابزارهای اعمال حاکمیت، که دارای طبیعت متغیر و متحول است، هستند - طریقت دارند برای نیل به اهداف کیفر رسانی و، در شرایط مختلف زمانی و مکانی، قابل جایگزینی توسط انواع و اشکال مناسب و مؤثرتر، از یک سو، و کم ضررتر، از سوی دیگر، می‌باشند؟

صاحب این قلم بر این باور است که - بدون گرفتار شدن در دو مهلکه افراط و تفریط- در مواردی که شواهد و قرائنی بر «حکومتی» بودن بعض انواع و اشکال مجازات در سنت وجود دارد، لازم است دقت و بازبینی کافی به عمل آید. زیرا عدم تفکیک احکام تشریعی از احکام قضایی مرتبط با مورد یا زمان و مکان خاص، و حکم الهی ثابت و لایتغیر تلقی کردن همه منقولات روایی، خلاف احتیاط بوده و چه بسا محذور قطعی وقوع در خلاف شرع را در پی دارد. ذکر یک نمونه، مقصود را بهتر می‌رساند:

احمد بن ابی عبدالله البرقی در «المحاسن» روایتی نقل کرده از امام صادق(ع) با این مضمون که خلیفه اول راجع به کیفر مردی که [طوعاً] با او لواط می‌شد از اطرافیان «استشاره» کرد. گفتند: او را بکشید. آنگاه از امیرالمؤمنین (ع) نظر خواست و حضرت فرمود: «او را به آتش بسوزان؛ زیرا عرب قتل را چیزی به حساب نمی‌آورد» [اعدام ساده مردم را باز نمی‌دارد]. سپس ابوبکر نظر عثمان را پرسید و او گفت: من آن چه علی گفت می‌گویم...^۱ (الحرّ العاملی ۴۲۲/۱۸، به نقل از محاسن برقی).

عبارات و تعبیر «فاستشار فیه»، «فقالوا أقتلوه»، «أخرقه بالنار» و خصوصاً عبارت تعلیلی «فانّ العرب لاتری الأقتل شیئاً» با ثابت و معین بودن مجازات شخص ملوط با احراق او، در شرع، سازگار نیست. برعکس، این تعبیر و جملات این احتمال را تقویت می‌کند که در مورد جرم ارتكابی، کیفر مجرم یک امر حکومتی تلقی می‌شده که با نظرخواهی و استشاره و اتخاذ تدبیر متناسب با مورد و با اوضاع اجتماعی بدان حکم می‌شده است. حال اگر کسی، حائز شرائط تفقه، به چنین برداشت و استنباطی رسید و مجازات احراق را یکی از اشکال ثابت و همیشگی حدود ندانست، نه فقط از دین خدا خارج نشده، بلکه اگر بر خلاف فهم و استنتاج خود از دلیل شرعی، سخن بگوید و عمل کند، گناهکار خواهد بود.

۳) احکام

در کتب روایی احکام متعددی برای حدود، از جهات مختلف، بیان شده است. عمده این احکام، به ترتیبی که شیخ حر عاملی تحت عنوان «ابواب مقدمات الحدود و احکامها العامه»، در وسائل الشیعه و، به تبع، محدث نوری در مستدرک، آورده و دسته‌بندی کرده‌اند (العاملی، ۳۰۷/۱۸ تا ۳۴۶ و النوری، ۷/۱۸ تا ۳۷) عبارتند از: وجوب اقامه حد و حرمت

۱. در روایت مشابه دیگری، از طرق اهل سنت، امام علی(ع) در پاسخ استشاره خلیفه دوم راجع به کیفر شارب خمر، با این استدلال که شرابخوار مست می‌شود، هذیان می‌گوید و افترا می‌زند، به محکومیت شارب خمر به میزان حد مفتری، هشتماد تازیانه، اشاره نموده و همه بر آن توافق کرده‌اند (عبدالقادر عوده ۶۴۹/۱).

تعطیل آن، عدم جواز تجاوز از میزان حد، اشتراط بلوغ در وجوب حد تام، عدم اقامه حدود در سرزمین دشمن، اقامه حدود در زمستان در گرمترین ساعت روز و در تابستان در خنک ترین ساعت روز، اگر کسی به ارتکاب جرم مستوجب حدی اقرار کند و آن را مشخص نکند...، اگر کسی به موجب حدی اقرار و سپس آن را انکار نماید...، حکم اشخاص بیمار، نابینا، گنگ، ناشنوا، زخمی وزن مستحاضه، در صورتی که حد بر آنها لازم شود، اگر کسی بدون علم به تحریم مرتکب فعل موجب حد بشود، سقوط حد از کسی که قبل از دستگیر شدن توبه کند، جواز عفو از حدود جرائم حق الناسی قبل از مرافعه نزد حاکم، صلاحیت حاکم برای عفو حدود جرائم حق اللّهی در صورت ثبوت با اقرار، کسی که محکوم به حد نمی شود به نفع او نیز حکم به حد نمی شود، پس از بلوغ امر نزد حاکم شفاعت و پایمردی در هیچ حدی جایز نیست و پذیرفته نمی شود، در هیچ حدی کفالت نیست، کراهت گرد آمدن مردم برای تماشای کسی که بر او حد جاری می شود، عدم ارث حد، عدم اثبات حد با سوگند، سقوط حدود با وجود شبهه، عدم جواز تأخیر در اقامه حد، حصر صلاحیت اقامه حدود در حاکم، مکروه بودن اجرای حد توسط کسی که مستحق حدی الهی است، وجوب اقامه حدود در جرائم حق اللّهی و منوط بودن اقامه حدود در جرائم حق الناسی به مطالبه صاحب حق.

پاره‌ای از این احکام، از قبیل اشتراط بلوغ برای وجوب حد تام و عدم جواز تجاوز از میزان حد، به وضوح و صراحت، مربوط به حدود در معنای مقابل تعزیراند. لکن در بسیاری موارد معلوم نیست حد یا حدود در روایت، در معنای عام، مشتمل بر مجازات‌های معین و نامعین، به کار رفته، یا در معنای خاص، یعنی مجازات‌های معین. در اکثر آثار فقهی شیعه و اهل سنت، به این شکّ در مراد توجهی نشده و ساده‌انگارانه موارد کاربرد حدّ و حدود در روایات احکام حدود را بر معنای خاص حمل نموده و بر همین اساس برای حد و تعزیر وجوه افتراقی برشمرده‌اند. از جمله و از باب نمونه، تصریح به این که «از جمله فروق حد و تعزیر این است که حد با شبهات ساقط می شود و تعزیر با شبهات واجب است [!]» و این که حد بر نابالغ واجب نیست و تعزیر برای او تشریح شده است.^۱

با توجه به تبعات و محذوراتی که این گونه تفقه ظاهرگرا، لفظ محور و مبنا گریز در پی دارد، تا جایی که - مثلاً - اصل ضروری براءت در مورد جرائم تعزیری نادیده گرفته

۱. التهانوی - محمد علی، موسوعه کشف اصطلاحات الفنون و العلوم، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون، ۱۹۹۶، الجزء الأول، ص ۴۸۴، به نقل از: فتاوی الاحتساب، تألیف احمد بن ادريس بن عبدالرحمن بن عبدالله الصنهاجی القرافی - ۸۶۴ هـ. ق.

شود، نباید بدون تشکیک در صحت و اعتبار برداشت‌هایی این چنین از احکام شریعت، هر چند مشهور و - حتی - اجماعی باشند، از آنها گذشت.

بی‌شک، و به علم اجمالی، بخشی از احکام «مشتبه الموضوع» که در روایات آمده است، ناظر بر عقوبات اعم از حد و تعزیر می‌باشد و اختصاص به حد در معنای خاص، در مقابل تعزیر، ندارد؛ و بخشی دیگر، به حدود، در معنای مجازات‌های تعیین و تقدیر شده، مربوط می‌شود. اما این که کدام یک از «احکام حدود» به حدود به معنای عام مربوط است و کدام به حدود به معنای خاص، چندان روشن نیست و اقوال در این باره مختلف است؛ بسته به این که، در موارد مشکوک، واژه حد در روایات، به معنای عام حمل شود یا به معنای خاص.

در فقه امامی، مرحوم صاحب جواهر، پس از اشاره به کاربرد دو گانه واژه حد در روایات، در دو معنای عام و خاص، درباره مقصود از «حد» در روایات متضمن احکام حدود می‌نویسد: «شاید قول به اختصاص احکام مخالف اصول و عمومات به حد به معنای خاص - مگر آن که شمول حکم بر مجازات غیر معین از فحوی، یا جز آن، فهمیده شود - خالی از قوت نباشد» (النجفی، ۲۵۷/۴۱).

از معاصرین، مرحوم گلپایگانی را عقیده بر این بوده که «در صورتی که ثابت شود موضوع له حکم مطلق عقوبت است، یا این که کثرت استعمال حد در معنای مطلق عقوبت موجب انصراف لفظ حد به معنای عام باشد، احکام حد بر مطلق عقوبت جاری می‌شود. اما در موارد مشکوک، مقتضای قاعده اکتفا، در ترتیب احکام مزبور، به موارد ششگانه حدود است» (الگلپایگانی، ۲۴/۱). آقای موسوی اردبیلی، که خود سال‌ها در منصب قضا اشتغال داشته و با مشکلات «فقه در عمل» درگیر بوده است، نظری کاملاً مخالف و معاکس داده و نوشته است: «...حاصل این که حمل لفظ حد بر معنای خاص، یعنی مجازات معین، نیاز به قرینه دارد و در صورت عدم قرینه بر معنای مطلق عقوبت حمل می‌شود» (الموسوی اردبیلی، ۱۳/۱).

ما بر آنیم که ماهیت معین و مقدر بودن حد اقتضا دارد که، در موارد مشکوک، فقط احکامی که به نحوی با ثابت و نیز قطعی بودن کیفر مرتبط است و آن را افاده می‌کند اختصاص به حد در مقابل تعزیر دارند. و بقیه احکام حدود، که ربطی و تناسبی با ثبات و قطعیت کیفر ندارند، راجع به مطلق عقوباتند.

بنابراین، فقط احکامی از قبیل وجوب اقامه حد و حرمت تعطیل آن، عدم جواز شفاعت و کفالت در حد، و عدم جواز تأخیر در اجرای آن، احکام مختص به حدود در معنای مجازات معین و مقدرند.

۲. تعزیر

همچون حد، واژه تعزیر نیز در متون شرعی در بیش از یک معنی به کار رفته است و همین اشتراک لفظی برخی مناقشات و اختلافات اقوال را موجب شده است. لذا در این گفتار نیز نخست (الف) به کاربردهای کلمه تعزیر در متون روایی اشاره می‌کنیم و سپس (ب) به قلمرو، انواع و احکام آن می‌پردازیم.

الف - کاربردها

در خلال اشاره به کاربردهای مختلف واژه حد در متون شرعی و فقهی ناگزیر به مفاهیم مختلف واژه تعزیر نیز اشاراتی رفت. در اینجا، با پرهیز از تکرار و بدون اطاله کلام، بر کاربردهای مختلف این اصطلاح در آثار فقهی نگاهی گذرا می‌اندازیم:

۱) مطلق مجازات‌ها، جز قصاص و دیه

در هیچ اثر شرعی و فقهی، واژه تعزیر در معنای قصاص و دیه یا در معنای عامّ مشتمل بر قصاص و دیه به کار نرفته است (دست کم نویسنده با چنین مواردی برخورد نکرده است). بنابراین، تعزیر در معنای مطلق عقوبات استعمال نشده است. لکن، چنان که در ضمن بحث راجع به کاربردهای واژه «حد» گذشت، در مواردی واژه تعزیر و مشتقات آن در معنای عام مشتمل بر مجازات‌های مقلدّر و غیر مقلدّر به کار رفته است. در این گونه موارد تعزیر در معنای تأدیب و سزا دادن به کار رفته است. مثلاً در روایاتی که از مجازات‌های مقلدّر به تعزیر تعبیر شده است ناگزیر مجازات‌های مقلدّر مشمول تعریف حد، به معنای اخص، بوده و باید تعزیر در آن روایات بر معنای عام حمل گردد. چرا که در هر صورت اجرا و تحمل مجازات حد مستلزم تأدیب، ردع و منع از تکرار جرم می‌باشد؛ معنایی که بین دو واژه «حد» و «تعزیر» مشترک است.

۲) مجازات‌های غیر مقلدّر

در فقه جزایی، از «تعزیر» در معنای خاص تعاریف مختلف و متنوعی شده که پرداختن بدانها از حوصله این مقال خارج است. واژه رایج مشترک بین اکثر این تعاریف، کلمه «مقلدّر» است. چنان که در تعریف محقق در آغاز «کتاب الحدود و التعزیرات» شرائع الاسلام آمده است: «کلّ ما له عقوبه مقلدّره یسمی حدّاً و ما لیس کذلک یسمی تعزیراً» (النجفی، ۲۵۴/۴۱).

واژه «مقدّر» (به معنای تقدیر شده، در لغت) ناظر بر تعیین قدر و اندازه در کمّیات است. منشأ این که ملاک حد یا تعزیر بودن مجازاتی، مقدر یا غیر مقدر بودن آن دانسته شده عبارت است از کثرت استعمال تعزیر، در مقابل حد، در مجازات با تازیانه (که کیفری کمّی و قابل تقدیر عددی است)، در لسان شارح.

مع الوصف، گاهی به این شبهه اشاره می‌شود (التبریزی، ۱۱) که به لحاظ اختصاص «تقدیر» به تعیین میزان کمّیت، مجازاتی‌هایی که کمّی نبوده و شارع نوع آن را تعیین کرده (مانند مجازات اعدام) نباید مشمول عنوان «حد» دانسته شود. منشأ این شبهه حمل کلمه «تقدیر» بر معنای لغوی آن است. در حالی که «تقدیر کمّی» موضوعیت و خصوصیت نداشته و مقصود از تقدیر و عدم تقدیر مجازات، به عنوان ملاک حد یا تعزیر بودن، معین بودن یا نبودن نوع و مقدر بودن یا نبودن میزان و کمیت، در انواع کمی، می‌باشد.

با صرف نظر از این شبهه نه چندان جدی و غیر قابل توجه، عنصر اساسی و نقطه مشترک همه تعاریف تعزیر «عدم تقدیر» است. لکن با وجود اختلاف اقوال فقها راجع به قلمرو، احکام و اشکال تعزیر، معلوم می‌شود تعریف تعزیر به «مجازات غیر مقدر در شرع» قاصر از جمع افراد و منع اغیار بوده است. بنابراین ما با آراء پراکنده و متناقضی راجع به قلمرو، انواع و احکام تعزیر، و در نتیجه با برداشت‌های مختلف و کاربردهای گوناگون تعزیر، در معنای غیر مقدر، روبرو هستیم:

ب- قلمرو، انواع، احکام

گذشته از تعدد و اختلاف در کاربرد دو واژه حد و تعزیر در لسان شرع و فقه، که خود منشأ چندگانگی اقوال راجع به ویژگی‌های این دو نوع کیفر است، فقها درباره قلمرو، انواع و احکام حد و- خصوصاً - تعزیر، استنباط واحدی نداشته و- برعکس - دچار اختلاف و تعارض شدید می‌باشند. اشاره اجمالی به مهمترین آراء و اقوال فقهی تحت این سه عنوان، در این گفتار، به ما در ارزیابی میزان اعتبار و اصالت برداشت‌های رایج فقهی از حد و تعزیر، کمک می‌کند.

۱) قلمرو

تعریف حد در فقه، به «مجازات مشخص شده در شرع»، در گام نخست قلمرو جرائم حدی را به جرائم معدودی که در شریعت برای آنها مجازات خاصی تعیین و تقدیر شده است، محدود می‌سازد. تا اینجا اختلافی در بین نیست. اما وقتی نوبت به احصای این

دسته جرائم می‌رسد، اختلاف آراء دیده می‌شود؛ به طوری که در آثار فقهی، عامه و امامیه، عدد حدود بین سه و شانزده نوسان و اختلاف دارد» (الجزیری، ۸ و ۹ و الخویی، ۳۲۴/۱).
 علل این اختلاف فاحش متعدد است. مثلاً این که «حنیفه گفته‌اند حدود مجازات‌هایی است که در قرآن کریم آمده و آنها فقط پنج مجازاتند...» (الجزیری، ۸ و ۹).
 یا اینکه برخی جرائم در بعض دیگر متداخل دانسته یا جدا شمرده شوند (مثلاً محاربه، قطع طریق و سرقت، یا بغی و رده). در فقه امامی علت عمده تفاوت فاحش عدد حدود، اختلاف در این است که تعزیرات منصوص معین جزء حدود دانسته شوند یا نه. در هر حال، اختلاف اقوال فقهی راجع به قلمرو حدود در همین محدوده است.
 لکن در خصوص قلمرو کیفر تعزیر، کلمات فقها دچار تشتت بیشتری است. این پراکندگی آراء از آنجا پدید آمده که در نصوص شرعی بیانی روشن و جامع راجع به رفتارهای مستوجب تعزیر وجود ندارد و اجماعی نیز در این باره شکل نگرفته است.^۱ لذا در میان فقیهان اقوال متنوعی درباره قلمرو اعمال تعزیر وجود دارد که به صورت گذرا به آنها اشاره می‌شود:

۱.۱. در مطلق معاصی

شیخ الطائفة طوسی نوشته است: «هر کس معصیتی که مستوجب حد نیست انجام دهد، مانند این که مالی بالغ بر نصاب قطع ید را بدون هتک حرز، یا مال کمتر از نصاب را از حرز بدزدد، یا با زن اجنبیه‌ای بدون دخول درآمیزد، یا او را ببوسد، یا به کسی دشنام دهد، یا او را بزند، امام او را تعزیر می‌کند» (الطوسی، المبسوط، ج ۵، ص ۴۱۲). عین یا مشابه این سخن در بسیاری از آثار فقهی امامیه و اهل سنت آمده است.
 این گونه کلمات ظاهر در قابل تعزیر بودن همه معاصی شرعی است، به نحو مطلق.
 لکن در این موارد جا دارد به دو نکته توجه بشود:

نخست این که در بسیاری موارد، فقها در ذیل مباحث حدود، یا در ضمن بیان احکام یک جرم حدی، متعرض حکم تعزیر برای «هر معصیت» غیر مستوجب حد، شده‌اند. از این رو می‌توان احتمال داد که - دست کم در بعض موارد - تعبیر «هر معصیت» منصرف به معاصی از انواعی باشد که شکل کامل و جامع شرائط آن مستوجب حد است. در این صورت، مقصود از «هر معصیت» گناهایی است که در صورت جمع شرائط مستوجب حد

۱. از این رو، عدم صحت و دقت سخنانی از این قبیل معلوم می‌شود: «تعزیر به اجماع علما و بنا به صریح نصوصی که در این زمینه وارد شده، در تمام تخلفات و گناهان کبیره‌ای است که از کسی عمداً و عالماً سر می‌زند...» مکارم شیرازی - ناصر، «مسئله تعزیرات در اسلام»، مجله نور علم، ش ۵، شهریور ۱۳۶۳، ص ۶۴.

بودند. در نتیجه، هر جا، در کلمات فقها، چنین «قرینه صارفه» ای قابل توجه باشد، تعبیر «هر معصیت» مفید اطلاقِ مشتمل بر همه معاصی شرعی، اعم از متناسب و مرتبط با جرائم حدی و غیر مرتبط با این گونه جرائم، نخواهد بود.

نکته دوم این که واژه تعزیر در کلمات اکثر فقها در معنایی عام، مشتمل بر واکنش‌های غیر کیفری از قبیل وعظ، توبیخ و تهدید، به کار رفته است. علی‌هذا نمی‌توان سخنان ایشان مبنی بر «تعزیر بر هر فعل حرام» را ظاهر در قول به جواز یا وجوب اعمال تعزیر، در آشکال کیفری، از قبیل جلد، حبس و مجازات مالی، دانست. محقق مدقق، فاضل هندی، در ذیل جمله «کل من فعل محرماً او ترک واجباً کان للامام تعزیره»، در قواعد علامه، آورده است: «وجوب تعزیر در هر فعل یا ترک فعل حرام، چنان که مرتکب با نهی و توبیخ و امثال اینها بازداشته نشود، آشکار است؛ چرا که انکار منکر واجب است. اما اگر مرتکب با کمتر از ضرب بازداشته شود، دلیلی بر وجوب تعزیر، جز در موارد خاصی که به تأدیبات یا تعزیر در آنها تصریح شده باشد، وجود ندارد. و ممکن است «تعزیر» در کلام علامه و جز او را عام و شامل مراتب انکار اخف از زدن دانست» (الاصفهانى الفاضل الهندى، ج ۱۰، ص ۵۴۴).

۱) ۲. در معاصی کبیره

تا آنجا که ما می‌دانیم، نخستین بار صاحب جواهر در ذیل سخن محقق در شرائع الاسلام، راجع به تعزیر هر کس که حرامی را مرتکب یا واجبی را ترک کند، قید کبیره بودن را آورده است. از معاصرین، امام خمینی (رض) و مرحوم خوئی، هر کدام در یک کتاب، دو بیان دارند؛ یکی، تعزیر بر هر فعل حرام و ترک واجب به صورت مطلق، دیگری، مشروط به کبیره بودن معصیت.^۱

عدم وضوح مراد از «گناهان کبیره» و فقدان ملاک روشن برای تفکیک کبائر از صغائر، یکی از مشکلات این قول است؛ چه رسد به این که در بعض روایات «کبائر» در معنای معاصی مستوجب حد به کار رفته است: «اصحابُ الکبائرِ کُلُّها اذا أُقِمُّ علیهمُ الحدُّ مرتینِ قُتِلوا فی الثَّالثَةِ» (الحرّ العاملی، ۳۱۴/۱۸ و النوری، ۱۲/۱۸).

گذشته از این، منشأ تقیید کلام فقیهان در مورد تعزیر بر هر فعل حرام و ترک واجب، به کبیره بودن نیز روشن نیست؛ خصوصاً که از تعزیرات منصوص در شرع، که مشتمل بر انواع کوچک و بزرگ گناهان است، چنین قیدی استنباط نمی‌شود.

۱. مراجعه شود به: تحریر الوسیله، ج ۲، صفحات ۴۸۱ و ۴۷۷ و مبانی تکلمه المنهاج، ج ۱، صفحات ۳۳۷، ۳۴۲ و ۳۴۶.

مع الوصف، از جمله اخیر سخن صاحب جواهر، که بدان اشاره شد، می‌توان حدس زد که مستند این تقیید آیه کریمه «ان تَجْتَبُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكْفِرُ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَ نُدْخِلُكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا» (النساء، ۳۱/). بوده است. با این توضیح که: وقتی سیئات (گناهان کوچک) با اجتناب از محرّمات بزرگ پوشیده و پاک می‌شوند، تعزیر مرتکب آنها وجهی ندارد؛ پس تعزیر بر فعل حرام و ترک واجب فقط مربوط به معاصی کبیره است. لکن سخن اینجاست که در این صورت، نظر به شرطی بودن جمله آیه شریفه، ناگزیر باید عدم تعزیر بر صغائر را فقط مربوط به کسانی دانست که از کبائر پرهیز می‌کنند (حتی اگر در بین فقها قائل به چنین تفصیلی نباشد).^۱ گو این که احراز شرط اجتناب از کبائر، توسط قاضی، - اگر نه ممتنع - بسیار مشکل خواهد بود. به علاوه، نفس استناد به آیه می‌تواند مورد تردید قرار بگیرد؛ با این بیان که «آیه بر تکفیر سیئات و عفو آنها در آخرت دلالت دارد و با جواز تعزیر بر آنها به منظور بازداشتن مرتکب و دیگران از تکرار یا ارتکاب آن منافات ندارد» (المنتظری، ولایه الفقیه، ج ۲، ص ۳۱۵).

۱) ۳. فقط در موارد منصوص

روش معمول^۲ به در کتب فقهی امامی این بوده است که، بدون تخصیص عنوان خاصی به تعزیرات، مواردی را که در روایات برای آنها تعزیر مقرر شده، در ضمن بیان احکام یکی از حدود یا در ذیل مباحث حدود، ذکر کرده‌اند. این روش تعرّض به موارد منصوص معاصی مستوجب تعزیر، این احتمال را تقویت می‌کند که فقهای طائفه تعزیر را فقط در موارد منصوص مشروع می‌دانسته‌اند. لکن با تصریح به وجوب یا جواز تعزیر هر مرتکب حرام یا تارک واجب در بسیاری از کتب فقهی امامی - با این فرض که مقصود فقط گناهی نباشد که در صورت جمع شرائط، مستوجب حد می‌باشند - این احتمال، دست کم در رابطه با آثار فقهی بی که متعرّض این حکم عام شده‌اند، از میان می‌رود؛ چرا که قول به تعزیر بر هر فعل حرام و ترک واجب، به معنای «تعمیم تعزیر» و توسعه آن به فراتر از موارد منصوص است. لکن با این فرض که فقهای دیگر، با توجه و التفات، به ذکر موارد منصوص اکتفا کرده و متعرّض وجوب یا جواز تعزیر بر هر فعل حرام و ترک واجب نشده‌اند، می‌توان ایشان را قائل به حصر تعزیر در موارد منصوص تلقی کرد.

در این میان، بعض فقها به صورت خاص به مسأله پرداخته و در «تعمیم تعزیر» بر همه محرّمات تردید یا آن را رد کرده‌اند. چنان که مقدس اردبیلی «لزوم تعزیر برای هر معصیت

۱. زیرا اولاً، عدم قول به فصل، در مانحن فیه، به معنای حصول اجماع مرکب بر قول به عدم فصل نیست. و ثانیاً، بر فرض حصول، چنین نتیجه‌ای حجت نیست و موجب انسداد باب فهم و اجتهاد نمی‌باشد.

کبیره» را ثابت ندانسته است. او در بیان این فرض که کسی به دیگری بگوید: «ای فرزند زانیه» یا بگوید «مادرت تو را از زنا به وجود آورده»، قول به تعزیر قاذف، علاوه بر حد قذف مادر، به لحاظ ایذاء فرزند (مخاطب) را نقل و به دلیل آن، لزوم تعزیر بر هر کبیره، اشاره نموده و نوشته است: «... در ثبوت تعزیر تردید و تأمل است؛ زیرا صغری [ثبوت تعزیر بر هر کبیره] و کبری [کبیره بودن ایذاء کلامی مخاطب، در فرض مورد بحث] ثابت نیست. مگر آن که [قول به تعزیر قاذف، علاوه بر حد قذف] اجماعی باشد... (المقدس الاردیبلی ۳۳/۱۳)». ^۱ به این ترتیب، مولی احمد اردبیلی تعزیر بر کبائر را ثابت ندانسته و این به معنای نفی تعمیم تعزیر و قول به حصر موارد قابل تعزیر در موارد منصوص است.

نیز، فاضل هندی، در سخنی که پیشتر از او نقل کردیم، و سید علی طباطبائی، که تقریباً عین کلام فاضل را - بدون ذکر منبع - تکرار و تأیید کرده (الطباطبائی، ۵۴۳/۱۳)، وجوب تعزیر، به صورت مطلق، بر هر فعل حرام و ترک واجب را رد کرده و آن را مشروط به عدم رد، و انتهای مرتکب با نهی و توبیخ و مانند اینها کرده و منحصرأ تعزیر در موارد منصوص را مستند به دلیل دانسته و قبول کرده‌اند. گذشته از تعارض و تناقضی که قول به وجوب تعزیرات منصوصه، بدون توجه به بازداشته شدن یا نشدن مرتکب با واکنش‌های سبکتر، با ماهیت «تعزیر» دارد، نهایتاً این قول نیز به عدم حصر تعزیرات در موارد منصوص برمی‌گردد؛ با این ویژگی که، جز در موارد منصوص، اعمال تعزیر مشروط است به عدم بازدارندگی اقدامات بازدارنده سبکتر.

اما در میان معاصران، مرحوم خوانساری [ص ۹۸، ۱۱۸، و ۱۲۱] و پس از وی، با بیانی قاطع و صریح‌تر، مرحوم گلپایگانی در تعمیم تعزیر تردید و آن را رد کرده‌اند. مرحوم گلپایگانی تعزیر در غیر موارد منصوص را فاقد دلیل و حجت شرعی و تنها راه مشروع مقابله با معاصی فاقد تعزیر منصوص را امر به معروف و نهی از منکر می‌داند. (الگلپایگانی، ۱۵۵/۲).

بر خلاف مشهور در فقه، که نهی از منکر را شامل نهی عملی و یدی می‌دانند و مشروعیت تعزیر معاصی توسط حاکم را به وجوب نهی از منکر مستند می‌کنند، ناگزیر مقصود از نهی از منکر، در کلام آن فقیه فقید، شامل نهی عملی، مشتمل بر تنبیه و تعزیر، نمی‌باشد. چنین معنایی از نهی از منکر، خود، جای بحث و نیاز به اثبات دارد. در هر حال، بیان اخیر صریح‌ترین قول به حصر تعزیر در موارد منصوص محسوب می‌شود.

۱. در بعضی کتب، عبارت «ألا ان یكون اجماعياً» درست فهم نشده و به قول به تعزیر بر هر کبیره ربط داده شده است.

۱) ۴. در موارد منصوص و موارد اعمال حاکمیت

اقوالی که تاکنون بدانها اشاره شد، عمده‌ترین اقوال راجع به قلمرو تعزیر، در آثار فقهی امامیه است که توسط بخش اعظم فقیهان شیعه بیان شده است. وجه مشترک این اقوال این است که تقریباً همه در محدوده معاصی شرعی، به معنای محرّمات منصوص در شرع، قلمرو تعزیر را دارای سعه و ضیق می‌دانند. در این اقوال و آثار کمتر نشانه‌ای از تعزیر رفتارهایی که به حکم اولی شرع تحریم و تجریم نشده‌اند، اما به اقتضای اعمال حاکمیت حاکم اسلامی، در جهت حفظ منافع و مصالح مهمه برای فرد و جامعه و دفع مفسد مهمه از آنان، ممنوع می‌شوند، دیده می‌شود.

بی‌گمان، دیدگاه اخباری و لفظ‌گرا، اعم از شکل رسمی و غیر رسمی آن، و کم یا بی‌توجهی به «روح قانون» و ملاکات و مناطات احکام و اهداف و مقاصد تشریح، علت و منشأ اصلی محصور بودن این اقوال در چارچوب معاصی شرعی، به حکم اولی، و غفلت از «ممنوعات حکومتی» بوده است (گو این که، حتی از منظر اخباری‌گری نیز، وجوب تبعیت از حاکم اسلامی و صلاحیت او برای تعزیر بر «مفسد»، قابل استفاده از متون روایی است).

اگر روزگاران به لحاظ دور - یا در حاشیه - بودن فقه و فقیه از حاکمیت، در بخش اعظم تاریخ فقه شیعی، اشکالات و نارسایی‌های تفقه اخباری در جوف کتب و رسائل باقی می‌ماند و آثار و عواقب منفی عینی در پی نداشت، امروزه چنین نیست. در زمان ما، که برای نخستین بار در تاریخ تشیع حکومتی مبتنی بر اصل «ولایت فقیه» بر پا و متکفل مدیریت سیاست داخلی و خارجی کشور بزرگ و مهمی چون ایران گردیده است، تفقه لفظ‌گرا و اخباری جواب نمی‌دهد و، به علاوه، موجبات وهن اسلام و زوال نظام را فراهم می‌آورد. علی‌رغم سختی و کندی پیشرفت، در وضعیت جدید، ربط و تماس فقه امامی با واقعیت‌های عینی حیات فردی و اجتماعی، ناگزیر آن را از حصار «ظواهر الفاظ» خارج و در گستره مقاصد و اغراض، میدان واقعی اجتهاد «روان» ساخته و خواهد ساخت.

چرا که، یک نظام مدیریتی و حقوقی با ویژگی‌های جامع، جهانی و جاودانی بودن - هر چند در دوری دراز مدت از میدان عمل و اجرا و در خلأ نفی و اثبات نظری محض از فلسفه وجودی خود جدا شود و به انحرافات از قبیل لفظ محوری، ظاهرگرایی و اخباری‌گری مبتلا گردد - لامحاله در تماس با واقعیت‌ها و در مقام اجابت و تأمین حوائج و مقتضیات حیات فردی و جمعی، در همه اعصار و امصار، به شأن و شخصیت اصلی خود باز می‌گردد و کفایت کاربردی خویش را در انطباق با واقعیت‌های متغیر و متحول به اثبات می‌رساند. ضمانت حفظ هویت و دوام رسالت این نظام سیاسی و حقوقی، در قالب نهاد «اجتهاد» در بطن فقه اسلامی تعبیه گردیده است؛ راهکار مؤثری که دین خدا را از خطر بزرگ لفظ‌گرایی و «معنا» گریزی

حفاظت می‌کند و موجبات بهره‌مندی جوامع اسلامی از مواهب هدایت تشریحی سماوی، در همه‌ازمنه و امکانه، را فراهم می‌آورد. به کمک و با داوری بدیهیات عینی و خارجی، نتیجه‌نهایی چنین مقابله‌ای، پیدایش تحولات مثبت به نفع گرایش اصیل فقهی «محتواگرا» بوده و خواهد بود. گستره و قلمرو تعزیرات از نمونه‌های این تحولات «اصولگرایانه» بوده است. تحولاتی در جهت «رجوع به اصل» و استغنا از بدعت‌هایی از قبیل «مجازات بازدارنده» (!؟).

نتیجه و ثمره بحث:

از آنچه که ما در این مقال و مجال آوردیم این نتیجه به دست می‌آید که کم و کیف حدود و خصوصاً تعزیرات، در فقه جزایی روشن نبوده و جوانب مختلف این دو نوع مجازات برای فقیهان مبهم و منشأ پیدایش آراء و اقوال متغایر و متنافر بوده و هست. بی‌شک استقصای اختلافات موجود بین فقیهان راجع به قلمرو، انواع و احکام حدود و تعزیرات، دست کم در قالب یک جلد کتاب مفصل میسر است و نه در یک مقاله. مع‌الوصف ما این کاوش را به ترتیبی ارائه کردیم که به راحتی این نتیجه را به دست دهد که به صورتی غیر عادی و تأمل برانگیز راجع به حد و تعزیر اختلاف اقوال و آراء وجود دارد.

وجود اختلاف فهم و استنباط فقهی از متون شرعی، حتی در یک مذهب و مکتب فقهی، در میان فقیهان، امری عادی و قابل درک است. اما وقتی این اختلافات همه جانبه باشد و عمیق و شدید- تا جایی که در مواردی، از تعارض و تناقض سردرآورد- آن هم در میان فقیهان یک مذهب و مکتب فقهی، دیگر به سختی می‌توان این وضع را از لوازم اجتهاد و از مصادیق اختلاف در فهم و برداشت از نصوص دانست؛ بلکه باید واقعگرایانه و با نگرانی انحراف از شریعت الهی، چنین وضعیتی غلط دانسته و آسیب‌شناسی شود.

این ریشه‌یابی و آسیب‌شناسی اهمیت و فوریت بیشتری دارد در جایی چون موضوع مورد بحث این مقاله، حدود و تعزیرات، که به جان، آبرو و اموال شهروندان مربوط می‌شود.

در بعضی ابواب و موضوعات فقهی، مثلاً در عبادات، اختلاف و تعارض استنباطات احکام شرعی از ادله آن، تبعات و محذورات عملی چندان در پی ندارد و نهایتاً «حکم ظاهری» اگر منطبق با «حکم واقعی» نباشد حجت است و بندگان مکلف به عمل بدانند و مثناب و مأجور به نیات خود و نیز «لِلْمُصِيبِ أَجْرَانِ وَ لِلْمُخْطِئِ أَجْرٌ وَاحِدٌ». اما در بعض دیگر از موضوعات و مسائل فقهی، پای انفس، اعراض و اموال مردم در میان است و در پاره‌ای دیگر، حتی، دامنه آثار و اختلاف اقوال به زوال نظام الهی و وهن دین خدا کشیده می‌شود. در چنین مواردی نمی‌توان به راحتی اضطرابات و تعارضات در اقوال و آراء فقهی را به حساب مقتضیات «اجتهاد» گذاشت و به عواقب وخیم آنها بی‌توجه بود. تعریف حدود و تعزیرات، حدود و ثغور

و احکام آنها از جمله بارزترین این موارد است که ضدّ و نقیض گویی راجع به آنها تبعات و محذورات شدیدی در پی دارد.

وجود اختلافات و تعارضات فقهی فاحش و همه جانبه راجع به حدود و تعزیرات ناگزیر به یکی از دو علت و منشأ باز می‌گردد: یا تشریح این دو نوع کیفر به صورت مبهم، نارسا و متعارض انجام شده و یا مبنا و روش تفقه و فهم ما از متون شرعی صحیح و کاشف از مقصود شارع و رساننده به مقصد تشریح نیست، به گونه‌ای که ما را در شناخت تکلیف الهی خود این چنین دچار سردرگمی و پراکندگی می‌سازد. احتمال نخست مردود است؛ چرا که با مبنای نبوت و وجوب هدایت تشریحی الهی، به مقتضای لطیف و خبیر بودن خداوند، سازگار نیست. پس باید ریشه و منشأ این همه قیل و قال در اطراف حدود و تعزیرات و چهره نگاری های متغایر، خصوصاً از تعزیر، را (که حاکی از ناشناختگی مختصات بخشی مهمی از سیاست کیفری در اسلام است) در مکانیسم فهم و استنباط احکام از ادله شرعی جست. در این رابطه ما بر این باوریم که اصل الآفات و امّ البلیات تفقه در دین، به خصوص در سیاست و از جمله در امور جزایی، ظاهر گرایی و لفظ محوری، و مبنایگریزی و معناسازی بوده است.

منابع و مآخذ:

۱. قرآن کریم
۲. الاصفهانی - الفاضل الهندی - بهاء الدین محمد بن الحسن (۱۴۲۴ هـ.ق)، کشف اللّام، قم، مؤسسه النّشر الاسلامی؛
۳. التّبریزی - المیرزا جواد، (۴۱۷ هـ.ق)، اُسُسُ الحدود و التّعزیرات، قم، مطبعه مهر؛
۴. التّهانوی - محمد علی (۱۹۹۶ م)، کَشَافُ اصطلاحات الفنون و العلوم، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون؛
۵. الجزیری - عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دار احیاء التّراث العربی؛
۶. الخوانساری - السّید احمد (۱۳۶۴)، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق؛
۷. الخمینی - الامام روح اللّه الموسوی، تحریر الوسیله؛
۸. الخویی - السّید ابوالقاسم الموسوی؛ مبانی تکلمه المنهاج، النجف الاشرف، مطبعه الآداب؛
۹. الصلّوق - ابوجعفر محمد بن علی بن الحسین ابن بابویه (۱۴۱۳ هـ.ق)، من لا یحضره الفقیه، بیروت، دارالاضواء؛
۱۰. الطّباطبائی - السّید علی (۱۴۲۲ هـ.ق)، ریاض المسائل، قم، مؤسسه النّشر الاسلامی؛
۱۱. الطّوسی - ابوجعفر محمد بن الحسن (۱۴۱۳ هـ.ق)، الاستبصار، بیروت، دارالاضواء؛
۱۲. الطّوسی - ابوجعفر محمد بن الحسن (۱۴۱۳ هـ.ق)، تهذیب الاحکام، بیروت، دارالاضواء؛
۱۳. الطّوسی - ابوجعفر محمد بن الحسن (۱۴۲۸ هـ.ق) المیسوط، قم، مؤسسه النّشر الاسلامی؛
۱۴. العاملی - محمد بن الحسن الحرّ (۱۳۹۲ هـ.ق)، وسائل الشیعه، طهران، المکتبه الاسلامیه؛
۱۵. عوده - عبدالقادر (۱۴۰۵ هـ.ق)، التّشریع الجنائی الاسلامی، بیروت، داراحیاء التّراث العربی؛
۱۶. الکلینی - ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۱۳ هـ.ق)، فروع الکافی؛ بیروت، دارالاضواء؛
۱۷. الگلپایگانی - السّید محمد رضا (۱۴۱۴ هـ.ق)، الدّر المنضود فی احکام الحدود، قم، دارالقرآن الکریم؛
۱۸. المقدّس الأردبیلی - المولی احمد (۱۴۲۱ هـ.ق)، مجمع الفائده و البرهان، قم، مؤسسه النّشر الاسلامی؛
۱۹. مکارم شیرازی - ناصر، «مسأله تعزیرات در اسلام»، مجله نور علم، ش ۵، (شهریور ۱۳۶۳)؛

۲۰. المنتظری - حسینعلی، کتاب الحدود، قم، دارالفکر؛
۲۱. المنتظری - حسینعلی، دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه (۱۴۰۹ هـ ق)، قم، مکتب الاعلام الاسلامی؛
۲۲. النجفی - الشیخ محمد حسن (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۲۳. النوری - میرزا حسن (۱۴۰۷ هـ ق) مستدرک الوسائل، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «نقش "میانجیگری" در فصل دعاوی و پاسخدهی به نقض هنجارها»، سال ۱۳۷۸، شماره ۴۵؛ «نظام هنجاری در سیاست جنایی اسلام»، سال ۱۳۸۰، شماره ۵۱؛ «منطقه کنترل شده رفتاری در سیاست جنایی اسلام، سال ۱۳۸۰، شماره ۵۲؛ «مراجع دولتی "پاسخدهی" به "پدیده مجرمانه" در سیاست جنایی اسلام»، سال ۱۳۸۱، شماره ۵۵؛ «مراجع اجتماعی "پاسخدهی" به "پدیده مجرمانه" در سیاست جنایی اسلام سال ۱۳۸۱، شماره ۵۸؛