



Original Article

## Analytical-Critical Re-Reading of the Criteria for Distinguishing the Crimes Imposed by the Hadd from the Crimes of Taziri

Hossein Khodayar<sup>1</sup> 

### ABSTRACT

According to common belief, the dual penal system of hadd-ta'zir has stability in terms of crimes subject to hadd and ta'zir. The prerequisite for this consistence is the clarity of listed crimes subject to hadd and ta'zir and the requirement of this matter is the existence of a clear and precise criterion for separating the crimes subject to hadd and ta'zir from each other. In order to measure the validity of this stability and its requirements in the criminal system of hadd-ta'zir, first through an analytical approach, it is determined that the principle in punishments is to be ta'zir. Only in certain cases and in a disciplined manner this principle is abandoned. By a critical approach and regarding jurisprudential narrations and writings, the existing and probable criteria for considering hadd punishments are presented and analyzed. Accordingly many crimes that are considered as subject to hadd are challenged. Finally, it becomes clear that the dual hadd-ta'zir is not constant in terms of crime as it is commonly considered and with methodical ijtehad, changes in the list of crimes subject to hadd and ta'zir can be accepted.

**KeyWords:** Crimes Subject to Hadd, Crimes Subject to Ta'zir, The Principle of Ta'zir, Criteria for Considering Hadd Punishments, The Penal System of Hadd-Ta'zir

**How to Cite:** Khodayar, Hossein, "Analytical-Critical Re-Reading of the Criteria for Distinguishing the Crimes Imposed by the Hadd from the Crimes of Taziri", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 193-212.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226325.2135>

Received: 20/06/2022-Accepted: 15/01/2023

1. Assistant Professor, Faculty of Theology, Law and Islamic Studies, University of Sistan & Baluchestan, Zahedan, Iran

*Corresponding Author Email: [h.khodayar@theo.usb.ac.ir](mailto:h.khodayar@theo.usb.ac.ir)*



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



## بازخوانی تحلیلی- انتقادی ملاک تفکیک جرایم مستوجب حد از جرایم تعزیری

حسین خدایار<sup>۱</sup>

## چکیده

بنابر تلقی رایج، نظام کیفری دوگانه حد-تعزیر، از جهت جرایم مستوجب حد و تعزیر ثبات دارد. لازمه این ثبات، روشن و مشخص بودن فهرست جرایم مستوجب حد و تعزیر است. و لازمه این مطلب، وجود ملاک روشن و دقیق برای تفکیک جرایم مستوجب حد و تعزیر از یکدیگر است. برای سنجش پستوانه این ثبات و لوازم آن در نظام کیفری حد-تعزیر، ابتدا با رویکردی تحلیلی، مقرر شد که اصل در مجازات‌ها تعزیری بودن است. صرفاً در موارد یقینی و به طور ضابطه‌مند می‌توان از ذیل این اصل خارج شد. سپس با رویکردی انتقادی و با عنایت به روایات و نوشته‌های فقهی، ضابطه‌های موجود و محتمل برای حدانگاری کیفرها ارائه و تحلیل شد و از این رهگذر، حدی بودن بسیاری از جرایمی که در تلقی رایج مستوجب حد قلمداد می‌شوند، به چالش کشیده شد. درنهایت روشن شد که دوگانه حد-تعزیر از جهت جرم، آن‌گونه که در تلقی رایج متصور است، ثبات ندارد و می‌توان با اجتهاد روشمند تغییراتی را در فهرست جرایم مستوجب حد و تعزیر پذیرفت.

**کلید واژگان:** جرایم مستوجب حد، جرایم مستوجب تعزیر، اصل تعزیری بودن کیفر، ضابطه حدانگاری کیفر، نظام کیفری حد-تعزیر.

**استناد به این مقاله:** خدایار، حسین، «بازخوانی تحلیلی- انتقادی ملاک تفکیک جرایم مستوجب حد از جرایم تعزیری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۱۹۳-۲۱۲.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226325.2135>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۲۵

۱. استادیار، دانشکده الهیات، حقوق و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران  
ایمیل نویسنده مسئول: [h.khodayar@theo.usb.ac.ir](mailto:h.khodayar@theo.usb.ac.ir)



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

## مقدمه

فقه کیفری اسلام عمدتاً مبتنی بر نظام دوگانه و افتراقی حد-تعزیر است.<sup>۱</sup> در این نظام کیفری، دو دسته از جرایم وجود دارند که به صورت افتراقی، مشمول واکنش کیفری قرار می‌گیرند. دسته نخست، جرایمی که واکنش کیفری به آن‌ها فقط از طریق نوع، میزان و کیفیت خاصی از مجازات، ممکن و مجاز است. بنابر فرض، کیفر مربوط به این جرایم، تعیین شده، ابدی و تغییرناپذیر است. در اصطلاح به جرایمی که مستلزم پاسخ‌دهی کیفری به شیوه ثابت هستند، جرایم مستوجب حد گفته می‌شود. دسته دیگر، جرایمی که برای پاسخ‌دهی کیفری، منحصر به نوع، میزان و کیفیت خاصی از مجازات نیستند، بلکه کیفر دادن مرتکبان آن‌ها، بر اساس مصالح و شرایط گوناگون، از جهت نوع، میزان و کیفیت مجازات، امری منعطف، متحول و تغییرپذیر است. در اصطلاح به جرایمی که مستلزم واکنش کیفری به شیوه متغیّرند، جرایم مستوجب تعزیر گفته می‌شود.

برابر تلقی رایج، نظام کیفری دوگانه حد-تعزیر از جهت جرایم مستوجب حد یا تعزیر ثبات دارد. به گونه‌ای که آنچه مستوجب حد یا تعزیر است، برای همیشه حدی یا تعزیری خواهد ماند و در فهرست این دو دسته از جرایم، افزایش و کاهش پدید نخواهد آمد. این شکل از ثبات، دست‌کم مستلزم این است که دقیقاً معلوم باشد هر جرمی مستوجب کدام نوع از پاسخ‌دهی کیفری است. لازمه این مطلب نیز این است که ضابطه تفکیک جرایم مستوجب حد از جرایم مستوجب تعزیر دقیقاً مشخص باشد تا بر اساس آن سیاهه جرایم مستوجب حد و جرایم مستوجب تعزیر، بی‌ابهام و با ضابطه تعیین شود.

در این پژوهش، برای بازشناخت موجبات حد و تعزیر از یکدیگر، پس از تأسیس اصل اولی در مسئله، همه احتمال‌هایی که ممکن است به عنوان ملاک حدی یا تعزیری بودن جرایم وجود داشته باشد، بادقت کشف و تحلیل می‌شوند. سپس، ملاک‌هایی که برای حدانگاری کیفرها یافته می‌شود، با رویکردی انتقادی بر جرایمی که در تلقی رایج، مستوجب حد قلمداد می‌شوند، عرضه می‌شود تا فهم رایج فقهی از موجبات حد به چالش کشیده شود.

## تأسیس اصل اولی

آیا اصل اولی درباره جرایم، حدی بودن است یا تعزیری بودن؟ اصل، هریک از این دو باشد، باید برای مورد خلاف آن، با دلایل کافی و به گونه‌ای قانع‌کننده، استدلال کرد. با توجه به اینکه مستوجب حد یا تعزیر بودن جرایم، در گرو ماهیت کیفر آن‌هاست، برای شناخت حدی یا تعزیری بودن جرم باید به ماهیت کیفری که برای آن مقرر شده، بازگشت. شیخ انصاری، در آغاز بحث خیارات از کتاب مکاسب، در مقام تأسیس اصل اولی چهار معنا را برای اصل بیان می‌کند<sup>۲</sup> که همان معانی محور بحث حاضر برای تأسیس اصل اولی خواهند بود.

## اصل در معنای رجحان و غلبه

اصل، معنایی است که رجحان داشته و در آغاز به ذهن متبادر می‌شود. راه به دست آوردن چنین معنایی غلبه است. به این ترتیب معنای اصل، هر آن چیزی است که در آن باب ظاهر باشد. به نظر می‌رسد که درباره کیفر، معنای ظاهر و

<sup>۱</sup> العاملی، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، جلد ۲، قم: کتابفروشی مفید، بی‌تا، صص ۱۴۴-۱۴۲؛ نوبهار، رحیم و امیر عرفانی فر، «واکاوی تحلیلی- انتقادی تفاوت‌های میان حد و تعزیر»، *فصلنامه راهبرد*، ۲۶/ بهار ۱۳۹۶، شماره ۸۲، صص ۲۲۷-۲۱۲.

<sup>۲</sup> انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین، *کتاب مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات*، جلد ۵، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵، صص ۱۵-۱۳.

راجح تعزیر یا مجازات تغییربردار است و منشأ این ظهور چیزی نیست جز غلبهٔ افرادی و مصداقی. آنچه در آغاز از کیفر به ذهن متبادر می‌شود، تغییر است و این معنا رُجحان دارد. رویکرد کلی شارع با تقسیم‌بندی مرسوم مجازات‌ها در فقه نیز گواهی بر این معناست. درحالی‌که افراد و مصداقی جرایم مستوجب حد به‌دشواری به ده یا بیست مورد می‌رسند، فهرست بلندی از جرایم مستوجب تعزیر وجود دارد.<sup>۱</sup>

### اصل در معنای قاعدهٔ مستفاد از عمومات

اصل قاعده‌ای است که عمومات موجود در آن باب به دست می‌دهند. چه بسا بتوان در این باره، به قواعد عام حاکم بر مجازات‌ها به‌عنوان عمومات موجود در باب کیفر بازگشت.

### اصل تناسب جرم و مجازات

یکی از قواعد عام حاکم بر مجازات‌ها اصل تناسب جرم و مجازات می‌باشد.<sup>۲</sup> اقتضای استفادهٔ بهینه از مجازات این است که نوع و میزان مجازات با توجه به ویژگی‌های جرم ارتکابی تعیین شود. بنابراین چنانچه شدت و ضعف مجازات، متناسب با شدت و ضعف جرم نباشد، چنین مجازاتی عادلانه نخواهد بود.<sup>۳</sup> تعیین مجازات ثابت برای یک رفتار مجرمانه که ممکن است در درجات مختلف تحقق پیدا کند، بدون توجه به شدت و ضعف و درجات تحقق آن، با اصل تناسب جرم و مجازات منافات دارد. بنابراین، تعزیر است که می‌تواند مجرای قاعدهٔ عام تناسب جرم و مجازات باشد.<sup>۴</sup> شهید اول، جریان اصل تناسب در تعزیرات، و عدم جریان آن در حدود را یکی از تفاوت‌های حد و تعزیر معرفی می‌کند.<sup>۵</sup>

### اصل فردی کردن مجازات‌ها

یکی دیگر از قواعد عام حاکم بر مجازات‌ها اصل فردی کردن مجازات‌هاست. به‌کارگیری این قاعده مستلزم توجه به ویژگی‌ها و وضعیت مرتکب جرم و سایر مصالح اجتماعی در تعیین نوع و میزان مجازات است. «این اصل اجازه می‌دهد که دادرسان بتوانند به جای مجازات معمولی به مجازات متناسب رأی دهند. این اصل مخالف ثابت بودن مجازات‌هاست.»<sup>۶</sup>

### قاعدهٔ درء

«قاعدهٔ درء» یکی دیگر از قواعد عام حاکم بر کیفر است. مقصود از حد در روایت «ادرئوا الحدود بالشبهات»<sup>۷</sup> مطلق مجازات است و نه حدود اصطلاحی. بنابراین، مفاد این قاعده در همهٔ مجازات‌ها قابل اعمال است. نباید پنداشت که برای

<sup>۱</sup> نوپهار، رحیم، *اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی - چشم‌اندازی اسلامی*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹، ص ۲۵۲.

<sup>۲</sup> موسوی اردبیلی، سید عبد‌الکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، جلد ۳، قم: مؤسسهٔ النشر لجامعهٔ المفید رحمه الله، ۱۴۲۷، جلد ۳، ص ۵۷۲.

<sup>۳</sup> سوره یونس، آیه ۲۷؛ سوره غافر، آیه ۴۰؛ محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، جلد ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۲۲۳.

<sup>۴</sup> نوپهار، رحیم، *منبع پیشین*، صص ۲۲۴ - ۲۲۳.

<sup>۵</sup> العاملی، محمد بن مکی، *منبع پیشین*، ص ۱۴۳.

<sup>۶</sup> الهام، غلام‌حسین و محسن برهانی، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، جلد ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳، ص ۳۹.

<sup>۷</sup> بروجردی، سید حسین، *منابع فقه شیعه (متن و ترجمه جامع احادیث الشیعه)*، جلد ۳۰، مترجمان: احمد اسماعیل تبار، سید احمدرضا

حسینی و مهدی حسینیان قمی، تهران: فرهنگ سبز، ۱۳۸۷، ص ۵۹۲، ح ۳.

جریان این قاعده، نخست باید صدق عنوان حدی بودن را احراز کرد.<sup>۱</sup> با توجه به اینکه غالباً مجازات‌های حدی شدیدتر از مجازات‌های تعزیری‌اند، چنانچه فقیه در مقام بررسی ماهیت یک مجازات میان حد و تعزیر مردّد بود، اقتضاء قاعده درء، سقوط حدی بودن آن است. هم‌راستا با قاعده درء، می‌توان از «اصل احتیاط در دماء»<sup>۲</sup> و «بناء حدود بر تخفیف و مسامحه»<sup>۳</sup> نیز یاد کرد. اقتضاء این قواعد، تعزیری قلمداد کردن مجازات‌هایی است که ماهیتاً مشکوک‌اند.

### اصل برائت

حالت اولیه براساس «اصل برائت»، رهایی و آزادی از تکلیف است و وضع هرگونه تکلیف الزامی که نقض آن، جرم و مستوجب مجازات باشد، با اصل برائت مخالفت دارد. سپس، چنانچه کسی مرتکب جرمی شده باشد که در مستوجب حد یا تعزیر بودن آن تردید وجود دارد، اقتضاء اصل مزبور، برائت ذمه وی از حد است. در روایات، یک‌سری قواعد خاص بر حدود بار شده که در تلقی رایج، منصرف به حدود اصطلاحی شده‌اند.<sup>۴</sup> این قواعد خاص منجر به وجود محدودیت‌هایی در حدود اصطلاحی شده‌اند. حال چنانچه در حد یا تعزیر بودن مجازاتی تردید کنیم، اصل فوق، مقتضی برائت ذمه مرتکب از حد و قواعد اختصاصی و محدودکننده آن است. در مباحث مربوط به حدود، به این اصل بسیار استناد شده است.<sup>۵</sup>

### اصل در معنای استصحاب

سومین معنای اصل استصحاب است. چنانچه مهم‌ترین ویژگی جرایم مستوجب حد را «تقدیر شرعی» بدانیم،<sup>۶</sup> مقتضای «اصل عدم» عدم تقدیر شرعی خواهد بود. بنابراین، برای اثبات اینکه جرمی مستوجب حد است، لزوماً باید تقدیر شرعی، البته به شکلی که حد را ایجاد می‌کند، احراز شود. در فرض تردید، «استصحاب عدم تقدیر» مقتضی تعزیری بودن مورد مشکوک است.

### اصل در معنای اساس و طبع اولیه

اصل، ریشه، اساس و طبع نخستین موضوع مورد بحث است. به نظر، وضع کیفر و بنای عرفی و عقلایی آن بر تغییر است. کیفر به‌عنوان واکنش اجتماعی در طبیعت و ذات خود نسبت به زمان‌ها، مکان‌ها، و فرهنگ‌های مختلف، امری متحوّل و متغیّر است؛ مگر اینکه امری از خارج بر آن عارض شده یا تأمین اهداف کیفر، مستلزم ثبات در آن به‌طور محدود و استثنايي شود.

### ضابطه یابی برای حدانگاری کیفر

اصل اولی مقتضای مستوجب تعزیر بودن جرایم است. بنابراین، آنچه نیازمند احراز است، حدی بودن است. این امر ایجاب

<sup>۱</sup> نوپهار، رحیم، منبع پیشین، ص ۲۵۱.

<sup>۲</sup> الحلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد ۴، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق، ص ۱۴۸.

<sup>۳</sup> تبریزی، جواد، *تنقیح مبانی الاحکام*، جلد ۲، قم: دارالصدیقه‌الشهیده، ۱۴۲۹ق، ص ۱۱۶.

<sup>۴</sup> نجفی، محمدحسن، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۴۱، بیروت: داراحیاء التراث العربی، بی‌تا، ص ۲۵۷.

<sup>۵</sup> طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلافا*، جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق، صص ۳۸۳ - ۳۸۲ و ص ۳۹۱ و ص ۴۰۷؛ محمدحسن

نجفی، منبع پیشین، جلد ۴۱، ص ۳۹۳.

<sup>۶</sup> العاملی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، جلد ۱۴، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق، ص ۳۲۶.

می‌کند که ملاک‌های حدانگاری بازشناخته و بر مصادیق عرضه شوند. همچنین در فرض شک، باید به اصل تعزیری بودن بازگشت. در روایات گفته شده که حد مجازاتی غیر از تعزیر است، اما ضابطه تفکیک حد از تعزیر در روایات نیامده و مبتنی بر فهم فقیهان از مجموع نصوص است.

### کافی نبودن صرف تقدیر شرعی کیفر برای حدی‌انگاری آن

ضابطه‌ای که در غالب نوشته‌های فقهی برای حدی بودن مجازات آمده، «تقدیر شرعی» است. بنابر فرض، آنچه شارع مقدس به عنوان مجازات تقدیر نماید، حد است و تغییرناپذیر، و هرآنچه از مجازات، که شارع مقدس واگذار و درباره آن دست به تقدیر نزند، تعزیر است و تغییرپذیر.<sup>۱</sup> مفهوم «تقدیر شرعی» تقریباً در همه تعاریفی که از حد شده، وجود دارد.<sup>۲</sup> از مفهوم مخالف عبارت شهید ثانی،<sup>۳</sup> در بیان چرایی تعزیری بودن برخی جرایم برمی‌آید که چنانچه نصی از جانب شارع مقدس مبنی بر تقدیر مجازات رسیده باشد، آن مجازات حدی خواهد بود. یکی از فقیهان معاصر معنای اولیه تقدیر را «تعیین میزان و کمیت» می‌شمارد، اما در نهایت برای تقدیر شرعی، صرف تعیین عنوان را کافی دانسته، هرچند که تعیین میزانی در آن صورت نگرفته باشد.<sup>۴</sup>

در روایات، مواردی از تقدیر شرعی دیده می‌شود که نمی‌توان با قاطعیت آن‌ها را به حدود اصطلاحی ملحق کرد.<sup>۵</sup> حدی یا تعزیری بودن کیفرهایی که در برخی روایات<sup>۶</sup> برای سارق نابالغ تعیین شده، جداً محل تردید است. مجازات‌هایی با ماهیت دوگانه نیز وجود دارد که با عنوان «تعزیرات منصوص» شناخته می‌شوند و روشن‌ترین دلیل بر عدم کفایت صرف تقدیر شرعی کیفر برای حدانگاری محسوب می‌شوند. تعزیرات منصوص، مجازات‌های مقدری‌اند که فقیهان درباره ماهیت آن‌ها هم‌داستان نیستند. برخی این موارد را تعزیر دانسته، مجازات‌های مذکور در روایات را مصداقی تلقی کرده و قائل به پایبندی به آن‌ها نیستند.<sup>۷</sup> برخی به مجازات‌های معین شده پایبندند، اما سایر احکام حدود را به این مجازات‌ها تعمیم نمی‌دهند.<sup>۸</sup> برخی دیگر همه این موارد را حد محسوب می‌کنند.<sup>۹</sup> بدین ترتیب، به نظر می‌رسد آنچه که ملاک حدی بودن مجازات است، صرف تقدیر شرعی کیفر نیست؛ زیرا در این صورت باید دست‌کم در حدی بودن همه موارد تعزیرات منصوص، میان همه فقیهان، اتفاق نظر وجود می‌داشت. اساساً اختلاف فقیهان در اسباب و شمارگان حد و تعزیر، به نوبه

<sup>۱</sup> ورعی، سید جواد، ارتداد، «نگاهی دوباره (تقریری از مباحث آیت‌الله موسوی اردبیلی - رمضان ۱۴۲۰ - قسمت سوم)»، حکومت اسلامی، دوره ۵، بهار ۱۳۷۹، شماره ۱، ص ۱۰۲.

<sup>۲</sup> تبریزی، جواد، منبع پیشین، ص ۷؛ الحلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، منبع پیشین، ص ۱۳۶؛ العاملی، زین‌الدین بن علی، منبع پیشین، ص ۳۲۶.

<sup>۳</sup> العاملی، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، جلد ۹، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق، ص ۳۰۴.

<sup>۴</sup> تبریزی، جواد، منبع پیشین، ص ۱۱.

<sup>۵</sup> بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، ص ۶۹۰ ح ۳ و ص ۹۷۸، ح ۱.

<sup>۶</sup> همان منبع، ص ۹۹۰، ح ۸.

<sup>۷</sup> مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه فی شرح تحریر الوسیله - کتاب الحدود*، جلد ۲، تهران: مؤسسه چاپ و نشر عروج، ۱۴۳۴ ق، ص ۲۹۲.

<sup>۸</sup> العاملی، زین‌الدین بن علی، منبع پیشین، جلد ۱۴، ص ۳۲۷ - ۳۲۶؛ نجفی، محمدحسن، منبع پیشین، جلد ۴۱، ص ۲۵۵.

<sup>۹</sup> اصفهانی، محمد بن حسن، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، جلد ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ هـ، صص ۵۴۴ - ۵۴۳؛ فاضل موحی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ ق، صص ۱۲ - ۸ و ص ۴۲۴؛ موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکمله المنهاج*، جلد ۴۱ موسوعه، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخویی، ۱۴۲۸ هـ، صص ۳۹۱ - ۲۰۳؛ اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، جلد ۱۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق، صص ۱۷۷ - ۱۷۶.

خود، دلیلی روشن بر کافی نبودن صرف تقدیر شرعی کیفر برای حدانگاری است.

### ضابطه حدی انگاری جرم، افزون بر تقدیر شرعی کیفر

فقیهان به‌رغم اینکه «تقدیر شرعی کیفر» را ملاک حدی بودن آن می‌دانند، اما پس از ورود به بحث، گویی چیزی را به این ضابطه می‌افزایند؛ وگرنه قاعدتاً نباید با ضابطه یکسان به نتیجه‌های متفاوت رسید. به نظر می‌رسد «تقدیر شرعی کیفر» برای حدی محسوب شدن آن لازم است، اما کافی نیست.<sup>۱</sup> در ادامه به احتمال‌های مختلف برای تعیین دقیق ضابطه حدی بودن مجازات خواهیم پرداخت.

### تقدیر شرعی کیفر همراه با به‌کارگیری واژه حد

با توجه به تعبیر فقیهان به واژگان به‌کاررفته در نصوص، احتمالاً ضابطه حد بودن مجازات، تقدیر شرعی کیفر همراه با به‌کارگیری واژه حد باشد. در نوشته‌های فقهی به مجازات اعدام برای تکرار جرم، حد اطلاق نشده است.<sup>۲</sup> همچنین به برخی از جرایم، مانند «دشنام‌دادن به پیامبر یا یکی از امامان علیهم‌السلام»، «ادعای پیامبری»، «تردید در نبوت پیامبر اسلام»، «جادوگری» و «قذف مادر پیامبر اسلام»، به‌رغم داشتن مجازات اعدام، حد اطلاق نشده و بی‌اختصاص فصلی جداگانه، در ضمن بحث از جرایم دیگر به آن‌ها پرداخته شده است.<sup>۳</sup> در نوشته‌های فقهی مربوط، تقریباً همان واژگان و اصطلاحات به کار رفته در روایات آمده است.<sup>۴</sup> فقیهان متأثر از روحیه احتیاط و تعبیر محض به نصوص، از آنجا که در متن روایت به این مجازات‌های مقدر حد اطلاق نشده، از تصریح به حد بودن آن‌ها ابا کرده‌اند. چه بسا از نگاه آن‌ها، قدر متیقن حد انگاشتن کیفر، جایی است که هم مجازات مقدر وجود داشته باشد و هم به آن مجازات حد اطلاق شده باشد. یکی از فقیهان معاصر، هم‌راستا با این دیدگاه، می‌گوید: «آیا حکم قتل مرتد، حد است؟ در روایات از آن به حد تعبیر نشده است. محقق در شرایع نیز آن را در باب تعزیرات آورده، و در باب حدود تنها مواردی را آورده که در روایات از آنها حد تعبیر شده باشد.»<sup>۵</sup>

در قرآن کریم به هیچ‌یک از این مجازات‌های مقدر حد اطلاق نشده است. همچنین در هیچ‌یک از کاربردهای حد و مشتقات آن در قرآن کریم معنای مجازات افاده نشده است. در روایات کاربست حد درباره جرایم و مجازات‌ها چند گونه است: نخست اینکه واژه حد و عناوین مجرمانه همراه هم در یک روایت به کار رفته‌اند.<sup>۶</sup> دومین شیوه، اضافه شدن واژه حد به عنوان مجرمانه یا به اسم فاعل عنوان مجرمانه است.<sup>۷</sup> سومین شیوه همراه شدن واژه حد با مجازات است.<sup>۸</sup> به‌رغم وفور چنین کاربردهایی از حد در روایات، این به تنهایی برای تشخیص حدی بودن مجازات کافی نیست. بنابر یک مبنای

<sup>۱</sup> «اما حتی بر مبنای نظریه‌ای که تبعیت از نص در زمینه‌ی میزان مجازات را لازم می‌داند، تعیین مجازات به تنهایی به معنای آن نیست که کیفر مقدر الزاماً از باب حد است.» نوبهار، رحیم، منبع پیشین، ص ۲۵۹.

<sup>۲</sup> العاملی، محمد بن مکی، *اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه*، بیروت: دارالتراث-الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق، ص ۲۵۷.

<sup>۳</sup> همان منبع، ص ۲۵۹.

<sup>۴</sup> بروجرودی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۸۴۴، ح ۲ و ص ۱۱۲۴، ارجاعات (روایت ۷ از باب ۲۳ از ابواب ما یکتسب به).

<sup>۵</sup> سید جواد ورعی، منبع پیشین، ص ۱۰۲.

<sup>۶</sup> بروجرودی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۵۴۴، ح ۳.

<sup>۷</sup> همان منبع، ص ۵۸۸، ح ۸ و ص ۶۷۲، ح ۱۳.

<sup>۸</sup> همان منبع، ص ۶۹۴، ح ۳.

واژه حد در معنای مطلق مجازات حقیقت دارد. بنابراین برای اثبات کاربست آن در معنای مجازات مقدر، لازم است که قرینه‌ای وجود داشته باشد.<sup>۱</sup> ممکن است تصور شود که عناوین مجرمانه‌ای که در روایات به کار رفته، خود قرینه‌ای بر حدی بودن مجازات‌های معین شده است. اما به نظر می‌رسد این عناوین قرینه‌ای قابل اطمینان نیستند. چه اینکه، قرینه‌انگاری عناوین مجرمانه به کاررفته در روایات، پسینی و برخاسته از ذهن مأنوس با تلقی رایج از دوگانه حد-تعزیر است. اینکه، در تلقی رایج، عناوین مجرمانه مذکور در روایات مستوجب حد هستند، نمی‌تواند، به صورتی اطمینان‌آور، قرینه‌ای بر حدی بودن آن‌ها در ذهن امام علیه‌السلام یا مخاطب وی باشد. بنابراین، چه بسا در همین روایات هم مقصود از حد مطلق مجازات باشد. بر نکته گفته‌شده باید نمونه‌های متعدد نقضی را که به‌رغم کاربرد حد در روایت، مجازات مذکور، در برداشت رایج، تعزیر محسوب شده را نیز افزود.<sup>۲</sup> درباره اضافه شدن «حد» به مجازات‌های «جلد» یا «رجم» باید گفت که این کاربرد نیز برای تشخیص ماهیت مجازات راهگشا نیست. چه اینکه، مجازاتی مانند «جلد» مشترک میان حدود و تعزیرات است و همچنین، به نظر، حد در این روایات غالباً در معنای لغوی خود به کار رفته است. بر این اساس «حد الجلد» یعنی «مقدار تازیانه»، و «حدالرجم» یعنی ملاک و ضابطه رجم.

### تقدیر شرعی کیفر، بدون لحاظ هیچ اندازه‌ای از اختیار برای حاکم

حد مجازاتی است که مقدار آن تعیین شده است، به‌گونه‌ای که کاستن از آن یا افزودن به آن امکان ندارد.<sup>۳</sup> این باعث شده که فقیهان فقط مجازات مقدری را حد بدانند که هیچ اندازه‌ای از اختیار برای حاکم در کم و زیاد کردن آن لحاظ نشده باشد.<sup>۴</sup> ظاهراً لحاظ هرگونه اختیار برای حاکم در چند و چون مجازات، به آن مجازات، رنگ و بوی تعزیر خواهد داد.<sup>۵</sup> از عبارت شهید ثانی پس از ذکر برخی از موارد تعزیرات منصوص<sup>۶</sup> برمی‌آید که ملاک تقدیر شرعی ایجادکننده حد، امکان یا عدم امکان مراجعه به قاضی برای تعیین مجازات است. بنابراین، چنانچه در تقدیر شرعی، امکان مراجعه به قاضی در تعیین مجازات لحاظ شده باشد، آن مجازات حدی نخواهد بود؛ چه برای آن مجازات انواع یا کمینه و بیشینه‌ای مشخص شده باشد، چه نشده باشد.

### ماهیت کیفر محاربه

بنابر ضابطه عدم تخییر در حدود برای قاضی، محاربه بیشتر به جرمی مستوجب تعزیر شباهت دارد.<sup>۷</sup> برخی از فقیهان برای رهایی از این تعارض، از میان قول تخییر و ترتیب در مجازات‌های محاربه، قول ترتیب را پذیرفته‌اند تا بدین صورت از اختیار قاضی در حد محاربه جلوگیری کرده باشند.<sup>۸</sup> در این باره نکاتی درخور بیان است:

<sup>۱</sup> موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم، منبع پیشین، جلد ۱، ص ۱۳؛ محقق داماد، سید مصطفی، منبع پیشین، جلد ۴، ص ۶۹.

<sup>۲</sup> بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۵۴۴، ح ۲ و ص ۶۹۴، ح ۱ و ص ۹۶۸، ح ۱.

<sup>۳</sup> فاضل موحدی لنکرانی، محمد، منبع پیشین، ص ۷.

<sup>۴</sup> موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، الدر المنصود فی أحكام الحدود، جلد ۱، مقرر: عباس کریمی جهرمی، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ق، ص ۲۱.

<sup>۵</sup> العاملی، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، منبع پیشین، ص ۱۴۴.

<sup>۶</sup> العاملی، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، منبع پیشین، ص ۳۲۷.

<sup>۷</sup> «ان ما ذکره فی آخر کلامه لو کان صحیحاً لکان عقوبة المحارب حینئذ تعزیراً، لأن عقوبته دائرة بین أمور ثلاثة تعیینها منوط بید الحاکم.» موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، منبع پیشین، جلد ۱، ص ۲۳.

<sup>۸</sup> مکارم شیرازی، ناصر، منبع پیشین، جلد ۱، ص ۱۱.



یکم: به نظر می‌رسد نمی‌توان برای حل این تعارض به انتخاب قول ترتیب پناه برد. زیرا قول تخییر، قول کم‌ارجحی در میان فقیهان نیست تا بتوان به سادگی از آن عبور کرد.<sup>۱</sup> حتی کیفیت ترتیبی که برخی از فقیهان برگزیده‌اند، آمیزه‌ای از تخییر و ترتیب است.<sup>۲</sup> جا دارد که دست‌کم تکلیف ماهیت جرم محاربه از دیدگاه چنین فقیهانی روشن شود.

دوم: حتی با پذیرش قول ترتیب نیز جرم محاربه رنگ و بوی تعزیری خود را از دست نمی‌دهد. مبنای پذیرش قول ترتیب و دست کشیدن از ظهور تخییر در آیه محاربه، استبعادی است که فقیهان درباره مجازات‌های این جرم مطرح کرده‌اند.<sup>۳</sup> فقیهان با دغدغه عدم رعایت اصل تناسب جرم و مجازات در قول تخییر، قول ترتیب را برگزیده‌اند. این در حالی است که فقیهان طرفدار قول تخییر نیز رعایت اصل تناسب را در این باره اولی<sup>۴</sup> و لازم<sup>۵</sup> دانسته‌اند. لزوم رعایت اصل تناسب جرم و مجازات در تعیین مجازات محاربه در روایات هم آمده است.<sup>۶</sup> اینکه از سویی مبنای اتخاذ قول ترتیب رعایت اصل تناسب جرم و مجازات باشد، و از دیگر سو لحاظ این اصل، در قول تخییر، اولی و لازم محسوب شود، خود دلالتی روشن بر ماهیت تعزیری محاربه دارد؛ زیرا برابر تلقی رایج، نه حدود و مجازات‌های ثابت، که این مجازات‌های تعزیری است که بستر جریان اصل تناسب جرم و مجازات می‌باشد.<sup>۷</sup> چه بسا فقیهان به همین دلیل که اصل تناسب جرم و مجازات در حدود راه ندارد، لحاظ اختیار برای قاضی در تعیین مجازات را مخالف حدی بودن آن قلمداد کرده‌اند.

سوم: عدم تخییر برای قاضی در تعیین مجازات، متفرع است بر تقدیر شرعی آن. نمی‌توان برای از بین بردن اختیار قاضی در تعیین مجازات، از تقدیر شرعی کیفر چشم پوشید. درباره کیفیت ترتیب مجازات‌های محاربه، دست‌کم چهار قول فقهی متفاوت وجود دارد.<sup>۸</sup> صاحب ریاض گواهی می‌دهد که این اقوال برگرفته از نصوص نمی‌باشند و هرچند که همه اقوال در اصل ترتیب مشترک‌اند، اما در کیفیت آن متهاافت می‌باشند.<sup>۹</sup> این تهاافت و عدول از نصوص باعث شده که ایشان اصل قول ترتیب را بپذیرد، اما در کیفیت آن توقف کند.<sup>۱۰</sup> بنابر فرض، عدول از تقدیر شرعی در بیان کیفیت ترتیب، نارواست و سنگ‌بنای مجازات حدی، یعنی پایبندی به تقدیر شرعی، را متزلزل می‌کند. اما عدول از مقدرات شرعی در تعزیرات رایج و رواست. یک قول فقهی وجود دارد که تقدیر شرعی کیفر در برخی تعزیرات را از باب مصداق دانسته و خود را به آن پایبند نمی‌داند.<sup>۱۱</sup>

چهارم: آنچه در نصوص شرعی، راجع به کیفیت ترتیب آمده، تمامی فروض مسئله را پوشش نمی‌دهد.<sup>۱۲</sup> حتی بر فرض آنکه مجازات‌های مذکور در قول ترتیب، حدی باشد، چنانچه جرم محاربه در اشکال گفته‌نشده در روایات رخ داد، مجازات‌های آن ماهیتاً تعزیری است. چه اینکه این اشکال ارتکاب در نصوص شرعی نیامده و برای آن مجازاتی تعیین

<sup>۱</sup> العاملی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، جلد ۱۵، منبع پیشین، ص ۱۲.

<sup>۲</sup> موسوی خویی، سید ابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۳۸۵.

<sup>۳</sup> نجفی، محمدحسن، منبع پیشین، ص ۵۷۴؛ فاضل موحدی لنگرانی، محمد، منبع پیشین، ص ۶۵۳.

<sup>۴</sup> موسوی خمینی، سید روح‌الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۲، قم: موسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا، ص ۴۹۳.

<sup>۵</sup> موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، منبع پیشین، جلد ۳، ص ۵۷۳.

<sup>۶</sup> بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۱۰۲۲، ح ۱۸.

<sup>۷</sup> العاملی، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، منبع پیشین، ص ۱۴۳.

<sup>۸</sup> فاضل موحدی لنگرانی، محمد، منبع پیشین، صص ۶۵۷ - ۶۵۵؛ موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، منبع پیشین، جلد ۳، صص ۵۶۶ - ۵۶۲.

<sup>۹</sup> طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة*، جلد ۱۶، قم: موسسه آل‌البیت، ۱۴۱۸ق، ص ۱۵۵.

<sup>۱۰</sup> همان، صص ۱۵۷ - ۱۵۶.

<sup>۱۱</sup> مکارم شیرازی، ناصر، منبع پیشین، جلد ۱، ص ۱۱.

<sup>۱۲</sup> العاملی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، منبع پیشین، جلد ۱۵، ص ۱۲.

نشده است.

پنجم: یکی از مجازات‌های محاربه «نفی من الارض» است که فقیهان غالباً آن را به معنای تبعید محارب می‌دانند. بیشتر فقیهان برای تبعید، مدتی مشخص نکرده‌اند. برخی، بدون تعیین مدت، پایان تبعید را در گرو توبه محارب می‌دانند.<sup>۱</sup> برخی، احتیاط را در این می‌دانند که حداقل زمان تبعید، کمتر از یک سال نباشد، حتی اگر محارب توبه کند.<sup>۲</sup> برخی دیگر، تبعید را دائمی دانسته و توبه محارب را در پایان دادن تبعید بی‌اثر می‌دانند.<sup>۳</sup> برخی از فقیهان متقدم نیز معتقدند که مدت تبعید به نظر حاکم بستگی دارد.<sup>۴</sup> با توجه به قول مشهور فقیهان، مبنی بر عدم تعیین مدت برای تبعید، این مجازات به تعزیرات شباهت می‌یابد؛ زیرا حد مجازاتی است که دقیقاً مضبوط است، اما تبعیدی که مقید به زمان نیست، فاقد این ویژگی و به تعزیر شبیه است.

ششم: دشوار بتوان محاربه یا افساد فی الارض را تنها با استناد به آنچه در قرآن کریم ذکر شده، حد قلمداد کرد. قرآن کریم برای این جرم طیفی از مجازات‌ها را پیشنهاد کرده است. از کیفر اعدام، به دارآویختن، قطع دست راست و پای چپ، تا تبعید؛ آن هم بدون ذکر مدت و مکان تبعید. این رویکرد قرآن کریم به کیفر محاربه و افساد فی الارض، بیشتر با تعزیری بودن آن سازگار است. چیزی که با حکمت و عقل هم کاملاً هماهنگ است. زیرا محاربه و افساد فی الارض، اعم از آن که یک یا دو جرم باشند، مقوله‌ای کاملاً نسبی و تشکیک بردارند. قرآن کریم هم طیف متنوعی از مجازات‌های رایج در آن زمان را به‌عنوان واکنش به این جرم پیشنهاد کرده است. به زبان حقوقی، اگر محاربه و افساد فی الارض اشاره به جرایم علیه امنیت، حاکمیت و جامعه باشد، این جرم بیشتر رنگ و بوی تعزیر به خود می‌گیرد، چه اینکه مجازات، بسته به شدت و ضعف جرم و خصوصیات بزهکار تعیین خواهد شد.<sup>۵</sup>

از لحن عبارت‌پردازی برخی فقیهان برمی‌آید که ایشان جرم محاربه را آمیزه‌ای از حد و تعزیر می‌دانند. شیخ طوسی در خلاف، در یک جا تبعید را تنها کیفری تعزیری برای محاربه از نوع ضعیف برمی‌شمارد،<sup>۶</sup> و در جایی دیگر، آن را از حدودی که واجب شده باشد، بر نمی‌شمارد.<sup>۷</sup> شهید اول، در مقام برشمردن حد محارب، از تبعید سخن نمی‌گوید.<sup>۸</sup> گویی وی مجازات‌های اعدام، صلب و قطع مخالف را ماهیتاً حدی، اما تبعید را از این قماش نمی‌داند.

## ماهیت کیفر لواط

درباره مجازات لواط، قاضی مخیر است تا از میان شیوه‌های گوناگون مجازات اعدام، هریک را که مناسب دید، برگزیند. همچنین قاضی می‌تواند، میان شیوه‌های مختلف اعدام با سوزاندن مجرم جمع کند.<sup>۹</sup> اگر بنا باشد که لحاظ اختیار برای قاضی در تعیین مجازات، با حدی بودن آن منافات داشته باشد، این هم نوعی اختیار است. ممکن است گفته شود که

<sup>۱</sup> همان منبع، ص ۱۸.

<sup>۲</sup> موسوی خمینی، سید روح‌الله، منبع پیشین، ص ۴۹۴.

<sup>۳</sup> موسوی خویی، سید ابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۳۹۲.

<sup>۴</sup> حلبی، ابوالصلاح تقی‌الدین بن نجم‌الدین، *الکافی فی الفقه*، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمومنین، ۱۴۰۳ق، ص ۲۵۲.

<sup>۵</sup> نوبهار، رحیم، «جستاری در دلایل نقلی تقسیم‌بندی حد-تعزیر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۷، تابستان ۱۳۹۳، شماره ۶۶، صص ۱۴۰-۱۳۹.

<sup>۶</sup> طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، منبع پیشین، ص ۴۵۸.

<sup>۷</sup> همان منبع، ص ۴۶۷.

<sup>۸</sup> العالمی، محمد بن مکی، *اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه*، منبع پیشین، ص ۲۶۳.

<sup>۹</sup> موسوی خمینی، سید روح‌الله، منبع پیشین، ص ۴۷۰.

مجازات مقدر برای لواط، اعدام است و قاضی صرفاً شیوه اعدام را انتخاب خواهد کرد. بنابراین، لحاظ چنین اختیاری با حدی بودن کیفر منافاتی ندارد. در پاسخ می توان گفت، اگر تشریع شیوه های گوناگون اعدام برای لواط کار برای تأمین اهدافی مثل بازدارندگی بیشتر کیفر باشد،<sup>۱</sup> این اختیار به قاضی داده شده که برای تأمین اهداف کیفر دست به انتخاب شیوه اعدام بزند. این در حالی است که مشهور، جایگاه تأثیرگذاری چنین مصالحی در کیفر را تعزیرات می داند.<sup>۲</sup> از سویی، برخی در اینکه همه موارد مذکور لزوماً شیوه هایی برای اعدام اند یا گونه هایی مستقل از مجازات می باشند، تشکیک کرده و معتقدند میان به کارگیری این شیوه ها و مرگ مرتکب در همه موارد ملازمه قطعی وجود ندارد.<sup>۳</sup>

### تقدیر شرعی سازوار و نسبتاً یک دست کیفر

فقیهان درباره مجازات های محاربه به دو راه تخییر و ترتیب رفته اند. محقق حلی، روایات دال بر قول ترتیب را دارای ویژگی های «ضعف در سند»، «اضطراب در متن» و «قصور در دلالت» دانسته، به همین جهت آنها را کنار گذاشته، قول تخییر را برمیگزیند.<sup>۴</sup> عبارات شهید ثانی در توضیح ویژگی «اضطراب در متن»<sup>۵</sup> نشان می دهد، دلیل دست کشیدن از روایات در بردارنده تقدیر شرعی کیفر، آشفتگی و درهم بودن احکامی است که در این روایات آمده است. بر این پایه، به نظر می رسد روایاتی که کیفر را مقدر می کنند، باید سازوار و یک دست باشند تا بتوان کیفر مقدر شرعی را از آنها دریافت کرد. ناهمگون، آشفتگی و ناسازوار بودن روایات تقدیرکننده کیفر، خود نشانه ای است بر اینکه کیفرهای مذکور در این روایات حدی و همیشگی نیستند، بلکه کیفرهایی تعزیری اند که به فراخور زمان و مکان، و به تناسب جرم ارتكابی و شرایط مجرم برگزیده شده اند.<sup>۶</sup> صاحب جواهر نیز برای توجیه آشفتگی موجود در روایات قول ترتیب، استدلالی این چنین آورده است.<sup>۷</sup> از مواردی که یک دست نبودن کیفر شرعی تقدیر شده، باعث تعزیری تلقی شدن آن شده است، می توان به جرایم «آمیزش با چهارپایان» و «قرار گرفتن دو نفر نامحرم زیر یک لحاف به صورت برهنه» اشاره کرد. در مورد اخیر، یکی از فقیهان معاصر، پس از آوردن همه روایات مربوط، تعارض های موجود در آنها را بر مصلحت بینی های امام در وضعیت های مختلف حمل کرده است.<sup>۸</sup>

### ماهیت کیفر لواط و مساحقه

برای لواط در روایت های گوناگون، مجازات های ناسازوار و ناهمگونی پیشنهاد شده است. در روایات، برای فاعل در لواط، این مجازات ها تعیین شده است: «ضربه ای با شمشیر»،<sup>۹</sup> «پرتاب کردن از کوه با دست و پای بسته»،<sup>۱۰</sup> «سوزاندن با

<sup>۱</sup> الحلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۳۶.

<sup>۲</sup> العاملی، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، منبع پیشین، ص ۱۴۴.

<sup>۳</sup> یزدی، محمد، «نکته ای در مجازات لواط»، فصلنامه فقه اهل بیت، سال ۹، بهار ۱۳۸۲، شماره ۳۳، ص ۹۲.

<sup>۴</sup> الحلی، نجم الدین جعفر بن حسن، منبع پیشین، ص ۱۶۸.

<sup>۵</sup> العاملی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح تساریع الاسلام، منبع پیشین، جلد ۱۵، صص ۱۱-۱۲.

<sup>۶</sup> نوبهار، رحیم، «بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام برای تکرار جرایم حدی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال ۲، زمستان ۱۳۹۲، شماره ۵، ص ۳۵.

<sup>۷</sup> نجفی، محمدحسن، منبع پیشین، جلد ۴۱، ص ۵۷۸.

<sup>۸</sup> خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، جلد ۷، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق، صص ۸۲-۷۹.

<sup>۹</sup> بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، صص ۷۷۲-۷۵۶، ح ۱۴ و ۱۴۰۲.

<sup>۱۰</sup> همان منبع، ح ۱ و ۲.

آتش»<sup>۱</sup>، «سنگسار در صورت احسان»<sup>۲</sup>، «حد یا جلد در صورت عدم احسان»<sup>۳</sup>، «سنگسار با تصریح به عدم اشتراط احسان»<sup>۴</sup>، «اعدام به اضافه سوزاندن با آتش»<sup>۵</sup>، «صد تازیانه»<sup>۶</sup> و «اعدام»<sup>۷</sup> برای مفعول در لواط، این مجازات‌ها در روایات آمده است: «سوزاندن با آتش»<sup>۸</sup>، «سنگسار با تصریح به عدم اشتراط احسان»<sup>۹</sup>، «اعدام»<sup>۱۰</sup>، «اعدام به اضافه سوزاندن با آتش»<sup>۱۱</sup> و «حد زنا»<sup>۱۲</sup> در برخی از روایات، مجازات برای فاعل و مفعول لواط، مشترکاً تعیین شده است: «سنگسار با تصریح به عدم اشتراط احسان»<sup>۱۳</sup>، «اعدام»<sup>۱۴</sup>، «اعدام به اضافه سوزاندن با آتش»<sup>۱۵</sup> و «سنگسار»<sup>۱۶</sup> برای تفخیز در روایات، مجازات «صد تازیانه»<sup>۱۷</sup>، «حد زنا»<sup>۱۸</sup> و «اعدام»<sup>۱۹</sup> تعیین شده است. درباره مساحقه به نسبت لواط روایات کمتری وارد شده، اما همین روایات اندک نیز خالی از آشفتگی نیستند. برای مساحقه مجازات‌های «سوزاندن با آتش»<sup>۲۰</sup>، «تازیانه»<sup>۲۱</sup>، «نود و هشت تازیانه»<sup>۲۲</sup>، «اعدام»<sup>۲۳</sup>، «سنگسار در صورت احسان»<sup>۲۴</sup> و «حد زنا»<sup>۲۵</sup> تعیین شده است.

در این روایات ناهمگون، در رویارویی با رفتارها و انحرافات جنسی، واکنش‌های متفاوتی گزارش شده است. ضرورتی ندارد این روایات را متعارض بدانیم و آن‌گاه برای حل تعارض میان آن‌ها چاره‌جویی‌هایی بر اساس قواعد رایج بکنیم. این اندازه از ناسازواری می‌تواند نشانه‌ای باشد بر تغییربردار بودن این مجازات‌ها. چه بسا شارع مقدس در موارد مختلف و با در نظرگرفتن ملاحظات گوناگون، مجازات‌های متفاوتی را برای جرایم جنسی در نظر گرفته است.

<sup>۱</sup> همان منبع، ح ۱ و ۲.

<sup>۲</sup> همان منبع، ح ۱۵ و ۱۶.

<sup>۳</sup> همان منبع، ح ۶.

<sup>۴</sup> همان منبع، ح ۷ و ۸.

<sup>۵</sup> همان منبع، ح ۱۳.

<sup>۶</sup> همان منبع، ح ۱۶.

<sup>۷</sup> همان منبع، ح ۲۹.

<sup>۸</sup> همان منبع، ح ۱۴ و ۱۴ و ۳۱.

<sup>۹</sup> همان منبع، ۲۵ و ۵.

<sup>۱۰</sup> همان منبع، ح ۲۱.

<sup>۱۱</sup> همان منبع، ح ۱۲.

<sup>۱۲</sup> همان منبع، ح ۱۷.

<sup>۱۳</sup> همان منبع، ح ۹.

<sup>۱۴</sup> همان منبع، ح ۱۱ و ۳۰.

<sup>۱۵</sup> همان منبع، ح ۱۳.

<sup>۱۶</sup> همان منبع، ح ۲۷.

<sup>۱۷</sup> همان منبع، ح ۲۲ و ۲۳ و ۲۸.

<sup>۱۸</sup> همان منبع، ح ۱۴.

<sup>۱۹</sup> همان منبع، ح ۲۲ و ۳۳.

<sup>۲۰</sup> همان منبع، ح ۳۰.

<sup>۲۱</sup> همان منبع، ص ۷۷۴، ح ۱.

<sup>۲۲</sup> همان منبع، ح ۲.

<sup>۲۳</sup> همان منبع، ح ۳.

<sup>۲۴</sup> همان منبع، ص ۷۷۶، ح ۱.

<sup>۲۵</sup> حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، جلد ۲۸، قم: موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ق، ص ۱۶۵، ح ۱.

### ماهیت کیفر اعدام برای تکرارکننده جرم حدی

مشهور است که مرتکبین جرایم مستوجب حد، پس از دو یا سه بار ارتکاب یک جرم و اجرای حد آن در دفعه سوم یا چهارم اعدام می‌شوند.<sup>۱</sup> انبوهی از روایات متعارض و ناسازوار درباره این مجازات وجود دارد. روایتی به‌طور عام و کلی برای تکرار همه جرایم حدی، مجازات اعدام در مرتبه سوم را تعیین کرده است.<sup>۲</sup> روایاتی برای تکرار جرم زنا اعدام را در بار سوم،<sup>۳</sup> بار چهارم<sup>۴</sup> و حتی تلویحاً در بار پنجم<sup>۵</sup> مقرر کرده است. برای تکرار جرایم لواط و مساحقه و قوادی روایتی در دست نیست. در مورد جرم شرب خمر از سویی روایات متعددی وجود دارد که مجازات اعدام را برای تکرار این جرم در دفعه سوم تجویز می‌کند.<sup>۶</sup> از دیگر سو، مواردی هم هست که اعدام را مربوط به بار چهارم تکرار این جرم می‌داند.<sup>۷</sup> درباره جرم سرقت، در حالی که تعداد زیادی از روایات تا حکم تکرار برای بار سوم را تعیین کرده و نسبت به حکم تکرار در بار چهارم ساکت‌اند،<sup>۸</sup> یکی دو روایت هست که از مجازات اعدام برای بار چهارم ارتکاب سرقت سخن می‌گوید.<sup>۹</sup> روایاتی نیز هستند که حکم اعدام را برای تکرار جرایمی تجویز می‌کنند که طبق تلقی رایج حدی نیستند. این روایات مجازات اعدام را برای تکرار جرم «رباخواری»<sup>۱۰</sup> و «روزه خواری»<sup>۱۱</sup> در بار سوم، و برای تکرار جرم «قرار گرفتن دو زن برهنه زیر یک لحاف» در بار سوم و بار چهارم تعیین کرده‌اند.<sup>۱۲</sup> برای تکرار جرایم قذف، محاربه و ارتداد (در صورتی که ابتدائاً منجر به اعدام نشود) روایتی در دست نیست. «تعارض میان این روایات به ویژه آن‌گاه رخ می‌نماید که بخواهیم ... از آن‌ها حکمی کلی برای تکرار همه جرایم حدی و تعزیری استنتاج کنیم. حال آنکه دلیلی ندارد حکم تکرار همه جرایم یکسان باشد. چنان‌که مجازات اولیه جرایم گوناگون متفاوت است، حکم تکرار آن‌ها نیز می‌تواند متفاوت باشد.»<sup>۱۳</sup> با فقدان ضابطه تقدیر شرعی نسبتاً یک‌دست و سازوار در مورد اعدام برای تکرار جرم، باید در حد بودن چنین مجازاتی تردید نمود.<sup>۱۴</sup>

### تقدیر شرعی مستقل، محوری و شناخته‌شده کیفر

بنابر فرض، حدود مجازات‌هایی‌اند که به‌روشنی توسط شارع تعیین شده، و با توجه به شمارگان اندکشان، نسبت به مجازات‌های تعزیری کاملاً شناخته‌شده می‌باشند. پرشماری اصطلاحاتی از قبیل «حد تام»، «حد کامل»، «حد ناقص»، «دون الحد»، «حداً غیر الحد»، «مکان الحد»، «بعض الحد»، «شیء من الحد»، «حداً لیس له وقت» و ... در روایات، گواهی می‌دهد که حدود مجازات‌هایی مستقل و محوری‌اند. یعنی اولاً بدون وابستگی و نسبت‌سنجی با مجازات‌های دیگر مقدر

<sup>۱</sup> العاملی، محمد بن مکی، منبع پیشین، ص ۲۵۷.

<sup>۲</sup> بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، ص ۵۸۸، ح ۱.

<sup>۳</sup> همان منبع، ص ۶۷۸، ح ۳.

<sup>۴</sup> همان منبع، ص ۶۷۸، ح ۱ و ۲ و ۴.

<sup>۵</sup> همان منبع، ص ۷۰۲، ح ۹.

<sup>۶</sup> همان منبع، ص ۸۷۸، ح ۱.

<sup>۷</sup> همان منبع، ص ۸۸۲، ح ۹ و ۱۰ و ۱۲؛ ص ۸۷۰، ح ۱۹ از باب ۲۸ اقسام الخمر و انواعه من ابواب الاشریه (ارجاعات).

<sup>۸</sup> همان منبع، ص ۹۱۸، ح ۱۹.

<sup>۹</sup> همان منبع، ص ۹۱۰، ح ۲.

<sup>۱۰</sup> همان منبع، ص ۱۱۳۸، ح ۳.

<sup>۱۱</sup> حرّ عاملی، محمد بن حسن، منبع پیشین، جلد ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۲.

<sup>۱۲</sup> همان منبع، جلد ۲۸، ص ۱۶۷، ح ۱ و ۲.

<sup>۱۳</sup> نوبهار، رحیم، بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام برای تکرار جرایم حدی، منبع پیشین، ص ۳۵.

<sup>۱۴</sup> همان منبع، ص ۴۱.

می‌شوند و ثانیاً این تقدیر غیروابسته، محور تعیین مجازات‌های دیگر قرار می‌گیرد. تقدیر شرعی برای حدود، غیروابسته است، اما تعیین مجازات‌های تعزیری با نوعی نسبت‌سنجی با حدود انجام می‌شود، «زیرا به‌طور طبیعی موردی که مستقلاً حد باشد، معمولاً با حد دیگری سنجیده نمی‌شود.»<sup>۱</sup> بنابر یک قول فقهی، میزان تعزیر در هر صنف از موجبات تعزیر، باید کمتر از مجازات حد تعیین شده برای آن صنف باشد.<sup>۲</sup> چنین رویکردی در میان فقیهان، به نوبه خود، نشان‌دهنده این باور است که حدود، مجازات‌هایی مستقل و شناخته‌شده‌اند که محور تعیین مجازات‌های تعزیری نیز می‌باشند.

### کیفرگذاری برای جرایم جنسی به صورت تابعی از مجازات زنا

تقریباً همه مجازات‌های جرایم جنسی، بر محور مجازات زنا تقدیر شده است. مجازات «آمیزش با چهارپایان» «یک چهارم حد زنا»<sup>۳</sup>؛ مجازات «آمیزش کردن در حال روزه در ماه مبارک رمضان» در فرض اکراه زن «نصف حد زنا» برای مرد، و در فرض رضایت زن «یک چهارم حد زنا» برای هر یک از زن و مرد؛<sup>۴</sup> مجازات «آمیزش با همسر در حال عادت ماهیانه» «یک چهارم حد زنا»<sup>۵</sup> و مجازات دو جرم «ازدواج با غیرمسلمان بدون اجازه همسر مسلمان»<sup>۶</sup> و «ازدواج با کنیز بدون اجازه همسر آزاد»<sup>۷</sup> «یک هشتم حد زنا» مقدر شده است. برای جرم «قرار گرفتن دو نامحرم زیر یک لحاف به صورت برهنه» نیز گاهی معادل حد زنا<sup>۸</sup> و گاهی یک تازیانه کمتر از آن<sup>۹</sup> کیفرگذاری شده است. اغلب فقیهان این مجازات‌های وابسته را تعزیری محسوب کرده‌اند.

### ماهیت کیفر قوادی

برای کیفرگذاری جرم قوادی یک روایت وجود دارد.<sup>۱۰</sup> حدی محسوب شدن مجازات قوادی بر اساس این روایت محل تردید است. اولاً، حتی اگر استفاده از واژه «حد» در این روایت را نشان حد بودن مجازات بدانیم، در این روایت واژه حد توسط سوال کننده به کار رفته است و نه امام علیه‌السلام. شیوه‌ای که نمونه آن در مورد جرم «آمیزش با همسر در حال عادت ماهیانه» نیز وجود دارد، اما کسی از فقیهان، آن جرم را مستوجب حد محسوب نکرده است. از سویی، بنابر یک مبنا، واژه حد در معنای مطلق مجازات حقیقت دارد و به کارگیری آن در معنای مجازات مقدر نیاز به قرینه دارد. این یعنی حتی به کار رفتن واژه حد در کلام امام علیه‌السلام هم به‌طور یقینی به معنای حد بودن مجازات تقدیر شده نیست. ثانیاً، کیفرگذاری برای این جرم با نوعی نسبت‌سنجی با حد زنا انجام گرفته است، در حالی که سنجش موردی که خود مستقلاً حد است، با

<sup>۱</sup> نوبهار، رحیم، *اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی - چشم‌اندازی اسلامی*، منبع پیشین، ص ۲۶۰.

<sup>۲</sup> موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، *موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البیت علیهم‌السلام*، جلد ۲۹ (مدخل تعزیر)، قم: موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، ۱۴۳۵ق، صص ۶۵ - ۶۳.

<sup>۳</sup> بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، ص ۷۴۸، ح ۱.

<sup>۴</sup> حرّ عاملی، محمد بن حسن، منبع پیشین، جلد ۲۸، ص ۳۷۷، ح ۱.

<sup>۵</sup> همان منبع، ص ۳۷۸، ح ۱.

<sup>۶</sup> همان منبع، جلد ۲۰، ص ۵۴۴، ح ۶.

<sup>۷</sup> همان منبع، ص ۵۱۱، ح ۳.

<sup>۸</sup> بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، ص ۶۹۴، ح ۲.

<sup>۹</sup> همان منبع، ص ۶۹۶، ح ۵.

<sup>۱۰</sup> همان منبع، ص ۷۵۲، ح ۱.

حد دیگر معمول نیست.<sup>۱</sup> شواهدی از حدی محسوب نکردن قوادی در نوشته‌های فقهی نیز دیده می‌شود.<sup>۲</sup>

### ماهیت کیفر لواط، تفخیز و مساحقه

کیفرگذاری در مورد جرایم لواط، تفخیز و مساحقه، به گونه‌ای وابسته به حد زنا صورت گرفته است.<sup>۳</sup> به نظر می‌رسد این جرایم نه تنها مستقلاً حد نیستند، بلکه محوریتی حدگونه نیز ندارند. چه بسا همین وابستگی باعث شده که مثلاً محقق حلی از همه این جرایم، یک‌جا با عنوان «ما یتبع الزنا» یاد کند.<sup>۴</sup> به‌ویژه که ایشان و برخی دیگر از فقیهان در عنوان باب مربوط به این جرایم، بر خلاف سایر ابواب، واژه «حد» را به کار نمی‌گیرد.<sup>۵</sup> طبیعی است که این اندازه از وابستگی موجب تردید در حدی بودن این مجازات‌ها شود.<sup>۶</sup>

### ماهیت کیفر شرب خمر

در مواردی تعیین مجازات «شرب خمر» نیز به حد کذف وابسته شده است.<sup>۷</sup> در بخشی از یک روایت مشهور و طولانی آمده که امیرالمؤمنین علیه السلام به خلیفه دوم که از آن حضرت درباره مجازات شارب خمر راهنمایی خواسته، فرمودند: «حدّ او هشتاد است؛ چراکه شرابخوار زمانی که شراب بخورد، مست می‌شود و چون مست شود، هذیان می‌گوید و چون هذیان گوید، افترا می‌بندد.»<sup>۸</sup> درباره این روایت نکاتی شایسته بیان است:

نخست اینکه ظاهراً با طی شدن عهد رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم، و سپری شدن زمان خلیفه اول، در زمان خلیفه دوم، هنوز مجازات شرب خمر شناخته شده نیست. نکته دوم: نفس تعلیلی که امیرالمؤمنین علیه السلام می‌آورند، گواهی است بر اینکه قواعد و تشریحات حوزه مجازات، برخلاف حوزه عبادات، رازآلود و سر به مهر نیستند و باید برای تشریح آن‌ها توجیهات منطقی و متناسب با سطح درک عمومی وجود داشته باشد.<sup>۹</sup> نکته پایانی اینکه در این روایت، مجازات شرب

<sup>۱</sup> نوبهار، رحیم، *اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی - چشم‌اندازی اسلامی*، منبع پیشین، ص ۲۶۴ - ۲۴۹.

<sup>۲</sup> ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق، ص ۴۵۵؛ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلافا*، منبع پیشین، ص ۴۹۷؛ عاملی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، جلد ۱۴، منبع پیشین، ص ۴۲۳.

<sup>۳</sup> بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، ص ۷۶۴، ح ۱۷ و ۱۸ و ص ۷۶۲، ح ۱۴ و ص ۷۷۴، ح ۲؛ حرّ عاملی، محمد بن حسن، منبع پیشین، جلد ۲۸، ص ۱۶۵، ح ۱.

<sup>۴</sup> الحلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، منبع پیشین، ص ۱۳۶.

<sup>۵</sup> همان منبع، ص ۱۴۶؛ الحلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، منبع پیشین، ص ۵۳۶ و ص ۵۴۰؛ موسوی خمینی، سید روح‌الله، منبع پیشین، ص ۴۶۹.

<sup>۶</sup> سوال: «مشخص فرمایید که آیا حد تفخیز مانند حد زنا است یا اینکه تعیین کیفیت آن در دست حاکم شرع است، و اگر محکمه کیفیت آن را مشخص نکرده باشد دادستان می‌تواند به هر نحو که صلاح می‌داند عمل نماید؟» آیت‌الله سید علی خامنه‌ای: «حد آن حد زنا نیست و حکم تعزیر با حاکم شرع است.» نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۴۲۰۰.

<sup>۷</sup> همان منبع، ص ۷۸۶، ح ۶؛ همان منبع، ص ۸۶۲، ح ۸ و ۹.

<sup>۸</sup> همان منبع، ص ۸۵۸، ح ۳.

<sup>۹</sup> «از شواهد این امر، تعلیل به امور ارتكازی مخاطبان در بسیاری از آیات و روایات است و این نوع تعلیل مانع ظهور در بیان احکامی اسرارآمیز و با حکمت‌هایی غیرقابل فهم برای مخاطبین، یا متعارض با ارتكازات عقلاست. همان‌طور که استبعاد مخاطب و مطالبه دلیل، مبتنی بر این پیش‌فرض است که مخاطب انتظار حکمی غیرقابل توجیه نداشته است، و اصل را بر قابل توجیه دانستن خطاب می‌داند.» معتمدی، محمد، *سیره عقلا و عرف در اجتهاد (تقریر و تحلیلی از آراء فقیه عالیقدر حضرت آیت‌الله العظمی منتظری)*، تهران: انتشارات سرایی، ۱۳۹۷، صص ۱۰۷ - ۱۰۶.

خمر، به عنوان تابعی از حد کذف تقدیر شده است. این وابستگی در تعیین مجازات، احتمال تعزیری بودن مجازات شرب خمر را به وجود می‌آورد؛ احتمالی که در روایات نیز مؤیدات قابل توجهی دارد.<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

نظام کیفری فقهی، نظام دوگانه حد-تعزیر است. این نظام کیفری، به اصطلاح از مسائل تخریجی و استنباطی فقه است، نه مسائل تنصیصی آن. در تلقی رایج، مهم‌ترین شاخصه نظام کیفری دوگانه حد - تعزیر، ثبات است. یکی از مهم‌ترین وجوه ثبات، ایستایی از نظر جرایم مستوجب حد و تعزیر است. بنابر فرض، موجبات کیفرهای حدی و تعزیری تغییرناپذیرند. این شکل از ثبات، مستلزم روشن بودن موجبات حد یا تعزیر است، و این نکته مقتضی آن است که ضابطه تفکیک جرایم مستوجب حد از جرایم مستوجب تعزیر دقیقاً مشخص باشد، تا بر اساس آن فهرست جرایم مستوجب حد و تعزیر، بدون ابهام، تعیین شود. با اندک تأملی می‌توان دریافت که توقع مزبور در دوگانه حد-تعزیر برآورده نشده و این نظام کیفری از جهت جرایم مستوجب حد و تعزیر در همه مذاهب اسلامی و حتی در هر یک از این مذاهب، محل اختلاف‌های گسترده است. روشن است که این اختلاف‌ها در نوشته‌های فقهی محصور نمی‌ماند و تأثیر خود را در نظام حقوق کیفری مبتنی بر فقه نیز به جای می‌گذارد. این گونه است که پس از گذشت نزدیک به سی سال از تدوین نخستین قانون مجازات اسلامی، ناگهان جرایم مستوجب حد تازه‌ای با عنوان «بغی»<sup>۲</sup> و «افساد فی الارض»<sup>۳</sup> در آخرین قانون مجازات اسلامی رونمایی می‌شود. البته این رونمایی‌ها به اینجا ختم نمی‌شود و مخاطب‌های قانون، برای شناختن سایر جرایم حدی که در قانون نیامده، به منابع فقهی ارجاع داده می‌شوند.<sup>۴</sup>

گذشته از نسبت این رویکرد با اصل قانونی بودن جرم و مجازات، و اصل کیفی بودن قوانین کیفری، از این شکل ارجاع به نوشته‌های فقهی برمی‌آید که گویی موارد حد و تعزیر به وضوح و وفای در متون فقهی شمرده شده و به راحتی در دسترس هستند. در حالی که این نکته با واقعیت موجود در نوشته‌های فقهی سازگار نیست و این شیوه باعث سردرگمی مخاطب‌های قانون می‌شود. منشأ بخشی از این اختلافات، درهم آمیختگی مباحث حد و تعزیر در نوشته‌های فقهی است. جایی که مباحث حد و تعزیر، با ملاک‌های روشن و قابل درک از هم تفکیک نمی‌شود، طبیعی است که در ماهیت برخی از مجازات‌ها تردید وجود داشته باشد. از دیگر سو، هیچ روایتی در دست نیست که حد و تعزیر را به طور شفاف تعریف کرده و وجوه تفاوت این دو را تبیین، و موجبات حد و تعزیر را مشخص نموده باشد. این باعث شده که نظام کیفری اسلام، غالباً مبتنی بر فهم فقیهان از مجموعه نصوص شکل بگیرد. روشن است که امکان یکسان بودن فهم فقیهان از نصوص در همه دوره‌ها وجود ندارد، و فهم‌های متفاوت منجر به ایجاد اختلاف‌های متعدد از جمله در اسباب حد و تعزیر می‌شود. بدین ترتیب ثبات در دوگانه حد-تعزیر، دست‌کم از جهت جرم، محل تردید است. با توجه به ماهیت تخریجی و استنباطی مباحث مربوط به شمارگان و موجبات حد و تعزیر، این مباحث می‌تواند موضوع اجتهاد و بازخوانی قرار گیرد. نمی‌توان و نباید به سود فهم غالب و رایج فقیهان، از کاوش و دقت در شمارگان حدود و نیز حدی یا تعزیری بودن برخی جرایم، به آسانی چشم پوشید. بلکه می‌توان با تکیه بر اجتهاد منضبط و روشمند، تغییراتی را در فهرست جرایم مستوجب حد و تعزیر پذیرفت.

<sup>۱</sup> بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، ص ۸۶۴، ح ۱۷.

<sup>۲</sup> مواد ۲۸۷ و ۲۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

<sup>۳</sup> ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

<sup>۴</sup> ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.



## منابع

## قرآن کریم

## الف) فارسی

## کتاب

۱. الهام، غلام حسین و محسن برهانی، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، جلد ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳.
۲. بروجردی، سید حسین، *منابع فقه شیعیه (متن و ترجمه جامع احادیث الشیعیه)*، جلد ۳۰، مترجمان: احمد اسماعیل تبار، سید احمد رضا حسینی و مهدی حسینیان قمی، تهران: فرهنگ سبز، ۱۳۸۷.
۳. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، جلد ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴.
۴. معتمدی، محمد، *سیره عقلا و عرف در اجتهاد (تقریر و تحلیلی از آراء فقیه عالیقدر حضرت آیت الله العظمی منتظری)*، تهران: انتشارات سرایی، ۱۳۹۷.
۵. نوبهار، رحیم، *اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی - چشم‌اندازی اسلامی*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.

## مقاله

۶. نوبهار، رحیم و امیر عرفانی فر، «واکاوی تحلیلی - انتقادی تفاوت‌های میان حد و تعزیر»، *فصلنامه راهبرد*، ۲۶ / بهار ۱۳۹۶، شماره ۸۲، صص ۲۴۰-۲۰۷.
۷. نوبهار، رحیم، «بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام برای تکرار جرایم حدی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال ۲، زمستان ۱۳۹۲، شماره ۵، صص ۴۶-۹.
۸. نوبهار، رحیم، «جستاری در دلایل نقلی تقسیم‌بندی حد - تعزیر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۷، تابستان ۱۳۹۳، شماره ۶۶، صص ۱۶۴ - ۱۳۵.
۹. ورعی، سید جواد، «ارتداد، نگاهی دوباره (تقریری از مباحث آیت‌الله موسوی اردبیلی - رمضان ۱۴۲۰ - قسمت سوم)»، *حکومت اسلامی*، دوره ۵، بهار ۱۳۷۹، شماره ۱، صص ۱۱۰-۷۴.
۱۰. یزدی، محمد، «نکته‌ای در مجازات لواط»، *فصلنامه فقه اهل بیت*، سال ۹، بهار ۱۳۸۲، شماره ۳۳، صص ۹۳-۶۶.

## ب) عربی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، جلد ۱۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۳. اصفهانی، محمد بن حسن، *کشف النام و الابهام عن قواعد الاحکام*، جلد ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶هـ.ق.
۴. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات*، جلد ۵، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۵. تبریزی، جواد، *تنقیح مبانی الاحکام*، جلد ۲، قم: دارالصدیقه الشهبده، ۱۴۲۹ق.
۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعیه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، جلد ۱۰ و ۲۰ و ۲۸، قم: موسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق.
۷. حلبی، ابوالصلاح تقی‌الدین بن نجم‌الدین، *الکافی فی الفقه*، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمومنین، ۱۴۰۳ق.
۸. الحلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
۹. الحلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، *سرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد ۴، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

۲۰. خوانساری، سید احمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، جلد ۷، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
۲۱. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، جلد ۱۶، قم: موسسه آل‌ال‌بیت، ۱۴۱۸ق.
۲۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلافا*، جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۲۳. عاملی، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه*، جلد ۹، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
۲۴. عاملی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، جلد ۱۴، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۲۵. عاملی، محمد بن مکی، *اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه*، بیروت: دارالتراث-الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۲۶. عاملی، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، جلد ۲، قم: کتابفروشی مفید، بی‌تا.
۲۷. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ق.
۲۸. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه فی شرح تحریر الوسیله - کتاب الحدود*، جلد ۲، تهران: مؤسسه چاپ و نشر عروج، ۱۴۳۴ق.
۲۹. موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، *موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل‌ال‌بیت علیهم‌السلام*، جلد ۲۹ (مدخل تعزیری)، قم: موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، ۱۴۳۵ق.
۳۰. موسوی خمینی، سید روح‌الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۲، قم: موسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا.
۳۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکمله المنهاج*، جلد ۴۱ موسوعه، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخویی، ۱۴۲۸ه.ق.
۳۲. موسوی اردبیلی، سید عبد‌الکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید رحمه الله، ۱۴۲۷ق.
۳۳. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، *الدبر المنضود فی احکام الحدود*، جلد ۱، مقرر: عباس کریمی جهرمی، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ق.
۳۴. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۴۱، بیروت: داراحیاء التراث العربی، بی‌تا.

## References

### The Holy Quran

#### Books

1. Al-Amili, Muhammad bin Makki, The Damascene Luma'a in the Fiqh of the Imamiyah, Beirut: Dar Al-Turath - Al-Islamiyyah House, 1989. (In Arabic)
2. Al-Amili, Muhammad ibn Makki, The Rules and Benefits, Vol. 2, Qom: Mufid Bookstore, (In Arabic)
3. Al-Amili, Zain Al-Din Bin Ali, Al-Rawdah Al-Bahiya fi Sharh Al-Luma' Al-Dimashqiah, Vol. 9, Qom: Davari Bookstore, 1989. (In Arabic)
4. Al-Amili, Zain Al-Din Bin Ali, Paths of Understanding to Revise the Laws of Islam, Vol. 14, Qom: Institution of Islamic Knowledge, 1992. (In Arabic)
5. Al-Hilli, Hassan bin Youssef bin Mutahhar Asadi, "The Rules of Judgments in Knowing the Lawful and the Haram," Qom: Institution of Islamic Publishing, 1992. (In Arabic)
6. Al-Hilli, Najm al-Din Jafar ibn Hasan, The Laws of Islam in Issues of Halal and Haram, Vol. 4, Qom: Ismailian Institution, 1987. (In Arabic)
7. Ansari Dezfuli, Morteza bin Muhammad Amin, The Book of Prohibited Earnings, Selling and Choices, Vol. 5, Qom: World Congress Honoring Sheikh Azam Ansari, 1994. (In Arabic)
8. Ardebili, Ahmed bin Muhammad, Majma' al-Faidah wa al-Burhan fi Sharh Irshad al-Azli, Volume 13, Qom: Islamic Publication Office, 1982. (In Arabic)

9. Boroujerdi, Seyed Hossein, Sources of Shiite jurisprudence (Comprehensive Text and Translation of Shiite Hadiths), Vol. 30, Translators: Ahmad Ismail Tabar, Seyed Ahmad Reza Hosseini and Mehdi Hosseinian Qomi, Tehran: Farhang Sabz, 2014. (In Persian)
10. Elham, Gholam Hossein, Mohsen Borhani, An Introduction to Public Criminal Law, Vol. 2, Tehran: Mizan, 2008. (In Persian)
11. Fadel Movahedi Lankarani, Muhammad, Detailing the Sharia in the Explanation of Tahrir al-Wasila - Hudud, Qom: Jurisprudence Center of Imams Athar, 2001. (In Arabic)
12. Halabi, Abul Salah Taqi al-Din bin Najm al-Din, Al-Kafi fi al-Fiqh, Isfahan: Imam Amir al-Mominin Public Library, 1982. (In Arabic)
13. Hurr Amili, Muhammad bin Hassan, Detailing the Means of the Shiites to Collect Issues of Sharia, Vol. 10, 20 and 28, Qom: Institution of the House of the Prophet. 1988. (In Arabic)
14. Ibn Idris Helli, Muhammad bin Mansur bin Ahmed, Al-Sarair Al-Hawi for Tahrir Al-Fatawa, Vol. 3, Qom: Islamic Publication Book, 1989. (In Arabic)
15. Institute of Knowledge Department of Islamic Fiqh, Encyclopedia of Islamic Jurisprudence According to the Doctrine of Ahl al-Bayt, Vol. 29, Qom: Institute of Knowledge of Islamic Fiqh, 2013. (In Arabic)
16. Isfahani, Muhammad bin Hassan, Kashf Allathami wa Alabham Ean Qawaeid Alahkam, Vol. 10, Qom: Islamic Publications Book, 1995. (In Arabic)
17. Khansari, Seyed Ahmad ibn Yusuf, Jami` al-Madarik fi Sharh Mukhtasar al-Nafi`, Vol. 7, Qom: Ismailian Institution, 1984. (In Arabic)
18. Makarim Shirazi, Nasir, Anwar al-Faqih fi Sharh Tahrir al-Wasilah - Kitab al-Hudud, Vol. 2, Tehran: Orouj Printing and Publishing Institution, 2012. (In Arabic)
19. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, Rules of Jurisprudence, Vol. 4, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 2005. (In Persian)
20. Motamedi, Mohammad, The Sira of Wisdom and Custom in Ijtihad (Explanation and Analysis of the Opinions of the Ayatollah Montazeri), Tehran: Sarayie Publications, 2018. (In Persian)
21. Mousavi Ardebili, Syed Abd al-Karim, Jurisprudence of Hudud and Ta'zirat, Vol. 3, Qom: Al-Mufid University Publishing Insitute, 2006. (In Arabic)
22. Mousavi Golpayegani, Seyed Muhammad Reza, Al-Durr Al-Mandood fi Ahkam al-Hudud, Vol. 1, Course: Abbas Karimi Jahrami, Qom: Dar Al- Qur'an Al-Karim, 1991. (In Arabic)
23. Mousavi Khoei, Seyed Abu al-Qasim, Buildings to Supplement the Curriculum, Vol. 41, Encyclopedia, Qom: Foundation for the Revival of of Imam al-Khoei Antiquities, 2007. (In Arabic)
24. Mousavi Khomeini, Seyed Ruhollah, Editing Al-Wasilah, Vol. 2, Qom: Dar Al-Ilm Publications Institution, PITA. (In Arabic)
25. Najafi, Muhammad Hassan, Jawahar-al-Kalam in Explanation of the Laws of Islam, Vol. 41, Beirut: Dar-al-Ahya of the Arabic Heritage. (In Arabic)
26. Nobahar, Rahim, The Purposes of Punishments in Sexual Crimes - Islamic Perspective, Qom: Research Institute of Islamic Sciences and Culture, 2010. (In Persian)
27. Tabatabai Haeri, Seyed Ali Bin Muhammad, Riyad Al-Masa'il In Verifying Rulings with Evidence, Vol. 16, Qom: Aal al-Bayt Institution, 1997. (In Arabic)
28. Tabrizi, Jawad, Tanqih Mabani al-Ahkam, Vol. 2, Qom: Dar Al-Siddiqah Al-Shahida, 2008. (In Arabic)
29. Tosi, Abu Ja`far Muhammad ibn Hasan, Al-Khilaf, Vol. 5, Qom: An Islamic Publication Book, 1986. (In Arabic)

## Articles

30. Nobahar, Rahim and Amir Erfanifar, "Analytical-Critical Analysis of the Differences Between Hadd and Ta'zir", Strategy Quarterly, Vol. 26, No. 82, 2017 (In Persian)

31. Nobahar, Rahim, "A Study in the Narrative Reasons for the Hadd-Ta'zir Division", Quarterly Journal of Legal Research, Vol. 17, No. 66, 2013. (In Persian)
32. Nobahar, Rahim, "Re-reading the jurisprudential documents of the death sentence for repeating certain crimes", Quarterly Journal of Criminal Law Research, Year 2, No. 5, 2014. (In Persian)
33. Varej, Seyyed Javad, "Apostasy, A New Look (a report on the topics of Ayatollah Mousavi Ardebili - Ramadan 1420 - Part 3", Islamic Government, Vol. 5, No.1, 2000. (In Persian)
34. Yazdi, Mohammad, "A Point in the Punishment of Sodomy", Ahl al-Bayt Jurisprudence Quarterly, Year 9, No. 33, 2003. (In Persian)