

## جستاری در دلایل نقلی تقسیم‌بندی حد-تعزیر

رحیم نوبهار\*

### چکیده

در فقه کیفری اسلام تقسیم جرایم به حد و تعزیر اغلب قاعده و مبنایی مسلم قلمداد شده است. بسیاری دیگر از احکام و حتی قواعد کیفری، پیوسته بر این قاعده‌ی بنیادین بنا گشته‌اند. این مقاله به واکاوی انتقادی مستندات نقلی این تقسیم‌بندی پرداخته است. اصل تقسیم‌بندی حد-تعزیر در شواهد اطمینان‌آوری از سنت ریشه دارد. با این حال، با توجه به ابهام مفهوم حد در روایت موجود، در شمارگان حدود و احکام اختصاصی آن‌ها اتفاق نظر وجود ندارد.

برابر شواهد اطمینان‌آور، مسلمانان صدر اسلام تلقی منعطف‌تری از مفهوم حد داشته‌اند؛ این اعتقاد وجود داشته است که احکام مربوط به تعیین مجازات تا اندازه‌ی قابل توجهی از جنبه‌های سیاسی و مدیریت اجتماعی برخوردار است. بنابر این دشوار می‌توان پذیرفت مقصود شارع مقدس اسلام از تعیین کیفرهایی با عنوان حد، خارج ساختن آن‌ها از شمول هر گونه تغییر و تحول عقلایی، حکیمانه و مبتنی بر اجتهاد روشمند بوده است.

از چشم‌اندازی روش‌شناختی با توجه به این که فقیهان خود مقررات کیفری را در حوزه‌ی احکام و سیاسات و نه عبادات طبقه‌بندی می‌کنند می‌توان گونه‌هایی از تغییر و نهادها و تأسیسات کیفری حکیمانه و معقول که محصول عقلانیت بشری است را در حدود نیز پذیرفت. این امر به ترسیم نظامی کم‌تر افتراقی از مجازات‌ها خواهد انجامید. برابر این دیدگاه که می‌توان آن را "نظریه پویایی کیفر در اسلام" نامید، حتی در مورد جرایم شرعی نیز می‌توان در صورت نیاز با توجه به ماهیت جرایم و رعایت شرایط و اوضاع و احوال، مجازات متناسبی که از حریم ارزش‌های الهی دفاع کند، تعیین نمود.

**کلیدواژگان:** حد، تعزیر، مجازات‌های ثابت، مجازات‌های اسلامی، فقه کیفری اسلام

\* پژوهش‌گر حوزوی و عضو هیات علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

## مقدمه

نویسنده پیش‌تر در مقاله‌ای توضیح داده است که تقسیم‌بندی حد-تعزیر را بر بنیادی عرفی آن‌گونه که در نظام‌های حقوق کیفری عرفی رایج است نمی‌توان بنا نهاد.<sup>۱</sup> حکم عقلی بدیهی و مستقلی هم در باره تقسیم‌بندی جرایم به حد و تعزیر آن هم با جزئیات مذکور در فقه کیفری اسلام وجود ندارد. بنابر این، احتمال وجود حکم مستقل عقل که حکم شارع نیز با آن هماهنگ باشد، به کلی منتفی است. اگر بنا باشد در این باره از داوری عقل و عقلانیت سخن گفته شود، باید از بنای عقلا سخن گفت. برابر بناها و رویه‌های عقلایی در نوع نظام‌های حقوقی، مجازات‌ها معمولاً متغیرند. جرایم با مجازات‌های ثابت بسیار نادرند؛ این به دلیل ماهیت جرایم است که یا به لحاظ ذات خود یا به لحاظ عوارض و اوضاع و احوال جانبی پذیرای شدت و ضعف‌اند. به علاوه آن‌ها مشمول آزمون و خطاهای تجربی هستند. اگر نظام جرایم و مجازات‌ها در اسلام بخواهد در این باره از رویه‌های عقلایی پیروی کند، اصل تقسیم‌بندی مجازات‌ها به ثابت و متغیر باید تغییرپذیر باشد و آزمون و خطاهای تجربی در آن راه داشته باشد. به همین ترتیب از بناهای مسلم عقلایی این است که برای دستیابی به اهداف مورد نظر بسته به شرایط و اوضاع و احوال از کیفرهای گوناگون استفاده می‌کنند. عقلاً با آیین‌ها و روش‌های مختلف آن قدر که بر هدف حاصل از مجازات تأکید می‌کنند، بر شیوه‌های خاص مجازات آن‌هم به طور کاملاً ایستا و تغییرناپذیر اصرار نمی‌ورزند. از دیگر بناهای عقلایی اهتمام به رعایت اصل تناسب شدت جرم و مجازات تا جای امکان است؛ رعایت این اصل نیز با پیش‌بینی مجازات ثابت همیشگی برای جرایمی که شدت و ضعف را برمی‌تابند، چندان سازگار نیست. از این روی، تقسیم‌بندی حد-تعزیر به گونه‌ای که اکنون در فقه رایج مطرح است را به بنای عقلا نمی‌توان مستند نمود.

تقسیم‌بندی حد-تعزیر آن‌گونه که از شیوه استدلال فقیهان نیز آشکارا برمی‌آید بیشتر مستند به نصوص موجود است. وجود تقسیم‌بندی خاصی از جرایم و مجازات‌ها که به ویژه بر معیار شدت و ضعف جرایم و یا مجازات‌ها مبتنی نباشد، واکاوی دلایل و مستندات آن را هرچه ضروری‌تر

۱. نک. نوبهار، رحیم، "جستاری در مبانی تقسیم‌بندی حد-تعزیر در فقه کیفری اسلام"، مجله تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۳۹۲، شماره ۶۳.

می‌سازد. در واقع نقلی بودن تقسیم‌بندی به این پرسش دامن می‌زند که آیا شارع مقدس در باره طبقه‌بندی جرایم و مجازات‌ها رویکرد و شیوه‌ای خاص و متمایز از عقلا دارد؟ اگر چنین است مبانی فقهی و مستندات درون‌دینی آن تا چه اندازه استوار است؟ برای پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته، تقسیم‌بندی حد-تعزیر را از منظر قرآن مجید، سنت و اجماع در سه مبحث جداگانه بررسی می‌کنیم.

### مبحث اول: قرآن کریم و تقسیم‌بندی حد-تعزیر

حد قلمداد کردن پاره‌ای جرایم و تعزیری دانستن دسته‌ای دیگر به خاستگاه و جایگاه طرح آن‌ها در منابع دینی بستگی ندارد. چنین نیست که مجازات‌های ذکر شده در قرآن مجید، حد باشند و مجازات‌های ذکر شده در سنت، تعزیر. شماری از مجازات‌هایی که اکنون حد قلمداد می‌شوند، در سنت قولی و فعلی معصومان(ع) بیان شده‌اند. در تلقی رایج، زنا، زن و مرد همسر دار یا زنا، محصن، زنا، به عنف، و زنا، مرد غیرمسلمان با زن مسلمان، می‌گساری و قوادی حد هستند، اما کیفر این جرایم در قرآن مجید ذکر نشده است. همین گفته در باره ارتداد هم صادق است. قرآن مجید در آیاتی متعدد ارتداد را سخت نکوهش کرده<sup>۱</sup> ولی آن را به عنوان جرمی مستوجب حد و دارای مجازات معین برنشمرده است. با این حال بسیاری از فقیهان با استناد به متونی از سنت، آن را حد قلمداد کرده‌اند.

عدم ذکر برخی جرایم در قرآن مجید یا حتی در متون دینی به طور کلی، به معنای بی‌اهمیتی آن‌ها نیست. قرآن کریم اصولاً متضمن احکام اصلی و بنیادین است، اما به نیازها و واقعیت‌های عصر تشریح هم به خوبی توجه داشته است. این به معنای آن است که قرآن مجید روح و رویکرد زمان‌مندی را از نظر دور نداشته است. حکمت و واقع‌گرایی، هر قانون‌گذار حکیمی را وامی‌دارد تا در مقام تشریح، به انبوهی از واقعیت‌های اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی جامعه‌ای که تشریح برای آن انجام می‌گیرد، توجه کند. جاودانگی و جهانی بودن اسلام و یا قرآن مجید به معنای آن نیست که واقعیت‌های عصر تشریح و بستر و زمینه‌ای که اسلام در آن شکل گرفته، نادیده گرفته شده است. این به معنای آن است که ممکن است بتوان در قرآن مجید آموزه‌ای

<sup>۱</sup> از جمله در: سوره بقره(۲): ۲۱۷.

اجتماعی یا حقوقی را یافت که به لحاظ طبعش زمان‌مند باشد. این به ساحت مقدس قرآن مجید و جهانی‌بودن و جاودانگی آن خدش‌های وارد نمی‌آورد؛ بل دلیل بر ژرفا، حکمت و واقع‌گرایی آموزه‌های وحیانی است.

بر پایه‌ی همین رویکرد است که قرآن مجید، نخست کیفر زنا برای زنان را همان‌گونه که در جاهلیت رایج بود امضا نمود؛ یعنی حبس زن زناکار در خانه تا هنگام مرگ<sup>۱</sup>. همچنین بنا بر تفسیری، مجازات زنا‌ی مرد که آزار دادن وی و نوعی سرزنش بود را تأیید نمود<sup>۲</sup>. اما بعدها به اقتضای "اصل تدریج در بیان و اجرای احکام" با پیدایش زمینه‌ی مناسب اولاً هم مرد و هم زن زناکار را به طور برابر مستوجب کیفر شناخت، و هم مجازات مبهم رایج در دوران جاهلیت را به صد تازیانه که در مجموع مجازاتی سبک‌تر و معین است، تغییر داد<sup>۳</sup>. قرآن مجید حتی در جرم قذف تنها به قذف شدن زنان توسط مردان یا قذف زنان توسط شوهرانشان که بیشتر مورد نیاز بوده پرداخته است<sup>۴</sup>؛ زیرا این پدیده بود که در آن زمان رایج بود و به قانون‌گذاری نیاز داشت. درست است که به اقتضای اصل "اشتراک در تکلیف" این جرم به طور مساوی در باره زن و مرد قابل تصور است، اما انگشت تأکید قرآن مجید بر نکوهش قذف زنان توسط مردان است؛ پدیده‌ای که در آن جامعه رایج بود و زنان از بابت آن رنج می‌بردند. بنا بر قول به حدوث قرآن مجید شاید اگر واقعه‌ی افک رخ نمی‌داد قذف و مجازات آن در قرآن مجید ذکر نمی‌شد. قرآن مجید، تنبیه بدنی زنان ناشزه را با شرایط و رویکردی کاملاً محدود‌گرایانه به رسمیت شناخته است<sup>۵</sup>؛ احتمالاً به این دلیل که تنبیه بدنی در جامعه‌ی آن روز شیوه‌ای معمول و متعارف برای واداشتن افراد به انجام وظایفشان بود. بر این پایه، این شیوه‌ی رفتار برای همیشه تجویز نشده

۱. نساء(۴):۱۵.

۲. الکاظمی، الفاضل الجواد، مسالک الافهام إلى آیات الاحکام، جلد ۴، تحقیق: محمدباقر شریف‌زاده، تهران: المکتبه المرتضویه، [بی‌تا]، ص ۱۹۰.

۳. نور(۲۴):۲.

۴. نور(۲۴):۴-۹ و ۲۳.

۵. نساء(۴):۳۴.

است. پس فرازمانی و فرامکانی بودن قرآن به معنای آن نیست که در قرآن مجید احکام زمان‌مند و مکان‌مند وجود ندارد.

به هر حال، تقسیم‌بندی کیفرها به حد و تعزیر و احکام متفاوت این دو بیشتر به سنت قولی و عملی پیامبر(ص) و امامان معصوم(ع) ریشه می‌برد، تا قرآن مجید. قرآن کریم تنها کیفر چهار جرم زنا<sup>۱</sup>، قذف<sup>۲</sup>، محاربه<sup>۳</sup> و سرقت<sup>۴</sup> را معین نموده است. قرآن مجید همچنین به ستیز با باغیان برای واداشتن آنان به پذیرش امر الهی هم فرمان داده است<sup>۵</sup>. همین امر باعث شده تا گاه بخی نیز از حدود به‌شمار آید.

حال ببینیم آیا می‌توان موارد ذکر شده در قرآن مجید را نمونه‌های "حد" به معنای فقهی آن دانست؟ اگر از حد محاربه شروع کنیم مشکل بتوان محاربه یا افساد فی‌الارض را تنها با استناد به آن چه در قرآن مجید ذکر شده، حد قلمداد کرد. قرآن مجید 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 به کیفر محاربه و افساد فی‌الارض بیشتر با تعزیری بودن آن سازگار است؛ چیزی که با حکمت و عقل هم کاملاً هماهنگ است؛ زیرا محاربه و افساد فی‌الارض اعم از آن که یک یا دو جرم باشند، مقوله‌ای کاملاً نسبی و تشکیک بردارند. قرآن مجید هم طیف متنوعی از مجازات‌های رایج در آن زمان را به عنوان واکنش به این جرم پیشنهاد کرده است. به زبان حقوقی اگر محاربه و افساد فی‌الارض اشاره به جرایم علیه امنیت، حاکمیت و جامعه باشد<sup>۶</sup>، این جرم کاملاً در قلمرو جرایم تعزیری قرار می‌گیرد و مجازات بسته به شدت و ضعف جرم و خصوصیات بزه‌کار تعیین خواهد شد.

۱. نور(۲۴): ۲.

۲. نور(۲۴): ۴ و ۵.

۳. مائده(۵): ۳۳.

۴. ماده(۵): ۳۸.

۵. حجرات(۴۹): ۹.

۶. با این حال به نظر می‌رسد برای تحقق جرم محاربه و افساد فی‌الارض آن گونه که قرآن مجید بیان نموده نوعی ستیز با دین و خداوند شرط است. هرگونه اقدام علیه امنیت لزوماً محاربه به معنای شرعی آن نیست. در جوهر محاربه نوعی دین‌ستیزی و جنگ با خداوند آن هم در قالب اقدام مسلحانه شرط است. همین گفته در مورد افساد

حتی از لحن عبارت‌پردازی شیخ طوسی در کتاب *خلاف* چه بسا برمی‌آید که او جرم محاربه را ترکیبی از حد و تعزیر می‌داند. او می‌گوید: اگر کسی سلاح برهنه کند و برای راهزنی ایجاد ترس کند حکمش آن است که هرگاه امام به وی دست بیابد او را تعزیر می‌کند؛ و تعزیرش آن است که او را از شهر تبعید کند؛ اما اگر کسی را بکشد و مال کسی را نگیرد کشته می‌شود؛ و اعدام در این فرض برای او حتمی است و عفو وی جایز نیست. اما اگر کسی را بکشد و مال دیگری را هم بگیرد کشته می‌شود و به دار آویخته می‌شود؛ اما اگر مال دیگری را بگیرد ولی کسی را نکشد دست و پایش به طور وارونه قطع می‌شود و تبعید می‌شود.<sup>۱</sup> او آن‌گاه مسأله‌ی دوازدهم را این‌گونه عنوان می‌کند: محارب زمانی که به علت محاربه، حدی از حدود الهی بر او واجب شود؛ مانند حتمی شدن اعدام، یا قطع دست و پا به طور برعکس، یا به دار آویخته شدن؛ آن‌گاه پیش از اقامه‌ی حد بر او توبه کند، حد از او ساقط می‌شود.<sup>۲</sup> بدین‌سان او در یک جا تبعید را تنها کیفر تعزیری برای محاربه‌ی از نوع ضعیف برمی‌شمارد، و در جایی دیگر آن را از حدودی که واجب شده باشد بر نمی‌شمارد. به نظر نویسنده مشکک بودن ماهیت جرم محاربه و تعیین طیفی از کیفرها برای آن در قرآن مجید خود دلیل بر تعزیری بودن آن است.

در مورد بغی، آیه‌ی مربوط از قتال میان دو گروه از مؤمنان سخن می‌گوید؛ نه ضرورتاً جنگ و ستیز میان حکومت عادل و باغیان بر آن حکومت. به علاوه قرآن مجید اولین گزینه برای رویارویی با این پدیده را ایجاد صلح و سازش که همان از میان برداشتن قتال میان دو گروه است می‌داند؛ نه جنگ و اعدام باغیان. بر پایه‌ی آیه‌ی یادشده، مرز جواز جنگیدن با باغی نیز پیروی باغیان از فرمان الهی است؛ نه اعدام و نابودسازی آنان در هر حال؛ آن‌گونه که از برخی فتاوی فقیهان برمی‌آید. حتی فاضل جواد ادعا کرده است فقیهان امامیه اجماع دارند که هرگاه باغی

فی‌الارض هم درست است. افساد همچون جرمی دینی و اسلامی، متضمن باری ارزشی است و آن را در حال و هوای ضدیت با ارزش‌های آشکار و بنیادین دینی باید تفسیر و تعبیر کرد. این جرم را به هر فساد و اخلاقی تعمیم نمی‌توان داد.

<sup>۱</sup>. الطوسی، محمد بن الحسن، *الخلاف*، جلد ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ق، ص ۴۵۸.

<sup>۲</sup>. همان، جلد ۵، ص ۴۶۷.

توبه کند یا به هر دلیل از جنگیدن دست بردارد، جنگیدن با او حرام است<sup>۱</sup>. ابن‌ادریس هم در مبحث صلح، آیه را در شمار آیاتی که به صلح و صلح‌سازی فرمان می‌دهد ذکر کرده است<sup>۲</sup>. اعدام و کشتن انسان اصولاً خلاف اصل و در موارد کاملاً استثنایی آخرین چاره برای دفع شر و مفسده‌ی شدید است؛ آن هم پس از اطمینان به عدم کارآیی اقدامات دیگر و مراتب خفیف‌تر مجازات. هم از این روی، با آن که بسیاری از فقیهان و مفسران، آیه‌ی نهم سوره حجرات را به جرم بغی ناظر دانسته‌اند<sup>۳</sup> به دشواری می‌توان مضمون و محتوای آن را به جرم بغی آن گونه که در منابع فقهی ترسیم شده است، ناظر دانست؛ به ویژه این حکم که عنوان بغی به خودی خود مجوز اعدام است را به آیه شریفه مزبور نسبت نمی‌توان داد. ضمن این که آیه از نزاع میان دو دسته از مؤمنان سخن می‌گوید نه مشاجره میان گروهی از مردم با حاکمیت. تعمیم این مضامین به خروج باغیان علیه امام عادل یا معصوم (ع) در هر حال بی‌نیاز از نوعی تجوز و توسعه نخواهد بود. جدا از این نکته، بغی خواه به خروج و طغیان علیه امام معصوم (ع) اختصاص داشته باشد، یا خروج بر هر امام عادل را دربرگیرد، به طبع خود دارای انواع و اقسام و شدت و ضعف است. مناسب به نظر نمی‌رسد برای جرمی که می‌تواند دارای مراتب گوناگون باشد مجازاتی ثابت و یکنواخت آن هم در قالب شدیدترین کیفر که اعدام است، پیش‌بینی شود. همچنین هرگاه این جرم به طور گروهی و دسته‌جمعی رخ دهد، میزان مشارکت و تأثیر افراد مختلف، یکسان نیست. در مورد لواط بنا بر رأی، کیفر این جرم نیز در آیه شانزدهم سوره نساء ذکر شده است. اگر آیه‌ی مورد استناد، آن گونه که برخی مفسران گفته‌اند، ناظر به لواط بد،<sup>۴</sup> کیفر این جرم تعزیری خواهد بود. حتی برخی مانند ابن‌مسلم معتقدند حکم این آیه هم‌چنان نسخ نشده است<sup>۵</sup>.

۱. الکاظمی، پیشین، جلد ۲، ص ۳۶۲.

۲. الحلّی، محمد ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق، ص ۶۴.

۳. نک. الطوسی، پیشین، ص ۳۴۰.

۴. نک. الکاظمی، پیشین، ص ۱۹۱.

۵. همان.

در مورد زنا، تأمل در جزئیات احکام آن، راه‌گشاست. نخست باید یادآور بود که ما با انواعی از جرایم زنا مواجهیم و نه تنها یک نوع. جرایمی که زیر عنوان زنا قرار می‌گیرند گاه با یکدیگر بسیار متفاوت‌اند. در فقه شیعی، زنا به عُنْف که حکم آن در قرآن مجید ذکر نشده جرمی کاملاً متفاوت با زناست. این جرم در روایات امامان معصوم(ع)، "اغتصاب الفرج"، "مکابره الفرج" یا "غصب النفس" نامیده شده است.<sup>۱</sup> در منابع روایی اهل سنت هم البته روایاتی چند در این باره وجود دارد.<sup>۲</sup>

متون فقهی همچنین به پیروی از روایات، زنا با محارم نَسَبی و زنا با مرد غیرمسلمان با زن مسلمان را جرمی متفاوت با زنا عادی دانسته‌اند.<sup>۳</sup>

به همین ترتیب، قرآن مجید در آیه‌ی دوم سوره‌ی نور، حد مرد و زن زناکار را تنها صد تازیانه ذکر کرده است؛ اما برابر روایاتی که مستند فتوای فقیهان شیعه و سنی قرار گرفته، پیامبر(ص) حکم آیه را به زنا غیرمحسن ناظر دانسته و کیفر زانی محسن را رجم اعلام فرموده است.<sup>۴</sup> لازمه‌ی آشکار پذیرش درستی روایات رجم، گسترش دامنه‌ی اختیارات پیامبر(ص) در برخورد با جرایم است. پذیرفتن صحت روایات رجم مستلزم آن است که احکام ناظر به مجازات‌ها از جنس احکام ولایی و سلطانی است. بنابر صحت روایات رجم باید گفت: تلاش خلیفه دوم برای مستند ساختن رجم به قرآن مجید شاید ناشی از عدم توجه به این واقعیت بوده که اختیارات شخص پیامبر(ص) در وضع مقررات جرایم و مجازات‌ها گسترده است. پس برای مشروعیت رجم و کیفر جرایمی که در قرآن مجید ذکر نشده، به مستند ساختن آن‌ها به قرآن مطهر که عاری از تحریف

۱. نک. الطوسی، محمدبن الحسن، تهذیب‌الاحکام، جلد ۱۰، تصحیح: علی‌اکبر غفاری، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۳۸۶ش، صص ۲۰-۱۲، روایات ۴۷، ۴۸، ۴۹ و ۵۰؛ نیز: الصدوق، محمدبن علی، من لایحضره الفقیه، جلد ۴، تصحیح: علی‌اکبر غفاری، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۴ق، ص ۴۱، روایات ۵۰۴۱ و ۵۰۴۲، ۹.

۲. نک. الموسوی الاردبیلی، سیدعبدالکریم، فقه الحدود والتعزیرات، جلد ۱، قم: جامعه المفید، چاپ دوم، ۱۴۲۹ق، صص ۴۰۶-۴۰۵.

۳. نک. النجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، جلد ۴۱، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۵ق، صص ۳۱۵-۳۰۹.

۴. نک. الحرالعاملی، محمدبن الحسن، وسائل الشیعه، جلد ۱۸، تحقیق: محمد الرازی، تهران: المکتبه الاسلامیه، چاپ هشتم، ۱۳۸۶ش، صص ۳۶۱-۳۵۱؛ القزوی، ابن‌ماجه، سنن ابن‌ماجه، الرياض: دارالسلام، چاپ اول، ۱۴۲۰ق، ص ۳۶۶، حدیث ۲۵۵۰.



است، نیازی نیست. اختیارات پیامبر(ص) و ولیّ در حوزه‌ی تشریح آن قدر گسترده هست که با استناد به آن‌ها بتوان قانون مناسب را تشریح نمود. پیداست که قانون متناسب تنها در صورتی تداوم می‌یابد که بسته به زمان، مکان و نیازهای جامعه، انعطاف‌پذیر باشد. با آن که اطاعت از پیامبر(ص) در هر حال اطاعت از خداوند است، قرآن مجید اطاعت از پیامبر(ص) را در کنار اطاعت از خود قرار داده است و فرمان به اطاعت را تکرار کرده است. این لحن و آهنگ به تأکید قرآن مجید بر اوامر حکومتی پیامبر(ص) تفسیر و تعبیر شده است.<sup>۱</sup> اوامر حکومتی تابع عنوان مصلحت است و در حوزه‌ی غیر عبادیات مصداق پیدا می‌کنند.<sup>۲</sup>

جدا از تفاوت مجازات زناى محصن با غیرمحصن، در مورد غیرمحصن نیز بنا بر اختلاف روایات موجود، موی مرد زناکار غیرمحصن تراشیده می‌شود و یک سال از شهر محل سکونت یا شهر محل زنا تبعید می‌شود.<sup>۳</sup> برخی حکم تبعید را به مرد زناکار متأهلی که هنوز ازدواج نکرده، اختصاص داده‌اند.<sup>۴</sup> برابر شواهد، در زمان خلیفه دوم به دلیل مشکلاتی که در جریان تبعید زانیان پیش آمد او اجرای تبعید را متوقف ساخت. حتی گفته می‌شود: امیرالمؤمنین(ع) هم در باره تبعید فرموده است: «تبعید فتنه است».<sup>۵</sup> صاحب جواهر به پیروی از شیخ طوسی در خلاف گفته است: بیان امام(ع) ناظر به تبعید زناکاران توسط خلیفه دوم است.<sup>۶</sup> اما این تفسیر و تعبیر، متعین نیست؛ شاید امام(ع) خود در جریان تبعید زناکاران با مشکلاتی مواجه شده و از اجرای آن چشم پوشیده است. حتی اگر گفتار امام موردی باشد، نشان می‌دهد که احکام کیفرها آن گونه که تصور می‌شود، انعطاف‌نابردار و تجربه‌ناپذیر نیستند و در هر حال مصالح و مفاسد همراه با اجرای کیفر را از نظر نباید دور داشت.

۱. نک. المنتظری، حسینعلی، کتاب الحدود، جلد ۱، قم: دارالفکر، [بی‌تا]، ص ۱۷۹.

۲. نک. صرامی، سیف‌الله، "احکام حکومتی و مصلحت"، راهبرد، شماره ۴، پاییز ۱۳۷۳، صص ۹۲-۶۳.

۳. النجفی، پیشین، جلد ۴۱، ص ۳۲۳.

۴. همان، ص ۳۲۴.

۵. "التغزيب فتنه". همان، ص ۳۲۳؛ نیز نک. الطبسی، نجم‌الدین، النفی و التغزيب فی مصادر التشریح الاسلامی، قم: مجمع‌الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ق، صص ۳۲۷ و ۱۵۲.

۶. همان.

در جرم سرقت، قرآن مجید، مجازات سارق را قطع ید اعلام نموده است؛ همان مجازاتی که سال‌ها پیش از اسلام در محیط شبه‌جزیره عربستان رایج بود.<sup>۱</sup> اما در روایات، تبعید سارق بی‌ذکر مدت یا به مدت یک سال هم بر این کیفر افزوده شده است.<sup>۲</sup> همچنین کیفر این جرم برای سرقت‌های پس از مرتبه‌ی نخست در سنت تعیین شده است. میزان نصابی که موجب اجرای مجازات می‌شود، و نیز شرایط اجرای حد همگی در سنت تعیین شده است. دور نیست که تعیین نصابی معین برای سرقت نیز از جنس احکام سلطانی باشد؛ این به معنای آن است که این اندازه مال در آن ظرف زمانی معین، مال قابل توجه قلمداد می‌شده است. میزان مال با اهمیتی که دست یک انسان برای آن بریده می‌شود ممکن است از جامعه‌ای به جامعه‌ی دیگر متفاوت باشد. بعید است که تعیین نصاب مال به سرقت‌رفته مانند تعیین شمارگان رکعات نماز، امری عبادی و توقیفی باشد.

مجازات قذف به تصریح آیه‌ی چهارم سوره‌ی نور، تنها هشتاد تازیانه است. بسیاری فقیهان به همین مجازات بسنده کرده‌اند؛ اما برخی برای این که قاذف در میان مردم شناخته شود و کسی به گواهی او اعتماد نکند، تشهیر را هم به کیفر او افزوده‌اند. در این باره دلیلی از سنت وجود ندارد؛ جز این که برخی آن را با گواه دروغین یکسان دانسته‌اند.<sup>۳</sup> کیفر تشهیر البته برای بسیاری از مردم کیفری سنگین و جه بسا از تحمل صد تازیانه حتی اگر تنها در حضور شماری اندک از مؤمنان یا مسئولان اجرای کیفر باشد، بسی سنگین‌تر است. جدا از این مسأله، بسیاری از شرایط و احکام این جرم از جمله حکم تکرار و تعدد آن در سنت تبیین شده است.

می‌بینیم که تقریباً شرایط و قیود همه‌ی مجازات‌های ذکر شده در قرآن کریم به نوعی توسط سنت، بیان شده است. مبنای فقیهان برای حد قلمداد کردن جرایم ذکر شده در قرآن مجید، شماری از آموزه‌های قرآنی و مجموعه‌ای از تعالیم نبوی یا تعالیم امامان معصوم (ع) است، نه

<sup>۱</sup> برای ملاحظه‌ی نام شماری از کسانی که سال‌ها پیش از اسلام دستشان به علت دزدی و راهزنی قطع شده یا به دار آویخته شده‌اند. نک. البغدادی، محمدبن حبیب، الْمُحْتَر، بیروت: دارالافتاح الجدیدة، ۱۳۶۱ق، صص ۳۲۸-۳۲۷.

<sup>۲</sup> الحرالعالمی، پیشین، ج ۱۸، ص ۵۱۵.

<sup>۳</sup> نک. الموسوی الاردبیلی، پیشین، جلد ۲، صص ۴۰۰-۳۹۹.

خصوص قرآن مجید. بدین‌سان برابر روایاتی که فقیهان به آن عمل کرده‌اند، با بسیاری از مجازات‌هایی که در قرآن کریم ذکر شده هم‌چون مجازاتی که به هیچ روی نتوان آن را تغییر داد رفتار نشده است. دست‌کم در جانب افزودن بر میزان کیفر، مجازات‌های ذکر شده در قرآن مجید، حد به معنای اصطلاحی نیستند؛ زیرا در سنت بر بسیاری از آن‌ها افزوده است، یا احکام آن‌ها به نوعی دچار تقیید و تخصیص شده است.

این تغییرات در حدود به نوبه‌ی خود چه بسا الهام‌بخش این ایده است که میزان مجازات‌ها بیش از آن که احکام ازلی و ابدی شرع باشد، تابع صلاح‌دید حاکمیت صالح است. تشریح و قانون‌گذاری نبوی در این زمینه در عرض تشریح الهی بوده است. در تلقی غالب آن‌گاه که گفته می‌شود: حد مجازاتی است که میزان آن در شرع تعیین شده است<sup>۱</sup>، از شرع، بیشتر حکم فقهی همیشگی اراده می‌شود. این در حالی است که روایات اصولاً گاه در مقام بیان حکم شرعی و گاه در مقام صدور حکم قضایی در خصوص واقعه‌ی معین است. گاه نیز معصوم(ع) در مقام بیان حکمی ولایی است<sup>۲</sup>. تعیین نسبت میان تشریحات قرآنی از یک سو و تشریحات نبوی و ولایی از سوی دیگر به فهم ماهیت احکام ناظر به جرایم و مجازات‌ها کمک می‌کند. دور نیست که درنگ و تأمل در این باره ما را به این اندیشه رهنمون شود که تصمیم در باره میزان مجازات‌ها بیشتر از سنخ احکام ولایی و سلطانی و بنابر این، زمان‌مند است. روایات به ظاهر متعارض در باره کیفر برخی جرایم نیز بیش از آن که محصول شرایطی مانند تقیه باشند، ناظر به شرایط و اوضاع و احوال گوناگون بوده‌اند. این نگرش، مشکل تعارض میان روایات موجود را هم بهتر حل و فصل می‌کند.

۱. "کل ما له عقوبه مقدره یسمی حداً وما لیس كذلك یسمی تعزیراً". (الحلی، جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، جلد ۴، تحقیق: محمدعلی بقال، قم: اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق، ص ۱۳۶.

۲. گاه بیانات معصومین(ع) اصولاً در شمار خطابات قانونی نیست؛ بلکه صرفاً در مقام بیان نکته و امر خاصی است. به خطاب‌های از نوع اخیر اصطلاحاً "خطاب‌های بیانی" می‌گویند. آن‌ها ممکن است رنگ و بوی خطاب قانونی داشته باشند، اما به کلی در مقام بیان حکم شرعی نیستند. مثلاً این سخن پیامبر(ص) که خطاب به فردی فرموده است: تو و مالت از آن پدرت هستی (الکلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، جلد ۵، تحقیق: علی‌اکبر الغفاری، تهران: اسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۸۷، ص ۳۹۵) بیان‌گر لزوم نهایت احترام به پدر است؛ نه بیان حکم قانونی و شرعی و این که فرزند یا مال او ملک پدر است.

از آن‌چه گذشت روشن شد که قرآن مجید در اصل تقسیم‌بندی حد-تعزیر ساکت است. در قرآن مجید تنها کیفر چهار جرم زنا، قذف، محاربه و سرقت و بنا بر رأی بغی به طور اجمالی تعیین شده است. حتی میزان مجازات این جرایم نیز توسط سنت در جانب زیادت و فزونی تغییر یافته است. در برداشت رایج البته این مجموع حد به‌شمار آمده است.

### مبحث دوم: سنت و تقسیم‌بندی حد-تعزیر

جدا از برداشتی که از جزئیات احکام حدود و تعزیرات وجود دارد، در سنت پیامبر(ص) و امامان معصوم(ع)، شواهد قابل قبولی بر این تقسیم‌بندی دلالت دارد. این به معنای آن است که تقسیم‌بندی حد-تعزیر اصولاً تقسیمی روایی است؛ نه صرفاً فقهی و مستند به برداشت فقیهان از نصوص موجود. این شواهد را به اعتباری به سه دسته می‌توان تقسیم کرد؛ **نخست**، متونی که صراحتاً هم‌زمان از حد و تعزیر سخن می‌گویند؛ **دوم**، متونی که حدود را برمی‌شمارند یا به حدهای معینی تصریح یا اشاره می‌کنند؛ **سوم**، متونی که ادعا شده است بیان‌گر احکامی متفاوت برای حد و تعزیر هستند و به طور ضمنی بر این تقسیم‌بندی دلالت دارند. بحث از دسته‌ی اخیر را به دلیل نیاز به نقد و بررسی نسبتاً تفصیلی احادیث مورد استناد به فرصتی جداگانه وامی‌گذاریم و به بررسی دو دسته متون از نوع اول و دوم می‌پردازیم.

### گفتار اول: نصوص صریح در تقسیم‌بندی حد-تعزیر

جدا از روایاتی که واژه‌ی حد به معانی گوناگون در آن‌ها به کار رفته است، روایاتی چند بر اصل تقسیم‌بندی حد-تعزیر دلالت روشن و انکارناپذیری دارند؛ بی‌آن که تفاوت‌های حد و تعزیر را به تفصیل بیان کنند. روشن‌ترین این روایات هم‌زمان متعرض حد و تعزیر شده‌اند؛ مثلاً در روایت حماد پسر عثمان از امام صادق(ع) آمده است:

"از امام(ع) پرسیدم: میزان تعزیر چه اندازه است؟ امام(ع) فرمود: کم‌تر از حد؛ گفتم: آیا منظور کم‌تر از هشتاد است؟ امام(ع) فرمود: نه؛ کم‌تر از چهل تازیانه که حد برده است. پرسیدم: میزان

آن چقدر است؟ امام(ع) فرمود: به میزانی که والی بسته به گناه فرد و توانایی بدنی او به مصلحت بداند<sup>۱</sup>.

در باره‌ی مضمون روایت، این پرسش مطرح است که تعزیر که اصولاً می‌تواند هر نوع عقوبتی باشد، چگونه در هر حال می‌تواند از حد که مجازات خاصی است، کمتر باشد. فقیهان برای توجیه مضمون روایت، راه‌های گوناگونی را طی کرده‌اند که پرداختن بدان‌ها اکنون مورد نظر ما نیست. اجمالاً برخی از این تفسیرها به معنای روشنی باز نمی‌گردد. اگر تعزیر را به همهی موارد تعزیر تفسیر و تعبیر کنیم، روایت دارای معنای روشنی نخواهد بود؛ زیرا معنا ندارد که هر گونه تعزیری از همهی انواع مجازات‌های حدی کمتر و یا خفیف‌تر باشد. از همین روی برخی فقیهان چاره را در این دیده‌اند که تعزیر در روایت را به خصوص تازیانه تفسیر کنند. همین روایت دست‌مایه‌ی کسانی قرار گرفته که معتقدند تعزیر در روایات اصولاً به معنای تازیانه است.<sup>۲</sup>

به هر روی جدا از این نکته، مهم این است که در این روایت حد در برابر تعزیر قرار گرفته است. برابر این روایت دو نوع مجازات وجود دارد که یکی حد و دیگری تعزیر است. از میان تمام روایاتی که حد را در برابر تعزیر قرار می‌دهند ویژگی این روایت آن است که حدود را هم‌چون شاخص تعیین میزان تعزیر قلمداد می‌کند. با آن که در تعیین اندازه‌ی کیفر تعزیری به شدت جرم و توانایی مجرم توجه می‌شود، میزان کیفر نباید از حد فراتر رود؛ امری که هم تشخیص آن دشوار است و هم به لحاظ عملی سرنوشت تعزیرات را پیوسته به نوعی به حد گره می‌زند. این احتمال هم وجود دارد که مقصود روایت آن است که اگر در حوزه‌ای جرمی به عنوان حد تعیین شده باشد، مجازات جرایم از همان نوع که دارای شرایط کامل حد نباشند، کمتر از مجازاتی است که به عنوان حد تعیین شده است. برابر این تفسیر، حد و تعزیر در این روایت، برخلاف ظاهر لفظی آن‌ها به مطلق حد و تعزیر نظر ندارند؛ بلکه به حد و تعزیر خاصی مانند حد زنا اشاره دارند.

۱. الکلبینی، پیشین، جلد ۷، ص ۲۴۱، روایت ۵. در سند روایت، به گزارش کلینی، معلى بن محمد از راویان حدیث است. معلى به نظر مشهور علمای رجال، ضعیف است. نک. الحلی، الحسن بن یوسف، خلاصه‌الاقوال فی معرفه الرجال، تحقیق: جواد القیومی، قم: مؤسسه نشر الفقاهه، ۱۴۱۷ق، ص ۴۰۹، شماره ۱۶۵۳. شیخ صدوق اما این روایت را با سندی صحیح از امام صادق(ع) نقل کرده است. الصدوق، محمدبن علی بن الحسین، علل الشرایع، بیروت: دار إحياء التراث العربی، افسست از چاپ دوم: نجف اشرف، ۱۳۸۵ق، ص ۵۳۸، باب ۳۲۶، حدیث ۴.

۲. الصافی الکلبایگانی، لطف‌الله، التعزیر أنواعه و ملحقاته، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۳ق، ص ۶۰.

بعید نیست که در فضای ذهنی و یا در متن گفت‌وگوی راوی با امام(ع) قرائنی بر اراده‌ی این معنا وجود داشته و این قرینه به دست ما نرسیده باشد. درست است که در مقام تفسیر متن، اصل، عدم حذف و عدم قرینه است، ولی گاه شواهد بر وجود قرینه گواهی می‌دهند. قرینه در این مورد می‌تواند این نکته باشد که جرایم تعزیری لزوماً خفیف‌تر از همه‌ی انواع جرایم حدی نیستند تا ضرورت داشته باشد برای همیشه و در همه‌ی انواع جرایم میزان کیفر آن‌ها کم‌تر از جرایم حدی باشد. هرچند برابر روایتی که دارای سند چندان استواری نیست، شدت تازیانه در تعزیر به طور کلی باید از شدت تازیانه در جرم قذف که ملایم‌ترین نوع تازیانه است خفیف‌تر باشد.<sup>۱</sup>

روایت حماد البته با این اشکال هم روبه‌روست که در روایاتی که شمار آن‌ها کم نیست برای برخی جرایم تعزیری، مجازاتی بیش از چهل تازیانه ذکر شده است. حتی گاه برای عمل حرامی که بنا بر رأی مشهور مستوجب تعزیر است، صد تازیانه که حد زناست، ذکر شده است. مجازات بوسیدن طفل در حال احرام از روی شهوت که در هر حال عملی مستوجب تعزیر است، صد تازیانه ذکر شده است.<sup>۲</sup> بسیاری از فقیهان به مضمون این روایت فتوا داده‌اند.<sup>۳</sup> مجازات شکنجه که تعزیر قلمداد می‌شود صد تازیانه و یک سال حبس است.<sup>۴</sup> وجود این مضامین در روایات به طور ضمنی این ایده را که ملاک تقسیم‌بندی حد-تعزیر اهمیت جرایم است نفی می‌کند. کسی را رسد که ذکر مجازاتی به اندازه‌ی حد یا بیش از آن برای برخی جرایم تعزیری را دست‌مایه‌ای برای رد روایت حماد قرار دهد. ولی حتی این تعارض، دلالت روایت بر تقسیم‌بندی جرایم به حد و تعزیر را نفی نمی‌کند؛ جز این که تبعیض در حجیت را نپذیریم و بگوییم روایت به دلیل تعارض در بخشی از محتوا و مضمون خود به کلی از درجه‌ی اعتبار ساقط می‌شود و آن بخش از مضمون روایت که دچار تعارض نیست هم فاقد حجیت است. آن‌چه مشکل را در باره‌ی روایت حماد تا آن‌جا که به بحث کنونی مربوط می‌شود، آسان می‌کند این است که روایاتی که به اصل

<sup>۱</sup>. الکلبینی، پیشین، ص ۲۱۴، روایت ۵.

<sup>۲</sup>. همان، ص ۲۱۴، روایت ۵.

<sup>۳</sup>. نک. الموسوی الخوئی، سیدابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، جلد ۴۱، قم: مؤسسه احیاء الآثار الامام الخوئی، طبع سوم، ۱۴۲۸ق، ص ۲۹۸.

<sup>۴</sup>. الکلبینی، پیشین، ص ۳۰۳، روایت ۶.

تقسیم‌بندی حد-تعزیر اشاره دارند، چندان فراوانند که با از کار افتادن یکی به دلیل تعارض یا جز آن، اصل مطلب مخدوش نمی‌شود.

روایت دیگری که ممکن است بر تقسیم‌بندی جرایم به حد و تعزیر دلالت کند، روایتی است که شیخ صدوق آن را مرسلاً از پیامبر(ص) نقل کرده است. بنابر این نقل، پیامبر(ص) فرموده است: "برای فرمانروایی که به خداوند و روز واپسین ایمان دارد، حلال نیست کسی را به بیش از ده تازیانه مجازات کند، مگر در جرم مستوجب حد"<sup>۱</sup>.

مضمون این روایت در منابع روایی اهل سنت هم از پیامبر(ص) نقل شده است.<sup>۲</sup> همچنین از پیامبر(ص) نقل شده است: "کسی که در جرم غیرحدی به اندازه‌ی حد مجازات کند از متجاوزان است"<sup>۳</sup>. این حدیث هم به طور ضمنی گویای آن است که برخی مجازات‌ها حد و برخی حد نیستند. میزان مجازات حدی پیوسته ثابت است و کیفر تعزیری نباید به میزان حد باشد. بر این پایه، دلالت این گونه روایات بر این که دو نوع جرم و مجازات وجود دارد، اجمالاً آشکار است. البته این احتمال هم‌چنان وجود دارد که مقصود پیامبر(ص) از حد در دو حدیث گذشته، مجازات برای امر الهی و عمومی در برابر تنبیهاتی است که جنبه‌ی شخصی و خانوادگی داشته است؛ نه حد در برابر تعزیر. برابر شواهد تاریخی این گونه تنبیهات به ویژه در مورد بردگان، کودکان و زنان رایج بوده است.

جدا از این دو احتمال، انگشت تأکید در این روایات بر پرهیز از کیفرگرایی است. این گونه روایات بیان‌گر آنند که پرهیز از کیفرگرایی از فلسفه‌های تعیین مجازات ثابت است. در واقع گویا حدود به عنوان حداکثر میزان مجازات ممکن تعیین شده‌اند و در جانب زیادت، از آن‌ها تخطی نباید کرد؛ اما این که خود حدود هیچ‌گونه تغییر و تبدیل عقلایی و حکیمانه را نمی‌پذیرند، جزء مفاد این گونه روایات نیست. برای اثبات دلالت این روایات بر تغییرناپذیری میزان حد، حداکثر به اطلاق این ادله می‌توان استناد کرد؛ اطلاقی که در وجود مقدمات حکمت آن، تردید می‌توان کرد.

<sup>۱</sup>. الصدوق، من لا یحضره الفقیه، جلد ۴، پیشین، ص ۷۳، روایت ۵۱۴۳.

<sup>۲</sup>. نک. القزوی، پیشین، ص ۳۷۳، روایت ۲۶۰۱.

<sup>۳</sup>. "من بلغ حداً فی غیر حد فهو من المعتدین" (الجرالعالمی، پیشین، جلد ۱۸، ص ۳۱۲، روایت ۶).

مطالعه‌ی تاریخی موارد کاربست واژه‌ی حد نشان می‌دهد استعمال حد در حدود اصطلاحی بیشتر پس از پیامبر(ص) شایع و تثبیت شده و در کلمات امیرالمؤمنین علی(ع) و دیگر امامان معصوم به ویژه امام باقر و امام صادق علیهم‌السلام نیز انعکاس یافته است.

اثبات کاربرد اصطلاح حد و تعزیر در روایات پیامبر(ص) با اهمیت است؛ به کار رفتن این دو واژه در گفتار پیامبر(ص) می‌تواند این احتمال را که این دو واژه دارای حقیقت شرعی باشند، تقویت کند. مطالعه‌ی سیر تاریخی کاربست این دو واژه در روایات نشان می‌دهد استعمال حد و تعزیر در کلمات امامان(ع) بیشتر است. در کلمات پیامبر(ص) واژه‌ی حد به کار رفته است؛ اما نویسنده به کاربرد صریح کلمه‌ی تعزیر در سخنان آن حضرت برخورد ننمود.

گاه در روایاتی از پیامبر(ص) واژه‌ی حد بر معنای مجازات معین تطبیق شده است. در روایت ابن عباس آمده است که هلال پسر امیه نزد پیامبر(ص) همسر خود را به رابطه‌ی منافی عفت با شریک بن سحماء متهم کرد. بنا بر این نقل، پیامبر(ص) فرموده است: یا باید بینه بیاوری یا حد بر پشت تو اجرا می‌شود.<sup>۱</sup> نیز در روایت آنس آمده است: نزد پیامبر(ص) بودم؛ مردی آمد و گفت: ای پیامبر خدا! من مرتکب حد شده‌ام، پس حد را بر من جاری نما.<sup>۲</sup>

با این حال با توجه به این که تدوین مجموعه‌های حدیثی در عصری متأخر از زمان پیامبر(ص) صورت گرفته، روشن نیست که واژه‌ی حد به کار رفته در متن گفتار پیامبر(ص) یا کسانی که مستقیماً با وی سخن گفته‌اند عیناً همان واژه‌ی حد بوده است. این احتمال منتفی نیست که راویان با توجه به تعیین واژه‌ی حد در عقوبت شرعی در عصری متأخرتر و از باب غلبه‌ی استعمال و جواز نقل حدیث به معنا واژه‌ی حد را به کار برده باشند.

از دیگر نصوصی که ضمناً بر تقسیم‌بندی حد-تعزیر دلالت می‌کنند، روایاتی از امیرالمؤمنین(ع) است. این روایات، قطع ید را به سرقت محدود می‌کنند و جرایم نزدیک به سرقت مانند طراری (جیب‌بری)، اختلاس، ربایش و احتیال (کلاهبرداری) را تنها موجب تعزیر می‌دانند.<sup>۳</sup> این روایات

<sup>۱</sup> البخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، بیروت: المکتبه العصریه، چاپ اول، ۱۴۲۳ق، ص ۸۵۱، حدیث ۴۷۴۷.

<sup>۲</sup> همان، ص ۱۲۱۲، حدیث ۶۸۲۳.

<sup>۳</sup> الکلبینی، پیشین، جلد ۷، ص ۲۲۶، روایت ۱.



البته به نوبه‌ی خود برانگیزنده‌ی این پرسش‌اند که با توجه به شدید بودن کیفر قطع دست، آیا سرقت یعنی ربایش مال دیگری به طور پنهانی از جرایم هم‌خانواده قبیح‌تر و زشت‌تر است؟ این روایات در هر حال آشکارا بر لزوم کمینه‌گرایی در قطع دست هم دلالت دارند.

در روایتی دیگر از امام علی(ع) قطع دست در برابر تعزیر قرار گرفته و جرم ربایش علنی مال (الدغاره المعلنه) از سرقت تفکیک شده است<sup>۱</sup>. همچنین استلاب، جیب‌بری، اختلاس و خیانت در امانت، از سرقت که مجازات آن قطع ید است، تفکیک شده است<sup>۲</sup>. در این روایات بی‌آن که سرقت، حد نامیده شود، کیفر قطع دست به این جرم اختصاص یافته است. در روایت اسماعیل پسر فضل تصریح شده است افترا بر اهل ذمه موجب تعزیر است نه حد<sup>۳</sup>. در روایت جراح مدائنی هم سخنان توهین‌آمیز به دیگری مانند: "ای خبیث!" موجب مجازات و موعظه دانسته شده است<sup>۴</sup>. در برخی منابع روایی اهل سنت هم از امام علی(ع) نقل شده است که از آن حضرت در باره‌ی حکم سخنان توهین‌آمیزی مانند: ای خبیث و ای فاسق پرسیده شد؛ امام(ع) فرمود: "این موارد کارهای ناشایست موجب تعزیر است و حد ندارد"<sup>۵</sup>.

گاه تعزیر، مجازاتی که مرز معینی ندارد (لیس له وقت)، نامیده شده است<sup>۶</sup>. به تعزیر، تأدیب هم اطلاق شده است<sup>۷</sup>. در روایت ابوحنیفه از امام صادق(ع) در باره‌ی کسی که به دیگری بگوید: "ای فاسق" آمده است: حدی بر او نیست و تعزیر می‌شود<sup>۸</sup>. برابر روایتی از امام باقر(ع)،

۱. همان، روایات ۱، ۲ و ۷.

۲. همان، روایات ۳، ۴، ۵، ۶ و ۸.

۳. همان، ص ۲۴۱، روایت ۴.

۴. همان.

۵. "هن فواش فیهن تعزیر و لیس فیهن حد" (البانی، محمدناصرالدین، إرواء الغلیل فی تخریج أحادیث منارالسبیل، جلد ۸، بیروت: المکتب الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق، ص ۴۹).

۶. الکلینی، پیشین، جلد ۷، ص ۲۴۱، روایت ۷ و ص ۲۴۳، روایت ۱۶.

۷. همان، روایت ۸ و ص ۲۴۲، روایت ۱۰.

۸. همان، ص ۲۴۲، روایت ۱۵.

امیرالمؤمنین علی(ع) هجو را از جرایم مستوجب تعزیر دانسته است.<sup>۱</sup> بدین‌سان انبوهی از روایات به گونه‌ای بر تقسیم‌بندی حد-تعزیر دلالت می‌کنند. به‌رغم تصریحات یاد شده به تقسیم‌بندی حد-تعزیر، گاه مرز میان تعزیر و حد کم‌رنگ شده است. در مواردی کیفی‌های حدی برای جرایمی پیش‌بینی شده که امروزه حد قلمداد نمی‌شوند. برابر روایتی، امام علی(ع) دست کسی که انسان آزادی را فروخته بود قطع نمود.<sup>۲</sup> انسان آزاد مال نیست تا حکم سرقت بر ربایش وی مترتب شود؛ از این روی شیخ طوسی این جرم را نمونه‌ی افساد فی الارض دانسته است.<sup>۳</sup> مشکل هم‌چنان این است که بنا بر تفسیر رایج از محاربه و افساد فی الارض و تلقی آن هم‌چون حد، مجازات مفسد در قالب قطع، بریدن یک دست و یک پا به طور وارونه است، نه خصوص قطع دست. برخی برای برون‌رفت از این مشکل، فروش انسان آزاد را حد شمرده‌اند.<sup>۴</sup>

در مجموع، شمار روایاتی که صریحاً یا ضمناً به اصل تقسیم‌بندی حد-تعزیر دلالت دارند، کم نیست. پس اصل تقسیم‌بندی جرایم به حد و تعزیر جدا از ابهام‌های پیش‌گفته تقسیمی روایی است تا صرفاً فقهی، اصطیادی و مستنبط از روایات. با این حال این روایات به خودی‌خود از بیان بسیاری از احکامی که امروزه بر حد مترتب می‌شود و حدود را از تعزیرات جدا می‌سازد، ساکت است. به همین ترتیب، این روایات به خودی‌خود، تغییرات حکیمانه و مصلحت‌سنجانه در روایات را نفی نمی‌کنند؛ بلکه تنها کیفر برخی جرایم را تعیین می‌نمایند. حتی دیدیم که روایاتی چند در قالب تقييد یا تخصيص عمومات قرآنی، میزان کیفر را تا اندازه‌ای تغییر داده‌اند. پس دشوار است که این روایات را بیان‌گر خصیصه‌ی تغییرناپذیری برای حدود دانست.

<sup>۱</sup>. همان، ص ۲۴۳، روایت ۲۰.

<sup>۲</sup>. همان، ص ۲۲۹، روایات ۲ و ۳.

<sup>۳</sup>. الطوسی، محمدبن الحسن، النهایه فی مجرد الفقه والفتاوی، بیروت: دارالکتاب العربی، چاپ اول، ۱۳۹۰ق، ص ۷۲۲.

<sup>۴</sup>. الموسوی الخوئی، پیشین، ص ۳۸۴.

### گفتار دوم: نصوص ناظر به شمارگان حدود در روایات

شمار قابل توجهی از روایات بی‌آن که در مقام شمارش کامل موارد حد باشند، جرایم خاصی را صریحاً "حد" نامیده‌اند. تعبیری مانند حدالزنا و حدالکذف در روایات فراوان است.<sup>۱</sup> اما روایتی وجود ندارد که موارد حدود را برشمرده و به طور کامل احصا نموده باشد. فقدان نصی در این باره منشأ اختلاف فقیهان در شمارگان حدود شده است. این اختلاف نظر هم در میان فقه شیعی و سنی وجود دارد و هم در میان فقهای یک مذهب فقهی. بسیاری از متون فقهی کهن شیعی همه‌ی مواردی که در روایات مجازاتی برای آن‌ها تعیین شده است را حد قلمداد کرده‌اند. حتی گاه از حد قلمداد کردن ارتکاب محرماتی مانند ربا سخن به میان آمده است.<sup>۲</sup> در این رویکرد حتی رباخواری و خوردن مردار و خون و گوشت خوک هم جرم مستوجب حد قلمداد شده است؛<sup>۳</sup> چون در روایات، مجازاتی برای آن تعیین شده است.

از سوی دیگر، شناسایی گونه‌ای از تعزیر با عنوان "تعزیرات منصوص"، هم شمارگان حدود را مبهم ساخته و هم اصل تقسیم‌بندی حد-تعزیر را تضعیف نموده است. شهید ثانی موارد تعزیرات منصوص را پنج مورد دانسته است.<sup>۴</sup> این درحالی است که شمارگان تعزیرات منصوص افزون بر پنج مورد است. بر پایه‌ی شناسایی تعزیرات منصوص، سه نوع واکنش کیفری در برابر جرم وجود دارد: حد، تعزیر و مواردی از تعزیر که هم تعزیر است و هم میزان مجازات آن در نصوص تعیین شده است. گاه لحن ادله‌ای که کیفر برخی جرایم را تعیین کرده‌اند، کاملاً مشابه با لحن متونی است که برخی جرایم را حد قلمداد می‌کنند، اما آن‌ها تعزیر به‌شمار آمده‌اند. روشن نیست اگر بنا باشد میزان مجازاتی که در متون دینی برای جرایم تعیین شده در هر حال ملاک عمل باشد، به چه دلیل باید برخی جرایم را هم دارای مجازات معین و هم هم‌زمان تعزیر دانست. به نظر می‌رسد فقیهانی مانند آیت‌الله خویی برای برون‌رفت از این مشکل، برخی از موارد تعزیرات

<sup>۱</sup>. نک. الکلینی، پیشین، جلد ۷، ص ۳۹۲، روایت ۱۱ و ص ۴۰۳، روایت ۵ و ۶.

<sup>۲</sup>. الصدوق، من لایحضره الفقیه، پیشین، ص ۷۰، روایت ۵۱۳۲.

<sup>۳</sup>. همان، ص ۷۱، روایت ۵۱۳۳.

<sup>۴</sup>. الجبعی العاملی، زین‌الدین، مسالک الافهام، جلد ۱۴، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۶ق، ص ۳۳۶.

منصوص مانند ازدواج مرد مسلمان با زن ذمی بدون اذن زوج‌های مسلمانش را هم حد قلمداد کرده‌اند.<sup>۱</sup> پیداست که این چاره‌جویی کارگشا نیست؛ زیرا پرسش در این صورت به لحاظ ثبوتی هم‌چنان این خواهد بود که این موارد به لحاظ ماهوی دارای چه ویژگی هستند که باید حد قلمداد شوند؟ دشوار است بتوان میان این موارد و مواردی که تعزیر قلمداد می‌شوند تفاوتی ماهوی نهاد. حداکثر این است که راویان از حکم این موارد از امامان (ع) پرسیده‌اند و آنان مجازاتی را برای ارتکاب این جرایم ذکر کرده‌اند. این اندازه به تنهایی کافی نیست تا جرمی را "حد" قلمداد کنیم.

جدا از این مباحث می‌توان پرسید آیا به راستی ادله‌ی کافی برای حد بودن مواردی که در قرآن مجید ذکری از آن‌ها به میان نیامده است وجود دارد؟ طبیعی است در این مطالعه به جای بررسی همه‌ی جزئیات، تأکید بر واری ادله‌ای است که می‌تواند حد بودن جرم را اثبات نماید. معروف در میان فقهای امامیه آن است که با استناد به سنت؛ لواط، مساحقه، شرب خمر، قوادی و ارتداد از جرایم مستوجب حداند. گاه سب‌النبی (ص) والائمه (ع) نیز حد مستقل به‌شمار آمده یا به ارتداد ملحق شده‌اند. برخی سحرگری را هم حد شمرده‌اند.<sup>۲</sup>

در اعتبار و کفایت مستندات برخی از این موارد تردید می‌توان کرد. حد قلمداد کردن شرب خمر از آن روی دشوار است که برابر شواهد تاریخی، کیفر شرب خمر در زمان پیامبر (ص)، خلیفه اول و حتی برهه‌ای از خلافت خلیفه دوم، تنها ۴۰ تازیانه بوده است. در زمان خلیفه دوم، مردم از می‌گساری و تحمل ۴۰ تازیانه باکی نداشتند. خلیفه دوم در این باره با جمعی که گفته می‌شود علی (ع) نیز از آنان بوده است، مشورت کرد. علی (ع) پیشنهاد کرد تا میزان کیفر به هشتاد تازیانه افزایش یابد.<sup>۳</sup> این به معنای آن است که حد در تلقی مسلمانان صدر اسلام، مجازات ثابت و تغییرناپذیر نبوده است. ممکن است برای برهه‌ی خاصی، مجازات ثابت برای جرمی تعیین شود، اما کیفر در هر حال از فلسفه‌هایی چون بازدارندگی عمومی و خصوصی پیروی می‌کند. نمی‌توان مجازات ناکارآمدی را با استناد به این که حد و غیرقابل تغییر است، پذیرفت.

<sup>۱</sup>. الموسوی الخوئی، پیشین، ص ۲۹۷.

<sup>۲</sup>. همان.

<sup>۳</sup>. نک. النجفی، پیشین، ص ۴۵۶؛ الکلبینی، پیشین، جلد ۷، ص ۳۲۲، روایات ۲ و ۵.

در مورد قوادی، مستند قابل قبولی برای حد قلمداد کردن آن وجود ندارد.<sup>۱</sup> تنها با استناد به این که در متن یک روایت و در قالب پرسشی از امام(ع) راوی به این عمل حد گفته است، نمی‌توان جرمی را که کاملاً شدت و ضعف دارد، حد قلمداد کرد و مجازات آن را در هر حال هفتاد و پنج ضربه شلاق دانست.<sup>۲</sup>

حد قلمداد کردن ارتداد آن گونه که در متون فقهی آمده به مراتب مشکل‌آفرین‌تر است. نخست ابهام‌ها در باره‌ی ماهیت این جرم فراوان است. نمی‌توان پذیرفت که یکی از احکام شرع انور این است که اگر نوجوانی که تنها یکی از پدر و مادرش در حال انعقاد نطفه‌ی او مسلمان بوده پس از رسیدن به سن پانزده سالگی منکر مبانی اسلام شود یا در درستی آن‌ها تردید داشته باشد، مرتد و شایسته‌ی اعدام است. این نظر نه اخلاقی است، نه انسانی و نه الهی. قدر مسلم این که حکم شاک و نیز کسی که به باور نادرست خود یقین دارد با کسی که از سر لجاجت و عناد برای گسترش باوری که به نادرستی آن یقین دارد می‌کوشد را نمی‌توان یکی دانست. نیز نمی‌توان کسی را که در اثر تفکر و تدبیر دچار شبهه شده است با کسی که از روی جحد، حقیقت را رد می‌کند، یکسان دانست. بر فرض که مرآتبی از ارتداد به معنای بازگشت مسلمان کامل و آگاه به اسلام و حقانیت آن که علیه مبانی دینی در جامعه به تبلیغ می‌پردازد شایسته کیفر باشد؛ اما این امر مقوله‌ای است پذیرای شدت و ضعف و در قلمرو تعزیرات قرار می‌گیرد، نه حد. شاید محقق حلی هم همین مطالب را در ذهن داشته، آن‌گاه که در مقام شمارش حدود، ارتداد را تعزیر به‌شمار آورده است.<sup>۳</sup> در باره‌ی ساب‌النبی(ص) نیز ابهام‌ها در این که آیا آن جرمی مستقل است، یا مجازات ساب از باب ارتداد است کم نیست.

در مجموع، روایت یا روایاتی که با بیانی حصری شمارگان حدود را روشن نمایند وجود ندارد. مجازات پاره‌ای از جرایم در سنت بیان شده است. فقیهان در حد بودن مواردی از آن‌ها در باره‌ی این که آیا آن‌ها حدند یا تعزیر، دچار اختلاف شده‌اند. بدین‌سان از روایات ناظر به بیان حدود و

<sup>۱</sup> نک. نوبهار رحیم، "بررسی و نقد ادله حد بودن قوادی"، برهان و عرفان، سال سوم، شماره ۷، بهار ۱۳۸۵، صص ۱۶۹-۱۴۹.

<sup>۲</sup> همان.

<sup>۳</sup> الحلی، پیشین، جلد ۴، ص ۱۳۶.

تعزیرات نیز اجمالاً به خوبی برداشت می‌شود که مجازات یا حد است یا تعزیر؛ اما به لحاظ بحث مصداقی، حد یا تعزیر بودن شماری از جرایم با ابهام جدی مواجه است. پیداست که این روایات نیز برای خارج کردن حدود از شمول هر گونه تغییر و تبدیل عقلایی و حکیمانه کافی نیستند؛ زیرا این ادله دلالت آشکاری بر لزوم ثبات و عدم جواز هر گونه تغییر در حد دلالت روشنی ندارند.

### مبحث سوم: اجماع

با آن که در شمارگان حدود اتفاق نظر وجود ندارد، بر این که مجازات در فقه اسلامی یا حد است یا تعزیر، نوعی اجماع وجود دارد. آیا این اجماع می‌تواند پشتوانه و دلیل مستقلی برای تقسیم‌بندی جرایم و مجازات‌ها به حد و تعزیر باشد؟

با توجه به روایاتی که در مباحث پیشین به برخی از آن‌ها اشارت رفت، روشن شد که اجماع برای تثبیت نظام دوگانه‌ی حد-تعزیر دلیل مستقلی نیست. اجماع موجود در این باره بیشتر مستند به روایات موجود و از نوع اجماع مدرکی است.<sup>۱</sup> فارغ از روایات موجود، نوعی اجماع که فقیهان، نسل پس از نسل آن را تعیداً از معصوم (ع) دریافت نموده باشند، وجود ندارد. در واقع، برابر تلقی فقها از نصوص موجود هرگاه مجازات جرمی در متون دینی تعیین شده باشد، معمولاً با آن معامله‌ی حد شده است؛ جز آن گاه که قرینه‌ای بر تعزیری بودن آن وجود داشته است. این اجماع به مرور زمان و در سایه‌ی برداشت از متون موجود شکل گرفته است.

ممکن است برای اثبات اجماع درباره شمارگان حدود گفته شود: با آن که کیفر شماری از جرایم در متون دینی ذکر شده است، فقیهان آن را تعزیر قلمداد کرده و تعزیرات منصوص نام نهاده‌اند.

<sup>۱</sup> اگر اجماع فقیهان مستند به نصوص و روایاتی باشد که اینک موجود و در دسترس هستند، چنین اجماعی مدرکی و فاقد اعتبار است. در این موارد این نصوص موجودند که معتبرند و باب اجتهاد در آن‌ها گشوده است. اما اگر فقیهان بر امری اجماع داشته باشند، بی‌آن که نص و دلیلی در اختیار باشد، این اجماع غیرمدرکی است؛ یعنی مستند به دلیل خاصی نیست. بنا بر حجیت اجماع، چنین اجماعی معتبر و دلیل مستقل است. به نظر اصولیان اهل سنت، وضع به گونه‌ای دیگر است. آنان اجماع فقیهان را همچون دلیلی مستقل، حجت و معتبر می‌دانند.

حتی گاه لحن دو دلیلی که مجازات دو جرم را ذکر می‌کنند، کاملاً یکسان است<sup>۱</sup>؛ اما یکی حد و دیگری تعزیر قلمداد شده است؛ این خود دلیل روشنی است بر این که حد یا تعزیر قلمداد کردن جرایم، مستند به دلایلی فراتر از نصوص موجود، بوده است. بنا بر این، اجماع موجود در باره‌ی حد یا تعزیر بودن جرایم، از نوع اجماعات تبعیدی و کاشف از نظر معصوم(ع) است. این گونه اجماع حتی به نظر فقیهان امامیه هم معتبر است.

این سخن قوی به نظر نمی‌رسد؛ دیدگاه‌ها در باره‌ی تعزیرات منصوص یک‌دست نیست. اگر در این باره اجماعی وجود داشت نباید در باره تعزیرات منصوص، شاهد این اندازه اختلاف نظر بودیم. برخی معتقدند وقتی میزان مجازات جرمی به روشنی تعیین شده باشد، تعزیر قلمداد کردن آن وجهی ندارد. شاید آیت‌الله خویی با انتخاب همین رویکرد، موارد تعزیرات منصوص را هم "حد" شمرده و شمارگان حدود را به شانزده رسانده است<sup>۲</sup>. در نوشته‌های برخی دیگر از فقیهان نیز این تمایل به چشم می‌خورد<sup>۳</sup>. افزون بر این، بسیاری از فقیهان دست‌کم در برخی موارد در این که حدود را مشمول احکامی کاملاً مغایر با احکام تعزیرات بدانند، دچار تردید شده‌اند. این نشان می‌دهد مستند در هر حال، نصوص موجود بوده است؛ نه آموزه‌ای که تبعداً از پیامبر(ص) یا معصومان(ع) دریافت شده است.

به علاوه برخی اختلاف‌نظرهای جدی در باره‌ی احکام حد و تعزیر، ادعای اجماع در این باره را هر چه دشوارتر می‌کند. در نظریه‌ی رایج اصرار می‌شود که میزان تعزیر باید کم‌تر از حد باشد. ولی بنا بر رأیی تعزیر اصولاً به نظر امام و حاکم است و می‌تواند به اندازه‌ی حد، بیشتر یا کم‌تر از آن باشد. در میان فقهای اهل سنت، مالک و یاران او، ابویوسف، محمد، ابو ثور و طحاوی گفته‌اند: تعداد تازیانه‌ها در تعزیر اندازه‌ی معینی ندارد، بلکه این مسأله به رأی امام وابسته است. برای امام

<sup>۱</sup>. برای نمونه روایت عبدالله بن سنان در مورد کیفر قوادی که بر حد حمل شده است (نک. الحر العاملی، پیشین، جلد ۱۸، ص ۴۲۹، باب ۵، روایت ۱)، در مقایسه با روایت محمد بن مسلم که کیفر مباشرت با زوجه در دوران عادت زنانگی را بیست و پنج تازیانه ذکر کرده است (همان، ص ۵۸۶، باب ۱۳، روایت ۱).

<sup>۲</sup>. نک. الخوئی، پیشین، ص ۲۰۳.

<sup>۳</sup>. نک. المنتظری، حسینعلی، پیشین، ص ۱۸۳.

جایز است که میزان تعزیر را از حد هم فزون‌تر کند<sup>۱</sup>. به فقیهان مالکی هم به طور کلی نسبت داده شده است که آنان معتقدند امام در مقام تعزیر به هر میزانی که اجتهادش اقتضا کند تعزیر خواهد کرد، حتی اگر از سخت‌ترین حدود هم فراتر رود. پس امام می‌تواند به اندازه‌ی حد یا بیشتر یا کم‌تر از آن تعزیر کند<sup>۲</sup>. دیدیم که در منابع روایی امامیه هم گاه برای جرایمی که تعزیر قلمداد می‌شوند کیفری بیش از حد یا به اندازه‌ی آن تعیین شده است؛ مثلاً تعیین کیفر حبس ابد برای کسی که بدن دیگری را مُثله کند<sup>۳</sup>، یا تعیین هشتاد ضربه تازیانه که حد قذف است برای زنی که جاریه‌ی خود را دچار حالت افتضاض کرده است<sup>۴</sup>.

درست است که این نظریه اصل تقسیم‌بندی حد-تعزیر را می‌پذیرد، اما مرز میان حد و تعزیر در آن به اعتباری کم‌رنگ می‌شود. اگر بتوان برای جرم تعزیری به اندازه‌ی جرم حدی مجازات تعیین کرد، پس تفاوت حد و تعزیر در چیست؟ درست است که حد و تعزیر احکام متفاوت فراوانی با یکدیگر دارند، اما این امر در هر حال به معنای کم‌رنگ شدن تمایز حدود و تعزیرات و تضعیف اجماع موجود در مسأله است.

این استدلال برای تضعیف تقسیم‌بندی حد-تعزیر قانع‌کننده به نظر نمی‌رسد. برعکس، پذیرفتن این که میزان تعزیر کاملاً در اختیار قاضی یا امام (حاکم کل) است با لحاظ این واقعیت که میزان حد کاملاً معین است، دوگانگی حد-تعزیر را به گونه‌ای دیگر مدلل و تثبیت می‌نماید. هرچند گذشت که روایاتی در منابع حدیثی شیعی هم فراتر رفتن از مجازات حدی در مورد جرایمی که تعزیر قلمداد شده است را تأیید می‌کند. به هر روی به دشواری می‌توان اجماع فقیهان بر تقسیم‌بندی حد-تعزیر را جدا از متون دینی، دلیلی مستقل به‌شمار آورد.

در تحلیل محتوا و معقد اجماع فقیهان بر این تقسیم‌بندی باید یادآور بود که آنچه فقیهان بر آن اجماع دارند، اصل تقسیم‌بندی حد-تعزیر و حد قلمداد کردن پاره‌ای جرایم و تعزیر قلمداد کردن

<sup>۱</sup>. النیسابوری، مسلم بن حجاج، صحیح مسلم، کتاب الحدود، باب قدر أسواط التعزیر، ص ۵۶، بیروت، المكتبه العصریه، چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

<sup>۲</sup>. الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وادلتہ، جلد ۶ دمشق: دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق، صص ۲۰۶ و ۲۰۷.

<sup>۳</sup>. الکلبینی، پیشین، ج ۷، ص ۲۷۰، روایت ۴۵ (این روایت البته از سند مناسبی برخوردار نیست).

<sup>۴</sup>. همان، ص ۲۰۳، روایت ۳.



پاره‌ای دیگر است. حتی بر دسته‌بندی واحدی اجماع وجود ندارد. نیز نسبت به احکام متفاوتی که برای حد و تعزیر برشمرده می‌شود، اجماع و اتفاق نظر وجود ندارد. تعزیری قلمداد کردن همه‌ی جرایم نوپیدا نیز مدلول نص صریح و بی‌اشکالی نیست. درست است که گفته می‌شود: محرمانی که کیفر معین برای آن تعیین نشده مشمول تعزیر است، اما این گفته‌ی فقیهان، نه به معنای آن است که همه‌ی محرمات را باید جرم‌انگاری کرد و نه به معنای آن است که نصی بر این مطلب دلالت دارد. این تلقی بیشتر بر این پیش‌فرض مبتنی است که هر جرمی که مجازات آن در متون دینی تعیین نشده است، علی‌القاعده تعزیری است. این تلقی البته صواب و برابر موازین است؛ زیرا تعیین مجازات قطعی برای جرم به ویژه جرایمی که شدت و ضعف را برمی‌تابند، برخلاف اصل است. به علاوه حدود اصطلاحی مشمول احکامی هستند که مقتضای اصل، عدم ترتب آن‌هاست.

### نتیجه‌گیری

شواهد قابل قبول گویای آن است که در فقه جزایی اسلام، شمار اندکی از جرایم دارای مجازات ثابت است، و مجازات دیگر جرایم، متغیر و بسته به نظر قاضی یا حاکم است. اصل این تقسیم‌بندی به روایات ریشه می‌برد تا استنباط فقیهان از متون موجود. با این حال بررسی نصوص راجع به حدود نشان می‌دهد هم اصل این تقسیم‌بندی و هم بسیاری از جزئیات مسائل حدود در متن یک حدیث یا در ضمن بیان و خطابی واحد، تشریح نشده‌اند. آن‌ها بیشتر در جریان برخورد با واقعیت‌های عملی تشریح شده‌اند؛ نه در یک موقعیت واحد قانون‌گذاری واحد. بدین‌سان این احتمال تقویت می‌شود که مقررات ناظر به کیفرگذاری، به احکام ولایی و سلطانی -در برابر احکام شرعی و ابدی- نزدیک‌ترند. به همین ترتیب، شماری از مجازات‌ها مانند کیفر شرب خمر که اکنون حد قلمداد می‌شوند به لحاظ شواهد تاریخی غیر قابل انکار دچار تغییراتی شده‌اند. این به معنای آن است که حد در تلقی مسلمانان صدر اسلام مجازاتی تغییرناپذیر نبوده است.

با لحاظ این که تقسیم‌بندی حد-تعزیر را بر بنیادی عرفی نمی‌توان بنا نهاد، پذیرش تقسیم‌بندی حد-تعزیر به گونه‌ای که در فقه رایج مطرح است به معنای آن است که شارع مقدس اسلام با تشریح مجازات‌های معین برای برخی جرایم و تعیین آن‌ها به عنوان حد تغییرناپذیر، راه و روش خود را از عقلاً جدا کرده است. نصوص موجود حتی آن‌ها که بر پذیرش تقسیم‌بندی حد-تعزیر دلالت دارند بر چنین مطلبی دلالت ندارند. آن‌ها حداکثر گویای آنند که شارع مقدس

مجازات‌هایی را برای برخی جرایم تعیین کرده است. به ویژه این که مجازات برخلاف جرم و جرم‌انگاری - که به حوزه‌ی ارزش‌ها مربوط می‌شود و دخالت شارع در آن پذیرفتنی است - از جنس سرزنش اجتماعی است و اصولاً به حوزه‌ی امور عرفی و عقلایی بازمی‌گردد تا قلمرو عبادات. فقیهان نیز با آن که عملاً گاه با مسائل کیفری هم‌چون امور عبادی رفتار نموده‌اند، در دسته‌بندی ابواب فقهی، مسائل کیفری را در شمار احکام و سیاست قرار داده‌اند، نه عبادات. این دسته‌بندی البته اقتضاتاتی دارد؛ نصوص حوزه‌ی امور عرفی و عقلایی را برخلاف متون ناظر به قلمرو عبادات پیوسته باید در همان حال و هوای عقلایی تفسیر و تعبیر کرد.<sup>۱</sup>

به این‌ها بیفزایید این واقعیت تاریخی بسیار مهم را که مجازات‌های توصیه شده در متون دینی به لحاظ نوع، همگی پیش از اسلام رایج بوده و اسلام تنها تا اندازه‌ای آن‌ها را تعدیل نموده است. به همین ترتیب، شماری از احکامی که گاه از اختصاصات حدود شمرده می‌شود را به لحاظ تحلیلی نمی‌توان از مختصات حدود برشمرد.<sup>۲</sup>

در مقام طرح نظریه‌ای بدیل با نظریه‌ی رایج در باره‌ی تقسیم‌بندی حد-تعزیر می‌توان با الهام از نصوص موجود و تقویت حکومتی و مدیریتی دانستن نصوص ناظر به تعیین کیفر، باب اختیارات حاکمیت صالحی که متصدی اجرای دیدگاه‌های اسلامی در باره‌ی جرم و مجازات است را گسترده دانست و مباحث مجازات‌ها را به حوزه‌ی مدیریت جرم ناظر دانست. بدین‌سان تقسیم‌بندی حد-تعزیر خود منعطف و پویا خواهد بود. هم امکان پیدایش جرایمی که به طبع خود مجازات ثابت را اقتضا داشته باشند منتفی نیست و هم تغییر در کم‌وکیف کیفرهای حدی در پرتو توجه به مقاصد تشریح آن‌ها نامشروع نیست. به همین ترتیب بسیاری از تأسیسات و نهادهای حقوقی مانند تعلیق، تعقیب، تخفیف و منع مجازات مضاعف که اکنون مختص به تعزیرات قلمداد می‌شوند در حدود نیز قابل جریان خواهد بود. به دشواری می‌توان نهادها و تأسیساتی که محصول عقلانیت و تجربه‌ی بشری است را به تعزیرات اختصاص داد و حدود را صرفاً به دلیل

۱. نک. الموسوی الخمینی، سیدروح الله، الرسائل، جلد ۱، تحقیق: مجتبی الطهرانی، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۵ق، ص ۳۱۳.

۲. تنها برای نمونه نک: نوبهار، رحیم، "بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام برای تکرار جرایم حدی"، پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۲، صص ۹-۴۶.

این که اصل مجازات آن‌ها در متون دینی تعیین شده از شمول این نهادها خارج دانست. باید با درک درست فلسفه‌ی تقسیم‌بندی حد-تعزیر و لحاظ فلسفه و کارکردهای نهادهای پیش‌گفته و مشابه آن‌ها روشن نمود که آیا آن‌ها در حد یا تعزیر راه پیدا می‌کنند یا نه. ادله‌ای که صرفاً میزان کیفرهای حدی را تعیین می‌کنند، فاقد چنان اطلاقی است که کیفرهای حدی را از شمول هرگونه تغییر و تبدیلی حتی اگر حکیمانه و در چارچوب موازین و مقاصد شرع باشد، خارج نماید. به ویژه با توجه به اطلاق و قوت ادله‌ای که بر اختیارات امام - که در واقع تجلی عقلانیت جامعه اسلامی است- در اجرای حدود و جواز و بلکه لزوم رعایت مصالح گوناگون در اجرای حدود دلالت می‌کند، به دشواری می‌توان اقتضائات عقلانی و مقتضیات مصلحت را در اجرای مجازات‌ها نادیده انگاشت. این رویکرد با تعطیل و تضییع حد که در روایات از آن نهی شده بسی متفاوت است. با انتخاب این رویکرد حدود می‌توانند هم‌پای تحولات عصری از دستاوردهای عقلانیت و تجربه‌ی بشری در چارچوب مقاصد و جهت‌گیری‌های شارع مقدس بارور و روزآمد شوند و از ارزش‌های مورد نظر شارع دفاع کنند؛ نه این که هم‌چون جزیره‌ای از روند تحولات عقلایی درباره‌ی کیفر به کلی برکنار بمانند. جدا کردن حدود از روند تجربیات ارزشمند و حکیمانه‌ی بشری راه را برای انتزاعی شدن و هرچه بیشتر به حاشیه رانده شدن آن‌ها فراهم می‌سازد. احتیاط در فتوا در باره‌ی حدود ایجاب می‌کند که به این جنبه‌های بحث هم توجه شود. همان‌گونه که نصوص مربوط به کیفر را بدون توجه به فلسفه‌ی تشریح آن‌ها نمی‌توان درک کرد، فهم درست تقسیم‌بندی حد-تعزیر هم به درک درست مقصود نهایی از این نظام دوگانه وابسته است. فهم درست این فلسفه ما را به درکی پویا و منعطف از مفهوم حد و تعزیر رهنمون خواهد شد.

## منابع

## الف) منابع عربی:

۱. القرآن الکریم
۲. البانی، محمدناصرالدین، إرواء الغلیل فی تخریج أحادیث منارالسبیل، جلد ۸، بیروت: المکتبه الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
۳. البخاری، محمدبن اسماعیل، صحیح البخاری، بیروت: المکتبه العصریه، چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
۴. البغدادی، محمدبن حبیب، المحبّر، بیروت: دار الآفاق الجدیده، ۱۳۶۱ق.
۵. الجبعی العاملی، زین‌الدین، مسالک الافهام، جلد ۱۴، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
۶. الحرالعاملی، محمدبن‌الحسن، وسائل الشیععه، جلد ۱۸، تحقیق: محمد الرازی، تهران: المکتبه الاسلامیه، چاپ هشتم، ۱۳۸۶ش.
۷. الحلّی، الحسن بن یوسف، خلاصه الاقوال فی معرفه الرجال، تحقیق: جواد القیومی، قم: مؤسسه نشر الفقاهه، ۱۴۱۷ق.
۸. الحلّی، جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، جلد ۴، تحقیق: محمدعلی بقال، قم: اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
۹. الحلّی، محمدابن ادیس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
۱۰. الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وأدلته، جلد ۶، دمشق: دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
۱۱. الصافی الگلپایگانی، لطف‌الله، التعزیر أنواعه و ملحقاته، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۳ق.
۱۲. الصدوق، محمدبن علی بن‌الحسین، علل الشرایع، بیروت: دار إحياء التراث العربی، افسست از چاپ دوم: نجف اشرف، ۱۳۸۵ق.
۱۳. الصدوق، محمدبن علی بن‌الحسین، من لایحضره الفقیه، جلد ۴، تصحیح و تعلیق: علی‌اکبر غفاری، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.

۱۴. الطبسی، نجم‌الدین، النفی والتغریب فی مصادر التشريع الاسلامی، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
۱۵. الطوسی، محمدبن الحسن، تهذیب الاحکام، جلد ۱۰، تصحیح: علی‌اکبر غفاری، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۳۸۶ش.
۱۶. الطوسی، محمدبن الحسن، الخلاف، جلد ۵، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
۱۷. الطوسی، محمدبن الحسن، النهایه فی مجرد الفقه والفتاوی، بیروت: دارالکتب العربی، چاپ اول، ۱۳۹۰ق.
۱۸. القزوی، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، الرياض: دارالسلام، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
۱۹. الکاظمی، الفاضل الجواد، مسالک الافهام إلى آیات الاحکام، جلد ۴، تحقیق: محمدباقر شریف‌زاده، تهران: المکتبه المرتضویه، بی‌تا.
۲۰. کلینی، محمدبن یعقوب، کافی، جلد‌های ۵ و ۷، تحقیق: علی‌اکبر غفاری، تهران: اسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۸۷ش.
۲۱. المنتظری، حسینعلی، کتاب الحدود، جلد ۱، قم: دارالفکر، بی‌تا.
۲۲. الموسوی الاردبیلی، سیدعبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، جلد ۱، قم: جامعه المفید، چاپ دوم، ۱۴۲۹ق.
۲۳. الموسوی الخمینی، سیدروح الله، الرسائل، جلد ۱، تحقیق: مجتبی الطهرانی، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۵ق.
۲۴. الموسوی الخوئی، سیدابوالقاسم، مبانى تکمله المنهاج، جلد ۴۱، قم: مؤسسه إحياء الآثار الامام الخوئی، طبع سوم، ۱۴۲۸ق.
۲۵. النجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، جلد ۴۱، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۵ق.
۲۶. النیسابوری، مسلم بن حجاج، صحیح مسلم، بیروت: المکتبه العصریه، چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

**(ب) منابع فارسی:**

۲۷. صرامی، سیف‌الله، "احکام حکومتی و مصلحت"، راهبرد، شماره ۴، پاییز ۱۳۷۳.

۲۸. نوبهار، رحیم، "بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام برای تکرار جرایم حدی"، پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره ۵، زمستان، ۱۳۹۲
۲۹. نوبهار، رحیم، "بررسی و نقد ادله حد بودن قوادی"، برهان و عرفان، سال سوم، شماره ۷، بهار ۱۳۸۵.
۳۰. نوبهار، رحیم، "جستاری در میانی تقسیم‌بندی حد-تعزیر در فقه کیفری اسلام"، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۳، پاییز ۱۳۹۲.