

واکاوی تحلیلی - انتقادی تفاوت‌های میان حد و تعزیر

رحیم نوبهار*

امیر عرفانی‌فر**

چکیده

این مقاله به بازخوانی تفاوت‌های برشمرده شده میان حد و تعزیر در متون فقهی می‌پردازد. بر پایه یکی از قواعد بنیادین فقه جزایی، مجازات‌ها به حد و تعزیر تقسیم می‌شوند. این دو نوع مجازات علاوه بر موجب آنها یعنی جرائم، در ویژگی‌ها و احکام با یکدیگر متفاوتند. تکرار این تفاوت‌ها در کتاب‌های فقهی آنها را به یک امر مسلم تبدیل کرده و فاصله میان این دو نوع واکنش در برابر رفتار ضدمنجاری را به گونه‌ای ناموجه و پرسش‌برانگیز افزایش داده است. بررسی ریشه‌های شکل‌گیری نظام افتراقی حد-تعزیر و شواهد دیگر چه بسا ما را به برداشت تازه‌ای از تفاوت‌های میان حد و تعزیر رهنمون سازد. تفاوت‌های برشمرده شده در متون فقهی و حقوقی، چیزی جز اصول کلی حاکم بر مطلق مجازات نیستند. با این حال، نوعی نگاه تعبدی به نصوص دینی به ویژه نسبت به واژه «حد» سبب شده است تا این احکام کلی به حد به معنای اصطلاحی آن اختصاص داده شود. در این مقاله این اصول عقلانی کم‌وبیش در نظام‌های عرفی هم پذیرفته شده و تخصیص آنها به حدود، اصطلاحی موجه به نظر نمی‌رسد.

واژگان کلیدی

فقه کیفری، مجازات، حد، تعزیر

* پژوهشگر حوزوی و دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

Email: Rnobahar@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی

Email: Amir.Erfanifar@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۹۶/۲/۱۶

تاریخ ارسال: ۹۵/۹/۲۰

فصلنامه راهبرد / سال بیست‌وششم / شماره ۸۲ / بهار ۱۳۹۶ / صص ۲۴۰-۲۰۷

جستارگشایی

تقسیم مجازات‌ها^(۱) به حد و تعزیر در فقه کیفری اسلام به‌عنوان قاعده‌ای مسلم مورد پذیرش فقیهان قرار گرفته است. بسیاری دیگر از احکام و قواعد کیفری نیز بر پایه همین قاعده شکل گرفته‌اند. یکی از جنبه‌های قابل توجه این تقسیم‌بندی، تفاوت‌هایی است که میان این دو نوع مجازات وجود دارد.

بهترین راه برای شناخت تفاوت‌های میان حد و تعزیر مراجعه به منابع فقهی و تعریف‌هایی است که فقیهان از این دو اصطلاح به دست داده‌اند. بررسی سیر تحول تعاریفی که فقیهان از حد و تعزیر ارائه داده‌اند، روند شکل‌گیری نظام افتراقی حد-تعزیر را به خوبی نمایان می‌سازد. این نوشتار پس از یادآوری تفاوت‌های ذکر شده میان حد و تعزیر در متون فقهی که برخی از آنها صریحاً در گفتار فقیهان ذکر شده و برخی دیگر نیز به صورت پراکنده در متون فقهی یافت می‌شود به طرح این پرسش می‌پردازد که تفاوت‌های برشمرده شده توسط فقیهان چگونه از ادله فقهی برداشت شده و چه مبنایی دارند؟ افزون بر این، اساساً مجازات‌های حدی و تعزیری به لحاظ ماهیت و کارکرد چه تفاوت‌های ماهوی دارند که بیش از بیست تفاوت ذکر شده در متون فقهی را توجیه می‌نماید؟

پاسخ به این پرسش به‌ویژه هنگامی اهمیت بیشتری می‌یابد که بدانیم قوانین کیفری پس از انقلاب اسلامی حول محور نظام افتراقی حد-تعزیر شکل گرفته‌اند. هم‌زمان بررسی سیر تدوین کتاب‌های فقهی و حتی قوانین کیفری نیز نشان می‌دهد که به‌مرور زمان فاصله میان این دو نوع مجازات به دلیل وجود احکام و آثار متفاوت افزایش یافته است. افزون بر تردیدهایی که از چشم‌انداز نظری در این باره وجود دارد، مشکلات عملی حاصل از اجرای نظام دوگانه حد-تعزیر نیز قابل توجه است. به‌ویژه عدم جریان نهادهای نوپای حقوق کیفری در حدود به معنای اصطلاحی و وجود تفاوت‌های ناموجه میان حد و تعزیر، واکاوی این موضوع را ایجاب می‌نماید. تصویب «قانون مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۹۲ و افزودن مفهوم «تعزیرات منصوص» و الحاق این قسم مجازات به حدود افزون بر ابهام‌های نظری، بر دامنه مشکلات اجرایی نیز خواهد افزود.

این مقاله نشان می‌دهد که تفاوت‌های برشمرده شده میان حد و تعزیر آن‌گونه که تصور می‌شود از مبانی و ادله استواری برخوردار نیست. در صورت اثبات این دیدگاه می‌توان نظامی پویا، منسجم و کارآمد از مجازات‌ها را طراحی نمود و باب جریان نهادهای نوپیدای حقوق کیفری را در حدود نیز گشود.

۱. تعریف حد و تعزیر در متون فقهی

۱-۱. تعریف فقیهان امامیه

پیش از تألیف کتاب‌های فقهی به شیوه استدلالی و مدون، متون قدیمی‌تر مانند «المقنع» شیخ صدوق بیشتر به بیان احادیث مربوط به حدود و تعزیرات بسنده می‌نمودند؛ بی‌آنکه به حد یا تعزیر بودن کیفر بپردازند. با گذشت زمان فقیهان در متون فقهی معمولاً جرائم و مجازات‌ها را در باب یا کتاب حدود به‌طور مستقل بررسی می‌کردند. عمده مباحث فقیهان در باب حدود یا به‌طور کلی جرائم و مجازات‌ها پیرامون حدود اصطلاحی است. در این متون بیشتر به مصادیق حدود و شرح و توضیح آنها پرداخته شده است. آنها غالباً اصطلاح حد و تعزیر را تعریف نمی‌کنند یا بسیار کوتاه از این دو اصطلاح بحث می‌نمایند.

شیخ طوسی در تعریف تعزیر می‌گوید: «هر کس مرتکب گناهی شود که حد شرعی ندارد تعزیر می‌گردد؛ مثل این که سارق مالی را که به حد نصاب می‌رسد از خارج حرز سرقت کند؛ یا مال کمتر از نصاب را از داخل حرز بدزدد؛ یا مردی با زن بیگانه، برهنه در رختخوابی بخوابد هرچند با وی آمیزش نکند؛ یا او را ببوسد؛ یا کسی انسانی را فحش دهد. در تمام این موارد حاکم شرع مجرم را تعزیر می‌کند» (طوسی، ۱۳۷۸، ج ۸: ۶۹).

ابوالصلاح حلبی پس از شمارش مصادیق حدود، تعزیر را چنین تعریف می‌کند: «تعزیر عبارت است از تأدیبی که خداوند پابندی به آن را تشریع نموده است به این منظور که تعزیر شوند و دیگر مکلفان را از ارتکاب عمل ممنوع باز دارد. این حکم در موردی که به امر واجبی اخلاص وارد شود یا امر قبیحی از کسی سر بزند و در شرع، حدی درباره آن وضع نشده باشد ثابت می‌شود» (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۱۶).

ابن‌ادریس نیز تعریف ابوالصلاح را برگزیده است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۵۳۴). پس از او ابن‌زهره فقیه قرن پنجم درباره تعزیر می‌گوید: «بدان که تعزیر با عمل قبیح واجب می‌شود یا با اخلاص در امر واجبی که در شرع برای آن عمل، حد معین نشده است یا حد برای عملی معین شده باشد اما شرایط اقامه آن کامل نشود؛ پس کسی که مرتکب مقدمات زنا و لواط شود مانند درپوشش واحد قرار گرفتن یا بوسیدن، بر حسب آنچه امام تعیین می‌کند از ده ضربه تا نودونه ضربه تعزیر می‌شود» (ابن‌زهره، ۱۴۱۷: ۴۲۱).

محقق حلی در تعریف حد و تعزیر گفته است: «هر آنچه که مجازات معینی داشت نامش حد است و آنچه که به این صورت نباشد تعزیر نام دارد» (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۱۳۶). وی در جایی دیگر می‌گوید: «هر کس مرتکب فعل حرامی شود یا واجبی را ترک کند بر امام است که

او را به میزانی کمتر از حدود تعزیر کند. تعیین اندازه تعزیر با امام است» (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۱۵۵).

تعریف محقق حلی روشن‌تر از تعریف‌های پیشین است. ضابطه حد در این تعریف داشتن مجازات معین است. بر تعریف محقق حلی البته چند اشکال وارد شده است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱: ۲۱). نخست: تعریف محقق حلی از حد، مانع نیست و قصاص و دیات و کفارات را هم در بر می‌گیرد. دوم: حدود در اصطلاح، اسم برای مجازات‌هاست و نه جرائمی که مجازاتی خاص بر آنها بار می‌شود. سوم: در روایات برای برخی از تعزیرات مجازات خاص در نظر گرفته شده است. از همین روی شهید ثانی قید «غالباً» را به تعریف خود از تعزیر افزوده است تا تعزیرات منصوص را از شمول آن خارج کند (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۴: ۳۲۷).

فاضل مقداد حد و تعزیر و تفاوت آنها را این‌گونه توضیح می‌دهد: «حدود جمع حد و در لغت به معنای منع است و به همین جهت به دربان، حداد گفته می‌شود. در اصطلاح شرع، حد به معنای عقوبتی است برای به درد آوردن بدن مجرم، که شارع کمیت آن را مشخص کرده است. وجه نام‌گذاری این مجازات به حد آن است که مانع ارتکاب مجدد و بازگشت مجرم به گناه می‌شود. اما هنگامی که میزان عقوبت معین نشده باشد تعزیر نامیده می‌شود که در لغت به معنای تأدیب است. تعزیر به معنای تعظیم و احترام هم آمده است و به همین دلیل از اضداد به شمار می‌رود» (سیوری، ۱۴۰۴، ج ۴: ۳۲۷). در این تعریف نیز ضابطه حد بودن همانند آنچه پیش از این از محقق حلی گذشت مشخص شدن کمیت مجازات توسط شارع است. در صورت عدم تعیین، مجازات از نوع تعزیری است.

شهید ثانی بیش از دیگران به تعریف دقیق حد و تعزیر همت گمارده است. او گفته است: «حدود جمع حد و در لغت به معنای منع است. حد اصطلاحی شرع نیز از همین معنا اخذ شده است؛ چون وسیله‌ای است برای جلوگیری از کاری که موجب آن است از ترس گرفتار شدن به آن. حد در معنای شرعی آن عبارت است از مجازات بدنی مخصوص، به سبب ارتکاب گناهی خاص که شارع میزان آن را در تمام افراد و مصادیق معین کرده است. تعزیر در لغت به معنای تأدیب است و در فقه، مجازات یا اهانتی است که غالباً میزان آن را شارع معین نکرده است» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۴: ۳۲۳).

نکته مهم در تعریف شهید ثانی قید «غالباً» است. به نظر شهید ثانی هر مجازاتی که کمیت آن مشخص شده باشد حد است. تعزیر نیز مجازاتی است که «غالباً» مجازات آن تعیین نشده است؛ پس مواردی از تعزیر نیز وجود دارد که مقدار آنها معین شده است. این مجازات‌ها باوجود

تعیین میزان، «حد» نامیده نمی‌شوند. فقیهان دیگر نیز غالباً همین تعاریف را به کار برده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۲۵۴ و طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۵: ۴۳۳).

۲-۱. تعریف فقیهان اهل سنت

ابن‌قدامة در تعریف تعزیر می‌گوید: «تعزیر عقوبتی است برای جنایتی که برای آن حد وجود ندارد؛ مانند سرقت کمتر از نصاب یا سرقت از غیر حرز یا غارت یا غضب یا اختلاس یا جنایت بر انسانی که موجب حد و قصاص و دیه نیست یا توهین به انسانی با لفظی که موجب حد قذف نیست. این مجازات از آن روی تعزیر نامیده می‌شود که از جنایت منع می‌کند. ریشه تعزیر منع است. تعزیر به معنای نصرت و یاری رساندن نیز از همین ریشه است؛ زیرا تعزیر دشمن تعزیر شونده را از اذیت و آزار وی باز می‌دارد» (ابن‌قدامة، بی‌تا، ج ۸: ۳۲۴).

ماوردی می‌گوید: «تعزیر تأدیب است در آن دسته از گناهان که در آنها حد وضع نشده است و حکم آن با اختلاف گناه و وضعیت فاعل فرق می‌کند. پس از جنبه‌ای با حدود شباهت دارند. آنها هر دو نوعی تأدیب هستند به منظور اصلاح، بازداشتن و آزار مجرم. تعزیر به حسب نوع گناه، مختلف می‌شود و این دو از سه جهت با یکدیگر تفاوت دارند» (ماوردی، بی‌تا: ۳۴۴). ماوردی حد را نیز به دو نوع تقسیم می‌کند. نخست، حدی که از حقوق خدای تعالی است. دوم، حدی که برای نقض حقوق آدمیان است. نوع نخست را هم به دو نوع دیگر تقسیم می‌کند. حدی که برای ترک واجب، واجب می‌شود و حدی که برای ارتکاب عمل ممنوع واجب می‌شود (ماوردی، بی‌تا: ۳۲۵).

سرخسی از فقیهان حنفی، پس از ذکر معانی لغوی، در تعریف اصطلاح حد و فرق آن با تعزیر گفته است: «حد اسم برای مجازات مقدری است که برای رعایت حق الله وضع شده است و به همین دلیل تعزیر نامیده نشده است؛ زیرا تعزیر غیرمقدر است. تعزیر را قصاص نمی‌نامند؛ چون قصاص برای رعایت حقوق بندگان وضع شده است؛ زیرا وجوب رعایت حق بندگان در اصل به طریق جبران است؛ اما آنچه برای رعایت حق الله واجب می‌شود منع از ارتکاب سبب آن است؛ زیرا به خداوند نقصان وارد نمی‌شود تا محتاج جبران باشد» (سرخسی، ۱۴۱۴، ج ۹: ۳۶). کاسانی، دیگر فقیه حنفی نیز تعریف مشابهی ارائه داده است (کاسانی، ۱۴۰۶، ج ۷: ۳۳). در تعریف فقیهان حنفی در بیان ضابطه حد بودن یک جرم دو مؤلفه ذکر شده است: نخست: حد عقوبت‌مقدر و معین است. دوم: حد برای رعایت حق الله واجب شده است.

عبدالقادر عوده اصطلاح حد را هم در مورد جرائم و هم مجازات‌ها به کار برده و پس از برشمردن هفت جرم حدی می‌گوید: «عقوبتی که برای این جرائم مقرر شده است حد نامیده می‌شود. حد عقوبت‌مقرری است که حق خدای تعالی است، یا عقوبتی است که برای مصالح

اجتماع مقرر شده است. هنگامی که فقیهان می‌گویند این عقوبت حق خدای متعال است منظور آنان این است که اسقاط این مجازات از سوی افراد یا جامعه ممکن نیست و آنان هدف از این عقوبت‌ها را مصالح عامه می‌دانند که همانا رفع فساد و صیانت از مردم و سلامت آنان است» (عوده، ۱۹۸۹، ج ۱: ۶۳۴).

۲. تفاوت‌های حد و تعزیر در متون فقهی

توجه به آثار تقسیم‌بندی دوگانه حد-تعزیر و تفاوت‌های میان حد و تعزیر دغدغه جدی فقیهان نبوده است. آنان بیش از آن که به فلسفه احکام خاص حدود توجه کنند پایبند به نصوص مربوط بوده‌اند. این مسئله به ویژه در میان فقیهان امامیه که از روایات اهل بیت (ع) برخوردارند، آشکارتر است.

در ادامه نخست ده فرقی که احمدبن‌ادریس قرافی، شهید اول و فاضل مقداد به صورت مدون شمارش کرده‌اند را ذکر می‌کنیم و سپس به نقد و تحلیل آنها می‌پردازیم. این تفاوت‌ها ابتدا توسط قرافی به صورت مدون شمارش شده و شهید اول آنها را با اندکی تغییر، تکرار نموده است. بنابراین نباید آنها را امری تعبیدی قلمداد نمود. به اصطلاح این مسئله در شمار مسائل اجتهادی و تخریجی است، نه مسائل منصوص. با این حال چون شهید اول از فقیهان برجسته امامیه است کلام ایشان در بیان تفاوت‌های حد و تعزیر را مبنای بحث قرار می‌دهیم. سپس به تفاوت‌های غیرمدونی می‌پردازیم که در لابه‌لای متون فقهی یافت می‌شود.

۱-۲. تفاوت‌های مدون

از میان فقیهان اهل سنت، احمدبن‌ادریس از معدود فقیهانی است که به ذکر تفاوت‌های حد و تعزیر پرداخته است (قرافی، بی‌تا: ج ۴: ۳۲۰). در میان فقیهان امامیه، شهید اول نیز تحت تأثیر قرافی (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۴۲) و پس از او فاضل مقداد (سیوری، ۱۴۰۳: ۴۷۲) تفاوت‌های میان حد و تعزیر را شرح داده‌اند. ماوردی از فقهای اهل سنت نیز تنها به سه تفاوت اشاره کرده است (ماوردی، بی‌تا: ۳۴۴). تفاوت‌های مدون عبارتند از:

۱-۲-۱. تفاوت حد و تعزیر از جهت میزان مجازات

«میزان تعزیر در جانب کمینه مشخص نشده است. در جانب بیشینه اما تعزیر باید کمتر از حد باشد. با این حال بسیاری از فقیهان اهل سنت از جمله شافعی به استناد گزارشی که خلیفه دوم، متخلفی که مهر وی را جعل کرده بود سیصد ضربه تازیانه زد، معتقدند اگر حاکم مصلحت بداند می‌تواند بیش از مقدار حد نیز تعزیر کند» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۴۲).

در مورد این تفاوت میان حد و تعزیر توضیح چند نکته ضروری است؛ نخست: برخی از فقیهان مانند ابن‌جنید و ابن‌زهره میزان تعزیر را در جانب کمی هم مشخص کرده‌اند (ابن‌زهره،

۱۴۱۷: ۴۳۵). احتمالاً تعیین حداقل کیفر به منظور جمع میان روایات بوده است. صاحب جواهر با اشاره به این قول آن را رد می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۲۹۰). دوم: همان‌گونه که شهید اول گفته است: اهل سنت به جواز بیشتر بودن تعزیر از حد معتقدند. فقیهان امامیه نیز قاعده «التعزیر بما دون الحد» را پذیرفته‌اند، اما در عمل به این قاعده پایبند نمانده‌اند. مواردی از مجازات‌های تعزیری وجود دارد که برابر با حد یا شدیدتر از آن است. قطع دست سارق به خاطر ربودن انسان آزاد و فروختن وی، قطع دست نباش یا کشتن او به صورت مطلق یا در صورت تکرار جرم،^(۳) قطع دست سارق کفن حتی بدون رعایت میزان نصاب، قطع دست کلاهبردار و به‌طور کلی کشتن کسانی که فقیهان برای توجیه حکم اعدام آنان، به فساد استناد کرده‌اند مانند اعدام کسی که به کشتن اهل‌ذمه یا بردگان خو کرده است، قتل تکرارکننده جرائم تعزیری و مواردی از این دست؛ البته با توجه به این که در تلقی فقه سنتی، حدی به نام افساد فی الارض وجود ندارد. برابر روایتی، امام علی (ع) در مورد مولایی که بنده خویش را به سختی شکنجه کرده بود وی را به صد ضربه شلاق، یک سال تبعید و آزادی قهری بنده علیه مولا محکوم نمود (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹: ۹۲). چنین واکنشی از برخی از مجازات‌های حدی نیز شدیدتر است.^(۳)

۲-۱-۲. تفاوت حد و تعزیر از جهت تناسب جرم و مجازات

«تعزیرات با جنایت انجام شده تناسب دارند در حالی که برای اجرای حدود مسمای عمل یعنی آنچه عنوان عمل مجرمانه بر آن صادق بیاید، کافی است و به تناسب میان جرم و مجازات یا تناسب جرم با شخصیت مجرم توجه نمی‌شود. مثلاً سرقت ربع دینار طلا با احراز شرایط با سرقت یک شمش طلا در اجرای حکم قطع ید تفاوتی ندارد. به همین ترتیب حکم نوشیدن یک قطره شراب با نوشیدن یک سبو شراب یکسان است» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۴۳).

این تفاوت اجمالاً پذیرفتنی است؛ جز آنکه می‌توان گفت در تشریع مجازات‌های حدی نیز نوعی تناسب جرم و مجازات مورد نظر شارع مقدس بوده است. دست‌کم در برخی از مجازات‌ها این چنین است. برابر آموزه‌های قرآنی سزای بدی جز به مثل آن نیست.^(۴) شاید بتوان از این آموزه‌ها و شواهد دیگر استفاده کرد و تناسب جرم و مجازات را تا اندازه‌ای در مجازات‌های ثابت نیز پذیرفت. بعد از تعیین مراتب جرم و تعیین مراتب مجازات‌ها سومین مرحله در متناسب‌سازی تطبیق مجازات با جرم است. یکی از جلوه‌های این تناسب در تطبیق مجازات با نوع جرم است. منظور این است که به ماهیت جرم ارتكابی توجه شده و مجازاتی برای آن انتخاب شده که با طبیعت جرم سنخیت داشته باشد. شناخته‌شده‌ترین حالت تطابق طبیعی مجازات با جرم در مجازات قصاص قابل مشاهده است.

در مورد مجازات‌های حدی هم گاه چنین سنخیتی دیده می‌شود. مجازات قطع ید برای سارق، مجازات سالب آزادی ابدی برای ممسک، کور کردن دیده‌بان قتل و نیز مجازات شلاق برای به درد آوردن جزء جزء بدنی که از گناه لذت برده است، از این قبیل است. در مورد جرم سرقت و زنا روایاتی وارد شده است که مؤید این نظر است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۲۴۱ و ۹۴). حتی در زمینه اجرای مجازات زانی در روایتی آمده است که زانی را در همان حالی که دستگیر کرده‌اند تازیانه می‌زنند؛ اگر برهنه بوده او را در حالتی که عریان است مجازات می‌کنند و اگر با لباس بوده از روی لباس می‌زنند (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۹۳). نیز نوع مجازات زن مستور و محجوبی که مرتکب زنا شده با کسی که آشکارا زنا می‌کند گاه متفاوت است. یحیی‌بن سعید هذلی از فقیهان شیعه بر آن است که: «زن غیرمستور را که اهل رفت‌وآمد در جامعه است، آشکارا حد می‌زنند؛ اما اگر زن مستور و خانه‌نشین باشد کسی را به منزل او می‌فرستند تا او را در خانه‌اش حد بزنند» (حلی، ۱۴۰۵: ۵۴۹).

در کیفرهایی که امروزه آنها را کیفرهای قیاسی می‌نامند تأکید بر این بوده است که همان عضو یا اعضای از بدن بزهکار که در ارتکاب جرم دخالت داشته است تنبیه شود (نوبهار، ۱۳۸۹: ۱۶۴). این تناسب به شکل ابتدایی و غیرانسانی آن پیش از اسلام رواج داشته است. قطع لب به خاطر بوسیدن نامشروع، قطع انگشتی که مرتکب لمس غیرمشروع شده است، قطع آلت تناسلی در جرم زنا و لواط از این قبیل است (یزدیان جعفری، ۱۳۹۱: ۳۰۳). آیاتی مانند آیه ۱۹۴ سوره بقره که می‌فرماید: «فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ مِثْلَ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ» و آیه ۴۰ سوره شوری که می‌فرماید: «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا» نیز الهام‌بخش اندیشه مراعات تناسب میان جرم و مجازات است. تناسب جرم و مجازات ترجمان اصل عدالت است که آموزه‌های اسلامی بسی بر آن تأکید دارد.

بدین‌سان در حدود نیز تناسب جرم و مجازات از نظر شارع دور نمانده است و با توجه به شرایط زمانی و مکانی دوره تشریع تا اندازه زیادی رعایت شده است. این به معنای آن است که شارع بدان توجه داشته و چه‌بسا خواهان آن است که هرچه بیشتر به آن توجه شود. تفاوت در مجازات انواع زنا مثل زنا به عنف، زنا محصن، شدت مجازات لواط نسبت به مساحقه، تفاوت در شیوه اجرای حد از جمله قوادی و ارتداد در مورد زن و مرد و تفاوت مجازات پیرمرد و پیرزن با افراد جوان، معافیت پدر از برخی مجازات‌ها، معافیت از اجرای حد قذف بر شوهر، تفاوت کیفر بردگان با افراد آزاد همگی از جلوه‌های اصل تناسب و فردی کردن کیفر است. در برخی از روایات مربوط به جرم محاربه که در تلقی رایج حد قلمداد می‌شود به‌صراحت به تناسب جرم و مجازات اشاره شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۳۱۰-۳۰۸).

۲-۱-۳. تبعیت تعزیر از مفسده

«تعزیرات تابع مفسده است هر چند گناهی انجام نشده باشد، مانند تأدیب کودکان، حیوانات و دیوانگان به منظور اصلاح آنها. برخی از فقیهان برای این موارد عنوان تأدیب را به کار می‌برند اما حدود مقدر در شرع با ارتکاب معصیت واجب می‌شود» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۴۳). اینکه تعزیرات بیش از آن که تابع گناه باشد تابع مفسده است در کلام همه فقیهان، به صراحت شهید اول مشاهده نمی‌شود. فقیهان دیگر معمولاً به این بحث پرداخته‌اند که تعزیر در اثر انجام چه گناهی واجب می‌شود. به علاوه شهید اول در فرق ششم میان حد و تعزیر که به زودی خواهد آمد تصریح می‌کند که تعزیر با توبه ساقط می‌شود. نوعی ناسازواری میان این دو سخن به چشم می‌خورد. اگر تعزیر تابع مفسده است می‌توان تصور کرد که دست‌کم در برخی موارد به دلیل جلوگیری از مفاسد اجتماعی، حاکم به توبه بزهکار ترتیب اثر ندهد.

۲-۱-۴. تفاوت حد و تعزیر از جهت تأثیر توبه

«تعزیر با توبه ساقط می‌شود. حال آنکه در سقوط حد با توبه میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. ظاهراً حدود تنها پیش از قیام بینة با توبه ساقط می‌شوند» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۴۴). این تفاوت نیز به شکلی که عنوان شده محل اشکال است. نخست: اطلاق این سخن که تعزیرات با توبه ساقط می‌شوند صحیح به نظر نمی‌رسد. اگر جرم تعزیری دارای جنبه حق الناسی باشد توبه به تنهایی مسقط مجازات آن نیست. دوم: همان‌گونه که شهید اول خود گفته است: تعزیر بیش از آنکه دائرمدار معصیت باشد مبتنی بر دفع مفسده و جلب مصلحت توسط حاکم است.

در مورد حدود نیز باید گفت حدود هم با توبه پس از اقرار ساقط می‌شود و امام با احراز توبه پس از اقرار در اجرای حکم یا عفو مجرم مخیر است. از سوی دیگر توبه محارب نیز قبل از دستیابی به وی موجب سقوط مجازات می‌شود. درباره سقوط مجازات با توبه پس از قیام بینة نیز شیخ مفید بر آن است که در صورت توبه پس از قیام بینة هم، حاکم اختیار دارد عفو نماید یا کیفر را اجرا نماید (مفید، ۱۴۱۳: ۷۷۷). ابوالصلاح و ابن‌زهره نیز بر همین رأیند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۵۴۰).

۲-۱-۵. تفاوت حد و تعزیر از جهت اختیار حاکم در انتخاب نوع مجازات

«حاکم در انتخاب نوع مجازات در تعزیرات مختار است، در حالی که در حدود به جز در محاربه چنین اختیاری وجود ندارد» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۴۴). اشاره شهید اول به جرم محاربه و تخییر حاکم در انتخاب مجازات‌ها بنا بر قول مشهور، برای خدشه به این تفاوت کافی است. در مورد جرم لواط نیز ممکن است اشکال شود که حاکم در انتخاب نوع مجازات مختار است. با

توجه به این که برخی فقیهان حتی برای شیوه اجرای مجازات‌ها نیز موضوعیت قائل شده‌اند^(۵) می‌توان گفت شیوه اجرای مجازات هر چند به نتیجه مشخصی بینجامد از اهمیت خاصی برخوردار است. اهمیت امکان انتخاب شیوه اجرای مجازات زمانی افزایش می‌یابد که ثابت شود که این امر از اختیارات حاکم است. بدین سان در حدود نیز باب اختیارات حاکم کاملاً مسدود نیست.^(۶)

۲-۶. تفاوت حد و تعزیر از جهت تأثیر عوامل مختلف بر میزان مجازات

«مقدار تعزیر به اعتبار مرتکب جرم، کسی که جرم بر او واقع شده و نوع جرم متفاوت می‌شود، ولی این امور هیچ تأثیری در حدود ندارد» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۴۴). این مورد در واقع همان تفاوت سوم است. در مورد حدود همانند تعزیرات، هم در مرحله تشریع و هم مرحله اجرا توجه به مجرم، بزه‌دیده و نوع جرم هر چند به صورت محدودتر از نظر دور نبوده است. در این باره توجه امیرمؤمنان(ع) به سن مجرم جوانی که مرتکب سرقت حدی شده بود (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۲۵۱) قابل توجه است.

۲-۷. اختلاف مجازات‌های تعزیری در زمان‌ها و مکان‌های گوناگون

«تعزیر با اختلاف زمان‌ها و مکان‌ها مختلف می‌شود. چه بسا عملی در یک شهر تعزیر (اهانت) محسوب شود و در شهر دیگر تکریم. پس در هر منطقه، عادت و عرف همان منطقه در نظر گرفته می‌شود» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۴۴). این تفاوت نیز آن قدر که گمان می‌شود، جدی نیست. در مجازات‌های حدی نیز در برخی موارد شرایط مکانی و زمانی در نظر گرفته شده است. دستور به سوزاندن لاطی یا جسد او به علت عدم بازدارندگی مجازات به شیوه معمول از این قبیل است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۱۶۰-۱۵۸). فراتر از این می‌توان گفت: تشریع مجازات‌های حدی نیز از تأثیر زمان و مکان بر کنار نبوده است. این مجازات‌ها در خلأ شکل نگرفته‌اند، بلکه در زمان ظهور اسلام و پیش از آن وجود داشته و رایج بوده‌اند. شارع مقدس نیز همان مجازات‌ها را با اصلاح و تعدیلات انسانی امضا نموده است. شاید اگر اسلام در محیط یا زمان دیگری ظهور می‌کرد نوع این مجازات‌ها نیز متفاوت می‌گشت. این که اکنون پس از وضع این مجازات‌ها فقیهان قائل به ثبات و ناپویایی آن شده‌اند مطلب دیگری است.

۲-۸. تفاوت حد و تعزیر از جهت حق الله یا حق الناس بودن مجازات

«تعزیر گاه برای حق خداوند متعال است مانند دروغ گفتن و گاه برای حق مردم مانند دشنام دادن؛ گاه نیز تعزیر به هر دو منظور است مانند تعزیر برای اهانت به مردگان. اما ممکن نیست که حد، گاه برای حق خداوند باشد و گاه برای حق آدمی، بلکه تمامی حدود حق الله است مگر در حد قذف که محل اختلاف می‌باشد» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۴۴).

می‌توان به این گفته ایراد کرد که سرقت نیز حداقل در زمانی که پرونده در دادگاه مطرح شده باشد دارای جنبه حق الناسی است که شهید اول آن را ذکر نکرده است. سیوری در مورد این گفته شیخ که تعزیر گاه برای حق الناس اعمال می‌شود گفته است: «در مورد آخر اشکالی وجود دارد؛ زیرا نمی‌توان اجرای تعزیر را صرفاً برای حق الناس دانست، چون خداوند به تعظیم و بزرگداشت حرمت مؤمن فرمان داده و اهانت به او را تحریم کرده است. پس اگر کسی خلاف این فرمان عمل کند مستحق تعزیر می‌گردد» (سیوری، ۱۴۰۳: ۴۷۳).

۲-۱-۹. تفاوت حد و تعزیر از جهت وجوب یا عدم وجوب اجرا

«اقامه حدود بر حاکم واجب است، ولی در مورد تعزیر اختلاف نظر وجود دارد» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۴۴). این تفاوت نیز محل اختلاف است. مالک و ابوحنیفه معتقدند که اگر تعزیر به سبب عدم رعایت حق الله باشد اقامه آن واجب است، اما شافعی، ابوحنیفه و مالک معتقدند: که تعزیر واجب نبوده و امام در اقامه آن مختار است. مستند شافعی این است که پیامبر (ص) در موارد متعدد از اجرای تعزیر خودداری فرمود (ابن قدامه، بی تا: ۳۲۶). احمد بن ادریس به مخالفت با این قول پرداخته است؛ اولاً به این دلیل که اجرای تعزیر گاه حق شخصی پیامبر (ص) بوده است و ایشان این حق را اعمال نکرده‌اند، ولی در موارد دیگر اقامه تعزیرات واجب است؛ زیرا اقامه قسط و عدل که دستور قرآن کریم است متوقف بر اجرای مجازات‌ها از قبیل حد و تعزیر است. ثانیاً به این دلیل که امر غیرمقدر نیز گاه واجب می‌شود و صرف غیرمقدر بودن کیفر، دلیل بر جواز ترک یا عدم وجوب اجرای مجازات‌های تعزیری نمی‌شود (قرافی، بی تا، ج ۴: ۳۲۰).

ابن قدامه نیز در مخالفت با قول شافعی، مالک و ابوحنیفه معتقد است که اگر تعزیر منصوص باشد یا مرتکب جز با تعزیر متنبه نشود، اجرای آن همچون حد بر امام واجب است، اما در دیگر موارد، امام بر اساس مصلحت عمل می‌کند (ابن قدامه، بی تا: ۳۲۶). برخی از فقیهان امامیه نیز در این مسئله از لفظ وجوب استفاده کرده‌اند (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۴۲۱ و حلی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۲۳۹). شیخ طوسی در این باره می‌گوید: «در این که تعزیر و اجرای آن از وظایف امام و در اختیار اوست اختلافی در میان فقیهان وجود ندارد، ولی در صورتی که امام بداند چیزی جز تعزیر، خلافت را از ارتکاب دوباره آن باز نمی‌دارد نمی‌تواند از اجرای آن صرف نظر کند. اما اگر امام بداند که برای متخلف، سرزنش و درشتی همان اثر و کاربرد تعزیر را دارد می‌تواند به آن بسنده کند ولی در عین حال می‌تواند او را تعزیر نماید» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۳۳).

۲-۱-۱۰. تفاوت حد و تعزیر از جهت امکان عفو

«در حد، عفو مرتکب جایز نیست ولی حاکم می‌تواند مرتکب مجازات تعزیری را عفو کند» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۴۴). در مورد این تفاوت هم می‌توان گفت: در حدود نیز عفو با شرایطی

امکان‌پذیر است. در صورتی که مجرم پس از اقرار توبه کند حاکم میان مجازات و عفو او اختیار دارد. حتی در مقابل نظریه مشهور، برخی فقیهان مانند شیخ مفید، ابوالصلاح و ابن‌زهره معتقدند که اگر بزه‌کار پس از اثبات بزه از طریق شهادت شهود، توبه کند، امام می‌تواند او را عفو کند و حد را جاری نسازد. به نظر ابن‌زهره: «اگر زناکار پس از ثبوت زنا توبه کند امام می‌تواند او را عفو کند و جز امام کسی این اختیار را ندارد» (ابن‌زهره، ۱۴۱۷: ۴۲۴). شیخ مفید نیز بر آن است که: «اگر زناکار پس از اقامه شهادت علیه او توبه کند امام اختیار دارد که با لحاظ مصلحت اسلام و مسلمانان حد را بر او جاری سازد یا وی را عفو کند (مفید، ۱۴۱۳: ۷۷۷). ایشان در این مورد به اصل برائت، استصحاب عدم ثبوت حد بر ذمه و اولویت سقوط عقاب دنیوی در مقایسه با عقاب اخروی و نیز اطلاق برخی روایات استناد کرده است. (مفید، ۱۴۱۳: ۷۷۷)

در مورد عفو مجازات‌های تعزیری نیز اتفاق نظر وجود ندارد. برخی گفته‌اند: در صورتی‌که تعزیر با بینه ثابت شود همانند حدود امام نمی‌تواند مجرم را عفو کند (طوسی، ۱۴۰۷: ۷۱۴). از کلام برخی فقیهان اهل سنت نیز برمی‌آید که در موارد تعزیرات منصوص، تعزیر واجب است و امام حق عفو ندارد (ابن‌قدامة، بی‌تا: ۳۲۶). برخی دیگر از فقیهان اهل سنت معتقدند حاکم در تمام موارد تعزیری حق عفو دارد، جز تعزیری که به سبب اجرا نشدن حد یا قصاص بر مجرم ثابت شده باشد (عوده، ۱۹۸۹، ج ۱: ۷۷۷).

تفصیل دیگری که به ذهن می‌آید این است که حاکم در تعزیراتی که مشتمل بر حقوق الناس است بدون رضایت صاحب حق، نمی‌تواند عفو کند. به علاوه در صورت پذیرش این که تعزیرات تابع مفسده است نیز اطلاق این تفاوت صحیح به نظر نمی‌رسد. جز اینکه بگوییم گاه مصلحت عفو بر مفسده‌ای که حاکم با اجرای تعزیر در پی دفع آن است غالب است.

۲-۲. تفاوت‌های غیرمدون

تفاوت‌های میان این دو قسم مجازات به موارد پیش گفته محدود نمی‌شود. در لابه‌لای متون فقهی تفاوت‌های دیگری نیز یافت می‌شود. می‌توان گفت: دست‌کم در مورد برخی از این تفاوت‌ها فقیهان قصد مقایسه میان حد و تعزیر و اختصاص حکم به حدود اصطلاحی را نداشته‌اند. درواقع از آنجا که اصل در ذهن آنان مجازات‌های حدی بوده است به ذکر ویژگی‌های این مجازات‌ها پرداخته‌اند؛ اما این ویژگی‌ها با گذشت زمان به تفاوت حد و تعزیر تبدیل شده‌اند. این تفاوت‌ها عبارتند از:

۲-۲-۱. عدم جواز تأخیر در اجرای حدود

با آنکه اصل اولی، عدم وجوب تعجیل در اجرای حد و جواز تأخیر آن است گفته می‌شود: در اجرای حدود تأخیر جایز نیست و به محض اثبات قضایی باید اجرا شوند. در روایت سکونی از امام صادق (ع) آمده است که: سه نفر برای شهادت دادن به زنا علیه دیگری نزد امیر مؤمنان (ع) حاضر شدند، امام (ع) فرمود: نفر چهارم کجاست؟ شهود گفتند: الان می‌آید. امام (ع) دستور دادند تا حد قذف را بر آنها اجرا کنند؛ زیرا در اجرای حدود لحظه‌ای نباید تأخیر کرد (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰: ۱۹۰). در روایت دیگری از امیر مؤمنان (ع) آمده است: «هنگامی که حد واجب گشت اقامه می‌شود و در حدود تأخیر جایز نیست» (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۸: ۲۷).

برخی فقیهان بدون ذکر علت و صرفاً به استناد روایات، مطلق تأخیر در اجرای حدود را جایز ندانسته‌اند (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۷۹). برخی دیگر این حکم را فقط شامل فرضی می‌دانند که تأخیر به تعطیلی حدود بینجامد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۳۹۵). برخی نیز این حکم را مخصوص به حدود دانسته‌اند. به کار رفتن واژه حد در روایات مربوط، اصل عدم وجوب تعجیل، حق الناس بودن برخی مجازات‌های دیگر غیر از حدود و امکان اسقاط و به طریق اولی تأخیر آنها از دلایلی هستند که بر این مدعا اقامه شده است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷: ۲۴۳). با این حال به نظر می‌رسد تأخیر در اجرای حد فاقد خصوصیت است؛ تأخیر نابجا در هر مجازاتی پسندیده نیست؛ همچنان که مراتبی از تأخیر موجه و معقول در هر کیفری پذیرفتنی است.

۲-۲-۲. عدم جواز شفاعت در حدود

گفته می‌شود: شفاعت در حدود راه ندارد در حالی که در تعزیر شفاعت جایز است. بنا بر نقل‌های متعدد معصومان (ع) بعد از ثبوت جرم، دیگران را از میانجیگری و شفاعت برای مجرم نهی کرده‌اند. در روایتی از پیامبر اکرم (ص) آمده است: «در حد، شفاعت و کفالت و سوگند جایز نیست» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۴۷). حتی برابر روایتی، پیامبر (ص) شفاعت‌کننده در حدود را وعده عذاب اخروی داده است (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۸: ۲۳). در روایت دیگری آمده است که: امیرمؤمنان (ع) فرمود: «هنگامی که حد نزد امام می‌رسد هیچ کس در حد شفاعت نکند؛ زیرا امام، مالک آن نیست؛ اما در مورد حدی که به امام نرسیده است هنگامی که پشیمانی را در مجرم مشاهده کردید و نیز در غیر حدود شفاعت کنید و هیچ کس در مورد حق مسلمان دیگر و غیرمسلمان بدون اذن او شفاعت نکند» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۴۳).

برخی این حکم را در تعزیرات نیز جاری می‌دانند؛ زیرا حد در این روایات در معنای مطلق مجازات به کاررفته است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۲۸۰). برخی دیگر از فقها با تصریح به این که عدم پذیرش کفالت به حدود اختصاص ندارد، تخصیص عدم پذیرش شفاعت به حدود را محل

اشکال دانسته‌اند (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۲۵). برخی این قاعده را به قدر متیقن آن یعنی حدود محدود نموده‌اند. به کار رفتن واژه حد در روایات، اصل جواز شفاعت، اصل احتیاط و اختیار حاکم در تعزیرات از جمله دلایل این نظریه است (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۸۰).

۲-۲-۳. عدم جواز کفالت در حدود

در حدود، کفالت اشخاص از مجرمان پذیرفته نیست. منظور از کفالت این است که شخصی نزد حاکم متعهد شود تا مجرم را در زمان دیگری برای اجرای حکم حاضر کند و حاکم نیز تا زمان معینی اجرای حکم را به تأخیر بیندازد. در روایتی از پیامبر اکرم (ص) آمده است که: «حدود را با وجود شبهات ساقط کنید و در حد شفاعت و کفالت و سوگند وجود ندارد» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۴۷). در معتبره سکونی نیز آمده است که: رسول خدا (ص) فرمود: «در حد کفالت جایز نیست» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۴۴).

برخی پذیرفته نشدن کفالت در حدود را از لوازم عدم جواز تأخیر در حدود می‌دانند (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۴: ۴۱۷). برخی دیگر معتقدند کفالت در حدود مطلقاً جایز نیست؛ خواه کفالت سبب تأخیر در اجرای حد شود یا نه (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۳۹۴). برخی احتمال داده‌اند این حکم به تعزیرات هم سرایت کند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۳۹۴). برخی از فقیهان معاصر نیز به صراحت عدم کفالت را در تعزیرات نیز پذیرفته و گفته‌اند: «ظاهر این است هرگاه جرم اثبات شود کفالت در تعزیر هم پذیرفته نمی‌شود» (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۲۵).

۲-۲-۴. عدم ضمان به سبب کشته شدن محکوم در اثر اجرای حد

برابر قول مشهور میان فقیهان، مرگ محکوم در حال تحمل حد یا تعزیر سبب ضمان نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۴۷۰ و عاملی، ۱۴۱۰: ۲۶۰). پس اگر در اثر اجرای حد یا تعزیر مجرم تلف شود خون او هدر است. برای اثبات این قول به برخی روایات مثل حسنه حلبی از امام صادق (ع) استناد می‌شود. در این روایت آمده است که: «اگر حد یا قصاص سبب کشته شدن محکوم شود دیه‌ای برای او نیست» (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴: ۲۷۹). برخی نیز گفته‌اند: اگر مجازات از نوع حق‌الله باشد ضمانی وجود ندارد، ولی اگر اجرای کیفر به سبب حفاظت از حقوق مردم باشد دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود (مفید، ۱۴۱۳: ۷۶۱). در توجیه این نظر به روایت حسن بن صالح ثوری از امام علی (ع) استناد شده است. برابر این روایت: «اگر حدی از حدود خداوند را بر کسی اجرا کنیم و او بمیرد دیه‌ای بر عهده ما نیست؛ اما اگر حدی از حقوق الناس را بر کسی اجرا کنیم و بمیرد دیه او بر عهده ماست» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰: ۲۷۸).

به نظر شیخ طوسی، در تعزیرات برخلاف حدود، ضمان وجود ندارد و محل آن بیت‌المال است؛ زیرا حد از ناحیه شارع معین شده است، اما تعزیر امری اجتهادی است و امکان خطا در

آن وجود دارد (طوسی، ۱۳۷۸، ج ۸: ۶۳). شیخ طوسی ابتدا قول عدم ضمان حتی در تعزیرات را می‌پذیرد؛ زیرا تعزیر نیز نوعی حد است. صاحب جواهر نیز واژه «حد» در روایاتی که مستند قول مشهور است را شامل تعزیر دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۴۷۱).

۲-۲-۵. عدم سقوط مجازات حدی در فرض جنون یا ارتداد محکوم

از دیگر تفاوت‌های میان حد و تعزیر که اکثر فقیهان به آن اشاره کرده‌اند این است که حد با ارتداد محکوم یا دیوانه شدن وی ساقط نمی‌شود. اما در تعزیرات حاکم می‌تواند با استفاده از اختیارات خود درباره سقوط یا عدم سقوط مجازات تعزیری تصمیم مناسب بگیرد (موسوی خمینی، ۱۳۹۹، ج ۲: ۴۶۵). در مورد ارتداد مسئله تا حدود زیادی روشن است؛ زیرا کسی نمی‌تواند برخلاف مقررات جامعه اسلامی رفتار کند و با حربه ارتداد از مجازات بگریزد. به علاوه فقیهان در بقای حد بر مجرمی که پس از ثبوت جرم مرتد شده است به استصحاب نیز استناد کرده‌اند. اما در مورد جنون نظر مشهور فقیهان آن است که حد با دیوانه شدن مجرم ساقط نمی‌شود؛ زیرا ادله اجرای حدود مطلق است و اصل نیز عدم سقوط کیفر است. اجرای حد بر شخص مجرم واجب شده است و اگر تردید کردیم بقای وجوب حد استصحاب می‌شود. برای اثبات این حکم به صحیحی ابی‌عبیده از امام باقر(ع) هم استناد می‌شود (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۲۴).

محقق اردبیلی احتمال داده است که حد به دلیل عدم تکلیف مجنون و فقدان فایده در اجرای آن تا زمان افاقه به تأخیر بیفتد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳: ۸۳). شهید ثانی این احتمال را مطرح کرده است که اگر جنون ادواری باشد و حد از نوع جلد باشد تا زمان افاقه مجرم به تأخیر بیفتد؛ زیرا مجرم در حالت دیوانگی چیزی نمی‌فهمد و اگر بهبود پیدا کند سپس حد جاری شود اجرای حد سبب تنبه او می‌شود (حرعاملی، ۱۴۱۰، ج ۱۰: ۳۸۰). می‌بینیم که این تعلیل‌ها هم در حدود و هم در تعزیرات راه پیدا می‌کند.

۲-۲-۶. عدم اثبات حدود با سوگند

حدود با سوگند قابل اثبات نیست؛ به این معنا که برخلاف امور مالی و جنایات، قسم در حدود اصطلاحی از ادله اثبات نیست. حدود تنها از طریق ادله معین اثبات می‌شوند؛ یعنی کسی نمی‌تواند بدون وجود بینه ادعا کند دیگری مرتکب زنا یا دیگر جرائم حدی شده است و از حاکم بخواهد او را قسم بدهد تا بر بی‌گناهی خویش قسم بخورد. بلکه در مورد جرائم جنسی چنین عملی موجب ثبوت حد قذف است.

روایاتی نیز در این زمینه وارد شده است. از پیامبر (ص) نقل است که: «در حد سوگند جایز نیست» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۴۷). برابر روایتی، امیرمؤمنان (ع) خطاب به فردی که

دیگری را به کذب کردن خویش متهم می‌کرد و بینه‌ای نداشت و در عین حال از آن حضرت می‌خواست تا متهم را قسم دهد فرمود: «در حد سوگند جایز نیست و در مورد شکستن استخوان قصاصی نیست» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۴۶). پیداست که عدم جریان سوگند در حدود به این معنا، به حدود اصطلاحی اختصاصی ندارد. وقتی متهم در حمایت فرض برائت است نیازی به ادای سوگند نیست. برخی فقیهان معاصر تصریح کرده‌اند که جرم تعزیری هم مانند حدود با قسم اثبات نمی‌شود (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۲۵).

۲-۲-۷. عدم اثبات حدود با شهادت بر شهادت

از دیگر ویژگی‌های ذکر شده برای حدود آن است که حدود با شهادت بر شهادت اثبات نمی‌شود. در اثبات حقوق الناس با شهادت بر شهادت اختلافی میان فقیهان وجود ندارد و حتی بر آن ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۱۸۹). مستند قول عدم پذیرش شهادت بر شهادت در جرائم حدی، چندین روایت است. در روایت غیاث بن ابراهیم از امام صادق (ع) از قول پدرشان از قول علی بن ابی طالب (ع) آمده است که: شهادت بر شهادت در حدود جایز نیست (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷: ۴۰۴). برخی فقیهان واژه حد در این روایات را شامل تعزیر نیز دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۱۹۲ و خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۴۴۹).

۲-۲-۸. سقوط مجازات‌های حدی با وجود شبهه

مجازات‌های حدی با کمترین شبهه ساقط شده و قاعده در آن اجرا می‌شود. مفاد اجمالی این قاعده آن است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی به جهتی محل تردید و مشکوک باشد باید جرم و مجازات را منتفی دانست.

استناد به قاعده شبهه در فتوا به سقوط قصاص برخلاف دیه در میان فقیهان امامیه سابقه دارد (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۸۱). در مورد قصاص و دیه نیز این بحث مطرح شده است. یکی از دلایلی که برای اثبات جریان قاعده در آن حدود به شبهات می‌توان مطرح کرد آن است که قصاص نیز نوعی حد است. درباره جریان قاعده در آن تعزیرات می‌توان گفت عموم دلیل، شامل تعزیرات شرعی نیز می‌شود. حکمت تشریع این قاعده - که تحقق عدالت و کمک به متهمان است - اقتضا می‌کند این حکم، تعزیرات را نیز شامل شود. ثانیاً عموم فرمایش رسول اکرم (ص) - که برابر برخی نقل‌ها فرموده است: امام اگر در عفو کردن اشتباه کند بهتر است تا در کیفر کردن اشتباه کند - شامل تعزیرات نیز می‌شود؛ خواه شبهه از نوع شبهه حکمی باشد یا موضوعی (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱: ۱۸۵). به علاوه چیزی که مانع تطبیق این قاعده بر جرائم تعزیری بشود موجود نیست. چون قاعده مزبور برای تحقق عدالت و تضمین مصلحت

اشخاص متهم وضع گردیده است و هر متهمی خواه متهم به جرم تعزیری باشد خواه حدی به وجود این دو اعتبار نیاز دارد» (عوده، ۱۹۸۹، ج ۱: ۲۱۶). برخی دیگر برای اثبات سقوط تعزیر با عروض شبهه به قیاس اولویت استناد جسته‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳: ۹۸ و موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱: ۹۵).

حتی می‌توان گفت قاعده در آن نکته خلاف اصل و قاعده‌ای را مطرح نمی‌کند؛ زیرا بنا بر اصول کلی تا زمانی که شایستگی متهم برای کیفر اثبات نشود نه جرم و نه مجازات ثابت نمی‌شود. برخی دیگر تردید صاحب جواهر در این که لفظ حد در روایات مختلف شامل حد اصطلاحی است یا مجازات‌های دیگر را نیز در برمی‌گیرد و سپس استناد به قدر متیقن از مورد قاعده را غیر ضروری دانسته‌اند؛ زیرا اجرای مجازات بدون شبهه مطلقاً جایز نیست و مجازات معین و غیر معین از این حیث تفاوتی ندارند (گلیپگانی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۲۵-۲۴). بعضی از روایات نیز مؤید این نظر است.^(۷)

۲-۹. کشته شدن مرتکب جرم حدی در مرتبه سوم یا چهارم

حکم تشدید کیفر در مورد تکرار جرائم حدی یکی از مسائل اختلافی حوزه حدود است. در این باره نمی‌توان از وجود یک قاعده خاص سخن گفت؛ هر چند به طور کلی تشدید در اثر تکرار جرم در مورد مجازات‌های حدی پذیرفته شده است. در قلمرو حدود، انسان آزادی که محکوم به حد شده است اگر پس از اجرای مجازات در هر مرتبه، مجدداً در مرتبه سوم یا چهارم یا برابر برخی فتاوای شاذ در مرتبه پنجم (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۱۰) جرم حدی را تکرار کند، کشته خواهد شد. می‌توان گفت از مجموع روایات موجود تشدید مجازات‌ها در فرض تکرار قابل برداشت است، هر چند میزان و کیفیت این تشدید محل اختلاف است. علت تشدید مجازات همچنان که در برخی روایات آمده این است که مجرم با تکرار جرم نشان داده است که به تنبیه بدنی اهمیت نمی‌دهد و اهداف مورد نظر در اجرای کیفر برآورده نشده است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۱۹).

اما روایات و فتاوای مربوط به تشدید مجازات در حالت تکرار جرم به جرائم حدی محدود نمی‌شود. در مورد برخی جرائم تعزیری مثل روزه‌خواری و رباخواری هم روایاتی در متون روایی یافت می‌شود (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۰: ۲۴۹ و ج ۲۸: ۳۷۱). برخی فقیهان نیز به مضمون این روایات فتوا داده‌اند. بر اساس همین روایات برخی فقیهان مانند شیخ طوسی و محقق حلی به کشتن رباخوار در مرتبه سوم فتوا داده‌اند (حلی، ۱۴۱۴، ج ۳: ۳۱۹). در مورد تکرار خوردن گوشت میت، خون و خوک که جرمی تعزیری به حساب می‌آید نیز شیخ طوسی، علامه و ابن‌ادریس به قتل مرتکب فتوا داده‌اند (حلی، ۱۴۱۴، ج ۳: ۳۱۹ و ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۳).

۴۷۸). برخی از فقیهان در مورد تکرار آمیزش با چهارپا نیز در مرتبه چهارم به قتل مرتکب فتوا داده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۶۴۴). تکرار همجنس‌گرایی کمتر از آمیزش جنسی نیز به عقیده برخی فقیهان موجب تشدید مجازات شده و سبب حکم به قتل مرتکب در مرتبه سوم یا چهارم می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۱۶: ۱۴).

نبش قبر و نیز کفن دزدی در فرضی که سارق، نصاب شرعی را ندزدد از جرائم تعزیری هستند؛ با این حال تکرار این جرائم نیز بنا بر آنچه در برخی متون فقهی آمده است موجب تشدید مجازات به صورت قتل یا قطع ید می‌شود. شیخ طوسی و محقق حلی معتقدند: در صورتی که سارق نبش قبر کند و چیزی برنگیرد به شدت تنبیه می‌شود و قطع ید بر او اجرا نمی‌شود، اما اگر این کار را تکرار کند باید کشته شود تا دیگران عبرت بگیرند (حلی، ۱۴۱۴، ج ۳: ۳۳۷). برابر روایتی، امام علی (ع) به مردم دستور داد تا از روی فرد نباشی عبور کنند تا بمیرد. شیخ طوسی این روایت را ناظر به موردی می‌داند که این فعل سه مرتبه توسط مرتکب انجام گرفته و هر بار مجازات بر او اجرا شده است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰: ۱۱۸). شیخ مفید معتقد است هنگامی که کسی به نبش قبر معروف باشد حاکم می‌تواند دست او را قطع کند، یا او را بکشد و در این مورد به صلاحدید خود آنچه را موجب انزجار و بازداشتن گناهکاران می‌شود انجام دهد (مفید، ۱۴۱۳: ۸۰۴).

برخی مانند ابوالصلاح حلبی، صحیحہ یونس را به عنوان یک قاعده کلی در تعزیرات نیز قابل اجرا می‌دانند. ابوالصلاح می‌گوید: «اگر شخص تعزیر شده دوباره عمل موجب تعزیر را انجام دهد در مرتبه دوم و سوم و چهارم تعزیر می‌شود و توبه داده می‌شود؛ سپس اگر اصرار ورزد و پس از توبه مرتکب آن عمل شود کشته می‌شود» (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۱۰). ابن‌ادریس نیز ظاهراً صحیحہ یونس را در مورد تعزیرات هم جاری می‌داند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۵۳۲).

۲-۱۰. تأخیر در اجرای حدود در صورت حضور مجرم در سرزمین دشمن

تا زمانی که مجرم در سرزمین دشمن است به دلیل نگرانی از پیوستن او به دشمن، حد بر او جاری نمی‌شود. برابر روایتی، امیر مؤمنان (ع) درباره گروهی که در سرزمین دشمن باقی ماندند و درخواست امان‌نامه کردند تا در صورت بازگشت مورد مؤاخذه قرار نگیرند فرمود: این کار جایز نیست؛ زیرا جهاد در راه خدا برای اقامه حدود الهی و بازگرداندن مظالم به اهلش مقرر شده است؛ اما اگر سربازان در سرزمین دشمن بجنگند و مرتکب جرمی شوند باید منتظر ماند تا از سرزمین دشمن خارج شوند و حد بر آنان جاری شود تا مبادا حمیت و غیرت سبب شود آنان به سرزمین دشمن وادار بی‌یوندند (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۸: ۱۴).

برخی اجرای حدود در سرزمین دشمن را مکروه دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۱۰: ۳۸۰ و اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳: ۸۰). برخی دیگر عدم جواز را مشروط به خوف پیوستن مجرم به دشمن می‌دانند (خویی، ۱۴۲۲: ۲۶۳ و تبریزی، ۱۴۱۷: ۱۳۶). برابر با این نظر، علت حکم خوف پیوستن به دشمن است. اگر خوف پیوستن به دشمن علت حکم باشد آنگاه می‌توان گفت: منظور از حد در این روایت مجازات‌های غیرسالب حیات است؛ زیرا پس از رجم و قتل دیگر مجرمی وجود ندارد تا به دشمن بپیوندد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۳۴۴).

۲-۱۱. تأخیر در اجرای حدود در صورت حضور مجرم در حرم امن الهی یا مسجد

حدود در حرم امن الهی مطلقاً نباید اجرا شوند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ص ۳۴۴). به اعتقاد برخی این حکم مربوط به حالتی است که سبب حد در حرم ایجاد شده باشد (خویی، ۱۴۲۲: ۲۶۳). دلیل این حکم افزون بر لزوم حفظ احترام حرم امن الهی، آیه ۹۷ سوره آل عمران^(۸) و روایت صحیح هشام بن حکم درباره مردی است که در غیر حرم مرتکب جنایت شده بود و سپس به حرم پناه آورده بود. امام صادق(ع) در این باره فرمود: «حد بر او اجرا نمی‌شود و به او آب و غذا داده نمی‌شود و با او گفت‌وگو و دادوستد نمی‌کنند؛ چون اگر با او این‌گونه برخورد شود به زودی از حرم خارج می‌شود و حد بر او اجرا می‌شود» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۵۹). در این روایت، لفظ جنایت به کاررفته است. برخی لفظ جنایت را شامل تمام محرماتی دانسته‌اند که برای آنها کیفر پیش‌بینی شده است. بدین‌سان این حکم جرائم تعزیری را هم در برمی‌گیرد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱: ۵۴۴ و خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۷: ۴۴). بعضی حکم اجرای حدود در مساجد را نیز چنین دانسته‌اند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۴۸۲)؛ زیرا در روایتی آمده است که: «حدود در مساجد اقامه نمی‌شوند» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۳: ۳۸۳).

۲-۱۲. کراهت اقتدا در نماز جماعت به کسی که بر او حد جاری شده است

یکی از تفاوت‌های برشمرده شده میان حد و تعزیر حکم اقتدا به امام جماعتی است که به یکی از مجازات‌های حدی محکوم شده باشد. در متون فقهی در بحث شرایط امام جماعت، جواز یا عدم جواز امامت کسی که به حد محکوم شده مورد بحث قرار گرفته است. نظر مشهور میان متأخران آن است که اقامه نماز جماعت توسط فردی که حد بر او اجرا شده پس از توبه مکروه است. فقیهان متقدم اما مطلقاً اقتدا به چنین فردی را جایز نمی‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۱۳: ۳۸۳). برابر نقل، علی (ع) به شریح فرمود: «بدان که مسلمانان نسبت به یکدیگر عادل به شمار می‌آیند، مگر کسی که به کیفر گناهی حد خورده و توبه نکرده باشد، یا به شهادت دروغ دادن شهرت داشته باشد، یا مظنون باشد» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷: ۳۲۰).

علت این‌که کسی که حد بر او جاری شده است حداقل پیش از توبه نمی‌تواند امام جماعت شود، فسق اوست. برخی از فقیهان معاصر پس از ذکر معیار کبیره بودن گناهان، جرائمی مانند قسم دروغ، کتمان شهادت، شهادت باطل، رباخواری، قماربازی، خوردن مردار و خون، خوردن گوشت خوک و کم‌فروشی را از مصادیق گناهان کبیره دانسته‌اند (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۷۴).

ظاهراً به نظر برخی از فقیهان اجرای حد شرعی موضوعیت دارد؛ یعنی اگر کسی به حد محکوم شده باشد و حد بر او اجرا شده باشد دیگر نمی‌تواند متصدی اقامه نماز جماعت شود هرچند توبه کند (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۷۷). مفهوم مخالف این فتوا آن است که اگر کسی به تعزیر محکوم شده باشد همچنان می‌تواند امامت نماز جماعت را به عهده بگیرد. برخی از فقیهان معاصر، یکی از فواید تفکیک حد از تعزیر را تشخیص حکم در همین مسئله دانسته‌اند (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۲۱-۲۲).

۲-۲-۱۳. تفاوت حد و تعزیر از نظر مجری حکم

از دیگر تفاوت‌های میان حد و تعزیر آن است که بنا بر رأی حد را حتماً باید امام معصوم (ع) اجرا کند؛ اما مجازات تعزیری را غیرمعصوم هم می‌تواند اجرا کند. این تفاوت معمولاً زیر عنوان جواز یا عدم جواز اقامه حدود در عصر غیبت مطرح می‌شود. قول به عدم جواز اقامه حدود توسط غیرمعصوم قولی قوی در کنار قول به جواز مطرح بوده است. شمار قابل توجهی از فقیهان برجسته شیعه به عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت به نحو مطلق نظر دارند. برخی نیز به عدم جواز اجرای حدودی که مستلزم قتل و جرح باشد معتقدند. برخی هم در این مسئله توقف کرده‌اند (طوسی، بی‌تا، ج ۷: ۴۰۷، فاضل‌هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰: ۴۷۷، اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۷: ۵۴۵).

قاضی ابن‌براج (ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج ۱: ۳۴۱)، قطب‌الدین راوندی (راوندی، ۱۴۰۷: ۳۷۲)، یحیی‌بن سعید حلی (حلی، ۱۴۰۵: ۵۴۸) و ابن‌فهد حلی (حلی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۳۲۶) اجرای حدود را از وظایف امام و کسی که ایشان امام او را به‌عنوان مسئول اجرای حد بگمارد دانسته‌اند. محقق حلی هم قول به جواز اجرای حدود از سوی فقیهان را ضعیف می‌داند (حلی، ۱۴۰۸، ج ۱: ۳۱۲ و حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ۱۱۵). از دیگر مخالفان اجرای حدود توسط غیرمعصوم، ابن‌ادریس است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۴). علامه مجلسی از چهار قول مختلف فقها گزارش داده است (اصفهانی، بی‌تا: ۵۸). از فقیهان معاصر آیت‌الله خوانساری به عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت تصریح کرده است (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۷: ۵۷).

۲-۱۴. تفاوت حد و تعزیر از جهت ارجاع حکم قاضی به قاضی دیگر

در برخی از روایاتی که از اعلام حکم قاضی به قاضی دیگر نهی می‌کند واژه حد ذکر شده است. در متون فقهی در مباحث قضاوت به مباحث گسترده و گوناگونی از جمله انهای حکم (اعلام حکم قاضی به قاضی دیگر) پرداخته شده است. فقها به پیروی از روایات، این مبحث را زیر عنوان کتاب قاض الی قاض آورده‌اند. ابلاغ حکم قاضی به قاضی دیگر پس از صدور و انشای لفظی حکم ممکن است به چهار روش صورت بگیرد: کتابت، قول (خبر دادن شفاهی)، اقرار و گواهی بینه. انگیزه اعلام حکم می‌تواند اجرای حکم یا جلوگیری از رسیدگی مجدد و اطلاع دادن به شخص غایب توسط قاضی دوم باشد. درباره اعلام حکم از طریق نامه‌نگاری، قول مشهور فقیهان، عدم جواز مطلق است. قول دیگری که برخی فقها مانند ابن‌جنید (ابن‌جنید، ۱۴۱۶: ۳۲۵) و محقق اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۲۰۹) برگزیده‌اند آن است که اعلام حکم از طریق نامه‌نگاری در حق‌الناس جایز است؛ اما در حق‌الله مجاز نیست. مستند قول مشهور برخی روایات است. از امیرمؤمنان (ع) نقل شده است که: «نوشته یک قاضی به قاضی دیگر در حد جایز نیست» (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۸: ۲۵). در روایت سکونی و طلحه پسر زید از امام صادق (ع) هم آمده است که: «علی (ع) نامه و نوشته قاضی برای قاضی دیگر را در مورد حد و غیر حد تنفیذ نمی‌کرد تا اینکه بنی‌امیه به حکومت رسیدند، پس آنان این کار را با بینه تجویز کردند» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷: ۵).

با توجه به استعمال واژه حد در روایات این پرسش مطرح می‌شود که: منظور از حد چیست و آیا تعزیر را نیز شامل می‌شود؟ فتوای مشهور در این زمینه مطلق است و از این نظر تفاوتی میان حد و تعزیر وجود ندارد. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۳۰۳). تنها برخی مانند ابن‌جنید میان حق‌الله و حق‌الناس تفاوت گزارده‌اند. این تفصیل اغلب مورد پذیرش دیگر فقیهان قرار نگرفته است.

۳. دلایل تفاوت احکام کیفرهای حدی و تعزیری

آنچه تاکنون گذشت تفاوت‌هایی است که در متون فقهی میان حد و تعزیر بیان شده است. شاید با دقت نظر در متون فقهی بتوان تفاوت‌های دیگری را نیز میان حد و تعزیر یافت.^(۹) پرسش این است که چگونه می‌توان وجود این اندازه تفاوت را توجیه کرد؟ مستندات و مبانی این تفاوت‌ها چیست؟ مجازات واکنشی است که در برابر نقض ارزش‌های بنیادین جامعه و به منظور دفاع از این ارزش‌ها اعمال می‌شود؛ ارزش‌هایی که حد و تعزیر به دفاع از آنها می‌پردازند به لحاظ ماهیت چه تفاوتی با یکدیگر دارند؟ این واکنش‌ها چه خصوصیتی دارند که احکام و آثار مخصوص بر آنها بار می‌شود؟ به نظر می‌رسد برای شناخت دقیق علت شمارش این

تفاوت‌ها از سوی فقیهان و ماهیت دقیق آنها باید نقش و مفهوم واژه «حد» در روایات و دلایل دیگر را واکاوی دقیق نمود.

۳-۱. نقش معنای واژه «حد» در آثار حاکم بر مجازات‌ها

تتبع در متون روایی نشان می‌دهد حد در روایات علاوه بر معنای لغوی و معنای عقوبت معین در معانی مطلق مجازات و حتی تعزیر نیز به کار رفته است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱: ۱۴). «از مجموع روایات و اخبار چنین برمی‌آید که حد به معنای مطلق مجازات است و در اثر کثرت استعمال در این معنا حقیقت شده بود؛ اما استعمال آن در خصوص مجازات معین یا غیر معین از باب انطباق کلی بر یکی از مصادیق و افراد است و گر نه هیچ شاهد قرآنی و روایی وجود ندارد که ثابت کند لفظ حد در معنای مجازات مقدر، حقیقت و در دیگر معانی، مجازی است و اراده آن از این لفظ نیاز به قرینه دارد» (نک: محقق داماد، ۱۳۹۰: ۶۹). در نتیجه تشخیص معنای حد با توجه به معانی گوناگون آن باوجود قرینه ممکن خواهد بود. در غیر این صورت بر معنای مطلق عقوبت حمل می‌شود (موسوی اردبیلی: ۱۴۲۷، ج ۱: ۱۳). این نکته در تعیین احکام و قواعد حاکم بر حد و تعزیر اهمیت دارد.

صاحب جواهر نیز به این مسئله پرداخته است. به نظر ایشان: «هر جا مجازات از سوی شرع تعیین شده باشد بی‌شک حد است. بحث در مجازات‌هایی است که مقدار آنها از سوی شرع تعیین نشده است و این که آیا آنها را می‌توان حد نامید؟ زیرا در روایات، حد عنوانی است برای ترتب بسیاری از احکام همچون: درأ حد به شبهه، عدم جریان سوگند، عدم پذیرش کفالت، حق امام بر عفو از حد در صورت اثبات جرم با اقرار مجرم و عدم شفاعت در حدود. احتمال دارد به مجازات‌هایی که مقدار آنها از سوی شرع تعیین نشده نیز حد بگوییم؛ زیرا در بسیاری روایات به آنها حد گفته شده است. این احتمال هم وجود دارد که مجازات‌های مزبور را حد نگوییم؛ زیرا از برخی روایات برمی‌آید که معنای حد غیر از تعزیر است. برخی از روایات صریحاً بر این معنی دلالت دارند. آری گاه حد به تعزیر گفته شده است؛ لذا احکامی که مخالف اصول و عمومات است و به عنوان حد آمده است را باید مخصوص به حدود به معنای اخص دانست؛ جز این که از باب اولویت یا با استناد به دلیلی دیگر مجازات‌های دیگری نیز در حکم حد داخل شود» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۲۵۶).

فقیهان معاصر به این مسئله توجه بیشتری نموده‌اند. یکی از فقیهان معاصر در این زمینه می‌گوید: «ظاهراً اگر ثابت شود آنچه که لفظ حد برای آن وضع شده است مطلق عقوبت است در این صورت کلیه احکام ذکر شده بر مطلق عقوبت اعمال می‌شود؛ اما در موارد مشکوک علی‌القاعده احکام مزبور به قدر متیقن آن یعنی حدود شش‌گانه (که محقق حلی بیان کرده)

اختصاص داده می‌شود» (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۴). یکی دیگر از فقیهان معاصر پس از ذکر احکامی که برای عنوان حد وضع شده است این پرسش را مطرح می‌کند که: آیا لفظ حد در این گونه موارد شامل تعزیر نیز می‌شود؟ به نظر ایشان: «در این مورد دو وجه وجود دارد ولی شمول این احکام به تعزیر بعید نیست» (منتظری، بی تا: ۱۸۵).

به نظر یکی دیگر از فقیهان در مورد تشریع بسیاری از احکام برای عنوان «حد» مانند درأ حد به شبهه، عدم شفاعت در حد، عدم جریان سوگند و کفالت در حد و اختیار امام در عفو در موارد اثبات جرم با اقرار و احکام مشابه این پرسش مطرح است که: آیا واژه حد که این احکام برای آن وضع شده است همان حد اصطلاحی است که در مقابل تعزیر قرار می‌گیرد، یا معنای اعمی دارد و شامل تعزیر نیز می‌شود؟ به نظر ایشان ظاهر کلام اصحاب، قول اول است و این قول خالی از قوت نیست؛ به‌ویژه با ملاحظه تقابل صریحی که در روایات میان حد و تعزیر وجود دارد، مانند روایت حماد از امام صادق (ع). دلیل دیگر این است که ترتب این احکام بر حد مخالف اصول و عمومات است» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۱۲).

به نظر برخی دیگر از فقیهان معاصر بعید نیست که حد و تعزیر از واژه‌هایی باشند که اگر باهم ذکر شوند معنای آنها متفاوت خواهد بود؛ اما هنگامی که جداگانه ذکر شوند معنای عامی را افاده کنند.^(۱۰) پس استعمال حد به‌تنهایی شامل همه مجازات از جمله تعزیر می‌شود و اگر همراه با تعزیر ذکر شوند معنای خاص خود را خواهد داشت که مقابل تعزیر است، اما اثبات این امر با دلیل قطعی مشکل است. افزون بر این، احتمال دارد حد وقتی به‌صورت مطلق و تنها می‌آید به معنای خاص آن منصرف باشد. بلی در برخی موارد مانند مسئله عفو می‌توان به قیاس اولویت استناد کرد؛ اما در موارد دیگری مانند درأ حدود به شبهات چاره‌ای جز مراجعه به اصول کلی و قواعد دیگر نیست و در حالات مختلف حکم این مسئله فرق می‌کند» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۱۷-۱۵).

با در نظر گرفتن نظرات بالا می‌توان گفت: دیدگاه فقیهان درباره نحوه تشخیص معنای واژه حد و اصل اولی در مورد معنای این واژه به چند دسته تقسیم می‌شود: نخست: مقصود از واژه «حد» در روایاتی که این لفظ در آنها موضوع احکام خاصی قرار گرفته همان حد اصطلاحی است. دوم: اصل این است که این احکام مختص حدود اصطلاحی هستند، مگر اینکه بتوانیم به کمک قیاس اولویت یا قرائن دیگر این احکام را به دیگر مجازات‌ها نیز سرایت دهیم. طرفداران این دو قول به دو دلیل اشاره کرده‌اند: نخست اینکه دست‌کم در پاره‌ای از روایات تقابل آشکاری مانند حد و تعزیر وجود دارد. دوم اینکه احکامی که در روایات برای حد پیش‌بینی شده، خلاف اصل است. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۲۵۶).

تأمل و درنگ در روایات چه‌بسا ما را به برداشت دیگری رهنمون سازد. در مورد دلیل اول باید گفت که در برخی از روایات حد از تعزیر تفکیک شده و به‌نوعی به تقابل میان آنها اشاره شده است؛ اما در برخی دیگر از روایات، میان حد و تعزیر تقابل آشکار وجود ندارد؛ اما تعزیر به‌صراحت یا تلویحاً دون‌الحد قلمداد شده است.

می‌توان گفت با آنکه در برخی روایات، حد از تعزیر تفکیک شده است؛ صرفاً با استناد به این تفکیک نمی‌توان احکامی که در دیگر روایات برای حد برشمرده شده را به حدود اصطلاحی منحصر دانست. این روایات حداکثر می‌تواند اثبات کند که تعزیر، مجازاتی غیر از حد است یا اینکه تعزیر دون‌الحد است. (اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱: ۲۳) از طرف دیگر هیچ روایت عامی وجود ندارد که در آن معصوم (ع) به بیان ویژگی‌های حد و تعزیر و تفاوت میان این دو گونه مجازات پرداخته باشد. به نظر ما این نکته را باید بسیار جدی گرفت. تفاوت‌های برشمرده میان حد و تعزیر از مسائل تخریجی و استنباطی است نه مسائل منصوص.

دلیل دوم این است که احکامی که برای لفظ حد وضع شده است مخالف اصول و عمومات است؛ اما این دلیل نیز محل تأمل است؛ شاید بتوان این تفاوت‌ها را با نگاهی جدید مطالعه و تحلیل نمود. همان‌گونه که در بیان تفاوت‌های میان حد و تعزیر در متون فقهی گفته شد با بررسی دقیق این احکام و فلسفه آنها می‌توان گفت این احکام به‌مثابه اصول و قواعد کلی هستند که بر مجازات به معنای مطلق آنکه شامل حد و تعزیر و حتی قصاص هم می‌شود حاکم است. برخی فقیهان معاصر نیز تصریح کرده‌اند که: «هرگاه لفظ حد منفرداً ذکر گردد مفهوم آن شامل همه قوانینی است که از طرف شرع برای ممانعت و جلوگیری از مجرم تشریع شده به‌علاوه، به نظر عرف در تمام آنها، حکم شرع یکی است» (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۳: ۵۵۴).

اجرای مجازات در صورتی که در وقوع عنصر مادی یا معنوی یا شرایط مسئولیت کیفری تردید باشد جایز نیست؛ خواه جرم حدی باشد یا تعزیری. قاطعیت در اجرای مجازات و عدم تأخیر و عدم تعطیل مجازات‌ها لازمه برقراری نظم و عدالت در جامعه است؛ بنابراین عدم تأخیر و تعطیل در حدود به این معنا نیست که در اجرای مجازات تعزیری هر اندازه تأخیر جایز است. تأخیر در مجازات بر زن باردار یا زنی که دارای فرزند شیرخوار است، تأخیر در اجرای مجازات در حالت استحاضه، حیض یا نفاس یا بیماری، عدم اجرای مجازات در هوای بسیار سرد یا بسیار گرم و موکول شدن آن به هوای معتدل مختص جرائم حدی نیست. کيفرهای تعزیری نیز در این حالات تا زمان رفع مانع به تأخیر می‌افتند.

فلسفه عدم اجرای مجازات در حرم و مسجد رعایت حرمت این مکان‌هاست، فلسفه عدم اجرای مجازات در سرزمین دشمن خوف و نگرانی از پیوستن مجرم به دشمن به دلیل عصبیت

ناشی از اجرای مجازات بر اوست. مجازات‌های تعزیری و حدی از این نظر تفاوتی ندارند؛ به‌ویژه اینکه جنس و سنخ مجازات‌های تعزیری در بسیاری از موارد همانند مجازات‌های حدی است. روایاتی که شفاعت در حد را ناروا می‌دانند نیز به گواهی شواهد موجود در خود این روایات و نیز با لحاظ فلسفه و مقصد تشریع آنها به حدود اصطلاحی اختصاص ندارد. همه جرائم و مجازات‌های تعزیری از همه حدود کم‌اهمیت‌تر نیستند. به همین ترتیب تعزیرات گاهی از جنبه حق‌اللهی برخوردارند. تأکید روایات نهی از شفاعت در حد بر پرهیز از تبعیض نابجا در مقام اعمال کیفر است (نوبهار، ۱۳۹۳: ۱۲۵). درواقع، فلسفه نهی از شفاعت پس از وقوع جرم آن است که به محض ثبوت جرم با رعایت شرایط مقرر مجازات‌ها به موقع اجرا گذاشته شوند و تبعیضی بین فقیر و غنی، قوی و ضعیف، دارا و نادار وجود نداشته باشد.

فلسفه عدم پذیرش کفالت نیز همین است. ضمن این‌که در صورت پذیرش کفالت و فرار مجرم نمی‌توان کفیل را مجازات کرد. برخی از معاصران نیز به صراحت مواردی نظیر عدم جواز شفاعت، عدم جواز کفالت و عدم وجود سوگند را شامل مطلق مجازات‌ها دانسته‌اند (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۲۴).

هم در جرائم تعزیری و هم در جرائم حدی در حالتی که مجرم با تکرار جرم، خطرناکی خود را نشان دهد تشدید مجازات‌ها یکی از تدابیری است که قانون‌گذاران مختلف حسب مبانی اتخاذ می‌نمایند. شارع مقدس اسلام هم عموماً همین روش عقلایی را پیشه کرده است. اختلاف در روایات موجود در این باره ممکن است ناشی از توجه حاکم به اقتضائات زمانی و عواملی مانند میزان وقوع جرم در دوره‌های خاص باشد. حد و تعزیر از این لحاظ هم تفاوت بنیادین ندارند.

هدر بودن خون مجرم در اثر صرف اجرای حد نیز هم شامل حدود اصطلاحی و هم شامل تعزیرات است، همان‌گونه که مشهور فقیهان بر این رأیند. این امر مانع از آن نیست که این فتوا را از جهات دیگر مورد نقد قرار داد؛ به‌ویژه در شرایط امروزی که غیرمعضوم (ع) مجازات‌ها را به اجرا می‌گذارد. ضمن این‌که واری‌های پیش از اجرای کیفر برای امکان‌سنجی تحمل کیفر با توجه به ویژگی‌های جسمی و روانی محکوم در هر حال یک ضرورت انکارناپذیر است.

اینکه مجازات‌های حدی با ارتداد ساقط نشده و مجرم نمی‌تواند با این حربه از اجرای مجازات بگریزد به این معنا نیست که کسی که مرتکب جرم تعزیری شده می‌تواند با مرتد شدن از مجازات شدن فرار کند. در مورد عروض جنون بعد از جرم نیز همین گفته را می‌آید. مجازات تعزیری نیز با عروض جنون ساقط نمی‌شود. درواقع واژه «حد» در عباراتی مانند: «لا یسقط الحد باعتراض الجنون و لا الارتداد» که در متون فقهی مشاهده می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴،

ج ۴۱: ۴۳۲ و موسوی خمینی، ۱۳۹۹، ج ۲: ۴۶۵). به معنای مطلق مجازات است. این امر مانع از آن نیست که اصل این فتاوا را از چشم‌اندازی دیگر مورد نقد قرار داد. دور نیست بگوییم معصوم (ع) حسب شرایط زمانی اهدافی را از اجرای مجازات دنبال می‌کرده و با در نظر گرفتن مصلحت اهم مثل بازدارندگی عمومی چنین حکمی را صادر نموده است. به‌ویژه این که در زمانه ما، نوع عقلا مجازات دیوانه را در هر شرایطی نمی‌پذیرند.

عدم اثبات حد با شهادت بر شهادت به معنای آن نیست که جرم تعزیری با شهادت بر شهادت به اثبات می‌رسد. حد در روایاتی که با این مضمون وارد شده است تعزیر را نیز در برمی‌گیرد. موارد پذیرش شهادت بر شهادت حق‌الناس است و فلسفه آن جلوگیری از ضایع شدن حقوق بزه‌دیده در صورت تعذر حضور شاهد اصلی است. به همین دلیل در موارد حق‌الناس صدور حکم غیابی نیز جایز شمرده است. تفاوت در این باره میان جرائمی است که شارع مقدس بر پرده‌پوشی بر آنها اصرار دارد و جرائمی که به دلیل برخورداری از جنبه حق‌الناس فردی یا عمومی برای اثبات آنها تلاش می‌شود؛ اما حد و تعزیر از این لحاظ تفاوتی ندارند.

معنای عبارت «لا یمین فی الحد» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۴۶) نیز آن است که مطلق مجازات‌ها اعم از حد و تعزیر را نمی‌توان با قسم دادن منکر و بدون وجود اقرار یا بینة یا علم قاضی ثابت کرد و مجازات را به متهم تحمیل نمود. اثبات قتل با قسامه در موارد لوث البته استثناست و فلسفه آن نیز پیشگیری از به هدر رفتن خون مسلمان و پرهیز از ضایع شدن حقوق‌الناس است.

در مورد تفاوت میان حد و تعزیر به اعتبار مجری آنها نیز بسیاری از فقیهان این تفاوت را نپذیرفته‌اند. موافقان جواز اجرای حدود در زمان غیبت توسط غیرمعصوم گفته‌اند: «اقامه حدود برای مصلحت عموم مردم و جلوگیری از فساد و فحشا و کارهای ناپسند و فساد و تجاوز و سرکشی بین مردم تشریع شده است و این اختصاص به زمان و مکان خاصی ندارد و به‌طورقطع حضور امام (ع) در این امر دخالتی ندارد. حکمتی که سبب تشریع حدود از سوی شارع شده است اقتضای این را دارد که حدود همان‌گونه که در زمان حضور امام (ع) اجرا می‌شود در زمان غیبت نیز اقامه شود» (خویی، ۱۴۲۲: ۲۷۳). بنا به نظر فقیهانی که با اجرای حدود در زمان غیبت موافقت دلیل مذکور میان حدود و تعزیرات مشترک است.

به‌علاوه روایاتی که در آنها اقامه حدود از وظایف حاکم شمرده شده است تنها در مقام بیان شأنی از شئون حاکم است. «مقصود از حدود در این روایات نیز تنها حد به معنای اصطلاحی آن نیست؛ بلکه مقصود مطلق مجازات‌هاست. متعین شدن کاربرد واژه حدود در معنایی که ما

اکنون به کار می‌بریم، بیشتر مربوط به عصر تدوین کتاب‌های فقیهان است» (نوبهار، ۱۳۸۲: ۸۱). «انبوهی از احکام و مقررات ناظر به جرائم و مجازات‌ها گواه آن است که متولی دادرسی کیفری و مجازات، کسی جز نهاد حکومت نیست. رعایت چنین جهاتی، به حد، در معنای اصطلاحی آن اختصاص ندارد. بلکه جهات یاد شده می‌تواند در هر یک از حد یا تعزیر مورد داشته باشد. این خود قرینه استواری است بر این که روایاتی که بر لزوم مداخله حکومت در امر مجازات دلالت می‌کند به حدود اصطلاحی اختصاصی ندارد» (نوبهار و ذوالفقاری، ۱۳۹۳: ۱۱۶). حتی کراهت اقامه نماز جماعت توسط فردی که حد بر او اجرا شده است در واقع ناظر به سلامت اخلاقی امامان جماعت و ناشی از نقش و تأثیر این افراد در جذب یا دفع عموم مردم و به‌ویژه نمازگزاران است. از این جهت نیز محکومیت به جرم حدی یا تعزیری تفاوتی ندارد. جامعه، هم ارتکاب جرم حدی و هم ارتکاب جرم تعزیری را نوعی سوءپیشینه قلمداد می‌کند. اگر این محکومیت سوءپیشینه قلمداد شود حد و تعزیر از این جهت با یکدیگر تفاوتی ندارند؛ نمی‌توان اقتدا به کسی که معادل بهای ۴/۶ نخود طلا (قدری بیش از یک گرم) را سرقت نموده را ناروا دانست اما اقتدا به کسی که میلیاردها تومان اختلاس کرده را روا دانست؛ صرفاً از آن رو که یکی حد است و دیگری تعزیر.

۳-۲. اطلاق ادله و تأثیر ناپذیری از شرایط زمانی و مکانی

یکی از آثار تقسیم‌بندی مجازات‌ها به حد و تعزیر و به‌طور کلی پذیرش نظام افتراقی حد-تعزیر آن است که نهادها و تأسیسات جدید و نوپیدای حقوق کیفری مانند تعویق، تعلیق، آزادی مشروط و یا حتی شناسایی برخی از انواع جرائم و حکومت قوانین متفاوت بر آنها، مانند شناسایی جرم سیاسی در قلمرو مجازات‌های حدی پذیرفته نمی‌شود. این بدان معناست که علاوه بر تفاوت‌های سابق که پیش از این برشمردیم، با گسترش تحولات عرفی و عقلایی در حقوق کیفری و ایجاد نهادها و سازوکارهای جدید روز به روز فاصله میان حد و تعزیر افزایش یابد و این نظام بیش از پیش به سمت افتراقی شدن حرکت کند.

چنین رویکردی می‌تواند مشکلات زیادی را در عرصه تقنین و اجرا به همراه بیاورد. حتی ممکن است مقنن برای جبران ناکارآمدی و حل این مشکلات قوانینی را به تصویب برساند که به‌ظاهر با تلقی رایج از حدود و فقه سنتی متفاوت است. برای نمونه می‌توان به در نظر گرفتن مجازات تبعی و تکمیلی برای مجازات‌های حدی علی‌رغم باور به ثبات و تغییر ناپذیری آنها اشاره نمود. در مواردی نیز ممکن است برای حل این مشکل به احکام حکومتی به‌صورت موردی تمسک شود. پذیرش این‌گونه تغییرات در گام نخست و با توجه به تلقی سنتی از

حدود، دشوار به نظر می‌رسد؛ اما دقت در روایات و برخی فتاوا^(۱۱) و نیز توجه به نکات پیش‌گفته می‌تواند ما را به تلقی جدیدی رهنمون سازد.

افزون بر دلایلی که با توجه به نقش واژه حد مطرح شد ثبات مجازات‌های حدی و اثبات قواعد خاص حاکم بر آنها ناشی از تمسک به اطلاق ادله حدود و تأثیرناپذیری آنها از شرایط زمانی و مکانی است؛ اما در خصوص دلیل اخیر «این پرسش بنیادین مطرح است که: در مقام تمسک به اطلاق ادله آیا می‌توان متون مربوط را در ارتباط با آن دست قیودی دارای اطلاق دانست که در حال و هوای مخاطبه و صدور فرمان اصولاً برای گوینده و شنونده یا برای یکی از آن دو (شنونده) قابل تصور نبوده است؟» (نوبهار، ۱۳۹۳: ۱۴۸). به‌عنوان مثال تأسیسات یا نهادهای جدید کیفری یا حتی عنوان جرم سیاسی برای مخاطب روایات مورد اشاره قابل‌تصور نبوده است. تمسک به اطلاق در این موارد محل تأمل بلکه غیرقابل پذیرش است. احراز این‌که این متون نسبت به قیود مربوط به تأسیسات و نهادهای نوپیدا در نظام عدالت کیفری در مقام بیان بوده‌اند آن‌قدر آسان نیست تا بتوان حدود را تا این اندازه از دسترس تغییر و تحولات عقلایی دور نمود» (نوبهار، ۱۳۹۳: ۱۴۹). پس برای نمونه نمی‌توان نهاد «مرخصی زندانی» را در جرائم حدی موجب حبس رد نمود؛ صرفاً به این دلیل که این نهاد در متون ناظر به تعیین مجازات‌ها ذکر نشده است و یا اینکه اطلاق ادله تعیین حبس برای جرم حدی این نهاد را نفی می‌کند.

فرجام

به نظر می‌رسد تقسیم‌بندی دوگانه حد و تعزیر به شکل کنونی، در دوره تدوین فقه شکل گرفته است. احکام غیرمدونی که به دلیل به کار رفتن واژه حد در روایات و تعبد به این نصوص به‌عنوان مقررات خاص حاکم بر حدود به معنای اصطلاحی معرفی شده و فاصله این نوع مجازات‌ها را با مجازات تعزیری افزایش داده است را می‌توان اصول کلی حاکم بر مطلق مجازات‌ها دانست، نه خصوص حدود اصطلاحی. این اصول کلی، رمزآلود و اسرارآمیز نبوده و در تمام نظام‌های حقوقی عرفی و عقلایی نیز بیش و کم وجود داشته و دارند. این امر نه تنها از ارزش مقررات کیفری اسلام نمی‌کاهد بلکه مایه فخر و مباهات هر مسلمانی است که چهارده قرن پیش چنین اصولی در دین اسلام مورد پذیرش قرار گرفته است. این نکته در خصوص تفاوت‌های مدون نیز قابل طرح است. شاید بتوان گفت تفاوت‌های مدون میان حد و تعزیر همان‌گونه که در متن مقاله گذشت چندان دقیق نبوده یا آنکه آنها اصولی حاکم بر مطلق مجازات‌ها هستند.

از سوی دیگر ممکن است از مجموع این شواهد چنین برداشت شود که مجازات حدی و تعزیری به لحاظ ماهیت با یکدیگر تفاوت چندانی ندارند. آنها هر دو، نوعی از واکنش جامعه در برابر رفتار ضد اخلاق عمومی یا ضد نظم اجتماع‌اند. از این روی شاید امروزه نیز بتوان از اصول و قواعد مشترک حاکم بر این دو نوع از مجازات سخن گفت. درواقع تفاوت حد و تعزیر بیشتر به جهت ثبات یا عدم ثبات میزان مجازات بوده و تفاوت‌های دیگر از بنیان استواری برخوردار نیستند.

نکته درخور توجه دیگر اینکه تفاوت میان اقسام مجازات‌ها را نمی‌توان مطلقاً نفی نمود؛ اما این تفاوت‌ها باید دارای مبنای استواری باشد. برای مثال مقنن و حکومتی که قانون کیفری را به تصویب می‌رساند می‌تواند در جرائم حق الناسی یا جرائم علیه امنیت در خصوص سقوط مجازات‌ها با گذشت شاکی و یا توبه متهم، مقررات سخت‌گیرانه‌تری را نسبت به سایر جرائم وضع کند؛ که اتفاقاً این مورد یا موارد مشابه در فقه کیفری اسلام نیز یافت می‌شود؛ اما تفاوت‌ها را نمی‌توان تنها بر حدی یا تعزیری بودن کیفر بنا نهاد.

وضع اصول مشترک حاکم بر این دو نوع مجازات افزون بر مبنای فقهی که در این پژوهش از آن بحث شد، یک ضرورت اجتماعی است. از همین روی قانون‌گذار ایران در قوانین اخیرالتصویب کیفری دامنه قواعدی را که پیش از این به حوزه محدودی اختصاص داشت گسترش داده است. پیش‌بینی نهاد توبه، اشاره به قاعده درأ به صورت کلی، تعیین مجازات شروع به جرم و معاونت برای جرائم حدی و حتی تعیین مجازات‌های تبعی و تکمیلی برای مجازات‌های حدی-که با تلقی سنتی از حد همخوانی ندارد- از این قبیل است. این تغییرات ناشی از درک مقنن نسبت به ناکارآمدی قوانین پیشین و نیاز به تنظیم مقررات و نظم اجتماعی به وسیله روزآمدسازی نظام کیفری و ایجاد انعطاف در آن است. توجه مقنن به این نکته ضروری است که در قلمرو مجازات‌های حدی نیز برابر روایات و گزارش‌های تاریخی عناصر انعطاف‌بخش وجود دارد. تغییرات صورت گرفته در مجازات شرب خمر حسب شواهد تاریخی و انعطاف در شیوه اجرای برخی از مجازات‌های حدی از این قبیل است.

بررسی روایات نشان می‌دهد پیشوایان معصوم (ع) به عنوان حاکمان جامعه اسلامی از اختیارات حکومتی خویش برای رسیدن به این مقصود، نهایت استفاده را برده‌اند؛ اما نگاه محدود، تعبد نابجا نسبت به نصوص و عدم درک دقیق از مقاصد عقلایی موجود در ورای آنها، همگی موجب شده است تا نظام هدفمند، غایت‌گرا و منعطف اسلام در حوزه جرائم و مجازات‌ها به نظام بسته، جزءنگر و غیرمنعطف تبدیل شود. امروزه حد و تعزیر به مثابه دو نوع از مجازات با تفاوت‌های بسیار و بدون توجیه عقلانی تبدیل شده‌اند. این سیر تا آنجا پیش رفته است که

امروزه قانون‌گذار با الحاق «تعزیرات منصوص» به قلمرو حدود از حیث آثار و احکام، نظام حد-تعزیر را بیش از پیش افتراقی ساخته است. متأسفانه دقت نظر فقیهان ژرف‌نگر مبنی بر عام بودن برخی احکام و اصول کیفری به مطلق مجازات‌ها چندان که باید مورد توجه قرار نگرفته است.

مشکلات ناشی از نگاه محدود به حوزه جزایی اسلام در تفنین و اجرا ازجمله آثار این نوع نگرش است. به‌علاوه ابهام‌ها و اشکال نظری نظام دوگانه حد-تعزیر که ذهن حقوقدانان را به خود مشغول ساخته و مقنن را به سمت وضع قوانینی به‌حسب ظاهر، ناسازگار با تلقی فقه سنتی سوق داده است ضرورت بازبینی و تجدیدنظر اساسی در این حوزه را می‌طلبد. این ناسازگاری در مبنا و عمل نشان از وجود یک حلقه مقفود در این میان دارد. این حلقه مقفود همانا کارآمدی، هدفمندی و عقلایی بودن نظام کیفری اسلام در پرتو اختیارات حاکم اسلامی و توجه به اقتضائات زمان و مکان است. تغییرات صورت گرفته نیز نشان می‌دهد که ایجاد چنین تغییراتی ممکن بوده و این تغییرات نه تنها مخالف با قوانین شریعت نیست، بلکه دقیقاً در راستای برآورده ساختن مقاصد آن یعنی برقراری نظم و عدالت در جامعه اسلامی است. سرانجام پژوهش‌های تاریخی مربوط به سیر تحول مفاهیمی مانند حد و تعزیر در گذر زمان همچنان می‌تواند بسیار بصیرت‌زا باشد.

پی‌نوشت‌ها:

(۱) گرچه در متون فقهی غالباً از حد و تعزیر به‌عنوان مجازات یاد شده است، در برخی روایات و نیز در کلام فقیهان این اصطلاحات به معنای موجب مجازات، یعنی جرم هم به کار رفته‌اند. درواقع می‌توان از جرائم مستوجب حد یا تعزیر سخن گفت یا از دو نوع مجازات حدی یا تعزیری.

(۲) فتاوا در این مسئله روشن نیست. قدر متیقن این‌که در حالت تکرار برخی قائل به قطع ید یا کشتن نباش شده‌اند.

(۳) برای ارزیابی شدت هر مجازات باید دو عامل اساسی را در نظر داشت: یکی درد و رنجی که در اثر اجرای مجازات مستقیماً بر محکوم وارد می‌شود و دیگری رسوایی و بدنامی حاصل از مجازات که به علت زندگی در اجتماع برای محکوم ایجاد می‌شود.

(۴) خداوند در آیه ۴۰ سوره غافر می‌فرماید: «مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلُهَا وَ مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْتَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ يُرْزَقُونَ فِيهَا بِغَيْرِ حِسَابٍ»

(۵) پرسش و پاسخ زیر در این خصوص قابل توجه است:

سؤال: در مواردی که شارع مقدس شیوه یا ابزار خاصی را در اجرای مجازات در نظر گرفته است مانند رجم یا کشتن با شمشیر، آیا شیوه یا ابزار یادشده موضوعیت دارد؟

جواب: ظاهر ادله این است که جمیع قیودی که شارع مقدس در موضوع حکم اخذ نماید موضوعیت دارد و حمل بر طریقت خلاف اصل است (ر.ک سید محمدصادق روحانی، استفتائات قوه قضاییه و مؤسسه حقوقی وکلای بین الملل از آیت الله سید محمدصادق روحانی)

(۶) برای مثال، در مورد جرم سرقت نیز که شهید اول بدان اشاره کرده، روایات متفاوت و متناقضی وارد شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۲۴۳). در این روایات نصاب های گوناگونی برای ثبوت قطع ید در نظر گرفته شده است. شاید با توجه به این روایات بتوان گفت: تعیین و تحدید نصاب در مورد سرقت فاقد موضوعیت بوده و این نصاب ها کنایه از مال زیاد است. به تعبیری دیگر می توان تعیین نصاب مال مستوجب سرقت را امری حکومتی دانست. اختلاف روایات ناظر به تعیین نصاب هم چه بسا گواه درستی این دیدگاه است.

(۷) شیخ صدوق از امام صادق (ع) نقل می کند که: «اگر فردی اسلام را پذیرفت و به آن اقرار نمود سپس شرب خمر کرد یا زنا نمود یا ربا خورد در صورتی که هنوز چیزی از حلال و حرام شرعی برایش بیان نشده است و در حالی که جهل به حکم دارد مرتکب جرم شود حد بر او جاری نمی گردد، مگر آن که گواهان بر ضد او شهادت دهند.» ربا از جرائم تعزیری است که به استناد شبهه جهل مرتکب ساقط می شود» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۳۲).

(۸) خداوند در این آیه می فرماید: «فِيهِ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ مِّمَّا يُبْرَاهِيمَ وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ».

(۹) برای مثال در بحث ادله اثبات این اعتقاد وجود دارد که چون مجازات های حدی شدید و ناظر به جلوگیری از وقوع جرم و اجرانشدن مجازات هستند اثبات آنها سخت تر است. درحالی که این سخن در مورد تمام جرائم حدی صادق نیست. مجازات جرم شرب خمر یا قوادی شدیدتر از مجازات حبس طولانی مدت یک جرم تعزیری نیست. دشواری اثبات قضایی در برخی از جرائم حدی به دلیل جهات دیگر مانند ویژگی جنسی بودن آنها و رعایت اصل پرده پوشی است نه حدی بودن جرم. از طرف دیگر، اگر جرائم جنسی واجد جنبه حق الناسی هم باشند رعایت حقوق خصوصی افراد مقدم بر اصل پرده پوشی خواهد بود. درواقع، شارع مقدس اسلام معیارهای عقلایی و اولویت آنها را مورد توجه قرار داده است. با توجه به این نکته، حدی یا تعزیری بودن را نمی توان معیار و ملاک دقیقی قلمداد نمود.

(۱۰) ان الحد و التعزیر من الالفاظ التي اذا اجتماعا افترقا و اذا افترقا اجتماعا.

(۱۱) در برخی از منابع اهل سنت آمده است که علی (ع) سارقی که به دلیل سرقت در مرتبه سوم به حبس ابد محکوم شده بود را از زندان خارج نمود و پس از زدن ضربات شدید شلاق، وی را آزاد ساخت (ابن قدامه، بی تا: ۲۶۵). برخی فقیهان مانند ابن زهره هم به جواز عفو سارق محکوم به حبس ابد فتوا داده اند (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۴۳۲). در نگاه نخست ممکن است این فتوا، مغایر با تلقی سنتی از مجازات های حدی قلمداد شود. نگاه ژرف و شناسایی دقیق ماهیت حد و تعزیر، خلاف این امر را اثبات می نماید.

منابع

قرآن کریم.

ابن براج، عبدالعزیز (۱۴۰۶)، **المهذب**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ابن زهره، حمزه بن علی حسینی (۱۴۱۷)، *غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع*، قم: مؤسسه امام صادق (ع).

ابن‌قدمه، عبدالله بن احمد (بی‌تا)، *المغنی*، ریاض: مکتبه الجمهوریه العربیه.
اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳)، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

اسکافی، ابن جنید (۱۴۱۶)، *مجموعه فتاوی ابن‌جنید*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
بغدادی، شیخ مفید (۱۴۱۳)، *المقنعه*، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
تبریزی، جواد بن علی (۱۴۱۷)، *أسس الحدود والتعزیرات*، قم: نشر مهر.
حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۷)، *قواعد فقه جزایی*، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
حلبی، ابوصلاح (۱۴۰۳)، *الکافی فی الفقه*، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع).
حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵)، *الجامع للشرائع*، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
حلی، ابن‌ادریس (۱۴۱۰)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
حلی، احمد بن محمد (۱۴۱۷)، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۸)، *المختصر النافع فی فقه الإمامیه*، چاپ ششم، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه.

حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۲)، *نکت النهایه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰)، *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*، قم: مؤسسه امام صادق (ع).

حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵)، *الجامع للشرائع*، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵)، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲)، *مبانی تکمله المنهاج*، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی (ره).
راوندی، قطب‌الدین (۱۴۰۵)، *فقه القرآن*، چاپ دوم، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
سرخسی، شمس‌الدین (۱۴۱۴)، *المبسوط*، بیروت: دارالمعرفه.
سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴)، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.

سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۳)، *نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه*، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.

صافی گلپایگانی، لطف‌الله (بی‌تا)، *التعزیر، احکامه و حدوده*، قم: نشر دفتر آیت‌الله صافی گلپایگانی.
صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳)، *من لا یحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸)، *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰)، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، جلد چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- طوسی، محمد بن حسن (بی تا)، *التبیین فی تفسیر القرآن*، جلد هفتم، چاپ دوم، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، *الخلاف*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۷۸)، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه الاحیاء الآثار الجعفریه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، *تهذیب الأحکام*، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- عاملی، زین الدین (۱۴۱۰)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، قم: داوری.
- عاملی، زین الدین (۱۴۱۳)، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- عاملی، محمد بن مکی (بی تا)، *القواعد والفوائد*، جلد دوم، قم: کتاب فروشی مفید.
- عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۰)، *اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه*، بیروت: دارالتراث.
- عوده، عبدالقادر (۱۹۸۹)، *التشريع الجنائی الاسلامی*، بیروت: دارالکتب العربی.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۲)، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (الحدود)*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶)، *کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحکام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- قرافی، احمد بن ادريس (بی تا)، *انوار البروق فی انواء الفروق*، بیروت: عالم الکتب.
- کاسانی، مسعود (۱۴۰۶)، *البدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۲)، *الدر المنضود فی احکام الحدود*، قم: دارالقرآن الکریم.
- ماوردی، علی بن محمد (بی تا)، *الاحکام السلطانیه*، قاهره: دارالحديث.
- مجلسی، محمد باقر (بی تا)، *حدود و قصاص و دیات*، تهران: مؤسسه نشر آثار اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، *قواعد فقه جزایی*، چاپ بیست و یکم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳)، *المقنعه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸)، *انوار الفقاهه (کتاب الحدود والتعزیرات)*، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- منتظری، حسینعلی (بی تا)، *کتاب الحدود*، قم: انتشارات دارالفکر.
- منتظری، حسین علی (۱۴۰۹)، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، جلد سوم، ترجمه: محمد صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم: مؤسسه کیهان.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷)، *فقه الحدود و التعزیرات*، چاپ دوم، قم: جامعه المفید.

- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۴۰۱)، *قواعد فقهیه*، تهران: مؤسسه عروج.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۷۹)، *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نوبهار، رحیم (۱۳۹۲)، «اصل قضامندی مجازات‌ها»، *دو فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۵: ۹۶-۶۵.
- نوبهار، رحیم (۱۳۸۹)، *اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی: چشم‌اندازی اسلامی*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- نوبهار، رحیم، «جرم سیاسی و تقسیم‌بندی حد-تعزیر»، *مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، نیمسال اول ۱۳۹۳، شماره ۳: ۱۳۳-۱۶۶.
- نوبهار، رحیم (۱۳۹۳)، شفاعت در حد و تعزیر، *مجله علمی-پژوهشی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی*، دوره دوم، شماره ۷: ۱۰۳-۱۳۰.
- نوبهار، رحیم، مهدی ذوالفقاری (۱۳۹۳)، قاعده فقهی «إقامة الحدود إلى الامام»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال ۶، شماره ۱۱: ۹۵-۱۲۲.
- نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸)، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت: مؤسسه آل‌البیت (ع).