

فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۷
زمستان ۱۳۹۵، ۴۳-۲۵

شمار جرائم حدی در حقوق کیفری امامیه علل نگر آرا و ضرورت احصاء*

مهدی شعبانی

دانشجوی دکتری تخصصی فقه و حقوق جزای دانشگاه خوارزمی تهران

Email: mahdi.shaabani2013@yahoo.com

مسعود محبان

دانشجوی دکتری تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم و تحقیقات)

Email: masoudmoheban@yahoo.com

چکیده

ماهیت‌شناسی «حدود» و بزه‌های شرعی مستوجب این نوع کیفر - که در کنار تعزیرات، مهم‌ترین واکنش‌های کیفری به جرائم در نظام حقوق کیفری اسلام به شمار می‌آیند - با وجود اهمیت‌شان (هم از حیث شدت مجازات و هم از حیث عنایت ویژه شریعت به حفظ مقاصد) که از سوی این‌گونه جرائم تهدید می‌شوند، همچنان محل نظر و قابل بازخوانی می‌نماید. یکی از پیامدهای این بحث نظری، این‌که فقیهان امامی، در تعیین شمار و عنوان اسباب حدود قرائت‌های مختلف و آرای متکثری به دست داده‌اند. رسالت نخستین این جستار، واکاوی علل علمی این اختلاف است که - پس از طرح و تحلیل علت‌های مؤثر - مآلاً سرچشمه اصلی در دیدگاه مختار درباره ماهیت‌شناسی جرائم حدی و تعریف حقوقی آن یافت شده است. در پی شناخت علل مزبور، این مهم مورد بررسی واقع می‌گردد که جرم‌های موجب کیفر حد، ضرورتاً محصورند و فهرست این جرائم، توفیقی و غیرقابل افزایش یا کاهش است. در جستار فراروی، کوشیده شده تا ضرورت حصر دامنه عددی بزه‌های مستوجب حد، با استناد به تعریفی نوین و هم‌سو با مفاد نصوص کیفری شرع که از ماهیت حقوقی جرائم یاد شده به دست داده می‌شود و نیز با استناد به ضوابط عام و محدودیت‌های شرعی وارد بر فرآیند جرم‌انگاری، اثبات گردد. رویکرد استدلالی این مقاله، تلاش برای تأمین هم‌زمان معنای لغوی و مفهوم قرآنی - روایی واژه حد و نیز مبنای مبنای و مقصد محوری در تفسیر نصوص و توجه به فلسفه تشریح حدود خواهد بود. تغییرات نوین قانونی در زمینه جرائم حدی نیز در جستار پیش رو، با نگاهی گذرا و نقادانه تحلیل شده است.

کلیدواژه‌ها: حد، تعزیر، شمار حدود، حصر مصادیق حدود

* تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۱۱/۰۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۰۶/۰۹.

مقدمه

واکاوی منابع شرعی و متون فقهی این گزاره را نتیجه خواهد داد که فقه کیفری امامیه، در مقایسه با فقه مدنی - بسیار لاغر و محتاج تفریع، تعدید (قاعده‌سازی)، تنقیح و تبویب است. پرمسان جستار فراروی، در راستای تأمین همین نیاز برگزیده شده؛ توضیح این‌که بدون تردید، نظام حقوقی اسلام، رفتارهایی (شامل فعل و ترک) را با قید کیفر دنیوی، ممنوع کرده و برای تخلف از برخی احکام نیز ضمانت اجرای کیفری مقرر نموده است. مطابق دیدگاه رایج - و تا اندازه‌ای، غالب - که قانون‌گذار کیفری ایران نیز پس از انقلاب اسلامی به آن رسمیت قانونی بخشیده است (مواد ۱۴ تا ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱)، کیفرهای شرعی غیرشخصی^۱، به چهار دسته حد، تعزیر، قصاص و دیه تقسیم می‌شوند؛ با عنایت به این نکته که در قصاص و دیه، بعد حق خصوصی ناشی از جنایت، در اغلب موارد اجرای آن دو، غلبه دارد، می‌توان - با افزودن کمی تسامح یا تساهل - پذیرفت که دو کیفر «حد» و «تعزیر»، اهم واکنش‌های کیفری در برابر جرائم در شریعت اسلام به شمار می‌آیند (نیز ر. ک: حسینی، «دو گونه کیفر...»، ۸۹؛ همو، «حدود و تعزیرات...»، ۱۲۶).

بر آشنایان با فقه کیفری امامیه، پوشیده نیست که نسبت منطقی میان دو عنوان پیش‌گفته (در معنای مصطلح فقهی‌شان)، - هم در مفهوم و هم در مصداق - تباین است و آن دو، مانعة‌الجمع‌اند. از این‌رو، ضروری است مرز میان قلمروی حد و تعزیر و جرائم موضوع آن‌ها، هم در تعریف و هم در مصداق، مشخص و مبین باشد. به اقتضای همین مناسبت، در متون فقه کیفری - و بلکه در نصوص شرعی یا همان «منابع متنی حقوق کیفری اسلام» - کوشیده شده دوگانگی (تغایر) آن دو نهاد کیفری، بازشناخته شود (طوسی، تهذیب الاحکام، ۴۰/۱۰، ۸۱ و ۹۸؛ همو، الاستبصار...، ۲۲۳/۴ - ۲۲۴؛ حر عاملی، ۸۹/۲۸؛ نجفی، ۲۵۷/۴۱؛ حمیری، عبدالله بن جعفر، ۱۰۴) و - البته در دوره‌های متأخرتر^۲ - تعریف مستقل و جامع و مانعی از آن دو نوع کیفر، به دست داده شود. «حد» - مطابق دیدگاه مشهور - «کیفر شرعی معین و مقدر در نصوص شرعی» (برای جرائم معین) تعریف می‌شود. (محقق حلی، ۱۳۶/۴، شهید ثانی، مسالک الألفهام، ۳۲۵/۱۴؛ تریزی، ۷؛ محقق داماد، ۶۴/۴) از سوی دیگر، شمار جرائم موجب حد در متون فقه استدلالی امامیه، میان شش تا شانزده مصداق (علامه حلی، ۵۲۱/۳ به بعد؛ خویی، ۲۰۳/۴۱) نوسان داشته است و شاید نتوان حتی دو فقیه را یافت که در شمار حدود و تعیین مصداق جرائم حدی، با یکدیگر

۱. قید «غیرشخصی» در عبارت بالا، برای اخراج نهاد «کفار» (خودکیفری) از موضع سخن است.

۲. جالب توجه این‌که ظاهراً تا زمان محقق حلی، حد و تعزیر در کتب فقه امامیه، مشخصه تعریف نشده‌اند! (موسوی اردبیلی، ۱۹/۱) علت این امر هم این بوده که همانند نظام‌های عرفی، در حقوق اسلام نیز مباحثی از جنس حقوق جزای اختصاصی بر مباحثی از قسم حقوق جزای عمومی، - از لحاظ سابقه تاریخی طرح - مقدم بوده‌اند.

کاملاً هم نظر باشند (موسوی اردبیلی، ۲۸/۱). اینک و با این توصیف، صورتی رخ می‌نماید که در آغازین نظر، می‌تواند تناقض و تعارض انگاشته شود. توضیح این‌که اگر حد، - ماهیتاً - کیفری است مقدر در شرع برای جرائمی معین، پس به صورت طبیعی، نباید در شمار و قلمروی عددی جرائم موجب آن، هیچ اختلافی پدید آید و می‌بایست قلمروی مصادیقی جرائم موجب حد، محصور می‌بود؛ چه آن‌که دوره تشریح اسلامی، پایان یافته و باب گسترش اصل شریعت (یا توگویی: احکام واقعی)، بسته است. حال آن‌که در واقع امر، در شمار مصادیق حدود اختلاف دیده می‌شود. گفتمان این جستار، در وهله نخست، ریشه‌یابی اختلاف یادشده است و سپس، تبیین این‌که آیا حصر قلمرو و احصای عددی مصادیق جرائم حدی، ضرورت دارد، یا خیر. به دیگر سخن، «آیا جرائم یا محرم‌های موجب حد، توقیفی‌اند و افزودن بر فهرست آن‌ها در نصوص شرعی، یا کاستن از آن، ممنوع است یا چنین نیست؟» هم‌چنین با توجه به این حقیقت که در حال حاضر، منابع اسلامی مهم‌ترین منبع قانون‌گذاری و دادرسی در ایران به شمار می‌آیند (اصول چهارم، هفتاد و دوم، نود و یکم و یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)، تغییرهای تازه در مقورات وضعی مرتبط با حدود (به گونه معین: قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱) نیز - تنها از زاویه پرسمان موضوع جستار - تحلیل و نقد خواهند شد.

اول: ریشه‌یابی اختلاف فقیهان امامی در شمار جرائم حدی

در نخستین گام، باید ریشه و خاستگاه اختلاف فقیهان شیعی در شمارش اسباب حدود، شناسایی شود. کنکاش و مطالعات نگارنده در نصوص شرعی - به‌ویژه روایات - (برای نمونه: کلینی، ۲۰۴/۷؛ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ۲۴/۴ و ۲۷؛ طوسی، الإستبصار، ۲۲۵/۴) و متون فقهی، این نتیجه را در پی داشته که علت این اختلاف، محدود به دو عامل است (نیز ر. ک: حسینی، حدود و تعزیرات...، ۱۳۱-۱۳۲): عامل نخست، تفاوت و تنوع قرائت‌ها در ماهیت‌شناسی حد و تعزیر^۱ و تمییز قلمروی دو کیفر پیش‌گفته از یکدیگر (یا به دیگر سخن، خاستگاه تنويع و تقسیم کیفرهای شرعی به حد و تعزیر) و دومین عامل، اختلاط یا تداخل عنصر مادی برخی از انواع جرائم حدی و یا - به تعبیری دیگر - اختلاف در تعیین و تحدید قلمرو و مرزهای مادی و عناوین برخی از آن جرائم در مقایسه با یکدیگر. هرکدام از این دو عامل،

۱. هدف اصلی این جستار، بررسی علل اختلاف در تعداد خصوص جرائم حدی و ضرورت‌سنجی احصای مصادیق همین‌گونه از جرم‌ها در حقوق کیفری امامیه است؛ ولی این‌که در بالا و در ادامه جستار، پیوسته تعزیر نیز در کنار حد آورده می‌شود، از این‌رو است که نگارنده، تعریف حد را در تقابل با تعزیر و شناخت دقیق مفهوم اصطلاحی آن دورا در گروهی مقایسه با هم‌دیگر می‌داند. امری که از تعبیرها و فحوای نصوص روایی مربوط نیز قابل استنباط است (بروجردی، ۸۳۴/۳۰؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۷۱/۵، ۱۷/۱۰ و به‌ویژه: ۹۲/۱۰؛ حمیری، عبدالله بن جعفر، ۱۰۴؛ عاملی، ۸۹/۲۸).

در ادامه - به صورت جداگانه - طرح و تبیین خواهند شد.

۱. ماهیت متقابل و قلمروی مقایسه‌ای حد و تعزیر

شاید در نگاه نخست، تصور شود که حد و تعزیر و - به تبع آن دو - جرائم موجب حد و موجب تعزیر، در متون استدلالی فقه امامیه تعریف شده (محقق حلی، پیشین؛ شهید ثانی، پیشین)، تفاوت‌های میان دو نوع کیفر پیش گفته نیز در جای خود تبیین شده‌اند (موسوی اردبیلی، ۲۴/۱ - ۲۶؛ محقق داماد، ۲۰۷/۴ - ۲۰۹)؛ ولی این نتیجه‌گیری ابتدایی، با دقت نظر بیشتر و به‌ویژه تأمل در اختلاف فقهی راجع به تعداد جرائم حدی (یا به دیگر سخن، اختلاف در حدی یا تعزیری بودن برخی جرائم شرعی منصوص: شهید ثانی، ۳۲۶/۱۴ - ۳۲۷)، مخدوش می‌شود. چه آن‌که مفهوم حقوقی حد و تعزیر، در تمییز مصداقی برخی جرائم و تعیین این‌که حدی یا تعزیری‌اند، مورد اختلاف است (حسینی، دو گونه کیفر، ۹۵) و به‌ویژه، موارد کاربرد آن دو واژه در نصوص شرعی، محل تکرر و تفاوت فراوان قرائت‌ها و تفسیرهای فقهی واقع گردیده است (موسوی اردبیلی، ۷/۱ - ۱۸). از این روی، لازم است ماهیت حقوقی کیفرهایی که در شریعت اسلام - و مطابق رهیافتی شیعی - به‌عنوان حکمی وضعی (سیفی مازندرانی، ۱۶/۳؛ معرفت، ۳۹۵)، برای موضوعات (پدیده‌های) مجرمانه تشریح شده‌اند (یعنی حد و تعزیر) و قلمروی شمول آن‌ها در مقایسه و تقابل با یکدیگر، تبیین و واکاوی شود. در این راستا، مباحث آینده در دو سطح مستقل، اما مرتبط مطرح خواهند شد: یکی وضعیت موجود در نصوص شرعی و متون فقهی و دوم، دآوری و تحلیل نگارنده و مباحث چالشی و انتقادی، یا: وضعیت مطلوب.

معنای لغوی حد و تعزیر و تأثیر آن بر موضوع: درباره معنای موضوع‌له دو واژه حد و تعزیر یا همان مفهوم لغوی آن‌ها، سخن بسیار گفته شده (نیز ر.ک. به محقق داماد، ۶۴/۴ - ۷۰) و در این مقال، تکرار مکورها روا نیست. پس صرفه به بیان نظر برگزیده در این خصوص پرداخته می‌شود و مهم‌تر از آن، تأثیر تشخیص و تعیین معنای لغوی بر موضوع اصلی در این جستار، تبیین می‌گردد. با بررسی متون اصیل زبان عربی - مانند قرآن کریم (به‌عنوان نمونه: بقره/۲۲۹ - ۲۳۰؛ نساء/۱۴ و ۷۹؛ طلاق/۱؛ مجادله/۴) و نهج البلاغه (به‌عنوان نمونه: ۱۹۰؛ ۲۷۷ و ۳۱۱) - می‌توان دریافت که ریشه اصلی معنای حد، مفهومی است که در زبان پارسی از آن به «اندازه» یا «مرز» (فصل میان دو چیز: فراهیدی، ۱۹/۳؛ صاحب بن عباد، ۳۰۵/۲؛ جوهری، ۴۶۲/۲؛ راغب اصفهانی، ۲۲۱) تعبیر می‌شود (نیز ر.ک. به موسوی اردبیلی، پیشین). در زبان محاوره‌ای کنونی نیز واژه حد در همین معنا به کار می‌رود. به نظر می‌رسد که دیگر معانی یادشده از سوی لغت‌شناسان برای این واژه (مانند منع: احمد بن فارس، ۳/۲؛ جوهری، پیشین)، در همان

۱. برخی صاحب‌نظران، معانی تفکیک‌شده واژه حد را تا عدد بیست نیز رسانیده‌اند (موسوی اردبیلی، ۷/۱).

معنای مورد گزینش نگارنده ریشه داشته باشند و البته برخی معانی مذکور در منابع لغوی - مانند تأدیب و عقوبت (ر. ک. به موسوی اردبیلی، پیشین) - با دخالت دادن معانی شرعی و فقهی نسبت داده شده‌اند. دلیل این مدعا که معنای موضوع له واژه یادشده دو مفهوم پیش گفته است، اطراد است که از علائم حقیقت به شمار می‌آید. گواه بر وجود اطراد مورد ادعا نیز فراوانی استعمال آن در معنای مورد گزینش، در متون اصیلی چون قرآن و سخنان امیر بیان - که درود حق بر وی باد - است که پیش تر به برخی از موارد استعمال به‌عنوان نمونه اشاره رفت.

دانشمندان لغت‌شناس برای واژه تعزیر (عَوْرَه تعزیر) معناهایی چون لوم (عتاب) و رد (واسطی زبیدی، ۲۱۲/۷؛ صاحب بن عباد، ۳۸۳/۱؛ ابن منظور، ۵۶۱/۴)، تأدیب (جوهری، ۷۴۴/۲)، منع (ابن اثیر، ۲۸۸/۳؛ واسطی زبیدی، پیشین) و ضرب کم تر از حد (فراهیدی، ۳۵۱/۱؛ صاحب بن عباد، پیشین؛ احمد بن فارس، ۳۱۱/۴؛ راغب اصفهانی، ۵۶۴؛ حمیری، ۵۲۱/۷) را برشمرده‌اند که به نظر می‌رسد معنای تأدیب و ضرب دون حد، متأثر از مفاهیم فقهی ذکر شده و مفاهیم دیگر نیز با هم تشابه فراوانی دارند؛ اما شاید توان گفت که اصالت، با مفهوم «لوم» یا همان «عتاب» و «رد» (به معنای توبیخ) باشد.

پس از بررسی کوتاه لغوی پیرامون دو واژه مورد بحث و جلب توجه به این نکته که مفهوم لغوی حد - نسبت به تعزیر - مهم تر و بیش تر مورد اختلاف است، در بیان تأثیر تشخیص معنای موضوع له آن‌ها بر موضوع این جستار - که این تأثیر در ادامه و در خلال مباحث پسین، بیش تر نمود خواهد یافت - باید دو امر را برشمرد: نخست، پیوسته یا - دست کم - در اغلب موارد، مفهوم اصطلاحی واژگان در شاخه‌های گونه‌گون علوم، پیوندی ژرف با مفهوم لغوی خود دارند. پس در شناخت معنای شرعی حد و تعزیر، باید با لحاظ معنای لغوی، نصوص را تفسیر کرد. دوم، این که ویژگی‌های زبانی و قرائت‌های مختلف ادبی - لغوی، از مهم ترین اسباب اختلاف در تفسیر فقهی نصوص شرعی و به تبع آن، اختلاف دیدگاه‌های حقوقی در حقوق اسلام (به ویژه در بخش جزائیات) دانسته شده است (دارابی، ۱۳۷-۱۳۸). از همین رو، یکی از مهم ترین علت‌های اختلاف در قلمرو و شمار جرائم حدی در فقه، اختلاف ادبی در خصوص مفهوم لغوی و اصطلاحی دو واژه مورد بررسی و تأثیر این اختلاف بر نحوه تفسیر نصوص جزایی است.

مفهوم‌شناسی اصطلاحی و تعریف حقوقی جرائم حدی و تعزیری: پس از این که ریشه مفهوم لغوی دو واژه «حد» و «تعزیر» و تأثیر این مفهوم بر موضوع شمار جرائم حدی روشن شد، اینک باید دید در اصطلاح فقهی و در نصوص کیفری اسلام (قرآن کریم و سنت گفتاری پیشوایان معصوم)، حد و تعزیر چه مفهوم محصلی دارند.

گاه گفته می‌شود که واژه حد در قرآن، به معنای متبادر از آن در فقه کیفری، به کار نرفته و ازاین‌رو،

مفهوم قرآنی این واژه، مورد بحث و بررسی ژرف قرار نمی‌گیرد (موسوی اردبیلی، ۸/۱) و این ادعا، دست‌آویز یا بهانه‌ای می‌شود، برای بیش‌تر مهجور کردن کتاب در فرآیند استنباط. با نگاهی دقیق‌تر، امر تا اندازه‌ای متفاوت است. به نظر می‌رسد واژه حد در روایات، با عنایت و ارادت ویژه امامان حق و هدایت به ادبیات اصیل و بلیغ قرآنی، برای «احکام کیفری شرع مقدس» گزینش شده و در این ویژگی، حدود - به معنای فقهی خاصش - با تعزیرات مشترک‌اند. از همین رو و با توجه به وصف مشترک حکم و مرز کیفری شرعی برای تعدی از مرزها و حدود الهی، میان حد و تعزیر خاص و تحذیر قرآن کریم به عدم قرب به حدودالله و تجاوز و تعدی از آن‌ها (بقره/۱۸۷ و ۲۲۹)، حد را - در غیر موارد مقرون به قرینه صارفه - باید بدون هیچ محدودی بر مطلق احکام کیفری شرعی قابل صدق و استعمال دانست (نراقی، ۵۵۵؛ محقق داماد، ۶۹/۴ - ۷۰). بنابراین مفهوم شرعی واژه حد در نصوص، - آنجا که قرینه‌ای دال بر اراده معنای اخص نباشد - «مطلق احکام کیفری دنیوی غیرشخصی در اسلام» است و به نظر می‌رسد به دلیل فراوانی کاربرد حد در این معنا در عصر شارع مقدس، حقیقت شرعی شده باشد. از بررسی نصوص شرعی کیفری (از جمله: کلینی، ۱۵۷/۷، ۱۷۷ و ۲۳۳؛ طوسی، الاستبصار...، ۲۰۱/۴، ۲۰۳، ۲۴۹؛ همو، تهذیب الاحکام، ۱۲۰/۱۰)، این نتیجه قابل استنتاج است که علت و وجه اصلی گزینش واژه «حد» برای کیفرهایی ویژه با احکامی خاص (یعنی معنای اصطلاحی و اخص حد)، این باشد که کیفر حد به‌عنوان حکمی شرعی و اولی، بخشی از حدود الهی در معنای مطلق مقورات دینی و مرزهای الهی (یعنی همان معنای واژه «حدود» در قرآن) شناخته می‌شود. بنابراین، - چنان‌که دیده می‌شود - منبع اصیل و مرجع برای شناخت مفهوم شرعی حد، قرآن کریم است.

به هر روی و همان‌گونه که پیش‌تر نیز گذشت، عمده کیفرها در حقوق کیفری اسلام، دودسته «حدود» (به معنای اخص) و «تعزیرات» (آنچه در برابر حد به معنای خاصش جای می‌گیرد). هستند. نیز به تغایر مفهومی آن دو، اشاره رفت. پس باید دید تعریف حقوقی این دودسته کیفر، خاستگاه تنويع کیفرهای شرعی دنیوی به آن دو نوع و وجه تمایزشان در چیست.

تعریف سنتی فقها از حد و تعزیر یا جرائم مستوجب حد و تعزیر، به عنصر «تقدیر کیفر در شرع» تکیه دارد (سیوری، ۳۲۷/۴؛ طباطبایی حائری، ۴۶۳/۲؛ محقق داماد، ۶۴/۴). حد، کیفری است که نوع و میزان آن در نصوص شرعی معین شده و - در مقابل - تعزیر، آن مجازاتی است که نوع و مقدارش تعیین نشده و به اختیار حاکم واگذار گردیده است (قاعده فقهی «التعزیر بما یراه الحاکم/الامام»: اردبیلی، ۱۵/۱۳؛ نجفی، ۱۶۹/۴۲؛ خوانساری، ۱۶۱/۶). ولی به نظر می‌رسد در عمل، به این تعریف حقوقی، پایبندی چندانی نشان داده نشده است. یکی از گواهان این مدعا این‌که در مسئله‌ای فقهی که برخی از آن با

عنوان «تعزیرات مقدر» یادکرده‌اند (شهید ثانی، مسالک، ۳۲۶/۱۴)، این دوگانگی در نظر و عمل، به‌آسانی دیده می‌شود. این مسئله، دقیقه موضوع مورد بررسی در این مقاله را تبیین می‌کند. این فرع فقهی، به اعمالی خاص برمی‌گردد که در نصوص، تحت عنوان تعزیرات مطرح شده‌اند؛ ولی درعین حال، کیفری مقدر برایشان تعیین شده است. شهید ثانی در مسالک این موارد را فهرست کرده است (پیشین و نیز موسوی اردبیلی، ۲۳/۱). این جرائم شرعی، مصداق بارز اختلاف فقیهان امامیه در خصوص قلمروی عددی جرائم حدی در تقابل با جرائم تعزیری هستند.

آنچه گفته آمد، ترسیم وضعیت موجود بود. حال، در تبیین وضعیت مطلوب، شاید بتوان گفت که برای گریز از اشکال تعزیری یا حدی بودن برخی از مجازات‌های مصوح در نصوص، باید در تعریف حد و تعزیر این‌گونه تصوف کرد: حد، کیفری است که در شرع، به‌عنوان حکم شرعی اولی غیرحکومتی تشریح شده است و طبعاً تعزیر، آن عقوبتی که به‌عنوان حکم شرعی اولی غیرحکومتی تشریح نشده. درواقع، تفاوت اصلی و جوهری میان حد خاص و تعزیر خاص، - نه در صرف تقدیر نصی و عدمش - که در همان قاعده مشهور و مهم «التعزیر الی الوالی/الإمام» (کلینی، ۲۴۱/۷؛ صدوق، علل الشرائع، ۵۳۸/۲؛ صافی گلپایگانی، ۷۴-۸۰؛ محقق داماد، ۲۲۳/۴-۲۳۶) بوده، تعزیر کیفری است که موجب، نوع و میزانش از اختیارات و تکالیف حکومت مشروع است؛ ولی حد، از احکام اولی غیرحکومتی است که آن‌هم، نه آن‌گونه که ثابت و غیرقابل انعطاف و تغییر در شرایط زمانی و مکانی گونه‌گون باشد؛ بلکه تعطیل، تغییر و دخل و تصوف در آن، به‌موجب عناوین ثانوی توجیه‌پذیر است. درحالی که طبع اولی تعزیرات، همان الی الإمام بودن با لحاظ تناسب با جرم و شرایط فردی (کلینی، پیشین^۱) و اجتماعی و دخالت عناصر زمانی و مکانی، با محوریت مصلحت (خویی، ۳۱۲/۴۱؛ جزیری، ۵۹۱/۵) خواهد بود. بنابراین، در روایاتی که برای برخی از جرائم، کیفر مقدر تشریح گردیده؛ ولی درعین حال، نام تعزیر بر آن‌ها گذاشته شده است، باید - برای تعیین این‌که جرم موضوع آن نصوص، حدی‌اند، یا تعزیری - به این امر توجه کرد که معصوم - علیه السلام - در مقام بیان حکم شرعی اولی چنین مقورهای را اعلام کرده‌اند؛ یا در مقام ارشاد حاکمیت اسلامی یا ارشاد قاضی و بیان حکم حکومتی. اگر مورد نخست احراز شود، جرم، حدی خواهد بود و اگر حکم صادرشده از معصوم، از گونه دوم تفسیر گردد، تعزیری. پس دیده می‌شود که صرف تقدیر کیفر برای یک رفتار ممنوع در نصوص، نمی‌تواند - آن‌گونه که معیار مشهور نزد فقیهان امامی اقتضا دارد - موجب

۱. «قلت لأبی عبد الله (ع) کم التعزیر فقال دون الحد قال قلت دون ثمانین قال فقال لا و لكن دون الأربعین فإنه حد المملوک قال قلت و کم ذلك قال قال علی قدر ما یری الوالی من ذنب الرجل و قوة بدنه.»

حدی به شمار آوردن آن جرم باشد^۲؛ بلکه تنها در صورتی به حدی بودن رفتار جزایی حکم می‌شود که اثبات گردد تقدیر مجازات در روایت، از باب بیان حکم اولی غیر حکومتی و از شأن شارعیت شارع صادر شده است و نه از باب بیان حکم کیفری برای یک قضیه خاص خارجی و از شأن حاکمیتی یا قضاوتی معصوم (علیه السلام). به نظر می‌رسد همین راه حل، گره‌گشای مسئله موسوم به تعزیرات منصوص باشد. نیز ناگفته نماند که تفکیک عملی و البته منضبط میان شئون مختلف شارع مقدس در تفسیر نصوص کیفری، فقیه و مجتهد را از جمود بر ظواهر نصوص می‌رهاند و مقاصد و اهداف شارع را نیز بیش‌تر تأمین کرده، تفسیر مقصد محور نصوص را به جای تفسیر نص محور و مقصدگریز می‌نشانند.

با توجه به تعریفی که از اصطلاح حد و تعزیر - در معنای خاصشان - ارائه شد، به نظر می‌رسد مبنا و خاستگاه تقسیم و تنويع کیفرها در اسلام به آن دو نوع و وجه تمایزشان، نه صرفه تقدیر نصی نوع و میزان مجازات در شرع، که ارتباط تعیین رفتار مجرمانه و کیفر آن، با حکومت باشد. در توضیح بیش‌تر این مدعا باید گفت: مقوم ماهیت تعزیر اصطلاحی در باور نگارندگان، حکومتی بودن و بستگی آن به مصلحت‌سنجی حاکمیت است. در برابر این مطلب، حد - که در لغت به معنای مرز و در معنای اعم شرعی اش، مطلق احکام کیفری تلقی شد - حکم شرعی اولی و غیر حکومتی است که تغییر یا توقیف موقت آن، تحت عناوین ثانوی - و از جمله به علت ایجاد و هن برای آیین فطری و انسانی اسلام و یا وهن نظام اسلامی - امکان‌پذیر خواهد بود. بنابراین، پایه اصلی این دیدگاه در موضوع ماهیت متقابل حد و تعزیر و خاستگاه این تنويع، «نظریه تفکیک شئون شارع» و تفصیل در بیان‌های معصومان از حیث جایگاه اصدار احادیث است که در اندیشه‌ها و آثار فقهی - سیاسی برخی فقیهان معاصر ارائه و - تا اندازه‌ای - تثبیت شده است (خمینی، بدائع الدرر، ۱۰۵ به بعد).

۲. اختلاف در تفکیک عنصر مادی و عناوین برخی جرائم حدی

یکی دیگر از نشانه‌های اختلاف‌های فقهی در موضوع این جستار، همین عناوین جرائم حدی است. محقق حلی شش عنوان را نام می‌برد: زنا، توابع زنا، قذف، شرب خمر (مسکر)، سرقت و قطع طریق (۱۳۶/۴)؛ ولی خود در هنگام بیان تفصیلی این موارد، باب ششم را با عنوان حد محارب سرفصل می‌زند (۱۶۷/۴). علامه حلی هشت عنوان جزایی را جرم حدی معرفی نموده (۵۱۹/۳ - ۵۷۳) که عبارت‌اند از: زنا، ملحقات زنا (لواط، مساحقه و قوادی)، وطی اموات و بهایم، قذف، شرب مسکر، سرقت، محاربه و ارتداد. شهید ثانی در حاشیه ارشاد، نه مقصد را در کتاب حدود با این عناوین طرح کرده است: زنا، لواط،

۲. ظاهر آیت الله خویی، تنها فقیهی است که به مبنای خود در بحث ماهیت‌شناسی حد و تعزیر، پیوسته التزام داشته و هر جا در روایت معتبری، کیفر مقدری برای یک عمل تعیین شده، آن رفتار را از اسباب حدود معرفی کرده؛ به همین علت نیز شمار جرائم حدی در مکتب حقوق کیفری ایشان، از همگان فزونی یافته است (۲۰۳/۴۱ به بعد).

«سحق و قیادت»، قذف، شرب، سرقت، محاربه، ارتداد و وطی بهایم و اموات (۱۸۳/۴-۲۹۵). البته ایشان در مسالک جرم بغی را نیز حدی تلقی کرده است (۳۲۷/۱۴). امام خمینی، اسباب شرعی حدود را عبارت از زنا، ملحقات زنا (سه مورد یادشده در بالا)، قذف، مصرف مسکر، سرقت، محاربه و ارتداد دانسته‌اند. محقق خوبی شانزده جرم حدی را به این ترتیب بیان کرده است: زنا، لواط، تفخیز، ازدواج با زن ذمی از سوی مرد دارای همسر مسلمان، بوسیدن پسر نوجوان از روی شهوت، قیادت، قذف، سب نبی، ادعای نبوت، سحر، شرب مسکر، سرقت، فروش انسان آزاد، محاربه و ارتداد (۲۰۱/۴۱-۴۰۷). همان‌گونه که دیده می‌شود، گاه عناوین کیفری مرتبط با باب حدود، با یکدیگر تداخل یافته‌اند. فقیهی محاربه و افساد فی الارض را یک جرم مرکب دانسته که تا هر دو جزئش پدید نیاید، جرم واقع نمی‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۸-۲۰۰). گاهی نیز آن دو، دو جرم جدا و دو سبب مستقل برای کیفر حدی دانسته شده‌اند (پیشین)؛ آن‌گونه که قانون نوین مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱) نیز همین دیدگاه واپسین را اختیار کرده و به برخی از تردیدهای تفسیری درباره مفهوم و ماهیت حقوقی آن دو عنوان - که پیش‌تر در متون حقوقی مطرح بود - پایان داده است. در حقیقت، ارتباط عناوین کیفری و تداخل یا عدم تداخل اجزای عناصر مادی جرائم حدی و عناوین آن‌ها در یکدیگر، یکی دیگر از علل اختلاف در شمار اسباب شرعی مجازات‌های حدی است که بررسی این علت، مستلزم بررسی ژرف و موردی در هر یک از جرائم حدی موضوع اختلاط و اختلاف است که نیاز به پژوهشی جداگانه داشته، در دایره حقوق کیفری اختصاصی نظام حقوقی اسلام جای می‌گیرد.

البته در مجموع و در یک نگاه کل‌نگر، می‌توان پذیرفت که «مهم‌ترین دلیل اختلاف تعداد حدود نزد فقیهان شیعه عبارت است از اختلاف در این‌که تعزیرات منصوص و معین، یعنی مجازات‌هایی که در روایات بدان‌ها تصریح و هم‌زمان تعیین و تقدیر شده و از آن‌ها به تعزیر یادشده است، جزء حدود دانسته شوند یا نه.» (حسینی، حدود و تعزیرات، ۱۳۲).

دوم: بررسی ضرورت احصای مصادیق جرائم حدی

پیش‌تر گفته شد: دومین پرسشی که در این جستار پاسخ خواهد یافت، این‌که آیا شمار جرم‌های حدی، باید مقطوع و معین باشد و فهرست این جرائم توقیفی‌اند و یا آن‌که می‌توان در شرایط زمانی یا مکانی خاص، بر شمار آن‌ها افزود و یا از آن کاست. در واقع، آنچه در این فراز مورد بررسی قرار می‌گیرد، این‌که حصر عددی و احصای مصادیق جرم‌های موجب کیفر از نوع حد، - بر پایه اصول و قواعد حاکم بر حقوق کیفری امامیه - ضروری است؛ یا خیر.

چنین می‌نماید که پاسخ‌دهی منطقی به پرسش پیشین، بسته به مبنایی است که در دو مسئله «محدوده جرم‌انگاری شرعی» و «ماهیت حد و تعزیر و نسبت آن دو با یکدیگر» گزینش می‌شود. اینک ضرورت احتمالی احصای مصادیق جرائم حدی، از زاویه دو مبنای پیش‌گفته - هر یک، جداگانه - بررسی می‌شود.

۱. محدودیت‌ها و ضوابط شرعی جرم‌انگاری

بر فرآیند جرم‌انگاری در نظام حقوق کیفری اسلام، محدودیت‌های عامی حکومت دارند که با عموم خود، جرم‌انگاری از گونه حدی را نیز دربر می‌گیرند. این محدودیت‌ها، - که در حقیقت، جزو اصول فراگیر و قواعد نخستین حاکم بر نظام تشریحی اسلام‌اند - عبارت‌اند از: اصول اباحه و عدم ولایت (نجفی توانا - مصطفی‌زاده، ۱۵۷-۱۵۸) و نیز اصل برائت، اصل حرمت بدعت و اصل اساسی توحید تشریحی. این اصول، بر این معنا دلالت دارند که افزودن بر سیاهه جرائم شرعی و محرمات - که از سوی شارع اعلام شده است - خلاف اصل بوده، نیازمند دلیل معتبر است. بنابراین، قاعده نخستین و اصل اولی در مسئله حصری بودن مصادیق جرائم حدی، ضرورت احصا و توقیفی بودن جرائم را در بخش حدود اقتضا می‌کند. امکان تغییر دامنه و قلمروی این گونه از جرائم، حکمی ناسازگار با محدودیت‌های عام جرم‌انگاری شرعی بوده، نیازمند اثبات است. حال اگر این پرسش به ذهن آید که وضعیت در تعزیرات چگونه است، پاسخ، این سخن تواند بود که جرائم تعزیری، با دلیل معتبر از قلمروی شمول اصول پیش‌گفته خارج شده‌اند. این دلیل، همان طبیعت تعزیرات، یعنی وصف ذاتی «تفویض تعزیرها به حکومت اسلامی و مصلحت‌سنجی‌های زمانی و مکانی و فردی و اجتماعی حاکمیت مشروع» برای این گونه جرم‌ها و کیفرهاست. در واقع قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم من المصلحة» (خویی، ۴۱/۴۰۷) با اطلاق خود، هم در سطح «اصل جرم‌انگاری» از گونه تعزیری و هم در سطح «تعیین نوع و میزان مجازات» حکومت دارد. البته و مسلمانه استثنای جرائم تعزیری از اصول محدودکننده جرم‌انگاری شرعی، مطلق نبوده، نباید به معنای بی‌قیدوبند بودن جرم‌انگاری در این حوزه تلقی شود.

۲. تأثیر «ماهیت حقوقی و متقابل حد و تعزیر» بر ضرورت احصای مصادیق جرائم حدی

بسته به این که جرم موجب حد، چگونه تعریف گردد و گوهر ماهیت حقوقی آن، چه عنصری دانسته شود، ضرورت حصر عددی اسباب حدود، نفی یا اثبات می‌گردد. از همین رو هم در آغاز جستار، کوشیده شد مفهوم لغوی و اصطلاحی حد و تعزیر بازشناسی شود. اگر در تعریف، جرم حدی، جرمی دانسته شود که کیفرش در شرع، ثابت و مقدر است (یعنی دیدگاه رایج فقهی)، از این رو و به دلالت عقلی و طبع سلیم بشری و نیز لزوم تحقق موضوع پیش از تعلق حکم، احصای عددی و تخصصی جرائم موجب حد در نصوص شرعی کیفری، ضرورت دارد؛ زیرا هنگامی که گفته می‌شود حد، مجازاتی است معین و مقدر در

شرع، برای یک رفتار محرم معین، بنابراین از آنجا که قلمروی شرع، محدود و مشخص است و گسترش احکام شرعی در زمان حاضر نیز مصداق تشریح محرم - یا همان بدعت - (حائری اصفهانی، الفصول الغرویه...، ۳۵۹ و ۴۱۶؛ واعظ حسینی بهسودی، ۳۴۱/۱) خواهد بود، ضرورت دارد که شمار حدود، محصور و فهرست آن‌ها، توقیفی باشد. اما در جستار حاضر، با تمسک به برخی شواهد لغوی، قرآنی و روایی پیش‌گفته، تعریف دومی از جرم‌های حدی به دست داده شد که برآمدش، ماهیت‌شناسی نوینی برای حدود و تعزیرات بوده، بازهم ضرورت حصر عددی حدود را نتیجه می‌دهد؛ زیرا حکم وضعی اولی و غیرحکومتی بودن کیفرهای حد، اقتضا دارد که در اصل شرع مقدس، موضوع این‌گونه احکام و اسباب این‌گونه کیفرها، محصور و توقیفی باشند. چه آن‌که ایجاد نوسان در فهرست جرم‌ها از سوی حکومت، برای تأمین مصالح متغیر در زمان‌ها و مکان‌های گونه‌گون و هم‌آهنگی با نیازهای کیفری جهت رسیدن به یک سیاست جنایی کارا، از ویژگی‌هایی است که شرع، آن را برای بخش تعزیرات تدارک دیده است. همین تغایر تقابلی میان حد و تعزیر، - به دلالت قرینه مقابله - ایجاب می‌کند که در حدود و اسباب آن، نوسان راه نیابد.

اما دیدگاه نوین دیگری نیز از سوی برخی پژوهشگران فقه و حقوق کیفری به دست داده شده و آن این‌که جرم حدی، جرمی مهم و غیرقابل اغماض دانسته می‌شود که صرفاً به علت اهمیت و مفسده خطرناک‌ترش، کیفر معین، قطعی و شدید یافته است و - در مقابل - تعزیر، کیفری نامعین و غیرقطعی برای جرائم کم‌اهمیت‌تر تعریف می‌شود (حسینی، «دو گونه کیفر...»، ۸۷ و ۱۰۰-۱۰۲). در صورت پذیرش این تعریف، تحصیر و احصای پیش‌گفته ضرورتی ندارد؛ چه آن‌که در هر زمان و مکانی، می‌توان با احراز مناط «لزوم شدت مجازات و ثبوت کیفری قطعی برای یک رفتار مجرمانه مهم و خطرناک»، رفتار موصوف را جرمی حدی انگاشت. پی‌آمد این دیدگاه در تعریف و تبیین ماهیت حدود، این خواهد بود که «... دیگر حدود توقیفی و فهرست و احصا شده نهایی توسط شارع دانسته نمی‌شوند تا اختلاف بکنیم که شمار آن‌ها چند است و فلان جرم حدی است، یا تعزیری. بلکه، بسته به مقتضیات مدیریت امور جامعه و ملزومات اعمال حاکمیت، توسط حاکم اسلامی، فهرست جرائم حدی که کیفر معین و قطعی را ایجاب می‌کنند، نوسان پیدا می‌کند.» (پیشین، ۱۰۳)

در ارزیابی دیدگاه و تعریف سوم از کیفر حد و جرم‌های موجب آن، می‌توان به چند نکته اشاره کرد: نخست، به نظر می‌رسد این سخن که جرائم حدی مطلقاً از جرائم تعزیری سنگین‌تر و مهم‌ترند (پیشین، ۸۷ و ۱۰۱)، - دست‌کم - با این فراگیری و اطلاق، صادق نباشد؛ زیرا برخی از مظاهر جرائم تعزیری نوظهور - مانند قاچاق عمده مواد مخدر یا اسلحه - از بسیاری از اسباب حدود مخوب‌تر و فسادانگیزتراند.

اما - در عین حال و اجمالاً - این نکته را نیز نباید مغفول گذاشت که مفسده جرائم حدی و اضرارشان به مقاصد عالی شریعت، به اندازه ای مورد نظر و اهتمام شارع مقدس قرار گرفته که - برابر دیدگاه مورد تقویت در این جستار - با ضمانت اجرای کیفری غیروابسته به نظر حاکمیت (یعنی مجازات حدی)، آن هم بیش ترشان در قرآن کریم - که به مثابه قانون اساسی اسلام است - ممنوع و جرم انگاری شده اند. دوم این که امکان نوسان عددی فهرست و سیاهه جرم های حدی، با ریشه و گوهر مفهومی واژه حد و معانی مستعمل فیه آن در قرآن و روایت های جزایی، هم خوانی ندارد. چه آن که گفته آمد که ریشه اصلی واژه یادشده، معنایی است که در زبان پارسی معیار امروزه، از آن با واژگانی مانند «اندازه» یا «مرز» یاد می شود. حدودالله نیز با تناسب و تشابه مقورات شرعی با مرزهای خداوند تسمیه یافته است. از این رو، تعریف موردنقد از حد، با این ریشه لغوی و قرآنی، (که در بردارنده نوعی ثبات است) - نسبت به معنای رایج و نیز تعریف مورد اختیار در مقاله حاضر - هم خوانی کم تری دارد. سرانجام، سومین نکته این که از نصوص کیفری، «تغایر تقابلی حد و تعزیر» با محوریت «ثبوت ویژگی تفویض تعزیرها به حاکم و نفی آن خصوصیت در مورد حدود» برداشت می شود (حمیری، ۱۰۴؛ کلینی، ۲۴۱/۷؛ طوسی، تهذیب، ۶۱/۱۰، ۸۱ و ۹۸؛ حر عاملی، ۱۸۹/۲۸). حال آن که در دیدگاه سوم، جرم انگاری حدی نیز - به سان تعزیرات - در قلمروی اختیارات حاکمیت اسلامی و امری مربوط به مصلحت سنجی های زمانی - مکانی و فردی - اجتماعی شمرده شده است. بنابراین، پذیرش تعریف ماهیت حدود در دیدگاه سوم، با مدلول التزامی یا تضمینی روایت های مربوط به حدود و تعزیرات ناسازگاری دارد.

بر پایه سخنان پیش گفته، اصلی ترین ریشه ضرورت یا عدم ضرورت احصای عددی، در همین تحدید مرز برای حدود و ماهیت شناسی این گونه جرائم نهفته است و - همان گونه که گذشت - تعریف برگزیده، ایجاب می کند جرم های حدی، قلمروی عددی مقطوع و محصور داشته باشند؛ زیرا حد، حکم شرعی وضعی، اولی و غیرحکومتی است که در شرع، برای عناوین اولیه و مجرمانه خاص وضع شده، اصل جرم انگاری و احکام راجع به کیفر رفتارهای مجرمانه موضوع این حکم، به عنوان اولی در چارچوب اختیارات حاکمیتی جای نمی گیرند. البته امکان تغییر در آن ها کاملاً منتفی نیست؛ بلکه در شرایط خاص زمانی و مکانی، می توانند تحت عناوین ثانوی، تغییر یا تعطیل یابند. در مقابل، تعزیر، - طبعاً و به صورت نخستین - تحت اختیار حاکم جامعه اسلامی است؛ هم در اصل تعیین مصادیق و هم در تعیین میزان و گونه کیفر.

افزون بر دلایل یادشده در مطالب گذشته، ویژگی دیگری نیز در طبیعت کیفرهای حدی نهفته است که حصر عددی جرم های سبب این گونه کیفرها را ضروری می کند و آن، این که در حدود، به اصل «فردی بودن

مجازات‌ها» عمل نمی‌شود و مجازات‌های حدی، - برخلاف تعزیرات - معمولاً نظر، تناسب و پیوندی با فرد مرتکب و خصوصیت‌های وی ندارند؛ به جز در مواردی که در شرع، اجرای حدود، با توجه به برخی ویژگی‌های محکوم به حد (مانند بیماری یا بارداری)، متأثر واقع می‌شود. (طوسی، تهذیب، ۳۳/۱۰؛ شهید ثانی، الروضة...، ۱۱۶/۹؛ حر عاملی، ۱۰۳/۲۸) بنابراین، لزوم فراگیر رعایت اصل فردی بودن کیفرها^۳، اقتضا دارد که در هنگام شک در حدی یا تعزیری بودن یک جرم یا یک کیفر، اصل حاکم، حدی نبودن یا تعزیری بودن دانسته شود؛ زیرا در خروج از اصل تناسب مجازات با فرد مرتکب و خصوصیت‌های فردی وی، باید به قدر متیقن بسنده کرد. دلیل گزاره اخیر نیز مستندها و مدارک توجیه‌کننده اصل مزبور است (کلینی، ۲۴۱/۷). از همین رو، شمار جرم‌های حدی باید محصور و منحصر در موارد یقینی باشند. پس لزوم عمل به اصل فردی بودن مجازات‌ها نیز دلیلی دیگر بر ضرورت احصای عددی جرم‌های موجب حد تواند بود.

سوم: برآمد احصای مصادیق جرائم حدی

مسئله‌ای که پس از سخنان پیشین مطرح می‌شود و شایسته توجه است، این‌که برآمد (ثمره) محصورسازی شمار اسباب حدود چیست. به نظر می‌رسد مهم‌ترین ثمره احصای پیش‌گفته، امثال یقینی محدودیت‌ها و ضوابط شرعی جرم‌انگاری در مقام تقنین متکی به شرع باشد. به این معنا که اصول توحیدی، انسانی و ارزشی بنیادین و حاکم بر شریعت - از جمله: حق انحصاری قانون‌گذاری برای خداوند (قرآن کریم، انعام/۵۷؛ یوسف/۴۰ و ۶۷؛ یونس/۵۹)، آزادی رفتار (اباحه) و حرمت جان، مال و آبروی اشخاص - در سایه محدود بودن اسباب کیفرهای حدی بهتر و بیش‌تر رعایت می‌شوند.

برآمد دوم - با توجه به واپسین دلیل به‌دست‌داده‌شده برای اثبات ضرورت حصر حدود - تضمین هرچه بیش‌تر فردی شدن کیفرهاست که هم به کارایی «سیاست جنایی مبتنی بر شریعت در ایران» کمک خواهد کرد و هم فلسفه اجرای کیفرها را تأمین می‌کند.

سومین برآمد، این خواهد بود که با تحصیر دامنه عددی عناوین حدود، قلمروی اجرای احکامی که شرعاً به این‌گونه مجازات‌ها اختصاص دارند، روشن می‌شود. توضیح این‌که در بسیاری از نصوص روایی (حمیری، ۵۴؛ برقی، ۱۸/۱ و ۲۷۴؛ کلینی، ۱۸۷/۷، ۲۱۸، ۲۳۳، ۲۴۴، ۲۵۲، ۲۵۳، ۲۵۴ و ۲۵۵؛ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ۴۰/۴، ۵۱، ۵۴ و ۷۴؛ طوسی، تهذیب، ۷/۱۰، ۸۰ و ۱۲۴)، احکامی فرعی برای موضوع حد یا حدود - با همین تعبیر مطلق - وضع شده است (منتظری، ۴) و از متعلق این احکام، با

۳. دلیل این لزوم، حکم قطعی خرد جمعی و ناب بشری و سیره عقلایی معاصر و مورد تأیید از سوی برخی نصوص مورد اشاره در متن است.

واژه «حد» یا «حدود» در سیاق نکره و اسم جنس یاد شده است؛ مانند «و جوب اقامه و حرمت تعطیل»، «عدم اقامه در سرزمین دشمن»، «عدم ارث حد»، «نبودن شفاعت یا کفالت در حد»، «درأ حدود با شبهات» و «عدم جواز تأخیر در اقامه». از این رو، در مواردی که به دلالت قراین خاص، اختصاص حکمی از احکام یادشده به حدود به معنای اخص، استفاده شود، با معدود و محدود بودن جرائم موجب حد، قلمروی اجرای این احکام نیز تعیین و تحدید می‌شود.

چهارم: نقد تغییرات قانونی در فصل حدود

با تصویب قانون جدید مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲، ملاحظه شد که قانون‌گذار جزایی ایران، در فصل حدود قانون، تغییرات قابل توجهی را اعمال کرده که از جمله آن‌ها، افزایش شمار جرائم حدی و تغییر در عناوین حدود است. شمار حدود، از ۹ (در قانون مصوب ۱۳۷۰) به ۱۲ (در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱) افزایش یافت و عناوین پیشین (زنا، لواط، تفخیز، مساحقه، قوادی، قذف، شرب مسکر، محاربه و افساد فی الارض و سرقت) نیز دچار تغییر شدند و در حال حاضر، جرائم موجب حد در قانون ایران، عبارت‌اند از: زنا، لواط، تفخیز، مساحقه، قوادی، قذف، سب نبی، مصرف مسکر، سرقت، محاربه، بغی و افساد فی الارض. چنان‌که دیده می‌شود، جرم بغی، به صورت یک جرم حدی مستقل به جرائم حدی افزوده شد و دو عنوان «محاربه» و «افساد فی الارض» نیز از یکدیگر تمییز قطعی یافتند. «سب النبی» که پیش‌تر در برخی نصوص جزایی وجود داشت (ماده ۵۱۳ قانون مجازات اسلامی، کتاب پنجم: تعزیرات مصوب ۱۳۷۵)، مستقلاً مورد تصریح و تبیین حقوقی قرار گرفت. در تحلیل این تغییرات قانونی باید گفت: از آنجاکه پیش‌تر در تفسیر دو عنوان محاربه و افساد فی الارض اختلاف وجود داشت، اقدام قانون‌گذار در حل نهایی قلمرو متقابل این دو عنوان مجرمانه و تمییز عنصر مادی آن‌ها، - صرف‌نظر از مبنای فقهی این تمییز که در جای خود باید بررسی شود - اقدامی مثبت بوده، ابهام‌های تفسیری - قضایی موجود را برطرف می‌کند؛ چه آن‌که از این دو عنوان در برخی قوانین خاص نیز به صورت پراکنده یاد شده و متعلق برخی احکام کیفری قرار گرفته‌اند (مواد ۴۹۸، ۵۰۴، ۵۰۸، ۵۱۵، ۵۲۶، ۶۱۰، ۶۱۷، ۶۵۳، ۶۵۴، ۶۷۵، ۶۸۳ و ۶۸۷ از قانون مجازات اسلامی تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان، ماده ۶ قانون تشدید مجازات محکومان و گران‌فروشان و جز آن‌ها). اما جرم‌انگاری بی‌سابقه بغی از گونه حدود، خود محل بحث است. آنچه از جستار فراروی استنتاج می‌شود این است که اصل، حدی نبودن یک رفتار مجرمانه و تعزیری بودن آن است؛ مگر این‌که معیار مطرح در این پژوهش - یا دیگر معیار گزینش شده توسط محقق فقه‌پژوه - بر آن رفتار مورد نظر صدق کند. پاسخ به این پرسش، مستلزم بحثی

صغروی و مصداقی است که می‌تواند موضوع پژوهشی جداگانه و مفصل قرار گیرد.

نکته مهم دیگر که در تحلیل تغییرات قانونی در زمینه جرائم حدی باید بررسی شود، این که قانون‌گذار در ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مقرره بی‌سابقه‌ای را تصویب کرد و آن این که «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل یک‌صد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.» به نظر می‌رسد مفاد این ماده از حیث ارجاع دادرس در صدور حکم کیفری به منابع یا فتاوی‌ای اسلامی - فقهی در موارد سکوت قانون، هم با اصل قانونی بودن جرم و مجازات (اصل ۳۶ قانون اساسی) ناسازگاری مستقر و آشکاری دارد و هم با اصل «لزوم معدود و توقیفی بودن حدود» که در این مقاله، برای اثبات آن کوشش شده است. افزون بر این دو ایراد اساسی، اجرای مقرره مورد تحلیل، توالی فاسدی نیز در پی خواهد داشت؛ به ویژه با عنایت به دشواری مراجعه به منابع اجتهادی اسلام که هم نیروی اجتهاد و شمه فقهات در دادرس را می‌طلبد و هم این که تطبیق بی‌چون‌وچرای محتوای نصوص شرعی کیفری با رفتارهای مجرمانه در زمان حاضر، امری است که عقل سلیم واقع‌گرا از پذیرش مطلقش، اکراه دارد. از این رو، ماده ۲۲۰ ق.م.ا. شایسته حذف است.

نتیجه‌گیری

۱. علل تکثر آرای فقیهان امامی در شمار حدود، یکی، اختلاف در ماهیت‌شناسی جرائم موجب حد است؛ دیگری اختلاف در تعیین عنوان برخی جرائم از حیث تمییز عنصر مادی در ارتباط باهم و علت سوم نیز این که آن دسته از رفتارهای ممنوع که در روایات جزایی، تعزیری انگاشته شده‌اند و در عین حال، کیفر معین برایشان مقدر شده است، حدی‌اند یا تعزیری. که البته با توجه به توضیح‌های مشروح در متن جستار، علت سوم نیز - به گونه‌ای - به همان علت نخست بازگشت دارد.

۲. مفهوم شرعی و ماهیت حقوقی برای حد و تعزیر - که بیش‌ترین سازگاری را با ریشه مفهوم لغوی، مستعمل فیه قرآنی - روایی آن واژه و نیز مقاصد منظور شارع مقدس در تشریح حدود و تعزیرات و فلسفه پیش‌بینی احکام کیفری راجع به آن‌ها داشته باشد - این که «جرم حدی، جرمی است که کیفر معین در منابع اسلامی برای آن رفتار، به‌عنوان حکم وضعی اولی و غیرحکومتی تشریح و در نص جزایی، از جایگاه و شأن تبلیغی - تشریحی معصوم (علیه‌السلام) اصدار یافته است و - در نقطه مقابل - جرم تعزیری، جرمی است که در نصوص شرعی، به‌عنوان حکم وضعی حکومتی یا قضایی و وابسته به مصالح مورد تعیین از سوی حکومت مشروع اسلامی تشریح و از حیث شأن حاکمیتی یا قضائیتی معصوم صادر شده است.»

۳. تغییر و تعطیل حدود در زمان‌ها یا مکان‌های گونه‌گون، تنها در قالب عناوین ثانوی و به‌عنوان حکم

ثانوی ممکن است؛ درحالی که تعزیرات، در طبع خود، به مصلحت‌سنجی‌های حاکمیت در مقام تقنین، وابسته بوده، نسبت به شرایط متغیر زمانی - مکانی و فردی - اجتماعی، متغیر و قابل نوسان‌اند.

۴. ضوابط و محدودیت‌های شرعی عام وارد بر فرآیند جرم‌انگاری شرعی - شامل اصول اساسی حق انحصاری قانون‌گذاری برای خداوند (توحید تشریحی) و حرمت بدعت، آزادی رفتار، حرمت جان، مال و آبروی اشخاص، عدم ولایت و برائت - و نیز مقتضای ماهیت متقابل حدود و تعزیرات با تعریف مختار در این جستار، مهم‌ترین عواملی هستند که ضرورت محصور و معدود بودن اسباب حدود و توقیفی بودن فهرست جرائم حدی را توجیه و اثبات می‌کنند. گواه نیرومند بر ضرورت احصای مصادیق جرائم حدی، لزوم رعایت هرچه‌بیش‌تر اصل فردی بودن کیفرهاست.

۵. در هنگام شک در حدی یا تعزیری بودن یک رفتار ممنوع و مقید به ضمانت اجرای کیفری، اصل نخستین و حاکم، تعزیری بودن است و تنها زمانی می‌توان به حد بودن کیفر شرعی متعلق به آن رفتار حکم کرد که با تحلیل اجتهادی، مناط به‌دست‌داده‌شده در جستار فراروی، در مستند متنی حکم کیفری رفتار مورد تحلیل کشف شود.

منابع

قرآن کریم

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول، بی‌تا.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *علل الشرائع*، قم، کتاب‌فروشی دآوری، چاپ اول، ۱۳۸۶ ق.
- _____، *من لا یحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقائیس اللغة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- اصفهان‌ی، محمد حسین، *الفصول الغروية في الاصول الفقهية*، قم، دار احیاءالعلوم الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- برقی، احمد بن محمد، *المحاسن*، قم، دارالکتب الإسلامیة، چاپ دوم، ۱۳۷۱ ق.
- بروجردی، حسین، *جامع أحادیث الشیعة*، تهران، انتشارات فرهنگ سبز، چاپ اول، ۱۴۲۹ ق.
- تبریزی، جواد، *اسس الحدود و التعزیرات*، قم، دفتر مؤلف، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- جزیری، عبدالرحمن، *الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام*، بیروت، دارالثقلین، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

- جوهری، اسماعیل بن حماد، **الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية**، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، **تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة**، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- حسینی بهسودی، محمدسرور، **مصباح الأصول**، (تقریرات درس ابوالقاسم خویی)، قم، مکتبه‌الداوری، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.
- حسینی، محمد، «حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)»، **فصلنامه حقوق**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۱، تهران، بهار ۱۳۸۷.
- _____، «دو گونه کیفر در مقابل دودسته بزه (بازتعریف «حدود» و «تعزیرات» از دیدگاه فلسفه کیفری)»، **فصلنامه حقوق**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۱، تهران، بهار ۱۳۸۸.
- حمیری، عبدالله بن جعفر، **قرب الإسناد**، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- حمیری، نشوان بن سعید، **شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام**، بیروت، دار الفکر المعاصر، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- خلیل بن أحمد، **کتاب العین**، قم، هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- خمینی، روح‌الله، **بدائع الدرر فی قاعدة نفی الضرر**، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ق.
- خویی، ابوالقاسم، **مبانی تکملة المنهاج**، ج ۴۱ موسوعة الإمام الخوئی، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
- دارابی، بهنام، **تفسیر نصوص جزایی حدود در فقه مذاهب اسلامی**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مذاهب اسلامی، تهران، تابستان ۱۳۹۲.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، **مفردات ألفاظ القرآن**، دارالعلم - الدار الشامیة، لبنان - سوریه، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- سیفی مازندرانی، علی‌اکبر، **مبانی الفقه‌الفعال فی القواعد الفقهیة الأساسية**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدوسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.
- شریف‌الرضی، محمد بن حسین، **نهج‌البلاغه**، قم، مؤسسه نهج‌البلاغه، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، کتاب‌فروشی داوری، قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- _____، **حاشیة الارشاد**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

_____، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ١٤١٣ ق.

صاحب بن عباد، اسماعيل بن عباد، *المحيط في اللغة*، بيروت، عالم الكتاب، چاپ اول، ١٤١٤ ق.
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام*، بيروت، دار إحياء التراث العربی، ١٤٠٤ ق.

صافي گلپایگانی، لطف الله، *التعزير، احكامه و حدوده*، بی جا، بی نا، بی تا.
طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی، *رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ١٤١٧ ق.

طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار في ما اختلف من الأخبار*، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ اول، ١٣٩٠ ق.

_____، *تهذيب الأحكام*، تهران، دارالکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ١٤٠٧ ق.
علامه حلّی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدوسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٣ ق.
فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *التنقيح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ١٤٠٤ ق.

قانون تشدید مجازات محترمان و گران فروشان، مصوب ١٣٦٧/٠١/٢٣

قانون مبارزه با قاچاق انسان، مصوب ١٣٨٣/٠٤/٢٨

قانون مجازات اسلامی، کتاب پنجم (تعزیرات)، مصوب ١٣٧٥/٠٣/٠٢

قانون مجازات اسلامی، مصوب ١٣٩٢/٠٢/٠١

کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ١٤٠٧ ق.
محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ١٤٠٨ ق.

محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ١٤٠٦ ق.
مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دارالفکر للطباعة والنشر والتوزيع، چاپ اول، ١٤١٤ ق.

معرفت، محمد هادی، *تعليق و تحقيق عن أمهات مسائل القضاء*، قم، چاپخانه مهر، چاپ اول، بی تا.
مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدوسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤٠٣ ق.

منتظری، حسین علی، *کتاب الحدود*، قم، انتشارات دار الفکر، چاپ اول، بی تا.

- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، *فقه الحدود والتعزیرات*، قم، مؤسسه النشر لجامعة المفید، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ق.
- موسوی خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- نجفی توانا، علی و فهیم مصطفی زاده، «جرم انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال پنجم، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۲.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحکام*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود، «محارب کیست و محاربه چیست؟»، *مجله فقه اهل بیت*، شماره ۱۱ و ۱۲، قم، پاییز و زمستان ۱۳۷۶.