

تعزیرات منصوص شرعی؛ تناقضات فقهی و ابهامات حقوقی^۱

مهدی یار رحماندوست^۲

چکیده

وقتی که قانون مجازات اسلامی اخیر، عنوان تعزیرات منصوص شرعی را در متن قانون وارد نمود و شرط و شروطی بر آن بار نمود، تحدید ماهیت و تعیین مصادیق آن اهمیت دوچندان یافت؛ امر مهمی که تاکنون نه قانونگذاران و مجریان به آن پرداخته‌اند و نه حقوقدانان در مورد آن به پاسخ مشخص و قابل قبولی رسیده‌اند. این نوشتار تلاشی نوین است برای واکاوی ریشه‌های فقهی تعزیرات منصوص شرعی و نقد آنها و جایگاه حقوقی آنها و تشکیک در آن. در این پویش ابتدا به سراغ ماهیت حدود و تعزیرات می‌رویم و تفاوت‌های میان این دو را تبیین می‌کنیم، اقوال مختلف در باب عدد و مصادیق حدود را بررسی و دسته بندی می‌نماییم و آن را با مصادیق حقوقی تطبیق می‌دهیم. سپس به ماهیت تعزیرات مقدر و اشکالات آن می‌پردازیم و می‌کوشیم مصادیق آن را از میان آراء فقها بیرون بکشیم آنگاه با نگاهی به مواد قانونی مرتبط، به دنبال مصادیق تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی می‌گردیم و در نهایت به نتیجه‌ای می‌رسیم که اصرار شورای محترم نگهبان بر وارد نمودن این نهاد در قانون را زیر سؤال می‌برد.

کلیدواژه‌ها: حدود، تعزیرات، تعزیرات منصوص شرعی، تعزیرات مقدر، قانون مجازات اسلامی.

^۱ - تاریخ دریافت: ۱۵ شهریور ۱۴۰۰، تاریخ پذیرش: ۲۸ مهر ۱۴۰۰.

^۲ - دانش‌آموخته دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه عدالت، تهران، ایران.

مقدمه

در سال‌های اخیر چندین مقاله در خصوص تعزیرات منصوص شرعی نگاشته شده است که با مرور فهرست منابع این مقاله می‌توان عناوین چندین مورد از آنها را یافت. لکن شاید آنچه این نوشتار را متمایز می‌کند، واکاوی عمیق مصادیق آن با بر شمردن دقیق و جامع کیفرهای حدی به شیوه‌ای بی سابقه و از پس آن تقریباً تمامی عناوین مطرح شده به عنوان تعزیرات مقدر است.

۱. مفهوم حد و تعزیر

برای شناخت ماهیت حدود شرعی و درک منشأ و کیفیت تفاوت آن با تعزیرات و کشف ماهیت تعزیرات مقدر شرعی بهتر است ابتدا نیم‌نگاهی به تعریف اصطلاحی حد و تعزیر داشته باشیم و حد و مرز هریک را بشناسیم.

قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۴، مجازات‌های مقرر در این قانون را به چهار قسم حد، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم می‌کند و در ماده ۱۵ مقرر می‌دارد:

«حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس، تعیین شده است.»

همانگونه که از این متن نیز برمی‌آید، این تعریف و مصادیق آن و انواع و جزئیات آنها و کیفیات اجرای آنها همگی مأخوذ از کتب فقهی است. شاید مشهورترین مأخذ این تعریف، کتاب شرایع الإسلام مرحوم محقق حلی باشد که تعریفی کوتاه و پیراسته از حدود و تعزیرات ارائه داده و همواره در لسان فقها نیز بدان اشاره می‌شود. مرحوم محقق در ابتدای کتاب حدود و تعزیرات آورده است:

«هرآنچه که مجازات معینی داشته باشد حد نامیده می‌شود و آنچه چنین نباشد تعزیر نامیده می‌شود.» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۳۶)

و اما فقهای بعدی بر تعریف مرحوم محقق چند اشکال وارد نموده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ص ۲۱)؛ نخست اینکه ایشان به جای "مجازات"، "جرم" را حد نامیده است. درحالی که حدود در اصطلاح، اسم برای مجازات‌هاست؛ نه جرائمی که مجازات معینی دارند! دوم اینکه تعریف محقق از حد، قصاص و دیات و نیز تعزیرات منصوصه بلکه کفارات را نیز دربر می‌گیرد. زیرا اینها نیز عقوبت‌هایی معین و مقدرند؛ و سوم اینکه تعریف محقق از تعزیر، تعزیرات منصوصه را دربر نمی‌گیرد. پس از او فقهایی چون شهید ثانی تعاریفی دقیق‌تر و جامع‌تر ارائه داده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، جلد ۱۴، ص ۳۲۵). لکن هنوز هم تعریف موجز محقق است که با یک اصلاح کوچک، یعنی با جایگزین نمودن "مجازات" بجای "جرم"، مورد توجه قرار می‌گیرد. کما اینکه قانون مجازات اسلامی ایران نیز مشابه همین تعریف را برگزیده است.

۲. تفاوت‌های حدود و تعزیرات در فقه

گفته می‌شود نخستین کسی که تفاوت‌های حد و تعزیر را بطور مدون و در ده بند بیان نمود، احمد بن ادریس قراقی، از فقهای اهل سنت است و پس از او شهید اول رضوان الله علیه همین ده مورد را با اندکی تغییر بر شمرده است (نوبهار و عرفانی فر، ۱۳۹۶، ص ۲۱۲). این بیان همواره مورد توجه فقهای بعدی نیز بوده و گویی معیار شناخت حد و تعزیر قرار گرفته است. لذا جا دارد کلام شهید در تفاوت حد و تعزیر را در اینجا نقل نماییم:

«**اول:** تعزیر هر چند از ناحیه کثرت محدود است و نباید به مقدار حد شرعی برسد، ولی حداقل آن اندازه خاصی ندارد؛ اما حدود شرعی چنین نیست.

دوم: عبد و حر در تعزیرات مساوی‌اند؛ اما در حدود مساوی نیستند.

سوم: میزان تعزیرات بستگی به مقدار و چگونگی جرم دارد، ولی در حدود کافی است که آن جرم صورت پذیرد، به هر شکل که باشد. بنابراین بین کسی که یک جرعه شراب نوشیده، و شخصی که یک بطری خورده تفاوتی نمی‌باشد.

چهارم: تعزیرات تابع مفسد است، هر چند جرم ارتكابی معصیت شمرده نشود؛ همانند تأدیب کودکان. البته برخی از فقهای شیعه آن را تعزیر نمی‌شمرند، بلکه تأدیب می‌نامند.

پنجم: اگر معصیت کوچک باشد تعزیر آن هم کم خواهد بود، و البته تعزیر کم اثری ندارد، و صدق تعزیر نمی‌کند، بدین جهت برخی معتقدند در این گونه موارد تعزیر ساقط می‌گردد.

ششم: تعزیرات با توبه ساقط می‌شود، اما در برخی از حدود اختلاف نظر هست و بنظر میرسد اگر قبل از قیام بینه باشد حد را ساقط میکند.

هفتم: حاکم شرع در بین انواع تعزیر مخیر است، در حالی که چنین تخییری در حدود نیست، مگر در حد محارب.

هشتم: مقدار تعزیر، به حسب مرتکب جرم، کسی که جرم بر او واقع شده و نوع جرم متفاوت می‌شود، ولی این امور هیچ تأثیری در حدود ندارد.

نهم: اگر مصادیق اهانتها در شهرها مختلف باشد، در هر شهر عرف همانجا معیار خواهد بود؛ ولی حدود در تمام مکانها یکسان است.

دهم: تعزیرگاهی صرفاً حق الله است؛ مانند دروغگویی، گاه صرفاً حق الناس است؛ مثل توهین به یک انسان، و گاه هر دو جنبه را دارد؛ همانند توهین به اموات صالح، امامکن نیست که حد، گاه حق الله باشد

تجزیرات منصوص شرعی؛ مناقشات فقهی و ابهامات حقوقی / ۱۴۸

و گاه حق الناس، بلکه تمامی حدود حق الله است مگر حدّ قذف که البته در آن اختلاف هست. «شهید اول، ۱۴۱۰ق، جلد ۲، ص ۱۴۳»

عمده این موارد مورد پذیرش عموم فقها قرار گرفته است؛ گرچه مناقشاتی نیز به آنها وارد نموده‌اند. به عنوان مثال یکی از معاصرین پس از نقل کلام شهید چنین می‌نویسد:

«مرحوم شهید اول هر چند تفاوت‌های حدّ و تعزیر را به صورت گسترده بیان کرده، اما مناقشاتی بر کلام ایشان وارد است. از جمله:

الف) برخی از تفاوت‌های مذکور قابل ادغام در یکدیگر هستند؛ مثلاً تفاوت سوم و هشتم در حقیقت یکی محسوب می‌شود.

ب) استثنائی که در فرق هفتم مطرح کرده، و در حدّ محارب حاکم شرع را مخیر دانستند صحیح نیست؛ زیرا انواع سه‌گانه مجازات در حدّ محارب به خاطر اشکال مختلف جرم است، وگرنه در شکل واحد آن تخییری وجود ندارد....

ج) علاوه بر قذف، حدّ سرقت نیز جنبه حق الناس دارد. بدین جهت، اگر مالک قبل از شکایت گذشت کند، حد ساقط می‌گردد.

نتیجه اینکه هر چند در بخشهایی از کلام شهید اول اشکالاتی به نظر می‌رسد، ولی به طور کلی کلام ایشان تفاوت‌های حدود و تعزیرات را به روشنی بیان می‌کند. «مکارم شیرازی ۱۴۲۵ق، ص ۳۵»

همانطور که ایشان اشاره نموده‌اند برخی از تفاوت‌های مذکور قابل ادغام هستند. در واقع بنظر میرسد ۶ مورد از ۱۰ نکته‌ای که شهید در تفاوت میان حدود و تعزیرات بیان نموده، یعنی بندهای ۱ و ۳ و ۴ و ۵ و ۷ و ۸ همگی به نکته اصلی افتراق میان حد و تعزیر برمی‌گردد؛ و آن این نکته است که حد، برخلاف تعزیر، مجازاتی مقدر و ثابت است. و اما هر یک از این بندهای شش‌گانه به یکی از عوامل و جنبه‌های تغییرات در میزان تعزیرات می‌پردازد. به عبارت دیگر در این شش بند این مطلب بیان می‌شود که: نوع و میزان حد معین و ثابت است لکن اختیار تعیین نوع و میزان تعزیر (بند ۷) با قاضی است که باید تا کمتر از حد (بند ۱) و باید با توجه به ویژگی‌های جرم از قبیل شدت آن (بند ۳ و ۵) و میزان مفسده آن (بند ۴) و ویژگی‌های مجرم (بند ۸) تعیین شود. به عبارت دیگر شرع مقدس اگرچه مجازات برخی جرایم را دقیقاً معین و مقدر نموده است لکن روش شارع آن نبوده که برای ریز و درشت جرائم، مجازات دقیق تعیین کند و مصلحت در آن دیده که مواردی را به حاکم واگذار کند تا در محدوده مورد تایید شارع و با توجه به شرایط جرم و مجرم، میزان مجازات را تعیین کند.

ضمناً بنظر می‌رسد بند ۹ نیز اصولاً در باب تفاوت مجازات‌های حدی و تعزیری قرار نمی‌گیرد بلکه در مقام مقایسه بین جرایم است. چرا که بطور ویژه به عنصر مادی جرم توهین و تابع عرف بودن آن اشاره می‌کند.

بیان نکته موجود در بند ۱۰ نیز به عنوان تفاوتی میان حدود و تعزیرات موجه نیست. چرا که حتی اگر از میان حدود، فقط قذف جنبه حق الناس داشته باشد، دیگر نمی‌توان این را از ویژگیهای تعزیرات دانست. و اما برخی از محققین (نوبهار و عرفانی فر، ۱۳۹۶، ص ۲۱۷) با کنکاش در خلال کتب فقهی نکات دیگری را نیز استخراج نموده‌اند که از منظر فقها از اختصاصات حد بوده فارق میان حد و تعزیر محسوب می‌شود. موارد مذکور از قرار زیر است:

- ۱- اقامه حدود بر حاکم واجب است، ولی در مورد تعزیر اختلاف نظر وجود دارد.
- ۲- در حد، عفو مرتکب جایز نیست ولی حاکم می‌تواند مرتکب مجازات تعزیری را عفو کند.
- ۳- در اجرای حدود تأخیر جایز نیست و به محض اثبات قضایی باید اجرا شوند.
- ۴- شفاعت در حدود راه ندارد در حالی که در تعزیر شفاعت جایز است.
- ۵- در حدود، کفالت اشخاص از مجرمان پذیرفته نیست.
- ۶- مرگ محکوم در حال تحمل حد سبب ضمان نیست.
- ۷- 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.
- ۸- حدود با سوگند قابل اثبات نیست؛ به این معنا که برخلاف امور مالی و جنایات، قسم در حدود اصطلاحی از ادله اثبات نیست.
- ۹- حدود با شهادت بر شهادت اثبات نمی‌شود.
- ۱۰- مجازات‌های حدی با کمترین شبهه ساقط شده و قاعده در آنها اجرا می‌شود.
- ۱۱- مرتکب مجازات حدی در مرتبه سوم یا چهارم کشته می‌شود.
- ۱۲- تا زمانی که مجرم در سرزمین دشمن است به دلیل نگرانی از پیوستن او به دشمن، حد بر او اجرا نمی‌شود.
- ۱۳- حدود در حرم امن الهی مطلقاً نباید اجرا شوند.
- ۱۴- اقامه نماز جماعت توسط فردی که حد بر او اجرا شده جایز نیست.
- ۱۵- حد را حتماً باید امام معصوم علیه السلام اجرا کند؛ اما مجازات تعزیری را غیر معصوم هم می‌تواند اجرا کند.

تعزیرات منصوص شرعی؛ تناقضات فقهی و ابهامات حقوقی / ۱۵۰

در مجموع، ۲۵ تفاوت میان حد و تعزیر بیان شد. البته برخی از آنها محل اختلاف است و برخی را اصولاً نمی‌توان به عنوان تفاوت پذیرفت و همانطور که گفتیم برخی نیز قابل ادغام بوده، همگی به این نکته اساسی برمی‌گردد که حدود مجازات‌هایی مقدر از جانب شارع است ولی تعیین میزان تعزیرات، تا حدی به دست حاکم است. این نکته مأخوذ از روایات و مورد اتفاق میان فقهاست و مهمترین چالش تقنین و اجرای حدود در نظام قضایی ما نیز به همین نکته برمی‌گردد.

لکن نکته مهم در این بحث طرح این سوال است که چرا این همه متفرعات و احکام متفاوت میان حد و تعزیر بوجود آمده و دامن تعزیرات مقدر و منصوص را نیز گرفته است؟ احکامی که قانون مجازات و به تبع آن نظام حقوقی و قضایی ایران را دچار ناموزونی و دوگانگی نموده است؟ مگر نه اینکه همه اینها کیفرهایی برای تنبیه مجرمین و عبرت‌گیری سایرین هستند و در کنار آنها نیز احکام و قواعدی برای دفاع از حقوق متهم و بزه‌دیده و جامعه و رعایت عدالت و انتظام در دادرسی و اثبات و اجرای مجازات وضع شده‌اند؛ سؤال این است که در این قواعد و متفرعاتی که به ماهیت کلی مجازات برمی‌گردد، چرا و به چه مبنایی باید میان مقدرها و غیرمقدرها تفاوت وجود داشته باشد؟ چرا توبه یکی را می‌پذیریم و توبه دیگری را نمی‌پذیریم؟ چرا مجنون از تعزیر معاف می‌شود ولی حد باید بر او اجرا شود؟ چرا حد را نباید در سرزمین دشمن اجرا کرد ولی تعزیر را می‌شود اجرا کرد؟ چرا فقها می‌گویند قاعده در اجرای تعزیرات جاری نمی‌شود؟

پیدایش این تفاوت‌ها گاه ناشی از آن است که برخی فقهای ما تمامی روایاتی که در باب حدود و بیان اجزاء و شرایط و کیفیات آن بیان شده را مخصوص حد به معنای اصطلاحی فقهی آن فرض نموده و به تعزیرات سرایت نداده‌اند. حال آنکه با دقت بیشتر در روایات باب می‌بینیم که در برخی از موارد حتی در خود روایت، لفظ "حد" به معنی حد مصطلح در فقه و حقوق نیست بلکه در معنی "مطلق مجازات" بکار گرفته شده است. به عنوان مثال حماد بن عیسی از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که امیرالمومنین صلوات الله علیه فرمودند:

(بر دیوانه حدی نیست، تا آن که هوشیار شود و بر کودک، تا آن که به درک و فهم برسد و بر خوابیده، تا آن که بیدار شود). (طوسی، ۱۴۰۷ق، جلد ۱۰، ص ۱۵۲)^۱

بدیهی است که این حکم مخصوص حدود مصطلح نیست و شامل سایر مجازات‌ها نیز می‌شود. و از لسان روایت نیز همین برمی‌آید که مقصود بیان حکمی کلی در باب مجازات‌ها است. و البته بسیاری فقها

۱- «لَا حَدَّ عَلَى مَجْنُونٍ حَتَّى يُفِيقَ وَلَا عَلَى صَبِيٍّ حَتَّى يُدْرِكَ وَلَا عَلَى النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ».

نیز تصریح و تبیین نموده‌اند که لفظ "حد" در بسیاری از روایات به معنی مطلق مجازات‌ها آمده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، جلد ۴۱، ص ۲۵۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ص ۹).

۳. جرایم مستوجب حد

در گام بعد برای رسیدن به مصادیق تعزیرات منصوص لازم است به اختلاف نظر فقها در باب مصادیق حدود پردازیم. اگرچه در نظر فقهای اسلامی حدود از سوی شارع صریحاً تعیین و تحدید شده و احکام مهمی به آنها اختصاص یافته است، لکن در عدد این جرایم اختلافی معتنابه میان آنان دیده می‌شود! البته اگر دامنه بررسی این اختلاف را به اهل سنت نیز توسعه دهیم تفاوت آراء چندچندان می‌شود، آنچنان که عبدالرحمن جزیری، فقط سه حد زنا سرقت و قذف را مورد اتفاق همه مذاهب اسلامی دانسته است (ح سینی ۱۳۸۷ش، ص ۱۳۱). این اختلاف نظر، گاه به اختلاف مبنا بر می‌گردد. به عنوان مثال برخی فقهای اهل سنت جرایم حدی را منحصر به جرایمی می‌دانند که در قرآن برای آنها حد تعریف شده باشد. لذا ابوحنیفه حدود را منحصر در پنج جرم می‌داند: ۱- زنا، ۲- سرقت، ۳- شرب خمر، ۴- قطع طریق، ۵- قذف. (جزیری، بی تا، ج ۵، ص ۱۷) کما اینکه درباره تعداد حدودی که در قرآن مجید ذکر شده نیز اتفاق نظر وجود ندارد. به عنوان مثال اختلاف نظر وجود دارد که آیا از نظر قرآن کریم محاربه و افساد فی الارض که در آیه سی و سوم سوره مائده ذکر شده یک جرم است یا دو جرم جداگانه. (نوبهار ۱۳۹۲، ص ۲۲۳) اما برخی از اختلاف شمارش‌ها نیز آنگونه که در سطور بعد خواهیم دید، حقیقی نیست و به نحوه بیان فقها برمی‌گردد.

اکنون به آراء فقهای معظم شیعه در عدد حدود می‌پردازیم. و تلاش می‌کنیم از این رهگذر به مصادیق تعزیرات مقدر نیز دست یابیم.

مرحوم محقق حلی اسباب حدود را در شش عدد می‌شمارد و می‌نویسد:

«هرآنچه مجازات مقدری دارد حد نامیده می‌شود و هرآنچه چنین نیست تعزیر نامیده می‌شود. اسباب اولی شش‌تاست: ۱- زنا، ۲- توابع زنا، ۳- قذف، ۴- شرب خمر، ۵- سرقت و ۶- قطع طریق؛ و دومی چهارتاست: ۱- بغی، ۲- ارتداد، ۳- نزدیکی با چهارپا و ۴- محرمات دیگر غیر از اینها.» (محقق حلی ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۳۹)

مرحوم شهید ثانی در مسالک به این تقسیم‌بندی اعتراض می‌کند و می‌نویسد:

«قرار دادن مجازات باغی - که همان محارب است - و مرتد، در عداد تعزیرات در میان فقها معهود

نیست بلکه معمولاً آنها را از حدود می‌دانند.» (عاملی ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۳۲۷)

تجزیرات منصوص شرعی؛ تناقضات فقهی و ابهامات حقوقی / ۱۵۲

در خصوص تعزیر نامیدن ارتداد، حق با شهید است و این امر با مبنایی که خود محقق در تفکیک میان حد و تعزیر ارائه داده است منافات دارد. اما بنظر می‌رسد نقد شهید در خصوص محاربه صحیح نیست. چراکه در صفحات بعد کتاب شرایع می‌بینیم که محقق، محاربه را در عداد حدود آورده است و در واقع مقصودش از آنچه در اینجا عنوان قطع طریق بدان داده، همان محاربه است و در متن نیز بجای قطع طریق، عنوان محاربه را برای آن بکار می‌برد. پس از آن نیز هیچ اشاراری به بغی نمی‌کند بلکه در بیان تعزیرات از ابتدا شروع به بحث در ارتداد می‌نماید.

در مورد تعداد حدود نیز آنچه در متن شرایع می‌یابیم متفاوت با بیانی است که محقق در ابتدای بحث آورده و موجب شده برخی گمان کنند که ایشان صرفاً ۶ جرم را سبب حد می‌داند. نکته نخست آنکه دومین عنوانی که ایشان ذکر می‌کند، یعنی لواط زنا، در متن به سه عنوان لواط و مساحقه و قوادی تقسیم می‌شود و لذا عدد حدود به ۸ می‌رسد. و دیگر اینکه در ضمن بیان برخی از حدود نیز به برخی جرایم حدی دیگر اشاره نموده است. ایشان سب پیامبر اکرم و ائمه علیهم السلام و ادعای نبوت و نیز سحر را به عنوان لواط قذف آورده است حال آنکه اینها را نمی‌توان زیر مجموعه قذف دانست؛ همچنین، همچون بسیاری دیگر از فقها، تفخیز را نوعی لواط دانسته، در حالی که عنصر مادی متفاوت و مجازات متفاوت و عنوانی متفاوت از لواط به معنای خاص آن دارد. پس با این حساب، محقق ۱۲ حد را ذکر کرده است.

و اما عمده فقهای امامیه، ارتداد را نیز در جرایم مستوجب حد برمی‌شمرند. به عنوان مثال مرحوم علامه حلی (علامه حلی ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۲۱۹)، حدود را در هشت مقصد ذکر می‌کند: ۱- حد زنا، ۲- حد لواط و سحر و قیادت، ۳- حد وطی اموات و بهائم، ۴- حد قذف، ۵- حد شرب، ۶- حد سرقت، ۷- حد محارب، ۸- حد مرتد. با توجه به اینکه ایشان نیز «لواط و سحر و قیادت» را در کنار هم آورده، عدد حدود، به ۱۰ می‌رسد. ضمناً ایشان نیز ذیل بحث قذف، به سب نبی و ائمه و ادعای نبوت و سحر اشاره کرده. که با این حساب عدد حدود به ۱۳ می‌رسد و اگر تفخیز را نیز جرم مستقلی در نظر بگیریم ۱۴ مورد خواهد شد.

به غیر از ارتداد، موردی که مرحوم علامه افزوده "وطی اموات و بهائم" است. ذکر این نکته ضروری است که اگرچه ایشان و برخی دیگر از فقها، «وطی اموات» را تحت عنوانی مستقل ذکر کرده‌اند اما حد مستقلی جدای از حد زنا یا لواط برای آن ذکر نکرده‌اند و تصریح کرده‌اند که حکم آن مانند حکم وطی احياء است لکن مجازاتی تعزیری نیز به دلیل هتک حرمت اموات به آن افزوده می‌شود. و اما در مورد

۱۵۳/ مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هفتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱۴۵-۱۷۳

وطی بهائم نیز قریب به اتفاق فقها تصریح کرده‌اند که مجازات آن مطلقاً تعزیری است (نجفی ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۶۳۸). فلذا در واقع مرحوم علامه ۱۳ عنوان جرم را واجد مجازات حدی دانسته است. دیگرانی نیز اگرچه تصریحی به عدد حدود نکرده‌اند یا عددی غیر از این را بیان نموده‌اند، لکن در بحث حدود همین ۱۳ مورد را آورده‌اند (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ص: ۷۷۳ تا ۸۰۷؛ ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۰۴؛ همچنین: طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۶۸۸ تا ۷۲۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۳۴۹؛ کاشف الغطاء، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۶۴؛ فیض کاشانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۰۲). پس بسیاری از موارد اختلاف شمارش حدود که میان فقها وجود دارد در واقع اختلاف حقیقی نیست و ناشی از آن است که برخی عناوین را در ضمن یا ذیل موارد دیگر بیان نموده و ملحق به آنها نموده‌اند.

و اما برخی از عناوین نیز هست که حد یا تعزیر بودنشان در میان فقها محل اختلاف است. مرحوم خوئی که در بحث از حدود تمامی عناوین را به تفکیک بیان نموده است (خوئی، ۱۴۱۰ق، ص ۳۱)، آنها را به ۱۶ عدد رسانده است:

۱- زنا، ۲- لواط، ۳- مساحقه، ۴- قیادت، ۵- قذف، ۶- شرب مسکر، ۷- سرقت، ۸- محاربه، ۹- ارتداد، ۱۰- تفخیز، ۱۱- سب نبی، ۱۲- ادعای نبوت، ۱۳- سحر، ۱۴- ازدواج مرد با زن ذمی بدون اجازه همسر مسلمانش، ۱۵- بوسیدن پسر نوجوان از روی شهوت، ۱۶- فروش انسان آزاد. (خوئی، ۱۴۱۰ق، ص ۳۲-۵۱)

شایان ذکر است هرچند مرحوم خوئی در شماره‌گذاری، تعداد شانزده جرم را حدی می‌داند اما در یکی از مسائل بخش تعزیرات، جرم دیگری را نیز با قول «الاقرب» به عنوان جرم حدی مطرح می‌کند: «کسی که باکره‌ای غیر از همسر یا کنیزش را با انگشت یا چیزی مانند آن ازاله بکارت کند، بنا بر مشهور تعزیر می‌شود؛ لکن در این قول اشکالی وجود دارد و قول اقرب (نزدیک‌تر به صحت) آن است که او هشتاد تازیانه، حد می‌خورد.» (خوئی، ۱۴۱۰ق، ص ۵۰)

با این حساب می‌توان گفت به اعتقاد ایشان ازاله بکارت مجرمانه نیز واجد مجازات حدی بوده و عدد حدود به ۱۷ می‌رسد؛ ۱۳ مورد اول همان جرایمی است که دیگر فقها نیز عمدتاً از آنها به عنوان حد نام می‌برند. اما حدی بودن ۴ مورد اخیر مورد اتفاق نیست. عمده فقها اینگونه موارد را یا فاقد مجازات معین می‌دانند یا از آنها تحت عنوان تعزیرات مقدر نام می‌برند همچون شهید ثانی که در مسالک، مورد اخیر را در بحث از تعزیرات مقدر ذکر می‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، جلد ۱۴، ص ۳۲۶).

اصولاً شهید در مسالک ۵ جرم را ذکر می‌کند که معتقد است علیرغم معین بودن مجازات، باید تعزیر نام بگیرد و به همین جهت تحت عنوان کلی تعزیرات مقدر قرار می‌گیرند:

تجزیرات منصوص شرعی؛ تناقضات فقهی و ابهامات حقوقی / ۱۵۴

۱- مجامعت با همسر در روز ماه رمضان؛ که مجازات آن ۲۵ ضربه تازیانه تعیین شده است.
۲- مردی که همسر آزادی دارد با کنیزی ازدواج کند و قبل از اذن همسرش با او مجامعت کند؛ که مجازات آن ۱۲/۵ ضربه تازیانه تعیین شده است.

۳- قرار گرفتن دو مرد برهنه زیر یک پوشش؛ که مجازات آنها از ۳۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه است.
۴- کسی که بکارت دختری را با انگشت از بین ببرد، شیخ معتقد است از ۳۰ تا ۷۷ ضربه تازیانه می خورد، مفید قائل به ۳۰ تا ۸۰ ضربه است و ابن ادریس ۳۰ تا ۹۹ ضربه.

۵- اینکه مرد و زن برهنه‌ای زیر یک لحاف یا پوشش یافت شوند؛ که مجازات آنها از ۱۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه است. البته این عقیده شیخ مفید است ولی شیخ قائل به مطلق تعزیر است و در خلاف می گوید اصحاب ما روایت کرده‌اند که برای آن حد وجود دارد.» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، جلد ۱۴، ص ۳۲۶)

البته خود شهید در ادامه متذکر می شود که این کیفرها، بغیر از دو مورد اول، در واقع معین نیستند و دست حاکم در انتخاب میزان مجازات، در بازه مورد اشاره، باز است. لذا در تعزیرات مقدر نامیدن سه مورد اخیر تشکیک می کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، جلد ۱۴، ص ۳۲۷). البته اکنون که ما در نظام قضایی خود با اینگونه مجازات مواجه می شویم می بینیم همین تعیین محدوده مشخص تازیانه نیز ایجاد محدودیت می کند و مانع از انتخاب انواع دیگری از مجازات‌های تعزیری چون حبس و احیاناً اعمال نهادهای دیگر کیفری است و اگر بخواهیم مجازات این جرایم را محدود به کیفرهای مذکور بکنیم و عنوان تعزیرات مقدر را هم بپذیریم، اینها تعزیراتی مقدر هستند؛ همانطور که در محاربه نیز اگرچه قاضی بین چند نوع مجازات مخیر است لکن محدود به همان انتخاب‌هاست و مجازات آن نیز مجازاتی حدی است. به هر حال کیفرهای مورد اول و دوم یقیناً مقدر و ثابت است و اگر ملاک در حدی بودن جرم، معین بودن مجازات توسط شارع باشد، این موارد قطعاً جزو حدود قرار می گیرند.

مرحوم منتظری ذیل کلام شهید می نویسد:

«حق این است که، همانطور که شهید اشاره کرده است، دو مورد اول را در شمار حدود قرار دهیم و مانند این دو، مجازات کسی است که در حالی که زنش حائض است با او مجامعت می کند.» (منتظری، ۱۴۳۰ق، ص ۴)

گرچه شهید این موارد را در شمار حدود قرار نداده است لکن سخن در این است که او تاکید می کند که این موارد اگرچه تعزیرند لکن دارای مجازات مقدر هستند. لذا فقیهان دیگری همچون قائل اخیر با رعایت مبنای تقسیم‌بندی میان حد و تعزیر، مجازات آنها را حدی می دانند. با این حساب یعنی با افزودن

۱۱۵۰/ مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هفتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱۴۵-۱۷۳

دو مورد اول مذکور توسط شهید، به علاوه موردی که مرحوم منتظری به آنها می‌افزاید، عدد اسباب حدود به ۲۰ می‌رسد.

عنوان دیگری که در قانون مجازات اسلامی اخیر جزو اسباب حدود قرار گرفته و مجازات قتل برای آن معرفی شده، «افساد فی الارض» است. این عنوان، که متخذ از آیه محاربه در قرآن کریم است (مائده، ۲۳)، در فقه معمولاً به عنوان قیدی برای محاربه مطرح بوده است. لکن شماری از فقیهان بدون اینکه این عنوان را به صورت جرمی خاص و مستقل تعریف و تحدید نمایند، جرم‌انگاری برخی افعال توسط روایات را حمل بر این عنوان نموده‌اند. به عنوان مثال عادت به کشتن اهل ذمه (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۸۴)، عادت به قتل عبد یا کنیز، ربودن انسان آزاد صغیر (ابن ادریس حلی، ص ۴۹۹)، تکرار جرم نبش قبر و کفن دزدیو آتش زدن خانه دیگران از مواردی است که برخی از فقها مجازات آن را از باب افساد فی الارض و مصداق آن دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۲۳۹). معدودی از ایشان نیز، با توجه به همین موارد، افساد را به عنوان یک جرم مستقل تبیین نموده‌اند (مومن قمی، بی تا، ش ۳۵، ص ۶۲). و اما در قانون مجازات اسلامی سابق، این عنوان، بنا بر تفسیری موسع از قانون، جرم مستقلی بود که مستوجب همان مجازات محارب بود؛ لکن در قانون مصوب ۱۳۹۲ رسماً عنوانی جداگانه با مجازاتی متفاوت، یعنی اعدام، برای آن در نظر گرفته شد!

«بغی» نیز عنوان دیگری است که اگر چه در «کتاب الجهاد» از دیرباز مورد توجه بوده است، به عنوان حد، سابقه چندان در فقه ندارد. لکن اگرچه با گذشت بیش از ۳۰ سال از استقرار نظام اسلامی ایران خبری از آن نبود، در قانون مجازات اسلامی جدید، به عنوان یک مجازات حدی، تعریف و جرم‌انگاری شده، مجازات اعدام برای آن در نظر گرفته شد!

با این حساب عدد حدود به ۲۲ عنوان می‌رسد.

اما باز هم می‌توان جرایمی را یافت که در روایات برای آنها نیز مجازات‌های معینی در نظر گرفته شده و با این مبنا می‌تواند جرم حدی محسوب شود؛ از جمله نگه داشتن (امساک) قربانی در قتل عمد که در روایات موجب حبس ابد دانسته شده؛ نیز نگهبانی دادن در قتل عمد که مجازات کور کردن مجرم برای آن تعیین شده است؛ و همچنین امر به قتل که موجب حبس ابد دانسته شده است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۸۴).

در مورد اول و دوم (امساک و نگهبانی در قتل عمد) ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲، ص ۴۶ و ۴۷) و به مجازات امر به قتل نیز بسیاری از فقها فتوا داده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲، ص ۴۶ و ۴۷) و لذا هر سه مورد را می‌توان از احکام مشهور در فقه کیفری دانست. لکن ما در کلام فقها به سخنی که در

تجزیرات منصوص شرعی؛ تناقضات فقهی و ابهامات حقوقی / ۱۵۶

مورد حد یا تعزیر بودن آنها بحث کرده باشد دست نیافتیم. در واقع فقهای ما به دلیل مناسبت و پیوستگی این جرایم با بحث قصاص، آنها را در آن باب مطرح نموده‌اند. ماهیت این جرایم از منظر حقوق کیفری معاونت در قتل عمد است و جنبه حقوق الناسی موجود در باب قصاص نیز عیناً در آنها موجود است، لکن بحث ما بر سر مجازات است و کیفر این جرایم خارج از تعریف قصاص است و باید یا توسط شارع تعیین شود که در این صورت منطبق بر تعریف حد است و یا توسط حاکم و قانونگذار تعیین شود که باید آنرا تعزیر بنامیم. حال که با یک مجازات معین روبرو هستیم باید آنها را "حد" یا احیاناً "تعزیر مقدر" نامید و البته حد نامیدن آنها اولی بنظر می‌رسد چرا که علاوه بر معین بودن مجازات، که ملاک حدی بودن جرایم است، شدت مجازات آنها (حبس ابد و کور کردن)، با ملاک فقها در لزوم خفیف‌تر بودن تعزیر از حد منافات دارد. به هر حال اگر این موارد را نیز به حدود بیافزاییم عدد حدود به ۲۵ عنوان می‌رسد.

مواردی نیز وجود دارد که نمی‌توان آنها را مجازات و «حد» دانست. به عنوان مثال مرحوم علامه مجلسی در پایان بحث از حدود، تحت عنوان "سایر حدود" چند مورد را ذکر می‌کند که نمی‌توان آنها را مجازات‌های حدی یا تعزیری دانست. بلکه در مقوله دفاع مشروع قرار می‌گیرد و در واقع از استثناءات وجوب قصاص قاتل است. ایشان در قسمتی از این بخش می‌نویسد:

«فصل دوم: کسی که مردی را ببیند که اراده بدی نسبت به زن او، یا پسر او، یا غلام او دارد، به کمتر از زنا و لواط، می‌تواند متوجه دفع شود، و اگر در دفع کردن، آن فاسق کشته شود، خونش هدر است...» (مجلسی، ۱۳۶۲ق، ص ۵۶)

اکنون با توجه به آنچه در این بخش گذشت عناوین مطرح به عنوان حد را برشمرد و البته برای کامل‌تر شدن مطلب، مجازات مشهور برای هر یک را نیز بیان می‌کنیم:

الف) جرایمی که قریب به اتفاق فقها آنها را دارای مجازات معین و حدی می‌دانند

زنا: رجم، یا قتل، یا ۱۰۰ تازیانه، یا ۱۰۰ تازیانه بعلاوه رجم، یا ۱۰۰ تازیانه بعلاوه تراشیدن

مو و نفی بلد؛ (با توجه به اوصاف ویژه مجرم یا قربانی)

لواط: قتل یا ۱۰۰ ضربه تازیانه (با توجه به وصف ویژه مجرم)

تفخیذ^۱: ۱۰۰ ضربه تازیانه، یا قتل (در مرتبه چهارم)
مساحقه: ۱۰۰ ضربه تازیانه، یا قتل (در مرتبه چهارم)
قوادی: ۷۵ ضربه تازیانه به تنهایی یا بعلاوه تبعید (با توجه به زن یا مرد بودن)
قذف: ۸۰ ضربه تازیانه، یا قتل (در مرتبه چهارم)
شرب مسکر: ۸۰ ضربه تازیانه، یا قتل (در مرتبه چهارم)
سرقه: قطع دست راست، یا قطع پای چپ (در تکرار جرم)، یا حبس ابد (در تکرار مجدد)، یا قتل (در مرتبه چهارم)
محاربه: قتل، یا صلب، یا قطع دست راست و پای چپ، یا تبعید (به اختیار قاضی یا به قولی به حسب اوصاف خاص جرم ارتكابی)
ارتداد: قتل یا حبس (به اعتبار مرد یا زن بودن)
سب نبی یا ائمه معصومین یا فاطمه زهرا سلام الله علیهم اجمعین: قتل
ادعای نبوت: قتل
سحر^۲: قتل

ب) جرایمی که برخی از فقها به دلیل داشتن مجازات معین، آنها را حدی می‌دانند

مجامعت با همسر در روزه ماه رمضان: ۲۵ ضربه تازیانه (در صورت همراهی همسر) یا ۵۰ ضربه (در صورت اکراه نمودن همسر)
مجامعت با همسر در حالی که حائض است: ۲۵ ضربه تازیانه
ازدواج مرد با کنیز بدون اجازه همسر حرّش: ۱۲/۵ ضربه تازیانه

۱ - عموم فقها در مقام دسته‌بندی، تفخیذ را زیر مجموعه لواط و قسمی از آن شمرده‌اند با این تفصیل که لواط اگر ایقابی باشد موجب قتل است و اگر بدون ایقاب باشد موجب ۱۰۰ ضربه تازیانه است؛ لکن مرحوم خوبی که به احصاء دقیق حدود اهتمام داشته، به درستی آن را از لواط تفکیک نموده است. چرا که هم عنصر مادی این دو متفاوت است و هم مجازات متفاوتی دارند. گو اینکه دیگر فقها نیز حتی در موضعی که لفظ لواط را مستقلاً بکار می‌برند عموماً به لواط ایقابی اشاره دارند و برای اشاره به تفخیذ نام مستقل آن را بکار می‌برند. این تفاوت رویه در قسم یا قسیم شمردن تفخیذ نسبت به لواط در قانون مجازات اسلامی سابق و اخیر نیز دیده می‌شود. و لذا در قانون اخیر تفخیذ تحت عنوانی مستقل در شمار حدود قرار گرفته است.

۲ - برخی سه مورد اخیر یا بعضی از اینها را زیر مجموعه و مصداق ارتداد دانسته‌اند لکن عمده فقها آنها را تحت عنوانی مستقل مطرح نموده‌اند.

تجزیات منصوص شرعی؛ تاقتات فقهی و ابهامات حقوقی / ۱۵۸

ازدواج مرد با زن ذمی بدون اجازه همسر مسلماننش (حسینعلی منتظری، ۱۴۳۰ق، ص ۱۴۰):
۱۲/۵ ضربه تازیانه

ازالۀ بکارت زن باکره‌ای غیر از همسر و کنیز با انگشت یا مشابه آن : ۸۰ ضربه تازیانه
بو سیدن پسر نوجوان از روی شهوت: ۱۰۰ ضربه تازیانه (موسوی خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱،
ص ۲۹۸)

فروش انسان آزاد : قطع ید

افساد فی الارض : قتل

بغی : قتل

ج) جرایمی که بنا بر تعریف حد می‌توان کیفر آنها را حدی دانست

امساک قربانی در قتل عمد : حبس ابد

نگهبانی در قتل عمد : کور کردن

امر به قتل : حبس ابد

۴- عدد حدود در قانون مجازات اسلامی

در قانون مجازات اسلامی سابق، ۸ عنوان جرم به عنوان جرایم حدی ذکر شده، ماهیت و مجازات آنها تعریف و تبیین شده بود. این ۸ عنوان عبارت بودند از: ۱- حد زنا، ۲- حد لواط، ۳- مساحقه، ۴- قوادی، ۵- کذف، ۶- حد مسکر، ۷- محاربه و افساد فی الارض، ۸- حد سرقت.

البته همچون بسیاری از کتب فقهی، در ضمن تعریف لواط، به تفخیز نیز به عنوان زیر مجموعه لواط اشاره شده بود. با این حساب قانونگذار ۹ مورد از ۱۳ عنوان جرم حدی مشهور میان فقها را ذکر کرده بود و چهار جرم سحر، سب النبی، ادعای نبوت و ارتداد را مسکوت گذارده بود. البته در ماده ۵۱۳ تعزیرات به صورت گذرا به حکم اعدام در مورد سب النبی اشاره کرده، در واقع به این جرم نیز تصریح نموده بود.

به علاوه وجود اصل ۱۶۷ قانون اساسی دست قضات را باز گذارده بود که به نوعی در جایگاه قانونگذار، بلکه فراتر از آن قرار گرفته، به دریافت شان از نظرات فقهی همچون حکمی قانونی عمل نموده، آن را مستند رای خود قرار دهند. پس با این حساب می‌توان گفت قانونگذار نه تنها نظر مشهور فقها را در

۱ - برخی مثل مرحوم منتظری معتقدند این حکم چیزی غیر از مورد قبلی نیست. همچنین معتقد است در تفسیر روایتی که مستند این حکم است به این جهت بجای "امه" از عنوان "ذمیه" استفاده شده که در آن زمان اغلب کنیزان از کافران ذمی بوده‌اند. از طرفی برخی نیز با ضعیف دانستن روایت مربوط به اماء این حکم را مخصوص نکاح ذمیه می‌دانند. و البته نکاح امه بدون اذن زوجۀ آزاد را، در صورت علم به حرمت، از مصادیق زنا دانسته، موجب حد می‌دانند. (موسوی خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص ۲۹۸)

۱۵۹/ مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هفتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱۴۵-۱۷۳

عدد حدود پذیرفته است. بلکه ممکن است یک قاضی جرایم دیگری همچون تعزیرات منصوصه‌ای که در قانون ذکری از آنها نرفته است را نیز موضوع حکم قرار دهد. کما اینکه در تبصره ماده ۴۳ قانون مجازات سابق تاکید کرده بود که:

«در صورتی که برای معاونت جرمی مجازات خاص در قانون یا شرع وجود داشته باشد همان مجازات اجرا خواهد شد.»

به این ترتیب روشن می‌شود که پیش از این و در قانون مجازات سابق نیز عقیده قانونگذار بر لزوم توجه به تعزیرات منصوص بوده و چه بسا این ماده بر مجازات ناظر و نگهبان قتل، که معاون در قتل است، نظارت داشته است.

و اما در قانون فعلی، با افزوده شدن سب النبی، بغی و افساد فی الارض عدد حدود مصرح در قانون به ۱۲ عنوان رسید:

۱- زنا، ۲- لواط، ۳- تفخیذ، ۴- مساحقه، ۵- قوادی، ۶- قذف، ۷- شرب مسکر، ۸- محاربه، ۹- سرقت، ۱۰- سب النبی، ۱۱- بغی، ۱۲- افساد فی الارض.

البته قانونگذار کماکان به سحر و ارتداد هیچ اشاره‌ای نکرده است. لکن با توجه به نقض اصل قانونی بودن جرم و مجازات توسط اصل ۱۶۷ قانون اساسی که در ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی جدید نیز مورد تاکید قرار گرفته است،^۱ عدم ذکر این جرائم در قانون، مانع از آن نیست که محاکم حکم به اعدام ساحر یا مرتد بدهند! کما اینکه ارتداد از جرایمی است که از ابتدای شکل‌گیری نظام جمهوری اسلامی ایران مورد توجه بوده و هنوز هم کم و بیش موضوع اتهام و حکم محاکم قرار می‌گیرد! این اختیار البته محدود به این دو جرم نیست و ممکن است قضاتی با توجه به اجمال و ابهام رها مانده این اصل، به عنوان مثال حکم به مجازات کسی بدهد که با زن حائضش نزدیکی کند یا حکم به کور کردن معاون قاتل در نگهبانی برای ارتکاب قتل بدهد.

۵- تعزیرات مقدر

۱ - ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی حاضر مقرر می‌دارد: 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.

۵-۱- ماهیت تعزیرات مقدر

اصولاً عنوان "تعزیرات مقدر" با تعریف تعزیر، و تفاوت ماهوی و اساسی آن با حدود، متناقض است. چرا که تعزیر یعنی مجازاتی که مقدر از سوی شارع نباشد پس چگونه ممکن است مجازاتی تعزیر نام بگیرد و مقدر هم باشد؟!

گفتیم که مرحوم شهید برای فرار از این اشکال در تعریف خود از تعزیر، قید «غالباً» را می‌افزاید تا تعزیرات مقدر را نیز داخل تعریف کند. لکن باید دانست که در واقع با این کار بنای تعریف را سست نموده آن را دچار ابهام و اجمال می‌کند. مرحوم صاحب جواهر احتمال می‌دهد که فقیهی چون شهید ثانی به این خاطر این عنوان را پذیرفته است که در روایات مواردی یافته که علیرغم تعیین و تقدیر مجازات، عنوان تعزیر بر آنها اطلاق شده است. و نیز احتمال می‌دهد که اطلاق تعزیر در این روایات به معنی تعزیر اصطلاحی در مقابل حدود نباشد. یعنی مثلاً معنی لغوی تادیب مقصود باشد. ایشان می‌نویسد:

«گویا آنچه موجب شده این موارد را علیرغم مقدر بودن تعزیر بنامد این است که در نصوص، به آنها اطلاق تعزیر شده است. لکن اشکال آن است که بر فرض درست بودن این اطلاق در تمامی این موارد، ممکن است مقصود از تعزیر در اینجا، تعزیر در مقابل حدود نباشد و شاید به همین جهت باشد که بعضی از فقها آنها را در عداد حدود آورده‌اند؛ و الامر سهل» (نجفی، ۱۴۰۴ق، جلد ۴۱، ص ۲۵۵).

سهل دانستن این امر نیز با آنچه پیش از این در مورد تفاوت میان حدود و تعزیرات و احکام و ویژگی‌های عدیده متفرع بر آن ذکر کردیم منافات دارد؛ کما اینکه خود ایشان نیز در جای دیگر چند نمونه از این احکام را ذکر کرده، ضرورت تفکیک دقیق میان حدود و تعزیرات را گوشزد می‌نماید. البته کلام ایشان صرفاً در حد بیان احتمال یا به عبارتی توجیه تناقض موجود در کلام شهید است و دلیل و روایتی نیز بر درستی این احتمال ارائه نمی‌کند. پس شاید بتوان گفت مرحوم صاحب جواهر اصولاً عنوان تعزیرات مقدر را نپذیرفته است. البته با این توجیه و احتمال (اینکه به این کیفیتهای معین در برخی روایات اطلاق تعزیر شده باشد)، صاحب جواهر متمایل به این قول می‌شود که مصادیق مذکور توسط شهید باید در عداد حدود قرار گیرد لکن ایشان موارد پنج‌گانه شهید را در عداد حدود ذکر ننموده پس در عمل آنچه ایشان پذیرفته این است که اینها کیفیتهایی تعزیری است و بیان این مقادیر صرفاً تعیین مصادیقی قضایی است.

۵-۲- اقسام تعزیرات مقدر

و اما با پذیرش قسمی از مجازات‌ها تحت عنوان تعزیرات مقدر، می‌توان آنها را به دو دسته تقسیم نمود؛ یکی مواردی که یک مجازات معین ثابت است مانند مجامعت با همسر در روزه ماه رمضان که مجازات آن مشخصاً ۲۵ ضربه تازیانه است. و دیگری آنکه محدوده‌ای مشخص از مجازات‌ها تعیین شده

مانند قرار گرفتن دو مرد برهنه زیر یک پوشش که ۳۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه برای آن تعیین شده است. اگرچه برخی چون شهید در مقدر بودن دسته دوم تشکیک کرده‌اند لکن قبلاً اشاره کردیم که اگر این تقدیرها را بپذیریم، با توجه به تنوع تعزیرات در قانون مجازات کنونی، که مورد تایید شورای نگهبان نیز هست، دسته دوم را نیز باید مجازات مقدر بدانیم. چرا که تعزیر را محدود به تازیانه، در محدوده‌ای اخص دانسته است.

با این حساب موارد دیگری که به عنوان تعزیر به تازیانه اشاره نموده‌اند را نیز می‌توان از موارد تعزیر مقدر دانست لکن آنچه نزد فقهای معاصر پذیرفته و مبنای تقنین قرار گرفته این است که اشاره روایات به تازیانه ناشی از رواج این مجازات در زمان صدور آن روایات است.

۵-۳- مصادیق تعزیرات مقدر در فقه

جا دارد در این بخش مواردی را که تحت عنوان تعزیرات مقدر به آنها اشاره شد مرور کنیم. با توجه به آنچه در بخش قبل بیان شد روشن است که آن دسته از فقها که مجازات‌های مقدر مذکور در بخش قبل را حدی ندانسته‌اند، اگر مقدر بودن آن را پذیرفته باشند، آن را تعزیر مقدر می‌دانند. لذا برخی از آن موارد عیناً در بیان مصادیق تعزیرات مقدر نیز تکرار می‌گردد.

- ۱- مجامعت با همسر در روزه ماه رمضان: ۲۵ ضربه تازیانه (در صورت همراهی همسر) یا ۵۰ ضربه (در صورت اکراه نمودن همسر)
- ۲- مجامعت با همسر در حالی که حائض است: ۲۵ ضربه تازیانه
- ۳- ازدواج مرد با کنیز بدون اجازه همسر حرّش: ۱۲/۵ ضربه تازیانه
- ۴- ازدواج مرد با زن ذمی بدون اجازه همسر مسلمانش: ۱۲/۵ ضربه تازیانه
- ۵- ازاله بکارت زن باکره‌ای غیر از همسر و کنیز با انگشت یا مشابه آن: ۳۰ تا ۸۰ ضربه یا به قولی ۳۰ تا ۹۹ ضربه^۱
- ۶- قرار گرفتن دو مرد برهنه یا دو زن برهنه زیر یک پوشش: ۳۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه یا ۱۰ تا ۹۹ ضربه یا ۹۹ ضربه یا ۱۰۰ ضربه (محمدجواد اکبری و سیدحسین هاشمی، ۱۳۹۵، ص ۴۰)

۱- این دو قول را شهید در مسالک به ترتیب از شیخ مفید و ابن ادریس نقل می‌نماید و نیز می‌گوید که شیخ قائل به ۳۰ تا ۷۷ ضربه تعزیری است (زین الدین عاملی، ۱۴۱۳ق، ص ۳۲۶). لکن در نسخه کنونی از نهاییه شیخ ۳۰ تا ۹۹ ضربه ثبت شده است که ممکن است عدد ۷۷ ناشی از تصحیف باشد (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۶۹۹).

تجزیرات منصوص شرعی؛ تاقتات فقهی و ابهامات حقوقی / ۱۶۲

۷- قرار گرفتن مرد و زن برهنه‌ای زیر یک پوشش^۱: ۱۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۷۷۴) یا ۹۹ ضربه (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۹۰؛ خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۴۷۰) در موارد دیگری در روایات نیز تعداد معینی تازیانه مشخص شده است که از سوی فقها چندان مورد توجه واقع نشده‌اند. به عنوان مثال در مورد توهین‌های کمتر از قذف چندین روایت وجود دارد که تعزیر مقدری برای آن مشخص نموده‌اند. مانند روایتی از امام صادق علیه السلام که در مورد برده‌ای که به انسان آزادی افترا و بهتان زده بود فرمودند:

«یک یا دو تازیانه کمتر از حد به او زده می‌شود» (خُرعاملی، پیشین، ص ۴۳۸، باب ۴ از ابواب قذف، حدیث ۱۹)

برخی از معاصرین ۱۵ حکم کیفری را از منابع استخراج نموده‌اند که می‌تواند تعزیر مقدر نامیده شود و در مورد هر یک روایتی را ذکر نموده است. ضمناً موارد اینچنینی را بیش از این نیز می‌داند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص ۱۰۶). لکن قریب به اتفاق فقهای ما، به جهت ضعف سند یا به این دلیل که معتقدند اینها صرفاً بیان مصداق مناسبی از تعزیر بوده و در مقام بیان یک مجازات مقدر نیست، یا به هر دلیل دیگر، به بیشتر این روایات عمل نکرده‌اند. به هر حال اینها اعمالی است که در روایات تعزیر مقدر و مشخصی برای آنها ذکر شده است و می‌تواند به عنوان تعزیرات منصوص شرعی شناخته شود. مواردی که در کلام ایشان آمده و ما قبلاً ذکر نکردیم از قرار زیر است:

۸- برده‌ای که به انسان آزادی افترا و بهتان بزند: ۷۹ یا ۷۸ ضربه تازیانه

۹- هر کس به مسلمان دیگری بگوید: فاجر، کافر، خبیث، فاسق، منافق و امثالهم: ۳۹

ضربه تازیانه

۱۰- نزدیکی با حیوانات: ۲۵ ضربه

۱۱- اینکه دو شخص هریک دیگری را "فرزند دیوانه" بخواند: هریک ۲۰ تازیانه

۱۲- قرار گرفتن مرد و زن نامحرم در یک خانه: ۹۸ یا ۹۹ تازیانه

۱۳- شرب خمر در ماه مبارک رمضان: ۲۰ تازیانه (علاوه بر مجازات شرب خمر)

۱۴- شخصی به دیگری بگوید ای یهودی: ۲۰ تازیانه

۱۵- شخصی به دیگری بگوید ای مخنث: ۲۰ تازیانه

۱۶- افطار روزه در ماه رمضان بدون عذر شرعی: ۳۹ تازیانه

۱- برخی فقها تقبیل و مضاجعه و معانقه و دیگر استمتاع کمتر از فرج را نیز ملحق به این مورد نموده قائل به ۹۹ ضربه تازیانه برای آن شده‌اند لکن بنظر می‌رسد ظاهر روایات باب فاقد این تعمیم است. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۸۹؛ حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۳۵)

۱۷- قذف مسلمان توسط اهل کتاب: ۷۹ تازیانه (علاوه بر حد قذف)

سه موردی که در انتهای بحث از عدد حدود ذکر کردیم را نیز می‌توان مصادیقی از تعزیرات مقدر دانست. چرا که در واقع هیچ‌یک از فقها آنها را در عداد حدود نیاورده‌اند و در عین حال مجازات مقدری را برای آنها ذکر کرده‌اند. اگرچه ما معتقدیم هر سه مورد، مصادیقی از تعزیرات است که تعیین کیفر آنها در اختیار حاکم است، کما اینکه قانونگذار اسلامی ایران نیز با عدم ذکر کیفر معین برای این جرایم (بجز در مورد مصادقی از امر به قتل که در صفحات بعد به آن اشاره خواهد شد)، عملاً همین نظر را برگزیده و آنها را واجد مجازات تعزیری و از مصادیق معاونت در قتل دانسته است. به هر حال بنا بر مبانی برخی فقها این سه مورد نیز در عداد تعزیرات مقدر شرعی قرار می‌گیرد:

۱۸- امساک قربانی در قتل عمد: حبس ابد

۱۹- نگهداری در قتل عمد: کور کردن

۲۰- امر به قتل: حبس ابد

برخی نویسندگان موارد دیگری از تعیین کیفر، همچون سرقت میوه از درخت و خیانت امین السوق را نیز از روایات استخراج کرده‌اند، لکن به عنوان تعزیر مقدر نپذیرفته‌اند. (محمدجواد اکبری و سیدحسین هاشمی، ۱۳۹۵ش، صفحات ۵۰ و ۵۳)

به هر حال بنظر نمی‌رسد، هیچ‌یک از مواردی که به عنوان تعزیرات مقدر از آنها نام برده شد، خصوصیت ویژه‌ای نسبت به سایر تعزیرات داشته باشند؛ بلکه شاید بتوان گفت کلام معصوم به مثابه انتخاب و ارائه مصداق مناسبی از مجازات تعزیری است که ممکن است حاکم در مقام و مقتضای ویژه‌ای مصداق دیگری از آن را اخذ کند. اختلاف روایات در تعیین عدد تازیانه برای برخی از این موارد و همچنین تعیین حداقل و حد اکثر در برخی از آنها را نیز می‌توان مؤیداتی بر همین مطلب دانست.

۶- تعزیرات منصوص شرعی در قانون

۶-۱- ماهیت تعزیرات منصوص در قانون

شورای نگهبان در بررسی لایحه قانون مجازات اسلامی اخیر به اطلاق برخی مواد که مقرراتی عمدتاً ارفاقی را برای تعزیرات تعیین می‌نمودند ایراد گرفت به این استدلال که جریان این مقررات در مورد تعزیرات منصوص شرعی خلاف شرع است. مجلس شورای اسلامی با افزودن تبصره‌ای ذیل ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی در مورد بسیاری از اشکالات شورای نگهبان در ذیل مواد مختلف نظر شورا را تأمین نمود:

«در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای

تجزیرات منصوص شرعی؛ تناقضات فقهی و ابهامات حقوقی / ۱۶۴

قاضی محرز شود، مجازات ساقط می شود. در سایر جرائم موجب تعزیر دادگاه می تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید. تبصره ۱- مقررات راجع به توبه درباره کسانی که مقررات تکرار جرائم تعزیری در مورد آنها اعمال می شود، جاری نمی گردد. تبصره ۲- اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند (ب) ماده (۷) و بندهای (الف) و (ب) ماده (۸) و مواد (۲۷)، (۳۹)، (۴۰)، (۴۵)، (۴۶)، (۹۳)، (۹۴) و (۱۰۵) این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی شود.»

بنابراین تبصره، موادی که تعزیرات منصوص شرعی از آنها استثناء می شود در برگیرنده احکام زیر است:

- ۱- سقوط و تخفیف مجازات بر اساس مقررات راجع به توبه (ماده ۱۱۵)
- ۲- پذیرش محاکمه صادره در دادگاه خارجی (بند ب ماده ۷ و بند الف ماده ۸)
- ۳- پذیرش مجازات اجرا شده در کشور خارجی (بند ب ماده ۷ و بند الف ماده ۸)
- ۴- پذیرش قانون مکان وقوع جرم (بند ب ماده ۸)
- ۵- محاسبه بازداشت قبلی در حکم (ماده ۲۷)
- ۶- معافیت از کیفر در جرائم درجه ۷ و ۸ (ماده ۳۹)
- ۷- تعویق صدور حکم (ماده ۴۰)
- ۸- تعیین کیفر یا صدور حکم معافیت از کیفر پس از پایان مدت تعویق (ماده ۴۵)
- ۹- تعلیق اجرای مجازات (ماده ۴۶)
- ۱۰- تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای مجازات نوجوانان (ماده ۹۴)
- ۱۱- مرور زمان تعقیب (ماده ۱۰۵)

به علاوه در ماده ۱۳۵ در بحث تعدد جرم، تعبیر "تعزیر معین شرعی" را بکار می برد و اجرای آن را استثناءً بر حدود مقدم می کند. در این ماده مقرر می دارد:

ماده ۱۳۵- در تعدد جرائم موجب حد و تعزیر و نیز جرائم موجب قصاص و تعزیر مجازات ها جمع و ابتداء حد یا قصاص اجرا می شود مگر حد یا قصاص، سالب حیات و تعزیر، حق الناس یا تعزیر معین شرعی باشد و موجب تأخیر اجرای حد نیز نشود که در این صورت ابتداء تعزیر اجراء می گردد.

جالب است که این استثنا نمودن موجب می شود که تعزیرات منصوص شرعی علاوه بر محرومیت از نهادهای ارفاقی تعزیرات، از مزایای موجود در حدود نیز محروم شوند. به عنوان مثال سقوط حد توسط توبه اصل در حدود است لکن در تعزیرات درجه ۱ تا ۵ اصولاً اعمال نمی شود (ماده ۱۴ ق.م.ا.)، یا در اعمال

۱۶۵/ مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هفتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱۴۵-۱۷۳

قاعده در آن بدون نیاز به تحصیل دلیل (ماده ۱۲۱ ق.ا.م.ا)، یا توقف یا تبدیل حبس حدی، در صورت توبه مجرم و عفو رهبری (ماده ۲۷۸)...

اما تعزیرات منصوص شرعی چیست؟ این عنوان ظاهراً در فقه سابقه ندارد؛ آنچه در فقه دیده می‌شود عنوان تعزیرات مقدر است. علاوه بر اینکه در خود قانون نیز نه تعریف شده و نه مصادیق آن مشخص شده است!

چیزی که مسلم است تعزیرات مقدر، که برخی از فقها در فقه از آن نام برده‌اند، مصادیق این عنوان است و شاید تنها مصداق آن بوده، این دو عنوان بر یکدیگر منطبق باشند. لکن از نظر مفهومی تعزیر منصوص می‌تواند اعم از تعزیرات مقدر باشد. چرا که تعزیر منصوص، به معنی تعزیری است که در شرع به وجود آن تصریح شده و این مفهوم علاوه بر اینکه قطعاً شامل تعیین مجازاتی منصوص و معین می‌شود، ممکن است شامل تمامی مواردی بشود که در شرع عملی موجب تعزیر دانسته شده است یعنی در واقع جرایم تعزیری منصوص. احتمال اخیر اگرچه توسط برخی حقوقدانان تقویت شده است (ساریخانی، ۱۳۹۵ ش، ص ۱۰۸) لکن فرضی بعید و غیر قابل قبول بنظر می‌رسد. چرا که بسیاری از جرایم تعزیری مذکور در قانون، در روایات نیز به عنوان جرم شناخته شده، موجب تعزیر دانسته شده‌اند. به عنوان مثال انواع سرقت‌های غیر حدی که در کتاب تعزیرات ذکر شده‌اند، از نظر روایات و فقها نیز همین که موجب حد نیست مستوجب تعزیر دانسته شده‌اند. اگر بخواهیم چنین معنایی از این عنوان داشته باشیم بسیاری از جرایمی را که به عنوان جرم تعزیری شناخته می‌شود و در نظام قضایی کنونی، بدون هیچ مخالفتی، مقررات عام تعزیرات در آنها جاری می‌شود را باید داخل در استثناء تعزیرات منصوص شرعی بدانیم. به علاوه، این تفسیر مستلزم آن است که در اینجا مقصود قانونگذار از تعزیر، کیفر تعزیری نباشد بلکه جرم موجب تعزیر باشد که خلاف رویه صحیح او در بکاربردن این لفظ است (سلیمانی، ۱۳۹۸، ص ۱۱۴). ضمناً تعبیر قانونگذار در ماده ۱۳۵ نیز "تعزیر معین" است و بعید است مفهوم و مصادیق متفاوتی از تعزیر منصوص را قصد کرده باشد و لذا این ماده نیز مؤید آن است که مقصود از تعزیر منصوص نیز همان تعزیرات مقدر است.

نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه نیز این دیدگاه را تایید می‌کند:

«تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در شرع مقدس اسلام برای یک عمل معین، نوع و مقدار کیفر مشخص شده است؛ بنابراین، مواردی که به موجب روایات و یا هر دلیل شرعی دیگر، به طور کلی و مطلق برای عملی تعزیر مقرر شده است ولی نوع و مقدار آن معین نگردیده، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی‌شود.» (۹۷۱/۹۲/۷-۲۸/۵/۹۲)

تجزیرات منصوص شرعی؛ تاقتات فقهی و ابهامات حقوقی / ۱۶۶

پس می‌پذیریم که مقصود از تعزیرات منصوص همان نهاد متناقض و مبهمی است که برخی فقها آن را تعزیرات مقدر نامیده‌اند؛ اما مشکل ما تعیین مصداق است. در قانون نمی‌توان به احتمالات علمی و اختلاف اقوال فقها اتکا کرد لذا باید مصداق این عنوان تازه‌وارد دقیقاً مشخص شود. لکن متأسفانه قانونگذار موضوع را به اجمال و ابهام وانهاد و مصداق آن را تعیین ننموده است. جا داشت قانونگذار، اگر می‌خواهد نظر شورای نگهبان را در باب تعزیرات منصوص بپذیرد، در باب کلیات قانون مجازات، تعریف و ویژگی‌های تعزیرات منصوص را ذکر می‌کرد و مصداق آن را مشخص می‌نمود. یا به عنوان مثال در بحث از مواد عمومی حدود، ذیل ماده ۲۱۹ که مقرر می‌دارد: «دادگاه نمی‌تواند کیفیت، نوع و میزان حدود شرعی را تغییر یا مجازات را تقلیل دهد یا تبدیل یا ساقط نماید. این مجازات‌ها تنها از طریق توبه و عفو به کیفیت مقرر در این قانون قابل سقوط، تقلیل یا تبدیل است» جرایم تعزیری منصوص را ذکر نموده ملحق به حدود می‌نمود (برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۹). و مقرر می‌کرد که این‌گونه تعزیرات در عدم اختیار قاضی در تغییر و تبدیل و تخفیف مجازات تابع حدود است.

۶-۲- مصادیق تعزیرات منصوص شرعی در قانون

برای یافتن مصداق، بهترین کاری که به ذهن می‌رسد این است که با نگاه به فهرستی که از تعزیرات مقدر مطرح در فقه به دست آورده‌ایم، آن را با قانون تطبیق داده، در قانون مجازات به دنبال موارد تعزیرات مقدر بگردیم.

از ۲۰ موردی که در کلام فقها به عنوان تعزیر مقدر شنا سایی نمودیم موارد ۸ تا ۱۷ صرفاً به عنوان یک احتمال علمی در کتابی غیرفقه‌ای مطرح شده است. در موارد ۱ تا ۷ نیز برخی فقها قائل به مطلق تعزیرند و مقدر بودن را نپذیرفته‌اند و در مقدار مجازات مقدر برخی از آنها نیز اختلاف نظر هست. حال فرض را بر این می‌گذاریم که تمام این موارد تعزیرات مقدر شرعی هستند؛ با مرور مواد قانونی می‌بینیم که صرفاً ۲ مورد از آنها را می‌توان گفت به نوعی در قانون جرم‌نگاری شده است:

۱- قرار گرفتن دو مرد برهنه یا دو زن برهنه زیر یک پوشش

۲- قرار گرفتن مرد و زن برهنه‌ای زیر یک پوشش

مورد اول را شاید بتوان یکی از مصداق هم‌جنس‌گرایی دانست که تا پیش از قانون جدید با خلأ قانونی مواجه بود و اکنون در ماده ۲۳۷ جرم‌نگاری شده است:

ماده ۲۳۷- هم‌جنس‌گرایی انسان مذکر در غیر از لواط و تفریح از قبیل تقبیل و ملامسه از روی شهوت، موجب ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجه شش است. تبصره ۱- حکم این ماده در مورد انسان مؤنث نیز جاری است.

مورد دوم نیز به همین ترتیب می‌تواند مصداقی از ماده ۶۳۷ بخش تعزیرات باشد:

ماده ۶۳۷- هرگاه زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا ۹۹ ضربه محکوم خواهند شد.

اکنون اشکال در این است که اگر مقصود قانونگذار از تعزیرات منصوص شرعی این دو ماده باشد پس باید تعزیر منصوص و مقدر شرعی را حکم کرده باشد. لکن می‌بینیم که اگرچه در این دو موضوع فقها اختلاف نظر زیادی دارند و در هر کدام لااقل سه حکم مختلف مطرح است لکن قانونگذار از هیچ‌یک از این نظرات تبعیت نکرده و حتی در روایات نیز چنین مقداری ذکر نشده (محمدجواد؛ هاشمی، ۱۳۹۵، ص ۴۰) تا بگوییم حاصل اجتهاد شخصی قانونگذاران در جمع میان روایات است!

در مورد قرار گرفتن دو مرد برهنه یا دو زن برهنه زیر یک پوشش، پیش از این اقوال علما را ذکر کردیم. در این مورد ۵ قول مختلف وجود دارد: ۳۰ تا ۹۹ ضربه شلاق، ۱۰ تا ۹۹ ضربه شلاق، ۹۹ ضربه شلاق، ۱۰۰ ضربه شلاق و مطلق تعزیر؛ اما حکم قانون مجازات این است: «۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجه شش». پس قانونگذار اصولاً به میزان مقدر و معین مجازات برای این جرایم پایبند نبوده که م‌سأله عدول یا عدم عدول از آن مطرح شود! لذا بنظر نمی‌رسد این حکم را تعزیر منصوص و مقدر شرعی پنداشته باشد. اگر شورای نگهبان نگران وجود حکم خلاف شرع بوده است مهم‌تر آن بود که به به اصل این ماده و حکم مذکور در آن ایراد بگیرد!

در واقع این مجازات مشابه روال و شیوه قانونگذار در تعیین میزان شلاق در مورد انواع جرایم تعزیری است که در قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۶۲ در پیش گرفت و در سال ۱۳۷۰ تعدیل شد و می‌توان آن را متخذ از قولی غیر مشهور در مورد میزان حداکثر در تعزیر دانست و اختصاصی به این جرم ندارد و نشان می‌دهد قانونگذار این جرم را واجد مجازات منصوص ندانسته است.

اما حکم قانون در مورد روابط نامشروع مادون زنا به حکم فقها شبیه‌تر است. در این مورد ۳ قول میان فقها وجود دارد؛ مشهور فقها قائل به مطلق تعزیرند، برخی همچون مرحوم امام خمینی، که قاعداً نظرات ایشان بیشتر مورد توجه است، قائل به ۹۹ ضربه شلاق است و برخی قدما همچون شیخ مفید و ابن زهره نیز قائل به ۱۰ تا ۹۹ ضربه شلاق بوده‌اند. اما قانونگذار حکم به «تا ۹۹ ضربه شلاق» نموده است. شاید گفته شود این حکم با توجه به شباهت و نزدیکی‌اش به مضمون روایات، حاصل اجتهاد فقهای شورای نگهبان است و در واقع ایشان برخلاف مرحوم شیخ مفید که حداقل تعزیر را ۱۰ ضربه تازیانه می‌دانسته، کمتر از آن را نیز جایز دانسته‌اند لکن در این صورت بنظر نمی‌رسد جایز باشد که

تجزیرات منصوص شرعی؛ تناقضات فقهی و ابهامات حقوقی / ۱۶۸

شورای نگهبان آنچه را خلاف نظر شاذ خود باشد، خلاف شرع بداند! خصوصاً که قول مشهور میان فقها همان مطلق تعزیر است.

تنها موردی که باقی می ماند امر به قتل است. گفتیم که این جرم را اگرچه فقها اشاره ای به عنوان تعزیر مقدر در مورد آن نکرده اند، لکن بنا بر مبنای برخی از فقها می توان آن را تعزیر مقدر دانست. در ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی آمده است:

ماده ۳۷۵- اکره در قتل مجوز قتل نیست و مرتکب، قصاص می شود و اکره کننده، به حبس ابد محکوم می گردد...

اکراه به قتل را می توان مصداقی از امر به قتل دانست و اگرچه صرفاً یک روایت در این مورد وجود دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۴۸) که حکم به حبس ابد امر قتل داده است لکن بسیاری از فقها به این روایت عمل نموده، به آن فتوا داده اند و صاحب ریاض آن را حکم مشهور میان فقها دانسته است (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۱۸۸).

البته قانونگذار نیز در بیان این حکم از فقها تبعیت کرده، این حکم را در عداد تعزیرات ذکر ننموده است و به مناسبت موضوع، آن را در کتاب قصاص ذکر کرده است. لکن گفتیم که در واقع ماهیت آن قصاص نیست و باید مجازات تعزیری یا حد دانسته شود. پس اگر نظریه تعزیرات مقدر را صحیح بدانیم و اگر آن روایت واحد را بپذیریم و اصرار بر مقدر بودن و غیر قابل تبدیل و تغییر بودن حکم امر قتل داشته باشیم و اگر این حکم را یک حکم تعزیری و یکی از مصادیق بحث تعزیرات مقدر بدانیم، می توان این حکم را تنها مصداق بحث عریض و طویل تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی دانست. اینجا است که اصرارهای شورای محترم نگهبان بر استثنا نمودن تعزیرات منصوص شرعی از قواعد عام تعزیرات زیر سؤال می رود.

جمع بندی

کوتاه سخن اینکه، ایراد شورای نگهبان بر چنین موادی مبتنی بر مفروض گرفتن دو امر نادرست است:

۱- پذیرش کیفرهایی تحت عنوان تعزیرات منصوص شرعی؛ به این معنا که در شرع کیفرهایی وجود دارد که کیفر حدی محسوب نمی شوند و قواعد مربوط به حدود در آنها جاری نیست و لذا عنوان تعزیر گرفته اند؛ لکن در عین حال کیفرهایی مقدر و معین از سوی شارع هستند و تعیین کیفیت آنها به حاکم واگذار نشده و لذا غیر قابل تغییر هستند و خواص تعزیرات را هم ندارند.

۱۶۹/ مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هفتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱۴۵-۱۷۳

دیدیم که این نظر به هیچ وجه یک امر اثبات شده در فقه اعم از ضروری دین یا اجماعی نزد فقها یا متفق علیه یا لاقبل مشهور میان فقها نیست که شورا مواد قانونی مخالف با آن را خلاف شرع بدانند.

۲- در قانون مجازات اسلامی چند مورد از این کیفرهای تعزیری مقدر شرعی وجود دارد که باید از اختیاراتی که حاکم در مورد تعزیرات اعمال کرده است استثنا شود؛

تفصیلاً بررسی کردیم و نهایتاً دیدیم که این فرض نیز مردود و مبتنی بر تصویری غیرواقع بوده است. در نتیجه تبصره‌ای که قانونگذار در پی ایراد شورا بر ماده ۱۱۵ افزود، زائد بوده، باید فاقد کارایی دانسته شود. لکن مسأله این است که اولاً ماهیتی مخدوش و غیرمحققانه دارد و حتی اگر در قانون مصداق نیابد، اما نباید قانون مشتمل بر حکمی ناصواب باشد. مضاف بر اینکه اجمال و ابهامش موجب می‌شود تعزیرات مقدر و منصوص شرعی تاب برداشت‌ها و بکارگیری‌های موسع از سوی قضات را داشته باشد؛ کما اینکه فهم نادرست از اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز ایشان را به این سمت سوق می‌دهد.

تجزیرات منصوص شرعی؛ تناقضات فقهی و ابهامات حقوقی / ۱۷۰

منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۳، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۰۳ ه.ق.
۲. اکبری، محمدجواد؛ ها شمی، سیدح سین، واکاوی مصادیق تعزیرات منصوص در فقه امامیه، جستارهای فقهی و اصولی، پاییز ۱۳۹۵ سال دوم، شماره ۳.
۳. برهانی، محسن؛ نادری فرد، مریم، تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱۰، بهار ۱۳۹۴.
۴. الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۵، داراحیاء التراث العربی، بیروت.
۵. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، ریاض المسائل، جلد ۱۵، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۶. حسینی، سید محمد، دو گونه کیفر در مقابل دو دسته بزه (بازتعریف حدود و تعزیرات از دیدگاه فلسفه کیفری)، مطالعات حقوق خصوصی، بهار ۱۳۸۷، سال سی و هشتم - شماره ۱.
۷. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، ص ۴۳۵، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، اول، ۱۴۱۷ ه.ق.
۸. حلبی، ابو الصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، اصفهان - ایران، اول، ۱۴۰۳ ه.ق.
۹. حلّی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، دوم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۰. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیه، ج، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، اول، ۱۴۲۰ ه.ق.
۱۱. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ج ۹، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۲. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۴، مؤسسه اسماعیلیان، قم، دوم، ۱۴۰۸ ه.ق.
۱۳. حلّی، مقداد بن عبد الله، کنز العرفان فی فقه القرآن، جلد ۲، انتشارات مرتضوی، قم، اول، ۱۴۲۵ ه.ق.
۱۴. خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسيلة، ج ۲، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، اول.

۱۷۱/ مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هفتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱۴۵-۱۷۳

۱۵. خوبی، سید ابوالقاسم موسوی، تکملة المنهاج، نشر مدينة العلم، قم، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۶. خوبی، سید ابوالقاسم موسوی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی ره، قم، اول، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۱۷. ساریخانی، عادل و محمدهادی توکل پور، مفهوم شناسی تعزیرات منصوص شرعی با تأکید بر نظریه های شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱۴.
۱۸. سلیمانی، حسین، پژوهشنامه حقوق کیفری، بهار و تابستان ۱۳۹۸، شماره ۱.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، جلد ۱۰، دار الکتب الإسلامية، تهران، چهارم، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، دارالکتب العربی، بیروت، دوم، ۱۴۰۰ هـ.ق.
۲۱. عاملی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد ۱۴، ص ۳۲۵، مؤسسه المعارف الإسلامية، قم، اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۲۲. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، جلد ۲، کتابفروشی مفید، قم، اول.
۲۳. کاشانی، فیض، محمد محسن، مفاتیح الشرائع، ج ۲، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، قم، اول.
۲۴. گلپایگانی، سید محمدرضا، الدر المنضود فی احکام الحدود، ج ۱، دار القرآن الکریم، قم، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۲۵. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، حدود و قصاص و دیات، مؤسسه نشر آثار اسلامی، تهران، اول، ۱۳۶۲ هـ.ق.
۲۶. مفید، محمد بن محمد بن نعمان، المقنعة، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۲۷. مکارم شیرازی، ناصر، تعزیر و گستره آن، انتشارات مدرسه الإمام علی علیه السلام، قم، اول، ۱۴۲۵ هـ.ق.
۲۸. منتظری، حسین علی، کتاب الحدود، ص ۴، دارالفکر، قم، ۱۴۳۰ هـ.ق.
۲۹. موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم، فقه الحدود و التعزیرات، انتشارات دانشگاه مفید، قم، دوم، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۳۰. مومن قمی، محمد، مجله فقه اهل بیت، ش ۳۵، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم.

تجزیرات منصوص شرعی؛ مناقشات فقهی و ابهامات حقوقی / ۱۷۲

۳۱. نجفی، کاشف الغطاء، احمد بن علی، سفینه النجاة و م شکاة الهدی و م صباح الاسعادات، ج ۳، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف اشرف، اول، ۱۴۲۳ هـ ق.

۳۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۴۱، دار إحياء التراث العربی، بیروت، هفتم، ۱۴۰۴ هـ ق.

۳۳. نوبهار، رحیم، جستاری در مبانی تقسیم بندی حد-تعزیر در فقه کیفری اسلام، تحقیقات حقوقی، پاییز ۹۲.

۳۴. نوبهار، رحیم؛ عرفانی فر، امیر، واکاوی تحلیلی-انتقادی تفاوت های میان حد و تعزیر، نشریه راهبرد، ش ۸۲، بهار ۹۶.

***Sharia prescribed punishments, jurisprudential contradictions
and legal ambiguities¹***
mahdiar rahmandoost²

Abstract

Sharia punishments were a title that in the past was considered a mystery in law; However, when the recent Islamic Penal Code, under the title of prescribed Sharia punishments, explicitly included it in the text of the law and imposed conditions on it, the nature of the definition and the determination of its instances became doubly important; An important matter that has not been addressed by the legislator and his assistants, nor by the few and limited efforts of the jurists, has reached a definite and consensus conclusion about its examples! This article is another attempt to find examples of this institution, which undertakes a more extensive exploration of the jurisprudential background of this discussion, carefully separates the limits and punishments, examines and categorizes different sayings in the number of limits, and tries to find examples of predestined punishments. Draw out from the opinions of the jurists. Finally, he takes a comparative look at the jurisprudence and the law of punishment and reaches different and astonishing conclusions about the examples of prescribed punishments in the Islamic Penal Code.

Keywords: *Limit punishments punishments prescribed religious punishments Jurisprudence Islamic Penal Code.*

¹- Receive Date: 06 September 2021, Accept Date: 20 October 2021.

²- Ph.D. in (Criminal Law and Criminology), Edalat University, Tehran. Iran.

mahdiar.ir@gmail.com