



تعزیر منصوص شرعی؛ حد یا تعزیر؟* (بازپژوهی فقهی تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی)

دکتر مجتبی جاویدی^۱

استادیار دانشگاه شیراز

Email: dr-mojtabajavidi@shirazu.ac.ir

ابوطالب بنی اسدی

دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه شیراز

Email: a.baniasadi72@gmail.com

چکیده

در خصوص برخورد «حدگونه» قانونگذار با «تعزیرات منصوص شرعی» در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، این پرسش مطرح می‌شود که اساساً ماهیت تعزیرات منصوص شرعی و وجه تمایز آن از حدود مصطلح چیست؟ در منابع فقهی رویکردهای مختلفی اتخاذ شده است: ۱. حدی بودن موارد منصوص؛ ۲. تعزیری و مقدر بودن آن‌ها؛ ۳. تعزیری و غیرمقدر بودن آن‌ها. در این پژوهش رویکرد فعلی قانونگذار و نظر فقهی شورای نگهبان در خصوص «تعزیرات منصوص شرعی» به روش توصیفی تحلیلی انتقادی و با رویکردی اجتهادی، نقد و پس از جمع بندی آرای مختلف فقهی، نتیجه‌گیری شده است. بر اساس نتایج حاصل از این تحقیق، «تعزیرات منصوص شرعی» همانند دیگر تعزیرات، مطلقاً منوط به رأی حاکم شرع است؛ لذا برخورد حدگونه قانونگذار با آن‌ها و تأسیس نوع جدیدی از مجازات تعزیری در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی محل اشکال است.

کلیدواژه‌ها: تعزیر منصوص شرعی، حد، تعزیر، فقه امامیه، قانون مجازات اسلامی، شورای نگهبان.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۸/۱۱/۱۱، تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۹/۰۲/۱۰.

۱. نویسنده مسئول

**“Sharia Taazir Mentioned in Narrations”; Hadd (fixed punishment)
or Taazir (discretionary punishment)?
(Jurisprudential reinvestigation of note 2 of article 115 of the
Islamic Penal Code)**

Mojtaba Javidi, Ph.D., Assistant Professor, Shiraz University (corresponding author)

Aboutaleb Bani Asadi, M.A student of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Shiraz University

Abstract

As regards the treatment of “Sharia Taazirs mentioned in narrations” as Hudud by the legislator in note 2 of article 115 of the Islamic Penal Code, the question arises as to the nature of Sharia Taazirs mentioned in narrations and how they differ from Hudud in their terminological meaning? Different approaches have been adopted in jurisprudential sources: 1- the instances mentioned in narrations are Haddi; 2- such instances are Taaziri and whose amount is prescribed; 3- such instances are Taaziri and whose amount is not prescribed. In this research, the legislator's current approach and the jurisprudential view of the Guardian Council concerning “Sharia Taazirs mentioned in narrations” have been criticized through descriptive, analytical and critical method and with an Ijtihadi approach and after summarizing the different jurisprudential opinions, the conclusion has been made. The results of this study show that “Sharia Taazirs mentioned in narrations”, as other Taazirs, are absolutely at the discretion of the Sharia ruler; consequently, their treatment as Hudud by the legislator and establishing a new type of Taaziri punishments in note 2 of article 115 of the Islamic Penal Code is questionable.

Keywords: Sharia Taazir mentioned in narrations, Hadd, Taazir, Islamic Jurisprudence, the Islamic Penal Code, the Guardian Council.

مقدمه

در نتیجه ایرادات شورای نگهبان بر ماده ۱۱۵ و دیگر مواد همسو با آن در لایحه مجازات اسلامی و اعلام خلاف شرع بودن اطلاق مقررات این ماده راجع به توبه و نیز دیگر احکام ارفاقی در تعزیرات منصوص شرعی که از اطلاق مواد مزبور بر می‌آمد (نک: پژوهشکده شورای نگهبان، ۷۴)، قانونگذار با الحاق تبصره دوم به ماده ۱۱۵، نوعی از تعزیرات را تحت عنوان تعزیرات منصوص شرعی از دایره اطلاق این ماده و سایر مواد ارفاقی تعزیر مستثنی کرد و برخوردی حدگونه درباره آن اعمال داشت. از یک سو فقدان تعریفی مشخص از مفهوم این عنوان کلی و جدید در قانون مجازات اسلامی و از سوی دیگر ارائه تفسیری موسع و نامتعارف از آن توسط شورای نگهبان به عنوان عامل اصلی ایجاد این تأسیس از دیگر سوی، موج گسترده‌ای از منازعات فقهی حقوقی را در میان اندیشمندان حوزه فقه و حقوق جزا به دنبال داشته است.

در میان فقها، شهید ثانی برای اولین بار به بررسی این موضوع پرداخته است. به اعتقاد شهید ثانی، عموم و اطلاق تعریف محقق حلی در باب تعزیر شرعی، غیر مقدر بودن جمیع تعزیرات را افاده می‌کند، در حالی که گروهی از روایات بر مقدر بودن برخی مصادیق آن دلالت دارند. بر این اساس، وی وجود این موارد مقدر منصوص را نقض ضابطه ارائه شده توسط محقق حلی می‌پندارد و لذا تعریف جدیدی را در این باره ارائه می‌دهد. این اشکال شهید ثانی توجه سایر فقها را نیز به خود معطوف داشته است، به طوری که فقهای پس از او، رویکردهای متفاوتی را اتخاذ کرده‌اند: برخی تعزیری بودن موارد مقدر را به مقتضای تقدیرشان نمی‌پذیرند و آن‌ها را در شمار حدود به حساب آورده‌اند (نک: تبریزی، ۱۱؛ مشکینی، ۲۰۳؛ منتظری، ۴)؛ برخی دیگر، اگرچه اصل در تعزیر را عدم تقدیر می‌دانند، لیکن در مواجهه با تعزیرات منصوص، این موارد را حمل بر خلاف اصل کرده و کلیت داشتن اصل مزبور را مورد تردید قرار داده‌اند (نک: شهید ثانی، ۳۲۶/۴؛ گلپایگانی، ۲۰/۱؛ مقدس اردبیلی، ۱۷۷/۱۳)؛ عده‌ای نیز از باب متابعت از اصول و عموماًت باب تعزیر، تقدیری بودن را به مقتضای تعزیری بودن موارد مزبور، نپذیرفته و موارد منصوص را حمل بر مصداق کرده‌اند (نک: مکارم شیرازی، انوار الفقاهة، ۱۱).

مقاله حاضر می‌کوشد با مراجعه به نظرات فقها و ادله تفصیلی آن‌ها، این موضوع را به روش توصیفی تحلیلی انتقادی و با رویکردی اجتهادی بررسی کند و در ضمن ارائه تعریف پذیرفته شده فقها از تعزیرات منصوص شرعی، به بررسی این مسئله بپردازد که رویکرد فعلی قانونگذار در باب تعزیرات منصوص شرعی و تفسیر موسع شورای نگهبان از آن، با کدام یک از مبانی معتبر فقهی در فقه امامیه مطابقت دارد؟ اهمیت این موضوع از آن جهت است که مطابق تلقی فعلی قانونگذار به تبع ایراد شورای

نگهبان، در قانون مجازات اسلامی این دسته از تعزیرات شرعی به مثابه حدود انگاشته شده‌اند و عملاً امکان اعمال بسیاری از نهادهای ارفاقی تعزیر از قبیل عفو، تخفیف، تعویق و تعلیق مجازات درباره آن منتفی شده است. نوشتار حاضر پس از بررسی مبانی فقهی موضوع مورد بحث و تثبیت نظریه مختار، این رویکرد قانونگذار را نقد و بررسی می‌کند.

نگارنده پس از مطالعه و بررسی پژوهش‌هایی که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم به تعزیرات منصوص شرعی پرداخته‌اند، در نهایت پژوهشی را نیافته است که به صورت جامع، اقوال موجود در این رابطه را به همراه ادله تفصیلی آن‌ها بررسی کند. پژوهش‌های انجام‌پذیرفته اغلب به بررسی صرفاً گزارش‌گرایانه‌ای از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی بسنده کرده‌اند؛ لذا نیاز به پژوهش پیرامون این مسئله به گونه‌ای که اولاً به بررسی تعزیرات منصوص شرعی از نظر حد یا تعزیری بودن آن‌ها بپردازد؛ ثانیاً جامع اقوال موجود باشد؛ ثالثاً به بررسی تفصیلی ادله و نقد و بررسی سندی و دلالتی روایات مستند بپردازد؛ رابعاً به جمع‌بندی آرای مختلف فقهی نائل آمده و نظریه واحدی را ارائه دهد، ضروری به نظر می‌رسید.

۱. مفهوم‌شناسی تعزیر

۱-۱. تعزیر در لغت و اصطلاح

تعزیر در لغت در معانی زیادی به کار رفته است؛ از جمله تعظیم، توقیر، تأدیب (جوهری، ۷۴۴/۲)، ملامت و سرزنش و ضرب دون‌الحد (مرتضی زبیدی، ۲۱۲/۷). راغب ذیل واژه تعزیر می‌نویسد: «تعزیر به معنای نصرت و یاری همراه با احترام است؛ مانند «تُعَزِّرُوهُ» (فتح: ۹) و «عَزَّرْتُمُوهُمْ...» (مانده: ۱۲). تعزیر نیز زدن کمتر از حد است که این معنا به همان معنای اول باز می‌گردد؛ زیرا تشبیه و ضرب کمتر از حد، تأدیب است و تأدیب نوعی نصرت و یاری به شمار می‌آید. معنای اول، یاری کردن به وسیله از بین بردن اسباب زیان فرد است و معنای دوم، یاری کردن فرد از طریق منع او از اسباب زیانش می‌باشد» (راغب اصفهانی، ۳۳۳).

برخی پژوهشگران دو کاربرد واژه تعزیر در متون شرعی و فقهی را، مطلق مجازات‌ها جز قصاص و دیه و مجازات‌های غیر مقدره دانسته‌اند (حسینی، ۱۳۶). به نظر می‌رسد وجه مشترک میان تعاریف گوناگون تعزیر در متون فقه امامیه، اشاره به غیر مقدر بودن آن باشد (جاویدی و حمیدی، ۹۲ تا ۹۳). بر اساس نظر مشهور در فقه امامیه، هرکس معصیتی مرتکب شود که حدی برای آن معصیت تعیین نشده باشد، تعزیر می‌شود؛ پ؛ مثل کسی که مالی به اندازه نصاب را از محلی بدون حفاظ یا مالی کمتر از حد نصاب را از مکانی با حفاظ سرقت کند (نک: طوسی، المبسوط، ۶۹/۸). تعزیر نباید به اندازه حدود تعیین شده شرعی

باشد و تعیین مقدار و تشخیص آن به عهده شخص امام [و یا نائب او] است (علامه حلی، مختلف الشیعة، ۵۴۸/۳). بر این اساس، نظر منسوب به فقهای شیعه، یعنی تعریف تعزیر به عقوبتی که شارع اندازه معینی برای آن تعیین نکرده است (جمعی از نویسندگان، ۷۵)، به عنوان مبنای نگارش این مقاله در نظر گرفته شده است.

۱-۲. تعزیرات منصوص شرعی

در عبارات فقها، عنوانی به نام تعزیرات منصوص شرعی وجود ندارد، اما مطابق برداشت لغوی، امکان اراده دو معنای متفاوت از آن وجود دارد:

ا) مواردی که به موجب روایات برای عملی معین، تعزیر مقرر شده است، هرچند نوع و مقدار آن تعیین نشده باشد.

ب) مواردی که به موجب روایات، برای عمل معین تعزیری، نوع و مقدار کیفر مشخص شده باشد. این اصطلاح اولین بار در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ به کار رفت، اما تعریفی از آن ارائه نشد. بررسی نظرات شورای نگهبان در خصوص موادی که تعزیرات منصوص شرعی از آن‌ها مستثنا شده اند، حاکی از آن است که شورای نگهبان در خصوص معنای نخست را مدنظر داشته است (نک: ساریخانی و توکل پور، ۱۰۴ تا ۱۰۵). برخی معتقدند که چون این قید بر اساس ایراد شورای نگهبان به قانون مجازات اسلامی اضافه شده است، در تفسیر آن بایستی ملاک را نظر شورای نگهبان قرار داد (همو، ۱۰۳ تا ۱۰۲)، اما با توجه به اینکه قوانین در کشور ایران مبتنی بر شرع مقدس هستند، هنگام تفسیر آن بایستی به منابع معتبر اسلامی رجوع کرد و با رجوع به این منابع، بطلان چنین معنایی روشن است؛ زیرا چنان که به زودی خواهیم گفت آنچه در متون فقهی محل نزاع فقها است منحصراً وجه تقدیر برخی مصادیق تعزیر، به رغم قاعده بیدالمحاکم بودن آن است و گرنه در شمول احکام ارفاقی تعزیر نسبت به سایر مصادیق غیرمقدر ولو آنکه به تعزیری بودن آن‌ها در روایات تصریح شده باشد، هیچ گونه تردیدی بین فقها وجود ندارد. بر اساس موازین حقوقی نیز علاوه بر آنکه معنای دوم با مبانی تفسیری به منظور کشف اراده مقنن سازگار است، با قاعده تفسیر مضیق و تفسیر به نفع متهم قوانین کیفری نیز انطباق دارد (ساریخانی و اکرمی، ۱۵۵)؛ لذا محتوای این مقاله، در کنار پرداختن به مسئله اصلی خود یعنی حد یا تعزیر بودن تعزیرات منصوص شرعی، عملاً به نوعی نقد دیدگاه شورای نگهبان در خصوص مفهوم تعزیرات منصوص شرعی نیز محسوب می‌شود. قضات نیز هنگام صدور رأی، الزامی به صدور رأی بر اساس مشروح مذاکرات شورای نگهبان ندارند و بر اساس اصول حقوقی، مشروح مذاکرات تنها می‌تواند در تفسیر قوانین کمک کند و الزامی در نوع برداشت ایجاد نمی‌کند. بر این اساس به عقیده نگارنده، تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در

روایات برای عملی معین، نوع و مقدار کیفر مشخص شده باشد و همین معنا، ملاک بررسی موضوع مقاله در فقه امامیه است. در نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه^۱ نیز همین معنا پذیرفته شده است.

۲. تقریر محل نزاع

۲-۱. ضابطه محقق حلی در باب حد و تعزیر

در میان قداما، فقیهی را نمی توان یافت که متعرض بحث تعزیرات منصوص شرعی شده باشد، بلکه آنان پس از معرفی تعزیر به عنوان مجازاتی غیرمقدر و منوط به رأی حاکم و امام، صرفاً در لابه لای عبارات خویش موارد مزبور را ذکر می کردند. این امر حاکی از آن است که از دیدگاه فقهای متقدم، وجود این موارد خلاف اصل، خدشه ای بر اصل و ضابطه کلی پذیرفته شده در باب تعزیر وارد نمی کند.

تمامی این اختلاف دیدگاه ها، در میان فقهای متأخر و از آنجا سرچشمه می گیرد که محقق حلی در مقام بیان ضابطه حد و تعزیر می نویسد: «کُلُّ ما له عقوبةٌ مقدَّرهٌ یسَمی حدّاً و ما لیس کذلک یسَمی تعزیراً» (شرائع الإسلام، ۴/۱۳۶). آن گاه این گفتار محقق، محل نقد و اشکال فقهای پس از او قرار گرفته و به این ترتیب، این مسئله اقوال مختلفی را به خود دیده است.

۲-۲. اشکال شهید ثانی بر تعریف محقق

شهید ثانی در شرح کلام محقق اشکالی را مطرح می سازد. او اگرچه در مقدر بودن حد نسبت به جمیع افراد خود با محقق همراه است، اما این ضابطه کلی پذیرفته شده او را در باب تعزیر نمی پذیرد و لذا قید غلبه را بر آن می افزاید و تعزیر را این گونه تعریف می کند: «عقوبةٌ أو إهانةٌ لا تقدیر لها بأصل الشرع غالباً». سپس چنین می فرماید: هر چند اصل در تعزیر، غیر مقدر بودن است و اغلب افراد آن نیز چنین است، لیکن در روایات برخی از مصادیق آن به صورت مقدر وارد شده اند که عبارت اند از: ۱. تعزیر کسی که در روز ماه رمضان با همسر خود نزدیکی کند که ۲۵ تازیانه برای او تعیین شده است؛ ۲. کسی که کنیزی را بدون اجازه زن مسلمانش به ازدواج خود در آورد که ۱۲/۵ تازیانه برای او معین شده است؛ ۳. دو مرد برهنه در لحاف واحد خوابیده باشند که بنا بر قولی تعزیر آن ها ۳۰ تا ۹۹ تازیانه است؛ ۴. کسی که باکره ای را با انگشت ازاله بکارت نماید که بر اساس نظر شیخ طوسی بین ۳۰ تا ۷۹ تازیانه و بر اساس نظر شیخ مفید بین ۳۰ تا ۸۰ تازیانه بر او جاری می شود؛ ۵. مرد و زنی که به صورت عریان در زیر لحاف واحد خوابیده باشند که شیخ مفید می فرماید از ۱۰ تا ۹۹ تازیانه بر او زده می شود، در حالی که شیخ طوسی در این باره بدون ذکر تعداد ضربات تنها به طور اطلاق تعزیر را ذکر کرده و در کتاب خلاف گفته است: اصحاب ما در این باره

۱ نظریه شماره ۱۴۰۶/۹۲/۷ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۲.

«حد» (یعنی ۱۰۰ تازیانه) روایت کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴/۳۲۷ تا ۳۲۶).

این درحالی است که فقها تعزیر را به استناد روایات، مجازاتی غیرمقدر و منوط به رأی حاکم شرع دانسته‌اند. بنابراین تقييد تعزیرات شرعی در این موارد به قید تعیین، نمودار نوعی تناقض است. نوشتار حاضر می‌کوشد تناقض موجود در عنوان مزبور را به نحوی رفع یا توجیه کند.

۳. بررسی اقوال و احتمالات

در مواجهه با تعزیرات منصوص شرعی، احتمالات سه‌گانه‌ای مطرح است که در میان فقها، هرکدام طرفدارانی دارد:

۳-۱. دیدگاه نخست: حدی بودن

اکثر طرفداران این دیدگاه، در میان موارد مقدر مذکور در عبارت شهید ثانی، تنها دو مورد نخست را داخل در عنوان حد مصطلح دانسته‌اند. از آنجاکه در مابقی موارد، تعیین میزان مجازات میان طرفین مقدر منوط به رأی حاکم شرع است و تقدیر معتبر در حدود شرعی در آن‌ها نیست، لذا این‌گونه موارد را نیز در حکم سایر موارد تعزیر انگاشته‌اند که به رأی حاکم مراجعه می‌شود (روحانی، ۳۷۳/۲۵؛ گلیایگانی، ۲۱/۱؛ منتظری، ۴). البته در مقابل این گروه، برخی تمامی موارد مذکور را در شمار حدود به حساب آورده و دلالت روایات بر مدعای شهید را کوتاه و ناتمام دانسته‌اند (نک: فاضل موحدی لنکرانی، ۱۱).

مهم‌ترین ادله طرفداران حدی بودن تعزیرات منصوص شرعی عبارت است از:

۱- انطباق تعریف حد، حداقل بر بخشی از موارد مقدر (مشکینی، ۲۰۳/۱)؛ توضیح اینکه اگر فرق میان حد و تعزیر، چیزی جز تقدیر و عدم تقدیر نباشد، پس چگونه عقوبتی که میزان معینی دارد، داخل در عنوان حد نباشد؟ (تبریزی، ۸ تا ۹).

۲- ممکن است اطلاق لفظ تعزیر در روایات در مقابل حد نباشد (نک: تبریزی، ۹؛ روحانی، ۳۷۳/۲۵؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۸)، بلکه به لحاظ معنی لغوی آن باشد (مشکینی، ۲۰۳). به عبارت دیگر، گویی آنچه شهید ثانی را برانگیخته تا موارد مقدر مذکور را تعزیر بنامد، اطلاق لفظ تعزیر در نص روایی بر آن‌ها است، لکن بر فرض آنکه چنین اطلاقی را در جمیع موارد مقدر بپذیریم، ممکن است مقصود از تعبیر تعزیر در روایات، تعزیر در مقابل حد نباشد (صاحب‌جواهر، ۲۵۵/۴۱).

۳- تعزیر دانستن موارد مقدر منجر به تداخل حد و تعزیر با یکدیگر می‌شود (موسوی اردبیلی، ۲۲/۱)؛ زیرا حدانگاری هر مجازات، منحصرأ متوقف بر تعریف حد است و آنچه شهید ثانی متذکر شده، متناسب با جایی است که شناخت حدود از راهی غیر از تعریف آن میسر باشد (شفقی، ۴۰)، زیرا نص معتبری

وجود ندارد که مجازات‌های حدی را به صورت کامل احصا کرده باشد.

۳-۲. دیدگاه دوم: تعزیری و مقدر بودن

فانلان این دیدگاه از قبیل شهید ثانی در مقام نقض ضابطه ارائه شده توسط محقق، صرفاً به ذکر موارد مذکور بسنده کرده و بر اثبات مدعای خویش، دلیلی را اقامه نکرده‌اند، لیکن برخی از فقها علت التزام ایشان به این مقال را، اطلاق لفظ تعزیر در روایات بر موارد پنج‌گانه مذکور احتمال داده‌اند (صاحب‌الجواهر، ۲۵۵/۴۱). به نظر می‌رسد علت این التزام، امر دیگری باشد؛ زیرا در هیچ کدام از روایات چنین استعمالی را نمی‌توان یافت، جز آنکه مراد ایشان از لفظ تعزیر واژه ادب باشد که آن نیز تنها بر موضع دوم (ازدواج با کنیز بدون اذن همسر آزاد مسلمان) قابل صدق است.

با تحقیق در مسئله، این احتمال قوت پیدا می‌کند که شاید علت اصرار امثال شهید ثانی بر تعزیر دانستن موارد مقدر، این امر باشد که در نظر ایشان دایره حدود در شرع کاملاً مشخص است. عبارت یکی از فقها را به عنوان مؤیدی بر گفتار فوق، ذکر می‌کنیم:

مقدس اردبیلی از جمله طرفداران این دیدگاه در مقام اقامه دلیل بر قاعده «بما یراه الامام بودن تعزیر» به استناد روایت مضمره سماعه در باب شاهدان دروغگو (حر عاملی، ۳۷۶/۲۸) می‌نویسد: «در این روایت نوعی دلالت بر غیر مقدر بودن تعزیر وجود دارد، اما این دلالت کلیت ندارد؛ زیرا سابقاً به مواردی از قبیل: نزدیکی در حال حیض، نزدیکی در روز ماه مبارک رمضان و... برخوردیم که دارای مجازات مقدر بودند. بنابراین مواضع یادشده از قاعده مزبور مستثنا هستند مگر اینکه گفته شود اینها حدند، لیکن برخلاف مشهور است» (مقدس اردبیلی، ۱۷۶/۱۳). چنانچه مشهور است وی اگر چه احتمال حدی بودن را مطرح می‌سازد، ولی نهایتاً تلقی مشهور از انحصار حدود در مواردی خاص را دلیل بر غیر حدی بودن می‌داند.

پس از تبیین دیدگاه مزبور اکنون این پرسش مهم مطرح می‌شود که ثمرات مترتب بر این رویکرد فقهی چیست؟ این ثمرات از دیدگاه فانلان آن مغفول مانده است و تنها معدودی از فقه‌های معاصر در مقام بیان نتایج دیدگاه دوم، متذکر این مسئله شده‌اند و فی الجمله ثمرات مترتب بر آن را بیان داشته‌اند. فقیه معاصر نجم‌الدین طبعی در این باره می‌نویسد: «چنانچه نامقدر بودن تعزیرات را حمل بر غالب نماییم و بر این اساس موارد مقدر منصوص را نیز تعزیر بدانیم، پس اسقاط و عفو مجازات در این موارد، مانند سایر تعزیرات برای فقیه جائز است» (۹۰). آیت‌الله گلپایگانی معتقد است ثمره این نزاع در جواز امامت و اقتدای به شخصی است که این تعزیر بر او اجرا شده است، برخلاف زمانی که از قبیل حد شرعی باشد (۲۲۱/۱ تا ۲۲۲). به عقیده مرحوم منتظری «ثمره نزاع، نسبت به احکام [اختصاصی] مترتب بر حدود؛ از قبیل برداشته شدن حد در هنگام شبهه، عدم سوگند و کفالت در حد، جواز عفو امام از حدی که با اقرار ثابت

شده باشد نه با بینه و مانند آن، ظاهر می‌شود؛ چه اینکه احکام مذکور بر تعزیرات مترتب نمی‌گردد» (۴). در مجموع به‌زعم نگارنده در مراد قائلان این دیدگاه در خصوص نتیجه آن، دو احتمال داده می‌شود که بر هر دو اشکال وارد است:

احتمال نخست: موارد مقدر، تعزیرند اما به اقتضای تقدیرشان احکام حدود بر آن‌ها مترتب می‌شود. این احتمال مستلزم تناقض است و دلیل معتبری نیز بر آن قائم نیست، بلکه مقتضای اصول و عموماً باب تعزیر، بیدالحاکم بودن مطلق تعزیرات است و اما شمول ادله احکام اختصاصی حد نسبت به تعزیرات منصوص ثابت نیست و قول و فتوای صریحی نیز درباره آن وجود ندارد.

احتمال دوم: موارد مقدر تعزیرند، لیکن به اقتضای تقدیرشان در برخی از احکام با آن‌ها معامله حدود می‌شود؛ به این معنا که مثلاً در تعزیرات منصوص، حاکم شرع حق کم یا زیادکردن مجازات مقدر را ندارد (چنانکه در حدود نیز این‌گونه است)، بلکه باید مرتکب را به میزان ذکر شده در روایت تعزیر کند، ولی می‌تواند او را به سبب توبه یا دیگر عوامل ارفاقی تعزیر، عفو کند که این نیز مدعای بلا دلیل و ترجیح بلا مرجح است؛ زیرا لازمه این سخن آن است که برخی از احکام تعزیر بر آن‌ها مترتب می‌شود و برخی دیگر بار نمی‌شود.

۳-۳. دیدگاه سوم: تعزیری و غیرمقدر بودن

بر اساس این دیدگاه که آیت‌الله مکارم^۱ و برخی از مراجع تقلید معاصر پیرو استفتائات به عمل آمده^۲ بدان معتقدند، موارد پنج‌گانه مذکور و نیز دیگر موارد مشابه آن همانند سایر تعزیرات شرعی، غیر مقدر و معلق بر رأی حاکم شرع‌اند. مطابق این دیدگاه، نفس مجازات معین شده در روایات، موضوعیت ندارد و می‌توان از آن به دیگر افراد و مصادیق مجازات‌های تعزیری، تعدی کرد.

۱ عبارت ایشان چنین است: «تعزیر اشکال و انواع مختلفی دارد و هدف از آن بازداشتن از گناه است؛ همان‌گونه که در معنای لغوی تعزیر آمده است: «التعزیر هو المنع» و در مواردی که مقدار معینی برای تعزیر ذکر شده، از قبیل بیان مصادق است» (مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۱۶۴ تا ۱۶۳).

۲ متن پرسش و پاسخ این استفتائات به شرح زیر است:

در موردی که به موجب روایات برای عمل معین، نوع و مقدار کیفر معین شده است؛ مانند وطی زن حائضه یا صائمه و درعین حال فقها آن را تعزیر دانسته‌اند، آیا حاکم شرع می‌تواند به میزان کمتر یا بیشتر از آنچه در روایات آمده مرتکب را تعزیر کند یا وی را به خاطر توبه و احراز ندامت و اصلاحش (پس از اقامه بینه علیه او) مورد عفو قرار دهد؟

۱. آیت‌الله شبیری زنجانی: در فقه، مواردی به‌عنوان تعزیر مطرح شده است که شارع، میزان آن را معین نموده است؛ در اینکه آیا همه آن موارد، تعزیرند یا برخی حد و برخی دیگر تعزیرند و اینکه آیا اساساً تعزیر مقدر می‌تواند وجود داشته باشد یا خیر؟ اختلافاتی وجود دارد. مواردی که تعزیر است با صلاحدید حاکم قابل کاهش یا افزایش است (شماره استفتا: ۶۳۶۵۲-zanjani.ir).

۲. آیت‌الله گرامی: شهرت فتوایی و فهم مشهور فقها بر آن است که تعزیر می‌باشد و تعزیر قابل تغییر است، اگر قابل تغییر نباشد حد است نه تعزیر، قاعدتاً هم باید تعزیر باشد و بعید است حکم زنا با این موارد یکسان باشد و هر دو حد باشند (ayat-gerami.ir).

نظر مخالف: آیت‌الله صافی؛ به‌طور کلی تعیین اصل تعزیر و مقدار آن به‌عهده و تشخیص حاکم جامع شرایط فتوی است و در مواردی که برای تعزیر، حد خاصی معین شده احوط اکتفا به همان مقدار است و الله العالم (شماره دفتری: ۹۸/۰۲/۱۷۷-saafi.com).

ادله مستند این دیدگاه عبارت است از: ۱. کلمات اهل لغت؛ ۲. تنقیح مناط و الغای خصوصیت قطعی؛ ۳. حمل روایات بر یکی از مصادیق تعزیر؛ ۴. حمل روایات بر حکم حکومتی مرتبط با یک برهه زمانی خاص؛ ۵. اصل عدم تقدیر در تعزیرات شرعی. تفصیل این ادله به عنوان نظریه مختار در ضمن مباحث آتی بیان خواهد شد.

۴. بررسی روایات

تعزیرات مقدر منحصر در پنج مورد مذکور در عبارت شهید ثانی نیستند، بلکه موارد مقدر دیگری نیز علاوه بر این موارد وجود دارد؛ مثل هم بستن با زن حائض و تجاوز جنسی به حیوانات که در روایات، ۲۵ تازیانه برای آن‌ها معین شده است (موسوی اردبیلی، ۲۲/۱)، اما از آنجاکه اولاً با روشن شدن حکم مواضع پنج گانه مذکور، امکان الغای خصوصیت مورد و تعدی حکم به سایر موارد مقدر نیز وجود دارد؛ ثانیاً به علت گنجایش محدود این مقال، بررسی تمامی موارد مقدر موجود امکان پذیر نیست، لذا به طور خاص به بررسی روایات موارد پنج گانه مذکور در عبارت شهید ثانی می پردازیم.

نخست: تعزیر کسی که در روز ماه مبارک رمضان با همسر خود نزدیکی کند.

«مفضل بن عمر از امام صادق (ع) درباره مردی روایت می کند که در حال روزه با همسر روزه دار خود نزدیکی کرده بود، امام (ع) فرمود: اگر همسرش را مجبور به این کار کرده، دو کفاره بر ذمه دارد و اگر آن زن از او پیروی کرده باشد، هریک از آن دو، کفاره ای بر ذمه دارند. در صورت نخست، مرد به پنجاه ضربه تازیانه برابر با نصف حد محکوم است و در صورت دوم، هریک از آن دو به بیست و پنج ضربه محکوم می شود» (کلینی، ۲۴۲/۷).

مفضل بن عمر به شدت ضعیف است (محقق حلی، المعتمد، ۶۸۱/۲) و به گفته شیخ صدوق، این روایت را تنها مفضل بن عمر ذکر کرده است (ابن بابویه، ۱۱۷/۲). با وجود ضعف سند، مشهور مطابق مضمون آن عمل کرده اند. بر اساس برخی نظرات، شهرت عملیه می تواند موجب جبران ضعف سند آن شود (نک: طباطبایی، ۳۱۶/۱؛ علامه حلی، منتهی المطلب، ۱۷۵/۹؛ صاحب جواهر، ۳۰۸/۱۶). البته بر فرض تحقق ادعای اجماع بر مضمون روایت، اجماع محتمل المدرك و بدون اعتبار است. از سوی دیگر، حتی اگر سندیت روایت را به سبب شهرت عملی بپذیریم، اما دلالت آن بر تعیین، به قرینه صدر حدیث که حاکی از موضوعی خارجی است و نیز ادله خارجی دیگری که به زودی ذکر می شود، ناتمام است.

دوم: کسی که کنیزی را بدون اجازه زن مسلمانش به ازدواج خود درآورد.

«علی بن ابراهیم از صالح بن سعید از بعضی اصحاب از منصور بن حازم نقل می‌کند که از امام صادق (ع) درباره مردی که بدون اذن همسر آزاد مسلمانش، کنیزی را به ازدواج خود در آورده بود، پرسیدم. امام فرمود: آن دو را از یکدیگر جدا می‌کنند. گفتم: آیا مرد تأدیب می‌شود؟ فرمود: آری، ۱۲/۵ ضربه شلاق برابر با یک هشتم حد زانی. راوی می‌گوید عرض کردم: اگر زن مسلمان پس از آن راضی شود؟ فرمود: نه آن مرد را می‌زنند و نه میان او و کنیز جدایی می‌افکنند، بلکه بر همان نکاح اول باقی می‌مانند» (طوسی، تهذیب، ۱۴۵ تا ۱۴۴/۱۰).

این حدیث علاوه بر مرسله بودن، به سبب صالح بن سعید مجهول است (موسوی اردبیلی، ۷۰۸/۱). حدیث دیگری نیز در تهذیب به همین مضمون از حذیفه بن منصور نقل شده است (طوسی، ۳۴۵/۷) که آن نیز علاوه بر اینکه بعضی از روایاتش مجهول هستند، به واسطه «ابراهیم بن اسحاق نهاوندی» ضعیف می‌باشد (موسوی اردبیلی، ۷۰۹/۱).

کلینی این خبر را با همین سند روایت کرده است، با این تفاوت که به جای عبارت «تَزَوَّجَ أُمَّةً» عبارت «تَزَوَّجَ ذَمِيَّةً» را ذکر کرده و نیز عبارت «و هو صاغر» را بر آن افزوده است (۲۴۱/۷). روایت دیگری را صدوق با سند معتبر از ابن هشام نقل می‌کند که با اندکی اختلاف با نقل کافی در آن نیز لفظ ذمیه به جای امه به کار رفته است (ابن بابویه، ۴۲۶/۳). به نظر می‌رسد مراد از ذمیه در نقل کافی، امه است؛ زیرا در آن زمان کنیزان عمدتاً ذمی (مجوسی، نصرانی یا یهودی) بوده‌اند. بنابراین شاید به این دلیل به جای امه کلمه ذمیه و بالعکس به کار می‌رفته است (نک: منتظری، ۱۴۰). بنا بر فرض اخذ تهذیب از کافی، نقل معنا صورت پذیرفته است. از سوی دیگر، عمل مزبور حرام است، منتهی نه به اعتبار خود عقد، بلکه به ملاحظه مفسده‌ای که بر آن مترتب می‌شود؛ یعنی آزار و اذیتی که از این ناحیه متوجه زن آزاد مسلمان می‌شود (نک: طباطبایی، ۵۳۲/۱۵).

تقدیر کیفر به یک هشتم حد زانی نسبت به سایر موضوعات مشابه به دلایلی کلیت ندارد؛ اولاً اجماع و شهرت معتبری بر تعیین تقدیر مزبور وجود ندارد و بر فرض وجود، از نوع اجماع مدرکی است که بدون اعتبار است؛ ثانیاً حکم تعزیر در روایت به دلیل ازدواج با کنیز بدون اذن همسر نیست، بلکه مسبب حقیقی آن، آزار و اذیتی است که به سبب این عمل به زن آزاد رسیده است. بدیهی است آزار و اذیت غیر، موضوعی کلی است که در ضمن مصادیق متعدد تحقق می‌یابد؛ ثالثاً به قرینه لفظ ادب در روایت و پرسش راوی از واقعه‌ای خارجی دانسته می‌شود که عقوبت مذکور صرفاً مربوط به همان رویداد خارجی و به منظور تأدیب آن فرد خاطی بوده است. بنابراین تخلف از آن بر حسب قضایای مختلف بلامانع است.

سوم و چهارم: اجتماع دو فرد عریان (دو مرد یا یک مرد و یک زن) در لحاف واحد.

شیخ حر عاملی تمامی روایات مربوط به اجتماع دو فرد عریان (با قطع نظر از جنسیت آنان) در لحاف یا لباس واحد را در بابی تحت عنوان «بَابُ ثُبُوتِ التَّعْزِيرِ بِحَسَبِ مَا يَرَاهُ الْإِمَامُ عَلَى الرَّجُلَيْنِ وَالْمَرَأَتَيْنِ وَالرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ إِذَا وُجِدَا فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ أَوْ ثَوْبٍ وَاحِدٍ مُجَرَّدَيْنِ الْخ» مطرح می‌سازد (۸۴/۲۸). موضوع حکم در همه روایات، اجتماع دو فرد عریان به صورت مطلق و با قطع نظر از جنسیت آنان است؛ اعم از اینکه آن دو نفر دو مرد باشند یا دو زن یا یک مرد و یک زن (نک: ابن بابویه، ۲۴/۴؛ طباطبایی، ۱۷/۱۶ تا ۱۷/۱۶؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۷۹؛ مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ۱۲۶). شهید ثانی در عبارت خود متعرض دو مورد شده است: اجتماع دو مرد برهنه و اجتماع یک مرد و یک زن برهنه در لحاف واحد، گرچه پاره‌ای از روایات نیز راجع به اجتماع دو زن برهنه در لحاف واحد است. مجازات مذکور در این روایات بر چهار دسته‌اند:

دسته اول: حد کامل

ابی عبیده از امام باقر (ع) روایت می‌کند که فرمود: «علی (ع) وقتی دو مرد را به صورت عریان در لحاف واحد می‌یافت، بر هرکدام صد تازیانه برابر حد زانی می‌زد و زمانی که دو زن عریان در لحاف واحد دیده می‌شدند، بر هرکدام یکصد تازیانه می‌زد» (حر عاملی، ۸۹/۲۸).
در روایت دیگری سلمه از امام صادق (ع) روایت می‌کند که فرمود: علی (ع) وقتی زن و مردی را در لحاف واحدی می‌یافت، بر هرکدام ۱۰۰ تازیانه می‌زد (همو، ۸۹/۲۸).

دسته دوم: ۹۹ تازیانه

ابن سنان گوید: «امام صادق (ع) درباره دو مردی که در لحاف واحد دیده شوند فرمود: به هرکدام ۹۹ تازیانه می‌زنند» (همو، ۸۹/۲۸).
در روایت دیگری ابان بن عثمان از امام صادق (ع) روایت می‌کند که فرمود: «امیرمؤمنان (ع) مردی را با زن نامحرمی در زیر یک لحاف یافت و به هرکدام نود و نه تازیانه زد» (همو، ۸۹/۲۸).

دسته سوم: زدن کمتر از حد

معاویة بن عمار گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم: «دو زن در لباس واحد می‌خوانند. فرمود: زده می‌شوند. گفتیم: حد؟ فرمود: نه. گفتیم: دو مرد در یک لباس می‌خوانند. فرمود: زده می‌شوند. گفتیم: حد؟ فرمود: نه» (همو، ۸۹/۲۸).

دسته چهارم: ۳۰ تازیانه

سلیمان بن هلال گوید: یکی از هم‌کیشان ما از امام صادق (ع) پرسید: فدایت شوم آیا می‌تواند مردی با

مرد دیگر در زیر یک لحاف بخوابد؟ فرمود: خویشاوند یکدیگرند؟ گفت: نه. فرمود: آیا ناچارند؟ گفت: نه. فرمود: هریک را ۳۰ تازیانه می‌زنند. گفت: با یکدیگر جمع شده‌اند. فرمود: اگر دخول واقع نشده هرکدام صد تازیانه می‌خورند و چنانچه دخول شده، وی را حال ایستاده یک ضربت شمشیر می‌زنند به هر کجا که بینجامد انجامیده. گفت: پرسیدم: آیا این به معنی قتل است؟ فرمود: آری. گفتم: اگر زنی با زنی در یک بستر زیر یک لحاف بخوابند؟ فرمود: خویشاوندند؟ گفتم: نه. فرمود: ناچار بوده‌اند؟ گفتم: نه. فرمود: هریک ۳۰ تازیانه می‌خورند. گفتم: اگر با هم مساحقه کرده باشند؟ راوی گوید: این سؤال بر او سخت آمد و سه بار فرمود: افّ افّ، سبس فرمود: بر هرکدام حد جاری می‌شود (همو، ۹۰/۲۸).

فقها در مقام جمع این چهار دسته روایات، طرق مختلفی را برگزیده‌اند، اما در اینجا به منظور رعایت اختصار صرفاً نظریه مختار را ذکر می‌کنیم:

روایات دسته اول از سه جهت مرجوح و مطروح‌اند:

۱. به قرینه صحیحۀ عبدالرحمن بن حجاج این طایفه از روایات حمل بر تقیه می‌شوند. روایت چنین است: «نزد امام صادق (ع) بودم، عباد بصری به همراه عده‌ای از یارانش وارد شدند. به امام عرض کرد: مرا از حکم دو مردی که در لحاف واحد دیده شوند باخبر کن. امام فرمود: علی (ع) وقتی دو مرد را در یک لحاف می‌گرفتند، بر آنان حد جاری می‌کرد. عباد گفت: شما به من گفته بودید یک ضربه کمتر از حد. سپس امام دوباره آن حدیث را گفت و چند مرتبه تکرار کرد تا آنکه فرمود: «یک ضربه کمتر از حد» (حرعاملی، ۸۴/۲۸). گویی امام در ابتدا به سبب وجود همراهان عباد که فردی عامی بوده است از بیان حکم واقعی امتناع داشته، اما پس از اصرار عباد ناچار به بیان حکم واقعی شده است (خویی، ۲۹۴/۴۱).
۲. روایات این گروه مورد اعراض تمام فقها به استثنای صدوق قرار گرفته است (منتظری، ۱۶۲).
۳. ثبوت حد تام، مطلقاً مشروط به تحقق زنا حقیقی مانند میل در سر مه‌دان است (مقدس اردبیلی، ۱۲۳/۱۳). به تعبیر دیگر، در این موارد زنا ثابت نیست، پس مقتضای آن نیز ثابت نخواهد بود (علامه حلی، مختلف الشیعة، ۱۸۰/۹).

اخبار روایات دسته دوم ظهور در تعیین ۹۹ تازیانه دارند، اما از آنجاکه هیچ‌کدام از فقها بر طبق این حکم فتوا نداده‌اند، لذا این اخبار بر بیان حداکثر تعزیر حمل می‌شوند (نک: منتظری، ۱۶۳).

روایات دسته سوم نیز بر زدن کمتر از حد دلالت دارد و بنابراین به روایات دسته دوم باز می‌گردد (همو، ۱۶۲).

در خصوص روایات دسته چهارم، تنها روایت سلیمان بن هلال در این دسته می‌گنجد که سند آن به سبب وجود چند فرد مجهول الحال از جمله خود سلیمان ضعیف است (موسوی اردبیلی، ۸۲/۲) و

هرچند عمل مشهور موجب جبران ضعف سندی روایت شود اما حمل آن بر اقل مقدار تعزیر آن گونه که مشهور به آن ملتزم شده‌اند، بدون دلیل است. اساساً این اختلاف در رأی معصوم، خود دلیل بر مصداقی بودن حکم مزبور است. بنابراین به نظر می‌رسد کیفر معین شده در روایت صرفاً از باب بیان یکی از مصادیق تعزیر باشد، نه اینکه امام در صدد بیان اقل میزان تعزیر بوده باشد.

روایت حفص بن بختری از امام صادق (ع) نیز بر اطلاق تعزیر دلالت دارد (منتظری، ۱۶۳). روایت چنین است: «مردی را که در بستر مرد دیگر پیدا شد، نزد امیرالمؤمنین آوردند. امیرالمؤمنین دستور داد وی را در مستراح آلوده سازند» (حر عاملی، ۱۶۳/۲۸). بنابراین تعزیر در مسئله محل بحث، کمتر از حد شرعی و به رأی حاکم شرع است.

پنجم: کسی که باکره‌ای را با انگشت ازاله بکارت کند.

در این خصوص دو دسته روایت وجود دارد:

دسته اول: ثبوت حد به طور مطلق

عبدالله بن سنان گوید: امام صادق (ع) درباره زنی که بکارت دختری را با انگشت خود برداشته بود، فرمود: مهر او را باید پردازد و بر او حد جاری می‌شود (همو، ۱۴۴/۲۸).

دسته دوم: ۸۰ تازیانه

عبدالله بن سنان گوید: امام صادق (ع) درباره زنی که بکارت دختری را با انگشت خود برداشته بود، فرمود: مهر او را باید پردازد و هشتاد تازیانه بر او زده می‌شود (همو، ۱۴۴/۲۸).

جمع میان روایات: با صرف نظر از اقوال و فتاوا و به حسب ظاهر، مقتضای جمع روایات حکم به تعیین ۸۰ تازیانه از باب حمل مطلق بر مقید است (نک: مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ۴۸۱؛ منتظری، ۱۳۹؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۲۷۵). در میان فقها کسی قائل به حکم مذکور نشده است (به نقل از: تبریزی، ۱۷۲؛ طباطبایی، ۳۵۱/۳ تا ۳۵۲؛ منتظری، ۱۳۹؛ صاحب جواهر، ۳۷۱/۴۱)، جز صدوق در المقنع که در آنجا تعبیر به عنوان حد می‌کند که ممکن است از باب اطلاق لفظ حد بر تعزیر باشد (مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ۴۸۱). اکثر فقها در این مسئله قائل به تعزیر مطلق شده‌اند (به نقل از: فاضل موحدی لنکرانی، ۲۷۵؛ صاحب جواهر، ۳۷۱/۴۱).

بنابراین عمل مزبور محکوم به «تعزیر بما یراه الحاکم» است؛ زیرا اولاً در خصوص عنوان حد مذکور در روایات دسته اول، سه احتمال داده شده که بنا بر هر تقدیر، مجرد ازاله بکارت موجب ثبوت حد شرعی نیست:

۱. عنوان حد مذکور در روایت، حقیقت در حد مصطلح نیست؛ چون در میان فقها حکم به عدم

و جوب حد در این جنایت معلوم است و لذا لفظ حد مذکور در روایت را بر تعزیر حمل کرده‌اند (نک: مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ۴۸۱).

۲. ممکن است مراد، حد مساحقه باشد. به عبارت دیگر، گویا امام عمل مزبور را نوعی از سحقی قرار داده است؛ به این معنا که ازاله بکارت در اثر شهوت بوده است (شوشتری، ۵۹/۱۱).

۳. شاید عنوان حد در روایت، اختصاص به صورت قذف داشته باشد؛ به قرینه اینکه هرگاه فعل مزبور از زنی صادر می‌شود به قصد اتهام بر دختر باکره است، چنانکه صحیحه معاویة بن وهب ظهور در این احتمال دارد (تبریزی، ۱۷۲).

بنابر احتمال دوم و سوم نیز ازاله بکارت به تنهایی حد مستقلی نیست، بلکه به ملاحظه قصد فرد خاطی تحت عنوان حد دیگری (قذف و مساحقه نه حد ازاله بکارت) قرار می‌گیرد.

ثانیاً روایات دسته دوم ظهور در تعیین هشتاد تازیانه دارند، اما به وجه متعدد در ظهور آن‌ها خدشه وارد است:

۱. تقدیر یادشده در روایات، از باب بیان یکی از مصادیق تعزیر است. همچنان که نظیر آن در ابواب تعزیرات وجود دارد (نک: مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ۴۸۱، صاحب‌جوهر، ۳۷۱/۴۱).

۲. روایات این دسته مورد اعراض فقها قرار گرفته است و لذا طرح می‌شوند (مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ۴۸۱؛ منتظری، ۱۳۹؛ صاحب‌جوهر، ۳۷۱/۴۱).

۳. همه روایات محل بحث به روایت واحدی رجوع می‌کنند که به عبارات مختلف نقل به معنا شده است؛ زیرا نقل حدیث توسط یک راوی در جمیع روایات، احتمال تعدد اخبار را منتفی می‌سازد (نک: مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ۴۸۱ تا ۴۸۰؛ منتظری؛ ۱۳۸؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۲۷۵). بر این اساس، معلوم نیست آنچه از معصوم (ع) صادر شده است عنوان حد بوده یا ثمانین؛ لذا هیچ‌کدام از دو تعبیر در خصوص موضوع محل بحث حجیت ندارد. لازمه این سخن، طرح روایات هر دو طایفه و رجوع به قاعده «التعزیر فیما لا حد له» است که مقتضای آن، تخییر حاکم شرع است (نک: مکارم شیرازی، انوارالفقاهة، ۴۸۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۲۷۵).

جمع بندی روایات موارد پنج‌گانه

با بررسی روایات پنج‌گانه مذکور باید گفت: اولاً موارد پنج‌گانه مزبور و نیز دیگر موارد مشابه آن در زمره تعزیرات قرار دارند و نه حدود؛ ثانیاً قید تقدیر در آن‌ها موضوعیت ندارد و تعیین آن از ناحیه معصوم (ع) صرفاً از باب مصداق و به تعبیر فقها «قضیه فی الواقعة» بوده است. بنابراین تخلف از میزان یادشده بر حسب قضایای مختلف بلامانع است. سایر ادله دلالت‌کننده بر این امر، در دو قسمت ارائه

می‌شود.

۵. سایر ادله

۵-۱. ادله دال بر تعزیری بودن موارد پنج‌گانه

۱- حد پنداشتن این موارد موجب خرق ضابطه فارق میان حد و تعزیر است. ضابطه «دون الحد بودن تعزیر» یکی از ضابطه‌های مسلم در باب تمییز حد از تعزیر است. در منظر معصومان (ع)، حدود شرعی به‌مثابه مرزهایی انگاشته شده‌اند که مجازات‌های تعزیری نباید از آن‌ها تجاوز کنند. با این اوصاف، حد تلقی کردن این موارد مستلزم بیهوده‌بودن ضابطه «دون الحد بودن تعزیر» خواهد بود که صدور آن از شخص حکیم قبیح است؛ به دلیل اینکه اولاً بر اساس این رویکرد حتی مجازات به ۱۲/۵ و ۲۵ تازیانه را نیز باید حد پنداشت و باتوجه به ضابطه «دون الحد بودن تعزیر»، مقدار تازیانه در تعزیرات حتی از ۱۲/۵ تازیانه نیز نباید تجاوز کند، درحالی که حتی قائلان به این قول نیز چنین حکمی را نپذیرفته‌اند؛ ثانیاً در سه مورد اخیر از موارد پنج‌گانه مذکور، به عقیده مشهور فقها میزان مجازات میان حد اقل و حداکثر در نوسان است، درحالی که لازمه معیار بودن یک شیء، ثابت و نامتغیر بودن آن است.

بر فرض حد بودن موارد مزبور، این سؤال مطرح است که چگونه باید کمتر از حد بودن را در این موارد محاسبه کرد؟! جز آنکه گفته شود میزان در این موارد، حداقل آن‌ها است که این نیز اشکال دارد؛ زیرا به مقتضای قاعده التعزیر دون الحد، «حدود شرعی از تعزیرات شدیدتر است، به سبب اینکه جرم‌های موجب حد سنگین‌تر از جرم‌های مستوجب تعزیر است و لذا تعزیر باید خفیف‌تر از حد شرعی باشد» (مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۱۰۸). این در حالی است که لازمه حد پنداشتن موارد مقدر، خفیف‌تر بودن آن‌ها نسبت به تعزیرات است.

۲- فقدان تقدیر معتبری که در حدود شرعی شرط است در سه مورد اخیر: از آنجاکه در سه مورد اخیر بر مبنای قول مشهور تعیین میزان مجازات میان طرفین مقدر، منوط به رأی حاکم شرع است و تقدیر معتبر در حدود شرعی در آن‌ها نیست، لذا این‌گونه موارد را نیز باید در حکم سایر موارد تعزیر انگاشت که به رأی حاکم مراجعه می‌شود (روحانی، ۳۷۳/۲۵؛ مشکینی، ۲۰۳؛ منتظری، ۴).

۳- وجود تعابیری از قبیل ادب، دون الحد، ربع الحد، نصف الحد، یکی کمتر از صد تازیانه و... در روایات که جملگی بر غیر حدی بودن این نوع مجازات‌ها دلالت دارند.

۴- اصل برائت شرعی: باتوجه به اینکه بر حدود مصطلح شرعی در مقایسه با تعزیرات، احکام شدیدتری از قبیل ثابت و تخلف‌ناپذیر بودن، پذیرفته‌نشدن شفاعت و کفالت و قسم و... مترتب می‌شود، لذا در هنگام دوران تردید میان حد یا تعزیری بودن موردی، نسبت به تکلیف شدیدتر اصل برائت ذمه جاری

می‌شود (نک: سبزواری، ۲۲۶/۲۷).

۵-۲. ادله دال بر غیر تقدیری بودن موارد پنج‌گانه

۱- کلمات اهل لغت: همان گونه که در بحث لغوی تعزیر گذشت، اصل در معنای تعزیر، نصرت و یاری فرد است. تعزیر به معنای ضربِ دون‌الحد نیز به همین معنا رجوع می‌کند. مطابق کلمات اهل لغت، آنچه در تعزیر موضوعیت دارد، تأدیب فرد خاطی به منظور یاری کردن او است؛ لذا در هیچ‌کدام از مصادیق، تعزیر خصوصیتی وجود ندارد که غیر قابل اعراض باشد (نک: مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۱۶۳ تا ۱۶۴).

۲- تفتیح مناط قطعی: در برخی از روایات از تعزیر تعبیر به تأدیب شده است که این خود، ترادف لفظ را می‌رساند. دو مورد از روایاتی که در آن‌ها به جای تعزیر از تأدیب استفاده شده است برای نمونه بیان می‌شود:

ابوبصیر می‌گوید: درباره حکم رباخواری پس از اقامه بیّنه بر آن از معصوم (ع) پرسیدم. فرمود: تأدیب می‌شود، اگر عملش را تکرار کرد، باز ادب می‌شود و اگر مجدداً عملش را تکرار کرد، کشته می‌شود (حر عاملی، ۳۷۱/۲۸).

اسحاق بن عمار درباره مجازات کسی که گوشت مردار و خون و خوک می‌خورد، از امام صادق (ع) نقل می‌کند که فرمود: «ادب می‌شوند و اگر عملشان را تکرار کردند، باز ادب می‌شوند. پرسیدم: اگر مجدداً انجام دادند باز هم تأدیب می‌شوند؟ امام فرمودند: باز هم ادب می‌شوند و درباره این افراد حدی اجرا نمی‌شود» (حر عاملی، ۳۷۱/۲۸).

«در تمام این موارد که مرتکب، مستحق مجازات تعزیری است، به جای تعزیر لفظ تأدیب به کار رفته است. این‌ها همگی به خوبی می‌رسانند که تعزیر، تأدیبی است که از باب رحمت است و منظور از آن، پاک شدن گناهکار از گناه و بازداشتن وی از آلوده شدن مجدد است» (محقق داماد، ۱۹۹/۴). تعبیر از تعزیر به تأدیب مؤیدی بر گفتار اهل لغت است که در تعزیرات، نفس مجازات موضوعیت ندارد، بلکه ملاک قطعی در مجازات‌های تعزیری، منحصرأ تأدیب فرد خاطی از باب رحمت و به منظور مساعدت او است. پس همان طور که تعبیر به تأدیب معنای گسترده‌ای دارد و نه تنها انواع مجازات بدنی، بلکه حتی دیگر اقسام مجازات را نیز شامل می‌شود (نک: مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ۷۲ تا ۷۴)، لفظ تعزیر نیز عیناً همین گستردگی و شمول را دارد و منحصر در فرد معینی نیست.

۳- حمل روایات بر بیان یکی از مصادیق تعزیر: برخی از روایات با «عن رجلٍ» و «عن امرأةٍ» شروع شده است. به قرینه این امر که راوی حکم عملی را که توسط شخصی در خارج انجام گرفته از معصوم

می‌پرسد، دانسته می‌شود تعیین عقوبت در این موارد از ناحیه معصوم مربوط به همان رویداد خارجی بوده است، نه اینکه حضرت در مقام بیان حکمی کلی برای تمامی موضوعات مشابه بوده باشند. لذا مواردی که در روایات مقدار آن تعیین شده است، قانونی کلی نیست، بلکه از قبیل ذکر مصداق می‌باشد. بر این اساس حاکم شرع در جرم مشابه، باتوجه به شرایط خاص مجرم می‌تواند به مقدار کمتر یا بیشتر از آنچه در روایت آمده حکم کند (همو، همان، ۱۰۷).

- ۴- معلق بودن مجازات در برخی از مواضع میان حداقل و حداکثر، صرفاً استنباط فقها از روایات است و گرنه در روایات چنین تعلیقی وجود ندارد و معصوم (ع) حکم را به صورت حداقل و حداکثری بیان نکرده است؛ برای مثال در سه مورد اخیر مذکور توسط شهید ثانی، روایتی دال بر مقدار مذکور (به این شکلی که فقها بیان کرده‌اند) وجود ندارد. بلکه گاه معصوم (ع) در دو واقعه متفاوت، دو حکم متفاوت را صادر کرده و سپس فقها در مقام جمع روایات، یکی را حمل بر حداقل تعزیر و دیگری را حمل بر اکثر کرده‌اند، اما در مقام استنباط به گونه دیگری می‌توان از روایات استفاده کرد و آن اینکه خود این اختلاف در رأی معصوم (ع) دلیل بر آن است که نه تنها نفس مجازات مدنظر معصوم نبوده، بلکه تمام توجه امام بر تأدیب فرد خاطی و بازداشتن او از تکرار دوباره عمل بوده و از این رو در هر بار حکمی متفاوت را ذکر کرده است.
- ۵- احتمال دارد این روایات را از قبیل احکام حکومتی بدانیم که با تغییر زمان و مکان تغییر یافته است. بنابراین حکم اولی و فتوی محسوب نمی‌شود تا تغییر نیافتنی باشد (همو، همان، ۱۰۷).
- ۶- اصل عدم تقدیر در تعزیرات: در هنگام دوران تردید میان تقدیر یا عدم تقدیر تعزیرات، اصل عدم تقدیر جاری می‌شود.

نتیجه گیری

معامله حدگونه قانونگذار با تعزیرات منصوص شرعی و برداشت موسع شورای نگهبان از آن، سبب شد تا پژوهش پیش روی در صدد پاسخ به این پرسش برآید که اساساً ماهیت تعزیرات منصوص شرعی و وجه تمایز آن از حدود مصطلح چیست؟ بر اساس بررسی‌های به عمل آمده از منابع فقهی، مراد از تعزیرات منصوص شرعی منحصراً مواردی است که در روایات برای عمل معین، نوع و میزان مجازات مشخص شده است، اما در عین حال مشهور فقها آن را تعزیر دانسته‌اند. این در حالی است که برخلاف تعریف فقهی شورای نگهبان از تعزیرات منصوص شرعی، در شمول احکام ارفاقی تعزیر نسبت به سایر مصادیق غیر مقدر ولو آنکه به تعزیری بودن آن‌ها در روایات تصریح شده باشد، هیچ‌گونه تردیدی میان فقها وجود ندارد.

حدانگاری، تعزیری و مقدردانستن، تعزیری و غیرمقدردانستن، رویکردهای سه‌گانه‌ای است که فقها در قبال تعزیرات منصوص شرعی اتخاذ کرده‌اند. بر اساس نتایج حاصل از این مقاله، تعزیرات منصوص شرعی نیز همانند سایر تعزیرات غیرمقدر، مطلقاً منوط به رأی حاکم شرع است؛ به این معنا که تعیین مجازات توسط معصوم (ع) در موارد منصوص صرفاً از باب مصداق است و بنابراین تخلف از آن در موارد مشابه بلامانع است. این پژوهش علاوه بر مخدوش دانستن نظر فقهی شورای نگهبان، رویکرد فعلی قانونگذار در قبال تعزیرات منصوص شرعی را نیز نقدشدنی می‌داند؛ چراکه قانون‌گذار مطابق تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا، از سویی این دسته از مجازات‌های مقدر را در شمار تعزیرات به حساب آورده است و از سوی دیگر در تناقض با رویکرد نخست، برخوردی حدگونه را در خصوص آن‌ها روا می‌دارد، به‌گونه‌ای که عملاً امکان جریان بسیاری از احکام ارفاقی تعزیر را درباره این کیفر تعزیری منتفی می‌سازد. حال آنکه در منابع فقهی، دلیل معتبری را نمی‌توان یافت که به‌صراحت گویای چنین رویکرد دوگانه و متناقضی باشد. به‌عبارت دیگر، ادله دال بر منتفی بودن نهادهای ارفاقی اشاره‌شده در تبصره مذکور منحصرأً به حدود مصطلح شرعی اختصاص دارد و در شمول آن‌ها نسبت به تعزیرات منصوص، دلیل معتبری وجود ندارد.

منابع

قرآن کریم

- ابن بابویه، محمدبن علی، من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- پژوهشکده شورای نگهبان، مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص قانون مجازات مصوب ۹۲، تدوین و تنقیح جمعی از پژوهشگران، چاپ اول، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۲.
- تبریزی، جواد، أسس الحدود و التعزیرات، چاپ اول، قم: دفتر مؤلف، ۱۴۱۷ق.
- جاویدی، مجتبی و مهدی حمیدی، «نسبت تعزیر با نهی از منکر در فقه امامیه»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، س ۱۸، ش ۱، ۱۳۹۶، ص ۸۱ تا ۸۱.
- جمعی از نویسندگان، تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، چاپ اول، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ق.
- حر عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعة، چاپ اول، قم: آل‌البیت، ۱۴۰۹ق.
- حسینی، سیدمحمد، «حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)»، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۳۸، ش ۱، ۱۳۸۷، ص ۱۴۵ تا ۱۶۵.
- خویی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، چاپ سوم، قم: إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۲۸ق.

- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، بی جا: المكتبة الرضویة، بی تا.
- روحانی، صادق، فقه الصادق علیه السلام، چاپ اول، قم: دارالکتاب مدرسه امام صادق (ع)، ١٤١٢ق.
- سارینخانی، عادل و روح الله اکرمی، «بررسی فقهی حقوقی تعزیرات با تأکید بر قانون مجازات اسلامی مصوب ١٣٩٢»، پژوهشنامه حقوق کیفری، س ٥، ش ٢، ١٣٩٣، ص ١٦٦ تا ١٣٩٢.
- سارینخانی، عادل و محمد هادی توکل پور، «مفهوم شناسی تعزیرات منصوص شرعی با تأکید بر نظره‌های شورای نگهبان»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، س ٥، ش ١٤، ١٣٩٥، ص ٩٥ تا ١١٥.
- سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الأحكام، چاپ چهارم، قم: المنار، ١٤١٣ق.
- شفتی، محمدباقر، مقاله فی تحقیق إقامة الحدود فی هذه الأعصار، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤٢٧ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ١٤١٣ق.
- شوشتری، محمدتقی، النجعة فی شرح اللمعة، چاپ اول، تهران: کتاب فروشی صدوق، ١٤٠٦ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ١٤٠٤ق.
- طباطبایی، علی بن محمد، ریاض المسائل (ط-الحديثي)، چاپ اول، قم: آل البيت، ١٤١٨ق.
- طیبی، نجم الدین، السجن و النفی فی مصادر التشريع الإسلامی، چاپ اول، قم: بوستان، بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیة، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ١٣٨٧ق.
- _____، تهذیب الأحكام، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ١٤٠٧ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٣ق.
- _____، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، چاپ اول، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة، ١٤١٢ق.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة-الحدود، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمة اطهار، ١٤٢٢ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی (ط-الإسلامیة)، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ١٤٠٧ق.
- گلپایگانی، محمد رضا، الدر المنضود فی أحكام الحدود، چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم، ١٤١٢ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، المعبر فی شرح المختصر، چاپ اول، قم: سید الشهداء (ع)، ١٤٠٧ق.
- _____، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ١٤٠٨ق.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ١٤٠٦ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، چاپ اول، لبنان: دارالفکر، ١٤١٤ق.

مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، بی جا: بی نا، بی تا.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.

مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة- کتاب الحدود و التعزیرات، چاپ اول، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب، ۱۴۱۸ق.

_____، تعزیر و گستره آن، چاپ اول، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب، ۱۳۸۳.

منتظری، حسینعلی، کتاب الحدود، چاپ اول، قم: دارالفکر، بی تا.

موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید (ره)، ۱۴۲۷ق.



پروژه نگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی