

# پژوهشهای حقوق جزا و جرم‌شناسی

علمی - پژوهشی

شماره ۱۲

هزار و سیصد و نود و هفت - نیمسال دوم (دوقصلنامه)

• برخی از جلوه‌های بارز الگوی دادرسی منصفانه در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

۵

بهارک شاهد - دکتر نسرین مهر

۳۱

• مبانی «نظریه انتخاب منطقی» در پیشگیری وضعی

دکتر مهدی مقیمی

• پیشگیری از انتقال عواید ناشی از جرایم سازمان‌یافته در حقوق کیفری ایران و اسناد بین‌المللی

۵۷

یاسر غلام‌نژاد - دکتر محمدعلی مهدوی‌ثابت

• بررسی رویکرد قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) به حقوق شاهد و مطلع در مرحله تحقیقات مقدماتی و میزان انطباق آن با اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای

۹۹

عباس اختری - دکتر حسنعلی مؤذن‌زادگان

• تحلیل حقوقی بزه تغییر کاربری غیرمجاز از طریق دیوارکشی اراضی زراعی و باغ‌ها با تأکید بر رویه قضایی

۱۲۵

دکتر حمید بهره‌مند - ناصر قنبریان

• تحلیل کیفرشناختی قانون جزای عرفی مصوب ۱۲۹۵ شمسی

۱۵۳

دکتر مهدی صبوری‌پور - ایرج خلیل‌زاده

• امکان‌سنجی کاربست نهادهای جزایی نوپیدا در حدود

۱۸۳

حسین خدایار - دکتر رحیم نوبهار





## امکان سنجی کار بست نهادهای جزایی نوپیدا در حدود

حسین خدایار\* - دکتر رحیم نوبهار\*\*

### چکیده:

در تلقی رایج، تغییرناپذیر قلمداد کردن مجازات‌های حدی سبب شده است تا نهادهای جزایی نوپیدا در حدود راه پیدا نکند. این در حالی است که این نهادها اغلب از آن روی که عقلایی‌اند در تعزیرات جریان می‌یابند. این پژوهش با رویکرد تحلیلی - انتقادی نشان می‌دهد که ثبات کیفی‌های حدی مانع ورود نهادهای جزایی نوپیدا به آنها نیست. تمسک به اطلاق ادله تعیین‌کننده کیفی‌های حدی، دلیل مناسبی برای نفی جریان نهادهای جزایی نوپیدا در حدود نیست. حتی بر فرض پذیرش ثبات و تغییرناپذیری کیفی‌های حدی، شارع مقدس اسلام در پی نفی جریان نهادهای جزایی نوپیدا در حدود نبوده است. مقاله همچنین نشان می‌دهد که احکامی مانند عدم جواز تعطیل حد یا تأخیر در اجرای آن، مانع کار بست نهادهایی مانند تعویق و تعلیق مجازات و ممنوعیت مجازات مضاعف در حدود نیست.

### کلیدواژه‌ها:

نهادهای جزایی نوپیدا، حد، تعطیل حد، تأخیر در اجرای حد، ممنوعیت مجازات مضاعف.

\* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی،

Email: hossein.khodayar@gmail.com

تهران، ایران

\*\* دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران، نویسنده مسئول

Email: r-nobahar@sbu.ac.ir

## مقدمه

نهادهای جزایی نوپیدا ابزارهایی عقلایی هستند که بر پایه تجربه و با گذر زمان در کنار نهاد کیفر تولید شده‌اند تا کیفر بتواند بهتر به اهدافش دست یابد. امروزه این نهادها آنقدر مهم‌اند که کیفر بدون آنها شناخته شده نیست. از طرف دیگر، فقه کیفری اسلام، عمدتاً مبتنی بر نظام دوگانه حد - تعزیر است. اغلب اجزا و احکام این نظام دوگانه، بی‌آنکه در هیچ آیه یا روایتی، به نحو جامع و یکجا آمده باشد، محصول فهم فقیهان از مجموعه نصوص موجود است. به تعبیری دیگر آنها از مسائل تخریجی و استنباطی هستند، نه مسائل منصوص. فقیهان، با استنباط از مجموعه نصوص موجود و برای تبیین بهتر دوگانه حد - تعزیر، دسته‌ای از تفاوت‌ها میان حد و تعزیر را گردآوری نموده‌اند.<sup>۱</sup> چنین مسائلی اصولاً موضوع اجتهاد و استنباط است و می‌توان فهم و خوانشی متفاوت از آنها داشت.

با گذر زمان و تحولات مربوط به کیفر، فهرست این تفاوت‌ها هرچه بلندتر شده است. در دیدگاه رایج، هر تحولی در زمینه کیفر، فوراً به تعزیرات راه پیدا می‌کند. در نتیجه، تعزیرات در گذر زمان زیر تأثیر این تحولات، غنی و کارآمدتر شده‌اند؛ اما این تحولات به حریم حدود راه نیافته‌اند. تأسیس هر نهاد جدید در موضوع مجازات و پذیرش جریان آن در تعزیر و عدم تسری آن به حد، به نوبه خود عنوانی تازه در سیاهه تفاوت‌های حد و تعزیر شده است. گویی «شارع مقدس اسلام، بخشی از جرایم را در حرزی مصون و محفوظ نگهداشته و آنها را به کلی از تیررس تغییر و تحولات عرفی و تلقی‌های عقلایی خارج نموده است؛ این امر به معنای آن است که شارع مقدس اسلام در مقوله کیفر و سرزنش اجتماعی، در قلمرو حدود، راه و روش خود را از عقلای عالم جدا کرده است؛ اما در حوزه تعزیرات این راه و روش را پذیرفته است.»<sup>۲</sup> این در حالی است که طبیعت نهادهای جزایی نوپیدا از یک سو و عقلانی بودن آنها از سوی دیگر می‌طلبند تا در مطلق کیفر اعم از حد یا تعزیر راه یابند؛ بنابراین چرایی عدم پذیرش نهادهای نوپیدا در حدود را می‌توان به جد مورد پرسش قرار داد.

باری به منظور بررسی امکان راهیابی نهادهای نوپیدا در حدود، این مقاله در بخش

۱. محمد بن مکی عاملی، *التواعد و الفوائد* (قم: مفید، بی‌تا)، جلد ۲، ۱۴۴-۱۴۲؛ همچنین نک: رحیم نوبهار و امیر عرفانی‌فر، «واکاوی تحلیلی - انتقادی تفاوت‌های میان حد و تعزیر»، *فصلنامه راهبرد ۸۲* (بهار ۱۳۹۶)، ۲۲۷-۲۱۲.

۲. رحیم نوبهار، «جرم سیاسی و تقسیم‌بندی حد - تعزیر»، *پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی* ۳ (نیمسال اول ۱۳۹۳)، ۱۴۹.

نخست ظرفیت‌های تغییرپذیری و انعطاف در مجازات‌های حدی را توضیح می‌دهد؛ ضرورت پرداختن به این بحث از آن‌روست که مفروض گرفتن ثبات در حدود، از جهت نوع، میزان و کیفیت اجرا، از جمله دلایل عدم راهیابی نهادهای جزایی به کیفرهای حدی است. به همین ترتیب، برخی با تمسک به اطلاق ادله تعیین‌کننده کیفرهای شرعی، راهیابی این نهادها به کیفرهای حدی را ممنوع می‌دانند. بخش دوم مقاله این استدلال را واکاوی می‌کند. بخش سوم مقاله، عدم ناسازواری برخی از نهادهای جزایی نوپیدا مانند تعلیق و تعویق را در پرتو تحلیل احکامی مانند عدم جواز تأخیر در اجرای حد واکاوی می‌نماید.

### ۱- ظرفیت‌های تغییربرداری کیفرهای حدی

راهیابی نهادهای جزایی نوپیدا در حدود مستلزم انعطاف در این کیفرهاست؛ اما در تلقی رایج، کیفرهای حدی از هرگونه تحول و انعطافی برکنار هستند. در نصوص ناظر به کیفر، به تغییرنابرداری حدود تصریح نشده است؛ اما فقیران صرفاً تعیین کیفر، برای برخی از جرایم، توسط شارع را برای تغییرنابرداری این کیفرها کافی می‌دانند.<sup>۳</sup> همین که شارع مقدس برای برخی از جرایم، به طور مطلق، کیفرهایی تعیین کرده است، کافی است تا اطلاق ادله تعیین‌کننده کیفر، همه فروض را دربرگیرد و حدود برای همیشه تغییرنابردار باشند؛ بنابراین طبیعی است که مجالی برای به کارگیری نهادهای جزایی نوپیدا در حدود باقی نماند.

برای امکان‌سنجی کاربست نهادهای جزایی نوپیدا در حدود، می‌توان در مقابل تلقی رایج، از اندیشه تغییربرداری مصلحت‌مدار کیفرهای حدی سخن گفت. امروزه این اندیشه چندان غریب نیست. نویسندگان مختلف، با استفاده از ظرفیت‌های موجود در فقه، برای مطرح کردن این اندیشه تلاش کرده‌اند؛<sup>۴</sup> هرچند که در این تلاش‌ها، گستره تغییربرداری حدود یکسان نیست. حتی برخی که بر پایه حکم اولیه، از تغییرنابرداری حدود سخن می‌گویند تغییربرداری کیفرهای حدی بر اساس احکام ثانوی و احکام حکومتی را انکار نمی‌کنند.<sup>۵</sup>

۳. جواد تبریزی، *تفحیح میانی/احکام (قم: دارالصدیقه‌الشهیده، ۱۳۸۷)*، جلد ۲، ۱۱.

۴. حسن پوربافرانی و فاطمه بیگی‌حسن، «اعمال قاعده منع محاکمه مجدد در جرایم مستوجب مجازات‌های شرعی»، *پرونده‌نامه حقوق کیفری ۱* (بهار و تابستان ۱۳۹۲)، ۹۵-۷۳؛ همچنین نک: سید محمد حسینی، «دو گونه کیفر در مقابل دو دسته بزه (بازتعریف «حدود» و «تعزیرات» از دیدگاه فلسفه کیفری)»، *فصلنامه حقوق ۱* (بهار ۱۳۸۸)، ۸۷-۱۰۶؛ همچنین نک: عابدین مؤمنی و حامد رستمی نجف‌آبادی، «نقش مصلحت در اجرای مجازات‌های حدی»، *دوفصلنامه فقه مقارن ۵* (بهار و تابستان ۱۳۹۴)، ۳۹-۹.

۵. محمدعلی خادمی کوشا، «تبدیل‌ناپذیری حدود (مجازات‌های بدنی معین) در اسلام»، *فصلنامه کاوشی نو*

اندیشه تغییربرداری حدود، مبانی متعددی دارد. یکی از این مبانی امضائی بودن کیفرهای شرعی است. برابر شواهد اطمینان‌آور، کیفرهای شرعی، از جهت نوع، جملگی امضائی هستند.<sup>۶</sup> احکام امضائی با آنکه شرعی‌اند، وجه عرفی و عقلایی در آنها قوت دارد و می‌توان بر پایه مصالح عقلایی تغییراتی را در آنها پذیرفت.<sup>۷</sup>

از دیگر سو، مباحث مربوط به کیفر، در میان مباحث مختلف فقهی، ماهیتاً غیرعبادی هستند. شأن غیرعبادی مباحث کیفری، مقتضی رعایت شماری از ملاحظات روش‌شناختی، در تفسیر نصوص جزایی است. تفسیر نصوص ناظر به کیفر، با توجه به بستر تشریح و هماهنگ با ارتکاز عقلا و همچنین توجه به علت و حکمت عرفی و تحولات مفهومی، از جمله اقتضائات روش‌شناختی است که اندیشه تغییربرداری حدود را پشتیبانی می‌کند.<sup>۸</sup>

طریقت داشتن کیفر نیز یکی از مبانی اندیشه تغییربرداری مجازات‌های شرعی است. شارع مقدس، مانند همه عقلای جهان، کیفر را برای رسیدن به اهدافی به کار می‌گیرد و برای همین، همراه با نوع کیفرهای شرعی، ارتکازات عقلایی ناظر به اهداف مجازات‌ها را نیز امضاء کرده است. اینکه شارع مقدس از مجازات کردن هدفی ندارد، یا به اهداف مجازات بی‌توجه است، ادعایی سخت بی‌بنیاد است که اثبات آن به عهده مدعیان آن است. بر این پایه، چنانچه کارآمدی مجازات‌های شرعی در دستیابی به اهداف عقلایی، مستلزم تغییراتی در چندوچون آنها باشد، این تغییرات ناروا نخواهد بود.<sup>۹</sup>

بر پایه آنچه از مبانی تغییربرداری حدود گذشت، در روایات و نوشته‌های فقیهان موارد متعددی از تغییر در کیفرهای حدی وجود دارد. این تغییرات که می‌توان از آنها با عنوان ظرفیت‌های تغییربرداری کیفرهای حدی یاد کرد، برای به کارگیری نهادهای جزایی نوپیدا در

در فقه ۹۰ (۱۳۹۶)، ۷۸؛ همچنین نک: ناصر مکارم شیرازی، *انوارالفقاهه فی شرح تحریرالوسیله* - کتاب الحدود (تهران: عروج، ۱۴۳۴ ه.ق)، جلد ۳، ۲۰۵-۲۰۰.

۶ جواد علی، *المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام* (بغداد و بیروت: مکتبه النهضه و درالعلم للملایین، ۱۹۷۸ م)، جلد ۵، ۵۸۹.

۷ رحیم نوبهار، *اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی: چشم‌اندازی اسلامی* (قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹)، ۸۴-۷۴.

۸ رحیم نوبهار، «جستاری در تقسیم‌بندی باب‌های فقهی و پیامدهای روش‌شناختی آن»، *فصلنامه راهبرد* ۷۶ (پاییز ۱۳۹۴)، ۱۰۰-۹۰.

۹ رحیم نوبهار، «امکان سنجی فقهی گذار از مجازات‌های بدنی»، *فصلنامه کاوشی نو در فقه* ۹۰ (تابستان ۱۳۹۶)، ۴۹-۵۲.

حدود بسیار الهام‌بخش هستند.

ثبات در کیفرهای حدی، آن‌چنان که گاه تصور می‌شود، مطلق نیست. برابر شواهد متعدد و اطمینان‌آور، کیفرهای حدی، هیچ‌گاه، نه از جهت نوع، نه به لحاظ میزان و نه به اعتبار کیفیت اجرا، مطلقاً از انعطاف‌پذیری دور نبوده‌اند. موارد متعددی از تغییر در نوع، میزان و کیفیت اجرای کیفرهای حدی، در روایات و نوشته‌های فقیهان وجود دارد. در ادامه برخی از آنها را یادآور می‌شویم.

### ۱-۱- تغییر در نوع کیفرهای حدی

یکی از مواردی که تبدیل کیفر حدی در آن رواست، فرض بیماری مجرم است.<sup>۱۱</sup> برابر روایات، اجرای کیفر حدی به علت بیماری مجرم به تأخیر می‌افتد تا مبادا اجرای حد بر بیمار سبب مرگ وی شود.<sup>۱۱</sup> همچنین گاه بیماری مجرم سبب تأخیر حد نمی‌شود، بلکه نوع کیفر حدی از تازیانه به «ضغث» تبدیل می‌شود.<sup>۱۲</sup> میان این دو دسته روایت را چه با لحاظ اختیار برای امام در تبدیل مجازات یا تعویق آن جمع کنیم؛<sup>۱۳</sup> چه با توجه به ویژگی‌های بیماری، تبدیل یا تعویق مجازات را برگزینیم،<sup>۱۴</sup> به هر روی بیماری مجرم در مواردی باعث تبدیل کیفر حدی می‌گردد. شاید تبدیل کیفر حدی به علت بیماری مجرم، در جایگزینی «ضغث» به جای تازیانه منحصر نباشد.<sup>۱۵</sup>

از نظر فقیهان امامیه، مرد زناکار غیرمحصن، افزون بر صد تازیانه، به تراشیدن سر و تبعید به مدت یک سال از شهری که در آن مرتکب جرم شده نیز محکوم می‌گردد.<sup>۱۶</sup> درباره ماهیت

۱۰. این مورد را می‌توان از موارد تغییر در کیفیت اجرای مجازات‌های حدی نیز محسوب نمود. البته فقیهان «ضغث» را یکی از انواع کیفرهای زنا، در کنار سایر انواع مجازات‌های این جرم قلمداد کرده‌اند. بدین جهت قرار دادن این مورد، ذیل موارد تغییر در نوع کیفرهای حدی نیز دور نیست.

۱۱. سید حسین طباطبایی بروجردی، جامع‌أحادیث‌الشیعه (تهران: فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ه.ق.)، جلد ۳۰، ۵۶۲، ح ۸.

۱۲. همان، جلد ۳۰، ۵۶۰، ح ۱.

۱۳. محمد بن حسن طوسی، تهذیب‌الاحکام (تهران: دارالکتب‌الاسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق.)، جلد ۱۰، ۳۳.

۱۴. سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، فقه‌الحدود و‌التعزیرات (قم: مؤسسه‌النشر لجامعه‌المفید، ۱۴۲۷ ه.ق.)، جلد ۱، ۵۲۹-۵۲۸.

۱۵. سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، حقوق و دادرسی کیفری در آئینه فقه (مطابق با نظرات و فتاوی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی)، تنظیم: سعید رهایی (قم: رادنگار، ۱۳۹۲)، جلد ۱، ۴۰۳، سؤال ۶۴۶.

۱۶. جعفر بن حسن حلی، شرائع‌الاسلام فی مسائل‌الحلال و‌الحرام (قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ه.ق.)، جلد ۴،

تبعید به عنوان یکی از کیفرهای جرم زنا اختلاف نظر وجود دارد. امامیه، شافعیان، مالکیان و حنبلیان این مجازات را حدی می‌دانند؛ اما از نظر فقیهان حنفی این مجازات تعزیری است.<sup>۱۷</sup> برابر نقل، این مجازات توسط پیامبر اسلام صلی‌الله‌علیه و آله و سلم و سایر خلفا تا زمان امیرالمؤمنین علیه‌السلام اعمال می‌شد و زانی غیرمحصن افزون بر یکصد ضربه تازیانه، به مدت یک سال تبعید می‌گشت؛ اما پس از مدتی به منظور پیشگیری از برخی پیامدها، این مجازات به حبس تبدیل شد.<sup>۱۸</sup> در روایتی از امام علی علیه‌السلام تبعید هم‌پای فتنه معرفی شده است.<sup>۱۹</sup> ممکن است پناهندگی فرد تبعیدی به کافران، دلیل فتنه قلمداد کردن تبعید و تبدیل آن به حبس توسط امام علی علیه‌السلام بوده باشد.

از دیگر موارد تبدیل مجازات حدی، تبدیل مجازات حبس ابد به تازیانه برای ارتکاب سرقت در بار سوم است. برخی از فقیهان برآنند که چنانچه فرد در زمان اجرای مجازات توبه کند و اصلاح شود و امام، آزادی او را به مصلحت ببیند، وی را آزاد می‌کند.<sup>۲۰</sup> گذشته از اینکه برخی دیگر از فقیهان در درستی این نظر تردید داشته و با آن مخالفاند،<sup>۲۱</sup> اثری که توبه در

۱۴۲.

۱۷. عبدالقادر عوده، *التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي* (قاهره: المكتبة التوفيقية، بی‌تا)، جلد ۲، ۳۰۳-۳۰۴؛ همچنین نک: مسعود کاسانی، *البدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع* (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۶ ه.ق.)، جلد ۷، ۳۹.

۱۸. محمد رواس قلعه جی، *موسوعه فقه علی بن ابی‌طالب* (دمشق: دارالفکر، ۱۴۰۳ ه.ق.)، ۳۲۳-۳۲۱.

۱۹. محمد بن حسن طوسی، *الخلاف* (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ه.ق.)، جلد ۵، ۳۶۹.

۲۰. محمدبن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه* (قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ه.ق.)،

۸۰۲؛ همچنین نک: حمزه بن عبدالعزیز دیلمی، *المراسم العلویه و الاحکام النبویه فی الفقه الامامی* (قم:

منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ه.ق.)، ۲۵۹؛ همچنین نک: ابن زهره حمزه بن علی حسینی حلبی، *غنیة النزوع*

*الی علمی الاصول و الفروع* (قم: مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۷ ه.ق.)، ۴۳۲؛ همچنین نک: محمد بن حسن

اصفهانی، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام* (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ه.ق.)، جلد ۱۰،

۶۲۳؛ همچنین نک: محمدحسن نجفی، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام* (بیروت:

داراحیاء التراث العربی، بی‌تا)، جلد ۴۱، ۵۳۳؛ همچنین نک: علی بن حسین موسوی، *الاتصار فی انفرادات*

*الامامیه* (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق.)، ۵۳۰؛ همچنین نک: قطب‌الدین محمد بن حسین

کیدری، *اصباح‌الشیعه بمصباح‌الشریعه* (قم: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام، ۱۴۱۶ ه.ق.)، ۵۲۳.

۲۱. محمد فاضل موحدی لنکرانی، *تفصیل‌الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود* (قم: مرکز فقهی ائمه

اطهار علیهم‌السلام، ۱۴۲۲ ه.ق.)، ۵۹۹؛ همچنین نک: سید محمدرضا موسوی گلپایگانی، *الدر المنضود فی*

*احکام‌الحدود* (قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ ه.ق.)، جلد ۱، ۱۷۲؛ همچنین نک: موسوی اردبیلی، پیشین،

جلد ۱، ۴۰۶، سؤال ۶۵۰.

این فرض دارد صرفاً اسقاط مجازات حدی است؛ لکن درباره تبدیل مجازات حبس ابد به مجازاتی دیگر با توبه سارق، مطلبی در نوشته‌های فقهی امامیه وجود ندارد؛ اما بر پایه روایتی که در منابع اهل سنت آمده است، امیرالمؤمنین علیه السلام فردی که برای بار سوم مرتکب سرقت حدی شده بود را به زندان فرستاد، اما پس از چند روز وی را از زندان بیرون آورد و تازیانه زد و سپس آزاد کرد.<sup>۲۲</sup> این روایت، گواه تبدیل کیفر حبس ابد به تازیانه بر اساس مصلحت است. مضمون این روایت به نوعی در قانون مجازات اسلامی نیز آمده است.<sup>۲۳</sup>

یکی دیگر از موارد تبدیل مجازات حدی، مربوط به مجازات قطع برای سرقت است. مجازات سرقت حدی در بار نخست، قطع دست راست است. در موردی که فرد برای بار اول مرتکب سرقت حدی شده، اما دست چپ ندارد، درباره قطع دست راست سارق بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقیهان در این مورد قائل به قطع دست راست می‌باشند،<sup>۲۴</sup> اما برخی دیگر معتقدند در چنین موردی حد قطع دست راست به تعزیر تبدیل می‌گردد.<sup>۲۵</sup> در این مورد افزون بر تبدیل ماهیت کیفر، نوع آن نیز، بسته به صلاحدید حاکم، تغییر می‌کند. حکم اولی سرقت، «قطع ید» است؛ اما به رغم موجود بودن متعلق قطع، یعنی دست راست، در این مورد خاص، بنابر مصلحت‌بینی‌هایی این مجازات حدی تغییر کرده است.

#### ۱-۲- تغییر در میزان کیفرهای حدی

یکی از مهم‌ترین موارد تغییر در میزان کیفر حدی، مجازات شرب مسکر است. فقیهان امامیه، جرم شرب مسکر را مستوجب هشتاد ضربه تازیانه به عنوان حد دانسته‌اند. با این حال برابر

۲۲. ابن قدامه عبدالله بن احمد و عبدالرحمن بن ابی عمر محمد بن قدامه المقدسی، *المعنی و بلیه الشرح الکبیر* (بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۳ ه.ق)، جلد ۱۰، ۲۷۲.

۲۳. تبصره ۲ ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی: «در مورد بند (پ) این ماده و سایر حبس‌هایی که مشمول عنوان تعزیر نیست، هرگاه مرتکب حین اجرای مجازات توبه نماید و مقام رهبری آزادی او را مصلحت بدانند با عفو ایشان از حبس آزاد می‌شود. همچنین مقام رهبری می‌تواند مجازات او را به مجازات تعزیری دیگری تبدیل نماید.»

۲۴. محمد بن حسن طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه* (تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ه.ق)، جلد ۸، ۳۹؛ همچنین نک: سید علی بن محمد طباطبایی حائری، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة* (قم: آل‌البتیت، ۱۴۱۸ ه.ق)، جلد ۱۶، ۱۳۹؛ همچنین نک: اصفهانی، پیشین، جلد ۱۰، ۶۲۵.

۲۵. سید ابوالقاسم موسوی خویی، *مبانی تکمله المنهاج* (قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، ۱۴۲۸ ه.ق)، جلد ۴۱ موسوعه، ۳۷۴-۳۷۱؛ همچنین نک: تبریزی، پیشین، جلد ۲، ۳۲۱-۳۲۰.



روایات ظاهراً مجازات این جرم در زمان پیامبر اسلام صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم، دست‌کم از جهت میزان و کیفیت اجراء، مقدّر نبوده است. دو روایت با سند صحیح در مجامع روایی شیعه در بردارنده این مطلب است.<sup>۲۶</sup>

شیخ طوسی درباره میزان مجازات شرب خمر، نقل کرده است که: «خلیفه دوم با صحابه مشورت کرد و گفت: مردم به شرب خمر روی آورده‌اند و مجازات آن را کوچک می‌شمارند. شما برای حل این مشکل چه نظری دارید؟ علی علیه‌السلام فرمود: «شارب خمر هنگامی که شراب بنوشد مست می‌شود و هنگامی که مست شود هذیان می‌گوید و هنگامی که هذیان بگوید افترا می‌زند؛ بنابراین شارب خمر به اندازه حد مفتری مجازات می‌شود». عبدالرحمن پسر عوف گفت: «نظر من این است که به اندازه هشتاد ضربه مجازات شود. بدین ترتیب همگی بر هشتاد ضربه تازیانه به عنوان مجازات شرب خمر اجماع کردند.»<sup>۲۷</sup> روایات دیگری نیز با همین مضمون در مجامع روایی اهل سنت وجود دارد.<sup>۲۸</sup> اینکه برابر این نقل، امام به یک تحلیل عقلانی برای تعیین مجازات استناد نموده خود الهام‌بخش نکته مهمی است.

بر پایه این‌گونه روایات، فقیهان امامیه اصل تغییر در میزان مجازات شرب خمر را به نوعی پذیرفته‌اند، اما اختیار تغییر در میزان مجازات را منحصر به امام معصوم می‌دانند.<sup>۲۹</sup> همچنین این روایات در میان فقیهان عامه، درباره میزان و ماهیت مجازات شرب‌خمر اختلاف نظر ایجاد کرده است.<sup>۳۰</sup>

### ۱-۳- تغییر در کیفیت اجرای کیفرهای حدی

در کیفیت اجرای کیفر شرب خمر هم تغییراتی صورت گرفته است. بر پایه روایتی، کیفیت

۲۶. طباطبایی بروجردی، جامع احادیث الشیعه، پیشین، جلد ۳۰، ۸۵۸، ح ۱ و ۲.

۲۷. طوسی، الخلاف، پیشین، جلد ۵، ۴۹۲-۴۹۱.

۲۸. سلیمان بن اشعث (ابوداود سجستانی از دی)، سنن ابی‌داود (بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۱ ه.ق)، جلد ۴، ۱۶۳؛ همچنین نک: محمد بن اسماعیل أبو عبدالله البخاری، صحیح البخاری (بی‌جا: دار طوق النجاء، ۱۴۲۲ ه.ق)، جلد ۸، ۱۵۸، ح ۶۷۷۹ و ۶۷۷۸.

۲۹. زین‌الدین بن علی عاملی شهید ثانی، مسالک‌الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق)، جلد ۱۴، ۴۶۳؛ همچنین نک: نجفی، پیشین، جلد ۴۱، ۴۵۷؛ موسوی گلپایگانی، پیشین، جلد ۲، ۳۵۴-۳۵۳؛ همچنین نک: تبریزی، پیشین، جلد ۲، ۲۵۵؛ همچنین نک: مکارم‌شیرازی، پیشین، جلد ۲، ۳۷۹-۳۷۸.

۳۰. وهبه الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلته (لاهور: مکتبه رشیدیه، بی‌تا)، جلد ۶، ۹۹-۱۰۰؛ همچنین نک: عوده، پیشین، جلد ۲، ۴۱۱-۴۰۹.

اجرای مجازات تازیانه توسط امیرالمومنین علیه السلام تغییر پیدا کرده است.<sup>۳۱</sup> برابر گزارشی، ایشان به جای اینکه هشتاد ضربه با تازیانه به مجرم بزنند، چهل ضربه با تازیانه‌ای دولایه، یا دوسویه به مجرم نواخته‌اند. میان هشتاد ضربه با تازیانه معمولی و چهل ضربه با تازیانه دولایه تفاوت وجود دارد و نمی‌توان این دو را یکسان پنداشت. فقیهان در قبال این دو روایت نیز تغییر در کیفیت مجازات حدی را نپذیرفته و این دو روایت را با توجیه «قضیه فی واقعه» از مدار عمل خارج کرده‌اند؛<sup>۳۲</sup> در حالی که به استناد این روایات می‌توان برداشت کرد که حاکم اختیار دارد کیفیت اجرای کیفر را هماهنگ با اهداف مورد انتظار از آن تغییر دهد.

مورد دیگر از انعطاف در کیفیت اجرای کیفر بر اساس صلاح‌دید حاکم، مربوط به اختلافی است که درباره کیفیت اجرای کیفر «نفی» به عنوان مجازات جرم محاربه در روایات و فتاوا وجود دارد. در روایات، چهار کیفیت برای «نفی من الارض» تعیین شده است. آنها عبارتند از تبعید از سرزمین اسلام،<sup>۳۳</sup> اعدام از طریق به دریا انداختن،<sup>۳۴</sup> زندانی کردن<sup>۳۵</sup> و تبعید از شهری که فرد در آن مرتکب محاربه شده است.<sup>۳۶</sup>

این اختلاف در روایات به فتاوی فقیهان نیز سرایت نموده است. در نوشته‌های فقهی «نفی من الارض» به پنج معنا تفسیر شده است: یکم، منع کردن محارب از استقرار در مکان و محل خاصی از زمین؛ دوم، بیرون کردن او از سرزمین اسلام؛ سوم، انداختن وی در دریا؛ چهارم، حبس کردن او؛ و پنجم، بیرون کردن محارب از شهر خودش و فرستادن وی به شهری دیگر.<sup>۳۷</sup>

اگر به این اختلاف‌ها از نقطه نظر ثبات در کیفیت اجرای کیفرهای حدی بنگریم، باید گفت که کیفیت اجرای کیفر «نفی من الارض» ناشناخته است. ما از ابتدا نمی‌دانیم که این کیفر حدی را باید به چه شیوه‌ای اجرا کنیم؛<sup>۳۸</sup> اما ظاهراً این تغییرات و اجرای مجازات با

۳۱. طباطبایی بروجردی، جامع‌أحادیث‌الشیعه، پیشین، جلد ۳۰، ۸۷۰، ح ۳۰ و ۸۷۲، ح ۱.

۳۲. مکارم‌شیرازی، پیشین، جلد ۲، ۳۸۱.

۳۳. طباطبایی بروجردی، جامع‌أحادیث‌الشیعه، پیشین، جلد ۳۰، ۱۰۲۴، ح ۲۲ و ۲۳.

۳۴. همان، جلد ۳۰، ۱۰۱۶، ح ۱۱ و ۱۰۲۴، ح ۲۷.

۳۵. همان، جلد ۳۰، ۱۰۱۴، ح ۱۰.

۳۶. همان، جلد ۳۰، ۱۰۱۶، ح ۱۳.

۳۷. برای نمونه نک: موسوی گلپایگانی، پیشین، جلد ۳، ۲۸۸-۳۰۰.

۳۸. احمد بن محمد اردبیلی، مجمع‌الفائده و البرهان فی شرح‌ارشاد‌الاذهان (قم: دفتر انتشارات اسلامی،

۱۴۰۳ ه.ق.)، جلد ۱۳، ۲۹۸-۲۹۷.

شیوه‌های گوناگون در موارد مختلف، به ویژه با توجه به لحن روایاتی که در این باره وجود دارد، می‌تواند مستند به اختیارات حکومتی معصوم علیه‌السلام در شیوه اجرای مجازات باشد. به نظر می‌رسد کیفیت اجرای کیفر، از ابزارهای مدیریت جرم است که برای تأمین اهداف کیفر در اختیار حکومت قرار دارد. بیان‌های متعدد و متفاوتی که از معصومان علیهم‌السلام درباره چگونگی اجرای این مجازات صادر شده نیز چه بسا به همین علت است. این مطلب از نگاه برخی فقیهان نیز پنهان نبوده است.<sup>۳۹</sup>

بر پایه همین موارد، نمی‌توان باب تغییرات حکیمانه و مبتنی بر مصلحت‌سنجی در کیفرهای حدی را در هر شرایط و برای همیشه بست. حدود در طول زمان، دستخوش تغییراتی بر پایه مصلحت شده است. این تغییرات، راه را برای تغییرات بیشتر به نفع رعایت اهداف کیفر باز می‌کند.

این تغییرات بر پایه جلب مصالح و دفع مفاسد انجام گرفته‌اند و بدین جهت به اختیارات امام معصوم (ع) منحصر نیستند و به حضور و غیبت ایشان بستگی ندارند. اگر بناست حکومت صالح اسلامی عهده‌دار اجرای مجازات‌ها باشد، باید فقیه، اختیار تغییر در چندوچون مجازات‌های شرعی را به نفع اهداف مجازات داشته باشد؛<sup>۴۰</sup> وگرنه باید با فقیهانی همسو شد که اجرای حدود را از اختیارات انحصاری امام معصوم (ع) می‌دانند.<sup>۴۱</sup>

یکی از دلایل فقیهان طرفدار اجرای حدود در عصر غیبت این است که «تشریح حدود برای حفظ مصلحت عمومی و دفع فساد و جلوگیری از انتشار گناهان و سرکشی است؛ این استدلال به نوبه خود مستلزم این است که اجرای حدود به زمانی خاص یا حتی حضور امام معصوم علیه‌السلام اختصاص نداشته باشد. حکمتی که تشریح حدود را اقتضاء کرده، در زمان غیبت و حضور به طور یکسان وجود دارد.»<sup>۴۲</sup> می‌بینیم که محور استدلال، حکمت تشریح حدود است. بر این اساس باید پرسید، اگر حکمت تشریح حدود، اقتضای انعطاف در آن را داشته باشد چه باید کرد؟ تا کجا می‌توان از حکمت تشریح حدود، به نفع ثبات در آن، چشم

۳۹. «و يُمكنُ الجَمْعُ بِتَخْيِيرِ الإِمَامِ فِي كَيْفِيَّةِ النَّفْيِ وَ بِالْحَمْلِ عَلَى التَّقْسِيمِ بِأَنْ يُكُونَ كُلُّ نَفْسٍ مُوَافِقاً لِلْحَدِّ الْخَاصِّ بِتِلْكَ الْحَالَةِ وَ هَذَا أَقْرَبُ.» محمد بن حسن حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ ه.ق.)، جلد ۲۸، ۳۱۸، ذیل ح ۷.

۴۰. نوبهار، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی: چشم‌اندازی اسلامی، پیشین، ۳۴۲.

۴۱. سید احمد خوانساری، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ه.ق.)، جلد ۵، ۴۱۳-۴۱۱.

۴۱۱.

۴۲. موسوی خویی، پیشین، جلد ۴۱ موسوعه، ۲۷۳.

پوشید؟

به نظر می‌رسد چنانچه نهادهای جزایی نوپیدا، شرایطی را فراهم کنند که کیفرهای حدی بهتر بتوانند اهداف شارع از مجازات را تأمین نموده و از ارزش‌های مورد نظر شرع پاسداری کنند، به کارگیری آنها در حدود باید مورد پذیرش شارع مقدس باشد. در مقابل، چنانچه کیفرهای حدی، برخلاف تعزیرات، از هرگونه انعطاف‌پذیری حکیمانه محروم شوند، به نظر نمی‌رسد امری مطلوب شارع مقدس اتفاق افتاده باشد. به ویژه آنکه این ثبات و انعطاف‌ناپذیری مایه ناکارآمدی آنها شود؛ ضمن اینکه به شرحی که خواهد آمد انعطاف در حدود در روایات نفی نشده است.

## ۲- اطلاق ادله تشریح حدود و نهادهای جزایی نوپیدا

گاه برای ثبات کیفرهای حدی و عدم جریان نهادهای جزایی نوپیدا در آنها، به اطلاق ادله‌ای که کیفرهای حدی را تقدیر کرده‌اند، تمسک می‌شود. نهادهای جزایی نوپیدا در حدود راه ندارند، چون تقدیر کیفرهای حدی به طور مطلق انجام شده است. این اطلاق شامل فروضی که محل جریان نهادهای جزایی است، نیز می‌گردد.<sup>۴۳</sup> برای واریسی این ادعا نخست محتوا و مضمون مقدمات حکمت را مرور می‌کنیم.

### ۲-۱- محتوا و مضمون مقدمات حکمت

دانشوران اصول معتقدند که دلالت لفظ مطلق بر شیوع و شمول در معنا، مبتنی بر شماری از ملاحظات عقلایی با عنوان مقدمات حکمت می‌باشد. مقدمات حکمت یک فرایند عقلانی است که مخاطب لفظ مطلق، بر پایه آنها لفظ را بر معنای گسترده و شامل حمل می‌کند، نه معنای مقید و محدود. دانشمندان اصولی با رویکرد تحلیلی، برای مقدمات حکمت، دست‌کم سه رکن را شناسایی کرده‌اند.<sup>۴۴</sup> نخستین رکن مقدمات حکمت، این است که گوینده در مقام

۴۳. علی‌اشرف طهماسبی نیک، سلسله پژوهش‌های فقهی - حقوقی (ثبات و تغییر در جرایم و مجازات‌ها با مطالعه تطبیقی) (تهران: جنگل، ۱۳۸۸)، جلد ۹، ۱۱۱-۱۱۰؛ همچنین نک: غلامرضا پیوندی، «نقد و بررسی تاریخ‌مندی احکام جزایی اسلام»، فصلنامه حقوق اسلامی ۳۵ (۱۳۹۱)، ۸۰-۷۶؛ همچنین نک: خادمی کوشا، پیشین، ۸۳.

۴۴. علاوه بر ارکان سه‌گانه‌ای که به قرینه عامه مشهورند، برخی از اصولیان دو رکن «نبود قدر متیقن در مقام تخاطب» و «عدم انصراف» را نیز برای مقدمات حکمت در نظر گرفته‌اند. نک: علی‌اکبر سیفی مازندرانی، بدایع البحوث فی علم الاصول (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۳ ه.ق)، جلد ۵، ۴۵ به بعد.

بیان مقصود خویش بوده باشد. برای دریافت معنای شامل از لفظ مطلق، لازم است احراز شود گوینده، از جهتی که اطلاق آن مورد نظر است، درصدد بیان تمامی مقصود خویش برای مخاطب است.<sup>۴۵</sup> رکن دوم مقدمات حکمت این است که امکان تقیید وجود داشته باشد. بر این اساس در مواردی که برای گوینده، امکان مقیدسازی لفظ وجود ندارد، تحقق اطلاق برای آن لفظ و دریافت معنای شامل و عام از آن نیز امکان نخواهد داشت.<sup>۴۶</sup> سومین رکن مقدمات حکمت این است که گوینده قیدی در کلام خود نیاورده باشد. مقصود از قید هر قیدی است، اعم از اینکه در همان کلام آمده باشد، یا در کلام یا زمینه و بافتی دیگر؛ یا اینکه اساساً قید از جنس کلام باشد یا نباشد.<sup>۴۷</sup>

## ۲-۲- مقدمات حکمت و نفی نهادهای جزایی نوپیدا

اکنون باید دید که آیا مقدمات حکمت، در تمسک به اطلاق ادله تعیین‌کننده حدود، برای نفی جریان نهادهای جزایی نوپیدا، موجود است؟ به نظر می‌رسد که نهادهای جزایی نوپیدا، عمدتاً اموری مستحدث هستند که در فضای صدور نصوص تعیین‌کننده کیفرهای حدی، برای مخاطبان قابل تصور نبوده‌اند. برای نمونه مخاطبان نصوص تعیین‌کننده حدود، اساساً هیچ تصویری از جرم سیاسی و ارفاق‌های کیفری که مجرمین سیاسی از آنها برخوردار می‌شوند، یا نظام نیمه‌آزادی، یا نهاد مرخصی، یا تعلیق و تعویق مجازات، یا صلاحیت شخصی و منع مجازات مجدد و ... نداشته‌اند.

به نظر می‌رسد که خواه ماهیت اطلاق را عدم لحاظ کلیه قیود بدانیم<sup>۴۸</sup> یا لحاظ تمام قیود و سپس عدم اعتبار آنها در مقام انشای حکم،<sup>۴۹</sup> نمی‌توان نصوص تعیین‌کننده کیفرهای حدی

۴۵. جعفر سبحانی، *المبسوط فی اصول الفقه* (قم: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام، ۱۴۳۴ ه.ق.)، جلد ۲، ۴۸۸-۴۸۷.

۴۶. محمدعلی التسخیری، *القواعد الاصولیه و الفقهیه علی مذهب الامامیه* (تهران: المجمع العالمی للتقرب بین المذاهب الاسلامیه، ۱۴۳۱ ه.ق.)، جلد ۱، ۲۰۷.

۴۷. محمدکاظم خراسانی، *کفایه الاصول*، تحقیق و تعلیق: عباسعلی زارعی سبزواری (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۰ ه.ق.)، جلد ۲، ۲۲۳-۲۱۲.

۴۸. سبحانی، پیشین، جلد ۲، ۴۶۹ به بعد؛ همچنین نک: محمد فاضل لنکرانی، *اصول فقه شیعه*، تحقیق و تنظیم: محمود ملکی اصفهانی و سعید ملکی اصفهانی (قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۱)، جلد ۶، تقریر، ۵۰-۴۹ و ۴۹۷-۴۹۴ و ۱۶۱ به بعد.

۴۹. سید حسین طباطبایی بروجردی، *تقریرات فی اصول الفقه*، مقرر: علی پناه اشتهدادی (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق.)، ۱۹۰-۱۸۸ و ۱۹۶-۱۹۴.

را نسبت به قیودی مانند نهادهای جزایی نوپیدا که در حال و هوای مخاطبه و تشریح، اصولاً برای مخاطب قابل‌تصور نبوده‌اند، دارای اطلاق دانست. پیداست که این استدلال با اعتقاد به علم غیب امام منافاتی ندارد؛ زیرا حتی امام عالم به غیب هم اقتضائات زمان و گستره دانش مخاطبان خود را لحاظ می‌کند.

از بابت رکن نخست مقدمات حکمت، نهادهای جزایی نوپیدا در زمان صدور نصوص حاوی کیفرهای حدی برای مخاطبان شناخته‌شده نبوده است. بنابراین بسیار دشوار و دور است که شارع مقدس در زمان صدور این نصوص در مقام تعیین تکلیف نهادهای جزایی نوپیدا و نفی جریان آنها در حدود بوده است. روشن نیست که متون تقدیرکننده کیفرهای حدی، نسبت به نهادهای جزایی نوپیدا در مقام بیان بوده‌اند. از این‌رو نمی‌توان با استناد به اطلاق ادله، حدود را از شمول نهادهایی که با گذر زمان در بسترهای عقلایی متولد می‌شوند خارج دانست.

سخن پیش‌گفته را می‌توان از خاستگاه رکن دوم مقدمات حکمت نیز مطرح کرد. از چشم‌انداز رکن دوم، ادله‌ای که حدود را تعیین کرده‌اند، نسبت به نهادهای جزایی نوپیدا که در حال و هوای صدور متن و تشریح حکم، هرگز برای مخاطبان قابل‌تصور نبوده‌اند، فاقد اطلاقند؛ زیرا اساساً امکان مقید بودن را ندارند. وقتی نهادهای جزایی نوپیدا در فضای تشریح، برای مخاطب، ناشناخته بوده‌اند، طبیعی است که امکان تقیید اطلاقاتی که در چنین فضایی کیفر حدی را تعیین می‌کنند، به این نهادها، وجود نخواهد داشت؛ هرگاه امکان تقیید به این نهادها نباشد، امکان اطلاق ادله نیز نخواهد بود.

پیداست که آنچه گفته شد با مراتب علم شارع ارتباطی ندارد. «اینکه در متون دینی، شارع و قانون‌گذار عالم به همه چیز است و در بیانات و گفته‌های خود امور ناپیدا و آینده را هم در نظر می‌گیرد، کافی نیست تا با تکیه بر آن متکلم را نسبت به آنها در مقام بیان دانست؛ هر گوینده‌ای در هر حال در فضای گفتمانی خاصی سخن می‌گوید و با لحاظ موقعیت واقعی و ذهنی مخاطبان خود سخن می‌گوید.»<sup>۵۰</sup>

به آنچه گذشت می‌توان افزود که هرگاه اساس و بنیان اطلاق، فرایندی عقلایی به نام مقدمات حکمت است، نمی‌توان دریافت‌هایی از اطلاق ادله داشت که با ماهیت عقلایی آن فاصله داشته باشد. بسیار دور است که عقلاً در مواردی مانند نهادهای جزایی نوپیدا که در

زمان تشریح به هیچ‌وجه متصور نبوده‌اند، به اطلاق ادله تمسک نمایند. چراکه تمسک به اطلاق، عقلاً، درباره‌ی قیودی پذیرفتنی است که در زمان صدور حکم قابل تصور باشند. از دیگر سو، باید پذیرفت که تمسک به اطلاق ادله در عبادات، متمایز از امور معاملی و عقلایی است. در فضای عبادات هرگاه در شرطیت، جزئیت و به طور کلی ماهیات اعتباری شک گردد، تمسک به اطلاق ادله منطقی می‌نماید؛ زیرا ماهیت توقیفی عبادات، بسته به ادله و بیان شارع است. بیان شارع در عبادات، در یک مرحله صادر می‌گردد و مسبوق به امر دیگری نیست. بدین جهت، بیان شارع در عبادات، اصولاً تأسیسی است.

این در حالی است که در ماهیات اعتباری و حقوقی عقلایی، روش حاکم بر تحلیل متفاوت است. برای بیان شارع در امور معاملی و عقلایی، دو مرحله، متصور است؛ در مرحله نخست، شارع، موضوع را در محیط عقلایی رصد می‌کند و نحوه مواجهه عقلا با اعتبارات حقوقی را می‌سنجد؛ سپس در مرحله دوم، به صدور بیان درباره آن موضوع مبادرت می‌کند؛ بدین جهت، بیان شارع در امور عقلایی اصولاً یا ارشاد است و یا امضاء. بی‌گمان در چنین وضعیتی، تمسک به اطلاق ادله، به تنهایی راهگشا نخواهد بود؛ زیرا شارع نیز در محیط عقلایی نقش ایفاء می‌کند. پس شرط تمسک به اطلاق، نه تمسک صرف به ادله لفظی، بلکه بازگشت به ارتکازات عرفی و عقلایی به مثابه یک دلیل لبی و محتوایی است.

از این رو به نظر می‌رسد که در مقوله کیفر نیز شرط تمسک به اطلاق، بازگشت به منطق حاکم بر عرف عقلاست، نه تأکید بی‌اندازه بر ادله لفظی. توضیح اینکه بیان شارع در امور کیفری، از آنجا که ماهیتاً عقلایی هستند، مسبوق به سنجش چگونگی رویارویی عقلا با مقوله کیفر است. شارع ابتدا ارتکازات عقلایی درباره کیفر را لحاظ می‌کند، سپس در این باره مطالبی را بیان می‌کند؛ بنابراین استناد به اطلاق ادله تعیین کیفر، نیازمند در نظر گرفتن تلقی عقلا از مقوله کیفر است. عقلای جهان، کیفر را برای دستیابی به اهدافی به کار می‌گیرند. آنان تغییر و تحولات مصلحت‌مدار که کیفر را در تأمین اهداف عقلایی، کارآمدتر سازد روا می‌دانند. بی‌توجهی به تلقی‌های عقلایی از کیفر و استناد بی‌اندازه به منطق تفسیر لفظی آن هم با وجود ناتمام بودن مقدمات حکمت، درست به نظر نمی‌رسد.

بنابراین، نمی‌توان به دستاویز اطلاق ادله‌ای که برای برخی از جرایم، مجازات‌هایی تعیین کرده‌اند، ورود نهادهای جزایی نوپیدا به حدود را ناروا دانست.

### ۳- ضرورت تفسیر مفاهیم جزایی در فرض پذیرش تغییرات عقلایی در

#### حدود

جدا از مواعی که تاکنون درباره آنها سخن گفتیم، ممکن است گمان شود درباره راهیابی برخی از نهادهای نوپیدا در حدود، به طور خاص، مواعی وجود دارد. اگر تغییرپذیری مصلحت‌بینانه کیفرهای حدی را بر پایه آنچه گذشت بپذیریم، طبیعتاً باید مفاهیم جزایی را در پرتو چنین مبنایی تفسیر و تعبیر نماییم؛ بنابراین چنانچه یک مفهوم جزایی ظاهراً در مقابل پویایی حدود قرار گرفت، باید آن را به گونه‌ای فهم کرد که منافاتی با پذیرش تغییرات عقلایی در حدود نداشته باشد. تفسیر مفاهیم جزایی در پرتو تغییربرداری کیفرهای حدی می‌تواند موارد متعددی داشته باشد. ما برای نمونه به برخی از آنها از جمله ممنوعیت تأخیر در اجرای حد و منع مجازات مضاعف اشاره می‌کنیم.

#### ۳-۱- ممنوعیت تأخیر در اجرای حد

برابر روایات، وجود هرگونه تأخیر در اجرای کیفرهای حدی غیرمجاز است.<sup>۵۱</sup> بنابراین ممکن است تصور شود که عدم تأخیر در اجرای مجازات حدی، به طور خاص، مانع کاربست نهادهای جزایی تعلیق و تعویق مجازات در حدود است. اگر مفهوم جزایی ممنوعیت تأخیر در اجرای حد را در پرتو پذیرش تغییرات عقلایی در کیفرهای حدی مطالعه کنیم، روشن می‌شود که حکم عدم جواز تأخیر در اجرای مجازات حدی، به طور خاص، با به کارگیری نهادهای جزایی تعویق و تعلیق مجازات در حدود منافاتی ندارد.

طبیعت کیفر مقید به فوریت و تأخیر نیست، لزوم فوریت یا تأخیر در اجرای کیفر باید مستند به ادله‌ای جدای از طبیعت کیفر باشد. چند روایت وجود دارد که بر اساس آنها تأخیر در اجرای حد روا نیست.<sup>۵۲</sup> با این حال در میان روایات، مواردی از تأخیر در اجرای حد نیز دیده می‌شود. این موارد در تلقی رایج، استثنائات عدم تأخیر در اجرای حد محسوب می‌شوند. برخی

۵۱. برای مطالعه بیشتر نک: رحیم نوبهار، «جستاری درباره تأخیر در اجرای حد»، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی ۲ (پاییز و زمستان ۱۳۹۴)، ۳۵۸-۳۳۷؛ همچنین نک: احمد حاجی‌ده‌آبادی، قواعد فقه جزایی (حدود و تعزیرات، قصاص و دیات) (قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷)، ۲۴۶-۲۳۵.  
 ۵۲. حر عاملی، پیشین، جلد ۲۸، ۹۶، ۸ و ۴۷، ح ۲؛ همچنین نک: میرزا حسین نوری، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل (بیروت: آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۸ ه.ق)، جلد ۱۸، ۲۷، ح ۱.



از موارد جواز تأخیر در اجرای حد عبارتند از: حضور مرتکب در سرزمین دشمن،<sup>۵۳</sup> پناه بردن مرتکب به حرم مکی،<sup>۵۴</sup> گرم یا سرد بودن غیرعادی هوا،<sup>۵۵</sup> بیمار بودن مرتکب،<sup>۵۶</sup> مستحاضه بودن مرتکب زن،<sup>۵۷</sup> حامله بودن مرتکب زن<sup>۵۸</sup> و شیرده بودن مرتکب زن.<sup>۵۹</sup>

وقتی تأخیر یا فوریت در اجرای مجازات، در ذات مجازات نیست، باید آن را در پرتو اهداف مجازات فهم کرد. چنانچه تأمین اهداف کیفر، از جمله بازدارندگی، مستلزم فوریت بود، باید کیفر فوراً اجرا گردد و تأخیر در آن روا نیست؛ اما بازدارندگی همیشه مستلزم فوریت نیست. اتفاقاً گاه بازدارندگی در گرو تأخیر اجرای مجازات است. برای نمونه گفته می‌شود مجازات شارب خمر را زمانی اجرا می‌کنند که وی از حالت مستی خارج شده و به حالت عادی بازگردد.<sup>۶۰</sup> شاید این تأخیر برای آن است که او درد و رنج کیفر را بچشد.

بنابراین عدم جواز تأخیر در اجرای حد نمی‌تواند مطلق باشد. به نظر می‌رسد مراد از تأخیر ممنوع، تأخیر بی‌جهت و عاری از مصلحتی است که با اهداف مورد نظر از کیفر ناسازوار باشد؛ بنابراین اگر تأمین اهداف کیفر در گرو تأخیر در اجرای آن باشد، مجاز خواهد بود. موارد تأخیر در اجرای حد در روایات، زمانی که از زاویه اهداف کیفر دیده شوند، ناگزیر انحصاری نخواهند بود. قدر مشترک تمامی مصادیق تأخیر در اجرای حد، مصلحت‌بینی در اجرای کیفر است. این مصلحت‌بینی را نمی‌توان به موارد مذکور در روایات منحصر کرد. لذا چنانچه مصلحت در موارد دیگری اقتضای تأخیر داشته باشد، تأخیر در آن موارد هم غیرمجاز نخواهد بود.<sup>۶۱</sup>

عدم تأخیر در اجرای حد همچنین در پرتو اصل فوریت و قطعیت مجازات و تأمین هرچه بیشتر اهداف کیفر قابل‌فهم است و استثنائات مذکور نیز گویای مصلحت‌بینی در اجرای مجازات است؛ بدین‌سان چنانچه مصلحت مهمی تأخیر در اجرای کیفر را ایجاب نماید، این

۵۳. طباطبایی بروجردی، جامع‌أحادیث‌الشیعه، پیشین، جلد ۳۰، ۵۸۰، ح ۲.

۵۴. حر عاملی، پیشین، جلد ۲۸، ۵۹، ح ۱.

۵۵. طباطبایی بروجردی، جامع‌أحادیث‌الشیعه، پیشین، جلد ۳۰، ۵۷۸، ح ۲.

۵۶. همان، جلد ۳۰، ۵۶۴، ح ۱۱.

۵۷. همان، جلد ۳۰، ۵۶۴، ح ۱۴.

۵۸. همان، جلد ۳۰، ۵۶۶، ح ۱۸.

۵۹. همان، جلد ۳۰، ۵۵۲، ح ۱.

۶۰. عکبری بغدادی، پیشین، ۸۰۱.

۶۱. «و کذا یلحق بما ذکر ما لو توقف إثبات حق شرعی لهم علی تأخیر الإقامه.» نک: موسوی اردبیلی،

پیشین، جلد ۱، ۱۰۲؛ همچنین نک: ابوالقاسم علیدوست، فقه و مصلحت (قم: پژوهشگاه فرهنگ و

اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰)، ۴۳۷.

تأخیر مصداق تأخیر ناروا نخواهد بود. نمونه این مصالح نوپیدا که می‌توان در پرتو آن اجرای کیفرهای حدی را به تأخیر انداخت، نهادهای جزایی تعلیق و تعویق مجازات است که در آنها برای تأمین هرچه بیشتر اهداف کیفر، با لحاظ شرایطی مجازات با تأخیر اجرا می‌گردد. تعطیل حد که در روایات از آن نهی شده است نیز به تأخیر در اجرای حد نزدیک است. ممکن است تصور شود که کاربست نهادهای جزایی نوپیدا در حدود که مستلزم تغییراتی در کیفرهای حدی است، از مصادیق تعطیل حد است. این پندار نیز درست نیست؛ اگر این مفهوم برمبنای تغییربرداری عقلایی کیفرهای حدی تفسیر شود، روشن می‌شود که هر تغییری در حد مصداق تعطیل آن نیست. بلکه تغییرات مبتنی بر هوا و هوس یا آن دست‌سپه‌انگاری در اجرای کیفر که اهداف عقلایی کیفر را ضایع کند مصداق تعطیل حد است؛ بنابراین نمی‌توان تغییرات مبتنی بر مصلحت‌بینی که کارآمدی کیفر در دستیابی به اهداف عقلایی‌اش را بیشتر می‌کند، مصداق تعطیل حد دانست.<sup>۶۲</sup> ضمن اینکه مفهوم نهی از تعطیلی حد بیشتر به مفهوم برابری در اجرای قانون نزدیک است تا دفاع از ثبات و تغییرنابرداری کیفر.

### ۳-۲- منع مجازات مضاعف

اگر قاعده منع مجازات مضاعف، در فرض پذیرش تغییرات مصلحت‌مدار و عقلایی در کیفرهای حدی فهم شود، کاربست آن با لحاظ شرایط در حدود، همچون تعزیرات، ممنوع نخواهد بود؛ اما چنانچه جز این باشد، این نهاد جزایی در تعزیرات راه پیدا کرده، اما از راهیابی به حدود بازمی‌ماند. این‌گونه است که موضع قانون‌گذار اسلامی در پذیرش اصل منع مجازات مضاعف در مورد تعزیرات غیرمنصوص و نپذیرفتن آن در حدود و تعزیرات منصوص شرعی چندان قابل دفاع به نظر نمی‌رسد.<sup>۶۳</sup>

بر اساس این موضع، از نظر ماهوی چنانچه دادگاه خارجی برای یک جرم مستوجب حد یا تعزیرات منصوص شرعی، کیفری غیر از آنچه در شرع تعیین شده، مقرر نماید، حکم متضمن کیفر، غیرشرعی و بی‌اعتبار محسوب خواهد شد؛ بنابراین در جرایم مستوجب حد و تعزیرات منصوص، باید عیناً همان مجازات مقرر شرعی را مورد حکم قرار داد. در غیر این صورت، فارغ از اینکه چه کسی حکم را صادر نموده، حکم مزبور بی‌اعتبار محسوب می‌شود. حتی اگر

۶۲ رحیم نوبهار، «از تعطیل حد تا الفاگرایی کیفری»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی ۴ (زمستان ۱۳۹۳)، ۱۴۴-۱۴۲.

۶۳ نک: مواد ۷، ۸ و همچنین تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی.

مجرم در کشوری دیگر، کیفری متفاوت از آنچه در شرع مقرر شده را کاملاً تحمل کرده باشد، باز هم طبق قانون مجازات اسلامی باید در ایران متحمل کیفر شرعی گردد. بالاتر از این، حتی اگر مجرم با تحمل کیفر غیرشرعی در کشوری دیگر اصلاح شده باشد، باز هم باید در ایران کیفر شرعی را تحمل نماید.

کاربست‌گزینشی نهادهای جزایی مانند منع محاکمه مجدد و منع مجازات مضاعف، ناشی از مطلق‌انگاری ثبات در کیفرهای تعیین‌شده شرعی و موضوعیت داشتن آنهاست. بر اساس آنچه از موارد تغییر در چندوچون کیفرهای حدی گذشت؛ و بر پایه آنچه گاه قابلیت انعطاف در کیفرهای شرعی شناخته می‌شود؛<sup>۶۴</sup> به نظر می‌رسد چنانچه قاعده منع مجازات مضاعف را مبتنی بر تغییربرداری عقلایی در حدود تفسیر کنیم، امکان به کارگیری آن در حدود و تعزیرات منصوص نیز فراهم می‌شود؛ به ویژه در مواردی که محاکمه و کیفردهی نخست، در دستیابی به اهداف عقلایی کیفر موفق بوده باشد. ممنوعیت مجازات مضاعف، خود از مصالح نوپیدایی است که چنانچه شرایط آن وجود داشته باشد، می‌تواند همچون مصالحی که در زمان تشریح رخ داده است، احیاناً باعث اجرا نشدن کیفر شرعی، یا تغییراتی در آن شود. «از لوازم واگذار نمودن اجرای حدود به حاکمیت اسلامی که همچون اصلی از روایات بسیار در باب حدود فهمیده می‌شود، آن است که حاکمیت به جای تکیه بر منطق وظیفه‌گرایی صرف و اجرای حدود در هر وضعیتی، به مصالح و اهداف گوناگونی که از اجرای مجازات‌ها انتظار می‌رود توجه کند. لحاظ این مصالح در عمل، ممکن است به توقف اجرای کیفر یا انجام دادن برخی تغییرات در چندوچون آن بینجامد. از این دست تغییرات تا آنجا که در چارچوب تلاش برای دستیابی به اهداف واقعی مجازات‌ها و حفظ دیگر مصالح اسلام و جامعه اسلامی و احیاناً پرهیز از مفسده‌های جانبی است، بی‌مناک نباید بود.»<sup>۶۵</sup>

افزون بر این، شناسایی نهادهایی مانند ممنوعیت مجازات مضاعف گاه به اصول و بنیادهایی مانند عدالت بازمی‌گردد. عدالت ایجاب می‌کند تا کسی که برای ارتکاب رفتارش به نوعی مجازات شده با کسی که مجازات نشده یکسان نباشد. دشوار بتوان از این نظر میان حد و تعزیر تفاوت نهاد.

۶۴ پوربافرانی و بیگی‌حسن، پیشین، ۸۳.

۶۵ نوبهار، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی: چشم‌اندازی اسلامی، پیشین، ۳۴۲.

## نتیجه

نهاد کیفر در طول زمان دستخوش تغییرات فراوانی شده است. از جمله تحولاتی که کیفر برای دستیابی هرچه بیشتر و بهتر به اهداف مجازات، به خود دیده، تأسیس نهادهایی برای تکمیل نهاد کیفر است. کیفر برای کارآمدتر بودن، به وسیله نهادهای جزایی نوپیدا تکمیل شده است. نهادهایی از قبیل تعویق صدور حکم، تعلیق مجازات، برخورداری از نظام نیمه‌آزادی، مجازات‌های جایگزین حبس، شناسایی جرم سیاسی، نظام تدریجی پاسخ‌دهی کیفری، مرور زمان، ممنوعیت مجازات مجدد و ... .

در حقوق کیفری اسلام، مجازات‌ها عمدتاً بر نظام دوگانه حد - تعزیر استوار هستند. در این نظام کیفری، فهرست تفاوت‌های میان حد و تعزیر طولانی است. افتراقی بودن نظام کیفری دوگانه حد - تعزیر، رو به توسعه است؛ چراکه هر نهاد جزایی نوپیدا، به حوزه کیفرهای تعزیری راه یافته، لکن از راهیابی به حریم کیفرهای حدی بازمی‌ماند؛ این امر به نوبه خود به هرچه افتراقی‌تر شدن دوگانه حد - تعزیر می‌انجامد.

نهادهای جزایی نوپیدا در گوهر ذات خود، مقتضی جریان در همه انواع کیفر، اعم از حد و تعزیر، می‌باشند. مقتضی ورود این نهادها به کیفرهای حدی موجود است به ویژه اینکه بنیاد برخی از آنها مثلاً عدالت و کارآمدی است. هرگاه منع شرعی از ورود این نهادها به حدود وجود نداشته باشد امکان کاربست آنها در حدود بلامانع به نظر می‌رسد. یکی از موانع ورود نهادهای جزایی نوپیدا به حدود، ثبات کیفرهای حدی از جهت نوع، میزان و کیفیت اجراست. برابر تلقی رایج، ثابت بودن حدود مستلزم این است که هیچ تغییری در کیفرهای حدی راه نیابد و این کیفرها دقیقاً به همان صورتی که در شرع مقدس آمده، اجرا گردند.

به نظر می‌رسد مطلق‌انگاری ثبات کیفرهای حدی نظریه استواری نیست؛ زیرا در روایات و نوشته‌های فقهی موارد متعددی از تغییرات مبتنی بر مصلحت در نوع، میزان و کیفیت اجرای کیفرهای حدی وجود دارد. خوشبختانه بخشی از این تغییرات به قانون مجازات اسلامی که قانونی کاملاً شرع‌مدار و مشهورگراست نیز راه یافته است.<sup>۶۶</sup> نمی‌توان تغییرات مبتنی بر مصلحت‌سنجی در کیفرهای حدی را تنها به مواردی که در زمان شارع اتفاق افتاده منحصر کرد و از مصادیق نوپیدا دریغ نمود؛ بنابراین نهادهای جزایی نوپیدا که از مصادیق بارز تغییرات مصلحت‌مدار در کیفر هستند، با لحاظ شرایط، در حدود نیز امکان جریان خواهند

۶۶ برای نمونه نک: مواد ۲۳، ۲۲۵، تبصره ۲ ماده ۲۷۸ و تبصره ۲ ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی.

یافت. نمی‌توان گزاره‌های فقهی را یکسر از اعتبارات ماقبل‌الاجتماع دانست. بسیاری از گزاره‌ها و احکام در بستر زمان و مکان شکل می‌گیرند. لازمه اینکه عدم ذکر مطلبی در متون دینی را به نفی آن تفسیر و تعبیر کنیم گسست فقه از واقعیت است. تأکید بر اینکه در احکام شرعی همواره به نوعی بر پیگیری ارزش‌ها و مصالح تأکید می‌شود نباید به گونه‌ای باشد که شکاف میان فقه و واقعیت را عمیق‌تر نماید.

از طرف دیگر، در تلقی رایج، ثبات در کیفرهای حدی اغلب مستند به اطلاق ادله‌ای است که این کیفرها را تعیین نموده‌اند. بر این اساس حدود بایستی در تمامی زمان‌ها، مکان‌ها و فروع، بدون تغییر، اجرا گردند و بدین ترتیب جایی برای کاربست نهادهای جزایی نوپیدا در این کیفرها باقی نخواهد ماند. گذشت که شرط اطلاق ادله، وجود مقدمات حکمت است. با توجه به اینکه نهادهای جزایی نوپیدا عمدتاً از موارد مستحدثی هستند که در زمان شارع وجود نداشته و اساساً برای مخاطبین تشریح ناشناخته بوده‌اند، وجود مقدمات حکمت، برای نفی نهادهای جزایی نوپیدا، سخت محل تردید است. نمی‌توان شارع را نسبت به نهادهای جزایی نوپیدا که اساساً در فضای تشریح وجود نداشته و برای مخاطبین کاملاً ناشناخته بوده، در مقام بیان فرض کرد. از نقطه‌نظری دیگر، با توجه به عدم رواج و ناشناخته بودن این نهادها در زمان تشریح، امکان مقیدسازی ادله تعیین‌کننده کیفرهای حدی، به نهادهای جزایی نوپیدا وجود نداشته است. وقتی تمسک به اطلاق ادله، بر شماری از بنیادهای عقلایی به نام مقدمات حکمت مبتنی است، نمی‌توان به گونه‌ای به اطلاقات ادله استناد نمود که با ماهیت عقلایی مفهوم اطلاق هم‌خوانی نداشته باشد.

باری فهم و تفسیر پاره‌ای از مفاهیم جزایی، در پرتو پذیرش تغییرات عقلایی در حدود، نتایج تازه‌ای به ارمغان می‌آورد و از هرچه افتراقی‌تر شدن نظام کیفری حد - تعزیر می‌کاهد. شمارگان این مفاهیم زیاد است. برای نمونه عدم جواز تأخیر در اجرای حد، به طور خاص، نافی کاربست نهادهای جزایی تعویق و تعلیق مجازات در حدود نیست. در صورتی که حکم عدم جواز تأخیر در اجرای حد و موارد استثنای آن در پرتو اهداف کیفر تفسیر و تعبیر شوند، روشن می‌شود که هر تأخیری در اجرای مجازات ناروا نیست؛ بلکه تأخیری نارواست که کیفر را در دستیابی به اهدافش ناتوان سازد؛ بنابراین چنانچه شرایط به کارگیری نهادهای تعویق و تعلیق مجازات در کیفرهای حدی به گونه‌ای فراهم شود که این کیفرها را در رسیدن به اهدافشان کارآمدتر سازد، کاربست آنها در حدود، با حکم عدم جواز در تأخیر اجرای حد ناسازگار نخواهد بود. نمونه دیگر، اصل منع مجازات مضاعف است که چنانچه در پرتو

تغییربررداری حکیمانه در کیفیهای حدی فهم شود، با لحاظ شرایط، امکان به کارگیری آن در حدود نیز فراهم خواهد بود. این گفته در مورد بسیاری از نهادهای کیفی دیگر مانند تعویق هم راست می‌آید.



## فهرست منابع

### الف. منابع فارسی

- پوربافرانی، حسن و فاطمه بیگی‌حسن. «اعمال قاعده منع محاکمه مجدد در جرایم مستوجب مجازات‌های شرعی». *پژوهشنامه حقوق کیفری* ۷ (بهار و تابستان ۱۳۹۲): ۷۳-۹۵.
- پیوندی، غلامرضا. «نقد و بررسی تاریخ‌مندی احکام جزایی اسلام». *حقوق اسلامی* ۳۵ (۱۳۹۱): ۶۱-۹۴.
- حاجی‌ده‌آبادی، احمد. *قواعد فقه جزایی (حدود و تعزیرات، قصاص و دیات)*. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷.
- حسینی، سید محمد. «دو گونه کیفر در مقابل دو دسته بزه (بازتعریف «حدود» و «تعزیرات» از دیدگاه فلسفه کیفری)». *فصلنامه حقوق* ۱ (بهار ۱۳۸۸): ۸۷-۱۰۶.
- خادمی کوشا، محمدعلی. «تبدیل‌ناپذیری حدود (مجازات‌های بدنی معین) در اسلام». *کاوشی نو در فقه* ۹۰ (۱۳۹۶): ۷۱-۹۷.
- طهماسبی‌نیک، علی‌اشرف. *سلسله پژوهش‌های فقهی - حقوقی (ثبات و تغییر در جرایم و مجازات‌ها با مطالعه تطبیقی)*. جلد ۹. تهران: جنگل، ۱۳۸۸.
- علیدوست، ابوالقاسم. *فقه و مصلحت*. قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰.
- فاضل موحدی لنگرانی، محمد. *اصول فقه شیعه*. جلد ۶. تقریر، تحقیق و تنظیم: محمود ملکی اصفهانی و سعید ملکی اصفهانی. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۱.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. *حقوق و دادرسی کیفری در آیین فقه (مطابق با نظرات و فتاوی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی)*. جلد ۱. تنظیم: سعید رهایی. قم: رادنگار، ۱۳۹۲.
- مؤمنی، عابدین و حامد رستمی نجف‌آبادی. «نقش مصلحت در اجرای مجازات‌های حدی». *دوفصلنامه فقه مقارن* ۵ (بهار و تابستان ۱۳۹۴): ۳۹-۹.
- نوبهار، رحیم و امیر عرفانی‌فر. «واکاوی تحلیلی - انتقادی تفاوت‌های میان حد و تعزیر». *راهبرد* ۸۲ (بهار ۱۳۹۶): ۲۴۰-۲۰۷.
- نوبهار، رحیم. «از تعطیل حد تا الغاگرایی کیفری». *پژوهش‌های حقوق تطبیقی* ۴ (زمستان ۱۳۹۳): ۱۴۶-۱۲۳.
- نوبهار، رحیم. *اصول فقه: مباحث الفاظ و قواعد تفسیر متن*. تهران: میزان، ۱۳۹۵.
- نوبهار، رحیم. «امکان‌سنجی فقهی گذار از مجازات‌های بدنی». *کاوشی نو در فقه* ۹۰ (تابستان ۱۳۹۶): ۳۹-۶۹.
- نوبهار، رحیم. *اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی: چشم‌اندازی اسلامی*. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
- نوبهار، رحیم. «جرم سیاسی و تقسیم‌بندی حد - تعزیر». *پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی* ۳ (نیمسال اول ۱۳۹۳): ۱۶۳-۱۳۳.

نوبهار، رحیم. «جستاری در تقسیم‌بندی باب‌های فقهی و پیامدهای روش‌شناختی آن». راهبرد ۷۶ (پاییز ۱۳۹۴): ۷۹-۱۰۵.

نوبهار، رحیم. «جستاری درباره تأخیر در اجرای حد». فقه و مبانی حقوق اسلامی ۲ (پاییز و زمستان ۱۳۹۴): ۳۳۷-۳۵۸.

## ب. منابع عربی

ابن قدامه، عبدالله و عبدالرحمن بن ابی عمر محمد بن قدامه المقدسی. المغنی و یلیه الشرح الکبیر. جلد ۱۰. بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۳ ه.ق.

اردبیلی، احمد. مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان. جلد ۱۳. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ه.ق.

اصفهانی محمد بن حسن. کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام. جلد ۱۰. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ه.ق.

بخاری، محمد بن إسماعیل. صحیح البخاری. جلد ۸. بی‌جا: دار طوق النجاه، ۱۴۲۲ ه.ق.

تبریزی، جواد. تنقیح مبانی الاحکام. جلد ۲. قم: دارالصدیقه‌الشهیده، ۱۳۸۷.

تسخیری محمدعلی. القواعد الاصولیه و الفقهیه علی مذهب الامامیه. جلد ۱. تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه - المعاونه الثقافيه، ۱۴۳۱ ه.ق.

حرّ عاملی، محمد. وسائل الشیعه. جلد ۲۸. قم: آل‌البيت، ۱۴۰۹ ه.ق.

حلی، ابن زهره. غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع. قم: امام صادق، ۱۴۱۷ ه.ق.

حلی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. جلد ۴. قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ه.ق.

خراسانی، محمدکاظم. کفایه الاصول. جلد ۲. تحقیق و تعلیق: عباسعلی زارعی سبزواری. قم: نشر اسلامی، ۱۴۳۰ ه.ق.

خوانساری، سید احمد. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. جلد ۵. قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ه.ق.

رواس قلعه‌جی، محمد. موسوعه فقه علی بن ابی‌طالب. دمشق: دارالفکر، ۱۴۰۳ ه.ق.

زحیلی، وهبه. الفقه الاسلامی و ادلته. جلد ۶. لاهور: مکتبه رشیدیّه، بی‌تا.

سبحانی، جعفر. المبسوط فی اصول الفقه. جلد ۲. قم: امام صادق (ع)، ۱۴۳۴ ه.ق.

سجستانی ازدی، سلیمان بن اشعث ابوداود. سنن ابی‌داود. جلد ۴. بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۱ ه.ق.

سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز. المراسم العلویه و الاحکام النبویه فی الفقه الامامی. قم: منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ه.ق.

سیفی مازندرانی، علی‌اکبر. بدایع البحوث فی علم الاصول. جلد ۵. قم: نشر اسلامی، ۱۴۳۳ ه.ق.

طباطبایی بروجردی، سید حسین. تقریرات فی اصول الفقه. مقرر: علی‌پناه اشتهاردی. قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق.



- طباطبایی بروجردی، سید حسین. جامع أحادیث الشیعه. جلد ۳۰. تهران: فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ه.ق.
- طباطبایی حائری، سید علی. ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. جلد ۱۶. قم: آل‌البيت، ۱۴۱۸ ه.ق.
- طوسی، محمد بن حسن. الخلاف. جلد ۵. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ه.ق.
- طوسی، محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الامامیه. جلد ۸. تهران: المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ه.ق.
- طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الاحکام. جلد ۱۰. تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق.
- عاملی، زین‌الدین. مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. جلد ۱۴. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق.
- عاملی، محمد (شهید اول). القواعد و الفوائد. جلد ۲. قم: کتابفروشی مفید، بی‌تا.
- عکبری بغدادی (مفید)، محمد بن محمد. المقنعه. قم: کنگره‌ی جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ه.ق.
- علی، جواد. المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام. جلد ۵. بغداد و بیروت: مکتبه النهضه و دارالعلم للملایین، ۱۹۷۸ م.
- عوده، عبدالقادر. التشریح الجنایی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی. جلد ۲. قاهره: المکتبه التوفیقیه، بی‌تا.
- فاضل موحدی لنگرانی، محمد. تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۲ ه.ق.
- کاسانی، مسعود. بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع. جلد ۷. بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۶ ه.ق.
- کیدری، قطب‌الدین محمد. اصباح‌الشیعه بمصباح‌الشریعه. قم: امام صادق، ۱۴۱۶ ه.ق.
- مکارم‌شیرازی، ناصر. انوارالفقاهه فی شرح تحریر الوسیله - کتاب الحدود. جلد ۱ تا ۳. تهران: عروج، ۱۴۳۴ ه.ق.
- موسوی، علی بن حسین. الانتصار فی انفرادات الامامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. فقه الحدود و التعزیرات. جلد ۱ تا ۴. قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید، ۱۴۲۷ ه.ق.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مبانی تکمله المنهاج. جلد ۴۱ موسوعه. قم: احیاء آثار الامام الخویی، ۱۴۲۸ ه.ق.
- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. الدر المنضود فی احکام الحدود. جلد ۱ تا ۳. قم: دار القرآن‌الکریم، ۱۴۱۲ ه.ق.
- نجفی، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. جلد ۴۱. بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
- نوری، میرزا حسین. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. جلد ۱۸. بیروت: آل‌البيت (ع)، ۱۴۰۸ ه.ق.

## **Feasibility Study of Utilization of Modern Criminal Institutions in Islamic Prescribed Punishments (Hodud)**

*Hossein Khodayar*

Student of Ph.D. of Criminal Law and Criminology of Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran  
Email: hossein.khodayar@gmail.com

&

*Dr. Rahim Nobahar*

Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran  
Email: r-nobahar@sbu.ac.ir

In traditional view in Islamic jurisprudence, Prescribed Punishments (Hodud) are often understood as unchangeable and inflexible. This, in its turn, has led the modern criminal institutions not to be applied in prescribed punishments. Indeed, while modern criminal entities are welcomed in discretionary punishments (Tazirat), they have been hardly welcomed in Hodud. The result has been a more differential system of punishment containing had and Tazir with different laws and rules. Having chosen an analytical-critical methodology, this paper shows that even inflexibility of prescribed punishments is not a cause for modern criminal entities not to be applied in them. Reliance upon unconditionality (Itlaq) of the evidences related to prescribed punishments is not a sufficient and convincing argument to put prescribed punishments far from the modern entities. Also this paper shows that impermissibility of postponement of Had and its cancelation, as insisted in religious texts, is not inconsistent with criminal concepts like deferment of judgement, suspension of punishment and prohibition of double punishment.

**Keywords:** Modern Criminal Entities, Prescribed Punishments (Hodud), Cancellation of Had, Postponement of Had, Prohibition of Double Punishment.

# Journal of **CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY**

**VOL. VI, No. 2**

**2018-2**

- **Some of the Characteristics of the due Process Model in the Criminal Procedure Act 1392**  
*Baharak Shahed & Dr. Nasrin Mehra*
- **Rationality Foundations of Situational Crime Prevention**  
*Dr. Mehdi Moghimi*
- **Prevention of Transmitting Incomes of Organized Crimes in Iran's Criminal Law and International Documents**  
*Yaser Gholamnejad & Dr. Mohammad Ali Mahdavi Sabet*
- **The New Criminal Procedure Law Approach to Witness and Informed Rights in the Preliminary Research Phase and its Compliance with International and Regional Documents**  
*Abbas Akhtari & Dr. Hassan-Ali Moazen Zadegan*
- **Legal Analysis of the Illegal Alteration of Land Use by Fencing in Agricultural Lands and Gardens with an Emphasis on Judicial Precedent**  
*Dr. Hamid Bahreman & Naser Ghanbarian*
- **Penological Analysis of Customary Penal Code**  
*Dr. Mahdi Sabooripour & Iraj Khalilzadeh*
- **Feasibility Study of Utilization of Modern Criminal Institutions in Islamic Prescribed Punishments (Hodud)**  
*Hossein Khodayar & Dr. Rahim Nobahar*



**S. D. I. L.**

**The S.D. Institute of Law**  
Research & Study