

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری با نگاهی تطبیقی به فقه شیعه و اهل سنت

حسین سلیمانی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۳۰

DOI: 10.22096/law.2020.121655.1637

چکیده

هر چند در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در عباراتی صریح، و موافق با اصول متعدد قانون اساسی، افزون بر پذیرش کلی اصل قانونی بودن جرم و مجازات، به اعتبار کامل این اصل در تعزیرات، قصاص و دیات تأکید شده، اما به نظر می‌رسد قانون‌گذار در حدود این اصل را انکار و تلاش کرده است به استناد برخی از اصول قانون اساسی، اجازه رجوع به فقه را در حدود ذکر نشده در قانون صادر کند. این در حالی است که در فقه اسلامی اختلاف بسیار زیادی درباره تعداد حدود و احکام و شرایط آنها وجود دارد که عملاً هم قاضی را در رجوع به فقه دچار سرگردانی می‌کند و هم باعث ایجاد مشکلات برای شهروندان می‌گردد. در این نوشته، با نگاهی اجمالی به حیطه حدانگاری رفتارها در کلام فقیهان، در بی اثبات این نکته‌ایم که اولاً استناد ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای توجیه جواز رجوع به فقه در جرم دانستن رفتارهای خارج از قانون نادرست و خلاف اصول صریح قانون اساسی است و ثانیاً اگر این ماده را در معنای جواز رجوع به فقه لازم الاجرا بدانیم، باید به قدر متیقن رفتارهای اجماعی حدی بسنده کرد. پیشنهاد نویسنده حذف این ماده خلاف قانون اساسی است. واژگان کلیدی: اصل قانونمندی؛ اصل ۱۶۷؛ حدود غیرمذکور؛ ماده ۲۲۰؛ فقه اهل سنت؛ فقه شیعه.



مقدمه

یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های فقیهان و شریعتمداران از همان صدر مشروطه و آغاز قانون‌گذاری در ایران، حاکمیت قوانین موضوعه بر حدود و کیفرهای شرعی بود. این دغدغه در اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه مصوب ۱۲۸۶ خود را نشان داد که براساس آن، «مجلس مقدس شورای ملی باید در هیچ عصری از اعصار مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام نداشته باشد، تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامیه بر عهده علمای اعلام» و فقیهان بود، که براساس ضابطه مقرر در اصل انتخاب می‌شدند. برای پاسخ‌گویی به همین نگرانی، در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ در چندین ماده از حدود شرعی سخن به میان آمد. در همان نخستین ماده، حدود و تعزیرات شرعی از شمول این قانون عرفی خارج شدند و براساس آن «جرم‌هایی که موافق موازین اسلامی تعقیب و کشف شود برطبق حدود و تعزیرات مقرر در شرع مجازات می‌شوند.» براساس ماده ۲۷۹ این قانون نیز تعقیب و مجازات کسانی که قبل از تصویب و انتشار این قانون مرتکب رفتاری شده بودند که مطابق قانون جرم بود، منوط بود به اینکه «اولاً نسبت به آن عمل مرور زمان حاصل نشده باشد و ثانیاً برای عمل مزبور شرعاً هم حدی معین شده باشد.»

در جرایم جنسی و سرقت نیز اعمال مقررات قانون منوط به نبود شرایط مقررات حدود شرعی شد. براساس ماده ۲۰۷: «مرتکب لواط و زنا محصنه و زنا با محارم نسبی و زنا به عنف در صورتی که جنایت مطابق مقررات شرعیه ثابت شود اعدام می‌گردد...» همچنین براساس ماده ۲۲۲ اعمال کیفر حبس برای سرقت مشروط شده بود به اینکه «سرقت جامع تمام شرایط مقرر در شرع» نباشد.

این چهار ماده هر یک مسیری متفاوت را پیمودند. مواد ۲۰۷ و ۲۲۲ شش سال بعد در اردیبهشت و خرداد ۱۳۱۰ به ترتیب به موجب قانون اصلاح ماده ۲۰۷ و قانون راجع به مجازات قطاع‌الطریق نسخ شدند و در مواد جایگزین نامی از شرع و حد به میان نیامد. ماده ۲۷۹ گرچه تا پایان اعتبار قانون مجازات عمومی برجای خود باقی ماند اما با توجه به شرط عدم شمول مرور زمان و با توجه به اینکه حداکثر زمان مرور زمان جنایت در این قانون ده و پانزده سال بود

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری... / سلیمانی ۲۹۵

(مواد ۵۱ و ۵۲) عملاً بعد از سال ۱۳۱۹ به خودی خود ملغی و بی اثر شد. ماده ۱ نیز به شکل تزیینی در قانون باقی ماند و نهایتاً در قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ منسوخ شد. در واقع، شرعی سازی قوانین کیفری در پیش از انقلاب نافرجام ماند و نهایتاً برخی مواد بدون آنکه اثری بر آنها بار باشد در قوانین باقی ماندند.

پس از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷، یکی از جدی ترین مطالبات حاکمان، شرعی سازی قوانین، و مهم تر از همه، قوانین کیفری بود. این چالش از نخستین و مهم ترین قانون کشور، قانون اساسی، که در سال ۱۳۵۸ به تصویب رسید، خود را نشان داد. از یک سو، در اصول گوناگون قانون اساسی، به ویژه اصل ۳۶ و ۱۶۹، قانونی بودن جرم و مجازات به صراحت به رسمیت شناخته شد، و از سوی دیگر، بیان عام اصل ۱۶۷، که در نگاه فقه گرایان در پرتو اصل چهارم نیز تقویت می شد، زمینه را برای انکار این اصل بنیادین فراهم کرد. همین ابهام به قوانین عادی نیز سرایت کرد. در برخی از قوانین عادی (مانند ماده ۲ قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱) اصل قانونی بودن جرم و مجازات به صراحت پذیرفته شد، اما در برخی دیگر از قوانین و نیز رویه قضایی، به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی کیفری ملزم می شد در صورت نیافتن حکم دعوا در قوانین مدونه «به استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید.» در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ نیز قسمت نفی ماده که صراحت بیشتری در اصل قانونی بودن داشت حذف شد، گرچه از مفهوم مخالف تعریف جرم می شد همچنان مفاد این اصل را استفاده کرد.

یکی از تحولات مهم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ پذیرش صریح اصل قانونی بودن در مواد گوناگون، از جمله مواد ۱۲ و ۱۳ است. با نگاهی به تعریف قانون گذار از مجازات های اصلی (حدود، قصاص، دیات و تعزیرات)، می توان به تغییر ذائقه قانون گذار پی برد. قانون گذار در تعریف قصاص و دیه و تعزیر (مواد ۱۶ و ۱۷ و ۱۸ ق.ا.م.ا) به صراحت قانونی بودن این کیفرها را پذیرفته است. به رغم این، در تعریف حد (ماده ۱۵) سخنی از قانون نیست و حد به مجازاتی تعریف شده که «موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس تعیین شده است.» چه بسا براساس همین تعریف، قانون گذار حاکمیت قانون در حدود را در

ماده ۲۲۰ انکار کرده است. این ماده فقط ناظر به حدود است و قرینه‌ای است بر اینکه اصل قانونی بودن در سایر کیفرهای شرعی، تعزیرات و قصاص و دیات، پذیرفته شده است.^۱

برای آنکه در بایم قانون‌گذار از گستره رفتارهای موضوع ماده ۲۲۰ چه تصویری داشته است، باید به روند جرم‌انگاری رفتارهای حدی در قوانین کیفری ایران اشاره کنیم. قانون‌گذار ایران با اتخاذ موضعی حداقلی، و با تبعیت از دیدگاه مشهور فقهی، در قانون حدود و قصاص ۱۳۶۱ (مواد ۸۱ تا ۲۱۸) و سپس در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ (مواد ۶۳ تا ۲۰۳) جرایم حدی کم‌وبیش متفق‌علیه، یعنی زنا، لواط و تفخیز، مساحقه، قیادت، قذف، شرب خمر، محاربه و افساد فی الارض،^۲ و سرقت را در قالب جرایم حدی آورده بود. به‌رغم این، قوانین کیفری و رویه‌ها حدود را محدود به این تعداد نمی‌دانستند و اجازه می‌دادند حدود دیگر فقهی نیز مورد حکم قرار گیرند.

در لایحه قانون مجازات اسلامی که در آبان ۱۳۸۶ از قوه قضاییه به هیئت وزیران ارسال شد و در همان ماه به تصویب رسید و در شهریور ۱۳۸۷ به کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس، برای تصویب آزمایشی، ارجاع داده شد، تلاش شد تا در صیانت از اصل مهم قانونی بودن جرم و مجازات، همه کیفرها در زیر اصل حاکمیت قانون قرار گیرند. برای رسیدن به این هدف، در باب حدود، قانون‌گذار کوشید، با نگاهی حداکثری، تمامی جرایم حدی را در قانون شمارش کند تا راه برای رجوع به منبعی جز قانون بسته شود. از این رو، در ماده ۳-۲۱۱ لایحه مجازات اسلامی، که شماره‌گذاری آن براساس الگوی کد مجازات فرانسه بود، در ذیل هشت بند، چهارده جرم حدی ذکر شد: زنا و ملحقات آن (لواط، تفخیز و مساحقه)، قوادی، قذف، سب‌النبی، ارتداد و بدعت و سحر، خوردن مسکر، سرقت، محاربه، و افساد فی الارض؛ و البته با توجه به ذکر دو عنوان حدی ادعای نبوت در ذیل بحث ارتداد (۱۱-۲۲۵) و نیز بغی در ذیل محاربه (۱۲-۲۲۸) تعداد این حدود به عدد شانزده می‌رسید. در این فهرست تمامی بزه‌هایی که در نگاه فقیهان شیعه، حتی در نظر اقلیت، حد شمرده شده بود، گرد آمده بود تا اطمینان داده شود که قاضی می‌تواند بدون آنکه نیازی به رجوع به فقه داشته باشد در حدود حکم صادر کند.

۱. نك: سلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۰۶-۱۰۷.

۲. افساد فی الارض در این قوانین جرمی مستقل از محاربه، از حیث ارکان و مجازات، نیست (مواد ۱۸۳-۱۹۶ ق.م.ا. ۱۳۷۰).

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری ... / سلیمانی ۲۹۷

با رسانه‌ای شدن فرایند تصویب این لایحه، و در پی اعتراضات شدید و فراگیر نهادهای بین‌المللی و نهادها و فعالان حقوق بشری به آن، به‌ویژه قانونی شدن مجازات ارتداد، کمیسیون مذکور، در لایحه مصوب در سال ۱۳۸۸، مواد مربوط به ارتداد، سحر، بدعت و ادعای نبوت را حذف و ماده ۲۲۰ را جایگزین آن کرد. در واقع، ماده ۲۲۰ عمدتاً برای پوشاندن جای خالی این چند جرم حدی، و به‌ویژه ارتداد، وضع شد.^۱

در این نوشتار ماده ۲۲۰ را در برخورد با اصل قانونی بودن جرم و مجازات واکاوی می‌کنیم. نخست به اجمال رفتارهای مستوجب حد در فقه اسلامی بررسی (الف)، و سپس به نقد و تحلیل ماده ۲۲۰ ق.م.ا.پ پرداخته می‌شود (ب).

الف) گستره حدود در فقه اسلامی

پیش از پاسخ به این پرسش که آیا می‌توان در حدودی که در قانون ذکر نشده‌اند به فقه رجوع کرد یا خیر، نخست باید دید مراد از این حدود غیرمذکور چیست.

نظام کیفری اسلامی دو بال اصلی دارد که یک‌دیگر را کامل می‌کنند: حدود و تعزیرات.^۲ فقیهان حد را کیفری می‌دانند که عقوبت مقدر دارد. ایشان برای مجازات تعزیری دو ویژگی اصلی ذکر کرده‌اند: میزان آن کمتر از حد است، و با نظر حاکم (قاضی / قانون‌گذار) تعیین می‌شود.^۳

۱. به ادعای برخی نویسندگان، ماده ۲۲۰ (به‌جهت عدم ذکر حد زنا) محصنه در متن لایحه درج شده بود که با ایراد شورای نگهبان [کیفر رجم] مجدداً به آن اضافه گشت، اما با این وجود، ماده مذکور نیز با غفلت یا تغافل در شمار مواد قانون مجازات اسلامی باقی ماند، نك: احمدزاده و الهام، ۱۳۹۵: ۲۵۸ پانویس. حتی اگر اندراج این ماده برای حفظ امکان رجم بوده باشد، با بازگشت رجم احتمالاً دلیل بقای آن حذف کیفر چهار بزه پیش‌گفته است.

۲. در کنار این دو، قصاص و دیات نیز هستند که فقط در جنایات برضد اشخاص (قتل، صدمات بدنی، سقط جنین و جنایت بر مرده) کاربرد دارند. برخی از فقیهان شافعی قصاص را در زمره حدود شمرده‌اند؛ نك: جزیری، ۲۰۰۳: ۱۲/۵. حلبی، از فقیهان متقدم شیعه، نیز يك بار قتل را به مثابه موجب حد به کار برده است؛ نك: حلبی، ۱۳۹۲: ۳۶۷.

۳. البته برخی کیفرها ویژگی حد و تعزیر را جمع کرده‌اند و فقیهان گاهی به آنها تعزیر مقدر و گاهی حد می‌گویند. کیفر این رفتارها مشخص است اما میزان کیفر آنها کمتر از حد است (مثلاً ۲۵ ضربه). قانون‌گذار نیز (در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا.پ) از تعزیر منصوص سخن می‌گوید. برای دیدن مراد از تعزیر منصوص و رابطه آن با تعزیر مقدر؛ نك: سلیمانی، ۱۳۹۸: ۱۰۷-۱۱۰.

قرآن چهار بزه را سزاوار حد دانسته است: زنا، قذف، سرقت و محاربه. به‌رغم این، در باب تعداد حدود، در فقه اسلامی اختلاف دیدگاه فراوان است. در میان بزه‌های موجب حد، بزه زنا، قذف، شرب خمر، و سرقت مورد اتفاق همه فقیهان شیعه و اهل سنت است. برخی از حنفی‌ها فقط همین بزه‌ها را حدی می‌شمارند.^۱ حتی برخی گفته‌اند در میان اهل سنت فقط سه جرم حدی متفق‌علیه وجود دارد: حد زنا، حد قذف و حد سرقت.^۲

با نگاهی به آثار فقیهان شیعه، به نظر می‌رسد ایشان بر هشت بزه حدی اتفاق کرده‌اند؛ همان هشت موردی است که ابن‌براج طرابلسی (۴۰۰-۴۸۱ ق)، یکی از قدیمی‌ترین فقیهان شیعه، برمی‌شمارد و کم و بیش در کلام فقیهان متقدم تکرار شده است: زنا، لواط، مساحقه، قیادت، شرب خمر، سرقت، قذف، و محاربه یا قطع طریق.^۳ البته تفخیز^۴ نیز حدی مستقل است، هر چند در ذیل لواط ذکر می‌شود.

با مرور آثار فقیهان بعید نیست بتوان در مجموع نظرات فقهی شیعه و سنی تا حدود شصت رفتار موجب حد را شماره کرد.^۵

۱. حدود عفاف و خانوادگی

مراد از حدود عفاف و خانوادگی جرایم مرتبط با امور جنسی است که ممکن است درجات مختلف، و از این رو، کیفرهای مختلف داشته باشند. این جرایم از یک سو، گناهانی بزرگ شمرده شده‌اند و از سوی دیگر، شارع قوانین بسیار دشواری را برای اثبات آنها تشریح کرده است.

۱. نك: ابن‌نجیم مصری حنفی، ۱۴۱۸ ق: ۴/۵. ناگفته نماند که قطع طریق (محاربه) نیز در ذیل سرقت ذکر می‌شود؛ نك:

ابن‌نجیم مصری حنفی، ۱۴۱۸ ق: ۵/۱۱۳.

۲. نك: جزیری، ۲۰۰۳ م: ۵/۱۳.

۳. نك: ابن‌براج طرابلسی، ۱۴۰۶ ق: ۲/۵۱۸، ۵۲۹، ۵۳۱، ۵۳۴، ۵۳۷، ۵۴۶، و نیز نك: موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷

ق: ۱/۲۸.

۴. نك: محقق حلی، ۱۴۲۵ ق: ۲/۴۰۵ و خوئی، ۱۳۹۳: ۱/۱۱۴ (مسئله ۱۸۷).

۵. گفتنی است برخی از این حدود با هم تداخل دارند یا در دیدگاه برخی فقیهان جزئی از حد دیگری شمرده شده‌اند، اما در کلام برخی فقیهان به نظر می‌رسد که هویت مستقلی یافته‌اند یا دست‌کم، شرایطی برای حد تعریف کرده‌اند که امکان گنجاندنشان را در حد اصلی ناممکن یا دشوار می‌سازد.

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری ... / سلیمانی ۲۹۹

يك . هرچند در قرآن فقط در يك آيه برای زنا حد (صدتازيانه) مشخص شده (سوره نور، ۲)، و در دو آيه نیز به حبس خانگی زنان و تعزیر بزهکاران عفايي در قالب غيرحدی اشاره شده (سوره نساء، ۱۵ و ۱۶) اما در فقه، بسیاری از رفتارهای عفايي مشمول عنوان حد قرار گرفته‌اند. فقیهان انواع زنا (محصنه و غيرمحصنه، زناي به‌عنف، زناي با محارم و...) را مستوجب حد دانسته‌اند، گرچه نوع حد در غير از زناي محصنه و غيرمحصنه، در میان فقیهان شیعه و اهل تسنن یکسان نیست. لواط نیز در نزد فقیهان شیعه همواره مستوجب حد است، اما ابوحنیفه و بسیاری از فقیهان حنفی لواط را مستوجب تعزیر می‌دانند، حتی اگر در دبر زن اجنبی باشد.^۱ فقیهان دیگر اهل سنت غالباً به حدی بودن این رفتار نظر دارند و البته در اینکه حد آن رجم است یا قتل یا همان حد زنا (در هر مورد) اختلاف کرده‌اند.^۲ تفخیز، و مساحقه مصادیق کم‌ویش قطعی این‌گونه رفتارهای حدی در میان فقیهان شیعه‌اند. بیشتر فقیهان اهل سنت، به‌ویژه حنفی‌ها، مساحقه و تفخیز را مستوجب حد نمی‌دانند؛^۳ و البته رأی به صد ضربه تازیانه نیز برای مساحقه وجود دارد.^۴

دو. یکی از جرایم مرتبط با حدود عفايي قیادت است. از یک‌سو، برخی در حدی بودن قیادت تردید کرده‌اند،^۵ و از سوی دیگر، کسانی که قیادت را حد می‌دانند در گستره آن اختلاف دارند. مصداق قطعی حد قوادی، در کلام فقیهان شیعی، جمع کردن زن و مرد برای زنا است، اما بسیاری جمع کردن مردان برای لواط را نیز مشمول این حد می‌شمردند. تعداد کمتری از فقیهان جمع کردن بین زنان برای مساحقه را مستوجب حد قیادت دانسته‌اند.^۶ فقیهان اهل سنت قیادت را در زمره حدود نیاورده‌اند.

۱. نك: نسفی، ۱۴۳۲ ق: ۳۴۹-۳۵۰ و ابن‌همام حنفی، ۱۴۲۴ ق: ۲۴۹ / ۵.

۲. نك: محاملی شافعی، ۱۴۱۶ ق: ۳۸۴-۳۸۵؛ غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ ق: ۵۸۴ و ابن‌قدهامه مقدسی حنبلی، ۱۴۲۱ ق: ۴۰.

۳. سید مرتضی حد دانستن این عمل را از اختصاصات شیعه دانسته است؛ نك: سید مرتضی، ۱۴۱۵ ق: ۵۱۰. فقیهان اهل سنت شرط دخول را برای استحقاق حد لواط ذکر کرده‌اند؛ نك: ابن‌عثیمین، ۱۴۲۵ ق: ۱۴ / ۲۴۴.

۴. نك: ابن‌قدهامه مقدسی حنبلی، ۱۴۲۱ ق: ۴۰؛ غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ ق: ۵۸۴؛ ابن‌عثیمین، ۱۴۲۵ ق: ۱۴ / ۳۱۴.

۵. نك: نوبهار، ۱۳۸۹: ۲۶۴-۲۶۵.

۶. نك: منتظری، بی‌تا: ۱۸۸-۱۸۹؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۷ ق: ۱۳ / ۱۲۷-۱۲۸ و گلپایگانی، ۱۴۱۴ ق: ۹۰-۹۲ / ۲.

سه. بیش از این، برخی فقیهان نیز مصادیقی دیگر برای حد ذکر کرده‌اند، که غالب فقیهان، آنها را تعزیر و در مواردی تعزیر مقدر شمرده‌اند، مانند: تقبیل و مضاجعه در زیر ازار واحد^۱، دو مردی که زیر لحاف واحد باشند^۲، دو زنی که زیر لحاف واحد باشند^۳. همچنین در موضوع وطی بهائم گاه تا چهار قول (قتل، حد زنا، ربع حد زنا، و تعزیر) نقل می‌شود.^۴ همین‌طور ازدواج با کنیز بدون اذن همسر آزاد،^۵ ازدواج با زن ذمی بدون اذن همسر مسلمان،^۶ بوسیدن پسرچه‌ای از روی شهوت،^۷ نزدیکی با همسر در روز ماه رمضان،^۸ نزدیکی با همسر در حالت عادت ماهیانه،^۹ برداشتن بکارت دختری با انگشت یا به‌گونه‌ای دیگر^{۱۰} نیز در قالب حد ذکر شده‌اند. برخی فقیهان اهل سنت زنا را نیز به‌مثابه حد مستقل شمرده‌اند.^{۱۱}

۲. بزه‌های حدی بر ضد اشخاص و اموال

يك. جرایم بر ضد حیثیت و آزادی اشخاص گاهی در زمره حدود شمارش شده‌اند. قذف، که مستند قرآنی نیز دارد (سوره نور، ۴)، مهم‌ترین آنهاست که مورد اتفاق فقیهان شیعه و اهل سنت نیز هست.

۱. در کلام فقیهان این قول نقل شده است. نک: محقق حلی، ۱۴۲۵ ق: ۲ / ۳۹۷؛ شهید ثانی، ۱۴۳۷ ق: ۴ / ۲۹۸ و موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱ / ۳۱۷، مسئله ۵۶۳.
۲. نک: شیخ صدوق، ۱۳۸۴: ۴۳۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱ / ۳۲۶، مسئله ۵۸۶.
۳. نک: شیخ صدوق، ۱۳۸۴: ۴۳۳ و موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱ / ۳۲۹، مسئله ۵۹۶.
۴. نک: خونی، ۱۳۹۳: ۱ / ۱۶۲ (ذیل مسئله ۲۹۰). فقیهان اهل سنت دروطی بهائم سه قول قتل، حد زنا و تعزیر را بیان کرده‌اند؛ نک: محاملی شافعی، ۱۴۱۶ ق: ۳۸۴-۳۸۵؛ غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ ق: ۵۸۱ و جزیری، ۲۰۰۳: ۵ / ۱۳۴-۱۳۵.
۵. نک: ابن فهد حلی، ۱۴۱۳ ق: ۵ / ۶ و برخلاف شهید ثانی، ۱۴۲۹ ق: ۱۴ / ۳۲۶.
۶. نک: خونی، ۱۳۹۳: ۱ / ۱۱۸ (مسئله ۱۹۲) و برخلاف شهید ثانی، ۱۴۳۷ ق: ۴ / ۳۰۶.
۷. نک: خونی، ۱۳۹۳: ۱ / ۱۱۸ (مسئله ۱۹۳) و برخلاف شهید ثانی، ۱۴۳۷ ق: ۴ / ۳۰۵.
۸. نک: منتظری، بی‌تا: ۳-۴ و محقق اردبیلی، ۱۴۱۷ ق: ۱۳ / ۱۷۷ (براساس يك احتمال). به گفته برخی فقیهان اهل سنت در اینجا چون کفار وجود دارد (آزادسازی بنده، شصت روزه، یا اطعام شصت فقیر) تعزیر دیگری در نظر گرفته نمی‌شود. نک: ابن عثیمین، ۱۴۲۵ ق: ۱۴ / ۳۱۱.
۹. نک: منتظری، بی‌تا: ۳-۴ و محقق اردبیلی، ۱۴۱۷ ق: ۱۳ / ۱۷۷.
۱۰. نک: شیخ صدوق، ۱۳۸۴: ۴۳۲؛ خونی، ۱۳۹۳: ۱ / ۱۶۰ (مسئله ۲۸۴) و شهید ثانی، ۱۴۳۷ ق: ۴ / ۲۹۵-۲۹۶.
۱۱. برخلاف نظر شافعی؛ نک: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ ق: ۵۸۲. برخی نیز گفته‌اند این عمل دو حد دارد: یکی برای زنا، و یکی برای هتك حرمت میت؛ نک: ابن عثیمین، ۱۴۲۵ ق: ۱۴ / ۲۴۷.

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری... / سلیمانی ۳۰۱

درباره فروش انسان چند نظر وجود دارد: برخی آن را حد مستقل می‌شمرند؛^۱ بعضی حد این بزه را قطع به عنوان افساد می‌دانند؛^۲ برخی نیز، با فرض وجود شرایط سرقت حدی، آن را مستوجب قطع می‌دانند؛^۳ و برخی نیز این عمل را مستوجب حد نمی‌دانند.^۴ فقیهان اهل سنت نیز گاهی آن را در ذیل سرقت حدی ذکر می‌کنند و گاه آن را مستوجب تعزیر می‌دانند.^۵

دو. هرچند کیفر جنایت بر اشخاص غالباً قصاص و دیه است اما گاهی برخی رفتارهای مرتبط با این بزه‌ها حد شمرده شده‌اند. برای مثال، به نظر برخی فقیهان، اگر مادری فرزند متولد از زنا را بکشد سزاوار صد تازیانه، افزون بر حد زنا است.^۶ همچنین عادت به کافرکشی یا کشتن غلام و کنیز نیز به مثابه بزه حدی شمرده شده است و حتی برخی فقیهان تأکید کرده‌اند که این حد از باب افساد فی الارض است.^۷

ناگفته نماند که فقیهان مالکی قاتلی را که با حیله و نیرنگ مرتکب قتل شده است شایسته عفو نمی‌دانند و چنین قاتلی را در هر صورت، حتی در صورت عفو اولیای دم، مستحق قتل می‌شمرند.^۸ با این بیان برخی از مصادیق قتل عمد نیز دارای حد خواهد بود. ایشان حتی قاتلی را که عفو مجاز است، در صورت عفو، و نیز شرکای قتل را که یکی از ایشان در مقام قصاص کشته می‌شود، سزاوار یک سال حبس و صد ضربه تازیانه می‌دانند.^۹

سه. یکی از موارد بسیار بحث‌برانگیز که فقیهان در باب ماهیت و ویژگی‌های آن چندان سخن نگفته‌اند، برخی از رفتارهای مشتمل بر معاونت در جرم قتل است: کیفر اکره‌کننده (حبس

۱. نك: خوئی، ۱۳۹۳/۱/۱۵۰ (مسئله ۲۵۹).

۲. نك: محقق حلی، ۱۴۲۵ ق: ۲/۴۱۸؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰ ق: ۷۲۲.

۳. نك: موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲/۱/۴۰۸، مسئله ۷۹۹.

۴. نك: شهید ثانی، ۱۴۳۷ ق: ۴/۳۵۳-۳۵۴.

۵. نك: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ ق: ۵۹۰ و ابن عثیمین، ۱۴۲۵ ق: ۱۴/۳۳۱-۳۳۲.

۶. نك: مجلسی، بی تا: ۶۵.

۷. نك: حلی، ۱۳۹۲: ۳۵۰ و شهید ثانی، ۱۴۳۷ ق: ۴/۴۱۹-۴۲۲.

۸. نك: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ ق: ۵۶۸. چنین قاتلی حکم محارب دارد. نك: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ ق: ۵۹۷.

۹. نك: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ ق: ۵۶۸.

۳۰۲ حقوق تطبیقی / دوره هفتم / شماره دو / پیاپی ۱۴ / صص ۲۹۳-۳۲۸

ابد)، ممسک (حبس ابد)، و نگهبان در قتل عمد (کور کردن چشم).^۱ برخی از فقیهان گفته‌اند مجازات حبس ابد برای نگهدارنده و درآوردن چشم برای دیده‌بان «نه حد است و نه تعزیر، بلکه از فروع قصاص است و به همین دلیل قابل گذشت می‌باشد.» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۱: ۲/ ۴۵ و کریمی، ۱۳۶۵: ۱/ ۱۵۸) برخی از نویسندگان نیز این موارد را در زمره تعزیرات منصوص شمرده‌اند.^۲

به نظر می‌رسد عنوان قصاص یا فرع قصاص برای این جرایم مناسب نیست، زیرا این کیفرها ماهیت قصاص ندارند و تأسیس نوع دیگری از کیفر شرعی، خارج از اقسام چهارگانه، موجه نمی‌نماید. صرف قابل گذشت بودن (که در ماده ۳۷۶ ق.م.ا نیز پذیرفته شده است) دلیلی برای خروج از عنوان حد نیست؛ زیرا قذف و تا حدی سرقت (تا قبل از اثبات) نیز قابل گذشت‌اند، اما در زمره حدود تلقی می‌شوند. افزون بر این، برخی در قابل گذشت بودن این نوع معاونت‌ها تردید کرده،^۳ یا تأکید کرده‌اند که این حدود در زمره حق‌الله‌اند،^۴ که به معنای غیرقابل گذشت بودن آنها است. تعزیر نیز براساس قاعده باید مادون حد و به صلاحدید حاکم باشد. این سه رفتار فقط در قالب حد قابل توجیهند. برخی از فقیهان به صراحت این رفتار را حدی دانسته‌اند: «حبس مخلد، و آن ... حد کسی [است] که امر به کشتن کسی کند.» (شیخ بهایی، ۱۳۱۹: ۴۲۳) در میان فقیهان اهل سنت نیز اختلاف نظر فراوان است. ایشان گاهی جایگاه و قدرت اکراه‌کننده را نیز در این مسئله دخیل می‌دانند و نیز قول به قصاص هر دو (اکراه‌کننده و اکراه‌شده)، فقط آمر، فقط قاتل، و هیچ‌کدام نیز در آرای فقهی اهل سنت وجود دارد.^۵ همچنین برخی ممسک را شریک در قتل و مستوجب قصاص می‌شمرند، گرچه شافعی ممسک را سزاوار تعزیر می‌داند.^۶

۱. نك: خوئی، ۱۳۹۳: ۲/ ۱۷۹-۱۸۰.

۲. نك: اکبری و هاشمی، ۱۳۹۵: ۵۲-۵۳.

۳. نك: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۱: ۲/ ۴۵-۴۶.

۴. نك: طباطبایی حکیم، ۱۴۲۷: ق: ۱۹۵.

۵. نك: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴: ق: ۵۶۶-۵۶۷.

۶. نك: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴: ق: ۵۶۷.

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری ... / سلیمانی ۳۰۳

چهار. در جرایم بر ضد اموال، جدای از قطع دست سارق، که مستند قرآنی دارد (سوره مائده، ۳۸) و فقیهان همه مذاهب بر آن اتفاق کرده‌اند، برخی رفتارهای دیگر نیز گاه در قالب حد طرح شده‌اند، مانند کفن دزدی. هرچند برخی از فقیهان، این رفتار را، مانند سایر موارد سرقت، منوط به آن می‌دانند که قیمتش به حد نصاب برسد، «اما برخی گفته‌اند شرط نصاب وجود ندارد، زیرا این قطع به عنوان حد سرقت نیست، بلکه برای از بین بردن جرئت است.» (محقق حلی، ۱۴۱۳: ق: ۴۳۷) علامه مجلسی در این باب پنج قول را نقل می‌کند.^۱

رفتار دیگری که هم مربوط به حیثیت معنوی و هم اموال است و حتی در قالب‌های دیگری نیز فرض طرح دارد، عادت به نیش قبر است. اگر مرتکب هم نیش قبر کند و هم کفن بدزد و نیز اگر «فرد عادت به انجام این عمل پیدا کرده باشد، چه کفن دزدیده باشد یا نه، محکوم به قطع انگشتان دست راست است.» (موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱/ ۴۰۹-۴۱۰، مسئله ۸۰۱)

همچنین ظاهریان، گزاشی از اهل سنت، جحد یا انکار عاریه (گونه‌ای خیانت در امانت) را مستوجب حد دانسته‌اند.^۲

۳. جرایم بر ضد دین و جامعه

بیشترین تعداد حدود را در فقه اسلامی در این حوزه می‌توان سراغ گرفت. به جز محاربه، که در قرآن ذکر شده است (سوره مائده، ۳۳) بسیاری رفتارهای دیگر نیز وجود دارند که همه یا بیشتر یا اقلیتی از فقیهان آنها را حدی شمرده‌اند.

یک. شرب مسکر؛ در فقه شیعه نوشیدن هر يك از مسکرات حتی اگر موجب مستی نشود مستوجب حد (هشتاد ضربه تازیانه) است است.^۳ با این همه، از یک سو، برخی فقیهان شافعی، برخلاف سایر فقیهان اهل سنت و شیعه، حد شرب خمر را چهل تازیانه می‌دانند،^۴ و از سوی

۱. نک: مجلسی، بی تا: ۳۸-۳۹.

۲. نک: ابن حزم ظاهری، ۱۳۵۲: ق: ۱۱/ ۱۱۸ (مسئله ۲۱۶۳).

۳. نک: حلی، ۱۳۹۲: ۲۵۳ و ۳۶۷ و محقق حلی، ۱۴۱۳: ق: ۴۲۹.

۴. نک: محاملی شافعی، ۱۴۱۶: ق: ۳۸۳. برخی از فقیهان برای جمع بین عدد چهل و هشتاد می‌گویند کیفر شرب خمر تعزیری است و اقل آن چهل و اکثر آن هشتاد است. نک: ابن عثیمین، ۱۴۲۵: ق: ۲۹۵/ ۱۴.

۳۰۴ حقوق تطبیقی / دوره هفتم / شماره دو / پیاپی ۱۴ / صص ۲۹۳-۳۲۸

دیگر، فقیهان حنفی گاهی بین شرب خمر (شراب انگور) و سایر مسکرات، مانند فجاج (آب جو) و نبیذ، تفاوت قائل شده‌اند. ایشان نوشیدن خمر را، حتی يك قطره، موجب حد می‌دانند اما در سایر مسکرات حد را فقط در صورت مستی قابل اجرا می‌شمرند.^۱

دو. ارتداد و جرایم مرتبط با آن؛ شاید بجد بتوان گفت ارتداد در آرای فقیهان معرکه آرا است. چه بسا با نگاه اول، ارتداد به مثابه موجب حد در کلام فقیهان شیعه و اهل سنت جایگاه روشنی داشته باشد،^۲ اما باید توجه داشت که فقیهی چون محقق حلی ارتداد را در زمره تعزیرات شمرده است.^۳ حتی در کلام فقیهانی که ارتداد را حد می‌دانند، هم در مصادیق این بزه و هم در احکام آن اختلاف فراوان وجود دارد.^۴ در کلام عمده فقیهان شیعه، توبه مرد مرتد فطری (مسلمان زاده) پذیرفته نیست و او باید ناگزیر اعدام شود. البته مرد مرتد ملی (نامسلمانی که مسلمان شده و از اسلام برگشته) فرصت توبه می‌یابد و اگر توبه نکرد کشته می‌شود. زن مرتد نیز بنا به نظر فقیهان شیعی کشته نمی‌شود. به جز بزه قذف، که صرفاً جنبه حق الناسی دارد، هیچ بزه موجب حدی در فقه شیعه وجود ندارد که توبه مرتکب در هیچ مرحله‌ای پس از ارتکاب بزه (حتی پیش از اقامه بینه) پذیرفته نشود.

در نزد برخی فقیهان اهل سنت توبه شأنی دیگر می‌یابد. بسیاری گفته‌اند حتی پس از اثبات بزه نیز اگر مرتد توبه کند توبه‌اش پذیرفته می‌شود، اما اگر توبه نکند، مرد باشد یا زن، کشته می‌شود.^۵ برخی نیز گفته‌اند مرتد فوراً کشته می‌شود.^۶ ابن عثیمین، از فقیهان معاصر حنبلی، با توجه دادن به این نکته که مرتد در صورت بازگشت به اسلام کشته نمی‌شود، نتیجه می‌گیرد که

۱. نك: نسفی، ۱۴۳۲ ق: ۳۵۵.

۲. نك: حلبی، ۱۳۹۲: ۲۴۱-۲۴۲؛ خونی، ۱۳۹۳: ۱/ ۱۵۳-۱۵۴؛ ابن قدامه مقدسی حنبلی، ۱۴۲۱ ق: ۴۴۸؛ محاملی شافعی، ۱۴۱۶ ق: ۳۸۳ و غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ ق: ۶۰۰.

۳. نك: محقق حلی، ۱۴۲۵ ق: ۲/ ۳۹۴.

۴. نك: موسوی اردبیلی، ۱۴۳۰ ق: ۴/ ۷۸-۴۳؛ موسویان، ۱۳۸۹: ۱۰۵-۱۸۷ و هاشمی، ۱۳۸۶: ۱۷-۴۴.

۵. نك: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ ق: ۶۰۰؛ محاملی شافعی، ۱۴۱۶ ق: ۳۸۳. حنفیان زن مرتد را سزاوار قتل نمی‌دانند.

او تا زمان بازگشت به اسلام حبس می‌شود. نك: نسفی، ۱۴۳۲ ق: ۲۸۷.

۶. نك: محاملی شافعی، ۱۴۱۶ ق: ۳۸۳ و نسفی، ۱۴۳۲ ق: ۲۸۷.

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری ... / سلیمانی ۳۰۵

ارتداد در زمره حدود نیست، زیرا در حد، پس از اثبات، حد با توبه نیز اجرا خواهد شد.^۱

جدای از مصادیق آشکاری که فقیهان در تعریف ارتداد می‌آورند، رفتارهای موجب حد فراوانی نیز در کلام ایشان ذکر می‌شوند که ارتباط آنها با ارتداد چندان روشن نیست. به نظر می‌رسد برخی از فقیهان این رفتارها را مصداق ارتداد می‌شمرند و برخی به مثابه حد مستقل می‌پذیرند. برای نمونه، فقیهان شیعه رفتارهایی مانند آلودن عمدی کعبه به نجاست؛^۲ و حلال شمردن محرمانی که همه مسلمانان بر آن اجماع دارند (مانند مردار و خون و ربا و گوشت خوک)^۳ را موجب حد می‌دانند. ایشان همچنین حلال دانستن شراب و نوشیدن آن را به مثابه حدی مستقل در نظر گرفته‌اند: «کسی که شراب [انگور] را حلال بداند و بنوشد اگر توبه کند حد [شرب] می‌خورد و الا کشته می‌شود. و برخی گفته‌اند حکم او حکم مرتد است و این نظری قوی است. اما اگر کسی [مسکر دیگری] غیر از خمر را حلال بداند و بنوشد حد [شرب] می‌خورد و کشته نمی‌شود، زیرا مسلمانان در حکم این مسئله اختلاف دارند.» (محقق حلی، ۱۴۲۵ ق: ۲/ ۴۱۴ و نیز نك: شیخ بهایی، ۱۳۱۹: ۹۲۲) کسی که شراب را حلال بداند و بفروشد نیز اگر توبه نکند به قتل می‌رسد. (محقق حلی، ۱۴۲۵ ق: ۲/ ۴۱۴ و شیخ بهایی، ۱۳۱۹: ۹۲۲)

به زبان آوردن تردید در راستگویی پیامبر اسلام از سوی يك مسلمان نیز بزه حدی دیگری است.^۴ برخی فقیهان اجرای این حد را مشروط به عدم اقرار مجدد او به راستگویی پیامبر کرده‌اند.^۵ حتی گمان بردن به اینکه کسی در فضل هم‌پایه پیامبر اسلام است، نیز مستوجب حد دانسته شده است.^۶ همچنین غلو در حق امیر مؤمنان نیز موجب حد است.^۷

۱. نك: ابن عثیمین، ۱۴۲۵ ق: ۱۴/ ۲۰۷.

۲. نك: خوئی، ۱۳۹۳/ ۱: ۱۶۲-۱۶۳ (مسئله ۲۹۱).

۳. اگر وی مسلمان مادرزاد باشد. نك: محقق حلی، ۱۴۲۵ ق: ۲/ ۴۱۴ و شیخ بهایی، ۱۳۱۹: ۹۲۲.

۴. نك: شیخ طوسی، ۱۴۰۰ ق: ۷۳۰ و محقق حلی، ۱۴۲۵ ق: ۲/ ۴۱۱.

۵. نك: ابن سعید حلی، ۱۴۰۵ ق: ۵۷۰.

۶. نك: ابن سعید حلی، ۱۴۰۵ ق: ۵۶۷.

۷. علی (ع) کسانی را که به او با عنوان پروردگار سلام داده بودند ابتدا توبه داد و با عدم توبه ایشان، در آتششان افکند.

نك: ابن سعید حلی، ۱۴۰۵ ق: ۵۶۸. نیز در نزد فقیهان اهل سنت خدا یا نبی دانستن علی (ع) موجب حد ارتداد است.

نك: ابن عثیمین، ۱۴۲۵ ق: ۱۴/ ۴۳۷.

۳۰۶ حقوق تطبیقی / دوره هفتم / شماره دو / پیاپی ۱۴ / صص ۲۹۳-۳۲۸

تفاوت مهم بزه‌های پیشین با ارتداد، افزون بر اینکه گاه در ارکان هم متفاوت‌اند، در پذیرش توبه است. چنان‌که اشاره شد، توبه مرتد فطری پذیرفته نیست، اما در این موارد، فقیهان توبه را پذیرفتنی دانسته‌اند.

در کلام فقیهان اهل سنت رفتارهایی چون انکار خداوند یا صفات او، کتب آسمانی و پیامبران، و نیز سب خدا و ملائکه و انبیاء، انکار وجوب نماز و روزه و سایر عبادات پنج‌گانه، حلال دانستن زنا و خمر یا سایر محرمات مورد اتفاق موجب ارتداد است،^۱ و البته گاه برخی از این رفتارها مستقل از ارتداد موجب کیفر شمرده شده‌اند.^۲ بیش از این، ترك نماز حتی از روی تبلی، و نه انکار، نیز (در نظر مالک و شافعی و ابن حنبل) موجب قتل است.^۳

زندقه (اقرار زبانی به اسلام، و کفر نهانی) نیز بزه موجب کیفر در کلام فقیهان اهل سنت است. برخی فقیهان مالکی، برخلاف شافعی و ابوحنیفه، در اینجا سخت‌گیرانه‌تر از ارتداد حکم داده‌اند و گفته‌اند زندیقان بدون توبه دادن کشته می‌شوند.^۴

ادعای نبوت،^۵ سحر،^۶ و گاه به ندرت بدعت،^۷ نیز در کلام فقیهان به مثابه حد بیان شده است. به جز این موارد، سب نیز عنوانی است که گاه در شکل مستقل و گاه به مثابه ارتداد طرح می‌شود.

۱. نك: نسفی، ۱۴۳۲ق: ۴۴۸ و غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ق: ۵۶۷.

۲. «جنایات موجب کیفر سیزده عددند: قتل، جرح، زنا، قذف، شرب خمر، سرقت، بغی، محاربه، ارتداد، زندقه، سب خدا و انبیاء و ملائکه، سحر، ترك صلات»؛ نك: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ق: ۵۶۵.

۳. نك: محاملی شافعی، ۱۴۱۶ق: ۳۸۳؛ غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ق: ۵۶۷ و نسفی، ۱۴۳۲ق: ۴۴۸. برخلاف ترك روزه از روی تبلی که حد ندارد.

۴. نك: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ق: ۶۰۱.

۵. نك: ابن‌فهد حلی، ۱۴۱۳ق: ۷۵ / ۵؛ محقق حلی، ۱۴۲۵ق: ۴۱۱ / ۲ و خوئی، ۱۳۹۳: ۱ / ۱۲۷ (مسئله ۲۱۵).

۶. نك: ابن‌فهد حلی، ۱۴۱۳ق: ۷۶ / ۵؛ محقق حلی، ۱۴۲۵ق: ۴۱۱ / ۲ و خوئی، ۱۳۹۳: ۱ / ۱۲۷ (مسئله ۲۱۶). در خصوص سحر، برخی فقط ساحر مسلمان را مستوجب حد قتل می‌شمارند و برخی مسلمان و کافر را. نك: شهید ثانی، ۱۴۳۷ق: ۴ / ۳۲۷ و موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱ / ۳۷۳، مسئله ۷۰۶. فقیهان اهل سنت نیز گاهی سحر را حد شمرده‌اند.

نك: ابن‌قدامة مقدسی حنبلی، ۱۴۲۱ق: ۴۵۰ و غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ق: ۳۷۳ و ۵۶۷.

۷. نك: مظهر قراملکی و دادخواه، ۱۳۹۷: ۲۲۱-۲۴۳.

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری ... / سلیمانی ۳۰۷

سه. سب نبی؛ برخی سب همه انبیا را از باب ارتداد قابل کیفر دانسته، برخی سب همه را حدی مستقل از ارتداد می‌شمرند و برخی با تمایز گذاشتن بین سب نبی اسلام و سایر انبیا قائلند که گرچه این امر در هر مورد به ارتداد می‌انجامد اما، برخلاف سب‌کننده سایر انبیا، سب‌کننده پیامبر اسلام حتی اگر مرتد ملی هم محسوب شود توبه‌اش پذیرفته نیست.^۱ برخی نیز بین سب پیامبر اسلام و سایر پیامبران تفکیک کرده‌اند و اولی را حد مستقل، و دومی را موجب ارتداد شمرده‌اند.^۲ همچنین، فقیهان شیعه سب امامان و حضرت زهرا را نیز به سب نبی ملحق کرده‌اند. قذف مادر پیامبر اسلام نیز در کلام برخی فقیهان، مانند شهید ثانی، مستوجب حد است. البته وی این حد را به مثابه ارتداد روا می‌داند؛^۳ به‌رغم این، می‌توان در کلام او تفاوت ظریفی هم بین این دو یافت.

فقیهان اهل سنت افزون بر سب و قذف پیامبر اسلام و سایر انبیا، گاه سب صحابه و قذف مادر یا زنان پیامبر و گاهی عایشه به‌طور خاص، را نیز مستوجب حد شمرده‌اند.^۴ همچنین در بحث توبه فقیهان اهل سنت تفاوت آشکاری با شیعیان دارند. در کلام فقیهان شیعه که سب را حدی مستقل از ارتداد دانسته‌اند، برخلاف ارتداد و مانند سایر حدود، توبه تا پیش از اثبات پذیرفته می‌شود، اما برخی فقیهان اهل سنت با آنکه توبه را در ارتداد، حتی پس از اثبات، می‌پذیرند، سب خداوند یا ملائکه یا پیامبر را حتی با فرض توبه سزاوار قتل می‌دانند.^۵

چهار. بغی، محاربه و افساد فی الارض؛ این سه جرم، که ارتباط در هم تنیده‌ای در قوانین کیفری ایران دارند، در کلام فقیهان بسیار پررمز و رازند. فقیهان شیعه گاهی بغی را در قالب حد و البته گاه به مثابه موجب تعزیر به کار برده‌اند.^۶ فقیهان اهل سنت گرچه عنوان بغی را در ذیل

۱. نک: شهید ثانی، ۱۴۳۷ ق: ۴/ ۲۲۶، ۲۲۸؛ محقق حلی، ۱۴۲۵ ق: ۲/ ۴۱۱؛ ابن‌فهد حلی، ۱۴۱۳ ق: ۵/ ۷۵ و خونی، ۱۳۹۳/ ۱: ۱۱۴.

۲. نک: موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱/ ۳۵۹-۳۶۰، مسئله ۶۷۳-۶۷۸. درباره رابطه سب و ارتداد؛ نک: هاشمی، ۱۳۸۶: ۳۲-۳۰ و موسویان، ۱۳۸۹: ۱۸۲-۱۸۵.

۳. نک: شهید ثانی، ۱۴۳۷ ق: ۴/ ۳۲۷-۳۲۸.

۴. نک: ابن‌عثیمین، ۱۴۲۵ ق: ۱۴/ ۴۳۷-۴۳۸.

۵. نک: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ ق: ۶۰۲ و ابن‌عثیمین، ۱۴۲۵ ق: ۱۴/ ۴۵۶-۴۵۹.

۶. نک: محقق حلی، ۱۴۲۵ ق: ۲/ ۳۹۴.

حدود یا مقارن با آن به کار برده‌اند، اما به نظر می‌رسد در کلام ایشان، بغی و یزگی کیفر موجب حد را ندارد. بغی موجب قتال است، نه قتل. باغیان گروهی از مسلمانانند که براساس يك نظریه یا «تأویل» بر ضد حاکم اسلامی خروج و قیام می‌کنند. ایشان را باید ابتدا از جنگ برحذر داشت، شبهه آنان را پاسخ گفت، و اگر باز هم مصر بر قتال بودند، باید با ایشان جنگید، اما برخلاف محاربان، پس از پایان قتال یا در فرض دستگیری، نمی‌توان آنها را کشت، بلکه تا زمان تبه و توبه حبس و تعزیر می‌شوند.^۱

یکی از بحث برانگیزترین این حدود افساد فی الارض است. در کلام فقیهان، به‌ویژه فقیهان متقدم، به‌ندرت می‌توان افساد را در قالب جرمی مستقل مشاهده کرد. برخی از فقیهان متقدم گاه این عنوان را به‌مثابه موجب حد، اما بدون هیچ‌گونه تبیینی، به کار برده‌اند.^۲ برخی از فقیهان نیز گاه به مصادیقی از افساد اشاره کرده‌اند؛ برای مثال، گفته‌اند که دست آدم‌ربا «به‌عنوان افساد فی الارض» و نه حد سرقت قطع می‌شود.^۳ شهید ثانی اشکال گرفته است که اگر این از باب افساد باشد نباید حد آن را در قطع محدود کرد، بلکه حاکم بین چهار مجازات (محاربه) مخیر است.^۴ به نظر می‌رسد غالب فقیهان مرادشان از افساد همان محاربه باشد.^۵ فقیهان اهل سنت نیز به نظر نمی‌آید از افساد به‌مثابه حد مستقل سخن گفته باشند.

پنج. معاونت در جرایم بر ضد دین و جامعه؛ با توجه به ملاک فقیهان درباره حد، برخی از انواع معاونت نیز فقط در قالب حدود قابل تعریف‌اند، گرچه غالب فقیهان به‌صراحت آنها را در میان حدود ذکر نکرده‌اند.

در کلام برخی فقیهان در رفتارهای مرتبط با ارتداد و سب نبی حکم به حدودی شده است که به نظر می‌رسد عناصر ارتداد و سب را ندارند و بیشتر در قالب معاونت یا همکاری

۱. نك: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ق: ۵۹۸-۶۰۰؛ محاملی شافعی، ۱۴۱۶ق: ۳۸۳؛ نسفی، ۱۴۳۲ق: ۳۹۰ و ابن عثیمین، ۱۴۲۵ق: ۳۹۸/۱۴.

۲. نك: حلبی، ۱۳۹۲: ۲۵۳.

۳. نك: محقق حلبی، ۱۴۲۵ق: ۲/ ۴۱۸ و شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ۷۲۲.

۴. نك: شهید ثانی، ۱۴۳۷ق: ۴/ ۳۵۳-۳۵۴.

۵. نك: موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲ق: ۱/ ۴۲۱، سؤال ۶۸۹.

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری... / سلیمانی ۳۰۹

قابل توجیه‌بند. نمونه معروف آن فتوای آیت الله خمینی در قتل سلمان رشدی در ۲۵ بهمن ۱۳۶۷ است: «مؤلف کتاب آیات شیطانی [...] همچنین ناشرین مطلع از محتوای آن، محکوم به اعدام می‌باشند.» (مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹: ۲۱ / ۲۶۳) حکم ارتداد یا سب نبی برای ناشر و مسئول روزنامه در برخی فروض در قالب معاونت در این بزه‌ها قابل توجیه است.

معاونت در افساد فی الارض نیز به نظر می‌رسد گاه رفتاری حدی لحاظ شده است. قانون‌گذار در ماده ۲۸۶ ق.م.ا افساد فی الارض را، به مثابه کیفر حدی، ارتکاب «گسترده» جرایم، اعم از حدی و تعزیری و موجب قصاص، که «موجب اخلال شدید در نظم عمومی کشور...» شوند تعریف کرده است. این جرایم گسترده چه بسا در قالب معاونت، که غالباً هم تعزیری است، روی دهد. از این رو، معاونت در جرایم پیش‌گفته نیز در قانون به عنوان رفتار در معرض حد افساد مقرر شده است. هر چند چنین تفسیری از افساد، (و با تأسف همراه با اوصافی به شدت تفسیرپذیر، مانند «گسترده»، «عمده»، «شدید»، «وسیع») به نظر می‌رسد در فقه بسیار غریب است، اما قانون‌گذار آن را پذیرفته است. در هر روی، اگر فقیهی قائل باشد که افساد به این معنا در ارتکاب گسترده جرایم تعزیری نیز متصور است، به ناگزیر باید در معاونت در جرایم نیز آن را بپذیرد. در نگاه فقیهان اهل سنت نیز معاونان محاربان، مانند نگاهبانان و خبرآوران، حکم محارب را دارند.^۲

شش. سایر بزه‌های حدی برضد دین و جامعه؛ به جز موارد پیش‌گفته، رفتارهای دیگری نیز موجب حد شمرده شده‌اند.

۱. همچنین محمد فاضل لنکرانی در تاریخ ۱۳۸۵/۹/۴ درباره رافق تقی، روزنامه‌نگار اهل جمهوری آذربایجان که در مقاله‌ای در روزنامه صنعت به پیامبر توهین کرده بود، چنین نظر داد: «چنین شخصی چنانچه مسلمان‌زاده باشد، با اعترافات مذکور مرتد است و چنانچه کافر بوده، از مصادیق ساب‌النبی است و در هر صورت بر فرض چنین اعترافاتی قتل او بر هر کسی که دسترسی داشته باشد لازم است و مسئول روزنامه مذکور که چنین افکار و عقائدی را با علم و توجه منتشر می‌کند همین حکم را دارد...» نک: (روزنامه جمهوری اسلامی، ۷ آذر ۱۳۸۵، شماره ۷۹۲۷)

۲. برخلاف شافعی، نک: غرناطی مالکی، ۱۴۳۴ ق: ۵۹۷. نسفی حنفی تأکید می‌کند که در قطع طریق (محاربه) غیرمباشر حکم مباشر را دارد. نک: نسفی، ۱۴۳۲ ق: ۳۶۷.

۳۱۰ حقوق تطبیقی / دوره هفتم / شماره دو / پیاپی ۱۴ / صص ۲۹۳-۳۲۸

برخی فقیهان اصرار بر روزه خواری را حتی اگر به معنای انکار وجوب روزه هم نباشد موجب حد قتل می‌دانند. شیخ طوسی می‌نویسد: «اگر کسی سه روز به عمد روزه ماه رمضان را افطار کند از او باید پرسید که آیا به وجوب روزه باور داری یا نه. اگر گفت: نه، قتلش واجب است، و اگر گفت: آری، او را تعزیر و عقوبت زیاده کنند. اگر باز هم ترک روزه کرد قتلش واجب است.» (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ ق: ۷۳۰-۷۳۱)

افطار روزه در ماه رمضان نیز ظرفیت آن را دارد که موجب حد تعریف شود. در رأیی شاذ، صاحب عروه به ۲۵ ضربه شلاق برای مرتکب این رفتار نظر داده است.^۱ هرچند تا آنجایی که نگارنده بررسی کرده است، کسی صراحتاً به حد بودن این عمل ملتزم نشده است، اما با توجه به ملاکی که برخی فقیهان درباره گناهان مشابه بیان کرده‌اند و رفتارهایی را که دارای کیفر مقدرند حد دانسته‌اند، می‌توان این رفتار را نیز در نگاه معتقدان به کیفر مقدر آن، حد نامید.

۴. حد به مثابه تشدید مجازات

یکی از رفتارهای موجب حد تکرار بزه تعزیری است. فقیهان در اینکه تکرارکننده (سه یا چهار باره) جرم تعزیری آیا حد تازیانیه می‌خورد یا به قتل می‌رسد اختلاف کرده‌اند. به نظر برخی از فقیهان معاصر: «اگر فعل [اجتماع دوزن در زیر ازار واحد] را تکرار کردند و دو بار تعزیر شدند برای بار سوم حد [تازیانیه] به ایشان اقامه می‌شود؛ و اگر بعد از حد دوباره این کار را کردند احوط آن است که دو بار تعزیر شوند و در بار سوم حد بخورند؛ و برخی گفته‌اند کشته می‌شوند، و برخی گفته‌اند در بار نهم یا دوازدهم کشته می‌شوند.» (موسوی خمینی، ۱۴۱۸ ق: ۲ / ۴۲۹)^۲ حتی برخی از فقیهان بعید ندانسته‌اند که هرکس دو مرتبه برای ارتکاب گناهی به دست حاکم تعزیر شود و بار سوم نیز مرتکب آن شود، کشته شود.^۳

۱. نک: طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳: ۱۰-۱۱.

۲. نیز نک: محقق حلی، ۱۴۱۳ ق: ۴۴۱؛ شیخ بهایی، ۱۳۱۹: ۴۲۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳: ۱۰-۱۱؛ مجلسی، بی‌تا: ۶۳؛ حلبی، ۱۳۹۲: ۳۸۲؛ گلپایگانی، ۱۴۱۴ ق: ۲ / ۴۹، ۷۳-۷۶ و ولایی، ۱۳۹۰: ۱۴۷-۱۴۸.

۳. نک: تبریزی، ۱۳۸۶: ۸-۹.

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری... / سلیمانی ۳۱۱

در کلام برخی فقیهان اهل سنت، که توبه مرتد را مسقط حد می دانند، کسی که مکرراً مرتکب ارتداد شود توبه اش پذیرفته نمی شود.^۱

حاصل کلام اینکه هم در اصل جرایم موجب حد و هم در شرایط و احکام آن چنان اختلافی در آرای فقیهان وجود دارد که آگاهی به همه آنها برای شهروندان جامعه عملاً ناممکن است.

ب) جواز یا عدم جواز رجوع به فقه در حدود

با روشن شدن اجمالی جایگاه حدود در فقه اسلامی، جا دارد یکبار دیگر پرسش اصلی این نوشتار را طرح کنیم. قانون گذار دوازده جرم حدی را بر شمرده است و در دهها عنوان احتمالی دیگر، که با تتبع بیشتر چه بسا بتوان موارد دیگری را به رفتارهای پیش گفته افزود، به فقه ارجاع داده است. آیا رجوع به فقه در این حدود، که عمدتاً در اصل حد بودن و نیز احکامشان، اختلافی هستند جایز است یا خیر؟

گفتیم که گرچه قانون گذار در تعزیرات، با صراحتی تام، و در قصاص و دیات، با صراحتی کم تر، اصل قانونی بودن جرم و مجازات را پذیرفته، اما در حدود با وضع ماده ۲۲۰ ق.م.ا به این اصل استثناء زده است. بنابراین ماده: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می شود.» اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز بیان می دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.» در این قسمت ابتدا به اجمال به اصل ۱۶۷ قانون اساسی اشاره می کنیم و سپس نسبت ماده ۲۲۰ را با آن می سنجیم.

۱. جایگاه اصل ۱۶۷ قانون اساسی

برای بیان این مستثنای قانونی (ماده ۲۲۰)، باید ابتدا این پرسش را پاسخ داد که آیا اصل ۱۶۷ در دعاوی کیفری اجازه رجوع به فقه را به قاضی می دهد یا خیر. در این باره، هم حقوق دانان

۱. نک: ابن عثیمین، ۱۴۲۵ ق: ۱۴ / ۴۵۶-۴۵۹.

۳۱۲ حقوق تطبیقی / دوره هفتم / شماره دو / پیاپی ۱۴ / صص ۲۹۳-۳۲۸

اختلاف دیدگاه دارند و هم قانون‌گذار عادی در تمامی قوانین از يك الگوی واحد تبعیت نکرده است.

يك. برخی نویسندگان بر این باورند که اصل ۱۶۷ قانون اساسی اجازه رجوع به فقه را در رفتارهایی که منع شرعی دارند اما قانون‌گذار متعرض آنها نشده به دادگاه‌ها داده است.^۱ بیش از این، برخی نویسندگان باور به عدم امکان رجوع به فقه را خلاف موازین شرعی و مخالف حکومت اصل چهارم قانون اساسی دانسته‌اند.^۲ برخی از قائلان به این قول تلاش می‌کنند بین دو اصل ۱۶۷ و ۳۶ رابطه عام و خاص من‌وجه برقرار کنند و بدین صورت، قائل به حاکمیت اصل ۱۶۷ بشوند،^۳ تلاشی که با مراجعه ساده به موارد کاربرد «قانون» در قانون اساسی، که همه موارد آن به معنای «قانون موضوعه» است ناموفق می‌ماند.

دو. به باور بیشتر حقوق‌دانان^۴ اصل ۱۶۷ مجوز رجوع به فقه در دعاوی کیفری نیست. برخی از حقوق‌دانان اصل ۳۶ قانون اساسی و ماده ۲ ق.م.ا را مانع از این امر می‌دانند. (اردبیلی، ۱۳۹۷: ۹۴) به نظر ایشان، اصل ۱۶۷ نیز مانعی در برابر این برداشت نیست، زیرا به دلالت این اصل «الزام دادگاه‌های کیفری فقط در این است که از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع نورزند، نه تعیین کیفر برای فعل یا ترك فعلی که در مقررات جزایی جرم محسوب نشده است. در این قبیل موارد، دادگاه‌های کیفری موظف‌اند به استناد اصل برائت حکم به بی‌گناهی متهم صادر نمایند.» (اردبیلی، ۱۳۹۷: ۹۴)

برخی از حقوق‌دانان تأکید کرده‌اند که لازمه این امر که اصل ۱۶۷ را عام و شامل دعاوی کیفری نیز بدانیم، نسبت دادن عمل لغو به قانون‌گذار است؛ «زیرا مقنن در ابتدا در اصول

۱. نك: الهام و زهروی، ۱۳۹۶: ۴۵۶-۴۶۹.

۲. نك: حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۶: ۶۰-۶۱.

۳. از نظر اینان، درست است که اصل ۱۶۷ از آنجا که شامل دعاوی کیفری و غیرکیفری می‌شود نسبت به اصل ۳۶ که مشخصاً درباره دعاوی کیفری است اعم است اما این به معنای شکل‌گیری رابطه عام و خاص مطلق نمی‌شود، چون در اصل ۱۶۷ از «قانون مدون» سخن گفته شده و در اصل ۳۶ از «قانون»؛ و قانون اعم است از قانون مدون و غیرمدون (منابع فقهی) و از این رو در فرض رابطه عام و خاص من‌وجه، رابطه از تخصیص به حکومت تغییر می‌یابد.

۴. از جمله نك: بشیریه، ۱۳۸۷: ۱۴۹-۱۵۶ و کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۶۶-۶۹.

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری... / سلیمانی ۳۱۳

متعددی از قانون اساسی، اصل قانونی بودن جرم و مجازات را پذیرفته است و سپس با وضع اصل ۱۶۷ موقعیت اجرایی اصول فوق را از بین برده است و آنها را بی‌ثمر ساخته است. (حبیب‌زاده، ۱۳۸۳: ۱۸) از این رو، باید کلام قانون‌گذار را به گونه‌ای تفسیر کرد که لازمه‌اش تناقض یا انتساب عمل لغو، که هردو خلاف حکمت است، نباشد.

بسیاری از حقوق‌دانان، با تأکید بر مبانی حقوقی و فقهی - اصولی، معتقدند که «اصل ۱۶۷ عام است و عمل به عام قبل از تفحص برای مخصص جایز نیست. لذا اصول ۳۶ و ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶ که حالت خاص دارند، اصل ۱۶۷ را از عمومیت خارج کرده، آن را به امور حقوقی اختصاص می‌دهد.» (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۳۸) افزون بر این، به کار رفتن لفظ «فقط» که از ادات حصر است، حکم به مجازات و اجرای آن جز از طریق قانون مدون امکان‌پذیر نیست.^۲ همچنین، حقوق‌دانان کلمه «قانون» در اصل ۳۶ و اصول دیگر را به معنای «قانون مدون» و مصوبات مجلس دانستند تا از قوانین فقهی و شرعی منصرف باشد.^۳ با پذیرش این دیدگاه، تعارض اصل ۱۶۷ و اصل ۳۶ و اصول مشابه آن تعارض ظاهری است و این تعارض را به نفع اصل قانونی بودن حل می‌شود.^۴

در میان قائلان به این دیدگاه، البته، گاه گفته می‌شود که قاضی برای برخی اوصاف و تبیین‌ها که ملازمه‌ای با جرم‌انگاری و تعیین مجازات ندارد می‌تواند به فقه رجوع کند؛ برای مثال، برای تبیین مفهوم ارش، ذمه و استیمان و مانند اینها.

سه. دیدگاه دیگری که در این میان قابل توجه است تفکیک بین قوانین شکلی و ماهوی است. این دیدگاه که به نظر برخی حقوق‌دانان نیز صائب آمده،^۵ دست‌کم در سی سال قانون‌گذاری

۱. براساس این بند: «کشف جرم و تعقیب مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزائی اسلام» از وظایف قوه قضاییه است.

۲. نک: محقق داماد، ۱۳۹۴: ۳۸ و حبیب‌زاده، ۱۳۸۳: ۱۸-۱۹.

۳. نک: محقق داماد، ۱۳۹۴: ۳۶-۳۸ و امیدی، ۱۳۹۸: ۲۷۳-۲۷۴

۴. دیدگاه‌های مختلف و دلایل آنها را ببینید در، نک: حبیب‌زاده و توحیدی فرد، ۱۳۸۶: ۷۶-۱۱۷.

۵. نک: آخوندی، ۱۳۹۴: ۱/۱۷۳-۱۷۵.

کیفری (از سال ۶۱ تا پیش از قوانین آیین دادرسی و مجازات اسلامی ۹۲) به مذاق قانون‌گذار نیز خوش آمده است. بر اساس این دیدگاه، رجوع به فقه فقط در مسائل شکلی کیفری ممکن است نه ماهوی.^۱

پس از تصویب قانون اساسی، نخستین قانون‌گذاری جامع کیفری در سال ۱۳۶۱ رخ داد. در بحث ما دو قانون دارای اهمیت است: قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری، در ششم شهریور ۱۳۶۱، و قانون راجع به مجازات اسلامی، در ۲۱ مهرماه ۱۳۶۱. در ماده ۲۸۹ ق.ا.م.ق.آ.د.ک ۶۱ اصل ۱۶۷ قانون اساسی به این شکل بازتاب یافت: «... دادگاه‌ها مکلفند هر قضیه را در قوانین مدونه بیابند و اگر قانونی نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و معتبر حکم قضیه را صادر نمایند...»

کمتر از دو ماه بعد از تصویب قانون شکلی پیش گفته، در بیستم مهرماه ۱۳۶۱، در ماده ۲ ق.ر.م.ا اصل قانونی بودن جرم و مجازات، هم در جلوه اثباتی و هم نفی‌اش، در قالب استثنای در سیاق نفی که مفید حصر است، پذیرفته شد: «هر فعل یا ترک فعل که مطابق قانون قابل مجازات یا مستلزم اقدامات تأمینی و تربیتی باشد، جرم محسوب است و هیچ امری را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه به موجب قانون برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی یا تربیتی تعیین شده باشد.» (و نیز ماده ۶ که بازگشت‌ناپذیری قوانین کیفری را به شکل مطلق پذیرفته بود).

با مقایسه این دو قانون که فرایند تصویبشان تقریباً همزمان است و با فرض حکیم دانستن قانون‌گذار، می‌توان دریافت که تلقی قانون‌گذار عادی از اصل ۱۶۷ این است که فقط در امور شکلی و مقررات مربوط به رسیدگی می‌توان به استناد اصل ۱۶۷ به فقه رجوع کرد، نه در قوانین ماهوی، که ماده ۲ و ۶ راه چنین رجوعی را به شکلی رخنه‌ناپذیر مسدود کرده بودند. در واقع قانون‌گذار سال ۶۱ به این نکته توجه داشته است که عبور از اصل قانونی بودن جرم و مجازات صریحاً بر خلاف اصول قانون اساسی است و نهایتاً اصل ۱۶۷ را صرفاً ناظر به دعاوی شکلی

۱. جایگاه این اصول در قانون اساسی نیز مؤید این برداشت است: اصل ۳۶، ذیل حقوق ملت و اصل ۱۶۷ در ذیل اصول مربوط به قوه قضاییه آمده است که قرینه‌ای است بر اینکه اصل ۱۶۷ ناظر به رسیدگی و قواعد مربوط به آن است.

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری ... / سلیمانی ۳۱۵

دانسته است. اگر به چنین چیزی قائل نباشیم آنگاه باید بپذیریم که ماده ۲۸۹ پیش‌گفته به وسیله ماده ۲ ق.ر.م.ا. ۶۱۱ نسخ شده است.

تا سی سال بعد فحوای اصل ۱۶۷ در قوانین مختلف شکلی تکرار می‌شد، مانند ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو (۱۳۶۸)؛ ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (۱۳۷۳)؛ ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (۱۳۷۸)؛ و بند ۲ ماده واحده احترام به آزادی‌ای مشروع و حفظ حقوق شهروندی (۱۳۸۳) که مفاد آن در حیطه قوانین شکلی است. اما در قانون ماهوی، هرچند در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، با حذف قسمت نفیی ماده ۲، اعتبار اصل قانونی بودن اندکی سست شد اما هیچ‌گاه قانون‌گذار به صراحت اعتبار این اصل را به چالش نکشید.

در واقع آنچه از مجموع قانون‌گذاری می‌توان از سال ۶۱ تا ۹۱ دریافت، این است که قانون‌گذار کج‌دار و مریز، بر اسلوبی حرکت می‌کند که در قوانین ماهوی، برخلاف قوانین شکلی، نتوان به فقه استناد کرد، هرچند در عمل رویه دادگاه‌ها چیز دیگری بود.

این رویه البته در سال ۱۳۹۲ دقیقاً باژگونه شد. این بار قانون‌گذار ابتدا در قانون مجازات اسلامی مصوب اردیبهشت ۹۲، به رغم تأکید فراوان بر اعتبار اصل قانونی بودن در احکام ماهوی (ماده ۲، ۱۲، ۱۶، ۱۷، ۱۸ و ...) به صراحت قانونی بودن حدود را در ماده ۲۲۰ نفی کرد. این نخستین بار بود که در يك قانون کیفری ماهوی اصل قانونی بودن جرم و مجازات، به شکل جزئی، نفی می‌شد که البته باید این نفی را در زمینه تأکید جدی قانون‌گذار در قانونی بودن سایر کیفرها مشاهده کرد. به رغم این، این بار در قانون مؤخر آیین دادرسی کیفری مصوب اسفند ۹۲، تمامی آنچه در قوانین شکلی سابق در اجازه رجوع به فقه وجود داشت کنار گذاشته شد و ماده ۳۷۴ به این شکل تصویب شد: «... رأی دادگاه باید مستدل، موجه و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است...»^۱

یکی از تفاسیری که می‌توان ارائه کرد این است که اجازه ماده ۲۲۰ را براساس تفسیر بیش از

۱. نیز نك: ماده ۲ همین قانون و مقایسه شود با ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸.

سی ساله قانون گذار به امور شکلی فرو بکاهیم و آن را نیز به استناد قانون بعدی، یعنی ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری، منسوخ بشماریم. در غیراین صورت، این ماده اگر مراد امور ماهوی باشد قطعاً خلاف قانون اساسی است. نگارنده به نسخ ماده ۲۲۰ ق.م.ا. ۹۲ به وسیله ماده ۳۷۴ آ.د.ک ۹۲ قائل نیست، با این حال بر این باور است که تلقی نخست قانون گذار نسبت به اصل ۱۶۷ درست تر بوده است و این اصل به یقین شامل قوانین کیفری ماهوی نمی شود و از این رو، ماده ۲۲۰ را آشکارا بر خلاف اصول قانون اساسی می داند. از این رو، این ماده قانونی به دلیل مغایرتش با قانون اساسی باید ابطال شود یا اینکه به گونه ای تفسیر شود که لازمه اش اجازة رجوع به منابع فقهی نباشد، بلکه نهایتاً براساس اصل ۱۶۷ حکم برائت صادر شود.

جدای از برداشت قانون گذار عادی در طی این سال ها، به نظر نگارنده این دیدگاه که اصل ۱۶۷ ناظر به دعوی کیفری نیست، وجاهت تام دارد. نه ظهور اصل ۱۶۷ تاب مقاومت در برابر نص اصل ۳۶ و ۱۶۹ را دارد و نه استناد به اصل چهارم، که مربوط به مرحله قانون گذاری است، در اینجا وجهی دارد. اینکه قول به عدم امکان رجوع به فقه خلاف موازین شرعی است نوعی مصادره به مطلوب است. از قضا چه بسا بتوان ادعای خلاف این را نیز مطرح کرد. این دیدگاه، خود، خلاف موازین مسلم شرعی است که بتوان شهروندان را در مقابل گستره ای از اختلافات و آرای فقهی، که جلوه ای از آن را در باب حدود در گفتار پیشین خواندیم، برای ارتکاب رفتارهایی که در قانون جرم تلقی نشده است مسئول شمرد. آیا در این معرکه متلاطم و پر آشوب آراء، که هم در تعداد حدود ناهمگونی فراوان وجود دارد و در احکام آنها نیز اختلاف بی حساب است می توان انتظار داشت که قاضی براساس فقه به صدور حکم حد اقدام کند؟ آیا منطقی است که قانون گذار دوازده عنوان حدی را ذکر کند اما چند برابر آن را با ذکر يك ماده مبهم رها کند؟ آن همه تأکید فقیهان را بر قاعده درء و احتیاط در دماء و نفوس را با این دست و دل بازی قانون گذار چگونه می توان جمع کرد؟

ضعف دیدگاه مخالف آنگاه روشن تر می شود که بدانیم اصل اجرای کیفرهای شرعی در دوران ما به نظر بسیاری از بزرگ ترین فقیهان شیعه خلاف موازین شرع است! باید اضافه کرد که قانون گذار در قانون مجازات اسلامی ۹۲، چنان که اشاره شد، در سایر کیفرهای شرعی جز

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری ... / سلیمانی ۳۱۷

حدود، اصل قانونمندی را پذیرفته است و با توجه به دیدگاه پیش گفته، این امر نیز باید خلاف موازین شرع تلقی شود!

در هر روی، به نظر می‌رسد هم منطق تفسیر حقوقی و هم قواعد فقهی به نفع اصالت بخشی به اصل ۳۶ و ۱۶۹ است و طبعاً قوانین عادی نیز باید براساس این منطق تدوین شوند.

۲. جایگاه ماده ۲۲۰ ق.م.ا.

با توجه به آنچه در باب اصل ۱۶۷ قانون اساسی گفته شد، اکنون این پرسش به میان می‌آید که نسبت ماده ۲۲۰ ق.م.ا. با اصل ۱۶۷ قانون اساسی چیست؟ کسانی که اصل ۱۶۷ را به معنای جواز رجوع به فقه در عناوین مجرمانه و کیفرهای آنها می‌دانند طبعاً با ماده ۲۲۰ مشکلی ندارند. اما با پذیرش این دیدگاه که این اصل در دعاوی کیفری چنین اجازه‌ای نمی‌دهد، با ماده ۲۲۰ چه باید کرد؟ حقوق دانان به این پرسش از منظرهای گوناگونی پاسخ داده‌اند.

یک. برخی از حقوق دانان، که مخالف رجوع به فقه در رفتارهای غیرمذکورند، وضع ماده ۲۲۰ را خلاف اصول قانون اساسی نمی‌دانند و معتقدند این ماده هماهنگ با اصل ۱۶۷ و سایر اصول پیش گفته است. به نظر ایشان، ماده ۲۲۰ فقط به اصل ۱۶۷ ارجاع داده است و چون اصل ۱۶۷ در مقام جواز جرم‌انگاری خارج از قانون نیست، ماده ۲۲۰ نیز به همین شکل تفسیر می‌شود. یعنی قاضی باید در این موارد رأی برائت صادر کند. براساس این دیدگاه، در دعاوی کیفری، فقط برای رفع ابهام و اجمال در قوانین مذکور، یا صدور رأی برائت در رفتارهای غیرمذکور در قانون، می‌توان به فقه رجوع کرد. در واقع، براساس این تفسیر، تعارض ماده ۲۲۰ با اصل قانونی بودن نیز تعارضی ظاهری است که به نفع اصل قانونی بودن قابل حل است.^۱

اگر ماده ۲۲۰ را با این قرائت تفسیر کنیم با این اشکال روبه‌رو می‌شود که این امر اختصاص به حدود ندارد و در سایر مجازات‌ها نیز باید به همین شیوه عمل شود. با این تفسیر، قانون‌گذار به عمل لغو متهم شده است. آری، شاید بتوان گفت مراد کسانی که چنین دیدگاهی دارند این است که جرایم حدی بیشتر در مظان این برداشت جواز رجوع به فقه‌اند؛ زیرا اینها رفتارهایی

۱. گرچه در منابع مکتوب قائلی را به این نظر نیافتیم اما چنین دیدگاهی از برخی حقوق دانان شفاهاً نقل شده است.

هستند که مشخصاً در فقه ذکر شده‌اند و لذا قانون‌گذار خواسته با ارجاع با اصل ۱۶۷، این راه را برای ارجاع به فقه ببندد.^۱ این توجیه نیز به نظر نگارنده پذیرفتنی نیست؛ زیرا اگر مراد قانون‌گذار این بود باید راه مستقیم‌تر را انتخاب می‌کرد و به اصل ۳۷ ارجاع می‌داد.^۲ افزون بر این، ادبیات ماده نمی‌تواند حامی چنین دیدگاهی باشد.

دو. بسیاری از حقوق‌دانان براساس دیدگاهی که درباره اصل ۱۶۷ اتخاذ می‌کنند، معتقدند ماده ۲۲۰ به این دلیل که اجازه جرم تلقی کردن رفتارهای خارج از قانون مدون را می‌دهد، صراحتاً خلاف اصول قانون اساسی، از جمله اصل ۳۶ و ۱۶۹ است.^۳ براساس این نظر، بین اصل قانونی بودن و ماده ۲۲۰ تعارض واقعی وجود دارد. این حقوق‌دانان گاهی این نظر را مطرح می‌کنند که این از موارد تعارض قانون عادی با قانون اساسی است، و در موارد تعارض، دادگاه باید قانون اساسی را بر قانون عادی ترجیح دهد.^۴ لذا در مواردی مانند ارتداد، ادعای نبوت و امامت، و جادوگری، گرچه اینها «در متون فقهی از جرایم مهم تلقی می‌شوند، و مستوجب مجازات سنگینی هستند، اما به واسطه سکوت قانون‌گذار یا اشارات مجمل و گذرای او و عدم انعکاس آن در قوانین مدون جزایی نمی‌توان در صد تعقیب و مجازات چنین جرایمی برآمد» (امیدی، ۱۳۹۸: ۲۷۶) و لذا باید در این موارد، متهم را تبرئه کرد.

به باور نویسنده، پیشنهاد ترجیح قانون اساسی بر قانون عادی، هم خلاف نظر مفسر قانون اساسی، یعنی شورای نگهبان در تفسیر اصل ۱۶۷ قانون اساسی، و به تعبیری، اجتهاد در برابر نص است، و هم مانند شمشیری دو دم عمل می‌کند و باید با آن با احتیاط برخورد کرد. اگر قضاوت اجازه داشته باشند در مقام تعارض قانون عادی و قانون اساسی به قانون اساسی رجوع کنند، آنگاه چه بسا برخی قاضیان اصل قانونی بودن تعزیرات را که قانون مجازات اسلامی ۹۲

۱. شبیه به این نوع قانون‌گذاری را در برخی از مواد قانون مجازات اسلامی مانند ماده ۳۰۴ نیز می‌توان مشاهده کرد.

۲. «اصل برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.» البته ممکن است گفته شود اصل ۳۷ بیشتر ناظر به انتساب جرم است نه جرم بودن یا نبودن عمل انتسابی، و برای همین در اصل جرم بودن رفتار به اصل ۱۶۷ ارجاع داده شده است.

۳. نك: اردبیلی، ۱۳۹۷: ۹۴-۹۵ و امیدی، ۱۳۹۸: ۲۷۳.

۴. نك: امیدی، ۱۳۹۸: ۲۷۳-۲۷۴.

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری... / سلیمانی ۳۱۹

به صراحت پذیرفته است (ماده ۱۸)، با اصل چهارم قانون اساسی متعارض تلقی کنند^۱ و در مقام رفع تعارض، با ترجیح اصل چهارم، به خود اجازه دهند که حتی در تعزیرات هم به منابع فقهی رجوع کنند و اعمالی را که در قانون جرم نیست جرم‌انگاری کنند. آری، می‌توان پیشنهاد داد که این ماده که به صراحت اصول قطعی قانون اساسی را نقض می‌کند نسخ و ابطال گردد.^۲

سه. به گمان برخی از نویسندگان، ماده ۲۲۰ با ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ که بعد از قانون مجازات اسلامی تصویب شده نسخ شده است؛ زیرا برخلاف ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸، در این ماده جدید فقط به استناد به قانون تصریح شده نه رجوع به فقه.^۳ به تعبیر برخی نویسندگان: «از مقایسه مواد یادشده [۳۷۴ ق.آ.د.ک ۹۲ و ۲۱۴ ق.آ.د.ک ۷۸] معلوم می‌شود که قانون‌گذار از قاعده استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر آشکارا رو گردان شده است.» (منصورآبادی، ۱۳۹۷: ۹۹) از این رو، دیگر وجهی برای مراجعه به شرع به استناد ماده ۲۲۰ وجود ندارد. ادعای نسخ ماده ۲۲۰ نادرست به نظر می‌رسد؛ زیرا از يك سو، ظهور ماده ۳۷۴ ق.آ.د.ک در برابر نص ماده ۲۲۰ تاب مقاومت ندارد، و از سوی دیگر، هر دو قانون آیین دادرسی کیفری و مجازات اسلامی در يك سال (۱۳۹۲) به تصویب رسیده‌اند و هر دو از چند سال قبل در مجلس و شورای نگهبان رفت و برگشت داشته‌اند. در واقع فرایند تصویب این دو قانون همزمان بوده است^۴ و لذا ادعای نسخ در دو قانون همزمان به معنای انتساب کار خلاف حکمت به قانون‌گذار است. از جهت دیگر، ماده ۳۷۴ ق.آ.د.ک ناظر به امور شکلی است و ماده ۲۲۰ راجع به امور ماهوی، و چنین نسخی فرض ندارد.

۱. برای نمونه، نك: حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۶: ۶۰-۶۴. البته نویسنده مذکور خلاف قانون اساسی دانستن این ماده و مواد شبیه آن را اجتهاد در مقابل نص و ناروا می‌داند. نك: حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۶: ۷۰.
۲. براساس مواد اصول قانون اساسی، مجلس حق ندارد قوانینی وضع کند که با قانون اساسی مغایرت داشته باشند. با این همه تشخیص این امر به عهده شورای نگهبان گذاشته شده است (اصل ۷۱ و ۷۲).
۳. بر اساس این ماده: «رای دادگاه باید مستدل، موجه و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است.»
۴. لایحه آیین دادرسی کیفری در ۸۷/۹/۲۳ به تصویب هیأت وزیران رسید و در ۸۷/۱۰/۲۴ به مجلس ارسال شد. در ۸۹/۱۲/۳ لایحه به صورت غیررسمی برای شورای نگهبان فرستاده شد و نهایتاً پس از تصویب در مجلس (در ۱۳۹۰/۳/۲)، رسماً در ۱۳۹۰/۱۲/۳ برای شورای نگهبان ارسال شد و در ۱۳۹۲/۱۲/۲۱ به تأیید نهایی شورای نگهبان رسید.

۳۲۰ حقوق تطبیقی / دوره هفتم / شماره دو / پیاپی ۱۴ / صص ۲۹۳-۳۲۸

به باور نویسنده، تردیدی در این نیست که اولاً ماده ۲۲۰، سوگمندان، برای جواز رجوع به فقه در حدودی که در قانون نیامده اند وضع شده است و ثانیاً چنین تقنینی بی‌گمان خلاف اصول قانون اساسی است. از سوی دیگر، ترجیح قانون اساسی بر قانون عادی نیز که در کلام برخی حقوق دانان مطرح شده، دیدگاهی شکننده است. ادعای نسخ ماده ۲۲۰ نیز ناپذیرفتنی است. از این رو، ظاهراً دادگاه‌ها گریزی از این ندارند که برای رفتارهای حدی که در قانون ذکر نشده اند مجازات در نظر بگیرند. با پذیرش این دیدگاه، به ماده ۲۲۰ به مثابه استثنای اصل قانونی بودن جرم و مجازات می‌پردازیم.

۳. ماده ۲۲۰ ق.م.ا به مثابه استثنای اصل قانونمندی

چنان‌که اشاره شد، قانون‌گذار با عزمی جزم در قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری، هر دو مصوب ۱۳۹۲، اصل قانونی بودن جرم و مجازات را در همه کیفرها اعم از شرعی و عرفی پذیرفته و فقط حدود را از این اصل مستثنا کرده است و اجازه داده است قاضیان درباره متهمانی که بزه‌ای حدی مرتکب شده‌اند که در قانون جرم شناخته نشده و مجازات ندارد، به منابع فقهی رجوع کنند.

یک. این ماده مستثنای اصل قانونمندی است و در موارد استثنا باید به قدر متیقن بسنده کرد. با رجوع به آرای فقهی، که شمه‌ای از آن در گفتار نخست این نوشتار بازتاب یافت، درمی‌یابیم که نه‌تنها در حدود غیرمذکور، هم از حیث حد دانستن رفتار و هم از جهت احکام آن، اختلاف فراوان است به‌گونه‌ای که با قاطعیت می‌توان گفت دست‌یابی به هیچ بزه حدی‌ای که فقیهان بر آن توافق کرده باشند وجود ندارد. بر اساس قواعد فقهی نیز در این موارد باید روح قاعده درء در نظر گرفته شود و در موردی که در حدی بودن و یا نبودن رفتاری تردید وجود دارد باید آن را غیرحدی شمرد.^۱

به‌رغم این، برای آنکه قانون‌گذار به تصویب مصوبه خلاف حکمت متهم نشود به ناچار باید وجهی برای قانون‌گذاری او یافت.

دو. با رجوع به پیشینه تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، چنان‌که بیان شد، قانون‌گذار در وضع ماده ۲۲۰ فقط به چند جرم حدی و مشخصاً ارتداد نظر داشته است. در این صورت حداکثر

۱. حقوق دانان گاه در این باب به قاعده فقهی منع توسع در حدود استناد می‌کنند، نک: امید، ۱۳۹۷: ۷۸۳-۷۸۷.

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری... / سلیمانی ۳۲۱

همان چهار حد محذوف باقی خواهند ماند که به نظر می‌رسد بر اساس ماده ۲۲۰ قابل رسیدگی در محاکم‌اند. به اینها می‌توان برخی از انواع معاونت و مشخصاً معاونت در قتل (دیدهبانی و امساک) را نیز گنجانند، که با حدی تلقی شدن، ممکن است در ذیل ماده ۱۲۷ ق.م.ا بگنجانند.

با این همه، باید توجه داشت که در خصوص ارتداد، که مهم‌ترین رفتار حدی در این میان است و بیشترین بازتاب‌ها را در اذهان عمومی و نهادهای بین‌المللی دارد چنان اختلافی وجود دارد که چه بسا بدون اغراق بتوان ادعا کرد هیچ‌یک از احکام این بزه بدون اختلاف جدی بین فقیهان نمی‌توان سراغ گرفت. نه تنها در اصل حدی بودن این رفتار نظر مخالف جدی وجود دارد، بلکه در تعریف ارتداد موجب حد نیز اختلاف بسیار جدی است. در احکام و مصادیق آن نیز اختلاف شمارش‌ناشدنی در این رفتار وجود دارد. اجازه دادن به قاضیان غیرمجتهد و حتی مجتهد برای انطباق رفتار یک شهروند یا این ملغمه‌آرایی تردید خلاف عدالت و انصاف و حتی خلاف شرع است.

سه. نکته مهم آن است که قانون‌گذار گاه رفتارهایی را که حد شمرده شده‌اند در قالب جرم در قانون ذکر کرده است. برای مثال، ماده ۲۳۷ ق.م.ا و ماده ۶۳۷ تعزیرات رفتارهایی را جرم تعزیری تلقی کرده‌اند که گاه در کلام فقیهان حد شمرده شده است. همچنین قانون‌گذار در ماده ۶۲۱ و ۶۳۱ تعزیرات آدم‌ربایی را جرم تلقی کرده است. روشن است که در این موارد نمی‌توان به ماده ۲۲۰ استناد کرد، زیرا رجوع به فقه به استناد اصل ۱۶۷، در صورت «سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه» مجاز است و در این موارد که قانون‌گذار حکم دارد طبعاً جایی برای رجوع به فقه وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

الف) در این نوشتار این پرسش بررسی شد که آیا می‌توان رفتارهای شهروندان را با معیار حدود ذکرناشده در قانون رسیدگی کرد؟ با بررسی جرایم حدی در فقه شیعه و اهل سنت نشان داده شد که چنان تفاوت آشکاری در فهم فقیهان از تعداد و احکام رفتارهای حدی وجود دارد که توقع اینکه قاضیان بتوانند در این باره به فقه رجوع کنند یا شهروندان بتوانند از این رفتارها آگاهی بیابند ناممکن است و چنین توقعی نه واقعی است نه عادلانه و منصفانه.

۳۲۲ حقوق تطبیقی / دوره هفتم / شماره دو / پیاپی ۱۴ / صص ۲۹۳-۳۲۸

ب) قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ اصل قانونی بودن جرم و مجازات را با صراحت تمام در تعزیرات و قصاص و دیات پذیرفته است و فقط در باب حدود براساس ماده ۲۲۰ قاضیان را مکلف کرده است که اگر رفتار حدی‌ای در قانون ذکر نشده باشد بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل کنند.

پ) اصل ۱۶۷ قانون اساسی به برداشت بیشتر حقوق‌دانان، برای جواز رجوع به فقه در رفتارهای غیرمذکور وضع نشده است و این را از اصول محکم قانون اساسی مانند اصل ۳۶ و اصل ۱۶۷ می‌توان به‌آسانی استفاده کرد. با پذیرش این برداشت از اصل ۱۶۷، لاجرم ماده ۲۲۰ نیز نمی‌تواند به معنای جرم تلقی کردن رفتارهای غیرمذکور باشد.

ت) با این حال، متأسفانه به نظر می‌رسد قانون‌گذار عادی از وضع ماده ۲۲۰ چنین منظوری داشته است. این برداشت گرچه مخالف اصول قانون اساسی است اما به باور نگارنده گریزی از پذیرش آن نیست. نویسندگان با آن دسته از حقوق‌دانان که در مقام تعارض قانون اساسی و قانون عادی، به قاضی اجازه می‌دهند قانون اساسی را مرجح بدانند هم‌نظر نیست و معتقد است چنین برداشتی راه سوءاستفاده از قانون اساسی را که اصول آن به شکل عام وضع شده‌اند و ظرفیت تفسیری بیشتری دارند باز می‌کند.

ث) با این بیان، دادگاه‌ها باید در حدود ذکر نشده در قانون، به منابع فقهی رجوع کنند اما از آنجا که این اجازه استثنای اصل قانونمندی است باید فقط به حدود قطعی و اجماعی فقیهان بسنده کنند. البته چنین اجماعی در هیچ‌یک از حدود ذکر نشده وجود ندارد و لذا ناچار با ذهن‌خوانی قانون‌گذار به همان حدودی که در پیش‌نویس لایحه ذکر شده بود و سپس به مصالحی حذف شدند باید بسنده کرد، یعنی ارتداد، سحر، ادعای نبوت و بدعت.

ج) آنچه گفته شد فقط درباره اصل رجوع به فقه در رفتارهای غیرمذکور است. در این باب پرسش‌های دیگری نیز مطرح است. برای مثال، در مقام تعدد معنوی بین رفتارهای مذکور در قانون (در قالب حد یا تعزیر) و رفتارهای حدی غیرمذکور کدام مقدم است؟ آیا حدود غیر مذکور در قواعد و شرایط عام مربوط به جرایم (مانند توبه، شرایط اثبات، معاونت، شروع به جرم و مانند اینها) تابع قواعد مذکور در قانون‌اند یا خیر؟ آیا در حدود مذکور در صورتی که در

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری ... / سلیمانی ۳۲۳

فقه حکمی وجود داشته باشد که در قانون نیست یا با قانون متعارض است می‌توان به فقه رجوع کرد یا خیر. نگارنده به این پرسش‌ها در نوشته‌ای دیگر پاسخ داده است.^۱

چ) از نظر نگارنده ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی خلاف اصول مکرر قانون اساسی، خلاف اصول عدالت و انصاف، و حتی خلاف شرع است و پیشنهاد می‌کند این ماده از قانون حذف گردد.

۱. نک: سلیمانی، ۱۳۹۹.

کتابنامه

الف- کتب و مقالات

الف-۱: فارسی

- احمدزاده، رسول و غلامحسین الهام (۱۳۹۵)، «قبض و بسط اصل ۱۶۷ قانون اساسی در قلمرو کیفری»، فصلنامه مجلس و راهبرد، دوره ۲۵، شماره ۹۵، صص ۲۴۷-۲۷۲.
- الهام، غلامحسین و رضا زهروی (۱۳۹۶)، «بررسی تطبیقی چالش‌های ناشی از سکوت قانون در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۸، شماره ۲، صص ۴۴۳-۴۷۳.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۷)، کلیات حقوق جزا، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- اکبری، محمدجواد و سیدحسین هاشمی (۱۳۹۵)، «واکاوی مصادیق تعزیرات منصوص در فقه امامیه: تبیین تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲»، فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، دوره ۴، شماره ۴، صص ۳۳-۵۹.
- امیدی، جلیل (۱۳۹۷)، «نظریه اسلامی تفسیر نصوص جزایی»، در: علی حسین نجفی ابرندآبادی (زیرنظر)، دایره‌المعارف علوم جنایی، کتاب سوم، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- امیدی، جلیل (۱۳۹۸)، تفسیر قانون در حقوق جزا، چاپ اول از ویراست سوم، تهران: نشر میزان.
- آخوندی، محمود (۱۳۹۴)، شناسای آیین دادرسی کیفری، دفتر اول: کلیات و دعوی ناشی از جرم، چاپ هفدهم، تهران: دوران‌دیشان.
- بشیریه، تهمورث (۱۳۸۷)، «پاسدداشت حقوق اساسی در پرتو تعامل اصول ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۲، شماره ۶۲ و ۶۳، صص ۱۴۵-۱۵۶.
- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۶)، جرایم علیه اشخاص: قتل، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۸۳)، «مجازات عمل حرام و تعارض آن با قانون‌مداری در قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، دوره ۲، شماره ۳، صص ۸-۲۴.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر و محمد توحیدی‌فر (۱۳۸۶)، قانون‌مداری در قلمرو حقوق کیفری، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.

حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری... / سلیمانی ۳۲۵

- روزنامه جمهوری اسلامی، ۷ آذر ۱۳۸۵، شماره ۷۹۲۷.
- سلیمانی، حسین (۱۳۹۸)، «تعزیر منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل قانونمندی حقوق کیفری»، پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۱۹، شماره ۱، صص ۱۰۵-۱۳۳.
- سلیمانی، حسین (۱۳۹۹)، «جایگاه و گستره ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل قانونمندی حقوق کیفری (با تأکید بر ارتداد)»، در: محمودی جانکی، فیروز و غلاملو، جمشید (به کوشش)، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و حقوق، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۷۶)، «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۶، صص ۴۱-۷۲.
- کریمی، حسین (۱۳۶۵)، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، چاپ اول، قم: انتشارات شکوری.
- مجلسی، محمدباقر (بی‌تا)، حدود و قصاص و دیات، چاپ اول، تهران: موسسه نشر آثار اسلامی.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۴)، قواعد فقه ۴، بخش جزایی، چاپ سسی و بکم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۱)، مبانی فقهی آرای فقهای شورای نگهبان پیرامون لایحه حدود و قصاص و مقررات آن، چاپ اول، تهران: معاونت تدوین، تقیح و انتشار قوانین و مقررات.
- مظهر قراملکی، علی و علی دادخواه (۱۳۹۷)، «جرم‌انگاری بدعت؛ مطالعه تطبیقی در مذاهب اسلامی»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۵۱، شماره ۱، صص ۲۲۱-۲۴۳.
- منصورآبادی، عباس (۱۳۹۷)، کلیات حقوق جزا، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.
- موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۳۹۲)، حقوق و دادرسی کیفری در آئینه فقه، چاپ اول، قم: انتشارات رادنگار.
- موسویان، سیدابوالفضل (۱۳۸۹)، دین و آزادی: بحثی درباره آزادی عقیده، جهاد ابتدایی و ارتداد، چاپ اول، قم: صحیفه خرد.

۳۲۶ حقوق تطبیقی / دوره هفتم / شماره دو / پیاپی ۱۴ / صص ۲۹۳-۳۲۸

- مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (۱۳۷۹)، صحیفه امام، چاپ سوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- نوبهار، رحیم (۱۳۸۹)، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی: چشم‌اندازی اسلامی، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- نوبهار، رحیم (۱۳۹۶)، اصل قضایی بودن مجازات‌ها: تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه، چاپ دوم، تهران: شهر دانش.
- ولایی، عیسی (۱۳۹۰)، «حد و تعزیر و موارد جایگزینی هر یک با دیگری با رویکردی به دیدگاه امام خمینی»، پژوهشنامه متین، دوره ۱۳، شماره ۵۳، صص ۱۴۱-۱۶۰.
- هاشمی، سیدحسین (۱۳۸۶)، ارتداد و آزادی، چاپ دوم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

الف-۲: عربی

- ابن‌براج طرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ ق)، المهذب. چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن‌حزم ظاهری، علی بن‌احمد بن‌سعید (۱۳۵۲ ق)، المحلی، چاپ اول، قاهره: اداره الطباعة المنیریة.
- ابن‌سعید حلّی، یحیی (۱۴۰۵ ق)، الجامع للشرایع، چاپ اول، قم: مکتبه العلمیه.
- ابن‌عثیمین، محمد بن صالح (۱۴۲۵ ق)، الشرح الممتع علی زاد المستقنع، چاپ اول، ریاض: دار ابن‌جوزی.
- ابن‌فهد حلّی، جمال‌الدین احمد ابن‌محمد (۱۴۱۳ ق)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن‌قدامه مقدسی حنبلی (۱۴۲۱ ق)، عبدالله بن‌محمد، المقنع فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی، چاپ اول، جده: مکتبه السوادی.
- ابن‌نجیم مصری حنفی، زین‌الدین ابن‌ابراهیم (۱۴۱۸ ق)، البحر الرائق شرح کنز الدقائق (فی فروع الحنفیه)، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.

- حدود شرعی در پرتو اصل قانونمندی قوانین کیفری ... / سلیمانی ۳۲۷
- ابن همام حنفی، محمد بن عبدالواحد (۱۴۲۴ ق)، شرح فتح القدير على الهدايه، چاپ اول، بيروت: دارالكتب العلميه.
 - تبریزی، جواد (۱۳۸۶)، تقيح مباني العروه: كتاب الصوم، چاپ اول، قم: دارالصديقه الشهيده.
 - جزیری، عبدالرحمن (۲۰۰۳ م)، الفقه على مذاهب الاربعه، چاپ دوم، بيروت: دارالكتب العلميه.
 - حلبی، تقی‌الدین ابوالصلاح (۱۳۹۲)، الكافي في الفقه، تحقيق رضا استادی، چاپ دوم، قم: مؤسسه بوستان كتاب.
 - خوئی، سيد ابوالقاسم (۱۳۹۳)، مباني تكمله المنهاج، چاپ چهارم، تهران: انتشارات خرسندی.
 - سيد مرتضى (۱۴۱۵ ق)، على بن حسين، الانتصار، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
 - شهيد ثانی، زين الدين بن على العاملى (۱۴۲۹ ق)، مسالك الافهام الى تقيح شرايع الاسلام، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
 - شهيد ثانی، شيخ زين الدين عاملى (۱۴۳۷ ق)، الروضه البهيه في شرح اللعه دمشقيه، چاپ دوازدهم، قم: مجمع الفكر الاسلامی.
 - شيخ بهايی، محمد بن حسين (۱۳۱۹)، جامع عباسی، تهران: انتشارات فراهانی.
 - شيخ صدوق، محمد بن على بن بابويه (۱۳۸۴)، المقنع، چاپ دوم، قم: مؤسسه الامام الهادی.
 - شيخ طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ ق)، النهايه في مجرد الفقه و الفتاوى، چاپ دوم، بيروت: دارالكتاب العربی.
 - طباطبایي حکيم، سيد محمد سعيد (۱۴۲۷ ق)، مسائل معاصره في فقه القضا، چاپ دوم، نجف اشرف: دارالهلال.
 - طباطبایي يزدي، سيد محمد كاظم (۱۳۹۳)، العروه الوثقى و التعليقات عليها (۱۳ جلد)، چاپ اول، قم: مؤسسه السبطين. العالميه.
 - غرناطی، محمد بن احمد (۱۴۳۴ ق)، القوانين الفقيهيه في تلخيص مذهب المالكيه و التنبيه على مذهب الشافعيه و الحنفيه و الحنبليه، چاپ اول، بيروت: دار ابن حزم.
 - فيض كاشانی، محمد محسن (۱۴۰۱ ق)، مفاتيح الشرائع، چاپ اول، قم: مجمع الذخائر الاسلاميه.

۳۲۸ حقوق تطبیقی / دوره هفتم / شماره دو / پیاپی ۱۴ / صص ۲۹۳-۳۲۸

- گلیایگانی، محمدرضا (۱۴۱۴ ق)، الدر المنضود فی احکام الحدود، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم.
- محاملی شافعی، احمد بن محمد (۱۴۱۶ ق)، اللباب فی فقه الشافعی، چاپ اول، مدینه: دارالبخاری.
- محقق اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۱۷ ق)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان، چاپ دوم، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۳ ق)، المختصر النافع، چاپ اول، قم: مکتبه البعثه.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۲۵ ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام (۲جلد)، با تعلیقات سیدصادق حسینی شیرازی، چاپ یازدهم، بیروت: دارالقاری.
- محقق کرکی (۱۴۰۹ ق)، رسائل المحقق الکرکی، چاپ اول، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی.
- منتظری، حسین علی (بی تا)، کتاب الحدود، قم: انتشارات دارالفکر.
- موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۴۲۷ ق)، فقه الحدود و التعزیرات، چاپ دوم، قم: انتشارات دانشگاه مفید.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۱۸ ق)، تحریر الوسيله، چاپ اول، دمشق: سفارة جمهوریة الاسلامیة الایرانیة.
- نسفی، عبدالله ابن احمد (۱۴۳۲ ق / ۲۰۱۱ م)، کنزالدقائق فی الفقه الحنفی، چاپ اول، مدینه: دارالسراج.