

تأملی در مصادیق مشتبه حد و تعزیر با تحلیلی بر سخنان شهید ثانی

در مسالک

علی اکبر ایزدی فرد^۱، سید مجتبی حسین نژاد^{۲*}

۱. استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

۲. دکتری فقه و اصول و مدرس حوزه علمیه قم

(تاریخ دریافت: ۹۳/۱۱/۸؛ تاریخ پذیرش: ۹۴/۶/۱۰)

چکیده

مجازات برخی از گناهان همچون مجازات مرد روزه‌داری که در روز ماه مبارک رمضان با همسرش مجامعت کند، مرد بین حد و تعزیر است؛ زیرا از طرفی این دسته از مجازات‌ها مقدرند و از طرف دیگر به‌نظر بسیاری از فقها تعزیر است. با توجه به اینکه تعیین مجازات این دسته از گناهان به‌عنوان حد یا تعزیر، ثمرات شایان توجهی همچون عدم جواز شفاعت در حدود، عدم یمین و عدم کفالت در حدود و بسیاری دیگر از احکام اختصاصی باب حدود و تعزیرات، خواهد داشت، باید مشخص شود که آیا مجازات‌های مذکور حد در نظر گرفته می‌شوند یا تعزیر؟ نگارندگان پس از بررسی تفصیلی ماهیت هر یک از حد و تعزیر، در نهایت به این نتیجه رسیده‌اند که مجازات‌های مزبور با توجه به روایات زیادی که بیان‌کننده تقابل بین ماهیت حد و تعزیرند و حد را مختص به مجازات‌های مقدر و تعزیر را اختصاص به مجازات‌های غیرمقدر می‌دانند، به مجازات‌های حدی منصرف است. منتها با در نظر گرفتن اعتقاد بسیاری از فقها در تعزیری بودن این دسته از مجازات‌ها، در صورتی که درباره حد یا تعزیری بودن مجازات‌های مذکور شک به‌وجود آید، به‌نظر می‌رسد با توجه به ابتنای مجازات‌ها بر تخفیف و مسامحه و احترام خون مسلمان، می‌توان گفت که در هر مورد حکم ارفاقی اختصاصی هر یک از حد و تعزیر جاری می‌شود.

واژگان کلیدی

تعزیر، حد، حکم ارفاقی، شهید ثانی، مسالک، مصادیق مشتبه حد و تعزیر.

Email: mojtaba@writeme.com

* نویسنده مسئول

- این مقاله مستخرج از طرح پژوهشی پسا دکتری «فقه جزایی الکترونیک (مطالعه موردی قوادی، محاربه و افساد، سرقت و قتل)» مصوب شورای پژوهشی دانشگاه مازندران است.

مقدمه

شهید ثانی و تعدادی از فقها بعضی از مجازات‌ها را با وجود اینکه مقدرند -همچون مجازات زن و مردی که با یکدیگر نامحرم باشند و در لحاف واحدی به صورت عریان با یکدیگر اجتماع کنند- تعزیر می‌دانند به طوری که این دسته از فقها پس از آوردن تعریف محقق حلی از حد «کل ما له عقوبه مقدره یسمى حدا» (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۱۳۶)، آن را مانع اغیار ندانسته‌اند و این دسته از مجازات‌ها را از موارد نقض این تعریف می‌دانند (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۴: ۲۲۶-۳۲۷؛ عاملی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۴۲۷؛ گیلانی، ۱۴۲۷: ۳۷-۳۹). با توجه به اینکه بررسی و تبیین این بحث و اثبات مانع اغیار بودن تعریف محقق از تعریف حد- از جهت وجود قید «مقدر» در معرف آن- با نسبت به سوی تعزیرات و مشخص کردن این دسته از مجازات‌ها به عنوان تعزیر یا حد و تقریباً طرح تمامی مطالب آن، معلق بر شناخت کامل ماهیت حد و تعزیر در کلام فقهاست، باید قبل از ورود به بحث ابتدا به صورت مختصر ماهیت حد و تعزیر مشخص شود و پس از آن بحث مورد نظر را مطرح کنیم. تعیین این دسته از مجازات‌ها به عنوان حد یا تعزیر، از اهمیت بسزایی برخوردار است و ثمره آن در اجرای احکام اختصاصی حد و تعزیر روشن می‌شود، پس باید این مسئله به صورت دقیق بررسی شود.

۱. تبیین مفهوم حد

۱.۱. تبیین لغوی معنای حد

در کتب لغت برای حد معانی زیادی نقل شده است که از جمله آنها می‌توان معانی منع و فصل بین دو شیء، و تأدیب و نهایت و منتهای هر چیزی را نام برد (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۹؛ جوهری، ۱۴۱۸، ج ۲: ۴۶۲؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۲۲۱؛ زمخشری، ۱۹۷۹: ۱۱۶؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۳: ۱۴۰؛ فیومی، بی‌تا، ج ۲: ۱۲۴؛ فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۳: ۱۱۳؛ واسطی، ۱۴۱۴، ج ۴: ۴۱۰). اما باید دانست که با جست‌وجو در کتب لغوی می‌توان گفت: این طور نیست که واژه حد در لسان عرب دارای چند معنای لغوی باشد، بلکه می‌توان

تمامی معانی ذکر شده برای حد را که بزرگان علم لغت آورده‌اند، به معنای منع برگرداند، لذا در مقام نتیجه‌گیری می‌توان گفت که واژه حد در لغت عرب دارای یک معنا بیشتر نیست. برای مثال: اگر به «حاجب و حاجز» بین دو چیز حد گفته می‌شود؛ از آن جنبه است که حاجز بین دو چیز، مانع اختلاط آن دو چیز می‌شود. اگر حد در معنای «آخر الشیء» و منتهی الشیء» استعمال شده؛ از آن نظر است که «آخر الشیء» یعنی آن قسمتی از شیء که پس از آن دیگر آن شیء با شما نیست و امتناع دارد که از آن نقطه ادامه یابد. همچنین معانی دیگر نیز همچون «تأدیب»- از جهت اینکه تأدیب گناهکار مانع از آن است که او یا دیگران دوباره مرتکب آن گناه شوند- در تمامی آنها معنای منع دیده می‌شود (رک: جوهری، ۱۴۱۸، ج ۲: ۴۶۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۳: ۴۳؛ ابن اثیر، بی‌تا، ج ۱: ۳۵۲؛ فیومی، بی‌تا، ج ۲: ۱۲۵).

۲.۱. تبیین اصطلاحی معنای حد

در اصطلاح فقها حد به دو معنا تعریف شده است.

تعریف اول: گروهی از فقها که در رأس آنها محقق حلی قرار دارد، در تعریف حد نگاهشده‌اند: «هر چیزی که برای آن مجازات معینی باشد، حد نامیده می‌شود» (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۱۳۶).

تعریف دوم: گروه دیگری از فقها از جمله سیوری (سیوری، ۱۴۰۴، ج ۴: ۳۲۷)، شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۴: ۳۲۵)، شیخ بهایی (عاملی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۴۱۵)، سید علی طباطبایی (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۵: ۴۳۳) در تعریف حد چنین بیان کرده‌اند: «حد از جهت شرع، عقوبت خاصی است متعلق به آزار بدن کسی که گناهی از او صادر شده باشد و شارع جهت آن گناه، مقداری معین کرده به حسب هر فردی از افراد».

همان‌طور که پیداست، تعریف اول ناظر به جرم است، در حالی که تعریف دوم ناظر به مجازات بوده و بر هر یک از این دو تعریف که به‌طور عمده در کتاب‌های فقهی مطرح شده‌اند، ایرادهای فراوانی وارد شده است.

۱.۲.۱. نقد و بررسی قول اول

آیت‌الله گلپایگانی معتقد است که به‌واسطه تعلق گرفتن درد و ایلام به بدن، دردها و ایلامات روحیه و سب و لعن و حبس و امثال آن از تعریف حد خارج می‌شوند (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۰). منتها به نظر می‌رسد که هر گونه ناراحتی و ایلامات روحی شاید ناراحتی و درد و ضعف جسمی را در پی داشته باشد و چه بسا اینکه حتی در بسیاری از مواقع - بلکه در تمامی مواقع - ناراحتی‌های روحی نسبت به خود ناراحتی جسمی، درد و رنج و ضعف جسمی شدیدتری را برای شخص به بار می‌آورند که البته احراز چنین مطلبی به‌واسطه استقرا و با مراجعه به اهل خبره؛ یعنی پزشکان و روان‌پزشکان و متخصصان در این فن مخفی نیست. با توجه به اینکه کفارات مالی و دیات نیز گاهی موجب تضعیف شخصیت و آبروی شخص و ناراحتی‌های روحی و در نتیجه بروز ناراحتی‌های جسمی می‌شوند، در نهایت می‌توان گفت که این تعریف از حد فی‌الجمله بر کفارات مالی و دیات نیز صادق است. همچنین به‌واسطه این قید، مجازات‌هایی همچون تبعید که عقوبت جرایمی همچون محاربه بوده یا زندان ابدی که عقوبت سرقت در مرتبه سوم است، از تعریف حد خارج می‌شوند، در حالی که درباره حد بودن این مجازات‌ها شکی وجود ندارد. گذشته از اینکه قصاص نیز، اعم از قصاص نفس یا عضو در شرع معین بوده و به‌همراه دردی است که چه بسا در بسیاری از موارد شدیدتر از حد به بدن تعلق می‌گیرد، ولی بر آن اطلاق حد نمی‌شود، در حالی که بر اساس این تعریف، قصاص حد به‌شمار می‌آید.

آیت‌الله گلپایگانی همچنین معتقد است که به‌واسطه این قید، مجازات‌هایی همچون زندانی و تبعید که جزو حدود نیستند، خارج می‌شوند (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۰). همان‌طور که گذشت؛ اولاً؛ حبس و تبعید بر حسب معمول، به‌همراه ناراحتی‌های روحی است و ناراحتی‌های روحی نیز در غالب موارد، ناراحتی‌های جسمی را به‌همراه دارد؛ ثانیاً؛ مجازات‌هایی همچون تبعید، عقوبت برخی جرایم همچون محاربه است، پس وجهی برای اخراج آن نیست.

۲.۲.۱. نقد و بررسی قول دوم

با توجه به این تعریف، کفارات مالی و دیات نیز به علت مشخص بودنشان، باید از حدود شمرده شوند، در حالی که مسلماً حد به شمار نمی آید (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۷۸: ۲۶). گذشته از اینکه، قصاص اعم از قصاص نفس یا عضو، در شرع معین است ولی بر آن اطلاق حد نمی‌شود، در حالی که بر اساس این تعریف، قصاص حد به شمار می‌آید (گیلانی، ۱۴۲۷: ۳۹). همچنین مهم‌ترین اشکالی که در رأس تمامی این اشکال‌ها بر این تعریف وارد است اینکه حد، وصف مجازات محسوب می‌شود نه جرم، در حالی که مطابق با این تعریف، حد خود جرم محسوب می‌شود (همان: ۳۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۷؛ کریمی جهرمی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۱۹).

۲.۲.۱. نظریهٔ مختار

از نظر نگارندگان برای اینکه تعریف حد در فقه، از اشکال‌های یادشده مصون بماند، بهتر است چنین تعریف شود: «حد، مجازاتی است که شارع برای ارتکاب معصیتی غیر جرح و آسیب بدنی، مقدار و نوع آن را مشخص نموده است و اجرای آن پس از اثبات، تنها به وسیلهٔ حکومت صورت می‌گیرد».

قیود احترازی که سبب مانع اغیار بودن این تعریف و جامعیت آن نسبت به تعریف‌های گذشته می‌شوند، عبارتند از:

الف) معصیت: زیرا اجرای حدود در تمام موارد، در مقابل افعال حرام صورت می‌گیرد، بر خلاف تعدادی از تعزیرات که اجرای آن شاید در قبال افعال معصیت‌آمیز نباشد، لذا در بسیاری از موارد دیوانه یا نابالغ را می‌توان تعزیر کرد (عاملی، بی‌تا، ج ۲: ۱۴۲-۱۴۴؛ حلی، ۱۴۰۳: ۴۷۳).

ب) غیر جرح و آسیب بدنی: این قید نیز موجب احتراز از قصاص و دیه می‌شود؛ زیرا در قصاص و دیه، جرمی که موجب این دو مجازات می‌شود، در تمامی موارد، ایجاد جراحت یا آسیب بدنی از ناحیهٔ جانی بر بدن مجنی‌علیه است، اعم از اینکه این جراحت سبب سلب حیات مجنی‌علیه شود یا اینکه موجب مرگ او نشود.

البته شایان ذکر است که شمس‌الدین سرخسی، از فقهای حنفی مذهب برای احتراز از قصاص، حد را چنین تعریف کرده است: «در شرع حد اسم است برای مجازاتی که مقدار آن مشخص است و واجب است به جهت حوق الله بودن، به همین دلیل تعزیر را حد نمی‌نامند؛ چون مقدار آن مشخص نیست، و قصاص را حد نمی‌گویند؛ برای اینکه قصاص حق الناس است، دلیل دیگر اینکه وجوب قصاص بابت حق الناس در اصل بابت جبران خسارت انجام می‌گیرد و اما آن چیزی که بابت حق الله تعالی واجب می‌شود، برای پیشگیری از انجام سبب آن معصیت و جرم است؛ زیرا خداوند برتر از آن است که نقصان بر او ملحق شود، تا اینکه محتاج به جبران نقص و خسارت در حق او بشود» (سرخسی، بی تا، ج ۹: ۳۶).

باید در نظر داشت که در حدود نیز در حد قذف و حد سرقت جنبه حق الناسی وجود دارد، پس تفاوت ذکر شده تمام نیست.

ج) تعیین نوع و مقدار آن در شرع؛ زیرا نوع و مقدار تمامی حدود (بر خلاف تعزیرات) در شرع مشخص شده است (چنانکه بعداً روشن خواهد شد، هیچ‌یک از تعزیرات، مقدر شرعی نیستند و مواردی که از نظر بسیاری از فقها تعزیر مقدر شده، توجیه‌پذیر است).

د) اجرای پس از اثبات تنها به وسیله حکومت: با این قید نیز کفاراتی همچون کفاره قتل عمد و کفاره افطار روزه و ... از تعریف حد خارج می‌شوند؛ زیرا اگرچه شارع مقدس در بعضی از موارد، برای انجام دادن معاصی غیرجنایی کفاراتی را لازم دانسته و حتی نوع و مقدار آن را نیز بیان کرده است، انجام دادن کفاره بر عهده خود مرتکب معصیت است نه حکومت، در حالی که اجرای حدود وظیفه حکومت محسوب می‌شود، پس در روایات آمده است: «اقامة الحدود الی من الیه الحکم (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۴۹)» (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۷۸: ۲۷).

نکته‌ای که در اینجا باید ذکر شود این است که در بعضی از جرایم حدی، مانند سب‌النبی و مشاهده زوجه در حال زنا با اجنبی، اجرای حد (قتل مجرم) با توجه به روایات (رک: حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۲۱۲-۲۱۳ و ج ۲۹: ۱۳۴) بر عهده شخص نیز واگذار شده

است، اما باید در نظر داشت که اگرچه در این موارد اجرای حد بر عهده شخص محول است، شخص پس از اجرای حد باید جرم مورد نظر را در نزد حاکم شرع اثبات کند، به طوری که اگر نتوانست آن جرم را اثبات کند، چه بسا اینکه در مقابل فعلش مجازات شود، لذا در نهایت اجرای حد در موارد مذکور نیز به حکومت برگشت می‌کند و اگر احیاناً در نپذیرفتن این مطلب پافشاری شود، برای رهایی از مناقشه فوق می‌توان حد را این‌طور هم تعریف کرد: «حد، مجازاتی است که شارع برای ارتکاب معصیتی غیر جرح و آسیب بدنی، مقدار و نوع آن را مشخص نموده است، به طوری که اجرای آن پس از اثبات، بر گردن دیگری می‌باشد».

۲. تبیین مفهوم تعزیر

۱.۲. معنای لغوی تعزیر

با بررسی واژه «تعزیر» در کتب لغت، به دست می‌آید که این واژه دارای معانی مختلفی است که از جمله می‌توان به معانی رد و منع، ضرب دون‌الحد، اشد‌الضرب، تأدیب، سرزنش و ملامت، بزرگ دانستن و ادای احترام نسبت به فردی، نصرت و یاری کردن با زبان و شمشیر و ... اشاره کرد (رک: فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۳۵۱؛ جوهری، ۱۴۱۸، ج ۲: ۷۴۴؛ ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۴: ۳۱۱؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۶۴؛ ابن اثیر، بی‌تا، ج ۳: ۲۲۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۴: ۵۶۱؛ فیومی، بی‌تا، ج ۲: ۴۰۷؛ طریحی، ۱۴۱۶، ج ۳: ۴۰۰؛ واسطی، ۱۴۱۴، ج ۷: ۲۱۲). تمامی این معانی، در نهایت به معنای نصرت برمی‌گردند؛ زیرا معانی رد و منع، ضرب دون‌الحد، اشد‌الضرب، تأدیب، سرزنش و ملامت، همگی با نوعی نصرت و یاری همراهند. تنها تفاوت این معانی با نصرت در آن است که در معنای نصرت با قطع آنچه او را می‌آزارد، کمکش می‌کنیم، در حالی که در این معانی با قطع آزارهای او از مردم، به کمکش می‌شتابیم. در نتیجه این معانی نیز به معنای نصرت برمی‌گردند، چنانکه راغب اصفهانی نیز برای تأیید این ارجاع به حدیث نبوی «قال: انصر أخاک ظالماً و مظلوماً، قال

انصره مظلوماً فكيف انصره ظالما؟ فقال كفّه عن الظلم» (فیض کاشانی، بی تا، ج ۳: ۴۰۵) تمسک کرده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۶۴).

۲.۲. معنای اصطلاحی تعزیر

در اصطلاح فقهی، فقهای همچون شهید ثانی تعزیر را از آنجا که در بعضی از موارد مقدارش مشخص است، تعریف کرده‌اند به اینکه آن مجازات عمل یا گفتاری است که حد و اندازه خاصی برای غالب مصادیق آن تعیین نشده است (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۴: ۲۲۶)؛ یعنی بر خلاف بسیاری از فقها (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۱۳۶؛ سیوری، ۱۴۰۴، ج ۴: ۳۲۷؛ همان، بی تا، ج ۲: ۳۳۸؛ حلی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰: ۴۰۷؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۵: ۴۳۳) قید «غالباً» را در تعریف تعزیر آورده‌اند. ولی باید در نظر داشت که با توجه به مطالبی که به صورت مفصل در جواب مناقشات شهید ثانی بر تعریف محقق حلی از حد خواهد آمد، روشن می‌شود که مجازات‌های معین شده در این مناقشات تعزیر در نظر گرفته نمی‌شوند، بلکه این مجازات‌ها حد خاصی از ناحیه شارع شمرده می‌شوند.

۳. بررسی مصادیق مشتبه حد و تعزیر

نکته‌ای که در اینجا باید در نظر گرفت، آن است که از میان قیود احترازی در تعریف حد، قید «معین بودن نوع و مقدار آن در شرع» از مهم‌ترین قیود احترازی (با نسبت به سوی تعزیر در تعریف حد) به‌شمار می‌آید که از ناحیه تمامی فقهای که حد را تعریف کرده‌اند، ذکر شده است و بسیاری از آنها نیز درباره آن بحث کرده‌اند، به طوری که حتی بسیاری از فقها در تعریف حد، فقط به وجه تمایز بین حدود و تعزیرات پرداخته‌اند و در این مقام تنها قید «عقوبه مقدره» را برای احتراز از تعزیر در تعریف حد آورده‌اند (رک: حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۱۳۶؛ حلی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰: ۴۰۷). لذا لازم است که کمی در مورد این قید بحث شود، که آیا در عین جامع افراد بودن، مانع اغیار و قید احترازی از تعزیر در نظر گرفته می‌شود یا خیر؟

شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۴: ۲۲۶-۳۲۷) و به تبع وی بعضی دیگر از فقها، از جمله شیخ بهایی (عاملی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۴۲۷) و شفتی گیلانی (گیلانی، ۱۴۲۷: ۳۷-۳۹) و از فقهای معاصر آیت الله گلپایگانی (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۰-۲۱) در ذیل سخن محقق «کل ما له عقوبه مقدره یسمی حداً» (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۱۳۶) در مقام مناقشه بر این ضابطه معتقدند که تعریف مذکور اگرچه جامع افراد در نظر گرفته می شود (از اینکه تمامی حدود از نظر شرع مقدرند و هیچ حدی در شرع نیست که مقدر نباشد)، اما مانع اغیار محسوب نمی شود؛ زیرا در شرع بعضی از اقسام تعزیرات نیز مقدر شرعی اند که عبارتند از: ۱. اگر مردی در روز ماه رمضان در حالی که روزه است، با همسرش مجامعت کند،

فقها قائل به آنند که شوهر در این صورت بیست و پنج تازیانه تعزیر می شود.

۲. فقها در باب نکاح قائل به آنند که اگر شوهری زن حره ای داشته باشد و در عین حال بخواهد با کنیزی ازدواج کند، باید از زن حره اش اجازه بگیرد. حال اگر شوهر بدون اجازه گرفتن از زن حره اش با کنیزی ازدواج و با او دخول کند، تعزیر می شود و مقدار تعزیر نیز یک هشتم حد زانی خواهد بود که دوازده و نیم تازیانه است، لذا این تعزیر هم مقدر شرعی محسوب می شود.

۳. اگر دو انسان برهنه در زیر یک لحاف خوابیده و جمع شده باشند، بدون اینکه عمل خلافی از آنها سرزند، بنا بر قول بعضی از فقها، مجازاتشان بین سی تا نودونه تازیانه است؛ یعنی حاکم شرع نباید کمتر از سی تازیانه یا بیشتر از نودونه تازیانه اختیار کند. البته به قرینه مناقشه پنجم شهید ثانی که خواهد آمد (که مربوط به حکم اجتماع مرد و زن برهنه در لحاف واحد است) روشن می شود که مراد از «المجتمعان» در این مناقشه سوم، اجتماع دو مرد یا دو زن است تا با مناقشه پنجم منافاتی نداشته باشد.

۴. اگر کسی زن باکره ای را با انگشت خودش افتضاض کند (مجرای بول و حیض او را یکی کند) شیخ طوسی در این مورد، قائل به آن است که بین سی تا هفتاد تازیانه به او زده

می‌شود^۱ و شیخ مفید نیز حکم او را سی تا هشتاد تازیانه دانسته است (بغدادی، ۱۴۱۳: ۷۸۵) در حالی که ابن‌ادریس قائل است که به او تا نودونه تازیانه زده می‌شود (حلی، ۱۴۰۶، ج ۳: ۴۴۹).

۵. زن و مردی که با یکدیگر نامحرم باشند و در لحاف واحدی به صورت عریان با یکدیگر اجتماع کنند، ده تا نود و نه تازیانه تعزیر می‌شوند. این مطلب را شیخ مفید فرموده است (بغدادی، ۱۴۱۳: ۷۷۴) و شیخ طوسی نیز در این زمینه قائل به آن است که هر دو تعزیر می‌شوند (طوسی، ۱۴۰۰: ۶۸۹-۶۹۰) و در کتاب خلاف نیز نگاشته است که اصحاب ما در این مسئله، حد زانی (صد تازیانه) را روایت کرده‌اند (طوسی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۳۷۳). اگرچه تعداد زیادی از فقها مجازات‌ها را در این مناقشات پنج‌گانه، در شمار تعزیر دانسته‌اند، در مقام بررسی باید از این اقوال صرف‌نظر و روایات در این زمینه را تحلیل کرد. شایان ذکر است که بررسی هر یک از این مناقشات، بسیار طولانی است و خود نیازمند تحقیق مفصلی خواهد بود. لذا ما در این مقام به صورت خیلی خلاصه وارد نقد و بررسی روایات می‌شویم.

در جواب مناقشه اول می‌توان گفت: از روایتی که مستند این فرع است، نمی‌توان استفاده کرد که مجازات نامبرده تعزیر خواهد بود؛ زیرا مستند این فرع روایت زیر است:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ بُنْدَارَ عَنْ إِبرَاهِيمَ بْنِ إِسْحَاقَ الْأَخْمَرِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ حَمَّادِ الْأَنْصَارِيِّ عَنِ الْمُفْضَلِ بْنِ عُمَرَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ أَتَى امْرَأَتَهُ وَهِيَ صَائِمَةٌ وَهُوَ صَائِمٌ - قَالَ إِنْ كَانَ اسْتَكْرَهَهَا فَعَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ - وَإِنْ كَانَتْ طَاوَعَتْهُ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَعَلَيْهَا كَفَّارَةٌ - وَإِنْ كَانَ أَكْرَهَهَا - فَعَلَيْهِ ضَرْبُ خَمْسِينَ سَوْطاً نِصْفَ الْحَدِّ - وَإِنْ كَانَتْ طَاوَعَتْهُ ضَرْبُ خَمْسَةَ وَعِشْرِينَ سَوْطاً - وَضُرِبَتْ خَمْسَةٌ وَعِشْرِينَ سَوْطاً (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۳۳۷).

۱. باید در نظر داشت که این حکم فقط در کتاب نه‌ایه شیخ بیان شده، منتها مقدار تازیانه در این کتاب تا شصت و نه ضربه تازیانه است (رک: طوسی، ۱۴۰۰: ۶۹۹). صاحب جواهر در کتابش به نقل از شیخ طوسی، مقدار تعزیر را تا هفتاد و هفت تازیانه ذکر می‌کند (رک: نجفی، بی‌تا، ج ۴۱: ۳۷۱).

در این روایت، مسئله مزبور دو حکم دارد: یکی از جنبه کفاره و دیگری از نظر مجازات شرعی (از آنجا که بحث ما در مورد مجازات است). امام علیه السلام در مورد مجازات شرعی می‌فرماید: اگر شوهر زن روزه‌دارش را در ماه رمضان اکراه بر جماع کند، پنجاه تازیانه که نصف حد زناست، به وی زده می‌شود، اما اگر زن با میل و رغبت خود به این عمل رضایت داده باشد، هر کدام از آن دو پنجاه تازیانه می‌خورند.

چنانکه در این روایت ملاحظه می‌شود، در هیچ‌یک از قسمت‌های آن کلمه «تعزیر» به کار نرفته است در نتیجه چگونه می‌توان این مجازات را تعزیر نامید (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۹). البته شاید گفته شود که چون امام علیه السلام پنجاه تازیانه را در عبارت «فَعَلَيْهِ ضَرْبُ خَمْسِينَ سَوْطًا نِصْفَ الْحَدِّ» نصف حد قرار داده است، شاید مبین آن باشد که این مجازات قطعاً حد نیست، پس زمانی که حد نباشد، حتماً تعزیر است.

در جواب گفته می‌شود: در صورتی که الف و لام در کلمه «الحد» الف و لام جنس محسوب شود این فرمایش صحیح و قانع‌کننده خواهد بود، اما الف و لام در اینجا الف و لام عهد ذهنی است که مراد از آن حد مخصوصی بوده (صد تازیانه) که در باب زنا معهود و شناخته شده است؛ زیرا اگر الف و لام در اینجا الف و لام جنس باشد، شامل تمامی حدود از جمله حد شرب خمر می‌شود که مجازات آن هشتاد ضربه تازیانه است که در این صورت پنجاه تازیانه نصف آن نخواهد بود، پس منظور نصف مطلق حد نبوده، بلکه نصف حد خاص و معهود و شناخته شده؛ یعنی حد زناست. معهود و شناخته شده بودن حد زنا در کلمه «الحد» به دلیل مناسبتی است که این مسئله با زنا دارد، لذا این پنجاه ضربه تازیانه باید حدی در نظر گرفته شود که از طرف شارع برای گناه مزبور مقرر شده باشد (فاضل لنکرانی، درس خارج فقه الحدود).

در جواب نقض دوم نیز می‌توان گفت که مستند این فرع روایت زیر است:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ (عَنْ أَبِيهِ) عَنْ صَالِحِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ ذَمِيَّةً عَلَى مُسْلِمَةٍ وَ لَمْ يَسْتَأْمَرْهَا -

قَالَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا - قَالَ قُلْتُ: فَعَلَيْهِ أَدَبٌ - قَالَ نَعَمْ اثْنَا عَشَرَ سَوْطًا وَنِصْفٌ - ثُمَّ حَدَّ الزَّانِي وَهُوَ صَاغِرٌ - قُلْتُ فَإِنْ رَضِيَتْ الْمَرْأَةُ الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ يَفْعَلُهُ - بَعْدَ مَا كَانَ فَعَلَ - قَالَ لَا يُضْرَبُ وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا - يَبْقِيَانِ عَلَى النِّكَاحِ الْأَوَّلِ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۱۵۱).

منصورین حازم می‌گویند: «از امام صادق علیه السلام درباره مردی که با داشتن زن مسلمان، با زنی ذمی ازدواج کرده و از زن مسلمانش نظرخواهی نکرده است، پرسیدم و حضرت فرمود: این دو از هم جدا می‌شوند. پرسیدم: آیا این مرد باید ادب شود؟ حضرت فرمود: آری، دوازده و نیم ضربه تازیانه؛ یعنی یک‌هشتم حد زناکار، با خواری بر او زده می‌شود. پرسیدم: اگر زن آزاد مسلمان به کار شوهرش پس از انجام آن راضی بود؟ حضرت فرمود: مرد زده نمی‌شود و این دو از هم جدا نمی‌شوند و بر همان ازدواج نخستین می‌مانند».

چنانکه ملاحظه می‌شود، در این روایت مرسله واژه «ادب» به‌کار رفته است که با توجه به عمومیت این واژه بین دو معنای حد و تعزیر، اراده معنای تعزیر از آن، مدعای بدون دلیلی است؛ زیرا «تعزیر» اصطلاحی شرعی محسوب می‌شود، اما کلمه «ادب» اصطلاح شرعی ندارد، پس به همان معنای عام خودش باقی است. از روایت هم استفاده نمی‌شود که ادب به معنای تعزیر است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۹).

در جواب نقض سوم نیز باید گفت که، این مسئله خود متشکل از دو فرع است:

فرع اول: اجتماع دو مرد در لحاف واحد. مستند این فرع، روایات متعدد در این زمینه‌اند که در مجموع به دو طایفه تقسیم می‌شوند؛ طایفه‌ای از روایات، مجازات را در این مورد، کمتر از صد ضربه تازیانه دانسته‌اند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۸۹-۹۰). طایفه‌ای نیز، حکم مسئله مزبور را اجرای حد کامل؛ یعنی ۱۰۰ ضربه تازیانه می‌دانند (همان: ۸۴-۸۵ و ۸۹).

اختلاف مضامین این دو طایفه روایات، موجب شده است که اقوال متعددی در این زمینه شکل بگیرد، منتها در مقام داوری باید گفت: اولاً: تنها تعداد اندکی از روایات طایفه اول، همچون صحیحۀ عبدالله بن سنان (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۸۹) اعتبار سندی دارند، در

حالی که در طایفه دوم اکثریت روایات از نظر سند صحیح است (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۸۷)؛ ثانیاً: طایفه اول با رأی فقهای عامه موافق است؛ زیرا هیچ‌یک از فقهای عامه در این فرض به اجرای حد معتقد نیستند، پس چاره‌ای نیست که در مقام تعارض بین این دو دسته از روایات، مطابق با مضمون روایات طایفه دوم عمل شود (همان) و به تبع آن اجرای حد کامل؛ یعنی ۱۰۰ ضربه تازیانه را موافق با رأی فقهای همچون شیخ صدوق (قمی، ۱۴۱۵: ۴۳۳) از قدما و شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۴: ۴۱۱ و ۴۱۲) از متأخرین در این فرع نتیجه گرفت، لذا در این فرع حد جلد یعنی ۱۰۰ ضربه تازیانه بر مجرم اجرا می‌شود.

فرع دوم: اجتماع دو زن در لحاف واحد. مستند این فرع، روایات متعدد در این زمینه‌اند که در مجموع به چهار طایفه تقسیم می‌شوند؛ طایفه اول: طایفه‌ای از روایات که تنها بر عدم جواز این عمل دلالت می‌کنند، بدون اینکه مجازات آن را بیان کنند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰: ۳۴۷)؛ طایفه دوم: طایفه‌ای از روایات که مجازات این عمل را کمتر از حد کامل؛ یعنی ۱۰۰ ضربه تازیانه می‌دانند (همان، ج ۲۸: ۸۹)؛ طایفه سوم: طایفه‌ای از روایات که مجازات را ۳۰ ضربه تازیانه مطرح کرده‌اند (همان: ۹۰)؛ طایفه چهارم: طایفه‌ای از روایات که مجازات این عمل را اجرای حد کامل می‌دانند، این روایات مستفیضه‌اند و بسیاری از آنان از حیث سند نیز از اعتبار برخوردارند (همان: ۸۴-۸۵).

در مقام تعارض بین این طوایف از روایات، باید گفت که طایفه چهارم از آنها گذشته از داشتن اعتبار خاص در سند، با انظار فقهای عامه مخالف است؛ زیرا هیچ‌یک از فقهای عامه در آن مورد به حد قائل نیستند، لذا در مقام تعارض بر طوایف دیگر از روایات رجحان دارند (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۳۳). در نتیجه مجازات این گناه، موافق با رأی فقهای همچون ابن جنید (حلی، ۱۴۱۳، ج ۹: ۱۹۷) و شیخ صدوق (قمی، ۱۴۱۵: ۴۳۳) و شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۴: ۴۱۱-۴۱۲ و ۴۱۶) اجرای حد تازیانه یعنی ۱۰۰ ضربه شلاق است. بر این اساس مجازات در این دو فرع، اجرای حد کامل تازیانه یعنی ۱۰۰ ضربه شلاق است نه تعزیر.

در جواب از نقض چهارم نیز باید گفت: اگرچه بسیاری از فقها مجازات در این فرع را تعزیر دانسته‌اند، پس از بررسی روایات نمی‌توان تعزیری بودن مجازات را استنتاج کرد؛ زیرا روایات وارده در این فرع که بیان‌کننده مجازات این عمل هستند، عبارتند از:

۱. مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ ابْنِ سِنَانٍ يَعْنِي عَبْدِ اللَّهِ وَغَيْرِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي امْرَأَةٍ اقْتَضَتْ جَارِيَةً بَيْدَهَا - قَالَ عَلَيْهَا الْمَهْرُ وَتُضْرَبُ الْحَدَّ (حر عاملی، ج ۲۸: ۱۴۴).

۲. محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن محبوب عن ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى بذلك وقال تجلّد ثمانين (همان).

۳. محمد بن الحسن باسناده عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة اقتضت جارية بیدها - قال: قال عليها مهرها وتجلّد ثمانين (همان).

به نظر می‌رسد که روایات وارده در این زمینه، بیش از یک روایت نیست؛ زیرا راوی روایت از امام علی (ع) در تمامی این روایات، عبدالله بن سنان است که به طرق مختلفی از وی نقل روایت شده و اختلاف اندکی که در مضمون این روایات وجود دارد، فقط به دلیل اختلاف در نقل است (فاضل لنکرانی، درس خارج فقه الحدود).

همان‌طور که در تمامی این روایات ملاحظه می‌شود، اولاً: هیچ بیانی از ناحیه امام علی (ع) نرسیده است مبنی بر اینکه مجازات این عمل به عنوان تعزیر در نظر گرفته می‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۱۱-۱۲)؛ ثانیاً: با امعان نظر در تمامی این روایات روشن می‌شود که مجازات، معین در ۸۰ ضربه تازیانه است، لذا چاره‌ای نیست که مطابق با رأی فقهایی همچون علامه (حلی، ۱۴۱۳، ج ۹: ۲۰) و شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۹: ۱۲۵) و محقق خویی (موسوی خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱: ۳۳۹-۳۴۰)، مجازات این گناه را اجرای ۸۰ ضربه تازیانه بدانیم.

اما در رابطه با مناقشه پنجم نیز باید گفت: روایات وارده در این زمینه به دو طایفه تقسیم می‌شوند؛ طایفه‌ای مجازات را اجرای ۹۹ ضربه تازیانه می‌دانند (حر عاملی، ج ۲۸: ۸۵ و ۸۹-۹۰). طایفه‌ای نیز مجازات را اجرای حد کامل تازیانه؛ یعنی ۱۰۰ ضربه شلاق

دانسته‌اند (همان: ۸۵ و ۹۰). تعارض بین این دو دسته از اخبار سبب شده است که اقوال متعددی در جمع بین این اخبار شکل بگیرد و به تبع آن فتاوی فقها نیز مختلف شود که نقد و بررسی آن از حوصله این بحث خارج است، ولی به صورت خیلی خلاصه باید گفت: گروهی از فقها، روایات طایفه دوم را بر تقیه حمل کرده‌اند (نجفی، بی تا، ج ۴۱: ۲۹۰-۲۹۱). ولی باید دانست بر حسب ظاهر عبارات شیخ در خلاف (طوسی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۳۷۳-۳۷۴) فقهای عامه در این مورد قائل به تعزیرند، پس نمی‌توان وجهی برای این جمع یافت (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۲۹۸). گروهی نیز از جمله شیخ طوسی در تهذیب (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰: ۴۴) معتقدند که روایات طایفه دوم، حمل بر صورتی می‌شود که آمیزشی نیز صورت بگیرد، اما هیچ شهادی بر این مدعا نیست (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۲۹۹). همچنین شیخ در تهذیب (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰: ۴۴) جمع دیگری نیز در این مورد بیان فرموده است و آن اینکه طایفه دوم از روایات، بر صورتی حمل می‌شود که این فعل در مرتبه اول انجام گرفته و حاکم نیز آنها را تأدیب کرده باشد، منتها باز هم این فعل از آنها تکرار شود که حاکم نیز در این صورت می‌تواند بر آنها به اجرای ۱۰۰ ضربه تازیانه حکم کند. در نقد دلیل مذکور نیز گذشته از نبودن شاهد برای این جمع، باید گفت مقتضای ظاهر بسیاری از روایات با این جمع ناسازگار است (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۳۰۰). گروه دیگری از فقها نیز همچون شیخ طوسی در کتاب خلاف، به اجرای ۱۰۰ ضربه تازیانه معتقدند و آن را به روایت اصحاب که مشعر به اجماع است، نسبت می‌دهند (طوسی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۳۷۳-۳۷۴).

به نظر می‌رسد که با تعمق در این روایات می‌توان نظریه اخیر را صحیح شمرد و مجازات این گناه را مطابق با مضمون روایات طایفه دوم، اجرای حد ۱۰۰ ضربه تازیانه دانست؛ زیرا به طور معمول و در غالب موارد، از زن و مرد در چنین موقعیتی آمیزش صورت می‌گیرد، لذا بر حسب عرف به صورت عادی علم به وقوع زنا بین آن دو حاصل می‌شود که همین مقدار؛ یعنی صرف وجود مقدمه نزدیک به عمل در اجرای حد جلد کافی

است، اما از اینکه در روایات گفته شده که لازم است دیدن ایلاج و اخراج آن هم به صورت دقیق صورت بگیرد، فقط در مورد زنایی است که مجازاتش رجم و اعدام باشد، چنانکه با مراجعه به روایات باب ۱۲ از ابواب حد زنا در وسائل‌الشیعه (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۹۴-۹۷) می‌توان این نکته را احراز کرد (مجلسی دوم، ۱۴۰۶، ج ۱۶: ۸۲-۸۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۳۰۰).

بنابراین با تحقیق در این مسئله می‌توان گفت که در مناقشه پنجم، مجازات اجرای حد ۱۰۰ ضربه تازیانه است نه تعزیر، حتی اگر مضمون روایات طایفه اول را هم بپذیریم، باز هم در این روایات هیچ اشاره‌ای به تعزیر نشده است، بلکه با معین بودن مجازات در ۹۹ ضربه تازیانه با در نظر گرفتن روایات زیادی که بیان‌کننده تقابل میان ماهیت حد و تعزیرند و حد را به مجازات‌های مقدر و تعزیر را به مجازات‌های غیرمقدر مختص می‌دانند (رک: حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۳۷۱) می‌توان مجازات مزبور را حد دانست که البته تبیین این مطلب خواهد آمد. بر این اساس با توجه به تمامی مطالب مطرح شده می‌توان گفت:

دلیلی بر بودن مجازات‌های مذکور در این مناقشات به‌عنوان تعزیر وجود ندارد، بلکه مجازات‌های مسائل بیان‌شده در مسئله سوم و پنجم که اجرای ۱۰۰ ضربه تازیانه بر مجرم بود، بدون شک همان‌طور که گذشت، حد محسوب می‌شود و در بقیه و همچنین مجازات بیان شده در مناقشه پنجم (البته بر مبنای اینکه مضمون روایات طایفه اول را بپذیریم و مجازات را ۹۹ ضربه تازیانه بدانیم) از آنجایی که هیچ دلیل و تصریحی در روایات بر تعزیر بودن آنها وجود ندارد، این مجازات‌ها را از آن جنبه که مقدرند (با توجه به روایات زیادی که بیان‌کننده تقابل بین ماهیت حد و تعزیرند و حد را به مجازات‌های مقدر و تعزیر را به مجازات‌های غیرمقدر مختص می‌دانند) به مجازات‌های حدی منصرف دانست و به‌عنوان حد خاصی در نظر گرفته می‌شوند که از ناحیه شارع مقدس در مورد آن

۱. رک: حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۳۷۱ و ۳۷۵.

گناه تعیین شده است.^۱ شاید به همین دلیل باشد که بعضی از فقها به شهادت مرحوم صاحب جواهر، به صراحت مجازات‌های مزبور را حد تلقی کرده‌اند (نجفی، بی‌تا، ج ۴۱: ۲۵۵).

البته بعضی از فقها پس از تعزیر دانستن این مجازات‌ها، مقدر بودن آنها را در روایاتی که مستندات دو مناقشه اول در نظر گرفته می‌شوند، از باب مثال و بیان یکی از مصادیق مجازات‌های آن گناه می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۱۱؛ همان، درس خارج فقه الحدود و التعزیرات). لذا مجازات‌ها نباید به تقدیری محدود شوند که در روایات شده است. منتها مقتضای ظاهر روایاتی که مستندات دو مناقشه اول در نظر گرفته می‌شوند، مقدر بودن مجازات‌ها و انحصار آن در موردی است که در روایات ذکر شد و اگر مراد امام علیه السلام بیان یکی از مصادیق مجازات‌های آن گناه باشد، از آنجا که امام علیه السلام در پاسخ به سؤالات، در مقام تبیین مجازات بوده‌اند، حتماً به آن اشاره می‌کردند، لذا چاره‌ای نیست که مطابق با مقتضای ظاهر این روایات، مقدر بودن این مجازات‌ها را بپذیریم؛ زیرا ظاهر حجت است و گذشتن از کنار آن به راحتی ممکن نیست، مگر اینکه دلیلی بر خلاف آن باشد، در حالی که در هیچ‌یک از مستندات این دو مناقشه، به صورت صریح به مثال بودن مجازات‌ها اشاره نشده است، حال با اثبات مقدر بودن این مجازات‌ها و نبود دلیل بر تعزیری بودن آنها،

۱. شایان ذکر است که مناقشات منحصر به موارد پنج‌گانه مذکور در کلام شهید ثانی نیست، بلکه بیشتر از آن موارد است، که البته بعضی از آنها در کتاب «مقاله فی تحقیق إقامة الحدود فی هذه الأعصار» ذکر شده است (شفیعی گیلانی، ۱۴۲۷: ۳۸-۴۰) از جمله «شوهری که در زمان حیض همسرش با وی جماع کند، چرا که مجازات شوهر در اینجا نیز مقدر می‌باشد»؛ زیرا مجازات وی در این فرض ربع حد زانی یعنی بیست و پنج ضربه تازیانه - از جهت اینکه بر خلاف کتاب و سنت آمیزش کرده است - خواهد بود. اما با مراجعه به مستندات روایی (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۳۷۷-۳۷۸) دانسته می‌شود که از این فرع نیز همچون مناقشه دوم مذکور در کلام شهید ثانی، در هیچ قسمتی از مستندات روایی آن، از تعزیر نامی برده نشده، بلکه راوی تنها واژه «ادب» را در کلام خود به کار برده است که از آن نیز نمی‌توان تعزیر را استفاده کرد؛ زیرا واژه «ادب» معنای عامی دارد که هم شامل حد و هم شامل تعزیر است. بر این اساس تمامی توجیحات مطرح شده در رابطه با مناقشه دوم مذکور در کلام شهید ثانی، در این فرع نیز جاریست.

می‌توان با در نظر گرفتن روایاتی که حد را به مجازات‌های مقدر و تعزیر را به مجازات‌های غیرمقدر اختصاص می‌دهند، حدی بودن این مجازات‌ها را استنتاج کرد.

البته شاید به دفاع از بعضی مناقشات شهید ثانی گفته شود که روایت حمادبن عثمان، مقتضی آن است که مجازات کمتر از ۴۰ ضربه تازیانه، تعزیر محسوب می‌شود. مضمون این روایت چنین است: حمادبن عثمان گوید: «از امام صادق علیه السلام پرسیدم: تعزیر چه اندازه است؟ حضرت فرمود: کمتر از حد. حماد گوید: پرسیدم: کمتر از هشتاد؟ حضرت فرمود: نه ولی کمتر از چهل؛ چرا که چهل، حد برده است. حماد گوید: پرسیدم: آنچه اندازه است؟ حضرت فرمود: علی علیه السلام فرمود: به هر اندازه که والی مصلحت بداند، از جهت مقدار گناه و از جهت مقدار توان و قدرت بدنی آن شخص» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۳۷۵).

همان‌طور که در این روایت ملاحظه می‌شود، مقدار تعزیر کمتر از چهل ضربه تازیانه است، چون مجازات‌های بیان‌شده در مستندات مناقشه اول و دوم، کمتر از چهل ضربه تازیانه‌اند، با توجه به روایت فوق از مصادیق تعزیر در نظر گرفته می‌شوند.

در جواب از شهید ثانی به صورت «خیلی مختصر» می‌توان پاسخ‌های متعددی داد که از جمله آنها اینکه اگرچه روایت مذکور از نظر سندی، روایت خوبی در نظر گرفته می‌شود و مضمونش نیز مقتضی آن است که مجازات کمتر از ۴۰ ضربه تازیانه تعزیر است، در مقابل این روایت، دو روایت دیگر نیز وجود دارد که تقریباً از سئد خوبی برخوردارند و عبارتند از:

روایت اول: رسول خدا صلی الله علیه و آله فرمود: «برای والی که به خدا و روز قیامت ایمان دارد، حلال نیست که بیشتر از ده تازیانه بزند، جز در حد و برای ادب کردن برده از سه تا پنج تازیانه اجازه داده شده است (همان: ۳۷۵).

همان‌طور که در این روایت ملاحظه می‌شود، هر مجازاتی که بیشتر از ده ضربه تازیانه داشته باشد، حد در نظر گرفته می‌شود نه تعزیر، در حالی که مقدار مجازات در دو مناقشه مزبور، بلکه تمامی مناقشات بیش از ده ضربه تازیانه است.

شایان ذکر است که این روایت اگرچه مرسله مرسله محسوب می‌شود از مراسلاتی است که شیخ صدوق به نحو جزم و یقین (یعنی با الفاظی همچون قال نه روی) به معصوم علیه السلام اسناد می‌دهد و از اسناد جزمی صدوق کشف می‌شود که وی به وثاقت راویانی که واسطه بین او و معصوم علیه السلام بوده‌اند، اعتقاد داشته است؛ زیرا مرحوم شیخ صدوق در مقدمه کتاب من لایحضره الفقیه تصریح می‌کند که اگرچه سند برخی روایات را نیاورده، به صحت و درستی آنچه آورده اعتقاد داشته است و بر اساس آنها حکم صادر می‌کند و آنها بین خداوند و او حجت است (رک: قمی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۲-۳). پس زمانی که ایشان با آن همه مقام شامخ علمی و تقوا و دیانت- به طوری که بزرگان شیعه از وی به شیخ و فقیه اصحاب امامیه و رئیس‌المحدثین و حافظ احادیث و ناقد اخبار و بصیر به رجال تعبیر می‌کنند (رک: نجاشی، ۱۴۰۷: ۲۶۲ و ۳۹۰؛ طوسی، بی‌تا: ۴۴۴؛ طوسی، ۱۴۲۷: ۴۳۹) قاطع و صریح روایت را به رسول الله صلی الله علیه و آله (همچون روایت مورد بحث) یا دیگر معصومین علیهم السلام نسبت می‌دهد، می‌توان نتیجه گرفت که اشخاص بین او و معصوم، از اشخاص موثق بوده‌اند، وگرنه با عدم ثبوت صدور حدیث از معصوم، اگر آن روایت را به جزم و یقین به معصوم نسبت دهد، با وثاقتش منافات دارد (مجلسی اول، ۱۴۱۴، ج ۱: ۱۰۵؛ سید ابن طاووس، ۱۳۶۸: ۱۲۰؛ محدث نوری، ۱۴۱۷، ج ۳: ۴۹۷). این نحوه ارسال که توثیق سند ملازم با آن است، توثیقی اجمالی به‌شمار می‌آید و معتبر است؛ زیرا در توثیق سند لازم نیست که شخص، راویان واقع در سند را یکی پس از دیگری بیاورد و توثیق کند، لذا این‌گونه مراسلات از آن جنبه که توثیقات شیخ صدوق مانند توثیقات نجاشی است، معتبرند. پس این روایت از نظر سند دارای اعتبار است (فاضل لنکرانی درس خارج فقه الحدود؛ همان، بی‌تا، ج ۱: ۸۹-۹۲).

روایت دوم: اسحاق بن عمار می‌گوید: از امام موسی کاظم علیه السلام سؤال کردم مبنی بر اینکه مقدار تعزیر چقدر است؟ حضرت فرمود: «بضعة عشر» و آن رابه‌صورت بین ده و بیست تازیانه تفسیر کرد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۳۷۵).

با توجه به اینکه سه روایت مذکور از نظر کمیت تازیانه با یکدیگر متعارضند و جمع بین آنها نیز ممکن نیست و هیچ کدام نیز بر دیگری ترجیحی ندارند، کنار گذاشته می‌شوند، اما توجه به این نکته لازم است که در روایت حماد ضابطه‌ای وجود دارد که در دو روایت دیگر نیست و آن عبارت «عَلَى قَدْرِ مَا يَرَاهُ الْوَالِي مِنْ ذَنْبِ الرَّجُلِ وَقُوَّةِ بَدَنِهِ؛ به هر اندازه که والی مصلحت بداند، از جهت مقدار گناه و از جهت مقدار توان و قدرت بدنی آن شخص» است، لذا این ضابطه اخذ می‌شود که مضمونش عین عبارت محقق حلی از تعریف تعزیر است (فاضل لنکرانی، درس خارج فقه الحدود).

در نتیجه با وجود این پاسخ‌ها، هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در احترازی بودن قید «کل ما له عقوبه مقدره» از تعزیر وجود ندارد و جایی برای مناقشات شهید ثانی باقی نمی‌ماند و کلام محقق حلی در تعریف حد با نسبت به تعزیرات مانع اغیار است. بله در بودن این قید به‌عنوان قید احترازی از قصاص و دیات و کفارات مالی جای بحث و گفت‌وگو خواهد بود که بنا بر نظر مختار، همان‌طور که گذشت، این قید به‌عنوان قید احترازی از قصاص و دیات و کفارات مالی در نظر گرفته نمی‌شود.

۴. ثمره بحث در مصادیق مشتبه حد و تعزیر

باید دانست که ثمره این بحث (تعیین مجازات‌های مطرح‌شده در مناقشات پنج‌گانه شهید ثانی به‌عنوان حد یا تعزیر) در احکام اختصاصی^۱ هر یک از حدود و تعزیرات روشن می‌شود. از باب نمونه، بر شخصی که حد بر او جاری شده است، نمی‌توان به‌عنوان امام جماعت اقتدا کرد. حال اگر مجازات گناهان مطرح‌شده در مناقشات شهید ثانی، حد در نظر گرفته شوند، در صورتی که یکی از آن مجازات‌ها بر شخصی جاری شود، دیگر

۱. همچون عدم جواز اقتدا به شخصی که حد زده شده، عدم جواز شفاعت در حدود، اجرای قاعده درأ، عدم کفالت در حدود، عدم یمین در حدود و عدم جواز تأخیر در اجرای حدود و ... (رک: موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۱-۲۲؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۱۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۱۵).

نمی‌توان به او اقتدا کرد و حال آنکه در همین فرض اگر آن مجازات‌ها تعزیر محسوب شوند، می‌توان به آن شخص اقتدا کرد (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۱-۲۲).

نمونه دیگر اینکه شفاعت و کفالت در باب حدود جایز نیست (نجفی، بی‌تا، ج ۴۱: ۳۹۴-۳۹۵؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۲۱۶-۲۱۷؛ همان، درس خارج فقه الحدود). به‌طوری‌که صاحب جواهر هر گونه اختلاف نظری را در پذیرفته نشدن کفالت در حدود متفی دانست (نجفی، بی‌تا، ج ۴۱: ۳۹۵) در حالی‌که در جریان شفاعت و کفالت در باب تعزیرات محل بحث و اختلاف است؛ برخی از بزرگان همچون آیت‌الله فاضل لنکرانی (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۲۱۹) از فقهای معاصر قائل به پذیرفته نشدن شفاعت در تعزیرات شده‌اند، در مقابل تعدادی دیگری از فقها از جمله آیت‌الله صافی (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۸۳-۸۵) به پذیرفته شدن شفاعت در باب تعزیرات معتقدند. همچنین تعدادی از فقها همچون آیت‌الله موسوی اردبیلی (مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری، ج ۲: ۳۵) قائل به پذیرش کفالت در باب تعزیرات هستند، در حالی‌که گروه دیگری از فقها از جمله آیت‌الله شیرازی (شیرازی، بی‌تا: ۲۳۶) کفالت در تعزیرات را جایز ندانسته‌اند. بر فرض پذیرش جریان شفاعت و کفالت در باب تعزیرات، در صورتی‌که مجازات‌های مطرح‌شده در مناقشات شهید ثانی حد در نظر گرفته شوند، عدم جواز شفاعت و کفالت در آن مجازات‌ها جاریست، در حالی‌که با تعزیری دانستن این مجازات‌ها، شفاعت و کفالت در آنها پذیرفته می‌شود.

از دیگر موارد اینکه قاعده در «تدرأ الحدود بالشبهات» بدون هیچ‌گونه اختلافی از ناحیه فقها در باب حدود با رعایت حد عقلایی و بدون در پیش گرفتن افراط و تفریط جاری می‌شود (حلی، ۱۴۰۶، ج ۳: ۴۸۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰: ۵۸۶؛ نجفی، بی‌تا، ج ۴۱: ۴۸۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۵۰۳) اما در تسری این قاعده به باب تعزیرات اختلاف‌نظر وجود دارد؛ گروهی از فقها همچون مجلسی اول (مجلسی اول، ۱۴۰۶، ج ۱۰: ۲۲۹) و از فقهای معاصر آیت‌الله مکارم شیرازی (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، ۱۳۸۲، ج ۱:

۴۱-۴۲) معتقد به جریان این قاعده در تعزیراتند، در حالی که گروه دیگری از فقها همچون آیت‌الله خوانساری (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۷: ۴۲) و آیت‌الله فاضل لنکرانی (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، ۱۳۸۲، ج ۱: ۴۲) اجرای این قاعده را در تعزیرات جایز ندانسته‌اند، حال بر فرض اینکه قاعده مذکور در باب تعزیرات جاری نشود و از قواعد اختصاصی باب حدود در نظر گرفته شود، با حد دانستن مجازات مذکور در مناقشات شهید ثانی، در موارد شبهه با رعایت حد عقلایی می‌توان قاعده دره را در آنها جاری کرد و حال آنکه با تعزیر دانستن آن مجازات‌ها نمی‌توان قاعده دره را در آنها اجرا کرد.

از نظر نگارندگان (با توجه به پاسخ‌هایی که به صورت جداگانه و تفصیلی در برابر هر یک از مناقشات شهید ثانی گذشت و با در نظر گرفتن روایات بسیاری که در مقام تمایز بین حد و تعزیر، حد را به مجازات‌های مقدر و تعزیر را به مجازات‌های غیرمقدر مختص می‌دانند) مجازات‌های مزبور حد تلقی می‌شوند، اما توجه به این نکته هم لازم است که ثمرات مزبور تنها در صورتی وجود خواهد داشت که مراد از حد، مطلق مجازات نباشد، بلکه مراد از آن مجازات‌های مقدر شرعی باشد. تبیین این مطلب به صورت خلاصه چنین است:

باید در نظر داشت که در روایات زیادی (همچون روایاتی که احکام اختصاصی حدود را بیان می‌کنند) احکامی برای حد بیان شده است، همچنین با مراجعه به روایات روشن می‌شود که واژه حد گذشته از استعمال آن در مجازات‌های مقدر، در دو معنای مطلق مجازات اعم از مقدر و غیرمقدر و مجازات‌های غیرمعین نیز به کار رفته است. حال با حفظ این مطلب سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا مراد از حد در این روایات، مطلق مجازات بوده تا اینکه احکام بیان‌شده در این روایات تعزیرات را هم شامل شود؟ یا اینکه

۱. برای استعمال حد در مطلق مجازات، رک: حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۱۴-۱۶ حدیث ۱-۵ و برای استعمال حد در مجازات‌های معین شرعی، رک: همان: ۳۷۵ حدیث ۳ و ۳۷۱ حدیث ۳ و برای استعمال حد در مجازات‌های غیرمعین، رک: همان: ۳۷۰-۳۷۱ حدیث ۱.

مراد از حد در این روایات فقط مجازات مقدر شرعی بوده و جریان احکام یادشده در این روایات، در باب تعزیرات نیازمند ادله خاصی هستند؟ در این مورد سه احتمال وجود دارد: احتمال اول اینکه واژه، حد مشترک لفظی بین مطلق مجازات و مجازات‌های معین باشد؛ احتمال دوم اینکه واژه، حد حقیقت شرعی یا متشرعه در مجازات‌های مقدر و مجاز در مطلق مجازات باشد و احتمال سوم اینکه این واژه، حقیقت در مطلق مجازات باشد و استعمال آن در مجازات مقدر یا غیرمقدر از باب استعمال کلی و انطباق آن بر یکی از افرادش است. با پذیرفتن احتمال اول و دوم یا عدم احراز هیچ‌یک از این احتمالات، در صورت فقدان قرینه، مراد از حد تنها مجازات‌های مقدر از باب قدر متیقن یا از باب وضع حقیقی است که به تبع آن به‌ناچار احکام یادشده در این روایات در باب تعزیرات جاری نخواهد شد، مگر اینکه به‌دلیل اولویت یا سایر قرائن بتوان حکم مورد نظر را به مجازات تعزیری تسری داد، منتها با پذیرفتن احتمال سوم، احکام یادشده در روایات، مجازات‌های تعزیری را هم شامل می‌شود (رک: موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۳-۲۵؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۲). ولی باید دانست که با وجود بسیاری از روایاتی که بیان‌کننده تقابل بین حد و تعزیرات است، چگونه می‌توان به‌صورت قطع و یقین قائل به آن شد که واژه حد برای مطلق مجازات وضع شده است؟ با تتبع در کلمات فقها روشن می‌شود که اکثریت قریب به اتفاق فقها، احتمال سوم را نپذیرفته‌اند (نجفی، بی‌تا، ج ۴۱: ۲۵۷-۲۵۸؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۹-۱۰؛ همان، درس خارج فقه الحدود). چنانکه صاحب جواهر در مقام استنتاج از این مسئله می‌نویسد:

شاید صواب آن باشد که در احکامی که مخالف با اصول و عمومات است، به حد به‌معنای اخص (مجازات مقدر) اکتفا شود، مگر اینکه فحوا یا قرائن دیگر بر خلاف آن باشد و از این اینجاست که قصاص تحت اطلاق حد قرار نمی‌گیرد (نجفی، بی‌تا، ج ۴۱: ۲۵۷-۲۵۸).

حال با حفظ تمامی این مطالب، ثمره این بحث (بودن مجازات‌های مذکور در کلام شهید ثانی به‌عنوان حد یا تعزیر) بالوضوح با توجه به مطالبی که گذشت، در صورتی ظاهر می‌شود که قائل به پذیرفتن احتمال اول و دوم یا عدم احراز هیچ‌یک از این احتمالات شویم.

۵. تحلیل نهایی

نکته‌ای که در آخر این تحقیق از اهمیت خاصی برخوردار است، اینکه اگرچه همان‌طور که در پاسخ‌های تفصیلی به مناقشات شهید ثانی گذشت، این‌طور به‌نظر می‌رسد که مجازات‌های مزبور حد محسوب می‌شوند، باید در نظر داشت که علاوه بر شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۴: ۲۲۶-۳۲۷) تعدادی از فقها از جمله شیخ بهایی (عاملی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۴۲۷) و شفتی گیلانی (گیلانی، ۱۴۲۷: ۳۷-۳۹) و ... به‌صراحت مجازات‌های مذکور در مناقشات شهید ثانی را تعزیر می‌دانند و در مقام تعریف حد با توجه به مقدر بودن این دسته از مجازات‌های تعزیری، پس از آوردن تعریف محقق حلی از حد «کل ما له عقوبه مقدره یسمی حدا»، آن را مانع اغیار ندانسته‌اند و این دسته از مجازات‌ها را موارد نقض این تعریف می‌دانند. همان‌طور که در تعریف تعزیر نیز پس از آوردن قید «غیر مقدر شرعاً» در تعریف آن به‌دلیل وجود این دسته از مجازات‌های مقدر، قید غالباً را پس از آن ذکر کرده‌اند. در نتیجه از نظر نگارندگان با در نظر گرفتن اعتقاد بسیاری از فقها در تعزیر بودن این دسته از مجازات‌ها، در صورتی که درباره حد یا تعزیری بودن مجازات‌های مذکور شک به‌وجود آید و نتوان به‌ضرس قاطع مجازات‌های مزبور را حد یا تعزیر دانست - با توجه به وجود ثمرات زیادی که در احکام اختصاصی هر یک از حد و تعزیر، همچون عدم جواز اقتدا به شخصی که حد زده شده است، عفو کردن امام حدی را که به‌واسطه اقرار (نه بینه) ثابت شده باشد و عدم کفالت و شفاعت و عدم جواز تأخیر در حدود و بسیاری دیگری از احکام اختصاصی حدود و تعزیرات، ظاهر می‌شود (رک: موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۱-۲۲؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۱۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۱۵) - به‌نظر می‌رسد که با در نظر گرفتن بنای مجازات‌ها بر تخفیفات و مسامحه و محقونیت و احترام

خون مسلمان، می‌توان گفت در هر موردی حکم ارفاقی اختصاصی هریک از حد و تعزیر جاری می‌شود.

از باب نمونه قاعده در «تدرأ الحدود بالشبهات» همان‌طور که گذشت، به اتفاق تمامی فقها در باب حدود با رعایت حد عقلائی جاریست (حلی، ۱۴۰۶، ج ۳: ۴۸۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰: ۵۸۶)، اما در تسری این قاعده به باب تعزیرات بین فقها اختلاف نظر وجود دارد (رک: مجلسی اول، ۱۴۰۶، ج ۱۰: ۲۲۹؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۷: ۴۲). حال بر فرض اینکه قاعده مزبور در باب تعزیرات جاری نشود، باید در نظر داشت اگر شخص در یکی از فروعات پنج‌گانه مذکور در مناقشات شهید ثانی ادعای شبهه کند، مثلاً در فرع دوم ادعا کند که به حکم این مسئله واقف نبوده و نمی‌دانسته است که ازدواج با زن کافر ذمی، نیازمند به اذن از زن مسلمان است (به‌طوری که شخص مدعی، از جمله افرادی در نظر گرفته شود که این شبهه عادتاً در حق وی پذیرفته می‌شود) با توجه به شک در حد یا تعزیر بودن مجازاتش - با در نظر گرفتن اختصاص قاعده درء به باب حدود - ارفاق از آن جهت که از ناحیه حد است، مجازات مذکور حکم حد را دارد و با توجه به مقتضای قاعده درء با رعایت حد عقلائی (افراط و تفریط نکردن در عمل به این قاعده) مجازات مذکور از وی ساقط می‌شود.

نمونه دیگر اینکه کفالت و شفاعت در باب حدود پذیرفته نمی‌شود (نجفی، بی تا، ۴۱: ۳۹۴-۳۹۵؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۲۱۶-۲۱۷؛ همان، درس خارج فقه الحدود) در حالی که در پذیرفته نشدن کفالت و شفاعت در باب تعزیرات بین فقها اختلاف نظر وجود دارد (رک: فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۲۱۹؛ صافی گلپایگانی، بی تا: ۸۳-۸۵؛ مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری، ج ۲: ۳۵؛ شیرازی، بی تا: ۲۳۶). حال بر فرض پذیرش کفالت و شفاعت در تعزیرات، در جریان کفالت و شفاعت در مجازات‌های پنج‌گانه مذکور در کلام شهید ثانی، با توجه به وجود شک در حد یا تعزیر بودن این مجازات‌ها، باید گفت: حکم ارفاقی از آن جنبه که از ناحیه تعزیر است (زیرا کفالت و شفاعت در مجازات، ارفاقی از

ناحیه شارع برای گناهکار است) مجازات‌های مذکور حکم تعزیر را دارند و به تبع آن کفالت و شفاعت در این مجازات‌ها پذیرفته می‌شوند.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالب مطرح‌شده، می‌توان گفت که قید «معین بودن نوع و مقدار آن در شرع» در تعریف فقهایی همچون محقق حلی از حد، شاید قیدی احترازی از تعزیر در نظر گرفته شود و مجازات‌هایی را که شهید ثانی در مقام مناقشه بر تعریف حد از محقق حلی بیان کرد - از اینکه در شرع بعضی از مجازات‌ها در عین حال که مقدرند، تعزیر محسوب می‌شوند و به تبع آن قید «معین بودن نوع و مقدار آن در شرع» در تعریف حد قیدی احترازی از تمامی تعزیرات در نظر گرفته نمی‌شود - از موارد نقض این تعریف شمرده نخواهد شد، بلکه مجازات‌های مزبور با توجه به ظاهر مستندات روایی که مقتضی مقدر بودن آنها هستند و همچنین با در نظر گرفتن روایات زیادی که بیان‌کننده تقابل میان ماهیت حد و تعزیرند و حد را به مجازات‌های مقدر و تعزیر را به مجازات‌های غیرمقدر مختص می‌دانند، منصرف به مجازات‌های حدی هستند، لذا در نهایت تعریف محقق حلی از حد با نسبت به تعزیر، مانع اغیار در نظر گرفته می‌شود. حال با حفظ این مطلب با توجه به وجود ثمرات زیاد و شایان توجهی که در احکام اختصاصی هر یک از حد و تعزیر، همچون عدم یمین و عدم کفالت در حد و عدم جواز تأخیر در حدود، ظاهر می‌شود - اگرچه با تحقیق در مجازات‌های پنج‌گانه، می‌توان حدی بودن آن را نتیجه گرفت، با توجه به وجود شبهه در این مسئله از نظر اعتقاد بسیاری از فقها به تعزیری بودن این موارد - در صورتی که شک در حد یا تعزیری بودن این مجازات‌ها حاصل شود و نتوان به ضرس قاطع این موارد را حد دانست، به‌نظر می‌رسد که با در نظر گرفتن بنای مجازات‌ها بر تخفیفات و مسامحه و محقونیت و احترام خون مسلمان می‌توان گفت در هر موردی حکم ارفاقی اختصاصی هر یک از حد و تعزیر جاری می‌شود.

منابع

۱. ابن اثیر، مجدالدین (بی تا). *النهاية*، ج ۱ و ۳، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۲. ابن فارس، احمد (۱۴۰۴ق). *معجم مقانیس اللغة*، ج ۴، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*، ج ۳ و ۴، بیروت، دارالفکر.
۴. بغدادی، شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۳ق). *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۵. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۱۷ق). *أسس الحدود و التعزیرات*، قم، دفتر آیت الله تبریزی.
۶. _____ (بی تا)، *درس خارج فقه الحدود و التعزیرات*، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۸ق). *الصحاح*، ج ۲، بیروت، بی نا.
۸. حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۷۸ش). *قواعد فقه جزایی*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۹. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*، ج ۲۰ و ۲۸ و ۲۹، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
۱۰. حلّی، جمال الدین احمد بن محمد (۱۴۰۷ق). *المهذب البارع*، ج ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعه*، ج ۹، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. حلّی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۰۶ق). *السرائر*، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، محقق اول (۱۴۰۸). *شرائع الاسلام*، ج ۴، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۱۴. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، ج ۷، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

۱۵. راغب اصفهانی، حسین بن احمد (۱۴۱۲ق). *مفردات فی الفاظ القرآن*، بیروت، دارالعلم.
۱۶. زمخشری، محمود بن عمر (۱۹۷۹م). *اساس البلاغه*، بیروت، دار صادر.
۱۷. سرخسی، ابی بکر شمس‌الدین محمد بن ابی سهل (بی‌تا). *المبسوط*، ج ۹، بیروت، دارالکتب العلمیه.
۱۸. سید ابن طاووس، رضی‌الدین علی (۱۳۶۸ق). *فرج المهموم*، قم، دارالذخائر.
۱۹. سیوری، فاضل مقداد، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق). *التنسیخ الرائع*، ج ۴، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
۲۰. شفتی گیلانی، سید محمد باقر (۱۴۲۷ق). *مقاله فی تحقیق إقامة الحدود فی هذه الأعصار*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۱. شیرازی، سید محمد (بی‌تا). *کتاب الحدود و التعزیرات*، قم، دارالقرآن الکریم.
۲۲. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (بی‌تا). *التعزیر، أحكامه و حدوده*، بی‌جا، بی‌نا.
۲۳. طباطبایی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*، ج ۱۵، قم، مؤسسه آل‌البتین.
۲۴. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶). *مجمع البحرین*، ج ۳، تهران، کتابفروشی مرتضوی.
۲۵. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *تهذیب الاحکام*، ج ۱۰، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
۲۶. _____ (۱۴۱۳ق). *الخلاف*، ج ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۷. _____ (۱۴۲۷ق). *الرجال*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. _____ (بی‌تا). *الفهرست*، نجف، المكتبة الرضویة.
۲۹. _____ (۱۴۰۰ق). *النهاية*، بیروت، دارالکتب العربیة.
۳۰. عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة*، ج ۹، قم، کتابفروشی داوری.
۳۱. _____ (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام*، ج ۱۴، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.

۳۲. عاملی، شیخ بهایی، محمدبن حسین (۱۴۲۹ق). جامع عباسی، ج ۲، تهران، موسسه منشورات الفراهانی.
۳۳. عاملی، شهید اول، محمدبن مکی (بی تا). القواعد و الفوائد، ج ۲، قم، کتابفروشی مفید.
۳۴. فاضل لنکرانی، محمد (بی تا). آیین کیفری اسلام (درس خارج فقه الحدود و التعزیرات)، مقرر: اکبر ترابی شهرضایی، ج ۱، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۳۵. _____ (۱۴۲۲ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله - الحدود، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۳۶. _____ (بی تا)، درس خارج فقه الحدود و التعزیرات، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.
۳۷. فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). کشف اللثام، ج ۱۰، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳۸. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰). کتاب العین، ج ۱ و ۳، قم، منشورات الهجرة.
۳۹. فیروز آبادی، محمدبن یعقوب (بی تا). قاموس المحيط، ج ۱ و ۳، بیروت، دار الجبل.
۴۰. فیض کاشانی، محمدبن شاه مرتضی (بی تا). محجة البیضاء فی تهذیب الاحیاء، ج ۳، قم، بی نا.
۴۱. فیومی، احمدبن محمد (بی تا). المصباح المنیر، ج ۲، قم، منشورات دارالرضی.
۴۲. قمی، شیخ صدوق، محمدبن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق). کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴۳. _____ (۱۴۱۵ق). المقنع، قم، مؤسسه امام هادی علیه السلام.
۴۴. مجلسی اول، محمد تقی (۱۴۰۶ق). روضه المتقین، ج ۱۰، قم، مؤسسه کوشانپور.
۴۵. _____ (۱۴۱۴ق). لوامع صاحبقرانی، ج ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۴۶. مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخبار فی فهم تهذیب الأخبار، ج ۱۶، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی.
۴۷. محدث نوری، میرزا حسین (۱۴۱۷ق). خاتمه المستدرک، ج ۳، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۴۸. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه (۱۳۸۲). مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری، ج ۲، قم. بی‌نا.
۴۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸). *أنوار الفقاهة (كتاب الحدود و التعزیرات)*، قم، مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
۵۰. _____ (بی‌تا)، *درس خارج فقه الحدود و التعزیرات*، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.
۵۱. _____ (بی‌تا)، *مجله نورالعلم*، سال اول، شماره ۷: ۴۶ و ۴۷.
۵۲. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۱۳ق). *فقه الحدود و التعزیرات*، ج ۱ و ۲، بی‌جا، مکتبه امیرالمؤمنین.
۵۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). *مبانی تکملة المنهاج*، ج ۴۱، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.
۵۴. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۲ق). *الدر المنضود فی احکام الحدود* (درس خارج فقه الحدود و التعزیرات)، مقرر: علی کریمی جهرمی، ج ۱، قم، دارالقرآن الکریم.
۵۵. نجاشی، احمد بن علی (۱۴۰۷ق). *الرجال*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۵۶. نجفی، محمد حسن بن باقر (بی‌تا). *جواهر الکلام*، ج ۴۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۵۷. واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی حسینی (۱۴۱۴). *تاج العروس من جواهر القاموس*، ج ۴ و ۷، بیروت، دارالفکر.