

## دو گونه کیفر در مقابل دو دسته بزه (بازتعریف «حدود» و «تعزیرات» از دیدگاه فلسفه کیفری)

سید محمد حسینی\*

دانشیار گروه حقوق جزایی و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۶/۳۱ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۷/۱۰/۲۳)

چکیده:

- تنوع و گوناگونی پاسخ‌های کیفری، بخشی از تنوعات معنادار و حکمت آمیز سیاست جنایی در اسلام و ایران است؛- از جمله نموده‌ها و نمادهای این حکمت تشریحی جزایی عبارت است از تشریح دو گونه مجازات حدود و تعزیرات؛- تعاریف حد و تعزیر در فقه و- به تبع- در قوانین موضوعه در جمهوری اسلامی ایران و اختلاف اقوال و آراء فقهی راجع به قلمرو، انواع و احکام حدود و تعزیرات، مشکلات و محذورات متعددی در پی دارند و خلط مصادیق جرائم حدی و تعزیری و برآورده نشدن شایسته حکمت و فلسفه این دو گانگی در ضمانت اجرای کیفری در سیاست کیفری اسلام و ایران، مهمترین این اشکالات و محذورات است؛- این اشکالات از عدم شناخت صحیح و دقیق حد و تعزیر در فقه جزایی ناشی می‌شوند؛- «برداشت صحیح» مستفاد از ادله شرعی و منطبق با «مقاصد الشریعه» و فلسفه مجازات‌ها در سیاست کیفری اسلام، عبارت است از این که حدود و تعزیرات دو نوع پاسخ کیفری (و در بعضی حالات، غیر کیفری) هستند به دو دسته جرائم: یکی معین و قطعی، در مقابل جرائم مهم و غیرقابل اغماض، و دیگری نامعین و غیرقطعی، در مقابل جرائم کم اهمیت. این دو دسته جرائم و دو گونه مجازات در شرع انور احصای حصری نهایی نشده‌اند؛ بلکه توسط شارع مقدس و نیز- مطابق مقتضیات زمانی و مکانی- به وسیله حکومت مشروع، معین و مقرر شده و می‌شوند.

واژگان کلیدی:

حدود- تعزیرات- کیفر معین قطعی- کیفر نامعین غیر قطعی- جرائم مهم- جرائم کم اهمیت- حکمت تقنینی.

\* فاکس: ۶۶۴۰۹۵۹۵

برای اطلاع از دیگر مقالات منتشر از این نویسنده در همین مجله، به صفحه پایانی این مقاله نگاه کنید.

## سرآغاز

از دیرباز در جوامع بشری به لحاظ تنوع جرائم و مجرمین، کم و بیش به گوناگونی واکنش‌های کیفری توجه شده است. در یک رابطه ایجابی، هر اندازه یک سیاست جزایی متکامل‌تر و واقع‌گراتر باشد، به طور همزمان در گزینه‌های کیفری آن تنوع و نوسان بیشتری دیده می‌شود. ملاک‌های مؤثر و کارآمد بودن و عادلانه و انسانی بودن موجب آن است که گزینه‌های کیفری از جهت انواع، مقادیر، شدت و ضعف، نحوه اجرا و بالأخره قطعیت و عدم قطعیت، مختلف، متغیر و منعطف باشند. در این راستا، تقسیم و تنويع مجازات‌ها به «معین» و «نامعین» بسیار معنادار است.

در سیاست جنایی تقنینی و قضایی اسلام این «حکمت جزایی» به گونه‌ای برجسته و اعجاب انگیز دیده می‌شود. در جهان غرب اما، این مبنای روشن سیاست کیفری دستخوش شک و تردید و فراز و نشیب شد.

می‌دانیم که اروپائیان، طی قرون متوالی گرفتار ائتلاف نامیمون آبای کلیسا و امرای ستمگر، و قربانی جهل و ظلم فراگیر، نامعقول‌ترین و غیر انسانی‌ترین جرم انگاری‌ها و واکنش‌ها به جرائم را تجربه کرده‌اند. سرانجام ایشان بسیار دیر و با تأخیر، در دو-سه قرن اخیر تغییر مسیر و مصیر داده، و این بار، منقطع از آسمان، شروع کردند به بازپیمایی راه زندگی از نقطه صفر، سوار بر مرکب لنگ عقل، قاطر چموش خشم و استر بی لگام شهوت...، با شناسنامه‌ای جدید از خود: میمون تغییر و تکامل یافته؛ بدون موجودیتی - و ناگزیر، هدف و مقصدی - آن سوتر از مرگ!

در پی این وضعیت جدید، افت و خیزها و چپ و راست زدنهای متوالی و بی پایانی در تبیین واقعیت‌ها و ارائه راه کارهای مربوط به انسان و حیات فردی و اجتماعی او پدید آمد که در بسیاری موارد روند تکامل نداشته و در تعارض و تناقض با یکدیگر بوده‌اند.

چنان که درباره بزهکار و نحوه رفتار با او، یک روز گفته شد انسان بزهکار مرید و مختار است و روز دیگر بر آن شدند که بزهکاری ذاتی، فطری و مادرزادی یا - دست کم - محصول ناگزیر فشار قوای بیرونی خارج از اختیار شخص بزهکار است (Pradel, 1991, p. 40 et 73)؛ یکی گفت بزهکار جانور درنده‌ای است در سیمای بشری که باید از اجتماع طرد شود، دیگری در موضع گیری به نفع حذف [فیزیکی] مجرم تنها نماند (Ibid., p.91)، و سومی بر آن شد که بزهکار میکروبی است تهدید کننده سلامت بدنه اجتماعی (Picca, 1993, p. 25). در مقابل، کسانی دیگر بزهکار را «بیمار» یا «قربانی» می‌انگارند که با حذف حقوق کیفری و قضا و قاضی، یا در کنار آن، باید به درمان و اصلاح او پرداخت (Ancel, 1989, p.22). راجع به اهداف و کارکردهای مجازات نیز آراء و اقوال مختلف و متعارض: قولی مجازات را سزای مجرم و

تنها راه اجرای عدالت را سزادهی می‌داند و قول دیگر در کیفر بزهکار سود و فایده می‌بیند (آن هم از دیدگاه های مختلف) (Bouloc, 1998, p. 4 et s.)؛ یک دیدگاه طرفدار مجازات ثابت و قطعی و غیر قابل عفو توسط مرجع قضایی است (Beccaria, 1965, p.79) و دیدگاه دیگر موافق اعطای نوعی آزادی عمل برای قضات، به منظور «فردی سازی کیفری» (Pradel, op.cit., p. 47). برآیند این همه دور و تسلسل این که گفته شود: «شاخصه حقوق کیفری فعلی ما عبارت است از فقدان آشکار اثر بخشی» (Charles, 1979, p. 17)؛ و این که عنوان «بحران سیاست‌های جنایی غربی» (Gassin, 1985, p. 21) سخن روز به شمار آید!

هر چند این افت و خیزهای دیر پیدا در اندیشه‌های کیفری در جهان غرب، پس از «عصر روشنگری» تا کنون، سرانجام مطلوبی نداشته و به مقصد و مقصودی نرسیده، اما این فایده را برای جوامع دیگر می‌تواند داشته باشد که «فرهنگ کیفری» خود را بازشناسی کنند و با تحولات مختلف اندیشه‌های جزایی در غرب بسنجند.

بی تردید با ارزیابی و سنجش «سیاست جنایی» در اسلام با سنجه‌گزینه‌های مختلف و فروض متفاوت و متغایر، ما خود را با یک سیاست جنایی جامع و مانع رو به رو می‌بینیم. از جمله، در «سیاست کیفری» نظام اسلامی به گونه‌ای اعجاب‌آمیز و تحسین برانگیز، چند گانگی بسیار معناداری دیده می‌شود؛ از جهات مختلف: انواع کیفر، مقادیر، ثبات و قطعیت و عدم آن، مراجع تعقیب و مطالبه مجازات مجرم، روش‌های انصرافی و ...

در این راستا، پیش بینی دو نوع عمده کیفر «حدود» و «تعزیرات» (مجازات‌های معین و قطعی و مجازات‌های نامعین و غیر قطعی) برای دو گروه اصلی جرائم (پراهمیت و کم‌اهمیت) از جمله بندهای بسیار معنادار در سیاست جزایی اسلام است. این گونه تنوع به روشنی از یک سیاست کیفری واقع بین، انسانی و -همزمان- جمع‌گرا و فرد گرا حکایت می‌کند.

اما در این میان، واقعیت مورد غفلت این است که حد و تعزیر درست و دقیق فهم نشده‌اند و از این رو اهداف و مقاصدی را که در پس تشریح این دو دسته مجازات قرار دارند، آن چنان که باید و شاید تأمین نمی‌کنند. در این مقال و مجال مقصود اصلی نشان دادن فاصله‌ای است که، از نظر ما، بین تعاریف و برداشت‌های فقهی و حقوقی رایج از حدود و تعزیرات، از سویی، و مقاصد حکیمانانه تشریح آنها، از سوی دیگر، وجود دارد.

برای ورود صحیح به بحث و ساماندهی این کاوش، به نحوی که در عین ایجاز و اختصار، مطلب و مقصد اصلی رسانده شود، مقاله را در سه گفتار ارائه می‌کنیم: نخست، اشاره‌ای به «حدود و تعزیرات در وضع موجود» (گفتار اول). این اشاره مشتمل خواهد بود بر ماهیت فقهی - حقوقی حدود و تعزیرات، از یک سو، و حکمت و فلسفه تشریح آنها، از دیگر سو، آن

چنان که فقها و - به تبع - حقوقدانان اسلامی برداشت و بیان کرده‌اند؛ آنگاه گذری بر «اشکالات و محذورات» مترتب بر فهم و برداشت رایج فقهی و حقوقی از حد و تعزیر (گفتار دوم)؛ و سرانجام، بیان «برداشت صحیح» و منطبق با حکمت تشریحی شارع حکیم و حاکم، آن چنان که از ادله شرعی به نظر ما می‌رسد (گفتار سوم).

### گفتار نخست - حدود و تعزیرات در وضع موجود

شناخت حدود و تعزیرات مطابق فهم رایج، از سویی مشتمل است بر تعاریف، قلمرو، انواع و احکام حدود و تعزیرات (الف) و از سوی دیگر، مربوط می‌شود به حکمت و فلسفه تشریح این دو نوع مجازات در شریعت جزایی (ب).

#### الف / تعاریف، قلمرو، انواع، احکام

در فقه جزایی پنج نوع مجازات وجود دارد: قصاص، دیات، کفارات، حدود و تعزیرات. «قصاص» و «دیات» مجازات‌های اصلی معین و مقرر برای جرائمی است که متوجه جان اشخاص و تمامیت جسمانی و روانی آنهاست. «کفارات» عنوان شماری از مجازات‌هایی است که در واقع نوعی «خود کیفری» است و توسط خود مرتکبان برخی معاصی، با قصد تقریب به خدا به اجرا درمی‌آیند و تلفیقی از عقوبت - عبادت به شمار می‌آیند.

بر خلاف عناوین قصاص، دیه و کفاره، که مفاهیم و مصادیق روشنی دارند، عناوین حدود و تعزیرات از جهات متعدد قلمرو، انواع و احکام مبهم و مورد اختلاف‌اند. این ابهامات فقهی و اختلافات اقوال فقها راجع به حدود و تعزیرات در جای خود شایسته توجه و تأمل ویژه است. ما در مقاله‌ای تحت عنوان «حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)» در این باره درنگی کرده و با بیان آراء و اقوال پراکنده فقهی پیرامون قلمرو، انواع و احکام حدود و تعزیرات، منشأ پیدایش چنین اختلافات فاحشی راجع به یک بخش مهم از سیاست جنایی اسلام را روش غلط تفقه و استنباط لفظ محور احکام شرعی دانسته‌ایم.<sup>۱</sup> در اینجا، در مقام ذکر از حدود و تعزیرات در وضع موجود، به اشاراتی گذرا، در چند سطر، به تعاریف، قلمرو، انواع، و احکام حدود و تعزیرات اکتفا می‌کنیم:

**تعاریف** / فقیهان با تعبیر مشابه و نزدیک به یکدیگر حد و تعزیر را تعریف کرده‌اند. وجه مشترک این تعاریف این است که حد مجازات معین و مقدر در شرع و تعزیر مجازات تعیین و تقدیر نشده در شرع است؛ به این معنا و با این مقصود که فهرست جرائم حدی توسط شارع

۱. مراجعه شود به: مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (فصلنامه حقوق) شماره بهار ۱۳۸۷.

احصاء حصری و نهائی و مجازات‌های آنها تعیین و تقدیر شده و کیفر جرائم تعزیری به «حاکم» واگذار گردیده است. تعاریف فقهی از حد و تعزیر با چنین معنا و مقصودی در ادله و متون شرعی نیامده؛ بلکه این تعاریف را فقها از موارد کاربرد دو واژه حد و تعزیر و مشتقات آنها در منابع شرعی استنباط و استخراج نموده‌اند. آنچه به صورت قطعی از متون و ادله شرعی به دست می‌آید عبارت است از:

- وجود مجازات‌های معین و مقرر برای برخی از جرائم؛
- استعمال واژگان حد و تعزیر در معنای مطلق مجازات، اعم از معین و نامعین؛
- کاربرد لفظ تعزیر و مشتقات آن، در مقابل کلمه حد و مشتقات آن، در بعض روایات؛
- ذکر احکامی برای حدود، به صورت مطلق و بدون قید معین و مقرر بودن؛
- ذکر دو وصف «بیدالحاکم» و «دون الحد» بودن برای تعزیر.

**قلمرو /** راجع به قلمرو حدود و تعزیرات، یعنی جرائم مستوجب حد یا تعزیر، انواع و نیز احکام مجازات‌های حد و تعزیر، آراء فقهی مختلف و مشتت است. در خصوص قلمرو، در کلمات فقیهان، شمار جرائم مستوجب حد از سه تا شانزده نوسان دارد. در حالی که عبدالرحمن الجزیری، از عامه، فقط حدی بودن سه جرم زنا، قذف و سرقت را مورد اتفاق همگان می‌داند (الجزیری، ج ۵، ص ۹)، ابوالقاسم الخوئی، از امامیه، عدد حدود را به شانزده می‌رساند (الخوئی، ج ۱، ص ۳۲۴). عبدالقادر عوده حدود را هفت حد دانسته (عوده، ۱۴۰۵ ق، ج ۱، ص ۶۳۴)، صاحب شرائع الاسلام، شش حد نوشته (النجفی، ۱۹۸۱ م، ج ۱، ص ۲۵۵) و علامه حلی تحت عنوان «کتاب الحدود»، در هشت مقصد، یازده جرم را برشمرده است (الحلی، ۱۴۱۹ ق، ج ۳، ص ۵۲۱ به بعد).

راجع به قلمرو مجازات تعزیر نیز اختلاف آراء فقهی کم نیست. یک قول آن را به همه معاصی شرعی مربوط می‌داند (الطوسی، ۱۴۲۸ ق، ج ۵، ص ۴۱۲)؛ قول دیگر معاصی کبیره را مستوجب تعزیر دانسته (الخمینی، ج ۲، ص ۴۸۱ و ۴۷۷ و الخویی، ج ۱، ص ۳۴۲، ۳۳۷، ۳۴۶)؛ گرایش سوم قائل به تعزیر فقط در موارد منصوص است (الخوانساری، ۱۳۶۴، ج ۷، صص ۹۸، ۱۱۸ و ۱۲۱ و الگلپایگانی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲، ص ۱۵۵)؛ و مطابق دیدگاهی دیگر، در موارد منصوص و در موارد اعمال حاکمیت تعزیر جایز است (الصافی، ۱۴۰۴ ق، ص ۱۳۹).

**انواع و مقادیر /** انواع و مقادیر و حتی کیفیات اجرایی حدود در شرع آمده و چندان مورد اختلاف نیست. اما درباره انواع مجازات‌های تعزیری اختلاف آراء و اقوال قابل توجه است. فقهای عامه و بعض فقهای امامیه، که متعرض مسأله شده‌اند، بی گفت و گو به جواز مجازات حبس از باب تعزیر تصریح کرده (الطوسی، ج ۵، ص ۴۰۹ و المنتظری، ۱۴۰۹ ق، ج ۲، ص ۴۴۴)، یا

پس از ذکر مواردی از حبس تعزیری که در روایات آمده نتیجه گرفته‌اند که مشروعیت حبس ضروری زندگی انسان و حکومت اسلامی است و در اسلام - که دین فطرت و ضرورت است - امضا و تشریح شده است (الخالصی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۳). مع الوصف، قولی بر آن است که جواز حبس تعزیری مشروط است به این که تحمل آن برای مجرم آسانتر از تحمل شلّاق باشد، مصلحت تعزیر را محقق کند، هزینه آن از بیت المال تأمین نشود و حاکم مجرم را بین تحمل آن و تحمل شلّاق کمتر از حدّ مخیر سازد (الصفی، ۱۴۰۴ق، ص ۷-۱۴۶) و قول دیگر بر عدم مشروعیت حبس تعزیری است، جز در موارد منصوص (الکلیپگانی، ج ۲، ص ۱۵۵).

راجع به مشروعیت تعزیر مالی نیز در فقه خاصّه و عامّه قول موافق، موافق مشروط، و مخالف وجود دارد (حسینی - سید محمد، ۱۳۶۹، ص ۱۴۴ به بعد).

درباره جواز یا عدم جواز تعزیر با اعدام هم در فقه عامّه بحث شده و اقوال موافق و مخالف اختیار شده است (ابوالمعاطی، ۱۹۷۶م، ص ۴۸۴ و عوده، ج ۱، ص ۳۸۸).

پیرامون اندازه‌های تعزیرات نیز وحدت کلمه وجود ندارد. چنان که - مثلاً - راجع به مقدار تعزیر با شلّاق، در فقه امامی، سه قول مطرح شده است: مطلقاً کمتر از حدّ برده (چهل ضربه) باشد؛ باید کمتر از اقلّ حدود [هفتاد و پنج ضربه در مورد شخص آزاد و چهل ضربه در مورد شخص برده] باشد؛ در جرائم متناسب و مرتبط با جرائم حدّی، به میزان حدّ عمل ارتكابی، در صورتی که جامع شرایط وجوب حد باشد، نرسد و در جرائم غیر مرتبط و غیر متناسب با جرائم حدّی، به اقلّ حدود (حدّ قوادی، هفتاد و پنج ضربه) بالغ نگردد (النجفی، ج ۱، ص ۴۴۸).

و در فقه عامّه، از قول به عدم جواز تعزیر بیش از ده ضربه هست، تا قول به جواز تعزیر به هر تعداد ضربه شلّاق، حتی اگر از میزان حد تجاوز کند (ابوالمعاطی، ص ۴۸۷). نیز در خصوص میزان مجاز حبس و تبعید از باب تعزیر، اقوال مختلف است (الماوردی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۳۸۶). در اینجا بی‌مناسبت و خالی از لطف نیست نقل چند جمله از فضل الله بن روز بهان خنجی اصفهانی، از فقیهان عامّه ایران در قرن نهم هجری قمری: «و اکثر تعزیر سی و نه تازیانه است و ابو یوسف رحمه الله گفته که تعزیر به هفتاد و پنج نرسانند. و مشایخ ما گفته اند که ادنای او بر رأی امام است؛ او تقدیر کند آنچه داند که بدان منجر می‌گردد؛ زیرا که به اختلاف مردم مختلف می‌گردد. و هم از ابو یوسف روایت کرده‌اند که او گفته هر نوع را نزدیک گردانند بدانچه از باب اوست... و اگر امام مصلحت در آن داند که ضمّ کند بتعزیر ضرب حبس را تواند کرد... و در کتاب «محیط» گفته که تعزیر گاه به حبس می‌باشد و گاه بگوشمال می‌باشد و گاه بطپانچه [سیلی] و گاه بسخن سخت و گاه بضرب. و امام محمد رحمه الله در هیچ یک از

کتاب خود ذکر نکرده تعزیر بفرما گرفتن مال. روایت کرده‌اند از ابو یوسف رحمه الله که او گفته سلطان را جایز است که زجر و تعزیر بفرما گرفتن مال کند...» (خُنْجی اصفهانی، ۱۳۶۲، ص ۳۵۹).

**احکام/** در متون روایی اوصاف و احکام بسیاری (بیش از بیست حکم)<sup>۱</sup> برای «حد» و «حدود» ذکر شده است. بی شک برخی از این احکام مربوط به حد در مقابل تعزیر است. اما در موارد متعدّد دیگری معلوم نیست که احکام بیان شده برای حدود مربوط به حد در مقابل تعزیر است یا برای مطلق مجازات‌ها، شامل تعزیرات.

در اینجا دو دیدگاه فقهی وجود دارد: یکی این که احکام حدود - در موارد تردید در مقصود و مراد - مختصّ به حدود به معنای «مجازات‌های معین و مقلّد در شرع» دانسته شود، جز در مواردی که بر اثر کثرت کاربرد یا وجود قرینه، حدود ظاهر در معنای عام باشد (التجسی، ۱، ص ۲۵۷ و الگلپایگانی، ج ۱، ص ۲۴). دوم این که «حمل لفظ حد بر معنای خاص نیاز به قرینه دارد و در صورت عدم قرینه دالّ بر قصد معنای خاص، حد بر معنای مطلق عقوبت حمل می‌شود» (الموسوی الاردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۱۳).

پیامد چنین اختلافی درباره مقصود از واژه حد و حدود، در روایاتی که حکم یا احکامی برای حدود بیان کرده‌اند، عبارت بوده است از پراکندگی آراء و اقوال فقهی راجع به احکام تعزیرات. از جمله، اختلاف پیرامون وجوب تعزیر بر حاکم یا واگذار شدن امر به حاکم در اجرا و عدم اجرا و در تعیین و تقدیر نوع و میزان؛ جواز و یا عدم جواز عفو مجرم، در جرائم تعزیری حق اللّهی و حق النّاسی؛ و درأ و دفع مجازات تعزیری با شبهات، یا عدم دفع<sup>۲</sup>. تا اینجا ما به جوانب فقهی حدود و تعزیرات در وضع موجود و آنچنان که در آثار فقهی آمده است نگاهی گذرا انداختیم. حال زمان آن است که قسمت دوم گفتار حاضر را به «حکمت و فلسفه تشریح» این دو دسته مجازات در سیاست کیفری اسلام اختصاص دهیم؛ تا پس از آن، در گفتارهای بعدی، بگوئیم حدود و تعزیرات در وضع موجود و با برداشت رایج فقهی، با حکمت و فلسفه‌ای که علّت غایی تشریح آنها بوده فاصله دارد و مستلزم محذورات متعدّد عملی و اجرایی است؛ و سرانجام تعریف و برداشت صحیح و منطبق با مقصد و مقصود شارع حکیم، از حد و تعزیر، را بیان کنیم.

۱. مراجعه شود به: العاملی، ج ۱۸، ص ۳۰۷ تا ۳۴۶ و النّوری، ج ۱۸، ص ۷ تا ۳۷.

۲. مراجعه شود به: الماوردی، ص ۸-۳۸۶؛ عوده ج ۲، ص ۶۸۷؛ الطّوسی، ج ۵، ص ۴۱۳ و الصّافی، ص ۱۴۸.

### ب/ حکمت و فلسفه تشریح

یک فقیه معاصر می‌نویسد: «...ولی از آنجا که تخلف از قوانین و احکام الهی یک چهره و صد چهره ندارد، بلکه به تعداد این مقررات تخلف تصور می‌شود، مجازات‌ها نیز باید متنوع و متناسب با جرائم باشد.

در اینجا اسلام بخش مهم و عمده‌ای از آن را دقیقاً پیش بینی و مجازات آن را از نظر نوع و کیفیت و کمیّت تعیین کرده است (مانند حدود ششگانه). اما بخش دیگر که قابل تعیین دقیق نبوده، چون بسیار پر نوسان است اصل آن را به طور کلی تشریح کرده و تعیین دقیق آن را بر عهده حکومت اسلامی و حاکم شرع گذارده که با در نظر گرفتن «کیفیت» و «نوع جرم» و «زمان» و «مکان» و «سایر خصوصیات» مجازات لازم را تعیین و اجرا کند.

و این یکی از رموز جاودانگی آیین اسلام است؛ زیرا دست قضات را برای مجازات مجرمین - با توجه به شرایط و ویژگی‌های زمان - باز گذارده و اختیارات نسبتاً وسیعی به آنها داده است تا بتوانند نیازهای هر زمان را به وسیله آن برطرف سازند و گرد «عدم قابلیت اجرا» بر دامان احکام آن ننشینند و همیشه تازه و زنده باشد» (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳، ص ۶۷).

فقیهی از اهل سنت آورده است: «... تشریح تعزیر چنان دقیق و زیباست که نشان از این دارد که از جانب شارعی «علیم» و «خبیر» است. چرا که بی‌تردید اوضاع مردم، بنا بر اختلاف ازمنه و امکان، متفاوت است. کیفری که برای گروهی از مردم، با وضعیتی ویژه، تناسب دارد، برای جماعت دیگری که در عادات و کیفیات برخلاف آنها هستند، متناسب نیست. پس وضع و جعل عقوبتی مشخص که بتوان آن را بر همه بزهکاران اعمال کرد، ممکن نیست. خداوند دانای به حال بندگان و آگاه از مقتضیات طبایع ایشان، امر تعیین مجازات‌ها را [در جرائم تعزیری] به اولی الامر (زمامداران) واگذاشته است» (الجزیری، بی‌تا، ج ۵، ص ۴۰۲).

نیز عبدالقادر عوده تحت عنوان: «نظریه الشریعه فی العقاب» نوشته است:

«ملاحظه می‌شود که اصولی که کیفر، در شریعت، بر آنها استوار است به دو اصل اساسی یا دو مبدأ فراگیر باز می‌گردد: دسته‌ای اهتمام به مقابله با جرم دارد و شخصیت فرد بزهکار را نادیده می‌گیرد و گروهی دیگر شخصیت مجرم را مورد توجه قرار داده بی آن که مقابله با جرم را از یاد ببرد. اصولی که مقابله با جرم را پی می‌گیرند در صدد حمایت جامعه از بزهکاری و اصولی که به شخص مجرم اهتمام می‌ورزند در پی اصلاح و بازسازی بزهکار است.

بی‌گفت وگو، این دو خاستگاه آشکارا با یکدیگر در تعارضند، چرا که حمایت از جامعه در مقابل بزهکار مستلزم عدم توجه به مجرم است؛ چنان که بذل توجه به شأن و شخصیت مجرم، به بی‌توجهی به حمایت از جامعه می‌انجامد.



تئوری مجازات در شریعت بر این دو مبدأ متعارض بنا گشته است. لکن شریعت، به گونه‌ای که تناقض ظاهری این دو مبنا را برطرف کند، آن دو را با هم جمع کرده و - از سویی - حمایت از جامعه در «همه» موارد و - از سوی دیگر - توجه به شخصیت مجرم در «اکثر» وضعیتها را میسر نموده است. توضیح این که شریعت حمایت از جامعه به نحو مطلق را مبنا قرار داده و در همه مجازات‌های مقرر برای جرائم، حصول چنین حمایتی را لازم دانسته است. به این ترتیب که هر کیفری باید به اندازه‌ای باشد که برای تنبیه و تأدیب بزهکار - به گونه‌ای که او را از تکرار جرم ارتكابی اش باز بدارد - و برای ممانعت دیگران از فکر کردن به ارتكاب چنین جرمی، کفایت کند. حال اگر «تأدیب» برای دفع شرّ بزهکار از جامعه کفایت نکند، یا حمایت از جامعه از بین بردن مجرم را ایجاب کند، اعدام یا حبس او لازم می‌شود. در مورد جرائمی که به موجودیت جامعه مربوط می‌شود، شریعت برای «اصل توجه به شخص مجرم» جایگاهی قائل نشده است. چرا که حمایت از جامعه چنین اقتضاء می‌کند؛ و البته این گونه جرائم محدود و اندکند اما در کیفر کردن جرائم دیگر، شریعت قاضی را، هنگام صدور حکم به مجازات، ملزم کرده است به ارزیابی شخصیت فرد بزهکار، شرایط و اخلاق و رفتار او ...» (عده، ج ۱، ص ۶۱۱)..

### گفتار دوم: مشکلات و محذورات

آنچه از گفتار پیشین به دست می‌آید این است که دو نوع کیفر حدود و تعزیرات آنچنان که در آثار فقهی مطرح شده‌اند، از سویی، تعاریف دقیق و نیز قلمرو، انواع، و احکام چندان روشن و مشخص و مورد اتفاقی ندارند؛ و از سوی دیگر، تنويع و تفکیک آنها مبتنی بر حکمت و فلسفه‌ای بسیار مهم و قابل توجه بوده است.

در این گفتار، ما بر آنیم که توجه خواننده نکته‌جو را به این واقعیت جلب کنیم که برداشت فعلی رایج فقهی از حدود و تعزیرات، با آن همه اختلاف و پراکندگی، با فلسفه تشریح این دو نوع کیفر منطبق نبوده و آثار و فوائد مورد انتظار از آنها را برآورده نمی‌کند. پس از بیان «فاصله وضع موجود با وضع مقصود» (الف)، تحت عنوان «منشأ اشکال: غفلت از ماهیت و خلط مصادیق» (ب) به بیان ریشه و علت این اشکال اساسی در بخش مهمی از فقه جزایی می‌پردازیم.

### الف / فاصله وضع موجود با وضع مقصود

به رغم پراکندگی و تهافت آراء و اقوال فقهی راجع به حد و تعزیر، به لحاظ دلالت قطعی نصوص شرعی، درباره وجود دو نوع مجازات عمده حد و تعزیر، در کنار انواع دیگر کیفر، بین

فقها اختلافی نیست. با توجه به این وجه مشترک، با طرح دو پرسش در طول یکدیگر، به تأملی دوباره پیرامون این دو نوع مجازات می‌پردازیم:

پرسش نخست این که چرا، در فقه جزایی، در کنار مجازات‌های خاص قصاص، دیات و کفارات، دو نوع کیفر فراگیر معین و نامعین، مقرر شده است؟

در گفتار پیشین به جواب چنین سؤالی اشاره شد. اجمالاً، علل عمده دو گانگی مجازات‌ها در سیاست کیفری در اسلام، در کلمات فقیهان و حقوقدانان اسلامی، عبارت‌اند از: قابل افزایش بودن عناوین مجرمانه در ازمنه و امکان مختلف و عدم امکان حصر همه جرائم و احصای آنها در شرع؛ وجوب حمایت مطلق از ارزش‌ها و از منافع و مصالح جامعه، با تعیین مجازات‌های معین و قطعی برای بخشی از جرائم؛ و لزوم توجه به شخصیت مجرم و اوضاع و احوال ارتکاب بزه، در بخشی دیگر از جرائم...

حال، پرسش دوم مطرح می‌شود: آیا برداشت‌های موجود در فقه جزایی و - به تبع - در قوانین موضوعه کیفری در جمهوری اسلامی ایران، از حد و تعزیر، با فلسفه تنويع مجازات‌ها به دو نوع حد و تعزیر منطبق‌اند و مقاصد و فوائد مورد انتظار از آنها را تأمین می‌کنند؟

در پاسخ به این سؤال، باید دیدگاه‌های فقهی راجع به ماهیت و احکام حد و تعزیر را به دو دسته مضیق و موسع تقسیم کرد: دسته‌ای که - مثلاً - حدود را «توقیفی»<sup>۱</sup> و محصور در چند جرم مشخص می‌شناسند، و یا قلمرو تعزیر را محدود به موارد منصوص در شرع اعلام و اجرای آن را - جز در موارد معدود منصوص - منحصرأ با «ضرب دون الحد» مشروع می‌دانند؛ و گروهی که حدود را هر مجازات معین و مقرر در شرع، هر چند در متون شرعی تعزیر نامیده شده باشند، دانسته یا قلمرو تعزیر را علاوه بر معاصی شرعی منصوص، شامل منافیات نظم و مصالح عمومی، و انواع آن را، علاوه بر «ضرب دون الحد» همه اشکال و اکنش، از جمله برخوردهای غیر کیفری، مجازات‌های سالب آزادی و کیفرهای مالی می‌شناسند.

در ما نحن فیه، همانند دیگر مباحث و مسائل فقه جزایی و - به طور کلی - سیاسات، به هر میزان که تفقه ملتزم به الفاظ و عبارات باشد و بی‌توجه به اغراض و اشارات، از اجتهاد واقعی فاصله خواهد داشت و چه بسا در جهت عکس مقاصد تشریح و منافی با مبانی حکومت اسلامی راه ببیماید.

پیدااست که نمی‌توان مدعی حصر رفتارهای مستوجب و اکنش کیفری در رفتارهای مجرمانه احصا شده در شرع، و منکر پیدایش اشکال یا وضعیت‌های جدید رفتاری غیر قابل تحمّل و قابل مجازات در ازمنه و امکان مختلف شد.

۱. تعبیر از ماست.

به این ترتیب، دیدگاه اخباری گونه و محدود، خصوصاً راجع به مجازات تعزیر، خواه ناخواه این لازمه را در پی دارد که فقه جزایی از پاسخ دادن به نیازهای متحوّل و مستحدث تقنینی و تأمین مقتضیات حقوقی کیفری اعصار و امصاری جز عصر و مصر شارع قاصر است و برای اداره جامعه باید به فکر تدابیر تکمیلی افتاد. چنان که، در کمال شگفتی، در جمهوری اسلامی ایران، قانونگذار از خاستگاه لفظ محور و عبارت مدار، ممنوعات حکومتی را ممنوعات شرعی ندانسته و برای ممنوعات حکومت اسلامی نوع «جدید»ی مجازات، تحت عنوان «بازدارنده»، با حکم خاصّ جواز تعطیل و توقّف با «مرور زمان»، ابداع نموده است.<sup>۱</sup> در مقابل، فقیهان برخوردار از دیدگاه غرض محور و اشارت گرا، که به اصالت و اهمیّت درک و فهم «اصل مطلب» وقوف یافته‌اند، به هر میزان که در فهم اشارات موفق تر بوده‌اند، به مقاصد «نهایی» شارع مقدّس آگاه‌تر شده‌اند و به رفع حوائج تقنینی و قضایی جامعه اسلامی، در زمان‌ها و مکا‌های مختلف، توانا تر.

بی شک، در مقایسه با دیدگاه مضیق مذکور راجع به حد و تعزیر، یک دیدگاه فقهی که - فارغ از نامگذاری یک مجازات به حد یا تعزیر، در متون روایی - هر مجازات معین در شرع را «حد» می‌شناسد، با احکام خاصّ آن؛ یا قلمرو تعزیر را شامل مجازات ارتکاب ممنوعات مستحدث حکومتی نیز می‌داند؛ یا انواع و اشکال تعزیر را منحصر در «ضرب دون الحد» نمی‌داند، بسیار نزدیک تر است به معنای جهانی و جاودانی بودن شریعت، و قطعاً با تأمین هدف و مقصد شارع از وضع دو نوع کیفر، معین و قطعی و غیر معین و غیر قطعی، سازگارتر است. مع الوصف، در این میان دو امر مسلم است: نخست این که، در هر حال، حتی در مضیق‌ترین برداشتها، تنوع حد و تعزیر، در نظام کیفری اسلامی، هدفمند است و کم و بیش اهداف و مقاصد این تنوع «فلسفه مند» به دست می‌آید. دوم این که، در هر حال، حتی در موسّع‌ترین دیدگاه‌ها درباره حد و تعزیر نیز غرض و مقصود از تشریح حکمت آمیز دو نوع کیفر، معین و نامعین، در فقه جزایی، به میزان قابل انتظار و آن گونه که مرضی شارع مقدّس است، حاصل نمی‌گردد.

۱. ما هیچ تردیدی نداریم در این که جعل مجازاتی تحت عنوان بدعت آمیز «بازدارنده»، در کنار عناوین مجازات‌ها در فقه جزایی، در قوانین کیفری فعلی، به پیش زمینه ذهنی و گرایش استفتا کنندگان از بنیانگذار فقید جمهوری اسلامی بازمی‌گردد و نه به پاسخ استفتا از جانب آن فقیه عالم به زمان (علیه الرحمه و الرضوان). چرا که، با توجه به دیدگاه موسّع امام خمینی درباره ولایت فقیه و تصریحات متعدد و مکرر ایشان مبنی بر حرام شرعی بودن ممنوعات حکومت اسلامی، کلمه «بازدارنده» در پاسخ وی، در معنای وصفی و معادل فارسی «تعزیر» بوده است. تجلّد ممنوعات حکومتی در احکام سلطانیّه و فقدان سابقه منع آنها در احکام اولی شرعی به معنای خروج آنها از دایره معاصی شرعی نیست و مجازات مرتکبین آنها از مصادیق «تعزیر» است، با همه احکام آن؛ از جمله، جواز شمول مرور زمان. به زبان دیگر، «تعزیر حکومتی» شعبه‌ای از «تعزیر شرعی» است، در عرض «تعزیرات منصوبه در شرع».

### ب/ منشأ اشکال: غفلت از ماهیت - خلط مصادیق

در پاسخ به چرایی وجود چنین فاصله ای بین حدود و تعزیرات، در برداشت موجود فقهی، و اهداف حکمت آمیز تشریح آن دو به یک علت و آفت اساسی در تفقه رایج و غالب می رسیم که همانا عبارت است از موضوعیت قائل شدن برای ظواهر الفاظ دلیل شرعی، به جای آن که الفاظ و متون حاکی از اغراض و بطون شرع و دلالت کننده بر اهداف و مقاصد شارع دانسته شوند: ظاهرگرایی و اخباری‌گری اسمی یا عملی.

این که در هر حال تنوع کیفرها در قالب حد و تعزیر، از حکمت تشریحی مشرع و حیانی حکایت می‌کند و با هر تعریفی از این دو نوع کیفر، فلسفه این تنوع کم و بیش محقق است، به دو تفاوت عمده، مهم و معنادار بین حد و تعزیر برمی‌گردد: معین و قطعی بودن حد، و نامعین و غیر قطعی بودن تعزیر.

پیدااست که تدبیر دو نوع کیفر با چنین تفاوتی عمده به معنای قول به وجود تفاوت عمده‌ای در جرائم است که آنها را به دو گروه تقسیم می‌کند. ناگزیر، ملاک و معیار این تجزیه و تفکیک، عبارت است از میزان اهمیت. بدین معنا که جرائمی که از نظر شارع ضرر، خطر و فساد بیشتر و غیر قابل اغماضی در بر دارند، مستوجب حد و جرائمی که متضمن مفسده کمتری هستند، مستوجب تعزیر دانسته شده‌اند. به این ترتیب، «فلسفه مندی» لازمه وجود دو نوع کیفر، تحت عنوان حد و تعزیر، در سیاست کیفری اسلامی است، حتی در مضیق‌ترین برداشت.

حال، هر چه فقیه و قانون‌گذار کیفری بیشتر به منشأ واقعی و منطقی این تقسیم‌بندی ملتفت باشد، لامحاله از منظر بازتری حد و تعزیر را می‌بیند و، در نتیجه، درسطحی گسترده‌تر، فوائد و اهداف تشریح و اجرای آن دو را قابل تحقق می‌سازد.

در وضع کنونی فقهی و قانونی، نیل به حداکثر ممکن اهداف و فوائد «حکمت تقنینی» نهفته در تشریح موازی حد و تعزیر، با مانع بزرگی روبه روست که همانا عبارت است از غفلت از ماهیت حقوقی حدود و تعزیرات که به برداشتهای متفاوت و متهافت و - به نظر ما - غلط یا ناقص از حد و تعزیر و خلط و تداخل مصادیق آنها انجامیده است.

بنا بر دیدگاهی که تعزیر را منحصر در موارد یا معاصی منصوص در شرع می‌داند، یا شکل اجرایی آن را منحصر در «ضرب دون الحد» می‌شناسد، بخش قابل توجهی از فلسفه تشریح این نوع کیفر در فقه جزایی از دسترس خارج است. چرا که از این منظر اولاً، موارد تعزیر و شکل اجرای آن، احکام لایتغیر ذاتی شرعی دانسته شده و ثانیاً، تحولات و تغییرات زمانی و مکانی مؤثر بر احکام اولی شرعی، یا متفاوت از احکام اولی، نادیده گرفته شده است. واضح است که با چنین مبنایی نهاد کیفری تعزیر پاسخگوی بخش مهمی از مقتضیات ازمنه و امکانه متفاوت از

زمان و مکان شارع نبوده و برای رسیدن به فوائد و عوائد نظام کیفری چاره‌ای نمی‌ماند جز دست یازیدن به تدابیر فراشرعی و ابداع یک عنوان و نوع جدید واکنش کیفری؛ و این به معنای این است که شریعت جزایی از رفع حوائج زمان عاجز است.

اما در دیدگاهی که تعزیر را در همه انواع واکنش متناسب با هدف بازدارندگی بزهکار، و موارد آن را، علاوه بر معاصی دارای تعزیرات منصوص، مطلق معاصی، اعم از مصرح در شرع و شناخته شده توسط شارع (شامل افعال و تروک ناقض الزامات حکومتی) می‌شناسد، چنین محدودی کمتر وجود دارد. زیرا بر این اساس، اولاً جرم انگاری تعزیری می‌تواند با مقتضیات زمانی و مکانی منطبق و سازگار باشد، و ثانیاً، مؤثرترین شکل اجرای تعزیر، که متناسب با شخصیت مجرم، اوضاع و احوال ارتکاب جرم و تحولات اجتماعی و ابزاری، بیشترین اثر بازدارنده و اصلاحی را داشته باشد، انتخاب و اعمال شود.

ملاحظه می‌شود که، تا آنجا که به تعریف مجازات تعزیر و قلمرو، انواع و احکام آن مربوط می‌شود، امکان نیل به آثار و فوائد روش کیفری نامعین و غیر قطعی در یک دیدگاه بسیار محدود است؛ در حالی که دیدگاه دیگر (که ما آن را دیدگاه موسع می‌نامیم) در مقایسه با دیدگاه مضیق نخست، بیشتر اجازه می‌دهد تا فلسفه تنوع کیفر، در قالب حد و تعزیر، محقق شود.

لکن، با توجه به توافق اجمالی راجع به تعریف مجازات حد و عدم اختلاف بین فقها درباره این که مجازات حد مجازاتی است که برای جرائم مشخص توسط شارع تعیین و تصریح شده، ملاحظه می‌شود که، حتی بنا بر بازترین دیدگاه راجع به تعزیر، راه بر استفاده بهینه از تنوع مجازات‌های حد و تعزیر بسته است.

زیرا به این ترتیب فهرست جرائم مهم و مستوجب مجازات‌های معین و قطعی توسط شارع نهایی و بسته شده و دیگر، در هیچ زمان و مکانی، جرم مهم دیگری که مجازات قطعی و معین در پی داشته باشد، خارج از سیاهه حدود در شرع، قابل تصور و تصویب نیست و هر جرمی که مصداق هیچ یک از جرائم حدی منصوص در شرع نباشد، جرم تعزیری است و قابل مجازات «دون الحد» و «بمیراه الحاکم» می‌باشد.

این در حالی است که بی گمان در روزگار ما اعمال مجرمانه‌ای وجود دارند که، از سویی، به اندازه‌ای خطیر و مهم شمرده می‌شوند که برای آنها مجازات‌هایی معین و قطعی پیش بینی شده است و، از سوی دیگر، با هیچ یک از عناوین مجرمانه مستوجب حد انطباق ندارند. بی شک جرائمی از قبیل جاسوسی و قاچاق مواد مخدر بسیار بیشتر از جرائم حدی پی مانند تفخیز و شرب مسکر و خیم و غیر قابل اغماضند و مجازات‌هایی ثابت و قطعی را ایجاب می‌کنند؛ در حالی که در چارچوب هیچ یک از تعاریف جرائم مستوجب حد نمی‌گنجند.

از خاستگاه قول فقها به حصر «حدود» در موارد تعیین شده در شرع، راجع به این گونه جرائم و مجازات‌ها ناچار باید به یکی از دو توجیه دست یازید:

- اندراج این دست جرائم تحت یکی از عناوین جرائم حدی/ در این باره باید گفت تنها عنوان جرم حدی که ممکن است پنداشته شود ظرفیت تحمل مصادیق مختلف را دارد، «افساد فی الارض» است. لکن اشکال حمل جرائم مستحدثه بر «افساد فی الارض» این است که فقط مواردی از جرائم می‌توانند مشمول عنوان افساد فی الارض دانسته شوند که از مصادیق محاربه به شمار آیند و به اندازه‌ای وخیم باشند که محکومیت به مجازات محاربه را ایجاب کنند، لذا، بر فرض صحت، بسیاری از جرائم نو پیدا ذیل عنوان افساد فی الارض نمی‌گنجند.

- محسوب نمودن این دست جرائم جزء جرائم تعزیری/ اشکال این راه حل نیز در این است که کیفر معین و قطعی نمی‌تواند تعزیر «بمیراه الحاکم» و قابل تطبیق با شخصیت مجرم و اوضاع و احوال ارتکاب جرم شمرده شود. به علاوه، «دون الحد» بودن تعزیر با تعزیر شمردن مجازات‌های معین سنگین، از جمله اعدام که به حیات محکوم پایان می‌دهد، جور در نمی‌آید.

بنابراین، ضروری می‌نماید که با تأملی دوباره در متون شرعی به این پرسش مهم پاسخ داده شود که آیا واقعاً التزام به عناوین شرعی مجازات‌ها به بن بست منتهی می‌شود و مستلزم تعارض با واقعیت‌های متحول اجتماعی است و برای مدیریت امور جامعه چاره‌ای نیست جز «ابداع» نوع جدیدی کیفر - مثلاً تحت عنوان «بازدارنده» -؟ یا این که محذورات و مشکلات مبتلا به برداشت غلط فقهی از عناوین حد و تعزیر بازمی‌گردد و باید به «برداشت صحیح» اندیشید؟

### گفتار سوم: برداشت صحیح

ما از آنچه گذشت نتیجه می‌گیریم که مشکل از فهم غلط حد و تعزیر نشأت می‌گیرد و برای رفع محذورات نظری و عملی، و نیز برای آنکه «حکمت تقنینی» شارع، در تشریح دو نوع کیفر حد و تعزیر، نتیجه مورد نظر خود را به دست دهد، لازم است «نگاهی دوباره» به ماهیت این دو نوع کیفر، از نظر شارع مقدس، بیاندازیم و به درک صحیح، دقیق و معناگرا از تنوع عقوبات در فقه جزایی برسیم.

نقطه عزیمت ما در تأمل دوباره در موضوع بحث، عبارت است از باور به جهانی و جاودانی بودن هدایت تشریحی الهی، و به علاوه، «حکیم» بودن شارع و حکمت‌آمیز بودن شرع، از سویی، و «حاکم» بودن شارع، از طرف دیگر. «حکمت شارع» و جامعیت و خاتمیت شریعت مستلزم پاسخگو بودن به نیازهای بشر در همه اعصار و امصار است؛ و «حکومت» او به معنای

این است که شارع در کنار بیان احکام عمومی و فراگیر، پاره‌ای احکام مرتبط با وقایع و اوضاع و احوال خاص زمان و مکان خود صادر کرده است که نباید به عنوان احکام ذاتی و کلی تلقی شوند.

با چنین مبانی عقیدتی - فقهی، ما در منابع و متون شرعی درنگی دوباره کردیم و به این نتیجه رسیدیم که «حدّ و تعزیر دو نوع کلی کیفراند، با احکام متفاوت و متناسب، در مقابل دو نوع کلی جرم».

ذکر قید «کلی» در این گزاره توصیفی برای این است که از محدود و محصور دانستن حد و تعزیر در مواردی که شارع بیان یا عمل کرده است، احتراز، و در عین حال، به موردی و مقطعی بودن برخی از بیانات و عملکردهای کیفری شارع، توجه شود. با التفات به نکته اخیر، برخی از موارد حدود و تعزیرات در زبان و عمل شارع می‌توانند مصادیق اجرایی حد و تعزیر در وضعیت خاص زمانی و مکانی یا در شرایط ویژه ارتکاب جرم دانسته شوند، و نه حدود و تعزیراتی همیشگی و برای همه جا.

چنان که با عدم حصر حد و تعزیر در موارد مصرّح در شرع، مجازات‌های معین و نامعین مقرر شده توسط حکومت اسلامی، به اقتضای شرایط و اوضاع مستحدثت زمانی و مکانی، در تعریف حد و تعزیر می‌گنجند.

به زبان دیگر، استنباط و فهم ما از ادله شرعی این است که شارع، در بیان و عمل خود، اولاً در مقام احصاء حصری موارد حد و تعزیر نبوده است؛ و ثانیاً، در همه موارد در صدد بیان حکم کلی نبوده است؛ بلکه اقوال و افعال شارع مقدّس مبین این فراز مهم سیاست کیفری در نظام اسلامی بوده که جرائم بر دو دسته‌اند: مهم و غیر مهم (یا پر اهمیت و کم اهمیت).

به جرائم دارای اهمیت بیشتر با ضمانت اجرای کیفری معین و قطعی پاسخ داده می‌شود و جرائم دارای اهمیت کمتر می‌توانند با واکنش کیفری نامعین و غیر قطعی پاسخ داده شوند.

حال، طبیعتاً بخشی از جرائم مهم و غیر مهمی که در بیان و عمل شارع آمده است مطلق بوده و مربوط می‌شود به انسان از آن رو که انسان است (بما هو انسان) و بخشی دیگر مربوط می‌شوند به انسان از آن رو که در ظرف زمانی و مکانی خاصی زندگی می‌کند، و وابسته اند به تحولات اجتماعی و شرایط متغیّر حیات بشری. چنان که - دست کم در موارد غیر منصوص - انواع و اشکال مجازات‌ها و اجرای آنها نیز خصوصیت نداشته و در اوضاع و احوال مختلف، روشها و اشکال مختلف می‌توانند تأمین‌کننده مقاصد و اهداف شارع جزایی باشند. عامل تعیین کننده و اصیل، هدف دفع شرّ و مفسده از حیات فردی و اجتماعی انسان است، اعم از شرور و مفسد بالذات و به حکم اولی، یا بالعرض و به حکم ثانوی؛ و مهم مقابله با شرور و مفسد است، با هر شکل و روش که مؤثرتر. مدلول متیقّن و قطعی ادله شرعی بیش از این نیست.

- از این قدر متیقن مستفاد از قول و فعل شارع، چهار گزاره به دست می‌آید:
۱. جرم‌انگاری همه جرائم دارای مجازات حد (تعیین و تقدیر شده و قطعی) در بیان و عمل شارع، جرم‌انگاری بالذات و به حکم اولی و برای همیشه و همه جا نیست. اصولاً، معین و مقدر بودن مجازات‌های مشخص شده در بیان و عمل شارع، مستلزم ابدی و همه جایی بودن تجریم و تعیین کیفر در همه موارد نیست و می‌توان به وجود جرائم حدی و حدود وابسته به شرایط خاص زمانی و مکانی، از جمله در زمان خود شارع، قائل بود.
  ۲. جرائم حدی مصرح در شرع، همه جرائم مستوجب مجازات‌های معین و قطعی، برای همیشه و همه جا، نیستند. در شرایط و اوضاع و احوال متفاوت از اوضاع خاص زمانی و مکانی شارع، رفتارهای زیانبار یا مفسده‌آمیز دیگری می‌توانند پدید آیند، یا رفتارهای آزاد و مباح، به حکم اولی شرعی، می‌توانند جنبه جدید زیانبار یا مفسده‌آمیز به خود بگیرند، به نحوی که برخورد کیفری قطعی و معین را ایجاب کنند. حکومت اسلامی صلاحیت و تکلیف دارد چنین رفتارهایی را جرم‌انگاری و برای آنها کیفر قطعی معین مقرر نماید. بر اساس فهم ما از ادله، این دسته ممنوعات حکومتی، حتی اگر تحت هیچ یک از عناوین جرائم حدی مصرح در شرع نگنجد، جرائم حدی و مجازات‌های آنها حد نام دارند، با همه احکام خاص عقوبات معین مربوط به جرائم مهم.
  ۳. جرم‌انگاری همه جرائم مستوجب تعزیر مصرح در شرع، جرم‌انگاری به حکم اولی، دائم و ابدی نیست و می‌توان تعزیر برخی از آنها در قول یا فعل شارع را به شرایط خاص زمانی و مکانی شارع، یا ویژگی‌های فعل یا فاعل مربوط دانست.
  ۴. حاکم اسلامی شایستگی و وظیفه دارد رفتارهای منافی منافع و نظم عمومی، یا حتی مضر به حال اشخاص را (ولو سابقه تجریم و حتی تحریم شرعی نداشته باشد) چنان که مقتضی کیفر قطعی و معین نباشد، جرم «قابل» تعقیب و کیفر (و نه «مستوجب» مجازات، به صورت معین و قطعی) اعلام کند. این دسته از ممنوعات حکومتی، از مصادیق جرائم تعزیری، و مجازات‌های آنها از مصادیق «تعزیرات» است با همان اعتبار و مشروعیت و احکام و آداب تعزیرات در زبان و عمل شارع.

### نتایج و ثمرات

- برداشت و فهم ما از حد و تعزیر، در سیاست کیفری اسلام، آثار و فوائد نظری و عملی بسیاری در پی دارد، از جمله فوائد و عوائد عمده و مهم ذیل:
- فهم مراد و مقصود شارع مقلّس. نفس درک صحیح و دقیق غرض شارع، خود نتیجه و فایده ای بسیار مهم و حیاتی به شمار می‌آید؛ چرا که تعبّد و طاعت و، در نتیجه، فلاح و



سعادت شهروندان در گرو آن است. حال اگر ادعای ما مبنی بر عدم دقت یا عدم صحت برداشتهای رایج از حد و تعزیر، و صحت فهم فلسفه‌مند و معناگرای مطرح و بیان شده در این مقاله، درست باشد، نتیجه بسیار مهمی به دست آمده است؛

- عدم اضطرار به اذعان عملی و به زبان حال، به نقصان شریعت جزایی، و عدم نیاز به بدعت گذاری و خلق نوع جدیدی کیفر - مثلاً تحت عنوان «بازدارنده» - در کنار انواع و عناوین مجازات در فقه جزایی؛

- دست یافتن به و بهره‌مند شدن از آثار و فوائد عملی «حکمت تقنینی» نهفته در تشریح دو نوع کیفر، معین و نامعین، برای دو دسته بزه، پر اهمیت و کم اهمیت؛ از جمله، مقابله و واقع‌گرایانه، مؤثر و با بیشترین سود و کمترین زیان، با رفتارهای مجرمانه.

به علاوه، با برداشت جدید، محذورات و مشکلات نظری و عملی بسیاری، که از فهم ناقص یا غلط ماهیت حد و تعزیر نشأت می‌گیرد، مرتفع و منتفی می‌شوند؛ از جمله:

- اختلاف راجع به تعداد حدود از بین می‌رود. زیرا دیگر حدود «توقیفی» و فهرست و احصا شده نهایی توسط شارع دانسته نمی‌شوند تا اختلاف بکنیم که شمار آنها چند است و فلان جرم حدی است یا تعزیری. بلکه، بسته به مقتضیات مدیریت امور جامعه و ملزومات اعمال حاکمیت، توسط حاکم اسلامی، فهرست جرائم حدی که کیفر معین و قطعی را ایجاب می‌کنند، نوسان پیدا می‌کند.

- اختلافات راجع به این که مقصود از «دون الحد» بودن تعزیر چیست از میان می‌رود. همچنین، ناگزیر نخواهیم بود مجازات‌های معین و احیاناً شدیدترین نوع کیفر، اعدام، را تعزیر محسوب کنیم. در حالی که تعزیر کیفر «دون الحد» و «بما یراه الحاکم» است و غیر قابل صدق بر مجازات معین و شدید. چنان که مجبور نمی‌شویم برای توجیه شرعی مجازات معین و شدید برخی جرائم مهم مستحدث، که در ذیل هیچ یک از عناوین حدود نمی‌گنجد، به صورت تحمیلی و «زورچپان» از مصادیق یک جرم حدی به شمار آوریم که تعریف و ارکان آن تاب چنین حملی را ندارد.

- تعارض آراء درباره واجب یا اختیاری بودن تعزیر منتفی می‌شود. چرا که ملاک کلی قابل - و نه مستوجب - کیفر بودن جرم کم اهمیت و تعریف مجازات تعزیر به عنوان کیفر غیر قطعی و نامعین، جایی برای قول به وجوب مطلق تعزیر، بدون توجه به شخصیت مجرم و اوضاع و احوال ارتکاب جرم، باقی نمی‌گذارد.

- از حیرت و اختلاف راجع به این که احکام حدود، در روایات، ناظر به مجازات‌های تعزیری نیز هست یا نه، خارج می‌شویم. زیرا ملاک شمول و عدم شمول عبارت خواهد بود از این که جرم از جرائم پر اهمیت که، با قطع نظر از شخصیت مجرم و اوضاع ارتکاب جرم،

مستوجب کیفر معین و قطعی باشد، هست یا نیست. به این ترتیب، احکامی از قبیل نفی شفاعت و تأخیر و تعطیل، که به خصیصه و کاربرد مجازات‌های قطعی بازمی‌گردند، به مجازات‌های حد اختصاص داشته و احکامی از قبیل درأ با شبهه یا حصر حق اجرا در حاکم، که مربوط به مطلق مجازات‌هاست، شامل مجازات‌های تعزیری نیز دانسته می‌شوند.

### سخن آخر

در این مقال و مجال ما کوشیدیم، متناسب با حجم یک مقاله، برداشت و فهم معناگرا و فلسفه مندر خود را از دو نوع مجازات، حد و تعزیر، در سیاست کیفری اسلام، بیان کنیم. نظر به تعدد و اهمیت بسیار آثار و فوائد نظری و عملی فهم و استنباط «جدید» ارائه شده در این پژوهش، در زمینه مقابله متناسب و کارآمد با رفتارهای مجرمانه، ما بر این باوریم که مدعای این مقاله، هم از جهت نظری و هم از جهت عملی و کاربردی، شایسته توجه خاص فقیهان، حقوقدانان کیفری، قانونگذاران و قاضیان است.

ممکن است در نگاه اول، عدم انطباق سخن نهایی این کاوش با برداشت مورد اتفاق فقهی از حد و تعزیر، آن را نوعی «خرق اجماع» جلوه داده و پذیرش آن را دشوار سازد.

اما با علم به این که منبع و منشأ تعریف فقهی - و به تبع، قانونی - حد و تعزیر نصوص روایی است، و با توجه به این که برداشت رایج از این دو نوع کیفر به استنباط لفظ گرایانه و منقطع از فلسفه تشریح از همین نصوص برمی‌گردد، وحدت کلمه یا، به تعبیر دیگر، وحدت فهم فقها از ادله مانع از این نیست که ما فهم و برداشت متفاوتی داشته باشیم که به ضرس قاطع به درستی آن معتقدیم.

از دیدگاه ما، آنچه که بی شک از نصوص شرعی برمی‌آید وجود دو نوع مجازات است برای دو دسته اعمال مجرمانه (جز آن چه مستوجب قصاص، دیه و کفاره است). اما این که موارد این دو نوع عقوبت در لسان و عمل شارع به صورت نهائی و برای همیشه و همه جا احصا شده باشد، مضمونی اضافی است که از هیچ جای ادله شرعی به دست نمی‌آید. بنابراین، اثبات چنین حصری بر عهده مدعی آن است که مستند و دلیل آن را ارائه کند و توضیح دهد که چگونه می‌توان، با فرض حکیم بودن شارع و جامعیت و خاتمیت تشریح الهی، تغییرات و تحولات مربوط به جرم و مجازات در طول قرون و اعصار و در عرض اقالیم و امصار را نادیده گرفت و اعمال سیاست کیفری اسلامی را برای همه ازمه و امکان در قالب و چارچوبی ثابت و لایتغیر محدود نمود؟ محدودیتی که در عمل به بن بست و اضطرار به خروج از ضوابط و عناوین شرعی می‌انجامد و در قول و نظر آن همه اختلاف و تعارض، که به گوشه‌هایی از آن اشاره شد، پدید می‌آورد.

لکن با توجه به روش ما در انجام و ارائه این کنکاش و بحث و فحص اجمالی و - به اندازه نیاز- جامع و فراگیری که در آن به عمل آوردیم، برای ما محرز و مسلم شده که تعریف رایج فقهی حدّ و تعزیر قابل اثبات شرعی نیست و از جهت پیامدهای منفی عقیدتی، نظری و عملی، قابل دفاع نمی‌باشد.

در چنین شرایطی، تعریف حدّ و تعزیر به نحوی که از این پژوهش به دست آمده، تنها برداشتی خواهد بود که از نصوص شرعی قابل استنباط است و در عین حال «حکمت تقنینی» نهفته در این تنوع کیفری را محقق می‌سازد و هیچ یک از تبعات عقیدتی، نظری و عملی برداشت رایج را در پی ندارد.

## منابع و مأخذ

### الف- فارسی و عربی

۱. ابن الاخوه - محمد بن محمد بن احمد القرشی (۱۹۳۷ م.)، معالم القریه فی احکام الحسبه، مطبعه دارالفنون بکیمبرج.
۲. ابوالمعاطی - حافظ ابوالفتوح، (۱۹۷۶ م.)، النّظام العقابى الاسلامی، القاہرہ، دار الانصار.
۳. الجزیری - عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دار التراث العربی.
۴. حسینی - سید محمد (بهار ۱۳۸۷)، «حدود و تعزیرات» (قلمرو، انواع، احکام)، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (فصلنامه حقوق)، ص ۱۴۵-۱۲۵.
۵. ----- (۱۳۷۲)، مجازات‌های مالی در حقوق اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه).
۶. الحلّی (العلامة - ابو منصور الحسن بن یوسف المظہر (۱۴۱۹ هـ ق.)، قواعد الاحکام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۷. الخالصی - محمد باقر (۱۴۱۳ هـ ق.)، احکام المحبوسین فی الفقه الجعفری، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۸. الخمیّنی - الامام روح الله الموسوی، بی تا، تحریر الوسيله.
۹. خنجی اصفهانی - فضل الله بن روز بهان (۱۳۶۲)، سلوک الملوک، تهران، انتشارات خوارزمی.
۱۰. الخوانساری - السید احمد (۱۳۶۴)، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق.
۱۱. الخوی - السید ابوالقاسم الموسوی، مبانئ تکلمه المنهاج، النجف الاشرف، مطبعه الآداب.
۱۲. الصافی - لطف الله (۱۴۰۴ هـ.)، التعزیر (انواعه و ملحقاته)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۳. الطوسی - ابوجعفر محمد بن الحسن، (۱۴۲۸ هـ ق.)، المبسوط، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۴. العاملی - محمد بن الحسن الحرّ (۱۳۹۲ هـ ق.)، وسائل الشیعه، طهران، المکتبه الاسلامیه.
۱۵. عوده - عبدالقادر (۱۴۰۵ هـ ق.)، التّشريع الجنائی الاسلامی، بیروت؛ داراحیاء التراث العربی.
۱۶. الگلپایگانی - السید محمدرضا (۱۴۱۴ هـ ق.)، الدّر المنضود فی احکام الحدود، قم، دار القرآن الکریم.
۱۷. الماوردی - ابوالحسن علی بن حبیب المصری (۱۴۱۰ هـ - ۱۹۹۰ م.)، الاحکام السلطائیه، بیروت، دار الکتب العربی.
۱۸. مکارم شیرازی - ناصر، (۱۳۶۳)، «مسأله تعزیرات در اسلام»، مجله نور علم، ش ۵.
۱۹. المنتظری - حسین علی (۱۴۰۹ هـ ق.)، در اسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامی، مکتب الاعلام الاسلامی.
۲۰. الموسوی الأردبیلی - السید عبد الکریم (۱۴۲۷ هـ ق.)، فقه الحدود و التعزیرات، الطبعة الثانیه، قم، مؤسسه النشر لجامعه المفید.
۲۱. النّجفی - الشیخ محمد حسن (۱۹۸۱ م.)، جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

۲۲. النوری - میرزا حسن (۱۴۰۷ ه.ق)، مستدرک الوسائل، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التّراث.

### ب- خاجی

- 1- ANCEL- Marc (1989), **La défense sociale**, Paris, press Universitaires de France (P.U.F);
- 2- BECCARIA- Cesare (1965), **Des délits et des peines** (traduit de l'italien), Genève, Librairie Droz ;
- 3- BOULOC- Bernard (1998- 2e ed.), **Pénologie**, Paris, Dalloz ;
- 4- CHARLES- Raymond (1979), **Histoire du droit penal**, Paris, P.U.F ;
- 5- GASSIN- Raymodn (1985), **La crise des politiques criminelles occidentales**, in Problèmes actuels de science criminelle, presses Universitaires d'Aix - Marseille;
- 6- PICCA- Georges (1993), **La Criminologie**, Paris, P.U.F;
- 7- PRADEL- Jean (1991), **Historire des doctrines pénales**, Paris, P.U.F.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

«نقش "میانجیگری" در فصل دعاوی و پاسخدهی به نقض هنجارها»، سال ۱۳۷۸، شماره ۴۵؛ «نظام هنجاری در سیاست جنایی اسلام»، سال ۱۳۸۰، شماره ۵۱؛ «منطقه کنترل شده رفتاری در سیاست جنایی اسلام، سال ۱۳۸۰، شماره ۵۲؛ «مراجع دولتی "پاسخدهی" به "پدیده مجرمانه" در سیاست جنایی اسلام»، سال ۱۳۸۱، شماره ۵۵؛ «مراجع اجتماعی "پاسخدهی" به "پدیده مجرمانه" در سیاست جنایی اسلام سال ۱۳۸۱، شماره ۵۸؛ «حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)» سال ۱۳۸۷، شماره ۱.