

بررسی علل تکثر آراء فقها در شمار جرائم حدی در حقوق کیفری امامیه

مهدی قائمی^۱

چکیده

در حقوق کیفری اسلام، در کنار دیات، قصاص و تعزیرات، شدیدترین مجازات‌ها به صورت حدود شرعی تبارز یافته است. حدود به آن دسته از جرایمی اطلاق می‌شود که نوع و میزان مجازات آن از سوی شارع مقدس تعیین گردیده است. شدت مجازات و سخت‌گیری شارع در خصوص جرایم حدی، نشانه‌ای از اهمیت و جدیت این دسته از جرایم است. لازمه اصل قانونی بودن، اصل برائت و اصل تفسیر قانون به نفع متهم، معین بودن موارد و تعداد جرایم حدی است. درحالی‌که تکثر آرا در مورد تعداد جرائم حدی از مسلمات فقه امامیه است، به گونه‌ای که تعداد این جرائم، بین شش تا شانزده و گاهی تا هجده مورد اختلاف دارد. در این تحقیق ضمن تأکید بر اهمیت تفکیک جرائم حدی از جرائم تعزیری، علل تکثر آرای فقها در باب اسباب حد و جرائم حدی با استفاده از روش تحقیق تحلیلی- توصیفی مورد بررسی قرار گرفته است. هدف پژوهش حاضر یافتن سرچشمه اصلی این تفاوت دیدگاه‌ها، ارائه نمونه و بیان آثار تعیین جرایم حدی نسبت به مجازات و مجرم است. نتایج به دست آمده بیانگر آنست که عمده‌ترین علت تکثر آرای فقهای امامیه در تعیین تعداد جرائم مستوجب حد عبارت‌اند از مفهوم شناسی واژگان «حد» و «تعزیر» در لسان ارباب لغت و فقها، نحوه استعمال این دو واژه در قرآن کریم و روایات اسلامی و تفکیک یا تداخل در عنصر مادی برخی از رفتارهای مجرمانه.

واژگان کلیدی: جرائم حدی، حدود و تعزیرات، علل تکثر آرا، حقوق کیفری امامیه.

۱. مدرس مدرسه علمیه جعفریه - هرات و دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه فردوسی - مشهد.

مقدمه

نظام حقوقی اسلام حدود، تعزیرات، قصاص و دیات را برای تنبیه مجرم و گناهکار، به‌عنوان مجازات وضع نموده تا در اثر اجرای آن آرامش و اطمینان جامعه حفظ گردد (غلامی و آقایی مبینی، ۱۳۹۲: ۱۹۴). قرآن کریم به‌عنوان اولین و مهم‌ترین مصدر احکام شرعی در آیات زیادی از حدود الهی تذکر داده، پایبندی به آن را سبب ورود به بهشت و رستگاری و تعدی از آن را سبب هلاکت و نابودی انسان دانسته است. در روایات اسلامی نیز بر اجرا و رعایت حدود الهی تأکید صورت گرفته است (لنکرانی، ۱۳۸۶: ۸۱). صرف نظر از اختلاف نظرهایی که در مورد مفهوم و ماهیت هرکدام از دسته‌های فوق وجود دارد، در شمارگان جرائم مستوجب حد آرای مختلفی مطرح گردیده است. بدون شک نفس وجود اختلاف در مورد اینکه موارد اجرای حد چند مورد و کدام است نشانه این است که فقه در این مورد به پختگی کافی نرسیده و یا مورد توجه جدی قرار نگرفته است.

تعیین موارد اجرای حد از این بابت که از نظر آثار و تبعات حقوقی با تعزیر متفاوت است، اهمیت بحث را بیشتر روشن می‌سازد. برای آگاه به مسائل فقهی پوشیده نیست که علاوه بر میزان مجازات، نحوه‌ای اجرای مجازات، شدت و ضعف مجازات و قواعد اثبات جرم، بین حد و تعزیر تفاوت‌های اساسی وجود دارد (نوربها، ۱۳۹۲: ۲۱۶). درباره تعداد جرائم مستوجب حد نه تنها بین مذاهب اسلامی بلکه بین فقهای یک مذهب نیز اختلافات زیادی مشاهده می‌شود. گذشته از اینکه حتی در مورد حدودی که در قرآن کریم ذکر شده نیز اتفاق نظر وجود ندارد؛ مثلاً برخی از مفسرین و فقها جرم لواط در آیه ۱۶ سوره نساء را مستوجب حد دانسته‌اند درحالی‌که اکثریت فقها به این نظرند که مجازات این جرم توسط سنت پیامبر ثابت گردیده و از موارد حد نیست.

رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها مستلزم این است که جرائم و جزاها از قبل باید مشخص و معین باشد، درحالی‌که در فقه امامیه در مورد موارد جرائم حدی بین شش تا شانزده مورد اختلاف نظر وجود دارد (نوربها، ۱۳۹۲: ۲۲۳). تا جایی که



برخی مدعی شده‌اند که حتی نمی‌توان دو فقیه امامیه را پیدا نمود که در مورد تعداد مصادیق و موارد جرائم حدی هم‌نظر باشند (شعبانی و محبان، ۱۳۹۵: ۲۶).

سؤالی که تحقیق حاضر در پی ارائه پاسخ آن است این است که چه چیزی سبب این اختلافات گردیده و علت وجود آرای مختلف و متفاوت فقهی در مورد تعداد جرائم حدی چیست؟ اهمیت تعیین مصادیق جرائم حدی در این است که اصولاً باید بین اهداف و آثار اجرای مجازات تفاوت قائل شد بدین معنی که صرف‌نظر از هدفی که نسبت به اجرای حد مدنظر است، آثار خواسته یا ناخواسته در پی خواهد داشت. به‌طور مثال اگر در اجرای مجازاتی خاص، هدف اصلی سزادهی مجرم باشد، ممکن است در نتیجه آن، بازدارندگی جمعی نیز صورت گیرد؛ اما این اثر بالاستقلال موردنظر مجری مجازات نبوده است. نتیجه این تفکیک در این است که در مقام قانون‌گذاری در سطح کلان و یا تعیین مجازات برای مجرم خاص در سطح خرد، پیگیری مجازات به‌طور مستقل موردنظر نخواهد بود. لذا مهم است که شخص بداند بعد از اجرای مجازات چه آثار و تبعاتی را در قبال خواهد داشت.

اگر بخواهیم علل تکرار آرای فقها در باب تعداد جرائم حدی را بررسی نماییم شاید بتوان گفت علت اساسی اختلاف آرای فقها در مورد تعداد جرائم حدی و تعزیری، سه چیز است، یکی اختلاف در مفهوم حقوقی و فقهی حد و تعزیر، دوم استعمال واژه حد بر موارد تعزیر در برخی از نصوص و دیگری در عنصر مادی مصادیق حد و تعزیر است. در این مقاله ابتدا، مفهوم فقهی حدود و تعزیرات و تأثیر آن بر تکرار آرای فقها مورد بررسی قرار گرفته، سپس به نقش نصوص در این زمینه و در اخیر به عنصر مادی جرائم حدی اشاره خواهیم کرد. اما قبل از هر چیزی لازم است در ابتدا به اهمیت و ضرورت احصا و تعیین مصادیق حدود و تعزیرات اشاره‌ای داشته باشیم.

۱. اهمیت و ضرورت احصای موارد حد و تعزیر

اهمیت و ضرورت احصای موارد حد را می‌توان در سه موضوع خلاصه نمود: اول اینکه عنصر قانونی جرم، اصل برائت ذمه، اصالت الاباحه و اصل تفسیر قانون به نفع



متهم، اقتضا دارد تا جرائم و مجازات‌ها مشخص و معین باشد. دوم اینکه تقابل دو مفهوم حد و تعزیر آثار و تبعاتی که هرکدام از این مجازات‌ها در پی دارد و سوم آثار و نتایجی که تعیین و تفکیک مصادیق حد و تعزیر خواهد داشت. لذا قبل از اینکه به اصل موضوع پرداخته شود لازم است تا ضرورت تعیین مصادیق حد از سه منظر فوق مورد بررسی قرار بگیرد.

۱-۱. ماهیت متقابل حدود و تعزیرات

اجرای حدود علاوه بر اینکه از نظر مجازات اصلی شدید و سخت‌گیرانه است، آثار و تبعات دیگری نیز در پی دارد. درحالی‌که در تعزیرات بدون اینکه حاکم شرع مجازات‌های تبعی را در حکم خود تصریح نماید، قابل تطبیق نیست. لذا تبیین و توضیح اینکه کدام موارد از جرائم حدی است و کدام موارد از جرائم تعزیری از اهمیت خاصی برخوردار است. ضمن اینکه میزان مجازات و نحوه اثبات آن نیز اهمیت تفکیک و تشخیص جرائم حدی را از غیر حدی به اثبات می‌رساند (ناصری قورگ، خسروی و نورپور، ۱۳۹۳: ۱۱). مخصوصاً اینکه برخی از دانشمندان معاصر به این نظر هستند که جرائم حدی از اهمیت خاصی برخوردار بوده و قابل اغماض و ترحم نیستند. علاوه بر این که حکم وضعی اولی و غیر حکومتی بودن جرائم حدی اقتضا دارد که در اصل شرع، موضوع این گونه جرائم محصور و توقیفی باشد. زیرا در جرائم تعزیری نوسان در فهرست جرائم از سوی حکومت برای هماهنگی با شرایط و مقتضیات زمان در نظر گرفته شده و اگر عین سازوکار برای حدود نیز وجود داشته باشد، فلسفه وجودی دو نوع جرم انگاری، حد و تعزیر، زیر سؤال خواهد رفت (دانشور ثانی و رمضانی، ۱۳۹۴: ۹). لذا تغایر و تقابلی که میان حد و تعزیر وجود دارد ایجاد می‌کند که در حدود و اسباب آن نوسان و تغییر اساسی راه نیابد و شاهد بروز آرای مختلف فقها در این زمینه نباشیم.

نکته دیگری که در این مورد از اهمیت خاصی برخوردار است، اینست که در حدود، به اصل فردی بودن جرائم و به حالات و کیفیات جرم و مجرم توجه صورت نمی‌گیرد؛ اما در تعزیرات، تناسب جرم با حالات مجرم مد نظر گرفته می‌شود.



روی این لحاظ رعایت اصل فردی بودن مجازات‌ها، اقتضا دارد که در هنگام شک در حدی یا تعزیری بودن یک جرم، اصل تعزیری بودن ترجیح داده شود. زیرا برای خروج از اصل فردی بودن باید به قدر متیقن اکتفا نمود. از همین رو تعداد جرائم حدی باید محصور و معین باشد تا در هنگام صدور حکم مجازات ابهام و اشکالی رونما نگردد (شعبانی و محبان، ۱۳۹۵: ۳۷).

۱-۲. آثار و نتایج تفکیک جرائم حدی از جرائم تعزیری

برای این که یک سیاست کیفری کارآمد و عادلانه و انسانی باشد، لازم است در پیش‌بینی و اجرای ضمانت اجراهای جزائی، متناسب با تنوع جرائم، گوناگونی مجرمان و تفاوت شرایط ارتکاب جرم، انواع و مقادیر مجازات‌ها نیز متفاوت باشد. شریعت اسلام با تشریع کیفرهای ثابت و معین و مجازات‌های نامعین و انعطاف‌پذیر، این نوع و نوسان کمی و کیفی را به خوبی رعایت نموده است. اما وجود اختلاف شدید آرای فقهی در مورد جوانب مختلف جرائم حدی و تعزیری، نشان از این است که شناخت کافی از این دو نوع مجازات وجود ندارد و به آثار و پیامدهای هرکدام توجه چندانی صورت نگرفته است.

پرواضح است که تفکیک قائل شدن بین جرائم حدی و تعزیری، صرفاً یک امر فقهی نیست بلکه به لحاظ عملی نیز تفاوت‌هایی دارد که وجود همین تفاوت‌ها، ضرورت تعیین و احصای موارد حدی از موارد تعزیری است. به طور نمونه می‌توان گفت، با تعیین دقیق موارد حدود و تعزیرات، قبل از هر چیزی دستورات شارع مقدس، کما هو حقّه امثال شده و بر کسی پوشیده نیست که احکام و اوامری که از سوی شارع وضع و ابلاغ می‌گردد هرکدام اهداف خاص و فلسفه خاصی دارد (شعبانی و محبان، ۱۳۹۵: ۳۷). لذا اولین اثر احصا و تفکیک بین جرائم حدی و تعزیری، عمل به دستور شارع است.

دومین اثر و پیامدی که تفکیک بین جرائم حدی و تعزیری به دنبال خواهد داشت، اصل فردی شدن مجازات‌ها به خوبی تمثیل خواهد شد. قانون‌گذاران اسلامی چنانچه موارد دقیق جرائم حدی و تعزیری را از هم جدا نکنند و احکام خاص



هرکدام تبیین نگردد، نمی‌توانند به یک قانونی دست یابند که مجازات‌ها را بر اساس خصوصیات فردی مجرم و شرایط خاص جرم وضع و مقرر نمایند. بدیهی است که هدف از اجرای مجازات اصلاح مرتکب و بازدارندگی خاص و عام است (غلامی و آقایی میبدی، ۱۳۹۲: ۱۹۹). در نبود این تفکیک دست‌یابی به اهداف فوق دشوار و چه‌بسا غیرممکن می‌نماید.

۱-۳. اصل برائت از قید زائد

در شریعت اسلامی اصول فراگیری وجود دارد که ضرورت تعیین جرائم و مجازات‌ها را تبارز می‌دهند. ازجمله این اصول می‌توان از اصل اباحه، اصل عدم ولایت، اصل برائت، اصل حرمت بدعت و اصل توحید تشریعی نام برد (شعبانی و محبان، ۱۳۹۵: ۳۴). از نتایج اولیه اصول مذکور این است که نظام حقوق جزائی اسلام، تلاش دارد تا از افزایش بی‌رویه سیاهه جرائم، جلوگیری نماید و هر موردی که به شمار جرائم، چه حدی باشد و یا تعزیری، افزوده می‌شود، باید با ادله معتبر ثابت گردد. بدین معنی که اصل بر حصری بودن و توقیفی بودن جرائم حدی است.

اقتضای اصل حصری بودن جرائم حدی، ضرورت احصا و تعیین جرائم حدی را در پی دارد. تغییر دامنه و قلمرو جرائم حدی، با اصول اولیه شریعت اسلامی، ناسازگار بوده همخوانی ندارد (مقیم‌حاجی، ۱۳۸۶: ۹۲). هرچند ممکن است این اصول ظاهراً در مورد تعزیرات نقض گردند، اما اگر دقت صورت بگیرد تعزیرات به دلیل وصف ذاتی که دارند از شمول اصل مذکور خارج شده‌اند.

۱-۴. اجرای حدود در زمان غیبت

در مورد اینکه حدود همانند تعزیرات در زمان غیبت امام، توسط فقیه جامع‌الشرایط قابل اجرا هست یا خیر بین فقهای شیعه دو نظریه مطرح است. گروهی از فقها به این نظرند که حدود الهی مخصوصاً حدودی که منجر به سلب حیات انسان می‌گردد، صرفاً توسط امام معصوم و در زمان حضور باید اجرا گردد و در زمان غیبت صرفاً مجازات‌های تعزیری باید تطبیق گردد (حلی، ۱۴۰۸، ج ۱: ۳۱۲؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰،



ج ۲: ۴۲؛ ابن زهره، ۱۴۱۶: ۴۲۵). گروه دیگر از فقها به این باورند که همان گونه که اجرای حدود، شأن امام معصوم است، در زمان غیبت این صلاحیت به نایب عام امام یعنی فقیه جامع الشرایط منتقل می گردد (نجف آبادی و آیتی، ۱۳۹۵: ۹۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۱۹؛ دیلمی، ۱۴۱۴: ۲۶۱؛ شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۸۱۰؛ شیخ طوسی، ۱۳۷۰: ۳۰۱). لذا با توجه به اختلاف آرای که در بین فقهای امامیه در مورد برخی از جرائم به لحاظ حدی یا تعزیری بودن وجود دارد، طبق نظر گروه اول، اجرا و عدم اجرای برخی از مجازات ها در زمان غیبت منوط به این خواهد بود که آن جرم را از جرائم حدی بدانیم و یا تعزیری. چنانچه مثلاً ازدواج با کنیز را در حالی که شخص زن آزاد نیز داشته باشد، از جرائم حدی بدانیم مطابق این نظریه، در زمان حاضر که دوره غیبت امام است، مجازات آن قابل اجرا نخواهد بود. اما چنانچه از جرائم تعزیری بدانیم، فقیه جامع الشرایط در اجرای آن صاحب صلاحیت است. روی این لحاظ ایجاب می کند تا موارد و مصادیق جرائم حدی محدود، مشخص و معین باشد.

۱-۵. شرایط سقوط مجازات و رعایت احوال مخففه

یکی از موضوعاتی که ضرورت تفکیک بین جرائم حدی و تعزیری را تبیین می کند، شرایط و موارد اسقاط مجازات است. بدین صورت که در جرائم تعزیری میزان مجازات با توجه به بزرگ و کوچک بودن و مهم و غیر مهم بودن جرم، تفاوت پیدا می کند. در حالی که در حدود به مجرد وقوع جرم عین مجازات در تمام حالات قابل تطبیق است. در جرایم حدی با توبه مجرم، مجازات ساقط می گردد. اما در تعزیرات توبه موجب سقوط مجازات نمی گردد. در اجرای انواع مجازات های تعزیری حاکم شرع مخیر است؛ اما در حدود به استثنای حد محاربه، حاکم چنین تخییری ندارد. در تعزیر حاکم شرع می تواند مجرم را عفو نماید؛ اما در حدود چنین صلاحیتی ندارد. شیخ طوسی در کتاب مبسوط چنین می فرماید: تعزیر مجرم به امام محول شده، بدان گونه که اگر نخواست چشم پوشی می کند. برای او فرقی نمی کند که بتوان مجرم را به وسیله غیر تعزیر منع کرد یا نه. برخی قائل اند که اگر امام دانست به غیر تعزیر می توان مانع مجرم شد میان اقامه تعزیر و ترک آن مخیر است؛ ولی



اگر برای امام ثابت شد که جز تعزیر روش دیگری مانع مجرم نمی‌گردد بر اوست که مجرم را تعزیر کند و این حکم مطابق با احتیاط است (مبسوط، ۱۳۷۰، ج ۸: ۶۹) در جرائم حدی حالات مخففه در نظر گرفته نمی‌شود در حالی که در تعزیر می‌توان کیفیات مخففه را در نظر گرفت.

۲. علل تکثر آرای فقها در باب مصادیق جرائم حدی

عمده ترین دلایل تکثر آرای فقهای امامیه در باب مصادیق حدود را می‌توان شامل موارد ذیل دانست:

۱-۲. اختلاف در مفهوم فقهی حدود و تعزیرات

فقههای اسلامی حدود را در دو معنای عام و خاص استعمال کرده‌اند. حدود در معنای عام شامل هرگونه مجازاتی می‌گردد که حق‌الله در آن دخیل باشد، در این صورت حدود در مقابل بیع و ارث و ... استعمال می‌شود و خود شامل تعزیرات نیز می‌گردد. اما اگر معنای خاص آن مد نظر باشد، حدود جزاهایی است که اندازه و شرایط ثبوت و اجرای آن از جانب شارع معین شده و قابل تغییر نباشد، در این معنا حد و تعزیر نقطه مقابل همدیگرند. هر دو استعمال در روایات آمده است. در نگاه نخست ممکن است تصور شود که جرائم موجب حد و موجب تعزیر در کتب فقهی امامیه تعریف شده و تفاوت‌های آن نیز روشن شده باشد، ولی با کمی تأمل در تعداد جرائم حدی و تعزیری در متون فقهی به این نتیجه می‌رسیم که اختلاف نظر زیادی در این زمینه وجود دارد (شعبانی و محبان، ۱۳۹۵: ۲۸). شاید بتوان گفت اولین علتی که سبب بروز اختلاف در تعداد جرائم حدی گردیده، تعریف و مفهومی است که از واژه حد و تعزیر نزد فقهای امامیه وجود دارد. یقیناً اینکه حد را به چه مفهومی تلقی نماییم، در میزان موارد شامل آن نیز تفاوت به وجود خواهد آمد. لذا لازم است تا بررسی مختصری از مفهوم حد و تعزیر در کلام فقها داشته باشیم.

الف: معنای لغوی حد: در مورد معنای لغوی دو کلمه حد و تعزیر مباحثی

زیادی مطرح گردیده است. با مراجعه به متون فقهی و آیات قرآن کریم پی می‌بریم که حد واژه‌ای است که معادل فارسی آن مرز و اندازه تعبیر می‌شود. برخی از ارباب



لغت حد را چنین معنی نموده‌اند: «حدود در لغت جمع حد است و به معنای فاصل بین دو چیز به گونه‌ای که از مخلوط شدن آن دو جلوگیری شود و در نهایت یک چیز را حد آن چیز گویند. گاهی به توصیفی که از شیء صورت می‌گیرد و باعث تمیز آن از چیزهای دیگر شود، نیز حد گفته می‌شود» (راغب، ۱۳۶۵: ۱۴۲).

حدود زمین نیز به اعتبار این است که مرز بین زمین را مشخص می‌سازد و مالک را از تصرف خارج آن منع می‌کند. برخی‌ها به این باورند که معنای ابتدایی و کاربرد اولیه حد در متون شرعی، عبارت است از «حکم» به این مناسبت که احکام مرزهای رفتاری و باید و نباید هنجاری را مشخص می‌کنند. در قرآن کریم نیز حد به معنای مرز بین دو چیز بیان شده است. «تلك حدود الله فلا تقربوها» (بقره: ۱۷۸). مراد از حدود الله احکام الهی است اعم از محرمات و واجبات که باید به محرمات نزدیک نشد و از واجبات تجاوز نکرد، «تلك حدود الله فلا تعتدوها» (بقره: ۲۲۹). در متون روایی نیز گاهی واژه حد در معنای حکم به کار رفته است. اما این معنای حد در فقه جزایی مورد نظر نبوده از دایره بحث خارج است. بلکه منظور از حد در روایات همان معنای مد نظر است که بر مطلق عقوبت دلالت دارد که شامل قصاص و دیات و ... حتی تعزیر نیز می‌گردد (حسینی، ۱۳۸۷: ۱۲۸).

تعزیر از ماده عزز، به معنای یاری کردن است. قرآن کریم می‌فرماید: «لتؤمنوا بالله و تعزروه» (فتح: ۹). راغب در معنای تعزیر می‌گوید: «تعزیر نصرت همراه با تعظیم است و تعزیر مجرم را از این جهت تعزیر می‌گویند که آن تأدیب یاری کردن مجرم است» (راغب، ۱۳۶۵: ۳۴۳). دانشمندان لغت‌شناس معانی دیگری چون عتاب، رد، منع و ضرب کمتر از حد ذکر کرده‌اند. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، معنای تأدیب و ضرب دون حد، متأثر از مفاهیم فقهی ذکر شده و مفاهیم دیگر نیز باهم تشابه زیادی دارند. اما شاید بتوان گفت که معنای اصلی آن همان لوم و رد باشد (شعبانی و محبان، ۱۳۹۵: ۲۹). از آنجایی که مفهوم اصطلاحی واژگان، با معنای لغوی آن‌ها رابطه نزدیک دارد و در تفسیر متون ادبی و حقوقی تأثیر به سزایی دارد، می‌توان گفت یکی از مهم‌ترین علت‌های اختلاف در قلمرو و شمار جرائم حدی در



فقه، اختلاف ادبی در خصوص مفهوم لغوی و اصطلاحی حد و تعزیر است.

ب: مفهوم اصطلاحی حدود و تعزیرات: در کلام فقها تعاریف متعددی از حد ارائه شده است که در مجموع می‌توان گفت؛ فقها حد را به دو اعتبار استعمال می‌کنند. بعضی حد را وصف مجازات دانسته و به این نظرند که حد عبارت از مجازات خاصی است که موجب درد و الم بدن مکلف به سبب ارتکاب معصیتی خاص صورت می‌گیرد که میزان و نوع آن از جانب شارع مشخص و معین شده است (عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۴: ۴۲۳). یکی از مشهورترین تعاریفی که برای حد ارائه گردیده شاید این عبارت باشد: «کل ما له عقوبه مقدره، سمی حدا و ما لیس کذالک یسمی تعزیرا». ظاهراً بر اساس این تعریف، باید مصادیق حد نیز مشخص و معین می‌بود، اما برخلاف این توقع دیده می‌شود که نه تنها در عدد مصادیق توافق نظری وجود ندارد بلکه در ماهیت مصادیق نیز تفاوت‌های زیادی دیده می‌شود. اما شهید ثانی و تعدادی از فقها برخی از مجازات‌ها را با وجود اینکه مقدر نیز هستند در زمره مصادیق حد قرار نداده و تعزیر قلمداد نموده‌اند، در واقع این دسته از فقها تعریف فوق را جامع و مانع ندانسته و بر تعریف فوق معترض هستند (احمدی، ۱۳۹۴: ۱۲).

تعریفی که این دسته از فقها در مورد حد بیان می‌کند این است که «حد از جهت شرع، عقوبت خاصی است متعلق آزار بدن کسی که گناهی از او صادر شده باشد و شارع جهت آن گناه، مقدار معین کرده به حسب هر فردی از افراد». چنانچه ملاحظه می‌شود تعریف اول ناظر به جرم است، در حالی که تعریف دوم ناظر به مجازات است. حال اگر این تعریف را برای حد قبول داشته باشیم ناگزیر تعداد از موارد حدود از شمول این تعریف خارج گردد. به همین سبب آیت‌الله گلپایگانی بر این تعریف نقد نموده و به این باور است که اگر قرار باشد، مجازات حدی را منحصر در دردها و ایلامات بدنی بدانیم، دردها و ایلامات روحی، سب و لعن و حبس از تعریف حد خارج خواهد بود. در حالی که به وضوح معلوم است که محاربه از جمله جرائم حدی است و یکی از مجازات‌های آن نیز تبعید است، یا زندان ابد که حد سرقت در مرتبه سوم است. علاوه بر اینکه اگر این تعریف را ملاک قرار بدهیم، قصاص نیز به دلیل



اینکه درد و ایلام بدنی را در پی دارد در زمره حدود قرار خواهد گرفت (ایزدی فرد و حسین نژاد، ۱۳۹۴: ۲۳۲).

اما تعریف اول نیز خالی از اشکال نیست، زیرا کفارات مالی و دیات نیز به علت مشخص بودنشان، باید از حدود شمرده شود، در حالی که مسلماً حد به شمار نمی آید (حاجی ده آبادی، ۱۳۷۸: ۲۶). علاوه بر کفارات و دیات، قصاص نیز در شرع معین است ولی مشمول حد نمی گردد، در حالی که بر اساس این تعریف، قصاص نیز باید از مجازات های حدی باشد (ایزدی فرد و حسین نژاد، ۱۳۹۴: ۲۳۳).

لذا از مطالب فوق چنین نتیجه می گیریم که اولین و شاید عمده ترین علت اختلاف آرای فقهای امامیه در باب موارد و مصادیق حد، تعریف و مفهومی باشد که از حد و تعزیر وجود دارد. شاید بتوان گفت، اگر بخواهیم راهی برای کاهش اختلاف آرای فقها پیدا کنیم، در قدم نخست باید، تعریف جامعی از حد ارائه شود تا بر اساس آن مرز بین مصادیق حد و تعزیر به روشنی معلوم گردد. چنانچه برخی ها در این راستا تلاش های را انجام داده اند تا تعریف جدیدی از حد ارائه نمایند که بتوان بر اساس آن تعداد موارد حد را نیز مشخص نمود. خلاصه این تعریف این است که: 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 وسیله حکومت صورت می گیرد (شعبانی و محبان، ۱۳۹۵: ۳۱). طبق این تعریف، تعزیر ممکن است، در قبال افعال معصیت آمیز نباشد و در تعزیر تکلیف شرعی شرط نباشد، اما در حد هر دو مورد باید وجود داشته باشد. قید آسیب بدنی در این تعریف قصاص و دیات را از شمول حدود خارج می سازد؛ قید تعیین نوع و مقدار آن در شرع، سبب خروج تمامی مواردی می شود که نوع و مقدار آن مشخص نیست و یا اگر هم مشخص است، توجیه پذیر بوده و یا حداقل و حداکثر داشته باشد. برخی از فقها مواردی را که مجازات مقدر دارند و در عین زمان در زمره حدود قرار نمی گیرند، به نام تعزیرات مقدره یاد نموده و از جمله استثنائات این موضوع قلمداد می کنند (حاجی ده آبادی، ۱۳۷۸: ۲۷). مانند اینکه اگر مردی در روز ماه رمضان در حالی که

روژه است، با همسرش مجامعت کند، تعزیرا بیست و پنج تازیانه می‌خورد؛ همچنان کسی که زن آزاد دارد اگر بدون اجازه همسر خود با کنیزی ازدواج و با او دخول کند، به اندازه یک هشتم حد زانی، یعنی دوازده و نیم تازیانه تعزیر می‌شود؛ مورد دیگر، دو انسان برهنه‌ای است که بدون اینکه عمل زشتی انجام دهند زیر یک لحاف جمع شده باشند، چنین شخصی تعزیرا بین سی تا نود تازیانه مجازات می‌شود؛ یا اگر کسی زن باکره را با انگشت خود افتضاض کند، به نظر شیخ طوسی بین سی تا هفتاد تازیانه، به نظر شیخ مفید تا هشتاد تازیانه و به نظر ابن ادریس تا نود و نه تازیانه، تعزیر می‌شود؛ آخرین موردی که بین حد و تعزیر بر اساس تعیین مقدار مجازات، مشتبّه هست، جایی است که مرد و زن نامحرم، در لحاف واحد و عریان اجتماع کنند که بین ده تا نود و نه تازیانه تعزیر می‌شوند (احدی، ۱۳۹۴: ۱۲-۲۰).

مبنای نظر کسانی که موارد فوق را تعزیر می‌دانند، روایاتی است که در این باب وجود دارد، اما مخالفین این نظر این روایات را دال بر تعزیری بودن موارد مذکور نمی‌دانند. مثلاً آیت‌الله خویی موارد فوق را به عنوان جرائم حدی دانسته و موجبات حد را شانزده مورد نام می‌برد (خویی، ۱۳۶۲: ۲۰۹ الی ۲۱۳).

قید دیگری که در این تعریف از اهمیت خاصی برخوردار است، آن است که اجرای حد پس از اثبات تنها به وسیله حکومت صورت می‌گیرد. بر اساس این قید کفارات قتل عمد و سایر کفارات از تعریف حد خارج می‌شود (حاجی ده آبادی، ۱۳۷۸: ۲۷). بر اساس همین قید است که تعدادی از جرائم از قبیل سب النبی و مشاهده زوجه در حال زنا با اجنبی، از تحت حد خارج می‌گردد. زیرا اجرای مجازات چنین جرائمی طبق برخی از روایات به عهده شخص نیز واگذار شده است (ایزدی فرد و حسین نژاد، ۱۳۹۴: ۲۳۴).

۲-۲. استعمال کلمه «حد» در نصوص شرعی

یکی از علت‌هایی که فقهای امامیه در مورد جرائم حدی، اختلاف دیدگاه پیدا کرده‌اند، نصوص و ادله‌ای است که مبنای شرعی جرائم حدی و تعزیری را تشکیل می‌دهند. مخصوصاً اینکه استعمال کلمه حد در قرآن کریم، بر مطلق احکام است. از چهارده



موردی که این کلمه در قرآن استفاده شده، نه مورد آن در مورد احکام خانواده، دو مورد در باب ارث، دو مورد دیگر در بحث روزه و اعتکاف است و دو مورد دیگر به صورت مطلق آمده است (اردبیلی، ۱۳۸۵: ۷۷). چنانچه قبلاً نیز اشاره شد علاوه بر آیات قرآن، استعمال حد و تعزیر در روایات نیز، علت تکثر آرا در باب مصادیق حد شده است (نوبهار، ۱۳۹۲: ۲۲۴). از باب نمونه کلینی در کتاب کافی تحت عنوان «باب التحدید» تعدادی از روایات با این مضامین جمع آوری نموده که «خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده»، «هر چیزی را حدی است» و «خدا هیچ حلال و حرامی را نیافریده جز آن که آن را حدودی است همچون حدود این خانه من که خانه را از معبر جدا کرده است» (کلینی، بی تا: ج ۷: ۱۷۴). این روایات و روایات شبیه این ها، بدون تردید بر مطلق عقوبت دلالت دارد که نه تنها شامل تعزیرات می گردد بلکه قصاص و دیات نیز در زمره حدود قرار می گیرد.

این گونه استعمالات سبب شده تا برخی از فقها، مواردی را که از جمله تعزیرات است، در زمره حدود قلمداد نمایند و برخی دیگر با تأکید و اتکا به ظاهر روایات، بر حدی بودن آن ها ابراز نظر کنند. شیخ الطائفه در مقام جمع بین این روایات و تعزیری بودن آن ها، نوشته است: منافاتی در بین نیست. زیرا معنای «یجلد الحد» در این روایات این است که «حد تعزیر» جاری می شود و مقصود از حد «حد تام» نیست (طوسی، ۱۳۷۰، ج ۸: ۲۹). لذا می توان گفت کلمه حد در این روایات دو کاربرد دارد: یکی در معنای حد تام و کامل و دیگری در معنای حد ناقص که همان تعزیر هست. مقدس اردبیلی نیز به این نظر است که به تکرار کلمه حد در مورد تعزیرات استعمال شده است (حسینی، ۱۳۸۷: ۱۲۸).

شهید در مسالك با توجه به تعریفی که علامه از حد ارائه نموده، مواردی را که مجازات مقدر دارند، در روایات تعزیر پنداشته شده به عنوان استثنا ذکر می کند. مثلاً جماع در ماه رمضان را اکثر فقها مستوجب تعزیر می دانند، در حالی که برخی دیگر این جرم را مستوجب حد دانسته است. مبنای این اختلاف دیدگاه روایت زیر است: «محمد بن یعقوب عن علی بن محمد بن بندار عن ابراهیم بن اسحاق الاحمر عن



عبدالله بن حماد الانصاری عن المفضل بن عمر عن ابی عبدالله^(ع) فی رجل أتی امراته وهی صائمه وهو صائم- قال إن کان استکرهها فعلیه کفارتان- وان (کانت طاوعته) فعلیه کفاره وعلیه کفاره- وان کان اکرهها- فعلیه ضرب خمسين سوطا نصف الحد- وان کانت طاوعته ضرب خمسه و عشرين سوطا- و ضربت خمسه و عشرين سوطا» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۳۳۷). فاضل لنکرانی بر نظر شهید در مسالک اعتراض کرده و این حدیث را دلیلی برای تعزیری بودن این جرم نمی‌داند، زیرا چنانچه ملاحظه می‌شود در این حدیث کلمه تعزیر به کار نرفته است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۹). اما کسانی که بر تعزیری بودن این جرم باور دارند، استدلالشان این است که از عبارت «فعلیه ضرب خمسين سوطا نصف الحد» می‌توان فهمید که این جرم قطعا حدی نیست، در صورتی که حد نباشد، لاجرم باید تعزیری باشد. مورد دیگری که نصوص شرعی و روایات وارده سبب بروز اختلاف در مورد تعداد جرائم حدی شده، مجازات دو مرد و یا دوزنی است که به‌صورت برهنه زیر یک لحاف اجتماع کنند. شهید این مورد را از زمره تعزیرات دانسته و چون مجازات آن مقدر است، استثنای بر تعریف علامه قلمداد نموده است. هرگاه دو مرد برهنه در زیر یک لحاف دیده شود، در برخی روایات مجازات این جرم، کمتر از صد ضربه تازیانه دانسته‌اند و برخی دیگر، این مورد را مستوجب حد کامل یعنی صد ضربه تازیانه می‌دانند. اما اگر دو زن به‌صورت برهنه زیر یک لحاف اجتماع کنند، روایاتی که مجازات آن را بیان نموده به چهار دسته تقسیم می‌گردد: دسته اول روایاتی است که تنها به عدم جواز این عمل دلالت دارند؛ دسته دوم روایاتی است که مجازات این جرم را کمتر از حد می‌دانند؛ دسته سوم روایاتی است که مجازات این عمل را اجرای حد کامل می‌دانند. لذا دیده می‌شود که روایات و نصوصی که مجازات برخی از اعمال مجرمانه را بیان می‌کند، سبب بروز اختلاف آرا در بین فقها گردیده است (ایزدی فرد و حسین نژاد، ۱۳۹۴: ۲۴۱).

به‌تبع روایات فوق، در کلمات فقها نیز کلمه حد بر موارد تعزیر استعمال شده است. صاحب جواهر در مورد اندراج و عدم اندراج مجازات‌های غیر مقدر در شرع



تحت عنوان «حد» می نویسد: «شاید در مورد احکامی که برای حد ذکر شده و با اصول و عمومات مخالف است، اکتفا کردن به حد به معنای اخص و قول به عدم شمول این احکام بر سایر مجازات های - جز آنچه با قیاس اولویت و غیره مشمول دانسته شود- خالی از قوت نباشد و از همین جا قول به عدم اندراج قصاص در اطلاق حد قوت می یابد و الله العالم» (نجفی، ۱۳۷۰، ج ۱۴: ۲۵۷).

۲-۳. اختلاف در تفکیک عنصر مادی جرائم حدی

عنصر مادی در تحقق جرم و مجازات مجرم نقش اساسی را دارد. در باب حدود یکی از مواردی که سبب تکثر آرای فقهای امامیه گردیده، بحث عنصر مادی جرائم حدی است. به گونه ای که امام خمینی موارد کیفر حدی را نه مورد می داند: زنا، لواط، قذف، قوادی، مساحقه، شرب مسکر، سرقت، محاربه و ارتداد (خمینی، ج ۲: ۴۵۵-۴۹۴). برخی دیگر اما چهارده مورد را بدین ترتیب: زنا، لواط، مساحقه، قوادی، شرب مسکر، سرقت، محاربه، قذف، سب النبی، سب امام معصوم، ادعای نبوت، ارتداد، سحر و ازدواج با کنیز بدون اجازه همسر آزاد، از جرائم حدی دانسته اند (طوسی، ۱۳۷۰، ج ۸: ۶۹۹-۷۳۲). در حالی که آیت الله خویی به جای سب امام معصوم، حلال شمردن محرمات مسلم و تردید مسلمان در نبوت پیامبر، سه مورد دیگر، تفخیز، تقبیل المحرم غلاما و بیع المحرم را از جمله جرائم حدی می داند (خویی، ۱۳۶۲: ۲۰۳-۳۹۱). محقق حلی شش مورد را تحت عنوان جرائم حدی برشمرده اما عملاً باب ششم را به حد محاربه اختصاص می دهد. در حالی که در ابتدا صرفاً زنا، توابع زنا، قذف، شرب خمر، سرقت و قطع طریق را به عنوان موارد مصادیق جرائم حدی نام برده است. دلیل این که محاربه را جداگانه مورد بحث قرار می دهد این است که در تفکیک بین عنصر مادی محاربه با قطع طریق اختلاف نظر است. در حالی که علامه حلی جرائم حدی را چنین برمی شمارد: زنا، ملحقات زنا، وطی اموات و بهائم، قذف، شرب مسکر، سرقت، محاربه و ارتداد. به وضوح معلوم می شود که دلیل این که علامه حلی محاربه را ذکر می کند اما از قطع طریق نام نمی برد، نظریه ای است که قطع الطریق و محاربه را یکی می داند و از جانب دیگر،

ارتداد را علامه جزء جرائم حدی می‌داند در حالی که محقق ارتداد را جزء جرائم تعزیری می‌داند. شهید ثانی در کتاب حدود اسباب حد را نه مورد می‌داند: زنا، لواط، سحوق و قیادت، قذف، سرقت، محاربه، ارتداد، وطی بهائم و اموات (عاملی، ۱۳۸۲، ج ۳: ۲۶۵-۳۲۸). در مسالک شمار حدود را ده مورد بیان نموده و بر موارد فوق، جرم بغی را نیز اضافه می‌کند.

از مجموع مطالب ارائه شده به این نتیجه می‌رسیم که عنصر مادی جرائم، در تعدد آرای فقها، نقش مهمی دارد. لذا لازم است تا نظر کوتاهی به مواردی از جرائم حدی داشته باشیم که به سبب اختلاف نظر در عنصر مادی آن‌ها، حدی و یا تعزیری بودن آن‌ها نیز مورد اختلاف قرار گرفته‌اند.

۲-۳-۱. محاربه، بغی و افساد فی الارض

یکی از مواردی که باعث تکثر آرای فقها در باب جرائم حدی و تعزیری قلمداد شده، اختلاف نظر فقها در مورد عنصر مادی سه جرم محاربه، بغی و افساد فی الارض است. طوری که برخی از فقها، این سه جرم را یکی دانسته و برخی دیگر به این نظر است که هر کدام از این سه مورد عناوین جرمی جداگانه است (شعبانی و محبان، ۱۳۹۵: ۳۳). به گونه‌ای که محاربه عبارت است از: کشیدن اسلحه گرم یا سرد در شهر و راه رفت و آمد برای ترساندن مردم، محارب کسی است که در اماکن عمومی راه‌ها به روی مردم اسلحه بکشد و آن‌ها را بترساند. به طور کلی محاربه از جرائم علیه امنیت عمومی است؛ اما بغی یک جرم سیاسی و به معنای خروج علیه امام عادل است. نکته‌ای که در اینجا از اهمیت به سزای برخوردار است این که در تحقق جرم محاربه حضور امام عادل، قوت و قدرت محاربین، وقوع جنگ بین طرفین و تأویل و توجیه هدف جنگ لازم نیست. در حالی که در تحقق جرم بغی و جرائم سیاسی لازم است تا امام عادل حضور داشته باشد، بغات از قدرت و توانی برخوردار باشد که متفرق کردن شان بدون جنگ ممکن نباشد، شورشیان دلیلی یا توجیهی هر چند باطل برای عدم اطاعت از امام نداشته باشند و اینکه بغی باید در زمان درگیری و جنگ داخلی رخ دهد. لذا اگر جنایت در شرایط عادی باشد، جزء جرایم عادی محسوب



می‌گردد نه جرایم سیاسی و اینکه هدف بغات یا مجرمین سیاسی عزل و برکناری امام یا سقوط حاکمیت اسلامی باشد. در کلمات فقها به دلیل اینکه محاربه و افساد فی الارض در یک آیه قرار گرفته، تعریف روشنی وجود ندارد که بتوان بین این دو جرم تفکیک قائل شد (گلدوزیان و احمد نژاد، ۱۳۸۸: ۲۶۳).

اما برخی از فقها مسائلی را به عنوان مصادیق افساد فی الارض ذکر نموده اند که اشاره به دوگانگی و تفاوت این دو عنوان مجرمانه دارد. از علامه نقل شده که در کتاب قواعد چنین آورده است: «اجرای حد سرقت؛ به خاطر آن است که مسروق، مال باشد. بنابراین اگر دست سارقی که طفل حر صغیر را می‌دزدد و او را می‌فروشد؛ به دلیل اجرای حد سرقت نیست؛ بلکه به علت افساد است» (موسوی کرمانی، ۱۳۸۹: ۵۲۰). ابو صلاح حلبی نیز در خصوص مجازات شخصی که زن خود یا زن دیگری را فروخته است، می‌نویسد: «هرگاه شخصی که زن آزاد خود یا زن دیگری را بفروشد، دستش قطع می‌شود به دلیل افسادش در زمین» (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۱۲).

بنابراین اگر افساد فی الارض، بغی و محاربه را یکی بدانیم، لازمه آن این خواهد بود که در افساد فی الارض و بغی نیز شرایط محاربه را لازم بدانیم در حالی که چنین نیست. زیرا افساد فی الارض علاوه بر محاربه، شامل تقنین قوانین فاسده، فرمان کشف حجاب و اشاعه امور بی‌عفتی و منکرات و ترویج باطل و انتشار مواد مخدر و تأسیس قمارخانه‌ها و عشرتکده‌ها و سوزاندن خرمن‌ها و نظایر این‌ها می‌شود که حتی در بعضی این امور برای اهل فجور نشاط و افری هم تحصیل می‌شود. بلکه برای اهل ادمان در فسوق پاره‌ای از امور مذکوره نظیر آب برای ماهی است، ولی محاربه صدق نمی‌کند چون اخافه مردم به وسیله آلت معموله، بر این امور منطبق نیست. زیرا از شرایط محاربه این است که برای مردم ایجاد خوف نماید؛ چنانچه شهید در کتاب لمعه به این شرط تصریح نموده است (عاملی، ۱۳۸۲، ج ۳: ۳۲۳).
با اینکه تعداد زیادی از فقها محاربه و افساد فی الارض را به دلیل اینکه در آیه بین این دو عنوان تفاوتی قرار داده نشده، یک جرم می‌دانند، در حالی که این استدلال خلاف ظاهر آیه است و مستقل بودن هر کدام از محاربه و افساد فی الارض بیشتر

محتمل و قابل توجیه است (گلدوزیان و احمد نژاد، ۱۳۸۸: ۲۶۴). بدین صورت که نسبت بین افساد در روی زمین و محاربه، نسبت عموم و خصوص است که بر هر چه محاربه صدق کند، افساد فی الارض نیز صدق می‌کند، ولی چنانچه ملاحظه شد در موارد فوق افساد فی الارض صدق می‌کند اما محاربه محسوب نمی‌گردد (محمدی گیلانی، ۱۳۷۹: ۲۸۸). از جانب دیگر محقق حلی بغی را جدای از عنوان محاربه می‌داند، اما شهید ثانی بغی را همان محاربه می‌داند و به این نظر است که باغی همان محارب است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۷). این در حالی است که اکثر فقها بحث مجازات بغات را در کتاب جهاد و بحث مجازات محاربه را در کتاب حدود مورد بحث قرار داده‌اند. بنابراین هر کدام عنوان مجرمانه جداگانه تلقی گردیده است. مخصوصاً اینکه به نظر برخی از فقها، تجرید سلاح در محاربه موضوعیت دارد، لذا عنصر مادی محاربه و بغی تفاوت پیدا می‌کند (احمدی، ۱۳۹۴: ۱۸). بر این اساس دیده می‌شود که با توجه به عنصر مادی عنوان مجرمانه، افساد فی الارض، محاربه و بغی، تعداد جرائم حدی نیز تفاوت پیدا می‌کند.

۲-۳-۲. نبش قبر

مورد دیگری که در حدی یا تعزیری بودن آن بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، سرقت کفن از قبر است. اساس این اختلاف نظر برمی‌گردد به این موضوع که آیا قبر حرز محسوب می‌گردد یا خیر. کسانی که قبر را حرز نمی‌دانند، نبش قبر را از جرائم تعزیری می‌دانند؛ اما کسانی که قبر را حرز می‌دانند، به این نظرند که سرقت کفن از جمله جرائم حدی بوده و دست نباش همانند سارق قطع می‌گردد. هر کدام از این دو گروه دلایلی را برای اثبات ادعایشان ارائه نموده‌اند.

در این مورد دو موضوع حائز اهمیت است: اول اینکه آیا قبر حرز برای کفن است یا خیر و دیگری اینکه اگر حرز محسوب شود، صرفاً در مورد کفن واجب است و یا شامل کفن مستحبی نیز می‌گردد. اکثر فقهای اهل سنت قبر را حرز می‌دانند و نباش را با توافر سایر شرایط، مستوجب حد سرقت می‌دانند. علامه حلی از فقهای امامیه به این نظر است که قبر حرز کفن واجب است و با وجود سایر شرایط سرقت حدی،



نباش مستوجب حد سرقت خواهد بود. شیخ در مبسوط ضمن اینکه قول به عدم قطع دست نباش را نقل می‌کند، خودش به حدی بودن جرم نبش قبر تصریح می‌کند (طوسی، ۱۳۷۰، ج ۸: ۳۴). درحالی‌که شهید در کتاب لمعه، نباش را مستوجب تعزیر می‌داند، اعم از این‌که چیزی از قبر بیرون کند یا خیر (عاملی، ۱۳۸۲، ج ۳: ۳۱۸). صاحب جواهر نبش قبر را از جرائم حدی دانسته، اعم از اینکه کفن واجب باشد یا مستحب. همچنان نظری که نباش را مستوجب تعزیر می‌داند را چنین توجیه می‌کند که ممکن است تعزیر در مواردی باشد که شخصی مکرراً مرتکب جرم نبش قبر شده اما مرتکب سرقت نگردیده باشد (نجفی، ۱۳۷۰، ج ۴۱: ۵۱۵).

نکته‌ای که در اینجا باید متذکر شد این است که حرز ممکن است دارای درب داخلی و بیرونی باشد. همانند درب حیاط خانه که برای سرقت اموال اتاق درب بیرونی و درب اتاق، درب درونی است و اتاق نسبت به درب گاو صندوق داخل اتاق درب بیرونی محسوب می‌شود. در مورد قبر نیز این فرض صادق است. سنگی که روی قبر است را درب بیرونی و سنگی که مابین مرده خاک است درب درونی محسوب می‌شود. بنابراین اگر سنگ‌هایی که بین مرده و خاک قرار دارند پس از برداشتن سنگ روئین به سرقت برده شود باید در صورتی که این سنگ‌ها دارای ارزش مالی بوده و به حدنصاب برسد سرقت حدی محسوب شود. زیرا سنگ روی قبر برای لحد حرز مناسب تلقی می‌گردد و بردن کفن از پائین لحد و خارج کردن آن از کل قبر، لازم برای تحقق سرقت حدی کفن است. اما خود قبرستان چون محل عبور و مرور افراد است، حرز نبوده سرقت از آن نیز سرقت حدی محسوب نمی‌گردد (شاگری و کرمی گلباغی، ۱۳۸۹: ۱۱۰). در میان فقهای امامیه شیخ صدوق، قبر را حرز کفن نمی‌دانند اما سایر فقها، تماماً به این نظر است که قبر حرز کفن است (محمدی، ۱۳۷۹، ۱۲۵). صاحب جواهر به این نظر است که قبر صرفاً برای کفن حرز محسوب می‌گردد و نسبت به سایر اموال و اشیایی که همراه میت در قبر قرار داده می‌شود، حرز پنداشته نمی‌شود، مگر اینکه حرز دیگری وجود داشته باشد (نجفی، ۱۳۷۰، ج ۴۱: ۵۲۰).



۲-۳-۳. ارتداد

چنانچه قبلاً اشاره شد، محقق حلی و تعداد دیگر از فقها، ارتداد را از جرائم تعزیری می‌دانند. از جمله شهید اول در کتاب حدود، پس از بحث حدود، فصل جداگانه‌ای را تحت عنوان «فی عقوبات متفرقه» به بررسی مجازات ارتداد و چند جرم دیگر پرداخته است (عاملی، ۱۳۸۲، ج ۳: ۳۳۴). اما شهید ثانی به این نظر است که قرار دادن عقوبت مرتد به عنوان تعزیر، بین فقها امر شناخته شده نبوده آنچه معروف است حدی بودن این مجازات است. هر چند مجازات آن به صورت خاص مقدر نیست، اما عدم تقدیر منافاتی با حدی بودن ارتداد نداد (شهید ثانی، ۱۴۱۲: ۳۲۷).

۲-۴. اختلاف در مورد تعداد و مصادیق تعزیرات مقدره

از جمله دلایلی که سبب بروز اختلاف نظر در بین فقهای امامیه در مورد تعداد جرایم حدی گردیده، بر اساس تعریف مشهوری که از حد وجود دارد، آنست که تعداد موارد تعزیرات منصوصه مورد اختلاف است. تعزیرات منصوصه مواردی است که علی رغم مقدر بودن نوع و میزان مجازات، در روایات و نصوص شرعی به عنوان تعزیر یاد گرفته اند. بنا به نظر مشهور، تعداد تعزیرات منصوصه، سه مورد است؛ اما در مصادیق همین سه مورد نیز اختلاف دیدگاه وجود دارد. شهید اول در کتاب دروس (عاملی، ۱۴۱۷: ۲۷۶)، شهید ثانی در شرح لمعه (العالمی، ۱۴۱۰: ۱۲۴) و در مسالک (العالمی، ۱۴۱۳: ۳۲۶) و برخی دیگر از فقها، نزدیکی با همسر در ماه رمضان در حال روزه، به همسری گرفتن کنیز و نزدیکی با او قبل از اذن همسر مسلمان و قرار گرفتن دو شخص عریان، دو زن یا دو مرد، زیر لحاف واحد را از مصادیق تعزیرات منصوصه بیان نموده اند.

در حالی که شیخ طوسی در مبسوط (طوسی، ۱۳۷۰: ۶۹۹)، شهید ثانی در مسالک (العالمی، ۱۴۱۳: ۳۲۶)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۷۰: ۳۰۸) و آیت الله صافی گلپایگانی (صافی، ۱۴۰۴: ۸۷ و ۸۸) به این باورند که تعداد تعزیرات منصوصه چهار مورد است: ازاله بکارت با انگشت، نزدیکی با همسر در حال روزه و به همسری گرفتن کنیز و نزدیکی کردن با او قبل از اذن همسر مسلمان و قرار گرفتن دو شخص



عریان زیر لحاف واحد. هر چند برخی مصادیق دیگر نیز وجود دارد که این فقها در مورد تعزیری یا حدی بودن آن‌ها اختلاف نظر دارند؛ مثلاً صاحب جواهر در مورد تقبیل، مضاجعه، معانقه، استمتاعات بدون نزدیکی بیان می‌دارد که در این موارد دو دسته روایات وجود دارد که یک دسته قائل به اعمال ۱۰۰ تازیانه است و دسته دیگر میزان مجازات را کمتر از حد دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۷۰: ۲۸۹ و ۲۹۰).

اما از فقهای معاصر آیت الله مکارم شیرازی، تعداد تعزیرات منصوصه را پانزده مورد به این شرح بیان نموده است: برده ای که به انسان آزاد افترا و بهتان بزند؛ هرکسی که به مسلمان دیگر بگوید: فاجر، فاسق، خبیث، منافق و...؛ وطی بهائم؛ نزدیکی با همسر در حال عادت ماهیانه؛ آمیزش جنسی در روز ماه مبارک رمضان و در حال روزه؛ قرار گرفتن دو مرد بدون اینکه قرابت فامیلی داشته باشند و بدون اینکه ضرورتی وجود داشته باشد در یک بستر؛ شخصی که دیگری را «فرزند دیوانه» بخواند؛ ازواج مرد مسلمان با زن اهل کتاب، بدون اجازه همسر مسلمان؛ تمتعات جنسی بدون آمیزش جنسی؛ کسی که در ماه مبارک رمضان شرب خمر نماید علاوه بر حد شرب، ۲۰ تازیانه به دلیل زیر پا گذاشتن حرمت ماه رمضان تعزیر می‌گردد؛ شخصی که به دیگری بگوید ای یهودی؛ کسی که در ماه مبارک رمضان بدون عذر شرعی روزه اش را افطار کند؛ شخصی اهل کتاب مسلمانی را قذف کند و... (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ۳۲).

این پراکندگی آرا در مورد تعداد جرایم تعزیری مقدره یا منصوصه که در نهایت سبب اختلاف در تعداد و موارد جرایم حدی می‌گردد ناشی از آن است که برخی از فقها از قبیل شهید ثانی در تعریف تعزیر وصف نامعین بودن مجازات را ملاک قرار داده است. به همین دلیل است که ایشان پنج مورد را به عنوان استثنا ذکر می‌کند، بدین معنی که هر چند مجازات مقدره دارند اما بازهم در زمره تعزیرات قرار می‌گیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۴: ۳۲۶). در حالی که همین مواردی که شهید ثانی به عنوان استثنا ذکر می‌کند، از نظر برخی دیگر از فقها جزء جرایم حدی است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۸-۱۲). اما بعضی دیگر از فقها این موارد را یا مانند ذکر مصداق دانسته‌اند که امام به عنوان حاکم شرع در مورد مخصوص میزان خاصی از



مجازات را مشخص کرده یا از قبیل حکم حکومتی دانسته که با تغییر زمان و مکان قابل تغییرند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ۱۰۷-۱۰۸). از مطالب فوق نتیجه می‌گیریم که در کنار سایر علل که ذکر گردید، اختلاف در تعداد و مصادیق تعزیرات مقدره یا منصوصه، علت دیگری است که تعداد و موارد جرائم حدی در نوسان و تغییر است.

نتیجه‌گیری

عمده‌ترین علل تکثر آرای فقهای امامیه در باب تعداد جرائم حدی برمی‌گردد به سه امر، مفهوم و ماهیت جرائم حدی و تعزیری، نصوص و ادله‌ای که در باب حدود وارد شده‌اند و اختلاف در عنصر مادی برخی از موارد جرائم حدی. بسته به این موضوع که حدود و تعزیرات را چگونه تعریف و تبیین نماییم، تعداد جرائم حدی نیز تفاوت خواهد کرد. کسانی که حد را به معنای جرائمی تلقی می‌کنند که مجازات آن از طرف شارع تعیین و مشخص گردیده، به این باورند که تمامی مواردی که مجازات مقدر دارند از موارد اجرای حد است، هرچند مقدار مجازات آن حداقل و حداکثر داشته باشد و یا حتی تعیین نوع مجازات به تشخیص حاکم شرعی باشد. اما کسانی که تعریف حد را به «ماله عقوبه مقدره» نمی‌پذیرند به این باورند که صرف مقدر بودن مجازات، دلیل بر حدی بودن جرم نیست. بلکه در این موارد باید به آیات و روایات باب مراجعه نمود.

استعمال واژه حد و تعزیر، در قرآن و روایات نیز به گونه‌ای است که نمی‌توان به یک قاعده ثابتی دست یافت. بدین صورت که گاهی کلمه حد نه تنها بر جرائم تعزیری اطلاق گردیده بلکه در قرآن، کلمه حد بر مطلق احکام الهی استعمال شده است تا جایی که موردی را نمی‌توان در قرآن یافت که این کلمه در مورد مجازات خاصی استعمال شده باشد. علت دیگری که سبب تکثر آرای فقها در مورد تعداد جرائم حدی از اهمیت خاصی برخوردار است، دقت در عنصر مادی برخی از جرائم است. به گونه‌ای که تعداد از فقها، محاربه، افساد فی الارض و بغی را در حکم جرم واحد قلمداد کرده‌اند؛ اما برخی دیگر هر کدام از این موارد را جرم جداگانه تلقی کرده‌اند.

فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ سوم، قم: موسسه نشر اسلامی.
۲. ابن زهره حلبی، همزه بن علی (۱۴۱۶)، غنیة النزوع، چاپ اول، قم: موسسه امام صادق (ع).
۳. احدی، سیف اله (۱۳۹۴)، بررسی در موارد اختلافی حد و تعزیر، مجله فقه و اصول، شماره ۱۰۲، صص ۹-۳۲.
۴. ایزدی فرد، علی اکبر؛ حسین نژاد، سید مجتبی (۱۳۹۴)، تاملی در مصادیق مشتبه حد و تعزیر با تحلیلی بر سخنان شهید ثانی در مسالک، مجله پژوهش های فقهی، شماره ۲، صص ۲۲۹-۲۵۸.
۵. بروجردی، حسین (بی تا)، منابع فقه شیعه: ترجمه جامع احادیث الشیعه حضرت آیت الله سید حسین بروجردی، قم: فرهنگ سبز.
۶. تبریزی، جواد (بی تا)، اسس الحدود و التعزیرات، نشر مهر.
۷. حاجی ده ابادی، احمد (۱۳۸۷)، اجرای حدود در زمان غیبت، مجله فقه و حقوق، شماره ۱۶، صص ۳۵-۶۲.
۸. حدادی، فاضل (۱۳۹۳)، حکم تعدی جنسی به میت با تأکید بر دیدگاه مرحوم خویی، مجله رسائل، شماره اول، صص ۹۴-۱۱۱.
۹. حر عاملی، محمد بن حسین (۱۴۰۹)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم: موسسه آل البيت.
۱۰. حسینی وردنجانی، حسن (بی تا)، اجرای حدود در اسلام، مرکز پژوهش های اسلامی صداوسیما جمهوری اسلامی ایران.





۱۱. حسینی، سید محمد (۱۳۸۷)، حدود و تعزیرات (قلمرو انواع احکام)، مجله مطالعات حقوق خصوصی، سال ۳۸، شماره اول، صص ۱۲۵-۱۴۶.
۱۲. حلبی، ابوصلاح (۱۴۰۳)، الکافی فی الفقه، اصفهان: نشر مکتبه امیر المومنین.
۱۳. خمینی، روح‌الله (۱۴۰۴)، بدائع الدرر فی قاعده نفی الضرر، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۴. خویی، ابوالقاسم (۱۳۶۲)، مبانی تکمله المنهاج، قم: صدرا.
۱۵. دانشور، رضایی؛ رمضان، قدرت‌الله (۱۳۹۴)، بررسی قبض و بسط کیفرهای حدی، مجله مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، سال نهم، شماره ۳۲، صص ۵-۲۶.
۱۶. راغب اصفهانی، حسین (۱۳۶۵)، المفردات فی غریب القرآن، قم: جامعه مدرسین.
۱۷. رحمتی، محمد (۱۴۱۵)، کتاب الحدود، جزء اول، قم: المطبعة العلمیه.
۱۸. رسایی، محمد (۱۳۹۲)، بررسی ارتداد در مذاهب اسلامی، مجله حبل المتین، سال دوم، شماره پنجم، صص ۱۴۱-۱۶۵.
۱۹. سلار دیلمی، حمزه ابن عبدالعزیز (۱۴۱۴)، المراسم العلویه، قم: مجمع جهانی اهل بیت.
۲۰. شاکری، ابوالحسن؛ کرمی گلباغی، داوود (۱۳۸۹)، بررسی ربودن مال از قبر در فقه و حقوق کیفری ایران، مجله فقه و اصول، شماره ۱۹، صص ۱۰۷-۱۲۴.
۲۱. شعبانی، مهدی؛ محبان، مهدی (۱۳۹۵)، شمار جرائم حدی در حقوق کیفری امامیه علل تکرر آرا و ضرورت احصاء، مجله فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره ۱۰۷، صص ۲۵-۴۳.
۲۲. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۸۲)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، تصحیح، حسن قاروبی تبریزی، ج ۳، قم: دارالتفسیر.
۲۳. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.



۲۴. شیخ مفید، محمدبن محمد نعمان (۱۴۱۰)، المقنعه، چاپ دوم، قم: موسسه نشر اسلامی.
۲۵. صالحی نجف آبادی، نعمت الله (۱۳۷۶)، تفسیر آیه محاربه و احکام فقهی آن، مجله نامه مفید، شماره نهم، صص ۵۹-۱۰۶.
۲۶. الطوسی، ابو جعفر محمد (۱۳۷۰)، المبسوط فی فقه الامامیه، تصحیح: محمدباقر بهبودی، ج ۸، بیروت: دارالکتب الاسلامی.
۲۷. عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی (۱۴۱۰)، اللمعه الدمشقیه، دارالتراث، چاپ اول.
۲۸. عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی (۱۴۱۷)، الدروس، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
۲۹. علامه حلی، یوسف بن مطهر (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام، چاپ اول، قم: موسسه نشر اسلامی.
۳۰. غلامی، علی؛ آقایی مبیدی، حسین (۱۳۹۲)، اهداف اجرای حدود و تعزیرات در کلام فقها و سازوکار حل تلافی آن، مجله فقه و اصول، شماره ۷۵ و ۷۶، صص ۱۹۳-۲۲۴.
۳۱. قرشی، علی اکبر (بی تا)، قاموس قرآن، نشر دارالکتب الاسلامیه.
۳۲. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۸)، الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۳. گلپایگانی، محمدرضا (بی تا)، الدر المنضود فی احکام اللحدود، نشر دارالقرآن الکریم.
۳۴. گلدوزیان، ایرج؛ احمد نژاد، ابوالفضل (۱۳۸۸)، بررسی جرم محاربه و افساد فی الارض در فقه و حقوق با رویکردی به لایحه پیشنهادی قانون مجازات اسلامی، مجله حقوق، دوره ۳۹، شماره ۱، صص ۲۵۵-۲۷۰.
۳۵. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: موسسه اسماعیلیان.
۳۶. محمدی گیلانی، محمد (۱۳۷۹)، حقوق کیفری در اسلام، تهران: نشر سایه.



۳۷. مرعشی، محمد حسن (۱۳۷۷)، محاربه و افساد فی الارض، مجله دادرسی، سال دوم، شماره نهم، صص ۱۰-۱۶.
۳۸. مقیمی حاجی، ابوالقاسم (۱۳۸۶)، فلسفه مجازات در اسلام، مجله فقه اهل بیت، شماره ۵۲، صص ۷۱-۱۰۵.
۳۹. منتظری، حسینعلی (۱۴۰۰)، کتاب الحدود فی مباحث الزنا واللواط والسحق و القياده، قم: دارالفکر.
۴۰. موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۶)، آیین کیفری اسلام: شرح فارسی تحریر الوسيله (حدود)، قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار^(ع).
۴۱. موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۲۷)، فقه الحدود و التعزیرات، قم: نشر مفید.
۴۲. موسوی کرمانی، سید حسین و دیگران (۱۳۸۹)، ایضاح الفوائد فی شرح الفوائد، موسسه اسماعیلیان.
۴۳. میلانی، علی رضا؛ خلیلی سامانی، لیلا (۱۳۹۴)، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، شماره اول، صص ۱۹-۲۵.
۴۴. ناصری قورگ، محمد یوسف؛ خسروی، عبدالحمید؛ نورپور، محسن (۱۳۹۳)، حدود در فقه مذاهب اسلامی؛ دشواری در اثبات، تیسیر در اسقاط، شدت در اجرا، مجله فروغ وحدت، سال دهم، شماره ۲۷، صص ۸-۲۲.
۴۵. نجف‌آبادی، سعید هادی؛ آیتی، سید محمدرضا (۱۳۹۵)، تبدیل و جایگزین مجازات‌های اسلامی (حدود و تعزیرات) متناسب با مقتضیات زمان، مجله فقه و حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۴۶، صص ۸۹-۱۱۲.
۴۶. نجفی، محمد حسن (۱۳۷۰)، جواهر الکلام، تصحیح قوچانی، ج ۴۱، قم: صدرا.
۴۷. نوبهار، رحیم (۱۳۹۲)، جستاری در مبانی تقسیم‌بندی حدی- تعزیر در فقه کیفری اسلام، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۳، صص ۲۱۳-۲۵۴.