

## تقسیم‌بندی جرائم به حد و تعزیر با تأکید بر قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»

فاطمه احمدی<sup>۱</sup>

### چکیده

در متون جزایی اسلامی، تقسیم‌بندی جرائم به حد و تعزیر یک قاعده قطعی و مسلم است. این تقسیم‌بندی علاوه بر اینکه مبنای بخش‌هایی از احکام است، برای قواعد جزایی نیز کاربرد دارد. بنابراین تقسیم‌بندی حد و تعزیر و اینکه دارای بنیاد قانونی است یا فقط از ادله نقلی برداشت شده، کمتر مورد مطالعه قرار گرفته است. سؤال اصلی این است که دو مقوله حد و تعزیر، در بین قواعد فقهی چه جایگاهی دارد؟ این مقاله با روش توصیفی تحلیلی و با واکاوی بنیادهای عقلی و نقلی نتیجه می‌گیرد که به‌سختی می‌توان این تقسیم‌بندی را بر بنیاد عقلی مبتنی ساخت. پس این تقسیم‌بندی و شناسایی دیگر مجازات‌ها باید بر اساس ادله نقلی و قانونی استوار باشد. بدون چنین دلایلی نه اصل تقسیم‌بندی درست است و نه شناخت احکام ویژه برای حد و تعزیر قابل اثبات. در این مقاله، این تقسیم‌بندی بر اساس ادله نقلی بحث و بررسی می‌شود.

**کلیدواژه‌ها:** تقسیم‌بندی جرائم، حد، تعزیر، مجازات، قواعد فقهی

---

۱. ماستری حقوق جزا و جرم‌شناسی، مدرس حوزه علمیه صادقیه کابل وابسته به جامعه المصطفی العالمیه- افغانستان  
ایمیل: fatima.ahmadi.556@gmail.com

## مقدمه

بر اساس نظریه مشهور در فقه اسلامی، جدا از اینکه قصاص مجازاتی برای جنایت بر نفس است، عضو یا منافع، مجازات‌ها به حد و تعزیر تقسیم می‌شوند. حد مجازاتی است که میزان آن در شرع مقدس مشخص شده است؛ اما برای تعزیر، اندازه معینی بیان نشده است. تعیین چگونگی کیفر تعزیری به حاکم یا دادرس پرونده (بنا بر اختلاف نظر موجود در این باره) سپرده شده است. مثلاً گاهی در شرایطی می‌توان با تکیه بر عناوین ثانویه یا تراحم مصلحت حاصل از اجرای حد یا مفسده‌ای دیگر، از اجرای حد چشم‌پوشی کرد یا در مواردی مانند اجرای حد بر بیمار و ناتوان، آن را به تأخیر انداخت یا به‌طور نمادین اجرا کرد، ولی تغییر در چگونگی مجازات حدی جایز نیست؛ زیرا آن‌ها در نصوص شرعی دقیقاً معین شده‌اند.

تقسیم‌بندی حد و تعزیر دست‌کم از دو جهت غیر منعطف است:

نخست این‌که خود این تقسیم‌بندی ثابت است؛ به این معنا که باوجود اختلاف نظر در شمارگان حدود، حد برای همیشه حد و تعزیر همیشه تعزیر است. درحالی‌که در نظام‌های کیفری عرفی در حوزه واکنش به جرم، تعیین دسته‌ای از واکنش‌ها به عنوان مجازات‌های ثابت و دسته‌ای دیگر به عنوان مجازات‌های متغیر، رایج است؛ اما خود این تقسیم‌بندی با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، قابل تغییر است؛ البته با توجه به این نکته که تعیین کیفر ثابت حقیقتاً برخلاف اصل و کاملاً استثنایی است.

دوم این‌که چگونگی مجازات‌های حدی برخلاف تعزیر که تغییرات قانونی در آن راه دارد، همیشه ثابت است، نمی‌توان بر حد افزود یا از آن کاست. این فرق در نظم دهی دوگانه حد-تعزیر بسیار تعیین‌کننده است.

دامنه این تفاوت‌ها همچنان روز به روز زیاده‌تر می‌شود؛ زیرا با این پیش‌فرض که میزان کیفر حدی در همه حال ثابت است و تغییر و تبدیل آن‌ها به دلایل و اسباب معینی امکان‌پذیر است. کیفرهای حدی، شامل نهادهای جزایی نوپیدا مانند تعلیق، تعویق، تخفیف، آزادی مشروط و نظام نیمه آزادی (در موارد حبس حدی)، منع



محاكمه مجدد و منع مجازات مضاعف، نمی‌شوند و تعیین کیفرهای تکمیلی و تبعی برای جرائم حدی سخت می‌شود.

در بررسی‌های به‌عمل‌آمده در خصوص مبانی تقسیم جرائم به حد و تعزیر، مجموعه‌ای که بتواند این تقسیم‌بندی را به‌صورت دقیق در فقه، از نظر آیات و روایات و قانون بررسی کند، وجود ندارد و برخی کتب و مقالات از قبیل «التعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق» که گسترده‌ترین و جامع‌ترین کتابی است که در این باره تألیف شده، مشروعیت اقامه حدود و تعزیرات در عصر غیبت، تأمل در حد و تعزیر جرائم با تکیه بر زمان و مکان، به‌صورت کلی پرداخته‌اند و هیچ‌کدام به‌صورت منسجم این مقوله را با دو دیدگاه تبیین نکرده است. با توجه به اهمیت موضوع و اینکه قانون افغانستان الهام گرفته از فقه حنفی است لازم است موضوع حاضر در حقوق افغانستان و فقه بررسی شود و تمایزات و تشابهاتی که در این زمینه وجود دارد مشخص گردد. باید یادآور شویم که اصل تقسیم‌بندی حد-تعزیر و این که بعضی از جرائم دارای کیفر ثابت و بعضی دارای کیفر متغیرند، مستند به روایات متعدد است. به تعبیر دیگر این تقسیم‌بندی، روایی است تا صرفاً قانونی و فقهی.

## ۱. مفاهیم

### ۱-۱. جرم

جرم در لغت به معنای گناه، تعدی، خطا و عصیان آمده است. (دهخدا، ۱۳۷۷: ۹۶) بنابراین از لحاظ لغوی دارای محدوده گسترده است که هم شامل بزه می‌شود و هم گناه و به زبان فارسی به‌عنوان فعل یا ترک فعل مستلزم کیفر نیز استعمال می‌شود. در حقیقت بزه مترادف کلمه جریمه است و جریمه اخص از جرم، فعل یا ترک فعلی است که قانون آن‌ها را با عقوبت تنبیه بدنی تعقیب کند. (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۲۱) در متون ادبی گذشته نیز جرم هیچ‌گاه فقط به معنای فعل یا ترک فعل قابل عقوبت دنیوی، نبوده و دارای معنای وسیعی بوده است که هم شامل گناه می‌شده هم بزه و هم خطا. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۷۷)

این ادعا در ادبیات حقوقی فعلی جا افتاده است، هرچند لفظ وارداتی «جریمه» از



معنای اصلی خود عدول کرده و در ردیف مجازات و جبران خسارت قرار گرفته است. این حالت در مورد کلمه بزه نیز قابل تطبیق است. تلفظ صحیح بزه در لغت‌نامه دهخدا به فتح «ب» و «ز» یا به فتح «ب» و کسر «ز» است و این تصور که این واژه و واژه‌های هم‌خانواده یعنی بزه‌کار و بزه‌کاری اخیراً و بیشتر برای مطالعات جرم شناختی رایج گردیده، منطبق با واقع نیست و واژه قدیم و رایج در ادبیات فارسی بوده و بهتر است به مرور در نظام تعلیم حقوق کشور استعمال شود. (دهخدا ۱۳۷۷: ۱۴۰)

جرم در اصطلاح از معنای لغوی آن فاصله داشته و بر اساس رشته مربوطه، شرایط و قیودی بر معنای لغوی وارد شده است. تعریف جرم بر اساس نظر دانشمندان و بر اساس رشته‌هایی که جرم را مورد مطالعه قرار می‌دهد متنوع و متفاوت است. بسیار مشکل است تا از میان جمعی از تعاریف، تعریفی را انتخاب کرد که جامع افراد و مانع اغیار باشد؛ حتی در حقوق کیفری نیز حقوق‌دانان بر سر تعریف نهایی جرم توافق ندارند و در نهایت با وجود نظرات اصلی خویش، تسلیم تعریف قانونی جرم می‌شوند.

## ۱-۲. حد

کلمه حد به دو معنا «فاصله و مرز» به کار رفته است. در بیان دیگر معنایی نزدیک به همین معنا، حد به معنای نهایت و پایان چیزی است. اگر این معنا در معنای اصطلاحی حدود لحاظ شده باشد، تأکید در این نام‌گذاری بر پایداری و عدم تغییر است. گویا حدود مرزهایی هستند که از آن‌ها نباید تجاوز کرد. باین حال برخی از لغت‌شناسان گفته‌اند: «حد در اصل به معنای منع است». (ابن اثیر الجزری، ۱۴۱۳: ۴۲۳) «وحدّ رجل عن الامر، منعه و حسیبه»؛ (ابن منظور، ۱۴۰۸، ۳: ۲۲۱) یعنی منع و حبس کرد او را. «الحدّ الحاجز بین الشیین الذی یمنع اختلاط احدهما بالآخر». (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۲: ۲۲۱)

حد فاصله بین دو چیز است که مانع مخلوط شدن یکی با دیگری می‌شود. حد حائل و حاجز میان دو چیز، کناره و انتهای چیزی، به معنای کرانه، مرز، اندازه و مقدار است. به دیگر سخن حد به معنای صرف و برگرداندن نیز استعمال می‌شود. حتی ابن فارس، «منع» را اولین معنا و «مرز» را دومین معنای حد ذکر کرده است.



اگر این معنا در حدود اصطلاحی لحاظ شده باشد، تأکید و بار معنایی کلمه حدود بیشتر از جنبه بازدارندگی کیفرهای حدی است. بنابراین هر دو معنایی که برای حدود ذکر شده از یکدیگر چندان دور نیستند؛ مرز به معنی تعیین چیزی به منظور ممانعت از ورود به آن است. پس به سختی می‌توان پویایی یا ایستایی حدود را با تکیه بر مباحث لغت‌شناسی به سر و سامانی رسانید. بخصوص این‌که قول لغت‌شناسان در چنین مباحثی بیشتر جنبه حدسی دارد.

### ۱-۳. تعزیر

تعزیر مصدر فعل عَزَرَ از ریشه «عزر» در لغت به معانی رد و منع، (ابن اثیر الجزری، ۱۴۱۳: ۲۲۸) ضرب دون الحد، تأدیب، سرزنش و ملامت، بزرگ دانستن و ادای احترام نسبت به فردی، نصرت و یاری کردن با زبان و شمشیر و... آمده است. (ایزدی فر، ۱۳۹۴، ۲: ۲۳۲) به نظر می‌رسد ریشه اصلی تعزیر همان منع ورد است و در تمام معانی دیگر نوعی ردع و منع وجود دارد؛ چنانکه ابن اثیر می‌گوید: «به تأدیبی که کمتر از حد است، تعزیر گفته می‌شود؛ چون جانی را از تکرار گناه منع می‌کند». (این اثیر الجزری، ۱۳۶۴: ۳۲). به نصرت و یاری کردن تعزیر گفته می‌شود؛ چون کسی را که یاری نموده‌ای، دشمنان را از او دفع و آن‌ها را از آزار دوباره نسبت به وی منع کرده‌ای». (همان، ۲۴۰) بنابراین تعزیر مختص ضرب نیست، بلکه مربوط به هر نوع واکنشی می‌شود که به وسیله آن بتوان مجرم را از انجام دوباره گناه، منع کرد. اما در اصطلاح از نظر اکثر فقهای شیعه و مذاهب مختلف عامه، تعزیر عقوبتی است که شارع نوع و مقدار معینی برای آن تعیین نکرده است.

با توجه به اینکه برخی از مجازات‌های تعزیری نوع و مقدار آن در شرع معین شده است، بسیاری از فقها برای شمول این بخش از مجازات‌های تعزیری قید «غالباً» را در تعریف افزوده‌اند. بنابراین تعزیر مجازات و عقوبتی است که اغلب نوع و میزان آن از جانب شارع معین نشده و تعیین آن با توجه به مقتضیات زمان، نوع جرم، و شخصیت مجرم، از اختیارات حاکم است. (فتاحی، ۱۳۹۲، ۱: ۱۱۳)

برخی معتقدند که تعزیر به مجازات و عقوبت منحصر نیست، بلکه طیف وسیعی



از امور را همچون صورت درهم کشیدن، وعظ کردن، توبیخ کردن، و تهدید کردن، کفارات مالی، مجازات‌های تعزیری برای اعمال حرام شرعی، و گاه اعمال مفسده‌آمیز هرچند حرام شرعی نباشد مثل تعزیر نابالغ و دیوانه و... را در برمی‌گیرد که اطلاق مجازات بر موارد از آن‌ها راه ندارد، یا دست‌کم تردید وجود دارد. حال اگر کسی بخواهد تعریفی بیاورد که همه این مجموعه را در برگیرد و درعین حال مانع ورود حدود، قصاص و دیات باشد، کاری مشکل و شاید ناممکن است. از این‌رو برای تعزیر باید یک تعریف تقریبی ارائه داد و گفت: «تعزیر هرگونه رفتار یا کرداری است، است که نوع و میزان آن غالباً در شرع مشخص نشده و به‌منظور اصلاح و تأدیب متخلف و جلوگیری از ارتکاب جرم، تعیین و اعمال می‌گردد». (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹: ۴۹)

## ۲. کیفرهای حدی

### ۲-۱. اسباب کیفرهای حدی

فقها در اسباب کیفرهای حدی اتفاق نظر ندارند. برخی از فقها اسباب حد را ۱۴ مورد دانسته‌اند. (طوسی، ۱۴۰۰، ۴: ۷۳۲) برخی دیگر با افزودن دو مورد، تعداد آن را به ۱۶ مورد رسانده‌اند. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۷۰) بعضی دیگر با اختلاف در برخی موارد، همان ۱۶ مورد دانسته‌اند. (خویی، ۱۳۹۳، ۲: ۱۷۸) گروهی نیز با کمی اختلاف تعداد اسباب را به ۱۸ مورد رسانده‌اند. (شاهرودی، ۱۴۲۶: ۲۵۱) با وجود این، برخی دیگر فقط به ۹ مورد از اسباب حدود اشاره کرده‌اند. (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ۲: ۴۴۹) برخی دیگر هشت مورد دانسته‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۷) کمتر از این هم گفته شده است.

اگرچه عناوینی مانند حد زنا، (کلینی، ۱۳۹۰، ۴: ۲۹۲) و حد قذف، (همان، ۲۱۰) لواط، مساحقه، قوادی، میگساری، سرقت، سحر، محاربه و ارتداد در روایات آمده است؛ (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۶۱) اما روایاتی که موارد حدود را به‌طور کامل شمرده باشد، وجود ندارد. نبود روایت در این باره منشأ اختلاف فقها در باره حدود شده است. از سوی دیگر، شناسایی گونه‌ای تعزیر با عنوان «تعزیرات منصوص» هم تعداد حدود را مبهم ساخته است.



## ۲-۲. انواع کیفرهای حدی

نوع و میزان کیفرهای حدی که در شرع آمده عبارتند از قتل (مجازات جرائمی چون زنای به عنف و لواط ایقابی) رجم (مجازات زانی و زانیه محصن) شلاق (مجازات شراب خوری، زنا، قذف، قوادی) قطع عضو (مجازات سرقت حدی در مرتبه اول و دوم و محاربه) حبس ابد، (منتظری، ۱۳۷۳، ۲: ۴۴۴) (مجازات سرقت حدی در مرتبه سوم، اکراه به قتل عمد و ممسک در قال عمد) و تبعید، در موارد که میزان در شرع مشخص شده است، حد به شمار می‌رود. مثلاً مردی که ازدواج کرده با زنش رابطه جنسی برقرار نکرده است در صورت ارتکاب زنا، یک سال از شهرش تبعید می‌شود. صلب یا به دار کشیدن (یکی از مجازات تخییری محاربه ذکر شده است)، سر تراشیدن. (حاجی ده آبادی ۱۳۸۸: ۳۸)

## ۲-۳. ویژگی‌های کیفرهای حدی

در فقه جزایی اسلام برای واکنش کیفری به پدیده مجرمانه کیفرهای متنوعی طراحی شده است. برای حد از سایر انواع حدّ از سایر انواع کیفر، تفاوت‌های قابل توجهی برشمرده است. (حر عاملی، ۱۴۲۹: ۳۰۷) اگرچه به نظر برخی، برای اثبات بسیاری از این تفاوت‌ها نصوص قابل اعتمادی وجود ندارد (نوبهار، ۱۳۹۳، ۴: ۱۴۲) و در اختصاص بسیاری دیگر آن، برای حد مقابل تعزیر تردید وجود دارد. (حسینی، ۱۳۸۸: ۳۹) به هر حال تأکید بر این ویژگی‌ها، سبب شده است که اصول حاکم بر کیفرهای حدی، تفاوت اساسی با سایر انواع کیفر پیدا کند. تعیین نوع و مقدار کیفرهای حدی چنانکه وجه مشترک همه تعریف‌ها است، از مهم‌ترین قیود احترازی به شمار می‌آید که بسیاری از فقها آن را وجه تمایز بین حدود و تعزیرات ذکر کرده‌اند.

## ۲-۴. قطعیت کیفرهای حدی

عمده‌ترین فاکتورهای قطعیت حدود عبارتند از عدم جواز تعطیلی، عدم جواز تأخیر، عدم جواز شفاعت و کفالت. نصوص بسیاری به اجرای بی‌چون و چرای حدود، با سرعت هر چه بیشتر و بدون کمترین تأخیر تأکید دارند، مگر در موارد خاصی که از روی مصلحت، موقتاً تا رفع مانع، اجرای حدّ به تأخیر افتد (کلینی، ۱۴۰۷، ۲: ۱۸۷)

همچنین روایاتی با الفاظ مختلف از پیامبر (ص) و ائمه (ع) نقل شده که از شفاعت و کفالت در اجرای حدود منع کرده‌اند. بسیاری از منابع شیعی و سنی عدم جواز شفاعت و کفالت را در حد، یکی از تفاوت‌های میان حد و تعزیر شمرده‌اند.

## ۲-۵. شدت کیفرهای حدّی

از آنجا که جرائم مستوجب حد بیشترین آسیب را به اجتماع وارد می‌آورند، کیفرهای نسبتاً شدیدتری برای مقابله با این جرائم تجویز شده است. شدت مجازات حدود در دو حالت قابل بررسی است:

اولاً: در شرایط عادی، ارتکاب جرائم مستوجب حد، مجازات‌های سنگینی در پی دارند. شدید بودن مجازات‌های حدّی در مقایسه با انواع دیگر مجازات‌ها، بسیار ملموس و روشن است؛ زیرا بر اساس قاعده فقهی «التعزیر دون الحد» مقدار مجازات تعزیری نباید بیشتر از حداقل مجازات حد باشد. (الزحیلی، ۲۰۱۱، ۶: ۱۴۵) همچنین شدت نسبت به نفع و فایده حاصل از ارتکاب آن‌ها بسیار بالا است، برای مثال تحمّل ۱۰۰ تازیانه در حد زنا، آن‌هم با آن کیفیت که در حضور تعدادی از مؤمنان، هم از لحاظ جسمانی و هم از نظر معنوی و حیثیتی در ازای این انتفاع و لذت زودگذر، بسیار شدید بوده و کمتر انسان عاقلی حاضر می‌شود که چنین درد و رنج شدیدی را در قبال منفعتی کوتاه بپذیرد.

ثانیاً: در شرایط خاصی مجازات‌های حدّی، به حداکثر شدت می‌رسند و حذف مرتکب جرم از جامعه را به دنبال دارد. این شدت فوق‌العاده، غالباً در دو صورت بروز می‌کند؛ یکی ارتکاب اعمالی که در وضعیت عادی از لحاظ اخلاقی و فطری، قبح بالایی دارند و غیرقابل تحمل هستند و به واسطه ارتکاب آن عمل درواقع مجرم استحقاق خویش برای تخفیف یا تساهل را از خود سلب نموده و مستحق مرگ می‌شود. مانند زنای با محارم. در برخی از مواقع علل مشدده عام مثل تکرار جرم موجب تشدید حداکثر مجازات حدود می‌شود. (حاجی ده آبادی ۱۳۹۷: ۳۱۳)

## ۲-۶. تشریفات خاص در اجرای کیفرهای حدّی

مرحله اجرای حد بر مجرم، مستلزم تشریفات خاص بوده که باید در اجرای حد مورد



توجه متولیان اجرای حد قرار گیرد که این تشریفات و آداب خاص در راستای اهداف موردنظر شارع از اجرای مجازات، مثل اصلاح مجرم، بازدارندگی عمومی، رضایت خاطر بزه دیده و... قابل توجیه هستند. به عنوان مثال حد رجم یکی از حدودی است که با تشریفات خاصی مثل دفن کردن تا سینه، رو به قبله بودن، سنگ زدن ابتدایی توسط حاکم و اندازه سنگ‌ها، اجرای می‌گردد. (خویی، ۱۳۹۳، ۲: ۷۸)

## ۷-۲. شروط سخت‌گیرانه در اثبات کیفرهای حدی

ادله اثبات جرائم حدی محدود بوده و برای پذیرش آنان به عنوان ادله ثابت‌کننده جرم حدی، شروط و ضوابط خاصی در شرع اسلام پیش‌بینی شده است. این ادله عبارتند از اقرار متهم، شهادت شهود، و علم قاضی در هریک از این ادله، باید شرایط و ضوابط دقیق و خاصی رعایت شود تا جرم حدی به اثبات برسد. در اقرار برای اثبات جرم نصاب و کیفیت مشخصی در نظر گرفته شده است. به عنوان مثال نصاب اقرار برای اثبات جرائم زنا، لواط، مساحقه چهار بار، برای قذف و سرقت دو بار و برای محاربه، یکبار اقرار با وجود سایر شرایط، جرم را اثبات می‌کند.

در کیفیت اقرار در جرایم جنسی (زنا، لواط و مساحقه) از حساسیت بالایی برخوردار است؛ اولاً اقرارکننده باید دارای شرایط کمال باشد؛ یعنی عاقل، بالغ، مختار، قاصد و آزاد باشد. (محمدی گیلانی، ۱۳۷۸: ۴۹) ثانیاً اقرار صریح یا حداقل ظاهر باشد؛ یعنی نوع جرم ارتكابی را مشخص نماید نه اینکه اقرار به صرف وجوب اجرای حد بر خویش نماید. ثالثاً به رغم قاعده مشهور «منع انکار پس از اقرار» در زنای مستوجب رجم، انکار مقرر موجب سقوط حد رجم از وی می‌گردد. (خویی، ۱۳۹۳، ۲: ۷۸) رابعاً به اعتقاد برخی از فقها، چهار بار اقرار باید در چهار مجلس مختلف واقع شود. (نجفی، ۱۳۹۸، ۲۱: ۲۸۳) در فقه اهل سنت تنها در نصاب آن برای اثبات جرم حدی، اختلاف اندکی وجود دارد. نزد فقهای احناف برای اثبات جرم حدی مثلاً زنا، علاوه بر لزوم احراز شرایطی همچون عقل، بلوغ و... برای اقرارکننده چهار مرتبه اقرار در چهار مجلس نیز شرط است. (مرغینانی، ۱۲۷۶: ۳۳۹) ولی نزد فقهای شافعی و مالکی یک مرتبه اقرار نیز برای اثبات حد زنا کافی است. (قرطبی، ۱۴۲۰، ۳: ۲۲۵)

شهادت که دومین دلیل اثبات کننده جرم حدی است، برای آن شرایط و ضوابط خاصی در شرع در نظر گرفته شده است. اولاً شاهد باید دارای اوصافی؛ بلوغ، عقل، اسلام، ایمان، عدالت، طهارت مولد، و نفی اتهام باشد. (خویی، ۱۳۹۳: ۴۴) ثانیاً در هریک از جرائم حدی، نصاب معینی با توجه به جنسیت شهود، برای اثبات آن جرم در نظر گرفته شده است. ثالثاً همه شهود در یک زمان و مجتمعا برای اقامت شهادتشان نزد قاضی شرع حاضر شوند وگرنه، نه تنها جرمی را اثبات نمی کنند، بلکه شهود حد قذف می خورند. علاوه بر شروط شاهد، خود شهادت نیز باید شرایطی را دارا باشد که در محکمه پذیرفته شود. مثلاً موضوع شهادت باید به طور قطع و یقین بیان شود و شهود باید در مشهود علیه از لحاظ زمان، مکان و سایر کیفیات بر فعل واحد اتفاق نظر داشته باشند.

### ۳. حد تعزیر

#### ۳-۱. انواع تعزیر

درباره نوع کیفرهای تعزیری اختلاف آرا و اقوال قابل توجه است. گروهی به دلایلی استناد کردند و تعزیر را منحصر در تازیانه دانسته اند؛ مانند اینکه تعزیر در شرع به معنی تازیانه است، و اصاله عدم ایذای مؤمن در شک تعزیر با غیر تازیانه، و اصاله التعین در دوران بین تعیین و تخیر، اصل بر تعیین تازیانه است که با انجام آن تکلیف قطعی ادا می شود و عبارت «دون الحد» در روایات و کلمات فقها، بیشتر با تازیانه سازش دارد؛ (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۶۷) اما فقهای عامه و برخی از فقهای امامیه به جواز مجازات حبس از باب تعزیر تصریح کردند. (منتظری، ۱۳۷۳، ۲: ۴۴۴) یا پس از ذکر مواردی از حبس تعزیری که در روایات آمده، نتیجه گرفته اند که مشروعیت حبس ضروری زندگی انسان و حکومت اسلامی است. مضافاً اینکه در میان قواعد فقهی، حتی قاعده به نام «الحبس عقوبة» وجود دارد که بر اساس آن حبس به عنوان یک عقوبت بازدارنده از جمله حبس تعزیری جانی برای بازداشتن وی از تکرار جرم استفاده می شود. (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۱۴۱)

راجع به مشروعیت تعزیر مالی نیز در فقه خاصه و عامه بحث شده و اقوال موافق



و مخالف اختیار شده است. درباره جواز اعدام «قتل» تعزیری نیز در فقه عامه و خاصه بحث شده است. گروهی با این بیان که تعزیر به منظور تنبیه و اصلاح و بازپروری انجام می‌گیرد، در «قتل» اعدام تنبیه و تأدیب و اصلاح منتفی است، بلکه نقض غرض لازم می‌آید، با توجه به تأکید فراوان بر اصل حرمت دما در منابع اسلامی جواز اعدام تعزیری را نپذیرفتند و استناد به عناوین چون «افساد فی الارض»، «اختیار حاکم» و «نهی از منکر» را در جواز اعدام تعزیری کافی ندانسته‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۶۳) از فقهای اهل سنت نیز برخی قائل به این قول هستند، دلیل آن را اعتراض عمر به کشتن یکی از مسلمانان که به صفوف مشرکان پیوسته بود و به‌عنوان تعزیر اعدام شده بود، می‌دانند. (فتحی بهسنی، ۱۹۸۰، ۱: ۱۷۱) اما برخی دیگر از فقها و دانشمندان شیعه و سنی قائلند که تعزیر شامل اعدام نیز می‌شود؛ زیرا اختیارش دست حاکم است و او بر حسب مصلحت و به تناسب جرم اقدام می‌کند حتی اگر به درجه اعدام هم برسد.

فقهای اهل سنت در مواردی چون ساحر، کاهن، اعتیاد در ارتکاب جرم لواط، سب چند بار پیامبر، جاسوسی مسلمان برای دشمن، و خیانت به کشور، فساد کسی که جز با قتل دفع نمی‌شود، مانند کسی که ایجاد تفرقه یا دعوت به بدعت در دین می‌کند، مجازات قتل را از باب تعزیر جایز شمردند. (ابن اثیر الجزیری، ۱۴۱۹: ۵، ۲۱) عبدالقادر عوده منشأ مجازات تعزیری قتل را سنت قولی پیامبر (ص) می‌داند که فرمود: «هرکس به قصد ایجاد تفرقه و تشتت شما را به شورش علیه یک مرد دستور دهد، او را بکشید. بلاها و سختی‌هایی در پیش است، پس اگر کسی بخواهد میان این امت در حالی که متحدند تفرقه افکند، هرکه باشد او را با شمشیر بزنید». (کاظمی، ۱۳۸۹، ۲۲: ۴۶) با بررسی کتب فقهی امامیه نیز می‌توان مواردی را یافت که در مجازات تعزیر، قتل پیش‌بینی شده است. مانند مجازات متنبی مدعی نبوت، مسلمان جادوگر در باب نهی از منکر، کسی که جلوگیری از منکر و فساد او جز با جرح و قتل امکان‌پذیر نباشد، (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۴: ۲۹۰) در مواردی فقها بر اساس قاعده فقهی: «اصحاب الکبار یقتل فی الثالث او الرابع» به قتل در تکرار جرم تعزیری

فتوا داده‌اند که از آن جمله است: تکرار خوردن روزه علنی در ماه مبارک رمضان برای بار سوم موجب قتل شمرده است. (محقق حلی، ۱۴۱۱: ۲۹۹) یا کسی که بدون عذر نماز را ترک کند، در مرتبه اول و دوم تعزیر و در مرتبه سوم کشته می‌شود. (همان: ۵۳۲) یا کسی که با آگاهی از حکم ربا، به رباخواری اقدام کند، در صورت تکرار کشته می‌شود. (صدوق، ۱۴۱۳، ۴: ۷۱)

بنابراین بسیاری از فقهای امامیه و عامه به دلایلی چون اطلاقات روایات باب تعزیر، اینکه در بسیاری از روایات، «تعزیر غیر تازیانه مانند حبس، آلوده نمودن لباس و بدن مجرم، تعزیر مالی آمده است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۸۱) اطلاقات باب امر به معروف و نهی از منکر، کلمات اهل لغت که تعزیر به معنای ردع و منع و تأدیب است، اهداف تعزیر، برقراری نظم و انضباط در جامعه و اختیارات حاکم اسلامی که مهم‌ترین دلیل تنوع مجازات است، استناد کردند، تعزیر را منحصر به تازیانه نمی‌دانند و به مجازات‌های دیگر مانند نفی بلد، حبس، اهانت، جریمه مالی حتی قتل و اعدام تعزیری نیز سرایت دادند و به اعمال آن‌ها حکم کردند. (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۲، ۱: ۴۴)

### ۳-۲. قلمرو تعزیر

در خصوص قلمرو کیفر تعزیر، کلمات فقها دچار تشتت زیادی است. آرای فقهی فریقین از وجود دست‌کم چهار رأی در باب مجازات تعزیری حکایت می‌کند. برخی معتقدند که تعزیر در مواردی اجرا می‌شود که در روایات آمده باشد. به بیان دیگر در مواردی که شارع به عنوان حد یا تعزیر تعیین عقوبت نموده است و حکم صریحی در ارتباط با آن وارد نشده، مشکل است، زیرا معلوم نیست چنین تعزیری شرعاً جایز باشد. (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲، ۴: ۱۵۴) برخی معتقدند که تعزیر شرعی منحصر به اعمالی است که در شرع، گناه کبیره تلقی شده است. نظر دیگر آن را گسترش داده و گناهان صغیره را نیز در سایه عقوبت‌های تعزیری قرار می‌دهد.

مفاد ادله که در شریعت مورد تعزیر واقع شده است، تعزیر را نسبت به اعمالی که به لحاظ عناوین اولی‌شان گناه محسوب می‌شوند، اثبات می‌کند؛ افعالی که



در خودی خود و به لحاظ حکم اولی، مباح هستند و انجام آن‌ها مجازات شرعی در پی ندارد. اگر حکومت به خاطر مصلحت و حفظ نظم عمومی محدودیت‌ها و مجازات‌های را وضع می‌کند، از باب عنوان ثانوی است، ویژگی مجازات‌های تعزیری را ندارد، باید عناوین دیگری مانند مجازات‌های قانونی، حکومتی و مانند آن را انتخاب کرد تا احکام غیر از احکام مجازات‌های تعزیری را بر آن‌ها مترتب کرد. (فتحی بهسنی ۱۹۸۰، ۱: ۱۱۳)

دیدگاه چهارم این است که تعزیر اختصاصی به گناه ندارد و در غیر گناه نیز تعزیر جایز است. بر اساس این نظر، مجازات تعزیری عنوان عامی است که هم رفتارهای شرعی و هم رفتار مفسده‌انگیز مخالف مصالح اجتماعی را در بر می‌گیرد. رفتارهای حرام شرعی، شامل ارتکاب افعال حرام و ترک واجب می‌شود که به دو قسم منصوص و غیر منصوص تقسیم می‌شود و رفتارهای مخالف نظم اجتماعی و مصالح عمومی، ممکن است از نظر شرع مقدس اسلام، معصیت تلقی نگردد؛ اما حکومت می‌تواند به دلیل حفظ نظام و پیشگیری از مفسدات اجتماعی و اصلاح فرد و جامعه آن را جرم‌انگاری نماید و مرتکب آن را مستحق کیفر تعزیری بداند. مانند قوانین گمرکی، تخلفات رانندگی و... (رستمی نجف‌آبادی، ۱۳۹۱: ۲۳-۲۲) بسیاری از فقهای خاصه و عامه معتقد به دیدگاه چهارم هستند. (حر عاملی، ۱۴۱۹، ۲۹: ۱۴۳)

### ۳-۳. میزان تعزیر

پیرامون میزان و اندازه کیفر تعزیر نیز وحدت کلمه وجود ندارد. فقهای عامه و خاصه معتقدند از نظر قَلّت اندازه معینی ندارد؛ اما از جهت کثرت، راجع به مقدار تعزیر با شَلّاق، در فقه امامی، چهار قول مطرح شده است: «مطلقاً کمتر از حدّ برده (چهل ضربه) باشد؛ باید کمتر از اقل حدود (هفتاد و پنج ضربه) در مورد شخص آزاد، و چهل ضربه در مورد شخص برده باشد؛ در جرائم متناسب با جرائم حدّی، به میزان حدّ عمل ارتكابی و در صورتی که جامع شرایط وجوب حد باشد، نرسد و در جرائم غیر مرتبط و غیر متناسب با جرائم حدّی، به اقل حدود، (حدّ قَوّادی، هفتاد و پنج ضربه) بالغ نگردد». (حر عاملی، ۱۴۱۹: ۴۴۸)



یا اینکه حاکم اسلامی بر اساس «قاعده التعزیر دون الحد» در تعیین مقدار تعزیر در جرائم غیر متناسب با حد مبسوط الید است. برخی هم کلمه «دون» را در قاعده یاد شده به معنی غیر دانسته و به مبسوط الید بودن حاکم در تمام تعزیرات حکم کرده‌اند. (احدی، ۱۳۹۴: ۲۸) در فقه عامه از قول به عدم جواز تعزیر بیش از ده ضربه هست تا قول به جواز تعزیر به هر تعداد ضربه شلاق، حتی اگر از میزان حد تجاوز کند. در خصوص میزان مجازات مالی، حبس و تبعید از باب تعزیر، نیز اقوال مختلف است. (حسینی، بی تا: ۹۲) البته بسیاری میزان مجازات‌های تعزیری را با توجه به شرایط جرم ارتكابی، مرتکب جرم و بزه دیده به نظر حاکم دانسته‌اند.

### ۳-۴. امکان تخفیف، تعلیق، شفاعت، کفالت و عفو در تعزیر

از ویژگی‌های تعزیر امکان تخفیف، تعلیق، شفاعت، کفالت و عفو است. این ویژگی‌ها به قاضی این امکان را می‌دهد که برای هر مجرم، مجازات متناسب با در نظر گرفتن مجموعه‌ای از عوامل چون شخصیت و خصوصیت‌های مجرم، دفعات جرم و مرتبه‌ای آن، نوع جرم ارتكابی و میزان ضرر وارده بر قربانی و جامعه را اعمال کند.

### ۴. تفاوت‌های حد و تعزیر

از میان فقه‌های اهل سنت، احمد بن ادریس از فقیهانی است که به ذکر تفاوت‌های حد و تعزیر پرداخته است. (قرافی، ۱۴۳۱، ۴: ۳۲۰) در میان فقیهان امامیه، شهید اول نیز تحت تأثیر قرافی (حر عاملی، ۱۴۲۹: ۱۴۲) و پس از او فاضل مقداد، (سیوری، ۱۴۰۳: ۴۷۲) تفاوت‌های میان حد و تعزیر را شرح داده‌اند. ماوردی از فقه‌های اهل سنت نیز تنها به سه تفاوت اشاره کرده است. (ماوردی، بی تا: ۳۴۴) این تفاوت‌ها عبارتند از:

### ۴-۱. تفاوت حد و تعزیر از جهت میزان مجازات

میزان تعزیر در جانب کمیت مشخص نشده است؛ اما تعزیر باید کمتر از حد باشد. باین حال بسیاری از فقه‌های اهل سنت از جمله شافعی به استناد گزارشی که خلیفه دوم، متخلفی که مهر وی را جعل کرده بود سیصد ضربه تازیانه زد، معتقدند اگر



حاکم مصلحت بداند می‌تواند بیش از مقدار حد نیز تعزیر کند. (حر عاملی، ۱۴۲۹:

۱۴۲) در مورد تفاوت میان حد و تعزیر توضیح چند نکته لازم است:

اول: بعضی از فقها مانند ابن جنید و ابن زهره میزان تعزیر را در جانب کمی هم مشخص کرده‌اند؛ (ابن زهره الحلبي، ۱۴۱۷: ۱۶۷) احتمالاً تعیین حداقل کیفر به منظور جمع میان روایات بوده است. صاحب جواهر با اشاره به این قول آن را رد می‌کند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۱: ۲۹۰)

دوم: همان‌گونه که شهید اول گفته است اهل سنت معتقدند که میزان تعزیر از حد بیشتر است، فقهای امامیه نیز قاعده «التعزیر بما دون الحد» را پذیرفته‌اند؛ اما در عمل به این قاعده پایبند نبوده‌اند. مواردی از مجازات‌های تعزیری وجود دارد که برابر با حد یا بیشتر از آن است. قطع دست سارق به خاطر ربودن انسان آزاد و فروختن وی، قطع دست تَبَّاش یا کشتن او به صورت مطلق یا در صورت تکرار جرم، قطع دست سارق کفن حتی بدون رعایت میزان نصاب، قطع دست کلاه‌بردار و به طور کلی کشتن کسانی که فقیهان برای توجیه حکم اعدام آنان، به فساد استناد کرده‌اند، مانند اعدام کسی که به کشتن اهل ذمه یا بردگان خو کرده است، قتل تکرارکننده جرائم تعزیری و مواردی از این دست. البته با توجه به این که در تلقی فقه سنتی، حدی به نام افساد فی الارض وجود ندارد. بنابر روایتی، امام علی (ع) در مورد مولایی که بنده خود را به سختی شکنجه کرده بود وی را به صد ضربه شلاق، یک سال تبعید و آزادی قهری بنده علیه مولا محکوم نمود. (حر عاملی، ۱۴۲۹: ۹۲) چنین واکنشی از برخی از مجازات‌های حدی نیز شدیدتر است.

#### ۴-۲. تفاوت حد و تعزیر با تکیه بر قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» و ادله آن

##### ۴-۲-۱. نظر فقها

گرچه لفظ تعزیر در زبان شارع به معنای اخص استفاده شده؛ اما ممکن است دلایل دیگری دال بر اختیارات بیشتر حاکم در مجازات مجرمین باشد. از جمله این دلایل که مورد استناد واقع شده است، قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» است. این قاعده عیناً در روایات ذکر نشده است و در کتب فقهی هم به بیان‌های مختلف مثل «التعزیر



بما یراه الحاکم» (نجفی، ۱۳۴۲، ۴۱: ۱۶۹) و «یعزر بما یراه الامام» (مفید ۱۴۱۳، ۱: ۷۷۶) و نظیر این‌ها بیان شده است. صرف نظر از اینکه در این قاعده صاحب اختیار، قاضی محکمه باشد یا ولی امر مسلمین، در بررسی این قاعده باید به این سؤال پاسخ داد که آیا در تعزیر، حاکم تنها در تعیین تعداد تازیانه اختیار دارد یا اینکه تعیین نوع مجازات هم از اختیارات حاکم است؟

بعضی از فقها چون شیخ مفید و شیخ صدوق در سراسر کتب خود هرکجا از تعزیر نام برده‌اند، آن را به معنای خاص استعمال کرده‌اند. (مفید. ۱۴۱۳، ۱: ۷۷۶) این گروه در برخی موارد حتی واژه تأدیب را هم به همین معنا استعمال نموده‌اند. برخی دیگر چون شیخ طوسی هرچند در موارد متعدد تعزیر را در معنای تازیانه استعمال نموده است، لکن بنابر نظر ایشان اگر قاضی صلاح دید، می‌تواند تعزیر را با تأدیب جایگزین کند که تأدیب شامل زندان و توبیخ هم می‌شود. (طوسی، ۱۴۰۴، ۸: ۹۷) در نگاه اول چنین رأیی با اینکه بگوییم تعزیر به معنای مطلق تأدیب است و شامل زندان و مجازات‌های دیگر می‌شود تفاوت عملی ندارد؛ چرا که در هر دو صورت زندان مشروع است و قاضی حق زندانی کردن دارد؛ اما مراجعه به تعاریف شیخ طوسی نسبت به تأدیب بیانگر تفاوت مهم این دو نظر است. چرا که ایشان به دقت میان تعزیر و تأدیب تفکیک می‌کند و طبق نظر ایشان تأدیب مجازاتی بی حد و قید نیست که صرفاً منوط به نظر حاکم باشد، بلکه مجازاتی کمتر از تعزیر است؛ همان‌گونه که تعزیر مجازاتی کمتر از حد است. درواقع جایگزینی تعزیر با تأدیب نوعی تخفیف از سوی حاکم است. طبق نظر شیخ طوسی چنین مجازاتی اختصاصی به حاکم ندارد و برای ولی صغیر، قیم یتیم، معلم، جد و زوج هم ثابت است. (همان: ۶۹) این نظر مؤیداتی هم از روایات دارد.

شیخ طوسی در کتاب الخلاف این نظر را که «زندان هم نوعی تعزیر است»، به ابوحنیفه نسبت می‌دهد. (طوسی ۱۴۰۷، ۸: ۵۰۵) طبیعتاً اینکه پس از بیان آرای مذاهب مختلف امامیه و اهل سنت این نظر را تنها به ابوحنیفه نسبت می‌دهد، اگر دال بر نادر بودن آن نزد شیخ نباشد، حداقل بیانگر آن است که این حرف که زندان



هم تعزیر است، برخلاف تصور شایع نه از باب معنای لغوی، بلکه از باب اجتهاد و رأی فقهی است و الا اختصاص آن به ابوحنیفه، بی معنا است.

اما در دوره‌های بعد، علامه حلی (علامه حلی، ۱۳۸۷، ۵: ۴۱۱) و صاحب جواهر تعزیر را اعم از تازیانه دانسته و به شمول آن بر زندان و توبیخ تأکید کرده‌اند. در نتیجه طبق نظر ایشان حاکم حق تعیین نوع مجازات را هم خواهد داشت. هرچند دقت در نظراتشان بیانگر آن است که در بسیاری از مواقع تعزیر را به معنای خاص استعمال کرده‌اند و این خود جای تأمل است؛ اما این نظر هم آن‌گونه که بعضی‌ها تصور کرده‌اند به معنای بی‌قید و شرط بودن اختیار نیست، بلکه تعزیر باید در حدود شرع باشد. به همین دلیل فقها برای تعزیر شروطی نظیر کمتر از حد بودن (محقق حلی ۱۴۰۸: ۱۵۵) و منع از مجازات مالی و جانی (همان، ۳۴۹) ذکر کرده‌اند. باید توجه داشت شروطی که فقهای مختلف برای تعزیر بیان کرده‌اند، یکسان نیست. مثلاً برخی گفته‌اند اقل تعزیر مشخص نیست، ولی اکثر آن معلوم است. برخی دیگر هم اقل و هم اکثر را معین کرده و برخی دیگر گفته‌اند از هیچ طرف حدی ندارد. (مجلسی، ۱۴۰۶، ۸: ۶۰)

#### ۴-۲-۲. بررسی ادله لفظی

روایاتی که در باب تعزیر وارد شده است، به لحاظ الفاظ به چند قسم کلی تقسیم می‌شوند:

روایاتی که در آن نوع مجازات یعنی تازیانه ذکر شده است، روایاتی که در آن از الفاظ عامی مثل تعزیر یا تأدیب استفاده شده است، روایاتی که صرف‌نظر از ذکر لفظ تعزیر یا تأدیب، با عباراتی نظیر «حدا لیس له وقت»، «حدا غیر الحد»، «ذَلِکَ اِلٰی الْاِمَامِ» و «هو دون الحد» به‌گونه‌ای تعزیر را توضیح داده‌اند. به عبارت بهتر در این روایت تعریف شرعی تعزیر و حدود آن توسط معصوم بیان شده است. **روایات قسم اول:** بی‌تردید قسم اول نمی‌تواند اثبات‌کننده اختیار حاکم در تعیین نوع مجازات باشد؛ زیرا تازیانه بودن مجازات از قبل مفروض و معین است، بلکه در صورتی که قائل به اختیار والی شدیم باید این روایات را به‌گونه‌ای توجیه کنیم؛ اما

دو قسم دیگر هرکدام می‌تواند به صورت عام یا خاص دلیلی برای اثبات این مدعا باشد.

### روایات قسم دوم (ادله عام): این قسم از روایات دو دسته است:

الف. در موارد متعددی در احادیث از لفظ تعزیر استفاده شده است. به عنوان مثال در مورد افترا به اهل کتاب از امام صادق (ع) سؤال شده است: «هَلْ يَجْلَدُ الْمُسْلِمُ الْحَدَّ فِي الْإِفْتِرَاءِ عَلَيْهِمْ» و امام در پاسخ می‌فرماید: «لَا وَلَكِنْ يَعَزَّرُ». (کلینی، ۱۴۰۷، ۷: ۲۱۱) یا در مورد توهین به دیگری امام صادق (ع) می‌فرمایند: «لَا حَدَّ عَلَيْهِ وَيَعَزَّرُ» (همان: ۲۴۱) در این روایات امام می‌فرمایند يعزرر و قید دیگری را بیان نمی‌کنند. بنابراین با توجه به اینکه بسیاری از لغت دانان تعزیر را به معنای تأدیب معنا کرده‌اند، حاکم هرگونه صلاح دانست می‌تواند مجرم تأدیب کند. در واقع طبق این نظر آنچه مسلم است این است که تأدیب از معانی اصلی این کلمه است و انتقال به معنای ضرب دون الحد یا حتی انصراف به آن امری غیر معلوم است. اگر انصرافی هم باشد ناشی از کثرت وجود خارجی است که صلاحیت تقید لفظ را ندارد.

ب. همچنین در مواردی در روایات اهل بیت (ع) از لفظ تأدیب استفاده شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۷: ۲۴۲) و در شمول معنای این لفظ تردیدی نیست. لذا باید به اقتضای اطلاق این لفظ در روایات حکم به اطلاق اختیار حاکم در تأدیب مجرمین کنیم. در کتب فقهی هم درباره مجازات کودک، مجازات همسر با چوب مسواک (طوسی، ۱۳۸۷، ۸: ۳۳۸) و مواردی از این دست از لفظ تأدیب استفاده شده است.

با این تفسیر می‌توان گفت تأدیب مجازاتی کمتر از تعزیر است که چه بسا اختصاصی به حاکم ندارد، بلکه ولی صغیر، مولا و حتی ناهی از منکر هم چنین اختیاری دارند که البته این خود می‌تواند موضوع پژوهشی مستقل باشد. لکن حداقل می‌توان گفت دلالت این لفظ بر مدعای مشهور مردود است (خصوصاً اینکه در غالب این روایات تازیانه بودن مجازات هم مفروض است).

روایات قسم سوم (ادله خاص): این قسم روایات هرچند مکرراً برای اثبات عمومیت این قاعده مورد استناد واقع شده است، ولی تنها در صورت تقطیع



می‌تواند مدعا را اثبات کند. درواقع اگر با دقت بنگریم می‌بینیم در تمام این روایات تازیانه بودن مجازات مفروض است. برای توضیح بیشتر باید هرکدام از این روایات را بررسی کرد:

الف: در اسلام مجازات به دو نوع است. مجازاتی که از نظر کمی و کیفی مشخص و معلوم است و مجازاتی که کم و کیف آن به حاکم واگذار شده است (مجازات غیر مقدر). (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۳۸) آنچه از قبل مشخص شده، حد و آنچه از قبل مشخص نشده، تعزیر است. در یک روایت در مورد تعزیر آمده است «حدا لیس له وقت؛ حدی که وقتی برای آن نیست» و در روایت دیگر آمده است «حدا غیر الحد؛ حدی (مجازات) غیر از حدود».

اما برای داوری بهتر نسبت به این ادعا باید روایات مذکور را بیان و بررسی نمود: روایت اول: عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنْ شُھُودِ الزُّوْرِ قَالَ فَقَالَ يَجْلَدُونَ حَدًّا لَيْسَ لَهُ وَقْتُ وَذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ وَيَطَافُ بِهِمْ حَتَّى يَعْرِفَهُمُ النَّاسُ؛ از امام درباره شهود زور پرسیدم و ایشان در پاسخ فرمودند: به حدی که مقدار معین ندارد تازیانه می‌خورند و آن به اختیار امام است و سپس آن‌ها را در شهر می‌گردانند تا مردم آنان را بشناسند». (کلینی، ۱۴۰۷، ۷: ۲۴۱)

در این روایت بیان شده که تعزیر مقدار مشخص ندارد و این اختیار به امام واگذار شده است که این مقدار را تعیین کند؛ اما نوع مجازات با عبارت «یجلدون» کاملاً معلوم است و با در نظر گرفتن نوع مجازات، جایی برای تعیین آن توسط حاکم نمی‌ماند و بدون شک حاکم تنها در تعیین تعداد تازیانه اختیار خواهد داشت؛ به عبارت دیگر «ذلک الی الامام» به معنای نداشتن حد شرعی نیست، بلکه امام تعداد تازیانه را برحسب گناه فرد و طاقت او تعیین می‌کند. کما اینکه در مورد حد محارب هم عین همین عبارت ذکر شده است. (حر عاملی، ۱۴۱۹، ۱: ۳۰۸) حال آنکه حد آن معلوم است.

روایت دوم: عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الرَّجُلِ يَأْتِي بِهَيْمَةٍ أَوْ شَاةٍ أَوْ نَاقَةٍ أَوْ بَقَرَةٍ قَالَ فَقَالَ عَلَيْهِ أَنْ يَجْلَدَ حَدًّا غَيْرَ الْحَدِّ؛ از امام صادق (ع) درباره

حکم مردی که با حیوان چهارپایی یا گوسفند یا شتر ماده یا گاو ماده نزدیکی کند، سؤال کردم و ایشان در پاسخ فرمودند: باید او را به حدی غیر از حد، تازیانه زنند». (همان: ۲۰۴)

در این روایت نیز نوع مجازات توسط امام مشخص شده و با این قرینه معلوم می‌شود که تفاوت صرفاً در تعداد تازیانه است که در حد معلوم است و در تعزیر معلوم نیست.

ب: در برخی از روایات تعزیر با عبارت «دون الحد» بیان و تعریف شده است. (کلینی، ۱۴۰۷، ۷: ۲۴۱) غالب فقها در اینجا دون را به همان معنای متداول (مقابل فوق) معنا کرده‌اند؛ اما برخی دیگر «دون» را به معنای غیر دانسته‌اند. (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۲۱۶) همان‌گونه که در برخی از آیات کریمه قرآن نظیر آیه «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَتَّخِذُ مِن دُونِ اللَّهِ أَنْدَادًا». (بقره: ۱۶۵) «وَلَا يَتَّخِذُ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِّن دُونِ اللَّهِ» (آل عمران: ۶۴) در این معنی استعمال شده است و در نتیجه تعزیر هر مجازاتی است که غیر از حد باشد؛ اما در بعضی از این روایات اصلاً لفظ تعزیر بیان نشده است، بلکه صرفاً گفته شده «جلد دون الحد» یا «ضرب دون الحد»، (کلینی، ۱۴۰۷، ۷: ۱۹۹) که در این موارد نوع مجازات با الفاظ ضرب و جلد کاملاً معلوم و معین است پس نمی‌تواند مستمسک خوبی برای عدم تعیین نوع مجازات تعزیری توسط شارع باشد.

در برخی دیگر لفظ تعزیر ذکر شده و در توضیح تعزیر گفته شده که تعزیر دون الحد است.

#### ۴-۲-۳. بررسی ادله غیرلفظی

گروهی دیگر از ادله نه به‌طور خاص و نه به‌طور عام دلالت بر اعم بودن تعزیر از شلاق ندارند؛ بلکه لازمه صدور آن‌ها از معصوم عمومیت مفهوم تعزیر است. در بررسی روایات و قضاوت‌های صورت گرفته توسط ائمه علیهم السلام مواردی دیده می‌شود که نه از جنس حدود است و نه از جنس تازیانه. حال این سؤال مطرح می‌شود که این موارد اگر تعزیر نیست پس چیست؟ و اگر بگوییم از باب تعزیر



است مدعا ثابت می‌شود. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۲: ۲۱۹) توضیح بیشتر آنکه این موارد مستقیماً دلالت بر اهمیت تعزیر نمی‌کند، بلکه باید جداگانه اثبات نمود. این‌ها قضیه‌ای در مورد خاص نبوده، بلکه از باب تعزیر بوده که البته اثبات چنین چیزی دشوار است.

### نتیجه‌گیری

حد در لغت به معنای فاصله و مرز میان دو چیز و تعزیر به معنای رد و منع است، ولی آنچه در این تحقیق واکاوی شده، تفاوت حد و تعزیر و بررسی آن در قواعد فقهی است. شواهد قابل قبول نشان دهنده آن است که در قانون جزایی اسلام، دسته‌ای از جرائم دارای مجازات ثابت است و مجازات دیگر جرائم، تغییرپذیر و متوقف به رأی قاضی یا حاکم است. اصل این تقسیم‌بندی ریشه در روایات دارد تا استنباط فقیهان از متون موجود. باین وجود بررسی روایات راجع به حدود نشان می‌دهد هم اصل این تقسیم‌بندی و هم بسیاری از جزئیات مسائل حدود در متن یک حدیث یا در ضمن بیان و خطابی واحد، تشریع نشده‌اند. آن‌ها بیشتر در جریان برخورد با واقعیت‌های عملی تشریع شده‌اند، نه در یک موقعیت واحد. پس این احتمال ثابت می‌شود که مقررات ناظر به کیفرگذاری، به احکام ولایی در برابر احکام شرعی و ابدی نزدیک‌ترند. به همین ترتیب، شماری از مجازات‌ها مانند کیفر نوشیدن شراب که اکنون حد قلمداد می‌شود، به لحاظ شواهد تاریخی غیرقابل انکار، دچار تغییراتی شده‌اند. این به معنای آن است که حد در تلقی مسلمانان صدر اسلام مجازاتی تغییر ناپذیر بوده است.

## فهرست منابع

### قرآن کریم.

۱. ابن اثیر الجزری، مبارک بن محمد، (۱۳۶۴)، *النهاية في غريب الحديث والاثار*، (تحقیق: طاهر احمد الزاوی، محمود الطناحی)، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲. ابن زهره الحلبي، حمزه بن علي، (۱۴۱)، *الغنية النزوع*، قم: انتشارات امام صادق (ع).
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۰۸)، *لسان العرب*، بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۴. اختر، نایب علی، (۱۳۹۵)، *بررسی مبانی کیفری تبعی در فقه و حقوق جزای افغانستان*، پایان نامه ماستری.
۵. ایزدی فر، علی اکبر، حسین نژاد، سید مجتبی، (۱۳۹۴)، «تأملی در مصادیق مشتبه حد و تعزیر با تحلیلی بر سخنان شهید ثانی در مسالك»، پژوهش های فقهی، دوره ۱۱، شماره ۲.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
۷. حاجی ده آبادی، احمد، (۱۳۸۹) *قواعد فقه جزایی*، تهران: انتشارات سمت.
۸. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۹ق)، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۹. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۲۹)، *جامع عباسی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. حسینی، سید محمد، (بی تا)، *انوار درخشان*، قم: چاپ لطفی.
۱۱. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۳۹۳)، *مبانی تکملة المنهاج*، (به اهتمام: علی رضا سعید)، تهران: نشر خرسندی.
۱۲. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، *لغت نامه دهخدا*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲)، *المفردات في غريب القرآن*، بیروت- دمشق: دارالقلم، دارالشامیه.
۱۴. رستمی نجف آبادی، حامد، (۱۳۹۱)، «بررسی قواعد فقهی تعزیرات»، مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی، شماره ۲۳.



۱۵. الزحیلی، وهبة بن عابدين، (۲۰۱۱)، *الفقه الاسلامی وادلتہ*، دمشق: دارالفکر.
۱۶. سیوری، مقداد بن عبدالله، (۱۴۰۳)، *نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه*، قم: انتشارات کتابخانه آی الله مرعشی نجفی.
۱۷. صدوق، محمد بن علی بابویه، (۱۴۱۳)، *من لایحضره الفقیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: مکتبه المرتضویه.
۱۹. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۳)، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، (بی تا)، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۱. علی بن محمد، ماوردی، (بی تا)، *الاحکام السلطانیة*، قاهره: دارالحديث.
۲۲. عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۶)، *قواعد فقه (بخش حقوق جزا)*، تهران: انتشارات سمت و مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی.
۲۳. عوده، عبدالقادر، (بی تا)، *التشريع الجنایی*، قاهره: مکتبه دار العروبه.
۲۴. فتاحی، سید محسن، ۱۳۹۲، *دراسة فی التعزیرية العقوبات الحکومه*، تهران: نشر ادیان.
۲۵. فتحی بهسنی، احمد، (۱۹۸۰م)، *العقوبة فی فقه الاسلامی*، قم: دارالکتاب العربی.
۲۶. قرافی، احمد بن ادريس، ۱۴۳۱ *انوار البروق فی انواء الفروق*، بیروت: بی نا.
۲۷. قرطبی، محمد بن احمد، (۱۴۲۰)، *الجامع لأحكام القرآن*، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۸. کاظمی، سهراب، ۱۳۸۹، «*قلمرو مجازات تعزیری در فقه اسلامی*»، مطالعات تقریب مذاهب اسلامی، شماره ۲۲.
۲۹. کریمی جهرمی، علی، (۱۴۱۲)، *الدر المنضود فی احکام الحدود: تقریرات درس فقه آیت الله گلپایگانی*، قم: دارالقران الکریم.
۳۰. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، ۱۴۰۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.



۳۱. مجلسی، محمد تقی، (۱۴۰۶)، *روضۃ المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۳۲. محقق حلّی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ق)، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۳. محقق داماد، مصطفی، سید، (۱۳۸۳)، *قواعد فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ص ۲۱۶.
۳۴. محمدی گیلانی، محمد، (۱۳۷۴)، *حقوق کیفری در اسلام*، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۳۵. مرغینانی، علی بن ابی بکر، (۱۲۷۶)، *الهدایة فی شرح بدایة المبتدی*، پاکستان: بی‌نا.
۳۶. مفید، محمد بن محمد، (۱۴۱۳)، *المقنعه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵ق)، *تعلیظ و گسترش آن*، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
۳۸. منتظری، حسین علی، (۱۳۷۳)، *کتاب الحدود*، قم: دارالفکر.
۳۹. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، (۱۳۸۲)، *حقوق جزای عمومی*، تهران: نشر میزان.
۴۰. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۹۲)، *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۴۱. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۲۱ق)، *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۴۲. نجفی خمینی، محمدجواد، (۱۳۹۸)، *تفسیر آسان*، تهران: انتشارات اسلامی.
۴۳. نوبهار، رحیم، (۱۳۹۳)، «از تعطیل حد تا الغاگرایی کیفری» پژوهش‌های حقوقی تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۴.
۴۴. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۴۲۶ق)، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت*، قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی.