واکاوی تحلیلی – انتقادی تفاوت های میان حد و تعزیر

رحیم نوبهار\*\*/امیر عرفانی فر\*

انتشار فصلنامۀ راهبرد/ بهار1396

چکیده

در فقه جزایی، مجازات ها به حد وتعزیر تقسیم می شوند. این دو نوع مجازات علاوه بر موجب آنها یعنی جرائم، در ویژگیها و احکام نیز با یکدیگر متفاوتند.تفاوت های برشمرده شده در متون فقهی و حقوقی چیزی جز اصول کلی حاکم بر مطلق مجازات نیستند. این احکام کلی به "حد" به معنای اصطلاحی آن اختصاص داده شده که موجه بنظر نمی رسد. این مقاله نشان می دهد که تفاوت های برشمرده شده میان حد و تعزیر آن گونه که تصورمی شود از مبانی و ادلۀ استواری برخوردار نیست.بهترین راه شناخت تفاوت های میان حد و تعزیر مراجعه به منابع فقهی وتعریف فقیهان است. قوانین کیفری پس از انقلاب اسلامی حول محور نظام افتراقی حد-تعزیر شکل گرفته اند با این حال مشکلات حاصل از اجرای این نظام دوگانه نیز رو به افزون است چه بسا مفهوم تعزیرات منصوص بر دامنۀ این مشکلات اجرایی می افزاید.

1.تعریف حد و تعزیر در متون فقهی

1-1.تعریف فقیهان امامیه

شیخ طوسی:« هرکس مرتکب گناهى شودکه حد شرعى ندارد تعزیر مى گردد؛ مثل فحش دادن».

ابوالصلاح حلبی و ابن ادریس:« تأدیبی که خداوند پایبندی به آن را تشریع نموده به این منظورکه تعزیرشونده و دیگر مکلفان را از ارتکاب عمل ممنوع باز دارد».

ابن زهره فقیه: «تعزیر با عمل قبیح واجب می شود یا با اخلال در امر واجبی که در شرع برای آن عمل، حد معین نشده است یا حد برای عملی معین شده باشد اما شرایط اقامه آن کامل نشود».

محقق حلی:« هرآنچه که مجازات معینی داشت نامش حد است و آنچه که به این صورت نباشد تعزیر نام دارد میزان تعزیرکمتر از حدود و تعیین آن با امام است تعریف محقق حلی روشن است اما چند اشکال دارد. نخست: تعریف از حد، مانع نیست دوم: حدود در اصطلاح، اسم برای مجازات هاست نه جرائمی که مجازات خاص بر آنها بار می شود سوم: در روایات برای برخی تعزیرات مجازات خاص در نظرگرفته از همین رو شهید ثانی قید "غالبا" به تعریف خود از تعزیر افزوده است.

فاضل مقداد: «حد در لغت به معنای منع و در اصطلاح شرع، به معنای عقوبتی برای به درد آوردن بدن مجرم است که شارع آن را مشخص کرده. تعزیر هم در لغت به معنای تأدیب، تعظیم و احترام آمده به همین دلیل از اضداد به شمار می رود».

شهید ثانی: «حدود جمع حد و در لغت به معنای منع است در معنای شرعی عبارت است از مجازات بدنی مخصوص، به سبب ارتکاب گناهی خاص تعزیر در لغت به معنای تأدیب و در فقه، مجازات یا اهانتی که "غالباً"میزان آن را شارع معین نکرده است» .

1-2. تعریف فقیهان اهل سنت

ابن قدامه: تعزیر عقوبتی است برای جنایتی که برای آن حد وجود ندارد ریشه تعزیر منع است به معناى نصرت و یارى رساندن نیزهست.

ماوردی: هر دو نوعی تأدیب هستند به منظور اصلاح و بازداشتن مجرم اما تعزیر بر حسب نوع گناه و وضعیت فاعل فرق میکند حد نیز به دو نوع تقسیم می شود: 1- حدی که از حقوق خدای تعالی است که خود به دونوع تقسیم می شود: حد برای ترک واجب و حد برای ارتکاب عمل ممنوع 2- حدی برای نقض حقوق آدمیان

سرخسی: حد برای مجازات مقدری است که برای رعایت حق الله وضع شده درحالیکه تعزیر غیر مقدر است.

عبدالقادر عوده: حد عقوبت مقرری است که حق خدای تعالی یا برای مصالح جامعه است و اسقاط آن از سوی افراد یا جامعه ممکن نیست.

2. تفاوت های حد و تعزیر در متون فقهی

فقیهان بیش از آن که به فلسفه احکام خاص حدود توجه کنند پایبند به نصوص مربوط بوده اند با این حال تفاوت ها ابتدا توسط قرافی بصورت مدون شمارش شده که در شمار مسایل اجتهادی است سپس به تفاوت های غیرمدون پرداخته شده که در لابه لای متون فقهی یافت می شود.

2-1. تفاوت های مدون

2-1-1. از جهت میزان مجازات؛ میزان تعزیر در جانب کمینه مشخص نشده اما باید کمتر از حد باشد با این حال اگر حاکم مصلحت بداند می تواند بیش از مقدار حد نیز تعزیرکند.

2-1-2. از جهت تناسب جرم و مجازات؛ تعزیرات با جنایت انجام شده تناسب دارند در حالی که برای اجرای حدود آنچه عنوان عمل مجرمانه بر آن صادق آید، کافی است و به تناسب میان جرم و مجازات توجه نمی شود با این حال درتشریع مجازات های حدی نیز نوعی تناسب بوده، دست کم در برخی از مجازات ها مثل مجازات قطع ید برای سارق و نیز مجازات شلاق برای به درد آوردن جزء جزء بدنی که ازگناه لذت برده است. آیاتی مانند آیه 194 سورۀ بقره «فَمَن اعْتَدَی عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَی عَلَیْکُمْ» نیز الهام بخش اندیشۀ مراعات این تناسب است. تفاوت درمجازات انواع زنا، تفاوت در شیوه اجرای حد ازجمله قوادی و ارتداد در مورد زن و مرد، تفاوت کیفر بردگان با افراد آزاد همگی از جلوه های اصل تناسب فردی کردن کیفر است.

2-1-3. تبعیت تعزیر از مفسده؛ تعزیرتابع مفسده است هرچندگناهی انجام نشده باشد مانند تأدیب کودکان به منظور اصلاح آنها، اما حدود مقدر در شرع با ارتکاب معصیت واجب می شود.

2-1-4. از جهت تأثیرتوبه؛ تعزیر با توبه ساقط میشود اما در سقوط حد با توبه میان فقیهان اختلاف وجود دارد وظاهراً حدود تنها پیش از قیام بینه با توبه ساقط می شوند این تفاوت محل اشکال است اول: اگر جرم تعزیری دارای جنبه حق الناسی باشد توبه به تنهایی مسقط مجازات آن نیست. دوم: درحدود هم امام بااحراز توبه پس از اقرار دراجرای حکم یا عفو مجرم مخیر است.توبه محارب نیز قبل از دستیابی به وی نیز موجب سقوط مجازات می شود.

2-1-5. از جهت اختیارحاکم درانتخاب نوع مجازات؛ حاکم در انتخاب نوع مجازات در تعزیرات مختار است درحالیکه در حدود بجز محاربه و لواط چنین اختیاری ندارد.

2-1-6. از جهت تأثیر عوامل مختلف بر میزان مجازات؛ مقدار تعزیر به اعتبار مرتکب جرم، کسی که جرم بر او واقع شده و نوع جرم متفاوت مى شود ولی این امور هیچ تأثیری در حدود ندارد.

2-1-7. اختلاف مجازات های تعزیری در زمان و مکان های گوناگون؛ ممکن است عملی در یک شهرتعزیرمحسوب شود و در شهر دیگر تکریم.

2-1-8. از جهت حق الله یا حق الناس بودن مجازات؛ تعزیرگاه برای حق خداوند مانند دروغ گفتن است وگاه برای حق مردم مانند دشنام دادن وگاه به هردو منظور اما تمامی حدود حق الله است مگر حد قذف و سرقت که محل اختلاف است.

2-1-9. از جهت وجوب یا عدم وجوب اجرا؛ اقامۀ حدود بر حاکم واجب است، ولی در مورد تعزیر اختلاف نظر هست در اینکه اگر تعزیر منصوص باشد یا مرتکب جز با تعزیر متنبه نشود، اجرای آن همچون حد بر امام واجب است اما در دیگر موارد، امام براساس مصلحت عمل میکند.

2-1-10. ازجهت امکان عفو؛ درحد، عفو مرتکب جایز نیست ولی حاکم می تواند مرتکب مجازات تعزیری را عفوکند البته درحدود نیزبا شرایطی امام اختیارداردکه با لحاظ مصلحت حد را جاری سازد یا عفوکند. در مورد عفو مجازات های تعزیری نیز اتفاق نظر وجود ندارد و در مواردی مثل تعزیرات منصوص، حق الناس و تابع مفسده تعزیر واجب است.

2-2. تفاوت های غیرمدون

در لابه لای متون فقهی ازآنجا که اصل مجازات های حدی بوده است به ذکر ویژگی های این مجازات ها پرداخته شده اما با گذشت زمان به تفاوت حد و تعزیر تبدیل شده اند که عبارتند از:

2-2-1. عدم جواز تأخیر در اجرای حدود؛که بمحض اثبات قضایی مطلقا باید اجرا شود اما برخی این حکم را فقط شامل فرضی می دانند که تأخیر به تعطیلی حدود بیانجامد.

2-2-2. عدم جواز شفاعت در حدود؛ بنابر روایات بعدازثبوت جرم، دیگران از میانجیگری برای مجرم نهی می شوند و قدر متیقن آن به حدود محدود شده درحالیکه درتعزیر بخاطراصل جواز شفاعت، اصل احتیاط و اختیار حاکم شفاعت جایز است.

2-2-3. عدم جواز کفالت درحدود؛ برخی آن را از لوازم عدم جواز تأخیر در حدود می دانند اما برخی مطلقا چه سبب تأخیر در اجرا بشود یا نه جایز نمی دانند. برخی احتمال سرایت این حکم به تعزیرات راهم دادند.

2-2-4. عدم ضمان به سبب کشته شدن محکوم در اثر اجرای حد؛ چون خونش هدر است البته اگر اجرای حد به سبب حفاظت از حقوق مردم باشد دیه از بیت المال پرداخت می شود. در تعزیرات برخلاف حدود، ضمان وجود دارد و محل آن بیت المال است، زیرا تعزیر امری اجتهادی و امکان خطا درآن هست.

2-2-5. عدم سقوط مجازات حد در فرض جنون یا ارتداد محکوم؛ چون اصل عدم سقوط کیفر است واگر تردید کردیم بقای وجوب حد را استصحاب می کنیم اما در تعزیرات حاکم می تواند با استفاده از اختیارات خود تصمیم مناسب را بگیرد. البته در جنون هم حد به دلیل عدم تکلیف مجنون و فقدان فایده در اجرای حد ممکن است تا زمان افاقه به تأخیر بیفتد.

2-2-6. عدم اثبات حدود با سوگند؛ بر خلاف امور مالی و جنایات، حدود تنها از طریق ادلۀ معین اثبات می شوند درمورد تعزیرات هم برخی فقیهان تصریح کردند با قسم اثبات نمی شود.

2-2-7. عدم اثبات حدود با شهادت بر شهادت؛که مستند آن چند روایت است و برخی آن را شامل تعزیر هم دانسته اند اما درمورد اثبات حقوق الناس با شهادت بر شهادت هیچ اختلافی نیست و برآن اجماع شده.

2-2-8. سقوط مجازات های حدی با وجود شبهه؛ با کمترین شبهه چه حکمی چه موضوعی در وقوع جرم یا انتساب آن به متهم قاعدۀ درأ جاری می شود. در قصاص و دیه نیز این بحث مطرح است حتی حکمت تشریع این قاعده-تحقق عدالت و تضمین مصلحت- اقتضا می کند تعزیرات راهم شامل شود. حتی می توان گفت بنا براصول کلی تا زمانی که شایستگی متهم برای کیفر اثبات نشود نه جرم ونه مجازات ثابت نمی شود.

2-2-9.کشته شدن مرتکب جرم حدی در مرتبه سوم یا چهارم؛ تشدید در اثرتکرارجرم در مجازات های حدی پذیرفته شده، هرچند میزان وکیفیت این تشدید محل اختلاف است ولی این تشدید به جرائم حدی محدود نمی شود و در برخی جرائم تعزیری هم به چشم میخورد مثل: تکرار نبش قبر، آمیزش با چهارپا و...

2-2-10. تأخیر در اجرای حدود در صورت حضور مجرم در سرزمین دشمن؛ برخی اجرای حدود در سرزمین دشمن را مکروه دانسته و برخی دیگر عدم جواز را مشروط به خوف پیوستن مجرم به دشمن می دانند. پس علت، پیوستن به دشمن است و اگر علت این باشد منظور ازحد مجازات های غیرسالب حیات است.

2-2-11. تأخیر در اجرای حدود در صورت حضور مجرم در حرم الهی یا مسجد؛ که به اعتقاد برخی این حکم مربوط به حالتی است که سبب حد در حرم ایجاد شده باشد. دلیل این حکم افزون بر لزوم حفظ حریم امن الهی روایتی از امام صادق(ع) است که لفظ جنایت درآن جرائم تعزیری راهم دربرمی گیرد.

2-2-12.کراهت اقتدا در نماز جماعت به کسی که بر او حد جاری شده است؛ نظر مشهور میان متأخران آن است که اقامۀ نمازجماعت توسط فردی که حد بر او اجرا شده پیش از توبه مکروه است، فقیهان متقدم اما مطلقاً اقتدا به چنین فردی را جایز نمی دانند وعلت فسق اوست. حال مفهوم مخالف این فتوا آن است که اگر کسی به تعزیر محکوم شود هم چنان می تواند عهده دار امامت نماز جماعت شود.

2-2-13. تفاوت ازنظر مجری حکم؛ حد را حتماً باید امام معصوم(ع) اجراکند که شمار زیادی مطلقا به عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت نظر دارند برخی فقط حدودی که مستلزم قتل و جرح باشد و برخی هم در این مسئله توقف کرده اند اما مجازات تعزیری را غیرمعصوم هم می تواند اجرا کند.

2-2-14. تفاوت از جهت ارجاع حکم قاضی به قاضی دیگر؛ درباره اعلام حکم از طریق نامه نگاری قول مشهور، عدم جواز مطلق و قول دیگر عدم جواز در حق الله است این فتوا مطلق و درآن تفاوتی میان حد و تعزیر وجود ندارد. تفاوت میان حق الله و حق الناس هم اغلب مورد پذیرش فقها قرار نگرفته است.

3. دلایل تفاوت احکام کیفرهای حدی و تعزیری

3-1. نقش معنای واژه «حد» درآثارحاکم بر مجازات ها؛

دیدگاه فقیهان درباره نحوه تشخیص معنای واژه حد به چند دسته تقسیم می شود: 1- حد در روایات علاوه برمعنای عقوبت معین، در معانی مطلق مجازات و حتی تعزیر نیز بکار رفته اما دلیلی وجود ندارد که ثابت کند؛ درنتیجه تشخیص معنای آن نیاز به قرینه دارد. 2- درمورد مجازات هایی که مقدارآنها از سوی شرع تعیین نشده احتمال دارد حد بگوییم احتمال دارد حد نگوییم. لذا احکامی که مخالف اصول و عمومات است و به عنوان حد آمده را باید مخصوص به حدود به معنای اخص بدانیم؛ جز این که از باب اولویت یا استناد به دلیلی دیگر مجازات های دیگری نیز درحکم حد داخل شود به دو دلیل: نخست اینکه دست کم در پاره ای روایات تقابل آشکاری مانند حد و تعزیر وجود دارد و حداکثر می تواند اثبات کند که تعزیر، مجازاتی غیر از حد یا دون الحد است. تفاوت های برشمرده میان حد وتعزیر از مسائل استنباطی است نه مسائل منصوص. دوم اینکه احکامی که در روایات برای حد پیش بینی شده، خلاف اصل است؛ این دلیل نیز محل تأمل است و می توان گفت این احکام به مثابه اصول و قواعدکلی هستندکه برمجازات به معنای مطلق آن،که شامل حد و تعزیر و حتی قصاص هم می شود حاکم است. بطور کلی فلسفه اجرا و عدم اجرای مجازات های تعزیری و حدی باهم تفاوتی ندارند و جنس و سنخ مجازات های تعزیری در بسیاری از موارد همانند مجازات های حدی است همه جرائم ومجازات های تعزیری هم از همه حدود کم اهمیت تر نیستند. هم در جرائم تعزیری و هم در جرائم حدی در حالتی که مجرم با تکرار جرم، خطرناکی خود را نشان دهد تشدید مجازات ها یکی از تدابیری است که اتخاذ می شود و اختلاف درآن ناشی از توجه حاکم به اقتضائات زمانی و عوامل مختلف است. احکام دیگر از جمله هدربودن خون مجرم، عدم اسقاط مجازات با ارتداد و جنون، عدم اثبات حد با شهادت بر شهادت ، کراهت اقامه نماز جماعت توسط مجرم و عدم اثبات با سوگند علاوه بر حد، تعزیر را نیز دربرمی گیرد و بسیاری از فقیهان تفاوتشان را نپذیرفته اند و حتی موافق اجرای حدود در زمان غیبت توسط غیر معصوم هستند بخاطر مصلحت مردم و اینکه انبوه احکام ناظر به جرائم و مجازات ها گواه آن است که متولی دادرسی کیفری،کسی جز نهاد حکومت نیست.

3-2. اطلاق ادله و تأثیرناپذیری از شرایط زمانی و مکانی

یکی ازآثارتقسیم بندی مجازات ها به حد وتعزیر عدم پذیرش نهادها و تأسیسات جدیدحقوق کیفری مانند تعویق، تعلیق، آزادی مشروط و یا حتی شناسایی برخی از انواع جرائم وحکومت قوانین متفاوت برآنها، در قلمرو مجازات های حدی است اما همین رویکرد که روز به روز فاصله میان حد و تعزیر را افزایش می دهد می تواند مشکلاتی راهم به همراه بیاورد. حتی ممکن است مقنن برای حل این مشکلات قوانینی را به تصویب برساند؛کما اینکه ثبات مجازات های حدی و اثبات قواعد خاص حاکم بر آنها ناشی از تمسک به اطلاق ادله حدود و تأثیرناپذیری آنها از شرایط زمانی و مکانی است درحالیکه تمسک به اطلاق در این موارد محل تأمل، غیرقابل پذیرش است.

فرجا م

تقسیم بندی دوگانه حد و تعزیر در دورۀ تدوین فقه شکل گرفته است. این دونظام به لحاظ ماهیت با یکدیگر تفاوت چندانی ندارند وهردو نوعی واکنش جامعه در برابر رفتار ضد اخلاق عمومی یا ضد نظم اجتماعی اند درنتیجه وضع اصول مشترک حاکم بر این دو نوع مجازات، یک ضرورت اجتماعی تلقی می شود اما درحالت کلی تفاوت میان اقسام مجازات ها را نمی توان مطلقا نفی نمود البته تفاوت هایی که دارای مبنای استواری باشند. این امر نه تنها از ارزش مقررات کیفری اسلام نمی کاهد بلکه مایه فخر و مباهات هر مسلمانی است.

در قلمرو مجازات های حدی نیز برابر روایات وگزارش های تاریخی عناصر انعطاف بخش وجود دارد؛ اما نگاه محدود، تعبد نابجا نسبت به نصوص و عدم درک دقیق از مقاصد عقلایی موجود در ورای آنها، همگی موجب شده تا نظام هدفمند، غایت گرا و منعطف اسلام در حوزه جرائم و مجازات ها به یک نظام بسته تبدیل شود بعلاوه ابهام ها و اشکالات نظری نظام دوگانه حد-تعزیر مقنن را به سمت وضع قوانینی به حسب ظاهر، ناسازگار با تلقی فقه سنتی سوق داده که ضرورت بازبینی و تجدیدنظر اساسی در این حوزه را می طلبد و این همان کارآمد بودن نظام کیفری اسلام در پرتو اختیارات حاکم اسلامی و توجه به اقتضائات زمان و مکان است. این تغییرات نه تنها مخالف با شرع نیست بلکه دقیقا در راستای برآورده ساختن مقاصد آن یعنی برقراری نظم وعدالت اجتماعی است.