

درنگی در قلمروی قاعده فقهی «التعزیر فی کلِّ عملٍ المحرّم»^۱

حسین جعفری^۲

مصطفی رجبی پور^۳

غلامحسن دلاور^۴

چکیده

پژوهش حاضر، بررسی فقهی قاعده «التعزیر فی کلِّ عملٍ محرّم» در بین فقهاست. این قاعده یکی از قواعدی است که در نزد فقهای اسلام، اعم از متقدمان و متأخران دارای شهرت بوده و یک قاعده اصطیادی از مضامین ادله است؛ به گونه‌ای که هیچ فقیهی به‌طور صریح آن را نفی نکرده است؛ اما این قاعده با وجود شهرت، خالی از اشکال نیست. موضوع قاعده، تعمیم تعزیر به جمیع معاصی و محرّمات است، بدین گونه که حاکم شرع طبق قاعده مذکور حق دارد در مورد جرایمی که به اصطلاح فقهی، حرام‌اند و موجب حد نیستند، تعزیر نماید.

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۳/۱۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۰۶

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه آزاد مشهد. مشهد. ایران. رایانامه: h.jafari@yahoo.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات دانشگاه آزاد مشهد، مشهد، ایران. (نویسنده مسئول). رایانامه: rajaeeepoor0250@mshdiau.ac.ir

۴. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات دانشگاه آزاد مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: delawar@gmail.com

هدف از این پژوهش، نقد و ردّ استنادِ قاضی به این قاعده در جرم‌انگاری معاصی فاقد بیانِ مجازات در شرع و به‌طور کلی، نقدِ جرم‌انگاری دوگانه (براساسِ متون شرع و قانون) می‌باشد.

در نهایت، با ذکر ادلّه و بررسی آن‌ها به‌دست می‌آید که استدلال بر این قاعده به دلیل وجود نداشتن مستند قابل اعتماد تمام نبوده است و قاعده‌ای بی‌پایه قلمداد می‌شود؛ مگر اینکه جرم و گناه را یکسان و مساوی بدانیم که چنین چیزی هم نمی‌تواند صحیح قلمداد گردد، زیرا هیچ‌گونه تلازم و رابطه‌ای بین جرم و گناه نیست.

کلید واژه‌ها: تعزیر، حدّ، مجازات، حرام، جرم.

مقدمه

یکی از قواعد فقه جزایی که در بخش تعزیرات از شهرت ویژه‌ای برخوردار بوده و مورد قبول فقهای شیعه و اهل سنت است، قاعده «التعزیری کلّ عمل محرّم» است. این قاعده در فقه جزایی و سیاسی از جایگاه خاصی برخوردار است، علاوه بر این به سبب ایجاد زمینه مناسب در کنترل رفتاری افراد و برای رسیدن به هدایت و کمال فردی و اجتماعی در سیاست‌های جنایی اسلام نیز حائز اهمیت است؛ اما دارای اشکال اساسی است و آن اینکه آیا هرگناهی که امروزه در جامعه انجام می‌شود، باید برای آن در قوانین کیفری جرم‌انگاری کرد یا خیر؟

مفاد قاعده بر اساس مشهور فقها آن است که هر معصیتی اعم از فعل حرام یا ترک واجب چنانچه فاقد مجازات مصرّح و معین در شرع باشد، مستوجب تعزیر است. بر این مبنا، قانون‌گذار در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، قاضی را مکلف ساخته در مواردی که در قوانین مدوّن در مورد عملی که موضوع دعواست، بیانی نیامده و جرم‌انگاری صورت نگرفته است، با استناد به منابع معتبر فقهی برای عملی که حرام می‌باشد، حکم به مجازات تعزیری کند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۱۴۲

۱- واژه‌شناسی قاعده

«قاعده» جمع قواعد به معنای اصل، اساس و پایه می‌باشد. «قواعد البیت»، یعنی

اساسِ خانه و به دیگر سخن، یعنی اساس البناء (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۳/۳۶۱: زبیدی، ۱۴۱۴، ۵/۲۰۱؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ۱/۱۵۰). چنانکه در قرآن آمده است:

﴿الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾ (نور، ۶۰).

﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ﴾ (بقره، ۱۲۷).

این واژه از نظر لغوی برای اساس هر شیئی خواه مادی یا معنوی، وضع شده است؛ بدین گونه که هرگاه اساس و پایه آن شیء معدوم شود، شیء هم معدوم می‌گردد.

۱-۱- قاعده فقهی و تمایز آن با مسئله فقهی

قاعده فقهی مشتمل بر حکم شرعی عام است و از تطبیق آن، احکام شرعی جزئی حاصل می‌شود که مصداقی از آن حکم کلی می‌باشد. قاعده و مسئله فقهی هر دو حکم شرعی اند و تفاوت آن‌ها فقط از جنبه توسعه و ضیق می‌باشد؛ با این بیان که دایره شمول قاعده فقهی از مسئله فقهی وسیع‌تر است؛ به بیانی دیگر، هر قاعده فقهی مسأله فقهی هم هست، لیکن هر مسئله فقهی قاعده فقهی نیست. بنابراین قاعده فقهی همان مسئله فقهی است با این تفاوت که موضوع مسئله فقهی خاص و موضوع قاعده فقهی عام است (ایروانی، ۱۴۲۶، ۱۳/۱-۱۶).

درنگی در قلمروی
قاعده فقهی «التعزیر
فی کل عمل المحرم»
۱۴۳

۲-۱- معنا و مفهوم تعزیر

در کتاب‌های لغت برای واژه تعزیر معانی متعددی ذکر شده که بعضی از این معانی مشابه و برخی مخالف یکدیگرند. در لسان العرب آمده است: «تعزیر از ریشه عزز به معنای سرزنش و ملامت کردن، تازیانه کم‌تر از حد، یاری رساندن با شمشیر است؛ لیکن معنای اصلی آن منع و بازداشتن است و علت نامگذاری تعزیر به این خاطر است که گنجهکار را از انجام دادن گناه باز می‌دارد» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۴/۵۶۱: زبیدی، ۱۴۱۴، ۷/۲۱۲). در برخی از کتب لغت، تعزیر به معنای تأدیب و ضرب کم‌تر از حد شرعی، نصرت (یاری)، احترام و تعظیم و اجبار کردن آمده است (فراهیدی،

۱۴۱۰، ۱/۳۵۱). در کتابِ مفرداتِ ألفاظِ القرآن سه معنا برای این واژه آورده است: نصرت، تأدیب، ضرب و زدن. البتّه معنای سوم به معنای دوم و معنای دوم به معنای اول باز می‌گردد که ایشان همان معنای اول را برگزیده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۱/۵۶۴).

از مجموع بررسی اقوال در می‌یابیم که به‌طور کلی دوگونه معنا برای واژه تعزیر وجود دارد:

۱- معنای ایجابی: نصرت، تعظیم و بزرگداشت.

۲- معنای سلبی: منع، تأدیب، ضرب و سرزنش.

از تعزیر معنای منفی آن مراد است و جامع همه این معانی و بسیاری از معانی دیگر، معنای زدع و منع می‌باشد؛ زیرا معنای اصلی واژه تعزیر، زدع و منع است. با وجود چنین برداشتی از واژه تعزیر - به معنای منع - به نظر می‌رسد هر کاری که مجرم را از جرم باز دارد، تعزیر نامیده می‌شود.

۱-۳- تعزیر در اصطلاح فقهای شیعه

تعزیر مجازات و عقوبتی است که از ناحیه شارع مقدس مقداری برای آن مشخص نشده است و تعیین مقدار آن بر اساس مصلحت در دست حاکم شرع می‌باشد. از گفتار (شیخ صدوق، ۱۴۱۵، ۴۳۲-۴۳۷)، (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ۷۹)، (سید مرتضی، ۱۴۱۵، ۵۱۳)، (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، الخلاف، ۵/۳۸۲ و ۴۹۸)، (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، المبسوط، ۸/۷۰-۶۹)، (محقق حلی، ۱۴۱۲، نکت التّهایه و نهایه نکتها، ۳/۲۷۹) این گونه برداشت می‌شود که تعزیر را به ضرب کم‌تر از حدّ تعریف کرده‌اند. ابوصلاح الدّین حلبی و ابن‌ادریس در تعریف تعزیر می‌فرمایند: «تعزیر عبارت از تأدیب که خداوند آن را جعل نموده است به منظور اینکه تعزیر شونده و دیگر مکلفان را از ارتکاب عمل ممنوع باز دارد، این حکم در موردی که به امر واجبی اخلال وارد شود یا امر قبیحی از کسی سر بزند و در شرع مجازات معینی برای آن وضع نشده باشد، ثابت می‌شود.» (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳، ۴۱۶؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ۵۳۴-۵۳۵).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۱۴۴

محقق حلی تعزیر را این گونه تعریف نموده است: «هر آنچه که مجازاتِ معینی داشته باشد، حد نامیده می‌شود و آنچه که به این صورت نباشد، تعزیر نام دارد.» (محقق حلی، ۱۴۰۸، شرایع الإسلام، ۴/۱۳۶).

فخر المحققین می‌گوید: «تعزیر، عقوبتی است که شارع کَمِیتِ آن را مشخص و معین نکرده است.» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۴/۴۸۷). شهید ثانی در کتابِ مسالک الإِفْهَام می‌فرماید: «معنای شرعی تعزیر، آن مجازات و نکوهشی است که غالباً از طرفِ شرع تعیین نشده است.»^۱ (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۴/۳۲۵).

بهترین تعریف از تعزیر، تعریفِ اخیر است؛ زیرا در بعضی از تعاریفی که فقها ذکر کرده‌اند، قیدِ «غالباً» وجود نداشت، زیرا با وجودِ این قید، گناہانی که مقدارِ عقوبتِ تعزیری آن‌ها معین شده است، در تعریف وارد می‌گردند و ضمن لحاظ معنای لغوی اصلی آن-منع- در تعریف، با قیدِ تَخْلُفات، تعزیرِ اطفال و مجانین را نیز شامل می‌شود. به همین جهت، بهترین تعریف می‌باشد.

۲- بررسی مدارک و مستنداتِ قاعده

پس از بیان مبادی قاعده، اکنون به تبیین مستندات قاعده «التعزیرُ فی کُلِّ عملٍ مُحَرَّم» می‌پردازیم:

۲-۱- قرآن

۱- «الْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ...» (بقره، ۱۹۴). ماهِ حرام در برابرِ ماهِ حرام! و تمام حرام‌ها قابلِ قصاص‌اند و هرکس به شما تجاوز کرد، همانندِ آن بر او تعدی کنید! و از مخالفتِ با فرمانِ خداوند پرهیزید و زیاده‌روی ننمایید و بدانید خداوند با پرهیزکاران است؛ البتّه این دلیل به‌عنوانِ مؤید است نه دلیلِ مستقلی که دلالت بر قاعده مزبور کند. نحوه استدلالت به آن این گونه است: «ال» به کار رفته در واژه «الْحُرْمَات» جمع محلّی به الف و لام است که مفیدِ عموم می‌باشد؛ یعنی همه حرام‌ها را شامل می‌شود. همچنین استدلالت آیه بر این قاعده، مستلزم این است که معنای لغوی قصاص

۱. «عقوبة أو إهانة لا تقدير لها بأصل الشرع غالباً» (نجفی، ۱۴۱۰، ۴۱/۲۵۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۳/۱۵۶).

منظور باشد نه معنای اصطلاحی آن؛ زیرا قصاص^۱ در لغت از ریشه «قص، یقص» به معنای دنباله‌روی و پی‌جویی نمودن اثر چیزی است و سرگذشت را به این جهت قصه می‌گویند که گوینده، آن را تعقیب می‌کند و به معنای تقاص در جراحات و حقوق و پیگیری خون با واژه «قود» نیز آمده است (فراهیدی، ۱۴۱۰، ۵/۱۰؛ ابن فارس، ۱۴۰۴، ۵/۱۱؛ جوهری، ۱۴۱۰، ۳/۱۰۵۲؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۶۷۲؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ۲/۳۴۴). طریحی در رابطه با لغت قصاص می‌نویسد: «القصاص بالكسر، اسم الاستیفاء والمجازاة قبل...»؛ یعنی تلافی و استیفاء جنایتی که در قتل عمدی، قطع عضو و جرح عمدی بر مجنی علیه وارد شده است و اصل کلمه به معنای ردیابی و پیگیری است، مانند اینکه قصاص‌کننده، جنایتکار را تعقیب کرده و او را به کیفر عملش می‌رساند (طریحی، ۱۴۱۶، ۴/۱۸۰). همین عبارت در کتاب ریاض المسائل نقل شده و به نظر می‌رسد این معنایی را که طریحی برای واژه «قصاص» بیان نموده مدّ نظر فقها نیز می‌باشد (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۶/۱۸۱). و برداشت معنای اصطلاحی قصاص (مقابله به مثل در جنایت عمدی و انجام عملی مثل عملی که فاعل انجام داده است) در آیه درست نمی‌باشد و افزون بر این، واژه قصاص اعمّ از حدود و قصاص و تعزیرات می‌باشد. در نتیجه با در نظر گرفتن این موارد، آیه فی الجمله دلالت بر قاعده «التّعزیر فی کُلِّ عَمَلٍ مُّحَرَّمٍ أَوْ فِی کُلِّ مَعْصِیْتِهِ» خواهد داشت؛ اما از این آیه شریفه تنها به عنوان مؤید می‌توان استفاده نمود و وجه مؤید بودن بدین صورت است که تمام حرام‌ها قابلیت تعزیر را ندارند؛ زیرا که برای برخی از محرمات، کفّاره مقرر شده که عدم تعمیم تعزیر را می‌رساند؛ چرا که کفّاره تعزیر به شمار نمی‌آیند. با این وجود، همان‌طور که گفته شده کلیت قاعده فی الجمله مورد پذیرش است، نه بالجمله.

جستارهای فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۱۴۶

۲-۲- روایات عام

روایات عامی به عنوان «باب ان کُلِّ مَنْ خَالَفَ الشَّرْعَ فَعَلِیْهِ حَدٌّ وَ تَعْزِیرٌ» وجود

۱. در کتب تفسیری مفسران تصریح نموده‌اند که مقصود از قصاص در آیات شریفه قرآن، مساوات است. لیکن باید توجه داشت که اغلب مفسران «مساوات» را با تعابیری از این قبیل تفسیر کرده‌اند: «با قاتل همان کاری شود که او با مقتول کرده است»، با دیگران همان رفتاری را کند که دیگران با او در این باره می‌کنند. (ر.ک: کیهارسی، ۱۴۰۵، ۸۶/۱؛ طبرسی، ۱۳۷۷، مجمع البیان، ۴۷۹/۱؛ طبرسی، ۱۳۷۲، جوامع الجامع، ۱۰۰/۱).

دارد که در کتابِ وسائلِ الشَّیْعه آمده است و مضمونِ آن‌ها این است: خداوند برای هر چیزی حدّی قرار داده و برای هر کسی که از آن تجاوز کند، حدّ و مجازاتی قرار داده است. در اینجا به ذکرِ این روایات می‌پردازیم:

۱- فَضَالَةَ بْنِ أَيُّوبَ ... إِنَّ اللَّهَ قَدْ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا وَ جَعَلَ لِمَنْ تَعَدَّى ... (حرعاملی، ۱۴/۱۴۰۹، ۲۸).

داود بن فرقد می‌گوید، از امام صادق علیه السلام شنیدم که می‌فرمود: یارانِ پیامبر به سعد بن عباده گفتند: اگر شخصِ بیگانه‌ای را بر روی شکمِ همسرت ببینی، چه می‌کنی؟ سعد در جواب گفت: او را با شمشیر می‌زنم، در این هنگام بود که پیامبر وارد شد و از سعد پرسیدند: پس شهادتِ چهار نفر در زنا چه می‌شود؟ سعد گفت: آیا بعد از اینکه با چشم‌مان دیدم و خداوند هم به انجام گرفتنِ این فعل آگاه است؛ شهادتِ چهار نفر لازم است؟ پیامبر فرمود: آری، همانا خداوند برای هر چیزی حدّی و برای کسی که از آن حدّ تجاوز کند، حدّی قرار داده است.

۲- عَنْ عَمْرِو بْنِ قَيْسٍ ... وَ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا وَ لِمَنْ جَاوَزَ الْحَدَّ حَدًّا ... (کلینی، ۱۴۰۷، ۷/۲۴۰).

ای عمرو بن قیس! آیا می‌دانی که خداوند رسولی را فرستاد و بر او کتابی نازل کرد که شامل تمام نیازمندی‌های (انسان) است، و دلیلی برای او قرار داد که بر آن دلالت می‌کند. و برای هر چیزی حدّی و برای هر کسی که از آن حدّ تجاوز کند حدّی را قرار داده است؛ (و راوی می‌گوید) پرسیدم: چگونه برای متجاوز حدّی قرار داده است؟ فرمودند: خداوند تبارک حدّی را در اموال قرار داد که تنها از راه حلال به دست آید و هر کس آن را از راه غیر حلال به دست آورد، دستش قطع می‌شود، زیرا از حدّ تجاوز کرده است. او مقرر فرموده که نکاح تنها از راه حلال صورت پذیرد و هر کس غیر آن را انجام دهد، اگر مجرّد باشد حدّ می‌خورد و اگر متأهل باشد، رجم می‌شود. چون از حدّ تجاوز کرده است.

۳- سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: إِنَّ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا وَ مَنْ تَعَدَّى ... سَمَاعَةَ از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند: «برای هر چیزی حدّی قرار داده شده و هر کس از آن حدّ تجاوز کند، برای او حدّ است» (کلینی، ۱۴۰۷، ۷/۱۷۵).

۲-۱- نحوه استدلال به روایات عام و عدم دلالت آن‌ها

در صورتی می‌توانیم به این روایات برای اثباتِ قاعدهٔ مذکور استدلال کنیم که عبارت «إِنَّ اللَّهَ جَعَلَ كُلَّ شَيْءٍ...» را این‌گونه معنا کنیم: خداوند برای هر چیزی حکمی قرار داده و برای کسی که از آن حکم شرعی تجاوز کند، مجازاتی را معین کرده است؛ یعنی اینکه منظور از واژه «حَدٌّ» در جملهٔ اول، حکم و قانون شرعی و مقررات الهی است و در جملهٔ دوم به معنای مجازات می‌باشد که اعم از حدِّ مصطلح و تعزیر است و تنها اختصاص به حدِّ مصطلح ندارد. چرا؟ زیرا اگر منظور حدِّ اصطلاحی باشد، تخصیصِ اکثر لازم می‌آید و این‌گونه تخصیص مستهجن و قبیح است؛ به دلیل اینکه احکام شرعی بسیاری داریم که فقط مواردی از آن‌ها حدِّ معین و خاص دارند. برای چگونگی استدلال به روایات بر اثباتِ قاعده، نمونه تطبیقی روایت اول را در موضوع زنا بیان می‌کنیم که تقریر آن این‌گونه است: خداوند در مورد اثباتِ زنا حکم و مقرراتی را - که چهار شاهد باشد - قرار داده است. اگر کسی از این حکم و مقررات تعدی و معصیت کند و با استناد به علم خود، زانی را مجازات کند، کیفر می‌گردد.

اشکال اول: اینکه روایات مذکور مجمل است؛ زیرا از کجا معلوم که حدِّ در جملهٔ اول و دوم به ترتیب به معنای حکم و مجازات باشد، همچنین معلوم نیست که جعلِ تکوینی منظور است یا جعلِ تشریحی. همهٔ این احتمالات باعثِ اجمالِ روایات شده‌اند؛ چنانکه محقق خوانساری نیز این روایات را مجمل می‌داند (موسوی خوانساری، ۱۴۰۵، ۷/۱۲۱).

به‌عنوان نمونه: صدر و ذیلِ روایتِ عَمْرٍو بْنِ قَيْسٍ، جملاتی هست که اجمالِ روایت را برای ما روشن می‌کند. برای مثال قیدِ «إِرْسَالِ رُسُلٍ وِإِنزَالِ كُتُبٍ» مؤیدِ تشریح و مبینِ آن است که امام در مقامِ تشریح می‌باشد نه تکوین؛ زیرا هدف از ارسالِ رُسُلٍ و انزالِ کتب، بیانِ احکامِ شریعت است.

اشکال دوم: تعبیرِ «كُلُّ شَيْءٍ» که در روایات آمده، نمی‌تواند به معنای همهٔ اعمال و رفتار باشد؛ زیرا مستحبات و مکروهات و مباحات بخشِ بزرگی از افعال را شامل می‌شود و معنا ندارد برای تجاوز و تخلف از آن‌ها حدی جعل شده باشد (آیتی،

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۱۴۸

۱۳۸۷، ش ۱، ۲۵-۲۶). همین‌طور این تعبیر شامل همه محرمات نمی‌گردد. زیرا بسیاری از محرمات مانند: دروغ و غیبت وجود دارند که برای آن‌ها مجازاتی جعل نشده است.

اشکال سوم: در این روایات آمده که: خداوند قرار داده است، یعنی اینکه موارد منصوص و حدی را، مانند زنا، لواط و محرماتی که مجازات آن‌ها، شرعاً و قانوناً مشخص است، شامل می‌شود، نه مواردی که موجب تعزیر می‌باشند.

۲-۳-۳- روایات خاص و الغای خصوصیت از آن‌ها

در کتب روایی، گناهان بسیاری را در ابواب مختلف می‌بینیم که پیامبر ﷺ و امام علی علیه السلام مرتکبان آن را تعزیر می‌کردند؛ که به‌عنوان نمونه: خوردن میت و خون و خوک، جماع با همسر حائض و موارد دیگری که در روایات، حکم به تعزیر آن‌ها شده است.

۲-۳-۱- نحوه استدلال به روایات خاص

نحوه استدلال به این صورت است که: طیف وسیعی از انواع گناهان وجود دارد در حالی که ما همه خصوصیت‌ها جز ویژگی معصیت را منتفی می‌کنیم؛ با این بیان که روایات اختصاص به مورد خود ندارد و آن‌ها را تعمیم داده و به هر مجازاتی که به ناحق موجب آزار و اذیت مسلمانان شود؛ به‌گونه‌ای که در شرع برای آن حدی معین نشده باشد، کیفری مشخص می‌نماییم. مقدس اردبیلی و سید احمد خوانساری با ملاحظه اخبار و روایات خاص می‌گویند: «هر چیزی که به ناحق موجب آزار و اذیت مسلمانان شود، بلکه هر گناهی که موجب حد نباشد، مستلزم تعزیر خواهد بود.» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۳/۱۵۶ و ۱۱۸؛ موسوی خوانساری، ۱۴۰۵، ۷/۹۵-۹۶ و ۱۱۷). از مفاد این گونه اخبار به‌دست می‌آید که تفاوتی بین معاصی کبیره و صغیره نیست. پس باید ابراز داشت که تعزیر شامل همه گناهان می‌شود و درباره همه آن‌ها قابل اجراست. در نتیجه الغای خصوصیت از روایات خاص که در اصطلاح اصول به این عمل «تنقیح مناط» می‌گویند، می‌تواند به‌عنوان مستندی بر قاعده «التعزیر فی کل معصیه أو فی کل عمل محرّم» اقامه شود.

۲-۳-۲-عدم دلالت دلیل و الغای خصوصیت بر مدعا

الغای خصوصیت نمی تواند به عنوان دلیل بر عمومیت قاعده بالا دلالت کند؛ زیرا گناهان از نظر رتبه و درجه و میزان شدت و ضعف با هم برابر نیستند، علاوه بر اینکه لازمه الغای خصوصیت آن است که تفاوتی بین کبائر و صغائر نباشد، درحالی که تفاوت بین آن دو آشکار است. آیه شریفه نیز، بر این مطلب دلالت دارد و می فرماید: ﴿إِنَّ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ...﴾ (نساء/۳۱)؛ یعنی این که اگر از گناهان بزرگی که از آن نهی می شوید پرهیز کنید، گناهان کوچک شما را می پوشانیم و شما را در جایگاه خوبی وارد می سازیم.

۲-۳-۳-ثمره مجموع روایات عام و خاص

در مجامع روایی دلیلی بر ثبوت مجازات های دنیوی بر همه گناهان وجود ندارد، زیرا چون عبارت «الكل معصية تعزير» در مجامع روایی نیست. علاوه برخی از فقها از جمله صاحب جواهر و امام خمینی و دیگران قید کبیره بودن را اضافه کرده اند که نشان دهنده این است که تعزیر بر هر حرام و معصیتی مطلقاً - چه کبیره و چه صغیره - دلالت ندارد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۱۵۰

۲-۴-۱-اجماع فقها و عدم دلالت آن

در تعابیر فقها مضمون قاعده «التعزیر فی کل عمل محرّم» نیامده است. از بین فقهای گذشته فقط صاحب جواهر بر این مطلب ادعای اجماع کرده، آن هم با عبارت: «لاخلاف ولا إشكال نصّاً و فتویّ فی أن کلّ من فعل محرّماً أو ترك واجباً» (نجفی، ۱۴۱۰، ۴۱/۴۴۸)، ضمن اینکه محقق خوبی بعد از ادعای شهت عظیمه در مورد این قاعده با عبارت «لاخلاف فی الجملة» ادعای اجماع می کنند (خوبی، ۱۴۲۲، ۴۱/۴۰۷ با تلخیص).

صاحب کتاب التشریح الجنایی الاسلامی، در اثبات این مطلب این گونه می گوید: «هر معصیتی که حدی برایش معین نشده باشد و کفاره هم نداشته باشد؛ خواه معصیت خداوند باشد یا تضييع حقوق آدمی، موجب تعزیر است و در این مسئله بین فقها هیچ

اختلافی وجود ندارد» (عوده، ۱۴۰۲، ۱/۱۹۰).

در مجموع به دست می آید که گستره تعزیر به دلیل اجماع یادشده، همه معاصی را در بر می گیرد؛ لیکن اجماع مخدوش است و نمی تواند عمومیت این قاعده را اثبات کند؛ زیرا از طرفی اجماع مدرکی است و مستند به روایات و از طرف دیگر، کلام صاحب جواهر را بر کلام محقق خوبی که می فرماید: این قاعده شهرت دارد، حمل می کنیم.

۲-۵- ادله امر به معروف و نهی از منکر

یکی دیگر از دلایلی که در اثبات این قاعده به آن استناد می شود، عموم ادله امر به معروف و نهی از منکر می باشد که بر اساس ادله اربعه ثابت شده است. این دو فریضه مهم الهی دامنه بسیار وسیعی داشته به گونه ای که تعزیرات را در بر می گیرند؛ ضمن اینکه آیات قرآن هم بر این مطلب دلالت دارد که امر به معروف و نهی از منکر از فرائض بوده و از اهمیت بسزایی برخوردار است.

در اینجا به ذکر چند آیه برای اثبات این دو فریضه از قرآن می پردازیم:

۱- «يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ...» (آل عمران: ۱۰۴). باید میان شما جمعی دعوت به نیکی و امر به معروف و نهی از منکر کنند! و آنها همان رستگارانند.

۲- «تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ...» (آل عمران: ۱۱۰). شما بهترین امتی بودید که به سود انسانها آفریده شده اید؛ چه اینکه امر به معروف و نهی از منکر می کنید و به خدا ایمان دارید. و اگر اهل کتاب - به چنین برنامه و آیین درخشانی - ایمان آورند، برای آنها بهتر است! ولی تنها عده کمی از آنها با ایمانند؛ و بیشتر آنها فاسقند.

۳- «بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمُنْكَرِ...» (توبه: ۶۷). مردان و زنان منافق، همه از یک گروهند! آنها امر به منکر و نهی از معروف می کنند و دست هایشان را از انفاق می بندند، خدا را فراموش کرده اند، و خدا نیز آنها را فراموش کرده و رحمتش را از آنها قاطع نموده؛ به یقین منافقان همان فاسقانند.

۴- «بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ...» (توبه: ۷۱). مردان و زنان با ایمان

ولی و یار و یاور یکدیگرند؛ امر به معروف و نهی از منکر می‌کنند و نماز را به پا می‌دارند و زکات را می‌پردازند، و خداوند و رسولش را اطاعت می‌کنند. به زودی خداوند آن‌ها را مورد رحمت قرار می‌دهد؛ خداوند توانا و حکیم است.

۵- ﴿وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ...﴾ (آل عمران: ۱۱۴). به خدا و روز پسین ایمان می‌آورند و امر به معروف و نهی از منکر می‌کنند؛ و در انجام دادن کارهای نیک پیشی می‌گیرند؛ و آن‌ها از صالحان‌اند.
پس آیات قرآن کریم مبین امر به معروف و نهی از منکر است.

۲-۵-۱- عدم دلالت دلیل امر به معروف و نهی از منکر

اشکال: هدف از امر به معروف و نهی از منکر، جلوگیری از وقوع معصیت است. به دیگر سخن، امر به معروف و نهی از منکر دارای شرایطی و مربوط به مرحله پیشگیری است و هیچ دلالتی بر تعزیر ندارد. چرا که تعزیر بعد از وقوع معصیت است (منتظری، ۱۴۰۹، ۳/۴۷۴ با تلخیص). از طرفی اگر ما اطمینان داشته باشیم که دوباره معصیت از عاصی سر نمی‌زند، به عنوان امر به معروف و نهی از منکر حق تعزیر به او را نداریم؛ چون امر به معروف و نهی از منکر منوط به وجود مصلحت بوده است و حاکم هر زمان که مصلحت ببیند، تعزیر می‌کند؛ خواه که احتمال تکرار بدهیم یا نه.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶
۱۵۲

۲-۶- روایت صحیحۀ یونس

یونس این گونه از امام علیه السلام نقل می‌کند: «أَصْحَابُ الْكِبَائِرِ كُلِّهَا إِذَا أُقِيمَ عَلَيْهِمُ الْحَدُّ مَرَّتَيْنِ قُتِلُوا فِي الثَّلَاثَةِ» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۶/۱۹). استدلال به این روایت از این منظر است که ارتکاب همه کبایر مستلزم حد نیست، زیرا برای همه گناهان کبیره که حد مقرر نشده است. بنابراین منظور از واژه «حد» اعم از حد اصطلاحی و تعزیر است (آیتی، ۱۳۸۷، ش ۱، ۱۶-۱۷)، از باب اینکه در ارتکاب کبایر می‌توان تعزیر را جاری کرد. ولی استدلال به این روایت مستلزم ثابت شدن قاعده در مورد کبایر است و همه معاصی را در بر نمی‌گیرد.

به طور کلی عمومیت قاعده تعزیر، در همه معاصی است و وجود مصلحت

به خاطر قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» می باشد، نه قاعده مورد بحث. در نتیجه، این روایت تنها ناظر به مجازات های حدی است و به مجازات های تعزیری نظری ندارد، ضمن اینکه روایت مختص کبایر بوده و همه معاصی و محرمات را در بر نمی گیرد.

۳- محتملات قاعده «التعزیر فی کل عمل محرّم»

۳-۱- مخالفت و تضاد با قاعده قبح عقاب بلا بیان

مفاد این اصل آن است که هر عمل زشت و قبیح و مضرّ به اجتماع تا زمانی که در قانون مجازات جرم انگاری نشده باشد، قابل مجازات نیست. چون دادگاه ها در صورتی می توانند عمل و رفتاری را جرم بدانند که آن عمل به صراحت در قانون مجازات جرم انگاری مشخص شده باشد. به دیگر سخن، تنها منبع صالح برای تعیین جرم و مجازات ها، قانون است و نمی توان اظهار نمود که قاضی حق دارد برای رفتارهای حرامی که عنوان مجرمانه ندارند، تعیین مجازات کند (حبیب زاده، ۱۷، ۱۳۸۱-۲۰).

فقها از این اصل حقوقی (قانونی بودن جرم و مجازات ها) در فقه به عنوان قاعده «قبح عقاب بلا بیان» یاد می کنند؛ و مفاد آن این است که عقوبت و مجازات، قبل از اینکه بیانی از جانب خداوند در مورد آن عمل مأمور به یا منهی عنه آمده باشد، قبیح است. این قاعده با اصل قانونی بودن جرم و مجازات ها منافات دارد؛ زیرا در جامعه کنونی گناهان و محرمات بسیاری همانند دروغ گویی، غیبت و بدحجابی وجود دارند که در قانون مجازات جرم انگاری نشده اند و طبق این قاعده مذکور بایستی قاضی بتواند در مورد اعمال حرامی که در قانون مجازاتی برای آنها پیش بینی نشده است، مجازات کند. لیکن چنین اقدامی از سوی قاضی نه تنها مخالف با اصل قانونی بودن جرم و مجازات هاست، بلکه مداخله در وظایف قوه قانونگذاری و حوزه آن نیز می باشد، در حالی که تنها ملاک و ضابطه تعیین مجازات، قانون است.

۳-۲- تعزیر به عنوان مجازات کیفری، نمی تواند پاسخگویی به مفهوم شرعی

معصیت باشد.

یکی از احتمالاتی که منطقی به نظر می رسد، آن است که تعزیر، يك مجازات

کیفری بوده و در پاسخ‌دهی به جرم که يك مفهوم حقوقی است، جریان می‌یابد. در حالی که معصیت يك اصطلاح دینی است (کدخدایی، ۱۳۸۹، ش ۶۱، ۱۴۳)، و فرد در صورت ارتکاب معصیت، مستحق مجازات آخری است، نه مجازات دنیوی. با این وجود، خداوند در اندک مواردی برای آن آثار کیفر دنیوی، اعلام کرده است.

جرم و گناه در بعضی از مصادیق با یکدیگر اتحاد دارند، اما از ابعاد مختلف متفاوت بوده و این تفاوت‌ها مانع اتحاد بین مفهوم حقوقی «جرم» و مفهوم شرعی «معصیت» و عدم جریان تعزیر در همه معاصی شده است. در حالی که مؤذای قاعده «التعزیر فی کل معصیة» این است که تعزیر در همه معاصی جریان دارد.

در نتیجه، آن دسته از معاصی‌ای که ویژگی و مشخصه جرم بودن را دارا هستند، قابل کیفر دنیوی می‌باشند؛ نه مطلق معاصی؛ پس قاعده مزبور که تعزیر را در همه گناهان جاری می‌داند، باطل و مردود است. از طرفی همه گناهان مفسده فردی و اجتماعی ندارند، تا قابل تعزیر باشند. لیکن تعزیر دارای مراتب است و می‌توان آن را به مراتب مادن مجازات‌های دنیوی تعمیم داد و کلیت قاعده را با حفظ این مراتب پذیرفت؛ همان‌طور که گفته شد؛ کلیت قاعده مزبور، فی الجمله (در برخی موارد) مورد پذیرش است و نمی‌توان کلیت آن را در همه موارد پذیرفت.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۱۵۴

۳-۳-۱- احتمال وجود مجازات دیگری غیر از تعزیر (صافی، بی‌تا، ۱۳۵ با تلخیص)

در معاصی حدی که توسط شخص عاصی انجام می‌گیرد، احتمال مجازات دیگری غیر از تعزیر وجود دارد. به همین دلیل، در صورت عدم مجازات حدی به جهت احتمال مجازات‌های دیگر- نمی‌توان قطعاً حکم به مجازات‌های تعزیری داد. در حالی که از مفاد قاعده آن است که هرکسی که مرتکب گناه کبیره‌ای شود که در شرع برای آن حدی معین نشده باشد، مستوجب تعزیر خواهد بود. به دیگر سخن، قاعده یادشده تعزیر را در همه معاصی - که موجب حد نیستند- ساماندهی می‌کند؛ به عنوان نمونه: حد غضب مال دیگری این است که مال را به صاحبش برگرداند و در صورت تلف، مثل آن را در صورت مثلی بودن و قیمت آن را در صورت قیمی بودن بپردازد.

۳-۴- احتمال تعارض قاعده با آیه قرآن

در قرآن کریم آمده است: ﴿إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ...﴾ (نساء/۳۱)؛ یعنی اگر از گناهان بزرگی که از آن نهی می‌شوید اجتناب کنید، گناهان کوچک شما را می‌پوشانیم و شما را در جایگاه خوبی وارد می‌سازیم.

این آیه در مقام گذشت از صغایر است در صورتی که مرتکب آن از کبایر اجتناب کند. به دیگر سخن، اجتناب از گناهان کبیره از بین برنده صغایر است. پس در این آیه گناهان صغیره را در صورت عدم ارتکاب کبائر خارج می‌کند و مقرر می‌دارد که صغایر مجازات ندارد. در حالی که قاعده مذکور عام بوده و حاکی از تعزیر مطلق معاصی - اعم از کبیره و صغیره - می‌باشد.

در نتیجه، با توجه به اشکال بالا استدلال بر این مطلب - که هر گناهی در شرع مستلزم حد نباشد، موجب تعزیر خواهد بود - ناتمام است.

محقق داماد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۴/۲۴۳) و فاضل (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵، ۲۰۶)

نیز همین نظر را دارند، با این بیان که ارتکاب همه معاصی موجب تعزیر نیست.

چنین نیست که براساس آیه قرآن صغایر قابل مجازات نباشد، زیرا مخاطب آیه گذشت از گناهان صغیره، کسانی‌اند که از کبایر اجتناب می‌ورزند، نه آن‌هایی که صغایر و کبایر را انجام می‌دهند؛ زیرا مطابق آیه، مرتکبان صغایر و کبایر نه تنها به خاطر کبایر بلکه به خاطر صغایر هم مجازات می‌شوند.

۳-۵- مجازات متجری

از دیگر اشکالات و احتمالاتی که بر قاعده مذکور مترتب می‌گردد، مجازات تجری است. برای مثال: کسی که به قصد ارتکاب گناه، عملی را انجام دهد و شراب بنوشد، درحالی که معلوم شود، مایعی که نوشیده آب بوده است، باید اظهار داشت که چنین فردی مجازات دنیوی نمی‌شود، اما در آخرت مجازات می‌شود. ولی قاعده مزبور مجازات دنیوی را در همه معاصی را ساماندهی می‌کند. پس با این اشکال، قول به تعزیر در همه معاصی و محرّمات باطل است.

شاید منظور برخی از اصولیان، مانند میرزا حبیب‌الله رشتی در کتابش با اینکه معتقد

است تجرّی معصیت و حرام است، اما مجازات و عقابی را بر آن مترتب نمی‌داند. این باشد که تجرّی مجازاتِ دنیوی ندارد، نه اینکه هیچ مجازاتی نداشته باشد (رشتی، بی تا، ۳۳۳ با تلخیص).

محقق نائینی در این باره می‌فرماید: «ادّعی عقاب متجرّی از باب مخالفت با خطابات شرعی نیست، بلکه عقل به‌طور مستقل حکم می‌کند که متجرّی استحقاق عقاب را دارد و در حکم عاصی می‌باشد» (نائینی، ۱۴۰۴، ۴۶/۳).

اولاً: منظور از عقاب، شاید عقابِ آخری باشد که محلّ بحث ما نیست؛ چون مؤدّای قاعده، تعمیمِ تعزیر - مجازاتِ کیفری دنیوی - به همهٔ معاصی می‌باشد. حال اگر بگوییم تجرّی با اینکه گناه و معصیت است، مجازاتِ آخری دارد نه دنیوی، همین امر سبب می‌شود که قول به مجازاتِ دنیوی در همه معاصی باطل باشد.

ثانیاً: استحقاقِ عقاب به معنای ثبوت و وجوبِ مجازات نیست، ضمن اینکه برخی از اصولیان با اینکه تجرّی را حرام می‌دانند، اما به صراحت می‌گویند که مجازات ندارد. نتیجه آنکه: تعزیر در همهٔ معاصی جاری نمی‌شود و نصّ و دلیل روشنی برای اثبات این قاعده وجود ندارد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۱۵۶

۴ - رابطه و نسبت منطقی بین جرم و گناه

در اینجا مناسب است از نسبت دو مفهوم «جرم» و «گناه» سخن گفته شود تا معلوم شود که هر گناهی لزوماً جرم نیست و مستوجب کیفر نمی‌باشد؟ آیا هر حرامی گناه است؟ آیا هر جرمی گناه است؟ آیا هر جرمی گناه است؟

پاسخ دادن به این سؤالات، مستلزم بررسی اقوال دو گروه قائل به تساوی و عدم تساوی جرم و گناه و دلایل آنها می‌باشد که نتیجهٔ قول به تساوی و عدم تساوی جرم و گناه در قاعده «التعزیر فی کلّ عمل محرّم» ظاهر می‌شود. پس اختلاف مبنایی است؛ با این بیان که اگر بین جرم و گناه تفاوت قائل نباشیم، قاعده یادشده درست بوده و تعمیم تعزیر را در همهٔ معاصی ساماندهی می‌کند. اما اگر به عدم تساوی بین جرم و گناه قائل شدیم، قاعده مذکور ناتمام بوده و مانع از تعمیم تعزیر بر همهٔ

محرمات می‌شود. زیرا گناه بودن يك عمل در شرع با آنچه که در حقوق به عنوان «جُرم» از آن یاد می‌شود، مساوی نیست.

۴-۱- تساوی جُرم و گناه

عده‌ای از فقها قائل به تساوی جُرم و گناه می‌باشند. چنانکه از تعبیرات آن‌ها فهمیده می‌شود، زیرا عباراتِ آنان گستره‌مجازات را در همه‌معاصی و محرمات از انجام دادنِ فعلِ حرام یا تركِ واجب شامل می‌شود. اینک به عبارت فقها اشاره می‌شود:

ابوصلاح حلبی که نظر وی گفته شد (ابوصلاح حلبی، ۴۱۶، ۴۰۳، ۱۴۰۳ - ۴۱۷).
شیخ طوسی: «هر کس معصیتی را انجام دهد که حدی برای آن مقرر نشده باشد، تعزیر می‌شود» (طوسی، ۱۳۸۷، المبسوط فی فقه الإمامیه، ۶۹/۸). ابن زهره در کتابِ غُنیه (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۴۲۵)، ابن ادریس در کتابِ السرائر (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۵۳۴/۳ - ۵۳۵) و محقق حلّی در کتابِ شرایع الاسلام (محقق حلّی، شرایع الاسلام، ۱۴۰۸، ۱۵۵/۴) با اضافه کردنِ قیودی همان عبارتِ ابوصلاح را تکرار کرده‌اند.
صاحبِ جواهر هم در موردِ این حُکم گفته است که از نظرِ نصّ و فتوا هیچ اشکال و اختلافی وجود ندارد (نجفی، ۱۴۱۰، ۴۱/۴۴۸) و امام خمینی نیز همین نظر را برگزیده‌اند (خمینی، بی تا، ۴۸۱/۲).

بیشتر فقهای شیعه و اهل سنت اتفاق نظر دارند که هرکس فعلِ حرامی را انجام دهد و یا واجبی را ترك کند که موجب حد نباشد، حاکم وظیفه دارد او را به میزان کم‌تر از حد تعزیر کند تا آنجا که عبد القادر عوده در کتابش این حُکم را مورد اتفاقِ علمای مسلمان دانسته است (عوده، ۱۴۰۲، ۱۹۰/۱).

۴-۱-۱- نحوه استنباط از تعبیرات فقها برای اثبات تساوی جُرم و گناه

این گروه از فقها (بجز امام خمینی) هیچ اشاره‌ای به کبیره بودن گناه نکرده و ارتکاب هر گناهی را که مستلزم حد نباشد، موجب تعزیر می‌دانند. چون می‌دانیم که جُرم قابلیتِ مجازات را دارد، اما گناه اختلافی است و نمی‌دانیم آیا قابلیتِ مجازات

دنیوی را دارد یا نه؟ از سخن فقها که هر گناهی را مستوجبِ تعزیر می‌دانند، معلوم می‌شود جُرْم و گناه مساوی هستند و هر دو قابلیتِ مجازاتِ دنیوی را دارند؛ زیرا استفاد از عبارتِ فقها تعمیمِ تعزیر و مجازاتِ دنیوی در همهٔ گناهان می‌باشد.

۴-۱-۲- مستنداتِ قائلان به تساوی جُرْم و گناه

قائلان به تساوی جُرْم و گناه به روایاتِ عام و خاص استناد کرده و گفته‌اند که تعیین نشدنِ کیفر برای برخی از معاصی از جانبِ شارع دلیل بر آن نیست که از آن معاصی بدون اینکه کیفری انجام بگیرد، گذشت نماید.

محقق خوبی بعد از ادّعی شُهرتِ عظیمه در مورد قاعدهٔ یادشده بیان داشته که اموری بر این حُکم مشهور دلالت دارد (خوبی، ۱۴۲۲، ۴۱/۴۰۸ باتلخیص).

۱- آنچه که در روایات با مضمونِ عام آمده و در بحثِ مدارک و مستنداتِ قاعده به آن اشاره شد، این گونه روایات به دلیلِ اجمال، دلالت بر مدّعا ندارند.

۲- سیرهٔ پیامبر ﷺ و امام علی ﷺ در برخورد با افرادِ مرتکبِ حرام این بوده که تعزیر می‌فرمودند، اما باید گفت که فعلِ حضرت در بعضی از موارد دلالت بر مشروعیتِ تعزیر بر همهٔ محرّمات ندارد.

۳- اسلام به حفظِ نظامِ مادی و معنوی اهتمامِ بسیاری داشته و حاکم حق دارد هر کسی را که با نظامِ مخالفت کند تعزیر نماید، اما این مورد هم هیچ گونه دلالتی بر تعزیر هر فعلِ حرامی ندارد. چون مقتضای طبیعی اسلام این نیست که حاکم هر مرتکبِ حرامی را مانند تارکِ سلام، تعزیر کند. لیکن کسی که با نظامِ مخالفت می‌کند حاکم از باب اختیاراتی که دارد، می‌تواند او را تعزیر کند، این مطلب فی الجمله می‌تواند به کلیت قاعده کمک کند، در حالی که بحث از قاعده، پذیرش آن در تمام موارد است.

۴- روایاتِ خاصی که در این موارد وارد شده است، مانند روایاتی که در موردِ هجو و تمسخر و آزارِ دیگران است.

همچنین روایاتی که با عنوانِ باب «مَنْ خَالَفَ الشَّرْعَ فَعَلِيهِ حَدٌّ أَوْ تَعْزِيرٌ» و عنوانِ آزار و اذیتِ مسلمانان آمده است، چون در این روایات اشاره‌ای به کبیره بودن و یا صغیره بودن نشده و به طور کلی هر گناهی را که مستلزم حدّ نباشد، مستوجبِ تعزیر

می‌داند. آقای منتظری هم در کتاب «مبانی فقه حکومت اسلامی» به این مواردی که ذکر نمودیم، اشاره کرده‌اند (منتظری، ۳، ۱۴۰۹/۴۷۲-۴۷۵). (در ادبیات دینی از نقض اوامر و نواهی مذهبی با تعبیری از قبیل: اثم، ذنب، خطیئه، سیئه، وزر، منکر، بغی، فاحشه و نیز جرم یاد شده است) (آیتی، ۱۳۸۷، ۱۱/۱).

اهل لغت واژه جرم را به ذنب و گناه معنا کرده‌اند و هیچ اختلافی در این بین نیست. پس از نظر آنها باید جرم و گناه مساوی باشند (جوهری، ۱۴۱۰، ۵/۱۸۸۵؛ فراهیدی، ۱۴۱۰، ۶/۱۱۸؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ۷/۹۹؛ ابن منظور، ۱۲، ۱۴۱۴/۹۱).

۴-۲-۴- عدم تساوی جرم و گناه و مستندات آنها

در مقابل، عده‌ای قائل به عدم تساوی جرم و گناه و منکر کلیت تعمیم تعزیر بر هر گناه و حرامی‌اند؛ مهم‌ترین دلیل آنها عبارت است از:

۴-۲-۱- عدم وجود دلیل معتبر بر مجازات هر گناه

با رجوع به منابع فقهی درمی‌یابیم که دلیل معتبری بر تعزیر هر فعل حرامی وجود ندارد، چنانکه در بحث مستندات قاعده به این نتیجه دست یافتیم. در اینجا مختصراً به منابع فقهی مراجعه می‌کنیم:

۴-۲-۲- کتاب

قرآن هیچ دلالتی بر تساوی جرم و گناه، وجوب و جواز تعزیر بر هر فعل حرامی ندارد و فقها نیز در کلامشان در رابطه با تعمیم تعزیر بر مطلق محرمات به قرآن استناد نکرده‌اند؛ چنانکه مرحوم موسوی اردبیلی گفته است که از تفحص در آیات قرآن کریم به دست می‌آید که تعزیر سه بار در قرآن، آن هم در معنای لغوی اش به کار رفته که بین معنای لغوی و اصطلاحی ارتباطی وجود ندارد (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳، ۴۳).

در قرآن شواهدی وجود دارد که بر عدم تساوی بین جرم و گناه و عدم کیفر دنیوی بر هر گناه دلالت می‌کند؛ همان‌طور که روشن است بارها صفت «تَوَاب و غَفَار بودن خداوند» در قرآن تکرار شده‌و به توبه از گناهان و نهی از یأس از رحمت الهی تأکید شده است. همچنین در قرآن تصریح شده که: «إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُدْهِنُ السَّيِّئَاتِ»

(هود/۱۱۴).

مقرّر شدن کفّاره برای برخی از محرّمات، عدم تعمیم تعزیر (مجازات دنیوی) را برای ما ساماندهی می کند، چون کفّارات تعزیر به شمار نمی آیند. باتوجه به این قرائن که با تعمیم تعزیر در مطلق معاصی منافات دارد و نیز اینکه در کتاب نصّی وجود ندارد که بر وجوب یا جواز تعزیر دلالت کند؛ با قطعیت می توان اظهار نمود که قول به تعمیم تعزیر در همه معاصی و محرّمات باطل است و به تبع آن، قول به تساوی جرم و گناه هم باطل می باشد؛ زیرا وقتی که نتوان بر هر گناهی مجازات کرد، معلوم می شود که جرم و گناه مساوی نیستند. این دو تعمیم و عدم تعمیم تعزیر در مطلق محرّمات و تساوی و عدم تساوی جرم و گناه - لازم و ملزوم یکدیگرند، به گونه ای که قائل شدن به تساوی جرم و گناه، تعمیم تعزیر و قائل شدن به عدم تساوی آن دو، عدم تعمیم تعزیر را در مطلق محرّمات و معاصی برای ما ساماندهی می کند و بالعکس.

۴-۲-۳- سنت

در منابع حدیثی دلیلی که بر تعزیر همه محرّمات دلالت کند، وجود ندارد. علاوه بر این، اگر در مجامع روایی نخستین هم جستجو شود، عنوانی از «تعزیر بر مطلق معاصی و محرّمات» دیده نمی شود.

به این ترتیب آن دسته از فقیهانی که به این مسئله اشاره کرده اند، یا دلیل نقلی در مورد این مسئله تعزیر را در همه محرّمات ذکر نکرده اند یا اگر ذکر کرده اند، تعزیر در محرّمات را مشروط به کبایر ساخته اند؛ مانند صاحب جواهر و امام خمینی که در بحث مدارک و مستندات قاعده گذشت.

۴-۲-۲- اجماع

قدر مسلم از گفتار فقها پیدا است که بر مضمون: «التعزیر فی کلّ معصیة» اجماع و اتفاق نظر ندارند، زیرا کلام امام خمینی مبنی بر اختصاص تعزیر به کبایر و کلام دیگران، مانند شهید اول که تعزیر را تابع مفسده می دانست با عموم و اطلاق «تعزیر

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۱۶۰

بر هر گناه» منافات دارد. بر فرض، اگر اجماع هم ثابت باشد، اعتباری ندارد، چون مدرکی است.

هیچ دلیل اجتهادی و فقهاتی برای یکسان بودن و تطابق جرم و گناه و مشروعیت تعزیر در همه معاصی و محرّمات وجود ندارد. ضمن اینکه محقق خوانساری و محقق داماد هم به صراحت گفته‌اند که نصّ و دلیل روشنی بر این قاعده نیست (موسوی خوانساری، ۱۴۰۵، جامع المدارك، ۱۱۴/۷؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲۴۳).

۴-۳- موانع و محذورات قول به تساوی مفهوم حقوقی «جرم» و مفهوم

شرعی «گناه»

در حال حاضر، سیاست قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران به گونه‌ای است که علاوه بر اعمال و رفتارهایی که جرم‌انگاری شده‌اند، محرّمات شرعی هم قابل کیفر دانسته شده است. چنانکه از اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری استنباط می‌شود، در نظام کیفری کنونی ایران، مفهوم جرم و گناه یکی بوده و جرم‌انگاری هم طبق قانون و هم براساس متون شرعی انجام می‌گیرد، و منشأ این جرم‌انگاری دوگانه همان قول مشهور فقها می‌باشد. اما قول به یکسان دانستن جرم و گناه و به تعبیری جرم‌انگاری دوگانه، واکنش‌ها و مخالفت‌های بسیاری را در بین پژوهشگران حقوق به وجود آورده است.

سید محمد حسینی در کتاب مجموعه مقالات می‌نویسد: «این نقدهای مکرر و بعضاً عتاب‌آلود هیچ تأثیر و تغییری را در نگاه قانونگذار نگذاشته و به زعم پیدایش تغییرات و تحولات متوالی در قوانین و آیین دادرسی کیفری، وحدت تحریم و تجریم ثابت و پابرجا مانده است؛ زیرا این نقدها عمیق و مبنایی و به زبان قانونگذار به عمل نیامده است. در يك نظام دینی وقتی رویه‌ای تقنینی بر مبنای فقهی استوار است، نقد آن به زبان شعارآلود و ردّ آن به استناد عدم انطباق آن با ملاکات حقوقی لائیک کاری است عبث‌تر از کوبیدن آب در هاون.» (حسینی، ۱۳۸۳، ۶۵۰).

همان‌طور که اشاره شد وحدت تحریم و تجریم و قائل بودن به جرم‌انگاری توسط قانون و متون شرعی موانع و مشکلاتی را به وجود آورده که به آن‌ها اشاره می‌نمایم:

۴-۳-۱- موجب النای اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها در صورت دو

حیثیتی شدن جرم‌انگاری

اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها در همه نظام‌های حقوقی به‌عنوان اصلی مسلم و مورد پذیرش است. حیثیت حکومتی دادن به احکام شرع - یعنی جرم‌انگاری توسط متون شرعی - با اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها در آن دسته از کشورهایی که دارای سیستم حقوقی مدون هستند، سازگار نیست. (حسینی تاش، ۱۳۸۶، ۲۰۱/۱). چون در این کشورها قانون جایگاه بسیار والا و مهمی داشته، به گونه‌ای که معیار منحصر در تعیین جرایم و مجازات‌ها می‌باشد. این امر جرم‌انگاری طبق متون شرعی باعث شده است تا اهتمام این‌گونه کشورها به قوانین شان کم‌رنگ شود، به گونه‌ای که دیگر قانون به‌عنوان منبع انحصاری برای تعیین جرایم و مجازات‌ها تلقی نشود. و از طرفی دیگر، جرم‌انگاری محرّمات شرعی بر اساس متون شرعی باعث می‌شود که قاضی یا حاکم بر اساس منابع فقهی - محرّماتی را که در قانون مجازات جرم‌انگاری نشده - جرم‌انگاری کند، و این برخلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌هاست.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۱۶۲

۴-۳-۲- منافات با حکمت تقنینی شارع، حرمت شرعی مجازات بدون

مجوز و موانع اجرایی آن

اولاً: همه احکام الهی تابع مصالح و مفاسد می‌باشند، و از آنجایی که خداوند متعال حکیم است، کیفرهای دنیوی را در حدّ مقرر و ضروری تشریح می‌کند، به گونه‌ای که در خفیف‌ترین شکل اجرا گردد. با این وجود، نمی‌توان پذیرفت که شارع مقدّس برای همه محرّمات، مجازات مقرر کرده باشد، زیرا مجازات به خودی خود امری نامطلوب است و آثار بدی بر شخص می‌گذارد. پس تشریح «تعزیر بر هر فعل حرام» با حکمت تقنینی شارع منافات دارد، به دلیل غیر قابل اجرا بودن کیفر در همه محرّمات با توجه به وسعت دامنه آن‌ها.

ثانیاً: دو حیثیتی بودن جرم‌انگاری بر مبنای قانون و متون شرع که از مواد ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی و اصل ۱۶۷ قانون اساسی مستفاد می‌گردد، موانع و مشکلاتی را در مقام اجرا به وجود آورده است.

طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ ق.آ.ک، قانونگذار قاضی را مکلف ساخته تا در مواردی که قانون سکوت کرده و برای آن مورد بیانی نیاورده است، به منابع فقهی و یا فتاوی معتبر رجوع کند و حکم هر قضیه را صادر کند. این دو ماده و نیز ماده ۶۳۸ ق.م.ا - که تظاهر علنی به عمل حرام در اماکن و نظار عمومی، مجازاتش حبس از ۱۰ تا ۱۲ روز و ۷۴ ضربه شلاق می باشد - حاکی از این است که مبنای جرم انگاری فقط قانون نیست. و به وضوح بر این مطلب دلالت می کند که در نظام کیفری ایران اسلامی، مفهوم جرم و گناه یکی بوده و تحریم های شرعی هم مانند جرم انگاری تقنینی تلقی می شوند.

این موانع که به نوعی نقد این دو اصل و ماده ۱۶۷ و ۲۱۴ محسوب می شود، عبارت است از:

اولاً: بیشتر قضاات توانایی مراجعه به منابع فقهی را نداشته و بیشتر آن ها از توانایی علمی برخوردار نیستند.

ثانیاً: مراجعه به منابع فقهی، اجمال دارد که آیا کتاب و سنت است یا کتب فقهی؟ اگر ادله فقهی منظور باشد، چنین چیزی بعید است، زیرا لازمه آن این است که قانونگذار همه قضاات را مجتهد به استنباط احکام از ادله فرض کند، ضمن اینکه قانونگذار به عدم اجتهاد اکثر قضاات آگاه است. اما اگر کتاب های فقهی منظور باشد، در این صورت قانونگذار، قضاات را به چیزی تکلیف کرده که غالباً در توان همه آنها نیست.

ثالثاً: اگر مقصود از منابع فقهی معتبر، کتاب های فقهی باشد، تعبیر «فتاوی فقهی معتبر» در کنار آن، صحیح نبوده به دلیل اینکه فتاوی فقهی فقط با مراجعه به کتب فقهی انجام می گیرد. ضمن اینکه قید «معتبر بودن» نیز دارای اجمال است و معلوم نیست فتاوی اجماعی منظور است یا فتاوی که به نظر قاضی مستدل تر باشد (حسینی، ۱۳۸۳، ۶۶۶ - ۶۶۹).

بعد از نقد این دو ماده، لازم است به نقد ماده ۶۳۸ ق.م.ا، پرداخته شود.

این ماده و دو ماده پیشین، فرق نداشته دو مفهوم «گناه» و «جرم» را در بر می گیرد. با مراجعه به ماده ۶۳۸ ق.م.ا روشن می گردد که منطوق ماده این است که

هر عملِ حرامی کیفر دارد و تظاهر به آن، مجازاتِ دیگری را به عنوانِ مجازاتِ زائد به وجود می‌آورد. قبلاً هم اشاره شد که تعمیمِ تعزیر به همهٔ محرمات لازم‌اش تساوی بینِ جُرم و گناه است و به تعبیری لازم و ملزوم یکدیگرند. چنانکه لازمهٔ این ماده هم همین است.

میانِ مفهومِ حقوقی «جُرم» و مفهومِ شرعی «گناه» تفاوت وجود دارد و رابطهٔ منطقی بینِ آن‌ها «عموم و خصوص من وجه» می‌باشد؛ زیرا هرگناهی لزوماً جُرم نیست، مانندِ تجرّی و ریا که حرام است، اما جُرم نیست؛ و از آن طرف، هر جُرمی هم از دیدگاهِ اسلامی لزوماً گناه نیست^۱ (هاشمی، ۱۳۸۶، ش ۳۷، ۱۵۱).

رابطه و نسبتِ منطقی بینِ جُرم و گناه «عموم و خصوص من وجه» است؛ یعنی تحققِ جُرم هیچ ملازمه‌ای با گناه و تحققِ گناه هم هیچ ملازمه‌ای با جُرم ندارد، به عنوانِ نمونه: در موردِ غیبت که حرام است، نمی‌توان گفت جُرم هم هست. چون ثابت کردیم که قول به تساوی جُرم و گناه به دلایلی، از جمله: اختلافِ جُرم و گناه، فقدان دلیل بر قاعده و موانع و مشکلاتِ وحدتِ تحریم و تجریم باطل است و از طرفی، نمی‌توان آثارِ جُرم را بر گناه مترتب ساخت، مگر اینکه حیثیتِ حکومتی جُرم با جعلِ حکومت ثابت شود. به تعبیری رساتر، هیچ گناهی ذاتاً دارای حیثیتِ مجرمانه نیست مگر به جعلِ حکومت؛ یعنی در صورتی آثارِ جُرم بر گناه مترتب می‌گردد که گناه دارای معیارِ تحققِ جُرم باشد به گونه‌ای که مخلّ نظم و امنیّتِ جامعه و متنافی عفتِ عمومی باشد؛ از طرفی دیگر، نمی‌توان مطلقاً آثارِ گناه را که مجازاتِ أُخروی است، بر جُرم مترتب کرد؛ زیرا آثارِ گناه، امری واقعی و آثارِ جُرم امری اعتباری است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۱۶۴

نتیجه‌گیری

بررسی و مطالعات نشان می‌دهد که این قاعده به دلیلِ نداشتنِ مستند قوی، تمام نیست و پذیرشِ آن در جامعهٔ امروزی با مشکلاتِ عدیده‌ای روبه‌روست. تنها راه اثباتِ تمامیّتِ قاعدهٔ مذکور آن است که مفهومِ شرعی «گناه» و مفهومِ حقوقی

۱. صاحب‌جواهر در این مورد مثالی دارند. ر.ک: (نجفی، ۱۴۱۰، ۴۱/۳۶۸).

«جُرم» را یکسان بدانیم. زیرا تعمیم تعزیر که مفادِ قاعده است، لازمه‌اش مساوی دانستنِ جُرم و گناه است. لیکن جُرم و گناه دو ماهیت متفاوت‌اند. به دیگر سخن، این دو اختلاف مبنایی دارند؛ با این توضیح که اگر جُرم و گناه را یکسان دانستیم، این قاعده تعمیم تعزیر را در همه معاصی ساماندهی می‌کند، اما اگر جُرم و گناه را متفاوت دانستیم - که درست هم همین است از قاعده، تعمیم تعزیر بر همه معاصی و محرّمات برداشت نخواهد شد. پس قاعده «التّعزیر فی کُلِّ عملٍ محرّم» ناتمام است و مانع از تعمیم تعزیر بر همه معاصی و محرّمات می‌گردد.

منابع

قرآن کریم

۱. آیتی، محمدرضا، اسفندیاری بیات، حمزه، «نسبتِ جُرم و گناه در حقوق ایران»، پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی، (تابستان ۱۳۸۷)، شماره ۱، ص ۹-۳۵.
۲. ابن فارس، احمد، (۱۴۰۴ق). معجم مقانیس اللغة، به تصحیح عبدالسلام محمد هارون، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم.
۳. ابن ادریس، محمد بن احمد، (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
۴. ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۴۱۵ق). المقنع. به تصحیح و تحقیق گروه پژوهش مؤسسه امام هادی علیه السلام. چاپ اول، قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.
۵. ابن زهره، حمزه بن علی، (۱۴۱۷ق). غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع. به تحقیق ابراهیم بهادری. چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۶. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ق). لسان العرب. به تحقیق و تصحیح احمد فارس صاحب الجوائب. چاپ سوم. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دارصادر.
۷. ابو الصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، (۱۴۰۳ق)، الکافی فی الفقه. محقق رضا استادی، چاپ اول. اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۸. ایروانی، باقر، (۱۴۲۶ق)، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه. چاپ سوم، قم: دارالفقه للطباعة و النشر.
۹. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۱۰ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه. محقق احمد عبد الغفور عطار. چاپ اول. بیروت: دار العلم للملایین.

۱۰. حبیب‌زاده، محمد جعفر، عینی، محسن. «مبنا و ملاک تعزیر». مجله دادرسی، (مهر و آبان ۱۳۸۱ش)، ش ۳۴، ص ۱۷ - ۲۰.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه. به تحقیق گروه پژوهش مؤسسه آل بیت علیهم‌السلام. چاپ اول. قم: مؤسسه آل بیت علیهم‌السلام.
۱۲. حسینی تاش، سید صادق. (۱۳۸۶ش). رابطه جرم و گناه. چاپ اول. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۳. حسینی، سید محمد. (۱۳۸۳ش). رابطه مفهوم شرعی «گناه» و مفهوم حقوقی «جرم» و نسبت تحریم تجریم. علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر محمد آشوری). مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی «سمت».
۱۴. خمینی، روح الله. (بی تا). تحریر الوسیله. چاپ اول. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۱۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن. محقق صفوان عدنان داودی. چاپ اول. لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیه.
۱۶. رشتی، حبیب الله. (بی تا). بدائع الافکار. قم: مؤسسه آل بیت علیهم‌السلام لاحیاء التراث.
۱۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. به تحقیق گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی. چاپ اول. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۱۸. صاحب بن عبّاد، اسماعیل بن عبّاد. (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغة. به تحقیق محمد حسن آل یاسین. چاپ اول. بیروت - لبنان: عالم الكتاب.
۱۹. صافی، لطف الله. (بی تا). التّعزیر، أحكامه و حدوده. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه.
۲۰. طریحی، فخرالدین بن محمد. (۱۴۱۶ق). مجمع البحرین. به تحقیق سید احمد حسینی. چاپ سوم. تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف. به تحقیق علی خراسانی، سید جواد شهرستانی، مهدی طه نجف و مجتبی عراقی. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۲. _____. (۱۳۸۷ق). المسوط فی فقه الإمامیه. محقق سید محمد تقی کشفی، چاپ سوم. تهران: المكتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
۲۳. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۳۷۷ش). تفسیر جوامع الجامع، تهران: انتشارات دانشگاه تهران و مدیریت حوزه علمیه قم.
۲۴. _____. (۱۳۷۲ش). مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تهران: انتشارات ناصر خسرو.
۲۵. علم الهدی، علی بن حسین. (۱۴۱۵ق). الانتصار فی انفرادات الإمامیه. به تحقیق گروه

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۱۶۶

پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۶. عوده، عبد القادر. (۱۴۰۲ق). التَّشْرِيعُ الْجِنَائِيّ الْإِسْلَامِيّ فِي الْمَذَاهِبِ الْخَمْسَةِ مَقَارِنُ بِالْقَانُونِ الْوَضْعِيّ. الدَّرَاسَاتُ الْإِسْلَامِيَّةُ فِي مَوْسَمِ الْبَعْثَةِ. بِي جَا.

۲۷. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۵ق). جامع المسائل. چاپ اول. قم: انتشارات امیر قلم.

۲۸. فخرالمحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. مصحح و محقق سید حسن موسوی کرمانی. علی پناه اشتهاردی. عبدالرحیم بروجردی. چاپ اول. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۲۹. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین. تحقیق مهدی مخزومی، ابراهیم سامرائی. چاپ دوم. قم: نشر هجرت.

۳۰. کدخدایی، محمد رضا. «پاسخ اشکالات نظری به قاعدة التعزیر فی کلّ عمل محرم». مجلّة فقه اهل بیت علیهم السلام. (بهار ۱۳۸۹ش). ش ۶۱. ص ۱۳۷-۱۹۷.

۳۱. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. به تحقیق علی اکبر غفّاری. چاپ چهارم. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

۳۲. کیاهراسی، ابوالحسن علی بن محمد. (۱۴۰۵ق). احکام القرآن. بیروت: دارالکتب العلمیه.

۳۳. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. به تحقیق عبد الحسین محمد علی نقال. چاپ دوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۳۴. _____ (۱۴۱۲ق). نکت النهایه- النهایه و نکتها. محقق گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۳۵. محقق داماد، مصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. چاپ دوازدهم. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۳۶. مرتضی زبیدی، محمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. به تحقیق علی شیری. چاپ اول. بیروت- لبنان: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

۳۷. مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق). المقنعه. چاپ اول. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید علیه السلام.

۳۸. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. محقق آقا مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاردی و آقا حسین یزدی اصفهانی. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۳۹. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). مبانی فقهی حکومت اسلامی، مترجم: محمود صلواتی،

- محمود. شكوری. ابوالفضل. چاپ اول. قم: مؤسسه كیهان.
۴۰. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی. (۱۴۱۳ق). فقه الحدود و التعزیرات. قم: منشورات مكتبه امیر المؤمنین (دارالمفید).
۴۱. موسوی خوانساری، احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارك فی شرح مختصر النافع. محقق علی اكبر غفاری. چاپ دوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۲. موسوی خویی، ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تكملة المنهاج. چاپ اول. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
۴۳. نائینی، محمد حسین. (۱۴۰۴ق). فؤائد الاصول مقرر (محمد علی كاظمی). به تعليق آقا ضیاء الدین عراقی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرّسین.
۴۴. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الكلام فی شرح شرایع الاسلام. به تحقیق و تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی. چاپ هفتم. بیروت - لبنان: دار احیاء التراث العربی.
۴۵. هاشمی، سید حسن. «نقدی بر ماده ۶۳۸ ق.م.ا در جرم انکاری بد حجای». فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان، (پاییز ۱۳۸۶ش)، ش ۳۷، ص ۷۵ - ۱۳۳.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶