



انجمن علمی فقه‌برای تطبیق ایران



فصلنامه فقه‌برای تطبیق

Optional or Mandatory Selection of Punishments for Mohareb from the Perspective of Imamiyya Jurisprudence

Mohamad Javanbakht¹, Rahmatallah Rezaei*²

1. PhD Student, Department of Criminal Law and Criminology, Gorgan Branch, Islamic Azad University, Gorgan, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Payam Noor University, Tehran, Iran. (Corresponding Author)

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:

Original Research

Pages: 125-138

Corresponding Author's Info

ORCID: 0000-0003-2525-0228

TELL: +989113540139

Email: Rezaei063@gmail.com

Article history:

Received: 10 Sep 2023

Revised: 09 Dec 2023

Accepted: 19 Dec 2023

Published online: 22 Dec 2023

Keywords:

Muharribeh, Imami
Jurisprudence, Punishment,
Hadd.

ABSTRACT

Muharibeh is a severe punishment that is emphasized in the Qur'an and the legislator has also criminalized it according to the Holy Sharia. The types of punishments that are considered for Muharibeh in the verse are separated from each other, which has caused a difference between Imami jurists; A group has taken the promise of absolute discretion and others have believed in Mandatory Selection of Punishments in proportion to the effects and harmful results of the committed behavior and considered the judge to be obliged to diversify. In articles 282 and 283 of the Islamic Law, the Iranian legislator has determined the four punishments and given the absolute authority to the judge in choosing each of the mentioned punishments and has not specified the exact criteria for the selection. Therefore, the present research collects the opinions of Imamiyya jurists on the subject through a descriptive-analytical method and finally reaches the conclusion that Optional or Mandatory Selection of Punishments for Mohareb is logical and in accordance with the principles and foundations of the Sharia and social needs.



This is an open access article under the CC BY license.

© 2023 The Authors.

How to Cite This Article: Javanbakht, M & Rezaei, R (2023). "Optional or Mandatory Selection of Punishments for Mohareb from the Perspective of Imamiyya Jurisprudence". *Journal of Comparative Criminal Jurisprudence*, 3(4): 125-138.



انجمن علمی فقه‌های تطبیقی ایران

فصلنامه فقه‌های تطبیقی

www.jccj.ir



فصلنامه فقه‌های تطبیقی

دوره سوم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۲

تأملی بر تخییری یا ترتیبی - تفصیلی بودن مجازات محارب از منظر فقه امامیه

محمد جوان‌بخت^۱، رحمت‌الله رضایی^{۲*}

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران.

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. (نویسنده مسؤل)

چکیده

محرابه مجازاتی حدی است که در قرآن مورد تأکید قرار گرفته و مقنن نیز به تبع، شرع مقدس آن را جرم‌انگاری نموده است. نوع مجازات‌هایی که در آیه برای محارب در نظر گرفته شده، با حرف عطف «و» از یکدیگر جدا شده‌اند که همین امر موجب بروز اختلاف بین فقهای امامیه شده، چندان که گروهی قول تخییر مطلق را گزیده و دیگران قائل به ترتیب و تفصیل در تحمیل مجازات بر محارب به تناسب آثار و نتایج زیان‌بار رفتار ارتكابی محارب شده و قاضی را ملزم به تنويع و تقييد دانسته‌اند. قانون‌گذار ایران در مواد ۲۸۲ و ۲۸۳ ق.م.ا به تعیین مجازات چهارگانه و اعطای اختیار مطلق به قاضی در انتخاب هر یک از عناوین کیفرهای مذکور نموده و ملاک دقیق انتخاب را مشخص نکرده که این امر شائبه اختیار موسع و سلطنت قاضی بدون لحاظ گستره نتایج جرم را در ذهن می‌پروراند، لذا پژوهش حاضر به روش توصیفی - تحلیلی به گردآوری نظریات فقهای امامیه در خصوص موضوع پرداخته و نهایتاً بدین نتیجه دست می‌یابد که رعایت روش ترتیبی - تفصیلی در تعیین کیفر جرم محاربه منطقی و منطبق بر اصول و مبانی شریعت و ضروریات اجتماعی می‌باشد.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۲۵-۱۳۸

اطلاعات نویسنده مسؤل

کد ارکید: ۰۰۰۰-۰۰۰۰۰۳-۲۵۲۵-۰۲۲۸

تلفن: +۹۸۹۱۱۳۵۴۰۱۳۹

ایمیل: Rezaei063@gmail.com

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۱۹

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۲/۰۹/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۲۷

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۰/۰۱

واژگان کلیدی:

محرابه، فقه امامیه، مجازات، حد.

خوانندگان این مجله، اجازه توزیع، ترکیب مجدد، تغییر جزئی و کار روی حاضر به صورت غیرتجاری را دارند.



© تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده می‌باشد.

مقدمه

محرابه از جمله جرایم علیه امنیت ملی است که بنا به سبقه شرعی و فقهی در زمره جرایم مهم حقوق کیفری قرار گرفته است. قانون گذار در ماده ۲۸۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مجازات چهارگانه اعدام، صلب، قطع دست راست و پای چپ و نفی بلد را تعیین و در ادامه در ماده ۲۸۳ انتخاب هریک از حدود چهارگانه را مطلقاً در اختیار قاضی نهاده است. آنچه در این دو مقررہ حائز اهمیت می باشد یکی تعیین انواع مجازات برای مرتکب جرم حدی محاربه است و دیگری اعطای اختیار مطلق به قاضی در انتخاب هریک از عناوین مندرج در ماده بدون ملحوظ داشتن این که شدت و حدت جرم ارتكابی تا چه میزان بر نوع کیفر انتخابی می تواند مؤثر واقع شود می باشد. قانون گذار در بند «الف» سنگین ترین مجازات، یعنی سلب حیات و پس از آن صلب و قطع و نفی بلد را به ترتیب ذکر نموده است.

علی رغم این که سیاست قضائی کشورمان، قانون محور است، اما پیشینه فقهی مبحث محاربه و ارائه نظریات فقهی مشهور و مخالف آن ها، با توجه به انتقادات طرفین به ادله ابرازی یکدیگر و ظهور جنبش های نوپدید به پیروی از فقه جزائی، در حقوق کیفری موضوعه و نقد و بررسی این موضوع در محافل علمی و دانشگاهی و ایرادات وافر به این رویکرد قانون گذار و اتخاذ تصمیمات قضایی مبتنی بر آن، ضرورت انجام این نوشتار را ایجاب نمود تا زمینه ای برای تشریح رویکرد مغلوب و مطرود قانون گذار در خلال این پرسش که علت عدم گرایش قانون گذار کیفری ایران به رویکرد تفصیلی - ترتیبی چیست؟ فراهم گردد.

پیرامون موضوع حاضر، نوشتگانی به رشته تحریر درآمده و هریک به نحوی به بررسی و مطالعه مبانی نظری هر دو رویکرد پرداخته اند، اما آنچه این نوشتار را از سایر نوشتگان متمایز می سازد تمایل و تطابق و تقارب دیدگاه قانون گذار به رویکرد تفصیلی - ترتیبی با استناد به متون معتبر فقهی می باشد که به نظر می رسد از دید نوشتگان اخیر، مغفول مانده است. آنچه مفروض این نوشتار است امکان جمع دیدگاه قانون گذار کیفری ایران و طرفداران قول تفصیلی -

ترتیبی وجود دارد. بر همین اساس ابتدا به تعریف محاربه و مجازات چهارگانه آن از نظر متون شرعی پرداخته و سپس قول تخییر را مورد بررسی قرار داده و در ادامه به تشریح قول ترتیب با استناد به منابع معتبر فقهی و انطباق بر قواعد و اصول فقهی و حقوقی می پردازیم.

۱- تعریف و اوصاف محاربه

۱-۱- تعریف محاربه

پیرامون محاربه تعاریف متعددی ارائه شده است. در کلام فقها محاربه عبارت از کشیدن سلاح در خشکی یا دریا، روز یا شب، برای ترساندن مردم، در شهر و غیر آن، خواه این کار از سوی مرد باشد یا زن، خواه از سوی انسان نیرومند باشد یا ضعیف و خواه از سوی اهل فتنه باشد یا غیر آن، اعم از آن که قصد ترساندن مردم را داشته باشد یا نداشته باشد، آمده است (عاملی جبعی، ۱۴۲۶: ۴۶۹/۳؛ علامه طباطبایی، ۱۴۱۷: ۳۲۷/۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۵: ۴۹۲/۲). غالب فقها در تعریف محاربه به نحوی اتفاق نظر داشته و تجرید سلاح به قصد ترساندن مردم محور اصلی اقوال ایشان می باشد.

در حقوق کیفری ایران، جرم محاربه در ماده ۲۷۹ قانون مجازات، تعریف شده است. این ماده، در تعریف جرم محاربه و ارکان آن، مقرر می دارد: «محرابه، عبارت از کشیدن سلاح، به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آن ها است، به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد. هرگاه کسی با انگیزه شخصی، به سوی یک یا چند شخص خاص، سلاح بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد و نیز کسی که به روی مردم سلاح بکشد، ولی در اثر ناتوانی، موجب سلب امنیت نشود، محارب محسوب نمی شود.» براساس این ماده، جرم محاربه، یعنی یک نفر یا چند نفر، اقدام به کشیدن اسلحه، به قصد ارباب و ترساندن یا به قصد گرفتن جان، مال، یا ناموس مردم کنند و در این بین، با عمل خود، موجب ناامنی شوند. آنچه در جرم محاربه مهم است، این بوده که عمل محارب، موجب ناامنی در محیط شود و محارب، با انگیزه های شخصی، اقدام به کشیدن اسلحه نکند.

۲-۱- ارکان جرم محاربه

۱-۲-۱- رکن شرعی یا قانونی

آیه ۳۳ سوره مائده در شریعت اسلام و ماده ۲۷۹ ق.م.ا در حقوق کیفری ایران به عنوان رکن شرعی و قانونی جرم محاربه شناخته می‌شوند.

۲-۲-۱- رکن مادی

تجرید السلاح در کلام فقها و سلاح کشیدن در حقوق کیفری ایران رکن مادی محاربه به شمار می‌رود.

۳-۲-۱- رکن معنوی

این رکن مشتمل است بر سوءنیت عام، یعنی عمد در تجرید السلاح و سوءنیت خاص، یعنی قصد تعرض به جان، مال و ناموس مردم (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۵۱). باتوجه به ماده ۲۷۹ ق.م.ا، محاربه، از جمله جرائم مقید محسوب می‌گردد که برای تحقق آن وجود سوءنیت خاص شرط است. توضیح این که سوءنیت عام عبارت است از تعلق اراده مرتکب به رفتار مجرمانه و این مهم در تمامی جرائم شرط است و در جرم محاربه عمد در کشیدن سلاح یا (تجریدالسلاح) است. به عبارت بهتر سوءنیت عام جرم محاربه به این معناست که محارب کشیدن سلاح را از روی اراده انجام دهد، اما علاوه بر این سوءنیت عام، در برخی جرائم وجود سوءنیت خاص نیز شرط است. سوءنیت خاص عبارت از تعلق اراده مرتکب به نتیجه مجرمانه است. به عبارت دیگر سوءنیت خاص به معنای قصد تحصیل نتیجه مجرمانه است. در جرم محاربه وجود سوءنیت خاص قصد تعرض به جان، مال یا ناموس مردم برای تحقق این جرم شرط است.

باتوجه به مطلق بودن عبارت ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی به نظر می‌رسد قانون‌گذار همسو با نظر مشهور فقها ارتکاب محاربه توسط مرد یا زن (اطلاق مرتکب جرم) و نیز در شهر یا خارج شهر و یا در شب یا روز (اطلاق زمان و مکان جرم) پذیرفته است و از این منظر قیدی برای تحقق محاربه در نظر نگرفته است.

۳-۱- شرایط اصلی محاربه

باتوجه به بیان قانون‌گذار در ماده ۲۷۹ و تبصره‌های آن، معلوم می‌شود که دو شرط اصلی که بدون تردید تحقق جرم محاربه موکول به تحقق آن‌ها شده است، لزوم وجود و قصد برهم‌زدن امنیت عمومی از جهت تأمین رکن روانی و نیز ضرورت به کارگیری سلاح از جهت تأمین رکن مادی می‌باشد.

۱-۳-۱- لزوم وجود قصد برهم‌زدن امنیت عمومی

اگرچه برخی از فقها امامیه، قصد اخافه دارعاب را برای تحقق جرم محاربه ضروری ندانسته‌اند، لیکن قانون‌گذار در ماده ۲۷۹ ق.م.ا به تبعیت از اکثریت فقهای امامیه، لزوم تحقق سوءنیت خاص اخافه و ارعاب را در این زمینه لازم دانسته است. این بیان قانون‌گذار ما را ملزم می‌سازد تا در مواردی که مرتکب اقدام به انجام عملی نموده، لیکن قصد وی ترساندن و برهم‌زدن امنیت عمومی مردم نبوده است، در تحقق محاربه تردید نماییم.

علاوه بر این، توجه و دقت به قصد مستقیم مرتکب در این زمینه بسیار مهم و تعیین‌کننده خواهد بود، در صورتی که عامل تعیین‌کننده در این زمینه تنها قصد مستقیم مرتکب دانسته شود، دایره تحقق محاربه محدودتر خواهد ماند و برعکس هرگاه علم مرتکب به این که انجام عمل مزبور باعث ایجاد اخافه و ترس بشود، دایره تحقق جرم محاربه گسترده‌تر خواهد شد.

۲-۳-۱- لزوم به کارگیری اسلحه

محاربه در زمره جرائمی است که به کارگیری سلاح در آن نقش مهمی دارد. مهم‌ترین مسأله که در این زمینه می‌شود مطرح کرد، این است که مقصود از سلاح چیست؟ فقهای امامیه در این زمینه دارای سه دیدگاه متفاوت می‌باشند: گروه نخست مقصود از سلاح در این زمینه محدود به سلاح آهنین مانند شمشیر و چاقو نموده‌اند و در مصادیق سلاح آهنین، تفاوتی بین سلاح گرم (تفنگ) و سرد (مثل خنجر) نشده‌اند و همین دیدگاه مورد پذیرش اکثر فقهای امامیه قرار گرفته است؛ گروه دوم از فقها کسانی هستند که علاوه بر سلاح آهنین، مصادیق دیگری همچون سنگ، عصا و چوب که عرفاً سلاح تلقی نمی‌شوند را نیز برای تحقق محاربه کافی

۱-۴- مقیدبودن جرم محاربه

از منظر لزوم یا عدم لزوم تحقق نتیجه مجرمانه جرائم را به مطلق و مقید تقسیم می‌کنند. بر این اساس جرائم مطلق جرائمی هستند که به‌صرف ارتکاب عمل مجرمانه جرم اتفاق افتاده است و نیاز به حصول نتیجه خاصی نمی‌باشد (مانند استفاده از سند مجعول یا ادای شهادت کذب). در مقابل جرائم مقید جرائمی هستند که به‌صرف ارتکاب عمل مجرمانه جرم اتفاق نمی‌افتد و قانون‌گذار حصول نتیجه‌ای را برای تحقق جرم شرط دانسته است. محاربه، از جمله جرائم مقید است که برای تحقق آن حصول نتیجه‌ای خاص شرط است. این نتیجه خاص عبارت است از «سلب امنیت»، چراکه قانون‌گذار در ماده ۲۷۹ مقرر می‌دارد: «کسی که به روی مردم سلاح بکشد، ولی در اثر ناتوانی موجب سلب امنیت نشود، محارب محسوب نمی‌شود.» بنابراین تحقق جرم محاربه منوط به این است که در عمل امنیت مردم سلب گردد و به‌عبارت‌بهرتر، نتیجه لازم برای تحقق جرم محاربه این است که با ایجاد رعب و هراس آزادی و امنیت مردم سلب گردد.

محاربه در شرع مقدس اسلام دارای چهار مجازات است که آیه ۳۳ سوره مائده و متعاقباً کلام فقها و مقرر قانون‌گذار کیفری ایران، جملگی مؤید آن هستند. در ادامه به بررسی موردی مجازات‌های آن می‌پردازیم:

۱-۵- مجازات محاربه

محاربه به‌عنوان یک جرم حدی دارای حیثیت الهی و جنبه عمومی است و مجازات مشخصی در شریعت اسلام دارد که نشان از اهمیت امنیت و آسایش جامعه مدنی نزد شارع می‌باشد. مجازات‌های محاربه عبارت است از: قتل، صلب، قطع دست و پا به‌صورت خلاف و نفی بلد.

۱ و ۲- کشتن و به‌دارآویختن: کلمات «تقتیل»، «تصلیب» و «تقطیع» از باب تفعیل است که شدت و زیادت در معنای قتل، صلب و قطع را می‌رساند، پس این کلمات به‌معنای کشتن، دارزدن و بریدن به شدت است (علامه طباطبایی، ۱۴۱۷: ۳۲۷/۵).

۳- قطع دست و پای مخالف: منظور از قطع دست و پا، همان مقداری است که در مورد سرقت بیان گردیده، یعنی تنها

داشته‌اند؛ گروه سوم نیز در این زمینه کسانی هستند که استفاده از سلاح را تا به‌کاربردن زور و قهر و غلبه نیز توسعه داده‌اند. براساس این دیدگاه به‌طور کلی در محاربه به‌کار برده وسیله‌ای مانند سلاح شرط نمی‌باشد (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۵۵-۵۲).

تحقق بزه محاربه از دیدگاه اکثریت فقها همواره منوط به ایجاد شرایط اصلی آن بوده است. این شرایط که مهم‌ترین آن‌ها، وجود سوءنیت خاص در جهت برهم‌زدن امنیت عمومی و به‌کارگیری ابزاری که عرفاً سلاح تلقی شود، می‌باشد، همواره سبب می‌گردد تا دایره وقوعی این بزه محدود و محصور باشد.

۱-۳-۳- شرط عمومیت محاربه

در ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی یک واژه خاص به‌کار رفته است که در تحقق جرم محاربه تأثیرگذار است. توضیح این‌که قانون‌گذار در این ماده اشعار می‌دارد: «محاربه عبارت از کشیدن سلاح به‌قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آن‌ها است...»، بنابراین تحقق جرم محاربه منوط به‌وجود نوعی «عمومیت» در جرم است. بر همین اساس در ادامه ماده مقرر گردیده است که: «هرگاه کسی با انگیزه شخصی به سوی یک یا چند شخص خاص سلاح بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد ... محارب محسوب نمی‌شود.» با توجه به شرط عمومیت برای مثال اگر فردی که با دوست خود اختلاف مالی دارد، بر روی او (یا حتی بر روی او و خانواده خاص او) سلاح بکشد، محارب محسوب نمی‌گردد، البته نباید از نظر دور داشت شرط عمومیت داشتن رفتار به‌معنای آن نیست که در عالم واقع و در عمل تعداد زیادی از مردم ترسیده و مرعوب شوند، بدین‌معنا که اگرچه مرتکب انگیزه شخصی داشته و با کشیدن سلاح قصد کشتن یا تعرض به افراد خاصی را داشته باشد، لیکن همین رفتار ارتكابی در محل و منظر عموم واقع شود و موجب ناامنی در محیط گردد و موجب ایجاد رعب و وحشت در مردم شود، در صورت جمع سایر شرایط می‌تواند مصداق محاربه قرار گیرد.

ضعف آن‌ها نتایج متفاوتی برای مرتکب داشته و ممکن است یکی موجب سلب حیات مرتکب گردد و دیگری صرفاً موجب محدودیت آزادی یا محرومیت از سلامت کامل جسمانی مرتکب. مشکل از آنجا ناشی می‌شود که این مجازات‌های چهارگانه در یک سطح نیستند و همین مسأله موجب بروز آرای مختلف فقهی با استدلال‌های متفاوت شده است.

بزرگانی همچون شیخ صدوق، شیخ مفید، علامه حلی و امام خمینی اجرای مجازات را تخییری می‌دانند و معتقدند قاضی می‌تواند یکی از چهار مجازات را انتخاب کند. در مقابل، فقهای نظیر شیخ طوسی، صاحب جواهر، صاحب ریاض و محقق خوئی، معتقدند که مجازات محارب به شیوه ترتیبی و به تناسب جرمی که انجام داده، می‌باشد، لذا در ادامه به تشریح اقوال مطروحه و ادله استنادی طرفداران هریک خواهیم پرداخت (خوئی، ۱۴۲۲: ۵۱/۱).

۲- قول تخییر

قول تخییر بر این عقیده است که حاکم مخیر است هریک از مجازات‌های چهارگانه مذکور در آیه مربوطه را درباره محارب انتخاب کند: «فالإمام مخیر فیه بین أربعه أشياء» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۶۸/۴؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۵۰۵/۳؛ شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۸۰۴). این نظریه بدین معناست که قاضی در انتخاب هریک از مجازات‌های چهارگانه اختیار دارد و می‌تواند بدون تقید به رعایت ترتیب مقرر در آیه قرآن و متن قانون، یکی از حدود را اتخاذ و تحمیل نماید. این قول طرفدارانی دارد که برای اثبات مدعای خود در حمایت و گزینش این نظریه به آن‌ها استناد می‌کنند.

قول به تخییر مختار شیخ مفید در المقنعه، شیخ صدوق در هدایه و نیز ظاهر المقنعه، سلار دیلمی در المراسم، علامه حلی در القواعد و ظاهر المختلف و تحریر و تبصره، ابن ادریس در السرائر، محقق در شرایع و مختصر و فخرالمحققین در ایضاح، شهید ثانی در المسالك، فاضل مقداد در التتقیح و کنزالعرفان و شیخ جعفر کاشف‌الغطاء در کشف‌الغطاء و بسیاری دیگر از صاحب نظران سلف می‌باشد (مفید بغدادی، ۱۴۱۳: ۳۵۱).

بریدن چهار انگشت از دست یا پا می‌باشد، طبق آن‌چه در کتب فقهی بیان شده است (فاضل مقداد، ۱۴۱۹: ۳۵۲/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۳۶۰/۴) و عبارت «من خلاف»، یعنی دست و پای مجرم را به صورت مخالف هم قطع کنند؛ اگر دست راست او را قطع کردند، پای چپش را قطع کنند و مراد از قطع، قطع قسمتی از دست و پا است، نه همه آن و قطع یک دست و یک پا بیان شده، نه هر دو که اگر مراد قطع هر دو بود، دیگر نیازی به بیان این عبارت در آیه نبود (علامه طباطبایی، ۱۴۱۷: ۳۲۷/۵).

۴- تبعید: وقتی در مورد چگونگی تبعید و حد آن از امام رضا (ع) سؤال شد، فرمودند: از آن شهری که دست به چنین کارهایی زده، به شهر دیگری تبعید می‌شود و به اهل آن شهر می‌نویسند که این شخص به جرم فسادانگیزی از فلان شهر به اینجا تبعید شده، با او مجالست و معامله نکنید و به او زن ندهید و با او هم سفره نشوید و در نوشیدنی‌ها شریک او نشوید، پس به مدت یک سال این کار را با او می‌کنند، اگر در بین سال خودش از آن شهر به شهری دیگر رفت، باز به اهل آن شهر جدید همین سفارش‌ها را می‌نویسند تا یک سالش تمام شود. دوباره از امام (ع) پرسیده شد: اگر به طرف سرزمین شرک حرکت کرد تا در آنجا سکونت کند، چطور؟ فرمود: اگر چنین کرد، باید مسلمانان با اهل آن شهر جنگ کنند (کلینی، ۱۳۶۷: ۲۴۶/۷؛ حسینی جرجانی، ۱۴۰۴: ۶/۲).

قانون‌گذار کیفری ایران به تبع آیه مبارکه ۳۳ سوره مائده و نظریات فقهی مشهور در ماده ۲۸۲ ق.م.ا مقرر می‌دارد: «حد محاربه یکی از چهار مجازات زیر است: ۱- اعدام؛ ۲- صلب؛ ۳- قطع دست راست و پای چپ؛ ۴- نفی بلد»، لذا براساس این ماده، چنانچه شخصی، مرتکب جرم محاربه شود و بدین ترتیب با دست‌بردن به اسلحه به قصد ارباب و ترساندن یا به قصد جان و مال و ناموس مردم، موجب سلب امنیت محیط گردد، به انتخاب قاضی، به صلب، اعدام، قطع دست راست و پای چپ یا نفی بلد، محکوم خواهد شد.

آنچه در اینجا، حائز اهمیت می‌باشد، تنوع مجازات‌های تعیینی و تفاوت نتیجه اجرای آن‌ها بر مجرم است، چندان که قتل و نفی بلد همگرایی چندانی در آثار با یکدیگر نداشته و شدت و

۲-۱- لفظ عطف أو: تمسک به ظاهر آیه ۳۳ مائده

نظر به این که مستند شرعی جرم محاربه، آیه ۳۳ سوره مبارکه مائده می‌باشد و خداوند کریم در آن می‌فرماید: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَ يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ...» همانا کیفر آنان که با خدا و رسول به جنگ برخیزند و در زمین به فساد کوشند، جز این نباشد که آنها را به قتل رسانده، یا به دار کشند و یا دست و پایشان به خلاف یکدیگر بپزند و یا به نفی و تبعید از سرزمین (صالحان) دور کنند...» لفظ عطف «أو» بین چهار مجازات، ظهور در تخییر دارد.

قائلین به این دیدگاه در تأیید نظریه خویش به دو آیه کفاره قسم (مائده/۸۹) و کفاره حج (مائده/۹۵) استناد نموده و معتقدند همان‌سان که حرف «أو» در کفارتین قسم و حج موجب اختیاری‌شدن موارد مذکوره در اتیان مأمور بهما و انجام یکی از دو کفاره مقرر شده، به‌همین دلیل در مجازات محارب هم مفهومی اختیاری دارد (حلی، ۱۴۱۰: ۵۰۵؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷: ۳۹۲/۹)، بدین ترتیب لفظ أو مبین تخییر است نه ترتیب و تفصیل.

۲-۲- روایت

مستند دیگر قائلین به تخییر روایاتی است که در آنها امام معصوم (ع) در انتخاب هریک از مجازات‌های چهارگانه قاضی را مخیر دانسته است، از جمله روایت جمیل بن دراج از امام صادق (ع)، «قال: سألت أبا عبدالله (ع) عن قول الله عز وجل: إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله و يسعون في الارض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم... إلى آخر الآية؛ أي شيء عليه من هذه الحدود التي سمى الله عز وجل؟ قال: ذلك إلى الإمام إن شاء قطع و إن شاء نفى، و إن شاء صلب، و إن شاء قتل، قلت: النفي إلى أين؟ قال: من مصر إلى مصر آخر، وقال: إن علياً عليه السلام نفى رجلين من الكوفة إلى البصره؛ گفت: از امام صادق (ع) پیرامون آیه ۳۳ مائده پرسیدم که کدام‌یک از این مجازات‌ها را خداوند تعیین نموده است؟ ایشان در پاسخ فرمودند: به‌دست امام (حاکم) است که قطع یا نفی کند یا به صلیب بکشاند و یا بکشد. گفتم: به کجا نفی می‌شود؟ گفت از سرزمینی به سرزمین دیگر و ادامه داد امام علی (ع) دو مرد را از کوفه به بصره نفی نمودند» که عبارت «ذلك إلى الامام»

در روایت، صراحت بر قول تخییر دارد (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۱۲/۱۶). روایت دیگری نیز در تأیید این قول وجود دارد که در آن سماعه بن مهران از امام صادق (ع): «قال: الإمام في الحكم فيهم بالخيار إن شاء قتل و إن شاء صلب، و إن شاء قطع و إن شاء نفى من الأرض؛ گفت امام در حکم برای آنها اختیار دارد که اگر خواست بکشد یا به صلیب بکشد و یا قطع نماید و یا نفی بلد نماید» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۱۲/۱۶). پیرامون پرسش از آیه محاربه و مجازات محاربین است که تعبیر «الإمام في الحكم فيهم بالخيار» در روایت اختیار انتخاب هر کدام از مجازات‌های چهارگانه را به امام واگذار می‌کند. همان‌گونه که ملاحظه شد، این دو روایت، به لحاظ مفادی و منطقاً دال بر تخییر حاکم در انتخاب یکی از مجازات‌های چهارگانه است و قید و تحدیدی بر ظاهر روایات مستفاد نیست.

۳- قول ترتیب

گروهی دیگر از فقها معتقد به ترتیب هستند. این‌ها نیز صرف نظر از ادله و مستندات ارائه‌شده، تشبث به عباراتی نظیر علی نحو (بحق) الجنایه و علی (لیکن) قدر الجنایه و مانند این‌ها را مستند رأی خود می‌دانند، یعنی امام در اعمال هریک از مجازات‌های چهارگانه متناسب با جرم واقع شده مجازات مترتب می‌کند. فقهای چون شیخ طوسی، ابن زهره ابن براج، ابوصالح حلبی، صاحب ریاض، صاحب جواهر، محقق خوئی و آیت‌الله منتظری از طرفداران قول به ترتیب در مجازات محارب به‌شمار می‌روند (خوئی، ۱۴۲۲: ۵۲/۱).

گروهی از فقها تمسک به قول تخییر را نپذیرفته و بر مدعای خود ادله‌ای ابراز نموده‌اند که در ادامه به بررسی هریک خواهیم پرداخت.

۳-۱- لفظ عطف أو: تمسک به منطوق آیه ۳۳ مائده

طرفداران نظریه ترتیب، با تمسک به منطوق آیه محاربه لفظ أو را ظاهر در ترتیب و مبین سیر توالی اشدّ به أخفّ دانسته و بر این باورند که رعایت ترتیب برای اعمال مجازات متناسب با جرم ارتكابی محارب هدف غایی قرآن می‌باشد.

شیخ طوسی در کتاب الخلاف در توجیه قول منتخب خود و رد استدلال نظریه تخییر می‌فرماید: «در قرآن هر جا موضوع

است! ولی امام می‌فرمایند: نه اختیار مطلق ندارد، بلکه به مقدار جرم انجام‌شده مجازات می‌کند: «علی قدر (نحو) الجنایه» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۰۸/۲۸) و دیگری روایت محمد بن مسلم از امام باقر (ع) است. «أبی جعفر (ع) قال: مَنْ شَهَرَ السِّلَاحَ فِي مِصْرٍ مِنَ الْأَمْصَارِ فَعَقَرُ اقْتَصَصَ مِنْهُ وَ نَفَى مِنْ تَلْكَ الْبَلَدِ، وَ مِنْ شَهْرِ السِّلَاحِ (فِي مِصْرٍ مِنَ) الْأَمْصَارِ وَ ضَرْبٌ وَ عَقْرٌ وَ أَخْذُ الْمَالِ وَ لَمْ يَقْتُلْ فَهُوَ مُحَارِبٌ، فَجَزَاؤُهُ جِزَاءُ الْمُحَارِبِ، وَ أَمْرُهُ إِلَى الْإِمَامِ إِنْ شَاءَ قَتْلُهُ وَ صَلْبُهُ، وَ إِنْ شَاءَ قَطْعُ يَدِهِ وَ رِجْلِهِ، قَالَ: وَ إِنْ ضَرْبٌ وَ قَتْلٌ وَ أَخْذُ الْمَالِ فَفَعَلِيَ الْإِمَامُ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ الْيَمْنَى بِالسَّرِقَةِ ثُمَّ يَدْفَعُهُ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ فَيَتَّبِعُونَهُ بِالْمَالِ ثُمَّ يَقْتُلُونَهُ.»

«قال: فقال له أبو عبيده: أرأيت إن عفا عنه أولياء المقتول؟ قال: فقال أبو جعفر (ع): إن عفوا عنه كان على الإمام أن يقتله لأنه قد حارب و قتل و سرق.»

«قال: فقال أبو عبيده: أرأيت إن أَرَادَ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ أَنْ يَأْخُذُوا مِنْهُ الدِّيَةَ وَ يَدْعُونَهُ لَهُمْ ذَلِكَ؟ قَالَ: لَا، عَلَيْهِ الْقَتْلُ» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۰۷/۲۸). با این مضمون که امام فرمود: «هر که تشهیر سلاح کند و کسی را بکشد، قصاص شده و نفی بلد می‌شود و هر که تشهیر سلاح نماید و دیگران را مجروح نموده و سرقت کند، اما کسی را نکشد، او محارب است و باید مجازات محاربه بر او تحمیل شود و امام اختیار دارد که او را کشته یا به صلیب بکشد یا دست و پایش را قطع نماید. همچنین اگر دیگران را مضروب ساخته و اموالشان را بریاید، امام می‌تواند دست راستش را به دلیل سرقت قطع نماید و او را به اولیای دم واگذارد تا اموالشان را بازپس گرفته و او را قصاص کنند.» گفته شد اگر اولیای دم او را عفو کنند تکلیف چیست؟ فرمودند: «اگر او را بخشیدند امام او را می‌کشد، چون او محارب و قاتل و سارق است. گفته شد اگر اولیای دم در قبال دریافت دیه او را ببخشند و رهایش سازند اینجا تکلیف چیست؟ امام فرمود: قتل بر او تحمیل می‌شود.»

البته علاوه بر این دو روایت، روایت خثعمی که صراحت در ردّ قول تخییر دارد قابل توجه است، هرچند که در سند آن اشکال وجود دارد. در این روایت، عبارت «إِن الْإِمَامَ فِيهِ مَخِيرٌ أَيْ شَيْءٌ شَاءَ صَنَعَ؟ قَالَ: لَيْسَ أَيْ شَيْءٌ شَاءَ صَنَعَ! وَ لَكِنَّهُ يَصْنَعُ بِهِمْ عَلِيٌّ قَدْرَ جُنَايَتِهِمْ»، یعنی آیا امام در اعمال این مجازات‌ها می‌تواند هرطوری خواست عمل کند؟ فرمود نمی‌تواند هرطور

بیان احکام است، ترتیب و تفصیل مطرح است و اما هر جا بحث کفارات مطرح باشد، آنجا سیر از آخف به اشد منظور است.» بنابراین قیاس «أو» در بیان احکام مجازات چهارگانه به کفاره قسم و حج کاملاً بلاوجه و مع الفارق است. همچنین شیخ برای تقویت استدلال مبنی بر اتقان قول ترتیب به استعمال لفظ «أو» در بیان احکام کفاره ظهار و قتل مبتنی بر ترتیب استناد نموده و طرفداران تخییر را به وادی انفعال سوق داده و به چالش کشانده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۶۰). مضاف بر این، برخی بر این عقیده‌اند که هیچ‌گونه تناسبی در شدت و ضعف در میان مجازات‌های چهارگانه لحاظ نشده و این امر نشانگر بطلان دلیل بودن لفظ «أو» برای قول تخییر است. این تفسیر برای اثبات قول ترتیب و تفصیل مناسب می‌باشد (اسکافی، ۱۴۱۶: ۳۵۱؛ راوندی، ۱۴۰۵: ۳۸۸).

همچنین برخی از مفسران برآنند که آیه شریفه خالی از اشعار به ترتیب در بین حدود نیست و آیه اشعار دارد بر این که چهار حد نامبرده در عرض یکدیگر نیستند، بلکه طبق مراتب فساد مرتب می‌شود، اگر جرم کوچک است، قطع و اگر بزرگ است نفی و اگر بزرگ‌تر است چوبه دار و اگر باز هم بزرگ‌تر است قتل، چون تردید بین قتل و دار و قطع و نفی چهار کیفر برابر و هم سنگ یکدیگر نیستند، بلکه از حیث شدت و ضعف مختلفند و این خود قرینه‌ای عقلی است بر بودن ترتیب بین آنها (علامه طباطبایی، ۱۳۸۷: ۳۳۲/۵).

۳-۲- روایت

در این باره دو دسته روایات مورد استناد قرار گرفته‌اند: روایاتی که صراحت در تأیید قول ترتیب دارند و نیز روایاتی که صراحتاً نظریه تخییر را مردود می‌دانند.

پیرامون دسته اول، دو روایت مورد استناد قائلان این قول قرار گرفته‌اند: یکی روایت برید بن معاویه از امام صادق (ع) است که درباره آیه محاربه سؤال می‌کند، ایشان می‌فرمایند: «قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن قول الله عز وجل: (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله؟ قال: ذلك إلى الإمام يفعل ما شاء قلت: فمفوض ذلك إليه؟ قال: لا، ولكن نحو الجنایه»، بدین معنی که اعمال این حکم با امام است و هرگونه بخواهد، انجام می‌دهد آنگاه برید بن معاویه می‌پرسد: پس این کار به او واگذار شده

کردند و همان کاری که با چوپان‌ها انجام داده بودند، به‌عنوان مجازات درباره آن‌ها انجام یافت، یعنی چشم آن‌ها را کور کردند، دست و پای آن‌ها را بریدند و کشتند تا دیگران عبرت بگیرند و مرتکب این اعمال ضدانسانی نشوند. آیه فوق درباره این اشخاص نازل گردید و قانون اسلام را در مورد آن‌ها شرح داد (مکارم و امامی، ۱۳۸۷: ۱۷۷).

به لحاظ عقلی، عدم تناسب و یکسانی مجازات قاتل سارق با مجازات کسی که فقط تشهیر سلاح و اخافه نموده، اما نه مالی گرفته و نه کسی را کشته است و نه جراحی از سوی او به کسی رسیده باشد، مخدوش بوده و پذیرفته نیست (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۲۴۸). در مسأله حاضر، به دلیل تراحم احکام، عقل حکم به تغییر می‌کند. در واقع طبق قاعده اصولی «ما حکم به العقل حکم به الشرع» با توجه به عدم انطباق حکم محاربه با عقل، شرع نیز آن را نپسندیده و پیروی از آن را واجب نمی‌داند.

۳-۴- قاعده درأ

یکی از دلایل تمسک به قول ترتیب و تفصیل در انتخاب مجازات متناسب با رفتار ارتكابی محارب، قاعده درأ می‌باشد. مستند فقهی قاعده در کتب فقهی یکی از فقهای عامه بدین شرح می‌باشد: «إِذْ رُغُوا بِالْحُدُودِ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ» (الترمذی، ۱۳۹۵: ۳۳/۴). مفاد قاعده درأ در کتب فقهی این‌گونه است که تا می‌توانید مجازات حدی را بر مسلمانان اجرا نکنید، پس اگر برای او راه خروجی بود، راهش را هموار کنید، همانا اگر امام در عفو خطا کند، بهتر از این است که در اعمال مجازات خطا کند (محقق داماد، ۱۳۹۹: ۵۴-۵۵). قانون‌گذار ایران در ماده ۱۲۰ ق.م.ا با الگوبرداری از این قاعده که با تغییراتی جزئی مورد تأیید فقهای تشیع می‌باشد، مقرر نموده است: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسؤلیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود»، لذا شبهه مد نظر سیاست‌گذار کیفری ما، شبهه دارنده است، یعنی رافع مسؤلیت کیفری مرتکب می‌باشد و به لحاظ شکلی موجب صدور قرار منع تعقیب یا براءت می‌گردد.

خواست عمل کند! بلکه می‌بایست در اعمال مجازات‌های آن‌ها به اندازه جرم‌شان عمل نماید (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۰۸/۲۸).

پیرامون روایات نوع اول می‌توان به قول برخی از فقها تمسک جست، با این مضمون که اگر محارب کسی را کشته، باید کشته شود، اگر کسی را کشته و مالی را نیز گرفته، می‌بایست مال را برگرداند و به دار آویخته شود. اگر فقط مالی گرفته، می‌بایست مال را برگرداند و دست و پایش به خلاف قطع می‌شود. اگر فقط اقدام به اخافه سبیل و راهزنی کرده و ترس و وحشت ایجاد نموده می‌بایست نفی و تبعید شود. عقیده بر این است که روایات تخییر حمل بر ترتیب می‌شود و تعارضی لازم نمی‌آید، این گروه دو بخش قتل و صلب را از موارد تخییر می‌دانند. وقتی مجموع دو روایت با هم جمع شود و اطلاعات و تقییدات در کنار هم گذاشته شود، چندین صورت به‌وجود می‌آید که زمینه اجرای قول ترتیب را فراهم می‌کنند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۶۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۵۷۶؛ خویی، ۱۴۲۲: ۳۸۷).

مفاد روایاتی که صریحاً نفی تخییر می‌نمایند مستمسکی قوی بر قول به ترتیب است. این روایات از این جهت اهمیت می‌یابند که برای تناسب جرم و مجازات اهمیت قائل شده و پیروان آن قائل به تفصیل و ترتیب هستند.

۳-۳- عقلانیت در عقوبت فعل واحد با حدود متعدد

پیرامون عقلانی بودن عقوبت فعل واحد با حدود متعدد می‌توان به شأن نزول آیه تمسک جست. در شأن نزول آیه محاربه، چنین نقل کرده‌اند که: جمعی از مشرکان خدمت پیامبر (ص) آمده مسلمان شدند، اما آب و هوای «مدینه» به آن‌ها نساخت، رنگ آن‌ها زرد و بدنشان بیمار شد. پیامبر (ص) برای بهبودی آن‌ها دستور داد به خارج «مدینه» در نقطه خوش آب و هوایی از صحرا که شتران زکات را در آنجا به چرا می‌بردند، بروند و ضمن استفاده از آب و هوای آنجا از شیر تازه شتران به حد کافی استفاده کنند، آن‌ها چنین کردند و بهبودی یافتند، اما به‌جای تشکر از پیامبر چوپان‌های مسلمان را دست و پا بریده، چشمان آن‌ها را از بین بردند، سپس دست به کشتار آن‌ها زدند، شتران زکات را غارت کرده و از اسلام بیرون رفتند. پیامبر دستور داد آن‌ها را دستگیر

اول این که در نگاهی کاملاً درون فقهی، ادله لفظی مربوط به عدالت، بیان مولوی و در مقام انشاء نیستند، بلکه صرفاً بیانگر مسأله‌ای کلامی و حداکثر از مقاصد شریعت شمرده می‌شوند. از این رو عدالت تشریحی خدا را بیشتر دارای حیثیت ثبوتی دانسته‌اند تا حیثیت اثباتی؛ دوم آنکه شوق به پاسداری از شریعت و خوف از بدعت‌گذاری و تأسیس فقه جدید باعث شده تا باب فراروی از ادله لفظی به سختی گشوده شود و حتی تحقیق و کاوش در زمینه‌های مربوط به فضای مجاز تأثیر عدالت و عقل در فقه کمتر صورت گیرد.

اما سزاوار است که نقش عدالت در استنباط را بیش از این کاوید و جایگاه معتبر آن را احیا کرد، چراکه هر تفریطی در این زمینه، زمانی عکس‌العمل افراطی را به دنبال خواهد داشت، چنانچه طلیعه‌های این افراط نمایان است، پس شایسته است جایگاه لایق آن، با مبانی مکتب اهل بیت (ع) و با پرهیز از دخالت هرگونه عامل غیرعلمی شناخته شود (مطهری، ۱۳۹۶: ۲۷۴-۲۷۱).

قاعده عدالت چندانکه فقها تصریح دارند هم برای صدور احکام می‌تواند به‌عنوان منبع استفاده شود و هم معیار و ملاکی برای استنباط احکام، بدین معنی که زمانی که فقیه، قاضی یا حقوقدان عدالت را به‌عنوان یک قاعده و اصل اولی جهت استنباط می‌پذیرد، بدیهی است که همچون بعضی از فقها به استناد قاعده عدالت نه تنها حکم یا فتوا می‌دهد، بلکه با تمسک به آن، می‌تواند مطلق را مقید و مقید را مطلق نماید، حتی با استناد به قاعده مذکور، می‌تواند دامنه حکم را تحدید یا توسیع کند (صدر، ۱۴۱۰: ۲۱۳).

طبق آیات قرآن که از بدیهیات فقه شیعه هم محسوب می‌شود، اسلام حکم ظالمانه ندارد، از جمله «وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ» و پروردگارت هرگز به بندگان ظلم نمی‌کند» (فصلت/۴۶). همچنین در اسلام امر به عدالت بسیار مطرح است: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ»؛ خداوند به عدل و احسان و بخشش به نزدیکان امر می‌کند و از فحشا و منکر و ستم نهی می‌فرماید» (نحل/۱۰) و «وَوَدَّعَدْلًا» و کلام پروردگار تو، با صدق و عدل، به حدّ تمام رسید» (انعام/۱۱۵).

به دلیل ارتکاب رفتار واحد از سوی مرتکب که ممکن است نتایج متعددی داشته باشد و یا خیر، در این که قاضی در صورت برخورداری از اختیار مطلق، ممکن است دچار شبهه در انطباق جرم و مجازات گردد، بدین نحو که رفتار واحد، چهار نوع مجازات متنوع از سنگین‌ترین کیفی، یعنی مرگ تا تبعید را شامل می‌شود و قاضی در اینجا ممکن است به درستی نتواند مجازات مناسب را انتخاب کند.

قاضی برای تعیین مجازات باید تمامی ادله و مستندات موجود را بررسی نموده و در صورتی که تمامی قواعد و اصول حقوقی را برای حل مسأله به کار برد، لیکن در ایجاد انطباق و تناسب رفتار و مجازات به اقناع وجدانی نائل نشده و نتواند مستنداً استدلال و توجیه نماید، پس از فحص و تحقیق و استعمال سایر قواعد فقهی، در صورتی که مستندات کافی در اختیار نداشته باشد، می‌بایست به این قاعده مراجعه کرده و اقدام به تعیین مجازات آخف نماید.

باتوجه به روایات بسیار و تسامح اصحاب و مذاق شریعت، در دماء و نفوس باید تا حد امکان احتیاط کرد (موسوی خمینی، ۱۴۲۵: ۴۸۳/۲). بنابراین در محاربه، لزوم احتیاط در دماء نیز می‌تواند دلیلی بر اجرای قاعده باشد. مختصراً دو دلیل بر رجوع به این قاعده وجود دارد که همگی دلالت بر لزوم ارجحیت قول ترتیب می‌گردد:

۱- اصل ترجیح خطا در عفو بر خطا در عقوبت که از حدیث نبوی استنباط می‌شود؛ ۲- هم‌سویی قاعده با قاعده عدالت و تضمین منافع و مصالح متهمان.

۳-۵- قاعده عدالت

فقه امامیه بر مبانی کلامی خاصی، از جمله عدالت خداوند مبتنی است. فقه اصولی‌ها نیز با فقه اخباری‌ها، تفاوت‌هایی از جمله در حجیت عقل دارد. با بررسی واقع‌بینانه در تأثیر مبانی عدالت و حجیت عقل بر فقه اصولیان امامی درمی‌یابیم که این دو مبنا، نمود پرنمگی در تمایز مکاتب فقهی یادشده نداشته است. بررسی عوامل این پدیده، نیازمند مطالعات گسترده جامعه‌شناختی و فلسفه فقه است، ولی شاید مهم‌ترین این عوامل را در امور زیر بتوان بیان کرد:

۳-۶- اصول مبرهن فقهی و حقوقی نظیر تناسب جرم و مجازات، مستند و مستدل بودن رأی قاضی

به حکم عقل و شرع که از ابتدای تاریخ بشر بر زندگی انسان‌ها سیطره داشته است، مجازات می‌بایست متناسب با میزان جرم ارتكابی باشد، البته ناگفته نماند که مفهوم تناسب بین اقوام، آیین‌ها و ملت‌های مختلف یکسان نیست و هر یک بنا بر ارزش‌های جامعه خود برای تناسب کیفر، توجیهی عقلانی و شرعی می‌آورند. یک جامعه، باورهای دینی مردم و جامعه‌ای دیگر بایدهای پایداری دولت را در راستای حفظ امنیت ملت مورد تأکید قرار می‌دهد. جامعه اسلامی که قانون اسلام را سرمشق و الگوی قانون موضوعه خود قرار داده است، با استناد به قرآن و کلام اهل بیت (ع)، اصل تناسب و اعمال آن را لازم و ضروری می‌داند؛ در آیات قرآن، خداوند بیان می‌کند کیفری که اعمال می‌کند، همواره براساس عدل خواهد بود.

شریعت اسلام گویای رعایت تناسب جرم و مجازات است، از جمله خداوند در آیه ۲۶ سوره نبا، از «جزاء وفاقاً» که به معنای کیفر متناسب با جرم است، سخن می‌گوید؛ در آیات دیگر همین سوره به خوبی روشن می‌شود که مجازات ایشان همان تجسم اعمال آنان است. درحقیقت بی‌هیچ کم و زیادی، همان چیزی را که انجام داده به شکل مجازات می‌بینند و مجازات اُخروی آنان، همان باطن اعمال آنان است. خداوند به مردمان می‌آموزد که در مجازات می‌بایستی عدالت رعایت شود و هرگونه افراط و تفریط به معنای بی‌عدالتی است.

فقه امامیه در این باره پیرامون قصاص عضو، مقرر می‌دارد که صاحب حق قصاص، تنها مجاز به استیفای قصاص به اندازه جراحت وارده می‌باشد و در صورت تجاوز، قصاص‌کننده مستحق قصاص جراحت مازاد بر جنایت می‌باشد.

تناسب میان جرم و مجازات از قواعدی است که در حقوق جزای اسلام از دیرباز وجود داشته و در مکاتب کیفری سده‌های اخیر نیز مورد توجه جدی بوده است و به‌عنوان یکی از شاخصه‌های عدالت کیفری از آن یاد می‌شود. در آیه‌ای از آیات وابسته به قصاص، تعبیری به کار رفته است که اهتمام و

اگر عقلاً از نبودن حکمی احساس کنند که به کسی ظلم می‌شود، باتوجه به آیه «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ» حکم را می‌فهمند، زیرا ظهور عرفی این آیه بیش از یک شعار در مدح خداوند است که بگوید هرچه خدا می‌گوید عدل است، ولو شما مردم فکر کنید، ظلم است. این ظهور با آیه‌ای که برای مردم جنبه دستورالعملی دارد، متناسب نیست، بلکه ظاهر آیه می‌خواهد به مردم الگو بدهد تا دنبال عدل بروند. حال اگر کاری در ارتکاز عقلا ظلم بود و نص خاصی هم نداشتیم که این ارتکاز عقلایی را بفهماند، مقتضای «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ» این است که باید عدالت مراعات شود.

با ملاحظه آیات بالا درمی‌یابیم که همه احکام خداوند بر پایه عدالت است و عدالت با مطلق‌گرایی در منافات است و اصلاً حکمی که شائبه ظلم در آن باشد، نداریم. به‌همین دلیل، اگر ما حکمی را در جایی ظالمانه یافتیم و یا متوجه شدیم که اطلاق دلیل یک حکم، ظالمانه است، در عادلانه بودن چنین احکامی باید تشکیک کرد و فقیه می‌بایست آن اطلاق را به حکم آن آیات (آیات نفی ظلم و امر به عدل) قید بزند یا محکوم آن آیات قرار دهد.

به تعبیر یکی از فقها، بسیاری از قواعد عام، برگرفته از کتاب و سنت، بر ادله دیگر، حتی ادله احکام اولیه حاکم‌اند. قاعده عدالت نیز از قواعدی است که بر ادله دیگر و حتی بر پاره‌ای از قواعد دیگر حکومت دارد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۶/۷).

علیهذا در راستای انطباق مفاد قاعده عدالت و مجازات‌های متنوع جرم حدی محاربه که در قرآن کریم مورد حکم خداوند متعال قرار گرفته و در خلال روایات و اقوال فقها پیرامون آن بحث و گفتگو صورت پذیرفته و هریک بر مبنای استنباط خود از ادله قول مختار، بر اجرای آن تأکید نموده‌اند، چنین مستفاد می‌گردد که اعطای اختیار مطلق به قاضی رسیدگی‌کننده به جرم حدی محاربه، در تعارض با قاعده عدالت که به کرات در کلام خداوند متعال و سنت بر آن تأکید شده، قرار دارد و این نوع از تفویض در انتخاب کیفر، شائبه سلطنت قاضی را در ذهن می‌پروراند که این مخالف صریح فلسفه کیفر می‌باشد.

رعایت آن امر فرموده و با عبارت هم لایظلمون در مقام بیان نهی از تجاوز اندازه مجازات از جرم ارتكابی می‌باشد که ضروری می‌نماید در تعیین کیفر محاربه مورد توجه ویژه قرار گیرد.

در مورد اصل‌های مستند و مستدل و موجه بودن رأی قاضی نیز در اصل ۱۶۶ قانون اساسی و در ماده ۳۷۴ ق.آ.ک تصریح شده است، فلذا اگر یک قاضی برای محاربه که فقط سلاح کشیده، مجازات قتل یا صلب را در نظر بگیرد به نظر می‌رسد تناسبی بین جرم و مجازات وجود ندارد و فاقد وجاهت قانونی می‌باشد.

نتیجه‌گیری

اجرای مقررات کیفری در فقه جزائی بر مبانی دینی استوار است که خود ملحوظ و مقصود شریعت مقدس اسلام می‌باشد. اجرای احکام دینی که غالباً لایتغیر و ثابت در اذهان ملت جلوه‌گر نموده، در طول تاریخ به تناسب فرهنگ حاکم بر جامعه مورد چالش قرار گرفته است. حد محاربه که در قرآن کریم مورد توجه خداوند متعال قرار گرفته و کیفرهای چهارگانه آن ذکر شده‌اند، زمینه تردید و چالش در تعیین کیفر متناسب با میزان و نتایج آثار زیان‌بار رفتار ارتكابی محارب، از ابتدای تشکیل جلسات مباحثه‌ای ائمه معصومین (ع) مورد اختلاف بوده است، بدین‌نحو که برخی قائل به تخییر مطلق قاضی در تعیین و انتخاب کیفر متناسب شده و دیگران ضمن رد این نظریه، عقیده به ترتیب و تفصیل رفتار ارتكابی محارب و ایجاد تناسب بین رفتار ارتكابی و نتایج و آثار سوء رفتار محارب با توجه به تنوع کیفر دارند. از ادله ابرازی گروه دوم چنین مستفاد می‌گردد که یک جامعه دینی برای پرهیز از هرگونه خودکامگی و سلطه بر افرادش و جلوگیری از خطر شکست سیاست‌های جنایی دینی، باید همسو با افکار عوام و وجدان جمعی رو به پیشرفت باشد و تکیه صرف بر مجازات‌های مندرج در متون فقهی بسنده نمی‌نماید. نمود بارز و مهم این نوع سیاست‌ها مطلق‌گرایی در اعطای اختیار انتخاب یکی از مجازات‌های چهارگانه جرم حدی محاربه در شریعت و قانون می‌باشد. این مقوله و سایر موارد مشابه، هنگامی که به مرحله اجرا درآمده و با نتیجه جرم ارتكابی

توجه قرآن کریم را به اصل مزبور نشان می‌دهد، برای نمونه در آیه ۱۹۴ سوره مبارکه بقره چنین آمده است: «وَ الْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْ» رفتارهای حرام [قابل] قصاص می‌باشد [و به‌طور کلی] هر کس به شما دست‌اندازی کرد، همانند وی بر او تجاوز کنید.»

این سخن آیه شریفه که می‌گوید: «به تجاوز، درست همانند آن پاسخ دهید، گویای روی آوردن به راهکار تناسب میان جرم و مجازات می‌باشد.» واژه حرمت در آیه مورد اشاره جمع حرمه می‌باشد و به‌معنای چیزی است که باید آن را حفظ کرد و احترام آن را پاس داشت. رفتارهای زشت را نیز از آن‌رو حرام می‌گویند که از انجام آن‌ها جلوگیری شده است.

باریک‌اندیشی در بخش دوم آیه شریفه، این نتیجه را به‌دست می‌دهد که بی‌توجهی به تناسب میان تجاوز انجام یافته و نپذیرفتن و زیرپا گذاشتن آن، خود از حرمت و رفتارهای ممنوعه به‌شمار می‌آید، البته انسان می‌تواند در مجازات تخفیف دهد و به احسان رفتار کند، چندانکه خداوند در آیه ۱۷۸ سوره بقره ضمن اذعان به این‌که اولیای دم حق قصاص دارند، بخشش و گذشت را در قصاص امر پسندیده‌ای برمی‌شمارد.

همچنین خداوند در آیه ۱۶۰ سوره انعام به صراحت بیان می‌کند: «... وَ مَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلَهَا وَ هُمْ لَا يُظْلَمُونَ» ... و هرکس کار زشت کند به قدر کار زشتش مجازات شود و بر آن‌ها اصلاً ستم نخواهد شد.» همین اصل اساسی و قانونی را خداوند در آیات دیگری مانند ۲۷ یونس، ۴۰ غافر و ۴ شوری بیان نموده است.

با وحدت ملاک از آیات قرآنی فوق و روایات معصومین (ع) مستند قائلان نظریه ترتیب، رعایت تناسب در مجازات محارب به شرح پیش‌گفته هم از بدیهیات شریعت مقدس اسلام و هم از ضروریات جامعه اسلامی ایران به‌شمار می‌رود. حال که بر این باوریم که محاربه حق‌الله بوده و ارتکاب موجب هتک حیثیت الهی محسوب می‌شود و عقوبت مرتکب از باب تعرض به حقوق خداوند تبارک تعالی است، خداوند در آیات مذکور به وفور توصیه به تناسب نموده و مکلفین را به

سه‌م نویسندگان: در این پژوهش، نویسنده اول به‌عنوان نویسنده اصلی و نویسنده بعدی به‌عنوان نویسنده مسؤول می‌باشند.

تشکر و قدردانی: لازم است از تمام کسانی که در تدوین این مقاله ما را یاری رسانده‌اند، قدردانی نماییم.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش بدون تأمین مالی انجام گرفته است.

منابع و مأخذ

- قرآن کریم.

- اسکافی، ابن جنید (۱۴۱۶). *مجموعه فتاوی ابن جنید*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- الترمذی، ابو عیسی محمد (۱۳۹۵). *سنن الترمذی*. تحقیق و تعلیق ابراهیم عطوه عوض المدرس فی الأزهر الشریف، جلد چهارم، چاپ سوم، قاهره: شرکه مکتبه و مطبعه مصطفی البابی الحلبی.

- ترحینی عاملی، سید محمد حسین (۱۴۲۷). *الزبد الفقهیه فی شرح الروضه البهیة*. جلد نهم، چاپ چهارم، قم: دار الفقه للطباعه و النشر.

- حر عاملی، محمد (۱۴۰۹). *وسائل الشیعه*. جلد بیست و هشتم، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).

- حر عاملی، محمد (۱۴۰۹). *وسائل الشیعه*. جلد شانزدهم، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).

- حسینی جرجانی، سید امیر ابوالفتوح (۱۴۰۴). *آیات الأحکام (جرجانی)*. تحقیق میرزا ولی‌الله اشراقی سرابی، جلد دوم، چاپ اول، تهران: انتشارات نوید.

- حلی، ابن ادریس (۱۴۱۰). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲). *مبانی تکمله‌المنهاج*. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.

تناسبی نداشته، مورد ایراد قرار گرفته، بدین دلیل که سیاست انتقالی صورت گرفته از فقه جزائی اسلام، ممکن است با اصل عدالت پذیرفته شده که نمودی از دادرسی منصفانه در حقوق کیفری مدرن است، منطبق نباشد.

باتوجه به مطالعه انجام شده پیرامون تعارض دو دسته روایات صحیح که برخی دال بر تخییر و برخی دال بر ترتیب است، آنچه مختار قانون‌گذار کیفری ایران است احادیث موافق کتاب که دال بر تخییر است، می‌باشد، لذا در مقام جمع بین نظریات مطروحه فقهی و رویکرد قانون مجازات اسلامی، باید آزادی و انتخاب قاضی به‌نحوی باشد که استبعاد عقل را به‌همراه نداشته باشد، بلکه باید همانند آنچه برخی فقها در حدیث استنادی خود بدان اشاره داشته‌اند که در انتهای آن عبارت «و لکن نحو الجنایه» آمده است، امام را مختار در رعایت تناسب بین رفتار ارتكابی و آثار و نتایج آن و شرایط و اوضاع و احوال حادث دانست نه این که مطلقاً و بدون هیچ‌گونه چارچوب و محدودیتی وی را مختار در انتخاب کیفر دانست.

از مجموع مطالبی که در این نوشتار گفته شد، این نتیجه حاصل گشت که در بین شیوه‌های اجرای مجازات از میان اقوال مطروحه، قول ترتیبی - تفصیلی بودن مجازات محارب از قوت بیشتری برخوردار است. ضروری است که همین نکته در اصلاحات بعدی قانون مجازات اسلامی ملحوظ نظر مقنن قرار بگیرد. اگرچه می‌توان همین استنباط از ماده ۲۸۳ ق.م.ا را با توجه به جمع این ماده با اصل ۱۶۶ قانون اساسی و ماده ۳۷۴ ق.آ.د.ک به‌عمل آورد، ولی اصل قانونی بودن نحوه رسیدگی در دادرسی‌های کیفری و تفسیر مضیق نصوص کیفری ضرورت بازنگری و اصلاح در ماده ۲۸۳ ق.م.ا را ایجاب می‌نماید.

ملاحظات اخلاقی: در این پژوهش تمامی ملاحظات اخلاقی رعایت گردیده است.

تعارض منافع: نگارش این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

- راوندی، قطب‌الدین (۱۴۰۵). *فقه القرآن*. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد (۱۴۰۷). *الخلاص*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- صدر، محمدباقر (۱۴۱۰). *دروس فی علم الاصول*. قم: چاپ جامعه مدرسین.
- عاملی جُبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۲۶). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*. جلد سوم، چاپ دوم، تهران: مطبعه ثامن الحجج.
- علامه طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۸۷). *المیزان فی تفسیر القرآن*. ترجمه سیدمحمدباقر موسوی، جلد پنجم، چاپ بیست‌وپنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۴۱۷). *المیزان فی تفسیر القرآن*. جلد پنجم، چاپ پنجم، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فاضل مقداد، جمال‌الدین مقداد (۱۴۱۹). *کنز‌العرفان فی فقه القرآن*. تحقیق سیدمحمد قاضی، جلد دوم، چاپ اول، تهران: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.
- کلینی، محمد (۱۳۶۷). *الکافی*. تحقیق علی‌اکبر غفاری، جلد هفتم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۹). *قواعد فقه بخش جزائی*. چاپ سی‌ونهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مطهری، مرتضی (۱۳۹۶). *نظام حقوقی زن در اسلام*. تهران: مؤسسه انتشارات صدرا.
- مفید بغدادی، محمد (۱۴۱۳). *المقنعه (للشیخ المفید)*. تک‌جلدی، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴). *تفسیر نمونه*. جلد چهارم، چاپ اول، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مکارم، ناصر و امامی، محمدجعفر (۱۳۸۷). *شأن نزول آیات قرآن (برگرفته از تفسیر نمونه)*. چاپ دوم، قم: مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب (ع).
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۵). *تحریرالوسیله*. جلد دوم، قم: مطبوعات دارالعلم.
- موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا (۱۴۱۲). *الدر المنضود فی أحكام الحدود*. قم: دارالقرآن الکریم.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۴۰۰). *حقوق جزای اختصاصی ۲، جرایم علیه مصالح عمومی کشور*. چاپ چهل‌وسوم، تهران: انتشارات میزان.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.