



لزوم رعایت ترتیب در اجرای مجازات محارب (نقد و پیشنهاد اصلاح ماده ۲۸۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)

سید نصرالله محبوبی*
طه زرگریان**
یوسف فاطمی نیا***

چکیده

قانونگذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ طی ماده ۲۸۲ مقرر کرده است: «حد محاربه یکی از چهار مجازات ذیل است: الف. اعدام؛ ب. صلب؛ پ. قطع دست راست و پای چپ؛ ت. نفی بلد». سپس در ماده ۲۸۳ همان قانون، برپایه یکی از دو دیدگاه فقهی موجود در این زمینه (دیدگاه تخییر) اعلام کرده است: «انتخاب هریک از امور چهارگانه مذکور در ماده ۲۸۲ به اختیار قاضی است». قاضی براساس ماده ۲۸۳ اختیار مطلق دارد که هریک از مجازات‌های موجود در ماده ۲۸۲ را در حق محارب انتخاب نماید. با وجود این، وضع ماده ۲۸۳ مبنی بر تفویض اختیار مطلق انتخاب مجازات به قاضی علاوه بر اینکه صحیح‌ترین دیدگاه فقهی در این باره نیست، با نقدهای جدی مانند تعارض با فلسفه تشریح حدود الهی و رعایت نشدن اصل تناسب جرم با مجازات روبه‌روست؛ همچنین سبب جلوگیری از ایجاد وحدت رویه قضایی نیز می‌شود. در مقابل «دیدگاه تخییر»، دیدگاه فقهی دیگری با عنوان «دیدگاه ترتیب» موجود است که علاوه بر وجود شاخص اصل عدالت‌محوری در دیدگاه ترتیب، هیچیک از نقدهای «دیدگاه تخییر» در آن وجود ندارد. پژوهش پیش‌رو، برپایه ارزیابی ادله به روش توصیفی-تحلیلی، در نهایت، رعایت ترتیب در مجازات را امری لازم می‌داند و از این رهگذر ماده ۲۸۳ را نقد می‌کند و پیشنهاد اصلاح آن را ارائه می‌دهد.

کلیدواژگان: محارب، مجازات، مقام بیان، ماده ۲۸۳ ق.م.ا.

dr.mahboubi46@gmail.com
tahazargariyan93@gmail.com
fatemi54@gmail.com

* استادیار گروه حقوق دانشگاه آیت‌الله بروجردی (ره).
** دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزای دانشگاه خوارزمی - تهران.
*** دانشجوی دکتری قرآن و سلامت - جامعه المصطفی.

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۰۹

تاریخ تأیید: ۱۳۹۷/۰۲/۳۱

۱. بیان مسئله

در فقه جزایی اسلام، محاربه جرمی است که عامل آن با عنوان «محارب» شناخته می‌شود. حد محارب، به‌عنوان مجازات وی و برپایه آیه شریفه ۳۳ سوره مائده، عبارت است از: قتل، دار زدن، قطع دست و پا در خلاف هم و نفی بلد. فقیهان مسلمان هرچند مجازات محارب را از چهار مورد مذکور خارج نمی‌دانند، درباره چگونگی انتخاب هریک از مجازات‌ها در حق محارب اختلاف نظر دارند. در این باره، دو دیدگاه متفاوت در منابع فقهی هست: نخست، دیدگاهی که قاضی را در انتخاب هریک از مجازات‌های چهارگانه بدون وجود قید محدودکننده‌ای مختار می‌داند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۱۶۸؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۵۰۵؛ شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ص ۸۰۴؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۵۴۳)؛ دوم، دیدگاهی که انتخاب مجازات را با قید ترتیبی بودن از اختیار مطلق قاضی خارج کرده و رعایت تناسب جرم با مجازات را لازم می‌داند (صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۵۷۶؛ ابن‌جنید، ۱۴۱۶ق: ص ۳۵۱؛ خوئی، ۱۴۲۲ق: ج ۴۱، ص ۳۸۵). قانونگذار در ماده ۲۸۲ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ درباره مجازات محارب مقرر کرده است: «حد محاربه یکی از چهار مجازات ذیل است: الف. اعدام؛ ب. صلب؛ پ. قطع دست راست و پای چپ؛ ت. نفی بلد». او سپس چگونگی انتخاب هریک از مجازات‌های چهارگانه را برپایه یکی از دو دیدگاه فقهی موجود (دیدگاه تخییر) تبیین کرده و در ماده ۲۸۳ چنین مقرر نموده است: «انتخاب هریک از امور چهارگانه مذکور در ماده «۲۸۲» به اختیار قاضی است.» مطابق با ماده ۲۸۳، قاضی بدون هیچ‌گونه قید محدودکننده‌ای می‌تواند هرکدام از مجازات‌های موجود در ماده ۲۸۲ را به‌نحو تخییر در حق محارب جاری کند. باوجود این، به‌نظر می‌آید ماده ۲۸۳، به‌دلیل تفویض اختیار مطلق انتخاب مجازات به قاضی، با دو نقد جدی زیر روبه‌روست:

الف. تزلزل در ادله استناد به دیدگاه تخییری بودن مجازات محارب؛

ب. ناهمخوانی ماده موردنظر با فلسفه وضع مجازات‌ها در شریعت اسلامی.

۲. اهمیت و پیشینه پژوهش

حل و فصل دو نقد ذکر شده و مسئله محور بودن تحقیق ناظر به نقد ماده قانونی، خود گویای میزان اهمیت پژوهش پیش رو است. پژوهشگران محترم مقالات علمی قابل توجهی درباره جرم محاربه نگاشته اند؛ ولی بسیاری از آن مقالات درباره شناخت ماهیت جرم محاربه و تمایز آن از مفاهیم مشابه، به ویژه جرم انگاری «افساد فی الارض» اند. این در حالی است که، با وجود اهمیت بسزای موضوع مجازات محارب و نقد ماده ۲۸۳ ق.م.ا، در هیچ مقاله علمی معتبری تعمق و ارزیابی فقهی مستقلی در این باره انجام نشده است.

۳. محاربه در لغت و اصطلاح فقه جزایی

«محاربه» مصدر باب مفاعله از ریشه «حرب» است. لغت شناسان واژه حرب را تقيض واژه سلم (آرامش و صلح) دانسته اند (فراهیدی، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۲۱۳). فقیهان مسلمان درباره اوصاف مجرمانه جرم محاربه اختلاف نظر دارند (خوئی، ۱۴۲۲ق: ج ۴۱، ص ۳۸۵؛ امام خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۴۹۳؛ شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ص ۸۰۴؛ الجزیری، ۱۴۲۴ق: ج ۵، ص ۳۶۱؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق: ص ۲۶۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۹، ص ۲۹۰)؛ ولی صاحب جواهر الکلام تعریف محارب در شرایع الاسلام را مورد اجماع فقیهان دانسته و می نویسد: «محارب کسی است که به منظور ترساندن مردم سلاح کشیده است؛ در خشکی یا دریا، در شب یا روز، در شهر یا هر جای دیگر.» (۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۵۶۴).

۴. تبیین مجازات محارب در فقه جزایی اسلام

مجازات محارب از میان مجازات های چهارگانه اعدام، صلب، قطع دست راست و پای چپ، و نفی بلد در آیه شریفه^۱ خارج نیست و فقیهان مسلمان در این مطلب هم رأی اند (گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ج ۳، ص ۲۴۷؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۵۷۳)؛ با وجود این، ایشان در مسئله چگونگی انتخاب یکی از مجازات های چهارگانه اختلاف دارند. در این باره، منابع فقهی بیانگر دو دیدگاه اند:

حرف «أو» را موجب آن می‌دانند که قاضی اختیار انتخاب هریک از مجازات‌های چهارگانه برای محارب را داشته باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۱۶۸؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۵۰۵؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۵۴۳). صاحبان دیدگاه مذکور برای تأکید بر دیدگاه خود به دو آیه کفاره قسم (مائده: ۸۹) و کفاره حج (مائده: ۹۵) استناد کرده و می‌گویند: از آنجا که حرف «أو» در آیات قسم و حج سبب اختیاری شدن موارد کفاره قسم و کفاره حج شده، پس این حرف در آیه مجازات محارب هم به معنای اختیاری بودن است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۵۰۵).

۲-۲-۴. روایات

طرفداران دیدگاه تخییز روایات ذیل را مؤید اختیار قاضی برای انتخاب مجازات‌های چهارگانه دانسته‌اند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۵۰۶-۵۰۸؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۵۴۴).

الف. جمیل بن دراج می‌گوید:

از امام صادق علیه السلام درباره آیه شریفه ۳۳ سوره مائده پرسیدم: «اگر کسی محاربه کرد، کدام‌یک از این چهار حد بر او اعمال می‌شود؟» ایشان فرمودند: «در اختیار امام است (ذلک الی الإمام)؛ اگر خواست، قطع من خلاف می‌کند و اگر خواست، نفی بلد می‌کند و اگر خواست، به دار می‌کشد و اگر خواست، می‌کشد»^۲ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۲۴۵، ح ۳).

ب. سماعه بن مهران از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که ایشان در پاسخ به جزای محارب فرمودند:

«اگر حاکم خواست درباره محاربان حکم بدهد، مخیر است (الإمام فی الحکم فیهم بالخیار)»؛ یعنی هرکدام از مجازات‌ها را می‌تواند انتخاب کند^۳ (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۳۱۲، ح ۹).

۴-۲-۲. ادله دیدگاه ترتیب

۴-۲-۲-۱. تمسک به آیه ۳۳ سوره مائده

به عقیده طرفداران دیدگاه ترتیب، ظاهر آیه ۳۳ سوره مائده با حرف «أو» ذکر گردیده و حرف مذکور نیز ظاهر در تخییر است؛ باوجود این، تعمق در ماهیت مجازات‌های چهارگانه و روند قرار گرفتن مجازات‌ها در کنار هم - که به صورت سیر اشد به اخف است - نشان می‌دهد که از ظهور حرف «أو» در تخییر رفع ید شده است. از این رو، بر اساس عرف ادبیات قرآنی در بیان احکام، رعایت ترتیب میان مجازات‌های چهارگانه محارب ضروری است: «کل موضع ذکر الله أحكاماً، فبدأ بالأغلظ، کانت علی الترتیب ککفارة الظهار و القتل» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۴۶۰). همچنین در این باره گفته شده است: هیچ‌گونه تناسب شدت و ضعفی میان مجازات‌های موجود لحاظ نگردیده است. این امر نشان می‌دهد که مراد از حرف «أو» تخییر نیست؛ بلکه ترتیب میان مجازات‌هاست (ابن جنید، ۱۴۱۶ق: ص ۳۵۱؛ راوندی، ۱۴۰۵ق: ج ۲، ص ۳۸۸).^۴

۴-۲-۲-۲. روایات

طرفداران دیدگاه ترتیب به دو برداشت از روایات موجود در این زمینه تمسک می‌جویند: نخست دسته‌ای از روایات که، به صراحت، امر به ترتیبی بودن مجازات محارب می‌کنند؛ مثلاً می‌گویند اگر کسی آدم‌کشی کرده، باید کشته شود یا اگر علاوه بر قتل، مال مردم را هم برده، باید به دار آویخته شود یا اگر فقط مال مردم را برده، باید دست و پایش به طور مخالف بریده شود یا اگر فقط در راه برای مردم ایجاد ترس و وحشت نموده، باید تبعید گردد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۵۷۶؛ خوئی، ۱۴۲۲ق: ج ۴۱، ص ۳۸۷). برداشت دومی که از روایات وارده در این باره هست، تمسک به مفاد قاعده رعایت تناسب بین جرم و مجازات است. بر این اساس، این گروه از فقیهان، ترتیبی بودن مجازات محارب را استنتاج می‌کنند (ابن جنید، ۱۴۱۶ق: ص ۳۵۱). در منابع روایی و فقهی، روایت‌هایی که گویای ترتیبی بودن مجازات محارب است، پرشمارند (ر.ک: حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۳۰۸-۳۱۳؛ کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۲۴۵)؛ باوجود این، بسیاری از آنها از نظر سندی دچار

اشکال اند. تنها دو روایت زیر، که با عنوان روایات صحیحہ خوانده شده‌اند (خوئی، ۴۲۲ق: ج ۴۱، ص ۳۸۶؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۳، ص ۵۷۱)، ادلهٔ روایی دیدگاه ترتیب‌اند:

الف. محمدبن مسلم می‌گوید:

امام باقر علیه السلام فرمودند: «کسی که در شهری از شهرها سلاح بکشد و [کسی را] زخمی کند، پس از قصاص، از آن شهر تبعید می‌شود و هرکس که در بیرون شهر سلاح بکشد و بزند و مجروح کند و مال ببرد ولی نکشد، محارب است و کیفر او کیفر محارب و اختیارش با امام است؛ اگر خواست، او را می‌کشد و اگر خواست، به‌دارش می‌آویزد و اگر خواست، دست و پایش را قطع می‌کند». [آنگاه] حضرت علیه السلام فرمودند: «و اگر بزند و بکشد و مال را ببرد، بر امام است که دست راستش را برای سرقه ببرد؛ آنگاه او را به اولیای مقتول بسپارد تا اموال را از او بگیرند و او را بکشند...»^۵ (حر عاملی، همان: ج ۲۸، ص ۳۰۷، ح ۱).

ب. در روایت هست که بریدبن معاویه از امام صادق علیه السلام دربارهٔ آیهٔ محاربه می‌پرسد و ایشان می‌فرمایند: «این بر امام است که هرگونه که بخواهد انجام بدهد». آنگاه بریدبن معاویه می‌پرسد: «پس این کار به او واگذار شده است؟» و امام علیه السلام می‌فرمایند: «نه، بلکه به مقدار جنایت»^۶ (حر عاملی، همان: ج ۲۸، ص ۳۰۸، ح ۲).

۳-۴. نقد و بررسی ادلهٔ دیدگاه‌ها

همان‌طور که از بیان ادله معلوم گردید، هرکدام از دیدگاه‌ها به آیهٔ ۳۳ سورهٔ مائده و روایات خاص خود تمسک می‌جویند؛ باوجود این، فقط نقد و بررسی ادله می‌تواند میزان اعتبار ادلهٔ مطرح‌شده را روشن نماید. بر این اساس، نخست، این آیهٔ شریفه بررسی می‌شود؛ سپس روایاتِ هرکدام از دیدگاه‌های موجود ارزیابی خواهد شد.

۱-۳-۴. بررسی استناد به ظاهر آیهٔ ۳۳ سورهٔ مائده

با دو ملاک قرینهٔ ادبی و گسترهٔ معنای حرف «أو»، بررسی استدلال هر دو دیدگاه به آیهٔ موردبحث ممکن می‌شود.



۴-۳-۱. قرینه ادبی

کاربرد حرف «أو» در معنای تخییر در بسیاری از موارد مشهود است. این سخن بدین معنا نیست که هر جا حرف مذکور آمد، مطلقاً باید از آن افاده تخییر کرد؛ زیرا ممکن است آیه یا عبارت مورد نظر دارای قرائن و شواهدی ادبی باشد که، بر آن پایه، انصراف از ظهور در معنای تخییر، لازمه مفهوم صواب شود. در آیه مورد بحث، این قرائن و شواهد زمینه‌ساز انصراف از معنای تخییر موجود است. عرف قرآنی هنگام بیان چندین مجازات یا کفاره که در درجه‌های شدت و ضعف قرار دارند، روند مشخصی مبتنی بر حرف «أو» دارد که در مثال‌های متفاوتی دیده می‌شود. اساس این عرف از این قرار است که هرگاه قرآن کریم در مقام بیان مجازات‌ها و کفاره‌ها، به نحو تخییر باشد، مراحل مجازات را از اخف به اشد بیان می‌نماید: «کل موضع کانت علی التخییر بدأ بالأخف»، مانند کفاره سوگند، و هرگاه در مقام بیان مجازات‌ها و کفاره‌ها، به نحو ترتیب باشد، مراحل مجازات را از اشد به اخف طی می‌کند: «فابتدأ بالأغلظ فالأغلظ»، مانند کفاره ظهار یا قتل (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۴۶۰). چنان که پیداست، سیر مجازات محارب در آیه مورد بحث از اشد به اخف است: «يُقْتَلُوا أَوْ يُصَلُّوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ». بر این اساس، از حرف «أو» در آیه مورد بحث، ترتیبی بودن مجازات‌ها برداشت می‌شود، نه تخییری بودن آنها. همچنین علامه طباطبائی، در المیزان، ذیل آیه مورد بحث می‌نویسد: آیه شریفه خالی از اشعار به ترتیب در بین حدود نیست؛ زیرا چهار حد نامبرده در عرض یکدیگر نیستند و از حیث شدت و ضعف مختلف بوده و تناسب و تعادلی میان آنها نیست، که این خود قرینه عقلیه قطعیه‌ای است بر رعایت ترتیب میان مجازات‌ها (طباطبائی، بی تا: ج ۵، ص ۳۳۲).

۴-۳-۲. گستره معنای حرف «أو»

نظر مشهور درباره حرف «أو»، ظهور آن در معنای تخییر است. با وجود این، باید توجه داشت که کاربرد فراوان حرف «أو» در معنای مشهور، زمینه‌ساز اعتقاد به تک‌معنایی (نظر طرفداران دیدگاه تخییر) نشود؛ زیرا تحقیق در گفته‌های لغت‌شناسان، بیانگر معانی

دیگری، از جمله تقسیم و اباحه برای حرف «أو» نیز هست (جوهری، ۱۴۱۰ق: ج ۶۶، ص ۲۲۷۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶ق: ص ۴۵۹؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ج ۳، ص ۲۵۲). بر این اساس، با توجه به قرائن و شواهد متفاوت، باید دید کدامین معنا از حرف مذکور یارای انتقال صحیح مفهوم مورد نظر شرع مقدس را دارد. لازم به ذکر است که حتی اگر ظهور اولیه حرف «أو» در آیه شریفه حمل بر معنای تخییر گردد، روایاتی که گویای رعایت ترتیب میان مجازات‌های چهارگانه در این آیه هستند، موجب رفع ید از ظهور اولیه حرف «أو» در معنای تخییر خواهند گشت (گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ج ۳، ص ۲۵۲).

۴-۳-۱-۳. دیدگاه برگزیده

استناد به ظاهر آیه مورد بحث، به عنوان دلیل دیدگاه تخییر، از مبنای قوی برخوردار نیست؛ زیرا هر چند لغت‌شناسان ظهور اولیه حرف «أو» را در معنای تخییر صحیح می‌دانند، اما این سبب نمی‌شود که به محض دیدن حرف «أو» در هر جای قرآن کریم، بدون مذاقه در عرف ادبیات قرآنی و قرائن احتمالی، ظهور اولیه حرف «أو» ملاک قرار داده شود و به نحو تخییر عمل گردد. در آیه مورد بحث، روند مجازات‌های محارب دارای سیر اشد به اخف است. بر پایه ادبیات قرآنی، این روند گویای ظهور حرف «أو» در ترتیب میان مجازات‌های چهارگانه است. همچنین قرینه عقلی قطعی نبود تناسب و تعادل میان مجازات‌های چهارگانه، به علت یکسان نبودن شدت و ضعف، خود مقدمات انصراف از ظهور اولیه حرف «أو» را در معنای تخییر فراهم می‌نماید. در نهایت، برای رفع ید از ظهور اولیه حرف «أو» در معنای تخییر به روایاتی می‌توان استناد جست که گویای ترتیب در مجازات محارب‌اند.

۴-۳-۲. ارزیابی استناد به روایات

هر کدام از دو دیدگاه ترتیب و تخییر به دو روایت استناد کرده‌اند که شرح آنها گذشت. فقیهان روایت‌های دیدگاه تخییر و ترتیب را از جهت سندی معتبر و موثق می‌دانند. به‌باور ایشان، هر چهار روایت صحیح و حسن هستند^۷ (مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق: ج ۲۳، ص ۳۸۲، ح ۳؛ همان، ۳۸۳، ح ۵؛ همان، ۳۸۵، ح ۱۲؛ خوئی، ۱۴۲۲ق: ج ۴۱، ص ۳۸۶-۳۸۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۳، ص ۵۷۱).



الف. بررسی دلالت روایات دیدگاه تخییر

به اعتقاد طرفداران دیدگاه تخییر، امام صادق علیه السلام حاکم را در انتخاب مجازات‌های چهار گانه آزاد گذاشتند. ایشان، همچنان‌که از منطوق روایت نقل شده از جمیل بن دراج پیداست، به صراحت و با بیان عبارت «إِلَى الْإِمَامِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۲۴۵، ح ۳) اختیار انتخاب هر کدام از مجازات‌ها را به حاکم واگذار نمودند. منطوق روایت نقل شده از سماعة بن مهران نیز این چنین است: امام صادق علیه السلام، با عبارت «الإمام فی الحکم فیهم بالخیار» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۳۱۲، ح ۹)، اختیار انتخاب هر کدام از مجازات‌های چهارگانه را به حاکم واگذار کردند. بر این اساس، در صورت تحقق هر کدام از جرایم، اعم از ایجاد وحشت، جرح و قتل، حاکم مخیر است مجازات قطع من خلاف، نفی بلد یا دیگر مجازات‌ها را انتخاب کند. بنابراین، منطوق و مفهوم دو روایت مورد بحث، بدون بیان هیچ اختلاف نظری در منابع فقهی، دال بر تخییر حاکم در انتخاب مجازات‌های چهارگانه است و هیچ گونه قید یا قاعده‌ای جهت تحدید اختیار حاکم در این باره از روایات مذکور مستفاد نمی‌گردد.

ب. بررسی دلالت روایات دیدگاه ترتیب

از منطوق روایت محمد بن مسلم (حر عاملی، همان: ص ۳۰۷، ح ۱) پیداست که در صدد بیان مجازات‌های گوناگون برای جرم‌های مختلف است. به صراحت در روایت آمده است که مجازات فرد، به محض کشیدن چاقو، نفی است یا اینکه اگر بزند و بکشد و مال را ببرد، بر امام است که دست راستش را برای سرقت ببرد؛ آنگاه او را به اولیای مقتول بسپارد تا اموال را از او بگیرند و او را بکشند. بنابراین معلوم می‌گردد قتل برای جایی است که کشتن اتفاق افتاده باشد؛ با وجود این، فقیهانی که به دیدگاه تخییر معتقدند، دلالت روایت محمد بن مسلم را تام ندانسته و آن را محکوم به اضطراب در متن می‌کنند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۱۶۸؛ امام خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۴۹۳). برای نمونه، امام صادق علیه السلام در صدر روایت مورد بحث، هنگامی که جرم و مجازات جرح را بیان می‌کنند، عامل آن را اساساً

محارب نمی‌خوانند؛ بلکه فرض محارب بعد از اظهار مجازات ضرب و جرح و اخذ مال بیان می‌گردد: «و ضرب و عقر و أخذ المال و لم یقتل - فهو محاربٌ فجزأؤه جزء المَحارب». بنابراین، صدر و ذیل روایت گویای موضوع واحدی نیست تا بتوان به تفکیک مجازات‌ها قائل گردید (محقق حلی، همان). همچنین نمونه‌ای دیگر از موارد اضطراب متن در روایت محمدبن مسلم، جایی است که میان قتل و به‌دار آویختن جمع می‌کند: «إن شاء قَتَلَه و صَلَبَه». این امر با آیه مجازات محارب در تنافی است؛ زیرا قرآن گویای آن نیست که جنازه بعد از قتل به‌دار آویخته شود، بلکه باید تنها یکی از موارد قتل یا به‌دار آویختن انتخاب گردد. بر این اساس، طرفداران دیدگاه تخییر با برشمردن اشکالات دیگری، افزون بر ایرادات ذکرشده، دلالت روایت محمدبن مسلم را تمام ندانسته و آن را محکوم به اضطراب در متن می‌دانند (امام خمینی، همان؛ محقق حلی، همان).

روایت دیگری که طرفداران دیدگاه ترتیب به آن استناد کرده‌اند، روایت بریدبن معاویه است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۳۰۸، ۲۶). صدر این روایت گویای آن است که انتخاب مجازات محارب به حاکم واگذار می‌شود: «ذلک إلى الإمام یفعل ما شاء». درواقع، این قسمت از روایت با دیدگاه تخییر همسوست؛ همچنان که طرفداران تخییر به روایاتی تمسک کردند که محل استنادشان همین عبارت بود. باوجود این، روایت نقل‌شده از بریدبن معاویه ادامه‌ای دارد که دلالت روایت را از همسو شدن با دیدگاه تخییر باز می‌دارد: بلافاصله پس از فرمایش امام صادق علیه السلام در واگذار کردن مجازات محارب به حاکم، از ایشان پرسیده می‌شود که آیا منظور از واگذاری حکم محارب به حاکم این است که ایشان هرچه بخواهد می‌تواند بکند؟ امام صادق علیه السلام در پاسخ می‌فرماید: «لا»؛ این چنین نیست که انتخاب مجازات محارب بدون هیچ قیدی در اختیار مطلق حاکم باشد، بلکه ملاک انتخاب حکم محارب باید هم‌ارز جرم و جنایت وی باشد: «لکن نحو الجنایة».

بررسی‌های دلّالی فوق حاکی از آن است که استناد دلّالی هر دو دیدگاه تخییر و ترتیب بجا و خدشه‌ناپذیر است. گفتنی است حتی اگر ایراد طرفداران دیدگاه تخییر مبنی بر اضطراب متن در روایت محمدبن مسلم پذیرفتنی باشد، روایت بریدبن معاویه در دلالت تمام و قابل استناد است. بنابراین، استناد به روایات، به‌عنوان دلیل، برای هرکدام از

دیدگاه‌های تخییر و ترتیب صحیح است. این سخن علی‌القاعده ادامه بحث را به موضوع تعارض میان روایات معطوف می‌کند؛ ولی نگارنده بر این باور است که، افزون بر طرح بحث تعارض روایات و رفع تعارض آنها، لازم است پژوهش‌های گسترده‌ای درباره مقام بیان روایات صورت پذیرد. چه آنکه ممکن است مقام بیان روایات دیدگاه ترتیب با روایات دیدگاه تخییر دو مقام متفاوت باشد و اساساً هرکدام از روایات در پی مفهومی خارج از مفهوم روایات دیگر باشد؛ در نتیجه، تعارضی هم در کار نخواهد بود. بر این اساس، ادامه بحث با دو عنوان ارزیابی تعارض ادله روایی و ارزیابی مقام بیان روایات پیگیری خواهد شد.

۵. تعارض ادله روایی و رفع تعارض

اگر روایات دیدگاه تخییر و ترتیب را در استنادِ سندی و دلالی صحیح بدانیم، روایات دیدگاه تخییر و ترتیب وارد مرحله تعارض ادله می‌گردند؛ زیرا در اصطلاح اصول فقه، «تعارض» تنافی داشتن مقتضای دو یا چند دلیل با یکدیگر است (مظفر، ۱۴۰۳ق: ج ۲، ص ۱۸۶). در مسئله پیش‌رو به‌وضوح نمایان است که مقتضای ادله روایی، از جهت تقویض یا عدم تقویض اختیار تام به قاضی برای مجازات محارب، با یکدیگر در تنافی عرضی‌اند (همان، ص ۱۸۷). با وجود این، با مذاقه در منابع اصولی، دو نوع تعارض غیرمستقر (بدوی) (سبحانی، ۱۳۷۶: ج ۲، ص ۲۱۴) و تعارض مستقر (همان، ص ۲۲۰) دیده می‌شود. برپایه قواعد اصولی، تعارض موجود میان روایات مجازات محارب از نوع تعارض بدوی و غیرمستقر است؛ زیرا براساس قاعده «الجمع مهمما أمکن» (زحیلی، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۱۲۱۰)، جمع عرفی میان روایات مجازات محارب ممکن است و نوبت به طرح تعارض مستقر نمی‌رسد. حتی اگر هم گفته شود که تعارض موجود در روایات مجازات محارب از نوع تعارض مستقر است، باز هم از طریق وجود مرجحات خارجی نتیجه‌ای به‌دست خواهد آمد که از طریق جمع عرفی در تعارض غیرمستقر به‌دست می‌آید.

مطابق با مشهور اصولیان امامیه و عامه، در مواردی که کاربرد یکی از روش‌های جمع عرفی^۱ ممکن باشد، رفع تعارض از این طریق واجب است. از این رو، براساس بند پیشین، به‌نظر می‌رسد مقدم آن است که نخست، تعارض میان روایات مجازات محارب از طریق

روش‌های جمع عرفی در فرض تعارض غیرمستقر ذکر شود؛ آنگاه جهت بررسی همه‌جانبه موضوع موردنظر برای نقد ماده قانونی، مرجحات خارجی برای رفع تعارض در فرض تعارض مستقر ارزیابی شود.

۱-۵. فرض تعارض غیرمستقر (بدوی)

روش‌های متفاوتی در میان منابع اصولی برای اعمال جمع عرفی مشاهده می‌گردد. باوجود این، جمع میان روایات ترتیب و تخییر در بحث پیش‌رو فقط از طریق روش تقييد - که از مجموعه روش‌های جمع عرفی است - ممکن خواهد بود.

تقييد، از موارد جمع عرفی میان اصولیون امامیه و عامه، روش تقدیم مقید بر مطلق است (مظفر، ۱۴۰۳ق: ج ۱، ص ۱۵۷-۱۷۵). همچنان که گذشت، در مسئله پیش‌رو دو دسته روایت موجود است: روایات گویای تخییر قاضی به صورت مطلق (ذلک إلى الإمام یفعل ما شاء) و روایات بیانگر ترتیب مجازات براساس قید مقدار جنایت (لکن نحو الجنایة). پُر واضح است که براساس روش تقييد می‌توان میان روایات تخییر و ترتیب جمع عرفی نموده و عبارت مطلق «ذلک إلى الإمام یفعل ما شاء» را حمل بر قید موجود، یعنی «نحو الجنایة» کرد. از این رهگذر، اختیار قاضی در گزینش هریک از مجازات‌های چهارگانه به مقدار جنایت ارتكابی مقید می‌گردد.

۲-۵. فرض تعارض مستقر

با تدقیق در روایات ترتیب و تخییر، معلوم می‌گردد که تعارض موجود میان روایات در فرض تعارض مستقر از نوع تعادل نیست؛ بلکه، به علت وجود مرجح در یک سوی تعارض، از نوع عدم تعادل است. مرجحاتی اعم از موافقت با قرآن، اصل و مخالفت با عامه در روایات ترتیب هست که آنها را بر روایات تخییر ترجیح می‌دهد. باوجود این، به نظر گروهی از اصولیان امامی، شماری از مرجحات، از جمله صدور حکم از باب تقيه، اصولاً مرجح به‌شمار نمی‌آید (آخوند خراسانی، ۱۳۶۴: ج ۲، ص ۳۹۳-۳۹۵) یا برای آن شروط خاصی ذکر گردیده است (میرزای قمی، ۱۳۱۹: ج ۲، ص ۲۸۱). از این رو، در موضوع پیش‌رو فقط به ترجیح خارجی بسنده می‌شود.

در نتیجه تحقیق در منابع اصولی، از مصادیق مرجحات خارجی می‌توان به موارد شهرت عملی - روایی، موافقت با قرآن، سنت متواتر و موافقت با اصل اشاره نمود (شیخ طوسی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۱۴۷-۱۵۵). روایاتی که گویای ترتیب مجازات محارب‌اند، به‌علت رساندن مفهوم «اصل تناسب جرم با مجازات = نحو الجنایة» از ترجیح خارجی برخوردارند. این ترجیح مشعر به نظام عدالت‌خواهی حقوق اسلام بوده و موافق با فلسفه حدود در قرآن کریم است. اثبات مدعای مذکور در گرو میزان اهمیت اصل تناسب جرم و مجازات در منابع اسلامی است. بر این اساس، لازم است موضوع تناسب جرم با مجازات به‌مقدار ضرورت در منابع اسلامی پژوهیده شود.

۵-۲-۱. تناسب میان جرم و مجازات در منابع اسلامی

فلسفه تشریح حدود در شریعت اسلامی نوعی انتقام شخصی نیست که حاکم هرگونه بخواهد، مجازات کند؛ بلکه تشریح حدود اسلامی با هدف تأمین امنیت اجتماعی، پیشگیری از جرم و جنایت، و تأدیب و اصلاح مجرم صورت گرفته است (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵: ج ۷، ص ۲؛ نیز ر.ک: عبدالقادر عوده، بی‌تا: ج ۱، ص ۷۸-۷۹).

۵-۲-۱. زمینه کلی تناسب جرم با مجازات در قرآن کریم

گروه نخست آیاتی هستند که به‌طور کلی به رعایت عدالت و اجتناب از ظلم امر می‌کنند. مثلاً خداوند عزوجل مردم را در برخورد با اعمال ناپسند و تجاوزگرایانه به رعایت عدالت امر کرده و خارج نشدن از صراط عدل را متذکر می‌شود (مائده: ۸). بدیهی است که تناسب میان جرم و مجازات عین عدالت است. گروه دوم آیاتی هستند که به‌طور مستقیم به بحث تناسب جرم با مجازات مربوط می‌شوند: «هرکس بدی انجام دهد، تنها به مثل آن مجازات می‌شود و ستمی در حق او روا داشته نمی‌شود» (انعام: ۱۶۰)؛ «هرکس بدی کند جز به مانند آن کیفر نمی‌یابد» (غافر: ۴۰)؛ همچنین است در آیات ۲۷ سوره یونس و ۴۰ سوره شوری.

۵-۲-۱-۲. اصل تناسب جرم با مجازات در فقه جزایی اسلام

تناسب میان جرم و مجازات یکی از اصول در فقه جزایی اسلام است. توجه شارع مقدس به این اصل بر پایه اصل احتیاط در دماء، حفظ مصالح جامعه و البته فلسفه جعل مجازات‌ها بوده است. وجود مراتب مختلف در جزای سارق در فقه اسلام، ناشی از مدرج بودن فعل سرقت است. در این بحث به اصل تناسب جرم با جزا توجه شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۹، ص ۲۲۱). همچنین رعایت قواعد «الأسهل، فالأسهل» و «الأغلظ فالأغلظ» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۴۶۰) نمونه‌ای دیگر از رعایت اصل مزبور در احکام فقهی است (امام خمینی، بی‌تا: ج ۱، ص ۴۸۰).

تناسب میان جرم با مجازات در شریعت اسلامی اصلی شرعی - عقلی است و آن را می‌توان مرجحی همسو با آیات و روایات قلمداد نمود. از طرفی، در میان فقیهان و اصولیان مشهور است که هرگاه یکی از دو دلیل متعارض از وجوهی خاص بر دلیل دیگر مزیتی داشته باشد، باید آن دلیل را بر دیگری ترجیح داد و دلیل دیگر را رها کرد. از این رو، نتیجه حاصل شده در مسئله روایات مجازات محارب در فرض تعارض مستقر، همانند نتیجه فرض تعارض غیرمستقر است: در هر دو فرض، روایات باب تخییر کنار گذاشته شده و روایات ترتیب مجازات محارب (که بیانگر تضییق دایره اختیار قاضی به نحو رعایت تناسب جرم با مجازات است) مقدم می‌گردند.

۶. ارزیابی مقام بیان روایات دیدگاه‌های تخییر و ترتیب

تحقیق درباره چستی مقام بیان هر کدام از روایات دیدگاه‌های تخییر و ترتیب، برای شناسایی ارتباط این دو دسته روایات، بایسته است. درک مقام بیان روایات در گرو نوع پرسشی است که از معصوم علیه السلام پرسیده می‌شود. همچنین پاسخ معصوم علیه السلام به پرسش مطرح شده، خود قرینه‌ای ارزشمند در شناخت مقام بیان روایت صادر شده است. بر این اساس، تعمق در چگونگی پرسش راوی و همچنین پاسخ معصوم علیه السلام در روایات دیدگاه تخییر و ترتیب می‌تواند از چستی مقام بیان این روایات پرده بردارد و ارتباط این دو دسته روایات را به درستی روشن نماید.

نخست، به ارزیابی پرسش‌هایی که در روایات هر دو دیدگاه تخییر و ترتیب مطرح است، پرداخته می‌شود؛ آنگاه ارزیابی از پاسخ‌های روایی صورت خواهد گرفت. در مقاله پیش‌رو برای دیدگاه ترتیب به دو روایت محمدبن مسلم و بریدبن معاویه استناد شده است؛ ولی چون در روایت محمدبن مسلم، اسلوب پرسش و پاسخ وجود ندارد، بنابراین در این بخش از آن روایت سخنی به‌میان نمی‌آید.

۶-۱. ارزیابی پرسش‌ها در روایات

روایت نخست، دیدگاه تخییر: پرسش جمیل بن دراج از امام صادق علیه السلام: «فَقُلْتُ أَيُّ شَيْءٍ عَلَيْهِمْ مِنْ هَذِهِ الْحُدُودِ الَّتِي سَمَى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ»: اگر کسی محاربه کرد، کدام‌یک از این چهار حد بر او اعمال می‌شود؟

روایت دوم، دیدگاه تخییر: پرسش سماعة بن مهران از امام صادق علیه السلام: «وَعَنْ سَمَاعَةَ بْنِ مَهْرَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام فِي قَوْلِ اللَّهِ ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ...﴾: سماعة بن مهران از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که ایشان در پاسخ به جزای محارب فرمودند....

روایت سوم، دیدگاه ترتیب: پرسش بریدبن معاویه از امام صادق علیه السلام: «بُرِيدُ بْنُ مُعَاوِيَةَ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾: بریدبن معاویه از امام صادق علیه السلام درباره آیه محاربه پرسید....

دقت در هر سه پرسش فوق‌گویای آن است که پرسشگر با توجه به اینکه محاربه یک جرم است، اما در آیه شریفه چهار مجازات برای آن بیان گردیده است، دچار تردید شده است. ابهام او در این است که آیا همه چهار مجازات باید در حق محارب اجرا شود یا فقط یکی از آن چهار مجازات در حق محارب لازم‌الاجرا خواهد بود. به عبارتی، در معنای صحیح آیه ابهام وجود دارد (ر.ک: گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ج ۳، ص ۲۵۴). بر این اساس است که پرسشگران ابهام ایجادشده را در قالب پرسشی از چیستی جزای محارب، مبتنی بر آیه محاربه می‌پرسند: «...من هذه الحدود التي سمى الله عزَّ وَّجَلَّ»، «فی قول الله ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾...»؛ «عن قول الله عزَّ وَّجَلَّ ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ...﴾». البته،

تأیید مطلب ادعا شده با تعمق در پاسخ‌های سه روایت فوق دست‌یافتنی است. برای شرح این نکته، پاسخ‌های سه روایت فوق در ذیل یکدیگر، به ترتیب پرسش‌های ذکر شده، عرضه می‌گردد:

۶-۲. ارزیابی پاسخ‌ها در روایات

روایت نخست، دیدگاه تخییر: پاسخ امام صادق علیه السلام به جمیل بن دراج: «قَالَ ذَلِكَ إِيَّيَّكَ...» در اختیار امام است...

روایت دوم، دیدگاه تخییر: پاسخ امام صادق علیه السلام به سماعة بن مهران: «قَالَ الْإِمَامُ فِي الْحُكْمِ فِيهِمْ بِالْخِيَارِ»: اگر حاکم بخواهد که در باره محاربان حکم بدهد، مخیر است.

روایت سوم، دیدگاه ترتیب: پاسخ امام صادق علیه السلام به برید بن معاویه: «قَالَ ذَلِكَ إِيَّيَّكَ...» این بر امام است که هرگونه بخواهد، انجام بدهد.

همچنان که از هر سه عبارت فوق روشن است، پاسخ‌های کاملاً شبیه به یکدیگر بیانگر این هستند که انتخاب هر کدام از آن چهار مجازات موجود در آیه محارب، در اختیار امام است. معصوم علیه السلام، با این گونه پاسخ دادن، آن ابهام شکل یافته برای پرسشگر را رفع کرده و به او می‌فهماند که همه این چهار مجازات قابلیت اجرا در حق محارب را دارند؛ ولی این در اختیار امام است که کدامین مجازات را برای او جاری سازد.

تا اینجا روشن می‌گردد که روایات دیدگاه تخییر با روایت دیدگاه ترتیب در مقام بیان مشترک هستند. با وجود این، روایت برید بن معاویه ادامه‌ای دارد که دارای مقامی جدید است؛ زیرا او پرسشی جدید می‌کند که سبب می‌شود مقام قسمت اخیر روایت با مقام صدر آن متفاوت شود. پرسش برید بن معاویه در ادامه روایت به شرح ذیل است:

روایت سوم (ادامه روایت برید بن معاویه) دیدگاه ترتیب: «قُلْتُ فَمَفْوُضٌ ذَلِكَ إِلَيْهِ؟»: پرسیدم پس این کار به او واگذار شده است؟

با تعمق در مضمون پرسش اخیر برید بن معاویه، تفاوت محتوایی این پرسش با سه پرسش پیشین روشن می‌گردد. پُر واضح است که برید بن معاویه، با ذکر واژه «مَفْوُضٌ»،

به‌صراحت در پی فهم آن است که بعد از آنکه انتخاب هرکدام از این چهار مجازات در حق محارب ممکن است، امام بر چه مبنایی مجازات در حق محارب را انتخاب می‌کنند؟ آیا انتخاب این مجازات‌ها تفویض به امام است که هر آن‌گونه خواست، مجازات را انتخاب کند؟: قُلْتُ فَمُؤَوَّضٌ ذَلِكَ إِلَيْهِ؟ بر این اساس، تعمق در محتوای قسمت اخیر روایت بریدبن معاویه، گویای آن است که مقام بیان قسمت اخیر این روایات با مقام بیان دو روایت دیدگاه طرفداران تخییر و قسمت نخست خود روایت بریدبن معاویه کاملاً متفاوت است. هنگامی این تفاوت در مقام برجسته‌تر می‌گردد که پاسخ معصوم علیه السلام به پرسش قسمت اخیر روایت بریدبن معاویه ذکر گردد:

امام صادق علیه السلام در پاسخ به بریدبن معاویه می‌فرماید: «نه، بلکه به مقدار جنایت» (قال لا و لكن نحو الجنایة). دقت در پاسخ، خود گویای آن است که امام صادق علیه السلام مبنای چگونه انتخاب کردن مجازات محارب را میزان جنایت وی دانسته‌اند و این پرسش و پاسخ کاملاً با سه پرسش و پاسخ پیشین متفاوت است.

براساس مطالبی که گذشت، می‌توان گفت: مقام بیان دو روایت دیدگاه تخییر و صدر روایت دیدگاه بریدبن معاویه با مقام بیان قسمت اخیر روایت بریدبن معاویه متفاوت است. پس بدیهی است که هرکدام احکام ویژه خود را دارند و پندار تعارض میان آنها از مضامین روایی به‌دور است. بنابراین باید گفت اساساً معصوم علیه السلام از همان ابتدا قصد ندارد بگوید: «مبنای انتخاب هرکدام از مجازات‌ها در حق محارب هر چیزی است که امام بخواهد». این برداشت از سطحی‌نگری در ارتباط روایات با یکدیگر ناشی می‌شود.

در نتیجه، باید گفت: اساساً تقسیم روایاتِ بابِ مجازات محارب به روایات تخییری و ترتیبی بی‌پایه است؛ زیرا هیچ‌یک از روایاتی که از آنها با عنوان روایات تخییر یاد می‌گردد، قصد تفویض انتخاب مجازات را به قاضی ندارند. این روایات فقط از معنای صحیح آیه رفع ابهام می‌کنند. تنها روایتی که در مقام بیان چگونه انتخاب کردن مجازات محارب است، همان قسمت اخیر روایت بریدبن معاویه است. این روایت در تعارض با هیچ روایتی نیست. از این روست که، به‌باور گروهی از فقیهان، میان روایاتی که اصطلاحاً از آنها با روایات

تخیر یاد می‌شود با روایاتی که اصطلاحاً از آنها با روایات ترتیب یاد می‌شود، اساساً تنافی وجود ندارد (مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق: ج ۲۳، ص ۳۸۳).

۷. نتایج

۱. استناد به ظاهر آیه شریفه ۳۳ سوره مائده، به‌عنوان دلیل دیدگاه تخیری، از مبنای قوی برخوردار نیست؛ زیرا مطابق با تحقیقات صورت‌گرفته این‌گونه نیست که حرف «أو» منحصرأً افاده تخیر کند تا هر جا حرف مذکور آمد، به‌نحو تخیر عمل گردد. حرف «أو» در معانی دیگری، اعم از تقسیم و اباحه، به‌کار برده شده است. همچنین با مذاقه در عرف ادبیات قرآنی مبتنی بر سیر اشد به اخف مجازات‌های چهارگانه، ترتیب میان مجازات‌ها ضروری است. از طرف دیگر، قرینه عقلی قطعی بر نبود تناسب و تعادل میان مجازات‌های چهارگانه به‌علت یکسان نبودن شدت و ضعف، خود دلیل دیگری برای انصراف به دیدگاه ترتیب در مجازات محارب است. با وجود این، حتی اگر در وهله نخست، ظهور حرف «أو» در معنای تخیر پذیرفته شود، در نهایت می‌توان برای رفع ید از ظهور اولیه حرف «أو» در معنای تخیر، به روایات بیانگر ترتیب مجازات محارب استناد کرد.

۲. هر دو دسته روایات ترتیب و تخیر در سند و دلالت تمام و بدون خدشه هستند. بر این اساس، اگر مقام دو دسته روایت یکسان باشد، تعارض غیرمستقری بین این دو دسته به‌دست می‌آید. با استفاده از اسلوب تقیید (یکی از راه‌های جمع عرفی)، روایات دیدگاه ترتیب بر روایات دیدگاه تخیر مقدم می‌شود و لازم است که مجازات محارب براساس مقدار جنایت وی انتخاب گردد. حتی اگر هم تعارض دو دسته روایات از نوع تعارض مستقر دانسته شود، باز هم نتیجه‌ای گرفته می‌شود که از رفع تعارض غیرمستقر به‌دست آمد؛ زیرا استناد به رعایت اصل تناسب جرم با مجازات - که از موارد مرجحات خارجی برای رفع تعارض مستقر است - در بحث پیش‌رو دست‌یافتنی است. تناسب جرم با مجازات، به‌عنوان اصلی همسو با آیات وحی و روایات معصومان علیهم‌السلام همان مرجحی خارجی است که روایات دیدگاه ترتیب را بر دیدگاه تخیر ترجیح می‌دهد. این همان نتیجه‌ای است که از رفع تعارض غیرمستقر گرفته شد.

۳. مقام بیان روایات دو دیدگاه ترتیب و تخییر با یکدیگر متفاوت‌اند. هر گروه روایی بیانگر احکامی مستقل از احکام گروه روایات دیگر هستند. بر این اساس، روایاتی که مبنای چگونگی انتخاب هرکدام از مجازات‌های چهارگانه را براساس مقدار جنایت (نحو الجنایة) می‌دانند، بدون معارض‌اند.

۸. پیشنهاد اصلاح ماده ۲۸۳ ق.م.ا.

ماده ۲۸۳ ق.م.ا، مبنی بر تفویض اختیار مطلق به قاضی برای انتخاب مجازات محارب، با مبنای صحیح فقهی مطابقت ندارد. این ماده ایراداتی بنیادی پدید خواهد آورد، مانند فراهم نمودن بستر اعمال سلیقه قضات، ایجاد نشدن وحدت رویه قضایی در موضوع مورد بحث، ناسازگاری با فلسفه جعل حدود الهی، نقض اصل تناسب جرم با مجازات و تزلزل حقوق فرد محکوم. بر این اساس، پیشنهاد می‌شود قانونگذار ماده ۲۸۳ را بازنگاری و قیدی اضافه کند که گویای ترتیبی بودن مجازات محارب باشد.

پی‌نوشت:

۱. «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَ يُسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ» (مانده: ۳۳).
۲. ... عَنْ جَمِيلِ بْنِ ذَرَّاجٍ قَالَ: «... قَالَ ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ إِذَا شَاءَ قَطَعَ وَ إِذَا شَاءَ صَلَبَ وَ إِذَا شَاءَ قَتَلَ...» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۲۴۵، ۳).
۳. عَنْ سَمَاعَةَ بْنِ مِهْرَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: «... الْحُكْمُ فِيهِمْ بِالْخِيَارِ - إِذَا شَاءَ قَتَلَ وَ إِذَا شَاءَ صَلَبَ وَ إِذَا شَاءَ قَطَعَ وَ إِذَا شَاءَ نَقَى مِنَ الْأَرْضِ» (عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۳۱۲، ۹).
۴. دلیل شهرت یا اجماع برای دیدگاه ترتیبی بودن مجازات محارب اقامه شده است (گلیپایگانی، ۱۴۱۲ق: ج ۳، ص ۲۴۹): باوجود این، اجماع مذکور مدرکی است و اعتبار لازم را ندارد.
۵. مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام: «... وَأَمْرُهُ إِلَى الْإِمَامِ إِذَا شَاءَ قَتَلَهُ وَ صَلَبَهُ - وَ إِذَا شَاءَ قَطَعَ يَدَهُ وَ رِجْلَهُ - قَالَ: وَ إِذَا صَرَبَ وَ قَتَلَ وَ أَخَذَ الْمَالَ - فَعَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ الْيُمْنَى بِالسَّرِقَةِ...» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۳۰۷، ۱).
۶. ... عَنْ بُرَيْدِ بْنِ مُعَاوِيَةَ قَالَ: «... قَالَ ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ يُفْعَلُ مَا شَاءَ - قُلْتُ فَمَقْفُوضٌ ذَلِكَ إِلَيْهِ - قَالَ لَا وَ لَكِنْ نَحْوَ الْجَنَائِيَةِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۳۰۸، ۲).
۷. گفتمی است هرچند سماعین مهرا، در برخی از منابع رجالی، واقفی دانسته شده است (خوئی، بی تا: ج ۹، ص ۳۱۲)، ولی

ایشان ثقه خوانده شده و طایفه شیعه بر عمل به روایات آن اجماع دارند (نجاشی، ۱۴۰۷ق: ص ۱۹۳؛ خوئی، بی تا: ج ۹، ص ۳۱۲؛ علامه حلی، ۱۳۸۱ق: ص ۲۲۸؛ شیخ طوسی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۳۸۱؛ زنجانی، ۱۴۱۹ق: ج ۲۳، ص ۷۳۳).

۸. بعضی از فقیهان بر این باورند که جمع میان دو دسته روایت دیدگاه تخییر و ترتیب بدین نحو ممکن است که گفته شود: زمانی قاضی می تواند اختیار مطلق در انتخاب مجازات محارب از میان مجازات های چهارگانه را داشته باشد که امام معصوم علیه السلام باشد. هرگاه قاضی غیر از معصوم علیه السلام باشد، لازم است که ملزم به رعایت ترتیب شود (ر.ک: گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ج ۳، ص ۲۵۳). با وجود این، جمع مذکور فارغ از نداشتن میانی صحیح اصولی در جمع بین دو دسته روایت، اساساً از آن جهت صحیح نیست که معصوم علیه السلام هیچ گاه حق هیچ فردی را ضایع نمی کنند و طبعاً در انتخاب مجازات به مقدار جرم صورت گرفته نظر دارند. پس این نوع تقسیم برای معصوم علیه السلام و غیر معصوم علیه السلام خالی از فایده علمی و عملی است. بر این اساس است که در پاسخ به جمع ذکر شده گفته شده است: با این نوع جمع، تخییری که متناسب به معصوم علیه السلام می شود، دیگر آن دیدگاه تخییر اصطلاحی نبوده و خارج از موضوع بحث است (همان).

کتابنامه

* قرآن کریم.

۱. ابن ادريس حلی (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. ابن براج طرابلسی (۱۴۰۶ق)، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. ابن جنید اسکافی (۱۴۱۶ق)، مجموعة فتاوى ابن جنید، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. ابن قدامه، عبدالله بن احمد (بی تا)، المغنی، ریاض، مكتبة الرياض الحديثة.
۵. آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۳۶۴-۱۳۶۷). کفاية الأصول، تهران، چاپ افست.
۶. اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا)، زبدة البیان فی أحكام القرآن، تهران، المكتبة الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية.
۷. بهنسی، احمد فتحی (۱۳۸۱ق)، الجرائم فی الفقه الإسلامی، بی جا، الشركة العربية للطباعة و النشر.
۸. الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۲۴ق)، الفقه علی المذاهب الأربعة، بیروت، دار الکتب العلمیة.
۹. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، بیروت، دار العلم للملایین.
۱۰. حر عاملی (محمد بن حسن) (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۱. خمینی (امام)، سید روح الله موسوی (بی تا)، تحریر الوسيلة، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۱۲. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۱۳. _____ (بی تا)، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال، عراق، مؤسسه الخوئی الإسلامیة.
۱۴. راوندی، قطب الدین (۱۴۰۵ق)، فقه القرآن، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی علیه السلام.

١٥. زحيلي، وهبه مصطفى (١٤١٨ق)، أصول الفقه الإسلامي، دمشق، دار الفكر.
١٦. زنجاني، سيدموسى شيبيري (١٤١٩ق)، كتاب نكاح، قم، مؤسسه پژوهشى راي پرداز.
١٧. سبحانى، جعفر (١٣٧٦)، الموجز فى أصول الفقه، قم، مؤسسه الإمام الصادق عليه السلام.
١٨. شهيد اول (محمد بن مكى عاملى) (١٤١٠ق)، اللعة الدمشقية فى فقه الإمامية، بيروت، دار التراث - الدار الإسلامية.
١٩. شهيد ثانى (زين الدين بن على عاملى) (١٤١٠ق)، الروضة البهية، قم، كتابفروشى داورى.
٢٠. _____ (١٤١٦ق)، تمهيد القواعد الأصولية و العربية، قم، انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علمية قم.
٢١. شيخ صدوق (ابوجعفر محمد بن على قمى) (١٤١٥ق)، المقنع، قم، مؤسسه امام هادى عليه السلام.
٢٢. شيخ طوسى (ابوجعفر) (١٣٧٦)، تهذيب الأحكام، تهران، چاپ على اكبر غفارى.
٢٣. _____ (١٤٠٧ق)، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمية قم.
٢٤. _____ (١٤٢٧ق)، رجال الشيخ الطوسى - الأبواب، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمية قم.
٢٥. _____ (١٤١٧ق)، عده الأصول، قم، ستاره.
٢٦. شيخ مفيد (محمد بن محمد بن نعمان) (١٤١٣ق)، المقنعة، قم، كنز جبهانى هزاره شيخ مفيد عليه السلام.
٢٧. صابونى، محمد على (١٩٨١م)، روائع البيان، بيروت، دار إحياء التراث العربى.
٢٨. صاحب جواهر (محمد حسن نجفى) (١٤٠٤ق)، جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، بيروت، دار إحياء التراث العربى.
٢٩. طباطبائى، محمد حسين (بى تا)، الميزان فى تفسير القرآن، قم، اسماعيليان.
٣٠. علامه حلى (حسن بن يوسف بن مطهر) (١٣٨١ق)، رجال العلامة - خلاصة الأقوال، نجف اشرف، منشورات المطبعة الحيدرية.
٣١. عوده، عبدالقادر (بى تا)، التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى، قاهره، دار التراث.
٣٢. فاضل مقداد (مقداد بن عبدالله حلى) (١٤٢٥ق)، كنز العرفان فى فقه القرآن، قم، انتشارات مرتضوى.
٣٣. فخر المحققين (محمد بن حسن حلى) (١٣٨٧ق)، إيضاح الفوائد، قم، اسماعيليان.

۳۴. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق)، کتاب العین، قم، هجرت.
۳۵. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران، دار الکتب الإسلامية.
۳۶. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی (۱۴۱۲ق)، الدر المنضود فی أحكام الحدود، قم، دار القرآن الکریم.
۳۷. مجلسی دوم (علامه محمد باقر مجلسی) (۱۴۰۴ق)، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول ﷺ، تهران، دار الکتب الإسلامية.
۳۸. محقق حلی (جعفر بن حسن) (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام، قم، اسماعیلیان.
۳۹. مظفر، محمد رضا (۱۴۰۳ق)، أصول الفقه، بیروت، مکتب الأعلام الإسلامی.
۴۰. موسوی خوانساری، احمد (۱۳۵۵)، جامع المدارک، تهران، مکتبة الصدوق.
۴۱. موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم (۱۴۲۷ق)، فقه الحدود و التعزیرات، قم، مؤسسة النشر لجامعة المفید ﷺ.
۴۲. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۱۹)، القوانين المحكمة، بی جا، چاپ احمد مؤید العلماء.
۴۳. نجاشی، ابوالحسن (۱۴۰۷ق)، رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشيعة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعة مدرسین حوزه علمیه قم.