

دکتر هادی عظیمی گرکانی^۱

گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

تأملی در معیارشناسی بی‌حس کردن اعضا در اجرای کیفرهای بدنی

چکیده

کاوش در چرایی کیفر در دو حوزه زیرساخت‌ها (مبانی) و دستاوردها و پیامدها (اهداف مجازات) قابل بررسی است. در وضع هرگونه مجازات باید به اندازه اثربخشی آن در از میان برن این ویژگی ناپهنجار بزه‌کار و بازگرداندن اهلیت مجرم به وی، توجه شود زیرا تشفی خاطر، برقراری نظم عمومی، اجرای عدالت کیفری و بازپروری مجرم از اهداف اجرای مجازات است. با توجه به این اهداف، اجرای مجازات در حدود (جز سرقت و محاربه) با تعدیب و رنج به مقدار متعارف همراه است و در ارتداد، انتخاب کیفر دردناک به حاکم واگذار شده است.

قانونگذار در اجرای حد محاربه و سرقت، به دنبال اهدافی جز تحمیل درد و رنج است و آن پیشگیری از تکرار جرم و پندآموزی برای دیگران است بنابراین دادرس می‌تواند کیفر را همراه با بی‌حسی اجرا کند. به دلیل وحدت مناطق، اجرای مجازات تعزیری مانند مجازات حدی است. در قصاص، تماثل در مقدار جنایت و در تحمل درد به مقدار متعارف لازم است و رعایت همگونی در سایر اوصاف جنایت ضرورت ندارد زیرا اولاً: میزان درد قابل اندازه‌گیری نیست. ثانیاً: آستانه تحمل درد در انسانها متفاوت است. ثالثاً: قصاص عضو ناسالم در برابر سالم مشروع است. رابعاً در مواردی که قصاص افزون بر جنایت می‌شود و یا هلاکت نفس جانی را به دنبال دارد منتفی است. در ماده ۴۴۴ قانون مجازات اسلامی جدید نیز، بی‌حسی مجرم از حقوق مجنی علیه اعلام شده است.

واژگان کلیدی: جرم، کیفر، تعدیب، حد، قصاص، تعزیر.

^۱.Garekani1339@yahoo.com

مقدمه

در کاوش در چرایی کیفر، صرفنظر از زیرساخت‌ها (مبانی مشروعیت مجازات‌ها)، دستاوردها و پیامدها (اهداف مجازات‌ها) نیز قابل تعمق است. «از جمله دستاوردها و پیامدهای ارتکاب بزه، می‌توان به تشفی خاطر و حس انتقام‌جویی، اجرای عدالت، به‌سازی، درمان و بازپروری مجرم اشاره کرد. انتقام، پوشش‌دهی به آزرده‌خاطر قربانی جرم است تا بدین ترتیب، عقده‌گشایی کند و ناخواسته مرتکب جنایات شدیدتر نشود. عفو و بخشش همواره مورد تأیید و تشویق قانونگذار بوده ولی نباید به این بهانه و بهانه‌بی‌تأثیری مجازات، از حق قانونی مجنی‌علیه چشم‌پوشی کند بی‌خبر از اینکه چنین رویکردی بیشتر در جرائم عمومی قابل تحقق است نه قلمرو حقوق شخصی. وضع مجازات، درد و رنجی است که مجرم به دلیل آشفته‌نمودن نظام اخلاقی باید آن را به دوش کشد و هرکس باید به دلیل مسئولیت اخلاقی پاسخگوی آن باشد. البته عدالت به معنای برابری جرم و مجازات نیست بلکه تفاوت‌گذارن میان افراد و توجه به ویژگی‌ها و موقعیت خاص آنان است» (ابراهیم‌پور، ۷۱-۸۵)

بی‌حس کردن و بی‌هوش کردن بدن جانی و یا قاتل هنگام اجرای کیفر از مسائل نوینی است که کمتر به آن پرداخته شده و این، نه فقط به دلیل پیشرفت علم و تکنولوژی است تا در سایه آن، اذهان و اندیشه‌های بشری از پرداختن به آن غافل باشد بلکه اولاً، فقهاء و اندیشمندان از منصب حکومت و قضاوت به دور بودند و ثانیاً، به دلیل فقدان نصّ در پاره‌یی از موارد بحث و ضرورت اجتهاد در پرتو عقل، تمایل وافر به استنباط و تفریع احکام کمتر بود. آیا محکوم علیه هنگام اجرای حدود و تعزیرات، حق تقاضای بی‌حسی و یا بی‌هوشی را دارد؟ آیا تحمل درد و رنج تشدید مجازات است که بر مجازات اصلی افزون می‌شود و یا مجازات، همان کیفری است که در قانون و یا شرع تجویز شده و مازاد بر آن، نیاز به دلیل دارد و اصل عدم و اصل برائت، نافی آن است؟ آیا قاتل علاوه بر تقدیم جان (و ازهاق نفس) هنگام قصاص، درد و رنج ناشی از اجرای قصاص را نیز باید تحمل کند و این کیفر نیز از اصل قصاص منفک نیست و یا اینکه چیزی که تجویز شده قصاص است و با وجود تحقق چنین هدفی، غرض قانونگذار و یا شارع تأمین شده و در این صورت، مجنی‌علیه و اولیای دم در قصاص عضو و نفس، نمی‌توانند مانع بی‌حسی و بی‌هوشی مرتکب گردند و یا

چنانچه آن‌ها ، استنکاف نکردند ، شخص مرتکب حق امتناع ندارد ؟ موضوع بحث این است که آیا بی‌حسی و بی‌هوشی هنگام انجام کیفر ، تجویز شده و یا خیر ، و در صورت مثبت بودن پاسخ ، آیا تجویز به صورت مطلق است و یا مشروط به عدم استنکاف مجنی علیه و یا اولیای دم است و با فرض پذیرش مطلق تجویز ، و با توجه به قاعده حرمت و نادرستی تحمیل درد و رنج ، جواز مساوی با وجوب است و در این صورت ، با فرض عدم پذیرش بی‌حسی و بی‌هوشی از جانب مرتکب ، الزام وی به این عمل اجتناب ناپذیر است و نیز اجرای کیفر بدون بی‌هوشی و یا عمل جراحی توسط حاکم حرام است؟

این موارد ، نمونه پرسش‌هایی است که قابل طرح است و این نوشتار ، با استناد به آیات ، روایات و عقل و نیز با توجه به بنای عقلاء ، عرف ، رویه قضایی ، دکترین‌های دانشگاه‌ها و حقوق موضوعه ایران در صدد یافتن و ارائه پاسخی مستند و مستدل می‌باشد .

مجازات‌ها به حدود ، دیات ، تعزیرات و قصاص تقسیم می‌شوند و مجازات حدودی چون سرقت و محاربه ، قطع و قتل است و در سایر حدود چون زنا و لواط ، از آن‌ها به عذاب و ایداء تعبیر شده است . ما نیز در این نوشتار ، همین شیوه را دنبال می‌کنیم ضمن آنکه دیات از محور بحث‌ها خارج است و با توجه به همسانی مبانی قصاص ، از تفکیک مباحث به قصاص نفس و قصاص عضو خودداری می‌کنیم .

۱- حدود

۱-۱- مبانی حدود (به جز سرقت و محاربه)

حدود به مجازات‌هایی اطلاق می‌گردد که منصوص است و در مبانی دینی ، به مقدار و میزان آن اشاره شده و تعیین گردیده است . بنابراین ، در اعمال اینگونه مجازات‌ها از نظر کمی ، انعطافی وجود ندارد و تعیین مقدار آن ، به صلاحدید قاضی رسیدگی کننده واگذار نشده است بنابراین ، با فرض احراز ارتکاب جرم ، مجازات آن ثابت و غیر قابل تغییر و یا تبدیل است .

الف (آیات قرآن :

الف ، ۱) « الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ

اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشِهْدُ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ» (نور، ۲)

هر یک از مرد و زن زناکار (غیر محصن) را صد تازیانه بزنید و در دین الهی (و اجرای حدود) نسبت به آن دو ، عطوفت و مهربانی نکنید ، اگر به خدا و روز واپسین ایمان دارید و باید هنگام اجرای مجازات ، گروهی از مؤمنین حضور داشته باشند .

تازیانه که معنای کلمات « فاجلدوا » و « جلد » می باشد خود دلالت بر اجرای مجازات همراه با درد و رنج دارد زیرا هرچند تازیانه زدن بر بدن بی حس و یا بی هوش ، « جلد » است ولی با وضع شرعی این کلمه و هدف تشریح ناسازگار است ، تازیانه به عنوان ابزاری برای اعمال مجازات ناظر بر تحمیل درد و رنج بر بدن مرتکب است ، این مطالب بدون درنظر گرفتن سایر قرائن و امارت در آیه است (وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ)

که در مورد آن سخن خواهیم گفت « بنابراین حتی اگر معتقد باشیم صرف اجرای حد به لحاظ آثار و عواقب بعدی ، درد و رنج و عذاب است زیرا بی آبرویی و رسوایی به دنبال دارد ، باز هم هدف شارع تأمین نشده است زیرا منظور ، درد و رنجی است که همراه و مقارن با مجازات است نه عواقب ناپسندی که پس از اجرای حد محقق می شود » (هاشمی شاهرودی ،

۶ و ۷) مضافاً ، عبارت « وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ » که منظور از دین خدا ، اجرای حدود الهی است ، مؤید این دیدگاه است که نفس اجرای مجازات باید همراه با تحمل درد و رنج باشد « و نهی از رأفت ، از قبیل نهی از مسبب است به نهی از سبب ، چون رقت کردن به حال کسی که مستحق عذاب است باعث می شود که در عذاب کردن او تساهل شود ، و در نتیجه نسبت به او تخفیف دهند ، و یا به کلی اجرای حدود را تعطیل کنند (علامه

طباطبایی، ۷۹/۱۵) بنابراین آیه بیانگر اصل اجرای حدود الهی و شیوه اجرای آن که مقارن با درد و عذاب است می باشد و در تاکید آن ، این عمل را شرط ایمان به خدا و روز قیامت دانسته است . این آیه ، تنها آیه‌یی است که مجازات زنا را غیر محصن را بیان می کند و دلالت صریح و روشن بر عدم تجویز بی حسی و بی هوشی مرتکب هنگام انجام کیفر حد دارد و مضافاً بر آنچه گفته شد ، ذیل آیه دو عبارت « ولیشهد » و « عذابهما » به صورت تلفیقی و نیز ترکیبی ، مؤید ادعای ماست و حکایت از آن دارد که غرض قانونگذار ، مسمّای جلد نیست بلکه تشدید مجازات و کیفر است و این به دلالت احضار مؤمنین هنگام اجرای کیفر و

نیز اطلاق کلمه عذاب بر حد است .

الف ، ۲) آیه ۸ سوره نور نیز در مبحث لعان ، تعبیر به عذاب کرده است : « وَيَذْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ » یعنی : و از زن کیفر ساقط می‌شود در صورتی که چهار بار به خدا سوگند یاد کند که شوهرش از دروغگویان است . درء به معنای برداشتن و از بین بردن است « چنانچه فیض کاشانی آیه را به معنای دفع حد قذف تفسیر کرده است » (فیض کاشانی ، ۸۸۰/۲۲) پس با شهادت ، تمام مجازات برداشته می‌شود نه اینکه درد و رنج کیفیتی مازاد بر اصل مجازات است و با شهادت ، مرتکب استحقاق تخفیف مجازات دارد . در نتیجه ، برخلاف دیدگاه پاره‌یی از محققین (هاشمی شاهرودی ، ۴) مجازات زنا کیفیتی مرکب از مجازات و درد نیست به نحوی که درد بخشی از مجازات و یا شرط آن باشد بلکه حد زنا، مجازاتی است که درد و رنج را بطور طبیعی به دنبال خود دارد .

الف ، ۳) آیه ۲۳ سوره نور نیز که تلویحاً اشاره به مجازات قاذف دارد ، از مجازات تعبیر به عذاب شده و ویژگی این آیه ، توصیف عذاب به صفت عظیم است « إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ » که با توجه به اینکه عنصر درد و رنج ، از ارکان حدّ است کلمه « عظیم » قید توصیفی است نه احترازی مگر اینکه بر این باور باشیم که آیه ناظر بر میزان و مقدار درد و عذاب است که در این باره سخن خواهیم گفت .

الف ، ۴ و ۵) در آیات ۱۶ و ۲۵ نساء نیز به ترتیب از مجازات به « اذیت و آزار » و « عذاب » تعبیر شده است در آیه نخست چنین مقرر شده است « وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانَهَا مِنْكُمْ فَادُّهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا » اگر در میان شما مرد و زنی (که همسر ندارند) مرتکب عمل زشتی (لواط و زنا) شدند آن‌ها را مجازات کنید و در آیه ۲۵ بیان می‌دارد : « فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ » پس هر گاه کنیزان کار زشت (زنا) انجام دادند مجازات آن‌ها ، نصف زنان آزاد است . صرفنظر از تعبیرهای متفاوت در مورد اجرای مجازات ، سبک و سیاق در هر دو آیه به یک

گونه است و علیرغم دیدگاه پاره‌یی از نویسندگان (زرخ و علی پناه ، ۹۰ و ۹۱) تمام آیات که مبین و مفسر یکدیگر می‌باشند ، مجازات حدّ را کیفیت بسیطی دانسته که همراه با درد و رنج است زیرا آیات اطلاق دارند و جواز بی‌حسی و یا بی‌هوشی ، نیازمند دلیل است و اصل عدم ، مؤید مدعای ماست . علاوه بر اطلاق لفظی ، اطلاق مقامی نیز همراه ماست ، موقعیت و شأن تنبیه مجرم به گونه‌یی است که وقتی ، مجازاتی برای او تجویز شد به معنای لزوم انجام آن است و تعطیل حدود ، حرام است و هرگونه شرط و یا قیدی که دخالت در مجازات داشته باشد و مورد نظر شارع و یا قانونگذار باشد ، بیان آن ضروری است . نتیجه آنکه آیات مذکور را نمی‌توان به دو قسم تقسیم نموده و برخی از آنها را در صدد بیان اصل مجازات (مانند دو آیه اخیر) و باقی را ناظر بر بیان چگونگی اجرای مجازات و توصیف آن بدانیم . تحقق جلد با فرض عدم تجویز بی‌حسی و یا بی‌هوشی بدن مرتکب (و نه با فرض لزوم تحمل درد و رنج که میان این دو تعبیر تفاوت است و در مباحث آینده نیز ، به آن خواهیم پرداخت) از ارتکازات عرفی است و عقل نیز مؤید است .

ب (روایات

ب ، ۱) عن الرضا (ع) : « و علّة ضرب الزّانی علی جسده بأشدّ الضرب لمباشرة الزّنا و استلذاذ الجسد کله به فجعل الضرب عقوبة له و عبره لغيره و هو اعظم الجنایات » (حرّ عاملی ، ۹۴/۲۸)
امام هشتم فرمودند : تازیانه‌ها به شدیدترین وجه به بدن زناکار زده می‌شود زیرا با این بدن از این عمل لذت برده و تازیانه نسبت به او ، مجازات و نسبت به دیگران ، پندآموزی و پیشگیری است و زنا بزرگ‌ترین جنایت (و دارای بالاترین مجازات) می‌باشد .

ب ، ۲) در روایتی از امام هفتم چنین بیان شده است : « کیف یجلد ؟ قال اشدّ الجلد قلتُ : فمن فوق ثیابه . قال : بل یخلع ثیابه » (فیض کاشانی ، ۲۷۸/۱۵)

ب ، ۳) در روایتی از امام علی (ع) در مورد حد قذف بیان داشته است . « یجلد المفتری ضرباً بین الضربین یضرب جسده » (کلینی ، ۲۱۳/۷)

از مجموع روایات جلد استحصال می‌شود که تحمیل درد و عذاب بر مجرم ، مقتضای ذات و طبیعت مجازات است و حتی از نظر عقلی و عرفی ، فرض دیگری قابل تصور نیست و

تقاضای بی‌حسی و یا بی‌هوشی از طرف مجرم و حتی مجنی علیه قابلیت استماع ندارد و از نظر شرعی و قانونی نیز قابل پذیرش نیست. بنابراین درد و رنج جزء متمم مجازات نیست و روایات نیز در صدد بیان اجرای اصل مجازات نیستند تا کیفیت اجرای مجازات، نیاز به دلیل دیگری داشته باشد. هدف قانونگذار از اینگونه مجازات‌ها، تحمل رنج و درد به مقدار متعارف است که عقل و عرف را نیز به همراه دارد.

ب، ۴) فقه الرضا (ع): «رویان الحدود فی الشتاء لا تقام بالغدوات و تقام بعد الظهر لیلحقه دفء الفراش ولا تقام فی الصیف فی الهاجرة و تقام اذا برد النهار (محدث نوری، ۱۳/۱۸) اجرای حدود در صبح زمستان انجام نمی‌شود بلکه بعد از ظهر اجرا می‌شود تا هوا گرم و ملایم شود و در ظهر تابستان نیز اجرا نمی‌شود بلکه زمانی اجرا می‌شود که هوا خنک باشد. از روایات رجم، استفاده می‌شود که ماهیت حد، اجرای مجازات همراه با درد است.

ب، ۵) امیرالمؤمنین در حدیثی طولانی در مورد ماعزبن مالک که نزد پیامبر (ص) اقرار به زنا کرد فرمودند: «اذا كان هو المقر علی نفسه ثم هرب من الحفيرة بعد ما یصبیه شیء من الحجارة لم یرد» (نجفی، ۳۵۰/۴۱)

اگر زناکار که جرمش با اقرار ثابت شده، هنگام رجم از گودال فرار کند در صورتی که سنگ به بدنش خورده، بازگردانده نمی‌شود، بنابراین معیار در بازگرداندن مجرم به گودال، عدم اصابت سنگ و عدم تحمل رنج است.

ب، ۶) در حدیثی دیگر از امام صادق (ع) روایت شده است: «فان هرب قبلان تصیبه الحجارة ردّ حتی یصبیه الم العذاب» (همو) که در این روایت، به فلسفه و حکمت رجم تصریح شده و آن تحمل درد و رنج است.

موارد غلظت حدود نیز، از مواردی است که مؤید مدعای ما است و جانی را مستحق تقاضای بی‌حسی و بی‌هوشی نمی‌داند.

ب، ۷) امام صادق (ع) در مورد لواط می‌فرماید: «حد هما حد الزانی فان ادعما احدهما علی صاحبه ضرب الداعم ضربة بالسيف اخذت ما اخذت منه و ترکت ما ترکت، یرید بها مقتلة، والداعم علیه یحرق بالنار» (حرّ عاملی، ۲۸ / ۵۹) حد این دو، حد زناکار است اگر یکی به

دیگری دخول کرده باشد ضربت کشنده‌ای با شمشیر به فاعل زده می‌شود تا هر مقدار که در او نفوذ کرد و مفعول با آتش سوزانده می‌شود « البته فقهاء در مورد حدّ لواط کننده امام را مخیر میان پنج چیز قرار داده‌اند : پرت کردن از بلندی با دست و پای بسته ، سنگسار کردن ، گردن زدن ، خراب کردن دیوار بر سر ، سوزاندن در آتش ، اگر به یکی از چهار روش نخست کشته شود می‌توان به منظور تشدید عقوبت و بزرگ نشان دادن آن ، جسد وی را سوزاند » (راوندی ، ۳۶۷/۲)

ب ، ۸) امام رضا (ع) در روایتی می‌فرماید : « اگر سزاوار بود شخصی دو بار رجم و سنگسار گردد حق همین لواط کنندگان است » (محدث نوری ، ۸۲/۱۸)

ب ، ۹) چون استفاده جانی به منظور بی‌هوشی و یا بی‌حسی ، زمانمند است و از موجبات تأخیر اجرای حدّ است بنابراین به استناد روایاتی که به تأخیر انداختن اجرای حدّ را تجویز نمی‌کند ، می‌توان فوریت در اجرای حدّ را استنباط کرد و درد و رنج را هنگام اجرای کیفر بر جانی تحمیل کرد . امام صادق به نقل از جدش امیرالمؤمنین می‌فرماید : انّ علیا (ع) شهید عنده ثلاثه نفر علی رجل بالزنا فقال علی (ع) : این الرابع ؟ فقالوا : الآن یجیء ، قال : خذوهم ، فلیس فی الحدود نظره ساعة » (محدث نوری ، ۲۷/۱۸) سه نفر نزد امام علی (ع) شهادت دادند که مردی زنا کرده و حضرت فرمودند : شاهد چهارم کجاست ؟ پاسخ دادند که در راه است و الان می‌رسد و حضرت فرمودند : شهود را بگیرید و حد قذف را در مورد آن‌ها جاری کنید زیرا تأخیر در اجرای حدود نادرست است .

سئوالی که بدون پاسخ باقی می‌ماند آن است که در حدود ، مانند قذف ، شرب خمر ، لواط ، قیاده ، مساحقه که مجازات آن‌ها جلد و یا رجم و یا مانند آن است ، طبیعت مجازات اقتضاء می‌کند که با تحمل درد و رنج همراه باشد ولی آیا جرمی مانند ارتداد که مجازات آن قتل است ، باید با رنج و عذاب همراه باشد ؟ آیا ادله تعمیم دارد و به مجازات قتل هم قابل تسری است ؟

مستفاد از آیات و روایات ، تجویز تحمیل درد در مطلق حدود است ولی در همه حدود به جز قتل ، جواز به معنای لزوم است زیرا مقتضای قاعده حرمت ایذاء و آزار رساندن به دیگران ، این است که هر نوع تحمیل درد و رنج ، نیازمند دلیل است تا مخصّص قاعده

حرمت باشد و با وجود آیات و روایات، هدف شارع و غرض قانونگذار، با جواز تحمیل درد و رنج، تأمین نمی‌شود، زیرا هر چند مقتضای تخصیص قاعده حرمت، نفی حرمت است که با جواز سازگار است، ولی به استناد ادله ذکر شده، شارع به دنبال مقتضای عرفی و عقلی جلد و رجم است، بنابراین در اینگونه موارد تحمیل درد بر جانی الزامی است و تقاضای عمل جراحی و یا بی‌حسی مردود است. ولی هدف قانونگذار در مجازات قتل (مانند ارتداد)، صرفاً گرفتن جان است. و این نه بدان معناست که تحمیل درد و رنج حرام است بلکه به معنای جواز است و دلیلی بر وجوب آن نداریم. پس حاکم مختار است که اینگونه حدود را همراه با درد و رنج به مقدار متعارف اجرا کند و یا با استفاده از بی‌هوشی، اجرای کیفر کند.

ج) آرای فقهاء

صاحب جواهر معتقد است که تازیانه بر همه بدن شارب الخمر زده شود تا درد رنج را بچشد و هم چنین اجماع داریم که مست تا به هوش نیامده اجرای کیفر نمی‌شود (نجفی، ۴۶۱/۴۱)، بدیهی است که مقصود از حد شرب خمر، جنبه بازدارندگی آن است و تحلیل صاحب جواهر، اشاره به حکمت حکم است تا علت آن، پس مقصود احساس مقدار متعارفی از درد و رنج است زیرا اجماع دلیل لبی است و نمی‌توان به اطلاق آن استناد کرد بلکه باید به مقدار متیقن اکتفاء نمود.

۲- مبانی حدّ سرقت و محاربه

۱-۲: « وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ » (مائده، ۳۸) (دستان مرد دزد و زن دزد را قطع کنید به سزای کاری که کرده‌اند به جهت کیفری که از جانب خداوند معین شده است و خداوند مقتدر غالب و حکیم است. « این قطع دست دزد، خود عنوان کیفر دارد و « نکال » به معنای عقوبتی است که به مجرم می‌دهند تا از جرائم خود دست بردارد و دیگران هم با دیدن آن عبرت بگیرند و آیه بعد متفرع بر معنای نکال است « فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ » (مائده، ۳۹) که حاصل تفریع چنین می‌شود: حال که قطع دست دزد نکالی است از خدای تعالی تا شخص عقوبت شده و از گناه خود برگردد، پس اگر دزدی بعد از

سرقّت توبه کند و خود را اصلاح نماید (که این معنای توبه را تثبیت می کند) خدای

تعالی توبه‌اش را می‌پذیرد » (طباطبایی ، ۵ / ۳۳۰ - ۳۲۸)

۲-۲ : « إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا

أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي

الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ » (مائده ، ۳۳)

« همانا سزای کسانی که با خدا و رسول او می‌ستیزند و برای گستردن فساد در زمین تلاش می‌کنند این است که یا کشته شوند و یا به دار آویخته شوند و یا دست چپ و پای راستشان و یا برعکس بریده شود و یا به دیاری تبعید شوند این مجازات دنیوی آنهاست و در قیامت عذاب بزرگی برای آنها در نظر گرفته شده است .

« منظور از محاربه اخلال به امنیت عمومی است و منظور از خزی ، فضحیت و رسوایی است . از امام صادق (ع) سؤال شد که کدام یک از مجازات‌ها باید در مورد محارب اجرا شود ؟ فرمودند : اختیار و تشخیص آن با امام است . علامه طباطبایی ادامه می‌دهد : اگر جرم کوچک است قطع و اگر بزرگ است نفی و اگر بزرگ‌تر است چوبه دار و اگر باز هم بزرگ‌تر است قتل چون چهار کیفر با هم همسنگ نیستند و از نظر شدت و ضعف مختلف‌اند » (طباطبایی ، ۵ / ۳۲۷-۳۲۵)

۲-۳) روایات و آرای فقهاء نیز در همین راستاست . شیخ طوسی در مبسوط می‌گوید : « اجرای حدّ سرقّت به صورت نشسته انجام می‌شود و نه ایستاده زیرا تنها در این صورت ، اجرای حدّ ممکن است تا سارق حرکت نکند و تلف نشود . سارق را با طناب می‌بندند و دستان او را می‌کشند تا مفصل آشکار شود و دستان او بر تخته‌یی گذاشته می‌شود تا حدّ سریع و آسان انجام شود و سپس چاقویی تیز بر دستان او می‌گذارند تا انگشتان سریع قطع شوند و قطع انگشتان در یک مرتبه انجام می‌شود و تکرار نمی‌شود تا سارق درد و عذاب را تحمل کند زیرا هدف اجرای حد بدون عذاب است » و لا یکرر القطع فیعذبه لان الغرض اقامه الحد من غیر تعذیب » (طوسی ، ۸ / ۳۵)

« دست قطع شده سارق ، در روغن زیتون جوشیده قرار می‌گیرد تا رگ‌ها بسته شود و

خون جاری نشود و هزینه‌های این عمل به عهده بیت‌المال است و اگر حاکم مداوا نکرد بلامانع است زیرا وظیفه او، اجرای حدّ است نه مداوا و چنانچه حاکم در تابستان گرم یا زمستان سرد حدّ جاری کرد و مجرم مرد دیه ندارد زیرا رعایت سرما و گرما مستحب است» (ابن ادریس حلی، ۵۰۴/۳)

در مورد محاربه، در حدیثی از امام صادق (ع) سؤال شد که کدامیک از این حدود جاری می‌شود امام فرمودند: هر یک را که امام انتخاب کند (مجلسی، ۱۹۹/۷۹)

تعبیر از جرم محاربه به محاربه با خدا و رسول کنایه از شدت مجازات است و به همین دلیل، از آن به فساد در زمین تعبیر شده صاحب جواهر در روایتی از امام پنجم (ع) بیان کرده که چنانچه محارب، هم مال بدزدد و هم بکشد به دار آویخته می‌شود و کشته می‌شود، ولی اگر فقط بکشد، بدون آویخته شدن به دار، کشته می‌شود، و اگر بدون کشتن بدزدد، دست و پای او برخلاف هم قطع می‌گردد، و چنانچه نه بکشد و نه مالی بدزدد فقط تبعید می‌شود (حرّ عاملی، ۳۱۳/۲۸) «از همه احادیث، اینگونه استنباط می‌شود که انتخاب مجازات‌ها برای محارب وابسته به زمان، مکان و وضعیت محارب است و ترتیب مجازات با رعایت و تناسب مرجّحات می‌باشد» (نجفی، ۵۷۸/۴۱).

در دو جرم سرقت و محاربه، تحمیل درد و رنج مجازات زائدی است که اثری از آن در لسان ادله و آرای فقهاء مشاهده نمی‌شود بلکه به عکس، در ادله به نفی تعذیب تصریح شده است بنابراین، نفس قطع در سرقت و نفس مجازات‌های پنج گانه در محاربه هدف است و حکمت تشریح این مجازات‌ها، پیشگیری از تکرار جرم و یا پندآموزی دیگران است و با این اوصاف، هدف قانونگذار تأمین شده است.

ممکن است تصور شود می‌توان به مقتضای قاعده حرمت ایذاء، با فرض نفی تعذیب، حرمت تعذیب را استنباط کرد زیرا با زائد بودن تعذیب نسبت به اصل مجازات، تعذیب هم چنان در شمول قاعده حرمت قرار گرفته است پس حتی بدون تقاضای جانی، انجام بی‌حسی و بی‌هوشی بر دادرس لازم است.

«این استدلال نادرست است زیرا مشروط شدن اجرای حدّ به بی‌حسی، نیازمند تقیید است و نمی‌توان به اطلاق ادله اکتفا کرد حتی اگر اطلاق مقامی باشد در غیر این صورت، تمامی حدود اجرا شده در زمان‌های گذشته محکوم به حرمت بوده است زیرا در گذشته هم

داروهای گیاهی بدین منظور بوده است و یا مثلاً اجرای حد در حالت خواب ممکن بوده است ولی هیچ گاه آن را لازم نمی دانستند و تمام کیفرهای جسمانی به صورت متعارف انجام می گرفت « (هاشمی شاهرودی ، ۱۷-۱۴) .

پاسخ محقق مذکور به استدلال نادرست است زیرا **اولاً** : همه ادله اطلاق ندارند و پاره یی از آن ها مقیدند . **ثانیاً** : استناد به سیره متشرعین به احراز دو اصل نیازمند است : اصل اول : سیره به زمان معصوم متصل باشد . اصل دوم : ردعی از جانب معصوم نیامده باشد که هیچ یک از دو اصل احراز نشده است . **ثالثاً** : شروع اجرای حدّ برای مرتکبی که در خواب است باعث بیداری و تحمل درد و رنج وی می شود .

خلاصه اینکه ، اجرای کیفر بر سارق و محارب بدون بی حسی ضرورت ندارد و در این صورت حاکم مجاز است با منع مرتکب از بی حسی ، کیفر را اجرا کند به ویژه آنکه بی حسی ، مستلزم تأخیر و یا تعطیل اجرای حد شود . ممکن است تصور شود با فرض تجویز تعذیب ، لزوم تعذیب و تحمیل درد و رنج را بر سارق و محارب استنتاج می شود زیرا در سایه دلیل ، تحمیل درد از شمول اصل اولی حرمت ایذاء خارج می شود و به ناچار تعذیب وی ضروری است و دردناک بودن کیفر هم بخشی از مجازات است و امر دائر مدار حرمت و وجوب است و از نفی حرمت ، وجوب آن اثبات می گردد زیرا مجازات باید با تمام شرایط و اجزاء اجرا شود .

این استدلال نیز نادرست است زیرا **اولاً** : مجازات ترکیبی در محاربه ، دست دادرس را در انتخاب مجازات با توجه به فاکتورهای زمانی ، مکانی ، موقعیت مجرم و رعایت تناسب میان جرم و مجازات باز گذاشته است . **ثانیاً** : واژگان « نکال » و « خزی » بر نفس قطع و قتل دلالت دارد و دردناک بودن کیفر ، مجازات زائدی است که دلیل ما را همراهی نمی کند . **ثالثاً** : مجازات محارب و سارق به طور کامل دارای حکمت بازدارندگی و پیشگیری (رسوایی و ننگ برای مرتکب ، عبرت و پندآموزی برای دیگران ، جلوگیری از تکرار سرقت) می باشند که تأمین کننده هدف شارع است .

در نتیجه ، چنانچه حاکم ، مجازات سارق و محارب را بدون بی حسی اجرا نماید ، مجاز است هر چند آن ها متقاضی عمل جراحی و یا بی حسی باشند ، و نیز اجرای مجازات بدون تحمل

درد صحیح است هرچند شاکی خصوصی و مجنی علیه خواستار مجازات دردناک باشند .

۳- تعزیرات :

با توجه به وحدت مناط ، ادله مورد استنباط در حدود ، در تعزیرات نیز جاری است تنها افتراق میان حدود و تعزیرات ، منصوص بودن حدود و غیر قابل تغییر بودن مجازات آنهاست در حالیکه در تعزیرات ، مضافاً بر آنکه همواره مجازات آنها کمتر از حد است ، تعیین آنها به عواملی چون میزان همکاری مجرم با نهاد تعقیب ، فقدان سوء سابقه کیفری ، اظهار ندامت و توبه ، عوامل زمانی و مکانی بستگی دارند . در ادله حدود ملاحظه شد که حدود به لحاظ چرایی کیفر به دو دسته :

الف (ارتداد ، زنا ، قذف ، شرب خمر ، لواط ، قوادی و مساحقه ب) سرقت و محاربه تقسیم می‌شوند.

در گروه نخست ، رویداد جرم به گونه‌یی است که حقوق شخصی بر حقوق عمومی جامعه برتری دارد و با توجه به همین ویژگی ، علاوه بر مجازات ، احساس درد و رنج نیز بر آن افزوده می‌شود تا مجرمی که مرزهای قانونی جامعه را در نوردیده است و به قواعد عمومی بی‌توجهی کرده است ، مجازاتی مضاعف را متحمل شود ولی وضعیت در گروه دوم بدین منوال نیست و چرایی اجرایی کیفرها ، جز تحمیل درد و رنج است بلکه به منظور اجرای عدالت کیفری و تربیت مجرمین ، قانونگذار به اصل اجرای کیفر بسنده کرده است که برای اصلاح مجرم و بازگرداندن اهلیت اجتماعی به وی کافی است .

۴- قصاص :

در هر جامعه‌یی ، به منظور پیشگیری از رویداد جرم ، مجازات‌های در نظر گرفته می‌شود که میزان آنها ، بستگی به مقدار اثر بخشی آن در از بین بردن بزهکاری دارد و این یکی از روش‌های تعیین مجازات‌هاست . چون بزهکار ، قواعد عمومی جامعه را نادیده گرفته و امنیت و آسایش را به مخاطره انداخته ، افکار عمومی به هیچ عنوان ، از حق مسلم خود نمی‌گذرد و در مقابل رویداد جرم ، عکس‌العمل نشان می‌دهد که باید متناسب با جرم و اثرپذیری آن در پیشگیری از تکرار آن باشد .

در مبحث مبانی قصاص ، هرچند به دو دسته ادله ، یکی در مورد قصاص نفس و دیگری در

مورد قصاص عضو یا زخم یا منفعت برخورد می‌کنیم ولی به دلیل تشابه‌های فراوان ، به ویژه در مواردی که موضوع بحث ماست ، تمام ادله یکجا مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند . اولیای دم در قتل عمد ، میان قصاص و گرفتن دیه و یا بخشش حق انتخاب دارند و اصل قصاص ، از حقوق و ویژگی‌های اولیای دم است و قصاص به صورت ذاتی ، با تحمل درد و رنج به مقدار متعارف همراه است بنابراین ، حذف احساس و درد از مجازات نیز مانند اصل مجازات ، از اختیارات آن‌ها می‌باشد .

ادله زیر را در مورد قصاص مورد توجه قرار می‌دهیم :

۴-۱) «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ» (بقره ، ۱۹۴) اگر آنان حرمت ماههای حرام را شکستند شما هم بشکنید چون قصاص در حرمت‌ها هم جاری است پس هرکه به شما تعدی کرد شما هم مقابله به مثل کنید و به او تعدی کنید و تقوای الهی داشته باشید و بدانید که خدا با تقوا پیشگان است . (بدیهی است که اطلاق تعدی به مقابله به مثل از باب مجاز [مجاز تقابل] است و یا بدین علت است که قصاص جانی از دیدگاه وی ، یک نوع تعدی است)

مکه ، مسجدالحرام و ماههای حرام حرمت دارند هرکسی که هتک حرمت می‌کند جایز است که او را از ضمانت‌های حرمت ، محروم کنیم چنانچه مشرکین حرمت ماه حرام را شکستند و راه پیامبر و یارانش را در سال حدیبیه در مسیر حج سد نمودند .

۴-۲) «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ» (شوری ، ۴۰)

(و سزای بدی ، به همان اندازه بدی کردن است پس هرکه از مجازات درگذرد و ببخشد پاداش او به عهده خداست) .

از کلمه عفو استفاده می‌شود که آیه ناظر بر قصاص و مجازات است .

۴-۳) «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ» (نحل ، ۱۲۶)

(و اگر بخواهید ستمگر را مجازات کنید به اندازه ستمش ، مجازات کنید و اگر شکیبایی کنید و از مجازات او گذشت کنید این عمل برای شکیبایان بهتر است)

در آیات قبل ، شیوه‌های مناسب در دعوت به سوی حق توصیه شده است و چنانچه استدلال و برهان ، موعظه و جدال احسن جواب نداد و مخالفین از این فراتر رفتند و دست به تعدی و تجاوز زدند شما هم می‌توانید مقابله به مثل کنید.

« و در شأن نزول آیه از امام صادق (ع) نقل شده که می‌فرمود : وقتی پیامبر دید که بر سر حمزه عبدالمطلب چه آوردند (و مثله‌اش کردند) گفت : خدایا حمد مخصوص توست و شکایت هم به سوی تو است و تویی یاور بر آنچه من می‌بینم آنگاه فرمود : اگر قدرت به دستم بیفتد و بر دشمن ظفر پیدا کنم مثله‌اش می‌کنم و سپس این آیه نازل شد و پیامبر فرمودند : پروردگارا صبر می‌کنم و صبر کرد و از مثله کردن نهی کرد . (طباطبایی ، ۳۷۷/۱۲)

۴-۴) « وَكُنْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ... » (مانده ، ۴۵)

(و ما در تورات علیه یهودیان حکم کردیم که جان در مقابل جان ، چشم در مقابل چشم و بینی در مقابل بینی ، گوش در مقابل گوش و دندان در مقابل دندان قصاص می‌شود و هر جراحتی که جانی بر دیگری وارد آورده بر او وارد نمایند.

سیاق آیه حکم قصاص در اقسام مختلف جنایت را بیان می‌کند و حرف « باء » در آیه به معنای مقابله است .

۴-۵) « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى » (بقره ، ۱۷۸)

(ای مؤمنین ، در باره کشته شدگان به قتل عمد ، قصاص بر شما نوشته شده آزاد در برابر آزاد و برده در برابر برده ، و زن در برابر زن .

۴-۶) « وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مُظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا » (اسراء ، ۳۳)

و نفس محترمه را (که مصونیت دارد) جز به حق (مانند قصاص و ارتداد) نکشید و کسی که مظلوم کشته شود قطعاً برای ولی او سلطه و حق قصاص قرار داده‌ایم پس در کشتن اسراف نکنید (مانند شکنجه و یا مثله و یا کشتن بیش از یک نفر و یا غیر قاتل را به جای

قاتل کشتن) زیرا که او مورد حمایت است.

مجموع آیات به اصل تماثل در حقوق جزایی اسلام اشاره دارد نفس در برابر نفس و هر عضوی در مقابل عضو مشابه آن، ولی قلمرو این اصل قابل تعمق است که گسترهٔ وجه تماثل چه مقدار است؟ آیا تماثل در اصل قصاص است و یا ویژگی‌هایی چون کمیت، کیفیت، زمان، مکان، نوع جنایت، ابزار مورد استفاده و تحمل درد و رنج را نیز شامل می‌شود؟ تناسب میان جرم و مجازات چه مواردی را در بر می‌گیرد؟ آیا لازم است تمام خصوصیات و ویژگی‌های جنایت هنگام قصاص در نظر گرفته شود؟ و در صورت منفی بودن پاسخ، ملاحظه کدامیک از موارد ضروری است؟

پیامبر نه تنها قاتل حمزه سیدالشهداء را مثله نکرد بلکه مردم را از آن نهی کرد و تناسب میان جرم و مجازات، از اصول تأسیسی حقوق جزای اسلام نیست بلکه امضایی است زیرا اغلب قوانین کشورها حتی غیر اسلامی، مبتنی بر آن است بنابراین، یک اصل ارتكازی است و بنای عقلاء نیز همراه آن است.

ضرورت همگونی در مقدار و میزان قصاص و تماثل در تحمیل درد (به مقدار متعارف) لازم است و تحمل درد بیش از این مقدار نه تنها دلیلی ندارد بلکه اصولاً قابل اندازه‌گیری نیست تا به همان میزان دردی که مجنی علیه تحمل کرده، جانی نیز تحمل کند. این مقدار همگونی قدر متیقنی است که از اطلاق ادله استحصال می‌شود ولی تماثل در شدت درد و سایر فاکتورهای زمانی و مکانی و موقعیتی (مانند گرما و سرما، پیر و جوان، مرد و زن، عضو سالم و ناسالم) مطلبی است که مشمول اطلاقات نمی‌شود بلکه در حوزه اطلاق مقامی نیز قرار نمی‌گیرد و نیازمند دلیلی متقن و قابل اعتماد است که وجود ندارد بلکه به عکس، دلیل بر عدم مشروعیت آن وجود دارد:

الف) قاعده حرمت ایداء یک اصل کلی است و تجویز ویژگی‌های تماثل به منظور خروج از این قاعده نیازمند دلیل است و در صورت فقدان دلیل یا تردید، مشمول حرمت می‌شود.

ب) صرف‌نظر کردن پیامبر پیامبر از مقابله به مثل با قاتل حمزه (سیره) بلکه نهی پیامبر از انجام این عمل (سنت) دلالت بر نفی مشروعیت تماثل در کیفیت قصاص است.

ج) شأن نزول آیه اعتداء مشرکینی هستند که حرمت ماههای حرام را رعایت نکردند. هر چند مورد آیه مخصّص نیست ولی تجویز اعتداء به مثل، فقط نسبت به هتک حرمت

ماه‌های حرام است و بیش از این ، مقصود نیست . مشرکین به تصور آنکه یاران پیامبر در ماه‌های حرام عکس‌العمل نشان نمی‌دهند تعدی و تجاوز کردند که آیه مشروعیت هتک حرمت برای مسلمانان را در ماه‌های حرام تجویز می‌کند .

د) تناسب میان موضوع و حکم ، که یک اصل عقلانی است و در عرف نیز شایع است ، تحمیل درد را به مقدار متعارف تجویز می‌کند چنانچه این نوع تماثل از حمایت شریعت نیز برخوردار است که در این مورد ، سه روایت ذکر می‌کنیم :

د - ۱) « سألناه عن رجل ضرب رجلاً بعضاً فلم يقلع عنه الضرب حتى مات ايدفع الی ولیّ المقتول فيقتله ؟ قال نعم ولكن لا يترك يعبث به ولكن يجيز عليه بالسيف » (حرّ عاملی ، ۹۵/۱۹) حلبی می‌گوید : از امام صادق (ع) در باره مردی پرسیدم که دیگری را آنقدر با عصا زده تا مرده است آیا قاتل را به اولیای دم می‌دهند تا او را بکشند ؟ حضرت فرمودند : بله ولی اولیای دم را آزاد نمی‌گذارند تا با قاتل بازی کنند [و شکنجه‌اش کنند] بلکه با شمشیر او را می‌کشند .

د - ۲) در روایت دیگری مشابه با روایت بالا چنین آمده « یدفع الی اولیاء المقتول ولكن لا یترک بتلذذ به ولكن یجاز علیه بالسيف » (همو ، ۹۶ / ۱۹) قاتل را به اولیای دم به منظور قصاص تحویل می‌دهند ولی آن‌ها را آزاد نمی‌گذارند تا با قاتل بازی کنند [و به هر نحو که بخواهند او را به قتل برسانند] بلکه با شمشیر او را می‌کشند .

با توجه به مفاد روایات ، تساوی و همگونی در قصاص تجویز نشده بلکه قاتل به هر نحوی که کشته ، جایز است که فقط با شمشیر کشته شود و درد و رنج آن را تحمل کند . استفاده از شمشیر به دلیل عرف بوده و امروز ، استفاده از ابزاری راحت‌تر و برنده‌تر از شمشیر تجویز شده است « استیفای قصاص در نفس با ابزار کند و یا آنچه موجب آزاری بیش از ضربه به وسیله شمشیر باشد جایز نیست و جواز قصاص با ابزاری راحت‌تر از شمشیر مانند تیر زدن و یا اتصال به برق بعید نیست و اگر قصاص با شمشیر باشد بر ضربه بر گردن ، اکتفا می‌شود گرچه جنایت به غیر آن مثلاً با غرق یا آتش یا ضربه سنگ صورت گرفته باشد و مثله کردن جانی جایز نیست (موسوی خمینی ، ۵۳۵/۲) در مواد ۱۴ و ۱۶ آیین‌نامه

نحوه اجرای احکام قصاص مصوب ۱۳۸۲ به موارد فوق تصریح شده است .

د - ۳) در روایتی از امام صادق بیان شده که فرمودند : خداوند محمد (ص) را با ۵ شمشیر مبعوث فرمود یکی از آن‌ها شمشیری در نیام است که کشیدن آن با غیر است (به اراده دیگران کشیده می‌شود) و حکم آن با ماست و آن شمشیری است که با آن قصاص برپا می‌شود . خداوند می‌فرماید : « نفس در برابر نفس ، پس کشیدن و به کارگیری آن با اولیای مقتول است و حکم آن با ماست (حرّ عاملی ، ۴۰/۱۹)

هـ) در حقوق جزای اسلام ، برابری و یکسان بودن در اجرای کیفر از همه نظر پذیرفته نیست به همین دلیل عضو ناسالم در برابر عضو سالم قصاص می‌شود و یا چنانچه مجنی علیه در حال خواب و یا مستی بوده ، جانی در این حالات مجازات نمی‌شود ، و یا حتی در پاره‌یی موارد ، یکسان بودن در کمیت قصاص منتفی است به همین دلیل در جنایت مأومه ، دافعه ، جائفه ، هاشمه ، منقله قصاص ساقط می‌شود (ماده ۴۰۱ قانون مجازات اسلامی) علاوه بر این موارد، آستانه تحمل درد انسان‌ها متفاوت است و میزان آن نیز قابل اندازه‌گیری نیست . نتیجه آنکه در قصاص همسانی در کمیت قابل قبول است ولی بر خلاف نظریه عده‌یی از محققین که همگونی در کیفیت را نیز لازم دانسته‌اند (هاشمی شاهرودی ، ۱۸ و ۲۲) از ادله قابل استنباط نیست بلکه در پاره‌یی موارد ، صراحتاً تساوی در کیفیت منتفی اعلام شده است .

و) همگونی و برابری در قصاص در مواردی است که پذیرش آن ممکن است ولی چنانچه مثلاً در قصاص عضو ، هلاکت جانی را به دنبال داشته باشد و یا قصاص جز با افزایش آن ممکن نباشد ، قصاص منتفی است و مجنی علیه مستحق دیه است .

استدلال مخالفین

۱- ممکن است تصور شود که در اجرای کیفر ، برابری در تمام خصوصیات و ویژگی‌ها لازم است و برای اثبات آن ، به اطلاق آیات اعتداء (شماره ۱) و سیئه (شماره ۲) و معاقبه (شماره ۳) و سلطنت (شماره ۶) استناد شود . کلمه « سلطناً » در آیه، نکره و دلالت بر تعمیم و گستره آن دارد بنابراین اولیای دم در اعمال تساوی در تمام ویژگی‌ها و اوصاف جنایت ، تسلط دارند و مجاز به انتخاب می‌باشند و اطلاق لفظی در سه آیه دیگر همراه ماست و هرگونه

تمائل را پوشش می‌دهد و مشروع می‌نمایاند .

نادرستی استدلال روشن است زیرا در آیه سلطنت، قرینه لفظیه در آیه (فلا یسرف فی القتل) اطلاق را تقیید می‌کند و اسراف در قتل، شکنجه و مثله کردن است حتی اگر جانی از آن استفاده کرده باشد و نیز اسراف در قتل، کشتن غیر قاتل و کشتن بیش از یک نفر است .
« امام صادق (ع) در حدیثی در ذیل آیه فوق می‌فرماید : اسراف در قتل، کشتن غیر قاتل و مثله است » (حرّ عاملی، ۲۱۷/۲۹)

علاوه بر این با فرض استفاده اطلاق در هر چهار آیه، آیات مقید شده و تحمیل درد و رنج به مقدار متعارف، مستفاد از آیات است .

۲- دو روایت زیر بر جواز مطلق تمائل در قصاص، دلالت دارد:

الف) عن السکونی عن ابی‌عبدالله علیه‌السلام، قال: رفع الی امیرالمؤمنین علیه‌السلام رجل داس بطن رجل حتّی احدث فی ثیابه فقضی علیه ان یداس بطنه حتّی یحدث فی ثیابه کما احدث، او یغرم ثلث الدیة (حرّ عاملی، ۱۸۲/۲۹)

به امیرالمؤمنین خبر رسید که مردی شکم مردی را مالید تا لباس خود را آلوده به نجاست کرد . امام (ع) حکم کردند که شکم آن مرد مالیده شود تا او نیز لباس خود را آلوده کند یا به اندازه ثلث دیه به او خسارت بپردازد .

ب) در تفسیر امام عسکری به نقل از پدرانش و از امام سجاد در آیه « کُتِبَ عَلَیْکُمُ الْقِصَاصُ فِی الْقَتْلِ » (بقره، ۱۷۸) می‌فرماید: « المساواة و ان یسلک بالقاتل فی الطریق المقتول المسلک الّذی سلکه به من قتله (حرّ عاملی، ۵۴/۲۹)

« القصاص فی القتل » به معنای تساوی است و قاتل به همان شیوه‌ی کشته می‌شود که مقتول را کشته است .

۳- اگر جانی با استفاده از بی‌حسی و عمل جراحی اقدام به جنایت کند قطعاً همگونی در جنایت پذیرفته می‌شود و مجنی علیه نمی‌تواند اجرای کیفر را همراه با درد و رنج تقاضا کند بنابراین، در همه موارد اصل تمائل و برابری در همه جوانب مورد قبول قرار گیرد .
در پاسخ به این استدلال‌ها می‌گوئیم :

۱- با فرض پذیرش هر دو روایت از نظر سندی، در روایت سکونی اصل مجازات همان

تحمل درد و رنج است و با فرض منفک شدن درد از مجازات ، مجازاتی باقی نمی ماند ضمن اینکه رویداد جرم باید دارای دستاوردها و پیامدهایی متناسب با اثرپذیری باشد در غیر این صورت ، حکمت پیامدهای جرم محقق نخواهد شد و فلسفه مجازات منتفی است .

۲- این دو روایت ، در مقابل روایات و آیات فراوان تخصیص و یا تقیید می شوند مضافاً بر آنکه تحمیل درد مضاعف بر جانی (مانند شکنجه یا مثله یا ضربات شدید) مشمول قاعده حرمت ایذاء می شوند و تنها با دلیلی متقن و استوار می توان به تجویز آن ، حکم نمود .

تحمل رنج به مقدار متعارف تجویز شده ، و از حمایت عرف و عقلاء نیز برخوردار است .

۳- درد و رنج به مقدار متعارف ، عین مجازات است و به غیر از مبانی مشروعیت مجازاتها (عنصر قانونی بودن جرم) به دلیل دیگری نیازمند نیست بنابراین سایر اوصاف مجازات ، از نظر عرف و عقل نیز اهمیت چندانی ندارد .

۴- با فرض پذیرش تماثل در همه فروعاً ، اولاً : میزان درد و رنج قابل اندازه گیری نیست . ثانیاً : آستانه تحمل درد در انسانها متفاوت است . ثالثاً : شریعت عضو ناسالم را در برابر سالم به عنوان قصاص پذیرفته است و تماثل مطلق را مردود اعلام نموده است چنانچه رعایت تماثل در قصاص دست یک جوان هنرمند در مقابل دست یک پیر فلج منتفی است .

۵- بی حس کردن مجرم در حقوق موضوعه ایران

مسئله بی حس کردن مجرم در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ مورد بی مهری قرار گرفته بود و قانونگذار نه به صورت مثبت و نه منفی از اظهار نظر در مورد آن ، خودداری کرده بود و چون در اجرای مجازات در موارد سکوت قانون ، به اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیازمند است به ناچار دادرس دادگاه می بایست با مراجعه به منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی فقهاء ، تصمیم خود را مستند سازی نماید . اجرایی شدن کیفر قصاص و حد و پرسش های متفاوت در این مورد ، قانونگذار را وادار کرد در قانون مجازات اسلامی جدید مصوب سال ۱۳۹۲ در باب قصاص عضو ، مواد ۴۴۴ و ۴۴۵ و ۴۴۶ که ناظر بر تعیین تکلیف محاکم در مورد بی حس کردن جانی است ، به این امر اختصاص دهد هرچند قسمت عمده مباحث ، هنوز بدون پاسخ رها شده است .

در ماده ۴۴۴ قانون فوق بیان شده است « قصاص کردن مرتکب در جنایت بر عضو ، بدون

بی‌هوش کردن وی یا بی‌حس کردن عضو او ، حق مجنی علیه است مگر اینکه جنایت در حال بی‌هوشی یا بی‌حسی عضو مجنی علیه اتفاق افتاده باشد «
ماده ۴۴۵ این قانون ناظر بر بی‌حسی پس از اجرای قصاص است و بدون ارتباط با مبحث ماست زیرا سلطه مجنی علیه پس از اجرای قصاص ، پایان یافته و جانی از حمایت قانونگذار برخوردار است .

در این ماده مقرر شده است « مداوا و بی‌هوش کردن مرتکب و بی‌حس کردن عضو او پس از اجرای قصاص جایز است » .

ماده ۴۴۶ این قانون نیز ارتباطی با بحث ندارد و بیان می‌دارد که چنانچه مجنی علیه ، عضو قطع شده را پیوند بزند حق قصاص او ساقط نمی‌شود هرچند در اینجا یک سؤال قابل طرح است که آیا در این صورت ، پس از اجرای قصاص ، آیا جانی نیز می‌تواند از پیوند عضو استفاده کند و مانند مجنی علیه ، عضو قطع شده را ترمیم نماید . هرچند سؤال به صورت کلی قابل طرح است که آیا جانی پس از قصاص حق استفاده از پیوند را دارد ؟

آیین نامه نحوه اجرای احکام قصاص ، رجم ، قتل ، صلب ، اعدام و شلاق مصوب ۱۳۸۲ نیز در این مورد سکوت اختیار کرده است . تنها مواد ۱۴ ، ۱۵ و ۱۶ به نحوه اجرای قصاص اشاره کرده و شکنجه ، تعذیب و یا مثله کردن محکوم را منتفی دانسته و اعدام با اسلحه و اتصال الکتریسیته را تجویز کرده است و نیز مواد ۲۸ تا ۳۰ و مواد ۳۲ و ۳۴ ناظر بر اجرای حکم شلاق است و به شرایط زمانی ، مکانی ، وضعیت مرتکب هنگام اجرای حد ، تعیین مواضع بدن برای تازیانه خوردن و پوشش مرتکب اشاره کرده است .

نتیجه‌گیری

۱- با توجه به آنکه در مبانی پاره‌یی از حدود ، از کلمات « تعذیب » و « ایذاء » استفاده شده حدود به دو بخش زنا ، لواط ، تفخیز ، قیاده و مساحقه و نیز سرقت و محاربه تقسیم می‌شود .

۲- در مورد بخش اول حدود ، با توجه به وضع کلمه « جلد » و اطلاق « عذاب » بر اجرای

حدّ و توصیف آن به عذاب عظیم در آیه ۲۳ سوره نور، اجرای کیفر دردناک مورد نظر است و بی‌حسی و بی‌هوشی و یا عمل جراحی تجویز نشده است، چنانچه در پاره‌یی از روایات در مورد حد زنا ضمن اشاره به فلسفه و حکمت آن (کامیابی و لذت) به « اشدّ الجلد » تعبیر شده و نیز روایات غلظت حدود و عدم جواز تأخیر در اجرای حدّ، مؤید این مطلب است، علاوه، این بدان معنا نیست که درد و رنج، شرط اجرای حدّ است و یا درد و رنج، جزئی از مجازات است، بلکه دردناک بودن کیفر عین ماهیت کیفرست و از آن قابل انفکاک نیست، لذا دلیل تحصیل درد و رنج، همان دلیل اصل مجازات است و نیازی به دلیل جدید نیست و ادله ارائه شده، از باب مؤید است، ادعای شرطیت و یا جزئیت نیازمند تحصیل و ارائه دلیل است.

ولی حاکم در اجرای مجازات ارتداد (قتل) در انتخاب کیفر دردناک اختیار دارد و می‌تواند مجازات را با تجویز بی‌حسی اعمال نماید.

۳- در بخش دوم حدود، واژگان « نکال » و « خزی » بیانگر آن است که قانونگذار در مجازات محارب و سارق، به دنبال اهدافی جز تحمیل درد و رنج است و آن پیشگیری از تکرار جرم برای مرتکب و پندآموزی برای دیگران است بنابراین با قطع دست و قتل نفس، غرض شارع تأمین می‌شود و حاکم در انتخاب دردناک بودن کیفر مختار است. بنابراین، تعذیب مجازات زائدی است که لزوم آن از ادله استحصال نمی‌شود و نتیجه آن، نفی تعذیب است.

با استناد به قاعده حرمت ایذاء، نمی‌توان از نفی تعذیب، حرمت آن را استنباط نمود بلکه حاکم می‌تواند کیفر را بدون بی‌حسی اجرا کند و به ویژه آنکه بی‌حسی، تأخیر و یا تعطیل اجرای حدّ را به دنبال داشته باشد.

و نیز، نمی‌توان از نفی تعذیب، لزوم آن را استنتاج کرد با این استدلال که وقتی تعذیب از شمول اصل اولی حرمت ایذاء خارج شود به ناچار تعذیب ضروری است زیرا دردناک بودن هم بخشی از کیفر است و کیفر باید با تمام اجزاء و شرایط اجرا شود. زیرا علاوه بر ادله، انتخاب مجازات‌های ترکیبی در حد محاربه در اختیار قاضی گذاشته شده است و وی با رعایت تناسب جرم و مجازات، از میان صلب تا تبعید یکی را برمی‌گزیند.

۴- با توجه به « وحدت مناط » اجرای مجازات تعزیری مانند مجازات حدی است بنابراین

رویداد جرم در محاربه و سرقت تعزیری به گونه‌یی است که به منظور اجرای عدالت کیفری و اصلاح مجرم ، نحوه اجرای مجازات به دادگاه تفویض شده است و در سایر تعزیرات ، به دلیل برتری حقوق شخصی بر حقوق عمومی اجرای کیفر دردناک به مقدار متعارف ضروری است .

۵- در قصاص ، تماثل تشریح شده و علاوه بر آن ، یک اصل ارتكازی است که از حمایت بنای عقلاء نیز برخوردار است . منظور ، رعایت تماثل در مقدار جنایت و نیز در تحمل درد به مقدار متعارف است . اطلاق ادله حتی اطلاق مقامی ، تماثل در همه اوصاف و ویژگی‌های جنایت را (مانند نحوه جنایت ، شدت آن ، عوامل زمانی ، مکانی و موقعیتی مرتکب) تجویز نمی‌کند و این به دلیل آیات ، روایات و حرمت ایذاء است . لذا در شریعت ، قصاص عضو ناسالم در برابر سالم پذیرفته شده است . علاوه ، آستانه تحمل درد در انسان‌ها متفاوت است و میزان درد نیز قابل اندازه‌گیری نیست و به همین دلیل ، در مواردی که قصاص افزون بر جنایت می‌شود و یا هلاکت نفس جانی را به دنبال دارد ، منتفی است .

۶- بی‌حس کردن متهم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مورد بی‌مهتری قرار گرفته بود و دادرسان موظف بوده‌اند با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی به منابع معتبر اسلامی و یا فتوای فقهاء مراجعه کنند . ماده ۴۴۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بی‌حسی مجرم را از حقوق مجنی علیه اعلام نموده و با فرض تحقق جنایت در حالت بی‌هوشی ، تحمیل درد در قصاص را منتفی دانسته است.

- ۱- ابراهیم پور لیالستانی ، حسین (۱۳۸۵) «اهداف مجازات در دو رویکرد حقوق جزا و آموزه‌های دینی» ، ماهنامه معرفت ، قم ، سال پانزدهم ، مهر ، صص ۷۱-۸۵.
- ۲- ابن ادريس حلی ، ابو عبدالله محمد بن احمد ، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی* ، قم ، جامعه مدرسین حوزه علمیه .
- ۳- حرّ عاملی ، محمد بن حسن ، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه* ، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث ، قم .
- ۴- راوندی ، قطب‌الدین سعید بن هبه الله ، *فقه القرآن* ، چاپ خیام .
- ۵- زرخ و علی پناه ، احسان و پرویز ، (۱۳۸۹) « بررسی بی‌حس کردن اعضاء در اجرای مجازات‌های بدنی » فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی ، بابل ، سال هفتم ، شماره ۲۲ ، زمستان ۸۹ .
- ۶- طباطبایی ، سید محمد حسین ، *المیزان فی تفسیر القرآن* ، قم ، منشورات اسماعیلیان .
- ۷- طوسی ، ابو جعفر محمد ، *المبسوط فی فقه الامامیه* ، تهران ، انتشارات مکتبه المرتضویه .
- ۸- فیض کاشانی ، محمد حسن (۱۴۰۶) *الوافی* ، اصفهان ، کتابخانه امیرالمؤمنین .
- ۹- کلینی ، ابو جعفر محمد بن یعقوب (۱۳۹۲) *الکافی* ، قم ، دارالحدیث .
- ۱۰- مجلسی ، محمد باقر (۱۴۰۳) *بحار الانوار* ، لبنان ، مؤسسه الوفاء .
- ۱۱- محدث نوری ، حسین (۱۴۰۹) ، *مستدرک الوسائل* ، قم ، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث .
- ۱۲- موسوی خمینی ، روح‌اله (۱۳۹۰) ، *تحریر الوسیله* ، نجف اشرف ، مطبعه الآداب ، چاپ دوم .
- ۱۳- نجفی ، محمد حسن (۱۹۸۱) ، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام* ، بیروت ، دارالاحیاء التراث العربی .
- ۱۵- هاشمی شاهرودی ، محمود (۱۳۷۷) ، مقاله « حکم بی‌حس کردن اعضا هنگام اجرای کیفرهای جسمانی ، مجله فقه اهل بیت ، قم ، سال چهارم ، شماره ۱۵ ، پاییز .

