

سیری اجمالی در مبانی فقهی تخییر و ترتیب در رابطه با کیفیت مجازات محارب^۱

محمدابراهیم مجاهد^۲ احمد عابدینی نجف آبادی^۳ جواد پنجه پور^۴

چکیده

یکی از مهمترین موضوعات مورد مناقشه در فقه جزای اسلامی کیفیت و نحوه اعمال مجازاتهای احصاء شده در آیه (۳۳/مائده) در حق محاربین است. با نگاهی اجمالی به تاریخچه فقهی بحث با دو قول تخییر و ترتیب مواجه شدیم. پرسش اساسی این است که از این دو قول، کدامیک مدلول آیه محاربه و مقرون به صواب است؟ پژوهش حاضر به شیوه تحلیلی-توصیفی با اشراف و بهره گیری از نظرات و ادله هر دو قول مترصد پاسخگویی به این سوال شد. در مقام ارزیابی نهایی، اجمالا باید گفت: گرچه حرف «او» در معنای تخییر به لحاظ لغوی مشهور است، ولی این گونه نیست که این لفظ منحصرافاده تخییر نماید و هر جا «او» آمد، فقط همین معنا را مفهوم انحصاری آن بدانیم. زیرا گاهی قراین و شواهد مقالی و مقامی موجب انصراف از ظهور بدوی و رفع ید از معنای اصلی لفظی می گردد، که در این صورت معنای اولیه را کد، و لفظ معنای ثانوی پیدا می کند. مانند تکرار مرتب لفظ «او» در آیه محاربه. نمونه دیگر آنکه گفته شده: استناد به دو آیه کفارہ قسم و کفارہ حج موجب اختیاری شدن موارد مذکوره در اتیان مامور بهما شده به همین دلیل این حرف در مجازات محارب هم مفهومی اختیاری دارد! شیخ طوسی در کتاب خلاف در رد این استدلال می فرماید: «در قرآن هر جا موضوع بیان احکام است ترتیب مطرح است. اما هر جا کفارات مطرح است آنجا سیر از اخف به اشد لحاظ شده است. بنابراین قیاس «او» در بیان احکام مجازات چهارگانه به کفارہ قسم و حج کاملا بلاوجه می باشد. و اما از فقهای اهل سنت شافعی، حنفی و احمد قول مرجح را ترتیب دانسته، و لی مالک قایل به تخییر مقید بوده که ناظر به همان قول ترتیب است. مجموعا در پژوهش هشت دلیل بر ترجیح قول ترتیب بر تخییر اقامه شد. در نتیجه قول صائب در نحوه اعمال مجازاتهای چهارگانه، ترتیب است. مضافا آنکه با تامل در روایات باب استنباط می شود، این دو قول تنافی ماهوی با هم ندارند، حتی قول تخییر هم متناظر به ترتیب و تناسب جرم با مجازات است. پس حقانیت قول ترتیب اثبات می شود. شایسته است مقنن کیفری نیز در اصلاح ماده ۲۸۳ ق_م_ا، مبتنی بر قول ترتیب اهتمام نماید.

کلیدواژه: تخییر؛ ترتیب؛ کیفیت مجازات؛ محاربه.

^۱ تاریخ دریافت: ۲۳ اردیبهشت ۱۴۰۰، تاریخ پذیرش: ۲۴ مرداد ۱۴۰۱.

^۲ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران.

^۳ دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران. (نویسنده

ahmadabedinia@yahoo.com

مسئول)

^۴ استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران.

مقدمه

از جمله موضوعات محل مناقشه میان فقها اختلاف نظر در کیفیت اعمال مجازات محاربین است. بدین توضیح که فقها از آیه محاربه و روایات باب قرائت واحد و تفسیر یکسانی ندارند. هر فقهی پس از ورود به این بحث و مرور ادبیات به یکی از دو قول متمایل شده و بر آن قول دیگر تاخته است. حتی مفسران مشهوری چون قطب راوندی و فاضل مقداد، اولی قائل به تفصیل شده و به اصالت و برتری قول ترتیب اهتمام نموده و دومی بر قول ترتیب تاخته و در مطابقت قول تخییر با قواعد به بیان فوایدی چند سعی وافی نموده است. البته معدود فقهایی هم با وجود جانبداری از یکی از دو قول، در صدد حل مناقشه و تقریب مواضع برآمده، ولی در نهایت ادعای جهل به واقع نموده اند. بطور کلی هر گروه قول خود را صائب و اقرب به مراد مولی دانسته و قول دیگر را سست و مخدوش و ادله آنها را ناقص تلقی نموده است. در نتیجه ی این دو دستگی است که در مقام اجرا و نحوه اعمال مجازات های مقرر در آیه شریفه ملتزم به دو دسته فتوا و قول شده اند. بگونه ای که این اجمال به قوانین موضوعه نیز راه یافته است. با این توصیف به اهمیت این موضوع و جایگاه این بحث بخوبی وقوف می یا بیم .

اما اینکه واقعیت مطلب چیست؟ و حق با کدام قول است؟ و اینکه چرا مختار ما حقانیت و ترجیح قول ترتیب است، و معتقدیم که حتی قول تخییر، مشیر و متناظر به ساز و کار ترتیب است. مطلبی مهمی است که هدف این پژوهش بوده و مترصد نیل بدان است؛ بر همین اساس ضرورت بازبینی قولین مختلفین و ارزیابی ادله استنادی هریک از دو قول روشنگر این فرضیه بوده و اصولا امری اجتناب ناپذیر است.

در تفصیل این اجمال باید گفت، بطور کلی فقها در این زمینه دارای دو قول هستند:

الف) گروهی از فقها قایل به تخییر هستند... تکیه کلام این گروه عباراتی نظیر: «فعلی الامام؛ یتخییر الامام؛ ان شاء الامام؛ و امثال اینها می باشد. یعنی اینکه امام در اعمال هریک از مجازاتهای چهارگانه مختار است. از چهره های مشهور این گروه می توان از شیخ صدوق، شیخ مفید، محقق حلی، علامه حلی، شهید اول و شهید ثانی نام برد. (فاضل هندی ۱۴۱۶ ه ق، ج ۱۰، ص: ۶۳۹)

قول به تخییر مختار شیخ مفید(علیه الرحمه) در المقنعه می باشد. 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 المسالک، فاضل مقداد در التنقیح و کنزالعرفان و شیخ جعفر کاشف الغطاء در کشف الغطاء، و بسیاری دیگر از اکابر این قول را برگزیده اند.(نک: مفید بغدادی ۱۴۱۳ ه ق، ص ۳۵۱؛ صدوق، بی تا، ص ۲۹۶؛ فاضل هندی ۱۴۱۶ ه ق، ج ۱۰، ص: ۶۳۸)

اجمال ادله قائلین به تخییر عبارت ند از:

الف- ظاهر آیه شریفه و ذکر حرف «او» ۲- اخباری چون صحیحه حرز با محوریت لفظ «أو» ۳- ناطقه بالتخییر بودن بعضی روایات از جمله: حسنه جمیل بن دراج، خبر سماعه بن مهران، صدر صحیحه بریدین معاویه.

ب) گروهی دیگر از فقها معتقد به ترتیب اند. این ها نیز صرف نظر از ادله و مستندات اقامه شده، تشبث به عباراتی نظیر علی نحو(بحق)الجنایه و علی (لیکن) قدرالجنایه و مانند اینها می باشد. یعنی امام در اعمال هریک از مجازاتهای چهارگانه متناسب با جرم واقع شده مجازات مترتب می کند. فقهایی چون شیخ طوسی، ابن زهره ابن براج، ابوصلاح حلبی، صاحب ریاض، صاحب جواهر، محقق خوبی و آیت اله منتظری قول به ترتیب در مجازات محارب را پذیرفته اند.(فاضل هندی، ۱۴۱۶ ه ق، ج ۱۰، ص: ۶۴۰)

قول به ترتیب (تنويع و تفصیل)مختار شیخ الطائفه ابو جعفر طوسی (علیه الرحمه) در نهایه است. و نیز در المبسوط و خلاف و تبیان متمایل به این مشی است. کسانی چون ابن جنید اسکافی در... سیدبن زهره در...، ابن براج در المهدب، راوندی در فقه القرآن،... در تلخیص المرام، عیاشی در تفسیر خویش، ابن حمزه در الوسيله، و صدوق در

من لایحضره الفقیه، فتوی به ترتیب داده اند. مضافاً آنکه اکثر کتب فقهی قول به ترتیب را تقویت کرده اند. (طوسی، ج ۳ ص ۳۳۴؛ جواهر ۱۴۰۴ ه ق، ج ۴۱، ص ۵۶۶؛ فاضل هندی ۱۴۱۶ ه ق، ج ۱۰، ص: ۶۳۸)

دلایل قائلین به ترتیب

الف) استبعاد و ابای عقلی در مجازات واحد و یکسان برای عقوبات متعدده. (موسوی

گلپایگانی ۱۴۱۲ ه ق، ج ۳، ص: ۲۴۸)

علامه طباطبایی بر این دلیل صحه گزارده و می فرماید: «شدت و ضعف عقوبات مثبت این ادعاست» «إن الآیة لا تخلو عن إشعار بالترتیب بین الحدود بحسب اختلاف مراتب الفساد فإن الترتیب بین القتل و الصلب و القطع و النفی و هی أمور غیر متعادلہ و لا متوازنہ بل مختلفہ من حیث الشدۃ و الضعف - قرینة عقلیة علی ذلك. انتهى.» (طباطبایی ۱۳۸۷ ه. ش؛ ج ۵ ص ۳۶۰)

ب) شهرت عملی.

ج) دلالت اخبار از جمله

۱- صحیحہ بریدین معاویہ (ح ۲) ۲- خبر بشرخثعمی از امام صادق (ع) (ح ۵) ۳- روایت عیاشی در تفسیر از فضل خاقانی از آل زرین (ح ۸) ۴- خبر عبیدالله مدائنی (ح ۴) ۵- مرسله داوود طائی، (ح ۶) ۶- صحیحہ محمدبن مسلم (ح ۱) (حرعالمی؛ ج ۲۸، ص ۳۰۸ و ۳۰۷)

همین طور در میان علمای اهل سنت این موضوع محل اختلاف بوده و گروهی قول تخییر و گروهی دیگر قول ترتیب را اختیار کرده اند. (زیدان المفصل ۱۴۱۳ ق ج ۵: ۲۷۲)

اصل اختلاف میان علما ناشی از تفسیر خاصی است که هریک از آنها از حرف «او» دارند. (زیدان المفصل ۱۴۱۳ ق ج ۵: ۲۷۲؛ الزحیلی ۱۴۱۸ ق ج ۶: ۱۳۵؛ عوده ۱۹۹۴ م، ج ۲: ۶۴۷)

در دایره المجتهد چنین آمده است: «اختلفوا فی هذه العقوبات هل هی علی وجه التخییر او مرتبه علی قدر الجنایه المحارب...؟ (ابن رشد ۱۴۲۰ ق، ج ۲: ۳۸۱)

قائلین به تخییر معتقدند که «انها جاء للتخییر» یعنی مراد از آوردن لفظ «او» تخییر است. بدین توضیح که هدف قانونگذار اسلام از آورده این لفظ آن است که بگوید اختیار اعمال هریک از این مجازاتهای احصا شده بدست امام است. «بحسب ما یراه الحاكم ملائماً» (عوده ۱۹۹۴ م، ج ۲: ۶۴۷)

قائلین به ترتیب معتقدند که حرف «او» برای بیان و تفصیل است. یعنی اینکه عیناً مجازاتهای مقرر در آیه شریفه به اندازه و متناسب با جرم واقع شده و عین آنها است. این قول از ابن عباس در روایت عطاء نقل شده و آنجا گفته شده که «لیست للتخییر! بل هی لبيان الاحکام تختلف باختلاف الجنایات» (عوده ۱۹۹۴ م، ج ۲: ۶۴۷)

با ملاحظه و دقت در مبانی روایی و اقوال هر دو گروه از فقها اعم از شیعه و اهل سنت و ارزیابی ادله استنادی هریک در نهایت به این جمع بندی می رسیم که مراد از تخییر، تخییر مطلق نبوده بلکه نفس قول تخییر نیز ناظر به تناسب جرم با مجازات و مشیر به قول ترتیب بوده است. موید این مطلب مضاف بر اتقان ادله ترتیب، مردد بودن بسیاری از علمای طرفدار تخییر در ختم کلام خویش، از جمله: محقق اردبیلی، صاحب ریاض، صاحب جواهر، میرفتاح حسینی، و مالک و آیت اله خمینی (ره) بعنوان دلیلی نقضی و ادل دلیل بر ترجیح قول ترتیب است. در نتیجه با عنایت آنچه گفته شد و ادله هشتگانه آتیه الذکر برآیند کلی و ارزیابی نهایی پژوهش اثبات برتری قول ترتیب در مقابل قول تخییر و اقرب به صواب بودن قول ترتیب و اثبات حقانیت آن در مقام عمل و نحوه اجرای مجازاتهای چهارگانه محارب و اصلاح ماده ۲۸۳ ق.م. اسلامی مبتنی بر قول ترتیب می باشد. با این چشم انداز به پیشواز مرور پژوهش رفته و طی فرایند آن را به نظاره می نشینیم..

پیشینه تحقیق

در رابطه با سابقه ی تحقیقات انجام شده در خصوص موضوع مورد بحث صرف نظر از مباحث ارزشمند مطروحه در آثار فقهی فریقین، و کتب حقوقی، تحقیقی مستقل و دقیق و مبتنی بر مبانی مستدل فقهی نگاشته نشده است. البته در لابلای برخی مقالات به مطالبی مرتبط بر می خوریم و یا مقالات انگشت شماری از جمله مقاله ای تحت عنوان «لزوم رعایت ترتیب در اجرای مجازات محارب نوشته سید نصرالله محبوبی زرگریان و طه فاطمی نیا ویا «کنکاشی در شیوه اجرای مجازاتهای محارب و همسان سازی چگونگی انتخاب مجازات تریبی با تخییری از محمدحسین شاکر و حمید روستایی ، و مقاله ای تحت عنوان «تطبیق ماده ۲۸۳ قانون مجازات اسلامی با اقوال فقهای امامیه در اجرای حد محاربه نوشته محمد احمدی نیز بر خوردیم. بنظر می رسد علی رغم تلاش ارزشمند نویسندگان آنها فاقد جامعیت مباحث فقهی اقناع کننده بوده اند. لذا امید است این تلاش ناچیز گامی کوچک در ادامه و تکمیل تحقیقات گذشته باشد.

۱- انواع مجازاتها در اسلام از نظر قابلیت اجرایی

در راستای تمهید زمینه بحث شایسته است بدانیم که انواع مجازاتها در اسلام از نظر قابلیت اجرایی بر سه نوع می باشند: ۱- مجازاتهای تعیینی (معین) ۲- مجازاتهای تخییری (مخیر) ۳- مجازاتهای تریبی (مرتب) ۱- مجازاتهای تعیینی آن نوع کیفرهایی است که نوع و میزان آنها قانونگذار اسلام معین کرده و حاکم ملزم به اجرای آنهاست. مانند قتل مرتد، قطع ید سارق و قصاص قتل عمد.

۲- مجازاتهای تخییری: عبارت است از آن نوع مجازاتی که در مورد آن یکی از چند چیز واجب شده که حاکم مخیر است از میان آنها هر کدام را صلاح بیند انتخاب و اجرا نماید. مانند مجازات محاربه که میان فقها در کیفیت اجرای آن اختلاف است و بنا به قول مشهور فقها حاکم مخیر است که از میان کیفرهای مقرر چهار گانه یعنی قتل، صلب، قطع دست و پا در جهت خلاف، و نفی بلد یکی را انتخاب نماید. توضیح این مطلب آنست که حاکم مخیر است از اقسام اربعه فوق الاشاره یکی از آنها را به اجرا در آورد؛ اعم از آنکه کشتن یا بردن مال یا صرفا ترساندن باشد. بنابر این اگر فقط بترساند و امام بگوید باید او را زد، او را زنده بر چوبه دار میزنند.

۳- مجازاتهای تریبی: آن نوع مجازاتی است که برای اجرای آن ترتیب خاصی مقرر گردیده است که می بایست به نحو و ترتیب معینه اجرا شود. مانند تریبی بودن کیفر محاربه به عقیده گروهی از فقهای شیعه و اهل سنت. شیخ طوسی (قدس سره) از علمای شیعه معتقد است که مجازات محارب متناسب با فعل ارتكابی اوست. بدین ترتیب که: الف) اگر محارب کسی را کشت و مالی را برد، مال از وی گرفته میشود و دست و پایش قطع میگردد. سپس به دار آویخته میشود.

ب) هرگاه مالی را برده باشد و کشتی را نکشته باشد، دست و پای او به خلاف قطع میشود.

ج) هرگاه کسی را مجروح کرده و مالی را نبرده باشد، قصاص عضو و سپس تبعید میشود.

د) و اگر سلاح کشید باشد و صرفا به ترساندن و اخافه مردم اکتفا نموده باشد، فقط تبعید میشود. (زیدان، ج ۵: ۱۲؛ نک:

فیض ۱۳۷۹: ۲۹۰)

البته مستند این نحوه ترتیب در اعمال مجازات، احادیثی است که محقق حلی در شرایع آنها را به لحاظ سند مخدوش و سست و از نظر متن مضطرب و از نظر دلالت ناقص توصیف نموده است. (محقق حلی ۱۴۰۸ ه ق، ج ۴: ۱۸۱)

۲- مساعی جمیله فقها در تبیین زوایای قولین مختلفین «تخییری یا تعیینی بودن حد محارب»

در رابطه با تبیین و توضیح این دو قول و داوری میان این دو عالم عظیم الشان، از سوی فقهای جلیل القدر تحقیقات و تتبعات ارزنده ای انجام شده است و همواره سعی و اهتمام وافی در تنقیح مناقشه و بیان محل نزاع

نموده اند و جد و جهد خویش را مصروف تحقیق مسئله و بیان قول حق نموده اند. که در جای خود بسیار ارزشمند و ستودنی است. در این مجال تبیین محل نزاع را در بیان یکی از معاصرین به نظاره می نشینیم:

وی در مدخل و ابتدای ورود به مناقشه قولین مختلفین می نویسد:

«در رابطه با اجرای حد شرعی بر کسی که بعنوان محارب شناخته می شود: مرحوم محقق فرموده اند: حد محارب یا کشتن است، یا به دارزدن، یا قطع دست و پا بصورت مخالف است و یا نفی بلد و تبعید میباشد. البته بزرگان فقها در کیفیت این نحوه مجازات تشکیک نموده اند. یعنی:

شیخ مفید (علیه الرحمه) قول به تخییر داده است، و شیخ ابوجعفر طوسی قائل به ترتیب شده است. بدین توضیح که اگر کسی را کشت لا جرم کشته می شود، حتی اگر صاحب خون (ولی دم) گذشت نماید، امام باید او را بکشد. و اما در صورتیکه کسی را بکشد و مالی را ببرد، مال ماخوذه از او (محارب) باز پس گرفته میشود و بعد دست راست و پای چپ او قطع میگردد؛ سپس کشته میشود و به دار زده میشود. و اگر اقدام به گرفتن مال نموده باشد و اما کسی را نکشته باشد. دست و پای او به صورت مخالف قطع میشود و بعد تبعید میگردد. و اگر به کسی جراحتی وارد نموده باشد بدون گرفتن مال به مقدار آن قصاص میشود، و تبعید میگردد؛ و چنانچه صرفاً به تشهیر سلاح بسنده نموده باشد، فقط تبعید میشود و نه تحمل مجازاتی دیگر، و برای توجیه و دفاع از قول تفصیل به احادیثی استناد شده است که این احادیث بدور از ضعف سند نیستند و یا متن و سیاق کلی آنها مضطرب و آشفته است و یا اصولاً دلالت آنها بر مانحن فیه ناکافی است.» (موسوی گلپایگانی ۱۴۱۲ ه ق ج ۳: ۲۴۸)

وی سپس در ادامه می نویسد که مرحوم محقق (ره) در مقام تحقیق مطلب و اختیار قول حق برآمده و می فرماید: بنابراین از نظر ما با عنایت به تمسک به ظاهر آیه شریفه اولویت در عمل کردن به قول اول است.

وی در ادامه می نویسد: «به نظر من در اینکه مجازات حد محارب که همان امور مذکوره در آیه کریمه بوده و بطور خلاصه مورد تایید کتاب و سنت و اجماع است، اختلافی نیست. آری فقها در اینکه آیا این امور مذکوره بطریق تخییر انجام میشود یا به شیوه ترتیب و تفصیل، اختلاف نموده اند. بر همین اساس گروهی میان امور مذکوره بسوی تخییر رفته اند، و دیگر گروه به ترتیب و تفصیل متمایل شده اند. کسانی چون شیخ مفید و مرحوم صدوق و سلار دیلمی و علامه حلی و گروه دیگری این قول را انتخاب کرده اند.» (موسوی گلپایگانی ۱۴۱۲ ه ق ج ۳: ۲۴۸)

دومین قول را شیخ طوسی (قدس سره) اختیار کرده و گروه زیادی از علما از او تبعیت نموده اند، بلکه در کشف اللثام گفته شده که اکثر کتب فقهی طرفدار قول ترتیب هستند. و تا پایان مطلب را آورده است. (فاضل هندی ۱۴۱۶ ه ق، ج ۱۰: ۶۳۹) و نیز شهید ثانی (قدس سره) در کتاب نکت الارشاد بعد از آنکه این قول را به شیخ طوسی و ابن جنید اسکافی و تقی و ابن زهره حلبی و دیگر پیروان شیخ نسبت می دهد مدعی شده است که شیخ بر این قول ادعای اجماع نموده است. برای اثبات حقانیت قول اول به وجوهی چند استدلال شده است:

اول اینکه ظاهر آیه کریمه آن هم با ذکر حرف «او» ناظر به معنای تخییر است. (آبی فاضل ۱۴۱۷ ه ق، ج ۲: ۵۸۵) ثانیاً آنچه از اخبار وارد شده دلیل بر این است که لفظ «او» در قرآن برای تخییر وارد شده است. لذا در صحیحی حرز که از امام صادق (ع) سوال نمود، امام فرمود: هر چیزی که در قرآن «او» دارد صاحب حق مختار است هر طور خواست عمل کند. (حر عاملی، ج ۹: ۲۹۵ ح ۱)

ثالثاً بعضی روایات در خصوص مقام بیان، ناطق به تخییری بودن هستند و زبان حال آنها از تخییر سخن میگویند؛ مانند حسنه جمیل بن دراج که دروسایل آمده است که: از امام صادق (ع) در مورد آیه محاربه سوال کردم! انما جزاء... إلى آخر الآية، أي شيء عليه من هذه الحدود التي سمى الله عز وجل؟ قال: ذلك إلى الإمام إن شاء قطع، ... یعنی چه چیزی از این حدود نام برده بر عهده اوست؟ فرمود این به اختیار امام است که اگر خواست قطع کند والی آخر عبارت. (حر عاملی ۱۴۰۹ ه ق، ج ۹: ۲۹۵ ح ۲) و نیز وخبر سماعه بن مهران از ابی عبد الله علیه السلام در خصوص این سخن خدای متعال که مجازات کسانی که با خدا و رسول محاربه کنند چیست؟ فرمود: «الإمام فی

الحکم فیهم بالخیار...» حکم این مسئله به اختیار امام است... نیز صحیح برید بن معاویه که در خصوص آیه محاربه و نحوه مجازات محارب از امام سوال شده باز امام فرمود: حکم این مسئله به اختیار امام است هر طور خواست عمل میکند. پرسیدم آیا این وصف کالا به امام واگذار گردیده است؟ امام فرمود: خیر! بلکه به میزان جنایت انجام شده مجازات میکند. براساس آنچه از ظاهر صدر روایت مستفاد می شود، بر تخییر دلالت دارد. یعنی اینکه امر بدست امام است و حاکم در تمامی موارد مذکوره در آیه مختار است. یعنی او باید اختیار کند هر یک از امور چهارگانه ای را که در آیه نام برده شده است. پس اگر محارب سلاح بکشد و اخافه نماید، ولی مالی را نگیرد و کسی را به قتل نرساند، در این صورت حاکم مختار است که علیه او حکم قتل را صادر کند یا یکی از امور مذکوره در آیه شریفه را صادر نماید.

اما اموری که بر قول دوم دلالت می کند عبارت اند از: یکی از آنها و عمده ترین آنها همان استبعاد و غیرمعقول بودن اتحاد و یکسانی مجازات قاتل و گیرنده مال است؛ با مجازات کسی که فقط تشهیر سلاح و اخافه نموده است، ولیکن نه مالی گرفته و نه کسی را کشته است و نه حراحتی از سوی او به کسی رسیده باشد! بلکه عقل نوع آدمی از صدور چنین حکمی ابا می ورزد!

دومین امری که بر آنچه گذشت دلالت دارد شهرت است.

سومین مورد اخبار می باشد: «مستند هذا التفصیل روایات منها: روایة عبد الله بن إسحاق المدائنی... للآیة الدالّة بأو علی التخییر و إن احتملت غیره لما روی صحیحا أن «أو» فی القرآن للتخییر حیث وقع... و لحسنه جمیل بن دراج عن الصادق علیه السلام و صحیح محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام و خبر عبید بن بشر الخثعمی. (حرعاملی ۱۴۰۹ ه ق، ج ۱۸: ۵۳۳-۵۳۹، ب ۱ من أبواب حدّ المحارب؛ عاملی، ترجیحی، ۱۴۲۷ ه ق، ج ۹: ۳۹۳) اما ظاهرا مراد از ترتیب، مجازات متناسب با نوع جنایت است، و اینکه نمی گویند. منظور از ترتیب برحسب تقدم و تاخر موارد مذکور در آیه محاربه است. پس مراد از چنان جنایتی که موجب مجازات خاصی از مجازاتهای چهارگانه می شود به نسبت جنایتی که مجازات آن از اولی شدیدتر است، موجب مجازات دیگری از میان آن دو می شود. همچنین مجازات کسی که سلاح کشیده و موجب اخافه مردم شده است، تبعید است، نه غیر آن، برخلاف آن کسی که اقدام به تشهیر نموده است و مالی نیز گرفته است، همینطور در اینجا قطع می شود. چنانکه این امر به مقتضای مناسبت حکم و موضوع می باشد. مانند سرقت که در نهایت امر، دست و پایش بصورت مخالف قطع می شود. و اما گرفتن مال در محاربه با وجود تداخل میان آن دو مانند سرقت اولی و دومی معتبر است و در صورتیکه کشت لاجرم کشته می شود.

اما مخفی نماند که آیه کریمه نسبت به لفظ «او» روشن و واضح است. زیرا که این لفظ همچنانکه گذشت دلالت بر تخییر دارد. درحالیکه تخییر میان موارد مذکوره در آیه شریفه غیرمناسب است. به گونه ای که گفتیم منع عقلی دارد بدلیل استبعاد اتحاد و یگانگی میان قاتل و غیرقاتل در مجازات نمودن. و لذا از این جهت مراد قائل اجمال دارد و نیازمند تفسیر و تبیین است. و لابد برای تبیین و تفسیر آنها و رفع هرگونه ابهام و اجمال می بایست به اخبار وارده از اهل البیت تا جاییکه ممکن و میسر است رجوع کرد، تا جاییکه تبیین و تفسیر آن نزد ما امکان پذیر نباشد» (نک: موسوی گلپایگانی ۱۴۱۲ ه ق، ج ۳: ۲۴۸-بنقل از فاضل هندی ۱۴۱۶ ه ق؛ ج ۱۰: ۶۳۸)

در این مجال ابتدا با نظرات تنی چند از فقهای عظام طرفدار هر یک از دو قول آشنا می شویم، سپس به تجزیه و تحلیل فقهی و حقوقی آنها مبادرت می نماییم.

۲-۱- آراء فقهای طرفدار قول تخییر

جهت آشنایی با نظرات فقهای طرفدار قول تخییر نمونه هایی را اجمالاً می آوریم:

مقدمتاً شایسته است بدانیم شیخ مفید در هدایه در خصوص مجازات محارب مبنی بر قول به تخییر می نویسد: یورشگران اگر در دارالاسلام سلاح بکشند و اموال مردم را ببرند، اما در باره آنها مخیر است که اگر بخواهد با شمشیر بکشد و اگر بخواهد آنها را بردار بزند و اگر بخواهد دستها و پاهای آنها را برخلاف جهت قطع کند و اگر بخواهد آنها را از شهر بیرون کند و به جای دیگری تبعید نماید و به کسانی وکالت دهد که آنها را به هیچ شهری راه ندهند. (شیخ مفید ۱۴۱۳ ه ق: ۸۰۴)

این ادیس نیز می نویسد: اگر محاربه ثابت شود امام میان چند مجازات مخیر است. (حلی ابن دریس ۱۴۱۰ ه ق، ج ۳: ۵۰۵) فاضل هندی در کشف اللثام قول به تخییر را از کتب متقدمین از جمله هدایه، مقنعه، مراسم، سرائر، نافع، مختلف و تبصره و غیرهم نقل کرده است. (فاضل هندی ۱۴۱۶ ه ق، ج ۱۰: ۶۳۸)

۲-۱-۱- فاضل مقداد

از جمله قائلین به قول تخییر، فاضل مقداد از فقها و مفسرین قرن هشتم می باشد. وی پس از تبیین ماهیت محاربه به بحث مجازات و چگونگی عقوبت محارب ورود می کند؛ سپس اختلاف اقوال را به تصویر می کشد: حدّ محارب چیست؟

وی می نویسد: «در نحوه و چگونگی حدّ آن اختلاف شده است. یک قول این است که: حاکم در نحوه حدّ آن مختار و آزاد است، به خاطر ظاهر آیه، چون اراده معنای مجازی آن شده است و یا چیزی اضمار و در تقدیر گرفتن، خلاف اصل و قاعده است. پس امام و حاکم، مخیر بین اقسام چهارگانه می باشد. بر هر یک از کارهایی که از او سر می زند. مثل قتل یا اخذ مال یا ایجاد زخم و جراحت یا اخافه و ترساندن مردم او مختار و آزاد است در اجرای هر کدام از این حدود. بنابراین او را بر قطع زنده دار خواهد زد.

و قول دیگر قائل به ترتیب و تفصیل است و آن اقسامی است... و عجب از راوندی است که می گوید: آیه دلالت بر این تفصیل دارد و ای کاش می دانستم که از کجا و به چه طریق، کلمه «او» در آیه صریح در تخییر بین اقسام چهارگانه است، مگر با اضمار و در تقدیر گرفتن چیزی که گفتیم: اصل عدم تقدیر و اضمار است، پس اگر دلیلی بر اضمار و تقدیر دلالت کرد، در حقیقت دلالت مستفاد از همان دلیل است، نه از آیه. پس قول حق، قول به تخییر است.» (فاضل مقداد ۱۴۲۵ ه ق «ترجمه» ج ۲: ۸۷۰) وی سپس در ترجیح قول تخییر و فواید مترتبه بر آن نسبت به قول ترتیب مطلب را خاتمه می دهد.

۲-۱-۲- محقق اردبیلی

از جمله علمایی است جانب تخییر ارجح دانسته و قول ترتیب را راجح تلقی نموده و در مقال خویش کلیه روایات استنادی شیخ طوسی و طرفداران ترتیب را مخدوش می داند و آنها را با تعبیر ضعیفه یاد میکند، سپس به توجیه و دفاع از قول تخییر مبادرت می نماید، وی در مجمع الفائدة و البرهان می نویسد: «که روایات استنادی قول ترتیب مانند عبدالله مدائنی و جمیل بر سبیل تقیه بوده و فراتر آنکه بعضی از آنها با بعضی دیگر در تعارض و ناسازگاری هستند. واز دلالت بر اخبار ترتیب به شدت ضعیف بوده و فراتر آنکه بعضی از آنها با بعضی دیگر در تعارض و ناسازگاری هستند. واز دلالت بر مطلوب ساقط میباشند. اما دلیل صحت قول تخییر ظاهر آیه شریفه است و نیز اینکه لفظ «او» صراحت در تخییر دارد، زیرا معنای آن همان تخییر است. و مضافاً آنکه در برخی اخبار صحیح آمده است که هر جا در قرآن لفظ (أو) آمده دال بر تخییر است. مانند آنجا که در بحث کفاره عمدی افطار ماه رمضان این لفظ بمعنای تخییر آمده است. (حرعاملی ۱۴۰۹ ه ق، ب ۱۴ من أبواب بقیة کفارات الإحرام ج ۹ ص ۲۹۵) و روایاتی مانند ابی صالح، عن ابی عبد الله علیه السلام، و حسنة جمیل بن دراج،... و فی حسنة حنان، عن ابی عبد الله علیه السلام... و صحیحة برید

بن معاویة دلالت بر تخییر دارند و نه ترتیب، و اما روایاتی چون خبر عبیدالله مدائنی وضعیفه بشرختمی وضعیفه داوود طائی وضعیفه که مستمسک قول ترتیب قرار گرفته عمدتاً دارای اختلاف بوده وضعیف هستند، و موافقتی با تایید این قول ندارند. اما باید دانست که تحقیق در این مسئله بدلیل اختلاف اصحاب و نیز اختلاف روایات در آن بسیار مشکل است، و آیه شریفه نیز بگونه ای است که امکان جمع میان بعضی روایات به اعتبار سند آنها وجود نمیده. و اما همانگونه که بنا به ظاهر یکی از روایات آمد حکم این مسئله به اختیار امام است؛ و در مجموع این اشکال ضرری بر مختار ما وارد نمیکند. مضافاً آنکه ما در نهایت درجهل به حکم موضوع درمی مانیم، همچنانیکه در مجهولات فراوانی غوطه وریم.» (اردبیلی، ۱۴۰۳ ه ق، ج ۱۳: ۲۹۲)

۲-۱-۳- شهید ثانی

در روضه برخلاف شهید اول جانب قول تخییر را گرفته و می فرماید: مستند قول تفصیل روایاتی است که به سبب آنکه آنها خالی از ضعف سند نیستند و جهل به عدالت روات آنها وجود دارد و نیز اختلاف در متن آنها از افاده وجود دارد قاصر از دلالت هستند و لذا نمیتوان به آنها اعتماد کرد. (عاملی «شهید ثانی ۱۴۱۰ ه ق، ج ۹: ۲۹۷)

وی همین طور در مسالک الافهام پس از تبیین اختلاف میان دو قول می نویسد: در قول به تفصیل به روایاتی استناد شده که گفته شده این احادیث یا ضعف سند هست و یا عبارات متن آنها مشوش و درهم ریخته است و یا دلالت آنها بر مطلوب ناقص است. بنابراین با این توصیف عمل به قول اول بخاطر تمسک به ظاهر آیه شریفه، اولی است. (عاملی «شهید ثانی» ۱۴۱۳ ه ق؛ ج ۱۵، ص: ۹) شهید ثانی در حاشیه مختصر النافع قول شیخ مفید مبنی بر تخییر در مجازات محارب را می پذیرد و مینویسد: «قال المفید: بالتخییر. و هو الوجه قوی...» این توجیه این قول قوی تر است. (عاملی «شهید ثانی» ۱۴۲۲ ه ق اول: ۲۰۵)

۲-۱-۴- صاحب کشف الرموز

در بحث حد محاربه مینویسد در رابطه با مجازات محارب میان اصحاب امامیه اختلاف است. شیخ مفید قایل به تخییر است و همین نظر موجه است و اما شیخ طوسی قایل به ترتیب در مجازات محارب است. دلیل شیخ مفید در اختیار قول به تخییر ظاهر آیه شریفه است که خدای تعالی فرمود: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ» و اما مستند شیخ در مختار خویش در قول به ترتیب روایات است. (آبی، فاضل، ۴۱۷ ه ق؛ ج ۲: ۵۸۶)

۲-۱-۵- علامه در تحریر

صریحاً قول به تخییر را ارجح و اولی دانسته است و دلیل این اولویت را عمل به نص قران مبنی بر تخییر و نیز روایت جمیل بن دراج دانسته است. «و الأصح الأول، عملاً بنص القرآن فی التخییر و بروایة جمیل بن دراج الحسنه عن الصادق علیه السلام. (علامه ۱۴۲۰ ه ق ج ۵: ۳۸۱)

مرحوم استاد علامه «ره» در مختلف می نویسد: «فاختار التخییر، كما ذهب إليه المفید، و به قال ابن ادریس، و هو الأقوی لنا: الآية، فإن أو يقتضی التخییر.» (علامه ۱۴۱۳ ه ق، ج ۹: ۲۵۸) یعنی: «در نتیجه قول تخییر اختیار شد، همانگونه که شیخ مفید به این راه رفته است و ابن ادریس به آن قائل شده است و همین قول نزد ما قویتر است بدلیل اینکه آیه شریفه موصوف، مقتضی همین تخییر است.»

۲-۱-۶- فقعی در المنصود

قایل به تخییر در مجازات محارب شده است. «و یتخیّر الإمام فی حدّه بین الصلب، أو القتل، أو القطع مخالفاً، أو النفی.» (فقعی «فقعی ۱۴۱۸ ه ق: ۳۰۷)

۲-۱-۷- آیت اله خمینی (ره)

«مسألة ۵ الأقوی فی الحد تخییر الحاکم ... و لا یبعد أن یكون الأولى له أن یلاحظ الجنایة و یختار ما یناسبها، ... و قد اضطربت کلمات الفقهاء و الروایات، و الأولى ما ذکرناه»

مسأله ۵- حاکم در این حدّ، بنا بر اقوی بین قتل و به دار آویختن، و قطع به طور مخالف و نفی بلد، مخیر است. و بعید نیست که برای حاکم بهتر باشد که جنایت را ملاحظه کند و آنچه که مناسب آن است، اختیار نماید. پس اگر کشته است، حاکم، قتل یا صلب را اختیار کند. و اگر مال برداشته است قطع را اختیار نماید. و اگر شمشیر کشیده و فقط ترسانده است نفی بلد را اختیار کند. و تحقیقا کلمات فقها و روایات مضطرب است و بهتر همان است که ما ذکر کردیم. (خمینی ۱۴۱۷ «ترجمه» ج ۴: ۲۴۱)

۲-۲- آرای فقهای طرفدار قول ترتیب

۲-۲-۱- مرحوم شهید اول

(ره) درغایه المراد فی شرح نکت الإرشاد؛ پس از بیان قول مرحوم محقق می فرماید: دلالتی درآیه شریفه مبنی برتایید مطلوب (ایشان) قول تخییر وجود ندارد، ولیکن درآنجا میان روایات و عمل اصحاب تعارض ایجاد می شود و بدون شک اگر اشتهار قول ترتیب نبود، قول تخییر اولویت داشت؛ مضاف آنکه قول بسیاری از عامه و بزرگان اصحاب، این قول را معاضدت مینماید. پس بنابراین شایسته است که قول ترتیب ترجیح داشته باشد. (شهید اول ۱۴۱۴ ه ق، ج ۴، ص: ۲۸۰: ۲۷۸)

البته ایشان در «الدروس شرعی» در دو فراز منفصل ولی پیاپی بگونه ای اظهار نظر میکنند که بنظر میرسد متمایل به قول تخییر است می فرماید: و بنا بر قول تخییر جایز است که محارب را زنده و قبل از کشتن به دار زند،...وی سپس در تفصیل این مطلب در ادامه می نویسد: «امام درهریک از مجازاتهای چهارگانه قتل و بدار زدن و قطع مخالف دست و پا و نفی مختار است. «و یتخیّر الامام بین القتل و الصلب و قطع الید الیمنی ثمّ الحسم ندباً ثمّ الرجل الیسری و النفی» (عاملی، شهید اول: ۱۴۱۷ ه ق ج ۲: ۶۱)

۲-۲-۲- قطب راوندی

در باب حد المحارب می نویسد: قال الله تعالی «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ الْإِطَاعَةُ...» من جرد السلاح فی مصر أو غیره و هو من أهل الریبة علی کل حال کان محاربا و له خمسة أحوال...» سپس پس از بیان مراتب اجرای مجازات می نویسد: «و هذا التفصیل یدل علیه قوله تعالی أَنْ يُقْتَلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ» (راوندی ۱۴۰۵ ه ق، ج ۲: ۳۸۷) ملاحظه می نمایم که ایشان صریحا مدلول آیه شریفه را بر قول تفصیل حمل می کند، و این قول را صواب می داند.

۲-۲-۳- علامه مجلسی

در اثر ارزشمند خویش حدود و قصاص و دیات می فرماید: و میان علماء در این مسأله دو قول است: اول: آن که امام علیه السلام مخیر است میان چهار امر. قول دوم: آن که اینها بر سبیل تخییر نیست، بلکه هر یک از اینها حدّ جماعتی است. و قول اول که تخییر است اشتهار است میان متأخران. و چون اشتهار آن است که این حد را امام علیه السلام جاری می تواند کرد نه دیگران، چندان فائده ای در تحقیق آن نیست، و اگر کسی را کشته باشد که کفو او باشد و بعوض او را توان کشت، وارث بحکم حاکم شرع قصاص می تواند کرد. و اگر عفو کند امام علیه السلام حد بر او جاری می سازد، و به عفو کردن وارث بر طرف نمی شود. (مجلسی، ص: ۴۴)

۲-۲-۴- آیت اله خوئی

مرحوم محقق خوئی با تفصیلی که در مبانی تکمله المنهاج بیان می کند ناظر به تفصیل است. (خوئی ۱۴۲۲ ه ق ج ۴۱: ۳۸۵)

۲-۳- نمونه ای از اظهارات علمای مردد در اختیار یکی از دو قول

بدوا گفتنی است که علی رغم تلاش های مکرر قانونگذار در وضع و تصویب قوانین دقیق تر و شفاف تر و منقح تر، ولی هنوز هم کماکان نواقص و ابهاماتی وجود دارد. بدون تردید بخشی اعظمی از این ابهام ها و نواقص در

قوانین موضوعه ناشی از اختلاف و ابهام در مبانی فقهی آنها بوده که حتی واقعیت امر بر آنها هم مشتبه شده و در تصریح به قول حق و امانده و مردد شده اند. بعنوان نمونه یکی از مواردی که شاید اجمال در مبانی آن منجر به تسری ابهام در قوانین موضوعه شده است، مربوط به مباحث ثلاث محاربه، بغی و افساد فی الارض و خصوص نحوه مجازات این مقولات است.

اکنون در رابطه با کیفیت اجرای حد محاربه با ذکر نمونه هایی از بیانات فقها و صعوبت اظهار نظر آنها در داوری و عدم اظهار نظر قطعی آنها در تعیین قول حق و صواب به حقیقت آنچه گفتیم پی می بریم:

۲-۳-۱- مرحوم محقق اردبیلی

از جمله فقهای نامدار و حتی از طرفداران قول تخییر که شدیدترین حملات را بر قول ترتیب وارد آورده در فرازهای پایانی مجمع الفائده درخاتمه بررسی و تبیین این دو قول می فرمایند:

«... اما باید دانست که تحقیق در این مسئله بدلیل اختلاف اصحاب و نیز اختلاف روایات در آن بسیار مشکل است، و آیه شریفه نیز بگونه ای است که امکان جمع میان بعضی روایات را به اعتبار سند آنها نمی دهد. و اما همانگونه که بنا به ظاهر یکی از روایات آمد حکم این مسئله به اختیار امام است؛ و در مجموع این اشکال ضروری بر مختار ما وارد نمی کند. مضافاً آنکه ما در نهایت در جهل به حکم این موضوع در می مانیم، همچنانکه در مجهولات فراوانی در مانده و غوطه وریم.» (اردبیلی ۱۴۰۳ ه ق، ج ۱۳: ۲۹۲)

وی در زبده البیان می نویسد: «آیه بر قول تفصیل حمل می شود، و البته گفته شده دلالت بر تخییر دارد، یعنی امام در مجموعه مجازات مذکوره در آیه شریفه مخیر است. و همین از ظاهر آیه شریفه بدست می آید. ولی در مقام عمل بر اساس تفصیل مترتبه عمل می شود. و حق آن است که این بخش به اختیار امام باشد و تحقیق در مورد آن از وظایف ما نیست. بنا بر این بسیاری از آن مواردی را که در حوزه امام است رها می کنیم. زیرا هدف آگاهی از آن چیزهایی است که بر ما واجب است. و البته ما از درک همه آنچه لازم داریم ناتوانیم پس نباید بغیر موارد روشن تجاوز نماییم.» (اردبیلی «بی تا»، تک جلد: ۶۷۷)

۲-۳-۲- آیت اله خمینی (ره)

در تحریر الوسيله نیز با وجود آنکه می نویسد: «بنابر اقوی قول تخییر مناسب است» ولی در توصیح مختار خویش تحلیلی ارایه می دهد که بکلی مختار خویش را با قول ترتیب درهم می آمیزد و در ختم کلام در این خصوص به ابهام و درهم ریختگی و تشویش کلمات فقها تصریح می نماید. وی در مسئله پنجم در باب حد محارب می نویسد: «مسأله ۵- حاکم در این حد، بنابر اقوی بین قتل و به دار آویختن، و قطع به طور مخالف و نفی بلد، مخیر است، و بعید نیست که برای حاکم بهتر باشد که جنایت را ملاحظه کند و آنچه که مناسب آن است، اختیار نماید. پس اگر کشته است، حاکم، قتل یا صلب را اختیار کند. و اگر مال برداشته است قطع را اختیار نماید. و اگر شمشیر کشیده و فقط ترسانده است نفی بلد را اختیار کند. و تحقیقا کلمات فقها و روایات مضطرب است و بهتر همان است که ما ذکر کردیم.» (خمینی (ره) ترجمه، ج ۴: ۲۴۱)

۲-۳-۳- صاحب ریاض (رض)

در رابطه با تشبثات هر دو طایفه در ترجیح قول خویش می فرماید: «...ولم أجد حجّة علی شیء من هذه کیفیات من النصوص، و إن دلّ أكثرها علی الترتیب فی الجملة ... فالقول بالترتیب أقرب إلی الترجیح، ولكن ینقی الکلام فی کیفیة، هل هی علی ما فی النهایة، أو غیرها من کتب الجماعة؟ و عدم المرجّح مع ضعف آحاد النصوص یقتضی» یعنی: «به عقیده من نصوص روایی هیچ دلالت و اشعاری بر اختصاص به کیفیات فوق الاشعار ندارند، (حتی اگر بپذیریم که) اکثر آنها اجمالاً بر ترتیب دلالت دارند لیکن چیزی عاید ما نمی شود. بدلیل اینکه اجمالاً اخبار مورد استناد با وجود ضعف سند، شاذ هستند. بنابراین قابلیت استناد ندارند. وی سپس می نویسد: بر همین اساس مرحوم

محقق و گروهی اعتراض می نمایند که این دسته روایات خالی از ضعف سند و تشویش متن و قصور در دلالت، نیستند. و اما اولویت با تمسک به ظاهر آیه شریفه است. و البته این تمسک بسیار مستحسن بود اگر شهرت قدیمه و محکی در نکت النهایه و غیر آن ظهور نداشتند... و اما مخفی نماند که اجماع محکی پیشین نیز جابر ضعف سند روایات مورد استناد است؛ آن هم با وجود مخالفت روایات منقوله از اکثر اهل سنت؛ همچنانکه این مطلب در نکت النهایه آمده و از برخی آنها نیز مستفاد می شود. بر همین اساس شیخ اخبار مشعر بر تخییر را بر تقیه حمل نموده است. و اختلاف روایات دال بر قول ترتیب صرفاً تضعیف کننده کیفیت اثبات است و نه آنکه اصل آنها، در مقابل قول به تخییر بعد از اتفاق نظر بر آن باشد. بنابراین قول به ترتیب نزدیکتر به ترجیح است. و لیکن سخن در چگونگی اجرای آن همچنان مناقشه برانگیز و باقی است. آیا طبق آنچه شیخ در نهایه آمده است باید عمل کرد یا طبق آنچه غیر شیخ گروهی در کتب شان بیان نموده اند؟ مقتضای داوری در این بحث آن است که با وجود ضعف و نارسایی نصوص، هیچیک از قولین بر دیگری ترجیح ندارد! (حائری طباطبایی ۱۴۱۸ ه ق، ج ۱۶: ۱۵۵)

وی سپس در پایان می نویسد: «شایسته است بدانید این نحوه مجازات محارب بنا بر قول به ترتیب است که مختار ما در این مقوله است. بنا بر قول کسی که تخییر را انتخاب کرده باشد قطع (دست و پای او به خلاف) جایز است، ولو آنکه او چیزی نگیرد، این بحث او را فایده نمی رساند زیرا مختار او تخییر است.» (حائری طباطبایی ۱۴۱۸ ه ق، ج ۱۶: ۱۵۵)

۲-۳-۴- سید محمد حسین عاملی

وی در زبده الفقهیه می نویسد: که آیه «انما جزاء الذین...» بر حد محاربه دلالت میکند و اما اصحاب امامیه در مورد چگونگی اعمال مجازات های چهارگانه اختلاف نظر دارند که به گونه تخییر است، و یا ترتیب؛ یعنی بر طبق و متناسب با جرایمی که مرتکب می شوند! بنابراین شیخ مفید، صدوق، دیلمی، حلی و علامه در یکی از اقوالش، قول تخییر را پذیرفته اند، و بلکه گفته شده اکثر متأخرین موافق قول تخییرند.

دلیل اختیار این قول را هم یکی حرف «او» در قرآن دانسته اند که از نظر لغوی دلالت بر تخییر دارد. دیگر خبر «ابی حمزه از امام جعفر صادق (ع) که فرمود علی (ع) در کفاره قسم به مردم اختیار داد. همانطور در مجازات محارب به امام اختیار داده است. پس هر جا در قرآن حرف «او» آمد دلیل بر تخییر است. و نیز حسنه جمیل بن دراج که در الوسائل الباب ۱- من أبواب حد المحارب حدیث ۳ و ۲ آمده است دلیل ترجیح این قول است. اما شیخ طوسی و پیروانش و ابوصلاح حلبی و علامه در یکی از اقوالش و بلکه به گفته فاضل هندی در کشف اللثام اکثر کتب موافق قول ترتیب اند. دلایل این قول یکی صحیحه برید بن معاویه و روایه عبد الله بن إسحاق المدائنی عن أبي عبد الله عليه السلام و صحیحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام می باشد. البته خود قائلین به ترتیب تفریعاتی دارند که مثلاً کشتن محارب به سب قصاص است یا حد و از این قبیل موارد.» (عاملی ترحینی ۱۴۲۷ ه ق، ج ۹: ۳۹۲)

۲-۳-۵- ضمیری در تلخیص الخلاف و خلاصه الاختلاف

وی پس از بیان تفصیلی مجازات محارب و پردازش اقوال فقهی عامه و خاصه می فرماید: «هیچ نظر جانبدارانه ای ابراز نمی نماید؛ فقط به بیان صف بندی فقها در طرفداری هریک از قولین مختلفین اهتمام می نماید و کلام را ختم می کند. وی می نویسد: «که تقید به تخییر قول تابعین متقدمین است و ترتیب قول فقهی بزرگ است...» (بخارج من هذا مذهبنا: التخییر عند التابعین، و الترتیب عند الفقهاء...» و کلام را ختم می کند. (ضمیری، اول، ۱۴۰۸ ه ق، ج ۳: ۲۵۸)

۲-۳-۶- مرحوم صاحب جواهر (قدس سره)

صاحب جواهر پس از بیان علمای سلف پیرامون این دو قول و از جمله توجه به این گفته صاحب ریاض که می نویسد: «لکن فی ریاض «لم أجد حجة علی شیء من هذه کیفیات من النصوص و إن دل أكثرها علی الترتیب

فی الجملة لكن شیء منها لا یوافق شیئا منها، فہی شاذہ مع ضعف أسانیدھا جملة» از ہیچ یک از اخبار مورد تمسک دلالتی بر کیفیات مزبورہ نمی یابیم. و اگرچہ اجمالا اکثر اخبار بر ترتیب دلالت دارند لیکن اجمالا ہیچ چیزی از قبل آنها ما را سودی نمی رساند. زیرا علاوه بر ضعف سند، شاذ بوده و صلاحیت استناد را ندارند.

وی سپس می فرماید: «آری ما چنین دلیلی بدست نیاوردیم، و بلکه در مبسوط و خلاف در نفی این دو چیزی نشنیدیم. ولیکن احوط آن چیزی است کہ ما بیان داشتیم؛ بلکه بدلیل اینکه حکم متعین است، همانگونه کہ در صحیح آمد و بلکه برتوی خوانندہ ی این متن مخفی نماند کہ با تامل در ہریک از وجوہی کہ از ہردو جهت ذکر شد، مبنی برتخییر، ولی پرواضح است کہ تعین قتل با وجود آن موجه نمی باشد پس تامل کن و اللہ العالم.» صاحب جواهر (نجفی) ۱۴۰۴ هـ ق، ج ۴۱: ۵۷-۵۸۱)

۲-۳-۷- مرحوم مقدس اردبیلی

وی در «زبدۃ البیان فی احکام القرآن» می نویسد: «گفته شدہ اصل برتخییر امام است. یعنی امام بین جمع میان ہریک از مجازاتہای مذکورہ در خصوص ہر محاربی مخیر است. این بنا بہ دلالت ظاہر آیہ شریفہ است. احکام محارب مفصلا در این خصوص بیان شدہ است. و البتہ حکم این مسئلہ بدست امام است و تحقیق در این خصوص وظیفہ ما نیست، لذا بسیاری از مسایل متعلق بہ امام است کہ ما از آنها می گذریم؛ ولی ہدف اصلی آگاہی و شناخت نسبت آن بخشی است کہ بر ما واجب است و ما از درک آنها عاجزیم و نباید بہ غیر آن تجاوز نماییم. خصوص کہ خدای بزرگ می فرماید این کیفر ذلت بار دنیوی آنهاست و بلکہ در آخرت عذاب بزرگی در انتظار آنهاست، آنہم بخاطر بزرگی گناہشان.» (اردبیلی بی تا) تک جلد: ۶۷۷)

۲-۳-۸- میر فتح حسینی

صاحب تفسیر شاهی در رابطہ با مناقشہ قولین در باب مجازات محارب می نویسد: «و خلافت میان فقہاء در آن کہ وجوب امور مذکور در حد محارب بر سبیل تخییر است یا ترتیب. شیخ مفید بر آنست کہ تخییر اقرب بہ صواب است و امام مخیر است میان اقسام اربعہ مذکورہ در جمیع صور محاربه از قتل و اخراج و اخذ مال و اضافہ. و شیخ ابو جعفر طوسی بر آنست کہ ترتیبی است و ہر یک از اقسام اربعہ مذکورہ جزای یکی از صور محاربه است بہ تفصیلی کہ در محلش مذکور است؛ تفصیل مفاد آیہ در موضوع حد قاطع طریق بہ طوری کہ از اخبار مستفاد می گردد اینست: اگر محارب با خدا رسول و ساعی فساد در روی زمین قتل نفس نمود کشتہ می شود. و اگر با قتل نفس سرقت ہم نمود پس از استرداد مال (مسروق شدہ) بدار می کشند تا کشتہ شود. و اگر قتل نفس اتفاق نیفتاد بلکہ فقط مال سرقت کرد و پای آن بریدہ می شود از خلاف یعنی در دفعہ اولی دست راست از اصول اصابع و در دفعہ ثانی پای چپ از وسط قدم و دفعہ سیم حبس می کنند و در دفعہ چهارم بقتل می رسانند. چنانچہ اخبار دیگر کہ در تفصیل حد سارق وارد شدہ بیان می کند. و اگر شمشیر کشیدہ محاربه با خدا و رسول و سعی فساد در زمین نمود بدون قتل نفس و بدون اخذ مال (سرقت) نفی بلد می کنند تا بہ یک سال. بہ طوری کہ اعلان می کنند بہ اہل مصر و می نویسند کہ شخص فلانی محارب و تبعید شدہ است با آن ہم مجلس نشوید و معاملہ نکنید و ہم نکاح و ہم طعام نشوید و با آن مشورت نکنید تا بہ مدت یک سال و اگر از آن بلد بہ بلد دیگر برود بہ آن شہر اعلام می کنند و می نویسند مثل نوشتہ اول تا این کہ یک سال تمام شود. و اگر توجہ بہ ارض مشرک و کفار کند با اہل آن شہر مقاتلہ می شود تا این کہ آن محارب کشتہ شود. چنانچہ علی بن ابراہیم از پدرش از عمرو بن عثمان از عبد اللہ بن اسحاق المدائنی از حضرت رضا علیہ السلام در تفسیر آیہ شریفہ نقل کردہ است.» (کلینی ۱۴۰۷ هـ ق، ج ۷: ۲۴۶؛ تہذیب ج ۲: ۴۳۴. بنقل از: جرجانی «شاهی» ج ۲: ۶۷۹)

وی سپس می نویسد: «لیکن مختار محققان قول اول است از جهت آن کہ ظاہر کلمہ او تخییر است. و دلیلی کہ دلالت بر تفصیل مذکورہ کند موجود نیست با آن کہ اصل عدم وجوب آنست. پس آیہ مذکور دلالت می کند بر

و جوب تخییری افعال مذکوره در حد محارب. ولی قائلین به ترتیب معتقدند: بلکه کلمه او برای تنويع است نه تخییر باین معنی که حد محارب و مفسد به یکی از انواع چهارگانه مجازات جزاء داده می شود بقدر جنایات ایشان چنانچه صریح روایت خثعمی است. و بنا بر این روایات وارده در تفصیل حکم محارب موافق با قرآن می شود نه مخالف چنانچه گمان کرده اند. دلیل بر تفصیل اخباریست که در جوامع دینی منقول گردیده چنانچه از روایت خثعمی و روایت مدائنی آشکارا حکم محارب و تفصیل آن مستفاد گردید. بلکه مستفاد از آیه شریفه اینست که حد محارب با خدا و رسول و مفسد در روی زمین ترتیبی است بقدر جنایات ایشان چنانچه مفصلا بیان گردید. (نک: جرجانی «شاهی» ج ۲: ۶۷۹)

۳-نگاهی اجمالی به آرای فقهای اهل سنت در باب کیفیت مجازات محارب

بطور کلی میان فقهای اهل سنت همانند شیعه امامیه اختلاف نظرهایی در رابطه با نحوه مجازات محارب وجود دارد. از سوی آنها برای آیه شریفه دو قول و نظریه اجتهادی عرضه شده است: اصل اختلاف میان آنها ناشی از تفسیر خاصی است که هریک از آنها از حرف «او» دارند. (ابن رشد ۱۴۲۰ق. ج ۲: ۳۸۱؛ زیدان المفصل ۱۴۱۳ق ج ۵: ۲۷۲؛ الزحیلی ۱۴۱۸ق، ج ۶: ۱۳۵؛ عوده ۱۹۹۴م، ج ۲: ۶۴۷)

قبل از ورود به تجزیه و تحلیل مباحث فرعی و چگونگی مجازات محارب، چکیده محل نزاع را از نگاه ابن رشد حفید در «بدایه المجتهد» مرور می نماییم: «اختلافی هذ العقوبات هل هی علی وجه التخییر او مرتبه علی قدر الجنایه المحارب...؟ وی می نویسد: «در مورد کیفیت اعمال مجازاتهای مقرر در آیه شریفه اختلاف شده است که آیا بر وجه تخییر است یا ترتیب و به حسب جنایت ارتكابی محارب؟ مالک گفته است طبق نص شریفه اگر محارب کسی را کشته قطعاً کشته میشود و برای امام تخییر جایز نیست، همینطور به تناسب دست و پای او برخلاف قطع می شود ولی اگر فقط ایجاد رعب نموده باشد، نفی می شود.

اما شافعی و ابوحنیفه و جماعتی از علما معتقدند این مجازاتها به ترتیب و متناسب با جنایات مشخص ارتكاب یافته از سوی شارع بر آنها ترتیب یافته اند. علت اختلاف از سوی علما وجود حرف «او» در آیه شریفه است که آیا دل بر تخییر است یا بر حسب جنایات ارتكابی آنها است؟ مالک آنها را برای برخی حمل بر تخییر کرده برای برخی دیگر بر تفصیل حمل نموده است. (ابن رشد ۱۴۲۰ق، ج ۲: ۳۸۱) بنابراین اهل سنت همانند شیعه در این زمینه دارای دو قول یا نظریه هستند. ولی نظریه متقن نزد آنها همان ترتیب است که توضیح کامل آن در ذیل می آید:

۳-۱- نظریه اول

آن است که «انها جاء للتخییر» یعنی مراد از آوردن لفظ «او» تخییر است. بدین توضیح که هدف قانونگذار اسلام از آورده این لفظ آن است که بگوید اختیار اعمال هریک از این مجازاتهای احصا شده بدست امام است. «بحسب ما یراه الحاکم ملائماً» والبته مالک در باب قید تخییر معتقد است که تخییر فقط مربوط به اختیار یکی از دو مجازات «قتل و صلب» از سوی امام است دلیل این مطلب نیز روشن است. زیرا پرواضح است که اصولاً مجازات قتل، کشتن است؛ و نه قطع بخلاف و نفی (تبعید یا حبس) همینطور در حالتی که محارب مالی را گرفته است بدون آنکه کسی را کشته باشد؛ امام در مورد آن مختار است، مگر در مورد مجازات نفی و تبعید که مذهب ظاهریه معتقد به اختیار مطلق هستند. (عوده ۱۹۹۴م، ج ۲: ۶۴۷)

شایسته ذکر است که قول دوم را ابن عباس در روایتی از علی بن ابی طلحه آورده است که این قول حسن وسعید بن مسیب است. و بنا بر این قول معنی آیه کریمه این است که امام اختیار دارد که محارب «قاطع الطریق» را بکشد، یا دار زند، و یا دست و پایش را بخلاف قطع نماید، و اگر خواست نفی (حبس یا تبعید) نماید؛ یعنی اعمال هریک از این اقسام مجازات مندرج در آیه شریفه برای او جایز است. (عوده ۱۹۹۴م، ج ۲: ۶۴۷؛ المفصل ۱۴۱۳ق ج ۵: ۲۷۲؛ الزحیلی ۱۴۱۸ق، ج ۶: ۱۳۵) بنابراین مالک همانگونه که اشاره شد قول تفصیل را (کاملاً) نمی پذیرد؛ و البته

اختیار کامل را نیز نمی پذیرد. در مجموع مختار ایشان قول تخییر است اما نه مطلقا بلکه با ذکر همان قیدی است که در انتهای قول دوم آوردیم. زیرا ایشان در جای دیگری گوید: «همه محاربین دارای مجازات یکسان نیستند. «ولیس کل محاربین سواء...» (مالک ۱۴۱۵ق-۱۹۹۴م) ج ۴: ۵۵۲)

احمد الصاوی مالکی در حاشیه الصاوی علی الشرح الصغیر می نویسد: «یتخیر الامام فی المحارب» (الصاوی بی تا ق، ج ۴: ۴۹۱) ابن جزی مالکی مینویسد: «وقال الشافعی (وابوحنیفه واحمد) لایخیر (الامام) بل هذه العقوبات مرتبه علی الجنایات: فان قتل قطع، فان اخذ المال قطع، فان لم یقتل ولم یأخذ المال نفی.» (ابن جزی ۱۴۲۴ق، باب ۸: ۵۹۶)

۳-۲- نظریه دوم

نظریه دوم آن است که حرف «او» برای بیان و تفصیل است یعنی اینکه عینا مجازاتهای مقرر در آیه شریفه به اندازه و متناسب با جرم واقع شده و عین آنها است. (عوده ۱۹۹۱/۶۴۷) این قول و نظریه از ابن عباس در روایت عطاء نقل شده و آنجا گفته شده که «لیست للتخییر» بل هی لیان الاحکام تختلف باختلاف الجنایات» یعنی اگر فقط کسی راکشته کشتن او کافی است و اگر هم کسی را کشته و هم مالی را گرفته است، کشته میشود و سپس دارزده میشود. و اگر فقط مالی را گرفته است قطع دست راست و پای چپ او کفایت میکند. و اگر فقط اخافه الطریق نموده است، و اما اگر مالی را نگرفته است «نفی من الارض» تبعید (حبس) میشود. و اکثر علما این قول را پذیرفته اند. (نک: تفسیر الرازی ج ۱/ ۲۱۵؛ تفسیر ابن کثیر ج ۱/ ۵۱؛ بنقل از زیدان ۲۷۶/۱۴۱۳)

آنچه گفته آمد خلاصه ای بود در مورد مواضع فقهی مذاهب مختلف اهل سنت؛ و اینکه هر کدام از آنها در برخی جزئیات با هم اختلافاتی دارند. بنابراین بنظر می رسد فقهی اهل سنت و شیعه از آیه شریفه و نحوه مجازات محارب قرائت مشابهی دارند. اکنون با وقوف و آشنایی اجمالی با زوایای بحث نزد اهل سنت، و شیعه به استقبال موضوع اصلی تحقیق می رویم و با نقض و ابرام و تجزیه و تحلیل دلایل طرفین، مطلوب حقیقی را به نظاره می نشینیم. انشاء الله

۴- ادله و مستندات طرفین

۴-۱- دلایل و مستندات قائلین به تخییر

۴-۱-۱- تمسک به ظاهر آیه شریفه (۳۳/ مائده) «لفظ «او»»

از جمله دلایل این گروه همانگونه که قبلا بطور مبسوط آوردیم کلمه «او» بیان شده است. این گروه می گویند این لفظ در زبان عربی ظاهر در تخییر است. و به روایتی از حریر از امام صادق استناد می کنند که هر کجا در قرآن لفظ «او» آمده باشد، مفید تخییر است. (حر عاملی ۱۴۰۹ ه ق، ج ۱۳: ۱۶۶)

قائلین به این دیدگاه در تایید نظریه خویش به دو آیه کفارہ قسم (مائده/ ۸۹) و کفارہ حج (مائده/ ۹۵) استناد نموده و می گویند به همان سان که حرف او در کفارتین قسم و حج موجب اختیاری شدن موارد مذکور در اتیان مأمور بهما شده به همین دلیل این حرف در مجازات محارب هم مفهومی اختیاری دارد. (حلی ابن ادریس ۱۴۱۰ ه ق، ج ۳: ۵۰۵؛ و نک: عاملی ترحینی ۱۴۲۷ ه ق، ج ۹: ۳۹۲)

۴-۱-۲- روایات

دلیل دیگری که قائلین به تخییر بدان استناد نموده اند آن دسته روایاتی است که در آنها امام در انتخاب هر یک از مجازاتهای چهارگانه مخیر است. از آن جمله روایت جمیل بن دراج از امام صادق (ع)، که حاوی تعبیر رسای «ذالک الی الامام» می باشد. و روایت سماعه بن مهران از امام صادق در پرسش از آیه محاربه و مجازات محاربین؛ که تعبیر «الامام فی الحکم فیهم بالخیار» (حر عاملی ۱۴۰۹ ه ق، ج ۲۸: ۳۱۲) که امام اختیار انتخاب هر کدام از مجازاتهای چهارگانه را به امام واگذار میکند این دو روایت بدون اشکال منطوقا و مفادا دال بر تخییر حاکم در انتخاب هر یک از مجازاتهای چهارگانه است و قید و تحدیدی علی الظاهر روایات مستفاد نیست.

۴-۲- ادله و مستندات قائلین به ترتیب

در مقابل طرفداران قول به تخییر گروه دیگری از فقها قائل به ترتیب در مجازات هستند. یعنی اینکه مجازاتهای چهارگانه مذکوره بطور مطلق نیستند، بلکه هریک به جرم خاصی اختصاص دارد و مجازاتهای احصاء شده متناسب با جرایم ارتكابی و مبتنی بر شدت و ضعف می باشد. «و ذهب الشيخ و أتباعه و أبو الصلاح و العلامة فی أحد قولیه بل فی كشف اللثام بعد نسبه إلى أكثر الكتب قد ادعی علیه الإجماع و أنها علی نحو الترتیب بحسب جنایاتهم...» (عاملی طرحینی ۱۴۲۷ ه ق، ج ۹: ۳۹۲) صرف نظر از دلایلی که در کلام فقها ملاحظه نمودیم مانند استبعاد و ابای عقلی در مجازات واحد و یکسان برای عقوبات متعدده. (موسوی گلپایگانی، ج ۳، ص: ۲۴۸) ذیلا مواردی را مختصرا اشاره می نماییم:

۴-۲-۱- تمسک به منطوق آیه شریفه ۳۳ / مائده

قائلین به نظریه ترتیب به ظاهر آیه شریفه محاربه استناد نموده و می گویند که حرف «او» ظاهر در ترتیب است. بدین توضیح که با دقت در سیاق کلام و فرایند قرارگیری هریک از مجازاتهای چهارگانه که نشان دهنده ی سیرتوالی اشد به اخف می باشد. و این نحوه بیان یعنی قطع ید از ظهور اولیه لفظ «او» و پذیرش ظهور ثانوی. براساس رعایت ترتیب در اعمال مجازات متناسب با جرایم ارتكابی است شیخ طوسی در کتاب خلاف در توجیه قول ترتیب و رد استدلال قائلین به تخییر می فرماید: «درقرآن هر جا موضوع بیان احکام است ترتیب و تفصیل مطرح است و اما هر جا بحث کفارات مطرح است آنجا سیر از اخف به اشد لحاظ شده است. بنابراین قیاس «او» در بیان احکام مجازات چهارگانه به کفاره قسم و حج کاملا بلاوجه می باشد. علاوه بر این شیخ برای تقویت استدلال مبنی بر اتقان قول ترتیب به استعمال لفظ «او» در بیان احکام کفاره ظهار و قتل مبتنی بر ترتیب استناد نموده و طرفداران تخییر را به وادی انفعال به چالش کشیده است.» (طوسی ۱۴۰۷ ه ق، ج ۵، ص: ۴۶۰)

حتی برخی گفته اند هیچگونه تناسبی در «وجود شدت و ضعف» در میان مجازاتهای چهارگانه لحاظ نشده و این امر نشانگر بطلان دلیل «او» برای قول تخییر است، و این مناسب اقبال به قول تنويع و تفصیل است. (اسکافی ابن جنید ۱۴۱۶ ه ق: ۳۵۱؛ قطب راوندی ج ۲: ۳۸۸)

۴-۲-۲- روایات مورد استناد قول ترتیب

روایات مورد استناد قائلین به نظریه ترتیب به قول شیخ حرعاملی پرتعدادند، ولی میتوان آنها را به دو دسته تقسیم نمود:

یک دسته که روایاتی است که ظاهر آنها صریحا موید قول ترتیب و رعایت تناسب جرم با مجازات ارتكابی است. و از ظهور صریح آنها نمی توان قطع ید نمود. مثلا میگویند اگر محارب کسی را کشته باید کشته شود، اگر کسی را کشته و مالی را نیز گرفته می بایست مال را برگرداند و بدار آویخته شود، اگر فقط مالی گرفته می بایست مال را برگرداند و دست و پایش به خلاف قطع می شود. اگر فقط اقدام به اخافه سبیل و راهزنی کرده و ترس و وحشت ایجاد نموده می بایست نفی و تبعید شود. (شیخ طوسی ۱۴۰۷ ه ق، ج ۵: ۴۶۰؛ صاحب جواهر ۱۴۰۴ ه ق، ج ۴۱: ۵۷۶؛ خوئی ۱۴۲۲ ه ق، ج ۴۳: ۳۸۷)

دسته دوم روایاتی است که صریحا نفی تخییر می نماید و بر رعایت تناسب میان جرم و مجازات تاکید دارند. مفاد این دسته روایات مستمسکی قوی بر قول به ترتیب است. همانطور که گفته شد روایات فراوانی بر قول ترتیب از سوی فریقین اقامه شده که البته از سوی مخالفین سند آنها سست و مخدوش اعلام شده ولی همین تعداد اندک روایات موجه و صحیح وافی به مقصود قائلین قول به ترتیب می باشد.

از مجموع روایات استنادی عمده همین دو روایت به لحاظ سند صحیح و معتبر خوانده شده اند:

یکی روایت محمد بن مسلم از امام باقر (ع) است. (حرعاملی ۱۴۰۹ ه ق ج ۲۸: ۳۰۷ ح ۱)

دیگری روایت «برید بن معاویه» از امام صادق (ع) است. که درباره آیه محاربه سوال میکند ایشان می فرمایند: اعمال این حکم با امام است و هرگونه بخواهد انجام می دهد آنگاه بریدبن معاویه می پرسد، پس این کار به او واگذار شده است! ولی امام می فرمایند؛ نه! اختیار مطلق ندارد! بلکه به مقدار جرم انجام شده مجازات میکند، «علی قدر (نحو) الجنایه!» (حرعاملی ۱۴۰۹ ه ق، ج ۲۸: ۳۰۸ ح ۲)

چنانکه قبلا متذکر شدیم روایاتی که صریحا نفی تخییر مطلق می کند و دال بر قول ترتیب است روایت «خنعمی» است. در این روایت عبارت «إن الإمام فيه مخیر أی شیء شاء صنع؟ قال: لیس أی شیء شاء صنع! و لکنه یصنع بهم علی قدر جنایتهم!» (حرعاملی ۱۴۰۹ ه ق، ج ۲۸: ۳۰۸ ح ۳). البته چون در سند آن اشکالی وارد شد تفصیلا ما در اینجا نیاوردیم.

۵- ارزیابی ادله استنادی هردو قول (تخییر و ترتیب) و ترجیح قول ترتیب

الف) نفی انحصار از تک معنایی حرف «او»

هر دو گروه به ظاهر آیه محاربه در نوع کارکرد معنایی حرف «او» به سود خویش استناد جسته اند: اولاً استعمال حرف «او» در معنای تخییر به لحاظ لغوی و ادبیات، مشهور و متعارف است، ولی این گونه نیست که این لفظ مطلقاً و منحصرافاده تخییر نماید و هر جا «او» آمد، فقط همین معنا را مفهوم انحصاری آن بدانیم. زیرا گاهی قراین و شواهد مقالی و مقامی موجب انصراف از ظهور بدوی و رفع ید از معنای اصلی لفظی میگردد، که در این صورت معنای اولیه و اصلی را کد، و ثانیا و بالعرض لفظ معنای ثانوی پیدا می کند. مانند تکرار مرتب لفظ «او» در آیه محاربه.

ثانیا ظهور «او» در معنای تخییر نباید زمینه ساز و موهم تک معنایی و نفی سایر معنای برای حرف «او» مانند تقسیم و تفصیل و اباحه نماید. مضافاً آنکه حتی با ظهور حرف او در تخییر روایات ناظر به قول ترتیب قدرت رفع ید از ظهور اولیه حرف «او» و انصراف از معنای تخییر به ترتیب را خواهند داشت. (شهید ثانی همان، ص ۴۵۹؛ موسوی گلپایگانی همان، ج ۳ ص ۲۵۲؛ نک: محبوبی، زرگریان و فاطمی نیا ۱۳۹۵ ه.ش؛ سال ۲۴، ش ۳۶: ۱۵۴)

ب) حکم قاعده

از نظر شیخ در خلاف طبق قاعده در ادبیات قرآنی هرگاه در مقام بیان مجازاتها و کفارات به نحو تخییر باشد مراحل را از «اخف به اشد» بیان می نماید «کل موضع کانت علی التخییر بذا بالاخف». مانند کفره قسم و حج. و هرگاه در مقام بیان مجازاتها و کفارات بنحو ترتیب باشد سیر مجازات از اشد به اخف مشی مینماید. «فابتدا بالاغظ فالاغظ» مانند کفره ظهار و قتل. (شیخ طوسی ۱۴۰۷ ه ق، ج ۵: ۴۶۰)

و اما در این آیه چون شارع در مقام بیان تنوع مجازاتها است و مراحل آنها را از اشد به اخف احصاء می نماید: «أَنْ يُقْتَلُوا إِنْ قَتَلُوا، أَوْ يُصَلَّبُوا إِنْ قَتَلُوا وَ أَخَذُوا الْمَالَ، أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَ أَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافِ إِنْ أَخَذُوا الْمَالَ وَ لَمْ يَقْتُلُوا، أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ» بر این اساس از حرف «او» در آیه مورد بحث ترتیبی بودن مجازاتها برداشت میشود نه تخییری بودن آنها. این مطلبی است که شیخ طوسی بیان نموده با تعبیر «علی ما فسرناه» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ ه ق، ج ۵: ۴۶۰)

ج) نظرات ترجیحی مفسران:

همین طور علامه طباطبایی در تفسیر گرانسنگ المیزان ذیل آیه شریفه می فرماید: «آیه شریفه خالی از اشعار به ترتیب در بیان 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 قطعیه ای بر رعایت ترتیب میان مجازاتها است. (علامه طباطبایی، ۱۳۸۷ ه.ش، ج ۵: ۳۳۲)

امین الاسلام طبرسی در مجمع البیان که از جمله کسانی است که اصولا خبر واحد را حجت نمی داند، قائل به نظریه ترتیب یعنی، استحقاق به قدر جنایت است و با تاکید و صراحت قول به تخییر و اباحه را مردود اعلام می نماید و با استناد به روایت دال بر تخییر را به صیغه مجهول، آنرا مشعر بر ضعف می داند. (طبرسی، امین الاسلام ۱۴۰۶، ج ۳: ۲۹۲. بنقل از سالار زهی ۱۳۸۸: ۱۷۹)

د) حکومت قاعده تعارض و اصل تناسب جرم و مجازات و تفسیر مضیق:

هر دو دسته روایات نهایی طرفین قطعی السند و الدلاله می باشند. یعنی به لحاظ سند و دلالت تمام و غیر قابل خدشه هستند. در اینجاست که اصطلاحا میان این دو دسته دلیل تعارض ایجاد می شود. البته تعارض غیر مستقر و بدوی. اکنون از نظر فن حل تعارض و بر طبق قواعد عرفی و اصولی هر دو دسته با هم قابل جمع عرفی هستند. لذا از باب قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» با اندکی تدبیر در مفاد دو دلیل روشن می شود که این دو در مدلول و معنا با هم تنافی واقعی ندارند. و با هم قابل جمعند. در اینجاست که روایات قول ترتیب دال بر مجازات محارب بر روایات تخییر مقدم می شوند. و برخی گفته اند که حتی اگر تعارض مستقر و واقعی میان این دو دسته دلیل باشد باز هم با عنایت به قراین و مرجحات خارجی از جمله خود «اصل تناسب جرم با مجازات» و نیز «اصل تفسیر مضیق» در فقه جزایی اسلام که مبتنی بر اصل مهم عدالت کیفری و همسو با روایات قول ترتیب است باز هم قول ترتیب بر قول تخییر مقدم است و اولویت می یابد.

ه) استفاد از سوال سائلین

نکته مهمی که در مقوله ارزیابی هر دو دسته روایات قول ترتیب و تخییر مغفول مانده و توجه به آن مهم است؛ فلسفه پرسش و سوالی است که سائل از معصوم در کیفیت مجازات محارب می پرسد و مترصد رفع ابهام از نحوه مجازات چنین جرمی است. (موسوی گلپایگانی ۱۴۱۲ ه ق، ج ۳: ۲۵۷)

والبته پاسخ ها همگی در مقام اجابت مشترک و ناظر به ارجاع به حاکم و امام هستند. یعنی امام حق انتخاب این چهار مجازات را برای محارب داراست. آری در همه پاسخ ها جز ذیل روایت برید بن معاویه همسو و مشترک هستند. اما همانگونه که بسیاری از فقها و مفسرین یاد آور شده اند منظور امام به هیچ وجه اختیار مطلق نیست و این خود یک تنبه و هشدار و عقب نشینی از قول تخییر مطلق است. «فإذا صرح الإمام علیه السلام بنفی التفویض إلى الإمام و وجوب مراعاة نحو الجنایة فكيف يقال بالتخییر؟! و علی الجملة فلا أقل من أن فی هذه الجملة إشعارا باختلاف الحكم باختلاف الجنایة.» (موسوی گلپایگانی ۱۴۱۲ ه ق، ج ۳: ۲۵۳)

نکته دیگر اینکه مقام بیان ذیل روایت برید بن معاویه با مقام بیان سایر روایات به لحاظ اسلوب کلام با پرسش حکیمانه سائل «قلت فمفوض ذالک الیه؟»! و پاسخ حکیمانه امام با عبارت قویم «قال لا ولكن نحو الجنایة» کاملا قابل تامل و تعمق و دارای پیام مهمی است. (حرعاملی ۱۴۰۹ ه ق ج ۲۸ باب ۱ من أبواب المحارب ح ۲: ۳۰۸)

م) نحوه پاسخگویی ناظر به رعایت عدالت و تناسب است

پر واضح است که این نحوه اجابت و روشنگری و تبیین کلام در راستای رفع اجمال و تردید سائل در چگونگی اعمال مجازاتهای چهارگانه بوده؛ و بدون تردید ناظر به اجرای مجازاتهای بر شمرده در آیه محاربه بر اساس تناسب و سختیت هر مجازاتی با جرم مربوطه میباشد. و اصولا منظور امام از عبارات «بالخیار-والی الامام..» و سایر عبارات مشابه در هیچ یک از روایات باب اجرای دلیخواهی مجازات نبوده و نیست. «قال العلامة المجلسی رضوان الله علیه عند ذکر خبر برید: صحیح، و لا ینافی هذا الخبر القول بالتخییر إذا مفاده أن الإمام یختار ما یعلمه صلاحا بحسب جنایته لا بما یشتهیه و به یمکن الجمع بین الأخبار المختلف.» (موسوی گلپایگانی ۱۴۱۲ ه ق، ج ۳: ۲۵۳)

ط) اظهار تردید برخی علمای قائل به تخییر

برخی فقها در اختیار یکی از قولین مردد مانده اند و با وجود تقید به تخییر اظهار تشکیک نموده اند. این نحوه تردید دلیل بر رعایت میزان جرم ارتكابی با مجازات است. آیت اله خمینی در تحریر می نویسد:

« حاکم در این حد، بنا بر اقوی بین قتل و به دار آویختن، و قطع به طور مخالف و نفی بلد، مخیر است. و بعید نیست که برای حاکم بهتر باشد که جنایت را ملاحظه کند و آنچه که مناسب آن است، اختیار نماید. پس اگر کشته است، حاکم، قتل یا صلب را اختیار کند. و اگر مال برداشته است قطع را اختیار نماید. و اگر شمشیر کشیده و فقط ترسانده است نفی بلد را اختیار کند. و تحقیقا کلمات فقها و روایات مضطرب است و بهتر همان است که ما ذکر کردیم. (موسوی خمینی ۱۴۲۵ ه. ق ج ۴: ۲۴۱)

ز) فقدان تنافی ماهوی ناظر به ترجیح ترتیب است

اصولا تقسیم روایات به تخییر و ترتیب از اساس کار درستی نبوده و فاقد مبنا و اساس است. و همه روایات مترصد بیان یک امر هستند و اختلاف آنها صرفا ظاهری است و هرگز تنافی ماهوی و حکمی با هم ندارند. با این رویکرد فقهی از نحوه مجازات محارب براساس تناسب مجازاتهای مقرر با جرایم ارتكابی پیشنهاد اصلاح ماده ۲۸۳ ق.م.ا.مصوب سال ۱۳۹۲ بر اساس نقد و تحلیلی که در مبحث بعدی خواهد آمد، داده می شود.

نتیجه گیری

دانستیم فقههای اسلام تلاشهای فراوانی در حل مناقشه و تبیین زوایای قولین مختلفین و تقریب مواضع این دو گروه نموده اند. اکنون در مقام داوری و اظهار نظر نهایی باید بگوئیم حق با کدام قول است؛ تخییر یا تفصیل و ترتیب؟!

قانونگذار اسلام در آیه شریفه (۳۳/مائده) منحصرا به ترتیب چهار نوع مجازات برای حد محارب بر شمرده، که در حق او اجرایی شود: ۱- کشتن (ان یقتلوا) ۲- بردار زدن (ان یصلبوا) ۳- بریدن دست و پا برخلاف (ان یقطعوا ایدیهم و ارجلهم من خلاف) ۴- تبعید یا نفییلد (او ینفوا من الارض)

نکته مهم در این مقطع آن است که هرچند مفهوم این مجازات ها روشن است و فقههای مسلمان نیز مجازات محارب را از این چهار حالت خارج نمی دانند؛ لیکن در خصوص کیفیت انتخاب هریک از این مجازات های چهارگانه اختلاف نظر بوده و مباحث مناقشه برانگیزی حادث شده است شایان ذکر است همین اختلاف نظر در میان فقههای اهل سنت نیز وجود دارد. فقههای شافعی، حنفی و حنبلی قائل به ترتیب هستند، ولی فقههای مالکی قائل به تخییرند. قول به تخییر مختار شیخ مفید (عيله الرحمه) در المقنعه می باشد. 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 التنقیح و کنز العرفان و شیخ جعفر کاشف الغطاء در کشف الغطاء و بسیاری دیگر از اکابر این قول را برگزیده اند.

دلایل اختیار این قول بطور خلاصه عبارت انداز: -ظاهر آیه شریفه و ذکر حرف «او» ۲- اخباری چون صحیح حریز با محوریت لفظ «او» ۳- ناطقه بالتخییر بودن بعضی روایات از جمله: حسنه جمیل بن دراج، طرفداران قول دوم یعنی ترتیب، معتقدند کلمه او برای تنويع است نه تخییر؛ باین بیان که حد محارب و مفسد یکی از انواع چهارگانه بقدر جنایات ارتكابی است. قول به ترتیب (تنويع و تفصیل) مختار شیخ الطائفه ابو جعفر طوسی (عيله الرحمه) در نهایه است. وی در المبسوط و خلاف و تبیان متمایل به این مشی است. کسانی چون ابن جنید اسکافی در مجموعه فتاوی؛ سید بن زهره در غنیة النزوع؛ ابن براج در المهذب؛ راوندی در فقه القرآن؛ علامه حلی در تلخیص المرام؛ عیاشی در تفسیر؛ ابن حمزه در الوسيله؛ و صدوق در من لایحضره الفقیه فتوی به ترتیب داده اند. مضافا آنکه اکثر کتب فقهی قول به ترتیب را تقویت کرده اند.

عمده دلایل قائلین به ترتیب عبارتند از: ۱- استبعاد و ابای عقلی در مجازات واحد و یکسان برای عقوبات متعدده. علامه طباطبایی بر این دلیل صحه گزارده و می فرماید: «شدت و ضعف عقوبات مثبت این ادعاست.» ۲- شهرت عملی. ۳- دلالت اخبار از جمله صریح روایت خثعمی. و نیز دانستیم که دیدگاه اکثریت فقهای اهل سنت نیز همانند شیعه ناظر به برتری قول ترتیب است.

در مقام داوری و تعیین قول حق باید گفت: اصولاً تقسیم روایات به تخییر و ترتیب از اساس کار درستی نبوده و فاقد مبنا و اساس درستی است. یعنی همه روایات مترصد بیان یک امر هستند و اختلاف آنها صرفاً امری ظاهری است و هرگز تنافی ماهوی و حکمی با هم ندارند. مضافاً آنکه ادله هشتگانه اقامه شده در ترجیح قول ترتیب مثبت این ادعا است و ناظر به ترجیح قول ترتیب است. با این رویکرد فقهی نحوه اعمال مجازات محارب مبتنی بر قول ترتیب و تناسب مجازاتهای مقرر با جرایم ارتكابی است. فایده عملی و کاربردی این پژوهش، پیشنهاد اصلاح ماده ۲۸۳ ق.م.ا.مصوب سال ۱۳۹۲ می باشد.

راهکار و پیشنهاد

۱. به مقتضای اجتهاد پویا و راهگشا، و به مدد فقهای مبرز و مجامع بالادستی و اهل فن در پالایش و تنقیح و ارایه و معرفی بهترین قول صواب در موارد اختلافی و مجمل و مشتبه از جمله در مانحن فیه اهتمام شود. تا ابهام و اجمال آن به قوانین مصوب تسری ننماید.

۲. قانونگذار کیفی در راستای صیانت از اصول حاکم بر حقوق جزا بویژه اصل تفسیر مضیق و به لحاظ حفظ دماء در اصلاح ماده ۲۸۳ ق-م-ا-مبتنی بر قول ترتیب و تناسب جرم و مجازات بکوشد.

منابع و ماخذ

قرآن کریم

۱. آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی ۱۴۱۷ ه ق ، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ۲ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، سوم،
۲. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن ۱۴۱۶ ه ق ، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول،
۳. اصفهانی، مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، حدود و قصاص و دیات (مجلسی)، در یک جلد، مؤسسه نشر آثار اسلامی، تهران - ایران، اول، ه ق
۴. اردبیلی، احمد بن محمد ه ق (بی تا)، زبدة البیان فی احکام القرآن، در یک جلد، المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار الجعفریة، تهران - ایران، اول،
۵. اردبیلی، احمد بن محمد ۱۴۰۳ ه ق ، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ۱۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول
۶. اسکافی، ابن جنید، محمد بن احمد کاتب بغدادی، مجموعه فتاوی ابن جنید، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ ه ق
۷. ابن رشد، محمد بن احمد، بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، بیروت، دار ابن الحزم. (ج ۲) ۱۴۲۰ ه ق
۸. ابن جزی محمد بن احمد بن جزی الغرناطی با تحشیه و تحقیق ماجد الحموی، القوانین الفقهیه فی تلخیص مذهب المالکیه والتنبیه علی مذهب الشافعیه و الحنفیه و الحنبلیه، بیروت لبنان - منشورات دار ابن الحزم، طبع الاولی، ۱۴۳۴ ه ق
۹. بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری ۱۴۱۳ ه ق ، المقنعة (للشیخ المفید)، در یک جلد، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمه الله علیه، قم - ایران، اول،

۱۰. جرجانی، سید امیر ابو الفتح حسینی، تفسیر شاهی، ۲ جلد، انتشارات نوید، تهران - ایران، اول، ۱۴۰۴ ه ق
۱۱. الجزیری، عبدالرحمن، ۱۴۰۶ ق الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چاپ اول،
۱۲. خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله، ۲ جلد، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم - ایران، اول، ه ق
۱۳. خمینی، سید روح الله موسوی - مترجم: اسلامی، علی، تحریر الوسیله - ترجمه، ۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۲۱، ۱۴۲۵ ه ق
۱۴. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، ۱۴۱۸ ه ق، ریاض المسائل (ط - الحدیثه)، ۱۶ جلد، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم - ایران، اول،
۱۵. حلّی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد ۱۴۱۰ ه ق، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم،
۱۶. حلّی، مقداد بن عبد الله سیوری، ۱۴۲۵ ه ق کنز العرفان فی فقه القرآن، ۲ جلد، انتشارات مرتضوی، قم - ایران، اول،
۱۷. حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی ۱۴۰۷ ه ق، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، ۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول،
۱۸. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی ۱۴۲۰ ه ق، تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه (ط - الحدیثه)، ۶ جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول،
۱۹. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی ۱۴۱۳ ه ق، مختلف الشیعۀ فی أحكام الشریعۀ، ۹ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم،
۲۰. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی ۱۴۰۳ ه ق، نهاییه الاحکام فی معرفۀ الاحکام، ۲ جلد، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۹ ه ق
۲۱. حلّی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف ۱۳۸۷ ه ق، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، اول،
۲۲. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، ۱۴۰۸ ه ق، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم،
۲۳. الزحیلی، وهبۀ، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر، چهارم، (ج ۵)، تهران، احسان، ۱۴۰۵ ه ق
۲۴. زیدان عبدالکریم، المفصل احکام المراه البیت المسلم، موسسه دار الرساله، جزء الخامس بغداد، طبعه الاولی (ج ۵۱۴۱۳ ه ق)
۲۵. راوندی، قطب الدین، سعید بن عبدالله، ۱۴۰۵ ه ق فقه القرآن (لراوندی)، ۲ جلد، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - رحمه الله، قم - ایران، دوم،
۲۶. شهید اول ۱۴۱۴ ه ق، غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد، ۴ جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول،
۲۷. شهید اول، محمد بن مکی عاملی ۱۴۱۰ ه ق، اللعنه دمشقیه فی فقه الإمامیه، در یک جلد، دار التراث - الدار الإسلامیه، بیروت - لبنان، اول،
۲۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی ۱۴۱۰ ه ق الروضه البهیة فی شرح اللعنه دمشقیه (المحشی - کلاتر)، ۱۰ جلد، کتابفروشی داوری، قم - ایران، اول،
۲۹. شهید ثانی زین الدین بن علی عاملی ۱۴۱۳ ه ق، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم - ایران، اول،

۳۰. الصاوی المالکی ابوالعباس احمد بن محمد الخلوئی الشهیر بالصاوی المالکی، بلغه السالک لاقرب المسالک المعروف بحاشیه علی الشرح الصغیر، دارالمعارف، بی جا (ج ۴)، بی تا ه ق
۳۱. صدوق، محمد بن علی بن بابویه، الهدایة فی الأصول و الفروع، در یک جلد، مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق
۳۲. صیمری، مفلح بن حسن (حسین) ۱۴۲۰ ه ق، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، ۴ جلد، دار الهادی، بیروت - لبنان، اول،
۳۳. صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، تلخیص الخلاف و خلاصة الاختلاف - منتخب الخلاف، ۳ جلد، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، قم - ایران، اول، ۱۴۰۸ ه ق
۳۴. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن ۱۴۰۷ ه ق، الخلاف، ۶ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول،
۳۵. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن ۱۴۰۰ ه ق، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، در یک جلد، دار الکتب العربی، بیروت - لبنان، دوم،
۳۶. عاملی، ترحینی سید محمد حسین ۱۴۲۷ ه ق، الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة، ۹ جلد، دار الفقه للطباعة و النشر، قم - ایران، چهارم،
۳۷. عاملی، حرّ، محمد بن حسن ۱۴۰۹ ه ق، وسائل الشیعة، ۳۰ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول،
۳۸. عوده، عبد القادر، التشريع الجنایی مقارنا بالقانون الوضعی، ج ۲، چ ۱۳، بیروت، مؤسسه رسالت، (دارالکتب العربی، بیروت) ۱۹۹۴ م
۳۹. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی ۱۴۱۲ ه ق « الدر المنضود فی أحكام الحدود » ۳ جلد، دار القرآن الکریم، قم - ایران، اول،
۴۰. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، الکافی (ط - الإسلامیة)، ۸ جلد، دار الکتب الإسلامیة، تهران - ایران، چهارم، ۱۴۰۷ ه ق
۴۱. فقعی، علی بن علی بن محمد بن طی، الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الإیقات و العقود، در یک جلد، مکتبه امام العصر (عج) العلمیة، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق
۴۲. فیض، علیرضا (۱۳۶۹ ه ش) مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام ۲ ج، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی چاپ دوم پاییز
۴۳. مالک بن انس بن مالک بن عامر، الاصبیحی المدني، المدونه الكبرى، الناشر دارالکتب العلمیه الطبع الاولی ج-۴-۱۶، ۱۴۱۵-۱۹۹۴ م
۴۴. محبوبی سید نصرالله زرگریان، طه فاطمی نیا یوسف لزوم رعایت ترتیب در اجرای مجازات محارب در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ فصلنامه کاوشی در فقه، سال ۲۴ ش ۴۱۳۸۶
۴۵. موسوی عاملی، محمد بن علی ۱۴۱۱ ه ق، نهاییة المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام، ۲ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول،
۴۶. موسوی خویی، سید ابو القاسم ۱۴۲۲ ه ق، مبانی تکملة المنهاج، ۲ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، قم - ایران، اول،
۴۷. نجفی، الاصفهانی صاحب الجواهر، محمد حسن ۱۴۰۴ ه ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، دار إحياء التراث العربی، بیروت - لبنان، هفتم،

امکان نجی جرم الکاری برخی مصدق و ندالیم در بکارگیری برخی از ظرفیت های قضی قانون ... ۲۰۱

۴۸. مرکز کامپیوتری علوم اسلامی ، نرم افزار جامع فقیهه ۲

۴۹. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۲۸

An overview of the jurisprudential principles of change and order in relation to the quality of the punishment of the enemy⁵

Mohamadbrahim Mojahed⁶ Ahmad Abedini najaf abadi⁷ Javad Panjehpour⁸

Abstract

A brief look at the jurisprudential history of the debate we came across two promises of change and order. Because sometimes the evidence leads to the abandonment of the primary appearance and the removal of iodine from the main literal meaning, in which case the primary meaning is stagnant, and the word acquires a secondary meaning. Like the repeated repetition of the word "he" in the verse of Moharebeh. Another example is what has been said: Citing the two verses of expiation of oath and expiation of Hajj has made the above-mentioned cases optional in the case of the agent of Bahma, therefore, this word also has an optional meaning in the punishment of the enemy! Sheikh Tusi in his book Khalaf rejects this argument and says: But where there is atonement, there is a journey from fear to violence. Therefore, the analogy of "him" in expressing the four punishments to the expiation of swearing and Hajj is completely unjustified. As for the Sunni jurists, Shafi'i, Hanafi and Ahmad have considered the preferred word as the order, and Lee Malik has believed in the optional change which is related to the same word. In total, in the study, eight reasons were presented for preferring the promise of order over choice. As a result, Saeb's promise on how to apply the four punishments is order. In addition, reflection is inferred in the narrations of the chapter, these two promises do not have a substantial contradiction with each other, even the promise of change corresponds to the order and proportionality of the crime with the punishment. So the legitimacy of the promise of order is proved. It is worthwhile for the criminal legislator to try to amend Article 283 of the Penal Code, based on the promise of order.

Keyword: *Keywords: change Arrangement Quality of punishment Moharebeh.*

⁵- Receive Date: 13 May 2021, Accept Date: 15 August 2022.

⁶- PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Department of Human sciences and Law, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran.

⁷- Professor of seminary and university, supervisor (responsible author), Department of Human sciences and Law, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran. ahmadabedinia@yahoo.com

⁸- Assistant Professor, Faculty of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Department of Human sciences and Law, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran.