

## اعمال مجازات محاربه به جرایم قابل تعزیر

دکتر علیرضا تقی پور (نویسنده مسئول)\*

دکتر محمدحسن اسدی\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۳/۱۲/۲۰

تاریخ دریافت: ۹۳/۹/۲۶

### چکیده

نظام تقنینی ایران پس از انقلاب اسلامی در راستای اجرای احکام اسلامی، مجازات‌های شرعی را جایگزین مجازات‌های عرفی نمود. به جز در بخش تعزیرات که انتخاب نوع و مقدار آن به تشخیص قاضی می‌باشد، در سایر بخش‌ها، نوع و مقدار آن کاملاً معین شده به گونه‌ای که تخطی از آن چه در نوع و چه در مقدار، حرام تلقی شده است. حد از جمله این موارد به شمار می‌رود. به عبارت دیگر به دلیل مصالح خاصی که مدنظر شارع مقدس قرار داشته است، امکان تخفیف و پذیرش گذشت نسبت به جرایم مستوجب حد از قاضی سلب شده و مکلف به صدور حکم عیناً به‌مانند آن‌چه که در شریعت در نظر گرفته شده است، می‌باشد. برخلاف تعزیر، حد مجازاتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین شده است. اما قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران، مجازات برخی از جرایم مستوجب تعزیر را مشمول مجازات محاربه به‌عنوان یکی از مصادیق جرایم مستوجب حد قرار داده است. بنابراین به رغم این که جرایم مستوجب تعزیر از تخفیف مجازات و تبدیل به مجازات سبک‌تر و گذشت برخوردار هستند، امکان اعمال مزایای مزبور نسبت به این دسته از جرایم از بین رفته است. موضوعی که مشروعیت اقدام قانون‌گذار را با تردید جدی مواجه کرده است.

کلید واژه ها: حد، تعزیر، اعدام، اصلاح مجرم

arlaw2009@yahoo.com

\* استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا همدان

\*\* استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا همدان

## مقدمه

برخی از جرایم به دلیل شدت خطری که برای جامعه داشته و به لحاظ مفسده عظیمی که به بار می‌آورد، شارع مقدس را بر آن داشته که مستقیماً به تعیین مجازات برای آن‌ها بپردازد بدون این که اجازه دخل و تصرف در آن را به حاکم بدهد. به چنین مجازاتی، حد گفته می‌شود که نوع و میزان آن به صراحت معین شده است (نجفی، ج ۱، ص ۲۵۴). مجازات محاربه یکی از انواع آن به شمار می‌رود. محاربه از ریشه «حرب» گرفته شده است که متضاد کلم «سلم» به معنی صلح می‌باشد. محاربه در اصل به معنی سلب و گرفتن است و از این جهت در مورد کسی که برای جنگیدن با دیگران یا ترساندن آنان سلاح می‌کشد به کار می‌رود که وی قصد گرفتن جان یا مال یا امنیت دیگران را دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۱۰). محاربه یکی از چهار<sup>۱</sup> جرمی است که در قرآن مجید برای آن کیفر حد معین شده است. قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران مجازات محاربه را در ماده ۲۸۲ قانون مجازات اسلامی پیش بینی کرده است و در خصوص جرایمی مانند همکاری با دولت های خارجی متخاصم (ماده ۵۰۸ قانون تعزیرات)، جعل اسکناس رایج داخلی و خارجی (ماده ۵۲۶ قانون تعزیرات)، اجتماع و تبانی برای ارتکاب جرم (ماده ۶۱۰ قانون تعزیرات)، ماده ۱ از قانون مجازات عبوردهندگان از مرز مصوب ۱۳۶۷ و در بسیاری از مواد قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح از جمله جعل، خودداری از انجام ماموریت، سرقت وسایل نظامی و غیره، مجازات محارب را برای مرتکبین آن در نظر گرفته است. در مقاله حاضر که در سه گفتار تنظیم شده، سعی گردیده مشخص شود آیا اقدام قانون‌گذار در اعمال مجازات محاربه برای جرایم قابل تعزیر از مشروعیت برخوردار است یا خیر؟

## گفتار نخست - مفهوم تعزیر

هیچ یک از احکام و مقررات اسلام، بدون حکمت و فلسفه‌ای وضع نگردیده است و وظیفه فقیه، کشف و استنباط آن با توسل به منابع اسلامی است. بررسی مفهوم تعزیر از نظر لغوی و تعاریفی که فقها در این رابطه ارائه کرده‌اند در راستای درک علت وجودی این مجازات شرعی است.

## الف - از نظر لغوی

واژه تعزیر که مصدر باب تفعیل از ریشه «عزر» است، علاوه بر فرهنگ‌های مهم و معتبر عربی، در فرهنگ‌های فارسی نیز وارد شده و معانی متعددی برای آن ذکر شده است هر چند معانی مزبور در حقیقت ترجمه‌ای از معانی تعزیر در فرهنگ‌های عربی است.

در فارسی، تعزیر به معنی نکوهش کردن، سرزنش کردن، ادب کردن (عمید، ص ۵۸۸) و با توجه به این که واژه تعزیر از اضداد محسوب شده، علاوه بر معانی پیش گفته، واجد معانی یاری دادن و توانا کردن نیز آمده است. (نفیسی، ج ۲، ص ۹۰۶). در فرهنگ‌های عربی نیز برای تعزیر، معانی ملامت و سرزنش، ضرب کمتر از حد (ابن منظور، ج ۴، ص ۳۲۵)، تکریم نمودن، محترم شمردن (جوهری، ج ۲، ص ۷۴۴) و بازداشتن آمده است؛ زیرا باعث منع مجرم از تکرار جرم می‌شود (ابن اثیر، ج ۳، ص ۹۰۵).

تعریف اصطلاحی تعزیر از معانی لغوی آن دور نیفتاده است به گونه‌ای که تعزیر، مجازات شرعی دانسته شده که شارع، میزان معینی برای آن در نظر نگرفته است و برای تأدیب مجرم و منع وی از تکرار جرم اعمال می‌گردد (جعفری لنگرودی، ص ۱۶۳) بدین ترتیب، با ملاحظه تمام معانی و تعبیرات مشخص می‌شود آنچه در

تعزیر به عنوان معنای اصلی مطرح است، تأدیب و منع خاطی می‌باشد. در قرآن کریم در هیچ آیه‌ای، کلمه تعزیر به معنای عقوبت و مجازات استعمال نشده<sup>۲</sup> و در آن موارد، معانی تعظیم و احترام مد نظر بوده است (موسوی اردبیلی، ص ۴۳).

#### ب- از دیدگاه فقها

فقها به هنگام بحث در زمینه حقوق کیفری اسلام، تعزیر را به عنوان یکی از مهمترین مجازات‌های شرعی مورد توجه قرار داده‌اند که در این قسمت، تعاریف فقهای امامیه و عامه را به تفکیک مورد اشاره قرار می‌دهیم.

#### ۱- فقهای امامیه

تعبیر و تعاریف فقهای امامیه از تعزیر را به دو دسته جداگانه می‌توان تقسیم کرد. برخی از فقها، مطلق جرایمی را که مجازات آنها از جانب شارع معین نگردیده است قابل تعزیر می‌دانند و برخی دیگر با افزودن قید غالباً، تعزیر را مجازاتی می‌دانند که غالباً مقدار آن از جانب شارع معین نگردیده است تا مواردی را که میزان تعزیر از طرف شارع معین شده است نیز در بر بگیرد.

برخی از فقهای امامیه معتقدند که افعال دارای مجازات‌های معین را حد و آن افعالی که این گونه نباشد را باید تعزیر نامید (محقق حلی، ج ۴، ص ۱۴۷). اما این تعریف واجد ایراداتی است. نخست این که، تعریف مزبور شامل مواردی که میزان تعزیر از طرف شارع تعیین شده است نمی‌گردد. دوم این که، جامع و مانع نیست و به همین دلیل باید گفت تعزیر، تأدیبی است که معنای شرعی آن مجازات یا نکوهشی است که غالباً از طرف شرع تعیین نشده است.

در تعریف دیگری از تعزیر آمده است که هرگاه رفتاری، گناه شمرده شده باشد تعزیر واجب می‌گردد (طباطبایی، ج ۲، ص ۵۱۹) و دیگری، تعزیر را مجازات غیر معینی می‌داند که در برابر ارتکاب فعل حرامی که مستوجب حد نمی‌باشد واجب می‌گردد (موسوی الخمینی، ج ۲، ص ۶۰۷ و خویی، ج ۱، ص ۳۳۷).

با دقت در تعاریف ارائه شده ملاحظه می‌گردد که تفاوتی بین آنها وجود ندارد و فقهای امامیه، تعزیر را عقوبتی غیر معین می‌دانند که اولاً به میزان حد نرسد و ثانیاً، در برابر جرایمی اعمال می‌شود که میزان مجازات مشخص نداشته باشند. همچنین در اکثر تعاریف، تعزیر با لفظ «تأدیبه» تعریف شده است که بیانگر نظر فقها درباره علت وجودی آن است.

## ۲- فقهای عامه

فقهای اهل سنت در تعریف تعزیر به همان شیوه فقهای امامیه عمل کرده‌اند و تعاریف و تعبیر آنان تفاوت چندانی با تعاریف فقهای مزبور ندارد.

«ماوردی» از فقهای شافعی در تعریف تعزیر می‌گوید: «التعزیر تأدیبه علی ذنوب لم تشرع فیها الحدود. یختلف حکمه باختلاف حاله (ای حال الذنب) و حال فاعله». تعزیر، تأدیبی است در برابر گناهایی که در شرع، حد خاصی ندارد و با توجه به نوع جرم و وضعیت مجرم اعمال می‌گردد (ماوردی، ص ۲۳۶).

«ابن قدامه مقدسی» از فقهای حنبلی در تعریف تعزیر می‌نویسد: «هو التأدیبه، واجب فی کل معصیه لاحد فیها و لا كفاره» تأدیبی است درباره گناهایی که حد شرعی و كفاره برای آن تعیین نشده است (ابنی قدامه، ج ۱۰، ص ۳۴۳). در این

تعریف، علاوه بر مشمول حد قرار نگرفتن جرایم مستوجب تعزیر، معاصی مستوجب کفاره نیز مشمول تعزیر قرار نگرفته‌اند.

در تعریف مشابه دیگری، «ابوبکر کاسانی» از فقهای مذهب حنفیه می‌گوید: «التعزیر سبب وجوبه ارتکاب جنایه لیس لها حد فی الشرع». تعزیر به سبب ارتکاب جنایتی که در شرع، مجازات مقدر ندارد واجب می‌گردد (کاسانی، ج ۷، ص ۹۴). حقوق‌دانان اهل تسنن نیز در تعریف تعزیر، تبعیت خود را از نظر فقها نشان داده‌اند (عامر، ص ۳۶).

ملاحظه می‌گردد نزد فقهای اهل تسنن از هر فرقه‌ای که هستند، تعزیر به‌عنوان تأدیبی تعبیر شده است که هدف از آن اصلاح و بازسازی مجرم است تا علاوه بر این که فرد مجرم تطهیر گردد، جامعه نیز از تعدی وی مصون باشد. بدین ترتیب، از تعاریف ارائه شده این‌گونه استنباط می‌شود که هدف شارع، نیل به مقاصد اصلاحی و تربیتی است. به همین دلیل، اعمال مجازات‌هایی مانند قتل و قطع عضو که باعث عدم تحقق چنین هدفی می‌شود، ممکن نخواهد بود. ضابطه و معیاری که در رابطه با نحوه تعیین تعزیر از سوی فقها مطرح شده، مؤید چنین دیدگاهی است.

### گفتار دوم - نحوه تعیین تعزیر

در این خصوص که آیا مصادیق تعزیر متنوع هستند یا خیر؟ دو نظریه توسط فقها ارائه شده است. گروهی، تعزیر را منحصر در تازیانه می‌دانند و سایر مصادیق حبس و تبعید را به‌عنوان بدل تازیانه معرفی کرده‌اند و گروهی دیگر علاوه بر تازیانه، سایر مصادیق را نیز مشمول تعزیر قرار داده‌اند. اما قبل از توضیح

نظریات مزبور، لازم است یکی از قواعد معتبر و قابل استناد یعنی قاعده «التعزیر دون الحد» که پایه و مبنای تعیین میزان تعزیر است بررسی شود.

#### الف- قاعده «التعزیر دون الحد»

این قاعده به دلیل این که در احادیث از طرف ائمه اطهار (ع) صراحتاً به مفاد آن اشاره شده است، در کلام فقها به هنگام بحث از ضوابط تعیین تعزیر بارها مورد استفاده قرار گرفته است. هر چند که در قرآن کریم اشاره‌ای به آن نشده است.

چنان که در بخش مفهوم تعزیر گذشت، این قاعده آن چنان با تعزیرات آمیخته است که اکثر لغت شناسان، معنای اصطلاحی تعزیر را کیفر تأدیبی پایین تر از حد دانسته‌اند. با این وجود، لازم است به برخی از روایات مؤید این قاعده اشاره گردد؛ حماد بن عثمان از حضرت امام جعفر صادق (ع) نقل می‌کند که امام در پاسخ به سوال وی درباره مقدار تعزیر می‌فرمایند: «مقدار تعزیر کمتر از حد می‌باشد که طبق نظر و صلاحدید امام با توجه به جرم و قدرت بدنی مجرم اعمال می‌شود» (حر عاملی، ج ۲۸، ص ۳۷۵). همچنین از امام صادق (ع) درباره کسی که به دیگری گفته «ای حرام زاده» نقل شده است که می‌فرمودند: «تعزیر می‌شود که کمتر از حد است» (کلینی، ج ۷، ص ۲۰۶).

در تعاریف فقها در مورد تعزیر نیز ملاحظه گردید که ایشان، پایین تر از حد بودن را در تعزیر، اصل می‌دانند. چنان که در باب این قاعده آمده است: «هیچ گاه مقدار تعزیر به اندازه حد نمی‌رسد و پایین تر از آن است» (طوسی، ج ۳، ص ۲۲۴). صاحب جواهر بر این مطلب ادعای اجماع می‌کند، آن جا که می‌نویسد: «اختلاف و اشکالی از نظر نص و فتوی وجود ندارد در این که هر کس فعل حرامی انجام دهد یا امر واجبی را ترک کند و از گناهان کبیره باشد، امام می‌تواند او را تا اندازه‌ای که

به میزان حد نرسد تعزیر کند» (نجفی، ج ۱، ص ۴۸). محقق نیز موضع کاملاً مشابهی در این مورد اتخاذ کرده است (محقق حلی، ج ۴، ص ۱۶۸).

اما مساله مهمی که در خصوص این قاعده مطرح می‌گردد، تفاسیر و تعبیری است که درباره واژه «دون» ارائه شده است به گونه‌ای که در یک تفسیر، «دون» به معنای رتبه‌ای پایین‌تر یا عدد کمتر مطرح شده است و در تأیید این نظریه به آیه ۱۱ سوره جن استناد شده است که می‌فرماید: «و انا منا الصالحون و منا دون ذلک» که در این جا به پایین‌تر از صالحان از لحاظ رتبه تعبیر شده است (طبرسی، ج ۱۰، ص ۱۵۰). هرگاه قایل به چنین معنایی شویم در این صورت لازم می‌آید که تعزیر هم از لحاظ عددی و هم از نظر رتبه کمتر از حد باشد.

معنای دیگری که برای این واژه مطرح شده است، قرب و نزدیک بودن با چیزی است. مجدداً در این رابطه نیز به آیاتی از قرآن کریم استناد شده است. در آیه ۶۲ از سوره الرحمن می‌فرماید: «و من دونهما جنتان» و در تفسیر آن آمده است که دون در این آیه، مکانی نزدیک به یک چیز نسبت به مکان دیگری است که به آن شیء به آن اندازه نزدیکی ندارد (طبرسی، ج ۹، ص ۳۵۰). اگر چنین معنایی پذیرفته شود، نتیجه این خواهد شد که تعزیر نمی‌تواند مشابه حد از لحاظ مقدار و نوع باشد بلکه، مجازات‌هایی از همان جنس حدود را می‌توان انتخاب کرد که همانند خود حد نباشند<sup>۳</sup>؛ زیرا معنای قرب و نزدیکی چیزی به چیز دیگر، همانند شدن نیست. به عنوان مثال، اگر پایین‌ترین حد، ۷۵ ضربه شلاق باشد معنای قرب، تجویز آن در تعزیرات تا ۷۴ ضربه است. در غیر این صورت از حالت قرب خارج می‌شود.

معنای دیگری که برای واژه «دون» به کار رفته است، غیر و سوی می‌باشد. مانند آیه ۸۲ سوره انبیاء که می‌فرماید: «و من الشیاطین من یغوصون له و یعملون



عملاً دُونَ ذلک» (برخی از شیاطین را مسخر سلیمان نمودیم که در دریا غواصی کنند یا به کار دیگری بپردازند) و یا آیه ۲۳ سوره بقره: «و ادعوا شهداء کم من دُونَ ال...» (و گواهان خود را به جز خدا بخوانید) (معرفت، ص ۱۰۲). مطابق این معنا نیز تعزیر، عقوبتی غیر از حد است. به عبارت دیگر، اگر مجازات یک جرم مستوجب حد، قتل و یا قطع عضو است، جرم تعزیری را با این موارد نمی توان مجازات کرد و باید به طریقی غیر از آنچه که به عنوان حد شناخته شده است تعزیر نمود. در نتیجه هر یک از تفاسیر فوق الذکر مورد پذیرش قرار گیرد، تحمیل حد نسبت به جرم تعزیری توجیه خود را از دست می دهد.

#### ب- نظریه انحصار تعزیر در تازیانه

طرفداران انحصار معتقدند که در تعزیرات، اصل بر تازیانه است و مجازات‌های دیگر که به عنوان تعزیر اجرا می‌شود، عنوان بدل داشته و لذا باید در مقام اجرا، دقیقاً مورد سنجش قرار بگیرد تا از نظر تاثیر از مبدل‌منه تجاوز ننماید. در نتیجه، اختیار سایر عقوبت‌ها برخلاف اصل است، مگر این که برابر با عقوبت تازیانه باشد و بزه‌کار نیز به آن رضایت دهد. در غیر این صورت قابل اجرا نیست. (محقق داماد، ص ۲۰۹). همچنین در نظریه دیگری آمده است: «مقصود از تعزیر، ضرب با تازیانه به میزان کمتر از حد است و عقوبت‌های دیگر برخلاف اصل حرمت حبس و اخذ مال است مگر این که مجرم به آن رضایت دهد و اختیار عقوبت‌های دیگری غیر از تازیانه، محدود به همان موارد منصوصی است که مورد حکم شارع قرار گرفته است (صافی گلپایگانی، ص ۲۷ و ۲۶). علت چنین نظریه‌ای این می‌تواند باشد که با بررسی عبارات علمای لغت به این نتیجه می‌رسیم که تعزیر در لسان شارع و عرف متشرعه مسلمین به مجازات تازیانه به میزانی پایین تر از حد منصرف است و همین امر باعث شده است که لفظ مزبور در همین معنا

ظهور یابد. اما در پاسخ به این نکته برخی معتقدند که در قدیم الایام، تنبیه مجرمین غالباً به صورت تازیانه بوده است و هر زمان لفظ تعزیر به کار می‌رفته، تازیانه در نظر افراد متجلی می‌شده است و به همین دلیل، تصور بر این قرار گرفته است که تعزیر، مصداق دیگری ندارد (محقق داماد، ص ۲۱۵). در حالی که تعزیر، دارای مفهوم مطلق است و ضرب با تازیانه فقط یکی از مصادیق بارز آن می‌باشد و روایات متعددی نیز بر همین امر دلالت می‌کند که در ادامه به آن اشاره خواهد شد.

از جمله دلایل دیگری که قائلین به انحصار مطرح کرده اند، اصل استصحاب است. به این معنا که حسب روایات، تعزیر به ضرب کمتر از حد، مسلم است و با تردید در این که آیا عقوبت‌های دیگر نظیر حبس و جریمه مالی نیز می‌تواند از مصادیق تعزیر محسوب گردد یا خیر؟ به مقتضای اصل، حرمت حبس و احترام مال افراد و عدم جواز اخذ آن بدون طیب نفس، استصحاب می‌شود و جایز نبودن تعزیر به غیر ضرب به دست می‌آید (صافی گلپایگانی، ص ۵۰). اما در ایراد به این دلیل باید گفت رجوع به اصل در صورتی است که فاقد دلیل اجتهادی باشیم. در حالی که در این مساله، دلیل اجتهادی داریم و آن، وسعت مفهوم تعزیر و اطلاق آن است که شامل عقوبت‌های دیگر نیز می‌شود.

با ملاحظه آنچه مطرح شد، در می‌یابیم با توجه به هدفی که در وضع تعزیر، مورد نظر شارع مقدس بوده و در کلام فقها نیز ظاهر گشته است که همانا تحقق اهداف تأدیبی و اصلاح‌کننده مجرم و بازداشتن وی از ارتکاب مجدد گناه است، پذیرش تازیانه به عنوان تنها مصداق تعزیر با این مقصود منافات دارد. اما حتی در صورت پذیرش دلایل این گروه، زمانی که مجازات‌هایی مانند جزای نقدی، حبس و یا تبعید که در مقایسه با سلب حیات و قطع عضو خفیف به‌شمار

می‌آیند خلاف شرع محسوب می‌گردد، بدیهی است سلب حیات و قطع عضو نیز که از مصادیق حد هستند نمی‌توانند جزو مصادیق تعزیر مطرح شوند.

### ج- نظریه تنوع تعزیر

در برابر نظریه انحصار تعزیر در تازیانه، گروهی از فقها دیدگاه تنوع تعزیر را مطرح نموده‌اند. طرفداران این نظریه با پذیرش قاعده «التعزیر دون الحد» و پذیرش مبنای تشریح تعزیر از طرف شارع که تادیب و اصلاح مجرم و منع وی از ارتکاب مجدد گناه است و به دلیل این که تعزیر اساساً از باب رحمت الهی بوده و برای تطهیر مجرم وضع گردیده است، معتقدند هر نوع عقوبتی مطابق با این شرایط می‌تواند به عنوان تعزیر محسوب گردد. بنابراین شرط، تعزیر از نوع خاص نمی‌باشد بلکه، شرط این است که پایین‌تر از حد باشد و نیز به گونه‌ای باشد که با توجه به نوع جرم و وضعیت مجرم بتواند هدف مورد نظر از تحمیل مجازات را تأمین نماید.

قائلین به تنوع تعزیر، دلایلی را در تأیید نظر خود مطرح کرده‌اند. از جمله این که نزد لغت شناسان، اصل تعزیر، منع و تادیب است و دارای آن چنان مفهوم مطلق است که انواع عقوبت‌ها مانند تازیانه، توبیخ، حبس، جریمه مالی و ... را در بر می‌گیرد و احتمالاً علت تأکید بر تازیانه، شدت تأثیر آن و قابلیت دسترسی به آن نسبت به سایر مصادیق است (منتظری، ج ۳، ص ۴۸۹).

دلیل دیگری که توسط این عده مطرح شده است، روایات متعددی است که در آنها غیر از تازیانه، عقوبت‌های دیگری نیز به عنوان تعزیر تعیین شده است. از جمله درباره ربا گیرنده آمده است که به هر طریقی که باشد تادیب می‌شود (حر عاملی، ج ۲۸، ص ۳۷۱). همچنین درباره کسی که گوشواره دختری را ربوده بود، امام (ع)

فرمودند که وی باید علاوه بر تادیب بدنی، به زندان بیافتد (حر عاملی، ج ۲۸، ص ۲۶۹). این گروه با استناد به روایاتی نظیر روایات مزبور که بسیار نیز می‌باشند معتقد هستند که عقوبت‌های غیر از تازیانه، جزو مصادیق تعزیر هستند. بدیهی است فقهای امامیه نیز بر اساس روایاتی نظیر آنچه که مطرح شد درباره نوع تعزیر نظر داده‌اند. علامه حلی می‌گوید: «اجرای تعزیر با تنبیه بدنی، حبس و جریمه مالی محقق می‌شود» (حلی، ج ۲، ص ۲۳۹) و صاحب جواهر که یکی از موارد تعزیر را لاک و مهر نمودن خانه کسی می‌دانند که به حکم حاکم در دادگاه حاضر نشده است (نجفی، ج ۴۰، ص ۱۳۵).

از میان فقهای عامه نیز ابن قدامه در این باره می‌گوید: «تعزیر با زدن، زندانی کردن و توبیخ محقق می‌گردد» (ابن قدامه، ج ۱۰، ص ۳۵۶). کاسانی نیز می‌نویسد: «تعزیر مقدار خاصی ندارد. گاهی به وسیله زدن انجام می‌گیرد و گاهی به وسیله حبس وی گاهی به غیر این دو» (کاسانی، ج ۷، ص ۹۴).

با توجه به آنچه که مطرح گردید، چه سخن آن دسته از فقها که تعزیر را منحصر در تازیانه و چه آن دسته که تعزیر را متنوع می‌دانند مورد پذیرش قرار دهیم، مشخص است که تعزیر از حیث شدت نمی‌تواند به مرتبه حد برسد. در غیر این صورت، مخالف با فلسفه تشریح تعزیر و احکام شرع خواهد بود. اما اختلاف نظر فقها راجع به حدی و یا تعزیری بودن برخی جرایم موضوعی است که در راستای تکمیل مباحث پیشین بدان پرداخته می‌شود.

### گفتار سوم- بررسی فقهی جرایم مورد اختلاف فقها از حیث عنوان

با توجه به آیات و روایات، برخی از جرایم به صراحت توسط فقها مستوجب حد شناخته شده‌اند. اما در زمینه برخی دیگر، از حیث عنوانی که باید بر جرایم مزبور نهاده شود، اختلاف نظر وجود دارد. بدیهی است پذیرش هر عنوانی اعم از جرایم مستوجب حد و یا تعزیر، باعث تغییر در نوع مجازات خواهد گردید. از جمله جرایمی که برخی از فقهای امامیه و عامه، آن را در زمره جرایم تعزیری مورد بحث قرار داده‌اند، ارتداد می‌باشد. سوالی که در این رابطه مطرح می‌گردد این است که آیا مجازات قتل مرتد فطری از باب تعزیر است یا خیر؟ اکثر فقهای عامه، ارتداد را جزو تقسیم‌بندی جرایم مستوجب حد قرار داده‌اند (عوده، ج ۱، ص ۱۰۷). در میان فقهای امامیه، برخی ارتداد را جزو جرایم مستوجب تعزیر دانسته (محقق حلی، ج ۴، ص ۱۴۷) و برخی دیگر، آن را جزو جرایم مستوجب حد مورد بحث قرار داده‌اند (حلی، ج ۲، ص ۲۴۹). گروهی دیگر نیز ارتداد را در تقسیم‌بندی اصلی جرایم مستوجب حد مطرح نکرده‌اند اما در ادامه بحث حدود، تحت عنوان «سایر کیفرها» به شرح برخی جرایم همانند ارتداد پرداخته‌اند (موسوی الخمینی، ج ۲، ص ۵۸۲).

با توجه به این که اصل در تعزیرات، عدم تعیین مقدار معلوم است و به دلیل معین بودن مجازات مرتد که از این حیث مشابه با سایر حدود می‌باشد و به دلیل عدم مخالفت با اجرای حدود... حدی دانستن آن ارجح به نظر می‌رسد.

در رابطه با سحر و جادوگری میان فقهای عامه، اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را مستوجب اعدام به عنوان تعزیر دانسته‌اند و برخی دیگر معتقدند که ساحر،

کافری است که ادعای برخورداری را از نیروی الهی می‌کند و اگر مسلمان باشد مانند کسی است که از دین برگشته است (عریس، ص ۲۹۶).

در میان فقهای امامیه با توجه به روایتی از امیرالمومنین علی (ع) که هرگاه کسی تعلیم سحر و جادوگری بدهد توبه داده می‌شود و گرنه کشته خواهد شد، اعتقاد بر این است که چنین عملی صراحتاً شرک محسوب شده و ساحر مسلمان به دلیل مرتد شدن، مستوجب اعدام است (نجفی، ج ۴۱، ص ۴۴۲؛ خویی، ج ۱، ص ۲۶۶). بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که مجازات ساحر همانند مرتد مقرر شده است، به گونه‌ای که در صورت عدم توبه کشته می‌شود. لذا چنین جرمی نیز نمی‌تواند مشمول جرایم مستوجب تعزیر قرار گیرد.

جاسوسی از جمله جرایمی است که مالکیه و برخی از حنابله، اعدام مرتکب آن را به عنوان تعزیر تجویز کرده‌اند (جندی، ج ۵، ص ۴۹۸؛ فتاحی بهنسی، ص ۱۸۸). فقهای حنفی و شافعی با استناد به سنت پیامبر اکرم (ص) که نسبت به یکی از اصحاب خود که مرتکب جاسوسی شده بود گذشت نمودند، مخالفت خود را با اعدام جاسوس ابراز داشته‌اند (عریس، ص ۲۹۷). به نظر می‌رسد گذشت پیامبر نسبت به حاطب بن ابی بلتعه در جریان مزبور به دلیل حسن سابقه و شرکت و حضور وی در جنگ بدر بوده و در این ماجرا توبه‌ای نیز در میان نبوده است. به همین دلیل است که برخی از حقوق‌دانان معاصر معتقدند در صورت مصلحت و به شرط این‌که وسیله دیگری جز قتل برای رفع مایه فساد وجود نداشته باشد، اعدام جاسوس جایز است (صدقی، ص ۲۱۴).

فقهای امامیه اکثرا به بررسی این موضوع نپرداخته و صرفا برخی از آنان با استناد به حفظ و حمایت از نظام اسلامی، اعدام جاسوس را در صورت وجود مصلحت جایز شمرده‌اند (طوسی، ج ۲، ص ۱۵).

با توجه به این که جاسوسی در ردیف جرایم مستوجب حد قرار نگرفته است، سنت پیامبر اکرم در قضیه ابی بلتعه و بیان فقها در رابطه با در نظر گرفتن مصلحت جامعه و عکس العمل مناسب نسبت به جاسوس توسط حاکم اسلامی، جرم مزبور را می‌توان مستوجب تعزیر ولو با تحمیل مجازات اعدام در نظر گرفت.

### نتیجه‌گیری:

فلسفه تشریح تعزیر در اسلام تادیب و اصلاح مجرم و منع وی از تکرار مجدد جرم است. بدین ترتیب تعزیر از باب رحمت و به منظور پاک شدن گناه‌کار از آلودگی به گناه و بازداشتن وی از آلوده شدن مجدد می‌باشد و هدف از وضع تعزیر به صورت نامعین، متناسب نمودن مجازات با شرایط و شخصیت مجرم و فردی کردن مجازات است. لذا تعارض آشکاری میان سلب حیات و قطع عضو به عنوان مصادیق مجازات محاربه با فلسفه تعزیر به وجود می‌آید که امکان اعمال آن را بر جرایم مستوجب تعزیر منتفی می‌سازد.

این در حالی است که قانون‌گذار ایران در موارد متعددی که در مقدمه بحث بدان اشاره گردید فعل ارتكابی را در حکم محاربه دانسته است. موضوعی که در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح نیز پیش‌بینی شده است. به‌گونه‌ای که جاسوسی، معاونت در جاسوسی و حتی جعل در ردیف جرایم مستوجب مجازات محاربه قرار گرفته‌اند. در صورتی که جرایم مزبور در ردیف جرایم مستوجب حد

قرار نداشته و مجازات معینی در شرع برای آنها مقرر نشده است. حتی اگر بتوان پذیرفت که جرم ارتكابی آن چنان سنگین است که باعث مفساد عظیمی در جامعه می‌شود و امنیت اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و ... را مورد تهدید قرار می‌دهد و مصلحت ایجاب می‌کند که مجازات اعدام برای مرتکب آن در نظر گرفت، هیچ گونه دلیل شرعی وجود ندارد که از طریق حکم محارب تلقی کردن مجرم به این نتیجه دست یافت. زیرا همان‌گونه که ممکن است گاهی اوقات مصلحت حکم کند که مجرمی اعدام شود، گاهی نیز مصلحت، مقتضی عدم اجرای چنین مجازاتی است. همان‌گونه که پیامبر اکرم (ص) در قضیه جاسوسی حاطب بن ابی بلتعنه از مجازات وی صرف نظر کرد.

آنچه که در کتب فقهی مطرح شده است، عموماً بیانگر «تعزیر دون حد» است و فرقی هم میان شدت و ضعف جرم از این جهت مطرح نشده است. لذا اگر قانون‌گذار بنا به دلایلی مانند مصلحت جامعه اسلامی خواهان مجازات سنگینی مانند اعدام برای جرایمی که مستوجب حد نیستند می‌باشد، بهتر است نسبت به حذف عبارت در حکم محارب برای جرایمی که بدان‌ها اشاره شد اقدام نموده و مجازات اعدام تعزیری در نظر بگیرد تا از یک سو، قواعد راجع به جرایم مستوجب تعزیر از جمله تخفیف مجازات و تبدیل به مجازات سبک‌تر و تعلیق اجرای مجازات در مورد آن‌ها اعمال شود و از سوی دیگر، مانع تحمیل مجازاتی شود که توجیه شرعی ندارد.

پی نوشت:

۱- سرقت (آیه ۳۷ سوره مائده) - زنا (آیه ۲ سوره نور) - قذف (آیه ۳ سوره نور) - محاربه (آیه ۳۳ سوره مائده).



۲- قرآن کریم در سه مورد به تعزیر اشاره کرده است که عبارتند از: سوره مائده آیه ۱۲ (عزرتموهم) سوره اعراف آیه ۱۵۷ (عزروه) و سوره فتح آیه ۹ (تعزروه).

۳- این مورد نیز فقط در رابطه با مجازات‌هایی امکان دارد که قابلیت کم و زیاد شدن داشته باشند مانند تازیانه و حبس.

#### منابع:

- ۱- ابن اثیر، مجد الدین ابی سعادت المبارک، (۱۴۲۲ هـ.ق.)، **النهايه في غريب الحديث و الاثر**، الجزء الثالث، الطبعة الاولى، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۲- ابن منظور، ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرم، (۱۹۹۷ م.)، **لسان العرب**، المجلد الرابع، الطبعة الاولى، دارصادر.
- ۳- ابنی قدامه المقدس، موفق الدین و شمس الدین، (۱۴۲۱ هـ.ق.)، **المغنی و الشرح الكبير على متن المقنع**، الجزء العاشر، بیروت، دارالفکر.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۰)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ پنجم، انتشارات گنج دانش.
- ۵- جندی، عبدالملک، (۱۳۶۰ هـ.ق.)، **الموسوعه الجنایه**، الجزء الخامس، الطبعة الاولى، قاهره، مطبعه الاعتماد.
- ۶- جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۳۶۸)، **تاج اللغة و صحاح العربیه**، جلد دوم، چاپ اول (افست)، انتشارات امیری.
- ۷- حرعاملی، محمد بن الحسن، (۱۴۱۴ هـ.ق.)، **وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، الجزء الثاني و العشرون، الطبعة الثانية، قم، آل بیت لاحیاء التراث.

- ۸- حلی، جمال الدین ابی منصور الحسن، (بی تا)، تحریر الاحکام، الجزء الثاني، قم، موسسه آل بیت (ع).
- ۹- خویی، ابوالقاسم، (۱۹۷۵ م)، مبانی تکملة المنهاج، جلد اول، نجف، مطبعة الاداب.
- ۱۰- صافی گلپایگانی، لطف...، (۱۴۳۱ هـ.ق.)، الرسائل الخمس من فقه الاماميه، الطبعة الاولى، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- ۱۱- صدقی، عبدالرحیم، (۱۴۰۸ هـ.ق.)، العقوبه و الجريمه فی الشریعه الاسلامیه، مکتبه النهضه.
- ۱۲- طباطبایی، علی، (۱۴۰۴ هـ.ق.)، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، جلد دوم، قم، موسسه آل بیت.
- ۱۳- طبرسی، ابی علی الفضل الحسن، (۱۴۲۵ هـ.ق.)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، جلد های ۹ و ۱۰، الطبعة الثانية، بیروت، الاعلمی للمطبوعات.
- ۱۴- طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، (۱۳۸۷ هـ.ق.)، المبسوط فی فقه الامامیه، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه.
- ۱۵- طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن، (بی تا)، خلاف، الجزء الثالث، قم، دارالکتب العلمیه اسماعیلیان.
- ۱۶- عامر، عبدالعزیز، (۱۹۶۹ م.)، التعزیر فی الشریعه الاسلامیه، الطبعة الاولى، قاهره، دار الفكر العربی.
- ۱۷- عریس، هلا، (۱۹۹۷ م.)، شخصیه عقوبات التعزیر فی الشریعه الاسلامیه، الطبعة الاولى، بیروت، دارالفلاح للنشر.

- ۱۹- عمید، حسن، (۱۳۷۳)، فرهنگ فارسی، چاپ چهارم، انتشارات امیرکبیر.
- ۲۰- فتحی بهنسی، احمد، (۱۴۰۹ هـ.ق)، مدخل الفقه الجنایة الاسلامی، الطبعة الرابعة، دار الشروق.
- ۲۱- کاسانی، علاءالدین ابی بکر بن مسعود، (۱۴۱۶ هـ.ق)، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، الجزء السابع، الطبعة الاولى، بیروت، دارالفکر العربی.
- ۲۲- کلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب، (۱۳۹۱ هـ.ق)، فروع کافی، الجزء السابع، دارالکتب الاسلامیه.
- ۲۳- ماوردی، ابی الحسن علی بن محمد، (۱۴۰۶ هـ.ق)، الاحکام السلطانیه، الطبعة الثانية، مکتب الاعلام الاسلامی.
- ۲۴- محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۳۸۹ هـ.ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، نجف، مطبعة الاداب.
- ۲۵- محقق داماد، مصطفی، (۱۳۸۱)، قواعد فقه - بخش جزایی، چاپ سوم، مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۲۶- معرفت، محمد هادی، بحثی در تعزیرات، فصلنامه حق، شماره ۸، ۱۳۶۵.
- ۲۷- منتظری، حسینعلی، (۱۳۷۰)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، جلد سوم، چاپ اول، نشر تفکر.
- ۲۸- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، (۱۴۱۳ هـ.ق)، فقه الحدود و التعزیرات، الطبعة الاولى، مکتب الاعلام الاسلامی.

۲۹- موسوی الخمينی، روح ا...، (۱۴۰۵ هـ.ق)، *تحریر الوسيله، الجزء الثاني*، نجف، مطبعه الاداب.

۳۰- نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۰ هـ.ق)، *جواهر الکلام، جلد های ۴۰ و ۴۱*، الطبعه السادسة، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

۳۱- نفیسی، علی اکبر، (۱۳۴۳)، *فرهنگ نفیسی*، جلد دوم، انتشارات خیام.

۳۲- هاشمی شاهرودی، محمود، *بایسته های فقه جزا*، تهران، چاپ نخست، ۱۳۷۸، نشر میزان.