

The Impact of Mistakes on the Determination of *Hadd* Repetition Frequency

Hossein Mirmohammad Sadeghi*

Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Nastaran Aghaee

Researcher at the Iranian Law and Legal Research Institute and Master's degree in criminal law and criminology, University of Tehran, Tehran, Iran.

Mohammad Javad Darvishzadeh

Researcher at the Iranian Law and Legal Research Institute, and Master of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Allameh Tabatabai University.

Abstract

In Article 136 of the Islamic Penal Code (approved in 2012), the legislator has outlined the sentence of repetition in *Hadd* crimes. In accordance with this article, the punishment for committing a *Hadd* offense for the fourth time is death. However, neither the text of the law nor the legal doctrine address the case in which there is a mistake in counting the number of times the *Hadd* is applied. As an example, in the event that the perpetrator is punished four times with the same *Hadd* punishment, can the death sentence be imposed on him the fifth time, in accordance with Article 136?

The present study is intended to answer the question: "What is the effect of making a mistake in counting the repetitions of the *Hadd* punishment?" There are many examples of making a mistake in counting the number of times the *Hadd* punishment has been enforced, and it is possible to approximate more or less the number of repetitions, even though a number of examples are provided in the jurisprudence in this case.

It is possible to consider three hypotheses in relation to the impact of the mistake on the punishment for repeating the *Hadd*: 1- The absolute absence of the consequence of the mistake in counting how many times the *Hadd* is executed, and the allowance of executing the death sentence in subsequent rounds. 2- The relative impact of the mistake, in such a way that if the perpetrator is responsible for the mistake, the mistake is not effective in

* Corresponding Author: mj.darvishzadeh.k@gmail.com

How to Cite: Mirmohammad Sadeghi, H., Aghaee, N., & Darvishzadeh, M. J. (2023). The Impact of Mistakes on the Determination of *Hadd* Repetition Frequency. *Journal of Criminal Law Research*, 11(43), 41-65. doi: 10.22054/jclr.2023.71505.2547


counting the number of times the sentence is executed, and if the perpetrator is not the person responsible for the mistake, the fulfillment of the mistake will result in the exemption from the death sentence. 3. The absolute effect of the mistake and the prohibition of executing the death sentence in future rounds.

In the present research, firstly, various cases in which a mistake was found in counting the number of repetitions were examined, then the three hypotheses mentioned were assessed based on the examples mentioned, and finally, the hypothesis of the absolute effect of the mistake in the number of repetitions, which caused the punishment prescribed in article 136 to be extinguished is accepted.


Keywords: *Hadd*, Repetition Times, *Hadd* Repetition, Execution, The *Dara* Rule, Falling Penalty.

تأثیر اشتباه در محاسبه‌ی دفعات تکرار حد


استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده‌ی حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

حسین میرمحمدصادقی 

پژوهشگر پژوهشکده‌ی حقوق و قانون ایران، کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

نسترن آقایی 

پژوهشگر پژوهشکده‌ی حقوق و قانون ایران، کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق دانشگاه علامه طباطبائی، تهران.

محمدجواد درویشزاده* 

چکیده

قانونگذار حکم تکرار در جرایم حدی را در ماده‌ی ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) بیان کرده است. مطابق این ماده، مجازات تکرار جرم حدی در نوبت چهارم، اعدام است. اما متن قانون و دکترین نسبت به مواردی که در شمارش دفعات اجرای حد اشتباهی رخ دهد ساکت هستند. مثلاً آیا اگر به هر دلیلی چهار نوبت مجازات حدی یکسان بر مرتکب اجرا شود، در نوبت پنجم می‌توان، به استناد ماده‌ی ۱۳۶، حکم اعدام را برای مرتکب در نظر گرفت؟ این پژوهش به دنبال پاسخ به این پرسش است که: «تأثیر اشتباه در شمارش دفعات تکرار مجازات حدی چیست؟». تحقق اشتباه در شمارش دفعات اجرای حد دارای مصادیق متعدّد است و ممکن است دفعات تکرار کمتر یا بیشتر محاسبه شود چنانکه نمونه‌هایی در رویه‌ی قضایی برای این مورد وجود دارند. برای تأثیر اشتباه در مجازات تکرار حد، سه فرضیه را می‌توان در نظر گرفت: ۱- عدم تأثیر مطلق اشتباه در شمارش دفعات اجرای حد، و جواز اجرای حکم اعدام در نوبت‌های بعدی؛ ۲- تأثیر نسبی اشتباه، به این صورت که اگر عامل اشتباه شخص مرتکب باشد، اشتباه در شمارش دفعات اجرای حکم بی‌تأثیر است و اگر عامل اشتباه شخص مرتکب نباشد، تحقق اشتباه موجب معافیت از حکم اعدام می‌شود؛ ۳- تأثیر مطلق اشتباه و منع اجرای حکم اعدام در نوبت‌های بعدی. در پژوهش حاضر، ابتدا مصادیق مختلفی که اشتباه در شمارش دفعات تکرار در آن جاری شده بررسی گردیده و سپس سه فرضیه‌ی مزبور متناسب با مصادیق مزبور ارزیابی شده، و در نهایت، فرضیه‌ی تأثیر مطلق اشتباه در دفعات تکرار، که موجب سقوط مجازات مقرر در ماده‌ی ۱۳۶ می‌شود، پذیرفته شده است.

واژگان کلیدی: اشتباه، حد، دفعات تکرار، حد تکرار حد، اعدام، قاعده‌ی درأ، سقوط مجازات.

مقدمه

اصطلاح «حد» برگرفته از حقوق جزای اسلامی است که پس از انقلاب ۱۳۵۷ و در اجرای اصل ۴ قانون اساسی به حقوق جزای ایران راه پیدا کرده است. حد در اصطلاح فقهی عبارت است از مجازات‌های بدنی به میزان مشخص که از جانب شارع برای جرایمی خاص تعیین شده است؛ در کلام برخی از فقها فلسفه‌ی چنین مجازات‌هایی، بازدارندگی و عدم ارتکاب مجدد جرم دانسته شده است^۱ (نجفی جواهری، ۱۳۶۲: ج ۴۱، ۲۵۴؛ عاملی، ۱۴۲۳: ج ۱۴، ۳۲۵). در نظام کیفری کنونی کشور ما نیز مجازات‌های بدنی منحصر به سه نوع مجازات سالب حیات (اعدام، رجم و قصاص)، قطع عضو و تازیانه است. در ماده‌ی ۱۵ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، حد با تغییر اندکی نسبت به ماده‌ی ۱۳ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ چنین تعریف شد: «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس تعیین شده است». از نظر فقهی واژه‌ی تکرار به معنای انجام دادن عمل بیش از یک بار است و از این اصطلاح به مناسبت‌های مختلف در ابواب مختلف اصول فقه، مانند مباحث الفاظ، و در بسیاری از ابواب فقهی نظیر طهارت، صلاه، حج، ظهار، حدود و قصاص، سخن رفته است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۸: ج ۲، ۶۰۰). قانونگذار در ماده‌ی ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی، تأثیر عنصر تکرار در مجازات حدی را به این شکل بیان کرده است: «هرگاه کسی سه بار مرتکب یک نوع جرم موجب حد شود و هر بار حد آن جرم بر او جاری گردد، حد وی در مرتبه‌ی چهارم اعدام است». به این ترتیب حکم اعدام برای مرتکب تکرار حد در «نوبت چهارم» باید اجرا شود. ولی تکرار در مرتبه‌های دوم و سوم همانند نوبت اول تعداد مشخصی شلاق بوده و هیچ تأثیری در مجازات حدی ندارد. در باره‌ی صحت و اعتبار حکم مزبور اختلاف‌هایی وجود دارد، به این نحو که برخی اصلاً «حد تکرار حد» را از جمله‌ی

۱. الحد الشرعی لكونه ذریعه إلى منع الناس عن فعل معصية خشية من وقوعه.

۲. البته در خصوص سرقت حدی مجازات مربوط از ابتدا متفاوت بوده و در نوبت‌های دوم به بعد تشدید می‌شود و در نهایت مشمول حکم همین ماده است.

حدود نمی‌دانند (نوبهار، ۱۳۹۲: ۴۲). اما در اینجا صرف نظر از ایرادات وارد شده به این ماده، تأکید بر عنصر اشتباه در شمارش دفعات تکرار است. به عبارت دیگر آنچه در حکم مقرر در ماده‌ی ۱۳۶ اهمّیت ویژه دارد مربوط به شمارش «دفعات تکرار» در جرم حدّی است. پرسشی که پیش می‌آید این است که اگر در شمارش دفعات تکرار اشتباهی رخ دهد و دفعات تکرار کمتر یا بیشتر اعلام شود، این اشتباه چه تأثیری در مجازات حدّی خواهد داشت؟ آیا باید بر اساس ماده‌ی مزبور حکم به اعدام او را فقط در نوبت چهارم پذیرفت و با وقوع اشتباه در شمارش دفعات تکرار حکم اعدام را در نوبت‌های بیش از چهارم منتفی دانست و در صورتی که دفعات تکرار اضافه شمرده شود و حکم اعدام قبل از نوبت چهارم صادر و اجرا شده باشد، چه کسانی مسئول هستند؟ بنابراین، پرسش اصلی تحقیق این است که اشتباه در شمارش دفعات تکرار جرم حدّی به هر دلیلی که رخ داده باشد چه تأثیری بر حکم مسئله ایجاد می‌کند؟

با توجه به پرسش تحقیق، حداقل سه احتمال متصور است زیرا اشتباه در دفعات تکرار ممکن است مطلقاً هیچ تأثیری ایجاد نکند و حکم ماده‌ی ۱۳۶ همچنان اجرا شود، یا ممکن است تأثیری فراگیر و تام و کمال داشته باشد و در تمام فروض حکم ماده‌ی ۱۳۶ را که اعدام است منتفی کند، و یا ممکن است در برخی مصادیق موجب سقوط مجازات اعدام شده و در برخی فروض موجب سقوط حکم اعدام نشود. فرضیه‌ی این تحقیق آن است که از میان سه احتمال مزبور، فرضیه‌ی تأثیر مطلق اشتباه که موجب سقوط مجازات اعدام بوده معتبر است و دو احتمال دیگر مردود هستند.

از آنجا که موضوع مورد پژوهش به مجازات‌های سالب حیات مربوط بوده و دارای منشا فقهی است، بررسی مسئله از اهمّیت بالایی برخوردار است. زیرا اصل «احتیاط در دماء» بسیار مورد تأکید شارع قرار دارد. احتیاط در دماء به این معنی است که قاضی و مفتی باید در احکامی که مربوط به خون و حیات افراد است نهایت احتیاط و دقّت خود را به کار گیرد و چنانچه در این نوع احکام شبهه‌ای برایش وجود داشت، باید به آن شک توجه کرده و حکم

۱. در پژوهش مستقلی نیز ایرادات این ماده بررسی شده و ضرورت بازنگری آن توضیح داده شده است (درویش‌زاده، ۱۴۰۰: ۱۲۹).

یقین را بر آن بدهد؛ زیرا در مواردی که بنابر احتیاط گذاشته شده است، شبهه جایگزین قطع می‌شود. فقها تأکید دارند که شبهه در دماء، اعراض و اموال یکی از سه صور مجاری احتیاط است (سبحانی، ۱۳۸۸: ج ۲، ۱۲۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ج ۲، ۱۰۸) و احتیاط در خون مسلمان واجب است. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ج ۴، ۳۲۷) شارع مقدس عنایت خاصی به حفظ دماء دارد و در نزد او پس از اسلام، چیزی مهمتر از حفظ نفوس و دماء نیست (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ج ۲، ۳۴۵). لذا اصل اولی در این امور حرمت است. در قرآن کریم آیاتی وجود دارند که مؤید اصل احتیاط در دماء هستند، مانند بخشی از آیه‌ی ۳۲ سوره‌ی مائده که می‌فرماید: «مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا». بنابراین، در شبهات حکمیّه و موضوعیّه زمانی که حکم اصلی یک مسئله، حرمت باشد، صرفاً با ادله‌ی یقینی می‌توان موارد خاص را از شمول اصل احتیاط در دماء خارج کرد. مجازات‌های سالب حیات نیز از مواردی هستند که حکم اصلی آن در کتاب و سنت، حرمت و ممنوعیت است. بنابراین، خارج کردن هر مصداق مشکوک از این اصل و حکم به مجازات سالب حیات، باید مستند به ادله‌ی یقینی باشد.

۱. اشتباه در دفعات تکرار از نظر مصادیق خارجی

مصادیق متعددی را می‌توان برای تحقق اشتباه در شمارش دفعات تکرار جرم حدی در نظر گرفت. بطور کلی سه عامل در طبقه‌بندی مصادیق اشتباه در شمارش «دفعات تکرار» مؤثر است که عبارتند از: الف) اشتباه در دفعات تکرار به نقیصه یا زیاده باشد. ب) اشتباه در دفعات تکرار بعد یا قبل از اعدام مرتکب کشف شود. پ) عامل اشتباه در دفعات تکرار، شخص مرتکب یا غیر او باشد. بر این اساس اشتباه در شمارش دفعات تکرار می‌تواند چهار حالت مهم و متفاوت داشته باشد که عبارتند از:

۱. دفعات تکرار کمتر شمرده شده و طرف اعدام نشده و اشتباه هم ناشی از اقدامات مرتکب باشد.

۲. دفعات تکرار کمتر شمرده شده و لذا طرف اعدام نشده اما اشتباه ناشی از اقدامات مرتکب نباشد.

۳. دفعات تکرار زیادتر شمرده شده و لذا طرف اعدام شده اما اشتباه ناشی از اقدامات مرتکب نباشد.

۴. دفعات تکرار زیادتر شمرده شده و لذا طرف اعدام شده اما اشتباه ناشی از اقدامات مرتکب باشد.

طبیعتاً حکم هر یک از این مصادیق، که در آنها اشتباه در شمارش دفعات تکرار پدید آمده می‌تواند متفاوت باشد و نمی‌توان حکم این چهار حالت را یکسان دانست و مجازات سنگین سالب حیات را بی‌محابا برای همه‌ی مصادیق اشتباه در شمارش دفعات تکرار جاری دانست.

۲. اشتباه در دفعات تکرار از نظر مدّعی و شیوه‌ی کشف آن

شیوه‌ی کشف اشتباه در شمارش دفعات تکرار و نیز مدّعی آن متفاوت است. در یک فرض ممکن است متّهم مدّعی شود که تعداد دفعاتی که مجازات حد بر او اجرا شده، بیش از ۴ نوبت بوده و در نوبت چهارم نیز، بنا بر حکم دادگاه، همان شلّاق مقرر بر او اجرا شده است. این فرض دارای حالات مختلفی است. ممکن است متّهم خود عامل ایجاد اشتباه در شمارش دفعات اجرای حد باشد، مانند اینکه در محتویات پرونده جعلی انجام داده یا سوابق سیستم را هک کرده باشد و گاهی هم ممکن است متّهم در اشتباه شدن شمارش دفعات اجرای حد بی‌تقصیر باشد و دخالتی نکرده باشد. این حالت وقتی رخ می‌دهد که بدون اطلاع یا ادّعی متّهم گزارش‌های سازمانی و محتویات پرونده، اشتباهی را در شمارش دفعات اجرای حد نشان دهد. مثلاً از محتویات پرونده کاشف به عمل بیاید که دفعه‌ی پنجم یا ششم است که متّهم محکوم به حدّ شرب خمر می‌شود. این فرض نیز دارای دو احتمال است: ۱- ایجاد اشتباه، دارای مقصّر و عامل معلوم است یا ۲- مقصّر و عامل معلوم ندارد. برای شیوه‌ی کشف یا ادّعی اشتباه ممکن است تقصیر یا قصور از جانب قضات رسیدگی کننده باشد. این فرض نیز دارای دو احتمال است: ۱- قاضی پرونده در نوبت چهارم به حکم ماده‌ی ۱۳۶ ق.م.ا.توجه نکرده و حکم به همان حدّ مقرر جرم خاص داده باشد ولی قاضی رسیدگی کننده در نوبت‌های بعدی متوجه این نکته شود؛ ۲- قاضی پرونده علی‌رغم اینکه در رأی خود به نوبت

چهارم بودن اجرای حد اشاره می‌کند، در اجرای مفاد ماده‌ی ۱۳۶ احتیاط کرده و رای به اجرای حدّ اولّیه (غیر سالب حیات در آن جرم خاص) داده باشد.

۳. نمونه‌ی عملی در رویه‌ی قضایی

یکی از مصادیق مرتبط با این پژوهش صدور حکم اعدام برای فردی است که «پنج نوبت سابقه‌ی محکومیت به مجازات حدّی شرب خمر» داشته است (درویش‌زاده، ۱۴۰۰: ۵۳ تا ۷۲). در گزارش بررسی این پرونده آمده است: در تاریخ ۹۷/۷/۷ همزمان با دستگیری متهم و هدایت او به کلانتری، مقام قضایی در کلانتری حاضر بوده و موضوع به استحضار ایشان رسیده است. کیفرخواست پس از گذشت حدود بیست روز و در تاریخ ۱۳۹۷/۰۷/۲۹ با عنوان اتهامی «مصرف مسکر برای مرتبه‌ی ششم» صادر گردیده است. متهم این پرونده، دارای بیست نوبت سابقه‌ی ارتکاب مصرف موادّ مخدر و نیز پنج نوبت سابقه‌ی قبلی محکومیت به مجازات حدّی شرب خمر بوده که در هر پنج مرتبه به استناد ماده‌ی ۲۶۵ قانون مجازات اسلامی حدّ شرب خمر، یعنی هشتاد ضربه شلاق در مورد وی اجرا شده است. محکوم علیه برای مرتبه‌ی ششم نیز مرتکب شرب خمر شده و دستگیر می‌شود. در این نوبت، به استناد به ماده‌ی ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی، محکوم به اعدام می‌شود. در این پرونده، تاریخ و موارد محکومیت قبلی فرد به مجازات شرب خمر مشخص بوده و به شرح زیر بوده است: ۱. در سال ۱۳۸۶ به خاطر شرب خمر به ۸۰ ضربه شلاق محکوم شده است؛ ۲. در سال ۱۳۸۹ به خاطر شرب خمر به ۸۰ ضربه شلاق محکوم شده است؛ ۳. در سال ۱۳۹۱ به خاطر شرب خمر به ۸۰ ضربه شلاق محکوم شده است؛ ۴. در سال ۱۳۹۲ به خاطر شرب خمر به ۸۰ ضربه شلاق محکوم شده است؛ ۵. در سال ۱۳۹۴ به خاطر نوشیدن مسکر و نگهداری مشروب به ۱۱ ماه و ۷ روز حبس و ۵۵ ضربه شلاق و ۸۰ ضربه شلاق محکوم شده است. بر این اساس، حکم اعدام، به استناد ماده‌ی ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی، توسط یکی از شعب دادگاه کیفری یک دادگستری مشهد صادر شده و توسط یکی از شعب دیوان عالی کشور نیز ابرام و سپس

اجرا شده است. بنابراین، ملاحظه می‌شود که مسئله دارای مصادیق و فروض متعدد است و در نمونه‌ی عملی نیز بدون پژوهش‌های عمیق و با ساده‌انگاری حکم اعدام صادر و اجرا شده است. در این فرض گرچه اشتباه موضوعی در شمارش دفعات تکرار اتفاق نیفتاده، اشتباه حکمی محقق شده است. زیرا متهم مدعی تحقق اشتباه نبوده است. محتویات پرونده نیز به صورت واضحی بر دفعات تکرار دلالت داشته است. با وجود این، قاضی صادرکننده‌ی حکم در نوبت چهارم و پنجم به حکم مقرر در ماده‌ی ۱۳۶ توجه نکرده و همان حکم شلاق حدی را صادر کرده و قضات رسیدگی کننده در نوبت ششم، بدون توجه به عنصر دفعات تکرار، حکم مقرر برای نوبت چهارم (اعدام) را به نوبت ششم تسری داده اند.

۴. بررسی فرضیات تحقیق

۴-۱. فرضیه‌ی عدم تأثیر اشتباه و جواز اجرای حکم اعدام در نوبت‌های بعدی (عدم تأثیر مطلق)

نخستین احتمالی که ممکن است نسبت به سایر احتمالات، ادله‌ای قویتر داشته باشد، فرضی است که عنصر اشتباه در شمارش دفعات تکرار را فاقد هر گونه تأثیری بدانیم؛ همانگونه که در بخش «نمونه‌ی عملی در رویه‌ی قضایی» ذکر شد. برای این فرضیه دو دلیل می‌توان مطرح کرد: ۱- استناد به قیاس اولویت؛ ۲- سلب عنوان چهارم از نوبت قبلی و تحقق عنوان چهارم در نوبت بعدی.

الف. استناد به قیاس اولویت: مطابق این استدلال، حکم اعدام برای تکرار حد در مرتبه‌ی چهارم به دفعات بعدی تسری یافته و گفته می‌شود که اگر مرتکبی (به هر دلیلی) در مرتبه‌ی چهارم اعدام نشد، با استناد به قیاس اولویت در مرتبه‌های بعدی محکوم به اعدام می‌شود. توضیح بیشتر آنکه در قیاس اولویت از راه اقوی و اشد بودن علت در مورد فرعی، حکم اصلی به فرض فرعی سرایت داده می‌شود (مبلغی و همکاران، ۱۳۸۹: ۶۵۲). در اینجا، حکم اصلی عبارت است از «مجازات اعدام در دفعه‌ی چهارم»؛ بدیهی است مناط و علت این حکم در دفعات چهارم به بعد به صورتی قویتر و شدیدتر وجود دارد. زیرا دفعه‌ی پنجم و بعد از

آن شامل دفعه‌ی چهارم می‌شود و حتی دفعات اضافی هم دارد. مثالی که در منابع اصولی برای قیاس اولویت زده می‌شود استدلال به آیه‌ی «لَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ» (اسراء، ۲۳) است. گفته می‌شود علت و مناط این حکم «آزار و اذیت پدر و مادر» است و این آزار و اذیت به صورت قویتر در «ایراد ضرب آنها» وجود دارد. در این مسئله هم گفته شده که از آنجا که فلسفه‌ی تشدید مجازات در حالت تکرار جرم، خطرناک‌تر بودن مجرم است (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۱: ۲۱۲)، پس علت مجازات اعدام و مناط آن در دفعات بعدی به صورت قویتری وجود دارد.

نخستین اشکالی که به این نوع قیاس وارد می‌شود مربوط به حجیت آن است. حجیت این نوع قیاس گرچه مورد قبول بیشتر فقها است، مخالفانی نیز دارد. این مخالفان ادله‌ی «منع از عمل به قیاس» را شامل این نوع قیاس هم می‌دانند که در نتیجه باعث می‌شود حجیت آن محل تردید باشد (جناتی، ۱۳۷۰: ۲۹۹؛ مظفر، ۱۳۸۷: ۵۳۶). اشکال دوم مربوط به مجرای قیاس اولویت است. این نوع قیاس در مواردی قابلیت اجرا دارد که برای سرایت دادن حکم اصل به فرع بتوان وجود علت (مناط حکم اصل) را در فرع اثبات کرد. در حالی که در حکم «اعدام در مرتبه‌ی چهارم»، هیچ علتی توسط شارع و قانونگذار بیان نشده است و با توجه به مطالبی که ارائه خواهد شد، می‌توان به این نتیجه رسید که امور کیفری خصوصاً حدود اسلامی در اسلام توقیفی بوده و علت و مناط آنها با عقل عادی قابل محاسبه نیست. لذا این نوع قیاس بیشتر به قیاس «مستنبط العله» شباهت دارد که آن هم باطل دانسته شده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۸۰) و امامیه نیز در تمام ادله‌ی آن خدشه کرده و به استناد روایات صریحی که از امامان (ع) رسیده اند، عمل به قیاس مستنبط العله را جایز نمی‌دانند (گرجی، ۱۳۷۵: ۱۳). زیرا در قیاس مستنبط العله فرض بر آن است که شارع یا قانونگذار علت حکم را به صراحت بیان نکرده و مجتهد یا قاضی به وسیله‌ی استنباط ظنی خود، علت حکم را استنباط می‌کند. به عنوان مثال، اگر مجتهدی استنباط کند که علت تعلق زکات به گندم آن است که گندم یک «غذای عمومی» است و مصرف عام دارد، آنگاه برنج را به گندم قیاس

۱. امور توقیفی اموری اند که متوقف بر بیان شارع بوده و بدون اذن و بیان شارع بدعت محسوب می‌شود (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ج ۲، ۴۲۵).

کند و بگوید که چون برنج نیز یک غذای عمومی است پس باید مشمول حکم زکات باشد. در اینجا قیاس مستنبط العله صورت گرفته است (مبلغی و همکاران، ۱۳۸۹: ۶۵۸). حتی اگر این قیاس را از نوع قیاس تخریج مناط بدانیم (گرجی، ۱۳۷۵: ۱۳) باز هم در اعتبار و حجیت آن تردید جدی وجود دارد. اشکال سوم نیز مربوط به فقدان یکی از عناصر قیاس اولویت است، زیرا یکی از عناصر تشکیل دهنده قیاس اولویت «اقوی بودن حکم در فرع نسبت به حکم در اصل» است (قمی، ۱۳۷۸: ۴۵۸). به این توضیح که ممکن است گفته شود علت حکم اعدام در نوبت چهارم ناشی از عناد و لجاج مرتکب است. یعنی هدف اصلی او می تواند شکستن قیح و تابوی نقض قوانین شریعت باشد، اما معلوم نیست که علت تکرار جرم حدی در نوبت های پنجم و بعدی همان عناد و لجاج باشد، زیرا این احتمال وجود دارد که علت تکرار در نوبت های بعدی مسائلی همچون بیماری یا اعتیاد یا حتی فراموشی باشد. به اصطلاح منطقی «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال» یعنی اگر صرفاً احتمال دیگری در مسئله وجود داشته باشد، نمی توان با قطع و جزم و یقین به آن استدلال اعتماد کرد. در این مسئله هم وقتی احتمال علیت عناد و لجاج وجود دارد و زمانی که احتمال بیماری و اعتیاد و نسیان وجود دارد، نمی توان بطور قاطع و جازم ادعا کرد که علت حکم اصلی (اعدام در نوبت چهارم) به صورت قطعی تری در نوبت های پنجم به بعد وجود دارد.

ب. استناد به سلب عنوان چهارم از نوبت قبلی: ممکن است موافقین اعدام در نوبت های بعدی به «سلب عنوان چهارم از نوبت قبلی و تحقق عنوان چهارم در نوبت بعدی» نیز استناد کنند؛ به این توضیح که ممکن است ادعا شود حد اجرا شده در دفعه چهارم (که غیر از اعدام بوده) اصلاً حد نبوده و از مصادیق تعزیر یا اصلاً ناشی از اشتباه قاضی بوده است. بنابراین، زمانی که مرتکب در نوبت پنجم برای اجرای مجازات همان جرم حدی به دادگاه فرا خوانده می شود، نوبت چهارم محسوب شده و مورد از مصادیق ماده ۱۳۶ است. به عنوان مثال، شخصی تکرار شرب خمر کرده و استعمال سوابق وی نشان می دهد که قبلاً نیز پنج نوبت مجازات حد شرب خمر بر او اجرا شده است. زمانی که برای نوبت ششم به همین جرم دستگیر شده و قاضی، متهم را بخاطر نوبت چهارم اعدام کرده، در واقع معتقد است که حد شرب خمری که در نوبت چهارم و پنجم بر وی اجرا شده، در واقع حد نبوده و وی به

اشتباه ۸۰ ضربه شلاق خورده و در واقع نوبت ششم را به عنوان نوبت چهارم فرض کرده و لذا بر اساس ماده‌ی ۱۳۶ رای صادر می‌کند.

این استدلال (اشتباه در عنوان قبلی و تحقق عنوان چهارم در نوبت بعدی) با چند ایراد مواجه است. ایراد یکم آنکه در نظام حقوقی ایران «نفی اثر» و «سلب عنوان» از احکام قطعی اجرا شده امر ساده‌ای نیست و تا زمانی که احکام صادره‌ی قطعی و اجرا شده‌ی قبلی که در نوبت‌های چهارم و پنجم قطعیت یافته و به اجرا درآمده است، از طریق اعاده‌ی دادرسی و امثال آن نقض نشوند، امکان اجرای مجازات به عنوان نوبت چهارم وجود ندارد و سلب اثر از احکام قطعی و اجرا شده‌ی قبلی فاقد موجب و مجوز قانونی و قضایی است. زیرا مهم‌ترین اصل در رسیدگی قضایی، اصل صلاحیت است که ناظر به نظم عمومی است (آشوری، ۱۳۸۶: ۴۹). یعنی هم دادگاه و هم قاضی باید صلاحیت خودشان را مستنداً به نص قانونی احراز کنند تا مجاز به رسیدگی باشند و گرنه بنابر مفاد بند ۵ ماده‌ی ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات، رسیدگی با وجود عدم صلاحیت موجب تخلف قضات و تعقیب انتظامی آنها می‌شود. در مثال مزبور، قاضی رسیدگی‌کننده صلاحیت ندارد که عنوان قبلی و قطعی مجازات اجرا شده را سلب کند. این در حالی است که در نمونه‌ی عملی که در ابتدای مقاله ذکر شد، به چنین فرایندی توجه نشده است. دوّم، با فرض پذیرش استدلال مزبور، تا زمانی که مسئولیت ناشی از اجرای مجازات اشتباه (شلاق در نوبت‌های چهارم و پنجم) تعیین تکلیف نشود، نمی‌توان این حقوق محکوم‌علیه را نادیده گرفت و حکم به اعدام او را صادر کرد، زیرا بنابر فرض تحمل مجازات شلاق در نوبت‌های قبل اشتباه بوده و موجب ضمان مقصّر است. سوّم، صرف وجود شبهه‌ای که در ماده‌ی ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی آمده است، بر اساس شمارش دفعات تکرار، محقق شده است و با تحقق عنوان «صرف شبهه»، تردیدی در رابطه با شمارش دفعات تکرار جرم پدید آمده و ماده‌ی ۱۲۱ حکم می‌کند که به استناد وجود شبهه، اجرای مجازات حدّی مزبور متوقف شود. از یک سو، شبهه‌ی حکمیّه پدید می‌آید و تردید می‌شود که آیا می‌توان حکم نوبت چهارم را به نوبت ششم تسری داد؟ از سوی دیگر، شبهه‌ی موضوعیه پدید می‌آید و تردید می‌شود که آیا می‌توان عنوان چهارم را بر دفعه‌ی ششم بار کرد؟ و با وجود شبهه، مجرای قاعده‌ی درء پدید می‌آید. علاوه بر

همه‌ی موارد مذکور، در مثال شرب خمر که مرتکب در نوبت چهارم محکوم به ۸۰ ضربه شلاق شده و این حکم نیز بر وی اجرا شده، نمی‌توان مدعی شد که این مجازات از نوع تعزیر بوده و نوبت پنجم را در حکم نوبت چهارم و مجرای ماده‌ی ۱۳۶ دانست. زیرا این ادعا با مسلماتی نظیر لزوم کمتر بودن تعزیر نسبت به حد (التعزیر دون الحد) تعارض آشکاری دارد.

۴-۲. فرضیه‌ی تأثیر نسبی اشتباه در تغییر حکم اعدام

مطابق این فرضیه، تحقق اشتباه در شمارش دفعات تکرار می‌تواند به صورت نسبی مؤثر باشد. یعنی در فرض خاصی می‌تواند موجب سقوط مجازات اعدام شود و در فرضی هم ممکن است موجب سقوط مجازات اعدام نشود. این فرضیه خود می‌تواند دارای شقوق مختلفی باشد که در ادامه به بررسی آنها می‌پردازیم.

الف. تأثیر نسبی اشتباه بر اساس عامل وقوع اشتباه: مطابق این فرضیه، اگر عامل وقوع اشتباه، همان شخص مرتکب جرم باشد، عنصر اشتباه تأثیری در اجرای حکم ماده‌ی ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی ندارد، اما اگر غیر او باشد، اشتباه تأثیر داشته و مانع از اجرای حکم اعدام می‌شود. به عنوان مثال، اگر مرتکب با تبانی، دروغ، جعل، هک کردن سیستم اعلام سوابق و ... باعث ایجاد اشتباه در شمارش دفعات محکومیت به اجرای حد شده باشد، عنصر اشتباه تأثیری در تغییر مجازات حدی نخواهد داشت و مرتکب محکوم به اعدام خواهد شد. اما اگر عامل ایجاد اشتباه مواردی نباشد که منتسب به مرتکب است، مانند آنکه در پاسخ به استعلام سوابق متهم از سازمان زندان‌ها، اشتباهی از جانب متصدیان این امر رخ داده باشد یا قاضی صادرکننده رأی دقت لازم را در خواندن محتویات پرونده نداشته باشد، عنصر اشتباه در مجازات حد تکرار حد، تأثیرگذار بوده و مانع اجرای حکم اعدام در نوبت‌های بعدی می‌شود. بنابراین، در این احتمال بین موردی که اشتباه، منتسب به عمل آگاهانه و عامدانه‌ی مرتکب باشد یا نباشد، تفاوت وجود دارد. این احتمال شامل فرضی هم می‌شود که اشتباه از طریق شمارش بیشتر محقق شده و موجب اعدام مرتکب در نوبت‌های قبل از چهارم شود. در این صورت، مقصر اشتباه طبق قواعد عمومی ضامن است.

برای این فرضیه چندین دلیل می‌توان ذکر کرد:

یکم آنکه چون عامل ورود اشتباه شخص مرتکب بوده، هرگونه تخفیف و تسهیل در ایجاد اثر برای رفع مجازات اعدام به منزله‌ی این است که به شخص متخلف پاداش داده شود و بخاطر تخلفاتی که مرتکب شده از یک مجازات سنگین تبرئه شود. دوم آنکه قاعده‌ی «منع استناد به عمل خلاف قانون توسط مرتکب»^۱ نیز مؤید این فرضیه است. در معنای این قاعده چنین آمده که: «هیچ دعوی نمی‌تواند با استناد به علت بی اعتباری (نامشروعی) اقامه شود» (Martin, 2003: 195). به همین دلیل است که دادگاه‌ها نباید اجازه بدهند که جریان دادرسی، بخاطر سوءنیت شخصی که مرتکب تقلب شده تحت تأثیر قرار گیرد. تعریف این قاعده در جای دیگری نیز در معنای مشابه چنین آمده: «با سبب غیراخلاقی و نامشروع نمی‌توان دعوی قانونی اقامه کرد» (Black, 1910: 454). انطباق این قاعده در این مسئله ناشی از آن است که اگر بپذیریم اشتباه در دفعات تکرار همواره موجب معافیت از کیفر اعدام می‌شود، ممکن است شخصی با هک کردن سیستم اعلام سوابق یا جعل در مکاتبات رسمی راجع به سوابق خودش، موجب به اشتباه افتادن سیستم قضایی شود و آنگاه با استناد به این عمل مجرمانه خودش، بخواهد از مجازات اعدام فرار کند. در اینجا قاعده‌ی «منع استناد به عمل خلاف قانون» توسط مرتکب ایجاب می‌کند تا چنین معافیتی برای مرتکب شناسایی نشود. در پاسخ به این استدلال باید چنین گفته شود که یکم، این قاعده یک قاعده‌ی مسلم و مورد اتفاق نظام‌های حقوقی نیست زیرا: ۱- نتایج این قاعده در برخی از نظام‌های حقوقی مورد انتقاد قرار گرفته است؛ به عنوان مثال، در نظام حقوقی انگلستان به جهت وجود ابهام، به آن انتقاداتی وارد شده زیرا قاعده‌ی مذکور به جای ارائه‌ی پاسخ‌های روشن، سؤالات زیادی ایجاد می‌نماید. مثلاً معنای Turpitude که در متن قاعده وجود دارد، روشن نیست (Lord Sumption, 2012: 6)؛ ۲- قلمرو این قاعده مبهم بوده و در نظام‌های حقوقی بیشتر از اینکه به شرایط این قاعده پرداخته شود، به مصادیق آن پرداخته^۲ و به تعریف اصطلاحی آن اکتفا شده است، قضیه‌ی مورد پژوهش جزو هیچ یک از آن مصادیق نیست؛^۳ ۳- کمیسیون حقوقی

1. Ex turpi causa non oritur action.

۲. جهت مطالعه‌ی بیشتر در این زمینه رجوع شود به «حسن محسنی، حسین داودی، اصل منع استناد به عمل خلاف قانون خود در ادعا و دفاع، ۱۴۰۰».

انگلیس این قاعده را در یک دهه (۲۰۰۰ تا ۲۰۱۰) دو بار بررسی کرده و متوجه شده است که این اصل از نظر دامنه و کاربرد نامشخص است (محسنی و داودی، ۱۴۰۰: ۱۹۰). دیگر اینکه اینگونه نیست که به متهم بخاطر جرم دیگری که مرتکب شده پاداش داده شود؛ زیرا یک مرتبه حد آن جرم (شلاق) بر او اجرا می‌شود و یک مرتبه نیز مجازات جرم ارتكابی دیگر مانند جعل را متحمل خواهد شد. مگر آنکه منظور از پاداش، فرار کردن از مجازات اعدام باشد که آن هم بر اساس ضوابط تفسیر مضیق قوانین کیفری قابل توجیه است و نباید مورد ایراد قرار گیرد. و گرنه هرگونه تفسیر مضیق می‌تواند از زاویه‌ی نفع متهم و پاداش وی مورد تردید قرار گیرد.

دوم آنکه این فعل مرتکب که عامدانه و آگاهانه بوده از مصادیق قاعده‌ی اقدام است. توضیح بیشتر اینکه مرتکب با اقدام به مواردی مانند جعل، تبانی و ... موجب شده تا در نوبت چهارم به اشتباه حد شلاق بر او اجرا شود و از آنجا که ایجاد این اشتباه با اقدام مرتکب بوده، و از منافع آن هم منتفع شده و از مجازات اعدام گریخته پس از نوبت ششم یا پنجم می‌توان مجازات نوبت چهارم را در خصوص او اعمال کرد. این استدلال نیز با اشکالاتی روبرو است: زیرا یکم، قاعده‌ی اقدام مربوط به امور مالی است و در تعریف آن تصریح شده که «هر کس به ضرر خود نسبت به مال خود اقدامی کند ... کسی به نفع او مسئولیت مدنی ندارد» (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۵: ۲۴) و دوم، این اقدام او سبب اشتباه در صدور رأی در نوبت چهارم می‌شود نه اینکه سبب مجازات حدی در نوبت‌های بعدی شود. به عبارت دیگر، در قاعده‌ی اقدام باید رابطه‌ی علیت وجود داشته باشد، در حالی که در این مسئله چنین رابطه‌ای وجود ندارد. اما مهمترین ایراد این احتمال آن است که بنیان اصلی این تفصیل بر استحسان است. در فقه اهل سنت استحسان به عنوان یکی از منابع استخراج احکام شناخته شده اما در فقه امامیه معمولاً بر عدم پذیرش استحسان تاکید می‌شود (سبحانی، ۱۳۸۳: ۲۵۷). در این مسئله نیز گرچه وجوهی از پسندیدگی برای این تفصیل قابل ارائه است، نمی‌توان با استحسان جریان قاعده‌ی در رأی منتفی کرد. به این توضیح که، همانطور که در ادامه خواهیم گفت، با پدید آمدن هرگونه شبهه‌ای در تحقق شرایط ماده‌ی ۱۳۶ باید قاعده‌ی در رأی جاری شود و با جریان

قاعده‌ی مزبور حکم ماده‌ی ۱۳۶ به کلی منتفی می‌شود و با منتفی شدن حکم این ماده نوبت به تمسک به استحسان نمی‌رسد.

ب. تاثیر نسبی اشتباه بر اساس عامل انگیزه‌ی عناد و لجاج: ممکن است مرتکبی که برای مرتبه‌ی چهارم به اشتباه بر او «حدّ تکرار حد» جاری نشده است، در نوبت‌های بعدی مرتکب چنین جرایمی شود و از آنجا که می‌داند دیگر مجازات اعدام بر او اجرا نمی‌شود، با عناد و لجاج و به قصد مخالفت با اوامر و نواهی شارع و قانونگذار، مرتکب چنین جرایمی شود. بنابراین، در این احتمال باید بین مواردی که عدم اجرای حد موجب عناد و لجاج شخص می‌شود و مواردی که چنین نمی‌شود قائل به تفصیل شد. مستند این احتمال می‌تواند روایت محمد بن سنان از امام رضا (علیه السلام) باشد که ایشان می‌فرمایند: «علت قتل مرد و زن زناکار پس از سه بار زنا و اقامه‌ی حد بر آنان این است که آنان سزاوار قتل اند. و این حکم به دلیل بی‌اعتنایی آنان به تازیانه است تا آنجا که گویی آنان [با وجود تکرار جرم] می‌پندارند که زنا برای آنان حلال است. علت دیگر آن است که کسی که خداوند و حدّ را سبک بشمارد کافر است پس قتل او واجب می‌شود. زیرا به کفر وارد شده است» (حرّ عاملی، ۱۳۸۶: ج ۱۸، ۳۸۸). این دلیل قابل پذیرش نیست. زیرا سند روایت به دلیل وجود «محمد بن سنان» ضعیف ارزیابی شده (نوبهار، ۱۳۹۲: ۲۶) و مفاد آن نیز در خصوص تکرار زنا است و شامل حدود به صورت کلی نمی‌شود. علاوه بر این، نمی‌توان صرفاً بخاطر قبح فاعلی‌ای که وجود دارد قائل به کیفر متجری شد. یعنی نباید شخصی را که دارای باطن زشت و پلیدی است و دائماً در مقام بی‌پروایی نسبت به قانون و شارع است به این دلیل کیفر و مجازات کرد (شامبیاتی، ۱۳۸۹: ۱۹۵).

۳-۴. فرضیه‌ی تأثیر مطلق عنصر اشتباه و منع اجرای حکم اعدام در نوبت‌های بعدی آخرین احتمالی که در موضوع مورد پژوهش مطرح است، تأثیر مطلق عنصر اشتباه در تعیین مجازات حدّی و سقوط مجازات اعدام در همه‌ی فروض است. به این معنی که بنابر هر یک از فروض که به اشتباه بر مرتکب در نوبت چهارم «حدّ تکرار حد» جاری نشود و او برای

دفعات بعدی مجدداً مرتکب همان جرم شود. در این صورت عنصر اشتباه مانع اجرای مجازات اعدام می‌شود.

نخستین استدلال برای این احتمال، استناد به «قواعد عمومی مبنی بر توقیفی بودن امور کیفری» است. می‌دانیم که امور کیفری اموری توقیفی بوده و قابل قیاس نیستند. بر اساس همین اصل قابل قیاس نبودن امور جزایی است که در مواد ۳۸۸ و ۵۶۰ قانون مجازات اسلامی احکامی پیش‌بینی شده است که نتیجه‌ی آن این است که دیه‌ی سه انگشت زن بیشتر از دیه‌ی چهار انگشت وی می‌شود. البته حکم این ماده به پیروی از نظر مشهور امامیه و برخی از مذاهب عامه بوده است (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹: ۲۴۷ و ۲۴۸) و روایتی نیز در این خصوص وجود دارد. همچنین بخشی از ماده‌ی ۲۱۹ قانون مجازات اسلامی که می‌گوید «دادگاه نمی‌تواند کیفیت، نوع و میزان حدود شرعی را تغییر یا مجازات را تقلیل دهد یا تبدیل یا ساقط نماید» مؤید اصل توقیفی بودن امور کیفری است و نتیجه می‌دهد که دادگاه باید به مجازات اعدام در همان مرتبه‌ی چهارم که در ماده‌ی ۱۳۶ تصریح شده، بسنده نموده و در شرایط آن تغییری ندهد.

دومین استدلال برای فرضیه‌ی تأثیر مطلق عنصر اشتباه و منع اجرای حکم اعدام در نوبت‌های بعدی، قاعده‌ی درأ است. مهم‌ترین مستند قاعده‌ی درأ روایتی است که از سوی شیخ صدوق نقل شده و در آن حضرت محمد (ص) می‌فرمایند: «ادراً الحدود بالشبهات»

۱. ماده‌ی ۳۸۸- زن و مرد مسلمان، در قصاص عضو برابرند و مرد به سبب آسیبی که به زن وارد می‌کند، به قصاص محکوم می‌شود لکن اگر دیه‌ی جنایت وارد بر زن، مساوی یا بیش از ثلث دیه‌ی کامل باشد، قصاص پس از پرداخت نصف دیه‌ی عضو مورد قصاص به مرد، اجراء می‌شود. حکم مذکور در صورتی که مجنی‌علیه زن غیرمسلمان و مرتکب مرد غیرمسلمان باشد نیز جاری است. ولی اگر مجنی‌علیه، زن مسلمان و مرتکب، مرد غیرمسلمان باشد، مرتکب بدون پرداخت نصف دیه، قصاص می‌شود. ماده‌ی ۵۶۰- دیه‌ی زن و مرد در اعضاء و منافع تا کمتر از ثلث دیه‌ی کامل مرد یکسان است و چنانچه ثلث یا بیشتر شود دیه‌ی زن به نصف تقلیل می‌یابد.

۲. عَنْ أَبَانَ بْنِ تَغْلِبٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ - قَطَعَ إصْبَعًا مِنْ أَصَابِعِ الْمَرْأَةِ كَمْ فِيهَا - قَالَ عَشْرَةٌ مِنَ الْبَابِلِ - قُلْتُ قَطَعَ اثْنَيْتَيْنِ قَالَ عَشْرُونَ - قُلْتُ قَطَعَ ثَلَاثًا قَالَ ثَلَاثُونَ - قُلْتُ قَطَعَ أَرْبَعًا قَالَ عَشْرُونَ - قُلْتُ سُبْحَانَ اللَّهِ يَطْفَعُ ثَلَاثًا فَيَكُونُ عَلَيْهِ ثَلَاثُونَ - وَيَقْطَعُ أَرْبَعًا فَيَكُونُ عَلَيْهِ عَشْرُونَ - إِنَّ هَذَا كَانَ يَتْلَعُنَا وَنَحْنُ بِالْعِرَاقِ فَنَبْرَأُ مِنْ قَالِهِ - وَنَقُولُ الَّذِي جَاءَ بِهِ شَيْطَانٌ - فَقَالَ مَهْلًا يَا أَبَانَ هَذَا حُكْمُ رَسُولِ اللَّهِ (صَلِيهِ اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) - إِنَّ الْمَرْأَةَ تُعَاقَلُ الرَّجُلُ إِلَى ثُلُثِ الدِّيَةِ - فَإِذَا بَلَغَتِ الثُّلُثَ رَجَعَتْ إِلَى النُّصْفِ - يَا أَبَانَ إِنَّكَ أَخَذْتَنِي بِالْقِيَاسِ - وَالسُّنَّةُ إِذَا قِيسَتْ مُحِقَّ الدِّينِ. (مجلسی، بی تا: ج ۲۴، ۶۱).

(صدوق، ۱۴۱۲: ج ۴، ۷۴). این قاعده نزد فقهای امامیه به گونه‌ای است که مرحوم سبزواری این قاعده را از مسلّمات فقه دانسته اند و اظهار داشته: «من القواعد الّتی ارسلوها، ارسال المسلمات و جعلوها مما استدللّ بها لا علیها» (سبزواری، ۱۴۱۷: ج ۲۷، ۲۲۶). البتّه استناد به این قاعده مخصوص به فقهای امامیه نبوده بلکه فقهای سایر فرق اسلامی نیز مکرّر به این قاعده استناد کرده و مطابق آن فتوا داده اند. به گونه‌ای که در بسیاری از مسائل جزایی هرگاه شبهه‌ای پیش آمده است، فقها با عبارت «لأنه من الشبهه الدارثه» مسئله را حل کرده و گفته اند که حدّ جاری نمی‌شود و یا حتّی قصاص و تعزیر ساقط می‌شود. این تسالم علما از اجماع فقهای شیعه نیز بالاتر اعلام شده است (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۱۵۴؛ محقق داماد، ۱۳۸۹: ۴۸). با وجود این، قابل ذکر است که مرحوم آیت الله خوینی روایت «ادراً الحدود بالشبهات» را از نظر سندی، صحیح نمی‌دانند و عموم و اطلاق استخراج شده از این روایت را نمی‌پذیرند. ایشان در کتاب مبانی تکمله المنهاج تعریض‌هایی به روایات مستند این قاعده نیز دارند. به این ترتیب، در موضوع مورد بحث این شبهه وجود دارد که آیا در «نوبت پنجم» نیز همانند «نوبت چهارم» محکومیت اعدام برای مرتکب قابل اجرا است یا خیر؟ این پرسش موجب پدیداری شبهه شده و در نتیجه باعث تحقّق حکم ماده‌ی ۱۲۱ می‌شود و از این نظر صدور حکم به اعدام را با تردید مواجه می‌کند.

سومین استدلال برای این فرضیه بر اساس رابطه‌ی حکم و موضوع (مفهوم شرط) است. هر جمله شرطیه‌ای دارای دو جزء «شرط» و «جزاء» است (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱: ج ۴، ۳۱۹). ماده‌ی ۱۳۶ قانون مجازات نیز به صورت جمله‌ی شرطیه وضع شده است. به این شکل که عبارت «هرگاه کسی سه بار مرتکب یک نوع جرم موجب حدّ شود و هر بار حدّ آن جرم بر او جاری گردد» به عنوان شرط بوده و عبارت «حدّ وی در مرتبه‌ی چهارم اعدام است» جزای

۱. در تعریف تسالم نظرات مختلفی وجود دارد؛ برخی تسالم را اتّفاق کسانی که قولشان در فتاوی شرعی معتبر است می‌دانند و برخی دیگر تسالم را به معنای توافق فقیهان دانسته اند (انصاری، ۱۴۱۱: ۳۰۹). این اتّفاق نظر در مسائل شرعی از اجماع بالاتر بوده است (بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۷۶). مراد از اتّفاق نظر فقها نیز همه‌ی فقها از قدمات تا متأخران است (سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۷۵).

۲. علی أن درء الحدود بالشبهات لم یثبت بروایه معتبره (خویی، ۱۴۲۲: ج ۱، ۱۵۴).

آن است و این فقره از مواردی بوده که به اصطلاح گفته می‌شود «شرط محقق موضوع» است. یعنی تحقق جزا منوط به تحقق شرط است و با انتفاء شرط، جزا هم منتفی می‌شود. به عبارت دیگر، حکم مقرر در این ماده «اعدام مرتکب» است و موضوع این حکم عبارت است از وجود سابقه بر «اجرای سه نوبت مجازات یک نوع حد». بر این اساس، شرط محقق موضوع است؛ یعنی اگر شرط مزبور نباشد، موضوع محقق نشده و در نتیجه حکم منتفی می‌شود و به اصطلاح «الانتفاع عند الانتفاع» پدید می‌آید. مثال معروف اصولی برای شرط محقق موضوع عبارت «ان ركب الامير، فخذ برکابه» است (آملی، ۱۳۹۵: ج ۲، ۱۰۸) که بر این مسئله تطبیق می‌کند و انتفای عند الانتفاع را به خوبی نشان می‌دهد. بنابراین، نمی‌توان برای این ماده قائل به مفهوم شد، زیرا در جایی که شرط، محقق موضوع باشد، به صورت مسلم مفهوم معتبری وجود ندارد (محقق داماد، ۱۳۷۲: ۷۳). یعنی مفهوم در جایی است که با نیامدن شرط، احتمال و امکان آمدن جزا باشد.

۵. کشف اشتباه در دفعات تکرار پس از اجرای مجازات اعدام

با توجه به مصادیق متعددی که برای کشف اشتباه در دفعات تکرار بررسی شد، ممکن است پس از اجرای مجازات اعدام مشخص شود که اشتباهی در شمارش دفعات تکرار پدید آمده و این اشتباه منتهی به صدور و اجرای حکم اعدام شده باشد. بی‌توجهی به ظرایف و دقایق راجع به «دفعات تکرار» و مصادیقی که در خصوص اشتباه در شمارش دفعات تکرار بیان شد، می‌تواند خسارت جبران‌ناپذیری پدید آورد. حتی در نمونه‌ی پرونده‌ای که در این مقاله گزارش شد، فرض اشتباه حکمی ناشی از شمارش دفعات تکرار به روشنی وجود دارد. مسلم است که در این موارد قواعد عمومی ضمان قابل اجرا است و مسئولیت‌های سنگینی را می‌تواند متوجه ضابطان و قضات رسیدگی‌کننده یا بیت‌المال نماید.

نتیجه

در این مقاله در رابطه با حکم ماده‌ی ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی فروض مختلفی از تحقق اشتباه در شمارش دفعات تکرار جرم حدی شناسایی شدند. سه فرضیه‌ی متفاوت در رابطه با

حکم شرعی و قانونی در موارد وقوع اشتباه در شمارش دفعات تکرار مطرح و بررسی شد که عبارتند از: عدم تأثیر مطلق، تأثیر نسبی و تأثیر مطلق اشتباه در دفعات تکرار نسبت به اجرای مجازات اعدام در تکرار جرم حدی. نظر مختار آن است که به استناد اصل توقیفی بودن مجازات حدی و نیز قاعده‌ی درأ و شرطیه بودن حکم مقرر در ماده‌ی ۱۳۶، در صورت وقوع هرگونه اشتباه در شمارش دفعات تکرار جرایم حدی، مجازات اعدام مقرر در این ماده منتفی می‌شود؛ در حالی که در رویه‌ی عملی دادگاه‌ها نمونه‌ای متفاوت وجود دارد که منتهی به صدور و اجرای حکم اعدام شده و این موضوع می‌تواند پیامدها و مسئولیت‌هایی را برای قضات ایجاد کند؛ پس پیشنهاد می‌شود قانونگذار صراحتاً در مورد این موضوع در قانون تعیین تکلیف نماید.

Hossein Mirmohammad Sadeghi		http://orcid.org/0000-0001-8849-5308
Nastaran Aghaee		http://orcid.org/0009-0005-4671-1857
Mohammad Javad Darvishzadeh		http://orcid.org/0000-0003-3704-7075

منابع

الف. فارسی

- آشوری، محمد (۱۳۸۶). *آیین دادرسی کیفری*، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران، سمت.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۹). *حقوق جزای عمومی*، جلد دوم، چاپ بیست و سوم، تهران، میزان.
- بجنوردی، سیدمحمد (۱۴۰۱). *قواعد فقهی*، جلد اول، چاپ سوم، تهران، مؤسسه‌ی عروج.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰). *مقدمه‌ی عمومی علم حقوق*، چاپ ششم، تهران، گنج دانش.
- جناتی، محمد ابراهیم (۱۳۷۰). *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، چاپ اول، تهران، کیهان.
- درویش‌زاده، محمد جواد (۱۴۰۰)، *موردپژوهی کیفر سالب حیات برای شرب خمر با پنج بار سابقه محکومیت*، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی.
- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸۹). *حقوق جزای عمومی*، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، مجد، تهران.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۱)، *اصول فقه شیعه*، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
قانون مجازات اسلامی.
قانون نظارت بر رفتار قضات.
- کی‌نیا، مهدی (۱۳۸۸). *مبانی جرم‌شناسی*، جلد اول، چاپ اول، تهران، میزان.
- گرچی، ابوالقاسم، (۱۳۷۵). *مقالات حقوقی*، جلد دوم چاپ اول، تهران، دانشگاه تهران.

مبلغی، احمد و همکاران (۱۳۸۹). فرهنگ‌نامه‌ی اصول فقه، چاپ اول، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

محسنی، حسن؛ داودی، حسین (۱۴۰۰). «اصل منع استناد به عمل خلاف قانون خود در ادعا و دفاع»، مجله‌ی حقوقی دادگستری، شماره‌ی ۱۱۶.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۲). مباحثی از اصول فقه، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، چاپ هفتم، تهران.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۹). قواعد فقه بخش مدنی، چاپ بیست و هشتم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.

موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۵). «قاعدہ‌ی اقدام»، نشریه‌ی دیدگاه‌های حقوقی، شماره‌ی دوّم.

میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۰). «توسعه‌ی قضایی»، پژوهش‌های مدیریت راهبردی، شماره‌ی ۲۵ و ۲۶.

میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۹). جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، چاپ بیست و هشتم، تهران، میزان.

میرمحمدصادقی، حسین (۱۴۰۱). حقوق جزای عمومی (جلد سوّم) واکنش اجتماعی در برابر جرم (معجزات و اقدام تأمینی و تربیتی)، چاپ اول، تهران، دادگستر.

نوبهار، رحیم (۱۳۹۲). «بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام برای تکرار جرایم حدّی»، فصلنامه‌ی پژوهش حقوق کیفری، تهران، شماره‌ی ۵.

هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۸). فرهنگ فقه، جلد دوّم، چاپ دوّم، قم، مؤسسه‌ی دایرةالمعارف فقه اسلامی.

ب. عربی

قرآن کریم.

آملی، میرزا هاشم (۱۳۹۵). مجمع الافکار و مطرح الانظار، جلد دوم، چاپ اول، قم، المطبعة العلمیه.

- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۱). *المکاسب*، جلد اول، قم، منشورات دار الذخائر.
- بجنوردی، میرزا حسن (۱۳۷۷). *القواعد الفقهیه*، جلد سوم، چاپ اول، قم، الهادی.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۳۸۶). *وسائل الشیعه، المکتبه الاسلامیه*، چاپ هشتم، تهران.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵). *جامع المدارک*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲). *میانی تکمله المنهاج*، بابل، جامعه بغداد.
- سبحانی، جعفر (۱۳۸۳). *وسائل اصولیه*، قم، مؤسسه‌ی امام صادق علیه السلام.
- سبحانی، جعفر (۱۳۸۸). *الوسیط فی اصول الفقه*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه‌ی الإمام الصادق علیه السلام
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۷). *مهدب الاحکام*، چاپ چهارم، دفتر آیت الله العظمی سبزواری.
- سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۴). *قاعده لا ضرر ولا ضرار*، چاپ اول، قم، مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی.
- صدوق، محمد بن علی (۱۴۱۲). *من لا یحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۲۳). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه‌ی المعارف الاسلامیه.
- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۸). *قوانین الاصول*، چاپ اول، المکتبه الاسلامیه.
- مجلسی، محمدباقر (بی تا). *مرآة العقول*، دار الکتب الإسلامیه.
- محقق کرکی، علی بن عبدالعالی (۱۴۱۴). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه‌ی آل البيت علیهم السلام.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۷). *أصول الفقه فی مباحث الألفاظ و الملازمات العقلیه و مباحث الحجّه و الأصول العملیه*، چاپ پنجم، قم، بوستان کتاب.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰). *القواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- نجفی جواهری، محمدحسن (۱۳۶۲). *جواهر الکلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی.

پ. انگلیسی

- Black, Henry Campbell (1910). *Black's Law Dictionary*, m.a, second edition, st.paul, minn. West publishing co.
- Lord Sumption (2012). *Reflexions on the law of illegality*, Chancery Bar Association.
- Martin, Elizabeth a (2003). *a dictionary of law*, fifth edition, oxford, university press.

Translated References Into English

- Ashuri, Mohammad, Criminal Procedure Code, second volume, Tehran, samt, 8th edition, 2007. [In Persia]
- Ardabili, Mohammad Ali, General Criminal Law, second volume, Tehran, Mizan, 23rd edition, 2010. [In Persia]
- Bejnordi, Seyyed Mohammad, Qa'ave Faqhi, first volume, Tehran, Aruj Institute, third edition, 2022. [In Persia]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, i, Tehran, Ganj Danesh, 6th edition, 2001. [In Persia]
- Jannati, Mohammad Ibrahim, sources of ijthad from the perspective of Islamic religions. Tehran, Kayhan, first edition, 1991. [In Persia]
- Darvishzadeh, Mohammad Javad, Case Study on the death penalty for Wine drinking with Five conviction records, master's thesis, Allameh Tabatabai University, 2021. [In Persia]
- Shambiati, Houshang, General Criminal Law, second volume, Tehran, Majd, third edition, 2010. [In Persia]
- Fazel Lankarani, Muhammad, Principles of Shia jurisprudence, Qom, Imams of Athar Jurisprudence Center, first edition, 2002. [In Persia]
- Kaynia, Mehdi, Fundamentals of Criminology, first volume, Tehran, Mizan, first edition, 2009. [In Persia]
- Gurji, Abolqasem, legal articles, second volume, Tehran, University of Tehran, first edition, 1995. [In Persia]
- Mohseni, Hassan; Davodi, Hossein, The Ex turpi causa non oritur action, ex dolo malo non oritur action maxim and Illegality defense, Justice Journal, No. 116, 2021. [In Persia]
- Mohaghegh Damad, Seyyed Mustafa, Discussions of Usul Fiqh, Tehran, Islamic Sciences Publishing Center, 7th edition, 1993. [In Persia]
- Mohaghegh Damad, Seyyed Mustafa, Civil Jurisprudence Rules, Tehran, Islamic Sciences Publishing Center, 28th edition, 2010. [In Persia]
- Meghari, Ahmad and colleagues, Dictionary of Principles of Jurisprudence, Research Institute of Islamic Sciences and Culture, first edition, 2010. [In Persia]

- Mousavi Bejnvardi, Seyyed Mohammad, Rule of ighdam, Legal Perspectives Publication, No. 2, 1996. [In Persia]
- Mirmohammad Sadeghi, Hossein, General Criminal Law (3rd Volume) Social Reaction Against Crime (Punishments and Protective and Educational Measures), Tehran, Dadgosatar, First Edition, 2022. [In Persia]
- Mir Mohammad Sadeghi, Hossein, Crimes against persons, Tehran, Mizan, 28th edition, 2020. [In Persia]
- Mir Mohammad Sadeghi, Hossein, Judicial Development, Strategic Management Research, No. 25 and 26, 2001. [In Persia]
- Nobahar, Rahim, Rethinking Jurisprudential Evidences for the Death Penalty in Relation to Repeatation of Specific Crimes (Hudud), Criminal Law Research Quarterly, Tehran, No. 5, 2013. [In Persia]
- Hashemi Shahroudi, Seyyed Mahmoud, second volume, Farhang Fiqh, Qom, Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopaedia, second volume, second edition, 2009. [In Persia]

استناد به این مقاله: میرمحمدصادقی، حسین؛ آقایی، نسترن؛ درویش زاده، محمد جواد. (۱۴۰۲). تأثیر

اشتباه در محاسبه دفعات تکرار حد. فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، ۱۱(۴۳)، ۶۵-۴۱. doi:

10.22054/jclr.2023.71505.2547



Criminal Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.