



## میهمان ماه: جلوه‌هایی از رویکرد عرف در نظام کیفری ایران

پدیدآورنده (ها): اخوت، محمد علی

حقوق :: نشریه قضاوت :: مهر و آبان ۱۳۹۰ - شماره ۷۲

صفحات: از ۳۲ تا ۳۷

آدرس ثابت: <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/888558>

تاریخ دانلود: ۱۴۰۳/۱۱/۲۱

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می‌باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و برگرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می‌باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



## مقالات مرتبط

- جلوه هایی از رویکرد عرف در نظام کیفری ایران
- مرجعیت «عرف» از دیدگاه مذاهب اسلامی
- فقه و عرف
- اصل فردی کردن مجازات در پرتو تشکیل پرونده شخصیت در مرحله قبل و بعد از اجرای حکم
- استناد و استدلال در فرایند توجیه آراء قضایی
- عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی
- اعتبار و اثر حاکمیت نظام اقناع وجدان قاضی بر هدف دادرسی
- تحلیل انتقادی ماهیت ادله تحمیلی در حقوق اثبات دعوا
- "جرم وهمی" در مقایسه با مفاهیم مشابه
- کاربرد عرف در استنباط
- جرم انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران
- سخن سردبیر

## عناوین مشابه

- جلوه هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
- جلوه هایی از رویکرد عرف در نظام کیفری ایران
- ثابت و متغیر در نظام کیفری ایران با رویکرد تاریخی بر ملاحظات اخلاقی پیش از اسلام
- بررسی علل و عوامل ارتکاب جرم در نظام مالیاتی و جلوگیری از آن در رویکرد نظام کیفری ایران
- جلوه هایی از آموزه نئوکلاسیسم نوین در سیاست جنایی ایران
- معیار تفکیک جرم آدم ربایی از جرایم مشابه در نظام کیفری ایران
- حق بر غذا و حمایت کیفری از آن در نظام حقوقی ایران
- جرم امتناع از سپردن طفل به اشخاص قانونی در نظام کیفری ایران
- نقش و جایگاه کارشناسان پزشک قانونی در احراز رکن مادی جرائم و تخلفات پزشکی در نظام عدالت کیفری ایران و استرالیا از منظر رویه قضایی
- حمایت از زنان بزه دیده ی خشونت جنسی خانگی در نظام عدالت کیفری ایران

# جلوه‌هایی از رویکرد عرف در نظام کیفری ایران

◀ دکتر محمدعلی اخوت

قاضی سابق دیوانعالی کشور - دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی

**چکیده:** بی‌شک، عرف یکی از منابع اصلی حقوق است که نقش آن در حقوق خصوصی غیر قابل انکار است اما در حقوق جزا با توجه به قبول اصل قانونی بودن جرم و مجازات در کشورهای طرفدار حقوق نوشته، این نقش رنگ باخته است. باین حال در عرصه مقررات و قوانین در جامعه تفاوتی بین مقررات جزائی و حقوقی وجود ندارد. در نتیجه این سؤال مطرح است که جایگاه این پدیده اجتماعی در حقوق کیفری کجا است؟ آیا هیچگونه نقشی برای آن نمی‌توان قائل شد، یا این که نقش آن دارای محدودیت‌هایی است. عرف این پدیده خود جوش و پویای اجتماعی در همه حال، از میان خلأها، آنجا که لازم است، حتی با قبول اصل پیش گفته، خودنمایی می‌کند. چگونگی ظهور آن در حقوق به طور کلی و خصوصاً حقوق کیفری، چه در زمینه ماهوی (حقوق جزای عمومی - حقوق جزای اختصاصی)، چه در زمینه شکلی (آیین دادرسی کیفری) محتوای دو قسمت پی در پی این مقاله را تشکیل می‌دهد، بررسی و مذاقه در تعاریف، عناصر و روابط این پدیده اجتماعی در کلیات، بعنوان قسمت اول جلوه‌هایی از رویکرد تقنینی و قضائی در حقوق کیفری ایران در قسمت دوم، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

**واژگان کلیدی:** منابع حقوق جزا، عرف، رویه قضائی، عقیده علمای حقوق، حقوق جزای عمومی، حقوق جزای اختصاصی، آیین دادرسی کیفری

تاریخ تایید: ۹۰/۶/۱۷

تاریخ وصول: ۹۰/۲/۱۵

zandi@ghazavat.com

نویسنده پاسخگو: کانون وکلای دادگستری استان تهران



## مقدمه

حقوق کیفری ایران قبل از مشروطیت تابع مقررات مذهبی، احکام حاکمان شرع، فرمان‌های شاهان و والیان و عرف‌های نانوشته‌ای بود که در میان نهادهای قضائی سیاسی و اجتماعی جریان داشت؛ که پس از مشروطه با توجه به اقتباس از حقوق کشورهای اروپای قاره‌ای از منابع گوناگونی سیراب شده است: حقوق اسلامی، حقوق اروپای قاره‌ای و عرف‌های مملکتی و محلی البته باید اذعان داشت مبنای اصلی هر حقوقی عرف، اخلاق، مذهب و ارزش‌هایی است که باعث دوام جامعه شده است. در مورد عرف باید گفت قانون‌گذار یا بر اساس عرف یا برخلاف آن قانون می‌نویسد و در اینکه عرف در حقوقی و کیفری هر دو تأثیر دارد شکی نیست. از این حیث تفاوتی بین حقوق کیفری و خصوصی وجود ندارد. زیرا هر دو آن‌ها از جامعه هستند و برای جامعه وضع می‌شوند. هر دو آن‌ها یکسان به جامعه عرضه می‌شوند و به ناچار متأثر از عرف جامعه می‌باشند. در حقوق کیفری ایران نیز چنین است. حال مسئله این است که با توجه به قبول اصل قانونی بودن جرم و مجازات آیا نقش عرف در حقوق جزا و بالاخص حقوق جزای

ایران همانند حقوق خصوصی گسترده است. توضیح اینکه در مورد تأثیر عرف در حقوق مدنی شکی وجود ندارد. از جمله اینکه در یک هزار و سیصد و سی و پنج ماده قانون مدنی ۷۳ بار از عرف و الفاظ مشابه استفاده شده است. این مقاله در دو قسمت تنظیم شده است قسمت کلیات شامل تعریف عرف، عناصر و ارتباط آن با سایر منابع حقوق جزا که در سه بند می‌آید. در قسمت دوم به جلوه‌هایی از رویکرد تقنینی و قضائی عرف در حقوق کیفری ایران در سه بند حقوق جزای عمومی، اختصاصی و آیین دادرسی کیفری می‌پردازیم.

## قسمت یکم: کلیات

### بند یکم: تعاریف

#### ۱. تعریف لغوی عرف

۱-۱. در فرهنگ معین عرف به معنی شناختگی، معرفت، نیکویی، بخشش، معروف، مشهور، شناخته، عادت، آنچه بین مردم معمول و متداول است و امری در مقابل شرع آمده است.<sup>۱</sup>  
۲-۱. در فرهنگ لاروس عرف به معنی طرز رفتار مستقر شده به وسیله عادت نزد مردم یا یک

گروه اجتماعی (هر منطقه عرف‌های خود را دارد) و نیز نحوه معمولی رفتار یا گفتار مربوط به یک شخص، در عبارت:

Selon sa coutume il reste silencieux

ترجمه: طبق عادتش او ساکت می‌ماند؛ به تعریف کشیده شده است.<sup>۲</sup>

ملاحظه می‌شود در تعریف فوق، عرف به وسیله عادت ایجاد شده و عادت مترادف با عرف بیان شده است.

## ۲. عرف از دیدگاه حقوق دانان

حقوق دانان از عرف تعاریف‌های مختلفی به عمل آورده اند:

۱-۲. آقای دکتر کاتوزیان: عرف عادت است که به مدت طولانی بین عموم مرسوم شود و همه در برابر واقع معین آن را به کار بندند و عمومی و پایدار باشد.<sup>۳</sup>  
۲-۲. پرادل - ژان پرادل حقوق دان فرانسوی در تعریف عرف بیان داشته «عرف عادت امتداد یافته در طول زمان (یکبار عرف نیست) و انتشار یافته در مکان (جغرافیایی، اجتماعی، مثلاً در یک حرفه)

که باید دارای نیروی الزام آور باشد.<sup>۴</sup>

## بند دوم ارتباط عرف با دیگر منابع حقوق جزا

### ۱. ارتباط عرف با قانون

این ارتباط یا به صورت ارجاع صریح قانون به عرف است یا اینکه عرف می‌تواند منبع تفسیری یا تکمیلی قانون باشد و یا اینکه عرف و قانون با هم مغایرت داشته باشند.

#### ۱-۱. ارجاع صریح قانون به عرف

گاه قانون گذار جزائی به طور صریح به عرف اشاره می‌کند برای مثال قانون استفساریه نسبت به کلمه اهانت، توهین یا هتک حرمت در مقررات جزائی، مصوب ۷۹/۱۰/۴ مقرر می‌دارد:

«از نظر مقررات کیفری اهانت و توهین عبارت است از به کار بردن الفاظی که صریح یا ظاهر باشد یا ارتکاب اعمال و انجام حرکاتی که به لحاظ عرفیات جامعه و با در نظر گرفتن شرایط زمانی و مکانی و موقعیت اشخاص موجب تخفیف و تحقیر آنان شود و با عدم ظهور الفاظ توهین تلقی نمی‌گردد».

این استفساریه نوعی ارجاع صریح به عرف است. عبارت عرفیات جامعه مبهم است و تشخیص اینکه با توجه به عرف چه امری اهانت تلقی می‌شود با قاضی است که موضوع نزد او مطرح شده است و هم اوست که با بررسی عناصر مادی و روانی عرف مشخص می‌سازد که آیا اهانت (فعل مجرمانه) صورت پذیرفته یا خیر؟

هر چند عرف اصولاً از منابع غیر مستقیم حقوق جزاست ولی در صورت ارجاع صریح قانون به آن، عرف، می‌تواند منبع مستقیم حقوق جزا به شمار آید چون بلاواسطه و مستقیماً ایجاد قاعده حقوقی می‌کند.

#### ۲-۱. عرف منبع تفسیری یا تکمیلی قانون

اولین سؤالی که به ذهن می‌رسد، این است که آیا با فرض قبول اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اینکه بدون وجود یک متن قانونی مشخص نمی‌توان کسی را مجرم شناخت و او را مجازات کرد؛ آیا در حقوق جزا خلأ قابل تصور است یا خیر، شک نیست که هر امری که در قانون برای آن مجازات تعیین نشده و جرم شناخته نشده است اعم از فعل یا ترک فعل، مجاز است و وجود خلأ در حقوق جزای ماهوی مساوی با صدور حکم براءت است. اما مسئله اساسی این است که قانون گذار در جرم‌انگاری‌ها از کلمات و عباراتی استفاده می‌کند که مردم عادی هم از آن بهره می‌جویند این امر به خصوص در امر جزائی نمایان تر است زیرا:

« زبان حقوق جزا زبان جاری مردم است نه

زبان تکنیک، روبه قضائی هم بر همین مبنا قرار دارد»<sup>۵</sup>

برای تعیین معنای کلمات و عبارات گاه حقوق دان می‌بایست به عرف عام یا محلی یا لفظی و غیر آن رجوع کند، برای مثال قانون گذار در ماده ۱۹۷ قانون مجازات اسلامی، سرقت را ربودن مال دیگری به طور پنهانی تعریف کرده است در اینکه مال چیست و مصادیق آن کدام است، قانون ساکت است. در واقع خلأ قانونی وجود دارد. وجود چنین خلأهایی طبیعی است زیرا، هیچ قانون گذاری نمی‌تواند تمام مواردی را که در عمل به قانون پیش می‌آید پیش‌بینی کند. این گونه خلأها فراوان و غیر قابل اجتناب هستند. اینکه آیا سرقت یک برگ چک از دسته چک دیگری سرقت محسوب است یا خیر؟ آیا این برگ عرفاً مال محسوب می‌شود؟ لزوم رجوع به عرف جامعه و یا عرف دانایان را ایجاب می‌نماید نظریه شماره ۷/۱۹۱۴ مورخ ۷۳/۲/۷ اداره حقوقی قوه قضائیه چنین راییشی را قابل تعقیب کیفری دانسته است. در اینجا عرف یک منبع تفسیری یا تکمیلی است.

#### ۳-۱. مغایرت عرف و قانون - عرف به عنوان

نیروی سازنده حقوق، در بیش تر مواقع راهنمای قانون گذار برای تدوین قانون است و با آن تعامل دارد، اما گاه قانون گذار به خاطر ارزش‌هایی که برای افکار خویش قائل است و یا حتی برای تحکیم قدرت حکومت با عرف جاری مردم به مبارزه برمی‌خیزد و قوانینی وضع می‌کند که با عرف جامعه آشکارا در تضاد است. عللی که موجب می‌شود قانونی برخلاف عرف جاری مردم تصویب و به موقع اجرا گذاشته شود فراوان است. این علت‌ها می‌تواند اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و غیر آن باشد در این مرحله برای شناخت چگونگی واکنش مردم در قبال قانونی که با عرف مخالف است به ذکر یک نمونه در حقوق ایران بسنده می‌کنیم.

پس از انقلاب اسلامی و با توجه به کمبود کالاهای اساسی، دولت مبادرت به سهمیه بندی کالاهای از طریق انتشار کوپن کالاها از طریق ستاد بسیج اقتصادی و بانک‌ها نمود، بلافاصله پس از این رویکرد اقتصادی دولت، بازار خرید و فروش کوپن ایجاد شد که یک امر ضروری بود ایجاد چنین بازاری با توجه به جو اقتصادی کشور امری اجتناب ناپذیر به نظر می‌رسید، در کنار این بازار عده‌ای به خرید و فروش کوپن پرداختند و شغل جدیدی ایجاد شد، پس از ظهور این پدیده، قانون منع خرید و فروش کوپن کالاهای اساسی تصویب شد. به موجب ماده سه قانون کسانی که خرید و فروش کوپن را حرفه خود قرار دهند به زندان از یک سال تا پنج سال و استرداد وجوه حاصل از فروش و ضبط کوپن‌ها محکوم می‌شوند.

بدیهی است جرم انگاری حرفه خرید و فروش کوپن با ضرورت اجتماعی ایجاد شده (عرف) مغایرت دارد. چه آنچه وقتی در یک نظام اقتصادی دو نوع کالاها (ارزان قیمت (کوپنی) و گران قیمت (آزاد) وجود داشته باشد؛ خواه ناخواه چنین بازار و چنین شغلی حتی به رغم جرم انگاری ایجاد خواهد شد. همان گونه که پس از گذشت قریب به بیست سال از تصویب این قانون، در کنار فروشگاه‌های بزرگ و در چهارراه‌ها کوپن فروش‌ها را می‌بینیم که در دیدگاه پلیس به این امر مشغول هستند. دادگاه‌ها نیز با توجه به شایع بودن این کار نسبت به آن حساسیت نشان نمی‌دهند و با استفاده از ابزار تخفیف و یا تعلیق و یا صدور حکم براءت با چنین جرمی برخورد می‌کنند.

#### ۲. ارتباط عرف با روبه قضائی

رویه قضائی را آقای دکتر کاتوزیان چنین به تعریف کشیده اند:

«رویه قضایی اگر بدون قید و شرط و به طور مطلق به کار برده شود مقصود مجموع آرای قضایی است ولی به معنی خاص خود ناظر فرضی است که محاکم یا دسته‌ای از آن‌ها درباره حکم یکی از مسائل حقوقی، روش یکسانی در پیش گیرند و به اندازه‌ای، آرا راجع به آن مسئله تکرار شود که بتوان گفت، هر گاه محاکم با چنین مشکلی روبه رو شوند همان تصمیم را خواهند گرفت. رویه قضائی، قاعده مشترک آرای دادگاه‌ها و رسم متداول میان دادرسان است، رویه قضائی صورت خاصی از عرف است. جز اینکه عادت عمومی آن را ایجاد نکرده و مبنای آن رسمی است که دادرسان به وجود آورده اند، ایجاد رویه قضائی نیز مانند عرف، طبیعی و غیر ارادی است.»<sup>۶</sup>

با توجه به این تعریف، می‌توان گفت رویه قضائی نوعی عرف است. عرفی که بین قضاات ایجاد شده است. چنین عرفی از یک سو به قانون توجه دارد و به تفسیر آن می‌پردازد و از سوی دیگر به عرف جامعه راجع است.

آقای پرادل در تعریف رویه قضائی می‌نویسد: «مجموعه آرایبی است که در برخی ادوار صادر شده؛ محتوای قاعده‌ای حقوقی نسبت به موضوعی خاص است این تعریف در تمام رشته‌های حقوقی صادق است»<sup>۷</sup>.

علاوه بر اینکه رویه قضائی عرف‌ساز است؛ عرف جامعه بر رویه قضائی تأثیر دارد، قاضی خود یکی از افراد جامعه است، چگونه می‌شود زمانی که رأی صادر می‌کند؛ به عرف جامعه بی‌اعتنا بماند. او از یک سو باید قانون و رویه قضائی را در نظر داشته باشد و از سوی دیگر به عرف جامعه توجه کند به قول برول:

«حکم قاضی باید با جماعت همراه باشد، بی

شک عرف صریحا تصمیم را به او القا نمی‌کند اما بر روی او فشاری غیر قابل تحمل و پنهان وارد می‌سازد، نقش قاضی تنها این نیست که راه‌حل جدیدی بیابد بلکه باید تصمیمی بگیرد که با آمل محیطی که بر او حاکم است مطابق باشد، صحیح نیست بگویم قضاوت قواعد حقوق را می‌سازند بلکه این قواعد قبلا وجود داشته‌اند، قاضی باید آن‌ها را کشف کند».<sup>۸</sup>

### ۳. ارتباط عرف با عقیده دانشمندان (دکترین)

عقیده علما و اندیشمندان حقوقی مربوط به تفسیر مواد قانونی و تجزیه و تحلیل آراء محاکم و رویه قضائی و ارائه طریق برای آینده می‌باشد در واقع کار اندیشمندان حقوق اعم از حقوق دان و قاضی چه در زمینه دانشگاهی و چه در زمینه عملی (قضاوت، وکالت، مشاوره) تفسیر حقوقی است از آنجا که قواعد حقوقی خود ناشی و متأثر از اجتماع است و در نتیجه ارتباط آن دو الزامی است.

دانشمندان و مفسران قواعد حقوقی به ناچار می‌بایست به عرف توجه داشته باشند زیرا اولاً حقوق دان باید به شناخت کلمات و عباراتی که ماده خاص قانونی را ساخته اند مبادرت ورزد و برای رسیدن به این هدف می‌بایست به عرف عام، خاص و یا انواع عرف‌های دیگر توجه کند، ثانیاً در تفسیر رویه قضائی که خود نوعی عرف دادگاه‌ها است وظیفه حقوق دان در شناخت این عرف روشن می‌شود با این وصف می‌توان گفت نظریه اندیشمندان حقوق همانند قاضی که در تفسیر قانون از عرف استمداد می‌جوید می‌تواند به مدد عرف، برخی خلأهای قانونی را آشکار سازد. عالم حقوق علاوه بر آشنایی به قواعد حقوقی باید جامعه خویش را بشناسد و از نیازها و عملکردها آداب و رسوم و عرف‌های موجود در جامعه آشنایی کامل داشته باشد تا در تفسیر قواعد حقوقی به بیراهه نرود و بتواند راهنمای قانون گذار در تصویب قوانین باشد همه این موارد می‌تواند خود سازنده عرف دانایان باشد.

در مواردی که قانون مجمل یا ناقص است برخورد اندیشه دانایان، عرفی به وجود می‌آورد که آن نقص را جبران می‌کند و در مقام تفسیر قانون مورد استناد محاکم قرار می‌گیرد به قول دوگی: «وظیفه عالم حقوق محدود به کشف قواعدی نیست که وجدان افراد به وجود آورده است بلکه در ایجاد این وجدان نیز که سازنده بنیادهای حقوقی است اثر دارد. منتها آنچه منبع واقعی آن‌ها محسوب می‌شود نظر عموم است نه حقوق دان».<sup>۹</sup>

بنابراین در ارتباط با این دو پدیده (عقیده دانشمندان و عرف) می‌توانیم به سلسله زنجیری از پدیده‌های اجتماعی توجه کنیم و آن اینکه: اولاً اندیشمندان حقوق با توجه به قواعد منطقی و

حقوقی و قضائی و عرف جامعه نظر خود را ابراز می‌دارد، این نظر در صورتی که مقبولیت پیدا کند مورد استفاده رویه قضائی (قضاوت) قرار می‌گیرد، ایجاد رویه قضائی خود نوعی عرف را به وجود می‌آورد الی آخر.

برای مثال، به موجب قانون صدور چک ۱. صدور چک وعده دار جرم نیست (یک داده قانونی) پس از تصویب قانون ۲. کارگزاران حقوق (وکلا، مشاوران حقوقی) برای اثبات وعده‌دار بودن آن به صادر کننده پیشنهاد می‌دهند که برای دارندگان آن قبل از رسیدن زمان چک اظهارنامه بفرستند (عرف دانایان حقوق) ۳. ابلاغ این اظهارنامه در تصمیم قاضی دادسرا یا دادگاه برای اثبات وعده دار بودن چک اثر می‌گذارد، در نتیجه یک عرف قضائی ایجاد می‌شود و آن اینکه ارسال اظهارنامه قبل از موعد چک دلیل وعده دار بودن آن است.

### قسمت دوم- کنکاش وجود عرف در حقوق کیفری

با توجه به تقسیم بندی سنتی حقوق کیفری به حقوق کیفری عمومی، حقوق کیفری اختصاصی و آیین دادرسی کیفری به ذکر جلوه‌هایی از وجود عرف در این رشته‌ها می‌پردازیم.

#### بند یکم: عرف و حقوق جزای عمومی

حقوق جزای ایران با فرهنگ پذیری از حقوق کشورهای اروپای قاره‌ای، بالاخص کشور فرانسه شکل گرفت و همانند حقوق آن کشورها برای یکدست شدن قوانین و جلوگیری از هرج و مرجی که در نتیجه حکومت عرف‌های کیفری ایجاد شده برد. حقوق دانان و اندیشمندان ایرانی و عقلای جامعه بر آن شدند که از الگوی فرانسوی با نگرش به فرهنگ و عرف‌های بومی استفاده کنند. قبول اصل قانونی بودن جرم و مجازات نتیجه چنین تأثیر پذیری بود. پس از بحث مختصر پیرامون اصل قانونی بودن جرم و مجازات به تخفیف و تشدید مجازات در ارتباط با پدیده اجتماعی عرف می‌پردازیم.

#### ۱-۱. عرف و اصل قانونی بودن جرم و مجازات

اغلب اندیشمندان حقوق جزا یا تأثیر عرف در حقوق جزا را محدود دانسته یا برای آن شأنی قائل نشده اند که به نظر برخی از آنان اشاره می‌شود.

#### ۱-۱-۱. روزه برناردینی

نقش عرف و عادت در حقوق جزا همانند نقش آن در حقوق مثبت است، عرف نمی‌تواند جایگزین قانون شده، آن را نسخ کند یا تغییر دهد بلکه می‌تواند در تغییر قواعد نامشخص یا تعریف نشده به کار رود. نامبرده در اهمیت عرف در حقوق جزا اضافه می‌کند:

«اصل قانونی بودن جرم و مجازات نباید قاضی را به صورت توزیع کننده اتوماتیک مجازات‌ها در آورد و تمام قدرت تفسیر را از او بگیرد، این اصل به این معنی است که قاضی نباید جانشین قانون گذار شود ولی قانون نباید ترمزی برای خلاقیت قاضی باشد در چنین صورتی قاضی تنها عامل سرکوب خواهد بود نه عامل آزادی».<sup>۱۰</sup>

#### ۲-۱. زان پرادل

در حقوق جزای ماهوی عرف چندان اهمیتی ندارد زیرا ماده ۲-۱۱۱ قانون جزای فرانسه مقرر می‌دارد قانون جنایات و جنحه‌ها را مشخص می‌کند ولی در تفسیر متون کاربرد دارد. قانون گذار تجاوز علنی غیر از هتک ناموس را تعریف نکرده است (ماده ۲۷-۲۲۲) قانون جزای فرانسه قاضی باید به رویه مؤثر ارجاع دهد. عرف زمانی منبع واقعی حقوق جزاست که جنبه منفی و پایان دهنده مجازات داشته باشد. مانند ایراد ضرب و جرح خفیف پدر و مادر نسبت به طفل یا گلوپازی و جنگ خروسان و به ندرت یک منبع مثبت است اما در آیین دادرسی نقش مهمی ایفا می‌کند.<sup>۱۱</sup>

#### ۳-۱. آقای دکتر باهری

در انتقاد از یک رأی دیوان کشور ایران که در مورد سرقت برق به عرف ارجاع داده بود اعلام داشته «عرف در حقوق جزا شأنی ندارد».<sup>۱۲</sup>

#### ۴-۱. مرحوم دکتر نوربها

عرف در حقوق جزا ظاهراً نقش چندانی ندارد و به خصوص در کشورهایی که قوانین مدون، جهت تنظیم روابط عمومی و پاسخگویی به خدشه بر این روابط تدوین شده است؛ نقش عرف به ظاهر دیده نمی‌شود. اما باید پذیرفت که هیچ جامعه‌ای را نمی‌توان از عرف آن محروم ساخت یا به آن بی‌اعتنا بود، درست است که قوانین جزائی مدون اصولاً عرفی نیستند اما از عرف در تدوین آن‌ها استفاده شده است. لذا عرف به معنای یکی از منابع حقوق جزا و نه در مفهوم اجرایی آن توسط دادگاه‌ها که برخی از حقوق دانان ما را به اشتباه انداخته است باید مورد توجه قرار گیرد.<sup>۱۳</sup>

با توجه به نظریات ارائه شده، ملاحظه می‌شود اصل قانونی بودن جرم و مجازات در واقع سدی در قبال جرم انگاری و یا تعیین مجازات براساس عرف است. به این معنا که هیچ قاضی نمی‌تواند به استناد عرف عملی را جرم بداند یا براساس آن برای عملی مجازات قائل شود.

اما اگر به عبارات مواد کیفری توجه کنیم می‌بینیم که قانون گذار با زبانی که مردم از آن استفاده می‌کنند؛ سخن می‌گوید. تنها تفاوت این است گاه زبان قانون گذار از زبان مردم جدا می‌شود. لغات و اصطلاحاتی به وجود می‌آید که

چراغ قرمز) داشته باشد مجازات‌های خلافی فوق با هم جمع می‌شوند.  
نظریه شماره ۷/۴۳۹۵ مورخ ۶۶/۱۶/۲۰ اداره حقوق نیز بر این مبنا قرار دارد که مجازات‌ها جمع می‌شوند در واقع رویه مزبور خلاف ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی است و نشانگر این است که مقرر بند «د» شق «الف» ماده ۳۲ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ به اینکه مقررات تعدد جرم در امور خلافی جاری نیست و فقط مجازات‌های خلافی با هم و با مجازات‌های جنحه‌ای و جنایی جمع می‌شوند؛ به قوت خود باقی مانده است که بیانگر وجود عرف اجرایی است که بر خلاف تصریح قانون اعمال می‌شود.

### بند دوم: عرف و حقوق جزای اختصاصی

«حقوق کیفری اختصاصی یا خصوصی شعبه‌ای از حقوق جزائی است که شامل تعریف افراد جرائم و تشریح شرایط و ارکان قانونی و مجازات خاصه هر یک از آن‌ها می‌شود»<sup>۱۵</sup>  
با توجه به این تعریف حقوق جزای اختصاصی عرصه جرم انگاری‌ها و جایی است که با کالبد گشایی هر جرم عناصر عمومی و اختصاصی آن اعم از مادی، معنوی و قانونی، شناخته، تعریف می‌شود.

همان گونه که قبلاً اشاره شد، با توجه به قبول اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها که در حقوق کشورهای اروپایی قاره‌ای و با عنایت به برخی موازین فقهی اسلامی در حقوق ایران پذیرفته شده است؛ اکثر حقوق دانان اعتقاد دارند نقش عرف در حقوق جزا محدود است. با این حال در این گفتار به این مطلب توجه شده است که این محدودیت در جرائم مختلف چگونه است اصولاً در بررسی یک ماده قانونی که عمل خاصی مانند ربودن مال غیر را جرم انگاری کرده است به دو مسئله باید توجه کرد:

۱. حکم قانون، یعنی قسمت حکمی ماده که مقرر می‌دارد فلان کار یا عمل جرم است و مجازات خاصی را به دنبال دارد مثلاً در ماده ۶۵۶ سرقت از محل مسکونی مورد توجه قرار گرفته؛ برای آن مجازات تعیین شده است. بدیهی است عرف در این قسمت نقشی ندارد. هیچ دادگاهی نمی‌تواند با احراز شرایط موجود در ماده عمل انجام شده را به استناد عرف سرقت نشناسد یا به استناد عرف برای آن مجازات قائل نشود و یا یک مجازات عرفی یا محلی در نظر گیرد.
۲. موضوع جرم، موضوع جرم مصادیق عنوان مجرمانه‌ای است که قانون گذار برای آن مجازات تعیین کرده است. برای مثال قانون گذار در ماده ۱۹۷ قانون مجازات اسلامی سرقت را ربودن مال متعلق به غیر به طور پنهانی تعریف نموده است. حال این سؤال مطرح است که آیا ربودن یک نامه

به تصریح ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی، دادگاه باید با ملاحظه وضع جسمانی و سایر خصوصیات افراد و عرف و عادت تشخیص دهد که چه مجازاتی به حال متهم مساعد تر و اخف است» ملاحظه می‌شود اداره حقوقی برای تعیین مجازات مناسب به عرف ارجاع داده است.

### ۲-۲. تشدید مجازات

#### ۱-۲-۲. تعدد جرم

۱-۲-۲-۱. در مورد تعدد جرم، بر خلاف ماده ۳۲ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ که تعیین مجازات اشد را در تمامی موارد جنحه و جنایات در نظر گرفته بود؛ قانون گذار جمهوری اسلامی برای تعدد مادی دو حالت قائل شده است: در حالت اول که جرائم از انواع مختلف باشد قاعده جمع مجازات‌ها اعمال می‌شود و در حالت دوم در مورد جرائم از یک نوع تنها یک مجازات پیش‌بینی شده است.

برخی موارد که در این قسمت در ارتباط با ایجاد عرف قضائی قابل ذکر است به شرح زیر است:

الف- پس از تصویب قانون راجع به مجازات اسلامی و ایجاد خلأ قانونی در تشدید مجازات ارتکاب جرائم از یک نوع، دادگاه‌ها با توجه به روال سابق وفق ماده ۳۲ قانون مجازات عمومی سابق، عمل می‌کردند. با این توضیح که در صورت ارتکاب تا سه جرم، حداکثر را در نظر می‌گرفتند و در صورت ارتکاب بیش از سه جرم مرتکب را به حداکثر مجازات به علاوه نصف محکوم می‌کردند: شعبه ۱۸۲ دادگاه کیفری تهران، در رأی شماره ۱۰۴۷ مورخ ۷۰/۹/۱۸ متهم به صدور چهار فقره چک بی محل را به سه سال حبس تعریزی و جزای نقدی معادل وجه چک با مبلغ بیش تر محکوم کرده است در حالی که حداکثر مجازات حبس، وفق ماده ۶ قانون صدور چک دو سال حبس بوده است.

در واقع می‌توان گفت هر چند قانون جدیدی وضع شده است؛ با وجود خلأ در قانون جدید دادگاه‌ها به روال سابق ادامه می‌دادند و این به نوعی عرف قضائی است. این وضع ادامه داشت تا اینکه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شماره ۶۰۸ مورخ ۷۵/۶/۲۷ مقرر داشت: با عدم تصریح قانون به فرا رفتن از حداکثر مجازات، دادگاه در مورد تعدد جرم نمی‌تواند به بیش از حداکثر حکم کند. ملاحظه می‌شود، هیئت عمومی با این تصمیم، مبادرت به عرف شکنی کرده است.

ب- در مورد جرائم مربوط به تخلفات راهنمایی که در زمره جرائم تعریزی هستند ظاهراً خلاف قاعده تعیین یک مجازات عمل می‌شود با این توضیح که اگر کسی دو فقره ارتکاب (عبور از

در عالم حقوق معانی خاصی دارند. در نتیجه گاه کلمات قانون مبهم و مجمل است و مفهوم نیست. قاضی یا حقوق دان به ناچار می‌بایست به تفسیر قانون روی آورد تا مقصود قانون گذار را دریابد چنین امری به تفسیر قانون می‌انجامد که با توجه به اصول کلی مورد قبول اندیشمندان حقوق جزا باید مضیق و به نفع متهم باشد.

برای مثال بموجب ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی دفاع از نفس یا عرض و یا ناموس و... در برابر هر گونه تجاوز فعلی یا خطر قریب الوقوع... شرایط احراز دفاع مشروع یعنی، تناسب دفاع با خطر، لازم نبودن عمل ارتكابی بیش از حد، اصطلاحاتی از این دست که قانون گذار به برشماری مصادیق آن‌ها اقدام نکرده است منوط به ایجاد عرف قضائی در دادگاه‌ها و دیوان کشور است، اینکه مصادیق تجاوز فعلی، خطر قریب الوقوع، تناسب دفاع با خطر و غیر آن چیست و مصادیق آن کدام است با عرف قضائی است که آن هم نشأت گرفته از عرف جامعه و حقوق دانان است.

### ۲. عرف و تخفیف و تشدید مجازات

#### ۱-۲ تخفیف مجازات

در تخفیف قضائی موضوع ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی (تخفیف به دو نوع قانونی که قاضی را ملزم به اعمال تخفیف می‌کند و قضائی که حاکی از اختیار قاضی در تخفیف است) دادگاه می‌تواند مجازات را تخفیف دهد، منطقیاً تخفیف مجازات به معنی این است که در جرائمی که حداقل و حداکثر تعیین شده است تخفیف باید کمتر از حداقل باشد. در نظریه زیر اداره حقوقی قوه قضائیه درباره تخفیف به عرف ارجاع داده است.

«در صورتی که جزای نقدی عرفاً اخف از حتی یک ضربه شلاق باشد دادگاه می‌تواند آن را به استناد ماده ۳۵ قانون راجع به مجازات اسلامی به جزای نقدی تبدیل کند»<sup>۱۶</sup>

برای اعمال تخفیف قضائی سؤالات فراوانی مطرح می‌شود، که حل عملی آن‌ها به عهده دکترین یا رویه قضائی (عرف قضائی) است. از این گونه است: اگر حداقل مجازات جرمی - یک واحد- باشد مثلاً حداقل یک ضربه شلاق باشد، با توجه به نظریه فوق تخفیف چگونه خواهد بود، آیا با رعایت تخفیف باید همان یک ضربه اکتفا کرد یا اینکه مجازات را تبدیل نمود. قسمت اخیر ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی اجازه تبدیل مجازات را داده است و نیز اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه ۷/۱۹۴۲ مورخ ۷۲/۳/۱۶ چنین اعلام نظر کرده است:

«از نظر تخفیف کیفر و تبدیل مجازات اسلامی، مثلاً تبدیل حبس یا شلاق یا جزای نقدی با توجه

حضوری بین شاکی و متهم و شهود و بررسی دلایل و کارشناسی از این روش استفاده و ساعت معین را مشخص و متهم و سایر اشخاص را دعوت می‌کنند. در مورد دوم معمولاً در احضاریه نوشته می‌شود سه روز پس از رویت، احضار و نتیجه عدم حضور را جلب می‌نویسند.

## ۲. جلب متهم

جلب متم در چند حالت ممکن است: اولاً: جلب ابتدایی یا جلب بدون احضار. در جرائم مشهود، مأمورین می‌توانند متهم را جلب نمایند، زیرا وفق فراز دوم ماده ۱۱۸ قانون آیین دادرسی در امر کیفری ضابطان در این گونه جرائم، اقدامات لازم را برای جلوگیری از فرار متهم یا تبانی معمول داشته، تحقیقات مقدماتی را انجام، نتیجه را بلافاصله به اطلاع مقام قضایی (دادستان-دادیار- بازپرس) می‌رسانند. در این گونه جرائم، در صورتی که بازداشت متهم ضرورت داشته باشد حق نگهداری او را ندارند. در صورت اخیر بلافاصله موضوع اتهام را به متهم تفهیم و تا ۲۴ ساعت می‌توانند متهم را تحت نظر نگه دارند و پس از آن باید متهم را نزد قاضی تحقیق (دادستان - دادیار - بازپرس) حاضر نمایند. به موجب نظریه شماره ۷/۶۶۵ مورخ ۸۲/۸/۱۵ اداره حقوقی قاضی تحقیق پس از حضور متهم با توجه به ماده ۱۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری، ظرف ۲۴ ساعت باید تحقیق از او را آغاز کند.

در عمل مشاهده می‌شد که به لحاظ عدم تکمیل تحقیقات، مانند عدم وصول پاسخ در مورد سوابق متهم و عدم دسترسی به گواهان شاکی یا متهم، عدم وصول نظریه پزشکی قانونی یا علل دیگر قضات تحقیق به ضابطین دستورات لازم را داده و مقرر می‌داشتند متهم با ضامن اداری معتبر؛ یا به نحوی که در دسترس باشد آزاد باشد. این امر باعث می‌شد که متهمان برای آزادی خویش در جریان تحقیقات سند ملک، جواز کسب و یا کارت شناسایی در حوزه انتظامی بگذارند. در این ارتباط بخشنامه شماره ۷۹/۹/۹-۱/۷۹/۱۴۱۷۰ رییس قوه قضائیه اعلام داشت. ضابطان حق اخذ تأمین از متهم را ندارند. بنابراین صدور دستور متهم با قید ضامن معتبر آزاد شود به مراجع انتظامی، سپردن اختیار در اخذ تأمین به مقامات غیر قضایی و فاقد اختیار در این زمینه می‌باشد که تخلف از قانون و موجب مسئولیت خواهد بود نوع دیگر جلب ابتدایی یا بدون احضار در ماده ۱۱۸ قانون مجازات اسلامی آمده که دو مورد است نخست در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها قصاص، اعدام و قطع عضو باشد. دوم در مورد متهمینی که محل اقامت یا شغل یا کسب معینی ندارند و اقدامات قاضی برای دست یابی به متهم به نتیجه نرسیده باشد. مورد اول ارتباط با نوع مجازات و به تبع آن نوع جرم دارد و مورد دوم ارتباط با خصوصیت

و اختصاصی مورد بحث قرار می‌گیرد، دوم اینکه با فرض وقوع جرم چه روش یا روش‌هایی برای کشف و تعقیب و دستگیری و محاکمه و اجرای حکم باید به کار برد که موضوع آیین دادرسی کیفری است.

در ارتباط با نقش عرف در آیین دادرسی کیفری، دو نظر ابراز شده است، برخی بر آنند که عرف در آیین دادرسی کیفری نقش مهمی ندارد و از منابع مستقیم قواعد حقوقی به شمار نمی‌آید، لیکن به طور غیر مستقیم در تفسیر قانون کیفری و تحول آن مؤثر می‌باشد.<sup>۱۶</sup> برخی دیگر اعتقاد دارند که عرف در آیین دادرسی کیفری دارای اهمیت بیش تری به عنوان منبع حقوق است.<sup>۱۷</sup> اینک به چند مورد از مواردی که عرف در آیین دادرسی کیفری نقش دارد اشاره می‌شود.

## ۱. احضار متهم

طبق ماده ۱۱۲ قانون آیین دادرسی در امر کیفری احضار متهم باید از طریق احضارنامه به عمل آید. احضار نامه در دو نسخه فرستاده می‌شود، یک نسخه را متهم گرفته و نسخه دیگر را امضا کرده به مأمور احضار، رد می‌کند، این طریق احضار قانونی است. ولی در عمل، پس از ارسال شکوائیه از طرف دادستان یا معاون او به مرجع انتظامی، حوزه انتظامی مبادرت به احضار او می‌کند. نظریه شماره ۷/۳۴۸۶ مورخ ۸۰/۴/۲۴ اداره حقوقی قوه قضائیه بیان داشته «دعوتنامه‌ای که ضابطین قضائی برای اشخاص ارسال می‌دارند تا برای تحقیق در مورد شکایت شاکی در مرجع انتظامی حاضر شوند؛ چون از جانب قاضی ارسال نشده قانوناً احضارنامه تلقی نمی‌شود». با این حال رویه احضار متهمین به وسیله احضارنامه‌هایی که با فرم چاپی در حوزه‌های انتظامی موجود است؛ کماکان به قوت خود باقی است. قضات دادسرا هم به آن اشکال نمی‌گیرند، در واقع اگر متهم با آن احضاریه در مرجع انتظامی حاضر و از او تحقیق شود مورد ایراد واقع نمی‌شود. حتی دیده شده به استناد آن دستور جلب هم صادر می‌نمایند. احضار نامه ورقه‌ای است که به وسیله مأمور ابلاغ به متهم داده می‌شود ولی بعضی مواقع شعب دادیاری و باز پرسی از طریق تلفن، فاکس یا پیام شفاهی مبادرت به احضار متهم می‌نمایند که توجیه پذیر نبوده و فاقد وجهت قانونی و ضمانت اجرای قانونی است و در صورتی که متهم حضور پیدا نکند نمی‌شود او را جلب کرد. از نظر زمان احضار در ماده ۱۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری ذکر تاریخ حضور آمده، اما چگونگی آن مشخص نشده است، عرف قضایی دو نوع تعیین تاریخ را مد نظر قرار داده است، اولاً وقت معین، ثانیاً دادن مهلت.

در مورد اول معمولاً بازپرسان، برای مواجهه

با یک برگ چک بدون اینکه چیزی در آن نوشته شده باشد یا برداشتن یک دستگاه تلویزیون که آن را خارج از خانه گذارده اند؛ سرقت است یا خیر، اینجاست که نقش عرف در حقوق جزای اختصاصی آشکار می‌شود. در نتیجه در تفسیر دو عنصر مادی و روانی هر بزه، رجوع به عرف می‌تواند راه گشا باشد. اما در عنصر قانونی، که مربوط به مورد اول یعنی حکم قانون است؛ عرف راه ندارد.

این تأثیر گاه به صورت تصریح است. قانون گذار صراحتاً از عرف استمداد جسته است. برای مثال به موجب ماده ۵۹۹ قانون مجازات اسلامی تدلیس در معامله برای ادارات دولتی جرم است به شرطی که مقدار یا صفت یا کمیت بیش از حد متعارف باشد، استفاده از کلمه متعارف ارجاع صریح به عرف محسوب می‌شود و گاه ارجاع قانون گذار به عرف به صورت تلویحی است. برای مثال قانون گذار بعضاً برای ذکر مصادیق از عباراتی مثل اشیاء و نظایر و امثال به کار می‌برد. مصادیق این موارد را عرف قضائی تعیین می‌کند، به موجب ماده ۵۱۸، ساختن، وارد کردن، خرید و فروش شبیه هر نوع مسکوک طلا یا ترویج سکه قلب جرم است، اینکه شباهت چیست و مصداق آن با توجه مورد مکشوف چه می‌تواند باشد، بستگی به عرف کارشناسی و خیره و عرف قضائی دارد. در یک بررسی که در مواد قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات به عمل آمد ملاحظه شد در حدود ۶۱ مورد از موارد قانونی می‌توان به طور صریح، تلویحی وجود عرف و یا زمینه ایجاد عرف‌های قضائی، کارشناسی، اداری و غیره را مشاهده کرد.

## بند سوم: عرف و آیین دادرسی کیفری

درباره آیین دادرسی کیفری تعریف‌های گوناگونی ارائه شده است. آقای دکتر آخوندی آن را «مجموعه قواعد و مقرراتی که برای کشف و تعقیب جرم، ترتیب دادرسی و اجرای احکام جزایی، وضع شده است» و آقای دکتر آشوری «مجموعه قواعد و مقرراتی که برای کشف جرم، تعقیب متهمان و تحقیق از آنان، تعیین مراجع صلاحیت دار، طرق شکایت از احکام و نیز بیان تکالیف مسئولان قضایی و انتظامی از یک سو و حقوق و آزادی‌های متهمان از سوی دیگر وضع شده است»، تعریف کرده اند.

با توجه به تمامی تعریف‌های فوق می‌توان نتیجه گرفت که قواعد مربوط به آیین دادرسی کیفری، قواعد «روش‌ها» و «شکل‌ها» است و نه ماهیت‌ها، توضیح اینکه با فعل یا ترک فعل مجرمانه از دیدگاه حقوق کیفری دو موضوع مورد توجه قرار می‌گیرد.

اول اینکه آیا فعل یا ترک فعل عنوان مجرمانه دارد یا خیر و اگر دارد مجازات آن چیست که در حقوق جزای ماهوی یعنی حقوق جزای عمومی

اینکه باید با اعمال چند ماده معدود این قانون در قانون آئین دادرسی کیفری که برای نظام بدون دادسرا نوشته شده خلأها را پر کند.

### منابع

۱. فرهنگ فارسی دکتر محمد معین، شش جلد، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر ۱۳۶۳
۲. فرهنگ سه جلدی لاروس، کتابخانه لاروس، سال ۱۹۶۶
۳. دکتر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۷۹.
۴. pradel jean, droit penal general ۱۳<sup>em</sup> edition tom cujas ۱۲۶۲.
۵. Legros, Robert, Consideration sur les lacunes et l'interpretation en droit penal, Revue de droit penal ۲۹. p. ۱۹۹۶ et de Criminologie.
۶. دکتر کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۵، جلد دوم
۷. pradel jean, dictionnaire de theorie et de sociologie du droit, que sais-je. p. u. f paris ۷۰. p. ۱۹۶۴
۹. دکتر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد دوم، منابع حقوق، ص ۶۱۱.
۱۰. Bernardini Roger, Droit penal general. p. p. pradel jean, Manuel de droit penal. edition cuja paris ۲۳۱. ۲۰۰۴.
۱۲. دکتر باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، انتشارات رهام تهران ۱۳۸۱، ص ۱۱۰.
۱۳. دکتر نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، ص ۴۵، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ ۲۱.
۱۴. مجموعه نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری در دو جلد، از سال ۱۳۵۸ تا ۱۳۷۳ تهیه و تنظیم غلامرضا شهری و سروش ستوده جهرمی، تهران، چاپخانه روزنامه رسمی کشور.
۱۵. یاد، دکتر ابراهیم، حقوق جزای اختصاصی، جلد اول، چاپخانه دانشگاه تهران، ۱۳۴۷، جرائم علیه اشخاص، ص ۲.
۱۶. آشوری، دکتر محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، ص ۱۲.
۱۷. آخوندی، دکتر محمود، آیین دادرسی کیفری، دو جلد، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ سوم تهران سال ۱۳۸۶.
۱۷. Prsdel, Jean, Droit penal general, tome ۱, ۲۳۶۲.

تعیین مجازات و حتی جرم زدایی و قضاو دایی، دارای تأثیر مهمی است.

بنا به مراتب و با توجه به محتوای مقاله نتایج زیر قابل بررسی است.

۱. در زمینه حقوق جزای عمومی، عرف در فردی کردن مجازات‌ها با استفاده از مجوزهای قانونی همانند تخفیف و تشدید مجازات، دارای نقش بسزایی است. چه آنکه قاضی جزائی با استفاده از اهرم‌های قانونی و با در نظر گرفتن عرف جامعه به فردی کردن مجازات‌ها اقدام می‌کند. در نتیجه مشاهده می‌شود در گوشه‌ای از مملکت نسبت به جرم خاص برخورد همراه با تشدید و در گوشه‌ای دیگر همراه با تخفیف انجام می‌شود. توجه به عنصر مصلحت در این زمینه‌ها بازگشای راه تعامل با عرف جامعه است.

۲. در زمینه حقوق جزای اختصاصی همان گونه که مشاهده شد عرف از نظر کاربردی، نسبت به جرم‌انگاری و تعیین مجازات که مسئله حکمی است نقشی ندارد. زیرا، نمی‌توان به استناد عرف امری را که در قانون برای آن مجازات تعیین نشده، جرم شناخت و مجازات کرد و این نتیجه تقید به اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که مانع و سدی محکم در برای نفوذ عرف است. در واقع نظر جزاشناسان را درباره محدودیت عرف در همین حد باید تفسیر کرد. اما از نظر موضوعی شناخت فعل یا ترک فعل و تطبیق آن با قانون، قاضی ناچار است به عرف جامعه، عرف دانایان حقوق اعم از قضات، وکلا، مشاوران حقوقی، توجه کند زیرا، قانون گذار برای توصیف یک جرم از زبان مردم سود می‌جوید، او زبان گویای عرف جامعه است.

۳. در زمینه آیین دادرسی با توجه به اینکه مانع اصل قانونی بودن آن طور که در حقوق جزای ماهوی وجود دارد موجود نیست؛ تأثیر عرف از سایر رشته‌های حقوق جزا بیش تر است. اینجا عرصه ایجاد عرف‌های گوناگون قضائی و اداری مختلف و فراوان است چه آنکه قاضی که وفق قانون مکلف است نسبت به موضوع طرح شده بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری تصمیم بگیرد؛ با فرض وجود خلأ قانونی در زمینه روش‌ها و راهبردها، نمی‌تواند از تصمیم‌گیری خودداری کند چه در این صورت او مؤاخذه خواهد شد. در نتیجه باید از ذهن خلاق خویش مدد گرفته؛ خلأها را با ایجاد

زمینه عرف‌های قضائی پر کند. همین وظیفه به عهده دیگر عاملان حقوق، وکلا، کارشناسان، استادان و مشاوران حقوقی نیز هست. نمونه بارز آن که در این مقاله به آن پرداخته شده، قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ است. قاضی جزائی اعم از بازپرس یا دادستان وظیفه خطیری به عهده دارد و آن

متهم دارد. که در هر دو مورد جلب بدون احضار متهم جائز است. چنین به نظر می‌رسد منظور از قصاص در مورد اول قصاص نفس باشد. در قصاص اطراف که نیاز به شکایت شاکی خصوصی دارد تا به حال دیده نشده که بازپرس بدون احضار دستور جلب بدهد. معلوم نیست جمله اقدامات قاضی برای دست یابی به متهم به نتیجه نرسیده باشد؛ مندرج در بند ب ماده فوق به چه معنی است. زیرا جز احضار و جلب قانوناً کاری دیگری نیست که قاضی بتواند انجام دهد بدیهی است در صورت احضار و عدم حضور برگ جلب صادر خواهد شد.

ثانیاً: جلب به عنوان ضمانت اجرای عدم حضور، در صورتی که احضارنامه به متهم ابلاغ واقعی یا قانونی، وفق مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، شده باشد و متهم در موعد تعیین شده حضور نیابد به دستور بازپرس جلب می‌شود. برخلاف ورقه احضاریه که معمولاً کارکنان دفتری آن را امضا می‌کنند؛ برگ جلب باید به امضای قاضی رسیدگی کننده (دادستان-بازپرس-دادیار) برسد. به موجب رأی شماره ۷/۶۲۰۰-۸۳/۸/۱۶ اداره حقوقی جلب یا احضار باید ممضی به امضای قاضی رسیدگی کننده باشد. قضات دادسرا نمی‌توانند صدور برگ احضاریه یا جلب افراد را به مرجع انتظامی واگذار نمایند. قبلاً اشاره شد که ارسال احضاریه به وسیله مراجع انتظامی به صورت عرف خلاف قانون در آمده است. در مورد برگ جلب چنین نیست. رویه هم این است که برگ جلب را قاضی امضا می‌کند. گاه مشاهده می‌شود که قضات پشت برگ گزارش حوزه انتظامی دستور جلب متهم را صادر می‌نمایند.

ثالثاً: جلب سیار- براساس رویه قضایی کشور ما در زمان حکومت قانون آیین دادرسی ۱۲۹۰، نوعی برگ جلب صادر می‌شد تا نسبت به دستگیری متهم هر کجا که باشد در محدوده صلاحیت بازپرس با کمک مأمورین انتظامی اقدام نمایند. این وسیله یک وسیله ارعابی بود که شاکی از آن سودهای فراوانی به دست می‌آورد. صدور چنین برگ جلبی معمولاً در مورد بزه صدور چک بی محل امری عادی بود. قانون گذار به موجب تبصره ماده ۱۲۲ قانون آیین دادرسی در امر کیفری بر این امر مهر تأیید گذاشت و این از موارد تبعیت قانون گذار از عرف قضایی ایجاد شده است.

### نتیجه‌گیری

همان گونه که در بخش اول و دوم رساله ضمن مباحث مختلف مطرح گردید، جزاشناسان را عقیده بر این است که عرف در حقوق جزا از جمله حقوق جزای ایران راه ندارد یا اینکه تأثیر آن محدود است در این تحقیق روشن شد که عرف به عنوان راهنمای قانون گذار در جرم‌انگاری و