

نقش عرف در حقوق کیفری ایران

www.ketab.ir



سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران

سرشناسه	: سلیمانی ساردو، حمدالله، ۱۳۴۵ -
عنوان و نام پدیدآور	: نقش عرف در حقوق کیفری ایران/ مولف حمدالله سلیمانی ساردو.
مشخصات نشر	: تهران: راه دکتري، ۱۳۹۵.
مشخصات ظاهري	: ل، ۲۹۷ ص.: ۲۹×۲۲ سم.
شابک	: ۱۸۰۰۰۰ ريال 0-36-8641-600-978:
وضعيت فهرست نویسی	: فيها
یادداشت	: کتابنامه.
موضوع	: عرف
موضوع	: Customary law
موضوع	: عرف -- ایران
موضوع	: Customary law -- Iran
موضوع	: حقوق جزا -- ایران
موضوع	: Criminal law -- Iran
رده بندی کنگره	: ۱۳۹۵ ۷۸۸/۵۷/۳۴
رده بندی دیویی	: ۵۷/۳۴
شماره کتابشناسی ملی	: ۲۴۶۳۰۴۴

نقش عرف در حقوق کیفری ایران

حمدالله سلیمانی ساردو

انتشارات راه دکتري

نامدار افروغ

۵۰ نسخه

۱۳۹۵، اول

۹۷۸-۶۰۰-۸۶۴۱-۳۶-۰

۱۸۰۰۰۰ ريال

مولف:

ناشر:

صفحه آرایي:

تیراژ:

نوبت چاپ:

شابک:

قیمت:

نشانی: خ شریعتی بالاتر از پل صدر خ شهید میرزاپورخ فاطمیه-ک مهر اول غریبی پ ۳۴

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر محفوظ می باشد.

فصل اول: کلیات و تعاریف، ارکان و اقسام عرف ۱۸

مقدمه ۱۹

مبحث اول: تعاریف عرف ۲۰

اول - تعریف لغوی عرف ۲۰

دوم: تعریف اصطلاحی عرف ۲۱

الف: معنی عرف در قرآن ۲۱

ب: تعریف حقوق عرف ۲۳

ج: تعریف فقهی و اصولی عرف ۲۶

د: تعریف عرف در جامعه شناسی ۲۸

سوم: تعریف عادت ۳۰

الف: تفاوت عرف و عادت ۳۲

ب: اهمیت عرف در تشریع و تقنین ۳۶

مبحث دوم: عناصر تشکیل دهنده عرف ۴۰

اول: رکن مادی عرف ۴۱

دوم: رکن معنوی عرف ۴۲

مبحث سوم: عناصر تشکیل دهنده عرف در فقه اسلامی ۴۴

اول: انجام عمل معین ۴۴

- دوم: تکرار عمل یا قول و ترک عمل ۴۵
- سوم: تکرار عمل معین باید تا حدی باشد که به صورت عرف غالب یا عموم درآید ۴۵
- چهارم: عمل مذکور نباید ناشی از فطرت یا غریزه باشد ۴۶
- مبحث چهارم: اقسام عرف به اعتبار قلمرو آن ۴۶
- اول: عرف عام ۴۷
- دوم: عرف خاص ۴۸
- الف: عرف خاص منفی ۴۹
- ب: عرف خاص زمانی ۴۹
- ج: عرف خاص مکانی ۴۹
- سوم: عرف حادث ۵۰
- چهارم: عرف متاخر ۵۰
- پنجم: عرف مرسل ۵۱
- ششم: عرف مسلم ۵۱
- مبحث پنجم: اقسام عرف به اعتبار سبب ۵۲
- اول: عرف لفظی یا قولی ۵۳
- دوم: عرف عملی ۵۴
- سوم: عرف فاسد ۵۵

.....	چهارم: عرف صحیح	۵۶
.....	پنجم: عرف موضوعی	۵۷
.....	ششم: عرف حکمی	۵۸
.....	هفتم: عرف عقلاء	۵۹
.....	الف: عناصر بناء عقلاء	۶۰
.....	ب: تفاوت عرف و بناء عقلاء	۶۰
.....	ج: تفاوت بناء عقلاء و دليل عقل	۶۰
.....	هشتم: عرف مطرد (عرف غالب)	۶۱
.....	نهم: عرف متشرعه	۶۱
.....	دهم: اجماع	۶۳
.....	الف: تفاوت عرف و اجماع	۶۳
.....	فصل دوم: منشأ و اعتبار عرف و شرایط آن	۶۵
.....	مقدمه	۶۶
.....	مبحث اول: منشأ عرف	۶۷
.....	اول: قانون منشأ نیروی الزام آور عرف	۶۷
.....	دوم: نیروی الزام آور عرف حقوقی ناشی از اصول بنیادی حقوقی است که تکیه گاه آن به شمار می آید	۶۸
.....	سوم: اعتقادات همگانی و احساس حقوقی مشترک	۶۸

- چهارم: وجدان و اراده عمومی ۶۸
- پنجم: نیازها و ضرورت های اجتماعی و خواسته های طبیعی انسان ۶۹
- مبحث دوم: اعتبار و حجیت عرف ۶۹
- اول: کتاب ۷۱
- دوم: سنت ۷۳
- سوم: اجماع ۷۴
- چهارم: سیره پیامبر (ص) و ائمه معصومین (ع) ۷۴
- پنجم: عقل ۷۴
- ششم: احکام امضائی در شریعت اسلام ۷۴
- هفتم: حجیت عرف به جهت اتکای آن به ذاتی بودن و نیازی به دلیل ندارد ۷۵
- هشتم: قاعده ملازمه ۷۵
- نهم: سکوت شرع ۷۵
- دهم: رعایت مصلحت تسهیل ۷۶
- یازدهم: علم معصومین (ع) ۷۶
- دوازدهم: حفظ نظام و پرهیز از اختلال در آن ۷۷
- سیزدهم: امکان امتثال تکالیف ۷۷
- چهاردهم: یکسان بودن تکالیف برای همگان ۷۷

۷۷	پانزدهم: عدم اعتبار عرف تکلیف ما لایطاق را در پی دارد
۷۷	شانزدهم: استدلال در اعتبار و حجیت عرف به پاره ای از قواعد
۷۹	مبحث سوم: شرایط اعتبار عرف در فقه
۷۹	اول: اطراد و اغلیت
۸۰	دوم: تقارن
۸۰	سوم: عدم مخالفت عرف با نصوص شرعی
۸۰	چهارم: عدم تصریح
۸۱	مبحث چهارم: تعارض عرف با سایر منابع
۸۱	اول: تعارض عرف با قانون
۸۲	دوم: تعارض عرف و عادت
۸۲	سوم: هل تنغیر النص بالتغییر العرف
۸۴	مبحث پنجم: عیوب عرف
۸۶	فصل سوم: قلمرو عرف در حقوق
۸۷	مقدمه:
۸۹	مبحث اول: قلمرو عرف در حقوق مدنی
۹۱	مبحث دوم: قلمرو عرف در حقوق تجارت
۹۲	مبحث سوم: قلمرو عرف در حقوق عمومی

- مبحث چهارم: قلمرو عرف در حقوق بین الملل ۹۳
- مبحث پنجم: قلمرو عرف در حقوق کیفری ۹۵
- اول: حقوق جزای عمومی ۹۶
- دوم: حقوق جزای اختصاصی ۹۷
- مبحث ششم: نقش عرف در آئین دادرسی کیفری ۹۸
- اول: نقش عرف در تدوین قوانین آئین دادرسی کیفری ۹۹
- دوم: نقش عرف در دلائل اثبات دعوی ۱۰۲
- الف: اقرار ۱۰۲
- ب: شهادت ۱۰۴
- ج: علم قاضی ۱۰۵
- د: ارجاع به کارشناس و خبره ۱۰۷
- سوم: نقش عرف در تعریف لوٹ و اسباب آن ۱۰۹
- چهارم: نقش عرف در تبدیل مجازات قصاص به دیه به جهت عدم امکان قصاص عاجل ۱۱۳
- پنجم: نقش عرف در احراز مرگ معدوم پس از اجرای حکم ۱۱۵
- مبحث هفتم: نقش عرف در حقوق جزای عمومی ۱۱۶
- اول: عرف و مصادیق معاونت در جرم ۱۱۷
- الف: تحریک ۱۱۸

ب: تهدید ۱۱۸

ج: تطمیع ۱۱۹

د: ترغیب ۱۲۰

دوم: عرف و عوامل موجهه در جرم ۱۲۰

الف: عرف و دفاع مشروع ۱۲۱

۱- عرف و مفاهیم عرض و ناموس ۱۲۲

۲- عرف و تناسب دفاع با حمله ۱۲۲

ب: عرف و تادیب و تنبيه ۱۲۴

ج: عرف و اعمال ورزشی ۱۲۷

د: عرف و اعمال جراحی ۱۳۰

مبحث هشتم: نقش عرف در عوامل رافع مسئولیت ۱۳۱

اول: عرف و اجبار ۱۳۱

دوم: عرف و اکراه ۱۳۳

سوم: عرف و جنون ۱۳۵

چهارم: عرف و کودکی ۱۳۶

مبحث نهم: نقش عرف در سایر موضوعات حقوق جزای عمومی ۱۳۸

اول: عرف و منبع حقوق جزا بودن ۱۳۸

دوم: عرف و تخفیف مجازات	۱۴۱
سوم: عرف و تشدید مجازات	۱۴۲
چهارم: عرف، و تعدد جرم	۱۴۳
پنجم: عرف و رویه قضایی	۱۴۶
ششم: عرف و قوانین جزای عمومی و اختصاصی	۱۴۸
هفتم: عرف و مفهوم نسبت جرم	۱۴۹
فصل چهارم: نقش عرف در جرائم مستوجب قصاص و دیه	۱۵۱
مقدمه:	۱۵۲
مبحث اول نقش عرف در قتل مستوجب قصاص	۱۵۴
اول: نقش عرف در تشخیص و تعریف قتل عمدی	۱۵۵
دوم: عرفی بودن آلت قتاله	۱۶۰
سوم: عرفی بودن عمل قتاله	۱۶۶
چهارم: عرفی بودن مواضع حساس	۱۶۸
پنجم: عرفی بودن تحقق اکراه در قتل	۱۷۰
ششم: عرفی بودن سببیت در قتل عمدی	۱۷۱
هفتم: عرفی بودن سبب اقوی از مباشر	۱۷۴
مبحث دوم: نقش عرف در جرایم مستوجب قصاص عضو جرح	۱۷۵

- اول: نقش عرف در تشخیص و تعریف جرح و قطع عضو عمدی ۱۷۷
- دوم: نقش عرف در جراحه بودن فعل موجب جراحت ۱۷۸
- سوم: نقش عرف در سرایت جراحت عمدی به قتل نفس ۱۸۰
- مبحث سوم: نقش عرف در جرایم مستوجب دیه ۱۸۱
- اول: نقش عرف در تعریف قتل شبه عمد و خطا محض ۱۸۲
- دوم: تجزیه و تحلیل نمونه ای از آراء صادره از محاکم قضایی ۱۸۵
- سوم: نقش عرف در تعریف جرح و نقص عضو شبه عمد و خطای محض ۱۸۸
- مبحث چهارم: مصادیق مشاعرت در قتل شبه عمد در قانون مجازات اسلامی ۱۹۱
- اول: نقش عرف در تعریف قتل شبه عمد یا جرح یا نقص عضو در اثر طبابت ۱۹۲
- دوم: نقش عرف در قتل شبه عمد یا جرح یا نقص عضو منظور تأدیپ ۱۹۳
- سوم: نقش عرف در تحقق قتل شبه عمد یا عمد بر اثر کشیدن سلاح یا برانگیختن سگ به سوی کسی یا هر کاری که موجب هراس گردد ۱۹۳
- چهارم: نقش عرف در تحقق قتل شبه عمد ناشی از ایراد صدمه به دیگری یا پرت کردن کسی که منجر به قتل شود ۱۹۴
- پنجم: نقش عرف در تحقق قتل و جرح و یا نقص عضو شبه عمد ناشی از قراردادن چیزی بر روی دیوار و افتادن آن بر روی کسی در معبر عام ۱۹۴
- ششم: نقش عرف در تحقق قتل، نقص عضو یا جرح ناشی از روشن کردن آتش در ملک خود ۱۹۵

مبحث پنجم: مصادیق نقش عرف در ایراد صدمه شبه عمد در قانون مجازات اسلامی ۱۹۵

اول: نقش عرف در تشخیص روئیدن مجدد مو یا عدم آن ۱۹۵

دوم: نقش عرف در تشخیص دست یا عضو اصلی از زاید ۱۹۶

سوم: نقش عرف در تشخیص زوال و یا نقصان عقل در اثر جنایت ۱۹۶

چهارم: نقش عرف در تشخیص برگشت یا عدم برگشت قوه شنوایی که در اثر جنایت زایل شده باشد ۱۹۷

تجزیه و تحلیل یک رأی ۱۹۸

پنجم: نقش عرف در تشخیص زوال قوه شامه ۱۹۹

ششم: نقش عرف در تشخیص قوه شنوایی ۲۰۰

فصل پنجم: نقش عرف در تشخیص جرائم مستوجب حد ۲۰۱

مقدمه ۲۰۲

مبحث: اول نقش عرف در جرایم زنا و لوازم آن ۲۰۳

اول: نقش عرف بر اطلاق فرج ۲۰۳

دوم: نقش عرف در اجرای تشخیص تراخی و فوریت بین شهادت شهود در اثبات زنا ۲۰۴

سوم: نقش عرف در تشخیص تعداد مؤمنین حاضر در زمان اجرای حدود ۲۰۵

چهارم: نقش عرف در تشخیص سنگی که در اجرای رجم بکار می رود ۲۰۷

پنجم: نقش عرف در تشخیص علم حاکم که مثبت حد باشد ۲۰۸

ششم: نقش عرف در اطلاق زنا در صورت حدوث حمل زوجه غیرمتزوجه ۲۰۹

- مبحث دوم: نقش عرف تشخیص و تحقق جرم شرب خمر..... ۲۱۱
- اول: نقش عرف در شناخت مصادیق خمر..... ۲۱۲
- دوم: نقش عرف در شناخت حالت مستی..... ۲۱۲
- سوم: نقش عرف در شناخت شبهه حکمی و موضوعیه در شرب خمر..... ۲۱۴
- مبحث سوم: نقش عرف در جرم سرقت..... ۲۱۴
- اول: نقش عرف در مالیت مال مسروقه..... ۲۱۵
- تجزیه و تحلیل آراء..... ۲۱۶
- الف: نقش عرف در عدم احراز سرقت خمر..... ۲۱۸
- ب: نقش عرف در عدم احراز سرقت خمر..... ۲۱۹
- ج: نقش عرف در عدم احراز سرقت آب..... ۲۱۹
- د: نقش عرف در عدم احراز سرقت ملح..... ۲۲۰
- ه: نقش عرف در عدم احراز سرقت برف..... ۲۲۰
- و: نقش عرف در عدم احراز سرقت خاک..... ۲۲۱
- ز: نقش عرف در احراز سرقت سرگین..... ۲۲۲
- دوم: نقش عرف در تعریف حرز و احراز تناسب آن با مال مسروقه..... ۲۲۲
- سوم: نقش عرف در احراز سال قحطی..... ۲۲۵
- چهارم: نقش عرف در احراز علم و آگاهی سارق به نصاب مال مسروقه..... ۲۲۶

۲۲۷	پنجم: نقش عرف در احراز علم سارق به ملکیت مال به غیر
۲۲۷	ششم: نقش عرف در تشخیص سرقات متعدد که در حکم واحد باشد
۲۲۹	مبحث چهارم: نقش عرف در تشخیص اسباب قذف
۲۲۳	فصل ششم: نقش عرف در جرایم مستوجب تعزیر
۲۳۴	مقدمه
۲۳۵	مبحث اول: نقش عرف در جرایم علیه اموال و مالکیت
۲۳۵	اول: عرف و جرم سرقت
۲۳۷	دوم: عرف در جرم خیانت در امانت
۲۳۹	الف: رابطه امانی قانونی
۲۳۹	ب: رابطه امانی عرفی
۲۴۰	ج: رابطه امانی قراردادی
۲۴۱	سوم: عرف و سرقت تعزیری
۲۴۴	چهارم: عرف و جرم ربا
۲۴۵	مبحث دوم: نقش عرف در جرائم علیه تمامیت شخصیت معنوی
۲۴۶	اول: نقش عرف در تشخیص جرم افتراء
۲۴۷	دوم: نقش عرف در تشخیص جرم نشر اکاذیب
۲۴۸	سوم: نقش عرف در تشخیص جرم اهانت و توهین

الف: مصادیق اهانت و توهین در قانون مجازات اسلامی.....	۲۵۰
مبحث سوم: نقش عرف در تشخیص اعمال موجب منافی عفت عمومی.....	۲۵۱
اول: نقش عرف و عادت در تشخیص جرم اخلال در نظم عمومی با حرکات.....	۲۵۳
دوم: نقش عرف در استفاده از اشیاء و البسه ای که خلاف عفت و اخلاق عمومی هستند.....	۲۵۴
مبحث چهارم: نقش عرف در تشخیص جرم ترک انفاق.....	۲۵۵
فصل هفتم: نتیجه گیری و پیشنهادات.....	۲۵۷
اول: مقدمه:.....	۲۵۸
دوم: بحث و نتیجه گیری.....	۲۵۹
سوم: پیشنهادات.....	۲۶۲
چهارم: پیوست ها.....	۲۶۳
پیوست ها.....	۲۶۴
پنجم: چکیده.....	۲۸۹
ششم: فهرست منابع.....	۲۹۰

پیشگفتار:

حقوق جزای عمومی عرفی و اسلامی و بالتبع فقه جزایی دارای منابع استنباطی متعددی است یکی از منابع معتبر در حقوق جزای اسلامی، حقوق کیفری ایران عرف و عادت مسلم است که بنا بر عقیده حقوقدانان کیفری منبع عرف در تحول حقوق جزا دارای اسرار لایزال نمی باشد و تنها بعنوان منبع ارشادی و فرعی محسوب می شود عرف در حقوق جزا به مقنن کمک می کند تا از عادات و عرف مسلمه جامعه اثر پذیرفته و در تدوین قانون آنها را لحاظ کند اگر عملی برخلاف عرف و عادت مردم باشد آن را مجاز جزایی و یا مقنن به تبعیت از عرف و عادات و برای تنظیم و تنسیق امور و امضاء و تنفیذ عادت عمل خلاف آنرا مجرم و مستوجب مجازات تعزیری می شناسد لذا بعضاً عرف و عادت جامعه که مورد توافق و تعاهد عامه و توده مردم می باشد می تواند عنصر سازنده اصل قانونی بودن جرم و مجازات را تشکیل دهد اما قاضی جزایی به هنگام محاکمه و اصدار حکم حق ندارد که براساس عرف و عادت موجود حکم بر محکومیت فردی صادر نماید زیرا براساس اصول ۱۶۷ و ۳۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی حاکمیت شرعی و فقهی قاعده قبح عقاب بلا بیان و آیات متعددی از جمله آیه «و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا» احکام کیفری بایستی مستند به مواد قانونی کیفری و یا

فتاوی معتبر علما در صورت سکوت و یا خلأ و ابهام و اجمال قانون باشند هر چند عده ای از محققین معتقد

هستند که اعمال و استناد به فتاوی معتبر در احکام جزایی و تعیین کیفر با اصل قانونی بودن جرم و مجازاتها

مغایرت دارد ولی این توهمی بیش نمی باشد زیرا قانون اساسی در اصل ۱۶۷ و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی

کیفری با تصریح این اجازه رابه قاضی کیفری داده تا در صورت ارتکاب عمل خلاف عرف و عادت مسلم و بالتبع

شرع و عرف متشرعه از سوی فردی و با سکوت قانون و نبودن عنصر قانونی جرم و مجازات با استناد به فتاوی

معتبر حکم قضیه راصادر و مرتکب را به مجازات برساند برای مثال اگر کسی در روستایی مرتکب و طی با حیوان

حلال گوشت دیگری شود براساس قوانین موجود کیفری عمل و طی با حیوان فاقد عنصر قانونی است هرچند

می توان در قالب و عنوان جرم عمل منافی عفت عمومی در صورتی که در ملاء عام و طی ارتکاب یابد موضوع

پیگیری شود ولی هر گاه در خلوت عمل مذکور انجام شود تکلیف چیست؟ در این فرض مواد و اصول قانون

اساسی به قاضی اجازه داده تا با بررسی فتاوی معتبر احراز جرم تعزیری بودن متهم را تحت تعقیب قرارداده و

پس از تفهیم اتهام و اخذ آخرین دفاع و صدور قرار جلب به دادرسی و کیفرخواست حکم بر محکومیت وی

براساس مسئله ۱ ج ۲ ص ۴۹۶ کتاب شریف تحریر الوسیله حضرت امام (ره) صادر و در صورت مطالبه ضرر و

زیان و تقدیم دادخواست حکم به پرداخت قیمت و ثمن حیوان موقوفه صادر کرد.

عرف در حقوق کیفری در مقام تشخیص موضوعات و مصادیق کیفری کارکرد دیگری نیز دارد و برای

تشخیص موضوع جرم و مصداق عمل ارتكابی نیز باید به عرف رجوع کرد مثلاً در تعریف مالیت مال مسروقه و

احراز اینکه آیا مال در حرز بوده و نیز حرز متناسب با مال می باشد و یا برای تشخیص و فهم اعمال منافی عفت

عمومی و اهانت آمیز و حرکات و هیاهو و جنجالهای مخل نظم عمومی باید به عرف رجوع کرد

بنابراین از مطالب بالا استنباط می شود که عرف جایگاه و نقش تعیین کننده و تاثیرگذار در حقوق کیفری دارد.

فقهاء معظم و جامع الشرائط در مقام فتوی و ابراز نظریات فقهی خود ناچار از تاثیرپذیری از عرف و استناد بدان شده اند و حتی فتاوی خود را بنحوی تنظیم و اعلام می کنند که عرف محل نیز رعایت و تایید گردد مثلاً هرگاه کسی بخواهد اعضاء خود را بعد از مرگ اهداء کند مقام معظم رهبری «برداشتن اعضا از بدن میت را در صورتی جایز دانسته اند که موجب صدق عنوان مثله نباشد و یا عرفاً هتک حرمت میت نباشد» زیرا هتک حرمت میت از جرایم تعزیری شرعی و مستوجب تعزیر است ملاحظه می شود تطبیق عمل بر عنوان صدق عرفی را می طلبد و در نتیجه عمل بر هتک حرمت میت در صورتی هتک حرمت میت محسوب می شود که عرف این نحوه عمل را هتک حرمت بداند و یا دستگاهی که موجب تداوم حیات نباتی بیمار است هرگاه آن دستگاه قطع شود حیات نباتی هم از بین می رود آیا این «جایز نیست» در این رابطه فتاوی مقام معظم رهبری اینست «اگر عرفاً موجب زودتر مردن است جایز نیست» ملاحظه می شود که منظور از عرف همان عرف پزشکی است حال اگر کسی عمداً و با قصد قتل این دستگاه را قطع کند و حیات نباتی را از بین ببرد آیا مرتکب قتل عمد شده است یا خیر؟ جواب مثبت است.