



جلوه هایی از رویکرد عرف در نظام کیفری ایران

پدیدآورنده (ها) : اخوت، محمدعلی

حقوق :: نشریه تحقیقات حقوقی :: زمستان ۱۳۸۹ - ویژه نامه شماره ۲ (علمی-پژوهشی/ISC)

صفحات : از ۵۲۵ تا ۵۶۳

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1222395>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۰۹/۱۵

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" می باشد. 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 بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد 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.



- تحلیل و بررسی قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در حقوق موضوعه ایران
- عرف یا عنصر پویایی فقه
- استرداد اتباع در حقوق کیفری ایران
- معیارها و مصادیق ثابت و متغیر در اندیشه ی شهید مطهری
- استرداد مجرمین در نظامهای حقوقی ایران و کانادا و حقوق بین‌الملل
- پژوهشی پیرامون عرف
- فقه و عرف
- اجتماعی: موانع و مشکلات استرداد مجرمان فراری علی رغم عضویت جمهوری اسلامی ایران در اینترپل
- بررسی موانع اینترپل در ارتباط با استرداد مجرمین در دو سطح بین المللی و داخلی و ارائه راهکارهایی برای بهینه کردن استرداد مجرمین به ایران
- بررسی نقش اینترپل در استرداد مجرمین و موانع موجود در امر استرداد
- نقش عرف در قانون گذاری نظام اسلامی
- ورزشها، دوپینگ و تعارض ارزشها

عناوین مشابه

- میهمان ماه: جلوه هایی از رویکرد عرف در نظام کیفری ایران
- جلوه هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
- جلوه هایی از آموزه نئوکلاسیسم نوین در سیاست جنایی ایران
- جلوه هایی از کهنه و نو [گزارش دومین نمایشگاه دوسالانه نقاشی ایران
- بررسی علل و عوامل ارتکاب جرم در نظام مالیاتی و جلوگیری از آن در رویکرد نظام کیفری ایران
- تراجم منظوم آثار فارسی به اردو جلوه هایی از فرهنگ اسلامی ایران در شبه قاره هند و پاکستان
- توبه از منظر فقه و حقوق کیفری ایران با رویکرد بررسی آثار توبه
- بررسی رویکرد فقهی و حقوقی قوانین جاری نسبت به خسارات معنوی ناشی از جرم در حقوق کیفری ایران
- انعکاس جلوه های بهشت در قالی های قاجار بر اساس منابع اسلامی (با تأکید بر نمونه هایی از موزه فرش ایران)
- ثابت و متغیر در نظام کیفری ایران با رویکرد تاریخی بر ملاحظات اخلاقی پیش از اسلام

جلوه‌هایی از رویکرد عرف در نظام کیفری ایران

محمدعلی اخوت*

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. با این حال در عرضه مقررات و قوانین به 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 خودجوش و پویای اجتماعی در همه حال، از میان خلأها، آنجا که لازم است، حتی با قبول اصل پیش گفته، خود نمایی می‌کند. چگونگی ظهور آن در حقوق به‌طور کلی و خصوصاً حقوق کیفری، چه در زمینه ماهوی (حقوق جزای عمومی - حقوق جزای اختصاصی)، چه در زمینه شکلی (آیین دادرسی کیفری) محتوای دو بخش پی در پی مقاله را تشکیل می‌دهد، بررسی و مذاقه در تعاریف، عناصر و روابط این پدیده اجتماعی در کلیات، جلوه‌هایی از رویکرد تقنینی و قضائی در حقوق کیفری ایران در بخش دوم، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی

عرف، منابع حقوق جزا، قانون، رویه قضائی، عقیده علمای حقوق، حقوق جزای عمومی، حقوق جزای اختصاصی، آیین دادرسی کیفری.

* دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی.

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. 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 بر خلاف آن قانون می‌نویسد و در اینکه عرف در حقوق مدنی 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 به یکسان به جامعه عرضه می‌شوند و به‌ناچار متأثر از عرف جامعه می‌باشند. در حقوق کیفری ایران نیز چنین است. حال مسئله این است که با توجه به قبول 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 خصوصی شکی وجود ندارد چرا که هر چند ماده سه قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۸۱ صریحاً دادرس را مکلف کرده بود که در غیاب قانون و سکوت آن با استناد با عرف عادت مسلم نسبت به فصل خصومت اقدام کند؛ در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ با حذف عرف و عادت مسلم و جایگزینی آن با منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرع نباشد؛ ظاهراً از ارزش عرف کاست ولی با نگاه اجمالی به قوانین مدنی و تجاری ارجاع صریح قانون‌گذار به عرف را می‌توان مشاهده کرد. از جمله اینکه در یک‌هزار و سیصد و سی و پنج ماده قانون مدنی ۷۳ بار از عرف و الفاظ مشابه استفاده شده است.

این مقاله در دو بخش تنظیم شده است بخش کلیات شامل تعریف عرف، عناصر و ارتباط آن با سایر منابع حقوق جزا که در سه بند می‌آید. در بخش دوم به جلوه‌هایی از رویکرد تقنینی و قضایی عرف در حقوق کیفری ایران در سه بند حقوق جزای عمومی، اختصاصی و آیین دادرسی کیفری می‌پردازیم.

بخش یکم: کلیات

بند یکم: تعاریف

۱. تعریف لغوی عرف

۱.۱. در فرهنگ معین عرف به معنی شناختگی، معروفیت، نیکویی، بخشش، معروف، مشهور، شناخته، عادت، آنچه بین مردم معمول و متداول است و امری در مقابل شرع آمده است.^۱

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.^۲

ملاحظه می‌شود در تعریف فوق، عرف به وسیله عادت ایجاد شده و عادت

مترادف با عرف بیان شده است.

۱. فرهنگ پنج جلدی معین، ذیل کلمه عرف.

۲. فرهنگ سه جلدی لاروس، کتابخانه لاروس، سال ۱۹۶۶.

۲. عرف از دیدگاه حقوق دانان

حقوق دانان از عرف تعریف‌های مختلفی به عمل آورده‌اند:

- ۱.۲. آقای دکتر کاتوزیان: عرف عادت‌ی است که به مدت طولانی بین عموم مرسوم شود و همه در برابر واقعه معین آن را به کار بندند و عمومی و پایدار باشد.^۳
- ۲.۲. پرادل – ژان پرادل حقوق دان فرانسوی در تعریف عرف بیان داشته " عرف عادت امتداد یافته در طول زمان (یکبار عرف نیست)^۴ و انتشار یافته در زمان و مکان (جغرافیایی، اجتماعی، مثلاً در یک حرفه) که باید دارای نیروی الزام آور باشد.^۵

بند دوم: عناصر عرف

عرف دارای سه عنصر مادی و روانی و قانونی است

۱. عنصر مادی عرف

- با توجه به تعریف‌های فوق عنصر مادی عرف دارای مشخصات زیر است:
- ۱.۱. عمومیت – منظور از عمومیت این است که همه یا بخش قابل توجهی از مردم آن عرف را بشناسند و به آن عمل کنند. بدیهی است عمل همه مردم لازم نیست زیرا به هر ترتیب ممکن است در برابر هر دیدگاه اجتماعی، عده‌ای با آن مخالفت ورزند یا اینکه هنجارشکنی کنند که هنجارشکنی عده‌ای قلیل عرف را از عمومیت نمی‌اندازد.
 - ۲.۱. ثبات – برای اینکه پدیده اجتماعی عرف شناخته شود باید از ثبات لازم در طول زمان برخوردار باشد، به نحوی که مدام در تغییر قرار نگیرد. تشخیص اینکه چه مدت

۳. دکتر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۷۹.

4 . Une foi n'est pas coutume.

5 . Pradel Jean , droit pénal général, p 262.

زمانی عرف ایجاد می‌شود خود بسته به عرف منطقه‌ای، صنفی و اجتماعی است. در مورد قدمت برخی گفته‌اند که عرف باید قدیمی باشد ولی واقعیت چنین نیست زیرا عرف به محض تکرار عمل و ایجاد ثبات تشکیل شده است.^۶

۳.۱. تکرار عمل - با توجه به بند «فوق»، می‌بایست عمل چند بار بدون معارض تکرار شده باشد و مورد قبول گروه اجتماعی مربوط، قرار گرفته باشد، آیا ترک فعل می‌تواند عرف‌ساز باشد یا خیر باید گفت ترک فعل هرچند به ندرت^۷ نیز می‌تواند عنصر مادی عرف باشد یعنی عدم انجام عملی که شخص اختیار انجام یا عدم انجام را دارد عنصر مادی را تشکیل دهد. برای مثال عدم اعمال ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری به وسیله بازپرسان و دادیاران از جهت پرسش ایمان، طهارت مولد و عدالت در جریان تحقیق از گواهان نوعی عرف ناشی از ترک فعل است.

۴.۱. شفاهی بودن - «این امر در جوامع ابتدایی امری بدیهی است چون آن‌ها نوشتن نمی‌دانستند».^۸

۵.۱. خودجوش و مردمی بودن - بر خلاف قانون که نتیجه اراده قانون‌گذار است، عرف خودجوش و مردمی است به تعبیری دیگر عرف محصول مستقیم وجدان عمومی است و احتیاج به تصویب یا عدم تصویب قانون‌گذار ندارد، البته ممکن است قانون‌گذار در قبال عرف ایجادشده با توجه به ارزش‌هایی که در پی آن است موضع منفی یا مثبت بگیرد ولی نمی‌تواند منشأ آن را که امری خودجوش و مردمی است از بین ببرد و زایل سازد.

6 . Rouland , Norbert , Introduction Historique Au droit p. 65.

۷. دکتر سلجوقی ، نقش عرف در حقوق مدنی ، ص ۶۸ .

8 . Bruhl Lévy, Sociologie du droit , p 52 .

۲. عنصر روانی عرف

عنصر روانی، اعتقاد به الزامی بودن عرف است. بر خلاف قانون که الزامی بودن مشخصه آن است و این امر به آن معناست که به اعتقاد کسانی که آن را رعایت می‌کنند؛ الزام‌آور باشد یعنی در زمره قواعد حقوقی به‌شمار رود.^۹ با توجه به این مشخصه عرف از سایر رسوم، عادات و آداب جاری اجتماعی مانند دادن انعام به خدمتکاران یا هدیه به خویشاوندان، جدا می‌شود.^{۱۰}

چنین به نظر می‌رسد گاه، حتی این رسوم و آداب آن‌چنان در دل جامعه رسوخ پیدا می‌کنند که جنبه الزامی به خود گرفته و عرف محسوب می‌شوند، به نحوی که اگر شخص از انجام آن خودداری کند مورد شماتت و واکنش منفی افراد جامعه قرار خواهد گرفت در نتیجه با توجه به نظر Martine Herzoc :

«اعتقاد به صفت الزامی بر حاکمیت اراده قرار دارد نه صفت دستوری آن در واقع در یک گروه یکپارچه منطقاً می‌توان چنین اندیشید که عرف بر مبنای قبول ضمنی قرار دارد که بستگی به یکی از مشخصه‌های مادی یعنی عمومیت^{۱۱} است. و این به معنی واقعیت برای اغلب افرادی است که به آن واقعه، (عرف) مربوط می‌شوند و از آن به‌طور کلی تبعیت می‌کنند.^{۱۲}»

از نظر الزامی بودن، عرف و قانون هر دو الزامی هستند، در عرف احساس الزام وجود دارد، تفاوت آن دو این است که الزامی بودن قانون حداقل آن طور که در جوامع مدرن

۹. دکتر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۷۹.

۱۰. دکتر سلجوقی، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، ص ۷۰.

11 . Générosité.

12 . Revue de la recherche juridique 1994. p 1210.

می‌بینیم ناشی از دولت است و از ابتدای تصویب بدون هیچگونه عملی یک مکانیسم آشکار و بدون اعتراض است.

۳. عنصر قانونی

در اینکه آیا عرف همانند قانون عنصر قانونی دارد یا خیر موضوع قابل بحث است. ممکن است گفته شود عرف دارای عنصر قانونی است به این معنی که هرگاه قانون صراحتاً به عرف ارجاع دهد؛ عنصر قانونی عرف ایجاد می‌شود. برای مثال در قصاص جرح موضوع ماده ۲۷۶ قانون مجازات اسلامی قانون‌گذار در تبصره آن ماده آورده است « در جراحات موضحه و سمحاق تساوی در عمق شرط نیست و مماثلت عرفی کافی است » ملاحظه می‌شود قانون صراحتاً به عرف اشاره کرده است. بنابراین عنصر قانونی عرف در این تبصره مماثلت عرفی است و نیز ممکن است گفته شود برای عرف نمی‌توان عنصر قانونی تصور کرد زیرا زمانی که قانون‌گذار صراحتاً به عرف ارجاع می‌دهد دیگر این عرف نیست بلکه قانون است در واقع عرفی است که به صورت قانون در آمده است و نمی‌توان از عنصر قانونی عرف سخن راند.

بند سوم 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 قانون‌گذار جزائی به‌طور 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 به‌شمار 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 قانون‌گذار در جرم‌انگاری‌ها از کلمات و عباراتی استفاده می‌کند که مردم عادی هم از آن بهره می‌جویند این امر به خصوص در امر جزائی نمایان‌تر است زیرا:

زبان حقوق جزا زبان جاری مردم است نه زبان تکنیک، رویه قضائی هم بر همین مبنا قرار دارد».^{۱۳}

برای تعیین معنای کلمات و عبارات گاه حقوق‌دان می‌بایست به عرف عام، یا محلی یا لفظی و غیر آن رجوع کند، برای مثال قانون‌گذار در ماده ۱۹۷ قانون مجازات اسلامی، سرقت را ربودن مال دیگری به‌طور 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 قانون‌گذاری نمی‌تواند تمام مواردی را که در عمل به قانون پیش می‌آید پیش‌بینی کند. این‌گونه 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 ربایشی 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 بیشتر مواقع راهنمای قانون‌گذار برای تدوین قانون است و با آن تعامل دارد، اما گاه قانون‌گذار به خاطر ارزش‌هایی که برای افکار خویش قائل است و یا حتی برای تحکیم قدرت حکومت با عرف جاری مردم به مبارزه بر می‌خیزد و قوانینی وضع می‌کند که با عرف جامعه آشکارا در تضاد است. عللی که موجب می‌شود قانونی بر خلاف عرف جاری مردم تصویب و به موقع اجرا گذاشته شود فراوان است. این علت‌ها می‌تواند اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و

13 . Legros, Robert, Consideration sur les lacunes et l'interpretation en droit pénal, Revue de droit pénal et de Criminologie 1996, p.29.

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 سهمیه‌بندی کالاها 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 اجتناب‌ناپذیر 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 کالاها اساسی تصویب شد. به موجب ماده سه این 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 جرم‌انگاری حرفه خرید و فروش کوپن با ضرورت اجتماعی ایجاد شده (عرف) مغایرت دارد. چه آنکه وقتی در یک نظام اقتصادی دو نوع کالای ارزان قیمت (کوپنی) و گران قیمت (آزاد) وجود داشته باشد؛ خواه ناخواه چنین بازار و چنین شغلی حتی به رغم جرم‌انگاری ایجاد خواهد شد. همان‌گونه که پس از گذشت قریب به بیست سال از تصویب این قانون، در کنار فروشگاه‌های بزرگ و در چهارراه‌ها کوپن‌فروش‌ها 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 رویه قضائی

رویه قضائی را آقای دکتر کاتوزیان چنین به تعریف کشیده‌اند:

«رویه قضائی اگر بدون قید و شرط و به‌طور مطلق به‌کار 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، هرگاه محاکم با چنین مشکلی روبه‌رو 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 آورده‌اند، ایجاد رویه قضائی نیز مانند عرف طبیعی و غیر ارادی است.^{۱۴}

با توجه به این تعریف، می‌توان گفت رویه قضائی نوعی عرف است. عرفی که بین قضات ایجاد شده است. چنین عرفی از یکسو 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 آرای است که در برخی ادوار صادر شده؛ محتوای قاعده‌ای حقوقی نسبت به موضوعی خاص است این تعریف در تمام رشته‌های حقوقی صادق است»^{۱۵}. 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 رای صادر می‌کند؛ به عرف جامعه بی‌اعتنا بماند. او از یک‌سو باید قانون و رویه قضائی را در نظر داشته باشد و از سوی دیگر به عرف جامعه توجه کند به قول برول:

۱۴. دکتر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد دوم، صص ۵۳۳ و ۵۳۴.

15. Pradel Jean, dictionnaire encyclopedique de theorie et de sociologie du droit, bruxell, 1988, p.507.

«حکم قاضی باید با جماعت همراه باشد، بی‌شک 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 راه حل جدیدی بیابد بلکه باید تصمیمی بگیرد که با آمال محیطی که بر او حاکم است مطابق باشد، صحیح نیست بگوییم قضات قواعد حقوق را می‌سازند بلکه این قواعد قبلاً وجود داشته‌اند، قاضی باید آن‌ها را کشف کند».^{۱۶}

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^{۱۷} در واقع کار اندیشمندان حقوق اعم از حقوق‌دان و قاضی چه در زمینه دانشگاهی و چه در زمینه علمی (قضاوت، وکالت، مشاوره) تفسیر قواعد حقوقی است از آنجا که قواعد حقوقی خود ناشی و متأثر از اجتماع می‌باشند در یک نقطه با عرف وجه مشترک دارند و آن اینکه عرف نیز ناشی و متأثر از اجتماع است در نتیجه ارتباط آن دو الزامی است.

دانشمندان و مفسران قواعد حقوقی به ناچار می‌بایست به عرف توجه داشته باشند زیرا اولاً حقوق‌دان باید به شناخت کلمات و عباراتی که ماده خاص قانونی را ساخته‌اند 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 حقوق‌دان 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

16. Bruhl Henri Levy, , sociologie du droit, p.70.

17. گلدوزیان، دکتر ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، جلد اول، ص ۱۵.

خلاف‌های 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 تفسیر قواعد حقوقی به بیراهه نرود و بتواند راهنمای قانون‌گذار 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 حقوق‌دان»^{۱۸}

بنابراین در ارتباط با این دو پدیده (عقیده دانشمندان و عرف) می‌توانیم به سلسله زنجیری از پدیده‌های اجتماعی توجه کنیم و آن اینکه: اولاً اندیشمند 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 (قضات) قرار می‌گیرد، ایجاد رویه قضائی خود نوعی عرف را به وجود می‌آورد الی آخر.

برای مثال، به موجب قانون صدور چک ۱. صدور چک وعده‌دار جرم نیست (یک داده قانونی) پس از تصویب قانون ۲. کارگزاران حقوق (وکلا، مشاوران حقوقی) برای اثبات وعده‌دار بودن آن به صادرکننده پیشنهاد می‌دهند که برای دارندگان آن قبل از رسیدن زمان چک اظهارنامه بفرستند (عرف دانایان حقوق) ۳. ابلاغ این اظهارنامه در تصمیم قاضی دادرسی یا دادگاه برای اثبات وعده‌دار بودن چک اثر می‌گذارد، در نتیجه

۱۸. دکتر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد دوم، منابع حقوق، ص ۶۱۱.

یک عرف قضائی ایجاد می‌شود و آن اینکه ارسال اظهارنامه قبل از موعد چک دلیل وعده‌دار بودن آن است.

بخش دوم: جلوه‌هایی از رویکرد تقنینی و قضائی عرف در حقوق کیفری ایران

با توجه به گستردگی نقش عرف در حقوق جزای عمومی و اختصاصی تنها به ذکر موارد معدودی از این نقش به عنوان نمونه بسنده شده است.

بند یکم: عرف و حقوق جزای عمومی

حقوق جزای ایران با فرهنگ‌پذیری 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. حقوق‌دانان و اندیشمندان ایرانی و عقلای جامعه بر آن شدند که از الگوی فرانسوی با نگرش به فرهنگ و عرف‌های بومی استفاده کنند. قبول اصل قانون 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. 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 نشده‌اند که به نظر برخی از آنان اشاره می‌شود.

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 درآورد و تمام قدرت تفسیر را از او بگیرد، این اصل به این معنی است که قاضی نباید جانشین قانون‌گذار شود ولی قانون نباید ترمزی برای خلأ قیت قاضی باشد در چنین صورتی قاضی تنها عامل سرکوب خواهد بود نه عامل آزادی».^{۱۹}

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. قانون‌گذار تجاوز علنی غیر از هتک ناموس را تعریف نکرده است (ماده ۲۷-۲۲۲) قاضی باید به رویه مؤثر ارجاع دهد. عرف زمانی منبع واقعی حقوق جزاست که جنبه منفی و پایان‌دهنده مجازات داشته باشد. مانند ایراد ضرب و جرح خفیف پدر و مادر نسبت به طفل یا گاو‌بازی و جنگ خروسان و به ندرت یک منبع مثبت است.^{۲۰} اما در آیین دادرسی نقش مهمی ایفا می‌کند.

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».^{۲۱}

19 . Bernardini Roger, Droit pénal général p.p.172, 174.

20.pradel Jean, Manuel de droit pénal, edition cuja paris 2004, p 231.

۲۱. دکتر باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، انتشارات رهام تهران ۱۳۸۱، ص ۱۱۰.

۴.۱. آقای دکتر نوربها

عرف در حقوق جزا ظاهراً نقش چندانی ندارد و به‌خصوص در کشورهای 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 حقوق‌دانان ما را به اشتباه انداخته است باید مورد توجه قرار گیرد.^{۲۲}

با توجه به نظریات ارائه‌شده، ملاحظه می‌شود اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات در واقع سدی در قبال جرم‌انگاری و یا تعیین مجازات بر اساس عرف است. به این معنا که هیچ قاضی نمی‌تواند به استناد عرف عملی را جرم بداند یا بر اساس آن برای عملی مجازات قائل شود.

اما اگر به عبارات مواد کیفری توجه کنیم می‌بینیم که قانون‌گذار با زبانی که مردم از آن استفاده می‌کنند؛ سخن می‌گوید. تنها تفاوت این است گاه زبان قانون‌گذار از زبان مردم جدا می‌شود. لغات و اصطلاحاتی به وجود می‌آید که در عالم حقوق معانی خاصی دارند. در نتیجه گاه کلمات قانون مبهم و مجمل است و مفهوم نیست. قاضی یا حقوق‌دان به ناچار می‌بایست به تفسیر قانون روی آورد تا مقصود قانون‌گذار 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.^{۲۳}

۲۲. دکتر نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، ص ۴۵.

۲۳. اخوت، محمدعلی، تفصیل مسائل حقوق جزای عمومی، ص ۳۳-۳۶.

برای مثال در ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی به عبارت (کرت‌بندی) برخورد می‌کنیم، اینکه معنای این عبارت چیست و مصداق آن کدام است حقوق‌دانان را و می‌دارد که به عرف کشاورزی رجوع کنند تا قسمتی از عنصر مادی جرم تصرف عدوانی مندرج در آن ماده را مشخص سازد.

در نظام تعزیرات، اشاره تلویحی به عرف شده است، چه آنکه در تعریف تعزیر گفته‌اند «هر کس مرتکب فعل حرام شود یا واجب الهی را به علم و عمد ترک کند حاکم به آنچه مصلحت می‌داند او را تعزیر می‌کند».^{۲۴}

با این تعریف مجازات بر پایه مصلحت قرار گرفته؛ یکی از عواملی که می‌تواند زمینه‌ساز مصلحت باشد عرف است، از سوی دیگر اگر منظور از منابع اسلامی معتبر در اصل ۱۶۷ قانون اساسی را (کتاب، سنت، اجماع و عقل) در حقوق امامیه به آنیم،^{۲۵} در صورت امضای عرف از طرف معصوم، عرف به عنوان منبع حقوق جزا محسوب می‌گردد. البته ناگفته نماند که نباید بدون وجود قانون، از منبع فقهی، جرم بودن و یا قابل مجازات بودن عملی ناشی شود. چه آنکه منابع فقهی فراوان و عقاید فقیهان مختلف و گاه متضاد است و استناد صرف به آنها برای تعیین مجازات و یا جرم‌انگاری، خلأف اصل قانونی‌بودن و مصلحت اجتماعی است. در نتیجه می‌توان گفت منابع فقهی نیز مانند عرف می‌توانند به عنوان تفسیر و رفع اجمال از قانون به کار روند. برای مثال در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی سخن از فعل حرام رفته است برای شناخت فعل حرام که در قانون از آن ذکری نیامده است به ناچار باید به فقه رجوع کرد.^{۲۶ و ۲۷}

۲۴. آیت الله خویی، مبانی تکملة المنهاج، مطبع آداب، نجف اشرف، ص ۲۳۷.

۲۵. اصل ۱۶۷، قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی در قوانین مدونه بیاید و اگر نیاید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند.

۲۶. ماده ۶۳۸، هر کس علناً در انظار و امکان عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید علاوه بر کیفر عمل به حبس سیزده روز تا ۲ ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.

۲. عرف و تخفیف و تشدید مجازات

از آنجا که تخفیف و تشدید مجازات از موارد فردی کردن مجازات‌ها است و قاضی با استفاده از آن‌ها می‌تواند مجازات و اقدام تأمینی مناسب را در مورد مرتکب جرم در نظر گیرد؛ باید گفت؛ عرف می‌تواند انگیزه‌ای برای تخفیف یا تشدید مجازات باشد. قاضی یک انسان است و در جامعه‌ای زندگی می‌کند که عمل مجرمانه در آن اتفاق افتاده است. در تعیین مجازات خواه ناخواه تحت تأثیر عرف جامعه قرار خواهد گرفت. او ممکن است در مقابل عرف جامعه واکنش مثبت یا منفی نشان دهد. بررسی اینکه قاضی به عرف جامعه‌ای که در آن به قضاوت می‌پردازد اعتقاد دارد یا خیر به آن اهمیت می‌دهد یا خیر و اینکه قاضی بومی و غیر بومی عملکردشان یکسان نیست؛ خود تحقیق دیگری را طلب می‌کند. به هر حال ممکن است تحت تأثیر عرف‌ها در نقاط مختلف کشور در مورد جرم واحد، مواجه با مجازات‌های مختلف باشیم البته هیچگاه قاضی صادرکننده در رأی خود نمی‌نویسد که با توجه به عرف جامعه مجازات را تخفیف داده یا تشدید کرده است بلکه با مقایسه آرای مختلف صادرشده در نقاط مختلف کشور می‌توان به این امر پی برد.

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)^{۲۸} دادگاه می‌تواند مجازات را تخفیف دهد، منطقیاً تخفیف مجازات به معنی این

۲۷. ر.ک: تفصیل مسائل حقوق جزای عمومی به قلم نگارنده، ص ۲۶.

۲۸. ر.ک: اردبیلی، دکتر محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، ص ۲۰۶.

است که در جرائمی که حداقل و حداکثر تعیین شده است تخفیف باید کمتر از حداقل باشد.^{۲۹}

«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».^{۳۰}

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.

نظریه ۷/۵۸۹۶ مورخ ۶۲/۱۲/۲۱ اداره حقوقی بیان داشته :

«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».^{۳۱}

توضیح اینکه قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۰ در ماده ۳۵ قانون راجع به مجازات اسلامی سخنی از تبدیل مجازات در مقام تخفیف، نیامده بود تا اینکه در قانون مزبور اجازه تبدیل مجازات به نوع دیگر که مناسب‌تر به حال متهم باشد داده شد. با تصویب این ماده این سؤال مطرح شد که بین مجازات‌های حبس، شلاق، جزای نقدی کدام یک خفیف‌تر و مناسب‌تر به حال متهم است. آیا در آن خصوص باید از متهم سؤال

۲۹. نظریه ۷/۱۰۲۳ - ۶۸/۵/۹، اداره حقوق قوه قضائیه.

۳۰. نظریه‌های اداره حقوقی قوه قضائیه، جلد اول، ص ۱۶۳.

۳۱. نظریه‌های اداره حقوق قوه قضائیه، جلد اول، ص ۱۶۳.

کرد که چه مجازاتی را مناسب‌تر می‌داند یا اینکه نظر قاضی رسیدگی‌کننده ملاک است. قانون در این خصوص ساکت است. کمیسیون استفتائات شورای عالی قضائی این امر را به اختیار متهم گذارده بود که صحیح به نظر نمی‌رسد. نمی‌توان اختیار تعیین مجازات را به عهده مرتکب قرار داد. این دادگاه است که باید مشخص سازد که چه مجازاتی مناسب‌تر به حال متهم است.^{۳۲} قانون‌گذار در برخی موارد از جمله ماده ۳ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۷۱ کمیسیون امور حقوقی مجلس شورای اسلامی مجازات شلاق و جزای نقدی را اخف از حبس شناخته بود. به هر حال در این خصوص خلأ قانونی وجود دارد. پرکردن خلأ با رویه قضائی (عرف قضائی) و یا نظریه دانشمندان علم حقوق است.

رویه این است که معمولاً دادگاه‌ها مجازات حبس را در مقام تخفیف به جزای نقدی تبدیل می‌کنند برای مثال: شعبه ۱۶ دادگاه عمومی شهرکرد مستنداً به ماده ۶۷۷ قانون مجازات اسلامی با رعایت بند ۵ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی دو نفر متهم را به اتهام تخریب به پرداخت هر یک چهار صد هزار ریال جزای نقدی محکوم کرده است.^{۳۳ و ۳۴}

اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه ۷/۱۹۴۲ مورخ ۷۲/۳/۱۶ چنین اعلام نظر کرده است: «از نظر تخفیف کیفر و تبدیل مجازات‌ها، مثلاً تبدیل حبس یا شلاق یا جزای نقدی با توجه 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

۳۲. دکتر اردبیلی، همان، ص ۳۳۰.

۳۳. رأی شماره ۶۰۷/۷۷ مورخ ۷۷/۶/۴ به نقل از صبری، نور محمد، گزیده آراء دادگاه‌های کیفری انتشارات فردوسی، ۱۳۸۱، ص ۲۶۰.

۳۴. مجازات بزه تخریب طبق ماده ۶۷۷ از شش ماه تا سه سال حبس است.

مساعدتر و اخف است» ملاحظه می‌شود اداره حقوقی برای تعیین مجازات مناسب به عرف ارجاع داده است.

از نظر رسیدگی در مرحله تجدید نظر، قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در ارتباط با تخفیف آرای محکومیت دادگاه‌های بدوی، ساکت بود دادگاه‌ها با توجه به یک عرف قضائی ایجادشده مبادرت به اعمال تخفیف در مجازات‌های صادرشده می‌کردند. این رویه تا زمان تصویب قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب که صراحتاً اجازه تخفیف مجازات به دادگاه‌های تجدید نظر طبق تبصره ۲ ماده ۲۲ آن قانون داده شد؛ ادامه یافت. توضیح اینکه در این خصوص دو حالت پیش می‌آمد یا اینکه دادگاه تجدید نظر رأی دادگاه بدوی را نقض و حکم جدید صادر می‌کرد و یا اینکه آن را تأیید می‌نمود، نظریه مشورتی ۷/۵۸۱۰ مورخ ۶۸/۱۱/۲ اداره حقوقی در مورد اول تخفیف را بلامانع دانست.^{۳۵} این موضوع در نشست مورخ ۸۲/۱۰/۲ قضات دادگستری استان تهران مطرح شد اکثریت قضات به اختیار دادگاه تجدیدنظر در تخفیف مجازات رأی دادند.^{۳۶}

۲.۲. تشدید مجازات

۲.۲.۱. تعدد و تکرار جرم

۲.۲.۱.۱. 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؛ قانون‌گذار

۳۵. قانون مجازات اسلامی در آرای دیوان عالی کشور، تدوین علیرضا مصلاحی، تهران، پخش آیلاز، ۱۳۷۹، ص ۳۸.

۳۶. زندی، محمدرضا، مجموعه دیدگاه‌های حقوقی وقضایی قضات دادگستری استان تهران، جلد چهارم، ص ۲۲۴.

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.

۲.۲.۱.۲. در ارتباط با تشدید مجازات نسبت به جرائم متعدد از یک نوع، قانون‌گذار برخلاف قانون سال ۱۳۵۲ هیچ‌گونه راهکاری ارائه نداده و تنها به ذکر عبارت (تعدد جرم می‌تواند از علل تشدید کیفر باشد) بسنده کرده است.

۲.۲.۱.۳. در مورد تکرار جرم، ملاک تکرار در قانون سال ۱۳۵۲ وفق ماده ۲۴ حکم قطعی بود در حالیکه در قوانین سال‌های ۶۱ و ۷۰ ملاک حکم اجرا شده است.

چنین به نظر می‌رسد که در تدوین مقررات مربوط به تعدد مادی و تکرار جرم قانون‌گذار سال ۱۳۰۴ به قوانین فرانسه و سویس عنایت داشته است که این خود از موارد فرهنگ‌پذیری حقوقی است ولی قانون‌گذار سال‌های ۶۱ و ۷۰ در مورد تعیین مجازات‌ها به خصوص در قسمت تعدد مادی جرم به مقررات اسلامی توجه کرده 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 مجازات 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 بی‌محل را به سه سال حبس تعزیری و جزای نقدی معادل وجه چک با

مبلغ بیشتر محکوم کرده است در حالی که حداکثر مجازات حبس، وفق ماده ۶ قانون صدور چک دو سال حبس بوده است.

در واقع می‌توان گفت هرچند 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 فرارفتن از حداکثر مجازات، دادگاه در مورد تعدد جرم نمی‌تواند به بیش از حداکثر حکم کند.^{۳۷}

ب) در مورد جرائم مربوط به تخلفات راهنمایی که در زمره جرائم تعزیری هستند ظاهراً خلاف قاعده تعیین یک مجازات عمل می‌شود با این توضیح که اگر کسی دو فقره ارتکاب (عبور از چراغ قرمز) داشته باشد مجازات‌های خلافی فوق با هم جمع می‌شوند.

نظریه شماره ۷/۴۳۹۵ مورخ ۶۶/۶/۲۰ اداره حقوق نیز بر این مبنا قرار دارد که مجازات‌ها جمع می‌شوند در واقع رویه مزبور خلاف 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.

ج) در مورد صدور چک‌های بی‌محل به نحو تعدد رویه بعضی دادگاه‌ها این بود که با شکایت شاکیان خصوصی موضوع را در قالب کلاهبرداری با این استدلال که متهم شاکیان را به امر واهی داشتن وجوه عمده در حساب بانکی مغرور کرده است؛ قابل تعقیب

۳۷. فقیه نصیری، فیروز، پنجاه سال آرای وحدت رویه، نشر صدوق، تهران ۱۳۷۹، ص ۱۴۸.

دانسته؛ بر همین اساس رأی صادر می‌کردند (عرف قضایی) تا اینکه دیوان عالی کشور در آرای شماره ۶۳ مورخ ۷۲/۱۱/۲ و ۲۴ مورخ ۷۳/۷/۲۱ واکنش نشان داد و مقرر داشت: «انتساب عنوان کلاهبرداری به صادرکنندگان چک بی‌محل که مشمول قانون خاص است در شرایط مختلف فاقد توجیه قانونی است».

د) درباره ادغام محکومیت‌های صادرشده درباره جرائم متعدد از یک نوع، بین دادگاه‌ها رویه‌های مختلفی برقرار بود به طوری که بعضی اعتقاد داشته دادگاه‌های که حکم شدیدتر را صادر کرده است صالح برای ادغام است و برخی با توجه به نظریه شماره ۷/۱۶۳۴ مورخ ۳۸۷۰/۸/۱۳ اداره حقوقی معتقد بودند این امر باید در دادگاه‌های تجدید نظر مورد بررسی قرار گیرد. موضوع در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح شد و رأی ۶۳۱ مورخ ۷۸/۱/۲۴ صادر شد بر اساس این رأی «در صورت مختلف بودن مجازات‌ها، دادگاه صادرکننده حکم اشد و در صورت تساوی مجازات‌ها دادگاهی که آخرین حکم را صادر کرده؛ بایستی مبادرت به صدور حکم تصحیحی نماید»،^{۳۹} قابل توجه اینکه این رأی مورد توجه قانون‌گذار در تدوین مقررات ماده ۱۸۳ قانون آیین دادرسی در امر کیفری واقع گردید که نشانگر پیروی قانون‌گذار از عرف قضایی است.

ه) درباره تعدد معنوی جرم موضوع ماده ۳۱ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ و ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ رأی وحدت رویه شماره ۳۴ مورخ ۱۳۶۰/۸/۳۰ مقرر داشته «نظر به اینکه نفقه زن و اولاد واجب‌النفقه که زندگی مشترک دارند معمولاً یکجا و بدون تفکیک سهم هر یک از آنان پرداخت می‌شود؛ ترک انفاق زن و فرزند از ناحیه

۳۸. مجموعه نظریه‌های اداره حقوقی قوه قضائیه، ص ۱۷۳.

۳۹. عطائی، علی و حسینی، سید مرتضی، آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، نشر خط سوم، ۱۳۸۱، ص ۲۰۶.

شوهر، در چنین حالت ترک فعل واحد محسوب و مستلزم رعایت ماده ۳۱ قانون مجازات عمومی است» ملاحظه می‌شود در این رأی برای کسی که مبادرت به ترک نفقه عیال و اولاد نموده است مجازات اشد در نظر گرفته شده است استفاده از کلمه «معمولا» بیانگر توجه هیئت عمومی دیوان عالی کشور به عرف جامعه است و به همین دلیل موضوع مشمول تعدد معنوی شناخته شده است.

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».^{۴۰} با توجه به این تعریف حقوق جزای اختصاصی عرصه جرم‌انگاری‌ها و جایی است که با کالبدگشایی هر جرم عناصر عمومی و اختصاصی آن اعم از مادی، معنوی و قانونی، شناخته، تعریف می‌شود.

همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، با توجه به قبول اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها که در حقوق کشورهای اروپای قاره‌ای و با عنایت به برخی موازین فقهی اسلامی^{۴۱} در حقوق ایران پذیرفته شده است؛ اکثر حقوق‌دانان 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 جرم‌انگاری 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

۴۰. یاد، دکتر ابراهیم، حقوق جزای اختصاصی، جلد اول، جرائم علیه اشخاص، ص ۲.

۴۱. از جهت تطبیق ر.ک: گرجی دکتر ابوالقاسم، مقالات حقوقی، جلد اول صص ۲۷۷-۲۷۸.

توجه قرار گرفته؛ برای آن مجازات تعیین شده است. بدیهی است در این قسمت عرف 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 قانون‌گذار برای آن مجازات تعیین کرده است. برای مثال قانون‌گذار در ماده ۱۹۷ قانون مجازات اسلامی سرقت را ربودن مال متعلق به غیر به‌طور پنهانی تعریف نموده است. حال این سؤال مطرح است که آیا ربودن یک نامه یا یک برگ چک بدون اینکه چیزی در آن نوشته شده باشد یا برداشتن یک دستگاه تلویزیون که آن را خارج از خانه گذارده‌اند؛ 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 راه‌گشا باشد. اما در عنصر قانونی، که مربوط به مورد اول یعنی حکم قانون است؛ عرف راه ندارد. در این قسمت به موضوع قتل عمد و در حکم آن در ارتباط با عرف اشاره می‌شود.

قتل عمد و در حکم آن

قانون‌گذار در ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی حکم قتل عمد و در حکم آن را بیان داشته است در بند «الف» قصد قتل موجود است، مرتکب نتیجه را هم می‌خواهد، اعم از اینکه فعلی که انجام می‌دهد نوعاً کشنده باشد یا خیر که قتل عمد به معنی خاص مصطلح است. در بند «ب» قانون مرقوم که در بیان قتل در حکم عمد است؛ قصد قتل وجود ندارد ولی فعل نوعاً کشنده است و در بند «ج» نیز هر چند فعل نوعاً کشنده نیست؛ وضع مجنی علیه مانند پیری، بیماری و یا کودکی و امثال آن عمل را به صورت فعل نوعاً کشنده در آورده است. بنابراین در هر سه بند ماده ۲۰۶ به عبارت «نوعاً کشنده» برمی‌خوریم، برای

اینکه به آنیم عملی نوعاً کشنده است یا خیر باید به عرف رجوع کرد حال این عرف می‌تواند، عرف جامعه، عرف کارشناسی و یا عرف قضائی باشد.

برای روشن‌تر شدن مطلب نگاهی به قانون مجازات عمومی سابق ضروری است. در قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴ شمسی، قسمت اخیر ماده ۱۷۱ مقرر می‌داشت «اگر آلت قتاله باشد قتل در حکم عمد است» دیوان عالی کشور ایران در آرای متعدد مفهوم آلت قتاله را به حساس بودن موضع گسترش داد، به موجب رأی هیئت عمومی اصراری ۴۶۶۸ مورخ ۳۶/۹/۷ وسیله موجد قتل عمد اعم از این است که معمولاً کشنده باشد یا از جهت حساس بودن موضوع به مرگ مجنی علیه منجر گردد و محدود کردن عبارت آلت قتاله به موردی که آلت عرفاً قتاله باشد موافق منظور ماده نیست.

قانون مجازات اسلامی با گذر از اصطلاح آلت قتاله و با توجه به منابع فقهی این مفهوم را به فعل نوعاً کشنده یا «بقصد فعل یقتلُ به غالباً»^{۴۲} گسترش داده است، در نتیجه قانون مجازات اسلامی و قانون مجازات عمومی سابق با توجه به منابع فقهی در توسعه مفهوم آلت قتاله به همدیگر نزدیک شده‌اند.

اما آرای دیوان عالی کشور در راستای مشخص شدن عرف قضائی، در ارتباط با آلت قتاله و فعل کشنده مختلف است. برای مثال ایراد ضرب با سنگ به سر مقتول آلت قتاله و در نتیجه فعل کشنده به شمار آمده است. (آرای شماره ۲۰/۸۱۵ مورخ ۶۹/۸/۱ شعبه بیستم و ۱۷۰۲ مورخ ۷۱/۱۰/۲۸ شعبه بیست و ششم) و حال آنکه به موجب رأی اصراری ۱۱ مورخ ۷۸/۵/۱۹ جرح وارده به قسمت داخلی ران منجر به خونریزی و مرگ، نوعاً کشنده شناخته نشده است. بر خلاف همین رأی شعبه ۳۵ دادگاه عمومی تهران رأی شماره ۸۰

۴۲. امام خمینی، تحریر الوسیله، جلد دوم، کتاب قصاص، ص ۵۰۹، آیت الله خویی، مبانی تکملة المنهاج، جلد دوم، ص ۳.

مورخ ۷۵/۷/۹ ایراد جرح با چاقو به کشاله ران منجر به مرگ را از مصادیق بند «ب» ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی (قتل حکم عمد) شناخته است.

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»^{۴۳} و آقای دکتر آشوری «مجموعه قواعد و مقرراتی که برای کشف جرم، تعقیب متهمان و تحقیق از آنان، تعیین مراجع صلاحیت‌دار، 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 کرده‌اند.^{۴۴}

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 وقوع فعل یا عدم وقوع (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 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 تاریخ ۸۱/۷/۲۸، قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب تصویب و مجدداً دادرسی احیا گردید. به موجب ماده ۳ این قانون:

۴۴. آخوندی، دکتر محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، ص ۲۳.

۴۵. آشوری، دکتر محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، ص ۱۲.

«در حوزه قضایی هر شهرستان یک دادسرا نیز در معیت دادگاه‌های آن حوزه تشکیل می‌گردد. تشکیلات، صدور صلاحیت، وظایف و اختیارات دادسرای مذکور که دادسرای عمومی و انقلاب نامیده می‌شود تا زمان تصویب آیین دادرسی مربوط، طبق قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امر کیفری مصوب ۷۸/۶/۲۸ کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی و این قانون، به شرح زیر می‌باشد».

ملاحظه می‌شود با تصویب این قانون آیین دادرسی بر اساس دو قانون است، یکی قانون اصلاح قانون تشکیل که مربوط به احیای دادسراها است و دیگری قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امر کیفری که بر اساس نظام بدون دادسرا نوشته شده است. در نتیجه تلفیق این دو قانون خلأهای فراوانی در عمل ایجاد شده و می‌شود که پر کردن این خلأها با عرف قضایی و عملکرد قضات، حقوق دانان و دست‌اندرکاران امور حقوقی است که باید خلأها را پر کرده و راهکارهای مناسب را تا تصویب قانون آیین دادرسی کیفری پیشنهاد نمایند. در واقع قانون‌گذار با تصویب قانون اصلاح، خود زمینه‌ساز ایجاد عرف قضایی شده است. در این مقاله، تنها آن قسمت از دو قانون که با تشکیل مجدد دادسراها ارتباط می‌یابد مورد بحث قرار می‌گیرد.

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 به‌شمار نمی‌آید، لیکن به‌طور غیرمستقیم در تفسیر قانون کیفری و تحول آن مؤثر می‌باشد^{۴۵} برخی دیگر اعتقاد دارند که عرف در آیین دادرسی کیفری دارای اهمیت بیشتری به عنوان منبع حقوق است.^{۴۶}

۴۶. آخوندی، دکتر محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد یکم، ص ۹۶. لازم به ذکر است که استاد محترم در جلد پنجم آیین دادرسی کیفری به کرات به عرف قضایی ارجاع داده‌اند که به بعضی از آن‌ها در صفحات بعد اشاره می‌شود.

46 . Pradel, Jean, Droit Pénal général, tome 1 , p 262.

نقش رویه قضایی در آیین دادرسی فراموش نشدنی است، به طوری که بعضی رویه‌های قضایی که مدت طولانی اعمال شده‌اند، قانون‌گذار را بر آن می‌دارد که مبادرت بر وضع قانون به نفع آن کند و گاه برعکس قانون‌گذار عرفی را که بعضی حقوق اساسی را نادیده گرفته است، می‌شکند^{۴۷}. علت این امر که عرف در آیین دادرسی نقش بیشتری دارد این است که برخلاف حقوق جزای ماهوی، که اصل قانونی بودن جرم و مجازات در آن مانند سدی محکم مانع از جرم‌انگاری و تعیین مجازات به وسیله عرف می‌باشد؛ در آیین دادرسی کیفری پس از تصویب یک مقرر قانونی، خلأهای بیشماری در اجرا آشکار می‌شود که مورد توجه قانون‌گذار در زمان تصویب قانون نبوده است. در نتیجه عرف‌ها، عملکردها و رویه‌های قضات، کارکنان دستگاه قضایی، وکلا، حقوق‌دانان، برای اجرای قانون و پر کردن خلأها تشکیل می‌گردد. در ارتباط با این بند با توجه به قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب و قانون آئین دادرسی در امر کیفری به موضوع احضار و جلب متهم اشاره می‌شود.

۱. احضار متهم

طبق ماده ۱۱۲ قانون آیین دادرسی در امر کیفری احضار متهم باید از طریق احضارنامه به عمل آید. احضارنامه 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

47 . Roger Merle, André vitu, traité de droit Criminelle. No 132.

قوه قضائیه بیان داشته «دعوتنامه‌ای که ظابطن 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 دادرسی 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. احضارنامه ورقه‌ای است که به وسیله مأمور ابلاغ به متهم داده می‌شود ولی بعضی مواقع شعب دادرسی و بازپرسی از طریق تلفن، فاکس یا پیام شفاهی مبادرت به احضار متهم می‌نمایند که توجیه‌پذیر نبوده و فاقد جاهت قانونی و ضمانت اجرای قانونی است و در صورتی که متهم حضور پیدا نکند نمی‌شود او را جلب کرد^{۴۸}. 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.^{۴۹}

در مورد اول معمولاً بازپرسان، برای مواجهه حضوری بین شاکی و متهم و شهود و بررسی دلایل و کارشناسی از این روش استفاده کرده روز 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.^{۵۰}

۴۹. دکتر آخوندی، آیین دادرسی کاربردی، جلد پنجم، ص ۸۲.

۵۰. دکتر آخوندی، همان، ص ۸۳.

۵۱. همان، ص ۸۴.

۲. جلب متهم

جلب متهم 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 ۱۵/۸/۸۲ 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. ۵۱

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 ۱/۷۹/۱۴۱۷۰ - ۷۹/۹/۹

۵۲. ماده ۱۲۷ - قاضی مکلف است بلافاصله پس از حضور یا جلب متهم تحقیقات را شروع در صورت عدم امکان ظرف ۲۴ ساعت مبادرت به تحقیق نماید در غیر این صورت بازداشت غیر قانونی تلقی و مرتکب به مجازات مقرر قانونی محکوم خواهد شد.

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^{۵۲} 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 قضایی 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 متهم دارد. که در هر دو مورد جلب بدون احضار متهم جایز 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 قضایی 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 کار دیگری نیست که قاضی بتواند انجام دهد بدیهی است در صورت احضار و عدم حضور برگ جلب صادر خواهد شد.

ثانیا: جلب به‌عنوان ضمانت اجرای عدم حضور، در صورتی که احضارنامه به متهم ابلاغ واقعی یا قانونی، وفق مقررات قانون آیین دادرسی مدنی،^{۵۳} شده باشد و متهم در موعد تعیین شده حضور نیابد به دستور بازپرس جلب می‌شود. بر خلاف 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

۵۳. شاملو احمدی، پیرامون دادرسی، صص ۷۳ - ۷۴.

۵۴. ر.ک: مواد ۶۷ و بعد قانون آیین دادرسی درامر مدنی.

برگ جلب یا احضار باید ممضا 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 - بر اساس 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 ارعایی بود که شاکی از آن سندهای فراوانی به دست می‌آورد. صدور چنین برگ جلبی معمولاً در مورد بزه صدور چک بی‌محل امری عادی بود. قانون‌گذار به موجب تبصره ماده ۱۲۲ قانون آیین دادرسی در امر کیفری بر این امر مهر تأیید گذاشت و این از موارد تبعیت قانون‌گذار از عرف قضایی ایجاد شده است.^{۵۴}

۵۵. برای انتقاد به این مقررہ ر.ک: آخوندی، دکتر محمود، آیین دادرسی کاربردی، جلد پنجم، ص ۱۰۰.

نتیجه‌گیری

همان‌گونه 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 قانون‌گذار در جرم‌انگاری و تعیین مجازات و حتی جرم‌زدایی و فضازدایی، دارای تأثیر مهمی است.

بنابه 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 بر خورد 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 همان‌گونه 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 برابر 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، عرف‌دانایان حقوق اعم از قضات، وکلا، مشاوران حقوقی، توجه کند زیرا، قانون‌گذار 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 آن‌طور که در حقوق جزای ماهوی وجود دارد موجود نیست؛ تأثیر عرف از سایر رشته‌های حقوق جزا بیشتر 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 خلأ 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 خطری به عهده دارد و آن اینکه باید با اعمال چند ماده معدود این قانون در قانون آیین دادرسی کیفری که برای نظام بدون دادرسی نوشته شده خلأها را پر کند.

منابع

۱. فارسی

۱. فرهنگ فارسی دکتر محمد معین، شش جلد، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر ۱۳۶۳.
۲. 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.
۳. آخوندی، دکتر محمود، آیین دادرسی کیفری، در دو جلد، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ سوم تهران سال ۱۳۸۶.
۴. آخوندی، دکتر محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد چهارم، اندیشه‌ها، انتشارات مجد، ۱۳۸۴.
۵. آخوندی، دکتر محمود، آیین دادرسی کیفری، کاربرد، جلد پنجم، نشر میزان، ۱۳۸۲.
۶. اردبیلی، دکتر محمد علی، حقوق جزای عمومی، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۶، دو جلد.
۷. اخوت، محمد علی، تفصیل مسائل حقوق جزای عمومی، انتشارات صابریون-بهنامی، تهران، ۱۳۸۵.
۸. باهری، محمد، حقوق جزای عمومی تهران انتشارات رهام، ۱۳۸۱.
۹. پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی جلد اول، چاپخانه دانشگاه تهران، ۱۳۴۷.
۱۰. پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی جلد دوم، پلی‌کپی، تقریرات درس، ۱۳۴۷-۱۳۴۸.
۱۱. خمینی، آیت اله سید روح اله، تحریر الوسیله، چاپ نجف، ۲ جلد، بدون سال انتشار.

۱۲. خویی، آیت اله سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، چاپ نجف، بدون سال انتشار.
۱۳. زندی، محمدرضا، مجموعه دیدگاه‌های حقوقی وقضائی قضات دادگستری استان تهران جلد دوم وسوم انتشارات معاونت دادگستری استان تهران، ۱۳۸۲-۱۳۸۳.
۱۴. سلجوقی، دکتر محمود، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، چاپخانه بانک ملی ایران، تهران، ۱۳۴۷.
۱۵. شاملو احمدی، محمد حسین، پیرامون دادر، اصفهان، انتشارات دادیار، چاپ دوم ۱۳۸۴.
۱۶. عطایی نوری، علی، مجموعه آرای هیئت عمومی دیوانعالی کشور، گردآوری تهران نشرخط سوم ۱۳۸۱.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۵، جلد دوم.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۳.
۱۹. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۶۸، جلد اول.
۲۰. گرجی، دکتر ابوالقاسم، مقالات حقوقی، جلد اول، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ۱۳۶۵.
۲۱. مصلاحی، علی رضا، قانون مجازات اسلامی در آرای دیوان عالی کشور، تهران، چاپ ادبستان ۱۳۷۹.
۲۲. نوربها، دکتر رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ ۲۱.

۲. به لاتین

23. Bernardini Roger, droit pénal général, Galliano éditeur paris 2003.

24. Bruhl Henri levy, sociologie du droit, que sais-je, p. u.f paris 1964.
25. Desport , Fred ric , Gunehec Francis , droit pénal général , Ilém Édition, economica 2004.
26. L'egros Robert, considération sur les lacune et l'interprétation En droit pénal, revue de droit pénal et criminologie octobre 1996.
27. Merle Roger, Vitu André, traité de droit criminelle, Cujas, paris 1967.
28. pradel Jean, droit pénal général Cujas 12^{em} édition tom 1
29. Pradel jean, dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie Du droit, bruxell, 1988.
30. Pradel jean, dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie Du droit, bruxell, 1988.
31. Rouland Norbert, introduction historique au droit, p.u.f 1998.
32. Revue de la recherche juridique 1994.