

عرف و مؤلفه‌های قانونی و مادی تشکیل دهنده پدیده مجرمانه

محسن برهانی*
عطیه پارساییان**

تاریخ تأیید: ۱۳۹۲/۱۱/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۸/۲۵

۱۴۷

حقوق اسلامی / سال دهم / شماره ۳۶ / بهار ۱۳۹۲

چکیده

در نظام حقوق کیفری ایران غالباً اعتبار عرف به عنوان یکی از منابع ارشادی مورد توجه قرار می‌گیرد. صرف نظر از اینکه با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، عرف فقط در تصویب قوانین کیفری می‌تواند الهام‌بخش قانونگذار باشد و نمی‌تواند به طور مستقل به جرم‌انگاری رفتارها بپردازد، پس از پذیرش نظام قانون مدون در ایران، عرف در شناخت مفاهیم قانونی و استنباط قواعد حقوق کیفری از نصوص اهمیت یافت. از آنجا که پیش‌فرض قانونگذار این است که با زبان عرفی قانون تدوین می‌کند، عرف نقش مهمی در این باب یافت. همچنین، در شناخت بخش‌هایی از عناصر سه‌گانه جرم، یگانه منبع حقوق کیفری است. در این مقاله به تفصیل به تأثیرگذاری عرف در شناخت مؤلفه‌های قانونی و مادی تشکیل‌دهنده جرم پرداخته خواهد شد و در نهایت الزامی بودن این منبع به اثبات خواهد رسید.

واژگان کلیدی: عرف، عنصر قانونی، عنصر مادی، تفسیر قانون، مفاهیم قانون.

* استادیار دانشگاه تهران / نویسنده مسئول (m.borhani@yahoo.com).

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران (at_parsaeian@yahoo.com).

۱. درآمد

گرچه پذیرش اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق کیفری، استنباط حکم در منطقه آزاد رفتاری به استناد عرف را ممنوع می‌نماید؛ ولی این امر به معنای انسداد و یا محدودیت تأثیر فهم عرفی و مفاهیم مبتنی بر آن در حوزه موضوع و متعلقات قوانین کیفری و برداشت از مجموع ادله قانونی نخواهد گشت. امتثال و اطاعت شهروندان از قواعد حقوقی در زندگی روزمره‌شان، اقتضای پیوند عمیق و دائمی حقوق را با عرفیات جامعه از جمله قواعد نانوشته زبانی رایج میان شهروندان دارد و این امر جز به دنبال تبعیت مقنن از واژگان، قواعد و اصول محاوره متعارف میان مردم میسر نمی‌باشد. به همین دلیل، قانونگذار به عنوان احدی از عرف در خطابات خویش به اصول محاوره عام در جامعه پای‌بند می‌باشد و امری عقلایی است که بر این مبنا تشخیص عرف و درک عرفی در مواردی که معیاری نرسیده، میزان قرار گیرد. واقعیت مذکور، ضرورت توجه به تغییر و تبدل فهم عرفی و تعیین احکام حقوقی در لسان عرفی را مورد توجه قرار می‌دهد و بی‌توجهی به این موضوع به طور قطع تحدید حقوق افرادی را که مورد خطاب مقنن می‌باشند، به دنبال خواهد داشت.

بر خلاف متون فقهی، پی‌جویی در کتب حقوقی حاکی از آن است که غالب حقوقدانان جزایی از پردازش و تنقیح دقیق و تفصیلی نقش عرف در فهم و استنباط از نصوص قانونی، امتناع نموده‌اند؛ به گونه‌ای که هم‌اکنون در بسیاری متون مدون در این حوزه، اندیشه غالب میان حقوقدانان کیفری، اندیشه پذیرش اعتبار عرف به عنوان منبعی ارشادی و غیرالزامی در حقوق کیفری است؛ بنابراین پرداختن به این موضوع مهم در کنار دیگر منابع ارشادی همچون دکتترین، نظریه‌های اداره حقوقی و... جایگاهی بس نازل به عرف و درک عرفی در حقوق کیفری داده است. هدف از این نوشتار، واکاوی جایگاه راستین عرف و ترسیم دقیق حوزه تبعیت از مفاهیم عرفی پس از تصویب قوانین کیفری است.

پرسش این تحقیق آن است که جایگاه عرف در حقوق کیفری چیست؟
فرضیه‌ای که نگارندگان به دنبال اثبات آن می‌باشند اینکه عرف نه تنها از منابع

ارشادی، غیرالزامی و حاشیه‌ای حقوق کیفری محسوب نمی‌شود، بلکه در میان منابع الزامی نیز از جایگاه رفیعی برخوردار می‌باشد؛ به گونه‌ای که بر بسیاری از منابع الزامی نیز مقدم است؛ هرچند به دلیل گستردگی این مبحث بنیادین در حقوق کیفری، ناگزیر فقط به جایگاه عرف در عناصر قانونی و مادی جرم پرداخته خواهد شد و تأثیرگذاری این نهاد بر دیگر حوزه‌های حقوق کیفری در سایر نوشته‌ها پی‌گیری خواهد شد.

تبیین رکن قانونی پدیده کیفری، مثبت این مهم می‌باشد که شناخت به واقع احکام در بسیاری موارد جز در سایه کارآیی عرف و ارتکازات عرفیه در تفسیر مضیق قوانین کیفری و برداشت و استنباط از نص به دنبال توسیع یا تضییق مدلول دلیل، مناسبات ارتکازی میان موضوع و حکم و یا رفع تعارض میان ادله ممکن نیست. همچنین، امکان نقش برجسته عرف در مقام تطبیق و مصداق‌شناسی (با وجود اختلافاتی که در این موضوع وجود دارد) برای مفاهیمی که خود متولی فهم آن است، دومین کارکرد حیاتی عرف در حقوق کیفری می‌باشد که در بسیاری از موضوعات، تنها راه برون‌رفت از چالش برداشت‌های متفاوت از موضوع واحد است و نیز کنکاش نقش عرف در شناخت اجزای متشکله عنصر مادی، از جمله موضوع و متعلقات احکام قانونی، رابطه استناد و به طور کلی تشخیص ظهور لفظی و رفع ابهام از احکام مبهم به دنبال رجوع به عرف، نمود ضرورت بحث تفصیلی در این موارد را نیز توجیه می‌نماید.

با توجه به مطالب پیش‌گفته، قلمرو بحث مورد اهتمام روشن می‌شود و آن اینکه بحث اصلی مقاله ناظر به مرحله تفسیر است. در مرحله فهم و تفسیر متون قانونی است که عرف نقشی بی‌بدیل ایفا می‌نماید؛ ولی در مرحله قانونگذاری، عرف نقش چندانی در حقوق نوشته دارا نیست؛ زیرا نمی‌توان به عرف استناد داد و به تعیین مجازات اقدام کرد یا به جرم‌انگاری رفتارهای شهروندان پرداخت.

۲. جایگاه عرف در فهم عنصر قانونی

مقصود از جرم و پدیده جزایی در حقوق کیفری، اعمال ناقص هنجارهای اجتماعی است که مقنن صراحتاً برچسب جرم بر آنها نهاده، آنها را مستحق مجازات دانسته است و بر همین مبنا دستگاه قضایی حق مجازات مرتکب را داراست. بر این اساس، قانون،

یکی از عناصر لازم و ضروری در تکوین جرم به شمار می‌آید؛ چون پیش از بیان قانون، هرنوع رفتاری در منطقه مباح قانونی، مجاز می‌باشد و مجازات افراد به هر توجیه و با هر استدلالی قبیح و ناپسند است. این مفهوم مجرد قضایی از پدیده جزایی و انحصار تبیین جزء به جزء تعاریف در دست قانونگذار، اصل قانونی بودن جرم و مجازات را متبلور می‌نماید. اصل قانونی بودن، به عنوان سنگ بنای حقوق کیفری شناخته شده است و تردیدی هرچند به اجمال در پذیرش آن از سوی حقوقدانان وجود ندارد؛ اگرچه در ترسیم حدود و ثغور آن تفاوت دیدگاه و تفاسیری ایجاد شده است. التزام به اصل قانونی بودن در حقوق کیفری، دو الزام و نتیجه کلی به دنبال دارد که به تفسیر مضیق نصوص کیفری و عدم عطف به ماسبق شدن قوانین تعبیر می‌شود. در ادامه نقش عرف و مفاهیم عرفی در ظهور این الزامات به تفصیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. کارکرد عرف در تفسیر مضیق قوانین کیفری

اصل قانونی بودن، با توجه به هدف انسداد راه بر اظهارنظرهای شخصی قضات، مقنن را بر نگارش روشن و صریح متون کیفری ملزم می‌نماید؛ به گونه‌ای که عناصر تشکیل دهنده بزه، عاری از هرگونه اجمال و ابهامی تقریر شود و با عباراتی استعمال گردد که تفسیربردار نباشد. به این دلیل که یک وصف مجرمانه مبهم و دوپهلوی اصطلاحاً کش‌دار، تهدیدی علیه شهروندان محسوب می‌شود و دست قاضی را برای تفاسیر موسع و خودکامه باز می‌گذارد. در واقع رعایت اصل قانونی بودن، به معنای التزام مقنن به کاربرد گزاره‌های صریح و روشن در تدوین قوانین کیفری است؛ ولی گاه تخطی از این الزام و استعمال عباراتی که دارای پیچیدگی‌هایی در مفهوم می‌باشد، تشکیک در معانی عبارات و مدلول واقعی احکام در مقام قضا را سبب می‌شود که فهم معنای حقیقی الفاظ و مقصود مقنن و در نهایت قضاوت صحیح را با پیچیدگی‌هایی همراه می‌سازد که دادرس را ناگزیر از تفسیر می‌سازد. در همین جهت، حقوقدانان اساساً در دو مورد تفسیر قانون را مجاز می‌دانند: ۱. مفهوم قانون روشن نباشد؛ ۲. مفهوم قانون روشن است؛ ولی در سعه و ضیق مدلول آن تردید باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۱۷۱). افزون بر این، حتی در فرض فقدان ابهام، اجمال و

تعارض در متن مواد، برداشت به واقع از نص نیازمند به کارگیری صحیح معنای عبارت است؛ به عنوان مثال، تمسک به ظواهر الفاظ مانند عموم و اطلاق یا حمل الفاظ بر معانی عرفی یا تخصیص عام و تقييد مطلق، همگی در واقع تفاسیر الفاظاند (همو، ۱۳۷۲، ص ۲۹۳). قوانین کیفری در جهت این اصل باید به گونه مضیق و مطابق با همان الفاظ و عباراتی که در نص به کار رفته است، تفسیر گردد که از آن به تفسیر مضیق تعبیر می‌شود. در مقام شک در درک و فهم مدلول حقیقی الفاظ، تفسیر مضیق اقتضای آن دارد که به قدر متیقن مفهوم الفاظ بسنده شود و از توسیع مفهومی و مصداقی به موارد مشکوک جلوگیری گردد. رجوع به عرف و تبادرات عرفی در فهم موضوع و متعلقات نصوص کیفری و تمسک به تفاهمات عرفی در استنباط از این نصوص، راهی است که در چهارچوب این روش تفسیر پذیرفته خواهد شد و در حقوق کیفری قرار خواهد گرفت.

۱۵۱

پذیرش اصالت ظهور در دانش اصول فقه بدین معناست که خطابات قانونی را که از صراحت برخوردار نیست، تا زمانی که قرینه‌ای بر خلاف نباشد، در پرتو ظهورشان معنا شود و از معنای خلاف، اغماض گردد. ظهور، مرحله‌ای از دلالت یک خطاب است و بر اصل مهمی به نام تبادر مبتنی می‌باشد و بر این اساس، زمانی که یک لفظ توان رساندن چندین معنا را دارد، اصل آن است که کلام بر معنایی که در آن ظهور دارد، حمل شود (مظفر، ۱۳۸۰، ص ۴۸). از میان راه‌های احراز ظهور، ظهور عرفی یعنی تبادر معنای خاص نزد عرف هنگام شنیدن لفظ و اطمینان عرف متعارف به مراد متکلم، راه متقنی برای کشف مقصود مقنن خواهد بود. ظهور الفاظ از نظر عرفی در هر موضوعی باشد، از نظر شرعی و قانونی هم، مقصود و منظور همان است. در واقع چنانچه لفظی که در قانون به کار می‌رود، صریح نباشد، ظهور عرفی در فهم معنای مناسب و ارتکازی مرتبط به نص، به کار خواهد رفت. اصولیان حجیت ظهور عرفی را داخل در کبرای حجیت ظهور آورده‌اند و آن را از اصول و مسلمات فقه و بی‌نیاز از ارائه دلیل می‌دانند. سیره عقلا در مقام محاوره اعتماد بر ظواهر است و ظهور را حجت در کشف مقصود متکلم می‌دانند و عدم ردع مقنن از این طریق عقلایی نیز به معنای همراهی وی با عقلا در پذیرش این شیوه می‌باشد.

با این وصف، تفسیر مضیق قوانین منافاتی با تبعات پذیرش اصالت ظهور ندارد و تبعیت از تنقیحات ظهوری عرف در فهم نصوص کیفری، خروج از محدوده این تفسیر به حساب نمی‌آید و به نوعی می‌توان هرگونه ضیق و توسعه عبارات قانونی بر مبنای ذوق سلیم عرفی و عدم تعمیم آن به معانی علمی دقیق را از مصادیق تفسیر مضیق جایز در حقوق کیفری دانست؛ همان‌گونه که برخی تفسیر موسع را توسعه به دستاویز صلاح، عقل و عدل دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۲۹۳) و تمسک به فهم عرفی در استنباط از نصوص کیفری را داخل در حیطة تفسیر موسع قوانین ندانسته‌اند. استفاده از عرف در فهم الفاظ و عبارات و کشف مدلول‌های نصوص را می‌توان در بخش‌های مجزای ذیل ترسیم کرد.

۲-۱-۲. نمود عرف در فهم ظهور مفاهیم مندرج در قوانین

گاه کاربست الفاظ مبهم یا مجمل در احکام و گاه استعمال عباراتی که دارای مفاهیم وسیع و گسترده‌اند، مرجعیت عرف و رجوع به فهم عرفی در تبیین و تفسیر این موضوعات و متعلقات مشکک احکام قانونی را ناگزیر می‌سازد؛ زیرا به تعبیر فقهی خطابات مقنن یا شارع، مُتَلَقَّات به عرف است و تا خلاف آن تصریح نشود، پای‌بندی به معنای عرفی عبارات در اولویت خواهد بود. به این ترتیب، پی‌جویی عرف در تنقیح مفردات به کاررفته در نصوص و به‌کارگیری معانی متعارف در فهم موضوع و متعلق مجمل یا مبهم حکم قانونی، به دلیل لزوم پای‌بندی مقنن به قواعد محاورات میان مخاطبان از نظر عقلی الزامی است که عدول از آن جایز نیست؛ به عنوان مثال، در بحث از سرقت تعزیری موضوع ماده ۶۵۱ بخش تعزیرات، وقوع سرقت در شب از عوامل مشدده در مجازات این جرم مطرح شده است:

هرگاه سرقت جامع شرایط حد نباشد؛ ولی مقرون به تمام پنج شرط ذیل باشد، مرتکب از پنج تا بیست سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌گردد: ۱. سرقت در شب واقع شده باشد ...

درباره تبیین مفهوم شب، نظرات گوناگونی وجود دارد؛ برخی شب را به معنای نجومی آن از غروب آفتاب تا طلوع خورشید می‌دانند و برخی دیگر، نظر مبتنی بر ساعت را پذیرفته‌اند؛ ولی به نظر می‌رسد در این موارد پذیرش مبنای عرفی برای تبیین مفهوم

مرتبط با این نص، با ملاک و مصلحت مقنن در تشدید مجازات سازگارتر خواهد بود. به عبارت دیگر، در اینجا مناط حکم در تشدید مجازات سارق، ایجاد رعب و وحشت و اضطرابی است که در شب حاصل می‌شود؛ پس بایسته است در تعیین مفهوم زمانی این قسم از شبانه‌روز، از عرف استمداد شود؛ به عنوان مثال، عرف ممکن است در این موارد، ساعتی پس از غروب آفتاب و یا ساعتی پیش از طلوع آفتاب در فصولی از سال را شب مورد نظر مقنن در این نص به حساب نیاورد. این برداشت عرفی از شب با ضیق مفهوم علمی شب، به قدر متیقن از این مفهوم اکتفا کرده است و باعث خروج موارد مشکوک از شمول حکم می‌گردد. در همین جهت، حکم شماره ۵ شعبه ۲ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۲۷/۱/۸ به مفهوم عرف شب، نظر داشته است و مقرر می‌دارد:

اگر سرقت در حدود نیم ساعت پیش از طلوع آفتاب به عمل آمده باشد؛ چون در عرف چنین موقعی روز تلقی می‌شود، عمل با ماده ۲۷۷ قانون کیفر عمومی قابل تطبیق است، نه ماده ۲۶۶ قانون مزبور.

علاوه بر کاربرد نخست، از الزامات اصل قانونی بودن اینکه الفاظ مأخوذ در نصوص قانونی، صریح و بدون ابهام باشد. از این رو، استفاده از عبارات تمثیلی در قانون کیفری صحیح نیست؛ ولی در فرض استعمال عبارات تمثیلی در قانون، تفسیر را در شناخت مثال‌ها باید تابع عرف دانست و این عرف است که با تنقیح عرفی، مصادیق گوناگون عبارت قانونگذار را مشخص می‌نماید؛ به عنوان مثال، در ماده ۱۵۳ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد: «هرکس در حال خواب، بیهوشی و مانند آنها مرتکب رفتاری شود که قانوناً جرم محسوب می‌شود، مجازات نخواهد شد...»، عرف، عبارت «مانند اینها» را حمل بر حالاتی می‌کند که فرد در آن به علت عدم توانایی عقلی و ذهنی، وضعیت طبیعی نداشته باشد و متعاقب این معنا به تعیین مصادیق می‌پردازد.

۳-۱-۲. نمود عرف در شناخت مصادیق مفاهیم مندرج در قوانین

گاه معنای عبارات و الفاظ قانون از وضوح و صراحت لازم برخوردار است؛ ولی در مقام تطبیق مفهوم بر مصادیق خارجی آن تردیدهایی وجود دارد؛ به عنوان مثال، در مواد ۶۵۱ و ۶۵۲ بخش تعزیرات، حمل سلاح هنگام سرقت به وسیله سارق از علل مشدده مجازات به حساب می‌آید. سلاح از نظر مفهوم، ابهامی ندارد و معنای روشنی دارد؛ ولی

در شمول برخی از مصادیق خارجی ذیل این مفهوم - به طور خاص سلاح سرد - شبهاتی وجود دارد که تنقیح عرفی این مصادیق باعث خروج مصادیق مشکوک خواهد بود. در این موارد بایسته است مصادیق سلاح سرد را بر ابزاری صادق دانست که هدف اولی از ساخت چنین ابزاری عرفاً استفاده به عنوان اسلحه باشد و با همین رویکرد، تعیین خارجی سلاح در ابزاری مانند عصا و چوب را رد کرد. رویه‌های قضایی متعددی این نظریه را پذیرفته‌اند؛ از جمله حکم شماره ۲۶۵۷ شعبه ۲ دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۱۷/۱۱/۲۹ که مقرر می‌دارد: «منظور از اسلحه، چیزی است که عرفاً بر آن سلاح اطلاق شود» و بر همین مبنا، رأی اصراری شماره ۶۲-۱۳۴۶۷/۲۵، آلتی همچون چاقو و تبر را سلاح قلمداد نمی‌کند.

۴-۱-۲. نمود عرف در برداشت و استنباط از نصوص قانونی

غالب مسائل حقوقی، مسائلی عرفی و عقلایی است که رویکرد عرفی در فهم آنها و پای‌بندی به داوری عرف از مجموعه ادله را می‌توان شیوه‌ای پسندیده و درخور این مبنا دانست. به همین دلیل باید کسی که عهده‌دار تحصیل معانی ظاهری مواد قانونی است، ضمن برخورداری از ذوق عرفی سلیم، از پیچیدگی‌های فلسفی و برهانی که مخاطبان با آن آشنا نیستند، دوری کند تا بر مدلول واقعی نصوص دست یابد. مجوز اعتماد بر ارتکاز اجتماعی در فهم نص، همان اصل حجیت ظهور می‌باشد؛ زیرا این ارتکاز به نص، ظهوری در معنای هماهنگ با آن ارتکاز می‌بخشد و این ظهور نیز مانند ظهور لفظی، حجت است؛ زیرا گوینده، از آن جهت که فردی از اهل زبان است، سخن خویش را از جهت زبانی و لفظی می‌فهماند و از آن جهت که فردی اجتماعی است، گفته خود را از جهت اجتماعی می‌فهماند. شارع نیز چنین شیوه‌ای را در فهم تأیید کرده است (صدر، ۱۳۷۵، ص ۱۰۰).

اگرچه در این کاربرد نیز آنچه منشأ فهم عرفی واقع شده، الفاظ و ترکیبات لغوی در دلیل است؛ ولی کارکرد عرف متفاوت از کارکرد پیشین آن می‌باشد. در کاربرد پیشین، پی‌جویی عرف لفظی در تنقیح مفردات و مدلول لفظی هیئت به کاررفته در نصوص، بدون کمک از دلیل لفظی خارجی، منظور نظر بود؛ به گونه‌ای که میزان در استظهارات

فهم عرفی دانسته شد، در حالی که در کاربرد فعلی، عرف به منزله قرینه لَبّی متصل به کلام است و نقش بسزایی در تبیین ظهور دلیل بر پایه مناسبات ارتکازی میان موضوع و حکم دارد؛ به گونه‌ای که در تعیین قلمرو ادله از نظر سعه و ضیق تأثیرگذار خواهد بود. در ادامه، مواردی که عرف در توسیع و تضییق مدلول دلیل و نهایتاً استنباط از حکم مؤثر می‌باشد، ترسیم می‌گردد.

۱-۴-۲. توسیع مدلول دلیل در پرتو الغای خصوصیت و اولویت عرفی

الغای خصوصیت به معنای توسیع دلیل از خلال حذف ویژگی‌های غیرمؤثر در حکم می‌باشد. در این معنا الغای خصوصیت، حذف اوصاف و ویژگی‌هایی است که در دلیل حکم، همراه با موضوع می‌باشد؛ ولی نزد عرف، دخالتی در ثبوت آن حکم برای موضوع ندارد و نتیجه آن، شمول حکم به فرعی است که فاقد اوصاف موجود در موضوع منصوص است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶، ص ۶۳۹). به همین دلیل، گفته می‌شود که الغای خصوصیت، اقتضای تعمیم دارد؛ ولی منظور از اولویت عرفی، سران حکم از موضوعی به موضوع دیگر به اولویت قطعی می‌باشد که این امر نیز با موافقت عرف همراه می‌باشد؛ چه اینکه فهم عرفی و عقلی، چنانچه مناط حکم را در موضوع فرعی، اقوی از مناط موضوع منصوص بداند، بی‌شک سرایت حکم از اصل به فرع را نیز تصدیق می‌کند. به طور خلاصه باید گفت وقتی می‌توان به اولویت عرفی - و به تعبیری به قیاس اولویت - عمل کرد که اولویت، از فحوای خطاب فهمیده شود؛ زیرا به واسطه فحوا، کلام ظهور در این دارد که حکم نسبت به چیزی که در علت حکم از اولویت برخوردار می‌باشد، وجود دارد.

گاهی در موضوعی جزایی، با فقدان قانون برای قضاوت مواجه می‌شویم که موجه آن دلایلی چون ضعف مقنن در پیش‌بینی موقعیت‌های خاص و عدم دقت در بررسی همه‌جانبه مسائل می‌باشد؛ ولی این امر لزوماً به معنای توقف در فضای سکوت قانونی بر توجیه تفسیر مضیق قوانین کیفری نخواهد بود؛ چه اینکه دانایان حقوق در تعریف تفسیر مضیق آورده‌اند:

تفسیر مضیق بدین معنا نیست که اگر عملی به طور صریح در قانون اشاره نشده باشد، نتوان هیچ‌گاه مجازاتی برای آنها تعیین نمود؛ لذا چنانچه پس از اعتبار قانونی اعمالی

انجام شود که بتوان آنها را در فرمول قانون گنجانند و به وجوب مجازات پی برد، کیفر آنها بدون اشکال است. البته این عمل باید به نحوی باشد که منجر به تفسیر موسع نگردد (سمیعی، ۱۳۴۸، ص ۲۵).

بر این مبنا به نظر می‌رسد توسیع دلیل بر پایه اولویت عرفی و الغای خصوصیت همواره در چهارچوب تفسیر مضیق کیفری توجیه یافته است و ادعای معارضه آن با اصل قانونی بودن، قابل دفاع نیست؛ به عنوان نمونه، می‌توان به الغای خصوصیت از مصادیقی که در ماده ۵۰۱ ق.م.ا. به عنوان افعال غیرمادی در وقوع جنایت آمده است و تعمیم حکم ماده به موارد ایجاد هیجان و اضطراب و مانند آن اشاره کرد؛ زیرا مخاطبان قانون برای هراس و وحشت، خصوصیتی متمایز از دیگر هیجان‌ناشده‌ها در نتیجه جنایت، قائل نمی‌شوند. از این رو، هرچند مقنن از عبارت «هر کار دیگری که موجب هراس او می‌گردد» استفاده کرده است؛ ولی عرف از «هراس» لغو خصوصیت می‌کند و افعال ذکر شده در متن ماده را فقط مصادیقی از افعال غیرمادی دانسته است؛ بر این اساس، خصوصیات الفاظ متعلق حکم را در ماده ملغی کرده، به دیگر هیجان‌ناشده‌ها - به شرط اثبات رابطه سببیت - نیز توسعه می‌دهد. در واقع برداشت عرف، اوصاف و ویژگی‌های الفاظ مذکور در ماده را دخیل در ثبوت حکم برای موضوع نمی‌داند. این توسیع به این دلیل که مستند به فهم عرف می‌باشد، معتبر خواهد بود؛ به عنوان مثال، درباره توسل به اولویت عرفی در قوانین جزایی می‌توان به امکان تسری حکم ماده ۲۶۹۸ بخش تعزیرات به وسایلی مثل رسانه‌های تصویری، پست الکترونیکی، وبسایت و یا دیگر صفحات مجازی در اینترنت اشاره کرد. به این ترتیب، هرچند وسیله اسناد در تحقق جرم موضوع این ماده، موضوعیت دارد؛ ولی این امر به معنای انسداد راه بر

۱. «هرگاه کسی به روی شخصی سلاح بکشد، یا حیوانی مانند سگ را به سوی او برانگیزد یا هرکار دیگری که موجب هراس او می‌گردد، مانند فریادکشیدن یا انفجار صوتی انجام دهد و بر اثر این ارباب، شخص بمیرد یا مصدوم گردد، حسب مورد براساس تعاریف انواع جنایات به قصاص یا دیه محکوم می‌شود».

۲. «هرکس به قصد اضرار به غیر یا تشویش اذهان عمومی یا مقامات رسمی به وسیله نامه یا شکوائیه یا مراسلات یا عرایض یا گزارش یا توزیع هرگونه اوراق چاپی یا خطی یا امضا یا بدون امضا اکاذیبی را اظهار نماید یا با همان مقاصد، اعمالی را برخلاف حقیقت رأساً یا به عنوان نقل قول به شخص حقیقی یا حقوقی یا مقامات رسمی تصریحاً یا تلویحاً نسبت دهد ... محکوم می‌شود».

پذیرش دیگر وسایل نخواهد بود؛ زیرا برحسب عرف، امکان تحقق جرم با وسایل مذکور به گونه آشکارتر وجود دارد؛ پس به اولویت عرفی حکم به این موارد غیرمنصوص نیز تسری می‌یابد.

۲-۴-۱-۲. تضييق مدلول دليل به علت عدم انعقاد اطلاق ناشی از عرف

در این فرض اگرچه کلام در ظاهر، عام و یا مطلق بیان شده است؛ ولی فهم عرفی مخاطبان قانون، دایره مفهومی لفظ را تضييق می‌کند و دلالت بی‌قید و بند بر همه افراد ذیل آن را نمی‌پذیرد و به همین دلیل است که از ابتدا، اطلاق و عمومی منعقد نمی‌گردد؛ به عنوان مثال، ماده ۶۶۹ بخش تعزیرات بیان می‌دارد: «هرگاه کسی دیگری را به هر نحو تهدید به قتل یا ضررهای نفسی یا شرفی ... نماید ... تا دو سال محکوم خواهد شد». بر مبنای تلقی عرفی از تهدید، افرادی که به واسطه ضعف و عدم توانایی، قادر به انجام مفاد تهدید ادعایی نیستند، به حکم عرف، از حکم مذکور در این ماده خارج‌اند؛ بنابراین هرچند ظاهر ماده مطلق است و همه افرادی را که مرتکب این رفتار می‌شوند، دربرمی‌گیرد؛ ولی چنین اطلاقی به قرینه برداشت عرفی، به مواردی که شخص قدرت بر انجام مفاد تهدید را دارد، محدود می‌گردد.

۲-۴-۱-۳. عرف و مناسبات ارتكازی میان موضوع و حکم نصوص قانونی

مقصود از مناسبت حکم و موضوع، مرتکبات و تصورات عرفی عام است که فهمی مشترک از مناسبات میان حکم و موضوع را شکل می‌دهد و از خلال آن می‌توان به دلالت کلام و موضوعات احکام دست یافت. به این دلیل که احکام قانونی دارای ملاکات و مناط‌هایی‌اند که ریشه در ذهن عرفی مخاطبان دارند، از این فهم مشترک، به فهم اجتماعی از نص تعبیر می‌شود. مناسبت میان حکم و موضوع، گاه باعث تعمیم مدلول دلیل، گاه باعث تضييق مدلول دلیل و گاه عامل فهم خاصی (غیر از توسیع و تضييق) می‌گردد و به همین دلیل این عنوان مجزا می‌گردد؛ هرچند بعید نیست در مصداقی واحد، برخی از این مفاهیم متعدد، متحد گردند؛ مثلاً موردی هم الغای خصوصیت باشد و هم مصداق فهم عرفی به مناسبت حکم و موضوع (علیدوست، ۱۳۸۸، ص ۲۴۰). نمونه این امر در قانون مجازات اسلامی، شرط «قریب‌الوقوع بودن

خطر» می‌باشد که شرطی مشترک در دفاع مشروع و اضطراب عنوان شده است. تبادر عرفی در فهم معنای این شرط، به تناسب حکم و موضوع هم‌پوشانی معنا در هر دو ماده را نخواهد پذیرفت؛ به گونه‌ای که با تفسیر محدودی که از قریب‌الوقوع بودن در دفاع مشروع ارائه می‌دهد، آن را نزدیک به معنای آنی تلقی می‌کند و فاصله زمانی و مکانی میان تجاوز و دفاع را جایز نمی‌داند، در حالی که با تأکید بر زوال اختیار مضطر، تصور این فاصله میان فعل مضطر و شرایط اضطراری را در مواردی ممکن می‌داند و بر معنای مضیق فوریت اصرار نمی‌ورزد.

۴-۱-۲. جمع عرفی و تعارض ادله

تعارض ادله به تنافی دو دلیل در مرحله قانونگذاری، به گونه‌ای که نتوان میان آنها هماهنگی و سازش برقرار کرد، تعریف شده است. اصولیان در بیان مقتضای قاعده اولیه در حل متعارضین اتفاق نظر ندارند و در این میان برخی به تساقط قائل‌اند و گروهی به تخییر معتقدند (مظفر، ۱۳۹۰، ص ۵۵۸). فارغ از تعیین نظر کاربردی در حقوق کیفری، باید گفت قواعد حل تعارض در فرضی محل اعتناست که ابتدا تعارض واقعی میان دو حکم قانونگذار ایجاد شده باشد و مقتضی برای حجت واقع شدن هر دو دلیل مهیا باشد، در حالی که واقعیت امر این است که در غالب موارد تعارض ایجاد شده میان دو دلیل، تعارض ظاهری می‌باشد و قدر متیقن از قاعده «الجمع بین متعارضین أولى من الطرح»^۱ جمع عرفی دو دلیل خواهد بود (همو، ۱۳۸۰، ص ۵۶۶) و می‌توان با تمسک به جمع عرفی و یا به تعبیر شیخ انصاری، جمع مقبول، دو دلیل در ظاهر متعارض را به شیوه معمول نزد عرف سازگار نمود؛ بدین معنا که چنانچه از منظر عرف، دو دلیل به واقع با یکدیگر متنافی و متعارض نباشد، التزام به هر دو دلیل محال نیست و محذوری وجود ندارد تا اینکه نیاز به رجوع به قواعد حل تعارض باشد. مراتب جمع عرفی به گونه‌ای است که تفصیل همه آنها از فرصت این نوشتار خارج می‌باشد. از این رو، اختصاراً به ذکر مرتبتی از آن و واکاوی نمونه‌ای در قانون بسنده می‌شود. از موارد جواز

۱. توجه به این نکته ضروری است که این قاعده نباید به معنای جواز جمع تبرعی (جمع بدون قاعده و جمع دلخواهی) است؛ کما اینکه متأسفانه چنین برداشتی در دانش حقوق از این قاعده ریشه دوانیده است.

جمع عرفی حالتی است که یکی از دو دلیل اخص از دیگری باشد که در این حالت، دلیل خاص بر دلیل عام مقدم می‌شود و سبب تصرف در آن می‌گردد (همان، ص ۵۶۸)؛ مثلاً تبصره ماده ۲۶۳ ق.م.ا. مقرر می‌دارد: «هرگاه سبب در حالت مستی یا غضب یا به نقل از دیگری باشد و صدق اهانت کند، موجب تعزیر تا ۷۴ ضربه شلاق است». در این تبصره اگرچه مستی به طور مطلق بیان شده است؛ ولی این لفظ با توجه به ماده ۱۵۴ همین قانون که مقرر می‌دارد: «مستی و بی‌ارادگی حاصل از مصرف اختیاری مسکرات ... مانع مجازات نیست»، مقید شده است و مستی اختیاری تحت شمول حکم قرار می‌گیرد و یا در ماده ۳۰۷ همین قانون آمده است: «ارتکاب جنایت در حال مستی و عدم تعادل روانی در اثر مصرف مواد مخدر، روان‌گردان و مانند آنها موجب قصاص است ...». در این ماده نیز اگرچه الفاظ «جنایت» و «مستی» به طور مطلق آمده است؛ ولی همان ماده ۱۵۴، قرینه‌ای برای عدم انعقاد اطلاق و تقیید به جنایات عمدی و مستی اختیاری می‌باشد. به تعبیر دیگر، تقیید مستی در مواردی از قانون که به طور اطلاق به کار رفته است، با توجه به ماده ۱۵۴ که به طور خاص فقط مستی اختیاری را مثبت عقوبت کیفری می‌داند، در نظر عرف معقول می‌نماید. در واقع این مواد اگرچه برحسب ظاهر با یکدیگر متعارض‌اند؛ ولی چون در نظر عرف قابل جمع‌اند، به مقتضای جمع عرفی عمل می‌شود و رفع تحیر می‌گردد. در این موارد، دلیل خاص از نظر عرف به منزله قرینه بر دلیل عام می‌باشد که کاشف از مقصود واقعی مقنن می‌باشد و بر عام مقدم می‌گردد.^۱

۲-۲. کارکرد عرف در عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری

نتیجه ضروری اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات در حقوق کیفری، عطف به ماسبق نشدن قوانین ماهوی است؛ ولی دیدگاه قانون نسبت به تأثیر قانون مؤخر بر مقدم، حاکی از این است که این قاعده کلی مانند هر قاعده عام دیگری استثنائاتی دارد: «ما من

۱. شایان ذکر است آثار بسیار گسترده حمل مطلق بر مقید، حمل عام بر خاص و برقراری نسبت حکومت و ورود میان دو دلیل که از موارد جمع عرفی است، در حقوق کیفری مشهود می‌باشد؛ ولی بحث از همه موارد در این نوشتار میسر نمی‌گردد.

عاماً إلا و قد خُصَّ». جرم‌زدایی عمل مجرمانه یا جرم‌انگاری عمل مباح، تشدید یا تخفیف مجازات سابق و یا تعیین شرایطی که فارغ از میزان مجازات می‌تواند بر له یا علیه متهم باشد، از اهم تغییرات قانونی است و ملاک قانونی در تشخیص قوانین مؤثر بر سابق، قانون مساعد به حال متهم عنوان گردیده است که این مهم یا در رابطه با جرم و یا به نسبت مجازات دو فعل ممنوعه سنجیده می‌شود. تفکیک وضعیت قانون لاحق نسبت به موضوع واحد در قانون سابق، خروج استثنائات را در نظر و تئوری مقدور می‌سازد. تعیین قانون مساعد به حال متهم در عمل، گاه به سهولت پذیرش آن در نظر نمی‌باشد. روشن است که قانونی که عمل مجرمانه‌ای را مباح گرداند، شرایط و قیودی را در تکوین جرم مؤثر قلمداد نماید، کیفیات مشدده را کاهش یا محو نماید و یا عوامل و معاذیر توجیه‌کننده یا تخفیف‌دهنده جدیدی را ایجاد کند، قانون اخف و نهایتاً مساعد به حال متهم محسوب می‌شود. به همین دلیل، تشخیص موارد رجعت قانون در این موارد غالباً به سهولت و بدون هیچ‌گونه ابهامی صورت می‌پذیرد، در حالی که تشخیص قانون مساعد مربوط به مجازات و سنجش شدت و ضعف این مجازات‌ها در قیاس با یکدیگر به دلیل عدم ارائه معیار مشخص و روشن از سوی نظام‌های کیفری، همواره تردیدهایی را به دنبال داشته است. به همین دلیل، به نظر می‌رسد اتخاذ یک معیار نوعی با در نظر گرفتن نقش عرف در قیاس همه‌جانبه، به کاهش درصد خطا در قضاوت می‌انجامد. در واقع ارزیابی و قیاس شدت و ضعف مجازات‌های سابق و لاحق در برخی موارد به سهولت مقدور نیست و در مصادیقی با مشکل مواجه خواهد شد که به نظر می‌رسد اتخاذ یک معیار متعارف برای تشخیص مجازات مساعد به حال متهم، به صواب نزدیک‌تر خواهد بود. روشن است این مهم فقط با یک بررسی میدانی در تشخیص جهت افکار عمومی در برخورد با انواع مجازات‌ها قابل تحقق و در نهایت قابل استناد می‌باشد؛ به عنوان مثال، به یقین نمی‌توان تقدم و یا تأخر مرتبت مجازات شلاق نسبت به حبس کوتاه‌مدت را مورد سنجش قرار داد، مگر اینکه این نوع مجازات خاص را در سبک زندگی فردی متعارف در شرایط متهم تعریف و قضاوت نماییم.^۱

۱. اگرچه تبصره ۲ ماده ۱۹ق.م.ا. به نوعی به ارائه معیار درباره تشخیص مجازات شدیدتر پرداخته است؛ ولی این امر به زدودن همه مشکلات احتمالی و متعاقب آن بی‌اثر شدن نقش عرف ختم

۳. جایگاه عرف در فهم عنصر مادی جرم

جرم یا بزه عبارت است از عملی عینی و محسوس که از خلال قوانین کیفری، متصف به وصف مجرمانه گشته است و منظور از عنصر مادی جرم، همین ظهور مادی فعل و انفعالات ذهنی مرتکب جرم می‌باشد که در مباحث جزایی تقسیمات گوناگونی را به خود اختصاص داده است و بازیابی عرف در تحلیل برخی از این اجزا متعاقباً صورت خواهد پذیرفت.

۳-۱. کارکرد عرف در شناخت رفتار مجرمانه

گاه قانونگذار طی فرآیند جرم‌انگاری، به تعریف رفتار مجرمانه می‌پردازد و آن را به روشنی تبیین می‌نماید؛ ولی گاه شناخت رفتار مجرمانه در فرض فقد تعریف قانونی را باید موکول به نظر عرف دانست. در این کاربرد، نه تنها تعیین مفاهیم به طور کلی ذیل ۱۶۱
لوای عرف می‌باشد، بلکه پاسخ به پرسش‌هایی همچون امکان ظهور رفتار در ترک فعل، نوع رفتار ارتكابی ذیل شمول نص، امکان شرکت یا معاونت در رفتار مجرمانه و تعیین مصادیق رفتار نیز با رجوع به عرف مقدور می‌باشد. امعان نظر در عناوین مجرمانه کیفری می‌رساند که در غالب جرایم حدی؛ از جمله زنا، لواط، قوادی و سرقت، نص اختصاصی در جهت توضیح این مفاهیم قرار گرفته است، در حالی که در تعریف غالب جرایم تعزیری مانند توهین، تحریک و تهدید، نشر اکاذیب و ایجاد مزاحمت، رویکردی مغایر پیش رو گرفته است و همین امر الزام ارجاع به عرف را روشن می‌نماید؛ به عنوان مثال، در صدق عنوان تهدید موضوع ماده ۶۶۸ بخش

نگردیده است. در جهت بحث مذکور می‌توان به نظریه مشورتی ۱۸۶/۱۸۴۵-۹۲ مورخ ۹۲/۰۶/۲۰ در تفسیر ماده ۱۳۴ ق.م.ا. اشاره داشت که مقرر می‌دارد: «... ضابطه برای تشخیص مجازات اشد در محکومیت‌های متعدد، مجازات اصلی جرم بدون توجه به آثار تبعی است و در صورتی که مجازات‌های اصلی یکسان باشد، مجازاتی که آثار تبعی دارد یا آثار تبعی آن بیشتر است، مجازات اشد محسوب می‌گردد و در صورت عدم امکان تشخیص مجازات شدیدتر، با توجه به تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، مجازات حبس ملاک است...». علاوه بر این، شناخت مجازات اشد در میان مجازات‌های یک طبقه نیز از اموری است که در این جهت قابل تأمل می‌باشد و نمی‌توان به استناد ماده ۱۹ به تشخیص مجازات اشد پرداخت.

تعزیرات، باید ترساندن به هر شکل از چیزی که نوعاً و عرفاً در شخصی مانند قربانی ایجاد هراس می‌کند، مد نظر قرار گیرد. در جرمی مانند توهین کیفری، موضوع ماده ۶۰۸ بخش تعزیرات نیز مقنن فقط به ذکر برخی از مصادیق مجرمانه این رفتار اشاره کرده است: «توهین به افراد از قبیل فحاشی و استعمال الفاظ رکیک، چنانچه موجب حد قذف نباشد...» و با توجه به معنای عرفی از توهین، تعریف رفتار این جرم، مصادیق آن و راه‌های ارتکاب آن را به عرف واگذار نموده است. از این رو، هر نوع فعل، ترک فعل، لفظ و یا نوشتاری که عرفاً مصداق این تحقیر و تخفیف کیفری باشد، مشمول عنوان جزایی این ماده خواهد شد. بر این اساس، نظریه ۱۳۷۷/۸/۱۶۷/۳۴۷۲ مقرر می‌دارد: «اهانت، امری عرفی و تشخیص آن با قاضی است» (رحیمی اصفهانی، ۱۳۸۱، ص ۲۷۴). ارتکاب اعمال منافی عفت موضوع ماده ۸۶۴ ق.م.ا. را نیز می‌توان به عنوان مثالی دیگر مطرح کرد:

هرگاه کسی علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر، تظاهر به عمل حرامی نماید ... و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نباشد؛ ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید ... محکوم خواهد شد.

اعمال منافی عفت عمومی با توجه به زمان و مکان‌های گوناگون متغیرند. حدود اعمال منافی عفت را باید با امعان نظر به عادات و عقاید مذهبی و اخلاقی اکثر شهروندان یک جامعه تعیین نمود و به عبارتی آن را شامل اعمالی دانست که عرف معمول آن را منافی عفت تلقی می‌کند و این‌گونه امور را برای حفظ نظم عمومی و آسایش فردی لازم می‌داند و به همین دلیل، نقض آن را مذموم و ناپسند تلقی می‌نماید. نمودهای بسیاری از کاربرد عرف در تعریف رفتار مجرمانه در جرایم تعزیری به چشم می‌خورد که به جهت پرهیز از اطاله کلام، این موارد ذکر نمی‌گردد.

۲-۳. کاربرست عرف در تبیین مفاهیم موضوعات نصوص کیفری

شناخت موضوع احکام قانونی، از مسائل پُردامنه‌ای است که برداشت صحیح از حکم را به دنبال خواهد داشت. به تعبیری، حکم به مثابه محمولی است که رتبه‌اش متأخر از موضوع و فعلیتش متوقف بر فعلیت موضوع می‌باشد. به همین دلیل، شک در موضوع،

ملازم با شک در حکم خواهد بود و علم به حکم، وابسته علم به موضوع است؛ بنابراین بایسته است همواره پیش از پرداختن به حکم، به تبیین و توضیح موضوعات و متعلقات احکام پرداخته شود. منظور از موضوع، چیزی است که حکم بر آن مترتب شده است (نائینی، ۱۳۷۶، ص ۳۸۹) و مقصود از متعلق حکم، آن چیزی است که بر عهده مکلف قرار گرفته و از وی خواسته شده است (صدر، ۱۳۸۴، ص ۷۹)؛ مثلاً در ماده ۲۶۴ ق.م.ا. مقرر شده است: «مصرف مسکر ... موجب حد است». ممنوعیت مصرف مسکر، حکم بوده، مسکر، موضوع است و مصرف مسکر، متعلق حکم می‌باشد. موضوعات و متعلقاتی که مقنن در تدوین نصوص قانونی - فارغ از آنکه منبعث از نصوص شرعی باشد یا خیر - از آنها بهره برده است، بر دو قسم‌اند: موضوعات و متعلقاتی که مقنن خود به جعل آنها می‌پردازد و فارغ از معنای لغوی یا عرفی آن، تعریف و تفسیر خود را بر آن بار نموده است و الزاماً همین معانی منظور مقنن متبع خواهد بود؛ دسته دوم، موضوعات و متعلقاتی‌اند که میان مردم رواج دارند و مقنن آن را در قالب عبارت خاصی اصطلاح ننموده است. با توجه به مراتب و درجات متغیر و نسبی بسیاری از مفاهیم مصطلح در میان عموم، مرجعیت عرف در تعیین حدود و ثغور این مفاهیم برگرفته در متون قانونی، در صورت عدم تشریح معنای خاص واژگان از سوی قانونگذار و یا عدم اعراض او از معانی عرفی، انکارناپذیر است. اندیشمندان فقه نیز در عرصه استنباط، عملاً به این مهم، ملتزم بوده‌اند و متفق‌القول یگانه مرجع الفاظ احکام شرعی را عرف دانسته‌اند و استظهارات عرفی را برای بازشناخت این مفاهیم، ملاک عمل قرار داده‌اند. فقها نیز همواره به این امر اذعان داشته‌اند:

رجوع به عرف در شناخت موضوع و عناوین احکام، امری است که گریزی از آن نمی‌باشد (خمينی، ۱۳۶۸، ص ۳۸۱)؛ زیرا موضوع حکم شرعی، همان چیزی است که در نزد عرف موضوع است و سرّ این مطلب این است که شارع در بیان احکام به امت مانند سایر مردم است و لذا زبان گفتاری او مانند زبان گفتاری میان افراد با یکدیگر می‌باشد (همو، ۱۳۸۵، ص ۱۸۴).

مصادیق موضوعات و متعلقات عرفی نصوص قانونی در جای‌جای قوانین به چشم می‌خورد که به عنوان مثال، می‌توان ماده ۲۶۸ ق.م.ا. درباره جرم سرقت را عنوان کرد که

آورده است:

سرقت در صورتی که دارای تمام شرایط زیر باشد، موجب حد است: الف) شیء مسروق شرعاً مالیت داشته باشد؛ ب) مال مسروق در حرز باشد؛ پ) سارق هتک حرز کند؛ ت) سارق مال را از حرز خارج کند؛ ث) هتک حرز و سرقت مخفیانه باشد...؛ ر) مال مسروق قبل از اثبات سرقت تحت ید مالک قرار نگیرد

برداشت عرفی در تبیین همه هیئت به کاررفته در این ماده، گویای نقش خطیر عرف در حوزه استظهارات می‌باشد. بدین ترتیب، با نگاهی عرفی، حدود معنا و مفهوم «حرزبودن»، «هتک حرزکردن»، «خروج مال از حرز»، «مخفیانه بودن» و «تحت ید قرارگرفتن» روشن می‌شود. در ادامه با ذکر چند نمونه به تفصیل امکان دخالت عرف در تعریف برخی از اجزای مادی جرم بررسی می‌گردد.

الف) موضوع جرم: قانونگذار درباره جرم قذف، در ماده ۲۴۵ مقرر داشته است: «قذف عبارت است از نسبت دادن زنا یا لواط به شخص دیگر...»، در حالی که تعریف الفاظی که مبین این معانی‌اند، با توجه به عرف گوینده یا عرفی که مقصود اوست، صورت خواهد گرفت و چنانچه فهم عرف از واژه‌ای نسبت لواط یا زنا باشد، حد قذف بر گوینده ثابت می‌شود. به همین دلیل، در *تحریرالوسیله* برای صدق این عنوان، کفایت هر لفظی که ظهور قابل اعتماد (عرفی) در قذف داشته باشد، پذیرفته شده است (همو، ۱۳۷۹، ص ۴۷۲) و در *جواهرالکلام* نیز امکان تحقق حد، حتی در تعریض و یا کنایه به قذف با شرط تبادل عرفی، پذیرفته شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۰۹).

ب) وسیله: منطبق بر ماده ۷۰۵، ۷۰۶ و ۷۰۷ بخش تعزیرات، از قماربازی، آلات و وسایل مخصوص قماربازی اسم به میان آورده شده است و بازی کردن، تجاهر، خرید، حمل، نگهداری، ساختن، فروش و در معرض فروش قراردادن، وارد کردن و در اختیار دیگران قراردادن این وسایل جرم دانسته شده، برای آنها مجازات تعیین شده است، در حالی که تعریفی درباره این آلات صورت نگرفته است؛ بنابراین در تشخیص این وسیله ارتکاب که در این جرایم دارای خصوصیت‌اند و فهم مصادیقی که می‌تواند ذیل شمول حکم قرار گیرد، بایسته است مرجعیت عرف در ظروف زمانی و مکانی گوناگون لحاظ گردد.

ج) خصوصیت بزه‌دیده: مقنن جزایی در مواردی، ارتکاب عملی را که فی‌نفسه جرم نیست، بر روی قربانی خاص، جرم و قابل مجازات دانسته است. در این باره می‌توان به سوء استفاده مرتکب از حوایج شخصی غیررشد موضوع ماده ۵۹۶ بخش تعزیرات اشاره کرد، در حالی که تعریفی از ویژگی‌های شخصیتی این افراد ارائه نشده است: «هرکس با استفاده از ضعف نفس شخصی یا هوا و هوس او یا حوایج شخصی افراد غیررشد به ضرر او نوشته یا سندی ... به هر نحو تحصیل نماید ...». مفهوم کلی غیررشد در ماده ۱۲۰۸ ق.م.آ آمده است: «غیررشد کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد»؛ ولی توجه و تذکر به دو نکته، مبین نقش عرف حتی در فرض این تعریف قانونی می‌باشد. قانونگذار در این ماده، تعریف خود را بر مبنای معیار عرف عقلا بنا نهاده است؛ بدین معنا که اعمال فرد باید از این منظر مورد سنجش واقع شود و کسی که اعمال وی برخلاف اعمال عقلایی افراد متعارف جامعه باشد، براساس این تعریف غیررشد محسوب گردد. پیرو همین نظر گفته شده است:

سفيه کسی است که در او حالت رعایت مصالح خودش نباشد و مال را در غیرمحلش صرف و تلف کند و معاملاتش از روی تدبیر و کیاست نباشد و مبالات نداشته باشد، در فریب‌خوردن و ضرربردن و بالجمله کارهایش برخلاف کارهای عرف و عقلا باشد (خمینی، ۱۴۲۲، ص ۲۹۱).

افزون بر این، دخالت عرفی در تعیین مفهوم سفه باید این دخالت را در تعیین خارجی و مصداقی این مفهوم نیز پذیرفت. به عبارت دیگر، باید گفت با وجود درجات گوناگون اعمال سفهی، مقنن هیچ‌گونه اشاره‌ای به این مصادیق نداشته است و بر همین اساس عرف عقلا باید مرجع در تشخیص مصادیق اعمال سفهی باشد؛ به گونه‌ای که هر عمل غیرمتعارف از ناحیه عقلا که کاشف از عدم رشد و سفه دانسته شود، مصداقی از این مفهوم تلقی گردد.

۳-۳. کاربست عرف در احراز رابطه استناد

منظور از رابطه استناد در حقوق کیفری، قابلیت انتساب نتیجه مجرمانه به عامل آن می‌باشد؛ بدین معنا که کسی که نتیجه مستند به اوست، ضامن خواهد بود. با این وصف،

قابلیت انتساب به عنوان مبنای مسئولیت در مورد جرایم مقید به نتیجه مطرح می‌گردد. به عبارت دیگر، احراز رابطه علیت میان رفتار فیزیکی مجرمانه و نتیجه حاصله از آن، شرط مقدماتی برای استناد عمل به فاعل خاص است که در مباحث حقوق کیفری این مهم در جرایم مقید به نتیجه تبلور می‌یابد. در این گونه جرایم، نتیجه جزء ذات عمل و به تعبیری شرط مجرمانه بودن فعل می‌باشد. به همین دلیل، تبیین رابطه سببیت از اهمیت بسزایی در تعیین مسئولیت کیفری مرتکب برخوردار است.

در صورت دخالت عاملی انحصاری و بدون واسطه در ایجاد عمل مجرمانه، احراز این رابطه غالباً به سهولت میسر می‌باشد؛ ولی اجتماع عوامل متعدد طولی و عرضی دخیل در حدوث نتیجه مجرمانه، تشخیص مؤثر را دشوار می‌سازد و فقدان قاعده‌ای کلی در قوانین غرب، حقوقدانان اروپایی را بر آن داشته است تا نظریات گوناگونی درباره تشخیص مسئول کیفری ارائه دهند که از توقف به منظور تبیین این نظرات برای پرهیز از اطاله کلام خودداری می‌شود (صانعی، ۱۳۸۲، ص ۲۶۵-۲۷۰). در میان فقها و حقوقدانان اسلامی نیز وحدت نظری در ارائه و تبیین ضابطه‌ای معین در تشخیص رابطه علیت در همه فروض اجتماع اسباب و یا عوامل متعددی که در تحقق نتیجه مجرمانه دخیل‌اند، وجود ندارد. اگرچه در صورت اجتماع اسباب متعددی و مأذون، اشتراک نظری مبنی بر ضمان سبب عدوانی دیده می‌شود؛ ولی درباره اجتماع اسباب متعددی طولی، برخی به نظریه ضمان مقدم در تأثیر قائل شده‌اند و برخی تقدیم مبنای تساوی در ضمان و یا سبب اقوی را محتمل دانسته‌اند (حکمت‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۲۱۵-۲۲۲). باید اذعان داشت که سببیت از پیچیده‌ترین مباحث حقوقی است و قول اکثر دانشمندانی که درباره مسئولیت مدنی تحقیق کرده‌اند، حکایت از این دارد که هیچ نظریه علمی و فلسفی نمی‌تواند به طور قاطع حاکم بر مسائل گوناگون رابطه سببیت باشد؛ بنابراین برخی معتقدند آنچه اهمیت دارد، وجود رابطه سببیت عرفی میان فعل فاعل و ضرر می‌باشد؛ به گونه‌ای که بتوان ملازمه عرفی میان این دو احراز کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۸۹).

با توجه به همین تشتت آرا و عدم ارائه ضابطه‌ای خاص و معین در مسائل جزایی، به نظر می‌رسد پذیرش استناد به عنوان یک مفهوم عرفی به عدالت نزدیک‌تر است.

به همین دلیل، رابطه سببیت عرفی باید میزان و مبنای قابلیت انتساب واقع شود که تدقیق در قوانین جزایی به روشنی گویای توجه مقنن به این مهم - استناد عرفی فعل یا ترک فعل به مرتکب اصلی - است. ماده ۵۲۶ ق.م.ا. با توجه به سببیت عرفی مقرر داشته است: «هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست، ضامن خواهد بود». ماده ۴۹۶ ق.م.ا. به روشنی استناد عرفی مد نظر واقع شده است: «جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد، اعم از آنکه به نحو مباشرت انجام شود یا به تسبیب یا به اجتماع آنها». در این باره تبصره ماده ۵۲۱ مصداق دیگری است که مقرر داشته است: «اگر عمل غیرمجاز به گونه‌ای باشد که نتوان آن را به مالک مستند نمود، مانند آنکه مستند به مهندسان ذی ربط ساختمان باشد، ضمان از مالک منتفی و کسی که عمل مذکور مستند به اوست، ضامن است».

عدم ارائه ضابطه از سوی مقنن در موارد پیش گفته و ارجاع تفسیر این رابطه در دست داوری عرف، حاکی از آن است که احراز رابطه سببیت و حصول سببیت مؤثر، قاعده‌بردار نیست و تمسک بی‌قید و شرط به قاعده‌ای کلی در این حوزه، به صواب نخواهد بود؛ بنابراین چنانچه مقنن تدابیری را در این باره مطرح کرده است، باید آن را از باب تغلیب صدق عرفی این رابطه در فروض خاص تفسیر نمود؛ بنابراین پای‌بندی مطلق و تطبیق همه مصادیق بر این قواعد، در حالی که انتساب عرفی نتیجه به مرتکب برقرار نمی‌باشد، صحیح نیست و به معنای عدم پای‌بندی به روح کلی قوانین و اصل مورد نظر مقنن در این باره می‌باشد.

گفتنی است بسیاری از فقها نیز در عین دیدگاه‌های اختلافی در برخی مصادیق خاص، لزوم احراز استناد عرفی برای ثبوت ضمان - در صورتی که در نظر منطبق عرف، استناد عمل به فاعل مسلم باشد - را ملاک قطعی می‌دانند و بر همین مبنا توشیح قواعدی خاص را فی الواقع بیان ارتکاز عرفی قابلیت استناد و به تعبیری بیان رابطه سببیت عرفی عمل مؤثر می‌دانند. مرحوم خوئی در این باره می‌فرماید:

و ذلك لأنّه و ان لم يلجئه إلى الأكل من الطعام المسموم و لا قدمه له ألّا ان القتل عرفاً
مستند إلى فعل حقيقه و هذا المقدار كاف لتحقّق موجب القصاص (خوئی، ۱۴۳۰، ص ۸).

در جواهرالکلام نیز با تأکید بر سببیت عرفی آمده است:

لو أغرى، به کلباً عقوراً مثلاً مما يقتل غالباً أو قصد القتل به مع ندرته فضلاً عن عدم العلم بحاله فقتله فالأشبه بأصول المذهب و قواعده أن عليه القود، لأنه كالألة التي لا ينسب القتل إليها، فالقاتل عمداً هو لا هي و إن كان الكلب له شبه إختيار به ينسب القتل ظاهراً إليه، لكن القاتل حقيقة المغرى عرفاً دونه (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۴۳).

در نهایت می‌توان به کتاب **العناوين الفقهية** اشاره کرد که در آن به روشنی معیار

تشخیص مسئولیت صدق عرفی آن بیان شده است:

فالمدرار على صدق المتلف عرفاً، و تحديدهم بالمباشر والسبب و نحو ذلك إنما هو لضبط ما يصدق عليه العرف، و إلا لم يدل دليل على المباشرة والتسبب و تقدم أحدهما على الآخر عند الاجتماع، فينبغي أن يجعل المعيار الصدق العرفي، فربما يصدق على المباشر دون السبب، و ربّما يصدق عليهما معاً، و ربّما يصدق على السبب دون المباشر و قس على ذلك تراسمی سلسلة الأسباب والمباشرين (مراغی، ۱۴۱۷، ص ۴۳۵).

مداقه در این عبارات نشان می‌دهد که هرچند عبارات فقها به صورت قضایای خاص و جزئی صادر شده است؛ ولی بسیاری از فقها به صورت یک قاعده کلی مسئله استناد عرفی را پذیرفته‌اند و شرایط مطرح در فتاوی همگی، بازگشت به قابلیت انتساب عرفی را می‌نماید.

نتیجه

شکل‌گیری نظام‌های حقوقی در محیط عرف، باعث شده است تا با وجود تطورات تاریخی اندیشه‌ها در این عرصه، نقش عرف همچنان پُررنگ و برجسته بر جای بماند؛ زیرا در هر حال، قانونگذار فردی از افراد عرف است و با توجه به مناسبات عرفی حاکم در جامعه به گفت‌وگو با تابعان خود می‌پردازد. در حقوق کیفری ایران اگرچه پذیرش اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات، از اهمیت نقش استقلالی عرف در این نظام کاسته است و مجازات افراد به استناد عرف، مردود می‌باشد؛ ولی گستردگی کارآیی آلی و غیراستقلالی عرف و قواعد عرفی در تکوین عناصر سه‌گانه جرم، مشهود است و همین امر لزوم توجه و پای‌بندی به آن را توجیه می‌نماید.

تنقیح ظهوری عرف در تفسیر مضیق و برداشت از نصوص کیفری و به‌کارگیری

معانی متعارف در فهم موضوع و متعلق مجمل یا مبهم حکم قانونی به دلیل لزوم پای‌بندی مقنن به قواعد محاورات میان مخاطبان از نظر عقلی توجیه می‌شود. بازیابی کارآیی عرف در ساختار اجزا و عناصر تشکیل‌دهنده جرم نیز حاکی از این است که در بسیاری موارد قانونگذار از تنقیح و تعریف این اجزا در نصوص کیفری سر باز زده است و تعیین و تعیین خارجی مفاهیم این اجزا و عناصر را به تبادرات و تفاهمات عرفی واگذار کرده است؛ به گونه‌ای که الزام‌آوری التزام به مرجعیت عرف به عنوان اصل و منبعی الزامی در این حوزه به روشنی مشاهده می‌گردد. افزون بر این، در درک و استنباط صحیح از نص، با میزان قراردادن فهم عرفی در استظهارات به جای روی آوردن به سنجه‌های دقیق و ظریف علمی و تخصصی خارج از فهم عرف، مفاهیم عرفی مرجعیت یابد. چه اینکه ابتدای تفسیر نص بر شرح الفاظ می‌باشد و به تعبیری دریافت و فهم نصوص از راه قواعد عمومی از جمله تمسک به ظواهر الفاظ صورت می‌گیرد و همین امر بسته بر مفاهیم و قواعد عرفی خواهد بود. در واقع گاه ابهام و یا اجمال در متن قانون، تفسیر را ناگزیر می‌سازد و گاه در فرض صراحت و وضوح متن، وجود برخی از قوانین دیگر، رخداد وضعیتی را سبب می‌گردد که جمع عرفی میان مواد و استنباط عرفی و فهم عمومی از نص را ایجاب می‌نماید تا دایره شمول مصادیق ذیل حکم تبیین گردد و عدم توجه به این مهم، پیامدی جز تباهی حقوق افراد به دنبال نخواهد داشت.

تفصیل و بررسی نقش عرف در تکوین و تقویم دو عنصر اساسی مشکله جرم و نمود گستردگی کارآیی آن در حوزه‌های مطروحه، حاکی از این است که برخلاف نظر بسیاری از دانشوران حقوقی که بر پایه محدودیت در احراز این کارآیی واقع گردیده است، عرف به عنوان منبعی اصلی و الزامی در حقوق کیفری به شمار می‌آید و با توجه به کارایی موجه آن بر طبق قواعد عقلی پذیرفته می‌شود و در دانش اصول فقه، ارجاع به آن در مواردی که تبعیت از آن لازم می‌آید، از قواعد امری است؛ به گونه‌ای که عدم استناد به این منبع در موارد لزوم، حکم صادره از دادگاه را با اشکال مواجه می‌کند و عاملی می‌گردد در جهت اعتراض به حکم در مراجع تجدیدنظر به گونه‌ای که امکان نقض آن را فراهم می‌آورد.

منابع

۱. ابن فارس، احمد بن زكريا؛ معجم مقائيس اللغة؛ ج ۴، قم: دفتر تبليغات اسلامي حوزة علميه قم، ۱۴۰۴ق.
۲. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدين محمد بن مكرم؛ لسان العرب؛ ج ۹، قم: دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ۱۴۱۴ق.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱.
۴. ———؛ دانشنامه حقوقی؛ ج ۲، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۲.
۵. جوهری، اسماعیل بن حماد؛ الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية؛ ج ۴، قم: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ق.
۶. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی؛ العناوین الفقهیة؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۷. حکمت نیا، محمود؛ مسئولیت مدنی در فقه امامیه مبانی و ساختار؛ قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
۸. خمینی، سید روح الله؛ تحریر الوسیلة؛ ج ۲، قم: دارالعلم، ۱۳۷۹.
۹. ———؛ نجات العباد؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ق.
۱۰. ———؛ الرسائل؛ ج ۱، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۵.
۱۱. ———؛ کتاب البیع؛ ج ۱، قم: اسماعیلیان، ۱۳۳۸.
۱۲. خویی، سید ابوالقاسم؛ مبانی تکملة المنهاج؛ قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ۱۴۳۰ق.
۱۳. رحیمی اصفهانی، عباسعلی؛ مجموعه قانون مجازات اسلامی؛ تهران: معاونت پژوهش (تدوین و تنقیح قوانین و مقررات)، ۱۳۸۱.

۱۴. زرکشی، محمدبن بهادر؛ البرهان فی علوم القرآن؛ بیروت: دارالمعرفه، ۱۴۱۰ق.
۱۵. سمیعی، حسین؛ حقوق جزا؛ تهران: شرکت مطبوعات، ۱۳۴۸.
۱۶. شهیدی، مهدی؛ اصول قراردادها و تعهدات؛ تهران: مجد، ۱۳۸۳.
۱۷. صانعی، پرویز؛ حقوق جزای عمومی؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲.
۱۸. صدر، محمدباقر؛ «فهم اجتماعی از نصوص در فقه امام صادق (ع)»؛ مجله فقه اهل بیت؛ قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ش ۸، زمستان ۱۳۷۵، ص ۹۶-۱۰۱.
۱۹. —؛ بحوث فی علم الأصول؛ ج ۲، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۴.
۲۰. علیدوست، ابوالقاسم؛ فقه و عرف؛ تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
۲۱. قیاسی، جلال‌الدین؛ «تساوی سبب و مباشر در حالت تقصیر طرفین»؛ فصلنامه فقه و حقوق؛ تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ش ۱۲، بهار ۱۳۸۶، ص ۷۷-۹۲.
۲۲. کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ تهران: انتشار، ۱۳۸۳.
۲۳. —؛ فلسفه حقوق؛ تهران: انتشار، ۱۳۷۷.
۲۴. محمود، عبدالرحمان؛ معجم المصطلحات والالفاظ الفقهية؛ قاهره: دارالفضلیه، ۱۴۱۹ق.
۲۵. مصطفوی، حسن؛ التحقيق فی کلمات القرآن الکریم؛ ج ۸، تهران: مرکزالکتاب للترجمة والنشر، ۱۴۰۲ق.
۲۶. مظفر، محمدرضا؛ اصول الفقه؛ قم: بوستان کتاب، ۱۳۹۰.
۲۷. نائینی، محمدحسین؛ فوائدالأصول؛ تقریرات محمدعلی کاظمی خراسانی؛ ج ۴، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶.
۲۸. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۴۱، لبنان: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۲۹. هاشمی شاهرودی، سیدمحمود؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)؛ ج ۱، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۲۶ق.