

پژوهشهای حقوق جزا و جرم‌شناسی

علمی - پژوهشی

شماره ۲

هزار و سیصد و نود و دو - نیمسال دوم

۵

• بستریهای بروز ابزار گرایبی کیفری

محمدجعفر حبیب‌زاده، حامد رحمانیان

۲۵

• اجرا و شناسایی آثار احکام دادگاه‌های کیفری بیگانه در قلمروی ایران

علی خالقی - مانده میرشمس شهشهانی

۴۳

• تهدید به عدم همکاری با دیوان کیفری بین‌المللی و آینده مبهم عدالت کیفری در قاره سیاه

سیدقاسم زمانی

۶۹

• مسؤولیت کیفری اشخاص حقوقی دولتی در عرصه داخلی

قاسم محمدی - علیرضا خانی‌زاده

۸۵

• جرایم دخالت در اموال تاجر ورشکسته؛ آثار کیفری و حقوقی

حسین سیمایی صراف - محمد خلیل صالحی

۱۱۱

• نقش عرف در تحلیل مولفه روانی جرم و عوامل زوال مسؤولیت کیفری

محسن برهانی - عطیه پارسایان





http://jclt.sdil.ac.ir/article_43388.html

نقش عرف در تحلیل مولفه روانی جرم و عوامل زوال مسؤولیت کیفری

محسن برهانی* عطیه پارساییان**

چکیده

پذیرش اصل قانونی بودن جرم و مجازات در نظام حقوق کیفری ایران، بسیاری را بر آن داشته است تا به اعتبار عرف به عنوان یکی از منابع ارشادی حقوق اذعان نمایند. در حالی که بررسی تفصیلی عملکرد عرف در حوزه شناخت مفاهیم قانونی و استنباط از نصوص کیفری، آشکار می‌نماید که در مقام تشخیص صحیح حکم، توجه و عنایت به عرف، ناگزیر بوده و اغماض از آن، در عمل و نظر از سوی حقوقدان و دادرس میسر نیست.

این نوشتار ضمن انکار ابتدای مولفه روانی پدیده کیفری و فروعات منبعث از آن در بحث از معاذیر و توجیهاات کیفری بر سنجه‌های انتزاعی و خارج از فهم عرف، به ترسیم حوزه‌های الزامی تبعیت از عرف در این بخش از حقوق کیفری پرداخته است. در این راستا چنانچه به تفصیل خواهد آمد امتناع مقنن از تنقیح بسیاری از مفاهیم متخذ در نصوص کیفری، تعیین و تعیین خارجی آنها را در ید تبادرات و تفاهمات عرف قرار خواهد داد. افزون بر این کاربست ملاکات عرفی حاصله از بنا و شیوه رفتاری در جامعه در مصداق شناسی و شناخت بسیاری از قیود ذهنی ناظر بر تکوین و یا زوال مسؤولیت کیفری، در نهایت مرجعیت عرف به عنوان منبعی الزامی را به اثبات خواهد رساند.

کلیدواژه‌ها:

عرف، عنصر روانی جرم، مسؤولیت کیفری.

صفحه ۱۱۱ - ۱۳۳، تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۲/۲۱، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۱/۲۵
مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۲، نیمسال دوم ۱۳۹۳

Email: m.borhani@ut.ac.ir

Email: at_parsaeian@yahoo.com

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران.

درآمد

عرف واژه‌ای است عربی که در فرهنگ‌های ادبی تعابیر مختلفی در تعریف از آن ارائه شده است؛ در حالی که رابطه تنگ‌انگ آن با واژه معروف به کرات عنوان گردیده است. به‌عنوان مثال در تعریف عرف آمده است: العرف، العارفة و المعروف به یک معنی و در ضدیت با واژه نکر و مبین هر چیزی است که نفس آدمی آن را نیکو شمرده، بدان خو گیرد^۱، وجه تسمیه چنین رویکردی از سوی برخی لغویین، تسکین نفوس دانسته شده است.^۲ به این ترتیب عرف بر پایه دو رکن خلاصه می‌گردد: «معرفت و شناخت» و «امر متداول بین مردم».

پی‌جویی تعریف عرف در آرای حقوقدانان، در بدو امر نشان از عدم تطابق و گاه ناهمگونی عبارات خواهد داشت؛ در حالی که دلیل این تفاوت ظاهری را می‌توان تأکید بر مؤلفه‌ای خاص در این تعاریف با توجه به نوع کاربرد آن در ذهن معرف، بیان نمود. گاهی عرف در تعاریف نمود فهم نوعی و مُطرد میان مردم است: «عرف عبارت است از انس ذهن جامعه یا گروه خاص به امری که مربوط به روابط حقوقی است»^۳. گاهی نیز پذیرش مرجعیت عرف به‌عنوان سلوک و عمل مردم، محل اعتنا در تفاسیر موضوعات است. بسیاری از تعاریف با تأکید بر این ظهور عرف در بنا و عادت توده مردم، مقرر شده است و عرف را عمل گروهی از یک اجتماع تعریف می‌کند که به‌طور مکرر انجام شود؛ در حالی که آن عمل مطابق با مصلحت نوعی آن گروه می‌باشد.^۴ هر چند میان دانایان حقوق، اتفاق نظر در پذیرش حدود و ثغور دخالت عرف در تفسیر قوانین وجود ندارد، لیکن بی‌اعتنایی به آن را نیز هیچ عقل سلیمی نمی‌پذیرد، چراکه امثال و اطاعت شهروندان از قواعد حقوقی، هدف نهایی تقنین می‌باشد و این جز در پی پیوند عمیق و دائمی حقوق با عرفیات جامعه و تبعیت مقنن از اصول و قواعد متعارف میان مردم، میسر نیست. بر همین پایه امری عقلایی است که برای ممانعت از تحدید حقوق مخاطبین قانون، تشخیص و تفاهم عرفی در مواردی که معیاری قانونی وجود ندارد، معیار نهایی تلقی گردد.

امروزه در حقوق کیفری، ابتدای مسؤولیت کیفری بر دو پایه عنصر مادی و معنوی پذیرفته شده است؛ به نحوی که صرف ارتکاب فعل ممنوعه و برقراری رابطه سببیت بین فعل مرتکب و نتیجه، وافی نبوده و ارزیابی شخصیت مرتکب مادی عمل با توجه

۱. اسماعیل بن حماد جوهری، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه، ج ۴ (قم: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ هـ ق)، ۱۴۰۱ و نیز نک: ابوالفضل جمال‌الدین محمدبن مکرم ابن منظور، لسان العرب، ج ۹ (قم: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ هـ ق)، ۲۳۹.

۲. احمد بن زکریا ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ج ۴ (قم: دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ هـ ق)، ۲۸۱.

۳. مهدی شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات (تهران: مجد، ۱۳۸۵)، ۳۰۰.

۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱)، ۴۴۸.

به شخصیت روانی و اخلاقی وی، موجه مجازات یا سرزنش متعاقب عمل است. بر طبق آموزه‌های حقوقی، اگرچه شاخص اصلی در تحقق مسؤولیت کیفری، احراز قصد و نیت در ارتکاب عمل ممنوعه و حالت ذهنی فرد است؛ لیکن عدالت قضایی جهت سنجش میزان سرزنش‌پذیری افراد، اقتضای ارزیابی اعمال متهم با در نظر گرفتن تمامی اوضاع و احوال مقارن جرم را دارد. به همین دلیل در قوانین جزایی همواره توجیهاتی پذیرفته شده است که اثبات آنها با عنایت به شرایط حین ارتکاب فعل، زوال مسؤولیت کیفری را در پی خواهد داشت. تحلیل کاربرد مفاهیم عرف در تحلیل مولفه‌های مؤثر در تکوین و یا زوال عنصر روانی پدیده کیفری نشان از کارایی وسیع عرف در استنباط و برداشت صحیح از نصوص کیفری دارد. در تدوین و تشریح قانونی مؤلفه روانی مسؤولیت کیفری، مقنن گاه از عبارات عرفی یا مشکک بهره جسته است و گاه از توضیح تفصیلی شرایط و اجزای این عوامل امتناع نموده است که در تمامی این موارد منطبق بر قاعده «رجوع به عرف در تشخیص مفاهیم عرفی» مرجعیت این نهاد مورد قبول قرار گرفته است. لیکن آنچه اهمیت دارد و کمتر به آن پرداخته شده است، توجه به دلالت بناهای عرفی در اثبات شروط و موازین قانونی متخذ در نصوص کیفری است. به دیگر بیان کارایی عرف تنها محدود به فهم عرفی در تبیین مفاهیم قانونی نبوده و مرجعیت عرف به عنوان عمل و سلوک متعارف عموم نیز برای قضاوت در خصوص تحقق موازین متخذ در مواد قانونی و در نهایت تعیین مسؤولیت کیفری، ملاک است؛ چراکه اگرچه صحیح‌ترین میزان در قضاوت، قضاوت بر پایه ذهنیات متهم حین ارتکاب فعل ممنوعه است، لیکن از آن جهت که در همه موارد نمی‌توان اساس را بر صدق گفتار متهم در این خصوص نهاد، بایسته است با مراجعه به عرف و رفتارهای عمومی در جامعه، احتمال عقلایی و متعارف در این ارزیابی ملاک قرار گیرد. بی تردید این معیار و میزان در مواردی که مقنن با تمسک به معیارهای عرفی حوزه‌های مفهومی در قانون را تبیین نموده است، حداقل خطا در قضاوت را در پی خواهد داشت. از این روی جهت تحلیل صحیح رفتار متهم، با ایجاد استانداردهای مقایسه‌ای از فردی معقول و متعارف در جامعه و با تأکید بر مفهوم اصلی سرزنش‌پذیری، به تحلیل شاخصه‌های اصلی مسؤولیت و موانع تحقق آن با رویکرد عرفی پرداخته می‌شود.

در این نوشتار با تکیه بر کارایی اخیر عرف، ابتدا تأثیر عرف در تحلیل شاخص اصلی سرزنش و مسؤولیت - عنصر روانی - بررسی شده و سپس تأثیر آن در معاذیر و توجیهات تأثیرگذار بر مسؤولیت نمایان می‌گردد.

عنصر روانی

از ارکان تکوینی عمل مجرمانه، عنصر اخلاقی یا روانی است که در اصطلاح حقوقی به‌عنوان شاخص اصلی مسؤولیت کیفری و در معنای وجود حالت ذهنی قابل سرزنش در مرتکب استعمال می‌گردد. قصد جزایی و تقصیر در مفهوم کیفری آن، همیشه به یک صورت نیست و حقوق جزا اقسام و درجات مختلفی را برای این ارکان معنوی تبیین نموده است که نقش عرف در شناخت و تحلیل این مبانی متعاقباً مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

کارکرد عرف در تحلیل سوءنیت عام

اگرچه تصریحی در خصوص تعریف سوءنیت عام در قوانین کیفری وجود ندارد، لیکن برابر آموزه‌های حقوقی، می‌توان عمد یا سوءنیت عام را به اراده آگاهانه مجرم در انجام فعلی که ارتکاب آن به موجب قانون ممنوع است، تعریف نمود.

رفتار ارادی، اصل و ذات اهلیت کیفری و شرط تحمل مجازات است و فقدان اراده ارتکاب، بی‌تردید انتفاء فعل مجرمانه را در پی خواهد داشت. با این حال موضوع اراده و اختیار از مناقشه برانگیزترین واژه‌های حقوقی است و تعریفی مسلم و مورد وفاق بر روی آن وجود ندارد. از این رو فارغ از ورود به حوزه تعریف این موضوع ذهنی و ابهامات ناشی از آن، بایسته است تا تشخیص فعل اختیاری را در عمل موکول به نظر عرف نموده و در هر موضع با در نظر گرفتن شرایط مادی و خصوصیات فردی و موقعیتی هر شخص و بر حسب معیارهای متعارف و نوعی به احراز اراده معطوف به ارتکاب آن جرم پرداخته شود.

بنابر ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی، گام بعدی در تحقق سوءنیت عام در جرایم عمدی پس از بروز رفتار ارادی فاعل، احراز علم و قصد مرتکب در ارتکاب رفتار مجرمانه است؛ در حالی که هیچ ضابطه و معیار قانونی برای احراز آن پیش‌بینی نگردیده است. نظر به خلأ قانونی در تعریف و تنقیح این مهم و عدم امکان وقوف به ذهنیات متهم از سویی دیگر، بایسته است دادرس با میزان قرار دادن درک و آگاهی یک انسان متعارف در شرایط برابر با متهم، آگاهی وی را مورد سنجش قرار دهد. به عبارت دیگر باید دید آیا عرف انتظار علم و آگاهی به عمل ممنوع را از فردی دارد که در شرایط همسان با زندگی مدعی است دارد یا خیر؟ آیا عرف، دستیابی به حکم را برای مدعی ممکن می‌دانسته یا خیر؟ و بر همین مبنا و معیار نوعی، در خصوص فرد مدعی و رفتار مجرمانه وی نیز قضاوت شود. در همین رابطه عبارت احتمال صدق مدعی در ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی، از شرایط پذیرش ادعای فقدان علم در جرایم حدی عنوان شده است که با اتخاذ رویکرد مذکور توجیه‌پذیر می‌نماید؛ چراکه از نظر فقه اسلامی نیز مسموع بودن ادعای جهل در فرضی است که احتمال عقلایی

و متعارف بر آن وجود داشته باشد. به عنوان مثال شیاع احکام در میان مسلمانان به عنوان اماره قضایی بر علم و آگاهی افراد محسوب شده و ادعای خلاف آن مسموع نیست. در روایتی در خصوص ادعای جهل زنی که مرتکب زنا می‌شده بود، از امام صادق (ع) پرسش شد که ایشان پس از احراز سکونت مرتکب در سرزمین اسلام فرمودند: امروزه زنی از مسلمانان نیست مگر اینکه می‌داند زن مسلمان نمی‌تواند با دو شوهر ازدواج کند. آن‌گاه فرمود: اگر بنا باشد زن زنا کند و بگوید نفهمیدم یا نمی‌دانستم که این عمل، حرام است و حد بر او اجرا نشود، حدود تعطیل می‌شود.^۱

کارکرد عرف در تحلیل سوءنیت خاص

برای تحقق جرایم مقید به نتیجه، صرف سوءنیت عام به تنهایی کافی نمی‌باشد و یک حالت روانی تکمیلی که از آن به عمد خاص نام می‌برند، نیز لازم است تا نمایانگر خواست مرتکب در تحقق نتیجه مجرمانه باشد؛ سوءنیت خاص یعنی خواست نتیجه در جرایم مقید به نتیجه.

چنانچه گذشت، احراز سوءنیت و مؤلفه‌های روانی جرم، به علت ذهنی بودن مسأله، دشوار می‌نماید. با این وجود در غالب جرایم ضابطه و معیاری برای تشخیص عمد خاص مورد نیاز ماده بیان نشده است و مقنن طریقی را به عنوان ملاک تشخیص قطعی قصد و نیت مرتکب معین ننموده است. بنابراین دادرس باید به طریقی، ذهنیت مرتکب در لحظه ارتکاب جرم را باز یابد. به نظر می‌رسد احراز این موضوع‌های اخلاقی، خطیرتر از آنی باشد که تنها به قضاوت شخصی دادرس بدون در نظر گرفتن شیوه‌های متعارف در تشخیص قطعیت مرتکب در وقوع نتیجه و استمداد از درک عمومی برای قضاوت اخلاقی، واگذار شود. شیوه ارتکاب جرم، شخصیت و ویژگی متهم، انگیزه‌های وی، نحوه ارتباط متهم و بزه‌دیده، قطعیت طبیعی حصول جرم و به‌طور کلی شرایط متقارن عمل و اوضاع و احوال لحظه ارتکاب جرم، اماراتی است که دادرس باید مورد بررسی قرار دهد و در نهایت با اتخاذ یک معیار عرفی، به شبیه‌سازی رفتار یک انسان متعارف در این شرایط با رفتار مرتکب جرم پردازد.

افزون بر این، منطبق بر ماده ۱۴۴ قانون مجازات، صرف قصد نتیجه تنها راه احراز عمد خاص در جرایم مقید نمی‌باشد؛ بلکه گاه علم مرتکب به نتیجه برای احراز این سوءنیت در

۱. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۸ (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ هـ.ق)، ۱۲۵.

۲. ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی: «... در جرایمی که وقوع آنها براساس قانون منوط به تحقق نتیجه است، قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز باید محرز شود».

جرایم مقید کافی دانسته شده است و به تعبیری جایگزین قصد خاص گردیده است. علم و آگاهی مقوله‌ای جدا از قصد می‌باشد و معیار نوعی یا عینی در شناخت و احراز آن همواره در قانون پذیرفته شده است.^۱ در این معیار برای تشخیص آگاهی مرتکب، قضاوت عرف و اقدام یک انسان متعارف در شرایط حادثه ملاک است. نمونه عینی این امر در قانون مجازات بند ب ماده ۲۹۰ است که جرم قتل عمد را با لحاظ معیار نوعی در اثبات علم متهم در کشنده بودن عمل، محقق می‌داند. در شمول مصادیق افراد تحت این حکم، آگاهی انسان متعارف نسبت به کشنده بودن فعل ملاک قرار گرفته و انجام دادن فعلی که به‌طور متعارف موجب مرگ می‌گردد برای تحقق عنوان جرم قتل عمد کافی است. از همین روست که آگاهی مرتکب در این موارد مفروض انگاشته شده و اثبات ادعای خلاف آن بر عهده مدعی است و در تبصره یک ماده ۲۹۱ مقرر شده است: «در بند دوم عدم آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات گردد و در صورت عدم اثبات جنایت عمدی خواهد بود».

به هر ترتیب کاربست معیارهای عرفی در احراز علم و آگاهی به معنای نوعی انگاشتن و یا مفروض دانستن قصد نیست که مقوله‌ای شخصی است؛ بلکه هدف از آن تنها ارائه شیوه‌ای در مسیر اثبات بوده و مبین این معناست که در صورت وجود عوامل عینی دال بر درک معقول و متعارف از وقوع حتمی نتیجه یا علم به وقوع آن، ادعای عدم عمد یا علم از جانب متهم بدون دلیل قابل قبول، مسموع نیست. به دیگر بیان هرچند در اجرای این معیار احتمال خلاف واقع بعید نیست؛ لیکن به جهت موافقت امر با واقع در اکثریت قریب به اتفاق موارد می‌توان آن را به‌عنوان شیوه‌ای متقن بیان نموده و تنها امکان اثبات خلاف را در اختیار متهم باقی گذاشت.

کارکرد عرف در تحلیل خطای کیفری

به‌طور کلی در جرایم غیر عمدی، قانونگذار قصد سرزنش اشخاصی را دارد که در عین قابلیت پیش‌بینی نتیجه مجرمانه، از وقوع آن پیشگیری نکرده و یا مانع از وقوع آن نگردیده‌اند. مترتب بر این نظر در ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی، تحقق جرایم غیر عمدی، منوط به احراز تقصیر از ناحیه مرتکب گردیده است.

امعان نظر به خلأ قانونی در تعریف تقصیر در نص ماده و با توجه به کاربست مفاهیم عرفی در تعیین مصادیق ذکر شده از آن، بایست بر مبنای مسلّم ارجاع مفاهیم عرفی

۱. به‌عنوان مثال در ماده ۶۶۲ قانون مجازات اسلامی مقرر شده است: «هر کس با علم و اطلاع یا با وجود قرائن اطمینان‌آور به اینکه مال در نتیجه سرقت به دست آمده است، آن را به نحوی از انحاء تحصیل یا مخفی یا قبول نماید یا مورد معامله قرار دهد ...».

به متفاهم عرف، بنای تحلیل عرفی تقصیر جزایی را نیز پذیرفت و در همین چهارچوب به تعریف سایر مصادیق آن پرداخت. بر طبق آموزه‌های حقوقی و عرفی تقصیر، تجاوز از رفتار یک انسان متعارف در شرایط حادثه بدون قصد ارتکاب جرم، تعریف می‌شود. مصادیق تقصیر شامل اقداماتی اعم از فعل (در مورد بی احتیاطی) یا ترک فعل (بی‌مبالاتی) است که منطبق بر الگوهای رفتاری متعارف از جانب یک فرد متعارف و معقول در جامعه نبوده و عرف انتظار ارتکاب آن از سوی مرتکب ندارد، تنها به این دلیل که قابلیت پیش‌بینی وقوع نتیجه در این موارد وجود دارد. به این ترتیب باید گفت آگاهی مرتکب از نتیجه در این تعابیر نهفته است و اساساً قابلیت سرزنش مرتکب در این موارد به این دلیل است که به نتایج احتمالی و قابل پیش‌بینی وقعی ننهاده است. در نتیجه ارزیابی این آگاهی یک امر انتزاعی وابسته به تفسیر شخصی دادرس نیست؛ بلکه باید با احتساب یک معیار نوعی مبنی بر قیاس با رفتار یک فرد متعارف صورت پذیرد. حکم شماره ۱۰۳۱ مورخ ۱۳۲۰/۳/۳۱ از دیوان عالی کشور به‌درستی در تأیید نظر فوق بیان داشته است: «بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی مذکور در ۱۷۷ قانون مجازات عمومی از اموری است که بر حسب عرف و عادت، این عناوین بر آنها اطلاق می‌شود تا در صورت مؤثر بودن آنها در وقوع حادثه، موجب مسؤولیت گردد.»

افزون بر این، اگرچه مقنن در تدوین ماده مذکور به صراحت، تفکیکی میان موقعیت‌های مخاطره‌آمیز قابل پیش‌بینی از موقعیت‌های غیرقابل پیش‌بینی، به میان نیاورده است، لیکن توجه به معانی عرفی عبارات استفاده شده در متن مواد ناظر به خطای جزایی، لزوم قابلیت پیش‌بینی نتیجه و آگاهی مرتکب بر خطای واقع شده را روشن می‌سازد. بر این مبنا اگرچه در هر دو فرض مذکور، خطای مرتکب منجر به وقوع نتیجه مجرمانه می‌گردد؛ لیکن در حالت دوم به علت متعارف نبودن نتیجه حاصله، نوع جرم به خطای محض بدل گشته و مجازات کمتری بر مرتکب خا طی تحمیل می‌گردد. در حالی که در فرض اول به علت قابلیت عینی پیش‌بینی نتیجه و آگاهی مفروض مرتکب نوعی نسبت به خطر ایجاد شده، برخورد شدیدتری اتخاذ شده است. از این رو دادرس بایستی همواره در قضاوت نهایی خویش، داوری عرف در خصوص قابلیت ایجاد خطر رفتار ارتكابی از یک سو و توان مرتکب از جلوگیری از رخداد عمل و یا عدم مراقبت معمول از دیگر سو در نظر دارد.

دفاعیات موجهه

دفاعیات/ علل موجهه یا علل موضوعی متشکل از معاذیری عینی و خارجی است که به تجویز خود قانون بر ساختار جرم تأثیر گذاشته و در فرض اوضاع و احوالی خاص، رفتار

مجرمانه را توجیه و تجویز نموده و حکم اباحه بر آن بار می‌نماید. متعاقباً عملکرد عرف در تفصیل علل موجهه جرم بیان می‌گردد.

عرف و دفاع مشروع

بنا بر نص صریح قانون اساسی، مرجع تظلمات دادگستری است و هیچ کس حق ندارد راساً به احقاق حق پردازد. بنابراین دفاع و خودیاری استثنایی بر اصل است و بر همین مبنا چنانچه طبق شرایط مقرر قانونی آن صورت پذیرد، قابلیت توجیه یافته و مشروع تلقی می‌گردد. تلقی دفاع مشروع در حقوق کیفری، ناظر به وضعیتی است که شخص حق حفاظت متناسب از خویش یا ثالثی را در مقابل حمله یک متجاوز به دست آورد. برای پرهیز از تداخل مباحث در ادامه به تفکیک حوزه‌های تأثیرگذار عرف در بحث دفاع مشروع تبیین می‌گردد.

الف - موضوع دفاع: موضوع دفاع، تعرض به ارزش‌های مصرح در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی است. موضوع‌های مندرج در ماده، مانند نفس، عرض، ناموس و مال، دربردارنده مفاهیم عرفی متغیری هستند که مرجعیت عرف در تعریف و تنقیح آنها مسلم است و به همین علت مقنن از هرگونه تصریح و تعریض به معنای این واژگان خودداری نموده است. افزون بر این تبیین مفهومی، در تحقق معنای تعرض به ارزش‌های پیش گفته نیز همواره بنای عرف در ارزیابی نهایی ملاک و مبنا قرار می‌گیرد.

در تفصیل این مهم می‌توان گفت نفس هم در معنای تن و جسم و هم در معنای روح و روان استعمال می‌گردد. تعرض به نفس عرفاً، گاهی به معنای تعرض به حیات و تمامیت جسمانی فرد است و گاهی در معنای صدمه و آسیب به سلامتی فرد است و متضمن خطری که عضوی از اعضای فرد را درگیر می‌کند.

دو واژه عرض و ناموس هرچند در بسیاری از موارد همپوشانی دارند، اما از آنجا که در به‌کارگیری الفاظ اصل بر تاسیس است و نه توصیف،^۱ باید گفت که در کاربرد عرفی منظور از ناموس امور آبرویی مرتبط به مسائل جنسی در ارتباط با بستگان مؤنث افراد است؛ از این رو اگر به عرف گفته شود که ناموس شما مورد تعرض قرار گرفته است، بدون تردید مخاطب در میان بستگان مؤنث خویش به دنبال بزه دیده خواهد گشت؛ اما منظور از عرض مفهومی گسترده‌تر است و منظور از این واژه هر ارزشی است که مرتبط با حیثیت و آبروی افراد باشد.

۱. قاعده مشهور «التاسیس اولی من التأكيد» در دانش اصول فقه دلالت بر تقدم تاسیس بر تأکید و حمل کلام متکلم بر تاسیس در وهله نخست می‌نماید (محمدبن بهادر زرکشی، البرهان فی علوم القرآن، ج ۳، بیروت: دارالمعرفه، ۱۴۱۰ هـ ق)، ۹۸. به این معنا که چنانچه دو لفظ پشت سر هم به کار رود، اصل بر این است که مفهوم جدیدی قصد شده است؛ لیکن اگر تاسیس ممکن نبود در مرحله بعد کلام بر تکرار، تأکید و تفسیر سخن پیشین حمل می‌گردد.

مفهوم مال نیز به معنای هر شیء با ارزشی است که در نظر عرف دارای ارزش مادی یا معنوی بوده و قابلیت تملک داشته باشد. با این وصف مال نیز مفهومی عرفی است و شایسته این است که برخلاف برخی از فقها یا حقوقدانان که سعی در تعریف آن داشته‌اند، تعیین این معنا نیز به دست عرف سپرده شود به این دلیل ساده که مالیت قایل شدن برای برخی از کالاها در موقعیت‌های متفاوت زمانی و مکانی، یکسان نیست و همین نسبت ارزش کالا دلیلی است بر استنباط مفهوم مالیت داشتن از مرتکبات و تصورات عرفی عموم. فی الواقع هر آنچه را که حمایت از آن معقول و متعارف باشد؛ می‌توان فارغ از ارزش اقتصادی مطلق یا نسبی آن، به‌عنوان مال محسوب نمود.

ب - شرایط تجاوز مستوجب دفاع: مطابق نص ماده ۱۵۶، صرف حمله، جرم را توجیه نمی‌کند، بلکه تجاوز و خطر فعلی یا قریب‌الوقوع برای جواز دفاع، شرط ضروری است. از عادات شارع/مقنن این است که چون لفظی را به صورت مطلق می‌آورد و بر مفهومی جز مفهوم عرفی آن تصریح نمی‌کند، باید به معنای عرفی آن و همان چیزی که متعارف جامعه است، حمل شود.^۱ عدم تصریح معنای تجاوز در نص ماده، لزوم رجوع به کارکرد نخستین عرف در تعریف مفهوم را می‌نماید. افزون بر این امر، نسبی بودن معنای این مفهوم تجاوز در نظر عرف بسته به وضعیت‌های مادی متفاوت و شخصیت مرتکب، خود مهر تأییدی بر لزوم تفسیر عرفی عبارات خواهد بود. برداشت دیگر عرف از عبارت «هرگونه تجاوز» تبادل عرفی هر رفتاری اعم از مجرمانه یا غیرمجرمانه و اعم از فعل و ترک فعل را که ارزش‌های منظور نظر را هدف قرار دهد و بالنتیجه ورود مطلق رفتارهای متجاوزانه در ذیل نص را در پی خواهد داشت. البته لازم به ذکر است که شرط غیرقانونی بودن تعدی، تقیید این تبادل عرفی را در پی خواهد داشت.^۲ همچنین متفاهم عرفی از اطلاق عبارت تجاوز، پذیرش محدودیت در منشأ را نخواهد پذیرفت و دفاع در برابر انسان با هر شناسه و هویت کیفری، حیوان و یا هر نوع شیئی را قابل تصور می‌داند. به همین علت چنانچه عاملی، مرتکب را در معرض هلاکت قرار دهد یا بیم آسیب به ارزش‌های پیش گفته برود، خطر یا تجاوز عرفاً مصداق می‌یابد.

ج - واکنش دفاعی: هر چند در معنای عرفی دفاع که عبارت است از واکنشی که در برابر تهاجم و یا تجاوز ابتدایی صورت می‌گیرد، تأخر عمل مدافع بر مهاجم مستتر است؛ لیکن مقنن مجدداً به صراحت بر شرط فعلیت یا قریب‌الوقوعی خطر تأکید ورزیده است. بر اساس

۱. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۳ (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ هـ. ق)، ۲۷۴: «لأن الإطلاق محمول على المعتاد المتعارف بين الناس».

۲. ماده ۱۵۷ قانون مجازات اسلامی: «مقاومت در برابر قوای انتظامی و دیگر ضابطان دادگستری در مواقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشند، دفاع محسوب نمی‌شود...».

ماده ۱۵۶، مهاجم باید فعلی باشد یا به عبارتی بعیدالوقوع نبوده و نزدیک به ارتکاب باشد. برای تعریف این عبارت فاصله زمانی و مکانی تحدیدشده‌ای اعمال نشده است؛ از این رو ارزیابی قطعیت وقوع حمله را باید با توجه به معیارهای متعارف و با توجه به قرائن معقول در شرایط حادثه مورد سنجش قرار داد و درک نوعی عموم مبنی بر توجیه عمل دفاعی واقع شود؛ چراکه صرف احتمال حمله یا ظن تعرض بدون مقارنت با قرائن معقول، مجوز دفاع نیست. به این ترتیب این شرط به معنای همزمانی حمله و دفاع بوده و متفاهم عرفی از آن، از سویی توسل به قوه قهریه برای مقابله با خطری را که در آینده رخ خواهد داد؛ قابل توجیه نمی‌داند و از سوی دیگر به طرز معقولی دفاع را از انتقامجویی خصوصی متمایز می‌نماید. با توجه به عدم توضیح مقنن در تفسیر مفهوم قریب‌الوقوع بودن، تبیین این حوزه مفهومی از قانون به دست عرف بوده و بازه زمانی برای تحدید این معنا نیز با توجه به شرایط هر پرونده و قیاس آن با شیوه متعارف دفاعی در جامعه در همان شرایط قابل تفسیر است، به نحوی که عرف، درک قریب بودن خطر و هراس مدافع در آن مدت زمان و در نتیجه خودباری وی در آن شرایط را قابل توجیه نماید.

د - شرایط مربوط به شیوه واکنش: ذیل ماده ۱۵۶ شرایط ویژه‌ای اضافه شده است که منطبق بر آن، انجام هر فعلی در مقام دفاع جایز نیست و مشروعیت دفاع در حصول چهار شرط احصا شده است. تفسیر برخی از مفاهیم در تحقق این شروط چهارگانه نیز بی‌نیاز از معیارهای پذیرفته در عرف نیست و عدم تفصیل مقنن در این موارد، همچنان تمسک به این مفاهیم را توجیه می‌نماید.

اگرچه در بند یک به صراحت شرط ضرورت دفاع، از شروط مربوط به شیوه واکنش عنوان گشته است؛ لیکن در جهت حصول این شرط، به معیاری برای تشخیص آن در بروز رفتار قاهرانه مرتکب و همچنین میزان و نوع عمل دفاعی مجاز در برابر مهاجم، اشاره نشده است. به همین علت بایسته است با رجوع به موازین پذیرفته شده عرفی در خصوص لزوم و ضرورت اصل دفاع، مانند ویژگی‌های مهاجم به نسبت مدافع و همچنین معیارهایی چون ارزش‌های مورد هجومه واقع شده، محرز گردد که آیا استفاده از خشونت و عمل دفاعی در شرایط خاص حادثه، برای مقابله با عمل مهاجم به نحو متعارف و معقولی لازم و ضروری بوده است یا خیر؟ به دیگر بیان رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز غیرقانونی، بایست متعارف بوده و از منظر عرف معقول باشد تا عنوان مشروعیت را بر خود حمل نماید. افزون بر این در خصوص شدت عمل دفاعی، معیار عرف معقول و متعارف برای سنجش میزان و نوع عمل دفاعی در واکنش به حمله یا ترس از حمله فوری کارساز بوده که با بررسی قرائن و شرایط و اوضاع و احوال، جواز عرفی ضرورت عمل دفاع، احراز شده و بر این مبنا چنانچه میزان عرف

به کار رفته بیش از اندازه و نامتعارف باشد، مشروعیت دفاع تخطئه می‌گردد. البته همان طور که گذشت، دفاع بایست متعارف و معقول در چنان شرایطی باشد و نه صرفاً مطابق با شدت مادی تجاوز. چه اینکه گاه حالت روحی مدافع چنان به هم می‌ریزد که عرف ارتکاب عمل دفاعی را از مدافع در شرایط حادثه متعارف می‌داند؛ هر چند ممکن است مطابقت ریاضی‌واری بین تهاجم و دفاع برقرار نباشد. باید پذیرفت که فردی که از خود دفاع می‌کند همیشه نمی‌تواند به درستی میزان دقیق واکنش ضروری برای دفاع را بسنجد، از این رو چنانچه شخصی نوعی در آن شرایط به نحو غریزی و صادقانه گمان کند که عمل دفاعی ضروری است، دلیلی است مبنی بر معقول و متعارف بودن عرف به کار گرفته شده در شرایط حادثه. از همین رو در واقع این گونه نیست که همیشه دفاع شدیدتر از تهاجم مذموم و نامتناسب ارزیابی گردد؛ چراکه به عنوان مثال دفاع مرگ از سوی یک زن که در برابر یک متجاوز جنسی به عرف قرار دارد، غالباً از نظر عرف پذیرفته خواهد شد؛ در حالی که اظهار نظر در مورد همین دفاع در برابر متجاوز به مال ممکن است بسیار متفاوت باشد. شرط مؤثر نبودن دخالت قوای دولتی نیز به حکم ماده، دفاع شخص را قابل توجیه می‌نماید که به نظر می‌رسد که مؤثر بودن را نیز بایست مفهومی نوعی و مبتنی بر بنای عرف قلمداد نمود. در واقع برداشت شخصی صرف، بدون مقارنت با قرائن معقول برای احراز این وضعیت وافی به مقصود نبوده و چنانچه افراد معمولی و متعارف در شرایط یکسان با مدافع، درک مشابهی از عدم تأثیر دخالت مقامات را تصدیق نمایند، دفاع توجیه می‌گردد. در نهایت ذکر این نکته خالی از فایده نیست که تبصره یک ماده ۱۵۶ برخلاف تبصره ماده ۶۱ قانون سابق، دفاع از «دیگری» را به نحو موسع نمی‌پذیرد و دفاع از دیگری را تنها با حصول یکی از دو شرط «بر عهده داشتن مسؤولیت دفاع برای مدافع» یا «نزدیک بودن تهدید شده به مدافع» پذیرفته است. در این خصوص نیز می‌توان مکانت عرف را در تحلیل مفهوم عبارت «نزدیکان» و همچنین در تحلیل یکی از مبانی این مسؤولیت محرز دانست. نزدیکان حوزه مفهومی گسترده‌ای دارد و هر شخصی با هر رابطه نسبی - سببی را می‌توان دخیل در حوزه افراد نزدیک به مدافع تلقی نمود؛ تنها با این شرط که عرف این رابطه را احراز نماید، چراکه مقنن هیچ قیدی را به این ارتباط اضافه ننموده است.

عرف و قانون اهم

در دانش اصول فقه هر گاه دو حکم چنان جعل شده باشند که از نظر قانونگذار هر دو مطلوب باشند، ولی مکلف اتفاقاً عاجز از اجرای همزمان دو حکم در شرایطی خاص گردد،

تزامن بین احکام رُخ داده است.^۱ مکلفی که با دو حکم؛ یکی اهم و دیگری مهم مواجه است و به جهت تنافی آن دو، تنها بر امتثال یکی از آن دو قدرت دارد، به اقتضای عقل و شرع، عمل به حکم اهم بر او متعین است. پیرو همین نظر بند دو ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی ترجیح راجح بر مرجوح در حالت امتناع اجتماع دو حکم در مقام امتثال را تجویز نموده است.

گاه تشخیص اهم از مهم در موارد تزامن کار ساده‌ای نیست، چراکه از سویی بندرت پیش می‌آید که قانونگذار به بیان ملاکات احکام بپردازد و از سویی در همان معدود احکامی که ملاکات بیان شده است، مقایسه‌ای در تقدیم اهمیت ملاکی بر دیگری انجام نگرفته است، از این رو استناد به مدلول قانونی برای اثبات این مهم منتفی است. به این ترتیب در مقام شک بین دو مصلحت، به نظر می‌رسد فهم قیاس و تمیز قانون اهم با عدم تعیین ضابطه قانونی، بر دوش مخاطبان قانون قرار خواهد گرفت. در این راستا نظر به تدرج اولویت ارزش‌های مورد احترام در هر جامعه که گاه متأثر از زمان و مکان می‌باشد، اتخاذ یک میزان نوعی در سنجش معارف هر جامعه به صلاح نزدیک‌تر می‌نماید. در این حالت باورهای عمومی و شاخص‌های محیطی مانند نوع و میزان کیفی شرعی و تقنینی در برخورد با برخی از جرایم و یا نگرش عمومی به اهمیت و شدت نسبی افعال ناقض هنجارهای اجتماعی، در تشخیص قانون اهم، موازین متعارفی محسوب می‌گردند. پذیرش یک ملاک نوعی در تعیین قانون اهم برای متولیان تشخیص مصلحت به این علت است که تکلیف مالایطاق در امتثال به آنچه عرفاً برای کاربران درک ناشدنی است، واقع نشود. به‌طور قطع عرف در مسیر استنباط از مقایسه موردی نصوص قانونی با لحاظ سنجه‌های متعارف تقدیم قانون اهم، درک صوابی از ترجیح مصالح بر پایه موازینی چون عقل، صراحت یا ظهور نصوص، مناسبات حکم و موضوع و تخریح و تنقیح مناط قطعی خواهد رسید که توضیح و تفصیل این موازین هریک فرصتی جداگانه می‌طلبد.

در نهایت بایست ادعان داشت که صرف‌نظر از اینکه مناطات احکام قطعی باشد یا نباشد؛ اما همین که اهم بودن یکی از دو حکم به صورت محتمل نیز قابل درک باشد کافی است زیرا در باب تزامن همان‌گونه که اهم بودن یقینی مرجح است، اهم بودن احتمالی هم مرجح است.^۲ و تشخیص این اهم طبق نص ماده، بر عهده مکلفین به قانون است.

۱. محمدرضا مظفر: اصول الفقه (قم: بوستان کتاب، ۱۳۹۰)، ۵۵۸.

۱. سیدحمید جزایری، «قلمرو مصلحت و عدالت در تزامن احکام و حقوق زنان»، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، ۵۴ (۱۳۹۰)، ۲۹.

عرف و رفتارهای تنبیهی والدین

در قوانین جزایی ایران، تأدیب اطفال در جهت تربیت و حفاظت آنها و به میزان مصلحت از سوی پدر و مادر و سرپرستان قانونی اطفال، تجویز شده است. بند ت ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ همانند قانون سابق^۱ و در راستای ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی، مرجع ابتدایی در تشخیص میزان مصلحت را حد متعارف اقدامات تأدیبی قرار داده است. فهم معنای «حدود متعارف» و تمیز تنبیه متعارف از نامتعارف، در حیطة مباحث این نوشتار نمی‌گنجد، چراکه تقسیم‌بندی انواع عرف و توجیه تقدم یکی بر دیگری، مجال یگانه می‌طلبد. از همین روی فارغ از ورود به چنین مباحثی باید پذیرفت که منطبق بر موازین قانونی حقوقی و جزایی، معیار مؤثر در توجیه رفتارهای والدین تطابق آن با شیوه‌های رفتاری عرف است.

عرف و عملیات مشروع ورزشی

بند ت ماده ۱۵۸ به عملیات ورزشی به‌عنوان یکی دیگر از علل موجهه جرم اشاره نموده است. اولین مسأله‌ای که در ارتباط با این علت موجهه جرم وجود دارد آن است که منظور از عملیات ورزشی چیست و معیار در شناخت ورزشی بودن یک رفتار چیست؟ به نظر می‌رسد حاکم در شناخت این موضوع نیز عرف است یعنی هرگونه رفتاری که در فهم عرفی، عملیات ورزشی شناخته شود، زیرمجموعه معافیت قانون قرار می‌گیرد. بنابراین بسیاری از ورزش‌های محلی کشور یا ورزش‌های رایج نیز ورزش قلمداد شده و اگر شخصی در این ورزش آسیبی به دیگری وارد آورد، قابل پیگرد نیست. به تبع مقررات مربوط به ورزش را نیز باید اعم از مقررات نوشته شده و مدون در فدراسیون‌های ورزشی دانست یا مقررات نوشته نشده اما عرفی مورد قبول جامعه دانست.

همچنین استظهار عرفی از ماده مذکور همانند بحث دفاع مشروع، محدودیتی در مورد دامنه شمول افراد حادثه دیده ایجاد نمی‌کند و بنابر آن مطلق عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن تجویزی قانونی در جهت رهایی از مجازات محسوب می‌گردد. به عبارت دیگر، صرف مباح بودن را کافی برای معافیت مرتکب از تمامی آثار آن دانسته و منصرف از شخصیت زیان‌دیده است.^۲ بنابراین ضربات وارده در حین عملیات ورزشی چنانچه با رعایت مقررات آن ورزش حادث شود، بر مبنای عرف قابل توجیه است. در نتیجه اینکه بر مبنای آگاهی عموم

۱. بند ۱ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ مقرر می‌دارد: «اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و محجورین که منظور تأدیب یا حفاظت آنها انجام شود مشروط بر اینکه اقدامات مذکور در حد متعارف تأدیب و محافظت باشد.»

۲. حسین آقای‌نیا: «مسؤولیت کیفری ناشی از عملیات ورزشی»، فصلنامه حقوق ۴۶ (۱۳۸۷)، ۲۴.

به خطرات متعارف عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن در مورد ورزشکار، داور، تماشاگران آن و سایر افراد مرتبط در یک عملیات ورزشی، در فرض وجود شرایط عرفی مذکور در ماده، مجرم نیستند.

موانع مسؤولیت کیفری

عوامل رافع مسؤولیت در حقوق کیفری به‌عنوان یک دفاع معذورکننده مطرح بوده که در آن با وجود اینکه رفتار متهم همچنان غیر قابل قبول است؛ لیکن به دلیل وجود حالتی یا ویژگی خاصی در متهم، مسؤولیت زایل می‌گردد و به‌تبع آن مرتکب مجازات نخواهد شد.

عرف و مستی

برداشت عرفی از ماده ۱۵۴ قانون مجازات اسلامی، ورود هر ماده‌ای را صرف‌نظر از شکل ظاهری مواد و یا شیوه مصرف آن و تنها با توجه به تأثیر آن یعنی مست‌کنندگی و سکراوری که به‌عنوان منافع حکم در ماده عنوان گردیده است، مشمول حکم مندرج در ماده، می‌نماید. البته باید متذکر شد که هر چند عبارت مستی و مسلوب‌الارادگی مذکور در این ماده، تکلیف و مسؤولیت فاعل مست را غیرقابل قبول می‌داند، لیکن متفاهم عرفی از عبارت صدر ماده، صرفاً مصرف مادی مواد مستی‌زا را تحت شمول حکم می‌آورد. بر طبق این برداشت به‌عنوان مثال هر چند ممکن است یک موسیقی چنان هیجانی را در فرد ایجاد کند که مخمّر عقل بوده و فرد را از حالت طبیعی خارج نموده و حالت تعقل را از میان ببرد، لیکن اشاره به مصرف مواد، خروج عرفی این مصادیق از ذیل ماده را در پی خواهد داشت. همچنین با عنایت به کاربرد مفاهیمی تمثیلی و عرفی چون مسکر و مواد مخدر در صدر ماده باید مرجع در تفسیر آنها را عرف دانست و در بیان مصادیق خاص تحت شمول این عناوین به تعابیر عرفی رایج در جامعه اعتنا نمود. این برداشت را برخی عبارات فقها تأیید می‌کنند.^۱

افزون بر این در حقوق کیفری غالباً ملاک بحث، مستی کیفی است و منظور از آن میزان تأثیر مواد مست‌کننده بر سیستم مرکزی اعصاب انسان است؛ به‌نحوی که گاه با از بین رفتن همه توانایی کنترل و تعقل مرتکب، عنصر روانی در ارتکاب جرم مخدوش شده و گاه تنها با تأثیر بر توانایی‌های رفتاری مرتکب، باعث تزلزل ارکان مسؤولیت می‌گردد. در ماده ۱۵۴ نیز مقنن فارغ از تعریف مستی، با تکیه بر همین ملاک کیفی، آن را با حصول شرایطی به‌عنوان یکی از موانع مسؤولیت، عنوان نموده است. هر چند در بین حقوقدانان اتفاق نظری مبنی بر

۱. محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۱ (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۵ ه. ق)، ۴۴۹.

ثبوت عرفی مفهوم مستی به چشم نمی‌خورد و نمی‌توان بر این ادعا اصرار نمود؛ لیکن در مرحله اثبات این حالت و تشخیص مصداقی فرد مست، نظر به اینکه مقنن معیاری در طریق احراز آن ارائه نکرده است، می‌توان بنای عمومی و حدود متعارف رفتار یک فرد نوعی در جامعه را دستکم یکی از معیارهایی قابل اعتنا در این زمینه قلمداد نمود و خروج از رفتارهای متعارف در جامعه را ملاکی در تشخیص رفتارهای نشات گرفته از حالت مستی قرار داد. در روایتی وارد شده است که شارب خمیری را نزد علی (ع) آوردند، حضرت فرمود: قرآن بخواند، او نیز خواند، امام عبای او را گرفت و داخل عباهای دیگران کرد و فرمود: عبای خویش را از میان این عباها بگیر، مرد از مستی نتوانست آن را تشخیص دهد، پس حد را بر او جاری کرد. بدیهی است روش امام در ظهور غیر متعارف رفتار شخص مست، تنها برای اثبات اصل جرم در نظر مردم بوده است و نه ثبوت حد.

گفتنی است که در این موارد باید میان مسکرات و موادی که عواقب و آثار وخیم آن بر توانایی‌های رفتاری انسان، عرفاً شناخته شده است و موادی که اثرات آن توسط عامه مردم شناخته شده نیست، تفکیک قایل شد. به عنوان مثال در فرهنگ جامعه ما همه افراد از نتایج بالقوه مصرف بیش از حد مسکرات یا برخی از مواد مخدر و روانگردان آگاه‌اند، بنابراین هر کس را می‌توان نسبت به خطرات موجود در مصرف این مواد مسؤول دانست، اما باید میان این قسم مواد که اثرات آن در بروز رفتارهای تهاجمی و غیرقابل پیش‌بینی معروف است و موادی مانند داروهای خواب‌آور یا مسکن مانند والیوم که عموماً افراد از درک خطرهای ناشی از مصرف آنها بی‌خبرند؛ تمایز قایل شود. به همین علت چنانچه سکرآور بودن ماده‌ای در حیطة آگاهی‌های عمومی نباشد، اثبات خلاف این ادعا بر این پایه که متهم خطر را درک کرده و از احتمال وقوع جرم آگاه بوده، بر عهده دادرس خواهد بود.

عرف و اضطرار

علاوه بر نصوص شرعی که قاعده اضطرار را تجویز می‌نماید، به حکم عقل نیز ارتکاب حرام و اغماض از مصلحت و ارزش کوچک‌تر به منظور حفظ مصلحت بزرگ‌تر واجب است. این قاعده در مباحث حقوقی جزایی نیز وارد شده و متهمی که برای جلوگیری از خطرهای عینی ناشی از اوضاع و احوال بحرانی و اضطراری، مرتکب جرم گردیده است، از مؤاخذه مبرا می‌گردد.

به هر حال از آن جهت که جواز ارتکاب عمل ناقص قانون برای مضطر خلاف اصل و

۱. محمد بن علی بن بابویه صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج ۴ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ.ق)، ۷۴.

استثناست و اثر حقوقی مهمی چون رفع حرمت عمل مضطر بر آن بار می‌شود، تجویز آن در قانون منوط به حصول شرایطی گردیده است. ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی به این علت رافع مسؤولیت اشاره دارد.

قریب الوقوع بودن خطر برخلاف فعلیت آن — که مفهومی واضح و بی‌نیاز از تفسیر و توضیح است — مفهومی عرفی است که در هر نص با توجه به موضوع حکم قابلیت تفسیر ویژه‌ای را خواهد داشت. به‌عنوان مثال همین شرط را مقنن در ماده ۱۵۶ در بیان شرایط خطر مجوز دفاع مشروع نیز مطرح نموده است در حالی که تبادل عرفی در فهم معنای این شرط، به تناسب حکم و موضوع، یکسانی معنا در هر دو ماده را نخواهد پذیرفت. به‌نحوی که با تفسیری محدود که از قریب‌الوقوع بودن در دفاع مشروع ارائه می‌دهد، آن را نزدیک به معنای آنی تلقی نموده و فاصله زمانی و مکانی بین تجاوز و دفاع را جایز نمی‌داند؛ درحالی‌که با تأکید بر زوال اختیار مضطر، تصور این فاصله بین فعل مضطر و شرایط اضطراری را در مواردی ممکن می‌داند و بر معنای مضیق فوریت اصرار نمی‌ورزد.

منظور از خطر در ماده شرایطی بحرانی و اضطراری است که زمینه‌ساز زوال اختیار می‌گردد. از همین رو خطرهای کوچک یا قابل تحمل از نظر عرف، مجوز اتیان فعل ناقض قانون نیست و همچنین صرف خطر شدید را نیز نمی‌توان فی‌نفسه موجب تحقق عذر اضطرار برای متهم قلمداد نمود؛ بلکه بر طبق آنچه در فقه نیز بر آن تأکید شده است، این خطر باید عادتاً غیرقابل تحمل باشد، به‌نحوی که در نظر عرف سبب زوال اختیار گردد (و در نهایت نیز این امر در عالم واقع محقق گردیده باشد). مشهور فقها نیز به این مهم توجه داشته و خوف و بیم هلاکت نفس به واسطه احتمال عقلایی به بروز خطر شدید را مطرح می‌نمایند.^۱ گفتنی است که بر طبق این مبنا مصادیق موجد این شرایط در نظر عرف محدود نبوده و همین امر سبب می‌گردد تا در بیان سایر مصادیق همسو با موارد تمثیلی مذکور در نص، محدودیت به منشأ و عوامل طبیعی قابل دفاع نبوده و هر وضعیتی که موجد اضطرار گردد؛ ذیل عنوان اضطرار قابل بحث باشد.

قانونگذار همسو با نظر فقها دو شرط تناسب و ضرورت را لازمهٔ اباحهٔ فعل مضطر دانسته است. یکی از معانی تناسب در دکترین حقوقی، ظهور در این معنا دارد که ارزش حفظ شده، نباید کم‌اهمیت‌تر از ارزشی باشد که از بین رفته است، به‌نحوی که فرد برای اجتناب از ورود صدمه به خودش یا دیگری و به تعبیری برای دفع شر یا پرهیز از وقوع صدمه و خطر بزرگ‌تر، در یک انتخاب کاملاً منطقی شر کوچک‌تر را برمی‌گزیند و نقض قانون می‌نماید.

۱. روح‌الله خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲ (قم: دارالعلم، ۱۳۷۹)، ۱۷۰؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۶ (بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ ق)، ۴۲۷؛ مولی احمد بن محمد مهدی نراقی، مستند الشیعه فی أحكام الشریعه، ج ۱۵ (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۵ هـ ق)، ۲۰.

قوانین جزایی ایران در خصوص نوع برخورد و قیاس بین دو ارزش تهدید شده و یا دو صدمه بالقوه، ساکت بوده و رویکرد خاصی ارائه نموده است. به نظر با توجه به نسبی و عرفی بودن الفاظ خطر و ضرورت و تدرج اولویت ارزش‌های مورد احترام در هر جامعه، برای تشخیص اینکه آیا یک هدف توجیه کننده در ارتکاب عمل توسط متهم وجود داشته یا نه، بایسته است به معیار معقول و متناسب بودن هدف و واکنش متعاقب آن از منظر عرف تمسک جست. ضرورت نیز مانند تناسب یک مفهوم عرفی است و منطقاً تشخیص مصادیق عینی آن بایست با یک معیار نوعی و سنجش حدود رفتارهای متعارف در جامعه صورت پذیرد؛ به نحوی که ضرورت اقدام متهم در آن شرایط برای فردی نوعی با خصایص همسان شامل ویژگی‌های شخصیتی مرتکب، موقعیت خانوادگی و شغلی و ... قابل درک و توجیه پذیر بوده و واکنش مشابه چنین افرادی را نیز در پی داشته باشد. چنانچه فقها نیز معیارهای متعارف را برای تشخیص حالت اضطرار روا دانسته و به‌عنوان یگانه شیوه متقن برای قضاوت مطرح نموده‌اند.

عرف و اکراه

قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۵۱ ضمن بیان اکراه به‌عنوان یکی از موانع مسؤولیت کیفری، تعریفی از آن ارائه نموده است و به‌طور ضمنی مرجعیت عرف را در شناخت و تبیین زوایای این موضوع، پذیرفته است.

نخستین مطلبی که می‌توان حوزه دخالت عرف در آن را احراز نمود، مسأله شخص تهدید شونده است. در این رابطه گرچه تهدید اکراه کننده غالباً به‌طور مستقیم علیه خود مکره است؛ لیکن همگان بر این موضوع اتفاق نظر دارند که تهدید علیه نزدیکان فرد نیز می‌تواند اکراه محسوب گردد، چراکه همان وضعیت استیصالی که تهدید مستقیم در فرد ایجاد می‌کند در تهدید نزدیکان فرد نیز ممکن برای وی حاصل نماید، به‌نحوی که قدرت مقاومت از ناحیه فردی متعارف در این فروض ساقط شده و غیرقابل تحمل می‌گردد. این نگاه مورد تأیید فقها نیز بوده است.^۱ زیرا اگر تهدید شخص ثالث عرفاً تأثر و تالمی در مکره ایجاد نکند، تمسک به دفاع اکراه وجهی نخواهد داشت.

از منظر عرف بدون توجه به شرایط مکره نمی‌توان تحدیدی را در خصوص موضوعات اکراه پذیرفت و لذا تمام ارزش‌های مشروع اعم از جان، مال، سلامتی، آبرو و موقعیت اجتماعی به‌عنوان موضوعات محقق اکراه قابل طرح است. چنانچه تهدید نسبت به

۱. سیدابوالحسن اصفهانی، وسیلة النجاة (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، ۱۴۲۲ ه.ق)، ۳۳۶؛ مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب الطهارة، ج ۲ (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق)، ۹۰.

ارزش‌های پیش‌گفته عرفاً نسبت به مکره متعین و صادق باشد، عذر اکراه صرفنظر از اینکه معطوف به مکره یا نزدیکان وی باشد، قابل پذیرش خواهد بود. به این ترتیب صرف توکید به ضرر موجب صدق عنوان اکراه نخواهد بود و همان‌گونه که در آموزه‌های حقوقی آمده است، نسبت اکراه با توجه به مکره نوعی پذیرفته خواهد شد، به نحوی که عمل انجام شده با میزان عرف تهدید محسوب گردد.

با این وصف باید اذعان داشت شرایط اثبات و ثبوت عذر اکراه، دو بحث منفک از هم بوده که در مقام قضا و در پی اثبات گفته‌های متمسک به این عذر، گریزی از توسل به معیار رفتاری افراد متعارف در جامعه برای سنجش شرایط موجود نیست. از همین روست که می‌توان علاوه بر موضوع اکراه، در تحلیل رفتارهای ارتكابی مکره در این شرایط نیز داوری عرف را معیار قرار داد و فرد را تنها در فرض وجود یک توجیه معقول و متعارف در قبال عمل غیرقانونی از مسؤولیت مبرا نمود. این معیار عینی باعث می‌گردد تا چنانچه یک شخص معقول و متعارف در جامعه در مقابل تهدیدی مشابه با آنچه مکره با آن روبه‌رو شده، توان مقاومت را نداشته و همانند وی تسلیم تهدیدات گردد، ضرورت اقدام مکره توجیه شده و تبرئه وی در حدود موازین قانونی، قابل قبول است. به هر ترتیب برای ارزیابی اینکه آیا در موقعیت مطروحه مقاومت معقول و متعارفی صورت گرفته یا نه، توجه به مسائلی چون ویژگی‌های شخصیتی و موقعیت محیطی دو طرف درگیر در موضوع و انجام اقدامات متعارف برای خنثی نمودن موقعیت تهدیدآمیز ضروری می‌نماید.

متفرع بر این نظر این خواهد بود که چنانچه مکره، خود به‌عنوان فردی متعارف در جامعه نبوده و به تعبیری متعلق به قشر خاص و آسیب‌پذیری در جامعه باشد، هماهنگ با انتظارات جامعه از همان قشر خاص، مورد قضاوت قرار خواهد گرفت. در مقابل عکس این وضعیت نیز متصور است، یعنی چنانچه مکره به علت وضعیت خاص جسمانی یا روانی، مهارت‌های بیشتری از سطح افراد معمولی در جامعه را دارا باشد، با استانداردهای رفتاری فراتر از سطح عمومی مورد قضاوت قرار خواهد گرفت.

در نهایت پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا پندار متهم مبنی بر مؤثر بودن تهدیدات مکره، بی‌هیچ قید و شرطی وافی به مقصود و توجیه‌کننده عمل وی خواهد بود و یا اینکه باید این پندار لزوماً مبتنی بر قرائنی باشد که به‌طور معقول هر تهدیدشده‌ای آن را واقعی بینگارد؟ پاسخ فقها و حقوقدانانی که به بحث قابلیت وقوع عمل پرداخته‌اند حاکی از آن است که در این زمینه نیز مفاهیم عرفی و طرق عقلایی راهگشا می‌باشد.^۱ مراد و

۱. سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه، ج ۴ (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ه.ق)، ۹۵. به نقل از عبدالقادر عوده؛ حبیب‌الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۳ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ه.ق)، ۲۶۸.

منظور از ظن غالب یا قوی در فقه، همان ظن قریب و متأخم به علم می‌باشد^۱ که در نزد مردم عادی به‌عنوان علم دانسته می‌شود و به همین علت به آن علم عرفی یا عادی نیز گفته می‌شود. به این ترتیب بر پایه آرای اندیشمندان، پندار اکراه شده بر امکان تعیین تهدید، چنانچه مبتنی بر دلایل معقول و پذیرفته شده نزد عموم نباشد، محقق عذر اکراه جزایی نخواهد بود. این امر نیز با توجه به ویژگی‌های شخصیتی اکراه‌کننده و قیاس آن به نسبت اکراه‌شونده قابل ارزیابی است. درواقع چنانچه اقدامات اکراه‌کننده با توجه به شرایط جسمانی و شخصیتی وی به نحوی باشد که بتواند در افراد متعارف جامعه هراس و واهمه ایجاد نماید، اقدامات مکرر نیز وجاهت قانونی می‌یابد؛ به همین علت نیز توجیه بی‌قید و شرط اقدامات انجام شده عرفاً مردود بوده و انجام اقداماتی ابتدایی برای خنثی نمودن تهدیدات از سوی متهم انتظار می‌رود. چراکه در غیر این صورت تسلیم شدن فوری به صرف هر تهدیدی، توجیه منطقی و معروفی نخواهد داشت.

۶. عرف و اشتباه

در اصطلاح حقوقدانان اشتباه به «تصور خلاف واقع مرتکب، نسبت به تشخیص حکم یا موضوع قانون یا ماهیت یا عناصر متشکله جرم که بر حسب مورد قابلیت انتساب جرم را به مرتکب آن از بین می‌برد»^۲ «و تصور خلاف انسان از واقع چندان که امر موهومی را موجود و یا موجودی را موهوم پندارد»^۳ تعبیر شده است.

در کلام فقها شک به اعتبار متعلق آن (شیء مشکوک) بر دو قسم است؛ زیرا متعلق، یا موضوع خارجی است مانند شک در طهارت آب معین و یا حکم کلی است که شک در حرمت سیگار کشیدن یا نجاست آب انگور جوشیده پیش از کم شدن دو سوم آن مثالی از آن می‌باشد که مورد نخست، شبهه موضوعی و مورد دوم، شبهه حکمی نامیده می‌شود.^۴ از همین رو حقوقدانان نیز در جهت تبیین دقیق تأثیر اشتباه بر مسؤولیت کیفری، به تفکیک، اشتباه نسبت به حکم قانون و اشتباه نسبت به موضوع و متعلق حکم و به عبارتی تطبیق حکم با مصداق خارجی را مورد بررسی قرار داده‌اند.

الف - اشتباه / جهل حکمی: ماده ۱۵۵ قانون مدنی ایران برای نخستین بار به تصریح در خصوص اشتباه حکمی یعنی اشتباه و جهل نسبت به عنصر قانونی پرداخته و صراحتاً عذر

۱. سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه، ج ۴ (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ه.ق)، ۳۱۳.

۲. محمدصالح ولیدی، حقوق جزای عمومی (تهران: داد، ۱۳۷۳)، ۲۲۲.

۳. محمدعلی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ج ۲ (تهران: میزان، ۱۳۸۱)، ۹۷.

۴. سیدمحمد هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ج ۱ (قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ه.ق)، ۵۲۸.

جهل به قانون جزایی را رد نموده و آن را به‌طور نسبی قابل استماع و از موانع مسؤولیت کیفری دانسته است. نظر به اینکه اشتباه و جهل، امری درونی و ذهنی است و اثبات آن دشوار می‌نماید، مقنن در گامی مثبت، اماره‌ای عینی را در سنجش ادعای مدعی تعیین نموده و با متصف نمودن قید «عادتاً» به شرط «عدم امکان تحصیل علم» به ارزیابی شرایط معمول و رایج در محیط وقوع فعل پرداخته است. بنابراین، برای احراز این شرط، باید اوضاع و احوال متعارف را شاهدهی قرار دهیم بر اینکه توانایی و تمکن بر تحصیل علم از سوی مرتکب، ناممکن و غیرمقدور بوده است. با عنایت به این موضوع مجرّد ادعای مدعی بر اشتباه یا جهل کافی نبوده و در صورتی که این احتمال (پوشیدگی واقع امر بر فرد) عرفاً متصور باشد، صدق اشتباه بلامانع خواهد بود.

در همین رابطه فقها جهل به حکم را یا ناشی از تقصیر و یا ناشی از قصور می‌دانند و معذوریت فرد در تحصیل علم را فارق میان جاهل مقصر و جاهل قاصر عنوان نموده‌اند.^۱ در مقام تعریف جاهل قاصر نیز با تفکیک بین حالتی آورده‌اند که فرد به جهل خود التفات دارد و حالتی که التفات ندارد،^۲ «جاهل قاصر کسی است که اصلاً متوجه جهل خود نیست و یا راهی برای برطرف کردن جهل خود ندارد.»^۳ بر این مبنا در صورتی که فرد امکان آموختن حکم شرعی و پرسش و رفع جهل برایش مقدور نباشد، معذور بوده و تحت عنوان جاهل قاصر، موضوع حکم شرعی واقع نمی‌گردد. متعاقب این مبنا در هر کجا مذاقه‌ای در ارائه میزان و ملاک این اعتذار در کلام فقها صورت گرفته است، مرجعیت عقل و عرف با این استدلال که در هر عصر و زمانی تبیین و تفسیر مصادیق به عرف همان عصر مربوط می‌شود،^۴ مورد تأیید قرار گرفته است. استقصا در آراء فقها همچنین حاکی از این است که صرف ادعای مدعی بر اشتباه حکمی کافی نمی‌باشد و ملازمت این ادعا با قرائن معقول و منطقی — خصوصاً در مبحث حدود — همواره محل تأکید بوده است.^۵

ب - اشتباه / جهل موضوعی: بر طبق آموزه‌های حقوقی اشتباه در موضوع چنانچه زوال عنصر معنوی را در پی داشته باشد، مجازات مرتکب را مرتفع می‌نماید. مذاقه در متون فقهی

۱. سیدابوالقاسم موسوی خویی، صراط النجاة، ج ۳ (قم: مکتب نشر المنتخب، ۱۴۱۶ ه.ق)، ۳۰۸.

۲. سیدابوالقاسم موسوی خویی، التفتیح فی شرح العروة الوثقی، تقریر میرزا علی غروی تبریزی (قم: لطفی، ۱۴۱۸ ه.ق)، ۱۹۶.

۳. سیدروح‌الله موسوی خمینی، توضیح المسائل، ج ۱ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ ه.ق)، ۳۴ و سیدشهاب‌الدین مرعشی نجفی، منهج المؤمنین، ج ۱ (قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ه.ق)، ۷.

۴. محمدتقی بهجت گیلانی فومنی، استفتاءات، ج ۱ (قم: دفتر حضرت آیت‌الله بهجت، ۱۴۲۸ ه.ق)، ۲۲؛ سیدصادق حسینی شیرازی، بیان الفقه فی شرح العروة الوثقی، ج ۲ (قم: دارالانصار، ۱۴۲۶ ه.ق)، ۲۵۲.

۵. محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۱ (بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق)، ۲۷۹؛ روح‌الله خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲ (قم: دارالعلم، ۱۳۷۹)، ۴۵۷.

نیز حکایت از این دارد که رفع حکم نسبت به مکلف خاص و متعاقب آن رفع عقاب در موارد اشتباه موضوعی یا جهل به موضوع، مورد وفاق فقهاست.

پذیرش اشتباهات موضوعی در قانون مجازات اسلامی به صراحت و تحت یک حکم کلی بیان نشده است؛ لیکن در برخی از نصوص به تناسب موضوع، مقنن صراحتاً به آن اذعان داشته است. چنانچه در ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی به آن اشاره شده است. متفاهم از قید «احتمال صدق گفتار»، همجواری قرائن معقول و متعارف و به عبارتی ادله عینی مثبت این ادعا را لازم می‌نماید به نحوی که اگر احتمال صدق مدعی در التباس واقع با امر موهوم و پنهان ماندن واقعیت نرود، بینة یا سوگند بی‌فایده خواهد بود. چنانچه ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی نیز بر لزوم اثبات اشتباه بودن اعتقاد مرتکب قتل برای دادگاه، تأکید شده است. لذا به نظر می‌رسد عدم تصریح اشتباه موضوعی در مقررات کلی را بایست با عنایت به رویکرد مقنن در قانون در پذیرش قواعد عرفی و ارجاع به قرائن عینی پذیرفته شده میان عموم مخاطبین در این موارد تفسیر نماییم؛ چراکه فقها نیز تصریح نموده‌اند پیدا شدن شبهه به مجرد احتمال و یا حتی ظن غیرمعتبر یعنی ظنی که همراه با قرائن نوعی مفید ظن نباشد، مشکل می‌باشد.^۱

به این ترتیب در شبهات — اعم از حکمیه و موضوعیه — صرف توهم و ظن غیرمعتبر به جواز عمل، مجازات مقرر در قانون را مرتفع نمی‌نماید و به عبارتی در تحقق شبهه، وجود ظن معتبر لازم و ارزیابی عرف در شناخت آن، ضروری است به نحوی که این ظن از عمل عرف عقلاً مستفاد است.^۲

نتیجه‌گیری

استمداد از نمودها و ظهورات متعدد عرف در تحلیل مؤلفه روانی مسؤولیت و فروعات منبعث از آن در بحث از معاذیر و توجیهاات کیفری، حاکی از کارایی گسترده این پدیده اجتماعی در استنباط و دریافت از نصوص کیفری در این حوزه است.

تحقیق نقش عرف در تقویم مؤلفه روانی جرم حاکی از این است که قانونگذار در بسیاری موارد از تنقیح و تعریف شروط و قیود مقوم این مؤلفه اعراض نموده و به دلیل التزام به قواعد محاورات عمومی در جامعه، تعیین و تعیین خارجی مفاهیم این اجزا را به تبادرات و تفاهمات عرفی و ارزیابی عینی آن را به سنجه‌های معقول نزد عرف واگذار نموده است. لیکن نمود عرف تنها در فهم عرفی برای تفسیر مفاهیم متخذه در قانون نبوده، بلکه نمود بارزتر آن

۱. سیدروح‌الله خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲ (قم: دارالعلم، ۱۳۷۹)، ۴۵۶.

۲. علی موسوی قزوینی، تعلیقه علی معالم الاصول، ج ۴ (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۹)، ۶۲۶.

در مؤلفه روانی پدیده مجرمانه است که کمتر به آن پرداخته شده است. با این وصف بنا و شیوه عمومی و متعارف در جامعه بهترین معیار در مصداق‌شناسی و تعیین قیود متخذ در قانون بوده که در نهایت یگانه معیار برای راستی آزمایی گفتار متهم است. این میزان منجر به پذیرش این معناست که تنها در صورتی می‌توان به یک عذر یا دفاع متوسل گشت که یک فرد متعارف هم، در شرایط یکسان با متهم به همان شیوه عمل می‌کرده است. هدف از ارائه این معیار نوعی، قضاوت نزدیک به واقع از رفتار متهم از طریق قیاس رفتاری وی با رفتار و شیوه سلوک افراد هم‌سنخ از لحاظ مراقبت، دانش، تجربه و آگاهی نسبت به قوانین است. پذیرش این قاعده در حقوق کیفری باعث می‌شود تا با تأکید بر قابلیت عرفی سرزنش‌پذیری افراد، قانون‌افرادی را مجازات نماید که در ورود به منطقه ممنوعه کیفری، بر طبق معیار افراد معقول و طبیعی در جامعه، قابل سرزنش یا مقصر هستند. به دیگر بیان این نظر باعث تحمیل مسؤولیت کیفری بر فاعل قابل سرزنشی است که رفتار منتهج به یک صدمه ممنوعه شده است.

بنابر کارکردهای پیش‌گفته مرجعیت عرف نه تنها در حوزه نظر و در تحلیل مبانی نظری عنصر روانی جرم و متفرعات آن که به بحث از عوامل و علل عدم مجازات می‌پردازد، بلکه در حوزه عمل و در مقام قضاوت و داوری در سنجش نهایی فعل مرتکب و مصداق‌یابی و تعیین خارجی آنچه مدنظر قانونگذار بوده، محرز است. از این‌رو ادعای ابتنای این مبانی بر سنجه‌های انتزاعی و تخصصی محض و خارج از فهم عرف بلاوجه بوده و مرجعیت عرف با توجه به کارایی موجه آن، به‌عنوان منبعی الزامی در این حیطة از حقوق کیفری غیرقابل انکار است.

منابع

۱. آقای نیا، حسین. «مسؤولیت کیفری ناشی از عملیات ورزشی». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۴۶ (۱۳۸۷): ۳-۳۸.
۲. ابن‌فارس، احمد بن زکریا. معجم مقاییس اللغة. قم: دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ ه.ق.
۳. ابن‌منظور، ابوالفضل و جمال‌الدین محمدبن مکرم. لسان‌العرب. قم: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ه.ق.
۴. اردبیلی، محمدعلی. حقوق جزای عمومی. تهران: میزان، ۱۳۸۱.
۵. اسدی حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر. تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ه.ق.
۶. اصفهانی، سیدابوالحسن. وسیلة النجاة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، ۱۴۲۲ ه.ق.
۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین. کتاب الطهارة. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق.

۸. بهجت گیلانی فومنی، محمدتقی. استفتاءات. قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت، ۱۴۲۸ ه.ق.
۹. جزایری، سیدحمید. «قلمرو مصلحت و عدالت در تراجم احکام و حقوق زنان». فصلنامه مطالعات راهبردی زنان ۵۴ (۱۳۹۰): ۵۷-۵۸.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱.
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه. قم: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ه.ق.
۱۳. زرکشی، محمدبن بهادر. البرهان فی علوم القرآن. بیروت: دارالمعرفه، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۴. شهیدی، مهدی. اصول قراردادها و تعهدات. تهران: مجد، ۱۳۸۵.
۱۵. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۶. طاهری، حبیب الله. حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ه.ق.
۱۷. محقق داماد، سیدمصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ه.ق.
۱۸. مرعشی نجفی، سیدشهاب الدین. منهاج المؤمنین. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ه.ق.
۱۹. مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. قم: بوستان کتاب، ۱۳۹۰.
۲۰. موسوی خمینی، سیدروح الله. نجات العباد. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، ۱۴۲۲ ه.ق.
۲۱. موسوی خمینی، سیدروح الله. توضیح المسائل. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ ه.ق.
۲۲. موسوی خمینی، روح الله. تحریر الوسیله. قم: دارالعلم، ۱۳۷۹.
۲۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم. صراط النجاة. قم: مکتب نشر المنتخب، ۱۴۱۶ ه.ق.
۲۴. موسوی خویی، سیدابوالقاسم. التنقیح فی شرح العروة الوثقی. تقریر میرزا علی غروی تبریزی. قم: لطفی، ۱۴۱۸ ه.ق.
۲۵. موسوی قزوینی، علی. تعلیقه علی معالم الاصول. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۹.
۲۶. نجفی، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق.
۲۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعه فی احکام الشریعه. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۵ ه.ق.
۲۸. ولیدی، محمدصالح. حقوق جزای عمومی. تهران: داد، ۱۳۷۳.
۲۹. هاشمی، محمود. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت. قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ه.ق.

The effect of custom on mental element of crime and factors of criminal responsibility deterioration

Mohsen Borhani

(Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran)

Atieh Parsaeian

(Master of Criminal Law and Criminology, University of Tehran)

Abstract

The principle of Legality leads to the fact that a significant number of jurists consider Custom as one of the guidance resources. The analysis of Custom impact on legal concepts and inference of criminal articles clarifies that custom should be taken into account in correct understanding of law and it cannot be denied by lawyers and judges in theory and practice.

This article shows that the mental element of crime and factors of criminal responsibility deterioration are not based on abstract criterion. It also determines Custom role on the above mentioned items. Since the legislator does not define the legal factors of criminal articles, Custom should come into discussion. Moreover public manners in society are utilized as a Custom criterion in evaluation of mental factors leading to criminal behavior. Thus, Custom is considered as a mandatory resource.

Keywords:

Custom, Mental element of crime, Criminal responsibility.

Journal of CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

VOL. I, No. 2

2013-2

- **The contexts of penal instrumentalism**

Mohammad jafar Habibzadeh - Hamed Rahmanian

- **Execution and recognition of foreign criminal judgments in Iran**

Ali Khaleghi - Maedeh Mir Shams Shahshahani

- **Threat to non-cooperation with the ICC and Vague Future of Criminal Justice in the Africa**

S. Ghassem Zamani

- **Criminal Liability of Governmental Legal Persons in Iran Legal system**

Ghassem Mohammadi - Alireza Khanizadeh

- **Penal and civil effects of intervention in bankrupt trader assets**

Hossein Simaei Sarraf - Mohammad khalil Salehi.

- **The effect of custom on mental element of crime and factors of criminal responsibility deterioration**

Mohsen Borhani - Atieh Parsaeian



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study