

## مصادق‌شناسی موضوعات در حقوق کیفری ایران

محسن برهانی<sup>۱</sup>، عطیه پارسائیان<sup>۲</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۹۶/۵/۷ - تاریخ پذیرش مقاله: ۹۷/۱۱/۲)

### چکیده

پس از شناخت احکام قانونی و موضوعات احکام، مرحله انطباق و برابری مفاهیم قانون با مصادیق و شناخت تعینات خارجی آن، از مباحث بنیادینی است که اختلاط ناصوابی با مرحله نخست پیدا کرده است. نظر به این که اتخاذ تصمیم نسبت به واقعیات و عینیات خارجی، مقصود احکام قضایی است، بنابراین صحت حکم صادره افزون بر تبیین مفهوم، در گرو تعیین مصادیق و تطبیق صحیح مفهوم بر واقعیت خارجی است که نهایتاً در مرحله صدور حکم به حکمی صواب منجر خواهد شد. در این مقاله ضمن تحلیل دو رویکرد مختلف عقل - محوری و عرف - محوری در خصوص مرحله تطبیق، به اثبات خواهد رسید که در مرحله تطبیق مفاهیم بر مصادیق نیز عرف مرجع نهایی است و ضروری است قضات از استبداد در مرحله تطبیق پرهیز نمایند و عرف را یگانه مرجع در این مرحله قلمداد نمایند. خلأ موجود در نظام حقوقی ایران باید با تعبیه نهادی برای فهم این قضاوت عرف، مرتفع شود.

**واژگان کلیدی:** عرف، عقل، مصادق‌شناسی، موضوعات احکام، هیأت منصفه.

۱. استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه تهران (نویسنده مسوول)؛

Email: M.borhani@ut.ac.ir

۲. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران؛  
Email: atiehparsaeian@gmail.com

### مقدمه

قانونگذار در مقام تقنین، معانی خاصی را مدنظر قرار می‌دهد و مقصود خویش را در قالب الفاظ و معانی عرفی آن الفاظ به شهروندان و تابعان قانون منتقل می‌کند. طریقی عقلائی است که مقنن در روند قانونگذاری، برای امتثال و اطاعت شهروندان از قانون، مقصودش را از طریق معانی مورد قبول غالب افراد اجتماع، ابراز نماید. نتیجه این امر نیز، ملاک قرار گرفتن مفاهیم عرفی در فهم تعبیرات قانونی القا شده به شهروندان و اهالی آن لغت خواهد بود. به تعبیری دیگر، عرف، معیار و میزان در فهم عبارات و تعبیر موجود در نصوص قانونی است، زیرا در فرضی که اعتبار قانونگذار غیر از اعتبار عرف محیطی است که قانون در آن مطرح شده، باید آن را بیان کند تا تغایر اعتبار قانون با اعتبار عرف ثابت شود. به عبارت دیگر تصریح قانونی لازم است تا این تغایر اثبات شود. مورد مذمت عقلاست که متکلم، ظهور عرفی را نپذیرد و بدون نصب قرینه و با ادعای عدم تطابق معنای مورد نظر خویش با معنای عرف (عدم تطبیق مراد استعمالی با مراد جدی)، عدم امتثال مخاطب و در نتیجه مؤاخذه وی را خواستار شود؛ چراکه اصل انطباق مراد استعمالی با مراد جدی است و در یافتن مراد استعمالی حاکمیت با اصل ظهور است و درک معنای عرفی در ایجاد ظهور حرف اول و آخر را می‌زند. عرفی‌نگری و عرف‌محوری در فهم مفاهیم حقوقی - شرعی، حقیقتی است غیرقابل انکار که موضع اتفاق حقوقدانان و فقهاست. همانگونه که قانون مدنی بیان داشته است: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه آن» گزافه نیست که گفته شود: «الفاظ قوانین و مصوبات مجلس و آیین‌نامه‌ها و تمامی نوشته‌ها و بیانات حقوقی نیز محمول است بر معانی عرفیه آنها».

اما این تمام بحث نیست و پس از گذار از مرحله فهم مفاهیم و شناخت ابعاد معانی الفاظ قانون و نیز شناخت موضوعات احکام، تطبیق و برابرسازی مفاهیم با واقعیت خارجی، موضوعی است که در گستره آراء اندیشمندان حقوقی مهجور مانده است. جایگاه عرف در تعیین و تنقیح موضوع و متعلق نصوص قانونی، غالباً در نوشته‌های حقوقدانان، از بحث تطبیق و برابرسازی مفاهیم بر مصادیق خارجی آن، تفکیک نشده است و همین امر دلیلی است بر مهجورماندن بحث مرجعیت مصداق‌شناسی مفاهیم نصوص قانونی و به تبع عدم پردازش بحث مذکور، تبعات و توالی نظری و ملزومات عملی این بحث نیز در هاله‌ای از ابهام قرار گرفته است. در حالیکه یکی از دشواری‌های امر قضاوت در امور کیفری، تعیین تکلیف در مورد مصادیق خارجی مفاهیم اخذشده در

نصوص قانونی است و باید به این مهم توجه کرد که تطبیق مفاهیم عرفی و بحث مصادق‌شناسی مرحله‌ای است که متعاقب مرحله مفهوم‌شناسی تحقق پیدا می‌کند و متأخر بر آن است و در حقیقت آخرین مرحله از فرایند قضاوت است، چرا که در این مرحله است که قانون بر واقعیت انطباق پیدا می‌کند.

در واقع، پس از فراغت از مرحله شناخت عرفی مفاهیم مندرج در نصوص قانونی و اذعان به این که موضوع‌شناسی در استنباط و احراز حکم موثر است، جای این پرسش دارای اهمیت است که چه نهادی عملیات تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق آن را بر عهده دارد؟ برای صدور احکام قضایی، آیا امکان دخالت مقام قضا در تعیین مصادق وجود دارد؟ در صورت اختلاف نظر عرف با دادرس در مرحله تطبیق، نظر کدام نهاد متبع است؟ به عنوان مثال قانون‌گذار توهین و جریحه‌دار کردن عفت عمومی و تهدید و تبلیغ علیه نظام را در مواد ۶۰۸ و ۶۳۸ و ۶۴۸ و ۵۰۰ بخش تعزیرات، جرم‌انگاری کرده است و پس از فهم آنکه قانونگذار در این چهار ماده چه گفته، در خصوص برخی رفتارها تردید ایجاد شده است؛ مرتکب به دیگری گفته است: «مرگ بر تو» یا «خدا تو را لعنت کند» آیا این دو جمله مصادق توهین محسوب می‌شوند؟ دو خانم بر روی موتور اقدام به تردد در خیابان‌ها کرده‌اند. آیا این رفتار عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند؟ شخصی به یک مقام قضایی می‌گوید: «خواهی دید که پدرت را در خواهم آورد» آیا این جمله مصادق تهدید یا توهین تلقی می‌گردد؟ شخصی اقدام به انتقاد از برخی سیاست‌های اتخاذی از سوی نظام کرده است. آیا انتقاد علنی علیه نظام، مصادق جرم تبلیغ علیه نظام محسوب می‌گردد؟ و صدها مورد از مثال‌های مختلف در مواد گوناگون قانون مجازات اسلامی که در مرحله تطبیق با تردید مواجه هستیم. جای بحث آنجاست که چه کسی باید داوری کند که موضوع این جرم عینیت یافته است و عمل یا گفتار تحقق یافته در خارج، مصادق توهین یا جریحه‌دار شدن عفت عمومی هست یا خیر؟ این مقاله در مقام پاسخ به این پرسش است که در مقام احراز موضوعات جرایم در عالم خارج، مرجعیت با کدام نهاد است؟ به عبارت دیگر چه نهادی متولی مصادق‌شناسی در حقوق کیفری است؟ توجه به این مهم که کدام نهاد اعم از مقام قضا، کارشناس و یا عرف وظیفه تطبیق مصادق و اثبات موضوع جرم را دارد، بخش مهمی از فرایند صدور حکم را تشکیل می‌دهد و برای دستیابی به این امر، بی‌شک استفاده از آراء اصولیان، پیش‌شرط مهمی است؛ چرا که ایشان در مرحله تطبیق مفاهیم شرعی با موضوعات

خارجی با چنین مسأله‌ای مواجه بوده‌اند و تلاش‌های در خور توجهی را انجام داده‌اند. ابتدا در مرحله نظر تحلیل دو رویکرد مختلف عقل‌محوری و عرف‌محوری بررسی شده و سپس با تقسیم‌بندی موضوعات جرایم مختلف به بررسی عملی معیار منتخب در تطبیق با جرایم پرداخته خواهد شد.

### الف) جایگاه تطبیقات عرفی در اندیشه‌ها

تبع در متون فقهی حاکی از این است که عرف‌گرایی و دخالت دیدگاه‌های عرفی در تعیین حدود و ثغور مفاهیم وارد شده در نصوص شرعی و استنباط از آن، وجه مشترک بسیاری از مکاتب اصولی است؛ اما در برابرسازی مفاهیم با مصادیق یا به عبارت دیگر همان مصداق‌شناسی، عرف‌محوری در برابر عقل‌محوری قرار گرفته است و این دو رویکرد مختلف به استنباط‌های فقهی متفاوتی منجر شده است. مثالی کیفی برای روشن شدن این دو نوع نگاه خالی از فایده نمی‌باشد؛ چنانچه می‌دانیم در قانون مبارزه با مواد مخدر، مجازات‌های مختلف براساس میزان مواد مخدر کشف‌شده، تعیین می‌شود. حال اگر به عنوان مثال، شخصی با سی گرم هرویین دستگیر شود، آیا برای تعیین مجازات وی، باید وزن هرویین به دست آمده را معیار قرار داد؟ یا اینکه گفت این بسته حاوی سی گرم مواد نیست بلکه باید با دقت عقلی، مواد مخدر کشف شده را به آزمایشگاه فرستاد و بعد از جداسازی مواد مخلوط با هرویین، هرویین خالص معیار حکم قرار گیرد؟ اگر بگوییم در مرحله تطبیق، معیار عرف است، عرف بعد از جداسازی پوشش بیرونی مواد مخدر، این میزان را سی گرم هرویین می‌داند و موضوع حکم را احراز می‌نماید. اما اگر معیار را عقل و دقت عقلی بدانیم، باید دستور ارسال مواد مخدر کشف‌شده به آزمایشگاه، صادر شود و بعد از خالص‌سازی آن، وزن دقیق هرویین مشخص شود و حکم را بر میزان بعد از خالص‌سازی صادر کرد. براساس یک رویکرد، مجازات شخص اعدام است و براساس رویکردی دیگر، حبس طولانی مدت. مشاهده می‌شود که انتخاب یکی از دو رویکرد تأثیر بسزایی در حکم نهایی ایجاد خواهد کرد.

#### ۱. مصداق‌شناسی عقل‌محورانه

نظریه مشهور در کلمات اصولیان آن است که عرف در تعیین مفاهیم حجت است نه در تشخیص مصادیق [۱۷، ج ۹، ص ۵۰-۳۳] چون عرف، مبتلای به تسامح است و با واقع انطباق ندارد. لذا ایشان، با انکار کارایی انطباق عرفی، به‌طور خاص معتقد به کارایی

عرف در تشخیص و تبیین مفاهیم می‌باشند<sup>۱</sup> [۲۲، ج ۴، ص ۴۹۴] و از همین روی مصادق‌شناسی و به تعبیری، مرجع تعیین و تشخیص مصادق را، دقت عقلی و موازین عقلی آن می‌پندارند. در دفاع از این نظریه چند دلیل ارائه شده است.

**۱-۱. روشن نبودن موضوعات برای عرف.** برخی دلیل این امر را، التباس معنای بعضی از امور با امور خفیه و عدم آگاهی نوعی عرف از مثل این التباس‌ها دانسته‌اند؛ به نحوی که مانع از تطبیق مفهوم بر مصادق واقعی آن می‌شود. از آنجایی که احکام بر واقع موضوعات بار شده است و مصادق واقعی الفاظ نیز روشن و خالی از اجمال و ابهام است، لذا صدق، به تأمل و تعقل عقلی کفایت کرده و اطلاع عرف یا افهام اوساط در تطبیق مفاهیم بر مصادیق ضروری نبوده و نتیجتاً حجیت عرف در تطبیق بر مصادیق مردود می‌باشد<sup>۲</sup> [۱۱، ج ۱، ص ۵۷].

**۲-۱. تسامح عرف.** برخی دیگر از فقها، با استدلالی مشابه و نزدیک به این معنا، مصادیق واقعی را موضوع احکام شرعی دانسته و تسامحات عرفی غیرمقبول و غیرمطابق با واقع در امر مصادق‌یابی را، برهانی در پذیرش ادعای خود مبنی بر محدودیت کارآیی عرف در تبیین مفاهیم و مدالیل الفاظ عنوان نموده‌اند که عرف در تطبیق مفهوم بر آنچه که مصادق واقعی نیست، تسامح می‌نماید<sup>۳</sup> [۱۹، ج ۴، صص ۱۸۹ و ۱۰]. به همین دلیل بعد از تبیین مفاهیم، به عرف اعتنایی نمی‌شود؛ لذا تطبیق مفهوم بر مصادق، نه در دست عرف، بلکه بر مدار واقع است<sup>۴</sup> [۲۲، صص ۵۷۴ و ۴۹۵]. برخی دیگر نیز با

۱. فان نظر العرف انما يكون متبعا في المفاهيم لا في تطبيقاتها على المصاديق.

۲. عدم اطلاع العرف على مثل هذا التلبس من الأمور الخفية لا يضر بصدقها عليه تعالى على نحو الحقيقة إذا كان لها مفهوم صادق عليه تعالى حقيقة و لو بتأمل و تعمل من العقل و العرف إنما يكون مرجعا في تعيين المفاهيم لا في تطبيقاتها على مصاديقها.

۳. و الانظار العرفية انما تكون متبعة في فهم مداليل الالفاظ و استفادة المرادات من حيث الاعمية و الاخصية بحسب ما ارتكز في اذهانهم من مناسبات الحكم و الموضوع لا في مقام تطبيق المفاهيم على المصاديق بالنظر المسامحي على خلاف ما يقتضيه النظر الدقي العقلي.

۴. و لا يرجع الى العرف في تشخيص المصاديق بعد تشخيص المفهوم فقد يتسامح العرف في في استعمال الالفاظ و اطلاقها على ما لا يكون مصادقا لمعانيها الواقعة... فالتعويل على العرف انما يكون في باب المفاهيم و لا اثر لنظر العرف في باب المصاديق... و أما تطبيق المفهوم على المصاديق فليس بيد العرف بل هو يدور مدار الواقع... و لو فرض ان العرف يتسامح او يخطئ في التطبيق فلا يجوز التعويل على العرف في تطبيق المفهوم على المصاديق مع العلم بخطائه او مسامحته او مع الشك فيه، بل لا بد من العلم بكون الشيء مصادقا للمفهوم في مقام ترتيب الآثار.

بیانی مشابه به ارائه چنین نظری همت گماشته‌اند<sup>۱</sup> [۱، ج ۹، ص ۴۱۹]. به عنوان مثال آورده‌اند که در تطبیق آب کر بر مصداق خارجی آن، نظر عرف ملاک نیست؛ چراکه چنین آبی حتی اگر کمتر از یک مشت نیز باشد، از مصادیق ذیل این عنوان خارج گشته و به مجرد ملاقات با نجاست، نجس می‌شود و واگذار کردن به نظر عرف در اغماض احصاء چنین مصادیقی، جایز نیست.

این دیدگاه بر قرابت دائمی داوری عرف با بی‌دقتی و تسامح، تاکید ورزیده و به همین علت با رد مسامحات عرفی، تطبیق را منحصر به برداشت عقلی می‌نماید. در حالیکه این سخن دلیل موجه و محکمی نبوده و قرابت دائمی عرف با تسامح و بی‌دقتی حتی با استناد به آراء همین بزرگان در مقام تایید تطبیقات عرفی در برخی مواضع که ناشی از توسیع یا تضییق مفهوم عرفی می‌باشد، مردود گشته و قرابت اتفاقی عرف با تسامح، به حق ثابت می‌شود. به عنوان مثال برخی مخالفان آورده‌اند: همانا توسیع و تضییق واژه‌ها بسته به نظر عرف است و عرف مفهوم آب و طلا را بر اعم از خالص و ناخالص بار می‌کند، احکام متعلق به آب و طلا به آب و طلای ناخالص نیز تعلق می‌گیرد و گر نه مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق هیچ دلیلی ندارد [۱۵، ج ۱، صص ۲۷۷-۲۷۶].

**۱-۳. عدم وجود دلیل بر حجیت عرف در مرحله تطبیق.** گروهی از قائلین به این رویکرد، با تصریح بر این امر که ادله شرعی بر اعتبار فهم عرفی در تطبیق مفهوم بر مصداق به نحو مسامحه وجود ندارد، بی‌اعتنایی شارع به آن را استنباط نموده و اذعان داشته‌اند در انطباقات، مسامحات عرفی که دور از واقعیت هستند، ملاک نمی‌باشد و از این رو مصداق حقیقی از منظر عقل تعیین می‌شود<sup>۲</sup> [۴، ج ۲، ص ۴۱۷]. قائلین به این اندیشه، برای ارائه برهان برای ادعای خویش، همواره به بحث فقدان دلیل معتبر شرعی در پذیرش مرجعیت عرف در انطباق عرفی و همچنین تعلق احکام بر واقع و حقیقت موضوعات به دور از مسامحات عرفی تاکید نموده‌اند و این عوامل را، مجوز تمسک به عقل برای کشف واقع دانسته‌اند<sup>۳</sup> [۱۴، ج ۱، ص ۱۶۸].

۱. فی تطبیق المفهوم علی المصداق فلا عبرة به، و لا دلیل علی اعتباره فیما یتسامح.

۲. ان اعتبار فهم العرف انما یکون فی تعیین المفاهیم لا فی تطبیقها علی المصادیق ... لانه لا دلیل علی اعتبار فهم العرف فی تطبیق المفهوم علی المصداق مسامحةً بل لابد من انطباق المفهوم علی المصداق حقیقةً عقلاً فی ترتیب احکام المفهوم جزماً.

۳. لان الصدق العرفی تابع لوجود المسمى فی الواقع و مقام ثبوت فلا یعقل ان یکون الوجود المسمى فی الواقع و نفس الامر تابعاً لصدق العرفی.

در کلام ایشان، تاکید بر فقدان دلیل معتبر شرعی، بر اثبات این کارآیی است و در نهایت مراجعه به عقل و آنچه احراز واقع و حقیقت موضوع را می‌نماید، استنباط می‌شود [۷، صص ۱۰۸-۱۰۷] در حالیکه، به نظر می‌رسد این سخن در بیان ادله، تمام نباشد؛ زیرا همچنان که فقها نیز تصریح نموده‌اند، آنچه نیاز به اثبات دارد، رد مرجعیت عرف از جانب شارع است.

در علم اصول، همواره بر اصالت ظهور تاکید شده و از میان طرق احراز ظهور، ظهور عرفی طریق متقنی برای کشف مقصود مقنن است. بر این اساس برای درک مقصود شارع یا مقنن در مفاهیمی که شارع/ مقنن از معنای آن اعراض نکرده است، لفظ در معنایی که در آن ظهور عرفی دارد، تفسیر می‌شود<sup>۱</sup> [۶، ج ۱، ص ۲۷۹]. پس از اتفاق عرف و شارع بر یک مفهوم، رد کردن عرف در مصادق امری خردمندانه نمی‌نماید بلکه تطبیق مفاهیم بر مصادیق در این مقام از ضروریات است<sup>۲</sup> [۱۳، ج ۱، ص ۷۶].

برخی از فقها اما جانب احتیاط را در پیش گرفته و با اختیار حد وسطی برای دخالت عرف در مصادق‌یابی، معتقدند برخلاف امور اعتباری، مانند مفهوم بیع و تطبیق آن بر مصادیق خارجی، که در آنها رجوع به عرف اشکالی ندارد، در امور واقعی که احتمال خطای عرف در تشخیص می‌رود، اعتماد به عرف در مرحله تطبیق جایز نمی‌باشد [۸، صص ۵۱-۵۰]. به فرض ممکن است عرف در احتساب مدت زمان چند ماهه، با اغماض خود ساعات و دقیقاتی را نادیده انگارد؛ لیکن در مواقعی که حد زمانی خاصی در نص مشخص شده است، این مصادیق عرفی مبتنی بر مسامحه، اعتباری نخواهد داشت. برای نمونه در خصوص موضوع عده، زن، حتی اگر یک لحظه پیش از انقضای مدت آن، در صورت التفات به عدم اتمام مدت، ازدواج کند، ازدواجش باطل است و تا ابد بر مرد حرام است.

## ۲- مصادق‌شناسی عرف‌محورانه

در مقابل نظر مشهور، مبنی بر انکار کارایی عرف در امر تطبیق، برخی از اصولیان بیان داشته‌اند؛ عرف هم در شناخت مفاهیم و هم در تشخیص مصادیق مرجع است. ایشان با تصریح بر مرجعیت عرف در انطباق مفاهیم بر مصادیق آن، براهینی در اثبات این ادعا مطرح نموده‌اند. از میان فقهای متأخر علمایی چون صاحب جواهر در بسیاری از مواضع، به مرجعیت

۱. ان العرف هو المحکم فی امثال ذلک مما لم یرد فیه تقدیر شرعی.

۲. لآنه مع اتفاقهما فی المفهوم لا یعقل الردع و التخطئة فی المصدق، بعد کون تطبیق المفاهیم علی المصادیق فی المقام ضروریاً.

عرف در مصداق‌شناسی برخی از مفاهیم اذعان نموده است. به عنوان مثال این فقیه در بحث از اقرار، شناخت مفهوم و مصداق و فرق اقرار با شهادت و دعوا و روایت را بر عهده عرف می‌داند<sup>۱</sup> [۲۳، ج ۳۵، ص ۲]. وی همچنین در موردی دیگر در شناخت هیئات رخداد کار و صورت عمل نیز به عرف تمسک بسته و در تعیین مصداق "دفعه"، به علت تعذر از شناخت دفعه فلسفی، صدق دفعه عرفی را ملاک دانسته است<sup>۲</sup> [۲۳، ج ۱، ص ۱۴۰].

امام خمینی(ره) نیز از جمله فقهای است که به جد بر حقیقت عرفی در مقابل حقیقت عقلی در بحث از برابرسازی موضوعها و مفهومها بر واقعیت خارجی و مصداقها تاکید کرده و به تفصیل به این بحث پرداخته است. ایشان مصداق حقیقی و واقعی مفاهیم نصوص را تنها از خلال گذرگاه فهم عرفی قابل شناخت دانسته و ضمن انتقاد از فقهای مخالف این اندیشه - از جمله محقق خراسانی - مفاهیم عرفی را در هر دو حوزه مصداق-یابی و مفهوم‌شناسی، حقیقت کاشف از نظر شارع دانسته و می‌فرماید: "همانگونه که عرف در تشخیص مفاهیم معیار است، در برابرسازی مفاهیم بر مصادیق و تشخیص مصادیق مفاهیم نیز معیار است. پس چیزی که از منظر عرف مصداق نمی‌باشد، مصداق موضوع حکم شرعی نیز نمی‌باشد. لذا موضع محقق خراسانی مبنی بر اینکه تشخیص مصادیق موکول به نظر عرف نیست، شایسته نمی‌باشد"<sup>۳</sup> [۱۲، ج ۱، ص ۲۲۹].

امام خمینی(ره) در تبیین نظر خود و ناپذیرفتنی بودن سخن شماری از اصولیین، به تسهیل فهم متون احکام با توجه به مخاطبین تکلیف که عموم مردم و - نه فیلسوفان و حکیمان - می‌باشند، توجه نموده و لازمه عقلی چنین توجهی را، رد دقت عقلی برهانی در تشخیص مصادیق و واگذاری این امر به عرف دانسته است. افزون بر این عدم اتخاذ شیوه و اصطلاحی خاص از سوی شارع در محاوره و بیان احکام بر مدار اصول محاورات عموم جامعه، دلیلی کافی در اثبات رای خویش قرار داده است<sup>۴</sup> [۱۲، ص ۲۲۸]. بر این

۱. لعل الأولى من ذلك إيكاله إلى العرف الكافي في مفهومه و مصداقه، و في الفرق بينه و بين الشهادة و الدعوى و الرواية و الترجمة.

۲. و المراد بالدفعه انما هي العرفية لا الحكمية لتعذرهما.

۳. فکما ان العرف محکم فی تشخیص المفاهیم محکم فی صدقها علی المصادیق و تشخیص مصادیقهما فما لیس بمصداق عرفاً لیس بمصداق للموضوع المحکوم بالحکم الشرعی فما افاده المحقق الخراسانی من ان تشخیص المصادیق لیس موکولاً الی العرف و تبعه غیره لیس علی ما ینبغی.

۴. لا اشکال فی ان المیزان فی تشخیص جمیع المفاهیم و مصادیقها و کیفیة صدقها علیها هو العرف لان الشارع کاحد من العرف فی المخاطبات و المحاورات و لیس له اصطلاح خاص و لا طریقه خاصه فی القاء الکلام الی المخاطب.



مینا، متبادر از حکم شارع مبنی بر اجتناب از خون و پاک نمودن آن از لباس، همان معنایی خواهد بود که یک فرد از مخاطبین، چنین گفته‌ای را داشته باشد. لذا به مصداق برهانی و عقلی، خون - یعنی رنگ باقی مانده از خون پس از شست و شوی آن - ترتیب اثر نداده و به این علت که دقت عرفی<sup>۱</sup> چنین رنگی را داخل در حقیقت و ماهیت خون موضوع حکم نمی‌داند، به آن توجهی نشده و احکام خون بر آن جاری نمی‌شود؛ هرچند بر مبنای داوری عقل، رنگ خون چیزی جز خون نیست.

تتبع در کلام بزرگان هر دو اندیشه، حاکی از این است که همواره یافتن مصداق واقعی و حقیقی موضوعات مورد نظر بوده و تنها تعیین نهاد مرجع در حوزه تطبیق است که گسست در نتایج را در برداشته است. اما نکته حائز اهمیت در این است که هرچند ثمره دو اندیشه در انتها از هم منفک می‌باشد لیکن در هر دو دیدگاه، تسامحات عرفی محل اعتنا نبوده و بنای تطبیق بر آن پایه مردود است [۲۰، ص ۲۷۳]. امام (ره) ضمن پذیرش مسامحات اتفاقی در داوری عرف، رجوع به عرف مسامح را نه تنها در امر تطبیق بلکه حتی در شناسایی مفاهیم نیز نپذیرفته است؛ لیکن برخلاف گروه نخست، دقت برهانی و عقلی را از این امکان تسامح نتیجه نگرفته و همواره با تاکید بر مرجعیت عرف بر دقت عرفی در مقابل دقت عقلی در برابرسازی مفاهیم تاکید داشته است [۲۰، ص ۲۲۷].

حقیقتی غیرقابل انکار است که عرف گاهی آمیخته به تسامح‌گرایی است لیکن این هرگز به معنای همراهی دائمی این دو نیست و از همین روست که در کلام فقها نیز نظر به تسامحات اتفاقی در مفاهیم یا داوری‌های عرفی، عرف به دو قسم دقیق و تسامحی تقسیم شده است. صاحب جواهر می‌فرماید: "اشتباهات عرف در مصادیق بسیار است"<sup>۳</sup> [۲۳، ج ۱۴، ص ۳۷۱]. اما وی این را به معنی رد ملاک عرف دقیق، پیراسته و خالی از اضطراب ندانسته و در برخی از موارد، از جمله جایز نبودن ایستادن مأموم جلوتر از امام، معیار در شناخت تقدم و مساوات را عرف قرار داده است [۲۳، ج ۱۳، ص ۲۲۷].

۱. ذکر این وصف از آن جهت است که غالب فقها و از جمله امام خمینی، مسامحه‌ی عرفی در تشخیص مصداق را نمی‌پذیرند. (متعاقباً این مسأله به تفصیل بیان می‌گردد).

۲. لیس التسامح العرفی فی شیء من الموارد میزناً لا فی تعیین المفاهیم و لا فی تشخیص المصادیق بل المراد من الاخذ من العرف هو العرف مع دقته فی تشخیص المفاهیم و المصادیق و ان تشخیصه هو المیزان مقابل تشخیص العقل الدقیق البرهانی.

۳. ان اشتباهات العرف خصوصاً فی المصادیق کثیرة.

۴. مدار التقدم و المساواة العرف، كما صرح به فی الذخيرة و الریاض و هو فیها منقح لا اشتباه فیه.

شایان ذکر است که در رویکرد عرف‌محورانه، به تعبیر برخی از اصولیین تنها قسمی از تسامحات عرف است که محل ارجاع در استنباط از نص نمی‌باشد: "مسامحاتی که عرف در برداشته‌های خود نسبت به امور دارد، بر دو قسم است: (۱) مسامحه‌هایی که خود عرف نیز می‌داند که این برداشت و نظر او مسامحه‌ای و مجازی است و لکن براساس اینکه بنا ندارد در تمامی امور به دقت و اهمیت رفتار نماید، بر طبق همان برداشت مسامحه‌ای و مجازی خود، عمل می‌کند؛ مثل اینکه عرف می‌داند و متوجه است که اطلاق «یک من گندم» بر ۲/۵ کیلوگرم گندم، مجازی و مسامحه‌ای است و لکن به نیم کیلو گندم اهمیت نمی‌دهد و مسامحتاً به ۲/۵ کیلو گندم نیز می‌گوید «یک من» گندم. این گونه از مسامحات عرفی که عرف هم اطلاق آن را مجازی می‌داند معیار نیست و اگر حکمی مثلاً روی یک من گندم آمده باشد نمی‌توان گفت چون مخاطب، احکام عرف می‌باشند و عرف نیز «یک من» را اطلاق بر ۲/۵ کیلو می‌کند پس لازم نیست «یک من» بطور کامل مراد باشد. (۲) مسامحه‌هایی که عرف خود متوجه آن مسامحات نیست؛ یعنی به‌طوری است که اگر به او تذکر نیز داده شود، عرف بنا بر برداشت معمولی و عاداتی که از امور دارد آن را قبول نمی‌کند و به عبارت دیگر همواره آن برداشت خود را حقیقی و واقعی می‌پندارد مثل اینکه اگر لباس سفیدی خونی شود پس از آنکه به دقت آن را می‌شوید، اطلاق خون به سرخی کم رنگی که به جای می‌ماند نمی‌کند و لذا هر چقدر به او گفته شود، قبول نمی‌کند و می‌گوید من این لباس را شستم، اگر چه به نظر دقت فلسفی آن ذرات جز ذرات خون چیز دیگری نیست. و مثل این که از مغازه یک من گندم می‌خرد، مقداری از این کالا گندم نیست و اگر آشغال‌های آن را جدا کنند، مثلاً ۱۰۰ گرم کمتر از یک من خواهد بود، عرف می‌گوید «یک من گندم خریدم» در حالی که مقداری از آن گندم نبوده است در اینجا هم هر چند تسامح صورت گرفته است، لکن مورد توجه خود عرف هم نیست. مراد از اینکه گفته می‌شود معیار در برداشت از خطابات شرعی، فهم عرفی است، این قسم از برداشته‌های عرف است که خود متوجه مسامحه بودن آنها نیست [۱۷ ج ۹، ص ۲۹۰۹].

امام خمینی (ره) نیز بر این باور است که در مواضعی، فهم عرف بر تسامح بنا شده است به نحوی که عرف به آن توجهی نداشته و تنها در صورت تذکر به اوست که متوجه چنین آسان‌گیری در فهم خود می‌شود. لذا تردیدی در پذیرش این فهم و داوری روا نمی‌دارد و موضوع حکم را بر همان برداشت نخستین عرف استوار می‌داند: "به تحقیق در میان متکلم و مخاطب در عرف محاوره، برخی از مسامحات وجود دارد که در زمان

گفتگو از آن غفلت شده و تنها در صورت دقت نظر درک می‌گردد به نحوی که با این دقت متکلم و مخاطب متوجه این تسامح می‌شود؛ پس در این موارد متفاهم ابتدایی موضوع حکم می‌باشد<sup>۱</sup> [۱۲، ج ۱، ص ۲۲۸]. ایشان در ادامه متذکر می‌شود که دلیل چنین مبنای آسان‌گیرانه، این است که شارع به عنوان احدی از عرف، شیوه‌ای جز همان شیوه عرف را برنگزیده است [همان].

به هر ترتیب، این همنوایی در رد تسامحات عرفی، برخی را بر آن داشته تا ادعان دارند که اختلاف بزرگان در تعامل با نصوص به روش مسامحه عرفی یا دقت عقلی اختلاف جوهری نیست و باید مصادیق را به احراز عرفی دقیق و به دور از مسامحه عرفی ساده و برهان عقلی دقیق و پیچیده بدست آورد. [۱۶، ص ۲۷۱] در حالیکه دقت در عبارات نافی چنین رأیی بوده و حاکی از این است که نزاع حقیقی در مسأله، تطبیق بر سر تعیین طریقی معیار جهت دستیابی به واقع و حقیقت مصادق‌های خارجی است. در واقع در هر دو دیدگاه، فهم و درک واقع در عالم خارج هدف می‌باشد؛ لیکن منشا اختلاف در پذیرش دو شیوه متفاوت در دستیابی به این هدف، به علت تفاوت در نگرش عقلی و یا عرفی در تعیین و تعریف واقع موضوعات و مصادیق حقیقی آنهاست. امام خمینی(ره) معیار حقیقت را عرفی می‌داند و نه عقلی و بر همین مبنا شیوه‌ای که عرف را در تعیین مصادق حقیقی معیار قرار می‌دهد، برمی‌گزیند و با تاکید بر دقت عرفی، رجوع به تسامحات عرفی را منتج به مصادیق غیرحقیقی می‌داند. اما در دیدگاه مقابل، تعیین مصادیق حقیقی و به عبارتی واقع موضوعات، با رویکردی عقلی تعریف می‌شود که عرف با مسامحات خود از درک آن عاجز است.

### ب - مرجعیت عرف در تطبیق در قلمرو حقوق کیفری

در دانش حقوق و از جمله حقوق کیفری، جعل قوانین در قالب قضایای حقیقیه و ظهور آنها در گزاره‌های شرطی است که در این نوع از گزاره‌های شرطی، اثبات مقدم و تالی ضروری است. اثبات مقدم در نصوص قانونی به معنای اثبات موضوع حکم می‌باشد که مرجع‌شناسی در خصوص فهم انتزاعی مفهوم آن، تنها گام اول در تحقق این هدف بوده و منصرف از ظهور و تعیین خارجی مفاهیم می‌باشد. اما در گام بعد عینیت و فعلیت

۱. قد یکون بین المتکلم و المخاطب فی عرف التخاطب و تعارف التکلم بعض المسامحات التي تكون مغفولة عنها لديهم حال التکلم و يحتاج التوجه اليها الى زيادة نظر و دقة و مع الدقة و النظرة الثانية يتوجه المتکلم و المخاطب الى التسامح ففي مثل ذلك يكون المعنى المتفاهم ابتداءً موضوعاً للحکم.

مفاهیم در عالم خارج، موجب اثبات واقعی و خارجی موضوع و نهایتاً حمل تالی گزاره‌های شرطی یعنی حکم بر موضوع، خواهد بود. با این حال اکثریت قریب به اتفاق حقوقدانان به این بحث ورود ننموده و از اهمیت اساسی نقش عرف در این حوزه از حقوق غافل مانده‌اند. عدم ورود قانونگذار به حوزه‌ی تطبیق مفاهیم عرفی و عدم ردع چنین مرجعی را می‌توان دلیل بر اعتماد وی بر توانایی و شناخت عرف در این حوزه تلقی نمود و بر همین مبنا بر خروج دقت‌های کارشناسانه و تخصصی حقوقی که عموم مردم از درک آن عاجزند، حکم نمود.

الف) خواه در امور تکوینی و خواه در مفاهیم انتزاعی و اعتباری، مسامحات قرین دائمی داورهای عمومی نمی‌باشد. از دیگر سو حتی در مواردی که اعمال این تسامح از سوی عرف آشکار است، عدم تصریح به تخطئه آن از سوی مقام قانونگذار با ابداع شیوه جدید، قرینه‌ای است بر این مدعا که این تسامحات قبیح و مورد اعراض مقنن نمی‌باشد. قاعدهٔ *أَنَّ الْأَحْكَامَ تَدْوَرُ مَدَارَ الْأَسْمَاءِ لَا الْحَقَائِقِ* [۹، ج ۹، ص ۱۴] قاعده‌ای مشهور در بین اصولیین بوده و به این معنی است که احکام تابع و دائر مدار اسماء موضوع و مفاهیم ماخوذ در نص می‌باشد و نه حقائق علمی محض. طبق این قاعده احکام بر مدار واقعیات نمی‌باشد لذا در غیر مواردی که مقنن تصریح بر دوران حکم بر مدار حقیقت موضوع نموده است، اسماء طریق علم به مسمیات بوده و تعلق احکام بر مسمیات عرفی اسماء ثابت است.<sup>۱</sup> به همین دلیل است که "چنانچه اشتباه غیرقابل فهم عرف موجب صدق و تسمیهٔ عرفی عنوان بر مفهوم برخلاف حقیقت و واقع آن شود، حکم نیز دائر مدار آن ثابت می‌شود."<sup>۲</sup> بر همین مبنا می‌توان همسو با نظر امام خمینی (ره) و سایر مدافعین از این نظر، آنچه را که در استنباط از احکام ثبوتاً و اثباتاً اهمیت دارد، واقعیت و حقیقت عرفی موضوعات تلقی نمود و نه حقیقت عقلی و برهانی مثبت آن در عالم خارج.

از آنجایی که لازمه‌ی تبعیت احکام اعم از شرعی و قانونی، فهم احکام از سوی مکلفین و مخاطبین در درجهٔ نخست است و پذیرش مرجعیت عرف در مفهوم‌شناسی نیز متبع از چنین الزامی است، و با عنایت بر اینکه عرف بر پایهٔ دقت‌های عقلی و فلسفی بنا نشده است، لذا تنها طریق حصول این هدف، اعتنا به فهم مخاطبین در هر دو حوزهٔ مفاهیم و مصادیق، در مواضع سکوت شارع/مقنن است.

۱. إنما لم يعرفوه بتعريفه الحقيقي لأنه لا غرض يتعلق للفقیه بذلك لانحصار غرضه بالحكم الشرعی الدائر مدار صدق الاسم عرفاً.

۲. و لیعلم انه لا ینافی دوران الحكم مدار الصدق وقوع الاشتباه فی بعض المقامات، فإنه قد ینصدق لفظ الماء علی ما لیس بماء فی الواقع لو علم بحاله.

ب) عرف، آگاه از تسامحات خویش می‌باشد و به همین دلیل در بسیاری موارد با کشف مناسبات ارتکازی بین نص و موضوع و با عنایت به اهمیت موضوع و قیود و متعلقات حکم، از تسامح اجتناب نموده و دقت‌های لازم در تعیین مصداق را روا می‌دارد، بدون آنکه نیاز به رد این مرجعیت و پذیرش میزان براهین و دقت‌های عقلانی باشد. ساده‌انگاری است چنانچه اندیشه‌های متعارض، در معنای انفکاک عقلانیت از عرف تعبیر شود؛ زیرا آنگونه که ذکر شد، مرجع در استنباط و فهم قوانین شرعی یا قانونی، فهم یا بنای گفتاری یا کرداری مستمر مردم است که مورد اعراض یا تعرض قانونگذار واقع نگشته است و تصور خالی بودن این عرف مؤید، از عقلانیت، فرضی غیرعقلانی است. به همین علت است که می‌توان با تاکید بر دقت عرفی در کارآیی انطباق، بر تمام اشکالات متعرضان به این کارایی فائق آمد و به پذیرش نهاد دیگری چون موازین عقلی و برهانی غیرقابل فهم برای غالب مخاطبین قانون، حکم نکرد.

به‌طور خلاصه، می‌توان گفت عرف بر مبنای ظاهر دلیل و مناسبات ارتکازی بین حکم و مفاهیم و متعلقات آن، اهمیت لزوم اعمال دقت یا عدم اهمیت آن را درک نموده و قانونگذار نیز با سکوت خود بر این داوری عرفی اعتماد نموده و آن را پذیرفته است درحالی‌که در بسیاری از امور حقوقی عرف با عنایت به قرائن و شواهد، لحاظ معنای مسامحی را بعید ندانسته و استماع ایراد به آن را رد می‌نماید. به عنوان مثال در مواردی چون قانون مبارزه با مواد مخدر، تولید و یا توزیع مواد مخدری چون هروئین، مجازات‌های سنگینی اعم از حبس و اعدام در پی دارد (ماده ۸ قانون مبارزه با مواد مخدر). بالاتر دید، فهم ارتکازی عرف در این موضع و در مقام قضاوت، کوچکترین مسامحه‌ای را در توزین و سنجش دقیق و عقلی این مواد به خود راه نداده و عدول از نگاه دقیق و تیزبین را جایز نمی‌شمرد.

بر این اساس در مواد قانونی و نصوص لازم‌الاجرای حقوق کیفری، آن چه از مرجعیت عرف در مصداق‌یابی مدنظر است، عرف اهل نظر و دقت می‌باشد. چراکه حقوق کیفری قرابت دائمی با حقوق افراد و جامعه داشته و کوچک‌ترین تسامح ناآگاهانه در آن می‌تواند منجر به تضییع حقوق متهم، قربانی یا جامعه شود. لیکن اثبات این امر و بالاخص توجه به حقوق متهم، خود دلیلی است بر اثبات مرجعیت عرف و خصوصاً عرفی که متهم از آن برخاسته است، چراکه وی قانون را با چنین فهمی درک کرده است و با تمسک به نظرات چنین عرفی است که می‌توان وی را عادلانه و بر اساس موازین قانونی

قضاوت نمود. این دقت‌های عرفی است که بدون نیاز به دقت‌های تخصصی خارج از فهم و یا توجه عمومی، توان احراز مصادیق واقعی را دارند. عرف در حیطة حقوق کیفری، با توجه به جمیع مسائل حائز اهمیت بدون نیاز به تفکیک امور واقعی و انتزاعی، حساسیت مصداقی‌یابی دقیق را درک نموده و در غالب موارد تسامح را جایز نمی‌شمارد و آگاهانه از آن اعراض می‌نماید. به عنوان مثال هرچند فردی که چند ماه تا ۱۵ سال کامل فرصت دارد، در لسان عمومی ۱۵ ساله محسوب می‌شود؛ لیکن همین عرف چنانچه در قانون حدود سن ۱۵ سال، برای ثبوت حکمی خاص بر فرد تعیین شده باشد، تسامح را روا ندانسته و احراز دقیق روزهای مانده را نیز واجب می‌داند.

همانگونه که می‌توان در موضوعات احکام شرعی، دوگانه ماهیات مخترعه و ماهیات غیرمخترعه را تصویر نمود، با الهام از این بحث مهم دانش اصول می‌توان موضوعات احکام در حقوق کیفری را به صورت کلی به دو دسته تقسیم کرد:

۱. دسته اول موضوعاتی هستند که قانونگذار خود در تعریف آنها دخالت داشته و اقدام به تعریف آنها کرده است؛ مانند معاونت در جرم، که خود در ماده ۱۲۶ به تعریف و مصادیق آن پرداخته است؛ یا موضوع قاچاق که در ماده ۱ و ۲ قانون مبارزه با قاچاق به تعریف آن اقدام کرده است. همچنین اموری مانند شروع به جرم موضوع ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی و واژه مستهجن و مبتذل موضوع تبصره‌های ۱ و ۴ ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای. در این موارد قانونگذار با بیان خویش، حقیقتی قانونی را وضع نموده است.

۲. دسته دوم، اموری هستند که قانونگذار به تعریف آنها اقدام نکرده است، بلکه حکم را به صورت کلی بر مفهومی بار کرده ولی آن مفهوم و درک از آن مفهوم را به عرف واگذار کرده است مانند آلت قمار موضوع ماده ۷۰۲ بخش تعزیرات و اسلحه موضوع ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی.

در خصوص دسته دوم یعنی ماهیات و موضوعاتی که قانونگذار خود نسبت به آنها جعل و وضع خاصی را مدنظر قرار نداده است، می‌توان قائل به تفصیل شد؛

به این بیان که در خصوص این دسته از مفاهیم که اصل مفهوم نیز امری عرفی است برخی از مفاهیم اساساً در مورد آنها امکان مصداق‌شناسی عقلی و دقت عقلی وجود ندارد بلکه اساساً مصداق‌شناسی این موارد نیز امری عرفی است و گریزی از این امر وجود ندارد. در بحث توهین (موضوع ماده ۶۰۸ بخش تعزیرات)، جریحه‌دار شدن عفت عمومی (موضوع ماده ۶۳۸ بخش تعزیرات)، دعوت به فساد (موضوع ماده ۶۳۹ بخش

تعزیرات)، تبلیغ علیه نظام (موضوع ماده ۵۰۰ بخش تعزیرات)، مزاحمت (موضوع ماده ۶۱۹ و ۶۴۱ بخش تعزیرات)، تشکیل یا عضویت در سازمان یا گروه مخالف نظام (موضوع مواد ۴۹۸ و ۴۹۹ بخش تعزیرات)، تهدید (موضوع ماده ۶۶۸ بخش تعزیرات)، رابطه (موضوع ماده ۶۳۷ بخش تعزیرات)، اخلال در نظم و آسایش و آرامش عمومی (موضوع ماده ۶۱۸ بخش تعزیرات) نمی‌توان به دقت عقلی تمسک کرد؛ چرا که در این موارد، اساساً دقت عقلی هیچ جایگاهی ندارد و در این موارد تنها می‌توان به عرف، برای شناخت موضوع پناه برد. به اعتقاد نگارندگان در چنین مواردی، اساساً قضاوت عرفی متعین است و رویکرد عقل‌محوری در مصادق‌شناسی، سالبه به انتفاء موضوع است. در مورد این دسته از موضوعات مشکل اصلی آن است که قاضی، خود را معیار عرف تلقی نماید و برداشت خویش را به عنوان عرف بر قانون و محکوم تحمیل نماید؛ کما اینکه در موارد بسیاری در رویه عملی دادگاه‌ها، چنین مسیر خطایی منشأ مشکلات فراوان شده است.

دسته دوم، اموری هستند که در خصوص آنها می‌توان به دقت عقلی و برخی دیگر ابزارها مانند مراجعه به نظر کارشناس متمسک شد؛ مانند بررسی رابطه استناد در قتل، میزان مشارکت افراد در جنایت (ذیل ماده ۵۲۶ ق.م.ا)، خالص‌سازی مواد مخدر کشف شده از متهم و صدمه وارد شدن به امنیت ملی (موضوع ماده ۵۰۲ بخش تعزیرات). در خصوص این موارد نیز با توجه به مباحثی که در خصوص مبانی بحث مصادق‌شناسی مطرح شد کماکان محوریت با عرف است؛ یعنی در این موارد نیز قاضی باید با توجه به نظر عرف در خصوص این امر تصمیم‌گیری نماید که حادثه مستند به کدام عامل است و یا آیا مشارکت در جرم تحقق یافته است یا خیر و یا چه میزان مواد مخدر کشف شده است.

### ج- لازمه عملی مرجعیت عرف در مصادق‌شناسی در حقوق کیفری

پس از اثبات نظری مرجعیت عرف در هر دو زمینه مصادق‌شناسی علاوه بر مرحله مفهوم‌شناسی، باید به پرسش‌های زیر پاسخ داد؛ با عنایت به معطوف بودن احکام قضایی به واقعیت‌ها و عینیت‌های خارجی و به تعبیری مصادق‌های واقعی موضوعات احکام، آیا در راستای صدور این احکام، فهم عرفی مقام قضا و تشخیص عرف از جانب وی ملاک می‌باشد؟ با توجه به آمیخته شدن ذهن قضات به مسائل غیرعرفی به اقتضای حساسیت شغل ایشان، چه ضمانتی در جهت لحاظ داوری عرف در قضاوت نهایی محکمه وجود دارد؟ اگر در تطبیق عنوانی خاص بر یک مصادق، تردید حاصل شد راهکار عملی در

اینگونه مشتبهات چیست؟ چنانچه فهم از نص، تعبیر یا الفاظ آن در مناطق مختلف متفاوت بود، عرف معیار در جهت حفظ حقوق متهمین کدام است؟

بدیهی است که صرف صراحت ادبی متون قانون کیفری، در بسیاری از موارد، ملازمه‌ای با درستی در تشخیص واقعیت و صحت انطباق مفهوم بر موضوع ندارد و چه بسا ممکن است در میان مصادیق مختلف، دادرس اشتباه کرده و امری را مصداق بداند در حالی که آن امر مصداق آن مفهوم نیست. به عبارت دیگر دادرس ضمن فهم مفهوم، در برابرسازی مفهوم بر مصداق واقعی آن، دچار اشتباه شود.

از آن جهت که مخاطب خطابات قانونی، عموم مردم هستند، در تفسیر مفاهیم و استنباط از آن، فهم عرف میزان قرار خواهد گرفت و حمل به معانی دقیق و تخصصی بدون تعریف، تحدید و توسیع مفهومی از سوی قانونگذار جایز نیست. ترتب حکم بر معانی عرفی و بر مبنای اصول و قواعد محاوره‌ی عرفی، تالی پرهیز از اختلاط بین مفاهیم عقلی و تخصصی عمیق که بیرون از فهم عرف است را در پی دارد. لذا بایسته است تا قاضی محکمه با رعایت کامل احکام کیفری برای اجرای عدالت، پس از رسیدن به اطمینان عرفی به انشای رای پردازد. لذا در مقام قضاوت، فردی که عرفیات او قوی‌تر است، به قضاوت شایسته‌تر است. مقام قضا از یک سو برهان و استدلال منطقی بر پایه قواعد و قوانین حقوقی را سرلوحه خویش قرار می‌دهد و از دیگر سو احتیاط لازم را روا داشته تا از مذاق فهم عرف فاصله نگرفته و برای درک مرتکبات عرفی، حساسیت لازم را به کار برد، بدون آنکه پرداختن به یکی از این دو جنبه موجب غفلت از دیگری گشته و نهایتاً انحراف از مسیر صدور حکم مطلوب را موجب گردد.

اما سوال اینجاست که با چه میزان و معیاری می‌توان توجه قاضی به این دو جنبه در صدور حکم را احراز نمود؟ به دیگر بیان پس از اثبات لزوم انشای حکم متأثر از این دو جنبه، در نظام کیفری ایران چه ضمانت اجرایی جهت الزام توجه به آنها در دست می‌باشد؟ آیا همانگونه که احتمال نقض رای در مراجع بالاتر در بسیاری موارد به دلیل اخلال در استدلالات حقوقی و عدم انعکاس به واقع آراء از نصوص قانونی وجود دارد،

چنین ضمانتی در خصوص عدم توجه ایشان به الزامات عرفی نیز به چشم می‌خورد؟ افزون بر آنچه آمد، در بحث از قضایای حقیقیه که مواد قانونی در قالب آن تبلور یافته است، بیان شد که این گزاره‌ها، گزاره‌های شرطی هستند که پس از اثبات مقدم و تالی آنها، اثبات تحقق شروط عرفی و موضوعات در خارج و عالم واقع در صورتیکه مبتنی بر مفاهیمی عرف نباشد، معتبر نخواهد بود. از دیگر سو، ذکر شد که اطلاق



لفظی موضوع و عنوان، شامل مصادیق عرفی آن در زمان و مکان مورد بحث می‌باشد. تاکید بر دو عنصر زمان و مکان از این جهت است که ممکن است در دو منطقه، مفهوم ذیل یک لفظ و متعاقب آن مصادیقش متفاوت باشد و یا مفهومی ماهیتاً روشن باشد؛ لیکن از لحاظ تحقق خارجی در مناطق مختلف، متفاوت شود. زیرا عناصر زمان و مکان با تاثیر در صدق عرفی موضوعات و متعلقات احکام کیفری، در این احکام نیز تاثیر غیرمستقیم می‌گذارد. بر این اساس نه تنها توجه به فهم، شیوه و بنای عمومی لازم می‌آید بلکه توجه خاص به محیط محل وقوع جرم نیز اهمیت می‌یابد.

بعید نیست که افراد حاضر در منصب قضا به دلیل اشتغال به مباحث حقوقی و برهان‌های عقلی، ذهن عرفی ضعیفی داشته و با استدلالات حقوقی و اصولی صرف و برداشت‌های تخصصی از متون قانونی، از دو جنبه‌ای که فوقاً برای صدور رای لازم دانسته شد، تنها به یک جنبه پرداخته و از توجه به دیگری غفلت ورزند. در حالیکه تفصیلاً بیان شد که برای فهم غالب موضوعات و متعلقات مأخوذ در نصوص قانونی و استنباط از آن، کشف برداشت عرف از این مفاهیم ضروری است. هرچند مقام قضا به عنوان احد از عرف می‌باشد لیکن باز توقف از اظهار نظر شخصی قضات، به صلاح است زیرا چه بسا قضات به ضرورت آشنایی به فرهنگ عرف و متفاهمات عرفی واقف باشند لیکن فهم ایشان به علت ممارست دائم با مباحث تخصصی حقوقی و قضایی با فهم ساده عرفی تفاوت می‌کند فلذا این فهم را نمی‌توان نماینده فهم عرف انگاشت و از دیگر سو به علت احتمال ملحق نبودن به عرف خاصی که متهم از آن برخاسته است، در معرض نادیده انگاشتن حقوق افراد و بالتبع خطای در قضاوت می‌باشند.

بر طبق این مبانی قضاوت نهایی باید با تمسک به عرف محیط همسان افراد در معرض قضاوت و عرفی که در معرض آموزه‌های خاص واقع نشده است، صورت پذیرد زیرا تنها این گروه هستند که در تعیین معنا و مفهوم و تبادر آن از حاق واقع لفظ، داوری صحیح دارند.

همچنین در تعریف و تبیین واژه‌ی عرف، عناصری چون ارزش‌های اخلاقی، فرهنگی و شرعی خاص به نحو ایجابی ثابت نمی‌باشد حال آنکه شرائط علمی و اجتماعی خاص برای نصب مقام قضا در دستگاه قضایی ایران سبب شده است که چنین افرادی به اطلاق، در حدس و برداشت خود از نصوص، در مظان اتهام عدم درک به واقع از مفاهیم عرفی و آمیختن مباحث غیرعرفی با چنین موضوعاتی گردند.

نهایتاً، باید اذعان داشت که لزوم عدم خلط موضع حقوقی، اخلاقی و ارزشی خاص

در تعیین ضابطه برای تشخیص مفاهیم و مصادیق و جلوگیری از احتمال آن در داوری نهایی قضا، توجه به نهادی متقن در صدور رای را توجیه می‌نماید.

موخره منطقی این مقدمات، تاسیس نهادی مردمی و غیرقضایی است که برای مصلحت دوسویه رعایت حقوق متهم و بزه‌دیده، و همچنین به عنوان سنجه‌ای در جهت ارزیابی گفتار آنان به طور قطعی و جزمی در قضاوت قضایی قضا مدد رسان بوده و به عنوان زبان گویای عرف خاستگاه افراد مورد قضاوت، به تنویر افکار، مفاهیمات و بناهای عرفی‌ای بپردازد که فهم آنان برای صدور رأی عادلانه الزامی است. یگانه مرجعی که قادر است بدون خطا، تلقی صحیحی از ارتکازات ذهنی یا شیوه رفتاری عرف و مخاطبین قانون ارائه دهد، افرادی از طیف عرف شخص مورد قضاوت واقع شده می‌باشند. تاکید بر عرف همسان فرد همانطور که گفته شد به این علت است که گاه قضاوت عرف به تناسب تفاوت محیط، موقعیت اجتماعی، فرهنگی، علمی و شغلی افراد تغییر می‌یابد و از آنجاییکه مصداق موضوع و متعلقات احکام قانونی متأثر از زمان و مکان و شرائط است، رأی و داوری عرف یک زمان و مکان قابل تعمیم به تمام مکان‌ها و زمان‌ها نمی‌باشد، لذا بهتر است تا از میان عرف همسان با متهم، هیئتی برای مساعدت، شناخت و داوری عرفی در دادگاه حاضر شود؛ زیرا تطور مناسبات اجتماعی و فرهنگی در مناطق مختلف منجر به تغییر دیدگاه‌های عرفی می‌شود. به دیگر بیان تفاوت عرف‌ها، ممکن است عاملی شود تا استظهارات مختلفی از فهم عرف صورت پذیرد، لذا تجمع افراد متعارفی از عرف محل سکونت متهم، در تبیین صحیح‌ترین استظهار، کارساز خواهد بود.

این محدوده از وظایف برای ثبت یک نهاد عمومی در مسیر قضاوت عادلانه مقام قضا، امری عقلایی است که با موازین شرعی و قانونی و استقلال قضایی موجود تنافی و تضادی پیدا نخواهد کرد. چراکه این هیأت شأن قضایی نداشته و بدون دخالت در تشخیص حکم نهایی، تنها به موضوع‌شناسی و مصداق‌شناسی اظهار نظر می‌نماید که نقش عرف در تبیین آن به اثبات رسید. در برخی کتب فقهی نیز با عنایت به این موضوع آمده است: "شایسته است از اهل شهر کسانی را برگزینند که در امور مورد نیاز منطقه از ایشان یاری گیرد"<sup>۱</sup> [۱۰، ص ۷۲].

ویژگی اصلی این هیأت، ترکیب آن از افرادی عادی جامعه است که سمت قضایی ندارند و در حقیقت برآیند نظرات عرفی در موضوعی مشخص هستند. هدف اصلی از

۱. فالمستحبه ان یطلب من اهل ولايته من یساله عما یحتاج الیه فی امور بلده.

تأسیس این هیأت، کشف واقعیت و کاهش احتمال خطا و اشتباه در دادرسی است. تشخیص این نهاد در جهت کشف واقع، از مطمئن‌ترین راه‌ها و از امن‌ترین ابزارها در تعیین مصداق خارجی مفاهیم عرفی است که موجب حصول اطمینان قاضی از جهت دستیابی بر داوری عرف می‌شود. از سوی دیگر مشارکت افراد عمومی در آرای محاکم، سیمای عادلانه‌تری از سیستم قضایی ترسیم نموده و از جمود و خشکی آرای قضایی متکی بر تجزیه و تحلیل حقوقی صرف، می‌کاهد. قضاوت بر پایهٔ چنین بنیانی، بالاترین سبب اعتماد عمومی و اقل‌ترین محکومین خواهد گشت. چه این که نظر به حضور پررنگ مردم در دادرسی، هیچ کس نخواهد توانست با ادعای عدم فهم قضات از شرایط و موقعیت وی، صحت حکم را نشانه رود.

این هیئت جایگاهی مشورتی برای دادگاه داشته و نظراتش صرفاً کاشف از سطح فکر عرف بوده و قاضی را در استنباط و داوری عرفی صحیح از نص یاری می‌رساند. در این راستا تنها در محدودهٔ ثابت شدهٔ مرجعیت عرف، با واکاوی عناصر مفاهیم عرفی و ملزومات آن با بررسی ارتکازات عرفی و نمونه‌های روشن رفتارهای عمومی به احراز نظر عرف می‌پردازد. البته شایان ذکر است که لحاظ جنبهٔ مشورتی برای هیأت مذکور، نباید همچون نظرات مشورتی ادارهٔ حقوقی قوه قضائیه، تصور عدم الزام به تبعیت دادگاه از نظرات اعضا را ایجاد نماید؛ چرا که در بیان کارایی عرف در حقوق کیفری، همواره به الزام‌آوری تبعیت از آن در صدور حکم تأکید شد. در نتیجه اعتبار رأی این هیئت مشروط و منوط به تایید مقام قضا نبوده و دادگاه برای تضمین حقوق افراد ملزم به ارجاع و پذیرش آن است، مگر در مواردی که تکرر آراء میان افراد مانع از انعقاد یقین شود که در این صورت نیز تدابیری چون انتخاب اتفافی<sup>۱</sup> و دعوت از گروهی دیگر از افراد عرف می‌تواند راهکار باشد.

به این ترتیب، در عین مشارکت مردمی و جلب اعتماد عمومی در خصوص آراء صادره، سرنوشت دادرسی و حق اظهارنظر مستقیم در ثبوت یا اثبات جرم، به دست اشخاص غیرمتخصص که گاه از درک پیچیدگی‌های پرونده عاجزند، قرار نمی‌گیرد. در واقع این تشخیص مقام قضاست که با انطباق یا عدم انطباق عنصر قانونی بر رفتار متهم

۱. بایسته است تا انتخاب اعضای هیأت، از طریق سیستم قرعه‌کشی از میان حائزان شرایط صورت پذیرد تا هدف از تأسیس این نهاد که همانا مشارکت واقعی مردم در دادرسی و دستیابی به نظر واقعی عرف است، حاصل آید.

و تشخیص این که عمل وی جرم است یا نه به تصمیم‌گیری می‌پردازد. اما مقدمه تطبیق موضوع بر حکم که برعهده مقام قضاست، احراز موضوع، متعلقات، قیود و شرایطی که مقدمه چنین تطبیقی می‌باشد، در غالب موارد امری عرفی است. به دیگر بیان تشخیص مجرمیت به هیچ وجه با هیأت مذکور نمی‌باشد چراکه بدیهی است عرف به دلیل عدم آشنایی با قیود، شرائط و اجزای دقیق تعابیر و فهم تخصصی احکام قانونی، در تشخیص نهایی رأی متحیر خواهد گشت. این حیطة از وظایف، سبب دوری از انتقاداتی احتمالی مبنی بر عدم جواز تبعیت قاضی مجتهد از جمع غیرمجتهد در سیستم قضایی اسلامی می‌گردد. زیرا اولاً بررسی سوابق فقهی حکایت از این داشت که این قسم تبعیت از عرف در میان فقها امری پذیرفته شده است. ثانیاً با عنایت به این که این نهاد، تصمیم‌گیری قضایی نمی‌نماید چنین ایرادی از اساس قابل طرح نیست.

### نتیجه

نقش عرف در تکوین و تقویم عناصر تشکیل‌دهنده جرم با توجه به کارایی موجه آن بر طبق قواعد عقلی پذیرفته شده در دانش اصول فقه - به عنوان منبعی اصلی و الزامی در حقوق کیفری - ارجاع به آن را در مواردی که تبعیت از آن لازم می‌آید، در ذیل قواعد امری قرار می‌دهد. به نحوی که عدم استناد به این منبع در موارد مذکور، حکم صادره از دادگاه را با اشکال مواجه نموده و عاملی در جهت اعتراض به حکم و نقض آن در مراجع تجدید نظر خواهد شد. تحلیل کارآیی وسیع عرف در عمل، در میان انبوه متون حقوقی و جزایی، مورد غفلت واقع گشته و همین امر توجیه توجه به آن را در سیستم قضایی کشور تا حد زیادی با دشواری روبه رو ساخته است. درحالیکه اهمیت موضوع به حدی است که عدم توجه به آن خصوصاً در امور کیفری، تهدیدی می‌شود علیه حقوق افرادی که مورد قضاوت قرار گرفته‌اند. چرا که بی‌اعتنایی تحلیل‌های نظری حوزه حقوق کیفری ماهوی در عمل، پیش‌بینی و خواست هرگونه تغییری در فرآیند دادرسی فعلی را بیپوده و لغو می‌نماید.

جایگاه عرف در تعیین و تنقیح موضوع و متعلق نصوص قانونی، حوزه بحثی است که غالباً در نوشته‌های حقوقدانان، از بحث تطبیق و برابرسازی مفاهیم بر مصادیق خارجی آن، تفکیک نشده است. به همین دلیل پس از اثبات نقش عرف در حقوق کیفری به دلیل حجم بالای موارد الزامی رجوع به آن، نه تنها احراز نظر عرف در چنین مواردی،

اموری در اختیار دادرسان نمی‌باشد بلکه از استلزامات عملی پذیرش این مرجعیت، مشارکت مردمی در دادرسی‌های کیفری جهت کشف ارتکازات ذهنی عرف در ارتباط با اموری است که قانون در ایجاد عنوان و معنوی آنها هیچ دخالتی نداشته است. بی‌تردید یگانه راهبرد هماهنگی رای قاضی با معیارهای عرفی در تطبیق مفاهیم، اختیار عملی تعیین و تامین نظر عرف با توسل به خود عرف، از خلال پذیرش یک نهاد مردمی برای همکاری با قضات در امر دادرسی و در جهت حصول به هر چیزی است که مرجعیت عرف در آن از لحاظ نظری محرز دانسته شده است. به دیگر بیان ضمن تاکید بر انفکاک عملیات موضوع‌شناسی و مصادق‌یابی و اثبات کارایی مهمی از عرف در خصوص انطباق مفاهیم بر مصادیق، انطباقات عرفی تنها سنجه هماهنگی رای قاضی با اخلاق عمومی و فرهنگ عامه مردم در راستای تامین عدالت قضایی، عنوان شده است. چه اینکه کشف نظر عرف در تبیین مفهوم و مصادق تعابیر عرفی مقنن در نصوص کیفری، تنها از رهگذر استقراء و آمارگیری علمی میسر است، نه مراجعه صرف به ذهنیات شخصی و خصوصی قضات که چه بسا در اثر ممارست با امور ذهنی و تجربیدی برخاسته از مفاهیم مجرد حقوقی، از فهم عرفی زمان خویش فاصله گرفته است. تاسیس نهادی متشکل از اقشار جامعه که در دادرسی حضور می‌یابند نه تنها احتمال خطای دادرس در تشخیص موضوع را بعید می‌نماید بلکه به علت مشارکت عمومی نارضایتی و ابهاماتی و اتهامات بالقوه را مرتفع سازد.

## منابع

- [۱]. آملی، میرزا محمد تقی (۱۳۸۰ ه.ق). *مصباح الهمدی فی شرح العروة الوثقی*، تهران، مولف.
- [۲]. برهانی، محسن و عطیه پارسائیان (۱۳۹۲). "عرف و مولفه‌های قانونی و مادی تشکیل‌دهنده پدیده‌ی مجرمانه"، *حقوق اسلامی*، قم، سال ۱۰، شماره ۳۶، بهار، صص ۱۴۷-۱۷۲.
- [۳]. — (۱۳۹۲). "نقش عرف در تحلیل مولفه‌ی روانی جرم و عوامل زوال مسئولیت کیفری"، *پژوهشهای حقوق جزا و جرم‌شناسی*، تهران، دوره ۱، شماره ۲، پاییز و زمستان، صص ۱۱۱-۱۳۳.
- [۴]. بروجردی، سیدحسین (۱۴۱۲ ه.ق). *الحاشیه علی کفایه الاصول*، قم، انصاریان.
- [۵]. تبریزی، جواد (۱۳۷۸). *استفتائات جدید*، قم، سرو.
- [۶]. الجبعی العاملی (شهیدثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ ه.ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، دآوری، قم.
- [۷]. حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۴). مرجع احراز موضوع قانون با تاکید بر شرکت در قتل، *مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، شیراز، دوره ۷، شماره ۱۱، بهار، صص ۹۹-۱۲۳.

- [۸]. حکیم، سید محسن (بی تا). *نهج الفقاهة*، قم، انتشارات ۲۲ بهمن.
- [۹]. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۶ ه.ق). *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مؤسسه دار التفسیر.
- [۱۰]. حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ه.ق). *شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۱۱]. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم (۱۴۰۹ ه.ق). *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل بیت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- [۱۲]. خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۸۵). *الرسائل*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- [۱۳]. \_\_\_\_\_ (۱۳۶۸). *کتاب البیع*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- [۱۴]. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ ه.ق). *محاضرات فی اصول الفقه*، انصاریان، قم، انصاریان.
- [۱۵]. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۸ ه.ق). *التنقیح فی شرح العروة الوثقی*، قم، لطفی.
- [۱۶]. ساعدی، جعفر، نقش عرف و سیره در استنباط احکام نزد شیعه، *فصلنامه تخصص فقه اهل بیت*، شماره ۴۵، ۱۳۸۵، قم.
- [۱۷]. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ ه.ق). *کتاب نکاح*، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- [۱۸]. صدر، سید محمدباقر (۱۳۸۴). *بحوث فی علم الاصول*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
- [۱۹]. عراقی، ضیاء الدین (۱۴۱۷ ه.ق). *نهاية الافکار*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۲۰]. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸). *فقه و عرف*، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- [۲۱]. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۹). *استفتائات جدید*، قم، مدرسه الامام علی بن ابیطالب.
- [۲۲]. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۶). *فوائد الاصول*، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۲۳]. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ه.ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، لبنان، دار إحياء التراث العربی.