

## فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل (علمی - پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی)

سال سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

صفحات: ۲۰۵-۲۳۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۳/۱۹؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۰۶/۱۱



### جلوه‌هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با

### رویکرد به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

محسن موحدی فرد<sup>۱</sup>، منصور رحمدل<sup>۲\*</sup>، محمدجعفر ساعد<sup>۳</sup>

#### چکیده

بعضی از حقوقدانان معتقدند که اصلی‌ترین مانع در برابر نفوذ عرف در حقوق کیفری، قبول اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است. بنابراین نقش و جایگاه عرف در حقوق کیفری را کم اهمیت جلوه داده یا نادیده انگاشته‌اند. اما عرف هم در مرحله تقنین مقررات کیفری و هم در مرحله اجرای مقررات نقش بسزایی دارد. با دقت در نحوه تقنین مقررات کیفری و متون قانونی ثابت می‌شود که یکی از مهمترین منابع حقوق کیفری عرف می‌باشد. عرف خود نتیجه یک عملکرد هنجاری است که با پیشرفت اجتماعات بشری تبدیل به قانون گشته است. بنابراین نمیتوان گفت عرف در زمان خلاء قانونگذاری وجود داشته است، بلکه خود قانون بوده آن هم به صورت نانوشته. عرف یا مستقیماً مورد ارجاع قانونگذار قرار می‌گیرد یا حقوقدانان در تفهیم بعضی مقررات و اصطلاحات ملزم به رجوع به عرف می‌گردند. با شروع انقلاب اسلامی اکثر قوانین کیفری تحت تاثیر نظام حاکم و مقررات اسلامی و شرعی قرار گرفت، اما در زمینه برخی مسائل مربوط به مجازات‌های غیر عرفی این همگرایی اخیراً به چشم می‌خورد که می‌تواند ناشی از تفاهم مبنایی در موضوعات مطرح شده در این اسناد و رویکردهای سیاسی متفاوت نسبت به موضوعات غیر عرفی و شرعی باشد.

**واژگان کلیدی:** عرف، قانونگذاری کیفری، عرف تقنینی و عرف قضایی، جامعه، قانون مجازات اسلامی.

\* دانشجوی دکتری تخصصی، گروه حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

\*\* استادیار گروه حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

نویسنده مسئول: M\_rahmdel@yahoo.com

\*\*\* استادیار گروه حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

## مقدمه

عرف در مرحله قبل از تدوین قوانین کیفری مهمترین منبع برای قانونگذاری می‌باشد و به عبارت دیگر به علت تأثیر عرف در تشخیص شدت و ضعف و قباحت اعمال و رفتار انسان‌ها در یک جامعه، قانونگذار با کمک آن اعمالی را که از نظر افکار عمومی جامعه داخلی یا بین‌المللی به حدی است که بایستی از ارتکاب آنها جلوگیری شود تحت عنوان عمل مجرمانه قابل مجازات می‌داند. با این حال آنچه مورد نظر اکثریت قریب به اتفاق حقوقدانان می‌باشد این است که عرف در مسائل کیفری نمی‌تواند به عنوان منبعی در کنار منابع قانونی یا فقهی به صورت مجزا، مستند تعقیب کیفری و یا محکومیت قرار گیرد. (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۴۳) و (نوربها، ۱۳۸۶: ۴۵) و (باهر، ۱۳۹۰: ۴۵). با مختصر دقتی در بعضی متون و مواد قوانین مدون جزائی ملاحظه می‌شود که در بسیاری از موارد تشخیص ماهیت قضایی یک عمل مجرمانه به قاضی دادگاه واگذار شده است. در این موارد خاص دادگاه در مقام تطبیق حکم قانون با رفتار انجام یافته در خارج به ناچار باید با مراجعه به عرف نسبت به احراز حکم قانونگذار اقدام نماید. در اینجا دو نکته قابل ذکر است: اول اینکه قانونگذار در مواردی که امری را موضوعی تشخیص داده و به عرف ارجاع می‌دهد صراحتاً از واژه عرف استفاده نمی‌کند بلکه از کلماتی چون نوعاً و عادتاً و یا کلماتی که ارتباط با اخلاق و نظم عمومی جامعه پیدا می‌کند و جز در عرف نمی‌توان تعریف و مصداقی از آن پیدا کرد مانند عفت عمومی، منافی عفت و ... استفاده می‌کند. دوم اینکه منظور از عرفی که دادگاه از طریق آن به تطبیق احکام قانونی با موضوع پرونده مورد رسیدگی دست می‌زند اعم از عرف عام، عرف خاص، عرف محلی و .. است و تنها عرف عام قابل احترام و معمول در سطح کشور نیست بلکه ممکن است عرف مورد عمل یک گروه خاص مثل پزشکان، وکلای دادگستری و ... باشد.

حقوق جزای ایران با فرهنگ‌پذیری از حقوق کشورهای اروپای قاره ای بالاخص کشورهای فرانسه و بلژیک شکل گرفت و همانند حقوق آن کشورها برای یکدست شدن قوانین و جلوگیری از هرج و مرجی که در نتیجه حکومت عرف‌های کیفری ایجاد شده بود حقوقدانان و اندیشمندان ایرانی و عقلای جامعه بر آن شدند که از الگوی

۲۰۷....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

فرانسوی با نگرش به فرهنگ و عرف‌های بومی استفاده کنند، قبول اصل قانون بودن جرم و مجازات نتیجه چنین تأثیرپذیری بود.

مقاله حاضر در سه مبحث به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱. عرف و تخفیف و تشدید مجازات‌ها

۲. عرف و معاونت و مشارکت در جرم

۳. عرف و حدود مسئولیت جزایی

### ۱. عرف و تخفیف و تشدید مجازات

بررسی نقش عرف در دو مقوله تخفیف و تشدید مجازات در دو بند می‌آید.

#### ۱.۱ عرف و تخفیف مجازات

با توجه به مادتين ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دو موضوع قابل توجه است الف) تخفیف و تبدیل مجازات ب) کیفیات مخفیه

در تخفیف قضایی موضوع ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی (در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف دادگاه می‌تواند مجازات تعزیری رابه نحوی که به حال متهم مناسب تر باشد تقلیل دهد یا تبدیل کند.) (اردبیلی، ۱۳۷۸: ۲۰۶) و منطقا تخفیف مجازات به معنی این است که در جرائمی که حداقل و حداکثر تعیین شده است تخفیف باید کمتر از حداقل باشد.<sup>۱</sup>

برای اعمال تخفیف قضایی سوالات فراوانی مطرح می‌شود، که حل عملی آن‌ها به عهده دکترین یا رویه قضایی (عرف قضایی) است. اگر حداقل مجازات جرمی، یک واحد باشد مثلا حداقل یک ضربه شلاق باشد، با توجه به نظریه فوق تخفیف چگونه خواهد بود، آیا با رعایت تخفیف باید همان یک ضربه اکتفا کرد یا اینکه مجازات را تبدیل نمود. قسمت اخیر ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی اجازه تبدیل مجازات را داده است.

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

«در صورتیکه جزای نقدی عرفا اخف از حتی یک ضربه شلاق باشد دادگاه می‌تواند آن را به استناد قانون ۳۷ قانون مجازات اسلامی به جزای نقدی تبدیل کند.» توضیح اینکه قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۰ در ماده ۵۴ قانون راجع به

<sup>۱</sup> - نظریه ۷/۱۰۲۳ - ۶۸/۵/۹، اداره حقوق قوه قضائیه

جلوه هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به... ۲۰۸

مجازات اسلامی سخنی از تبدیل مجازات در مقام تخفیف نیامده بود، تا اینکه در قانون سابق و فعلی در ماده ۲۲ و ۳۷ اجازه تبدیل مجازات به نوع دیگر که مناسب تر به حال متهم باشد؛ داده شد. با تصویب ماده ۳۷ این سوال مطرح شد که بین مجازات شلاق و جزای نقدی کدامیک خفیف تر و مناسب تر به حال متهم است؟ آیا در آن خصوص باید از متهم سوال کرد که چه مجازاتی را مناسب تر می داند یا اینکه نظر قاضی رسیدگی کننده ملاک است؟

قانون در این خصوص ساکت است. کمیسیون استفتائات شورای عالی قضائی این امر را به اختیار متهم گذارده بود. این امر صحیح به نظر نمی رسد و نمی توان اختیار تعیین مجازات را به عهده مرتکب قرار داد. این دادگاه است که باید مشخص سازد که چه مجازاتی مناسب تر به حال متهم است. (اردبیلی، ۱۳۷۸: ۳۳۰). هرچند قانونگذار در برخی موارد از جمله ماده ۳ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۷ کمیسیون امور حقوقی مجلس شورای اسلامی در کلیه مواردی که حداکثر مجازات حبس در این قانون تا (دوسال) است، دادگاه می تواند در صورت وجود جهات مخففه مجازات حبس را تا یک سوم حداقل مجازات قانونی تخفیف داده و یا به یکی از مجازات های متناسب با مجازات اصلی تبدیل نماید؛ در این خصوص خلاء قانونی وجود دارد. پر کردن خلاء با رویه قضایی (عرف قضائی) و یا نظریه دانشمندان علم حقوق است.

رویه این است که معمولاً دادگاهها مجازات حبس را در مقام تخفیف به جزای نقدی تبدیل می کنند برای مثال: شعبه ۱۶ دادگاه عمومی شهرکرد مستنداً به ماده ۶۷۷ قانون مجازات اسلامی به رعایت بند ۵ ماده ۳۸ همان قانون، دو نفر متهم را به اتهام تخریب به پرداخت هریک چهارصد هزار ریال جزای نقدی محکوم کرده است.<sup>۲</sup> اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه ۷/۲۴۹۱ مورخ ۷۲/۳/۱۶ چنین اعلام نظر کرده است:

«از نظر تخفیف کیفر و تبدیل مجازاتها، مثلاً تبدیل حبس یا شلاق یا جزای نقدی با توجه به تصریح ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی دادگاه باید با ملاحظه ی وضعیت

<sup>۲</sup> - رای شماره ۶۰۷/۷۷ مورخ ۷۷/۶/۴ به نقل از صبری، نورمحمد، گزیده آرا دادگاه های کیفری انتشارات فردوسی،

۲۰۹....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

جسمانی و سایر خصوصیات افراد و عرف و عادت تشخیص دهد که چه مجازاتی به حال متهم مساعدتر و اخف است».

ملاحظه می‌شود اداره حقوقی برای تعیین مجازات مناسب به عرف ارجاع داده است.

ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی در ارتباط با کیفیات مخففه است که موارد زیر در ارتباط با عرف قابل ذکر است.

۱. بند ۲- همکاری موثرمتهم در شناسایی شرکا یا معاونان، تحصیل ادله یا کشف اموال و اشیای حاصله از جرم یابه کار رفته برای ارتکاب آن و اینکه چه نوع راهنمایی‌های موثر در تخفیف مجازات است؛ مربوط به نظریه دادگاه‌ها و عرف قضائی است.

۲. بند ۳- اوضاع و احوال خاص موثر در ارتکاب جرم، از قبیل رفتار یا گفتار تحریک‌آمیز بزه‌دیده یا وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم. در اینکه چه نوع رفتار و گفتاری نوعاً تحریک‌آمیز شمرده می‌شود تا با احراز آن موجبات تخفیف فراهم گردد، عرف چاره‌ساز است. در مورد انگیزه باید گفت انگیزه اصولاً رافع مسئولیت نیست و نمی‌تواند باعث رفع مجازات گردد، مگر اینکه قانون در آن مورد صراحت داشته باشد اما قانونگذار انگیزه شرافتمندانه را از کیفیات مخففه به شمار آورده است. اینکه چه امری می‌تواند انگیزه شرافتمندانه باشد با عرف جامعه و عرف قضائی است. در نتیجه ارجاع به عرف به‌طور ضمنی در بند ۳ ماده ۳۸ پذیرفته شده است.

۳. وضع خاص متهم و سابقه او، منظور از وضع خاص متهم، وضع جسمی و روانی، کهولت یا بیماری و منظور از سابقه، بدون شک حسن سابقه اوست. در اینکه چه امر یا اموری حسن سابقه محسوب می‌شود خلا قانونی وجود دارد. احراز این امر اولاً مرتبط به عرف جامعه است. مثلاً کسی که انسان خیری است و به هم‌نوعان کمک می‌کند و غیره. ثانیاً مرتبط با قاضی است که با توجه به عرف جامعه، حسن سابقه را احراز کند. در نتیجه عرف جامعه و عرف قضائی هر دو در این خصوص می‌توانند کاربرد داشته باشند.

### ۱،۲ عرف و تشدید مجازات

در حقوق ایران تشدید مجازات در بیان مقررات مربوط به تعدد و تکرار جرم آمده است. سابقه امر در مواد ۳۱ و ۳۲ درباره تعدد جرم و مواد ۲۴ تا ۲۶ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ درباره تکرار جرم آمده بود. بعد از انقلاب این موارد به ترتیب

جلوه هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به... ۲۱۰

در مواد ۲۴ و ۲۵ نسبت به تعدد جرم و ماده ۱۹ نسبت به تکرار جرم در قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ و بالاخره در مواد ۱۳۱، ۱۳۲ و ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد تصویب قرار گرفته است.

### الف- تعدد و تکرار جرم

۱- در مورد تعدد جرم، برخلاف ماده ۳۲ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ که تعیین مجازات اشد را در تمامی موارد جنحه و جنایات در نظر گرفته بود، قانونگذار جمهوری اسلامی برای تعدد مادی دو حالت قائل شده است. در حالت اول که جرائم از انواع مختلف باشد؛ قاعده جمع مجازات‌ها اعمال می‌شود و در مورد جرائم از یک نوع تنها یک مجازات پیش‌بینی شده است.

۲- در ارتباط با تشدید مجازات نسبت به جرائم متعدد از یک نوع، قانونگذار سال ۷۰ بر خلاف قانون سال ۱۳۵۲ هیچگونه راهکاری ارائه نداده و تنها به ذکر عبارت (تعدد جرم می‌تواند از علل تشدید کیفر باشد) بسنده کرده بود. اما در قانون سال ۱۳۹۲ با توجه به ماده ۱۲۴ مجدداً میزان مجازات تقنین گردید.

چنین به نظر می‌رسد که در تدوین مقررات مربوط به تعدد مادی و تکرار جرم قانونگذار سال ۱۳۰۴ به قوانین فرانسه و سوئیس عنایت داشته است که این خود از موارد فرهنگ پذیری حقوقی است ولی قانون‌گذار سال‌های ۶۱ و ۷۰ و ۹۲ در مورد تعیین مجازات‌ها به خصوص در قسمت تعدد مادی جرم به مقررات اسلامی توجه کرده است.<sup>۳</sup>

برخی موارد که در این قسمت در ارتباط با ایجاد عرف قضایی قابل ذکر است به شرح زیر است:

۱- پس از تصویب قانون راجع به مجازات اسلامی و ایجاد خلا قانونی در تشدید مجازات ارتکاب جرائم از یک نوع، دادگاه‌ها با توجه به روال سابق وفق ماده ۳۲ قانون مجازات عمومی عمل می‌کردند با این توضیح که در صورت ارتکاب تا سه جرم، مرتکب را با حداکثر مجازات بعلاوه نصف محکوم می‌کردند:

شعبه ۱۸۲ دادگاه کیفری در تهران در رای شماره ۱۰۴۷ مورخ ۷۰/۰۹/۱۸ متهم به صدور چهار فقره چک بی‌محل را به سه سال حبس تعزیری و جزای نقدی معادل وجه

<sup>۳</sup> - برای اطلاع بیشتر ر. ک به اخوت، محمدعلی، بررسی تعدد جرم و مبانی آن در حقوق اسلام، فرانسه و ایران،

پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه حقوق، دانشگاه تهران ص ۶۰ و بعد

۲۱۱....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

چک محکوم کرده بود در حالیکه حداکثر مجازات قانونی از نظر حبس وفق ماده ۶ قانون صدور دو سال حبس بوده است.

در واقع می‌توان گفت هرچند قانون جدیدی وضع شده بود، اما با وجود خلا در قانون جدید دادگاه‌ها به روال سابق ادامه می‌دادند و این نوعی عرف قضایی بود. این وضع ادامه داشت تا اینکه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رای شماره ۶۰۸ مورخ ۷۵/۶/۲۷ مقرر داشت با عدم تصریح قانون به فرا رفتن از حداکثر مجازات؛ دادگاه در مورد تعدد جرم نمی‌تواند به بیش از حداکثر حکم کند. (فقیه نصیری، ۱۳۷۹: ۱۴۸).

۲- در مورد صدور چک‌های بی‌محل به نحو تعدد رویه بعضی دادگاه‌ها این بود که با شکایت شاکیان خصوصی موضوع را در قالب کلاهبرداری با این استدلال که متهم شاکیان را به امور واهی از قبیل داشتن وجوه عمده در حساب بانکی مغرور کرده است؛ قابل تعقیب دانسته و بر همین اساس رای صادر می‌کردند (عرف قضایی) تا اینکه دیوان عالی کشور در آرای شماره ۶۳ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۲ و ۲۴ مورخ ۷۳/۷/۲۱ واکنش نشان داد و مقرر داشت: «انتساب عنوان کلاهبرداری به صادرکنندگان چک بی‌محل که مشمول قانون خاص است در شرایط مختلف فاقد توجیه قانونی است».

۳- درباره ادغام محکومیت‌های صادر شده درباره جرائم متعدد از یک نوع بین دادگاه‌ها رویه‌های مختلفی برقرار بود، به طوریکه بعضی اعتقاد داشتند دادگاهی که حکم شدیدتر را صادر کرده است صالح برای ادغام است و برخی به نظریه شماره ۷/۱۶۳۴ مورخ ۱۳۷۰/۸/۱۳ اداره حقوقی معتقد بودند، این امر باید در دادگاه‌های تجدیدنظر مورد بررسی قرار گیرد. موضوع در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح شد و رای ۶۳۱ مورخ ۷۸/۱/۲۴ صادر شد. بر اساس این رای «در صورت مختلف بودن مجازات‌ها دادگاه صادرکننده حکم اشد و در صورت تساوی مجازات‌ها دادگاهی که آخرین حکم را صادر کرده بایستی مبادرت به صدور حکم تصحیحی نماید.» (عطائی، ۱۳۸۱: ۲۰۶). قابل توجه اینکه این رای مورد توجه قانونگذار در تدوین مقررات ماده ۱۸۳ قانون آیین دادرسی در امر کیفری مصوب ۱۳۷۸ و ماهیت ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲ واقع گردید. این امر نشانگر پیروی قانونگذار از عرف قضایی است.

۴- درباره تعدد معنوی جرم موضوع ماده ۳۱ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ و ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و رأی وحدت وریه شماره ۳۴ مورخ ۱۳۶۰/۸/۳۰ مقرر داشته «نظر به اینکه نفقه زن و اولاد واجب‌النفقه که زندگی مشترک

جلوه هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تفنینی ماهوی عمومی با رویکرد به... ۲۱۲

دارند معمولا یکجا و بدون تفکیک سهم هر یک از آنان پرداخت می شود ترک انفاق زن و مرد از ناحیه شوهر در چنین حالت ترک فعل واحد محسوب و مستلزم رعایت ماده ۳۱ قانون مجازات عمومی است» ملاحظه می شود در این رای برای کسی که مبادرت به ترک نفقه عیال و اولاد نموده است مجازات اشد در نظر گرفته شده است. استفاده از کلمه «معمولا» نشانگر توجه هئیت عمومی دیوان عالی کشور به عرف جامعه است و به همین دلیل موضوع مشمول تعدد معنوی شناخته شده است.

## ۲. عرف و معاونت و شرکت در جرم

ارتکاب جرم گاه به وسیله شخص واحد صورت می پذیرد و گاه با همکاری اشخاص دیگر، امری که در حقوق جزا موجد اصطلاحات معاونت و شرکت در جرم است ارتباط آنها را با عرف در دو بند پی می گیریم.

### ۲،۱ عرف و معاونت در جرم

قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی از معاونت تعریفی به دست نداده، بلکه مصادیق آن را اولاً، تحریک، ترغیب، تهدید، تطمیع و تسهیل وقوع جرم به صورت دسیسه و نیرنگ ثانیاً، تهیه وسایل ارتکاب جرم یا تعلیم چگونگی استفاده از وسیله آن و ثالثاً تسهیل وقوع جرم برشمرده است که شناخت این اصطلاحات برای روشن شدن موضوع لازم است.

#### الف- تحریک و ترغیب

تحریک در لغت به معنی جنبانیدن، به جنبش درآوردن آمده، با توجه به این تعریف، تحریک که مترادف ترغیب است. چنین به نظر می رسد که در تحریک فعالیت محرک بیشتر موثر و نمایان باشد ولی ترغیب تنها ایجاد رغبت است. در عمل، اینکه چه امری تحریک به حساب می آید و شخص مرتکب را وادار به ارتکاب جرم می کند؛ بسته به نظر قاضی دارد، ارتباط بین محرک و تحریک شونده دارای اهمیت فراوانی است. همانگونه که در امر آمر، نوعی رابطه استیلا بین آمر و مامور باید وجود داشته باشد؛ در تحریک نیز چنین رابطه ای و یا حداقل ارتباط دوستی، خویشاوندی و غیر آن باید وجود داشته باشد. بنابراین هر تحریکی نمی تواند معاونت به شمار آید و این دادرس است که باید احراز کند آیا عرفاً تحریک واقع شده یا خیر شعبه ۱۳۴ دادگاه کیفری یک



۲۱۳....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

تهران در رای مورخ ۶۸/۷/۱۸ زنی را که برادرش را تحریک به قتل شوهر نموده تحت عنوان امر مستحق حبس ابد دانسته است. (صبری، ۱۳۷۸: ۷۴)

قطع نظر از اینکه آیا رابطه‌ای امریت بین خواهر و برادر بوده یا خیر و صحت یا سقم رای صادر شده؛ این رابطه را حداقل به عنوان نوعی تحریک می‌توان بررسی کرد. نکته دیگر اینکه بین تحریک و عمل انجام شده باید فاصله معقولی وجود داشته باشد. بنابراین اگر کسی دیگری را تحریک به سرقت مغازه‌ای نماید و تحریک شده پس از مدت مدیدی، مثلاً شش ماه دیگر به این کار مبادرت ورزد، نمی‌توان محرک را تعقیب کرد، زیرا در این مدت اثر تحریک عرفاً از بین رفته است و احراز این زمان با عرف قضائی و یا عرف جامعه است.

#### ب- تهدید

تهدید در لغت به معنی ترسانیدن و بیم دادن است. در این باره نیز باید گفت تشخیص تهدید و تاثیر آن در ارتکاب جرم با دادرس است که با توجه به عرف در مورد خاص تصمیم می‌گیرد. تأثیر ارتباط بین تهدید کننده و تهدید شونده، میزان نیروی جسمی و روانی و اقتدار هر یک موثر است. بنابراین اگر شخص بیمار تهدید کند که در صورت عدم ارتکاب جرم تهدیدشونده را خواهد کشت، نمی‌تواند در صورت ارتکاب معاونت به شمار آید ولی اگر همین بیمار در بیرون اقتدار داشته باشد که امکان عمل به تهدید به وسیله ادعایش قوی باشد؛ معاونت در جرم قابل بررسی است. در نتیجه تهدید نیز امری عرفی است که دادرس باید آن را احراز کند.

#### ج - تطمیع

تطمیع به معنی به طمع انداختن و آزمند کردن است و معمولاً به صورت مادی است مانند؛ اینکه کسی دیگری را به وعده دادن مالی راغب به ارتکاب جرم سازد یا وعده گذشت از بدهی را به او بدهد یا اینکه زنی به مردی در ازای ارتکاب جرم وعده ازدواج بدهد، که در تمام این موارد عرف چاره‌ساز است.

#### د- دسیسه و نیرنگ

دسیسه و نیرنگ در واقع به نوعی فریب دادن مرتکب است بدون اینکه فاعل جرم را صریحاً به ارتکاب جرم تحریک کنند و با زمینه‌سازی و احیاناً دروغ‌پردازی او را به سمت ارتکاب سوق می‌دهند.

جلوه هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به... ۲۱۴

عنصر روانی آن برخلاف موارد دیگر عدم اطلاع فریب خورده است. احراز دسیسه و نیرنگ و اینکه آیا اقدامات معاون به صورت دسیسه و نیرنگ بوده یا خیر امری عرفی است که احراز آن با دادرس است.

#### ه- تسهیل وقوع جرم

معنی تسهیل وقوع جرم آن است که شخص، مرتکب فعل یا ترک فعلی شود که وقوع جرم را به وسیله مباشر، آسان سازد. شعبه ۱۱ دادگاه عمومی تبریز در دادنامه شماره ۲۸۳۹ مورخ ۷۶/۱۱/۲۳ دو نفر نگهدارنده مقتول را که منجر به خفه کردن او به وسیله فاعل شده است به حبس محکوم کرده است (صبری، ۱۳۷۸: ۸۶). بنابراین نگره داشتن فردی برای ایراد صدمه بدنی عمدی یا قتل از موارد تسهیل وقوع جرم و معاونت به شمار می رود که نوعی عرف قضایی است. رأی فوق که به معاونت در قانون استناد کرده و به شرع استناد ننموده است، زمینه ساز نوعی عرف قضایی است.

#### و- مجازات معاونت در جرم

در مورد مجازات معاونت در تعزیرات و مجازات های بازدارنده قانون سابق در ماده ۴۳ به پیروی از فقه، مجازات معاون را وعظ، تهدید و درجات تعزیر اعلام داشته است. هرچند سرزنش و نصیحت به وسیله قاضی دادگاه اطفال نخستین بار در ماده ۳۳ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ یکی از تصمیمات دادگاه به شمار می رفت ولی وعظ و تهدید به عنوان مجازات سابقه نداشت. در این باره باید گفت دادگاه ها از اینکه معاون را صرفا با وعظ و تهدید محکوم کنند ابا داشتند. البته ممکن است در حین محاکمه قاضی به نصیحت و وعظ بپردازد، ولی این امر به تنهایی به عنوان مجازات در نظر گرفته نمی شود (عرف قضایی ناشی از ترک فعل). در نتیجه دادگاه ها اغلب برای مجازات معاون به مجازات حبس یا جزای نقدی بسنده می کردند. عرف جامعه نیز مجازات وعظ و تهدید را به تنهایی نمی پسندد. قانونگذار با توجه به این مطلب در سال ۱۳۹۲ طبق ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی مجازات معاون را تصریح نمود که نشانگر تأثیر عرف قضایی به قانونگذاری است.

۲۱۵...تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

## ۲،۲ عرف و شرکت در جرم

### الف- شرکت در جرم

گاه فرد با افراد دیگر در انجام مادی عمل یا ترک عمل مشخصی که قانون آن را مستوجب مجازات می‌داند با قصد مجرمانه منجر یا هماهنگ با همکاران خود دخالت می‌کند به نحوی که می‌توان او را شریک در مفهوم عرفی آن شناخت. (نوربها، ۱۳۶۹: ۲۱۴).

بنابراین شرکت، دخالت در عنصر مادی جرم است در ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی آمده است: «هرکس باشخص یا اشخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی مشارکت کند و جرم، مستند به رفتار همه آنها باشد خواه رفتار هر یک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد، خواه نباشد و خواه اثر کار آنان مساوی باشد خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم است. در مورد جرایم غیر عمدی نیز چنانچه جرم مستند به تقصیر دویا چند نفر باشد مقصران شریک در جرم محسوب می‌شوند و مجازات هر یک از آنان مجازات فاعل مستقل آن جرم است.»

نکته‌ای که از نظر ما قابل بحث است، مسئله استناد است. مفهوم استناد که از فقه به عاریت گرفته شده یک مفهوم عرفی است و در جای جای قانون مجازات اسلامی به آن اشاره شده است. به این معنا که با توجه به عرف جامعه، عرف قضائی، عرف حقوقدانان و بالاخره عرف کارشناسی، عمل ارتكابی توسط همه شرکا صورت پذیرفته باشد و این جاست که معاونت و شرکت از همدیگر جدا می‌شوند در نتیجه عمل راننده‌ای که سارق را به محل رسانده یا او را از محل دور کرده است شرکت نبوده بلکه معاونت است.<sup>۴</sup>

در ارتباط با قابلیت استناد بررسی محتویات پرونده و چگونگی وضع جسمی و روحی شرکا ضروری است. دیوان عالی کشور در رای اصراری ۳ مورخ ۷۶/۲/۹ رای شعبه دادگاه بدوی را که بر مبنای شرکت دو نفر در قتل صادر شده با استدلال کوچکی جثه و صغر سن احد از شرکا قابل تایید ندانسته و تنها یک نفر را به عنوان مباشر تشخیص داده است.

<sup>۴</sup> - نظریه شماره ۷/۴۲۸ مورخ ۶۹/۹/۲۴ اداره حقوقی قوه قضائیه

جلوه هایی از کارکردهای تفصیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به... ۲۱۶

### ب- مجازات شرکت در جرم

در ارتباط با مجازات، برخلاف معاونت در جرم مجازات شریک همانند مجازات مباشر تعیین شده است. در تبصره ماده ۱۲۵ آمده است؛

«اعمال مجازات حدود قصاص و دیات در مورد شرکت در جنایات با رعایت مواد کتابهای دوم و چهارم این قانون انجام میگیرد».

میزان مجازات شریک به میزان ضعف و قوت تاثیر مداخله او بستگی دارد. بنابراین اگر تاثیر عمل شریک مساوی با مباشر و یا شرکای دیگر باشد مجازاتش مجازات فاعل مستقل است. مانند دو نفر که یکی از قسمتی از نام شخص و دومی قسمتی دیگر از آن در شناسنامه جعل می کنند. اما اگر اثر مداخله یک شریک نسبت به دیگری ضعیف تر باشد، دادگاه مکلف است مجازات او را خفیف تر از دیگری در نظر بگیرد. بدیهی است تشخیص تناسب و تاثیر مداخله عباراتی هستند که زمینه ساز عرف قضائی می باشد. تعیین شدت و ضعف تاثیر، امری عرفی است و دادرس با توجه به اوضاع و احوال پرونده تاثیر مداخله و تشخیص مجازات متناسب را در نظر می گیرد. سوالی که مطرح می شود این است که آیا منظور از تخفیف اعمال ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی و پایین تر آمدن از حداقل است یا اینکه منظور تخفیف نسبت به مجازات شریک یا شرکای دیگر است در این خصوص نیز رویه قضائی چاره ساز است چنین به نظر می رسد مقصود قانونگذار تخفیف نسبت به مجازات سایر شرکا باشد.

### ۳. عرف و موانع مسئولیت جزائی

در قانون مجازات اسلامی علل رافع مسئولیت کیفری و علل موجهه جرم و معاذیر قانونی تحت عنوان حدود مسئولیت جزائی آمده است. با توجه به اینکه حدود مسئولیت جزائی از جنبه مثبت آن، عناوینی همانند معاونت و شرکت در جرم را نیز در برمی گیرد، علل مزبور را در این مبحث تحت عنوان موانع مسئولیت جزائی در دو بند مورد بحث قرار داده و تاثیر عرف در آنها را به بررسی می نشینیم.

#### ۳.۱ علل رافع مسئولیت کیفری

مقصود از علل رافع مسئولیت، عللی هستند که بر عنصر معنوی جرم خدشه وارد می کنند و آن را از بین برده یا از تاثیرش می کاهند این بند در سه قسمت، کودکی، جنون، اجبار و اکراه، اضطرار و حالت ضرورت می آید.

## الف- کودکی

کودکی یک از علل رافع مسئولیت کیفری است. در حقوق ایران دو مسئله در این خصوص دارای اهمیت است:

الف) سن طفل، ب) تادیب طفل

### ۱- سن طفل

در مورد سن طفل، قانونگذار در ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی طفل را مبری از مسئولیت دانسته و گفته است افراد نابالغ مسولیت کیفری ندارند. ماده ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی و قانون مدنی به موجب تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مرقوم، سن بلوغ را در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری اعلام کرده است. بنابراین دختر بیش از ۹ سال تمام قمری و پسر بیش از ۱۵ سال تمام قمری را بر اساس قانون می‌توان مجازات کرد. در تعیین سن طفل ابتدا به شناسنامه توجه می‌کنند و در صورت شک در میزان سن نظر پزشک قانونی را برای تعیین قدر متقین سن جویا می‌شوند و در واقع مراجع قضائی به عرف کارشناسی (نظر پزشک قانونی) متوسل می‌شوند. پزشکان با معاینه متهم و در صورت لزوم عکسبرداری از استخوان‌ها قدر متقین سن را مشخص می‌سازند.

به موجب ماده ۱ از بخش ۱ کنوانسیون حقوق کودک، سن جزائی ۱۸ سال تمام است، مگر اینکه طبق قانون قابل اجرا در مورد کودک سن بلوغ کمتر تشخیص شود، (امیرارجمند، ۱۳۸۱: ۱۹۹) کشور ایران در اسفند سال ۷۲ به این کنوانسیون پیوسته است.

در رای اصراری شماره ۱۳ مورخ ۷۴/۲/۲۳ هیئت عمومی دیوانعالی کشور، با توجه به نظریه پزشکان قانونی که به عدم بلوغ متهم حین ارتکاب بزه نظر داده‌اند و با رد سن شناسنامه ای به لحاظ کیفیت صدور آن و با احراز تردید در بلوغ مرتکب هنگام ارتکاب بزه رای دادگاه نقض شده است.

در مورد شناسنامه، آرای متعدد در دیوان عالی کشور صادر شده که در آن صرف تعیین سن از طریق شناسنامه ملاک نیست از آن جمله آرای ۹/۳۴۸ مورخ ۱۳۲۰/۹/۳۰. ۲۰۷۶ مورخ ۱۳۱۷/۹/۱۲ و ۲۸۹۵ مورخ ۱۳۲۱/۹/۲۹ و ۹۳۴۸ مورخ ۱۳۲۲/۱۰/۱۲ شعبه دوم دیوان عالی کشور. با توجه به این آرا مشخص می‌گردد که تعیین سن در حقوق ما در ارتباط با امر جزائی ارتباط با عرف قضائی و آرای دیوان عالی کشور دارد.

جلوه هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به... ۲۱۸

## ۲- تأدیب طفل

به موجب بندالف ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی تربیت اطفال با نظر دادگاه به عهده سرپرست اطفال می باشد. با توجه به این ماده ملاحظه می شود تربیت اطفال به عهده سرپرست قرار داده شده است بدیهی است اقدامات تربیتی هم شامل تشویق است و هم تنبیه. اما موضوع دیگر که در خصوص نگهداری در قانون اصلاح و تربیت است این است که میزان و مدت نگهداری طفل در قانون سابق مشخص نشده بود و به نظر قاضی واگذار شده بود که با توجه به مجازات جرم ارتكابی آن را تعیین می کند در حالیکه در قانون مجازات سال ۱۳۵۲ میزان و مدت نگهداری در قانون برای اطفال ۱۲، ۱۵، ۱۸ سال مشخص شده بود، وضع قانون مجازات اسلامی سابق زمینه ساز ایجاد عرف قضایی بود زیرا میزان نگهداری مشخص نشده و خلأ قانونی وجود داشت. دادگاهها معمولاً با استفاده از مجازات جرم ارتكاب یافته با رعایت تخفیف مجازات را تعیین کردند یا مجازات قانونی را به نوع دیگر تبدیل می کردند اما با تصویب قانون ۱۳۹۲ این عرف ایجاد شده قضایی مجدداً تقنین گردید.

## ب- جنون

### ۱- برداشت قانونی از جنون

درباره جنون به عنوان علت رافع مجازات حقوق ایران مراحل مختلفی را گذرانده است. از قانون سال ۱۳۰۴ که به موجب ماده ۵۴ جنون یا اختلال دماغی در زمان ارتكاب جرم تا فقدان یا اختلال تام یا نسبی شعور یا قوه تمیزه یا اراده در ماده ۳۶ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲، و بالاخره رجعت به اصطلاح جنون در قوانین راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ و مواد ۱۴۹، ۱۵۰ مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲. آرای اصراری ۲۹ مورخ ۷۶/۱۲/۱۴ و ۵۸ مورخ ۷۹/۳/۱۰ دیوان عالی کشور آرای دادگاههای تالی را به لحاظ عدم توجه به مسئله جنون مرتکب نقض کرده است. به موجب نظریه شماره ۷/۶۵۱ مورخ ۶۰/۲/۱۹ اداره حقوقی نظر پزشک قانونی در خصوص جنون هرگاه برخلاف اوضاع و احوال قضیه نباشد حجت است. ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی نیز بر اخذ نظریه پزشک پافشرده است. بنابراین، در مورد جنون، این عرف کارشناسی است که سازنده عرف قضایی است و در مورد خلاها کارساز است. از جمله در قانون از عقب ماندگی ذهنی ذکری به میان نیامده است؛

۲۱۹....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

نظریه‌های شماره‌های ۷/۷۷۷۴ مورخ ۸۱/۸/۲۱ مورخ ۷۳/۱/۸ اداره حقوقی قوه قضائیه عنوان نموده تشخیص اینکه عقب‌ماندگی ذهنی یا صرع از مصادیق جنون باشد را با کسب نظریه پزشک به عهده دادگاه دانسته است.

## ۲- تأدیب مجنون

تأدیب مجنون خلاف اصل رفع مسئولیت در مورد مجانین است. به همین خاطر است که قانونگذار سابق به جای لفظ تعزیر از کلمه تأدیب استفاده کرده بود. در مورد اطفال تأدیب به میزان و مصلحت اجازه داده شده. بود در مورد مجنون چنین قیدی وجود نداشت. بنابراین خلأ قانونی وجود داشت. در خصوص اینکه چه نوع تنبیهی و چگونه باید مورد حکم دادگاه قرار گیرد، قانون ساکت بود. نظریه شماره ۷/۸۴۵۴ مورخ ۷۸/۱۱/۳ اداره حقوقی بیان داشته منظور از تأدیب مجنون «بازخواستی مناسب و سزاوار به گونه‌ای که در آینده از تکرار جرم باز داشته شود» می‌باشد.

به هر حال، عرف قضایی در مورد میزان و چگونگی تأدیب مجنون کارساز بود و قید «در صورتی که تأدیب مرتکب موثر باشد» راهنمای قانونی دادرس به این معنا که شرط حکم به تأدیب مجنون آن است که آن تأدیب موثر باشد، که در نظریه اداره حقوقی به جنبه بازدارندگی آن توجه شده است. اما در عمل چنین اقدامی صورت نمی‌گرفت و همین عرف قضایی سلبی قانونگذار را به رفع این موضوع از قانون ۱۳۹۲ سوق داد.

## ج- اکراه و اضطرار

### ۱- اجبار و اکراه

در ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی آمده است «هرگاه کسی بر اثر اکراه غیر قابل تحمل مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود مجازات نمی‌گردد. در جرایم موجب تعزیر اکراه کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود. در جرایم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط رفتار می‌شود.» با توجه به ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی اجبار باید دارای شرایط زیر باشد تا به عنوان رافع مسئولیت کیفری مانع مجازات مجبور گردد.

۱- غیر قابل مقاومت باشد: این شرط با توجه به عبارت «اکراه غیر قابل تحمل» روشن می‌شود در ماده ۲۰۲ قانون مدنی در مورد اکراه آمده است «اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که موثر در شخص باشعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا

جلوه هایی از کارکردهای تفصیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به... ۲۲۰

آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشند در مورد اعمال اکراه آمیز، سن، شخصیت، اخلاق، مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود» در نتیجه توجه به معیار نوعی نیز ضروری است. پس تهدید فردی مسن یا بیمار که منجر به ارتکاب جرم گردد ممکن است در مورد آن شخص خاص جزو عوامل رافع مسئولیت به شمار آید. بنابراین، درباره اجبار و احراز عادتاً قابل تحمل نبودن امری با عنایت به اینکه قانونگذار موارد آن را دقیقاً مشخص نکرده است و در قانون مدنی نیز موارد گفته شده مانند سن و غیره تمثیلی به نظر می‌رسد؛ دادرس ناچار باید به عرف رجوع کند و احراز نماید که آیا اجبار یا اکراه معمول شده؛ عرفاً غیر قابل تحمل بوده است یا خیر؟

۲- در اجبار معنوی قریب الوقوع بودن تهدید بسته به عرف است و احراز آن با دادگاه است که آیا بین تهدید منجر به اجبار و در نتیجه ارتکاب جرم چه مدتی فاصله باید باشد و این امر بستگی به شناخت تهدید شونده و تهدید کننده و اوضاع و احوال خاصی که در آن تهدید شونده مرتکب جرم شده است دارد. در خصوص مجازات اجبار کننده، قانونگذار در ماده ۵۴ قانون سابق ضمن اینکه شخص مجبور یا مکره را قابل مجازات ندانسته؛ اجبارکننده را مستوجب مجازات فاعل جرم با توجه به شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید و درجات تعزیر دانسته بود. در ماده ۳۹ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ مجازات مجبور کننده مجازات فاعل بود. قانونگذار جمهوری اسلامی در قانون سابق با اضافه کردن شرایط و انواع تعزیر خواسته بود دست قاضی جزائی را در تعیین مجازات مناسب باز گذارد و این زمینه ساز ایجاد عرف قضایی بود البته همان گونه که در مورد معاونت در جرم ذکر شد بعید به نظر می‌رسد دادگاه‌ها در تعیین مجازات مجبور کننده به وعظ یا توبیخ یا تهدید بسنده کنند. در واقع عرف قضائی در تعیین مجازات‌ها، به تقلید قضات از قانون گرایش دارد. زیرا توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات در بین قضات جزائی؛ بیش از آن است که به سمت مجازات‌های ناشناخته گام بردارند. همین عرف عملی قضایی باعث شد قانونگذار در سال ۱۳۹۲ طبق ماده ۱۵۱ قدمی بزرگ به عقب بردارد و مجازات اجبارکننده را با توجه به نوع جرم مشخص نماید.



## ۲. اضطرار و حالت ضرورت

اضطرار از مصدر ضر و ضرر به معنی زیان رساندن است و به معنی ناچار شدن و بیچاره شدن نیز آمده است. در تعریف اضطرار آمده است:

«حالتی است که در آن تهدید وجود ندارد ولی اوضاع و احوال برای انجام عمل طوری است که انسان با وجود عدم رضایت و تمایل به آن کار مبادرت به انجام عملی علی‌رغم میل باطنی ولی از روی قصد رضای خاصی می‌نماید.»

اصولاً اضطرار رافع مسئولیت کیفری نیست، مگر اینکه در قانون تصریح شده باشد. برای مثال در ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی یکی از شرایط سرقت حدی، عدم اضطرار سارق است. به موجب ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی، هرکس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع از قبیل آتش سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود قابل مجازات نیست، مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکند و رفتار ارتكابی با خطر موجود متناسب و برای دفع آن ضرورت داشته باشد. عبارت از قبیل در این ماده ارجاع ضمنی به عرف است، به این معنا که همه اموری که عرفاً خطر شدید ایجاد می‌کنند را در بر می‌گیرد، مانند زلزله و غیر آن. شرط استفاده از علت رافعه مسئولیت این است که شخص خود خطر را ایجاد نکرده و عمل ارتكابی با خطر موجود متناسب بوده و برای رفع آن ضروری باشد. تناسب عمل ارتكابی با خطر که در ماده آمده است. ارجاع ضمنی به عرف است در واقع با توجه به وضع جسمی و روانی مرتکب و اوضاع و احوال خطر آفرین و غیر آن، تناسب احراز می‌گردد در هر دو صورت اضطرار و حالت ضرورت این تناسب باید از ناحیه متهم ثابت شود. دادگاه با توجه به معیارهای نوعی و شخصی؛ تناسب را احراز می‌کند. برای مثال وقتی بتوان با شکستن یک جام شیشه برای اطفاء حریق وارد منزلی شد، تخریب دیوار منزل غیرمتناسب است.

## ۳،۲ عِلل موجهه و معاذیر قانونی

منظور از عِلل موجهه جرم و معاذیر قانونی عِللی است که خدشه بر عنصر قانونی جرم وارد می‌آورند به طوریکه در اینگونه عِلل، عنصر مادی (فعل یا ترک فعل) و عنصر معنوی (عمد یا خطا) هر دو وجود دارند، ولی قانونگذار بنا به عِللی موضوع را جرم نمی‌شناسد و مجازات را از اینگونه افعال بر می‌دارد مانند دفاع مشروع یا امر آمر قانونی. ارتباط بین عِلل موجهه و عرف را در چهار قسمت پی می‌گیریم.

جلوه هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به... ۲۲۲

## الف- عرف و حکم قانون و امر آمر قانونی

### ۱- حکم قانون

گاه قانونگذار با حذف وصف ضدا اجتماعی عمل مجرمانه مرتکب را قابل مجازات نمی داند. در واقع قانونگذار اجازه انجام عملی را می دهد که خود آن را جرم می داند. برای مثال به موجب ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی اشخاصی که به مناسبت حرفه خود محرم اسرار می شوند، اگر مبادرت به افشای سر نمایند مجازات خواهند شد. بنابراین افشای سر حرفه ای جرم است. حال اگر پزشکی برای صیانت افراد جامعه بیماری مسری را گزارش کند این عمل با اجازه قانون قابل مجازات نیست. در مقررات ایران اطلاع رسانی به بهداری به موجب مواد ۱۳ و ۱۴ قانون جلوگیری از بیماری های آمیزشی از مصادیق عدم مجازات افشا کننده سر ذکر شده است. (پاد، ۱۳۴۷: ۲۲۶). قانونگذار تعریفی از سر حرفه ای به دست نداده است، بدیهی است رویه و عرف آن را مشخص می سازد.

به موجب بند ب ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ارتکاب عمل مجرمانه برای اجرای قانون اهم، جرم شناخته نشده است. در قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ «در صورتیکه ارتکاب عمل برای اجرای قانون لازم باشد آمده بود و در قانون فعلی کلمه اهم اضافه شده است که بر نارسایی قانون اضافه نموده است. معلوم نیست مقصود قانونگذار از اهم چیست؟ در سلسله مراتب قانونگذاری، قانون اساسی اهم از قانون عادی است ولی در قوانین عادی، قانون اهم و مهم تعریف نشده است و تشخیص آن به عهده مرتکب و دادگاه گذارده شده است. چه طور می شود از مردم عادی انتظار داشت قانون اهم را از مهم باز شناسند؟ تشخیص قانون اهم با دادگاه یا حقوقدانان است که اولی به عرف قضایی و دومی به عرف حقوق دانان مربوط است.

برای مثال به موجب قسمت اخیر ماده ۴۴ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۹۲، ظابطان دادگستری در مورد جرایم مشهود تمامی اقدامات لازم را به منظور حفظ آلات و ادوات و دلایل جرم و جلوگیری از فرار متهم معمول می دارند. با توجه به این ماده مامورین حق دستگیری مرتکب را در حال ارتکاب جرم دارند. آیا مردم عادی همچنین اختیاری دارند یا خیر؟ مرحوم دکتر پاد چنین اختیاری را با استناد به شق چهار ماده ۲۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰ برای مردم عادی قائل بود.

۲۲۳....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

با این توضیح که مردم نمی‌توانند در صورت عدم حضور مامورین دست روی دست بگذارند تا مرتکب فرار کند و هیچ عقل سلیمی چنین حکمی را نمی‌پذیرد.<sup>۵</sup> این استدلال جنبه استحسانی دارد، زیرا هر چند طبق استدلال ایشان، دستگیری متهم با فعل مجهول دستگیر شده باشد آمده است، ولی با توجه به عبارت بعدی ماده که قید «با تنظیم صورت مجلس» را دارد؛ بدیهی است که دستگیری مرتکبان جرم مشهود با مامورین است و از نظر قانونی چنین حقی نمی‌توان برای مردم عادی قائل گردید اما عرف جامعه ما چنین است که اگر مرتکب جرم مشهود مانند قتل یا سرقت شود؛ در دستگیری مرتکب و معرفی او به مامورین درنگ نمی‌ورزند. این عرف خلاف قانون سابق ولی جاری و ساری بود. دادگاه‌ها نیز بر وجود چنین عرفی عملاً صحنه گزارده بودند و تا به حال مشاهده نشده بود که دادگاهی افرادی را که مبادرت به دستگیری کیف ربا یا قاتل شده اند و او را به مقدمات تعقیب تحویل داده باشند به اتهام بازداشت غیر قانونی مجازات کرده باشد. این عرف جاری عمومی باعث تقیین بند یک ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ گردید.

## ۲- امر آمر قانونی

به موجب بند سه ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی در صورتی که ارتکاب رفتار به امر قانونی مقام ذی صلاح باشد و امر مذکور خلاف شرع هم نباشد؛ آن عمل جرم محسوب نمی‌شود. در تشخیص اینکه امر قانونی کیست، توجه به عرف اداری موثر است. توضیح اینکه امر نسبت به مامور باید از حیث اداری برتری داشته باشد و یک رابطه رئیس و مرئوسی بین آن‌ها باشد، حال زمانیکه رئیس اداره اختیارات خود را به شخص دیگری تفویض می‌کند؛ هر چند شخص اخیر از نظر اداری رئیس و مافوق کارمند نباشد و هم‌ردیف و هم‌کار او باشد با تفویض اختیار، اگر دستوری به کارمند هم رتبه خویش بدهد، امر قانونی است و کارمند هم رتبه ملزم به تبعیت است. جانشینی فوق در واقع امری مطابق با عرف اداری است. اگر امر قانونی ولی امر غیر قانونی باشد، در صورت انجام امر به موجب ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی که بیان نموده هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات رسمی جرمی واقع شود آمر و مأمور به مجازات مقرر محکوم می‌شوند لکن مأموری که آمر امر را به علت اشتباه قابل قبول و به

<sup>۵</sup> - شق چهارم ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰: هرگاه متهم در مشهود دستگیر شده باشد فوراً او را با صورتجلسه‌های تنظیم شده توسط ماموران نظمیه یا امنیه نزد مدعی‌العموم محکمه بدایت می‌برند.

جلوه هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به... ۲۲۴

تصور اینکه قانونی است، اجرا کرده باشد، مجازات نمی شود و در دیه و ضمان تابع مقررات مربوطه است. در اینجا ملاحظه می شود امر به نوعی معاون ارتکاب جرم است؛ بر خلاف مجازات معاون که حداقل مجازات مباشر است به مجازات مباشر محکوم می گردد. قانونگذار در اینجا از نظریه اطاعت محض عدول کرده و به مامور اجازه بازرسی قانونی بودن امر داده است اما عدم مجازات مامور را موکول به این کرده است که او به علت اشتباه قابل قبول و به این تصور که امر قانونی است مبادرت به اجرای امر غیر قانونی کرده باشد. اینکه چه امری قابل قبول شمرده می شود بسته به رویه دادگاه و عرف قضائی است. در واقع این عرف قضائی است که با شناخت وضع روانی و جسمانی متهم و میزان اطلاعات و دانش او از قانون و مقررات، اشتباه او را قابل قبول یا غیر قابل قبول تشخیص می دهد.

#### ب- عرف و تأدیب

به موجب بند ت ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی، اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و محجورین که به منظور تأدیب یا حفاظت از آنها انجام می شود، مشروط بر اینکه اقدامات مذکور در حد متعارف و حدود شرعی تأدیب و محافظت می شود.

به موجب ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی ابوبین حق تنبیه طفل خود را دارند ولی به استناد این حق نمی توانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب تنبیه نمایند.

با توجه به این مواد، چگونگی و میزان تأدیب به عهده عرف گذارده شده است. این عرف می تواند در زمانها و مکانهای مختلف با توجه به فرهنگها و خرده فرهنگها تفاوت داشته باشد. در اینجا و در موارد دیگر که ذکر آن رفت؛ ما با تکثر منابع حقوقی مواجه هستیم. دادگاه در زمان رسیدگی به اینگونه اقدامات سرپرستان، باید به عرف جامعه توجه داشته باشد. در رویه قضائی کشور ما، در صورتی که پدر یا مادر یا سرپرست طفل او را مورد آزار و اذیت بدنی قرار دهند با شکایت قیّم اتفاقی طفل، موضوع از جهت کیفری مورد رسیدگی قرار می گیرد و ممکن است سرپرست طفل به لحاظ استفاده از تنبیهی غیر متعارف و نامعقول تعقیب و مجازات شود.

۲۲۵....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

### ج- عرف و عملیات ورزشی

به موجب بند ث ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن، مشروط بر اینکه سبب حوادث نقض مقررات مربوط به آن ورزش نباشد و این مقررات هم مغایر موازین شرعی نباشد. با توجه به این بند از ماده ۱۵۸ در صورتیکه با رعایت مقررات مربوط به ورزش خاص، صدمه ایجاد شود جنبه عمومی قضیه از بین خواهد رفت و مرتکب از این جهت قابل مجازات نخواهد بود.

مقررات ورزشی «مجموعه شرایطی است که توسط فدراسیون‌ها، هیئت‌ها، انجمن‌ها و امثال آن‌ها به صورت مدون تنظیم گردیده یا مقرراتی است غیر مدون که حاکم بر ورزش‌های بومی است بدون اینکه مورد تایید سازمان‌های دولتی قرار گرفته باشد ولی عرفاً مورد قبول مردم باشند.» (آقایی نیا، ۱۳۸۰: ۳۳)

بنابراین بر ورزش‌های بومی مانند کشتی با چوخه که در بعضی از شهرستان‌های شمالی شرقی کشور رواج دارد عرف حاکم است. مقرراتی نامدون که سینه به سینه نقل گردیده و تنها دست اندرکاران آن ورزش‌ها به آن‌ها آگاهی دارند. در صورت وقوع حادثه مرجع قضائی می‌تواند از نظر خبره محلی در مورد اینکه مقررات آن رشته ورزشی رعایت شده یا خیر و عدم رعایت آن چه تاثیری در حادثه داشته است به عنوان کارشناس بهره جوید که نوعی رجوع به عرف اهل خبره در آن رشته ورزشی است.

### د- عرف و دفاع مشروع

یکی دیگر از علل موجه جرم دفاع مشروع است که در مواد ۱۵۶ و ۱۵۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است. در بررسی دفاع مشروع دو دسته شرایط قابل توجه است، الف) شرایط تجاوز ب) شرایط دفاع.

#### الف- شرایط تجاوز

شرایط تجاوز چهار مورد است که عبارتند از: فعلیت داشتن، مخاطره‌آمیز بودن، عمومی بودن و غیر قانونی بودن، در ارتباط با موضوع رساله دو شرط فعلیت داشتن و مخاطره‌آمیز بودن قابل بررسی است.

۱. فعلیت داشتن: به موجب ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی تجاوز باید فعلیت داشته باشد و یا خطر قریب الوقوع باشد. احراز این دو امر به عهده دادگاهی است که به موضوع رسیدگی می‌کند. در واقع عرف قضائی است که مشخص می‌سازد چه معیار هایی برای فعلیت داشتن یا قریب الوقوع بودن خطر لازم است. رای اصراری شماره ۴

جلوه هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به... ۲۲۶

مورخ ۷۶/۲/۱۶ دیوان عالی کشور اقدام متهم به قتل را با توجه به اینکه مقتول به قصد تجاوز به او از خارج شدنش از کارگاه خودداری و با چاقو او را تهدید نموده است و در نتیجه متهم در مقام دفاع مبادرت به قتل مهاجم کرده است را از موارد دفاع مشروع شمرده و حکم به قصاص نفس را نقض کرده است. پس دادگاه باید فعلیت داشتن را با توجه به عرف احراز نموده، درباره مشروعیت دفاع یا عدم آن تصمیم بگیرد.

۲. مخاطره آمیز بودن: در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی قانونگذار از اصطلاح خطر قریب الوقوع استفاده نموده است که مرحله بعد از فعلیت داشتن است. مانند کسی که به مدافع تیر اندازی کند و این احساس در او ایجاد شود که تیر اندازی ادامه خواهد یافت. قریب الوقوع بودن خطر یک مفهوم عرفی است که با توجه به شرایط و اوضاع و احوال باید اثبات و از طرف دادگاه احراز گردد.

در بند ب ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی یکی از شرایط دفاع، خوف برای مدافع برشماری و بیان شده «دفاع مستند به قرائن معقول یا خوف عقلایی باشد»، اینکه ترس از ایجاد خطر در موارد فوق باید مستند به قرائن معقول باشد، امری و عرفی و نوعی است. به این معنا که نوع مردم از خطر ایجاد شده احساس ترس کنند. حکم شماره ۱۵۸۸/۲ مورخ ۲۸/۲/۲۵ شعبه دوم دیوان عالی کشور مقرر داشته: اگر کسی که مورد حمله واقع شده است اسلحه حمل کننده را بگیرد و با همان اسلحه او را بکشد؛ این عمل دفاع محسوب نمی شود زیرا خوف از بین رفته و تجاوز مخاطره آمیز باقی نمانده و مدافع نمی تواند به استناد حمله قبلی به دفاع مشروع متوسل شود.

### ب- شرایط دفاع

در ارتباط با شرایط دفاع دو مورد قابل ذکر است: ۱- ضرورت دفاع ۲- تناسب دفاع با تجاوز یا حمله.

۱. ضرورت دفاع: معنی ضرورت دفاع این است که غیر از دفاع راه دیگری برای مقابله با تهاجم وجود نداشته باشد. به موجب بند «ت» از ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی یکی از شرایط دفاع این است که توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد یا مداخله آنان در دفع تجاوز و خطر موثر واقع نشود.

ذکر عبارت «هرگونه وسیله آسانتر برای نجات» رجوع به مقررات شرعی در باب دفاع است، که با عبارت الاسبهل فالاسبهل آمده است، به این معنا که با وجود وسیله آسانتر برای نجات دفاع جایز نیست. در اینجا این سوال مطرح است آیا با وجود امکان

۲۲۷....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

فرار دفاع جایز است یا خیر؟ قانون در این خصوص ساکت است. با وجود خلا قانونی رای شماره ۲۶۵۱ مورخ ۱۳۱۹/۸/۲۶ شعبه دوم دیوان عالی کشور دفاع را حتی با وجود امکان فرار جایز دانسته است. (متین، ۱۳۸۰: ۲۸۷)

۲. تناسب دفاع با تجاوز یا حمله: بین تعرض یا حمله و دفاع باید تناسب وجود داشته باشد بند یکم از ماده ۱۵۶ و تبصره ۲ آن قانون، متعرض این موضوع شده اند، احراز این موضوع امری عرفی است. اثبات آن با مدافع و احراز آن با دادگاه است. در بررسی تناسب باید وسیله حمله، وضعیت جسمی متجاوز و مدافع و نوع تهاجم توجه شود.

بنابراین اگر کسی با مشت به دیگری حمله برد و مدافع از چاقو یا اسلحه آتشین استفاده کند تناسب موجود نیست. تناسب از جهت قوای بدنی شخص مدافع و مهاجم لازم است، آنچه در نکته قبل گفته شد، باید با در نظر گرفتن قوای بدنی دو طرف لحاظ گردد. چه آنکه ممکن است فرد ناتوان و ضعیفی در قبال حمله و تهاجم فردی قوی؛ مجبور به استفاده از چاقو یا اسلحه آتشین گردد.

### نتیجه گیری

عرف یکی از منابع اساسی و اصل حقوق کیفری است که می بایستی مورد توجه قانونگذاران، حقوقدانان و جامعه شناسان حقوقی قرار گیرد و میزان تاثیر آن در مراحل مختلف تدوین و تفسیر و اجراء قوانین کیفری به طور مفصل مورد بحث و بررسی قرار گیرد تا پاسخ درست و درخور به سوالات اهل تحقیق و دانشجویان در این خصوص داده شود. جامعه نیز احساس کند که قانونگذار به نظرات و افکار عمومی موجود ارزشی خاص قایل است. بررسی مقررات و قوانین موضوعه نشان از تاثیر عرف در تدوین قوانین دارد و نه تنها در عقود و معاملات عرف نقش بسزایی دارد، بلکه ایفای نقش آن در قوانین موضوعه کیفری به حدی است که به جرات می توان عبارت الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه را موسع نمود و گفت الفاظ حقوق محمول است بر معانی عرفیه. نکته مهم در خصوص تاثیر گذاری عرف بر قوانین موضوعه این است که عرف و عادت و اراده جمعی در دو مرحله اثر خود را در قوانین نشان میدهد. اول در مرحله تدوین قوانین کیفری است. دوم تاثیر عرف در مرحله بعد از تدوین قانون کیفری و در مرحله حیات و اجرای قانون. بدین توضیح که پس از اینکه قانون به تصویب قانونگذار و اطلاع عمومی رسید خواه نا خواه مواردی در آن وجود دارد که تعریف و تشخیص مصادیق آن به عهده عرف می باشد. مثل اینکه چه اعمالی نوعاً کشنده می باشند و یا چه اعمالی منافی عفت عمومی هستند که تعیین مصادیق آن جز با مراجعه به عرف امکان پذیر نیست و به عبارتی بعد از تدوین قانون کیفری عرف در تشخیص رفتار مجرمانه و مجرمیت یا عدم مجرمیت متهم به رفتار مجرمانه تاثیر بسزایی دارد و به بیان دیگر تاثیر عرف در اجزاء مختلف رکن مادی بسیاری از جرایم، مشهود می باشد که حسب مورد در خصوص آنها توضیح لازم داده شد. لازم به ذکر است که قانونگذار در مقررات کیفری صراحتاً از واژه عرف استفاده نمی کند بلکه مفاهیم و عبارات و اصطلاحاتی در متن مواد قانونی به کار می برد که دارای بار عرفی بوده و یا مترادف با عرف می باشند. مثل نوعاً یا عادتاً و یا مفهومی عرفی میباشد. جهت تشخیص مصادیق و حتی تعریف آنها باید به عرف مراجعه کرد. مثل اهمال و سهل انگاری و یا عفت و اخلاق عمومی و یا ولگردی و... که به لحاظ نسبی بودن موارد مذکور و مصادیق مختلفی که از آنها می توان پیدا کرد تنها معیار و ملاک در این خصوص همان عرف و افکار عمومی جامعه می باشد. فلذا بر قضات محترم دادگاه هاست که در کلمات و



۲۲۹....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

عبارات به کار رفته در مقررات کیفری دقت بیشتری مبذول داشته و با توجه به عرف جامعه و گروه‌های خاص به قضاوت پردازند. عرف با رویه قضایی نیز ارتباطی نزدیک دارد. اگرچه رویه قضایی در مواردی ایجاد می‌گردد که قانون دارای حکم خاص و یا صریحی نیست، اما دستگاه قضایی می‌بایست نقص قانون را بر طرف نماید و یا مسائلی که در موقع تصویب قانون کیفری مد نظر قانونگذار قرار نگرفته ولی جایگاه و نشانی از آن را می‌توان در عرف پیدا کرد، در جهت بر طرف کردن نقص قانون مخصوصاً در خصوص مسائل جدید و پیش‌بینی نشده عرف به کمک دادگاه آمده حل مشکل می‌نماید.

جلوه هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به... ۲۳۰

منابع:

الف: منابع فارسی

- آخوندی، محمود (۱۳۸۹)، آئین دادرسی کیفری، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی جلد اول، چاپ پنجم،
- آقای جنت مکان، حسین (۱۳۹۰)، حقوق جزای عمومی، انتشارات جنگل، جلد اول
- بازگیر، یدالله (۱۳۷۵)، علل نقض آرای کیفری در شعب دیوان عالی کشور، نشر حقوقدان
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۱)، اصول قضایی جزایی دیوان عالی کشور، انتشارات آریان
- پیمانی، ضیاءالدین (۱۳۷۴)، تفصیل قواعد دفاع مشروع در ایران، نشر میزان
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱)، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، چاپ دوازدهم،
- سلجوقی، محمود (۱۳۴۷)، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، چاپخانه بانک ملی ایران
- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۹۶)، حقوق کیفری اختصاصی جرائم علیه اشخاص، انتشارات مجد، جلد اول
- فقیه نصیری، فیروز (۱۳۷۹)، پنجاه سال آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور، نشر صدوق
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، کلیات حقوق، انتشارات دانشگاه تهران
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۵)، حقوق جزای عمومی ایران، موسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، جلد اول
- متین، احمد (۱۳۳۰)، مجموعه رویه قضایی بخش کیفری، چاپ آفتاب
- نجفی ابرند آبادی، علی حسین (۱۳۷۷)، دانشنامه جرم‌شناسی، انتشارات گنج دانش
- نجومیان، حسن (۱۳۸۶)، مبانی قانونگذاری و دادرسی، انتشارات آستان قدس رضوی
- نوربها، رضا (۱۳۸۹)، زمینه حقوق جزای عمومی، انتشارات سمت، چاپ پنجم

۲۳۱....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم، پاییز ۱۳۹۸

#### ب: رساله ها و پایان نامه ها

- اخوت، محمد علی (۱۳۸۷)، رویکرد تقنینی و قضایی عرف، رساله دوره دکتری، دانشگاه شهید بهشتی
- سلجوقی، محمود (۱۳۴۷)، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
- ساسانی، شعبانعلی (۱۳۸۷)، نقش عرف در حقوق ایران، پایان نامه جهت دریافت مرک کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران

#### مقالات

- بهاری جهرمی، علی (۱۳۹۵)، نقش عرف در قانونگذاری نظام اسلامی،
- برهانی، محسن (۱۳۹۲)، عرف و مؤلفه های قانونی و مادی تشکیل دهنده پدیده مجرمانه،
- رهامی، محسن (۱۳۸۳)، تحول و تعدیل مجازاتها در نظام کیفری جمهوری اسلامی،
- رهامی، محسن (۱۳۹۴)، عرفی شدن مجازاتها در نظام کیفری جمهوری اسلامی،
- توحیدی فرد، محمد (۱۳۹۶)، فرایند جهانی شدن حقوق کیفری،

#### ج: منابع لاتین

۱. Biro, Alan, , (۱۹۸۸), Social Science Culture Translated by Dr. Bagher Sarokhani, Third Edition, Kayhan Publications
۲. Rousseau, Jean Jacques, (۱۹۸۹) Social Contracts, , Translated by Gholamhossein Zirakzadeh, Seventh Edition, Adib Publications
۳. Coen, Bruce, (۲۰۱۳) Foundations of Sociology, , Translated by Dr. Gholam Abbas Tavassoli and Reza Fazel, Fifth Edition, Humanities Textbooks Study Organization