

## چالش‌های قانونی و حقوقی تأثیر پذیری غیر مستقیم دستگاه قضایی از عرف در قتل‌های ناموسی

زهرا زندیه<sup>۱</sup>

\* نوع مقاله: پژوهشی / تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۱۰ / تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۲۹

کدمقاله: JHVMN-۲۵۰۲-۱۲۷۰

### چکیده

هدف این تحقیق، بررسی تأثیرپذیری قاضی از عرف در امور کیفری (با تأکید بر قتل‌های ناموسی) می‌باشد که به روش توصیفی - تحلیلی و با تکیه به روش کتابخانه‌ای انجام می‌گیرد. حقوق و بالطبع حقوق جزا دارای منابع استنباطی متعددی است. یکی از منابع معتبر در حقوق جزای اسلامی و حقوق کیفری ایران، عرف و عادت مسلم است. در بعضی از نوشته‌های حقوقی آن را قواعدی دانسته‌اند که از پدیده‌های اجتماعی استخراج شده و بدون دخالت قانون‌گذار به صورت قاعده حقوقی در آمده است که یکی از منابع مهم حقوق به شمار می‌رود. در نظام حقوق کیفری ایران غالباً اعتبار عرف به عنوان یکی از منابع ارشادی مورد توجه قرار می‌گیرد. عرف از کهنگی و فرسودگی حقوق جلوگیری می‌کند و آن را همواره در تطبیق با نیازهای روز مردم متغیر و متحرک نگه می‌دارد، تا حقوق همگام با زمان و پیشرفت‌های جامعه تکامل یابد. صرف نظر از اینکه با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، عرف فقط در تصویب قوانین کیفری می‌تواند الهام بخش قانون‌گذار باشد و نمی‌تواند به طور مستقل به جرم انگاری رفتارها بپردازد، پس از پذیرش نظام قانون مدون در ایران، عرف در شناخت مفاهیم قانونی و استنباط قواعد حقوق کیفری از نصوص اهمیت یافت. از آن‌جاکه پیش فرض قانون‌گذار این است که با زبان عرفی قانون تدوین می‌کند، عرف نقش مهمی در این باب یافت. همچنین، در شناخت بخش‌هایی از عناصر سه گانه جرم، یگانه منبع حقوق کیفری است. با توجه به نقش پررنگ عرف در نظام حقوقی، یکی از اهداف مهم این تحقیق این بود که نحوه‌ی استفاده از عرف در تفسیر متون جزایی مشخص شود، و در طول تحقیق به این نتیجه رسیدیم که در کلیه‌ی جرائم عرف از جایگاه ویژه‌ای برخوردار می‌باشد و در متن قانون مکرراً به عرف استناد شده است.

**واژگان کلیدی:** عرف، قانون‌گذاری کیفری، قتل‌های ناموسی، عرف قضایی، قانون مجازات اسلامی.

<sup>۱</sup>. کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد ورامین، ورامین، ایران. (نویسنده مسئول)



## مقدمه

مسأله‌ی رابطه‌ی عرف و اخلاق یا به عبارتی تاثیر ابعاد زمان و مکان بر مبانی و اصول با ثبات ارزشی، ابعاد و آثار وسیعی را در نظام حقوق کیفری و سیاست جنایی در بر دارد. بر این اساس هر دیدگاهی که مطابق با نظام حکمت و علوم اجتماعی در این زمینه پذیرفته شود آثار و پیامدهای متفاوتی را در حقوق کیفری به همراه خواهد داشت (برهانی، ۱۳۹۶: ۱۷). بر این اساس؛ عرف و افکار عمومی از منابع حقوق هستند که در نظر برخی از مکاتب حقوقی به عنوان منبع فرعی و برخی مکاتب آن را منبع اصلی حقوق دانسته‌اند (دل‌ماس مارتی، ۱۳۹۳: ۴۵). در حکومت‌های آزاد، منبع اصلی تمام قواعد حقوقی اراده عموم است که گاه به‌طور مستقیم و به‌صورت عرف و عادت منشا حقوق می‌شود و گاه دیگر به‌وسیله قوه مقننه و به‌صورت قانون ایجاد قاعده می‌کند.

عرف؛ به مثابه مبانی حقوق کیفری، رویکردی واقع بینانه و جامعه شناختی به حقوق کیفری است که با مولفه‌هایی چون واقعیت‌های اجتماعی، وجدان جمعی، دگرگونی‌های اجتماعی، نیازهای زمان و مکان، آهنگ آن دارد تا نه با انزوا و کنارگذاری اصول دین مبین، بلکه در جهت پاسداری از آن‌ها و حفظ نظام اسلامی، احکام و نهادهای کیفری اسلام را به روز و کارآمد نماید. هرچند شاید به نظر برسد که تنها داعیه داران رویکرد اجتماعی به حقوق اندیشمندان باختر زمین هستند، اما در فقه اسلامی نیز می‌توان نهادها و مکانیسم‌هایی را یافت که زمینه فرایند اجتماعی شدن حقوق کیفری را فراهم نموده‌اند (صفیان بلداجی، ۱۳۹۰: ۲۶).

در حقوق اسلامی، عرف یک از منابع حقوقی است و این نظام حقوقی با امضاء کردن عرف‌های محلی و ارجاع قاضی به آنها و معتبر شناختن آن، توانسته است سیستم حقوقی خود را برای همیشه زنده و متحرک نگه دارد. این جایگاه در حالی است که نظام حقوق اسلامی در اعتبار عرف آن قدر افراط نکرده که مخالف شئون انسان و اصل عدالت و حرمت و شرافت ذاتی آدمی باشد. اهمیت و تأثیر عرف در این نظام حقوقی از آنجاست که عرف از کهنه و فرسوده شدن مبانی فقه و حقوق جلوگیری کرده و آن را همواره در تطبیق و انطباق با نیازمندی‌های روز مردم، متغیر و متکامل نگاه می‌دارد (روحی برندق و فصیح و کیخافرزانه، ۱۳۹۵: ۲۰۲). بنابراین ارزش شناخت عرف تا جایی است که می‌توان ادعا داشت، بی تردید قبل از ترسیم و تدوین قانون پایه اصلی هر قانونی بر مبنای عرف شکل گرفته است، تا جایی که تدوین مجموعه‌های حقوقی و قوانین موضوعه به عنوان یکی از مهمترین پدیده‌های اجتماعی، نمی‌تواند ناظر بر عرف و عادت نباشد. به هر حال، در نظام حقوقی اسلام، عرف یا

همان روش و سلوک مستمر میان مردم از مباحث متغیر و بحث برانگیز در میان فقهای شیعه و اهل سنت بوده است. با توجه به این نکته که روش مذکور گاهی باعث تحول و دگرگونی در برخی موضوعات و احکام و قوانین جامعه گردیده است، از این رو، فقیه برای به دست آوردن حکم یک پدیده عرفی، باید مسائل و شرایط مستحدث اجتماع را مورد دقت قرار دهد. با تتبع در جایگاه عرف در نظام حقوقی اسلام به این نتیجه می‌رسیم که دانشمندان شیعه به اتفاق عرف را در حوزه تعیین مفاهیم گزاره‌های فقهی دارای اعتبار و حجت می‌دانند و بنا بر نظر برخی از اصولیان و فقهای بزرگ عرف افزون بر این در حوزه تشخیص مصادیق نیز حجت است (نهایه الافکار ۴/۱۸۹؛ أوثق الوسائل فی شرح المسائل ۵۳۴؛ بحوث فی علم الاصول ۳/۵۲؛ الحاشیه علی الکفایه ۲/۴۱۷؛ نهایه الدرایه فی شرح الکفایه ۱/۱۶۸).

البته به‌کارگیری این عرف در زمینه‌های حقوقی مختلف به صورت شفاف و مشخص بیان نشده است. گاه متن قانون از نوعی ابهام و اجمال برخوردار است به نحوی که تطبیق و اجرای آن بدون رفع ابهام و زدودن نقاط تاریک ممکن نیست. زمانی نیز با وجود صراحت و روشنی مفهوم قاعده قانونی به خاطر وجود نوعی نقص و عدم جامعیت در خود قاعده یا به واسطه اوصاف اختصاصی پاره‌ای از مصداق‌ها، مرزهای حاکمیت قاعده به سادگی قابل شناسایی نیست و شمول آن بر برخی از وقایع در معرض تردید قرار می‌گیرد پاره‌ای از وقایع خارجی یا موضوع مواد متعدد و گاه متعارض واقع می‌شوند یا اساساً مشمول هیچ قاعده قانونی نیستند و قانون و قانون‌گذار راجع به آنها سکوت اختیار کرده‌اند. گاه برخی از احکام قانونی یک واقعه حقوقی از قاعده‌ای به قاعده‌ای دیگر عطف می‌شود و زمانی نیز متن قانون مشتمل بر خبط و خطایی آشکار است در کنار اینها باید توجه داشت که قانون‌گذاران غالباً در عقبه کاروان توقف ناپذیر حیات اجتماعی در حال حرکتند و بیشتر در فکر تدارک زیان‌های وارد شده و چاره‌جویی برای منع تکرار امور واقع شده اند به همین لحاظ غالباً از پیش‌بینی بسیاری از وقایع و رویدادهای تازه و رویارویی پیشاپیش با آنها باز می‌مانند. پیش‌بینی وقایع گوناگون و احاطه بر فروع و فروع متعدد رفتارها از حد توان انسان خارج است؛ به فرض توانایی هم رویارویی قانونی با آنها به وسیله عباراتی که خالی از هر نوع نقص و ابهام و اجمال باشد غیر ممکن است این‌گونه ملاحظات برای توجیه ضرورت تفسیر قانون کافی است (امیدی، ۱۳۷۷: ۶).

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 کم‌اهمیت 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 می شود که یکی از مهمترین منابع حقوق کیفری عرف می باشد. عرف؛ خود نتیجه یک عملکرد هنجاری است که با پیشرفت اجتماعات بشری تبدیل به قانون گشته است. بنابراین نمی توان گفت عرف در زمان خلاء قانون گذاری وجود داشته است، بلکه خود قانون آن بوده به صورت. نانوشته عرف یا مستقیماً مورد ارجاع قانون گذار قرار می گیرد یا حقوقدانان در تفهیم بعضی مقررات و اصطلاحات ملزم به رجوع به عرف می گردند (باهری، ۱۳۹۰: ۴۵). در این تحقیق، منظور از عرف عبارت است از «فهم، باور، تصمیم بنا گفتار یا رفتار مستمر و ارادی اکثر افراد یک گروه در حالی که هنوز صورت قانون مجعول بخود نگرفته باشد» (ابوالقاسم علیدوست، ۱۳۹۴: ۶۱).

عرف در مرحله قبل از تدوین قوانین کیفری، مهمترین منبع برای قانون گذاری می باشد و به عبارت دیگر به علت تأثیر عرف در تشخیص شدت و ضعف و قباحت اعمال و رفتار انسانها در یک جامعه، قانون گذار با کمک آن اعمالی را که از نظر افکار جامعه داخلی یا بین المللی به حدی است که بایستی از ارتکاب آنها جلوگیری شود؛ تحت عنوان عمل مجرمانه، قابل مجازات می داند. با این حال؛ آنچه مورد نظر اکثریت قریب به اتفاق حقوقدانان می باشد، این است که عرف در مسائل کیفری نمی تواند به عنوان منبعی در کنار منابع قانونی یا فقهی به صورت مجزا، مستند تعقیب کیفری و یا محکومیت قرار گیرد (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۴۳). با مختصر دقتی در بعضی متون و مواد قوانین مدون جزائی ملاحظه می شود 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 قانون گذار اقدام نماید. در اینجا دو نکته قابل ذکر است؛ اول اینکه قانون گذار در مواردی که امری را موضوعی تشخیص داده و به عرف ارجاع می دهد، صراحتاً از واژه عرف استفاده نمی کند، بلکه از کلماتی چون نوعاً و عادتاً و یا کلماتی که ارتباط با اخلاق و نظم عمومی جامعه پیدا می کند و جز در عرف نمی توان تعریف و مصداقی از آن پیدا کرد؛ مانند عفت عمومی منافی عفت و استفاده کند. 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.

در مجموعه اراده های قانون گذاری در گذشته، در ماده سه قانون آیین دادرسی مدنی مشاهده می گردد. قانون گذار تصریح بر این امر نموده است که دادگاه های دادگستری مکلفند به دعوی موافق قوانین،

رسیدگی کنند و در صورتی که قوانین کشوری کامل یا صریح نباشد یا متناقض باشد و یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند (نوربها، ۱۳۸۶: ۴۵).

تفسیر عرف گرا، بدین موضوع اعتقاد دارد که صرفاً در مواقعی که مفهوم قانون روشن نباشد، مراجعه به تفاسیر ضرورت ندارد، بلکه قاضی در مقام احقاق حق تکلیف دارد، مستندات پرونده را بر اساس آنچه نزدیکترین حالت به وصف واقعیت است، تنظیم و بیان دارد. به عبارت دیگر؛ آنچه سبب می‌شود، مجموع اقدامات قضات اعم از قضات ایستاده یا نشسته از نظر وجدان مطلوب واقع گردد پیاده نمودن مدارک و مستندات بر اساس فهم عرفی آن است. فهم عرفی؛ یعنی همان نزدیکترین راه حل در جهت بیان حقیقت است، ملاحظه می‌گردد در بسیاری از پرونده‌های جریانی در سیستم قضایی کیفری، قضات صرفاً بر اساس تفاسیر ذکر شده مبادرت به اقدامات مقتضی می‌نمایند، حال آنکه دخالت دادن عرف در تفسیر موضوعات پرونده نقش بسزایی در نزدیک نمودن پرونده به واقعیت را دارد. بیان اینکه چه فعلی از نظر عرف متعارف است و اینکه چه فعلی از نظر عرف متعارف نیست، قاضی رسیدگی کننده را از پرتوی یک سری اوراق بی جان وصل به لایه های اجتماع می‌نماید که لایه‌هایی جرم در بین آن ایجاد شده است. (کاظمی، ۱۳۹۶: ۳).

قاضی در مقام احقاق کننده حقوق مراجعین به دستگاه قضا ناچار است در صورتی که نظر به تفسیر عرف گرا داشته باشد، ارکان مادی و معنوی بزه را در مواقعی با عرف عجین نماید و مشاهده نماید نگاه عرف بر رکن ماده بزه موضوع پرونده چگونه است. در واقع امر این نگاه تمامی برداشت‌های مدون، دکترین را مورد خدشه قرار می‌دهد؛ چرا که دکترین امر بر اساس تفاسیر موجود سعی بر آن دارند که یا رکن مادی را بر اساس تفاسیر لفظی یا غایی یا تفسیر قیاسی معنی کنند یا در نهایت از باب تفسیر به نفع متهم تفسیر مضیق را در دستور کار خود قرار دهند. تفسیر عرف گرا، صرفاً نگاه به متهم ندارد، تفسیر مذکور نگاهش به حقیقت است. آنچه که در عالم واقع اتفاق افتاده، ملاک عمل است، نه آنچه صرفاً در مواقعی به نفع متهم باشد. تفسیر عرف گرا در برهه‌هایی از زمان به حمایت از شخصی که حقوقش در معرض تضییع قرار گرفته عمل می‌نماید، مهم نیست، این شخص شاکی باشد یا متهم، چرا که در برهه‌هایی از زمان دیده می‌شود که حقوق شاکی از حقوق متهم بسیار حائز اهمیت‌تر است و در برهه‌هایی از زمان مشاهده شده صرف نگاه تک بعدی به قانون، بدون آمیختن آن با عرف، سبب تضییع حقوق متهم گردیده است.

یکی از موضوعات کیفی که همواره نیازمند تفسیر و نیز تاثیرپذیری عرف بر قاضی است؛ قتل‌های خانوادگی یا بنا به اصطلاح قتل‌های ناموسی است. قتل‌های ناموسی، که قربانیان عمده آن زنان هستند، به دلیل رفتارهایی که ممکن است از دید عاملان آن نوع جنایت‌ها غیرقابل قبول هستند، یعنی تابوها، انجام می‌گیرند. این نوع رفتارهای غیرقابل قبول، آنهایی هستند که در درون فرهنگ و یا مذهب خاصی شکل گرفته و به افرادی که در حوزه آن مذهب و یا فرهنگ قرار می‌گیرند، تحمیل می‌شوند. بنابراین تابوها حاوی فرمان‌های از بالا به پایین و آمرانه‌ای هستند که ارزش‌های انسانی را نادیده انگاشته و با عنوان باورهای گروهی جزم‌گرایانه خود را بر دیگران تحمیل می‌کنند. این باورهای (به ظاهر) فرهنگی و یا مذهبی خود را در زیر نقاب ارزش‌های گروهی پنهان ساخته و با هدف حفظ ارزش‌های مقدس گروه، همه متخلفان را بی‌رحمانه سرکوب می‌کنند. در حقیقت، این باید‌ها و نبایدها آنچنان در لباس مقدس خود را می‌پوشانند که تخطی از آنها به منزله خطری برای هویت کل گروه تلقی شده و متخلفان تحت هیچ شرایطی تحمل نخواهند شد. رفتارهایی که ممکن است از دید گروه غیرقابل قبول و یا به تعبیری عبور از مرز باید‌ها و نبایدهاست، می‌تواند شامل روابط جنسی قبل از ازدواج و یا خارج از ازدواج، یا روابط دختر با پسرانی که مورد تأیید خانواده نیستند و یا برعکس آن؛ یعنی رابطه پسر با دختری که (فرضاً بنا بر دلایل مذهبی) مورد قبول خانواده و گروه نیست، و یا روابط جنسی مربوط به رفتار مردان با یکدیگر، باشد. این رفتارهای تابو شکن باعث شرم یا آبروی خانوادگی می‌شود. بنابراین، بی‌دلیل نیست که برنامه ریزی برای به قتل رساندن تابوشکن با کمک اعضای خانواده، شامل عاملان قتل و همچنین خانواده قربانی، برنامه ریزی شده و انجام می‌گیرد. گزارش‌های رسانه‌ای این نوع فجایع را به عنوان "قتل ناموسی" شناخته و یاد می‌کنند. هرچند که اینگونه قتل‌ها برای خانواده‌های مربوط به آنها عادی و هنجاری تلقی شده و حتی مورد تقدیس هم قرار می‌گیرد، برای بخش‌های مهمی از جامعه ضرورتاً نمی‌تواند قابل درک باشد مگر اینکه آنها عنوان جنایت برخاسته از جمود فکری تعبیر شوند.

### ۱- نقش عرف در جرائم مستوجب قصاص و دیه

جرائم مستوجب قصاص و دیه جرمی هستند که در آنها جانی عامدا مرتکب ایراد جنایت بر نفس یا عضو می‌شود، و هرگاه فاعل در انجام فعل قاصد باشد ولی در ایجاد نتیجه قصد نداشته باشد جنایت شبه عمد و موجب تحقق دیه است و در صورتی که نه در ارتکاب عمل و نه در تحقق نتیجه قاصد باشد جنایت خطاء محض است. این مبحث به این موضوع می‌پردازد که نقش عرف در جرائم علیه تمامیت جسمانی چیست؟

گفتار نخست نقش عرف در قتل مستوجب قصاص یکی از جرائم مستوجب قصاص نفس، قتل عمدی است. مجازات قتل عمدی انسان زنده ی محقون الدم با جمیع شرایط قصاص است. در این مبحث سعی داریم که به نقش عرف در تعریف قتل عمدی آلت قتاله تعریف مواضع حساس سببیت و اسباب در قتل عمدی و هم چنین عرفی بودن اقوی بودن سبب از مباشر در بعضی موارد که موجب قصاص است را بررسی کنیم.

### ۱-۱- نقش عرف در تشخیص و تعریف قتل عمدی

حقوقدانان در تعریف قتل عمدی میگویند "قتل عمدی عبارت است از سلب عمدی حیات از شخص زنده به وسیله شخص دیگر بدون مجوز قانونی (یاد، ۱۳۹۲: ۳۷). نقش عرف در تعریف قتل عمدی اعم از عرف عام و کارشناسان در فعل مرتکب نهفته است برای تحقق رکن مادی قتل عمد فعل مرتکب باید عملی باشد که عرفاً و در عالم خارج از نظر فیزیکی قادر به سلب حیات باشد مانند: زدن سوزاندن، بریدن، خوراندن و امثال اینها. اما صدمات روحی هر چند شدید باشند به عقیده ی بعضی ها نمی تواند عامل عرفی قتل عمدی باشد زیرا اثبات وجود رابطه سببیت میان عمل و نتیجه آسان نیست و همچنین عمل مادی باید قادر به سلب حیات باشد و توسل به ختم و جادو عامل تحقق قتل عمدی عرفاً و عادتاً نمی باشد.

بنابراین در انطباق قتل عمد با واقعیت باید به عرف رجوع کرد. ماده ۲۹۰ ق.م.ا در تعریف قتل عمدی نیز نظر به عرف مسلم داشته است این ماده مقرر می دارد:

جنایت در موارد زیر عمدی محسوب می شود:

الف. هرگاه مرتکب با انجام کاری قصد ایراد جنایت بر فرد یا افرادی معین یا فرد یا افرادی غیر معین از یک جمع را داشته باشد و در عمل نیز جنایت مقصود یا نظیر آن واقع شود خواه کار ارتكابی نوعاً موجب وقوع آن جنایت یا نظیر آن بشود، خواه نشود.

ب. هرگاه مرتکب عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می گردد، هرچند قصد ارتكاب آن جنایت و نظیر آن را نداشته باشد ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می شود.

پ. هرگاه مرتکب قصد ارتکاب جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته و کاری را هم که انجام داده است، نسبت به افراد متعارف نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن نمی شود لکن در خصوص مجنی علیه، به علت بیماری، ضعف، پیری یا هر وضعیت دیگر و یا به علت وضعیت خاص مکانی یا زمانی نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن میشود مشروط بر آنکه مرتکب به وضعیت نامتعارف مجنی علیه یا وضعیت خاص مکانی یا زمانی آگاه و متوجه باشد.

ت. هرگاه مرتکب قصد ایراد جنایت واقع شده یا نظیر آن را داشته باشد بدون آنکه فرد یا جمع معینی مقصود وی باشد، و در عمل نیز جنایت مقصود یا نظیر آن، واقع شود، مانند اینکه در اماکن عمومی بمب گذاری کند.

این ماده با بکار بردن عبارت "نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می شود" به عرف رجوع کرده است.

در رابطه با تحقق قتل عمد ناشی از ترک فعل هر چند عنصر مادی قتل عرفاً فعل مثبت است و ترک فعل عرفاً نمی تواند رکن مادی جرم قتل را تشکیل دهد اما به لحاظ عرفی در جایی که بتوان بین ترک فعل و تحقق قتل عمد رابطه سببیت عرفی و جود داشته باشد، ترک فعل هم می تواند رکن مادی قتل عمد را تشکیل دهد. در همین زمینه ماده ۲۹۵ ق.م.ا مقرر می دارد:

"هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن جنایتی واقع شود چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته است جنایت حاصل به او مستند می شود و حسب مورد، عمدی شبه عمدی یا خطای محض است مانند این که مادر یا دایه ای که شیر دادن را برعهده گرفته است، کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند."

البته این یک ماده آموزشی است و مجازاتی را برای ترک فعل تعیین نکرده است و به استناد این ماده نمی توان کسی را مجازات کرد. اما در نظریه ای از اداره حقوقی به شماره ۱۰۹۸ ترک فعل صریحاً پذیرفته شده است. طبق این نظر: همانگونه که قتل در اثر ارتکاب فعل مانند جرح و خفه کردن و نظایر اینها تحقق می یابد، ممکن است در اثر ترک فعل هم تحقق یابد مثلاً اگر مادری شیر دادن فرزندش را تعهد کرده است به قصد کشتن طفلش به او شیر ندهد تا بمیرد، قاتل محسوب است. هر گاه کسی که طبق مقررات (نظامات دولتی) مسئول نجات غریق است و برخلاف مسئولیت و وظیفه خود از نجات غریق امتناع ورزد و آن شخص در آب خفه شود، عمل وی جرم و مشمول بند ۲ ماده

واحد قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی است. در این مورد رابطه علیت بدین نحو ملحوظ است که مسئول نجات غریق منحصراً قصد ترک فعل را دارد نه قصد نتیجه را و از این رو قتل مذکور از مصادیق شبه عمد و مسئول مذکور ضامن پرداخت دیه خواهد بود. در صورتی که مسئول نجات غریق مرتکب ترک فعل شود و قصدش حصول نتیجه خفه شدن غریق باشد و نتیجه حاصل شود، مسئول یاد شده قاتل محسوب و مجازات قتل عمد را خواهد داشت. از لحاظ موازین اخلاقی نیز گاه عرف مردم بین کسی که با انجام یک فعل مثبت شخصی را می‌کشد و کسی که با عدم انجام کاری که باید انجام می‌داده است موجب مرگ وی می‌گردد تفاوتی نگذاشته است (میر محمد صادقی، ۱۳۸۱: ۳۸).

احراز و ازهاق روح از بدن و در نتیجه تحقق قتل نیز از موضوعاتی است که باید به عرف رجوع شود، زیرا زمانی می‌توانیم دقیقاً بگوییم که کسی از دنیا رفته که با رجوع به عرف کارشناس و جلب نظر پزشکان وقوع قتل را احراز کنیم؛ در واقع استناد به عرف کارشناس است. در رابطه با اینکه مبنای شناخت قتل عمدی عرف می‌باشد، در کتاب تفصیل الشریعه مرحوم فاضل لنکرانی چنین آمده است: قطعاً هر کس دیگری را با آلت کشنده‌ای با علم و آگاهی بر کشنده بودن آن آلت بزند و کشته شود در نزد عرف قتل عمدی محسوب می‌شود. از طرفی برای تشخیص حیات غیر مستقر در حکم مرده نیز باید به عرف رجوع کرد و عموماً حیات غیر مستقر مفهومی عرفی شناخته شده است. منظور از حیات غیر مستقر آن است که انسانی در حال از دست دادن آخرین رمق حیات خود است ولی هنوز دچار مرگ قطعی نشده است. اگر کسی صدمه‌ای به فردی وارد کند که او را در حکم مرده قرار دهد و دیگری با صدمه‌ای آخرین رمق را از او بگیرد با توجه به ماده ۳۷۱ ق.م.ا نفر اول قصاص می‌شود و نفر دوم به مجازات جنایت بر میت محکوم می‌شود. آنچه در اینجا مهم است ملاک تشخیص حیات غیر مستقر که همان صدق عرفی آن است می‌باشد. به نحوی که بتوان شخص مجنی علیه را عرفاً در حکم مرده قلمداد کرد.

## ۱-۲- عرفی بودن مفهوم آلت قتاله

منظور از آلت قتاله وسیله‌ای ارتکاب قتل است که می‌تواند به کار بردن وسیله‌ای چون اسلحه، چوب، سم و سایر وسایل باشد. یکی از شرایط تحقق قتل عمد وصف قتاله بودن فعل یا آلت جرم است. معمولاً قتاله بودن عمل یا آلت به چند اعتبار است.



الف. قتاله بودن آلت به اعتبار ذاتی بودن مانند اسلحه.

ب. قتاله بودن آلت به اعتبار برخورد آن به موضع حساس.

ج. قتاله بودن آلت به جهت وضع مزاجی، جسمی مجنی علیه.

برای احراز قتاله بودن آلت ایراد جرح، معمولاً محاکم قضیه را به کارشناسان متخصص در آن زمینه ارجاع می‌دهند که با توجه به عرف کارشناس نظریه خود را اعلام می‌کند.

همچنین عرف قضایی یا همان رویه‌ی قضایی قتاله بودن آلت را در مواردی با توجه به برخورد آن به مواضع حساس می‌داند. در همین رابطه رای شماره ۸۱۶ شعبه بیستم دیوان عالی کشور مقرر می‌دارد: "با توجه به اعترافات صریح متهم که با میله گرد آهنی به سر و بدن مقتول زده است که موجب شکستگی استخوان سر و ترقوه گردیده است ادعای اینکه قصد کشتن نداشته است قبول نمی‌شود".

در رای شماره ۱۲۴ مورخه ۱۶/۱۲/۱۳۲۰ چنین مقرر می‌دارد منظور از آلت قتاله در ماده ۱۷۱ قانون کیفر عمومی، هر گونه وسیله‌ای است که در ایراد ضرب و جرح به کار رود که یا خود آن آلت عادتاً کشنده باشد و یا به اعتبار خصوصیت موضعی که ضرب و جرح بر آن وارد آمده عادتاً موجب قتل گردد. بنابراین اگر مجنی علیه در اثر ضربات شانه‌ی آهنی زراعتی به سر و پیشانی به قتل برسد بر فرض هم که آلت استعمال شده قتاله نباشد از لحاظ خصوصیت موضع اصابت قتاله محسوب و مشمول قسمت اخیر ماده ۱۷۱ قانون مجازات عمومی می‌باشد.

گاهی اوقات آلت و کار انجام شده غالباً و نوعاً نسبت به افراد کشنده نیست ولی به دلیل بیماری، پیری ناتوانی کودکی و امثال آنها عمل ارتكابی نسبت به مقتول کشنده بوده است و هرگاه قاتل به وضعیت مقتول و اوصاف او آگاهی داشته باشد و مرتکب ایراد ضرب و لو غیر کشنده شده باشد قتل عمد محسوب می‌شود. در رای ۱۱۴۶ شعبه ۶ دیوان عالی کشور چنین مقرر می‌دارد:

"منظور از آلت قتاله، هر نوع عملی است که آن عمل با ملاحظه‌ی وضعیت مجنی علیه و متهم عادتاً سبب هلاکت گردد. مانند از بلندی به زمین زدن بچه و امثال آن".

رویه‌ی قضایی در آرای دیگر هم با ذکر عبارات نوعاً و غالباً سعی در ارجاع تعریف آلت قتاله به عرف دارد. برای مثال شعبه ۲ دیوان عالی کشور در آرا ۵۸۸ مورخه ۱۷/۳/۱۳۱۸، ۶۲۵ مورخه ۲۳/۳/۱۳۱۸،

۱۷۴ مورخه ۲۰/۶/۱۳۲۲ و ۱۸۴ مورخه ۴/۲/۱۳۱۷ چنین مقرر می‌دارد: منظور از آلت قتاله در قسمت اخیر ماده ۱۷۱ قانون کیفر عمومی و مناط در قتاله بودن آلت استعمال این است که نوعا و غالبا و لو به اعتبار موضع جرح دارای این اثر باشد و ایراد به وسیله چاقو به پهلو طوری که به پرده صفاق رسیده و منتهی به فوت و مجروح گردیدن شود اگر هم تنها به اعتبار آلت استعمال شده مشمول قسمت اخیر ماده مزبور نشود با ملاحظه موضع جرح و کیفیت آن مشمول قسمت مذکور خواهد بود (متین، ۱۳۹۵: ۲۶۴).

از توجه به آرا فوق و رویه قضایی استنباط می‌شود که یکی از معیارهای تشخیص قتاله بودن آلت قتل، عرف است. بنابراین مفهوم آلت قتل و قتاله بودن آن و وجود رابطه سببیت بین اثر ناشی از آن عمل همگی محمول بر عرف و عادت مسلم می‌باشد.

### ۱-۳- عرفی بودن عمل موجب قتل

با مراجعه به ماده ۲۹۰ ق.م. یکی از شرایط تحقق قتل عمدی این است که فعل یا عمل نوعا موجب جنایت شود. پس اگر فعل نوعا یا عرفا یا غالبا کشنده نباشد در صورت نداشتن قصد قتل، قتل اتفاق افتاده عمد محسوب نمی‌شود. عملی که قاتل انجام می‌دهد ممکن است جنبه‌ی ایجابی یا سلبی داشته باشد. در جنبه‌ی ایجابی مرتکب کسی را کتک می‌زند و آنقدر به کتک زدن ادامه می‌دهد تا مضروب به قتل برسد. در این فرض تداوم و استمرار ضربات عاداتا کشنده بوده است و در نتیجه قتل عمد تلقی می‌شود و تفاوتی در این مورد نیست که آلت ضرب نوعا کشنده باشد یا نباشد و یا محل برخورد ضربات حساس باشد یا نباشد در جنبه‌ی سلبی مرتکب فعلی را ترک می‌کند که حیات بر آن فعل مترتب است و ترک جب مرگ می‌شود. مثلا مادری بچه‌ی خود را مدتی شیر نمی‌دهد و این مدت به میزانی است که معمولا بچه در آن مدت نوعا و عرفا می‌میرد، در این فرض هم ترک فعل نوعا کشنده محسوب می‌شود. اصولا احراز قتاله بودن فعل به عرف و عادت ارجاع داده شده است. در کلام و عبارات فقهی نیز در تعریف قتل عمدی آمده است که فعل یا ترک فعل باید همانند آلت قتل، قتاله باشد و در تمام مباحث احراز قتاله بودن فعل به عرف و عادت ارجاع شده است؟ (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۵۵۰). عمل ارتكابی ممکن است به اعتبار قتاله بودن آلت کشنده محسوب شود که همانطور که گفته شد باز هم باید به عرف و عادت مراجعه کرد.

#### ۴-۱- عرفی بودن مواضع حساس

برای شناخت اینکه موضعی از بدن نسبت به اصابت آلتی حساس می‌باشد و این حساسیت منجر به قتل می‌گردد باید به عرف کارشناسی پزشکان مراجعه کرد از نظر پزشکی موضع حساس محلی است که ایراد جراحی و از کار افتادن آن موجب ازهاق نفس گردد. برای مثال، مغز، قلب، کبد ریه، قفسه سینه بعضی از مواضع حساس انسان است که هرگونه جراحی با آلتی به آن موجب خونریزی زیاد و در نتیجه قتل می‌گردد. برای تشخیص اینکه کدام یک از مواضع بدن انسان از مواضع حساس محسوب می‌شوند باید به عرف کارشناسی پزشکی مراجعه کرد. برای مثال از نظر عرف پزشکان شکستگی استخوان دست یا پا عرفاً از مواضع حساس به حساب نمی‌آید زیرا رابطه‌ی سببیتی بین مرگ و شکستگی استخوان وجود ندارد. در مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور در این رابطه چنین آمده است: آنچه مسلم است با یک چوب‌دستی ضربه‌ای به مغز کسی وارد شده که حساس است موضع حساسی است و منتهی شده به مرگ به طوری که در گزارش جناب آقای... هم بود در جا فوت شده و از خود متهم هم نقل می‌کنند که گفته چنان ضربه‌ای به ایشان زد که به قبرستان نمی‌رسد به نظر بنده تشخیص شعبه دیوان عالی کشور (عمدی بودن قتل) درست است (سپهوند، ۱۳۸۶: ۶۶). در همین رابطه پزشکی قانونی پس از معاینه جسد و کالبد شکافی اظهار نظر کرده که صدمه وارده منجر به شکستگی جمجمه و آسیب مغزی شده و در نتیجه اعضای هیئت عمومی با توجه به عرف کارشناسی، پزشکان عمل ارتكابی متهم را نوعاً قتاله تشخیص داده‌اند. بنابراین چنانچه شخصی به نقطه حساس و حیاتی از بدن مقتول مانند سر ضربه‌ای وارد کند و این امر سبب مرگ او گردد، عرف اصابت ضربه را از مصادیق حساس بودن موضع به عمل ارتكابی دانسته و آن را قتل عمدی می‌داند.

#### ۵-۱- عرفی بودن سببیت در قتل عمدی

یکی از موجبات تحقق قتل عمدی علاوه بر مباشرت تسبیب در قتل عمدی است و منظور از سببیت این است که فردی با ایجاد سبب، موجبات قتل را فراهم آورد به طوری که اگر آن سبب از سوی مسبب به وجود نمی‌آمد قتلی نیز محقق نمی‌شد. یکی از مباحثی که در اینجا مطرح می‌شود تشخیص سبب در صورت اجتماع اسباب متعدد قتل عمد است در این خصوص نظریه عرفی بودن سببیت مطرح شده است؛ بر اساس این نظریه که به نظریه‌ی شرط کافی نتیجه هم مشهور می‌باشد باید از میان تمامی اسبابی که در وقوع حادثه نقش داشته‌اند تنها عاملی را که عرفاً و عاداتاً باعث ایجاد حادثه می‌شود به عنوان علت واقعی شناخت. تعیین سبب قتل مبتنی بر تفاهم عرفی است به طوری که

عرف فعل جانی را سبب جنایت می‌شناسد. مثلاً اطعام مجنی علیه با غذای مسموم از مصادیق سبب عرفی قتل است هر چند که این خود مقبول است که با مباشرت در خوردن غذای آلوده اقدام به قتل کرده است اما در چنین شرایطی با توجه به جهل وی بر موضوع عرفا سبب قتل را می‌شناسند (فیض، ۱۳۸۶: ۳۵۷).

برای شناخت مسئله تسبیب و اینکه کدام سبب موثر در وقوع جنایت بوده است، رجوع به عرف ملاک است که این می‌تواند عرف عام یا عرف کارشناسی باشد.

نظریه‌ی سبب متعارف در مواردی از قانون مجازات اسلامی در مبحث دیات مورد توجه قرار گرفته است. به عنوان مثال در ماده ۵۰۳ آمده است:

"هر گاه کسی دیگری را به روی شخص ثالثی پرت کند و شخص ثالث یا شخص پرت شده بمیرد یا مصدوم گردد در صورتی که مشمول تعریف جنایت عمدی نگردد، جنایت شبه عمدی است."

در سببیت در قتل ملاک و معیار سببیت عرفی است و اگر عرف سببی را عامل قتل بشناسد، مسبب قاتل است.

#### ۱-۶- عرفی بودن سبب اقوی از مباشر

ماده ۵۲۶ ق.م.ا: "هرگاه دو یا چند عامل برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد به طور مساوی ضامن می‌باشند مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند. در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار جاهل صغیر غیر ممیز یا مجنون و مانند آنها باشد فقط سبب، ضامن است."

قسمت پایانی ماده:

در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار جاهل صغیر غیر ممیز یا مجنون و مانند آنها باشد فقط سبب ضامن است. به سبب اقوی از مباشر اشاره می‌کند.

مباشر می‌تواند موجود جامد باشد مثل کسی که در ملک خود آتش روشن کند و آتش عاداتاً سرایت کند. یا مباشر حیوان باشد مثل حمله‌ی حیوان در صورتی که صاحب آن خطر حمله آن را بداند. یا

از افراد فاقد مسئولیت کیفری مانند مجانین و صغیر غیر ممیز باشد و یا جاهل به موضوع یا حکم باشد مانند کسی که چاهی حفر می کند و روی آن را می پوشاند و مباشر جرم را که از آن آگاهی ندارد همراه خود ببرد و در آن بیفتد (گلدوزیان، ۱۳۷۸: ۹۹).

در کلیه‌ی مثال‌های فوق تشخیص سبب اقوی از مباشر جنبه‌ی عرفی داشته که با عرف و عادت مسلم و یا نظر کارشناسان به دست می آید. بنابراین هرگاه مرتکب به نحو تسبیب موجب بروز حادثه‌ای شود علیرغم اجتماع آن با مباشرت اگر سببیت به گونه‌ای باشد که عرف بدون هیچ گونه شک و تردیدی نتیجه را به سبب منتسب بداند، سبب ضامن است (قیاسی، ۱۳۹۳: ۱۰۵). به عنوان مثال قتل مستند به فعل مقتول باشد اما سبب آن شخص دیگری باشد اگر بتوان عرفا سبب را مقصر دانست، سبب مقصر است. به عنوان مثال هرگاه فردی برای فرار از ربایش یا شخص مزاحم خود را زیر چرخ‌های خودروی در حال حرکت بیندازد و موجب مرگ خود گردد در این صورت چون عکس العمل قربانی از نظر عرف کاملاً نامعقول و غیر متعارف، است مرگ یا جراحت وارده را نمی‌توان به آن شخص مزاحم نسبت داد، زیرا در چنین حالتی عرفا سبب اقوی از مباشر نمی‌باشد. ارجاع اینگونه از داوری‌ها به عرف در کلام فقها نیز سابقه دارد قانون مجازات اسلامی معیاری برای تشخیص اقوی بودن سبب از مباشر ارائه نکرده است. با مطالعه‌ی مباحث فقهی می‌توان نتیجه گرفت که فقها معیار قوی بودن سبب از مباشر را عرف و عادت قرار داده‌اند (همان، ص ۱۱۰).

## ۲- نقش عرف در جرائم مستوجب قصاص عضو و جرح

یکی از جرائم مستوجب مجازات قصاص، ایراد جرح و قطع عضو عمدی می‌باشد. این جرم از جرائم حق الناس بوده و به موجب نص صریح قرآن مجازات آن قصاص می‌باشد خداوند متعال در آیه ۴۵ سوره مائده به صراحت مجازات قطع عضو و ایراد هرگونه جراحت عمدی را همانند قتل عمدی قصاص اعلام کرده است. جراحت گاه عبارت است از قطع و جدا کردن عضو مانند قطع دست یا پا و غیره و گاه جراحت بدون قطع و جدا کردن عضو است به طوری که عضو متصل می‌باشد. در این گفتار مباحثی پیرامون نقش عرف در تشخیص و تعریف جراحت عمدی و همچنین نقش عرف و عادت در تشخیص حساسیت مواضع جرح یا قطع عضو مورد بررسی قرار می‌گیرد و در اینجا منظور از نوعا موجب جنایت شود، عمل ایراد جرح یا قطع عضو است. با توجه به بندهای سه گانه ماده مذکور استنباط می‌شود که فعل ارتكابی باید نوعا و عرفا منجر به قطع عضو و ایراد جراحت عمدی گردد.

و اگر در ارتکاب جرم از آلات و ادوات و وسایلی استفاده شود باید استعمال آن وسایل عرفا و غالبا تولید جراحت نماید و همینطور جارحه بودن آلات و ادوات و وسایل به کار گرفته شده در ایراد جراحت عمدی و قطع عضو ممکن است به اعتبار نوع و ذات جارحه بودن آن وسایل باشد که معولا و غالبا استعمال آنها به هر موضعی از بدن منجر به جرح می گردد مانند تیغ و چاقو اما بعضی آلات و وسایل ذاتا تولید جرح نمی نمایند بلکه جارحه بودن آن آلت یا فعل به اعتبار حساس بودن موضع جرح می باشد که احراز ذاتی بودن آلت جراحت و حساس بودن موضع با رجوع به عرف و عادت تعیین می گردد. برای مثال ایراد ضرب با مشت که به انگشتان ضارب انگشتی باشد که دارای نگیب سنگین یا فلز باشد به محل غیر حساسی مانند کف دست یا ران موجب جراحی نمی گردد، زیرا عرفا این مناطق و مواضع حساس نمی باشند. اما اگر با همین وضعیت مشت گره شده به پیشانی یا سری که موهای آن چیده شده یا ریخته ضربه وارد نماید منجر به پارگی پوست و ایراد جراحت می شود. و همچنین احراز جارحه بودن آلت یا فعل ممکن است نه ذاتی باشد نه به اعتبار موضع بلکه به اعتبار شخصیت مجنی علیه باشد که معمولا در اینگونه موارد مجنی علیه به جهت ضعف مزاج، پیری، و یا صغر سن ممکن است در قبال کوچکترین ضربه تحمل و طاقت نداشته باشد و در نتیجه با ایراد یک ضربه کوچک منجر به ایراد جراحت شود. رجوع کرده است. و در اینجا منظور از نوعا موجب جنایت شود، عمل ایراد جرح یا قطع عضو است. با توجه به بندهای سه گانه ماده مذکور استنباط می شود که فعل ارتكابی باید نوعا و عرفا منجر به قطع عضو و ایراد جراحت عمدی گردد و اگر در ارتکاب جرم از آلات و ادوات و وسایلی استفاده شود باید استعمال آن وسایل عرفا و غالبا تولید جراحت نماید و همینطور جارحه بودن آلات و ادوات و وسایل به کار گرفته شده در ایراد جراحت عمدی و قطع عضو ممکن است به اعتبار نوع و ذات جارحه بودن آن وسایل باشد که معولا و غالبا استعمال آنها به هر موضعی از بدن منجر به جرح می گردد مانند تیغ و چاقو اما بعضی آلات و وسایل ذاتا تولید جرح نمی نمایند بلکه جارحه بودن آن آلت یا فعل به اعتبار حساس بودن موضع جرح می باشد که احراز ذاتی بودن آلت جراحت و حساس بودن موضع با رجوع به عرف و عادت تعیین می گردد. برای مثال ایراد ضرب با مشت که به انگشتان ضارب انگشتی باشد که دارای نگیب سنگین یا فلز باشد به محل غیر حساسی مانند کف دست یا ران موجب جراحی نمی گردد، زیرا عرفا این مناطق و مواضع حساس نمی باشند. اما اگر با همین وضعیت مشت گره شده به پیشانی یا سری که موهای آن چیده شده یا ریخته ضربه وارد نماید، منجر به پارگی پوست و ایراد جراحت میشود. و همچنین احراز جارحه بودن آلت یا فعل ممکن است نه ذاتی باشد نه به اعتبار موضع بلکه به اعتبار شخصیت مجنی علیه باشد که معمولا در اینگونه موارد مجنی علیه به جهت ضعف مزاج، پیری، و یا صغر سن ممکن است در

قبال کوچکترین ضربه تحمل و طاقت نداشته باشد و در نتیجه با ایراد یک ضربه کوچک منجر به ایراد جراحی شود (سمیعی، ۱۳۹۷: ۷۳).

### ۳- نقش عرف در قتل و جراحات شبه عمد و خطای محض

بعضی از جنایات علیه تمامیت جسمانی به لحاظ فقدان سوء نیت مجازاتی در پی ندارند و از باب حفظ دماء و قاعده‌ی هدر خون بهای مقتول بر عهده جانی است. این جرائم شامل کلیه قتل‌ها و جراحات غیر عمد مانند شبه عمد و خطای محض است. در تعریف قتل شبه عمد گفته شده است: شبه عمد آن است که شخصی قصد انجام فعلی را نسبت به دیگری داشته باشد که غالباً کشنده نیست و قصد کشتن هم نداشته باشد چون زدن با تازیانه و مانند آن به قصد تادیب که اتفاقاً موجب مرگ شود (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۵۵۴).

جنایت خطای محض آن است که شخص قصد انجام فعل نسبت به کسی را نداشته و همچنین قصد جنایت را هم نسبت به او ندارد. به طوریکه جانی در انجام فعل و قصد دچار خطا شده است. مانند اینکه سنگی را برای مصرف شخصی خود از بالای کوه بغلتاند و به کسی اصابت کند و او را بکشد. در این گفتار بحث بر سر این است که آیا در تعریف و تشخیص جنایات شبه عمد و خطای محض عرف تاثیر دارد یا خیر؟ با توجه به تعریف جنایات شبه عمد اینطور استنباط میشود که عنصر عرف در تشخیص و تمییز جنایات شبه عمد موثر است زیرا حقوقدانان کیفری با توسل و تمسک به اینکه آلت مورد استفاده نوعاً و غالباً نباید باعث جنایت شود و فعل منجر به جنایت هم نباید نوعاً موجب جنایت شود، جنایات شبه عمد را تمییز می‌دهند. پس تشخیص اینکه فعل و یا آلت عادتاً و عرفاً موجب جنایت نمی‌شود با عرف است.

یکی دیگر از موارد کاربرد عرف در تعریف و تجزیه جنایات شبه عمد احراز رابطه سببیت عرفی بین فعل و جنایت می‌باشد که بر اساس نظریه سبب متعارف این سببیت بایستی عرفی و متناسب با عادت اجتماع باشد. زیرا در نظریه سبب متعارف از مجموع اسباب منتهی به نتیجه‌ی مجرمانه آن سببی به عنوان علت شناخته می‌شود که متعارف باشد.



#### ۴- نقش عرف در جرائم مستوجب حد

یکی از جرائم شرعی که به موجب قرآن و سنت مجرمیت آنها اعلام شده است، جرائم مستوجب باشند. این جرائم معمولا حق الله محض و یا اختلاطی از حق الله و حق الناس و یا حق الناس محض می‌باشند. معمولا برای تشخیص این جرائم و انطباق اعمال ارتكابی با عناوین ممنوعه‌ی شرعی و حدود الهی باید به عرف رجوع کرد به عنوان مثال برای احراز مالیت مال مسروقه در سرقت معمولا مرجع عرف، شناخته شده است.

اسباب حدود: محاربه و افساد فی الارض، زنا و توابع آن (گفتار اول)، شرب خمر (گفتار دوم) سرقت (گفتار سوم) و قذف (گفتار چهارم) می‌باشد.

#### ۴-۱- نقش عرف در جرائم زنا و لوازم آن

زنا دارای مفهومی عرفی است. در این رابطه آیت الله منتظری در کتاب حدود خود معتقد است که لغت زنا فاقد حقیقت شرعی می‌باشد بلکه دارای مفهومی عرفی است (منتظری، ۱۴۰۱: ۶۶). همچنین در مقام تشخیص جرم زنا فقها ضمن تعریف عنصر مادی آن به ادخال و ایلاج آلت تناسلی مرد در فرج زن به طوری که حشفه غائب شود و ملاک ادخال و ایلاج غیبوت عرفی است.

فقها در تعریف فرج ناچار از مراجعه به عرف شده اند و مراد از فرج را همان عورت دانسته‌اند که عرفا اعم از قبل و دبر می‌باشد. بنابراین عرفا فرج شامل قبل و دبر می‌باشد و هر گاه کسی با زنی از جلو یا عقب نزدیکی بنماید به طوری که آلت به اندازه حشفه داخل دبر هم شده باشد عرفا مرتکب جرم زنا گردیده است زیرا عرف جامعه فرج را شامل قبل و دبر می‌داند. بند دوم نقش عرف در تشخیص تعداد مومنین حاضر در زمان اجرای حدود یکی از مباحثی که مطرح می‌شود این است که یک جمع در چه زمانی محقق می‌شود و علی‌الاصول به چه تعداد از مردم و یا مومنین جمع تلقی می‌شود که با حصول به آن بتوان حکم شرعی زنا را در ملا عام اجرا کرد. شاید به هنگام اجرای حد تعداد مومنان به حد نصاب نرسد. معمولا این حد نصاب چقدر است؟ قانون‌گذار در ماده ۲۱ آیین نامه نحوه اجرای احکام قصاص رجم، قتل صلب، اعدام و شلاق موضوع ماده ۲۹۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، رجم قتل، صلب، اعدام و شلاق مقرر می‌دارد: قبل از اجرا مرجع مجری حکم در صورت تشخیص قاضی صادر کننده حکم مردم را از زمان اجرای حکم آگاه می‌سازد و در هر حال لازم است حداقل سه نفر از مؤمنین در زمان اجرای حد حضور داشته باشند. شهید ثانی

معتقد است که قول نیکوتر این است که به عرف رجوع کرد که منظور از طایفه کمتر از سه نفر نمی‌باشد.

بند سوم نقش عرف در تشخیص علم حاکم که مثبت حد باشد یکی از ادله اثبات حدود شرعی همچون زنا و لواط آن علم حاکم است. یعنی حاکم به وقوع زنا از جایی و یا مجاری طبیعی و مستند و متعارف و قابل کنترل علم حاصل کند در این صورت می‌تواند به علم خویش عمل نموده و حد را جاری کند. بدیهی است علمی برای حاکم موجب ثبوت حد الهی است که در نزد عرف مسلم و سیره عقلا، او را به وقوع واقعه راهنمایی کند و در نزد مراجع نظارتی قابل کنترل باشد و الا استناد به رویا و تله پاتی و ارتباط با ارواح و کسب اخبار نمی‌توان به وقوع جرم علم حاصل کرد و به جهت عدم عرفی بودن آن ارزش اثباتی ندارد.

## ۵- قتل زانی و زانیه توسط شوهر زانیه از دیدگاه فقه

### ۵-۱- دیدگاه اهل سنت

در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه در این خصوص آمده است: «جمهور اهل سنت در مسأله‌ی قتل زوجه و اجنبی معتقدند قتل زانی جایز نیست. (جزیری، ۱۴۰۶: ۵۱۴) و به حدیثی استناد می‌کنند که سعد بن عباده از حضرت رسول (صلی الله علیه و اله وسلم) سؤال کرد: ای رسول خدا اگر با همسر مردی را دیدم آیا مهلت بدهم تا علیه او با چهار شاهد اقامه شهادت کنم؟ حضرت فرمود: بلی» (همان) موضوع دیگری که در میان اهل سنت مورد اتفاق است این است که چنانچه کسی زانی غیر محصن را در حال زنا به قتل برساند مجازات نمی‌شود و دلیل ایشان قضاوت عمر در موردی است که مردی با شمشیر خون آلود نزد او آمد و به دنبال او جمعیتی دیگر آمدند و گفتند: این مرد دوست ما را در کنار همسرش کشته است. آن مرد به عمر گفت: با شمشیر میان دو پای همسرم زدم اگر در آن محل کسی بوده او را کشته‌ام. عمر رو به مرد کرد و گفت اگر دوباره آمدند همین کار را تکرار کن و خون مقتول را هدر اعلام کرد. (عوده، ۱۹۹۳: ۵۴۰). عبدالقادر عوده، علت اباحه قتل را در این صورت به نقل از علمای اهل سنت دو امر می‌داند: تحریک قایلین به تحریک در اینکه مزنی بها از خویشان مرد باشد یا اجنبی باشد تفاوت قایل شده و فقط در صورت اول قتل را جایز می‌داند. نهی از منکر، که در این صورت بر همه اشخاص واجب است و تفاوتی میان زانی با اهل یا اجنبی نیست. و رأی مشهور در مذاهب سه گانه اهل سنت غیر از شافعی همین است. اما مذهب شافعی این است

که قتل غیر محصن در حال تلبس به زنا را جایز نمی‌دانند، مگر در صورتی که بازداشتن از ارتکاب جرم به غیر طریق قتل ممکن نباشد و تحریک را مجوز قتل ندانسته و دفع منکر را مجوز قتل نمی‌دانند مگر اینکه قتل تنها راه دفع منکر باشد. (همان، ۵۴۲-۵۴۰)

نتیجه اینکه اهل سنت در خصوص جواز قتل زوجه و اجنبی در حال زنا نظر مستند و مستدلی ندارند. تحریک و یا نهی از منکر از نظر قواعد و اصول مجوز قتل نبوده و شرایط و مقررات خاص خود را دارد، بنابراین در کلمات فقهای اهل سنت زانی اجنبی و زوجه در صورت مشاهده در حال زنا از مصادیق مهدور الدم نیستند و جواز قتل تلبس به زنا، به صورت کلی در کلمات اهل سنت از باب تحریک در خصوص زنا با خویشاوندان) و یا نهی از منکر (نسبت به همه افراد) مطرح است.

#### ۵-۲- دیدگاه فقهای شیعه

قول مشهور فقهای شیعه این است که چنانچه کسی همسر خویش را در حال زنا با اجنبی مشاهده کند و علم به مطاوعه و رضایت زن داشته باشد مجاز به قتل زوجه و زانی اجنبی است (محقق حلی، ۱۴۰۱: ۱۴۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱۴۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۹۸؛ گیلانی، ۱۴۲۷: ۹۶). لکن بعضی از فقها از جمله شیخ طوسی و ابن ادریس علاوه بر قید رضایت و مطاوعه زن احصان زن و مرد زانی را هم لازم دانسته آمد. (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۶۸). اما بعضی از فقهای معاصر قول مشهور را نپذیرفته و ادله‌ی آن را رد کرده‌اند. از جمله محقق خوبی در مبانی تکلمه المنهاج در این رابطه می‌نویسد: «قول مشهور این است که چنانچه کسی مشاهده کند شخصی با زوجه‌اش زنا می‌کند و زن هم با او همکاری دارد، می‌تواند هر دو را بکشد و این قول مشهور خالی از اشکال نیست بلکه قابل منع است. خوبی بیتا (۸۴) ایشان در رد ادله‌ی مشهور احادیث منقول در این باب را به این شرح نقل می‌کند: روایت سعید بن مسیب که طبق آن معاویه نامه‌ای به ابو موسی اشعری نوشته که ابن ابی الجسرین مردی را با زنش دیده و او را کشته است. در این خصوص برای من از حضرت علی (علیه السلام) سؤال کن. ابوموسی می‌گوید با حضرت علی (علیه السلام) ملاقات کردم و از حضرت سؤال کردم. حضرت فرمود: حکم من این است که اگر چهار شاهد برای آنچه دیده است آورد کاری ندارم و الا قاتل را می‌کشم (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۶۹ ۱۶۹)

## ۶- ماهیت قتل در فراش

بحث مهمی که در این تحقیق مطرح است و جای بحث دارد، ماهیت قتل انجام گرفته توسط شوهر است.

### الف - قتل از باب حد زنا

برخی از فقها، حق شوهر بر قتل زانی یا زوجه را از باب اجرای حد زنا دانسته‌اند. یعنی شوهر را در عرض حاکم شرع و مولی دارای حق اجرای حد زنا دانسته‌اند. (اصفهانی، ۱۴۰۶، ۱۰/۴۷۶). فقها برای جواز قتل توسط شوهر از باب اجرای حد، زنا، شرایطی ذکر نموده‌اند: نخست، اثبات رابطه زوجیت؛ بنابراین اگر پدر یا برادر زن را در حال زنا ببینند، اگر پس حق کشتن وی را ندارند، دوم زن و زانی با رضایت مرتکب زنا شده باشند؛ به اکراه، تهدید یا اضطرار، باشد کشتن ایشان جایز نیست و در صورت قتل شوهر قصاص می‌شود. سوم مشاهده صحنه زنا توسط خود شوهر به صورت مستقیم؛ پس اگر کسی برای شوهر بیان کند که همسر وی مرتکب زنا شده است مجوز قتل برای شوهر نیست. چهارم ارتکاب رابطه جنسی در حد زنا؛ لذا اگر شوهر ببیند همسرش ارتباطی با مردی دارد ولی در حد زنا نباشد حق قتل ندارد پنجم، نباید خود شوهر زمینه رابطه جنسی نامشروع را فراهم کرده باشد؛ لذا اگر مردی از قبل اطلاع داشته، و یا بر اثر فساد اخلاقی امکان رابطه جنسی را برای زن یا مردی مثلاً دوست خود فراهم کرده باشد حق قتل ندارد ششم وجود شرایط عامه تکلیف در زانی و زوجه؛ هر دو باید بالغ، عاقل و مطلع باشند. (محمدی (۱۳۸۹) ش، ۵۷-۴۴ هفتم، لزوم اثبات ادعای شوهر در دادگاه؛ شوهر باید بتواند ادعای خود درباره زناکار بودن مقتول و وجود شرایط بالا را در دادگاه با شهادت چهار شاهد بر زنا اقرار اولیاء دم بر زنا (تا دیگر حق مطالبه قصاص نداشته باشند اثبات کند و گرنه قصاص می‌شود؛ اگرچه در صورتی که راست گفته باشد در آخرت و نزد خداوند گناهی بر شوهر نیست ولی دادگاه، موظف است شوهر را در صورتی که نتواند ادعای خود را ثابت کند قصاص نماید. (عباس زاده ۱۳۸۷: ۳۰۸).

بر این نظریه چند انتقاد جدی مطرح است نخست به استناد ادله نقلی و اتفاق فقها، فقط در سه مورد مجازات زنا قتل است زنا با محارم زنا می‌باشد با زن مسلمان زنا به عنف، و در سایر موارد، حد زنا، رجم و جلد است نه قتل؛ پس چگونه می‌توان اقدام شوهر به قتل را اجرای حد زنا دانست؟ (عاملی «شهید ثانی»، ۱۴۱۲، ۲/۳۵۲).

دوم؛ مشهور فقها به طور مطلق به شوهر اجازه قتل داده‌اند بدون اشتراط احسان (حلی ۱۴۱۰، ۲/۱۷۷) در حالی که مجازات زناى فرد غير محصن اگر با شهادت چهار شاهد در دادگاه ثابت شود شلاق است حال چگونه به شوهر حق می‌دهیم آن فرد را به قتل برساند؟! سوم با بررسی تمام ادله و اقوال فقها میبینیم که علاوه بر بینه و اقرار، فقط علم را برای قاضی دلیل اثبات دانسته‌اند نه غیر او، به ویژه که برخی از فقها، علم قاضی را در اثبات جرائم حق الهی محض مخصوصاً امور منافی عفت، حجت ندانسته‌اند. هدف از قضاوت و قوانین کیفری، حفظ نظم و امنیت جامعه و تأمین منافع جامعه است و قاضی نیز وظیفه تأمین این اهداف را دارد؛ لذا فقط در حیطة حقوق الناس است که می‌تواند به علم خود استناد نماید چرا که حقوق الله اموری فردی است و اصل در آن بر کتمان است. (طوسی، ۱۴۰۸، ۲۱۸؛ طوسی «شیخ طائفه» بی تا، ۷۱۱؛ حلبی، ۴۲۸-۴۳۲، ۱۴۰۳).

ب- جواز قتل زانی از باب دفاع و مهدور الدم بودن

به نظر می‌رسد صحیح آن است که روایاتی که حکم به جواز قتل زانی داده‌اند از باب جواز قتل فرد متجاوزی که وارد حریم خصوصی فرد دیگر شده و به جان یا ناموس وی تعرض نموده یا قصد جدی بر تعرض دارد بوده است. بر این اساس اشاره به لزوم وجود چهار شاهد در روایات نیز از باب بیان دلیل اثبات در خصوص مصداق اهم یعنی زنا است که شدت فساد و فوریت دفع آن در بسیاری از موارد مقتضی قتل متجاوز می‌باشد ولی در سایر مصادیق تجاوز ممکن است به غیر قتل نیز دفع تجاوز نمود. در این زمینه چهار نکته مهم را باید متذکر شد نخست؛ اگر جواز قتل را از باب دفاع مشروع بدانیم نباید از رعایت مراتب دفاع غافل شد لذا اگر پیش از اقدام فیزیکی توسط شوهر، تجاوز یا خطر آن دفع شود قتل جایز نخواهد بود ولی اگر شوهر زمانی اقدام نماید که هنوز تجاوز یا رابطه جنسی ادامه دارد برای دفع فوری آن، قتل وی منعی ندارد. دوم؛ به هر حال لزوم ضرورت قتل در دفع تجاوز در زنا و غیر زنا باید رعایت شود پس تا ضرورت اقتضاء نکند و مثلاً با فریاد یا ضرب و جرح بتوان دفع تجاوز نمود، قطعاً نوبت به قتل نمی‌رسد. سوم؛ براساس دفاع بودن اقدام شوهر، پس قتل زوجه جایز نیست چهارم؛ وفق توضیحات قبلی آشکار می‌گردد که نیازی به تحقق رابطه زنا نیست پس اگر تجاوز در کمتر از آن حد نیز باشد حق دفاع برای شوهر محفوظ است و حتی احسان نیز دیگر لازم نخواهد بود بلکه دیگر فرقی بین اکراه یا رضایت زوجه هم نیست حتی اگر زوجه راضی به رابطه نامشروع بوده نیز حق دفاع از عرض برای شوهر به قوت خود باقی می‌ماند.

## ۶-۱- احکام قتل در فراش پیرامون ماده ۳۰۲ ق.م.ا جدید

ماده ۳۰۲ مقرر می‌دارد در صورتی که مجنی علیه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه محکوم نمی‌شود در بند «ث» این ماده آمده است زانی و زانیه در حال زنا نسبت به شوهر زانیه در غیر موارد اکراه و اضطرار به شرحی که در قانون مقرر است.

از نکات اساسی که در بند «ث» ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی به چشم می‌خورد این است که مرد فقط زانیان را در حال زنا می‌تواند به قتل برساند و به تعبیر دیگر شوهر برای اینکه بتواند از معافیت مندرج در ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی بهره‌مند گردد بایستی به محض مشاهده همسر زانیه و مرد اجنبی در حال زنا، آنان را به قتل برساند. بنابراین اگر مردی زن خویش را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند ولی بنا به دلایلی نخواهد آنان را در همان حال به قتل برساند ولی بعداً به قتل زانیان اقدام نماید نمی‌تواند از معافیت در ماده ۳۰۲ قانون مزبور بهره‌مند گردد، زیرا عبارت قانون‌گذار در همان حال آنان را به قتل برساند به این معنی است که قتل در هنگام مشاهده واقعه زنا برای مرد مباح است نه بعد از آن. لازم به ذکر است که شوهری که مرد اجنبی و همسر زانیه را در حال زنا مشاهده می‌نماید و مرتکب قتل یکی یا هر دو از آنها می‌شود ملزم نیست که مقررات دفاع را رعایت نماید زیرا که قانون‌گذار با اجتماع کلیه شرایط مندرج در ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی قتل زانی و زانیه را برای شوهر تجویز کرده است. در مواردی که شوهر در موقعیت مزبور مرتکب قتل می‌شود، ملزم به پرداخت دیه از بابت قتل ارتكابی نیز نمی‌باشد؛ زیرا خون زانیان فاقد حرمت شرعی و قانونی بوده است. قانونگذار در ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی قتل مرد اجنبی در حال ارتكاب زنا با زن شوهر دار و همچنین قتل زن در صورت تمکین به این عمل را توسط شوهر مجاز دانسته است مجاز بودن ارتكاب قتل در این مورد توسط شوهر مشروط به اجتماع شرایطی است که مرحله ثبوتی واقعه است. شرایط مذکور به شرح زیر است:

نخست: وجود علقه زوجیت

مقنن حکم این ماده را ناظر به موردی دانسته است که شخص شاهد ارتكاب زنا توسط همسر خود باشد بنابراین اگر مردی شاهد زنی دیگری ولو خواهر، دختر یا مادر خود با مرد اجنبی، باشد مجاز به ارتكاب قتل و حتی ضرب و جرح نیست و در صورت ارتكاب قتل یا ضرب و جرح حسب مورد م مورد مجازات خواهد شد؛ در حالی که ماده ۱۷۹ قانون مجازات اسلامی، سابق در مورد پدر و



برادری که دختر یا خواهر خود را با مرد اجنبی در یک فراش مشاهده می‌کرد و مرتکب قتل آنها می‌شد معافیت نسبی از مجازات قائل بود که در حال حاضر این معافیت منتفی است احراز وجود رابطه زوجیت با توجه به مقررات مندرج در کتاب هفتم قانون مدنی صوت می‌گیرد که در آن مورد با توجه به اطلاق کلام منظور از نکاح، نکاح دائم و منقطع است. اگر چه بعضی از حقوقدانان این حکم را فقط ناظر به عقد دائم میدانند. (حائری شهاباغ، ۱۳۵۳ ش: ۹۰)؛ اما در اقوال و گفتار فقها تفاوتی بین دائم یا موقت بودن نکاح وجود ندارد (نجفی، بی تا ۳۶۸) حتی به نظر بعضی از حقوقدانان طلاق رجعی رابطه زوجیت را قطع نمی‌کند و لذا اگر شوهر در مدت عده طلاق رجعی وضعیت مذکور را مشاهده کند و مرتکب قتل شود از معافیت مذکور استفاده می‌کند (نجیب حسنی، ۱۹۹۲: ۳۹۴).

دوم: مشاهده زن و مرد اجنبی در حال زنا توسط شوهر

تأکید ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی بر مشاهده زن و مرد اجنبی در حال زنا توسط شوهر، دادگاه را مکلف به بررسی این ادعا می‌کند؛ یعنی باید آنها در حال عمل زنا بوده باشند تا قتل انجام شده توسط شوهر مجاز شمرده شود. لذا دیدن فیلم و عکس از واقعه مورد بحث مجوز مشروعیت قتل نیست و رؤیت فیزیکی همسر ملاک است، نه دیگران فقها نیز بر شرط اینکه مرد باید همسر خود را در حال زنا با اجنبی مشاهده کند اتفاق نظر دارند خوبی بیتا ۲/۸۴ و ۸۸ اما باید توجه داشت برای اینکه دادگاه اقدام قاتل را مباح بداند و بتواند شوهر را از مجازات معاف دارد، او باید بتواند وقوع عمل زنا را اثبات کند. لذا اگر انجام یافتن عمل زنا قطعی نباشد و براساس شبهه مرد باشد، ارتکاب قتل جایز نیست اگر زن و مرد اجنبی دارای پوشش متعارف بوده، مشغول انجام اعمال دیگری غیر از زنا مانند مضاجعه و تقبیل و امثالهم باشند به دلیل عدم تحقق شرط در حال بودن قتل آنها مجاز نیست و مرتکب از مجازات معاف نخواهد بود و قصاص می‌شود. در تعریف زنا دادگاه باید به ماده ۲۲۱ زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آنها نبوده و از موارد و طی به شبهه نیز نباشد» توجه داشته باشد. (گلدوزیان ۱۳۹۳: ۴۶). برای تحقق زنا و اثبات آن براساس ادله شرعی که مقنن نیز در قانون مجازات اسلامی به آن توجه کرده، شرایطی لازم است که در عمل اثبات آن تعلیق به محال یا لااقل بعید است و به این لحاظ در بسیاری از موارد احراز شرایط تحقق ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی مشکل است.

سوم: ارتکاب قتل در حین مشاهده عمل زنا

به موجب ماده مذکور شوهر صرفاً بلافاصله بعد از مشاهده صحنه جرم ارتكابی، حق کشتن دارد و چنانچه فی المجلس اقدام نکند بعد از جدا شدن زن و مرد اجنبی از همچنین مجوزی برای او نیست مفهوم این ماده دلالت بر این امر دارد که فقط زمانی مرد از قصاص معاف است که بلافاصله بعد از دیدن عمل زنا توسط همسر خود با مرد اجنبی، اقدام به قتل کند و چنانچه بعد از اتمام عمل و خارج از وقت و محلی که عمل مزبور در حال انجام است مرتکب قتل شود چنین قتلی جنبه انتقام دارد و مقنن ارتکاب چنین قتلی را ممنوع میدانند؛ اگر چه ممکن است که بتوان چنین موردی را از مصادیق مهدور الدم بودن زن و مرد اجنبی دانست که البته اثبات آن هم محتاج دلیل است و قاتل باید استحقاق قتل آن دو را بر اساس موازین شرعی و قانونی در دادگاه ثابت کند. (زکی ابو عامر، بی تا: ۱۵۰)

چهارم: علم به تمکین

برای مجاز بودن مرد در قتل همسر خود علاوه بر شرایط بالا، او باید عالم به تمکین و رضایت زن به عمل زنا توسط مرد اجنبی باشد. این شرط ناشی از آن است که در مباحث فقهی زنا، فقها وجود قصد و اراده را در مرد مفروض میدانند لکن در مورد زن به احتمال وجود اکراه از طرف مرد نسبت به زن قائلند و لذا در این فرض نیز قائل به لزوم یقین شوهر به تمکین همسر خود برای مجاز بودن قتل او شده اند. احراز این شرط در عالم اثبات دشوار است و برای جلوگیری از معاف بودن قتلهایی که به صرف ظن و گمان واقع میشوند از مجازات بسیار مهم است. در صورت یقین شوهر به مکره بودن زن خود، شوهر فقط حق کشتن مرد بیگانه را دارد.

## ۶-۲- آرای فقهاء

با بررسی کتاب های فقهی امامیه روشن می شود که موضوع جواز قتل زن و مرد اجنبی در حال ارتکاب زنا توسط شوهر برای اولین بار در کتاب شیخ طوسی مطرح شده است. پس از شیخ طوسی محقق حلی در کتاب نکت النهایه ضمن بحث درباره موضوع به طور قاطع و به صورت مطلق اینگونه حکم را بیان کرده است: (منتظری، بی تا: ۱/ ۱۳۴) در کتاب شرایع الاسلام و در مسائل ملحق به احکام زنا نیز این حکم بیان شده و بعد از آن بسیاری از فقها همین حکم را بیان کرده اند. نهایت آنکه، شهید اول در کتاب دروس خود به ذکر روایت مرسله ای که صریحاً جواز قتل را می رساند

پرداخته است و این روایت پس از او مورد استناد بسیاری از فقها قرار گرفته است. از میان فقهای متأخر، صاحب جواهر در کتاب حدود به بیان این موضوع پرداخته است. ایشان پس از ذکر عقاید مختلف فقها می‌گوید که ممکن است تجویز قتل در بیان حکم واقعی امر باشد، اگر چه گناهی بین او و خدای او نباشد؛ ولی از نظر ظاهر، قصاص بر قاتل (شوهر) ثابت است مگر آنکه وی بینه‌ای بر ادعای خود اقامه کند یا ولی دم او را تصدیق کند (شهید ثانی جواهر الکلام بی تا: ۱۲۰). مرحوم آیه الله خویی در بررسی مستندات مذکور برخی از روایات را از لحاظ سند مخدوش و برخی دیگر را ناظر به مورد دفاع می‌داند و نتیجه می‌گیرد که هیچیک از روایات باب دفاع بر نظر مشهور دلالت ندارد. ایشان در مسأله ۸۹ کتاب خود قول مشهور را خالی از اشکال ندانسته بلکه موضوع میدانند و از دادن فتوی به جواز قتل خودداری می‌کند. (خویی، بی تا: ۲/ ۸۴ و ۸۸). فقهای دیگر نیز مستندات و روایات مربوط به جواز قتل را قویا رد کرده از دادن فتوا به جواز قتل خودداری کرده‌اند (منتظری، ۱۴۰۱: ۱/ ۱۳۴) به هر حال می‌توان گفت علت وضع حکم ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی قول مشهور فقهاست که به تبع شیخ طوسی و محقق حلی بدین طریق فتوی داده‌اند. با نگاهی به مسأله ۲۸ کتاب دفاع از تحریر الوسیله امام خمینی (ره) و مقایسه آن با متن ماده ۳۰۲ قانون مذکور در می‌یابیم که عبارت قانون ترجمه عبارت مذکور است که ایشان صریحا چنین قتلی را تجویز کرده‌اند؛ هر چند که معتقدند چنین اجازه ای بنا بر واقع و نفس الامر است؛ اما در ظاهر قاضی براساس موازین شرعی قضاوت می‌کند و چنانچه شوهر بینه‌ای در تأیید گفتارش اقامه نکند به قصاص محکوم می‌شود (روح‌ا خمینی، بی تا ۲/ ۴۹۱ ۴۹۲). از مجموع نظریات فقهای اهل سنت نیز اینگونه برداشت می‌شود که نظر اکثر ایشان بر این است که اگر، شوهر مردی را در حال زنا با همسر خود ببیند و او را به قتل برساند و زنا محصنه وی را اثبات کند، قصاص نخواهد شد و برخی دیگر احسان را شرط ندانسته‌اند و در صورت اثبات موضوع، شوهر را از قصاص معاف می‌دانند. البته در عدد شهود لازم برای اثبات موضوع اختلاف نظر وجود دارد. (المغنی: ج ۷/ جزء ۶۴۹/۷).

## ۷- اثر گذاری عرف بر قوانین مرتبط با قتل‌های ناموسی

قانون‌گذار ایران علی‌رغم طرح موضوع در قانون مجازات عمومی قبل از انقلاب و فتوای صریح حضرت امام خمینی قدس سره مبنی بر جواز قتل زانی و زوجه از ناحیه زوج در صورت مشاهده در حال زنا (موسوی خمینی ۱۴۰۴؛ ۸۳)، در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۶۱ ذکری از جواز قتل در فراش به میان نیاورد اما در عمل با توجه به فتوای حضرت امام و با رعایت اصل ۱۶۷ قانون اساسی قضات در اینگونه قتلها فتوای حضرت امام را ملاک عمل قرار می‌دادند و در استدلالی که از اداره حقوقی قوه



قضاییه شده است ضمن اعلام منسوخ بودن ماده ۱۷۹ قانون مجازات عمومی سابق می‌گوید؛ طبق موازین شرعی و فتوای حضرت امام رحمه الله اگر کسی ببیند مرد اجنبی با زن وی زنا می‌کند و بتواند زنا را از راه اقامه چهار شاهد عادل یا تصدیق اولیای دم و یا علم قاضی اثبات نماید چنانچه مرتکب قتل یکی از آنها یا هر دو شود، قصاص نمی‌شود و مکلف به پرداخت دیه هم نیست (کرمی، ۱۳۷۷: ۲۱۷).

با توجه به این رویه قانون‌گذار در تصویب قانون تعزیرات مجدداً جواز قتل در فراش را در ماده ۶۳۰ و پس از آن در بند «ث»، ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به شرح ذیل تصویب نموده است این ماده از جهت فقهی و حقوقی قابل ایراد است. از نظر فقهی همان‌گونه که ذکر شد نهایت چیزی که از روایات استفاده می‌شود، عدم قصاص زوج در صورت کشتن زانی متجاوز است که در فراش او وارد شده و اقامه دلیل برای جواز قتل به عنوان حکمی تکلیفی مشکل است و در خصوص قتل زوجه هیچ‌گونه مستند فقهی معتبری نداریم و حدیث مرسله مذکور در کتاب دروس شهید اول گذشته از ضعف سند توسط خود شهید هم به صورت مطلق مورد استناد قرار نگرفته است و از طرف دیگر اصولاً مساله جواز قتل در فراش در کتب قدمای اصحاب - که به عهد معصومین (علیه السلام) نزدیک‌ترند - وجود ندارد. اولین کسی که این موضوع را مطرح کرده شیخ طوسی در کتاب مبسوط است و ایشان برای جواز قتل، احسان زانی اجنبی و زوجه را لازم دانسته و ذکر جواز قتل به صورت مطلق در کتب فقهای متأخر، نمی‌تواند مستند محکمی جهت بیان حکمی خلاف اصل و احتیاط باشد. از نظر حقوقی نیز عبارت ماده به گونه‌ای تنظیم شده که جرم زا بوده و امنیت قضایی را سلب و نوعی آدم‌کشی در لوای قانون و بدون امکان دفاع برای متهمین را ترغیب و تشویق می‌کند. (میر محمد صادقی ۱۳۹۲: ۳۳۸) این ماده می‌تواند مورد سوء استفاده قاتلین حرف‌های قرار گیرد و قتل‌هایی که با انگیزه‌های انتقام جویانه انجام شده، تحت عنوان قتل در فراش مطرح گردد. به طور مثال در مواردی شوهر با سبق تصمیم و با تهیه مقدمات فردی را که مظنون به داشتن رابطه نامشروع با همسرش بوده به منزل دعوت و اقدام به قتل نموده و در موردی دیگری شخصی را در جای دیگر به قتل رسانده و بعد او را به اتاق خواب خودش منتقل نموده و همسرش را هم به اقرار به زنا مجبور نموده است و در این موارد در صورت عدم کشف واقعیت، چنانچه نتواند زنا را هم با چهار شاهد اثبات کند می‌تواند با استناد ماده ۳۰۳ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ با مطرح کردن اعتقاد به مهدور الدم بودن، مقتول، از مجازات قصاص رهایی یابد. در حالی که قانون باید به گونه‌ای تنظیم شود که جرم زایی نداشته و امکان تقلب نسبت به آن وجود نداشته باشد بنابراین پیشنهاد میشود چنانچه



---

قانون گذار وجود این ماده را در قوانین کیفری ضروری میبیند اقدام به قتل در این موارد از ناحیه زوج راه، عذری مخفف قرار داده و با اصلاح عبارت ماده، راه را بر استفاده جواز قتل به عنوان حکمی تکلیفی مسدود نموده جواز قتل را مختص به زانی قرار دهد، آن هم در صورتی که زنا توسط ادله‌ی معتبر شرعی و قانونی ثابت شود. (کلانتری (۱۳۹۵)



## نتیجه گیری

عرف یکی از منابع اساسی و اصل حقوق کیفری است که می بایستی مورد توجه قانون گذاران، حقوقدانان و جامعه شناسان حقوقی قرار گیرد و میزان تاثیر آن در مراحل مختلف تدوین و تفسیر و اجرای 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 قانون گذار 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 تاثیرگذاری عرف بر قوانین موضوعه این است که عرف و عادت و اراده جمعی در دو مرحله اثر خود را در قوانین نشان می دهد. 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 قانون گذار و اطلاع عمومی رسید خواه ناخواه 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 قانون گذار 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 می باشد. 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 عبارات به کار رفته در مقررات کیفری دقت بیشتری مبذول داشته و با توجه به عرف جامعه و گروه های خاص به قضاوت بپردازند. عرف با رویه قضایی نیز ارتباطی نزدیک دارد. اگرچه رویه قضایی در مواردی ایجاد می گردد که قانون دارای حکم خاص و یا صریحی نیست، اما دستگاه قضایی می بایست 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 مخصوصا در خصوص مسائل جدید و پیش‌بینی نشده عرف به کمک دادگاه آمده حل مشکل می‌نماید. موضوع جواز ارتکاب قتل زانی و زانیه توسط همسر زانیه و عدم مجازات وی از موضوعاتی است که بحث از آن حتی در قدیمی‌ترین تمدنها از جمله آشوری‌ها یونانی‌ها، امپراتوری ژاپن و رم مطرح بوده است. در ایران نیز نخستین متن قانونی در این موضوع در سال ۱۳۰۴ در ماده ی ۱۷۹ قانون مجازات عمومی پیش بینی شد و دایره ی این ماده حتی شامل پدر و برادر در صورت مشاهده‌ی زنا توسط دختر یا خواهر و جواز قتل یا جرح آنها می‌شد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی مفاد این ماده در قوانین مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۲ و ۱۳۷۰ ذکر نشده ولی دوباره در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و نیز قانون جدید مصوب ۱۳۹۲ علیرغم آنکه حقوقدانان با بررسی و مطالعه مبانی فقهی و میزان تاثیر آنها بر قتل‌های ناموسی به کرات لزوم تغییر و یا حذف آنها را متذکر شده‌اند اما با تمام این تلاش‌ها و مطالعات، مواد مذکور یا بدون تغییر و به قوت خود باقی مانده‌اند یا با اندکی تغییر در ظاهر بدون تغییری مناسب در راستای کم رنگ کردن اثرات منفی این مواد، مورد تایید قرار گرفت. پس می‌توان گفت با توجه به اینکه بستر بروز قتل‌های ناموسی از لحاظ فرهنگی و سنن و آداب و رسوم در جامعه ما فراهم است صلاح بر آن است، قوانینی از این دسته که تجویز کننده قتل‌های ناموسی هستند با دقت و حساسیت بیشتری از سوی قانون‌گذار مورد بازبینی قرار گیرند. البته قانون‌گذار در قانون جدید برای اقدام خودسرانه و بدون اجازه دادگاه و نیز اقدام براساس اعتقاد اشتباه مجازات تعزیری قرار داده است، اما از آنجا که در بسیاری از موارد مرتکبین قتل‌های ناموسی به استناد این حکم خود را محق در ارتکاب به این جنایت می‌دانند به نظر می‌رسد که باید از عمومیت حکم فوق کاسته شود و بر میزان مجازات اقدام خودسرانه در این موارد افزوده شود.

آنچه که به عنوان عرف در حقوق کیفری به عنوان یک منبع مد نظر است تنها عادات و رسوم محلی و قومی نیستند؛ بلکه در معنای موسع و تحت عنوان افکار و خواست عمومی جامعه مد نظر می‌باشد و این اراده عمومی به عنوان عرف و عادت دارای ماهیت و عناصر تشکیل دهنده‌ای است که نیروی لازم را به عرف می‌دهد و همین نیروی معنوی موجود در عرف است که آن را به عنوان منبع موثر و اساسی در حقوق نمایان می‌کند تاثیر نقش آن در حقوق کیفری در مراحل مختلف تدوین، تفسیر و اجراء قوانین قابل توجه می‌باشد. و مشخص شد که عرف و عادت در تدوین قوانین کیفری، شناخت موضوعات، بررسی مصادیق و تطبیق موضوعات بر مصادیق بسیار موثر است و باید مورد توجه



قانون گذار، حقوقدانان و جامعه شناسان حقوقی قرار گیرد و میزان تاثیر آن در مراحل مختلف، تدوین تفسیر و اجرا قوانین کیفری به طور مفصل مورد بحث و بررسی قرار گیرد و جامعه احساس کند که قانون گذار برای نظرات و افکار عمومی موجود ارزشی خاص قابل است تا با روحیه بالاتر و درک عمیق تر و اطمینان بیشتر پایبند به قوانین موضوعه باشند. بررسی مقررات و قوانین مصوبه نشان از تاثیر عرف در تدوین قوانین موضوعه دارد و نه تنها در عقود و معاملات عرف نقش به سزایی 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 کرد و گفت: «الفاظ در تدوین قوانین سود می برد و در واقع قبل از به وجود آمدن سیستم های قانون گذاری و حقوق مدرن عرف به عنوان حقوق غیر مدون وجود داشته و عبارات قانون چیزی جز انعکاس عرف و افکار عمومی در قالب کلمات و واژه ها نیست». به طوری که می توان به جرات قاعده کلی حمل الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه را به امور کیفری و تفسیر قوانین کیفری نیز تسری داد رویه ی قضایی و عرف کارشناس هم که در محاکم دادگستری دارای ارزش و اعتبار ویژه ای است نیز با عرف ارتباط نزدیکی دارد و در واقع عرف عام زمینه ساز عرف کارشناس و رویه ی قضایی شده است. اما اکثر حقوقدانان کیفری وجود عرف را مانعی برای اعمال اصل قانونی بودن جرم و مجازات می دانند و همین امر مانع هر گونه تفکر و تحقیق پیرامون تاثیر عرف در قانون شده است؛ در حالی که خود اصل قانونی بودن جرم و مجازات اصلی عقلایی و عرفی بوده که از سوی سزار بکاریا بیان شده است، ولی این اصل نباید مانع از توجه به عرف گردد.



## منابع

- ۱- اردبیلی، محمد علی (۱۳۸۳). جزای عمومی. جلد اول و دوم. انتشارات میزان. تهران.
- ۲- امیددی، جلیل (۱۳۷۷)؛ قواعد تفسیر قوانین جزایی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱.
- ۳- برهانی، محسن (۱۳۹۶)، اخلاق و حقوق کیفری، ناشر انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم.
- ۴- روحی برندق، محمد؛ فصیح، منصوره؛ کیخافزانه، محمد امین (۱۳۹۵)، تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۵.
- ۵- سمیعی، حسن (۱۳۹۷)، حقوق جزاء: تهران چاپخانه شرکت مطبوعات.
- ۶- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۴)، فقه و عرف، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۷- فیض، علیرضا (۱۳۸۰)، مبادی فقه و اصول: تهران انتشارات دانشگاه تهران.
- ۸- قیاسی، جلال الدین (۱۳۹۳)، تسبب در قوانین کیفری تهران، مدین.
- ۹- کرمی، موسی (۱۳۹۸)؛ کاوشی در بکارگیری و تبیین حقوق بین الملل عرفی در روبه قضایی دادگاه های کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا، تمدن حقوقی، دوره ۲، شماره ۳.
- ۱۰- گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۵)، حقوق جزای عمومی ایران، موسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، جلد اول.
- ۱۱- گلدوزیان، ایرج. (۱۳۸۷). محشای قانون مجازات اسلامی. انتشارات مجد.
- ۱۲- متین، احمد (۱۳۹۵)، مجموعه روبه قضایی بخش کیفری، چاپ آفتاب.



- 
- ۱۳- محمدی، احمد. (۱۳۷۳). حقوق کیفری اسلام قصاص، ترجمه کتابی از مسالک الافهام، تألیف شهید ثانی، و شرایع الاحکام، تألیف محقق حلی، چاپ سوم. مرکز دانشگاهی.
- ۱۴- منتظری، حسینعلی، کتاب الحدود انتشارات دار الفکر قم، ۱۴۰۱.
- ۱۵- موسوی، خمینی روح الله (۱۳۹۰)، تحریر الوسیله، ج ۲، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ۱۶- میر محمد صادقی، حسین (۱۳۸۱)، حقوق کیفری اختصاصی جرائم علیه اشخاص، میزان.
- ۱۷- میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۸)، حقوق کیفری اختصاصی جرائم علیه اشخاص، میزان،
- ۱۸- میری دلماس - مارتی (۱۳۹۳)، نظام های بزرگ سیاست جنایی، نشر میزان.
- ۱۹- نجفی ابرند آبادی، علی حسین (۱۳۷۷)، دانشنامه جرم شناسی، انتشارات گنج دانش.
- ۲۰- نوربها، رضا (۱۳۸۹)، زمینه حقوق جزای عمومی، انتشارات سمت، چاپ پنجم.
- ۲۱- یاد، ابراهیم (۱۳۹۶)، حقوق کیفری اختصاصی انتشارات دانشگاه تهران.



---

## Legal and Legal Challenges of the Indirect Influence of the Judicial System on Custom in Honor Killings

Zahra Zandieh<sup>۱</sup>

Article Number: JHVMN-۲۰۲۰-۱۲۷۰

### Abstract

Law and, of course, criminal law have numerous sources of inference. One of the authoritative sources in Islamic criminal law and Iranian criminal law is custom and established habit. In some legal writings, it has been considered as rules that have been extracted from social phenomena and have become legal rules without the intervention of the legislator, which is considered one of the important sources of law. In the Iranian criminal law system, the validity of custom is often considered as one of the guiding sources. Custom prevents the obsolescence and wear and tear of law and always keeps it changing and dynamic in accordance with the needs of the people, so that the law evolves in line with time and the progress of society. Regardless of the fact that, considering the principle of legality of crime and punishment, custom can only inspire the legislator in enacting criminal laws and cannot independently criminalize behaviors, after the adoption of the codified law system in Iran, custom gained importance in recognizing legal concepts and inferring criminal law rules from texts. Since the legislator's assumption is that he formulates the law in customary language, custom has an important role in this regard. Also, in recognizing parts of the three elements of a crime, it is the only source of criminal law. Considering the prominent role of custom in the legal system, one of the important goals of this research was to determine how custom is used in the interpretation of criminal texts, and during the research we came to the conclusion that custom has a special place in all crimes and custom has been repeatedly cited in the text of the law.

**Keywords:** Custom, criminal legislation, honor killings, judicial custom, judge.

---

<sup>۱</sup> .Master of Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Varamin Branch, Varamin, Iran. (Corresponding Author) zahrazandyehlawyer@gmail.com

