

# تعامل عرف و حقوق کیفری

چهل و نهمین جلسه از سلسله نشست‌های دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی که تحت عنوان «تازه‌های علوم جنایی» هر ماه برگزار می‌شود، به موضوع «تعامل عرف و حقوق کیفری» اختصاص داشت. در این نشست که در تاریخ 19 مهر 1388 برگزار شد، دکتر محمد علی اخوت، وکیل دادگستری و قاضی بازنشسته‌ی دیوان عالی کشور، به بررسی موضوع پرداخت و پس از آن حاضران جلسه سوال‌ها و دیدگاه‌های خود را طرح کردند.

## تعریف عرف

عرف در حقوق از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است، اما در حقوق کیفری، اصل قانونی بودن جرم و مجازات مانند سد بزرگی در برابر عرف قرار گرفته است. پس از انقلاب مشروطه حقوق کیفری از دو منبع سیراب شده است؛ اول حقوق اسلام و دوم حقوق کشورهای اروپایی و قاره‌ای.

عرف عبارت از رفتاری است که توسط مردم یک شهر یا یک منطقه پذیرفته شده و به عادت تبدیل شده است. همچنین گفته‌اند که عرف قاعده‌ای است که به تدریج و خودبه‌خود به گروهی از مردم تحمیل شده است.

است.

## ارتباط عرف با دکتترین

نظریه دانشمندان حقوق با تفسیر مواد قانون ایجاد می‌شود و این تفسیر با توجه به عرف صورت می‌گیرد. رویه قضایی گاه عرف شکن است و گاه عرف ساز. به هر حال رویه قضایی بر جامعه تاثیر گذار است و جامعه نیز نسبت به رویه قضایی از خود عکس‌العمل نشان می‌دهد.

## ارتباط عرف با حقوق جزا

مهم‌ترین اصل در حقوق جزا، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است که در ارتباط با عرف نقش مهمی ایفاء می‌کند. استادان حقوق معتقدند که عرف نمی‌تواند وارد حوزه‌ی حقوق جزا شود. از سوی دیگر گفته شده است که اصل قانونی بودن نباید قدرت و اجازه‌ی تفسیر قانون را از قاضی سلب کند و در چنین صورتی، قاضی تبدیل به یک عامل سرکوبگر خواهد شد. به عنوان مثال ماده 690 قانون مجازات اسلامی تصرف عدوانی را با کثرت‌بندی نیز ممکن می‌داند. عرف کشاورزی هر منطقه‌ای می‌تواند به تصرف عدوانی معنای خاصی بدهد. مثال دیگر تخفیف مجازات در قانون مجازات اسلامی است. امکان تبدیل مجازات‌ها مثل تبدیل حبس به جزای نقدی به عنوان صورتی از تخفیف مجازات مورد توجه قانون قرار نگرفته است، اما بین قضات این عرف ایجاد شده که تبدیل مجازات را هم از جهات تخفیف مجازات می‌دانند. همچنین قید «مناسبت‌تر» در ماده 22 قانون مجازات اسلامی و این که آیا چنین مجازاتی برای متهم مناسب می‌باشد یا خیر، با عرف سنجیده می‌شود. مثال دیگر امکان تخفیف مجازات توسط دادگاه تجدیدنظر است که در قانون آیین دادرسی سابق نسبت به آن تعیین تکلیف نشده بود.

نظریه مشورتی مورخ 1362/2/11 اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه، تخفیف مجازات توسط دادگاه تجدیدنظر را بلا مانع دانست. متعاقباً قانون‌گذار در قانون جدید اجازه‌ی تخفیف مجازات را به

## ارتباط عرف با قانون

ارتباط عرف با قانون به چند صورت قابل تصور است:

- 1- قانون به طور سریع و صریح به عرف ارجاع داده است؛
- 2- قانون استفسار‌په‌ای نسبت به حکم عرف است؛
- 3- گاه عرف با قانون مغایر است.

به عنوان مثال برای حالت سوم، می‌توان به بازار خرید و فروش کوپن کالاهای اساسی اشاره کرد که یک بازار عرفی بود که بعد از شروع توزیع کوپن اقلام اساسی توسط دولت ایجاد شد. به منظور جلوگیری از این عمل، قانون منع خرید و فروش کوپن کالاهای اساسی تصویب شد، اما تعیین مجازات برای کوپن فروشی، موجب از بین رفتن این رفتار نشد، زیرا فروش کوپن زاییده‌ی نیاز مردم بود. مثال دیگر قانون منع نگهداری و استفاده از تجهیزات ماهواره است که در مقابل عرف امروزی قرار گرفته و لذا اجرای آن با مشکلات زیادی روبه‌رو است.

## ارتباط عرف با رویه قضایی

عرف با رویه قضایی نیز در ارتباط است. رویه قضایی صورت خاصی از عرف است با این تفاوت که رویه عموم، ایجاد کننده‌ی رویه قضایی نیست، لیکن رویه قضایی نیز مانند عرف غیر ارادی است. عرف جامعه با رویه قضایی مرتبط است، زیرا قاضی جزئی از عموم جامعه

1- ماده 22 قانون مجازات اسلامی: «دادگاه می‌تواند در صورت احراز جهات مخففه، مجازات تعزیری و یا بازدارنده را تخفیف دهد و یا تبدیل به مجازات از نوع دیگری نماید که مناسب‌تر به حال متهم باشد...»

از آیین دادرسی کیفری تعاریف گوناگون شده است. برخی آن را مجموعه‌ی قوانین و مقرراتی دانسته‌اند که برای کشف جرم و تعقیب آن، تشریفات دادرسی و نحوه‌ی اجرای احکام جزایی است. آیین دادرسی کیفری در ماهیت جرایم بحث نمی‌کند، بلکه به شکل‌ها و نحوه‌ی رسیدگی می‌پردازد. برخی اساتید معتقدند که عرف در آیین دادرسی کیفری هم دارای نقش است، و برخی نقش عرف در آیین دادرسی کیفری را بیش از نقش آن در حقوق کیفری ماهوی می‌دانند، زیرا آیین دادرسی کیفری جای شکل‌ها و روش‌ها است و عرف خواه ناخواه خلاءها را تعریف می‌کند.

بعد از تصویب قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب و انحلال دادرسی‌ها با این ایده که دادگاه باید از بدو تا ختم پرونده دخالت داشته باشد، مشکلاتی برای قوه قضاییه و مردم پیش آمد. با حذف دادرسی‌ها در سال 1373، متعاقباً قانون آیین دادرسی کیفری برای دادگاه‌های فاقد دادرسی تدوین شد. بعد از احیای دادرسی طبق قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، در ماده 3 مقرر گردید که در حوزه‌ی قضایی هر شهرستان، یک دادرسی نیز در معیت دادگاه‌های آن حوزه تشکیل شود و تشکیلات، حدود صلاحیت، وظایف و اختیارات دادرسی تا زمان تصویب آیین دادرسی مربوطه طبق قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (مصوب 1378) صورت می‌گیرد، در حالی که این قانون برای سیستم قضایی فاقد دادرسی تعریف شده بود. با این وصف سی و نه ماده قانون احیای دادرسی بر سبب و هشت ماده قانون سال 1378 بار می‌شود. این مقرر در عمل خلاءهای زیادی را ایجاد کرد، به گونه‌ای که کمیسیون‌هایی در قوه ایجاد شد تا به ابهامات پیش آمده در عمل پاسخ دهد. به عنوان مثال بحث اختیارات دادستان در امر معاینه‌ی محلی مطرح شد. این خلاءها موجب انعقاد عرف‌های قضایی گردید، زیرا مطابق ماده 3 قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قاضی نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت، نقض، اجمال یا تعارض قوانین پرونده را به کنار بگذارد و از رسیدگی به دعوت و صدور حکم امتناع کند، بلکه باید از خلاقیت‌های خود استفاده کند و رویه بسازد. مثال دیگر در باب احضار متهم است که طبق قانون به وسیله‌ی احضارنامه به عمل می‌آید. یعنی بازپرس به وسیله‌ی منشی برگ اظهارنامه را بر می‌کند و به متهم ابلاغ می‌نماید. در حال حاضر رییس دادرسی ناحیه شکواییه را به حوزه‌ی انتظامی ارسال می‌کند و متهم را می‌خواهد و کلانتری، احضارنامه را صادر می‌کند، در حالی که قانون این وظیفه را بر عهده‌ی بازپرس گذاشته است، اما چنین عرفی که البته خلاف قانون است، ایجاد شده است.

قانون‌گذار هم در مواردی از تشریفات دادرسی از عرف پیروی کرده است. به عنوان مثال در مورد صدور قرار کفالت و تحت نظر گرفتن فرد مجلوب تا جمع‌آوری دلایل کافی، بازپرس به حوزه‌ی انتظامی دستور می‌دهد که متهم با ضامن معتبر به نحوی که در دسترس باشد، آزاد شود و کلانتری‌ها با اخذ سند مالکیت یا کارت

دادگاه‌های تجدیدنظر داد و در واقع عرف موجود در زمان تصویب قانون را تأیید کرد.

مثال دیگر تشدید مجازات طبق ماده 47 قانون مجازات اسلامی است؛ طبق این ماده وقتی که چند جرم مشابه توسط یک نفر ارتکاب یافته است، قاضی باید یک مجازات تعیین کند. مثلاً ارتکاب ده فقره سرقت توسط یک نفر، صرفاً یک مجازات دارد، در حالی که در قانون مجازات عمومی اصلاحی سال 1352، اگر تعداد جرایم بیش از سه فقره بود، قاضی می‌توانست از حداکثر فراتر برود. بعد از تصویب قانون مجازات اسلامی این سوال پیش آمد که اگر فردی مرتکب چند فقره سرقت شود، آیا می‌توان برای مجرم مجازاتی بیش از حداکثر مجازات قانونی آن جرم تعیین کرد؟ عده‌ای از قضات با ارجاع به قانون سال 1352 رویه قانون‌گذار سابق را به عنوان یک عرف قضایی ادامه دادند، تا این که رای وحدت رویه شماره 627-1365 دیوان عالی کشور این عرف را شکست. مطابق این رای: در مورد تعدد جرم نمی‌توان به بیش از حداکثر حکم داد.

### حقوق جزای اختصاصی

چند مثال برای نقش عرف در حقوق جزای اختصاصی بیان می‌کنیم. مطابق ماده 654 قانون مجازات اسلامی، مجازات سرقت از محل مسکونی شش ماه تا سه سال حبس و تا هفتاد و چهار ضربه شلاق است. تعیین محل مسکونی با توجه به عرف صورت می‌گیرد. عرف در قسمت موضوعی کارساز است اما در قسمت حکمی راه ندارد.

مطابق ماده 206 قانون مجازات اسلامی قتل عمد با عملی که نوعاً کشنده باشد یا عملی که نوعاً کشنده نیست، اما با قصد قتل صورت می‌گیرد، محقق می‌شود. اگر آلت، قتاله باشد، قتل در حکم عمد است. طبق قانون مجازات عمومی مصوب 1304 قتل با آلت قتاله، در حکم عمد تلقی می‌شود. در این قانون آلت قتاله تعریف نشده بود، اما رویه قضایی آن را تعریف کرد و مفهوم آن را توسعه داد. بعد از انقلاب اسلامی با تصویب قانون مجازات اسلامی، این مفهوم گسترش پیدا کرد و «فعل نوعاً کشنده» را نیز در کنار آلت قتاله از موجبات عمدی شدن قتل دانست و بدین ترتیب عرف را در تشخیص نوعاً کشنده بودن عمل دخالت داد. مثلاً اصابت ضربه به موضع حساس از مصادیق نوعاً کشنده بودن عمل است. بعد از انقلاب اسلامی این مفهوم گسترش یافت و «فعل، نوعاً کشنده باشد» را نیز در بر گرفت و بدین ترتیب عرف را در تشخیص قتل عمد دخالت داد.

### نقش عرف در آیین دادرسی کیفری

بعضی از اساتید اعتقاد دارند که عرف نقشی در آیین دادرسی کیفری ندارد، اما بعضی معتقدند نقش عرف در آیین دادرسی کیفری بیش از نقش آن در حقوق جزا است. چرا که در بحث شکل‌ها، خلاءهای قانونی توسط عرف قابل جبران است.

1- ماده 171 قانون مجازات عمومی: «هر کس عمداً به دیگری جرح یا ضربی وارد آورد که منتهی به موت مجنی علیه گردد، بدون این که مرتکب قصد کشتن داشته باشد، به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد، مشروط بر این که آلتی که استعمال شده، آلت قتاله نباشد و اگر آلت قتاله باشد، مرتکب در حکم قاتل عمدی است.»

شناسایی وی را آزاد می‌کردند. این رویه برخلاف قانون بود، لذا قوه قضاییه بخشنامه‌ای صادر و این رویه را مردود اعلام کرد. در لایحه‌ی آیین دادرسی کیفری در مبحث انواع تأمین، این رویه کلانتری‌ها برای قاضی دیده شده است و قاضی می‌تواند با اخذ سند مالکیت یا گواهی‌نامه، متهم را آزاد کند. لذا قانون‌گذار در مواردی از عرف پیروی کرده است.

### نتیجه

عرف و حقوق کیفری در تعامل دائمی هستند. این تعامل یا تضاد به نحوی که قانون قابل اجرا باشد، فیصله می‌یابد. بر خلاف این نظر برخی اساتید حقوق جزا که نقشی برای عرف در حقوق جزا قائل

نیستند، باید گفت عرف در برخی زمینه‌های حقوق جزا نقش دارد. در بحث‌های موضوعی عرف نقش دارد. هم‌چنین گاه ممکن است در رای به عرف مورد توجه قاضی اشاره نشود، اما این عرف حین انشاء رأی در ذهن قاضی موجود بوده است. به عنوان مثال در جرم تخریب اموال دیگری، اگر شخصی شیشه مغازه‌ی دیگری را که مزاحم ناموس او شده است، بشکند، قاضی ضمن رسیدگی مطابق عرف جامعه به مرتکب تخفیف می‌دهد. یعنی نیمه‌ی پنهان رای قاضی، عرف جامعه است. عرف در حقوق جزای عمومی و اختصاصی و بیش از آن، در آیین دادرسی کیفری نقش دارد، اما به هر حال نمی‌توان با تمسک به عرف، امری را که جرم است، جرم ندانست، رفتار غیر مجرمانه را مجازات کرد.

## در ادامه‌ی جلسه حاضرین به طرح سوال‌ها و دیدگاه‌های خود در خصوص موضوع پرداختند.

نظام قانون‌گذاری اسلامی در جرم انگاری و جرم زدایی هم این بحث مطرح می‌شود. که برای جرم‌انگاری یا جرم‌زدایی تا چه حد می‌توان به عرف مراجعه کرد. به نظر جنابعالی آیا می‌توان با عرف قاعده‌ای را که مبتنی بر قواعد اسلامی است، تغییر داد. به عبارت دیگر عرف تا چه حد می‌تواند در جرم‌انگاری و جرم‌زدایی موثر است؟ پاسخ به این سوال از آن جهت اهمیت دارد که امروزه جرم‌انگاری‌ها در حوزه‌ی فرهنگ با چالش‌هایی روبه‌رو است. بدین معنا که نظام کیفری عملی را جرم می‌شناسد که از نظر عرف ناپسند نیست.

**دکتر اخوت:** من به چهره‌هایی از عرف در حقوق کیفری سنتی پرداختم. در این بحث سوال‌های بسیاری مطرح می‌شود که مبادی برای تحقیق است. از جمله نقش عرف در سیاست جنایی، جرم شناسی با جامعه‌شناسی حقوق. در بحث فلسفی، باید حرکت از کثرت عرفی به سمت وحدت قانونی مورد توجه قرار گیرد. از نظر تاریخی چنین حرکتی دیده می‌شود. اخیراً در برخی جوامع حرکت از وحدت قانونی به سمت کثرت عرفی مشاهده می‌شود. عرف، گسترده است. در حقوق کیفری می‌توان از تکرر عرفی به وحدت قانونی رسید یا به عکس، همان‌گونه که در جوامع آرمانی سوسیالیستی یا جوامع آرمانی ایده‌ال، عده‌ای از فلاسفه معتقدند که قانون باید از بین برود و عرف‌ها جایگزین آن شوند.

جنابعالی گاه اقدام خلاف قانون را به منزله‌ی عرف دانسته‌اید و به راهکار باز پرس برای نگه‌داری فردی که دلایل کافی برای انتساب اتهام به او وجود ندارد اشاره کردید در حالی که این اقدام که در برابر حقوق بنیادین افراد قرار می‌گیرد، نمی‌تواند عنوان عرف به خود بگیرد، بلکه نقض یک قاعده و حق است و علت تکرار این اعمال خلاف قانون این است که نظام حقوقی در برابر نقض حقوق افراد ساکت مانده است؛ فرد متهم از حقوق خود مطلع نیست و قاضی نیز کسی را ناظر خود نمی‌داند. وقتی قاضی بر خلاف یک قاعده‌ی اساسی که اگرچه در قانون مجازات و دادرسی کیفری به آن تصریح نشده، اما در قانون اساسی ذکر شده، رفتار می‌کند، عمل او را نمی‌توان تشکیل دهنده‌ی عرف دانست. بی‌تردید عرف در امور جزایی می‌تواند منشاء اثر باشد، اما عرف‌هایی که به روند عدالت و دادرسی عادلانه کمک کنند و آن را تضمین نمایند و آلا رویه قاضی اگر خلاف حقوق اساسی باشد، هر قدر هم تکرار شود، تشکیل

**سوال:** فرمودید قانون‌گذار در قانون سابق، امکان تخفیف

مجازات متهم توسط دادگاه تجدیدنظر را پیش‌بینی نکرده بود، در حالی که ماده 258 قانون آیین دادرسی کیفری خلاف این را مقرر داشته است. به شرط این‌که از حداقل قانونی پایین‌تر نیاید. تبصره 4 ماده 22 قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مقرر داشته است؛ اگر حکم تجدیدنظر خواسته از نظر نوع و میزان مجازات متضمن اشتباهی باشد، مرجع تجدیدنظر با اصلاح حکم آن را تایید می‌کند و یکی از موارد میزان مجازات، استحقاق متهم بر تخفیف مجازات است.

**دکتر اخوت:** به این امر در سال قانون سال 1378 تصریح

شد و قبل از آن وجود نداشت

**سوال:** درباره احضار فرمودید که باز پرس به کلانتری

دستور اخذ ضامن می‌داد. در این مثال قاضی رعایت ماده 124 قانون آیین دادرسی کیفری را نکرده است مطابق این ماده قاضی نباید کسی را، که دلایل کافی علیه او نیست، احضار یا جلب کند. پس این کار قاضی یک تخلف است. یک دستور غلط و خلاف قانون را نمی‌توان به عرف منتسب کرد، زیرا عرف باید مقبول جامعه باشد، در حالی که این رویه مقبول جامعه نبود و بعداً از بین رفت.

از سوی دیگر به نظر جنابعالی آیا تاسیس هیأت منصفه که در حال حاضر فقط در جرایم مطبوعاتی تشکیل می‌شود، اگر چه طبق قانون اساسی در جرایم سیاسی هم باید باشد، تحت تاثیر عرف است؟

**دکتر اخوت:** عرف در ارتباط با هسته‌هاست، نه باید‌ها. این

رویه بین قضات وجود داشت که وقتی متهم را دستگیر کرده‌اند و دلایل کافی علیه او نیست، وی را آزاد نمی‌کردند. همه عرف‌ها خوب نیستند، بلکه برخی عرف‌ها ناپسندند. یکی از اساتید حقوق گفته است: عرف بد هم داریم و قانون‌گذار بعضاً در مقابل این عرف‌ها ایستاده است.

درباره‌ی هیأت منصفه باید گفت هیأت منصفه یعنی گروهی از افراد جامعه که از اصناف مختلف جامعه هستند و از این جهت بیان‌گر عرف جامعه می‌باشند. بی‌تردید عرف جامعه بر تصمیم قاضی موثر است.

**سوال:** نگاه شما به مفهوم عرف و تعامل آن با حقوق

کیفری، یک نگاه درونی، فنی و اجرایی است، در حالی که این موضوع در فلسفه‌ی حقوق کیفری نیز مورد بحث قرار گرفته است. هم‌چنین در

مبارزه می‌کند. به هر حال چون قانون تصویب شده، موافق خواست جامعه بر «بیشتر دانستن» نیست، لذا در اجرای قانون مشکلاتی ایجاد می‌شود که ناشی از تضاد قانون با عرف است.

**دیدگاه:** نگاه آقای اخوت به مسأله‌ی عرف، نگاه درون ساختاری بود. من دانشجوی حقوق عمومی هستم و در حوزه‌ی حقوق عمومی بحث مهم‌تری هم در خصوص نقش عرف و نسبت آن با سیستم قانون‌گذاری کشور وجود دارد. مثالی می‌زنم؛ جامعه‌ی بختیاری یک جامعه‌ی عشیره‌ای است. سخت‌افزار جامعه‌ی عشیره‌ای، چادر و تفنگ است، اما اگر خوب نگاه کنیم جامعه‌ی ایران تحت تأثیر فرهنگ جامعه‌ی عشیره‌ای است. ما مثل اروپا به مرحله‌ی مدرنیسم نرسیده‌ایم، بلکه بخش عمده‌ای از مردم کشورمان در فضای جامعه‌ی عشیره‌ای زندگی می‌کنند. وجود مفهوم جامعه‌شناسی حقوق و ارکان آن می‌تواند خلأها را پوشش دهد و تا حدی جلوی اهداف قانون‌گذار را بگیرد و ما را از طی مسیر مدرنیسم باز دارد. در یک جامعه‌ی عشیره‌ای اول عرف، بعد شرع و نهایتاً قانون بر زندگی افراد حاکم است، لذا می‌بینیم که فرایند قانون‌گذاری که از غرب گرفته‌ایم، در کشور ما جواب نمی‌دهد. به عنوان مثال در جامعه‌ای با این سلسله‌مراتب هنجاری (عرف، شرع و قانون) به کارگیری نرم‌افزار انتخابات جواب نمی‌دهد. ما در کشورمان نهادهای نظارتی در سطح وسیع داریم، اما تخلفاتی در ایران رخ می‌دهد که در سایر کشورها با این حجم دیده نمی‌شود.

در جامعه‌ی عشیره‌ای همبستگی تنگاتنگ افراد دیده می‌شود. این امر باعث تراکم پرونده‌هایی در دادگستری‌ها است که از جرم منازعه نشأت گرفته است. وقتی فردی از عشیره مورد حمله قرار می‌گیرد، همه به پا می‌خیزند و نهاد عاقله در سطح وسیعی مجری است. ایل، مسؤول پرداخت خسارت‌های وارده توسط عضو خود است، لذا لازم است مقنن حین قانون‌گذاری برای چنین جامعه‌ای ظرافت‌هایی را در نظر بگیرد. امروزه دیده می‌شود که قاضی که بزرگ‌شده‌ی تهران است را به استان سیستان بلوچستان مأمور می‌کنند، بدون این‌که با عرف آن جامعه آشنا باشد. قاضی نماینده‌ی دولت مرکزی است، اما اگر به فرهنگ جامعه‌ی محلی آشنا نباشد، مثلاً یک رباط عمل خواهد کرد، زیرا با بستر اجرای قوانین و مقررات آشنایی ندارد و لذا آراء صادره توسط قاضی که مبتنی بر قانون است، به نظر عشیره‌ناعدلانه می‌آید. در پرونده‌ی مردی، با اجازه‌ی قانون مرد متجاوز را در بستر همسرش مورد حمله قرار داد. متجاوز فرار کرد به گونه‌ای که ضربه‌ی نهایی که موجب مرگ شد، در کوچه به متجاوز وارد گردید. در این پرونده دیوان عالی کشور حکم اعدام را ابرام کرد و این رأی نیز اجرا شد، اما عشیره نسبت به این حکم واکنش شدید نشان داد. بنابراین حتی اگر فرض بر سلامت کامل دستگاه قضایی باشد، اگر رابطه‌ی عقلانی با جامعه‌ی خود پیدا نکند، ناموفق است.

لذا عرف از منظر حقوق، نباید با عرف و عادت اجتماعی خلط شود. این دو امر کاملاً مجزایند و مبانی مختلف دارند. عرف مردم در استفاده از ماهواره، در مفهوم مقاومت در برابر قانون جای می‌گیرد. استفاده از آنتن ماهواره، قانون مربوط به آن را لغو نکرده است، بلکه این عمل مادی متکثر در سراسر ایران، نوعی مقاومت در برابر قانون است. رفتار عرفی مردم گاه می‌تواند منشاء قانون در موارد خلأ باشد، اما رفتاری که مقاومت در برابر قانون محسوب می‌شود را نمی‌توان عرف دانست. پس این گفته که عرف بد هم داریم، قابل پذیرش نیست.

دهنده‌ی عرف نخواهد بود. حداقل ما به عنوان حقوقدان نمی‌توانیم آن را عرف قضایی بنامیم، بلکه باید به عنوان نقض قاعده، تقبیح شود.

نکته‌ی بعدی به موضوع هیأت منصفه بر می‌گردد. متأسفانه به رغم تصریح قانون اساسی به ضرورت تشکیل هیأت منصفه در جرایم مطبوعاتی و سیاسی و تلاش‌های نهادهای حقوقی معتبر مثل کمیسیون حقوق بشر اسلامی برای تدوین لایحه‌ی جرم سیاسی، اما هنوز هم جرم سیاسی تعریف نشده و هیأت منصفه در رسیدگی به این نوع جرایم نقش ندارد. بی‌تردید می‌توان این رویه که ناقض یک قاعده‌ی بنیادین قانون اساسی است، عرف نامید.

از سوی دیگر لازم است که عرف به طور دقیق تعریف شود. حقوقدانان عرف را به صور مختلف تعریف کرده‌اند. برخی عرف را چیزی می‌دانند که مورد قبول مردم و افراد جامعه است و شما گفتید که عرف می‌تواند خوب یا بد باشد. اگر در ارائه‌ی تعریفی از عرف که مورد قبول اکثریت جامعه است، به توافق نظر برسیم شاید بتوان به نتیجه‌ی واحد رسید.

در تأثیر عرف در حوزه‌های گوناگون باید قائل به تفکیک شد؛ در جایی که قاعده و اصل وجود دارد، عرف تأثیر ندارد، اما در مواردی که حقوق کیفری انعطاف دارد، می‌توان از عرف کمک گرفت و هر چه حقوق کیفری به عرف نزدیک‌تر باشد، امکان موفقیت و اجرایی شدن آن بیشتر است.

**سوال:** با توجه به موارد ذکر شده، یکی از موضوعات فراموش شده، تأثیر سیاست اجرایی مسؤولان قضایی در عرف است. برخی عرف‌ها در اثر اصرار مسؤولان قضایی ایجاد یا برچیده می‌شود. مثلاً اگر مسؤولان در اجرای نقش نظارتی خود، قضات را تحت فشار قرار دهند، عرف تغییر می‌کند. مثلاً در صدور قرار تأمین کیفری که منتهی به بازداشت می‌شود و هم‌چنین در صدور آراء کیفری، چنانچه سیاست مسؤولان قضایی بر حبس‌زدایی باشد، با توجه به ابزارهای فشار که در دست مسؤولان است، قضات کمتر به مجازات حبس حکم می‌دهند و تمایل دارند که حبس را به جزای نقدی تبدیل کنند. این‌که آیا این روش درست است یا خیر، بحث مجزایی است، اما بی‌تردید مسؤولان قضایی در تاسیس و برطرف نمودن عرف قضایی نقش دارند. حتی گاه عرف خلاف قانون اجرا می‌شود. مثلاً در آیین‌نامه‌ی زندان‌ها الزام به پوشیدن لباس فرم زندانی یا جواز نگهداری افراد در سلول انفرادی وجود ندارد، اما این موارد در عمل اجرا می‌شود.

**دکتر اخوت:** صحیح است، اما ما بحث خوب و بد بودن عرف را نمی‌کنیم، بلکه می‌خواهیم آن چه را که هست بگوییم و به این سوال که آیا عرف در حقوق جزای ایران موثر است یا خیر، پاسخ دهیم. اما در مقابل معتقدیم که با عرف‌های خلاف قانون باید مبارزه کرد و اگر دادرسی انتظامی با رویه‌های خلاف قانون قضات برخورد کند، عرف شکنی کرده است که در راستای قانون است و این عرف‌شکنی پسندیده می‌باشد.

حقوق، علم دستوری است. ما در بحث خود از علم حقوق بیرون آمده و به هست‌ها می‌پردازیم. به عنوان مثال امروزه استفاده از ماهواره یک فعل جمعی است که به یک عرف تبدیل شده است یا در تصمیمات قضایی نیز این عناصر وجود دارد، اما حکومت با این عرف‌ها