

مطالعه تطبیقی جایگاه عرف در حقوق کیفری شکلی ایران و افغانستان

علی احمدی*

چکیده

اصل قانونی بودن جرم و مجازات برای نقش آفرینی عرف در حقوق کیفری ماهوی ممنوعیت‌های را ایجاد کرده است. اما نبود این اصل، نقش و تأثیرگذاری عرف در حقوق جزای شکلی را آسان‌تر نموده است از این‌رو، آیین دادرسی کیفری عرصه ورود عرف‌های گوناگونی شده است. نحوه ورود عرف‌های گوناگون و میزان تأثیرگذاری آن‌ها در اجرای احکام قضایی و رعایت عدالت حداکثری، ضرورت به مطالعه و پژوهش دارد. تحقیق حاضر، نقش عرف را در اجرای مجازات به صورت تطبیقی و با روش تحلیلی و توصیفی در حقوق کیفری شکلی ایران و افغانستان بررسی نموده است. نتیجه این تحقیق گویای نفوذ و بهره‌گیری حداکثری از عرف در اجرای کیفر در دو سیستم حقوقی یاد شده است. در این زمینه مشابهت‌های زیادی در دو سیستم حقوقی مورد مطالعه وجود دارد، با این وجود تفاوت‌های اندکی نیز در این زمینه قابل شناسایی است. از جمله این‌که قانون‌گذاران افغانستان بر خلاف قانون‌گذاران ایران، در تدوین قوانین، تسامح بیشتری در استفاده از ادبیات مجمل و گاه کلی حقوقی نشان داده‌اند. دست محاکم قضایی در استفاده حداکثری از عرفیات جامعه بازتر است و مجال بیشتری برای قضات اجرای احکام در اجرای عدالت وجود دارد.

واژگان کلیدی: عرف، قاعده عرفی، حقوق، کیفر، حقوق کیفری شکلی ایران، حقوق کیفری شکلی افغانستان.

مقدمه

آن‌گونه که در حقوق جزای ماهوی بر رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات تأکید می‌شود در حقوق کیفری شکلی این تأکید مطرح نیست و تأثیر عرف بر حقوق جزای شکلی نسبت به سایر رشته‌های حقوق کیفری بیش‌تر است از این‌رو، آیین دادرسی کیفری عرصه ورود عرف‌های گوناگون (قضایی، اداری و...) است که در صورت خلأ قانونی به قضات کمک می‌کند در مقام اجرا با مشکلی مواجه نشود چرا که بر اساس اصولی از قانون اساسی ایران و افغانستان محاکم نمی‌تواند به دلیل نبود قانون و یا سکوت آن از تصمیم‌گیری خودداری و از اجرای قانون سر باز زند بلکه باید با توجه به ظرفیت‌های موجود اقدام به اجرای قانون نموده و تصمیم نهایی را اعلام کنند.

الف. مفاهیم

۱. مفهوم عرف

۱.۱. عرف در لغت

عرف در لغت یعنی هرفعل پسندیده‌ای از ناحیه عقل و یا شرع (ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ج ۹، ۲۳۸)، (راغب اصفهانی، ۱۳۹۲ق: ۳۴۳) عرف یعنی امر شناخته شده و متداول و مورد پسند مردم. (فراهیدی، ۱۴۰۴ق: ۱۲۱؛ عمید، ۱۳۵۸: ۷۲۸) ویژگی تابع و پیوسته بودن (ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ج ۴، ۲۸۱) نیز در کتب اهل لغت برای تعریف عرف آمده است.

۲.۱. عرف در حقوق ایران

از زمان که قانون‌گذاری به روش اروپایی‌ها در ایران مطرح شد عرف همواره به عنوان یک پدیده‌ای اثرگذار در حقوق ایران به شیوه‌های مختلف اثر گذاشته است. هرور حقوق ایران تعریفی مستقلی از عرف را نشان نمی‌دهد؛ چرا که پدیده عرف به لحاظ تاریخی مقدم بر پیدایش قانون و قانون‌گذاری در جوامع بشری از جمله ایران بوده است. اما این واژه در ادبیات حقوق‌دانان ایرانی تعریف شده است که از مجموع تعاریف ارایه شده چنین به دست می‌آید که عرف عبارتند از: «انس ذهن تمام یا اکثریت جامعه

یا صنف خاص به امری که به روابط حقوقی مربوط شده و خود به خود و به تدریج در میان آنان به صورت قاعده الزام‌آور مرسوم شده باشد.» (علوی، ۱۳۸۳: ۲۰۸)

۳.۱. عرف در حقوق افغانستان

عرف در سیستم حقوقی افغانستان به عنوان سومین منبع حقوق به شمار می‌آید (محمدی تمکی، ۱۳۹۰: ۹۹) و با وجود اهمیت و جایگاه آن در حقوق افغانستان قانون نویسان افغانستانی تعریفی برای آن نیاورده است. اما در بررسی آثار حقوق دانان افغانستانی به تعاریفی بر می‌خوریم که می‌توان از آن تعریف عرف را استنباط نمود «عرف برگرفته از واقعیت‌های عینی جامعه است که با عنصر تکرار شکل می‌گیرد و با عامل التزام، ماندگار می‌گردد» (همان) و همین نویسندگان در جای دیگر در تعریف عرف این‌گونه آورده است: عرف قاعده حقوقی است که بدون دخالت نهاد قانون‌گذاری و رعایت تشریفات قانون اساسی به خودی خود از وجدان عمومی نشأت یافته است. (محمدی، ۱۳۸۷: ج ۱، ۲۳۸) به زعم این حقوق دانان عرف یکی از منابع اصلی در حقوق است و از گذشته‌های دور عرف در درجه اول اهمیت بوده و نقش مهم‌تر از قانون داشته است. (دانش، ۱۳۹۰: ۵۵)

۲. مفهوم کیفر

۱.۲. کیفر در لغت

کیفر به معنای جزای کار بد. (انوری، ۱۳۸۱: ج ۶، ۶۰۴۷) و همچنین عقوبت و مجازات کار بد را گویند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ج ۴، ۳۰۶۵) اهل لغت برای مجازات معانی دیگری نیز آورده است از معنای استغنا و بی‌نیازی (ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ذیل واژه جزا) گرفته تا معانی کفایت کردن و قضا مقرر کردن، اما حقیقت آن است که اصل واحد در ماده جزا همان کفایت کردن است که در فارسی از آن به کلمه پاداش تعبیر می‌شود و پاداش اعم از ثواب و عقاب است. (مصطفوی، ۱۳۶۰: ج ۲، ۵۸) و این معنا با واژه کیفر مورد نظر ما نیز هم‌خوانی دارد.

۲.۲. کیفر در حقوق ایران

با توجه به قانون مجازات ایران باید این نکته را در نظر داشت که قانون‌گذار ایرانی خود مستقیماً به تعریف کیفر یا جزا نپرداخته است چنان‌که در ماده ۱ قانون مجازات اسلامی آورده است: «قانون مجازات اسلامی مشتمل بر جرایم و مجازات‌های حدود، قصاص، دیات، تعزیرات، اقدامات تأمینی و تربیتی، شرایط و موانع مسئولیت کیفری و قواعد حاکم بر آن‌ها است» قانون‌گذار فقط به مصادیق مجازات و کیفر اشاره کرده است. آنچه در این جا به عنوان تعریف برای کیفر در حقوق ایران آورده می‌شود تعریفی است که حقوق‌دانان ایرانی برای کیفر در کتاب‌های حقوقی آورده است. بنابراین، واژه‌ای جزا و کیفر از نگاه واژه‌شناسی واژه‌های مترادفی اند که به لحاظ لغوی هم شامل پاداش دادن به نیکی‌ها و هم عقاب و جزا دادن نسبت به بدی‌ها می‌شود اما در اصطلاح، «مجازات و کیفر عبارت از مشقت و رنجی است که به خاطر جرم ارتكابی به مجرم تحمیل می‌شود» (کرمی، ۱۳۸۸: ۷۰) این تعریف نزدیک به تعریفی است که در ترمینولوژی حقوق ذیل واژه کیفر و مجازات آورده اند: «مجازات، عقوبت و مشقتی است که قانون بر متخلفان در امور کیفری تحمیل می‌کند مانند حبس، اعدام و جزای نقدی» (جعفری لنگرودی، پیشین: ۳۲۱۶) «کیفر، (جزا) عقوبت و مجازات بزه‌کاران را گویند». (همان، ۳۰۶۴) از این رو، کیفر، مجازات قانونی است که از طرف دادگاه برای شخص محکوم تعیین می‌شود حالا ممکن است این کیفر قانونی، حبس باشد، جزای نقدی باشد یا هر دوی آن و یا اعدام باشد مثل موارد که جرم محکوم قتل عمدی باشد.

۳.۲. کیفر در حقوق افغانستان

مروری بر پیشینه حقوق افغانستان نشان می‌دهد که علیرغم تغییرات زود به زود که در قانون‌گذاری افغانستان اتفاق افتاده است، دیده نشده است که قانون‌نویسان افغانستانی برای واژه جزا و یا کیفر تعریف جداگانه و مشخصی آورده باشد. از این رو، حقوق‌دانان افغانستانی نیز به تبع سکوت قانون‌گذار اگر تعریفی برای این واژه آورده است، به آوردن تعریف لغوی از واژه جزا بسنده کرده است. یکی از این حقوق‌دانان با آوردن این جمله که «مفهوم جزا به معنای جزا دادن است» (باقری، ۱۳۹۷: ۲۱) تعریف

خودش از واژه جزا را کافی دانسته است. دیگری نیز بدون ورود به تعریف واژه کیفر یا جزا به ماده ۱ قانون جزای افغانستان اشاره کرده است. بر اساس این قانون، تعریف مجازات‌های چون قصاص، حدود و دیات به فقه حنفی واگذار شده است و حوزه قانون‌گذاری در بحث جزا فقط به مباحث تعزیرات اختصاص یافته است. (نبوی، ۱۳۹۵: ۲۵) لذا به نظر می‌رسد که عدم پرداختن حقوق‌دانان افغانستانی به واژه کیفر متأثر از فضای قانون نویسی در افغانستان است همان‌گونه که قانون‌گذاران در هیچ جایی از قانون جزا از واژه کیفر بدل واژه جزا استفاده نکرده است، حقوق‌دانان نیز کم‌تر از واژه کیفر در ادبیات حقوقی شان بهره برده اند.

ب. نقش عرف در اجرای کیفر در حقوق شکلی ایران

در ارتباط به نقش عرف در حقوق کیفری شکلی ایران دو نظر وجود دارد:

۱. عده‌ای از حقوق‌دانان بدین باورند که عرف در حقوق کیفری نقش مهمی ندارد و از منابع مستقیم حقوق کیفری به حساب نمی‌آید بلکه نقش عرف در حقوق کیفری خلاصه می‌شود در تفسیر و تشخیص موضوع و مصادیق. (آشوری، ۱۳۸۶: ج ۱، ۱۲) و حقوق کیفری شکلی نیز از این امر مستثنا نیست اما برخی دیگر با اشاره به این که مانع اصلی در برابر تأثیرگذاری عرف در حقوق کیفری به‌خصوص حقوق کیفری ماهوی اصل قانونی بودن جرم و مجازات است، معتقدند که این مانع در حقوق کیفری شکلی وجود ندارد و عرف می‌تواند نقش مهمی در آیین دادرسی کیفری ایفا نماید. (آخوندی، ۱۳۸۶: ج ۱، ۹۶) قانون‌گذار قانون آیین دادرسی کیفری را در ماده ۱ این قانون این‌گونه تعریف کرده است: «آیین دادرسی کیفری مجموعه مقررات و قواعدی است که برای کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتی، میانجی‌گری، صلح میان طرفین، نحوه رسیدگی، صدور رأی، طرق اعتراض به آراء، تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضایی و ظابطان دادگستری، رعایت حقوق متهم، بزه‌دیده و جامعه وضع می‌شود». نکته مثبت این تعریف این است که ایرادات تعریف قانون آیین دادرسی ۱۳۷۸ش، را که در ماده ۱ مقرر می‌داشت: «آیین دادرسی مجموعه اصول و مقرراتی است که برای کشف و تحقیق جرایم و تعقیب مجرمان و نحوه رسیدگی و صدور رأی و تجدید نظر و اجرای احکام

و تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضایی وضع شده است.»، به گونه پوشش داده و رفع کرده است؛ چرا که قانون ۱۳۷۸ش، چند ایراد داشت. اولاً مقنن در مرحله تعقیب به جای واژه متهم از اصطلاح مجرم استفاده کرده بود و نسبت مجرم دادن به کسی که تا کنون جرم او در دادرسی منصفانه اثبات نشده است ناعادلانه است. ثانیاً به دلیل عدم ذکر ظابطان دادگستری در این قانون وظایف و اختیارات آنان تعیین نشده بود. ثالثاً هیچ اشاره‌ای به رعایت حقوق متهم و یا بزه‌دیده در این قانون نشده بود و حال آن‌که در قانون جدید، قانون‌گذار تلاش کرده است این ضعف‌ها را بر طرف کرده و تعریف جامعی از آیین دادرسی کیفری ارایه نماید.

۱. تأثیر عرف بر مراحل دادرسی

یکی از موضوعات عرفی که در آیین دادرسی کیفری ایران بدان زیاد پرداخته شده است موضوع رسیدگی به جرایم منافی عفت عمومی است که قانون‌گذار در ماده ۳۰۶ آیین دادرسی کیفری بدان اشاره کرده است. آن‌جا که مقرر داشته‌است: «به جرایم منافی عفت به‌طور مستقیم، در دادگاه صالح رسیدگی می‌شود.» به دلیل عرفی بودن تشخیص جرایم منافی عفت و جلوگیری قانون‌گذار از تفسیر موسع این ماده قانونی بلا فاصله در تبصره همان ماده به تعریف جرایم منافی عفت پرداخته است و این جرم را در جرایم جنسی حدی هم‌چون جرایم رابطه نامشروع تعزیری مانند تقبیل و مضاجعه محدود نموده است.

آیا قانون‌گذار و مقام قانون‌گذاری این ظرفیت را دارد که بتواند تشخیص موضوعات عرفی را در برخی از مصادیق آن احصا و محدود نمایند؟ پرسشی است که پاسخ آن را باید در خارج از موضوع تحقیق پیش‌رو جستجو نمود اما به نظر می‌رسد که این محدودسازی‌ها به هیچ عنوان نمی‌تواند نقش عرف در حقوق کیفری شکلی را کم کند چنان‌که قانون‌گذار در مواد دیگری از آیین دادرسی کیفری نتوانسته است از نقش عرف در آسان‌سازی اجرای قانون غافل شود مثلاً قانون‌گذار در ماده ۱۷۸ آ.د.ک. مواردی از عذر موجه را احصا نموده است چنان‌چه متهم به دلیل وجود یکی از این عذر‌ها نتواند در موعد مقرر در دادسرا حاضر شود عذر او موجه دانسته می‌شود اما

قانون‌گذار به این موارد اکتفا نکرده است و در بند «ج» این ماده تشخیص عذر موجه را به عرف واگذار نموده است. «سایر مواردی که عرفاً به تشخیص بازپرس عذر موجه محسوب می‌شود.» تشخیص و تصمیم بازپرس نمی‌تواند فارغ از توجه به عرف جامعه‌ی پیرامونی شان باشد. آن‌چه که در پی می‌آید جستاری است، از نقش فعال و اثر گذار عرف، در حقوق کیفری شکلی ایران که به‌صورت گذرا بدان پرداخته شده است.

۱.۱. کشف جرم

قانون‌گذار در ماده ۴۴ آیین دادرسی کیفری در مورد برخورد ضابطان قضایی با جرم مشهود چنین آورده است: «... ضابطان دادگستری در باره جرایم مشهود تمام اقدامات لازم را به‌منظور حفظ آلات و ادوات، آثار، علایم و ادله وقوع جرم و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم و یا تبانی، به عمل می‌آورند و تحقیقات لازم را انجام می‌دهند و...» تأکید قانون‌گذار بر این است که ضابطان قضایی می‌توانند هراقدامی را که لازم باشد در ارتباط با جرایم مشهود بدون دستور قضایی انجام دهد.

به نظر می‌رسد استفاده قانون‌گذار از عبارت «تمام اقدامات لازم» در صورتی به معنی ورود بدون دستور مقام قضایی در جرایم مشهود است که عرف این اقدام را برای جلوگیری از محو آثار و علایم جرم و فرار متهم ضروری تشخیص دهد به‌عنوان مثال کسی که از تجهیزات دریافت امواج ماهواره‌ای استفاده می‌کند و وسایل آن را به‌صورت علنی در بالکن خانه و محل سکونت شان نصب می‌کند عرف قضایی ورود به منزل و دستگیری فرد متهم را برای حفظ آثار و ادله جرم و جلوگیری از فرار متهم ضروری تشخیص نمی‌دهد و علیرغم مشهود بودن جرم مزبور اقدام ضابطان قضایی برای برخورد با یک چنین مواردی باید با دستور قضایی صورت گیرد.

۲.۱. تعقیب کیفری

آن‌گونه که در تعریف جرم آمده است: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود» (قانون مجازات اسلامی ایران، مصوب ۱۳۹۲، ماده ۲). جرم رفتاری اعم از فعل و یا ترک فعل است و به دلیل آسیبی که جرم به نظم عمومی می‌زند مجرم از سوی دادستان به‌عنوان مدعی‌العموم باید

تحت تعقیب قرار گیرد.» پس از اطلاع یافتن دادستان از وقوع جرم از وظایف دادستان است که تعقیب کیفری جهت انجام تحقیقات مقدماتی را انجام دهد. با توجه به این که اصل بر لزوم تعقیب متهم به ارتکاب جرم است دادستان نباید منتظر شکایت شاکی خصوصی بنشیند، لذا در صورت که لازم باشد باید صدور کیفرخواست و درخواست محاکمه متهم را به جریان بیندازد. اما انجام این تکلیف از سوی دادستان در شرایطی با موانع همراه می‌شود که در زیر بدان اشاره می‌گردد.

الف. عدم شکایت شاکی خصوصی

گاهی در برخی از جرایم که جنبه‌ی خصوصی جرم از شدت و اهمیت بیشتری برخوردار است، عرف، ذی‌نفع اصلی را در تعقیب جرم، شخص یا اشخاصی می‌داند که از وقوع جرم بیش‌تر آسیب دیده و متضرر شده است. لذا در یک چنین فروضی نظر عرف تعیین کننده است. از این‌رو، قانون‌گذار در ماده ۱۲ آ.د.ک، مقرر می‌دارد: «تعقیب متهم در جرایم قابل گذشت فقط با شکایت شاکی شروع و در صورت گذشت او موقوف می‌شود.» بنابراین، تعقیب جرایمی که شاکی خصوصی دارد منوط به شکایت شاکی خصوصی است و چنان‌چه شاکی خصوصی به هر دلیلی از تحت تعقیب قرار دادن متهم خودداری کند و از تعقیب متهم انصراف دهد تعقیب کیفری خاتمه پیدا می‌کند. (خالقی، ۱۳۹۶: ج ۱، ۸۸)

ب. مصونیت سیاسی داشتن متهم

در حقوق بین‌الملل از گذشته‌های دور مأموران و نمایندگان دیپلماتیک کشورها در زمان انجام مأموریت در کشور دیگری از تعقیب قضایی کشور پذیرنده مأموریت معاف بوده است و این معافیت تحت تأثیر عرف بین‌الملل مبنی بر مصونیت قضایی داشتن این افراد شکل گرفته است هرچند این مأموران دیپلماتیک که به گروه‌ها و دسته‌های مختلف تقسیم می‌شود به‌موجب کنوانسیون ۱۹۶۱ وین راجع به مصونیت‌های دیپلماتیک مأموران و نمایندگان دولت‌ها از مصونیت قضایی نیز برخوردارند. (همان، ۹۷) اما جایگاه عرف بین‌الملل در برخورد با کارگزاران سیاسی دولت‌ها که از مصونیت

دیپلماتیک برخوردارند جایگاهی ویژه‌ای است و عرف در موضوعات مختلف تعقیب کیفری از جمله جرایم نمایندگان سیاسی ملت‌ها نقش اثرگذاری دارد.

۳.۱. احضار متهم

بر اساس ماده ۱۶۹ قانون آئین دادرسی کیفری احضار متهم باید به وسیله‌ای احضاریه صورت گیرد و این احضاریه باید در دو نسخه تنظیم شود که بعد از تحویل احضاریه به متهم یک نسخه آن به وسیله متهم امضا شده و به مأمور ابلاغ مسترد می‌شود این روش احضاریه فرستادن قانونی است و در تاکید بر این موضوع اداره حقوقی قوه قضائیه ارسال احضاریه بدون امضای مقام قضایی را غیرقانونی می‌داند. لذا در نظریه شماره ۷/۳۴۸۶ مورخ ۲۴/۴/۱۳۸۰ ش، آورده است: «دعوت‌نامه که ضابطین قضایی برای اشخاص ارسال می‌دارند تا برای تحقیق در مورد شکایت شاکی در مرجع انتظامی حاضر شوند چون از جانب قاضی ارسال نشده قانوناً احضارنامه تلقی نمی‌شود.» و ماده ۱۷۰ ق.آ.د.ک. «در احضاریه نام و نام خانوادگی احضار شونده در دو نسخه تنظیم می‌شود که یک نسخه از آن به متهم ابلاغ می‌گردد و نسخه دیگر پس از امضا به مأمور ابلاغ مسترد می‌شود.» به امضای مقام قضایی رسیدن احضاریه را قبل از ابلاغ قطعی می‌داند.

اما علیرغم تأکید قانون‌گذار بر این که برگ احضاریه قبل از ابلاغ به متهم باید به امضای مقام قضایی رسیده باشد در حال حاضر احضار متهمان با فرم‌های چاپی صورت می‌گیرد که در مراکز انتظامی موجود است. (اخوت، شماره ۲، زمستان ۱۳۸۹، ۵۵۵) و احضاریه به وسیله این فرم‌های چاپی و بدون امضای قاضی ابلاغ می‌شود و قضات دادسراها نیز بر این رویه ایرادی نمی‌گیرد. تازه بر اساس همین احضاریه‌ها قضات دادسراها حکم جلب نیز صادر می‌کند و آنچه که اتفاق افتاده است تبدیل به یک رویه و عرف قضایی شده است که امروز در دادسراها اجرا می‌شود.

۴.۱. جلب متهم

جلب متهم به چند صورت ممکن است: یکم جلب متهم بدون احضاریه در جرایم مشهود. بر اساس ماده ۴۴ آیین دادرسی کیفری ضابطان قضایی این اختیار را دارد تا برای جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم، یا محو آثار و ادله وقوع جرم اقدامات لازم را

انجام دهد. یکی از این اقدامات لازم جلب متهم بدون ابلاغ قبلی احضاریه است. دوم جلب متهم به عنوان ضمانت اجرای عدم حضور متهم در دادسرا است. چنانچه متهم بعد از ابلاغ احضاریه به صورت قانونی در دادسرا حضور نیابد، باید به وسیله برگه جلب که به امضای قاضی رسیده است، جلب شود. جلب سوم که یک نوع جلب سیار است از زمان تصویب قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۰ش، زیر نظر بازپرس صادر شده و انجام می شده است که بر اساس این برگه جلب نسبت به دستگیری متهم در محدوده صلاحیت بازپرس با کمک مأموران انتظامی اقدام کند. صدور چنین برگ جلب در مورد بزه صدور چک بلا محل یک امر عادی و معمول بوده و هست لذا قانونگذار طبق روال در قانون جدید آیین دادرسی کیفری از این امر عرفی تبعیت کرده است و در تبصره ۲ ماده ۱۸۴ که مقرر می دارد: «در صورت ضرورت، بازپرس می تواند برگه جلب را برای مدت معین در اختیار شاکی قرار دهد تا با معرفی او، ضابطان حوزه قضایی مربوط، متهم را جلب کنند و تحویل دهند»، براین امر عرفی صحه گذاشته و آن را تأیید کرده است که این یک نوع تبعیت قانون از عرف قضایی است. (اخوت، پیشین: ۵۵۸)

۲. عرف و بررسی صلاحیت های دادرسی

اصل بر این است که مقام قضایی که پرونده برای رسیدگی به او ارجاع شده است صلاحیت رسیدگی دارد مگر این که خلاف آن ثابت شود و برای این که از دوباره کاری جلوگیری شود مقام قضایی در صورت ارجاع پرونده به او، اول باید صلاحیت خودش را احراز کند و پس از احراز صلاحیت اقدامات بعدی را انجام دهد. بنابراین، برخی حقوق دانان در تعریف صلاحیت چنین آورده اند: «صلاحیت عبارت است از شایستگی یک مرجع و یا مقام قضایی در رسیدگی به پرونده که به او ارجاع شده است.» (رحمدل، ۱۳۹۶: ۱۶۴) طبق این تعریف اگر مرجع قضایی صلاحیت رسیدگی نداشته باشد مقام قضایی نیز به تبع آن صلاحیت رسیدگی نخواهد داشت.

۱.۲. صلاحیت دادگاه های کیفری

حقوق دانان در تعریف صلاحیت کیفری دادگاه ها چنین آورده اند: صلاحیت کیفری عبارت از توانایی و شایستگی قانونی و تکلیف مراجع قضایی به رسیدگی یک دعوای

کیفری در یک دادگاه است. (محمد آشوری، ۱۳۸۶: ج ۱، ۴۸) از این رو، اولین مسأله که مراجع تحقیق باید بدان بپردازد بررسی صلاحیت خود جهت شروع به تحقیقات است و در صورتی که این مراجع خود را صالح برای رسیدگی در پرونده کیفری نداند باید برای خودش قرار عدم صلاحیت رسیدگی صادر کند.

قانون گذار نیز در ماده ۲۹۴.آ.د.ک، بدون اشاره به صلاحیت، دادگاه های کیفری را به دادگاه کیفری ۱ و ۲، دادگاه انقلاب، دادگاه اطفال و نوجوانان و دادگاه نظامی تقسیم کرده اند: «دادگاه کیفری به دادگاه کیفری یک، دادگاه کیفری دو، دادگاه انقلاب، دادگاه اطفال و نوجوانان و دادگاه های نظامی تقسیم می شود». بنابراین، صلاحیت مراجع کیفری به دلایل زیادی هم چون تسریع در رسیدگی، حفظ نظم و امنیت عمومی، سهولت در جمع آوری ادله میزان مجازات به انواع مختلف تقسیم می شود.

دادگاه انقلاب

در بررسی صلاحیت دادگاه های کیفری به ماده ۳۰۳ آیین دادرسی کیفری مربوط به تعیین صلاحیت دادگاه انقلاب بر می خوریم: «به جرایم زیر در دادگاه انقلاب رسیدگی می شود:

الف. جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی، محاربه و افساد فی الارض، بغی، تبانی و اجتماع علیه جمهوری اسلامی ایران یا اقدام مسلحانه یا احراق، تخریب و اتلاف اموال به منظور مقابله با نظام

ب. توهین به مقام بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران و مقام رهبری.

پ- تمام جرایم مربوط به مواد مخدر، روان گردان و پیش سازهای آن و قاچاق اسلحه، مهمات و اقلام و مواد تحت کنترل».

قانون گذار در این ماده به احصای مصادیق جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی پرداخته است و سعی کرده است با تحدید و بر شمردن جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی به رعایت اصل قانونی بودن جرم بپردازد و تبعاً ورود عرف در یک چنین مواردی کم رنگ خواهد بود و در نتیجه جلو تفسیرهای مختلف از امنیت گرفته می شود. این تفسیر مضیق از امنیت داخلی و خارجی هر چند با اختصاصی بودن صلاحیت دادگاه

انقلاب سازگار است و با این تفسیر جرایم دیگری که در سایر قوانین کشور تحت عنوان جرایم علیه امنیت پرواز و یا ایمنی راه‌ها پیش‌بینی شده است خارج از صلاحیت دادگاه انقلاب قرار می‌گیرد. اما عرف و رویه قضایی تفسیر موسّعی از این قانون به عمل آورده است و رسیدگی به این نوع جرایم (جرایم علیه امنیت پرواز، ایمنی راه‌ها) را که به نوعی به امنیت ملی مربوط است در صلاحیت دادگاه انقلاب می‌داند. (مندنی، ۱۳۹۳: ۱۳۹)

۲.۲. قرار تأمین قضایی

یکی از نکاتی که در قرار تأمین قضایی مورد توجه است تأمین وسیله‌ای است که برای تضمین دسترسی به متهم در مواقع نیاز لازم است طبق ماده ۴۱ که مقرر می‌دارد: «ضابطان دادگستری اختیار اخذ تأمین از متهم را ندارند و مقامات قضایی نیز نمی‌توانند اخذ تأمین را به آنان محول کنند. در هر صورت هرگاه اخذ تأمین از متهم ضرورت داشته باشد تنها توسط مقام قضایی طبق مقررات این قانون اقدام می‌شود.» آیین دادرسی کیفری صدور این نوع قرارها از صلاحیت انحصاری مقام قضایی است چنان‌که مقام قضایی نمی‌تواند این اختیار را به ضابطان دادگستری واگذار نماید و در صورت نیاز به صدور قرار تأمین، مقام قضای یک چنین دستوری صادر می‌نماید. اما در مقام اجرا دیده شده است که گاه بازپرس و دادرس بر خلاف تصریح قانون در صورتی که دلایل کافی برای نسبت دادن اتهام به متهم وجود نداشته باشد افراد تحت نظر را با این دستور (با سپردن ضامن معتبر فعلاً آزاد باشد) او را به کلانتری معرفی می‌کند و بر اساس همین دستور کلانتری‌ها با گرفتن سند مالکیت خانه، یا جواز کسب یا گاه شناسنامه‌ای، متهم را آزاد می‌کند علیرغم این‌که رییس قوه قضاییه در بخش‌نامه ۱۴۱۷۰/۷۹ را مورخ ۱۳۷۹/۹/۹ قضات را از صدور یک چنین دستوراتی منع نموده است و آن را موجب مسئولیت قضایی دانسته است ما می‌بینیم که این دستور خلاف قانون مقامات، امروز تبدیل به یک رویه و عرف قضایی شده است و دادسراها نیز به یک چنین اقدامی اعتراض نمی‌کند و عملاً در مقام اجرا از آن تبعیت می‌شود.

۳۰۲. صلاحیت رسیدگی

یکی از نکات که در بحث از صلاحیت رسیدگی مطرح می‌شود تشخیص صلاحیت مقام رسیدگی کننده است. منظور از صلاحیت در این جا اعم از صلاحیت سازمانی و صلاحیت شخصی، است از این رو، از وظایف ذاتی مراجع قضایی در گام اول احراز این صلاحیت است. مراجع مربوطه باید احراز کند که آیا این کار در قلمرو صلاحیت‌های قضای او تعریف می‌شود یا خیر؟ لذا بدون این که احراز شود که آیا این دادرس صلاحیت رسیدگی به امر قضایی و گذار شده را دارد یا نه؟ دستگاه قضا کار بیهوده‌ای را انجام می‌دهد؛ چرا که ممکن است پس از صرف شدن وقت و انرژی زیاد مشخص شود که دادرس صلاحیت رسیدگی نداشته است. بنابراین، در موضوع رد صلاحیت رسیدگی قضایی قانون گذار در ماده ۴۲۱ آیین دادرسی کیفری به مواردی اشاره کرده است که در صورت وجود یکی از این موارد دادرس باید از رسیدگی امتناع کند چنانچه در بند «ت» این ماده آمده است: «دادرس در همان امر کیفری قبلاً تحت هر عنوان یا سمتی اظهار نظر ماهوی کرده یا شاهد یکی از طرفین بوده باشد.» بر اساس این بند چنانچه دادرس یا قاضی قبلاً در پرونده‌ای به عنوان کارشناس، شاهد، بازپرس یا دادیار اظهار نظر ماهوی کرده باشد و یا شاهد یکی از طرفین باشد سبق اظهار نظر مؤثر محسوب می‌شود و باید از رسیدگی امتناع ورزد. (منصورآبادی و فروغی، ۱۳۹۶: ۲۹۶) اما طبق عرف قضایی و آرای وحدت رویه ۵۱۷ - ۱۸/۱۱/۱۳۶۷ چنین آمده است: «نظر دادرس دادگاه کیفری بر قابل تعقیب دانستن متهم که ضمن رسیدگی به شکایت از قرار منع پیگرد ابراز شود، اظهار عقیده در موضوع اتهام محسوب نبوده و از موارد رد دادرس نمی‌باشد.» ویا رأی ۵۲۴-۲۹/۱/۱۳۶۸ وحدت رویه که رسیدگی دیوان عالی کشور مبنی بر تنفیذ یا عدم تنفیذ نظر دادگاه کیفری یک را با هیچ یک از موارد که در رد دادرسی ماده ۴۲۱ آ.د.ک. آمده است، قابل تطبیق نمی‌داند. هرچند برخی حقوق دانان بر این آرا و عرف قضایی ایراد گرفته و معتقدند: اظهار نظر بر تأیید و یا عدم تأیید تصمیمات مراجع پایین تر اظهار نظر بر بی گناهی و یا گناه کاری متهم است و در حقیقت اظهار نظر ماهوی محسوب می‌شود. (همان، ۲۹۷) اما اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره

۷/۹۴/۲۶۶ - ۱۳۹۴/ ۲/۲ در رد این نظر چنین اظهار کرده است: «اظهار نظر دادگاه در مقام حل اختلاف بین دادستان و بازپرس شکلی است نه ماهوی تا مانع رسیدگی مجدد شود و در نتیجه رأی وحدت رویه ۵۱۷ - ۱۸/۱۱/۱۳۶۷ مشمول مقررات بند «ت» ماده ۴۲۱ آیین دادرسی کیفری نمی‌داند و معتقدند: عرف قضایی یا همان رأی وحدت رویه در موضوع صلاحیت رسیدگی معتبر است.

ج. نقش عرف در اجرای کیفر در حقوق افغانستان

سیر تحولات قانونی در سیستم کیفری افغانستان نشان می‌دهد که این سیستم حقوقی در گذر زمان تغییرات زیادی را به خود دیده است. تجربه حاکمیت نظام‌های سیاسی مختلف سبب شده است که این کشور سیستم‌های حقوقی مختلف را از آغازین روزهای که به صورت رسمی استقلال سیاسی خود را به دست آورده است بر خود ببیند و تجربه کند. تدوین و تصویب هشت قانون اساسی با ویژگی‌های مختلف در فاصله کوتاه کم‌تر از یک صد سال مؤید این تغییرات و تحولات در مقام قانون‌گذاری در افغانستان است.

تصویب قوانین مختلف شکلی و ماهوی در سایه‌ی برقراری نظام‌های سیاسی مختلف چه در مقام نظر و چه در مقام اجرا مشکلاتی را به همراه داشته است که باعث تنوع بخشی و کوتاه شدن عمر این نظام‌نامه‌های حقوقی شده است. تحقیق پیش‌رو در حالی به بررسی جایگاه عرف در حقوق کیفری شکلی افغانستان می‌پردازد که طبق بررسی‌های صورت گرفته قانون اجرائات جزایی موجود سیزدهمین قانون از نوع خودش است که به صورت رسمی از سوی حکومت‌های مختلف در جراید رسمی انتشار یافته و اجرایی شده است. این شگفتی زمانی بیشتر می‌شود که این تعداد قانون در فاصله زمانی بسیار کوتاه حدود پنجاه سال به دست آمده و اولین قانون اجرائات جزایی که به صورت رسمی در جراید انتشار یافته در تاریخ ۱۳۴۴/۱۱/۱۶ ش، بوده است که با محاسبه زمان انتشار قانون اجرائات جزایی فعلی که در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۳ ش، انجام شده است فاصله زمانی کم‌تر از پنجاه سال را نشان می‌دهد در این قانون ۳۸۲ ماده‌ی تلاش شده است با استفاده از تجربه گذشته، قانونی به روز نوشته شود و ضعف‌های که

در قوانین گذشته وجود داشته است از دامن این قانون دور باشد. بررسی‌های این تحقیق نشان می‌دهد که ارجاع صریح به فهم عرفی در این قانون کم‌تر صورت گرفته است و قانون‌گذاران تلاش نموده است قانونی شفاف با ادبیات روشن وضع نمایند اما علیرغم این تلاش‌ها مقنن در مواردی به سوی استفاده از اصطلاحات و واژه‌های رفته که بی‌تردید مصداق یابی و تطبیق دقیق مفاهیم آن‌ها به فهم عرفی نیاز دارد.

۱. نقش عرف در مراحل دادرسی

اصول محاکمات جزایی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مباحث در همه نظام‌های حقوقی مطرح است و این اصول شامل قواعد و مقرراتی است که برای کشف جرم، تعقیب، تحقیق و قضاوت، تعیین صلاحیت مراجع و راه‌های اعتراض به فیصله‌های محاکم را در بر دارد. (علامه، ۱۳۹۲: ۶۱) در سیستم حقوقی افغانستان این اصول تحت عنوان قانون اجرائات جزایی افغانستان گرد آمده است که نقش بسیار پررنگی در دادرسی منصفانه در سیستم کیفری افغانستان دارد از این‌رو، آنچه که در این بخش از تحقیق دنبال می‌شود نقش عرف به‌عنوان یکی از منابع تکمیلی در دست یابی حداکثری به عدالت در مراحل دادرسی در حقوق کیفری افغانستان است.

۱.۱. مرحله تعقیب

یکی از موارد که مقنن به رعایت حقوق مظنونان و متهمان توجه نشان داده است بند ۳ ماده ۷ قانون اجرائات جزایی افغانستان است. طبق بند ۳ این ماده که مقرر داشته است: «مصونیت از توهین، تحقیر، تعذیب جسمی، روانی و هرگونه بر خورد غیرانسانی»، یکی از حقوق مسلم افراد تحت تعقیب و مظنون محفوظ بودن آن‌ها از هرگونه توهین، تحقیر، تعذیب جسمی و روانی است که در مرحله تعقیب باید برخورد انسانی با آن‌ها صورت گیرد لذا ما مور که وظیفه تعقیب را به عهده دارد باید متوجه باشد که متهم طبق قانون از حقوقی برخوردار است که رعایت نکردن آن عواقب قضایی در پی دارد.

بنابراین، واژه توهین و البته تحقیر جزء واژه‌هایی است که برای تفسیر و مشخص شدن دایره دقیق آن باید به فهم عرفی مراجعه شود چرا که قانون‌گذار هیچ توضیح و

تفسیری از این واژه‌ها در قانون مزبور ارایه نکرده است لذا مأمور که در حال انجام وظیفه است باید از هرگونه ادبیات نامناسب که عرف آن جامعه ممکن است آن را توهین قلمداد نماید و یا رفتاری که تعذیب روانی و یا جسمی به حساب آید، خودداری نماید.

یا در ماده ۲۷ همین قانون وقتی قانون‌گذار در صدد بیان حق امتناع شاهد از شهادت بر آمده است یکی از موانع که سبب می‌شود شاهد مستند به آن موانع از ادای شهادت سر باز زند زمانی را اعلام نموده است که شهادت شاهد باعث اهانت به شاهد و یا ضرر رسیدن به نزدیکان شاهد شود قانون‌گذار هم‌چون واژه توهین در توضیح و بیان مفهوم اهانت نپرداخته است و از سویی دامنه ضرر را نیز تحدید نکرده است لذا طبیعی است که مأمور اجرای قانون برای فهم این اصطلاحات باید به عرف مراجعه کند و فهم دقیق آن را از عرف مطالبه نماید. در ماده ۶۱ این قانون که قانون‌گذار طرح دعوا علیه کسانی که به نهادهای حکومتی توهین نماید را منوط به اقامه دعوا از سوی مقام ذیصلاح در این نهادها دانسته است اما هیچ‌گونه توضیح و اشاره در این قانون به مصادیق توهین به این نهادها از سوی مقنن آورده نشده است.

۲.۱. ممنوعیت اخذ اظهارات به و سیله اکراه و تطمیع

هرچند امروزه حقوق‌دانان در پی تعریف و تفسیر برخی اصطلاحات حقوقی برآمده و تلاش نموده اند تا به تفسیرهای منطقی از ابهام اصطلاحات چون اکراه، اجبار و یا اضطراب بکاهد اما این تلاش‌ها نتوانسته است در ابهام‌زدایی از اصطلاحاتی چون تهدید، شکنجه و...، کاری از پیش ببرد چنان‌چه قانون‌گذار در بند ۱ ماده ۲۲ از قانون اجرائات جزایی افغانستان آورده است: «مأمور ضبط قضایی، سارنوالی و محکمه در هیچ حالت اجازه ندارند خود یا از طریق شخص دیگر با رفتار سوء، استعمال مواد مخدر، اکراه، شکنجه، خواب مقنطیسی، تهدید و تخویف یا وعده دادن به منفعتی مظنون یا متهم را به اظهار و یا اقرار وادار نماید.» در این ماده در بحث از ممنوعیت اخذ اظهارات به وسیله اکراه در کنار اصطلاحات چون اکراه به واژه‌های چون تهدید و شکنجه اشاره کرده است بدون این که مصادیقی برای آن‌ها آورده باشد در مورد واژه تهدید همان‌گونه

که در فصل قبل گذشت واژه تهدید از اصطلاحاتی است که قانون‌گذار افغانستانی خود صراحتاً فهم دقیق آن را به عرف واگذار نموده است چنانچه در ماده ۶۲۶ از فصل سیزدهم قانون جزای افغانستان آورده است: «در تمام حالات مندرج این فصل، تعقیب عدلی مرتکب منوط بر آن است که تهدید از نگاه عرف قابل قبول باشد.» و واژه تهدید از جمله اصطلاحات مبهم و مجملی است که فهم دقیق آن نیاز به مراجعه عرفی دارد. با مرور ماده ۱۵۰ قانون اجرائات جزایی می‌بینیم که واژه تهدید، تخویف و تطمیع بدون این که مصادیقی برای آن‌ها از سوی قانون‌گذار ذکر شود تکرار شده است: «اظهار، اقرار و شهادتی که از متهم یا شهود به وسیله تطمیع، تهدید، تخویف یا اکراه حاصل گردیده باشد اعتبار ندارد.» این کم توجهی قانون‌گذار سبب نمی‌شود که قانون در مقام اجرا معطل بماند و متولی اجرای قانون طبق نص قانون باید راه حلی برای آن بیابد هرچند این راه حل از طریق مراجعه به عرف به دست آید.

۳.۱. جلب و احضار شهود

در بحث جلب و احضار شهود موضوع ماده ۲۸ قانون اجرائات جزایی افغانستان ذیل بند ۲ این ماده قانون‌گذار نکاتی را آورده است: «هرگاه شاهد در جلسه قضایی حاضر نگردد و عدم حضور خود را توجیه کرده نتواند یا محلی را که در آن مورد استجواب قرار می‌گیرد بدون اجازه‌ای دلیل موجه ترک کند، حسب احوال به جرم نقدی که مبلغ آن در مورد قباحه ... از طرف محکمه محکوم شده می‌تواند.» سپس هیچ‌گونه اشاره و توضیحی پیرامون این نکات ندارد مثلاً در این بند آمده است: چنانچه شاهد در جلسه قضایی حاضر نگردد یا این که بدون اجازه یا دلیل موجه جلسه را ترک کند در مورد جرایم مختلف به فلان مبلغ افغانی از سوی محکمه محکوم می‌شود. قانون‌گذار برای رهایی از جریمه محکمه به داشتن دلیل موجه از سوی شاهد فراری پرداخته است اما هیچ‌گونه توضیحی در مورد دلیل موجه نیاورده است و تعریف این که چه دلیلی موجه و قابل پذیرش از سوی شاهد است و چه دلیلی این ویژگی را ندارد به قاضی واگذار شده است. بنابراین، تعریف و تفسیر قاضی از دلیل موجه در هر فرض نمی‌تواند

بدون تأثیر از عرف باشد حالا چه آن عرف را عرف قضایی در نظر بگیریم یا عرف عام؛ چرا که قاضی خود در جامعه عرفی زندگی می‌کند.

نکته دیگری که در موضوع شهادت شاهد و نحوه استجواب از شاهد مطرح می‌شود موضوع ماده ۳۶ قانون اجرائات جزایی افغانستان است قانون‌گذار در ذیل بند ۲ این ماده به منع مداخله سارنوال، وکیل مدافع و محکمه در اسرار شخصی شاهد در جریان استجواب شاهد پرداخته است. آن‌جا که مقرر می‌دارد: «سارنوال، وکیل مدافع و محکمه نمی‌توانند در جریان استجواب در اسرار شخصی شاهد مداخله نمایند مگر این‌که جهت جمع‌آوری دلایل ضروری باشد» و قانون‌گذار با طرح ممنوعیت ورود به اسرار شخصی شاهد در مقام استجواب از شاهد، تعریف و بیان روشنی از اسرار شخصی ارایه نداده است تا تکلیف مأمور اجرای قانون در مقام اجرا روشن باشد و از ورود به مرز اسرار شخصی شاهد خود داری نماید. برای این‌که قانون در مقام اجرا معطل نماند سارنوال و وکیل مدافع ناچار است به تعریف عرفی از اسرار شخصی روی آورد و فرق نمی‌کند این رمزگشایی از مفهوم اسرار شخصی توسط عرف قضایی باشد یا توسط عرف عام صورت گیرد.

۴.۱. جواز اعاده حیثیت

از واژه‌های مجمل و پرکاربرد که تفسیر و بیان دقیق مصادیق آن می‌تواند تأثیری زیادی در مراحل دادرسی داشته باشد اصطلاح حیثیت است قانون‌گذار علیرغم این‌که در فصل سیزدهم قانون اجرائات جزایی افغانستان بیش از چندین ماده را به واژه حیثیت اختصاص داده است*، هیچ‌گونه تعریف روشن و مشخصی از حیثیت ارایه نکرده است. در قانون جزای افغانستان با وجود که در چندین ماده بحث از حیثیت شده است اما در

* ماده ۳۶۲ (جواز اعاده حیثیت)، ماده ۳۶۳ (مطالبه اعاده حیثیت)، ماده ۳۶۴ (زمان درخواست اعاده حیثیت)، ماده ۳۶۵ (زمان اعاده حیثیت رها شده مشروط)، ماده ۳۶۶ (حکم اعاده حیثیت در حال تردد)، ماده ۳۶۷ (محتوای درخواست اعاده حیثیت)، ماده ۳۶۸ (بررسی محتویات درخواست اعاده حیثیت)، ماده ۳۶۹ (تقدیم مجدد درخواست اعاده حیثیت)، ماده ۳۷۰ (رسیدگی به درخواست اعاده حیثیت) و ماده ۳۷۱ (صدور حکم به اعاده حیثیت).

هیچ بندی از این قانون تعریف مشخص و قابل قبولی از واژه‌ی حیثیت ارایه نکرده است. با سکوت قانون قطعا تفسیر این اصطلاح به عرف واگذار می‌شود؛ چرا که تعریف حیثیت به تعداد انسان‌ها متفاو است. لذا رسیدگی به تعرض کنندگان به حیثیت انسان‌ها چه در مقام کیفرگذاری باشد و چه در مقام کیفردهی از هم متفاوت می‌شود.

۲. عرف و بررسی صلاحیت‌های دادرسی

یکی از وظایف اولیه محاکم در رسیدگی به اتهام مظنون به ارتکاب جرم، بررسی صلاحیت محکمه رسیدگی کننده است. اگر محکمه به هردلیلی صلاحیت رسیدگی به پرونده ارجاع شده از سوی پلیس عدلی یا سایر نهادهای مسؤول را نداشته باشد، باید از خود رد صلاحیت نماید و پرونده را به محکمه دیگری ارجاع دهد؛ چرا که متهم یا مظنون حق دارد در هرمرحله از دادرسی به عدم صلاحیت محکمه مربوطه اعتراض نماید و محکمه در صورت عدم احراز صلاحیتش باید رسیدگی را بلا فاصله متوقف نماید و پرونده را به محکمه صالح ارجاع دهد.

۳. صدور قرار عدم لزوم اقامه دعوی جزایی

از مواردی که عرف به‌عنوان یک ابزار فعال با تفسیر دقیق از قوانین در دادرسی منصفانه نقش ایفا می‌کند بند ۳ ماده ۱۷۱ قانون اجرائات جزایی افغانستان است. این بند می‌گوید: «در صورت که قصور فاعل و نتیجه فعل جزایی و علاقه عامه به تعقیب عدلی آن کم یا متصور نباشد.» چنان‌چه دیده می‌شود قانون‌گذار یکی از مواردی را که سارنوال می‌تواند قرار عدم لزوم اقامه دعوی جزایی صادر کند زمانی است که قصور فاعل نتیجه فعل جزایی را به همراه داشته باشد که عموم مردم لزومی ندانند فردی را که چنین فعل جرمی را مرتکب شده است تحت تعقیب عدلی قرار بگیرد. به نظر می‌رسد آن‌چه که مقصود قانون‌گذار از اصطلاح علاقه عامه مردم این است فعل جرمی ارتکابی، در عرف چندان مهم و خطرناک نباشد که فاعل آن باید تاوان سختی را جهت جبران آن بپردازد و یا این‌که فعل جرمی تهدیدی را متوجه جامعه نکرده است تا جامعه برای دفاع از خودش مجرم را تنبیه نماید.

نتیجه

بررسی حقوق کیفری نشان می‌دهد رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات که به عنوان یکی از موانع اصلی بر سر راه عرف در تأثیرگذاری بر حقوق کیفری ماهوی مطرح بود، این مانع در حقوق جزای شکلی وجود ندارد.

بنابراین، قضات و محاکم در مراجعه به عرف در مقام اجرای احکام محدودیت کم‌تری دارد. با مراجعه به متون قانون آیین دادرسی کیفری مشخص می‌شود که علاوه بر ارجاع صریح به عرف از سوی قانون‌گذار، قضات و محاکم در مراحل مختلف اجرای کیفر، از مراجعه به عرف بهره برده است و این بهره‌گیری از عرف، نه تنها اختصاص به مراحل خاصی ندارد، بلکه قضات و محاکم از عرف در مراحل مختلف دادرسی استفاده کرده است.

فهرست منابع

۱. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۸۶.
۲. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، تهران، انتشارات سمت، چاپ هشتم، ۱۳۸۶.
۳. ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، قم، مکتب الاسلامی، ۱۴۰۴ق.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ق.
۵. انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، تهران، انتشارات سخن، ۱۳۸۱.
۶. اخوت، محمدعلی «جلوه‌های از رویکرد عرف در نظام کیفری ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۲، زمستان ۱۳۸۹.
۷. باقری، ابوالحسن، حقوق جزای عمومی ۱، کابل، انتشارات دانشگاه غالب، ۱۳۹۷.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲.
۹. حکیم، محمدتقی، الاصول العامه للفقہ المقارن، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۹۷۹م.
۱۰. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، تهران، نشر شهر دانش، چاپ سی و ششم، ۱۳۹۶.
۱۱. دانش، سرور، حقوق اساسی افغانستان، کابل، انتشارات مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا [بلخی]، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
۱۲. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، تحقیق ندیم مرعشی، [بی‌جا]، مطبعه التقدم العربی، ۱۳۹۲ق.
۱۳. رحمدل، منصور، آیین دادرسی کیفری، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۴.
۱۴. علامه، غلام حیدر، عدالت جزایی در افغانستان، تهران، انتشارات عرفان، ۱۳۹۰.

۱۵. علوی، محمدتقی، عرف و عادت در حقوق ایران و اسلام، [بی جا]، مؤسسه تحقیقات علوم اسلامی - انسانی، ۱۳۸۳.
۱۶. عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ سیزدهم، ۱۳۵۸.
۱۷. فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ق.
۱۸. کرمی، صابر، سیر مجازات‌ها در ادیان و تمدن‌ها، تهران، شرکت نشر و چاپ بین‌الملل، ۱۳۸۸.
۱۹. گل‌باغی ماسوله، علی جبار، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
۲۰. محمدی تمکی، عبدالعلی، حقوق اداری افغانستان، انتشارات عرفان، تهران، ۱۳۹۰.
۲۱. محمدی، عبدالعلی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، کابل، مؤسسه تحصیلات عالی خاتم النبیین (ص)، ۱۳۸۷.
۲۲. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰.
۲۳. مندنی، اسلام، آیین دادرسی کیفری، تهران، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۳.
۲۴. منصورآبادی، عباس و فروغی، فضل‌الله، آیین دادرسی کیفری، تهران، نشر بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۶.
۲۵. نبوی، نعمت‌الله، حقوق جزای عمومی افغانستان، کابل، نشر واژه، ۱۳۹۵.