

استاد محترم



معاونت پژوهش و فناوری

به نام خدا

## نشور اخلاق پژوهش

بیاباری از خداوند سبحان و اعتماد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه اهمیت جایگاه دانشگاه در اعلیای فرهنگ و تمدن بشری، مادیانجویان و اعضا هیات علمی و احدهای دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل برائت: التزام به برائت جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیر علمی می آلائند.
- ۲- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۳- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به بهکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۴- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۵- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کلیه افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۸- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بهکاران پژوهش.
- ۹- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.



واحد علوم تحقیقات

## تعهد نامه اصالت رساله دکتری یا پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی

اینجانب سروش سنایی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی که در تاریخ ۱۳۹۵/۱۱/۲۴ از پایان نامه خود تحت عنوان "منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی در تعزیرات منصوص شرعی" با کسب نمره ۱۸ و درجه بسیار خوب دفاع نموده‌ام بدین وسیله متعهد می‌شوم:

۱ - این پایان نامه / رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و ..... ) استفاده نموده‌ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده‌ام.

۲ - این پایان نامه / رساله قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پائین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳ - چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم چاپ کتاب، ثبت اختراع، و..... از این پایان نامه را داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزه‌های مربوطه را اخذ نمایم.

۴ - چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می‌پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی‌ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی

سروش سنایی

تاریخ و امضاء



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد علوم تحقیقات

دانشکده حقوق و علوم سیاسی، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق (M.A)

گرایش: جزا و جرم‌شناسی

عنوان:

منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی در تعزیرات منصوص شرعی

استاد راهنما:

دکتر امیر سماواتی پیروز

استاد مشاور:

دکتر قاسم قاسمی

نگارش:

سروش سنایی

زمستان ۱۳۹۵

## تشکر و قدردانی

به مصداق «من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق» بسی شایسته است از استاد فرهیخته و فرزانه جناب آقای دکتر امیر سماواتی پیروز که با کرامتی چون خورشید، سرزمین دل را روشنی بخشیدند و گلشن سرای علم و دانش را با راهنمایی های کار ساز و سازنده بارور ساختند؛ تقدیر و تشکر نمایم. به حق که استاد گرانقدرم در طول تدوین این پایان نامه سمتی بیش از یک استاد راهنما بر بنده داشتند، انشالله که همواره تندرست و مانا باشند.

همچنین از راهنمایی ها و مشاوره جناب آقای دکتر قاسم قاسمی که راهگشای بنده در امر تحقیق بودند کمال سپاس و قدردانی را دارم. امید است توانسته باشم زحمات این بزرگواران را جبران نمایم.

از استاد گرانقدر جناب آیت الله دکتر هاشم هاشم زاده هریسی که زحمت داوری این پایان نامه را پذیرفتند نیز تشکر نموده، انشالله که همواره پایدار و برقرار باشند.

## تقدیم به:

محضر ارزشمند پدر، مادر و برادر عزیزم به خاطر همه‌ی تلاش‌های محبت‌آمیزی که در دوران مختلف زندگی‌ام انجام داده‌اند و با مهربانی چگونگی زیستن را به من آموخته‌اند.

به استادان فرزانه و فرهیخته‌ای که در راه کسب علم و معرفت مرا یاری نمودند.

به آنان که نفس خیرشان و دعای روح پرورششان بدرقه‌ی راهم بود.

# فهرست مطالب

۱. چکیده .....
۲. فصل اول: کلیات پژوهش .....
۳. ۱- مقدمه .....
۴. ۲- بیان مسأله .....
۵. ۳- اهمیت و ضرورت پژوهش .....
۶. ۴- اهداف پژوهش .....
۶. ۵- پیشینه پژوهش .....
۸. ۶- سؤالات پژوهش .....
۸. ۷- فرضیات پژوهش .....
۸. ۸- ساماندهی پژوهش .....
۱۰. فصل دوم: مروری بر ادبیات و پیشینه پژوهش .....
۱۱. ۱- مفهوم شناسی تعزیرات منصوص شرعی، منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی .....
۱۱. ۱-۱- مفهوم شناسی تعزیرات منصوص شرعی .....
۱۱. ۱-۱-۱- مفهوم شناسی فقهی .....
۱۲. ۱-۱-۲- مفهوم شناسی حقوقی .....
۱۴. ۱-۲- مفهوم شناسی منافع ممکن الحصول .....
۱۵. ۱-۲-۱- سیر قانونی .....
۱۶. ۱-۲-۲- تعریف .....
۱۶. ۱-۳- مفهوم شناسی خسارت معنوی .....
۱۸. ۱-۳-۱- مفهوم شناسی حقوقی .....

۲۱	۲-۳-۱- مفهوم شناسی فقهی .....
۲۲	۲- گونه شناسی تعزیرات منصوص شرعی .....
۲۳	فصل سوم: روش تحقیق .....
۲۵	فصل چهارم: تجزیه و تحلیل داده ها .....
۲۶	۱- منابع تعزیرات منصوص شرعی .....
۲۷	۲- احکام مشترک مترتب بر تعزیرات منصوص شرعی با غیر منصوصات .....
۲۷	۲-۱- وجوب تعزیر .....
۲۸	۲-۲- طرق اثبات تعزیر .....
۳۰	۲-۳- کمتر بودن مجازات تعزیری از مجازات حدی .....
۳۲	۳- احکام افتراقی مترتب بر منصوصات شرعی با غیر منصوصات .....
۳۳	۳-۱- تفاوت در معین بودن نوع مجازات .....
۳۵	۳-۲- تفاوت در معین بودن میزان مجازات .....
۳۶	۴- تأسیسات ارفاقی مترتب بر منصوصات شرعی .....
۳۷	۴-۱- از منظر فقه جزایی .....
۳۷	۴-۱-۱- عفو .....
۳۷	۴-۱-۱-۱- عفو در حق الله .....
۳۷	۴-۱-۱-۱-۱- عفو فقط در صورت اثبات جرم با اقرار .....
۳۸	۴-۱-۱-۱-۲- عفو در موارد غیر منصوص .....
۳۸	۴-۱-۱-۱-۳- عفو در مورد اصالت داشتن تعزیر .....
۳۹	۴-۱-۱-۱-۴- حق عفو به طور مطلق با رعایت مصلحت .....
۳۹	۴-۱-۱-۱-۴-۱- آیات .....
۳۹	۴-۱-۱-۱-۴-۲- روایات .....



- ۳-۴-۱-۱-۱-۱-۴- سیره رسول اکرم (ص) و امام علی (ع) ..... ۴۰
- ۲-۴-۱-۱-۲- عفو در حق النَّاس ..... ۴۰
- ۲-۴-۱-۲- شفاعت ..... ۴۱
- ۳-۴-۱-۳- قاعده درأ ..... ۴۳
- ۴-۴-۱-۴- توبه ..... ۴۴
- ۱-۴-۱-۴-۱- توبه در حق الله ..... ۴۴
- ۲-۴-۱-۴-۲- توبه در حق النَّاس ..... ۴۵
- ۲-۴-۲- از منظر قانون مجازات اسلامی ..... ۴۶
- ۵- جهات مشدده حاکم بر منصوصات شرعی ..... ۴۸
- ۱-۵-۱- از منظر فقه جزایی ..... ۴۸
- ۱-۵-۱-۱- تکرار جرم ..... ۴۸
- ۲-۵-۱-۲- انجام جرم در زمان ها یا مکان های مقدّس ..... ۴۹
- ۲-۵-۲- از منظر قانون مجازات اسلامی ..... ۵۰
- ۱-۵-۲-۱- علل عام تشدید مجازات ..... ۵۰
- ۲-۵-۲-۲- علل خاص تشدید مجازات ..... ۵۰
- ۶- موجبات تعزیر منصوص شرعی ..... ۵۱
- ۱-۶-۱- ارتکاب معصیت ..... ۵۲
- ۲-۶-۲- ارتکاب رفتار مفسده انگیز و خلاف مصالح عمومی ..... ۵۴
- ۷- معیار کمی منصوصات شرعی در موازین فقه جزایی ..... ۵۵
- ۱-۷-۱- رویکرد حداقلی به منصوصات شرعی ..... ۵۵
- ۲-۷-۲- رویکرد بینابینی به منصوصات شرعی ..... ۵۶
- ۳-۷-۳- رویکرد حداکثری به منصوصات شرعی ..... ۵۹

- ۸- سقوط مجازات تعزیر منصوص شرعی؛ امکان یا عدم امکان ..... ۶۲
- ۸-۱- عفو ..... ۶۲
- ۸-۲- نسخ قانون ..... ۶۳
- ۸-۳- گذشت شاکی ..... ۶۴
- ۸-۴- مرور زمان ..... ۶۵
- ۸-۵- توبه ..... ۶۶
- ۸-۶- قاعده درأ ..... ۶۷
- ۹- جرم انگاری تعزیرات منصوص شرعی؛ از ضرورت تا حدود و ثغور اختیارات قاضی ..... ۶۹
- ۹-۱- ضرورت یا عدم ضرورت جرم انگاری تعزیر منصوص شرعی ..... ۶۹
- ۹-۲- حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری ..... ۷۳
- ۱۰- اهداف مترتب بر تعزیر منصوص شرعی در پرتو منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی ..... ۷۹
- ۱۰-۱- سزادادن ..... ۸۲
- ۱۰-۲- ارباب ..... ۸۴
- ۱۰-۲-۱- پیشگیری عام ..... ۸۴
- ۱۰-۲-۲- پیشگیری خاص ..... ۸۶
- ۱۰-۳- اصلاح و درمان ..... ۸۸
- ۱۱- آسیب شناسی سیاست تقنینی ایران در قبال منصوصات شرعی ..... ۹۰
- ۱۱-۱- عدم پذیرش اعتبار احکام کیفری کشورهای خارجی ..... ۹۱
- ۱۱-۱-۱- اصل صلاحیت شخصی ..... ۹۱
- ۱۱-۱-۲- اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه دیده ..... ۹۴
- ۱۱-۲- عدم احتساب ایام بازداشت ..... ۹۵
- ۱۱-۳- عدم شمول معافیت قضایی ..... ۹۶

- ۹۷.....۱۱-۴- عدم شمول تعویق صدور حکم
- ۹۷.....۱۱-۵- عدم شمول تعلیق اجرای مجازات
- ۹۸.....۱۱-۶- عدم شمول تخفیف قضایی، تعویق و تعلیق نسبت به اطفال و نوجوانان
- ۹۹.....۱۲- آثار منصوبات شرعی در قانون مجازات اسلامی
- ۹۹.....۱۲-۱- پیامدهای ماهوی
- ۹۹.....۱۲-۱-۱- چالش های ناظر بر منصوبات شرعی
- ۹۹.....۱۲-۱-۱-۱- چالش های فقهی
- ۹۹.....۱۲-۱-۱-۱-۱- منحصر نبودن در تعداد خاص
- ۱۰۰.....۱۲-۱-۱-۱-۲- نبود منبع معتبر واحد
- ۱۰۱.....۱۲-۱-۱-۲- چالش های قانونی
- ۱۰۱.....۱۲-۱-۱-۲-۱- عدم رعایت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها
- ۱۰۳.....۱۲-۱-۱-۲-۲- عدم برقراری نظام یکسان در تأثیرگذاری تعزیرات منصوص
- ۱۰۴.....۱۲-۱-۱-۲-۳- عدم توجه به مقتضیات زمانی و مکانی و پویایی فقه
- ۱۰۸.....۱۲-۱-۲- راهکارهای برون رفت
- ۱۰۹.....۱۲-۲- استلزامات شکلی
- ۱۱۰.....۱۲-۲-۱- منافع ممکن الحصول
- ۱۱۰.....۱۲-۲-۱-۱- لزوم جبران ضرر عدم النفع و منافع ممکن الحصول در موازین فقهی و حقوقی
- ۱۱۰.....۱۲-۲-۱-۱-۱- لزوم جبران ضرر عدم النفع و منافع ممکن الحصول از منظر دیدگاه های فقهی
- ۱۱۱.....۱۲-۲-۱-۱-۱-۱- ادله مخالفین
- ۱۱۲.....۱۲-۲-۱-۱-۱-۲- ادله موافقین
- ۱۱۳.....۱۲-۲-۱-۱-۲- لزوم جبران ضرر منافع ممکن الحصول از منظر دیدگاه های حقوقی
- ۱۱۴.....۱۲-۲-۱-۲- مبانی و مستندات فقهی

۱۱۴	..... قاعده اتلاف ۱۲-۲-۱-۲-۱
۱۱۴	..... قاعده تسبیب ۱۲-۲-۱-۲-۲
۱۱۵	..... قاعده علی الید ۱۲-۲-۱-۲-۳
۱۱۶	..... قاعده لاضرر و لا ضرار فی الاسلام ۱۲-۲-۱-۲-۴
۱۱۶	..... بنای عقلاء ۱۲-۲-۱-۲-۵
۱۱۷	..... انتقادات وارد بر عدم شمول منافع ممکن الحصول ۱۲-۲-۱-۳
۱۱۸	..... خسارت معنوی ۱۲-۲-۲
۱۱۹	..... مصادیق خسارت معنوی ۱۲-۲-۲-۱
۱۱۹	..... لطمه به حیثیت، شرافت، کرامت، اعتبار، آزادی و معتقدات مذهبی ۱۲-۲-۲-۱-۱
۱۲۰	..... رنج ها و صدمات روحی ۱۲-۲-۲-۱-۲
۱۲۱	..... انتقادهای وارد بر جبران خسارت معنوی ۱۲-۲-۲-۲
۱۲۲	..... انتقاد نظری ۱۲-۲-۲-۲-۱
۱۲۲	..... انتقاد فنی ۱۲-۲-۲-۲-۲
۱۲۳	..... انتقاد اخلاقی ۱۲-۲-۲-۲-۳
۱۲۳	..... خسارت مازاد بر دیه ۱۲-۲-۲-۳
۱۲۴	..... انتقادات وارد بر عدم شمول خسارات معنوی ۱۲-۲-۲-۴
۱۲۶	..... فصل پنجم: نتیجه گیری و پیشنهادات
۱۳۴	..... منابع

## چکیده

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نسبت به مجازات تعزیری تقسیم‌بندی بدیعی را با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۱۵ به منصوص و غیر منصوص ارائه نموده است. بدون اینکه تعریفی از آن مقرر نماید و اثراتی به مراتب بیش از مجازات‌های تعزیری و مجازات‌های بازدارنده در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ بر آن حاکم داشته است. رویکرد قانونگذار در برخورد با این قسم از مجازات‌ها تابع یک نگرش فقهی است که به تبعیت از نظر برخی از فقهاست که این دسته از جرایم را جزء حدود می‌دانند. از آن جایی که در مستندات حقوقی لزوم جبران خسارات وارده بر بزه‌دیده در جهت حمایت از وی، امری اجتناب‌ناپذیر دانسته شده، مطالبه آن در قوانین متعدّد نظیر ق.آ.د.ک و ق.آ.د.م پیش بینی شده است. اما چنین حمایتی در قانون جدید آیین دادرسی کیفری نسبت به تعزیرات منصوص شرعی نفی شده است که علت چنین رویکردی مشخص نشده است. در قانون آیین دادرسی کیفری قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۱۴ منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی را در تعزیرات منصوص شرعی قابل جبران نمی‌داند. از جمله مشکلات پیش روی تعزیر منصوص منحصر نبودن در تعداد خاص و نبود منبع معتبر واحد است که شناخت این قبیل جرایم را دشوار نموده است. فقهای مشهور نیز هر کدام تعداد خاصی از این دسته از جرایم را به سلیقه خود پذیرفته‌اند. همچنین نگرشی بر تعزیرات حاکی از آن است که این قبیل جرایم ذاتاً تعزیری هستند و صرفاً به دلیل معین بودن نوع و میزان مجازات از غیر منصوصات تمیز داده می‌شوند و تنها دلیل عدم شمول منافع ممکن الحصول و خسارت معنوی، اطلاق روایات است که با توجه به شرایط زمانی و مکانی و پویایی فقه در گذر زمان امروزه امکان مطالبه چنین جبران خساراتی با اشکالی مواجه نخواهد بود.

**واژگان کلیدی:** تعزیر، تعزیرات منصوص شرعی، منافع ممکن الحصول، خسارت معنوی، فقه جزایی

# فصل اوّل:

## کلیّات پژوهش

## ۱- مقدمه

هر جامعه نیازمند نظم اجتماعی می‌باشد. این نظم می‌بایستی در یک ساختار قانونی اتخاذ گردد تا بتوان توابع اصل قانونی بودن جرم و مجازات را تأمین نماید. قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۴ اظهار می‌دارد: « مجازات- های مقرر در این قانون چهار قسم است: الف- حد ب- قصاص پ- دیه ت- تعزیر».

یکی از انواع مجازات‌های مصرح در قانون تعزیر می‌باشد. این مجازات بخش اعظمی از سیاهه قانون را در بر می‌گیرد. همچنین تعزیرات فارغ از بعد قانونی از جمله مجازات‌هایی می‌باشد که در فقه اسلامی ریشه دارد. بسیاری از فقها بر این اصل استوارند که ترک واجبات الهی و ارتکاب هر کدام از گناهان تنبیه و مجازاتی به همراه می‌آورد مشروط به اینکه حد شرعی نداشته باشد.

سابقه قانونی تعزیرات به سال ۱۳۶۱ در قانون راجع به مجازات اسلامی در ماده ۷ برمی‌گردد که برای اولین بار از واژه تعزیر استفاده نموده است. علت چنین استفاده‌ای برمی‌گردد به اسلامی شدن قوانین جمهوری اسلامی ایران. این اصطلاح تا سال ۱۳۷۰ مورد استفاده و کاربرد بوده است. اما در سال ۱۳۹۲ با تصویب قانون مجازات اسلامی در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ که اشعار می‌دارد: « اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند (ب) ماده ۷ و بندهای (الف) و (ب) ماده ۸ و مواد ۲۸، ۳۹، ۴۰، ۴۵، ۴۶، ۹۲، ۹۳ و ۱۰۵ این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود»، تفکیک بدیعی در قانون به وجود آمده است چرا که از واژه تعزیر منصوص شرعی استفاده نموده است.

چنین ایراداتی در شورای نگهبان مورد شناسایی قرار گرفته است: شورای نگهبان شمول احکام مختلف قانونی نسبت به تعزیرات را از آن جا که واژه تعزیرات اطلاق دارد و شامل تعزیر منصوص شرعی نیز می‌شود، خلاف شرع تشخیص داد و بر این نکته تأکید داشته که آزادی تقنینی و همچنین قاعده فقهی ((بما یراه الحاکم)) در خصوص تعزیرات منصوص شرعی قابلیت اجرایی ندارد چرا که این تعزیرات از نظر نوع و میزان دارای نص می‌باشد و خلاف آن قابلیت اجراء ندارد و به عبارت دیگر تعزیری می‌باشد که تحدید آن روشن است و قاضی رسیدگی کننده هیچ نقشی در تعیین نوع و میزان آن ندارد.

اما آن چه باید تعیین گردد حدود و ثغور این دو ( تعزیر منصوص و غیر منصوص) از یکدیگر است و این که در زمینه احکام مترتب بر آنها در فقه چه نظراتی وجود دارد. و آیا اساساً این تعزیرات را می‌توان زیر مجموعه جرایم حدی دانست، چرا که قانونگذار نظرش بر این است هر چند که به صراحت اعلام ننموده باشد اما احکام به مراتب سخت‌تری را نسبت به حدود در قانون مجازات وضع کرده است. در همین راستا این عدم هماهنگی و آشفتگی را به قانون آیین دادرسی کیفری نیز راه یافته است و منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی را که از امور بسیار مهم در شرایط جامعه کنونی می‌باشد، در این دسته از تعزیرات قابل مطالبه نمی‌داند.

تعزیرات منصوص شرعی ریشه‌ی فقهی دارد؛ به عنوان مثال در آموزه‌های دینی در بسیاری از موارد از جمله مواردی نظیر زیر یک پوشش قرار گرفتن زن و مرد، ازاله بکارت با انگشت و ... به چشم می‌خورد. با توجه به مشکلات نظام عدالت کیفری، مقنن در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ تدابیر جدیدی اندیشیده است ... یکی از این موارد، اتخاذ تدابیری الهام گرفته از آموزه‌های فقهی در تبصره دو ماده ۱۴ و ... قانون مورد بحث می‌باشد. معمولاً پس از تصویب قوانین مختلف، مسأله‌های مختلفی در اذهان اشخاص شکل می‌گیرد که نیازمند بررسی و ارائه پاسخ علمی هستند. در این مورد نیز لزوم بررسی میزان همخوانی تدابیر مشابه فقهی در قانون مذکور با آموزه‌های آن، بیشتر از سایر موارد به چشم می‌خورد. لذا برآن هستیم در حد بضاعت خویش در پی ارائه پژوهشی جهت حل مسأله فوق باشیم.

## ۲- بیان مسأله

تعزیرات به صورت کلی به دو دسته تقسیم می‌شوند، تعزیر شرعی و تعزیر حکومتی. تعزیر شرعی به آن دسته از مجازات‌ها اطلاق می‌شود که در زمان شارع حرمت آن‌ها تصریح شده اما میزان مجازات مشخص نشده است در حالی که جرایم مستوجب مجازات بازدارنده (تعزیر حکومتی) جرایمی هستند که در زمان شارع مقدس، فعل مباح به شمار آمده و حرام نبوده‌اند و از سوی حکومت قانونی وقت به دلیل برخی مصالح از جمله مصالح اجتماعی، اقتصادی، بهداشتی و ... مورد جرم‌انگاری قرار گرفته‌اند. پس از ورود این اصطلاح (مجازات بازدارنده) در قانون سال ۱۳۷۰ به ادبیات حقوقی کشور در طی سالیان متمادی این دو دسته از جرایم باعث بروز شبهاتی برای محاکم شده و قضات در تشخیص دقیق جرایم تعزیر شرعی و حکومتی بعضاً با اشکالاتی مواجه می‌شدند.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱ در اقدامی در خور تحسین از آن تقسیم‌بندی پیشین مجازات‌ها که در ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ ذکر شده بود، عدول کرده و به نحوی بازگشتی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ داشته است؛ چرا که در ماده ۱۲ قانون مذکور مجازات‌ها را به چهار قسم حد، قصاص، دیه و تعزیر تقسیم کرده است و مجازات‌های بازدارنده را در تعزیرات ادغام کرده و این دو را در ذیل تعریف تعزیر ذکر کرده است که این شیوه در جای خود می‌تواند مفید واقع شود، چرا که از بروز مشکلات گذشته (از جمله عدم تعیین معیاری دقیق برای تفکیک تعزیر از مجازات‌های بازدارنده، عدم شمول مرور زمان در مجازات‌های تعزیری و ...) جلوگیری می‌کند و در نتیجه دیگر جایی برای بروز تشکیک آراء در این خصوص باقی نمی‌ماند. اما قانونگذار با طرح تفکیکی جدید در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی یک سری از جهات تخفیف و مساعد به حال متهم را شامل تعزیرات منصوص شرعی ندانسته است، بدون اینکه معیار و تعریفی دقیق از تعزیرات منصوص شرعی ارائه دهد، و بدین ترتیب مشکل جدیدی در قانون مجازات



اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ بروز پیدا کرده است. همچنین قانونگذار این سخت‌گیری نسبت به تعزیر منصوص شرعی را به قانون آیین دادرسی کیفری نیز تسری داده است و در تبصره ۲ ماده ۱۴ ق.آ.د.ک این جرایم را از منافع ممکن الحصول و خسارت معنوی مستثنی نموده بدون اینکه دلیل آن را ذکر کند. لذا با چنین رویکردی ابهاماتی را در قانون آیین دادرسی کیفری ایجاد نموده است. در هر حال یکی از آثار مثبت نظام عدالت کیفری جبران خسارت‌های وارده نسبت به بزه‌دیده است. زیرا در حقوق ایران طبق نظریه تقصیر می‌بایستی هر شخصی که جرمی را مرتکب شده، خسارات ناشی از آن را نیز رفع نماید. چنین امری در حقوق اسلامی نیز مشاهده می‌شود و در پاره‌ای از موارد نیز جبران خسارت اعم از مادی، منافع ممکن الحصول و خسارت معنوی بر جنبه عمومی جرم رجحان می‌یابد و پر رنگ‌تر جلوه می‌نماید. اما در قانون آیین دادرسی کیفری نسبت به تعزیرات منصوص استثنایی در خصوص جبران خسارت در منافع ممکن الحصول و خسارت معنوی صورت گرفته است که چنین نصی در قانون موجبات تضييع حقوق بزه‌دیده را فراهم می‌کند. از آن جایی که شورای نگهبان وظیفه تطبیق قوانین با شرع و قانون اساسی را دارد، از این حیث تبصره ۲ ماده ۱۴ ق.آ.د.ک را به متن قانون اضافه نموده است که چنین ایراد می‌نماید که لایحه ابتدایی خلاف شرع بوده لذا استثنایی بر آن بار نموده است اما آن چه مهم است استناد این نهاد بر روایت‌هایی می‌باشد که دلالت بر انحصاری بودن مجازات شلاق دارد لذا عدم ذکر جبران خسارت دال بر رفع نشدن آن نیست بلکه چنین اموراتی از بدیهیات می‌باشد و نیازی به تصریح نیست. ما در این پژوهش با رجوع به منابع فقهی ابتدائاً به آسیب‌شناسی تعزیرات منصوص از منظر فقه و سپس قوانین مرتبط با آن پرداخته‌ایم و در حد بضاعت خویش در مقام پاسخ به سؤالاتی همچون: منظور از تعزیرات منصوص شرعی چیست و به چند قسم تقسیم می‌شوند؟ رویکرد قانونگذار نسبت به منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی در تعزیرات منصوص شرعی چیست؟ رویکرد فقها نسبت به منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی در تعزیرات منصوص شرعی چیست؟ هستیم تا از این طریق مبنای اصلی اتخاذ چنین رویکردی مشخص شود.

### ۳- اهمیت و ضرورت پژوهش

با توجه به وجود منابع فقهی متعدد و عدم حصر تعزیرات منصوص در عددی مشخص و همین طور عدم اتخاذ رویکردی یکسان و همسو از سوی قانونگذار شناخت این دسته از جرایم که به تازگی وارد قوانین جزایی کشور شده‌اند ضروری به نظر می‌رسد. چرا که شورای محترم نگهبان بدون ذکر علت و دلیل منطقی این جرایم را از جهات تخفیف و مساعد به حال متهم منع می‌کند و در قانون آیین دادرسی کیفری منافع ممکن الحصول و خسارت معنوی را شامل تعزیر منصوص نمی‌داند. لزوم جبران ضرر و زیان وارده به اشخاص از منظر فقها و حقوقدانان پذیرفته شده و اساساً اتخاذ چنین رویکردی صرف نظر از اینکه تعزیرات منصوص در

شرایط کنونی قابلیت ارتکاب دارند یا خیر اشتباه است. چنین رویکردهای سطحی توسط قانونگذار ما را به ضرورت این تحقیق مشتاق نمود تا دریابیم علت ورود تعزیر منصوص به قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری پس از گذشت سی و اندی از انقلاب اسلامی چه بوده است.

#### ۴- اهداف پژوهش

۱. شناسایی رویکرد و روش مقنن نسبت به امکان یا عدم امکان جبران خسارت معنوی و منافع ممکن الحصول در منصوصات شرعی

۲. ترسیم خط مشی نظری فقها در خصوص مطالبه یا عدم مطالبه منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی در تعزیرات منصوص شرعی

۳. شناخت عوامل تعیین کننده در امکان مطالبه منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی از منظر حقوقی

#### ۵- پیشینه پژوهش

ممکن است که گفته شود تعزیرات مبحثی است که از ۱۴۰۰ سال پیش در اسلام به وجود آمده است و در این مدّت توسط فقها و حقوقدانان مورد بحث و بررسی قرار گرفته است و تمام زوایا و تقسیم‌بندی‌های آن از جمله تقسیم به تعزیر منصوص و غیر منصوص و احکام مترتب بر آن آشکار شده است. اما با بررسی کتب فقها «حتی معاصرین» به خوبی متوجه می‌شویم که بحث تعزیرات نه تنها در مباحث فقهی به اندازه حدود و قصاص مورد توجه قرار نگرفته است بلکه تقسیم‌بندی آن به منصوص و غیر منصوص شرعی حتی مورد اشاره اکثر فقها نیز نبوده است. و همچنین در خصوص منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی ناشی از جرایم منصوص نیز تبعاً بحثی صورت نگرفته است.

کتبی همانند فقه الحدود و التعزیرات متعلق به سید عبدالکریم اردبیلی، مسالک الأفهام متعلق به شهید ثانی، وسائل الشیعه نوشته حر عاملی و ... صرفاً به بحث‌های فقهی این دسته از تعزیرات پرداخته‌اند و موضوع این تحقیق فقهی حقوقی می‌باشد و لذا در این تحقیق مازاد بر بحث‌های فقهی به نظریه‌ها و رویکردهای حقوقی پیرامون بحث نیز پرداخته می‌شود.

ناصر مکارم شیرازی در کتاب تعزیر و گستره آن، چاپ اول، قم، انتشارات امام علی (ع)، ۱۴۲۵ ه.ق، معتقد است که اصولاً تعزیری به عنوان تعزیر معین و مشخص در شیعه وجود ندارد و روایاتی که افاده بر عدد مشخصی در جرایم خاص می‌کند، قانون کلی نیست بلکه از قبیل ذکر مصداق می‌باشد، که امام معصوم به عنوان حاکم شرع در مورد مخصوص عدد خاصی را بیان نموده است. بدین جهت حاکم شرع در جرم مشابه

با توجه به شرایط خاص مجرم می‌تواند به مقدار کمتر یا بیشتر از آن چه در روایات آمده حکم کند، که می‌توان به راحتی تفاوت نظر ایشان را با نظر قانونگذار چه در قانون مجازات و چه در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ درک کرد.

در کتاب تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا به نگارش قدرت الله انصاری و همکاران، چاپ دوم، قم، نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵، تعزیرات را به هفت نوع تقسیم‌بندی می‌کنند که یکی از آنها تعزیر مقدر و غیرمقدر می‌باشد و در خصوص تعزیر منصوص و دیدگاه‌های مختلف حقوقی سخنی به میان نیامده است اما کتاب حاضر دارای مطالب جالب و خواندنی در حوزه تعزیرات در خصوص سیر تاریخی، مراتب تعزیر و ... دارد که در نگارش تحقیق پیش رو مفید خواهد بود.

کتاب آیین دادرسی کیفری دکتر خالقی، جلد اول، چاپ بیست و هفتم، تهران، انتشارات پژوهشگاه شهر دانش، ۱۳۹۴، صرفاً به تعریف مختصری در خصوص تعزیر منصوص پرداخته و اشاره‌ای به دلیل تخصیص منافع ممکن الحصول و خسارت معنوی در این قبیل جرایم نکرده است.

محمد جعفر حبیب زاده و حامد رحمانیان مقاله‌ای تحت عنوان « معیار تفکیک حدود غیر مذکور از تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ »، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۴، شماره ۸۴، زمستان ۱۳۹۲، به رشته تحریر در آورده‌اند که در خصوص مبنا شناسی تعزیر منصوص نظرات خوب و مثمر ثمری ارائه کردند. و چون صرفاً به مباحث قانون مجازات اسلامی پرداخته‌اند، در خصوص مباحث شکلی این خلأ احساس می‌شود که در این تحقیق به آن پرداخته می‌شود.

در مقاله « تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی » نوشته محسن برهانی و مریم نادری فرد، پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۱۰، بهار ۱۳۹۴، مفاهیم تعزیرات منصوص و ایرادات وارد بر قانون مجازات مد نظر قرار گرفته و با ذکر مصادیقی از تعزیر منصوص در قانون جدید به این نکته اشاره دارند که عدم جرم‌انگاری این تعزیرات خللی به نظام حقوقی کشور وارد نمی‌ساخت.

احسان سلیمی در پایان نامه « بررسی تطبیقی آثار و قواعد مجازات‌های تعزیری منصوص و غیر منصوص شرعی » که در بهمن ماه ۱۳۹۲ در دانشکده علوم اداری و اقتصادی دانشگاه اصفهان دفاع گردید، به بررسی تطبیقی این دو دسته از جرایم پرداخته و قانون مجازات اسلامی را مورد آسیب‌شناسی قرار داده و به بررسی این جرایم در حوزه آیین دادرسی کیفری پرداخته است.

آرش کیان آرا نیز در پایان نامه « تعزیرات منصوص شرعی و انعکاس آن در حقوق کیفری ایران » که در زمستان ۱۳۹۳ در دانشگاه آزاد خرم آباد دفاع گردید، همانند پایان نامه قبلی صرفاً به بررسی قانون ماهوی بسنده نموده و وارد قوانین شکلی نشده است.

## ۶- سؤالات پژوهش

سؤال اصلی:

۱. موضع گیری قانونگذار کیفری نسبت به مطالبه منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی در تعزیرات منصوص شرعی چیست؟

سؤال فرعی:

۲. نگرش فقهی نسبت به منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی در تعزیرات منصوص چیست؟

۳. رویکرد حقوقی در خصوص امکان مطالبه منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی در تعزیرات منصوص شرعی چیست؟

## ۷- فرضیات پژوهش

فرضیه ۱: به نظر می‌رسد قانونگذار عدم امکان مطالبه منافع ممکن الحصول و خسارات معنوی را در قانون پیش‌بینی نموده است که این نظر متأثر از مبانی و مستندات فقهی باشد.

فرضیه ۲: به نظر می‌رسد فقها با توجه به اطلاق روایات که دلالت بر منحصر بودن مجازات شلّاق در تعزیرات منصوص شرعی را دارند، قائل به عدم جبران خسارات هستند.

فرضیه ۳: به نظر می‌رسد از آن جایی که در قواعد حقوقی اصل بر جبران خسارت وارده فارغ از مجازات است، لذا عدم جبران آن نسبت به تعزیرات منصوص شرعی فاقد وجاهت حقوقی است.

## ۸- ساماندهی پژوهش

تحقیق مورد نظر دارای پنج فصل می‌باشد که این پلان مطابق با آیین نامه نحوه نگارش پایان نامه و رساله دانشگاه علوم تحقیقات تنظیم گردیده و به عبارت زیر می‌باشد:

در فصل اول کلیات تحقیق مورد بررسی قرار گرفته است. در فصل بعدی ادبیات و سوابق پژوهش همانند مفهوم‌شناسی و سابقه پژوهشی مورد تجزیه و تحلیل قرار داده شد. در فصل سوم روش پژوهش ارائه گردید.