



دو نکته کاربردی

تداخل مجازاتهای تعزیری و بازدارنده و توضیحاتی پیرموان «تفویت منافع» و «عدم النفع»

تداخل مجازاتهای تعزیری و بازدارنده؛ و همچنین «تفویت منافع» و «عدم النفع» دو نکته کاربردی و مهم در امر قضا است. ابتدا موضوع اول را مطرح می‌کنیم که به مسائلی از جمله تفاوت‌های حدود و تعزیرات، تعریف مجازاتهای تعزیری، تعزیر در اصطلاح فقه، اهداف و فلسفه وضع آن، اقسام آن در فقه و مواردی دیگر می‌پردازد. این مقاله به قلم صادق رضوانی قاضی دادگستری استان مرکزی نوشته شده است. در ادامه توضیحاتی پیرامون «تفویت منافع» و «عدم النفع» نوشته دکتر محمد امینیان رئیس شعبه ۱۱ دیوان عالی کشور ذکر می‌شود.

تداخل مجازاتهای تعزیری و بازدارنده

پیش در آمد: قانون مجازات عمومی سابق جرایم را از حیث مجازاتهای مقرر برای آنها به سه دسته تقسیم نموده بود: جنایت، جناحه و خلاف. لکن با پیروزی انقلاب اسلامی و ضرورت تعیین مجازات شرعی برای جرایم ارتكابی، نخبگان جامعه اسلامی از فارغ التحصیلان حوزه و دانشگاه که در اولین مجلس شورای اسلامی گرد هم جمع آمده بودند، مبادرت به تصویب قانون راجع به مجازات اسلامی در سال ۱۳۶۱ نمودند که در بخش اول آن مجازات جرایم مربوط به حدود، قصاص و دیات تعیین و در بخش دوم مجازات مربوط به جرایم تعزیری تعیین گردیده بود. پس از چندین مرحله اصلاح و تعدیل طی سالهای پس از پیروزی انقلاب اسلامی نهایتاً قانون مجازات اسلامی (حدود، قصاص و دیات) در سال ۱۳۷۰ و قانون تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده در سال ۱۳۷۵ تصویب و به موقع اجرا گذارده شد. در قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ قانونگذار مجازات را به چهار دسته تقسیم نموده است: حدود، قصاص،

دیات و تعزیرات. لکن در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مجازاتهای مقرر در پنج نوع ذیل بیان گردیده است: حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازات بازدارنده.^۱

بیان تفاوت اساسی میان حدود و تعزیرات

آنچه به طور بسیار فشرده در این رابطه می‌توان گفت همان است که مرحوم محقق در کتاب مقدس شرایع الاسلام بیان نموده‌اند: كل ماله عقوبه مقدره یسئمی حداً و ما لیس كذا لك یسئمی تعزیراً. خداوند نسبت به افرادی که از حدود الهی مقررات، برنامه‌ها و وظایف و تکالیف دینی تجاوز نموده و مرتکب فعل حرام می‌شوند و یا واجبات الهی را ترک می‌نمایند علاوه بر کیفر اخروی مقتضی، کیفر دنیوی نیز قرار داده است. در مواردی که نوع و مقدار این کیفر در نصوص اسلامی تعیین شده است به مجازات مزبور حد اسلامی اطلاق می‌شود مانند حد شرب خمر که هشتاد نازیانه مقرر شده و در مواردی که این گونه نباشد تعیین مجازات به عهده حاکم شرع گذاشته شده تا مقدار و نوع آن را بر حسب مقتضیات زمان و مکان و روحیه مرتکب و اثر اجتماعی تعیین نماید تعزیر خواهد بود.

علاوه بر تفاوت اساسی فوق مهمترین تفاوت بعدی این است که در حدود الهی تعطیل راه ندارد و مجازات حدی موضوع حکم باید اجرا گردد. بر همین اساس نسبت به اجرای حد الهی از سه موضوع منع شده است: الف - عدم پذیرش کفیل در اجرای حدود الهی: فردی که مرتکب جرم مستوجب حد شده است باید حد الهی بر او جاری گردد و لذا با معرفی کفیل نمی‌توان او را رها نمود. در این مورد روایتی وارد شده است که می‌فرماید: (لا كفالة فی الحد) زیرا شخص مجرمی

که مستوجب اجرای حد الهی است در صورتی که با معرفی کفیل رها گردد و سپس به او دسترسی نباشد اجرای حد الهی تعطیل خواهد گردید و موجبی نیز برای اجرای حد مزبور بر کفیل که مرتکب جرمی نگردیده نمی‌باشد.

ب - ممنوعیت تاخیر در اجرای حدود: آن چنان که در روایت بیان گردیده است (... لا تأخیر فی الحد...) در صورتی که عذر شرعی در کار نباشد اجرای فوری حد مجرم تعیین می‌شود. در حد به محض تحقق موجبات حد، اجرای آن ضروری است خواهد بود بدون این که شخصیت مجرم، مقام و مسؤولیت وی لحاظ گردد.

در حالی که در مجازاتهای تعزیری همان گونه که تعیین مجازات مزبور در دست حاکم است و با توجه به شرایط، اوضاع و احوال جامعه و نیز شخصیت منتهم و علل و انگیزه‌های ارتكاب جرم، مجازات تعیین می‌شود در اجرای آن نیز امکان تخفیف، تعلیق و یا عفو از مجازات تعزیری تعیین شده را داشته و حتی پس از قطعیت احکام تعزیری نیز امکان برخی تخفیفات قانونی وجود دارد.

تعریف مجازاتهای تعزیری

گفتار اول - تعریف تعزیر در لغت

ابن اثیر در نهایی می‌گوید: «عز: فی حدیث المبعث قال ورقه بن نوفل: ان بعث و انا حی فسا عروه و انصره، تعزیر هنا: الاعانه و التوقیر و النصر...» این منظور در لسان العرب می‌گردد: «... و اصل التعزیر التادیب و لهدت یسئمی الضرب دون الحد تعزیراً... فهو من الأضداد و عثره: فخرمه و عظمه...»

- ۱- حفظ جامعه از فساد و پاسداری از ارزشهای اخلاقی جامعه.
 - ۲- دارا بودن حالت بازدارندگی عموم.
 - ۳- ایجاد بازدارندگی خصوصی.
 - ۴- اصلاح بزهکار.
 - ۵- توجه به مجنی علیه و تشفی خاطر او.
- اقسام مجازات تعزیری در فقه**
- قسم اول: حبس

همان طور که ملاحظه می شود کلمه تعزیر از کلمات اضداد است و دارای دو معنای مقابل هم می باشد و از یک سو به معنای توبیخ و ضرب کمتر از حد و تادیب نمودن شخص خلافکار به منظور عدم تکرار آن فعل استعمال می شود و از سوی دیگر به معنای تعظیم و احترام و نصرت و یاری رساندن مکرر اطلاق می شود. ممکن است معنای ریشه ای و اصلی تعزیر همان منع باشد که به وسیله آن، شخص از ایداء و آزار رساندن به دیگری منع شود که لازمه آن نصرت رساندن و مساعدت به دیگری است که مورد اذیت واقع شده و بدین وسیله موجبات تعظیم او فراهم خواهد گشت. یعنی در یک طرف موجب منع از تکرار یا ادامه فعل ناشایست است و در طرف دیگر موجبات مساعدت و نصرت و تعظیم طرف مقابل.

گفتار دوم- تعزیر در اصطلاح فقه

مرحوم محقق اول در کتاب شرایع الاسلام می فرماید: «کل ماله عقوبه مقدره یسمی حدا و مالیس کذا لک یسمی تعزیراً» یعنی هر عقوبت و مجازاتی که در شرع اندازه معینی داشته باشد حد است و آن مجازاتی که این گونه نباشد از نوع تعزیر خواهد بود. مرحوم شهید ثانی در مسالک الأفهام می فرماید: «... و التعزیر لغه التادیب و شرعاً عقوبه و اهانه لا تقدیر لها باصل الشرح غالباً...» تعزیر در لغت به معنای ادب کردن است و در اصطلاح شرع عبارت از عقوبت و اهانتی است که در غالب موارد در اصل شرع برای آن اندازه ای تعیین نشده است.

ماوردی در احکام السلطانیه بیان می کند: «... التعزیر: تادیب علی ذنوب لم تشرع فیها الحدود و یتخلف حکمه باختلاف حاله و حال فاعله...» تعزیر ادب کردن بر گناهانی است که در شرع حدی برای آنها مقدر نشده است و مقدار آن به اختلاف حال و انجام دهنده آن متفاوت است.

گفتار سوم- اهداف و فلسفه وضع مجازات تعزیری در شرع

شارع مقدس برای اجرای احکام الهی در مجرای خودش و به جهت حفظ نظام مادی و معنوی جامعه اهتمام خاصی قایل بوده و ناگفته پیداست که آن که جرمی مرتکب می شود و یا واجبی را ترک می کند در این نظام اختلال ایجاد نموده و به منظور جلوگیری و عدم ادامه اختلال باید تعزیر گردد تا بار دیگر به آن کار مبادرت ننموده و برای سایرین نیز که قصد ارتکاب آن را دارند عبرتی شود. به عبارت دیگر همان اهدافی که در تعیین و اجرای حد وجود دارد همان اهداف نیز در تعیین تعزیر و اجرای مجازاتهای تعزیرات خواهد بود. از خلال روایات باب تعزیر این گونه استفاده می شود که اجرای این عقوبت بر حاکم واجب است ولی نه به عنوان یک واجب تعبدی (مانند نماز، روزه، حج و...) بلکه این مجازات به عنوان ابزاری در دست حاکم است و برای اصلاح جامعه و پاکسازی محیط از آلودگیها و عوامل فساد قرار گرفته است. لذا وجوب آن عقلی خواهد بود. بنابراین شاید بتوان اهداف کلی مجازاتهای تعزیری را به طور کلی این گونه بیان نمود:

از آنجا که معنای تعزیر در لغت منع می باشد و چون زندان نیز مکانی است که زندانی از خروج از آن مکان تا زمانی که زندانی است ممنوع گشته و نیز از بیشتر تصرفات در اموال و املاک متعلق به خود و بستگان محروم گردیده است لذا حبس را نیز یکی از اقسام مجازات تعزیری تلقی نموده اند. در شرع نیز برای آن مصادیقی وجود دارد.^(۱)

قسم دوم: شلاق تعزیری

اصل در تعیین مجازات تعزیری شلاق است و در انتخاب حبس به عنوان تعزیر در غیر مورد مخصوص اختلاف می باشد. برخی فقیهان بزگوار شیعه آن را جایز نمی دانند. در صورتی که شلاق به عنوان تعزیر

در مجازاتهای تعزیری تعیین مجازات در دست حاکم است و با توجه به شرایط جامعه و شخصیت متهم و علل و انگیزه های ارتکاب جرم، مجازات تعیین می شود در اجرای آن نیز امکان تخفیف، تعلیق و یا عفو از مجازات تعیین شده است

تعیین گردد باید حداکثر آن کمتر از حداکثر شلاق حدی در همان نوع باشد و غالباً شلاقهای تعزیری از یک تا ۷۴ ضربه می باشد.^(۲)

قسم سوم: تعزیر مالی

در تعیین ابتدایی جریمه مالی توسط حاکم اسلامی به عنوان تعزیر شرعی میان فقهای عظام شیعه اختلاف مبنایی وجود دارد و بسیاری از فقیهان به آن اعتقاد ندارند. بعضی دیگر از فقیهان بزگوار تعزیر مالی را به عنوان جایگزین شلاق در مواردی که مناسبتر به حال متهم و مجرم باشد پذیرفته اند. برخی روایات نیز به عنوان مستند شرعی تعزیر مالی در کتب معتبر فقهی وجود دارد. ولی قایلان به تعزیر مالی علاوه بر استناد به برخی روایات و نصوص اسلامی، به برخی ادله عامه نیز استدلال بر موضوع نموده اند برخی از این ادله عبارتند از: دلیلی عقلی، اولویت قطعیه (فحوی و لحن الخطاب)، اطلاقات ادله حکومت و ولایت فقیه. به برخی از مصادیق تعزیر مالی که در روایات وارد شده اشاره می نمایم:

- ۱- ماجرای نخل خرما می سمره بن جندب که توسط زواره از امام باقر (ع) نقل گردیده است.
- ۲- دستور به تخریب مسجد ضرار به عنوان تعزیر مالی

- ۳- تعزیر مالی به خاطر مشاغل حرام.
 - ۴- سوزاندن متاع شخص خیانت پیشه.
 - ۵- آتش زدن لانه جاسوسی دشمن.
 - ۶- تعزیر مالی به جهت ربودن میوه نارس.
 - ۷- آتش زدن غذاها و خرمناهای احتکار شده توسط حضرت علی (ع).
 - ۸- مصادره اموال ابوموسی اشعری توسط عمر.
- تعزیرات در قانون مجازات اسلامی در قانون مجازات اسلامی مصوب سالهای ۱۳۷۰ و ۱۳۷۵ که غالب مواد آن ترجمان تفصیلی مباحث و مسایل فقهی مطروحه در تحریر الوسیله حضرت امام خمینی (ره) می باشد، نیز در تبیین مجازات تعزیری و تعریف آن، از همان تعریف فقهی تعزیرات استفاده نموده است. اگر چه در مواد بعدی و نیز در موادی از قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ هنگام بیان جرایم موجب تعزیر از محدوده تعریف فقهی خارج و شامل احکام السلطانیه یا تعزیرات بر اساس دستور حکومت گردیده است ولی اصل تقسیم بندی بر همان اساس است. از آنجا که احکام اسلامی برخی تأسیسی و برخی امضایی می باشند این قاعده در وضع و مقرر کردن قوانین مربوط به مجازات در جرایم تعزیری نیز توسط قانونگذار رعایت گردیده است. لذا برخی از مواد قانون مجازات عمومی سابق (۱۳۰۴) که قسمتی از جرایم مندرج در آن نیز پیشینه شرعی ندارد و در قوانین اولیه پس از پیروزی انقلاب (قانون راجع به مجازات اسلامی و لایحه قانونی تعزیرات)، به همین جهت درج نشده بود، در مرحله بازنگری مجدد قانون مجازات اسلامی و هنگام تصویب آن در سالهای ۷۰-۷۵ وارد قانون مجازات اسلامی گردید. ضرورت وجود آن، حفظ نظام اسلامی و بسط و برقراری امنیت عمومی و تأمین مصالح عمومی مردم بود و هر چند با توجه به مسائل مستحدثه و پیچیدگی امروزی بازنگری مجدد و انجام برخی اصلاحات در این رابطه ضروری می نماید.

در بیان تعریف تعزیرات قانونگذار در ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بیان می کند: «تعزیر، تادیب یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است. از قبیل حبس، جزای نقدی، شلاق که میزان شلاق باید از مقدار حد کمتر باشد».

همان گونه که ملاحظه می گردد رکن اصلی تعزیر در این تعریف که موجب امتیاز و جدایی آن از حد می گردد این است که نوع و مقدار مجازات تعزیرات در قانون و شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار گردیده است. صرف نظر از این که حاکم چه کسی می تواند باشد و آیا به هر قاضی که دارای ابلاغ قضایی است می توان عنوان حاکم اطلاق نمود و یا فقط مجتهد جامع شرایط و مبسوط الید را شامل می شود؟ اصولاً حد و مرز و حداکثر و حداقل آن به دست قاضی داده شده است.

یعنی هر کس که «من بیده الحکم است»، و نیز

صرف نظر از این که اطلاق حبس و جزای نقدی که اخص از تعزیر مالی نیز می باشد به عنوان یکی از اقسام تعزیر در فقه و کلام فقهای عظام محل بحث و تردید می باشد ولی در قانون مجازات اسلامی این دو نوع مجازات به عنوان اقسام مجازات تعزیری علاوه بر شلاق قرار داده شده است . در حالی که در بند اول ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ که توسط همین مرجع قانونگذاری نیز تصویب گردیده، جرایم تعزیری را جرایمی دانسته که مجازات آن در شرع تعیین شده باشد. اگر منظور قانونگذار از تعزیرات و از عبارت تعیین آن در شرع در این قانون تعیین نوع و میزان آن باشد، این تعریف تعزیر شرعی نخواهد بود و اگر مراد مقنن این باشد که تعزیر جرمی است که مجازات آن در شرع تعیین نشده باشد صرف نظر از عدم تجانس در تعریف و غیر حقوقی بودن آن و نیز صحیح نبودن اطلاق تعزیرات که نوعی مجازات است بر جرم، اصولاً برخی از جرایم مندرج در قانون مجازات اسلامی و مجازات تعیین شده برای آن در قانون، هرگز سابقه شرعی نداشته و در کتب فقهی و روایی مسبوق به سابقه نمی باشد، بلکه آنها جرایم جدیدی هستند که در اسلام سابقه ای نداشته اند. (مانند چک بلامحل، کالای قاچاق یا مواد مخدر . . .)

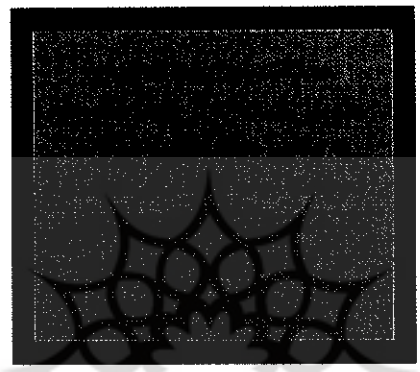
پس چگونه می توان گفت مجازات آن در شرع تعیین شده است. از طرف دیگر این که آیا تعزیرات مورد بحث در قانون، صرفاً شامل جرایم ارتكابی علیه حقوق الناس می گردد و یا اعم از آن است؟ نیز بحث دیگری است که در گفتارهای بعدی به آن اشاره خواهد شد. قانونگذار برای برخی جرایم مستوجب مجازات تعزیری مجازات حبس و برای برخی دیگر شلاق و برخی دیگر جزای نقدی و بعضی دیگر توأمان با هم تعیین نموده است که مصادیق آن در قانون قابل احصاء می باشد.

■ تعریف مجازات بازدارنده

قانونگذار در ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی در

تعریف مجازات بازدارنده بیان نموده است: «مجازات بازدارنده تأدیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظام و مراعات مصلحت اجتماع در قبالت تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می گردد از قبیل حبس، جزای نقدی، تعطیل محل کسب، لغو پروانه و محرومیت از حقوق اجتماعی و اقامت در نقطه یا نقاط معین و منع از اقامت در نقطه یا نقاط معین و مانند آن».

همان طور که از تعریف پیداست در صورتی که برای ارتکاب جرم و یا تخلف از مقرراتی در شرع انور مجازاتی مقرر نشده باشد ولی برای حفظ مصلحت جامعه تعیین مجازات ضروری باشد مجازات تعیین شده مشمول تعریف مندرج در ماده ۱۷ صدرالذکر خواهد گردید. نهایتاً با توجه به این که حاکم اسلامی



و ولی فقیه در رأس نظام اسلامی قواز دارد و قوانین موضوعه مجلس شورای اسلامی نیز باید به تأیید فقهای محترم شورای نگهبان که منصوب ولی فقیه هستند برسد نتیجه این خواهد بود که مجازات مندرج در تعریف ماده ۱۷ فوق الذکر با تصویب حاکم اسلامی به موقع اجرا گزارده خواهد شد هر چند که مستقیماً تحت نظر ایشان تصویب نگردیده باشد و از آنجا که تعزیرات شرعی نیز که مشمول تعریف ماده ۱۶ همان قانون می باشند نیز در اختیار حاکم اسلامی است لذا این دو تعریف در برخی مصادیق خارجی با هم تداخل خواهد نمود و

مجازات بازدارنده نیز از قبیل تعزیرات خواهد گردید زیرا به هر حال تحت تعریف کلی «تعزیر بید الحاکم» قرار خواهد داشت. بر همین اساس برخی از دانشمندان و فضلا، تعزیرات را به دو دسته تقسیم نموده اند: ۱- تعزیرات شرعی ۲- تعزیرات حکومتی.

توضیح این که تعزیرات شرعی بنا به تعریف آنان بر مجازاتهایی اطلاق خواهد گردید که برای خاطیان و متخلفان از قوانین اسلامی و واجبات و محرمات شرعی به اجرا در می آید. به عبارت دیگر تعزیرات شرعی همان کیفرهایی است که حاکم شرع در برابر تخلف از احکام و مقرراتی که مستقیماً از ناحیه شارع مقدس جعل گردیده بر مجرمان تحمیل می گردد ولی تعزیرات حکومتی مجازاتهایی است که حکومت و نظام اسلامی آنها را در برابر سرپیچی از مقررات موضوعه و از ناحیه خود و به منظور سامان دادن و نظم و انتظام بخشیدن به امور جاری جامعه و مردم (مانند قوانین مواد مخدر، گمرکات، مقررات تعزیرات حکومتی، تخلفات رانندگی و . . .) به اجرا در می آورد. به همین جهت گفته شده است که مجازاتهای وضع شده در قانون مجازات اسلامی و سایر آن (غیر از حدود، قصاص و دیات) در صورتی که از جهت حق الناس بودن موضوع مجرمانه باشد مجازات مقرر برای آن تعزیر شرعی است و اگر جنبه حق الحکومه در وضع آن مقررات مد نظر بوده باشد مجازات مزبور تعزیر حکومتی خواهد بود. این نوع تعبیر از مجازاتها (تعبیر به تعزیر حکومتی) در فرمایشات حضرت امام خمینی (ره) به مجازاتهای بازدارنده بیان گردیده است.

البته مشکل اصلی در مورد ابراز مجازات در تعزیرات شرعی است. به عبارت دیگر در فرمایشات معصومین (ع) و روایات وارده مربوط به تعزیرات شرعی از کلمه ضرب با تازیانه استفاده شده که اشاره بر این است که ابزار تعزیر در تعزیر شرعی که بیدالحاکم است همان شلاق و تازیانه می باشد و سایر وجوه تعزیر از قبیل حبس، جزای نقدی، تعزیر مالی، تبعید و . . . تعزیر شرعی نخواهد بود. لکن در تعزیرات حکومتی که بنا بر اصل ولایت فقیه و لزوم حفظ نظم و توقف اعمال ولایت و حکومت و ایجاد انتظام در امور جامعه توجیه گردیده، از نظر تعمیم در ابزار تعزیر بهره جسته و گفته می شود که تعیین هر نوع کیفر و به وسیله هر نوع ابزاری که حالت بازدارندگی از این نوع تخلفات و سرپیچیها داشته باشد صحیح خواهد بود و حاکم اسلامی خواهد توانست از این جهت تنبیه های متناسب با جرم و مجرم و جامعه وضع و اجرا نماید بنا به مراتب فوق به نظر می رسد حضرت امام خمینی (ره) در مورد تعزیرات شرعی احتیاط را در اکتفا به مجازاتهای منصوص شرعی می دانستند و غالب مراجع عظام تقلید فعلی و فقیهان معاصر حضرت امام خمینی (ره) نیز همین نظریه را می پسندیدند.

■ تداخل مجازات بازدارنده و مجازات تعزیرات

با توجه به سیر مراحل فوق روشن شدن این نکته که مجازات بازدارنده از داخل مجازات تعزیرات زاییده شد با این حال در برخی مواد قانون مجازات اسلامی





ابهاماتی وجود دارد و در میان آنها اختلاف در سبک ملاحظه می‌گردد. به عنوان مثال در ماده ۷۲۶ قانون مجازات اسلامی در بیان تعیین مجازات برای معاون جرم، فقط سخن از معاون جرم در جرایم تعزیری است و نامی از معاون جرم در مجازات بازدارنده به میان نیامده است.

آیا این بدان معناست که عنوان معاونت در جرم و جرایم مستوجب مجازات بازدارنده محقق نمی‌گردد؟ آیا همان طور که هنگام بحث از تخفیف در مجازات به طور صریح از دو نوع مجازات تعزیری و بازدارنده در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی، یاد نموده در ماده ۷۲۶ همان قانون نیز باید این تصریح را رعایت می‌نمود؟ به هر حال چگونه باید عمل نمود؟

علت تداخل و ابهام در برخی از مواد و اختلاف در سبک این است که قانون تعزیرات پس از تصویب قانون مجازات اسلامی (از کتاب اول تا پایان کتاب چهارم) تصویب شده است. توضیح بیشتر این که پس از اتمام مدت اعتبار لایحه تعزیرات مصوب کمیسیون قضایی مجلس مقرر شد هیأتی مجدداً آن لایحه و مواد آن را بازنگری نموده و پس از رفع اشکالات اجرایی و انجام اصلاحات لازم برای تصویب نهایی تقدیم مجلس شورای اسلامی نمایند.

در آن هنگام ظاهراً توسط اداره حقوقی قوه قضاییه متنی و پیش‌نویسی در این رابطه تهیه گردید ولی انجام کارشناسی و اصلاحات به جهت برخی مشکلات و موانع سالها به طول انجامید و نهایتاً پس از حدود ۷ یا ۸ سال به مجلس ارائه و در صحن علنی مجلس مطرح و به صورت قانون مجازات اسلامی کتاب پنجم تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده تصویب شد. در این زمان پانصد ماده اول قانون مجازات اسلامی که جایگزین قانون راجع به مجازات اسلامی بود تصویب شده بود در حالی که قانون تعزیرات (کتاب پنجم) باید قبل از پانصد ماده اول تصویب می‌گردید زیرا اعتبار لایحه قانونی تعزیرات پیش از قانون راجع به مجازات اسلامی به پایان رسیده بود. لذا قانون جدید التصویب تعزیرات (ماده ۴۹۸ به بعد) را به آن ملحق و به عنوان کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی قرار دادند. در موقع تهیه و بررسی قانون تعزیرات در اداره حقوقی قوه قضاییه (که بعدها به عنوان کتاب پنجم نامیده شد که ماده ۷۲۶ نیز در همین کتاب است) قانون راجع به مجازات اسلامی که در آن نامی از مجازات بازدارنده ذکر نشده بود دارای اعتبار بود و لذا در ماده ۷۲۶ ماژالذکر نیز نامی از مجازات بازدارنده ذکر نشد بلکه همانند قانون راجع به مجازات اسلامی، تعزیرات را به عنوان عام، مجازاتی غیر از حدود، قصاص و دیات تلقی نموده است.

لذا می‌بینیم با این که ماده ۷۲۶ که باید از حیث ترتیب پس از مواد اولیه و مواد ۱۲ و ۱۶ و ۱۷ بررسی و بازنگری شده باشد ولی عملاً این گونه نبوده بلکه قبل از تصویب مواد ۱۲ و ۱۶ و ۱۷ و در زمان حاکمیت قانون راجع به مجازات اسلامی مورد بحث و بررسی و اصلاح قرار گرفته است، اگر چه پس از آن در صحن

علنی مجلس تصویب گردیده است. لذا این عدم هماهنگی و عدم تجانس میان ماده ۷۲۶ و مواد ۱۲ و ۱۶ ایجاد شده است و در ماده ۷۲۶ نامی از مجازات بازدارنده به میان نیامده است ولی با توجه به شرحی که به زودی خواهد آمد این بدان معنی نخواهد بود که ماده ۷۲۶ فقط ناظر به معاونت در جرایم تعزیری باشد و شامل معاونت در جرایم بازدارنده نگردد.

علاوه بر مراتب فوق توضیح دیگر این که در آن لایحه



که برای بررسی و بازنگری و اصلاح و سپس جایگزین شدن به عنوان قانون تعزیرات در دست بررسی بوده، هرگز از مجازات شلاق به عنوان مجازات تعزیری ذکر نشده بود، استدلال بررسی کنندگان لایحه تعزیرات هم این بود که اگر مجازات تعزیری می‌تواند مجازاتی غیر از شلاق هم باشد چرا مجازات شلاق را در قانون ذکر نماییم؟ بلکه به جهت برخی ملاحظات باید مجازات شلاق را حذف نماییم. زیرا ممکن است برخی از افراد مرتکب جرایمی شوند و سپس به کشورهای ثالث یا همسایه مانند ترکیه که با آنها قرارداد استرداد مجرمین منعقد نموده‌ایم متواری گردند، بر اساس قانون استرداد مجرمین، مجازات مجرمین متواری اگر شلاق باشد غیر قابل استرداد بوده و دستگاه سیاسی نظام اسلامی ایران نمی‌تواند تقاضای استرداد این گونه مجرمین را از کشور ثالث بر اساس قانون استرداد مجرمین بنماید در نتیجه آنان فرصت فرار

از اعمال و حاکمیت قانون را پیدا خواهند نمود. در حالی که اگر به جای مجازات شلاق مجازات دیگری از قبیل حبس یا جزای نقدی تعیین نماییم با این امر فرصت سوء استفاده را از مجرمین متواری خواهیم گرفت و می‌توانیم آنان را جهت تحمیل محکومیت مسترد نماییم.

با این استدلال مجازات شلاق در اغلب مواد لایحه تعزیرات موضوع بررسی اداره حقوقی قوه قضاییه حذف گردید و فقط در برخی از مواد که از جهت شرعی، گزیری از آن نبود مجازات شلاق ابقاء شد مانند تعیین مجازات شلاق برای جرم مضاجعت زن و مرد اجنبی (ماده ۶۳۷ ق.ا.م) که منصوص صریح شرعی بود. گرچه نهایتاً هنگام بررسی در کمیسیون قضایی مجلس این نکات رعایت نشد. در صحن علنی مجلس نیز به این استدلال توجهی نگردید. البته استدلال مجلسیان نیز این بود که چرا در هر مورد و بابت هر اتهامی، اگر چه جزئی، افراد را روانه زندان نماییم که تبعات منفی و اثرات سوء فراوانی را به دنبال خود فراهم نماید، موجب بالا رفتن هزینه‌های دولت مربوط به نگهداری آنان در زندان گردیده و برای خانواده‌های زندانیان موجب تشویش و نگرانی نسبت به زندانی شده و برای خود خانواده‌ها نیز از جهت تأمین معاش و هزینه‌های زندگی عسر و حرج و سختی فراهم شده و برای زندانیان نیز تبعات منفی حضور در زندان را داشته و تربیت فرزندان زندانی و... دچار مشکل خواهد شد. در حالی که اگر شلاق موضوع حکم و مجازات قرار گیرد، با اجرای آن و رهایی فوری محکوم علیه موضوع خاتمه پیدا خواهد نمود.

■ ضابطه تفکیک و شناخت مجازات تعزیری از بازدارنده

با توجه به بیان گذشته، ابهامات موجود در عبارت مواد ۲۲، ۷۲۶ قانون مجازات اسلامی و مواد ۲ (بند اول تبصره یک آن) و ۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری و چگونگی تداخل تعزیرات و مجازات بازدارنده روشن گردید و آشکار شد که منظور از تعزیرات همه



ابهام را از تعریف تعزیرات که در قانون بیان شده و موجب تداخل برخی مجازاتهای تعزیری در مجازات بازدارنده می‌گردد باید زدود. نکته مهم این است که در ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی در تعریف تعزیرات بیان داشته: «تعزیر، تأدیب یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است...» ظاهر تعریف این خواهد بود که در مطلق مجازات تعزیری نوع و میزان آن در شرع تعیین نشده است. بنابراین سایر جرایم غیر از حدود و قصاص و دیات و تعزیرات به همین معنی که گذشت از مصادیق مجازات بازدارنده خواهد بود در حالی که برخی جرایم هم در شرع و هم در قانون مجازات اسلامی ذکر گردیده که مصداق تعریف تعزیرات نیست چون نوع و میزان آن تعیین شده است ولی در عین حال نمی‌توان گفت آنها جزء مجازات بازدارنده هستند.

به عنوان مثال در روایات ذکر شده است اگر کسی در ماه مبارک رمضان بدون عذر شرعی روزه‌خواری نماید تا ۲۰ ضربه شلاق تعزیر می‌شود و یا در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) بیان شده هرگاه زن و مردی که بین آنان علقه زوجیت نیست مرتکب مضاجعت (عملی غیر از زنا) شوند تا ۹۹ ضربه شلاق به عنوان تعزیر بر آنان نواخته خواهد شد.

ملاحظه می‌شود که در هر دو مورد هم نوع تعزیر که شلاق است و هم میزان آن از یک تا ۲۰ و یا از یک تا ۹۹ ضربه شلاق تعیین و روشن شده است در حالی که در تعریف تعزیرات بیان شد که مجازاتی است که نوع و میزان آن در شرع معین نشده است و به نظر حاکم واگذار شده است.

پاسخ و رفع ابهام این است که تعریف وارد در شرع (التعزیر بما یراه الحاکم) بیان شده در قانون مجازات اسلامی (ماده ۱۶) برای اعم و اغلب مصادیق است و مجازات بازدارنده در برابر همین معنای از تعزیر نیز قرار خواهد داشت. بنابراین جرایمی که مستوجب مجازات تعزیری هستند جرایمی هستند که در شرع مسبوق به سابقه بوده و مصادیق آن در شرع وجود داشته و منصوص است ولی تعیین مجازات برای آن جرایم به طور دقیق از جهت نوع و میزان از طرف شارع مقدس مقرر نگردیده است بلکه بر عهده حاکم اسلامی واگذار شده است بر خلاف جرایم مستوجب مجازات بازدارنده که منصوص شرعی نبوده و در روایات نیز مصادیق آن مسبوق به سابقه نبوده و جرم انگاری آن از سوی حاکم اسلامی مقرر شده است.

به عبارت دیگر نوع مجازات بازدارنده بر خلاف تعزیرات شرعی، عنوان و وصف مجرمانه اش در شرع مقدس و در روایات معصومین علیهم السلام وارد نشده است بلکه حاکم اسلامی به عنوان ولی فقیه به منظور حفظ نظم و امنیت جامعه اسلامی و رعایت مصالح مسلمین این نوع مجازاتها را در برابر تخلف از مقررات موضوعه وضع می‌نماید. بنابراین جرایمی که در شرعی سابقه‌ای نداشته و برای آن مجازاتی تعیین نگردیده از مصادیق بارز مجازات بازدارنده خواهند بود.

جداگانه مورد نظر داشته ولی در مواردی مانند ماده ۷۲۶ قانون مجازات اسلامی و ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری که تعزیرات یا بازدارنده به تنهایی ذکر گردیده معنای عام تعزیرات مورد نظر بوده است بنابراین ابهام برطرف شده و هر دو مجازات تعزیری و بازدارنده از هم قابل تفکیک خواهند بود.

« بیان برخی مصادیق مجازات بازدارنده در قوانین مصوب: »

با توجه به تعریف ارائه شده از تعزیرات شرعی در لسان فقهای بزرگوار و در بیان قانونگذار (ماده ۱۶

نوع مجازات بازدارنده عنوان و وصف مجرمانه اش در شرع مقدس و در روایات معصومین (ع) وارد نشده بلکه حاکم اسلامی به منظور حفظ نظم و امنیت جامعه اسلامی و... این نوع مجازاتها را در برابر تخلف از مقررات موضوعه وضع می‌نماید

قانون مجازات اسلامی) و نیز تعریف ارائه شده از مجازات بازدارنده در قانون و نیز تعزیرات حکومتی یا احکام السلطانه در لسان فقیهان شعبه به راحتی می‌توان مصادیق مجازات بازدارنده را در قانون مجازات اسلامی تعیین نمود هر چند قانونگذار بدون توجه به ظرافتهایی که در این مقال به آن اشاره شده و بدون استنباط صحیحی از مفاهیم کلی این دو نوع مجازات، از کلمات مجازات تعزیری و مجازات بازدارنده در مواد قانون استفاده نموده است و لذا هیچ اقدامی در تفکیک این دو نوع مجازات از یکدیگر ننموده و هیچ بیانی مبنی بر این که مجازات مقرر برای جرم مشخص آیا به عنوان تعزیر شرعی است یا مجازات بازدارنده ننموده و آن را بر عهده قاضی صادرکننده حکم نهاده است.

پیش از ذکر برخی مصادیق مجازات بازدارنده یک

انواع مجازاتها غیر از حدود و قصاص و دیات بوده و شامل تعزیرات شرعی و مجازات بازدارنده می‌گردد. بنابراین در هر یک از مواد قانونی اگر کلمه تعزیرات یا مجازات بازدارنده به طور مستقل و به تنهایی ذکر شود، در این صورت هر دو مجازات تعزیری و بازدارنده مترادف هم بوده و منظور از تعزیرات اعم از تعزیرات شرعی و بازدارنده خواهد بود همان که منظور از بازدارنده نیز اعم از مجازات بازدارنده (تعزیرات حکومتی) و تعزیرات شرعی خواهد بود. مانند مواد ۷۲۶ قانون مجازات اسلامی و ۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری. ولی اگر در مواد قانونی، کلمه تعزیرات و مجازات بازدارنده با هم و در کنار یکدیگر بیان شده باشند در این صورت هر کدام معنای مستقل خود را خواهند داد و باید بر اساس مواد ۱۶ و ۱۷ قانون مجازات اسلامی تعریف و مورد توجه قرار گیرند.

به عبارت دیگر برای تقریب به ذهن می‌گوییم دو کلمه تعزیرات و مجازات بازدارنده مانند دو کلمه فقیر و مسکین در لغت عرب می‌باشند که در بیان احکام و آثار آن فقهای عظام فرموده‌اند (الفقیر و المسکین کالظرف والمظروف و الحار والمجرور، اذا اجتماعا افتراقا و اذا افتراقا اجتماعا) دو کلمه فقیر و مسکین مانند ظرف و جار و مجرور هستند هرگاه با هم و در کنار هم ذکر شوند هر کدام معنای مستقل خود را داشته و آثار و احکام خود را دارد و هر زمان جدای از هم و منفرداً ذکر شوند مرداف هم خواهند بود و به یک معنی واحد به کار خواهند رفت. مثلاً وقتی می‌شود زکات را به مساکین و فقرا پرداخت نمود منظور از این دو کلمه معنی خاص هر یک بوده و هر دو دسته به طور جداگانه مورد نظر خواهد بود و هرگاه گفته می‌شود صدقه را باید به فقرا پرداخت نمود منظور اعم از دو دسته خواهد بود و معنی خاص فقیر مورد نظر نیست. مجازات تعزیری و بازدارنده نیز دقیقاً همین گونه هستند لذا در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی که تعزیرات و مجازات بازدارنده در کنار هم ذکر شده منظور مقنن تعریف هر دو مورد مجازات بر اساس مواد ۱۶ و ۱۷ بوده و هر دو را به طور

۷۲۶ مذکور گردیده و باید برای آنها مجازاتی تعیین نمود.

■ توضیحاتی پیرموان «تفویض منافع» و «عدم النفع» - دکتر محمد امینیان مدرس

چندی پیش از مدیریت مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی مقاله‌ای تحت عنوان «شمول قاعده لا ضرر بر عدم النفع» که در نظر بوده در مجله مذکور چاپ شود برای ارزیابی و اظهارنظر نزد اینجانب فرستاده بودند که چون در مقاله مذکور واژه «عدم النفع» با واژه «تفویض منافع» مرادف شمرده شده بود، در نتیجه اشکالاتی به نظر نویسنده رسیده بود که سعی کرده بود راه حلی برای آن بیابد که نتیجه‌ای حاصل نشده بود و اینجانب در مقام تذکر یادآور گردیدیم که این دو واژه مترادف یکدیگر نیست بلکه تفاوت اساسی با هم دارد. مدتی بعد در مجله داخلی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی مشهد از طرف یکی از مدرسان دانشکده، مقاله‌ای نوشته شده بود که همین اشتباه در آن دیده می‌شد. اخیراً که روز شمار حقوق و قضایی (سالنامه سال ۱۳۸۲) از طرف قوه قضاییه برای قضاوت ارسال شده بود ملاحظه گردید که در یکی از صفحات (۹ خرداد) به طور زیرنویس مطالبی آمده است که همین ترادف دو واژه در آن تکرار و حتی به بعضی از اسامید بزرگوار نسبت داده شده است. لہذا بر آن شدم که مختصراً به تفاوت این دو اصطلاح که در واقع یکی از آنها (تفویض منافع) جنبه مثبت و دیگری (عدم النفع) جنبه منفی دارد اشاره‌ای داشته باشم.

اولاً - واژه «تفویض منافع» به معنی منفعت غیر مستوفات و یا به عبارت دیگر اتلاف منفعتی است که از نظر قانون وجود دارد و همانند اتلاف سایر اموال جنبه مثبت داشته و با توجه به قاعده «لا ضرر» ضمان آور است و متون و مواد قانون که لزوم تدارک ضرر را تأیید کرده است مبین همین امر است و نمی‌توان آن را امر عدمی دانست.

مثال بازاری که در کتب فقهی به آن اشاره شده است بازداشت صنعتگری است که اگر آزاد می‌بود به طور

۳- مجازات بازدارنده مقرر در ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی و مذکور در ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری از جهت ماهیت در حقیقت همان تعزیرات حکومتی و احکام سلطانیه می‌باشد.

۴- در قانون مجازات اسلامی در موادی که کلمه تعزیرات به تنهایی به کار رفته مانده ماده ۷۲۶ قانون مجازات اسلامی، و یا مجازات بازدارنده به صورت انفرادی ذکر شده مانده ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، منظور تعزیرات اعم از تعزیرات شرعی و بازدارنده می‌باشد.

۵- در قانون مجازات اسلامی در موادی از کلمات تعزیرات و بازدارنده با هم و در کنار هم به کار رفته

۱- کلاهبرداری که به وسیله قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری برای آن جعل مجازات گردیده و مسبوق به شرع نمی‌باشد لذا تعیین مجازات برای آن به عنوان مجازات بازدارنده خواهد بود.

۲- جرم چک بلامحل و وعده دار و ملحقان به آن که در شرع هرگز سابقه‌ای از آن وجود ندارد بلکه در گذشته اصولاً بانکی وجود نداشته که جرم چک بلامحل معنی داشته باشد لذا مجازات تعیین شده برای آن نیز از قبیل مجازات بازدارنده خواهد بود.

۳- جرایم ناشی از تخلفات رانندگی با همه اقسام آن با توجه به مطرح نبودن آن در زمان امامان معصوم علیهم السلام و عدم وضع مجازاتی برای آن در شرع، مجازات تعیین شده برای آن در قانون مجازات اسلامی از قبیل مجازات بازدارنده خواهد بود.

۴- مجازات وضع شده برای جرم کوهن فروشی.

۵- مجازات تعیین شده برای فروش لباسهای مبتذل ...

۶- مجازات تعیین شده برای نگاهداری و استفاده از تجهیزات دریافت ماهواره.

۷- مجازات مقرر برای توزیع و تجارت نوارهای ویدئویی، رایانه‌ای و دیسکتهای مبتذل ...

۸- مجازات مقرر برای ورود غیرمجاز اتباع بیگانه.

۹- مجازات وضع شده برای اشتغال اتباع خارجی بدون پروانه اشتغال.

۱۰- مجازات مربوط به جرایم مواد مخدر و ملحقان آن.

۱۱- مجازات مربوط به قاچاق کالا و ارز.

۱۲- مجازات مربوط به جعل و استفاده از سند مجعول.

۱۳- مجازات مربوط به ترک نفقه.

۱۴- مجازات مربوط به عدم ثبت واقعه ازدواج یا طلاق.

۱۵- مجازات مقرر در برخی مواد قانون تعزیرات حکومتی.

۱۶- مجازات مقرر برای بزه انتقال مال غیر.

۱۷- مجازات مربوط به تبانی برای بردن مال غیر.

۱۸- مجازات مربوط به تغییر کاربری اراضی زراعی.

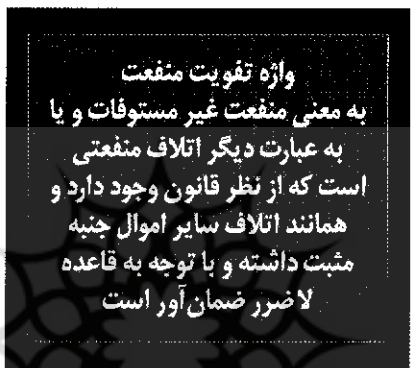
۱۹- مجازات مربوط به تصرف عدوانی منابع طبیعی ...

■ نتیجه

خلاصه و چکیده مباحث گذشته این خواهد بود:

۱- تعزیرات آن مجازاتی است که نوع و میزان آن در شرع معین شده باشد.

۲- آن دسته از جرایمی که مجازات آن از قبیل مجازات تعزیری است در صورتی که دیرینه شرعی داشته و برخی مصادیق آن در زمان امامان معصوم علیهم السلام محقق شده و برای آن تعزیر وضع گردیده است مجازات معین شده برای آن جرایم، به عنوان تعزیرات شرعی خواهد بود و در غیر این صورت چون تعیین تعزیر و مجازات برای آنها به جهت حفظ نظم و حکومت اسلامی و مصالح جامعه اسلامی است به عنوان تعزیرات حکومتی یا احکام السلطانیه خواهد بود.



معانی هر کدام به صورت خاص و مستقل بر اساس مواد ۱۶ و ۱۷ قانون مزبور منظور گردیده است.

۶- با توجه به اطلاق مجازات بازدارنده بر مجازات تعزیرات در ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مجازات تعزیری نیز مانند مجازات بازدارنده مشمول مرور زمان خواهد بود.

۷- با توجه به شمول کلمه تعزیرات بر مجازات بازدارنده در ماده ۷۲۶ قانون مجازات اسلامی، معاونت در جرایم مستوجب مجازات بازدارنده نیز مشمول ماده



روزنامه ای که در آن اعلان مزایده ملکی درج شده است به مشترک روزنامه نمی‌رساند و او در مزایده شرکت نمی‌کند و مشترک پس از اطلاع بر این امر اقدامه دعوا علیه مؤرخ می‌نماید و خسارت وارده را مطالبه می‌کند. بدین تقریب که هرگاه مؤرخ روزنامه را به او می‌رسانید او در مزایده‌ای که وزارت دارایی اعلان نموده شرکت می‌کرد و پس از برنده شدن مبالغی استفاده می‌نمود و ایشان چنین خسارتی را قابل مطالبه نمی‌داند.

می‌توان مثال رایجی را نیز ذکر کرد. مثلاً اگر کارخانه اتومبیل سازی اتومبیلی را که به پیش فروش کرده در موعد معین که قیمت اتومبیل ترقی داشته است تحویل ندهد و بعد هنگامی نسبت به تحویل اتومبیل اقدام کند که قیمت آن تنزل پیدا کرده است خریدار نمی‌تواند تفاوت قیمت اتومبیل را در زمان ترقی که موعد تحویل بوده است با زمانی که تحویل شده است به این ادعا که اگر آن موقع تحویل می‌داد به قیمت گرانتری می‌فروخت مطالبه کند و چنین مواردی که در چند سال قبل و هنگامی که قرار بود تعدادی اتومبیل رنو به فضا دادگستری فروخته شود پیش آمد و بعضی از آقایان موقعی اتومبیل به آنها تحویل شد که در اصطلاح به قطعنامه «۵۹۸» برخورد کرده بود و قیمتها کاهش پیدا کرده بود. که چنین خسارتی قابل مطالبه نخواهد بود. حقوقدانان و فقیهان غالباً خسارت عدم النفع را که جنبه احتمالی دارد قابل مطالبه نمی‌دانند و قانونگذار هم بر همین عقیده است زیرا تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون جدید آیین دادرسی مدنی می‌گوید: «خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست» همچنین ماده ۲۶۷ همین قانون می‌گوید: «هر گاه یکی از اصحاب دعوا از تخلف کارشناس متضرر شده باشد در صورتی که تخلف کارشناس سبب اصلی در ایجاد خسارت به متضرر باشد می‌تواند از کارشناس مطالبه ضرر نماید، ضرر و زیان ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست. با وصف مراتب مذکور معلوم می‌شود که قانونگذار خسارت عدم النفع را که جنبه منفی و عدمی دارد مشمول قاعده «لا ضرر» ندانسته و ضمانت آور نمی‌داند.

پی نوشت:

۱- بر همین اساس گفته می‌شود که مرتکب جرم مستوجب حد تا زمان اجرای حکم باید در بازداشت بماند لذا تأمین اخذ شده در چنین جرایمی باید از نوع قرار بازداشت موقت باشد و اخذ تأمین دیگر از قبیل وثیقه و کفالت جایز نخواهد بود و برخی از بخشهای مواد ۳۲ و ۳۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ ناظر بر همین دادگاه می‌باشد.

۲- ر. ک: من لا یحضره الفقیه کتاب الديات و نیز وسائل الشیعه ج ۱۵ صص ۱۵۶، ۵۴۵، ج ۱۸ صص ۳۲، ۲۲۱، ۲۴۴، ۳۸۶، ۴۱۴ و ۵۷۸

۳- برای برخی مصادیق مجازات تعزیری که از نوع تازیانه می‌باشد ر. ک وسائل الشیعه صص ۴۵۰ تا ۵۸۰.

۴- این مقاله با اندکی تلخیص ذکر شده است.

۵- ماده ۳۰۹ قانون مدنی می‌گوید: «هر گاه شخصی مالک را از تصرف در مال خود مانع شود بدون آن که خود او تسلط بر آن مال پیدا کند غاصب محسوب نمی‌شود لیکن در صورت اتلاف یا تسبیب ضامن خواهد بود که این ماده می‌تواند ناظر به تفویض منافع نیز باشد.

۶- صدر ماده ۴۹۴ قانون مدنی می‌گوید: «عقد اجاره به محض انقضای مدت بر طرف می‌شود و اگر پس از انقضای آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک در تصرف خود نگاه دارد، موجر برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود اگر چه مستأجر استیفای منفعت نکرده باشد» و این مقررات نیز معلوم می‌دارد که تفویض منفعت ضمان آور است.

۷- مواد ۵ و ۶ قانون مسؤلیت مدنی خسارت از کارافتادگی را که خود عرفاً تفویض منافع حاصل از کار کردن است قابل مطالبه دانسته است. ثانیاً - واژه

حقوقدانان و فقیهان غالباً خسارت عدم النفع را که جنبه احتمالی دارد قابل مطالبه نمی‌دانند و قانونگذار هم بر همین عقیده است تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون جدید آیین دادرسی مدنی می‌گوید خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست

«عدم النفع» مبین مفهوم دیگری است که جنبه منفی دارد بدین توضیح که در مواردی احتمال دارد که اگر تعهدی به موقع انجام می‌شد نفعی نصیب متعهد له می‌شد که با عدم انجام تعهد موضوع منتفی شده است. مرحوم دکتر امامی در کتاب حقوق مدنی (ج ۱ ص ۴۰۸) در مورد منفعت محتمل که ضمان آور نمی‌باشد مثالی را آورده است بدین صورت که مؤرخ نسخه

معمول از کار کردن خود درآمدی حاصل می‌کرد و بازداشت وی این درآمد ممکن الحصول را از بین برده است که بعضی از فقیهان حایس را ضامن دانسته‌اند. از نظر قوانین موضوعه موارد زیر را می‌توان به عنوان مثال بیان نمود:

۱- در بند ۳ ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری قدیم و بند ۲ ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری جدید از واژه «منافع ممکن الحصول» استفاده شده که منظور منافی است که به طور معمول حاصل می‌شود و وجود قانونی آن مفروض است.

۲- در ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم آمده بود: ضرر ممکن است به واسطه فوت شدن منفعتی باشد که از انجام تعهد حاصل می‌شده است که صراحتاً معلوم می‌دارد که منظور تفویض منافی است که وجود قانونی دارد مانند این که اگر بایع خانه مورد بیع را که بلا استفاده در ید وی باقی مانده در موعد مقرر تحویل مشتری می‌داد او می‌توانست خود از آن استیفای منفعت نموده و یا با گرفتن اجاره بها به دیگری اجاره دهد.

۳- در ماده ۷۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم و صدر ماده ۵۱۵ و ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی جدید خسارت ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام آن پیش بینی شده که منظور جبران منافع از بین رفته‌ای است که اگر تعهد به موقع خود انجام می‌شد حسب معمول متعهد له از آن بهره‌مند می‌شد و با تخلف متعهد از تعهد خود متعهدله از آن محروم شده است و همین مطلب در ماده ۲۲۱ قانون مدنی نیز آمده است.

۴- ماده ۴۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم و ماده ۱۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری جدید خسارت از کارافتادگی گواه را برای مدتی که جهت ادای گواهی در دادگاه حاضر می‌شود پیش بینی کرده است زیرا اشتغال به کار گواه عرفاً منافی داشته که تفویض شده است و همین موضوع به صورتی در قسمتی از ماده ۲۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی جدید نیز آمده است.

