

## نقد و بررسی نظریه شورای نگهبان نسبت به عدم تعیین مجازات برای کلاهبرداری<sup>۱</sup>

روح الله شعبانی\*

کیومرث کلانتری\*\*

علمی - پژوهشی

### چکیده

جرم کلاهبرداری جرمی است که مستقیماً با مال افراد سروکار دارد. افرادی که از طریق حيله و تقلب و با وسایل متقلبانه اموال مردم را با رضایت خودشان می برند کلاهبردار محسوب می شوند. کلاهبرداری از زمره جرائمی است که نوعی «اکل مال به باطل» است که با بهره گرفتن از «ولا تأکلوا اموالهم بینکم بالباطل» فعل حرام محسوب می شود در متون فقهی از کلاهبرداری تحت عنوان «احتیال» و از کلاهبردار به عنوان «محتال» نام برده شده است. بعد از پیش نویس قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا اختلاس و کلاهبرداری در مجلس شورای اسلامی در تاریخ: ۱۳۶۴/۶/۲۸ و تعیین مجازات تعزیری برای آن عمل، این امر مورد اشکال شورای نگهبان قرار گرفت با این ایراد که امر تعیین تعزیر، نوعاً و مقداراً با حاکم است و باید مادون الحد باشد، به همین دلیل تعیین مجازات برای آن، مورد پذیرش شورای نگهبان قرار نگرفت. هدف نگارنده در این مقاله نقد و بررسی نظریه شورای نگهبان در مورد عدم تعیین مجازات برای کلاهبرداری است که بصورت روش تحلیلی-توصیفی است و گفته خواهد شد عمل کلاهبرداری، که منجر به تضییع حقوق دیگران است، از باب قاعده «لاضرر» و «اکل مال به باطل» قابل مجازات است؛ که تعیین مجازات آن بر عهده حاکم است که در زمان غیبت معصوم(ع) بر حسب ضرورت جامعه اسلامی و حفظ ارکان آن بر عهده قوه قانون گذاری می باشد. به نظر می رسد فقدان تبیین دیدگاه فقهای امامیه و پرداخت اندک و مختصر در چند سطر از آیات و روایات در مورد اکل مال به باطل، سبب گردید فقهای محترم شورای نگهبان بر جرم انگاری مصوبه مجلس و تأیید آن مجاب نشوند؛ حال آنکه نگارنده در صدد اثبات این موضوع است.

**واژگان کلیدی:** کلاهبرداری، تعزیرات، شورای نگهبان، قاعده لاضرر

۱- تاریخ وصول: (۱۴۰۰/۰۴/۱۶) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۱/۱۲/۱۱)

\* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی گرگان، واحد گرگان، گرگان، ایران.  
roohallah1348@gmail.com

\*\* استاد گروه حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران و استاد مدعو گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی گرگان، واحد گرگان، گرگان، ایران. (نویسنده مسؤول)  
kalantar@nit.ac.ir

## ۱- درآمد

از زمانی که مالکیت خصوصی به عنوان یک نهاد اجتماعی پذیرفته شده، تجاوز به اموال دیگران نیز به عنوان یک ناهنجار مورد توجه قرار گرفته است. منتهی شیوه این ناهنجاری و چهره آن با تحولات و پیچیده شدن روابط اجتماعی، رنگهای متنوعی به خود گرفته است. روزگاری تجاوز به مال غیر همراه با خشونت و اعمال زور، بیشتر به صورت سرقت واقع می شده است، ولی تحول جوامع و صنعتی شدن، این نوع ربودن را تغییر داده اند؛ کلاهبرداران امروزه با توسل به وسایل متقلبانه و از راه خدعه و نیرنگ بدون هیچگونه خشونتی مال دیگران را (حتی با رضایت صاحب مال) از چنگال آنها خارج می کنند. هر چند کلاهبرداری و سرقت در ربودن مال غیر، مشابه اند اما کلاهبرداران از نظر جرم شناسی در ردیف مجرمین یقه سفید هستند، که گاهی به دلیل هوش و ذکاوت سرشار شناسایی آنها بسیار دشوار و پیچیده است. همانطور که روش خدعه آمیز آنها در ربودن مال مردم عجیب و بعضاً بظاهر موجه است، روش آنها در توجیه اعمال مجرمانه خود و فرار از چنگ قانون بعضاً عجیب و حیرت آور است. لذا شناخت این قبیل مجرمین هم از نظر حقوقی و هم از نظر جرم شناسی واجد اهمیت است و نباید تصور کرد که عدالت اقتضا دارد اگر سارقی مالی را معادل یک چهارم دینار طلای مسکوک در غیر سال فحطی از حرز بر باید دستش باید قطع شود، اما یک کلاهبردار که با هزار حيله و تقلب دیگران را می فریبد و از این طریق میلیون ها تومان به دست می آورد، فقط باید تعزیر شود؛ آن هم به میزانی که مادون حد باشد.

## ۲- مفهوم کلاهبرداری

کلاهبرداری واژه ای فارسی است، که معادل عربی آن (اختیال) یا (نصب) استعمال می شود. (کریمی، ۱۳۷۳، ۱۸۰؛ الخاضی، ۱۴۱۵، ۹۴) و عبارت است از تحصیل مال دیگری با توسل به وسائل متقلبانه (گلدوزیان، ۱۳۲، ۱۳۸۶) از موارد قانونی در مورد کلاهبرداری چنین نتیجه گیری می شود، که از نظر قانون فعل مجرمانه در کلاهبرداری فعل مثبت مادی است. که این امر مورد تأکید رویه قضایی و دکترین نیز می باشد. (بروجردی، ۱۹۷، ۱۳۳۶؛ حائری شاه باغ، ۱۲۲، ۱۳۳۲؛ امین پور، ۱۴۶، ۱۳۳۰؛ حبیب زاده، ۱۳۷۳، ۷۶)

## ۳- جرم کلاهبرداری در آیات و روایات

از نظر اسلام حفظ نظام جامعه به طور کلی اعم از نظام اقتصادی و معیشتی، نظام سیاسی و نظام حقوقی و دیگر نظاماتی که زندگی اجتماعی انسان وابسته به آن است ضروری و از اوجب واجبات است و فقها و صاحب نظران حقوق اسلامی نیز بدان اهتمام ویژه دارند. از این رو، مسائلی مانند کلاهبرداری که مغایر با نظام و ارکان حاکمیت و نظم عمومی جامعه اسلامی می باشد را نافذ نمی دانند. (قنوتی، ۱۳۷۹، ۲۱۴) و این از مصادیق اکل مال به باطل و تصرف غیر مجاز در اموال دیگران است که نتیجه فریبکاری است و آیات و روایات معتبری بر حرمت آن دلالت دارند. از جمله اینکه خداوند در آیات ۲۹ و ۳۰ سوره نساء می فرماید: (یا

ایها الذین آمنوا لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم ولا تقتلوا انفسکم ان الله کان بکم رحیماً و من یفعل ذلک عدواناً و ظلماً فسوف نصلیه ناراً و کان ذلک علی الله سبیراً» ای کسانی که ایمان آورده اید، اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید، مگر اینکه تجارتي با رضایت شما انجام گیرد و خودکشی نکنید! خداوند نسبت به شما مهربان است و هر کس این عمل را از روی تجاوز و ستم انجام دهد، به زودی او را در آتش وارد خواهیم ساخت، و این کار برای خدا آسان است.)

اُکل مال به باطل یا کسب درآمدهای نامشروع، که سبب ظلم و ستم به دیگران باشد حرام و از گناهان بزرگ است. منظور از اُکل مال به باطل این است که انسان بی آنکه فعالیت مثبتی داشته باشد و بدون سبب مشروع، اموالی که متعلق به دیگری است را من غیر حق تملک کند. در کلاهبرداری چنین مطلبی به خوبی دیده می شود. و افراد بی آنکه کار مهم مشروعی انجام داده باشند، اموال هنگفتی را تصاحب می کنند. صاحب جامع البیان در ذیل آیه شریفه ۲۹ سوره نساء مواردی همچون قمار و ربا و به طور کلی آنچه را شارع از آن نهی نموده را در زمره باطل می داند. و می گوید که خداوند با بیان این آیه درصدد بیان این موضوع است که شما مسلمانان نباید اموال دیگران را به باطل بخورید. (طبری، ۱۴۱۵، ۵، ۴۳-۴۲) سؤالی که در اینجا مطرح می شود این است که چه ارتباطی بین مسئله (خودکشی) و (تصرف باطل و ناحق در اموال مردم) وجود دارد که در آیه مورد بحث در کنار هم ذکر شده اند؟ قرآن با ذکر این دو حکم پشت سر هم، به یک نکته مهم اجتماعی اشاره کرده است: همه مردم به منزله نفس واحد هستند (طباطبایی، ۱۳۹۳، ۳۲۰) که اگر روابط مالی آنان براساس صحیح استوار نباشد و اقتصاد جامعه به صورت سالم پیش نرود و مردم در اموال یکدیگر به ناحق تصرف کنند، جامعه گرفتار یک نوع خودکشی خواهد شد. از این رو به آنها هشدار می دهد که مراقب باشند مبادا مبادلات مالی نادرست و اقتصاد ناسالم، اجتماع آنها را به هلاکت بکشاند (مکارم شیرازی، ۱۳۶۰، ۳، ۳۹۶) همچنین در روایات هم به نوعی عنایت خاصی به حرمت چنین فعالیت هایی وجود دارد. از جمله این روایات این است که از امام سجاد (ع) سؤال شد: مردی، زمینی یا خدمتکاری را از فردی با مالی که از راه راهزنی یا دزدی به دست آورده است، می خرد، آیا بر این فرد حلال است که از ثمره ی این زمین یا استمتاع از خدمتکاری که از پول و دارایی که از راهزنی، کسب کرده است بهره مند شود؟ امام (ع) اینگونه برای او نوشتند: هیچ خبری در چیزی که اصل و منشأ آن حرام باشد نیست و استعمال آن نیز حلال نمی شود. (کلینی، ۱۲۵، ۵، ۱۳۶۷) اگر چه این حدیث در مورد اموالی که منشأ آن راهزنی و دزدی است، وارد شده است؛ اما قسمت آخر حدیث که امام (ع) می فرماید: «لاخیر فی شیء اصله حرام ولا یحل استعماله» دارای اطلاق است و شامل هر مالی که منشأ نامشروع و غیرقانونی دارد، می شود. بنابراین دلالت این حدیث بر بطلان کلاهبرداری، که از طریق مانور مقلبانه و مکرو حیله است، روشن و واضح است؛ مضافاً همانطوریکه سابقاً بیان شد نتیجه جرائم کلاهبرداری و سرقت یکی است و هر دو بردن مال غیر می باشد و یا دسته دیگری از روایات، درباره حرمت غش و تدلیس هستند،

امری که در کلاهبرداری وجود دارد. پیامبر(ص) در این زمینه می‌فرمایند: (لیس منا من غش مسلماً او ضره او ماکره) یعنی کسی که با مسلمانها غش به کار ببرد یا به آنها ضرر وارد کند یا آنها را بفریبد از ما نیست(حرعاملی، ۱۲، ۲۰۸، ۱۴۰۱) افزون بر این، فریب دیگران و تدلیس، مبتنی بر دروغ است. به این سبب، علاوه بر روایات فوق، ادله حرمت دروغ هم مؤید حرمت چنین اعمالی است(حبیب زاده، ۳۲، ۱۳۷۴) افزون بر این، عقل نیز حرمت تصرف غیرمجاز در اموال دیگران، متعاقب فریب دادن اشخاص و تصاحب اموال آنها را مستقلاً تأیید می‌کند(محقق داماد، ۲۱۴، ۱۳۸۲)

#### ۴- بررسی واژه(حاکم) در تعیین مجازات تعزیری

پیش نویس قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا اختلاس و کلاهبرداری، که در تاریخ ۱۳۶۴/۶/۲۸ در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید، جهت تأیید به شورای نگهبان ارسال شد، شورای نگهبان نظر خویش را به شرح ذیل اعلام نموده است:

۱-در ماده یک تعیین تعزیری نظر به اینکه امر تعیین تعزیر، نوعاً و مقداراً با حاکم است و باید مادون الحد باشد مغایر با موازین شرعی است و تبصره یک این ماده نیز از این جهت مورد اشکال است.

۲-شروع به کلاهبرداری که در تبصره ۲ ماده پیش نویس قانون مذکور است، در صورتی که نفس عمل جرم و تحت یکی از عناوین تعزیر شرعی نباشد، شرعاً تعزیر ندارد و لذا اطلاق این تبصره باید تعیین شود.<sup>۱</sup>

شورای نگهبان در ماده یک پیش نویس قانون تشدید صراحتاً اعلام می‌نماید که «.....امر تعیین تعزیر، نوعاً و مقداراً با حاکم است و باید مادون الحد باشد مغایر با موازین شرعی است.....»سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که، منظور از حاکم در تعیین مجازات تعزیری چه شخصی است؟ و اینکه مجازات تعزیری می‌بایست دون الحد باشد در مقایسه با کدام یک از حدود قابلیت اعمال دارد؟

در پاسخ به سوال نخست شایان ذکر است که با بررسی متون فقهی و اقوال فقها سه اصل در قاعده تعزیری مذکور، روشن می‌شود که فقها با تعبیر مختلفی از آن یاد می‌کنند؛ ۱-التعزیر بما یراه الحاکم او السلطان او الامام، ۲-التعزیر بما ناسب الجرم و المجرم، ۳-التعزیر بمادون الحد؛ در ادامه به بررسی این سه عنوان می‌پردازیم؛

#### الف-التعزیر بما یراه الحاکم او السلطان او الامام

واضح است که منظور از حاکم در تعیین میزان مجازات تعزیر، قاضی محکمه نیست بلکه مقام معصوم(امام) یا نایب ایشان می‌باشد که شایستگی جانشینی از امام معصوم(ع) را دارد و در زمان برقراری حکومت اسلامی، عامل اجرای تعزیرات و عامل تعیین‌کننده تعزیرات حکومت اسلامی است.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> به موجب بند ب ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مجازات شروع به جرم از تبصره ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری حذف و شامل این ماده گردیده است.

شیخ حرعاملی از تعبیر سلطان الإسلام المنصوب من قبل الله، وهم أئمة الهدی را آورده است (حرعاملی، بی تا، ج ۲۸، ص ۵۰). ایشان در توضیح عبارت شیخ طوسی می فرماید: «حمل الشیخ الحد فی هذا و امثاله علی التعزیر بحسب ما یراه الامام... (حرعاملی، بی تا، ۲۸، ۸۸).

شیخ طوسی حد را در این روایت و نظایر آن حمل بر تعزیر، طبق نظر امام نموده است. بنابراین اقامه حدود بر عهده حاکم شرعی است که از طرف خداوند منصوب شده است که ایشان همان امامان آل محمد (ص) هستند، و نیز کسانی نظیر امرا و حکام که از طرف ائمه (ع) برای این امر منصوب شده‌اند. از طرف دیگر، ائمه (ع) به فقهای شیعه نیز در صورت امکان، این امر را تفویض کرده‌اند. شیخ مفید نیز می‌گوید: و کل شیء یؤدی المسلمین من الکلام دون القذف بالزنا و اللواط، ففیه ادب و تعزیر، علی ما یراه سلطان الاسلام (شیخ مفید، ۷۹۷، ۱۴۱۰). هر گفتاری که موجب آزار مسلمانان می‌شود، در حالی که به صورت قذف به زنا و لواط نباشد، طبق نظر حاکم شرع، تأدیب و تعزیر دارد.

در سخن فقیهان عبارت «حاکم» به جای «امام» به کار رفته باشد، همان گونه که شهید ثانی در مسالک الافهام، ضمن شرح عبارت محقق حلی گفته است، مقصود حاکم مطلق است که شامل مقام ولایت و نیابت عامه می‌شود. (شهید ثانی، بی تا، ۱۴، ۴۵۷) هر کس که واجبی را ترک کند یا حرامی را مرتکب شود، به اندازه‌ای که حاکم صلاح بداند، تعزیر می‌شود و مقدار آن در شخص آزاد آن است که به حد آزاد نرسیده، و در برده نیز مقدارش به حد برده نمی‌رسد. (شهید اول، ۱، ۲۴۱، ۱۴۲۰؛ الشهید الثانی، ۱۴۲۰، ۹، ۱۹۳)

صاحب جواهر در مورد عامل تعیین کننده و مجری تعزیر دو تعبیر دارند؛ در یک جا امام را مسئول دانسته و در جای دیگر می‌فرماید: التعزیر بما یراه الحاکم. (نجفی، ۱۴۲۰، ۴۲، ۱۶۹) می‌توان چنین نتیجه گرفت که منظور ایشان از حاکم همان امام معصوم یا جانشینان ایشان هستند.

### ب- التعزیر مناسب الجرم و المجرم

اصل دیگری که در قاعده تعزیر باید مورد توجه واقع شود، این است که تعزیر باید با نوع جرم و خود مجرم تناسب داشته باشد؛ این ادب در بیان مفاد قاعده آورده است: تعزیر در برخی موارد از سی تازیانه تا نود و نه تازیانه است و علت آن، این است که اگر جرم ارتکابی با زنا، لواط و سحق متناسب باشد، در آن صورت صد تازیانه که حد آنهاست، ملاک قرار داده می‌شود. بنابراین تعزیر کمتر از این مقدار است و به اندازه آن نمی‌رسد. پس حاکم می‌تواند از سی تازیانه تا نود و نه تازیانه تعزیر کند؛ اما اگر تعزیر متناسب با حد شرب خمر و قذف بود که حدش هشتاد تازیانه است، تعزیر به اندازه آن نمی‌رسد، بلکه از سی تا هفتاد و نه ضربه خواهد بود. به همین جهت در بعضی کتابها مقدار تعزیر یک بار نود و نه و یک بار هفتاد و نه ضربه تعیین شده است و آنچه

<sup>۱</sup> در برخی از کتب و متون فقهی از عامل اجرا و تعیین کننده تعزیر با تعبیر سلطان اسلام نیز نام برده شده است.

با اصول مذهب ما و روایات سازش دارد، آن است که تعزیر نباید به مقدار حد کامل که صد ضربه باشد، برسد. (ابن ادریس، بی تا، ۳، ۴۶۶) صاحب شرایع در تعیین میزان تعزیر می‌فرماید: تعزیر فرد آزاد به مقدار حد او و تعزیر برده به مقدار حد برده، نباید برسد. (محقق حلی، ۹۴۸، ۴، ۱۴۲۰). لذا باید میزان تعزیر متناسب با حال مجرم باشد.

### ج-التعزیر دون الحد

سومین اصلی که در قاعده تعزیر مراعات می‌شود و فقها در کلمات خود با اختلاف تعابیر به آن اشاره دارند؛ این اصل است که تعزیر شامل تمامی افعال قبیحی می‌شود که در قرآن و سنت صراحتاً مجازاتی برای آن مشخص نشده، لذا فقها بر این عقیده‌اند که مقدار تعزیر باید کمتر از حد باشد؛ به همین علت میزان تعزیر با تازیانه باید کمتر از نود نه ضربه باشد؛ لذا در پاره‌ای موارد فقها میزان تعزیر را بیست و پنج یا پنجاه ضربه اعلام نموده‌اند؛ مانند وطی صائمه: (شیخ کلینی، ۱۴۱۰، ۴، ۱۰۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ۶، ۸۸)، وطی حائض (ابن ادریس، بی تا، ۲، ۵۳۳؛ نجفی، ۱۴۲۰، ۳، ۲۲۶؛ الحلی، ۵۳۳، ۲)، وطی بهیمه (شیخ طوسی، ۱۴۱۵، ۱۰، ۶۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۱۵، ۴۲) و در مواردی میزان تعزیر هفتاد و پنج ضربه یا هفتاد و نه ضربه تعیین شده است. (شیخ کلینی، ۱۴۱۰، ۱۴، ۱۷۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۳۸۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۱۵، ۱۰، ۶۴) صاحب جواهر مقدار حد آزاد را که تعزیر بایستی از آن کمتر باشد، هفتاد و پنج تازیانه و حد برده را چهل تازیانه مشخص می‌کند و می‌فرماید: گفته شده است: تعزیر مطلقاً نباید به کمترین مقدار حد برسد؛ همان طور که برخی گفته‌اند تعزیر نباید به کمترین مقدار حد برسد و حداقل حد در مورد آزاد هفتاد و پنج ضربه و در مورد برده چهل تازیانه است. (نجفی، ۱۴۲۰، ۴۱، ۴۰۰) شیخ طوسی می‌فرماید: مقدار تعزیر به مقدار حد کامل نمی‌رسد، بلکه کمتر از آن است پس نهایت تعزیر درباره شخص آزاد هفتاد و نه تازیانه و حداکثر تعزیر در باره برده‌ها سی و نه تازیانه خواهد بود. (شیخ طوسی، بی تا، ۴۹۷، ۵)

فقها در مواردی، حداقل و حداکثری برای میزان تعزیر، مشخص می‌نمایند و علت آن را دلالت روایات می‌دانند که این امر در وضع قوانین کنونی نیز متداول است. قانونگذار در برخی از جرایم برای مجازات میزان حداقلی و حداکثری در نظر می‌گیرد مثلاً در بزه خیانت در امانت، مجازات را در ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) حداقل ۶ ماه و حداکثر سه سال تعیین می‌نماید. این امر سبقه روایی نیز دارد. صاحب جواهر اظهار می‌دارد: سلیمان بن هلال در روایتی می‌گوید: و یضربان ثلاثین سوطاً و عبدالله بن سنان در روایت دیگر گفته است: یجلدان حدا غیر سوطاً: که در روایت اولی میزان حداقل مجازات تعزیری و دیگری میزان حداکثری آن را بیان می‌کند (نجفی، ۱۴۲۰، ۴۱، ۳۹۱) مطابق نظر صاحب جواهر که سایر فقها از جمله شیخ و ابن ادریس از آن پیروی کردند می‌توان نتیجه گرفت که اولاً تعزیر رفتاری است قابل پیش‌بینی و ثانیاً برای آن می‌توان حداقل و حداکثر در مجازات تعیین نمود که این امر در حکومت اسلامی به قوه مقننه محول می‌گردد.

آنچه مسلم و مورد توافق اکثر فقها امامیه می باشد آن است که تعزیر مادون حد است و لیکن تعیین میزان مجازات در تعزیر در زمان غیبت معصوم(ع) بر عهده حکومت اسلامی است و این امر در حقوق جزای اسلامی دارای دامنه وسیعی بوده که به نوع جرم ارتكابی، توانایی مجرم و شرایط زمانی و مکانی بستگی دارد. (التعزیر بماناسب الجرم و المجرم).

در پاسخ سوال دیگر به اینکه منظور از دون حد بودن مجازات تعزیری چیست؟ باید اشاره نمود که اولاً: دون الحدی که در مورد مجازات تعزیری طبق فحوای مشهور فقها است (شیخ طوسی، ۱۴۱۰، ۸، ۶۹؛ شیخ کلینی، ۱۰۴، ۴، ۱۴۱۰؛ علامه حلی، ۸۸، ۱۴۱۰) آن است که بین حد و تعزیر، باید تناسبی وجود داشته باشد؛ به بیان دیگر تعیین مجازات تعزیری، باید هم نوع با مجازات حدی باشد مثلاً رابطه نامشروع به عنوان دون الحد در مقابل حد زنا، یا توهین به عنوان دون الحد در مقابل حد قذف قرار می گیرد که قانون گذار نیز در مواد ۶۰۸، ۶۰۹، ۶۰۸ و ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ به آن اشاره نموده است.

حالیه این استدلال شورای نگهبان در مورد کلاهبرداری که آن را طبق همان استدلال دون الحد بودن مجازات تعزیری، به دلیل عدم تناسب آن با جرم حدی هم نوع، فاقد مجازات تشخیص داده است؛ به نظر قابل رد است چون همان گونه که اشاره شد طبق نظریه متناسب بودن جرایم تعزیری با جرایم حدی آن، مساله کلاهبرداری با هیچ جرم حدی دیگری تناسب ندارد تا نسبت به آن مجازات تعزیری تعیین گردد.

ثانیا: درست است که شورای نگهبان تعزیری بودن جرم کلاهبرداری را پذیرفته است و تعیین مجازات آن را بما یراه الحاکم نهاده است اما نگارنده معتقد است که جرم کلاهبرداری نه از باب تعزیر، بلکه از باب قاعده «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» و «اکل مال به باطل» قابل مجازات است؛ که تعیین مجازات آن بر عهده حاکم است که در زمان غیبت معصوم(ع) بر حسب ضرورت جامعه اسلامی و حفظ ارکان آن بر عهده قوه قانون گذاری می باشد.

#### ۵- «اکل مال به باطل» و حکم کلاهبرداری

##### ۱-۵- «اکل مال به باطل»

شیخ طوسی در ذیل آیه ۱۸۸ سوره بقره در مورد اکل مال دو معنا ذکر می کند: «یکی تملک کردن اموال دیگران بر حسب ظلم و تعدی مثل خیانت و سرقت و غصب ..... و دوم اینکه اموالی که از راه غیر مشروع می باشد مثل قمار و.. مثل اینها که همه ی آنها از جمله اکل مال باطل است.» (طوسی، بی تا، ۲، ۲) ایشان در تفسیر آیه شریفه، در واقع مصادیق مهم اکل مال به باطل را بیان کرده که یکی تصرف و تصاحب اموال دیگران از راه ظلم و تعدی مانند سرقت، غصب، خیانت... و دیگر تملک از راه غیر مشروع مثل انتقال از راه قمار... فیض کاشانی نیز در تفسیر آیه ۱۸۸ سوره بقره، هم تصرفات و تملکات از طریق باطل را در زمره امور غیر محلل و غیر مشروع قرار می دهد. همچنین پس از ذکر روایاتی در باره ی مصادیق باطل می نویسد: «آیه، همه را در

می‌گیرد و میان اخبار تنافی وجود ندارد.» (فیض کاشانی، ۲۲۶، ۱، ۱۴۱۶)

صاحب تفسیر المیزان در توضیح آیه شریفه ۱۸۸ سوره بقره آورده که این آیه عمومیت دارد و تمام تصرفات باطل و ناروا را در بر می‌گیرد و ذکر قمار و امثال آنها (ربا، رشوه، ...) در بسیاری از روایات از باب انحصار نیست بلکه در حقیقت از باب بیان مصداق است. بنابراین آیه بیانگر آن است که هر تصرف، یا دارا شدنی که مطابق با شرع نبوده و از طریق اسباب غیر قانونی حاصل شود، باطل و غیر حق است. (طباطبائی، بی تا، ۲، ۵۲) شیخ طبرسی در ذیل آیه ۱۸۸ سوره بقره بعد از بیان وجوه و احتمالاتی نظیر رباخوری، رشوه‌گیری، غصب و تصرفات عدوانی، مبادلات غیر مشروع و فاسد و غیره در مورد معنا و مفهوم باطل، می‌نویسد: «بهتر است که باطل را حمل بر همه آن وجوه کنیم زیرا آیه عمومیت دارد و همه را شامل می‌شود.» (طبرسی، ۱۴۱۵، ۲، ۲۵) جصاص صاحب تفسیر احکام القرآن در تفسیر آیه ۱۸۸ سوره شریفه بقره، انواع اکل به باطل را بیان می‌کند و هر آنچه را که تملکش جایز نیست (اسباب غیر مشروع) هر چند صاحب مال خود به این انتقال رضایت بدهد را به عنوان اکل مال به باطل می‌داند (رازی، ۳۰۴، ۱، ۱۴۱۵) صاحب جامع البیان در ذیل آیه شریفه ۲۹ سوره نساء مواردی همچون قمار و ربا و به طور کلی آنچه را شارع از آن نهی نموده را در زمره باطل می‌داند. و می‌گوید که خداوند با بیان این آیه درصدد بیان این موضوع است که شما مسلمانان نباید اموال دیگران را به باطل بخورید. (طبری، ۴۳، ۵، ۱۴۱۵-۴۲) در ذیل آیه ۱۸۸ سوره بقره هم می‌نویسد: «اکل به باطل " اکل به غیر از وجهی که شارع مباح نموده است.» (همو، ۲۵۱، ۲) استاد شانه چی در تفسیر آیه ۲۹ سوره نساء تمام تصرفات و تملکات نامشروع خواه به واسطه غصب و سرقت یا در نتیجه معامله فاسد یا ربا و غیره باشد، جزء باطل می‌داند. (مدیر شانچی، ۱۳۸۵، ۱۶۸)

## ۵-۲- تطبیق قاعده در موضوع کلاهبرداری

اولاً بر اساس قاعده (حرمت اکل مال به باطل)، درآمد موضوع کلاهبرداری درآمدی نامشروع و غیرقانونی است و تصرف در آنها مباح نیست (آملی، ۱۳۵، ۱، ۱۴۱۳؛ ابروانی غروی، ۷۷، ۲، ۱۳۷۹) و در نتیجه نمی‌توان اصول و اماراتی از قبیل اماره ید، اماره سوق مسلمین و اصل صحت فعل مسلم و امثال آن را برای مشروع انگاری این تصرفات جاری کرد. (حیدری، ۱۳۸۲، ۱۰۵-۱۰۲) بر همین اساس بود که امام علی (ع) پس از بیعت مسلمانان با وی، به کسانی که با استفاده از رانت خواری به دارایی‌های نامشروعی دست یافته بودند با بیان (والله لو وجدته قد تزوج به النساء و ملک به الاماء لرددته) (نهج البلاغه، ۱۵) هشدار داد که هر آنچه بطور غیر مشروع بدست آورده اند از آنان باز پس گرفته خواهد شد (فیض الاسلام، بی تا، ۶۶؛ ابن ابی الحدید، ۱۳۸۵، ج، ۲۶۹) بدین ترتیب قانونگذار اسلام بر اساس آیه شریفه ضمن رد روشهای تجاوز کارانه و نامشروع طریق تحصیل اموال دیگران را به تجارت و روشهایی منحصر کرده است که باطل نبوده و مبتنی بر رضایت مشروع طرفین است. (قنوتی و دیگران، ۲۰۲، ۱، ۱۳۷۹) ثانیاً نهی مذکور در آیه (۱۸۸ سوره بقره) که حرمت اکل مال به باطل، از این آیه



گرفته شد، مقتضی حرمت منهی عنه است و بر این اساس اکل اموال دیگران بدون تحقق معامله مشروع میان طرفین حرام است و ارتکاب هر فعل حرامی معصیت تلقی می گردد و هر معصیتی بویژه آنگاه که کبیره باشد، بر اساس قاعده (التعزیر لکل علم محرم) در حقوق کیفری اسلام که با عباراتی از قبیل (من فعل محرماً او ترک واجباً الهیاً عالماً عامداً غرره الحاکم حسب ما یراه من المصلحه) بیان شده است، جرم و قابل مجازات است (خویی، ۱۴۲۲، ۴۱، ۴۲۰؛ حرعاملی، بی تا، ۵۸۰، ۱۸-۵۷۷) در نتیجه تصرف در درآمدهای ناشی از فعالیت‌های مجرمانه از این حیث که مورد نهی واقع شده است، می تواند مشمول تعزیر قرار گیرد.

براین اساس، تحصیل درآمد از راه‌های غیرمشروع و با استفاده از ابزار و وسایل غیر مجاز، حرام است و «باطل» به عمومیت و اطلاقش، همه را شامل می شود، حتی مطابق آنچه برخی گفته اند، گستردگی معنای باطل نیز همین معنا را اقتضاء می کند. نه تنها تحصیل درآمد از راه‌های ناصواب، بلکه صرف و خرج کردن آن در مسیرهای حرام و ناپسند نیز باطل است. و از طرفی در جامعه ی اسلامی، هم دخل و هم خرج، هم تولید و هم توزیع بایستی با معیارهای صحیح و مشروع، انجام پذیرد. (اسماعیلی، ۱۲۹، ۱۳۷۳) بنابراین باطل محدود و منحصر به موارد خاصی نیست بلکه مفهومی گسترده و عام دارد و هرگونه تجاوز به حقوق و تصرف در اموال دیگران، اموال عمومی و حتی تصرف‌های ناروا و غیر مشروع در اموال خویش و نیز هرچه که غیر حق باشد، باطل شمرده می شود. نتیجه، باطل بر تمام عواید نامشروع و هر تصرف غیر حقی اطلاق دارد.

بنابراین با توجه به توضیحات گفته شده، در جهت ارتباط با موضوع بحث، باید گفت از یک سو همان طور که بیان شد، باطل دارای معنا و مفهوم عام و گسترده ای بوده و منحصر به مصادیق خاصی نیست و از طرف دیگر، هرگونه تجاوز به حقوق و تصرف در اموال دیگران و هرچه که غیر حق باشد، باطل شمرده می شود و از طرف دیگر با توجه به ماهیت کلاهبرداری، که دارای جلوه ای غیرمشروع و غیرقانونی است و از لحاظ عرف و عقل چنین عملیاتی باطل و من غیر حق می باشد، به عنوان یکی از مصادیق قاعده اکل مال به باطل قرار می گیرد.

## ۶- «لاضرر» و حکم کلاهبرداری

این قاعده از مشهورترین قواعد فقهی است که مستند بسیاری از احکام می باشد و با وجود روایات صحیح و صریح و البته متواتری که از طرق مختلف شیعی و سنی نقل شده است، جایی برای شک و شبهه و اختلاف در حجیت روایات باب باقی نگذاشته است (عراقی، ۱۴۱۴، ۱۶؛ مرداوی، ۸، ۳۸، ۱۴۲۱) علاوه بر سنت، آیات کریمه قرآن، عقل، اجماع و سیره عقلا نیز بر آن دلالت دارد (انصاری، ۱۰۹، ۱۳۲۸؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱۰۲۱) که بیان چگونگی استدلال به آنها خارج از محل بحث کنونی است. سؤالی که در اینجا باید به آن پاسخ داده شود. این است که آیا با استناد به قاعده لاضرر می توان حکم تکلیفی حرمت را در مورد کلاه برداری استفاده کرد؟ برای پاسخ به این سوال، ابتدا به مقدمات موضوع اشاره می شود.

## ۶-۱- ضرر

ضرر در لغت در مقابل نفع آمده است (زیبیدی، ۱۴۱۴، ۷، ۱۲۲؛ مصطفوی، ۱۳۶۸، ۷، ۲۴؛ جوهری، ۱۴۱۰، ۲، ۷۱۹) و به معنای نقصان در چیزی مثل نقصان در مال است. (فراهیدی، ۱۴۱۰، ۷، ۷) در کلام فقها نیز ضرر به معنای نقصان در مال جان و آبرو است. (آخوند خراسانی، بی تا، ۱۳۸۱؛ خمینی، ۱۳۸۵، ۱، ۳۰؛ سیستانی، ۱۴۱۴، ۱۳۴) در کنار این تعریف متداول از نقص برخی از فقها نقص در حقوق را هم در تعریف لاضرر قید کرده اند. (عراقی، ۱۴۱۴، ۳۰، ۱؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹، ۱۳۶) به همین دلیل است که برخی از بین رفتن حق را ضرر قطعی دانسته اند (حسینی حائری، ۱۴۱۵، ۸۹)

## ۶-۲- مفاد لاضرر از منظر فقهاء

برای استنباط حکم قاعده، ابتدا لازم است به آرای فقها راجع به لاضرر بپردازیم. درباره مفاد قاعده لاضرر، میان فقها، اقوال مختلفی وجود دارد؛ که آراء فقهای متقدم و متأخر را در اینجا بررسی می کنیم؛<sup>۱</sup>

### الف- فقهای متقدم؛

۱- شیخ انصاری: مراد از نفی ضرر، در این روایت نفی حکم شرعی است که موجب ضرر بر بندگان می باشد، به طوری که در اسلام حکم ضرری تشریح نشده است (انصاری، ۱۴۱۴، ۱۱۴) در این وجه، لای نفی جنس در معنای حقیقی خودش باقی می ماند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱، ۲۱۷)

۲- آخوند خراسانی: ایشان اعتقاد به نفی حکم ضرری به لسان نفی موضوع دارد؛ یعنی آنچه که از مفاد لاضرر برداشت می شود، ابتدائاً نفی حکم ضرری نیست آن چنان که شیخ ادعا کرده است، بلکه نفی موضوع ضرری و به تبع آن، نفی حکم ضرری است. (آخوند خراسانی، بی تا، ۳۸۱) طبق این دو قول، قاعده لاضرر حاکم بر ادله احکام است. بر اساس قول مرحوم شیخ و آخوند خراسانی، کلاهدرداری که مصداقی از ضرر است، فعلی حرام است که در صورت تعارض با دیگر ادله، حاکم بر آن خواهد بود و به عبارتی دیگر ادله توان مقاومت در برابر آن را نخواهد داشت.

۳- نراقی: ایشان معتقد است که لاضرر، نفی ضرر غیر متدارک می کند به معنای اینکه در اسلام، ضرر غیر متدارک نداریم. (نراقی، ۱۴۱۷، ۵۱، ۲) طبق این مطلب، ضرر یکی از موجبات ضمان قهری شمرده می شود و لاضرر مثبت تعهد به جبران ضرر است. همچنین بر اساس این قول کارکرد قاعده لاضرر در خصوص کلاهدرداری تنها راجع به حکم وضعی آن است؛ بدین صورت که شخص کلاهدردار، موظف به جبران

<sup>۱</sup> بازگشت این اقوال فقهاء، در واقع به دو قول است؛ برخی از فقها، مفاد قاعده لاضرر را نفی حکم با موضوع ضرری و برخی دیگر نهی از ضرر می دانند. نظریه نفی و نهی طرفدارانی دارد که در کتب فقهی به اقوال مختلفی تقسیم شده است.

<sup>۲</sup> ایشان حمل نفی بر نهی را حمل اخبار بر معنای انشایی و خلاف اصل می دانند و معتقدند مقتضای اصالة الحقیقة این است که نفی بر حقیقت خویش باقی باشد. (نراقی، ۱۴۱۷، ۵۱).

خساراتی است که به سبب کلاهبرداری به دیگران وارد کرده است.

۴- شیخ الشریعه اصفهانی: ایشان مفاد قاعده لاضرر را نهی از ضرر رساندن به دیگران می دانند که در واقع دلالت بر حکم تکلیفی حرمت دارد. (شریعت اصفهانی، ۱۲، ۱۴۱۰) طبق نظریه ایشان، لاضرر، هیچ ربطی به سایر احکام اولیه پیدا نمی کند. (محقق داماد، ۱۵۳، ۱۴۰۶). بنا بر نظر ایشان حرمت کلاهبرداری با اتکای به قاعده لاضرر، تنها یک حکم فرعی است و در عرض احکام فرعی دیگر قرار می گیرد و در صورت تعارض بر آنها حاکم نمی شود؛ بلکه نوبت به ادله تعادل و تراجیح می رسد.

### ب- فقهای متأخر

۱- امام خمینی (ره): از نظر ایشان مفاد قاعده لاضرر، نهی از اضرار به دیگری است. اما نه به صورتی که شیخ الشریعه اصفهانی پذیرفته است. ایشان معتقدند حرمت مستفاد از لاضرر حکمی الهی نیست، بلکه حکمی ولایتی و حکومتی است که پیامبر اکرم (ص) در مقام قضاوت آن را صادر کرده است (خمینی، ۱۳۸۵، ۵۵، ۱) بنا بر نظر امام خمینی (ره)، قاعده لاضرر فقط با قاعده تسلیط تعارض پیدا می کند و آن را محدودتر می سازد (محقق داماد، ۱۵۳، ۱۴۰۶) طبق این قول، حرمت لاضرر در خصوص کلاهبرداری، برای حکومت تعیین تکلیف می کند؛ به این معنا که حکومت باید با وضع قوانین و برخی الزامات، جلوی کلاهبرداری، را بگیرد و تنها در صورت تعارض با قاعده تسلیط است که حکومت خواهد داشت.

۲- آیت الله سیستانی: مفاد حدیث لاضرر از نظر ایشان دو چیز است.

الف- نهی تکلیفی بر اضرار به دیگری؛

ب- نفی حکم ضرری و دلالت بر تشریح امور اجرایی منع از اضرار (سیستانی، ۱۳۴، ۱۴۱۴)

طبق این نظریه نیز لاضرر حاکم بر ادله احکام به نحو حکومت تزییقه است به طوری که نفی موضوع در آن به غرض نفی حکم در آن است؛ مانند اینکه وقتی گفته می شود «لاربا بین الوالد و الولد» مقصود از نفی ربا در اینجا نفی حرمت آن است؛ نه نفی حقیقت آن، در اینجا دلیل حاکم، ثبوت حکم برای موضوعش را محدود می کند تا تصور ثبوت حکم برای موضوع، به طور عام را نفی کند (همو، ۲۳۶). بنا بر نظر آیت الله سیستانی، نقش قاعده لاضرر در خصوص موضوع کلاهبرداری، به این صورت جلوه گر است که علاوه بر اینکه حرمت کلاهبرداری را ثابت کرده و در صورت تعارض با دیگر ادله، بر آنها حکومت یابد. نقش وضع قوانین در جهت جلوگیری از وقوع کلاهبرداری، را نیز برای حکومت قائل است.

۳- آیت الله سبحانی: مفاد روایت اخبار از عدم ضرر در خارج است که مراد جدی نیست، بلکه کنایه است از عدم امضای وضعی و تکلیفی آن و نتیجه آن تحریم هر عمل ضرری مردم نسبت به یکدیگر است و در نتیجه، معاملات ضرری آنها نافذ نیست (سبحانی، ۵۷، ۱۴۰۸-۵۶) طبق این نظر، نفی در معنای خودش به کار رفته است نه به معنای نهی، بنابر نظر ایشان، تقدم لاضرر بر ادله احکام از باب قوت دلالت است؛ به این معنا که

لاضرر مانند لاجرح و امثال آن، از باب امتنان است و در نتیجه بر احکام دیگری که جنبه امتنانی ندارد، مقدم می‌شود. آیات و روایاتی که حاوی احکام است. غالباً جنبه امتنانی ندارد و از این باب لاضرر، برغالب احکام مقدم است.<sup>۱</sup> براساس این قول قاعده لاضرر علاوه بر اثبات حرمت کلاهبرداری، ضمان خساراتی که شخص کلاهبرداری، متوجه دیگران کرده است را نیز ثابت می‌کند.

۴- آیت الله مکارم شیرازی: ایشان مفاد لاضرر را نسبت به پیشینان توسعه داده و معتقد است که مفاد آن، نفی ضرر صرف یا نفی حکم ضرری صرف نیست، بلکه مفاد قاعده لاضرر، نفی مشروعیت اعمالی است که باعث ضرر مردم بر یکدیگر می‌شود؛ بنابراین نه تنها عمل ضرری و اضرار به غیر جایز نیست، بلکه هر قانون و حکمی که باعث ضرر مردم بر مردم شود؛ اعتبار حقوقی و شرعی ندارد. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱، ۵۹) تفاوت دیدگاه ایشان با دیگر دیدگاه‌های موجود در میان طرفداران ناقیه بودن لاضرر در این است که فاعل ضرر را مردم دانسته‌اند؛ به معنای اینکه هیچ‌گونه ضرری از طرف هیچ‌کس نسبت به دیگری نباید واقع شود و انجام آن قبیح است و فرقی ندارد آن ضرر از طرف مردم نسبت به یکدیگر باشد یا به سبب جعل احکام ضرری یا امضای آنها از سوی شارع باشد. به هر حال ضرر از طرف هرکس نباید حدوثاً موجود و بقائاً استمرار یابد (مرعشی شوشتری، ۱۳۹۱، ۱، ۱۴۲۷)

طبق مطالب گفته شده؛ غالب فقها<sup>۲</sup> معتقد به نافی بودن مفاد لاضرر هستند که از بطن آن نفی حکم ضرری بیرون می‌آید؛ پس چگونه می‌توان با استفاده از لاضرر، حکم تکلیفی استخراج کرد؟

اگر همچون برخی از معاصران (خالصی، ۱۳۸۵، ۵۶، ۱۴۱۵) قائل به این باشیم که اراده نفی از لاضرر، تنها حکم ضرری را رفع می‌کند و منع و حرمت آن نیاز به دلیل دیگر دارد، باز هم می‌توان قائل به حکم تکلیفی شد؛ به این صورت که همان‌طور که مورد اتفاق است؛ طبق این دیدگاه لاضرر، رافع حکم ضرری است و طبق نظر فقها، فرقی بین حکم تکلیفی و وضعی نیست. (محقق داماد، ۱۳۵۱، ۱، ۱۴۰۶) مرحوم ایروانی پس از بررسی آرا در خصوص لاضرر، در پایان چنین نتیجه می‌گیرد که مراد از لاضرر انتقای هر حکمی است که ثبوتش موجب ضرر است. مقصود نفی تحقق ضرر در حق مکلف از ناحیه تشریح و احکام است. سپس در مقام نتیجه می‌فرماید که طبق این دیدگاه، حرمت اضرار به دیگران و عدم اباحه آن هم برداشت می‌شود؛ زیرا حکم به اباحه مستلزم ضرر است (ایروانی، ۱۳۳۲، ۱، ۱۳۲۸-۱۳۳۰) در واقع ایشان همچنین نتیجه گرفته است که حکم اباحه فعلی که اضرار به دیگران است، تبدیل به عدم اباحه می‌شود و این گونه از آن حرمت اضرار به دیگران ثابت می‌شود.

<sup>۱</sup> درس خارج فقه آیه الله سبحانی ۱۳۹۳/۰۷/۱۱۶

<http://www.tohid.ir/fa/index/lessonview?ald=۵۵۶۷&cid=۵۳>

<sup>۲</sup> تنها بر اساس رأی شیخ الشریعه اصفهانی که مراد از «لا» را ناهیه گرفته است، مفاد قاعده حرمت اضرار به دیگران است، و طبق نظریه مرحوم نراقی که مراد از لاضرر و لاضرار را نفی ضرر غیر متدارک می‌داند اضرار به غیر همانند اتلاف، تسبیب، غصب، غرور و... یکی از اسباب ضمان است (طاهری، ۱۴۱۸، ۲۳۹، ۲) و بیش از این را ثابت نمی‌کند.

شود.

برخی از محققان معاصر با استناد به همین مطلب معتقدند که از بین تفاسیر مختلفی که از لاضرر شده است به جز بیان مرحوم نراقی، سایر اقوال حکم تکلیفی حرمت را ثابت می‌کند. (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳، ش ۳۵، ص ۱۳۲)؛ زیرا از باب نفی حکم ضرری، حکم اباحه آن برداشته شده و به حرام بدل می‌شود (همو) حتی طبق نظر شهید صدر، لاضرر بر اساس قول نراقی، هم حرمت تکلیفی و هم حرمت وضعی را اثبات می‌کند (صدر، بی‌تا، ص ۱۷۱).

نکته دیگری که باید بدان اشاره شود این است که حدیث لاضرر و لاضرار یکی از ده‌ها حدیثی است که در خصوص لاضرر آمده است. در کنار این روایات آیات شریفه و دلیل عقلی هم حرمت ضرر را به اثبات می‌رساند. آیت الله سبحانی صراحتاً معتقدند که با استناد به آیات مستند قاعده لاضرر، حرمت اضرار مکلفان به یکدیگر اثبات می‌شود (سبحانی، ۱۳، ۲، ۱۴۱۵).

همچنین بنا بر نظر برخی از فقها یکی از مستندات اصلی قاعده لاضرر، بنای عقلا است. تحقق بنای عقلا در این موضوع به این صورت است که زبان رساندن به دیگران امری ناپسند و مذموم شمرده شده است و در خصوص چنین بنایی از ناحیه شرع مقدس، ردع و منعی واصل نشده است که از این رهگذر امضای شارع احراز می‌شود. (محقق داماد، ۱۵۱، ۱، ۱۴۰۶) با استفاده از این دلیل نیز می‌توان حکم تکلیفی حرمت را درباره قاعده اثبات کرد. همچنین اگر مستند اصلی را حکم عقل دانسته و بنای عقلی را مبتنی بر آن بدانیم، در این صورت نیز شکی در قبح و زشتی اضرار به غیر وجود ندارد، قبحی که تلازم با نبایستگی دارد.

### ۶-۳- تطبیق قاعده در موضوع کلاهبرداری

پس از بیان حکم تکلیفی مستفاد از قاعده نوبت به این می‌رسد که درباره کلاهبرداری و کلاهبرداری، این حکم مورد بررسی قرار گیرد. از جمله ابعاد مخرب کلاهبرداری، ایجاد اختلال و بی‌ثباتی در بازارهای مالی، تضعیف بخش خصوصی، بی‌عدالتی و همچنین خسارات قابل توجه اجتماعی است که روی اقتصاد، فرهنگ و سیاست جامعه وارد می‌سازد. که این آثار مخرب، به ضرر جامعه محسوب می‌شود؛ در نتیجه بنا بر قاعده لاضرر، حرمت کلاهبرداری ثابت می‌شود؛ بنابراین شخصی که از طریق عملیات متقلبانه وبا مکر و حيله و تزوير، به مال مردم تصاحب می‌کند؛ مرتکب فعل حرامی شده است. حرمت احتکار نیز که عمل ویران کننده اقتصادی است. طبق نظر برخی از فقها به سبب لاضرر است. (عراقی، ۱۴۱۸، ۲۸)

البته در اینجا این اشکال مطرح می‌شود که طبق نظر مشهور فقها قاعده لاضرر، حکمی شخصی است، نه نوعی. (نائینی، ۲۲۱، ۲، ۱۳۷۳؛ شریعت اصفهانی، ۲۹، ۱۴۱۰؛ بجنوردی، ۲۳۷، ۱، ۱۴۱۹) یعنی هر جا که حکمی برای شخص، موجب ضرر و زیان شد می‌تواند با استناد به این قاعده از امتثال آن سر باز زند، نه اینکه اگر حکمی برای غالب مردم ضرر و زیان داشت از عموم مردم برداشته شود. یعنی در هر جایی که ضرر صدق کند، مفاد قاعده لاضرر جریان پیدا می‌کند نه اینکه اگر در موضوعی غالب، مصادیق آن ضرری باشد، بتوان با استناد به

لاضرر، مفاد قاعده را در خصوص کلاهبرداری جاری کرد. پس چگونه می‌توان حکم تکلیفی حرمت را راجع به کلاهبرداری تعمیم داد؟ بنابراین باید ملاکی باشد تا بتوان مبتنی بر آن حکم را بر آن تعمیم داد و آن ملاک همان چیزی است که در مطالب قبلی گفته شد که کلاهبرداری موجب اختلال و بی‌ثباتی در بازارهای مالی، بی‌عدالتی و همچنین خسارات قابل توجه اجتماعی و بسیاری آثار و پیامدهای دیگر در زمینه‌های اقتصادی، سیاسی، اجتماعی می‌شود، که این بر خلاف نظم و مصالح عمومی است؛ در چنین شرایطی است که آثار سوء اقتصادی فرهنگی و سیاسی بر جامعه سایه می‌گستراند. با توجه به این ملاک، می‌توان گفت که به سبب اضرار به دیگران، حکم تکلیفی ضرر شامل حال شخص کلاهبردار می‌شود.

طبق قول به ناهیه بودن «لا» در لاضرر که شکی درباره برداشت حکم تکلیفی نهی از آن باقی نمی‌ماند. بحث در اثبات حکم تکلیفی، بنا بر قول به ناهیه بودن «لا» در لاضرر است، مطابق با مبنای شیخ انصاری در خصوص نفی حکم ضرری لاضرر، هر حکمی که در حصول ضرر نقش تولیدی و تسبیبی داشته باشد. بر می‌دارد و جواز و مشروعیت کلاهبرداری، مولد ضرر است که با لاضرر برداشته می‌شود. این مبنا درباره مبنای آخوند خراسانی نیز صادق است.

#### ۷- تغییر نظر شورای نگهبان نسبت به مجازات ندانستن کلاهبرداری

گفته شد که نظر شورای نگهبان، نسبت به پیش نویس قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مجلس، مبنی بر اینکه مجازات تعزیری، باید مادون الحد باشد، مورد پذیرش قرار نگرفت که از نظر نگارنده با توجه به دلایل زیر، قابل نقد و ایراد می‌باشد؛

اولاً؛ شورای نگهبان پس از رد پیش نویس قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری به دلیل مخالف با شرع، تصمیمات جدیدی از سوی مقنن در قوانین مختلف از جمله در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) برای امر تعزیری، مجازات حبس یا جزای نقدی وضع نموده است که فاقد مجازات حدی بودند و از منظر شورای نگهبان مورد قبول واقع شده است که نه تنها خلاف شرع یا قانون اساسی تشخیص داده نشده است، بلکه شورای نگهبان از نظر خویش که در صدد مخالفت با تعیین مجازات تعزیری بوده و در پیش نویس قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری به آن عقیده داشته عقب نشینی کرده است.

ثانیاً؛ اگر تعیین مجازات برای کلاهبرداری از نظر شورای نگهبان خلاف شرع است، قطعاً در موارد مذکور نیز که بعداً حادث شده، شورای نگهبان می‌بایست این ایراد را وارد دانسته و از تصویب آن جلوگیری به عمل می‌آورد و یا موضوع به مجمع تشخیص مصلحت نظام احاله می‌گردید. به نظر نگارنده، شورای نگهبان در برخورد با جرایم تعزیری مرتکب تصمیم دوگانه شده است که از نظر قانونگذاری امری غیرقابل دفاع و قبیح می‌باشد. البته نگارنده معتقد است که شورای نگهبان در تعیین مجازاتهای تعزیری در کتاب پنجم قانون

مجازات اسلامی مطابق نظر مشهور فقها عمل نموده و این امر در زمان غیبت امام معصوم امری در خور ستایش است.

هرچند وضع قوانین در جامعه اسلامی بر عهده قوه مقننه می باشد و در صورت حدوث اختلاف بین قوه مقننه و شورای نگهبان که وظیفه انطباق شرعی پیش نویس مصوبات مجلس و همچنین عدم مغایرت با قانون اساسی را بر عهده دارد؛ نهایتاً مجمع تشخیص مصلحت نظام به عنوان فصل ختام تنازع این دو مرجع می باشد، که موضوع مذکور (پیش نویس قانون مجلس شورای اسلامی در خصوص کلاهبرداری با ایجاد اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان) در جلسات ۶۷/۴/۲۱، ۶۷/۵/۱۸، ۶۷/۹/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام مورد بحث و بررسی قرار گرفت و با حفظ ماده یک پیش نویس مصوبه مجلس شورای اسلامی، تبصره دو آن که محل مناقشه بوده به این شرح اصلاح شده است که: «مجازات شروع به کلاهبرداری حسب مورد حداقل مجازات مقرر در همان مورد خواهد بود و در صورتی که نفس عمل انجام شده نیز جرم باشد، شروع کننده به مجازات آن جرم نیز محکوم می شود.» در واقع مجمع تشخیص مصلحت نظام با اصلاح تبصره دو ماده یک هم خواسته است تا حدودی رضایت شورای نگهبان را نیز جلب نماید و اصلاح تبصره دو پیش نویس مصوبه مجلس نیز به این دلیل صورت گرفته است.<sup>۱</sup>

## ۸- برآمد

۱- نظریه ای که شورای نگهبان در مورد پیش نویس قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا اختلاس و کلاهبرداری مجلس ارائه کرده است، مبنی بر اینکه امر تعیین تعزیر، باید مادون الحد باشد و چون مبنایی بر سنجش بزه کلاهبرداری با هیچ حدی نیافته آن را مغایر بامبانی شرعی دانسته و آن را تایید نکرده است و اجد ایراد جدی است؛ چرا که شورای نگهبان اساساً ضرورت جامعه را مد نظر قرار نداده است و اگر شورای نگهبان به ضرورت تصویب قانون مذکور در جامعه و آن هم به جهت حفظ ارکان حکومت و جلوگیری از اضرار به غیر، توجه می کرد با استدلال بمایراه الحاکم و دون حد، پیش نویس قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مجلس را رد نمی کرد و می توانست به این اقتضای ضروری، پیش نویس قانون مذکور را تصویب می نمود تا به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع نگردد، همان گونه که در سایر جرایم تعزیری بعداً انجام داده است.

۲- کلاهبرداری موجب اختلال و بی ثباتی در بازارهای مالی، تضعیف بخش خصوصی، بی عدالتی و همچنین خسارات قابل توجه اجتماعی و بسیاری آثار و پیامدهای دیگر در زمینه های اقتصادی، سیاسی، اجتماعی می شود. مع الوصف، چون کلاهبرداری موجب اختلال در نظام اقتصادی و امنیتی و غیره می شود و بر خلاف نظم و مصالح عمومی است؛ لازم است که به منظور جلوگیری از اختلال در نظام و حفظ مصالح اجتماعی و به عنوان

<sup>۱</sup> رجوع شود به ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی

حکم ثانوی، با این پدیده مقابله شود و آن را جرم‌انگاری کرد و برای آن مجازات سختی در نظر گرفت؛ چرا که می‌توان گفت حفظ نظام و مصالح عمومی عقلاً واجب است و آن چه که موجب اختلال می‌شود، باید با آن برخورد و مبارزه کرد.

۳- خیلی از اعمال ارتكابی طبق قانون مجازات اسلامی برای آن، مجازات منظور شده که مورد تأیید شورای محترم نگهبان هم رسیده است و حال آنکه شدت و وخامت آنها کمتر از جرم کلاهبرداری است و دلیل شورای نگهبان بر غیر شرعی بودن مجازات کلاهبرداری، با توجه به ضرورت عقلی و شرعی که اشاره گردیده است به نظر خالی از وجه بوده و فاقد دلیل و غیرقابل توجیه است و اعمال سلیقه در اظهار نظر برای وضع هر مصوبه ای از سوی واضح یا تصویب کننده موجب بروز بی اعتمادی در جامعه خواهد شد. مضافاً آنکه مشهور فقها بر پویا بودن فقه شیعه نظر دارند بنابراین این فقها باید بر اساس استنباط و استنتاج خویش از آموزه های دینی حکم امر حدوئی جدید را استخراج نمایند و قطعاً در خصوص عدم تأیید پیش نویس قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، شورای نگهبان به خطا رفته است.

۴- سنجیدن و تعیین مجازات برای وقایعی که نوظهور بوده و با پیشرفت تکنولوژی، زندگی روزمره کنونی را تحت شعاع خود قرار داده است، بنظر یافتن مجازات و تعیین تعزیر، برای ناهنجاریهای جدید براساس آن در جهان امروزی با فقه غیر پویا امری غیرممکن بوده، و شورای محترم نگهبان به این دلیل حق ندارد با غیر شرعی بودن مصوبه ای، از زیر بار مسئولیت محوله شانه خالی نماید. همانطوریکه بیان شد، امر تعیین تعزیر بر عهده امام معصوم می باشد که در زمان غیبت این امر بر عهده حاکم اسلامی قرار دارد که در کشور ما با توجه به اصل تفکیک قوا این مهم بر عهده قوه مقننه قرار گرفته است. حال اگر شورای محترم نگهبان در تعیین مجازات تعزیری، قاعده تعیین مجازات تعزیری، بمایه الحاکم، را مستقل از حد می دید آنگاه به راحتی می توانست مجازات مربوط به کلاهبرداری را تأیید نماید، اقدامی که در مصادیق دیگری همانند رانندگی بدون گواهینامه انجام داده است.

بنابراین نگارنده معتقد است با توجه به موارد ذکر شده و تحقیقاتی که از فقهای متقدم و متأخر پیرامون قاعده لا ضرر و اکل مال به باطل شد؛ دلیل اثبات حرمت کلاهبرداری است؛ چرا که که منجر به تضییع حقوق دیگران می شود. ضمن اینکه با اتکا به بنای عقلا، شخص کلاهبردار ملزم به جبران خسارت بوده و به سبب تضییع حقوق دیگران، ضامن ضررهایی است که متوجه آنان کرده است.

بنابراین بزه کلاهبرداری از نوع بزه های تعزیری مستقل است و شورای نگهبان مکلف به انطباق مصوبه مجلس شورای اسلامی با فقه پویا می بوده است که بر آن اعتقاد راسخ داریم؛ و نظر شورا، بر غیر شرعی بودن این مصوبه، خود به نظر، غیر شرعی است؛ چرا که کلاهبرداری به عنوان زیرمجموعه جرایم اقتصادی، از باب قاعده «لا ضرر» و «اکل مال به باطل» قابل مجازات است؛ که تعیین مجازات آن بر عهده حاکم است که در



زمان غیبت معصوم(ع) بر حسب ضرورت جامعه اسلامی و حفظ ارکان آن بر عهده قوه قانون گذاری می باشد.

## فهرست منابع

### قرآن مجید

- ۱- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد حلی، (بی تا)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ۲- ابن ابی الحدید، عبد الحمید بن هبة الله، (۱۳۸۵)، شرح نهج البلاغه، تحقیق: محمد ابوالفضل ابراهیم، بیروت، دارالاحیاء الکتب العربیه
- ۳- ایروانی غروی، علی، (۱۳۷۹ق)، حاشیه المکاسب، قم، کتابفروشی نجفی
- ۴- ایروانی، محمد باقر، (۱۳۲۸)، دروس تمهیدیة فی تفسیر آیات الأحکام، قم: دار الفقه
- ۵- انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۴ق)، رسائل فقهیة، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم
- ۶- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۷- اسماعیلی، اسماعیل، (۱۳۷۳)، اکل مال به باطل در بینش فقهی شیخ انصاری(ره)، کاوشی نو در فقه اسلامی، سال اول، ش ۱
- ۸- اسعدی، سید حسن، (۱۳۸۰)، جرائم سازمان یافته فراملی، تهران، میزان
- ۹- امین پور، محمد تقی، (۱۳۳۰)، قانون کیفر همگانی، تهران، شرکت سهامی
- ۱۰- آملی، محمد تقی، (۱۴۱۳ق)، المکاسب والبیع، قم، انتشارات اسلامی
- ۱۱- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، (بی تا)، قاعدة الصور والاجتهاد والتقلید (کفایة الأصول)، قم: مجمع الفكر الاسلامی
- ۱۲- بروجردی عبده، احمد، (۱۳۳۶)، اصول قضایی، تهران، نشر علمی
- ۱۳- بجنوردی، حسن، (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیة، تحقیق مهدی مهریزی-محمد حسین درایتی، قم، الهادی
- ۱۴- حائری شاه باغ، علی، (۱۳۳۲)، شرح قانون مجازات عمومی، به کوشش ایرج مرتجعی، تهران، چاپ نقش جهان
- ۱۵- حبیب زاده، محمد جعفر، (۱۳۷۴)، کلاهبرداری در حقوق ایران، دانشگاه شاهد
- ۱۶- حر عاملی، محمد بن حسن، (بی تا)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، دار احیاء التراث
- ۱۷- حلی، یحیی بن سعید، (بی تا)، الجامع للشرائع، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۱۸- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه)، (بی تا)، مختلف الشیعة، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۱۹- ..... (۱۴۱۰ق)، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه النشر الاسلامی

- ۲۰-.....(۱۴۱۵ق)، قواعد الأحكام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۲۱-.....(۱۴۱۰ق)، ایضاح الفوائد، قم، مؤسسه اسماعیلیان
- ۲۲-الخاضی ریاض، یوسف الحکیم، (۱۴۱۵ق)، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دمشق، جامعه دمشق
- ۲۳-خالصی، محمد باقر، (۱۴۱۵ق)، رفع الغرر عن قاعدة الأضرار، قم: اسلامی
- ۲۴- سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۴۰۸ق)، قاعدتان فقهیتان، قم چاپخانه خیام
- ۲۵- سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۴۱۵ق)، الرسائل الأربع، قم: مؤسسه امام صادق (ع)
- ۲۶- سیستانی، علی، (۱۴۱۴ق)، قاعدة الأضرار و لاضرار، قم دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۱۴ ق.
- ۲۷- شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد، (۱۴۱۰ق)، قاعدة لا ضرر، قم: النشر الاسلامی
- ۲۸- صدر، محمد باقر، (بی تا)، قاعدة لا ضرر و لاضراره بی جا، بی نا
- ۲۹- طاهری، حبیب الله، (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، قم: اسلامی
- ۳۰- طباطبایی، محمدحسین، (بی تا)، المیزان فی تفسیر القرآن، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۳۱- طبری، ابی جعفر محمد بن جریر، (۱۴۱۵ق)، جامع البیان عن تأویل ای القرآن، بیروت، دارالفکر
- ۳۲- طباطبایی، محمدحسین، (بی تا)، المیزان فی تفسیر القرآن، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۳۳- طبرسی، فضل بن حسن، (۱۴۱۵ق)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت، مؤسسه الاعلمی
- ۳۴- طریحی، فخرالدین بن محمد، (بی تا)، مجمع البحرین، تحقیق: محمد کاظم طریحی، قم، نشرزاهدی
- ۳۵- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط، التحقیق، محمد تقی الکشفی، طهران، مکتبه المرتضویه
- ۳۶-.....(۱۴۱۰ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، بی جا، المکتبه المرتضویه
- ۳۷-.....(۱۴۱۵ق)، تهذیب الاحکام، قم، مؤسسه معارف اسلامی
- ۳۸-.....(بی تا)، الخلاف، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۳۹- عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، (۱۴۱۰ق)، مسالک الأفهام، قم، مؤسسه معارف اسلامی
- ۴۰-.....(۱۴۲۰ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۴۱- فیض کاشانی، مولی محسن، (۱۴۱۶ق)، تفسیر الصافی، التحقیق: الشیخ حسین الاعلمی، تهران: مکتبه الصدور
- ۴۲- فیض الاسلام، علی نقی، (بی تا)، ترجمه و شرح نهج البلاغه، بی جا
- ۴۳- قنواتی، جلیل، و حدتی شیبری، سیدحسن، عبدی پور، ابراهیم، (۱۳۷۹)، حقوق قراردادها در فقه

امامیه، تهران، سمت

- ۴۴- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، (۱۴۱۰ق)، الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- ۴۵- ..... (۱۳۶۷)، الکافی، التحقيق: علی اکبر غفاری، بی جا، دارالکتب الاسلامیه
- ۴۶- المحقق الحلی، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۲۰ق)، شرائع الاسلام، قم، مؤسسه اسماعیلیان
- ۴۷- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۴۰۶ق، قواعد فقه، تهران علوم اسلامی
- ۴۸- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۲، قواعد فقه (بخش مدنی)، تهران، نشر علوم اسلامی
- ۴۹- مکی العاملی، جمال الدین محمد (شهید اول)، ۱۴۲۰ق، اللمعة دمشقیة، قم، دارالفکر
- ۵۰- مفید، محمد بن محمد بن نعمان، ۱۴۱۰، المقنعة، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۵۱- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، ۱۴۱۴ق، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دار الفکر
- ۵۲- مرداوی، علی بن سلیمان، ۱۴۲۱ق، التحبیر، ریاض چاپخانه رشد
- ۵۳- مرعشی شوشتری، محمد حسن، ۱۴۲۷ق، دیدگاه های نو در حقوق، تهران: میزان
- ۵۴- مصطفوی، حسن، ۱۳۶۸، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
- ۵۵- مصطفوی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۷ق، القواعد منه قاعده فقهیه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۵۶- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۱۱ق، القواعد الفقهیة، قم: مدرسه امیرالمؤمنین
- ۵۷- .....، ۱۳۶۰، تفسیر نمونه، قم، دارالعلم
- ۵۸- موسوی خمینی، روح الله، ۱۴۱۰ق، تهذیب الاصول، قم، انتشارات دارالفکر
- ۵۹- موسوی خمینی، روح الله، ۱۳۸۵ق، القواعد الفقهیة والاجتهاد والتقلید (الرسائل)، قم: اسماعیلیان
- ۶۰- مدیرشانه چی، کاظم، ۱۳۸۵، آیات الأحکام، چاپ ششم، تهران، انتشارات سمت
- ۶۱- نانینی، محمد حسین، ۱۳۷۳ق، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران: محمدیه
- ۶۲- نجفی، محمد حسن، ۱۴۲۰ق، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- ۶۳- نراقی، احمد بن محمد مهدی، ۱۴۱۷ق، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام: قم: النشر الاسلامی
- ۶۴- هاشمی شاهرودی، محمود، ۱۴۱۹ق، بایسته های فقه جزاء، تهران: میزان
- ۶۵- .....، ۱۴۲۳ق، مجله فقه اهل بیت، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر

مذهب اهل بیت (ع)