

ایجاد آیین نامه



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد بندر انزلی

پایان نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق

گرایش: فقه و حقوق جزا

عنوان:

بررسی جرم حفاری غیر مجاز در فقه و حقوق ایران

استاد راهنما:

دکتر سمیه صفائی بازارجمعه

نگارنده:

ملیحه زیده سرائی

تابستان ۱۳۹۷

## تقدیم به

مهربانم که مریاری نمودند تا به جایگاهی که اکنون در آن ایستاده‌ام برسم و همسر عزیزم که مشوق را هم بود.

## سپاس‌گزاری:

در کسوت شاگردی بر خود وظیفه می‌دانم از زحمات و راهنمایی‌های دلسوزانه و ارزشمند استاد که افتخارم  
سرکار خانم دکتر صفایی که در کمال سعه صدر در تمام مراحل محارث این پایان‌نامه هم‌راهم بودند تشکر و قدردانی نمایم.



به نام خدا

دانشگاه آزاد اسلامی - واحد بندر انزلی

مشور اخلاقی پژوهش

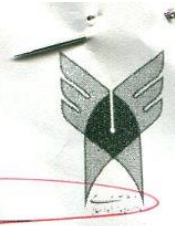
بیامری از خداوند سبحان و اعتماد بر این که عالم محضر خداست و بمواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظر بر اہمیت جایگاه دانشگاه در امتحای فرهنگ و تمدن بشری، دانشجویان و اعضاء بیات علمی واحد های دانشگاه آزاد اسلامی متعدي کردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی بد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

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

نام و نام خانوادگی، تاریخ و امضاء: ملیحه زیده مسرائی

فرم شماره ۹  
دانشجویان نیمسال  
اول ۹۵ و بعد از آن

مزه زینع دانشجو طوق منم ۱۰  
۱۷۱۸۰ هفده رهنما راهنما



باسمه تعالی  
دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرانزلی

۹۵/۱۴

« صور تجلسه دفاع »

فرم ارزشیابی نهایی فعالیت پژوهشی (پایان نامه) دانشجوی

نازنین احمدزاده

ارزشیابی توسط استاد راهنما/مشاور/داور(ان)

با استعانت از الطاف خداوند متعال جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد آقای/خانم ملیحه زیده سرابی دانشجوی رشته حقوق گرایش فقه و حقوق جزا به شماره دانشجویی ۹۵۰۰۸۲۲۹۸ و کد پایان نامه..... تحت عنوان بررسی جرم حفاری غیر مجاز در فقه و حقوق ایران در تاریخ..... با حضور استادان محترم راهنما، مشاور، و هیات داوران در دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرانزلی برگزار و با درجه..... به تصویب رسید.

امضا  
امضا  
امضا  
امضا

نام و نام خانوادگی استاد راهنما: دکتر صفایی  
نام و نام خانوادگی استاد مشاور:  
نام و نام خانوادگی استاد داور: دکتر رضایی  
نام و نام خانوادگی استاد داور: دکتر عباجی

ارزشیابی توسط حوزه معاونت پژوهش و فناوری

پس از بررسی نتایج حاصل از الف) پذیرش یا چاپ مقاله در مجلات معتبر ب) فرستادن(submission)مقاله به مجلات معتبر ج)انصراف دانشجو از ارائه مقاله و ارائه فرم ۱۴، پایان نامه با درجه ۲..... به تصویب رسید.

مدیر پژوهش و فناوری

کارشناس پژوهش و فناوری

معاون پژوهش و فناوری  
دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرانزلی

نازنین احمدزاده

توجه: لطفا فرم توسط دانشجو به صورت تایپ شده تکمیل گردد.  
۱-براساس نمره اخذ شده از فرم شماره ۱۰(حداکثر ۸نمره) یکی از درجات خوب، قابل قبول و غیر قابل قبول تعلق می گیرد.  
۲-براساس احراز موارد الف وب به ترتیب درجات عالی و بسیار خوب تعلق می گیرد و در صورت انصراف دانشجو از ارائه مقاله درجه تعیین شده در بخش اول به عنوان درجه نهایی تصویب می گردد.



## تعهد اصالت پایان نامه

اینجانب ملیحه زیده‌سرائی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد در رشته حقوق گرایش فقه و حقوق جزا که در تاریخ ۹۷/۶/۱۷ از پایان نامه خود تحت عنوان بررسی جرم حفاری غیر مجاز در فقه و حقوق ایران با کسب نمره ۱۷/۸۰ و درجه خوب دفاع نموده ام بدین وسیله متعهد می شوم:

۱- این پایان نامه 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 نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.

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

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

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

نام و نام خانوادگی: ملیحه زیده‌سرائی

تاریخ و امضاء: ۹۹/۵/۶

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	چکیده
۲	مقدمه
۲	الف) بیان مسأله
۳	ب) پیشینه تحقیق
۴	ج) اهداف تحقیق
۴	د) پرسش‌های پژوهش
۴	ه) فرضیات
۵	و) جنبه نوآوری تحقیق
۵	ز) ضرورت تحقیق
۵	ح) روش تحقیق
۵	ط) ساختار تحقیق
۶	<b>فصل اول: کلیات</b>
۷	۱-۱- مفاهیم
۷	۱-۱-۱- مفهوم حفاری
۹	۱-۲- میراث فرهنگی
۱۲	۱-۳- مفهوم مال
۱۳	۲-۱- اقسام اموال میراث فرهنگی
۱۳	۱-۲-۱- اموال منقول و غیر منقول
۱۴	۲-۲-۱- اموال مادی و غیر مادی
۱۵	۳-۱- قلمرو میراث فرهنگی
۱۵	۱-۳-۱- اموال فرهنگی - تاریخی
۱۵	۲-۳-۱- اموال تاریخی
۱۶	۳-۳-۱- اموال فرهنگی
۱۷	۴-۳-۱- اموال هنری
۱۷	۵-۳-۱- اموال مطالعاتی
۱۷	۶-۳-۱- اموال تقلبی یا جعلی
۱۸	۴-۱- مفاهیم مرتبط با میراث فرهنگی
۱۸	۱-۴-۱- آثار باستانی



- ۱۹-۴-۲- آثار مذهبی ..... ۱۹
- ۲۰-۴-۳- نقایس ملی ..... ۲۰
- ۲۱-۴-۴- گنج (دفینه) ..... ۲۱
- ۲۳-۴-۵- مرجع تعیین میراث فرهنگی ..... ۲۳
- ۲۳-۵-۱- علل وقوع جرم حفاری غیرمجاز ..... ۲۳
- ۲۴-۵-۱- عوامل بازدارنده ..... ۲۴
- ۲۵-۵-۲- عوامل جرمزا ..... ۲۵
- ۲۶-۶-۱- انگیزه ارتکاب جرم حفاری غیرمجاز ..... ۲۶
- ۲۶-۶-۱- انگیزه مالی ..... ۲۶
- ۲۶-۶-۲- انگیزه غیر مالی ..... ۲۶
- ۲۷-۷-۱- تاریخچه حمایت کیفری علیه جرم حفاری غیرمجاز ..... ۲۷
- ۲۸-۸-۱- بررسی اجمالی حفاری چاه‌های آب و حفاری معادن ..... ۲۸
- ۳۱- فصل دوم: مبنای جرم‌انگاری حفاری غیرمجاز در فقه امامیه ..... ۳۱
- ۳۲-۱-۲- ادله حرمت حفاری غیرمجاز ..... ۳۲
- ۳۲-۱-۱-۲- قرآن ..... ۳۲
- ۳۲-۱-۱-۱-۲- آیه : «ذلک من انباء القرى نقصه علیک منها قائم و حصید» ..... ۳۲
- ۳۴-۲-۱-۲- سنت ..... ۳۴
- ۳۵-۳-۱-۲- قاعده اتلاف ..... ۳۵
- ۳۵-۱-۳-۱-۲- مفهوم قاعده ..... ۳۵
- ۳۶-۲-۳-۱-۲- منابع فقهی قاعده اتلاف ..... ۳۶
- ۳۷-۳-۳-۱-۲- دلالت قاعده اتلاف بر حرمت حفاری غیرمجاز ..... ۳۷
- ۳۷-۴-۱-۲- قاعده لاضرر ..... ۳۷
- ۳۷-۱-۴-۱-۲- مفهوم قاعده ..... ۳۷
- ۳۸-۲-۴-۱-۲- منابع فقهی قاعده لاضرر ..... ۳۸
- ۳۸-۱-۲-۴-۱-۲- قرآن ..... ۳۸
- ۳۹-۲-۲-۴-۱-۲- عقل ..... ۳۹
- ۳۹-۳-۲-۴-۱-۲- روایات ..... ۳۹
- ۴۰-۳-۴-۱-۲- دلالت قاعده لاضرر بر جرم‌انگاری حفاری غیرمجاز ..... ۴۰
- ۴۲-۵-۱-۲- قاعده مصلحت ..... ۴۲
- ۴۳-۱-۵-۱-۲- مفهوم مصلحت ..... ۴۳

۴۴	۲-۵-۱-۲- تمایز مصلحت در فقه شیعه و فقه سنی .....
۴۶	۳-۵-۱-۲- دلالت قاعده مصلحت بر جرم‌انگاری حفاری غیرمجاز .....
۴۶	۲-۲- ادله حلیت .....
۴۹	فصل سوم: بررسی جرم حفاری غیر مجاز در حقوق ایران .....
۵۰	۱-۳- عناصر تشکیل‌دهنده جرم حفاری غیر مجاز .....
۵۱	۳-۱-۱- عنصر قانونی .....
۵۲	۳-۱-۲- عنصر مادی .....
۶۳	۳-۱-۳- عنصر معنوی .....
۶۳	۳-۲- جایگاه جرم حفاری غیرمجاز .....
۶۳	۳-۲-۱- حفاری غیر مجاز جرمی علیه امنیت و آسایش عمومی .....
۶۴	۳-۲-۲- غیر قابل گذشت بودن حفاری غیر مجاز .....
۶۵	۳-۲-۳- مطلق بودن جرم حفاری غیر مجاز .....
۶۵	۳-۳- واکنش کیفری نسبت به جرم حفاری غیر مجاز .....
۶۶	۳-۳-۱- ضبط اشیای مکشوفه و حبس .....
۶۷	۳-۳-۲- موضوعات مرتبط با مجازات جرم حفاری غیر مجاز .....
۶۹	۳-۴- نحوه رسیدگی به جرم حفاری غیر مجاز و مراجع مرتبط در این خصوص .....
۶۹	۳-۴-۱- قواعد شکلی در رسیدگی به جرم حفاری غیر مجاز .....
۷۰	۳-۴-۲- مراجع مرتبط با جرم حفاری غیر مجاز .....
۷۲	نتیجه‌گیری .....
۷۴	پیشنهادات .....
۷۵	فهرست منابع و مآخذ .....
۸۱	چکیده انگلیسی .....

## بررسی جرم حفاری غیر مجاز در فقه و حقوق ایران

ملیحه زیده سرائی

### چکیده

میراث فرهنگی نه تنها به عنوان شاهد، بازگوکننده پیام معنوی گذشتگان و آینه عبرت می باشد، بلکه به عنوان یکی از اساسی ترین ارکان تحکیم هویت و خودباوری ملی محسوب می شود. علاوه بر این منافع اقتصادی نهفته در آنها که در قالب صنعت گردشگری می تواند عاید کشورها شود را نباید نادیده گرفت. با وجود این در طول تاریخ همواره مخاطراتی میراث فرهنگی را تهدید کرده اند که منشأ آنها گاهی حوادث طبیعی از جمله سیل، زلزله، طوفان و... و گاهی عوامل انسانی مثل جنگ و یا اقدامات مجرمانه ای چون تخریب، سرقت، قاچاق و... بوده است. یکی از عوامل بزهکارانه در این حوزه، جرم حفاری غیر مجاز می باشد که خسارت ناشی از آن همانند سایر جرایم این بخش نه تنها به یک فرد یا یک گروه بلکه به فرهنگ و تمدن یک کشور وارد شده و لطمات جبران ناپذیری را سبب خواهد شد. نگارنده با هدف بررسی جرم مذکور در فقه و حقوق ایران، در نهایت به این نتیجه می رسد که مبنای اصلی این جرم در فقه، قاعده مصلحت بوده، بطوری که بر مبنای این قاعده، در حقوق ایران قرار گرفتن جرم حفاری غیر مجاز در دسته جرایم علیه امنیت نیز توجیه پذیر می باشد.

**واژگان کلیدی:** جرم حفاری غیر مجاز - حفاری غیر مجاز در فقه - حفاری غیر مجاز در حقوق.

## مقدمه

میراث فرهنگی در بین مردم هر جامعه بازگوکننده هویت ملی و تاریخی آنها می‌باشد لذا دارای ارزش بالای معنوی و مادی می‌باشد. از حیث معنوی این آثار وسیله‌ای مناسب برای پندآموزی و عبرت‌گیری می‌باشند به طوری که در دین مبین اسلام در آیات و روایات متعددی بر این مهم تأکید شده است بطور مثال می‌توان به آیه ۵۸ سوره قصص و آیه ۳۸ سوره عنکبوت اشاره نمود. همچنین در بیان اهمیت بُعد معنوی این آثار همین بس که شاعرانی چون خاقانی نیز به این امر توجه داشته‌اند به نحوی که بیت معروف: «هان ای دل عبرت بین از دیده نظر کن هان / ایوان مدائن را آئینه عبرت دان» بر این موضوع دلالت دارد. از منظر اقتصادی نیز این آثار به عنوان یکی از مهمترین راه‌های کسب درآمد دولت‌ها از طریق جذب گردشگر می‌باشند و ایران با داشتن تمدنی کهن، آثار و اشیاء تاریخی فراوانی را در خود جای داده که حفظ و حراست از آنها نیازمند توسل به اقدامات پیشگیرانه چون فرهنگ‌سازی و آموزش مستمر می‌باشد. همچنین جرم‌انگاری و مبارزه با متجاوزین علیه میراث فرهنگی یکی دیگر از ابزارهای در اختیار دولت جهت حفظ و صیانت این اموال می‌باشد. حفاری غیر مجاز نیز به عنوان یکی از اقدامات علیه اموال میراث فرهنگی، توسط مقنن جرم‌انگاری شده است و در ماده ۵۶۲ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی متبلور گردیده است. در پایان‌نامه حاضر سعی خواهد شد تا حد امکان به بررسی ابعاد مختلف جرم مذکور در فقه و حقوق ایران بپردازیم، اما آنچه در اینجا لازم است اشاره شود این است که حفاری غیر مجاز عنوان عامی است که دارای مصادیق متعددی می‌باشد به طور مثال حفاری غیر مجاز معادن، موضوع ماده ۸ قانون اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۹۰/۹/۲ نیز از این دسته می‌باشد، اما آنچه موضوع پایان‌نامه حاضر است صرف حفاری غیر مجاز در قلمرو میراث فرهنگی می‌باشد.

## الف) بیان مسأله

آثار تاریخی علاوه بر اینکه جزء میراث ارزشمند ملی هر کشور تلقی و نمایانگر هویت تاریخی و فرهنگی و مایه فخر و مباهات هر جامعه محسوب می‌شود می‌تواند در حفظ امنیت ملی از طریق حفظ هویت ملی و افزایش میزان گردشگر و منابع مالی کشورها نیز مؤثر واقع شود.

از این رو علاوه بر اینکه هر یک از آحاد جامعه می‌بایست صیانت از آثار تاریخی و فرهنگی را وظیفه اخلاقی خود بدانند، دولتها نیز موظفند به طرق گوناگون من جمله انجام اقدامات پیشگیرانه (مثل آموزش دادن) و وضع قوانین و مقررات کیفری سعی در حفاظت اینگونه آثار داشته باشند. با این وجود ارزش بالای اینگونه آثار، موجب افزایش انگیزه ارتکاب جرایم این حوزه می‌باشد.

همچنین لازم به ذکر است، با گذشت زمان و پیشرفت علم و تکنولوژی، نحوه اقدامات عامدانه و مجرمانه

علیه اینگونه اموال دستخوش تغییرات قرار گرفته که این امر می‌تواند موجب ایجاد خلاءهای قانونی و عدم جوابگویی مجازات‌های مقرر شود.

یکی از جرایم این حوزه، جرم حفاری غیر مجاز بوده که اهمیت بررسی آن موجب شد موضوع پایان‌نامه خود را بدان اختصاص داده تا به‌عنوان چالشی اساسی ضمن تحقیق در ماهیت، جایگاه و ارکان جرم مذکور، بررسی نمایم که آیا سابقه و مبنایی در فقه جهت جرم‌انگاری عمل مذکور علیه اموال تاریخی، فرهنگی وجود دارد یا خیر؟

با بررسی در منابع فقهی مشخص شد که فقها به‌طور اختصاصی در خصوص اقدامات علیه میراث فرهنگی بالاخص جرم حفاری غیر مجاز نپرداخته‌اند لذا نگارنده در پایان‌نامه خود سعی می‌نماید براساس آیات و روایات و قواعد فقهی بیان شده در کلام فقها مبنایی برای جرم‌انگاری حفاری غیرمجاز پیدا کند.

بنا بر آنچه بیان شد، علت جرم‌انگاری حفاری غیر مجاز در حوزه میراث فرهنگی موجب ایجاد انگیزه مضاعف برای بررسی هر چه بیشتر در این خصوص گردید، چرا که عقیده بر آن است قانونگذار ایران همواره در وضع قوانین به‌ویژه در امور کیفری، آموزه‌ها و نظرات فقهی را مدنظر قرار داده و می‌دهد. از این رو چنانچه مبانی فقهی این دسته از جرایم به خوبی تبیین شود می‌تواند جهت اصلاح و بازبینی قوانین، مؤثر واقع شود.

## ب) پیشینه تحقیق

کتب:

- ۱- حقوق کیفری میراث فرهنگی - پیمان نوروزی، ابراهیم عبودی - انتشارات جاودانه - چاپ اول ۱۳۹۵.
- ۲- جرایم علیه میراث فرهنگی در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی - مجتبی نقدی‌نژاد، اصغر نارویی - انتشارات جاودانه - چاپ دوم ۱۳۹۰.

پایان‌نامه‌ها:

- ۱- بررسی نقش حقوق جزای ایران در حفظ و صیانت از میراث فرهنگی - افسانه رحیمی آلوقره استاد راهنما: محمدرضا شادمانفر - مقطع کارشناسی ارشد - دانشگاه آزاد اسلامی خوارسگان - ۱۳۹۰.
- ۲- حمایت کیفری از آثار فرهنگی در ایران و حقوق مصر - ابراهیم زارع - استاد راهنما: محمدصالح ولیدی مقطع کارشناسی ارشد - دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکز - ۱۳۸۷.
- ۳- جرایم علیه میراث فرهنگی و تاریخی در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی - مهسا مرکزی - استاد راهنما: محمد آشوری - مقطع کارشناسی ارشد - دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکز - ۱۳۸۲.

## مقالات:

- ۱- مالکیت حقوقی در اموال میراث فرهنگی - مهدی خدادادی لزر جان - نخستین همایش ملی علوم اسلامی (حقوق و مدیریت) - دانشگاه علمی کاربردی استانداری قم ۱۳۹۵.
- ۲- تأملی بر رویکردهای حمایت از میراث فرهنگی از منظر فقه حکومتی - علی مشهدی - نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی - سال پنجم - شماره دهم - بهار و تابستان ۱۳۹۴.
- ۳- بررسی جرم حفاری و کاوش غیر مجاز - ابوالحسن شاکری - حسن خدابخشی پالندی - مجله پژوهشنامه حقوقی - سال دوم - شماره دوم تابستان ۱۳۹۰.

## ج) اهداف تحقیق

اهداف اصلی در این پایان نامه بررسی جرم حفاری غیر مجاز در آثار تاریخی می باشد همچنین سعی در بیان نقاط ضعف و قوت سیاست کیفری ایران در جهت حفظ و تضمین آثار مذکور در قبال جرم فوق خواهیم داشت.

## د) پرسش های پژوهش

- ۱- مبانی فقهی جرم حفاری غیر مجاز کدامند؟
- ۲- ماهیتاً جرم حفاری غیر مجاز - در زمره کدام دسته از جرائم قرار می گیرند؟ جرایم علیه اموال یا جرایم علیه امنیت؟
- ۳- جرم حفاری غیر مجاز جز جرایم مطلق هستند یا مقید؟

## ه) فرضیات

- ۱- به نظر می رسد در بدو امر در این خصوص بتوان به قواعد اتلاف، لاضرر و کاربرد مصلحت در فقه استناد نمود. اما با بررسی بیش تر قاعده مصلحت بهترین و کاملترین مبنا برای جرم مذکور می باشد.
- ۲- به نظر می رسد داخل بودن این دسته از جرایم در حیطه جرایم علیه اموال انکارناپذیر باشد اما به دلیل اهمیت آثار تاریخی در هر کشور می توان جرایم مربوط به آنها را جز جرایم علیه امنیت نیز به شمار آورد.
- ۳- به نظر می رسد جرم حفاری غیر مجاز را باید جز جرایم مطلق محسوب نمود.

## و) جنبه نوآوری تحقیق

نخست اینکه تاکنون از حیث علت جرم‌انگاری حفاری غیرمجاز در فقه بطور جامع تحقیقی صورت نگرفته. همچنین از جهت حقوقی در منابعی که نگارنده مورد مطالعه قرار داد به جرم موضوع پایان‌نامه حاضر بطور اختصاصی و کامل پرداخته نشده لذا در این تحقیق سعی خواهد شد تا حد امکان به تمامی زوایای پیدا و پنهان آن پردازیم.

## ز) ضرورت تحقیق

با عنایت بر اینکه تحقیقی جامع در خصوص علت، جرم‌انگاری حفاری غیرمجاز صورت نگرفته لذا این ضرورت احساس می‌شود که از طریق تحقیق حاضر بتوانیم به سوال فوق پاسخ دهیم و فایده پاسخ دادن به این امر، این خواهد بود که بعنوان معیاری می‌تواند در سایر جرایم این حوزه مدنظر قرار گیرد.

## ح) روش تحقیق

الف. نوع تحقیق، جامعه تحقیق، نمونه تحقیق، روش کار: تحقیق حاضر از نوع تحلیلی توصیفی است.  
ب. روش گردآوری اطلاعات (میدانی، کتابخانه‌ای و غیره): روش گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای می‌باشد با استفاده از نرم‌افزارها (مثل سی‌دی اهل بیت، فقه و ...) و استفاده از مقالات و بعضا پایان‌نامه‌های مرتبط

## ط) ساختار تحقیق

به منظور بررسی جرم مذکور، پژوهش حاضر را به سه فصل تقسیم نموده، به طوری که در فصل اول کلیات مشتمل بر بیان مفاهیم، اقسام اموال میراث فرهنگی، قلمرو این اموال، مفاهیم مرتبط با میراث فرهنگی، علل وقوع جرم حفاری غیر مجاز و سابقه تاریخی آن بیان خواهد شد.  
در فصل دوم، به بررسی مبنای جرم مذکور در فقه خواهیم پرداخت. بطوری که این فصل را به دو بخش کلی تحت عنوان مبانی عام (آیات و روایات) و مبانی خاص (اتلاف - لاضرر و مصلحت) تقسیم نموده و در هر یک به دنبال آن خواهیم بود، تا ببینیم می‌توانیم در فقه ردپایی به عنوان علت جرم مذکور بیابیم یا خیر  
فصل سوم نیز به بررسی جرم مذکور، بیان ویژگی‌ها و عناصر سازنده آن در حقوق موضوعه ایران اختصاص دارد.

# فصل اول

## کلیات



## ۱-۱- مفاهیم

با توجه به اینکه به هنگام پژوهش در هر موضوعی آشنایی اولیه با مفاهیم بکار رفته در حوزه آن از جمله تعاریف لغوی و مفهوم اصطلاحی واژگان در شناخت هرچه بهتر موضوع مؤثر خواهد بود. لذا در این مبحث به بررسی مفاهیم اصلی مرتبط با پایان نامه خواهیم پرداخت.

### ۱-۱-۱- مفهوم حفاری

ابتدا لازم است مفهوم حفاری در لغت و اصطلاح تبیین گردد:

#### ۱-۱-۱-۱- حفاری در لغت

حفاری در لغت به معنای «کندن (زمین و مانند آن) و گرد کردن و خرد کردن، کاویدن و کاوش کردن» در قالب فعل آمده و به معنای «کاوش» به صورت اسم بکار رفته است. (معین، ۱۳۷۱، ۱، ۱۳۶۲) همچنین در لغت نامه دهخدا حفاری به معنای: «شغل حفار، عمل حفاری، شغل آنکه زمین‌های منخسفه یا مخروبه باستانی را برای یافتن اشیاء عتیقه کند» می‌باشد (دهخدا، ۱۳۷۳، ۶، ۸۰۲۰)

### ۱-۱-۲- حفاری در اصطلاح

از حیث حقوقی به نظر می‌رسد واژه حفاری فاقد مفهوم خاص باشد چرا که در متون قانونی همان معنای لغوی و عرفی مد نظر قرار گرفته و از حیث عرفی می‌توان گفت: «حفاری در حقیقت تخریب و ویران‌سازی که در آن طبقات و بقایای محل باستانی برای همیشه نابود می‌گردند و آثار و محتویات طبقات و لایه‌ها نیز برداشته می‌شوند می‌باشد» (فاگان، ۱۳۸۴، ۳۵۷)

### ۱-۱-۳- مفهوم حفاری غیر مجاز

مطابق ماده ۵۶۲ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی: «هر گونه حفاری و کاوش به قصد بدست آوردن اموال تاریخی - فرهنگی ممنوع بوده و مرتکب به حبس از شش ماه تا سه سال و ضبط اشیاء مکشوفه به نفع سازمان میراث فرهنگی کشور و آلات و ادوات حفاری به نفع دولت محکوم می‌شود. چنانچه حفاری در اماکن و محوطه‌های تاریخی که در فهرست آثار ملی به ثبت رسیده است یا در بقاع متبرکه و اماکن مذهبی صورت گیرد علاوه بر ضبط اشیاء مکشوفه و آلات و ادوات حفاری، مرتکب به حداکثر مجازات مقرر محکوم می‌شود».

براساس ماده فوق برخی بر این باورند عملی به‌عنوان حفاری غیر مجاز مشمول ماده مذکور خواهد بود که «در محل‌هایی باشد که جز اراضی، تپه‌ها و اماکن مذهبی و تاریخی باشد» (نصیرزاده و همکاران، ۱۳۸۸،

۵۷) اما براساس ماده فوق به نظر می‌رسد در تعریف حفاری غیر مجاز می‌توان گفت: عبارت است از فعل مثبت مادی (حفاری) شخص به قصد دستیابی اموال تاریخی - فرهنگی بدون در نظر گرفتن محل حفر و وسایل حفر.

بنابراین حتی اگر اقدام به حفر در مکانی باشد که جز اراضی و اماکن مذهبی و تاریخی نباشد باز هم جرم مذکور به صرف داشتن قصد کسب اموال تاریخی و فرهنگی تحقق یافته محسوب می‌شود. لیکن اگر حفاری در اماکن و محوطه‌های تاریخی مندرج در فهرست آثار ملی باشد یا در اماکن مذهبی صورت گیرد از عوامل مشدده مجازات محسوب می‌شود (نوروزی و عبودی، ۱۳۹۵، ۱۰۰)

همچنین با توجه به نص صریح ماده مذکور در بخش پایانی آن مبنی بر لزوم ثبت اماکن تاریخی در فهرست آثار ملی چنین به نظر می‌رسد که اگر عمل حفر با قصد کسب اشیا تاریخی، بر روی آثار تاریخی‌ای صورت گیرد که ثبت ملی نیستند، مشمول عوامل مشدده نخواهد بود اما در خصوص اماکن مذهبی با عنایت به اینکه لزومی در خصوص ثبت آنها در فهرست آثار ملی بیان نشده لذا حفاری غیر مجاز در این اماکن در هر حال مشمول عوامل مشدده خواهد بود.

همچنین در این ماده برای تحقق حفاری غیر مجاز، نیازی به ابزار آلات خاصی نیست یعنی نوع وسیله در تحقق آن موضوعیت ندارد. بنابراین جرم مذکور با هر ابزاری اعم از ساده، پیشرفته، کوچک و بزرگ می‌تواند به فعلیت برسد (شاکری و خدابخشی پالندی، ۱۳۹۰، ۷۳)

البته ناگفته نماند ماده واحده‌ای تحت عنوان «قانون ضرورت اخذ مجوز برای ساخت، خرید و فروش، نگهداری، تبلیغ و استفاده از فلزیاب» در تاریخ ۱۳۷۹/۱۲/۱۵ به تصویب رسیده<sup>۱</sup> که طی تبصره ۲ آن استفاده از دستگاه فلزیاب در حفاری غیر مجاز به قصد رسیدن اموال فرهنگی - تاریخی علاوه بر مصادره آن، دارای مجازات ۶ ماه تا ۳ سال حبس مقرر در ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی می‌باشد.

این در حالی است که برای ساخت، خرید و فروش، نگهداری، تبلیغ و ورود آن به کشور چنانچه بدون مجوز سازمان میراث فرهنگی باشد فقط ضمانت اجرای «ضبط و مصادره دستگاه مذکور» مقرر گردیده بنابراین «ضمانت اجرای اخیر در خصوص متخلفان و ناقضان این قانون آنقدر ضعیف و بی‌اثر است که در آن، نشانی از کیفر با مشخصات و اهداف مجازاتها به نظر نمی‌رسد و اصلاً خصیصه ارعایی و بازدارندگی

---

۱ - «ساخت و خرید و فروش، نگهداری - تبلیغ و استفاده از هر گونه دستگاه فلزیاب و همچنین ورود آن به کشور، منوط به اخذ مجوز از سازمان میراث فرهنگی کشور می‌باشد.»

تبصره ۱: دستگاه‌های اجرایی، برای انجام وظایف خاص سازمانی خود از شمول این قانون مستثنی می‌باشند.

تبصره ۲: متخلفان از مفاد این قانون به ضبط و مصادره دستگاه مزبور محکوم می‌شوند. چنانچه دستگاه فوق در حفاری غیر مجاز به قصد کشف اموال فرهنگی، تاریخی مورد استفاده قرار گیرد، علاوه بر مجازات فوق، مرتکب به شش ماه تا سه سال حبس مجازات مقرر در ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵/۳/۲ محکوم می‌شود»

ندارد» (همان، ۷۶).

همچنین برای شناخت هر چه بهتر مفهوم حفاری غیر مجاز، لازم است بدانیم که بعضی حفاری‌ها طبق رعایت ضوابط خاصی مجاز محسوب می‌شود. به طوری که براساس ماده ۱۱ قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹/۸/۱۲: «حفر اراضی و کاوش برای استخراج آثار ملی منحصراً حق دولت است و دولت مختار است که به این حق مستقیماً عمل کند یا به موسسات علمی یا به اشخاص یا شرکت‌ها واگذار نماید. واگذاری این حق از طریق دولت به موجب اجازه‌نامه مخصوص باید باشد که محل کاوش و حدود و مدت آن را تعیین نماید و نیز دولت حق دارد در هر مکان که آثار و علائمی ببیند و مقتضی بداند برای کشف و تعیین نوع و کیفیت آثار ملی اقدامات اکتشافی بنماید.»

### ۱-۱-۲- میراث فرهنگی

میراث فرهنگی از دو واژه میراث و فرهنگ ترکیب یافته که در ابتدا به بررسی معنای هر یک پرداخته و در نهایت تعریفی از میراث فرهنگی بیان می‌نماییم.

#### ۱-۱-۲-۱- مفهوم لغوی میراث

میراث به معنای «مال و وجهی که از مرده برای ورثه بجا ماند» می‌باشد (معین، ۱۳۷۱، ۴، ۴۴۸۹) و هم‌خانواده با ارث است و ارث از دیدگاه اهل لغت «مالی است که از مرده رسد و آنچه که شخص برای وراث خود پس از مرگ می‌گذارد» (دهخدا، ۱۳۷۳، ۳، ۱۹۴۱۱)

#### ۱-۱-۲-۱-۱- مفهوم اصطلاحی میراث

در تعریف حقوقی ارث آمده: «انتقال مالکیت اموال میت است پس از فوت به وراث او» (شهیدی، ۱۳۹۱، ۱۵) و همچنین دارایی متوفی پس از کسر واجبات مالی و دیون و ثلث می‌باشد» (لنگرودی، ۱۳۸۲، ۲۸). میراث در اصطلاح نیز «مفهوم انتقال از گذشته به آینده را می‌رساند. در واقع به میراث بایستی به‌عنوان ماترکی نگاه کنیم که از نیاکان دریافت کرده و لازم است به نسل‌های آینده انتقال دهیم.» (نصیرزاده و همکاران، ۱۳۸۸، ۴۷).

این واژه را در ترکیب «میراث فرهنگی» می‌توان چنین تعریف کرد:

«میراث را می‌توان یادگاری از گذشتگان تعریف نمود که انسان هم‌اکنون با آن زندگی می‌کند و سپس آن را به نسل‌های بعد می‌سپارد تا از آن بیاموزند، شگفت‌زده شوند و لذت ببرند (کبیری هندی و همکاران، ۱۳۹۰،

۴۸)

### ۱-۱-۲-۳- مفهوم لغوی فرهنگ

کلمه فرهنگ در لغت چنین معنا شده: «پیشوند فر به معنی پیش + هنگ که از ریشه «هنگ» اوستایی به معنی کشیدن است که مطابق با educate لاتین به معنای تعلیم و تربیت است» (دهخدا، ۱۳۷۳، ۱۰، ۱۵۱۰۹) همچنین «مترادف فرهنگ، ۱- ادب (نفس)، تربیت ۲- دانش، علم، معرفت» بیان گردیده (معین، ۱۳۷۱، ۲، ۲۵۳۸)

### ۱-۱-۲-۴- مفهوم اصطلاحی فرهنگ

در خصوص فرهنگ تعاریف متعددی ارائه شده، به گونه‌ای که حتی تا ۴۰۰ تعریف برای آن ذکر شده و علت این امر را می‌توان زوایای مختلف نگرش بدان دانست (زهره‌ای، ۱۳۸۹، ۱۹) به عبارت دیگر می‌توان گفت: «فرهنگ مفهومی گسترده و پیچیده است که با چند نظر و اثر علمی نمی‌توان محدود آن را به آسانی ترسیم کرد زیرا مفهوم و عرصه فرهنگ از دیرباز در معرض تفسیرهای گوناگون و متنوع بوده است» (سلیمان نژاد، ۱۳۷۹، ۳۱۹).

اما جهت آشنایی بهتر با این واژه و شناخت برخی زوایای مختلف نگرش بدان، در ادامه به ذکر چند تعریف از فرهنگ خواهیم پرداخت:

برخی با تکیه بر اکتسابی بودن فرهنگ و اینکه از هر نسلی به نسل دیگر منتقل می‌شود آن را «مجموعه رفتارهای اکتسابی و ویژگی اعتقادی اعضای یک جامعه معین می‌دانند.» (کوئن، ۱۳۹۳، ۵۶).

بعبارت دیگر: «فرهنگ ترکیبی از رفتار کسب شده است که به وسیله اعضای جامعه معینی از نسلی به نسل دیگر منتقل می‌شود و میان افراد مشترک است.» (وئوقی و نیک خلق، ۱۳۹۲، ۲۸).

در بیان اهل فلسفه فرهنگ عدم است «به معنی چیزی که از آن خبر داده نمی‌شود یعنی هیچ صفتی ندارد. عدمی که وجودها از آن بیرون می‌آیند. فرهنگ‌سازی بر همه شئون است» (سیاهپوش و آقاپور، ۱۳۹۱، ۳۰).

به بیان دیگر «فرهنگ امری پوشیده است و جای معین و محدودی ندارد. فرهنگ در همه جای نظام زندگی و جهان آدمی هست و با همه امور آمیخته است. به این جهت آن را به دشواری می‌توان یافت و دید.» (داوری اردکانی، ۱۳۸۹، ۲۷).

به نظر می‌رسد به خاطر همین دشواری باشد که شهید مطهری (ره) فرهنگ را مختص امور معنوی (و نه مادی) البته در معنای عام خود، که صرفاً مختص به معنویات مذهبی نمی‌شود می‌داند (جمشیدی، ۱۳۹۳، ۳۷).

برخی نیز توجه خود را روی «مجموعه» بودن فرهنگ قرار داده‌اند بدین شکل که «فرهنگ مجموعه