

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری



دانشگاه علم و فرهنگ

دانشکده علوم انسانی

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق تجارت الکترونیکی

مسئولیت ناشی از احتکار نام‌های دامنه در نظام حقوقی ایران

نگارش:

محمد صالح کریمی

استاد راهنما:

دکتر فاطمه قناد

شهریور ماه ۱۳۹۶

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کلیه حقوق مادی و معنوی مربوط به نتایج مطالعات، ابتکارات و نوآوری‌های ناشی از تحقیق
موضوع این پایان نامه متعلق به دانشگاه علم و فرهنگ تهران می‌باشد.

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری



دانشگاه علم و فرهنگ

دانشکده علوم انسانی

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق تجارت الکترونیکی

مسئولیت ناشی از احتکار نام‌های دامنه در نظام حقوقی ایران

نگارش:

محمد صالح کریمی

استاد راهنما:

دکتر فاطمه قناد

استاد مشاور:

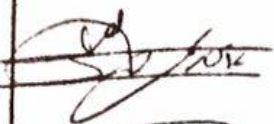


دکتر عباس کریمی

شهریور ماه ۱۳۹۶

بسمه تعالی
صورتجلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

با تأییدات خداوند متعال و با استعانت از حضرت ولی عصر(عج) جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد آقای محمد صالح کریمی تحت عنوان: "مسئولیت ناشی از اختکار نام های دامنه در نظام حقوقی ایران" در تاریخ ۹۶/۶/۲۷ با حضور هیأت داوران در دانشگاه علم و فرهنگ برگزار گردید. بدینوسیله، ارزشیابی نهایی پایان نامه به شرح ذیل است.

□ قبول با نمره ۱۹ به حروف: نوزده (عجل) □ دفاع مجدد □ مردود

اعضا	رتبه علمی	نام و نام خانوادگی	اعضای هیأت داوران
		دکتر فاطمه فناد	۱- استاد راهنما:
		دکتر عباس کریمی	۲- استاد مشاور:
		دکتر احمد رضانی	۳- استاد داور داخلی:
		دکتر محمد پارسا	۴- استاد داور خارجی:
		دکتر احمد رضانی	۵- نماینده تحصیلات تکمیلی:

اداره تحصیلات تکمیلی

بر اساس ماده ۲۰ آییننامه آموزشی مرحله ارزشیابی پایان نامه به شرح زیر است:

نمره	میزان	رتبه
۲۰ تا ۱۹	خیلی خوب	خیلی خوب
۱۸ تا ۱۷	خوب	خوب
۱۶ تا ۱۵	قابل قبول	قابل قبول
۱۴ تا ۱۳	نیروی قابل قبول	نیروی قابل قبول

ضروری است که یک نسخه تکمیل شده این فرم مطابق شیونامه تدوین پایان نامه ها در ابتدای پایان نامه الصاق می گردد.

به امید قابل بودن،

تقدیم به

منجی عالم بشریت؛ حجه بن الحسن العسکری (عجل الله تعالی فرجه)

و شاه زاده علی اکبر (علیه السلام)

و

پدرم، مادرم، خواهر و برادرانم به پاس مهربانی شان

همسر مهربانم به پاس فداکاریش

و علی جان

مشکر و قدردانی

سپاس خدای را که سخنوران در ستودن او مانند و شمارندگان شمردن نعمت های او ندانند؛ و سلام و درود بر ختمی مرتبت حضرت محمد (ص) و

خاندان پاک او، طاهران معصوم، هم آنان که وجودمان و مدار وجودشان است و نفرین پیوسته بردشمنان ایشان تا روز تاختنر...

بدون شک جایگاه و منزلت معلم، اجل از آن است که در مقام قدردانی از زحمات بی شائبه ی او، چیزی بنگارم. ابا بر حسب وظیفه و از

باب «من لم یسکر المخلوق لم یسکر الخالق»:

از اولین معلمان زندگی ام، پدر و مادر عزیزم که همواره بر کوتاهی و درستی من، قلم عفو کشیده و گریانه از کنار غفلت هایم گذشته اند و در تمام عرصه -

های زندگی یار و یاور بی چشم داشت برای من بوده اند؛

از استاد عالم و وارسته، سرکار خانم دکتر فاطمه قناد که در کمال سعی صدر، با حسن خلق و فروتنی، از پیچ گلی در این عرصه بر من دریغ ننمودند و

زحمت راهبانی این پایان نامه را بر عهده گرفتند؛

از استاد فرهیخته و با اخلاق، جناب آقای دکتر عباس کریمی که صمیمانه و مهربانانه زحمات مشاوره و یاری اینجانب را در نگارش پایان نامه می‌حاضر

متمنن شکرهای خود را تقدیم می‌دارم.

قدردانی دیگر را به جنابان آقایان دکتر احمد رمضانی و دکتر محمدپارسا که زحمات داوران پایان نامه می‌حاضر را متمنن شکرهای خود تقدیم می‌دارم.

خداوند به یکی ایشان طول عمر با عزت عطا فرماید. ان شاء الله

چکیده :

نام دامنه امروزه به یکی از موضوعات جدی در حوزه ارتباطات تبدیل شده است. در این بین ابعاد حقوقی نام دامنه موضوعات گسترده ای را به خود اختصاص داده است. نتایج حاصله بیانگر این است که احتکار نام دامنه همانند احتکار اموال مادی می تواند موجب مسئولیت مدنی و کیفری اشخاص گردد . با این توضیح که مبنای مسئولیت مدنی ناشی از احتکار نام دامنه، مبتنی بر اثبات تقصیر و در مواردی براساس مفروض بودن تقصیر است؛ به نحوی که قاعده کلی بیانگر این امر است که اصل بر عدم مسئولیت محترک است مگر اینکه زیان دیده سه شرط وقوع فعل زیان بار، ورود خسارت و برقراری رابطه سببیت بین ضرر وارده و فعل زیان بار را اثبات نموده و به علاوه تقصیر محترک نام دامنه نیز به وسیله زیان دیده اثبات شود، البته اگر موضوع از مصادیقی باشد که تقصیر فاعل فعل زیان بار (محترک ثبت نام دامنه) مفروض باشد، در اینصورت مسئولیت محترک نام دامنه محرز می باشد، مگر اینکه فاعل فعل زیان بار بتواند عدم تقصیر و در نتیجه عدم مسئولیت خود را اثبات نماید . همچنین به جهت جرم شناختن احتکار نام دامنه وجود عناصر مادی و معنوی در کنار قوانین موجود ضروری است. لازم به ذکر است با توجه به مبنای مسئولیت مدنی و کیفری اجتماع هر دو نوع از مسئولیت ناشی از احتکار نام دامنه نیز امکان پذیر است.

کلید واژه :

مسئولیت ، مسئولیت مدنی ، مسئولیت کیفری ، احتکار ، نام دامنه ، جبران خسارت

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۲	مقدمه
۵	فصل نخست: مبانی نظری مسئولیت، اختکار و نام دامنه
۶	مبحث اول: مفهوم، انواع و ارکان مسئولیت
۶	گفتار اول: مفهوم و انواع مسئولیت
۱۶	گفتار دوم: ارکان و شرایط تحقق مسئولیت
۲۲	مبحث دوم: مفهوم شناسی اختکار و شرایط آن
۲۲	گفتار اول: مفهوم اختکار
۲۶	گفتار دوم: شرایط تحقق اختکار از منظر فقه و حقوق
۳۰	مبحث سوم: مفهوم و ماهیت حقوقی نام دامنه
۳۰	گفتار اول: مفهوم نام دامنه
۳۲	گفتار دوم: ماهیت حقوقی نام دامنه
۳۵	جمع بندی فصل اول
۳۶	فصل دوم: شرایط تحقق جرم و مسئولیت کیفری ناشی از اختکار نام دامنه
۳۷	مبحث اول: شرایط تحقق جرم اختکار نام دامنه
۳۷	گفتار اول: عنصر قانونی
۴۳	گفتار دوم: عنصر مادی
۴۶	گفتار سوم: عنصر معنوی
۴۸	مبحث دوم: مسئولیت کیفری ناشی از اختکار نام دامنه

گفتار اول: مجازات احتکار نام دامنه	۴۸
گفتار دوم: آثار ناشی از مسئولیت کیفری احتکار نام دامنه	۵۲
جمع بندی فصل دوم	۵۶
فصل سوم: شرایط و آثار مسئولیت مدنی ناشی از احتکار نام دامنه	۵۷
مبحث یکم: شرایط مسئولیت مدنی ناشی از احتکار نام دامنه	۵۸
گفتار اول: شرایط مسلم مسئولیت مدنی	۵۸
گفتار دوم: شرایط احتمالی مسئولیت مدنی	۶۴
مبحث دوم: آثار مسئولیت مدنی ناشی از احتکار نام دامنه	۶۷
گفتار اول: جبران ضرر و زیان وارده	۶۷
گفتار دوم: جلوگیری از ورود ضرر و زیان آتی	۶۹
جمع بندی فصل سوم	۷۱
نتایج	۷۲
پیشنهادها	۷۴
فهرست منابع	۷۵

مقدمه

نام دامنه نقشی اساسی در برقراری ارتباط کاربران با اینترنت ایفا می کند. هر صفحه اینترنتی، دارای یک نشانی منحصر به فرد است. نام دامنه یک نشانی رایانه ای می باشد که در قالب رمز به صورتی که بتوان آن را به خاطر سپرد، درآمده است. به عبارت دیگر نام دامنه باید با اعداد پروتکل اینترنتی هماهنگی داشته باشد. نام دامنه همچون نقشه در فضای مجازی عمل می کند. هزاران پایگاه جهانی در شبکه جهانی اینترنت وجود دارد که هر کدام کاربران خود را دارند؛ برای اینکه کاربران در چنین دنیایی گمراه و سردرگم نشوند هر شخص باید نام دامنه (نشانی) خاص خود را داشته باشد.

در حقوق ایران، مقرراتی که نام دامنه را مورد توجه قرار دهند، چندان متعدد نیستند لکن برای نمونه می توان از ماده ۶۶ قانون تجارت الکترونیک به عنوان مهمترین ماده مرتبط اشاره کرد. این ماده چنین مقرر می دارد: "به منظور حمایت از حقوق مصرف کنندگان و تشویق رقابت های مشروع در بستر مبادلات الکترونیکی استفاده از علائم تجاری به صورت نام دامنه و یا هر نوع نمایش بر خط علائم تجاری که موجب فریب یا مشتبه شدن طرف به اصالت کالا و خدمات شود ممنوع و متخلف به مجازات مقرر در این قانون خواهد رسید." این ماده برای حمایت از نام دامنه محدوده خاصی را تعیین نموده و به ویژه از حیث جرم انگاری نقض حق از طریق ثبت نام دامنه اهمیت دارد. این ماده به نوعی ثابت می کند که از نظر قانونگذار ایران، نام دامنه ارزش مادی دارد و ممکن است از آن برای نقض حقوق دارنده علامت تجاری استفاده شود.

مبحث مهم دیگری که باید به آن پرداخت، مبحث احتکار نام دامنه و ماهیت آن است. به طور کلی مفهوم احتکار عبارت است از "حبس کالاهای ضروری عمومی به انتظار گرانی" که هرچند در فقه دامنه آن به غلات و روغن و امثال آن محصور شده است، لکن معیارهایی نظیر حبس و انبار کردن، احتیاجات ضروری عمومی، قصد گرانی، در زمان تنگی کالا، جهت تحقق آن مهم تلقی شده است. به طور کلی احتکار در فضای تجارت الکترونیکی یکی از مسائل نوظهوری است که اتفاق نظری میان برخی از فقهای شیعه در خصوص همسانی احکام آن با مفهوم سنتی، وجود دارد. در تجارت الکترونیکی، ابزار تجاری و احتکاری کاربر، وسایل

ارتباط الکترونیکی است، اما فضای احتکار با توجه به نوع کالای احتکار شده متفاوت خواهد بود. کاربرد به قصد افزایش قیمت اقدام به احتکار در فضای مادی یا غیر فعال کردن و جلوگیری از دسترسی به برخی از اطلاعات و کالاها در فضای مجازی و ذخیره سازی آن اطلاعات در حافظه های جانبی خود کرده که بدینوسیله سبب بوجود آمدن و یا تشدید بحران اقتصادی-اجتماعی موجود در جامعه می گردد.

سوالی که در اینجا مطرح است این است که آیا احتکار در فضای تجارت الکترونیکی همان احتکار مصطلح فقهی است؟ حکم آن چیست؟ تحقق شرایط این نوع از احتکار چیست؟ آیا داده ها و اطلاعات و خصوصاً نام دامنه، مال محسوب می شوند؟ مجازات کیفری این نوع احتکار چیست؟ که به طور اجمالی و مختصر باید گفت که احتکار در فضای مجازی مانند احتکار در فضای مادی در صورت وجود شرایط و عناصر آن، تحقق پیدا می کند و محتکر، مرتکب فعل ممنوع و حرام شده و مجرم تلقی می گردد. ازین رو حاکم اسلامی می تواند مرتکب را مجبور به فک انسداد سامانه فروش، فعال سازی نرم افزارهای مربوطه و همچنین در معرض عموم قرار دادن داده ها و اطلاعات و به طور ویژه، نام دامنه، نماید.

با این توضیح که احتکار در فضای الکترونیکی هم از نظر مفهوم و از نظر شرایط تحقق، یکسان و همسو با مفهوم سنتی خود بوده و مواردی که در روایات به عنوان اقسام احتکار مطرح گردیده، تمثیلی و از باب ذکر مصداق می باشد و نه تعیین مصداق و انحصار آن؛ ازین رو حاکم اسلامی به هنگام مصلحت جامعه محقق است از احتکار الکترونیکی جلوگیری کرده و محتکر را تعزیر نماید که باتوجه به ارتباط نزدیک مبحث اخیر با عنوان پژوهش، به طور اختصار می توان گفت که بسته به ماهیت، نوع و میزان جرم صورت یافته و با لحاظ جنبه بازدارندگی، مجازات آن نیز متغیر خواهد بود.

به همین منظور، ضمن بیان کلی تعریف و مفاهیم راجع به نام دامنه، احتکار و مسئولیت، این پژوهش در مقام پاسخ به سوالات و فرضیه های ذیل می باشد و در پایان نیز محقق، در صدد ارائه یکسری راهکارهای تئوری-عملی در جهت سهولت هرچه بیشتر در اجرای احکام و نحوه قانونگذاری در این وادی می باشد.

به طور کلی سوالات اصلی و فرعی پژوهش حاضر ناظر بر موارد زیر است که در ادامه نیز فرضیه های مطرحه بیان می گردد:

الف- مبنا و آثار مسئولیت ناشی از احتکار نام دامنه چیست ؟

ب- نحوه جبران ضرر ناشی از احتکار نام دامنه به چه نحو می باشد؟

ج- در مواردی که احتکار نام دامنه موجب مسئولیت کیفری شود، آیا می توان افزون بر این ضمانت اجرا، مسئولیت مدنی را نیز به رسمیت شناخت؟

الف - مبناى مسئولیت ناشی از احتکار نام دامنه، مبتنی بر اثبات تقصیر و نیز سوءنیت در موارد مسئولیت کیفری می باشد و از طرفی به نظر می رسد شناختن مسئولیت ناشی از احتکار نام دامنه موجب پیشگیری از ثبت نام دامنه غیر ضروری و عدم احتکار آن گردد. همچنین در صورتیکه شرایط مسئولیت مدنی ناشی از احتکار نام دامنه (اعم از شرایط مسلم و شرط احتمالی تقصیر) اثبات شد، از یک سوی بایستی از ادامه ورود خسارت جلوگیری شود و از سوی دیگر باید خسارات وارده ی گذشته جبران گردد

ب- با تکیه بر قواعد مسئولیت مدنی و کیفری و باتوجه به ماهیت احتکار، نحوه جبران خسارت، به صورت مادی و از طریق جبران ضرر وارده می باشد. همچنین در بخش مسئولیت کیفری علاوه بر جبران ضرر و زیان ناشی از فعل مرتکب، با اقدامات مناسب کیفری نیز مجازات می گردد.

ج- با توجه به مبانی مسئولیت مدنی و کیفری اجتماع هر دو نوع از مسئولیت ناشی از احتکار نام دامنه امکانپذیر است.

با گسترش روز افزون استفاده و به کار گیری همه جانبه از فضای سایبر و اینترنت در جهان امروز و خصوصاً توسعه تجارت الکترونیکی؛ مباحث پیرامون نام دامنه و مباحث حقوقی مربوط به آن نیز روز به روز گسترده تر می شود. از طرفی از آنجاکه نام دامنه نقشی اساسی و محوری در فضای مجازی و تجارت الکترونیکی ایفا می کند، لذا اهمیت پرداختن به ابعاد مختلف حقوقی راجع به نام دامنه را بیش از پیش ضروری می نماید.

نظر به اهمیت مسئولیت مدنی و کیفری در دنیای امروز، از دیگر اهداف تحقیق می توان به مطالعه مباحث مسئولیت مدنی در حوزه احتکار نام دامنه در حقوق داخلی اشاره کرد. بدیهی است هدف دیگر از انجام پژوهش آن است که مبانی مسئولیت مدنی و کیفری نام دامنه در نظام حقوقی ایران با مبانی فقهی مورد بررسی قرار گیرد.

نوع تحقیق فوق، به صورت توصیفی- تحلیلی بوده که با استفاده از منابع کتابخانه ای و اینترنتی به توصیف و تحلیل محتوایی موضوع پرداخته است.

با توجه به میان رشته ای بودن موضوع پژوهش که به طور مشخص هم با حقوق خصوصی و هم با حقوق کیفری سر و کار دارد و همچنین گستردگی و پراکندگی مطالب، پژوهش حاضر در قالب سه فصل تنظیم گردیده است. فصل اول اختصاص به مفاهیم بنیادی و مبانی نظری پژوهش داشته که خود در قالب سه مبحث ارائه گردیده است و در هریک از مباحث به ترتیب به مفاهیم و مبانی نظری «مسئولیت»، «احتکار» و «نام دامنه» پرداخته شده است.

در فصل دوم شرایط تحقق جرم و مسئولیت کیفری در موارد احتکار نام دامنه مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته که خود در قالب دو مبحث ساماندهی گردیده است. مبحث اول شرایط تحقق جرم احتکار نام دامنه را در برمی گیرد و مبحث دوم شرایط مسئولیت کیفری در موارد احتکار نام دامنه را شامل می شود.

آخرین فصل پژوهش نیز اختصاص به شرایط تحقق و آثار مسئولیت مدنی در موارد احتکار نام دامنه دارد که این فصل نیز در قالب دو مبحث ارائه گردیده است. مبحث نخست تحت عنوان شرایط تحقق مسئولیت مدنی ناشی از احتکار نام دامنه و مبحث دوم نیز آثار مسئولیت مدنی ناشی از احتکار نام دامنه را در بر می گیرد.

فصل نخست: مبانی نظری مسئولیت، احتکار و نام دامنه

نظر به اهمیت موضوع و با عنایت به ضرورت ذکر مقدماتی مفاهیم و تعاریف و شرایط تحقق مسئولیت مدنی و همچنین تعریف و بررسی ماهیت فقهی حقوقی احتکار و به علاوه تبیین حوزه نام دامنه، در این فصل به بیان تعاریف و مفاهیم مسئولیت، احتکار و نام دامنه پرداخته خواهد شد. بدیهی است با توجه به وجود اختلافات فقها و حقوقدانان در بیان تعاریف و شرایط مسئولیت مدنی و کیفری و شرایط تحقق آن، ذکر تمام موارد مربوطه اساساً از محدوده این پژوهش خارج است، لیکن جهت تبیین موضوع پژوهش ناگزیر از بیان تعریف مختصری از موضوعات مذکور خواهیم بود.

موضوعات مباحث این فصل طی سه مبحث به آنها پرداخته خواهد شد. در مبحث اول به مفهوم مسئولیت و انواع آن، در مبحث دوم به مفهوم احتکار و شرایط تحقق آن و سرانجام در مبحث سوم به مفهوم نام دامنه و بیان ویژگی‌های آن پرداخته خواهد شد.

مبحث اول: مفهوم، انواع و ارکان مسئولیت

در نخستین مبحث از فصل نخست پژوهش، طی دو گفتار به تعریف فقهی و حقوقی مسئولیت، انواع آن و ارکان و شرایط تحقق مسئولیت پرداخته خواهد شد. با توجه به اینکه موضوع اصلی پژوهش اشاره به حوزه مسئولیت دارد و مسئولیت نیز به دو دسته عمده مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری تقسیم می‌شود لذا در این مبحث ابتدا مسئولیت تعریف می‌گردد و مبانی نظری آن مورد بررسی و اشاره قرار می‌گیرد. پس از آن مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری مورد تحلیل قرار خواهد گرفت.

گفتار اول: مفهوم و انواع مسئولیت

در این گفتار تلاش بر آن است که ابتدا تعریفی از واژه ی «مسئولیت» ارائه گردد و سپس با توجه به وجود دسته بندی‌های متعدد در خصوص انواع مسئولیت که می‌توان از مسئولیت اخلاقی، اداری، انضباطی، کیفری، غیر قراردادی «مدنی»، قراردادی و قانونی به عمده‌ترین آنها که در این پژوهش مورد کاربرد و استناد قرار گرفته است، پرداخته خواهد شد.

بند اول: مفهوم لغوی، فقهی و حقوقی مسئولیت

باتوجه به وجود تعاریف متعدد و متفاوت فقهی و حقوقی از مسئولیت، در این بند ابتدا مفهوم لغوی واژه مسئولیت و سپس تعاریف فقهی و حقوقی آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- مفهوم لغوی مسئولیت

مسئولیت بر وزن مفعولیه (فتح میم، ضم عین، کسر لام، فتح یای مشدد) واژه‌ای است عربی که از نظر دستوری مشتق از سأل، یسأل می‌باشد و در معانی مسئول بودن و موظف بودن به انجام آنچه انسان بر عهده

دارد، به کار رفته است. (المنجد، ۱۳۸۶ - معین، ۱۳۷۱) در لغت نامه دهخدا زیر واژه مسئولیت تحت «پذیرفتن» یا «اجباراً ملزم یا متعهد شدن» تعریف شده است. در قرآن کریم در آیات متعددی واژه مسئولیت و مشتقات آن به کار رفته و از مسئولیت انسان بحث شده است؛ از جمله: «... و اوفوا بالعهد ان العهد کان مسئولاً» (اسراء، آیه ۳۴) همه به عهد خود باید وفا کنید که البته (در قیامت) از عهد و پیمان سؤال خواهد شد.

مسئولیت در اصطلاح و در معنای عام عبارت از حالتی است که شخص در قبال انجام عمل مغایر با قاعده، مؤاخذه یا بازخواست می‌شود. با این توضیح که اگر قاعده مورد تجاوز، از قوانین و مقررات موضوعه باشد، مسئولیت حادث، مسئولیت حقوقی است و عامل، حسب مورد محکوم به مجازات یا ملزم به پرداخت خسارت می‌شود و اگر قاعده‌ی نقض شده از قواعد اخلاقی به شمار رود، مسئولیت ایجاد شده، مسئولیت اخلاقی است و عامل در قبال وجدان یا پروردگارش پاسخگوست (کریمی، ۱۳۹۲: ۲۲)

۲- مفهوم فقهی مسئولیت:

مسئولیت در فقه با لفظ ضمان شناخته می‌شود. واژه ضمان نیز در فقه بر مفاهیم متعددی مصداق دارد و در کلام فقها و اصولیین در ابواب مختلف فقه همچون عقود و غیر از آن کاربرد دارد. ضمان قهری مسئولیتی است که متفرع بر عقد نباشد که به معنی مسئولیت خارج از قرارداد نیز می‌باشد. لازم به ذکر است با تطور در متون فقهی، ملاحظه می‌شود بیشترین موضوعاتی که در قالب ضمان مطرح شده است، اختصاص به مباحث مدنی داشته و موارد بسیار اندکی به مسئولیت کیفری پرداخته شده است که چرایی این موضوع خود به صورت مفصل قابل بررسی بوده، لیکن خارج از موضوع پژوهش حاضر است.

۱-۲- قاعده لاضرر

متن قاعده از حدیث نبوی «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» گرفته شده است. در این قاعده با ورود هر گونه ضرر به هر نحو می‌بایست جبران ضرر انجام پذیرد. فقیهان اسلامی از قاعده لاضرر به عنوان حکم ثانوی و محدودکننده استفاده کرده اند تا هر جا که ضرر نامشروع یا نامتناسبی از احکام ناشی شود از آن پرهیز

کنند. لازم به ذکر است قاعده مذکور از جهات گوناگون مورد بحث فقها قرار گرفته است که طرح تمامی آنها در این کلیات ضروری نیست. اما باید اشاره کرد قاعده لاضرر حکمی تبعیدی و خلاف قاعده نیست که محصور در موارد خاصی باشد، بلکه لزوم جبران ضرر ناروا امری عقلی بوده و همین امر سبب گسترش قلمرو قاعده به تمام مواردی است که از فعل شخص یا حکم، ضرری به دیگری وارد آید. همچنین باید اشاره نمود عموماً در مثالهای فقها، ضرر بیشتر محدود به ضرر مادی و بدنی شده است، اما فقیهانی نیز وجود دارند که بر این عقیده اند واژه ضرر در حدیث مورد اشاره شامل ضررهای معنوی و یا به تعبیری ضررهای غیر مادی نیز می شود. (میرفتاح، ۱۴۲۵ : ۹۴ - کاتوزیان، ۱۳۷۴ : ۱۴۴)

۲-۲- قاعدهی اتلاف و تسبیب

بر اساس این قاعده هر کس بالمباشره یا بالتسبیب به دیگری خسارتی وارد آورد، مسئول خواهد بود. لازم به ذکر است که اتلاف و تسبیب از یکدیگر جدا نبوده و تنها دو روش متفاوت ورود خسارت می باشند، به نحوی که «هرگاه کسی شخصاً، یعنی بدون واسطه، یا به وسیله و با واسطه، مال دیگری را تلف کند، تلف کنندهی مال در برابر صاحب آن ضامن و مسئول است.» (محمدی، ۱۳۸۰: ۲۶) اولی را اتلاف بالمباشره و دیگری را اتلاف بالتسبیب می نامیم. در منابع فقهی برخی این دو قسم از اتلاف را از یکدیگر جدا کرده و آن را در قالب دو قاعده ی مجزا تحت عناوین اتلاف و تسبیب ذکر کرده اند و برخی آن را یکی می دانند. البته کسانی هم که اتلاف و تسبیب را جداگانه مورد بررسی قرار داده اند اذعان به یکی بودن ماهیت هر دو دارند و بلافاصله متعاقب قاعده اتلاف، به قاعده تسبیب می پردازند (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱۱۸) ما با اعتقاد به وحدت اتلاف و تسبیب، آن را در یک گفتار مورد بررسی قرار می دهیم. در فقه، اتلاف می تواند هم در اموال باشد هم در ابدان. به نحوی که اگر کسی مستقیماً مال دیگری را از بین ببرد و یا خسارتی جسمی به او وارد آورد، ضامن خواهد بود. لکن باید توجه نمود با جدایی و دوگانه سازی مسئولیت مدنی و کیفری، مقصود از اتلاف در مسئولیت مدنی، تنها تلف مال است. (کاتوزیان، ۱۳۷۴ : ۱۴۸). شایان ذکر است که اتلاف مال عنوانی کلی

است که بر مصادیقی همچون اتلاف عین، اتلاف منفعت و ... قابل انطباق است.^۱ اما در ضمان ناشی از اتلاف بالتسبیب، فرد مستقیماً خسارتی را به بار نمی‌آورد بلکه موجبات تحقق آن را فراهم می‌کند. تعاریفی چند از اتلاف بالتسبیب ارائه شده است؛ من جمله «وارد کردن ضرر به مال غیر که فعل منشأ ضرر، به وسیله خود فاعل، به هدف هدایت نشده باشد، بلکه بر اثر تقصیر یا بی‌مبالاتی یا غفلت و عدم احتیاط وی، ضرر متوجه غیر گردد». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۱۵۱) و یا مطابق موازین فقهی «هرگاه عمل شخص، مع الواسطه باعث تلف مال دیگری شود، عامل، ضامن و این عمل را تسبیب می‌گویند». (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱۱۷).

شایان ذکر است مفهوم سبب در تسبیب نسبت به معنای فلسفی آن (علت) متفاوت است. در اینجا سبب به معنای زمینه و مقتضای فعلی می‌باشد، به نحوی که از وجودش وجود دیگری لازم نیاید، ولی از عدمش عدم دیگری لازم بیاید اما علت که در معنای فلسفی به کار برده می‌شود آن است که از وجودش وجود دیگری و از عدمش عدم دیگری لازم آید. منبع قاعده‌ی مزبور را، کتاب، سنت و اخبار، اجماع و بنای عقلاء دانسته‌اند که در قرآن نیز به آیاتی مانند: آیه ۱۹۴ سوره بقره^۲، آیه ۴۰ سوره شوری^۳ و آیه ۱۲۶ سوره نحل^۴، اشاره گردیده است (عباسی نژاد و دیگران، ۱۳۹۰: ۱۱۴).

۳-۲- قاعده‌ی غرور

در غرور کسی که به واسطه‌ی فریب‌کاری دیگری گول خورده و متحمل ضرر می‌شود، حق مراجعه به فرد فریب‌کار را دارد. (المغرور یرجع الی من غره). برای تحقق غرور چهار شرط ذکر شده است: اولاً، زیان دیده جاهل به واقع باشد. ثانیاً، جهل، انگیزه اتلاف یا استیلا باشد. ثالثاً، بین کار عامل غرور و این پندار نادرست رابطه علیت وجود داشته باشد. رابعاً، مغرور کننده مقصر باشد». (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۵۹).

^۱ - برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک.: محقق داماد، ۱۳۸۴: ۱۲۶ - ۱۲۷.

^۲ - «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم»

^۳ - «و جزاء سیئه سیئه مثلها»

^۴ - «و إن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به»