

## **The Foundations of the Sanctions of the Violation of Competition Law Based on Jurisprudential Discourse as Social Capital**

**Jalil Ghanvati<sup>1\*</sup>, Mahshid Jafari Harandi<sup>2</sup>**

1. Associate Professor, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran

2. PhD Student, Kharazmi University, Tehran, Iran

(Received: August 25, 2019; Accepted: April 19, 2020)

### **Abstract**

Due to the conflict of interests, the intensified imbuelement of the human interrelationships with avarice, and the constant struggle for the attainment of more benefits, the creation of an appropriate and effective sanction has been taken into account in all legal systems. Consequently, this point has been deemed as one of the important indicators in setting rules and regulations within the business activities, too. The more this sanction agrees with the active forces of the social arena, the cultural norms, and especially the jurisprudential rules acknowledged by the majority of the society, the more the legal rules and regulations related to these norms will be taken into account (due to their intermingling of the two elements of legitimacy and popularity) as social capital and as a reliable point that will bring about businesspersons' trust. On the contrary, when these factors lead to conflicting behaviors, they will result in the reduction of trust in governmental rules and regulation, behavioral conflicts among market actors, disinterest in regulations, violation of law, and finally the breakup of economic and business relations; moreover, intense conflict will occur between the legal system and the social behaviors that will lead to the reduction or loss of the social capital that is related to the rules. In fact, the foundation of the rules of the society on Islamic jurisprudence and the explication of legal verdicts in the light of jurisprudential bases in the Islamic society is a valuable social capital that should not be ignored by the governmental officials. The goal-oriented view to legal verdicts in the Islamic government and the analysis of the legal regulations based on the human dignity and human rights as emphasized by Islamic jurisprudence have their roots in the specific methodology of Islamic jurisprudence and help with the explanation and rereading of the Islamic law. The adoption of this view to the Competition Law and the anti-competition practices increases the legitimacy and popularity of legal rules.

### **Keywords**

Anti-competitive practices, Competition Law, Conventional verdict, Restrictions, Sanction.

---

\* Corresponding Author, Email: [ghanavaty@ut.ac.ir](mailto:ghanavaty@ut.ac.ir)

## مبانی ضمانت اجرای نقض حقوق رقابت بر اساس گفتمان فقهی به مثابه سرمایه اجتماعی

جلیل فنوا تی<sup>۱\*</sup>، مهشید جعفری هرندی<sup>۲</sup>

۱. دانشیار، دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۶/۰۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۱/۳۱)

### چکیده

به دلیل تعارض منافع و رواج روحیه افزون طلبی در روابط انسانی و کشاکش دائمی برای کسب سود بیشتر، ایجاد ضمانت اجرای مناسب و کارآمد در همه نظام‌های حقوقی مد نظر قرار گرفته است. این نکته از شاخص‌های مهم وضع مقررات و تنظیم‌گری در حوزه فعالیت‌های بازرگانی نیز محسوب می‌شود. هر چه این ضمانت اجرا با نیروهای کنشگر در عرصه اجتماعی و هنجارهای فرهنگی و به‌ویژه ضوابط فقهی مورد پذیرش جامعه هماهنگ‌تر باشد قواعد حقوقی و مقررات منطبق با این هنجارها، با تقارن دو عنصر «مشروعیت» و «مقبولیت»، به مثابه سرمایه‌ای اجتماعی و به منزله نقطه‌ای قابل اتکا و عاملی برای اعتماد بازرگانان قرار خواهد گرفت. برعکس، در جایی که این عوامل رفتارهای متناقض را نتیجه دهند کاهش اعتماد به مقررات و تنظیم‌گری دولت، تعارض‌های رفتاری فعالان بازار، روی‌گردانی از مقررات و تمرد از قانون، و در نهایت گسست در روابط اقتصادی و تجاری ایجاد می‌شود و بین سیستم حقوقی و رفتارهای اجتماعی تضادهای عمیق شکل می‌گیرد و به کاهش یا از دست رفتن سرمایه اجتماعی مرتبط با قوانین خواهد انجامید. در واقع، بنیان‌گذاری قوانین حاکم بر جامعه بر مبنای فقه اسلامی و تبیین احکام قانونی با توجه به مبانی فقهی در جامعه اسلامی از سرمایه‌های اجتماعی ارزشمندی است که نباید از سوی متصدیان حکومتی مورد غفلت قرار گیرد. نگاه مقصدگرایانه به احکام قانونی در نظام اسلامی و تحلیل موازین قانونی با نگاه به کرامت انسانی و حقوق بشر مورد تأکید در فقه اسلامی هم‌مبیتی بر متدولوژی خاص فقه اسلامی است هم به تبیین و بازخوانی حقوق اسلامی کمک می‌کند. این نگاه در حقوق رقابت و رویه‌های ضد رقابتی مشروعیت و مقبولیت قواعد حقوقی را افزایش می‌دهد.

### کلیدواژگان

حقوق رقابت، حکم وضعی، رویه‌های ضد رقابتی، ضمانت اجرا، ممنوعیت.

\* رایانامه نویسنده مسئول: ghanavaty@ut.ac.ir

## مقدمه

از یک سو، اولاً، برخلاف مشهور بین اندیشمندان، که انسان را موجودی مدنی‌الطبع می‌دانند، برخی محققان بر آن‌اند که انسان به طبع اولی استخدام‌گرا است و به حکم ضرورت و به طبع ثانوی مدنیت‌گرا (طباطبایی، ۱۳۷۱، ج ۲، ۱۶). انحصارطلبی و به خدمت گرفتن انحصاری روابط و منافع تجاری موجود در بازار از آثار این ویژگی است. در حوزه‌های تجاری نیز، اگرچه رقابت اقتصادی دارای آثار و پیامدهای مثبت اقتصادی است و موجب برخی ابتکارات و خلاقیت‌ها در عرصه اقتصاد می‌شود و زمینه رشد و پیشرفت اقتصادی را فراهم می‌کند، امتیازطلبی‌های افراطی و روحیه استخدام‌گرایی انسان موجب تنازع در جامعه انسانی می‌شود. ازین‌رو، برای رفع این منازعات و حفظ نظام اقتصادی و تجاری جامعه و نیز حفظ و تقویت رقابت سالم تجاری، وجود قانون مناسب ضروری است. برای نیل به این مقصود، دانشمندان علم حقوق و اقتصاد مقرراتی را تحت عنوان «حقوق رقابت» تدوین کرده‌اند. به تعبیر دیگر، مشروعیت و ضرورت وجود حقوق رقابت در بازار به دلیل منافع اجتماعی و اقتصادی است که ممکن است با گسترش انحصارگری و دیگر اقدامات محدودکننده تجارت زایل شوند و همچنین حاکمیت حقوق بر بازار سبب می‌شود زیان‌های حاصله از اقدامات تهدیدکننده یا مخرب رقابت کاهش یابد یا از بین برود. ثانیاً، قانون یادشده زمانی می‌تواند روابط مردم را به‌درستی تنظیم و منازعات را رفع کند که دارای ضمانت اجرا باشد. ضمانت اجرای حقوقی از این موارد است. ضمانت اجرای حقوقی، اصولاً، به منظور تنظیم رفتار اشخاص در مواجهه با قانون و نیل به وضع مطلوب و حاکمیت قانون در نظر گرفته می‌شوند. این نوع ضمانت اجرا در جایی اعمال می‌شود که رفتاری برخلاف ضوابط قانونی شکل گیرد (جعفری لنگرودی ۱۳۸۲: ۹). ثالثاً، ضمانت اجرا باید کارآمد و مؤثر باشد و کارآمدی ضمانت اجرا از عوامل زیادی، از جمله زمینه‌های پذیرش و باورها و هنجارهای اجتماعی، تبعیت می‌کند. در شمار این عوامل و بلکه مهم‌ترین عامل هنجارهای شرعی است که بر مبنای باور باورمندان به اصول، مبانی، ضوابط، و احکام شرعی شکل می‌گیرد و در کنار نیروهای اجتماعی حاصل از فهم و رویه‌های نوعی در بستر جوامع دینی، به مثابه ابزاری قدرتمند در تنظیم و تنسيق روابط تجاری، ظاهر می‌شود. رابعاً، تأثیر این ضمانت اجراها فراتر و گاه متفاوت از ضمانت اجرایی است که قانون‌گذار در نظر می‌گیرد. به دیگر

سخن، در صورت تطبیق قواعد رقابتی بر مبنای حقوق و قواعد شرعی وضعیت اعتماد در روابط تجاری، به ویژه از سوی افراد دغدغه مند در زمینه مسائل فقهی و شرعی، به گونه ای رقم خواهد خورد که قواعد رقابتی، خود، به مثابه پایگاهی برای اتکای فعالان بازار و سرمایه ای برای رونق فضای کسب و کار و شفافیت روابط تجاری عمل خواهد کرد. امکان اتکا و برنامه ریزی و عدم تعارض بین مقررات عرفی و قواعد و قوانین شرعی در فعالیتهای تجاری می تواند از دستاوردهای مهم هماهنگی و هم سویی و هم افزایی این دو دسته از مقررات تلقی شود. در این صورت، نیروی حاصل از این هماهنگی سرمایه معنوی مهمی در این زمینه خواهد بود. همان طور که هم سویی نیروهای کنشگر در حوزه روابط اجتماعی با قوانین و مقررات به هم افزایی و اقتدار هر دو حوزه منجر می شود، چنانچه ضمانت اجرای حقوقی با باورهای دینی و التزامات اشخاص باورمند هماهنگ باشند، این دو نیز در روندی هم افزا و مکمل قوت تأثیر هر دو را افزون می سازند. در فرض انطباق و هماهنگی این دو، قوانین مصوب و جاری هم عنصر «مشروعیت» را دارند هم «مقبولیت اجتماعی» را. تقارن این دو ویژگی و اجتماع آنها در قوانین کشور موجب می شود قانون به تکیه گاهی استوار در تنظیم روابط تجاری تبدیل شود و اعتماد در روابط بازرگانی افزایش یابد. استفاده از مکانیسم های حقوقی مبتنی بر ضوابط فقهی و رویکردهای اخلاقی در هم تنیده با آن در ایجاد فضایی مبتنی بر اعتماد متقابل سهیم است.

از سوی دیگر، اولاً، یکی از عوامل مؤثر بر کارآمدی ضمانت اجراها عدم تعارض آن با ضمانت اجرای موجود در بسترهای موازی و رقیب است. وجود این بسترها و ضمانت اجرایی که ممکن است در مقام معارضه با ضمانت اجرای حقوقی به مثابه عامل کاهنده عمل کنند ضرورت توجه به بسترهای رقیب را بیش از پیش آشکار می کند. ثانیاً، از آنجا که در جامعه ای با فرهنگ اسلامی باورمندی، از جمله در روابط بازرگانی، نقش مهمی ایفا می کند، تنافی بین ضمانت اجرای حقوقی و ضمانت اجرای فقهی و شرعی، در عمل، به بروز رفتارهای متضاد در جامعه بازاری منجر خواهد شد و به تدریج مشکلات عدیده ای به بار خواهد آورد.

با توجه به مبانی ممنوعیت رویه های ضد رقابتی در قانونی که آخرین اراده قانون گذار (قانون سیاست های اجرایی اصل ۴۴) را بیان می کند، چند پرسش مطرح می شود. نخست اینکه آیا

ممنوعیت‌های قانونی مندرج در قانون یادشده بر اساس مبانی شرعی و در قالب گفتمان حکم وضعی و تکلیفی توجیه و تبیین می‌شوند یا خیر. دوم اینکه به طور مشخص آیا ضمانت اجرای فسخ یادشده در آن قانون برای ممنوعیت رویه‌های ضد رقابتی متناسب با مبانی این ممنوعیت‌ها و فلسفه وضع ضمانت اجراهاست یا خیر. سوم اینکه، در صورت وجود مغایرت، بر اصل اعتماد در روابط بازرگانی و سرمایه اجتماعی مورد انتظار از جریان این اصل چه تأثیری می‌گذارد. چهارم اینکه راه‌کار افزایش سرمایه اجتماعی مرتبط با اصل اعتماد و با لحاظ عامل ضمانت اجرای نقض حقوق رقابت و اتخاذ رویه‌هایی ضد رقابتی کدام است. در این نوشتار، این پرسش‌ها با تأکید بر یکی از ضمانت اجراهای موجود در قانون یادشده بررسی خواهد شد.

### مبانی نظری و پیشینه تحقیق

در فصل نهم از قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ قانون اساسی، که از مقررات حقوق رقابت ایران و آخرین اراده قانون‌گذار در این زمینه است، رویه‌های ضد رقابتی ممنوع شده است. تعیین ضمانت اجرای کارآمد و متناسب با مبانی ممنوعیت‌های مندرج در این قانون از اهداف اصلی قانون‌گذار برای تصویب مقررات یادشده بوده است. به طور طبیعی، مقنن، هنگام وضع ضمانت اجرا، مبانی ممنوعیت عمل و فلسفه وضع ضمانت اجرا و مفسده موجود در عمل ممنوع را در نظر دارد تا بتواند حکم وضعی متناسبی برای نقض ممنوعیت جعل کند.

در جامعه امروزی، بدون تردید، نقض ممنوعیت‌های قانونی جریان منظم اقتصاد، تجارت، نظام اجتماعی، و آزادی فردی را بر هم می‌زند. قانون‌گذاران، که همواره خود را حافظ نظم امور می‌دانند، از اعمال و رفتارهایی که تُرم‌ها و قواعد اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی را بر هم می‌زنند، با بهره‌گیری از ابزارهای مختلف، جلوگیری می‌کنند. این ممنوعیت‌ها، بسته به رفتارهای نقض‌کننده، شدت و ضعف پیدا می‌کنند. گاهی فقط با وضع ممنوعیت تکلیفی از انجام دادن آن جلوگیری می‌کنند. زمانی، علاوه بر تحریم و ممنوعیت تکلیفی، عمل حقوقی را باطل و غیر نافذ و قابل فسخ و غیر قابل استناد می‌سازند. در واقع، برای جلوگیری از به هم ریختن نظام‌های حاکم بر جامعه نمی‌توان به صرف حکم تکلیفی اکتفا کرد و از احکام وضعی یاری نگرفت. در حقیقت، هر چه ضمانت اجراها قوی‌تر و متناسب‌تر و شامل‌تر باشند اعتماد به روابط تجاری و اطمینان از

سرانجام رابطه تجاری، حتی در فرض نقض، افزون‌تر خواهد بود. در همین زمینه، بند ۱ ماده ۶۱ قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ قانون اساسی حکم وضعی قابلیت فسخ را ضمانت اجرای نقض ممنوعیت‌های قانونی یادشده در آن قانون معین کرده است. بدیهی است تحقیقات مناسبی در زمینه حقوق رقابت و رویه‌های ضد رقابتی انجام شده است که می‌تواند از مقدمات این پژوهش تلقی شوند.

### روش تحقیق

در بررسی موضوع از شیوه تجزیه و تحلیل اطلاعات به روش کیفی استفاده شد. همچنین، از ابزارهای معمول، از جمله کتابخانه و اینترنت و غیره، بهره گرفته شد تا بر اساس استنتاج منطقی و استدلال تحقیق انجام شود.

### یافته‌های تحقیق

نتایج این پژوهش نشان می‌دهد، اگرچه ضمانت اجرای مناسبی در حوزه رقابت دیده می‌شود، این ضمانت اجراها، به دلیل ناهماهنگی با مقررات فقهی و احتمال بروز رفتارهای متعارض ناشی از وجود ضمانت اجراهای متفاوت در حوزه‌های شرعی و فقهی، نمی‌تواند چنان که باید به گسترش اعتماد در روابط بازرگانی و ایجاد نقطه ثقل اتکا و به مثابه سرمایه اجتماعی عمل کنند. در حقیقت، در رابطه بین ضمانت اجرای حقوقی و ضمانت اجرای فقهی و شرعی دو حالت متصور است: نخست، هم‌سویی و هم‌افزایی و تکمیل و متمیم ضمانت اجراهای هر یک از این دو در ارتباط با یک‌دیگر و دوم، تعارض ضمانت اجرای حقوقی و فقهی با یک‌دیگر. این تعارض، در عمل، افراد را به رفتارهای متفاوت و گاه متناقض رهنمون می‌سازد. در حقیقت، در روابط بازرگانی، که به گردش سرمایه افراد جامعه و کسب سود و درآمد از محل فعالیت‌های توأم با رقابت منجر می‌شود، بیشترین دغدغه‌مندی در مشروعیت و انطباق رفتارها با هنجارهای اخلاقی و اجتماعی و شرعی بین احاد مردم باورمند به چشم می‌خورد. این دغدغه‌ها، به‌ویژه، در جایی که بین مفاد مقررات قانونی و ضمانت اجرای حقوقی و هنجارهای پیش‌گفته مغایرت وجود دارد بیش از پیش رخ می‌نماید؛ حتی جایی که این ضمانت اجراها به موجب احکام دادگاه‌ها وصف

اجرائی پیدا می‌کنند هم همچنان ادامه دارد. کاهش این دغدغه‌ها از یک سو و ضرورت هم‌افزایی نیروهای مؤثر بر ضمانت اجراهای حقوق رقابت از سوی دیگر اقتضا دارد در بُعد حقوقی و تنظیم‌گری انطباق یا دست‌کم عدم معارضه قوانین با هنجارهای فقهی و اجتماعی، به‌دقت، مورد توجه قرار گیرد.

از دستاوردهای این تحقیق اثبات ضرورت هماهنگی ضمانت اجراهای نقض حقوق رقابت با ضمانت اجراها و هنجارهای فقهی موجود در این زمینه است. ضرورت این هماهنگی، به‌ویژه، با مطالعه موردی درباره حق فسخ مصرح در قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ بررسی شده است.

### مبانی حکم وضعی نقض ممنوعیت روبه‌های ضد رقابتی

نیاز انسان او را به زیست اجتماعی و تعاون، آفرینش نظام‌های مالی و پولی، پی‌ریزی ساختارهای قانونی، و چارچوب‌های اعتباری-همچون ملکیت و زوجیت-وامی دارد (نظری ۱۳۹۵: ۱۸۳). این نیازها و ضرورت‌های اجتماعی زندگی جمعی باعث ایجاد حقوق در جامعه می‌شود. شاید در واقع حقوق پدیده‌ای فرعی است و پدیده اصلی آن همانا اجبار به زندگی دسته‌جمعی و روابط الزامی ناشی از اجتماع است (لوی برول ۱۳۸۸: ۱۶).

برای تنظیم روابط مردم باید آن‌ها را به انجام دادن پاره‌ای امور ناگزیر ساخت و از پاره‌ای دیگر منع کرد. قواعد حقوقی گزاره‌هایی «بایدانگار» هستند که جوهره آن‌ها از بایدها یا نبایدهایی برای راهنمایی عمل و رفتار انسان تشکیل می‌شود. به تعبیری، فرد یا مقام قانون‌گذار خواسته خود را شخصاً با اراده منتهی به تکاپوی جسمانی خویش انجام نمی‌دهد؛ بلکه مطلوب خود را در فرم جملات قانونی، که به آن طلب انشایی گویند، به خواسته و اراده دیگران تحمیل می‌کند و از آنان می‌خواهد که عمل مطلوب او را از روی اراده و اختیار خود اجرا کنند (حائری یزدی ۱۳۹۵: ۱۴۶).

بنابراین، قانون مجموعه‌ای از اوامر و نواهی است که سبب می‌شود مردم در برابر هم حقوق و تکالیفی داشته باشند و هر گاه حقی مورد تجاوز یا انکار واقع شد دولت آن را اجرا کند؛ یعنی در پناه قدرت خویش نظمی را که لازمه حفظ اجتماع می‌داند تأمین سازد (کاتوزیان ۱۳۹۵: ج ۱، ۳۹۸).

قانون وضع می‌شود که به اجرا درآید و عدالت و نظم را محقق سازد. هدف از جعل قواعد حقوقی و ایجاد حکومت آن است که جلوی تجاوز به حقوق دیگران گرفته شود (علی‌زاده ۱۳۹۴:

۲۳۷). برای اینکه حقوق بتواند به هدف نهایی خود، یعنی ایجاد نظم در جامعه، برسد باید رعایت قواعد آن اجباری باشد. تجربه و علم ثابت می‌کند که خوی تجاوز و سلطه‌گری در انسان متمدن از بین نرفته است؛ سرکوب و وازده شده و گاه که میدان مساعدی پیدا کند با شدت رخ می‌نماید. این است که باید پذیرفت نیاز حقوق به اجبار و داشتن ضمانت اجرا یک نیاز طبیعی است و باید آن را از اوصاف ذاتی و جزئی از ماهیت حقوقی شمرد (کاتوزیان ۱۳۹۵: ۳۹۳). الزام، که سنگ‌بنا و پایه حقوق است، بدون ضمانت اجرا تحقق‌پذیر نیست. به تعبیر روسو، در صورتی که ضمانت اجرایی وجود نداشته باشد قوانین در میان افراد بشر بی‌اثر خواهد بود و این به ضرر افراد عادل و به سود اشخاص شریر خواهد بود (راسخ ۱۳۹۲: ۷۸). پس، داشتن ضمانت اجرا یکی از لوازم و ویژگی‌های حقوق است و همین موضوع قاعده حقوقی را از سایر قواعد اجتماعی، مانند اخلاق و مذهب، جدا و متمایز می‌سازد.

در تعبیر دیگری می‌توان گفت هدف از وضع قوانین تنظیم روابط اجتماعی و اجرای عدالت است. تصویب مقررات مفید و منطبق بر نیازهای جامعه زمانی می‌تواند اثر خود را در جامعه نمایان سازد که دارای ضمانت اجرای قوی و سازنده باشد. به دیگر سخن، به تعبیر جامعه‌شناسان، حقوق بر اساس الزام زندگی جمعی ایجاد می‌شود. وجود قواعد حقوقی، اگر نتواند نیازهای اجتماعی را برطرف سازند، لغو و بی‌فایده است. ضمانت اجرا باید برآیند نیازسنجی واقعی ضروریات جامعه باشد. واضع ضمانت اجرا باید واقعیات جامعه را مد نظر قرار دهد و نگاهی مجرد و رادیکال نداشته باشد. واضع باید در بطن جامعه باشد و ضمانت اجرایی وضع کند که نه آرمانی بلکه کاربردی و عملیاتی باشد (موسوی و ملایی ۱۳۹۶: ۲۱۲). در اصطلاح، ضمانت اجرا عبارت است از عکس‌العمل قانونی که عدم رعایت مقررات قانونی یا تعهدات حقوقی در پی خواهد داشت. بنابراین، ضمانت اجرا وسیله احقاق حق و استیفای حق است و چون ابزار قانونی محسوب می‌شود حمایت قواعد عمومی را مستقیم یا غیر مستقیم در پی دارد.

باید توجه داشت که بشر به‌ندرت مقررات قانونی را به منظور اینکه احترام به قانون ارزش اخلاقی است رعایت می‌کند. در اکثر جوامع، قوانین، به دلیل ترس از مجازات و ضمانت اجرای وضع‌شده برای آن، رعایت می‌شوند. درست است که جوامع بشری از منظر تکنولوژی و



ماشین‌آلات و تسهیل زندگی بسیار پیشرفت کرده‌اند؛ اما، با سرعت گرفتن پیشرفت در دنیای مادی، از پیشرفت معنویت و اخلاق آن‌ها کاسته شده است. پس، نمی‌توان انتظار داشت مقررات در این جامعه مدرن بدون ضمانت اجرا باشد. زیرا بشر متمدن با همان روحیه تجاوزگری در جامعه زندگی می‌کند. ضمانت اجرا وسیله‌ای است برای مبارزه با کسانی که در برابر نظم اجتماعی می‌ایستند و از اجرای قواعد آن خودداری می‌کنند.

برای ناقضان حقوق و قانون ضمانت اجراها به صورت‌های گوناگون جلوه می‌کند. ساده‌ترین وسیله اجبار مجازات کسانی است که از فرمان قانون سرپیچی می‌کنند. کیفر قانونی ممکن است در ارتباط با شخص متجاوز یا اموال او باشد یا جنبه اداری داشته باشد. گاه قدرت عمومی برای اجرای قاعده حقوقی به طور مستقیم مداخله می‌کند. مثلاً غاصبی را که مال دیگری را به زور تصرف کرده است از ملک او خارج می‌سازد. در پاره‌ای موارد اجبار شخص به صورت بطلان اعمال خلاف آن‌ها انجام می‌شود. گاهی نیز حکم به جبران خسارت می‌کند و کسی را که در اثر تجاوز به قواعد حقوقی به دیگری ضرر زده است مسئول جبران می‌کند. پس، مسئولیتی که از این راه برای متجاوز ایجاد می‌شود وسیله اجبار او به اطاعت از حقوق موضوعه است (کاتوزیان ۱۳۹۵: ۳۹۹ - ۴۰۰).

گاهی ضمانت اجرای نقض تعهدات اختیار فسخ یا عدم نفوذ رابطه حقوقی است. زمانی هم حکم به جبران خسارت ایزاری برای مجازات متخلف است. آنجا که عمل حقوقی در جهت نقض احکام و تکالیف قانونی و حقوقی است، علاوه بر ضمانت اجرای تکلیفی، ضمانت اجرای وضعی امری ضروری است. آنچه در یک جامعه منظم نیازمند نظم مؤثر است حکمی است که از قلمرو حیات متخلف فراتر رود و بر عمل او آثار وضعی برجا گذارد. صرف حکم تکلیفی که حاوی نهی شرعی و قانونی برای متخلف است ضمانت اجرای مؤثر و کارآمدی در جامعه امروزی نخواهد بود.

### جعل حکم وضعی در صورت نقض ممنوعیت‌های قانونی

منظور از ضمانت اجرای نقض ممنوعیت‌های قانونی تعیین حکم وضعی برای امر و نهی قانون‌گذار است. در وضع مقررات، شارع و قانون‌گذار دستورهای شرعی و قانونی را در قالب امر، نهی، اجازه، و رخصت صادر می‌کند و برای برخی احکام الزام و برای برخی دیگر تخییر قائل

می‌شود. در خصوص احکامی که قانون‌گذار مکلف را از انجام دادن افعالی نهی می‌کند این موضوع مطرح می‌شود که نهی قانون‌گذار در صورت تخلف چه حکمی به دنبال دارد؟ بررسی مختصر حکم تکلیفی و وضعی در تبیین پاسخ مفید است.

اول. استعمال حکم به نحو مطلق به معنای دستور شرعی است. این دستورها در یک تقسیم‌بندی کلی به احکام تکلیفی و وضعی تقسیم می‌شوند. احکام تکلیفی دستورها و فرمان‌های صادرشده از سوی پروردگار در خصوص افعال و کردار بندگان است و موضوع حکم تکلیفی ذاتاً و بدون واسطه افعال مکلفان است. حکم تکلیفی به دو دسته احکام الزامی و احکام ترخیصی یا تخییری تقسیم می‌شود. احکام وضعی ممکن است با افعال مکلفان مرتبط باشد. اما این ارتباط مستقیم نیست، یعنی به طور مستقیم و بدون واسطه بر فعل یا ترک فعل مکلفان تعلق نگرفته است؛ مانند ملکیت، زوجیت، اهلیت، صحت، بطلان. به دیگر سخن، حکم وضعی عبارت است از قرارداد شرعی در جهت نظم و امنیت عمومی. این حکم از لحاظ ساختار هم‌پایه و همسان با قوانین رسمی جهان امروز است (مصطفوی ۱۳۸۶: ۳۰۲).

دوم. عمده احکام شرع (به‌ویژه غیر عبادات) از مصالح و مفاسد در متعلق تبعیت می‌کنند. مصلحت و مفاسد عبارت است از چیزی که بود و نبود حکم شرعی بستگی به آن دارد، به گونه‌ای که بتوان حکم را از یک موضوع به موضوع دیگر، که دارای آن مصلحت و مفاسد است، سرایت داد. هر عملی که به اقتضای درک قطعی عقل مصلحت لازم‌التحصیل یا مفاسد لازم‌الترک داشته باشد در صورت اول شرعاً واجب و در صورت دوم شرعاً حرام است. به دیگر سخن وجود مصلحت و مفاسد ملزمه در متعلق کشف نمی‌کند (علی‌دوست ۱۳۹۴: ۱۷۴).

احکام وضعی نیز مانند احکام تکلیفی بر اساس ملاک‌ها و مصالح معینی هستند. برخی بر آن‌اند که احکام وضعی تابع مصالح موجود در جعل آن‌هاست. زیرا غالباً متعلق احکام وضعی موضوعات خارجی است و معنا ندارد که مصالح و مفاسد در خود این موضوعات باشد. برخی دیگر در مقام مخالفت بر این باورند که احکام وضعی تابع مصالح و مفاسد موجود در مجعول آن‌هاست نه در جعل. زیرا وجود مصلحت در جعل معقول نیست. بنابراین، باید مصلحت در مجعول باشد و مجعول طهارت، نجاست، ملکیت، و مانند آن‌هاست (ساعدی ۱۳۸۱: ۱۱۴).

سوم. در ممنوعیت‌های مقرر در قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ در زمینه رقابت با بررسی نواهی قانون‌گذار در قلمرو حکم تکلیفی به نظر می‌رسد مبنای منع این دستورها قاعده لاضرر، قاعده سوءاستفاده از حق، قاعده منع اختلال نظام، قاعده رعایت نظم عمومی، قاعده منع تبعیض، و نظریه اکل مال بالباطل است که بر اساس آن‌ها حکم تکلیفی حرمت در خصوص قراردادهایی که برخلاف ممنوعیت‌های قانونی یادشده صورت می‌پذیرد بار می‌شود. این حکم تکلیفی مبتنی بر مفسده‌ای لازم‌الترک است. اما باید توجه داشت که قانون‌گذاران به صرف حکم تکلیفی اکتفا نمی‌کنند و برای جلوگیری از مفاسد لازم‌الترک احکام قانونی خود را مبتنی بر ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی و فرهنگی تنظیم و صادر می‌کنند. آنان به دنبال اجرای عدالت و برقراری نظم و انتظام عمومی هستند. بدیهی است نقض این احکام از نظر قانون‌گذار مذموم و قبیح و مورد نهی است. اما ضمانت اجرای نقض این نهی‌ها باید به گونه‌ای باشد که از عدالت و ایجاد نظم در اجتماع حمایت کند. بدیهی است صرف جعل حکم تکلیفی نمی‌تواند زمینه مفاسد لازم‌الترک را از جامعه زایل سازد. باید با جعل احکام وضعی مناسب از مفسده‌های بزرگ‌تری که به اختلال نظام و ورود ضرر و زیان منتهی می‌شود جلوگیری شود. در غیر این صورت، هدف اصلی تقنین و تشریح محقق نخواهد شد.

به‌علاوه، از آنجا که جامعه هدف در وضع ضمانت‌اجراهای وضعی حوزه رقابت، عمدتاً افرادی هستند که تحت قواعد و ضوابط اسلامی تربیت شده‌اند و نیز خود را به این ضوابط ملتزم می‌دانند یا دست‌کم دغدغه آن را دارند، به نظر می‌رسد شمول اجرایی این مقررات زمانی محقق خواهد بود که این ضمانت‌اجراها با قواعد فقهی مرتبط با معاملات تجاری هماهنگی و انطباق حداکثری داشته باشد. به دیگر سخن، در صورتی که مقررات تجاری به نحو عام و مقررات حوزه رقابت به نحو خاص با ضوابط شرعی هماهنگ و بر اساس مبانی شریعت تنظیم شده باشند، وجود این مقررات و جریان صحیح آن برای فعالان بازار و افراد ملتزم یا دغدغه‌مند همچون یک نقطه اتکا عمل می‌کند و در این صورت این ابنا به مثابه سرمایه اجتماعی در این حوزه اثر خواهد کرد. وجود این مقررات و جریان صحیح آن بیش از پیش به تنظیم روابط اجتماعی و اتقان آن کمک خواهد کرد.

### ضمانت اجرای وضعی نقض ممنوعیت‌ها

قانون‌گذار در فصل ۹ از قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ قانون اساسی در ماده ۶۱ در خصوص نقض رویه‌های ضد رقابتی ممنوعه در ماده ۴۵ از قانون یادشده ضمانت اجرایی را وضع کرده است. در ادامه، ضمن بررسی مبانی حکم وضعی آن‌ها، این موضوع تحلیل می‌شود که آیا ضمانت‌های یادشده با مبنای نهی قانون‌گذار و فلسفه وضع ضمانت اجرا مطابقت دارد یا خیر.

#### حکم وضعی نقض ممنوعیت بر مبنای قاعده لاضرر

در تحلیل قاعده لاضرر باور فقیهان بر آن است که قاعده لاضرر صرفاً نفی حکم ضرری می‌کند (شیخ انصاری ۱۴۱۴: ۱۱۴؛ نائینی ۱۳۷۳: ج ۲، ۲۲۰؛ نراقی ۱۳۷۵: ۵۱). محقق خراسانی معتقد به نفی حکم ضرری به لسان نفی موضوع است؛ بدین معنا که به واسطه نفی موضوع ضرری حکم ضرری نفی می‌شود (آخوند خراسانی ۱۴۳۱: ۳۸۱). برخی بر این باورند که لاضرر نفی ضرر غیر متدارک می‌کند؛ بدین معنا که ضرر غیر متدارک در اسلام وجود ندارد. در مقابل، گروهی از فقیهان بر آن‌اند که لاضرر برای اثبات حکم نیز قابل استناد است (مراغی ۱۴۱۷: ج ۱، ۳۱۷ - ۳۲۳). در این وضعیت اگر از وجود حکم - تکلیفی یا وضعی - زبانی به دیگری وارد شود، به استناد قاعده لاضرر، آن حکم نفی می‌شود. در صورتی که ضرر یادشده از مصادیق قاعده اتلاف باشد، به استناد این قاعده، ضرر جبران می‌شود. در غیر این صورت، اگر از عدم حکم زبانی وارد شود، این حکم عدمی با استناد به قاعده لاضرر نفی می‌شود و حکم به جبران ضرر می‌شود.<sup>۱</sup> مثلاً اگر در مواردی از عدم حکم ضمانت و مسئولیت به دیگری ضرر برسد، با استناد به قاعده لاضرر، ضمانت اثبات می‌شود. در واقع، حکم عدمی تبدیل به امری وجودی می‌شود. عدم حکم ضمانت که ضرری است قابل تبدیل به حکم وجودی برائت ذمه می‌شود و با استناد به قاعده لاضرر این حکم ضرری مرتفع و حکم به وجوب

۱. گفتنی است برداشت حکم وضعی از سایر ادله نفی ضرر، مانند صحیح حلبی که امام صادق<sup>(ع)</sup> فرمودند: «بر زن باردار باید انفاق کرد تا زمان زایمان وی و او به فرزند خود برای شیر دادن در ازای وجهی که هر زن دیگری هم همان را طلب می‌کند سزاوارتر است؛ زیرا خداوند فرمود مادر و پدر نباید به فرزند خود ضرر بزنند و بر وراثت هم همین حکم لازم است»، به‌آسانی میسر است. این روایت با توجه به آیه ۲۳۳ سوره بقره هم حق رضاع و هم ضمانت نفقه را برای زن‌ها اثبات می‌کند. (← هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۷). مقالات فقهیه، بیروت، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه، صص ۱۶۷ - ۱۶۸)

ضمانی می‌شود که نبودش ضرری است. به طور کلی، محقق مراغی بر این باور است که حدیث لاضرر در احکام تکلیفی حکم الزامی و در قلمرو احکام وضعی حکم لزوم را نفی می‌کند. این فقیه به‌درستی مهم‌ترین نقش قاعده لاضرر را در استخراج حکم وضعی از آن می‌داند و استفاده صرف حکم تکلیفی از آن را شایسته بحث نمی‌داند (مراغی ۱۴۱۷: ج ۱، ۳۱۷).

با توجه به مطالب یادشده معلوم می‌شود نظریه‌های بیان‌شده همگی مبتنی بر دلالت لاضرر بر نفی حکم ضرری یا نفی عدم حکم ضرری هستند نه نفی از ضرر رساندن به دیگری. در برابر، برخی فقیهان بر این باورند که مفاد قاعده لاضرر نفی از ضرر رساندن به دیگران است. شیخ الشریعه اصفهانی، که این تحلیل را ارائه می‌دهد، می‌گوید نفی یادشده بر حکم تکلیفی حرمت دلالت می‌کند. اما، امام خمینی نیز، که از لاضرر نفی استنباط می‌کند، بر آن است که حکم مستفاد از نفی یادشده حکم ولایتی و حکومتی است.

شهید صدر در تحلیل قاعده لاضرر با توسعه مفهومی ضرر نقش این قاعده را در ضمانت اجرای وضعی تبیین می‌کند. او بر این باور است که ضرر در دو مرتبه طولی نفی شده است. در مرتبه اول ضرر به لحاظ آنچه در شریعت است نفی می‌شود (نفی ضرر به این است که ضرررسانی حرام است) در مرتبه دوم ضرر حرام نفی می‌شود. مثلاً در صورتی که زوج از حقوق شرعی خود بر طلاق علیه زوج استفاده کند تا به زن ضرر رساند و او را از حقوقش محروم کند (مانند سوءاستفاده سمره از حق ملکیتش برای ضرررسانی به مرد انصاری)، صرف تحریم ورود ضرر کافی و سودمند نیست؛ بلکه باید این ضرر حرام را منع کرد. این ممنوعیت با رفع سلطه شوهر بر ابقای زوجیت و رفع سلطه سمره بر مال خود عملی می‌شود.<sup>۱</sup>

بنابراین، بر مبنای بیشتر دیدگاه‌های یادشده، استنباط حکم وضعی از قاعده لاضرر قابل توجیه و پذیرفتنی است. نفی حکم لزوم وضعی، قابلیت فسخ عقد، حکم وضعی ضمان، و حکم وضعی عدم نفوذ و بطلان در معاملات ضرری احکام وضعی هستند که مستند به قاعده لاضرر قابلیت جریان پیدا می‌کنند. در مباحث فقهی نیز ملاحظه می‌شود فقیهان گاهی نفی حکم لزوم وضعی و

۱. برای مطالعه بیشتر ← صدر، محمدباقر، (۱۴۱۷). بحوث فی علم الاصول، مقرر: هاشمی شاهرودی، محمود، ج ۵، قم: موسسه دایره معارف الفقه الاسلامی.

اعتقاد به حق فسخ، مانند آنچه در خیار غبن گفته شده است، را موجب نفی ضرر دانسته‌اند. در برخی موارد نیز فقیهان ضرر در معامله ضرری را با حکم وضعی عدم نفوذ معامله مرتفع می‌سازند. در معاملات به قصد فرار از دین، مانند وقف به قصد اضرار دیان و صلح به قصد اضرار دیان، می‌توان این وضعیت را ملاحظه کرد.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر آرای فقیهان در اصل ۴۳ مقرر می‌دارد: «... اقتصاد جمهوری اسلامی بر اساس ضوابط زیر است: ... ۵. منع اضرار به غیر و انحصار و احتکار و ربا و دیگر معاملات باطل و حرام و ...» ملاحظه می‌شود که بند ۵ اصل ۴۳ به صراحت معاملاتی را که سبب اضرار به غیر می‌شوند باطل اعلام کرده و نفی ضرر را با بطلان معامله ضرری میسر دانسته است. همچنین، ماده ۶۵ قانون مدنی ایران و ماده ۲۱۸ سابق، با اعلام غیر نافذ بودن معاملات ضرری، ضرر را منتفی ساخته‌اند. ماده ۱۱۳۰ و ۱۱۲۹ قانون مدنی طلاق را ابزاری برای نفی ضرر تلقی کرده و در ماده ۱۳۲ حکم وضعی ضمان را برای جبران ضرر ایجادشده مقرر کرده است.

به نظر می‌رسد چنان که در اصل ۴۳ قانون اساسی نیز آمده است گاهی نفی ضرر جز با حکم بطلان برای معامله ضرری میسر نمی‌شود. در واقع، در مواردی هدف قانون‌گذار در نفی ضرر موجود در معاملات ضرری جز با بی‌اعتباری و بطلان عمل حقوقی محقق نمی‌شود. در این صورت، جز با حکم بطلان (حکم وضعی) ضرر منتفی نمی‌شود. در مواردی که زیان باری معامله ضرری به گونه‌ای است که کلیت جامعه و نظام معیشت مردم را متأثر می‌کند، به گونه‌ای که حکم به فسخ یا اثبات رد و تنفیذ نمی‌تواند هدف قانون‌گذار را محقق کند، تنها ضمانت اجرای مؤثر حکم به بی‌اعتباری عمل حقوقی ضرری است.<sup>۱</sup>

در معاملاتی که از طریق تبانی بین اشخاص واقع شده (ماده ۴۵ ق.س.ا) و سبب اختلال در رقابت می‌شوند، در قراردادهایی که در نتیجه احتکار به منزله اقدامی ضد رقابتی واقع شده و سبب ورود ضرر به جامعه می‌شوند، در قراردادهایی که با استفاده از قیمت‌گذاری تهاجمی به مثابه رویه‌ای ضد رقابتی واقع می‌شوند، در قراردادهای مبتنی بر اظهارات گمراه‌کننده، در توافقات مغایر با استانداردهای اجباری و قراردادهای موضوع بند «ح» از ماده ۴۵ قانون سیاست‌های اجرایی

۱. استنباط حکم وضعی از قاعده لاضرر به گونه‌ای است که با اثبات حکم وضعی ضرر موجود نفی شود.

مداخله در امور داخلی یا معاملات بنگاه یا شرکت رقیب) که همگی در ویژگی اضرار به غیر و زیان به جامعه مشترک‌اند و هم‌سو با حکم شارع به حرمت آن‌ها به موجب این قانون ممنوع اعلام شده‌اند از نظر وضعی نیز با حکم بطلان می‌توان ضررهای یادشده را منتفی دانست.

با وجود این، قانون سیاست اجرایی اصل ۴۴ حکم وضعی این معاملات ضرری را بطلان ندانسته و قابلیت فسخ را ضمانت اجرای وضعی مقرر کرده است. در بند ۱ ماده ۶۱ قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ قانون اساسی آمده است: «دستور به فسخ هر نوع قرارداد، توافق، و تفاهم متضمن رویه‌های ضد رقابتی موضوع مواد ۴۴ تا ۴۸ این قانون». قانون‌گذار به شورای رقابت اختیار فسخ قراردادهای متضمن رویه‌های ضد رقابتی را اعطا کرده است. این دستور قانون‌گذار بدین معناست که معاملات منعقد بر مبنای رویه ضد رقابتی یادشده صحیح اما قابل فسخ است.

چنان که گفته شد، درست است که از نظر موازین شرعی و قانونی معامله‌ای که با قصد اضرار به دیگری منعقد می‌شود، با توجه به میزان تأثیر نامطلوبی که بر جامعه و افراد می‌گذارد، می‌تواند ضمانت اجرای متفاوتی - از قبیل فسخ، عدم نفوذ، بطلان - داشته باشد، اما در همه موارد نقض رویه‌های ضد رقابتی تعیین ضمانت اجرای فسخ با مبنای ممنوعیت قانون‌گذار سنخیت ندارد و با فلسفه تعیین مجازات در تعارض است. اگر چنین معاملاتی، که اساس شکل‌گیری آن‌ها ورود ضرر به رقیب است، در بازار رواج یابد و صرفاً شورای رقابت اختیار فسخ آن را داشته باشد، زمینه سوءاستفاده در شورای رقابت فراهم می‌شود و این شورا به نحو سلیقه‌ای در جهت تقویت برخی از تجار صرفاً به جریمه نقدی بسنده می‌کند؛ حال آنکه معامله تاجران دیگر را فسخ می‌کند. فارغ از این موضوع، معامله مبتنی بر رویه ضد رقابتی بر مبنای لاضرر از نظر شرعی حرام است و در روابط تجاری و اقتصادی در جامعه امروزی نمی‌توان معامله‌ای را حرام تلقی کرد و حکم وضعی آن را باطل ندانست. چگونه می‌توان معامله‌ای را به دلیل ضرر به کلیت جامعه حرام دانست و در عین حال آن را صحیح تلقی کرد! به تعبیر دیگر، استفاده از قاعده لاضرر برای جبران ضرر و جلوگیری از ضررهایی که نه به یک فرد مشخص بلکه به کل افراد جامعه وارد می‌شود و جلوگیری از وقوع آن در آینده جز با بی‌اعتبار ساختن توافقات ضد رقابتی حاصل نمی‌شود.

بنابراین، به هر میزان که این اعمال حقوقی ضرری به منافع افراد یا کل جامعه زیان وارد کند راهی جز ضمانت اجرای بطلان عمل حقوقی برای ریشه کن کردن زیان و ضرر و حفاظت از جامعه باقی نمی ماند. در واقع، اگر جهت گیری اقدام ضرری صرفاً به روابط دوجانبه یا چندجانبه مشخص مربوط و محدود شود، قابلیت فسخ ممکن است منطقی باشد. زیرا مصالح افراد خاص و محدودی نقض شده و دادن زمام استمرار عقد به دست آن ها منطقی حقوقی دارد. اما در جایی که جهت گیری به سمت و سوی نقض نظم عمومی تجاری و اقتصادی باشد صلابت نظم عمومی و گستره زبانی که وارد شده است با دادن حق فسخ سازگاری چندانی ندارد و فاقد منطقی حقوقی است. در واقع، این قبیل اقدامات اصل و اساس اعتماد در روابط تجاری را هدف می گیرد و نتیجه آن کاهش اعتماد در بازار و اختلال در روابط بازرگانی است.

در ادامه، مبنای اختلال، که خود به مثابه مبنایی مستقل قابل طرح است، بررسی می شود.

#### حکم وضعی نقض ممنوعیت رویه های ضد رقابتی بر مبنای قاعده منع اختلال نظام

حفظ نظام از واجبات قطعی و با ادله چهارگانه (کتاب، سنت، عقل، اجماع) قابل اثبات است. بنابراین، از نظر تکلیفی تردیدی در وجوب آن و حرمت اختلال در آن باقی نمی ماند. در کلام فقیهان، لفظ «نظام» به طور مطلق یا عام به کار رفته و حکم آن بیان شده است. اما این حکم شامل حفظ خرده نظام ها، از جمله خرده نظام اقتصادی، نیز می شود. به دیگر سخن، حفظ خرده نظام ها، به عنوان مقدمه واجب، مشمول حکم تکلیفی وجوب است. بدون شک، جعل وجوب تابع مصلحت ملزم و جعل حرمت تابع مفسده ملزم است. شارع مقدس اگر مصلحت موجود در نظام را مد نظر قرار داده باشد، حفظ آن را واجب کرده و اگر مفسده موجود در اختلال به نظام را مد نظر قرار داده باشد، اختلال آن را حرام کرده است (رهبرپور ۱۳۸۹: ۲۹۲).

وقتی در نظام جامعه ای اختلال ایجاد می شود جامعه آرامش و اعتدال خود را از دست می دهد و با هرج و مرج و آشوب و فساد مواجه می شود. با توجه به نهی از فساد در قرآن و مغضوب بودن اختلال نظام نزد شارع، باید از آن منع و جلوی آن گرفته شود (باقی زاده و امید فرد ۱۳۹۳: ۱۸۱ - ۱۸۲). هر گاه امری سبب اختلال در نظام جامعه شود و نظام زندگی را در جنبه های سیاسی و اقتصادی بر هم زند، ممنوع و حرام تلقی می شود. به تعبیر برخی فقیهان امامیه حتی در جایی که



حکم و جوب یا حرمت، به منزله حکم اولیه، سبب اختلال شود، قاعده منع اختلال نظام حاکم بر آن است و سبب رفع حکم اولیه می شود.

تبانی از طریق قرارداد یا توافق یا تفاهم (اعم از کتبی، الکترونیکی، شفاهی، عملی) به منظور مشخص کردن قیمت های خرید یا فروش کالا یا خدمت و نحوه تعیین آن در بازار به طور مستقیم یا غیر مستقیم و تقسیم یا تسهیم بازار کالا یا خدمت بین دو یا چند شخص که محل رقابت باشد و احتکار و قیمت گذاری تهاجمی (قنواتی و جعفری هرندی ۱۳۹۴: ۴۴۵) از اموری هستند که با آثار سوء اقتصادی نظام جامعه را به خطر می اندازند و به دلیل قاعده یادشده ممنوع و حرام اند.

اما، از جهت حکم وضعی، بند ۱ ماده ۶۱ قانون سیاست های اجرایی اصل ۴۴ قانون اساسی صرفاً حکم وضعی فسخ را با اختیار شورای رقابت به منزله ضمانت اجرای این رویه های ضد رقابتی تعیین کرده است. به نظر می رسد در مواردی که اقدامات حقوقی یادشده سبب اختلال نظام شوند تنها ضمانت اجرای مؤثر بی اعتباری و بطلان عمل حقوقی است. اگر بپذیریم حفظ نظام اقتصادی از طریق تضمین نظام رقابت، که از زیرمجموعه های خرده نظام اقتصادی است، میسر می شود، بدون شک باید اختلال در آن را حرام و حکم وضعی اقدامات حقوقی مختل کننده نظام را بی اعتباری و بطلان دانست. این معاملات ضد رقابتی به دلیل اختلال نظام به ایجاد فساد در جامعه منجر می شوند و نظام اقتصادی و زندگی مردم را مختل می کنند. بنابراین، مبتنی بر دلایلی از کتاب و سنت و عقل، تنها حکم وضعی قابل توجیه هم سو با رویه های ضد رقابتی حکم وضعی بطلان است.

توجه به این نکته نیز مفید است که قاعده نفی اختلال نظام را در دو سطح باید ملاحظه کرد. گاهی کلیت نظام جامعه و به تعبیری نظام عام مورد نظر است و گاه نظام جزئی یا نظام های خرد در خطر قرار می گیرند. به نظر می رسد قاعده منع اختلال نظام در سطح اول از قواعد اولیه است؛ در حالی که در سطح دوم این قاعده از قواعد ثانوی است. در هر صورت، در وضعیت تعارض یا تزاخم حکم موجب اختلال نظام با احکام دیگر، احکامی که سبب اختلال شده اند نفی می شوند و قاعده حفظ نظام و نفی اختلال نظام حاکم بر آنها خواهد بود.

باید توجه داشت که قاعده نفی اختلال نظام همانند قاعده لاضرر و لاجرح صرفاً رافع و نافی احکام نیست؛ بلکه می تواند اثبات حکم را نیز به دنبال داشته باشد. همیشه وجود حکم سبب

اختلال نیست. در مواردی نبود حکم موجب اختلال در نظام می‌شود. در این صورت مستند به این قاعده فقهی اثبات حکم می‌شود.

بدیهی است صرف حکم تکلیفی حرمت به منزله ضمانت اجرای اختلال نظام سودمند نیست. آنچه اهمیت دارد تأثیر اختلال در نظام در مورد وضعیت‌های حقوقی مرتبط با اعمال حقوقی است که مردم منعقد می‌کنند. به نظر می‌رسد هر عمل حقوقی که سبب اختلال در نظام اجتماعی و سیاسی و اقتصادی جامعه شود باطل و بی‌اعتبار است. نمی‌توان صرفاً با حکم تکلیفی حرمت یا حکم وضعی جبران خسارت یا عدم نفوذ یا فسخ عمل حقوقی مانع تحقق اختلال در نظام جامعه شد. به تعبیر یکی از فقیهان، اختلال امری است باطل و هر آنچه این امر باطل را سبب شود نیز باطل و فاقد اعتبار است (انصاری ۱۴۲۲: ج ۳، ۳۵۰ - ۳۵۱). فلسفه تعیین مجازات برای مسببان ایجاد اختلال (مائده/۳۳) و حکم عقل عملی این دیدگاه را تأیید می‌کند.<sup>۱</sup>

#### حکم وضعی نقض ممنوعیت رویه‌های ضد رقابتی بر مبنای نظم عمومی

حفظ نظم عمومی رابطه‌ای تنگاتنگ با منافع اجتماع دارد و برای صیانت از منافع عمومی (اعم از اقتصادی، سیاسی، اجتماعی) در برابر تجاوز افراد مطرح می‌شود. نظم عمومی برای اینکه بتواند مانع تجاوز به مصالح جامعه شود باید ضمانت اجرای مؤثر داشته باشد. بدون در نظر رفتن این ضمانت اجرای مؤثر امری عقلایی به نظر نمی‌رسد. در یک محیط عقلایی از کار لغو و بیهوده اجتناب می‌شود (آهنگران ۱۳۹۶: ۹۴).

به همین دلیل قانون‌گذار ایرانی در ماده ۹۷۵ قانون مدنی مقرر کرده است: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی یا قراردادهای خصوصی را، که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به

۱. در خصوص تأثیر اختلال در نظام ← بحرالعلوم، سید محمد (۱۴۰۳). *بلغه الفقیه*، تهران، مکتبه الصادق، ج ۳، ص ۳۰۸؛ مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱). *التواضع الفقهیه*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب<sup>(ع)</sup>، ج ۱، ص ۸۴؛ طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۴). *تکملة العروه الوثقی*، قم، مکتبه السادری، ج ۲، ص ۱۸۰؛ موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹). *مبانی العروه الوثقی*، قم، مدرسه دارالعلم، ج ۲، ص ۵۵؛ موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۸). *تنقیح الاصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۴، ص ۶۳۲.

موقع اجرا گذارد؛ اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.» و ماده ۱۰ قانون مدنی نیز چنین معاملاتی را نافذ و مؤثر نمی‌داند. این مقررات به طور طبیعی ضمانت اجرای چنین معاملاتی را بطلان قرارداد قرار داده‌اند.

توافقات ضد رقابتی، اظهارات گمراه‌کننده، عرضه کالا یا خدمت غیر استاندارد، کسب و بهره‌برداری غیر مجاز از اطلاعات و تصمیمات مراجع رسمی قبل از افشا یا اعلان عمومی آن‌ها یا کتمان آن‌ها به نفع خود یا اشخاص ثالث که یکی از مبانی ممنوعیت آن‌ها به خطر انداختن مصالح اجتماعی و منافع عمومی است به دلیل اثر سوء آن‌ها بر مصالح عمومی و در نتیجه تعارض آن‌ها با نظم عمومی اقتصادی باطل و بدون اثر تلقی می‌شوند (غفاری ۱۳۹۳: ۴۴۴).

با وجود این، قانون‌گذار در وضع ضمانت اجرا برای رویه‌های ضد رقابتی یادشده، بدون توجه به مبانی این ممنوعیت‌ها، برای همه اقدامات به طور مشترک حکم وضعی فسخ را تعیین کرده است. به نظر می‌رسد این دیدگاه مقرر در قانون سیاست‌های اجرایی برخلاف مقررات قانون مدنی است. مفهوم ماده ۶۱ قانون یادشده این است که معامله متضمن رویه ضد رقابتی که بر مبنای مخالفت با نظم عمومی منعقد شده صحیح اما قابل فسخ است؛ ضمانت اجرایی که نمی‌تواند مخالفت با منافع عامه و با نظم عمومی را توجیه کند.

باید توجه داشت که دو مفهوم نظم عمومی و اختلال نظام دارای قرابت مفهومی و کارکردی بسیار مشابه‌اند. هر دو حمایت از منافع و مصالح عمومی و ایجاد هماهنگی اجزای نظامات خود را در نظر دارند. بنابراین، همان‌گونه که اقدام مخل نظام حرام و ممنوع و باطل است، نظم عمومی نیز چنین کاربردی دارد و عمل حقوقی مغایر با نظم عمومی نه تنها حرام و ممنوع بلکه باطل و بدون اثر است.

#### **حکم وضعی نقض ممنوعیت رویه‌های ضد رقابتی بر مبنای سوءاستفاده از حق**

زیربنای قاعده سوءاستفاده از حق قاعده لاضرر است و تعیین مفهوم لاضرر در شناخت مبانی نظری ضمانت اجرای سوءاستفاده از حق اهمیت دارد. رابطه قاعده لاضرر با دیگر ادله احکام رابطه حکومت است و حکومت این قاعده اقتضا دارد همان جزئی که موجب وارد آمدن ضرر شده نفی شود. بنابراین، اگر ضرر ناشی از لزوم عقد است، لزوم برداشته شود و اگر ناشی از نوع خاصی از تصرفات مالک یا صاحب حق است، همان نوع خاص ممنوع یا محدود شود (بهرامی ۱۳۷۷: ۳۵۵).

هر نوع تصرف حقوقی مالک به موجب اصل تسلیط مجاز است. اما، در صورت احراز قصد اضرار متصرف و سوءاستفاده او به دلیل تعارض این تصرفات با قاعده لاضرر، تصرفات یادشده باطل یا غیر نافذ یا قابل فسخ خواهند بود. یکی از مصادیق بسیار مهم سوءاستفاده از تصرفات حقوقی وقف مال و انتقال مال به دیگری به قصد اضرار طلبکاران است که در مورد اول ماده ۶۵ قانون مدنی حکم وضعی عدم نفوذ را مقرر کرده و در مورد دوم نیز قبل از اصلاحات سال ۱۳۶۱ همین حکم مطرح بوده و سپس تغییراتی در ماده یادشده صورت گرفته است. فقیهان نیز در این خصوص رأی واحدی ندارند.

در قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ قانون اساسی صرفاً برای اعمال حقوقی هم‌سو با رویه‌های ضد رقابتی حکم وضعی فسخ تعیین شده و به مبانی این ممنوعیت‌ها توجه نشده است. به نظر می‌رسد معاملات صورت‌گرفته با قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز، فروش یا خرید اجباری، سوءاستفاده از موقعیت مسلط بر بازار، که بر مبنای قاعده سوءاستفاده از حق ممنوع اعلام شده، با توجه به میزان تأثیری که در تضييع حقوق جامعه و افراد و تخریب منافع عمومی دارند، باطل یا غیر نافذند.

#### حکم وضعی نقض ممنوعیت رویه‌های ضد رقابتی بر مبنای اصول حقوق بشر

از آداب تجارت در اسلام رعایت انصاف با همه معامله‌کنندگان به نحو یکسان است و میان فرد متشخص با فردی که از طبقه پایین است و میان کسی که چانه می‌زند با کسی که این‌گونه نیست تفاوتی وجود ندارد. رعایت تساوی و تفاوت نگذاشتن بین افراد مختلف یا عدم امتناع از معامله با افراد خاص از آداب مورد تأکید شرع است و از دیدگاه بسیاری از فقیهان مشمول حکم تکلیفی استحباب است. ملاحظه می‌شود ضمانت اجرای مؤثری برای رعایت انصاف یا اعمال تبعیض در معامله در تعابیر فقیهان پیش‌بینی نشده است.

اما این نکته واضح است که نظام حقوقی اسلام مبتنی بر مبانی کلامی خود برای انسان بما هو انسان کرامت ذاتی می‌شناسد. این کرامت ذاتی بر سلسله‌ای از مفاهیم و ارزش‌های بنیادین اخلاقی و دینی - مانند آزادی، اراده، اختیار، قدرت تعقل و تفکر، داشتن وجهه و نفعه الهی - استوار است

(رحیمی نژاد ۱۳۹۰: ۱۱۲ - ۱۲۶). آیه «لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ» به روشنی این کرامت ذاتی را نشان می‌دهد.

اصل اساسی کرامت انسانی، که از مبانی اساسی حقوق بشر است، نه تنها در قلمرو حقوق عمومی، بلکه در قلمرو حقوق خصوصی نیز در زمینه قراردادهای تأثیرگذار است. در سند DCFR<sup>۱</sup> و Acquis<sup>۲</sup>، که از اسناد قراردادی در قلمرو حقوق اروپایی است، به صراحت بر مبنای اصل حقوق بشری، یعنی اصل عدم تبعیض مقرراتی، بیان شده است. در اسناد یادشده حفظ حرمت و کرامت انسانی به حدی از درجه اهمیت برخوردار است که هر اقدامی که این اصل اساسی را نادیده بگیرد و محدودش سازد اعتبار حقوقی ندارد.

در قلمرو حقوق اسلامی نیز، که هدف نظام حقوقی تحقق زمینه‌ها و بسترهای لازم برای سعادت بشری است، این هدف جز بر اساس احترام به کرامت انسانی میسر نیست و هر آنچه این اساس را محدودش سازد اقدامی خلاف هدف یادشده است و نمی‌تواند مورد تأیید شارع و قانون‌گذار باشد. بنابراین، هم در قلمرو تشریح می‌توان مقرراتی در این زمینه وضع کرد و اقدامات حقوقی تبعیض‌آمیز را بی‌اثر دانست هم در مقام اعمال حکومت می‌توان بر مبنای ولایت حاکم با توجه به شرایط زمانی و مکانی برای تنظیم بهتر بازار رعایت اصل عدم تبعیض را بر مبنای کرامت انسانی الزامی دانست و اعمال حقوقی مغایر آن را باطل شمرد. به نظر می‌رسد بر این اساس باید ادله‌ای را که به گونه‌ای تبعیض را روا می‌دانند، مربوط به شرایط مکانی و زمانی خاص و با توجه به وضعیت خاص مورد، استثنا بر قاعده کلی عدم رویی تبعیض دانست.

می‌توان ادعا کرد در قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ قانون اساسی قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز و تبعیض در شرایط معامله بر مبنای اصل کرامت انسانی و اصل عدم تبعیض ممنوع شده‌اند و طبق

۱. DCFR پیش‌نویس مرجع مشترک ارجاع حاوی مقررات متعددی در زمینه حقوق قراردادهای اروپایی است که در قلمرو اتحادیه اروپایی تنظیم شده است. این مقررات، هرچند شکل قانون به خود نگرفته، مورد اهتمام حقوقدانان اروپایی واقع شده است.

۲. Aquis مجموعه‌ای از اصول حقوق قراردادهای اروپایی است که قانون نیست؛ اما مورد توجه حقوقدانان اروپایی قرار گرفته است.

ضمانت اجرای مندرج در بند ۱ ماده ۶۱ قانون یادشده شورای رقابت مختار است چنین معامله‌ای را فسخ کند. به دیگر سخن، برای اولین بار در مقررات کشور برای اصل عدم تبعیض ضمانت اجرای فسخ در نظر گرفته شده است؛ حال آنکه در دیدگاه فقیهان صرفاً حکم تکلیفی کراهت ملاحظه می‌شود. به نظر می‌رسد حکم وضعی قابلیت فسخ در ماده ۶۱ قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ با اصول حاکم بر حقوق اسلامی، از جمله اصل کرامت ذاتی انسان و اصل عدم رویی تبعیض، تناسب ندارد و تنها ضمانت اجرای مؤثر بی‌اعتباری و بطلان عمل حقوقی است که این اصول اساسی را نادیده گرفته است.

### حکم وضعی نقض ممنوعیت رویه‌های ضد رقابتی بر مبنای مقاصد شریعت

شریعت اسلامی شریعتی هدفمند است و احکام آن، از جمله احکام حقوقی آن، مبتنی بر مقاصد و اهدافی است. قرآن کریم در آیات بسیاری هم در امر کلی ارسال رسل و انزال کتب هم در احکام جزئی غرض یا اغراضی را بیان کرده است (علی‌دوست ۱۳۹۴: ۱۱۸). تعبیر تبعیت احکام از مصالح و مفاسد یا لزوم مصلحت تشریح در همین زمینه گفته می‌شود. شارع، در جهت تحقق آن مقاصد و اهداف، احکام شریعت را وضع و جعل می‌کند. چگونگی برقراری رابطه بین ادله بیان‌کننده احکام و مقاصد احکام یکی از وظایف بسیار مهمی است که بر عهده فقیه مستنبط است؛ به‌ویژه در مواردی که مقتضا یا اطلاق و عموم دلیلی معتبر با هدف قطعی شارع هم‌خوانی ندارد. در صورتی که مقتضای دلیل یا عموم یا اطلاق آن مخالف مصلحت و عدالت باشد یا موجب از بین رفتن روح عبادت یا پرورش بخل و حيله باشد (علی‌دوست ۱۳۹۴: ۱۱۹) چه رابطه‌ای باید بین این دو امر مغایر برقرار کرد. می‌توان با ملاحظه آیات و روایات مقاصدی مانند حفظ نفس، عقل، عرض، و حفظ نسل (از جهت فردی) و مقاصد اجتماعی و سیاسی و اقتصادی (از جهت جمعی) جعل احکام را در این زمینه توجیه کرد.

تردیدی نیست که امنیت جانی و مالی و عرضی افراد جامعه، برقراری قسط و عدالت، زندگی مبتنی بر کرامت و شرافت، ایجاد نظام سالم معیشت از مقاصد اقتصادی شریعت اسلامی است. آن‌گاه که شریعت ربا را حرام می‌داند، اکل مال به باطل را ممنوع می‌سازد، معامله مبتنی بر تبعیض

و نفی کرامت را نادرست می‌انگارد، و اعمال حقوقی زیان‌بار را منع می‌کند در واقع بر اساس آن مقاصد احکام خود را جعل و وضع کرده است.

ازین‌رو آنچه از معاملات مبتنی بر رویه‌های ضد رقابتی در مواد ۴۵ قانون سیاست‌های اجرایی ملاحظه می‌شود از اعمال حقوقی هستند که این مقاصد شریعت را نادیده می‌گیرند و مغایر با آن اهداف انجام می‌شوند. چنین اقداماتی، که مغایر با امنیت مالی و عدالت و کرامت‌اند و موجبات ضرر و زیان به جامعه را فراهم می‌آورند و نظام مالی و اقتصادی جامعه را مختل می‌سازند، با توجه به مقاصد قطعی شریعت، مورد منع آن خواهند بود؛ معنی که جز با ضمانت اجرای بطلان و بی‌اعتباری تأمین نمی‌شود.

#### حکم وضعی نقض ممنوعیت رویه‌های ضد رقابتی بر مبنای نظریه اکل مال بالباطل

هدف نظام مالی در فقه اسلامی آن است که انسان ضروریات و مایحتاج خود را به طرق و وسایل متعددی که شارع در اختیار او گذاشته به دست آورد. معیار تصرف و دارا شدن در اسلام تصرفی است که حلال و مباح شناخته شده باشد و همه تصرفات و دارا شدن خارج از این محدوده حرام و مشمول قاعده اکل مال بالباطل است. حکم اولیه و مستقیم در آیات و روایات مستند این نظریه حکم تکلیفی، یعنی حرمت عمل اکل مال بالباطل، است. حکم وضعی بطلان و بی‌اثر بودن این‌گونه معاملات، با توجه به ظهور نهی، صریحاً از حکم تکلیفی آن منتزع می‌شود (محقق داماد ۱۳۹۳: ۱۱).

در آیه ۲۹ سوره نسا آمده است اموال یک‌دیگر را به ناحق نخورید؛ مگر آنکه تجارتي باشد که هر دو بدان رضایت داده باشید. در حقیقت تملک، تصرف، یا انتفاع در صورتی مشروع و قانونی است که مبتنی بر رضایت صاحب مال باشد. در غیر این صورت، مصداق اکل مال بالباطل است. بنابراین، هیچ مالی از شخصی به فرد دیگر منتقل نمی‌شود، مگر اینکه سبب مشروعی برای آن انتقال باشد و این سبب مشروع چیزی جز توافق مورد تأیید شرع یا حکم قانون نیست.

شریعت اسلامی، با دقت و ظرافت، احکامی را به منظور کارایی بازار مسلمین در قلمرو فقه معاملات وضع کرده است. مفهوم «کارایی در بازار مسلمین» به نوعی با مفهوم «رضایت دوجانبه» گره خورده است که موجب استحکام قراردادها می‌شود. بر اساس آیه تراضی، رضایت افراد شرط

لازم صحت هر عقدی است. اما شرط کافی نیست. هر قراردادی نیازمند رضایت الهی نیز هست. رعایت احکام معاملات (نبودن شرایط ربوی، غرری، ضرری، اکل مال بالباطل، و ...) در حکم رضایت الهی، به منزله شرط کافی صحت معامله، است. پس کارایی بازار مسلمین در گرو هر دو رضایت است و این اعتقاد به مثابه یک ضمانت درونی در پرهیز از مواردی که در عقود نهی شده است بسیار مؤثر خواهد بود؛ وگرنه در قرض ربوی نیز چه بسا قرض گیرنده با رضایت کامل مال یا مبلغ اضافی را می‌پردازد، اما، این رضایت حجتی بر صحت این عمل و جبرانی بر حرمت آن نمی‌شود (مجبی ۱۳۹۴: ۹۸ - ۱۰۱). بنابراین، همان‌گونه که در آیه شریفه «احل الله البيع و حرم الربا» عمل حقوقی بیع صحیح دانسته شده، عمل حقوقی مبتنی بر ربا، هر چند همه شرایط صحت، از جمله رضایت و توافق طرفین، را دارد، به دلیل نبود رضایت الهی، باطل و بی‌اثر اعلام شده است. فقدان رضایت الهی به دلیل مفاسد متعددی است که در عمل حقوقی ربوی وجود دارد. همین وضعیت در معاملاتی که بر اساس رویه‌های ضد رقابتی واقع می‌شود صادق است. بدیهی است به دلیل مفاسد متعددی که بر این معاملات مترتب است آن معاملات حرام و در نتیجه فاقد اثر حقوقی است.

به دیگر سخن، معاملاتی که بر اساس رویه‌های ضد رقابتی شکل می‌گیرند، ممکن است در ظاهر بر اساس توافق منعقد شده باشند، اما رضایت الهی در آنها وجود ندارد. زیرا تاجری که با استفاده از این رویه‌های ضد رقابتی با سوءاستفاده از موقعیت خویش و ناآگاهی طرف مقابل شرایطی را به دیگری تحمیل می‌کند با این اقدام معامله را فاقد سببیت مشروع و قانونی می‌سازد. بر فرض پذیرش توافق و رضایت قلبی طرفین، این معامله، به دلیل عدم رعایت حدود و ثغوری که اسلام معین کرده، فاقد رضایت الهی است و اکل مال بالباطل تلقی می‌شود.

با وجود این، در قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ صرفاً حکم وضعی قابلیت فسخ برای این اعمال حقوقی مقرر شده است. حکم وضعی قابلیت فسخ با آنچه از نظریه اکل مال بالباطل استنباط می‌شود هم‌خوانی ندارد. علاوه بر اینکه نمی‌تواند به دلیل مفاسد متعدد مترتب بر چنین معاملاتی ضمانت اجرای کافی برای آنها باشد، این معاملات به حدی وضعیت بازار را در جامعه اسلامی بر هم می‌زند که جز بی‌اعتباری آنها راه‌حل مناسب‌تری وجود ندارد.



به نظر می‌رسد آیه اکل مال بالباطل بیانگر نظریه‌ای کلی در فقه معاملات است که بر اساس آن هر معامله‌ای که موجب تضییع حقوق افراد جامعه باشد، آثار زیان‌باری بر افراد جامعه تحمیل کند، سبب ترویج مفاسد و فحشا باشد، به نحوی نظام عام جامعه را مخدوش و تضعیف کند، مبتنی بر ظلم و تبعیض منعقد شود، مغایر با اصول اخلاقی و نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد، و به طور کلی هر معامله‌ای که فاقد رضایت طرفین یا فاقد رضایت الهی باشد حرام و از نظر وضعی باطل و بدون اثر است. استناد فقیهان در مصادیق متعدد یادشده به نظریه اکل مال بالباطل مثبت این ادعاست.

یکی از فقیهان نظریه اکل مال بالباطل را در دو مورد مطرح کرده است: تملک اموال دیگران از روی ظلم و تعدی (خیانت، سرقت، غصب، و غیره) و تملک اموالی که از راه نامشروع حاصل می‌شود (قمار) (شیخ طوسی، ۱۳۷۶: ج ۲، ۱۳۸). در تعابیر برخی مفسران و فقیهان مصادیق گوناگون مانند غصب، ربا، قمار، رشوه، و آنچه برای گمراهی مردم و ضرر آنهاست به عنوان نمونه سرقت و مانند آن‌ها بیان شده است. آنان خود این‌ها را نمونه‌هایی از باطل دانسته‌اند و معتقد به عمومیت مفهوم باطل‌اند (طباطبایی، ۱۳۷۱: ج ۲، ۵۲؛ قرطی، ۱۳۶۴: ج ۲، ۳۳۸؛ انصاری، ۱۴۳۰: ج ۱، ۳۰۰؛ خویی، ۱۴۱۷: ج ۵، ۳۰۹؛ منتظری، ۱۴۱۵: ج ۲، ۲۲۶).

همه تفاسیر و تعابیر یادشده نشان از نظریه‌ای کلی است که در قلمرو حقوق قراردادها مورد استناد و تحلیل قرار گرفته است. بدیهی است طرح نظریه کلی در صورتی معنا دارد که موارد باطلی که مشمول آیه اکل مال بالباطل است صرفاً موارد مصرح در تعابیر فقیهان و مفسران به عنوان مصادیق یادشده در شریعت نباشد. بر همین اساس است که فقیهان باطل را اعم از باطل شرعی (یعنی موارد باطل یادشده در شرع) و عرفی دانسته‌اند. به تعبیر دیگر، باطل مفهومی عرفی است که مصادیق یادشده در شریعت مصادیقی از باطل به مفهوم عرفی آن هستند و در هر زمانی که عرف عمل حقوقی را باطل بداند داخل در این مفهوم خواهد بود. با وجود این، برخی فقیهان منظور از باطل در آیه شریفه را باطل واقعی دانسته‌اند که در شریعت بدان اشاره شده است (مقداد، ۱۳۸۴: ج ۲، ۳۳). این دیدگاه مورد پذیرش فقیهان دیگر قرار نگرفته است (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۵، ۲۰). توجه به برخی تعابیر فقیهان در این زمینه مفید است. یکی از فقیهان در پاسخ کسانی که باطل

را صرفاً باطل واقعی و شرعی می‌دانند می‌گوید: «أقول: و هو عجیب، لأنّ الأصحاب لا یزالون یحملون الالفاظ الواردة فی أبواب المعاملات علی مفاهیمها العرفیة و لو لا ذلك لم یجز الاستدلال بالعمومات الواردة فیها مطلقاً. أضف إلى ذلك أنه لو كان المراد منه الباطل الواقعی، كانت الآیة قلیل الفائدة جداً فی ذاتها، لعدم طریق إليه إلا بدلیل آخر یغنی عنها.»

با توجه به مطالب یادشده، تردیدی وجود ندارد که معاملات مبتنی بر رویه‌های ضد رقابتی مصداق روشنی از معاملات باطل‌اند که هرچند در متون شرعی به عنوان باطل ذکر نشده‌اند، عرفاً معاملات باطل تلقی می‌شوند و مشمول حکم تکلیفی و وضعی مستنبط از آیه شریفه‌اند.

### نتیجه

مبنا بودن اصول شرعی برای ممنوعیت‌ها و نواهی قانون‌گذار در قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ و تبیین آن‌ها بر مبنای اصول و مبانی مورد پذیرش در شریعت اسلامی - مانند «قاعده لاضرر»، «قاعده منع سوءاستفاده از حق»، «منع اختلال نظام»، «نظم عمومی»، «اصل حقوق بشری کرامت انسانی»، «منع تبعیض»، و «منع اکل مال بالباطل» - سرمایه‌ای ارزشمند در جامعه اسلامی تلقی می‌شود.

بر اساس مبانی یادشده، حکم تکلیفی «حرمت» و حکم وضعی «بطلان» و «عدم نفوذ» برای معاملات مبتنی بر رویه‌های ضد رقابتی قابلیت توجیه بیشتری دارند. اما در قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ صرفاً حکم وضعی قابلیت فسخ برای همه موارد با نظر شورای رقابت مقرر شده است. بنابراین، به نظر می‌رسد این مقرر قانونی با فلسفه وضع مقررات رقابت هم‌خوانی مناسبی ندارد. شایسته است چنین معاملاتی را بی‌اعتبار دانست.

به دلیل عدم تناسب ضمانت اجرای این ممنوعیت‌ها با مبانی منع و اهداف حقوق رقابت، نخواهد توانست تعادل و عدم تبعیض و کارایی را در بازار تضمین کند و مانع ورود زیان به جامعه شود، از خدشه‌دار کردن کرامت انسانی جلوگیری کند، مانع تحقق ظلم و بی‌عدالتی شود، و از اختلال نظام و مخدوش ساختن رویه‌های منصفانه و مبتنی بر حسن‌نیت جلوگیری کند و در نتیجه نیازهای اجتماعی را که پشتوانه وضع این قوانین بوده برآورده سازد.

به دلیل مغایرت ضمانت اجراهای یادشده با هنجارهای اجتماعی تثبیت شده در حوزه تجارت و نیز مغایرت آن با هنجارهای اجتماعی، نه تنها سرمایه اجتماعی مورد انتظار از وضع قوانین ضد رقابتی برای تقویت سرمایه اجتماعی موجود در بازار تجارت تقویت و تثبیت نمی شود، بلکه به دلیل تعارض موجود در حوزه هنجارهای اجتماعی و فرهنگی (فقهی و شرعی) و هنجارهای حقوقی ناشی از مقرره یادشده، در عمل، این سرمایه در معرض خطر ناشی از بروز رفتارهای متضاد و متناقض قرار خواهد گرفت.

توصیه می شود مقرره مورد نظر به منظور هم افزایی هنجارهای یادشده و مآلاً افزایش سرمایه اجتماعی ناشی از قوانین اعتمادساز، از حیث انطباق حداکثری با موازین فقهی، بازنگری شود.

## منابع

- اصفهانى، شيخ محمد حسين، (۱۴۰۹)، الاجاره، قم: موسسه النشر الاسلامى.
- انصارى، شيخ مرتضى، (۱۴۲۲)، فرائد الاصول، ج ۳، ج ۸، قم: مجمع الفكر الاسلامى.
- ، (۱۴۱۵)، المكاسب، ج ۵، قم: انتشارات مجمع الفكر الاسلامى.
- ، (۱۴۳۰)، المكاسب، ج ۱، قم: سماء قلم.
- ، (۱۴۱۴) رسائل الفقيه، قم: انتشارم مجمع الفكر الاسلامى.
- آخوند خراسانى، محمد كاظم، (۱۴۳۱)، كفايه الاصول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- آهنگران، محمد رسول، (۱۳۹۶) بازپژوهشى نظم عمومى در فقه اماميه و حقوق ايران، ج ۱، تهران: دانشگاه تهران.
- باقى زاده، محمد جواد، اميدى فرد، عبدالله، (۱۳۹۳)، ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه اماميه، فصلنامه علمى-پژوهشى شيعه شناسى، سال دوازدهم، شماره چهل و هفت، ۱۶۹-۲۰۰.
- بهرامى احمدى، حميد، (۱۳۷۷)، سوء استفاده از حق مطالعه تطبيقى در حقوق اسلام و ديگر نظام هاى حقوقى، ج ۳، تهران: انتشارات اطلاعات.
- تونى، فاضل، (۱۴۱۵)، الوافيه فى الاصول الفقه، ج ۲، قم: مجمع الفكر الاسلامى.
- حائرى يزدى، مهدى، (۱۳۹۵) حكمت و حكومت، ويرايش سوم، كتاب الكترونيكى.
- خويى، ابوالقاسم، (۱۴۱۷)، مصباح الفقاهه، ج ۵، قم: انصاريان.
- راسخ، محمد، (۱۳۹۲)، حق و مصلحت: مقالاتى در فلسفه حقوق، ج ۱، تهران: نشر نى.
- رحمتى، مهشيد، (۱۳۹۶)، تحليل مباني حقوقى منع انحصار و تسهيل رقابت در ايران واتحاديه اروپا، فصلنامه مطالعات حقوقى، شماره يازده پيايى، ۴۳۸-۴۴۸.
- رحيمى نژاد، اسماعيل، (۱۳۹۰) نگرش اسلامى به كرامت انساني، مجله معرفت حقوقى، سال اول، شماره ۲۰.
- رهبرپور، محمدرضا، (۱۳۸۹)، حفظ نظام و اختلال نظام تحليلى مفهومى، مجموعه مقالات بزرگداشت دكتور ابوالقاسم گرچى، نشر انجمن آثار و مفاخر فرهنگى ايران.
- ساعدى، جعفر، (۱۳۸۱)، تبعيت احكام از مصالح و مفاسد، مجله فقه اهل بيت، شماره بيست و نه، ۱۰۸-۱۶۱.
- صدر، سيد محمد باقر، (۱۴۲۰)، لاضرر و لاضرار، قم: دار الصادقين للطباعه و النشر.

طوسی، محمد بن حسن، التبیان فی التفسیر القرآن، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

علی دوست، ابوالقاسم، (۱۳۹۴)، فقه و مصلحت، چ ۲، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

علیزاده، عبدالرضا، (۱۳۹۴)، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، چ ۳، تهران: انتشارات سمت.

غفاری فارسانی، بهنام، (۱۳۹۳)، حقوق رقابت و ضمانت اجراهای مدنی آن، چ ۱، تهران: نشر میزان.

قنواتی، جلیل، جعفری هرنندی، مهشید، (۱۳۹۴)، بررسی دامپینگ و مقابله با آن در نظام حقوقی اسلام و ایران، پژوهش های فقهی، دوره یازدهم، شماره ۳.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۵)، فلسفه حقوق، ج ۱، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار.

لوی برول، هانری، (۱۳۸۸)، جامعه شناسی حقوق، (ترجمه سید ابوالفضل قاضی "شریعت پناهی")، چ ۱۱، تهران: میزان

مجبی، محمد تقی، (۱۳۹۴)، موضوع شناسی عنصر زمان در فقه معاملات، چ ۱، تهران: دانشگاه امام صادق.

محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۳) تحصیل نامشروع مال در حقوق اسلامی، چ ۱، تهران: نشر علوم اسلامی.

مصطفوی، سید کاظم، (۱۳۸۶)، ماهیت حکم، مجله دانشکده حقوق علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۱.

مقداد، فاضل، (۱۳۸۴)، کنز العرفان فی فقه القرآن، جلد دوم، تهران: منشورات المکتبه المرتضوی الإحیاء الآثار

منتظری، حسینعلی، (۱۴۱۵)، دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، ج ۲، قم: نشر تفکر.

موسوی، سید صادق، ملایی، مهدی، (۱۳۹۶)، روش شناسی ضمانت اجرای مطلوب قرارداد در نظام جمهوری اسلامی ایران، مجله مجلس و راهبرد، سال ۲۴، شماره نود، ۲۰۷-۲۳۶.

نائینی، میرزا محمد حسین، (۱۳۷۳)، منیه الطالب، تهران: المکتبه المحمديه.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۳۷۵)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

نظری، نصرالله، (۱۳۹۵)، ارزش ها و هنجارها مطلوب اجتماعی از منظر اسلام، چ ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه قم.

## References

Akhund Khorasani, Mohammad Kazem, (1431), Kefaya al-Osul, Qom: Al-Bayt.(in Persian)

- Isfahani, Sheikh Mohammad Hussein, (1409), rent, Qom: Islamic Publishing Institute.(in Persian)
- Ansari, Sheikh Morteza, (1414) Treatises on Jurisprudence, Qom: Published by the Islamic Thought Association (in Persian).
- , (1422), Faraid al-Osul, vol. 3, Qom: Islamic Thought Association.(in Persian)
- , (1430), Al-Makasib, vol. 1, Qom: Sama Qalam(in Persian).
- , (1415), Al-Makasib, vol. 5, Qom: Publications of the Islamic Thought Association.(in Persian)
- Ahangaran, Mohammad Rasoul, (2017) Researching Public Order in Imami Jurisprudence and Iranian Law, Ch 1, Tehran: Tehran University.(in Persian)
- Baghizadeh, Mohammad Javad, Omidifard, Abdullah, (2014), The Necessity of Preserving the Order and Preventing Disorder in Imamiyya Jurisprudence, Quarterly Journal of Shiite Studies, Twelfth Year, No. Forty-seven, 169-200. (in Persian)
- Bahrami Ahmadi, Hamid, (1998), Abuse of the Right: Comparative Study in Islamic Law and Other Legal Systems, Tehran: Information Publications. (in Persian)
- Tony, Fadhil, (1415), Alvafiah fi losool, Qom: Islamic Thought Association. (in Persian)
- Haeri Yazdi, Mehdi, (2016) Wisdom and Rule, third edition, e-book. (in Persian)
- Khuii, Abu al-Qasim, (1417), Mesbah ol-Feqahah, vol. 5, Qom: Ansarian. (in Persian)
- Rasekh, Mohammad, (2013), Rights and interests: essays in jurisprudence and philosophies of rights and values, Tehran: Ney Publishing. (in Persian)
- Rahmati, Mahshid, (2017), Analysis of foundations of Monopoly Prohibition and Competition Facilitation in Iran and the European Union, Quarterly Journal of Legal Studies, No. 11, 438-448. (in Persian)
- Rahimi Nejad, Ismail, (2011) Islamic Attitude towards Human Dignity, Journal of Legal Knowledge, First Year, No. 20. (in Persian)
- Rahbarpour, Mohammad Reza, (2010), Concept Analysis of keeping order and disruption of public order, Collection of Articles in Honor of Dr. Abolghasem Gorji, Publication of the Association of Cultural Works and Honors of Iran. (in Persian)
- Saedi, Jafar, (2002), subjection of rules to benefits (masaleh) and corruptions(mafased), Ahl al-Bayt jurisprudence magazine, number twenty-nine, 108-161. (in Persian)
- Sadr, Sayyid Muhammad Baqir, (1420), La zarar and La zerar, Qom: Dar al-Sadiqin for printing and publishing. (in Persian)
- Tusi, Muhammad ibn Hassan, Al-Tibyan Fi Al-Tafsir Al-Quran, Beirut: Dar Al-Ahya Al-Tarath Al-Arabi. (in Persian)
- .Ali Doust, Abolghasem, (2015), Jurisprudence and Expediency, Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought. (in Persian)
- Alizadeh, Abdolreza, (2015), Fundamentals of Social Approach to Law, Tehran: Samat Publications. (in Persian)
- Ghaffari Farsani, Behnam, (2014), Competition Law Its Civil Remedies, Tehran: Mizan Publishing.
- Qanavati, Jalil, Jafari Harandi, Mahshid, (2015), Analysis of Dumping in Islamic Jurisprudence and Iranian Legal System, Jurisprudential Research, Volume 11, Number 3.

- Katouzian, Nasser, (2016), Philosophy of Law, Vol. 1, Tehran: Anteshar Co. (in Persian)
- Levy Bruhl, Henry, (2009), Sociology of Law, (translated by Seyyed Abolfazl Ghazi "Shariat Panahi"), Tehran: Mizan(in Persian).
- Mohebbi, Mohammad Taghi, (2015), Subjectology of the Time element in Jurisprudence of Transactions, Tehran: Imam Sadegh University. (in Persian)
- Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, (2014) Study of Obtaining Illegal Property in Islamic law, Tehran: Islamic Sciences Publishing(in Persian).
- Mostafavi, Seyed Kazem, (2007), The Nature of Verdict, Journal of the Faculty of Political Science, University of Tehran, Volume 39, Number 1. (in Persian)
- Miqdad, Fadhil, (2005), The Treasure of Mysticism in the Fiqh of the Qur'an, Volume II, Tehran: Publications of the Mortazavi Library for the Revelation of Works(in Persian).
- Montazeri, Hossein Ali, (1415), Studies in guardianship of Islamic jurist (vilayah alfaqih) and jurisprudence of islamic state, vol. 2, Qom: Tafkar publication. (in Persian)
- Mousavi, Seyed Sadegh, Mollai, Mehdi, (2017), A Methodology on Appropriat "Contract Sanction" in the Legal System of the Islamic Republic of Iran, Journal of Parliament and Strategy, Vol. 24, No. 90, 207-236. (in Persian)
- Naiini, Mirza Mohammad Hussein, (1373), Monyah attalib, Tehran: Al-Muktabah Al-Muhammadiyah. (in Persian)
- Naraghi, Ahmad Ibn Mohammad Mahdi, (1375), Awaid al-Ayyam fi Bayan Qawa'd al-Ahkam and ammunition for issues of Halal and Haram, Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office. (in Persian)
- Nazari, Nasrollah, (2016), Values and socially desirable norms from the perspective of Islam, Qom: Qom Islamic Propaganda Office. (in Persian)