

# تبیین حقوق رقابت براساس برداشتهای متفاوت از قاعده لاضرر

علی ناصحی<sup>۱</sup>، دکتر محمد عیسائی تفرشی<sup>۲\*</sup>، دکتر محمدباقر پارساپور<sup>۳</sup>، دکتر  
فرهاد خداداد کاشی<sup>۴</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
۲. استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
۳. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
۴. استاد گروه اقتصاد دانشکده اقتصاد دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

پذیرش: ۹۵/۱۱/۰۶

دریافت: ۹۵/۰۶/۰۲

## چکیده

با پیروزی انقلاب اسلامی، خصوصاً با خاتمه جنگ (که سیاست‌های انقباضی اقتصادی کاهش می‌یابد) و نظر به سیاست‌های کلان نظام مبنی بر کاهش تصدی‌گری دولت، حقوق رقابت در عرصه نظام تقنینی بیش‌تر ظاهر شده است. گذشته از این‌که اگر مردم قوانین را منطبق با رسوم و عقاید خود بدانند، پایبندی بیش‌تری نسبت به آن دارند، چون به موجب قانون اساسی لازم است قوانین براساس موازین اسلامی باشد، باید برای تعیین قواعد ناظر بر رفتار فعالان اقتصادی، موازین اسلامی آن را تبیین کرد. از جمله مهم‌ترین قواعد حقوق اسلامی، قاعده لاضرر است. برای مفاد این قاعده چندین نظریه بیان شده است. در این نوشتار ضمن بیان مفهوم رقابت، انحصار و نظریه‌های مرتبط با قاعده لاضرر، برآنیم تا اثبات کنیم که اولاً دولت همچون آحاد جامعه مشمول مفهوم قاعده لاضرر است؛ ثانیاً اگر

E-mail: tafreshi@modares.ac.ir

\* نویسنده مسئول مقاله:



مفاد قاعده نهی از ایجاد ضرر، نفی حکم به لسان نفی موضوع و یا حکم حکومتی باشد، نمی‌توان به استناد این قاعده اثبات حکم کرد؛ اما اگر مفاد آن نهی از ضرر و یا حکم حکومتی باشد می‌توان برای ممانعت از انحصار قانون وضع کرد، زیرا حاکم می‌تواند مانع انحصاری شود که موجب ضرر می‌شود. اگر مفاد قاعده نفی ضرر غیرمتدارک باشد، پس حکم به عدم ضرر می‌توان داد؛ هرچند شورای رقابت اختیار چنین اقدامی را به دلیل قضایی بودن ماهیت آن ندارد. اگر مفاد قاعده تحریم مولوی تکلیفی و لزوم اتخاذ تدابیر عملی برای حمایت از تحریم ضرر باشد، به استناد آن می‌توان اقدام به وضع مقررات حقوق رقابت و تسهیل آن و ممانعت از انحصار کرد.

**واژگان کلیدی:** حقوق، اقتصاد، رقابت، انحصار، قاعده لاضرر

## ۱. مقدمه

در نظام اقتصادی مبتنی بر بازار آزاد، قواعد حاکم بر بازار و از جمله رقابت توسط خود بازار تعیین می‌شود. رقابت سبب می‌شود تولیدکننده، کیفیت کالا را ارتقا داده، مصرف‌کننده آن را با مناسب‌ترین شرایط تهیه کند. همچنین وجود رقابت موجب افزایش رفاه عمومی و تأمین منافع اجتماعی و عدم آن سبب تأمین منافع بخش‌هایی از فعالان بازار است. لذا برحسب شرایط سیاسی، اقتصادی و اجتماعی، رقابت یا انحصار افزایش یا کاهش می‌یابد. رقابت و مقابله با انحصار نه تنها در داخل کشورها، که به صورت گسترده‌تری در عرصه بین‌المللی نیز مطرح است، زیرا در تجارت بین‌الملل نیز همان آثاری را دارند که در داخل کشور به جای می‌گذارند. از منظر حقوق تطبیقی مهم‌ترین مباحث مربوط به رقابت بازرگانی را می‌توان در معاهده ۱۹۵۷ م. رم (تأسیس جامعه مشترک اقتصادی اروپا) و اصلاحات بعدی آن دید. در مقدمه این معاهده تأکید شده که رقابت برای استقرار بازار مشترک و یکپارچه ضروری است. در ماده ۲ به «رشد هماهنگ و متوازن اقتصادی، توسعه متوازن فعالیت‌های اقتصادی، ارتقای درجه همگرایی در فعالیت‌های اقتصادی» اشاره شده و در ماده ۳ اقداماتی که باید برای نیل به اهداف مزبور انجام شود همچون ایجاد نظامی

برای ممانعت از مخدوش شدن رقابت، بیان شده‌است. معاهده در مواد ۱۰۱ و ۱۰۲ مقرر کرده‌است<sup>۱</sup> که هرگونه توافق، تصمیم و اقدام دسته‌جمعی بین طرف‌های خصوصی که در تجارت میان کشورهای عضو تأثیر نامطلوب گذارد و یا موجب تخریب، ممانعت یا محدودیت رقابت در اتحادیه اروپا شود، ممنوع است. سازمان‌های جهانی نیز توجه ویژه‌ای به رقابت دارند. به‌عنوان مثال آنکتاد<sup>۲</sup> پیشنهادهایی به کشورهای در حال توسعه در خصوص جلوگیری از انحصار و ایجاد بازاری رقابتی و منصفانه داده است.

در زمینه تقنینی، کشورهای صنعتی سابقه طولانی‌تری دارند. مثلاً در ایالات متحده آمریکا اولین قانونی که صریحاً به موضوع رقابت پرداخته، قانون مصوب کنگره آمریکا مشهور به «قانون شرمن»<sup>۳</sup> مصوب سال ۱۸۹۰ م. است و هرگونه قرارداد و ائتلاف به شکل تراست یا هر شکل دیگر را که موجب محدود کردن دادوستد بین ایالات مختلف یا با ملت‌های خارجی شود ممنوع اعلام کرده و برای متخلفین، مجازات‌هایی منظور کرده‌است. این قانون مقرر می‌کند که هر شخصی که بخشی از تجارت میان ایالات مختلف یا با ملت‌های خارجی را به انحصار خود درآورد یا سعی کند که به انحصار خود درآورد یا برای به انحصار درآوردن با دیگران تباری کند مجرم است و دادگاه اختیار دارد اموالی را که از طریق انعقاد قراردادهای مخالف قانون، تحصیل می‌شود، توقیف و مصادره کند. اصلاحات متعدد قوانین ناظر بر رقابت و شیوه تفسیر قوانین در نظام کامن‌لا کاملاً به روزآمد کردن

۱. در معاهده آمستردام مصوب ۱۹۹۷ م. (Treaty of Amsterdam-TOA) مواد ۸۱ الی ۸۹ معاهده رم که مربوط به رقابت بود، اصلاح شد و در اصلاحات بعدی و هم اکنون موضوعات مربوط به رقابت در مواد ۱۰۱ و ۱۰۲ این معاهده مندرج است.

۲. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل متحد در سال ۱۹۶۴ میلادی با هدف یکپارچگی کشورهای در حال توسعه با اقتصاد جهانی و بر مبنای قطعنامه مجمع عمومی تأسیس شد. آنکتاد در تصمیمات خود مفهوم حاکمیت اقتصادی را علاوه بر حاکمیت سیاسی لحاظ کرد و اصل برابری، همکاری بین‌المللی مبتنی بر انصاف و وابستگی متقابل به نفع کشورهای در حال توسعه را مورد تأکید قرار داده و در پی آزادی تجارت بین‌المللی در چارچوب حمایت از کشورهای توسعه نیافته و مساعدت برای توسعه اقتصادی آنهاست.

3. Sherman Act.



این قوانین کمک کرده است.

نکته دیگر آن که تبیین مبانی نظری قانون در تحلیل آن مهم است. اگر مردم احساس کنند یک قاعده حقوقی مبتنی بر عقاید آنان است، آن را با رضایت بیشتری اجرا می‌کنند؛ زیرا مذهب از مهم‌ترین نیروهای سازنده حقوق است [دانش پژوه، ۱۳۸۹، ص ۷۳] و [کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۶۲] [Paul, 2014, p.123]. اگر در یک جامعه اسلامی بتوان قواعد اقتصادی - حقوقی را مبتنی بر مبانی اسلامی توجیه کرد، قطعاً مردم آن جامعه بیشتر درصدد رعایت آن برمی‌آیند. تلاش فقیهان هر عصر برای حفظ پویایی فقه سنتی، در بستر حوادث و حتی شیوه حکومت‌داری زمامداران به همین دلیل است. نظریه‌پردازان حقوق و اقتصاد نیز متأثر از موقعیت‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و ... بوده‌اند. این تأثر زمانی که این دانش‌ها درهم آمیخته شده‌اند، بیش‌تر ظهور پیدا کرده است. از آن‌جا که علوم بشری باهم مرتبطند و سلسله‌ای از کنش‌های علمی را می‌آفرینند، لازمه داشتن چشم‌انداز واقع‌بینانه، نگرشی جامع به همه این روابط است. در حوزه اقتصاد نیز تورم و رکود، رونق اقتصادی، نقش طلا و نقره یا زمین در مبادلات اقتصادی و ... هر زمانی موجب نظریه‌پردازی جدیدی شده است که ارتباط غیرقابل انکاری با حوادث آن زمان و حتی شیوه مدیریت حاکمان دارد. درخصوص شیوه برخورد با انحصار یا رقابت نیز شرایط پیشگفته تأثیر غیرقابل انکاری بر تدوین قوانین داشته‌است. توجهی به نظریه‌های مطرح شده در باب رقابت توسط مکتب‌های اقتصادی از کلاسیک گرفته تا نئوکلاسیک‌ها، کینزی<sup>۱</sup>، سوسیالیسم تخیلی<sup>۲</sup>، سوداگری یا مرکانتیلیسم<sup>۳</sup>، شیکاگو، مکتب اتریش<sup>۴</sup> و یا سایر دیگر مکتب‌ها، گواه ما است.

در کشور ما در زمان تسلط دولت بر اقتصاد، توجهی به رقابت نشد؛ اما چند سال بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، به‌ویژه با خاتمه جنگ، سیاست‌های انقباضی رو به کاهش نهاد و مسئولان درصدد کوتاهی دست دولت از نهادهای اقتصادی برآمدند. لذا

- 
1. Keynesianism.
  2. Utopian Socialism.
  3. Mercantilisme.
  4. Austrian school.

خصوصی‌سازی توسعه یافت و ابتدا در برنامه چهارم توسعه مقررات مربوط به رقابت دیده شد؛ هرچند با مخالفت‌هایی نیز همراه بود که آثار آن را می‌توان در نظریات شورای نگهبان ملاحظه کرد. با گذشت حدود دویست سال از تقنین درخصوص رقابت، در کشور ما سابقه آن به چند دهه محدود است. برعکس سابقه قوانین با ماهیت ضد رقابتی، بسیار بیش‌تر است. علاوه بر عواملی همچون تأثیر جنگ‌های جهانی بر پیکره نحیف اقتصادی کشور، حکومت نظام سلطنتی، جنگ تحمیلی و مسائلی از این قبیل (که گرایش بر اجرای ضوابط کنترلی شدت می‌گیرد) علت آن است که در ساختار اقتصادی کشور تنها مدت کوتاهی است که به حقوق مصرف‌کننده توجه جدی می‌شود.

ایجاد نظام اقتصادی به دور از انحصار اقدامات ایجابی و سلبی گسترده می‌خواهد که اثر روشنی از آن (به استثنای قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی) در نظام حقوقی کشور نمی‌یابیم. حال آن‌که نظام اقتصادی سالم الزاماً از انحصار به دور است؛ زیرا در حالت انحصار مشتری حق انتخاب ندارد، حق انتخابی که به گفته کلارک<sup>۱</sup> موجب می‌شود هر فروشنده سعی کند تا قیمت پیشنهادی خود را حداقل برابر با قیمت دیگر رقبا و یا چشمگیرتر از آنان ارائه دهد. البته نباید رقابت را صرفاً در فضای قراردادها دید، زیرا بسیاری از جنبه‌های مؤثر در شکل‌گیری قیمت‌ها مغفول می‌ماند [رشوندبوکانی، ۱۳۹۰، ص ۱۷۲].

نظر به شرایط جاری اقتصادی و تمایل الحاق به سازمان تجارت جهانی باید درخصوص تدوین قوانین رقابت، روش مشخصی داشت. این نوشتار بر آن است که به این سؤال پاسخ دهد که آیا می‌توان برخی قوانین رقابت را بر مبنای قاعده لاضرر توجیه کرد و آیا در متون فقهی انحصارگرایی مجاز شناخته شده است؟ لذا ابتدا درخصوص مفاد رقابت و انحصار توضیح مختصری ارائه شده است. سپس با بیان نظریات راجع به قاعده لاضرر روشن ساخته‌ایم که منطبق با کدام نظریه می‌توان درخصوص رقابت و مقابله با انحصار قانون وضع کرد.

---

1. John Bates Clark.(1847-1938)



## ۲. مفهوم رقابت و انحصار

رقابت (reqâbat) به معنای نگرانی کردن و انتظار کشیدن است [دهخدا، ص ۱۲۱۸۹]. برخی نیز آن را به معنای هم‌چشمی گرفته‌اند [نفیسی، ۱۳۵۵، ج ۳، ص ۱۶۷۷]. در زبان عربی «التنافس» معادل کلمه رقابت و به معنای در پیروزی یا کسب چیزی پیشی گرفتن آمده و «التنافس التجاری» همان رقابت بازرگانی است. معادل این کلمه در زبان انگلیسی competition و در زبان فرانسه concurrence است. هر دو کلمه به معنای مسابقه میان رقبا، تلاش دو یا چند طرف برای به دست آوردن کار یا امتیاز تجاری شخص ثالث با پیشنهاد کردن شرایط بهتر و همچنین تلاش رقبا برای انجام یک کار تجاری به طور همزمان معنا شده است [Henry, 1983, p.149]. گفته شده است که لغت competition از لاتین گرفته شده و به معنای «با هم تلاش کردن» یعنی شرکت کردن رقبا در یک مسابقه واحد با شرایط مشابه است [سماواتی، ۱۳۹۴، ص ۱۷].

از منظر اقتصاد رفتار مصرف‌کننده و تولیدکننده بر این فرض استوار است که به تنهایی قادر به تأثیرگذاری بر قیمت‌های خرید و فروش نیستند. مصرف‌کننده با قیمت‌هایی مواجه است که از پیش تعیین شده‌اند. او با خرید ترکیبی از کالاهای مورد نیاز خود تلاش می‌کند تا مطلوبیت<sup>۱</sup> خود را به حداکثر برساند و کالاهایی را انتخاب می‌کند که حداکثر رضایت خاطر<sup>۲</sup> وی را ایجاد کند. این فرض بیانگر آن است که از وجود تمام راه‌های ممکن برای انتخاب و خود انتخاب آگاهی کامل دارد و قادر به ارزیابی آن‌ها نیز هست. تولیدکننده نیز با قیمت‌های معین برای ستاده و نهاده<sup>۳</sup>

1. Utility

2. Utility Satisfying

۳. آورده‌های بنگاه مانند نیروی انسانی، ابزار تولید و سرمایه، نهاده (Input) نام دارد و به کالا یا خدمتی که از فرایند تولید به دست می‌آید، ستاده یا محصول (Output یا Product) گفته می‌شود. به بیان دیگر از ترکیب یک سری نهاده در تولید، کالا یا خدمتی حاصل می‌شود. مثلاً با ترکیب مقداری زمین زراعی، بذر گندم، آب، نیروی کار و ... در یک نهاده به همراه مقداری از عوامل تولید دیگر مثل ساعاتی از کار ماشین‌آلات و نیروی کار، گندم و در فرآیند دیگری منجر به تولید محصول دیگری به نام آرد می‌شود. بنابراین واژه‌های ستاده یا محصول و نهاده اصطلاحاً نسبی هستند. به این معنی که یک محصول یا ستاده ممکن است خود به‌عنوان نهاده تولید در فرآیند دیگری به کار رود.

روبه‌رو است و آن مقدار تولید می‌کند که بتواند سود خود را به حداکثر برساند. بنابراین مصرف‌کننده و تولیدکننده با مسئله به حداکثر رساندن روبه‌رو هستند و فعالیت‌های آنان سطح قیمت‌ها را تعیین می‌کند. لذا قیمت در سازوکار بازار که برخی آن را عظیم‌ترین کامیابی ذهن بشر دانسته‌اند، تعیین می‌شود [ساموئلسن، هاوس، ۱۳۸۴، ص ۵۵]. بازار محلی است که تولیدکننده و مصرف‌کننده با یکدیگر روبه‌رو می‌شوند و کالای خود را مبادله می‌کنند. در بازار کالاهای نهایی، مصرف‌کننده نقش خریدار و تولیدکننده نقش فروشنده را ایفا می‌کند. نقش این افراد در بازار نهاده‌های عوامل تولید مانند بازار نیروی کار کاملاً معکوس می‌شود. تجزیه و تحلیل تعادل بازار مستلزم آن است که قیمت خرید و فروش به‌درستی تبیین شود. این قیمت در حالتی از بازار مشخص می‌شود که در آن رقابت درستی وجود داشته باشد و عوامل قدرت یا هر عامل خارجی بر بازار تأثیر نگذارد [جیمز، ریچارد، ۱۳۷۱، ص ۱۹۹].

رقابت امروزه به معنای تلاش برای برتری در یک زمینه کاری یکسان است و به وضع حاکم بر بازاری گفته می‌شود که ورود در آن برای عموم آزاد باشد و هر کس و هر مؤسسه، بنگاه<sup>۱</sup> و شرکت بتواند در خرید و فروش رسد و سهم داشته باشد و هیچ کس موجب به هم خوردن برابری مبادله‌کنندگان و خریداران کالاها نگردد و تساوی رقابت‌کنندگان را برهم نزنند. نقطه مقابل این معنا «رقابت نامشروع»<sup>۲</sup> است که به عمل فروشندگان یا صاحبان حرف در تفریق مشتریان و ارباب رجوع همکاران

---

۱. کوچکترین واحد اقتصادی که تولیدکننده کالا یا عرضه‌کننده خدمت است، بنگاه نام دارد و محل گردآوری وسایل سرمایه‌ای و دیگر منابعی است که برای تحصیل سود تحت مدیریت معینی با یکدیگر ترکیب می‌شوند. در بنگاه نیروی کار، مواد اولیه را در فرآیند تولید تغییر شکل می‌دهد و به ارزش آن می‌افزاید و محصول بدست آمده به فروش می‌رسد. زمینه فعالیت بنگاه‌ها را می‌توان در قالب‌های مشخصی گروه‌بندی کرد که اصطلاحاً به آن «بخش» گفته می‌شود. مثلاً بخش معدن، بخش ساختمان (که شامل هر نوع فعالیت عمرانی همچون ساختمان سازی، پل سازی و حتی احداث جاده می‌شود. بخش خدمات (که شامل خدمات پزشکی، حقوقی، هتلداری و ... می‌شود). اگر بنگاه‌ها در یک بخش معین اقتصادی فعالیت کنند که دارای خصصت‌های مشترک باشند به آن «صنعت» گفته می‌شود. مثلاً صنعت هتلداری و صنعت تفریحات مجزای از یکدیگرند لیکن در بخش خدمات واقع می‌شوند.

2. uncompetitive



خود و جلب آنان به گرد خویش از راه‌های غیرشرافتمندانه و اخلاقی گفته می‌شود [جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۲۰۵۹].

امروزه اصطلاح رقابت نامشروع دارای معنای اقتصادی است. قبلاً رقابت نامشروع شامل اقداماتی همچون تقلب، تدلیس و دسیسه در کسب‌وکار می‌شد، اما اکنون رقابت در دیدگاه مکاتب اقتصادی معنای خاص دارد و باید دید با کدام منظر علمی به آن توجه می‌شود. مثلاً قبلاً شرط تحقق رقابت نامشروع، سوءنیت بود و رقابت غیرقانونی، اقدام از روی سوءنیت بازرگانی بود که به منظور استفاده، اجناس و کالاهای خود را با عناوین غیرواقعی قلمداد می‌کرد و یا می‌خواست با اجناسی مرغوب از همان نوع مشتبه شود و توجه مشتریان اجناس خوب تاجر دیگر را با فریب به سوی کالاهای خود جلب کند و یا از طریق غیرمجاز کالاهای رقیب را زمین بزند [کاتبی، ۱۳۶۳، ص ۸۴] و این نگرش ناشی از عدم توجه به معنای اقتصادی بود.

برای اولین بار ماده ۲۴۴ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴/۱۲/۷ موضوع رقابت به معنای عام را مطرح کرد و در ذیل عنوان «فصل یازدهم - دسیسه و تقلب در کسب و تجارت» مقرر می‌داشت: «هر کس مشتری را درخصوص عیار طلا یا نقره یا اصل بودن جواهر فریب دهد یا جنسی را به جای جنس دیگر قلم دهد، به طوری که مقصود مشتری از اکتیاع آن حاصل نشود یا این که به واسطه اوزان و مقادیر غیرصحیح یا تقلبی، مقدار جنس را کم کند و به طور کلی مشتری را از حیث کمیّت یا کیفیت مبیع فریب دهد به حبس تأدیبی ... و به تأدیه غرامت ... یا به یکی از این دو مجازات محکوم خواهد شد».

قانون مزبور به موجب «قانون اصلاح ماده ۲۴۴ و ماده ۲۴۹ قانون مجازات عمومی» مصوب ۱۳۱۰/۴/۲۲ اصلاح شد و با تصریح به اصطلاح «رقابت مکارانه» مقرر می‌کرد: «رقابت مکارانه عبارت است از این‌که تاجری برای انصراف مردم از خرید یا استعمال متاعی مشابه متاع خود به وسیله اسباب‌چینی یا نسبت‌های کذب یا به طور کلی به هر وسیله متقلبانه دیگر متوسل شده و به طور مستقیم یا غیرمستقیم، تلویحاً یا تصریحاً در صدد معیوب یا نامرغوب جلوه دادن آن متاع برآید». در قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب سال ۱۳۶۲ و قانون مجازات اسلامی مصوب سال



۱۳۷۰ اثری از ماده ۲۴۴ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۱۰ مشاهده نمی‌شود، زیرا به مرور زمان قوانین تخصصی‌تری در زمینه تجارت و مبارزه با انحصارگرایی وضع شده بود و رقابت تا آن اندازه توسط دانشمندان اقتصاد مورد بحث قرار گرفته بود که این اصطلاح دیگر معنای مضیق سابق خود را نداشت و علاوه بر این مقنن را از وضع مجازات و جرم‌انگاری آن بی‌نیاز می‌کرد. مثلاً ماده ۵ قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی مصوب ۱۳۴۶ مقرر می‌کرد: «رقابت مکارانه در مورد مواد موضوع این قانون از طرف هر کسی مشمول بند «الف» ماده ۲۴۴ قانون کیفر عمومی خواهد بود» و تعریف جداگانه‌ای توسط مقنن در مورد رقابت ارائه نشد.

امروزه رقابت صرفاً به معنای اقتصادی استعمال می‌شود و تعاریف متعددی دارد که مشهورترین آن عبارت است از این‌که: «حالتی را گویند که در بازار شمار نامحدودی بازرگان که همه تجارت کالاهای یکسانی را می‌کنند وجود داشته باشد؛ به طوری که هیچ‌یک از بازرگانان نتوانند کالا به اندازه‌ای عرضه یا تقاضا کنند که در قیمت بازار مؤثر افتد. از این حالت عموماً به نام رقابت آزاد یا رقابت محض یا خالص<sup>۱</sup> یا رقابت کامل<sup>۲</sup> یاد می‌شود. هرگاه رقابت بدین شکل نباشد و تابع شرایط و محدودیت‌هایی باشد، آن را رقابت ناقص<sup>۳</sup> یا رقابت انحصاری<sup>۴</sup> و رقابت آشکار<sup>۵</sup> و جز این‌ها می‌نامند» [فرهنگ، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۳۷۱].

«قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم و چهارم (۴۴) قانون اساسی»<sup>۶</sup> در بند ۱۱ ماده ۱ در تعریف رقابت مقرر می‌دارد: «رقابت: وضعیتی در بازار که در آن

1. Pure competition.
2. Perfect competition.
3. Imperfect competition.
4. Monopolistic competition.
5. Open competition.

۶. ابتدا این قانون با عنوان «قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجراء سیاست‌های کلی اصل چهارم و چهارم (۴۴) قانون اساسی» در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۸ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که با ایراد شورای نگهبان به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع و در تاریخ ۱۳۸۷/۳/۲۵ به تصویب مجمع رسید. مدت اعتبار قانون برنامه چهارم توسعه در پایان سال ۱۳۸۸ خاتمه یافت، لذا در تاریخ ۱۳۸۹/۱۲/۱۱ قانونی با عنوان «قانون اصلاح قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجراء سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی»



تعدادی تولیدکننده، خریدار و فروشنده مستقل برای تولید، خرید و یا فروش کالا یا خدمت فعالیت می‌کنند، به طوری که هیچ‌یک از تولیدکنندگان، خریداران و فروشندگان قدرت تعیین قیمت را در بازار نداشته باشند یا برای ورود بنگاه‌ها به بازار یا خروج از آن محدودیتی وجود نداشته باشد<sup>۱</sup> و مقنن در تعریف رقابت کاملاً مفهوم اقتصادی را مورد توجه قرار می‌دهد. عناوین و مصادیق مندرج در ماده ۴۵ قانون مزبور تبیین بیش‌تری از این مفهوم دارد و نشان از توجه مقنن به مفهوم اقتصادی رقابت دارد.

رقابت ناظر بر ساختار و سازمان ویژه‌ای از بازار است. اقتصاددانان کلاسیک معتقدند که بهترین سازوکار هماهنگی و تخصیص منابع، بازار رقابتی است. بازار رقابتی دارای ویژگی‌های ذره‌ای بودن بازار، تجانس کالاها، آزادی ورود به صنعت، آگاهی کامل از بازار یا شفافیت کامل آن و قابلیت تحرک عوامل تولید است [Ferguson, 1969, p.20]. از دیدگاه آنان، در بازار رقابت خریداران و فروشندگان، قیمت‌پذیرند و قادر به تأثیرگذاری بر قیمت نیستند. علاوه بر این، تحرک منابع و عوامل تولید بسیار بالا است. رقابت به‌عنوان تخصیص‌دهنده منابع یک اثر مهم دارد و موجب نزدیکی قیمت‌های بازار به قیمت‌های طبیعی می‌شود. قیمت‌های طبیعی همان قیمت‌های رقابتی هستند، یعنی قیمت طبیعی متناظر به شرایطی است که در آن تخصیص منابع به نحوی است که نرخ سود سرمایه‌گذاری و نرخ دستمزد کارگران ماهر در تمامی فعالیت‌های اقتصادی یکسان باشد. بر این اساس، رقابت در طی زمان با دو مرحله مواجه است. رقابت در هر بخش موجب برابری قیمت‌های بازار با هزینه نهایی تولید می‌شود. همچنین رقابت بین بخش‌ها به گونه‌ای ساختار هزینه‌ها را شکل

---

در مجلس تصویب شد. به موجب ماده واحده قانون اخیرالذکر؛ نام قانون، به «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی» تغییر یافت. در این نوشتار به دلیل رعایت اختصار، از این قانون به‌عنوان «قانون رقابت» یاد می‌شود.

۱. تعریف مقنن از رقابت منطبق با تعاریف اقتصاددانان نیست زیرا از عناصر بازار دارای رقابت وجود «تجانس کالاها» است. یعنی کالاهای موجود در بازار همگن هستند و بازار صرفاً تولیدکننده یک نوع کالا یا خدمات مشخص نیست، لذا در اصلاحات آتی این قانون باید عبارت «مشابه یا جانشین نزدیک» بعد از عبارت «کالا یا خدمت» اضافه شود.

می‌دهد که نهایتاً نرخ سود در تمامی بخش‌ها یکسان شود. قیمت‌هایی که به این ترتیب حاصل می‌شوند به «قیمت طبیعی» موسوم هستند و مرکز ثقل نظام قیمت بازارند. اندیشمندان نئوکلاسیکی همچون جونس<sup>۱</sup>، اجورث<sup>۲</sup> و کورنو<sup>۳</sup> رقابت را برحسب فعالیت تجاری و به‌عنوان یک موقعیت تعادلی مطرح کرده، معتقدند این موقعیت پایانی بر تلاش بنگاه‌ها برای تفوق بر بازار است. عوامل مختلفی مانند بازارسازها، تاجر و بنگاه‌ها در تعیین قیمت مؤثرند. شومپیتر<sup>۴</sup> در اثر خود<sup>۵</sup> می‌گوید که پیشرفت اقتصادی حتی در غیاب رقابت به مفهوم نئوکلاسیکی نیز به صورت دائم و مستمر انجام می‌شود [خدادادکاشی، ۱۳۸۸، ص ۲۹] بنابراین مشخص شد که اصطلاح رقابت متضمن دو نظریه متفاوت است. برخی آن را توصیفی از ساختار صنعت می‌دانند و برخی دیگر آن را یک فرایند می‌پندارند.

به موجب بند ۱۲ قانون رقابت «انحصار» عبارت است از: «وضعیتی در بازار که سهم یک یا چند بنگاه یا شرکت تولیدکننده، خریدار و فروشنده از عرضه و تقاضای بازار به میزانی باشد که قدرت تعیین قیمت و یا مقدار را در بازار داشته باشد، یا ورود بنگاه‌های جدید به بازار یا خروج از آن با محدودیت مواجه باشد» و به دو نوع «انحصار طبیعی»<sup>۶</sup> و «انحصار قانونی»<sup>۷</sup> تقسیم می‌شود. اخلال در رقابت شامل مواردی می‌شود که موجب انحصار، احتکار، افساد در اقتصاد، اضرار به عموم، منتهی شدن به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص، کاهش مهارت و ابتکار در جامعه و یا سلطه اقتصادی بیگانه بر کشور شود.

1. Jevons. William Stanley Jevons (1835-1882).

2. Edgeworth. Francis Ysidro Edgeworth (1845-1926).

3. Cournot. Antoine Augustin Cournot (1801-1887).

4. Joseph Alois Schumpeter.(1833-1950)

5. Capitalism, Socialism and Democracy.

۶. (Natural monopoly) وضعیتی از بازار که یک بنگاه به دلیل نزولی بودن هزینه متوسط، می‌تواند کالا یا خدمت را به قیمتی عرضه کند که بنگاه دیگری با آن قیمت قادر به ورود یا ادامه فعالیت در بازار نباشد.

۷. (Statutory monopoly) وضعیتی از بازار که به موجب قانون، تولید، فروش و یا خرید کالا و یا خدمت خاص در انحصار یک یا چند بنگاه معین قرار می‌گیرد مانند انحصارات ناشی از مالکیت فکری همچون اختراعات.



### ۳. مبنای قاعده لاضرر

قاعده‌ای همچون قاعده لاضرر را نمی‌توان یافت که فقها درخصوص آن تا این میزان بحث و بررسی کرده باشند. به این قاعده هم در عبادات و هم در معاملات یعنی از کتاب صلاه تا حدود و قصاص و دیات استناد شده است. فقهای زیادی همچون شیخ انصاری، علامه ملا احمد نراقی، شیخ‌الشریعه اصفهانی، میرزای نایینی، امام خمینی و حسینی سیستانی بحث مستقلی را به این قاعده اختصاص داده‌اند. این قاعده مستند به آیات<sup>۱</sup>، دلایل محکم عقلی و روایتی است که مشهورترین آن به شرح ذیل است:

زراره از امام باقر (ع) روایت می‌کند که فرمودند: سمره بن جندب در باغ یکی از انصار درختی داشت و خانه مرد انصاری در کنار باغ بود. سمره برای رسیدن به درخت از آن‌جا می‌گذشت و اجازه نمی‌گرفت. مرد انصاری از وی تقاضا کرد تا به هنگام ورود اجازه گیرد؛ ولی سمره نپذیرفت. لذا مرد انصاری ماجرا را به پیامبر (ص) عرض کرد و از سمره شکایت کرد. پیامبر اکرم (ص) سمره را فراخواندند و شکایت مرد انصاری را به آگاهی وی رسانده، فرمودند هنگام ورود اجازه بگیر. سمره نپذیرفت. لذا ناچار حضرت با سمره وارد معامله شدند تا درخت او را خریداری کنند؛ لکن هرچه بر بهای درخت افزودند، سمره از پذیرفتن آن امتناع کرد. حضرت از راضی کردن سمره به وسیله مال دنیا مأیوس شدند و به وی فرمودند: در مقابل درختت، درختی در بهشت برای تو خواهد بود که به تو یاری رساند (یا بر تو سایه افکند). سمره باز هم نپذیرفت. سرانجام پیامبر اکرم (ص) به مرد انصاری فرمودند: برو درختش را از زمین برکن و آن را در مقابلش بینداز. فَإِنَّهُ لَأَضَرَّوَلَا ضِرَّارَ [کلینی رازی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۲۹۲].

۱. لاتضار والده بولدها ولا مولود له بولده (بقره، آیه ۲۳۳)؛ و لاتمسکوهن ضرارا لتعتدوا (بقره، آیه ۲۳۱)؛ من بعد وصیه یوصی بها او دین غیرمضار (نساء، آیه ۱۲)؛ و لایضار کاتب و لاشهید (بقره، آیه ۲۸۴). با عنایت به استعمال مشتقات واژه ضرر و از باب تعلیق حکم بر وصف، می‌توان به آیات به‌عنوان مستند قاعده استناد کرد هرچند برخی از فقهاء همچون مرحوم بجنوردی اشاره‌ای به این موضوع نفرموده‌اند و برخی نیز همچون مرحوم نائینی مهم‌ترین مدرک قاعده را فرمایش نبوی ذیل قضیه سمره بن جندب می‌دانند [۱۶، ج ۳، ص ۳۶۳]؛ همچنین [۱۷، ص ۹]

مبانی این قاعده علاوه بر آیات متعدد قرآن کریم، روایات وارد شده از پیامبر اکرم (ص) و معصومین (ع) است که به حد تواتر رسیده‌اند. بنای عقلا<sup>۱</sup> و اجماع (البته اجماع مدرکی) نیز از مبانی این قاعده به شمار می‌رود که در این نوشتار محل بحث آن نیست.

لغویون همچون ابن‌اثیر در نهاییه و راغب در مفردات، «ضرر» را به معنای «یک امر وجودی و عدم‌النفع»، «در تنگنا قرار دادن دیگری»، «ایجاد نقص در جان یا مال یا عرض» و «ضررهای معنوی» و ضرار را «مجازات بر ضرر»، «ورود ضرر توسط دو نفر به یکدیگر»، «هم معنای ضرر»، «ورود ضرر توسط شخصی بدون آن که سودی عایدش شود» و «ورود ضرر به دیگری با قصد قبلی» و «تکرار در ورود ضرر» گرفته‌اند و معنای «لا» را نیز عمدتاً «نفی جنس» دانسته‌اند [مرعشی شوشتری، ۱۳۷۶، ص ۳].

#### ۴. انطباق رقابت و انحصار بر قاعده لاضرر

بدون ورود در اثبات و رد نظریه‌هایی که بیان می‌شود، باید توجه داشت که به طور کلی و منطبق با هر معنایی، قاعده لاضرر امتثالی است. در این صورت افعال دارای حکم ثانوی می‌شوند و در اصطلاح علم اصول دلیل قاعده لاضرر بر ادله احکام اولیه، حاکم است. اما به طور خلاصه، نظریه‌هایی که درخصوص معنای این قاعده بیان شده عبارت است از:

اول- نهی از ضرر: به سیاق آیه شریفه «لارفت و لافسوق و لاجدال فی الحج» که در این موارد ظاهر کلام نفی است و اراده نهی می‌شود، مفاد قاعده مطلقاً نهی از ایجاد ضرر است و این نهی الهی نیز هست. ضرر نیز اعم از ضرر به خود و به دیگری است [شیخ الشریعه الاصبهانی، ۱۴۰۶ ق.، ص ۲۵].

۱. اگر در برخی روایات عبارت «فی الاسلام» و «علی مؤمن» آمده است، منعی ندارد که مبناى قاعده را عقل نیز بدانیم، هرچند اگر مبناى قاعده را فقط روایات بدانیم، عدم این دو قید نیز مانع استنباط حکم نیست.



**دوم- نفی حکم به لسان نفی موضوع:** مانند جمله «لاسهو للامام مع حفظ المأموم» مفاد قاعده، نفی حکم ضرری به لسان نفی موضوع است. لذا موضوعات با عناوین اولیه اگر متضمن ضرر باشد حکم از موضوع برداشته می‌شود. به بیان روشن‌تر ابتدا موضوع برداشته می‌شود و آنگاه که موضوع برداشته شد، حکم به تبع آن نیز برداشته می‌شود [آخوندخراسانی، ۱۳۶۶، ص ۲۶۸].

**سوم- نفی حکم ضرری:** «لا» به معنای حقیقی خود استعمال شده است و مفاد قاعده نفی حکم ضرری است. لذا حقیقتاً حکم رفع می‌شود. پس هر حکمی که از ناحیه مقنن وضع شود و مستلزم ضرر باشد، خواه بر خود مکلف و خواه بر دیگری و خواه این‌که تکلیفی باشد یا وضعی (مانند حکم به لزوم بیع متضمن غبن) به واسطه این قاعده رفع می‌شود [موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۹۹]. پس در واقع عبارت قاعده چنین است: «لاحکم ضرری فی الاسلام». تفاوت آن با نظر دوم این است که طبق این نظر نفس حکم برداشته می‌شود؛ ولی منطبق با نظر دوم متعلق و موضوع حکم برداشته می‌شود [انصاری، ۱۴۱۵، ق. ۲، ص ۴۶۱].

**چهارم- نفی ضرر غیرمتدارک:** منظور از قاعده، نفی هرگونه ضرر جبران نشده (غیرمتدارک) است و شارع اعلام می‌کند که هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند [فاضل تونی، ۱۴۱۵، ق. ۱، ص ۱۹۳].

**پنجم- نهی حکومتی:** پیامبر اکرم (ص) دارای شئونی غیر از ابلاغ احکام دین نیز هست؛ زیرا حضرت حاکم بر مردم و مدیر آنان بود و فصل خصومت می‌کرد. لذا مفاد قاعده لاضرر، نهی الهی نیست، بلکه نهی سلطانی یا به اصطلاح حکم حکومتی است که حاکم دستور می‌دهد به یکدیگر ضرر نزنید و در صورت ورود ضرر آن را جبران کنید [موسوی الخمینی، ۱۳۸۵، ق. ۱، ص ۳۶].

**ششم- تمایز بین لاضرر و لاضرار:** «لاضرر» دارای همان معنایی است که مرحوم شیخ انصاری فرموده‌اند، یعنی نفی هر حکم ضرری؛ اما «لاضرار» دو نوع تشریح دارد. اول تحریم مولوی تکلیفی اضرار و دوم قانونگذاری برای اتخاذ تدابیری عملی برای حمایت از این تحریم [حسینی السیستانی، ۱۳۷۳، ص ۱۳۴].

ضمن توجه به این نکته مهم که از منظر مکاتب اقتصادی، «تسهیل رقابت» مفهومی جدای از «ممانعت از انحصار» دارد و اساساً یکی از عوامل متمایزکننده مکاتب درخصوص رقابت، نحوه اقدام و تجویز تقنین برای تسهیل رقابت و یا ممانعت از انحصار است، باید گفت که به موجب نظریه‌هایی که مفاد قاعده را نهی از ایجاد ضرر می‌داند، آن را نفی حکم به لسان نفی موضوع می‌داند و یا آن را حکم حکومتی می‌داند، نمی‌توان به استناد قاعده، اثبات حکم کرد و درخصوص «تسهیل رقابت»، قانون وضع کرد؛ اما اگر مفاد آن نهی از ضرر باشد و یا آن را حکم حکومتی بدانیم می‌توان برای «ممانعت از انحصار»، قانون وضع کرد، زیرا حکومت می‌تواند به دلیل این‌که انحصار موجب ضرر می‌شود از آن نهی کند یا با حکم حکومتی مانع ورود ضرر ناشی از انحصار شود. به‌عنوان مثال نمی‌توان به استناد این قاعده حکم به ضمان شخص ناقض حقوق رقابت که موجب ورود ضرر به دیگران شده است کرد، زیرا حکم به ضمان ناقض، متضمن حکم اثباتی است یا نمی‌توان حکم به اثبات خیار برای شورای رقابت، چنان‌که در بند ۱ ماده ۶۱ قانون رقابت آمده است کرد و فقط با استناد به این قاعده، لزوم عقودی که لازم هستند برداشته می‌شود. اما اگر مدلول قاعده را نفی حکم ضرری، نفی ضرر غیرمتدارک و یا تحریم مولوی تکلیفی بدانیم و خصوصاً منطبق با نظریه آخر که مقنن باید تدابیر لازم را برای ممانعت از ورود ضرر اتخاذ کند، می‌توان ادعا کرد که مفاد قاعده اثبات حکم نیز می‌کند<sup>۱</sup> [نراقی، ۱۴۰۸ق.، ج ۱، ص ۱۷]. لذا این قاعده می‌تواند مبنایی برای قانونگذاری درخصوص «تسهیل رقابت» باشد و همچنین مبنایی برای قانونگذاری برای «مقابله با هر نوع انحصارگرایی».

توضیح آن‌که در مورد نظریه نفی حکم ضرری مقنن اعلام می‌کند که حکم ضرری را نفی می‌کند. لذا همچنان‌که اگر حکم ضرری وجود داشت با این قاعده نفی می‌شود، اگر عدم وجود حکمی نیز منشأ ضرر شود مقنن آن را نفی می‌کند و این همان اثبات حکم است [نراقی، ۱۴۰۸ق.، ج ۱، ص ۲۰]؛ زیرا وجود یا عدم در این باب خصوصیتی

۱. به اعتقاد مرحوم نراقی حتی طبق نظری که مفاد قاعده را نفی ضرر غیرمتدارک می‌داند نیز نمی‌توان حکم اثباتی ضمان متلف را داد زیرا ممکن است تدارک ضرر از بیت‌المال باشد یا شارع در دنیا یا در آخرت ضرر را تدارک کند.



ندارد و منشأ افتراق نمی‌تواند باشد. پس با توجه به امتنانی بودن حکم و تنقیح مناط و توجه به مناسبت حکم و موضوع، می‌توان حکم اثباتی داد<sup>۱</sup> [مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ ق.، ج ۱، ص ۸۷؛ حیدری، ۱۳۷۹، ص ۸۱]

اگر مفاد قاعده را نفی ضرر غیرمتدارک بدانیم منظور این است که در شرع ضرری که برای آن جبران در نظر گرفته نشود وجود ندارد، زیرا ضرر متدارک همان حکم به عدم ضرر است. نتیجه آن‌که در هر مورد که ضرری به کسی وارد شود مقنن دخالت می‌کند و اعلام می‌کند که ضرر باید جبران شود و این همان حکم اثباتی است. در ماده ۶۱ قانون رقابت در هیچ موردی به این شورا اجازه حکم به جبران ضرر داده نشده است. شاید دلیل این باشد که حکم به جبران خسارت از شئون قضایی است و شورای رقابت به دلیل ساختارش، فاقد چنین شأنی است.

اگر مفاد قاعده را علاوه بر نفی حکم ضرری، تحریم مولوی تکلیفی و لزوم اتخاذ تدابیر عملی برای حمایت از تحریم ضرر بدانیم، در این صورت نیز می‌توان به استناد قاعده مزبور درخصوص وضع مقررات حقوق رقابت و تسهیل آن و ممانعت از انحصار نیز اقدام کرد. لذا با این مبنا در بندهای متعدد ماده ۶۱ قانون رقابت، به شورای رقابت اجازه داده شده است که مانع از رویه‌های ضد رقابتی شود.

##### ۵. کاربرد قاعده برای سلب و اثبات حکم

کاربرد قاعده لاضرر را می‌توان در دو زمینه به شرح زیر مورد توجه قرار داد:

**اول:** این قاعده در حیطه ساختار و چارچوب قانونگذاری مورد توجه قرار گیرد و قانونگذار با عنایت به این قاعده و مبتنی بر آن قانون وضع کند. این قوانین به اثر سلبی توجه دارد و صرفاً مانع ورود ضرر می‌شود. پس اثر ایجابی نداشته، درخصوص تسهیل رقابت حکمی وضع نمی‌کند؛ اما به دلیل ورود ضرر به سبب انحصار، مانع آن خواهد بود. بنابراین، نظر به این‌که مقنن وظیفه دارد روابط اجتماعی جامعه و از جمله روابط اقتصادی را تنظیم کند لذا کاربرد قاعده را در تنظیم روابط اقتصادی و ساماندهی به آن مورد نظر قرار می‌دهد و لذا می‌تواند هر رفتار

۱. برای دیدن ادله نقلی اثبات حکم بر مبنای قاعده لاضرر مراجعه کنید به: [۲۹، ص ۵۸]



غیررقابتهی متضمن ضرر را منع کند و معاملات غیررقابتهی را ممنوع کرده، حکم وضعی بطلان را برای آن اعلام کند و یا حتی بر آن اثر تکلیفی مترتب و برای عاملان آن مجازات تعیین کند. در این مورد مقنن به اثر ایجابی و اثباتی توجه ندارد.

دوم: این قاعده حکمی تکلیفی و وضعی برای تنظیم رفتار اقتصادی دولت با افراد و افراد با یکدیگر است و مقنن باید با عنایت به آن، روابط فعالان در عرصه اقتصاد را که شامل خود دولت نیز می‌شود، تنظیم کند. در این مورد قاعده دارای آثار ایجابی است و می‌توان با آن اثبات حکم نیز کرد.

پس هم مقررات تشویقی و تسهیل برای رقابت و برقراری توازن در رفتار فعالان اقتصادی را می‌توان به استناد این قاعده وضع کرد، هم می‌توان مانع انحصار شد و هم می‌توان در صورت تخلف از مقررات رقابت و انحصار برای آن مجازات وضع کرد. بر همین مبنا در ماده ۴۴ قانون رقابت، هرگونه عملی که منجر به اخلال در رقابت شود، ممنوع دانسته شده است.

در هر دو زمینه، نفی ضرر، صورت‌های مختلفی دارد. در مرحله اول نفی ضرر را به‌عنوان حکمت احکام در نظر می‌گیریم.<sup>۱</sup> در مرحله دوم این قاعده حاکم بوده، محدودکننده سایر قوانینی است که منطبق با آن نیست و موجب ورود ضرر به دلیل عدم رعایت مقررات انحصار و رقابت می‌شود و در مرحله سوم نفی ضرر موجب اثبات احکام می‌شود و مقنن وظیفه دارد بر مبنای آن راه‌های ورود ضرر را از طریق انحصار و عدم رعایت رقابت مشخص و ممنوع کند و سپس راه جبران آن را مشخص سازد. ماده ۴۵ قانون رقابت نیز مصادیق این‌گونه اعمال را همچون احتکار و استتکاف از معامله، قیمتگذاری تبعیض‌آمیز، قیمتگذاری تهاجمی، فروش یا خرید اجباری و اظهارات گمراه‌کننده ممنوع اعلام کرده است.

برای آنچه بیان شد می‌توان شاهی از بیان بزرگان نیز آورد. مرحوم حسینی مراغی بیان می‌کند که قاعده لاضرر یک حکم دستوری را تبیین می‌کند و دلالت بر

۱. مثلاً در تلقی رجب‌ان(از جمله مبانی حقوق رقابت)، مؤلف جواهرالکلام(ره) می‌فرماید: «حکمت نهی از تلقی رجب‌ان صرفاً برای رعایت حال کاروانیان نیست بلکه اعم از آن و شامل حال مردم شهر نیز می‌باشد زیرا متلقى با این کار خود سود حاصله را به خود اختصاص می‌دهد و مردم شهر را از آن محروم می‌کند.» [۳۰، ج ۲۲، ص ۴۷۴]



نهی دارد و اگر ضرری واقع شد، فقط حکم به حرمت اضرار مشکلی را حل نمی‌کند، بلکه باید برای رفع ضرر راه‌حل پیشنهاد داد و از کسانی که چنین نظری داده‌اند با تعجب بسیار یاد می‌کند. سپس این نظر را می‌دهد که اگر ضرر جبران شود، ضرر محسوب نمی‌شود [حسینی المرآغی، ۱۴۱۷ ق.، ج ۱، ص ۳۱۷].

این سخن در دیدگاه برخی از حقوقدانان غربی نیز وجود دارد. آن‌ها نیز به این مسئله توجه کرده و دو قاعده در ضرر مقرر داشته‌اند. قاعده اول که در حکم قاعده پایه است بر ممنوعیت اضرار دلالت می‌کند و قاعده دوم که مبتنی بر قاعده اول است، بر جبران ضرر وارد شده دلالت می‌کند. جان آستین<sup>۱</sup> و پوتیه<sup>۲</sup> تعهد اول را تعهد پایه<sup>۳</sup> و تعهد تبعی را که به دنبال نقض تعهد اول می‌آید، تعهد ثانوی<sup>۴</sup> یا تعهد جبرانی<sup>۵</sup> نامیده‌اند [حکمت نیا، ۱۳۹۰، ص ۸].

## ۶. نتیجه‌گیری

موقعیت قاعده لاضرر به‌عنوان معیار تنظیم‌کننده رفتار مردم در عرصه فعالیت‌های اقتصادی و ممنوعیت اضرار مورد تردید نیست. این ممنوعیت اگر ناظر به اضرار به خود باشد موضوع علم حقوق نیست؛ ولی اگر ناظر به اضرار به دیگری باشد مورد توجه است. اضرار به دیگری به لحاظ حکم تکلیفی عملی حرام و به لحاظ حکم وضعی با وجود شرایط مقرر در قانون موجب ضمان است. فرض رعایت کامل قانون توسط فعالان اقتصادی واقعیت ندارد. لذا دولت باید برای تنظیم رفتار مردم دخالت کند. بدیهی است به استثنای مواردی که دولت برای نفع عمومی دخالت می‌کند، قصد انتفاع ندارد و اعمال حاکمیت می‌کند، خود دولت نیز مشمول این قواعد است و مؤسسات اقتصادی دولتی مجاز به داشتن امتیازات خاصی در عرصه تجارت نیستند. از همین بیان اختیارات شورای رقابت در تضمین رفتار رقابتی و تشخیص مصادیق

1. John Austin (1790-1859).
2. Robert Joseph Pothier (1699- 1772)
3. Primary obligation.
4. Secondary obligation.
5. Remedial obligation.

آن و همچنین تعیین مصادیق رفتارهای ضد رقابتی و برخورد با آن به اشکال متنوع آن نیز روشن می‌شود. به‌عنوان نمونه به موجب بند «د» ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی «عرضه کالا یا خدمت به قیمتی پایین‌تر از هزینه تمام شده آن به نحوی که لطمه جدی به دیگران وارد کند...» و همچنین «ارائه هدیه، جایزه، تخفیف یا امثال آن که موجب وارد شدن لطمه جدی به دیگران شود» (که اصطلاحاً به این اقدامات «قیمتگذاری تهاجمی» گفته می‌شود) از مصادیق اعمال منجر به اخلال در رقابت شمرده شده است و مقنن در هر دو مورد معیار ورود لطمه جدی را مورد نظر قرار داده است. تبصره این بند نیز تشخیص لطمه جدی را بر عهده شورای رقابت قرار داده است و هیچ تمایزی بین دولت و مردم قائل نیست.

این مقررات عام‌الشمول در دو زمینه وضع شده‌اند. بخشی ناظر بر تسهیل رقابت و بخش دیگر ناظر بر ممنوعیت انحصار هستند. فرض این است که در تدوین همه این مقررات مقنن بر مبنای قانون اساسی که رعایت موازین اسلامی را لازم دانسته است، عمل کرده‌است پس باید موجهات شرعی آن تبیین شود. یکی از این موجهات قاعده لاضرر است. برای این قاعده چندین معنا بیان شده است. اگر بخواهیم تمامی مقررات مربوط به رقابت را اعم از آنچه که مربوط به دولت می‌شود یا مردم و اعم از آنچه ناظر به تسهیل رقابت است و یا ممنوعیت انحصار توجیه کنیم تنها نظریه‌ای که از هر جهت وافی به مقصود است نظریه‌ای است که بین «لاضرر» و «لاضرار» تمایز قائل شده و «لاضرار» را تحریم مولوی تکلیفی اضرار به غیر می‌داند. بر مبنای این نظریه می‌توان برای قانونگذار اختیار اتخاذ تدابیر لازم و عملی برای حمایت از این تحریم را نیز قائل شد. پس می‌توان گفت مقنن می‌تواند با استناد به اصل لاضرر اثبات حکم کند یا از ابتدا به استناد قاعده مزبور، مانع ورود ضرر شود؛ مانند آنچه در ماده ۴۸ قانون رقابت آمده است.

## ۷. منابع



- [۱] انصاری، مرتضی بن محمدامین، *فرائد الاصول*، (ج ۲)، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
- [۲] آخوندخراسانی، محمدکاظم، *کفایه الاصول*، (ج ۱)، (چ ۶)، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۶.
- [۳] باقری، احمد و محمدجواد باقی‌زاده، «حدیث لاضرر و اختلاف در اثبات حکم بر پایه آن»، *مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان*، سال ۶، شماره ۱۹، ۶۴-۴۳، ۱۳۸۶.
- [۴] جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، (ج ۳)، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- [۵] جیمز. م. هندرسن و ریچارد. آ. کوانت. *تئوری اقتصاد خرد*، ترجمه مرتضی قره‌باقیان و جمشید پژویان، تهران، انتشارات خدمات فرهنگی رسا، ۱۳۷۱.
- [۶] حسینی‌سیستانی، علی، *قاعده لاضرر و لاضرار*، قم، مکتب آیه‌الله‌العظمی السید سیستانی، ۱۳۷۳.
- [۷] حسینی‌المراغی، سیدمیرعبدالفتاح، *العناوین الفقہیہ*، (ج ۱)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- [۸] حکمت‌نیا، محمود، «لاضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی»، *مطالعات راهبردی زنان*، سال ۱۳، شماره ۵۱، ۴۱-۷، ۱۳۹۰.
- [۹] حیدری، سیدکمال، *قاعده لاضرر و لاضرار*، (ابحاث سیدمحمدباقر صدر)، قم، دارالصادقین، ۱۳۷۹ ق.
- [۱۰] خدادادکاشی، فرهاد، «دیدگاه‌های مختلف در مورد مفهوم و نظریه رقابت و تطبیق آن با وضعیت رقابت در بخش صنعت ایران»، *پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی*، دوره هفدهم، شماره ۵۱، ۱۳۸۸.
- [۱۱] دانش‌پژوه، مصطفی، *مقدمه علم حقوق: با رویکرد به حقوق ایران و اسلام*، (چ ۲)، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، ۱۳۸۹.
- [۱۲] دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه دهخدا*، (ج ۸)، تهران، انتشارات امیرکبیر.

- [۱۳] رشوندبوکانی، مهدی، *حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه اروپا*، تهران، نشر دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، ۱۳۹۰.
- [۱۴] ساموئلسن، پل وهاوس، نورد، *اصول علم اقتصاد*، ترجمه مرتضی محمدخان، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۴.
- [۱۵] سماواتی، حشمت‌اله، *مقدمه‌ای بر حقوق رقابت بازرگانی و نقش آن در سیاستگذاری و تنظیم بازار*، تهران، (چ ۲۰) انتشارات فردوسی، ۱۳۹۴.
- [۱۶] شیخ‌الشریعه الاصبهانی، فتح‌الله الغروی، *رساله لاضرر*، قم، نشر اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- [۱۷] فاضل‌تونی، ملاعبدالله بن محمد، *الوافیه فی اصول الفقه*، به تحقیق سیدمحمد حسینی رضوی‌کشمیری، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- [۱۸] فرهنگ، منوچهر، *فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی*، (ج ۱)، تهران، انتشارات البرز، ۱۳۷۱.
- [۱۹] کاتبی، حسینقلی، *فرهنگ حقوق (فرانسه- فارسی)*، (چ ۱)، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۳.
- [۲۰] کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، (چ ۵۸)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
- [۲۱] کلینی‌رازی، محمدبن یعقوب بن اسحاق، *فروع من الکافی*، با شرح علی‌اکبر غفاری، (ج ۵)، (چ ۳)، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- [۲۲] مرعشی‌شوشتری، سیدمحمدحسن، *قاعده لاضرر*، دادرسی، دوره اول، شماره ۴، ۱۳۷۶.
- [۲۳] مکارم‌شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، (ج ۱)، (چ ۳)، قم، مدرسه الامام امیرالمومنین علیه السلام، ۱۴۱۱ ق.
- [۲۴] موسوی‌الخمینی، روح‌الله، *الرسائل*، با تعلیقات آقامجتبی طهرانی، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۵ ق.
- [۲۵] موسوی‌بجنوردی، سیدمیرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، (ج ۱)، (چ ۲)، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۱.



- [۲۶] نائینی، محمدحسین، *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، تقریرات شیخ موسی خوانساری نجفی، (ج ۳)، (چ ۱)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۶.
- [۲۷] نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، (ج ۲۲)، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
- [۲۸] نراقی، احمدبن محمد مهدی، *عوائد الایام*، (ج ۱)، (چ ۳)، قم، بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
- [۲۹] نفیسی، علی اکبر، *فرهنگ نفیسی*، (ج ۳)، تهران، چاپ مروی، ۱۳۵۵.
- [30] Ferguson.C.F. *A Macroeconomic Theory of Workable Competition*, Durham N.C, Duke University Press, 1969.
- [31] Henry, Campbell Black, M.a, *Black's Law Dictionary*, Fifth Edition, 1983.
- [32] Paul, Babie, "Religion and Constitutionalism Oscillation" *Journal of Religious History*, Volume 39, Issue 1, 2014.