

فصلنامه
نظریه های حقوقی

سال سوم / شماره ۵ / تابستان ۱۴۰۲
www.Legaltheories.ir



مجمع علمی و پژوهشی مهد

فصلنامه نظریه های حقوقی



مجمع علمی و پژوهشی مهد

Quarterly

Legal theories

Vol. 3 / No. 5 / Summer 1402
www.Legaltheories.ir

تگاهی به سیر تحولات سیاست جنایی ایران در مقابله با جرایم آبی کمی
• دکتر فرزانه مرادی

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در ترازوی فقه (استقلال دختر باکره در ازدواج)
• دکتر غلامرضا یزدانی

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق موضوعه و فقه
امامیه
• دکتر مهدی الهویی نظری/عادی محمدی

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»: از تمایل رویه قضایی تا موانع بنیادین
• دکتر سیدمحمد رضوی/علی گلنارکار

A look at the evolution of Iran's criminal policy against quantitative water crimes
• Dr. Farzaneh Moradi

Article 1043 of the Civil Code in the balance of jurisprudence (Independence of a virgin girl in marriage)
• Dr. Gholamreza Yazdani

Competition Law and Competition Council at Law with a comparative study of Imamieh Jurisprudence
• Dr. Mehdi Elhovi Nazari / Hadi Mohammadi

Extension in the concept of "waste in law"; From the inclination of the judicial procedure to the fundamental obstacles
• Dr. Syed Mohammad Razavi / Ali Gulnarkar

سال سوم / شماره ۵ / تابستان ۱۴۰۲

نظریه های حقوقی

فصلنامه / سال سوم / شماره ۵ / تابستان ۱۴۰۲
صاحب امتیاز و مدیر مسئول: دکتر سیدعباس حسینی نیک
سر دبیر: دکتر امیر ساعد وکیل

گروه دبیران

آیت الله سیدمحمد موسوی بجنوردی	استاد دانشگاه خوارزمی
دکتر محمد آشوری	استاد دانشگاه تهران
دکتر ابراهیم تقی زاده	استاد دانشگاه پیام نور
دکتر همايون مافی	استاد دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
دکتر محمدتقی رفیعی	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر سام محمدی	دانشیار دانشگاه مازندران
دکتر امیر ساعد وکیل	استادیار دانشگاه تهران

سرپرست گروه داوران: دکتر اصلی عباسی

ویراستار: لیلا ایزد پوری / صفحه آراء: زهرا رحمانی خاکی / طراح: رامین امیر سلیمانی
نشانی: تهران، خیابان انقلاب اسلامی، خیابان منیری جاوید، تقاطع شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۷
تلفن: ۶۶۴۱۲۰۷۸ - ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۹۶۳۳۸۶

www.legaltheories.ir

آدرس الکترونیکی: majdlaw@yahoo.com

چاپخانه: چاپ دیجیتال ایران کهن

مطالب مندرج در این فصلنامه لزوماً مورد تأیید دیدگاه‌های مجمع علمی و فرهنگی مجلد نیست.

نقل مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

برای دریافت اشتراک با دفتر مرکزی مجلد تماس حاصل فرمایید.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شیوه نامه تدوین مقالات

- مقالات باید علمی، مبتنی بر پژوهش نویسندگان، مستند، مشتمل بر مطالب جدید و حتی الامکان ناظر بر نظریه‌های حقوقی باشد.
- مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری ارسال شده باشد.
- مقالات متناسب با یک شماره آماده شود و طولانی و دنباله‌دار نباشند.
- کلیه منابع مورد استفاده جهت نگارش مقالات باید با رعایت اصل امانتداری علمی و با تبعیت از اصول حقوق مالکیت فکری در مقالات درج شوند.
- مقاله ارسالی از ۲۵ صفحه حروف چینی شده (هر صفحه ۲۵۶ کلمه) افزون نباشد (تعداد کلمات کل مقاله بدون منابع بین ۳۰۰۰ تا ۵۰۰۰ کلمه).
- فایل مقاله حروف چینی شده در محیط **word** و **pdf** ارسال گردد.
- فونت مورد استفاده **B lotus**، تیترا عنوانین به صورت پرننگ، اندازه قلم برای متن مقاله ۱۴، زیرنویس ۱۱ و برای عنوانین ۱۴ است. فونت برای بخش انگلیسی **Times New Roman** است.
- چکیده مقاله که در واقع فشرده بحث و حاوی سوال اصلی پژوهش است، به دو زبان فارسی و انگلیسی، توأم کلیدواژه‌های مقاله (حداقل چهار و حداکثر هفت واژه) به دنبال هر چکیده درج شود. (تعداد کلمات چکیده بین ۲۰۰ تا ۳۵۰)
- رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- ارجاعات در پاورقی هر صفحه با رعایت اصول زیر باید به صورت زیرنویس انجام گیرد:
- مقالات مندرج در مجلات علمی: نام خانوادگی و نام نویسنده، عنوان مقاله، عنوان نشریه، شماره نشریه، سال، صفحه
- مقالات اینترنتی: نام خانوادگی و نام نویسنده، عنوان مقاله، نام منبع، تاریخ شامل روز/ماه/سال، لینک به صفحه مربوطه در سایت منبع و تاریخ آخرین بازدید از صفحه مذکور.
- کتاب فارسی: نام خانوادگی و نام نویسنده، عنوان کتاب، ویرایش، ناشر، سال انتشار، صفحه.
- کتاب ترجمه: نام خانوادگی و نام مترجم، عنوان کتاب در فارسی، نام خانوادگی و نام نویسنده اصلی، ناشر، سال انتشار، صفحه.
- کتاب غیرفارسی: نام خانوادگی و نام نویسنده، عنوان کتاب، ناشر، سال انتشار، صفحه.
- پایان‌نامه کارشناسی ارشد و رساله دکتری: نام خانوادگی و نام نگارنده، عنوان پایان‌نامه یا

رساله، استاد راهنما، سال، تعیین مقطع (پایان نامه ارشد یا رساله دکتری)، تعیین رشته، نام دانشگاه، صفحه.

اسناد موجود در اینترنت: سایت ناشر سند، عنوان سند، سال، لینک به صفحه حاوی سند، آخرین تاریخ بازدید از منبع.

• منابع مورد استفاده در متن مقالات، بدون ذکر شماره صفحه، در انتهای هر مقاله به ترتیب حروف الفبا، شماره گذاری و درج شود.

هر مقاله باید شامل بخش چکیده (همراه با کلید واژگان و بیان سوال اصلی مقاله)، مقدمه (تبیین مساله و لزوم پژوهش همراه با تشریح روش پژوهش)، بدنه اصلی مقاله، نتیجه گیری و منابع باشد.

- نقل قول های مستقیم بیش از چهل واژه به صورت جدا از متن با تو رفتگی (یک و نیم سانتی متر) از راست درج شود.

- شکل لاتینی نام های خاص، واژه های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.

- یادداشت های توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود.

- در ارجاعات بعدی فارسی از «همان» و در ارجاعات غیر فارسی به تناسب از **op.cit** (پیشین) و **Ibid** (همان) استفاده شود.

- در صورت ترجمه بودن مقاله، اصل مقاله ترجمه شده، توأم با معرفی نویسنده، معرفی کتاب یا مجله مأخذ همراه ترجمه ارسال گردد.

- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.

- مجله در ویرایش یا کوتاه کردن مقالات آزاد است.

- مقالات دریافتی به هیچ وجه عودت داده نمی شود.

- آرا و نظرهای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.

مجد خود را ملزم به رعایت حقوق مالکیت فکری دانسته و نویسندگانی که حقوق فکری سایر پژوهشگران را نقض نمایند، از همکاری با مجد محروم خواهند شد.

ایمیل رسمی فصلنامه نظریه های حقوقی info@majdlaw.com می باشد.

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۱۲۰۷۸ و ۶۶۹۶۳۳۸۶ و ۶۶۴۹۵۰۳۴

فهرست مطالب

- نگاهی به سیر تحولات سیاست جنایی ایران در مقابله با جرایم آبی کمی..... ۷
دکتر فرزانه مرادی
- ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در ترازوی فقه (استقلال دختر باکره در ازدواج)..... ۲۷
غلامرضا یزدانی
- حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق موضوعه
و فقه امامیه ۶۰
مهدی الهویی نظری / هادی محمدی
- توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی تا موانع بنیادین ۹۶
سیدمحمد رضوی / علی گلنارکار

این فصلنامه به استناد مجوز شماره ۸۶۰۳۶ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی چاپ و انتشار می‌یابد.

ارتباط با مجد

اطلاعات و اخبار حقوقی / آخرین کتاب‌های منتشر شده مجد / کتاب‌های جدید حقوقی خارجی



تلگرام



واتس‌آپ



اینستاگرام

نگاهی به سیر تحولات سیاست جنایی ایران در مقابله

با جرایم آبی کمی

دکتر فرزانه مرادی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۴/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۶/۱۰

چکیده:

جرایم آبی کمی در مقابل جرایم آبی کیفی، عبارت است از: هر نوع رفتار اعم از فعل و ترک فعل که مستقیم یا غیرمستقیم منجر به آسیب و تاثیر منفی بر کمیت منابع آبی شود و توسط قانون، منع و برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد. شکی نیست که در بحرانی که منابع آب کشور در حال حاضر با آن رو به روست، نحوه اتخاذ تدابیر لازم در قالب سیاست جنایی، موضوعی مهم است؛ لذا در گام اول، شناخت تدابیر اتخاذ شده ضرورت دارد، تا در مراحل بعدی بتوان، ارزیابی صحیحی از تدابیر مذکور به دست آید. این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و ابزار کتابخانه‌ای، سعی در بررسی سیر تاریخی سیاست جنایی و نحوه پیش روی آن در طول زمان، با تمرکز بر جرایم آبی کمی دارد.

کلیدواژگان: جرایم آبی، جرایم آبی کمی، سیاست جنایی، سیر تاریخی

۱. کارشناس حقوقی و بازرسی شرکت آب منطقه ای مرکزی و مدرس پژوهشگاه نیرو

A look at the evolution of Iran's criminal policy against quantitative water crimes

Dr. Farzaneh Moradi

Abstrac

Quantitative water crimes versus qualitative water crimes are: any type of behavior, whether action or omission, that directly or indirectly leads to damage and negative impact on the quantity of water resources, and is prohibited and punished by the law. be There is no doubt that in the crisis that the country's water resources are currently facing, how to take the necessary measures in the form of criminal policy is an important issue; Therefore, in the first step, it is necessary to know the adopted measures, so that in the next steps, a correct evaluation of the mentioned measures can be obtained. This research, with descriptive-analytical method and library tools, tries to examine the historical course of criminal policy and how it has progressed over time, focusing on small water crimes.

Keywords: water crimes, quantitative water crimes, criminal policy, history

۱- مقدمه

در نظام حقوقی آب کشور، شاهد دو دوره کلی و مهم هستیم. دوره اول، دور ای است که در آن مالکیت منابع آب، جنبه خصوصی داشت؛ یعنی منابع آبی می‌توانست توسط اشخاص حقوق خصوصی تملک شود. این دوره، از سال ۱۲۸۵ آغاز و تا سال ۱۳۴۷ ادامه می‌یابد. در این دوره، حدود ۴۶ قانون مرتبط با حوزه آب تصویب شد که رویکرد آنها، مبتنی بر حقوق خصوصی و حمایت از مالکیت شخصی بوده است. این رویکرد در حوزه آب، بر اساس مبانی فقهی و عرفی حاکم بر جامعه در موضوعاتی چون «حیازت» و «حریم» منابع آب شکل گرفته بود.^۱

دوره دوم، دوره افول مالکیت خصوصی آب است. این دوره از سال ۱۳۴۷ آغاز و تاکنون ادامه داشته است؛ توضیح آنکه با تصویب قانون «آب و نحوه ملی شدن آن» در این سال، رسماً و به طور جدی نظام مالکیت منابع آبی و قوانین حاکم بر نحوه بهره‌برداری از آنها دگرگون شد^۲ و دخالت دولت با توجه به ضرورت منضبط کردن جامعه متناسب با استفاده از فناوری‌ها و سازه‌های جدید در جهت محدود کردن حقوق خصوصی، به سرعت گسترش یافت. حدود ده سال بعد، اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی، مصادیقی از منابع آب را در زمره انفال و ثروت‌های عمومی قرار داد تا با اختیار حکومت اسلامی و طبق مصالح عامه از آن بهره‌برداری شود. در این راستا، قانون توزیع عادلانه آب، مصوب ۱۳۶۱ مجلس شورای اسلامی، با اشاره به اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی، مصادیقی از منابع آب را (با تصریح در خصوص منابع آبی زیرزمینی) در زمره

۱. جعفری ندوشن، علی اکبر، (۱۳۹۵)؛ «تعادل بخشی منابع آب در پرتو تعدیل مالکیت خصوصی حق بهره‌برداری»، فصلنامه مطالعات حقوق انرژی، دوره ۲، ش ۱، دوره بهار و تابستان، ص: ۳۳.
۲. عباس تاش، محسن، (۱۳۹۰)؛ سیاست جنایی ایران در قلمرو منابع آب، پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شیراز، واحد بین الملل، ص: ۶۹.

«مشترکات»^۱ قرار داد تا در جهت هدف قانون اساسی برای دخالت دادن حکومت اسلامی در مدیریت منابع آبی بر اساس مصالح عمومی حرکت کند.^۲ در بین این دو دوره حاکم بر منابع آبی (دوره مالکیت خصوصی و دوره افول مالکیت خصوصی)، دوره دوم است که ارتکاب جرایم آبی در آن قابل تصوّر و در نتیجه، مورد نظر این نوشتار است؛ چراکه در این دوره بود که اهمّیت منابع آب و لزوم حفظ آن به وسیله دولت مورد توجه واقع شد و در این جهت، نیاز به تدوین سیاست‌های حافظ این منابع به تدریج در قالب «سیاست جنایی» شکل گرفت؛ لذا با این مقدمه، می‌توان به بررسی تحولات ایجاد شده در سیاست جنایی کشور در مقابله با جرایم آبی پرداخت.

۲- مفاهیم:

برای پیشبرد مباحث مورد نظر، ابتدا شایسته است، مفاهیم به کار رفته در مقاله؛ مانند جرایم آبی کمی و سیاست جنایی تنویر و تبیین گردند؛ لذا در این مبحث تشریح می‌گردد که منظور از جرایم آبی در این مقاله، عبارت است از: «هر نوع رفتار اعم از فعل و ترک فعل که مستقیم یا غیرمستقیم منجر به آسیب و تاثیر منفی بر منابع آبی شود و توسط قانون منع و برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد»^۳ و منظور از جرایم آبی کمی در مقابل جرایم آبی کیفی؛ جرایمی است که تاثیر مستقیم بر روی کمیّت منابع آب می‌گذارند و در واقع جرایم ناشی از استحصال و بهره برداری غیرمجاز از منابع آب را در بر می‌گیرد.^۴ همچنین سیاست جنایی، عبارت است از: «مجموعه روش‌هایی که به وسیله آن بدنه‌ی

۱. البته لازم به توضیح است که بین انفال و مشترکات تفاوت وجود دارد.

۲. جعفری ندوشن، علی اکبر؛ پیشین.

۳. مرادی، فرزانه؛ جرایم آبی در عرصه سیاست جنایی ایران، ج ۱، تهران: انتشارات مجد، ص: ۴۱.

۴. همان، ص: ۹۳.

نگاهی به سیر تحولات سیاست جنایی ایران در مقابله... / ۱۱

اجتماعی (هیات اجتماع) پاسخ‌های خود را به پدیده‌ی مجرمانه سازماندهی می‌کند^۱.

۳- سیر تحولات سیاست جنایی ایران در برخورد با جرایم آبی کمی

در خصوص دوره‌های حاکم بر مالکیت منابع آبی و تاثیر نوع این مالکیت بر زمینه‌های شکل‌گیری سیاست جنایی و نیز با عنایت به تحولات صورت گرفته پس از افول مالکیت خصوصی در منابع آبی کمی، به طور کلی می‌توان تحولات سیاست جنایی در برخورد با این نوع از جرایم آبی را به چهار دوره مهم تقسیم کرد:

دوره اول: دوره قبل از تولد سیاست جنایی

دوره دوم: دوره تولد سیاست جنایی

دوره سوم: دوره عقب‌گرد سیاست جنایی

دوره چهارم: دوره سرگردانی سیاست جنایی

۳-۱- دوره پیش از تولد سیاست جنایی

همان‌طور که ذکر شد، این دوره، در برگیرنده دوره حاکمیت مالکیت خصوصی بر منابع آب است. بر اساس ضوابط حقوق خصوصی و مقررات حاکم بر منابع آبی در این دوره، مالک هر زمین، مالک منابع آبی آن نیز به شمار می‌آید^۲ و طبق قواعد فقهی حاکم؛ مانند قاعده تسلیط، ملک آب بر آن، سلطه و اختیار داشت^۳؛ لذا مجبور نبود برای نوع و نحوه بهره‌برداری یا چگونگی حفاظت از منابع آبی

۱. حسینی، سید محمد، (۱۳۹۳)؛ سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، چ ۳، تهران: انتشارات سمت، ص: ۲۷.

۲. مدنیان، غلامرضا و درجی، ارسلان، (۱۳۹۵)؛ «موانع و چالش‌های حاکم بر مالکیت عمومی آب‌های زیرزمینی در نظام حقوقی ایران»، مندرج در کتاب مجموعه چکیده مقالات همایش ملی حقوق آب: فرصت‌ها و راهکارها، تهران: سالن اجلاس سران، ص: ۳۶.

۳. مبنای قاعده تسلیط، حدیث مشهور پیامبر (ص) است که فرموده‌اند: «الناس مسلطون علی اموالهم»
۴. گواهی، زهرا و ثقفی، مریم، (۱۳۹۵)؛ «مبانی فقهی-حقوقی سلب مالکیت توسط دولت»، فصلنامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، ش ۱۵، دوره تابستان، ص: ۳۰.

تحت اختیار خود، به قواعد خاصی گردن نهد یا به هر نحوی پاسخگو باشد؛ لذا سیاست و برنامه‌ای نیز برای مجبور نمودن او به این امور در معنای واقعی خود، وجود نداشت و جرم انگاری‌های محدودی هم که وجود داشت، با فلسفه حفظ منابع آبی ایجاد نشده بود؛ بلکه اهداف دیگری را دنبال می‌کرد؛ برای نمونه، در ماده ۲۶۲ قانون مجازات عمومی مصوب سال ۱۳۰۴ «سرقت یا قطع آب متعلق به دیگری» را در صورتی که باعث خشک شدن و یا تضييع تاکستان یا باغ میوه یا نخلستان کسی شود، جرم انگاری کرده بود. هم چنین، ماده ۲۵۷ همین قانون نیز «تخریب مجاری آبها» را در صورتی که متعلق به تخریب کننده نباشد، جرم انگاری کرده است.^۱ بدیت ترتیب، جرم انگاری برای مقابله با جرایم آبی کمی در این دوره وجود نداشته است؛ چراکه اساساً، محملی برای شناسایی این جرم وجود نداشته است. به همین دلیل، باید این دوره را دوره پیش از تولد سیاست جنایی موثر برای برخورد با این گونه جرایم دانست.

۳-۲- دوره تولد سیاست جنایی در برخورد با جرایم آبی کمی

این دوره، همان طور که اشاره شد، همزمان با دوره افول حاکمیت مالکیت خصوصی بر منابع آب است. پیشتر، بیان شد که این دوره به طور رسمی از سال ۱۳۴۷ و با تصویب قانون «آب و نحوه ملی شدن آن» آغاز شد؛ لیکن، توضیح این مطلب نیز خالی از لطف نخواهد بود که اولین گام برای افول مالکیت خصوصی آب، با تصویب قانون اجازه تأسیس بنگاه آبیاری مصوب ۱۳۲۲ برداشته شد.

در این قانون و قانون اصلاحی آن، به مسایلی چون تعیین متولی برای منابع آبی فاقد مالک معین، تعیین نظام اداری فروش آب توسط دولت، تأسیس صندوق ذخیره و تعمیرات منابع آبی و ... پرداخته شد. در واقع، اصل بر مالکیت «افراد» قرار گرفته بود؛ لیکن برای اولین بار در این قانون، نظارت بر کلیه امور آبیاری کشور از قبیل تأسیسات آبیاری، تقسیم آب رودخانه‌ها، انهار، استخرها و چشمه سارهای عمومی که آب آنها به مصرف زراعت می‌رسد، با رعایت قانون مدنی،

۱. عباس تاش، محسن؛ پیشین، ص: ۶۶.

نگاهی به سیر تحولات سیاست جنایی ایران در مقابله.../۱۳

به مقدار حقا به و مطابق عرف محل، به عهده بنگاه آبیاری گذاشته شد.^۱ در واقع، با این قانون، پیش زمینه‌های شکل‌گیری سیاست جنایی برای برخورد با جرایم آبی کمی ایجاد شد.

در مرحله بعدی، با تصویب قانون حفظ و حراست منابع آب‌های زیرزمینی کشور مصوب سال ۱۳۴۵، حفر چاه و قنات، تحت نظارت وزارت آب و برق قرار گرفت^۲ و ابزار سیاست جنایی در نوع اجرایی آن، شروع به تقویت شدن کرد؛ چراکه وزارت آب و برق که در سال ۱۳۴۲ به موجب لایحه قانونی راجع به تأسیسات وزارت آب و برق مصوب همان سال، تأسیس شده بود، یک تصمیم‌گیرنده و سیاست‌گذار بود که یکی از اهداف تأسیس آن، این بود که دولت در یک هدف عالی، سیاست‌های اجرایی و فنی را به این تصمیم‌گیر واگذار نماید و دستگاه‌های اجرایی را در پوشش یک وزارتخانه جدید متمرکز کند تا به تدریج بتواند وضعیت آب کشور را به کنترل ملی درآورد؛ بنابراین، با تصویب قانون حفظ و حراست از منابع آب‌های کشور، مرحله نظارت قبلی به دخالت اجرایی تبدیل شد و امکان ممنوع نمودن مالکین چاه‌ها از بهره‌برداری بدون وجود دلایل متعارف فراهم آمد.^۳

با تصویب این قانون، نه تنها ابزارهای سیاست جنایی در نوع اجرایی آن، شروع به شکل‌گیری و گسترش کرد؛ بلکه، ابزار تقنینی و قضایی نیز شروع به شکل‌گیری و گسترش نمودند؛ چراکه در ماده ۱۲ این قانون، امکان برخورد با متخلفین از قواعد حاکم بر لزوم اخذ اجازه و مصرف متعارف در بهره‌برداری از منابع آبی زیرزمینی (مواد ۲ و ۳ این قانون) از طریق جلوگیری از ادامه کار توسط مامورین انتظامی محل، پیش‌بینی و اختیار مراجعه به مامورین انتظامی برای اقدام در این

۱. همان، ص: ۴۳.

۲. کریمی، عباس، (۱۳۷۸)؛ «مالکیت دولت نسبت به آب‌های عمومی و اراضی وابسته به آن»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۴۵، (پیاپی: ۸۳۶)، ص: ۶۲.

۳. عباس‌تاش، محسن؛ پیشین، ص: ۴۶.

خصوص به وزارت آب و برق اعطا شده بود. در این راستا، ذینفع نیز می‌توانست از تعطیلی کار به دادگاه شکایت کند. هم چنین، طبق این قانون، هرگاه وزارت آب و برق در مورد مواد این قانون، درخواست دستور موقت نماید از تأمین معاف است و اگر محکوم به بی‌حقی شود، مسوول جبران خسارت وارده بر صاحب حق است.

همچنین در آیین نامه اجرایی این ماده مقرر گردیده بود که: وزارت آب و برق، چاه‌هایی را که پس از تصویب این قانون، بدون اجازه در مناطق ممنوع و محدود حفر شده باشد، ضمن تنظیم صورتمجلس با مراجعه به شهربانی یا ژاندارمری محل (حسب مورد) به نحوی مسدود و توقیف می‌کند که عملاً غیرقابل استفاده گردد. مشروط بر آنکه به چاه لطمه وارد نشود.^۱ علاوه بر این، در ماده ۵ قانون مذکور نیز شاغلین به حفاری، ضابطه مند شدند و نحوه برخورد با حفاران متخلف در این قانون پیش بینی شد. به موجب این ماده، از تاریخ اجرای این قانون، اشخاص، شرکت‌ها و سازمان‌هایی که حرفه آنها، حفاری چاه‌های عمیق و نیمه عمیق و یا قنات به وسیله وسایل موتوری است، باید پروانه ای از وزارت آب و برق تحصیل نمایند؛ وگرنه مجاز به ادامه کار نخواهند بود. در ضمن، حفاران موظف شدند، کلیه موارد مندرج در پروانه دریافتی را نیز رعایت نمایند، در غیر این صورت پروانه متخلف برای بار اول به مدت ۶ ماه و در صورت تکرار، برای همیشه از طرف وزارت آب و برق لغو می‌شد.^۲

بدین ترتیب، زمینه‌های تولد سیاست جنایی که بتواند تمامی ابعاد حراست از منابع آبی کمی را در خود جای دهد، شکل گرفت؛ لیکن، این قانون، محدود به منابع آبی زیرزمینی بود و بسیاری از تخلفات و جرایم آبی کمی را در بر نداشت، به همین دلیل است که باید تولد رسمی سیاست جنایی مورد نظر ما را از زمان

۱. بشیری، و دیگران، (۱۳۹۲)؛ مجموعه توصیفی و تفسیری قوانین، مقررات و رویه قضایی آب و منابع

آبی، چ ۱، تهران: انتشارات جنگل، صص: ۶۷ و ۷۱.

۲. همان، ص: ۶۷.

نگاهی به سیر تحولات سیاست جنایی ایران در مقابله.../ ۱۵

تصویب قانون «آب و نحوه ملی شدن آن» در سال ۱۳۴۷ دانست. این قانون، در زمان خود، قانونی بسیار مفید برای حفاظت از منابع آبی بود که نقطه آغاز تدوین یک سیاست جنایی برای برخورد با جرایم آبی کمی در کشور است. ماده ۱ این قانون چنین اشعار می‌دارد که کلیه آب‌های جاری در رودخانه‌ها، انهار طبیعی، دره‌ها، جویبارها و هر مسیر طبیعی دیگر، اعم از سطحی و زیرزمینی و همچنین سیلاب‌ها، فاضلاب‌ها، زه‌آب‌ها، دریاچه‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی، چشمه سارها، آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی، ثروت ملی محسوب و متعلق به عموم است و مسئولیت حفظ و بهره‌برداری از این ثروت ملی و احداث و اداره تأسیسات توسعه منابع آب به وزارت آب و برق محول می‌شود؛ لذا بر اساس قانون جدید، دولت موظف به حراست از منابع آبی کشور گردید. تحوّل مذکور باعث شد که قوانینی که متعاقب قانون مذکور تصویب گردید، همه در راستای این قاعده کلی واقع شود.

همان طور که ذکر شد، این قانون در زمان خود، قانون نسبتاً جامعی بود و گزارش کارشناسان کنفرانس اکافه در سال ۱۹۶۷ در شهر بانکوک، حکایت از مفید بودن آن می‌کند. در این قانون، علاوه بر اعلام مالکیت عمومی و ملی آب، تاکید بر مسوولیت دولت، مبنی بر تعیین بستر و حریم منابع آب، توجه و تاکید بر مصرف مفید و معقول، ایجاد محدودیت در مصارف آب، تعیین پلیس مسلح آب (که علی‌رغم پیش‌بینی آن در این قانون، هرگز در عمل، تشکیل نشد)، الزام به اخذ مجوز مصرف آب برای ذینفعان سابق، ممنوعیت مناطق جهت حفر چاه، ممنوعیت آلودگی آب، ممنوعیت فروش آب توسط صاحبان پروانه، منوط کردن هر نوع بهره‌برداری از منابع آبی اعم از سطحی و زیرزمینی به اخذ مجوز از دستگاه‌های متولی، عطف به ماسبق شدن مقررات این قانون یا تسری این مقررات به گذشته، تقلیل و کاهش حقایقه‌برها و بهره‌برداران سابق و صدور پروانه مصرف مفید و معقول، معاف بودن و مستثنی شدن آب شرب و بهداشت و باغچه (که حداکثر ظرفیت ۲۵ مترمکعب آبدهی دارند) از قواعد صدور مجوز،

وصول آب بها و عوارض آن برای آب‌هایی که توسط دولت تأمین می‌شوند، وصول کامل آب بها از حقایقه‌بران سابق (حداکثر پس از مدت ۱۰ سال)، خاتمه یافتن برداشت رایگان آبهای سطحی (و مکلف شدن همه به پرداخت حقایقه) و ... نیز مورد توجه واقع شده است.^۱

علاوه بر موارد مطروحه، مهم‌ترین موضوعی که در این قانون، تدوین یک سیاست جنایی را نمایان می‌سازد، اختصاص یک فصل آن به موضوع «تخلفات و جرایم» است. فصل هشتم این قانون، تحت همین عنوان، به جرم‌انگاری جرایم آبی پرداخته است و قانون‌گذار در ماده ۵۹ و ۶۰ قانون، مصادیق این تخلفات و جرایم را بر شمرده است.^۲

۱. عباس تاش، محسن؛ پیشین، ص: ۵۰.

۲. ماده ۵۹ قانون آب و نحوه ملی شدن آن مقرر می‌دارد: «هرکس در بهره‌برداری آب چاه بیش از حد مقرر در پروانه مصرف اقدام کند و یا مقررات وزارت آب و برق را در نحوه استفاده از آن رعایت نکند به پرداخت جریمه از یک هزار تا سی هزار ریال محکوم و در صورت تکرار پروانه او لغو خواهد شد و در صورتی که بدون پروانه از چاه مزبور استفاده نماید چاه از طرف وزارت آب و برق با حضور نماینده دادستان مسدود و عندالاقضاء پر خواهد شد.» و ماده ۶۰ این قانون نیز مقرر می‌دارد: «اشخاص زیر به پرداخت دو هزار تا پنج هزار ریال یا از ۲ ماه تا ۶ ماه حبس تأدیبی یا به هر دو مجازات برحسب مورد محکوم خواهند شد:

۱- هرکس عمداً و بدون اجازه دریاچه و مقسمی را باز کند یا در تقسیم آب تغییری دهد یا دخالت غیرمجاز در وسایل اندازه‌گیری آب کند یا به نحوی از انحاء امر بهره‌برداری از تأسیسات عمومی را مختل سازد
۲- هرکس عمداً آبی را بدون حق و اجازه مقامات مسئول به مجاری یا شبکه آبیاری متعلق به خود منتقل کند و یا موجب گردد که آب حق دیگری به او نرسد.
۳- هرکس آب حق دیگری را بدون مجوز قانونی تصرف کند.
۴- هرکس عمداً به نحوی از انحاء به ضرر دیگری آبی را به هدر دهد.
۵- هرکس عمداً آب رودخانه و انهار عمومی و جویبارها و مخازن و منابع و قنوت و چاهها را با اضافه کردن مواد خارجی به نحو مندرج در ماده ۵۶ این قانون آلوده کند. در مواردی که منبع آب به عنوان منبع آب آشامیدنی به کار می‌رود مرتکب به موجب سایر قوانین مربوط نیز مورد تعقیب کیفری قرار خواهد گرفت. تبصره- در مورد بندهای ۲ و ۳ و ۴ با گذشت شاکی خصوصی تعقیب موقوف می‌شود.»

نگاهی به سیر تحولات سیاست جنایی ایران در مقابله.../ ۱۷

۳-۳- دوره عقب‌گرد سیاست جنایی در برخورد با جرایم آبی کمی

در مبحث پیش، قانون آب و نحوه ملی شدن آن را، آغازگر رسمی تدوین سیاست جنایی ایران در قبال جرایم آبی کمی دانستیم که به مالکیت خصوصی بر آبها پایان داد؛ لیکن سیاست جدیدی که با تصویب این قانون در سال ۱۳۴۷ شکل گرفته بود، در دوره‌های بعد، عقب‌نشینی‌هایی نسبت به مواضع و اهداف خود داشته است.

حاکمیت قانون آب و نحوه ملی شدن و به تبع آن، برخورد قانونی با جرایم آبی کمی تا سال ۱۳۵۷ یعنی سال پیروزی انقلاب اسلامی ادامه یافت. در نیمه‌های سال ۱۳۵۷ که پدیده تغییر حکومت، مورد قبول اکثریت مردم و حتی وابستگان نظام سابق قرار گرفت، دیگر در نهادهای حکومتی، اشتیاقی برای ارجاع متخلفین به قوه قضاییه وجود نداشت؛ هم‌چنین، در قوه قضاییه، اشتیاق کافی برای صدور احکام مجرمین و در بخش اجرا، اشتیاقی برای اجرای احکام مجازات آنها نبود. هرج و مرج وسیعی در زمینه حفاری‌های غیرمجاز به وجود آمد. این وضعیت با تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی و برداشت اشتباه و عوامانه از «انفال دانستن آب» در آن اوج گرفت و این شایبه که ممکن نیست، حکومت اسلامی به مجازات مجرمین و متخلفین آبی دست بزند، غلبه یافت؛ بدین ترتیب در سال‌های بین ۱۳۵۷ تا ۱۳۶۱ جرایم و تخلفات آبی وسیعی؛ به ویژه در حوزه جرایم آبی کمی صورت گرفت که نهایتاً در سال ۱۳۶۱ با تصویب قانون توزیع عادلانه آب، به جای برخورد با این جرایم، بر اکثر آنها، لباس قانون پوشانده شد.^۱ در واقع، قانون توزیع عادلانه آب، یکی از مهم‌ترین قوانین پس از پیروزی انقلاب اسلامی است که پس از یک سری فراز و نشیب و جرح و تعدیل، نهایتاً در تاریخ ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. این قانون، در

۱. آگاه، مهدی و حسنی سعدی، مریم، ()؛ حقوق آب در فلات ایران در بستر تحولات اقتصادی و اجتماعی، تهران: اندیشکده تدبیر اب ایران، ص: ۸۳.

راستای اصل ۴۵ قانون اساسی^۱ و به منظور بازنگری در اصول قانون آب و نحوه ملی شدن آن و نیز برقراری نظام توزیع عادلانه آب از سوی قانون گذار به مورد اجرا گذارده شد؛^۲ لیکن، در عمل ملاحظه می‌شود که اصول حاکم بر قانون، تقریباً همان اصول حاکم بر قانون آب و نحوه ملی شدن آن است؛ لیکن این قانون، سیاست کیفری در پیش گرفته شده برای مقابله با جرایم آبی کمی را به موجب تبصره ذیل ماده ۳ آن، متوقف نمود؛ چراکه این تبصره، مجاز شدن چاههای غیرمجازی که تا قبل از تصویب این قانون حفر شده بودند را با شرایطی ممکن نمود؛ یعنی به جای برخورد با مجرمین آبی که با بهره‌برداری از چاههای غیرمجاز موجبات ایراد خسارت به منابع آبی کمی را فراهم نموده و طبق قانون آب و نحوه ملی شدن آن مستوجب مجازات بودند، عمل آنها را با شرایطی، قانونی و مجاز نمود.^۳

بدین ترتیب، عقب‌گرد سیاست جنایی هم در ابزار تقنینی، هم در ابزار قضایی آن به خوبی مشهود است. از حیث، ابزار اجرایی نیز، که با شکل‌گیری وزارت

۱. اصل ۴۵ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آبهای عمومی، کوهها، دره‌ها، جنگل‌ها، نزارها، بیشه‌های طبیعی، مراعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند».

۲. کریمیان سردشتی، نادر، (۱۳۸۲)؛ دانشنامه آب و آب‌شناسی در فقه و روایات اسلامی، تهران: دفتر حقوقی وزارت نیرو، ص: ۴۶.

۳. این تبصره مقرر می‌دارد: «از تاریخ تصویب این قانون، صاحبان کلیه چاههایی که در گذشته، بدون اجازه وزارت نیرو حفر شده باشد اعم از اینکه چاه مورد بهره‌برداری قرار گرفته یا ننگرفته باشد، موظفند طبق آگهی که منتشر می‌شود به وزارت نیرو مراجعه و پروانه بهره‌برداری اخذ نمایند. چنانچه وزارت نیرو هر یک از این چاهها را لااقل طبق نظر دو کارشناس خود مضر به مصالح عمومی تشخیص دهد، چاه بدون پرداخت هیچ‌گونه خسارتی مسدود می‌شود و بهره‌برداری از آن ممنوع بوده و با متخلفین طبق ماده ۴۵ این قانون رفتار خواهد شد. معترضین به رای وزارت نیرو می‌توانند به دادگاههای صالحه مراجعه نمایند.»

نگاهی به سیر تحولات سیاست جنایی ایران در مقابله.../ ۱۹

آب و برق و سپس با تاسیس وزارت نیرو در سال ۱۳۵۳ و سپردن وظایف وزارت آب و برق به آن در حال گذراندن سیر تحولات رو به رشد خود بود، تحت تاثیر این عقب‌گرد قرار گرفت؛ چراکه علاوه بر عقب‌نشینی ابزار اجرا، برای پیگیری مسلوب‌المنفعه نمودن بسیاری از چاههای غیرمجاز حفر شده تا آن زمان که به تبع عقب‌نشینی ابزار تقنینی و قضایی سیاست جنایی رخ داده بود؛ در هرج و مرج‌های نیمه دوم سال ۱۳۵۷ عملاً شرکت‌های آب منطقه‌ای تابعه وزارت نیرو که مسوولیت مدیریت منابع آبی کشور را عهده دار بودند، به حاشیه کشیده شده و به حالت انفعالی کامل در آمدند؛ در آن دوره با تشکیل کمیته‌هایی در دشت‌های ممنوعه، بدون مجوز قانونی و بدون توجه به ظرفیت سفره‌های آب زیرزمینی، اقدام به صدور پروانه بهره‌برداری در آن مناطق شد. این امر، با مخالفت وزارت نیرو مواجه شد؛ لیکن نهایتاً با تصویب تبصره مورد بحث، این قبیل چاههای غیرمجاز، مجاز شمرده شدند^۱ و این موضوع تضعیف ابزار اجرایی سیاست جنایی در این دوره را به خوبی می‌نمایاند.

این عقب‌گرد، هم‌چنان ادامه داشت، تا اینکه وزارت نیرو برای پایان دادن به این موضوع، لایحه‌ای به مجلس ارسال نمود و نهایتاً در سال ۱۳۸۴ یعنی پس از چهارده سال، این تبصره به موجب قانون الحاق یک ماده به قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین - سال ۱۳۷۳ - مصوب ۱۳۸۴ لغو گردید^۲ و به وزارت نیرو مهلت داده شد که تا پایان سال ۱۳۸۴ به تعیین تکلیف چاههای غیرمجاز موضوع این تبصره بپردازد. در پی تصویب این قانون، در سال ۱۳۸۵ معاون وزیر نیرو در امور آب، در راستای اجرای این قانون، در طی بخشنامه‌ای^۳ ضرورت انسداد و مسلوب‌المنفعه شدن چاههای آب فاقد پروانه حفر شده در تمامی دشت‌های آزاد و ممنوعه کشور را با کسب مجوز از

۱. آگاه، مهدی و حسنی سعدی، مریم؛ پیشین.

۲. عباس تاش، محسن؛ پیشین، ص: ۶۰.

۳. بخشنامه شماره ۳۲۰/۵۵/۱۰ مورخ ۱۳۸۵/۵/۲۹ معاون وزیر نیرو در امور آب.

مراجع ذیصلاح مورد تاکید قرار داد و رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری^۱ در سال ۱۳۸۷ نیز این بخشنامه را مطابق با قانون دانسته و تایید نمود.^۲ بدین ترتیب، عقب‌گرد سیاست جنایی در مقابله با جرایم آبی کمی در ابزار کیفری یا به تعبیر دقیق‌تر و کامل‌تر در بُعد سیاست کیفری در سال ۱۳۸۴ خاتمه یافت؛ لیکن، این در حالی بود که مقدمات عقب‌گرد دیگری در تدابیر غیر کیفری سیاست جنایی در سال ۱۳۸۳ فراهم شده بود که تاکنون ادامه داشته است. این عقب‌گرد با تصویب قانون تامین منابع مالی برای جبران خسارت ناشی از خشکسالی و یا سرمازدگی مصوب ۱۳۸۳/۷/۱۴ آغاز شد. به موجب ماده ۳ این قانون، از ابتدای سال ۱۳۸۴، دریافت هرگونه وجهی از فعالیت‌های بخش کشاورزی و دامداری به عنوان حق النظاره آب ممنوع است.^۳ با توجه به تعریف حق النظاره که عبارت است از هزینه‌ای که بر اساس قانون توزیع عادلانه آب، بابت نظارت و خدمات، توسط دولت از مصرف‌کنندگان آب دریافت می‌گردد^۴، می‌توان دریافت که اخذ این وجه، خود می‌توانسته تأکیدی بر اهمیت و ارزش آب و اهرمی برای پیشگیری غیرکیفری از اضافه برداشت مصرف‌کنندگان آب باشد؛ لیکن، در این عقب‌گرد، این اهرم از سیاست جنایی حذف گردید. سومین و مهم‌ترین عقب‌گرد سیاست جنایی از اهداف و تدابیر خود، در مقابله با جرایم آبی کمی با تصویب قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری در سال ۱۳۸۹ رخ داد. در واقع، این قانون از زمان تصویب، نقدهای

۱. ر.ک: رای شماره ۳۰۵ و ۳۰۶ و ۳۰۷ مورخ ۱۳۸۷/۵/۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

۲. شهری، غلامرضا و دیگران، (۱۳۸۸)؛ مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی به انضمام نظریه‌های تفسیری شورای نگهبان و ...، ج ۲، چ ۲، تهران: انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص: ۱۹۶۰.

۳. رستم‌آبادی، الهام و جلالی، سعید، (۱۳۹۴)؛ مدیریت منابع آب در نظم نوین قانونی، ج ۱، چ ۱، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی دانشگاه صنعتی امیرکبیر (وزارت نیرو)، ص: ۳۲۵.

۴. ذوالفقاری، یوسف؛ (۱۴۰۲)، حقوق آب، چ ۳، تهران: انتشارات مجد، ص: ۱۵۵.

نگاهی به سیر تحولات سیاست جنایی ایران در مقابله... / ۲۱

زیادی را به دنبال داشته است^۱؛ چراکه با تصویب این قانون که به صورت ماده واحده است، مجدداً مسیر سال ۱۳۶۱ در خصوص امکان اخذ پروانه بهره برداری برای چاه‌های غیرمجاز تکرار می‌شود^۲؛ به عبارت دیگر، این قانون سیر قهقرایی به گذشته دارد؛ چراکه با این قانون، متأسفانه قانون‌گذار مجدداً مجال دیگری به بهره برداران و حفر کنندگان چاه غیرمجاز داد که چنانچه تا سال ۱۳۸۵ این نوع چاهها فعال بوده و مورد بهره برداری قرار گیرد، ظرف مهلت ۲ سال، البته با احراز شرایطی، توانستند نسبت به اخذ پروانه بهره برداری اقدام نمایند.^۳ بدین ترتیب، چاههای غیرمجاز بسیاری مشمول این قانون شده و مجاز شدند؛ یعنی به جای برخورد با جرم حفر این چاهها، به مرتکبین، مجوز قانونی نیز اعطا گردید؛ به همین دلیل، باید تصویب این قانون را یک عقب گرد جدی دیگر در سیاست جنایی در برخورد با جرایم آبی کمی دانست.

۳-۴- دوره سرگردانی سیاست جنایی

این دوره، از زمان آغاز اجرای قانون تعیین تکلیف چاههای آب فاقد پروانه مصوب سال ۱۳۸۹ آغاز و تاکنون ادامه یافته است. علت «سرگردان» دانستن سیاست جنایی در این دوره، ابهامات فراوان و تناقضات حاکم بر آن است؛ چراکه از یک سو، سیاست جنایی که با هدف برخورد با چاههای غیرمجاز تدوین یافته بود و در سطح اهداف کلان خود، صیانت از منابع آبی در مقابل حفر کنندگان چاه غیرمجاز را بر عهده داشت، اکنون جایگاهی کاملاً متفاوت یافته بود. سیاست جنایی در ابزار تقنینی خود، از یک سو به موجب قانون توزیع عادلانه آب به دنبال برخورد با حفر کنندگان چاه غیرمجاز بود و از سوی دیگر، به موجب قانون تعیین تکلیف چاههای آب فاقد پروانه، حتی عنوان غیرمجاز را از این چاهها

۱. مدنیان، غلامرضا و دیگران، (۱۳۹۴)؛ «قانون تعیین تکلیف چاههای فاقد پروانه: تهدید یا فرصتی برای منابع آب زیرزمینی»، مندرج در کتاب مجموعه چکیده مقالات همایش ملی حقوق آب: فرصت‌ها و راهکارها، تهران: سالن اجلاس سران، ص: ۳۸.

۲. جعفری ندوشن، علی اکبر؛ پیشین، ص: ۳۶.

۳. عباس تاش، محسن؛ پیشین، ص: ۶۱.

برداشته و عنوان چاه‌های فاقد پروانه را جایگزین کرده بود؛ گویا کلاً از هدف خود، عقب نشینی کرده بود. این امر، تدابیر قضایی و اجرایی سیاست جنایی را نیز با ابهام و سردرگمی رو به رو ساخت.

در سیاست جنایی قضایی، قضات، چندان مایل به صدور حکم محکومیت برای مجرمین جرایم آبی کمی نیستند؛ چراکه علاوه بر عرف حاکم بر جامعه، قانون تعیین تکلیف از قبیح عمل ارتكابی این مجرمین کاسته است.

در سیاست جنایی اجرایی، از یک سو شرکت‌های آب منطقه‌ای، باید برخورد با چاه‌های غیرمجاز را پیگیری نمایند و از سوی دیگر، برای بسیاری از چاه‌های مشمول قانون تعیین تکلیف، باید منتظر روشن شدن وضعیت آنها بمانند؛ چراکه تشخیص تعلق یا عدم تعلق مجوز بهره برداری به چاه‌های مشمول این قانون، با کمیسیون مستقر در شرکت‌های آب منطقه‌ای به نام «کمیسیون رسیدگی به صدور پروانه‌ها» است^۱ که متشکل از یک نفر کارشناس آبهای زیرزمینی یا زمین شناس، یک نفر کارشناس کشاورزی و یک نفر کارشناس حقوقی با شرایطی است که در ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی فصل دوم قانون توزیع عادلانه آب تعیین گردیده است.^۲ اما این فرآیند با رأی کمیسیون پایان نمی‌پذیرد. پس از صدور رأی کمیسیون، ذینفع می‌تواند ظرف مهلت ۲۰ روز از رأی صادره در کمیسیون دیگری به نام «کمیسیون رسیدگی به امور آبهای زیرزمینی» درخواست تجدیدنظر کند؛ این کمیسیون یک مرجع شبه قضایی است که یک نفر قاضی با حکم رییس قوه قضاییه، یک نفر نماینده سازمان جهاد کشاورزی استان با حکم رییس سازمان و یک نفر نماینده شرکت آب منطقه‌ای با حکم مدیرعامل شرکت، در آن

۱. مستفاد از ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی فصل دوم قانون توزیع عادلانه آب.

۲. بدیسار، ناصرالدین و احمدی، محمدصادق، (۱۳۹۵)؛ «بررسی صلاحیت‌های کمیسیون آب‌های زیرزمینی در حقوق ایران»، دو فصلنامه مطالعات حقوق انرژی، دوره ۲، ش ۲، دوره پاییز و زمستان، ص: ۲۱۴.

نگاهی به سیر تحولات سیاست جنایی ایران در مقابله.../۲۳

عضویت دارند^۱. رأی این کمیسیون نیز قطعی نیست و طرفین می توانند ظرف مهلت نود روز از این رأی نیز در دیوان عدالت اداری درخواست تجدیدنظر نمایند.

واضح است که فرآیند فوق الذکر، بسی طولانی است و موجبات ابهام در نحوه برخورد با چاههای موضوع آن را در اجرا، فراهم می سازد. علاوه بر موارد مطروحه، تشکیل کمیسیون رسیدگی به امور آبهای زیرزمینی به موجب تبصره ۵ قانون تعیین تکلیف چاههای آب فاقد پروانه به عنوان مرجع شبه قضایی برای رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرای قانون مذکور و قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ نیز به خودی خود، منشأ ایجاد ابهامات و سردرگمی های بسیاری در سیاست جنایی قضایی و اجرایی شد؛ توضیح آنکه این کمیسیون در طی عمر کوتاه خود، معضلات متعددی را تجربه کرده است^۲؛ مانند ابهام در حدود صلاحیت های قانونی، ابهام در آیین دادرسی حاکم بر آن و ابهامات دیگری که سیاست جنایی را با سرگردانی مواجه نموده است.

در تحلیل فضای کلی حاکم بر این دوره و نمایاندن سرگردانی موجود باید گفت که در کنار تمام این تغییرات و ابهامات، به نظر می رسد که از سال ۱۳۸۹ یعنی ابلاغ سیاست های الگوی مصرف و برنامه ۵ ساله پنجم توسعه، سیاست جنایی تقنینی به سمت مدیریت تقاضا برای آب معطوف گشته است^۳ که این خود، گویای نداشتن هدف واحد و مشخص در تقنین است.

۱. تبصره ۵ ماده واحده تعیین تکلیف چاه های فاقد پروانه بهره برداری مصوب سال ۱۳۸۹.

۲. ویژه، محمدرضا و میری، مسلم، (۱۳۹۶)؛ «دادرسی آب در کمیسیون رسیدگی به امور آبهای زیرزمینی: چالش ها و راهکارها»، دو فصلنامه مطالعات حقوق انرژی، دوره ۳، ش ۱، دوره بهار و تابستان، ص: ۱۶۷.

۳. عباس تاش، محسن؛ پیشین، ص: ۶۱.

نتیجه‌گیری

بررسی سیر تاریخی سیاست جنایی ایران در مقابله با جرایم آبی کمی، حاکی از سیاست جنایی سرگردانی است که دقیقا نمی‌داند چه می‌خواهد و چه هدفی را دنبال می‌کند. در یک دوره، دغدغه نجات آب دارد، در دوره ای دیگر، دغدغه کشاورزی؛ چرخان و گردان در بین اهداف و سلايق مختلف است و با توجه به تعریف سیاست جنایی که مجموعه ای از تدابیر هدف دار را شامل می‌شود؛ می‌توان گفت که اصلا سیاست جنایی به معنای مجموعه تدابیر هوشمندانه و هدف دار در مقابله با جرایم آبی حاکم نبوده است و تدابیر متخذه، هر بار برای هدفی، رنگ باخته و تغییر جهت داده است؛ لذا ضروریست، با اخذ نظر از متخصصین و کاربلدان و نیز تجربیات کشورهای موفق، به فکر تدوین یک سیاست جنایی سنجیده و کاربردی برای نجات آب با زیرساختهای قوی افتاد.

در دوره کنونی، علیرغم آگاهی جامعه در خصوص بحران آب و کمبود منابع آبی، سیاست جنایی فعلی، همچنان بلامتکلیف است و تدابیر اتخاذی برای مجاز کردن چاههای غیر مجاز قبل از سال ۱۳۸۵، تبدیل به باتلاقی شده که اگرچه شاید، رضایت کشاورزان و بهره برداران دیگر را در کوتاه مدت تامین کند؛ اما آینده آب را با خطر مواجه می‌سازد. بهره برداری غیرمجاز از منابع آب، زمانی جرم و قابل تعقیب بود؛ اما با تصویب قانون تعیین تکلیف چاههای فاقد پروانه، عنوان مجرمانه از این رفتار با شرایطی برداشته شد و جالب آن است که افرادی که بیشتر بهره برداری غیرمجاز داشته و بیشتر مرتکب جرم شده بودند، به دلیل فعال بودن چاه، مشمول این قانون شدند و برعکس، کسانی که به تبعیت از قانون، بهره برداری از چاه خود را رها کرده بودند، به دلیل متروکه بودن چاه، مشمول این قانون نشدند. اصلاح سیاستهای کلی و برنامه های اساسی در این زمینه ها، به شدت احساس می‌شود.

منابع:

- ۱- آگاه، مهدی و حسنی سعدی، مریم، (؛ حقوق آب در فلات ایران در بستر تحولات اقتصادی و اجتماعی، تهران: اندیشکده تدبیر اب ایران
- ۲- بدیسار، ناصرالدین و احمدی، محمدصادق، (۱۳۹۵)؛ «بررسی صلاحیت‌های کمیسیون آب‌های زیرزمینی در حقوق ایران»، دو فصلنامه مطالعات حقوق انرژی، دوره ۲، ش ۲، دوره پاییز و زمستان
- ۳- بشیری، و دیگران، (۱۳۹۲)؛ مجموعه توصیفی و تفسیری قوانین، مقررات و رویه قضایی آب و منابع آبی، چ ۱، تهران: انتشارات جنگل
- ۴- جعفری ندوشن، علی اکبر، (۱۳۹۵)؛ «تعادل بخشی منابع آب در پرتو تعدیل مالکیت خصوصی حق بهره برداری»، فصلنامه مطالعات حقوق انرژی، دوره ۲، ش ۱، دوره بهار و تابستان
- ۵- حسینی، سید محمد، (۱۳۹۳)؛ سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، چ ۳، تهران: انتشارات سمت
- ۶- ذوالفقاری، یوسف؛ (۱۴۰۲)، حقوق آب، چ ۳، تهران: انتشارات مجد
- ۷- رستم آبادی، الهام و جلالی، سعید، (۱۳۹۴)؛ مدیریت منابع آب در نظم نوین قانونی، ج ۱، چ ۱، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی دانشگاه صنعتی امیرکبیر (وزارت نیرو)، ص: ۳۲۵.
- ۸- شهری، غلامرضا و دیگران، (۱۳۸۸)؛ مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی به انضمام نظریه‌های تفسیری شورای نگهبان و ...، ج ۲، چ ۲، تهران: انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران
- ۹- عباس تاش، محسن، (۱۳۹۰)؛ سیاست جنایی ایران در قلمرو منابع آب، پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شیراز، واحد بین الملل
- ۱۰- کریمی، عباس، (۱۳۷۸)؛ «مالکیت دولت نسبت به آبهای عمومی و اراضی وابسته به آن»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۴۵، (پیاپی: ۸۳۶)

۱۱- کریمیان سردشتی، نادر، (۱۳۸۲)؛ دانشنامه آب و آب شناسی در فقه و روایات اسلامی، تهران: دفتر حقوقی وزارت نیرو

۱۲- گواهی، زهرا و ثقفی، مریم، (۱۳۹۵)؛ «مبانی فقهی-حقوقی سلب مالکیت توسط دولت»، فصلنامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، ش ۱۵، دوره تابستان

۱۳- مدنیان، غلامرضا و درجی، ارسلان، (۱۳۹۵)؛ «موانع و چالش‌های حاکم بر مالکیت عمومی آبهای زیرزمینی در نظام حقوقی ایران»، مندرج در کتاب مجموعه چکیده مقالات همایش ملی حقوق آب: فرصت‌ها و راهکارها، تهران: سالن اجلاس سران

۱۴- مدنیان، غلامرضا و دیگران، (۱۳۹۴)؛ «قانون تعیین تکلیف چاههای فاقد پروانه: تهدید یا فرصتی برای منابع آب زیرزمینی»، مندرج در کتاب مجموعه چکیده مقالات همایش ملی حقوق آب: فرصت‌ها و راهکارها، تهران: سالن اجلاس سران

۱۵- مرادی، فرزانه؛ «جرایم ابی در عرصه سیاست جنایی ایران، چ ۱، تهران: انتشارات مجد

۱۶- ویژه، محمدرضا و میری، مسلم، (۱۳۹۶)؛ «دادرسی آب در کمیسیون رسیدگی به امور آبهای زیرزمینی: چالش‌ها و راهکارها»، دو فصلنامه مطالعات حقوق انرژی، دوره ۳، ش ۱، دوره بهار و تابستان

قوانین و مقررات:

۱۷- قانون آب و نحوه ملی شدن آن، مصوب ۱۳۴۷

۱۸- قانون توزیع عادلانه آب، مصوب ۱۳۶۱

۱۹- ماده واحده تعیین تکلیف چاه‌های فاقد پروانه بهره‌برداری مصوب سال ۱۳۸۹

۲۰- بخشنامه شماره ۳۲۰/۵۵/۱۰ مورخ ۱۳۸۵/۵/۲۹ معاون وزیر نیرو در امور آب

۲۱- رای شماره ۳۰۵ و ۳۰۶ و ۳۰۷ مورخ ۱۳۸۷/۵/۶ هیات عمومی دیوان عدالت اداری

۲۲- آیین‌نامه اجرایی فصل دوم قانون توزیع عادلانه آب

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در ترازوی فقه

(استقلال دختر باکره در ازدواج)

دکتر غلامرضا یزدانی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۴/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۵/۱۵

چکیده:

به موجب ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، دختران باکره ولو بالغ و رشید باشند، برای ازدواج نیازمند اذن پدر یا جد پدری هستند. ظاهر ماده این است که ازدواج بدون اذن ولی غیر نافذ است. اما در فقه امامیه در خصوص ازدواج دختر باکره، حداقل شش دیدگاه وجود دارد. گروهی، ازدواج دختر باکره را نیازمند اذن ولی می‌دانند در مقابل مشهور بر این اعتقادند که دختر باکره رشیده، در ازدواج استقلال داشته و کسی بر او ولایت ندارد. گروهی از محققین بر این اعتقادند که صحت ازدواج وی منوط است هم به رضایت خود او و هم رضایت ولی. دسته‌ای دیگر معتقدند هر یک از ولی و دختر باکره، در ازدواج استقلال داشته و وجود رضایت هر کدام به تنهایی کفایت می‌کند. پاره‌ای از فقها بین ازدواج دائم و موقت فرق گذاشته و در ازدواج دائم، اذن ولی را شرط دانسته اما در ازدواج موقت شرط نمی‌دانند و بالاخره عده‌ای بر عکس نظریه‌ی اخیر، اذن ولی در ازدواج موقت را شرط دانسته به خلاف ازدواج دائم. پاره‌ای از معاصرین نیز در مساله انشای رای نکرده و به نحو احتیاط واجب یا مستحب، اذن ولی را شرط می‌دانند. در پژوهش حاضر که

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

مبتنی بر روش تحلیلی - توصیفی است. این نتیجه به دست آمده است که اولاً فتوی به احتیاط واجب، خلاف احتیاط است و ثانیاً: به نظر می‌رسد دختر باکره در ازدواج استقلال داشته و برای صحت ازدواج وی، نیازی به اذن پدر نیست و لذا ضروری است ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی به شکلی اصلاح شود که موافق با مبانی فقهی باشد یا از متن قانون حذف گردد.

کلید واژه: باکره، ازدواج، رشیده، اذن ولی، نکاح

Article 1043 of the Civil Code in the balance of jurisprudence (Independence of a virgin girl in marriage)

Dr. Gholamreza Yazdani

Abstract

According to Article 1043 of the Civil Code, virgin girls, even if they are mature and rational, need the permission of their father or paternal ancestor to get married. The appearance of the article is that marriage without guardian's permission is invalid. However, in Imami jurisprudence, there are at least six views regarding the marriage of a virgin girl. Some groups believe that the marriage of a virgin girl requires the permission of the guardian, while the popular group believes that the virgin girl *Rashida* has independence in marriage and no one has control over her. A group of researchers believe that the validity of his marriage depends on both his own consent and the guardian's consent. Another group believes that each of the guardian and the virgin girl have independence in marriage and the existence of each one's consent alone is sufficient. Some of the jurists have distinguished between permanent and temporary marriage and consider guardian's permission as a condition in permanent marriage, but do not consider it as a condition in temporary marriage, and finally, some of them, contrary to the recent theory, consider guardian's permission as a condition in temporary marriage. Unlike permanent marriage. Some of the contemporaries also did not vote on the issue of composition and consider the guardian's permission as a necessary or recommended precaution. In the present research, which is based on analytical-descriptive method. This conclusion has been reached that, firstly, the fatwa regarding mandatory precautions is against precautions, and secondly, it seems that a virgin girl has independence in marriage and her father's permission is not needed for her marriage to be valid, and therefore, Article 1043 of the Civil Code is necessary. It should be modified in a way that is in accordance with legal principles or removed from the text of the law.

آنچه نص است، جمله آمنا و آنچه اخبار نیز سلمنا

بدون تردید در روابط و امور مالی و غیر مالی، اصل بر عدم ولایت شخص بر شخص دیگر است. با وجود این، قانون مدنی ایران در ماده ۹۵۸ اصل بر عدم اهلیت استیفا قرار داده است و لذا برای اینکه شخص بتواند در امور مالی یا غیر مالی خود، تصرفی نماید، باید اهلیت وی محرز شود. در خصوص تصرفات مالی، ملاک احراز اهلیت، بلوغ و رشد است و در امور غیر مالی، ملاک صرفاً بلوغ است و نیازی به رشد نیست. منتهی در خصوص ازدواج در منابع فقهی حکمی متفاوت بیان شده است. پسر بچه‌ها بعد از بلوغ و رشد، بدون نیاز به اذن ولی می‌توانند ازدواج کنند. همچنین دختران بالغی که باکره نباشند. اما اگر دختر بالغ، باکره باشد، در این صورت، وضعیت ازواج وی، مبهم شده و در خصوص لزوم یا عدم لزوم اذن از ولی، بالغ بر شش نظریه در فقه وجود دارد. منشا اختلاف انظار نیز اختلاف روایاتی است که در خصوص این مساله وارد شده است. روایاتی که در این خصوص وجود داشته بالغ بر چهل روایت است و مدلول این روایات بر حسب ظاهر با هم توافق ندارند. به هر حال، در بین قدما در این خصوص پنج نظریه مطرح بوده است ولی مشهور قدما بر این اعتقاد بوده‌اند که در ازدواج دختر بالغ باکره، اذن ولی شرط نیست. این نظریه از زمان شیخ طوسی به بعد مورد پذیرش عمومی فقها قرار گرفت حتی خود شیخ طوسی که در مبسوط اذن ولی در ازدواج را لازم می‌داند، در کتاب تبیان از این نظریه عدول کرده و بر این اعتقاد است که دختر باکره بالغ، برای ازدواج نیازی به اذن ولی ندارد. نوه شهید ثانی، در نهایه المرام، اولین فقیه اخباری است که با مشهور مخالفت کرده و معتقد به ولایت پدر و جد در نکاح دختر بالغ باکره شده است. عده معدودی از فقهای اخباری ای از جمله فیض کاشانی، فاضل هندی، محقق سبزواری و محدث بحرانی از ایشان تبعیت کرده‌اند. منتهی این نظریه مجدداً توسط سید علی طباطبایی در ریاض، مورد نقادی قرار گرفته و نظریه مشهور

تقویت شده است. بعد از وی، محقق نراقی، نظریه‌ای جدیدی را احداث می‌کند و آن عبارت است از استقلال هر یک از دختر و ولی در امر نکاح. مجدداً صاحب جواهر و شیخ انصاری نظریه مشهور را تقویت کرده‌اند. سید یزدی، نظریه‌ای را نمی‌تواند انتخاب کند و احتیاط را اخذ اذن هر دو می‌داند. و این رویکرد سید یزدی در بین برخی از معاصرین به چشم می‌خورد. به هر حال، بعد از سید یزدی، اختلافات پیشین مجدد احیا شده و بین معاصرین تقریباً سه نظریه، طرفدار دارد؛ پاره‌ای از فقها اذن ولی را شرط می‌دانند و پاره‌ای از فقها اعتقاد به استقلال دختر باکره بالغ داشته و گروهی با فتوی یا بنابر احتیاط واجب رضایت هر دو شرط می‌دانند.

در خصوص پیشینه موضوع، باید اعلام کرد که مساله حاضر در لابلائی کتب فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است ولی پژوهش‌های مستقل در این خصوص به شرح زیر است:

۱- مقاله‌ای با عنوان «اذن ولی در ازدواج باکره» توسط آقای مهدی سجادی امین، در مجله مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده نگارش یافته است. در این مقاله علاوه بر اینکه نویسنده محترم، صرفاً برخی از دیدگاه‌های فقهی را مطرح کرده و بدون پرداختن به مستندات هر یک از نظریات، روایات وارد شده در موضوع را مطرح و به حلاجی آنها می‌پردازد و نتیجه‌ی بدست آمده تفصیل به دختران باکره‌ای است که در شئون زندگی مستقل بوده و دخترانی که چنین استقلالی ندارند. این در حالی است که این دیدگاه به لحاظ روایات، قابل اعتماد نیست.

۲- مقاله دیگری با عنوان «بازنگری حقوقی ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی» در مجله مطالعات راهبردی زنان، توسط دکتر عباس ویشته به چاپ رسیده است. نویسنده در این مقاله به نظریات جمعی از فقها در خصوص اذن ولی در ازدواج دختر باکره پرداخته و بدون بیان مستندات و تحلیل دیدگاه‌ها به این سوال می‌پردازد که اگر دختر مقلد مجتهدی باشد که در ازواج، اذن ولی را شرط نمی‌داند، چون

این ازدواج از نظر ماده ۱۰۴۳ باطل است، چنین دختری، چه تکلیفی دارد و چه آثای حقوقی و کیفری بر این ازدواج بار خواهد شد.

الف: نظریه عدم لزوم اذن پدر در ازدواج موقت و لزوم آن در دائم پاره‌ای محققین بر این اعتقادند که دختر باکره بالغ در ازدواج دائم نیازمند اذن پدر بوده ولی در ازدواج موقت، اذن پدر را لازم ندارد.^۱ طرفداران این نظریه در مجموع به سه دلیل استدلال کرده‌اند.

۱- اجماع

دلیل اول، ادعای اجماعی است که ابن ادریس در سرائر ابراز داشته است.^۲ با وجود این، علاوه بر اینکه این اجماع مدرکی است، با وجود اختلافات گسترده‌ای که در مساله کنونی بین محققین به ویژه قدما وجود داشته و بین متأخرین دارد، این اجماع بدون تردید کاشف از قول معصوم نیست.

۲- جمع بین روایات

دلیل دومی که این نظریه ممکن است مبتنی بر آن باشد، جمع بین روایات است.^۳ چرا که برخی از روایات، اذن پدر را شرط دانسته و برخی حکم به استقلال دختر بالغ باکره در امر نکاح دارد؛ راه جمع بین روایات این است که این هر قسم از روایات به یکی از انواع نکاح حمل شود. روایات دسته اول، حمل بر نکاح دائم و دسته دوم حمل بر نکاح موقت گردد. وجه این حمل اهمیت نکاح دائم و آثار متعددی است که بر نکاح دائم بار می‌شود اموری نظیر، نفقه، مهریه، ارث و

۴ ...

۱. شیخ طوسی، تهذیب، ۳۸۰/۷؛ همو، الاستبصار، ۱۴۵/۳؛ همو، نهاییه، ۴۶۴؛ ابن حمزه، وسیله، ۲۹۹؛

کیدری، اصباح الشیعه، ۴۰۵

۲. ابن ادریس، ۵۶۱/۲

۳. شهید ثانی، مسالک، ۱۳۹/۷

۴. شهید ثانی، مسالک، ۱۳۹/۷

نقد و نظر

برای جمع بین روایات و حمل هر طایفه از روایات بر نوعی از نکاح، باید شاهد جمع وجود داشته باشد. جمع فوق، بدون تردید جمع تبرعی است و اعتباری ندارد^۱ و چه بسا ممکن است مدعی شد که نکاح موقت اهمیت بیشتری داشته و لذا روایاتی که اذن ولی را شرط می‌دانند ناظر به نکاح موقت باشند. محقق ثانی در این خصوص می‌نویسد: «بل موقع الضرر و الفضيحة في المتعة أشد»^۲ و انگهی تنها راه برای جمع بین روایات راه حل پیش گفته نیست.^۳ ممکن است روایاتی که اذن ولی را لازم می‌دانند را حمل بر استحباب کرد.^۴

با توجه به مطلب پیش گفته این دلیل که نکاح دائم اهمیت بیشتری دارد و آثار و احکام متعددی بر آن بار می‌شود و لذا در ازدواج دائم، اذن ولی شرط بوده ولی ازدواج موقت به لحاظ اینکه موقت است، اهمیت کمتری داشته و در نتیجه در ازدواج موقت، اذن ولی شرط نباشد^۵ نیز نمی‌تواند مستند فقهی به شمار رود.

۳- روایات

مهمترین دلیل نظریه تفکیک بین ازدواج دائم و موقت، روایات است. دو روایت وارد شده است که ظاهر آنها این است که در ازدواج موقت، اذن ولی شرط نیست:

۱. روایت سعید قماط: «مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُوسَى بْنِ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانَ عَنْ أَبِي سَعِيدِ الْقَمَاطِ قَالَ سَأَلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَنِ التَّمَتُّعِ مِنَ الْأُبْكَارِ اللَّوَاتِي بَيْنَ الْأَبْوَيْنِ فَقَالَ لَا بَأْسَ وَلَا أَقُولُ كَمَا يَقُولُ هَؤُلَاءِ الْأَفْشَابِ»^۶

۱. شهید ثانی، مسالك، ۱۴۰/۷

۲. محقق ثانی، جامع المقاصد، ۱۲۶/۱۲

۳. شهید اول، غایه المراد، ۳۲/۳

۴. فاضل آبی، كشف الرموز، ۱۱۷/۲

۵. شهید اول، غایه المراد، ۳۲/۳

۶. طوسی، الاستبصار، ۱۴۵/۳

۲. روایت ابوسعید از حلبی: «أَبُو سَعِيدٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ التَّمَتُّعِ مِنَ الْبَكْرِ إِذَا كَانَتْ بَيْنَ أَبُوَيْهَا بِلَا إِذْنِ أَبُوَيْهَا قَالَ لَا بَأْسَ مَا لَمْ يَفْتَضَّ مَا هُنَاكَ لِتَعِفِّ بِذَلِكَ»^۱
نقد و نظر

اما در خصوص روایت ابی سعید قماط، باید گفت این روایت علاوه بر اینکه از نظر سند مشکل دارد، دلالت بر نظریه کنونی ندارد؛ زیرا در روایت صرفاً راجع به ازدواج موقت با دختران باکره سوال شده است و معلوم نیست این ازدواج بدون اذن ولی بوده است. وانگهی بر فرض که روایت دلالت کند که در ازدواج موقت، نیازی به اذن ولی نیست، از این روایت نمی‌توان تفکیک بین ازدواج موقت و دائم را نتیجه گرفت؛ زیرا این روایت دلالت بر لزوم اذن ولی در ازدواج دائم نمی‌کند.

اما روایت دوم، علاوه بر اینکه مقطوع است، معارض دارد و معارض آن روایت ابی مریم است که در این روایت امام(ع) می‌فرمایند: «العذراء التي لها أب لا تتزوج متعة إلا بإذن أبيها»

ب: نظریه استقلال دختر در عقد دائم و لزوم اذن در ازدواج موقت

برخی از محققین بر این اعتقادند دختر باکره بالغ، در ازدواج دائم استقلال داشته و بدون اذن ولی می‌تواند ازدواج دائم نماید ولی در ازدواج موقت، نیازمند اذن ولی است. نظریه پرداز این نظریه مشخص نیست و صرفاً محقق اول در شرایع این نظریه را به برخی از محققین نسبت داده و مشخص نکرده است که صاحب این نظریه چه کسی می‌باشد.^۲ حتی فاضل آبی در کشف الرموز فرموده است که از مرحوم محقق سوال کردم که قائل این نظریه کیست، ایشان پاسخی ندادند.^۳ به هر حال، شهید اول ره برای این نظریه، دو دلیل دسته و پا کرده است:

۱. طوسی، الاستبصار، ۱۴۵/۳

۲. شرایع، ۲۲۰/۲

۳. کشف الرموز، ۱۱۲/۲

۱- ظهور نکاح در نکاح دائم

در برخی از روایات به دختر بالغ باکره، اذن در ازواج بدون اذن ولی داده شده است. از طرفی واژه نکاح وضع شده است برای نکاح دائم و لذا اصل در نکاح، نکاح دائم است. از این رو، روایاتی که برای دختر استقلال در نکاح قائل است را باید حمل بر نکاح دائم نمود و دلیلی بر استقلال دختر باکره در ازدواج موقت وجود نخواهد داشت.^۱

نقد و نظر

لفظ نکاح، نه برای نکاح دائم به خصوص وضع شده و نه برای نکاح موقت، بلکه وضع برای ایجاد علقه زوجیت شده است و لذا واژه نکاح، هم در نکاح دائم و هم موقت، حقیقت است. از این رو، نمی‌توان گفت، چون نکاح دائم، معنای حقیقی واژه نکاح است، هرگاه در روایات، واژه نکاح بدون قید استعمال شد، باید حمل بر نکاح دائم شود.

۲- جلوگیری از اضرار به اولیا

دلیل دوم این است که از یک سو، جواز استقلال دختر باکره در ازواج موقت، باعث اضرار به اولیاست چرا که چنین ازدواجی نوعی شماتت، خفت و عار به همراه دارد و از طرفی به استناد قاعده لاضرر، اضرار به غیر جایز نیست؛ در نتیجه دختر بدون اذن ولی نمی‌تواند اقدام به ازدواج موقت نماید.^۲

نقد و نظر

علاوه بر اینکه این دلیل، اختصاص به دختر باکره نداشته و در دختر غیرباکره هم جریان دارد، با وجود روایات متعدد در مساله، نمی‌توان به این قبیل تحلیل‌ها و اعتبارات، اعتنا نمود.

۱. شهید اول، غایه المراد، ۳/۳۱

۲. شهید اول، غایه المراد، ۳/۳۱

۳- صحیحہ ابی مریم

وَرَوَى أَبُو عَنْ أَبِي مَرِيَمَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ الْعَدْرَاءُ الَّتِي لَهَا أَبٌ لَّا تَتَزَوَّجُ
مُنْعَهُ إِلَّا بِإِذْنِ أَبِيهَا
نقد و نظر

منظور روایت دختران غیر بالغ است.^۲

ج: نظریه استقلال ولی در ازدواج و عدم استقلال دختر در ازدواج

پاره‌ای از محققین بر این اعتقادند که در خصوص ازدواج دختر باکره، ولی ولایت بر ازدواج داشته و می‌تواند دختر را بدون رضایت وی به عقد دیگری درآورد. و از دیگر سو، خود دختر نمی‌تواند بدون اخذ رضایت ولی اقدام به ازدواج نماید. این نظریه بین قدما، پایگاه چندان‌ی ندارد و فقط شیخ طوسی در برخی کتب^۳ و قاضی ابن براج بدان اشاره کرده‌اند^۴ ولی عموم اخباریان همین نظریه را ترجیح می‌دهند^۵ به هر حال، این نظریه بین معاصرین نیز گاه به لحاظ جمع بین اخبار، قوی انگاشته شده است^۶ و بلکه برخی همین نظریه را پذیرفته و مطابق آن فتوی داده‌اند^۷ طرفداران این نظریه به چند دلیل متوسل شده‌اند که در ادامه مورد اشاره قرار می‌گیرد:

۱. صدوق، ۴۶۱/۳

۲. استبصار، ۱۳۹۰، ۱۴۵/۳

۳. شیخ طوسی، مبسوط، ۱۶۲/۴

۴. ابن براج، مهذب، ۱۹۳/۲

۵. عاملی، محمد بن علی، نهاییه المرام، ۷۷/۱؛ سبزواری، محمد باقر، کفایة الأحکام، ۹۳/۲؛ فیض کاشانی، النخبه، ۲۱۸؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۷۹/۷؛ محدث بحرانی، یوسف، الحدائق الناظره، ۲۱۱/۲۳؛ محدث بحرانی، یوسف، الحدائق الناظره، ۲۱۲/۲۳

۶. فیروزآبادی، عروه الوثقی المحشی، ۶۲۴/۵

۷. حکیم، سیدمحسن، منهاج الاصلحین، ۲۷۶/۲

۱- روایات

۱-۱ صحیح ابن ابی یعفر

رَوَى الْعَلَاءُ عَنْ ابْنِ أَبِي يَعْفُورٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ لَمَا تَنْكَحُ ذَوَاتُ الْأَبَاءِ مِنَ الْأُبْكَارِ إِلَّا بِإِذْنِ آبَائِهِنَّ^۱ این روایت را کلینی و شیخ طوسی نیز با همین سند نقل کرده اند. منتهی در روایت کلینی و شیخ به جای واژه «لاتنکح» واژه «لا تزوج» آمده است.^۲ شبیه صحیح فوق، شیخ کلینی روایتی را از علاء بن رزین نقل می کند. در متن روایت آمده است: «لَمَا تَزَوَّجُ ذَوَاتُ الْأَبَاءِ مِنَ الْأُبْكَارِ إِلَّا بِإِذْنِ آبَائِهِنَّ»^۳

به موجب این روایت، دختران باکره، بدون اذن پدر نمی توانند ازدواج نمایند و در ازدواج، نیازمند اذن پدر هستند.

در خصوص سند روایت اشاره می شود که روایت از نظر سندی ظاهراً صحیح است. البته برخی از محققین به دلیل وجود علی بن حکم، سند روایت را قابل اعتماد ندانسته و بر این اعتقادند چون علی بن حکم، مشترک بین ثقه و غیرثقه است، لذا روایت قابل استدلال نیست^۴ با وجود این به نظر می رسد این ایراد وارد نمی باشد؛ چرا که علاوه بر اینکه «علی بن حکم» در سند شیخ صدوق نیست و مراد از «علی بن حکم» در سند کلینی و شیخ طوسی، علی بن حکم کوفی^۱ که است جلیل القدر و ثقه است؛ چرا که ناقل از علی بن حکم، احمد بن محمد بن عیسی است.

نقد و نظر

آنچه از ظاهر روایت استفاده می شود، لزوم اذن از ولی در ازدواج است و نه ولایت ولی بر ازدواج دختر باکره. بدین توضیح که اگر ولی ولایت بر ازدواج

۱. شیخ صدوق، ۳/۳۹۵

۲. کلینی، ۵/۳۹۳؛ شیخ طوسی، استبصار، ۳/۲۳۵ و تهذیب، ۷/۳۷۹

۳. کلینی، ۱۰/۷۵۴

۴. شهید ثانی، مسالک، ۷/۱۳۴

داشته باشد، برای تزویج دختر باکره، راساً می‌تواند اقدام کرده و بدون اخذ رضایت وی، می‌تواند او را به عقد دیگری در آورد. در حالی که در صحیحه فوق، سخنی از اعتبار یا عدم اعتبار اذن دختر در ازواج نشده بلکه ظاهر روایت آن است که اذن دختر لازم است. زیرا فرض روایت آن است که دختری تصمیم به ازدواج گرفته (رضایت به ازدواج دارد) در این فرض، امام (ع) می‌فرمایند، اذن گرفتن از ولی لازم است.

ایراداتی دیگری نیز به استدلال به روایت شده است. برخی از روایت را صرفاً حامل حکم تکلیفی (حرمت) دانسته و روایت را ناظر به حکم وضعی (بطلان نکاح بدون اذن ولی) نمی‌دانند^۱ برخی روایت ناظر به استحباب اذن از ولی دانسته‌اند^۲ برخی در مقابل، روایت را ناظر به کراهت عدم اذن از ولی می‌دانند^۳ برخی روایت را ناظر به دختران باکره صغیره دانسته‌اند در حالی که بحث کنونی ناظر به دختران باکره بالغه می‌باشد^۴ برخی فرموده‌اند ممکن است روایت حاوی بیان حکم شرعی نبوده و حضرت ع اخبار از رویه متعارف در آن زمان می‌کنند.^۵

۱- ۲ - صحیح محمد بن مسلم

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا ع قَالَ لَا تُسْتَأْمَرُ الْجَارِيَةُ إِذَا كَانَتْ بَيْنَ أَبَوَيْهَا لَيْسَ لَهَا مَعَ الْأَبِ أَمْرٌ وَقَالَ يَسْتَأْمَرُهَا كُلُّ أَحَدٍ مَا عَدَا الْأَبَ.»^۶

۱. شهید اول، غایه المراد، ۲۸/۳؛ شهید ثانی، مسالک، ۱۳۴/۷

۲. فاضل آبی، کشف الرموز، ۱۱۷/۲؛ علامه حلی، تذکره، ۵۸۵؛ طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ۹۱/۱۱

۳. علامه حلی، مختلف، ۱۱۵/۷

۴. شهید اول، غایه المراد، ۲۸/۳؛ شهید ثانی، مسالک، ۱۳۴/۷؛ طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ۹۱/۱۱

۵. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ۹۱/۱۱

۶. کلینی، ۳۹۳/۵

به موجب این روایت، هرگاه پدر بخواهد دخترش را به عقد دیگری درآورد، نیازی که کسب اذن دختر نیست و با وجود پدر، دختر، حقی ندارد. ظاهر روایت این است که پدر بدون نیاز به استیذان از دختر و به طور استقلالی می‌تواند دخترش را به عقد دیگری درآورد.

روایت از نظر سند ظاهراً صحیح است ولو برخی محققین به دلیل وجود «علی بن حکم» در سند، روایت را صحیحه نمی‌دانند.^۱
نقد و نظر

هر چند فقره «لیس لها من الاب امر» ظهور بلکه دلالت دارد که پدر در تزویج دختر، استقلال کامل داشته و برای تزویج دختر، لازم نیست رضایت دختر را جلب کند ولی ایراد مهمی که استدلال به این روایت دارد این است که در ذیل روایت امام (ع) می‌فرمایند: «یستامرهما کل احد ما عدا الاب» یعنی اگر کسی غیر از پدر بخواهد دختر را به ازدواج کسی درآورد باید از دختر اجازه بگیرد. ظاهر این فقره این است که اجازه از دختر کفایت کرده و اجازه پدر لازم نیست. ذیل روایت با نظریه استقلال پدر و عدم استقلال دختر، سازگار نیست. و این روایت با نظریه مرحوم نراقی که برای هر یک از پدر و دختر، استقلال در نکاح را قائل است، سازگار است.

یکی از ایراداتی که در متن روایت وجود دارد این است که پدر و جد پدری نسبت به امکان ازدواج دختر باکره، وضعیت یکسانی دارند در حالی که در روایت کنونی، حضرت (ع) فقط حق تزویج را برای پدر ثابت دانسته و از امکان تزویج استقلالی توسط پدر بزرگ سخنی به میان نیاورده است.^۲ وانگهی روایت ظهور در این مطلب نداشته که عدم استیذان از پدر، حرام بوده و یا شرط صحت نکاح، استیذان از پدر باشد^۳ علاوه بر اینکه احتمال تقیه در این روایت وجود

۱. شهید ثانی، مسالک، ۱۳۵/۷

۲. شهید ثانی، مسالک، ۱۳۵/۷

۳. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ۹۲/۱۱

داشته و لذا روایت قابل استدلال نیست^۱ چرا که بین اهل سنت مشهور آن است فقط پدر ولایت بر نکاح دختر دارد.^۲

۳-۱ روایت عبدالله بن صلت

«عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الصَّلْتِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ الرِّضَا (ع) عَنِ الْجَارِيَةِ الصَّغِيرَةِ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا أَلَهَا أَمْرٌ إِذَا بَلَغَتْ قَالَ لَا لَيْسَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ قَالَ وَ سَأَلْتُهُ عَنِ الْبُكَرِ إِذَا بَلَغَتْ مَبْلَغَ النِّسَاءِ أَلَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ قَالَ لَا لَيْسَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ مَا لَمْ تَكْبُرِ»^۳

شبيهه این روایت را شیخ نقل کرده است با این تفاوت که به جای واژه «ما لم تکبر» در انتهای روایت، عبارت «ما لم یثبت» آمده است^۴ شبيهه این روایت، روایت ابن میمون است: «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنُ عَيْسَى عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْمُونٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ إِذَا كَانَتْ الْجَارِيَةُ بَيْنَ أَبِيهَا فَلَيْسَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ وَإِذَا كَانَتْ قَدْ تَزَوَّجَتْ لَمْ يُزَوِّجْهَا إِلَّا بِرِضَا عَنْهَا»^۵

این روایات علاوه بر ضعف سند، دلالتی بر امکان تزویج استقلالی ولی ندارد. آنچه در روایت نفی شده است، امکان تزویج استقلالی دختر است.

وانگهی روایت ناظر به تزویج دختر نابالغ است در حالی که بحث کنونی در تزویج دختر بالغ بکر است.

۱. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ۹۲/۱۱

۲. مجلسی اول، روضه المتقین، ۱۳۴/۸

۳. کلینی، ۳۹۴/۵

۴. شیخ طوسی، استبصار، ۲۳۶/۳ و تهذیب ۳۸۱/۷

۵. شیخ طوسی، استبصار، ۲۳۵/۳

۴-۱ روایت ابن میمون

«أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عَيْسَى عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْمُونٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ إِذَا كَانَتْ الْجَارِيَةُ بَيْنَ أَبُوَيْهَا فَلَيْسَ لَهَا مَعَ أَبُوَيْهَا أَمْرٌ وَإِذَا كَانَتْ قَدْ تَزَوَّجَتْ لَمْ يُزَوَّجْهَا إِلَّا بِرِضَا عَنْهَا»^۱

به موجب این روایت، دختری که اولیای وی در قید حیات هستند، حق تصرفی ندارد و هرگاه دختر ازدواج کرده باشد، اولیا او را جز با رضایت خود او نمی‌توانند به عقد کسی در آورند.

نقد و نظر

۵-۱ صحیحہ زرارہ

«عَلِيُّ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبِيعٍ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَتْ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع يَقُولُ لَا يَنْقُضُ النِّكَاحَ إِلَّا الْأَبُ»^۲

به موجب این روایت، پدر حق دارد نکاح فرزند را بر هم بزند. این نشانگر آن است که پدر در نکاح ولایت دارد و فرزند بدون اذن پدر از ازدواج کند، پدر حق بر هم زدن آن را دارد. از طرفی با دلیل خارجی ثابت شده است که پسر بالغ و نیز دختر ثیب، می‌تواند بدون اذن پدر ازدواج کند و لذا این دو مورد از تحت روایت خارج شده ولی دختر باکره، تحت اطلاق روایت باقی است و لذا ولایت پدر بر ازدواج دختر باکره به موجب این روایت ثابت می‌شود.^۳

نقد و نظر

اطلاق روایات قابل اعتماد نیست؛ زیرا اگر پدر ولایت بر نکاح داشته باشد، بدون تردید پدر بزرگ نیز ولایت خواهد داشت در حالی که اطلاق روایات مقتضی عدم ولایت برای پدر بزرگ است.^۴

۱. طوسی، استبصار، ۲۳۵/۳

۲. طوسی، استبصار، ۲۳۵/۳

۳. شهید اول، غایه المراد، ۲۷/۳؛ طوسی، استبصار، ۲۳۵/۳

۴. شهید ثانی، مسالک، ۱۳۷/۷

۱-۶ صحیحہ حلبی

«عَلِيُّ بْنُ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُمَانَ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الْجَارِيَةِ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا بغيرِ رِضَا مِنْهَا؟ قَالَ لَيْسَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ إِذَا أَنْكَحَهَا جَازَ نِكَاحُهُ وَإِنْ كَانَتْ كَارِهَةً قَالَ وَ سئِلَ عَنْ رَجُلٍ يُرِيدُ أَنْ يُزَوِّجَ أُخْتَهُ قَالَ يُؤَامِرُهَا فَإِنْ سَكَتَتْ فَهِيَ إِفْرَازُهَا وَإِنْ أَبَتْ لَمْ يُزَوِّجْهَا»^۱

به موجب این روایت، حلبی از امام صادق (ع) راجع ازدواج دختری که پدرش بدون رضایت وی او را به عقد کسی در آورده است، سوال می‌پرسد. امام (ع) در پاسخ می‌فرماید: در مواردی که پدر اقدام به تزویج دختر می‌کند، دختر هیچ اختیاری نداشته و هرچند دختر نسبت به ازدواج کراهت داشته باشد، تزویج پدر صحیح است. از این رو، گروهی از محققین این روایت را دلیل بر ولایت استقلالی پدر در امر تزویج می‌دانند؛ چرا که از یک سو، روایت برای پدر ولایت در نکاح را ثابت می‌داند ولو دختر کراهت داشته باشد و از دیگر سو، تصریح به عدم ولایت دختر بر نکاح می‌کند. محدث بحرانی در این خصوص می‌نویسد: «و حینئذ فتكون هذه الرواية - بناء على ما قلناه من الدلالة بظواهرها على المطلوب - قد دلت عليه بأبلغ وجه و أكد من حيث الجمع فيها بين جواز نكاح الأب لها و إن كانت كارهة و بين نفي أمرها معه في ذلك بالمرّة»^۲ شهید ثانی نیز این روایت را قوی‌ترین روایت برای اثبات این نظریه می‌داند: «و أمّا متنها فأوضح الجميع دلالة، لجمعه بين جواز نكاح الأب مع كونها كارهة و بين نفي أمرها معه»^۳

علاوه بر این از نظر سندی، ظاهراً روایت، صحیح‌ه باشد و ایراد شهید ثانی که فرموده است چون در سند روایت «حماد» آمده است و «حماد» مشترک بین ثقه و غیر ثقه است، لذا سند روایت مشکل دارد^۴ ظاهراً وارد نیست؛ چرا که در سند

۱. کافی، ۳۹۴/۵

۲. محدث بحرانی، ۲۱۴/۲۳

۳. شهید ثانی، مسالک، ۱۳۵/۷

۴. شهید ثانی، مسالک، ۱۳۵/۷

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در ترازوی فقه / ۴۳

شیخ طوسی در تهذیب «حماد بن عثمان» آمده است و بدون تردید حماد بن عثمان، ثقة است.^۱

وانگهی منظور از دختر باکره در این روایت، دختر غیربالغ نمی‌تواند باشد؛ چرا که حضرت (ع) فرمودند «بغیر رضا منها» و نیز «و إن كانت کارهة» این تعابیر نشانگر بالغ بودن دختر می‌کند؛ چرا که اگر دختر غیر بالغ بوده باشد، با توجه به عدم اعتبار رضایت غیر بالغ، این تعابیر صحیح نخواهد بود.^۲

با وجود این، به نظر می‌رسد نمی‌توان به استناد این روایت، برای پدر استقلال در نکاح را ثابت نمود؛ چرا احتمال تقیه در روایت وجود دارد^۳؛ زیرا فقهای امامیه بر این اعتقادند که پدر در تزویج دختر یتیم ولایتی ندارد در حالی که اطلاق روایت شامل دختران ثبت نیز می‌شود. و شاید به همین دلیل بوده است که بسیاری از محققین از جمله علامه حلی و شهید اول، هیچ اشاره‌ای به این روایت نمی‌کنند. امری که باعث تعجب شهیدثانی شده است: «و من العجب أنَّ الباحثین عن الخلاف فی المسألة، كالعلامة فی المختلف و الشهید فی شرحه و غیرهما من المتعرضین لذلك، لم یذكروا هذا الخبر مع أنه أقوى دلالة من الجمیع، و تعرضوا لأخبار ضعيفة غیره.»^۴

۸-۱ صحیحہ ابی مریم

رَوَى أَبَانٌ عَنْ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ الْعَدْرَاءُ الَّتِي لَهَا أَبٌ لَا تَتَزَوَّجُ مُتَعَةً إِلَّا بِإِذْنِ آبِيهَا^۵ هر چند برخی از محققین این روایت را در ولایت پدر بر ازدواج موقت آورده‌اند ولی روایت ولایت پدر در ازدواج دائم را نفی نمی‌کند.^۶

۱. محدث بحرانی، ۲۱۴/۲۳

۲. محدث بحرانی، ۲۱۴/۲۳

۳. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ۹۳/۱۱

۴. شهید ثانی، مسالک، ۱۳۵/۷

۵. صدوق، ۴۶۱/۳

۶. عاملی، محمد بن علی، نهایه المرام، ۷۶/۱

نقد و نظر

علاوه بر اینکه ممکن است منظور روایت دختران غیر بالغ باشد.^۱ استدلال به این حدیث برای اثبات استقلال ولیّ در ازدواج دائم صحیح نیست؛ چرا که منطوق روایت از ازدواج موقت دختران بدون اذن پدر نهی کرده است. و مفهوم روایت این است که ازدواج دائم دختران نیازی به اذن پدر ندارد.^۲

۲- برهان عقلی

علاوه بر روایات، طرفداران نظریه ولایت استقلالی پدر به یک سری توجیهات عقلی نیز متوسل شده‌اند.

۱-۲ توسل به حکمت حکم

برخی از محققین برای اثبات ولایت پدر در ازدواج به حکمت حکم متوسل شده‌اند. به این بیان که از یک سو، غالباً دختران بکر که سابقه رابطه با مردان را ندارند، از خلیات و ذهنیات مردان بی‌اطلاع‌اند و لذا ممکن است در ازدواج به جای استفاده از عقل و تجربه گرفتار عواطف و احساسات شده و به دلیل کمبود تجربه، اقدام به ازدواج با مردانی کنند که به مصلحت شان نبوده و در نهایت منجر به ضررشان شوند و لذا ضرورت داشته، برای پدر ولایت در نکاح ثابت گردد. از دیگر سو، به حکم قاعده لاضرر، هرگاه حکمی منجر به ضرر گردد، باید کنار گذاشته شود. با توجه به دو مقدمه پیشین، چون از فقدان ولایت در امر تزویج، ضرر متوجه دختران خواهد بود، ضرورت دارد به حکم قاعده لاضرر، برای پدر ولایت در نکاح ثابت گردد.^۳ شهید ثانی در تبیین این دلیل می‌نویسند: «الثالث: الاعتبار، فإنّ فی سلبها الولاية لحکمة واضحة، لقصور رأي المرأة، خصوصا

۱. استبصار، ۱۳۹۰، ۳/۱۴۵

۲. طباطبایی، ریاض المسائل، ۹۳/۱۱

۳. علامه حلی، مختلف، ۱۱۶/۷؛ شهید اول، غایه المراد، ۲۸/۳؛ شهید ثانی، مسالک، ۱۳۲/۷

فی معرفة الصالح من الرجال، فلو لا کون نکاحها منوطاً بنظر الأب لزم الضرر علیها و علی أهلها غالباً»^۱

نقد و نظر

اگر پدر ولایت در نکاح داشته باشد، ممکن است حکمت آن این باشد که دختران بکر، تجربه زیسته کافی نداشته و با ولایت پدر در نکاح، جلو اضرار دختران گرفته می شود، ولی باید اصل حکم یعنی ولایت پدر ثابت گردد و سپس حکمت آن مورد واکاوی قرار گیرد. وانگهی به استناد حکمت، نمی توان حکمی را ثابت یا نفی کرد.^۲ علاوه بر این، بر فرض که دخالت پدر در امر تزویج برای جلوگیری از اضرار دختر بکر، ضرورت داشته باشد ولی از این امر، نمی توان ولایت استقلالی پدر در نکاح را ثابت کرد. بلکه ممکن است برای دختر ولایت در تزویج قائل شده مشروط به اینکه رضایت پدر را جلب کند. مضاف بر اینکه اگر بتوان به استناد این حکمت برای پدر ولایت ثابت کرد، این حکمت اختصاص به پدر نداشته بلکه برای سایر اقارب نیز باید ولایت در نکاح را ثابت دانست. « و أما الاعتبار بالحکمة فمردود بأنها لا تصلح بمجرد التأسیس الأحکام، و لو تمّت لزم ثبوت الولاية للأقارب، و هم لا یقولون به.»^۳

۲-۲ توسل به استصحاب

دختر بکر، قبل از بلوغ بدون تردید ولایت بر نکاح خود نداشته و از دیگر سو، پدر وی ولایت بر نکاح او داشته است. حال که دختر بکر، به سن بلوغ رسیده است، تردید می شود که آیا برای وی ولایت بر نکاح خود ثابت شده و نیز تردید می شود که آیا ولایت استقلالی پدر در نکاح وی از بین رفته است یا خیر به کمک استصحاب هم ثابت می شود که دختر بکر بعد از بلوغ، ولایت استقلالی بر

۱. شهید ثانی، مسالک، ۱۳۲/۷

۲. علامه حلی، مختلف، ۱۱۶/۷

۳. شهید ثانی، مسالک، ۱۳۸/۷

نکاح خود نداشته و هم ثابت می‌گردد که ولایت استقلالی پدر بر نکاح، کماکان باقی است.^۱

نقد و نظر

علاوه بر اینکه با وجود دلیل اجتهادی توسل به اصول عملیه توجیهی ندارد، در بحث کنونی، امکان استصحاب وجود ندارد. زیرا مستصحاب، دختر بکر غیر بالغ است در حالی که محل بحث، دختر بکر بالغ است. به دیگر سخن، متقین با مشکوک یکسان نیست. متیقن، دختر بکر غیر بالغ است ولی مشکوک دختر بکر بالغ است.

د: نظریه تخییر دختر و ولی در تزویج دختر باکره

پاره‌ای از محققین بر این اعتقادند که در تزویج دختره باکره، هم ولی مستقل در ولایت است و هم خود دختر. ظاهراً اولین فقیهی که این نظریه را در فقه امامیه مطرح کرده است، محقق نراقی است و ظاهراً بعد از محقق نراقی نیز کسی این نظریه را انتخاب نکرده است. محقق نراقی در این خصوص می‌نویسد: «و لکن المرجع عند الیاس عن الترجیح عند أهل التحقیق هو التخییر، فهو الحق عندی فی المسأله، و لا یضر عدم قول أحد ممن تقدم به لو سلم، لظنهم ترجیح أحد الطرفين و حکم الإمام بالتخییر عند التعارض، مع أن قوله فی الواقع لیس إلا أحد المتعارضین.»^۲ مستند محقق نراقی، جمع بین روایات است. ایشان بر این اعتقاد است که آن دسته از روایات که ظهور در ولایت استقلالی ولی دارد، فاقد مفهوم بوده و دلالت بر عدم استقلال دختر در نکاح ندارد و از طرفی روایاتی که ظهور در ولایت استقلالی دختر داشته، مفهوم نداشته و دلالت بر عدم استقلال ولی در نکاح ندارد و لذا می‌توان به این طریق بین روایات جمع نمود.

نقد و نظر

پذیرش این نظریه مبتنی بر پذیرش دو مقدمه است:

۱. شهید اول، غایه المراد، ۲۷/۳

۲. نراقی، احمد، مستند الشیعه، ۱۱۹/۱۶

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در ترازوی فقه / ۴۷

۱- هیچ یک از دو دسته روایات، مفهوم نداشته و صرفاً برخی دلالت بر ولایت استقلالی ولیّ در نکاح و برخی دلالت بر ولایت استقلالی دختر در نکاح دارند.
۲- تنها راه جمع بین روایات، پذیرش نظریه تخییر باشد و در بررسی روایات، هیچ یک از دو طایفه بر دیگری ترجیح ندارد.

در ادامه این تحقیق هر دو مقدمه مورد چالش قرار خواهد گرفت و لذا برای جلوگیری از تکرار مطالب، همین مقدار به نقد این نظریه اکتفا می‌شود.
د: نظریه تشریک دختر و ولیّ در تزویج دختر باکره

پاره ای از محققین بر این اعتقادند که در تزویج دختره باکره، نه ولیّ مستقل در ولایت است و نه خود دختر. بلکه در نکاح دختر باکره، باید ولیّ و دختر با توافق اقدام به تزویج کرده و ازدواج حاصل رضایت هر دو باشد. به نظریه به صراحت توسط محقق نراقی بیان شده است.^۱ برخی از محققین احتیاط واجب را در اخذ اذن از هر دو می‌دانند^۲ و گروهی از محققین نیز مقتضی جمع بین روایات را همین نظریه می‌دانند بدین معنی که فقدان اذن از هر یک از دختر و ولیّ مکروه است^۳ و برخی از بنا بر احتیاط واجب، رضایت هر دو را شرط صحت نکاح دانسته‌اند.^۴ طرفداران این نظریه به چند دلیل متوسل شده‌اند.

۱- اصل عدم ترتب اثر

با توجه به اینکه ظاهر پاره ای از روایات، استقلال ولیّ در امر نکاح است و مفهوم این روایات آن است که رضایت دختر باکره نسبت به تزویج خود اعتباری

۱. شیخ مفید، مقنعه، ۵۱۰؛ ابن زهره، غنیه، ۳۴۳؛ حلبی، الکافی فی الفقه، ۲۹۲؛ نراقی، احمد، مستند الشیعه، ۱۱۹/۱۶؛ سبحانی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء، ۱۷۴/۱؛ شهید صدر، ما وراء الفقه، ۱۸۶/۶

۲. خوئی، سیدابوالقاسم، ۲۶۱/۲؛ اراکی، محمد علی، المسائل الواضحه، ۸۲/۲؛ روحانی، سید محمد، المسائل المنتخبه، ۳۱۸؛ تبریزی، جواد، منهاج الصالحین، ۳۳۴/۲؛ بهجت، محمدتقی، رساله توضیح المسائل، ۳۷۹؛ سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، ۲۸/۳

۳. محقق ثانی، جامع المقاصد، ۱۲۶/۱۲؛ شهید ثانی، مسالک، ۱۳۲/۷

۴. خمینی، تحریر الوسیله، ۲۵۴/۲

ندارد و از طرفی، ظاهر برخی روایات، استقلال دختر باکره در امر نکاح است و مفهوم این روایات آن است که رضایت ولی اعتباری ندارد. لذا نسبت به صحت نکاح استقلالی دختر و نیز نکاح استقلالی ولی تردید وجود داشته، مقتضی استصحاب، عدم ترتب اثر بر نکاح استقلالی هر یک از دختر و ولی است.^۱
نقد و نظر:

مراجعه به اصول عملیه در صورتی مجاز است که در مساله دلیل اجتهادی وجود نداشته باشد.

۲- موثقه صفوان

أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ صَفْوَانَ قَالَ اسْتَشَارَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ لِابْنِ أَخِيهِ فَقَالَ أَفْعَلُ وَ يَكُونُ ذَلِكَ بِرِضَاهَا فَإِنَّ لَهَا فِي نَفْسِهَا نَصِيبًا قَالَ فَاسْتَشَارَ خَالِدُ بْنُ دَاوُدَ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ عَلِيَّ بْنَ جَعْفَرٍ فَقَالَ أَفْعَلُ وَ يَكُونُ ذَلِكَ بِرِضَاهَا فَإِنَّ لَهَا فِي نَفْسِهَا حِطًّا.^۲

به موجب این روایت، عبد الرحمن و نیز خالد بن داوود از امام موسی بن جعفر (ع) در خصوص تزویج دخترانشان مشورت گرفتند. حضرت (ع) در پاسخ فرمود: می‌توانید دختران تان را به ازدواج در بیاورید ولی باید از بعد از جلب رضایت دختر.^۳

نقد و نظر:

در این موثقه، سخنی از لزوم رضایت ولی نیست؛ چرا که مثلاً عبدالرحمن سوال می‌پرسد، می‌خواهم دخترم را تزویج کنم آیا چنین حقی دارم. امام ع می‌فرمایند منوط به جلب رضایت دختر، اشکالی ندارد. ظاهر روایت این است که رضایت دختر برای ازدواج لازم است ولی رضایت پدر شرط است یا خیر، روایت از این جهت سکوت دارد.

۱. نراقی، احمد، مستند الشیعه، ۱۱۹/۱۶

۲. طوسی، تهذیب الأحکام، ۱۴۰۷، ۷/۳۷۹

۳. علامه حلی، مختلف، ۱۱۶/۷؛ شهید اول، غایه المراد، ۲۹/۳

ه: نظریه عدم ولایت پدر و جد بر دختر و کفایت رضایت دختر بسیاری از محققین بر این اعتقادند که در خصوص تزویج دختر باکره، پدر و جد پدری هیچ ولایتی نداشته و دختر به طور استقلالی و بدون لزوم اذن از ایشان می تواند اقدام به نکاح کند. این نظریه بین قدما و متاخرین از شهرت زیادی برخوردار بوده است.^۱ طرفداران نظریه استقلال دختر باکره در نکاح به ادله‌ای استدلال کرده‌اند.

۱- آیات قرآن

۱-۱ آیه ۲۳۰ بقره: «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ»

برخی از محققین برای اثبات استقلال دختر باکره به این آیات متوسل شده‌اند.^۲ وجه استدلال به آیه شریفه این است که به موجب این آیه، اگر شوهر، سه مرتبه زنش را طلاق داد، نمی تواند به او ازدواج نماید مگر اینکه زوجه با شوهر دیگری ازدواج کرده باشد. در این آیه صرفاً از ازدواج خانم به شوهر دیگر سخن

۱. شیخ مفید، احکام النساء، ۳۶؛ مرتضی، انتصار، ۲۸۹؛ شیخ طوسی، مبسوط، ۱۶۲/۴ و تبیان، ۲۷۳/۲؛ ابن ادریس، ۵۶۱/۲؛ فاضل آبی، کشف الرموز، ۱۱۲/۲؛ محقق اول، شرائع، ۲۲۰/۲ و مختصر، ۱۷۳/۱؛ ابن سعید، الجامع للشرائع، ۴۳۷؛ علامه حلی، ارشاد، ۷/۲ و تبصره، ۱۳۴ و تحریر، ۴۳۳/۳ و تذکره، ۵۸۵ و قواعد، ۱۴/۳ و مختلف، ۱۱۵/۷؛ عمیدی، کنز الفوائد، ۳۱۵/۲؛ فخرالمحققین، ایضاح، ۱۵/۳؛ شهید اول، غایه المراد، ۲۵/۳ و لمعه، ۱۷۵؛ سیوری، تنقیح الرائع، ۳۰/۳؛ صیمری، غایه المرام، ۲۹/۳؛ محقق ثانی، جامع المقاصد، ۱۲۲/۱۲؛ شهید ثانی، حاشیه الارشاد، ۲۰/۳ و الروضه البهیة، ۱۱۶/۵ و مسالک، ۱۲۰/۷ و مسالک، ۱۴۱/۷؛ طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ۹۵/۱۱؛ شیخ انصاری، صراط النجاه محشی شیخ انصاری، ۲۳۵؛ گلپایگانی، عروه الوثقی المحشی، ۶۲۴/۵؛ شیرازی، عروه الوثقی المحشی، ۶۲۴/۵؛ آقا ضیاء عراقی، عروه الوثقی المحشی، ۶۲۴/۵؛ مکارم شیرازی، العروه الوثقی مع التعليقات، ۸۵/۲؛ فاضل لنکرانی، العروه الوثقی مع تعليقات الفاضل، ۷۴۷/۲ و الأحکام الواضحه، ۳۷۲؛ اصفهانی، سید ابو الحسن، وسیله النجاة مع حواشی الإمام الخمينی، ۷۰۷؛ مرعشی، سیدشهاب الدین، منهاج المومن، ۲۲۴/۲؛ سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الاحکام، ۲۶۴/۲۴؛ گلپایگانی، سیدمحمدرضا، هدایه العباد، ۳۱۷/۲

۲. ابن ادریس، ۵۶۱/۲؛ فاضل آبی، کشف الرموز، ۱۱۴/۲ و محقق ثانی، جامع المقاصد، ۱۲۲/۱۲

به میان رفته است و این ازدواج منوط به جلب رضایت پدر نشده است. ظاهر آیه شریفه این است که دختر در تزویج نیازی به استیذان از پدر ندارد.

نقد و نظر

هر چند در نقد استدلال به آیه شریفه گفته شده است با توجه به اینکه این آیه در سیاق آیات مربوط به عده آمده است. پس زوجه مدخوله بوده و لذا باکره نیست و لذا آیه شریفه از محل بحث خارج است^۱ ولی این اشکال صحیح نیست؛ چرا که ممکن است خانم، مدخول بها نباشد و یا مدخوله از دبر بوده و لذا کماکان باکره به شمار رود^۲ ولی انصاف این است که استدلال به آیه شریفه در بحث کنونی، صحیح نیست؛ چرا که در جای خود ثابت شده است که منظور از دختر باکره در بحث کنونی، دختری است که عصمت الهی او پابرجا باشد و از سویی، این عصمت به محض انشای عقد نکاح از بین رفته و عنوان باکره بر وی خانمی که ازدواج می‌کند، صادق نیست.^۳

۱-۲ آیه ۲۳۴ بقره: «و قوله تعالى فَإِذَا بَلَغَ الْإِنثَاءُ فَلَا وَجْهَ لَهَا مِنْهُ زَوْجٌ بِمَا فَعَلَ فِي أَنْفُسِهَا بِالْمَعْرُوفِ»

به موجب آیه شریفه، خانمی که از شوهرش طلاق گرفته بعد از اتمام ایام عده، مستقلاً می‌تواند نسبت به تزویج خود تصمیم بگیرد و لذا نیازی به اذن از ولی^۴ ندارد

نقد و نظر

علاوه بر اینکه آیه شریفه در خصوص ایام بعد از عده سخن رانده است و این نشانگر آن است که خانم مدخوله بوده و لذا باکره نیست^۵ در ذیل آیه پیشین

۱. شهید اول، غایه المراد، ۲۳/۳

۲. محقق ثانی، جامع المقاصد، ۱۲/۱۲؛ شهید ثانی، زین الدین، ۱۲۵/۷

۳. یزدانی، حقوق خانواده، ۲۳۱

۴. ابن ادریس، ۵۶۱/۲؛ فاضل آبی، کشف الرموز، ۱۱۴/۲ و علامه حلی، تذکره، ۵۸۵

۵. شهید اول، غایه المراد، ۲۳/۳

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در ترازوی فقه / ۵۱

اشاره شد که صرف ازدواج ولو منتهی به همبستر شدن نشود، موجب زوال بکارت می شود.

۳-۱ آیه ۲۳۰ بقره: «قوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَتَرَاجَعَا»

به موجب آیه شریفه، زوجینی که از هم طلاق گرفته اند، اگر بعداً بخواهند می-توانند با هم ازدواج کنند. ظاهر آیه شریفه این است که در ازدواج دوم، نیازی به اذن ولی نیست.^۱

نقد و نظر: با توجه به اینکه آیه شریفه ناظر به زنان مطلقه است و از دیگر سو، نگارنده بر این اعتقاد است که صرف ازدواج باعث زوال بکارت می شود، لذا آیه شریفه ناظر به دختران غیرباکره است و لذا قابل استدلال در بحث کنونی نیست.

۲- روایات

در پاره ای روایات به استقلال دختر باکره در ازدواج اشاره شده است.

۱-۲ روایت سعدان بن مسلم

مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَىٰ عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ مَعْرُوفٍ عَنِ سَعْدَانَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنِ رَجُلٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ لَا بَأْسَ بِتَرْوِيجِ الْبِكْرِ إِذَا رَضِيَتْ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ آبِئِهَا^۲

یکی از روایاتی که طرفداران استقلال دختر باکره در ازدواج بدان متوسل می-شوند، روایت سعدان بن مسلم است^۳ و بلکه محدث بحرانی مدعی است که تنها روایتی که دلالت بر استقلال دختر باکره در ازدواج دارد، همین روایت است.^۴

۱. ابن ادریس، ۵۶۲/۲؛ فاضل آبی، کشف الرموز، ۱۱۴/۲؛ علامه حلی، تذکره، ۵۸۵

۲. طوسی، تهذیب، ۱۴۰۷، ۲۵۴/۷

۳. فاضل آبی، کشف الرموز، ۱۱۴/۲

۴. محدث بحرانی، یوسف، الحدائق الناظره، ۲۲۳/۲۳

نقد و نظر

روایت حاضر علاوه بر اینکه از ضعف سند رنج می‌برد^۱ مبتلا به معارض است؛ زیرا روایات متعددی دلالت بر عدم ولایت دختر باکره در تزویج داشتند. وانگهی شیخ طوسی فرموده است ممکن است روایت ناظر به استقلال دختر باکره در ازدواج موقت داشته یا ناظر به موردی باشد که پدر، دختر را از ازدواج به هم کفو نهی می‌کند.^۲

۲-۲ صحیحه برید

«عَلِيُّ بْنُ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ أُذَيْنَةَ عَنِ الْفَضِيلِ بْنِ يَسَارٍ وَ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ وَ زُرَّارَةَ بْنِ أُعَيْنٍ وَ بُرَيْدِ بْنِ مُعَاوِيَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ الْمَرْأَةُ الَّتِي قَدْ مَلَكَتْ نَفْسَهَا غَيْرَ السَّفِيهِةِ وَ لَا الْمَوْلَى عَلَيْهَا إِنْ تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ وَلِيٍّ جَائِزٌ»^۳

بسیاری از محققین برای اثبات استقلال دختر باکره در ازدواج به این روایت استدلال کرده‌اند^۴ و وجه استدلال به روایت این است که در مفهوم روایت دو احتمال وجود دارد:

اول اینکه عبارت «غیر السفیهة» صفت یا عطف بیان یا بدل از «التی قد ملکت نفسها» باشد؛ طبق این احتمال، معنی روایت این می‌شود که دختری که دختری که مالک نفس خود است یعنی سفیه و محجور از تصرف در اموال نیست، می‌تواند بدون اذن ولی ازدواج کند (اعم از اینکه باکره یا ثبیه باشد)

۱. محدث بحرانی، یوسف، الحقائق الناظرة، ۲۲۳/۲۳

۲. طوسی، استبصار، ۲۳۶/۳

۳. کافی، ۱۴۰۷، ۳۹۱/۵

۴. فاضل آبی، کشف الرموز، ۱۱۵/۲؛ علامه حلی، تذکره، ۵۸۵؛ شهید ثانی، زین الدین، ۱۲۳/۷ و

طباطبایی، سیدعلی، ریاض، ۸۴/۱۱

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در ترازوی فقه / ۵۳

دوم اینکه عبارت «غیر السفیهة»، جمله استثنائیه باشد؛ یعنی دختری که مالک نفس خود است یعنی بالغ است می تواند بدون اذن ولی ازدواج کند مگر اینکه سفیه یا محجور از تصرفات مالی باشد. طبق هر دو احتمال، روایت به صراحت دلالت بر استقلال دختر باکره در امر تزویج دارد.^۱

۲-۳ روایت میسره

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ عَمْرِو بْنِ أَبِي الْكَلْبِيِّ عَنْ مَيْسِرَةَ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع الْقِي الْمَرْأَةُ بِالْفُلَاءِ الَّتِي لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ فَأَقُولُ لَهَا لَكَ زَوْجٌ؟ فَتَقُولُ: لَا. فَأَتَزَوَّجُهَا؟ قَالَ: نَعَمْ هِيَ الْمَصَدَقَةُ عَلَيَّ نَفْسَهَا»^۲

۲-۴ روایت زراره

مَا رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ إِسْمَاعِيلَ الْمِثْمِيُّ عَنْ فَضَالَةَ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرِ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ إِذَا كَانَتْ امْرَأَةٌ مَالِكَةً أَمْرَهَا تَبِيعُ وَتَشْتَرِي وَتَعْتَقُ وَتَشْهَدُ وَتُعْطَى مِنْ مَالِهَا مَا شَاءَتْ فَإِنْ أَمْرَهَا جَائِزٌ تَزُوجُ إِنْ شَاءَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا وَإِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا يَجُوزُ تَزْوِجُهَا إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا.^۳

یکی از مستندات نظریه کنونی، روایت زراره است^۴ به موجب این روایت، حکم ولایت بر ازدواج، دائر مدار ولایت بر اموال است.^۵ بدین معنا که دختر مادامی

۱. نراقی، احمد، مستند الشیعه، ۱۰۷/۱۶؛ محقق ثانی، جامع المقاصد، ۱۲/۲۲؛ طباطبایی، سیدعلی،

ریاض، ۸۵/۱۱

۲. کلینی، ۱۴۰۷، ۵/۳۹۲

۳. طوسی، استبصار، ۱۳۹۰، ۳/۲۳۴

۴. فاضل آبی، کشف الرموز، ۱۱۵/۲؛ علامه حلی، تذکره، ۵۸۵؛ محقق ثانی، جامع المقاصد، ۱۲/۱۲۲؛

شهید ثانی، مسالک، ۱۲۸/۷؛ نراقی، احمد، مستند الشیعه، ۱۰۸/۱۶؛ طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل،

۸۶/۱۱

۵. (فخرالمحققین، ایضاح، ۱۵/۳)

که از تصرف در اموال محجور است (غیر بالغ) استقلال در تزویج ندارد ولی بعد از خروج از حجر مالی، می‌تواند بدون اذن ولی اقدام به ازدواج نماید.

۵-۲ صحیحہ منصور

«وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ مَجْبُوبٍ عَنِ الْعَبَّاسِ عَنِ صَفْوَانَ عَنِ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ تَسْتَأْمَرُ الْبِكْرَ وَغَيْرَهَا وَلَا تَنْكَحُ إِلَّا بِأَمْرِهَا.»

به موجب این روایت، دختر استقلال در تزویج دارد؛ چرا که حضرت ع به طور حصر فرمودند «لا تَنْكَحُ إِلَّا بِأَمْرِهَا»^۲

۱. طوسی، تهذیب، ۱۴۰۷، ۳۸۰/۷

۲. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ۸۵/۱۱

نتیجه‌گیری نهایی

در خصوص تزویج دختر غیر باکره بدون تردید، پدر و جد پدری، ولایتی نداشته و صرفاً خود دختر است که می‌تواند نسبت به ازدواج، تصمیم‌گیری نماید. همین حکم نسبت به پسران بالغ نیز جاری است. ولی در خصوص تزویج دختر بالغ بکر، اختلاف نظر وجود دارد. به نظر می‌رسد، نظریه استقلال دختر باکره بالغه در امر ازواج از قوت بیشتری بین سایر نظریات برخوردار باشد. چرا که از یک سو، اکثر فقها و محققین همین نظریه را برگزیده‌اند. قدا از جمله شیخ مفید، ابن جنید و حتی شیخ طوسی در آخرین تالیف فقهی همین نظریه را انتخاب نموده است و از زمان شیخ طوسی تا زمان سربرآوردن اخباریان، عموم محققین بر همین اعتقاد بوده‌اند. بعد از فروکش کردن اندیشه اخباری‌گری، نیز فقهای زیادی از جمله شیخ انصاری و بسیاری از معاصرین همین نظریه را انتخاب کرده‌اند. مستندات نظریات دیگر هرکدام به نقد و ضعفی مواجه است ولی مستندات نظریه استقلال دختر باکره در امر تزویج خود، از قوت برخوردار است. ولو برخی از مستنداتی که برای این نظریه بیان شده است، قابل اعتماد نیست. صحیحه برید که صراحت اعلام می‌کند که دختری که حجر مالی ندارد، استقلال در نکاح دارد. در صحیحه منصور و روایت زراره نیز امکان تزویج دختر باکره، دایر مدار حجر مالی یا عدم حجر مالی شده است. علاوه بر این، بالاجماع بعد از بلوغ و رشد، شخص از تحت ولایت خارج شده و هر تصرفی در مال و نفس خود می‌تواند انجام دهد. از جمله تصرفات، ازدواج است. لذا بقای ولایت بر ازدواج نیازمند دلیل است. وانگهی اگر پدر و جد ولایت دارند، چطور در صورت غیبت ولایت آنها سلب می‌شود در حالی که نسبت به ولایت بر اموال، با غیبت، ولایت سلب نمی‌شود؟ از این ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که برای پدر و جد پدری نسبت به تزویج دختر باکره بالغه، ولایت قرار داده است باید از قانون مدنی حذف گردد.

فهرست منابع:

۱. ابن ادریس، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.
۲. ابن براج، قاضی، المهذب، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ق.
۳. ابن زهره، حمزه، غنیة النزوع إلى علمي الأصول و الفروع، چ ۱، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ق.
۴. اراکی، محمد علی، المسائل الواضحه، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴.
۵. اردبیلی، احمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ق.
۶. اصفهانی، سید ابو الحسن، وسیلة النجاة مع حواشی الامام الخمينی، چ ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره، ۱۴۲۲ق.
۷. انصاری، مرتضی، صراط النجاه محشی شیخ انصاری، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری ره، ۱۴۱۵ق.
۸. بهجت، محمدتقی، رساله توضیح المسائل، قم: انتشارات شفق، ۱۴۲۸.
۹. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ق.
۱۰. تبریزی، جواد، منهاج الصالحین، قم: مجمع الامام المهدي، ۱۴۲۶ق.
۱۱. حلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، چ ۱، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیة، ۱۴۰۵ق.
۱۲. حکیم، سید محسن، منهاج الصالحین، چ ۱، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ق.
۱۳. حکیم، سید محمد سعید، منهاج الصالحین، چ ۱، بیروت: دار الصفوة، ۱۴۱۵ق.

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در ترازوی فقه / ۵۷

۱۴. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسيلة، چ ۱، قم: موسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا.

۱۵. خوئی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰.

۱۶. روحانی، سید محمد، المسائل المنتخبة، کویت: شرکه مکتبه الالفین، ۱۴۱۷.

۱۷. دیلمی، سلاّر، المراسم العلویة و الأحکام النبویة، چ ۱، قم: منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ق.

۱۸. سبحانی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء، چ ۱، قم: بی نا، بی تا.

۱۹. سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحکام، چ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.

۲۰. سبزواری، محمد باقر، کفایة الأحکام، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ق.

۲۱. سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، چ ۵، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی، ۱۴۱۷ق.

۲۲. شهید اول، محمد بن مکی، اللمعه الدمشقیة فی فقه الامامیه، چ ۱، بیروت: دار التراث، ۱۴۱۰.

۲۳. شهید اول، محمد بن مکی، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق.

۲۴. شهید ثانی، زین الدین، حاشیة الإرشاد، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق.

۲۵. شهید ثانی، زین الدین، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، چ ۱، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.

۲۶. شهید صدر، سید محمد، ما وراء الفقه، بیروت: دار الاضواء، ۱۴۲۰.

۲۷. طوسی، محمد بن حسن، استبصار فی اختلاف من الاخبار، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰.

۲۸. طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، ج ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.

۲۹. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی الفقه الامامیه، ج ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.

۳۰. طوسی، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ج ۲، بیروت: دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ق.

۳۱. عاملی، سید جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ق.

۳۲. علامه حلّی، حسن بن یوسف، إرشاد الأذهان إلی أحكام الإیمان، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.

۳۳. علامه حلّی، حسن بن یوسف، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه، ج ۱، مؤسسه امام صادق ع، قم، ۱۴۲۰ق.

۳۴. علامه حلّی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت ع، ۱۴۱۴ق.

۳۵. علامه حلّی، حسن بن یوسف، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.

۳۶. فاضل آبی، حسن، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.

۳۷. کرکی، محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت ع، ۱۴۱۴ق.

۳۸. کیدری، قطب الدین، إصباح الشیعة بمصباح الشریعة، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ق.

۳۹. حلّی، محقق اول، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در ترازوی فقه / ۵۹

۴۰. حلی، محقق اول، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، چ ۶، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ق.

۴۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

۴۲. نراقی، احمد، مستند الشیعه، قم: موسسه آل البيت، ۱۴۱۵.

۴۳. یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹.

فصلنامه نظریه‌های حقوقی

دوره ۳، شماره ۵، تابستان ۱۴۰۲

صفحات ۶۰-۹۵

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی

در حقوق موضوعه و فقه امامیه

دکتر مهدی الهویی نظری^۱ / هادی محمدی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۶/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۴/۱۵

چکیده

شورای رقابت به موجب قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی با اهداف کنترل، تنظیم و کاهش انحصارات و تسهیل رقابت تاسیس شد. این نهاد واکنش اجرایی و تقنینی حاکمیت به یکی از نیازهای مشروع اجتماع یعنی حق تسهیل در رقابت و برخورداری آزادانه مصرف‌کنندگان از کالاها و خدمات است. هرچند در فقه امامیه مباحث معاملات و آداب تجارت به تفصیل مورد مطالعه قرار گرفته است، اما حقوق رقابت که از موضوعات جدید قرن حاضر حتی در حقوق غرب محسوب می‌گردد لاجرم در فقه به طور خاص مورد توجه نبوده است. البته برخی از موضوعات مطروحه همچون نرخ‌گذاری توسط دولت، وضعیت حقوقی محتکر و نحوه برخورد با مشتریان می‌تواند با موضوعات و مصادیق حقوق رقابت مرتبط باشد که در این تحقیق به روش توصیفی-تحلیلی مورد مطالعه قرار خواهد گرفت. لذا همزمان با مطالعه مبانی فقهی و حقوقی

۱. استادیار گروه حقوق، واحد تاکستان، دانشگاه آزاد اسلامی، تاکستان، ایران. (نویسنده مسئول)

Mehdi.a.nazari@gmail.com

۲. فارغ التحصیل مقطع کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق... / ۶۱

موضوعات مرتبط، به بررسی شورای رقابت و اهداف آن می‌پردازیم تا جایگاه والای این نهاد اثرگذار در نظام حقوقی و اقتصادی ایران، بیش از پیش منفتح گردد و گامی باشد در جهت انطباق این حوزه قانونگذاری با مبانی شرعی.

واژگان کلیدی: حقوق رقابت، شورا، اصل ۴۴، انحصار، کارآمدی.

Competition Law and Competition Council at Law with a comparative study of Imamieh Jurisprudence

Dr. Mehdi Elhowi Nazari / Hadi Mohammadi

Abstract

The competition council was established in accordance with the Act of the implementation of Article 44 of the Constitution Act, with the goals of controlling, regulating and reducing monopolies, and facilitating competition. This institution is an executive and legislative response to one of the legitimate needs of the community and that is the right to facilitate competition and the free consumers gaining of goods and services. Although the jurisprudence of Imamieh has been studied in detail on the issue of the trades and customs of commerce competition law, which is one of the new issues of this century, even in Western law, has not been specifically addressed in jurisprudence. However, some of the subjects in jurisprudence, such as government pricing, statutory legal of hoarder and how to deal with customers, can be related to the topics and examples of competition law that through a descriptive- analysis method will be studied in this research. So, as studying the legal and juridical foundations of issues related to the study of the competition council and its historical background we identify competition rights and goals, so as to be a step in explaining the role and the high status of this new institution and its impact on the legal system of Iran. It's a step towards the compliance of this area of legislation with the sharia principles.

Key Words: Competition Law, Council, Principle 44, Monopoly, Efficiency.

با تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تمرکز و اقتدار دولت بر نظام اقتصادی پذیرفته شد. در نتیجه این اولویت اقتصاد ایران از شکل نظام خصوصی و آزاد رقابتی فاصله و سیستم اقتصاد حاکمیتی گردید و در نتیجه انحصار دولتی بر بازار اقتصاد شکل گرفت. ناکارآمدی این سیستم و مشکلات فراوان اقتصادی موجب گردید تا نهایتاً از طریق تصویب قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و اصلاحیه‌های بعدی آن، گامی جدی و اساسی در حذف رویه‌های ضدانحصاری و ضد رقابتی دولتی و کمرنگ کردن نقش و دخالت دولت در بازار صورت پذیرد. یکی از آثار قانون مزبور تاسیس نهاد شورای رقابت بود که به عنوان تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی ایجاد گردید. متأسفانه علیرغم ورود و حضور این نهاد در نظام اداری، اقتصادی و حقوقی، بدلائیل نامعلومی کارکردها، وظایف و رسالت اصلی آن نادیده انگاشته شده و در عمل کارآمدی پایینی از این مرجع قانونی در معادلات کشور مشاهده می‌گردد. در حالیکه هماهنگی با اقتصاد جهانی و داشتن روابط مالی مستحکم و پررونق با دیگر کشورها و افزایش صادرات و واردات از طریق بالارفتن کیفیت و کمیت حقوق رقابت می‌تواند نتایج مطلوبی بر عملکرد اقتصاد کشورمان داشته باشد. به بیان دیگر اعمال دقیق و صحیح حقوق رقابت در یک کشور از مولفه‌های بسیار مهم ورود سرمایه‌گذاران خارجی در یک بازار بزرگ خارجی است.^۱ ضرورتی که در لابلای مباحث اقتصادی در کشورمان مغفول مانده و متأسفانه بیشتر نگاه‌ها به این حوزه به اشتباه جنبه داخلی و درونی دارد. حال آنکه ارتقای حقوق رقابت و پذیرش آن به عنوان یک ضرورت آثار بین‌المللی مهمی برای اقتصاد کشور خواهد داشت.

1 . Kronthaler, Franz, (2007), Effectiveness of Competition Law, A Panel Data Analysis, p 7, Available at <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/29973/1/534695396.pdf>.

در تحقیق حاضر در صدد آنیم که دریابیم آیا در منابع حقوقی یا فقهی داخلی ردپایی از مولفه‌های حقوق رقابت و یا آنچه بدان قرابت دارد، یافت می‌گردد؟ هدف از این جستجو، رسیدن به آداب و رسوم و قواعد شرعی نظام حقوقی خودمان است تا بدین وسیله بر کارآمدی، کارایی، التزام و اعتماد به این حوزه حقوقی دست یابیم. در فقه امامیه یکی از مباحث جدی احکام، همواره موضوع معاملات و بازار بوده است. به طوری که در کتب فقها شاهدیم بابتی به تجارت و آداب آن به عنوان یکی از سرفصلهای مهم احکام اختصاص یافته است. تاکید معصومین علیه السلام بر جایگاه کسب و کار و محل تجارت و بازار جالب توجه است. از امام صادق علیه السلام نقل شده است که هر کس در بازار خداوند را یاد نماید خداوند به عدد اهل بازار گناهان او را بیامرزد.^۱ فقهای امامیه توجه خاصی به خودداری از کم فروشی داشته‌اند. در روایتی از امام علی (ع) نقل است که ایشان در بازار گردش می‌نمود و تجار را از کم فروشی به شدت نهی می‌نمود.^۲ توجه به حقوق فروشنده و خریدار از باب رعایت حق الناس و آداب خاص تجارت احادیث و روایتهای بسیاری را به خود اختصاص داده است که در تحقیق به فراخور مباحث به آنها می‌پردازیم تا در انتها بتوانیم بعنوان هدف از مقاله حاضر، از مبانی فقهی و شرعی منابع غنی فقه اسلامی قواعدی را منطبق با موضوع تحقیق بیابیم.

مطالعه سابقه تاریخی شورای رقابت از ضرورت و اهمیت بالایی برخوردار است. بعلاوه، از آنجایی که شورای رقابت جهت تسهیل در دستیابی به اهداف حقوق رقابت تاسیس شده است، درک بهتر این نهاد نیازمند آشنایی اجمالی با حقوق رقابت است.

۱. قمی، محمد بن علی، ترجمه علی اکبر غفاری و دیگران، (۱۴۰۹)، من لا یحضر الفقیه، ج ۴، ص ۲۷۲، نشر صدوق، تهران، چاپ اول.

۲. بروجردی، حسین، ترجمه مهدی حسینیان قمی و محمد حسین مهوری، (۱۴۲۹)، منابع فقه شیعه، ج ۲۲، ص ۸۶۱، نشر فرهنگ سبز، تهران، چاپ اول.

حقوق رقابت و اهداف آن

اندیشه مهار کردن اعمال ضد رقابتی و کاهش انحصارها اگرچه دارای سابقه‌ای قدیمی است اما فکر حفظ رقابت در بازار و حمایت از آن به صورت نهادینه نتایج رویکرد جدید در نظام‌های حقوقی و اقتصادی است. حقوق رقابت بر اساس پذیرش ضرورت دخالت دولت در بازار به جهت جلوگیری از شکست بازار به دلیل اعمال ضدرقابتی و همچنین برای افزایش توان تولید و بالابردن سطح کیفیت محصولات در برابر سایر رقبا و در نتیجه کارایی اقتصادی بیشتر شکل گرفته است.^۱

هرچند در کشور ما حقوق رقابت در عرصه قانونگذاری سابقه چندانی ندارد اما از دیرباز قواعد آن به نحوی در روابط تجاری اعمال گردیده است. هنگامی که اشخاص متعدد، برای رسیدن به هدفی واحد تلاش می‌کنند با توجه به محدودیت منابع، بین آنها رقابت و مسابقه شکل می‌گیرد. هدف واحد، در تجارت و بازرگانی ممکن است کسب سهم بیشتر از بازار، جلب مشتریان فراوان و در نهایت سود بالاتر باشد. اما در مسیر رقابت همیشه این احتمال وجود دارد که فعالان اقتصادی با تبانی، تشکیل کارتلها، بستن قراردادهای عمودی، انحصارگری، سو استفاده از زحمات دیگر رقبا و بطور کلی اعمال غیر منصفانه، ضمن بر هم زدن تعادل بازار، حقوق مصرف کنندگان و دیگر فعالان اقتصادی را زیر پا نهند.

با توجه به اهمیت تنظیم و کنترل روابط حاکم بر بازار قانونگذاران سعی می‌نمایند با تصویب قوانین مختلف و ایجاد ضمانت اجرا، ضمن توسعه رقابت بطور کلی از حقوق بنگاه‌ها در مواجهه با اعمال ضدرقابتی دفاع نمایند. این قواعد و مقررات که الزامات خاصی نیز در پی دارد منجر به شکل‌گیری شاخه‌ای جدید در حقوق تحت عنوان حقوق رقابت شده است.

1. Lee, Cassey, (2015), The Objective of Competition Law, p 3, Eria Discussion Paper Series, Available at <file:///C:/Users/Dell/AppData/Local/Temp/ERIA-DP-2015-54.pdf>.

حقوق رقابت ابزاری است در جهت برقراری رقابتی سالم و آزاد در روابط فعالان اقتصادی، حمایت از حقوق آنها و ایجاد تعادل در بازار. اما متأسفانه بسیاری از تجار و فعالان اقتصادی هنگامی که با اعمال خلاف رقابت از سوی رقبای مواجه می‌شوند نه تنها توانایی دفاع از حقوق خود را ندارند بلکه به علت عدم آگاهی از قواعد و قوانین حاکم بر این رشته حتی به فکر طرح دعوی جهت منع رقیب متخلف نیز نمی‌افتند.^۱ برای نمونه هنگامی که یک شرکت یا بنگاه اقتصادی در عرصه داخلی یا بین‌المللی کالایی را با کیفیت برتر در شبکه توزیعی منظم عرضه می‌نماید و با استفاده از تبلیغات موفق به جلب مشتریان فراوان می‌شود عده‌ای سعی می‌کنند با بکارگیری نام، علامت یا رنگ مشابه یا با جابجا کردن یکی از حروف نام تجاری از حسن شهرت و موفقیت حرفه‌ای او سواستفاده نمایند. لازم به ذکر است اشخاصی که از این قبیل اقدامات متضرر می‌شوند با استفاده از طرح دعوی رقابت نامشروع و مکارانه می‌توانند نه تنها تقاضای توقف این اقدامات را بنمایند بلکه خسارات ناشی از آنرا نیز مطالبه کنند.

قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ در تعریف رقابت در بند یازدهم ماده یک خود مقرر می‌دارد: «وضعیتی در بازار که در آن 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».

در تعریفی دیگر از حقوق رقابت بیان شده است که حقوق رقابت مجموعه قواعد و مقررات کنترل‌کننده‌ی فعالیت‌های اقتصادی بازار بوده و از اقدامات

۱. باقری، محمود و فلاحزاده، علی محمد، (۱۳۸۸)، مبانی حقوق عمومی حقوق رقابت (با نگاهی به

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)، ص ۱۸، فصلنامه حقوق، دوره‌ی ۳۹، شماره ۳.

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق.../ ۶۷

انحصارگرایانه و مخمل بازار جلوگیری و یا با آن مقابله می کند.^۱ به بیانی دیگر حقوق رقابت «مجموعه قواعد و مقرراتی است که هدفش حفظ رقابت در بازار و مقابله با بروز اعمال ضدرقابتی است».^۲

برای روشن شدن کارکردهای قواعد این رشته دادنامه شماره ۶۹۵/۳ که در تاریخ ۱۳۷۰/۱۲/۱۸ از شعبه سوم دیوان عالی کشور صادر شده به عنوان نمونه‌ای عینی از اجرای قواعد حقوق رقابت در زیر آمده است:

« ... با توجه به این که اداره ثبت شرکت ها و مالکیت صنعتی به شرکت خواننده اعلام نموده برای تغییر نام شرکت به آن اداره مراجعه نماید و نوع تولیدات دو شرکت نیز یکسان است و تشابه بین نام دو شرکت به حدی است که می تواند موجب گمراهی مصرف کننده عادی شود و موجب رقابت مکارانه گردد مضافاً شرکت خواهان از حسن شهرت و معروفیت برخوردار است لذا دعوی را محمول برصحت تشخیص و به استناد ماده ۵۷۸ قانون تجارت و مادتين ۸ و ۱۰ قرارداد پاریس حکم بر ابطال و تغییر نام شرکت خواننده صادر می نماید ...»^۳

این رای که قبل از تدوین لایحه تسهیل رقابت صادر گردیده موید این معناست که قواعد و مبانی حقوق رقابت در نظام حقوقی و رویه قضایی قبل از نظام تقنینی مورد شناسایی و توجه قرار گرفته است. بدیهی است با تصویب قوانین مذکور در حوزه رقابت امروزه نظام حقوقی ایران در موضع مناسب تری در برخورد با اعمال ضد رقابتی قرار دارد.

۱. صادقی، محسن و شمشیری، صادق، (۱۳۹۰)، نقد قانون سیاست های کلی اصل ۴۴ (قانون خصوصی سازی) از منظر رابطه حقوق مالکیت فکری و حقوق رقابت، ص ۲، دانشگاه علامه طباطبائی، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۳۳.

۲. باقری، محمود و غفاری فارسانی، بهنام، (۱۳۹۱)، قلمرو حقوق رقابت از حیث اشخاص مشمول، ص ۱، فصلنامه پژوهش های بازرگانی، شماره ۶۵.

۳. باقری، محمود و فلاحزاده، علی محمد، همان منبع، همان صفحه.

سابقه تاریخی حقوق رقابت

- سابقه تاریخی حقوق رقابت در غرب

حقوق رقابت طی ۲۵ سال اخیر شاهد توسعه و تحول قابل توجهی بوده است که مهمترین تحول آن را می‌توان توسعه جغرافیایی آن دانست به طوری که در اواخر سال ۱۹۸۰ تنها ده کشور جهان دارای قوانین رقابت بوده اند ولی امروزه بیش از صد کشور جهان چنین قوانینی را به تصویب رسانده و یا در مراحل پایانی تصویب هستند.^۱ به طور کلی پیدایش حقوق رقابت به اواخر قرن نوزدهم باز می‌گردد. در انگلیس این اتفاق به بعد از جنگ دوم جهانی بر می‌گردد و قوانینی که در این کشور تصویب گردیده شامل قانون رقابت مصوب ۱۹۸۸^۲ و قانون بنگاههای اقتصادی مصوب ۲۰۰۲^۳ است.^۴ حقوق رقابت در سالهای اخیر بخصوص از ابتدای سال ۱۹۹۰ رشد چشم‌گیری داشته است. کشور آلمان هم که بعد از جنگ جهانی بازسازی خود را آغاز نمود، با هدف رسیدن به توسعه اقتصادی حقوق رقابت را به عنوان یک ابزار کارآمد مورد توجه قرار داد.^۵ دکترین حقوقی در حقوق آلمان سیاستهای ضدکارتلی^۶ را به عنوان یک خط مشی و پایگاه اولیه جهت استقرار حقوق رقابت لحاظ نموده‌اند.^۷ در آمریکا

۱. نوروژی شمس، مشیت الله، (۱۳۸۴)، نگاهی به حقوق در قوانین در چند کشور، ص ۳، دانشگاه امام حسین، مجله دانشکده علوم انسانی، شماره ۶۱.

2. Competition Act 1998.

3. Enterprise Act 2002.

4. Scott, Andrew, (2009), **The Evolution of Competition Law and Policy in the United Kingdom**, p 1, LSE Law, Society and Economy working Papers, available at <http://ssrn.com/abstract=1344807>.

5. Buxbaum, Hannah L, (2005), **German Legal Culture and the Globalization of Competition Law: A Historical Perspective on the Expansion of Private Antitrust Enforcement**, p 474, Berkley Journal of International Law, Available at: scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol23.

۶. منظور از کارتلها، ائتلافهای میان چند بنگاه تولیدی در جهت کنترل بازار است که در حقوق رقابت به شدت با آن مقابله می‌گردد.

7. Ibid, p 495.

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق.../ ۶۹

حقوق ضد رقابتی همواره حول محور مفاهیم اقتصادی، رقابت آزاد و قدرت بازار در گردش بوده است تا آنکه قانون شرمین^۱ در سال ۱۸۹۰ به تصویب رسید. به موجب این قانون برای اولین بار برای تخلفهای ضد رقابتی، ضمانت اجرای حقوقی و حتی کیفری در نظر گرفته شد. در این قانون نه تنها امکان جبران خسارت برای رویه‌های ضد رقابتی فراهم گردید، بلکه به دولت اجازه داد تا در صورت مشاهده انحصار در بازار به صورت مستقیم در آن موضوعات ورود نماید. روح حاکم بر این قانون مبتنی بر این حقیقت بود که آزادی اشخاص در تنظیم قراردادها باید حفظ گردد. از این رو توافقهایی که به موجب آن رقابت محدود می‌گردید را منع نمود.^۲ از آنجائیکه در قانون شرمین فقط محدودیتهای تجارتی نامتعارف منع گردیده بود و در مواردی احراز موضوع سخت بود این موضوع انتقاداتی را بهمراه داشت و در نهایت سبب شد تا قانون کلایتون^۳ و قانون کمیسون تجاری فدرال^۴ در سال ۱۹۱۴ به تصویب برسد. حقوق آمریکا در این حوزه متأثر از نیازهای اجتماعی و اقتصادی بازار آزاد همواره خود را در جهت تطبیق با این ضرورتها اصلاح می‌نمود. مثلاً قانون کلایتون در سالهای بعدی اصلاح شد و قانون رابینسون پتمن^۵ در سال ۱۹۳۶ و قانون سلر کفوور^۶ در سال ۱۹۵۰ تصویب گردید. در قانون پتمن مقررات ضد تبعیض در قیمت گذاری بین مشتریان مورد توجه بیشتری قرار گرفت و در قانون کفوور قانونگذار پا فراتر نهاد و در مواردی که خرید یا تحصیل مال رقابت را کاهش می‌داد، انتقال اموال و سرمایه را منع می‌نمود.^۷ آنچه بدیهی است حقوق کشورهای غربی در دو یا سه دهه اخیر از حدود ابتدای سال ۱۹۹۰ بدون آنکه از یک سابقه و منابع غنی در

1 .The Sherman Act

2 . Lamaj, Jonida, (2017), **The Evolution of Antitrust Law on USA**, p 155, Available at <http://eujournal.org/index.php/esj/article/view/8842>.

3 .The Clyton Act

4.Federal Trade Commission Act

5 .The Robinson Patman Act

6 .The Celler Kefauver Act

7 . Ibid, p 165.

زمینه حقوق رقابت برخوردار باشند با انفجاری از قوانین در این حوزه مواجه شده به طوری عنوان شده همین تعدد قوانین و اصلاحات ممکن است تهدیدهایی را متوجه رویه‌های رقابتی نماید.^۱

– سابقه تاریخی حقوق رقابت در ایران

در ایران اولین توجه قانونگذار به مقوله قیمتها و کنترل آن در سال ۱۳۵۲ در قانون برنامه پنج ساله آن دوره صورت گرفت. اما ماهیت این برنامه فاصله زیادی با مقوله حقوق رقابت داشت. بعد از انقلاب اسلامی، آرام آرام ضرورت وجود قواعد حقوق رقابت احساس شد. این ضرورت با اختصاص چند بند و ماده به رقابت اقتصادی در برنامه‌های ۵ ساله توسعه، پیش رفت تا اینکه ابتدا لایحه‌ی مقررات تسهیل‌کننده‌ی رقابت و منع انحصارات در سال ۱۳۸۴ به مجلس ارائه و با ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ از طرف مقام معظم رهبری در نهایت این لایحه با لایحه‌ی اجرایی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ ادغام و تحت عنوان قانون اصلاح قانون برنامه چهارم توسعه و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ در تاریخ ۱۳۸۷/۳/۲۵ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید.

غیر از قانون فوق که به صورت مشخص و خاص به حقوق رقابت می‌پردازد در برخی از قوانین دیگر هم می‌توان ردپای توجه به قواعد عام و کلی‌تر حقوق رقابت را جستجو نمود. مثلاً در مواد ۶۴، ۶۶ و ۷۵ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ حمایت از رقابتهای مشروع و عادلانه از طریق حمایت از اسرار تجاری در حوزه معاملات الکترونیکی تصویب گردید. همچنین در قانون نظام

1. Egge, George (2001). **The Harmonization of Competition Laws Worldwide**, Richmond, *Journal of Global Law & Business*.

Kronthaler, Franz, (2007), Effectiveness of Competition Law, p 93, A Panel Data Analysis, Available at

<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/29973/1/534695396.pdf>.

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق.../ ۷۱

صنعتی کشور مصوب ۱۳۸۲ با اصلاحات بعدی به ممنوعیت فروش اجباری کالا، پیشنهاد در تعیین قیمت کالاها و خدمات تصریح شده است.^۱

– سابقه تاریخی حقوق رقابت در فقه

همانطور که ذکر گردید به دلیل جدید بودن موضوع حقوق رقابت در عرصه داخلی و بین الملل، چنین عنوانی در فقه دیده نمی‌شود اما مسائل مربوط به بازار و آداب معاملات و تجارت یکی از ابواب مهم فقهی در نوشته‌های فقهاست که می‌توان در جستجوی قواعد رقابتی از آن استمداد نمود. در فقه امامیه لزوم رعایت انضباط و ساماندهی در معاملات و استحکام در روابط اجتماعی و اقتصادی مورد توجه قرار گرفته است. مبنای قاعده غرر^۲ و اصل صحت^۳ و حتی اصل لزوم بر حفظ نظم عمومی در قراردادها و مراودات اقتصادی است.

از توجه به برخی احادیث می‌توان برخی از مبانی و مولفه‌های حقوق رقابت را در کلام و رفتار معصومین جستجو نمود؛ در کتاب منابع فقه شیعه آمده است که حضرت علی علیه‌السلام به رفاعه نوشت: «از احتکار نهی کن، آنگاه هر کس با آن مخالفت کرد او را تنبیه کن و سپس با آشکار کردن آنچه احتکار کرده وی را مجازات کن».^۴ این روایت مبتنی بر نهی از احتکار است که یکی از عوامل موثر در اختلال بازار رقابت آزاد و ثبات قیمتها محسوب می‌گردد. همچنین در روایتی دیگر که ارتباط بیشتر و مستقیمی با حقوق رقابت دارد از امام صادق علیه‌السلام درباره نرخ‌گذاری سوال شد و ایشان در پاسخ فرمودند: «امیر مومنان علیه‌السلام

۱. علاءالدینی، امیرعباس و شیری، مهرزاد، (۱۳۹۵)، قواعد حقوق رقابت در ایران و تحولات آن در پرتو سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، ص ۱۲۸، فصلنامه قضاوت، شماره ۸۷.

۲. «ان بناء علی قطع التشاجر و التجاذب بین الناس...». مراغی، عبدالفتاح، (۱۴۱۷)، العناوین الفقیه، ج ۲، ص ۳۱۳.

۳. «لو لم بین علی هذا الاصل لزم اختلال نظام المعاد و المعاش...» انصاری، مرتضی، (بی تا)، فرائد الاصول، ج ۲، ص ۷۲۰، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.

۴. بروجردی، حسین، ترجمه مهدی حسینیان قمی و محمد حسین مهوری، (۱۴۲۹)، منابع فقه شیعه، ج ۲۳، ص ۳۴۶.

برای احدی نرخ گذاری نکرد، بلکه هر کس [در برابر پول مساوی] جنس کمتری به مردم می‌داد، به وی گفته می‌شد: همانند دیگران بفروش و در غیر اینصورت از بازار بیرون برو مگر آنکه خوراکی تو مرغوبتر از دیگران باشد.^۱ این روایت به روشنی از منع مداخله حاکم در قیمت‌گذاری بر اجناس حکایت دارد که یکی از مفاهیم و مولفه‌های شناخته‌امروزی در حقوق رقابت است.

به نظر می‌رسد عدم دخالت در تسعیر (قیمت‌گذاری) به عنوان یک اصل و مبنا در فقه مورد قبول قرار گرفته است.^۲ برخی مبنای پذیرش این نظر را حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» دانسته‌اند.^۳ یکی از فقهای معاصر در بیانی صریح و متقن می‌فرمایند از نظر اسلام تشکیل «تراست» قطعاً ممنوع است و تشکیل کارتل چون به منظور تضییق مضاربه و بازار سیاه از لحاظ فروشنده است، ممنوع است^۴ و در جای دیگری با توضیح بیشتر بیان می‌دارند که ممنوع بودن فعالیت تراست و کارتل منوط به ایجاد بازار سیاه است.^۵ در مورد برخورد با شخصی که اقدام به احتکار می‌نماید، فقها اتفاق نظر دارند که او را اجبار به فروش کالایش می‌نمایند، حتی اگر محتکر مکره در فروش باشد.^۶

۱. همان منبع، ج ۲۳، ص ۳۵۱.

۲. حسینی عاملی، جواد، (بی تا)، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۴، ص ۱۰۹، طبعه القدیمة، انتشارات دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ اول.

۳. بحرانی، احمد، (۱۴۰۵)، *الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره*، ج ۱۸، ص ۶۵، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.

۴. مطهری، مرتضی، (بی تا)، *فقه و حقوق (مجموعه آثار)*، ج ۲۰، ص ۵۶۲، انتشارات صدرا، قم، چاپ اول.

۵. همان منبع، ص ۵۶۷.

۶. «لا خلاف بین الاصحاب فی ان الامام یجبر المحتکرین علی البیع و علیه تدل جمله من الاخبار المتقدمه» بحرانی، احمد، همان منبع، ص ۶۴؛ حسینی روحانی، صادق، (۱۴۱۲)، *فقه الصادق علیه السلام*، ج ۱۵، ص ۱۸۱، انتشارات دارالکتاب-مدرسه امام صادق علیه السلام، قم، چاپ اول.

اهداف حقوق رقابت

- اهداف حقوق رقابت در حقوق موضوعه

از حقوق رقابت به عنوان یکی از ضروریات و عوامل موثر در توفیق نظام‌های اقتصاد بازار آزاد یاد می‌شود. تصور بر این است که اگر در میان فعالان عرصه تولید و توزیع رقابت سالم حاکم باشد کارایی اقتصادی به بار آمده و رفاه عمومی افزایش می‌یابد. این شاخه نوین حقوقی، مدت‌ها است که مباحث بین رشته‌ای جذاب و پردامنه‌ای را میان حقوقدانان و اقتصاددانان برانگیخته است. اما نظام حقوقی ایران به تازگی گام‌های نخستین را در این عرصه برداشته است؛ از این رو تدارک مقدمات و تدوین قواعد بنیادین این حوزه امری ضروری است. یکی از مهمترین و مبنایی‌ترین پرسش‌ها در خصوص هر قانون که نقشی تعیین‌کننده در تفسیر مقررات آن دارد این است که آن قانون برای نیل به چه اهدافی وضع شده است؟ در مورد اهداف حقوق رقابت میان صاحب نظران و نظام‌های حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد به طوری که این مساله از پرمناقشه‌ترین مباحث در این علم به شمار می‌رود.

گرچه، در فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی به صراحت هدف از مقررات آن ذکر نشده، اما در حقوق ایران از سیاست‌های کلی تعیین‌شده از سوی مقام معظم رهبری و مجمع تشخیص مصلحت نظام برای اصل ۴۴ قانون اساسی چند هدف قابل احراز است: الف) افزایش رقابت‌پذیری و جلوگیری از انحصار، ب) افزایش کارایی و کارآمدی اقتصادی و ج) حمایت از منافع مصرف‌کنندگان که در این قسمت به بررسی آنها می‌پردازیم.

- افزایش رقابت‌پذیری و جلوگیری از ایجاد انحصار

در بند سوم شق الف قسمت (د) و بند سوم قسمت (ه) مصوبه مورخ ۱۳۸۳/۹/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام از افزایش رقابت‌پذیری و جلوگیری از ایجاد انحصار توسط بنگاه‌های غیردولتی از طریق وضع قوانین و مقررات لازم به عنوان یکی از سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی نام برده شده است. بند

(ج) سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ابلاغی مقام معظم رهبری نیز به صراحت بر افزایش رقابت‌پذیری به عنوان یکی از جهت‌گیری‌های خصوصی‌سازی اشاره دارد. این امر بیانگر آن است که در نظام اقتصادی ایران، به رقابت به دیده‌ی ارزشی مستقل نگریسته می‌شود. همچنین در بند الف ماده ۳۷ و دیگر مواد قانون برنامه‌ی چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، دولت مکلف شده است که نظام‌های قانونی، حقوقی و اقتصادی مناسب را در جهت تقویت رقابت‌پذیری اقتصاد فراهم نماید.^۱

افزون بر آنچه گفته شد، ماده ۱ «پیش‌نویس لایحه‌ی قانون جامع تسهیل رقابت و کنترل و جلوگیری از شکل‌گیری انحصارات» که در آبان ماه ۱۳۸۳ از سوی معاونت برنامه‌ریزی و بررسی‌های اقتصادی وزارت بازرگانی تهیه شده و مقررات فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی نیز به‌طور کلی بر این پیش‌نویس تکیه دارد، بیان می‌کند «هدف این قانون حذف و یا کنترل انحصار در فعالیت‌های تجاری، منع رفتارهای ضد رقابتی از جمله رویه‌های محدودکننده و اعمال بازرگانی غیرمنصفانه و تسهیل رقابت... می‌باشد».^۲

برخی نویسندگان با انتقاد از مقررات فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی به دلیل فقدان مقدمه و عدم تبیین هدف از وضع آن‌ها و

۱. گزارشی که سازمان همکاری و توسعه‌ی اقتصادی در سال ۲۰۰۴ ارائه داده است، حکایت از آن دارد که در کشورهای عضو این سازمان، گرایش آشکاری نسبت به حذف منافع و مصلحت عمومی به عنوان هدف یا مبنایی برای کنارگذاشتن کارایی در اعمال قوانین رقابت وجود دارد؛ مقرراتی نیز که در این ارتباط هم‌چنان در حقوق رقابت آن‌ها موجود است، به قوانینی متروک مبدل شده‌اند. در این گزارش همچنین آمده است که تصور کشورهایی که به سطح معینی از توسعه دست یافته‌اند، بر این است که استفاده‌ی از حقوق رقابت برای سایر اهداف، کارآمد و مطلوب نیست. ر.ک: صادقی مقدم، محمدحسن و غفاری فارسانی، بهنام، (۱۳۹۰)، **روح حقوق رقابت**، ص ۱۲۳، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳.

۲. معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی، گزارش پشتیبان لایحه تسهیل رقابت و کنترل و جلوگیری از شکل‌گیری انحصارات، دفتر مطالعات اقتصادی، شماره‌ی ثبت: ۴۷۳/۸۳، بهمن ۱۳۸۳.

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق.../ ۷۵

همچنین حذف بی دلیل ماده ۱ پیش نویس فوق، هدف از مقررات رقابت را در حقوق ایران به دو دسته کلی تقسیم نموده‌اند؛ نخست، هدف نزدیک و دوگانه که مشتمل است بر حذف یا کنترل انحصارات و منع رویه‌های ضدرقابتی و نیز تسهیل رقابت؛ و دوم، هدف غایی که عبارت است از افزایش کارایی و رفاه اقتصادی^۱.

بنابراین تردیدی نیست که منع رفتارهای ضدرقابتی و حذف و کنترل انحصارات از انگیزه‌های اصلی تدوین قانون رقابت در ایران است؛ این عنوانها اهدافی مستقل و ذاتی دارند. همچنین باید توجه داشت که فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، «تسهیل رقابت و منع انحصار» نام‌گذاری شده است؛ این امر بیانگر اهمیت ذاتی نفس رقابت است.

همچنین در مواد ۴۴ و ۴۵ این قانون که اعمال ضدرقابتی را برمی‌شمرد معیار ممنوعیت این اعمال، اخلاقی دانسته شده است که در نتیجه آن‌ها بر رقابت وارد می‌شود. این معیار در بند ۲۰ ماده ۱ تعریف شده است؛ انحصار، احتکار و تمرکز ثروت از مؤلفه‌های مهم احراز آن می‌باشند. بر این اساس اصلی‌ترین و مهم‌ترین هدف مقررات فصل نهم این قانون حفظ رقابت و جلوگیری از اختلال یا کاهش آن می‌باشد.^۲ آزادی رقابت^۳ به عنوان یک ابزار کنترل کننده، می‌تواند منجر به حمایت از آزادی اقتصادی و قراردادی در بازار گردد تا از طریق نظارت بر قدرتهای اقتصادی خصوصی و قدرتهای سیاسی، رقابت کامل شکل بگیرد.

۱. عامری، فیصل، (۱۳۸۹)، حقوق رقابت و توسعه، ص ۱۴۳، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۳۳.

۲. صادقی مقدم، محمدحسن و غفاری فارسانی، بهنام، (۱۳۹۰)، روح حقوق رقابت، ص ۱۲۱، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳.

رقابت کامل به معنای آن است که هیچ بنگاه اقتصادی نتواند اراده خود را بر دیگران تحمیل نماید.^۱

- افزایش کارایی و کارآمدی اقتصادی^۲

هرچند در فصل نهم قانون اجرای سیاستهای اصل ۴۴ قانون اساسی، به صراحت از کارایی و کارآمدی اقتصادی سخنی به میان نیامده است، اما در مصوبات زمینه‌ساز وضع این مقررات، به این اهداف اشاره شده است؛ بند ۲ شق الف قسمت (د) مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام راجع به سیاست‌های کلی برنامه‌ی خصوصی‌سازی کشور، یکی از اهداف مهم واگذاری را ارتقاء کارایی اقتصادی و بهره‌وری منابع مادی و انسانی و فن‌آوری می‌داند. بند (ج) سیاست‌های ابلاغی مقام معظم رهبری نیز مؤید همین امر است. نام‌گذاری سال‌های اخیر به عنوان «اصلاح الگوی مصرف»، «تلاش مضاعف و همت مضاعف» و «جهاد اقتصادی»، به روشنی بیانگر نگرانی مسئولان مملکتی از اتلاف منابع مادی و نیروی انسانی یعنی ناکارایی تخصیصی و تولیدی در نظام اقتصاد دولتی کشور است. لذا آشکار است که یکی از رسالت‌های مهم مقررات رقابت، جلوگیری از هدررفت منابع و کارآمدی اقتصادی است.^۳

این هدف‌گذاری باید در تفسیر و اجرای مقررات رقابت نیز، اعمال و مدنظر قرارگیرد؛ چراکه مقررات رقابت یکی از مظاهر سیاست‌های کلی مذکور می‌باشند. هم‌چنان‌که ماده ۱ پیش‌نویس لایحه نیز به صراحت از افزایش کارایی نام می‌برد. هم‌چنین در مقررات خاص حقوق رقابت یعنی مواد فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی به‌ویژه در مواد ۴۴ تا ۵۲ این

1. Lianos, Ioanis, (2013), Some Reflections on the Question of the Goals of Eu Competition Law, pp 23-25, Available at

<https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles-3-2013new.pdf>.

2. Economic Efficiency

3. Lee, Cassey, (2015), The Objective of Competition Law, p 7, Eria Discussion Paper Series, Available at

<file:///C:/Users/Dell/AppData/Local/Temp/ERIA-DP-2015-54.pdf>.

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق.../ ۷۷

قانون ردپای کارایی و ارتقای اقتصادی در تعیین اعمال ضد رقابتی از غیر آن دیده می‌شود.

بدیهی است محدود نمودن غایت و غرض حقوق رقابت در اهداف اقتصادی دشوار و بلکه ناقص است. از اینرو تلاش برای توجیه مقصد و آرمان این حوزه دانش حقوق بر اساس اغراض چند وجهی و دخالت اهداف فرا اقتصادی مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است^۱ که در ذیل برخی از آنان معرفی می‌گردد.

– حمایت از منافع مصرف کنندگان

یکی دیگر از اهداف حقوق رقابت که به روشنی که از قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ استنباط می‌گردد، رویکرد حمایتی از مصرف کننده است. بیشتر ممنوعیت‌هایی که در بندهای مواد ۴۴ و ۴۵ این قانون ذکر شده‌اند، منجر به تامین منافع مصرف کننده می‌گردد. به طور مشخص بندهای ۱، ۲ و ۶ ماده ۴۴ و بندهای «الف»، «د»، «و»، «ط» و «ی» ماده ۴۵ این قانون، عوامل موثر و تعیین کننده‌ای در زمینه رفاه مصرف کنندگان است.^۲ بعلاوه، در بند ۲۰ ماده ۱ قانون مذکور که اخلال در رقابت را تعریف می‌نماید، تاکید قانونگذار بر منع «اضرار به عموم» یا منع «تمرکز ثروت در دست افراد و گروههای خاص» حاکی از توجه ویژه به رفاه و منافع عمومی مصرف کنندگان و توزیع عادلانه ثروت در جامعه است. به منظور نائل شدن به این هدف، قانونگذار به زیان دیده از اعمال ضد رقابتی اجازه طرح دعوی خسارت داده تا بتواند بر اساس موازین حقوق مسئولیت مدنی ورود زیان را ثابت و از اخلال کننده در بازار که با استفاده از رویه‌های ضد رقابتی موجب ضرر او شده است، غرامت دریافت نماید.^۳

1 . Lianos, Ioanis, p 13.

۲ . بهفر، ملیحه، (۱۳۸۸)، حقوق رقابت و حقوق حمایت از مصرف کننده، ص ۵، مجله نامه اتاق بازرگانی، شماره ۴۹۸.

۳ . خشنودی و دیگران، (۱۳۹۶)، مبانی نظری، اهداف و شیوه‌های جبران خسارات در حقوق رقابت، ص ۱۲۱، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۹.

اهداف دیگری همچون حمایت از اشتغال، بنگاه‌های کوچک و جلوگیری از تمرکز بازار^۱، و حتی اهداف فرا اقتصادی همچون «منع سلطه اقتصادی بیگانه بر کشور»^۲ در قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ مورد توجه قانونگذار بوده است که در تفسیر و اجرای این قانون باید مورد توجه نهادهای اقتصادی و حقوقی قرار بگیرد.

رویه قضایی محاکم اروپایی به صراحت یکی از اصول کارکردی حقوق رقابت در اتحادیه اروپا را حمایت از زیان مشتریان^۳ اعلام نموده است. چه مشتری واسطه و چه مشتری نهایی مورد حمایت است. اهداف دیگری چون اعطای حق انتخاب به مشتری^۴ در ذیل حقوق وی قرار می‌گیرد. برابر این مولفه این حق مشتری است که از توزیع عادلانه کالاها برخوردار باشد و بتواند از میان تعدد مایحتاج خود آنچه را می‌خواهد بتواند بر اساس قیمت‌های قابل رقابت و منصفانه انتخاب نماید.^۵

– جستجوی اهداف در برخی از مصادیق اعمال ضد رقابتی در فقه امامیه

داد و ستدهای مشروع منطبق بر منافع جامعه انسانی است بنابراین سود و عواید ناشی از مراودات مردم به طور مستقیم به فروشنده و خریدار و به طور غیر مستقیم به جامعه می‌رسد. لذا معاملات نامشروع و محل به بازار موجب زیان جامعه می‌گردد.^۶ درآمد مشروع از نظر اسلام حاصل تلاش و فعالیت اشخاص

۱. مستنبط از بندهای «د»، «و» و «ط» ماده ۴۵، مواد ۴۷، ۴۸ و ۵۰ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴.

۲. بند ۲۰ از ماده یک قانون فوق الذکر.

3. Consumer Harm

4. Consumer Choice

5. Lianos, Ioanis, Some Reflections on the Question of the Goals of Eu Competition Law, pp 16-17.

۶. مکارم شیرازی، ناصر، (بی تا)، ربا و بانکداری اسلامی، ص ۱۰، مدرسه الامام علی ابن ابی طالب علیه السلام، قم، چاپ اول.

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق.../ ۷۹

است اما نباید جنبه استثمار داشته باشد.^۱ هر چند دارایی افراد در دین اسلام محترم است و مالکیت از ارزش والایی برخوردار است، اما راکد نمودن سرمایه از طریق احتکار و گنج و ذخیره را نمی‌پسندد و بیکاری و رکود در فعالیت را محکوم می‌نماید.^۲ بنابراین اصل و قاعده، عدم ورود شارع در مرادوات مالی مردم است و دخالت شارع در معاملات افراد محدود به حفظ منافع جامعه و جلوگیری از اکل مال بالباطل است.^۳

هرچند پذیرفتیم در فقه حقوق رقابت به شکل و چارچوب امروزی قابل رویت نیست، لکن از جستجوی در برخی از مصادیقی که قابلیت تطبیق با اعمال ضدرقابتی دارد، استخراج اهداف مربوطه میسر است؛

یکی از مصادیق اعمال ضدرقابتی که در فقه هم مورد توجه قرار گرفته است، احتکار کالا است. در فروع فقهی عنوان شده است که چنانچه حکومت بخواهد کالاهای محتکر را به اجبار در معرض فروش قرار دهد، چاره‌ای جز تعیین قیمت بر مبنای ثمن عادلانه وجود ندارد. زیرا او با احتکار و گرانفروشی باعث اجحاف در حق مردم می‌گردد.^۴ به طور کلی در فقه در خصوص قابلیت تسعیر اموال محتکر سه نظر اعلام شده است: الف) در صورت مصلحت حاکم حق دارد. ب) چنین جوازی برای حاکم وجود ندارد. ج) چنانچه قیمت بالاتر از مظنه بازار باشد و موجب اجحاف گردد، لازم است.^۵ در احادیثی که از پیامبر نقل شده است، ایشان از دخالت در قیمت‌گذاری در فروش اموال محتکر امتناع می-

۱. مطهری، مرتضی، (بی تا)، فقه و حقوق (مجموعه آثار)، ج ۲۰، ص ۴۰۸.

۲. همان منبع، ص ۵۷۸.

۳. محقق داماد، مصطفی، (۱۴۰۶)، قواعد فقه، ج ۲، ص ۱۹۸، مرکز نشر علوم انسانی، تهران، چاپ دوازدهم.

۴. حسینی روحانی، صادق، (۱۴۱۲)، فقه الصادق علیه السلام، ج ۱۵، ص ۱۹۳.

۵. حلی، جمال الدین احمد، (۱۴۰۷)، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۲، ص ۳۷۰، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.

نمودند.^۱ با این وجود از این حدیث به طور مستقیم عدم جواز قیمت‌گذاری استفاده نمی‌شود، زیرا به حکم عقل فروش اموال محتکر به ثمنی که کسی قادر بر خرید آن نیست، اصل حکم را بی‌فایده می‌کند و چاره‌ای جز تعیین قیمت و دخالت حاکم وجود ندارد.^۲ بعلاوه به نظر می‌رسد عدم دخالت پیامبر در قیمت‌گذاریها ناظر بر نرخهای طبیعی و متعارف است نه نرخهایی که از روی اجحاف و ظلم بر اساس انحصار تجاری و اقتصادی در جامعه معین می‌شود.^۳ بنابراین جز در شرایط استثنائی دولت حق دخالت در امور طبیعی و جریان عادی عرضه و تقاضا را ندارد و در مواقع ضروری دخالت به اندازه لازم، ممکن و جایز است و در این شرایط هم نباید از حد متعادل تجاوز نمود. زیرا حرمت مال مومن نظیر حرمت خون است و مردم به حکم شرع و عقل بر اموال خود تسلط دارند و در اموال دیگران بدون اجازه ایشان یا خرید و فروش به تراضی نمی‌توان تصرف نمود.^۴

در جمع نظرهای فوق، می‌توان اظهار داشت اگر محتکر در قیمت‌گذاری اجحاف و ظلم نماید، تعیین نرخ برای کالای او میسر می‌گردد و علت این دخالت و تصرف در اموال او جلوگیری از نفی ضرر عنوان شده است.^۵ لذا مبنای تعیین

۱. «انما السعر الی الله عز و جل یرفعه اذا شاء و یخفضه اذا شاء». قمی، محمد بی‌علی، (۱۴۱۳)، من لا یحضر الفقیه، ج ۳، ص ۲۶۵، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم.

۲. اردبیلی، احمد، (۱۴۰۳)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۸، ص ۲۴، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.

۳. منتظری، حسین علی، (۱۴۰۹)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج ۵، ص ۱۳۱، انتشارات موسسه کیهان، قم، چاپ اول.

۴. همان منبع، ص ۱۳۲.

۵. «و فی الوسيله و المختلف و الايضاح و الدروس و اللمعه و المتقصر و التنقیح انه یسعر علیه ان اجحف فی الثمن لما فیه من الاضرار المنفی». حسینی عاملی، جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۴، ص ۱۰۹.

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق... / ۸۱

قیمت عادلانه در فروش اموال محکوم حمایت از منافع عمومی مردم و به طور خاص مصرف‌کنندگان آن کالا و دفع ضرر از ایشان است.

سابقه تاریخی شورای رقابت

شورای رقابت با هدف تسهیل‌کنندگی فعالیت بخش خصوصی و به طور کلی‌تر عرصه اقتصادی و عاملی برای کاهش ریسک در این بخش شکل گرفت تا بخش خصوصی با ورود به بازار نگران انحصارات و رقباتی انحصارگر خود نباشد. این شورا براساس ماده ۵۳ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی تشکیل شده است. در این قسمت ابتدا به بررسی ضرورت تشکیل نهادی چون شورای رقابت در کشور می‌پردازیم و در ادامه در خصوص پیشینه قانونگذاری مربوط به ایجاد شورای رقابت توضیحاتی ارائه خواهیم داد.

- ضرورت ایجاد شورای رقابت

اولین و مهمترین شرط به وجود آمدن یک رشد اقتصادی با ثبات و پایدار، وجود ساختار سالم و کارآمد اقتصادی است. به عبارت دیگر بستر اصلی که سیاست‌ها و اهداف کلان اقتصادی می‌تواند شکل گرفته و در دسترس قرار گیرند، ساختار خرد اقتصادی و فرآیند کارایی تولید، عرضه و مصرف و تقاضا است که می‌بایست در یک بازار کارآمد شکل بگیرد. تا زمانی که فرایند عملکرد بازار از علایم صحیح دستور نگرفته و به دلایل مختلف مختل شده باشد هیچ گونه سیاست‌گذاری یا ابزار اقتصادی را نمی‌توان عملی نموده و رشد، اشتغال و حتی کنترل تورم که عمدتاً مسائلی در چارچوب سیاست‌های کلان است نیز از دسترس دور می‌ماند.

این مهم ده‌ها سال قبل در عمده اقتصادهای جهان و به خصوص صنعتی و پیشرفته درک شده و جهت اصلاح ساختارها، مکانیزمها و شرایط بازار، از طریق ایجاد قانون و نهادهایی که با برخورداری از جایگاه مناسب و قدرتمند مانع ایجاد اختلال و انحصار در بازار می‌شود عملیاتی شده است. قوانین ضد انحصار و یا

ایجاد کننده رقابت و مجریان این قوانین از طریق ایجاد و خلق سازمانها و شوراهای ذیربط و ذیصلاح از سال‌های بسیار دور در بیش از ۱۴۰ کشور جهان شکل گرفته و اهتمام به رصد بازار و رفع موانع آن دارند. با پیگیری و تلاش بعضی از اقتصاددانان کشور این مهم یعنی اصلاح ساختار و پیش‌بینی مکانیزمهای مناسب به تدریج ضرورت حضور خود را در اقتصاد ایران نشان داد. پذیرش نیاز ضروری به قوانین و نهادهایی برای رفع اختلال و انحصار در بازارهای اقتصاد ایران موجب شد تا در نهایت نهاد شورای رقابت به موجب قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ تصویب گردد.^۱

– شورای رقابت در قوانین موضوعه

گفته شد که در مواد «۳۷»، «۳۸»، «۴۰» و «۴۱» قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران بعد از برنامه ریزی به منظور بستر سازی برای رشد سریع اقتصادی و هماهنگ با اقتصاد جهانی، در فصل سوم تحت عنوان «رقابت پذیری اقتصادی» دولت مکلف گردید که «لایحه تسهیل رقابت و کنترل و جلوگیری از شکل‌گیری انحصارات» را در سال اول برنامه به مجلس شورای اسلامی ارائه دهد. تدوین این لایحه با همزمان شدن تغییرات ساختاری نظام اقتصادی و تصرف در مفهوم اصل (۴۴) قانون اساسی مبنی بر اولویت یافتن نظام اقتصاد خصوصی، به بخشی از ارکان تنظیم بازار در قالب سیاست های کلی اصل (۴۴) تبدیل شد.^۲

نهایتاً دولت به منظور دستیابی به شرایط بازار رقابتی و بهره‌مندی از مزایای ناشی از کارایی، تخصیص بهینه منابع و رفاه اقتصادی اقدام به تدوین قانونی در زمینه حقوق رقابت نمود. در همین راستا فصل نهم قانون «اجرای سیاست های کلی

۱. برگرفته از سایت شورای رقابت به نشانی www.nicc.gov.ir

۲. غمامی، سید محمد مهدی و اسماعیلی، محسن، (۱۳۸۹)، مطالعه تطبیقی نظام حقوقی رقابت در

ایران و فرانسه، ص ۱۵۹، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۳۲.

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق.../ ۸۳

اصل ۴۴ قانون اساسی» به این مهم پرداخت. پر واضح است که اجرای صحیح این قوانین نیازمند رکنی برای تبیین اعمال و رویه‌های ضد رقابتی، محدود کردن و تنظیم انحصارات، و ... می باشد. این رکن در قانون فوق الذکر تحت عنوان «شورای رقابت» پیش بینی گردید. به همین دلیل در ایران شورای رقابت به عنوان بالاترین نهاد تنظیم مقررات در کشور، جهت نظارت بر اعمال و رویه های ضد رقابتی، محدود کردن و تنظیم انحصارات و جلوگیری از رفتارهای مخل رقابت می باشد.^۱

شورای رقابت در واقع اولین نهاد با چنین اهداف و وظایف و اختیارات در حوزه فعالیت های اقتصادی و حقوق اقتصادی در کشورمان است. اگرچه قبل از انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۲، مرکز بررسی قیمت‌ها طبق مصوبه شورای ملی تشکیل شده بود ولی این مرکز با شورای رقابت که اساساً برای تسهیل رقابت و گسترش بازار آزاد شکل گرفته است، فاصله زیادی داشت. زیرا فعالیت آن نه در حیطه‌ی تسهیل رقابت و منع انحصارات بلکه طبق آنچه در قانون آمده بود صرفاً به قیمت گذاری و کنترل و بررسی آن می پرداخت.

مبانی فقهی حقوق رقابت (تسهیل رقابت و منع انحصار)

در ماده ۴۴ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ تبانی اشخاص که آثار مندرج در بندهای هفت گانه این ماده را نتیجه دهد مورد نهی قانونگذار قرار گرفته است. همچنین در ماده ۴۵ قانون مذکور اعمالی نام برده شده است که اگر منجر به اخلال در رقابت گردد، ممنوع است. هرچند بیان مبانی تمامی موارد مذکور در مواد فوق در این تحقیق میسر نیست، لکن به چند مبنای اصلی و عام این دو ماده قانونی که قابلیت تطبیق با اکثر مصادیق اعمال ضد رقابتی را دارد، اشاره می کنیم.

۱. چراتیان، ایمان، (۱۳۹۲)، واکاوی چالش های شورای رقابت، ص ۶۸، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیستم، شماره ۷۳. همچنین رجوع شود به خشنودی، رضا و حسینی، مینا، (۱۳۹۵)، ماهیت حقوقی شورای رقابت و تجدیدنظر از آرای آن، ص ۲۰۱، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۵.

- قاعده لاضرر

به نظر می‌رسد قاعده لاضرر عام‌ترین و اصلی‌ترین مبنایی است که می‌توان در مقررات اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ به عنوان مبنای توجیهی نهی اعمال ضدرقابتی و منع انحصار در نظر گرفت. با این توضیح که ارتکاب اعمالی همچون تعیین و کنترل قیمت‌ها و تولیدات، تحمیل شرایط تبعیض آمیز در معاملات همسان و غیره که به اخلال در رقابت بینجامد، موجبات ضرر مشتریان و مصرف‌کنندگان در بازار می‌گردد و به حکم لاضرر، این زیان باید مرتفع گردد. لذا در ماده ۶۱ قانون مزبور شورای رقابت اجازه یافته است تا توافقه‌های ضدرقابتی را فسخ و متوقف نماید و یا درآمد و اموال حاصل از ارتکاب رویه‌های ضدرقابتی را مسترد نماید. این اختیارات شورا بر خلاف اصل لزوم قراردادهای و قاعده تسلیط است، زیرا به این مرجع به طور مستقیم توانایی فسخ قراردادهای ضد رقابتی را می‌دهد در حالی که اصل لزوم عدم چنین اختیاری را نتیجه می‌دهد. بعلاوه افراد بنا بر قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» حق تصرف کامل در اموال خود را دارند، در حالی که اختیار شورا در موارد مذکور در قانون مزبور حاکم و وارد بر اصل تسلط فروشندگان و توزیع‌کنندگان در اموال خود است. تنها توجیه فقهی چنین اختیاری استناد با قاعده لاضرر است. زیرا احکام صادره از ناحیه شارع چنانچه موجب ضرر گردد، باستناد لاضرر برداشته می‌شود.^۱ به بیان دیگر، قاعده لاضرر بر ادله احکام اولیه حاکم است.^۲ در نتیجه لزوم عقد ضرری به استناد قاعده مزبور مرتفع می‌گردد.^۳ پس لزوم قراردادهای منجر به انحصار و اعمال ضدرقابتی (در صورت احراز توسط شورای رقابت) بر مبنای

۱. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۴)، رسائل الفقهیه، ص ۱۱۶، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، چاپ اول؛ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱)، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۶۸، انتشارات مدرسه امیرالمومنین علیه السلام، قم، چاپ سوم.

۲. بجنوردی، میرزا حسن، (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۳۱، انتشارات الهادی، قم، چاپ اول.

۳. محقق داماد، مصطفی، (۱۴۰۶)، قواعد فقه، ج ۱، ص ۱۵۲.

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق.../ ۸۵

لاضرر برداشته شده و حکم فسخ آنها و دخالت در اموال حاصل از ارتکاب اعمال ضدرقابتی منطبق با موازین شرعی اثبات می‌گردد.

در ضرری بودن برخی از مصادیق اعمال ضدرقابتی تردید نیست. مثلاً احتکار در زمان صدر اسلام هم وجود داشته است و به عنوان امری ضرری شناخته شده است.^۱ اما ممکن است در شمول برخی از مصادیق مذکور در مواد ۴۴ و ۴۵ قانون اجرای سیاستهای اصل ۴۴ به عناوین ضرری ایراد و تردید گردد. به خصوص آنکه برخی از موارد مذکور در این مقررات (مثلاً محدود کردن دسترسی اشخاص خارج از قرارداد، توافق یا تفاهم به بازار یا سوء استفاده از موقعیت اشخاص به نفع خود یا اشخاص ثالث) سابقه شرعی نداشته و از امور مستحدثه می‌باشد. پس ضرری بودن آنها و به تبع آن حکومت قاعده لاضرر بر آنها محل تردید است. در پاسخ می‌توان اظهار داشت ضرر یک مفهوم عرفی است و آنطور که برخی از فقها گفته‌اند جهت درک معنای ضرر بر ما لازم است ارتکازهای ذهنی خود و عرفی را ملاک جستجو قرار دهیم و از تتبع در موارد استعمال این کلمه ضرر را چنین تعریف کرده‌اند: «فقدان هر آنچه از مواهب زندگی که دارا هستیم و از آن نفع می‌بریم از جان یا مال یا آبرو و غیر آن».^۲ بعلاوه، همانطور که به درستی گفته‌اند ضرر ممکن است در زمانها و مکانهای مختلف فرق داشته باشد و لذا عرف در این موارد متغیر است.^۳ در مواردی که عرف تحقق امری را مصداق ضرر بداند قاعده لاضرر بر آن جاری می‌گردد و عدم سابقه برخی از مصادیق مذکور در قانون اجرای سیاستهای اصل ۴۴ در

۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱)، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۵۲.

۲. همان منبع، ص ۵۵.

۳. «يعود تحديد الضرر و الضرر المنفي في الشريعة الإسلامية المقدسة إلى العرف، فهو المرجع في ذلك، بمعنى أنه يعين الضرر عند الشك في حصوله، فما لا يصدق عليه الضرر عرفاً لا يعدّ منفيّاً بالقاعدة ولا محرماً شرعاً و إن صدق عليه ذلك لغة»..... «إنما يعتبر العرف فيما لو لم يدل دليل خاص من قبل الشارع يعين الضرر ضيقاً و سعة. ثم أن الضرر يختلف باختلاف الأشخاص و الأموال و الأماكن و الأزمنة». عراقی، آقا ضیاء، (۱۴۱۸)، قاعده لاضرر، ص ۳۱، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.

سابقه شرعی ایرادی قابل دفع است. بنابراین چون امروزه در میان جوامع و بازارهای اقتصادی اعمال و مصادیق مذکور در مواد فوق‌الذکر از نظر عرفی معاملات ضرر محسوب می‌گردد، اجرای قاعده لاضرر و نفی زیان امری ضروری و لازم الاجراست.

– قاعده حرمت اعانت بر اثم و عدوان

در کتب فقهای متقدم چنین قاعده‌ای دیده نمی‌شود و فقها به صورت موردی در مباحث مرتبط با مکاسب محرمه به این موضوع اشاره می‌کردند. اما متاخرین با جمع‌آوری مطالب و موضوعات مرتبط قاعده‌ای تحت عناوین «حرمة المعاونه علی الاثم»^۱ یا «الاعانه علی الاثم و العدوان»^۲ و یا «حرمة الاعانه علی الاثم»^۳ استخراج نموده‌اند که با موضوعات مرتبط با اعمال ضد رقابتی و انحصاری تطبیق می‌نماید و به عنوان مبنای فقهی قابل استفاده است.^۴ برابر قاعده مزبور هر گونه همکاری و مشارکت در ارتکاب فعلی که ظلم و گناه محسوب می‌گردد نهی و ممنوع گردیده است. به نظر می‌رسد هر گونه مساعدت فکری و معنوی یا مساعدت عملی و مادی، بلکه اموری مانند تحریک، ترغیب و غیره هم مشمول عنوان «اعانه» قرار می‌گیرد.^۵ منظور از اثم هر عملی است که در آن ضرری وجود داشته باشد و در معنای اصطلاحی مطلق معصیت است و عدوان به معنای ظلم و تجاوز است.^۶ اکثریت اعمال ضد رقابتی مذکور در ماده ۴۴ و ۴۵ قانون اجرای

۱. نراقی، احمد، (۱۴۱۷)، *عواید الایام*، ص ۷۵، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.

۲. بجنوردی، میرزا حسن، (۱۴۱۹)، *القواعد الفقهیه*، ج ۱، ص ۳۵۹.

۳. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۱۶)، *القواعد الفقهیه*، ص ۴۴۳.

۴. منبع اصلی قاعده آیه ۲ سوره مائده «و لا تعاونوا علی الاثم و العدوان» است و به منابع دیگر همچون روایات، عقل و اجماع هم استناد شده است. جهت مطالعه تفصیلی رجوع شود به (فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۱۶)، *القواعد الفقهیه*، انتشارات چاپخانه مهر، قم، چاپ اول. ۱۴۱۶: ۴۴۳ به بعد).

۵. بجنوردی، میرزا حسن، (۱۴۱۹)، *القواعد الفقهیه*، ج ۱، ص ۴۵۰.

۶. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۱۶)، *القواعد الفقهیه*، ص ۴۴۳.

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق.../ ۸۷

سیاستهای کلی اصل ۴۴ که منتج به اخلال در رقابت می‌گردد مصادیق اعمال ضرری، ظلم و عدوان بوده و مشمول نهی قاعده قرار می‌گیرد.^۱

- قاعده غرور

یکی از قواعد مبنایی در تبیین اعمال ضدرقابتی و انحصار قاعده غرور است. برابر این قاعده هر گاه عمل شخصی موجب فریب دیگری شده و باعث ضرر بر او گردد، جبران خسارت لازم است چه فاعل قصد فریب داشته باشد و یا خودش هم توسط دیگری فریب خورده و جاهل یا در اشتباه بوده باشد.^۲ هرچند برخی از فقها قائل بر آنند که علم و سوءنیت فریب دهنده شرط تحقق قاعده و ایجاد ضمان برای اوست و چنانچه فریب دهنده جاهل بر موضوع باشد مسئولیتی ندارد،^۳ لکن از اطلاق روایات چنین بدست می‌آید که فرقی میان عالم یا جاهل بودن فریب دهنده در استقرار ضمان نیست.^۴ در تایید این نظر می‌توان اظهار داشت ضمان از احکام وضعی است که قصد در آن شرط نیست و نتیجه عمل فریب دهنده که ایجاد ضرر برای فریب خورده است در صدق عنوان کفایت می‌کند.^۵ نتیجه این بحث آن است که اگر در جریان اعمال ضدرقابتی و انحصاری چنانچه مرتکبی مدعی عدم اطلاع از موضوع و انطباق عمل خود با مصادیق ممنوع مذکور در قانون اجرای سیاستهای اصل ۴۴ باشد در رفع ضمان از او موثر نباشد.

۱. جهت ملاحظه نظر موافق که به طور خاص تبلیغات تجاری گمراه کننده مذکور در بنده ماده ۴۵ را مصادق اعانه بر حرام می‌داند رجوع شود به قبولی درافشان و دیگران، ۱۳۹۴: ۹۰.

۲. مراغی، عبدالفتاح، (۱۴۱۷)، *العناوین الفقیه*، ج ۲، ص ۴۴۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.

۳. یزدی، سیدمحمد، (۱۴۲۱)، *حاشیه المکاسب*، ج ۱، ص ۱۸۱، انتشارات موسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.

۴. همان منبع، ص ۱۷۹.

۵. لطفی، اسداله، (۱۳۹۲)، *موجبات و مستقطات ضمان قهری*، ص ۴۰، انتشارات مجله، تهران، چاپ دوم.

با دقت در مفاد مواد ۴۴ و ۴۵ قانون مذکور بسیاری از اعمال همچون کنترل قیمت، اظهارات گمراه کننده، تحمیل شروط قراردادی، محدود کردن دسترسی اشخاص به بازار، احتکار، قیمت گذاریهای تبعیض آمیز و تهاجمی^۱ که منجر به اختلال در رقابت گردد منجر به فریب مصرف کنندگان گردیده و زیانی از افعال مذکور به مصرف کنندگان وارد آید، بنا بر قاعده غرور حق رجوع زیان دیدگان به فریب دهندگان وجود دارد.

یکی دیگر از اعمالی که بستر مستعدی جهت اختلال در بازار است سوء عرضه است. در بندهای «ز»، «ح» و «ی» از ماده ۴۵ قانون اجرای سیاستهای اصل ۴۴ به این موارد تصریح شده است. لذا عرضه کالا و خدمات غیر استاندارد، تحدید عامدانه مقدار عرضه به منظور افزایش قیمتها و مشروط نمودن عرضه به شرایط تحمیلی غیرمنصفانه بعنوان مصایق سوء عرضه، اعمال فریبنده‌ای را ایجاد می‌کند که در صورت تاثیر در طرف قرارداد موجب مسئولیت برای فریب دهنده می‌شود.^۲ از این رو ماده ۶۶ قانون فوق‌الذکر به اشخاص حقیقی و حقوقی امکان مطالبه زیان را داده است. همچنین برابر ماده ۶۷ همین قانون شورای رقابت هم به عنوان شاکی حق دارد از دادگاه صالح خسارات وارده به منافع عمومی را مطالبه نماید.

۱. بر اساس بند ۱ و ۲ از قسمت د از ماده ۴۵ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ منظور از قیمت گذاری تهاجمی وضعیتی است که کالا یا خدمت به قیمتی پایین تر از هزینه تمام شده به بازار عرضه می‌گردد به طوری که لطمه جدی به دیگر رقبا و فروشندگان وارد می‌گردد و یا مانع ورود اشخاص جدید به بازار می‌گردد. راه دیگر آن است که از طریق وضع تخفیف‌های بالا یا هدیه و جایزه به اهداف مذکور رسید. وجود خدعه و فریب در این اعمال به روشنی قابل احراز است.

۲. قنواتی، جلیل و جاویر، حسین، (۱۳۸۵)، **مطالعه تطبیقی سوء عرضه قابل تعقیب در حقوق انگلیس، ایران و فقه امامیه**، ص ۱۶۹، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۰، شماره ۳.

نتیجه گیری

هدف حقوق رقابت جلوگیری از تبانی، توافقه‌های پنهانی و به طور کلی رویکردهای تجاری فریبکارانه و غیرمنصفانه است تا ضمن جلوگیری از انباشت ثروت و منابع نزد گروه‌های خاص، حقوق مصرف‌کنندگان و مردم جامعه به نحو مطلوبی استیفاء گردد و به موازات آن اهداف دیگری همچون رونق و شکوفایی اقتصادی شکل بگیرد. از این رو با استفاده از منابع و مبانی فقهی در تحقیق حاضر سعی شد تا با استفاده از قواعد لاضرر، حرمت اعانت بر اثم و عدوان و غرور دخالت حکومت اسلامی در حفظ بازار و جلوگیری از ضرر مردم، توجیه و مدلل گردد. درست است که هر کس در مال خود حق همه گونه تصرف دارد و رقابت آزاد هم یکی از حقوق اهل بازار و مردم است و ضررهای مشروع ناشی از رقابت هم لازمه شناسایی این حق است، لکن حکومت اسلامی هر جا که اعمال رقابتی از حد متعارف خود خارج شده و تلاش برای کسب و درآمد بیشتر، آلوده به رفتارهای فریب‌آمیز، غیراخلاقی و غیرمنصفانه گردد و به ضرر نامشروع دیگران منجر گردد حق دخالت و منع دارد و مرجع صلاحیت‌دار در تشخیص این رفتارهای ناقض حقوق اجتماع در قانون اجرای سیاستهای اصل ۴۴ قانون اساسی بر عهده شورای رقابت گذارده شده است. در صورت اعمال صحیح حقوق رقابت از هدررفت بسیاری از منابع مالی و ثروت ملی جلوگیری می‌گردد و منافع بیت‌المال حفظ می‌گردد. این نتیجه باعث می‌گردد تا حکومت امکان توزیع ثروت و برقراری فرصت برای افراد اجتماع در برخورداری از شغل، امکانات و خدمات را به نحو مطلوب‌تری پیاده کند و گامی موثر باشد در حصول اهداف والای اقتصادی مذکور در قانون اساسی و تامین معاش مردم. ماحصل چنین رویکردی در حقوق رقابت و نهاد اجرایی آن یعنی شورای رقابت فقرزدایی و در نهایت توزیع عادلانه ثروت در جامعه اسلامی ایرانی بوده که بعنوان یک ضرورت اقتصادی و حقوقی مقتضای آن را دارد که بیش از پیش مورد توجه جوامع علمی قرار بگیرد. با توجه به مبانی فقهی و اهداف مذکور در

این تحقیق به این رهیافت نائل گردیدیم که حقوق رقابت به عنوان ابزاری کارآمد و قابل اعتماد این قابلیت را دارد که بنگاههای اقتصادی را به تبعیت از قواعد و مقررات یک بازار عادلانه و منظم وادارد و نظارت عالیه حکومت اسلامی را مبتنی بر موازین شرعی و قانونی محقق سازد.

فهرست منابع

کتابها

- ۱- اردبیلی، احمد، (۱۴۰۳)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۲- انصاری، مرتضی، (۱۴۱۴)، **رسائل الفقهیه، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری**، قم، چاپ اول.
- ۳- انصاری، مرتضی، (بی تا)، **فرائد الاصول**، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۴- بجنوردی، میرزا حسن، (۱۴۱۹)، **القواعد الفقهیه**، انتشارات الهادی، قم، چاپ اول.
- ۵- بحرانی، احمد، (۱۴۰۵)، **الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره**، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۶- بروجردی، حسین، ترجمه مهدی حسینیان قمی و محمد حسین مهوری، (۱۴۲۹)، **منابع فقه شیعه**، نشر فرهنگ سبز، تهران، چاپ اول.
- ۷- حسینی روحانی، صادق، (۱۴۱۲)، **فقه الصادق علیه السلام**، انتشارات دارالکتاب-مدرسه امام صادق علیه السلام، قم، چاپ اول.
- ۸- حسینی عاملی، جواد، (بی تا)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، طبعه القدیمه، انتشارات دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ اول.
- ۹- حلی، جمال الدین احمد، (۱۴۰۷)، **المهذب البارع فی شرح المختصر النافع**، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۱۰- عراقی، آقا ضیاء، (۱۴۱۸)، **قاعده لاضرر**، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۱۱- فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۱۶)، **القواعد الفقهیه**، انتشارات چاپخانه مهر، قم، چاپ اول.

- ۱۲- قمی، محمد بن علی، ترجمه علی اکبر غفاری و دیگران، (۱۴۰۹)، **من لا يحضر الفقيه**، نشر صدوق، تهران، چاپ اول.
- ۱۳- قمی، محمد بی علی، (۱۴۱۳)، **من لا يحضر الفقيه**، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم.
- ۱۴- لطفی، اسداله، (۱۳۹۲)، **موجبات و مسقطات ضمان قهری**، انتشارات مجد، تهران، چاپ دوم.
- ۱۵- محقق داماد، مصطفی، (۱۴۰۶)، **قواعد فقه**، مرکز نشر علوم انسانی، تهران، چاپ دوازدهم.
- ۱۶- مراغی، عبدالفتاح، (۱۴۱۷)، **العناوین الفقیه**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۱۷- مطهری، مرتضی، (بی تا)، **فقه و حقوق (مجموعه آثار)**، انتشارات صدرا، قم، چاپ اول.
- ۱۸- مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱)، **القواعد الفقیهیه**، انتشارات مدرسه امیرالمومنین علیه السلام، قم، چاپ سوم.
- ۱۹- مکارم شیرازی، ناصر، (بی تا)، **ربا و بانکداری اسلامی**، مدرسه الامام علی ابن ابی طالب علیه السلام، قم، چاپ اول.
- ۲۰- منتظری، حسین علی، (۱۴۰۹)، **مبانی فقهی حکومت اسلامی**، انتشارات موسسه کیهان، قم، چاپ اول.
- ۲۱- نراقی، احمد، (۱۴۱۷)، **عواید الایام**، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۲۲- یزدی، سیدمحمد، (۱۴۲۱)، **حاشیه المکاسب**، انتشارات موسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.

۱- باقری، محمود و فلاح‌زاده، علی‌محمد، (۱۳۸۸)، مبانی حقوق عمومی حقوق رقابت (با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۳.

۲- باقری، محمود و غفاری فارسانی، بهنام، (۱۳۹۱)، قلمرو حقوق رقابت از حیث اشخاص مشمول، فصلنامه پژوهش‌های بازرگانی، شماره ۶۵.

۳- بهفر، ملیحه، (۱۳۸۸)، حقوق رقابت و حقوق حمایت از مصرف‌کننده، مجله نامه اتاق بازرگانی، شماره ۴۹۸.

۴- پژوهشگران، جمشید، (۱۳۸۹)، سیاست رقابتی و جایگاه ایران با مروری بر فصل نهم قانون اصل ۴۴ تحت عنوان تسهیل رقابت و منع انحصار ارائه شده در همایش سیاست‌های کلی اصل ۴۴.

۵- چراتیان، ایمان، (۱۳۹۲)، واکاوی چالش‌های شورای رقابت، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیستم، شماره ۷۳.

۶- خشنودی و دیگران، (۱۳۹۶)، مبانی نظری، اهداف و شیوه‌های جبران خسارات در حقوق رقابت، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۹.

۷- خشنودی، رضا و حسینی، مینا، (۱۳۹۵)، ماهیت حقوقی شورای رقابت و تجدیدنظر از آرای آن، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۵.

۸- صادقی مقدم، محمدحسن و غفاری فارسانی، بهنام، (۱۳۹۰)، روح حقوق رقابت، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳.

۹- صادقی، محسن و شمشیری، صادق، (۱۳۹۰)، نقد قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ (قانون خصوصی سازی) از منظر رابطه حقوق مالکیت فکری و حقوق رقابت، دانشگاه علامه طباطبائی، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۳۳.

۱۰- عامری، فیصل، (۱۳۸۹)، حقوق رقابت و توسعه، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۳۳.

۱۱- علاءالدینی، امیرعباس و شیرازی، مهرزاد، (۱۳۹۵)، قواعد حقوق رقابت در ایران و تحولات آن در پرتو سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، فصلنامه قضاوت، شماره ۸۷.

۱۲- غمامی، سید محمد مهدی و اسماعیلی، محسن، (۱۳۸۹)، مطالعه تطبیقی نظام حقوقی رقابت در ایران و فرانسه، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۳۲.

۱۳- قبولی درافشان، سید محمد و دیگران، (۱۳۹۴)، بررسی فقهی حقوقی تبلیغات تجاری گمراه کننده، فصلنامه پژوهشهای تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ۴.

۱۴- قنواتی، جلیل و جاور، حسین، (۱۳۸۵)، مطالعه تطبیقی سوءعرضه قابل تعقیب در حقوق انگلیس، ایران و فقه امامیه، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۰، شماره ۳.

۱۵- نوروزی شمس، مشیت الله، (۱۳۸۴)، نگاهی به حقوق در قوانین در چند کشور، دانشگاه امام حسین، مجله دانشکده علوم انسانی، شماره ۶۱.

(لاتین)

1-Buxbaum, Hannah L, (2005), **German Legal Culture and the Globalization of Competition Law: A Historical Perspective on the Expansion of Private Antitrust Enforcement**, Berkley Journal of International Law, Available at: scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol23.

2-Egge, George (2001). **The Harmonization of Competition Laws Worldwide**, *Richmond, Journal of Global Law & Business*.

3-Kronthaler, Franz, (2007), Effectiveness of Competition Law, A Panel Data Analysis, Available at

4-<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/29973/1/534695396.pdf>.

5-Lamaj, Jonida, (2017), **The Evolution of Antitrust Law on USA**, Available at <http://eujournal.org/index.php/esj/article/view/8842>.

6-Lee, Cassey, (2015), The Objective of Competition Law, Eria Discussion Paper Series, Available at

حقوق رقابت و نهاد شورای رقابت: مطالعه تطبیقی در حقوق... / ۹۵

7-<file:///C:/Users/Dell/AppData/Local/Temp/ERIA-DP-2015-54.pdf>.

8-Lianos, Ioanis, (2013), Some Reflections on the Question of the Goals of Eu Competition Law, Available at

9-<https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles-3-2013new.pdf>.

10-Scott, Andrew, (2009), **The Evolution of Competition Law and Policy in the United Kingdom**, LSE Law, Society and Economy working Papers, available at <http://ssrn.com/abstract=1344807>.

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی تا موانع بنیادین

دکتر سیدمحمد رضوی^۱/علی گلنارکار^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۵/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۶/۲۲

چکیده

در برخی قوانین و نیز در آراء برخی دادگاه‌ها عبارت «تلف حکمی» استعمال می‌شود و آثار حقوقی دارد. اینکه مصادیق تلف حکمی چه مواردی است محل اختلاف است و این اختلاف ناشی از اختلاف در مفهوم «تلف حکمی» است. قدر متیقن تلف حکمی مربوط به فرضی است که با وجود حق فسخ برای یک طرف، مال با ناقل قانونی صحیح، توسط طرف دوم، به دیگران منتقل شود. در این صورت امکان استرداد عین مال وجود ندارد و در اصطلاح مال «در حکم تلف» قرار می‌گیرد. اقاله و انفساخ نیز وضعیتی مشابه با فسخ دارند، اما در موردی که با عقد فاسد مالی منتقل می‌شود، چون عقد فاسد اثری در تملک ندارد و بطلان اثر قهقرایی دارد، این انتقالات، علی‌الاصول و علی‌رغم تمایل برخی از دادگاه‌ها، مال را مصداق تلف حکمی قرار نمی‌دهد بلکه مشمول قاعده ضمان ید می‌شود. در صورتی که منتقل‌إلیه یا غاصب و در حکم غاصب، در مالی که

۱. عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه بیرجند، وکیل پایه یک دادگستری (نویسنده مسؤول)
(razavi1213@birjand.ac.ir)

۲. مستشار دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»: از تمایل رویه قضایی... / ۹۷

تحت تصرف دارند تغییراتی بدهند در برخی موارد می‌تواند مصداق تلف حکمی باشد.

کلیدواژه: تلف حکمی، فسخ، انفساخ، اقاله، بطلان، غصب

Extension in the concept of " waste in law "; From the inclination of the judicial procedure to the fundamental obstacles

Dr. Syed Mohammad Razavi / Ali Gulnarkar

Abstract

In some laws and also in some courts' opinions, the term "waste in law" is used and it has legal effects. What are the examples of "apparent wasting" is a matter of dispute and this difference is caused by the difference in the concept of "waste in law". The surety of apparent wasting is related to the assumption that despite the right of termination for one party, the property is transferred to others by the correct legal carrier by the second party. In this case, it is not possible to return the same property. Cancellation and rescission also have the same status as termination. However, in the case of the subject of the transaction being transferred through a corrupt contract, because a corrupt contract has no effect on ownership and its annulment has a retroactive effect, these transfers, do not consider the property as an example of legal loss despite the desire of some courts. In the event that the transferee or the usurper and in the usurper's judgment make changes in the assets under their possession, in some cases, it can be an example of "apparent wasting".

مالکیت یکی از مفاهیم اعتباری مهم در نظر قانونگذار بوده و احترام به آن از اصول پذیرفته شده در قانون اساسی و حقوق مدنی می باشد. دو خصیصه مهم مالکیت، وجود «حق عینی» و «حق تعقیب» نسبت به مال است. حق عینی حقی بی واسطه و مستقیم بوده که برای صاحب حق قابل اعمال است و مهمترین اثر آن این است که مالک، مال خود را در دست هر شخصی بیابد می تواند آن را مطالبه نماید. به علاوه مقتضای اصل تسلیط نیز، علاوه بر امکان انحاء تصرفات مشروع برای مالک، این است که مالک می تواند دیگران را از تصرف در مال خود منع نماید. در سوی مقابل مالک، به اقتضاء مالکیت، می تواند هر تصرفی که بخواهد در مال خودش داشته باشد و وجود حق فسخ برای دیگران، هرچند باعث شده که مال موضوع و متعلق حق دیگران قرار گیرد لکن، علی الاصول، نمی تواند مانع تصرفات مالک شود.^۱ یکی از تصرفات مالک، تصرفی است که مال را از ملکیت او خارج کند. در چنین وضعی هرچند حقیقتاً مال تلف نشده است لکن «در حکم تلف» قرار گرفته است. در برخی از مواد قانونی نیز بدون اینکه به مفهوم «تلف حکمی» اشاره شود، احکامی بر آن مترتب شده است: ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی بیان می دارد: «در مواردی که وضعیت سابق مدیون دلالت بر ملائت وی داشته یا مدیون در عوض دین، مالی دریافت کرده یا به هر نحو تحصیل مال کرده باشد اثبات اعسار برعهده اوست مگر اینکه ثابت کند آن مال تلف حقیقی یا حکمی شده است در این صورت و نیز در مواردی که مدیون در عوض دین، مالی دریافت نکرده یا تحصیل نکرده باشد هر گاه خواننده دعوای اعسار نتواند ملائت فعلی یا سابق او را ثابت کند یا ملائت فعلی یا سابق او نزد

۱. حلّی، محقق نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸ ه ق، ج ۲، ص ۶۸ و حلّی، علامه، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۴ ه ق، ج ۱، ص ۱۵۸ و عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، دار التراث - الدار الإسلامیة، بیروت، ۱۴۱۰ ه ق، ص ۱۳۰.

قاضی محرز نباشد ادعای اعسار با سوگند مدیون مطابق تشریفات مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی پذیرفته می‌شود».

تلف حکمی عمدتاً در دو مصداق قابل جمع است: جایی که مال بدون هیچ‌گونه قراردادی از تصرف مالک خارج شده و در دسترس او نیست و موردی که مالک با عقدی از عقود مالش را به دیگران منتقل می‌کند؛ اعم از اینکه عقد مذکور عقد صحیحی باشد یا عقدی باطل. در پذیرش قسم اول به عنوان مصداقی از تلف حکمی تردیدی نیست و اگر مالی از تصرف مالک خارج شود به نحوی که وصول مالک به آن متعذر گردد، مال عرفاً تلف شده محسوب است هرچند واقعاً تلف نشده باشد و موجود باشد. ذیل ماده ۳۱۱ قانون مدنی که می‌گوید: «اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد غاصب باید بدل آن را بدهد» بر همین مطلب دلالت دارد. در منابع فقهی فرضی که مال با انتقال صحیح و لازمی منتقل شده باشد مصداق تلف حکمی دانسته شده است^۱ در جایی که با عقد باطل منتقل شود تلف حکمی مصداق ندارد و با تردید جدی مواجه است. به همین دلیل هیچ‌کدام از مثال‌هایی که برای تلف حکمی در منابع فقهی مطرح می‌شود انتقال با عقد باطل نیست^۲. در مقابل رویه قضایی، در موارد بسیاری، تمایل دارد انتقال مال به ثالث با حسن نیت را مصداق «تلف حکمی» بداند^۳. بر همین اساس مطلب را در سه قسمت پی می‌گیریم: ابتدا تلف حکمی در انتقال با ناقل قانونی صحیح و در ادامه امکان سنجی صدق تلف حکمی در صورت انتقال با عقد باطل و تمایل رویه قضایی به توسعه در مفهوم تلف حکمی و صحت سنجی آن مطرح

۱. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۳، ص ۱۸۸ و رشتی، حبیب الله، فقه الإمامیه، قسم الخیارات، ص ۵۱۰ و کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۲، ص ۹۳.

۲. هاشمی شاهرودی، سید محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۲، ص ۶۱۸.

۳. جواهرکلام، محمدهادی و صمد حدادی اردکانی، معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در حقوق اسلامی با تحلیل ضابطه «انتقال به ثالث با حسن نیت» در رویه قضایی و طرح اصلاح قانون مدنی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال بیست و چهارم، شماره اول، بهار ۱۴۰۲، ص ۱۰۳-۱۳۸.

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی... / ۱۰۱

می‌شود و در انتها نیز «تلف حکمی» در موارد تصرفات مادی و فیزیکی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

تلف حقیقی و تلف حکمی

زمانی که اصطلاح «تلف حکمی» استعمال می‌شود در مقابل آن «تلف حقیقی» قرار می‌گیرد. مقصود از «تلف حقیقی» این است که مال، حقیقتاً از بین برود و صورت خارجی خود را از دست بدهد به نوعی که عرفاً با آنچه در سابق بوده متفاوت باشد. در «تلف حکمی» مال، همانند سابق، موجود است و صورت خارجی خود را از دست نداده است. در تعریف تلف حکمی گفت شده: تلف حکمی عبارت است از زوال سلطنت مالک نسبت به مال خود بدون اینکه عین مال در خارج از بین برود.^۱ سبب زوال یا حکم شارع است، مانند آنکه مال با عقد لازمی به دیگری منتقل شود. زوال سلطنت در این فرض که از آن به تلف تعبّدی و تلف شرعی نیز تعبیر می‌شود به حکم شارع است. و یا سبب زوال، عارض شدن امری است که مانع دسترسی مالک به مال خود می‌گردد، مانند غرق شدن مال و یا به سرقت رفتن آن.^۲

بحث از تلف حکمی زمانی مطرح می‌شود که مالک از نظر ثبوتی حق رجوع به مالش را دارد. بنابراین، مواردی که شخصی اصلاً مالک نیست یا حق فسخ او با انجام عملی ساقط شده است و امکان فسخ عقد و بازگشت ملکیت به‌خود را ندارد اساساً بحث از تلف حکمی نیز مطرح نمی‌شود.

تلف حکمی در انتقال با ناقل قانونی صحیح

مالکیت نزد عقلاً امری محترم است و مالک می‌تواند، مادامی که تصرفاتش با قانون مخالفت ندارد، در سایه‌ی اصل تسلیط، در مال خود تصرف کند. یکی از این تصرفات، تصرفات ناقل عین است. تصرفات ناقل عین برای مالک، علی-

۱. همان، ص ۶۱۷.

۲. همان.

الاصول، ممکن است مگر اینکه حقی برای غیر، در آن مال موجود باشد که در این صورت تصرفات ناقل مالک، به واسطه‌ی اقدامی که علیه خود انجام داده، ممنوع است. در عین حال ضمانت‌های متفاوتی برای تصرفات ناقله‌ی ممنوع وجود دارد یا حداقل در این ضمانت‌های اجرا اختلاف نظرهایی بین اندیشمندان حقوقی به چشم می‌خورد^۱

فرضی که مال با انتقال صحیح و لازمی منتقل شده باشد مصداق تلف حکمی دانسته شده است^۲ در این صورت سلطنت مالک بر مالش به حکم شارع و قانون-گذار (مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی) از بین رفته است.

الف: مواردی که با وجود حق غیر، تصرفات مجاز است

در برخی موارد با وجود حق غیر در مال، باز هم تصرفات مالک مجاز است و با محدودیتی مواجه نیست. این موارد از منابع استقراء شده که در ادامه بیان می‌شود.

کسی که با یکی از عقود ناقله مالی به او منتقل می‌شود، مالک آن مال شده و می‌تواند انحاء تصرفات را در آن مال داشته باشد^۳. ملکیت منتقل‌الیه بر مال، گاه متزلزل و گاهی نیز مستقر است. تزلزل عقد ممکن است ناشی از حق فسخ یا حق رجوع ناشی از جواز عقد یا ناشی از حکم قانون‌گذار باشد. منشأ و مبنای ایجاد خیار هم گاهی اراده طرفین است و گاهی نیز قانون‌گذار عواملی را سبب ایجاد حق خیار قرار داده است. خیار شرط، مصداق قسم اول است و سایر

۱. رضوی، سیدمحمد، وضعیت حقوقی قرارداد ممنوع، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۹۹، صص ۳۲-۹۳.

۲. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ ه ق، ج ۲۳، ص ۱۸۸ و رشتی، میرزا حبیب الله، فقه الإمامیة، قسم الحیارات، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۰۷ ه ق، ص ۵۱۰ و کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، المکتبه المرتضویة، نجف، ۱۳۵۹ ه ق، ج ۲ قسم ۱، ص ۹۳.

۳. برخی فقیهان ملکیت منتقل‌الیه را ملکیت ناقص دانسته (جبعی عاملی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامیة، قم، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۱، ص ۳۶۰) و برخی دیگر نیز این سخن را سخنی بسیار خوب دانسته‌اند (تستری، اسد الله، مقابس الأنوار و نقائس الأسرار، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، بیتا، ص ۲۰۰).

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی... / ۱۰۳

خيارات نیز منشأ قانونی دارند و مصادیق قسم دوم هستند. در خيار شرط با وجود خيار، تصرفات مشتری مجاز نیست اما سایر خيارات قانونی وضعیت متفاوتی دارند.

خيارات قانونی

منظور از خيارات قانونی خياراتی هستند که، نه با اراده طرفین و شرط ضمن عقد، بلکه با جعل قانون گذار و شارع ایجاد شده‌اند. علی‌الاصول وقتی که مال به مشتری منتقل می‌شود طبق قاعده «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» هرگونه تصرفی برایش مجاز است و در صورتی که با وجود علم به ثبوت خيار برای فروشنده، شک شود در اینکه آیا تسلط مالک (مشتری) از بین می‌رود یا باقی می‌ماند می‌توان با اجرای استصحاب، تسلط مالک و صحت تصرفات وی را نتیجه گرفت. بنابراین، همان‌گونه که در صورت وجود حق شفعه مشتری می‌تواند مبیع را به دیگران بفروشد (ماده ۸۱۶ قانون مدنی)، در صورت وجود حق فسخ نیز می‌تواند آن را به دیگران منتقل کند. در این صورت اگر بایع عقد را فسخ کند، «تلف حکمی» صادق بوده و به مثل یا قیمت مال مراجعه می‌کند.^۱

دلیل اینکه بین خيار شرط و سایر خيارات تفاوت وجود دارد این است که در خيار شرط مشتری به‌طور ضمنی ملتزم می‌شود که عین و منفعت مال را تا زمان فسخ برای فروشنده حفظ کند تا اگر فروشنده عقد را فسخ کرد بتواند آن را پس بگیرد اما سایر خيارات چنین التزام ضمنی در آن وجود ندارد، خصوصاً اینکه ممکن است ثالثی که مال به او منتقل شده ثالث با حسن نیت بوده باشد بدین معنا که اصلاً از وجود حق فسخ برای کسی که مال را به او می‌فروشد اطلاعی ندارد. برای مثال، اگر کسی کالایی را بخرد و قبل از اینکه ثمن را بپردازد مُفَلَّس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع می‌تواند عقد را فسخ کرده و مبیع را استرداد کند (ماده ۳۸۰ قانون مدنی). حال اگر مشتری قبل از تفلیس مال را منتقل

۱. منظور از قیمت، در اینجا قیمت روز فسخ قرارداد توسط بایع است.

کرد، فقیهان، این انتقال را در حکم تلف می‌دانند که موجب سقوط حق فسخ فروشنده می‌شود.^۱

خيار تخلف از شرط فعل

تصرفاتی که با عمل به شرط منافات ندارد

گروهی از تصرفات مشتری در زمانی که با بیع حق فسخ دارد با عمل به شرطی که به نفع بایع قرارداد شده است منافات ندارد در این صورت اگر بایع عقد را فسخ کند بدل مبیع به او برمی‌گردد. نظر دوم این است که اگر عین باقی نیست بدل عین به فسخ کننده برمی‌گردد لکن در صورتی که عین باقی است خود عین به فسخ کننده برمی‌گردد منتها در اینکه فسخ عقد اول عقد دوم را از اساس از بین می‌برد یا اینکه فسخ عقد اول عقد دوم را از زمان فسخ از بین می‌برد اختلاف نظر وجود دارد.^۲ در میان این دو نظر، نظر اول ترجیح دارد و رویه قضایی نیز متمایل به آن است، خصوصاً زمانی که مشتری مال موضوع معامله را به ثالث منتقل کرده و به نام وی سند زده و ثالث نیز ثالث با حسن نیت بوده است. در این فرض اگر مال را در حکم تلف بدانیم اعتبار سند رسمی که شخص ثالث بر اساس آن وارد معامله شده نیز خدشه دار نمی‌شود.

تصرفاتی که با عمل به شرط منافات دارد

برخی از تصرفات مشروط علیه با عمل به شرط منافات دارد، مثل اینکه مال را به مشتری فروخته مشروط به اینکه مشتری آن را وقف کند و لکن مشتری به جای اینکه آن را وقف کند می‌فروشد. در این فرض سه نظر مطرح شده است: نظر اول اینکه بیع دوم صحیح است بدون اینکه نیاز به اذن مشروط له باشد. نظر

۱. مرداوی، علاء الدین أبو الحسن علی بن سلیمان، الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربی، الطبعة الثانية، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۸۷.

۲. تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلى التعلیق علی المکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، سوم، ۱۴۱۶ ه ق ج ۴، ص: ۴۴۵

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»: از تمایل رویه قضایی... / ۱۰۵

دوم بیع را صحیح می‌داند مشروط به اینکه مشروط له اذن بدهد یا اجازه کند و نظر سوم هم عقد را باطل می‌داند.

در رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰-۱۴۰۰/۳/۴ بیان شده است: «مستفاد از مواد ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۴، ۲۲۵، و ۴۵۴ قانون مدنی، چنانچه در ضمن عقد بیع، شرط شود در صورت عدم پرداخت اقساط ثمن در مواعد تعیین شده، فروشنده حق فسخ و استرداد مبیع را دارد، با تحقق شرط و اعمال حق فسخ ولو اینکه خریدار بدون در نظر گرفتن حق فسخ، مبیع را به شخص دیگری فروخته باشد، مبیع باید به بائع مسترد شود و عدم اطلاع خریدار بعدی از شرط مذکور با توجه به درج آن در متن قرارداد، به اقتضای رفتار متعارف اشخاص و حق تقدم مالک، موجب بی‌اثر شدن شرط و زوال حق مالک اولیه نسبت به عین مال نخواهد بود».

در شرط موضوع این رأی، حق فسخ فروشنده با تحقق شرط محقق شده است. بعد از تحقق حق فسخ یا فروشنده از حق فسخ خود استفاده می‌کند و یا از حق فسخش استفاده نمی‌کند. اگر از حق فسخش استفاده نکرد انتقالات مشتری هم در جای خود باقی مانده و استمرار می‌یابد اما مساله زمانی است که فروشنده از حق فسخش استفاده می‌کند در این صورت به استناد این رأی حق دارد عین مالش را استرداد کند. اما اینکه ماهیت این عمل چیست؟ به نظر می‌رسد عقود بعدی مشتری که بدون در نظر گرفتن حق بائع انجام شده غیرنافذ بوده و بائع با اطلاع از چنین قراردادی آن را رد کرده و عقد خود با مشتری را نیز فسخ کرده است. تحلیل دیگری نیز در این مورد می‌توان ارائه کرد و آن اینکه معاملات بعدی مشتری که با حق بائع منافات دارد از اساس باطل باشد و تحلیل سوم اینکه معاملات مشتری صحیح است؛ لکن چون با حق بائع منافات دارد در صورتی که بائع عقد خود با مشتری را فسخ کرد این فسخ موجب انفساخ عقد مشتری با ثالث خواهد بود و اگر بائع عقد خود با مشتری را فسخ نکرد، عقود بعدی مشتری نیز استمرار می‌یابد. تحلیل اخیر از این جهت که برای فرض عدم استفاده بائع از حق فسخش راه حل منطقی‌تری ارائه کرده بهتر به نظر می‌رسد اما تحلیل

اول از این جهت که عقد مشتری را به علت منافات با حق بایع غیرنافذ می‌داند و فسخ عقد توسط بایع را به منزله‌ی رد عقد مشتری و عدم فسخ بایع را به منزله‌ی تأیید آن می‌داند موجه‌تر به نظر می‌رسد.

اما در صورتی که شرط مذکور در رأی از نوع شرط خیار باشد، حکم به بطلان معاملات مشتری موجه جلوه می‌کند اما این ایراد را دارد که بعد از تحقق معلق علیه مدتی برای استفاده از خیار تعیین نشده است.

قسم دیگری از تصرفات مالک در زمان خیار تصرفاتی است که برای ثالث ایجاد حق انتفاع می‌کند. در صورتی که مالک در زمان خیار، با عقد موجد حق انتفاع برای ثالث حق انتفاعی ایجاد کند، باید مسأله را در حالت‌های مختلف بررسی کرد:

حالت اول زمانی است که عقد موجد حق انتفاع عقد عمری باشد. در این فرض مالک حق انتفاع از مال خود را برای مدت عمر خود یا عمر منتفع یا شخص ثالث به کسی واگذار می‌کند و زمانی که عقد منحل می‌شود و ملکیت مال به شخص سابق بر عقد برمی‌گردد با مالی مواجه می‌شود که مسلوب المنفعه می‌باشد.

حالت دوم و سوم که عقد موجد حق انتفاع سکنی و رقبی باشد.

تفاوت بین خیار مجلس و سایر خيارات قانونی

برخی از فقیهان بین خیار مجلس و سایر خيارات قانونی تفاوت گذاشته‌اند.^۱ این تفاوت عمدتاً در دو قسمت مطرح است:

اول اینکه، بایع زمانی که در مجلس مشتری را بر انواع تصرفات مسلط می‌کند خبر دارد که خیار مجلسی وجود دارد اما سایر خيارات مثل خیار غبن را مطلع نیست و اگر مطلع می‌بود به تصرفات رضایت نمی‌داد.

۱. محقق کرکی، همان، ج ۲، ص ۱۸۰ و حسینی شیرازی، سیدمحمد، ایصال الطالب إلى المكاسب، منشورات اعلمی، تهران، بیتا، ج ۱۵، ص ۱۸۴.

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی... / ۱۰۷

و تفاوت دوم اینکه، یکی از طرق سقوط خیار مجلس، جدا شدن طرفین از جلسه عقد است و همان‌طور که فروشنده می‌تواند از جلسه خارج شود تا خیار مشتری ساقط شود مشتری نیز می‌تواند با خروج از مجلس خیار بایع را ساقط کند. بنابراین، زمانی که مشتری بتواند با خروج از مجلس حق بایع را به صورت دائمی ساقط کند تکلیفی در حفظ حق وی نسبت به عین هم ندارد و می‌تواند مال را به دیگران بفروشد.^۱ در این صورت «تلف حکمی» صدق می‌کند لکن اگر تفاوت بین خیار مجلس با سایر خيارات را پذیرفتیم صدق تلف حکمی درخیار مجلس منتفی خواهد شد.

خيارات مسبب از شرط ضمنی

خیارغبن، عیب و تخلف از وصف از خياراتی هستند که به دلیل تخلف از شرط ضمنی به وجود می‌آیند. برخی از فقیهان این قسم از خيارات را به خیار مجلس و حیوان و شرط ملحق می‌کنند و می‌گویند این قسم از خيارات، از ابتدای زمان عقد موجود هستند و به همین دلیل به خيارات منجز فعلی الحاق می‌شود.^۲ بنابراین، مالک نمی‌تواند در زمان این خيارات نیز تصرفات ناقله انجام دهد. در وضعیت حقوقی کنونی از جمع بین مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی و ماده ۴۶۰ می‌توان استنباط کرد که قانون‌گذار صرفاً تصرفات در زمان خیار شرط را ممنوع می‌داند و این منع در سایر خيارات وجود ندارد.

انتقال مهریه توسط زوجه قبل از طلاق

یکی از مواردی که مال با ناقل قانونی صحیح منتقل می‌شود فرضی است که مهریه‌ی معین توسط زوجه با ناقل قانونی صحیح منتقل می‌شود و قبل از زناشویی طلاق صورت می‌گیرد در اینجا زن باید نصف مهریه را به مرد برگرداند

۱. عاملی، شهیداول، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، دفتر انتشارات، قم، ۱۴۱۷هـ.ق، ج ۳، ص ۳۰۲.

۲. نائینی، محمد حسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، المکتبة المحمدیة، تهران، ۱۳۷۳هـ.ق، ج ۲، ص ۱۶۹.

و چون مال را به ناقل لازم صحیح منتقل کرده است باید نصف مثل یا بدل آن را به شوهر بدهد.^۱ در صورتی که انتقال با ناقل جایز بوده نیز زوجه را منخیر می‌دانند بین اینکه عقد جایز را فسخ کرده و عین مال را به شوهر برگرداند و یا بدون فسخ عقد بدل آن را رد کند^۲

انتقال عین موهوبه توسط مُتَّهَب

در عقد هبه بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند. یکی از مواردی که امکان رجوع واهب را از بین می‌برد جایی است که عین موهوبه از ملکیت مُتَّهَب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود خواه قهراً، مثل اینکه مُتَّهَب به واسطه فلس محجور شود، خواه اختیاراً، مثل اینکه عین موهوبه به رهن داده شود (بند ۳ ماده ۸۰۳ قانون مدنی). به نظر فقیهان با اینگونه تصرفات، عین باقی و موجود نیست^۳ و در حکم تلف قرار می‌گیرد. و به نظر اکثریت بین تصرفات ناقل و جایز از این جهت تفاوتی نیست.

انتقال مال قبل از انفساخ و اقاله قرارداد

انفساخ عبارت است از انحلال عقد با عاملی غیر از اراده طرفین. بنابراین، در فاصله عقد تا زمان انفساخ، مشتری مالک مال موضوع قرارداد است و می‌تواند به اعتبار مالکیت خود مال را به دیگران منتقل کند. به همین دلیل اگر عقد منفسخ شد در حالی که مبیع به ثالث منتقل شده است با توجه به عدم بقای عین در ید

۱. جبعی عاملی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، کتابفروشی دآوری، قم، ۱۴۱۰ هـ ق ج ۵، ص ۳۶۸ و کاشف الغطاء، احمد بن علی، سفینة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات، چاپ اول، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف، ج ۴، ص ۱۴۱ و سبزواری، محمد باقر، کفایة الأحکام، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۲۳ هـ ج ۲، ص ۲۳۰ و بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۵ هـ ق ج ۲۴، ص ۵۱۴.

۲. سبزواری، همان

۳. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة - المضاربه، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدین و...؛ مرکز فقه

ائمه اطهار علیهم السلام، قم، ۱۴۲۵ هـ ق، ص ۴۸۳

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»: از تمایل رویه قضایی... / ۱۰۹

مشتری می‌توان مبیع را در حکم تلف دانست^۱ و مشتری را به رد بدل آن محکوم کرد. در مورد اقاله نیز همین حکم وجود دارد و حتی اگر کسی که مال را منتقل کرده است در انتقال خود خیار داشته باشد باز هم به اعمال خیار و برگرداندن مال و تسلیم آن به مالک ابتدایی که در اثر اقاله مالک می‌شود الزامی ندارد^۲ و نیز به استناد ماده ۲۸۶ قانون مدنی تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است مثل آن، در صورت مثلی بودن و قیمت آن، در صورت قیمی بودن^۳ داده می‌شود. آنچه در مورد انتقال مال قبل از انفساخ بیان شد مربوط به انفساخ با شرط فاسخ نیست و وضعیت شرط فاسخ همانند وضعیت خیار شرط است و از نظر تحلیلی می‌توان اختلاف نظری که در خیار شرط وجود دارد را در آن مجری دید.

اقاله عقد نیز گاه در شرایطی صورت می‌گیرد که منتقل‌الیه مال را به دیگران منتقل کرده است. این انتقال، مال را در حکم تلف قرار می‌دهد^۴ و بعد از اقاله، کسی که مال را منتقل کرده است باید بدل آن را برگرداند.

۱. رضوی، سیدمحمد، نظریه عمومی انفساخ در قراردادها، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۸، ص

۲. همچنین گفته شده اگر این شخص با معامله‌ی بعدی مال به او منتقل شود یا مال به مورثش منتقل شده و الآن با فوت مورث دوباره به ملکیت خود او بازگشته است باز هم الزامی به رد عین آن مال ندارد بلکه می‌تواند بدل آن را، به مالک پس از انفساخ، رد کند.

۳. در اینکه در این فرض قیمت روز تلف حکمی باید پرداخت گردد یا روز انفساخ عقد و یا روز تسلیم قیمت، تردید وجود دارد، استفاده از ملاک ماده ۲۸۸ قانون مدنی در مورد اقاله قیمت روز انفساخ را تایید می‌کند لکن تفاوتی که بین اقاله و انفساخ وجود دارد استفاده از وحدت ملاک مزبور را تضعیف می‌کند و آن اینکه در اقاله طرفین در تاریخ اقاله رضایت به بازگرداندن عوضین دارند و با توجه به وضعیت حاضر معامله را انجام می‌دهند لکن در انفساخ این تراضی حداقل در زمان انفساخ وجود ندارد.

۴. کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریرالمجلة، المكتبة المرتضوية، نجف، ۱۳۵۹ هـ ق، ج ۱، ص ۱۶۷.

مواردی که با وجود حق غیر تصرفات مجاز نیست

مواردی که با وجود حق غیر، تصرفات مجاز نیست چه ضمانت اجرای بطلان را برای تصرفات غیر مجاز بپذیریم یا عدم نفوذ را، با تصرف، مال «در حکم تلف» قرار نمی‌گیرد بلکه در صورت بطلان انتقال، صاحب حق می‌تواند آن را استرداد کند و در صورت عدم نفوذ آن نیز می‌تواند با رد عقد غیرنافذ مال مذکور را استرداد نماید.

تلف حکمی در توقیف مال

این عنوان را در دو قسمت می‌توان بررسی کرد: قسمت اول فرضی که در زمانی که برای غیر مالک حق فسخی وجود دارد مال توقیف شود و قسم دوم اینکه مال، توقیف شده و سپس در زمان توقیف توسط مالک منتقل شود.

توقیف مال در زمانی که غیر مالک حق فسخ دارد

اگر مالی توسط طلبکار توقیف شود در حالیکه شخص دیگری نسبت به همان مال حق فسخ دارد، این توقیف نمی‌تواند مانع فسخ و استرداد مال مذکور شود؛ بنابراین، در صورتی که صاحب حق فسخ از حق خود استفاده کند و عقد را فسخ کند لازم است دادگاه حکم به رد مال صادر کند در این صورت توقیف مال کان لم یکن خواهد شد.

در سؤالی که در یکی از نشست قضایی مطرح شده آمده است: پدری ملک خویش را به پسرش صلح کرده و حق انتفاع از آن را به صورت عمری برای خود حفظ کرده و حق فسخ نیز برای خود پیش‌بینی و شرط کرده است. طلبکار پسر، همان ملک را در قبال طلب خود توقیف کرده است. بعد از توقیف یادشده، پدر با استفاده از اختیار فسخ، عقد صلح را فسخ کرده است. در این شرایط با توجه به ماده ۴۵۵ قانون مدنی، حق طلبکار مقدم است یا حق پدر؟

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت توقیف ملک امری خارجی است و ارتباطی به عقد بین دو نفر ندارد در عین حال یک حقی برای طلبکار ایجاد می‌کند لکن حق طلبکار متعارض با حق مصالح است و حق مصالح به دلیل تقدم زمانی، مقدم

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی... / ۱۱۱

بر حق طلبکار است و حق فسخی که برای مصالح بوده با توقیف از بین نمی‌رود و می‌تواند از این حق استفاده کرده و عقد خود با متصالح را فسخ کند و مال را به ملکیت خود برگرداند در این صورت توقیف نیز کأن لم یکن خواهد شد. بنابراینچه گفته شد توقیف ملک توسط ثالث متفاوت با موضوع ماده ۴۵۵ قانون مدنی است و نمی‌توان مال را در حکم تلف دانست. در ماده مذکور آمده است: «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد». در اینجا متصالح مال را متعلق حق غیر قرار نداده تا موضوع ماده ۴۵۵ باشد بلکه طلبکار به اجبار آن را توقیف کرده است. به علاوه در این سؤال حقی که برای مصالح وجود دارد خیار شرط است و خیار شرط با سایر اختیارات این تفاوت را دارد که «من علیه الخیار» نمی‌تواند در زمان خیار در عین موضوع معامله تصرف ناقل بنماید.

نقل و انتقال مال توقیف شده

اگر مالی توسط طلبکار توقیف شود و سپس بدهکار (مالک) آن را منتقل کند، این انتقال، علاوه بر اینکه جرم انگاری شده (ماده ۶۶۳ قانون مجازات اسلامی)، غیر نافذ هم خواهد بود. ماده ۵۷ قانون اجرای احکام مدنی به این فرض اشاره کرده و بیان داشته است: «هرگونه قرارداد یا تعهدی که نسبت به مال توقیف شده بعد از توقیف به ضرر محکوم له منعقد شود نافذ نخواهد بود مگر اینکه محکوم له کتباً رضایت دهد».

نقل مال در زمان خیار شرط و شرط فاسخ

ممکن است مالک در زمانی که طرف مقابل خیار شرط دارد مال را به ثالث منتقل کرده باشد. دو مطلب در این جا وجود دارد. مطلب اول اینکه مالک با توجه به شرط خیاری که برای طرف مقابل است حق چنین انتقالی را ندارد (ماده ۴۶۰ قانون مدنی) و مطلب دوم اینکه اگر مال را منتقل کرد چه ضمانت اجرایی می‌-

توان برای آن در نظر گرفت؟ در مورد مطلب اول ظاهراً بین فقیهان نیز اختلاف نظری وجود ندارد.^۱ در ادامه نظرات مختلف در پاسخ به سؤال دوم مطرح می‌شود.

مُراعی بودن تصرفات منتقل‌الیه

وقتی کسی مالش را منتقل می‌کند و در ضمن عقد برای خود خیار شرط قرار می‌دهد، در زمان خیار شرط، منتقل‌الیه حق انجام تصرفات ناقل را ندارد و تصرفاتش مُراعی خواهد بود. در یک مثال گفته شده است: اگر کسی کالایی را بفروشد و برای خود خیار شرط قرار دهد و مشتری در مدت خیار شرط میباید اجاره دهد، اجاره مُراعی خواهد بود و استمرار آن منوط به عدم فسخ بیع توسط بایع در مدت خیار شرط است^۲ زیرا به سبب فسخ معلوم می‌شود که مشتری مالک منافع تتمه مدت نبوده است و اصل اجاره هم متزلزل می‌شود، و مُراعی بوده است نسبت به حصول فسخ از جانب بایع به سبب ردّ ثمن^۳. و این امر حاکی از این است که تصرفات منتقل‌الیه در زمان خیار شرط هیچ‌گاه مال موضوع عقد را در حکم تلف قرار نمی‌دهد. حکم ماده ۴۵۴ قانون مدنی و ذیل ماده ۵۰۰ همان قانون مؤید این مطلب است. نتیجه‌ی مُراعی بودن تصرفات منتقل‌الیه این است که با فسخ عقد اول، عقد دوم هم منفسخ می‌شود^۴. البته بسیار محتمل است که این حکم به اجاره یا صلح منافع اختصاص داشته و در سایر عقود مشتری از جمله بیع جاری و ساری نشود.

۱. نائینی، محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، المکتبة المحمدیة، تهران، ۱۳۷۳هـ.ق، ج ۲، ص ۷۳.
 ۲. رضوی، وضعیت حقوقی قرارداد ممنوع، ص ۲۵.
 ۳. میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، مؤسسه کیهان، تهران، ۱۴۱۳ هـ ق ج ۳، ص ۴۳۲.
 ۴. همان.

عدم نفوذ تصرفات منتقل‌الیه

نظر دومی که توسط برخی فقیهان بیان شده اینکه تصرفات منتقل‌الیه در زمان خیار شرط، غیرنافذ و موقوف به اجازه مالک است^۱. زیرا، صحیح دانستن این تصرفات با مقتضای خیار شرط منافات دارد. مقتضای خیار شرط این است که مبیع به حال خود باقی باشد تا بایع بتواند در بازه‌ای که خیار دارد عقد را فسخ کرده و بر مالی که فروخته مجدداً تسلط پیدا کند و اگر مشتری بتواند مال مذکور را بفروشد امکان بازپس‌گیری برای بایع فراهم نیست؛ زیرا، فروشنده امکان فسخ عقد دوم را نیز ندارد.

توضیح مطلب اینکه در این فرض، امر دائر است بین اینکه یا عقد دوم را نافذ و دارای اثر بدانیم و یا غیرنافذ و از آنجایی که نافذ دانستن آن موجب از بین رفتن حق بایع می‌شود پس لاجرم باید عقد را غیرنافذ دانست. به تعبیر برخی از فقیهان شافعی خیار شرط نوعی حجر برای مالک ایجاد می‌کند و او را همانند سفیه ممنوع از تصرف می‌کند^۲.

کسانی که این نظر را مطرح می‌کنند، این فرض را با حق مرتهن بر عین مرهونه مقایسه کرده و می‌گویند: در هر موردی که کسی در عین مال متعلق به دیگری حقی دارد، تصرفات مالک با وجود حق غیر، غیرنافذ و موقوف به اجازه صاحب حق است مثل اینکه راهن مرهونه را بفروشد که فروش متوقف بر اجازه خواهد بود و مرتهن می‌تواند فروش عین مرهونه توسط راهن را تنفیذ نکند. همینطور تصرفات وارث در ترکه قبل از اداء دیون متوفی و بدون اذن طلبکار ممنوع است و در صورتی که ترکه توسط ورثه منتقل شد این انتقال غیرنافذ

۱. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، قم، ۱۴۱۴ هـ ق ج ۱۱، ص ۱۸۵ و عاملی کرکی، علی بن حسین، رسائل المحقق الکرکی، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۹ هـ ق، ج ۲، ص ۱۶۹.

۲. ماوردی، أبو الحسن علی بن محمد، الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی وهو شرح مختصر المزنی، دارالکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۹ هـ ج ۵، ص ۴۹.

خواهد بود (ماده ۸۷۱ قانون مدنی). همچنین ورشکسته در صورتی که در مالش تصرف کند و آن را به دیگری منتقل نماید هرچند به ثمن‌المثل باشد باز هم این انتقال غیرنافذ خواهد بود.

طبق این نظر اگر مشتری برای تصرفاتش اذن بایع را بگیرد، و سپس تصرف کند تصرفاتش نافذ و معتبر بوده و با خروج مال از مالکیت مشتری، تلف حکمی هم صدق پیدا خواهد کرد. در اینکه این اذن بر چه امری دلالت می‌کند دو احتمال مطرح شده است: احتمال اول، اینکه این اذن به معنای اسقاط خیار باشد و احتمال دوم اینکه با اذن و انتقال مال، در صورت فسخ به گرفتن بدل رضایت دارد.^۱

وجود حق فسخ در عقد دوم

طبق این نظر برای بایع اول حق فسخ عقد دوم نیز وجود دارد. ثبوت خیار در عقد دوم به این دلیل است که مبیع در عقد اول متعلق خیار بوده است و عقد دوم بر همین مبیع وارد شده و مبیع با همین کیفیت به مشتری دوم منتقل شده است پس باید در این عقد هم حق فسخ برای بایع اول وجود داشته باشد. واضح است که کسانی که این نظر را دارند تلف حکمی را نیز نمی‌پذیرند.

ایراد این نظر این است که در خود عقد دوم خیار و وجود نداشته است تا بایع بتواند آن را فسخ کند^۲ به علاوه عقد دوم بین مشتری اول و مشتری دوم انجام شده و بایع اول در تشکیل آن هیچ نقشی نداشته و برای وی، به عنوان ثالث، حق فسخی قرار داده نشده است. اما اگر در قرارداد دوم برای بایع حق فسخ تا مدت معینی شرط شود اگر به این دلیل باشد که بایع در عقد اول مشتری را ملزم کرده تا در صورت انتقال برای او حق فسخ قرار دهد همین شرط بایع اول به منزله‌ی اعطای اذن به او در انتقال مال است اما اگر خود مشتری بدو برای بایع این حق

۱. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ه. ق، ج ۶، ص ۱۵۷.

۲. عاملی کرکی، همان، ص ۱۷۰.

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی... / ۱۱۵

را در قرارداد دوم پیش‌بینی کند بدون اینکه از سوی او چنین الزامی مطرح شده باشد، صرف پیش‌بینی این حق نمی‌تواند مُصَحِّح عمل مشتری بشود.

بطلان تصرفات

به نظر برخی دیگر از فقیهان، تصرفات مالک در فاصله‌ای که طرف مقابل خیار شرط دارد، ممنوع و باطل است. بنابراین، تلف حکمی هم صدق نخواهد کرد. نکته‌ای که توجه به آن لازم است اینکه اگر تصرفات مالک در قالب ایقاع باشد، حتی طبق نظر کسانی که تصرفات منتقل^۱ الیه را غیرنافذ می‌دانند نیز در بطلان آن تردیدی نیست، زیرا طبق قاعده کلی ایقاع غیرنافذ و نیز مراعی محقق نمی‌شود.

صحت تصرفات

در برخی موارد به صحت تصرفات منتقل الیه (مشتری) در زمانی که بایع حق فسخ دارد، حکم شده است. استدلال این نظر مبتنی بر جواز تصرفات مالک در مال خویش است و از آنجایی که مالک مجاز است در مال خود به هر کیفیت که می‌خواهد تصرف کند پس تصرفاتش صحیح خواهد بود و فسخ بایع نیز نمی‌تواند تأثیری در آن بگذارد. بر اساس این نظر، مال از ملکیت نفر اول، به درستی، خارج شده و همانند سایر خيارات تلف حکمی صادق خواهد بود.

انفساخ تصرفات حقوقی منتقل الیه

طبق این نظر عقودی که منتقل الیه نسبت به مال انجام می‌دهد صحیح است و صحت آن متوقف بر اجازه صاحب خیار هم نیست لکن اگر فروشنده‌ی عقد اول، یعنی کسی که خیار شرط دارد، آن را فسخ کرد این فسخ موجب انفساخ عقود بعدی می‌شود.^۱ اگر انفساخ عقود بعدی را با وصفی که گفته شد بپذیریم و در عین حال بگوییم مال از ملکیت اولین مشتری به ملکیت بایع برمی‌گردد باید

۱. تستری، اسدالله کاظمی، مقابسات الأنوار و نفائس الأسرار، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، قم، بیتا، ص ۲۰۰. البته برخی منابع مثل مکاسب مرحوم شیخ انصاری از کلام مقابسات الأنوار بطلان تصرفات مشتری را استظهار کرده‌اند (انصاری، همان، ج ۶، ص ۱۴۸) که موجه به نظر نمی‌رسد.

بپذیریم که آن‌ما قبل از فسخ، عقد دوم و عقود بعدی منفسخ شده و مال از ملکیت مشتری دوم خارج شده و به ملکیت مشتری اول وارد شده است. با ورود مال به ملکیت مشتری اول، تلف حکمی نیز صدق پیدا نخواهد کرد.

از نظر تحلیلی شاید بتوان این نظر را بر اساس ماده ۵۰۰ قانون مدنی توجیه و تفسیر کرد. در ماده ۵۰۰ آمده است: «در بیع شرط مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که با بیع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار با بیع باشد به وسیله جعل خیار یا نحو آن حق با بیع را محفوظ دارد و الا اجاره تا حدی که منافی با حق با بیع باشد باطل خواهد بود». در این ماده مراد از عبارت «یا نحو آن» شرط فاسخی است که باید توسط مشتری در قراردادی که با ثالث در مورد مال منعقد می‌کند در متن قرارداد بیاید.^۱ بر اساس این توجیه تنها در صورتی فسخ عقد توسط صاحب خیار می‌تواند موجب انفساخ عقود بعدی مشتری شود که مشتری در قرارداد خود با ثالث آن را پیش‌بینی کند و به صورت شرط ضمن عقد بیاورد. اما زمانی که مشتری در ضمن عقد این شرط را نیاورده است توجیه آن، از نظر تحلیلی، بسیار دشوار خواهد بود. برخی نویسندگان بیان کرده‌اند عقد اول بین فروشنده و خریدار حاوی این شرط ضمنی است که با فسخ معامله اول معاملات بعدی خودبخود منفسخ گردد.^۲ این نظر با این ایراد مواجه است که شرط فاسخ باید بین طرفین همان عقدی باشد که قرار است منفسخ شود و دو نفر نمی‌توانند عقدی منعقد کنند و برای عقد دیگری که یکی از ایشان یا هردوی ایشان در تشکیل آن دخالتی ندارند شرط فاسخ بگذارند.

تلف حکمی در انتقال با عقد باطل

یکی از مواردی که سخن از «تلف حکمی» به میان می‌آید، جایی است که مالی با عقد فاسد منتقل شده است. بر اساس ماده ۳۱۱ قانون مدنی، «غاصب باید مال

۱. رضوی، سیدمحمد، نظریه عمومی انفساخ در قراردادها، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ص ۱۴۰.
 ۲. آقاخانی، ابوالفضل، مفهوم و قلمرو تلف حکمی موضوع عقد با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۶، ۱۴۰۰، ص ۳۹.

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی... / ۱۱۷

مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد». و در ماده ۳۲۳ نیز آمده است: «اگر کسی ملک مغضوب را از غاصب بخرد آن کس نیز ضامن است و مالک می‌تواند بر طبق مقررات مواد فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع کرده عین و در صورت تلف شدن آن مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر حال مطالبه نماید». بر این اساس مقبوض به عقد فاسد نیز احکام غصب را دارد. در این صورت باید بین فرض دسترسی به مال و فرض عدم دسترسی به آن تفاوت گذاشت.

فرض عدم قابلیت دسترسی به مال

در صورتی که مالی به عقد باطل منتقل شود کسی که مال را قبض می‌کند در حکم غاصب است. در این صورت ممکن است غاصب به نحوی با مال رفتار نماید که، عملاً، مال از دسترس مالک، خارج شود؛ مثل اینکه مال منقولی بوده و به شخص ناشناسی فروخته و قابل شناسایی نیست. در این فرض هرچند مال با عقد فاسد منتقل شده ولی چون مالک امکان دستیابی به عین مال را ندارد، این مال در حکم تلف محسوب شده و می‌توان غاصب را به پرداخت بدل آن محکوم کرد. در منابع فقهی نیز بیان شده: «و فی حکم التلف تعذر رده لغصب و نحوه»^۱. یا ممکن است غاصبی محلی که مال مغضوب را در آن محل قرار داده فراموش کند؛ در این فرض فقیهان بحث بدل حیلولة را مطرح می‌کنند.^۲ طرح بحث بدل حیلولة نشان می‌دهد تا چه اندازه نسبت به لزوم رد خود مال به صاحب آن در منابع فقهی سخت‌گیری می‌شود زیرا، اولاً، با دادن بدل حیلولة تکلیف غاصب به رد اصل مال منتفی نمی‌شود و باز هم اگر مال پیدا شد باید برگردانده شود. ثانیاً، بازگشت بدل حیلولة نیز در مقام عمل دشواری‌هایی دارد که نمی‌توان نادیده

۱. شهید ثانی، همان، ج ۴، ص ۶۱.

۲. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، العناوین الفقهیة، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۷هـ.ق، ج ۲، ص ۵۵۱.

گرفت. علت لزوم رد خود مال در این فرض اصل تسلیط یا قاعده «الناسُ مُسَلِّطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ» است. واضح است که در اینجا سخت‌گیری زیادی برای غاصب صورت گرفته است. حال اگر قبض کننده، «در حکم غاصب» باشد، مثل اینکه خریدار با حسن نیتی باشد که بی‌خبر از مالک نبودن فروشنده و فساد عقد، برای خرید اقدام کرده است در این صورت حکم به رد بدل حیلوله کافی به نظر می‌رسد و خسارت مالک را جبران می‌کند و الزام این خریدار به تسلیم اصل مال به مالک مشقت فراوانی بر او تحمیل می‌کند. «خروج از مالیت»، «تعذر وصول»، «تلف مال محترم» و «تلف مال غاصب خصوصاً در فرض تلف» و «تخریب اموال» مصادیق عدم قابلیت دسترسی به مال و در حکم تلف قرار گرفتن آن در صورت بطلان عقد هستند.

فرض قابلیت دسترسی به مال

در بسیاری موارد، مالی که منتقل می‌شود همچنان دسترسی به آن امکان‌پذیر است. گاهی طبیعت ویژه مال به نحوی است که امکان دسترسی به آن از بین نمی‌رود. به عنوان مثال زمینی که موضوع معامله است همواره قابل دسترسی است. در این صورت گاهی رد مال همراه با ضرر شدید منتقل‌الیهم است، مثل زمینی که در آن بنای چند طبقه‌ای ساخته شود و گاهی نیز رد مال هیچ‌گونه ضرری برای منتقل‌الیهم ندارد، مثل زمینی که هیچ‌بنایی در آن احداث نشده است. این مطلب را در دو قسمت بررسی می‌کنیم.

رد مال مستلزم ضرر شدید است.

در برخی موارد حتی با بقای عین و امکان دستیابی به آن، به دلیل ضرر شدید ذوالید، استرداد آن ممکن نیست. به عنوان مثال، اگر خریدار در زمینی که به عقد فاسد قبض کرده است ساخت و ساز نماید و طبق نظر کارشناس قلع و قمع آن مستلزم هزینه بسیار بالایی برای خریدار جاهل باشد می‌توان با استفاده از ملاک ماده واحده رفع تجاوز و جبران خسارت وارده به املاک مصوب ۱۳۵۸ خریدار را به پرداخت بالاترین قیمت در برابر مالک محکوم کرد. مؤید این نظر نیز اصل

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی... / ۱۱۹

۴۰ قانون اساسی است که می‌گوید مالک نمی‌تواند اعمال حق خود را وسیله
اضرار به غیر قرار دهد. شاید بر همین اساس در رأی مورخه ۳۰.۰۷.۱۴۰۱
شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی بیرجند آمده است: «... معاوضه در بیست سال
قبل بوده است و در ملک موصوف ساختمان ساخته شده است و سند مالکیت
اخذ شده و قبل از اعلام بطلان معامله اول، در مبیع تغییراتی صورت گرفته که
اعاده وضع سابق موجب اضرار می‌گردد و برابر قاعده لاضرر و اصل منع سوء
استفاده از حق در این فرض هم انتقالات بعدی را باید از مصادیق تلف حکمی
دانست و برابر «قاعده لاضرر» و «اصل منع سوء استفاده از حق» مالک صرفاً حق
مراجعه به انتقال دهنده معامله باطل از باب خسارات وارده به مبیع یعنی کسی
که قانوناً موجب تلف حکمی شده و مطالبه غرامت مطابق رأی وحدت رویه
۸۱۱ دیوان عالی کشور را دارد و اصل چهلم قانون اساسی، ماده ۱۳۲ قانون مدنی
و ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری مؤید این نظر است».

در آراء دیگری این گونه استدلال شده که اگر در ایادی متعاقبه مال را در حکم
تلف بگیریم ضرر قابل توجهی بر مالک وارد نمی‌شود. به عبارت دیگر در حکم
تلف گرفتن مال موجب ضرر مالک نیست؛ بنابراین، می‌توان مال را در حکم
تلف گرفت. در رأی ۱۵.۰۶.۱۴۰۱ شعبه اول دادگاه عمومی الشتر چنین
استدلالی دیده می‌شود. این نوع نگرش در بین حقوق دانان نیز دیده می‌شود. در
این مورد گفته شده: اگر سارق عین، مال مسروقه را به احمد فروخت و احمد به
علی و ... اِلٰی غیرالنهاییه (توارد ایادی متعاقبه) ابطال همه‌ی این معاملات متناوب،
اضرار عظیم به خلق است.^۱

از سوی دیگر باید توجه داشت که سوء نیت انتقال گیرنده نیز می‌تواند در صدور
حکم به تلف حکمی به دلیل ضرر شدید وارد بر منتقل‌الیه، مؤثر باشد. اگر
منتقل‌الیه سوء نیت داشته، در واقع، علیه خود اقدام کرده و این اقدام می‌تواند
مانع اعمال قاعده لاضرر گردد. در قوانین موضوعه نیز قانون‌گذار در تبصره‌ی

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۳۱۲.

ماده ۹ قانون مبارزه با پول‌شویی، حسن نیت انتقال گیرنده را مؤثر در حکم دانسته است و حتی در طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ قانون مدنی که به شماره ۵۶۵ مورخه ۲۲ ۰۲ ۱۳۹۸ در مجلس وصول شده تلاش شده مال، در حکم تلف فرض شود تا بدین وسیله معاملات انتقال گیرنده‌ی با حسن نیت صحیح شود.

در برخی جرایم دادگاه باید در ضمن رأیی که می‌دهد حکم به رد مال نیز صادر کند. برای مثال، در مورد ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس، ارتشا و کلاهبرداری برخی دادگاه‌ها می‌گویند عنوان مال اطلاق دارد و تفاوت نمی‌کند که مال در ید مجرم باشد یا در ید ثالث قرار گرفته باشد. به عبارت دیگر بر اساس ظاهر ماده ۱ قرار گرفتن مال در ید ثالث مانع حکم به استرداد آن نمی‌شود.

ممکن است دادگاه کیفری حکم به رد مال صادر کند اما متصرف مال ادعای مالکیت داشته باشد، در اینصورت اگر ادعای متصرف مستند به سند عادی است متصرف باید با طرح دعوی حقوق ادعایی خود را در دادگاه ثابت کند و صرف این ادعا نمی‌تواند مانع اجرای حکم باشد. در مقابل اگر ادعای متصرف مستند به سند رسمی باشد معترض باید دادخواست خود را مطرح تا در همان دادگاه کیفری مورد رسیدگی قرار گیرد و دادگاه کیفری با توجه به وضعیت جدید اقدام به بررسی و صدور رأی نماید.

رد مال مستلزم ضرر نیست

برای صدور حکم به بطلان یک عقد دلایل متعددی وجود دارد. یکی از این دلایل مستحق‌الغیر درآمدن مال موضوع معامله است. در هر صورت کسی که مال دیگری را به عقد فاسد قبض می‌کند در حکم غاصب است و باید مال را به مالک رد نماید و در صورتی که مال به دیگران منتقل شده باشد این انتقال نمی‌تواند مانعی در راه رد ایجاد کند. به همین دلیل است که گفته می‌شود در صورتی که دادگاه در ضمن حکم کلاهبرداری حکم به رد مال موضوع کلاهبرداری را صادر کند و آن مال موجود باشد، باید به شاکی خصوصی مسترد گردد و

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی... / ۱۲۱

معاملات انجام شده نسبت به آن تاثیری در تملک ندارد و خریداران مال موضوع کلاهبرداری باید علیه شخص کلاهبردار دادخواست حقوقی مطالبه وجه بدهند.

قاعده ضمان ید

یکی از قواعد مشهور فقهی که مستند قانون گذاری نیز قرار گرفته است قاعده ضمان ید است. بر اساس این قاعده اگر کسی مال دیگری را بدون سبب قانونی و مشروع در اختیار بگیرد باید آن را به مالکش برگرداند و اگر مال تلف یا ناقص شود در برابر مالک ضامن است. ماده ۳۱۱ غاصب باید مال مغضوب را عینا به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد.

یکی از مواردی که مال به عقد فاسد منتقل می شود جایی است که سارق مال مسروقه را بفروشد. در این صورت اگر مال مسروقه چند دست منتقل شده باشد نمی توان گفت چون مال در اختیار اولین نفر نیست پس می توان آن را در حکم تلف گرفت. ماده ۶۶۷ قانون مجازات اسلامی در باره رد مال توسط سارق بیان کرده است: در کلیه موارد سرقت و ربودن اموال مذکور در این فصل، دادگاه علاوه بر مجازات تعیین شده، سارق یا رباینده را به رد عین، و در صورت فقدان عین، به رد مثل یا قیمت مال مسروقه یا ربوده شده و جبران خسارت وارده محکوم خواهد نمود.

روایت محمد بن قیس که فقیهان در باب عقد فضولی به آن استناد می کنند دلیل دیگری است بر اینکه تصرفات مشتری در مالی که به عقد فاسد منتقل شده نمی تواند مال را در حکم تلف قرار دهد.^۱

۱. عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ص فِي وَليدَةَ بَاعَهَا ابْنُ سَيْدِهَا وَ أَبُوهُ غَائِبٌ فَاسْتَوْلَدَهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا فَوَلَدَتْ مِنْهُ غُلَامًا ثُمَّ جَاءَ سَيْدُهَا الْأَوَّلُ فَخَاصَمَ سَيْدَهَا الْأَخْرَ فَقَالَ وَليدَتِي بَاعَهَا ابْنِي بغيرِ إِذْنِي فَقَالَ الْحَكْمُ أَنْ يَأْخُذَ وَليدَتَهُ وَ ابْنَهَا فَنَاشَدَهُ الَّذِي اشْتَرَاهَا فَقَالَ لَهُ خُذْ ابْنَهُ الَّذِي بَاعَكَ الْوَلِيْدَةَ حَتَّى يَنْقُذَ لَكَ الْبَيْعَ فَلَمَّا أَخَذَهُ قَالَ لَهُ أَبُوهُ أَرْسِلْ ابْنِي قَالَ لَا وَاللَّهِ لَا أَرْسِلُ إِلَيْكَ ابْنِكَ حَتَّى

فقدان اثر برای معاملات باطل

معاملات صحیح آثار مخصوص به خود را دارند و برای عقود فاسد نیز آثاری وجود دارد. نکته در این است که عقد فاسد نمی‌تواند آثار عقد صحیح را داشته باشد و عقد صحیح نیز آثاری که دارد این آثار در عقد فاسد وجود ندارد. به عنوان مثال ضمان درک از آثار بیع فاسد است در حالی که الزام به تسلیم ثمن از آثار بیع صحیح است. ماده ۳۶۵ قانون مدنی نیز بیان می‌کند بیع فاسد اثری در تملک ندارد یعنی بیع فاسد آثار عقد صحیح را ندارد اما آثار مخصوص خود را که در ماده ۳۲۳، ۳۹۰-۳۹۳ قانون مدنی آمده است را دارد. اگر معاملات باطل موجب صدق تلف حکمی شود در واقع معاملات باطل دارای اثر دانسته و مشروع تلقی کرده‌ایم.

حفظ نظم اجتماعی

یکی از دلایل تمایل دادگاه‌ها به «تلف حکمی»، جلوگیری از طرح دعاوی متعدد در ایادی متعاقب است. به عنوان مثال اگر کسی یک دستگاه خودرو را به عقد فاسد به ب بفروشد و ب آن را به ج منتقل کند و ج نیز آن را به دال بفروشد و زمانی که مال در تصرف دال است کشف شود که عقد الف و ب باطل بوده هر کس برای ثمنی که پرداخت کرده علیه ید سابق خود طرح دعوی می‌کند و نسبت به منافع نیز در هر مورد باید تعیین تکلیف شود که خود یک خواسته مجزا می‌-طلبد و دادگاه برای صدور حکم به آن نیز نیازمند کارشناسی خواهد بود. مسأله زمانی بیشتر نمود پیدا می‌کند که هر کدام از ایادی در مال تغییراتی داده و تصرفات فیزیکی داشته است. مثل زمینی که توسط هر کدام از ایادی در آن ساخت و سازهایی صورت گرفته است

تُرْسِلَ اِثْنِي فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ سَيِّدُ الْوَلِيْدَةِ اَجَازَ بَيْعَ اِثْنِهِ (كليني، محمد بن يعقوب، الكافي، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۷ هـ ق، ج ۵، ص ۲۱۱).

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»: از تمایل رویه قضایی... / ۱۲۳

در یکی از نشست‌های قضایی بیان شده است: عده‌ای با انتقال مال مورد معامله، آن را در حکم تلف دانسته و با وحدت ملاک از ماده ۲۸۶ قانون مدنی، فروشنده را مستحق دریافت بدل می‌دانند. به نظر این عده اتخاذ این تصمیم در حفظ حقوق اشخاصی که پیش از فسخ مال به ایشان منتقل شده است (ماده ۳۶۲ قانون مدنی) و حفظ نظم اجتماعی مؤثر است. در این خصوص فرقی میان خیارات قانونی یا قراردادی وجود ندارد و فروشنده پس از فسخ، مستحق بدل است.

نکته: اگر حفظ نظم اجتماعی بتواند موجب بشود که با انتقال، مال را در حکم تلف بدانیم باید در ایادی متعاقبه بر عین مغضوبه نیز به کمک همین دلیل مال منتقل شده را در حکم تلف تلقی کنیم و با محکوم کردن اولین انتقال دهنده به پرداخت قیمت روز مال به مالک، معامله باطل دیگران را تصحیح کنیم و از طرح دعاوی متعدد بدین طریق جلوگیری به عمل آوریم. البته حتی با پذیرش این امر نیز مسائل دیگری مطرح خواهد شد خصوصاً در مورد کالاهایی که استهلاکی هستند و با گذشت زمان دچار فرسودگی می‌شوند این سوال مطرح خواهد شد که اولین فروشنده در مقابل مالک، ضامن قیمت چه زمانی خواهد بود؟ و ضمانت او در برابر مالک نسبت به منافع به چه کیفیت خواهد گذشت؟

در طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ قانون مدنی که به صورت ماده واحده تقدیم مجلس شده آمده است: «انتقال مال مغضوب از طریق سند رسمی در حکم تلف است و مالک تنها می‌تواند به انتقال دهنده رجوع نماید مگر اینکه انتقال گیرنده عالم به غصب باشد که در این صورت وفق مقررات عمل می‌شود». شاید هدف از وضع چنین قانونی، پایداری اسناد رسمی و صیانت آن باشد لکن با نظر مشهور که بین مشتری جاهل و مشتری عالم فرقی نگذاشته است تعارض دارد. به علاوه این نظر مالک مال را ناچار به مراجعه‌ی به غاصب برای دریافت قیمت مال می‌داند و مراجعه به کسی که مال او را در اختیار دارد، نیز طبق فرض، ممکن نیست و از این جهت ضرر ناروایی بر مالک وارد می‌شود که به هیچ وجه پذیرفتنی نیست و مصالح او را تأمین نمی‌کند.

تبصره ۱ ماده ۹ قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷

در تبصره ۱ ماده فوق‌الذکر آمده است: چنانچه عواید حاصل از جرم به اموال دیگری تبدیل یا تغییر یافته باشد همان اموال و در صورت انتقال به ثالث با حسن نیت، معادل آن از اموال مرتکب ضبط می‌شود. برخی می‌گویند این ماده مبین سیاست تقنینی جدید قانونگذار در این مورد است و برای صدور حکم به تلف حکمی می‌توان از آن کمک گرفت. به عنوان مثال اگر الف، در سال ۱۳۹۶ با مبیعه نامه عادی^۱ یک باب منزل مسکونی را به ب بفروشد، سپس شخص الف همان مال را با سند رسمی در سال ۱۳۹۷، به شخص ج منتقل کند و زمانی که ب متوجه می‌شود علیه الف اقدام به طرح شکایت کیفری می‌کند و دادسرا قرار جلب به دادرسی و کیفرخواست صادر می‌نماید. در این مورد در لزوم صدور حکم به رد مال به نفع ب هیچ شکی نیست و لازم است که مال به ب برگردانده شود لکن اختلاف شده است در اینکه آیا دادگاه کیفری، رأساً، به ابطال سند تنظیمی بین الف و ج حکم می‌دهد یا صدور حکم در این مورد مستلزم ارائه دادخواست به دادگاه حقوقی است؟ گروه اول اینگونه استدلال می‌کنند که با توجه به اینکه رد مال در مجازات جرم انتقال مال غیر نهفته است لذا دادگاه کیفری دو ضمن اعلام رد مال، باید نسبت به ابطال سند رسمی انتقال ملک از شخص ب به ج اقدام نماید و این مقدمه‌ی واجب برای رد مال می‌باشد و مقدمه‌ی واجب هم واجب است. آنچنان‌که قانون‌گذار در ماده ۱۴۸ قانون آئین دادرسی کیفری در خصوص وسایل ارتکاب جرم دادگاه را موظف به تصمیم‌گیری دانسته است و از سوی دیگر موظف دانستن شاکی به طرح دعوی دیگر در دادگاه حقوقی (دادخواست ابطال سند رسمی) امری اضافی و موجب آمار

۱. بر اساس ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۶. ۰۱. ۱۳۹۶: کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این گونه معاملات باید به طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند.

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی... / ۱۲۵

سازی می‌شود. در مقابل مخالفین می‌گویند ایادی متعاقب بدون اطلاع و با حسن نیت دارای مالکیت شده باشند بدون استحضار مشارک‌الیهیم حکم به ابطال سند به عنوان مقدمه رد مال فاقد توجیه منطقی و قانونی است. از سوی دیگر ابطال سند رسمی مقدمه‌ی رد مال است که در صلاحیت ذاتی دادگاه حقوقی بوده و از صلاحیت دادگاه کیفری خارج می‌باشد و دادگاه کیفری اصولاً صلاحیت رسیدگی به امور مدنی را جز در مواردی که قانون‌گذار تصریح نموده است ندارد. لذا دادگاه کیفری دو در خصوص صدور حکم به ابطال سند مواجه با تکلیفی نیست و لازم است شاکی در این خصوص دادخواست حقوقی مطرح کند. از طرفی ممکن است با ابطال سند رسمی توسط دادگاه کیفری دو حق خریدار جاهل پایمال گردد لذا لازم است طرح دعوی علیه او نیز صورت گیرد. همچنین با توجه به ماده ۲۲ قانون ثبت، دولت کسی را مالک می‌شناسد که ملک به نام وی در دفتر املاک ثبت و سند مالکیت صادر و یا به نحو قهری به وی منتقل شده باشد و بر این مبنا قانون‌گذار از دارنده رسمی و انتقال رسمی املاک حمایت می‌کند و ماده ۷۳ قانون مرقوم نیز تخطی از این مقررات را موجب مجازات انتظامی دانسته است. در نتیجه محاکم باید مالک رسمی را مالک قانونی تلقی کنند و دادگاه کیفری نمی‌تواند نسبت به صدور حکم به رد عین مال به شاکی خصوصی اقدام کند و در این مورد باید اقدام به طرح دعوی حقوقی گردد. در عین حال نمی‌توان موضوع را از مصادیق «تلف حکمی» دانست و دادگاه حقوقی نمی‌تواند به رد بدل مال حکم صادر کند بلکه لازم است دادخواستی به خواسته صدور حکم بر بطلان عقد و ابطال سند مطرح شود و دادگاه نیز نسبت به این دو مورد اقدام به صدور حکم نماید.

تلف حکمی در تصرفات مادی

در صورتی که منتقل‌الیه یا غاصب و در حکم غاصب، در مالی که تحت تصرف دارند تغییراتی بدهند این سوال مطرح می‌شود که آیا با وجود این تغییرات می‌توان باز هم رد خود عین را خواست یا مصداق «در حکم تلف» قرار می‌گیرد؟

این بحث را در دو قسمت پی می‌گیریم: در قسمت اول سخن از مواردی است که رد عین امکان ندارد و در قسمت دوم تأثیر وجود یا عدم وجود ضرر جبران‌ناپذیر در لزوم رد عین بررسی می‌شود.

عدم امکان رد عین

مواردی وجود دارد که عین، در محلی استفاده شده و جدا کردن آن از آن محل موجب از بین رفتن آن می‌گردد. در منابع فقهی چوبی مثال زده شده که در بنا به کار رفته و خارج کردن آن از بنا موجب افساد آن می‌شود^۱ یا نخعی که برای جراحی استفاده شده که جداکردن آن از محل جراحی مستلزم خراب شدنش می‌باشد.^۲

در فرض ایجاد عیبی در کالا که با گذشت زمان گسترش می‌یابد و در نهایت به هلاکت و تلف مال منتهی می‌شود، مثل خیس شدن برنج، سه نظر مطرح شده است: اینکه مال را در حکم تلف بدانیم^۳ و اینکه مالک مالش را در وضعیتی که دارد به همراه ارش آن بگیرد و در آینده نیز اگر از ناحیه‌ی عمل غاصب ضرری متوجه او گردد جبران آن را بخواهد^۴ و نظر سوم اینکه مالک صرفاً مالش را به همراه ارش آن بگیرد.^۵

تأثیر وجود ضرر جبران‌ناپذیر در رد عین

یکی از مباحث مطرح در خصوص تلف حکمی این است که آیا تصرفات مادی کسی که مال به او منتقل شده می‌تواند مال را در حکم تلف قرار دهد یا خیر؟

۱. رشتی، میرزا حبیب‌الله، کتاب الغصب، بی‌نا، بی‌تا، ص ۵۴.

۲. رشتی، همان، ص ۵۵.

۳. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیة، المكتبة المرتضویة، تهران، ۱۳۸۷ ه ق، ج ۳، ص ۸۲.

۴. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۱۲، ص ۱۸۱.

۵. در برخی از منابع این نظر به مشهور نسبت داده شده است (سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الأحكام، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۲۳ ه ق، ج ۲، ص ۶۳۹).

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی... / ۱۲۷

مثل اینکه منتقل^۱ الیه در زمینی که به او منتقل شده احداث بنا کرده یا مشتری که سنگ گرانیت را خریده آن را در بنا به کار برده و به عنوان نمای ساختمان استفاده کرده و بعد از آن قرارداد فسخ یا منفسخ یا اقاله شده است. فرض تلف حکمی در تصرفات مادی هم در جایی مطرح است که مال با ناقل صحیح قانونی به شخص منتقل شده و هم موردی را که مال با عقد باطل یا بدون وجود هیچ گونه عقدی در تصرف دیگری قرار گرفته است. حکم ماده ۳۱۱ به فرض غصب و در حکم غصب اشاره دارد.

عدم وجود ضرر جبران ناپذیر در رد عین

کسی که عقدی را فسخ می کند انتظار بازگشت عین موضوع معامله را دارد و رد آن بر طرف معامله لازم است و علی الاصول در رد آن نیز ضرر جبران ناپذیر وجود ندارد. در این صورت باید اصل مال به مالک رد شود اعم از اینکه مال در نتیجه ی عقد صحیحی به او منتقل شده یا در نتیجه ی عقدی باطل. ماده ۳۱۳ قانون مدنی در همین راستا انشاء شده است.

وجود ضرر جبران ناپذیر در رد عین

از برخی مواد قانونی استفاده می شود که اگر بازگرداندن عین مال، ضرر جبران ناپذیری برای منتقل^۱ الیه داشته باشد، حکم به رد آن داده نمی شود. به عنوان مثال در ماده واحده لایحه قانونی رفع تجاوز و جبران خسارات به املاک مصوب ۱۳۵۸ چنین چیزی دیده می شود.^۱

۱. در این ماده آمده است: در دعاوی راجع به رفع تجاوز و قلع ابنیه و مستحذات غیرمجاز در املاک مجاور، هرگاه محرز شود که طرف دعوی یا ایادی قبلی او قصد تجاوز نداشته و در اثر اشتباه در محاسبه ابعاد یا تشخیص موقع طبیعی ملک یا پیاده کردن نقشه ثبتی یا به علل دیگری که ایجاد کننده بنایا مستحذات از آن بی اطلاع بوده تجاوز واقع شده و میزان ضرر مالک هم با مقایسه با خساراتی که از خلع ید و قلع بنا و مستحذات متوجه طرف می شود به نظر دادگاه نسبتاً جزئی باشد، در صورتی که طرف دعوا قیمت اراضی مورد تجاوز را طبق نظر کارشناس منتخب دادگاه تودیع نماید، دادگاه حکم به

برخی حقوق‌دانان در ضمن یک مثال می‌گویند اگر کسی سنگ متعلق به غیر را، که برای مثال هزار تومان ارزش دارد به همان قیمت بازاری به پیکرتراشی بفروشد و پیکرتراش مدت‌ها روی آن کار کرده و آن را تبدیل به مجسمه با ارزشی کند می‌توان از باب دارا شدن بلاجهت و ناعادلانه مالک سنگ را از رسیدن به این اضافه ارزش منع کرد بدین صورت که سنگ را در حکم تلف گرفته و فروشنده را به جبران خسارت مالک محکوم کرد.^۱

همچنین گفته شده: در موردی که جداکردن مصالح ساختمانی از بنا سبب خرابی و تلف آن مصالح است یا احتمال تلف چندان زیاد است که عرف آن اقدام را نامعقول و بیهوده می‌بیند دادگاه می‌تواند آن مصالح را در حکم تلف شده بداند یا به عنوان سوء استفاده از حق یا نداشتن نفع، از پذیرش درخواست امتناع کند و وسیله‌ی انتقام جویی یا قساوت و هوسبازی مالک نشود.^۲ مثل اینکه مصالحی که در بنا به کار رفته گچ و آهک بوده که پس از استفاده، دیگر فایده‌ای ندارد، در اینصورت باید آن را در حکم تلف دانست هرچند عین آن موجود است.^۳

ضرر جبران‌ناپذیری که مانع از رد خود عین مغضوبه می‌شود گاهی به غاصب وارد می‌شود. در این مورد در منابع فقهی و جوهی ذکر شده است:

وجه اول: حتی با وجود ضرر سنگین باز هم بر غاصب رد عین مال واجب و لازم است. زیرا، غاصب به ظلم و غاصبانه اقدام کرده و خسران رد و پرداخت خسارت از جانب خودش بر او تحمیل شده است. در رد این دلیل گفته شده: اقدام غاصب اقدام به ضرر نبوده بنابراین نمی‌توان ضررهای وارده را به پای او

پرداخت قیمت اراضی و کلیه خسارات وارده و اصلاح اسناد مالکیت طرفین دعوا می‌دهد در غیر این- صورت حکم به خلع ید مستحذات غیرمجاز داده خواهد شد.

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی، مسؤولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۲۰۵.

۲. کاتوزیان، همان.

۳. کاتوزیان، ناصر الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری، چاپ هشتم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۳۲.

توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی... / ۱۲۹

نوشت^۱. قاعده اقدام در جایی جاری می‌شود که اقدام شخص اقدام بر ضرر باشد مثل کسی که با وجود علم به قیمت واقعی مبیع آن را به قیمت دو برابر بخرد. وجه دوم: ضرر وارده بر مالک و ضرر وارده بر غاصب با یکدیگر قیاس شده و هر کدام که بیشتر بود ملاک عمل قرار می‌گیرد.^۲

۱. رشتی، همان، ص ۳۵

۲. رشتی، همان، ص ۳۵

نتیجه

اگر کسی مالش را بفروشد و مشتری در مدتی که فروشنده حق فسخ ناشی از خیار شرط دارد مال را به دیگران منتقل کند فروشنده می‌تواند عقودی که مشتری با ثالث انجام داده را رد کند و مالش را برگرداند. همین حکم در مورد شرط فاسخ نیز جاری است؛ بنابراین، در هیچ‌کدام از این موارد تلف حکمی صدق نمی‌کند.

اگر کسی مالش را بفروشد و در مدتی که فروشنده حق فسخ ناشی از یکی از اختیارات قانونی را دارد یا اصلاً بالفعل حق فسخ ندارد بلکه بالقوه حق فسخی دارد که ممکن است بعداً فعلی بشود مثل خیار تَفَلیس، مشتری مال را منتقل کند در این صورت زمانی که مشتری مال را به ثالث منتقل می‌کند تصرفاتش مُجاز بوده و تلف حکمی نیز صادق است؛ بنابراین، فروشنده اگر عقد را فسخ کند می‌تواند از خریدار بدل بگیرد.

در جایی که مالی با عقد باطل منتقل می‌شود، علی‌الاصول نمی‌توان انتقال را موجب تحقق تلف حکمی دانست مگر اینکه به مال دسترسی نباشد یا دسترسی باشد لکن رد آن مستلزم ضرر شدید منتقل‌الیه یا مالک باشد که در این صورت می‌توان آن را در حکم تلف دانست. به همین دلیل هیچ‌کدام از مثال‌هایی که برای تلف حکمی در منابع فقهی مطرح می‌شود انتقال با عقد باطل نبوده و نیز به همین دلیل است که در ایادی مترتبه در بیع فضولی طبق نظر مشهور مال به مالک برمی‌گردد و تلف حکمی صدق نمی‌کند.

تصرفات مادی اگر به گونه‌ای است که مال را از شکل قبلی خود به کلی خارج کرده است تلف حکمی صدق پیدا می‌کند. همچنین است در جایی که در رد عین ضرر جبران‌ناپذیری وجود دارد. اما در صورت تردید در اینکه تصرفات مادی به گونه‌ای هست که موجب تلف حکمی شود یا خیر؟ اصل عدم تحقق تلف حکمی جاری می‌شود

فهرست منابع

- ۱) آقاخانی، ابوالفضل، مفهوم و قلمرو تلف حکمی موضوع عقد با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۶، ۱۴۰۰.
- ۲) امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیة، تهران، بیتا.
- ۳) انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، چاپ اول، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ه. ق.
- ۴) بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۵ ه. ق.
- ۵) تبریزی، جواد بن علی، إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب، چاپ اول، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۶ ه. ق.
- ۶) تستری، اسد الله کاظمی، مقابس الأنوار و نفائس الأسرار، چاپ اول، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، بیتا.
- ۷) جبعی عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ اول، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ه. ق.
- ۸) جبعی عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، چاپ اول، مؤسسه المعارف الإسلامیة، قم، ۱۴۱۳ ه. ق.
- ۹) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۶.
- ۱۰) جواهرکلام، محمدهادی و صمد حدادی اردکانی، معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در حقوق اسلامی با تحلیل ضابطه «انتقال به ثالث با حسن نیت» در رویه قضایی و طرح اصلاح قانون مدنی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال بیست و چهارم، شماره اول، بهار ۱۴۰۲، ص ۱۰۳-۱۳۸.
- ۱۱) حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، العناوین الفقهیة، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۷ ه. ق.

- ۱۲) حسینی شیرازی، سیدمحمد، ایصال الطالب إلى المكاسب، چاپ اول، منشورات اعلمی، تهران، بیتا.
- ۱۳) حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸ ه. ق.
- ۱۴) حلّی، علامه، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، چاپ اول، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۱۴ ه. ق.
- ۱۵) رشتی، میرزا حبیب الله، فقه الإمامیة، قسم الخیارات، چاپ اول، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۰۷ ه. ق.
- ۱۶) رشتی، میرزا حبیب الله، کتاب الغصب، بینا، بیتا.
- ۱۷) رضوی، سیدمحمد، نظریه عمومی انفساخ در قراردادها، مطالعه تطبیقی در فقه و حقوق ایران، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۴۰۰.
- ۱۸) رضوی، سیدمحمد، وضعیت حقوقی قرارداد ممنوع (در حقوق ایران، فقه و رویه دادگاهها)، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۹.
- ۱۹) سبزواری، محقق، محمد باقر، کفایة الأحكام، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۲۳ ه.
- ۲۰) عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، اللعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، چاپ اول، دار التراث - الدار الإسلامیة، بیروت، ۱۴۱۰ ه. ق.
- ۲۱) عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۷ ه. ق.
- ۲۲) عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، رسائل المحقق الکرکی، چاپ اول، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۹ ه. ق.
- ۲۳) فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة - المضاربة، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدین و...، چاپ اول، مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام، قم، ۱۴۲۵ ه. ق.
- ۲۴) کاتوزیان، ناصر، دوره مقدمات حقوق مدنی، وقایع حقوقی، مسوولیت مدنی، چاپ ششم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.

- توسعه در مفهوم «تلف حکمی»؛ از تمایل رویه قضایی... / ۱۳۳
- ۲۵) کاتوزیان، ناصر الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری، چاپ هشتم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- ۲۶) کاشف الغطاء، احمد بن علی، سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات، چاپ اول، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف، ۱۴۲۳ هـ.ق.
- ۲۷) کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجلة، چاپ اول، المكتبة المرتضوية، نجف، ۱۳۵۹ هـ.ق.
- ۲۸) کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، دار الکتب الإسلامية، تهران، ۱۴۰۷ هـ.ق.
- ۲۹) مرداوی، علاء الدین أبو الحسن علی بن سلیمان، الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربی، بی‌تا.
- ۳۰) میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، مؤسسه کیهان، تهران، اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
- ۳۱) نائینی، محمد حسین، منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، چاپ اول، المكتبة المحمدية، تهران، ۱۳۷۳ هـ.ق.
- ۳۲) نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ هـ.ق.
- ۳۳) هاشمی شاهرودی، سید محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، ۱۴۲۶ هـ.ق.