

## اعمال مقررات حقوق رقابت بر اعمال حاکمیتی و تصدی دولت

ولی رستمی\*

دانشیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

ایام کهرخانی

دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۰/۱۴ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۴/۴/۲۲)

### چکیده

در این مقاله سعی خواهد شد به این پرسش پاسخ داده شود که آیا شایسته و لازم است که اعمال دولت تابع بررسی‌های حقوق رقابت باشد یا خیر؟ از این رو، نخست ادبیات مربوط به این پرسش تشریح شده، سپس به پرسش یادشده در فروض مختلف با توجه به اینکه عمل انجام گرفته در حوزه اختیارات و امتیازات قدرت عمومی باشد یا صرفاً عملی تجاری-اقتصادی، پاسخ داده می‌شود. در نهایت شواهدی تطبیقی با تأکید بر نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا عرضه خواهد شد. گفتنی است که یافته‌های این مقاله قابل اعمال در هر دو حوزه حقوق رقابت داخلی و حقوق رقابت بین‌المللی است؛ چراکه تاکنون در باب اعمال ضدرقابتی فراسرزمینی هیچ‌گونه معاهده یا مقررات عام‌الشمولی وضع نشده است، از این رو، تعقیب و پیگیری اعمال ضدرقابتی اعم از اینکه دارای ابعاد بین‌المللی باشد یا صرفاً در بازار داخلی یک کشور انجام گرفته باشد، قهراً در نظام حقوقی ملی صورت می‌پذیرد.

### واژگان کلیدی

اعمال تصدی دولت، اعمال حاکمیتی دولت، حقوق رقابت بین‌المللی، مصونیت و معافیت‌های حقوق رقابت و مسئولیت دولت.

### ۱. مقدمه

پاسخ به این پرسش که آیا اعمال دولت مشمول حقوق رقابت است، منوط به تفکیک اعمال دولت به حاکمیتی و تصدی است؛ چراکه بر اساس نظریات و دکترین‌های به رسمیت شناخته شده بین‌المللی، هدف و ابزارهای استفاده شده در اعمال حاکمیتی همانی نیست که در اعمال تصدی به کار گرفته می‌شود. برای مثال، در مباحث مربوط به مسئولیت دولت تا قبل از قرن بیستم اصل بر مصونیت مطلق دولت بود و این مصونیت شامل اعمال تصدی و حاکمیتی دولت می‌شد؛ به گونه‌ای که تعقیب قضایی و اجرایی دولت را ناممکن می‌ساخت، اما از اوایل قرن بیستم این اصل جای خود را به اصل مصونیت محدود داد و امروزه هیچ‌کدام از نظام‌های حقوقی ملی به اصل مصونیت مطلق دولت معتقد نیستند و این مصونیت تنها محدود به اعمال حاکمیتی دولت‌هاست؛ چراکه اولاً این تغییر رویه به دلیل حفظ تساوی ایادی بین فعال خصوصی و فعال دولتی‌ای است که در عرصه اقتصاد مداخله می‌کند؛ دوم، مصونیت اعمال حاکمیتی به دلیل اصل تساوی حاکمیت‌ها به رسمیت شناخته شده است و تخصصاً ارتباطی با مسائل و اعمال اقتصادی ندارد؛ سوم، لازم است که به این مهم توجه شود که نحوه برخورد ما با اعمال تصدی و اعمال حاکمیتی دولت متفاوت است. به عبارت دیگر، اعمال حاکمیتی دولت تحت نظارت سیاست رقابتی و اعمال تصدی دولت تحت شمول حقوق رقابت است، از این رو لازم است که سیاست رقابتی در کنار حقوق رقابت تعریف شود. در ادامه به بررسی هریک از این مسائل پرداخته خواهد شد.

### ۱.۱. تئوری تفکیک اعمال دولت به تصدی و حاکمیتی

مرسوم است که اعمال دولت را از لحاظ موضوع به اعمال تصدی و اعمال حاکمیتی تقسیم می‌کنند. ریشه این تقسیم مربوط به هر نظام حقوقی که باشد، در ایران برای اولین بار این تقسیم‌بندی در «قانون تعیین مرجع دعاوی بین افراد و دولت مصوب ۱۳۰۷ش» به این شرح وارد نظام حقوقی ما شده است: «اعمال تصدی اعمالی است که دولت از نقطه نظر حقوقی، مشابه اعمال افراد انجام می‌دهد مانند خرید و فروش املاک و غلات و اجاره و استیجار و امثال آن». این تعریف را با ذکر دو نکته اضافی تکمیل می‌کنیم:

یکی اینکه اعمال تصدی برخلاف اعمال حاکمیتی بی‌بهره از به‌کارگیری امتیازات و اقتدارات قدرت عمومی است، و دوم، در مواد ۸ تا ۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۸/۷/۸۶ تقسیم‌بندی یادشده به امور حاکمیتی، امور اقتصادی، امور اجتماعی، فرهنگی و خدماتی، و امور زیربنایی تبدیل شده است. با این حال، این مواد قانونی هرچند به نیکی اهم امور جامعه را تقسیم‌بندی کرده است، اما در باب مسئله اصلی صراحت کافی را ندارد و

گویای این مهم نیست که شمول قانون رقابت بر کدام دسته از امور پیش‌گفته است و آیا تفاوتی بین انجام‌دهنده خصوصی و عمومی این امور هست؟ یعنی اگر برای مثال موضوع فعالیت یک شرکت دولتی، امور اقتصادی باشد، آیا حقوق رقابت بر آن حکومت دارد؟ یا اگر فرضاً تصدی برخی امور حاکمیتی مانند سیاست‌گذاری به مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی یا شرکت‌های دولتی واگذار شود، حقوق رقابت تا چه اندازه بر عملکرد این نهادها نظارت دارد؟

### ۲.۱. سیاست رقابتی و حقوق رقابت

به سیاست‌های مرتبط با رقابت در بازار، از جمله سیاست تجاری، سیاست تنظیم‌کننده و سیاست‌های اتخاذشده از سوی دولت برای اصلاح رویه‌های ضدرقابتی شرکت‌های خصوصی و یا عمومی، سیاست رقابتی گفته می‌شود. از دیدگاه برخی نویسندگان، تمایز کلیدی میان قانون رقابت و سیاست رقابتی این است که سیاست رقابتی شامل هردو بخش دولتی و خصوصی می‌شود؛ درحالی که قانون رقابت تنها شامل بنگاه‌های خصوصی است (خداداد کاشی و شهیکی تاش، ۱۳۸۶، ص ۱۴۶). اما واقعیت آن است که قانون رقابت شامل عملکرد بنگاه‌های اقتصادی دولتی هم می‌شود و تمایز کلیدی قانون رقابت و سیاست رقابتی در این است که عملکرد دولت اعم از اعمال حاکمیتی و تصدی است و اعمال تصدی دولت همانند فعالان خصوصی اقتصادی، تابع قانون رقابت است، اما عملکرد حاکمیتی دولت تابع سیاست رقابتی است (کمرخانی، ۱۳۹۲، ص ۶۲-۵۰). برخی از محققان معتقدند که تنها سیاست رقابتی - برخلاف حقوق رقابت - بر اعمال حاکمیتی دولت اعمال می‌شود (غفاری فارسانی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۰-۱۰۲) و ما نیز این ادعا را در راستای ارتقای سطح مسئولیت‌پذیری دولت، گسترش شفافیت و پیش‌بینی‌پذیری اوضاع و احوال اقتصادی و ایجاد بستر لازم برای مشارکت فعالان بخش خصوصی قابل قبول می‌دانیم.

## ۲. رویکرد نظام حقوقی ایران

### ۲.۱. راهکار قانون‌گذار ایرانی

خوشبختانه، اولین ماده از فصل نهم قانون اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی با صراحتی قابل توجه به این شرح به پرسش ما پاسخ می‌دهد: «ماده ۴۳. تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی بخش‌های عمومی، دولتی، تعاونی و خصوصی مشمول مواد این فصل {تسهیل رقابت و منع انحصار} هستند». در باب این ماده یادآوری چند نکته و پرسش اهمیت دارد:

اول، در حالی که در کشورهایی با سابقه طولانی در زمینه حقوق رقابت مباحث زیادی در باب شمول قانون رقابت وجود داشته و اعمال حقوق رقابت بر نهادها و مؤسسات متفاوت با قید استثنای مختلف و توجیه‌پذیر، چارچوب‌بندی شده است، این حد از صراحت را چگونه می‌توان تحلیل کرد؟ دوم، این قانون در حالی که بنگاه، شرکت، شرکت تعاونی، شرکت تعاونی سهام عام، بنگاه یا شرکت کنترل‌کننده را تعریف کرده، اما از اصطلاح شخص که در ماده ۴۳ به کار رفته است، تعریفی به دست نمی‌دهد. آیا تعریف این اصطلاح را باید به همان تعریف مرسوم در علم حقوق ارجاع داد، یا قانون‌گذار ما بدون توجه کافی صرفاً از اصطلاحی استفاده کرده است که تصور انجام اعمال ضدرقابتی از جانب افراد حقیقی را رد می‌کند؟ سوم، این قانون تنها در تبصره ماده ۴۴، تبصره ۱ ماده ۴۸ و ماده ۵۰ به ارائه معافیت‌هایی از قانون رقابت پرداخته است که از این میان تنها معافیت مقرر در تبصره ماده ۴۴ را می‌توان منحصر ماده ۴۳ دانست؛ چراکه معافیت‌های مقرر در تبصره ماده ۴۸ و ماده ۵۰ به هیچ وجه شخص یا اشخاصی را از قانون رقابت مستثنا نمی‌کند، بلکه تنها خرده‌فروشی و برخی انواع خاص ادغام معاف شده‌اند. اما تبصره ماده ۴۴، کارگران و کارفرمایان را در قراردادهای دسته‌جمعی به قانون کار احاله داده است؛ هرچند که به صراحت معافیت این قراردادها را از پیگیری‌های حقوق رقابت اعلام نکرده است. چهارم، این ماده هم نمی‌تواند به دقت به پرسش ما پاسخ دهد؛ چراکه معلوم نیست کدام یک از اعمال دولت تحت شمول حقوق رقابت قرار گرفته است.

یکی از پژوهشگران حوزه حقوق رقابت در بحث راجع به قلمرو حقوق رقابت مدعی است که معیار انجام دادن فعالیت اقتصادی، بهترین معیار برای تعیین مشمولان حقوق رقابت است و به صراحت مقرر می‌دارد که آنچه اهمیت دارد تصدی به عمل اقتصادی است و مالکیت دولتی یا خصوصی آن، محلی از اعراب ندارد؛ هرچند که وی اعمال مقررات حقوق رقابت را بر اعمال حاکمیتی دولت نمی‌پذیرد و شمول نظارت‌های رقابتی بر اعمال حاکمیتی دولت را نه از باب مقررات حقوق رقابت، بلکه از باب شمول سیاست رقابتی می‌داند. وی با استناد به رویه قضایی اتحادیه اروپا برای فعالیت‌های اقتصادی قائل به وجود سه ویژگی است:

الف) عرضه (اعم از تولید و توزیع) هر نوع کالا (اعم از منقول و غیرمنقول) یا هر نوع خدمت به بازار معین؛ ب) امکان بالقوه رقابت و کسب سود بنگاه‌های خصوصی در آن عمل؛ ج) امکان وجود خطر اقتصادی و زیان مالی در انجام عمل موردنظر. در صورتی که عملی حاوی عرضه هیچ‌گونه کالا یا خدمتی نباشد (همانند مصرف) و یا امکان رقابت {برای} بنگاه‌های خصوصی و کسب سود در آن‌ها وجود نداشته باشد (مانند عرضه کالاهای عمومی همچون دفاع ملی) یا آنکه در نتیجه آن عمل، هیچ خطر مالی متوجه اقدام‌کننده نباشد، عمل یادشده فعالیت اقتصادی نیست. نهادها و سازمان‌های دولتی به شرط انجام فعالیت‌های

اقتصادی بنگاه شمرده می‌شوند و دولتی بودن آن‌ها مانع از اعمال قواعد حقوق رقابت نیست. بنابراین، هنگام اعمال صلاحیت‌ها و وظایف عمومی و حاکمیتی، از شمول مقررات مستثنا خواهند بود (غفاری فارسانی، ۱۳۹۱، ص ۱۰۶-۱۰۵). در قانون نمونه آنکتاد هم این‌چنین آمده است: «این قانون} بر اعمال حاکمیتی دولت‌ها، حکومت‌های ملی یا اعمالی که مؤسسات و اشخاص حقیقی بنابر دستور یا نظارت دولت، حکومت‌های ملی یا قوای حکومتی انجام می‌دهند، به‌کار گرفته نمی‌شود.» (Uuncta, 2007, p.3) خوشبختانه اخیراً «قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. در ادامه، مهم‌ترین مقرری این قانون که اجرای آن شفافیت و پیش‌بینی پذیری را در محیط کسب و کار تضمین می‌کند، ذکر خواهد شد: «ماده ۲۴. دولت و دستگاه‌های اجرایی مکلفند به منظور شفاف‌سازی سیاست‌ها و برنامه‌های اقتصادی و ایجاد ثبات و امنیت اقتصادی و سرمایه‌گذاری، هرگونه تغییر سیاست‌ها، مقررات و رویه‌های اقتصادی را در زمان مقتضی قبل از اجراء، از طریق رسانه‌های گروهی به اطلاع عموم برسانند. تبصره هیأت وزیران پس از کسب نظر مشورتی شورای گفت‌وگو، زمان موضوع این ماده را تعیین و اعلام می‌کند. مواردی که محرمانه بودن آن اقتضاء داشته باشد، با تشخیص بالاترین مقام دستگاه اجرایی، مستثنی است.» این ماده با بذل توجه به قاعده‌مند کردن اعمال حاکمیتی، گامی اساسی در راستای بهبود مستمر محیط کسب و کار برداشته است و در مواد دیگر این قانون بارها می‌توان شاهد وضع مقرراتی بود که بر پذیرش تئوری تعامل بین بازار و دولت دلالت دارد.

## ۲.۲. برخورد نظری با مسئله مبتنی بر نظام حقوقی ایران

در حقوق رقابت، تعریف قلمرو شخصی و موضوعی آن، مباحث طولانی و دامنه‌داری را در میان نویسندگان و آرای قضایی به خود اختصاص داده است (غفاری فارسانی، پیشین، ص ۱۴۱-۱۰۱). در اینجا ذکر سه نکته در باب قلمرو شخصی و موضوعی حقوق رقابت اهمیت دارد:

### ۲.۲.۱. نکته اول

همگان اذعان دارند که هدف مقررات حقوق رقابت، رفاه مصرف‌کنندگان به‌عنوان فرد اجلی و بهترین نمونه برای بررسی ارتقای کارایی در جامعه است. با فرض صحیح بودن این ادعا، آیا به‌واقع مصرف‌کنندگان نمی‌توانند بر رقابت تأثیر منفی بگذارند؟ آیا عملکرد مصرف‌کنندگان نمی‌تواند آنچنان اثری بر رقابت داشته باشد که همسنگ با فعالیت‌های ضدرقابتی فعالان اقتصادی قلمداد شود؟ اگر بدون توجه به آثار منفی ناچیز و ناخواسته‌ای که اعمال

مصرف‌کنندگان بر رقابت دارد، پاسخ به این پرسش صحیح باشد، کدام دسته از اقدامات مصرف‌کنندگان می‌تواند واجد وصف ضدرقابتی باشد؟

معتقد هستیم هرگاه مصرف‌کننده یا اجتماعی از مصرف‌کنندگان بتوانند بر رقابت تأثیر منفی قابل توجهی بگذارند، حقوق رقابت لازم است که پیگیری‌های خود را انجام دهد. فرض کنید که عده‌ای از مصرف‌کنندگان با هماهنگ کردن نیازها و قیمت پیشنهادی خود به بازار می‌آیند، این عملکرد هماهنگ در راستای افزایش رفاه و کارایی مصرف‌کنندگان است؛ چراکه با یکدست و هماهنگ کردن قیمت و تقاضای مصرف‌کنندگان، نه تنها مصرف‌کنندگان می‌توانند به محصول موردتقاضای خود برسند، بلکه هزینه معاملاتی مصرف‌کنندگان هم کاهش می‌یابد. این عملکرد هماهنگ مصرف‌کنندگان، هم شدت رقابت در بین عرضه‌کنندگان را افزایش می‌دهد و هم تثبیت می‌کند. از آنجایی که عملکرد مصرف‌کنندگان متحد است، رقابت تنها در میان عرضه‌کنندگان افزایش می‌یابد و از آنجایی که در گذر زمان عرضه‌کنندگان قوی‌تر با پاسخ دادن به نیاز مصرف‌کنندگان می‌توانند در بازار باقی بمانند، رقابت به ثبات نسبی می‌رسد و سقوط سیر صعودی منحنی رفاه مصرف‌کننده و نیز کارایی اقتصادی نمود پیدا می‌کند.

معضل در همین جا باقی نمی‌ماند، بلکه معافیت مصرف‌کنندگان از نظارت حقوق رقابت، عرصه را به گونه‌ای مهیا می‌کند که دیگر فعالان اقتصادی از عملکرد متحد مصرف‌کنندگان متضرر می‌شوند. در حالت قبل، قیمت پیشنهادی مصرف‌کنندگان برای عرضه‌کنندگان سودآور بود، حال فرض کنید که مصرف‌کننده پایین‌تر از هزینه نهایی، قیمت پیشنهادی خود را تعیین می‌کند، در این حالت، اولاً چگونه می‌توان مصرف‌کنندگان را از این اقدام بازداشت؛ درحالی که به استناد قانون، مصرف‌کنندگان مشمول قانون رقابت نیستند و دوم، در فرضی که عرضه‌کنندگان برای حفظ خود در بازار به پیشنهاد ظالمانه مصرف‌کنندگان پاسخ می‌دهند و محصول موردنیاز آن‌ها را تأمین می‌کنند، چگونه می‌توان انتظار داشت که کارایی در بازار باقی بماند و این توقع وجود نداشته باشد که بعدها وقتی که رقابت تثبیت شد و یکی از فعالان بازاری به‌عنوان انحصارگر باقی ماند، قیمت‌هایش را برای جبران زیان‌های وارده افزایش ندهد.

در فرضی که دولت به خریدهای انبوه برای رفع نیازهای خود یا خدمات و کالاهای عمومی مبادرت می‌ورزد، دقیقاً چنین وضعیتی وجود دارد؛ لذا دولت‌های مختلف برای تنظیم چنین خریدهایی، قانون برگزاری مناقصات، قانون محاسبات عمومی، قانون رقابت و قوانین دیگری را وضع کرده‌اند که هدف اصلی این قوانین را می‌توان جلوگیری از حیف و میل اموال دولتی و عمومی، تحصیل ارزان‌ترین محصولات برای نهادها و مؤسسات دولتی، افزایش رقابت در میان شرکت‌کنندگان در رقابت، برآورده کردن نیازها و خدمات عمومی از خلال بهترین فرایند ممکن و... دانست. به‌هرحال توجه جدی به خریدهای دولتی از خلال نظارت‌های

حقوق رقابت لازم است<sup>۱</sup>. همچنین باید به این موضوع مهم توجه شود که هدف حقوق رقابت حمایت و رشد کارایی است، نه رقابت یا مصرف‌کننده؛ چراکه رقابت در برخی موارد کارایی لازم را ندارد و رفاه مصرف‌کننده همچنان که نشان دادیم، کارا نخواهد بود. اما هدف قرار دادن کارایی، به رفاه مصرف‌کننده و ارتقای میزان رقابت خواهد انجامید<sup>۲</sup>.

## ۲.۲.۲. نکته دوم

آیا مقررات حقوق رقابت را می‌توان بر اعمال حاکمیتی دولت اعمال کرد؟ برای پاسخ دادن به این پرسش، فرض کنید که برخی از اعمال حاکمیتی دولت به اشخاص خصوصی واگذار شده است و این اشخاص نه در راستای منافع عموم بلکه در راستای منافع خود به اجرای این وظایف و اختیارات مبادرت می‌ورزند. آیا به استناد اینکه این گونه اعمال حاکمیتی اند می‌توان از اعمال مقررات حقوق رقابت جلوگیری کرد یا این تفکیک اعمال دولت به اعمال حاکمیتی و اعمال تصدی در مسئله ما بی‌تأثیر است و آنچه اهمیت دارد، تأثیرات منفی‌ای است که فعالیت‌های فعالان حاضر در بازار، اعم از دولتی و خصوصی، بر رقابت وارد می‌کنند؟ چنان‌که می‌دانیم، این احتمال وجود دارد که مقررات‌گذاری به‌عنوان یکی از مصادیق اعمال حاکمیتی در راستای منافع عمومی نباشد، بلکه در راستای منافع خصوصی صورت گیرد. از سوی دیگر، بازار به‌عنوان مهم‌ترین رکن فضای کسب و کار برای فعالان اقتصادی، اعم از دولتی و خصوصی، به همان میزان در راستای کارایی و در نتیجه رفاه جامعه عمل می‌کند که نهادهای عمومی با مداخلات خود سعی می‌کنند که کاستی‌های نهاد بازار را پوشش دهند. به سخن دیگر، حقوق رقابت در مسئله مورد بحث ما دلالت بر تعامل بازار و نهادهای عمومی دارد، نه استیلائی یکی از آنها بر دیگری. از این‌رو برای حفاظت از کیان و عملکرد صحیح

۱. «... نظر کلی شورا بر این است که هرگونه تغییر در شرایط مناقصه و مزایده شامل موضوع، شرایط و کیفیت امتیازدهی پس از دریافت پیشنهادها محل رقابت است» (هشتاد و سومین صورت‌جلسه شورای رقابت مصوب مورخ ۱۳۹۰/۷/۱۷).

۲. در صورت‌جلسه بیست و هشتمین جلسه شورای رقابت، مورخ ۱۳۸۹/۰۴/۳۰ تبصره‌ای آمده است که در باب مسئله مورد نظر ما دارای اهمیت است: «... این شورا مقرر می‌دارد که بنگاه‌های با وضعیت اقتصادی مسلط که پیش از این تاریخ سهام آن‌ها به بخش‌های غیردولتی واگذار شده است و همچنین بنگاه‌هایی با همین ویژگی که همچنان در مالکیت دولت می‌باشند از ارتکاب به هریک از موارد شش‌گانه مذکور در این بند { قسمت "ط" ماده ۴۵ قانون اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی در باب سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط } اکیداً خودداری و بدون اخذ مجوز از این شورا و به صورت یک‌جانبه مجاز به افزایش قیمت و یا قطع و یا تغییر در مقدار و شرایط دسترسی به بازار کالاها و خدمات و یا استفاده از زیرساخت‌های وابسته به خود و به منظور تحمیل شرایط به مصرف‌کنندگان اعم از بنگاه‌های زیردست و یا اشخاص حقیقی نمی‌باشند. تبصره: در مورد وضعیت انحصار خریدار، کاهش قیمت و یا هر تغییری که موجب تحکیم وضعیت انحصاری و تشدید دامنه تمرکز بنگاه‌ها شود مشمول این بند می‌باشند».

بازار در مقابل مداخله‌های ناروای نهادهای دولتی، حتی به استناد اعمال حاکمیتی، لازم است که ضمانت اجرایی در این زمینه در نظر گرفته شود.

مسئولیت دولت در برابر اعمالش همواره محدود به اعمال تصدی بوده است و در نظام حقوقی ایران اعمال حاکمیتی جز در موارد استثنا، مانند پرداخت غرامت در زمان مصادره اموال بیگانگان (ر.ک. ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ۱۳۸۰/۱۲/۱۹)، فاقد مسئولیت تلقی می‌گردد؛ برای مثال می‌توان به حکم قانون مسئولیت مدنی اشاره کرد: «ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت، هرگاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود» (شقی دوم ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹/۰۲/۰۷). خوشبختانه قانون اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی در بند ب ماده ۵۳، بند ۵ ماده ۵۵، و مواد ۵۶، ۶۸، ۷۵ و ۷۶ مسئولیت اعضای شورای رقابت، هیئت تجدیدنظر و کارکنان مرکز ملی رقابت را در مقابل اعمال ارتكابی به رسمیت شناخته است، اما این اعمال که موجب مسئولیت اعضای شورای رقابت است، اول، اعمال مجرمانه (یا دست‌کم تخلفات انتظامی) است؛ دوم، در زمره اعمال حاکمیتی نیست، چراکه به استناد بندهای ۳ و ۴ ماده ۵۶، اعمال حاکمیتی شورا از این مسئولیت‌پذیری مستثناست: «۳... اعضای شورای رقابت را نمی‌توان به دلیل اتخاذ تصمیمات در چارچوب وظایف قانونی و یا اظهاراتی که به استناد قانون می‌کنند، تحت تعقیب قرار داد. ۴. شورای رقابت در رسیدگی و تصمیم‌گیری مطابق مقررات این فصل از استقلال کامل برخوردار است».

### ۲.۲.۳. نکته سوم

همچنین می‌توان به «معضل جرائم حاکمیتی»<sup>۱</sup> اشاره کرد که در تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ش آمده است: «ماده ۲۰. در صورتی که شخص حقوقی بر اساس ماده (۱۴۳) این قانون مسئول شناخته شود، با توجه به شدت جرم ارتكابی و نتایج زیان‌بار آن به یک تا دو مورد از موارد زیر محکوم می‌شود، این امر مانع از مجازات شخص حقیقی نیست: .... تبصره- مجازات موضوع این ماده، در مورد اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیردولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند، اعمال نمی‌شود». مقررات‌گذار ایرانی همانند

۱. این اصطلاح ابداع مؤلفان مقاله می‌باشد و حاکی از تصویری است که ممکن است از نحوه تفسیر ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی به ذهن آید که البته این تصور خالی از وجه نیست؛ چراکه ماده مذکور در مقام بیان اصل امکان قابلیت انتساب رفتار مجرمانه به اشخاص حقوقی است که در تبصره آن امکان مجازات کردن اشخاص حقوقی عمومی را که در مقام انجام اعمال حاکمیتی هستند، منتفی می‌کند، اما اصل جرم بودن را نفی نمی‌کند. به واقع این تبصره رافع مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی عمومی یادشده است و می‌دانیم که در بحث موجبات رفع مسئولیت کیفری، جرم به وقوع می‌پیوندد، اما امکان مجازات وجود ندارد.



هر نهاد دیگر یا در حدود اختیارات و قوانین مربوطه عمل می‌کند یا از حدود اختیارات خود خارج شده، قوانین مرتبط را نادیده می‌گیرد. در فرض اول، تخلف نهاد مقررات‌گذار در عمل محال است؛ چراکه در چارچوب قانون و اختیارات عمل کرده است و نامطلوب بودن یا نداشتن کارایی قانون موضوعه یا حتی ناکارآمدی نهاد مقررات‌گذار را نمی‌توان دارای مسئولیت جزایی دانست. صرفاً در هنگامی که قانون نامطلوب است، می‌توان این اختیار را به نهاد تنظیم‌گر داد که اصلاح آن را از مراجع ذیصلاح مطالبه کند و در صورت ناکارآمدی نهاد تنظیم‌گر در اجرای وظایف، می‌توان به مسئولیت انتظامی و سیاسی آن استناد نمود. اما در فرض دوم، اگر نهاد مقررات‌گذار که عمل حاکمیتی انجام می‌دهد، از حدود اختیارات قانونی منحرف شود، این انحراف‌ها اصولاً یا مجرمانه‌اند یا تخلف انتظامی شمرده می‌شوند. تخلفات انتظامی تخصصاً از بحث حقوق جزا خارج است، اما اقدامات مجرمانه نهاد مقررات‌گذار را می‌توان به وی منتسب کرد یا خیر. در اینجا اصل بر عدم انتساب فعل مجرمانه به شخصیت حقوقی است و برای اثبات آن می‌توان به ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ش اشاره کرد.<sup>۱</sup> اما خلاف این اصل قابل اثبات است. ولی چگونه ممکن است که شخص حقوقی حقوق عمومی {نهاد مقررات‌گذار} دارای اراده مجرمانه باشد و بر آن اساس عمل مجرمانه قابل استناد به او گردد؟ تنها راه این امر، وجود انحراف و خطا در فرایند قانون‌گذاری است. اگر قانون‌گذاری و به عبارت دقیق‌تر مقررات‌گذاری در قالب قوانین و آیین‌نامه‌ها در راستای مقاصد خصوصی و فسادانگیز باشد، اراده مجرمانه لازم و کافی موجود است. اما معضل و پیچیدگی بحث به همین جا خاتمه نمی‌یابد؛ چراکه درحقیقت مجازات شخص حقوقی حقوق عمومی بسیار بحثبرانگیز است و تنها راه‌حل، پذیرش نظارت بر عملکرد حاکمیتی دولت خصوصاً فرایند مقررات‌گذاری و اعطای اختیارات لازم به نهاد تنظیم‌گر برای مقابله با مقررات نامطلوب است.

بحث دیگری که مربوط به ماده ۲۰ قانون یادشده است، درباره شرکت‌هایی است که دارای حوزه اختیارات حاکمیتی و تصدی‌گرایانه هستند. برای مثال می‌توان به قانون قدیم نفت مصوب ۱۳۵۳ش اشاره کرد که برخی اختیارات حاکمیتی را به شرکت ملی نفت واگذار می‌کرد؛ درحالی که همین شرکت دارای اهداف و وظایف اقتصادی نیز بود. فرض کنید این شرکت، عملی خلاف قانون رقابت انجام دهد که دارای وصف مجرمانه است؛ مانند تبانی

۱. ماده ۱۴۳ ق.م.ا. در مسئولیت کیفری اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست.

کردن با دیگر رقبای تجاری<sup>۱</sup>. بر اساس تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ش، چون این شرکت عمل حاکمیتی انجام می‌دهد، مصون از مجازات است، اما عمل مجرمانه از زمره اعمال تجاری-اقتصادی است و تحت مصونیت تبصره ماده ۲۰ قرار نمی‌گیرد. پرسش این است که چگونه می‌توان این شرکت را درحالی که دارای وظایف و اختیارات حاکمیتی است و نباید به ویژگی حاکمیتی آن ضربه وارد شود، به دلیل تخلفات تجاری اش مجازات کرد؟ تنها یک راه حل وجود دارد و آن مربوط به ممنوعیت جمع اختیارات حاکمیتی و تصدی گرایانه در ید نهاد دولتی است. اگر ما بپذیریم که نهادهای دولتی نمی‌توانند بدون تفکیک سازمانی اختیارات تصدی گرایانه و حاکمیتی را به طور هم‌زمان داشته باشند، این معضلات شکل نخواهد گرفت. البته برخی از متخصصان حقوق عمومی معتقدند که تئوری تفکیک اعمال دولت به تصدی و حاکمیتی نمی‌تواند مبنایی مناسب برای اصلاح ساختار سازمان اداری و ترسیم اصول و فروع این ساختار باشد و برای اثبات ادعای خود معتقدند که اولاً، امروزه در کشورهایی که مبدأ این تئوری بوده‌اند، این تئوری منسوخ شده است. دوم، پیش‌بینی و ایجاد شخصیت حقوقی مستقل برای برخی از مؤسسات دولتی که برای مقاصد غیرتجاری ایجاد شده‌اند، ناشی از اقتضائات اداری و عملی بوده که ایده آن از شرکت‌های بازرگانی اقتباس شده است. به این ترتیب پیدایش سازمان‌های مستقل دولتی، اعم از مؤسسات دولتی، موضوع ماده ۳ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ش و برخی از شرکت‌های دولتی که برای مقاصد غیرتجاری تشکیل شده‌اند، ناشی از اقتضائات مدیریتی و گسترش نوعی از عدم تمرکز اداری بوده است. به همین سبب باید توجه داشت که تقسیم‌بندی بودجه‌ای دستگاه‌های دولتی بر مبنای نوع وظایف آن‌ها (تصدی یا حاکمیتی) دقیق نیست و به همین دلیل شرکت‌های متعددی را می‌توان

۱. همچنین برای مثال می‌توان به حکم ماده ۳ قانون دسترسی آزاد به شبکه حمل و نقل ریلی مصوب ۱۳۸۴ اشاره کرد: «ماده ۳. راه‌آهن موظف است تا تردد ریلی را به‌گونه‌ای برنامه‌ریزی، هدایت و کنترل کند که سیر و حرکت ناوگان متعلق به کلیه شرکت‌های حمل و نقل ریلی (اعم از دولتی و غیردولتی) در شرایط یکسان از نظر تعرفه دسترسی و استفاده از شبکه امکان‌پذیر گردد. ایجاد محدودیت عبور واگن هر یک از شرکت‌ها توسط راه‌آهن بجز موارد تعیین‌شده در مقررات ایمنی حرکت و ظرفیت خطوط، تخلف محسوب می‌شود و در صورت بروز هرگونه خسارت ناشی از این محدودیت برای شرکت‌های حمل و نقل ریلی و تأیید آن توسط مراجع ذیصلاح، راه‌آهن مکلف به جبران آن است». به استناد این ماده، شرکت راه‌آهن که شرکتی دولتی و دارای اختیارات حاکمیتی می‌باشد، مکلف است شرایط مساوی دسترسی به شبکه حمل و نقل ریلی را فراهم کند و تبعیض قائل نشود. همچنین می‌دانیم که در قانون رقابت تبعیض‌گذاری بین خریداران ممنوع است. حال می‌توان مدعی بود که شرکت راه‌آهن با وجود دارا بودن اختیارات حاکمیتی در قبال سوء استفاده‌های احتمالی در چگونگی اداره شبکه حمل و نقل ریلی مسئول است؛ مسئولیتی که ناشی از اختیارات حاکمیتی و تصدی است. همچنین رک. به نود و هشتمین صورت‌جلسه شورای رقابت مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶، یکصد و بیست و ششمین صورت‌جلسه شورای رقابت مورخ ۱۳۹۱/۰۷/۱۶، یکصد و بیست و هفتمین صورت‌جلسه شورای رقابت مورخ ۲۳/۰۷/۹۱، هفتاد و هفتمین صورت‌جلسه شورای رقابت مورخ ۱۳۹۰/۰۶/۰۶ و شصت و سومین صورت‌جلسه شورای رقابت مورخ ۱۳۹۰/۰۱/۲۸.

نام برد که دارای وظایف حاکمیتی هستند (بانک مرکزی، راه آهن ج.ا.ا. و ...) یا به ارائه خدمات عمومی و رفع نیازهای همگانی در سراسر کشور یا منطقه‌ای خاص اشتغال دارند (سازمان‌های آب و برق منطقه‌ای). همچنین می‌توان مؤسسات دولتی گوناگونی را که به شکلی غیر از شرکت دولتی ایجاد شده‌اند، برشمرد که به امور غیرحاکمیتی مبادرت می‌ورزند؛ مانند مؤسسات آموزشی و مراکز تحقیقاتی و ... . سوم، در اصلاح سازمان اداری کشور باید به محدودیت‌های این تئوری توجه کافی شود (توازن‌زاده، شماره ۵۱، ص ۱۰۰-۵۷). بی‌شک هر نظریه‌ای خالی از محدودیت نیست، اما این تصور که چون نظریه یادشده در کشوری نظیر فرانسه امروزه دیگر کاربرد ندارد، در ایران هم نمی‌تواند کارایی داشته باشد، صحیح نیست؛ چراکه اقتضات اداری و توسعه‌ای ایران با فرانسه متفاوت است. از سوی دیگر، هرچند اقتباس تئوری شخصیت حقوقی برگرفته از شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری است، اما دولت برای اینکه در راستای اقتضات اداری و گسترش عدم تمرکز گام بردارد و بخواهد به ارگان‌های مختلف خود شخصیت حقوقی اعطا کند، ملزم نیست که از قالب شرکت تجاری استفاده کند؛ چراکه مؤسسات و تشکیلات دولتی و بلدی به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت، دارای شخصیت حقوقی می‌شوند (ماده ۵۸۷ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ش). از این رو، معتقدیم که به‌کارگیری ساختار شرکت تجاری برای مؤسسات عمومی از سوی دولت ناروا است و دولت نه‌تنها برای اعطای شخصیت حقوقی به مؤسسات عمومی الزامی به تبعیت از ساختار شخصیت حقوقی ندارد، بلکه با این کار نظم لازم برای طبقه‌بندی مؤسسات و شرکت‌های دولتی را از بین برده است. همچنین اگرچه امروزه تئوری تفکیک اِعمال دولت به حاکمیتی و تصدی در برخی از کشورها کاربرد چندانی ندارد و میزان کاربرد آن در تعیین حدود مسئولیت دولت و تعیین دادگاه صالح (دادگاه اداری یا دادگاه عمومی) است، اما همین میزان از کاربرد هم برای جریان یافتن موضوع این تحقیق کافی است. همچنین هدف قانون اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی و دیگر قوانین مرتبط با این قانون و همچنین قوانین پنج‌ساله توسعه (ر.ک. بند ۸ قانون برنامه پنج‌ساله اول توسعه، تبصره ۴۱ برنامه پنج‌ساله دوم توسعه و مواد ۶-۸ قانون برنامه پنج‌ساله چهارم توسعه)، تغییر نقش دولت از مقام تصدی امور اقتصادی به اِعمال ستادی و حاکمیتی به دلیل ناکارآمدی بنگاه‌های دولتی و ضرورت مشارکت بخش خصوصی در اقتصاد است. اِعمال حاکمیتی قاعدتاً بدون ضمانت اجرا خواهند بود؛ چراکه این اِعمال بروز و ظهور حاکمیتی است که از قدرت‌های دیگر امثال نمی‌کند و حقایق محدودکننده خود را از تابانش به‌دست می‌آورد؛ لذا همان‌طور که گفتیم قاعدتاً این اِعمال بدون ضمانت اجرا هستند، مگر اینکه مصلحت و قاعده‌ای برتر همانند اصل احترام به مالکیت خصوصی، مسئولیت ناشی از اِعمال حاکمیتی دولت یا نمایندگان دولت را ایجاب کند. در

مسئله مطرح شده ما نیز اصولاً منافع دولت در هماهنگی با منافع عمومی است که دولت را به قدرت رسانده است؛ لذا تا زمانی که دولت در راستای منافع مردم به سیاست‌گذاری و دخالت در امور مردم از جمله امور اقتصادی مبادرت ورزد، امتثال و پیروی از این اعمال صحیح و لازم است. اما اگر از سازوکار دولت و فرآیند قانون سوء استفاده‌هایی به عمل آید، تابعان دولت خود را محق به عدم امتثال می‌دانند و نفع خود را در تمرد خواهند یافت و به هر طریق رسمی و غیررسمی و مشروع و نامشروع، پیگیری منفعت خود را در اولویت قرار خواهند داد.

### ۳. رویکرد دیگر نظام‌های حقوقی

در ادامه کوشش می‌کنیم که با بیان برخی شواهد تطبیقی، دلایل کافی برای اعمال مقررات حقوق رقابت بر اعمال اقتصادی و حاکمیتی دولت را ارائه دهیم. به دلیل توسعه‌یافتگی و برخورد جامع نظام حقوقی ایالات متحده با مسئله یادشده، رویکرد این نظام حقوقی در بخشی مستقل بررسی خواهد شد.

در قانون رقابت هند در ماده ۲ که مربوط به «تعریف‌ها» است، در بندهای ۸ و ۱۱ تعریف‌هایی از مؤسسه<sup>۱</sup> و شخص<sup>۲</sup> آمده است که مجموعاً دلالت بر پذیرش اعمال حقوق رقابت بر مؤسسات عمومی یا دولتی اقتصادی دارد. در بند ۸ یادشده، در باب مؤسسه آمده است: «مؤسسه به معنای شخص یا یک اداره دولتی که مشغول فعالیت‌های مرتبط با تولید، انبارداری، تأمین، توزیع، تصاحب و اداره کالا یا محصولات یا تهیه هرگونه خدمات یا مبادرت کردن به سرمایه‌گذاری و یا امور دیگر است، اما مشتمل بر هیچ‌کدام از فعالیت‌های حکومت که مربوط به اعمال حاکمیتی مشتمل بر فعالیت‌های انجام‌گرفته توسط ادارات حکومت مرکزی در باب انرژی اتمی، ارز، دفاع ملی و هوافضا است، نمی‌باشد». همچنین در بند ۱۱ ماده ۲ قانون هند در باب شخص آمده است: «شخص مشتمل است بر: ... ۶. هرگونه شرکت که تحت قوانین دولت مرکزی یا قوانین ایالتی تأسیس شده است یا یک شرکت دولتی که منطبق بر تعریف ماده ۶۱۷ قانون شرکت‌های تجاری ۱۹۵۶ است؛ و ... ۹. هرگونه نهاد رسمی محلی؛ و ...». این دو بند که به‌صراحت اراده قانون‌گذار هندی در لازم‌الاجرا بودن مقررات رقابتی بر شرکت‌ها و نهادهای رسمی محلی را بیان می‌کند، حاکی از این است که نه تنها شرکت‌های دولتی در هند مشمول قانون رقابت هستند، بلکه نهادهای رسمی محلی نیز هرچند دارای برخی اختیارات حاکمیتی‌اند، اما تابع قانون رقابت می‌باشند. همچنین در ماده ۵۴ قانون

1. Enterprise  
2. Person

رقابت هند به دولت مرکزی هند این اختیار داده شده است که برخی مؤسسات، توافقات و قراردادهای تجاری را با اعلام قبلی از شمول قانون رقابت برای مدت معین معاف کند.

در قانون رقابت هلند در مواد ۱۱ تا ۱۶ هم مقررات مفصلی در باب معافیت‌ها ذکر شده است که ماده ۱۱ آن مربوط به مسئله مطرح‌شده در این مقاله است. در ماده ۱۱ آمده است: «ماده ۶ (۱) {این ماده مربوط به ممنوعیت برخی توافقات، تصمیمات و اِعمال است} در صورتی در مورد توافقات، تصمیمات و اِعمال مذکور در ماده ۶ (۱) اِعمال می‌گردد که اگر مسئله مربوط به یک مؤسسه یا اجتماعی از مؤسسات تجاری که در حال انجام فعالیت‌هایی با هدف برآورده کردن منافع اقتصادی عمومی باشد، اجرایی کردن آن ماده، مانع از وظایف محول‌شده به آن مؤسسه یا اجتماع مؤسسات تجاری نباشد». این ماده جمع بین دو امر متعارض است؛ نخست اینکه قانون رقابت باید بر همه فعالیت‌ها، توافقات و تصمیمات اقتصادی اِعمال گردد؛ دوم، پیگیری برخی اهداف اجتماعی و پاسخگویی به برخی کاستی‌های بازار، از جمله ناتوانی بازار در تأمین کالاها و خدمات عمومی، مستلزم پیروی نکردن از برخی مقررات حقوق رقابت مانند ممنوعیت توافق بین دو دستگاه و نهاد عمومی در زمینه تبادل اطلاعات که معمولاً این توافق برخلاف مقررات حقوق رقابت است. برای رفع این تعارض، همان‌گونه که دیدیم، می‌توان قائل بر این بود که برآوردن هدف اجتماعی‌ای که از خلال فرایند بازار آزاد ممکن نیست، مقدم بر مقررات قانون رقابت باشد.

در ماده ۳ قانون رقابت افریقای جنوبی آمده است: «این قانون بر هرکدام از فعالیت‌های اقتصادی‌ای که در حال حاضر یا در آینده ممکن است اثر بر بازار افریقای جنوبی داشته باشد اِعمال می‌گردد، مگر در موارد زیر: ... ۴. اِعمالی که به استناد مقررات عمومی تجویز شده‌اند؛ ۵. عمل دسته‌جمعی‌ای که برای نیل به اهداف اجتماعی (غیراقتصادی) انجام می‌گیرد».

در ماده ۲ قانون رقابت غیرمنصفانه چین، «فعال اقتصادی» با معیار انجام دادن اِعمال اقتصادی انتفاعی تعریف شده است. همچنین در شق دوم ماده ۴ همان قانون، تصور اینکه اقدامات دولتی در راستای حمایت از اِعمال تجاری غیرمنصفانه باشد، رد شده است؛ یعنی حمایت نهادهای دولتی از اِعمال تجاری غیرمنصفانه ممنوع اعلام شده است. همچنین مواد ۶، ۷، ۲۳، ۳۰، ۳۱ و ۳۲ در باب این مسئله احکامی دارند که از اِعمال مقررات حقوق رقابت بر اِعمال ضدرقابتی، رفتارهای غیرمنصفانه و تقصیرها و جرائم مسئولان مؤسسات و نهادهای عمومی اقتصادی حکایت می‌کنند و نص ماده ۷ از این قرار است: «حکومت‌ها {ی محلی} و ادارات تابعه آن‌ها نباید از قدرت اداری خود برای محدود کردن مردم به خرید از مؤسسات تعیین‌شده از جانب آن‌ها یا تحمیل محدودیت‌های غیرقانونی بر فعالیت‌های قانونی سایر مؤسسات اقتصادی، سوء استفاده کنند. حکومت‌ها {ی محلی} و ادارات تابعه آن‌ها نباید از

قدرت اداری خود برای محدود کردن ورود محصولات ساخته شده در بازارهای دیگر به بازار آنها و یا صادرات محصولات بازار آنها به بازارهای دیگر، سوء استفاده کنند». همچنین در مواد ۷، ۸، ۱۲، بند ۴ ماده ۱۵، ۵۱ و ۵۴ قانون ضد انحصار چین، مقرراتی در باب مسئله مورد نظر بیان شده است که دلالت آن‌ها بر مسئولیت بنگاه‌های اقتصادی دولتی در برابر سوء استفاده از موقعیت ضعیف‌تر مصرف‌کنندگان (ماده ۷)، مسئولیت نهادهای رسمی و اداری در ازای سوء استفاده از اختیارات قانونی به علت ایجاد محدودیت در فرایند رقابت (ماده ۸)، تعریف مؤسسه که شامل مؤسسات عمومی و دولتی (ماده ۱۲)، معافیت برخی قراردادهای و توافقاتی که در راستای برآورده کردن منافع عمومی اقتصادی منعقد می‌شوند (بند ۴ ماده ۱۵)، بیان ضمانت اجرا برای تقصیر مقامات و نهادهای دولتی و عمومی (مواد ۵۱ و ۵۴) می‌باشد. در قانون نمونه رقابت آنکتاد هم مقررات مفیدی وجود دارد که اهم آن‌ها را در ادامه بیان خواهیم کرد. به استناد این قانون، «موسسه» عبارت است از هرگونه شرکت به همراه مؤسسات وابسته به آن که در اقدامات تجاری مشغول به فعالیت است، بدون توجه به اینکه از سوی اشخاص خصوصی یا عمومی ایجاد یا کنترل می‌شود. همچنین این قانون دارای مقرری‌ای به این شرح است: «مقررات این قانون در مورد اعمال حاکمیتی دولت، دولت‌های محلی، اعمال و فعالیت مؤسساتی که زیر نظر دولت یا دولت محلی‌اند یا به این اقدامات ملزم شده‌اند، اجرا نمی‌گردد». اما این قانون در ادامه و توضیح همین مقرری اضافه می‌کند: «عضلات در زمانی بروز پیدا می‌کند که مؤسسات یا اشخاص حقیقی وابسته به دولت یا حکومت‌های ملی یا مؤسسات و اشخاص حقیقی‌ای که توسط حکومت و ادار یا مورد نظارت قرار گرفته‌اند (یعنی تحت تنظیم بوده‌اند) که به نام منافع عمومی و از بابت به عهده داشتن اختیارات و تکالیف دولتی عمل کنند، از حدود اختیارات و وظایف محوله پا را فراتر نهند. با این وجود، در برخی قوانین رقابتی، اعمال مقامات رسمی یا مؤسسات تحت تملک دولت که رقابت را در تجارت یا صنعتی خاص کاهش یا محدود می‌کنند، مشمول قانون رقابت دانسته شده است». (UNCTAD, 2010, pp. 18-19).

قانون رقابت کشورهای کنیا، زامبیا، اسپانیا، اوکراین، الجزایر، نروژ و کره جنوبی، از جمله قوانینی است که به نقل از قانون نمونه رقابت آنکتاد در باب شمول حقوق رقابت بر عملکرد دولت احکام ایجابی دارند: الف) در اسپانیا ماده ۲ قانون رقابت، اعمال کامل قانون یادشده را بر محدودیت‌هایی که ناشی از اعمال مقامات دولتی و اختیارات اداری و فعالیت مؤسسات دولتی است، جز در مواردی که این محدودیت‌ها ناشی از اجرای قانون است، اعلام می‌کند. ب) قانون رقابت اوکراین، نروژ، کره جنوبی و زامبیا با عباراتی متفاوت شمول مقررات رقابتی را بر فعالیت‌های اقتصادی نهادها و مؤسسات دولتی اعلام کرده‌اند. ج) در قانون رقابت الجزایر مقرر شده است، اگر اقدامات مسئولان دولتی فراتر از حدود اختیارات قانونی و در راستای

برآورده کردن منافع عمومی نباشد، مشمول حقوق رقابت خواهد بود. د) قانون رقابت ارمنستان هم مقرر می‌کند که جز در مواردی که در قانون تصریح شده است، هرگونه اقدامی از جانب فعالان اقتصادی، اعم از دولتی و غیردولتی، که منجر به محدودیت یا زدوده شدن یا انحراف در فرایند رقابت شود یا در زمره رقابت غیرمنصفانه قرار گیرد، مشمول مقررات حقوق رقابت خواهد بود. (ADUNCT,2010,pp18-19)

#### ۴. رویکرد نظام حقوقی ایالات متحده امریکا

نظام حقوقی ایالات متحده امریکا به پیروی از رویه قضایی و همچنین ماده ۱ قانون شِرمِن به صراحت اِعمال مقررات حقوق رقابت بر اِعمال اقتصادی دولت را می‌پذیرد، اما در این نظام حقوقی، دفاعیاتی وجود دارد که برای اِعمال حاکمیتی دولت نوعی مصونیت تلقی می‌شود و ما نیز برای تکمیل بحث در ادامه دو نمونه<sup>۱</sup> از این مصونیت‌ها را بیان می‌کنیم:

##### ۴.۱. دفاع عمل ایالتی<sup>۲</sup>

بر این اساس، رفتارهای {فعالان} خصوصی تحت حفاظت دفاع عمل ایالت قرار می‌گیرد؛ به شرطی که الف) ایالتی از ایالات متحده با بیانی روشن جای رقابت را به تنظیم یا محدودیت‌هایی که ابعاد ضد رقابتی قابل پیش‌بینی دارد، بدهد. ب) ایالت فعالانه بر رفتار {فعال} خصوصی یادشده نظارت کند. دکترین عمل ایالتی می‌تواند به عنوان یک دفاع، مصونیت کامل یا جزئی را برای خواننده دعوی ضد تراست به ارمغان آورد، مشروط بر اینکه، بتواند اثبات کند که اقداماتش در پاسخ به قوانین ایالتی یا دستورات اداری بوده است. دیوان عالی امریکا این دکترین را برای اولین بار در پرونده پارکر علیه برون به کار گرفت. دیوان عالی در این پرونده مقرر کرد که اِعمال حکومت محلی فی‌نفسه معاف از مقررات ضد تراست نیست، بلکه صدور دستور اداری از جانب مقامات ایالتی لازم است. در پرونده شهر کلمبیا علیه شرکت تبلیغاتی اومنی اوتدور<sup>۳</sup>، دادگاه عالی مقرر کرد که شهرداری در صورتی از مصونیت پارکر- برون بهره‌مند می‌شود که اگر از عمل یادشده احتمال ایجاد محدودیت بر رقابت برود، ابتدای آن عمل بر اختیارات اعطایی از جانب ایالت باشد. در این پرونده، این نظر مردود اعلام شد که اگر مقامات و نهادهای سیاسی با فعالان خصوصی در راستای ایجاد محدودیت بر بازرگانی تبانی کنند، نباید دکترین عمل ایالت را اجرا کرد؛ چراکه تصمیمات

۱. افزون بر این دو مصونیت، دفاع عمل دولت، دفاع مصونیت دولت خارجی و دفاع اجبار دولت خارجی هم در نظام حقوقی امریکا وجود دارد که به علت اختصار از توضیح آن‌ها پرهیز می‌شود.

2. **Parker v. Brown immunity-** Parker v. Brown 317 U.S. 341 (1943)

3. **City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.**, 499 U.S. 365 (1991)

مقامات رسمی به طور اجتناب‌ناپذیری همواره با دیدگاه و نظر عده‌ای از فعالان خصوصی یکی شده، مقرراتی وضع می‌کنند که مبتنی بر دیدگاه بخشی از فعالان خصوصی است. چنین استثنایی به طور حتم معافیت پارکر- براون را از بین خواهد برد؛ چراکه هرگونه مقررات‌گذاری‌ای که آثار ضدرقابتی داشته باشد، متهم به تبانی خواهد شد. ( Gleklen, Jonathan & Douglas L. Wald, 2013, p1) قانون ضدتراست حکومت محلی ۱۹۸۴م<sup>۱</sup>، حکومت و مسئولیت مقامات رسمی و مستخدمان حکومت‌های محلی را به دلیل اعمالی که بر اساس اختیارات قانونی انجام می‌دهند، در قبال جبران خسارت‌های قوانین ضدتراست، مصون اعلام می‌کند. همچنین این قانون هر شخصی را که با راهنمایی مقامات یا مستخدمان حکومت‌های محلی، با در نظر گرفتن حدود اختیارات قانونی این مقامات و مستخدمان، اقدامی انجام داده باشد از شمول قوانین ضدتراست مصون می‌دارد. البته دادگاه‌ها در تصمیمات قضایی خود اعلام کرده‌اند این قانون آنان را در صدور قرارهای قضایی یا قرارهای مالی به نفع خواهان دعوا منع نمی‌کند. به‌تازگی در پرونده صنایع شرکت فلامینگو<sup>۲</sup> از دیوان عالی امریکا پرسیده شد که آیا می‌توان شرکت پست ایالات متحده امریکا را که تماماً در تملک این کشور است، براساس مقررات ضدتراست تحت تعقیب قرار داد. خواهان که تولیدکننده پاکت‌های پستی بود، ادعا داشت که پست ایالات متحده در حال انحصارخواهی در تولید پاکت‌های پستی است. هرچند که دیوان عالی امریکا تصمیم خود را مبتنی بر دکترین عمل ایالت قرار نداد، اما اعلام کرد که پست ایالات متحده قابل تعقیب بر اساس مقررات ضدتراست نیست. دلیل دیوان این بود که چون خدمات عرضه‌شده از سوی پست ناشی از اقدامات قوه مجریه ایالات متحده امریکاست و چون این امر در تعریف «شخص» به معنای ماده ۱ قانون شرم‌ن قرار نمی‌گیرد؛ لذا نمی‌توان پست ایالات متحده را بر اساس مقررات ضدتراست تعقیب کرد.

#### ۲.۴. دفاع نوئر- پنینگتون

این دکترین می‌تواند مصونیت کلی یا جزئی در مقابل دعوای مربوط به تلاش یک‌جانبه یا گروهی برای تحصیل تصمیمات تقنینی یا اداری، احکام دولتی و تصمیمات قانونی برای خواندگان به ارمغان آورد. شکل‌گیری این دکترین به پرونده شرکت نوئر موتور<sup>۳</sup> برمی‌گردد. در این پرونده دیوان عالی امریکا تلاش دسته‌جمعی رقبای تجارتي در امر لابی کردن برای به‌دست آوردن قوانین مساعد به حال خود را مصون از شمول قانون ضدتراست دانست، و در

1. The Local Government Antitrust Act

2. United States Postal Service v. Flamingo Industries (USA) Ltd., 540 U.S. 736 (2004)

3. Eastern Railroad Presidents' Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1961)



پرونده یونایتد مین ورکر علیه پنینگتون<sup>۱</sup>، دیوان عالی امریکا مقرر کرد که دکتترین عمل سیاسی (نام دیگر دفاع نوئر - پنینگتون) در خصوص تلاش‌های انجام گرفته برای تحت تأثیر قراردادن فرایندهای اداری به کار گرفته شود. بر این معافیت، استثنایی با عنوان استثنای شَم وارد شده که مربوط به پرونده صنایع شرکت کلمبیا پیکچرز<sup>۲</sup> است. بر اساس این استثناء، دفاع نوئر - پنینگتون اجرا نخواهد شد، اگر الف) اقدامات انجام گرفته بدون هدف معین باشند؛ ب) اقدامات انجام گرفته تلاشی برای مداخله مستقیم در روابط بازرگانی میان رقبا از طریق سازوکارهای حکومتی بوده، به مثابه سلاخی ضد رقابتی اثرگذار باشد (Broder, 2010: pp. 76-77).

## ۵. نتیجه

نگارندگان معتقدند با توجه به قضایای زیر، به این پرسش که آیا حقوق رقابت بر اعمال اقتصادی دولت اعمال می‌شود یا خیر، باید پاسخ مثبت داد و این امر را از سوی تمام نظام‌های حقوقی پذیرفته دانست:

الف) مصونیت مطلق دولت از تعقیب قضایی و اجرایی امروزه دیگر مورد تأیید هیچ کدام از صلاحیت‌های ملی و نهادهای داوری نیست.

ب) اصل مصونیت محدود دولت از اقدامات قضایی و اجرایی تنها مربوط به اعمال حاکمیتی دولت‌هاست.

ج) اعمال اصل مصونیت مطلق خلاف عدالت و تساوی ایادی میان فعال خصوصی و نهاد اقتصادی دولتی است.

د) شخصیت حاکمه دولت که مصون از تعقیب قضایی و اجرایی است، مانع از تصدی دولت در فعالیت‌هایی که اغلب از سوی اشخاص خصوصی انجام می‌گیرد، نیست. هرچند در گذشته دولت‌ها کمتر به این گونه فعالیت‌ها می‌پرداختند، ولی با به وجود آمدن ضرورت تصدی دولت‌ها در امر تجارت، آن‌ها نیز مانند اشخاص خصوصی «ناگزیر از دارا شدن اموال، بدهکار و طلبکار شدن هستند»؛ اعمالی که آن‌ها را از شخصیت حاکمه‌شان جدا می‌سازد. در اینجا دولت، نه در جایگاه صاحب حاکمیت، بلکه در جایگاهی مشابه اشخاص خصوصی دست به فعالیت‌هایی می‌زند. به عبارت دیگر، دولت بی‌آنکه از حقوق حاکمه‌اش هزینه نماید، در فعالیت‌های عادتاً تجاری و غیرعمومی مشارکت می‌کند. بدیهی است که در چنین شرایطی، صرف نظر از مواردی که دولت این فعالیت‌ها را با دولت‌های دیگر انجام می‌دهد، اعطای

1. United Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965)

2. Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49, 60-61 (1993)

مصونیت عین بی‌عدالتی و مانعی در بسط و توسعه روابط تجاری خواهد بود؛ چراکه در صورت بروز اختلاف، دولت مصون خواهد توانست با طرح دعوی در محاکم دولت متبوع شخص خصوصی، یا در صورت توافق، در کشور ثالث و یا احیاناً در دادگاه‌های خویش حقوق از دست رفته خود را اعاده نماید، ولی از جانب طرف خصوصی قرارداد در صورتی که دولت داوطلبانه از مصونیت خود صرف‌نظر نکند، وجود مصونیت مانع از احقاق حق و یا جبران خسارت ادعایی طرف قرارداد خواهد شد؛ حال آنکه شخصی که اقدام به تجارت می‌کند می‌بایست الزامات روابط تجاری را نیز بپذیرد. بنابراین در تحلیل نهایی می‌بایست مبنای تئوری مصونیت محدود را در اراده ضمنی دولت‌ها در محدود نمودن مصونیت آن‌ها دانست.

ه) قوانین داخلی ایران از جمله قانون مسئولیت مدنی، قانون اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی، قانون دیوان عدالت اداری، قانون تعیین مرجع دعاوی بین افراد و دولت و بسیاری قوانین دیگر حکایت از نبود مصونیت برای اعمال تصدی دولت دارد.

و) قوانین و مقررات رقابتی اصولاً جزء قوانین سرزمینی هستند و اعمال فراسرزمینی آن‌ها امری استثنایی است که امروزه از خلال تئوری آثار این امر صورت می‌پذیرد. از این رو، اگر نهادی دولتی که مشغول اعمال اقتصادی است در قلمرو کشور خود یا خارج از قلمرو ملی خود مرتکب عمل ضدرقابتی شود، اصولاً رسیدگی به آن در حدود اختیارات یک مرجع صالح ملی خواهد بود که در مقام رسیدگی به دعوی، قانون ملی را اعمال خواهد کرد؛ چراکه اولاً در عرصه بین‌المللی عرف یا معاهده بین‌المللی در باب مسئله رقابت وجود ندارد؛ دوم اینکه طبق نظریه آثار، بازاری که از عمل ضدرقابتی تحت تاثیر قرار گرفته است این حق را برای دادگاه ملی آن بازار فراهم می‌کند که طبق قوانین داخلی خود به دعوی رسیدگی کند و از آنجایی که هیچ‌کدام از صلاحیت‌های ملی اصل مصونیت مطلق را نمی‌پذیرند، داخلی یا بین‌المللی بودن دعوی رقابتی‌ای که متهم آن نهاد دولتی است، بی‌تأثیر خواهد بود.

همچنین مؤلفان در باب این پرسش که اعمال مقررات حقوق رقابت بر اعمال حاکمیتی دولت ممکن است یا خیر، قائل به قضایای زیر می‌باشند:

۱. انتساب اراده مجرمانه به نهادهای دولتی‌ای که اعمال حاکمیتی انجام می‌دهند، مساوی است با انتساب اراده مجرمانه به قانون‌گذار؛ چراکه اراده این نهادهای دولتی صرفاً در قالب مقررات و قوانین بیان می‌شود، بنابراین اعمال حاکمیتی دولت نمی‌تواند مورد جرم‌انگاری قرار گیرد (مستفاد از تبصره ماده ۲۰ و ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ش).

۲. از آنجایی که عقلاً و به لحاظ تئوریک امکان فساد و انحراف در مقررات‌گذاری وجود دارد؛ لذا برای جلوگیری از شکل‌گیری چنین مقرراتی، لازم است نظارت‌های حقوق رقابتی بر

نهادهای حاکمیتی‌ای که دربارهٔ مسائل حقوق رقابت هستند، صورت گیرد، چراکه همان‌طور که گفته شد، نمی‌توان به قانون‌گذار اراده مجرمانه منتسب کرد، پس راهی جز اِعمال نظارت بر فرایند مقررات‌گذاری نیست.

۳. اگر باوجود نظارت‌های کافی، مقررات‌گذاری ضدرقابتی انجام گرفت، اصولاً متهم و متخلف این امر اشخاص حقیقی خواهند بود و نمی‌توان شخص حقوقی حقوق عمومی را مجرم دانست و در پی آن مجازات نمود. به‌علاوه، در چنین شرایطی لازم است به شورای رقابت به‌عنوان مرجع صالح و نهاد تنظیم‌گر حقوق رقابت این اختیار داده شود که اعتراض یا شکایت خود را در چنین مواردی در مرجع صالح پیگیری کند.

۴. اگر مصداق امر حاکمیتی دولت که تخلف از مقررات حقوق رقابت تلقی می‌گردد، برای مثال اعطای یارانه تبعیض‌آمیز یا اخذ مالیات تبعیض‌آمیز باشد، درواقع به دلیل ابتدائی چنین عملکردی به قوانین و مقررات حکومتی، عملاً مسئله یادشده از همان راه‌حل پیش‌گفته پیروی می‌کند؛ یعنی ضرورت اِعمال نظارت‌های پیشینی بر فرایند وضع مقررات و اعطای حق اعتراض نسبت به مقررات به شورای رقابت. اما اگر برای مثال عمل متخلفانه، تبانی با شرکت‌کنندگان مناقصه باشد، درواقع این امر نوعی سوء استفادهٔ کارکنان و مقامات رسمی از اختیارات قانونی تلقی می‌شود و طبق قانون برگزاری مناقصات، چنین مناقصه‌ای باطل خواهد بود.

۵. بر اساس نظریات مقررات‌گذاری، مقررات‌گذاری ممکن است در راستای منافع عمومی یا خصوصی باشد، در این صورت آیا می‌توانیم به نهاد مقررات‌گذار که برای جمع بین این دو منفعت تلاش می‌کند، مصونیت از مقررات حقوق رقابت را اعطا کنیم؟ بی‌شک از یک سو، نهاد مقررات‌گذار نمی‌تواند منافع خصوصی را بر منافع عمومی ترجیح دهد، چراکه خلاف مأموریت و غرض قانونی آن خواهد بود؛ از سوی دیگر، ممکن است مقررات‌گذاری به سود گروه‌های خاصی باشد، بدون آنکه مقررات‌گذار چنین قصدی داشته باشد. در این صورت، لازم است که اصل را بر عدم استماع چنین ادعاهایی بدانیم؛ مگر اینکه ابتدائی مقررات بر تبانی و ورود ضرر به اشخاص ذی‌نفع احراز گردد، چراکه مقررات مبتنی بر تبانی و مضر به حال اشخاص ثالث نمی‌تواند و نباید وجاهت قانونی داشته باشد.

۶. سیاست رقابتی امکان نظری اِعمال مقررات حقوق رقابت بر اِعمال حاکمیتی دولت را فراهم می‌کند؛ لذا مقتضی اجرای مقررات حقوق رقابت بر عملکرد حاکمیتی دولت در نظام حقوق رقابت وجود دارد، بنابراین بررسی تفصیلی چستی و ماهیت سیاست رقابتی را به محققان توصیه و توجه جدی مسئولان را به کارکرد این نهاد حقوقی جلب می‌کنیم.

- نگارندگان، توصیه‌ها و پیشنهادهای زیر را در راستای اجرای کارا و اصولی مقررات حقوق رقابت بر اعمال حاکمیتی و تصدی دولت ارائه می‌دهند:
- الف) قانون‌گذار نسبت به تدوین و تصویب قانون مستقل رقابت اقدام نماید.
- ب) سیاست رقابتی به‌عنوان سیاستی مستقل و جدا از دیگر سیاست‌های دولتی خصوصاً سیاست تجاری در راستای برنامه‌های توسعه کشور تعریف شود.
- ج) امکانات و اختیارات لازم و کافی برای شورای رقابت در راستای اعمال مقررات قانون رقابت فراهم شود.
- د) معافیت‌های دائمی و موقتی از اجرای قانون رقابت، اعم از موضوعی و شخصی، صریحاً معین شود.
- ه) امکان و نحوه شکایت از تصمیمات ضد رقابتی مقامات و مأموران دولتی به‌طور شفاف پیش‌بینی و مقرر گردد.
- و) استقلال نهادی شورای رقابتی که هم‌اکنون زیر نظر قوه مجریه است، به نحو شایسته‌ای فراهم گردد؛ برای مثال، مانند دیوان محاسبات زیر نظر مجلس شورای اسلامی قرار گیرد.

## منابع و مأخذ

### الف- فارسی

۱. توازی‌زاده، عباس (۱۳۸۴). "تاملی بر نظریه اعمال حاکمیتی و اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمانهای دولتی و برنامه‌های اصلاح ساختار نظام اداری ایران". مجله مجلس و پژوهش، سال ۱۳، شماره ۵۱.
۲. حلمی، نصرت‌الله (۱۳۹۱). مسئولیت بین‌المللی دولت و حمایت سیاسی. انتشارات میزان، چاپ دوم.
۳. عبدالهی، محسن و میرشهبی، شافع (۱۳۸۶). مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل. معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین ریاست جمهوری.
۴. غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۱). ضمانت اجراهای مدنی نقض قواعد حقوق رقابت. به راهنمایی دکتر محمود باقری، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۵. غفاری فارسانی، بهنام و محمود باقری (۱۳۹۱). "قلمرو حقوق رقابت از حیث اشخاص مشمول". فصلنامه پژوهش‌های بازرگانی، شماره ۶۵.
۶. فرهاد خداداد کاشی و محمدنبی شهیکی تاش (۱۳۸۶). "حوزه و وسعت قانون رقابت با توجه به ساختار اقتصادی (مطالعه موردی ایران)". مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال نهم، شماره ۲۳.
۷. قاضی، سیدابوالفضل (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی. نشر میزان، چاپ دوازدهم.

### ب- خارجی

#### Books and Articles

1. Broder, Douglas (2010) "U.S. Antitrust Law and Enforcement" Oxford University Press.
2. Gleklen, Jonathan & Douglas L. Wald, (Last Visited February 2013) **Supreme Court Limits State Action Immunity**, Advisory report. Available At: www.arnoldporter.com.
3. Kintner, Earl W. & Daniel C. Kaufman, (1974) **The State Action Antitrust Immunity Defense**, The American University Law Review, Vol 23.

4. Milberg, William,(2003) **Trade and Competition Policy**, UNDP background paper for Making Global Trade Work for People, New York.
- 5.Saveri, Guido,(1970) **The Applicability Of The Antitrust Laws To Public Bodies**, University Of San Francisco Law Review,Vol. 4.
- 6.Weber Waller, Spencer,(2007) **Competition Policy In The Global Economy, An On-Line Cases Book**, Institute For Consumer Antitrust Studies Loyola University Chicago School Of Law, chapter6.

#### Cases

- 7.Underhill v. Hernandez,(1897),168 U. S. 250, 252.
- 8.United States Postal Service v. Flamingo Industries (USA) Ltd.( 2004), 540 U.S. 736.
- 9.Eastern Railroad Presidents' Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.(1961), 365 U.S. 127  
United Mine Workers v. Pennington.(1965), 381 U.S. 657.
- 10.City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co.(1978), 435 U.S. 389, 410.
- 11.City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.(1991), 499 U.S. 365.
- 12.Parker v. Brown (1943), 317 U.S. 341.
- 13.Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.(1993), 508 U.S. 49, 60–61.

#### Documents

- 14.**The Competition Act of India** 2000 as Amended by 2007 and 2009.
- 15.UNCTAD, **Model Law On Competition**, New York and Geneva, 2007.
- 16.Act of 22 May 1997, **Providing New Rules for Economic Competition (Competition Act)**, Effective as of July 1st, 2009.
- 17.**The Local Government Antitrust Act** of 1984
- 18.**The Competition Act of South Africa** (Act No. 35 of 2000)
- 19.**Law of the People's Republic of China Against Unfair Competition**, promulgated by Order No.10 of the President of the People's Republic of China on September 2, 1993
- 20.**Anti-monopoly Law of the People's Republic of China**, promulgated and shall go into effect as of August 1, 2008.