١٤٣٥هـ

الرقابة على اندماج الشركات في ضوء الأنظمة المتعلقة بالمنافسة

نأليف الدكتور عبدالعزيز بن سعد الدغيثر

بحث دكتوراه مقدم للمعهد العالي للقضاء وحصل الباحث على تقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى سنة ١٤٣٥ -١٤٣٦هـ.

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للقضاء

الرقابة على اندماج الشركات
في ضوء الأنظمة المتعلقة بالمنافسة
في المملكة العربية السعودية

دراسة مقارنة

رسالة دكتوراه مقدمة لشعبة الأنظمة من قسم السياسة الشرعية

تقديم الطالب/ عبدالعزيز بن سعد الدغيثر

المشرف العلمي/ الأستاذ الدكتور سامر الدلالعة

عضو هيئة التدريس بقسم السياسة الشرعية

بسم الله الرحمن الرحيم

مُقدِّمة

تمهيد:

الحمد لله الذي شرع لعباده ما يصلحهم في الدنيا والدين، وصلى الله وسلم على مُحَمَّد إمام المرسلين وسيد ولد آدم أجمعين أما بعد:

فقد امتن الله تعالى علينا بأن أكمل لنا الدين، وأتم علينا النعمة، ورضي لنا الإسلام ديناً، وجعله خاتم الأديان، ومشتملاً على مصالح العباد في جميع الأحوال والأماكن والأزمان، ففيه لكل قضية حكم عادل، قال الله تعالى: ﴿ مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ (الأنعام: ٣٨).

وهو دين ينظم المعاملة مع الخالق سبحانه وتعالى، ويأمر بأداء حقوقه جل وعلا، كما أنه ينظم المعاملة مع الخلق، ويأمر بأداء حقوقهم إليهم، ويشتمل في سبيل ذلك على ضوابط وأحكام لا تستقيم الحياة إلا بها؛ لأنها جاءت من عند الحكيم الخبير سبحانه وتعالى، فمن قواعد الإسلام وأحكامه وكلياته يجب أن تستمد أنظمة الحياة في شتى المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها، ونظام الإسلام هو النظام الذي يجب أن يهيمنَ على مجالات الحياة كلها، وألا يُتجاوزَ إلى غيره، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً ﴾ (البقرة: ٢٠٨).

وقد يسر الله تعالى للبشرية سبل المعيشة وطرق كسب الرزق، وتنوعت وسائل تحصيل الأموال، وجاء الشرع بإباحة التجارة بأنواعها المختلفة من بيع وإجارة ونحوهما، وقرّر حق الملكية، وحرّم الربا والميسر والغش وأكل أموال الناس بالباطل والاحتكار والنجش وبيع المسلم على بيع أخيه والتعدي والظلم والإضرار.

وأحاط ذلك بسياج أخلاقي متين، فأمر بكل ما من شأنه حفظ الحقوق، وإبقاء روابط الأخوة الإسلامية، ونهى عن الاعتداء على حقوق الآخرين، وعن كل ما يسبب العداوة والبغضاء والفرقة بين المسلمين، وحث على التحلي بالأخلاق الفاضلة، وجاءت نصوص تؤكد على ذلك في حال البيع والشراء، فالتاجر المسلم يتصف بالسماحة والأمانة والصدق والبيان،

وتجنب الأثرة والكذب والكتمان، ولا تخرجه معاناة التجارة والمنافسة فيها مع غيره عن تلك الأخلاق، وينطبق هذا على التجارة سواء أقام بها تاجر فرد، أم كانت على هيئة منشآت تجارية ضخمة.

وبهذا النظام القويم تحصل عمارة الأرض واستغلال خيراتها، ولا يكون المال دولة بين الأغنياء، وتتحقق مصالح العباد والبلاد، وحيثما كان أمرُ الشرع فثم المصلحة، وحيثما كان نهيُه ففيما نهى عنه المفسدة.

وقد كان من آثار النظام الرأسمالي المنتشر في العالم انتشار الاحتكارات الاقتصادية التي تهدف إلى تحقيق أكبر ربح ممكن عن طريق التحكم في الإنتاج والأسعار، وقد أوجد ذلك ضرورة إلى سن القوانين التي تكافح الاحتكار، وكان أول قانون يسنّ إثر تنامي تلك الممارسات الاحتكارية هو قانون شيرمان عام ١٨٩٠م في الولايات المتحدة الأمريكية.

ومن ذلك التاريخ إلى الآن صدرت -في أنحاء العالم- قوانين تحظر الممارسات الاحتكارية وسائر الممارسات المخلّة بالمنافسة، وتنظِّم موضوع التركز الاقتصادي والهيمنة على السوق، وكان من بين ذلك: نظام المنافسة في المملكة العربية السعودية، الذي صدر بتاريخ ١٤٢٥/٥/٤هـ.

إضافة إلى قوانين التجارة التي تحظر اتباع أساليب غير مشروعة في جذب العملاء، مما يندرج تحت مصطلح: المنافسة غير المشروعة.

ومن الأساليب التي تتبعها الشركات لإيجاد بيئة احتكارية عبر الهيمنة على السوق بالاندماج مع الشركات التي تمارس النشاط ذاته، ولذا فإن المنظم اشترط لصحة أي عملية اندماج أن يكون ذلك بموافقة الجهات المختصة في الدولة، وذلك حتى يتم التحقق من عدم تأثير الاندماج على المنافسة المشروعة.

وقد رغبت أن تكون رسالتي لنيل درجة الدكتوراه في موضوع الرقابة على تلك الاندماجات من خلال نظام المنافسة ولائحته التنفيذية، والأنظمة ذات العلاقة داخل المملكة، مقارناً ذلك بالقوانين الدولية، مع بيان موقف الفقه الإسلامي من ذلك، بحيث يكون عنوان الرسالة:" **الرقابة على اندماج الشركات في ضوء الأنظمة المتعلقة بالمنافسة في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة** ".

أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع في علاقته بالحفاظ على المال، الذي هو ضرورة من الضرورات الخمس التي جاء الإسلام بالحفاظ عليها وحمايتها(١).

كما تظهر أهميته من جهة كون المنافسة التجارية تؤثر في الوضع الاقتصادي العام للدولة، فالمنافسة المشروعة تؤدي إلى تحسين الإنتاج وتخفيض الأسعار، والإخلال بها أو استخدام الأساليب غير المشروعة في المنافسة يحدث اضطراباً في السوق، ويضر بالتجارة، وهذا التأثير – سلباً كان أو إيجاباً – يتناول المنتجين والمستهلكين على حد سواء، مما يعني أن لهذا الموضوع مساساً كبيراً بحياة الناس(٢).

إضافة إلى ذلك؛ فإن بعض المنشآت تسعى إلى إيجاد بيئة احتكارية عبر إيجاد قوة تنشأ من المركز الاحتكاري تتمتع المنشأة عبره بوضع مهيمن في السوق. وهذا يوجب على الدولة أن تقف بحزم ضد كل ما يضر بمواطنيها، وبالاقتصاد الكلي للدولة، ويكون ذلك بوضع الضوابط للرقابة على العمليات التي تؤدي إلى الوصول إلى المركز الاحتكاري وهي: الاندماج والاستحواذ والسيطرة. ومما يلحظ أن حالات التركز الاقتصادي بأنواعه من اندماج واستحواذ وغيرهما يزداد كثرة عبر الوقت، وقد بلغت عمليات التركز سنة ١٩٩٦م بمبالغ تتجاوز ٢٤٧.٦ بليون دولار، وبعد الأزمة الاقتصادية العالمية كثرت عمليات التركز للخروج من الصعوبات التي وقعت فيه تلك المؤسسات جراء الأزمة (٣).

كما أن لهذا البحث أهمية خاصة بالنسبة إلى الحركة التجارية والاقتصادية في المملكة العربية السعودية؛ لحداثة تنظيم المنافسة، ولما تشهده السوق السعودية من تدفق السلع وزيادة المنافسة.

---

(١) الموافقات للإمام الشاطبي ٣١/١.

(٢) ولهذا السبب أكد مجلس الوزراء في المملكة –كما في الجلسة المنعقدة بتاريخ ١٤٢٩/١/١٩هـ والجلسة المنعقدة بتاريخ ١٤٢٩/٤/٢٩هـ– على تفعيل نظام المنافسة وتوفير الدعم اللازم لذلك، ضمن عدة توصيات تهدف إلى توفير السلع ومعالجة ظاهرة ارتفاع الأسعار وغلاء المعيشة.

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٠.

أسباب اختيار الموضوع:

لم يسبق – فيما أعلم – بحث الموضوع، على الرغم من أهميته لارتباطه بالاقتصاد الوطني ولذا فقد استعنت بالله في اختيار هذا الموضوع لأسباب عديدة يمكن حصرها فيما يأتي:

١. توجه الكثير من المنشآت للاندماج وخصوصا بعد الأزمات العالمية المتعاقبة، مما قد يؤثر على التنافسية.

٢. حداثة التنظيمات الخاصة بهذا الموضوع، فقد صدر نظام المنافسة في المملكة العربية السعودية، بالمرسوم الملكي ذي الرقم م/٢٥ بتاريخ ١٤٢٥/٥/٤هـ، وصدرت لائحته التنفيذية من مجلس المنافسة بالقرار ذي الرقم ٢٠٠٦/١٣ والتاريخ ١٤٢٧/١١/٢٥هـ، ثم عدلت وصدرت لائحة جديدة لنظام المنافسة بقرار مجلس المنافسة رقم ١٢٦ وتاريخ ١٤٣٥/٩/٤هـ الموافق ٢٠١٤/٧/١م [(١)].

٣. انضمام المملكة العربية السعودية إلى منظمة التجارة العالمية، وتوقيعها على الاتفاقيات الخاصة بذلك، مما يعني انفتاح السوق أمام الشركات العالمية، وبالتالي حصول المزيد من المنافسة بين السلع المحلية والأجنبية، مما قد يسبب لبعض المنشآت في خضم التنافس المحموم للظفر بالأرباح إلى إجراءات تخالف التنافس المشروع وهذا يحتم على الدولة أن تراقب كل ما يخل بالمنافسة وتمنعها.

٤. حاجة الموضوع إلى بحث مقارن، في الفقه الإسلامي والنظام، وبخاصة أن أغلب ما كُتب عن الموضوع –مع قلته– سواءً أكان في الأبحاث المتعلقة باندماج الشركات أو بأحكام المنافسة والاحتكار، يتناول هذه الموضوعات من الجانب النظامي أو الجانب المالي.

٥. أن الموضوع – على أهميته – لا زال بحاجة إلى دراسات جادة مقارنة، تغطي الجوانب النظامية المقارنة بالفقه الإسلامي، وتركز على الواقع السعودي والخليجي.

مشكلة البحث:

إنه في الوقت الذي اعترف فيه النظام بحق المنشآت في أن تندمج مع بعضها أو تستحوذ منشأة على أخرى؛ إلا أنه راعى – في الوقت ذاته – أن لا يتمخض عن هذا الاندماج أي

(١) منشور في موقع جريدة أم القرى ع ٤٥٣٠ على الشبكة، ينظر الرابط، وقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.uqn.gov.sa

شكل من أشكال التفرد بالسوق التجاري ضمن أي من القطاعات محل الاندماج، بحيث يلزم معه المحافظة على الحق في المنافسة المشروعة وعدم تحطيم المنشآت التجارية الصغرى مما يؤدي إلى ضعفها أو تلاشيها وخروجها من السوق التنافسية. ولذا فإن من الضروري تحديد المعايير اللازمة للفصل بين الاندماج المشروع المفيد وذاك الذي يؤدي إلى المنافسة غير الشريفة. وهذه الدراسة محاولة للتصدي لهذه المشكلة بشكل يمكِّن من تقديم الحلول الملائمة عبر عقد المقارنة مع واقع بعض الأنظمة المقارنة وطرحها في واقع الاقتصاد السعودي لمعرفة حدود وإمكانية تطبيقها بشكل يحد من هذه المشكلة.

وتكمن مشكلة الموضوع في بحث كيفية حماية صغار التجار الذين قد يتضررون من الاندماج بإخراجهم من السوق بتصرفات المنشآت المندمجة المسيطرة على السوق، وكيفية وصول المنظم إلى وضع حالة توازن بين حقوق الطرف الأضعف من المستهلكين وصغار المنتجين وبين المنشآت التي ترغب في الاندماج لأغراض اقتصادية بحتة دون الأغراض غير المشروعة، وكيفية حل مشكلة التوازن بين حرية التصرفات التجارية ومنها الاندماج، وهو ما يمثل حقوق المنتج (التاجر)، وبين حقوق الطرف الأضعف الذي هو المستهلك في حمايته من التصرفات الاحتكارية والمنافسة غير المشروعة التي مؤداها ارتفاع الأسعار أو رداءة السلع والخدمات على المستهلك الأخير.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى ما يأتي:

١. تحديد معنى الرقابة على الشركات، ووسائلها، ومعنى الاندماج، وبيان أحكامه وصوره وآثاره ودراستها من الناحيتين النظامية والفقهية.

٢. بيان البيئة الاحتكارية التي تكون بها المنشأة في وضع مهيمن في السوق، والوسائل التي يلزم الدولة سلوكها لتشديد الرقابة على عمليات الاندماج التي تؤدي إلى الوصول إلى المركز الاحتكاري.

٣. بيان ضوابط الاندماج التي لا تؤثر على المركز الاحتكاري.

٤. بيان المسؤولية المدنية للاندماجات غير النظامية.

٥. دراسة الجانب العقابي فيما يتصل بمخالفة الأنظمة، مع بيان الجهة المختصة لإيقاع العقوبات وكيفية التظلم ضدها.

الدراسات السابقة:

يوجد عدة أبحاث غطت جوانب من الموضوع، إلا أن الأبحاث التي تتناوله لا تغطي الجوانب النظامية والشرعية على النحو المَرْضِيّ، فتجد أبحاثاً عن المنافسة والاحتكار، وأبحاثاً عن الاندماج وشروطه، وكل مؤلف يبحث في موضوع حسب خلفيته، فالمختص بالاقتصاد يركز على ما يفيد تخصصه، والنظامي يهتم بالتشريعات والعقوبات. ومن أفضل البحوث وأخصرها بحث: **مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية**، للدكتور أحمد الملحم، المنشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة التاسعة عشرة، في ربيع الثاني من سنة ١٤١٦هـ الموافق لشهر سبتمبر من سنة ١٩٩٥م، وتميزت دراسة الدكتور الملحم بالمقارنة بين النظام الكويتي والأنظمة الأمريكية والأوربية في أحكام المنافسة، كما أرفق في بحثه دراسة لعدد من الوقائع القضائية، ويلحظ علي الدراسة سوء الترتيب، كما أنه لم يشر إلى حكم الشريعة الإسلامية في بعض الجزئيات التي لها جانب شرعي.

كما يوجد بحوث تحدثت عن هذا الموضوع ضمن فصول دراسات عن أحكام المنافسة بشكل عام، والدراسات العلمية التي تحدثت عن الموضوع هي:

١- الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، للباحث مُحَمَّد سلمان الغريّب، وتحدث فيه عن المنافسة وعلاقتها بالاحتكار، والمركز الاحتكاري، والأفعال الاحتكارية وإساءة استغلال المركز الاحتكاري، وهو بحث قانوني مقارن.

٢- شروح قانون حماية المنافسة، ومنها: شرح د.عبدالفتاح مراد، وشرح د.قدري عبدالفتاح الشهاوي لقانون المنافسة المصري.

٣- الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي: الصناعة، التجارة، الخدمات، للدكتور أحمد مُحَمَّد محرز، وتحدث فيه عن النظرية العامة لحق المنافسة المشروعة، وأسس القيم التنافسية وخصائصها، وختم بحماية الحق في المنافسة.

٤- المنافسَة التجارية دراسة مقارنة، للدكتور عبدالعزيز الناصر، وهو بحث دكتوراه

قدم لقسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء سنة ١٤٣٠هـ. وقد شملت هذه الدراسة تمهيدا تضمن التعريف بعنوان الرسالة وخمسة أبواب وهي:

الباب الأول: الممارسات المخلّة بالمنافسة،

الباب الثاني: المنافسة غير المشروعة،

الباب الثالث: المنافسة المشروعة،

الباب الرابع: حماية المنافسة المشروعة،

الباب الخامس: الضبط والتحقيق والادعاء والفصل في قضايا المنافسة

وعندما تحدث في الباب الأول عن الممارسات المخلّة بالمنافسة، عقد فصلين، تضمن الفصل الثاني منه الحديث عن الممارسات المخلّة بالمنافسة، وفي المبحث الثاني منه تحدث عن صور الممارسات المخلّة بالمنافسة، ذكر تحته عدة مطالب، المطلب الأول: إساءة استغلال المركز الاحتكاري، ذكر فيه وسائل الوصول إلى المركز الاحتكاري، ومنها: الاندماج، وتحدث فيه باقتضاب يناسب المقام، وأما هذا البحث فقد درست هذه الحالة بشمولية وتوسع مع التركيز على التطبيقات القضائية المقارنة.

ويتبين مما سبق أن هذه الدراسة ستتناول موضوعات وجوانب بحثية مهمة لم يسبق تناولها في الدراسات السابقة، وأشير إلى أهمها فيما يأتي:

١. دراسة الآليات الرقابية التي تمكن الدولة من ضبط اندماج الشركات ليتوافق مع جميع الأنظمة ومنها أنظمة المنافسة والاحتكار.

٢. دراسة الجانب المتعلق بشروط اندماج المنشآت في نظام المنافسة ولائحته التنفيذية مع المقارنة بعدد من القوانين.

٣. مقارنة المسائل النظامية بالفقه الإسلامي.

٤. دراسة واقع حماية المنافسة من اندماج الشركات ذي الغرض الغير نظامي، محلياً؛ عن طريق مجلس المنافسة، ودولياً؛ عن طريق منظمة التجارة العالمية ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد).

٥. بحث جوانب الضبط والتحقيق والادعاء والفصل عند وجود اندماج منشآت تخل بالمنافسة، والموظفين واللجان المختصة بذلك في المملكة، وبخاصة لجنة الفصل في مخالفات

نظام المنافسة، ودراسة ذلك كله دراسةً تحليلية نظامية مقارنة بالفقه الإسلامي.

منهج البحث:

استخدم الباحث – غالباً – منهجي الاستقراء والاستنباط، وذلك بجمع النصوص الفقهية والنظامية ودراستها وتحليلها، كما تم استخدام المنهج التاريخي عند بحث تاريخ المنافسة التجارية، إضافة لسلوك مناهج بحثية أخرى بحسب الموضوع الذي تم تناوله. مع الحرص على اعتماد مناهج الاستنباط والتأصيل والموازنة النقدية في جل المباحث والمسائل؛ نظراً لجدة الموضوع، وتجدد مسائله، وفق الآتي:

أولاً: منهج الكتابة في الموضوع

استخدم الباحث في كتابته لهذه الدراسة الطريقة الآتية:

١. الاستقراء لمصادر المسألة، ومراجعها المتقدمة والمتأخرة.

٢. الاعتماد عند الكتابة على المصادر الأصلية في كل مسألة بحسبها.

٣. التمهيد للمسألة بما يوضحها إن احتاج المقام لذلك.

٤. استخدم الباحث في دراسة التعريفات المنهج الآتي:

أ. التعريف اللغوي: ويتضمن الجانب الصرفي وجانب الاشتقاق وجانب المعنى اللغوي للفظ.

ب. التعريف الاصطلاحي: ويتضمن ذكر تعريفات الفقهاء والشراح، وبيان أهم ما ورد عليه من اعتراضات ومناقشات، وصولاً إلى التعريف المختار.

٥. استخدم الباحث في دراسة المسائل الخلافية الفقهية المنهج الآتي:

١) إذا كانت المسألة الفقهية من مواضع الاتفاق فيذكر حكمها بدليلها مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٢) إذا كانت المسألة الفقهية من مسائل الخلاف استخدم الباحث المنهج الآتي:

أ. تحرير محل الخلاف فيها إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

ب. ذكر الأقوال في المسألة وعرض الخلاف على ضوء الأقوال، وذكر من قال بكل قول، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية، وتجنب الأقوال الشاذة.

ج. الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، ومع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم يوقف على المسألة في مذهب ما فيسلك بها مسلك التخريج.

د. توثيق نسبة الأقوال إلى المذاهب من الكتب المعتمدة في كل مذهب.

هـ. عزو نصوص العلماء وآرائهم لكتبهم مباشرة، مع بيان أدلتهم وما يرد عليها.

و. الحرص على التزام المنهج العلمي، البعيد عن التعصب للرأي، والتجريح للمخالف، مع ترجيح ما يظهر رجحانه.

٦. . التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

٧. ذكر التطبيقات القضائية المقارنة.

٨. الاعتناء بقواعد اللغة العربية والإملاء وبالنواحي الشكلية، والتنظيمية وعلامات الترقيم المتعارف عليها.

ثانياً: منهج التعليق والتهميش، ويكون على ضوء النقاط الآتية:

١- التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

٢- توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة عليها بالمادة نظرا لتعدد الطبعات.

٣- بيان أرقام الآيات، وعزوها لسورها بعد ذكره الآية مباشرة في صلب البحث.

٤- تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وإثبات موضع الحديث في الطبعات المتداولة، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها، وإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما يكتفى بتخريجه منها للحكم بصحته.

٥- تخريج الآثار من مصادرها الأصلية.

٦- تكون الإحالة إلى المصدر في حالة النقل منه بالنص بذكر اسمه والجزء والصفحة.

٧- المعلومات المتعلقة بالمراجع (الناشر، ورقم الطباعة، ومكانها، وتاريخها.. إلخ) يكتفي بذكرها في قائمة المصادر والمراجع.

٨- تكون ترجمة الأعلام مختصرة مشتملة على ما يأتي:

أ- ذكر اسم العلم ونسبه، مع ضبط ما يشكل من ذلك.

ب- تاريخ مولده ووفاته.

ج- مذهبه والعلم الذي اشتهر به.

د- أهم مؤلفاته.

هـ- مصدر ترجمته.

ثالثاً: منهج الخاتمة والفهارس، ويكون على النحو الآتي:

١- تكون الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات التي يراها الباحث.

٢- يلحق بالرسالة الفهارس الفنية المتعارف عليها.

خطة البحث:

تتكون الرسالة من مقدمة وتمهيد وبابين وخاتمة على النحو الآتي:

فأما المقدمة فتتضمن: أهمية الموضوع، وسبب اختياره، مشكلة البحث، تساؤلات البحث، والصعوبات التي واجهت الباحث، مع سرد للدراسات السابقة وتقييمها، ثم عرض لمنهج البحث.

وتقسيمات الرسالة، على النحو الآتي:

التمهيد:

المبحث الأول: التعريف بالرقابة.

المبحث الثاني: التعريف باندماج الشركات.

المبحث الثالث: التعريف بالمنافسة.

الباب الأول: الضوابط العامة للاندماج غير المخل بأحكام المنافسة

الفصل الأول: التدابير النظامية للحد من الاندماج المخل بأحكام المنافسة

المبحث الأول: تمكين مجلس المنافسة من دراسة طلبات الاندماج وإصدار القرارات بشأنها

المطلب الأول: كيفية تمكين مجلس المنافسة من دراسة طلبات الاندماج وإصدار القرارات بشأنها

المطلب الثاني: حكم القرارات المتخذة من قبل مجلس المنافسة

المطلب الثالث: الحكم الفقهي لوضع مجلس المنافسة

المبحث الثاني: اختصاص لجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة في الفصل في مشروعية الاندماج التجاري

المطلب الأول: اختصاصات لجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة

المطلب الثاني: حجية القرارات المتخذة من قبل لجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة في الفصل في مشروعية الاندماج التجاري

المطلب الثالث: الحكم الفقهي لوضع لجنة للفصل في مخالفات نظام المنافسة

الفصل الثاني: أسس النظر في الاندماج في ضوء أحكام المنافسة

المبحث الأول: في حال كون الاندماج لا يؤدي إلى الوضع المهيمن

المطلب الأول: المقصود بالوضع المهيمن

الفرع الأول: التركز الاقتصادي عبر بلوغ النسبة المحددة نظاما

الفرع الثاني: إمكانية التأثير على السعر السائد في السوق ولو لم تبلغ النسبة النظامية

المطلب الثاني: إجراءات الاندماج

المبحث الثاني: في حال كون الاندماج يؤدي إلى المركز المهيمن

المطلب الأول: أسس النظر في طلب الاندماج

الفرع الأول: الأساس الجغرافي للسوق

الفرع الثاني: الحصة السوقية

الفرع الثالث: مستوى المنافسة بالنسبة لعدد المتنافسين وحجم السوق

الفرع الرابع: عوائق دخول المتنافسين للسوق

المطلب الثاني: تقييم آثار الاندماج على المنافسة.

الفرع الأول: مستوى المنافسة الفعلية والمحتملة في السوق

الفرع الثاني: مدى سهولة دخول منتجات جديدة للسوق

الفرع الثالث: تأثيره على سعر السلعة

الفرع الرابع: وجود أي عوائق نظامية تؤثر على دخول متنافسين جدد

الفرع الخامس: المستوى والتوجهات التاريخية للممارسة المخلة بالمنافسة في السوق.

الفرع السادس: مدى احتمال أن ينشأ عن التركز الاقتصادي ما يؤدي إلى أن يصبح لدى الأطراف المتركزة قوة في السوق.

الفرع السابع: الخصائص المتغيرة للسوق بما في ذلك النمو والابتكار والإبداع.

المطلب الثالث: تقييم مصالح الاندماج عند الوصول المنشأة للمركز المهيمن

الفرع الأول: وجود ما يؤثر على المنافسة

الفرع الثاني: نشوء كفاءة تقنية أو أي فوائد أخرى تفوق آثار المنع أو الحد من حرية المنافسة

الفرع الثالث: وجود مبرر على أساس تحقيق الصالح العام

المطلب الرابع: مراعاة مصالح المستهلكين أثناء تقييم آثار التركز الاقتصادي.

الفرع الأول: المحافظة على المنافسة الفاعلة

الفرع الثاني: تعزيز مصالح المستهلكين

الفرع الثالث: تشجيع خفض التكاليف وتطوير سلع جديدة، ودخول منافسين جدد

المبحث الثالث: أسس الرقابة على المنشآت التجارية بعد الاندماج عند وجود حد أدنى من التأثير على المنافسة

المبحث الرابع: الموقف الفقهي لضبط الاندماج والرقابة عليه حتى لا يخل أحكام المنافسة

الباب الثاني: آثار الرقابة على المنافسة في حال اندماج الشركات التجارية فقها ونظاما

الفصل الأول: ترتب المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة فقها ونظاما

المبحث الأول: أركان المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة ومقارنتها بالفقه الإسلامي

المطلب الأول: الفعل غير المشروع

الفرع الأول: تطبيق ركن الفعل غير المشروع على الاندماج المخل بالمنافسة

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من تطبيق ركن الفعل غير المشروع على الاندماج المخل بالمنافسة

المطلب الثاني: الخطأ

الفرع الأول: تطبيق ركن الخطأ على الاندماج المخل بالمنافسة

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من تطبيق ركن الخطأ على الاندماج المخل بالمنافسة

المطلب الثالث: علاقة السببية

الفرع الأول: تطبيق ركن علاقة السببية على الاندماج المخل بالمنافسة

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من تطبيق ركن علاقة السببية على الاندماج المخل بالمنافسة

المبحث الثاني: آثار المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة المشروعة فقها ونظاما.

المطلب الأول: دعوى المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة

الفرع الأول: النظام الواجب التطبيق في دعوى المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي لدعوى المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة

الفرع الثالث: إجراءات دعوى المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة

المطلب الثاني: جزاء المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة بالتعويض العادل فقها ونظاما

الفصل الثاني: ترتب المسؤولية الجزائية عن الاندماج المخل بأحكام المنافسة فقها ونظاما

المبحث الأول: الاختصاص القضائي لدعوى المسؤولية الجزائية عن الاندماج المخل بالمنافسة

المبحث الثاني: أركان المسؤولية الجزائية للاندماج المخل بالمنافسة

المبحث الثالث: العقوبة المقررة على جرم الاندماج المخل بالمنافسة فقها ونظاماً

الخاتمة وتتضمن: الخلاصة والنتائج، إضافة إلى التوصيات.

الفهارس، وفيها:

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة والآثار.
- فهرس الأعلام المترجم لهم.
- فهرس المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعات.

وفيما يأتي – بعد شكر من هو أهل للشكر – بيان تمهيد للبحث، يتضمن التعريفات وبعض المقدمات المهمات.

شكر واعتذار

أختم مقدمة هذا البحث بشكر الله تعالى على ما أنعم به علي من طلب العلم في شعبة الأنظمة من قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء التابع لجامعة الإمام مُحَمَّد بن سعود الإسلامية، على يد نخبة من فقهاء أفاضل جمعوا بين العلم بالشريعة الإسلامية، ومعرفة القوانين الوضعية، فغرسوا في طلبتهم البحث في تلك القوانين عن كل ما لا يعارض الشريعة الإسلامية مما فيه مصلحة، وهذا فضل الله يؤتيه من يشاء.

ومزيد من الشكر لأساتذتي الأفاضل وأخص منهم بالشكر الجزيل لسعادة الأستاذ الدكتور سامر الدلالعة على الجهد الذي بذله ووقته الذي صرفه، في الإشراف علي وتقويم ما كتبته، مما أنعم الله عليه من علم واسع وخلق رفيع.

كما أشكر والدتي على دعائها الصادق وزوجي على صبرها الفائق، وابنتي على عونها الفائق في الفهرسة والتنسيق، وإخواني من طلبة العلم الذين أعانوني برأي أو مشورة أو إعارة كتاب، ولا أنسى الإخوة العاملين في مكتبة جامعة الإمام مُحَمَّد بن سعود الإسلامية، ومكتبة الملك عبدالعزيز العامة، ومكتبة الإمام أحمد بن حنبل، ومكتبة الإمام ابن القيم، فقد استفدت من تلك المكتبات فائدة عظيمة، وكان لتعاون الإخوة مع الباحث، أثره البالغ في إثراء البحث، وأسأل الله أن يكتب لهم الأجر والثواب.

والشكر موصول للإخوة العاملين في مجلس المنافسة وعلى رأسهم المستشار القانوني بالمجلس الأستاذ علاء الخزيم.

وأعتذر إن كان في البحث قصور أو خلل، فالنقص من طبيعة أعمال البشر، ورحم الله من تعامل مع الخطأ والزلل بما يتعامل به أهل الكَيْسِ، من نصح للمخطئ بلا تعيير، وبيان للخطأ بلا تشهير.

التمهيد

ويتضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم الرقابة

المبحث الثاني: مفهوم اندماج الشركات

المبحث الثالث: مفهوم المنافسة

مقدمة:

يلحظ على عدد من الدراسات التي تناولت الموضوعات القانونية أنها لا تعطي تحرير المصطلحات أهميتها اللائقة بها، مع أن توضيح معاني العبارات التي يتناولها أي بحث نظامي، مهم لتطبيق النصوص النظامية. ولذا فإن من الملائم بيان أهمية تحرير المصطلحات، وعناية أهل العلم بذلك بتأليفهم الكتب الخاصة بتحرير المصطلحات. وبيان ذلك أنه لما تنوعت المدارس الفقهية دخل الكثير من المصطلحات إلى كتب العلم واستقرت، حتى توجب على الباحث في أي علم أن يفهم مصطلحاته، فلم يخل مذهب من المذاهب الفقهية المشهورة من كتاب أو أكثر يبين معاني الاصطلاحات الفقهية والتي من أشهرها عند الحنفية كتاب طلبة الطلبة [١] وعند المالكية كتاب الحدود[٢]، وعند الشافعية كتاب المصباح المنير في غريب الشرح الكبير [٣]، وعند الحنابلة كتاب المطلع على أبواب المقنع[٤]، ومن الكتب المعاصرة الجامعة كتاب القاموس الفقهي[٥].ويمكن القول بأن " مصطلحات الفنون " إنما وضعت لتقريب معاني كل فن، وضبط قواعده ومباحثه، وهذا "من أصدق دلالة على عظيم الجهود المبذولة في خدمة العلم وتذليل صعابه، وتقريب بعيده، وجمع متفرقة من أهل العلم في كل عصر ومصر" [٦].

وفي أهمية إدراك المصطلحات يقول الإمام الرازي[٧]– رحمه الله –:" لا نزاع في أن لكل قوم من العلماء اصطلاحات مخصوصة يستعملونها في معان مخصوصة؛ إما لأنهم نقلوها بحسب عرفهم إلي تلك المعاني، أو لأنهم استعملوها فيها علي سبيل التجوز، ثم صار المجاز شائعاً، والحقيقة مغلوبة "[٨]، وقال الإمام ابن القيم [١] – رحمه الله –: " لا ننكر أن يحدث في كل

(١) طلبة الطلبة لعمر بن مُحَمَّد النسفي الحنفي، وهو في مصطلحات المذهب الحنفي.

(٢) الحدود لابن عرفة المالكي. وشرح الحدود للرصاع التونسي، وهو في مصطلحات المذهب المالكي.

(٣) المصباح المنير لأحمد بن مُحَمَّد المقري الفيومي، وهو في مصطلحات المذهب الشافعي.

(٤) المطلع لمحمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، وهو في مصطلحات المذهب الحنبلي.

(٥) القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب. وهو من الفقهاء المعاصرين

(٦) المواضعة في الاصطلاح على خلاف الشريعة وأفصح اللغى للشيخ بكر أبو زيد – ضمن كتاب فقه النوازل ١٢٧/١.

(٧)هو مُحَمَّد بن عمر بن الحسين القرشي، أبو عبدالله فخر الدين المعروف بابن خطيب الري، من أئمة الشافعية، له من الآثار مفاتيح الغيب في التفسير والمحصول في الأصول. وتوفي سنة ٦٠٦هـ. " طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي ٥ / ٣٣".

(٨) المحصول للرازي (٤/ ٦٤٧).

زمان أوضاع لما يحدث من المعاني التي لم تكن قبل، ولا سيما أرباب كل صناعة فإنهم يضعون لآلات صناعاتهم من الأسماء ما يحتاجون إليه في تفهيم بعضهم بعضاً عند التخاطب، ولا تتم مصلحتهم إلا بذلك، وهذا أمر عام لأهل كل صناعة مقترحة أو غير مقترحة، بل أهل كل علم من العلوم قد اصطلحوا علي ألفاظ يستعملونها في علومهم تدعو حاجتهم إليها للفهم والتفهيم"[٢]. وقال أحمد ابن فارس [٣]– رحمه الله –: "لكل لفظ اسمان: لغوي، وصناعي، ويقصد بالصناعي الاصطلاحي" [٤].

إلا أنه يحسن أن ينضبط الاصطلاح بما ضبطه أهل العلم، وحينما تورَد قاعدة: "لا مشاحة في الاصطلاح" [٥]، لا يُقصد بها العموم، بل هي مقيدة بشروط:

أولها: أن يكون المعنى معروفاً عند أهل الفن، ولذا يقولون:"لا مشاحة في الألفاظ بعد معرفة المعاني" [٦]. وقال الشيخ طاهر الجزائري[٧] – رحمه الله –:" هذا، وقد ذكر المحققون أنه ينبغي لمن تكلم في فن من الفنون أن يورد الألفاظ المتعارفة فيه مستعملاً لها في معانيها المعروفة عند أربابه، ومخالف ذلك إما جاهل بمقتضى المقام، أو قاصد للإبهام والإيهام، مثال ذلك... أن يقول قائل عن حديث ضعيف: أنه حديث حسن، فإذا اعترض عليه قال: وصفته بالحسن

---

(١) هو مُحَمَّد بن أبي بكر الزرعي ثم الدمشقي، الإمام المشهور بالفقه والأصول والتفسير والنحو ويغرها، كان والده قيم المدرسة الجوزية، ولد سنة ٦٩١هـ وتوفي سنة ٧٥١هـ. له من الكتب إعلام الموقعين وزاد المعاد وإغاثة اللهفان والصواعق المرسلة وغيرها. "الذيل على طبقات الحنابلة " ٤٤٧/٢.

(٢) مختصر الصواعق المرسلة (ص٢٧٢).

(٣)هو أبو الحسين أحمد بن فارس القزويني الرازي اللغوي، من أعظم عباقرة العربية، يشهد له على ذلك كتبه التي منها الصاحبي ومقاييس اللغة، توفي سنة ٣٩٥هـ. " ابن فارس اللغوي ٢٥ – ١٠٥".

(٤) كتاب الصاحبي لابن فارس ص ٨٩.

(٥) إعانة الطالبين (٣٧/٣)، و حاشية البجيرمي (٢٤٣،٣/١ ٣٥٢/٣) والموافقات للشاطبي (٤١١/١)، وروضة الناظر (٢/ ١٧٧) وحواشي الشرواني (١/ ١٧٦) وحاشية الطحاوي علي مراقي الفلاح (٩/٢)، و حاشية الدسوقي (٢/ ٣٨٣)، والسبيل الجرار للشوكاني (٣٥١/٢) وأبجد العلوم لصديق حسن خان (٢٩/١).

(٦) المستصفى للغزالي ص٢٣، والروح لابن القيم ص٢٠٤.

(٧) هو الشيخ طاهر بن صالح بن أحمد بن موهب، السمعوني الجزائري، ثم الدمشقيّ: بحاثة من أكابر العلماء باللغة والأدب في عصره. أصله من الجزائر، ومولده ووفاته في دمشق. كان كلفا باقتناء المخطوطات والبحث عنها، فساعد على إنشاء (دار الكتب الظاهرية) في دمشق، وجمع فيها ما تفرق في الخزائن العامة، وساعد على إنشاء (المكتبة الخالدية) في القدس. له عدة مصنفات في البلاغة والتفسير والأدب وغيرها، وألف في سيرته عدة كتب. الأعلام ٢٢١/٣.

باعتبار المعنى اللغوي؛ لاشتمال هذا الحديث على حكمة بالغة. وأما قولهم: " لا مشاحة في الاصطلاح " فهو من قبيل تمحل العذر، وقائل ذلك عاذل في صورة عاذر" [١].

ثانيها: ألا يتضمن الاصطلاح مفسدة، يقول ابن القيم – رحمه الله –:"والاصطلاحات لا مشاحة فيها إذا لم تتضمن مفسدة " [٢].

ويجد التنبه إلى أنه لا يخلو تعريف من إيراد، وهذا لا يشكل عليه، قال الإمام ابن تيمية[٣] – رحمه الله –:"الذي عليه عامة الناس من نظار المسلمين وغيرهم الاقتصار في الحدود على الوصف المميز الفاصل بن المحدود وغيره إذ التمييز يحصل بهذا وذلك هو الوصف المطابق للمحدود في العموم والخصوص إلى أخرها بحيث يدخل فيه جميع أفراد المحدود وأجزائه ويخرج منه ما ليس منه "[٤].

وبعد هذه التوطئة المختصرة في أهمية تحرير المصطلحات؛ ندلف إلى بيان لمفهوم المصطلحات الواردة في عنوان البحث.

(١) توجيه النظر (١/٧٨).

(٢) مدارج السالكين لابن القيم (٣/ ٣٠٦).

(٣) هو الإمام المجدد أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام ابن تيمية– لقب لإحدى جداته– النمري نسبا الحراني ولادة الدمشقي نشأة ووفاة، ولد سنة ٦٦١هـ، أحدث نقلة عظيمة في الفقه الإسلامي فأوحى الشيطان إلى أوليائه أن يغيبوه في السجن مرات حتى مات في السجن سنة ٧٢٨هـ، ألف في ترجمته مصنفات عديدة كالأعلام العلية وغيره، ومن أشملها: الجامع لسيرة شيخ الإسلام لمحمد عزير شمس.

(٤) الرد على المنطقيين لابن تيمية ص ٧٥.

المبحث الأول
مفهوم الرقابة

تتبين مفاهيم المصطلحات ببيان اشتقاقها اللغوي، واستعمالها في اللغة العربية، وما إذا كانت اللفظة مستعملة في الفقه الإسلامي، ومعناها الاصطلاحي القانوني، وفيما يلي من مطالب بيان لذلك.

المطلب الأول
تعريف الرقابة في اللغة

يتبين من مراجعة المصادر اللغوية أن الرقابة مصدر الفعل "راقب"، وهو مأخوذ من الفعل الثلاثي: "رقب"، قال ابن فارس: في رسم "رقب" الراء والقاف والباء أصلٌ واحدٌ مطّرد، يدلّ على انتصابٍ لمراعاةِ شيءٍ. من ذلك الرَّقِيب، وهو الحافِظ. يقال منه رَقَبْتُ أرْقَب رِقْبة ورِقْباناً. والمرْقَب: المكان العالي يقِفُ عليه النَّاظِر... ومن ذلك اشتقاق الرَّقَبةِ، لأنَّها منتَصِبة، ولأنّ النّاظرَ لا بد ينتصبُ عند نظره[1]. وفي المعجم الوسيط: (راقبه) مراقبة ورقابا رقبه أي حرسه ولاحظه، ويقال راقب الله أو ضميره في عمله أو أمره: خافه وخشيه، وفلان لا يراقب الله في أمره: لا ينظر إلى عقابه فيركب رأسه في المعصية... (الرقابة): بمعنى المراقبة، وعمل من يراقب الكتب أو الصحف قبل نشرها (محدثة)[2]. وفي المفردات :" ورَقَبْتُهُ: حفظته. والرَّقِيبُ: الحافظ، وذلك إمّا لمراعاته رقبة المحفوظ، وإما لرفعه رقبته، قال تعالى: "وَارْتَقِبُوا إِنِّي مَعَكُمْ رَقِيبٌ " (هود: ٩٣)، وقال تعالى: " إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ " (ق: ١٨)، وقال: " لا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلا ذِمَّةً " (التوبة: ١٠)، والْمَرْقَبُ: المكان العالي الذي يشرف عليه الرقيب... وتَرَقَّبَ: احترز راقبا، نحو قوله: " فَخَرَجَ مِنْها خائِفاً يَتَرَقَّبُ " (القصص: ٢١) [3]. وفي نزهة الأعين النواظر: الرَّقِيب: فعيل من المراقبة، وَهُوَ اسْم الْفَاعِل. وَتقول: رقبت الشَّيْء، أرقبه، رَقَبَة، ورقبانا: إِذا انتظرته. والمرقب: الْمَكَان العالي المشرف يقف عَلَيْهِ الرَّقِيب. وَتقول: أرقبت فلَانا هَذِه الدَّار،

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس – رسم "رقب".

(٢) المعجم الوسيط لمجموعة من المؤلفين –رسم:"رقب".

(٣) المفردات للراغب الأصفهاني ص ٣٦٢.

وَهُوَ أَن تعطيه إِيَّاهَا فيسكنها. وَتقول: إِن مت قبلي رجعت إِلَيّ، وَإِن مت قبلك فَهِيَ لَك، فَأخذت من المراقبة، لِأَن كل وَاحِد مِنْهُمَا يرقب موت صَاحبه.

وَذكر علماء التَّفْسِير أَن الرَّقِيب فِي الْقُرْآن على وَجْهَيْن:

أَحدهمَا: الحفيظ. وَمِنْه قَوْله تعالى: "إِن الله كَانَ عَلَيْكُم رقيبا " (النساء: ١)، وقوله: "كنت أَنْت الرَّقِيب عَلَيْهِم " (المائدة: ١١٧)، وقوله جل وعلا: " إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيب عتيد " (ق: ١٨) [(١)].

وَالثَّانِي: المنتظر. وَمِنْه قَوْله تعالى: "وارتقبوا إِنِّي مَعكُمْ رَقِيب" (هود:٩٣)، وقوله سبحانه: " فَارْتَقِبْ إِنَّهُم مرتقبون" (الدخان: ٥٩) [(٢)].

و يتبين للباحث مما تقدم أن مدلول الرقابة في اللغة قائم على الانتصاب لأجل النظر لشيء إما لحفظه وحمايته، أو للخوف منه.

المطلب الثاني

تعريف الرقابة في الاصطلاح

يستعمل مصطلح الرقابة في علوم الإدارة بشكل عام، وفي الأنظمة الإدارية بشكل خاص. وقد عرفت الرقابة بأنها التأكد من أن ما يتحقق، أو ما تحقق فعلا مطابق لما تقرر، سواء بالنسبة للأهداف أم بالنسبة للسياسات والإجراءات أو بالنسبة للموازنات التخطيطية[(٣)].

وعرفت الرقابة بأنها التأكد والتحقق من أن تنفيذ الأهداف المطلوب تحقيقها في العملية تسير سيرا صحيحا حسب الخطة، والتنظيم والتوجيه المرسوم لها[(٤)].

وفي الأنظمة الإدارية تتضمن عملية الرقابة ثلاثة أمور أساسية هي:

١. التأكد من إنجاز الأهداف وفقا للخطة الموضوعة.

---

(١) قال ابن الأثير:" فِي أَسْمَاءِ اللَّهِ تعالى«الرَّقِيبُ» وَهُوَ الحافظُ الَّذِي لَا يَغِيب عَنْهُ شيءٌ، فعيلٌ بِمَعْنَى فَاعِلٍ. وَمِنْهُ الْحَدِيثُ «ارْقُبُوا مُحَمدا فِي أَهْلِ بَيْته» أَي احفَظُوه فِيهِمْ"، النهاية في غريب الحديث والأثر ٢٤٩/٢.

(٢) نزهة الأعين النواظر لابن الجوزي ص ٣١٠.

(٣) النموذج الإداري المستخلص من إدارة عمر بن عبدالعزيز /٤١١.

(٤) الإدارة في الإسلام للضحيان /١٢٧.

٢. التحقق من صحة التصرفات أثناء التنفيذ.

٣. التحقق من مشروعية الأعمال التي تمت أثناء التنفيذ[١].

وعرف أحد الباحثين الرقابة القضائية بأنها منح السلطات والاختصاصات للقضاء سواء كان قضاء عاديا أو متخصصا للبت في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية أو منازعات القانون الإداري التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وأن تعطى لهذه الأحكام الحكم القضائي الملزم [٢].

وقد عرفت الرقابة على المنافسة بأنها الرقابة السابقة واللاحقة للسوق التنافسية، وتهدف الرقابة السابقة إلى التأكد من عدم بلوغ المنشآت إلى قوة اقتصادية مهيمنة، تضعف المنافسة في السوق. بينما تهدف الرقابة اللاحقة التي تمارسها هيئات المنافسة على السلوك التجاري للمنشآت إلى التأكد من عدم خرق أنظمة المنافسة[٣].

ويظهر للباحث أن المعنى الأشمل لمصطلح الرقابة هو أنها **التأكد من كون العمليات مطابقة للتنظيمات**.

ويتميز هذا التعريف بأنه يشمل جميع أنواع الرقابة، ويمكن من دخول المصطلحات الأخرى، فهو تعريف جامع مانع على اختصاره.

وبعد أن تبين معنى الرقابة، ندلف إلى بيان مفهوم اندماج الشركات في المبحث الآتي.

---

(١) الإدارة الإسلامية لأدهم ص ٢٩٦.

(٢) السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها للدكتور حمد عمر حمد، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ص ٨٢.

(٣) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٢٠٠.

المبحث الثاني
مفهوم اندماج الشركات

يعد مصطلح الاندماج من المصطلحات الحديثة نسبياً، ولها أصل في اللغة العربية، وفي هذا المبحث نستعرض أصل اشتاق الاندماج ودلالته في اللغة العربية، ثم نستعرض المعنى الاصطلاحي وأقسامه وأشكاله، وما يميزه عن غيره، وما قد يشتبه به من مصطلحات لها معنى مقارب له.

المطلب الأول
تعريف الاندماج في اللغة

تعرف المعاجم العربية الاندماج بأنه مصدر من الفعل اندمج، وأصله الفعل الثلاثي دمج، قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة:"(دمج) الدال والميم والجيم أصل واحد يدل على الانطواء والستر. يقال أدمجت الحبل، إذا أدرجته وأحكمت فتله. وفي القاموس المحيط: " دَمَجَ دُموجاً: دَخَلَ في الشيءِ، واسْتَحْكَمَ فيه،كانْدَمَجَ...". وفي المعجم الوسيط: (دمج) اللَّيْل دموجا أظلم وَالْحَيَوَان أسْرع وقارب الخطو... وَالشَّيْء فِي الشَّيْء دخل واستحكم فِيهِ... و(أدمج) الشَّيْء لفه فِي ثوب وَالْحَبل أحكم فتله فِي رقة وَيُقَال أدمج الْأَمر أحكمه...و(اندمج) الشَّيْء فِي الشَّيْء دمج،...، و(تدمج) فِي ثِيَابه تلفف[1].

ويظهر للباحث مما تقدم من كلام علماء اللغة أن الاندماج مأخوذ من دخول الشيء في الشيء، وهو المعنى الأكثر ملاءمة للمدلول الاصطلاحي للاندماج.

(١) رسم (دمج) من معجم مقاييس اللغة لابن فارس، والقاموس المحيط للفيروزأبادي، والمعجم الوسيط لمجموعة من المؤلفين.

المطلب الثاني

تعريف الاندماج في الاصطلاح القانوني

اختلفت عبارات الشراح في تعريف الاندماج، وفيما يأتي ذكر لبعضها مع ما يرد عليها من انتقاد.

أولاً: فقد عرف الاندماج بأنه عقد تضم بمقتضاه منشأة (Enterprise) أو أكثر إلى منشأة أخرى فتزول الشخصية المعنوية للمنشأة المنضمة، وتنقل أصولها وخصومها إلى المنشأة الضامة، أو تمتزج بمقتضاه منشأتان أو أكثر فتزول الشخصية المعنوية لكل منهما، وتنقل أصولها وخصومها (ديونها) إلى منشأة جديدة[١].

ويرى الباحث أن هذا التعريف يتميز بأنه شمل نوعي الاندماج.

ثانياً: وعُرِّف الاندماج بأنه ضم منشأتين أو أكثر قائمتين على وجه قانوني في منشأة واحدة، بعد موافقة ملاك المنشأة المندمجة، على أن تكون المنشأتان متحدتين في الموضوع، بحيث تتكون منهما وحدة اقتصادية بعد الاندماج، وينشأ عن الاندماج زوال المنشأتين القائمتين أو أحداهما على الأقل[٢].

ويرى الباحث أن هذا التعريف معيب لذكره بعض شروط الاندماج، وذكر الشروط في التعريفات مما يعاب.

ثالثا: ذهب بعض الشراح إلى تعريف الاندماج بأنه انضمام منشأتين أو أكثر بحيث تقوم منشأة بتملك أصول منشأة أخرى أو أكثر، إما بدفع قيمة حصصها نقداً أو بتبادل الأسهم أو بتبادل الأصول أو باستخدام وسائل دفع أخرى. وبعد الاندماج تزول منشأة أو المنشآت المندمجة ولا تبقى سوى المنشأة الدامجة[٣].

---

(١) اندماج الشركات وانقسامها، للدكتور حسني المصري ص ٣٥- ٣٦، الاندماج المصرفي، تأليف الدكتور محسن أحمد الخضيري ص ٣٥، الجوانب القانونية لدمج البنوك الكويتية دراسة قانونية مقارنة، للدكتور طعمة الشمري، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، العدد الأول سنة ١٥، في شعبان من سنة ١٤١١هـ الموافق مارس سنة ١٩٩١م، صفحة ١٦٩.

(٢) الموسوعة التجارية الشاملة – إلياس ناصيف ٤٠٣/٣.

(٣) قاموس أركابيدا ص ٥٥٤.

ويرى الباحث أن هذا التعريف معيب لذكره آلية الاندماج، كما أنه لا يشمل جميع أنواع الاندماج.

رابعاً: نزع بعض الشراح إلى تعريف الاندماج بالمثال فقال: بأن الاندماج إقدام المنشأة الدامجة (أ) باعتبارها الأكبر عادة على دمج المنشأة (ب) المراد ضمها إليها، سواء بواسطة شراء أصولها أو أسهمها، بحيث يترتب على الصفقة اختفاء المنشأة المندمجة في المنشأة الدامجة، ما يعني انتقال المساهمين في المنشأة المندمجة إلى مساهمين في المنشأة الدامجة (أ) بعد إجراء عملية الاندماج بحيث يلتزم المنشأة الدامج بجميع التزامات المنشأة المدموج تجاه الغير[١].

ويرى الباحث أن هذا التعريف معيب لأنه لا يشمل كل أنواع الاندماج، كما أن ذكر المثال في التعريف معيب.

خامساً: ويختار بعض الشراح طريقة في تعريف الاندماج ببيان خطواته فيعرف الاندماج بأنه يطلق على ما إذا تساوت المنشأتان بشكل عام في الحجم تقريباً، حيث تجتمع مصادرهما في نشاط واحد، وفي تلك الحال يمتلك حاملو الأسهم قبل إتمام عملية الاندماج نصيباً في ملكية الأنشطة المدمجة، في حين أن الإدارة العليا في كلتا المنشأتين تواصل علمها الإداري في كل منهما بعد إتمام عملية الاندماج[٢].

ويرى الباحث أن هذا التعريف معيب لأنه يخالف الاستخدام الشائع لمفهوم الاندماج، وقد استقر العرف القانوني على أن الاندماج له دلالة أوسع مما ذكر في هذا التعريف.

سادساً: وعرف الاندماج بأنه اتفاق يؤدى إلى اتحاد منشأتين أو أكثر وذوبانهما إراديا في كيان واحد بحيث يكون الكيان الجديد ذا قدرة أعلى وفاعلية أكبر على تحقيق أهداف كان لا يمكن أن تتحقق قبل إتمام عملية تكوين الكيان الجديد [٣].

ويرى الباحث أن هذا التعريف معيب لأنه لا يشمل جميع أشكال الاندماج، كما أن ذكر نتيجة الاندماج في التعريف أمر معيب، وخارج عن التعريف.

---

(١) الدمج والتملك المصرفي في البلدان العربية ص ٨٠.

(٢) دمج وشراء الشركات –برايان كويل ص ٧.

(٣) الاندماج المصرفي (النشأة والتطور والدوافع والمبررات والآثار) – محمود أحمد التوني، ط١، القاهرة، دار الفجر للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧، ص٦٣.

سابعاً: وعرف الاندماج بأنه فناء شركة أو أكثر في شركة قائمة، أو فناء شركتين أو أكثر وقيام شركة جديدة تنتقل إليها الذمم المالية للشركات التي فنيت [١].

ويرى الباحث أن هذا التعريف – على اختصاره – جمع نوعي الاندماج.

ثامناً: وعرف الاندماج في بعض القوانين الخاصة بالمنافسة، ففي القانون السوداني لتنظيم المنافسة ومنع الاحتكار؛ عرف الاندماج بأنه يقصد به قيام شخصين أو أكثر بالدخول معاً تحت اسم شخص واحد قائم أو جديد وفقاً لأحكام القانون أو قيام منشأة أو أكثر بالسيطرة المباشرة أو غير المباشرة على منشأة أخرى أو جزء منها عن طريق شراء أسهم تلك المنشأة أو أصولها أو بالقدرة على التأثير الفاعل في اتخاذ القرارات الخاصة أو جزء منها ويشمل ذلك الاندماج الأفقي والرأسي أو المتعدد حسبما تحدده اللوائح[٢].

ويرى الباحث أن هذا التعريف وضَّح الاندماج الوارد في أنظمة المنافسة بشموله، وإن كان أقرب إلى الشرح منه إلى التعريف.

ويتبين للباحث مما سبق أن الاندماج يمكن تعريفه بأنه انضمام منشأة تجارية أو أكثر إلى منشأة أخرى بموجب عقد بحيث تزول الشخصية المعنوية للمنشأة المنضمة، وتنقل حقوقها والتزاماتها إلى المنشأة الضامة، أو امتزاج منشأتين تجاريتين أو أكثر بعقد بحيث تزول الشخصية المعنوية لكل منهما، وتنتقل حقوقها والتزاماتها إلى منشأة جديدة.

وعليه؛ فالمنشأة المندمجة هي المنشأة التي تزول من الوجود وفقاً للإجراءات القانونية، وفي هذه الحال تضم جميع موجوداتها وحقوقها ومطلوباتها والتزاماتها إلى موجودات وحقوق ومطلوبات والتزامات منشأة أخرى تسمى **المنشأة الدامجة**[٣].

وتشمل المنشأة كل مؤسسة أو شركة أو مجموعة من الشركاء الطبيعيين أو الاعتباريين والتي يكون نشاطها الرئيس مباشرة الأعمال التجارية [٤].

---

(١) النظام القانوني لاندماج الشركات لحسام الدين الصغير ص ٢٤.

(٢) القانون السوداني لتنظيم المنافسة ومنع الاحتكار لسنة ٢٠٠٩م، م ٢.

(٣) المادة الأولى من قانون تسهيل اندماج المصارف اللبناني، رقم ١٩٣ بتاريخ ١٩٩٣/١/٤م ومدته خمس سنوات، وأعيد العمل به في ٢٠٠٥/٢/١٤م. لمدة خمس سنوات من سنة ١٩٩٣ف إلى ١٩٩٨ف، وكما تم تمديد العمل به لمدة خمس سنوات إضافية تنتهي في ٢٠٠٣م، وأعيد العمل به في ٢٠٠٥/٢/١٤م.

(٤) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٣.

ويتبين من تعريف الاندماج:

١- أنه عقد رضائي في الأصل.

٢- أن الذمة المالية للشركة المنحلة تنتقل إلى شركة أخرى.

٣- أنه يؤدي إلى انتهاء منشأة أو أكثر دون تصفية أصولها[١].

ويشمل الاندماج في هذا البحث جميع المنشآت من شركات ومؤسسات فردية، وقد نص على ذلك المنظم الأمريكي في المادة السابعة من قانون كلايتون، كما استعمل المنظم الأوروبي لفظ الملتزم ليشمل كل شخص يمارس عملا اقتصادياً، ولو كان عملا مدنياً غير تجاري[٢].

فإن كانت المنشآت المندمجة تأخذ شكل الشركة قانوناً، فقد حدد القانون عددا من الشركات التي يجوز لها أن تندمج وهي شركات المساهمة، وشركات التوصية بالأسهم، والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وشركات التضامن[٣].

ويتبين مما سبق أن للاندماج مفهوماً محدداً، فلا يصح إدخال بعض التصرفات القانونية تحت مظلة الاندماج، إذ قد تلتبس بعض الصور بالاندماج وليست داخلة فيه، ومن تلك الصور:

١- تنازل شركة عن جزء من أصولها لشركة أخرى، مع بقائها دون انحلال.

٢- شراء شركة أسهماً في شركة أخرى.

٣- بيع المصفي موجودات شركة بعد حلها إلى شركة أخرى تسهيلاً لعملية التصفية[٤].

٤- الشركات التابعة التي تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة[٥].

كما أن ثمت صوراً لا تدخل في تعريف الاندماج، إلا أن المختصين في قوانين المنافسة أعطوها الأحكام نفسها، ومن هذه الصور:

---

(١) الاندماج المصرفي دراسة قانونية – عبدالستار الخويلدي – حولية البركة ١٣٨/٤.

(٢) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٢٩.

(٣) اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري – م ٢٨٨.

(٤) الموسوعة التجارية الشاملة ٤٠٤/٣.

(٥) المرجع السابق ٤٠٨/٣.

١. بيع براءة اختراع أو علامة تجارية من تاجر لآخر، قد يؤدي أثره إلى آثار الاندماج ذاتها فيأخذ حكمه، ويسمى (Going Business)، فقد قرر القضاء الأمريكي أن براءة الاختراع تعد من أصول الشركة.

٢. الاستحواذ (Acquisition) على أصول شركة أخرى المؤدي للسيطرة.

٣. الحوالة للأصول (Assignment) والتأجير لها (Lease) والترخيص لها (License)، وهذه الصور لها حكم الاندماج إذا أدت هذه التصرفات إلى التقييد الجوهري للمنافسة في السوق أو إلى تكوين المنافسة [١].

المطلب الثالث

أشكال الاندماج

يأخذ الاندماج عدة أشكال من حيث شكل استمرارية نشاط المنشآت المندمجة، وبيانها فيما يأتي:

الشكل الأول: الاندماج بطريقة الضم

يؤدي الاندماج بطريق الضم إلى حل المنشأة المندمجة، وإضافة موجوداتها إلى المنشأة الدامجة وذلك بزيادة رأسمال الأخيرة بحصة عينية تمثل أصول وخصوم المنشأة المندمجة، وتعد هذه الزيادة المتمثلة بالحصة العينية خاضعة لإجراءات التقييم والمصادقة من قبل الجمعية العمومية للمنشأة الدامجة (المنشأة الجديدة[٢]).

الشكل الثاني: الاندماج بطريقة المزج

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ١٦-١٧.

(٢) الموسوعة التجارية الشاملة ٣/٤٠٥. الجوانب القانونية لدمج البنوك الكويتية، للدكتور طعمة الشمري – مجلة الحقوق – جامعة الكويت مارس ١٩٩١م ص ١٧٠. الاندماج المصرفي دراسة قانونية – عبدالستار الخويلدي – حولية البركة ١٣٨/٤، م ١٣٠ من قانون الشركات المصري.

يؤدي هذا الشكل من الاندماج إلى حل المنشأتين المندمجتين وتكوين منشأة جديدة، ويتم باتخاذ قرار بالموافقة من قبل الجمعية العمومية غير العادية في كل من المنشأتين، وفي حال كون المنشآت المندمجة من الشركات، فيجب أن تراعى القواعد المختصة بتأسيس الشركات[١]. وتحمل المنشأة الجديدة اسماً جديداً وعلاقة تجارية جديدة ووضعا جديدا، وفي العادة تستحوذ المنشأة الجديدة على حصة في السوق أكبر من الوضع القديم[٢]. ويتبين من ذلك أن الاندماج المزجي هو انضمام منشأتين أو أكثر متقاربتين في الحجم غالباً، بحيث تفنى شخصية كل منهما، ويولد كيان جديد باسم مستقل وشخصية قانونية مستقلة[٣].

المطلب الرابع

أقسام الاندماج

يزداد العمق في فهم المصطلحات بمعرفة أقسامه، ولكل تقسيم منطلق يمكن الولوج منه، وفيما يأتي بيان لبعض أشهر التقسيمات للاندماج مع بيان المقصود بكل قسم.

التقسيم الأول: تقسيم الاندماج بالنظر إلى طبيعة نشاط الوحدات المندمجة

يمكن تقسيم الاندماج من حيث طبيعة نشاط الوحدات المندمجة إلى اندماج أفقي، واندماج رأسي، واندماج مختلط، وبيان ذلك فيما يأتي.

١- الاندماج الأفقي:

ويكون بين شركتين أو أكثر تنتجان أو تبيعان منتجات مشابهة أو تقدمان خدمات مشابهة[٤]، فتتركز السيولة المالية للشركات لتقدم خدمة واحدة ذات جودة عالية، وغالبية عمليات الاندماج من هذا النوع[٥].

---

(١) الجوانب القانونية لدمج البنوك الكويتية، للدكتور طعمة الشمري – مجلة الحقوق – جامعة الكويت مارس ١٩٩١م ص ١٧٠. الاندماج المصرفي دراسة قانونية – عبدالستار الخويلدي – حولية البركة ١٣٨/٤.

(٢)العولمة واقتصاديات البنوك،عبد المطلب عبد الحميد ص١٦٦.

(٣) الدمج والتملك المصرفي في البلدان العربية ص ٨٠.

(٤) قاموس أركابيدا ص ٥٥٤.

(٥)الاندماج المصرفي ص ٧٤.

ويشترط لتحقق الاندماج الأفقي:

١. أن تكون المنشآت التجارية لها خط تجاري واحد،

٢. وأن تكون المنشآت في سوق جغرافية واحدة.

وينتج عن هذا النوع من الاندماج زيادة الاحتكارات في السوق، وذلك بسبب أن المنشآت العاملة في نفس النشاط التي كانت متنافسة تكون بعد الاندماج كيانا واحدا، فيقل التنافس بين المنشآت، لأن تعدد المتنافسين في السوق يعد ميزة تنافسية صحية، والاتجاه نحو التركز يؤدي إلى نتائج تنافسية ضارة [١].

ولما كثرت الاندماجات في الولايات المتحدة الأمريكية خلال فترة الستينيات من القرن الماضي دفع ذلك السلطة التشريعية أن تسن قوانين تمنع حدوث مثل هذه الاحتكارات، بل قامت السلطات التنظيمية في الكثير من الدول بوضع قوانين تمنع وتكافح الاحتكارات الناتجة من الاندماجات الأفقية خاصة وجميع التركزات الاقتصادية عامة، وألزمت جميع المنشآت الراغبة في الاندماج أن تتقدم بطلب الإذن في الاندماج لكي يتم النظر والبث فيها قبل إتمام عملية الاندماج الأفقي[٢].

٢- الاندماج الرأسي:

يتم الاندماج الرأسي (ويطلق عليه الاندماج العمودي) بين شركتين أو أكثر تعملان في الصناعة نفسها، في مراحل مختلفة من مراحل الإنتاج والتسويق[٣] أو بالأنشطة المترابطة ببعضها، فيكون الهدف منها تجميع الذمم المالية حتى تقدم خدمة متكاملة للعملاء. كما يطلق الاندماج الرأسي على عمليات الاندماج بين الشركات الكبيرة والشركات الصغرى المنتشرة في مناطق البلاد، فتكون تلك الشركات الصغيرة بمثابة الفروع للشركة الجديدة[٤].

وهذا النوع من الاندماج يحث على عملية التكامل في الأنشطة بين المنشآت التجارية، ويؤدى إلى مزيد من الخدمات إلى العملاء مما يكسبها مزايا تنافسية كبيرة [٥] .

---

(١) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٢٠٧.

(٢) العولمة واقتصاديات البنوك،عبد المطلب عبد الحميد ص١٦٢.

(٣) قاموس أركابيدا ص ٥٥٤، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٢٠٨.

(٤) الدمج والتملك المصرفي في البلدان العربية ص ٨٠، الاندماج المصرفي -محمود أحمد التوني ص ٧٤،٧٥.

(٥) العولمة واقتصاديات البنوك،عبد المطلب عبد الحميد ص١٦٣.

ويمكن أن يمثل للاندماج الرأسي باندماج شركة عطور مع شركة تنتج زجاجات العطور. وهذا النوع قد يستخدم لإغلاق قنوات التوزيع أما المنافسين الآخرين مما يضر بالمنافسة في السوق [١]. فقد قررت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية عدم مشروعية اندماج رأسي حدث بين مصنع أحذية وشركة موزعة للأحذية، وكانت الشركة الموزعة تشتري ٨٠% من الأحذية التي تقوم بتوزيعها من شركات منافسة للمصنع قبل الاندماج، وسببت المحكمة العليا بطلان الاندماج بكونه يربط بين المشتري والبائع ويخرج الحصة السوقية بينهما من مجال المنافسة، مما يحرم بسببه بقية المنافسين من الفرصة العادلة للمنافسة للفوز بهذه الحصة [٢].

٣- الاندماج المتنوع أو المختلط

يقصد بالاندماج المختلط اندماج شركتين أو أكثر تمارس كل شركة منها نشاطاً مختلفا، بحيث تكملان بعضهما[٣]. وغرضه توسعة سوق الشركة الدامجة أو الجديدة[٤].

وهذا النوع من الاندماج قد ينتج عنه تركز اقتصادي مضر بالمنافسة، فقد قررت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية عدم مشروعية اندماج شركة بروكتر التي تنتج محاليل التنظيف والتطهير وحصتها السوقية ٥٤%، مع شركة كلوريكس التي تنتج محاليل التبييض السائلة وحصتها السوقية ٤٩%، واستندت المحكمة العليا في حكمها إلى أن هذا الاندماج سيؤدي إلى زيادة عوائق دخول السوق وإقصاء المنافسة المحتملة [٥].

---

(١) حماية المنافسة ومنع الاحتكار بين النظرية والتطبيق للدكتور مغاوري شلبي علي ص ٤٨.

(٢) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٢٠٩.

(٣) الدمج والتملك المصرفي في البلدان العربية ص ٨٠، الاندماج المصرفي ص ٧٤.

(٤) قاموس أركابيدا ص ٥٥٤.

(٥) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية، مجلة الحقوق للدكتور أحمد الملحم ص ١٠٣.

التقسيم الثاني: تقسيم الاندماج من جهة إرادة أطراف الاندماج

يمكن تقسيم الاندماج بالنظر لرغبة المنشآت الداخلة في عملية الاندماج إلى اندماج طوعي، وإجباري وعدائي، وبيان هذه الأقسام فيما يأتي.

١- الاندماج الطوعي

يتم الاندماج الطوعي من خلال تطابق الإرادة والتفاهم المشترك بين مجالس إدارات الشركات المشاركة في عملية الاندماج وبهدف تحقيق المزايا والفوائد من الاندماج الودي [١].

٢- الاندماج الإجباري

يحدث الاندماج الإجباري عن طريق السلطات الحكومية عندما يكون هناك منشأة متعثرة مما يستلزم دمجه مع منشأة ناجحة قوية.ولا يتم اللجوء للدمج الإجباري إلا في أحوال استثنائية طبقاً لظروف تحددها السلطات الحكومية للدولة من أجل خدمة الاقتصاد الوطني بشكل عام، ومثل هذا النوع من الاندماج يستخدم كمحطة نهائية لتنقية المنشآت المتعثرة أو التي على وشك الإفلاس والتصفية، مما يترتب على تعثرها هدر في الاقتصاد الوطني وتسريح للعمالة. ولكي يتحقق هذا الاندماج يجب أن يصاحبه حوافز ومزايا مثل الإعفاءات الضريبية ومنح الشركة الدامجة القروض المساعدة مقابل تعهدها بتحمل كافة الالتزامات الخاصة بالشركة المندمجة [٢].

فسمة هذا النوع أنه يكون بإلزام السلطة المشرفة في وقت الأزمات، أو التعثر للشركة المندمجة ويكون حلاً لمشكلة خطيرة تعانى منها الشركة المندمجة قهراً [٣].

٣- الاندماج العدائي

يتم الاندماج العدائي دون موافقة أو رغبة الشركة المستهدفة للاندماج، بحيث تضع الشركات الناجحة والقوية في السوق أنظارها تجاه هذه الشركات الضعيفة للاستيلاء عليها عبر شراء أسهمها بهدف تغيير الإدارة الضعيفة بإدارة قوية وناجحة [٤].

---

(١) اندماج وخصخصة البنوك – طارق عبد العال حماد، ص ٨.

(٢)الدمج المصرفي واختيار نموذج ملائم لدمج البنوك اليمنية، فضل على ناجى، ص ٦، ٧.

(٣) الاندماج المصرفي – محسن أحمد الخضيرى، ط١، الاسكندرية، الدار الجامعية، ٢٠٠٧، ص٤٧.

(٤) اندماج وخصخصة البنوك، لطارق عبد العال حماد، ص٨، الاندماج المصرفي ص ٧٤.

المطلب الخامس

التمييز بين الاندماج وما يشبه من المصطلحات

تتداخل بعض المصطلحات القانونية مع بعضها الآخر إذا كان تقاربت المعاني، ولذا فلا بد من تمييز الاندماج عن كل مصطلح قد يشتبه به.

وقبل الولوج في بيان ما يميز الاندماج عن ما يشبهه، يمكن ذكر بعض محددات عقد الاندماج، فعندما لا تكون أي من المنشأتين مشترية أو مشتراة، فإن كان ذلك بشراء فإنه يسمى في الاصطلاح القانوني استحواذاً[١]، وذلك أن شراء أصول منشأة ما إما أن يكون مقابل مبلغ من المال، وينطبق عليه أحكام عقد البيع، وإما أن يكون مقابل الحصول على عدد من أسهم الشركة، ويعتبر هذا اندماجا بين الشركتين[٢]. ويندر في عملية الاندماج أن يكون هناك أي تبادل لمبالغ نقدية في مقابل ذلك الإجراء[٣]. كما أن تأسيس الهيكل الإداري للأنشطة المشتركة بين المنشأتين المندمجتين يكون بالتوافق بينهما [٤].

الفرع الأول: التمييز بين الاندماج والدمج

ميز بعض الدارسين بين الدمج والاندماج، بأن الدمج هو العملية التي تتم من خلال تدخل حكومي أو تنظيمي من الجهات الرقابية والسلطات النقدية وذلك في حالة تعثر منشأة والخوف من انهيارها، فتأمر تلك السلطات بإدماجه في منشأة أخرى إذا كان القانون يسمح لها بذلك [٥]. وأما الاندماج فيكون برغبة المنشآت المندمجة [٦].

وفي حالة ما إذا كان القانون لا يعطى السلطات الإشرافية حق إلزام المنشآت بالاندماج بقرار إداري، فإنها قد تنجح في تحقيقه عن طريق التهديد بإغلاق المنشأة المتعثرة، مما يدفعها لقبول عرض قائم بشرائها أو الدخول في مفاوضات لاندماجها مع منشأة أخرى، وقد تقوم

---

(١) دمج وشراء الشركات –برايان كويل ص ٨.

(٢) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية –د. أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ١٣.

(٣) دمج وشراء الشركات –برايان كويل ص ٨.

(٤) المرجع السابق ص ٨.

(٥)اندماج البنوك ومواجهة آثار العولمة- تأليف الدكتور مُحَمَّد إبراهيم موسى ص ٤١.

(٦)الاندماج المصرفي (النشأة والتطور والدوافع والمبررات والآثار) - محمود أحمد التوني ص٦٣.

الدولة أو الجهة الحكومية الإشرافية بشراء جزء كبير من أسهم المنشأة المتعثر عن طريق صندوق تابع للحكومة ثم تعيد بيعها بعد أن تستقر أحوالها [١]. ومؤدى هذا التفريق أن الاندماج ودي، وأما الدمج فيكون بتدخل حكومي.

ويرى الباحث أن هذا التفريق محل نظر، لأن أكثر الشراح لا يفرقون بين المصطلحين، ولا مشاحة في الاصطلاح إذا علم المقصود، وسيستخدم في هذا البحث مصطلح الاندماج لأنه الذي ورد في الأنظمة السعودية.

الفرع الثاني: التمييز بين الاندماج والاستحواذ

يمكن تمييز مصطلح "الاستحواذ"[٢] بالتمثيل له بأن تُقْدِم المنشأة الكبيرة (أ) على شراء المنشأة الصغيرة (ب) مقابل دفع قيمة صفقة الشراء إلى مساهمي المنشأة الثانية، إما نقداً أو بثمن آجل، ما يستتبع ذلك زيادة حجم المنشأة (أ) وتلاشي المنشأة (ب) بمساهميها[٣]. وهي عملية تتم عن طريق السيطرة، تحصل المنشأة على حصة مسيطرة من أسهم منشأة أخرى بغرض السيطرة.

وتتم عملية الاستحواذ بين منشأة كبيرة ومنشأة صغيرة أو أكثر والمنشأة الصغيرة تتلاشى في المنشأة الكبيرة وتحمل اسمها ولذلك فإن الاستحواذ يمكن أن يكون درجة من درجات الاندماج الإرادي والاتفاقي بين منشأتين لتحقيق أهداف معينة في ظل ظروف معينة[٤].

صفوة القول، يؤيد الباحث صحة ما ذهب إليه بعض الباحثين من أن الاندماج والاستحواذ بينهما تقارب في المعنى من جهة أنه يحصل عند توصل المنشآت إلى اتفاق ودي وإرادي على عملية الاندماج أو الاستحواذ [٥].

---

(١)جدوى الاندماج المصرفي مع التطبيق على المصارف الإسلامية المصرية، فوزية احمد عبد الحميد سعد، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣.

(٢) ويطلق عليه التملك.

(٣) الدمج والتملك المصرفي في البلدان العربية ص ٨٠.

(٤) العولمة واقتصاديات البنوك، عبد المطلب عبد الحميد ص١٥٣.

(٥) المرجع السابق ص١٥٤.

وبعد أن تبين مفهوم الاندماج بأنواعه وأقسامه، يحسن تعريف المنافسة التي نظمت بنظام، وشكل لها مجلس لحمايتها، وبيان ذلك فيما يأتي.

المبحث الثالث

مفهوم المنافسة

يحتاج الباحث لبيان مفهوم المنافسة، دراسة أصل المصطلح في اللغة العربية، وما عرفه به الشراح، وموقف الفقه الإسلامي من هذا المصطلح، وتوضيح ذلك فيما يأتي.

المطلب الأول

التعريف اللغوي للمنافسة

المنافسة مصدر الفعل: نافس، قال ابن فارس – رحمه الله – في رسم "نفس": النون والفاء والسين أصلٌ واحد يدلُّ على خُروج النَّسيم كيف كان، من ريح أو غيرها، وإليه يرجعُ فروعه... والتّنافُس: أن يُبرِزَ كلُّ واحد من المتبارزَين قوَّةَ نَفْسه. وفي لسان العرب:" تنافسنا ذلك الأمر، وتنافسنا فيه: تحاسدنا وتسابقنا" [(١)].

وقال الإمام ابن جرير الطبري [(٢)] – رحمه الله –:" والتنافس أن ينفس الرجل على الرجل بالشيء يكون له، ويتمنى أن يكون له دونه، وهو مأخوذ من الشيء النفيس، وهي الذي تحرص عليه القلوب وتشتهيه"[(٣)].

وقال الإمام يحي بن شرف النووي [(٤)]– رحمه الله –:"التنافس إلى الشيء: المسابقة إليه وكراهة أخذ الغير له"[(١)].

---

(١) لسان العرب – رسم نفس.

(٢)هو مُحَمَّد بن جرير بن يزيد الطبري، أبو جعفر: المؤرخ المفسر الإمام. ولد في آمل طبرستان سنة ٢٢٤هـ، واستوطن بغداد وتوفي بها سنة ٣١٠هـ. من أشهر كتبه المطبوعة: أخبار الرسل والملوك، وجامع البيان في تأويل القرآن. الأعلام ٦٩/٦.

(٣) تفسير الطبري ١٠٨/٣٠.

(٤)هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، الشافعي، أبو زكريا، محيي الدين: علامة بالفقه والحديث. مولده سنة ٦٣١هـ ووفاته سنة ٦٧٦هـ في نوا (من قرى حوران، بسورية) وإليها نسبته. من كتبه: " تهذيب الأسماء واللغات " و" منهاج الطالبين " و" الدقائق " و" تصحيح التنبيه " في فقه الشافعية، و" المنهاج في شرح صحيح مسلم " و" التقريب والتيسير " في مصطلح الحديث، و" حلية الأبرار " يعرف بالأذكار النووية، و" خلاصة الأحكام من مهمات السنن وقواعد الإسلام " و" رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين " و" بستان العارفين " و" الإيضاح " في

وفي المعجم الوسيط: (نافس) في الشيء بالغ فيه ورغب وفلانا في كذا سابقه وباراه فيه من غير أن يلحق الضرر به.... (تنافس) القوم في كذا تسابقوا فيه وتبارزوا دون أن يلحق بعضهم الضرر ببعض.

وردت لفظة المنافسة في الكتاب والسنة، ففي التنزيل العزيز:" وفي ذلك فليتنافس المتنافسون" (المطففين: ٢٦)، والمنافسة: مُجَاهَدَةُ النَّفْسِ للتشبه بالأفاضلِ، واللُّحُوقِ بهم من غير إِدْخال ضَرَرٍ على غيرِه. وهذا كقوله: "سابِقُوا إِلى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ " (الحديد: ٢١)[٢].

وفي الحديث: «أخشى أن تبسط الدنيا عليكم كما بسطت على من كان قبلكم، فتنافسوها كما تنافسوها»[٣]، والتنافس الوارد في الحديث من المنافسة، وهي الرغبة في الشيء والانفراد به، وهو من الشيء النفيس الجيد في نوعه. ونافست في الشيء منافسة ونفاسا، إذا رغبت فيه [٤].

وفي حديث أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ، قال: «إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث، ولا تحسسوا، ولا تجسسوا، ولا تنافسوا، ولا تحاسدوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخوانا» [٥]، وفي حديث يزيد بن الأخنس، أن رسول الله ﷺ قال: " لا تنافس بينكم إلا في اثنتين: رجل أعطاه الله عز وجل القرآن، فهو يقوم به آناء الليل وآناء النهار، ويتبع ما فيه، فيقول رجل: لو أن الله تعالى أعطاني مثل ما أعطى فلانا، فأقوم به كما يقوم به، ورجل أعطاه الله مالا، فهو ينفق ويتصدق، فيقول رجل: لو أن الله أعطاني مثل ما أعطى فلانا فأتصدق به " [٦]، وفي حديث ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: " إني لأعرف آخر رجل خروجا من النار رجل خرج زحفا، فقيل له: ادخل الجنة فيدخل ثم يخرج فيقول: يا رب قد أخذ

المناسك، و" شرح المهذب للشيرازي " و" روضة الطالبين " في الفقه، و" التبيان في آداب حملة القرآن " و" المنثورات "وهو المشهور بفتاوى النووي، و" الأربعون حديثا النووية". الأعلام ٨/ ١٤٩.

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ٩٦/١٨.

(٢) المفردات للراغب ص ٨١٨.

(٣) رواه البخاري برقم ٣١٥٨ ومسلم برقم ٧٥٣٥.

(٤) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير – رسم نفس.

(٥) رواه مسلم برقم ٢٥٦٣.

(٦) رواه أحمد في مسنده برقم ١٦٩٦٦، وصححه لغيره الشيخ شعيب الأرناؤوط في تعليقه على المسند.

الناس المنازل فيقال له: أتذكر الزمان الذي كنت فيه في الدنيا فيقول: نعم فيقول: تمنه، فيقول: يا رب تنافس أهل الدنيا في دنياهم وتضايقوا فيها فأنا أسألك مثلها، فيقول: لك مثلها وعشرة أضعاف ذلك فهو أدنى أهل الجنة منزلا" [١].

يرى الباحث أنه يتبين مما تقدم أن معنى المنافسة في اللغة يرجع إلى التسابق لنيل مطلوب، سواءً أكان المطلوب محمودا أم مذموماً.

المطلب الثاني

التعريف الاصطلاحي

عرفت المنافسة بعدة تعريفات، وسبب الاختلاف في التعريف تعدد الاتجاهات في النظرة لبيان مفهوم المنافسة، وتفصيل هذه الاتجاهات فيما يأتي.

الاتجاه الأول: الانطلاق في التعريف من كون المنافسة مبنية على الصراع على العملاء

فقد عرفها المعهد العربي للتخطيط بأنها مزاحمة المشروعات بعضها بعضا بحثا عن التفوق والسعي إليه[٢]، وعرفها الدكتور عبدالفتاح مراد بأنها سلوك إنساني يهدف إلى التفوق ويقترن غالباً بالنشاط التجاري أو هو تزاحم التجار أو الصناع على ترويج أكبر قدر من منتجاتهم أو خدماتهم من خلال جذب أكبر قدر من العملاء [٣]. وقيدها يونس عرب بعبارة:" وفقا للعادات والأعراف التجارية" [٤]، وقريب منه تعريف الدكتور إبراهيم سعد الدين فقد عرف المنافسة بأنها تلك الحالة التي يتزاحم فيها كل من البائعين أو المنتجين لبيع سلعهم إلى المجموعة نفسها من المشترين [٥]، وعرفت المنافسة بأنها العلاقة بين المنتجين والتجار في صراعهم على

(١) رواه ابن حبان – الإحسان برقم ٧٤٢٧، وصححه شعيب الأرناؤوط في تخريجه للإحسان، وقال الألباني: صحيح – «مختصر الشمائل» (١٩٧).

(٢) تقرير التنافسية العربية، للمعهد العربي للتخطيط – الكويت سنة ٢٠٠٣م ص ٢٢، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة ص ٢٦.

(٣) شرح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية للدكتور عبدالفتاح مراد ص ١٧.

(٤) النظام القانوني للمنافسة غير المشروعة في القانون الأردني ليونس عرب – بحث غير منشور ص ٥.

(٥) دور المنافسة في نظامنا الاقتصادي الحالي للدكتور إبراهيم سعد الدين ص ٧.

العملاء[١]، وعند تقييدها بكلمة:" المشروعة"، يلزم منه أن تكون الإجراءات والوسائل مطابقة للنظام.

واتجه أحد الدارسين إلى تعريف المنافسة بأنها العلاقة التي تنشأ بين مجموعة من التجار يقومون ببيع سلع أو خدمات متماثلة أو متشابهة على العملاء في منطقة جغرافية معينة [٢].

وعرفت المنافسة في "تقرير استراتيجية المنافسة" الصادر عن مجلس المنافسة السعودي بأنها النشاط الذي يقوم به طرفان أو أكثر بشكل مستقل لتلبية احتياجات طرف ثالث من خلال شروط مقبولة [٣].

ويمكن النظر إلى المنافسة وفقاً لهذا الاتجاه على أنها السلوك المستقل للمتنافسين في السوق لكسب المستهلكين، وليس بالضرورة أن يكون السوق المكان الجغرافي وإنما قد يكون الوسيلة التي تسهل عملية تبادل السلع والخدمات بين مجموعة من المشترين والبائعين، ويعتبر سلوك البائعين تنافسياً عندما يسعون لكسب المستهلكين من خلال تقديم سلعهم وخدماتهم بجودة وأسعار وموثوقية وخدمة ما بعد البيع.

ويعتبر السلوك مخلاً بالمنافسة في حال ما إذا كان البائعون يسعون إلى التأثير على قرارات المشترين –كما في حالة المحتكر الوحيد في السوق – أو من خلال التنسيق الصريح أو الضمني بين مجموعة من البائعين – مثل تثبيت الأسعار أو تخفيض الكميات أو تقاسم الأسواق والعملاء.

الاتجاه الثاني: النظر في أن أساس المنافسة العمل للمصلحة الشخصية

ومن خلال هذا البعد عرَّف مُحَمَّد شريف المنافسة بأنها العمل للمصلحة الشخصية للشخص وذلك بين البائعين والمشترين في أي منتج وأي سوق [١]. كما عرفت المنافسة بأنها العمل للمصلحة الشخصية للفرد، وذلك بين البائعين والمشترين في أي منتج أو سوق [٢].

---

(١) الحق في المنافسة المشروعة ص ٧.

(٢) التقييد الأفقي للمنافسة – للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق الكويتية ص ١٨.

(٣) منشور في موقع مجلس المنافسة السعودي، ينظر الرابط حين الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.ccp.org.sa/go/uploads/Articles

الاتجاه الثالث: التركيز على مبدأ الحرية في التجارة عند تعريف المنافسة

نجد أن المنافسة عرفت من وجهة النظر الاقتصادية بمعان لا تخرج عن المدلول اللغوي القائم على تسابق التجار لتحقيق أقصى ربح [٣]. وقريب منه تعريف المنافسة بأنها إتاحة الحرية وإفساح المجال لآليات العرض والطلب لتمضي بسهولة ويسر فيما بين المنتجين والمستهلكين[٤].

ووفقاً لهذا الاتجاه عرفت المنافسة بأنها نظام من العلاقات الاقتصادية ينضوي تحته عدد كبير من المشترين والبائعين، وكل منهم يتصرف مستقلا عن الآخرين، للبلوغ بربحه إلى الحد الأقصى"[٥].

الاتجاه الرابع: توضيح المنافسة ببيان ما يضادها

ذهب بعض الباحثين إلى أن المنافسة في الاصطلاح القانوني في قوانين المنافسة هو نفسه المدلول المعروف للمنافسة في علم الاقتصاد الجزئي، وهو مقابل لمفهوم الاحتكار [٦]، والذي يعني السيطرة على عرض أو طلب السلعة بغرض تحقيق أقصى قدر من الربح [٧].

ويمكن أن نميز هنا بين نوعين من الاحتكار:

الاحتكار القانوني: والذي يسمح بأن يقتصر الاستغلال على منشأة محددة عادة ما تكون منشأة عمومية أو خاصة، وذلك بمقتضى نص قانوني، والكثير من الدول تنص على

---

(١) سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق للدكتور سمير خمايلية، ص ١٣، قانون المنافسة والممارسات التجارية لكتو محمد شريف ص ١٠.

(٢) الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظل نظرية المنافسة التجارية – لأحمد الملحم – مجلة القانون والاقتصاد ع ١٦٣ س ١٩٧٧م ص ٣٨٠.

(٣) القاموس القانوني الثلاثي ص ١٥٩٧، معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٧٥، مصطلح التعابير الاقتصادية ص ٤٧٤.

(٤) حماية المنافسة – دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ ولائحته التنفيذية – للدكتور حسن الماحي ص ١٢.

(٥) الموسوعة الاقتصادية لحسين عمر ص ٤٥٧.

(٦) المنافسة التجارية – د. عبدالعزيز الناصر ص ٥٢-٥٧.

(٧) موسوعة الاقتصاد الإسلامي – للدكتور جمال – ص ١٧١.

ذلك في دساتيرها، مثل ما ورد في الدستور الكويتي: "كل احتكار لا يمنح إلا بقانون وإلى زمن محدود" [١]، وهذه المادة تتعلق بالاحتكار القانوني الذي يكون موضوعه الالتزام باستثمار مورد من الموارد الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة [٢].

الاحتكار الواقعي Monopole: وهي الوضعية الاقتصادية التي تلغي فيها كل منافسة. ويمكن تعريف الاحتكار الواقعي بأنه يشمل كل الأفعال المادية الملموسة التي تؤدي إلى ندرة السلعة في الأسواق، أو ارتفاع ثمنها عن القدر المألوف بما يضر بالمنافسة العادلة [٣].

ويمكن تقسيم هيكل السوق [٤] بالنظر إلى المنافسة والاحتكار إلى أربعة أنواع هي المنافسة الكاملة، والاحتكار التام، والمنافسة الاحتكارية واحتكار القلة، فكلما قل العدد رجح قيام الاحتكار، وعندما يوجد بائع واحد نكون بصدد احتكار بحت، وكلما زاد عدد البائعين كلما اقتربنا أكثر من المنافسة الكاملة [٥]، وتفصيلها في علم الاقتصاد الجزئي [٦].

وقصارى القول بأن المنافسة الحرة الكاملة هي التنافس بين البائعين للسلع المتماثلة لاجتذاب المشترين، وتنافس بين المشترين للحصول على السلع والخدمات اللازمة لإشباع رغباتهم، وتنافس بين الراغبين في العمل للحصول على أعمال، وبين أصحاب الأعمال المحتاجين لعمال، وتنافس بين المقترضين للحصول على رؤوس أموال وبين أصحاب رؤوس الأموال للحصول على استمارات مربحة"[٧].

ويلحظ الباحث أن أكثر قوانين المنافسة تركت مهمة شرح مصطلح المنافسة للشراح، بخلاف قانون المنافسة العراقي الذي عرف المنافسة بتعريف مقتضب بأن المنافسة هي الجهود

(١) الدستور الكويتي – المادة (١٥٣).

(٢) الاحتكار والأفعال الاحتكارية دراسة تحليلية مقارنة في القانون الأمريكي والأوربي والكويتي – د.أحمد الملحم، ص ٧.

(٣) قراءة في نظام منع الاحتكار – مُحَمَّد فوزي– مجلة شبكة المحامين العرب – ع١ يناير ٢٠٠٩، ص ٥.

(٤) يقصد بالسوق الاتصال الذي يكون بين البائع والمشتري، ولو عبر وسائل الاتصال أو عبر الوسطاء. ينظر كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٧.

(٥) المنافسة والاحتكار دراسة تحليلية رياضية – د.عمر حسين، ص ١٥٢.

(٦) مبادئ الاقتصاد الجزئي، للدكتور مُحَمَّد النصر وعبدالله الشامية ص ٢٥٠.

(٧) التحليل الاقتصادي الجوئي لمصطفى حسني مصطفى، عن الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٥٣.

المبذولة في سبيل التفوق الاقتصادي [١]. وهو مختصر جدا، وفي القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة عرفت المنافسة بأنها: مزاولة الأنشطة الاقتصادية وفقًا لآليات السوق دون تأثير أو تقييد لتلك الآليات يلحق آثارًا ضارة بالتجارة والتنمية[٢].

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس من مهمة المنظم أن يعرف المصطلحات، لأن هذه المهمة مقصورة على الشراح المختصين في قوانين المنافسة.

ومما تقدم يترجح للباحث أن أفضل تعريف للمنافسة أن يقال بأنها مزاولة الأنشطة الاقتصادية للسلع والخدمات المتماثلة أو المتشابهة وفقاً لآليات السوق دون التأثير أو التقييد لتلك الآليات تأثيرا أو تقييداً مفرطاً يلحق آثاراً ضارة بالمستهلك أو المنتج أو الاقتصاد.

ولتحقيق المنافسة الكاملة لا بد من توافر الآتي [٣]:

١- كثرة البائعين والمشترين.

٢- تجانس السلع، ويقصد بها قدرة السلعة أن تحل محل سلعة أخرى من جنسها، من وجهة نظر المستهلك [٤].

٣- حرية الدخول إلى السوق والخروج منها.

٤- المعرفة الكاملة بأحوال وظروف السوق.

٥- حرية انتقال عوامل الإنتاج بين الفروع الإنتاجية المختلفة.

ويمكن تعريف التصرفات المخلة بالمنافسة، بما عرفها به روبييه بأنها أفعال غير نظامية ولا تخدم المنافسة، تشكل بذلك خطأ نظراً لتعارضها مع المبادئ القانونية العامة والأعراف التجارية، ويستحق مرتكبها الملاحقة والإدانة، كما يجب إلزامه بالكف عن ممارسته، وبالتعويض عن الضرر الذي تسبب به [٥].

---

(١) قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي ١/١.

(٢) القانون الإماراتي الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م – بتاريخ٢٤ ذي القعدة ١٤٣٣هـ – الموافق: ١٠ أكتوبر ٢٠١٢م – في شأن تنظيم المنافسة – م ١.

(٣) القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الاحتكار م ٦-٤، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٥٣.

(٤) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٨.

(٥) المزاحمة غير المشروعة دراسة قانونية مقارنة – د.جوزيف نخله سماحة ص ٢٨.

وأما المنافسة غير المشروعة فقد عرفها أحد الدارسين بأنها خطأ مهني يرتكبه تاجر أو صناعي، سعياً وراء منافع غير مشروعة على حساب بقية منافسيه، يخالف فيه المبادئ القانونية والأخلاقية السائدة في التعامل، والاستقامة والأمانة المفروضتين في العرف التجاري، وموجب استعمال الحق في التجارة الحرة، دون المس بحقوق بقية التجار" [(١)].

المطلب الثالث

مفهوم نظام المنافسة

يتبين من الدلالة اللغوية لمصطلح الأنظمة الواردة في عنوان هذه الأطروحة بأنها جمع، ومفردها نظام، ولمعرفة اشتقاقها يقول ابن فارس – رحمه الله –: النون والظاء والميم أصل يدل على تأليف الشيء. والنظام: الخيط يجمع الخرز[(٢)]. والنظام الترتيب والاتساق[(٣)].

والأنظمة في الاصطلاح القانوني السعودي هي القواعد المدونة الملزمة من صاحب الصلاحية على مستويات متدرجة ومراتب متعددة[(٤)].

والمقصود بعبارة "على مستويات متدرجة":

١. أن منها أنظمة أساسية وهي النظام الأساسي للحكم، ونظام مجلس الوزراء ونظام مجلس الشورى ونظام المناطق.

٢. ومنها أنظمة عادية، وهي المرادة عند الإطلاق، مثل نظام المرافعات ونظام الإجراءات الجزائية، ونظام المنافسة وغيرها.

ويمكن أن تعرف الأنظمة العادية بأنها القواعد العامة الصادرة من الجهة التنظيمية المختصة في الدولة الموافق عليها بمرسوم[(٥)]. واشتراط أن تكون الأنظمة صادرة بمرسوم هو

---

(١) المرجع السابق، ص٤٦.

(٢)معجم مقاييس اللغة لابن فارس– رسم نظم ٤٤٣/٥.

(٣) المعجم الوسيط – رسم نظم ٩٣٣/٢.

(٤) السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية للدكتور مُحَمَّد المرزوقي ص ٨٠ ف ٥٤، مع إضافة عبارة:" من صاحب الصلاحية"، ولا بد منها لبيان النظام الملزم، من غير الملزم.

(٥) المرجع السابق ص ٨٣ ف ٦٣.

مقتضى المادة السبعين من النظام الأساسي للحكم، فكل تنظيم لم يصدر بمرسوم، فلا اعتداد به[١].

وأما مفهوم نظام المنافسة، فقد عرف نظام (قانون) المنافسة بعدة تعريفات منها:

١- أنه هو مجموعة الأحكام القانونية التي تنظم وتحمي حقوق كل من التجار والمستهلكين وتحافظ على وجود التوازن بينهما[٢].

٢- أنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم التنافس بين المشروعات في البحث عن الزبائن والحفاظ عليهم [٣].

٣- مجموعة من القواعد المنظمة لسلوك المتعاملين في التنافس الاقتصادي [٤].

وهي تعريفات متقاربة، وأشملها وأوضحها التعريف الأول، وهو المختار.

ويستخدم في المملكة العربية السعودية مصطلح "نظام المنافسة" وأما خارج السعودية فيصطلح عليه باسم "قانون المنافسة" [٥] .

ويتناول نظام المنافسة ثلاثة موضوعات:

الموضوع الأول: الاتفاقيات المقيدة للمنافسة.

الموضوع الثاني: إساءة استخدام مشروع ما لمركزه المسيطر في السوق.

الموضوع الثالث: الرقابة على عمليات التركز الاقتصادي [٦].

الفرع الأول: أهمية تنظيم المنافسة

(١) المرجع السابق ص ٨٦ ف ٦٣.

(٢) الحق في المنافسة المشروعة ص ١٥، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة ص ٢٦.

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة: دراسة تحليلية مقارنة – يوسف، أسامة فتحي عبادة– ص ٨، سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق للدكتور سمير خمايلية . ص ١٤.

(٤) سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق للدكتور سمير خمايلية . ص ١٤، ونسبها للأستاذ ديلفو.

(٥) سبب اختيار المنظم السعودي في بداية تدوين الأنظمة لمصطلح "نظام" عوضاً عن مصطلح "قانون" أن القانون صار عرفاً معاصرا لما كان من وضع البشر ولو كان مخالفاً للشرع الحنيف. ينظر كتاب فضل الشريعة الإسلامية للشيخ مُحَمَّد أبو شهبة– رحمه الله – ، ومعجم المناهي اللفظية ص ٤٢٢ للشيخ بكر أبو زيد – رحمه الله – .

(٦) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٩.

التنافس طبيعة بشرية تحتاج إلى ضبط يزيل أو يقلل آثاره، ولأجل ذلك تبنت الدول المتقدمة وكثير من الدول النامية قوانين للمنافسة، وازدادت الحاجة لتنظيم المنافسة بعد تحرير التجارة لحماية المنتجين المحليين من الشركات العابرة للقارات. فمن أعظم مهام الدولة الحديثة حماية صغار المنتجين من المنتجين الأقوياء، وهذا لا يعارض مفهوم السوق الحرة. فالدولة توازن بين مصالح المنتجين فيما بينهم، وبين مصالح المنتجين والمستهلكين، وفي ذلك مصلحة ظاهرة للتجار والمستهلكين.

الفرع الثاني: نشأة وتطور أنظمة المنافسة

يقتضي بيان مفهوم قانون المنافسة التطرق إلى نشأة هذا الفرع من القانون، سواء على المستوى الدولي، أو الداخلي، ثم بيان مصادره، و أخيرا مبررات وجوده كفرع مستقل.

المسألة الأولى: نشأة وتطور أنظمة المنافسة على المستوى الدولي

تعد تنظيمات المنافسة من التنظيمات الحديثة نسبياً، ويمكن القول بأنها نتجت من إيغال الأنظمة الرأسمالية في فتح باب الحرية التجارية في جلب العملاء والهيمنة على الأسواق، ومحاربة التجار لبعضهم، ثم رأت الدول الرأسمالية أنه لا مناص من تنظيم المنافسة، وشيئا فشيئاً سرت قوانين المنافسة في تنظيمات الدول، ثم استقلت بأنظمتها الخاصة، وصار لها جهات مختصة بمراقبة تطبيقها وإيقاع العقوبات على مخالفيها، وفيما يأتي استعراض تطور تلك الأنظمة، حتى وصولها لمرحلة النضج النسبي الذي نراه.

أولا: تنظيم المنافسة في الولايات المتحدة الأمريكية

تعد الولايات المتحدة الأمريكية من الدول السباقة لتنظيم المنافسة، وسبب ذلك أنه بعد الثورة الصناعية، وتحديدا بعد الحرب الأهلية سنة ١٨٦٥م حصل من الرأسماليين استغلال للفراغ التشريعي وإطلاق الحرية الاقتصادية في الولايات المتحدة الأمريكية، فوجدت اتفاقيات تحديد الأسعار وتوزيع مناطق النفوذ، في قطاعات التعدين والبترول والسكك الحديدية والبنوك[1]، فأصدر الكونجرس تنظيماً يمنع اتفاقيات تحديد الأسعار وتوزيع مناطق النفوذ (Pools).

(١) النظام القانوني لاندماج الشركات لحسام الدين الصغير ص ٦٠.

ثم اتجهت الشركات المساهمة إلى طريقة احتكارية عبر (Trust) [١]، فصدرت قوانين حظر التجمعات الاحتكارية في الولايات المتحدة الأمريكية anti-trust، فصدر سنة ١٨٩٠م قانون شيرمان[٢] Sherman Anti-Trust act الذي يحظر الاتفاق الاحتكاري، وهدفه حماية حريتي التجارة والمنافسة من أي تعاقدات أو تكتلات أو تواطآت مقيدة لحرية التجارة وحرية المنافسة، خصوصا ما يؤدي إلى تكوين احتكار أو أي تواطآت لتكوينه[٣]. وتمت بموجبه تصفية عدد من الشركات المخالفة[٤]، إلا أن هذا القانون حظي بالهجوم من ذوي النفوذ مستغلين العموم الذي فيه، وبعض العيوب في الصياغة القانونية، ولم تستطع الجهات المختصة تطبيقه بصرامة، ثم جرى تعديله سنة ١٨٩٥م، ليعالج بعض القصور[٥].

ثم اتجه الرأسماليون إلى طريقة التحكم بالسوق عبر الشركات القابضة (Holding Companies)، فانتبهت الحكومة لأغراضها الاحتكارية فتم تصفية العديد منها سنة ١٩٠٤م.

فتوجه أصحاب الشركات إلى طريقة الاندماج (Merger)، بحيث تندمج الشركات المنتجة لمنتج معين، فتتحكم بالأسعار وتسيطر على السوق، فصدر قانون كلايتون (Clayton Anti-Trust act) سنة ١٩١٤م والذي يحظر التلاعب الأسعار عبر شراء

---

(١) وخلاصتها: أن يودع المساهمون قدرا من الأسهم لدى مجلس أمناء (Board of Trustees)، فيدير نيابة عنهم مجموعة شركات منضمة، فيتحكمون بالسوق بهذه الطريقة الاحتكارية. الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١١٥.

(٢) خطب السناتور جون شيرمان في الكونجرس الأمريكي لإقناعه بضرورة تبني مشروع قانونه المقترح قائلا:" إذا كنا لم نقبل بالملك كقوة سياسية، فعلينا ألا نقبل بوجود ملك آخر في مجال الإنتاج أو النقل أو البيوع المختلفة الضرورية للحياة، فأكبر تهديد لنظامنا الاجتماعي هو عدم توزيع الثروة وتركز رأس المال الذي يسيطر على الإنتاج والتجارة ويقوض دعائم المنافسة"، وأثمرت هذه الخطبة إقرار القانون الذي عرف بقانون شيرمان. ينظر كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٣٢.

(٣) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٧.

(٤) الصراع الطبقي وقانون التجارة لثروت الأسيوطي ص ١٢٩، عن الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٥٦.

(٥) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٤٦.

الشركات المساهمة لأسهم شركات أخرى أصغر منها بقصد الحد من المنافسة، كما حظر عددا من الممارسات التي تؤدي إلى الاحتكار والتحكم في الأسعار [١].

وصدر في ذات السنة القانون المؤسس للجنة التجارة الفيدرالية Federal trade commission act الذي يحظر اللجوء لأعمال المنافسة غير المشروعة[٢]، ثم صدر قانون ويب سنة ١٩١٨م، وسمح للترست بالإنتاج والبيع للأسواق الخارجية، واستثناه من قانون شيرمان وكلايتون [٣]، ثم اتجه الرأسماليون إلى السيطرة والاحتكارات مرة أخرى عن طريق الاندماج مما أدى إلى الأزمة الاقتصادية سنة ١٩٢٩م التي اهتزت لها الولايات المتحدة وأثرت على الكثير من دول العالم ففرض الرئيس الأمريكي سياسته الصارمة لإنقاذ الولايات المتحدة من الوضع التي وصلت إليه بسبب الاندماجات المخلة بالمنافسة [٤].

وفي سنة ١٩٥٠م صدر قانون سيلر (Celler-Kefauver Act) وهو قانون يستهدف تدعيم الرقابة على حالات الاندماج خشية تكوين احتكارات في السوق التنافسية[٥]، ويتسم هذا القانون بالصرامة مع الحالات المخالفة للقانون، ومنع هذا القانون التحالفات المشتركة التي يتم بموجبها شراء الشركات المنافسة لبعضها البعض [٦]. وقد عدل قانون سيلر المادة السابعة من قانون كلايتون، ليمتد الحظر للاندماج الرأسي إضافة للاندماج الأفقي [٧].

ثم صدر قانون روبنسون- باتمان (Robinson – Patman Act) في سنة ١٩٦٣م وهو معدل لقانون كلايتون، ويهدف لحماية صغار التجار.

(١) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١١٤-١١٦.

(٢) سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق للدكتور سمير خمايلية . ص ١٨.

(٣) الاحتكار وموقف الشريعة الإسلامية منه – أحمد مصطفى عفيفي – ص ٧٧.

(٤) النظام القانوني لاندماج الشركات لحسام الصغير ص ٧.

(٥) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي ص ٨٨.

(٦) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٤٧.

(٧) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٤٦.

ثم صدر قانون (Hart – scott – Rodino Act) سنة ١٩٧٦ م والذي اشترط إخطار الحكومة الفيدرالية بحالات الاندماج الكبرى للنظر في مشروعيتها والحد من آثارها الضارة على المنافسة [١].

ثم صدر تحديث لقانون كلايتون سنة ١٩٨٠م [٢]، وصار بدلا من اقتصاره على اندماج الشركات يشمل الآتي:

١. الاندماج بمفهومه القانوني.
٢. شراء تاجر أسهم أو حصص في شركة منافسة بغية تفادي المنافسة بينهما.
٣. المشروع المشترك الذي يؤسس بين التجار (Joint Venture)

ويرى الباحث أن التقنين الأمريكي للمنافسة زاخر بالتجارب التي تفيد من يرغب في مراجعة الأنظمة المحلية للمنافسة في الدول العربية، دون إغفال لأسباب تلك التعديلات وما سبقته من أزمات اقتصادية، مع الأخذ في الاعتبار كبر حجم السوق الأمريكية وعظم المنافسة بين المنتجين في ذلك السوق.

ثانياَ: تنظيم المنافسة في الاتحاد الأوربي

يمكن القول بأن ثقافة الاقتصاد الحر سادت بعد قيام الثورة الصناعية، مما أدى إلى أزمات اقتصادية ابتداء من عام ١٨٦٣ أدت إلى تغير في الفكر الاقتصادي السائد وشيئاً فشيئاً أصبح قيام التكتلات والاحتكارات أمراً مقبولاً وأصبح «الكارتل» منذ نهاية القرن التاسع عشر واحداً من أهم أسس الحياة الاقتصادية، وذلك في إثر الأزمة الاقتصادية التي حدثت ما بين العامين ١٩٠٠– ١٩٠٣م، إلى أن تحول النظام الرأسمالي إلى مرحلة متقدمة جداً سميت فيما بعد رأسمالية الدولة الاحتكارية [٣]. وأصدرت العديد من الدول الأوروبية قوانين لضبط المنافسة،

(١) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي ص ٨٩.

(٢) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ١٤.

(٣) ينظر عدد الكارتلات في الدول الرأسمالية في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، وكيف كانت سببا في عدد من التنظيمات في كتاب: الاحتكار وموقف الشريعة الإسلامية منه – أحمد مصطفى عفيفي – مكتبة وهبة – القاهرة ص ٢٩.

وتحرم التكتل أو الاحتكار في كثير من دول النظام الرأسمالي مثل قانون ١٨٩١ م وقانون التفرقة بين الاتفاقات الاحتكارية الحسنة والسيئة ١٩٢٦م في فرنسا.

وبمقتضى اتفاقية روما لسنة ١٩٥٧م تم إنشاء السوق الأوروبية المشتركة سنة ١٩٥٨م، ويطلق على المركز الاحتكاري في القانون الأوروبي: "المركز المسيطر" [١]، وقد نصت المادة ٨٦ من اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة على أنه يحظ على الملتزم أو الملتزمين (أي المشروعات) إساءة استغلال المركز المسيطر في السوق المشتركة أو في جزء جوهري منه، لأنها لا تنسجم في التعامل مع هذا السوق ولا تتفق مع متطلباته، ولا تحقق غاياته، طالما أنها قد تؤثر على التجارة بين الدول الأعضاء [٢]، وفي حال تعارض أحكام المادة ٨٦ من اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة على القوانين الوطنية للدول الأعضاء تسمو المادة ٨٦ عليها [٣]، وقد أدى ذلك بالدول الأعضاء لدمج أحكام الاتفاقية في قوانينها الوطنية [٤].

ومع حرص المنظم الأوروبي على دقة صياغة المادة ٨٦، إلا أنه لوحظ أنها تشمل حالة اندماج شركة ذات مركز مسيطر بشركة منافسة لها، وأما إذا كانت شركتان لا تتمتع أي منهما بمركز مسيطر، فإنه لا يوجد نص يمنعها، ولو أدت لتكوين شركة ذات مركز مسيطر، ولذا فقد سُدَّ هذا النقص بقرار مجلس الوزراء الأوروبي سنة ١٩٨٩م بإصدار لائحة الاندماج [٥].

وأما في داخل الدول الأوروبية، فقد أصدرت فرنسا سنة ١٩٥٣م مرسوما يمنع الاتفاقيات التي تقيد حرية المنافسة، وظهرت اللجنة التقنية للاتفاقيات، ولها صلاحيات استشارية فقط لوزير الاقتصاد حول مدى توافر المخالفات، ولا صلاحية للجنة باتخاذ إجراءات أكثر من ذلك. كما حظر التقنين التجاري الفرنسي في المادة ٤٢٠- الفقرة ٢ الاستغلال التعسفي للمركز المسيطر على السوق الداخلية أو على جزء جوهري منها. ثم صدر قانون ''رايموندبار''، سنة ١٩٧٧م والذي سمى فيه لجنة المنافسة، وتتميز هذه الأخيرة عن سابقتها

(١) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل مُحَمَّد شلبي، ص ١٠٧.

(٢) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٦٢.

(٣) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٤٧.

(٤) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٥٨، شرح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية للدكتور عبدالفتاح مراد ص ٢٥.

(٥) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٢٤.

بكونها منظمة وفيها شبه استقلال، وليس لوزير الاقتصاد أن يصدر قرارات في مجال المنافسة دون أخذ رأي اللجنة. وفي سنة ١٩٨٦م أحدث مجلس المنافسة [١]، وفي سنة ١٩٨٧م صدر قانون الإجراءات المطبقة أمام مجلس المنافسة، والذي أنهى جدلا واسعا في طبيعة المجلس، وأكد بأن قراراته ذات طابع إداري. وأما تقنين مراقبة التركز الاقتصادي فهو حديث نسبياً، فقد صدر سنة ١٩٧١م، وعدل سنة ٢٠٠١م[٢].

ويرى الباحث أن التقنينات الخاصة بالمنافسة عموماً وبأثر الاندماجات على أنظمة المنافسة تتفق كثيراً في العديد من الدول الأوروبية، على خلاف في بعض التفاصيل، وقد استفاد المنظم الأوروبي من التجربة الأمريكية كثيراً في صياغة العديد من المواد لأسبقية المنظم الأمريكي في هذه التجربة، ولكونه اكتوى بكثير من الأزمات الاقتصادية التي نتجت بسبب ثغرات قانونية وفراغ تنظيمي في مجال المنافسة.

ثالثاً: تنظيم المنافسة في الدول العربية

تعد دولة تونس أول دولة عربية أصدرت تقنينا خاصا بالمنافسة، فقد أصدرت قانون المنافسة والأسعار التونسي سنة ١٩٩١م، ثم وضعت ضوابط التركز الاقتصادي في قانون المنافسة لسنة ١٩٩٥م، وتليها الجزائر التي أصدرت قانون المنافسة سنة ١٩٩٥م [٣]. وكلا القانونين مستقيان من القانون الفرنسي [٤].

ثم أصدرت الجمهورية اليمنية قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، ثم تبعتها المملكة المغربية قانون حرية الأسعار والمنافسة الصادر بالمرسوم

(١) سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق للدكتور سمير خمايلية . ص ٢٠.

(٢) رقابة عمليات التركز لمحمد بن فرج، ورقة عمل لمؤتمر المنافسة الأول في عمان الأردن في ٢٣-٢٤ أيار ٢٠٠٥. ص ٣. وقد بين الباحث أن مراقبة التركز الاقتصادي تم تقنينها في المملكة المتحدة سنة ١٩٧٣م. وأما ألمانيا فأصدرت القانون المناهض لتقييد المنافسة المعدل في ١٩٨٧/١٠/٢٢م، وأصدرت إيرلندا آخر تعديل لقانون الاندماج والسيطرة في ١٩٨٧م، وأما إيطاليا فأصدرت قانون حماية المنافسة والسوق في ١٩٩٠م

(٣) ألغي هذا القانون سنة ٢٠٠٣ م بقانون آخر، ينظر سلطة مجل المنافسة في ضبط السوق للدكتور سمير خمايلية . ص ٨.

(٤) سياسة التنظيم والمنافسة للدكتور مصطفى با بكر –المعهد العربي للتخطيط بالكويت - ع ٢٨ س ٣ إبريل ٢٠٠٤م، ص١٣.

رقم ٢٠٠٠٨٥٤ في ٢٨ من جمادى الآخرة ١٤٢٢ (١٧ سبتمبر ٢٠٠١م. وصدر قانون المنافسة في الأردن برقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٤م [١]، وأفردت عمليات التركز داخل هذا القانون بمواد خاصة.

وأما نظام المنافسة في المملكة العربية السعودية فقد صدر بموجب المرسوم الملكي رقم (م:٢٥) وتاريخ ٤ جمادى الأولى ١٤٢٥هـ، كما صدر قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار المصري رقم ٣ في سنة ٢٠٠٥م. وأصدرت دولة قطر القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، بتاريخ: ٣ / ٦ / ١٤٢٧ هـ–الموافق: ٢٩ / ٦ / ٢٠٠٦ م، وفي ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، صدر قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة، وصدر قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨م، في ١٤٢٩/٣/٢٧هـ – ٢٠٠٨/٤/٣م، ثم صدر القانون السوداني لتنظيم المنافسة ومنع الاحتكار لسنة ٢٠٠٩م. ثم قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٠م.

ولم تصدر سلطنة عمان [٢] وفلسطين [٣] وموريتانيا [٤] قوانين خاصة بالمنافسة حتى الآن، وإن نشرت مسودات تلك القوانين لبعض الدول، لكنها لم تصدر بشكل رسمي.

ويتبين للباحث أن الدول العربية تتابعت في تقنينها للمنافسة بعد دخولها في منظمة التجارة العالمية، وصدرت قوانينها متوالية، مع اختلاف بينها في حسن الصياغة، ويجدر بالجهات المسؤولية عن الصياغة التنظيمية أن تراجع الأنظمة بشكل دوري، وتستفيد من الأنظمة الأخرى والأحكام القضائية التي أصدرتها الجهات القضائية المسؤولة، وتأخذ بملحوظات الشراح على تلك الأنظمة.

---

(١) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٥٠.

(٢) ينظر الرابط حين الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.alkhaleej.ae

(٣) يعاني الاقتصاد الفلسطيني من الجرائم الاقتصادية والاحتكار بأبشع صوره، مما زاد ضغط الجماهير على الحكومة الفلسطينية بإقرار قانون المنافسة. ينظر الرابط حين الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.alquds.com/news/article

(٤) ينظر الرابط حين الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.souhoufi.com/article

المسألة الثانية: نشأة وتطور نظام المنافسة في المملكة العربية السعودية

حرصت المملكة العربية السعودية على الانضمام لمنظمة التجارة العالمية، وكان من اشتراطات المنظمة حماية المنافسة بتنظيم واضح، وبعد مفاوضات استمرت اثني عشر عاماً حصل الانضمام الرسمي يوم الجمعة ٩ شوال ١٤٢٦هـ الموافق ١١ نوفمبر ٢٠٠٥م، وقد أصبحت السعودية رسمياً عضواً في المنظمة بعد شهر من تاريخ توقيع الوثيقة، أي في ١١ ديسمبر ٢٠٠٥م [١]؛ لتصبح العضو الرسمي رقم ١٤٩[٢]، بعد صدور القرار من المقام السامي بالموافقة على انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية [٣].

وقد كان لانضمام المملكة العربية السعودية للمنظمة إيجابيات كثيرة، وأهم الإيجابيات التي لها علاقة بالمنافسة ما يأتي:

١- أن الانفتاح الاقتصادي سيُشعل المنافسة بين الشركات الأجنبية والشركات المحلية في المملكة، وسيكون المستفيد الأول من هذا التنافس هو المستهلك السعودي.

٢- سيوجه المنتجون السعوديون منتجاتهم وخدماتهم للأسواق العالمية من خلال سياسات تسويق فاعلة تضع حساسية ورضى الزبون في المقام الأول.

٣- ستتطور جودة السلع والخدمات بشكل كبير وسيتحسن أداء الاقتصاد السعودي بشكل عام نتيجة لضغوط المنافسة العالمية.

٤- سيتم توفير السلع والخدمات للسعوديين بسعر تنافسي يناسب دخولهم.

---

(١) خبر بعنوان: "الوطن" تنشر الالتزامات السعودية في منظمة التجارة - جريدة الوطن الأحد ١١ شوال ١٤٢٦هـ الموافق ١٣ نوفمبر ٢٠٠٥م العدد (١٨٧١) السنة السادسة.

(٢) مقال بعنوان" انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية وتأكيد الهوية الإسلامية"- منشور في الموقع الالكتروني لوزارة الزراعة السعودية.

(٣) جريدة اليوم - الثلاثاء ١٤٢٦-٠٩-٢٢هـ الموافق ٢٠٠٥-١٠-٢٥م العدد ١١٨٢٠ السنة الأربعون، قرار مجلس الوزراء مساء الاثنين ١٤٢٦/٩/٢١هـ الموافق ٢٠٠٥/١٠/٢٥م.

٥- ستتحقق العدالة للجميع في الأسواق العالمية من غير تحيز لدولة على حساب أخرى ما دامت عضواً في المنظمة.

٦- سيساعد الانضمام للمنظمة على تطوير أنظمة تجارية على مستوى عال من الشفافية.

٧- سيساعد انضمام المملكة للمنظمة على جذب الاستثمار الأجنبي إلى السعودية، وهذا الاستثمار الجديد سيحتاج إلى توظيف أيد عاملة جديدة، مما سيؤدي إلى انخفاض معدلات البطالة في المجتمع وتأهيل الأيدي العاملة المحلية لتواكب متطلبات سوق العمل العالمي.

٨- سينفتح اقتصاد المملكة بشكل إيجابي على الاقتصاد العالمي، وستتمكن الصادرات السعودية من النفاذ بسهولة إلى أسواق الدول الأعضاء في المنظمة، لأن الرسوم الجمركية ستكون منخفضة أو ملغاة. كما أنها -أي الصادرات السعودية- عندما ستدخل إلى أسواق الدول الأعضاء، لن تخشى من التمييز في المعاملة بينها وبين منتجات أي عضو آخر، بل ستتمتع بمميزات لا تقل عن تلك التي توفرها الدول الأعضاء لمنتجاتها المحلية[١].

وكان صدور نظام المنافسة السعودي بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م:٢٥) والتاريخ ٤ جمادى الأولى ١٤٢٥هـ. ثم صدر الأمر الملكي ذي الرقم (أ/٢٩٢) والتاريخ ٦ رمضان ١٤٢٦هـ القاضي بتكوين أعضاء مجلس المنافسة، ثم صدر الأمر الملكي ذي الرقم (أ/٢٢٠) والتاريخ ١٨ ذي القعدة ١٤٣٢هـ القاضي بإعادة تكوين أعضاء مجلس المنافسة، وصدرت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي من مجلس المنافسة بالقرار ذي الرقم ٢٠٠٦/١٣ والتاريخ ١٤٢٧/١١/٢٥هـ، ثم عدلت وصدرت لائحة جديدة لنظام المنافسة بقرار مجلس المنافسة رقم ١٢٦ وتاريخ ١٤٣٥/٩/٤هـ الموافق ٢٠١٤/٧/١م [٢].

---

(١) مقال بعنوان:" إيجابيات وسلبيات انضمام المملكة لـ(WTO)" - د. قيصر حامد مطاوع - جريدة عكاظ (الخميس - ١٤٢٦/٢/٦هـ) الموافق ١٧ / مارس/ ٢٠٠٥ - العدد ١٣٦٩، مقال بعنوان:"انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية والضوابط التجارية" - د. عبد الوهاب بن سعيد القحطاني – جريدة الرياض الاثنين ١٨ صفر ١٤٢٦هـ - ٢٨ مارس ٢٠٠٥م - العدد ١٣٤٢٦.

(٢) منشور في موقع جريدة أم القرى ع ٤٥٣٠ على الشبكة، ينظر الرابط حين الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م:

http://www.uqn.gov.sa

ويعتبر مجلس المنافسة مجلساً مستقلاً معنياً بالإشراف على تطبيق نظام المنافسة الذي يهدف بشكل محدد إلى حماية وتشجيع المنافسة العادلة، ومكافحة الممارسات الاحتكارية التي تؤثر على المنافسة المشروعة.

ولتحقيق الأهداف المنشودة يقوم المجلس بالعديد من المهام والاختصاصات منها على سبيل المثال الموافقة على حالات الاندماج والتملك للمنشآت والتي ينتج عنها وضع مهيمن في السوق، واتخاذ إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات بالنسبة للشكاوي والممارسات المخلة بالمنافسة وكذلك الأمر بالتحقيق والادعاء فيها، بالإضافة إلى الموافقة على البدء في إجراءات الدعوى الجزائية ضد المخالفين لأحكام نظام المنافسة، ويعمل مجلس المنافسة من خلال النظام واللائحة التنفيذية على المحافظة على البيئة التنافسية لقطاع الأعمال.

ويرى الباحث أن مجلس المنافسة السعودي يبذل جهدا كبيرا لتحقيق الأهداف التي أنشئ من أجلها. وعلى الرغم من ضعف إمكانياته وقلة منسوبيه إلا أنه يقوم بدور جلي في التوعية بنظام المنافسة، ويعين الجهات التي ترغب في التركز الاقتصادي بالمشورة والرأي مما يعينهم على أداء ما يريدون دون إخلال بالنظام.

الفرع الثالث: آثار أنظمة المنافسة

لا تتوقف أنظمة المنافسة عند غايتها الأصيلة في حماية المنافسة داخل السوق، وإنما يمتد أثرها إلى حماية الكيانات الاقتصادية المتنافسة وحماية المستهلك، ويمكن أن يقال بأن سياسة أي قانون نحو الاندماج هي استكمال لسياسته تجاه الاحتكار أو عدم تقييد المنافسة [(١)].

وأهم الآثار المترتبة على أنظمة المنافسة ما يأتي:

الأثر الأول: حماية المنافسة، إذ تظهر أهمية قانون المنافسة في حماية مبدأ المنافسة الحرة، بما يستتبعه ذلك من حماية السوق باعتباره مجال هذه المنافسة، وتظهر هذه الحماية من خلال حظر الممارسات المقيدة للمنافسة، حيث أن الحظر وارد على هذه الممارسات بغض النظر عن آثارها الفعلية على السوق.

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ١٣.

وتوضيحا لذلك؛ يمكن القول بأن من طبيعة السوق أنه في حال تشبع السوق يضطر التجار للاندماج تقليلا من عدد التجار، وفي حال التركيز يدخل عدد من التجار للسوق لتغطية جانب من الطلب المتزايد على السلعة[١]. والاندماج بأنواعه قد يؤدي إلى تركيز القوة الاقتصادية واحتكار القلة، وهو ما تسعى التنظيمات إلى الحد منه [٢]. والرقابة على عمليات الاندماج تهدف إلى منع الاستغلال السيئ من التاجر لموقفه القوي بالسيطرة على السوق أو حال التبعية لدى المتعاقدين معه، والرقابة على الهياكل التنظيمية تهدف للحد من عمليات التركز التي قد تؤدي إلى اختفاء المنافسة الفعلية من السوق [٣].

الأثر الثاني: حماية المتنافسين، وتتحقق حماية المتنافسين من خلال حماية المنظم للتجار المتنافسين داخل السوق، لاسيما أمام بعض التصرفات التي حظرها المنظم.

ويدخل في هذا الإطار حظر التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة الاقتصادية، والتعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية والتي قد تأخذ العديد من الأشكال، إذ المنشأة التجارية يحصل منها تعسف في استعمال حقها في حرية التجارة عند وصولها لمركز احتكاري عبر اندماجها مع منشأة أخرى بطريق غير نظامي أو صدور تصرف مقيدة لحرية المنافسة [٤].

ويدخل في ذلك تشجيع المنشآت الصغيرة والمتوسطة، ولذا فإن الجهات التنظيمية في الدول الحديثة تصدر قوانين المنافسة للحد من ظهور تجار تتركز بأيديهم القوى الاقتصادية المسيطرة على السوق، وهدف الجهات التنظيمية تشتيت القوى المسيطرة، إلى المشروعات الصغيرة والمتوسطة [٥]. ولذا نجد أن قانون المنافسة الكندي نص على أن من أهدافه حماية المشروعات الصغيرة والمتوسطة وتوفير فرص المنافسة المعقولة لها[٦]. وقد قررت المحكمة العليا

(١) المرجع السابق ص ١١.

(٢) شرح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية للدكتور عبدالفتاح مراد ص ٤٠٣.

(٣) حماية المحل التجاري عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة دراسة تحليلية مقارنة –للدكتور كيلاني عبدالرضا محمود – ص ٩٥.

(٤) ينظر: التقييد الأفقي للمنافسة للدكتور أحمد الملحم ص ١٣٣.

(٥) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٤٩.

(٦) قانون المنافسة الكندي الصادر سنة ١٨٨٩م، المادة ١٠/١.

الأمريكية أن هدف القانون المضاد للاندماج هو تشجيع التوسع الداخلي للشركة، لأنه أفضل اجتماعيا واقتصاديا من السيطرة [١].

الأثر الثالث: حماية المستهلك، إذ تحرص تنظيمات المنافسة على ضبط العلاقات بين التجار داخل السوق، بما يؤدي إلى حماية المستهلك، من خلال حظر عمليات الاحتكار بهدف رفع الأسعار، والبيع بخسارة لإخراج المنافسين من السوق، مما يؤدي إلى هيمنة التجار الأكثر قدرة على السوق، فيسهل عليهم رفع الأسعار بشكل غير مبرر اقتصاديا [٢].

المطلب الرابع

حكم المنافسة التجارية في الشريعة الإسلامية

ذكرت المنافسة في النصوص الشرعية في مواطن كثيرة في معرض الذم، كما وردت أحاديث تدل على التنافس على الخير، ولو كان ذلك في الأمور الدنيوية إذا خلت من المفسدة، ولذا فيمكن أن يقال بأن حكم المنافسة على اكتساب عملاء جدد وتسويق السلع وزيادة الحصة السوقية وتعظيم الأرباح يحتمل أمرين:

الأول: الجواز، ويدل عليه الآتي:

١- أن النبي – ﷺ – سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع[٣].

وجه الدلالة: أن من يسبق سيحصل على نفع مادي.

ويمكن أن يجاب عنه بأن السبق إنما أجيزت المنافسة فيه لما فيه من استعداد للجهاد في سبيل الله، والتنافس على الدنيا ليس كذلك.

٢- أن النبي – ﷺ – باع حلساً وقدحا، وقال:" من يشتري هذا الحلس والقدح؟ فقال رجل: أخذتهما بدرهم، فقال – ﷺ –:" من يزيد على درهم؟..." [٤].

---

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ١٩.

(٢)مراقبة التجميعات الاقتصادية في القانون الجزائري: إشكالية التوفيق بين المصالح – الدكتور آيت منصور كمال – بحث منشور في موقع http://dr.sassane.over-blog.com/article-117710903.html

(٣) رواه البخاري برقم ١٠٥٣ ومسلم برقم ١٤٩١.

(٤) رواه أبو داود ١٢٠/٢ والترمذي ٥٢٢/٣ وحسنه، وابن ماجه ٧٤٠/٢، وفيه أبو بكر الحنفي مجهول الحال.

وجه الدلالة: أن النبي – ﷺ – أذن للصحابة في أن يتنافسوا في الحصول على السلعة المعروضة للبيع عن طريق المزايدة.

الثاني: الكراهة، ويمكن أن يستدل عليه ما يأتي:

١- قوله – ﷺ – "أخشى أن تبسط الدنيا عليكم كما بسطت على من كان قبلكم، فتنافسوها كما تنافسوها" [(١)].

ووجه الدلالة: أن النبي – ﷺ – ذكر التنافس في معرض الذم، وهذا دليل على الكراهة.

وأجيب عن ذلك بأن من معاني التنافس التحاسد، وهو المقصود من الحديث.

١- حديث أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ، قال: "إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث، ولا تحسسوا، ولا تجسسوا، ولا تنافسوا، ولا تحاسدوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخوانا" [(٢)].

وجه الدلالة: أنه – ﷺ – نهى عن التنافس، والمقصود التنافس في جمع الأموال.

ويجاب عن ذلك: بأن معنى الحديث، التنافس المسبب للحسد، قال ابن العربي [(٣)] – رحمه الله – : قولُه: وَلَا تنَافَسُوا ولَا تَحَاسَدُوا" هل هما شيءٌ واحدٌ وفيهما معنى؟ فالجواب: أنّهما بمعنى واحد؛ لأنّ القرآن لا يتكرر إلَّا لفائدة. وهذا الحديث أصل في الفصاحة، وعليه تتركَّب اللُّغة؛ لأنّ النّبيّ –عليه السّلام– أفصح ولد آدم. وقوله: "وَلَا تَنَافُسوا" والتّنافس هو التَّحاسد في الجملة، إلَّا أنَّه يتميز عنه بأنّه سببه، وكأنّه قيل له: لا ترى نفسك خيرًا من أحد حتّى يحملك ذلك على الحقد والحسد [(٤)].

٢- حديث يزيد بن الأخنس، أن رسول الله ﷺ قال: " لا تنافس بينكم إلا في اثنتين: رجل أعطاه الله عز وجل القرآن، فهو يقوم به آناء الليل وآناء النهار، ويتبع ما فيه، فيقول رجل: لو أن الله تعالى أعطاني مثل ما أعطى فلانا، فأقوم به كما يقوم به، ورجل أعطاه

---

(١) رواه البخاري برقم ٣١٥٨ ومسلم برقم ٧٥٣٥.

(٢)رواه مسلم برقم ٢٥٦٣.

(٣) هو مُحَمَّد بن عبد الله بن مُحَمَّد ، أبو بكر ، المعروف بابن العربي . حافظ متبحر ، وفقيه ، من أئمة المالكية ، بلغ رتبة الاجتهاد .ولد سنة ٤٦٨هـ وتوفي سنة ٥٤٣هـ . من أهم كتبه : " عارضة الأحوذي شرح الترمذي " ، و " أحكام القرآن " ، و " المحصول في علم الأصول " . شجرة النور الزكية ص ١٣٦، والأعلام للزركلي ٧ / ١٠٦.

(٤) المسالك في شرح موطأ الإمام مالك لابن العربي ٢٧٢/٧، وانظر القبس ١٠٩٩/٣، والاستذكار ١٤٦/٢٦.

الله مالا، فهو ينفق ويتصدق، فيقول رجل: لو أن الله أعطاني مثل ما أعطى فلانا فأتصدق به"[1].

٣- وفي حديث ابن مسعود ﷺ عن النبي ﷺ قال:"إني لأعرف آخر رجل خروجا من النار رجل خرج زحفا، فقيل له: ادخل الجنة فيدخل ثم يخرج فيقول: يا رب قد أخذ الناس المنازل فيقال له: أتذكر الزمان الذي كنت فيه في الدنيا فيقول: نعم فيقول: تمنه، فيقول: يا رب تنافس أهل الدنيا في دنياهم وتضايقوا فيها فأنا أسألك مثلها، فيقول: لك مثلها وعشرة أضعاف ذلك فهو أدنى أهل الجنة منزلا"[2].

والراجح لدى الباحث أن التنافس الذي يؤدي إلى مصلحة تطوير التجارة وتكوين فرص عمل جديدة، ونفع المستهلك يعد من التنافس على الخير، فإن كان على جمع حطام الدنيا مع التكاثر والتحاسد فهو من التنافس المذموم.

(١) رواه أحمد في مسنده برقم ١٦٩٦٦، وقال عنه شعيب الأرناؤوط: صحيح لغيره.

(٢) رواه ابن حبان – الإحسان برقم ٧٤٢٧، وصححه شعيب الأرناؤوط في تخريجه للإحسان، وقال الألباني: صحيح – «مختصر الشمائل» (١٩٧).

الباب الأول

الضوابط العامة للاندماج غير المخل بأحكام المنافسة

ويتضمن الفصلين الآتيين:

الفصل الأول: التدابير النظامية للحد من الاندماج المخل بأحكام المنافسة

الفصل الثاني: أسس النظر في الاندماج في ضوء أحكام المنافسة

مدخل

بعد أن تم توضيح المقصود بكل ما ورد في البحث من مفردات، وتمييزها عما يشتبه بها من مصطلحات، فإن من المناسب بيان أسس حرية التجارة وضوابطها، والتي منها ألا تؤدي إلى الإضرار بالمنافسة.

وفيما يأتي بيان مستند حرية التجارة، وضوابط هذه الحرية وما قررته الأنظمة والقوانين من قيود ترد عليها، ثم بيان التدابير النظامية للحد من الاندماج المخل بأحكام المنافسة، ثم ندلف إلى أسس النظر في الاندماج في ضوء أحكام المنافسة.

المطلب الأول

أساس حرية التصرفات التجارية

الحرية مصدر صناعي، نسبة إلى الحر، والحر في اللغة خِلافُ العبدِ، وخيارُ كُلِّ شيءٍ، ورجُلٌ بيّن الحُرِّيَّةِ، و(الْحُرِّيَّة) الخلوص من الشوائب أَو الرّقّ أَو اللؤم وَكَون الشّعب أَو الرجل حرا و(فِي الاقتصاد) مَذْهَب اقتصادي يَرْمِي إِلَى إعفاء التِّجَارَة الدولية من الْقُيُود والرسوم [١].

وأما في الاصطلاح القانوني فقد عرفت الحرية في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان بأنها القدرة على عمل كل ما لا يضر بالغير[٢]. ويمكن تعريف الحرية التجارية بأنها تمكن الشخص الطبيعي أو الاعتباري من ممارسة التجارة التي يشاء وبالطريقة التي يشاء بشرط عدم مخالفة الشرع أو النظام.

ولا يختلف كثيراً تعريفها الفقهي عن التعريف النظامي، فقد عرفها الإمام الطاهر بن عاشور [٣] – رحمه الله – بأنها تمكن الشخص من التصرف في نفسه وشؤونه كما يشاء دون معارض [٤]، ولا يمكن أن تكون الحرية في الشريعة إلا مقيدة، فليست الحرية انطلاقا من القيود، بل قيدت بعدة قيود، ويعنينا في هذا البحث تقييدها بعدم الإضرار بالغير [٥].

وسيتم التطرق فيما يأتي في الفرع الأول عن الأساس القانوني لحرية التجارة، ثم ندلف إلى أسس حرية التصرفات التجارية في الشريعة الإسلامية في الفرع الثاني.

---

(١) القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط – رسم حرر.

(٢) الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٧٨٩م، المادة ٤.

(٣) هو مُحَمَّد الطاهر بن عاشور الفقيه المالكي، شيخ جامع الزيتونة وفروعه بتونس. ولد سنة ١٢٩٦هـ بتونس، وألف عددا من المصنفات منها (مقاصد الشريعة الإسلامية) و (أصول النظام الاجتماعي في الإسلام) و (التحرير والتنوير) في تفسير القرآن. وتوفي سنة ١٣٩٣ هـ. الأعلام ١٧٤/٦.

(٤) مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور ص ٣٩١.

(٥) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة ص ١٨.

الفرع الأول: الأساس القانوني لحرية التجارة

كفلت دساتير الكثير من الدول حرية التجارة [١]، كما أنها مكفولة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان [٢]، وقوانين المنافسة تستند في أساسها على مبادئ حرية التجارة والصناعة والمساواة[٣].

ويعد النظام الرأسمالي بيئة خصبة لوجود ظاهرة التركز الاقتصادي، بسبب القوانين الصارمة لاحترام الملكية الفكرية، وإطلاق حرية الاستثمار[٤].

وقد نصت عدة مواد من قوانين المنافسة على احترام حرية التجارة وبشكل خاص حرية المنافسة، وتقييدها بما لا يضر اقتصاد الوطن أو يؤثر على المنافسين [٥].

وحرية التجارة تشمل أمرين:

الأول: حرية النشاط التجاري من كل قيد ما عدا القيود التي وضعت من السلطة العامة.

الثاني: حرية أي مواطن في الدخول في منافسة مع أي مواطن آخر عند مزاولة النشاط نفسه[٦].

---

(١) ينظر على سبيل المثال: الدستور الفرنسي م ٣٤، الدستور الإيطالي م ٤، والدستور المصري م ١٣، والدستور الأردني م ٢٣، والدستور الكويتي المواد من ١٦ – ٢٠، والدستور الجزائري م ٣٧.

(٢) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان م ٣٤، وينظر الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان م ٥.

(٣) حماية المنافسة – دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ ولائحته التنفيذية – للدكتور حسن الماحي – المكتبة العصرية –المنصورة –ط١ –٢٠٠٧ ص ٥. حماية المحل التجاري عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة ص ٥٠. قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٣، النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٢-٤٣.

(٤) النظام القانوني لاندماج الشركات لحسام الدين الصغير ص ٥٩.

(٥) ينظر على سبيل المثال: القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م. المادة الأولى والخامسة، والمادة الخامسة عشرة من اللائحة.

(٦) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٦١.

ولكن حرية المنافسة تحتاج إلى تنظيم يحميها من الممارسات الخاطئة التي يتبعها بعض التجار في إطار المنافسة ، والمنافسة الحرة المشروعة حتى تحقق أهدافها لا بد أن ترتكز على حماية شطري مبدأ حرية التجارة المتمثلين في الآتي:

١- حرية العرض، وبمقتضاه يحق لكل شخص الاشتغال بالتجارة ومنافسة غيره والانتقال من قطاع إلى قطاع، فلا يجوز تكوين عوائق لولوج تاجر منافس إلى السوق.

٢- وحرية الطلب، ويحق للعميل بموجبه أن يرتكز على مبدأ حرية التعاقد مع من شاء من التجار، وبالبنود التي تتفق مع أهدافه من التعاقد.

ونظرا لكون إطلاق حرية الاستثمار يوصل إلى تحكم ثلة من كبار الرأسماليين ورجال الأعمال على السوق، فقد سعت الدول إلى عقد عدة اتفاقيات تجارية دولية، للتنسيق بين الدول وتبادل الخبرات وفتح الأسواق للسلع، ومنع السلوكيات المنافية لأخلاقيات السوق والتي تقيد المنافسة. ومن أهمها اتفاقية الأونكتاد "UNCTAD" (مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية)، التي تتولى العناية اللائقة بالمنافسة، وأقرت سنة ١٩٨٩م قواعد سلوك المنافسة والممارسات التجارية [١].

وقد أولت اتفاقية الجات الخاصة بالسلع موضوع الممارسات الاحتكارية اهتماما بالغا، فقد نصت المادة الحادية عشرة على أن تعالج الممارسات الاحتكارية التي تقوم بها المنشآت المملوكة أو الخاضعة لإشراف الدول، ولزوم البيع والشراء بما فيها التصدير والاستيراد وفق الاعتبارات التجارية وإتاحة الفرصة للمنافسة في معاملاتها. كما تنص المادة الثامنة من الاتفاقية الخاصة بالخدمات على ما يحمي المنافسة في الخدمات [٢].

وأما منظمة التجارة العالمية (WTO) فهي الكيان الاقتصادي العالمي الوحيد الذي يشتمل على اتفاقيات متعددة -(٢٨) اتفاقية- تهدف إلى تحرير التجارة الدولية، وإزالة العوائق التجارية بين الدول الأعضاء، وتوفير مناخ مناسب للاستثمارات الأجنبية في ضوء منافسة

(١) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ص٤٩.

(٢) المرجع السابق ص ١٧٤.

شريفة. ولذا حرصت الدول كافة للانضمام إلى المنظمة، وقد تجاوز عدد الدول المنضمة إلى المنظمة ١٤٨ دولة. وكانت أهم شروط الانضمام لمنظمة التجارة العالمية[١]:

– تقديم تنازلات للتعريفات الجمركية إذ تشترط منظمة التجارة العالمية على الدولة الراغبة في الانضمام إليها تقديم جدول للتنازلات يحتوي على تعريفات جمركية تشكل التزامات لا يمكن رفعها من حيث المبدأ إلا في حالات خاصة.

– تقديم التزامات في الخدمات، حيث تقدم الدولة جدولا بالالتزامات التي ستتبعها في قطاع الخدمات يشتمل على قائمة بالحواجز والشروط التي تعترض القطاعات والنشاطات المهنية الخدماتية ووضع جدول زمني لإزالته.

– الالتزام باتفاقيات منظمة التجارة العالمية وتتعهد الدولة الراغبة في الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية بالتوقيع على بروتوكول انضمام يشتمل الموافقة على تطبيق والتزام جميع اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، عدا اتفاقية المناقصات الحكومية واتفاقية الطائرات المدنية فإنهما من الاتفاقيات الاختيارية، أي أنه لا سبيل أمام الدولة للاختيار بين الاتفاقيات بعكس ما كان سائدا وقت سريان اتفاقية "الجات" حيث لم توقع معظم الدول النامية على نتائجها التي تمثلت في اتفاقيات خاصة.

وقد وضعت المنظمة لجنة خاصة ببحث مواضيع المنافسة وذلك بعد مؤتمر سنغافورة سنة ١٩٩٦م، وأثمرت اجتماعات اللجنة على تأكيد وضع سياسات للمنافسة في الدول الأعضاء، وأثرها على التجارة الدولية، وحث الدول على تقليل الاحتكارات التي تقوم بها حكومات تلك الدول [٢].

(١) نشرت هذه الشروط تحت عنوان: شروط العضوية في منظمة التجارة العالمية – جريدة الاقتصادية السبت ٢٦ رمضان ١٤٢٦ هـ ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٥م العدد ٤٤٠١.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٥٨-٢٦٥.

الفرع الثاني: أسس حرية التصرفات التجارية في الشريعة الإسلامية

يمكن استخلاص أسس حرية التجارة من النصوص الشرعية، والنقولات الفقهية لعلماء الإسلام، وأهمها أن الشريعة الإسلامية تبيح وتحث على التصرفات التجارية التي تقوم على العدل ورفع الظلم، وتنهى عما يخالفها. والأساس الثاني هو أن الأصل في المعاملات الحل والصحة. وفيما يأتي بيان هذه الأسس.

الأساس الأول: التصرفات التجارية تقوم على العدل ورفع الظلم

لا تقر الشريعة الإسلامية التصرفات التجارية إلا إذا كانت تقوم على العدل ورفع الظلم، ويشهد لهذا قوله سبحانه: "إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي يعظكم لعلكم تذكرون" (النحل: ٩٠) وقال : "قل أمر ربي بالقسط" (الأعراف: ٢٩) وقال – ﷺ –: "ليس لعرقٍ ظالمٍ حق" [(١)]، ومعناه: أنه إن غرس الرجل أو زرع أو بنى أو حفر في أرض غيره بغير حق أمر بقلعه أو هدمه إلا أن يرضى صاحب الأرض بتركه[(٢)]، وأمره بذلك لأنه شغل ملك غيره فيؤمر بتفريغه دفعاً للظلم ورداً للحق إلى مستحقه[(٣)].

الأساس الثاني: الأصل أن التعاملات التجارية مباحة مأمور بها

أمر الله عباده بالعمل وطلب الكسب، في مواضع كثيرة من كتاب الله، فمن ذلك قوله تعالى:" هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا" (هود: ٦١) وقال تعالى:" فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ " (الملك: ١٥) وقال سبحانه:" فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ "(الجمعة: ١٠)، وقال تعالى:" وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ"(المزمل: ٢٠).

---

(١) أخرجه البخاري تعليقاً، ينظر: فتح الباري ١٩/٥.

(٢) معالم السنن للخطابي ٢٦٥/٤.

(٣) المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٣٨٠/٥.

وقد قرر العلماء بأن الأصل في التجارة الإباحة، لقوله تعالى:" وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا" (البقرة: ٢٧٥) وهذا الأصل من القواعد المهمة في أبواب المعاملات، فإنه لا يحرم من المعاملات إلا ما ورد الشرع بتحريمه وإبطاله، قال الإمام ابن تيمية – رحمه الله –: "والأصل في هذا: أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه" [(١)]، وقال ابن القيم – رحمه الله –: "والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم" [(٢)].

كما يدل على ذلك قوله سبحانه: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ" (النساء: ٢٩) والآية نص في إباحة التجارة، ولفظ التجارة عام، فدل على أن الأصل الإباحة إلا ما خص بالدليل.

ويدل قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" (المائدة: ١) وقوله سبحانه: " وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا" (الإسراء: ٣٤)، على وجوب الوفاء بكل عقد وعهد فدل على أن الأصل في العقود التجارية الإباحة.

ومما يؤكد حرية التجارة المضبوطة بالضوابط الشرعية أن النبي – ﷺ – أخبر أن التجارة من أطيب الكسب، كما في حديث رافع بن خديج ﷺ قال سئل رسول الله – ﷺ – عن أطيب الكسب فقال:" عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور" [(٣)]. وقد عمل نبينا مُحَمَّد – صلى الله عليه وسلم –بالتجارة كما في حديث السائب بن أبي السائب ﷺ قال:"كان رسول الله – ﷺ – شريكي، وكان خير شريك، لا يداري ولا يماري" [(٤)].

(١)مجموع الفتاوى ٣٨٦/٢٨.

(٢)إعلام الموقعين لابن القيم ٣٨٤/١.

(٣)رواه أحمد ١٤١/٤ والحاكم ١٠/٢ وغيرهما وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة برقم(٦٠٧).

(٤) رواه أبو داوود ١٧٠/٥ وابن ماجه ٧٦٨/٢ والحاكم في المستدرك ٦١/٢ وقال حديث صحيح الإسناد وسكت عنه الذهبي.

والمال أمانة بيد العبد قال تعالى:" وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ " (النور: ٣٣)، وبه قيام حياة الناس، قال تعالى:" وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا" (النساء: ٥).

والحفاظ على المال من المقاصد الكبرى للشريعة الإسلامية، إذ "مقصد حفظ المال ضرورة وواجب ومطلوب لحفظ النفس التي هي الأصل في حفظ العقل والجهاد وعمارة الأرض"[١]، وتحقيقا لهذا المقصد الشرعي، فقد أوصى – ﷺ – من كان مسؤولا عن مال غيره أن يستثمره، فقال روي عنه – ﷺ – أنه قال:" ألا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة" [٢]، وصح عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أنه قال:" ابتغوا بأموال اليتامى لا تأكلها الصدقة " [٣].

وقد مارس الصحابة رضي الله عنهم التجارة بحرية مضبوطة بضوابط الشرع وفق ما دلهم عليه نبينا – ﷺ – فعملوا في التجارة والصناعة والزراعة كما في سيرهم[٤]، وما أروع موقفاً تظهر فيه سمو نفوس الصحابة، وتطلعهم للريادة في أمور الدين والدنيا، فعن أنس – رضي الله عنه – قال: قدم عبد الرحمن بن عوف – رضي الله عنه – المدينة فآخى النبي – ﷺ – بينه وبين سعد بن الربيع الأنصاري – رضي الله عنه – ، وكان سعد ذا غنى، فقال لعبد الرحمن بن عوف: أقاسمك مالي نصفين وأزوجك، قال: "بارك الله لك في أهلك ومالك، دلوني على السوق فما رجع حتى استفضل أقطاً وسمناً[٥]. ورؤي على علي – رضي الله عنه – إزار غليظ فقال: اشتريته بخمسة دراهم، من أربحني فيه درهما بعته" [٦].

وأما قدواتنا من سلف الأمة فقد كان هذا المعنى واضح المعالم، ويدل على ذلك أن العلماء يحرصون على حث طلابهم في دخول مجال التجارة وممارستها، فقد كان الإمام أحمد بن

(١) اقتباس من كلام الحارث المحاسبي في كتابه: المكاسب، م ٢٤٣ تحقيق عبدا لقادر عطا، ط: مؤسسة الكتب الثقافية.

(٢) أخرجه الترمذي (١/١٢٥)، وقال: في إسناده مقال، لأن المثنى بن الصباح يضعف في الحديث ".

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٤/٢٥).

(٤) المعارف لابن قتيبة ص ٥٧٥.

(٥) رواه البخاري برقم (١٩٠٨) (ج ٧ / ص ١٩٩).

(٦)رواه الخلال في كتاب: الحث على التجارة ص ٩٦.

حنبل [١]– رحمه الله – يأمر بالسوق ويقول:" ما أحسن الاستغناء عن الناس" [٢]، وقال له رجل: إني في كفاية، فقال الإمام أحمد بن حنبل – رحمه الله –:" الزم السوق تصل به الرحم وتعود به على عيالك". وقال علي بن جعفر: مضى أبي إلى أبي عبدالله– يعني الإمام أحمد– وذهب بي معه فقال له: يا أبا عبدالله، هذا ابني، فدعا لي، وقال لأبي: ألزمه السوق وجنبه أقرانه [٣]، وقال أيوب السختياني [٤] – رحمه الله – لرجل:" الزم السوق فإنك لا تزال كريما على إخوانك ما لم تحتج إليهم" [٥].

وكانوا يحرصون على السماحة في البيع، فقد قال أسود بن سالم [٦] – رحمه الله – لأحد أصحابه: اشتر وبع ولو برأس المال [٧]. وقال معروف الكرخي [٨] – رحمه الله –:" من اشترى وباع ولو برأس المال بورك فيه كما يبارك في الزرع بماء المطر" [٩]. وذلك أن بيع السلعة ولو برأس مالها يفيد البائع خبرة في البيع وأساليبه، كما أن البضاعة كلما خزنت أكثر فإن سعرها يقل في الجملة، مع اعتبار أن التخزين له تكلفة على التاجر.

---

(١) هو الإمام أحمد بن مُحَمَّد بن حنبل الشيباني البكري الوائلي (١٦٤هـ – ٢٤١هـ)، إمام أهل السنة وفقيه المحدثين، له من الآثار المسند والزهد والورع والرد على الجهمية، كما أن له فتاوى مبثوثة في مسائل طلابه كمسائل ابنه صالح ومسائل ابنه عبدالله وغيرهما. سير أعلام النبلاء ١١/١٧٧.

(٢)رواه الخلال في كتاب: الحث على التجارة /٢٧ ومن طريقه ابن الجوزي في تلبيس إبليس ص (٢٨٥).

(٣) رواه الخلال في كتاب: الحث على التجارة /٢٧ ومن طريقه ابن الجوزي في تلبيس إبليس ص (٢٨٥).

(٤) أيوب السختياني، هو أيوب بن أبي تميمة كيسان ، أبو بكر ، السختياني البصري . ولد سنة ٦٦هـ، تابعي، سيد فقهاء عصره ، من حفاظ الحديث . رأى أنس بن مالك، قال ابن سعد : كان ثقة ثبتا في الحديث . جامعا كثير العلم ، حجة عدلا . وقال مالك : كان من العالمين العاملين الخاشعين. توفي رحمه الله سنة ١٣١هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء ٦ / ١٥ والأعلام ١ / ٣٨٢.

(٥)روضة العقلاء /٢٦٦ والحلية ٣/١١، نقله محقق الحث على التجارة ص ٢٦.

(٦) هو أسود بن سالم أبو مُحَمَّد العابد سمع: حماد بن زيد، وسفيان بن عيينة، وكان معروفا بالخير، قال مُحَمَّد بن جرير الطبري عنه: كان ثقة ورعا فاضلا، مات سنة ثلاث عشرة أو أربع عشرة ومائتين. تاريخ بغداد للخطيب البغدادي – تحقيق بشار عواد معروف، ٧/٤٩٨.

(٧)رواه الخلال في الحث على التجارة ص ٥٧، ومقصده رحمه الله: حتى يتعلم التجارة ويعتاد على البيع.

(٨) معروف الكرخي هو أبو محفوظ البغدادي، كان نصرانيا فأسلم، وصار من أعلام العباد والزهاد، وأخباره في كتب الزهد منثورة ومواعظه مشهورة، توفي سنة ٢٠٠هـ. سير أعلام النبلاء ٩/٣٣٩.

(٩) طبقات الحنابلة لابن أبي يعلى ١/٣٨٧.

ويظهر مما تقدم أن مبدأ حرية التجارة راسخ عند السلف، وهو الأصل في معاملاتهم التجارية، لأن مقتضى الإباحة أن المنشأة التجارية لها مطلق الحرية فيما تبيع وتشتري، ويمكنها بحرية أن تستحوذ على أي منشأة تجارية أخرى، أو تندمج معها بشروط شرعية ونظامية سنتطرق لها في هذا البحث.

وقد قيدت التجارة في الشريعة بعدة قيود، وهي الأسباب التي يكون التعامل المالي داخل في دائرة التحريم، وبيان هذه الأسباب فيما يأتي.

السبب الأول: الربا

أجمع المسلمون قاطبة على تحريم الربا إذ تحريمه ثابت في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، وهو مقتضى العدل والقياس الصحيح [(١)].

والربا ثلاثة أنواع هي [(٢)]:

النوع الأول: ربا الفضل، ويكون في بيع ربوي بجنسه متفاضلاً، ويشترط لصحة بيع الربوي بالربوي من جنسه شرطان: التماثل، والتقابض قبل التفرق، ودليله حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله – ﷺ –: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد" وفي رواية لمسلم: "مثلاً بمثل، سواءً بسواء يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد"[(٣)].

---

(١) مراتب الإجماع لابن حزم – دار الكتب العلمية ص ٨٩، المجموع شرح المهذب ٣٩٠/٩.

(٢) تفصيل هذه الأنواع مبثوث في كتب الفقهاء، ومن أجمع الكتاب المعاصرة:

١. الجامع في أصول الربا لرفيق يونس المصري، دار القلم، الطبعة الأولى سنة ١٤١٣هـ.

٢. الربا والمعاملات المصرفية المعاصرة في نظر الشريعة الإسلامية للشيخ عمر المترك رحمه الله، دار العاصمة بالرياض، النشرة الأولى سنة ١٤١٤هـ.

٣. الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبدالله السعيدي، دار طيبة بالرياض، ويقع في مجلدين.

٤. المنفعة في القرض لعبدالله العمراني، دار ابن الجوزي بالدمام، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٤هـ.

(٣) رواه الإمام مسلم في صحيحه برقم: (٤٠٣٩)، والنسائي في سننه (٢٧٤/٧)، وابن ماجه في سننه ٢٢٥٤ والإمام أحمد في مسنده برقم ٢٢٧٢٧.

النوع الثاني: ربا النسيئة، وهو أشد أنواع الربا تحريماً وظلماً، وهو بيع ربوي بربوي من غير جنسه متفق معه في العلة نسيئة أي مؤجلاً، ويشترط لصحة بيع الربوي بالربوي من غير جنسه شرط واحد هو: التقابض قبل التفرق، ومثاله: بيع بر بشعير إلى أجل، فيجوز التفاضل في هذه الحال دون التأجيل، وكذا صرف عملة معاصرة بعملة مغايرة لها مثل صرف ريالات بدولارات فيجوز التفاضل ويحرم النسأ، أما إن بيعت ريالات بريالات فيشترط فيها التماثل والتقابض.

وأشد هذا النوع وأعظمه بيع ما حل في الذمة إلى أجل قال الله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ" (آل عمران: ١٣٠)، وكانوا في الجاهلية إذا حل على أحدهم الدين قال له غريمه إما أن تقضيني ديني وإما أن تربي فنزيد في الأجل ونزيد ما حل في الذمة وسواءً أكان ذلك بصريح لفظه أو بالتحيل على قلب الدين بأنواع الحيل، فالإثم والتحريم تابع للمعنى المقصود لا للفظ الذي لم يقصد.

النوع الثالث: ربا القروض، وهو أن يقرضه دراهم مثلاً ويشترط النفع بإيفاء أكثر مما أقرضه أو أحسن وأكمل أو ينتفع بداره أو حيوانه أو غيره أو يبقيه عنده ويعطيه كل شهر أو سنة أو أسبوع شيئاً معروفاً لهما فهذا هو الربا بعينه وليس قرضاً في الحقيقة لأن المقصود بالقرض الإحسان والإرفاق وهذا معاوضة ظاهرة، فهو في الحقيقة بيع دراهم بدراهم إلى أجل، وربحها ذلك النفع المشروط أو المتواطأ عليه، وقد اتفق الفقهاء على أن كل قرض جر نفعا فه ربا. ويدخل فيه اشتراط عقد معاوضة مع القرض، فقد قال – ﷺ –:" لا يحل سلف وبيع"[(١)].

وبالنظر في التعاملات التجارية في هذه الأزمان نلحظ أن أكثر الربا الواقع في معاملات الناس اليوم هو في ربا القروض وخصوصاً القروض المصرفية، ومع التأكيد على أنه ليس من شرط انقياد المسلم للأوامر الشرعية معرفة الحكم من التشريع، ولكن لا شك أنها تزيد المؤمن إيمانا وطمأنينة، وقد ذكر أهل العلم حكما كثيرة لمنع ربا القروض منها:

(١) رواه أبو داود برقم ٣٥٠٤ والترمذي برقم ١٢٣٤ والنسائي برقم ٤٦٤٤

١- أن الربا يقتضي أخذ مال الإنسان من غير عوض، فإن قيل بأن المال بقي بيده مدة يستفيد منها بالاتجار، فيقال بأن الربح قد يحصل وقد لا يحصل، ومن أراد الدخول في الربح فيمكنه أن يدفع ماله لمن يضارب به.

٢- أن الربا يمنع أصحاب الأموال من الاشتغال بالمكاسب.

٣- أنه يفضي إلى انقطاع المعروف بين الناس من القرض [١].

فمما سبق يتضح أن أنواع الربا الثلاثة مما حرمه الله ورسوله، وأن هذا التحريم لحكم مؤداها أنه ظلم مناف للعدل الذي أمر الله به ورسوله كما ذكره الله سبحانه بقوله: "وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلِمون ولا تظلَمون" (البقرة: ٢٧٩)، أي لا تَظلمون بأخذ الزيادة التي هي الربا، ولا تُظلمون بنقص رؤوس أموالكم فكما أنه لو أخذ من رؤوس أموالهم وبخس منه شيء كان ظلماً ظاهراً فكذلك إذا أخذوا الزيادة التي هي ربا.

ولما حرم الله سبحانه الربا حرم كل ذريعة ووسيلة إليه ومن ذلك:

أ- بيع العينة:

بيع العينة هو: أن يبيع شيئاً مؤجلاً ثم يشتريه من مشتريه منه بأقل من ثمنه حالاً، ومثال ذلك: أن يبيع زيدٌ سيارة بمائة وعشرين مؤجلاً على مُحَمَّد ثم يشتريها زيدٌ من مُحَمَّد بمائة حال [٢]، وتحريم ذلك لأنه في الحقيقة إنما باع نقودا بنقود دخلت بينهما سلعة غير مقصودة.

ودليل تحريم العينة حديث ابن عمر قال سمعت رسول الله - ﷺ - يقول إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم" قال أبو داود الإخبار لجعفر وهذا لفظه [٣].

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم – دار الكتب العلمية ١٠٤/٢-١٠٧، الموسوعة الفقهية الكويتية ٥٤/٢٢.

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم ٣٨٤/٤.

(٣) رواه أبو داوود في سننه برقم (٣٤٦٢). ومن طريقه البيهقي في سننه الكبرى برقم (١٠٤٨٤) ثم قال: وروي ذلك من وجهين ضعيفين عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عمر وروي عن ابن عمر موقوفا أنه كره ذلك. ورواه البزار وقال: وأبو عبد الرحمن هذا هو عندي إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة وهو لين الحديث انتهى وعقب ابن القطان فقال في كتابه: وهذا

ب- عكس العينة:

صورة عكس العينة أن يبيع شيئاً نقداً ثم يشتريه من مشتريه منه بثمن أكثر مؤجلاً [١]، وهو محرم أيضاً لأنه ذريعة إلى الربا ووسيلة إليه. ومثاله: أن يبيع زيد سيارة بمائة حال على مُحَمَّد ثم يشتريها زيد من مُحَمَّد بمائة وعشرين مؤجلة.

السبب الثاني: الغرر والجهالة

الغرر مالا يدرى هل يحصل أم لا [٢]. وقيل ما انطوى عنَّا أمره، وعُرف بأنه ما كان مستور العاقبة أو تردد بين الحصول والفوات، أو بين الوجود والعدم [٣]. كما عُرف بأنه ما تردد بين أمرين أحدهما على الغرض والآخر على خلافه [٤]. وقيل الغرر: ما تردد بين أمرين أو احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما [٥].

والغرر المؤثر هو ما خفيت عاقبته وكان كثيرا أصلياً في عقد معاوضة لم تدعُ إليه حاجة[٦].

وهم من البزار وإنما اسم هذا الرجل إسحاق بن أسد أبو عبد الرحمن الخراساني يروي عن عطاء روى عنه حيوة بن شريح وهو يروي عنه هذا الخبر وبهذا ذكره بن أبي حاتم وليس هذا بإسحاق بن أبي فروة ذاك مديني ويكنى أبا سليمان وهذا خراساني ويكنى أبا عبد الرحمن وأيهما كان فالحديث من أجله لا يصح. ورواه الدولابي في الكنى (٢ ٦٥) وابن عدي في الكامل (٥/ ١٩٩٨). وقال المناوي في فيض القدير ٣١٤/١: وفيه أبو عبد الرحمن الخراساني واسمه إسحاق عد في الميزان من مناكيره خبر أبو داود هذا ورواه عن ابن عمر باللفظ نفسه أحمد والبزار وأبو يعلى، قال ابن حجر: وسنده ضعيف، وله عند أحمد إسناد آخر أمثل من هذا" أ.هـ. وفي الدراية في تخريج أحاديث الهداية ١٥١/٢: وإسناده ضعيف وله عند أحمد إسناد آخر أجود وأمثل منه ومن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص نحوه عنده بإسناد ضعيف. وفي عون المعبود ٢٤٢/٩: قال المنذري وفي إسناده إسحاق بن أسيد أبو عبد الرحمن الخرساني نزيل مصر لا يحتج بحديثه، وفيه أيضا عطاء الخرساني وفيه مقال. ولطرق الحديث المتعددة قواه الألباني في السلسلة الصحيحة ٤٢/١ برقم ١١.

(١)حاشية الروض المربع لابن قاسم ٣٨٥/٤.

(٢) الفروق للقرافي ٢٦٥/٣.

(٣) زاد المعاد لابن القيم ٨٢٢/٥.

(٤) حاشية الدسوقي٤٩/٣.

(٥) نهاية المحتاج ٣٩٢/٣.

(٦) مأخوذ من كلام الإمام ابن تيمية في مجموع الفتاوى ٣٣/٢٩، وشروط الغرر المؤثر على المعاملة المالية:

وقد "نهى النبي – ﷺ – عن بيع الغرر"[١] وهو أصل عظيم من أصول الشرع[٢].

وعملاً بهذا الأصل اشترط العلماء أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه، وأن يكون الثمن والمثمن معلومين لأن جهالة أحدهما تدخله في الغرر [٣].

وقد حرم الشارع أنواعاً من البيوع لاشتمالها على الغرر ومن ذلك: النهي عن عسب الفحل [٤] أو بيع ضراب الفحل [٥]، وبيع السمك في الماء[٦]، وبيع حبل الحبلة[٧]، ونهى – ﷺ – عن الملامسة والمنابذة في البيع[٨]، ونهى – ﷺ — عن بيع الحصاة[٩]، وقال – ﷺ – : " لا تبع ما ليس عندك" [١٠]، وورد نهيه – ﷺ – عن بيع الحمل في البطن وبيع ما في ضروع

١- أن يكون كثيرا، يخرج الغرر اليسير. ينظر: المنتقى للباجي ٤١/٤، المقدمات الممهدات لابن رشد الجد ٧١/٢.

٢- وأن يكون أصلياً، وهذا يخرج الغرر التابع غير المقصود، مثل بيع اللبن في الضرع مع الشاة. ينظر المغني لابن دامة ١٤١/٦.

٣- وأن يكون في عقد معاوضة، وهذا يخرج عقود التبرعات، مثل الوصية بمجهول والتبرع بمجهول. مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٧٠/٣١.

٤- وأن لا تدعو إليه حاجة، يخرج بيع ما يحتاج إليه الناس مثل بيع المغيبات في الأرض، وبيع الجبة المحشوة مع جهل الحشوة. ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١٥٦/١٠، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٥/٢٩.

(١) رواه مسلم (٣/٥).

(٢) أوسع كتاب جامع لأحكام الغرر كتاب: الغرر وأثره في العقود للصديق الأمين الضرير، والذي صدر عن دار نشر الثقافة بمصر سنة ١٣٧٦هـ. ثم طبع سنة ١٤١٠هـ دار الجيل، ثم سنة ١٤١٣هـ، ومن الكتب المهمة التي تجمع أحكام الميسر والقمار كتاب: الميسر والقمار لرفيق يونس المصري، وقد نشرته دار القلم، الطبعة الأولى سنة ١٤١٣هـ.

(٣) تراجع المراجع السابقة.

(٤) رواه البخاري برقم ٢٢٨٤ عن ابن عمر – ﷺ –.

(٥) رواه مسلم برقم ٣٩٨١ عن جابر – ﷺ –.

(٦) رواه أحمد ٣٨٨/١ عن ابن مسعود – ﷺ – عن النبي – صلى الله عليه وسلم –، وصوب أهل العلم وقفه على ابن مسعود – ﷺ –. ينظر: نيل الأوطار للشوكاني ١٠٦٨/٢ — طبعة دار المعرفة.

(٧) رواه البخاري برقم ٣٨٤٣ ومسلم برقم ٣٧٨٨، واختلفوا في المقصود من الحديث، وينظر تفسيره في نيل الأوطار للشوكاني ١٠٦٨/٢ — طبعة دار المعرفة.

(٨) رواه البخاري برقم ٢١٤٤ ومسلم برقم ٣٧٨٥ عن أبي سعيد الخدري – ﷺ –.

(٩) رواه مسلم (٣/٥).

(١٠) رواه أبو داود برقم ٣٥٠٣ والترمذي برقم ١٢٣٢ والنسائي برقم ٤٦٢٧ وابن ماجه برقم ٢١٨٧ عن حكيم بن – ﷺ –.

الأنعام وبيع العبد الآبق، وشراء الصدقات حتى تقبض وشراء المغانم حتى تقسم وعن ضربة الغائص[١]، كما روي عن النبي - ﷺ – أنه نهى أن يباع ثمر حتى يُطعم أو صوف على ظهر أو لبن في ضرع أو سمن في لبن [٢]، ونهى - ﷺ – عن الثنيا – وهو الاستثناء في البيع - إلا أن تعلم [٣]، ونحوها.

والغرر منه الغرر الفاحش الكثير الذي يتفق العلماء على حرمة البيع عند وجوده، ومنه الغرر اليسير الذي لا يمكن الاحتراز منه، ومنه ما بين ذلك مما يختلف فيه العلماء المجتهدون، قال الإمام الشاطبي [٤] - رحمه الله -:" أجمعوا – أي العلماء - على منع بيع الأجنة والطير في الهواء، والسمك في الماء، وعلى جواز بيع الجبة التي حشوها مغيب عن الأبصار، ولو بيع حشوها بانفراده لامتنع، وعلى جواز كراء الدار مشاهرة مع احتمال أن يكون الشهر ثلاثين أو تسعة وعشرين، وعلى دخول الحمام مع اختلاف عادة الناس في استعمال الماء وطول اللبث، وعلى شرب الماء من السقاء مع اختلاف العادات في مقدار الري فهذان طرفان في اعتبار الغرر وعدم اعتباره لكثرته في الأول وقلته مع عدم الانفكاك عنه في الثاني فكل مسألة وقع الخلاف فيها في باب الغرر فهي متوسطة بين الطرفين، آخذة بشبه من كل واحد منهما فمن أجاز مال إلى جانب اليسارة، ومن منع مال إلى جانب الآخر" [٥].

والحكمة في تحريم بيع الغرر ومعاملاته هي بعينها الحكمة من تحريم الميسر حيث قال تعالى: " إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ

(١) أخرجه أحمد (٤٢/٣) والترمذي (١٥٦٣) وابن ماجه (٢١٩٦) عن أبي سعيد الخدري - ﷺ -، وضعفه الألباني في إرواء الغليل برقم ١٢٩٣، ولبعضها شواهد تنظر في نيل الأوطار للشوكاني ١٠٦٨/٢ – طبعة دار المعرفة.

(٢) رواه الدارقطني في سننه ١٤/٣ عن ابن عباس - ﷺ -، وصوب ابن أبي شيبة وقفه على ابن عباس - ﷺ -. نيل الأوطار ١٠٦٩/٢ – طبعة دار المعرفة.

(٣) رواه الترمذي برقم ١٢٩٠ والنسائي برقم ٤٦٤٧ عن جابر - ﷺ -.

(٤) الشاطبي هو إبراهيم بن موسى بن مُحَمَّد ، أبو إسحاق ، اللخمي الغرناطي ، الشهير بالشاطبي ، من علماء المالكية . كان إمامًا محققًا أصوليًا مفسرًا فقيهًا محدثًا، توفي سنة ٧٩٠هـ من تصانيفه : الموافقات في أصول الفقه والاعتصام. شجرة النور الزكية ص ٢٣١ ، والأعلام للزركلي ١ / ٧١.

(٥) الموافقات للشاطبي – تحقيق مشهور آل سلمان ١١٧/٥-١١٨.

تُفْلِحُونَ " (المائدة: ٩٠)، وقال تعالى " إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ " (المائدة: ٩١) [١] .

السبب الثالث: التغرير والخداع

من القواعد المهمة في المعاملات المالية قيامها على الصدق والأمانة، وابتعادها عن الكذب والخيانة والخداع إذ هي أخلاق المنافقين وسمتهم البارزة، والأحاديث في بيان حرمة التعامل بالغش والخداع كثيرة لا تحصى [٢]، ومنها ما سبق من قوله – ﷺ –: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما" [٣]، وما ورد عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال: (ما هذا يا صاحب الطعام؟) قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: (أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس، من غش فليس مني) [٤].

ومن أمثلة ما حرمه الشارع من أجل ذلك: التدليس في البيع مثل تصرية اللبن في ضروع بهيمة الأنعام، ودليل التحريم قوله – ﷺ –:"لا تُصَرُّوا الإبلَ والغنم..." [٥]. وبيع النجش[٦] فقد نهى – ﷺ – عن النجش [٧]، والكذب في الإخبار بثمن السلعة في بيوع الأمانة، أو قوله: سيمت مني بكذا وهو كاذب [٨]، وكتمان عيوب السلعة [٩].

(١) ينظر: معالم السنن للخطابي ٤٧/٥، ولا يخالف ذلك القول بأن العلة أكل أموال الناس بالباطل، لأنه سبب العداوة.

(٢) المغني ٢٢٥/٦.

(٣) رواه البخاري برقم ٢٠٠٥ ومسلم برقم ١٥٣٢.

(٤) رواه مسلم برقم ١٠٢.

(٥) رواه البخاري برقم ٢٠٤١ ومسلم برقم ١٥١٥ عن أبي هريرة – ﷺ –.

(٦) ينظر في تفصيل ذلك كتاب: النجش والمزايدة والمناقصة للأستاذ الدكتور رفيق يونس المصري.

(٧) رواه البخاري برقم ٢٠٣٥ ومسلم برقم ١٥١٦.

(٨) الاختيارات للبعلي ص ١٢٦.

(٩) ينظر في تفاصيل ذلك كتاب الغش وأثره في العقود للدكتور عبدالله السلمي. من إصدار دار كنوز أشبيليا بالرياض الطبعة الأولى سنة ١٤٢٦هـ

السبب الرابع: الضرر

منعت الشريعة التجارة التي تتضمن الضرر العام أو الخاص، فقد قال – ﷺ –: "لا ضرر ولا ضرار" [١] ومعنى (لا ضرر): لا يجوز إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، ومعنى (لا ضرار): لا يجوز إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له، لكن من غير تقييد بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق، وهذا أليق بلفظ الضرار إذ الفعال مصدر قياسي لِفاعَل الذي يدل على المشاركة [٢].

والضرر الممنوع هو الضرر الكثير، أما اليسير فمعفو عنه [٣].

والضرر في المعاملات قسمان:

الأول: الضرر العام، وأمثلة التعاملات المحرمة بسبب الضرر العام ما يأتي:

١- الاحتكار، ودليل تحريمه قوله – ﷺ –:" لا يحتكر إلا خاطئ" [٤].

٢- تولي البيع لمن يجلب السلع للأسواق، ودليل تحريمه قوله– ﷺ –:" ولا يبع حاضر لباد" [٥]، لما في ذلك من رفع الأسعار على الناس بدلالة حديث جابر – رضي الله عنه – أن النبي – ﷺ – قال:" لا يبع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض" [٦].

٣- بيع السلاح وقت الفتنة، ودليل تحريمه أن النبي– ﷺ –نهى عن بيع السلاح وقت الفتنة [٧].

---

(١) رواه ابن ماجه برقم ٢٣٤١ وأحمد برقم ٢٨٦٧ وغيرهما، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ٤٠٨/٣.

(٢)جمهرة القواعد الفقهية للندوي ١٤٢/١.

(٣) القواعد النورانية للإمام ابن تيمية ص ١٩٩ – طبعة دار ابن الجوزي – تحقيق أحمد الخليل.

(٤)رواه مسلم (١٦٠٥) وابن ماجه (٢١٥٤) وقوله (إلا خاطئ) بمعنى آثم، والمعنى: لا يجترئ على هذا الفعل الشنيع إلا من اعتاد المعصية.

(٥) رواه البخاري برقم ٢٠٤٩ ومسلم برقم ١٥٢٠ عن ابن عباس – رضي الله عنه –.

(٦) رواه مسلم برقم ١٥٢٢.

(٧) أخرجه العقيلي في " الضعفاء " (ص ٤٠١) والبيهقي (٣٢٧/٥) عن عمران بن حصين – رضي الله عنه – وضعفه الألباني في إرواء الغليل برقم ١٢٩٦.

الثاني: الضرر الخاص، وذلك أن الشرع نهى عن كل ما يسبب الضرر بأفراد المسلمين لما فيه من بث للعداوة والفرقة بين المسلمين، وأمثلة التعاملات المحرمة بسبب الضرر الخاص ما يأتي:

١- نهيه- ﷺ - عن البيع على البيع، والشراء على الشراء [١]، والسوم على السوم[٢].

٢- قوله - ﷺ -:" ولا تلقوا الركبان"[٣]، وقوله - ﷺ -:"لا تلقوا الجلَب" [٤]. لأن الجالب للسوق لا يعرف الأسعار، فإذا اشتري منه قبل أن يدخل السوق تسبب ذلك في بيعه بسعر أقل من سعر السوق.

٣- اتفاق التجار حال المزايدة أن يقفوا بالمزاد عند حد معين، قال الإمام ابن تيمية - رحمه الله -:" إذا اتفق أهل السوق على أن لا يزايدوا في سلع هم محتاجون لها ليبيعها صاحبها بدون قيمتها ويتقاسمونها بينهم فإن هذا قد يضر صاحبها أكثر مما يضر تلقي السلع إذا باعها مساومة فإن ذلك فيه من بخس الناس ما لا يخفى " [٥].

ويستثنى من ذلك بعض الضرر الخاص لمقابلة نفع عام، إذ من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي:" يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام" [٦]، ومن تطبيقات ذلك: أنه يجوز بيع الفاضل من طعام المحتكر عن قوته وقوت عياله إلى وقت السعة. كما جوز الفقهاء التسعير إذا تعدى أرباب القوت في بيعه بالغبن الفاحش، مع أن البائع سيتضرر بالتسعير [٧].

وقد درس مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ / ١٠ إلى ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م، موضوع

---

(١) رواه البخاري برقم ٢٠٣٢ ومسلم برقم ١٤١٢.

(٢) رواه البخاري برقم ٢٥٧٧ ومسلم برقم ١٤١٥ عن أبي هريرة - رضي الله عنه -.

(٣) رواه البخاري برقم ٢٠٤٩ ومسلم برقم ١٥٢٠ عن ابن عباس - رضي الله عنهما -.

(٤) رواه مسلم برقم ١٥١٩ عن أبي هريرة - رضي الله عنه -.

(٥) مجموع الفتاوى ٣٠٤/٢٩.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٤

(٧) القواعد الفقهية للزرقا ص ١٩٨.

(تحديد أرباح التجار) وقرر قراراً شاملاً لبيان الحرية التجارية في الشريعة الإسلامية وقيودها، ونص القرار:

أولا: الأصل الذي تقرره النصوص والقواعد الشرعية ترك الناس أحرارا في بيعهم وشرائهم وتصرفهم في ممتلكاتهم وأموالهم في إطار أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وضوابطها عملًا بمطلق قول الله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ " (النساء: ٢٩).

ثانيًا: ليس هناك تحديد لنسبة معينة للربح يتقيد بها التجار في معاملاتهم، بل ذلك متروك لظروف التجارة عامة وظروف التجار والسلع، مع مراعاة ما تقضي به الآداب الشرعية من الرفق والقناعة والسماحة والتيسير.

ثالثًا: تضافرت نصوص الشريعة الإسلامية على وجوب سلامة التعامل من أسباب الحرام وملابساته كالغش، والخديعة، والتدليس، والاستغفال، وتزييف حقيقة الربح، والاحتكار الذي يعود بالضرر على العامة والخاصة.

رابعًا: لا يتدخل ولي الأمر بالتسعير إلا حيث يجد خللًا واضحًا في السوق والأسعار ناشئًا من عوامل مصطنعة، فإن لولي الأمر حينئذٍ التدخل بالوسائل العادلة الممكنة التي تقضي على تلك العوامل وأسباب الخلل والغلاء والغبن الفاحش[١].

السبب الخامس: إذا تضمن العقد ترك واجب أو انتهاك محرم أو أدى إلى ذلك

إذا تضمن العقد ترك واجب أو انتهاك محرم أو أدى إلى ذلك فإنه محرم، ومن أمثلة ذلك:

١- البيع بعد النداء الثاني في الجمعة [٢]، لقوله تعالى:" يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ "(الجمعة: ٩).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/ ٢٩٢٣.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ٢٤٩/٤.

٢- البيع بعد إقامة الصلاة، لقوله تعالى: " يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُلۡهِكُمۡ أَمۡوَٰلُكُمۡ وَلَآ أَوۡلَٰدُكُمۡ عَن ذِكۡرِ ٱللَّهِۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡخَٰسِرُونَ " (المنافقون:٩).

٣- بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، لحديث جابر – رضي الله عنه – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – نهى عن ذلك [١].

٤- بيع الدم والكلب، لحديث أبي جحيفة – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – حرم ثمن الدم وثمن الكلب [٢].

٥- وبيع العنب لمن يتخذه خمراً، ودليل التحريم قوله تعالى:" وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ "(المائدة: ٢).

(١) رواه البخاري برقم ٢٢٣٦ ومسلم برقم ٤٠٢٤.

(٢) رواه البخاري برقم ٢٢٣٨.

المطلب الثاني

أهمية أنظمة المنافسة في ضبط التوازن الاقتصادي

تعد تنظيمات المنافسة من بين الوسائل القانونية للانتقال من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر، وجميع الممارسات التي يكون الهدف منها الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة تعتبر من قبيل الاحتكارات التي يحظرها القانون، ومن أجل حماية الاقتصاد الحر لجأت هذه الدول إلى إنشاء أجهزة متخصصة مهمتها حماية الضوابط الاقتصادية في السوق.

وقد أظهرت الممارسة في معظم الدول ضرورة ضبط المنافسة التجارية وتنظيمها بما يهذب الظاهرة التنافسية بحيث يمكن حماية حريتي التجارة والمنافسة وتقليص الأضرار المترتبة في آن واحد[١].

والنظام الاقتصادي العالمي المعاصر يتسم بظاهرة الرغبة في التوجه إلى بناء وحدات اقتصادية عملاقة عبر تركز المشروعات التجارية، ويعد الاندماج أهم هذه الوسائل على الإطلاق[٢]. ويعد الاندماج من أهم وسائل التركز الاقتصادي المؤثرة على المنافسة، فيقع الاندماج بين منشآت تقوم بغرض واحد لإنهاء المنافسة القائمة بينها، وتفنى المنشأة الضعيفة في المنشأة القوية بدلاً من أن تسقط صريعة في ميدان المنافسة، وقد لا يكون بين المنشآت المندمجة منافسة، ولكن يترتب على الاندماج تكامل رأسي إذا كانت كل شركة منها تكمل الأخرى، أو تكامل أفقي إن كانت المنشآت المندمجة تزاول أنشطة متكاملة[٣].

وبالرغم من ذلك يعد الاندماج ضرورة اقتصادية للكثير من الشركات، وللاقتصاد الوطني بشكل عام، نظرا لما ينطوي عليه من تخفيض النفقات العامة، وتقليل المخاطر التي تتعرض لها

(١) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٥.

(٢) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١٤٩.

(٣) النظام القانوني لاندماج الشركات لحسام الدين الصغير ص ١٣.

المشروعات الصغيرة والمتوسطة، وما فيه من إضافة طاقات فنية وإدارية ومالية للشركات المندمجة[١].

ومع ما في الاندماج من فوائد للشركات المندمجة، وتقليل الهدر في الاقتصاد الوطني، وجودة المنتجات، وتقليل تكاليف المنتج مما قد يخفض الأسعار إلا أنه في الوقت نفسه يؤدي في أحيان كثيرة هيمنة على السوق، مما يمكن الشركات المندمجة من التحكم في الأسعار والإنتاج، مما يكون معه الاندماج مؤدياً للسيطرة واحتكار القلة [٢].

ويلزم عند وقوع الاندماج أو التوجه للموافقة عليه أن يتم التأكد من امتناع المنشأة بعد الاندماج من إساءة استغلال الوضع المهيمن، لأن قوانين المنافسة تقرر جميعها حظر إساءة استخدام الوضع المهيمن على السوق والهدف من ذلك التصدي للممارسات التجارية المخلة بحرية المنافسة وتوازن السوق عند أو بعد وقوعها، وتهدف الرقابة اللاحقة للاحتياط من وصول المنشآت لقوة يجعلها في وضع مهيمن يصعب تلافيه مستقبلاً، ويضعف المنافسة في السوق، والرقابة عليها لا يعني منعها أو عدم تشجيعها بل يعني ضبطها والتأكد من عدم مخالفتها للمنافسة [٣].

وتعد المنافسة من أهم ما يحقق التوازن بين الإنتاج الجيد والاستهلاك، ولها أثر واضح في تخفيض الأسعار وزيادة الجودة، وابتكار سلع وخدمات جديدة، ولكن قد تنحرف المنافسة إذا ترتب عليها ضرر عام أو خاص بارتكاب ما يخالف الأنظمة والأعراف التجارية، إذ المنافسة الطليقة لإنتاج سلع أو خدمات بلا ضبط، قد تسبب سلوكا تنافسيا عدوانيا من بعض المنشآت في السوق مما يصيب السوق بالعجز والانهيار "Market Failure"[٤]. وهذا

(١) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١٥٠، اندماج الشركات لأحمد محرز ص ١٨.

(٢) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١٥١.

(٣) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٢٠٠ عن كتاب: نظام الأسعار – ليفتويتش ريتشارد ص ٣٢١.

(٤) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي، دار أبو المجد للطباعة – القاهرة، ص ٤.

يؤكد ضرورة وضع أنظمة لضبط المنافسة وتقييدها بالمقدار الملائم للسوق، فإذا حصل من المنافسة أضرار مع التزامها بالأنظمة فإن الضرر الناشئ عن المنافسة يعتبر ضررا مشروعا طالما كانت الممارسة التجارية مشروعة [١].

المطلب الثالث

مظاهر الممارسات الاحتكارية على اقتصاد الدول

قبل أكثر من قرن من الزمان، وجدت بعض التكتلات والتحالفات بين العديد من المشروعات المتشابهة في السوق الأمريكية مما أثر على المشروعات الصغيرة والمتوسطة سلبياً، فحورت الممارسات الاحتكارية من حركة قرانقر (Granger) سنة ١٨٦٧م وصدر قانون شيرمان سنة ١٨٩٠م، والذي وقف في وجه الممارسات الاحتكارية[٢]. وأكد على عدم مشروعية أي عقود أو اتفاقات أو اندماجات أو مؤامرات خفية لتقييد التجارة أو الحد من حريتها، وبالتالي فإن أي شخص يعمل أو يحاول ممارسة الاحتكار في التجارة أو الحد من حريتها، يعتبر عمله عملا غير شرعي[٣].

ثم منع قانون كلايتون الأمريكي لسنة ١٩١٤م أي استحواذ شركة أو مؤسسة على كل أو بعض أسهم أو حصص أو موجودات شركة أو مؤسسة أخرى، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، إذا كانت هذه السيطرة تؤدي إلى احتمال التقيد الجوهري للمنافسة بين تلك الشركات أو المؤسسات أو في السوق بصفة عامة أو كان من مؤدى ذلك احتمال تكوين احتكار في مجال السلعة وفي نطاق السوق الجغرافية[٤].

(١) الوسيط في القانون التجاري لأكثم الخولي- ٣٧٨/٣.

(٢) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي – . ص ٨٧.

(٣) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٥٧.

(٤) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية –د. أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ١٤.

إلا أن قانون كلايتون لم يكن شاملا لجميع أنواع الاندماجات، فصدر قانون سيلر سنة ١٩٥٠م، ليشمل الاندماج الأفقي والرأسي، ثم في سنة ١٩٧٦م صدر قانون تحسين مكافحة الاحتكار، والذي يقضي بضرورة الإخطار عن أي مشروع اندماج بين المشروعات، ويكون تحليل نتائج الاندماج مشتركا بين وزارة العدل ولجنة التجارة الاتحادية، ويصدر منهما قرارات الموافقة على الاندماجات وإيقاف أي حال تؤدي لآثار ضارة بالمنافسة[١]، ومؤدى ذلك بطلان الاندماجات غير النظامية[٢].

وفي السوق الفرنسي أصدر المنظم الفرنسي قانوناً رقمه ٨٠٦/٧٧ في ١٩ يوليو ١٩٧٧م، بشأن فرض رقابة إدارية على عمليات الاندماج الهامة التي يكون لها تأثير على الاقتصاد القومي الفرنسي[٣].

ويتبين للباحث مما سبق أن الممارسات الاحتكارية غير الملتزمة بالأنظمة تؤدي إلى أضرار بالاقتصاد الكلي للدولة، كما أن له آثاراً ضارة على التجار المتنافسين والمستهلكين مما يؤدي إلى أضرار مادية كبرى، وزيادة للبطالة جراء إفلاس الشركات المتنافسة أو ضعفها. فيتضرر منتجو المواد الأولية لكون هذه التكتلات تضغط على المنتجين ليبيعوا بالسعر الذي يريدون.ويتضرر صغار المنافسين غير الداخلين في تلك التكتلات بكون بيع المنتجات لا يتناسب مع التكلفة. ويتضرر المستهلكون لكون تلك التكتلات تبيع المنتجات بالسعر الذي تشاء.

وهذا يؤكد أن الدول التي تقدس مبدأ الحرية التجارية انتبهت إلى ضرر ترك الباب على مصراعيه للتجار ليعيثوا فسادا في السوق بهدف الحصول على الربح الوفير على حساب أخلاقيات المهنة، والمسؤولية الاجتماعية المبنية على مبدأ أنت تربح وأنا أربح، والذي يدل عليه قول رسول الله – ﷺ –:" لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه" [٤].

(١) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي ص ١٠٥.

(٢) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٣٣.

(٣) اندماج الشركات لأحمد محرز ص ٢٣.

(٤) رواه البخاري (١ / ١١)، ومسلم (١ / ٤٩) عن أنس بن مالك – رضي الله عنه –.

المطلب الرابع

سلبيات الاندماجات المخلة بأنظمة المنافسة

بدراسة واقع الاندماجات التي تمت في الفترة السابقة، يلحظ الباحث أنها قليلة نسبياً في الدول العربية[١]، ويرجع سبب قلة الاندماجات لكون الكثير من التجارة في الدول العربية بيد أسر تجارية، والاندماج يحرم ملاك الشركات العائلية من الاستقلالية بسبب دخول شركاء جدد.

بينما يلحظ كثرة الاندماجات في أسواق الدول المتقدمة، وقد مرت الولايات المتحدة على سبيل المثال بخمس موجات للاندماج (Merger Waves) وهي:

١- في الفترة من سنة ١٨٩٣م إلى ١٩٠٤م، وقد تفشت فيها الاندماجات الأفقية بين شركات الصلب والسكك الحديدية والصناعات التحويلية والنقل، وانتهت مع بداية الحرب العالمية الأولى.

٢- في الفترة من سنة ١٩١٩ م إلى ١٩٢٩م، وفيها توجهت الاندماجات نحو عمليات التكامل الرأسي، وانتهت الموجة مع أزمة الكساد الكبير.

٣- في الفترة من سنة ١٩٥٥م إلى ١٩٧٣م وبرزت فيها الاندماجات المختلطة.

٤- في الفترة من سنة ١٩٧٤م إلى ١٩٨٩م وتميزت هذه الفترة بالاستحواذات العدائية.

٥- في الفترة من سنة ١٩٩٣م إلى الآن، وتميزت بضخامة الاندماجات بين البنوك وشركات الاتصالات [٢].

---

(١)على سبيل المثال، درس مجلس المنافسة التونسي من سنة ١٩٩٧م إلى سنة ٢٠٠٩م ٤٧ حال تركز اقتصادي، منها ٢٩ حال ليست خاضعة للترخيص، وتمت الموافقة على ١٧ حال، وتم رفض حال واحدة. ينظر: التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٧٣، ومثله في القلة حالات الاندماج التي درسها مجلس المنافسة المصري، ينظر الرابط : http://www.eca.org.eg. ومجلس المنافسة السعودي، ينظر الرابط : http://www.ccp.org.sa.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٢٩ هامش رقم ١.

ومع قلة حالات التركز الاقتصادي في بعض الدول إلا أن جميع أنظمة المنافسة أولتها اهتماما كبيرا، نظرا لما تؤدي إليه حالات التركز من سلبيات كبيرة مؤثرة على حرية المنافسة ما لم يضبط برقابة صارمة، وقد حظرت القوانين الأمريكية التحالفات المقيدة للمنافسة ومنها الاندماج إذا أدى ذلك لتقليل المنافسة بشكل جوهري أو أفضى للاحتكار، أو لترسيخ وجود احتكاري قائم(١).

لهذا المقتضى فإننا سنشرع في دراسة سلبيات الاندماج المؤثرة على حرية المنافسة (الفرع الأول)، على حين سنعمد إلى الوقوف على تأثير الاندماجات على مبدأ التعددية وتوزيع الثروة (الفرع الثاني) بينما يختص (الفرع الثالث) في دراسة أثر الاندماج على البطالة.

الفرع الأول: التأثير الضار بالهيكل التنافسي في السوق

تختلف الآثار الضارة حسب نوع الاندماج، وبيان ذلك فيما يأتي.

أولا: آثار الاندماج الأفقي على المنافسة

في حال الاندماج الأفقي تقل المنشآت العاملة في السوق المعنية، ويحوز الكيان الجديد على حصة أكبر مما كان قبل الاندماج.

وينتج عن الاندماج الأفقي سلبيات قد تحصل في حال عدم المراقبة الدقيقة من الجهات المختصة بالمنافسة(٢)، فمن ذلك:

١- ارتفاع أسعار لوازم الإنتاج للسوق السلعي، مما ينعكس على سعر السلع النهائية.

(١) قانون كلايتون، م٧، والمعدلة بقانون سيلر، وينظر التعليق على موجب التعديل في كتاب: الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة — د. حسين فتحي ص ٤٦.

(٢) الموسوعة التجارية الشاملة ٣/٤٠٤.

٢- عدم اهتمام التاجر الذي وصل إلى حال من التركز الاقتصادي بتخفيض تكلفة الإنتاج وتحقيق الكفاءة الاقتصادية في نشاطه، ورفعه للأسعار لتعويض ارتفاع أسعار التكلفة، مما يثقل كاهل المستهلك.

٣- عدم اهتمام التاجر بجودة المنتج لهيمنته على السوق.

٤- التحكم في عرض السلعة في السوق، مما يؤثر على الأسعار.

٥- الإضرار بالمنافسين الصغار من المنشآت الصغيرة والمتوسطة في سوق المنتج المشترك، فقد تخرج هذه المنشآت من السوق، أو تضعف أرباحها جدا لعدم قدرتها على المنافسة، كما يمنع هذا الوضع من دخول منشآت جديدة، وهذا يضر بالاقتصاد الوطني [١].

ثانيا: أثر الاندماجات الرأسية على المنافسة

الاندماج الرأسي يكون بين منشآت تعمل في مستويات إنتاجية مختلفة، لضمان تأمين الحصول على المواد الأولية، وتأمين منافذ بيع المنتجات. وهذا قد يهدد المنافسة بالنسبة إلى منتجي السلعة الآخرين وخصوصا إذا لم يوجد مورد آخر للسلعة [٢].

ثالثاً: أثر الاندماجات المختلطة على المنافسة

يؤكد بعض الباحثين أنه وإن كانت الاندماجات المختلطة لا تؤدي بصورة واضحة إلى مشكلات تنافسية، إلا أنها قد تفضي إلى تقييد المنافسة المستقبلية في حال كانت تلك الاندماجات تعمل في منتج واحد في أسواق جغرافية مختلفة [٣].

(١) دور الدولة في تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في ظل اقتصاد السوق – حال الجزائر – للدكتور منصوري الزين – مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية – جامعة مُحَّد خيضر بالجزائر – ع ١١ يونيو ٢٠١٢م، ص ٩.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٥٨.

(٣) المرجع السابق ص ٥٨.

الفرع الثاني: تأثير الاندماجات على مبدأ التعددية وتوزيع الثروة

وبيان ذلك أن النظم الحديثة تسعى إلى أن تكون الخيارات أمام المستهلك متعددة، ليكون له حرية الاختيار، والاندماجات تقلل من فرص الاختيار. كما أن من طبيعة بعض القطاعات الحساسة مثل الوكالات الإخبارية والصحف ونحوها، كون نجاحها في تعددها، وفي ذلك ضمان إلى حد ما بوصول الأخبار من أكثر من مصدر، ويكون للمتلقي دور التمحيص فيها والتحليل، واندماج تلك القطاعات يقلل من فرصة تعدد مصادر التلقي [١].

الفرع الثالث: تأثير الاندماجات على البطالة

قد تؤدي الاندماجات إلى تسريح عدد من الموظفين، مما يزيد من البطالة[٢]، ولذا فكثير من التنظيمات تولي هذا الموضوع أهمية كبيرة لتنظيم آثار الاندماج على عقود العمل للتقليل من تلك الآثار [٣].

وبعد أن تبينت الجوانب السلبية للاندماجات بأنواعها، نتحدث عن أهداف تنظيمات المنافسة، مما ورد في الأنظمة ذاتها وما ذكره الشراح.

المطلب الخامس

أهداف تنظيمات المنافسة

تبين مما سبق أن للاندماج فوائد متعددة، وفي المقابل قد يؤدي الاندماج إلى أضرار بالمنافسة، وبالتالي بالاقتصاد الوطني. فليس الاندماج خيرا محضا ولا شرا محضاً، ولذا فإن

(١)المرجع السابق ص ٦٠.

(٢) الاندماج المصرفي، النشأة والتطور والدوافع والمبررات والآثار مع نظر على تجارب الاندماج عالميا وعربيا ومصريا – محمود التوني ص ٩٤.

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٦٠-٦١.

تنظيمات المنافسة تشمل تنظيم الاندماجات. ومن الجدير بالذكر أن هذه الأنظمة والقيود صيرت الاندماجات أكثر كلفة وخصوصا الاندماجات الدولية عابرة الحدود، لضرورة أخذ الإذن من كل هيئة منافسة في الدول المتأثرة من الاندماج [١].

وتعتبر تنظيمات المنافسة درعاً واقياً للسير الطبيعي للمنافسة من كل تعطيل أو تقييد، وقد اختلف شراح الأنظمة في الهدف من قوانين المنافسة على عدة توجهات:

فقد ذهب بعض الشراح إلى أن الهدف الوحيد هو تحقيق الفعالية الاقتصادية، وهي فكرة سائدة لدى المختصين بقانون المنافسة في الاتحاد الأوروبي.

وأما في الولايات المتحدة فينظر للمنافسة أنها هدف لبلوغ درجة متقدمة من التطور الاقتصادي، وهدف التنظيمات المضادة للاحتكار ليس تحقيق الفعالية الاقتصادية بل تجنب أي احتكار للسلطة الاقتصادية[٢].

وغني عن البيان أن إجراءات المراقبة لا تهدف إلى منع عمليات التجميع بل تنظيمها في إطار حماية المنافسة وضمان سياسة الدولة في المجال الاقتصادي [٣]. ومن المعلوم أن الهيمنة على السوق ليس محظورا بذاته في قوانين المنافسة، بل المحظور إساءة استغلال هذا الوضع [٤].

وذهب الكثير من شراح قوانين المنافسة إلى أن أهداف قانون المنافسة ليست محصورة بهدف واحد بل لها عدة أهداف، كما نصت العديد من قوانين المنافسة على هذه الأهداف، وبيان هذه الأهداف فيما يأتي.

---

(١) ينظر استعراض حال اندماج شركة MCI وشركة World Com، في كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٦٢، حيث تم أخذ الإذن من أكثر من ثلاثين دولة.

(٢) سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق للدكتور سمير خمايلية . ص ١٥.

(٣)مراقبة التجميعات الاقتصادية في القانون الجزائري:إشكالية التوفيق بين المصالح – الدكتور أيت منصور كمال – بحث منشور في الرابط الآتي :

http://dr.sassane.over-blog.com/article-117710903.html

(٤) التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٣٧.

الهدف الأول: حماية المنافسة

أهم أهداف قوانين المنافسة حماية المنافسة، وقد نص على هذا الهدف عدد من قوانين المنافسة [١]، وتوضيح هذا الهدف في أن التركز قد يؤدي إلى احتكار السوق أو القضاء على منشآت أخرى، وينتج عن ذلك انعدام المنافسة. لذا تعد المراقبة إجراءً احتياطياً يهدف إلى تفادي بروز وضعيات هيمنة على السوق يصعب فيما بعد تجاوز أثارها، وعلى أساس ذلك لا تكفي قواعد السوق الحر لضمان وجود منافسة نزيهة، بل يفرض الوضع تدخل الدولة بقواعد وهيئات تعمل على تهذيب المنافسة. فأنظمة المنافسة تحمي حرية المنافسة عن طريق عدالة الدخول إلى السوق[٢].

الهدف الثاني: توجيه المنافسة نحو سياسة معينة

تضمن الدولة من خلال مراقبة التركز الاقتصادي إمكانية تجسيد سياستها من خلال التركز المقترح، إذ قد يؤدي التنظيم لغايات تراها الدولة ضرورية أو توافق على التركز مقابل تعهد المؤسسات بتنفيذ سياسة معينة من خلال المشروع، وعلى أساس ذلك يعد مراقبة التركزات فرصة أمام الدولة للتدخل بطريقة عقلانية في المجال الاقتصادي. إذ تهدف سياسات المنافسة للدول الحديثة لإيجاد بيئة ملائمة لزيادة التنافسية في الأسواق المحلية والعالمية وتشجيع المنافسة وحماية المستهلك من الاحتكار وآثاره [٣].

ومن أهم سياسات المنافسة ما يأتي:

١) تشجيع الاقتصاد النافع لتسريع النمو وتقليل التكاليف وتشجيع الابتكار.

---

(١)ديباجة قانون حرية الأسعار والمنافسة المغربي الصادر في ٢ ربيع الأول ١٤٢١هـ – ٥يونيو ٢٠٠١م، قانون المنافسة الجزائري م ١.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٤.

(٣) سياسة التنظيم والمنافسة للدكتور مصطفى بابكر –المعهد العربي للتخطيط بالكويت – ع ٢٨ س ٣ إبريل ٢٠٠٤م ص ٥.

٢) حماية مصالح المستهلكين عبر تنويع العرض وتحسين الجودة وتقليل الأسعار[١].

٣) تقليل التركز الاقتصادي وما يصاحبه من ممارسات احتكارية قدر المستطاع.

٤) إيقاف الممارسات المنافية للمنافسة في ظل تحرير المبادلات التجارية.

٥) جلب الاستثمار واستقطاب رؤوس الأموال عبر توفير بيئة مشجعة للاستثمار.

٦) حماية الاقتصاد الوطني من الممارسات المخلة بالمنافسة داخل الحدود وخارجها[٢].

٧) تنظيم شفافية الممارسات التجارية ونزاهتها [٣].

الهدف الثالث: حماية السياج الأخلاقي للسوق

تهدف قوانين المنافسة إلى حماية أخلاقيات السوق بين التجار، وبيان ذلك أن التاجر الذي ينتهك المنافسة الشريفة، يذكي روح الحقد والحسد، والصراع الطبقي بين كبار التجار وصغارهم، وقد قال – ﷺ –:"لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه" [٤]، كما أنه يقتل روح المنافسة الشريفة بين الأفراد والمنشآت[٥].

(١)ديباجة قانون حرية الأسعار والمنافسة المغربي الصادر في ٢ ربيع الأول ١٤٢١هـ – ٥يونيو ٢٠٠١م، قانون المنافسة الجزائري م ١، النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٥.

(٢) التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ١٤.

(٣) قانون المنافسة الجزائري م ١.

(٤) تقدم تخريجه ص ٨٤.

(٥) أثر المعاملات الربوية والاحتكارية على الاستثمار – أحمد محمد أبو طه ص ١٦١-١٦٤.

الفصل الأول

التدابير النظامية للحد من الاندماج المخل بأحكام المنافسة

ويتضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: تمكين مجلس المنافسة من دراسة طلبات الاندماج وإصدار القرارات بشأنها

المبحث الثاني: اختصاص لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة في الفصل في مشروعية الاندماج التجاري

مدخل:

تقدم في ما سبق أن أكثر الدول المتقدمة، تحد من حرية التصرفات التجارية، بوضع تقنينات خاصة بالمنافسة، وقد مر على هذه التقنينات مراحل وتطورات حتى استقر الحال على وضع أجهزة خاصة بالمنافسة، ووضع هيئات قضائية أو إدارية ذات اختصاص قضائي لتنظر في مخالفات قوانين المنافسة.

وفي هذا الفصل سيتم التطرق إلى التدابير النظامية المقررة في قوانين المنافسة للحد من مساوئ التركز الاقتصادي وعلى رأسها الاندماج بأنواعه، ومنع ما كان منها مخلا بالأحكام القانونية للمنافسة، وفي المملكة العربية السعودية وضع المنظم عدة تدابير لأجل ذلك، وهذه التدابير هي:

- تمكين مجلس المنافسة من دراسة طلبات الاندماج وإصدار القرارات بشأنها.
- اختصاص لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة في الفصل في مشروعية الاندماج التجاري.

وفيما يأتي بيان لذلك مع المقارنة بالقوانين الأخرى.

المبحث الأول

تمكين مجلس المنافسة من دراسة طلبات الاندماج وإصدار القرارات بشأنها

أنشأت جميع الدول التي لها تنظيمات خاصة بالمنافسة مجالس أو هيئات خاصة لدراسة طلبات التركز، واستقبال الحالات المخالفة للأنظمة، والتوعية بأحكام تلك القوانين. وفي هذا المبحث، سيتم التطرق لاختصاصات هذه المجالس، واستقلاليتها، وعضويتها والأحكام القانونية لهذه المجالس، والطرق المثلى لتطويرها وفق آراء الشراح والمختصين بقوانين المنافسة.

وفي هذا المبحث سيتم بحث الآتي:

المطلب الأول: كيفية تمكين مجلس المنافسة من دراسة طلبات الاندماج وإصدار القرارات بشأنها

المطلب الثاني: حكم القرارات المتخذة من قبل مجلس المنافسة

المطلب الأول

كيفية تمكين مجلس المنافسة من دراسة طلبات الاندماج وإصدار القرارات بشأنها

وضح نظام المنافسة السعودي ما يتعلق بمجلس المنافسة من أحكام تنظيمية وهيكلية وإجرائية، وفي هذا المطلب سيتم بحث الأحكام التنظيمية لمجلس المنافسة، ويشمل ذلك طريقة تكوين مجلس المنافسة في الفرع الأول، ثم بيان أحكام عضوية المجلس في الفرع الثاني، وأخيرا سيتم بحث الاختصاصات التنظيمية مجلس المنافسة في الفرع الثالث. وفيما يأتي بيان هذه الفروع بمسائلها.

الفرع الأول: طريقة تكوين مجلس المنافسة

بينت المادة الثامنة من نظام المنافسة السعودي الجانب الشكلي لمجلس المنافسة، فوضحت اسم المجلس ومقره ومن له الحق في تعيين المجلس وحله، ويشمل الكلام في هذا الفرع توضيح اسم المجلس ومقره، ثم يتم التطرق إلى من يملك حق تعيين أعضاء مجلس المنافسة، ثم بحث مسألة مهمة وهي استقلالية المجلس، وأخيرا سيتم بيان اختصاصات أمانة المجلس. وبيان ذلك فيما يأتي من مسائل.

المسألة الأولى: اسم المجلس

تختلف أنظمة المنافسة في تسمية الجهة المختصة بمراقبة المنافسة، وقد اختار نظام المنافسة السعودي اسم "مجلس حماية المنافسة"[(١)]، وتم تعديله ليكون باسم: "مجلس المنافسة"[(٢)].

وبالمقارنة بالقوانين الأخرى، نلحظ أن قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري نص على أن اسم الجهة "جهاز حماية المنافسة" [(٣)]، وكذا قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار اليمني [(٤)]، وهي تسمية معيبة من جهتين:

الأولى: تسميته بجهاز، لا يعبر عن واقع عمله، فمن ناحية لغوية، يعتبر اللفظ غير مستعمل عند فصحاء العربية، قال ابن فارس:" الْجِيمُ وَالْهَاءُ وَالزَّاءُ أَصْلٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ شَيْءٌ يُعْتَقَدُ وَيُحْوَى، نَحْوَ الْجَهَازِ، وَهُوَ مَتَاعُ الْبَيْتِ. وَجَهَّزْتُ فُلَانًا تَكَلَّفْتُ جهَازَ سَفَرِهِ "وفي القاموس المحيط: جِهازُ الميِّتِ والعَرُوسِ والمسافِرِ، بالكسر والفتحِ: ما يَحْتَاجُونَ إليه، وقد جَهَّزَهُ تَجْهِيزاً فَتَجَهَّزَ، ج: أَجْهِزَةٌ. ومع كون المعجم الوسيط التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص أن مجمع اللغة أقر من معاني الجهاز المحدثة: الطائفة من

(١) نظام المنافسة السعودي م٨.

(٢) صدر التعديل بقرار مجلس الوزراء في جلسته المنعقدة يوم الاثنين ١٤٣٤/٠٩/١٤هـ.

(٣) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١١.

(٤) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار اليمني، م٢.

الناس تؤدي عملا دقيقاً كجهاز الجاسوسية[١]، إلا أن الباحث يرى أنه يمكن الاستعاضة عنه باسم أكثر استعمالا وأقرب للفصاحة.

الثانية: تخصيصه بكونه جهاز حماية للمنافسة، لا يعبر عن الواقع، فعمله أشمل من ذلك، وحماية المنافسة جزء من عمله.

وأما في المادة الرابعة عشرة من قانون المنافسة الأردني والمادة السابعة من قانون المنافسة القطري فقد أطلق على الجهة التي يناط بها تطبيق قانون المنافسة لجنة شؤون المنافسة، في الأردن، ولجنة حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في قطر. ولا مشاحة في المصطلحات إذا علم المقصود.

المسألة الثانية: مقر المجلس

ورد في الفقرة الأولى من المادة الثامنة من نظام المنافسة السعودي بأن مجلس المنافسة مقره وزارة التجارة والصناعة بالرياض، إلا أن ذلك قد عدل بأن المجلس يكون مقره مدينة الرياض وله إنشاء مكاتب في مناطق المملكة بحسب الحاجة، دون أن يسمى المقر بأنه داخل وزارة التجارة والصناعة [٢].

وبالمقارنة بالقوانين الأخرى، نلحظ أن الدول الصغيرة لا حاجة لها إلى كثرة المقرات، وأما جمهورية مصر العربية فقد نصت المادة الحادية عشرة من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري على أن للمجلس مقر واحد في القاهرة، دون ذكر لتعدد المواقع أو إتاحة إمكانية فروع أخرى.

---

(١) رسم "جهز" من معجم مقاييس اللغة لابن فارس، والقاموس المحيط للفيروزأبادي، والمعجم الوسيط لمجموعة من المؤلفين بتكليف من مجمع اللغة العربية بالقاهرة.

(٢) قرار مجلس الوزراء بشأن تعديل نظام المنافسة في جلسته المنعقدة يوم الاثنين ١٤٣٤/٠٩/١٤هـ.

المسألة الثالثة: من يملك حق تعيين أعضاء المجلس

يتكون مجلس المنافسة السعودي بأمر ملكي [١] وفي هذا تقوية لاستقلال المجلس وفي قرار مجلس الوزراء المعدل لفقرة أعضاء المجلس، وفي آخرها أنهم يعينون بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح رئيس المجلس[٢]. وأما القانون الجزائري فقد جعل صلاحية تعيين المجلس من رئيس الدولة[٣].

المسألة الرابعة: استقلالية المجلس

تم تأكيد استقلالية المجلس في الفقرة الأولى من المادة الثامنة من نظام المنافسة السعودي. وأكد قرار مجلس الوزراء السعودي الصادر في جلسته المنعقدة يوم الاثنين ١٤٣٤/٠٩/١٤هـ، أن للمجلس شخصية اعتبارية مستقلة من حيث الاستقلال الإداري والمالي.

وقد نهج المنظم السعودي منهجا مختلفا من جهة إعطاء مجلس المنافسة الاستقلال الإداري والمالي، وفي الوقت ذاته جعل رئيس المجلس وزير التجارة والصناعة.

وبالمقارنة مع قوانين المنافسة في العديد من الدول، نجد أن ثمت اتجاهين في مسألة استقلال الجهة الخاصة بالمنافسة:

الاتجاه الأول: تحقيق الاستقلال التام، وهو نهج سلكته بعض الدول مثل كندا وأستراليا والبرازيل ومصر وتونس[٤].

---

(١) نظام المنافسة السعودي م٨-٢.

(٢) قرار مجلس الوزراء بشأن تعديل نظام المنافسة في جلسته المنعقدة يوم الاثنين ١٤٣٤/٠٩/١٤هـ.

(٣) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة – للدكتور مُحَمَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري – تيزي أوزو – ع ٢٣ ص ٦٧، عن المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٤ في ١٧ يونيو ١٩٩٦م المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري.

(٤) أهم الملامح الرئيسية لأنظمة المنافسة ومكافحة الاحتكار في دول مختارة (نامية ومتقدمة)، للدكتور عبدالعزيز الزوم، صفحة ٨، المنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤٠١، قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢.

الاتجاه الثاني: ربط الجهة المختصة بالمنافسة بوزير التجارة، وقد سلكته بعض الدول مثل الأردن[١] وقطر[٢] واليمن[٣].

وبكل حال، فالعبرة قوة الجهاز المختص بالمنافسة بحيث يقوم بمهامه باستقلال عن الضغوط، كما في القانون النموذجي (الأونكتاد) [٤].

وقد أكد بعض الباحثين ضرورة استقلال المجلس عن السلطة التنفيذية، لكون الحكومة قد تكون طرفا في النزاع المعروض على المجلس[٥]، وقد ذهب بعض الباحثين أنه لا بد من توافر شرطين ليوصف جهاز بالاستقلال وهما:

١- أن يكون الجهاز مستقلا تماما عن السلطة التنفيذية.
٢- أن يتمتع باختصاص اتخاذ القرارات دون تدخل[٦].

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي بأن مجلس المنافسة سلطة إدارية لكونها تعمل باسم الدولة ولحسابها، ويؤكد ذلك طريقة تعيين أعضائها [٧].

وحيث إن النظام السعودي يستثني الشركات المملكات للحكومة، فمبرر الاستقلال عن مجلس الوزراء لا وجود له.

(١) قانون المنافسة الأردني – م١٤.
(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية القطري – م ٧.
(٣) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني – م ١٠ -١١.
(٤) القانون النموذجي بشأن المنافسة الصادر من مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد)، ص ٦٣.
(٥) ينظر: حماية المنافسة ومنع الاحتكار بين النظرية والتطبيق، د. مغاوري شلبي، ص ٣٤٧.
(٦) انتفاء السلطة القضائية في الجزائية – بوبشير مُحَمَّد أمقران ص ١١، سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق للدكتور سمير خمايلية . ص ٨.
(٧) سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق للدكتور سمير خمايلية . ص ٢٤ عن: توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط لشيخ أعمر يسمينة ص ٤٢.

وبالمقارنة مع القوانين الأخرى نجد أنه في المادة الحادية عشرة من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري نص على أن جهاز حماية المنافسة الشخصية الاعتبارية العامة، يتبع الوزير المختص، وفيه نقص في استقلاليته.

ونص القانون الجزائري على استقلال مجلس المنافسة ماليا وإدارياً [١]. وأما في القانون المغربي فيكاد ينعدم دور مجلس المنافسة في ظل طابعه الاستشاري واحتكار الوزير الأول لأهم إجراءات وقرارات المراقبة.

وأما قانون المنافسة الكويتي فقد نص على أنه يلحق بوزير التجارة والصناعة [٢].

وفي قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري نص على أن التعيين يكون بموجب قرار من رئيس مجلس الوزراء [٣].

المسألة الخامسة: أمانة المجلس

ورد في المادة العاشرة من نظام المنافسة السعودي يكون للمجلس أمانةٌ عامةٌ يرأسها أمين عام بالمرتبة الخامسة عشرة توفر لها جميع التجهيزات اللازمة والخبراء المختصين، وقد وضح نظام المنافسة السعودي مهام الأمين، وصلاحياته وفريق العمل المكون له.

أولا: مهام أمين مجلس المنافسة

١- يتولى إعداد جدول أعمال المجلس

٢- وإخطار أعضاء "المجلس" بمواعيد انعقاد الجلسات

٣- وتنفيذ ما يصدره "المجلس" من قرارات [١].

---

(١) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة – للدكتور مُحَمَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري – تيزي أوزو – ع ٢٣ ص ٦٧، عن المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٤ في ١٧ يونيو ١٩٩٦م المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري.

(٢) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١٠.

(٣) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١١.

ثانياً: فريق العمل المكون لأمانة مجلس المنافسة

نصت اللائحة على أن تضم الأمانة العامة مستشارين شرعيين ونظاميين واقتصاديين وفنيين ومساعدين يتولون القيام بالمهام الموكلة إليهم[٢].

الفرع الثاني: أحكام عضوية المجلس

وردت أحكام عضوية المجلس بالنص في نظام المنافسة السعودي، والقرار المعدل له [٣]، وفي هذا الفرع سيتم بحث أحكام عضوية المجلس، ويشمل ذلك الحديث عن شروط العضوية ومدتها وانتهاؤها، ثم يتم بحث شروط انعقاد جلسة مجلس المنافسة، وبعد ذلك يتم حصر الأعمال المحظورة نظاماً على عضو مجلس المنافسة، وفي المسألة السادسة سيتم بيان لزوم حضور عضو المجلس للجلسات الدورية والطارئة، وفي المسألة السابعة سيتم توضيح طريقة تحديد من يقوم برئاسة مجلس المنافسة، وأخيرا يتم التطرق لموقف المنظم السعودي من الاستعانة بالمختصين والخبراء عند الاقتضاء. وفيما يأتي بيان لهذه المسائل، مع المقارنة بالقوانين الأخرى.

المسألة الأولى: شروط العضوية

من الواضح أن المنظم قصد أن يتضمن المجلس أعضاء ممثلين للسلطة التنفيذية، وعددهم أربعة أعضاء يرشحون من مراجعهم، وأربعة أعضاء من المحايدين ذوي الاختصاص في مجالات الأنظمة والاقتصاد (غير ممارسين لأعمال تجارية أو صناعية أو خدمية وغير ممثلين لجهات حكومية) يختارون لذواتهم.

وبالنظر إلى شروط عضوية ممثلي الجهات الحكومية، نجد أنها تنحصر في شرط واحد، وهو ترشيح مرجعهم لهم.

---

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي والصادرة بقرار مجلس المنافسة رقم (١٢٦) وتاريخ ١٤٣٥/٩/٤هـ (٢٠١٤/٧/١م)، المادة ٥٥.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي – المادة ٥٦.

(٣) نظام المنافسة السعودي م٨، قرار مجلس الوزراء الصادر في جلسته المنعقدة يوم الاثنين ١٤٣٤/٠٩/١٤هـ بشأن تعديل نظام المنافسة.

وأما شروط الأعضاء المستقلين فهي:

١- أن يكون العضو محايدا، بألا يكون ممارساً لأعمال تجارية أو صناعية أو خدمية، ولا يمثل جهة حكومية.

٢- أن يكون مختصاً في الأنظمة أو الاقتصاد.

٣- أن يقترح أسماءهم رئيس المجلس، ويصدر قرار من مجلس الوزراء بتعيينهم(١).

وبالمقارنة بالقوانين الأخرى نلحظ الآتي:

١- بعض الأنظمة تلتزم بتعيين ممثلين للوزارات التنفيذية، فقد اشترط المنظم المصري أن يكون من بين الأعضاء أربعة يمثلون الوزارات المعنية يرشحهم الوزير المختص(٢). بينما ذهب المنظم السوري إلى الاكتفاء بتعيين عضوين من الجهاز المركزي للرقابة المالية من بينهم عضو بمرتبة مدير في المجال الاقتصادي بناء على اقتراح من رئيس الجهاز المركزي للرقابة المالية(٣)، وأما المنظم الكويتي فقد اشترط وجود عضوين يمثلان وزارة التجارة والصناعة ووزارة المالية(٤). وذهب المنظم المغربي إلى اشتراط تعيين ستة أعضاء يمثلون الإدارة (٥)، وزاد المنظم القطري ممثلي الجهات الحكومية فاشترط وجود ممثلين لوزارة الاقتصاد والتجارة، إضافة إلى خمسة ممثلين لجهات حكومية أخرى ذات علاقة بالمنافسة(٦).

٢- تتجه العديد من الأنظمة إلى تعيين قضاة في المجلس، فقد اشترط المنظم المصري أن يكون من بين الأعضاء مستشار من مجلس الدولة بدرجة نائب رئيس يختاره رئيس مجلس

(١) نظام المنافسة السعودي م ٨.

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١٢.

(٣) قانون المنافسة السوري – م١١.

(٤) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١١.

(٥) قانون المنافسة المغربي – م١٨.

(٦) قرار رئيس مجلس الوزراء القطري رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨م بتشكيل لجنة حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية بتاريخ: ١ / ٣ / ١٤٢٩ هـ - الموافق: ٧ / ٢ / ٢٠٠٨ م، م ١.

الدولة [١]، وأما المنظم السوري فزاد ممثلي السلطة القضائية إلى ثلاثة أعضاء من القضاة يرشحون من وزير العدل، وقاض من مجلس الدولة برتبة استئناف، يرشحه رئيس مجلس الدولة[٢]. وزاد المنظم الجزائري ممثلي السلطة القضائية في المجلس إلى خمسة قضاة من المحكمة العليا واشترط كون الرئيس قاضياً[٣].

٣- يلحظ الباحث أن بعض الأنظمة تلتزم بتعيين ممثلين من رجال الأعمال، مثل:

أ- المهنيين الذين يعملون في قطاع الإنتاج أو التوزيع في المجلس، فقد اشترط المنظم الجزائري أن يكون من بين الأعضاء من يعمل في قطاع الإنتاج أو التوزيع[٤]. كما اشترط المنظم المصري أن يكون من الأعضاء ممثل من اتحاد الصناعات المصرية[٥].

ب- ممثل عن الغرف التجارية، كما في قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري[٦]. وأما قانون المنافسة الكويتي فقد نص على اشتراط عضوين من اتحاد الغرف التجارية[٧]. وفي قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري اشترط أن يتم انتخاب ثلاثة من غرف التجارة والصناعة والحرفيين [٨]. وقريب منه اشتراط المنظم المغربي تعيين ثلاثة أعضاء يزاولون أو سبق لهم أن زاولوا نشاطهم في قطاعات الإنتاج و التوزيع والخدمات[٩].

---

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١٢.

(٢) قانون المنافسة السوري – م١١.

(٣) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة – للدكتور مُحَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري – تيزي إوزو – ع ٢٣ ص ٦٩، عن المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٤ في ١٧ يونيو ١٩٩٦م المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري م ٢.

(٤) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة – للدكتور مُحَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري – تيزي إوزو – ع ٢٣ ص ٦٩، عن المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٤ في ١٧ يونيو ١٩٩٦م المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري م ٢.

(٥) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١٢.

(٦) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١٢.

(٧) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١١.

(٨) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١١.

(٩) قانون المنافسة المغربي – م١٨.

ت- ممثل من اتحاد البنوك، وقد اشترط ذلك المنظم المصري [١]، ولم أجد في التنظيمات العربية ما يوافقه في ذلك.

٤- لاحظ الباحث أن العديد من الأنظمة تلزم بتعيين ممثلين من المستهلكين والعمال، ففي قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري اشترط المنظم أن يكون ضمن أعضاء المجلس ممثلين عن الاتحاد العام للجمعيات الأهلية والاتحاد العام لحماية المستهلك والاتحاد العام لعمال مصر[٢]. وفي قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري اشتراط وجود عضو منتخب يمثل نقابات العمال والاتحاد العام للفلاحين [٣]. وأما قانون المنافسة الكويتي فقد نص على اشتراط وجود عضو من جهة أهلية تعنى بحماية المستهلك إن وجدت، وعضو من اتحاد الجمعيات التعاونية[٤].

ويقترح بعض الباحثين أن يكون ضمن الأعضاء رئيس هيئة حماية المستهلك أو ممثلا عنه[٥]، وهو اقتراح له ما يبرره بسبب ارتباط كثير من قرارات مجلس المنافسة بحقوق المستهلكين.

٥- تنص بعض الأنظمة على تعيين ذوي الخبرة في الاقتصاد والمنافسة [٦]، ففي قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري اشترط المنظم وجود رئيس متفرغ من ذوى الخبرة المتميزة وثلاثة من المتخصصين وذوي الخبرة[٧]، وفي قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري يشترط عضوية ثلاثة من ذوي الخبرة في الاقتصاد والمنافسة وحماية المستهلك، يقترحهم وزير الاقتصاد والتجارة [٨]. وأما قانون المنافسة الكويتي فقد نص على اشتراط أن يكن الرئيس

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١٢.

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١٢.

(٣) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١١.

(٤) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١١.

(٥) المنافسة التجاري للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤٠٦.

(٦) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة – للدكتور مُحَمَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري – تيزي إوزو – ع ٢٣ ص ٦٩، عن المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٤ في ١٧ يونيو ١٩٩٦م المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري م ٢.

(٧) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١٢.

(٨) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١١.

من ذوي الخبرة والتخصص، كما اشترط وجود عضوين من ذوي الخبرة والاختصاص ضمن أعضاء المجلس[١]. وفي القانون القطري للمنافسة اشترط تعيين اثنين من المتخصصين وذوي الخبرة يختارهم الوزير [٢]. وفي قانون المنافسة المغربي اشترط تعيين ثلاثة أعضاء مؤهلين في مجال القانون والاقتصاد والاستهلاك[٣].

وواضح أن المنظم السعودي أعطى سلطة تقديرية لرئيس المجلس في اختيار الأعضاء المستقلين، وأما الأعضاء الممثلين لجهات حكومية وهم ممثل وزارة المالية، ووزارة الاقتصاد والتخطيط، ووزارة التجارة والصناعة، والهيئة العامة للاستثمار فيصدر بتعيينهم قرار بأمر ملكي، ويتقرح الباحث الآتي:

١- يقلص عدد ممثلي السلطة التنفيذية إلى اثنين، ممثل من وزارة التجارة والصناعة، والهيئة العامة للاستثمار.

٢- يعين قاضٍ مختص في القضاء التجاري لا تقل مرتبته القضائية عن قاضي استئناف.

٣- يعين ممثل عن المستهلكين، ويقترح أن يكون رئيس جمعية حماية المستهلك.

٤- يعين ممثل من مجلس الغرف التجارية السعودية.

٥- يعين اثنان من ذوي الخبرة القانونية والاقتصادية في مجال المنافسة.

ومما يجدر التنبيه إليه أن بعض القوانين تشترط أداء القسم لعضو المجلس قبل مباشرته مهام عمله، ففي قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري إلزام بحلف أعضاء مجلس المنافسة باستثناء القضاة وقبل مباشرتهم أعمالهم اليمين التالية: (أقسم بالله العظيم أن أحكم بالعدل وأن أحترم القوانين) وتؤدى اليمين أمام محكمة الاستئناف المدنية الأولى [٤].

---

(١) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١١.

(٢) قرار رئيس مجلس الوزراء القطري رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨م بتشكيل لجنة حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية بتاريخ: ١ / ٣ / ١٤٢٩ هـ - الموافق: ٧ / ٢ / ٢٠٠٨ م، م ١.

(٣) قانون المنافسة المغربي – م١٨.

(٤) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١١-٥.

وأما نظام المنافسة السعودي فلم يشترط ذلك، مع كونه يشترط أداء اليمين لبعض وظائف الدولة الحساسة. والذي يراه الباحث عدم الحاجة إلى القسم، لأن الأصل في أعضاء المجلس النزاهة والصدق، وتكليفهم بالحلف لا مبرر له.

المسألة الثانية: مدة العضوية

قرر نظام المنافسة السعودي أن مُدة العضوية في المجلس أربع سنوات قابلة للتجديد مرةً واحدةً، ويظل عضو المجلس في منصبه بعد انتهاء فترة عضويته إلى أن يتم تعيين خلف له[١].

وبالمقارنة مع قوانين المنافسة الأخرى، نجد أن قانون المنافسة المصري [٢] والكويتي [٣] والسوري[٤] وافقت النظام السعودي في تحديد المدة بأربع سنين قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط. بخلاف القانون القطري للمنافسة الذي جعل مدة عضوية اللجنة ثلاث سنوات قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة [٥]. وأما قانون المنافسة الأردني فمدة العضوية في المجلس سنتان قابلة للتجديد لمرة واحدة ويجوز تغيير أي عضو منهم بتعيين بديل له للمدة المتبقية من عضويته [٦].

المسألة الثالثة: انتهاء العضوية

تنتهي العضوية تلقائياً بانتهاء التجديد لمرة واحدة، ويظل يقوم بمهامه حتى يعين خلف له[٧].

---

(١) نظام المنافسة السعودي، م٨-٣.

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١٢.

(٣) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١١.

(٤) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١١.

(٥) قرار رئيس مجلس الوزراء القطري رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨م بتشكيل لجنة حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية بتاريخ: ١ / ٣ / ١٤٢٩ هـ - الموافق: ٧ / ٢ / ٢٠٠٨ م، م ٢.

(٦) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ١٤-ب.

(٧) نظام المنافسة السعودي م٨-٣.

المسألة الرابعة: شروط انعقاد جلسة مجلس المنافسة

ينعقد المجلس –وفقاً لنظام المنافسة السعودي – برئاسة رئيسه أو من يُنيبه من الأعضاء وبحُضور ثلثي الأعضاء[١]. وقد انتقدت صياغة المادة التي تتضمن هذا المعنى، لأن المقصود حضور ستة أعضاء بالرئيس، ويقترح تعديلها إلى العبارة الآتية:" وبحضور ثلثي المجلس"، ليشمل الأعضاء والرئيس.

المسألة الخامسة: الأعمال المحظورة على عضو مجلس المنافسة

اشترط نظام المنافسة السعودي على عضو المجلس أن يحافظ على السرية، وأن يتنحى وجوبيا في بعض الحالات التي يخشى فيها أن يبتعد عن الحياد الواجب، وأضافت بعض قوانين المنافسة منع موظف المنافسة أو عضو مجلس المنافسة العمل لدى جهة لها مصلحة مع مجلس المنافسة، وبيان ذلك في ما يأتي.

أولاً: إفشاء الأسرار

وقد أكد ذلك نظام المنافسة السعودي في المادة الحادية عشرة – الفقرة الخامسة، وحددت العقوبة في المادة الثالثة عشرة من نظام المنافسة السعودي. ويشمل ذلك أمرين:

الأول: الأسرار التي اطلع عليها بسبب عضويته في المجلس[٢].

الثاني: أسرار المنشآت التي حصل عليها أثناء جمع الاستدلالات أو التحقيقات[٣].

وهذا الواجب منصوص عليه في كثير من قوانين المنافسة، مثل القانون الأردني [٤] والكويتي [١] والقطري [١] والسوري [٢] والسوداني [٣] والمغربي [٤]،

(١) نظام المنافسة السعودي م٨-٤.

(٢) نظام المنافسة السعودي م ٨-٥.

(٣) نظام المنافسة السعودي م ١١ -٥.

(٤) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م / م ١٣-ب.

(١) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١٥.

وقد حظر قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري كشف الموظف أو العضو للأسرار، وانفرد بأنه حظر على العاملين بالجهاز القيام بأي عمل لمدة عامين من تاريخ تركهم للخدمة لدى الأشخاص الذين خضعوا للفحص أو الخاضعين له في ذلك التاريخ(٥).

وهي إضافة مستحسنة، تقطع السبيل على من قد يستخدم هذه الطريقة للتنصل من الإجراءات التي قد يتخذها مجلس المنافسة ضده.

وإفشاء الأسرار موجب للعقوبة التعزيرية، وتنحصر عقوبات عضو مجلس المنافسة في نظام المنافسة السعودي على الغرامة المالية، أو السجن، ويمكن الاكتفاء بإحدى العقوبتين أو جمعهما(٦).وتتولى المحكمة المختصة النظر في هذه المخالفات وإيقاع العقوبات الواردة فيها(٧).

وبالمقارنة بالقوانين الأخرى نلحظ أن لها عدة توجهات، وأكثرها تكتفي بالعقوبة المالية، إذ العقوبات في قوانين المنافسة منحصرة في عقوبتين:

العقوبة الأولى: السجن

حدد نظام المنافسة السعودي الحد الأعلى لعقوبة السجن بألا تتجاوز المدة سنتين(٨).

وحدد المنظم السوري عقوبة من أفشى سرا من موظفي المجلس أو أعضائه بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات، مع العقوبة المالية ويمكن الاكتفاء بإحدى العقوبتين(١).

---

(١) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ١٣.

(٢) القانون السوري للمنافسة ومنع الاحتكار – م ١٦-أ.

(٣) القانون السوداني للمنافسة م ١٣.

(٤) القانون المغربي للمنافسة المادة ٣٣.

(٥) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٣.

(٦) نظام مجلس المنافسة م ١٣.

(٧) الفقرة الرابعة من المادة الخامسة عشرة من نظام المنافسة السعودي الصادر بقرار مجلس الوزراء في اجتماعه المنعقد يوم الاثنين ١٤٣٥/٤/٣هـ المنشور في صحيفة الرياض السعودية، ينظر الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.alriyadh.com/906892

(٨) نظام مجلس المنافسة م ١٣.

العقوبة الثانية: الغرامة المالية

تحدد الغرامة المالية في نظام المنافسة السعودي بحد أعلى لا يمكن بحال أن تتجاوزه وهو ألا تزيد الغرامة عن خمسة ملايين ريال[٢].

وهذا التحديد محل انتقاد، فإن مؤداه أن عضو مجلس المنافسة إن حقق نفعا أكثر من الحد الأعلى للغرامة فيجب مصادرته. ولذا فيقترح أن ينص على مصادرة كل ما اكتسبه عضو مجلس المنافسة بسبب غير مشروع إضافة إلى الغرامة المالية.

والعقوبة المالية تختلف من دولة لأخرى، ففي قانون المنافسة المغربي يعاقب من أفشى سرا من أعضاء المجلس أو موظفيه بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف درهم ولا تتجاوز مئة ألف درهم[٣]، وأما الغرامة على إفشاء منسوبي جهاز المنافسة المصري فلا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه [٤]. وتتراوح وفق النظام الأردني بين ألف دينار وعشرة آلاف دينار [٥]، وبين ألفي دينار وعشرة آلاف دينار في التنظيم الكويتي [٦]، وأما المنظم السوري فتتراوح العقوبة التعزيرية على إفشاء أسرار منسوبي مجلس المنافسة بين مئة ألف ليرة سورية ومليون ليرة سورية [٧].

وغني عن القول أن الإفصاح عن الأسرار بأمر من المحكمة لا يدخل في الحظ، وبالتالي فلا يكون سببا للعقوبة، وقد نص على هذا الاستثناء القانون الأردني[٨]، وهو مقصود في جميع الأنظمة والقوانين، والنص عليها لإزالة أي لبس قد يرد.

---

(١) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري المادة ٢٤.

(٢) نظام مجلس المنافسة م ١٣.

(٣) القانون المغربي للمنافسة المادة ٣٤.

(٤) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٣.

(٥) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م / م ٢٣.

(٦) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٢٠.

(٧) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري المادة ٢٤.

(٨) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م / م ٢٣.

وأما الجهة التي لها الاختصاص القضائي لتنفيذ العقوبة وفقاً للنظام السعودي فقد ورد في قرار مجلس الوزراء السعودي قرار مجلس الوزراء في اجتماعه المنعقد يوم الاثنين ١٤٣٥/٤/٣هـ [١]، المعدل لنظام المنافسة أن المحكمة المختصة تنظر في عقوبة كل من أفشى سراً له علاقة بعمله، أو حقق نفعاً بطريقةٍ مُباشرةٍ أو غير مُباشرة. ويعنى بالمحكمة المختصة المحاكم الجزائية التابعة للقضاء العام والمقرة في نظام القضاء الجديد [٢] .

ثانياً: التنحي الوجوبي

بين نظام المنافسة السعودي وجوب ترك المشاركة في مداولة عضو المجلس في قضية له فيها مصلحة أو علاقة[٣]، ويشمل ذلك الآتي:

١- القضايا التي لعضو مجلس المنافسة مصلحة فيها أو علاقة.

٢- أن يكون بين عضو مجلس المنافسة وأحد الأطراف صلة قرابة أو مصاهرة[٤].

٣- أن يكون عضو مجلس المنافسة سبق له الترافع عن أحد المعنيين بالقضية.

وهذه الثلاث الحالات موجودة في كثير من قوانين المنافسة، إلا أن التعبير الأشهر في الحال الثانية هو ما نص قانون المنافسة المصري على أنه "لا يجوز لأي عضو في المجلس أن

(١) صحيفة الرياض السعودية، ينظر الرابط : http://www.alriyadh.com/906892

(٢) المادة التاسعة من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم م / ٧٨ والتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ، علما بأن الدوائر الجزائية التابعة لديوان المظالم لا زالت تنظر في هذه القضايا حتى يتم تجهيز المحاكم التجارية.

(٣) نظام المنافسة السعودي م ٨ -٦.

(٤) ورد في نص المادة في النظام:" صلة قرابة أو نسب"، والمقصود والله أعلم بالنسب: المصاهرة، لأنها تطلق في اللهجة العامية على المصاهرة، فيقال عن الصهر: النسيب، وعن المصاهرة: النسب، ويقترح أن تعدل إلى ما يأتي:" صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة"، وقد نصت المادة ٥٢ من اللائحة على الآتي:" لا يجوز لعضو المجلس أن يشارك في قرارات المجلس إذا كان له فيها مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة، أو يكون بينه وأحد أطرافها صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة "، وهي صياغة جيدة.

يشارك في المداولات أو التصويت في حال معروضة على المجلس تكون.... بينه وبين أحد أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة..." [١].ومثله في القانون الكويتي [٢].

واشترط القانون السوداني للمنافسة في المادة الثامنة عشرة أنه يجب على كل عضو بالمجلس تكون له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في أي أمر أو اقتراح معروض على المجلس للنظر فيه أن يفضي إلى المجلس بطبيعة المصلحة التي تربطه بذلك الأمر أو الاقتراح، ولا يجوز له الاشتراك في أي مداولة أو قرار يصدره المجلس بالنسبة لذلك الأمر أو الاقتراح.

وتنحصر عقوبات عضو مجلس المنافسة في نظام المنافسة السعودي على الغرامة المالية، أو السجن، ويمكن الاكتفاء بإحدى العقوبتين أو جمعهما حسب ما تراه الجهة القضائية المختصة[٣].

العقوبة الأولى: الغرامة المالية

بين نظام المنافسة السعودي أن العقوبة المالية لها حد أعلى لا يمكن بحال أن تتجاوزه وهو ألا تزيد الغرامة عن خمسة ملايين ريال[٤]، وتقدم أن هذا محل انتقاد، فلو حقق عضو مجلس المنافسة نفعا أكثر من الحد الأعلى للغرامة فيجب مصادرته، ولذا فيقترح أن ينص على مصادرة كل ما اكتسبه عضو مجلس المنافسة بسبب غير مشروع إضافة إلى الغرامة المالية.

العقوبة الثانية: السجن

وضع نظام المنافسة السعودي حداً أعلى لعقوبة السجن بألا تتجاوز المدة سنتين[٥].

وأما قانون المنافسة الكويتي فقد نص على إسقاط العضوية إضافة إلى غرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار [١]. ويقترح أن ينص نظام المنافسة السعودي على

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١٣.

(٢) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١٢.

(٣) نظام المنافسة السعودي م ١٣.

(٤) نظام المنافسة السعودي م ١٣.

(٥) نظام المنافسة السعودي م ١٣.

إسقاط العضوية، لأن أهم صفة في عضو المجلس الأمانة، فإن انخرمت أمانته فلا مكان له في المجلس.

المسألة السادسة: حضور عضو المجلس للجلسات الدورية والطارئة

ينعقد المجلس – حسب نظام المنافسة السعودي – برئاسة رئيسه أو من يُنيبه من الأعضاء وبحُضور ثلثي أعضاء مجلس المنافسة[٢]، وحالات انعقاد المجلس:

الحال الأولى: الاجتماع الدوري الاعتيادي، ويكون كل ثلاثة أشهر على الأقل.

الحال الثانية: عند وجود حاجة تستدعي ذلك [٣].

المسألة السابعة: رئاسة مجلس المنافسة

ورد في نظام المنافسة السعودي أن وزير التجارة يقوم برئاسة مجلس المنافسة، وعند غيابة ينيب أحد الأعضاء، وقد أعطت اللائحة السابقة للرئيس حق تعيين نائب له دائم، يتولى رئاسة المجلس في حال غياب الرئيس [٤]. ويرى الباحث صحة انتقاد إضافة هذا الحق للرئيس [٥]، وقد أخذ المنظم هذا الانتقاد بعين الاعتبار، فصدرت اللائحة التنفيذية الجديدة لنظام المنافسة السعودي خالية من ذلك.

المسألة الثامنة: الاستعانة بالمختصين والخبراء عند الاقتضاء

نص نظام المنافسة السعودي في المادة العاشرة على لزوم توفير الخبراء المختصين لأمانة المجلس، وفي الفقرة الرابعة من المادة الحادية عشرة تأكيد أنه يحق للمجلس الاستعانة بخُبراء وأشخاص مؤهلين من خارج الوزارة عند الحاجة. والاستعانة بالخبراء تعين من بيديه إصدار القرار على اتخاذ القرار السليم، سواء أكان القرار قضائيا أم إدارياً، والنص على ذلك موجود في

(١) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٢٠.

(٢) نظام المنافسة السعودي م ٨ –٤.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م ٥١.

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م ٩–ب.

(٥) المنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤٠٨.

الكثير من قوانين المنافسة مثل قانون المنافسة المصري [١]، وكذا القانون الأردني [٢] والقطري[٣] والمغربي[٤].

وأما موقف الفقه الإسلامي من الاستعانة بالخبراء فإن الخبير هو العالم بالشيء، يقال: خبرت الشيء خبرا، أي بلوته وامتحنته وعرفت خبره على حقيقته، والخبرة: معرفة كُنهِ الشيء وحقيقة أمره[٥].

والاستعانة بالخبراء طريق لفهم الواقعة القضائية على حقيقتها، وهي سبيل للوصول للحكم الصحيح، ومن القواعد المعتبرة أنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. وسعي القاضي للوصول للحكم العدل أمر واجب، ولا يحصل ذلك إلا بالاستعانة بالخبراء في القضايا التي يحتاج إلى الخبير فيها.

ودليل كون الاستعانة بالخبراء من طرق القضاء ما يأتي:

١- قوله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ" (المائدة:٩٥).

ووجه الدلالة أن الله تعالى جعل بيان المماثلة إلى اثنين من أهل الخبرة في هذا المجال، فدل على مشروعية العمل بالخبرة[٦].

٢- وقد سئل النبي ﷺ عن الرطب بالتمر، فقال: أينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا: نعم، فنهى عنه"[١].

---

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١٣.

(٢) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ١١-أ-٧.

(٣) قرار رئيس مجلس الوزراء القطري رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨م بتشكيل لجنة حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية بتاريخ: ١ / ٣ / ١٤٢٩ هـ - الموافق: ٧ / ٢ / ٢٠٠٨ م، م ٥.

(٤) قانون المنافسة المغربي م ٢٩.

(٥) معجم مقاييس اللغة، والقاموس المحيط، رسم: خبر.

(٦) التحكيم في الشريعة الإسلامية ص ١٦.

ووجه الدلالة أن فيه تنبيه إلى أن من له خبرة في زراعة النخيل والعناية بها يعلم أن الرطب إن جف ينقص وزنه، فلا يتحقق شرط التماثل عند بيع الرطب بالتمر.

٣- ومن ذلك أن الشريعة جاءت باعتبار قول القافة[٢] في القضاء، ودليل ذلك حديث مجزز المدلجي لما رأى أقدام زيد بن حارثة – ﷺ – وابنه أسامه – ﷺ – وأنه قال:" إن هذه الأقدام بعضها من بعض" فسر النبي ﷺ بقوله [٣]. وبه أخذ الجمهور من المالكية[٤] والشافعية والحنابلة والظاهرية [٥].

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ اعتدَّ بقول القائف ولم ينكره، وهو خبير بهذا الأمر، مما يدل على اعتبار قول الخبير في كل مجال خبرته.

وقد ذهب الشيخ مُحَمَّد بن إبراهيم آل الشيخ [٦] – رحمه الله – إلى أنه إن كان عمل الخبير تقويم متلف مثلا، أو تحديد أجرة فاسدة ونحو ذلك فلا بد من خبيرين، لقوله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ" (المائدة:٩٥)، ولشبهها بالشهادة، فقال رحمه الله:" القاسم يكفي واحد، إلا أن يكون تقويما فلابد من اثنين، كما أن القاضي يكفي واحد،

---

(١) رواه أحمد في مسنده برقم ١٥٤٤ النسائي في الكبرى برقم ٦١٣٧ وأبو داود في سنه برقم ٣٣٥٩ وابن ماجه في سننه برقم ٢٢٦٤، والترمذي في سننه برقم ١٢٢٥ وقال: هذا حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم، وصححه أحمد شاكر في تعليقه على مسند الإمام أحمد برقم ١٥١٥.

(٢) القافة جمع قائف، وهو في اللّغة: من يتّبع الأثر، كما في المعجم الوسيط ٧٦٦/٢، وفي اصطلاح الفقهاء: الّذي يتتبّع الآثار ويتعرّف منها الّذين سلكوها، ويعرف شبه الرّجل بأبيه وأخيه ويلحق النّسب عند الاشتباه، بما خصّه الله تعالى به من علم ذلك.

(٣) رواه البخاري (١٣٦٥) ومسلم (١٠٨٢).

(٤) مع التنبيه إلى أن المالكية حصروا الأخذ بقول القافة في الأحرار فقط.

(٥) ترتيب الفروق ٢٦٧/٢-٢٦٨، المحلى ٦٤١/١٠.

(٦) هو مُحَمَّد بن إبراهيم بن عبداللطيف بن عبدالرحمن بن حسن بن مُحَمَّد بن عبدالوهاب، مفتي المملكة العربية السعودية السابق ورئي قضاتها، له فضل كبير في نشر العلم الشرعي في السعودية، وترتيب الشؤون القضائية، تتلمذ العشرات من كبار علماء السعودية، وتوفي سنة ١٣٨٩هـ. تنظر سيرته في مجموع فتاواه ورسائله التي جمعها تلميذه مُحَمَّد ابن قاسم ٩/١ وما بعدها.

والظاهر أن كلام الشيخ أنه يكفي واحد، وهم قالوا هذا بالنسبة إلى باب الشهادة، والله أعلم أن القول الراجح أنه من باب الخبر "[1].

الفرع الثالث: اختصاصات مجلس المنافسة

يختص المجلس باختصاصات إدارية، وهي ما سيتم التطرق إليه في المبحث الثاني، واختصاصات تنظيمية ورقابية وتوعوية، فيختص المجلس بتحديد نسبة الهيمنة الواردة في نظام المنافسة السعودي واقتراح مشروعات الأنظمة ذات العلاقة. كما أن المنظم السعودي أناط بالمجلس إصدار اللائحة التنفيذية والمراجعة الدورية لها، وإصدار اللوائح المالية والإدارية للمجلس. إضافة إلى ذلك فإن المجلس يختص بمراقبة السوق لضمان تطبيق قواعد المنافسة العادلة. ولم يغفل المنظم السعودي الجانب التوعوي فألزم المجلس بنشر ثقافة المنافسة وتعريف المجتمع بالحقوق التي كفلها نظام المنافسة وإيجاد قناة تفاعلية عبر شبكة (الإنترنت) بينه وبين المجتمع. وفيما يأتي توضيح هذه الاختصاصات.

المسألة الأولى: تحديد نسبة الهيمنة

ورد في تعريف الهيمنة من نظام المنافسة السعودي أن نسبة الهيمنة يحددها المجلس، وقد تم تحديدها في المادة الثامنة من اللائحة الجديدة لنظام المنافسة السعودي بكون الوضع المهيمن أو الهيمنة يتحقق عند بلوغ نسبة حصة المنشأة أو مجموعة منشآت في السوق (٤٠%) على الأقل من القيمة الإجمالية لمبيعات السلعة أو الخدمة طوال فترة (١٢) شهراً، أو تكون من خلاله المنشأة أو مجموعة منشآت قادرة على التأثير في السعر السائد في السوق.

وسيتم بيان موقف القوانين المقارنة من تحديد النسبة اللازمة للهيمنة، ورأي الباحث في المبحث الثاني.

(١) مجموع فتاوى ورسائل سماحة الشيخ مُحَمَّد بن إبراهيم، جمع الشيخ مُحَمَّد ابن قاسم رحمه الله، م ٤٢٩٣.

المسألة الثانية: اقتراح مشروعات الأنظمة ذات العلاقة

ورد في قرار مجلس الوزراء المعدل لنظام المنافسة أن المجلس مختص باعتماد مشروعات الخطط والسياسات العامة والأنظمة الخاصة بالمنافسة ورفعها بحسب الإجراءات النظامية المتبعة ومتابعة تنفيذها بعد إقرارها ومراجعتها وتقويمها والعمل على تطويرها وتحديثها [(١)].

وقد ورد في المادة التاسعة من نظام المنافسة السعودي أن من مهام مجلس المنافسة اقتراح مشروعات الأنظمة ذات العلاقة التي تؤثر على المنافسة في ضوء المتغيرات التي تطرأ على السوق، واقتراح التعديلات اللازمة لأحكام هذا النظام.

وبمقارنة هذا الاختصاص بعدد من الأنظمة العربية للمنافسة، نجد أنها تختلف عنها من وجهين:

الأول: أن تكون المهمة محصورة في إبداء الرأي المستقل والخارجي للحكومة حول مسائل المنافسة ومدى تأثير مشاريع القوانين في المنافسة، وهو ما نص عليه قانون المنافسة والمغربي[(٢)].

الثاني: أن تكون موافقة مجلس المنافسة التونسي إجبارية في بعض الأحيان، وهذا لا يجعلها جهة استشارية فقط ، كما هو منصوص عليه في القانون التونسي للمنافسة[(٣)].

وأما القانون الأردني للمنافسة فقد جعل من مهام لجنة شؤون المنافسة إعداد مشروعات القوانين والأنظمة المتعلقة بالمنافسة أو تلك التي تمنح امتيازات جديدة أو حقوقا استثنائية.

ويرى الباحث أن يكون رأي المجلس لا يقف عند حد الاقتراح، بل يلزم عرض كل نظام له علاقة بالمنافسة على المجلس، ويكون رأيه معتبرا عند الجهة التنظيمية، وملزما لها.

(١) قرار مجل الوزراء الصادر في جلسته المنعقدة يوم الاثنين ١٤٣٤/٠٩/١٤هـ

(٢) قانون المنافسة المغربي م١٢.

(٣) التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٤٩.

المسألة الثالثة: إصدار اللائحة التنفيذية والمراجعة الدورية للنظام ولائحته

ورد في المادة التاسعة والمادة العشرين من نظام المنافسة السعودي أن من مهام المجلس إصدار لائحة للنظام، وقد قام مجلس المنافسة بإصدار اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة بقراره ذي الرقم ٢٠٠٦/١٣ في ١٤٢٧/١١/٢٥هـ، وقد لوحظ على اللائحة الآتي:

١- تأخر صدورها عن الوقت المقرر نظاما، فيفترض أن تصدر بعد نشر النظام بتسعين يوما، وقد نشر النظام في ١٤٢٥/٥/٢١هـ.

٢- وجود خلل في صياغتها اللغوية.

٣- مخالفتها للنظام بإضافة بعض المواد عليه، مع العلم بأن اللائحة لا يصح أن تشمل أي إضافة على النظام.

ثم صدرت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة بقرار مجلس المنافسة رقم (١٢٦) وتاريخ ١٤٣٥/٩/٤هـ م، وتم تلافي الكثير من الملحوظات.

وأرجع المنظم تفسير اللائحة للمجلس، فقد ورد في لائحة نظام المنافسة للمجلس تفسير وتعديل مواد اللائحة.[١]

إضافة إلى ذلك، فإن من مهام المجلس:" اعتماد مشروعات الخطط والسياسات العامة والأنظمة الخاصة بالمنافسة ورفعها بحسب الإجراءات النظامية المتبعة ومتابعة تنفيذها بعد إقرارها ومراجعتها وتقويمها والعمل على تطويرها وتحديثها" كما نص عليه قرار مجلس الوزراء الصادر في جلسته المنعقدة يوم الاثنين ١٤٣٤/٠٩/١٤هـ.

المسألة الرابعة: إصدار اللوائح المالية والإدارية والقواعد للمجلس

ورد في نظام المنافسة السعودي أن من مهام مجلس المنافسة تشكيل أجهزة المجلس وإصدار اللوائح المالية والإدارية بالاتفاق مع وزارة المالية ووزارة الخدمة المدنية[١].

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة والصادرة بقرار مجلس المنافسة رقم (١٢٦) وتاريخ ١٤٣٥/٩/٤هـ – م ٧٦.

وورد في اللائحة القديمة لنظام المنافسة[٢]، بيان المقصود بهذه القواعد وهي:

١. القواعد المنظمة للإعفاءات.

٢. القواعد المنظمة للمركز المهيمن.

٣. القواعد المنظمة للاندماج.

٤. القواعد المنظمة لعمل مأموري الضبط القضائي.

٥. القواعد المنظمة للجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة.

وقد صدرت هذه القواعد بقرار مجلس المنافسة ذي الرقم ٢٠٠٨/٢٥ في ١٤٢٩/٩/٩هـ.

ثم إن اللائحة التنفيذية الجديدة لنظام المنافسة خلت من تسمية هذه القواعد، وكأن المنظم رأى أن تكون مطلقة، ليكون له سلطة تقديرية في إصدار أي قواعد أخرى تقتضيها المصلحة.

المسألة الخامسة: مراقبة السوق لضمان تطبيق قواعد المنافسة العادلة

ورد في الفقرة الثانية من قرار مجلس الوزراء الصادر في جلسته المنعقدة يوم الاثنين ١٤٣٤/٠٩/١٤هـ. أن من مهام المجلس مراقبة السوق لضمان تطبيق قواعد المنافسة العادلة.

وللرقابة على عمليات التركز نظامان:

الأول: نظام الرقابة الميدانية دون حاجة لإشعار الجهة المسؤولة، وتكون مهمة الجهة المسؤولة الاعتراض على الحالات المؤثرة في المنافسة في السوق.

وأشهر الدول التي اتبعت هذا النظام الجمهورية الفرنسية، فقد جعلت إشعار السلطات المختصة اختيارياً لا إجبارياً [١]. وثمت توجه حديث في قوانين حماية المنافسة في الاتحاد

(١) نظام المنافسة السعودي م ٩-٤.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م ٢٣.

الأوروبي، بتشجيع الرقابة اللاحقة مع إلغاء نظام سبق الإخطار والترخيص إعمالا للرقابة السابقة على حالات الاندماج والتصرفات التي من شأنها إحداث وضع مسيطر في السوق، مع التقليل من مركزية الرقابة التي تتمتع بها السلطات الاتحادية في هذا الخصوص [٢].

الثاني: نظام الإشعار الإجباري وطلب الترخيص المسبق، وهو المعتمد في كثير من الدول للآتي:

١- أنه يوفر على الجهة المسؤولة الحاجة للكشف عن عمليات التركز.
٢- أنه يمنح المنشآت المعنية بتلك العمليات السلامة القانونية لمعاملاتها.
٣- من الصعب إزالة الآثار السلبية على المنافسة في حال دخول التجميع حيز التنفيذ

وهذه الطريقة هي المعتمدة لدى الولايات المتحدة الأمريكية وغالب دول الاتحاد الأوروبي[٣].

واتبع نظام المنافسة السعودي هذه الطريقة، وكذا هو الحال في الأردن[٤] وسوريا [٥] والجزائر[٦] وقطر[٧] والإمارات[٨].

ويرى الباحث أن نظام الإشعار الإجباري وطلب الترخيص المسبق أكثر ضبطاً وأبعد عن الإشكالات، مع لزوم تسريع دراسة الطلبات واتخاذ القرارات بشأنها.

وقد وضعت أنظمة المنافسة عقوبات مترتبة على عدم تبليغ السلطات المختصة بحال التركز في الدول التي تتبع نظام الإشعار الإجباري وطلب الترخيص المسبق، وتقتصر العقوبة

---

(١) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٢١٨.
(٢) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي ص ١٠٧.
(٣) شرح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية للدكتور عبدالفتاح مراد ص ٣٩٩.
(٤) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ١٠-أ.
(٥) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري المادة٩-ج.
(٦) القانون الجزائري للمنافسة المادة ١٧.
(٧) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية - رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ١٠.
(٨) القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٧.

على الغرامة المالية، ففي القانون المصري لا تقل الغرامة عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، ومن زود جهاز المنافسة بمعلومات مغلوطة فالغرامة تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه، مع عدم الإخلال بالعقوبات الجزائية في القوانين الأخرى [١]، وأما قانون المنافسة الكويتي فتتراوح الغرامة بين ألفي دينار وعشرة آلاف دينار في حال عدم تبليغ السلطات المختصة بحال التركز[٢]. وأما القانون السوري للمنافسة فأعطى المجلس سلطة تقديرية حيال التركز غير النظامي، ليتخذ أي إجراءات يراها مناسبة لمواجهة أية عملية تركز اقتصادي لم يتم تقديم طلب بشأنها أو كانت تخالف أحكام قانون المنافسة[٣].

ويرى الباحث أن تحديد العقوبة بحد أدنى وحد أعلى يساعد الجهة القضائية في اتخاذ العقوبة الملائمة، ويقترح أن يضاف للجهة القضائية حق اتخاذ إجراءات أخرى عند وجود مبرر لذلك.

المسألة السادسة: نشر ثقافة المنافسة

يقصد بنشر ثقافة المنافسة تعريف المجتمع بالحقوق التي كفلها نظام المنافسة وإيجاد قناة تفاعلية عبر شبكة (الإنترنت) بينه وبين المجتمع. كما في الفقرة الرابعة من قرار مجلس الوزراء الصادر في جلسته المنعقدة يوم الاثنين ١٤٣٤/٠٩/١٤هـ.

وقد بذل المجلس في من إنشائه – ولا زال يبذل – جهودا واضحة للعيان بالتوعية بثقافة المنافسة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، وعبر موقع مجلس المنافسة السعودي على الإنترنت، وعبر إجابة الاستفسارات الواردة لهم عبر البريد العادي أو عبر الإيميل. كما أنه يقام بين الفينة والأخرى مناسبات توعوية كالمحاضرات واللقاءات التلفزيونية والمؤتمرات، ومع ذلك فقلة عدد الموظفين عائق عن كثير من المطلوب من المجلس، كما أن ثمت تقصير في نشر الأبحاث والكتب ذات العلاقة، وينتظر من المجلس دور أكبر بعد استقلاله عن الوزارة واعتماد ميزانيات كافية لهذه الأغراض.

(١) القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م. م ٢٢مكرر.
(٢) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٢٠.
(٣) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

المطلب الثاني

حكم القرارات المتخذة من قبل مجلس المنافسة

يعد اتخاذ القرارات بشأن حالات التركز من المهام الرئيسة للمجلس، وفي هذا المطلب سيتم بحث تحقق الاختصاص قبل اتخاذ المجلس لقراراته، ثم بيان للقرارات التي يصدرها المجلس، والتوصيف القانوني للمجلس، وفقا للفروع الآتية:

الفرع الأول: تحقيق الاختصاص قبل اتخاذ المجلس للقرار

الفرع الثاني: أحكام القرارات المتخذة من المجلس

وفيما يأتي بيان هذه الفروع بمسائلها.

الفرع الأول: تحقيق الاختصاص قبل اتخاذ المجلس للقرار

قبل إصدار أي قرار من أي جهة يجب التأكد من كون ذلك القرار ضمن الصلاحيات الممنوحة للجهة أياً كانت، وبالنظر إلى اختصاصات مجلس المنافسة السعودي نجد أن له عدة اختصاصات أهمها الاختصاص النوعي للمجلس، ويشمل ذلك القطاعات القطاعات التي لها تنظيم خاص، والقطاعات المملوكة للدولة، كما يلزم تحديد اختصاص المجلس من حيث الأشخاص وبيان الاختصاص المكاني للمجلس. وفيما يأتي بيان لهذه الاختصاصات في المسائل الآتية.

المسألة الأولى: الاختصاص النوعي للمجلس

قبل أن يدخل المجلس في دراسة أي حال تركز، فإن الخطوة الأولى أن يتأكد أن هذا القطاع داخل ضمن اختصاصه، والقطاعات التي تحتاج إلى بيان ومقارنة هي:

١. القطاعات التي لها تنظيم خاص.
٢. القطاعات المملوكة للدولة.

وتوضيح ذلك أن مجال تطبيق قوانين المنافسة يستند إلى معيارين:

١- معيار النشاط الاقتصادي،
٢- معيار طبيعة الممارسات في حد ذاتها.

ولا تعني فكرة النشاط الاقتصادي بالضرورة أن يكون ثمة مقابل مالي للنشاط، بل تكون العبرة في مدى تأثير النشاط على سوق السلع والخدمات، وقد ذهب إلى ذلك القضاء الفرنسي ففي حكم للقضاء الفرنسي "إعارة الشركات المنتجة للوقود لموزعي منتجاتها المعتمدين خزانات الوقود بدون مقابل مالي يخضع لأحكام الأمر المتضمن قانون المنافسة" (١).

بل إن مجال قانون المنافسة قد يمتد إلى تجمعات غير ربحية مثل النقابات والجمعيات التعاونية، متى كان لنشاطها تأثير على سوق الخدمة أو السلعة، مثلما هو الأمر بالنسبة لقرار تنظيم نقابي بمقاطعة بضاعة معينة، حيث يعتبر ذلك مخالفاً لتنظيمات المنافسة والتي تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها، أو الإخلال بها من خلال التأثير على مستوى الطلب.

ومما سبق يتبين أن معيار إعمال نظام المنافسة هو مدى تأثير النشاط الاقتصادي على السوق.

ويدخل في تنظيم المنافسة جميع المهن الحرة، وإن لم ينطبق عليها وصف التاجر، ففي التقنين التونسي نص على أن أصحاب المهن الحرة من محامين ومهندسين وأطباء وصيادلة خاضعون لرقابة مجلس المنافسة لكونهم يدخلون ضمن "مسدي الخدمات" الذين نص عليهم قانون المنافسة التونسي (٢).

أولاً: اختصاص المجلس بالجهات التي لها تنظيم خاص

(١) محاضرات في قانون المنافسة الجزائري –كتاب منشور على الرابط : http://cutt.us/ecfL
(٢) قانون المنافسة التونسي الصادر سنة ١٩٩١م – الفصل ١.

من المعلوم أن بعض القطاعات في المملكة العربية السعودية وضع لها المنظم جهات إشرافية خاصة بها، تنظر في إعطاء التصاريح والرخص، وتراقب أعمالها، ولا بد من أخذ موافقتها قبل إجراء أي اندماج داخل القطاع، ومن أمثلة تلك القطاعات:

١. البنوك، والجهة المشرفة عليها مؤسسة النقد(١).
٢. شركات التمويل والجهة المشرفة عليها مؤسسة النقد(٢).
٣. شركات التأمين، والجهة المشرفة عليها مؤسسة النقد(٣).
٤. الشركات المالية، والجهة المشرفة عليها هيئة السوق المالية(٤).
٥. شركات الطيران، والجهة المشرفة عليها هيئة الطيران المدني(٥).
٦. شركات الاتصالات، والجهة المشرفة عليها هيئة الاتصالات (٦).
٧. شركات الكهرباء، والجهة المشرفة عليها هيئة تنظيم الكهرباء(٧).

(١) ورد في المادة الحادية عشرة من نظام مراقبة البنوك أنه يحظر على أي بنك أن يقوم بأي عمل من الأعمال الآتية إلا بعد الحصول على ترخيص كتابي مسبق من المؤسسة وبالشروط التي تحددها: (٢) الاتفاق على الاندماج أو المشاركة في نشاط بنك آخر أو أية منشاة أخرى تزاول الأعمال المصرفية. (٥) امتلاك أسهم أية شركة مؤسسة في خارج المملكة.

(٢) اشترطت المادة الخامسة والعشرون من نظام مراقبة شركات التمويل أن يؤخذ الإذن من مؤسسة النقد عند الرغبة في إجراء عملية اندماج أو استحواذ بين شركتي تمويل.

(٣) ومستند ذلك المادة الثانية من نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم م/٣٢ والتاريخ ١٤٢٤/٦/٢هـ.

(٤) نظام هيئة السوق المالية، م٥-أ-٣.

(٥) ورد في نظام هيئة الطيران المدني م٢٧ حظر أي اتفاقيات مع شركات أخرى دون أخذ إذن الهيئة، ويدخل في ذلك الاندماجات وسائر أنواع التركزات الاقتصادية.

(٦) نظام الاتصالات، م٣٨ وتتضمن تكوين لجنة للفصل في المخالفات ومنها الاندماج وسائر أنواع التركز غير النظامي. وفي الفصل السادس من النظام حظر لبعض التصرفات المخلة بالمنافسة ومنها الاندماج دون أخذ إذن من الهيئة.

(٧) نظام الكهرباء – م١٣، ١٤، وتنظيم هيئة تنظيم الخدمات الكهربائية، م١٥، ونصت المادة العاشرة من نظام الكهرباء على وجوب أخذ موافقة هيئة تنظيم الكهرباء قبل إجراء أي اندماج بين أي شركتين من الشركات التي تدخل تحت رقابة الهيئة.

وقد أكد نظام المنافسة السعودي على أن أحكام النظام تطبق على جميع المنشآت العاملة في الأسواق السعودية ما عدا المؤسسات العامة والشركات المملوكة بالكامل للدولة[١]، وهذا العموم يدخل جميع القطاعات السابقة.

وبالمقارنة بقوانين المنافسة الأخرى، نجد أن لها توجهين:

الأول: أن قانون المنافسة يسمو على بقية الأنظمة عند التعارض، فيلزم جميع القطاعات أن تمتثل له، ولو كان لها تنظيم خاص. ومن أمثلة ذلك أننا نجد أن القانون السوداني للمنافسة قطع أي احتمال أو نزاع، فقد نص على أن سيادة أحكام قانون المنافسة في حال تعارضها مع أحكام أي قانون آخر [٢]. وأما القانون الأردني للمنافسة فألزم جميع الجهات التي لها استقلال إشرافي على بعض القطاعات أن تحصل على موافقة خطية من الوزير للنظر في تأثيرها على المنافسة [٣]. إضافة إلى ذلك فإن مجلس المنافسة التونسي قرر أن ترخيص وزير المالية في اندماج البنوك لا يغني عن ترخيص الجهة المشرفة على المنافسة [٤].

وقرر القضاء المصري (المحكمة الاقتصادية – الدائرة الأولى جنح مستأنف) باختصاص جهاز حماية المنافسة بالنظر في جرائم الممارسات الاحتكارية داخل قطاع الاتصالات وأيدت الحكم بتغريم إحدى شركات الاتصالات بمبلغ مائة ألف جنيه مصري نظرا لعدم تعاونها في تقديم البيانات المطلوبة من الجهاز وذلك طبقا للمادة ٢٢ مكرر من قانون حماية المنافسة. مع أن الشركة دفعت بعدم اختصاص جهاز حماية المنافسة بالنظر في قطاع الاتصالات وانعقاد الاختصاص فقط للجهاز القومي لتنظيم الاتصالات، وقررت المحكمة أن هذا الدفع يجافي صحيح القانون حيث أن اختصاص الجهاز القومي للاتصالات بالجرائم المتعلقة بالمنافسة هو

(١) نظام المنافسة السعودي م٣، وفي القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة ٣.

(٢) قانون المنافسة السوداني، م٤.

(٣) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ٩.

(٤) التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٤٧.

اختصاص عام لا يقيد الاختصاص الخاص لجهاز حماية المنافسة. هذا وأيد الحكم فصار الحكم نهائياً[١].

الثاني: أن قانون المنافسة لا يسري على القوانين الأخرى، ومن أمثلة ذلك أننا نجد أن القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة لم يرتض هذا المنهج، فأرفق ملحقا بالقطاعات والأنشطة والأعمال المستثناة من تطبيق أحكام القانون اتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم المنافسة. كما نجد أن قانون المنافسة الكويتي استثنى المشروعات وأوجه النشاط التي ينظمها قانون خاص[٢].

وقد اختلف القانونيون في الجهات التي لها تنظيم خاص، والمرجح أنه لا بد من موافقة مجلس المنافسة إضافة إلى الجهات المشرفة التي لها تنظيم خاص لما يأتي:

١- وجود تباين في مجال الرقابة، فرقابة الجهة المختصة بالمنافسة تختص بالرقابة على مدى تأثير الاندماج على المنافسة في السوق، وأما رقابة الجهات الأخرى فهي رقابة فنية.

٢- الاندماج بداية لنشاط جديد يستوجب الترخيص كأي منشأة جديدة.

٣- شروط الاندماج تختلف حسب الجهة المشرفة، بخلاف شروط الاندماج الواردة في تنظيمات المنافسة.

٤- هدف رقابة الجهة المشرفة على المنافسة يختلف عن هدف الجهة التي تنظر في الجانب الفني.

ولذا، فإن من المناسب أن يضاف في نهاية المادة الثالثة من نظام المنافسة السعودي القطاعات التي لها تنظيم خاص، منعا لتنازع الاختصاص الموجود بين بعض الهيئات المستقلة كهيئة تنظيم الكهرباء وهيئة الاتصالات وبين مجلس المنافسة.

---

(١) ينظر الرابط: http://www.eca.org.eg

(٢) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٦.

ثانيا: اختصاص المجلس بالمنشآت المملوكة للدولة

نص نظام المنافسة السعودي على أن أحكام النظام تطبق على جميع المنشآت العاملة في الأسواق السعودية ما عدا المؤسسات العامة والشركات المملوكة بالكامل للدولة[١].

واستثناء المنشآت المملوكة للدولة سائغ في قوانين المنافسة، مثل قانون المنافسة اليمني [٢] والمصري [٣] والكويتي[٤] والقطري[٥] والإمارات [٦] والسوري [٧].

ويرى الباحث أن هذا الاستثناء له ما يبرره، لأنه لا يتصور من الجهات التابعة للدولة أن تضر بالمنافسة، لكونها تقدم المصلحة العامة على الربحية.

المسألة الثانية: اختصاص المجلس من جهة الأشخاص

ورد في التعريفات التي في ديباجة نظام المنافسة السعودي تعريف المنشأة بأنها المصنع أو المؤسسة أو الشركة، التي يملكها شخص أو أشخاص من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية، وكل التجمعات التي تمارس أعمالاً تجارية أو زراعية أو صناعية أو خدمية، أو تبيع وتشتري سلعاً أو خدمات. وقريب من هذا التعريف أخذ به قانون المنافسة الكويتي [٨] والمصري[٩] والقطري [١٠]، والإماراتي [١] والسوداني[٢] واليمني[٣].

---

(١) نظام المنافسة السعودي م٣، ومثله في القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة ٣.

(٢) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٤.

(٣) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٩.

(٤) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٦.

(٥) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ٦.

(٦)القانون الإماراتي الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م – بتاريخ٢٤ ذي القعدة ١٤٣٣هـ – الموافق: ١٠ أكتوبر ٢٠١٢م – في شأن تنظيم المنافسة – م.

(٧) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م ٣– ثانياً.

(٨) قانون المنافسة الكويتي، م٢.

(٩) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢–أ.

(١٠) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م

ويرادف المنشأة عند المنظم الأردني لفظ المؤسسة الذي عرف بأنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يمارس نشاطا اقتصاديا أو أي تجمع من هؤلاء الأشخاص[٤].

ويرى الباحث أن تعميم إطلاق المنشأة على كل كيان يمارس أعمالا تجارية أو زراعية أو صناعية أو خدمية، أو تبيع وتشتري سلعاً أو خدمات يؤدي إلى شمول حماية المنافسة إلى كل ما يمس المستهلك، وفيه مصلحة ظاهرة ومنع لأي ممارسة غير أخلاقية في السوق السلعي.

المسألة الثالثة: الاختصاص المكاني للمجلس

نظرا لكون بعض عمليات التركز تمتد لأكثر من دولة، بحيث تتأثر دولة أخرى غير الدولة التي نشأ فيها عقد الاندماج، فقد لجأت العديد من الدول لاستخدام مبدأ التطبيق الممتد لقوانين المنافسة (Extraterritorial Application).

ويقصد بالقانون الممتد إذا كان يحكم الأشخاص والوقائع القانونية ولو حدثت خارج إقليم الدولة، بينما يكون القانون إقليمياً إذا كان يحكم الأشخاص والوقائع القانونية التي تحدث في إقليم الدولة ولا يحكم غيرها[٥].

وبالنظر في القضاء المقارن، نلحظ أن قضاء المنافسة الأمريكي أول من أسس نظرية الآثار (Effects Theory)، وذلك في حكم Aloca سنة ١٩٤٥م، عندما قرر القضاء الأمريكي حق كل دولة في فرض قوانينها على غير رعاياها وعلى وقائع حدثت خارج حدودها الإقليمية إذا كان لتلك الوقائع أثر داخل حدودها[٦]، كما قرر القضاء الأمريكي في قضايا أخر تطبيق القوانين الأمريكية على السلوك الأجنبي إذا أدى إلى نتائج ضارة داخل الولايات

(١) القانون الإماراتي الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م – بتاريخ٢٤ ذي القعدة ١٤٣٣هـ – الموافق: ١٠ أكتوبر ٢٠١٢م – في شأن تنظيم المنافسة – م ١.

(٢) ديباجة قانون المنافسة السوداني.

(٣) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٢.

(٤) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م ٢.

(٥) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١١٠.

(٦) المرجع السابق ص ١١١.

المتحدة، كما في قضية شركة التبغ البريطانية مع شركة التبغ الأمريكية في المملكة المتحدة لتقاسم السوق الأمريكية [١].

وأما القضاء الأوروبي فمبدأ النتائج لم يكن مقبولاً كأساس لتطبيق اللجنة الأوروبية قوانينها على الشركات من خارج الاتحاد، وإن وجدت بعض الأحكام القضائية التي أخذت به، على خلاف المعتاد [٢]. ثم تغير الوضع مؤخراً، ففي سنة ١٩٩٩م عرض على القضاء الأوروبي قضية تركز بين شركة Gencor الجنوب أفريقية وشركة Lonrho الإنجليزية، وقرر القضاء الأوروبي الأخذ بنظرية الآثار في الرقابة على عمليات التركز عبر الدولية، ثم استقر القضاء الأوروبي على ذلك [٣].

وتعد صفقة اندماج شركة Boeing وشركة McDonnell Douglas وكلا الشركتين أمريكيتان، ووافقت عليها السلطات الأمريكية، إلا أن المفوضية الأوروبية عندما عرض عليها موضوع الصفقة سنة ١٩٩٧م رفضت في البداية هذا الاندماج لتأثيره على السوق الأوروبية، وبعد شد وجذب وافقت المفوضية الأوروبية على الاندماج بشروط وتعهدات تحد من الآثار السلبية للهيمنة على سوق صناعة الطيران المدني[٤].

ويأخذ القانون الفرنسي بالتطبيق الممتد لقانون المنافسة بغض النظر عن جنسية الشركة أو مكان عملها [٥]، فقد قرر مجلس المنافسة الفرنسي اختصاص السلطات الوطنية بالنظر في الممارسات الضارة بالمنافسة الوطنية، ولو كان مركز المشروع المنسوب إليه تلك الممارسات بدولة أخرى، وعلى العكس من ذلك لا تعتد تلك السلطات بآثار ضارة بالمنافسة تحدث خارج الإقليم الوطني ولو كانت مصدرها ممارسات حدثت داخل الإقليم الوطني أو اختصت بشأنها

(١) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١١٩، وتنظر عدد من القضايا في كتاب: الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٨.

(٢) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١٢١

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١١٤-١١٥.

(٤)المرجع السابق ص ١١٥.

(٥)المرجع السابق ص ١١٧.

مشروعات وطنية [١]. كما قرر القضاء الفرنسي في صفقة التركز الاقتصادي بين شركتي (Boeing / Jeppesen) أن السوق الجغرافية لقطاع بيانات خرائط الطيران الملاحية تشمل العالم بأسره – ومن ضمنه فرنسا – فالصفقة خاضعة لقوانين المنافسة الفرنسية لتأثيرها على السوق الفرنسية [٢]، وكذلك هو الحال في قوانين المنافسة الألمانية وغيرها من الدول الأوروبية[٣].

وأما القوانين العربية للمنافسة فالكثير منها تنص على الرقابة على الشركات الخارجية إن أثرت على المنافسة الداخلية، فالعبرة هو مدى التأثير داخل الإقليم الوطني، ولو كانت الشركة خارج الإقليم، كما في حال الشركات متعددة الجنسيات، كما في قانون المنافسة الأردني [٤] والسوري [٥] والكويتي[٦] والإماراتي [٧] والمصري[٨].

وقد لاحظ مجلس المنافسة السعودي أهمية هذا النص الذي لم يدرج في نظام المنافسة السعودي، فأدرجه المجلس في اللائحة، ففي المادة الثالثة نص على سريان أحكام النظام ولائحته التنفيذية على جميع المنشآت العاملة في الأسواق السعودية، وعلى أي أنشطة خارج المملكة ويترتب عليها آثار مخلة بالمنافسة المشروعة داخل المملكة [٩]، وحق هذه الفقرة أن

(١) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي ص ٤٠.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١١٧.

(٣)المرجع السابق ص ١١٦.

(٤) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م٣.

(٥) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م ٣.

(٦) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٣.

(٧) القانون الإماراتي الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م – بتاريخ٢٤ ذي القعدة ١٤٣٣هـ – الموافق: ١٠ أكتوبر ٢٠١٢م – في شأن تنظيم المنافسة – وفي القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة ٣.

(٨) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري، م ٥، وقد عيبت صياغة المادة لركاكتها وعدم شمولها للأفعال التي تتم داخل الإقليم المصري، واشتراط أن يكون الفعل يمثل جريمة في القانون المصري. ينظر كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١١٨، هامش رقم ١.

(٩) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي – المادة ٣.

تكون في النظام، لأن من المقرر أنه لا يصح أن تشتمل اللائحة على نص زائد على أصل النظام.

ويطلق على عمليات التركز التي تؤثر على أكثر من دولة عمليات الاندماج عبر الدولية (Transnational Mergers)، ويمكن تعريفها بأنها عمليات الاندماج التي تتعدى آثارها الحدود الجغرافية للدول، ويخضع اختصاصها القضائي لأكثر من دولة [١].

ولكون ذلك له علاقة بسيادة القوانين الأجنبية، فإن في تطبيق ذلك على الشركات الخارجية إشكالات وصعوبات منها:

١- الإعلانات والطعون والمدد الخاصة بالإجراءات الواجب اتخاذها.
٢- صعوبة إثبات تلك الممارسات لحصولها خارج الدولة.
٣- صعوبة تنفيذ العقوبة على الشركة الأجنبية إذا لم يكن لها تمثيل داخل الدولة[٢].

وقد أدى التطبيق الممتد لقوانين المنافسة إلى مشاكل دبلوماسية بين الدول، لأن الدول الكبرى التي تطبيق هذا المبدأ تعتبرها الدول الأخرى طرقا استعمارية وتدخلا في الشؤون التجارية لدول أخرى، ولذا لا تكاد تجرؤ عليه الدول النامية، بل حتى القضاء الأمريكي والأوروبي اعترف بصعوبة تطبيق هذا المبدأ، بعد ظهور المشاكل الدبلوماسية مع الدول الأخرى، ولذا ظهر مبدأ جديد وهو مبدأ المجاملة (Comity) بحيث يعطي المنظم الجهة القضائية سلطة تقديرية في الاستمرار في القضية المنظورة إذا اقتضت المصلحة الوطنية ذلك [٣].

إلا أنه في حال وجود اتفاقية معاملة بالمثل بين الدولة المتضررة والدولة التي تحمل جنسية الشركة المخالفة فإنه يسهل تطبيق القوانين الأجنبية داخل الدول الأخرى، ولذا فإن الولايات المتحدة وقعت عددا من الاتفاقيات للخروج من هذه الصعوبات، ليمكن تطبيق هذا المبدأ

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٠٩.
(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١١٩.
(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٢١-١٢٣.

الذي عرف بمبدأ النتائج، ويعنى به إيقاع العقوبات على الأفعال والاتفاقيات التي تقع خارج الإقليم الوطني إذا أدت إلى فرض قيود غير تنافسية، وأثرت على المنافسة في السوق الوطنية [١].

وقد وقعت الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الأوروبي على اتفاقية تعاون في مجال المنافسة، لحل المشاكل بينهما، ولإمكان مراعاة مصالح الطرفين في القضايا المنظورة بينهما. وقد وقعت الولايات المتحدة اتفاقات مماثلة مع كندا والبرازيل واليابان واستراليا [٢].

ولأجل الخروج من هذه الصعوبة فقد نص قانون المنافسة المصري على ضرورة التنسيق مع أجهزة المنافسة في الدول الأخرى، بالنسبة للأمور ذات الاهتمام المشترك [٣].

ومع ذلك تبقى بعض القضايا التي يحصل فيها خلاف يؤدي إلى أزمة بين الطرفين، سرعان ما تحل بحل وسطي، مثل موافقة الاتحاد الأوروبي المشروطة على اندماج شركة Boeing وشركة McDonnell Douglas [٤].

ويرى الباحث أهمية تطبيق أنظمة المنافسة على المنشآت التجارية ولو كانت تقع خارج الدولة المعنية إذا ترتب على تصرفها آثار مخلة بالمنافسة، ويلزم السعي لتوقيع اتفاقيات مع الدول التي لها تعامل تجاري مؤثر في السوق السعودي لتطبيق أنظمة المنافسة على جميع المنشآت التي تقع داخلها.

الفرع الثاني: أحكام القرارات المتخذة من المجلس

أعطى المنظم السعودي مجلسَ المنافسة سلطة اتخاذ عدة قرارات، فقد ألزمه المنظم بدراسة حالات التركز الاقتصادي التي ينتج عنها وضع مهيمن، وإصدار القرارات بشأنها، وللمجلس حق استثناء المنشآت ذات الوضع المهيمن من المنع إذا كانت الممارسات أو الاتفاقيات المخلة

(١) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١٢٠.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٤٣.

(٣) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١١.

(٤) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٤٣.

بالمنافسة تؤدي لمصالح أكثر من مفاسدها، كما أن للمجلس اتخاذ إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات بالنسبة للشكاوى والممارسات المخالفة. وقد قرر المنظم السعودي لزوم إنشاء لجنة للنظر والفصل في المخالفات التي تستوجب الغرامة من قبل المجلس. ويلزم المجلس أيضا اتخاذ القرارات ضد أي مخالفة لأحكام نظام المنافسة.

وفي ما يأتي من مسائل بيان لها، والتوصيف القانوني للقرارات، وما يترتب على هذا التوصيف.

المسألة الأولى: دراسة حالات التركز الاقتصادي التي ينتج عنها وضع مهيمن، وإصدار القرارات بشأنها

تعد دراسة حالات التركز الاقتصادي التي ينتج عنها وضع مهيمن، وإصدار القرارات بشأنها من أهم مهام المجلس التي نص عليها نظام المنافسة السعودي[١]. ويشمل ذلك الاندماج أو التملك أو الجمع بين الإدارات بإدارة مُشتركة وينتج عنها وضع مُهيمن في السوق[٢]، وقد أوجب النظام أن يتم إبلاغ المجلس بخطاب رسمي قبل إتمام عملية التركز الاقتصادي بستين يوماً على الأقل [٣]، وصياغة المادة محل انتقاد، ويقترح أن تضاف عبارة: "وانتظار رده خلال ستين يوما".

وبالمقارنة مع الأنظمة العربية نلحظ أن دور مجالس المنافسة في عمليات التركز يبرز في ثلاث خطوات:

الخطوة الأولى: تلقي الإخطار بالاندماج.

الخطوة الثانية: دراسة عملية التركز، وتختلف الدول في هذه الخطوة:

- ففي الأردن، تدرس عملية التركز من وزير التجارة،
- وأما في المغرب وتونس فيدرسها مجلس المنافسة بصفته استشاريا،

(١) تنظر: المادة السادسة والسابعة والتاسعة من نظام المنافسة السعودي.

(٢) نظام المنافسة السعودي م ٩-١.

(٣) نظام المنافسة السعودي م٦-١.

- وأما في الجزائر فمجلس المنافسة هو المسؤول كلياً عن هذه الخطوة.

الخطوة الثالثة: اتخاذ القرار النهائي في عمليات التركز، وتختلف الدول فيمن يملك حق اتخاذ القرار النهائي في عملية التركز، ففي المادتين ١٠ و ١٢ من القانون المغربي على سبيل المثال إلزام الوزير الأول بأن يعرض على مجلس المنافسة كل مشروع تجميع يتلقاه من المؤسسات. ومنح القانون المغربي الاختصاص في اتخاذ قرار الموافقة أو الرفض في المادة ٤٣ للسلطة التنفيذية إذ تنص على أن للوزير الأول أن يتخذ على إثر الرأي الصادر عن مجلس المنافسة قرارا معللا يأمر فيه المنشآت داخل أجل معين: إما بعدم إنجاز مشروع التركيز أو بإعادة إقرار الوضعية القانونية السابقة. – وإما بتغيير أو تتميم العملية أو باتخاذ كل تدبير كفيل بضمان أو إقرار منافسة كافية. وأما القانون الجزائري فموجب المادة ١٩ من قانون المنافسة أن يتم اتخاذ القرار فيما يتعلق بالاندماج من المجلس نفسه.

والخلاصة، أن الدول تختلف في من يملك القرار النهائي:

- ففي التنظيم الأردني والمغربي والتونسي، يصدر القرار النهائي من الوزير المختص.
- وأما في الجزائر فيصدر من مجلس المنافسة المستقل تماما عن الحكومة [١].

وأما طريقة صدور قرارات مجلس المنافسة السعودي فقد نص نظام المنافسة السعودي على أن قرارات المجلس تصدر بالأغلبية. وفي حال تساوي الأصوات يُرجح الجانب الذي صوت معه رئيس الاجتماع[٢]، وهذا هو المتبع في نظائره من مجالس وهيئات ولجان، وهو المتبع لدى مجالس المنافسة المماثلة في الدول الأخرى.

فأما الترجيح بالأغلبية فقد نص العديد من قوانين المنافسة على الأخذ بأغلبية أصوات الأعضاء مثل القانون الجزائري [١]. والمصري [١]، والقطري [٢].

---

(١) التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٤٩.

(٢) نظام المنافسة السعودي م ٨ – ٤.

(١) القانون الجزائري للمنافسة م ٢٣.

وفي حال تساوي الأصوات، فإن من الملاحظ أن المجلس يشمل الرئيس وثمانية أعضاء، فتساوي الأصوات متعذر إلا في حال غياب أحد الأعضاء أو امتناعه عن التصويت. وحتى لا تكون العبارة محل انتقاد، فيقترح أن يكون العدد فردياً.

ويجدر التنبيه إلى أن المنظم السعودي ألزم بتسبيب القرار الصادر من مجلس المنافسة، سواء أكان القرار بالموافقة أم بالرفض[٣]، وهذه عادة المنظم السعودي في الإلزام بتسبيب القرارات والأحكام.

والإلزام بتعليل القرار حين الرفض هو ما نصت عليه قوانين المنافسة في الأردن [٤] والمغرب [٥] والجزائر وتونس [٦] وقطر [٧]، وسوريا [٨].

وأما في حال الموافقة فأكثر القوانين لا تلزم بالتسبيب، وقد نص على وجوب التسبيب بكل حال قانون المنافسة الأردني[٩] وفاقاً للمنظم السعودي.

الخطوة الرابعة: نشر القرار في الصحف اليومية، وللأنظمة العربية للمنافسة اتجاهان في النشر:

الأول: الاكتفاء بالنشر في التقرير السنوي، وعليه المنظم المغرب وتونس.

الثاني: نشره بالصحيفة الرسمية، وعليه المنظم الجزائري

---

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١٣.

(٢) قرار رئيس مجلس الوزراء القطري رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨م بتشكيل لجنة حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية بتاريخ: ١ / ٣ / ١٤٢٩ هـ – الموافق: ٧ / ٢ / ٢٠٠٨ م، م ٤.

(٣) نظام المنافسة السعودي م ٦.

(٤) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ١١.

(٥) قانون المنافسة المغربي، م٤٥.

(٦) قانون المنافسة الجزائري المادة ١٩.

(٧) لائحة القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، م ١٠.

(٨) القانون السوري للمنافسة ومنع الاحتكار م ٢٠.

(٩) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ١١.

الثالث: نشره بصحيفتين يوميتين، وعليه المنظم الأردني [١].

ولا مجال لتعليق الطلبات أو الصمت عن اتخاذ أي إجراء، فقد أخذ المنظم السعودي بالموافقة الضمنية حين عدم تبليغ مقدم الطلب بالموافقة أو الرفض خلال فترة محددة، فقد ورد في نظام المنافسة السعودي أن الموافقة يمكن أن تكون صريحة، ويمكن أن تكون ضمنية، ففي أجاز النظام للمُنشأة المتقدمة بطلب التركز أن تستكمل إجراءات الاندماج، أو التملك، أو الجمع بين إدارتين أو أكثر بإدارةٍ مُشتركةٍ في الحالات الآتية:

١. إذا أُبلغت كتابةً من المجلس بالموافقة.

٢. إذا انقضى ستون يوماً من تاريخ الإبلاغ دون أن يبلغُها المجلس كتابةً باعتراضه على الصفقة، أو أنها قيد الدراسة والتحري.

٣. إذا انقضى تسعون يوماً من تاريخ الإبلاغ، وكانت الصفقة قيد الدراسة والتحري، دون أن يبلغها المجلس كتابةً بالموافقة أو الرفض [٢] .

وأما القانون القطري للمنافسة فالقرار لا بد أن يصدر خلال مدة لا تجاوز تسعين يوماً من تاريخ وصول الإخطار إليها، فإذا انقضت تلك المدة دون البت فيه، اعتبر ذلك موافقة ضمنية. وفي جميع الأحوال لا يجوز إتمام التصرفات التي تم الإخطار عنها إلا بعد صدور قرار اللجنة، أو انقضاء المدة المشار إليها دون البت في الطلب [٣] ومثله الحال في القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة [١]. وأما القانون السوري فحدد وقت الرد بمئة يوم، ويعتبر عدم الرد خلال المدة المذكورة بمثابة قبول ضمني للطلب[٢].

(١)قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ١١. وتنظر القوانين الآتية: قانون المنافسة المغربي م٤٥ والجزائري م١٩.

(٢) نظام المنافسة السعودي م٧.

(٣) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ١٠.

(١) القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٧.

(٢) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

والكثير من أنظمة المنافسة تعد فوات المدة المقررة لتقييم مشروع التجميع دون اعتراض جهاز الرقابة يعد ترخيصا ضمنيا، ومنح قانون المنافسة والأسعار التونسي للوزير المكلف بالتجارة أجل ثلاثة أشهر للرد على طلب الموافقة على حال التركز، ويلزم وزير التجارة أن يشعر مقدم الطلب بأن الحال تدرس في مجلس المنافسة حال بدء دراستها، ويمكنه مد الرد من ثلاثة إلى ستة أشهر فإذا انقضت المدة ولم يصدر أي رد من قبل وزير التجارة فإن ذلك يعد منه قبولا ضمنيا لعملية التركز [١]. وأما القانون المغربي، فمدة الجواب لا تزيد عن شهرين، ويعتبر عدم الجواب خلال مدة شهرين قبولا ضمنيا لمشروع التركيز.[٢].

وأما قانون المنافسة الجزائري فيعرض الاندماج الذي يمس بالمنافسة على مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل ثلاثة أشهر، وهذا سكوت من المنظم عن فوات الفترة المحددة نظاماً[٣]. ويمكن اعتبار سكوت مجلس المنافسة في اتخاذ قرار الاندماج في المدة القانونية بمثابة رفض لمشروع الاندماج، وما يؤكد ذلك نص المادة العشرين من قانون المنافسة الجزائري التي تمنع المؤسسات المعنية من اتخاذ أي موقف أو إجراء يجعل الاندماج لا رجعة فيه خلال المدة المحددة لصدور قرار مجلس المنافسة [٤].

كما أن القانون الأردني للمنافسة لم يرد فيه ذكر للموافقة الضمنية، فقد ألزم القانون الوزير باتخاذ قراره بخصوص عملية التركز الاقتصادي خلال مدة لا تتجاوز مائة يوم تبدأ من تاريخ إصدار الإشعار باكتمال الطلب، ويتعين على المؤسسات المعنية بعملية التركز الاقتصادي أن لا تقوم خلال هذه المدة بأي تصرفات أو إجراءات قد يؤدي إلى ترسيخ عملية التركز الاقتصادي أو تغيير هيكلية السوق، وإلا كانت هذه التصرفات والإجراءات باطلة بقرار من المحكمة [١].

ويجدر التنبيه إلى أن كثيراً من قوانين الاندماج تلزم بدفع رسم يحدد في النظام أو بقرار

(١) قانون المنافسة التونسي –الفصل ٨ فقرة ٣

(٢) قانون المنافسة المغربي ١٢-٢.

(٣) قانون المنافسة الجزائري م١٧.

(٤) قانون المنافسة الجزائري م٢٠.

(١) قانون المنافسة الأردني المادة ١١: ج.

من الجهة الإدارة، ولم يذكر في نظام المنافسة السعودي شيء من ذلك، ولكن ورد في اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي أن من شروط دراسة طلب التركز – ومنه الاندماج – دفع ألف ريال لفحص الطلب [1].

وبالمقارنة بالقوانين الأخرى نلحظ أنها تتفاوت في مقدار هذه الرسوم، فعلى سبيل المثال نص قانون المنافسة الكويتي في مادته الثامنة على أنه يتولى الجهاز فحص الإخطار المنصوص عليه في الفقرة الأولى والبت فيه في ضوء تحليل المنافع والتكاليف لعملية الدمج وفقاً للأحكام المبينة في المادة التالية وذلك مقابل رسم يقدر بنسبة واحد في الألف (٠.١%) من رأس المال المدفوع أو من قيمة الأصول المجمعة للأشخاص المعنيين أيهما أقل وبحد أقصى مائة ألف دينار.

ويرى الباحث وجوب التخفيف من الرسوم ما أمكن، ما دام أن إيرادات الدولة كافية لتغطية هذه النفقات.

المسألة الثانية: استثناء المنشآت ذات الوضع المهيمن من المنع إذا كانت الممارسات أو الاتفاقيات المخلة بالمنافسة تؤدي لمصالح أكثر من مفاسدها

يحق للمجلس – حسب نظام المنافسة السعودي – استثناء المنشآت ذات الوضع المهيمن من المنع إذا كانت الممارسات أو الاتفاقيات المخلة بالمنافسة تؤدي لمصالح أكثر من مفاسدها[2].

ويرى الباحث أن إعطاء المجلس هذه السلطة التقديرية أمر تقتضيه المصلحة العامة، ويلزم المجلس التحقق فعلاً من المصالح أكثر من المفاسد، قبل الموافقة على الوصول للوضع المهيمن ، وأن تدرأ المفاسد عبر الموافقات المشروطة.

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي – المادة ٢٢.

(٢) نظام المنافسة السعودي م٤.

المسألة الثالثة: اتخاذ إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات بالنسبة للشكاوى والممارسات المُخالفة

من أهم المهام لمجلس المنافسة السعودي الأمر باتخاذ إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات بالنسبة للشكاوى والممارسات المخالفة لأحكام هذا النظام، وكذلك الأمر بالتحقيق والادعاء فيها[1]. كما نص نظام المنافسة على أن من اختصاصات مجلس المنافسة الموافقة على البدء في إجراءات الدعوى الجزائية ضد المخالفين لأحكام هذا النظام[2]، وهي داخلة فيما قبله، لأن الإجراءات الجزائية يدخل فيها التحقيق والادعاء فيها، فيمكن دمج المادتين بصيغة واحدة تغني عن التكرار الموجود في النظام [3].

ثم صدر الأمر الملكي المبلغ بالبرقية رقم ٤٦٩٠ في ١٤٣٥/٢/٦هـ المستند على قرار مجلس الوزراء ذي الرقم ٣٤ والتاريخ ١٤٣٤/١/٢٦هـ بتعديل هذه المادة لتكون من اختصاص هيئة التحقيق والادعاء، ونظرا لطبيعة الجرائم الاحتكارية من خصوصية سببها عدم وجود التأهيل الكافي لدى أعضاء هيئة التحقيق والادعاء، فقد طلب مجلس المنافسة من المقام السامي بقاء الاختصاص لدى مجلس المنافسة، والذي يراه الباحث أن يتم تأهيل أعضاء هيئة التحقيق والادعاء، ولو بندب بعض موظفي مجلس المنافسة إلى هيئة التحقيق والادعاء حتى تنتقل الخبرة، وبذلك تتم معالجة هذا المحذور.

المسألة الرابعة: إنشاء لجنة للنظر والفصل في المخالفات التي تستوجب الغرامة

أعطى المنظم السعودي المجلس مهمة إنشاء لجنة للنظر والفصل في المخالفات التي تستوجب الغرامة[1]. وقد تم تشكيل اللجنة، وسيتم التطرق لها بتوسع في موضوع مستقل من هذا البحث.

---

(١) نظام المنافسة السعودي م ٩-٢.

(٢) نظام المنافسة السعودي م٩ -٣.

(٣) الإجراءات الجنائية في المملكة العربية السعودية، للدكتور سعد بن ظفير، ص ٢٩، والمنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤١٤.

(١) نظام المنافسة السعودي م١٥-١.

المسألة الخامسة: اتخاذ القرارات ضد أي مخالفة لأحكام نظام المنافسة

من مهام المجلس اتخاذ القرارات ضد أي مخالفة لأحكام نظام المنافسة [1]، ويشمل ذلك قرارات إيقاف المخالفة، أو البدء في إجراءات التحقيق كما تقدم.

المسألة السادسة: التوصيف القانوني لقرارات مجلس المنافسة

من المقرر بنص نظام المنافسة السعودي أن قرارات مجلس المنافسة قرارات إدارية، ويدل على ذلك جواز التظلم لدى القضاء الإداري في ديوان المظالم[2].

ويختص ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية بعدة اختصاصات منها النظر في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في السبب أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة، بما في ذلك القرارات التأديبية والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس التأديبية..."[3].

وعلى هذا أكثر الهيئات المختصة بالمنافسة، وعلى سبيل المثال أكد قانون المنافسة الجزائري على أن مجلس المنافسة مؤسسة تتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، مع أن خمسة من أعضائه من الجهاز القضائي، إلا أنه يعد من الجهات التابعة للإدارة، ويمكن التظلم من قرارات المجلس أمام القضاء الإداري[1].

ويمكن القول بأن مجلس المنافسة أرقى من الجهات الإدارية العادية، وإن لم يصل إلى كونه جهة قضائية. فهي ليست جهة قضائية نظرا لطابعها الإداري، وليست جهة إدارية عادية

(١)نظام المنافسة السعودي، م١٦.

(٢) نظام المنافسة السعودي م ٨-٤.

(٣) نظام ديوان المظالم م ١٣/ب.

(١) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة – للدكتور مُحَمَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري – تيزي إوزو – ع ٢٣ ص ٦٩، عن المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٤ في ١٧ يونيو ١٩٩٦م المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري.

خاضعة تمام الخضوع للجهات الحكومية، لأن لها مظاهر كثيرة تقطع باستقلاليتها عنها، ومع ذلك فهي خاضعة للقضاء الإداري، وهو الذي يهم من إيراد هذه المسألة.

المطلب الثالث

الحكم الفقهي لوضع مجلس المنافسة

يعد تشكيل مجلس المنافسة وما وضع له من صلاحيات في نظام المنافسة السعودي من قبيل التنظيمات الإدارية والإجرائية التي تلجأ إليها الدولة عند الحاجة. ويمكن تعريف التنظيم الإجرائي: بأنه ما وضعه المنظم من جهات وإجراءات لتسهيل إدارة شؤون الدولة، ورعاية مصالح الناس مما يدخل في نطاق المصالح المرسلة.

وفي هذا المطلب سيتم التطرق لحكم التنظيمات الإجرائية، ثم سيتم التفصيل في حكم الالتزام بطاعة ولي الأمر وترك مخالفته في ما يقرره من تنظيمات، ونختم ببيان موقف المنظم السعودي من الإلزام بالأنظمة التي تصدرها الدولة.

الفرع الأول: حكم التنظيمات الإجرائية

لا إشكال في جواز التنظيم الإجرائي، فقد قرر الإمام ابن تيمية – رحمه الله – أن لولي الأمر أن ينصب ديوانا مستوفيا لحساب الأموال الموقوفة عند المصلحة كما له أن ينصب الدواوين مستوفيا لحساب الأموال السلطانية كالفيء وغيره. ...واستدل – رحمه الله – بما يأتي:

١- أنه لما كثرت الأموال على عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ وضع " الدواوين " ديوان الخراج وهو ديوان المستخدمين على الارتزاق واستعمل عليه عثمان بن حنيف. وديوان النفقات وهو ديوان المصروف على المقاتلة والذرية،. واستعمل عليه زيد بن ثابت. وسنة عمر – ﷺ – سنة لمن بعده.

٢- أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ومن واجبات الدولة الرقابة على الأسواق ومنع ما يخالف الشرع فيها، ومراقبتها، ونصب من يقوم بعمل واجب بحسب الحاجة والمصلحة قد يكون واجبا فإن استغنى عنه عند قلة العمل ومباشرة الإمام للمحاسبة بنفسه فلا حاجة له، ولهذا كان النبي ﷺ يباشر الحكم واستيفاء الحساب ومراقبة الأسواق بنفسه"[(١)].

وقال الإمام العز بن عبدالسلام [(٢)] – رحمه الله –: "يتصرف الولاة ونوابهم بما هو أصلح للمولّى عليه درءًا للضرر والفساد وجلباً للنفع والرشاد، ولا يقتصر أحدهم على الصلاح مع القدرة على الأصلح إلا أن يؤدي إلى مشقة شديدة، ولا يتخيرون في التصرف حسب تخيرهم في حقوق أنفسهم"[(٣)].

وقال الشيخ مصطفى الزرقا [(١)] – رحمه الله –:"قد يكون (تغير الزمان) الموجب لتبديل الأحكام الفقهية الاجتهادية ناشئًا عن فساد الأخلاق، وفقدان الورع، وضعف الوازع، كما

(١) مجموع الفتاوى ٣١/٨٥.

(٢) هو عبد الْعَزِيز بن عبد السَّلَام بن أبي الْقَاسِم بن الْحسن الشَّيْخ الإِمَام الْعَلامَة وحيد عصره سُلْطَان الْعلمَاء عز الدَّين أَبُو مُحَمَّد السّلمِيّ الدِّمَشْقِي ثمَّ الْمصْرِيّ ولد سنة ٥٧٧هـ، تبحر في الفقه الشافعي والأصول والقواعد، والتفسير. لقبه تلميذه ابن دقيق العيد – رحمه الله – بسلطان العلماء، وتوفي بمصر سنة ٦٦٠هـ، أشهر كتبه قواعد الأحكام، وله القواعد الصغرى وتفسير للقرآن. طبقات الشافعية لابن السبكي ٨/٢٠٩، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢/١٠٩ الأعلام ٢/٢٥٦.

(٣)القواعد الكبرى،الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام. – عبد العزيز بن عبد السلام –تحقيق:نزيه حماد،وعثمان ضميرية،الطبعة الأولى،دمشق:دار القلم. ١/٧٥.

(١) هو الشيخ الفقيه مصطفى بن أحمد بن مُحَمَّد الزرقا، ولد الأستاذ الزرقا بمدينة حلب سنة ١٣٢٢هـ، وتضلع من الفقه الإسلامي ثم درس القانون المدني، وجدد في صياغة الفقه الإسلامي فألف "المدخل الفقهي العام" و" المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي"، و" العقود المسماة في الفقه الإسلامي : عقد البيع"، و" شرح القانون المدني السوري" ،وجمع الشيخ مجد مكي فتاواه في كتاب:" فتاوى مصطفى الزرقا"، وله أبحاث منثورة في مجلات علمية محكمة، ومؤتمرات كثيرة، كما ساهم في الموسوعة الفقهية الكويتية. نال جائزة الملك فيصل العالمية للدراسات الإسلامية عام ١٤٠٤، وذلك تقديراً لإسهاماته المميزة في مجال الدراسات الفقهية، ومشاركاته الجادة في المؤتمرات الفقهية والإسلامية، أذان صلاة العصر يوم السبت ١٩ربيع الأول ١٤٢٠هـ، ترجم له الشيخ مجد مكي في مقدمة فتاواه، ومنه لخصت هذه الترجمة.

يسمونه (فساد الزمان)، وقد يكون ناشئًا عن حدوث أوضاع تنظيمية، ووسائل مرفقية جديدة، من أوامر قانونية مصلحية، وترتيبات إدارية، وأساليب اقتصادية ونحو ذلك"[١].

وقال الشاطبي – رحمه الله –: "كما تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، فكذلك تحدث لهم مرغبات في الخير بقدر ما حدث لهم من الفتور " [٢].

كما بين الفرق بين القانون الإجرائي والتشريع الموضوعي الشيخ مُحَمَّد الأمين الشنقيطي [٣] – رحمه الله – فقد قال في تفسير أضواء البيان: "... النظام قسمان: إداري، وشرعي. أما الإداري الذي يراد به ضبط الأمور وإتقانها على وجه غير مخالف للشرع، فهذا لا مانع منه، ولا مخالف فيه من الصحابة، فمن بعدهم وقد عمل عمر – ﷺ –من ذلك أشياء كثيرة ما كانت في زمن النَّبي ﷺ. ككتبه أسماء الجند في ديوان لأجل الضبط، ومعرفة من غاب ومن حضر،...، مع أن النَّبي – ﷺ – لم يفعل ذلك، ولم يعلم بتخلف كعب بن مالك عن غزوة تبوك إلا بعد أن وصل تبوك ﷺ. وكاشترائه – أعني عمر – ﷺ – دار صفوان بن أمية وجعله إياها سجناً في مكة المكرمة، مع أنه – ﷺ – لم يتخذ سجناً هو ولا أبو بكر – ﷺ – .

فمثل هذا من الأمور الإدارية التي تفعل لإتقان الأمور مما لا يخاف الشرع لا بأس به. كتنظيم شؤون الموظفين، وتنظيم إدارة الأعمال على وجه لا يخالف الشرع. فهذا النوع من الأنظمة الوضعية لا بأس به، ولا يخرج عن قواعد الشرع من مراعاة المصالح العامة"[١].

---

(١) المدخل الفقهي العام – مصطفى الزرقا – الطبعة الأولى،دمشق: دار القلم ٢/ ٩٤١-٩٥١.

(٢) الاعتصام للشاطبي ٤٩/١.

(٣) هو العلامة المفسر مُحَمَّد الامين بن مُحَمَّد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي: مفسر أصولي متفنن من علماء شنقيط (موريتانيا). ولد بها سنة ١٣٢٥هـ وبها تعلم. وحج سنة ١٣٦٧هـ واستقر مدرسا في المدينة المنورة ثم الرياض وأخيرا في الجامعة الإسلامية بالمدينة سنة١٣٨١هـ وتوفي بمكة سنة ١٣٩٣هـ. له كتب، منها: أضواء البيان في تفسير القرآن ، ومنع جواز المجاز، ومنهج ودراسات لآيات الأسماء والصفات، ودفع إيهام الاضطراب عن آي الكتاب، وآداب البحث والمناظرة، ورحلة خروجه من بلاده إلى المدينة. الأعلام ٤٥/٦.

(١) أضواء البيان ٨٤/٤.

والقانون الإجرائي هو المقصود بقول الشيخ أحمد شاكر [١] – رحمه الله –:" القوانين الوضعية إذا لم تصادم نصا صريحا من نصوص الكتاب والسنة الصحيحة دخلت في عمومات القواعد الشرعية ووجب العمل بها"[٢].

وأجاز الشيخ مُحَمَّد بن إبراهيم آل الشيخ – رحمه الله – التنظيمات الإجرائية للقضاء، ورد على من توهم أن في ذلك مصادمة للشريعة[٣]، بل وألزم القضاة بها [٤].

الفرع الثاني: حكم الالتزام بالأنظمة الصادرة عن ولي الأمر

أجمع العلماء على وجوب طاعة أولي الأمر من الأمراء والحكام ما لم يأمر بمعصية، وقد نقل النووي – رحمه الله – عن القاضي عياض [١] – رحمه الله – وغيره هذا الإجماع [٢]، ومستند الإجماع قوله تعالى: " يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ " (النساء: ٥٩).

---

(١) هو العلامة المحدث أحمد بن مُحَمَّد شاكر من ذرية الحسين بن علي رضي الله عنهما، ولد بالقاهرة سنة ١٣٠٩هـ، ولي القضاء، ثم فرغ نفسه للتأليف فألف شرح مسند الأمام أحمد، وعلق على تفسير الطبري، وجامع الترمذي، إلا أنه لم يكملها، وعمدة التفسير، وتعليق نفيس على الرسالة وجماع العلم للشافعي، وتحقيق لباب الآداب لابن منقذ، والمعرب للجواليقي، إضافة إلى رسائل ومقالات أخرى. وبالجملة، فهو من أبرز العلماء المحققين في القرن الماضي. وتوفي بالقاهرة سنة ١٣٧٧هـ. الأعلام ٢٥٣/١.

(٢) أبحاث في أحكام لأحمد شاكر ص ٩٦ ط ٢ سنة ١٤٠٧هـ – مكتبة ابن تيمية بالقاهرة، عن الحكم والتحاكم في خطاب الوحي لعبدالعزيز مصطفى كامل ٣٢٠/١.

(٣) فتاوى ورسائل الشيخ مُحَمَّد بن إبراهيم ٣٩٢/١٢.

(٤) انظر على سبيل المثال فتاوى ورسائل الشيخ مُحَمَّد بن إبراهيم ٢٢٧/٩.

(١) هو القاضي عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي. ولد سنة ٤٧٦هـ، من فقهاء المالكية . كان إماما حافظا محدثا فقيها متبحرا . توفي سنة ٥٤٤هـ. من أهم مؤلفاته : " التنبيهات المستنبطة في شرح مشكلات المدونة " في فروع الفقه المالكي ، و " الشفا في حقوق المصطفى " ، و " إكمال المعلم في شرح صحيح مسلم " ، و "كتاب الإعلام بحدود قواعد الإسلام " . شجرة النور الزكية ص ١٤٠ ، ومعجم المؤلفين ٨ / ١٦.

(٢) شرح صحيح مسلم للنووي ٢٢٣/١٢، وانظر موسوعة الإجماع لسعدي أبو جيب ٣٨٩/١.

ويقرر الإمام الغزالي [١] – رحمه الله – أن السلطان والسيد والأب والزوج إذا أمروا وأوجبوا لم يجب شيء بإيجابهم بل بإيجاب الله تعالى طاعتهم، ولولا ذلك لكان كل مخلوق أوجب على غيره شيئا كان للموجب عليه أن يقلب عليه الإيجاب، إذ ليس أحدهما أولى من الآخر. فإذن الواجب طاعة الله تعالى وطاعة من أوجب الله تعالى طاعته[٢].

وقد ذهب جمهور الفقهاء والمفسرين إلى أن المقصود بأولي الأمر في الآية: الأمراء وأهل السلطة والحكم، وهناك قول بأن المقصود بأولي الأمر في الآية هم العلماء، قال الطبري – رحمه الله –:" وأولى الأقوال في ذلك بالصواب قول من قال: هم الأمراء والولاة، لصحة الأخبار عن رسول الله – ﷺ – بالأمر بطاعة الأئمة والولاة فيما كان طاعة لله وللمسلمين مصلحة" [٣].

وقال النووي – رحمه الله –:" قال العلماء: المراد بأولي الأمر من أوجب الله طاعته من الولاة والأمراء، هذا قول جماهير السلف والخلف من المفسرين والفقهاء وغيرهم، وقيل: هم العلماء، وقيل: الأمراء والعلماء"[٤].

وأما الإمام ابن تيمية – رحمه الله – فيختار أن أولي الأمر يشملون أصحاب الولاية من الأمراء وأصحاب الفتوى من العلماء، ويبين ذلك فيقول في رسالة الحسبة:" وأولو الأمر أصحاب الأمر وذووه، وهم الذين يأمرون الناس، وذلك يشترك فيه أهل اليد والقدرة وأهل العلم والكلام فلهذا كان أولوا الأمر صنفين: العلماء والأمراء. فإذا صلحوا صلح الناس وإذا فسدوا فسد الناس كما قال أبو بكر الصديق – ﷺ –للأحمسية لما سألته: ما بقاؤنا على هذا الأمر؟ قال: ما استقامت لكم أئمتكم. ويدخل فيهم الملوك والمشايخ وأهل الديوان، وكل من كان

(١) هو الفقيه الأصولي أبو حامد مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد الطوسي الغزالي الشافعي، توفي سنة ٥٠٥هـ، له من التصانيف المستصفى والمنخول وغيرهما. " الأعلام ٢٢/٧".

(٢) المستصفى للغزالي ٢٧٥/١ بتحقيق حمزة زهير حافظ.

(٣) جامع البيان لأبي جعفر الطبري – طبعة دار هجر ١٨٢/٧.

(٤) شرح صحيح مسلم للنووي ٢٢٣/١٢.

متبوعا فإنه من أولي الأمر وعلى كل واحد من هؤلاء أن يأمر بما أمر الله به وينهى عما نهى عنه وعلى كل واحد ممن عليه طاعته أن يطيعه في طاعة الله، ولا يطيعه في معصية الله"[١].

وفي كلام نفيس للإمام ابن تيمية –رحمه الله – عن قوله سبحانه: " لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس وليعلم الله من ينصره ورسله بالغيب " قال رحمه الله:" فأخبر أنه أرسل الرسل وأنزل الكتاب والميزان لأجل قيام الناس بالقسط. وذكر أنه أنزل الحديد الذي به ينصر هذا الحق فالكتاب يهدي والسيف ينصر وكفى بربك هاديا ونصيرا. ولهذا كان قوام الناس بأهل الكتاب وأهل الحديد كما قال من قال من السلف: صنفان إذا صلحوا صلح الناس: الأمراء والعلماء. وقالوا في قوله تعالى " وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ" أقوالا تجمع العلماء والأمراء ولهذا نص الإمام أحمد – رحمه الله – وغيره على دخول الصنفين في هذه الآية، إذ كل منهما تجب طاعته فيما يقوم به من طاعة الله، وكان نواب رسول الله – ﷺ – في حياته كعلي ومعاذ وأبي موسى وعتاب بن أسيد وعثمان بن أبي العاص وأمثالهم يجمعون الصنفين. وكذلك خلفاؤه من بعده كأبي بكر وعمر وعثمان وعلي ونوابهم. ولهذا كانت السنة أن الذي يصلي بالناس صاحب الكتاب والذي يقوم بالجهاد صاحب الحديد. إلى أن تفرق الأمر بعد ذلك فإذا تفرق صار كل من قام بأمر الحرب من جهاد الكفار وعقوبات الفجار يجب أن يطاع فيما يأمر به من طاعة الله في ذلك وكذلك من قام بجمع الأموال وقسمها يجب أن يطاع فيما يأمر به من طاعة الله في ذلك وكذلك من قام بالكتاب بتبليغ أخباره وأوامره وبيانها يجب أن يصدق ويطاع فيما أخبر به من الصدق في ذلك وفيما يأمر به من طاعة الله في ذلك[٢].

وقال ابن الأزرق المالكي[١] – رحمه الله –: الطاعة أصل عظيم من أصول الواجبات الدينية، حتى أدرجها الأئمة في جملة العقائد الإيمانية"[٢].

---

(١) الحسبة لابن تيمية ص ١١٨.

(٢) مجموع الفتاوى، ١٥٧/١٨.

(١) هو مُحَمَّد بن علي بن الأزرق الأصبحي الغرناطي المالكي، قاضي غرناطة، انتقل لمصر وتوفي سنة ٨٩٦هـ. انظر معجم المؤلفين ٤٣/١١.

(٢) بدائع السلك في طبائع الملك ٩٨/١.

وقد وردت السنة بتأكيد هذا الأمر في نصوص عدة عن النبي – ﷺ – بلغت حد التواتر[١]، فالدليل على وجوب الالتزام بطاعة ما يصدر من ولي الأمر من أوامر وتنظيمات ما يأتي:

١. حديث أبي هريرة عن النبي – ﷺ – قال من أطاعني فقد أطاع الله ومن يعصني فقد عصى الله ومن يطع الأمير فقد أطاعني ومن يعص الأمير فقد عصاني[٢].

٢. حديث أنس بن مالك – ﷺ –قال قال رسول الله – ﷺ – اسمعوا وأطيعوا وإن استعمل عليكم عبد حبشي كأن رأسه زبيبة[٣].

٣. حديث أبي ذر – ﷺ – قال إن خليلي – ﷺ– أوصاني إن أسمع وأطيع وإن كان عبدا مجدَّعَ الأطراف[٤].

٤. حديث أم الحصين الأحمسية – ﷺ – أنها سمعت النبي – ﷺ – يخطب في حجة الوداع وهو يقول: ولو استعمل عليكم عبد يقودكم بكتاب الله فاسمعوا له وأطيعوا[٥]. وفي رواية أنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يخطب في حجة الوداع وعليه برد قد التفع به من تحت إبطه، قالت: فأنا أنظر إلى عضلة عضده ترتج سمعته يقول:" يا أيها الناس اتقوا الله وإن أمر عليكم عبد حبشي مجدَّع فاسمعوا له وأطيعوا ما أقام لكم كتاب الله"[١].

٥. حديث العرباض بن سارية – ﷺ – قال وعظنا رسول الله ﷺ يوما بعد صلاة الغداة موعظة بليغة ذرفت منها العيون ووجلت منها القلوب فقال رجل:" إن هذه موعظة مودع فماذا تعهد إلينا يا رسول الله؟" قال:" أوصيكم بتقوى الله والسمع والطاعة وإن عبد

(١) قال الكتاني:" والأحاديث المتواترة في وجوب طاعة الأئمة، وهي كثيرة جدا". نظم المتناثر ص ١٠٣.

(٢) رواه مسلم في صحيحه برقم (١٨٣٥)

(٣) رواه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٢٣)،

(٤) رواه مسلم في صحيحه برقم (١٨٣٧).

(٥)رواه مسلم في صحيحه برقم (١٨٣٨).

(١)رواه أحمد في مسنده في مواضع بالأرقام (١٦٧٠٠، ٢٧٣١١، ٢٧٣٠٣، ٢٧٣٠١)، والترمذي في جامعه برقم (١٦٠٧)، وقال: حديث حسن صحيح.

حبشي فإنه من يعش منكم يرى اختلافا كثيرا وإياكم ومحدثات الأمور فإنها ضلالة فمن أدرك ذلك منكم فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين عَضُّوا عليها بالنواجذ"[١].

٦. حديث ابن عمر – ﷺ – عن النبي – ﷺ – قال: " السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة "[٢].

٧. حديث أبي هريرة – ﷺ – قال: قال رسول الله ﷺ:" عليك السمع والطاعة في عسرك ويسرك ومنشطك ومكرهك وأثرة عليك[٣]. قال النووي – رحمه الله –:" قال العلماء: معناه تجب طاعة ولاة الأمور فيما يشق وتكرهه النفوس وغيره مما ليس بمعصية"[٤].

٨. حديث حذيفة بن اليمان – ﷺ – أنه قال: قلت:" يا رسول الله إنا كنا بشرٍّ فجاء الله بخير فنحن فيه فهل من وراء هذا الخير شرٌّ؟ قال: نعم، قلت: هل وراء ذلك الشر خير؟ قال: نعم، قلت: فهل وراء ذلك الخير شر؟ قال: نعم، قلت: كيف؟ قال:" يكون بعدي أئمة لا يهتدون بهداي ولا يستنون بسنتي وسيقوم فيهم رجال قلوبهم قلوب الشياطين في جثمان إنس". قال: قلت: كيف أصنع يا رسول الله إن أدركت ذلك؟ قال: تسمع وتطيع للأمير وإن ضرب ظهرك وأخذ مالك فاسمع وأطع[١]. والمقصود أن السمع والطاعة لا تتبع هوى النفس، بل لأمر الله تعالى، وحفظا لتماسك المسلمين، وأما الضرب وأخذ المال ظلما فلا يبرره الشرع، ولا يسوغ لأحد كائنا من كان.

---

(١) رواه الترمذي في جامعه برقم (٢٦٧٦)، وقال: حديث حسن صحيح.

(٢) رواه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٢٥)، ومسلم في صحيحه برقم (١٨٣٩).

(٣)رواه مسلم في صحيحه برقم (١٨٣٦).

(٤) شرح صحيح مسلم للنووي ٢٢٤/١٢– دار إحياء التراث العربي.

(١)رواه مسلم في صحيحه برقم (١٨٤٧)، وفيه ممطور أبو سلام لم يدرك حذيفة، وهذا انقطاع، وبه أعله الدارقطني واستدركه على الإمام مسلم، ولكن يجاب عن ذلك بأجوبة، الأول: أن الإمام مسلم ذكره متابعة لروايات ساقها قبله للحديث، والثاني: أن مثل هذا يحمل على الموصول إذا صحّ من وجهٍ آخر، والإسناد إلى ممطور صحيح، الثالث: أن هذه اللفظة قد جاءت في رواية سبيع بن خالد اليشكري عن حذيفة متصلة عند أحمد و أبي داود الطيالسي وغيرهما، الرابع: يكفيه صحةً إخراج الإمام مسلم له في الصحيح، الخامس: أن الإمام أحمد وغيره احتجوا بهذا اللفظ من الحديث، فدل على أنهم يرون صحة هذه الزيادة.

٩. وسأل سلمة بن يزيد الجعفي – ﷺ – رسول الله ﷺ فقال: يا نبي الله أرأيت إن قامت علينا أمراء يسألونا حقهم ويمنعونا حقنا فما تأمرنا؟ فأعرض عنه! ثم سأله فأعرض عنه! ثم سأله في الثانية أو في الثالثة، فجذبه الأشعث بن قيس، وقال:" اسمعوا وأطيعوا فإنما عليهم ما حُمِّلوا وعليكم ما حُمِّلتم"[١].

١٠. حديث علي – ﷺ –عن النبي – ﷺ – قال: " إنما الطاعة في المعروف"[٢].

١١. حديث عبد الله بن مسعود ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ:" إنه سيلي أمركم من بعدي رجال يطفئون السنة ويحدثون بدعة ويؤخرون الصلاة عن مواقيتها" قال ابن مسعود – ﷺ –: يا رسول الله كيف بي إذا أدركتهم؟ قال:" ليس يا ابن أم عبد طاعة لمن عصى الله قالها ثلاث مرات[٣]. والمقصود بهذا الحديث، لا تلزم الطاعة ولا تجوز لمن يأمر بالمعصية، وأما إذا أمر بما فيه مصلحة للمسلمين، فيطاع وجوبا، كما في حديث حذيفة – ﷺ – المتقدم.

١٢. حديث عبادة بن الصامت – ﷺ – قال سمعت أبا القاسم ﷺ يقول: سيلي أموركم من بعدي رجال يعرفونكم ما تنكرون وينكرونكم ما تعرفون فلا طاعة لمن عصى الله تعالى[١]، والذي يظهر أنه بمعنى حديث: لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، جمعا بين الأحاديث.

١٣. وروى الآجري[٢] – رحمه الله – في كتاب الشريعة عن عمر بن الخطاب –

---

(١)رواه مسلم في صحيحه برقم (١٨٤٦).

(٢) رواه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٢٦)، ومسلم في صحيحه برقم (١٨٤٠).

(٣) رواه أحمد في مسنده برقم (٣٧٩٠)، وابن ماجه في سننه برقم (١٠١٧)، وصححه أحمد شاكر في تعليقه على المسند برقم (٣٧٩٠) ٣٠١/٥، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة برقم (٥٩١) ١٣٩/٢.

(١) رواه أحمد في مسنده برقم (٢٢٨٣٨)، والحاكم في المستدرك برقم (٥٥٢٨)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد. وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة برقم (٥٩٠) ١٣٨/٢.

(٢) أبو بكر الآجري هو مُحَمَّد بن الحسين بن عبد الله، نسبته إلى آجر (من قرى بغداد) فقيه شافعي محدث. قال الخطيب كان دينا ثقة. توفي سنة ٣٦٠هـ. من تصانفيه : " أخلاق العلماء " ، و " أخلاق حملة القرآن " ، و " أخبار عمر بن عبد العزيز " ، و "كتاب الشريعة " ، و "كتاب الأربعين حديثا " ، و " تحريم النرد والشطرنج والملاهي " . ينظر الأعلام ٦ / ٣٢٨ ، ومعجم المؤلفين٩ / ٢٤٣.

ﷺ – أنه قال لسويد بن غفلة – ﷺ –: "لعلّك أن تخلّف بعدي فأطع الأمام وإن كان عبداً حبشياً وإن ضربك فاصبر وإن حرمك فاصبر وان دعاك إلى أمر منقصة في دنياك فقل: سمعاً وطاعة دمي دون مالي"(١).

وهذه الأحاديث في الحث على السمع والطاعة في جميع الأحوال وسببها اجتماع كلمة المسلمين، فإن الخلاف سبب لفساد أحوالهم في دينهم ودنياهم(٢).

قال المباركفوري (٣) – رحمه الله –: " وفيه أن الإمام إذا أمر بمندوب أو مباح وجب"(٤).

ويمثل الأمر بغير معصية شرطا لازما يصاحب ما يصدره الولاة من أوامر وتعليمات حتى تجب طاعتهم فيها ويلزم اتبعاعها (٥) كما هو نص حديث ابن عمر وعلي وابن مسعود وعبادة ﷺ.

وفي توضيح المعصية التي لا تلزم فيها الطاعة يقول الشيخ أحمد شاكر – رحمه الله –:" ومن المفهوم بداهة أن المعصية التي يجب على المأمور ألا يطيع فيها الآمر هي المعصية الصريحة التي يدلّ الكتاب والسنة على تحريمها، لا المعصية التي يتأول فيها المأمور ويتحايل حتى يوهم نفسه أنه إنما امتنع لأنه أمر بمعصية مغالطة لنفسه ولغيره"(١)، وقد صرح بعض الفقهاء بأن المعصية التي لا يجوز طاعة ولي الأمر فيها والتي تعتبر قيدا على أوامرهم هي المعصية الحقيقية أو المعصية المتيقنة(٢).

---

(١) رواه الآجري في كتاب الشريعة – دار الوطن – تحقيق عبدالله الدميجي – ٣٧٩/١.

(٢) نظرية الإباحة للدكتور مُحَمَّد سلام مدكور ص ٢٩٩، عن: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي للقاسم ص ٥٠٦.

(٣) هو عبد الرحمن المباركفوري، عالم هندي محدث، ولد في بلدة مباركفور، ودرس العلوم النقلية والعقلية على علماء الهند، وتوفي سنة ١٣٥٣هـ معجم المؤلفين ١٦٦/٥.

(٤) تحفة الأحوذي ٣٦٥/٥، وذلك في شرحه لحديث ابن عمر – رضي الله عنهما – المتقدم.

(٥)الموسوعة الفقهية – رسم طاعة، وينظر كتاب: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي للقاسم ص ٥٠٦.

(١) تعليق الشيخ أحمد شاكر على مسند الإمام أحمد ٣٠١/٦.

(٢)نظرية الإباحة للدكتور مُحَمَّد سلام مدكور ص ٣٠٠، وينظر كتاب: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي للقاسم ص ٥٠٩.

فإن أمر الإمام بمعصية لا يستطيع الوالي دفعها، فإن الوالي ينظر في المصلحة والمفسدة، ولا يترك الوالي ذلك العمل خوفاً من التبعة، قال الإمام ابن تيمية – رحمه الله –: " لا إثم على الوالي إذا جبى الضرائب إن كان لا يملك إبطالها"(١).

وقال الإمام ابن تيمية – رحمه الله –: ".. الولاية وإن كانت جائزة أو مستحبة أو واجبة فقد يكون في حق الرجل المعين غيرها أوجب، أو أحب فيقدم حينئذ خير الخيرين وجوبا تارة واستحبابا أخرى. ومن هذا الباب تولي يوسف الصديق على خزائن الأرض لملك مصر بل ومسألته أن يجعله على خزائن الأرض وكان هو وقومه كفارا كما قال تعالى: "وَلَقَدْ جَاءَكُمْ يُوسُفُ مِنْ قَبْلُ بِالْبَيِّنَاتِ فَمَا زِلْتُمْ فِي شَكٍّ مِمَّا جَاءَكُمْ بِهِ حَتَّى إِذَا هَلَكَ قُلْتُمْ لَنْ يَبْعَثَ اللَّهُ مِنْ بَعْدِهِ رَسُولاً كَذَلِكَ يُضِلُّ اللَّهُ مَنْ هُوَ مُسْرِفٌ مُرْتَابٌ" (غافر:٣٤) الآية وقال تعالى عنه: "يَا صَاحِبَيِ السِّجْنِ أَأَرْبَابٌ مُتَفَرِّقُونَ خَيْرٌ أَمِ اللَّهُ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ، مَا تَعْبُدُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا أَسْمَاءً سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَآبَاؤُكُمْ " (يوسف:٣٩.٤٠) الآية.

ومعلوم أنه مع كفرهم لا بد أن يكون لهم عادة وسنة في قبض الأموال وصرفها على حاشية الملك وأهل بيته وجنده ورعيته ولا تكون تلك جارية على سنة الأنبياء وعدلهم ولم يكن يوسف يمكنه أن يفعل كل ما يريد وهو ما يراه من دين الله فإن القوم لم يستجيبوا له لكن فعل الممكن من العدل والإحسان ونال بالسلطان من إكرام المؤمنين من أهل بيته ما لم يكن يمكن أن يناله بدون ذلك وهذا كله داخل في قوله:"فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُم"(التغابن: من الآية١٦). فإذا ازدحم واجبان لا يمكن جمعهما فقدم أوكدهما لم يكن الآخر في هذه الحال واجبا ولم يكن تاركه لأجل فعل الأوكد تارك واجب في الحقيقة. وكذلك إذا اجتمع محرمان لا يمكن ترك أعظمهما إلا بفعل أدناهما لم يكن فعل الأدنى في هذه الحال محرما في الحقيقة وإن سمي ذلك ترك واجب وسمي هذا فعل محرم باعتبار الإطلاق لم يضر. ويقال في مثل هذا ترك الواجب لعذر وفعل المحرم للمصلحة الراجحة أو للضرورة أو لدفع ما هو أحرم... وهذا باب التعارض باب واسع جدا لا سيما في الأزمنة والأمكنة التي نقصت فيها آثار النبوة وخلافة النبوة فإن هذه المسائل تكثر فيها وكلما ازداد النقص ازدادت هذه المسائل ووجود ذلك من أسباب الفتنة بين

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/٣٥٧.

الأمة فإنه إذا اختلطت الحسنات بالسيئات وقع الاشتباه والتلازم فأقوام قد ينظرون إلى الحسنات فيرجحون هذا الجانب وإن تضمن سيئات عظيمة وأقوام قد ينظرون إلى السيئات فيرجحون الجانب الآخر وإن ترك حسنات عظيمة والمتوسطون الذين ينظرون الأمرين قد لا يتبين لهم أو لأكثرهم مقدار المنفعة والمضرة أو يتبين لهم فلا يجدون من يعينهم العمل بالحسنات وترك السيئات لكون الأهواء قارنت الآراء(١).

وأما في المملكة العربية السعودية، فقد نصت المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم على ما يأتي: "ينهل الحكم في المملكة سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع الأنظمة في المملكة".

ومدلول هذه المادة أن كل مادة أو نظام يصدر من الجهة التنظيمية وفيه مخالفة لكتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ فإنه باطل، ووجوده كعدمه. ولذا فلا بد من الحرص قبل صدور الأنظمة من عرضه على المختصين الشرعيين للنظر في عدم مخالفته للكتاب والسنة.

(١) مجموع الفتاوى ٢٠/٥٦.

الفرع الثالث: الالتزام بالأنظمة في التنظيم السعودي

ألزم المنظم السعودي بالتقيد بالأنظمة الصادرة بشرط عدم مخالفتها للكتاب والسنة، فقد نصت المادة الثامنة والأربعين من النظام الأساسي للحكم على ما يأتي:

"تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة".

وورد في نظام القضاء أن:" من اختصاصات المحكمة العليا مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام[1].

وجميع الأنظمة الصادرة تلزم بتنفيذها لمن توجه إليه، وترتب العقوبات على عدم التقيد بها، وهذا ما يؤكد وجوب الالتزام بها نظاماً.

(١)نظام القضاء ونظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم م / ٧٨وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

المبحث الثاني

اختصاص لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة في الفصل في مشروعية الاندماج التجاري

ورد في نظام المنافسة السعودي أن من اختصاص مجلس المنافسة تشكيل لجنة تختص بالنظر والفصل في المخالفات التي تستوجب عقوبة الغرامة [1].

وفي هذا المبحث سيتم التطرق لهذه اللجنة، وطبيعة القرارات الصادرة عنها، والحكم الفقهي لها، وموقف الشريعة الإسلامية من الجرائم الاحتكارية، وتوضيحها في أربعة مطالب:

المطلب الأول: اختصاصات لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة

المطلب الثاني: حجية القرارات المتخذة من قبل لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة في الفصل في مشروعية الاندماج التجاري

المطلب الثالث: الحكم الفقهي لتخصيص لجنة للفصل في مخالفات نظام المنافسة

المطلب الرابع: حكم التصرفات الاحتكارية

المطلب الأول

اختصاصات لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة

اختار المنظم السعودي تكوين لجنة منبثقة من مجلس المنافسة، تختص بالجانب العقابي الوارد في نظام المنافسة السعودي، مع استثناء المخالفات التي يستحق فيها المدعى عليه عقوبة السجن – حسب رأي اللجنة –، وهذا لا نظير له في قوانين المنافسة الأخرى، وقد صارت تعدد اللجان ذات الاختصاص القضائي سمة للتنظيمات السعودية في السابق، ويتجه المنظم

(١) نظام المنافسة م ١٥-١.

السعودي لتوحيدها إلا أن لجنة المنافسة لا زالت قائمة بدورها، وفي هذا المطلب سيتم بحث اختصاصات اللجنة، في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تشكيل لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة

الفرع الثاني: اختصاص لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة

وفيما يأتي بيان هذا المطلب بفروعه.

الفرع الأول: تشكيل لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة

وردت أحكام تنظيمية لتشكيل اللجنة، وتسميتها وأحكام أعضائها، وفي هذا الفرع سيتم بيان ذلك في المسائل الآتية.

المسألة الأولى: تسمية اللجنة

ورد في لائحة نظام المنافسة السعودي أن اسم هذه اللجنة " لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة" [(١)]. بينما سميت في مادة أخرى من اللائحة باسم" لجنة الفصل" [(٢)]، ويبدو أنه خطأ صياغي، فيحتاج إلى تصحيح ليكون لجنة النظر والفصل.

ويظهر للباحث أن نسبة الفصل إلى اللجنة نسبة غير دقيقة، لأن الفصل لا يكون إلا بحكم قضائي، ولذا فإن الأكثر مناسبة لعمل اللجنة أن يعدل اسمها إلى:" لجنة النظر في مخالفات نظام المنافسة".

المسألة الثانية: الشروط الواجب توافرها في أعضاء اللجنة

قرر المنظم السعودي أن يكون عدد أعضاء لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة خمسة بما فيهم الرئيس، ويشترط أن يكون من بينهم مستشار نظامي على الأقل [(٣)].

---

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة م ٢، م ٥٧.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة – م ٥٤.

(٣) نظام المنافسة م ١٥-١.

والذي يراه الباحث أنه نظرا لكون اللجنة من اللجان التي تمارس عملا قضائيا، فيفترض أن يكون جميع أعضائها مؤهلين قضائياً، وشرط التأهيل القضائي يكون بأمرين:

١- التأهيل الشرعي.

٢- التأهيل النظامي.

وقد استنكر الرئيس الأسبق للقضاة في المملكة العربية السعودية سماحة الشيخ مُحَمَّد بن إبراهيم – رحمه الله –وجود أعضاء غير مؤهلين شرعا في إحدى الجهات القضائية ونص كلامه:" تخصيص أعضاء قانونيين [١] بجانب الأعضاء الشرعيين معناه: الاشتراك في الأحكام التي يصدرونها باسم المصلحة، وتوقيعها من قبل الشرعيين والقانونيين معا، وهذا بلا شك يجعل هذه الأحكام خاضعة لآراء هؤلاء القانونيين كما أنها خاضعة لآراء الشرعيين، وهذا فيه تسوية بين الشرع والقوانين الوضعية، وفتح باب لتحكيم القوانين الوضعية، واستبدال الشريعة الإسلامية السمحاء بها"[٢].

وبالنظر إلى مقاصد المنظم في توحيد جهات التقاضي في المملكة العربية السعودية، والضم التدريجي للجان ذات الاختصاص القضائي، يمكن القول بأن مآل هذه اللجنة إلى الإلغاء، وإسناد العقوبات للسلطة القضائية تنفيذا لما نص عليه نظام القضاء[٣]، وهو الأقرب لمقاصد المنظم السعودي أن ترتبط لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة بالقضاء الجزائي، تطبيقا لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم، فقد نصت المادة الخامسة والعشرون من نظام القضاء الصادر سنة ١٤٢٨هـ على ما يأتي " دون إخلال بما يقضي به نظام ديوان المظالم، تختص المحاكم بالفصل في جميع القضايا، وفق قواعد اختصاص المحاكم المبينة في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية".

(١) أي ليس لديه علم بالشريعة الإسلامية.

(٢) مجموع فتاوى ورسائل سماحة الشيخ مُحَمَّد بن إبراهيم ٢٦٢/١٢.

(٣) نظام القضاء ونظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم م / ٧٨وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.-م٩.

وفي آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء، نصت الفقرة (تاسعاً) على نقل اختصاصات اللجان شبه القضائية التي تنظر في القضايا الجزائية أو التجارية أو المدنية إلى القضاء.

المسألة الثالثة: طريقة تشكيل اللجنة وحلها

يصدر ترشيح بأسماء أعضاء لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة من قبل مجلس المنافسة وعلى ضوئه يصدر قرار من وزير التجارة والصناعة بتشكيل اللجنة، ويكون القرار متضمنا أسماء الأعضاء [١]، وللوزير أن يحل اللجنة ويعيد تشكيلها[٢]، ويكون ذلك بذات الإجراءات المتبعة في تشكيلها [٣].

ولم يرد في نظام المنافسة السعودي ولا في لائحته موجب حل لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة الذي بمقتضاه يحق لوزير التجارة والصناعة أن يصدر قراره بحلها.

ويرى الباحث أن هذا يضعف استقلال اللجنة، ويقترح أن يصدر قرار التشكيل من مجلس الوزراء أسوة باللجان المماثلة [٤].

ومما يلاحظ على التنظيمات الواردة بخصوص اللجنة أن نظام المنافسة السعودي لم يحدد مدة لتشكيل اللجنة، ولم يرد للتحديد ذكر في اللائحة، وهذا محل انتقاد [٥]، ويقترح أن يحدد النظام مدة تشكيل اللجنة.

الفرع الثاني: اختصاص لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة

تختص لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة اختصاصاً موضوعياً ببعض المخالفات التي وضعها المنظم السعودي، فمنها ما يستوجب الغرامة، ومنها ما يستوجب إيقاف

(١) نظام المنافسة م ١٥-١، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة م ٥٧.

(٢) نظام المنافسة م ١٥-١، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة م ٥٧.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة م ٥٧.

(٤)المنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤٧٧.

(٥)المنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤٧٧.

المنشأة المخالفة. أما الموظفون المنتمون للمجلس فعليهم التزامات يترتب على مخالفتها عقوبات منصوص عليها في النظام. وأما رئيس اللجنة فله مهام مناطة به، من حيث إدارة الجلسات ورفع نتائج الاجتماعات لرئيس المجلس.

وفيما بيان هذا الفرع بمسائله.

المسألة الأولى: مخالفات نظام المنافسة السعودي التي تستوجب الغرامة

تختص لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة بالنظر والفصل في المخالفات التي تستوجب عقوبة الغرامة [١].

وحسب نظام المنافسة السعودي فإن عقوبة الغرامة تطال:

١- كل مخالف لأي نص من مواد نظام المنافسة السعودي حسب قرار مجلس المنافسة[٢].

٢- كل من أفشى سراً له علاقة بعمله[٣].

٣- كل من حقق نفعاً بطريقةٍ مُباشرةٍ أو غير مُباشرة [٤].

المسألة الثانية: مخالفات نظام المنافسة السعودي التي تستوجب إيقاف المنشأة المخالفة

يستحق المخالف لنظام المنافسة السعودي الإيقاف الدائم أو المؤقت إذا تكررت منه المخالفة للنظام[٥]. ويصدر القرار بذلك من لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة.

(١) نظام المنافسة السعودي م ١٥ -١.

(٢) نظام المنافسة السعودي م١٢ والتعديل الوارد عليه.

(٣) نظام المنافسة السعودي م١٣.

(٤) نظام المنافسة السعودي م١٣.

(٥) نظام المنافسة السعودي م١٢ والتعديل الوارد عليه.

المسألة الثالثة: مخالفات نظام المنافسة السعودي التي تستوجب السجن

من الملاحظ أن نظام المنافسة السعودي نص على أن القضايا التي تستوجب عُقوبة السجن تحيلها لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة إلى ديوان المظالم للنظر فيها ابتداءً[١]، مع أنه لا وجود لعقوبة السجن في مخالفات نظام المنافسة[٢].

وسبب ذلك أن المنظم حظر على لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة أن تنظر في قضية عقوبتها السجن، وقد كانت اللائحة التنفيذية القديمة تنص على أنه يلزم اللجنة إذ ذاك الرفع إلى "الوزير" بتوصية مسببة لرفعها إلى ديوان المظالم للنظر فيها عن طريق ممثل الإدعاء [٣]، ووجه ذلك بانتقاد بعض الباحثين، فتم تعديل ذلك بإلغاء أي إشارة في اللائحة إلى عقوبة السجن.

ويرى الباحث أن ينظر في هذا الاضطراب، فإما أن يعدل النظام، وتضم عقوبة السجن إلى العقوبات، أو تلغى أية إشارة إلى السجن [٤].

المسألة الرابعة: مخالفات موظفي مجلس المنافسة

يعاقب وفقا للنظام السعودي كل منتمٍ إلى مجلس المنافسة السعودي أفشى سراً له علاقة بعمله، أو حقق نفعاً بطريقةٍ مُباشرةٍ أو غير مُباشرة، بغرامةٍ ماليةٍ لا تتجاوز خمسة ملايين ريال أو بالسجن لمدة لا تزيد عن سنتين أو بهما معاً [٥].

المسألة الخامسة: مهام رئيس اللجنة

يلزم رئيس لجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة أن يقوم بالمهام الآتية:

---

(١) نظام المنافسة السعودي، م ١٥-٤.

(٢) نظام المنافسة السعودي ، م ١٢.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م ٢٠-٢ و م ١٨-٢.

(٤) المنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤٨١.

(٥) نظام المنافسة السعودي، م ١٣، و أكدته الفقرة الخامسة من القواعد المنظمة لإجراءات المرافعات أمام لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة.

١. تسيير أعمال لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة.
٢. تكليف نائب عنه عند غيابه.
٣. تولي إدارة أعمال اللجنة.
٤. وتحديد زمان ومواعيد انعقاد الجلسات،
٥. رفع قرارات لجنة النظر الفصل في مخالفات نظام المنافسة لرئيس المجلس [١].

المطلب الثاني

حجية القرارات المتخذة من قبل لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة في الفصل في مشروعية الاندماج التجاري

يمكن تعريف القرار بأنه ذلك المحرر المكتوب الصادر من لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة والمتضمن براءة أو إدانة المنشأة المدعى عليها.

وتعد قرارات اللجنة قرارات إدارية، وعليه يجوز التظلم من قرارات اللجنة أمام ديوان المظالم [٢]. وقد نص نظام ديوان المظالم على من اختصاصات الديوان دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في السبب أو مخالفة النم واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة، بما في ذلك القرارات التأديبية والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس التأديبية..."[٣].

ولذلك فإن قرارات لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة يصادق عليها "رئيس المجلس" ثم يصادق عليه من "الوزير"[٤]، وذلك لكونها ليست مستقلة تمام الاستقلال.

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي – م٥٧.
(٢) نظام المنافسة السعودي م١٥-٣
(٣) نظام ديوان المظالم م ١٣/ب.
(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٧٣.

وفي هذا المطلب سيتم بيان ما يتعلق بقرارات لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة ببحث شروط صحة قرار لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة، والاحترازات النظامية لتحقيق العدالة في قراراتها، ومدى حجيتها مع المقارنة بنظائرها في الدول الأخرى، ثم بحث الادعاء أمام لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة وأمام ديوان المظالم.

وبيان ذلك فيما يأتي من فروع.

الفرع الأول: شروط صحة قرار لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة

يشترط لصحة القرار الصادر من لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة عدة شروط هي:

الشرط الأول: إخبار أطراف القضية قبل الموعد المحدد بخمسة عشر يوماً على الأقل، على أن يتضمن الإخطار بيان المخالفة المنسوبة للمخالف وتكليفه بالحضور لسماع أقواله، وتقديم رده على الدعوى [١].

الشرط الثاني: أن يكون انعقاد اجتماع اللجنة صحيحاً بحضور أربعة من أعضائها بمن فيهم الرئيس أو من ينيبه [٢].

الشرط الثالث: أن يصدر القرار بأغلبية الحاضرين، وفي حال التساوي في الأصوات يرجح الجانب الذي منه رئيس الجلسة[٣].

الشرط الرابع: مصادقة وزير التجارة والصناعة على القرار الصادر من "اللجنة" [٤].

---

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م ٦١.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م ٥٧.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م ٥٧، ٧٣. ويلحظ أن النص على أن القرار يكون بأغلبية الأعضاء تكرر في اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي ، وهذا محل انتقاد، ولعل المنظم ينتبه لهذا العيب الصياغي في التعديل القادم للائحة.

(٤) المرجع السابق، م ٧٣.

الفرع الثاني: الاحترازات النظامية لتحقيق العدالة في قرارات لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة

حرص المنظم السعودي على عدة احترازات لتتحقق العدالة المنشودة في قرارات لجنة النظر الفصل في مخالفات نظام المنافسة، وهذه الاحترازات هي:

١- **إجراء المعاينة اللازمة لمكان الضبط**، وقد بينت اللائحة أنه يجوز للجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة خلال المرافعة إجراء المعاينة أو التحقيق أو الاستعانة بأهل الخبرة أو سماع شهادة الشهود [١].

٢- **إعطاء أطراف الدعوى الحق في حضور الجلسات**[٢]. فإذا لم يحضر المدعى عليه فعلى اللجنة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يبلغ بها المدعى عليه، فإن لم يحضر فصلت في الدعوى، ويعد القرار حضورياً[٣].

٣- **إعطاء المدعى عليه الفرصة الكافية للرد على الدعوى**، فقد نصت اللائحة على وجوب إخطار أطراف الدعوى بموعد الجلسة الأولى من قبل اللجنة قبل الموعد المحدد بخمسة عشر يوماً على الأقل، على أن يرفق بالخطاب الموجه للمدعى عليه نسخة من لائحة الدعوى. وتكليفه بالحضور لسماع أقواله، وتقديم رده على الدعوى [٤].

٤- **علنية الجلسات**، فقد نص المنظم على أن الأصل في الجلسات أن تكون علنية، إلا إذا اقتضت المصلحة جعلها سرية[٥].

٥- **تحرير محضر الجلسات**، وتوقيع الأطراف المعنية على ما ورد فيها، ليتم التأكد من تدوين الحجج والأدلة كاملة دون حذف أو تبديل أو تحريف[٦].

---

(١)المرجع السابق، م ٧١.

(٢)المرجع السابق ، م٦٤.

(٣)المرجع السابق، م٦٦.

(٤)المرجع السابق، م٦١.

(٥)المرجع السابق، م٦٢.

(٦)المرجع السابق، م٦٣.

٦- **سرعة اتخاذ اللجنة لقراراتها**، فقد ألزمت اللائحة بسرعة اتخاذ اللجنة لقراراتها[١]، وكثير من قوانين المنافسة تلزم بسرعة البت في وفي القانون القطري للمنافسة:ضايا المنافسة مثل قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري وقانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري [٢]، وسبب تأكيد ذلك أنها متعلقة بمصالح الناس التجارية، والتجار يهمهم عنصر الزمن، ويؤثر على تدفقاتهم النقدية.

٧- **رقابة القضاء الإداري على قراراتها، ويشمل ذلك:**

أ. قضاء الإلغاء، بأن يتظلم صاحب المنشأة الصادر بحقها القرار من ذلك القرار، ويكون التظلم أمام القضاء الإداري [٣]، وعليه أن يثبت عدم مشروعية القرار الصادر بشأنه.

ب. قضاء التعويض، ومسؤولية الإدارة في التعويض مرتكزة على قواعد المسؤولية التقصيرية (Non-contractual Liability)، ويمكن للمنشآت المعنية بالاندماج أن تقاضي الجهات المسؤولة عن اتخاذ قرار دراسة حالات التركز، وهذا أكدته العديد من القوانين فقد أكدت اتفاقية روما على أن الاتحاد الأوروبي يضمن في الدول الأعضاء أي ضرر تسببه مؤسساته أو أي من موظفيها أثناء تأدية عملهم، فيمكن للشركات الأوروبية مقاضاة المفوضية الأوروبية لتعويض الضرر اللاحق بها بسبب خطأ المفوضية في تقويم الصفقة[٤].

الفرع الثالث: حجية قرارات لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة

يكون القرار حجة على أطراف الدعوى بأحد أمرين، هما:

الأمر الأول: مضي فترة التظلم النظامية أمام ديوان المظالم

الأمر الثاني: الفصل النهائي من ديوان المظالم في القضية

وبيانها فيما يأتي.

---

(١)المرجع السابق، م٧٠.

(٢) القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م. م ١٨، قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م ١٩.

(٣) نظام ديوان المظالم م١٣/ب.

(٤) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٦٥.

الأمر الأول: مضي فترة التظلم النظامية أمام ديوان المظالم

عند صدور القرار من اللجنة، فإنه لا يمكن التظلم من القرار برفع دعوى إدارية ضد اللجنة في ديوان المظالم، لأن ثمت فرقا بين القرار الإداري والحكم القضائي أو التحكيم، فالحكم القضائي أو التحكيم لا يصدران إلا بناء على طلب من صاحب الحق، وأما الإدارة فتتدخل من نفسها(١).

وقد حددت مدة التظلم بخمسة عشر يوماً ليعترض أي من أطراف الدعوى على القرار(٢)، ويشمل ذلك المدعي والمدعى عليه.

الأمر الثاني: الفصل النهائي من ديوان المظالم في القضية

ويكون الفصل النهائي من ديوان المظالم ذلك في حالات:

الحال الأولى: القضايا التي عقوبتها السجن. فقد نص نظام المنافسة السعودي على أن لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة لا تختص بالقضايا التي عقوبتها السجن، ويلزم إحالتها لديوان المظالم (٣)، وسبق التنبيه إلى عدم وجود عقوبة السجن في العقوبات النظامية على مخالفة نظام المنافسة السعودي.

الحال الثانية: القضايا التي ليست عقوبتها السجن، واعترض أحد أطراف الدعوى على قرار لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة خلال المدة النظامية، فرفعت للديوان، فإن الديوان يفصل فيها حسب الإجراء المتبع في القضايا الإدارية(٤)، وقد نصت اللائحة التنفيذية

(١) نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون ص ٩٣.

(٢) نظام المنافسة السعودي م١٥-٣، المعدل بقرار في اجتماعه المنعقد يوم الاثنين ١٤٣٥/٤/٣هـ المنشور في صحيفة الرياض، على الرابط: http://www.alriyadh.com/906892

(٣) نظام المنافسة السعودي م ١٥-٤.

(٤) المرجع السابق، م ١٥-٣.

لنظام المنافسة على جواز التظلم من قرارات اللجنة أمام ديوان المظالم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم نسخة القرار أو من التاريخ المحدد للتسلم في حال عدم الحضور [١].

واشترطت اللائحة الجديدة لنظام المنافسة على المحكوم عليه إذا تظلم من قرار اللجنة أمام ديوان المظالم أن يبلغ المجلس خلال يومي عمل من تاريخ تظلمه، بخطاب يتضمن رقم قرار لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة وتاريخه، ورقم إيداع التظلم لدى ديوان المظالم وتاريخه وصورة منه[٢].

وقد نص نظام ديوان المظالم على من اختصاصات الديوان دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في السبب أو مخالفة النم واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة، بما في ذلك القرارات التأديبية والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس التأديبية..."[٣].

ويكون الاعتراض أمام القضاء الإداري، باعتبارها دعوى إلغاء لقرار إداري.

الحال الثالثة: التظلم من قرارات مجلس المنافسة [٤]، ويكون الاعتراض أمام القضاء الإداري، باعتبار الدعوى لإلغاء القرار الإداري، عملا بالمادة ١٣/ب من نظام الديوان.

الفرع الرابع: حجية قرارات العقوبات الصادرة من مجالس المنافسة في الدول الأخرى

لا تختلف قوانين المنافسة من حيث كون قرارات مجالسها وهيئاتها مراقبة من السلطة القضائية، ويكون الاختصاص للقضاء الإداري[٥]،وتميز القانون الأردني للمنافسة بأنه نص على تأهيل القضاء لمثل هذه القضايا بأن يختص بالنظر في قضايا الممارسات المخلة بالمنافسة ضمن

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٧٤.

(٢)المرجع السابق، م ٧٥.

(٣) نظام ديوان المظالم م ١٣/ب.

(٤) نظام المنافسة السعودي م ١٧.

(٥) ينظر على سبيل المثال: قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٢٤، قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري المادة ١٩.

محكمة البداية المختصة قاض أو أكثر من ذوي الاختصاص ممن تلقوا تدريبا خاصا على أن يتم تعيينهم بقرار من المجلس القضائي [١].

الفرع الخامس: الادعاء أمام لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة وأمام ديوان المظالم

نص نظام المنافسة السعودي على أنه مع مراعاة ما تقضي به الأنظمة الأخرى، يكون للموظفين الذين لهم صفة الضبطية القضائية ما يأتي: أ. دراسة الشكاوى[٢] المقدمة التي تستند إلى أدلة فعلية [٣] بموجب أحكام هذا النظام والتحقيق فيها والادعاء عند نظر مخالفات أحكام هذا النظام أمام اللجنة المشار إليها في المادة (الخامسة عشرة) وأمام ديوان المظالم [٤].

وقد انتقد وضع اختصاص التحقيق والادعاء في مخالفات نظام المنافسة إلى جهة تابعة للمجلس [٥]، علماً بأن نظام هيئة التحقيق والادعاء العام نص على أن أنها تختص بالتحقيق في الجرائم إلا ما تم استثناؤه بقرار من مجلس الوزراء [٦]، ومع ذلك فمن مقاصد المنظم السعودي ضم جميع جهات التحقيق لجهة واحدة لتتوحد الإجراءات.

---

(١) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ١٦-د.

(٢)من الأفضل صياغة أن يبدأ بذكر "التصدي بالتحقيق والتحري في الوقائع المخالفة لنظام المنافسة وتلقي الشكاوى.... إلخ"، لأن عملهم لا ينحصر بكونه ينبني على شكوى، بل قد ينبني على بلاغ من مواطن، أو يكون من تلقاء أنفسهم.

(٣) من الأفضل صياغة حذف عبارة:" التي تستند إلى أدلة فعلية"، لأنه لا يتبين هذا القيد إلى بعد الدراسة، فنقترح أن تكون العبارة:" دراسة الشكاوى المقدمة بخصوص مخالفة نظام المنافسة".

(٤) من الأفضل صياغة أن تضاف المهمة الآتية:" إجراء البحث والتحري بخصوص المخالفات لأنظمة المنافسة".

(٥) المنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤٥١-٤٥٢، الإجراءات الجنائية في المملكة العربية السعودي للدكتور سعد بن ظفير ص ٨١.

(٦) نظام هيئة التحقيق والادعاء العام م٣ -٤.

ثم صدر الأمر الملكي المبلغ بالبرقية رقم ٤٦٩٠ في ١٤٣٥/٢/٦هـ المستند على قرار مجلس الوزراء ذي الرقم ٣٤ والتاريخ ١٤٣٤/١/٢٦هـ بنقل اختصاصات التحقيق والادعاء العام الورادة في نظام المنافسة إلى هيئة التحقيق والادعاء [١].

ومع صدور هذا القرار الصريح إلا أن مجلس المنافسة أصدر اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة بقراره ذي الرقم (١٢٦) والتاريخ ١٤٣٥/٩/٤هـ، وفيها إلزام بأن يصدر قراراً بتعيين ممثلٍ أو أكثر للادعاء أمام اللجنة والترافع أمام ديوان المظالم [٢] مع أن اللائحة الجديدة صدرت بعد قرار مجلس الوزراء، إلا أن المجلس يرى أن المقصود بالقرار جرائم موظفي المجلس وأما جرائم المنافسة فتبقى من اختصاصات لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة.

وعلى ضوء قرار مجلس الوزراء صدر تعميم معالي رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام حيال توزيع اختصاص التحقيق بين الدوائر في الجرائم المحال للهيئة. وتضمن تعميم معاليه أنه وفقاً للمصلحة المحمية تم توزيع الاختصاصات على دوائر التحقيق بالهيئة للعمل به وورد في التعميم أن جرائم ومخالفات نظام المنافسة تكون من اختصاص دائرة التحقيق في قضايا الجرائم الاقتصادية [٣].

وهذا يدل أن جميع ما ورد في نظام المنافسة السعودي من تحقيق وادعاء ينقل إلى هيئة التحقيق والادعاء العام، و هذه الخطوة من شأنها توحيد عملية التقاضي تحت مظلة القضاء العام وإعمال لمهام هيئة التحقيق والادعاء العام وتوحيد الجهود والحد من التداخلات كما أنه يفتح بابا مهما لتطوير مرفق القضاء من شأنه أن يحسن خارطة المنظومة العدلية [٤].

---

(١) صحيفة عكاظ السعودية، ينظر الرابط :
http://www.okaz.com.sa/new/issues/20131230/Con20131230665556.htm

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي، م٥٩.

(٣) تعميم معالي رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام رقم 48105 في/1435/10 هـ، البند سابعاً – ١٥.

(٤) صحيفة عكاظ السعودية، ينظر الرابط :
http://www.okaz.com.sa/new/issues/20131230/Con20131230665556.htm

المطلب الثالث

الحكم الفقهي لوضع لجنة للفصل في مخالفات نظام المنافسة

لا شك أن تعدد الجهات ذات الاختصاص القضائي له مساوئ كثيرة أهمها:

١. أن أعضاء هذه الجهات ليس لهم حصانة القضاء واستقلاله.

٢. كما أن ذلك التعدد سبب في أن يكون لكل جهة نظام إجراءات خاص بها[١].

ولم يكن المنظم السعودي راضيا عن كثرة اللجان ذات الاختصاص القضائي [٢]، إذ تنص المادة السادسة والعشرين من نظام القضاء الصادر سنة ١٣٩٥هـ بأن المحاكم هي جهة القضاء العام بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنظام.

وقد رفع وزير الداخلية اقتراحا إلى رئيس مجلس الوزراء بتوحيد جهات التقاضي، فصدر قرار مجلس الوزراء ذو الرقم ١٦٧ والتاريخ ١٤٠١/٩/١٤هـ بتوحيد مهام الجهات القضائية[٣]. وقد أكدت المادة السادسة والأربعين من النظام الأساس للحكم على ضرورة توحيد جهات التقاضي وضم اللجان ذات الاختصاص القضائي للقضاء، فقد نصت على أن القضاء سلطة مستقلة، ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية[٤]. وفي المادة الأولى من نظام القضاء تأكيد لاستقلال القضاة[٥].

(١) أصول علم القضاء لعبدالرحمن عياد – معهد الإدارة سنة ١٤٠١هـ ص ٢٣٥.

(٢) وقد كان لأهل العلم في المملكة العربية السعودية موقف واضح من الجهات القضائية المتعددة، ففي مؤتمر العلماء الذي عقد في مكة في ٨ شعبان سنة ١٣٤٥هـ بناء على طلب الملك عبدالعزيز رحمه الله، أصدر المؤتمر فتوى جاء فيها:" أما القوانين، فإن كان موجودا منها شيء في الحجاز، فتزول فورا، ولا يحكم إلا بالشرع المطهر..." أصول علم القضاء ص ٢٣٥، والتنظيم القضائي للدريب ص ٢٨٢ عن حافظ وهبة ص ٣٠٠.

(٣) السلطة التنظيمية للمرزوقي ص ١٧٤ ف ٢١٣.

(٤) النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي ذي الرقم: أ / ٩٠ والتاريخ: ١٤١٢/٨/٢٧هـ.

(٥) نظام القضاء الصادر سنة ١٣٩٥هـ، وانظر قواعد المرافعات الشرعية فقها ونظاما ص ١٧.

بينما واقع لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة ليست جهة مستقلة بل هي تابعة لجهة إدارية، وفي المادة الثانية والخمسون من نظام القضاء أن تعيين القضاة وإنهاء خدمتهم يكون بأمر ملكي، بناءً على اقتراح من المجلس الأعلى للقضاء، وفقاً لما يبينه النظام. وواقع اللجنة أن تعيين أعضاء اللجنة لا يتم بهذه الطريقة.

وورد في النظام الأساسي للحكم بيان الاختصاص الولائي في المملكة العربية السعودية بأنه ينقسم إلى القضاء العام وقضاء المظالم كما في المادتين التاسعة والأربعين والثالثة والخمسين من النظام الأساسي للحكم، وهذا يدل على أن جميع اللجان لا تعد من الجهات القضائية نظاما.

كما أن في نظام القضاء نصت المادة الثامنة والخمسون منه على أنه لا يجوز الجمع بين وظيفة القضاء ومزاولة التجارة أو أية وظيفة أو عمل لا يتفق مع استقلال القضاء وكرامته، ويجوز لمجلس القضاء الأعلى أن يقرر منع القاضي من مباشرة أي عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها، وهذا يفيد تقرير مبدأ إبعاد القاضي عن كل ما لا يتفق مع استقلال القضاء ومع إعزازه والحفاظ على حياده[1].

ويرى الباحث أن ضم جميع اللجان للقضاء هو المتعين، ويجب تذليل العقبات أمام هذا الأمر المهم، والأمل معقود في الرجوع إلى تطبيق مقصد المنظم السعودي في القريب العاجل.

المطلب الرابع

حكم التصرفات الاحتكارية

الاحتكار في اللّغة مصدر قولهم (احتكر) ومادته (ح ك ر) الّتي تدلّ على الحبس، وأصل ذلك في كلام العرب: الحكر وهو الماء المتجمّع كأنّه احتكر لقلّته، والحكرة: حبس الطّعام

(١) المبادئ القضائية للدكتور حسن آل الشيخ ص ٣٣.

انتظارا لغلائه. وأصل الحكرة: الجمع والإمساك[١]. وفي القاموس المحيط: احتكر أي احتُبِس انتظاراً لغلائه. وفي المعجم الوسيط: حكر السلع: جمعها لينفرد بالتصرف فيها[٢].

وأما في الاصطلاح الفقهي، فقد اختلفت التعريفات للاحتكار في اصطلاح الفقهاء تبعاً لتوجهاتهم الفقهية فيما يحصل به الاحتكار الممنوع [٣]، فقال الجرجانيّ [٤] – رحمه الله –: الاحتكار: حبس الطّعام للغلاء [٥].

وقال ابن حجر [٦] – رحمه الله –: الاحتكار: إمساك الطّعام عن البيع، وانتظار الغلاء مع الاستغناء عنه وحاجة النّاس إليه [٧]. وقال الشّوكانيّ [٨] – رحمه الله –: الاحتكار هو حبس السّلع عن البيع [٩]. وعرف الاحتكار بأنه حبس ما يضر حبسه بقصد إغلاء السعر[١٠]، وقريب منه تعريفه بأنه حبس ما يتضرر الناس بحبسه تربصاً للغلاء [١].

---

(١) رسم "حكر" من مقاييس اللغة لابن فارس، والصحاح، والنهاية لابن الأثير، ولسان العرب.

(٢) القاموس المحيط للفيروزأبادي، والمعجم الوسيط لمجموعة من المؤلفين – رسم حكر.

(٣) الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي – قحطان الدوري –ص ١٨-٣٣.

(٤) الجرجاني، هو علي بن مُحَمَّد بن علي الجرجاني ، الحسيني الحنفي. عالم ، حكيم ، مشارك في أنواع من العلوم . ولد سنة ٧٤٠هـ ودرس في شيراز وتوفي بها سنة ٨١٦هـ. من تصانيفه : " التعريفات " ، و " شرح مواقف الإيجي " ، و " شرح السراجية " ، و " رسالة في فن أصول الحديث " . معجم المؤلفين ٧ / ٢١٦ ، والأعلام ٥ / ١٥٩.

(٥) التعريفات (ص ١٠٠).

(٦) هو أحمد بن علي بن مُحَمَّد ، شهاب الدين ، أبو الفضل الكناني العسقلاني ، المصري المولد والمنشأ والوفاة ، الشهير بابن حجر – نسبة إلى (آل حجر) قوم يسكنون بلاد الجريد وأرضهم قابس في تونس – من كبار الشافعية . كان محدثًا فقيهًا مؤرخًا . تصدى لنشر الحديث وقصر نفسه عليه مطالعة وإقراء وتصنيفًا وإفتاء. من تصانيفه : " فتح الباري شرح صحيح البخاري " ، و " الدراية في منتخب تخريج أحاديث الهداية " ، و " تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير " . الضوء اللامع ٢ / ٣٦ ، ومعجم المؤلفين ٢ / ٢٠.

(٧) فتح الباري (٤/ ٤٠٨).

(٨) الشوكاني، هو مُحَمَّد بن علي بن مُحَمَّد الشوكاني فقيه مجتهد من كبار علماء صنعاء اليمن . ولد بشوكان (من بلاد خولان باليمن) سنة ١١٧٣هـ ونشأ بصنعاء ، وولي قضاءها سنة ١٢٢٩ هـ. له ١١٤ مؤلفًا .
من مصنفاته : " نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار " ، و " فتح القدير " في التفسير ، و " السيل الجرار " في الفقه . و " إرشاد الفحول " في الأصول . ينظر: الأعلام للزركلي.

(٩) نيل الأوطار للشوكاني (٥/ ٣٣٧)، وليس المقصود هنا الحبس المطلق، وإنّما الحبس انتظارا للغلاء.

(١٠) معجم لغة الفقهاء – مُحَمَّد رواس قلعه جي – دار النفائس ص ٢٥.

والذي يختاره الباحث أن الاحتكار حبس السلع أو الخدمات التي يتضرر بحبسها الناس بغرض تصريفها بسعر أعلى.

وفي هذا المطلب سيتم بحث موقف الشريعة الإسلامية من الجرائم الاحتكارية والممارسات المخلة بالمنافسة وفقا للفروع الآتية:

الفرع الأول: حكم الاحتكار في الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني: جواز الاحتكار إذا زال الإضرار

الفرع الثالث: حكم تخفيض الأسعار بما يترتب عليه الإضرار بالتجار

الفرع الرابع: حكم البيع بغير سعر المثل عند ضرورة الناس

الفرع الخامس: حكم اتفاقات القصر

الفرع السادس: حكم الامتيازات الحصرية بلا مصلحة

الفرع السابع: حكم اشتراك التجار والمنتجين لغرض الهيمنة على السوق

الفرع الثامن: حكم الممارسات الاستبعادية لمنع دخول منافسين

الفرع التاسع: سد الذرائع الموصولة إلى الجرائم الاحتكارية

(١) الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي – قحطان الدوري –ص ٣٤.

الفرع الأول: حكم الاحتكار في الشريعة الإسلامية

اتفق العلماء على ذم إضرار الناس بالاحتكار لما يحتاجونه، للنصوص المتواترة التي تمنع الإضرار بالآخرين، ولعظم ما ورد عن النبي – ﷺ – في التحذير عن الإضرار بالاحتكار، فمن النصوص الواردة فيه:

١. حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله – ﷺ –:"من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ[١].

٢. حديث معمر بن عبد الله– رضي الله عنه– عن رسول الله – ﷺ – قال: لا يحتكر إلّا خاطئ[٢].

٣. حديث الحسن، قال: ثقل معقل بن يسار، فدخل إليه عبيد الله بن زياد يعوده، فقال: هل تعلم يا معقل أني سفكت دما؟ قال: ما علمت، قال: هل تعلم أني دخلت في شيء من أسعار المسلمين؟ قال: ما علمت، قال: أجلسوني، ثم قال: اسمع يا عبيد الله حتى أحدثك شيئا لم أسمعه من رسول الله ﷺ مرة ولا مرتين، سمعت رسول الله ﷺ يقول: " من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم، فإن حقا على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة "، قال: أنت سمعته من رسول الله ﷺ؟ قال: نعم غير مرة ولا مرتين [٣].

---

(١) أخرجه أحمد (٣٥٤/٢)، وابن عدي (٥٤/٧)، وحسنه الألباني – رحمه الله – في السلسلة الصحيحة برقم ٣٣٦٢.

(٢) تقدم تخريجه ص ٧٧.

(٣) رواه أحمد في مسنده برقم ٢٠٣١٣، و الطيالسي (٩٢٨) والحاكم ١٢/٢-١٣ وعنه البيهقي في سننه الكبرى ٣٠/٦ و والطبراني في " المعجم الكبير" (٠ ٢/ ٢٠٩ – ٤٧٩/٢١٠ – ٤٨١)، و "الأوسط " (٩/ ٢٩٦/ ٨٦٤٦)، وفيه الحسن البصري نقل عن معقل بن يسار دون إثبات أنه حضر القصة، وجود إسناده شعيب الأرناؤوط في تخريجه لمسند أحمد، لكون الحسن من طلاب معقل، وصحت روايته عنه، وخالفه الألباني في السلسلة الضعيفة ٣٥٤/١٤ فضعفه، لكون الحسن لم يصرح بحضور القصة، ومراسيله ضعيفة.

٤. حديث عمر بن الخطّاب- ﷺ- قال: سمعت رسول الله - ﷺ - يقول: "من احتكر على المسلمين طعاما ضربه الله بالجذام والإفلاس"[١].

٥. حديث ابن عمر- رضي الله عنهما- عن النّبيّ - ﷺ - قال: "من احتكر طعاما أربعين ليلة، فقد بريء من الله تعالى وبريء الله تعالى منه، وأيّما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمّه الله تعالى" [٢].

٦. ولما ورد من نهي الخلفاء الراشدين المهديين من بعده، وعقوبتهم لمن فعله، فقد روى مالك بلاغا عمر بن الخطاب، قال: لا حكرة في سوقنا. لا يعمد رجال، بأيديهم فضول من أذهاب، إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا، فيحتكرونه علينا. ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده[٣] في الشتاء، والصيف. فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله، وليمسك كيف شاء الله [٤]، ورواه عبدالرزاق بلفظ: "من جاء أرضنا بسلعة فليبعها كما أراد، وهو ضيفي حتى يخرج، وهو أسوتنا، ولا يبع في سوقنا محتكر"[٥]، وقال عمر بن الخطاب: "من باع في سوقنا فنحن له ضامنون، ولا يبع في سوقنا محتكر" [٦]، وقال عمر – ﷺ –: "من احتكر طعاما ثم تصدق برأس ماله، والربح لم يكفر عنه"[٧]، وقال عمر – ﷺ –:" احتكار الطعام بمكة إلحاد بظلم" [٨]. ولما رواه ابن أبي شيبة عن عثمان بن عفان – ﷺ – : "أنه نهى عن الحكرة"[٩]،

(١) رواه ابن ماجة (٢١٥٥)، وفي الزوائد: إسناده صحيح، ورجاله موثقون، وأحمد (١ لا ٢١) وصححه الشيخ أحمد شاكر رقم (١٣٥) وله شاهد عن ابن عمر (أحمد ٢/ ٣٣) وصححه الشيخ أحمد شاكر (٤٨٨) وكذا عن أبي هريرة (٢/ ٣٥١) ح (٨٦٠٢) وينظر مجمع الزوائد (٤/ ١٠٠).

(٢) رواه أحمد (٢/ ٣٣) وقال الشيخ أحمد شاكر (٧/ ٤٩) برقم (٤٨٨٠): إسناده صحيح.

(٣) عمود كبده: أراد به ظهره، وذلك أنه يأتي به على تعب ومشقة، وإن لم يكن جاء به على ظهره، وإنما هو مثل.

(٤) رواه مالك بلاغا برقم ٢٣٩٨ (الأعظمي).

(٥) رواه عبدالرزاق في مصنفه برقم ١٤٩٠١.

(٦) رواه عبدالرزاق في مصنفه برقم ١٤٩٠٣.

(٧) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم ٢٠٣٩١

(٨) رواه أخرجه البخاري في التاريخ (٢٥٥/٧) وأورده المتقي الهندي في كنز العمال برقم ٢٨٠٤١، ونسبه لابن المنذر وسعيد بن منصور.

(٩) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم ٢٠٣٨٨ ومالك في الموطأ بلاغا برقم ٢٤٠٠ (الأعظمي). وينظر المنتقى للباجي ١٥/٥.

وأخبر علي – ﷺ –، برجل احتكر طعاما بمائة ألف، فأمر به أن يحرق"[١]، وعن عبد الرحمن بن قيس، قال: قال قيس: "قد أحرق لي علي – ﷺ – بيادر بالسواد كنت احتكرتها لو تركها لربحتها، مثل عطاء الكوفة"[٢].

٧. كما أن الصحابة والتابعين حذروا من هذا السلوك المشين، الذي يدل على أنانية صاحبه، وتقديمه للربح في العاجلة على الخسران في الآخرة، فمن ذلك ما ورد عن ابن عمر – ﷺ –، قال: "الحكرة خطيئة"[٣]. وعن ابن المسيب [٤] – رحمه الله – قال: "إن المحتكر ملعون، والجالب مرزوق"[٥].

قال أبو يوسف القاضي [٦] – رحمه الله – : كل ما أضر بالعامة حبسه، فهو احتكار، وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً [٧]. ونقل عن الإمام مالك [٨] – رحمه الله – في المدونة الكبرى: "الحكرة في كل شيء في السوق من الطعام والكتاب والزيت وجميع الأشياء، والصوف وكل ما يضر بالسوق[٩].

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم ٢٠٣٩٢.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في المصنف برقم ٢٠٣٩٣ وابن حزم في المحلى ٦٥/٩.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم ٢٠٣٩٠.

(٤) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب . قرشي ، مخزومي ، ولد سنة ١٣هـ، ويعد من كبار التابعين ، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة. جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع . توفي بالمدينة سنة ٩٤هـ . الأعلام للزركلي ٣ / ١٥٥.

(٥) مصنف عبدالرزاق برقم ١٤٨٩٤.

(٦) القاضي أبو يوسف، هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري المشهور بالقاضي أبي يوسف، ولد سنة ١١٣هـ وتوفي سنة ١٨٢هـ، ويعتبر من أعظم تلامذة أبي حنيفة رحمه الله. "المدخل إلى دراسة المدارس والمذاهب الفقهية ٩٤".

(٧) فتح القدير لابن الهمام – دار الفكر ٥٨/١٠.

(٨) هو مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الأنصاري إمام دار الهجرة ، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة . ولد سنة ٩٣هـ بالمدينة وتوفي بها سنة ١٧٩هـ. من تصانيفه : " الموطأ " وجمع فقهه في " المدونة " . وفيات الأعيان ١ / ٤٣٩.

(٩) المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون– دار الكتب العلمية ٣١٣/٣.

ويجد التنبيه إلى أن الفقهاء نبهوا على أنه لا يكره الاحتكار مع سعة الأبواب ورخص الأسعار، وأمّا احتكارها مع الضّيق والغلاء فمكروه ومحرّم [١]. فالاحتكار المنهيّ عنه ليس عامّا في كلّ شيء.

وأما تحديد الاحتكار فللفقهاء عدة توجيهات [٢] ، والذي يختاره الباحث ما رجحه المحققون من أهل العلم أن النهي غير محصور في باب الطّعام بل يمتد إلى كلّ ضرورات وحاجات الإنسان والحيوان، فكلّ ما لا يمكن الاستغناء عنه أو كان في تركه حرج لا يصحّ احتكاره واستغلاله، أمّا ما لم يكن من الضّرورات أو الحاجات الإنسانيّة والحيوانيّة فلا يدخل في باب الاحتكار، وهو قول المالكية وأبي يوسف – رحمه الله – من الحنفية، وتبعه من محققي الحنفية الحصكفي [٣] – رحمه الله – وابن عابدين [٤] – رحمه الله –، وهو قول ابن حزم [٥] وابن تيمية وابن القيم والصنعاني [٦] والشوكاني – رحمة الله عليهم – [٧]، وقد أحسن الإمام ابن

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٨٤) وما بعدها.

(٢) يراجع الخلاف في الاحتكار في رسم:" احتكار" من الموسوعة الفقهية الكويتية.

(٣) هو مُحَمَّد بن علي بن مُحَمَّد علاء الدين الحصكفي . نسبته إلى حصن كيفا في ديار بكر، دمشقي المولد سنة ١٠٢٥هـ والوفاة سنة ١٠٨٨هـ ، فقيه حنفي وأصولي، وتولى إفتاء الحنفية بدمشق . من تصانيفه : " الدر المختار شرح تنوير الأبصار " ، و " الدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر " ، و " إفاضة الأنوار شرح المنار " في الأصول. معجم المؤلفين ١١ / ٥٦ ، والأعلام ٧ / ١٨٨.

(٤) هو مُحَمَّد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين . دمشقي . ولد بها سنة ١١٩٨هـ كان فقيه الديار الشامية ، وإمام الحنفية في عصره . توفي سنة ١٢٥٢هـ صاحب " رد المحتار على الدر المختار " المشهور بحاشية ابن عابدين .و" العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية " الأعلام للزركلي ٦ / ٢٦٧.

(٥) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري . أبو مُحَمَّد . ولد سنة ٣٨٤هـ، عالم الأندلس. كانت لابن حزم الوزارة وتدبير المملكة ، فانصرف عنها إلى التأليف والعلم . كان فقيها حافظا يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة على طريقة أهل الظاهر، وتوفي سنة ٤٥٦هـ. من تصانيفه : " المحلى " في الفقه ؛ و " الإحكام في أصول الأحكام " في أصول الفقه. الأعلام للزركلي ٥ / ٥٩ .

(٦) هو الإمام مُحَمَّد بن إسماعيل الأمير الصنعاني اليمني المحدث الفقيه المتفنن في علوم كثيرة، ترك من المؤلفات العظيمة ما يدل على سعة علمه كسبل السلام وإسبال المطر على قصب السكر. توفي سنة ١١٨٢هـ. " أبجد العلوم ١٩١/٣.

(٧) الدر المنتقى على متن الملتقى للحصكفي (٢/ ٥٤٧)، رد المحتار لابن عابدين ٣٥١/٥ والبدائع للكاساني (٥/ ١٢٩) ونهاية المحتاج للرّملي (٣/ ٤٥٦)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٢٢٠)، والمحلي لابن حزم ٩/ ٧٨، الطرق الحكمية لابن القيم – دار البيان – ص ٢٠٥، سبل السلام للصنعاني ٢٥/٣، ونيل الأوطار للشوكاني ٢٣٤/٥.

دقيق العيد [١] – رحمه الله – في قوله:" اعلم أن أكثر هذه الأحكام: قد تدور بين اعتبار المعنى واتباع اللفظ. ولكن ينبغي أن ينظر في المعنى إلى الظهور والخفاء. فحيث يظهر ظهورا كثيرا فلا بأس باتباعه، وتخصيص النص به، أو تعميمه على قواعد القياسين. وحيث يخفى، ولا يظهر ظهورا قويا، فاتباع اللفظ أولى" [٢].

واستدلوا بما يأتي:

١. عموم الحديث المتقدم:" لا يحتكر إلا خاطئ" [٣] ،

٢. ولحديث:" لا ضرر ولا ضرار" [٤]، فكل إضرار بمسلم لا يجوز.

الفرع الثاني: حكم الاحتكار إذا زال الإضرار

يشترط للاحتكار الممنوع وقوع الإضرار بأهل البلد، قال القاضي عبدالوهاب [٥] – رحمه الله –:" والحكرة ممنوعة إذا أضرت بأهل البلد في كل ما بهم حاجة إليه، من طعام وغيره، ولا تمنع إذا لم تعُد بالضيق والضرر" [٦]. وقال الشوكاني – رحمه الله –:" العلة إذا كانت هي الإضرار بالمسلمين لم يحرم الاحتكار إلا على وجه يضر بهم، ويستوي في ذلك القوت وغيره، لأنهم يتضررون بالجميع. وظاهر الأحاديث أن الاحتكار محرم من غير فرق بين قوت الآدمي وبين غيره" [٧].

---

(١) هو الإمام مُحَمَّد بن علي بن وهب المشهور بابن دقيق العيد المولود بينبع سنة ٦٢٥هـ المتوفى سنة ٧٠٢هـ. من أشهر كتبه إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام." أبجد العلوم " ١٥٦/٣.

(٢) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ١١٥/٣.

(٣) تخريجه في ص ٧٧.

(٤) رواه ابن ماجه برقم ٢٣٤٠، ٢٣٤١ وغيره، وفيه جابر الجعفي ضعيف.

(٥) هو عبد الوهاب بن علي بن نصر بن أحمد ، أبو مُحَمَّد، البغدادي ، المالكي ، فقيه أديب . ولد ببغداد سنة ٣٦٢هـ، وتوفي سنة ٤٢٢هـ. من تصانيفه : " التلقين " في فقه المالكية ، و " عيون المسائل " ، و " النصرة لمذهب مالك " ، و " شرح المدونة " ، و " الإشراف على مسائل الخلاف " . شجرة النور الذكية ص ١٠٣ ، ومعجم المؤلفين ٦ / ٢٢٦ ، والأعلام ٤ / ٣٣٥.

(٦) شرح التلقين ١٠٠٥/٣/٢.

(٧) نيل الأوطار – الطبعة المنيرية ٢٧٨/٥.

ويؤخذ مما تقدم أنه إذا زال الضرر جاز الاحتكار ولو في الأقوات، ويؤكد ابن عبدالبر[١] – رحمه الله –ذلك بقوله:"إذا كثر الطعام في الأسواق وبار واستغنى المسلمون عنه فلا بأس حينئذ بالابتياع للحكرة" [٢]. بل نص ابن حزم – رحمه الله – على الاستحباب ووافقه ابن العربي – رحمه الله – [٣].

وقد اعتبر كثير من الفقهاء كبر المكان من الحنفية والحنابلة [٤]، لعدم تصور الضرر، وهو السوق الجغرافية باصطلاح الاقتصاديين.

واشترط جمهور الفقهاء أن يكون تملكه للسلعة بطريق الشراء من سوق البلدة. وهذا ما ذهب إليه الجمهور، وذهب بعض المالكية، وأبو يوسف – رحمه الله – من الحنفية، إلى أن العبرة إنما هي باحتباس السلع بحيث يضر بالعامة، سواء أكان تملكها بطريق الشراء أو الجلب، أو كان ادخارا لأكثر من حاجته ومن يعول.

وعلى ما ذهب إليه الجمهور:

١- لا احتكار فيما جلب مطلقا، وهو ما كان من سوق غير سوق البلدة، أو من السوق الذي اعتادت البلدة أن تجلب طعامها منه.فقد نص الحنفية[٥] أنه إذا كان من سوق اعتادت المدينة أن تجلب طعامها منه، فاشتراه قاصدا حبسه، يكون محتكرا.

٢- ويتفرع على اشتراط الشراء لتحقق الاحتكار أن حبس غلة الأرض المزروعة لا يكون احتكارا وهو رأي الجمهور.

---

(١) هو يوسف بن عبد الله بن مُحَمَّد بن عبد البر النمري المالكي الحافظ ، أبو عمر . ولد بقرطبة سنة ٣٦٨هـ. من أجِلَّة المحدثين والفقهاء ، شيخ علماء الأندلس ، ومؤرخ أديب ، مكثر من التصنيف توفي سنة ٤٦٣هـ . من تصانيفه : " الاستذكار في شرح مذاهب علماء الأمصار " ، و " التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد " ، و " الكافي " في الفقه. الأعلام ٩ / ٣١٧.

(٢) الاستذكار٧/٢٤٧.

(٣) المحلى لابن حزم ٩/٦٤، شرح الأبي على مسلم ٤/٣٠٥.

(٤) الهداية ٨/١٢٦، الإنصاف ٤/٣٣٩.

(٥) الاختيار لتعليل المختار ٣ / ١١٥، والبدائع ٥ / ١٢٩

وذهب بعض المالكية إلى أن من حبس غلة الأرض المزروعة لانتظار الغلاء فهو من قبيل الاحتكار. فقد نقل عن ابن رشد الجد [١] – رحمه الله – أنه قال: " إذا وقعت الشدة أمر أهل الطعام بإخراجه مطلقا، ولو كان جالبا له، أو كان من زراعته"[٢].

واشترط الشافعية أن يكون الشراء وقت الغلاء للتجارة انتظارا لزيادة الغلاء. فلو اشترى في وقت الرخص، وحبسه لوقت الغلاء، فلا يكون احتكارا عندهم [٣]، ويرى الباحث أن الصحيح عدم اشتراطه، لأن الأدلة عامة. واشترط الحنفية أن يكون الحبس لمدة، فقد قالوا بأن الاحتكار شرعا شراء الطعام ونحوه وحبسه إلى مدة اختلفوا في تقديرها[٤].

والذي يراه الباحث أن حبس السلعة أو الخدمة مع وجود الحاجة كاف للحكم على هذا الفعل بأنه من الاحتكار الممنوع.

الفرع الثالث: حكم تخفيض الأسعار بما يترتب عليه الإضرار بالتجار

مما هو مقرر عند أهل العلم أن الشريعة الإسلامية تحافظ على حقوق المنتجين والمستهلكين في آن واحد، فكما لا يجوز الإضرار بالمشترين كذلك لا يجوز إضرار التجار ببعضهم، ومن ذلك تخفيض البائع الأسعار مما يضر الباعة الآخرين، فقد ورد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب – ﷺ –، مر بحاطب بن أبي بلتعة – ﷺ – وهو يبيع زبيبا له، بالسوق. فقال له عمر بن الخطاب – ﷺ –: إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا[٥]، وفي رواية عبدالرزاق أن عمر بن الخطاب – ﷺ – وجد ابن أبي بلتعة – ﷺ – يبيع الزبيب بالمدينة، فقال: كيف تبيع يا حاطب؟ فقال: مدين، فقال: تبتاعون بأبوابنا، وأفنيتنا وأسواقنا، تقطعون في رقابنا، ثم تبيعون كيف شئتم، بع صاعا، وإلا فلا تبع في سوقنا، وإلا

(١) هو مُحَمَّد بن رشد ، أبو الوليد . قاضي قرطبة . ولد بها سنة ٤٥٠هـ وبها توفي سنة ٥٢٠هـ . من أعيان المالكية،من تآليفه : " المقدمات الممهدات لمدونة مالك " ، و " البيان والتحصيل " في الفقه. الأعلام للزركلي.

(٢) التاج والإكليل ٤ / ٣٨٠.

(٣) المجموع شرح المهذب ١٢ / ٦٤ ط الأولى.

(٤) الهداية ٣ / ٧٤، ونتائج الأفكار (تكملة الفتح) ٨ / ١٢٦، ١٢٧ط الأولى الأميرية بمصر، والدر المنتقى على شرح الملتقى ٢ / ٥٤٨، وحاشية ابن عابدين ٥ / ٢٥٥ ط بولاق ١٢٧٢ هـ

(٥) رواه مالك في الموطأ برقم ٢٣٩٩ (طبعة الأعظمي)، ومن طريقه عبدالرزاق في مصنفه برقم ١٤٩٠٥،

فسيروا في الأرض واجلبوا، ثم بيعوا كيف شئتم [١]. وفي رواية أن عمر مر برجل يبيع طعاما قد نقص سعره، فقال:اخرج من سوقنا، وبع كيف شئت[٢].

الفرع الرابع: حكم البيع بغير سعر المثل عند ضرورة الناس

مع أن الأصل في التسعير المنع، لما صح عن أبي هريرة عند أحمد وأبي داود قال: "جاء رجل فقال: يا رسول الله، سعِّر، فقال: "بل أدعو الله "، ثم جاء آخر فقال: يا رسول الله، سعر، فقال: "الله يخفض ويرفع" [٣]، إلا أن علماء الإسلام ذكروا أنه يتعين التسعير في أحوال، منها أن يمتنع صاحب السلعة التي يضطر الناس لها إلى بيعها بأكثر من قيمة المثل، قال الإمام ابن تيمية – رحمه الله –:" ولهذا كان على الوالي الأمر أن يكره الناس على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه"[٤].

وفي فقه ذلك يقول ابن تيمية – رحمه الله –:"... مثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل،..."[٥].

ويشمل ذلك السلع والخدمات، يقول ابن تيمية – رحمه الله –:" ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة ناس مثل حاجة الناس إلى الفلاحة والنساجة والبناية: فإن الناس لا بد لهم من طعام يأكلونه وثياب يلبسونها ومساكن يسكنونها... فإذا كان الناس محتاجين إلى فلاحة

---

(١) رواه عبدالرزاق في مصنفه برقم ١٤٩٠٦.

(٢) رواه عبدالرزاق في مصنفه برقم ١٤٩٠٤.

(٣) أخرجه أحمد في "المسند" (٣٣٧/٢ رقم ٨٤٤٨)، وأبو داود في "سننه"، كتاب الإجارة، باب في التسعير (٣٤٥٠)، والبيهقي في "سننه" (٢٩/٦)، من طريق سليمان بن بلال، وأبو يعلى في "مسنده" (٦٥٢١)، والبغوي في "شرح السنة" (٢١٢٥)، من طريق إسماعيل بن جعفر، والطبراني في "الأوسط" (٤٢٧)، من طريق أبي أويس، وابن منده في "التوحيد" (٢٧٤)، من طريق مُحَمَّد بن جعفر بن أبي كثير، جميعهم (سليمان، وإسماعيل، وأبو أويس، ومُحَمَّد بن جعفر) عن العلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن أبي هريرة، به، وهذا لفظ سليمان بن بلال. وحسن إسناده ابن حجر في "التلخيص الحبير" (٣/ ٩٦٢)، والسخاوي في "المقاصد الحسنة" (٥٤٠)، وصححه الألباني في "صحيح أبي داود" (٣٤٥٠).

(٤)مجموع الفتاوى ٢٨/ ٧٥.

(٥) الحسبة لابن تيمية – دار الكتب العلمية ص ٢٢.

قوم أو نساجتهم أو بنائهم صار هذا العمل واجبا يجبرهم ولي الأمر عليه إذا امتنعوا عنه بعوض المثل ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم"[١].

الفرع الخامس: حكم اتفاقات القصر

وجدت بعض الصور في عصور سابقة، تعد من قبيل اتفاقيات القصر، ومنح الامتيازات في الأسواق لبعض التجار دون موجب شرعي، وقد حذر أهل العلم فيها، لما فيها من ظلم للمشترين، ومنع للمنافسين الآخرين، وفي ذلك يقول الإمام ابن تيمية – رحمه الله –: " وأبلغ من هذا أن يكون الناس قد التزموا ألا يبيع الطعام أو غيره إلا أناس معروفون لا تباع تلك السلع إلا لهم ثم يبيعونها هم فلو باع غيرهم ذلك منع إما ظلما لوظيفة تؤخذ من البائع أو غير ظلم لما في ذلك من الفساد. فهاهنا يجب التسعير عليهم بحيث لا يبيعون إلا بقيمة المثل ولا يشترون أموال الناس إلا بقيمة المثل بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء لأنه إذا كان قد منع غيرهم أن يبيع ذلك النوع أو يشتريه: فلو سوغ لهم أن يبيعوا بما اختاروا أو اشتروا بما اختاروا كان ذلك ظلما للخلق من وجهين: ظلما للبائعين الذين يريدون بيع تلك الأموال وظلما للمشترين منهم. والواجب إذا لم يمكن دفع جميع الظلم أن يدفع الممكن منه فالتسعير في مثل هذا واجب بلا نزاع وحقيقته: إلزامهم ألا يبيعوا أو لا يشتروا إلا بثمن المثل"[٢].

الفرع السادس: حكم الامتيازات الحصرية بلا مصلحة

وجدت بعض حالات الامتيازات الحصرية في الدول الإسلامية السابقة، ووقف في وجهها علماء الإسلام، فمن ذلك أن الإمام ابن تيمية – رحمه الله – سئل عمن ضمن من ولاة الأمور أن لا يباع صنف من الأصناف إلا من عنده وذلك الصنف لا يوجد إلا عنده في

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية – جمعها عبدالرحمن ابن قاسم ٨٢/٢٨.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية – جمعها عبدالرحمن ابن قاسم ٧٦/٢٨.

تلك البقعة ويوجد في الأماكن القريبة من نواحي تلك البقعة بحيث تكون المسافة ما بين مصر والقاهرة. فأجاب بأنه لا يحل له أن يفعل من وجهين:

١. من جهة أنه يمنع غيره من البيع الحلال.

٢. ومن جهة أنه يضطر الناس إلى الشراء منه حتى يشتروا ما يريد فيظلمهم بزيادة الثمن[١].

الفرع السابع: حكم اشتراك التجار والمنتجين لغرض الهيمنة على السوق

من طبيعة التجار اللهث وراء الربح، ومن الوسائل التي تخالف الشرع ما يقع من اتفاقات بين التجار لتقاسم الأسواق لغرض التحكم بالأسعار، وفي هذه المسألة يقول الإمام ابن تيمية – رحمه الله –:" ولهذا منع غير واحد من العلماء كأبي حنيفة[٢] وأصحابه القُسَّام الذين يقسمون العقار وغيره بالأجر أن يشتركوا والناس محتاجون إليهم أغلوا عليهم الأجر، فمنع البائعين الذين تواطؤوا على ألا يبيعوا إلا بثمن قدروه أولى، وكذلك منع المشترين إذا تواطؤوا على أن يشتركوا، فإنهم إذا اشتركوا فيما يشتريه أحدهم حتى يهضموا سلع الناس أولى أيضًا، فإذا كانت الطائفة التي تشتري نوعًا من السلع أو تبيعها قد تواطأت على أن يهضموا ما يشترونه بدون ثمن المثل المعروف، ويزيدون ما يبيعونه بأكثر من الثمن المعروف، وينموا ما يشترونه، كان هذا أعظم عدوانًا من تلقي السلع، ومن بيع الحاضر للبادي، ومن النجش ويكونون قد اتفقوا على ظلم الناس حتى يضطروا إلى بيع سلعهم وشرائها بأكثر من ثمن المثل،

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية – جمعها عبدالرحمن ابن قاسم ٢٣٨/٢٩.

(٢) هو الإمام الفقيه النعمان بن ثابت التيمي الكوفي مولى بني تيم الله بن ثعلبه من بكر بن وائل، ولد سنة ٨٠ هـ، ولقي عددا من الصحابة، واشتهر بدقة الفهم وحسن التعليم، فتتلمذ عليه عدد من العلماء، قال الشافعي الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة، قال الذهبي: توفي شهيدا مسقيا في سنة ١٥٠هـ. سير أعلام النبلاء ٣٩٠/٦-٤٠٣.

والناس يحتاجون إلى ذلك وشرائه. وما احتاج إلى بيعه وشرائه عموم الناس فإنه يجب ألا يباع إلا بثمن المثل، إذا كانت الحاجة إلى بيعه وشرائه عامة" (١).

ونقل ابن القيم – رحمه الله – أن غير واحد من العلماء، كأبي حنيفة وأصحابه، منعوا القسامين – الذين يقسمون العقار وغيره بالأجرة – أن يشتركوا، فإنهم إذا اشتركوا والناس يحتاجون إليهم أغلوا عليهم الأجرة. وكذلك ينبغي لوالي الحسبة أن يمنع مغسلي الموتى والحمالين لهم من الاشتراك، لما في ذلك من إغلاء الأجرة عليهم، وكذلك اشتراك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم (٢).

وبين الإمام ابن القيم – رحمه الله — أن إلزام الناس ألا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلا ناس معروفون، فلا تباع تلك السلع إلا لهم، ثم يبيعونها هم بما يريدون، من البغي في الأرض والفساد بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء. ويجب التسعير عليهم، وأن يبيعوا ويشتروا بقيمة المثل منعا للظلم. وكذلك إيجار الحانوت على الطريق أو في القرية بأجرة معينة، على ألا يبيع أحد غيره، نوع من أخذ أموال الناس قهرا وأكلها بالباطل، وهو حرام على المؤجر والمستأجر (٣).

الفرع الثامن: حكم الممارسات الاستبعادية لمنع دخول منافسين

بين فقهاء الإسلام تحريم اتخاذ أي وسيلة لإخراج تاجر من السوق، ومن ذلك قول ابن عابدين الحنفي – رحمه الله —:" عدم جواز ما عليه أهل بعض الصنائع والحرف من منعهم من أراد الاشتغال في حرفتهم وهو متقن لها أو أراد تعلمها فلا يحل التحجير كما أفتى به في الحامدية"(٤).

الفرع التاسع: سد الذرائع الموصولة إلى الجرائم الاحتكارية

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية — جمعها عبدالرحمن ابن قاسم ٧٩/٢٨، الحسبة لابن تيمية — دار الكتب العلمية ص ٢٣-٢٤.

(٢) الطرق الحكمية ص ٢٤٥ – ٢٤٦ ط السنة المحمدية

(٣) الطرق الحكمية ص ٢٤٥.

(٤) حاشية ابن عابدين — دار الفكر ١٤٨/٦.

يقصد بالسد في اللغة: إغلاق الخلل. والذريعة: الوسيلة إلى الشيء يقال: تذرع فلان بذريعة أي توسل بها إلى مقصده، والجمع ذرائع [1].

ويقصد بسد الذرائع في الاصطلاح الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل محظور. ومعنى سد الذريعة: حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها إذا كان الفعل السالم من المفسدة وسيلة إلى مفسدة [2].

وفي هذا الفرع سيتم التطرق لبيان اعتبار سد الذرائع مصدرا للأحكام الشرعية، وأقسام الذرائع إلى المحرمات، ونتيجة لذلك بيان سد ذريعة كل ما يؤدي للاحتكار من اندماجات قد تؤدي للهيمنة.

المسألة الأولى: اعتبار سد الذرائع مصدرا للأحكام الشرعية

ذهب المحققون من أهل العلم من المالكية، والحنابلة إلى اعتبار سد الذرائع أصلا من الأصول التي تبنى عليها الأحكام لأدلة كثيرة منها قوله تعالى:" وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖ" (الأنعام: ١٠٨)، ووجه الدلالة أنه الله تعالى نهى عن سب آلهة الكفار لئلا يكون ذلك ذريعة إلى سب الله تعالى، وقوله تعالى: يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرۡنَا " (البقرة: ١٠٤) ووجه الدلالة أنه الله تعالى نهى عن قول هذه الكلمة مع أن معناها صحيح لئلا يكون ذلك ذريعة لليهود إلى سب النبي – ﷺ –.

المسألة الثانية: أقسام الذرائع إلى المحرمات

يمكن تقسيم الذرائع إلى الفساد ثلاثة أقسام:

١– قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه، كحفر الآبار في طرق المسلمين، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها، وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم.

(١) لسان العرب، المصباح المنير، مادة: (ذرع، وسدد).

(٢) تبصرة الحكام ٢ / ٣٢٧، الفروق للقرافي ٢ / ٣٢.

٢- وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه، وأنه ذريعة لا تسد، ووسيلة لا تحسم، كالمنع من زراعة العنب خشية أن تعصر منه الخمر فإنه لم يقل به أحد.

٣- وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا، وهو محل نظر الفقيه[١].

وتطبيق القسم الثالث في المسألة الآتية.

المسألة الثالثة: سد ذريعة كل ما يؤدي للاحتكار من اندماجات قد تؤدي للهيمنة

حيث تقرر أن الاحتكار وجميع الجرائم الاحتكارية والممارسات الاستبعادية مما تمنعه الشريعة الإسلامية، فإن ما يؤدي إلى ذلك مما ينبغي منعه أيضا إذا تم التحقق من إيصاله في النهاية للجرائم الاحتكارية والهيمنة على السوق، فإذا أمكن الإذن بالتركز الاقتصادي مع أخذ التعهدات بعدم وقوع المحذور فهو المتعين.

وسد هذه الذرائع يحتاج إلى دراسة متأنية في مصالح التركز ومفاسده ثم الموازنة بين ذلك، وإمكانية السماح بالتركز مع أخذ التعهدات والاشتراط التي تمنع المحذور، وفي الفصل الثاني سيتم التطرق إلى أسس النظر في الاندماج في ضوء أحكام المنافسة، سواء أدى إلى المركز المهيمن أو لم يؤدِّ إليه.

(١) الفروق للقرافي ٢ / ٣٢.

الفصل الثاني

أسس النظر في الاندماج في ضوء أحكام المنافسة

ويتضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: في حال كون الاندماج لا يؤدي إلى الوضع المهيمن

المبحث الثاني: في حال كون الاندماج يؤدي إلى المركز المهيمن

المبحث الثالث: أسس الرقابة على المنشآت التجارية بعد الاندماج عند وجود حد أدنى من التأثير على المنافسة

المبحث الرابع: الموقف الفقهي لضبط الاندماج والرقابة عليه حتى لا يخل بالمنافسة

مدخل:

تمنع أنظمة المنافسة كل ما يقيد المنافسة من اتفاقيات أو غيرها، ويشمل ذلك كل تنسيق في السلوك بين المشروعات أو أي عقد أو اتفاق ضمني أو صريح، كما يشمل أيَّ شكل يتخذه هذا الاتفاق إذا كان محله أو كانت آثاره تمنع أو تقيد أو تحرف المنافسة[١].

ويعد الاندماج أهم التصرفات القانونية المشمولة بالتنظيم في قوانين المنافسة؛ ويشمل ذلك الاندماج بشتى أنواعه، والذي يكون بين منشأتين أو أكثر والمؤدي إلى حالة من التركز الاقتصادي في السوق بتكوين احتكار مقيد للمنافسة، ولذا تسعى معظم القوانين لتنظيم أحكام الاندماج أو التركز لإبقاء روح المنافسة[٢]. وقد أحسن المنظم الأردني حين استعاض عن لفظ الاندماج إلى لفظ أشمل وهو التركز، إذ يدخل ضمنه الاندماج والسيطرة والمشروع المشترك التركزي[٣].

وقد كان قانون شيرمان في الولايات المتحدة الأمريكية يحظر كل تجمع أو تكتل أو تواطؤ بغية تقييد حرية المنافسة، ثم عُدِّلَ ذلك بالمادة السابعة من قانون كلايتون والتي حظرت أي استحواذ بطريق مباشر أو غير مباشر إذا كانت هذه السيطرة تؤدي إلى احتمال التقييد الجوهري للمنافسة بين تلك المنشآت أو في السوق بصفة عامة أو كان من مؤدى ذلك احتمال تكوين احتكار في مجال السلعة وفي نطاق السوق الجغرافية[٤].

وبدهي أن الاندماج إذا لم يكن مؤدياً للسيطرة أنه لا يدخل في مجال الحظر، كما في الأحوال الآتية:

١- إذا كان الاندماج لغرض الاستثمار البحت وليس السيطرة.

٢- إذا كان الاندماج مع شركة تعاني صعوبات مالية أو إدارية، ويطلق على هذه الحالة في قوانين المنافسة: استثناء الشركة المفلسة أو الهاوية (Failing Company Doctrine).

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار – للدكتورة لينا حسن ذكي – ٢٠٠٦م – ص ٤١.

(٢) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية لأحمد الملحم- مجلة الحقوق - ١٦/٣/١٩.

(٣) قانون المنافسة الأردني رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٤م المادة ٩ الفقرة (أ).

(٤) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة ص ١٨٧.

كما يجدر التنبيه إلى أن احتكار السوق في منتج معين جديد أمر لا بد منه، كما أنه قد يصبح ضروريا في ظروف اقتصادية معينة [١].

وبالجملة، فالنظر يكون لدرجة التركيز (Ratio of Concentration) الذي يحدثه الاندماج في السوق، كما سيأتي إيضاحه. ويتم تقييم عملية التركز عبر ما يعرف بتحليل الاندماج (Merger Analysis)[٢].

وتختلف التنظيمات في تحليل آثار الاندماج، ويمكن إرجاعها إلى ضابطين:

الأول: ضابط الهيمنة أو السيطرة (Dominance Test)، ويحظر الاندماج من خلال هذا الضابط إذا أدى إلى تكوين مراكز مسيطرة في السوق، وهذا المعيار يأخذ به المنظم الألماني والإيطالي.

الثاني: ضابط الخفض الجوهري للمنافسة (Substantive Lessening of Competition Test)، ومن خلال هذا الضابط يحظر الاندماج إذا ترتب عليه تخفيض جوهري في حرية المنافسة في السوق المعنية، وتأخذ به الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة وفرنسا.

ويرى الباحث أن يؤخذ بالمعيارين كليهما، مع الأخذ في الاعتبار ما يحصل من آثار إيجابية وهو ما يعرف بالكفاءات (Efficiencies)، ومحاولة إصلاح الاندماج بدلاً من إلغائه وإبطاله[٣].

وفي هذا الفصل سيتم تناول أسس النظر في الاندماج في ضوء أحكام المنافسة من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: في حال كون الاندماج لا يؤدي إلى الوضع المهيمن

المبحث الثاني: في حال كون الاندماج يؤدي إلى المركز المهيمن

المبحث الثالث: أسس الرقابة على المنشآت التجارية بعد الاندماج عند وجود حد أدنى من التأثير على المنافسة

---

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٢.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٦٩.

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٠٣-٣٠٤.

المبحث الرابع: الموقف الفقهي لضبط الاندماج والرقابة عليه حتى لا يخل أحكام المنافسة

المبحث الأول

في حال كون الاندماج لا يؤدي إلى الوضع المهيمن

تأثير التركز على المنافسة متفاوت كما هو معلوم، حسب عدة عوامل مؤثرة، ومن أهمها الثقل الاقتصادي، فلا ينظر إلى عمليات التركز التي لا تتمتع بثقل اقتصادي. فعلى سبيل المثال؛ لا تراقب الجهات المختصة في الولايات المتحدة الأمريكية الاندماج إلا إذا تجاوزت الصفقة خمسة عشر مليون دولار أمريكي[١]، وفي قانون المنافسة الأوروبي حددت حالة التركز التي تستحق أن تكون تحت المراقبة إن تعدى المشروع بأعماله خمسة مليارات يورو[٢]، وهذا فرق كبير وواضح بين المنظم الأمريكي والمنظم الأوروبي.

وقد أكدت لائحة الاندماج الأوروبية أن التركيز الذي لا يشكل عائقاً هاما للمنافسة الفعالة في السوق الأوروبي أو في جزء جوهري منه، وعلى وجه الخصوص ذلك الذي لا ينشئ ولا يعزز مركزا مسيطراً يعد متوافقاً مع السوق المشترك[٣].

وفي هذا المبحث سيتم بيان الآتي:

المطلب الأول: المقصود بالوضع المهيمن

المطلب الثاني: إجراءات الاندماج في حال كونه لا يؤدي إلى الوضع المهيمن

المطلب الأول

المقصود بالوضع المهيمن

الوضع المهيمن له عدة تعريفات متقاربة في قوانين المنافسة والقضاء المقارن، وفي هذا المطلب سيتم بيان ما يتعلق بالهيمنة أو الوضع المهيمن، والمعاني المتعلقة به.

---

(١) القانون المنظم للتركز (Hart Scort Rodins)، عن الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٨٩.

(٢) الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها – لينا حسن ذكي ص ٢٥٥.

(٣) لائحة الاندماج الأوروبية ٢-٢، وينظر كتاب: التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٣٦٦ هامش ١.

المسألة الأولى: تعريف الوضع المهيمن في قوانين المنافسة

عرف المنظم السعودي الهيمنة بأنها وضع تكون من خلاله المنشأة أو مجموعة مُنشآت قادرة على التأثير في السعر السائد من خلال التحكم في نسبةٍ مُعينةٍ من العرض الكُلي لسلعةٍ أو خدمةٍ مُعينة[١]. ويرى الباحث أن هذا التعريف معيب، لذكره طريقة الوصول للوضع المهيمن، والتعريفات يفترض أن تخلو مما يزيد على بيان المقصود.

ونلحظ أن القانون الأردني للمنافسة تلافى ذلك فعرف الوضع المهيمن بأنه الوضع الذي تكون فيه المؤسسة قادرة على التحكم والتأثير في نشاط السوق [٢]. ومثله القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة[٣]، وقانون المنافسة السوري [٤].

وقريب من التعريف السابق، تعريف بعض القانونيين المختصين في المنافسة للوضع المهيمن بأنه الوضعية التي تكون فيها المنشأة أو مجموعة منشآت قادرة بحكم قوتها السوقية على التأثير في السوق والتنصل من منافسيها لفترة معقولة [٥].

وعرف الوضع المهيمن بأنه الوضع الذي تخضع عنده عملية التركز الاقتصادي للرقابة المنصوص عليها في التشريع، بحيث لا تؤدي عملية التركز إلى قيام احتكار يؤثر سلبا في السوق[٦]. ويرى الباحث أن هذا التعريف معيب، لكونه عرف الهيمنة بنتيجتها، ولم يميزها عن غيرها من الأوضاع.

والذي يظهر للباحث أن أوضح تعريف للهيمنة، مع اختصاره ما ورد في القانون القطري للمنافسة بأن الهيمنة هي قدرة الشخص أو مجموعة أشخاص تعمل معاً في التحكم في سوق

(١) نظام المنافسة السعودي م٢.

(٢) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ٢.

(٣) القانون الإماراتي الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م – بتاريخ٢٤ ذي القعدة ١٤٣٣هـ – الموافق: ١٠ أكتوبر ٢٠١٢م – في شأن تنظيم المنافسة – م ١.

(٤) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري– م٢.

(٥) التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٣٥.

(٦) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة ص ١٨٨.

المنتجات، وإحداث تأثير فعال على الأسعار أو حجم المعروض بها دون أن تكون لمنافسيهم القدرة على الحد من ذلك[١].

علماً بأن قوانين المنافسة، لا تحظر الوضع المهيمن ذاته، وإنما يحظر استغلال هذا الوضع، كما تجدر الإشارة إلى أن الوضع المهيمن كما يمارس من طرف منشأة واحدة، يمكن أن يمارس بشكل جماعي من منشآت عدة، وذلك عندما تستخدم منشآت بشكل جماعي سلوكا مشابها لما تمارسه المنشأة المهيمنة نحو عملائها ومنافسيها، وحتى نكون أمام وضع مهيمن جماعي ينبغي توافر الآتي:

١. أن تمارس المنشآت نشاطها داخل السوق نفسه.

٢. ألا تكون المنشآت في حال تنافس فيما بينها، إذ غياب التنافس مؤشر على وجود روابط بينها.

المسألة الثانية: مفهوم الهيمنة لدى القضاء المقارن

اتجهت العديد من الدول إلى إغفال تعريف الوضع المهيمن (الهيمنة) ليتاح إلى القضاء والشراح تعريفه حسب التطور التجاري، وهو ما اتجه إليه المنظم الفرنسي وتبعه بعض الدول العربية كتونس والجزائر والمغرب [٢].

وقد انتهى مجلس المنافسة الفرنسي من خلال التقارير الصادرة عنه إلى تحديد الممارسات التي تميز تعسف المنشأة المهيمنة فتوصل إلى أن التعسف ينحصر عادة فيما يلي:

١) القيام بالممارسات التي يكون الغرض منها أو يمكن أن يترتب عنها إقصاء المنافسين أو منع منافسين جدد إلى السوق المهيمن عليها.

٢) القيام بممارسات يصعب على أي منشأة منافسة أن تقوم بها دون أن تعرض مصلحتها في السوق للخطر[٣].

---

(١) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ١.

(٢) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة – للدكتور مُحَمَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري – تيزي إوزو – ع ٢٣ ص ٦١، وقد خلت قوانين المنافسة لتونس والجزائر والمغرب من تعريف الهيمنة.

(٣) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد مُحَمَّد محمود خلف ص ٨٤.

المسألة الثالثة: مفهوم المركز المسيطر

يوجد للوضع المهيمن عدة إطلاقات أخرى مثل: المركز الاحتكاري والمركز المسيطر والحصة السوقية والقوة السوقية والتركز السوقي، والسيطرة على السوق[١]، وهذه المصطلحات متطابقة لا فرق بينها.

واصطلاح المركز المهيمن أو المسيطر (Dominant Position) هو المستعمل في القوانين الأوروبية[٢]، ويقابله في القوانين الأمريكية مصطلح "المركز الاحتكاري"[٣]، وهو المستخدم في قانون شيرمان، فمفهوم المركز المسيطر ومفهوم القدرة على الاحتكار متفقان – حسب توجه القضاء الأمريكي – فقد تم تحديد القدرة على الاحتكار بأنها القدرة على رفع الأسعار أو تفادي المنافسة [٤].

ومن المهم جدا استخلاص مفهوم المركز المسيطر من الأحكام القضائية المقارنة، ففي أحد الأحكام الفرنسية ذكر أن المركز المسيطر هو قدرة المشروع الاقتصادية التي تمكنه من منع المنافسة الحقيقية في السوق وتسمح له بالتصرف بحرية ودون ضغط من المنافسين أو العملاء أو المستهلكين، وفي حكم آخر قررت المحكمة أن المشروع يكون في مركز مسيطر عندما يحوز حصة كبيرة من السوق لفترة من الزمن"[٥].

وعرفت السلطات القضائية للاتحاد الأوروبي المركز المسيطر بأنه "قوة اقتصادية محوزة من طرف منشأة والتي بموجبها تستطيع إعاقة المنافسة الفعلية في السوق وانتهاج سلوك يتسم بقدر كاف من الاستغلال اتجاه منافسيها وعملائها وأخيراً إزاء المستهلكين[٦].

ومن خلال التعريف يتضح أن الاستغلال التعسفي يتطلب لقيامه توافر عنصرين هما:

---

(١) المنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ١٣٧.

(٢) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١٠٧.

(٣) التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ١٢٩.

(٤) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٦٩.

(٥) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد محمد محمود خلف ص ٨٤.

(٦) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة –محمد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري –تيزي إوزو – ع ٢٣ ص ٦١. الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١٠٨.

العنصر الأول: توفر سلطة مطلقة للمنشأة تمكنها من فرض شروطه في السوق.

العنصر الثاني: إخضاع المنافسين لسلوك المنشأة المنفرد.

كما عرف المركز المسيطر بأنه الحصول على تأثير معقول في تحديد الأسعار أو زيادتها فوق الحد التنافسي من غير فقدان الحصة السوقية أو المقدرة على تفادي المنافسة [١]. فالشركات المندمجة إن استطاعت أن ترفع الأسعار أو ممارسة التمييز غير العادل بين التجار أو تقييد الإنتاج، فقد وصلت للمركز المسيطر.

وقد عرفت محكمة العدل الأوروبية المركز المسيطر بأنه مركز يحصل بموجبه الملتزم على مقدرة اقتصادية يتمكن بواسطتها من تفادي المنافسة الفعالة في السوق من خلال إعطاء التاجر المقدرة على التصرف بالاستقلال عن منافسيه وعملائه[٢]، والتعريف ذاته ورد في قرار لمجلس المنافسة الفرنسي[٣].

ويؤخذ من التعريف وجود أحد ضابطين للوصول للمركز المسيطر هما:

١. القدرة على التصرف باستقلالية عن كل من المنافسين والعملاء والمستهلكين.

٢. القدرة على منع المنافسة الفعالة في السوق المعنية[٤].

ويحصل هذا المركز من خلال كبر حجم الحصة في السوق أو تحققها مع وجود مهارة فنية وسهولة الحصول على المواد الأولية، وتوافر رأس المال، وهذا ما يمكنه من التحكم بالأسعار أو السيطرة على الإنتاج والتوزيع لتلك السلعة[٥].

المسألة الرابعة: مؤشرات المركز المسيطر

يوجد عدة مؤشرات لتحديد المركز المسيطر، وأهمها:

---

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٠٨.

(٢) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة –مُحَمَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري –تيزي إوزو – ع ٢٣ ص ٦١. الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل مُحَمَّد شلبي، ص ١٠٨.

(٣) قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة – ، ٢٠٠٦ – لينا حسن ذكي ص١٨٠.

(٤) المرجع السابق ص١٧٩.

(٥) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٨٠.

المؤشر الأول: مقدار حصة المنشأة في السوق

وبيان مؤشر مقدار حصة المنشأة في السوق هو أن كلما زادت حصة الشركة في السوق زادت القوة الاحتكارية للشركة وأوصلها لمركز مسيطر في السوق. وقد قررت المحكمة العليا الأمريكية أنه إذا كانت حصة المنشأة ٩٠% وأكثر فإن هذا يقطع بأنها محتكرة. أما لم تتجاوز ٣٣% فإن هذا يقطع بعدم وجود أي احتكار [١]. وتتجه في الآونة الأخيرة معظم أحكام القضاء الأمريكي لاعتبار النسبة من ٨٠% إلى ٩٠% قرينة كافية لاستخلاص وجود احتكار، وأن النسبة إذا كانت أقل من ٥٠% فإن ذلك قرينة كافية أيضا على عدم وجود احتكار[٢].

ويمكن قياس هذا المقدار عبر منهجين:

المنهج الأول: حساب حجم المبيعات بالنظر إلى عددها أو قيمتها.

المنهج الثاني: النظر إلى مقدرة التاجر الإنتاجية للسلعة.

ويرى الباحث أن المنهج الأول أدق، لأنه يعبر حقيقة عن كون التاجر في مركز مسيطر، بينما المنهج الثاني لا يدل على سيطرة التاجر، فقد ينتج التاجر كميات دون أن يستطيع تسويقها [٣].

وليست النسبة كل شيء، فإن كانت الشركة وصلت إلى نسبة ٩٠% من السوق بسبب جودة منتجاتها، فإن ذلك عمل مشروع لا إشكال فيه، وفي المقابل قررت محكمة العدل الأوروبية أن منتجي الموز الأمريكي أساؤوا استعمال مركزهم المسيطر، مع أن نصيبهم من السوق بين ٤٠% إلى ٤٥% [٤].

المؤشر الثاني: وجود عوائق حقيقية لدخول منافسين إلى السوق

تنشأ عوائق دخول منافسين إلى السوق في الأحوال الآتية:

أ- وجود مانع قانوني من وجود منافسين، ومن أمثله ذلك كون السلعة محمية ببراءة اختراع أو حقوق ملكية فكرية، أو كون الدخول في السوق لا يحصل إلا بترخيص حكومي، أو

(١) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١١١.

(٢) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٤٠،

(٣) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور محمد سلمان الغريب ص ١٨٣.

(٤) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١١٢.

لكون الامتياز مُنِحَ لجهة أو جهات دون الإذن لغيرهم من منافستهم[١]، مما يمكن المنشأة من زيادة أسعارها باستمرار دون جذب منافسين جدد، أو حتى توسع المنافسين الحاليين [٢].

ب- وجود ندرة في المواد الأولية مما يجعل التاجر الجديد يتحمل تكاليف إضافية تفوق التكاليف التي يصرفها منافسوه الموجودون في السوق.

المؤشر الثالث: انخفاض مرونة العرض والطلب

إذا انخفضت مرونة العرض والطلب بحيث لا يكون للمنتج بدائل ملائمة في السوق، مما يمكن الشركة من فرض احتكارها في السوق [٣].

المسألة الخامسة: علاقة الهيمنة بالاحتكار

من المقرر في القوانين المدنية أن احتكار التاجر لسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات بالنسبة للعملاء، يدخل فيه الاحتكار القانوني أو الفعلي كما في السيطرة سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق[٤]. ولتقارب المعنيين عرف سوليفان الاحتكار بأنه هيمنة منشأة على حصة ضخمة من إنتاج أي سوق تمكنها من فرض سيطرتها بشكل فعال على مجمل إنتاج ذلك السوق وبالتالي إمكان زيادة أرباحها بتخفيض ذلك الإنتاج [٥].

وقد نص القانون التجاري الكويتي على سبيل المثال على أن التاجر يكون في مركز احتكاري إذا أصبحت لديه القدرة على التحكم في أسعار السلع والخدمات [٦] ، ومقصود المنظم الكويتي: أو أحدهما[٧]. وبينت المذكرة الإيضاحية أن المنظم بين أن معيار المركز الاحتكاري هو مقدرة التاجر على التحكم في أسعار السلع والخدمات، وبهذا تجنب الخلاف

(١) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٨٤.

(٢) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل مُحَمَّد شلبي، ص ١١٢.

(٣) المرجع السابق، ص ١١٤.

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. د.عبد الرزاق السنهوري الجزء الأول ص ٢٤٥.

(٥) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٢٦ نقلا عن كتاب سوليفان و هوفنكاسب المعنون بـ (Antitrust Law, Policy & Procedure) ص ٤٠٧.

(٦) قانون التجارة الكويتي – المادة (٦٠مكررا-ب-).

(٧) الاحتكار والأفعال الاحتكارية دراسة تحليلية مقارنة في القانون الأمريكي والأوربي والكويتي. د. أحمد الملحم. ص ٩٢، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٧٢.

الدائر حول تعريف المحتكر، وتفادى التعريف القائم على بيان الحصص في ظل نظام قانوني لا يفرض ضرائب على نشاط التجار، ومن أمثلة الحالات التي يكون فيه التاجر محتكرا:

١. إذا لم يكن له منافس،

٢. أو كان يتعرض إلى منافسة غير جوهرية أو محدودة النطاق،

٣. أو إذا لم تكن بين مجموعة من التجار منافسة جوهرية في سوق شراء أو بيع بضاعة أو خدمة،

٤. أو إذا أصبح لدى التاجر حصة في السوق تفوق منافسيه بدرجة كبيرة، ما لم يثبت أنه لا يستطيع التحكم في الأسعار أو تفادي المنافسة، ويدخل في تقدير ذلك مقدرته المالية، ووصوله إلى أسواق البيع أو الشراء، واتصاله بالشركات الأخرى ومقدرته التفاوضية، وعوائق دخول تجار آخرين منافسين في السوق [١].

ويرى الباحث أن التاجر إذا حصل لديه قدرة بالتحكم بالأسعار فهو في مركز احتكاري.

وخلاصة ما سبق أن الهيمنة لها عدة تعريفات نتيجتها واحدة، كما تم تبيين المركز المسيطر ومؤشراته، وعلاقة الهيمنة بالاحتكار، وبيان عدد من التصرفات المؤدية إلى الهيمنة.

وقد اتجهت القوانين العالمية عدة اتجاهات في تحديد التصرفات المؤدية إلى الهيمنة. وفيما يلي من هذا المطلب بيان لها عبر الفروع الآتية:

الفرع الأول: التركز الاقتصادي عبر بلوغ النسبة المحددة نظاما

الفرع الثاني: إمكانية التأثير على السعر السائد في السوق ولو لم تبلغ النسبة النظامية وبيانها في ما يأتي.

الفرع الأول: التركز الاقتصادي عبر بلوغ النسبة المحددة نظاما

إذا وصلت حالة تركز المنشأة إلى حد منصوص عليه في النظام فإنه يحكم على المنشأة بأنها وصلت للهيمنة، وتدخل في أحكام خاصة بها، وفيما يأتي بيان لأحكام هذه النسبة في المسائل الآتية.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٣لسنة١٩٩٦م بإضافة مواد جديدة إلى المرسوم بقانون رقم ٦٨لسنة١٩٨٠م بإصدار قانون التجارة.الكويت اليوم.العدد ٢٥٥.السنة الثانية والأربعون.٥-٥-١٩٩٦م، عن الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٧٠.

المسألة الأولى: مفهوم التركز الاقتصادي

عرف المنظمُ السعودي التركزَ الاقتصادي (Economic Concentration in the Market) بأنه كل عمل ينشأ عنه نقل كلي أو جزئي لملكية أو حقوق انتفاع من ممتلكات أو حقوق أو أسهم أو حصص أو التزامات منشأة إلى منشأة أخرى من شأنه أن يمكن منشأة أو مجموعة منشآت من الهيمنة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على منشأة أو مجموعة منشآت أخرى، عن طريق الاندماج أو الاستحواذ أو التملك أو الجمع بين إدارتين أو أكثر بإدارة مشتركة أو أية وسيلة تؤدي إلى تملك حصة من السوق تبلغ (٤٠%) من المعروض الكلي لسلعة ما في السوق[١]. وعرف التركز الاقتصادي في قانون المنافسة التونسي والإماراتي بتعريفات مقاربة لتعريف المنظم السعودي[٢].

ونجد أن القانون التجاري الفرنسي ذكر مفهوم التركز الاقتصادي ببيان وسائله، فقد نص على أن التركز الاقتصادي يتكون عندما يحدث اندماج بين مشروعين أو أكثر، أو عندما يستحوذ شخص أو أكثر ويسيطر على مشروع ما، أو عندما يستحوذ شخص أو أكثر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة سواء عن طريق المشاركة في رأس المال، أو شراء بعض الأصول، أو عقد ما أو بأي طريقة أخرى، ويصبح قادراً على التحكم أو السيطرة جزئيا أو كليا، على مشروع أو عدة مشروعات أخرى، وأخيرا عندما يتم إنشاء مشروع مشترك يتولى بصفة دائمة القيام بمهام وحدة اقتصادية مستقلة[٣].

وقد استعمل مصطلح التركز الاقتصادي حتى يشمل مناحي السيطرة التي لا تدخل ضمن الاندماج، ومن ثم فلا اختلاف في المبادئ القانونية التي يخضع لها الاندماج أو السيطرة، وقوامها ألا تؤدي إلى التركز الاقتصادي في السوق سواء بتكوين احتكار أو بتقييد المنافسة أو تفاديها[٤].

---

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢.

(٢)قانون المنافسة التونسي – الفصل ٧ (جديد)، التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٤٤، والقانون الإماراتي الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م – بتاريخ٢٤ ذي القعدة ١٤٣٣هـ – الموافق: ١٠ أكتوبر ٢٠١٢م – في شأن تنظيم المنافسة – م ١.

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٦٤.

(٤) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية –د. أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ١٤.

المسألة الثانية: وسائل التركز الاقتصادي

يمكن القول بأن وسائل التركز الاقتصادي كثيرة، وتتجدد أساليبه وتختلف باختلاف الزمان والمكان، فإذا ابتكر التجار في دولة ما وسيلة للتركز سرعان ما تنتشر في بقية الدول، وأهم الوسائل وأشهرها الاندماج والاستحواذ، وقد أحسن المنظم الأوروبي حين فتح المجال لتحديد وسائل التركز بلا حصر لها، ليكون تطبيق المعيار هو الفارق بين التركز وغيره، فقد ورد في لائحة الاندماج الصادرة عن مجلس الوزراء الأوروبي سنة ١٩٨٩م أن السيطرة تكون من خلال حقوق أو عقود أو أي وسيلة أخرى، تعطي حق ممارسة التأثير القاطع (Decisive Influence) على الملتزم الخاضع للسيطرة وعلى وجه الخصوص بواسطة:

أ- ملكية أو حق استعمال كل أو بعض أصول الملتزم الخاضع للسيطرة.

ب- حقوق أو عقود تعطي تأثيرا قاطعا في مجال الصلح الواقي من الإفلاس أو التصويت على القرارات الصادرة من الملتزم [١].

وهذا يشمل الاندماج القانوني، وما له أثر الاندماج الذي يمكن تسميته الاندماج الحكمي، أو الاندماج الاقتصادي الذي يشمل كل ما يؤدي للسيطرة [٢].

ويدخل في ذلك سيطرة شركة على أخرى من خلال تأجيرها براءة اختراع، فيتحقق التركيز المؤقت، فهو داخل في المادة ٣-٣-أ من لائحة الاندماج الأوروبية، إذ هو داخل في حق الاستعمال.

ولا يدخل في ذلك عقد الإيداع والرهن الاسمي، والرهن الحيازي، لأن التصويت لا يزال من حق الملاك، أما الدائن المرتهن فلا حق له في التصويت ولا حضور الجمعية العمومية [٣].

وأهم وسائل التركز هي:

أولا: الاندماج

ثانيا: الاستحواذ

---

(١) لائحة الاندماج للاتحاد الأوروبي المادة ٣-٣.

(٢) الاندماج القانوني منصوص عليه لائحة الاندماج للاتحاد الأوروبي المادة ٣/١/أ وأما الاندماج الاقتصادي فمنصوص عليه في المادة ٣/١/ب.

(٣) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٣٢.

ثالثا: اتحاد المنتجين الاحتكاري – الترست

رابعا: تجمع الشركات

خامسا: اتحاد المنتجين – الكارتل

سادسا: اتحاد التجار – الكونسورتيوم

سابعا: المشروع المشترك التركزي

وفيما يأتي بيان لها مع بيان المقصود منها باختصار.

أولا: الاندماج (Merger)

تقدم بيان مفهوم الاندماج وأنواعه، وأن التعريف المختار هو أنه انضمام منشأة تجارية أو أكثر إلى منشأة أخرى بموجب عقد بحيث تزول الشخصية المعنوية للمنشأة المنضمة، وتنقل حقوقها والتزاماتها إلى المنشأة الضامة، أو امتزاج منشأتين تجاريتين أو أكثر بعقد بحيث تزول الشخصية المعنوية لكل منهما، وتنتقل حقوقها والتزاماتها إلى منشأة جديدة.

ويعد الاندماج الوسيلة الأكثر تحقيقا للتركز الاقتصادي، لأن الشركات المندمجة لا تفقد استقلالها الاقتصادي فحسب بل تفقد كيانها القانوني وتزول شخصيتها الاعتبارية نهائياً [(١)].

ثانيا: الاستحواذ (Acquisition)

تقدم أن الاستحواذ[(٢)]هو إقدام المنشأة الكبيرة (أ) على شراء المنشأة الصغيرة (ب) مقابل دفع قيمة صفقة الشراء إلى مساهمي المنشأة الثانية، إما نقداً أو بثمن آجل، ما يستتبع ذلك زيادة حجم المنشأة (أ) وتلاشي المنشأة (ب) بمساهميها[(٣)]. وتتم عملية الاستحواذ عن طريق السيطرة، بحيث تحصل المنشأة على أكثر من ٥٠% من أسهم منشأة أخرى بغرض السيطرة.

والاستحواذ من طرق التركز التي نصت عليها أنظمة المنافسة، وصدرت بها أحكام قضائية في العديد من الدول.

---

(١) النظام القانوني لاندماج الشركات لحسام الدين الصغير ص ٢١.

(٢) ويطلق عليه التملك.

(٣) الدمج والتملك المصرفي في البلدان العربية – أحمد سفر ص ٨٠.

ففي قضية استحواذ شركة أرجوماري على شركة وجنز بشرائها ٣٩% من أسهمها، قررت المفوضية الأوروبية أن أرجوماري تتمتع بالسيطرة الأحادية على وجنز [١]. وفي قضية استحواذ كل من شركة أي بي بي وشركة ترافالقار على شركة بريل بتملك ٤٠% من أسهمها، قررت المفوضية الأوروبية أن هذا يعد من السيطرة المشتركة، وهو مؤدي للتركيز طبقا للمادة الثالثة[٢].

ولم يحدد القانون الأوروبي نسبة معينة لملكية الأصول أو الأسهم التي يمكن أن يحكم بأنها تؤدي للتركيز، بل وضعت للجهة القضائية سلطة تقديرية وفقاً لمعطيات كل حالة، بينما في القانون البرتغالي للمنافسة حدد نسبة مئوية قدرها ١٠% من أسهم الشركة المسيطر عليها [٣].

ثالثا: اتحاد المنتجين الاحتكاري – الترست (Trust)

الترست هو انضمام عدة شركات تحت إدارة واحدة بإيداع المساهمين قدرا كافيا من الأسهم لدى مجلس ثقة (Board of Trustees) يدير نيابة عنهم الشركات المنضمة فيؤدي ذلك للتحكم في السوق[٤]. ولا يقوم الترست بتصريف الإنتاج فقط، بل بتوزيع المواد الخام والنصف مصنوعة بين المشروعات الداخلة تحت إدارته حسب الاحتياج، ولذا فأن هذه التجمعات أكثر تحملا للأزمات من غيرها [٥].

وأشهر مثال على ذلك شركة البترول الأمريكية التي اشترت أسهم شركات البترول الأمريكية، وتحكمت في الأسعار، فكثرت شكاوى المستهلكين، فكان ذلك من أسباب إصدار المنظم الأمريكي قانون شيرمان سنة ١٨٩٠م [١].

---

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٢٦.

(٢) المرجع السابق ص ٢٦.

(٣)المرجع السابق ص ٣١.

(٤) النظام القانوني لاندماج الشركات لحسام الدين الصغير ص ١١، أثر المعاملات الربوية والاحتكارية على الاستثمار – أحمد محمد أبو طه ص ١٤٤.

(٥) الاحتكار وموقف الشريعة الإسلامية منه – أحمد مصطفى عفيفي – ص ٣١.

(١) موسوعة الاقتصاد الإسلامي للدكتور الجمال ص ١٦٢.

رابعا: تجمع الشركات

يقصد بتجمع الشركات أن تخضع مجموعة شركات تمارس نشاطا اقتصاديا متماثلا أو مكملاً لإدارة اقتصادية موحدة، ورقابة على ذممها المالية عن طريق إحدى الشركات التي تأتي على رأس التجمع وتسمى "الشركة الأم"، وتباشر سيطرتها على بقية الشركات في التجمع بالسيطرة على ملكية الأسهم في هذه الشركات.

وتتحول الشركة غالباً إلى **شركة قابضة** تقضي بسهولة على المنافسة بين المشروعات التي تقوم بنشاط مماثل [١].

وتعرف الشركة القابضة بأنها شركة تملك وتدير مشاركات في شركات أخرى [٢]، وتكون بحيازة أسهم هذه المنشآت بما يتيح لها الحق في مراقبة إدارتها مالياً وإنتاجياً وتجارياً، وهي أحد الأشكال الأكثر انتشاراً في بلدان عديدة من أجل الوصول إلى وضع احتكاري أو شبه احتكاري، والشركة القابضة من جهة ثانية تتكون أصولها أو معظم أصولها من أسهم شركات أخرى مستقلة صورياً.

وقد لجأ لها التجار في الولايات المتحدة بعد منع قانون شيرمان سنة ١٨٩٠م لاتفاقيات الترست، واستمر العمل عبر الشركات القابضة، حتى تم منعه بقانون سنة ١٩٠٤م، ثم قيد المنع سنة ١٩١٤م في حال كانت الشركة القابضة تؤدي إلى السيطرة على الشركات المنافسة ثم إلى الاحتكار [٣].

خامسا: اتحاد المنتجين – الكارتل (Cartel)

ينشأ الكارتل باتفاق عدة شركات تنتمي إلى نوع معين من فروع الإنتاج بقصد احتكار السوق، أو لتنظيم المنافسة في حدود الاتفاق مع بقاء شخصية كل شركة من الشركات الداخلة

(١) النظام القانوني لاندماج الشركات لحسام الدين الصغير ص ١٠.

(٢) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٢١٦.

(٣) أثر المعاملات الربوية والاحتكارية على الاستثمار – أحمد محمد أبو طه ص ١٤٦، موسوعة الاقتصاد الإسلامي للدكتور الجمال ص ١٦٣.

في الاتفاق قائمة [١]، والهدف منه تثبيت الأسعار أو توزيع حصص السوق بغية الوصول لأرباح احتكارية لا يستطيع من لم يدخل في الاتفاقية الوصول إليها [٢].

وتكمن صعوبة إثبات هذا الاتفاق أنه يحاط بالسرية الشديدة، ولذا فلا بد من تفعيل القرائن وجمع الأدلة لإثبات الكارتل [٣].

واتفاقيات الكارتل ممنوعة في القوانين الأوروبية، وأشد الدول الأوروبية محاربة لها القوانين الألمانية [٤]. وأما في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن اتفاقيات الكارتل تدخل صراحة في المادة الأولى من قانون شيرمان [٥] ومع المنع الصريح في قوانين المنافسة إلا أن الكارتلات موجودة عبر طريق تحايلية على القانون [٦].

وقد قررت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية وجوب التحري لإثبات التواطؤ من خلال ملابسات كل واقعة والأخذ من سمات معينة مرتبطة بالسوق ذي الصلة، مثل رفع المنتجين للسعر في وقت واحد بمقدار معين، أو اشتراط المنتجين لشرط واحد في وقت واحد[١].

---

(١) النظام القانوني لاندماج الشركات لحسام الدين الصغير ص ١١، أثر المعاملات الربوية والاحتكارية على الاستثمار – أحمد محمد أبو طه ص ١٤٩-١٥٠، أصول الاقتصاد الإسلامي – رفيق يونس المصري ص ١٤٠.

(٢) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١٥٧، الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٥٦. الاحتكار وموقف الشريعة الإسلامية منه – أحمد مصطفى عفيفي – ص ٣٠.

(٣) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١٦٠، وتنظر بعض الأمثلة من القضاء المقارن في ص ١٧٢-١٧٤، وينظر أيضا كتاب: الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٥٧.

(٤) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للغريب ص ٣١٤.

(٥) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٥٧.

(٦) الاحتكار وموقف الشريعة الإسلامية منه – أحمد مصطفى عفيفي – ص ٣٠.

(١) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٦٨-١٦٩ وتنظر بعض السوابق القضائية فيه والتعليق عليها.

سادسا: اتحاد التجار – الكونسورتيوم Consortium

يتكون اتحاد التجار من مجموعة أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يمارسون عملا اقتصاديا سواء أكانوا تجاراً أم أشخاصا عاديين وسواءً أكان العمل الذي يقومون به مدنيا أم تجارياً، وقد يكون مناط العمل المشترك بيع السلع أو تقديم الخدمات.

والغرض من هذا التجمع مواجهة الطلب الكبير، الذي يفوق قدرة كل شركة على حدة. وقد يكون التجمع لمنتج محدد، أو لعدة منتجات، وقد يكون مؤقتا أو دائماً، وقد يكون لمواجهة طلب عميل واحد كمصلحة حكومية أو لعدة عملاء [١].

ويكون الكونسورتيوم عبر شراء أسهم مجموعات من الشركات في فروع مختلفة من الاستثمار، وأشهر هذه التجمعات "فيات" الإيطالية، التي تهيمن على أكثر من ١٥٠ شركة صناعية وغير صناعية [٢].

وتشكل اتحادات التجار تركيزا للقوى وإقصاءً للمنافسة، ولذا نُصَّ عليها في المادة الأولى من قانون شيرمان [٣].

سابعا: المشروع المشترك التركزي (Concentrative Joint–Venture)

المشروع المشترك هو اتفاق بين منشأتين تجاريتين مضمونه إسهام كل طرف في الاتفاق بأنشطة تبادلية معينة لإنتاج منتج معين لا تستطيع عادة كل منشأة من إنتاجه بمفردها، وذلك في إطار مشروع منظم[٤]. ومن أشهر الأمثلة قيام كل من بريطانيا وفرنسا وألمانيا وأسبانيا بإنتاج طائرات آيرباص عبر إنشاء مشروع مشترك، لكسر الاحتكار الأمريكي لصناعة الطائرات[٥].

---

(١) الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي – قحطان الدوري –ص ١٠٨.

(٢) الاحتكار وموقف الشريعة الإسلامية منه – أحمد مصطفى عفيفي – ص ٣٢.

(٣) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٢١١، اتحاد التجار ومخالفة المنافسة التجارية في ضوء القانون، للدكتور أحمد الملحم – مجلة القانون ص ١٠٣.

(٤) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٩٢.

(٥) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٩٠.

ويعد المشروع المشترك التركزي من أشهر وسائل التركز [١] . وقريب منه ما يسمى الشركة الوليدة المشتركة، وتسمى أيضاً التجمع ذي الغاية الاقتصادية، وهي شركة تمثل شخصا قانونياً جديداً يضاف إلى قائمة الأشخاص الاعتبارية التي يعرفها القانون الخاص، وقد نظم من خلال في فرنسا من خلال المرسوم ذي الرقم ٨٢١ في ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٦٧م ليحمي الشركات الصغيرة والمتوسطة من منافسة الشركات الكبرى في السوق الأوروبية المشتركة [٢].

المسألة الثالثة: معيار السيطرة

تختلف القوانين في الأخذ بمعيار السيطرة داخل دول الاتحاد الأوروبي، على توجهين:

الأول: أن المعيار للحكم بالسيطرة هو أي تصرف يعطي إمكانية ممارسة التأثير القاطع على الشركة. ويقصد بالتأثير القاطع هو قيام الشركة بتحديد النشاط التنافسي لشركة أخرى، بدون تدخل أو عوائق من أحد، بما حاصله فقدان الشركة الخاضعة للسيطرة لاستقلالها التجاري في السوق وهو توجه أكثر الدول الأوربية [٣] .

الثاني: أن المعيار هو وجود مقدرة على التأثير في سياسة الشركة المسيطر عليها، وهو توجه محكمة العدل الأوروبية قبل صدور لائحة الاندماج، دون تقييد التأثير بأن يكون قاطعا، وهو توجه المنظم البريطاني[٤].

وبالنظر في نظام المنافسة السعودي ولائحته، يلحظ الباحث أن هذا المعيار لم يرد بالنص، وإن كان يفهم من تعريفه للهيمنة أن المنظم السعودي ينحو منحى الاتجاه الثاني وهو عدم اشتراط أن يكون التأثير قاطعاً، وهو الصواب الذي يراه الباحث.

---

(١) المادة ٣-٢ من لائحة الاندماج الأوروبية، تحديث لقانون كلايتون سنة ١٩٨٠م ، مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ١٤.

(٢) التجمع ذو الغاية الاقتصادية للدكتور علي سيد قاسم، مجلة القانون والاقتصاد س ٥١، ١٩٨١ ص ٢٩١.

(٣) المادة ٣-٣ من لائحة الاندماج الأوروبية والمادة ٣٩ من قانون حرية الأسعار والمنافسة الفرنسي، والمادة ٢٣-٣-٥ من القانون المناهض لتقييد المنافسة الألماني، مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٣٣.

(٤) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٣٣.

المسألة الرابعة: محل السيطرة

محل السيطرة هو الذي يمارس عليه سلطة التأثير القاطع، وللقوانين في محل السيطرة عدة توجهات:

الأول: أن يقع التأثير القاطع على الشركة أو الشخص. وهو ما نصت عليه المادة الثالثة من لائحة الاندماج الأوروبية، وكذلك التقنين الفرنسي والألماني [(١)].

الثاني: أن يقع التأثير القاطع على نشاط الشركة، وهو الذي كان عليه القضاء الأوروبي قبل صدور لائحة الاندماج، وصوبه الدكتور الملحم باعتباره المحل الذي يقع عليه التأثير القاطع، بحسبانه الهدف المباشر الذي تسعى إليه الشركة المسيطرة حتى تصل إلى السيطرة في السوق.

الثالث: أن يقع التأثير القاطع في السوق، وهو توجه القانون السويسري[(٢)].

والذي يظهر للباحث أن بينها تلازم واضح، فالشركة التي تستطيع التأثير على شركة أخرى، تؤثر بالضرورة على نشاطها، وبالتالي يحصل التأثير في السوق.

ولم يرد لمحل السيطرة ذلك في نظام المنافسة السعودي ولائحته، ويترجح للباحث أن الأخذ بكون التأثير القاطع على النشاط هو الأكثر دقه، لأنه المقصود بالحماية من نظام المنافسة.

المسألة الخامسة: إثبات السيطرة

يمكن إثبات السيطرة من خلال أثر الاندماج الحقيقي أو الحكمي، بالحصول على إمكانية التأثير القاطع. كما يمكن إثباتها قبل وقوعها بما يأتي:

١. من خلال التصريح الشفهي أو من خلال التقرير السنوي للشركة المندمجة أو المستحوذة أو من خلال الخطاب الموجه من مشتري الأسهم للشركة البائعة لأن بعض قوانين

(١) المادة ٣٩ من قانون حرية الأسعار والمنافسة الفرنسي، والمادة ٥-٣-٢٣ من القانون المناهض لتقييد المنافسة الألماني.

(٢) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٣٣.

تداول الأسهم تلزم المشتري لأسهم شركة تزيد عن ٥% بأن يعلمها بخطاب يفصح عن نيته السيطرة عليها [١].

٢. من خلال النية الضمنية المستدل عليها بالقرائن، كما في قضية هامليتون واتش، فقد ظلت الشركة المدعى عليها تشتري أسهم الشركة المسيطر عليها لمدة ستة أشهر، ثم إن الشركة المشترية رشحت رئيس إدارتها ليكون رئيساً لمجلس إدارة الشركة المسيطر عليها [٢].

وأما في نظام المنافسة السعودي فإنه يصح إثبات السيطرة يكون بجميع طرق الإثبات، بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات الفاكس والبريد الإلكتروني[٣] .

وغني عن القول أن الجهات التنظيمية لا تمنع الاتفاقات ذاتها وإنما الممنوع ما يكون الغرض منها أو يمكن أن يترتب عليها منع أو عرقلة ممارسة أي منشأة لنشاطها الاقتصادي في السوق أو تلك التحالفات التي تؤثر على اقتصاديات باقي المتنافسين.

ولكي يحكم على الاتفاق بأنه ضمن الاتفاقات الممنوعة نظاماً لا بد من توافر عنصرين أساسين هما:

١. وجود تواطؤ بين الأطراف.

٢. أن يكون الغرض منه تقييد المنافسة أو المساس بها، وقد نص القانون المغربي للمنافسة في المادة السادسة على أنه "تحظر الاتفاقات... عندما يكون الغرض منها أو يمكن أن تترتب عليها عرقلة المنافسة أو الحد منها أو تحريف سيرها في سوق ما [٤].

(١) ينظر بعض التطبيقات القضائية المقارنة في بحث مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٣٦.

(٢) المرجع السابق ص ٣٨.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٧٦.

(٤) القانون المغربي للمنافسة – م٦.

المسألة السادسة: قياس نسبة التركز

يستخدم المنظم الأمريكي دليلا إرشاديا لقياس نسبة التركز يرمز له بالرمز (HHI) [١]، ويمكن قياس حجم النصيب في السوق (Market Share) الذي تملكه الشركة المحتكرة عبر استخدام هذا الدليل الإرشادي المسمى بمؤشر هرشمان (HHI)، ونتيجة القياس تظهر أن المنشأة أو المنشآت محل الدراسة تتمتع بنصيب كبير في سوق معين إذا ارتفع مؤشر هرشمان (HHI) مما يعكس المركز الاحتكاري لها [٢].

وطريقة استخدام مؤشر هرشمان (HHI) على النحو الآتي:

- يفترض الدليل زيادة سعر السلعة التي تتعامل بها المنشآت المندمجة بمقدار ٥% خلال سنة في المكان نفسه.
- يفترض الدليل أن المنطقة الجغرافية للسوق تحدد بالمدى الذي تكون فيه زيادة ٥% مربحة للمنشآت المندمجة.
- يفترض الدليل عدم وجود مرونة طلب ولا مرونة عرض.
- يصنف الدليل التجار إلى ثلاث فئات وفقا لعدد النقاط التي تعطى لهم من قبل السلطة، وحدُّها الأدنى صفر في الوحدات الاقتصادية متناهية الصغر (Atomistic Market) وحدها الأعلى ١٠٠٠٠ نقطة في حال الاحتكار الخالص. ولتبيين مقدار تركيز الشركات المندمجة يتم اللجوء للتقسيم الآتي:

المجموعة الأولى: عدم التركيز، إذا قلت النقاط عن ١٠٠٠، ولا تعترض السلطات المختصة عادة على حالات الاندماج التي تنتمي لهذه المجموعة.

المجموعة الثانية: التركيز المعتدل، إذا كانت النقاط تتراوح بين ١٠٠٠ نقطة إلى ١٨٠٠نقطة. وفي العادة تعترض السلطة المختصة على الاندماج بين الشركات المنتمية لهذه المجموعة إذا نتج عن الاندماج زيادة في مقدار الحصة السوقية للشركات المندمجة لا تقل عن ١٠٠ نقطة من مقياس HHI، فإن كان أقل من ذلك فإن الجهة تنظر في نوع العمل

(١) وهو اختصار لـ Herfindahl-Hirschman Index

(٢) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ٦.

التجاري ومقداره وحجم السوق الجغرافية ومدى توافر تكنولوجيا حديثة للعمل التجاري وعوائق الدخول للسوق.

المجموعة الثالثة: التركيز المرتفع، إذا كانت النقاط تساوى ١٨٠٠ نقطة فأكثر، وفي العادة فإن الاندماج بين الشركات المنتمية لهذه المجموعة يكون محل اعتراض من السلطات المختصة.

وهذا الدليل وإن كان غير ملزم للقضاء الأمريكي إلا أنه يعطي التطمين الكافي للتجار قبل البدء في إجراءات الاندماج [١].

ولم يسلم استخدام هذا المؤشر من سهام النقد، لأن بعض الشركات يكون لها نصيب كبير في سوق منتج معين، ومع ذلك تكون السوق تنافسية، ولا تكون الشركة محتكرة، ويكون سبب وصولها لهذا المركز هو جودة المنتج[٢] أو السعر المنافس أو خدمات ما بعد البيع، ولذا فإن المؤشر لا يلزم الجهة القضائية، ولكنه مؤشر مشهور ومستخدم على نطاق واسع، ونتائجه صحيحة في الغالب.

وأما في الاتحاد الأوروبي، فإن الاندماج لا يكون مشروعا عندما لا يتسق الاندماج مع السوق الأوروبية وذلك في حال وجود شرطين هما:

١- أن يؤدي الاندماج إلى تكوين مركز مسيطر في السوق أو في جزء جوهري منه.

٢- أن يؤدي المركز المسيطر إلى الإعاقة المهمة للمنافسة المؤثرة[٣].

وأما في نظام المنافسة السعودي فإن النسبة المؤثرة هي تملك حصة من السوق تبلغ (٤٠%) من المعروض الكلي لسلعة ما في السوق. وهو الذي يراه الباحث لسهولته في التطبيق. ولكون المؤشرات التي تستخدم ليس لها قوة إلزامية، ولذا فإن الأجدى وضع مؤشر معتمد سهل التطبيق.

---

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٢٠-٢٢، النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة - أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٣٠-٣٣١.

(٢) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل مُحَمَّد شلبي، ص ٧.

(٣) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٦٧.

المسألة السابعة: معايير تحقق المركز الاحتكاري

يوجد عدة معايير لتحقق المركز الاحتكاري، وهي المعيار العددي، ومعيار نسبة العرض الكلي للمنتج في السوق (الحصة السوقية)، ومعيار الفرق بين الثمن والنفقة الحدية، وفيما يأتي بيانها[١].

أولا: المعيار العددي

يتحقق المركز الاحتكاري وفق المعيار العددي بالنظر إلى عدد البائعين، إذ كلما قل العدد رجح قيام الاحتكار، فعندما يوجد بائع واحد فإنه يوصف بأنه احتكار بحت، وعندما يكون عدَدُ البائِعِين اثنين، فإن الاحتكار يكون ثنائيا، ويتدرج إلى احتكار القلة، وكلما زاد عدد البائعين كلما اقتربنا أكثر من المنافسة الكاملة[٢].

ويعاب على هذا المعيار أنه لا يهتم بدرجة مرونة المنتج بحيث قد يوجد بائع واحد لمنتج معين ولكن توجد منتجات بديلة يتولد عنها منافسة بين المنتج الأصلي للبائع الوحيد والمنتجات البديلة[٣].

ثانيا: معيار نسبة العرض الكلي للمنتج في السوق (الحصة السوقية)

يقوم الاحتكار حسب معيار الحصة السوقية في حال كون الحصة السوقية كبيرة، فكلما زادت الحصة كلما زادت احتمالية الوصول إلى مركز مسيطر[٤].

وانتقد هذا المعيار بعدة انتقادات أهمها ما يأتي:

١- أن ثمت اعتبارات مؤثرة أكثر من الحصة السوقية، منها درجة مرونة الطلب على السلعة، ووجود عوائق لدخول منافسين إلى السوق، وتحديد السوق الجغرافية [٥].

---

(١) أثر المعاملات الربوية والاحتكارية على الاستثمار – للدكتور أحمد مُحَمَّد أبو طه – ص ١٠١.

(٢) المنافسة والاحتكار دراسة تحليلية رياضية – د.عمر حسين. – ص ١٥٢، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٦٥.

(٣) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٨٧، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٦٥.

(٤)الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٨٧، الاحتكار والأفعال الاحتكارية للملحم ص ٥٢.

(٥) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٦٦.

ويمكن أن يجاب عن ذلك، بإضافة معايير أخرى إلى معيار الحصة السوقية [١].

٢- أن المنشأة التجارية قد تصل إلى هذه النسبة بطرق مشروعة، وتتحقق المنافسة العادلة مع التجار الآخرين [٢]، وفي المقابل قد تصل إلى حصة ٥٠% بطرق غير مشروعة، فالأجدى منع الوصول بطرق غير مشروعة بغض النظر عن النسبة[٣].

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن الوصول لمركز مسيطر لا يعد مخالفة، والمخالفة هو إساءة استخدام هذا الوضع المسيطر [٤].

٣- أن الاحتكار قد يكون طبيعيا كما إذا لم يوجد في السوق إلا مشروع واحد.

ويمكن أن يجاب عن هذا الانتقاد بأن المنظم يلزمه مراقبة من يصل للاحتكار الطبيعي حتى لا يسيء استخدام مركزه الاحتكاري، ولا يكون وصوله للمركز الاحتكاري مخالفة بحد ذاته ما دام لم يحصل منه إساءة لاستغلال ذلك المركز.

٤- أن الاحتكار قد يكون قانونيا كما إذا كان مبنيا على براءة اختراع أو ابتكار له تطبيق صناعي لمدة من الزمن [٥]، ولذا تظل ممارسات المحتكر ذي الوضع المسيطر مشروعة ما لم توجد إساءة لاستخدام الوضع المسيطر [٦].

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنه يمكن استثناء هذه الحالات، ولا يؤثر على وضع حد فاصل للتسهيل.

٥- كما انتقد معيار الحصة السوقية بأن المنشأة التجارية قد لا تصل للنسبة المحددة لكنها تنتمي لمجموعة قوية تحصل من خلالها على المواد الأولية بطريقة أيسر من غيرها، أو تساعدها على تصريف المنتجات في السوق.

---

(١) على سبيل المثال، أضاف المنظم الألماني النظر لمبيعات السنة المالية المنقضية إضافة إلى كون حصة المنشأة في السوق لا تقل عن ٣٣%. ينظر كتاب: في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد مُحَمَّد محمود خلف ص ٨٦.

(٢) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٦٦.

(٣) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد مُحَمَّد محمود خلف ص ٨٥.

(٤) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٨.

(٥) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي ص ٨٥.

(٦) نطاق احتكار المعرفة التكنولوجية بواسطة السرية لهاني دويدار ص ٢١.

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن التكتلات والتجمعات سبب آخر للهيمنة يمكن أن يضيفه المنظم إضافة إلى الحصة السوقية.

٦- وانتقد هذا المعيار بأنه قد يحطم المشروعات الكبيرة التي غالب إنتاجها خارجي، مثل الشركات البتروكيميائية في دول الخليج.

ويمكن أن يجاب عن هذا الانتقاد أن يستخدم المنظم عبارة "حجم المبيعات المحلية" بدلا عن "حجم المبيعات الكلية" [١].

وقد أخذت عدة دول بالمعيار الكمي [٢] وفي الجهة المقابلة لم يحدد القضاء الأمريكي مقدار النسبة للحصة السوقية بعد الاندماج، تكون فيصلا بين التركز المقبول والمرفوض، بل ترك ذلك ليقرر القضاء بحسب كل حالة [٣].

وأما موقف المنظم السعودي في تنظيمه للمنافسة، فقد نص على أن المعيار هو تملك حصة من السوق تبلغ (٤٠%) من المعروض الكلي لسلعة ما في السوق[٤]، ووافقه على هذه النسبة القانون المغربي للمنافسة[٥]، وقانون المنافسة الأردني[٦]. ونصت المادة الثامنة عشرة من القانون الجزائري للمنافسة على أن المعيار هو السيطرة على السوق في أكثر من ٤٠% من

---

(١) سياسة التنظيم والمنافسة للدكتور مصطفى بابكر –المعهد العربي للتخطيط بالكويت – ع ٢٨ س ٣ إبريل ٢٠٠٤م، ص ١١.

(٢) على سبيل المثال: أخذ المنظم البولندي بالمعيار الكمي، وتم تحديد نسبة ٣٠% حدا فاصلا بين المركز المسيطر وغير المسيطر، بينما حدده المنظم السلوفاكي بنسبة ٤٠ %. وفي لائحة الاندماج الصادرة من الاتحاد الأوروبي نص بأنه لا يتكون المركز المسيطر إذا كان مقدار الحصة السوقية لا يتجاوز ٢٥%، وفي المقابل فإن الاستحواذ على حصة سوقية مقدارها ٤٠% على الأقل يشكل قرينة قانونية على تكوُّن المركز المسيطر، وأما المملكة المتحدة فالحد الفاصل هو نسبة ٢٥% من حصة السوق، وفي البرتغال ٥٠%، وفي ليتوانيا ٤٠% وفي الاتحاد الروسي ٦٠%، وفي التشيك ٣٠% ينظر كتاب: الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل اللازمة لمواجهتها – لينا حسن ذكي ص ١٩١، الاحتكار والمنافسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٩٢. مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٧٠.

(٣) بالنظر للقضايا التي رفض القضاء الاندماج بين الشركات المدعى عليها، نجد أن النسب تصل إلى ٥% على الأقل. ينظر مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٦٢.

(٤) لائحة نظام المنافسة السعودي م٢.

(٥) القانون المغربي للمنافسة – المادة ١٠.

(٦) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ٩.

مجمل المعاملات في السوق، ووفق الدراسة يمكن تقرير مدى هيمنة المشروع على السوق وإمكانية مساس التجميع (التركز) بالمنافسة حسب المادة السابعة عشرة من قانون المنافسة من خلال الآثار السلبية للمشروع، إذ يمكن التوصل إلى أحد نتيجتين:

الأولى: عدم التأثير على المنافسة

الثانية: التأثير المتنافسين والقضاء على المنافسة في السوق[١].

وتقل نسبة الحصة السوقية في القانون الكويتي إلى ٣٥%، وأما القانون السوري للمنافسة، فتصل إلى ٣٠% [٢]، بينما نجد أن النسبة تقل في القانون المصري للمنافسة إلى ٢٥%، فقد نص على أن السيطرة على سوق معنية في تطبيق أحكام هذا القانون هي قدرة الشخص الذي تزيد حصته على (٢٥%) من تلك السوق على إحداث تأثير فعال على الأسعار أو حجم المعروض بها دون أن تكون لمنافسيه القدرة على الحد من ذلك [٣].

ويعد معيار الحصة السوقية من أهم المؤشرات وأسهلها تعاملا وإثباتاً، ويقاس مقدار الحصة السوقية بطريقتين:

الأولى: قياس حجم المبيعات عددا وقيمة.

الثانية: قياس الطاقة الإنتاجية للمشروع.

ويرى الباحث صحة ما ذهب إليه العديد من الباحثين في قوانين المنافسة [٤] من أن الطريقة الأولى أدق، لكونها تعبر حقيقة عن مقدار الحصة السوقية، والمقدرة الاقتصادية للمشروع في السوق المعنية، وأما الطريقة الثانية فغير دقيقة لأن المشروع قد ينتج كميات لا يستطيع تسويقها. فمن الأجدى أن يضع المنظم بعض العناصر المرشدة للبحث في مدى تقييد الاندماج للسوق، وتكون النسبة قرينة من القرائن قابلة لإثبات العكس، كما هو الحال في الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية.

---

(١) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٩٠.

(٢) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري – م٩-ب.

(٣) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٤.

(٤) مثل: أحمد الملحم في كتابه الاحتكار والأفعال الاحتكارية ص ٥٦، والدكتورة أمل محمد شلبي في كتابها: التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار ، ص ١٧٢، ومعدو التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس الذي نشره المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة – بيروت سنة ٢٠١٠م ص ٤٤.

ولئن كان معيار حصة السوق هو المفضل لدى الكثير من الباحثين في قانون المنافسة، إلا أنه من الصعب تطبيقه على كل الأحوال، ولذا فلا بد من تحديد معيار ثانٍ مختص بحجم العمليات يهدف لتسهيل الأمر على المؤسسات الرقابية، لصعوبة تحديد نصيب السوق في بعض الحالات، إضافة إلى صعوبة تحديد السوق الجغرافي والسلعي.

ثالثا: تطبيقات من القضاء المقارن ومجالس المنافسة

حتى لا يكون الكلام نظرياً، يحسن تحليته ببعض الأحكام القضائية وقرارات مجالس المنافسة النافذة، وفيما يأتي شيء من ذلك، فقد تكون بعض التركزات واضحة في أنها تصل إلى مركز مسيطر، وبيان ذلك في القرارات الآتية:

١- قررت المفوضية الأوروبية بأن شركة ميكروسوفت تتمتع بمركز مسيطر لامتلاكها حصة سوقية تزيد عن ٩٠% من سوق برامج التشغيل[١].

ويرى الباحث صحة هذا القرار لأن الحصة السوقية قد تدل وحدها على المركز المسيطر إذا كانت حصص المنافسين متناهية الصغر.

٢- قررت المفوضية الأوروبية في منع اندماج شركة (MCI WorldCom) التي تبلغ حصتها السوقية في سوق مزودي الإنترنت ٤٠% على الأقل، وشركة (Sprint) وتبلغ حصتها ١٠% على الأقل، لكون عملية الاندماج تنتج مركزا مسيطرا يؤثر على بقية المنافسين [٢]. ومثله قرار مجلس المنافسة الفرنسي الذي يقضي بأن امتلاك شركة لحصة سوقية تزيد عن ٥٠% كافٍ لوصم تلك الشركة بكونها في مركز مسيطر على ذلك السوق [٣].

ويرى الباحث أن هذه القرارات صحيحة، ولا حاجة لكثرة دراسة هذه الحالات ما دام أنها تصل إلى نصف الحصة السوقية.

---

(١) إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية – د. سامي أبو صالح، ص ٨٥.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٢٤.

(٣) إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية – د. سامي أبو صالح، ص ٨٥.

٣- وبالمقابل؛ إذا كانت النسبة قليلة، فإنه لا ينطبق على المنشأة أنها مهيمنة على السوق، فقد نظر جهاز حماية المنافسة المصري في قضية شركة لاشين بلاست ووجد أنه بالرغم من تجاوز حصتها السوقية ٢٥% إلا أن الشركة لا تمتلك الشركة القدرة على التأثير الفعال في الأسعار أو في حجم المعروض من المنتج المعني في السوق، وذلك لإمكانية الاستيراد من الخارج، ولم يثبت أن ممارسات الشركة تخالف أحكام قانون حماية المنافسة، وقرر مجلس إدارة جهاز حماية المنافسة المصري في يوليو ٢٠٠٩م حفظ البلاغ المقدم من الشركة الشاكية مع إخطار ذوي الشأن بما انتهى إليه قرار الجهاز [١]، وهذا القرار له نظائر منشورة في موقع الجهاز على الشبكة العنكبوتية [٢].

ويرى الباحث أن النسبة إذا وصلت إلى ربع الحصة السوقية فإنها بحاجة إلى دراسة متأنية، ويجب أن تكون الموافقة على الاندماج الموصل إلى هذه النسبة مشروطاً بما يحقق أهداف نظام المنافسة.

---

(١) تفاصيل الحكم في موقع الجهاز على الشبكة، ينظر الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.eca.org.eg

(٢) فقد نظر جهاز حماية المنافسة المصري في قضية شركة الإسكندرية لكربونات الصوديوم والتي تنتج مادة كربونات الصوديوم في ضوء أحكام القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥، وتبين عدم توافر عناصر السيطرة للشركة على منتج كربونات الصوديوم. فبالرغم من أن الحصة السوقية للشركة أثناء فترة الدراسة تزيد علي ٢٥ %، وهو ما يتوافر معه العنصر الأول من عناصر السيطرة، إلا أن الشركة لا تستطيع من خلال ممارساتها المنفردة التحكم في سعر منتج كربونات الصوديوم أو حجم المعروض منه في السوق في ظل وجود استيراد من الخارج يمثل نسبة ٤٥ % وبأسعار منافسة، وهو ما ينتفي معه العنصرين الثاني والثالث من عناصر السيطرة. وانتهى مجلس إدارة الجهاز بجلسة يوم ٢٠٠٨/٧/٢٩م، إلى عدم تمتع شركة الاسكندرية لكربونات الصوديوم بالسيطرة على سوق منتج كربونات الصوديوم في جمهورية مصر العربية. تفاصيل الحكم في موقع الجهاز على الشبكة، ينظر الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.eca.org.eg

رابعا: معيار الفرق بين الثمن والنفقة الحدية

يمكن توضيح معيار الفرق بين الثمن والنفقة الحدية بأنه كلما عظم الفارق بين ثمن المنتج والنفقة الحدية كلما كانت درجة الاحتكار كبيرة، فهذا المعيار يعول على نسبة الأرباح التي يحققها التاجر [١].

والنفقة الحدية هي مقدار التغير في التكاليف الكلية نتيجة تغير الكمية المنتجة بما مقداره وحدة واحدة، فهي عبارة عن الزيادة في التكلفة الكلية على أثر نقصان الكمية المنتجة بمقدار وحدة واحدة[٢].

ويمكن حساب مقدار النفقة الحدية بالمعادلة الآتية:

النفقة الحدية = مقدار التغير في التكاليف الكلية ÷ مقدار التغير في الكمية [٣].

خامسا: تحديد معيار المركز المسيطر في الأنظمة المقارنة

تبنى قانون المنافسة الأردني أن يكون تمييز المركز المسيطر بتعريفه بأنه القدرة على التحكم والتأثير في نشاط السوق [٤]، وأما المنظم المصري فاختار معيارا حسابيا هو حصة المشروع من السوق لبيان الوضع المسيطر[٥].

وبعض التقنينات تحيل تحديد المركز المسيطر للجهات القضائية، ومن أمثلة ذلك التقنين اليمني للمنافسة فإنه لم يذكر نسبة محددة، بل ترك تحديد ذلك لمجلس المنافسة[٦]. ومن التنظيمات التي تركت تحديد المعيار الأنسب حسب كل حالة للسلطات المختصة التنظيم الفرنسي كما نصت عليه اتفاقية روما [٧].

---

(١)المنافسة والاحتكار دراسة تحليلية رياضية – لعمر حسين ص ١٦٤

(٢) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للغريب ص ١٦٧، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٨٧.

(٣) الموسوعة الاقتصادية لحسين عمر ص ٥٣٦، عن الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٧٠.

(٤) قانون المنافسة الأردني رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٤، وفي القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة ٢.

(٥) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري – م ٤.

(٦) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٩.

(٧)الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل اللازمة لمواجهتها – لينا حسن ذكي ص ١٩١، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٩٢.

وقد وضع المنظم الفرنسي في القانون التجاري الفرنسي عدة فروض إن توافر أحدها فيلزم أن تخضع عملية التركز لأحكام الرقابة التشريعية، وهذه الفروض هي:

١- أن يكون مجموع صافي المبيعات الكلي العالمي بعد حسم الضرائب لمجموع المنشآت المعنية بالتركز يجاوز ١٥٠ مليون يورو.

٢- أن يكون مجموع صافي المبيعات الكلي في فرنسا بعد حسم الضرائب لاثنين على الأقل من المنشآت المعنية بالتركز يجاوز ٥٠ مليون يورو.

٣- ألا تخضع الصفقة لنطاق تطبيق اللائحة الأوروبية رقم ٢٠٠/١٣٩ [١].

وأما في الاتحاد الأوروبي؛ فيلحظ أن لائحة الاندماج الأوروبية لا تنطبق إلا إذا كان للاندماج بُعْدٌ على المجموعة الأوروبية (Community Dimension). وقد وضعت اللائحة حدين إن وجد أحدهما فإن عملية الاندماج أو التركز بشكل عام يخضع للرقابة الأوروبية، وهما:

الحد الأول: أن يزيد حجم مبيعات التجار المندمجين عالميا على خمسة آلاف مليون يورو، وأن يكون حجم مبيعات اثنين على الأقل من التجار المندمجين في السوق الأوروبية ٢٥٠ مليون يورو، ما لم يحقق واحد من التجار المعنيين أكثر من ثلثي المبيعات داخل دولة واحدة من دول الاتحاد الأوروبي [٢].

الحد الثاني: أن يتوفر أحد الأحوال الآتية:

- إجمالي المبيعات على المستوى الدولي ٢٥٠٠يورو.
- إجمالي المبيعات الكلية أكثر من ١٠٠ مليون يورو في كل دولة من ثلاث دول أعضاء على الأقل.

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٠٦.

(٢) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٢٨. النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٩٩.

– إجمالي رقم أعمال[١] اثنين على الأقل من المنشآت المعنية ٢٥ مليون يورو، والمبيعات الكلية على المستوى الأوروبي لاثنين على الأقل من المنشآت المعنية ١٠٠ مليون يورو، ما لم يحقق واحد من التجار المعنيين أكثر من ثلثي المبيعات داخل دولة واحدة من دول الاتحاد الأوروبي [٢].

وأما القانون الأمريكي، فلم يحدد في قانون شيرمان تعريف المركز الاحتكاري ولم يحدد معيار له، ويمكن أن يؤخذ من التطبيقات القضائية أن القدرة على رفع الأسعار هو المعيار الأنسب، وتعرف كل حالة بحسبها [٣].

إلا أننا نلحظ أن قانون Hart Scott-Rodino الصادر سنة ١٩٧٦م والمعدل سنة ٢٠٠٩م، يأخذ بمعيار مزدوج لوضع حد فاصل للاندماج الذي يتطلب أخذ موافقة الأجهزة الرقابية الأمريكية طبقا لقانون كلايتون. ويلزم هذا القانون استئذان الجهات الرقابية إذا توافر أحد الحدين الآتيين:

الحد الأول: اختبار حجم المشروعات المشاركة في عملية التركز (Size of Person Test)، بأن تكون الشركة المكتسَبة لها صافي أعمال سنوي أو أصول تبلغ ١٣ مليون دولار، وأما الشركة المكتسِبة فيكون صافي رقم أعمالها السنوية أو مجموع أصولها ١٠٣.٣ مليون دولار [٤]، ويحسب رقم الأعمال على أساس آخر بيانات سنوية منتظمة من الدخل والنفقة، ويحسب مجموع الأصول على أساس آخر ميزانية سنوية منتظمة.

الحد الثاني: اختبار قيمة الصفقة (Size of Transaction Test)، فإن كانت قيمة التركز أكثر من ٢٠٠مليون دولار فإنها تدخل في رقابة أجهزة المنافسة، وتحتاج إلى إخطار أجهزة المنافسة وأخذ موافقتها، وأما إن كانت قيمة الصفقة أقل من ٢٠٠ مليون دولار

---

(١) رقم الأعمال هو جميع المبالغ التي تتحصل عليها المنشأة خلال السنة المالية السابقة ضمن أنشطة المنشأة بعد حسم الضرائب وجميع العوائد غير الاعتيادية كالدعم الحكومي. ينظر كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٠٢.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٠٠.

(٣) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٨٨-٨٩.

(٤) تم تعديل الحدين إلى ١٥.٢ مليون دولار، ١٥١.٧ مليون دولار على التوالي. ينظر الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.cooley.com

وجاوزت ٥٠ مليون دولار [١]، فإن عملية التركز تحتاج إلى إخطار أجهزة المنافسة إذا توافر النطاق المنصوص عليه في الحد الأول [٢].

وقد نهجت الكثير من قوانين المنافسة إلى الأخذ بمعيار رقم الأعمال [٣]، مع كونه لوحده لا يمكن الاعتماد على رقم الأعمال أو غيره من العناصر للقول بوصول المنشأة للمركز المسيطر [٤].

الفرع الثاني: إمكانية التأثير على السعر السائد في السوق ولو لم تبلغ النسبة النظامية

معظم أنظمة المنافسة تعطي الجهات التي لديها صلاحية الموافقة على عمليات التركز سلطة تقديرية لمنع التركز الذي لم يصل للنسبة المحددة نظاماً إذا رأت تلك الجهات أن التركز يمكن أن يؤثر سلبياً على المنافسة.

ولذا فإن حالات التركز ينظر في كل حالة لوحدها وفقاً لمعطياتها [٥]. وعلى ضوء ذلك فإنه ينظر إلى القوة التي تحصلت للتاجر نتيجة للمركز الاحتكاري المتمثلة في القدرة على

---

(١) تم تعديل الحد الأدنى إلى ٧٥.٩ مليون دولار، والحد الأعلى إلى ٣٠٣.٤ مليون دولار، ينظر الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م:
http://www.akingump.com

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٩٨.

(٣) على سبيل المثال: مثل القانون السويدي الذي حدد أربعة ملايين كورون ليكون هو الحد الفاصل بين المركز المسيطر وغيره في حال التركز الاقتصادي، وأما القانون الياباني فأخذ بمعيارين هما:

١- أن يصل رقم أعمال الشركة بعد صفقة الاندماج إلى خمسين مليون ين.

٢- أن تحوز الشركة على أكثر من ٥٠% من ذلك السوق.

وتبعه من الأنظمة العربية قانون المنافسة التونسي، إلا أنه حدد رقم الأعمال بعشرين مليون دينار، وحدد الحصة السوقية بأن تتجاوز نصيب هذه المؤسسات من السوق ٣٠%. ينظر كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣١٣. والتقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٤٤.

(٤) ينظر: حكم محكمة النقض الفرنسية في كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣١٣.

(٥) حكم القضاء التونسي ذي الرقم ٤١٦١ في ٢٦ مايو ٢٠٠٥م، ومنشور في التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٣٦.

التحكم في الأسعار أو تفادي المنافسة[١]. وقد طبق القضاء الأمريكي ذلك في قضية احتكار تجار التبغ الشهيرة[٢].

ويلحظ الباحث أن التعبير السائد في أنظمة المنافسة والأحكام القضائية هو "القدرة على رفع الأسعار"، وهذا التعبير محل انتقاد، والأكثر دقةً أن يكون التعبير بالمقدرة على التحكم بالأسعار أو تفادي المنافسة، للأسباب الآتية:

١- أن المحتكر قد يبقى السعر مستقراً، مع قلة تكاليف الإنتاج، مع أن المفترض أن السلعة تنخفض بانخفاض التكاليف"[٣]،

٢- أنه يمكن للمحتكر أن يقلل الجودة ويبقي السعر كما هو.

٣- كما يمكنه أن يقلل خدمات ما بعد البيع مع بقاء السعر دون رفع، مع أن الخدمات لها ثمن.

وقد وضحت تنظيمات المنافسة حالات السيطرة، فعلى سبيل المثال بينت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي أن الوضع المهيمن أو الهيمنة يتحقق عند الحالات الآتية:

الحال الأولى: بلوغ نسبة حصة المنشأة أو مجموعة منشآت في السوق (٤٠%) على الأقل من القيمة الإجمالية لمبيعات السلعة أو الخدمة طوال فترة (١٢) شهراً،

وهذا أدق من صياغة المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة المصري، والتي نصت على أن أولى حالات التركز زيادة حصة الشخص على (٢٥%) من السوق المعنية، ويكون حساب هذه الحصة على أساس عنصري هذا السوق من المنتجات المعنية والنطاق الجغرافي معاً، وذلك خلال فترة زمنية معينه. ولم تحدد اللائحة المصرية هذه الفترة، وتركت ذلك للجهة المختصة.

الحال الثانية: تكون من خلاله المنشأة أو مجموعة منشآت قادرة على التأثير في السعر السائد في السوق [٤]. ويلحظ أن المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة المصري

(١) الاحتكار والأفعال الاحتكارية للملحم ص ٧٥.

(٢)الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٨٨.

(٣) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٧٨.

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة والصادرة بقرار مجلس المنافسة رقم (١٢٦) وتاريخ ١٤٣٥/٩/٤هـ م ٨.

أضافت إلى التأثير في الأسعار إحداث تأثير فعال في حجم المعروض منها بالسوق المعنية، وهي إضافة حسنة.

وأضاف المنظم المصري حالة ثالثة وهي عدم قدرة الأشخاص المنافسين للشخص على الحد من تأثيره الفعال على الأسعار أو على حجم المعروض من المنتجات بالسوق المعنية[١]. ويرى الباحث أنها داخلة في مفهوم الحال الثانية، ولذا لم يذكرها المنظم السعودي.

ويعد العنصر المتعلق بقدرة الشخص على التأثير في أسعار المنتجات هو الأهم من بين الحالات السابقة، وقد حددت بعض العوامل المؤثرة فيه [٢] ، إلا أن المنظم السعودي أغفله وترك تحديده للمجلس أثناء دراسته لطلبات التركز، ويرى الباحث أن ترك تحديد ذلك للسلطات المختصة أكثر مرونة، مع ضرورة وضع محددات داخلية تؤخذ من الأنظمة الأخرى ومن تراكم الخبرات لدى المجلس، مع الاستفادة من القضاء المقارن.

المطلب الثاني

إجراءات الاندماج

تتزايد عمليات الاندماجات بين المنشآت بمرور الوقت فقد وصلت قيمة صفقات الاندماج سنة ٢٠٠٠م إلى ٣.٥ تريليون دولار، وأكثر الاندماجات أهمية من جهة الضخامة والتأثير اندماج البنوك وشركات الاتصالات وشركات الطيران وشركات تصنيع السيارات، وشعار

(١) اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري – م ٧.

(٢) على سبيل المثال، ورد في اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري – م ٨ العوامل الآتية:

(أ) حصة الشخص في السوق المعنية ووضعه بالنسبة لباقي المتنافسين.

(ب) تصرفات الشخص في السوق المعنية في الفترة السابقة.

(ج) عدد الأشخاص المتنافسة في السوق المعنية وتأثيرها النسبي على هيكل هذا السوق.

(د) مدى قدرة كل من الشخص ومنافسيه على الوصول إلى المواد اللازمة للإنتاج.

(هـ) وجود عقبات لدخول أشخاص آخرين السوق المعنية

الجميع: "كن كبيرا وإلا سوف تبتلع" [١]. والذي يحدو الشركات إلى التركز عبر الاندماجات عدة عوامل أهمها[٢]:

١- أن الاندماج يؤدي إلى زيادة الكفاءة الاقتصادية، وتحقيق مزايا اقتصاديات الحجم الكبير، فعندما تتوسع المنشآت في إنتاجها يؤدى ذلك إلى زيادة تكاليف الإنتاج ولكن بمعدل أقل من معدل تزايد الإنتاج، وبالتالي تتجه التكلفة المتوسطة إلى الانخفاض في الأجل الطويل.

٢- حماية المنشآت المتعثرة، التي قد يؤدي تعثرها إلى تصفيتها، وفي الاندماج إبقاء لها وحماية لدائنيها وملاكها، إضافة إلى حماية العاملين من التسريح الوظيفي.

٣- تحقيق العديد من الأهداف الاقتصادية من تحقيق أرباح احتكارية وزيادة القوة السوقية، وتقليل الضرائب وغيرها من أهداف متنوعة حسب المشروع.

ولم يترك المنظم السعودي الاندماج دون تنظيم بخطوات واضحة، فقد ألزم المنظم السعودي الجهات التي ترغب في الاندماج أو في أي نوع من أنواع التركز الاقتصادي؛ أن يتبعوا الإجراءات النظامية[٣]، وهي:

الخطوة الأولى: تقديم خطاب طلب الاندماج

الخطوة الثانية: تسليم الطلب بمرفقاته إلى أمانة مجلس المنافسة

الخطوة الثالثة: الإعلان عن طلب الاندماج

الخطوة الرابعة: دراسة الطلب في ضوء المرفقات ومرئيات ذوي المصلحة

الخطوة الخامسة: اتخاذ مجلس المنافسة لقراره بخصوص طلب الاندماج

---

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٥١-٥٤.

(٢) اندماج البنوك ومواجهة آثار العولمة- تأليف الدكتور مُحَمَّد إبراهيم موسى ، ص ٩٩، اندماج الشركات من الوجهة القانونية دراسة مقارنة ، ص ١٨. الاندماج المصرفي، تأليف الدكتور محسن أحمد الخضيري ، ص ٣٩، الاندماج المصرفي، النشأة والتطور والدوافع والمبررات والآثار مع نظر على تجارب الاندماج عالميا وعربيا ومصريا –محمود التوني ، ص ٨١، النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٥٥،

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ١٩-٢٢، وهي تتشابه في أكثر قوانين المنافسة، وينظر على سبيل المثال القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة ٧، وقانون المنافسة الأردني المادة (١٠).

وفيما يأتي بيان هذه الخطوات.

الخطوة الأولى: تقديم خطاب طلب الاندماج

يلزم المنشأة عند تقديمها الخطاب مراعاة الآتي:

١- أن يقدم طالب التركز الاقتصادي إلى المجلس طلباً كتابياً قبل ستين يوما من إتمام عملية التركز [١] .

٢- أن يعبئ نموذج معلومات طلب التركز، مشتملاً البيانات النظامية [٢] .

٣- أن يضيف المستندات المحددة في النظام في طلب التركز[٣].

٤- أن يدفع رسوم فحص الطلب وقدرها ألف ريال [٤].

الخطوة الثانية: تسليم الطلب بمرفقاته إلى أمانة مجلس المنافسة

---

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ١٩.

(٢) تشمل المعلومات كما في اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢٠ الآتي: ١) أسماء الأطراف المعنية بعملية التركز. ٢) وصف للتركز المطلوب وتاريخ تطبيقه على وجه التحديد. ٣) السلع والخدمات المعنية بالتركز وحجم ونسبة مبيعاتها. ٤) السوق المعني وحجمها. ٥) أهم السلع التي تتعامل فيها المنشاة طالبة التركز. ٦) التأثيرات الإيجابية للتركز. ٧) التأثيرات السلبية للتركز والإجراءات المقترحة للحد منها. ٨) الأسواق المتأثرة من عملية التركز. ٩) اسم مقدم الطلب وصفته وتحديد عنوان المراسلات الرسمية الخاص به.

كما يلزم أن يرفق مع الطلب معلومات عن كل منشأة مشاركة في التركز وخاصة المعلومات التالية: ١) اسم المنشأة وجنسيتها وعنوانها وعدد فروعها ورقم السجل التجاري ونوع النشاط المرخص به. ٢) بيان بأهم السلع التي تتعامل فيها المنشأة. ٣) قائمة بأسماء أعضاء مجلس الإدارة. ٤) أهم العملاء ونسبتهم في السوق. ٥) حجم المبيعات وقيمتها ونسبتها في السوق. ٦) بيان بالمنافسين وحصتهم في السوق. ٧) الاتفاقيات القائمة التي أبرمتها. ٨) العوامل المؤثرة على دخول السوق. ٩) طبيعة قنوات التوزيع. ١٠) العوامل المؤثرة على تثبيت الأسعار خلال الخمس سنوات الماضية. ١١) حجم الطاقة الإنتاجية المتوفرة ونسبة استغلالها. ١٢) حجم الطلب على السلعة وهيكلها. ١٣) السلع البديلة. ١٤) نوع العملاء.

(٣) تشمل هذه المستندات كما اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢١ الآتي: ١) عقد التأسيس أو النظام الأساسي للمنشآت ذات العلاقة. ٢) البيانات المالية لآخر سنتين ماليتين لجميع المنشآت المعنية بعملية التركز الاقتصادي وكافة فروعها. ٣) مشروع عقد أو اتفاقية التركز الاقتصادي، وأي مستندات طرح عام أو خاص وعدد ونوع الأسهم أو الأصول التي سيتم الاستحواذ عليها. ٤) تقرير عن الأبعاد الاقتصادية للعملية، وبصورة خاصة آثارها الإيجابية أو السلبية على السوق. ٥) إذا كان الطلب مقدماً من وكيل، وجب ذكر بياناته الكاملة، وإرفاق صورة من وكالته ويتم التأكد من مطابقتها للأصل والتأشير عليها من الموظف المختص بما يفيد ذلك.

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢٢.

عند التأكد من اكتمال المستندات المطلوبة فيما سبق، تتسلم الأمانة العامة الطلب طلب التركز، ويكون تاريخ التسلم للطلب بداية تاريخ إيداع الطلب [١].

الخطوة الثالثة: الإعلان عن طلب الاندماج

يعلن مجلس المنافسة عن طلب التركز في أكثر من وسيلة إعلامية [٢] على نفقة مقدم الطلب وله أن ينشر ملخصاً عنه في موقعه الإلكتروني، ودعوة كل ذي مصلحة لإبداء رأيه فيه[٣]. وخلال هذه المرحلة يمكن للمجلس طلب أي معلومات أو مستندات يرى أهميتها لدراسة طلب التركز، وعلى طالب التركز أو غيره من ذوي الشأن إجابة المجلس خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ طلب المجلس [٤].

ويشترط المنظم السعودي ليقبل المرئيات والملحوظات على الاندماج الشروط الآتية:

١- أن تكون المرئيات مسببة، ولا تقبل الملحوظات ولا المرئيات غير المسببة أو التي لم يوضح من خلالها الأسباب التي تجعل للتركز آثاراً مخلة بالمنافسة،

٢- يجب أن تحتوي الملحوظات والمرئيات على بيانات كاملة عن مقدمها[٥].

الخطوة الرابعة: دراسة الطلب في ضوء المرفقات ومرئيات ذوي المصلحة

قرر المنظم السعودي أن مجلس المنافسة بعد اكتمال ملف طلب الاندماج وجمع ملحوظات ذوي المصلحة على الاندماج، يلزمه دراسة طلب التركز للتأكد من أنه لن يؤثر على المنافسة، وذلك عن طريق تقييم أحد أو أكثر العوامل التالية:

١) مستوى المنافسة في السوق.

٢) مدى سهولة دخول منشآت جديدة للسوق.

٣) تأثير الطلب على سعر السلعة.

٤) وجود أي عوائق نظامية أو واقعية تؤثر على دخول متنافسين جدد.

---

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢٣.

(٢) ورد في قانون المنافسة الأردني المادة (١١): الإلزام بأن ينشر قرار الوزير أو ملخص عنه في صحيفتين يوميتين محليتين على الأقل.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢٤.

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢٥.

(٥) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢٦.

٥) المستوى والتوجهات التاريخية للممارسات المخلة بالمنافسة في السوق.

٦) مدى احتمال أن ينشأ عن التركز الاقتصادي ما يؤدي إلى أن يصبح لدى الأطراف المتركزة قوة في السوق.

٧) الخصائص المتغيرة للسوق بما في ذلك النمو والابتكار والإبداع.

٨) مرئيات ذوي العلاقة [١].

ويلزم مجلس المنافسة لتقييم آثار التركز الاقتصادي على المنافسة أن يراعي ما يلي:

١) المحافظة على المنافسة الفاعلة وتشجيعها بين منتجي وموزعي السلع والخدمات في السوق.

٢) تعزيز مصالح المستهلكين بالنسبة للجودة والسعر لمثل هذه السلع والخدمات.

٣) التشجيع من خلال المنافسة على خفض التكاليف وتطوير سلع جديدة وتيسير دخول منافسين جدد إلى السوق [٢].

ويجوز للمجلس تمديد مدة فحص طلب التركز، إذا تبين له أن فحص الطلب يحتاج إلى وقت أطول من ستين يوماً، على أن يخطر مقدم الطلب بذلك [٣].

ويجيز المنظم السعودي للمنشآت طالبة التركز الاقتصادي إتمامه إذا مضى تسعون يوما من تسليم الطلب دون تبليغ من المجلس كتابة بالموافقة أو الرفض. ويحق لطالبي التركز الرجوع عنه بالكتابة إلى المجلس بذلك سواء أثناء فحص الطلب أو بعد صدور موافقة المجلس[٤].

الخطوة الخامسة: اتخاذ مجلس المنافسة قراره بخصوص طلب الاندماج

يلزم مجلس المنافسة أن يبلغ مقدم الطلب كتابة بقرار المجلس، ويكون بإحدى الصور التالية:

١) الموافقة على طلب التركز الاقتصادي مع توضيح الأسباب.

٢) رفض طلب التركز الاقتصادي مع توضيح الأسباب.

---

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢٧.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢٨.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م-٣٠

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م-٣٣.

٣) الموافقة المشروطة على التركز الاقتصادي [١].

وأما إن كان التركز يؤدي إلى الهيمنة، فإن آلية النظر تكون مطابقة في الخطوات الأولى، وتختلف في النظر في الاستثناء لأحوال موجودة في نظام المنافسة السعودي ولائحته التنفيذية، والأنظمة المقارنة، وبيان ذلك في المبحث الآتي.

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٣١.

المبحث الثاني

في حال كون الاندماج يؤدي إلى المركز المهيمن

من المقرر أنه نظرًا لكون الاندماج بين منشأتين قد يؤدي إلى وجود وضع مهيمن في السوق بتكوين احتكار أو تقييد للمنافسة أو تفاديها، تسعى معظم القوانين إلى تنظيم أحكام الاندماج أو التركز للإبقاء على حياة روح المنافسة [(١)]، ولأهمية النص على الاندماج لم يكتفِ المنظم الأمريكي بدخول الاندماج ضمن التحالفات المقيدة للمنافسة المشمولة بالمادة الأولى من قانون شيرمان الأمريكي، بل نص عليه صراحة في قانون كلايتون [(٢)].

وقد اختلف شراح قوانين المنافسة في بيان الموقف من الاندماج المؤدي للهيمنة، على ثلاث اتجاهات:

الأول: أنه يتعين تقييم الاندماج بالنظر إلى القوة السوقية أو إمكانية التواطؤ في السوق، ويتعين الالتفات عن الأثر النافع الناتج عن الاندماج، وأصحاب هذا الاتجاه يسعون إلى حماية المستهلكين في السوق من المراكز المسيطرة.

الثاني: أنه يتعين القول بعدم مشروعية الاندماج المؤدي لأثر نافع في السوق إذا أضر بالمنافسين. وأصحاب هذه الاتجاه يسعون إلى حماية صغار التجار والمشروعات الصغيرة والمتوسطة.

الثالث: أنه يتعين القول بمشروعية الاندماج إذا نتج عنه أثر نافع في السوق. وأصحاب هذا الاتجاه يسعون إلى تحقيق مصالح العملاء بغية الانتفاع من الأثر النافع من الاندماج[(٣)].

ويرى الباحث أن الاتجاه الثالث هو الأقرب لمقاصد المنظم، وهو الذي اتجه إليه القضاء الأمريكي في مرحلته الأخيرة إلى الاتجاه الثالث، ولذا فإن أكبر مهمة للراغبين في الاندماج إقناع القضاء بالنتائج الإيجابية للاندماج، وقلة النتائج السلبية له [(٤)]، فإن لم تستطع الجهة طالبة

---

(١) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٨٦.

(٢) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة للدكتور حسين مُحَمَّد فتحي ص ٤٦.

(٣) التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٣٥٠.

(٤) التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٣٥١، مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم ص ٤٦-٤٧.

الاندماج إقناع الجهة المنظمة للاندماج بمصالح الاندماج المؤدي إلى المركز المهيمن، فإن مآل الطلب الرفض. ففي دعوى اندماج بنك فلاديلفيا الوطني، قررت المحكمة الأمريكية العليا عدم إقرار الاندماج إن كان يؤدي إلى التركز الاقتصادي في السوق لكونها تؤدي إلى تقييد المنافسة غالباً، ما لم يقدم دليل واضح على أن هذا الاندماج لن يؤدي إلى نتائج ضارة بالمنافسة [١].

وقد أكدت لائحة الاندماج الأوروبية أن التركيز الذي يشكل عائقاً هاما للمنافسة الفعالة في السوق الأوروبي أو في جزء جوهري منه، وعلى وجه الخصوص ذلك الذي ينشئ ويعزز مركزا مسيطراً يعد غير متوافق مع السوق المشترك [٢].

وقد سبق الحديث في المبحث الأول عن أسس النظر في الاندماج إذا كان لا يؤدي إلى الهيمنة وفي هذا المبحث سيتم الحديث عن الاندماج الذي يوصل إلى مركز مهيمن، عبر المطالب الآتية:

المطلب الأول: أسس النظر في طلب الاندماج

المطلب الثاني: تقييم آثار الاندماج على المنافسة.

المطلب الثالث: تقييم مصالح الاندماج عند وصول المنشأة للمركز المهيمن

المطلب الرابع: مراعاة مصالح المستهلكين أثناء تقييم آثار التركز الاقتصادي.

وفيما يأتي بيان هذه المطالب.

المطلب الأول

أسس النظر في طلب الاندماج

يعتبر السوق هو الإطار الذي تمارس فيه المنشآت هيمنتها سواء أكان الطرف الاقتصادي المهيمن منشأة واحدة أو تجمعا لعدة منشآت.

وقد اتجهت القوانين المقارنة حيال مفهوم السوق إلى عدة توجهات:

---

(١) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٢٠٨.

(٢) لائحة الاندماج الأوروبية ٢-٢، وينظر كتاب: التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٣٦٦ هامش ٢.

الأول: الانطلاق من المكان الذي يتم فيه ممارسة البيع، فقد عرفه المنظم السعودي بأنه مكان أو وسيلة يلتقي فيه مجموعة من المشترين والبائعين الحاليين والمرتقبين خلال فترة زمنية مُعينة [١]، وقريب منه التعريف الوارد في القانون السوداني لتنظيم المنافسة ومنع الاحتكار [٢]

الثاني: الانطلاق من نوع السلع، فقد عرف السوق بأنه السلعة أو الخدمة أو مجموع السلع أو الخدمات التي تكون على أساس سعرها وخصائصها وأوجه استعمالها وقابلية الاستعاضة عنها بغيرها أو الاختيار بين بدائلها لتلبية حاجة معينة للمستهلك في منطقة جغرافية معينة [٣]. وهو موافق لتعريف السوق في قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري [٤]، والقانون الأردني للمنافسة[٥]. وقريب منه تعريف السوق في التقنين الجزائري [٦].

الثالث: الانطلاق من بيان عناصر السوق، فيتم تحديد السوق عبر الآتي:

– من الناحية الجغرافية، فيعرف السوق بأنه المكان الذي يلتقي فيه العرض بالطلب فيما يخص مادة أو خدمة معينة.

– من ناحية المواد والخدمات لأن لكل صنف من المواد أو من الخدمات سوقاً مستقلة، فنجد سوق التأمين، وسوق المواد الغذائية وسوق الاتصالات ونحو ذلك من أسواق السلع والخدمات. وقد عرف السوق وفقاً لذلك في القانون القطري للمنافسة[٧]، والكويتي [٨] والمصري[١].

---

(١) نظام المنافسة السعودي م٢.

(٢)ديباجة القانون السوداني لتنظيم المنافسة ومنع الاحتكار لسنة ٢٠٠٩م.

(٣) القانون الإماراتي الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م – بتاريخ٢٤ ذي القعدة ١٤٣٣هـ – الموافق: ١٠ أكتوبر ٢٠١٢م – في شأن تنظيم المنافسة – م

(٤) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري، م٢.

(٥) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤م، م ٢.

(٦) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة – للدكتور مُحَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري – تيزي إوزو – ع ٢٣ ص ٦٢.

(٧) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ١.

(٨) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١-ح.

(١) القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م. المادة ٣.

ويرى الباحث أن التوجه الثالث هو الصحيح، لكونه يجمع عنصري السوق المكاني والسلعي.

ويعد تحديد السوق المعني بالاندماج بالغ الأهمية للنظر في مشروعية الاندماج، وقد نصت المادة الثانية من القانون الأمريكي المعروف بقانون شيرمان على أن سوق المنتجات البديلة تتطلب استحواذ التاجر على المركز الاحتكاري في سوق المنتج، ويعني ذلك السيطرة على سوق المنتجات البديلة، ويقتضي أيضا النظر إلى النطاق الذي يمتد إليه نشاط التاجر، ويقع عبء الإثبات على من ادعى أن التاجر حصل على قوة احتكارية في حدوده السوقية [١].

ويوجد معيار فحص معتمد عالمياً لبيان السوق المعني يطلق عليه (SSNIP) [٢] والذي يعرف السوق بأنه أصغر حيز يمكن للمقدم الافتراضي المسيطر عليه أن يقوم برفع سعر السلعة أو الخدمة بشكل صغير مؤثر لمدة غير صغيرة [٣]، وأبعاد السوق على هذا المعيار ثلاثة:

البعد الأول: بُعْدُ آليات السوق (العرض والطلب)، بأن يخضع جميع أطراف المعاملات التجارية لظروف منافسة متجانسة.

البعد الثاني: البعد السلعي، بأن يتم إدراج السلع التي يمكن تصنيفها لتكون بدائل ممكنة.

البعد الثالث: البعد الجغرافي، ويعني تغطية المناطق التي تنتج وتستهلك السلع فيها وفق ثلاثة أسس هي السعر والخصائص وأوجه الاستخدام [٤].

ولذا فإن جهة القضاء تنظر في قضية الاندماج عبر الخطوات الآتية:

١- تحديد السوق الجغرافية للمنشأتين المندمجتين.

٢- تحديد البعد السلعي (العمل التجاري) للمنشأتين المندمجتين، بالنظر إلى نشاط كل منشأة مندمجة، لأن كل سلعة قد تمثل سوقا مستقلة عن السلعة الأخرى.

٣- ثم بعد ذلك ينظر إلى مقدار تقييد المنافسة[١].

---

(١) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢٠٣.

(٢) وهو اختصار لـ (Small Significant Non transitory Increase in Price).

(٣) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٩٤.

(٤) المرجع السابق ص ١٩٩.

وحتى يتم الحكم على الاندماج بأنه يؤدي للهيمنة، يلزم دراسة الحالة وفقاً للأسس المبينة في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الأساس الجغرافي للسوق

الفرع الثاني: مستوى المنافسة بالنسبة لعدد المتنافسين وحجم السوق

الفرع الثالث: الحصة السوقية

الفرع الرابع: عوائق دخول المتنافسين للسوق.

وفيما يأتي بيان هذه الفروع.

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٥٢، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة – للدكتور مُحَمَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري –تيزي أوزو – ع ٢٣ ص ٦٣.

الفرع الأول: الأساس الجغرافي للسوق

السوق الجغرافية (Geographic Market) لها عدة تعريفات متقاربة، فعرفها المنظم السعودي بأنها مكان أو وسيلة يلتقي فيه مجموعة من المشترين والبائعين الحاليين والمرتقبين خلال فترة زمنية معينة [١] ، كما عرف السوق بأنه المكان الذي يتلاقى فيه العرض والطلب حول بضاعة أو خدمة معينة" [٢]. وعرفت السوق الجغرافية بأنها المنطقة التي يمارس فيها التاجر نشاطه من بيع المنتجات والتي يطرقها المشترون للحصول على منتجاتهم، وتسودها ظروف تنافسية واحدة [٣]. وهي السوق التي يتمتع ضمنها التاجر بسلطة السيطرة على الأسعار أو تفادي المنافسة"[٤]. وأضافت محكمة استئناف باريس قيدا مهما وهو أن يكون هذا المكان من وجهة نظر المشترين أو المستخدمين بديلاً فيما بينها، وليس بديلاً للمنتجات والخدمات الأخرى [٥].

ويرى الباحث أن أشمل تعريف للسوق الجغرافية هو تعريف الدكتور الملحم بأنها هي المنطقة التي يمارس بها المشروع نشاطه التجاري حيث يعرض فيها منتجاته على القاطنين والمترددين على المنطقة، وتسودها ظروف تنافسية واحدة، ويتوقف نطاق السوق على حجم النشاط وأهميته كلما كان السوق الجغرافي لمنتج المشروع المذكور مترامي الأطراف وواسع المدى[٦].

وفي هذا الفرع سيتم التطرق للآتي:

المسألة الأولى: معايير تحديد النطاق الجغرافي

المسألة الثانية: تطبيقات على تطبيق معايير تحديد النطاق الجغرافي

وبيانها فيما يأتي.

---

(١) نظام المنافسة السعودي م٢.

(٢) التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٣٩.

(٣) المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – للدكتور خليل فيكتور تادرس ص ٧٤.

(٤) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢١١.

(٥) المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – للدكتور خليل فيكتور تادرس ص ٧٥.

(٦) الاحتكار والأفعال الاحتكارية – د. أحمد الملحم ص ٣٦.

المسألة الأولى: معايير تحديد النطاق الجغرافي

تختلف الدول في تحديد السوق الجغرافية، وتظهر أهمية هذا الموضوع في الدول ذات المساحات الكبيرة، والدول التي تأخذ بأنظمة اتحادية، أو تربطها سوق اقتصادية واحدة، كما هو الحال في السوق الأوروبية المشتركة. أما في الدول الصغيرة فلا تثير السوق الجغرافية أية إشكاليات، لأن الحدود الإقليمية للدولة الصغيرة لا تختلف عنها غالبا لتشابه الظروف الاقتصادية فيها [١].

ولا بد من معرفة حدود السوق الجغرافية التي يمارس التاجر فيها عمله التجاري، ولا بد أن تسود في هذه السوق ظروف اقتصادية متشابهة أو متماثلة [٢].

وأما قوانين المنافسة المقارنة، فنجد أن لها اتجاهين:

الأول: تحديد نطاق السوق، كما في قانون المنافسة الكويتي والذي يحدد النطاق الجغرافي للسوق بأنه في الحدود الدولية لدولة الكويت [٣]. كما أن المنظم الأوروبي نحى هذا النحو في تحديده للسوق الجغرافية، ففي المادة السادسة والثمانين من اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة تأكيد بأنه لا بد من أن تكون الرقعة الجغرافية جزءا جوهريا من السوق الأوروبية [٤].

الثاني: ترك تحديد نطاق السوق للجهة المسؤولة عن المنافسة مع بيان لمحدداته دون حدوده، كما في القانون القطري للمنافسة، والذي حدد النطاق الجغرافي بأنه السوق الذي يشمل المنطقة الجغرافية التي تتجانس فيها ظروف المنافسة ويتعامل في نطاقها كل من البائعين والمشترين في المنتجات لتحديد الأسعار [٥]. كما أن القانون المصري للمنافسة نص على أن النطاق الجغرافي هو منطقة جغرافية معينة تتجانس فيها ظروف التنافس مع أخذ فرص التنافس

(١)الاحتكار والأفعال الاحتكارية – د. أحمد الملحم ص ١١٥.

(٢)المرجع السابق ص ١١٤.

(٣) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١-ح.

(٤) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢٢٠.

(٥) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ١.

المحتملة في الاعتبار، وذلك كله وفقا للمعايير التي تبينها اللائحة التنفيذية بما يتفق مع أهداف و أحكام هذا القانون" [١].

ولا تتجاوز حدود السوق حسب الأنظمة الأوروبية دول الاتحاد الأوروبي، وقد يضيق مفهوم السوق إلى دولة أو مجموعة من الدول تتجانس فيه ظروف المنافسة، ويؤخذ ذلك من حكم لمحكمة العدل الأوروبية بأن السوق الجغرافية هي الإقليم الذي تقوم فيه المشروعات المعنية بتقديم السلع والخدمات، والذي تتجانس فيه ظروف المنافسة، ومن ثم يمكن تمييزه عن غيره من المناطق التي تغايره في ظروف المنافسة بسبب طبيعة وخصائص المنتجات أو وجود حواجز لدخول السوق، أو بسبب تفضيلات المستهلكين [٢].

وأما في الولايات المتحدة الأمريكية، فيحدد السوق الجغرافية في كل قضية بحسبها، ويبين ذلك الأمثلة الآتية:

المثال الأول: في قضية (U.S. V. Grinell Corporation) قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة بأن مدى السوق الجغرافية للمنتج يشمل كل نطاق الدولة، للآتي:

١- أن توزيع المنتج مهيأ للتوزيع في كل أقاليم الدولة، لوجود خطة وطنية وأسعار وشروط للخدمة على نطاق الدولة.

٢- أن عملاء الشركة المرتبطون بعقود مع الشركة منتشرون في نواحي الولايات المتحدة.

المثال الثاني: في قضية (Beacon Fruit and Produce Co. V. H. Hannis) قضت المحكمة بأن مدى السوق الجغرافية للسلعة يقتصر على المنطقة المحيطة بالمدينة.

المثال الثالث: في قضية (U.S. V. Griffith) قضت المحكمة بأن محيط السوق الجغرافية للسلعة يشمل خمساً وثمانين مدينة [٣].

وأهم الاعتبارات الموضوعية التي يأخذ بها القضاء الأمريكي لتعيين حدود السوق:

---

(١) القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م. المادة ٣.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٩٢-٢٩٣.

(٣) الاحتكار والأفعال الاحتكارية للدكتور أحمد الملحم ص ٤٢-٤٣.

١. مدى امتداد خدمات الشركة إلى كل إقليم الولايات المتحدة الأمريكية.

٢. محل العملاء الذين يرتبطون بعقود زمنية للاستفادة من خدمات الشركة [١].

ومما تقدم يمكن القول بأن النطاق الجغرافي هو المنطقة الجغرافية التي تتجانس فيها ظروف التنافس. ويحدد النطاق الجغرافي عبر المعايير الآتية:

الأمر الأول: تكاليف نقل المنتجات من منطقة لأخرى، وينضاف لها تكاليف الفحص والتأمين، والوقت اللازم لتزويد المنطقة الجغرافية بالمنتجات المعنية من أسواق أو من مناطق جغرافية أخرى أو من الخارج [٢]، ونحوها من الأسعار التي يجب السيطرة عليها للتأثير في الأسعار[٣].

ويمكن توضيح هذا المعيار عبر النظر في بعض الأحكام القضائية في القضاء المقارن، فقد قرر القضاء الفرنسي أن السوق الجغرافية للخرسانة الجاهزة ضيقة بسبب أن تكاليف نقل السلعة تتضاعف في المسافات الأبعد من ٤٠ كلم، بينما سوق معدات البحث عن المتفجرات يتسع ليشمل النطاق الأوروبي، لسهولة نقل السلعة بتكاليف يسيرة [٤].

وقد قرر القضاء في الاتحاد الأوروبي أنه يجب الأخذ في الاعتبار تكاليف النقل لتحديد نطاق السوق الجغرافية، فكلما قلت تكلفة نقل السلع والمنتجات المختلفة من منطقة جغرافية إلى أخرى، لكما أمكن للبائعين الانتقال إلى مناطق متعددة، وهو ما يعني اتساع النطاق الجغرافي للسوق، وعدم اقتصاره على النطاق الوطني، بخلاف ما لو كانت التكاليف مرتفعة، فإننا سنكون عندئذ في سوق جغرافية تجري فيها المنافسة داخل نطاق وطني دون أن يتخطى إلى حدود جغرافية أرحب وأوسع [٥].

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٥١.

(٢) لائحة قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٦.

(٣) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٩٧.

(٤) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٩٧.

(٥) إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية – د. سامي أبو صالح، ص ٦٦.

الأمر الثاني: العوائق القانونية التي تحول دون تسويق المنتج في منطقة أخرى[١]، ويدخل في ذلك الآتي:

- الرسوم الجمركية والقيود غير الجمركية على المستويين المحلى والخارجي[٢].
- الامتياز العام، وهو حق حصري خاص تمنحه الحكومة لشركة ما تقوم بإنتاج سلعة أو تقديم خدمة معينة، مثل إنتاج الكهرباء والنقل الجوي.
- وتوزيع المناطق الجغرافية بنصوص قانونية كما في توزيع الكهرباء في بعض الدول[٣]،
- وضبط بعض المناطق الجغرافية باشتراطات في الجودة، والمواصفات والمقاييس[٤].

الأمر الثالث: قدرة المشترين على الانتقال بين مناطق جغرافية نتيجة التغيرات النسبية في الأسعار أو في العوامل التنافسية الأخرى[٥].

الأمر الرابع: ما إذا كان البائعون يتخذون قراراتهم التجارية على أساس انتقال المشترين بين المناطق الجغرافية المختلفة نتيجة التغيرات النسبية في الأسعار أو في العوامل التنافسية الأخرى[٦].

الأمر الخامس: السهولة النسبية التي يستطيع بمقتضاها أشخاص آخرون دخول السوق المعنية[١].

---

(١) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢٢٠. الاحتكار والأفعال الاحتكارية للدكتور أحمد الملحم ص ٧٣.

(٢) اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥، المادة السادسة، وهي بنصها في اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة القطري، م٢.

(٣) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي – . ص ٣٧.

(٤) المرجع السابق ص ٣٧.

(٥) اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥، المادة السادسة، وهي بنصها في اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة القطري، م٢.

(٦) اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري، المادة السادسة، وهي بنصها في اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة القطري، م٢.

(١) اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري المادة السادسة، وهي بنصها في اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة القطري، م٢.

الأمر السادس: طبيعة المنتج التي تجعل من الصعوبة نقله إلى مسافات طويلة، فالخرسانة الجاهزة لا يمكن نقلها لمسافات بعيدة[١]، وهذا لا يدخل في المعيار الأول، لأن المعيار الأول محله التكلفة العالية للنقل، وأما هذا المعيار فمحله صعوبة النقل أو استحالته لطبيعة المنتج.

الأمر السابع: عوامل اجتماعية وثقافية، مثل تفضيل أهل منطقة لمنتجاتهم المحلية بما يمنع من وجود بديل من غير البيئة.

ويمكن توضيح هذا المعيار باستعراض قضية قررت فيها المحاكم الفرنسية حكماً فيه أخذ بهذا المعيار، ففي قضية نظرها مجلس المنافسة الفرنسي قرر فيها أن اعتياد سكان منطقة الألزاس على استخدام القرميد في البناء وعدم اعتيادهم على البلاطات الخرسانية المماثلة يجعل هذا المنتج غير قابل للإحلال، بخلاف ما لو كان ذلك في مناطق أخرى [٢].

كما أن سوق الصحف الصادرة بلغة محلية لا يتجاوز الناطقين بتلك اللغة، ويشمل ذلك بعض الأكلات المحلية فإن سوقها ينحصر في تلك المناطق التي تستهلكها عادة [٣].

فإذا كان يبعد أن يغير المستهلكون وجهتهم نحو منشآت خارج النطاق الجغرافي ولا تستطيع المنشآت خارج هذا النطاق من إشباع حاجات المستهلكين داخل النطاق، فإن النطاق يعد مكانا مناسبا للممارسات الاحتكارية [٤].

ويرى الباحث أهمية أن تؤخذ جميع هذه المعايير لتحديد السوق الجغرافية، عند نظر مجلس المنافسة في طلبات التركز لإصدار القرار بشأنها.

المسألة الثانية: تطبيقات على تطبيق معايير تحديد النطاق الجغرافي

بعد أن تم التطرق للجانب النظري، يحسن بنا النظر في توجهات القضاء حيال تحديد النطاق الجغرافي عبر القضاء المحلي والقضاء المقارن، وفيما يأتي عرض لتلك التطبيقات القضائية.

أولا: تطبيقات محلية

(١) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي – . ص ٣٧.

(٢) المرجع السابق ص ٣٨.

(٣) تنظر بعض الأحكام القضائية والتعليق عليها في كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٩٨.

(٤) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٤٢-٤٣.

تعد التطبيقات المحلية محصورة لحداثة نظام المنافسة نسبيا، إضافة إلى كون القرارات الصادرة لم تصدر نهائياً بتصديق ديوان المظالم، ومع ذلك فهي تعطي مؤشرا جيداً يفيد الدارس.

التطبيق الأول: درس مجلس المنافسة السعودي قضية شراء شركة العزيزية بندة المتحدة لأصول شركة المخازن الكبرى وتبين أن الشركة بعد التملك سيكون لها هيمنة في بعض المدن دون بعضها لآخر، وفي هذا تحديد للسوق الجغرافية في سوق بيع المواد الغذائية بالتجزئة، وقد قرر مجلس المنافسة بالقرار ذي الرقم ٢٠٠٨/٣٨ والتاريخ ١٤٢٩/٩/٩هـ الموافقة على التركز بشرط الالتزام بسياسات تسويقية وسعرية موحدة في جميع مدن ومحافظات المملكة العربية السعودية(١).

ثم درس مجلس المنافسة السعودي قضية شراء شركة العزيزية بندة المتحدة لأصول شركة جيان السعودية المحدودة، وتبين أن الشركة بعد التملك سيكون لها هيمنة في بعض المدن دون بعضها لآخر، وفي هذا تحديد للسوق الجغرافية في سوق بيع المواد الغذائية بالتجزئة، وقد قرر مجلس المنافسة بالقرار ذي الرقم ٢٠٠٩/٤٨ والتاريخ ١٤٣٠/١٠/١٧هـ الموافقة على التركز بشرط الالتزام بسياسات تسويقية وسعرية موحدة في جميع مدن ومحافظات المملكة العربية السعودية(٢).

ويلحظ الباحث أن مجلس المنافسة السعودي نظر إلى أن كل مدينة تعتبر سوقاً بحد ذاتها، ورأى أنها قسمان:

١- مدن كبرى، لا يمكن للشركة بعد حصول عملية التركز الاقتصادي أن تضر بالمنافسة، ولم يمانع مجلس المنافسة من التركز في هذه المدن، لتعذر المفسدة.

٢- مدن صغرى، يمكن للشركة بعد حصول عملية التركز الاقتصادي أن تضر بالمنافسة، وقد اشترط مجلس المنافسة شروطا تدرأ مفاسد الهيمنة على تلك الأسواق كما هو واضح في القرار.

(١) ينظر موقع مجلس المنافسة السعودي على الشبكة www.ccp.org.sa

(٢)ينظر موقع مجلس المنافسة السعودي على الشبكة www.ccp.org.sa

التطبيق الثاني: طلبت الشركة السعودية لإنتاج الأنابيب الفخارية أن تستحوذ على شركة الخزف للأنابيب، ودرس مجلس المنافسة السعودي الموضوع وأصدر قراره ذا الرقم ١٢٥ والتاريخ ١٤٣٥/٩/٤هـ برفض عملية التركز الاقتصادي لما يؤدي إليه من هيمنة على سوق إنتاج الأنابيب الفخارية في السوق الجغرافية المحددة داخل المملكة العربية السعودية[١].

ويلحظ الباحث أن مجلس المنافسة وسع السوق الجغرافية لهذه السلعة ليشمل المملكة العربية السعودية، لكون سوق الأنابيب الفخارية محدود ويمكن أن يتسع للدولة كلها والمستهدف منه فئة محدودة من القطاعات الحكومية والقطاع الخاص، بخلاف التطبيق السابق، فإن سوق التجزئة واسع والمستهدف منه جميع أفراد المجتمع السعودي.

ثانياً: تطبيقات في القضاء المقارن

تتميز التطبيقات المقارنة بثرائها وكثرتها، ولكن مرجعها القانوني متنوع، ومع ذلك فيوجد قواسم مشتركة كثيرة بينها، وفيما استعراض لبعض هذه التطبيقات.

التطبيق الأول: قرر القضاء الأوروبي أن المملكة المتحدة وفرنسا وإيطاليا لا تدخل في السوق الجغرافي للشركة المدعى عليها، لوجود اتفاقيات تسويق خاصة بتلك الدول تجعلها مغايرة لباقي الدول في السوق الأوروبية [٢].

ويلحظ أن القضاء الأوروبي نظر إلى طريقة التسويق في والاتفاقات المنظمة له محددا لكون الدول الأوروبية لها سوقا لهذه السلعة التي صدر بشأنها الحكم القضائي، فقد قسم دول الاتحاد الأوروبي إلى قسمين:

الأول: دول المملكة المتحدة وفرنسا وإيطاليا، وحيث إن للشركة المدعى عليها اتفاقيات تسويق خاصة بتلك الدول، فقد جعلها القضاء الأوروبي لا تدخل في السوق الجغرافي للشركة المدعى عليها.

---

(١) ينظر موقع مجلس المنافسة السعودي على الشبكة www.ccp.org.sa

(٢) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة – مُحَمَّد سليمان الغريب ص ٢٢٠.

الثاني: بقية دول الاتحاد الأوروبي، ولها اتفاقية تسويق تشملها، ولذا فإن الشركة المدعى عليها تنطبق عليها سمة الهيمنة في دول أوروبية دون أخرى بسبب طريقة التسويق المشار إليها في الحكم.

التطبيق الثاني: قرر مجلس المنافسة الفرنسي أن الأسقف الجاهزة والقرميد المصنوع في منطقة الألزاس غير قابل للإحلال، رغم أسعاره المرتفعة، نتيجة إضافة الزيادة الحتمية لتكلفة النقل على ثمن المنتج [١]. كما أصدر مجلس المنافسة الفرنسي القرار نفسه في موضوع الجرانيت والمنتجات الخرسانية بسبب تكلفة النقل[٢].

وهذا الحكم يقرر أن معيار تكلفة النقل مؤثر لتحديد نطاق السوق الجغرافية.

التطبيق الثالث: قرر القضاء الأمريكي في دعوى Brown Shoe Co., V. أن السوق الجغرافي للشركتين المندمجتين ينحصر في كل مدينة يقطنها عدد من السكان لا يقل عن عشرة آلاف نسمة، وتوجد بها فروع للشركتين المندمجتين، ومن ثم يحسب مدى تقييد المنافسة في هذه المدن وليس على نطاق وطني [٣].

ويلحظ الباحث أن السلعة في هذا الحكم تنتمي لقطاع التجزئة الذي يستهدف كافة شرائح المجتمع في كل أجزاء الولايات المتحدة الأمريكية، فتكون كل مدينة سوقاً لهذه السلعة، ولا يمكن للشركة بعد الاندماج أن تؤثر على المنافسة. وأما المدن والقرى متناهية الصغر فيمكن لهذه الشركة بعد الاندماج أن تمارس هيمنتها على السوق وتضر بالمنافسة.

إلا أن السؤال يرد في تحديد المدن الكبيرة والمدن متناهية الصغر، ولم يترك القضاء الأمريكي هذه الجزئية، فلجأ إلى التحديد بعدد السكان، وهذا التقييد التقريبي بكون المدن متناهية الصغر التي لا يتجاوز سكاها عشرة آلاف نسمة، إنما لجأ إليه القضاء الأمريكي منعاً للارتباك الذي قد يحصل في تحديد المدن الصغيرة والكبيرة، كما سبق في حكم مجلس المنافسة

(١) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي – . ص ٣٧.

(٢) المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – خليل فكتور تادرس – ص ٦٥.

(٣) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٩٨، مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٥١.

السعودي في قضية التركز الاقتصادي بين شركة بنده وكارفور وبين بنده والمخازن الكبرى. وهو تصرف حسن من القضاء الأمريكي.

الفرع الثاني: مستوى المنافسة بالنسبة لعدد المتنافسين وحجم السوق

يمكن قياس مستوى المنافسة عبر قياس درجة التركيز في سوق السلعة (Relevant Market)، ويكون ذلك بالنظر إلى حدود هذا السوق من خلال الآتي [١]:

١. مرونة العرض (Supply Substitution) أي مدى مرونة دخول تجار إلى السوق لتغطية الطلب المتزايد على السلعة التي صعد ثمنها.

٢. مرونة الطلب (Demand Substitution)، أي مدى مرونة طلب المستهلكين على السلع المتشابهة التي تقوم مقام بعضها البعض عند عدم توفر إحداها.

وقد استعان القضاء الأمريكي والأوروبي بالمنهجين كليهما لاستبانة البعد السلعي أو الخدمي للسوق[٢]، وبهما يمكن معرفة إمكانية التبادل بين السلع (Interchangeability) حتى يمكن إدراجهما في سوق واحدة.

وفي هذا الفرع سيتم بحث مرونة العرض، بصفته وسيلة قياس مستوى المنافسة بالنسبة لعدد المتنافسين وحجم السوق.

المسألة الأولى: قياس مرونة العرض

يعرف الاقتصاديون مرونة العرض بأنها كمية المنتجات التي يقدمها التجار عند سعر معين وفي وحدة زمنية معينة" [٣].

ويمكن توضيح فلسفة منهج العرض البديل بأن ارتفاع سعر منتج معين، يحض المنتجين الآخرين على التحول إلى إنتاج ذلك المنتج بالموارد المتهيئة لهم، أو بتحويل خطوط إنتاجهم، مما

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٢٠، الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٣٨.

(٢) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢٠٤.

(٣) المرجع السابق ص ١٩٥.

يترتب عليه الزيادة في عرض ذلك المنتج. أما إن قلت أسعار المنتج، فإن المنتجين يتحولون لإنتاج منتجات أخرى، وهذا يؤدي لقلة المعروض من المنتج، وهو مدلول مرونة عرض ذلك المنتج [١].

وعلى ضوء معرفة مرونة العرض يمكن التحقق من مدى إمكانية تحويل تجار آخرين لخطوط إنتاجهم أو بعضها عندما تتغير أسعار منتج معين في السوق نحو ذلك المنتج. والمرونة المطلوبة هنا هي على المدى القريب ولا تتطلب توافراً على المدى البعيد فقط [٢].

وفي حال وجود منافسين آخرين، لا يمكن للتاجر أن يحظى بمركز مسيطر يتصرف باستقلالية لتعطيل المنافسة أو تقييدها أو منعها، لأن المنافسين الآخرين يملكون المنتجات نفسها التي يسيطر عليها، أو بدائل مناسبة لها [٣].

المسألة الثانية: الزمن المحدد للتحقق من مدى إمكانية تحويل التجار الآخرين لخطوط إنتاجهم

لا بد من اعتبار عنصر الزمن في هذا المعيار، فيكون انتقال فتح خطوط الإنتاج الجديدة خلال وقت قصير، وعرفت المفوضية الأوروبية الوقت القصير بأنه الوقت الذي يمكن فيه تشغيل المصنع من الناحية الاقتصادية، ومن شأنه أن يؤهل التاجر لممارسة تأثيره في السوق" [٤].

ويمكن أخذ تحديد المدى القريب من أحد الأحكام القضائية الأمريكية بأن يمكن تحويل خطوط الإنتاج خلال سنة واحدة [٥]، والتحديد أضبط وأسهل.

وقد تقل المدة بالنظر إلى نوع الإنتاج، مثل مصانع الورق، إذ تقوم المصانع عادة قبيل الفصول الدراسية بصناعة الدفاتر والمستلزمات الورقية الدراسية، وفي الأوقات الأخرى تقوم تلك

(١) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٩٦.

(٢) الاحتكار والأفعال الاحتكارية دراسة تحليلية مقارنة في القانون الأمريكي والأوربي والكويتي – د.أحمد الملحم ص ١٠٨.

(٣) إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية – د. سامي أبو صالح، ، ٢٠٠٥، ص ٧٧.

(٤) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢١٨.

(٥) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٢٠.

المصانع بصناعة ورق التغليف وورق الطباعة والأكياس الورقية، وعليه فتكون الدفاتر المدرسية والأكياس الورقية من المنتجات التي تضمهما سوق واحدة وهي سوق إنتاج الورق [١].

وأما القضاء الأوروبي فاعتبر في قضية (Ttra Pak) عند تحديد سوق المنتج عدم مقدرة منتجي آلات تعبئة الحليب على إنتاج آلات تعبئة معقمة بشكل فوري [٢].

المسألة الثالثة: تطبيقات من القضاء المقارن على قياس مرونة العرض

ينظر القضاء المقارن سواءً القضاء الأمريكي أو الأوروبي لإمكانية إنتاج السلعة خلال المدة الزمنية المعقولة لتلك السلعة، ويظهر ذلك في التطبيقات الآتية:

التطبيق الأول: لما رفعت شركة آي بي إم (IBM) أسعار محركات الأقراص، حكمت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بأن بالإمكان فتح خطوط إنتاج لدى الشركات الأخرى التي تصنع الحواسيب الشخصية، ولذا فلا يعد تصرف شركة آي بي إم مخالفا للمنافسة[٣].

التطبيق الثاني: في قضية اندماج شركة (يونايتيد ستيل) بشركة (كولومبيا ستيل) ومع كون الشركتين تنتجان صفائح الصلب فقط، إلا أن القضاء الأمريكي قرر أن سوق السلعة يشمل كل لفائف الصلب، وبذا يكون الاندماج غير مقيد للمنافسة، لكون المصانع التي تنتج لفائف الصلب يمكنها إنتاج صفائح الصلب [٤].

التطبيق الثالث: وفي قضية أخرى قررت محكمة العدل الأوروبية إلغاء قرار المفوضية الأوروبية لأنها لم تبين مدى مقدرة التجار الآخرين على تحويل خطوط إنتاجهم لإنتاج المعلبات ومنافسة المدعى عليها[١].

---

(١) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢٠٩. مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٤٩.

(٢) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢١٨.

(٣) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢٠٢، وينظر التعليق على الحكم في كتاب: الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٤٢.

(٤) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٥٠

(١) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢١٨.

التطبيق الرابع: في قضية (Continental Can V. Commission) قرر القضاء الأوروبي أنه يجب الأخذ بالصفات الخاصة للإنتاج، فلا يمكن القول بالسيطرة على سوق التغليف البلاستيكي الخفيف المستخدم في حفظ اللحوم والأسماك إلا بعد البحث في قدرة المنافسين الآخرين في أسواق أخرى للتغليف باستخدام المعادن، على التحول إلى التغليف البلاستيكي بعد إجراء تعديلات يسيرة" [١].

التطبيق الخامس: وقرر القضاء الأوروبي أن إنتاج كوب ٤ مم من وجهة نظر فنية مماثل لتصنيع الأكواب الأخرى، وأن صانعي الأكواب الأخرى يمكنهم – بسرعة وسهولة – تحويل وتغيير إنتاجهم دون تكاليف زائدة[٢].

ويظهر للباحث من خلال ما سبق أن إمكانية تحويل المنافسين لخطوط إنتاجهم خلال فترة زمنية معقولة لإنتاج السلعة ذاتها التي ينتجها طالب التركز مؤثر في قرار مجلس المنافسة على طلبات التركز، ولذا يجب أخذه في الاعتبار. ولا ينظر إلى رغبة المستهلك بتفضيل نوع من السلعة لها خصائص مميزة له عند تحديد مرونة العرض، ففي قضية (تامبا إليكتريك) قرر القضاء الأمريكي بأن سوق السلعة البديلة يشمل كل منتج للفحم قادر على تزويد مؤسسة فلوريدا العامة، حتى وإن وقع الاختيار على واحد لأداء احتياجات المؤسسة [٣].

الفرع الثالث: الحصة السوقية

يعد منهج دراسة الحصة السوقية لتحديد السوق الجغرافية مقياساً لاستبانة البعد السلعي أو الخدمي للسوق في الطلب البديل للسلعة (Cross-elasticity Demand). ويعتمد هذا المنهج على تبيين مدى مرونة الطلب على السلع المتشابهة التي تقوم بدور مماثل من وجهة نظر العملاء، بحيث إذا لم توجد السلعة (أ) يختار العميل السلعة (ب). ويكون ذلك بحساب سرعة تغيير زبائن المنشأة الرافعة لأسعارها لاتجاهاتهم وأذواقهم نحو المنشآت الأخرى المنافسة[١].

---

(١) إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية – د. سامي أبو صالح، ، ٢٠٠٥، ص ٧٩.

(٢) المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – خليل فكتور تادرس – ص ٧٤.

(٣) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٤٩.

(١) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٤١.

وتعد الحصة السوقية من المنتجات أحد العنصرين المكونين للسوق، وهو المنتجات المعنية، ويقصد بها كل المنتجات التي يعد كل منها بديلاً عن الآخر، أو يمكن أن يحل محله من وجهة نظر متلقي الخدمة أو السلعة[١]، وهو بنصه في قانون المنافسة الكويتي[٢]، وقريب منه في القانون المصري للمنافسة[٣].

فإذا لم يمكن العميل أن يستغني عن سلعة أو خدمة ويستبدلها بأخرى لها الميزات نفسها، فإننا نكون في وضع احتكاري [٤].

وبيان ذلك أن على الجهة المختصة بدراسة عملية التركز الاقتصادي تحديد السلعة الأصلية والسلعة البديلة التي لها أهمية بالغة في تحديد مدى التركز وأثره في تقييد المنافسة، وكذلك في الخدمات [٥].

المسألة الأولى: قياس مرونة الطلب

يعرف مرونة الطلب في الاصطلاح الاقتصادي بأنه مقدار ما يطلب من المنتج عند سعر معين، وفي وحدة زمنية معينة. وبعبارة أوضح: مرونة الطلب تعني درجة تأثر الطلب بتغير الثمن، فإذا كان مقدار الطلب يتأثر بتغير الثمن، فهذا يعني أن الطلب على المنتج له مرونة عالية، أما إذا كان مقدار الطلب لا يتأثر بتغير الثمن، فإن الطلب على هذا المنتج يعد غير مرن، أي ليس له منتجات بديلة [١].

ففي حال عدم وجود المنتج (أ) يلجأ العميل إل شراء المنتج (ب) لكون المنتجين يشبعان رغبات العميل ويؤديان الغرض نفسه من وجهة نظر العملاء [٢].

---

(١) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ١، وأضاف للتعريف: ويشمل ذلك المنتجات المقدمة من المنافسين في الأسواق الأخرى القريبة من المستهلك، وفي رأي الباحث أنها إضافة يمكن الاستغناء عنها، لكونها تدخل في النطاق الجغرافي.

(٢) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١-ح.

(٣) القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م. المادة ٣.

(٤) إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية — د. سامي أبو صالح، ص ٧٠.

(٥) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٩٥.

(١) الاقتصاد لأحمد أبو إسماعيل وسامي خليل مُحَمَّد، ص ٣٥١.

(٢) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢٠٤.

ويعبر بمرونة الطلب للثمن (Price Elasticity of Demand) عن درجة تأثر الطلب بالتغير الذي يحدث في الثمن، فمرونة الطلب بالنسبة للثمن تبين درجة استجابة التغير في الكمية المطلوبة من سلعة معينة للتغير الذي يحدث في ثمنها [١].

ولذا فسوق المنتجات البديلة معيار مهم لمعرفة وجود الاحتكار من عدمه، وقد ورد في حكم للمحكمة الأمريكية أنه عندما يكون هناك خيار في السوق، يلجأ إليه المشترون مباشرة لاستيفاء أغراضهم، فلا يكون هناك ثمة احتكار" [٢].

وواضح مما سبق أنه كلما ارتفعت مرونة الطلب كلما ابتعد التاجر عن وسمه بالاحتكار، وكلما قلت مرونة الطلب ارتفعت حصة التاجر في سوق المنتج الأصلي، وبالتالي قوي وصف التاجر بسمة الاحتكار.

فإذا ارتفع ثمن سلعة وقلت مبيعاتها مما زاد من مبيعات سلعة مثيلة، فإن السلعتين تكونان متنافستين، وأما إذا قلت مبيعات السلعة المثيلة فإن السلعتين متكاملتان [٣].

ويشمل ذلك الخدمات كما يشمل السلع المنقولة، وهذا مقرر في الأحكام القضائية الأمريكية بجلاء [٤].

ومن خلال ما سبق يظهر للباحث أن معيار مرونة الطلب في سوق المنتجات ينقسم قسمين:

القسم الأول: يرتبط بالتماثل بين المنتجات في الشكل والاستعمال، بحيث يقوم كل منتج مقام الآخر في الأداء المطلوب.

القسم الثاني: يتعلق بمدى تحول العملاء بين المنتجات التي تجمعها سوق واحدة في حالة ارتفاع سعر أحدهما أو عند عدم توافره.

---

(١) التحليل الاقتصادي – مصطفى حسني مصطفى – بالقاهرة، سنة ٢٠٠٣م ص ١٣٧.

(٢) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢٠٣.

(٣) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ١٩٢.

(٤) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٤٩.

المسألة الثانية: مؤشرات درجة التبادل بين المنتجات

يمكن معرفة درجة التبادل بين المنتجات عبر عدة مؤشرات منصوص على بعضها في قوانين المنافسة، ويمكن استخلاص بعضها الآخر من كلام الشراح والتطبيقات القضائية المقارنة، وأهم هذه المؤشرات هي:

المؤشر الأول: الصفات المادية المشتركة بين المنتجات

المؤشر الثاني: أسعار المنتجات

المؤشر الثالث: الغرض من الاستعمال

المؤشر الرابع: تركيبة العرض والطلب

وبيان هذه المؤشرات فيما يأتي.

المؤشر الأول: الصفات المادية المشتركة بين المنتجات

يتم النظر إلى الصفات المادية بين المنتجات، فإن تقاربت الصفات فيمكن القول بأن المنتجات تضمها سوق واحدة، ويطلق عليها "تماثل المنتجات في الخواص وفى الاستخدام" [١]. وقد قرر القضاء الأمريكي محددات التماثل بأنها تشمل الاستخدام والخصائص، إضافة إلى الأسعار[٢]. ويبين هذا المؤشر التطبيقات الآتية:

التطبيق الأول: قرر القضاء الأوروبي بأن فاكهة الموز تستقل بسوق واحدة، لكون الموز يخالف بقية الفواكه في الصفات المادية من جهة ليونته وطريقة زراعته، ومذاقه، واستساغة الصغار والكبار له بخلاف بقية الفواكه [٣].

التطبيق الثاني: في قرار للقضاء الفرنسي صدر الحكم بأن أنابيب PVC [٤] تتميز عن غيرها من أسواق أنابيب البلاستيك أو البولي إيثلين، لكونها لا تعتبر بديلا كاملا عنها [١].

---

(١) اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥، المادة السادسة، وهي بنصها في اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة القطري: مادة (٢).

(٢) المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – خليل فكتور تادرس – ص ٦٣.

(٣) الاحتكار والأفعال الاحتكارية لأحمد الملحم، جامعة الكويت ١٩٩٧م، ص ٦٥.

(٤) مادة كيميائية تستخدم في الأنابيب وغيرها، وهي اختصار للبولي فاينيل كلورياد.

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٧٧.

التطبيق الثالث: كما قرر القضاء الفرنسي أن التصوير الملون يتميز عن التصوير بالأبيض والأسود، ولا يوجد بين الشركتين منافسة لاختلاف المنتج [١].

التطبيق الرابع: قرر القضاء الأوروبي أن الرحلات غير المنتظمة (Charters) لا تعد بديلاً للرحلات المنتظمة الجوية لاختلافهما فيما بينهما [٢].

ومما سبق يظهر للباحث ضرورة الأخذ في الاعتبار تماثل الصفات وتمايزها عند دراسة طلبات التركز، وأن ذلك يشمل السلع كما يشمل الخدمات أيضاً، كخدمات السفر والسياحة كما في التطبيق الأخير.

المؤشر الثاني: أسعار المنتجات

من أهم المؤشرات التي تدل على درجة التبادل بين المنتجات التقارب في الأسعار، فلا بد أن تكون أسعار المنتجات متقاربة لتكون سوقهما واحدة، وقد قرر المنظم المصري من المؤشرات مدى إمكانية تحول المشترين عن المنتج إلى منتج آخر نتيجة للتغير النسبي في السعر أو في أية عوامل تنافسية أخرى، وما إذا كان البائعون يتخذون قراراتهم التجارية على أساس تحول المشترين عن المنتجات إلى منتجات أخرى نتيجة التغير النسبي في السعر أو في العوامل التنافسية الأخرى[٣]".

ويوضح هذا المؤشر النظر في التطبيقات القضائية المقارنة، ففي مثال الساعات، لا يمكن أن تكون ساعات الرولكس الفاخرة في سوق واحدة مع الساعات الرخيصة وإن كانت كلها تؤدي غرضا واحدا، وكذلك الحال في سوق السيارات، فسيارات الروزرويس الفاخرة ليست في سوق واحدة مع سيارات "لادا" الرخيصة. وقد قرر القضاء التونسي أن العطور الرفيعة (الغالية) تمثل سوقا مختلفا عن العطور الرخيصة، لكون العطور الفاخرة تتميز بكونها ذات جودة عالية وأسعار مرتفعة نسبيا ويقع توزيعها وفقاً لعلامة مشهورة [١].

---

(١) المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – خليل فكتور تادرس – ص ٦١.

(٢) المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – خليل فكتور تادرس – ص ٦٢.

(٣) اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥، المادة السادسة، وهي بنصها في اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة القطري: مادة (٢).

(١) التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٣٩.

المؤشر الثالث: الغرض من الاستعمال

إن مما يدل على درجة التبادل بين المنتجات معرفة الغرض من استعمال السلعة، ويؤخذ هذا المؤشر من الأحكام القضائية المقارنة، كما في التطبيقات الآتية:

التطبيق الأول: ففي حكم القضاء الأوروبي قرر استقلال سوق قطع الغيار الخاصة بآلات صرف النقود لأنه لا يوجد قطع غيار أخرى تفي بالغرض نفسه [١].

التطبيق الثاني: وقرر القضاء الفرنسي أن سوق قطع غيار آلات التصوير هي سوق مستقلة عن المنتج الأصلي[٢].

التطبيق الثالث: وفي قرار آخر للقضاء الفرنسي صدر الحكم بأن السكر المستخدم في الصناعة يفترق عن السكر المستخدم في الأكل مباشرة، لكون العميل المستهدف مختلف، كما أن الغرض من السلعة مختلف، ولذا قرر القضاء بأنها أسواق مختلفة [٣].

التطبيق الرابع: وقرر القضاء الأوروبي أن السكر الذي يكون في قوالب لا يعد بديلا من وجهة نظر المستهلك عن السكر السائل وأنواع السكر الأخرى [٤].

التطبيق الخامس: وفي قضية الصحف المجانية قرر القضاء الفرنسي أنها تمثل سوقا مختلفا عن الإعلانات الورقية والصحف المدفوعة[٥].

ومما تقدم يظهر للباحث أن الغرض من استعمال السلعة أو الخدمة مهم لمعرفة درجة التبادل بين المنتجات، فقطع غيار السلعة تغاير سوق السلعة نفسها، وسكر الصناعة يغاير سكر الطعام، والصحف الدعائية المجانية تغاير سوق الصحف المباعة، وعليها يقاس غيرها.

المؤشر الرابع: تركيبة العرض والطلب

من أهم ما يدل على درجة التبادل بين المنتجات مدى توافر المنتجات البديلة أمام المستهلك[١]، وهذا المؤشر داخل في مفهوم مرونة الطلب.

---

(١) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور مُحَمَّد سلمان الغريب ص ٢١٧.

(٢) المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – خليل فكتور تادرس – ص ٦٩.

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٧٦.

(٤) المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – خليل فكتور تادرس – ص ٦٤.

(٥) المرجع السابق ص ٦٩.

ومعنى هذا المؤشر يتضح بالمثال، فالبطاريات المجددة ليست مثل البطاريات الجديدة، فسوق كل منتج منهما يختلف عن السوق الآخر.

المسألة الثالثة: تطبيقات من القضاء المقارن

توضح التطبيقات القضائية كيفية التعامل الواقعي بعدل مع مرونة الطلب، مع العلم بتباين توجهات القضاء في كل قضية ينظرها تبعا لاختلاف الدول، واختلاف التوجهات القضائية في الفترات الزمنية المختلفة في الدولة نفسها.

التطبيق الأول: قررت محكمة الاستئناف الكويتية عدم انطباق الاحتكار على شركة الهواتف المتنقلة لكون المرسوم الصادر بتأسيس الشركة لم يمنح هذه الشركة حق احتكار الخدمة[٢]. وانتقد هذا الحكم بأن الشركة تتمتع بالاحتكار الفعلي لأنها تحتكر التقنية الفنية وخطوط الشبكة الهاتفية في الكويت[٣].

ويرى الباحث أن هذه الشركة وإن كانت تتمتع بحصة سوقية عالية، إلا أن بالإمكان تقديم المنافسين على رخصة هاتف بعد تطبيق الشروط النظامية، فلا يظهر للباحث عدم وجاهة هذا الانتقاد.

التطبيق الأول: في قضية شهيرة لدى القضاء المصري، رفعت دعوى منع استحواذ شركة النقل المصرية على إحدى الشركات الناقلة، لكون هذا الاستحواذ سيوصل الشركة إلى مركز مسيطر، فرفض القضاء المصري الدعوى لوجود شركات أخرى خاصة تنقل المسافرين غير الشركة المدعى عليها، وهذا يعني وجود منافسة حقيقية بين الشركة المدعى عليها وتجار آخرين[١].

ويرى الباحث صحة رفض الدعوى، لعدة أسباب:

---

(١) اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥، المادة السادسة، وهي بنصها في اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة القطري: مادة (٢).

(٢) حكم محكمة الاستئناف العليا: الدائرة التجارية الثانية، رقم ٨٩/٤٢٨، جلسة ٥ ديسمبر ١٩٨٩م.

(٣) الاحتكار والأفعال الاحتكارية لأحمد الملحم، جامعة الكويت ١٩٩٧م، ص ١٠٥.

(١) طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٣٥ القضائية المصرية، جلسة ٣ يونيو ١٩٦٩م، عن الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور محمد سلمان الغريب ص ١٩٣.

الأول: وجود شركات نقل أخرى كما ورد في تسبيب الحكم.

الثاني: وجود طرق نقل أخرى غير النقل البري، وهذا السبب محل خلاف في القضاء المقارن، على توجهين:

التوجه الأول: أن وسائل النقل المختلفة من برية وجوية وبحرية تندرج في سوق واحدة[١].

التوجه الثاني: ويقابل الأول توجه القضاء الفرنسي بأن سوق حافلات النقل العام مغاير لسوق الحافلات السياحية[٢]. كما قرر أن طائرات الهليكوبتر المخصصة للقطاع المدني لها سوق مغايرة لما هو مستخدم في القطاع العسكري[٣].

والتوجه الأول أصح عند الباحث، وعليه؛ يكتفى بالتسبيب الأول لتصويب الحكم.

التطبيق الثاني: قرر القضاء الأمريكي في قضية الورق الشفاف المستعمل للتغليف أنه لا يشكل سوقا مستقلة، بل هو داخل ضمن ورق التغليف، فعلى المدعي إثبات استحواذ المدعى عليه على المركز الاحتكاري وتمكنه من قدرته على السيطرة على الأسعار أو تفادي المنافسة في كل سوق ورق التغليف بأكمله، وليس ورق التغليف الشفاف فقط[٤].

ويرى الباحث أن الغرض من الاستعمال للمنتج السلعي هو المؤثر ولا ينبغي الاكتفاء بظاهر المنتج، ولذا فالحكم السابق يتفق والقواعد العامة للمنافسة.

التطبيق الثالث: قرر القضاء الفرنسي أن الأدوية التي تصرف بوصفة طبية يختلف سوقها عن الأدوية المتاحة للعموم بلا وصفة طبية [١].

---

(١) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور محمد سلمان الغريب ص ١٩٣، الاحتكار والأفعال الاحتكارية لأحمد الملحم، جامعة الكويت ١٩٩٧م، ص ١١٠.

(٢) المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – خليل فكتور تادرس – ص ٦٧.

(٣) المرجع السابق ص ٦٧.

(٤) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور محمد سلمان الغريب ص ٢٠٦. مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٤٩، وينظر التعليق على هذا الحكم في كتاب الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٤٢.

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٧٨. المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – خليل فكتور تادرس – ص ٦٤.

ويرى الباحث صحة ذلك وذلك لأن الأدوية التي تصرف للعموم بلا وصفة طبية لا يمكن أن تكون بديلة عن الأدوية التي يمنع صرفها بلا وصفة طبية، وإن كانت كلها تصنع من مواد متقاربة بنسب متفاوتة، وكلها تؤدي علاج البدن أو وقايته من المرض. وقرر القضاء الفرنسي في قضية أخرى أن كل دواء لا يحل مكان الدواء الآخر، وليست الأدوية بديلة عن بعضها، بالنظر للخصائص الفنية والتركيبية.

التطبيق الرابع: قرر القضاء الأمريكي أن سوق ألعاب الكمبيوتر الإلكترونية تختلف عن ألعاب الفيديو الإلكترونية، وليست بديلة عنها، وسوق كل واحد من المنتجين مختلفة عن الأخرى(١).

ويرى الباحث أن توجه المستهلكين يقتضي صحة ذلك، فلا يمكن حصول التبادل بين السلع في وجهة نظر المستهلكين، إذ ألعاب الكمبيوتر الإلكترونية تختلف عن ألعاب الفيديو الإلكترونية.

التطبيق الخامس: قرر مجلس المنافسة الفرنسي أن بيع الكتب عبر نوادي الكتب يمثل سوقا مغايرة لتوزيع الكتب عبر منافذ البيع الأخرى، لكون النوادي لا تبيع الكتب إلا بشروط معينة لمرتاديها والمشتركين بها، وأيد من محكمة الاستئناف بباريس في ١١ مارس ١٩٩٣م(٢). (٣).

ويرى الباحث أن في هذا القرار ملحظين:

الأول: أن البيع المشروط سبب في اختلاف السوق السلعي لبضاعة واحدة، ويوضح ذلك أن في هذا القرار تفريق بين طريقة البيع وعرض المنتج وطريقة التسويق، فالكتب المشتراة عبر النادي غير قابلة للاستبدال.

الثاني: أن منافذ البيع التي غرضها تعاوني كنوادي الطلاب لا تماثل المتاجر الربحية المعتادة.

---

(١)المرجع السابق ص ٦٣.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٨٠.

(٣) المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – خليل فكتور تادرس – ص ٦٨.

التطبيق السادس: قرر القضاء الفرنسي بين بيع السلعة بالجملة والبيع بالمفرق في قضية كارفور وGMB. كما قرر قضاء الاتحاد الأوروبي أن السكر الذي يباع بالجملة ليس بديلا عن السكر الذي يباع بالمفرق(١).

ويرى الباحث أن التفريق بين طريقة البيع في السوق السلعي للمنتجات المتطابقة، طريقة تفريق صحيح، لأن المستهلكين الذي يشترون بالجملة مختلفون عن مستهلكي السلعة ذاتها بالمفرق.

التطبيق السابع: في صفقة (Coca-Cola / Orangina) اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن المنتجات المنتجة بمياه عادية مع إضافة نكهات وسكر وغاز الكربونيك، يختلف سوقه عن سوق غيره من المشروبات الأخرى(٢).

ويرى الباحث أن النظر إلى طعم المنتج مؤثر في التفريق بين الأسواق السلعية.

التطبيق الثامن: في حكم للقضاء الفرنسي سنة ١٩٩٤م، صدر القرار بأن سوق منتجات الجرانيت مختلف عن سوق المنتجات الخرسانية، وإن كانت كلها تستخدم في رصف الطرق، لكن الجرانيت له خصائص فنية مختلفة وجمالية تجعل له سوقا متميزا(٣).

ويرى الباحث صحة التفريق بين منتجين يستخدمان في الغرض نفسه، إلا أن أحدهما يفوق الآخر من جهة الجمال، والغالب أن السعر يختلف أيضاً.

التطبيق التاسع: في بعض الحالات تختلف وجهات النظر في وجود التبادل السلعي بين منتجين، كما حصل في قضية (Carrefour/ Picard Surgeles)؛ فقد قرر مجلس المنافسة الفرنسي أن سوق توزيع المنتجات المجمدة واحد، سواء أكان عبر منافذ التوزيع، أو عبر التوصيل للمستهلك، وخالفهم وزير التجارة الفرنسي فقرر بأنهما سوقان منفصلان(١).

ويرى الباحث أن الصواب هو أنهما يمثلان سوقين مختلفين، فالخصائص وطريقة الحفظ والسعر والزبون يختلف في الغالب، وهذا يقوي أنهما سوقين وليسا سوقا واحدة.

---

(١)المرجع السابق ص ٦٤.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٨٠.

(٣) المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية – خليل فكتور تادرس – ص ٦٤.

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٧٩

التطبيق العاشر: في قضية لدى محكمة العدل الأوربية، استعانت المحكمة لتقرير منظمة الغذاء والزراعة لبيان درجة التبادل بين الفواكه، فقررت أن الموز تضمه سوق واحدة، وليس بينه وبين الفواكه الأخرى أي تبادل(١).

ويرى الباحث أن في هذه القضية ملحظين مهمين:

الأول: أنه عند الالتباس، يلزم للجهة القضائية الاستعانة بأهل الخبرة لتحديد درجة التبادل بين السلع.

الثاني: أن الفاكهة إذا كانت تختلف باختلاف الطعم وبلد المنشأ وكونها مما يستسيغه الصغار والكبار، ولها خصائصه الغذائية التي تميزها عن بقية الفواكه، فإنها لا تمثل سوقا واحدا، وكذلك بقية المطعومات.

الفرع الرابع: عوائق دخول المتنافسين للسوق

تقدم أن الحكم على الاندماج من حيث إيصاله إلى الهيمنة، يحتاج إلى دراسة حالة التركز وفقاً لأسس من أهمها أن يتم التأكد من كون الاندماج لا يؤدي إلى إعاقة دخول منافسين جدد للسوق. ولذا فإن من واجبات الشركات الراغبة في الاندماج أن تقنع مجلس المنافسة بعدم وجود أي إعاقة لدخول منافسين جدد (٢).

وقد حظرت قوانين المنافسة على من تكون له السيطرة على سوق معنية إجراء أي تصرف يؤدي إلى تهديد بقاء أحد المنافسين في السوق أو إخراجه منه أو الحد من حرية أو منع المنافسين المحتملين من الدخول إلى السوق" (١).

ونجد بعض قوانين المنافسة تحظر الاندماج إن كان غرضه إخراج منافسين أو منع دخول منافسين جدد، ففي اعتبر المنظم السوداني الاندماج ضاراً أو مقيداً للمنافسة في السوق المعني

(١) الاحتكار والأفعال الاحتكارية لأحمد الملحم، جامعة الكويت ١٩٩٧م، ص ٦٥.

(٢) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٦٢.

(١) القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م – معدلة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٩٧٥ لسنة ٢٠١٠، الجريدة الرسمية العدد ٤٥ (مكرر) في ١٣ نوفمبر ٢٠١٠م.

إذا كان القصد منه تمكين منشأة أو أكثر من إخراج منافسين قائمين من السوق أو منع دخول منافسين جدد في أسواق بطريق مباشر أو غير مباشر [١].

المطلب الثاني

تقييم آثار الاندماج على المنافسة

عند ورود طلب الاندماج فإن للأنظمة توجهان:

التوجه الأول: أن يدرس طلب الاندماج من الجهة المختصة، ويبحث عن آثاره الإيجابية والسلبية، ثم يصدر القرار على ضوء ذلك. وقد اختار هذا التوجه المنظم السعودي، فقد صدر من مجلس المنافسة قرار اعتماد القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي [٢] ، وتضمن ضرورة تقييم مجلس حماية المنافسة لعدة عوامل مؤثرة، يأتي بيانها في فروع هذا المطلب. ونصت لائحة الاندماج الأوروبية أن على المفوضية الأوروبية عند النظر في الاندماج اعتبار بعض العناصر المرشدة إلى تكوين المركز المسيطر والتحقق من مدى حصول الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة، وعلى المفوضية التقرير بعد فحص طلب الاندماج أو السيطرة، على ضوء تلك العناصر الموافقة على الطلب أو رفضه، وهذه العناصر هي:

١- تركيبة الأسواق ذات الصلة بالموضوع، بما فيها تلك الموجودة خارج السوق الأوروبية.

٢- المحافظة وتطوير المنافسة الفعالة داخل السوق، ويدخل فيها المنافسة الحالة أو المحتملة.

٣- المركز السوقي للتجار المكونين للتركيز، وقوتهم المالية،

٤- والفرص المتاحة للبائعين والمشترين،

٥- وعوائق دخول السوق،

٦- وتوجهات العرض والطلب بالنسبة إلى العملاء،

٧- والتطور التكنولوجي،

---

(١) القانون السوداني للمنافسة – م١٠-٢-ب.

(٢) قرار مجلس المنافسة ذو الرقم ٢٠٠٨/٢٥ والتاريخ ١٤٢٩/٩/٩هـ، باعتماد القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي، المادة ٤-١.

٨- والنمو الاقتصادي الذي يكون لصالح العملاء ولا يشكل عائقا للمنافسة.

وينبني عليه أن الإعاقة التافهة للمنافسة لا ينظر لها، كما أن المنافسة المعقولة إن كانت تتناغم مع أهداف السوق فإنها لا يلتفت لها [١].

التوجه الثاني: أن الأصل منع عمليات الاندماج إذا كان من المتوقع أن ينشأ عنها تكوين أو تقوية للهيمنة، ما لم تثبت المشروعات المعنية أن عملية التركز ينتج عنها تحسين لشروط المنافسة بصورة أكبر من نتائج الهيمنة. وهذا توجه المنظم الألماني والإيطالي والسويسري[٢].

ويرى الباحث صحة التوجه الأول، بأن تكون الدراسة من مجلس المنافسة لأنه الأقدر على الاطلاع على ظروف السوق واحتياجات المستهلكين والمتنافسين بطريق متوازن.

فيلزم مجلس المنافسة السعودي أن يدرس طلب الاندماج، ومدى إمكانية أن يؤدي إلى حدوث تأثير على المنافسة، عن طريق تقييم الموضوعات الواردة في الفروع الآتية:

الفرع الأول: مستوى المنافسة الفعلية والمحتملة في السوق

الفرع الثاني: مدى سهولة دخول منشآت جديدة للسوق

الفرع الثالث: تأثيره على سعر السلعة

الفرع الرابع: وجود أي عوائق نظامية تؤثر على دخول متنافسين جدد

الفرع الخامس: المستوى والتوجهات التاريخية للممارسة المخلة بالمنافسة في السوق.

الفرع السادس: مدى احتمال أن ينشأ عن التركز الاقتصادي ما يؤدي إلى أن يصبح لدى الأطراف المتركزة قوة في السوق.

الفرع السابع: الخصائص المتغيرة للسوق بما في ذلك النمو والابتكار والإبداع.

وفيما يأتي بيان لهذه الفروع.

---

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٦٧، ٧٤، وأشار إلى المادة ٢-١ من لائحة الاندماج الأوروبية.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة - أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٠٦، وأحال إلى :
The act against restraints of competition-36 -

الفرع الأول: مستوى المنافسة الفعلية والمحتملة في السوق

تعد مسألة النظر في مستوى المنافسة الفعلية والمحتملة في السوق أولى المسائل التي يجب على مجلس المنافسة مراعاتها عند اتخاذه لقراره حيال طلب الاندماج. ولم يبين المنظم السعودي تفاصيل لهذا الموضوع، بل تركه للشراح، ولذا يرى الباحث أن يتم الاستعانة بالأنظمة المقارنة، والحكمة ضالة المؤمن. فإذا نظر الباحث إلى التقنين الأوروبي وجد أن المنافسة يمكن تقسيمها قسمين:

١- المنافسة المعقولة (Workable)، وهي التي تدعو لها المادة الخامسة والثمانون من اتفاقية السوق الأوروبية. وهي تدعو إلى مقارنة الأثر الضار والنافع للتصرف من أجل الانحياز إلى الغالب منهما، إما بإقراره أو منعه.

٢- المنافسة الفعالة (Effective) أو الضرورية والكافية لتحقيق أهداف المجموعة الأوروبية، وأهمها تكوين السوق الواحدة، وهي التي تدعو لها المادة الثانية من لائحة الاندماج الأوروبية، وهي تدعو إلى التمييز بين الأثر التافه بغية الالتفات عنه، والأثر المهم بغية الالتفات إليه وتحليله[١].

وقد أعطت اللائحة الأوروبية الجديدة للرقابة على الاندماجات المفوضية الأوروبية سلطة تقييم عمليات التركز الاقتصادي، إذا نتج عنها إعاقة جوهرية للمنافسة الفعالة [٢].

وأما "الممارسات الاستبعادية" (Exclusionary Practices)، فهي التي تحاربها جميع الأنظمة لما لها من آثار ضارة على المتنافسين والمستهلكين[٣].

ويمكن توضيح هذا الفرع بإيراد قضية (تيترا باك/ ألفا لافا) الشهيرة التي قررت المفوضية الأوروبية بأنه على الرغم من أن مقدار الحصة السوقية للشركات المندمجة بلغت ٩٠ %، إلا أن ذلك لن يؤدي إلى الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة، لأنه لن يؤثر على دخول السوق أو المنافسة المحتملة[٤].

---

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٧٣.

(٢) اللائحة الأوروبية للرقابة على الاندماجات الصادرة سنة ٢٠٠٤م، برقم ١٣٩، المادة الثانية.

(٣) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٤٤.

(٤) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٧٤.

ويرى الباحث أن هذا التوجه يوصل إلى مقصود المنظم في الموازنة بين مصالح المستهلكين والمنتجين في وقت واحد، فما دام أن الاندماج لا يؤدي إلى مفسدة الإعاقة للمنافسة الفعالة، فلا يوجد مبرر للوقوف أمامه.

ويلحظ أن المنظم الأمريكي يراعي جانب تقييد المنافسة عند دراسة لطلبات الاندماج إذا كانت هذه السيطرة تؤدي إلى احتمال التقييد الجوهري للمنافسة بين تلك الشركات أو المؤسسات أو في السوق بصفة عامة أو كان من مؤدى ذلك احتمال تكوين احتكار في مجال السلعة وفي نطاق السوق الجغرافية(١).

وقد أصدر القضاء الأمريكي عدة أحكام يمكن من خلالها تحديد نظرية يرجع إليها لتفسير المقصود من عبارة:"احتمال التقييد الجوهري للمنافسة"، وأهم هذه النظريات:

النظرية الأولى: نظرية الإغلاق

النظرية الثانية: تكوين عوائق لدخول منافسين إلى السوق وإعاقة المنافسة المحتملة

النظرية الثالثة: زيادة التركيز الاقتصادي أو تكوين احتكار في السوق

ونظراً لكون دراسة هذه النظريات تفيد الجهات التنظيمية في المملكة العربية السعودية لتغطية بعض الجوانب المشكلة عند مجلس المنافسة، كما تفيد الدارسين للقانون المقارن فيرى الباحث ضرورة التطرق لهذه النظريات وتقييمها. وفيما يأتي بيان وتوضيح لأهم النظريات.

النظرية الأولى: نظرية الإغلاق

يقصد بنظرية الإغلاق حجب أو إغلاق حصة من العمل التجاري من مضمار المنافسة (Foreclosure)، وهي منطبقة على الاندماج الرأسي الذي يكون بين بائع ومشتري أو بين الصانع وتاجر الجملة، أو بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة.

ويمكن توضيح هذه النظرية باستعراض قضية اندماج شركة براون (Brown shoe) لتصنيع الأحذية، وشركة كيني (Kinney) لبيع الأحذية، فقد نظر القضاء الأمريكي إلى المعطيات الآتية:

(١) المادة السابعة من قانون كلايتون الأمريكي الصادر أصله سنة ١٩١٤م

١- تشتري شركة (كيني) ٨٠% من الأحذية من شركات منافسة لشركة (براون)، وتسوقه في متاجر تصل إلى ٣٥٠ متجرا.

٢- تحتل شركة (بروان) المركز الرابع في الولايات المتحدة الأمريكية من حيث حجم مبيعات الأحذية.

فقرر القضاء الأمريكي عدم مشروعية الاندماج، للآتي:

١- لكون الاندماج يربط بين البائع والمشتري، وهذا محظور في تنظيمات المنافسة الأمريكية.

٢- أنه يخرج الحصة السوقية بينهما من مجال المنافسة، مما ينتج عنه حرمان باقي المتنافسين من الفرصة العادلة للمنافسة، للفوز بهذه الحصة، مع أن زيادة الحصة السوقية للشركة تبلغ ٥% فقط[١] إلا أن القضاء الأمريكي نظر إلى أثر الاندماج على صغار المنافسين.

ويثار تساؤل عن المقدار المحظور من الحصة السوقية التي تغلق جراء الاندماج، ويمكن أن يعرف ذلك عبر تحليل عدد من توجهات القضاء الأمريكي:

- ففي القضية السابقة أغلقت نسبة ٨٠% من مشتريات الموزع، وذهبت للشركة المشترية، وفي قضية أخرى ٧٠%، وبسبب ذلك قرر القضاء أن الاندماج غير مشروع.
- وفي قضية أخرى قرر القضاء الأمريكي أن الحصة إذا كانت تافهة فإن الاندماج يكون مقبولا، كما إذا كانت الحصة ١%.
- كما قرر القضاء الأمريكي صحة اندماج شركة IBM وشركة لوتس، لمواجهة عملاق أنظمة التشغيل (Microsoft) الذي يستحوذ على ٨٠% من سوق أنظمة التشغيل [٢].
- يلحظ الباحث أن كل قضية تختلف عن القضية الأخرى في عدد من المعطيات، ولذا فإن للقضاء سلطة تقديرية دون تحديد برقم معين [٣].

---

(١)النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة - أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٤٩-١٥٠. مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٥٤.

(٢) التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٣٥٦ – هامش ١.

(٣) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٥٥.

ويلحظ الباحث أن نظر القضاء الأمريكي إلى أثر الاندماج على صغار المنافسين في الحالات السابقة التي منع فيها الاندماج، والذي يراه الباحث أن الرفض للاندماج تشدد من القضاء، والمفترض أن تحصل الموافقة على الاندماج بشروط تمنع من حصول الآثار السلبية أو تقللها.

وقد انتقد كثير من الشراح عدم تحديد المنظم الأمريكي حصة سوقية للشركة بعد الاندماج، لأنه منع كثيرا من حالات الاندماج النافعة، وقد كان التوجه في فترة من فترات القضاء الأمريكي تضييق الاندماج[١]، وثبت عدم فعالية هذه السياسة[٢]. بل إنه وصل الحال في فترة تضييق الخناق على الاندماجات أن منع القضاء الأمريكي اندماج محلات بقالة في سنة ١٩٦٦م، على أن الزيادة في الحصص السوقية لا تتجاوز ٧.٥٠%، وهذا ما أحدث موجة انتقاد على التشدد في حماية صغار المنافسين في تلك الفترة [٣].

ويرى الباحث أن وضع نسبة للحصة السوقية أكثر سهولة في التطبيق، مع وضع مرونة للجهة المختصة باتخاذ القرار عند وجود مقتضٍ لذلك.

النظرية الثانية: تكوين عوائق لدخول منافسين إلى السوق وإعاقة المنافسة المحتملة

في حال الاندماج التجميعي قد تتكون عوائق حقيقية لدخول منافسين إلى السوق وإعاقة للمنافسة المحتملة، ويوضح ذلك المثال الآتي:

إذا رغبت شركة في دخول سوق سلعي أو جغرافي جديد، فإن لها طريقين:

١- أن تتوسع في ذلك السوق بفتح فروع لها، وهذا الطريق يبث روح المنافسة ويقلل من التركيز في السوق.

٢- أن تندمج مع شركة في ذلك السوق، وفي هذا التصرف إعاقة للمنافسة المحتملة.

---

(١) في عهد الرؤساء ريجان وبوش الأب وبداية عهد كلينتون، اتجهت الحكومات الأمريكية المتعاقبة للتساهل في الرقابة على عمليات الاندماج، وتسمى تلك المرحلة فترة الاعتماد على اقتصاديات الكفاءة (Efficiency Economics)، بأن البقاء في السوق للأقوى، وأن دور المنظم هو منع وضع عقبات لدخول منافسين جدد في السوق النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٥٢-١٥٣.

(٢) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٥٧.

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٥٠.

ويشترط لإعمال هذه النظرية شرطان:

١- **الأول**: أن يسود التركيز الاقتصادي في ذلك السوق، بحيث تكون المنافسة الخافضة للأسعار بين التجار منعدمة.

٢- **الثاني**: أن تكون الشركة التي ذهبت للاندماج هي الوحيدة التي ترغب الدخول في السوق، ويؤدي دخولها لتعزيز المنافسة [١].

ونظرا لكون دراسة السوابق القضائية توضح الصورة للقارئ الكريم، ولا يوجد حالات في القضايا المحلية؛ فلا بأس من إيراد قضية من القضاء الأمريكي وهي قضية شراء شركة (بروكتر) التي تعمل في مجال المنظفات، لشركة (كلوركس) التي تنتج محاليل التبييض السائلة، فقد نظر القضاء للمعطيات الآتية:

١- حصة شركة بروكتر تقدر بـ ٥٤% من سوق مجال المنظفات، ولم تعمل من قبل في مجال التبييض.

٢- تصل حصة كلوركس إلى ٤٩ % من سوائل التبييض.

وقد رفض القضاء الأمريكي الاندماج للآتي:

- لأنه سيعطي الشركتين ميزة تنافسية على الشركات الأخرى، مما يزيد من عوائق دخول السوق.

- كانت شركة بروكتر هي المرشحة الوحيدة لمنافسة شركة كلوركس، وبعد الاندماج سيتم إقصاء المنافسة المحتملة [٢].

وانتقدت هذه النظرية بما يأتي:

١- أن هذه النظرية لم تقدم مفهوما دقيقا للمقصود بمحاولة دخول السوق، فيما إذا كان دخولا احتماليا أو مؤكدا.

٢- اضطرب القضاء الأمريكي في تحديد محاولة دخول السوق، فقد قرر القضاء الأمريكي بأنه لا يكفي الاحتمال المعقول (Reasonable Probability) لدخول

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٦٠.

(٢) المرجع السابق ص ٥٨.

السوق، بل لا بد أن يكون مؤكدا. وفي قضية أخرى قرر القضاء أن وجود الاحتمال المعقول بدخل الشركة في السوق في المستقبل القريب عن طريق:

أ. الاندماج مع شريك رائد، لديه براءة اختراع.

ب. الاندماج مع شريك صغير.

ج. التوسع الداخلي

وهذا يدل على اضطراب في هذه النظرية، ولكنها تعبر عن تفسير لتوجه القضاء في تفسير الحظر في المادة السابعة من القانون الأمريكي المعروف بقانون كلايتون[١].

ويرى الباحث أنه يمكن أن يستعين مجلس المنافسة بهذه النظرية في حالات الاندماج التجميعي، لوضع شروط تمنع من الآثار السلبية لهذا النوع من الاندماج.

النظرية الثالثة: زيادة التركيز الاقتصادي أو تكوين احتكار في السوق

في حال الاندماج الأفقي تنطبق نظرية زيادة التركيز الاقتصادي أو تكوين احتكار في السوق، الذي يقع بين شركتين تعملان في نفس السوق السلعي أو الجغرافي. وتشجع قوانين المنافسة على تعدد المتنافسين، فهو أفضل للسوق لما فيه من تعزيز للتنافس، وأما قلة المتنافسين فيؤدي للتركز [٢] .

ويمكن توضيح هذه النظرية باستعراض قضية (فلادلفيا) التي درسها القضاء الأمريكي وقرر عدم إقرار الاندماج الذي يزيد التركز، ما لم يقم الدليل على أن الاندماج لن يؤدي لنتائج ضارة بالمنافسة [٣]. واستند الحكم على الآتي:

١- استحواذ الشركات المندمجة على حصة مفرطة في السوق السلعي والجغرافي.

٢- زيادة نسبة التركز في ذلك السوق [٤].

---

(١) التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٣٥٨، مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٦٠-٦١.

(٢) سيأتي بيان هذه النظرية ضمن الحديث عن الفرع السادس، وعنوانه:" مدى احتمال أن ينشأ عن التركز الاقتصادي ما يؤدي إلى أن يصبح لدى الأطراف المتركزة قوة في السوق ".

(٣) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٦١.

(٤) التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٣٥٩.

ويمكن للشركات المدعى عليها الطعن في رفض الاندماج عبر الآتي:

١- المنازعة في حدود السوق السلعي.

٢- توسعة السوق الجغرافي.

٣- إثبات أنه لا يوجد عوائق لدخول منافسين للسوق.

٤- إثبات أن السوق لا يسود التركز الاقتصادي [١].

وانتقدت هذه النظرية بأنها لا تقدم معياراً دقيقا لتقدير حدود (الحصة السوقية المفرطة)، فلم يحدد القضاء مقدار النسبة للحصة السوقية بعد الاندماج [٢].

ويلحظ الباحث في التطبيقات القضائية الآتية أن القضاء الأمريكي يتفاوت نظره في قضايا طلبات الاندماج، وبيان ذلك فيما يأتي:

١- في قضية اندماج شركتي (Alcoe / Rome) كانت حصة الأولى السوقية ١٢%، وحصة الثانية ٥%، ومع ذلك قرر القضاء عدم مشروعية الاندماج.

٢- وفي قضية أخرى كانت الحصة السوقية للشركتين بعد الاندماج ٧.٥%، ومع ذلك صدر الحكم بعدم مشروعية الاندماج [٣].

٣- وفي قضية (U.S V. General Dynamics) أدى الاندماج إلى حصة سوقية قدرها ١٠%، ومع ذلك قضي بصحة الاندماج، ونظر القضاء إلى انقضاء الدور التنافسي للشركة نظرا لبداية نضوب مخزون الفحم لديها [٤].

وقد يثار تساؤل في النظرية الأمثل من هذه النظريات الثلاث، وفي الحقيقة لا يمكن تفضيل نظرية على أخرى، وما أحسن ما ذهب إليه الدكتور عدنان باقي من أن كل نظرية يمكن أن تستخدم في حالة دون أخرى، حسب ظروف القضايا المنظورة، فإن كان الاندماج

---

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٦٢.

(٢) بالنظر للقضايا التي رفض القضاء الاندماج بين الشركات المدعى عليها، نجد أن النسب تصل إلى ٥% على الأقل. ينظر مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٦٢.

(٣) التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٣٥٩.

(٤) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٦٣.

عمودياً، فنظرية الحجب أنسب من غيرها، وإن كان الاندماج مختلطاً، فإن نظرية تكوين العوائق ملائمة لها، وأما إن كان الاندماج أفقياً فإن نظرية التركيز هي الأفضل [١].

الفرع الثاني: مدى سهولة دخول منشآت جديدة للسوق

تنص بعض قوانين المنافسة على ضرورة نظر مجلس المنافسة في أثر الاندماج على إمكانية وسهولة دخول منشآت جديدة للسوق، وبالمقابل تحظر قوانين المنافسة على المنشأة التي تتمتع بوضع مهيمن أن تقوم بعمل يمنع من دخول منشآت جديدة للسوق، فقد منع المنظم السعودي من اتخاذ إجراءات لعرقلة دخول منشأة إلى السوق أو لإقصائها منه، كما حظر البيع بأقل من سعر التكلفة لإقصاء منشأة منافسة من السوق [٢]. كما حظر المنظم السعودي على المنشأة ذات الوضع المهيمن إساءة استغلال الهيمنة للإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، ومن ذلك القيام بسلوك يؤدي إلى عرقلة دخول منشأة أخرى إلى السوق أو إقصائها منه أو تعريضها لخسائر بما في ذلك اضطرارها للبيع بالخسارة، كما حظر القيام باستيراد مدخلات وسيطة بأسعار تؤدي لإقصاء المنافسين الآخرين من السوق [٣].

وألزم المنظم السعودي مجلس المنافسة عند دراسته لشركة ذات وضع مهيمن أن يأخذ في اعتباره العوائق التي تعرقل أو تحد أو تمنع دخول المتنافسين إلى السوق [٤].

ويدرس مجلس المنافسة السعودي طلب التركز للتأكد من أنه لن يؤثر على المنافسة، وذلك عن طريق تقييم عدة عوامل منها مدى سهولة دخول منشآت جديدة للسوق، ودراسة وجود أي عوائق نظامية أو واقعية تؤثر على دخول متنافسين جدد [٥].

---

(١) ينظر كتاب: التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٣٦٣.

(٢) لائحة نظام المنافسة السعودي م٤-٥، ٤-٨.

(٣)لائحة نظام المنافسة السعودي م٧-٢، ٧-٥.

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٩-٤، قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

(٥) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢٧-٢، ٢٧-٤.

الفرع الثالث: تأثيره على سعر السلعة

عند فحص الاندماج للنظر في آثاره، يلزم التأكد من خلو الآثار المترتبة عليه من نتائج غير تنافسية، قد تأخذ صورة زيادة غير مبررة في سعر المنتج بما يؤدي لزيادة الأرباح أو خفض الإنتاج [١].

ومن المقرر أن من أهم أهداف نظام المنافسة السعودي ولائحته توافر أو تنوع السلع والخدمات ذات الجودة العالية والأسعار التنافسية [٢]. وحظر المنظم السعودي أي ممارسة أو اتفاق يهدف إلى رفع أو خفض أو تحديد أسعار السلع أو بدل الخدمات أو شروط البيع وما في حكم ذلك، أو يهدف إلى تسعير سلعة معينة بأسعار مختلفة تبعاً لأماكن بيعها للمستهلكين[٣]. كما حظر على المنشأة ذات الوضع المهيمن إساءة استغلال الهيمنة للإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، عبر تحديد أو فرض بصورة مباشرة أو غير مباشرة أسعار السلع والخدمات أو حد أدنى لأسعار إعادة بيع السلع والخدمات أو شروط إعادة بيع السلع أو الخدمات[٤].

فإذا درس مجلس المنافسة أثر الاندماج على سعر السلعة التي تنتجها المنشأة بعد الاندماج، سيخلص إلى إحدى نتيجتين:

الأولى: أن يسبب الاندماج ارتفاع الأسعار، وهذا يقوي رفض الاندماج.

الثانية: أن يسبب الاندماج خفض الأسعار، فإذا كان في وصول المنشأة لوضع مهيمن تخفيضاً لسعر الخدمات أو السلع، فإن للجهة المختصة أن تستثني المنشأة من حظر الوصول للوضع المهيمن[٥].

وقد أعطت اللائحة الأوروبية الجديدة للرقابة على الاندماجات المفوضية الأوروبية سلطة تقييم عمليات التركز الاقتصادي، إذا نتج عنها إعاقة جوهرية للمنافسة الفعالة [١]. ويدخل في مضمونها الاندماجات غير التنافسية التي تؤدي إلى ارتفاع الأسعار [٢].

---

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٣٢.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي– م ١–٣.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٤–١، ٤–٧.

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٧–١.

(٥) قانون المنافسة الأردني المادة (١١). قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

ومن هذا يتبين أنه إذا تأكدت الجهة المشرفة والمراقبة لتطبيق نظام المنافسة بأن التركز الاقتصادي لن يؤثر على الأسعار، ولن يكون له سلبيات واضحة تخالف مقصد المنظم في تنظيمه للمنافسة فإنه يوافق على عملية التركز بشرط عدم زيادة الأسعار على المستهلك دون مبرر قانوني.

وتوضيحاً لذلك يمكن استعراض قضية التركز التي درسها مجلس المنافسة، فقد طلبت الشركة الوطنية السعودية للنقل البحري الموافقة على استحواذها على شركة فيلا البحرية العالمية، ودرس مجلس المنافسة السعودي الموضوع وأصدر قراره ذا الرقم ٢٠١٣/١٠٣ والتاريخ ١٤٣٤/٣/١٨هـ، بالموافقة على عملية التركز الاقتصادي بشرط تحديد أسعار النقل وفقا لآليات السوق وعلى الأخص السوق السعودي [٣].

الفرع الرابع: وجود أي عوائق نظامية تؤثر على دخول متنافسين جدد

ألزم المنظم السعودي مجلس المنافسة أن يأخذ في عين الاعتبار خلو السوق من أي عائق نظامي يمنع من دخول منافس جديد للشركة بعد التركز، وقد أشار المنظم السعودي إلى بعض العوائق النظامية، وذكرها إنما هو على سبيل المثال، وذكر بعض الشراح عوائق أخرى، ومن أهم العوائق النظامية التي تحول دون تسويق منتجات أي منافس جديد للمنشأة الآتي:

١. الرسوم الجمركية والقيود غير الجمركية على المستويين المحلى والخارجي[٤].

٢. توزيع المناطق الجغرافية بنصوص قانونية كما في توزيع الكهرباء في بعض الدول[٥]،

٣. ضبط بعض المناطق الجغرافية باشتراطات في الجودة، والمواصفات والمقاييس[٦].

---

(١) اللائحة الأوروبية للرقابة على الاندماجات الصادرة سنة ٢٠٠٤م، برقم ١٣٩، المادة الثانية.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٢٨.

(٣)ينظر موقع مجلس المنافسة السعودي على الشبكة www.ccp.org.sa

(٤) اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥، المادة السادسة، وهي بنصها في اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة القطري، م٢.

(٥) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي – . ص ٣٧.

(٦) المرجع السابق ص ٣٧.

٤. احتكار بعض القطاعات لسوق معينة، كخدمات الاتصالات والخدمات المصرفية في العديد من الدول تكون المحتكرة بين شركات معدودة[١].

٥. إذا وجد لدى الكيان الجديد قدرة على إعاقة توسع منافسيه من خلال عوائق قانونية مثل السيطرة على براءات الاختراع والعلامات التجارية، فإن هذا الأمر يؤخذ في الاعتبار عند اتخاذ القرار بشأن قبول الاندماج من عدمه[٢].

ويرى الباحث ضرورة تقييم هذه العوائق النظامية، فإن كانت تؤدي إلى حدوث تأثير على المنافسة، وكان هذا التأثير قوياً فإن على مجلس المنافسة أن يمنع من الاندماج حتى يتحقق من زوال هذه العوائق.

الفرع الخامس: المستوى والتوجهات التاريخية للممارسة المخلة بالمنافسة في السوق

ألزم المنظم السعودي مجلس المنافسة عند دراسة طلب التركز أن يقيم التوجهات التاريخية للممارسات المخلة بالمنافسة في السوق ليتأكد من أن الاندماج لن يؤثر على المنافسة[٣].

وقد وضع المنظم السعودي بعض المعلومات المهمة للتركيز عليها عند دراسة التوجهات التاريخية للممارسة المخلة بالمنافسة ومستواها من حيث القوة والضعف داخل المملكة العربية السعودية، وهي:

أ- نسبة الموردين أو المشتريات المتأثرة بسبب تلك الممارسات.

ب-المدة الزمنية التي حدثت خلالها هذه الممارسات.

ج- الانحراف السعري أو الكمي في السلع أو الخدمات عن المستويات المتوقعة في حالة عدم حدوث تلك الممارسات.

د- تأثير الممارسات على الموردين أو المشترين الجدد المتوقع دخولهم إلى السوق[٤].

---

(١) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٠٢.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٣٤، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور محمد سلمان الغريب ص ٢٢٠.

(٣) ينظر نص المادة في اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢٧-٥.

(٤) القواعد المنظمة للاستثناءات والإعفاءات التي صدرت بقرار مجلس المنافسة ذي الرقم ٢٠٠٨/٢٥ والتاريخ ١٤٢٩/٩/٩هـ، المادة ٢.

ونظرا لصعوبة حصول مجلس المنافسة على الكثير من المعلومات، فقد ألزم المنظم السعودي مقدم الطلب أن يرفق مع الطلب معلومات عن كل منشأة مشاركة في التركز، لمعرفة التوجهات التاريخية للممارسة المخلة ومن هذه المعلومات أهم العملاء ونسبتهم في السوق، وحجم المبيعات وقيمتها ونسبتها في السوق، بيان بالمنافسين وحصتهم في السوق، والعوامل المؤثرة على تثبيت الأسعار خلال الخمس سنوات الماضية، وحجم الطلب على السلعة وهيكلها(١).

ويرى الباحث ضرورة تهيئة طريقة بديلة للتأكد من هذه المعلومات، لأن أطراف الاندماج متهمون في المعلومات التي يوردونها، فمن مصلحتهم ذكر المعلومات التي تؤدي لقبول التركز، ويقترح تقوية مجلس المنافسة السعودي بقاعدة بيانات لجميع المنشآت الصناعية والخدمية والتجارية وميزانياتها، وتبرمج بطريقة احترافية، للوصول للمعلومات المطلوبة أو التأكد من صحة البيانات المقدمة من طالب التركز.

ومن الطرق المعتبرة لقياس درجة التركز السوقي (Market Concentration)، والتي تأخذ في الاعتبار التوزيع العددي والحجمي للمشروعات العاملة في السوق، أن يتم ترتيب المشروعات وفقا لأحجامها، بدءا من أكبرها، ويقاس الحجم في صورة المبيعات أو العمال أو رأس المال، ويكون حساب نسبة التركز حسب المعادلة الآتية:

نسبة التركز = المبيعات لأكبر المشروعات ÷ إجمالي المبيعات (٢).

وتعتمد أغلب أجهزة المنافسة على مجموعة أدلة (Set of Indices)، والتي تتساند فيما بينها لإثبات الضرر التنافسي الناتج عن الآثار أحادية الجانب، لتعزيز المركز المسيطر، وهذه المعايير هي:

١- نصيب الحصة السوقية لأطراف العملية مقارنة بنصيب الحصة السوقية للمنافسين الآخرين؛ فكلما كانت الحصة السوقية لأطراف العملية أكبر من حصة المنافسين، كلما كان من المحتمل أن تؤدي العملية لزيادة أكبر في القوة السوقية للأطراف المشاركة.

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢٠.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة - أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٣٠.

٢- خصائص الأطراف المشاركة في العملية ودورها في تطوير المنافسة قبل إتمام العملية، وقابلية منتجات المنشآت للاستبدال قبل الاندماج.

٣- قدرة الكيان الجديد على إعاقة توسع منافسيه.

إضافة إلى معايير أخرى تختلف حسب السوق، وحسب المنشآت المندمجة، وحسب الدولة التي يحدث بها الاندماج [١].

ويلحظ أن القوانين الأمريكية قد أعطت سلطة تقديرية للسلطة المختصة في الموافقة على الاندماج وفقا للمعايير الآتية:

١. نمو الشركة الدامجة أو الجديدة إلى درجة يمكنها التأثير على منافسيها تأثيراً قاطعاً.

٢. إمكانية إقصاء عدد كبير من التجار المنافسين في السوق.

٣. إمكانية تكوين علاقة بين البائعين والمشترين في السوق تؤد إلى حرمان التجار من الفرصة العادلة للمنافسة [٢].

ويقترح الباحث أن يتم استخدام هذه الأدلة والمعايير من مجلس المنافسة السعودي عند دراسة التركز.

الفرع السادس: مدى احتمال أن ينشأ عن التركز الاقتصادي ما يؤدي إلى أن يصبح لدى الأطراف المتركزة قوة في السوق

لا شك أن تعدد المتنافسين أفضل للسوق لما فيه من تعزيز للتنافس، وبالمقابل فإن قلة المتنافسين يؤدي للهيمنة، وهو ما يمثل قوة في السوق. ولم يورد المنظم السعودي تفاصيل لبحث هذه الجزئية، ولذا سيستعين الباحث بالقوانين المقارنة، وبالتطبيقات القضائية غير السعودية.

وقد أعطت اللائحة الأوروبية الجديدة للرقابة على الاندماجات المفوضية الأوروبية سلطة تقييم عمليات التركز الاقتصادي، إذا نتج عنها إعاقة جوهرية للمنافسة الفعالة، ويدخل في مضمونها الاندماجات غير التنافسية التي تؤدي إلى تقييد القدرة على الاختيار[١].

---

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة - أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٣٣-٣٣٤.

(٢) التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٣٤٩-٣٥٠.

وسبب الحرص على ذلك أن يكون لدى المستهلك خيارات مناسبة ليختار السلعة الملائمة من حيث السعر والجودة والخدمات، ولذا تلزم القوانين الجهات المختصة بإصدار تراخيص الاندماج بأن تتأكد عند حالة الاندماج من خلو الآثار المترتبة عليه من نتائج غير تنافسية، تقلل فرص اختيار نوعية المنتج أمام جمهور المستهلكين [٢].

وفي التطبيقات القضائية المقارنة، يلحظ الباحث أن القضاء كثيرا ما ينظر إلى مدى احتمال أن ينشأ عن التركز الاقتصادي ما يؤدي إلى أن يصبح لدى الأطراف المتركزة قوة في السوق، ويوضح ذلك الوقائع الآتية:

الواقعة الأولى: قررت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية عدم مشروعية اندماج شركة بروكتر التي تنتج محاليل التنظيف والتطهير وحصتها السوقية ٥٤%، مع شركة كلوريكس التي تنتج محاليل التبييض السائلة وحصتها السوقية ٤٩%، واستندت المحكمة العليا في حكمها إلى أن هذا الاندماج سيؤدي إلى أن يصبح لدى الأطراف المتركزة قوة في السوق وزيادة عوائق دخول السوق وإقصاء المنافسة المحتملة [٣].

الواقعة الثانية: وقررت المفوضية الأوروبية منع اندماج شركة (MCI WorldCom) التي تبلغ حصتها السوقية في سوق مزودي الإنترنت ٤٠% على الأقل، وشركة (Sprint) وتبلغ حصتها ١٠% على الأقل، لكون عملية الاندماج تنتج مركزا مسيطرا يؤثر على بقية المنافسين[٤].

ويرى الباحث أن وجود القوة في السوق للشركات المتركزة التي تؤدي إلى إقصاء المنافسة سبب قوي لرفض الاندماج، وهذا لا يمكن التنبؤ به إلا بدراسة الواقعة دراسة متأنية للوصول للقرار السليم.

الفرع السابع: الخصائص المتغيرة للسوق بما في ذلك النمو والابتكار والإبداع.

(١)اللائحة الأوروبية للرقابة على الاندماجات الصادرة سنة ٢٠٠٤م، برقم ١٣٩، المادة الثانية، وينظر: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٢٨.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٣٢.

(٣) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية، مجلة الحقوق للدكتور أحمد الملحم ص ١٠٣.

(٤) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٢٤.

حرص المنظم السعودي على تأكيد أن من أهداف نظام المنافسة ولائحته التنفيذية تشجيع الابتكار وتعزيز فاعلية النشاط الاقتصادي [١]. ومن أهم العوامل التي يدرسها مجلس المنافسة عند طلب الاندماج الخصائص المتغيرة للسوق بما في ذلك النمو والابتكار والإبداع [٢].

وهذا المعنى موجود لدى الكثير من قوانين المنافسة، فقد أعطت اللائحة الأوروبية الجديدة للرقابة على الاندماجات[٣] المفوضية الأوروبية سلطة تقييم عمليات التركز الاقتصادي (ويدخل في مضمونها الاندماجات)، إذا نتج عنها إعاقة جوهرية للمنافسة الفعالة والتي تؤدي إلى تقييد القدرة على الابتكار. وعند فحص الاندماج للنظر في آثاره، يلزم التأكد من خلو الآثار المترتبة عليه من نتائج غير تنافسية، تقلل فرص الابتكار والتحسين في جودة ونوعية المنتجات[٤].

ويرى الباحث أن من أهم مقاصد الدول تشجيع الابتكار والاختراع، وحفظت حقوق المخترعين والمبتكرين بأنظمة خاصة، ولذا فإن كون الاندماج يقوي فرصة الابتكار مسألة إيجابية تقوي قبول فكرة الاندماج، وفي المقابل إذا كان في الاندماج تقليل لفرص الابتكار والاختراع فإن ذلك مما ينظر في الاعتبار عند دراسة الاندماج.

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ١-٤.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٢٧-٧.

(٣) اللائحة الأوروبية للرقابة على الاندماجات الصادرة سنة ٢٠٠٤م، برقم ١٣٩، المادة الثانية.

(٤) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٢٨، و ص ٣٣٢.

المطلب الثالث

تقييم مصالح الاندماج عند وصول المنشأة للمركز المهيمن

يلزم الجهة التي تدرس طلبات الاندماج بعد أن تدرس الآثار السلبية، أن تقوم بحصر ودراسة جميع الآثار الإيجابية للعملية، وتسمى العوامل التعويضية (Countervailing Factors)، وتشمل الآثار غير التنافسية للصفقة، ثم يتم عمل موازنة بين الآثار السلبية والآثار الإيجابية، ليكون القرار قائما على تحقيق المصلحة العامة[١].

وقد أكد المنظم السعودي أنه إذا تبين لمجلس المنافسة من خلال دراسة طلب التركز الاقتصادي أن من شأنه التأثير سلباً على المنافسة، تعين على المجلس أن يتحرى قبل رفض الطلب الآثار الإيجابية التي يمكن أن تنشأ عن هذا التركز والتي قد تفوق آثار الرفض أو تحقق مصلحة عامة[٢].

ومن المفترض على مقدم الطلب عند طلبه الإعفاء من الالتزام بمنع الممارسات والاتفاقات المخلّة بالمنافسة أن يقدم لمجلس المنافسة مبررات وإيجابيات وسلبيات الطلب ومستندات ذلك [٣]، لأنه أكثر خبرة بالسوق التنافسي للسلعة التي ينتجها أو الخدمة التي يقدمها.

ولا يحق لمجلس المنافسة أن يعفي أحدا من دراسة طلب الإعفاء وفقاً للمؤشرات التالية:

١) تأثير الإعفاء على المنافسة.

٢) دراسة وتحليل المستندات المقدمة من جميع الأطراف.

٣) عقد جلسات استماع عامة وخاصة، وإخطار الأطراف التي قد تتأثر من الإعفاءات المقترحة، وتمكينهم من تقديم ما لديهم [٤].

ومع كون القوانين تحظر جميع ما يؤدي إلى الوضع المهيمن، التي ينتج عنها أثر سيء على المنافسة، ويتبين ذلك بناء على الفحص الذي يجريه مجلس المنافسة لكل حالة على حدة،

---

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٤٢.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي– م ٢٩.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي– م ١٢-٢.

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي– م ١٥.

ليتبين مدى تأثير الاتفاق أو التعاقد على حرية المنافسة في السوق [١]. إلا أنها تنص على أن الاندماج المؤدي إلى الوصول للتركز الاقتصادي يمكن قبوله إذا حقق نتائج مفيدة، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة [٢]. وورد التأكيد في قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري على استثناء المنشأة من حظر الهيمنة على السوق إذا كانت لها آثار اقتصادية إيجابية كأن تؤدي إلى دعم قدرة المؤسسات الوطنية على المنافسة الدولية أو تحسين نوعية الخدمات والسلع أو طرح منتجات جديدة في السوق [٣].

وقد تطرقت اللائحة الأوروبية للاندماج إلى أن المفوضية الأوروبية يلزمها قبل أن تقرر في الاندماج المعروض أن تأخذ في حسبانها الآتي:

١- المحافظة على المنافسة الفعالة وتطويرها داخل السوق المشترك، في ضوء:

- تركيبة الأسواق المعنية.
- المنافسة الفعلية أو المحتملة من المنشآت الأخرى داخل السوق أو خارجه.

٢- عوامل اقتصادية تشمل الآتي:

- المركز السوقي للمنشآت المكونة للتركز، وقوتها الاقتصادية والمالية،
- البدائل المتاحة للموردين والمستخدمين.
- الحصول على الإمدادات والأسواق.
- وجود عوائق قانونية أو غيرها تعرقل الدخول إلى السوق.
- توجهات العرض والطلب للسلع والخدمات المعنية.
- مستوى المنافع التي يجنيها المستهلكون.
- التطور التكنولوجي.
- النمو الاقتصادي الذي يكون لصالح المستهلكين ولا يكون عائقا للمنافسة[١].

---

(١) لائحة القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥م. المادة ١٢.

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار – للدكتورة لينا حسن ذكي – ٢٠٠٦م – ص ٤٣.

(٣) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

(١) لائحة الاندماج الأوروبية – المادة الثانية – الفقرة الأولى، ينظر كتاب: التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٣٦٥- هامش ٢.

وقد وضع نظام المنافسة السعودي سلطة لتقدير المصالح المترتبة على الاندماج في حال وصوله للهيمنة، وبيان ذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: وجود ما يؤثر على المنافسة

الفرع الثاني: نشوء كفاءة تقنية أو أي فوائد أخرى تفوق آثار المنع أو الحد من حرية المنافسة

الفرع الثالث: وجود مبرر على أساس تحقيق الصالح العام

الفرع الأول: وجود ما يؤثر على المنافسة

أكد المنظم السعودي أن التركز الاقتصادي إذا أثر على المنافسة فإن ذلك لا يقتضي بالضرورة أن يمنع التركز، كما في القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي [١]. فليس كل ما يوصم بالهيمنة أو الوصول لمركز احتكاري يدخل ضمن المحظورات، فالمنشأة التجارية قد تصل إلى نسبة عالية من السوق بطرق مشروعة، وتتحقق المنافسة العادلة مع التجار الآخرين [٢]، كما أن المنظم يوازن بين مفاسد الهيمنة ومصالحها، ويصدر قراره حيال طلبات التركز وفقا لذلك.

ومن الأسباب المشروعة للوصول للمركز الاحتكاري التي ذكرها القضاء ما يأتي:

١- الحصول على مركز احتكاري بسبب المهارة في التجارة[٣].

٢- الحصول على مركز احتكاري بسبب المنافسة الشريفة، كما في الأسواق التي لا تحتمل إلا عددا محدودا من المنتجين، كإنتاج الإسمنت[٤]، وقد قررت مديرية المنافسة في وزارة التجارة والصناعة الأردنية أن شركة استيراد اللحوم الأردنية الوحيدة في الأردن رغم كونها الوحيدة في السوق وهي في وضع هيمنة في السوق إلا أنها لم تخالف القانون بإساءة استغلال هذا الوضع[١].

---

(١) قرار مجلس المنافسة ذو الرقم ٢٠٠٨/٢٥ والتاريخ ١٤٢٩/٩/٩هـ، باعتماد القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي، المادة ٤-٢.

(٢) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور محمد سلمان الغريب ص ١٦٦.

(٣) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٠١.

(٤) المرجع السابق ص ١٠١.

(١) المرجع السابق ص ١٠٥، وأحال إلى الجريدة الرسمية الأردنية، ص ١٧، عدد ١٢٧٢٩ في ٢٠٠٥/٧/٢٨م.

٣- الحصول على مركز احتكاري دون إرادة ولا سعي من المنشأة، بل بطريقة طبيعية كما إذا لم يوجد في السوق إلا مشروع واحد. فالوصول لمركز مسيطر لا يعد مخالفة، والمخالفة هو إساءة استخدام هذا الوضع المسيطر[١].

٤- الحصول على مركز احتكاري بطريقة قانونية كما إذا كان مبنيا على براءة اختراع أو ابتكار له تطبيق صناعي لمدة من الزمن [٢]، ولذا تظل ممارسات المحتكر ذي الوضع المسيطر مشروعة ما لم توجد إساءة لاستخدام الوضع المسيطر [٣]. وكما في حال الحصول على احتكار من الدولة بسبب المصلحة العامة، كخدمات الاتصالات في العديد من الدول تكون المحتكرة بين شركات معدودة[٤].

وفي المقابل قد لا تتجاوز الحصة السوقية للمنشأة ٥٠%، ولكنها حصلت عليها بطرق غير مشروعة ولذلك يمنعها النظام، إذ تنص أنظمة المنافسة على منع زيادة الحصة السوقية بطرق غير مشروعة بغض النظر عن النسبة[٥].

ولم يتطرق القانون الأمريكي (قانون شيرمان) للأفعال الاحتكارية بالتفصيل تاركا ذلك للقضاء، ويمكن استخلاص ثلاثة معايير أساسية تحدد مدى مشروعية وصول التاجر للمركز الاحتكاري وبيانها فيما يأتي.

الأول: معيار الاستثناء، ويقصد به أنه إذا وصل التاجر للمركز الاحتكاري دون فعل إيجابي بقصد السيطرة على السوق، بل من خلال ظروف السوق، فهو في هذه الحال لا يعد مرتكبا لفعل غير مشروع.

الثاني: معيار الضرر الناجم عن الفعل، وينظر من خلال هذا المعيار إلى الضرر الذي يحصل للمنافسين بسبب الفعل الذي قام به صاحب المركز الاحتكاري.

الثالث: معيار الفعل في حد ذاته، ويعطي هذا المعيار القضاء المختص سلطة تقديرية لتحديد كون سلوك التاجر الذي وصل لمركز احتكاري يعد سلوكا مخالفا[١].

---

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٨.

(٢) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي ص ٨٥.

(٣) نطاق احتكار المعرفة التكنولوجية بواسطة السرية لهاني دويدار ص ٢١.

(٤) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٠٢.

(٥) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد محمد محمود خلف ص ٨٥.

ويعتبر المعيار الأخير أصلح المعايير التي اعتمدها القانون الأمريكي في تحديد مشروعية الفعل الذي يقوم به التاجر[٢]. ولما حكمت محكمة أول درجة في القضاء الأمريكي بأن تعديل تصميم المعدات وتخفيض الأسعار يخالف المادة الثانية من قانون شيرمان، ورفعت لمحكمة الاستئناف الأمريكية قررت إلغاء الحكم، وأنه يتعين البحث عما إذا كان سلوك المدعى عليه ينطوي على ممارسة تجارية طبيعية، تنسجم مع الأفعال التي تمارس في سوق تعج بالمنافسة أم لا[٣].

ويرى الباحث أن إعطاء القضاء السلطة التقديرية لتحديد كون السلوك الذي أوصل التاجر لمركز احتكاري هو الصحيح، مع الأخذ في الاعتبار المعيارين الآخرين ليعين القضاء في تقريره في القضية المنظورة.

الفرع الثاني: نشوء كفاءة تقنية أو أي فوائد أخرى تفوق آثار المنع أو الحد من حرية المنافسة

أجاز المنظم السعودي لمجلس المنافسة أن يعفي من تطبيق أحكام المادة (٤) من نظام المنافسة السعودي على الممارسات والاتفاقات المخلّة بالمنافسة بشرطين:

١- أن يكون الإعفاء مبنياً على طلب من ذوي العلاقة.

٢- أن تؤدي تلك الممارسة أو الاتفاق المخل بالمنافسة إلى تحسين أداء المنشآت وتحقيق فائدة للمستهلك تفوق آثار الحد من حرية المنافسة [٤].

كما أن القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي أكدت أن التركز إذا أدى إلى تأثير على المنافسة، وفي الوقت نفسه نشأ بسببه كفاءة تقنية أو أي فوائد أخرى تربو على الأثر السلبي

(١) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للغريب ص ١٦٩.

(٢) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٠٤.

(٣) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للغريب ص ٢٧١.

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ١١.

على المنافسة فإن مجلس المنافسة يقدم المصالح العظمى على المفاسد الدنيا [١]. وهذا مقرر في كثير من تنظيمات المنافسة، وينظر على سبيل المثال قانون المنافسة الأردني[٢].

ومن المعلوم أن من أهم العوامل الإيجابية التي قد تنتج من الاندماج زيادة الكفاءة الاقتصادية (Efficiencies) من تخفيض تكاليف الإنتاج وما يحققه من وفورات الحجم الكبير، وقد أكد القانون الفرنسي على ضرورة أن يؤخذ في الاعتبار عند دراسة صفقة ما، مدى مساهمتها في عملية التقدم الاقتصادي، بصورة توازن الضرر التنافسي الناتج عنها. كما أكدت على ذلك اللائحة الأوروبية الجديدة [٣].

وقد قررت المبادئ الإرشادية للاندماجات الأفقية الصادرة عن المفوضية الأوروبية مشروعية بعض الاندماجات الضرورية لتحقيق الكفاءة الاقتصادية، مثل وفرة الحجم وتقليل نفقة النقل وتحصين كفاءة الإنتاج والتوزيع وتحسين القدرات الإدارية[٤].

ويمكن السماح لبعض التصرفات التي توصل للهيمنة لكونها تفيد في المآل إلى توسيع حرية المنافسة. وقد نصت الكثير من قوانين المنافسة على أن الاندماج إذا أدى إلى الوصول للمركز المهيمن، وكان في الاندماج مصلحة للاقتصاد الوطني فإن بالإمكان استثناؤه وفق إجراءات معينة، ففي العديد من قوانين المنافسة يحق للوزير المختص أو للمجلس أن يستثني من المادة التي تحظر الهيمنة على السوق بشروط أهمها أن تؤدي الهيمنة إلى نتائج ايجابية ذات نفع عام يتعذر تحقيقه بدون هذا الاستثناء بما في ذلك آثارها الايجابية على تحسين القدرة التنافسية للمؤسسات أو نظم الإنتاج أو التوزيع أو تحقيق منافع معينة للمستهلك[١]، ونص القانون السوري للمنافسة على أن من مبررات الاستثناء وجود تقدم تكنولوجي معين مرغوب فيه[٢].

---

(١) قرار مجلس المنافسة ذو الرقم ٢٠٠٨/٢٥ والتاريخ ١٤٢٩/٩/٩هـ، باعتماد القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي، المادة ٤-٢.

(٢) قانون المنافسة الأردني المادة (١١).

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٤٣، وأحال إلى: القانون التجاري الفرنسي المادة ٦/٣٤، والمادة ٧/٣٤٠، واللائحة الأوروبية الجديدة المادة ١/٢.

(٤) المبادئ الإرشادية للاندماجات الأفقية الصادرة سنة ١٩٩٢م، المادة ٤، عن: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٤٤.

(١) قانون المنافسة الأردني المادة (١١).

(٢) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

وقد تغفل بعض قوانين المنافسة النص على علة الاستثناء الدقيقة، بل يذكر التعليل بأنه وفقاً للمصلحة العامة، وهذا معلوم من مقاصد المنظم، فلا يعقل أن يكون الاستثناء بالتشهي، ومثال ذلك ما ورد في قانون المنافسة الجزائري من أنه يمكن أن ترخص الحكومة تلقائيا،إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك،أو بناء على طلب من الأطراف المعنية،بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة، وذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة والوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع [١].

ويعتبر ذلك في التقنين الجزائري من قبيل الإجراء الاستثنائي، بأن تحل السلطة التنفيذية محل مجلس المنافسة، لاقتضاء المصلحة ذلك، وهذا الاستثناء مأخوذ من القانون التجاري الفرنسي، بشرط وجود مصلحة عامة كالتطور الصناعي وتحقيق المنافسة الدولية [٢].

وورد التأكيد في قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري على استثناء المنشأة من حظر الهيمنة على السوق إذا كانت لها آثار اقتصادية إيجابية كأن تؤدي إلى تخفيض سعر الخدمات أو السلع أو إيجاد فرص عمل أو تشجيع التصدير أو جذب الاستثمار أو إلى دعم قدرة المؤسسات الوطنية على المنافسة الدولية أو كانت ضرورية لتقدم تقني مرغوب فيه أو تحسين نوعية الخدمات والسلع أو طرح منتجات جديدة في السوق [٣].

وأما توجهات القضاء الأمريكي تجاه الاندماج النافع المؤثر على المنافسة، فقد وجدت مادة في قانون كلايتون الأمريكي الصادر أصله سنة ١٩١٤م سببت خلافاً بين الشراح والجهات القضائية، فقد نص القانون على الآتي: "يحظر استحواذ شركة أو مؤسسة على كل أو بعض أسهم أو حصص أو موجودات شركة أو مؤسسة أخرى، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، إذا كانت هذه السيطرة تؤدي إلى احتمال التقييد الجوهري للمنافسة بين تلك الشركات أو المؤسسات أو في السوق بصفة عامة أو كان من مؤدى ذلك احتمال تكوين احتكار في

(١) قانون المنافسة الجزائري م٢١.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٤٣، وبين المؤلف أن القانون التجاري الفرنسي على هذا الاستثناء بموجب المادة L430-7

(٣) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

مجال السلعة وفي نطاق السوق الجغرافية"[١]. ولكون النص عاماً، فقد اختلفت توجهات القضاء الأمريكي حيال الاندماج الذي ينتج عنه آثار نافعة على ثلاث توجهات:

الأول: أنه يتعين القول بعدم مشروعية الاندماج لأنه يؤدي لأثر نافع، لما فيه من ضرر بالمنافسين، وفي هذا التوجه حماية لأصحاب المشاريع الصغيرة والمتوسطة. وقد كان هذا التوجه هو السائد فترة طويلة [٢].

الثاني: أنه يتعين تقييم الاندماج بالنظر للقوة السوقية أو إمكانية التواطؤ في السوق، ويتعين الالتفات عن الأثر النافع الذي قد ينتج عن هذه التصرفات، وهذا التوجه نظر فيه إلى حماية السوق من المراكز المسيطرة أو الاتفاقات التي تقيد المنافسة.

الثالث: أنه يتعين القول بمشروعية الاندماج الذي ينجم عنه أثر نافع في السوق، وأن يدافع عن الاندماجات التي ينتج عنها أثر نافع ما أمكن، وقد نظر أصحاب هذا التوجه لمصلحة العملاء بغية الاستفادة من الآثار النافعة الناجمة عن الاندماج. وهذا التوجه هو السائد في الفترة الحالية لدى القضاء الأمريكي، ويشترط تقديم الدليل على أنه ليس بالمقدور تحقيق هذه الآثار النافعة إلا من خلال الاندماج [٣].

ويفترض في الشركات المندمجة أن تحرص على إقناع القضاء بسبب معقول للاندماج مثل:

١- حاجة صغار التجار للتكتل لمواجهة كبار التجار.

٢- تغطية حاجة شركة متوافرة لدى شركة أخرى.

٣- انتشال شركة من أزمة مالية [٤].

ويرى الباحث أهمية أن يولي مجلس المنافسة أهمية كبرى لدراسة الآثار الإيجابية للتركز، ليتم مقارنتها بالآثار السلبية على المنافسة، ومن ثم الموازنة بينهما.

الفرع الثالث: وجود مبرر على أساس تحقيق الصالح العام

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية –د. أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ١٤.

(٢)المرجع السابق ص ٤٦.

(٣) المرجع السابق ص ٥٨.

(٤) المرجع السابق ص ٥٦.

أكدت القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي أن التركز إذا أدى إلى تأثير على المنافسة، إلا أن المصلحة العامة تقتضي الموافقة عليه، فإن على مجلس المنافسة أن يقدم المصلحة العامة[١].

وبالرغم من إحاطة حرية المنافسة بمجموعة من الضمانات عبر منع التواطؤ والاتفاقات المنافية لقواعد المنافسة والاستغلال التعسفي لوضع مهيمن أو لحالة تبعية اقتصادية فقد تم التنصيص على استثناءات تجيز هذه الممارسات، وكلها تعود إلى المصلحة العامة للدولة، بحيث تكون لها آثار اقتصادية ايجابية تفوق أي آثار سلبية على المنافسة [٢] وأهم ما استثنته الأنظمة ما يأتي:

أولاً: المنشآت المملوكة للدولة والمرافق العامة التي يديرها القطاع الخاص

ثانياً: المنشآت التي تستثنى بنص تنظيمي

ثالثاً: وجود مصالح للمستهلكين أو المنتجين

وفيما يأتي بيان هذه الاستثناءات التي تم التنصيص عليها.

أولاً: المنشآت المملوكة للدولة والمرافق العامة التي يديرها القطاع الخاص

نص نظام المنافسة السعودي على أن أحكام النظام تطبق على جميع المنشآت العاملة في الأسواق السعودية ما عدا المؤسسات العامة والشركات المملوكة بالكامل للدولة[٣]، وكذلك الكثير من قوانين المنافسة، مثل قانون المنافسة اليمني [٤] والمصري [٥] والكويتي[٦] والقطري[١]

(١) قرار مجلس المنافسة ذو الرقم ٢٠٠٨/٢٥ والتاريخ ١٤٢٩/٩/٩هـ، باعتماد القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي، المادة ٤-٢.

(٢) قانون المنافسة الأردني المادة (١١). قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

(٣) نظام المنافسة السعودي م٣.

(٤) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٤.

(٥) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٩.

(٦) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٦.

(١) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ٦.

والإماراتي [١] والسوري [٢]، وقد اتجه المنظم الفرنسي إلى إخضاع المرافق العامة لقوانين المنافسة[٣].

واستثنى المنظم المصري الآتي:

١- المرافق العامة التي تديرها الدولة.

٢- المرافق العامة التي يديرها القطاع الخاص إذا كان من شأن ذلك تحقيق المصلحة العامة أو تحقيق منافع للمستهلك تفوق آثار الحد من حرية المنافسة"[٤].

ويشترط لهذا الاستثناء شرطان:

١- أن تطلب تلك الشركات من جهاز حماية المنافسة استثناءها من الحظر،

٢- وتذكر في الطلب ما يثبت وجود مصلحة عامة أو تحقيق منافع للمستهلك تفوق آثار الحد من حماية المنافسة [٥].

ويمكن تعريف المرفق العام بأنه مشروع تقوم به الإدارة بهدف تحقيق خدمة أو إشباع حاجة للجمهور[٦]. ويعبر عن المرافق العامة في التنظيم القطري بعبارة: أعمال المؤسسات والهيئات والشركات والكيانات الخاضعة لتوجيه الدولة وإشرافها[٧].

كما أضاف المنظم السعودي جميع المنشآت التي تتعامل معها منشآت الدولة، ويشترط المنظم السعودي لاستثناء المنشآت التي تتعامل معها المنشآت المملوكة بالكامل للدولة ما يأتي:

١- أن تكون المنشأة التي تتعامل معها مملوكة بالكامل للدولة

٢- أن تتقدم المنشأة بطلب الإعفاء

٣- أن تتوفر للإعفاء شروطه النظامية [١].

---

(١)القانون الإماراتي الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م – بتاريخ٢٤ ذي القعدة ١٤٣٣هـ – الموافق: ١٠ أكتوبر ٢٠١٢م – في شأن تنظيم المنافسة – م٣.

(٢) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م ٣- ثانياً.

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٢٨.

(٤) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٩.

(٥) اللائحة التنفيذي للقانون المصري للمنافسة م ١٥.

(٦) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد مُحَمَّد محمود خلف ص ٩٥.

(٧) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ٦.

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٣.

وقد انتقد بعض الشراح استثناء المرافق العامة لما يأتي:

١- لمخالفته لمبدأ المساواة

٢- ولكون الاحتكار ذاته ليس ممنوعاً إن حصل وفقا للنظام، وإنما الممنوع إساءة استعمال المركز المهيمن، والوصول للمركز المسيطر بطريق غير قانوني.

ويرى الباحث أن المنشآت الحكومية تقدم خدمات عامة مميزة للمجتمع وبأسعار مدعومة، وفي ذلك مصلحة عليا للمجتمع، كما يبعد أن تؤثر على المنافسة أو تضر بالمستهلكين.

ثانياً: المنشآت التي تستثنى بنص تنظيمي

كانت اللائحة القديمة لنظام المنافسة السعودي استثنت السلعة التي تحدد أسعارها بقرار من مجلس الوزراء، أو بقرار مؤقتٍ من "الوزير" لمواجهة ظروف استثنائية أو حالةٍ طارئةٍ أو كارثةٍ طبيعيةٍ[١]، وانتقد هذا الاستثناء لكونه زيادة على النظام، واللوائح تفسر النظام ولا تزيد عليه، ولذا فقد حذف ذلك من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي الجديدة [٢].

وأما الأنظمة الأخرى، فيلحظ الباحث أن عدداً من قوانين المنافسة تستثني بعض المنشآت التجارية بنص تنظيمي، لمصلحة يراها المنظم [٣]، وعلى سبيل المثال أرفق بالقانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة ملحقاً بالقطاعات والأنشطة والأعمال المستثناة من تطبيق أحكام القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م في شأن تنظيم المنافسة. واستثنى المنظم الكويتي المشروعات وأوجه النشاط التي ينظمها قانون خاص[٤].

وأما القانون القطري فكانت عبارته أشمل، وأوضح فلا تسري أحكامه على الأعمال السيادية للدولة [٥]، وهذا يشمل كل ما صدر بتنظيم خاص. وتوسع القانون الإماراتي

(١) لائحة نظام المنافسة السعودي م ٣-ب-٢.

(٢) اللائحة التنفيذية الجديدة لنظام المنافسة السعودي- م ٣.

(٣) قانون المنافسة المغربي: المادة ٨.

(٤) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٦.

(٥) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية - رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ٦.

للمنافسة، فاستثنى التصرفات التي تباشرها الحكومة الاتحادية أو إحدى حكومات الإمارات، والتصرفات الصادرة عن المنشآت بناء على قرار أو تفويض من الحكومة الاتحادية أو إحدى حكومات الإمارات أو تحت إشراف أي منهما بما في ذلك تصرفات المنشآت التي تملكها الحكومة الاتحادية أو إحدى حكومات الإمارات أو تتحكم فيها وذلك وفقًا للضوابط التي يحددها مجلس الوزراء[١].

وتوسع التقنين اليمني في الاستثناء، فذكر ضمن المستثنيات نشاط الشركات التجارية المرتبطة مع الحكومة باتفاقيات امتياز سارية المفعول كما لا تسري على المنشآت الحائزة على وكالات وامتيازات إنتاج السلع الأجنبية بموجب تراخيص من المنتج الأصلي، كما لا تسري على قانون الوكالات [٢].

وأضافت العديد من أنظمة المنافسة مثل التقنين اليمني والسوري أحقية مجلس الوزراء في الإجراءات المؤقتة التي يقررها المجلس لمواجهة ضرورة استثنائية في قطاع معين أو حالة طارئة أو كارثة طبيعية على أن يعاد النظر في هذه الإجراءات خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر ويجوز تمديدها لمدة أخرى بناء على عرض الوزير[٣].

ويرى الباحث أن فتح باب الاستثناء غير وجيه، إلا في أحوال تقتضيها المصلحة، على أن يكون الاستثناء مؤقتاً لا دائما، ولمدة معقولة لا طويلة. ولا يرى الباحث ضرورة لإيراد الاستثناء في نظام المنافسة السعودي ولا في لائحته، بل متى ما رأت الجهة التنظيمية ضرورة للاستثناء فإنها تصدر قرارها مع النص على الاستثناء ومدته وسببه.

ثالثاً: وجود مصالح للمستهلكين أو المنتجين

ورد ذكر العديد من الحالات التي يمكن استثناؤها من التصرفات والاتفاقات المخالفة للمنافسة إذا ترتب عليها مصلحة، ومن أهم المصالح التي ورد النص عليها في تنظيمات المنافسة:

---

(١) القانون الإماراتي الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م – بتاريخ٢٤ ذي القعدة ١٤٣٣هـ – الموافق: ١٠ أكتوبر ٢٠١٢م – في شأن تنظيم المنافسة – م.

(٢) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٤.

(٣) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٤.

المسألة الأولى: إذا ترتب على الهيمنة فائدة للمستهلك

المسألة الثانية: إذا كان في وصول المنشأة للوضع المهيمن إيجاد فرص عمل

المسألة الثالثة: أنشطة البحث والتطوير

المسألة الرابعة: إنقاذ شركة من التعثر أو الإفلاس عبر الاندماج

المسألة الخامسة: الوصول إلى تقدم اقتصادي عبر الاندماج

وبيانها فيما يأتي.

المسألة الأولى: إذا ترتب على الهيمنة فائدة للمستهلك

يلحظ الباحث أن المنظم السعودي يراعي مصلحة المستهلك عند دراسة حالات التركز الاقتصادي، فق أكدت القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي أنه يجب على مجلس المنافسة عند دراسته لحالة التركز تعزيز مصالح المستهلكين بالنسبة للجودة والسعر لمثل هذه السلع والخدمات(١).

وهذا المعنى مقرر لدى الكثير من تنظيمات المنافسة، فإن كان في وصول المنشأة لوضع مهيمن تخفيض لسعر الخدمات أو السلع، فإن للجهة المختصة أن تستثني المنشأة من حظر الوصول للوضع المهيمن(٢)، ويدخل فيه تحسين نوعية الخدمات والسلع أو طرح منتجات جديدة في السوق(٣).

المسألة الثانية: إذا كان في وصول المنشأة للوضع المهيمن إيجاد فرص عمل

تهتم الدول كثيراً بإيجاد فرص عمل ملائمة لمواطنيها، ولم يورد المنظم السعودي هذه الجزئية في تنظيمه للمنافسة، إلا أنها تدخل في المصلحة العامة، إذ من واجبات الدولة حماية حق

(١) قرار مجلس المنافسة ذو الرقم ٢٠٠٨/٢٥ والتاريخ ١٤٢٩/٩/٩هـ، باعتماد القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي، المادة ٤-٣.

(٢) قانون المنافسة الأردني المادة (١١).

(٣) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

العمل، والإعانة على إيجاد فرص عمل لمن يبحث عنه [١]، يتعين عند تقييم الاندماج أن ينظر إلى الأثر الاجتماعي الناتج عن الاندماج، من حيث توفير فرص عمل جديدة، أو الحفاظ على حقوق العمال في المنشآت المشاركة في العملية [٢].

وقد خلى تنظيمات المنافسة السعودية من ذكر لهذا الموضوع إلا أنه داخل في المصلحة العامة، وقد أكدت القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي أن التركز إذا أدى إلى تأثير على المنافسة، إلا أن المصلحة العامة تقتضي الموافقة عليه، فإن على مجلس المنافسة أن يقدم المصلحة العامة[٣].

فإذا أدى الاندماج إلى إيجاد فرص عمل، فإن ذلك يسهل موافقة مجالس المنافسة على الاندماج ولو أدى إلى الوصول لوضع مهيمن[٤].

وقد ورد في التقنين التجاري الفرنسي، أن الممارسات المقيدة للمنافسة تستثنى من الحظر إذا أفلح أصحابها في إثبات أنها تستحدث فرص عمل أو تدعم فرص عمل قائمة[٥].

المسألة الثالثة: أنشطة البحث والتطوير

أكد المنظم السعودي في النظام الأساسي للحكم على أن من مهام الدولة تشجيع البحث العملي [٦] ، ولم يورد المنظم السعودي استثناء أنشطة البحث والتطوير في تنظيمات المنافسة إلا أنها تدخل في المصالح العامة، وقد أكدت القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي أن

---

(١) نص النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية في مادته السابعة عشرة على احترام حق العمل، وفي المادة الثامنة والعشرين التزام الدولة بأن تيسر مجالات العمل لكل قادر عليه، ينظر نص المادة في النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي ذي الرقم: أ / ٩٠ والتاريخ: ١٤١٢/٨/٢٧هـ.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ص ٣٥.

(٣) قرار مجلس المنافسة ذو الرقم ٢٠٠٨/٢٥ والتاريخ ١٤٢٩/٩/٩هـ، باعتماد القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي، المادة ٤-٢.

(٤) قانون المنافسة الأردني المادة (١١)، قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

(٥) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي ص ١١٢.

(٦) المادة التاسعة والعشرون من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي ذي الرقم: أ / ٩٠ والتاريخ: ١٤١٢/٨/٢٧هـ.

التركز إذا أدى إلى تأثير على المنافسة، إلا أن المصلحة العامة تقتضي الموافقة عليه، فإن على مجلس المنافسة أن يقدم المصلحة العامة[١].

وتنص الكثير من أنظمة المنافسة على استثناء الأنشطة التي تستهدف تسهيل النشاط الاقتصادي كالتعاون بين الشركات في وضع المعايير القياسية وجمع وتبادل الإحصائيات والمعلومات عن نشاط معين، وأنشطة البحوث والتطوير [٢].

ويرى الباحث أنه لا حاجة لإيرادها في النظام لدخولها في المصلحة العامة، ويمكن وضعها في القواعد الداخلية لعمل مجلس المنافسة على سبيل الاسترشاد.

المسألة الرابعة: إنقاذ شركة من التعثر أو الإفلاس عبر الاندماج

أكدت القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي أن التركز إذا أدى إلى تأثير على المنافسة، إلا أن المصلحة العامة تقتضي الموافقة عليه، فإن على مجلس المنافسة أن يقدم المصلحة العامة[٣]. ومن أهم المصالح إنقاذ منشأة قائمة من التعثر المالي أو الإفلاس، عندما لا يوجد إلا حل وحيد هو الاندماج مع منشأة أخرى، ويمكن أن يؤخذ ذلك من حكم للمحكمة العليا الأمريكية في قضية (Citizen Publishing)، بصحة التركز لما فيه من إنقاذ شركة من التعثر المالي[٤].

وقد ورد في المبادئ الإرشادية للاندماجات الأفقية شروط التمسك بدفاع الشركة المتعثرة، إذا تضمن إثبات الآتي:

١- الوضع المتعثر للمنشأة،

٢- وأنه لن يكون قادرا على الوفاء بالتزاماته المالية في وقت قريب،

٣- وأن يتم إثبات غياب الحلول البديلة أما المنشأة،

---

(١) قرار مجلس المنافسة ذو الرقم ٢٠٠٨/٢٥ والتاريخ ١٤٢٩/٩/٩هـ، باعتماد القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي، المادة ٤-٢.

(٢) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٦.

(٣) قرار مجلس المنافسة ذو الرقم ٢٠٠٨/٢٥ والتاريخ ١٤٢٩/٩/٩هـ، باعتماد القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي، المادة ٤-٢.

(٤) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٥١.

٤- وأنه إن لم تتم الصفقة فسوف تخرج المنشأة من السوق لسوء الوضع المالي[١].

وفي حكم لمحكمة العدل الأوروبية في قضية (Kali / Salz) سنة ١٩٩٨م، قررت الشروط ذاتها وزادت:

٥- أن يتم إثبات أن الضرر الناتج عن خروج الشركة المتعثرة من السوق أكبر من الأضرار غير التنافسية لعملية التركز بالنسبة للمستهلكين [٢].

وقد صدرت الشروط ذاتها من مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Seb/Moulinex) سنة ٢٠٠٤م. فإذا تخلف شرط مما سبق فلا يصح دفع الشركة الراغبة في الاندماج، وتم رفض الصفقة لعدم توافر الشرط الأخير [٣].

ويرى الباحث أن إفلاس منشأة اقتصادية له آثار سلبية لا تقف عند ملاكها، بل تتعدى إلى الدائنين والموظفين، ولذا تحارب الدول تعثر وإفلاس المنشآت التجارية وتمد لها يد المعونة إذا أمكن تلافي الإفلاس، والاندماج قد يكون حلاً للمنشآت المتعثرة، وقد يزيدها ضعفاً، ولذا فإن من مهمة الجهة التي تدرس حالة التركز أن تتأكد أن الاندماج سيقوي المنشأة مما يجعلها تتعافى وتخرج من أزمتها. وحيث خلى ذكر هذه الحال في تنظيمات المنافسة السعودية، فإن الباحث يرى أن تذكر في اللوائح الداخلية الاسترشادية.

المسألة الخامسة: الوصول إلى تقدم اقتصادي عبر الاندماج

إذا أدى الاندماج لتقدم اقتصادي واضح، فإن ذلك مبرر قوي للموافقة عليه وإن أدى إلى الوصول لوضع مهيمن، ولم يرد في تنظيمات المنافسة السعودية نص على هذه الحال، إلا أنها داخلة في عموم المصلحة العامة [٤].

---

(١) المبادئ الإرشادي للاندماجات الأفقية الصادرة من لجنة التجارة الفيدرالية سنة ١٩٩٢م، المادة ٥/١، عن كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٥١.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٥١.

(٣) المرجع السابق ص ٣٥٢.

(٤) قرار مجلس المنافسة ذو الرقم ٢٠٠٨/٢٥ والتاريخ ١٤٢٩/٩/٩هـ، باعتماد القواعد المنظمة للتركز الاقتصادي، المادة ٤-٢.

وأما تنظيمات المنافسة الأخرى فإن بعضها يورد أهمية مراعاة ما إذا كان في التركز ما يؤدي إلى الوصول إلى تقدم اقتصادي، فقد نص القانون المغربي للمنافسة على أن أصحاب المنشآت يمكنهم طلب الاستثناء من الحظر إذا أثبتوا أن الاندماج يمكن أن يساهم في التقدم الاقتصادي وأن مساهماتها كافية لتعويض قيود المنافسة. ويشترط في الاستثناء ألا تفرض الممارسات المذكورة قيودا على المنافسة إلا بقدر ما تكون ضرورية لبلوغ هدف التقدم المشار إليه أعلاه [١]. وورد في التقنين التجاري الفرنسي، أن الممارسات المقيدة للمنافسة تستثنى من الحظر إذا أفلح أصحابها في إثبات أنها تسهم في التقدم الاقتصادي، وكانت هذه الممارسات توفر للمتعاملين جزءا عادلا من التقدم الناتج عنها[٢].

وباستقراء تنظيمات المنافسة وكلام شراح أنظمة المنافسة يمكن حصر ما يدخل في الوصول إلى تقدم اقتصادي يدخل في ذلك الآتي:

١- **إذا أدى الوصول للهيمنة إلى زيادة التصدير**، إذ من أسباب استثناء المنشآت من الوصول للهيمنة عبر الاندماج تشجيع التصدير[٣].

٢- **إذا أدى الاندماج إلى جذب رؤوس الأموال الأجنبية**، وذلك لكون الكثير من الدول تعتبر مسألة جذب رؤوس الأموال الأجنبية من المسائل المهمة لتقوية اقتصادها، ولذا تجعلها من مبررات استثناء المنشآت عند وصولها للهيمنة إذا أدت إلى جذب الاستثمار[٤].

٣- **إذا كان في استثناء المنشأة المهيمنة دعم قدرة المؤسسات الوطنية على المنافسة الدولية**، لأن بعض مجالس وهيئات المنافسة تستثني منشأة ما وصلت إلى الهيمنة تحقيقاً لهدف وطني وهو دعم قدرة المؤسسات الوطنية على المنافسة الدولية[٥]. وقد نص القانون المغربي للمنافسة على أنه ينظر مجلس المنافسة فيما إذا كان مشروع التركيز يساهم في التقدم

(١) قانون المنافسة المغربي: المادة ٨.

(٢) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي ص ١١٢.

(٣) قانون المنافسة الأردني المادة (١١). قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

(٤) قانون المنافسة الأردني المادة (١١). قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

(٥) قانون المنافسة الأردني المادة (١١). قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

الاقتصادي مساهمة كافية لتعويض الأضرار اللاحقة بالمنافسة ويراعي المجلس القدرة التنافسية للمنشآت المعنية بالمقارنة مع المنافسة الدولية[١].

ويدخل في ذلك ما نص عليه القانون السوداني للمنافسة بأنه يجوز الاندماج في حالة عدم مقدرة احدي المنشآت على ممارسة نشاطها منفردة [٢].

كما يدخل في ذلك دعم المشاريع الصغيرة والمتوسطة، ففي القانون الإماراتي للمنافسة: دعم المشاريع المنشآت الصغيرة والمتوسطة وفق الضوابط التي يحددها مجلس الوزراء[٣]، وفي قانون المنافسة المغربي: يجوز للإدارة بعد استطلاع رأي مجلس المنافسة أن تعتبر بعض أصناف الاتفاقات أو بعض الاتفاقات، خصوصا إذا كانت تهدف إلى تحسين تسيير المنشآت الصغرى والمتوسطة أو تسويق الفلاحين لمنتوجاتهم[٤].

وقد حرص المنظم الجزائري على التأكيد على اعتبار حماية المنشآت الصغيرة والمتوسطة مقصداً سامياً، يمكن أن تذلل أمامه عقبات النصوص النظامية لقانون المنافسة، فقد نص على أنه لا يطبق الحد المنصوص عليه في المادة الثامنة عشرة على التركزات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطوير قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق [٥].

ويرى الباحث أهمية حصر هذه المسائل التي تؤدي إلى تقدم اقتصادي، وذكرها في الأدلة الداخلية التي تنظم عمل مجلس المنافسة على سبيل الاسترشاد، مع التأكيد على أنها غير حاصرة لجميع الحالات بل هي على سبيل التمثيل.

---

(١) قانون المنافسة المغربي: المادة ٤٢.

(٢) القانون السوداني للمنافسة م١٠.

(٣) القانون الإماراتي الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م – بتاريخ٢٤ ذي القعدة ١٤٣٣هـ – الموافق: ١٠ أكتوبر ٢٠١٢م – في شأن تنظيم المنافسة – م.

(٤) قانون المنافسة المغربي: المادة ٨.

(٥) قانون المنافسة الجزائري، تعديل قانون المنافسة سنة ٢٠٠٨ –المادة ٢١ مكرر –فقرة ٢.

المطلب الرابع

مراعاة مصالح المستهلكين أثناء تقييم آثار التركز الاقتصادي.

عادة ما يكون المستهلك هو الحلقة الأضعف في الممارسات التجارية، ولذا فإن الكثير من الدول تحرص على حماية المستهلك وتراعيه في تنظيماتها وتنشئ جهات مختصة بحماية المستهلك[1]، تشترط الكثير من قوانين المنافسة أن تؤخذ مصلحة فائدة المستهلك (Benefit to Consumers) في الاعتبار عن دراسة طلبات التركز، والتي من ضمنها طلبات الاندماج. فزيادة الكفاءة الإنتاجية يجب أن تعود بالفائدة على جمهور المستهلكين، ويشمل ذلك تخفيض الأسعار والحد من ارتفاعها وتحسين جودة السلع والخدمات وخدمة ما بعد البيع وظروف التوزيع والتسويق.

ولأهمية مراعاة حماية المستهلك فقد ألزم المنظم السعودي مجلس حماية المنافسة أن يراعي ما يلي عند تقييمه لآثار التركز الاقتصادي [2] :

١. المحافظة على المنافسة الفاعلة وتشجيعها بين منتجي وموزعي السلع والخدمات في السوق.
٢. تعزيز مصالح المستهلكين بالنسبة للجودة والسعر لمثل هذه السلع والخدمات.
٣. التشجيع من خلال المنافسة على خفض التكاليف وتطوير سلع جديدة وتيسير دخول منافسين جدد في السوق.

وقد حددت أهم مكاسب الكفاءة، والتي تعود على المستهلك بالفائدة مما يجب وضعه ضمن إيجابيات الاندماج بالآتي:

١- المكاسب الإنتاجية (Productivity Gains)، ويوضح ذلك ما ورد في وفي القانون القطري للمنافسة:قرار مجلس المنافسة الفرنسي أن التركز محل الدراسة – وهو تركز في قطاع إنتاج السكر – يؤدي إلى نتائج إيجابية للمستهلك، لكونه يؤدي إلى تخفيض

(١) الفقرة الرابعة –ث من المادة الرابعة من تنظيم المجلس الاقتصادي الأعلى الصادر بالأمر الملكي ذي الرقم أ/١١١ والتاريخ ١٤٢٠/٥/١٧هـ

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٢٩، وينظر أيضا: م ٦-٥، م١١.

التكاليف، مع تحسين للمنتج مما يؤدي إلى حصول المستهلك على المنتج بجودة محسنة وسعر منخفض [١].

٢- تحسين الخدمة للمستهلك.

٣- تحسين القدرة على الابتكار وتعزيز وسائل البحث والتطوير، وهذا يؤدي إلى تحسين القدرة الإنتاجية وتقديم المنتج النهائي بسعر منافس.

٤- تعزيز قدرة المنشآت على المنافسة الدولية، وقد أكد القانون الفرنسي على ضرورة الأخذ في الاعتبار عند تقييم عملية التركز مدى مساهمة العملية محل الفحص في تعزيز قدرة المشروعات الوطنية على المنافسة الدولية.

٥- حماية البيئة، فقد قرر مجلس المنافسة الفرنسي أنه يمكن اعتبار مساهمة عملية التركز الاقتصادي في مكافحة تلوث البيئة من التقدم الاقتصادي مما يضم إلى إيجابيات الاندماج محل الدراسة عند تقييم الإيجابيات والسلبيات [٢].

وفيما يأتي من فروع أهم المصالح العائدة إلى المستهلك التي يجب أن تراعى من قبل مجلس المنافسة عند تقييمه لآثار التركز الاقتصادي.

الفرع الأول: المحافظة على المنافسة الفاعلة

ورد في الفقرة الثانية من قرار مجلس الوزراء السعودي الصادر في جلسته المنعقدة يوم الاثنين ١٤٣٤/٩/١٤هـ. أن من مهام مجلس المنافسة مراقبة السوق لضمان تطبيق قواعد المنافسة العادلة.

والنص على أن الهدف من قانون المنافسة أو من مجلس المنافسة حماية المنافسة، لا يكاد يخلو منه قانون من قوانين المنافسة[٣].

---

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٤٦.

(٢) المرجع السابق ص ٣٤٧.

(٣) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ٢، القانون السوداني للمنافسة م١٠.

وقد ذهبت العديد من الأنظمة كالتنظيم الفرنسي والقانون الأوروبي المنظم للمنافسة إلى أن الحظر ينحصر في إساءة استغلال المركز المسيطر وليس الوصول إلى المركز المسيطر، فلا يوصم التاجر بأنه أخل بالمنافسة في الأحوال الآتية[١]:

١- إن حصل التاجر على حصة سوقية تفوق منافسيه بوساطة مهارته التجارية الفائقة، إذ المنافسة تقتضي بذل الجهود للوصول للهدف المنشود.

٢- حصول التاجر على مركز احتكاري بفعل منافسته الشريفة.

٣- استحواذ التاجر على قوة احتكارية بسبب أنه لا غنى للمجتمع عنها، كشركات الاتصالات ونحوها.

ومن الأمثلة على ذلك في السوق المصرية الاندماج بين شركتي الدخيلة وعز، سنة ١٩٩٩م، ويمثل إنتاجهما ٧٠% من إنتاج السوق المحلي للحديد والصلب، ومع ذلك فلم توقف السلطات المصرية هذا الاندماج بل وضعته تحت الرقابة، لتمنع من التصرفات المخلة بالمنافسة بإساءة الشركة المندمجة لمركزها المسيطر [٢].

الفرع الثاني: تعزيز مصالح المستهلكين

أعطى المنظم السعودي مجلس المنافسة سلطة تقديرية بالتغاضي عن الممارسات والاتفاقات المخلّة بالمنافسة والتي من شأنها أن تؤدي إلى تحسين أداء المنشآت وتحقيق فائدة للمستهلك تفوق آثار الحد من حرية المنافسة [٣]. وتكاد تتفق الكثير من قوانين المنافسة على إمكانية الاستثناء لمصلحة المستهلكين، كما في قانون المنافسة الكويتي [٤]، والقانون القطري للمنافسة [٥].كما فتح قانون المنافسة التونسي فرصة الإعفاء للممارسات المخلة بالمنافسة إن

(١) الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار لأحمد الملحم – مجلة القانون والاقتصاد ع ٦٣ سنة ١٩٩٣ ص ٢٧ عن الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة ص ١٠٢.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٠٤.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ١١.

(٤) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٥.

(٥) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ٥.

عادت بالفائدة على المستهلك [١]. ولذا فإن صاحب المصلحة يلزمه إقناع مجلس المنافسة بأثر الاندماج الإيجابي على المستهلك ليتم استثناؤه.

إضافة إلى ذلك فإن المنظم الفرنسي، أعطى فرصة لإمرار الممارسات المقيدة للمنافسة باستثنائها من الحظر إذا أفلح أصحابها في إثبات أنها لا يمكن أن تقصي المشروعات الأخرى عن المنافسة في نصيب جوهري من سوق المنتجات المعنية [٢].

وبطبيعة الحال؛ فإن الاستثناء لا يكون إعفاء جماعياً بل يجب أن تدرس كل حالة لوحدها[٣].

الفرع الثالث: تشجيع خفض التكاليف وتطوير سلع جديدة، ودخول منافسين جدد

يحرص المستهلك عادة على جودة المنتج وانخفاض السعر، ولذا فلا بد من تشجيع التركز إذا أدى إلى هذه المصالح، وهو ما نبه إليه المنظم السعودي[٤]. فإذا كان في وصول المنشأة لوضع مهيمن تخفيضاً لسعر الخدمات أو السلع، فإن للجهة المختصة أن تستثني المنشأة من حظر الوصول للوضع المهيمن[٥]، ويدخل فيه تحسين نوعية الخدمات والسلع أو طرح منتجات جديدة في السوق[٦].

ويرى الباحث أن مراعاة مصالح المستهلكين هو مقصد رئيس للمنظم في وضعه لأنظمة المنافسة، ولم تمنع الممارسات الاحتكارية إلا سدا لذريعة الظلم للمنافسين الآخرين وغبن المستهلكين بتقديم سلع وخدمات بأسعار مرتفعة أو جودة منخفضة.

---

(١) التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٥٨ ويراجع الفصل ٦ من قانون المنافسة.

(٢) حماية المنافسة للدكتور حسين الماحي ص ١١٢.

(٣) ينظر على سبيل المثال الحكم القضائي التونسي ذو الرقم ٦٢١٦٠ بتاريخ ١فبراير ٢٠٠٧م، المنشور في التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٥٩.

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٢٩.

(٥) قانون المنافسة الأردني المادة (١١).

(٦) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

وقد قرر الفقهاء أن المفسدة الكبرى تدفع بالمفسدة الصغرى، وقرروا قاعدة فقهية بأن الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف [١] ، قال ابن النجار الفتوحي الحنبلي [٢] – رحمه الله – : "فدرء العليا منهما أولى من درء غيرها، وهذا واضح، يقبله كل عاقل، واتفق عليه أولو العلم " [٣] .

وقال الإمام ابن تيمية – رحمه الله –: " فلا يجوز دفع الفساد القليل بالفساد الكثير، ولا دفع أخف الضررين بتحصيل أعظم الضررين، فإن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها بقدر الإمكان، ومطلوبها ترجيح خير الخيرين إذا لم يمكن أن يجتمعا جميعاً، ودفع شر الشرين إذا لم يندفعا جميعاً [٤] .

وعلى ما تقدم؛ فإن من أهم وأصعب مهام مجلس المنافسة ما أعطي من سلطة تقديرية لينظر في المصالح المترتبة على الاندماج ويوازنها بالمفاسد المتوقعة المترتبة على الاندماج، وعلى الجهة طالبة الاندماج أن تسعى لإقناع مجلس المنافسة بمصالح الاندماج ليسهل على مجلس المنافسة عمله ويتخذ القرار السليم.

(١) مجلة الأحكام العدلية م ٢٧.

(٢) هو الأصولي الفقيه مُحَمَّد بن أحمد الفتوحي الحنبلي ، المشهور بابن النجار، ألف شرح الكوكب المنير في الأصول ومنتهى الإرادات في الفقه وغيرهما. توفي سنة ٩٧٢هـ. " الأعلام ٦/٦".

(٣) قال ابن عبد الهادي رحمه الله تعالى: "وهذه القاعدة يطَّرد فيها أكثر من ألف فرع من فروع الفقه" القواعد الكلية، لابن عبدالهادي ص ١٠٠ .

(٤) مجموع الفتاوى ٣٤٣/٢٣، منهاج السنة النبوية لابن تيمية ١١٨/٦.

المبحث الثالث

أسس الرقابة على المنشآت التجارية بعد الاندماج عند وجود حد أدنى من التأثير على المنافسة

لا تقتصر رقابة مجلس المنافسة على الاندماج قبل وقوعه، بل تستمر بعد حصول الاندماج، وخصوصاً إذا وجد للاندماج أثر على المنافسة، وتضع أجهزة المنافسة تدابير تصحيحية للحد من الآثار التي قد تحصل من المنشآت المندمجة، ولكي تكون هذه التدابير فعالة يلزم أن تتبع شروطاً مبينة في المطلب الأول، وعناصر نجاح هذه التدابير موضع في المطلب الثاني، وأما المطلب الثالث فسيكون عن أهم أنواع التدابير التصحيحية التي تقررها الجهات المختصة بالرقابة على المنافسة لتقليل آثار التركز الناتج عن الاندماج.

المطلب الأول

شروط التدابير التصحيحية للتركز

ألزم المنظم السعودي مجلس المنافسة أن يبادر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من أي جهة تتأثر سلبا من جراء إعفاء قائم العدول عن قرار الإعفاء مع ذكر المبررات التي توضح الآثار السلبية الناتجة من ممارسة الإعفاء، ويتعين على المجلس الأخذ في الاعتبار ما يلي:

١) التأكد من صحة المعلومات المقدمة من مقدم الطلب أو من جهات أخرى ذات علاقة والتي اعتمد عليها المجلس في إصدار قراره.

٢) تغير الظروف الخاصة بالسوق المعنية.

٣) التغيرات في السوق المعني منذ الموافقة على الإعفاء.

٤) التأثيرات الإيجابية أو السلبية على المنافسة المشروعة والناتجة من ممارسات مقدم الطلب للإعفاء [١].

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ١٨.

وهذا منصوص عليه في أغلب قوانين المنافسة، إذ هي تعطي للوزير المختص أن يحدد مدة لاستثناء هذه الممارسات أو أن يخضعها لمراجعة دورية، وله سحب الإعفاء في حالة مخالفة المؤسسة المعنية لشروط منحه [١].

فإذا نتج من دراسة عملية الاندماج وجود نتائج إيجابية وأخرى سلبية، فإن الجهة المختصة بالدراسة لها صلاحية اتخاذ تدابير تصحيحية للتركز (Merger Remedies). وقد اشترط بعض الشراح للتدابير التصحيحية الآتي:

١- أن تكون هذه التدابير فعالة في استعادة حالة المنافسة الموجودة قبل إتمام العملية.

٢- أن تكون هذه التدابير قليلة التكلفة نسبياً في مرحلة التنفيذ [٢].

وأما في للقانون الأمريكي، فيحق لسلطات المنافسة الدخول في مفاوضات مع طالبي الاندماج للوصول إلى إجراءات علاجية تحد من الآثار السلبية للصفقة. وقد ورد في المبادئ الإرشادية الصادرة عن وزارة العدل الأمريكية أنه يشترط للتدابير التصحيحية الآتي:

١- أن يكون الاندماج مخالفا للمادة السابعة من قانون كلايتون بالفعل.

٢- أن يكون هدف التدابير التصحيحية الحفاظ على المنافسة لا حماية المتنافسين.

٣- أن تكون التدابير قابلة للتنفيذ [٣].

وأما القوانين الأوروبية، فقد أجازت اللائحة الأوروبية لتنظيم الاندماجات للمفوضية الأوروبية قبول التعهدات المقدمة بواسطة الأطراف المعنية، التي تضمن توافق صفقة الاندماج مع متطلبات السوق الأوروبية، بالشروط الآتية:

١- أن تمثل هذه التعهدات الحل النهائي لمشكلة المنافسة المترتبة على الصفقة.

٢- ألا يترتب عليها مشكلة أخرى في السوق المعنية أو في سوق لها ارتباط بالسوق المعنية.

٣- أن يكون الإجراء مفصلاً وكافياً، ويمكن مراجعته وتقييمه من المفوضية الأوروبية[١].

---

(١) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ٧، ومثله قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م٧، إلا أن القانون السوري جعل صلاحية الموافقة للمجلس، وأما القانون الأردني فجعل القرار بيد الوزير.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٥٤.

(٣) المرجع السابق ص ٣٥٥.

ومن المقرر في قوانين المنافسة أن للسلطة المختصة الاعتراض على الاندماج وإبطاله حتى وإن لم يعترض عليه من قبل، فلا يوجد تقادم يسري ضد السلطة المختصة لصالح ذلك الاندماج طالما كان بإمكان السلطة المختصة إثبات الأثر الضار للتصرف في المنافسة، بناء على أدلة جديدة ظهرت بعد الاندماج القائمة على أثره أو غرضه [٢].

ففي القانون الأمريكي؛ لا يوجد تقادم يسري ضد السلطة المختصة لصالح ذلك الاندماج طالما أمكن إثبات الأثر الضار للاندماج على المنافسة، بناء على الأدلة القائمة على غرض الاندماج أو أثره التي ظهرت بعد حدوثه [٣].

وورد في القانون السوري للمنافسة أن للمجلس أن يلغي موافقته السابقة في إحدى الحالتين التاليتين:

١- إذا خالفت المؤسسات المالية أياً من الشروط والتعهدات التي صدرت الموافقة بموجبها.

٢- إذا تبين أن المعلومات الأساسية التي صدرت بموجبها الموافقة مضللة[٤].

وقد أكدت المبادئ الإرشادية للاندماجات الأفقية الصادرة عن المفوضية الأوروبية أن دخول المنافسين إلى السوق يجب أن يكون ممكنا وفي وقت مناسب وكافيا لجبر الضرر.

- فيجب أن يتوافر للمنافسين إمكانية الدخول (Likelihood of Entry) إلى السوق في حالة لجوء المنشأة المعنية إلى رفع السعر أو تخفيض الإنتاج إلى مرحلة ما بعد الاندماج، وتعتمد الإمكانية على مقدار الأرباح المتوقعة في حال الدخول ووجود الموانع التقنية أو القانونية.

- يجب أن يتم دخول المنافسين إلى السوق في وقت مناسب (Timeliness of Entry) قريب نسبيا من وقت الاندماج، وقدرته المفوضية بسنتين.

---

(١) اللائحة الأوروبية لتنظيم الاندماجات – م٢/٨، وينظر كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٥٦.

(٢) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ٢٠٣، نقلا عن تقرير الكونغرس الأمريكي حول قانون كلايتون.

(٣) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٥٣.

(٤) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م١٤.

- يجب أن يكون حجم الدخول إلى السوق كافيا (Sufficiency of Entry) لإزالة أي ضرر غير تنافسي قد ينتج عن عملية الاندماج [١].

وأما القانون الفرنسي، فقسم هذه التدابير إلى الآتي:

النوع الأول: أن تكون هذه التدابير التصحيحية مقدمة من أطراف الاندماج، لإصلاح الأضرار الناتجة عنه.

النوع الثاني: أن تكون هذه التدابير مفروضة من السلطات لضمان كفاية المنافسة.

النوع الثالث: أن تكون هذه التدابير مشروطة من السلطات لضمان مساهمة الصفقة في عملية التقدم الاقتصادي والاجتماعي [٢].

ويرى الباحث ضرورة الحرص على التدابير التصحيحية وأن تكون الموافقات المشروطة محل متابعة ورقابة من مجلس المنافسة لينظر في تطبيق الجهات المندمجة لهذه الشروط.

المطلب الثاني

عناصر نجاح التدابير التصحيحية

يمكن تحديد عناصر نجاح التدابير التصحيحية في كبح جماح الاندماج لتقليل السلبيات، وأهم هذه العناصر ما يأتي.

العنصر الأول: الحياد (Neutrality)

وتوضيح هذا العنصر، أن يكون الغاية بالفعل هي استبعاد الآثار غير التنافسية الناتجة عن الصفقة، فيجب على أجهزة المنافسة أن تكون محايدة في الحفاظ على مصالح أطراف الصفقة والحفاظ على مصالح المنافسين الآخرين.

العنصر الثاني: التناسب (Proportionality)

ويقصد بالتناسب أن تكون التدابير كافية بالحد المعقول لإزالة السلبيات، فلا يزاد في الاشتراطات عن الحاجة، حتى لا يمس مبدأ حرية التجارة والمنافسة بلا مبرر معقول.

---

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٤٨.

(٢) القانون الفرنسي، م٤٣٠-٥،٧، عن كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٥٥-٣٥٦.

العنصر الثالث: احترام المصالح المشروعة للمنشآت

ووفقا لهذا العنصر فلا يلزم أن تكون التعهدات معلنة للجمهور، حتى لا تمس المصالح التجارية للأطراف المعنية.

العنصر الرابع: فعالية التدابير التصحيحية

وذلك أن التعهدات في حقيقتها إنما هي مبنية على دراسة وحسب خبرة السلطة المختصة، ومع ذلك فقد تكون التعهدات لها مراحل زمنية، فإذا مضت المرحلة الزمنية الأولى ولم تزل الآثار السلبية، فيلزم تقديم تعهدات جديدة، لكون كل عملية اندماج لا يمكن أن تطابق أي عملية سابقة، وكل التدابير التصحيحية للاندماجات المشابهة لا يمكن أن تتطابق، ولذا فلا بد من فعالية الرقابة اللاحقة للاندماج للنظر في الآتي:

١- دقة تطبيق التدابير التصحيحية.

٢- كفاية التدابير التصحيحية لإزالة الآثار السلبية للاندماج على المنافسة.

العنصر الخامس: التعاون الدولي بين أجهزة المنافسة

قد يكون الاندماج له بعد دولي، بحيث تجد الأطراف المعنية نفسها خاضعة لرقابة أجهزة المنافسة في أكثر من دولة، ويلزم حينئذ أن تتعاون أجهزة المنافسة في تلك الدول للوصول إلى تدابير أكثر فعالية تزيل الآثار السلبية للصفقة في جميع الأسواق المعنية [١].

المطلب الثالث

أنواع التدابير التصحيحية

تنقسم التدابير التصحيحية إلى تدابير تمس هيكل الصفقة، وتعهدات سلوكية تلتزم بها الشركة الدامجة أو الجديدة. وبيانها في الفروع الآتية.

الفرع الأول: التدابير الهيكلية (Structural Measures)

تفضل سلطات المنافسة التدابير الهيكلية لكونها أسهل في الرقابة. وتكون هذه التدابير عبر الآتي:

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٥٦-٣٥٨.

١- إنهاء بعض الأعمال عن طريق تصفية بعض الوحدات لمشتر ثالث. مثل حكم المفوضية الأوروبية سنة ٢٠٠٢م في قضية (Masterfoods / Royal Canin)، حيث سينتج مركز مسيطر في سوق أغذية الحيوانات الأليفة، فقررت المفوضية الأوروبية أن يتم تصفية بعض وحدات الأعمال الخاصة لتتم الموافقة على الاندماج. كما حدث مثل ذلك من قبل أجهزة المنافسة الأمريكية، في عدة صفقات [١].

٢- منع استخدام علامة تجارية، إذا كان استخدامها يؤدي إلى وضع مسيطر، فقد قررت المفوضية الأوروبية في قضية اندماج:

١) شركة (Kimberley-Clark) والتي تملك علامة (Kleenex)، وهذه العلامة لها انتشار في المملكة المتحدة وإيرلندا.

٢) شركة (Scott Paper) والتي تملك علامة (Andrex)

وقد رأت المفوضية أن امتلاك الشركة الجديدة للعلامتين معا يؤدي إلى وضع مسيطر، فاشترطت ترك استخدام علامة Kleenex لمدة عشر سنوات في المملكة المتحدة وإيرلندا.

الفرع الثاني: التعهدات السلوكية (Behavioral Commitment)

تشمل التعهدات السلوكية إنهاء بعض الارتباطات القانونية، وإتاحة الفرصة للمنافسين الآخرين في الدخول بسهولة في السوق والمنافسة فيه، والتعاون معهم في ذلك عبر منح حقوق المعرفة الفنية والتكنولوجية لبعض المنتجات.

ففي صفقة (Ciba-Geigy / Sandoz) سنة ١٩٩٧م، وجدت المفوضية الأوروبية أنه سينتج عن الصفقة مركز مسيطر في إنتاج أدوية الحيوانات المصابة بالبراغيث، نظرا لامتلاكها براءات اختراع، فاشترطت المفوضية منح المنافسين الآخرين حقوق المعرفة الفنية لمكونات تلك الأدوية.

(١) تنظر تفاصيل تلك الصفقات وتحليلها في كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة - أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٦٠.

وقد تشترط المفوضية الأوروبية إنهاء بعض الاتفاقيات مع أطراف أخرى للتقليل من آثار الاندماج الضارة على المنافسة [١].

ويرى الباحث أن هذه التدابير تحتاج إلى جهد من أجهزة المنافسة للرقابة الدقيقة لمعرفة تطبيق المنشآت لما قدمته من تعهدات.

(١) تنظر بعض القضايا التي قررت فيها المفوضية الأوروبية بعض الشروط القانونية مع التعليق عليها في كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٣٦٢-٣٦٣.

المبحث الرابع

الموقف الفقهي لضبط الاندماج والرقابة عليه حتى لا يخل بالمنافسة

لا شك أن إلزام الدولة بالأنظمة التي فيها مصلحة للشعوب مما يقوي الدول، ويضبط الأمور فيها، قال عثمان بن عفان ﷺ:" لما يزع السلطان الناس أشد مما يزعهم القرآن" [(١)].

وقد يظن البعض ممن يبالغ في أحقية الدول في تنظيم ما شاءت أن كثرة الأنظمة دليل على نهوض الأمم وتقدمها، وليس الأمر كذلك، بل لا بد أن تضبط التنظيمات بضوابط شرعية مما قرره فقهاء السياسة الشرعية. وفيما يأتي بيان للموقف الفقهي لضبط التركزات الاقتصادية والمنافسة التجارية داخل الدولة المسلمة.

المطلب الأول

حكم تقييد ولي الأمر للتصرفات التجارية المباحة الأصل

من المقرر فقهاً وجوب طاعة ولي الأمر، إذا أمر بطاعة واجبة أو أمر بما مصلحته ظاهرة، وأن ولي الأمر في الدولة الحديثة يمكن القول بأنه مُمَثَّلٌ في الدولة أخذاً من الشخصية الاعتبارية لها، إضافة إلى شخص ولي الأمر الطبيعي إذا أمر بأمر مباشر، وفي هذا المطلب بيان لحكم تقييد الاندماجات بشروط أو تقييد التصرفات الاحتكارية المباحة في الأصل، ونحو ذلك مما تعالجه أنظمة (قوانين) المنافسة.

وقد اختلف أهل العلم في حق ولي الأمر في التنظيم وإلزام الرعية بأنظمة مكتوبة تتضمن تقييد مباحات أو حظراً لها، أو إلزاماً بها، على أقوال:

الأول: أن ولي الأمر إذا أمر بمباح فإنه يصير واجباً، وإذا نهى عن مباح فإنه يصير محرما. وهو ما قد يفهم من إطلاقات العلماء في معرض كتب العقائد في معرض ذكرهم لوجوب السمع والطاعة للأئمة، وفي شروح الأحاديث الآمرة بذلك، وأدلة ذلك عموم النصوص المتواترة الواردة في طاعة ولاة الأمر، والتي تقدم إيرادها في الفصل الأول من هذا الباب.

---

(١)رواه ابن شبة في تاريخ المدينة ٩٨٨/٣، وأهل العلم يستشهدون به في مصنفاتهم، كما في تفسير ابن كثير – تحقيق ياسر السلامة ١١١/٥.

الثاني: أن وجوب طاعة ولاة الأمر مشروط بما إذا كان الأمر بالمباح أو النهي عن المباح لمصلحة المسلمين، لا لمصلحة شخصية، أو لهوى بعض المتنفذين، وهو ما يفهم من كلام الإمام مُحَمَّد بن جرير الطبري – رحمه الله –، فقد قال:" لا طاعة تجب لأحد فيما أمر ونهى فيما لم تقم حجة وجوبه إلا للأئمة الذين ألزم الله عباده طاعتهم فيما أمروا به رعيتهم مما هو مصلحة لعامة الرعية فإن على من أمروه بذلك طاعتهم وكذلك في كل ما لم يكن لله معصية"(١).

وقد بين الإمام مُحَمَّد بن الحسن الشيباني (٢) – رحمه الله – في كتابه السير الكبير أن الطاعة لولي الأمر لا تكون فيما فيه مفسدة محققة، أو غالبة، وإنما تكون في المصلحة الراجحة أو المحققة، وفي بيان ذلك يقول – رحمه الله – :" فإذا كان عندهم أنهم لو أطاعوه هلكوا كان أمره إياهم بذلك قصدا منه إهلاكهم واستخفافا بهم. وقد ذم الله تعالى الطاعة في ذلك فقال:" فَٱسۡتَخَفَّ قَوۡمَهُۥ فَأَطَاعُوهُۚ إِنَّهُمۡ كَانُواْ قَوۡمٗا فَٰسِقِينَ " (الزخرف: ٥٤) وإن كان الناس في ذلك الأمر مختلفين فمنهم من يقول فيه الهَلَكَة، ومنهم من يقول فيه النجاة فليطيعوا الأمير في ذلك. لأن الاجتهاد لا يعارض النص، ولأن الامتناع من الطاعة فتح لسان الأئمة عليهم، وفي إظهار الطاعة قطع ذلك عنهم، فعليهم أن يطيعوه. إلا أن يأمرهم:

١) بأمر ظاهر لا يكاد يخفى على أحد أنه هلكة

٢) أو أمرهم بمعصية.

فحينئذ لا طاعة عليهم في ذلك ولكن ينبغي أن يصبروا ولا يخرجوا على أميرهم"(٣).

وقد أخذ فقهاء المسلمين بالقاعدة الفقهية:" تصرفات الإمام منوطة بالمصلحة" (٤)،وفرع الفقهاء الحنفية – رحمهم الله – على هذه القاعدة أن ولي الأمر إذا أمر بمفسدة لم تلزم طاعته،

---

(١) تفسير الطبري ١٥٠/٥، ووافقه الخطابي في معالم السنن للخطابي ٩٣/٣.

(٢) هو مُحَمَّد بن الحسن الشيباني، ولد بواسط سنة ١٣٢هـ وتوفي بالري سنة ١٨٩هـ، تتلمذ على أبي حنيفة ثم أبي يوسف من بعده، ثم قرأ على مالك ، يعتبر مدون مذهب أبي حنيفة وناشره. "المدخل إلى دراسة المدارس والمذاهب الفقهية ٩٥".

(٣) السير الكبير لمحمد بن الحسن ١٦٦/١.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي – طبعة دار الكتب العلمية ص ١٢١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٥، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية للبورنو ص ٣٤٧.

ففي الأشباه والنظائر:" إذا كان فعل الإمام مبنيا على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعا إلا إذا وافقه، فإن خالفه لم ينفذ "[١].

وأصل هذه القاعدة ما أخرجه سعيد بن منصور عن البراء قال: قال عمر – رضي الله عنه –:" إني أنزلت نفسي من مال الله عز وجل بمنزلة ولي اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، وإن استغنيت استعففت " [٢]، وقول النبي – ﷺ –:"ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعية يموت وهو غاش رعيته إلا حرَّم الله عليه الجنة" [٣]. وقوله عليه الصلاة والسلام: " ما من أمير يلي أمر المسلمين، ثم لا يجهد لهم، وينصح، إلا لم يدخل معهم الجنة" [٤].

وأما في المملكة العربية السعودية، فقد نصت المادة السابعة والستين من النظام الأساسي للحكم على أنه " تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح فيما يحقق المصلحة أو يرفع المفسدة في شؤون الدولة وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وتمارس اختصاصاتها وفقاً لهذا النظام ونظامي مجلس الوزراء ومجلس الشورى".

فلا يصدر نظام إلا بعد مروره بعدد من أهل الاختصاص والديانة، والتدقيق، ومع ذلك يطلب من المختصين رفع أي ملحوظة عليه لتعديله في إصدار جديد، أو بقرار لاحق.

الثالث: التفريق بين ولي الأمر العدل وغير العدل، فالعدل تجب طاعته فيما لم يعلم أنه معصية، وغير العدل تجب طاعته فيما علم أنه طاعة، قال الإمام ابن تيمية – رحمه الله –: "والإمام العدل تجب طاعته فيما لم يعلم أنه معصية وغير العدل تجب طاعته فيما علم أنه طاعة كالجهاد"[٥].

ويرد على هذا ما يأتي:

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٤.

(٢) رواه سعيد بن منصور في سننه – قسم التفسير المفرد، ١٥٣٨/٤ برقم ٧٨٨، ومن طريقه البيهقي في "سننه" (٦ / ٤ – ٥ و ٣٥٤) ورواه وأخرجه النحاس في "الناسخ والمنسوخ" (ص١١٢) وابن أبي شيبة في "المصنف" (١٢ / ٣٢٤ رقم ١٢٩٦٠) وابن جرير الطبري في "تفسيره" (٧ / ٥٨٢ رقم ٨٥٩٧). ورواه من طريق أخرى ابن سعد في "الطبقات" (٣ / ٢٧٦)، وصححه الألباني – رحمه الله – في تعليقه على مختصر صحيح البخاري ٢٩١/٤، وصححه بمجموع طرقه أ.د. سعد الحميد في تعليقه على سنن سعيد بن منصور.

(٣) رواه البخاري (٧١٥١)، ومسلم (٢٢٨) عن معقل بن يسار – ﷺ –.

(٤) رواه مسلم (٢٢٩) عن معقل بن يسار – ﷺ –.

(٥) مجموع الفتاوى ١٩٦/٢٩.

١) أن العدالة نسبية، فالعدالة مكاناً أو زماناً تتفاوت، فأعدل العدول في زمن، قد لا تقبل لا يكون عدلا في الأزمان المتقدمة،

٢) كما أن هذا الشرط لم يرد في النصوص العامة الآمرة بالطاعة لولاة الأمر.

٣) أن عمل السلف من عصر الصحابة طاعة ولاة الأمر والأمر بذلك والحث عليه، فلم يطعن في ولاية بعض الأمراء ولم ينازعوا في طاعتهم مع انخرام عدالتهم لارتكابهم بعض الموبقات.

الرابع: أن المباح لا يصير واجبا بأمر ولي الأمر به، ولا يصير محرما لنهي ولي الأمر عنه، لأنه لا يجوز لأحد أن يحرم ما حلله الله تعالى، ولا يحلل ما حرمه الله، ولم يثبت ذلك عن الخلفاء الراشدين [(١)].

ويرد على هذا القول أن فيه تفريغاً للنصوص من مضمونها، ولم يقل به أحد من السلف، ولو قيل به فإن النصوص الآمرة بطاعة ولي الأمر تكون بلا معنى، وارتباط الوجوب والتحريم بالأمر المباح إنما هو مؤقت بسريان أمر ولي الأمر.

وأما قولهم بأنه لم يثبت ذلك عن الخلفاء الراشدين، فيجاب عنه بأن هذه الأمور من السياسة الشرعية، وهي معقولة المعنى، والأصل فيما هو معقول المعنى الجواز، وعلى المانع الدليل. وقد نقل ابن القيم – رحمه الله – في الطرق الحكمية عن ابن عقيل[(٢)] – رحمه الله – قوله في الفنون ": جرى في جواز العمل في السلطنة بالسياسة الشرعية: أنه هو الحزم، ولا يخلو من القول به إمام.

فقال شافعي: لا سياسة إلا ما وافق الشرع.

فقال ابن عقيل: السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ﷺ، ولا نزل به وحي، فإن أردت بقولك: " إلا ما وافق الشرع " أي لم يخالف ما نطق به الشرع: فصحيح.

---

(١) روح المعاني للآلوسي ٦٦/٥ وينظر كتاب: طاعة أولي الأمر للدكتور عبدالله بن إبراهيم الطريقي ص ٢٤.

(٢)هو أبو الوفاء علي بن عقيل الظفري البغدادي الحنبلي المولود سنة ٤٣١هـ والمتوفى سنة ٥١٣هـ. كان من الأذكياء الكبار، برع في علم الفقه وأصوله. وكتابه الواضح من أعظم آثاره بل من أوسع وأنفع كتب الأصول. "معجم الأصوليين ٢٥١/٣".

وإن أردت: لا سياسة إلا ما نطق به الشرع: فغلط، وتغليط للصحابة فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل ما لا يجحده عالم بالسنن، ولو لم يكن إلا تحريق عثمان المصاحف، فإنه كان رأيا اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة..." .[١].

والدليل على تقييد المباح لمصلحة معتبرة من فعله – ﷺ – حيث نهى عن ادخار لحوم الأضاحي وعلل ذلك؛ لأجل الدَّافة وهم الأعراب يفدون المدينة ثم أذن في ذلك فقال – صلى الله عليه وسلم –:"ألا فكلوا وتصدقوا وادخروا" [٢].

وقد ورد عن الأئمة المهديين حوادث فيها تقييد للمباح، فمن ذلك:

١. موقف عمر – رضي الله عنه — ومنعه بعض الصحابة من التزوج من الكتابيات[٣].

٢. ومنعه – رضي الله عنه – المهاجرين من مغادرة المدينة دون إذن[٤]، فقد كان يرى جواز منع بعض الأشخاص من السفر؛ لحاجته إلى استشارتهم. [٥].

٣. ومنعه – رضي الله عنه – من أكل اللحم يومين متتاليين[٦].

٤. وأمر عمر – رضي الله عنه – برفع سعر البيع لمن باع بأقل من سعر السوق، ثم رجع عن ذلك[٧].

٥. كما أن عمر – رضي الله عنه – وضع الحمى لخيل المسلمين[٨].

٦. ومنع – رضي الله عنه – من إقامة مطبخ بين البزازين[١].

---

(١)الطرق الحكمية.– طبعة دار البيان ص ١٣.

(٢) رواه مسلم برقم (١٩٧٠).

(٣) أخرجه سعيد بن منصور ١٩٣/١ وعبدالرزاق في مصنفه ٧٨/٦، وينظر في وجه الدلالة كتاب: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور فتحي الدريني ص ١١١.

(٤) تاريخ الطبري المعروف بتاريخ الأمم والملوك، الطبعة الأولى،بيروت:دار الفكر،٦٧٩/٢، تاريخ مدينة دمشق لابن عساكر، الطبعة الأولى، بيروت: دار الفكر،٣٠٢/٣٩، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، للمتقي الهندي الطبعة الأولى، بيروت: مؤسسة الرسالة. ٣٤/١٤.

(٥) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور فتحي الدريني ص ١١٢.

(٦) مناقب عمر بن الخطاب لابن الجوزي ص ٧٩، وينظر كتاب: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور فتحي الدريني ص ١١٢.

(٧) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور فتحي الدريني ص ١٣١.

(٨) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور فتحي الدريني ص ١٥٠، ٢٣٤،.

٧. ومنع – ﷺ – من مراجعة الرجل لزوجته إن طلقها ثلاثاً، مع كون ثلاث الثلاث بلفظ واحد يعد طلقة واحدة في عهد النبي ﷺ [٢].

٨. ونهى عثمان ﷺ من الإبقاء على المصاحف المخالفة للمصحف الإمام وأمر بإحراقها[٣].

٩. وأمر عثمان ﷺ بالتقاط ضوال الإبل وبيعها[٤].

١٠. وكتب عمر بن عبدالعزيز [٥] – رحمه الله – إلى عماله قوله:" ونرى أن لا يتجر إمام ولا يحل لعامل تجارة في سلطانه الذي هو عليه فإن الأمير متى يتجر يستأثر ويصيب أمورا فيها عنت وإن حرص على أن لا يفعل" [٦].

والراجح أن ولي الأمر له أحوال في الأوامر والنواهي الصادرة عنه، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

١. إذا أمر ولي الأمر بمباح لمصلحة وجب امتثال أمره، مثل كثير من الأنظمة الإدارية.

٢. وإذا نهى عن مباح لترتب مفسدة عليه، وكان المقصود فرداً بعينه، أو لعموم الرعية، فإن مخالفته محرمة، ومثال ذلك النهي عن السفر، أو المنع من الصيد في وقت محدد أو في مكان معين.

٣. وأما إذا نهى عن مباح لغير مصلحة شرعية، فلا يحرم مخالفته، كما إذا نهى عن التعدد، أو منع من الطلاق، فإن نهيه غير معتبرٍ شرعا، ولا تحرم مخالفته[٧]، قال ابن تيمية – رحمه الله –:" ليس له أن يمنع الناس مما أباحه الله ورسوله مثل أن يزوج المرأة وليها"[٨].

وذكر الفقهاء بعض الأحكام التي يمكن أن تكون من قبيل تقييد المباح، فمن ذلك:

---

(١) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور فتحي الدريني ص ٢٣٨.

(٢) رواه مسلم برقم ١٠٩٩.

(٣) فتح الباري ١١/٩.

(٤) موطأ مالك ص ٥٨٣.

(٥) هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الخليفة الأموي القرشي، من كبار التابعين. ولد سنة ٦١هـ بالمدينة وبها نشأ. وولي إمارتها، ثم ولي الخلافة سنة ٩٩ هـ، وتوفي سنة ١٠١هـ ويعد من فقهاء التابعين. الأعلام للزركلي ٥ / ٢٠٩.

(٦)سيرة عمر – لابن عبد الحكم ص ٨٧.

(٧) طاعة أولي الأمر للدكتور عبدالله بن إبراهيم الطريقي ص ٢٦-٢٧.

(٨) مختصر الفتاوى المصرية ص ٥٥٤.

١. التسعير الجبري، على تفصيل مذكور في كتب الفقهاء[١].

٢. بيع الطعام المحتكر، قال الإمام ابن تيمية – رحمه الله –:" ومثل ذلك " الاحتكار " لما يحتاج الناس إليه روى مسلم في صحيحه عن معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال:" لا يحتكر إلا خاطئ " [٢] ، فإن المحتكر هو الذي يعمد إلى شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم ويريد إغلاءه عليهم وهو ظالم للخلق المشترين ولهذا كان لولي الأمر أن يكره الناس على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه "[٣].

٣. فرض الضرائب على الأغنياء لسد حاجة الدولة[٤]، قال الإمام الشاطبي – رحمه الله –:"وجه المصلحة فيها ظاهر، فإنه لو لم يفعل الإمام ذلك النظام بطلت شوكة الإمام وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار"[٥].

٤. إجبار الصانع على العمل لمصلحة المسلمين، ويكون ذلك بأجرة المثل[٦].

٥. تقييد حق التملك للمصلحة العامة، فالمعادن الظاهرة لا تملك بالإحياء، وقد قال مالك – رحمه الله – بأن المعادن للدولة ولو كانت في أرض مملوكة[٧].

٦. نزع الملكية لمصلحة المسلمين[٨].

---

(١) الموسوعة الفقهية ٣٠١/١١، وينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور فتحي الدريني ص ١١٠، ١١٤، ١٣٢.

(٢) تقدم تخريجه ص ٧٧.

(٣) مجموع الفتاوى ٧٥/٢٨.

(٤) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور فتحي الدريني ص ١١٠، ١١٤، ٢٣٧.

(٥) الاعتصام ١٢١/٢.

(٦) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور فتحي الدريني ص ١١٣، ١٦٢، ٢٣٤، وقد أصل ذلك الإمام ابن تيمية في الحسبة ص ٣٢.

(٧) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور فتحي الدريني ص ١٥٢.

(٨) الطرق الحكمية ص ٢٣٩، وينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور فتحي الدريني ص ٢٣٤.

المطلب الثاني

تقييد المباح في الأنظمة السعودية

نصت المادة السابعة والستين من النظام الأساسي للحكم على السلطة التنظيمية تختص بوضع الأنظمة واللوائح فيما يحقق المصلحة أو يرفع المفسدة في شئون الدولة وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وتمارس اختصاصاتها وفقاً لهذا النظام ونظامي مجلس الوزراء ومجلس الشورى.

وهذا تأكيد أن المنظم السعودي أخذ بتقييد المباح لمصلحة راجحة في كثير من الأنظمة، مثال ذلك:

١. نظام الأراضي البور، وقد صدر من سماحة رئيس القضاة الأسبق الشيخ مُحَمَّد بن إبراهيم – رحمه الله – تأييد لهذا النظام[١]، وجرى عليه عمل القضاة من صدوره سنة ١٣٨٨هـ.

٢. منع الصيد في أوقات معينة وأماكن معينة، ولحيوانات محددة، وقد جرى عليه العمل من صدوره سنة ١٣٩٨هـ حتى الآن.

٣. وصدر نظام التعدين سنة ١٣٩٢هـ وفيه منع استغلال المعادن والمحاجر إلا بشروط.

٤. وصدر نظام البنوك سنة ١٣٨٦هـ، وفيه منع مزاولة عمل البنوك بلا ترخيص.

٥. ومنعت المادة ١٥ من النظام الأساسي للحكم من منح الامتياز إلا بنظام.

٦. وورد في المادة ١٨ أنه لا ينزع ملك إلا للمصلحة العامة.

٧. وفي المادة ٢٠: لا تفرض الضرائب إلا للحاجة بموجب نظام.

٨. وفي نظام مجلس الوزراء، ورد في المادة ٦ منع الوزير من شراء أملاك الدولة أو بيعها أو السمسرة عليها، ومنعه من التجارة.

٩. وفي المادة ٩ من نظام مجلس الشورى منع الجمع بين وظيفة عضوية مجلس الشورى وأي وظيفة أخرى إلا باستثناء.

١٠. ونصت المادة الحادية والخمسون من نظام القضاء الجديد الصادر سنة ١٤٢٨هـ على عدم جواز الجمع بين وظيفة القضاء ومزاولة التجارة، أو أي وظيفة أو عمل لا يتفق مع استقلال القضاء وكرامته. ويجوز للمجلس الأعلى للقضاء أن يقرر منع القاضي من مباشرة أي

(١) فتاوى ورسائل الشيخ مُحَمَّد بن إبراهيم ٨/٢٢٤.

عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها، وفي هذا ما يفيد أن المنظم يقرر مبدأ إبعاد القاضي عن كل ما لا يتفق مع استقلال القضاء ومع إعزازه والحفاظ على حياده[1].

المطلب الثالث

محددات المصلحة المرعية عند التنظيم

تقدم أن التنظيمات التي تصدرها الدولة المسلمة، يجب أن تراعى فيها المصلحة، والمصلحة تحتاج إلى الرجوع فيها إلى المختصين في الشريعة والأنظمة والمختصين الفنيين في الأمر المراد تنظيمه، وقد ذكر أهل العلم بعض المحددات لتقرير المصالح وتنظيمها، وأهمها ما يأتي في الفروع الآتية.

الفرع الأول: أهمية النظر في المآلات

الفرع الثاني: تنظيم المعاملات التجارية يختلف باختلاف الزمان وتعقد التعاملات التجارية

الفرع الأول: أهمية النظر في المآلات

قد يظن في مادة نظامية أن فيها مصلحة عامة، ولكن عند التدقيق فيها تكون المصلحة فيها آنية وليست مصلحة حقيقية، لكونها تؤدي في مآلها إلى مفاسد أكبر، وقد نبه الإمام الشاطبي – رحمه الله – إلى أهمية النظر في المآلات فقال:"النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل المشروع لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تُدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد منه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تُدْفَع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق

(١)المبادئ القضائية للدكتور حسين آل الشيخ ص ٣٣.

القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى دفع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد عذب المذاق، محمود الغب، جارٍ على مقاصد الشريعة" [1].

الفرع الثاني: تنظيم المعاملات التجارية يختلف باختلاف الزمان وتعقد التعاملات التجارية

قد تقتضي المصلحة تنظيما معيناً في وقت معين، ثم تزول المصلحة في زمن آخر، ولذا فإن المنظم السعودي يحرص على مراجعة الأنظمة وتحديثها أولاً بأول، ويحرص على تلقي ملحوظات المختصين، وأصحاب الشأن من الجهات القضائية والتحقيقية والتنفيذية. وقد نبه الإمام الشاطبي – رحمه الله – إلى أهمية مراعاة تغير الزمان واختلاف المكان عند النظر في المصالح فقال:": "كل ما كان من المحدثات له وجه صحيح فليس بمذموم بل هو محمود، وصاحبه الذي سنه ممدوح فأين ذمها بإطلاق أو على العموم ؟ وقد قال عمر بن عبد العزيز ﷺ: "تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور". فأجاز ـ كما ترى ـ إحداث الأقضية واختراعها على قدر اختراع الفجار للفجور،وإن لم يكن لتلك المحدثات أصل[2].

وقال الزركشي [3] – رحمه الله – في البحر المحيط:" ونقل عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام أنه قال: يحدث للناس في كل زمان من الأحكام ما يناسبهم، وقد يتأيد هذا بما في البخاري عن عائشة أنها قالت: لو علم النبي – ﷺ – ما أحدثته النساء بعده لمنعهن من المساجد، وقول عمر بن عبد العزيز: يحدث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور، أي

(١) الموافقات للإمام الشاطبي، الطبعة الأولى، السعودية، الخبر: دار ابن عفان، ١٧٧/٥ و١٧٨.

(٢)الموافقات للإمام الشاطبي ٣٠١/١-٣٠٣، وفي ٣٢٠/١ قال الشاطبي – رحمه الله – : لم أره ثابتا من طريق صحيح. أ هـ، وقد انتشرت نسبتها لعمر بن عبدالعزيز – رحمه الله –، كما في المقدمات الممهدات ٣٠٩/٢ والذخيرة للقرافي ٢٠٦/٨، وغيرها، كما أنها رويت عن الإمام مالك كما في الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢٠٠/١.

(٣) هو مُحَمَّد بن بهادر بن عبد الله ، أبو عبد الله ، بدر الدين ، الزركشي . فقيه شافعي أصولي . تركي الأصل ، مصري المولد سنة ٧٤٥هـ والوفاة سنة ٧٩٤هـ، من تصانيفه : " البحر المحيط " في أصول الفقه ، و " إعلام الساجد بأحكام المساجد " ، و " الديباج في توضيح المنهاج " فقه ، " المنثور " يعرف بقواعد الزركشي. الأعلام ٦ / ٢٨٦.

يجددون أسبابا يقضي الشرع فيها أمورا لم تكن قبل ذلك؛ لأجل عدمه منها قبل ذلك، لا لأنها شرع مجدد. فلا نقول: إن الأحكام تتغير بتغير الزمان بل باختلاف الصورة الحادثة " [1].

(١) البحر المحيط للزركشي ١/٢٢٠.

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للقضاء
قسم السياسة الشرعية

الرقابة على اندماج الشركات
في ضوء الأنظمة المتعلقة بالمنافسة
في المملكة العربية السعودية
"دراسة مقارنة"

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في السياسة الشرعية

الجزء الثاني

إعداد الطالب
عبدالعزيز بن سعد الدغيثر

إشراف الأستاذ الدكتور
سامر بن محمود الدلالعة
الأستاذ بالمعهد العالي للقضاء

١٤٣٥هـ - ١٤٣٦هـ

الباب الثاني
آثار الرقابة على المنافسة في حال اندماج الشركات التجارية فقها ونظاما

ويتضمن الآتي:

الفصل الأول: ترتب المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة فقها ونظاماً

الفصل الثاني: ترتب المسؤولية الجزائية عن الاندماج المخل بأحكام المنافسة فقها ونظاماً

مدخل:

ينتج عن عمليات الاندماج آثار عديدة، وهذه الآثار تشمل المسؤولية الإدارية إضافة إلى المسؤولية المدنية والجزائية.

فأما مسؤولية الإدارة فترتكز على قواعد المسؤولية التقصيرية (Non-contractual Liability)، فقد أكدت اتفاقية روما على أن الاتحاد الأوروبي يضمن في الدول الأعضاء أي ضرر تسببه مؤسساته أو أي من موظفيها أثناء تأدية عملهم، وبناء على ذلك يمكن للمنشآت المعنية بالاندماج أن تقاضي المفوضية الأوروبية لتعويض الضرر اللاحق بها بسبب خطأ المفوضية في تقويم الصفقة [1].

وأما المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بنظام المنافسة فتكون في حال وجود ضرر، كما في حال قلة أرباح الجهات المنافسة.

وأما المسؤولية الجزائية، فتتحقق في حالين:

١. عند وجود اندماج غير نظامي.

٢. عندما تتصرف الشركة بعد الوصول للتركز الاقتصادي تصرفات مخالفة لأنظمة المنافسة.

وحيث إن المسؤولية الإدارية تقدم الكلام عليها فيما سبق، عند الحديث عن التظلم لدى القضاء الإداري من قرارات مجلس المنافسة ولجنة المخالفات، فسيقتصر الحديث في هذا الباب عن المسؤولية المدنية والجزائية في الفصلين الآتيين.

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٦٥.

الفصل الأول

ترتب المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة فقها ونظاما

ويتضمن الآتي:

المبحث الأول: أركان المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة ومقارنتها بالفقه الإسلامي

المبحث الثاني: آثار المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة المشروعة فقها ونظاما

مدخل:

يرجع مصطلح المسؤولية في أصله اللغوي إلى اسم المفعول للفعل سأل، قال تعالى: "إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كلّ أولَئِكَ كَانَ عَنْه مَسْؤولًا" (الإسراء: ٣٦)، أي أن الله سبحانه وتعالى يسأل الإنسان عما حواه سمعه وبصره وفؤاده، وقوله تعالى:"إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤولًا" (الإسراء: ٣٤) أي: مسؤولاً عنه صاحبه، ونظيره قوله ﷺ: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"[١].

وعرفت المسؤولية في القانون بأنها اقتراف أمر يوجب مؤاخذة فاعله[٢].

ويمكن تعريف المسؤولية المدنية في الاصطلاح بأنها الإخلال بالتزام ناتج عن عقد، أو إرادة منفردة أو فعل ضار. وهذا يشمل نوعي المسؤولية المدنية وهما: المسؤولية العقدية، في الفرضين الأولين، والمسؤولية التقصيرية في الفرض الثالث[٣].

وفي أنظمة المنافسة، تنحصر المسؤولية المدنية في المسؤولية التقصيرية، والتي مضمونها التزام المسؤول بتعويض الأضرار الناتجة بسببه للغير[٤]. وعرفت بأنها ضمان الضرر الناشئ عن الفعل الضار[٥]، وتسمى أيضاً بالمسؤولية عن الفعل غير المشروع، والمسؤولية عن الفعل الضار.

ويعد الضرر الناشئ عن المنافسة المشروعة الملتزمة بالأنظمة من قبيل الضرر المشروع، والمنافسة التجارية من الحالات التي يتسامح القانون في الأضرار اللاحقة بالغير بسببها، لأنه طالما كانت التجارة مشروعة؛ فالمنافسة الشريفة مشروعة، فهي تقوم على الإبداع وموهبة التاجر والتزامه بأصول التعامل التجاري، ولا تنجح المنافسة إلا بزيادة أرباح تاجر ونقصان أرباح تاجر آخر[٦]. فأما إذا كان التصرف مخالفاً للنظام، فيحق لأي طرف طلب إيقافه والتعويض عن كل

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ١٠ / ٢٥٩ – ٢٦٠، والحديث أخرجه البخاري برقم البخاري (٥٢٠٠) ومسلم برقم (١٨٢٩) من حديث ابن عمر – رضي الله عنه –.

(٢) المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية للمستشار حسين عامر ص ٣.

(٣) تعريف المسؤولية المدنية بوصفها جانبا من الضمان في الفقه الإسلامي، أ.د. محمد شتا أبو سعد، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ع٦ – محرم ١٤١٣هـ، ص ١٨٩.

(٤) المرجع السابق، ص ١٧٤-١٧٥.

(٥) معجم لغة الفقهاء – محمد رواس قلعه جي وحامد قنيبي ص ٤٢٥.

(٦) الوسيط في القانون التجاري للدكتور أكثم أمين الخولي ١٣/٣، المنافسة والممارسات المقيدة لها في ضوء أحكام قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٠م. للدكتورة إسراء العبيدي ص ٥.

ضرر نتج عنه، ومن التصرفات التي نص نظام المنافسة على منعها اندماج المنشآت دون إذن من الجهة المنظمة، أو مخالفة شروط السلطة المنظمة عند الموافقة المشروطة للاندماج. وقد ينتج عن الاندماج وصول المنشأة لمركز مهيمن، تتصرف المنشأة من خلال هيمنتها بالسوق بما يضر المنافسين الآخرين والمستهلكين في وقت واحد.

وقد أكد نظام المنافسة السعودي أن لأي شخص طبيعي أو اعتباري يلحقه ضرر ناتجٌ عن ممارسات محظورةٍ بموجب أحكام نظام المنافسة، التقدم بطلب التعويض أمام القضاء المختص. ويدخل في ذلك حالات التركز الاقتصادي غير النظامية [١].

ويرى الباحث صحة انتقاد عبارة "التقدم بطلب التعويض"، وأن الصواب أن تستبدل بعبارة:" التقدم بدعوى"، لإمكان أن تكون الدعوى محصورة بإيقاف التصرف المخل بالمنافسة، دون طلب لأي تعويض [٢].

وهذا الملحظ لم يخل منه الكثير من أنظمة المنافسة مثل القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة وقانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري [٣].

وقد انتبه المنظم الكويتي لهذا الملحظ، فنص على أنه ترفع الدعوى الجزائية مع عدم المساس بالحقوق المدنية للمتضرر من الجريمة [٤]، وأكد على أن التاجر إذا أساء استغلال مركزه الاحتكاري كان للقاضي بناء على طلب المضرور الحكم بالتعويض أو تعديل الشروط التعسفية في العقد، أو الإعفاء منها كليًّا [٥]. كما أن قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري أكد بعد ذكره للجزاءات بأن هذه الجزاءات لا تخل بأحكام المسؤولية الناشئة عن هذه

(١) نظام المنافسة السعودي م ١٨.

(٢) المنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤٦٧.

(٣) القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م ٢٣-٢، وقانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م٢٦.

(٤) قانون المنافسة الكويتي م ٢٣.

(٥) قانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٥م بتعديل بعض أحكام قانون الشركات التجارية، كويت اليوم، العدد ٢١٦، السنة ٤١، ٢٣ يوليو ١٩٩٥م.

المخالفات [١]. وأعطى المنظم المغربي جمعيات المستهلكين الحق في المطالبة بالتعويض، أو رفع دعوى مدنية [٢].

وأما القضاء الأمريكي، فقد منح قانون كلايتون كل مضرور في ماله وأعماله نتيجة انتهاك قواعد المنافسة أن يرفع دعوى للمطالبة بتعويض هذه الأضرار [٣]. وقد حكمت المحكمة العليا الأمريكية مراراً بجبر الضرر الناجم عن الممارسات الاحتكارية المخالفة للقوانين عندما أثبت المضرور أن ما لحقه من أضرار كان بسبب تلك الممارسات[٤].

وأكدت محكمة العدل الأوروبية ECJ في حكم (Courage / Crahan) سنة ٢٠٠١م بأنه يحق للمضرور من انتهاك قواعد المنافسة أن يطلب التعويض وأن على دول الاتحاد الأوروبي تضمين قوانينهم ما يكفل هذا الحق [٥].

وتبنت المفوضية الأوروبية في ١٩ ديسمبر ٢٠٠٥م، ما يعرف بالوثيقة الخضراء (Green Paper) الخاصة بدعاوى التعويض عن مخالفة قواعد منع الاحتكار الأوروبية. ثم نشرت المفوضية الأوروبية في إبريل ٢٠٠٨م الوثيقة البيضاء (White Paper) الخاصة بدعاوى التعويض، وتناولت حل الصعوبات في تقدير التعويضات للمتضررين[٦].

---

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٠.

(٢) القانون المغربي للمنافسة المادة ٩٩.

(٣) Clayton Act Article – 4-a.

(٤) تنظر الأمثلة على تلك القضايا في كتاب: الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٩.

(٥) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٧٣.

(٦) تنظر الوثيقة الخضراء والبيضاء في الرابطين على التوالي ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١/٢٥هـ:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#

#whitepaper & greenpaper

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html

المبحث الأول
أركان المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة ومقارنتها بالفقه الإسلامي

ويتضمن الآتي:

التمهيد

المطلب الأول: الخطأ

المطلب الثاني: الضرر

المطلب الثالث: علاقة السببية

التمهيد:

قبل البدء في الحديث عن أركان المسؤولية المدنية، يحسن بيان مفهوم الركن، فقد عرف اللغويون الركن بأنه الجانب الأقوى، وأركان كل شيء جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها، والتي هي جزء من ماهيته، مثل الركوع فهو ركن من أركان الصلاة، أي جزء منها(١). وعرفه جمهور الفقهاء بأنه ما لا يتم الشيء إلا به، سواء أكان جزءًا من ماهيته أو شرطًا له. أما فقهاء الحنفية، فإنهم قد عرفوه بأنه ما لا يتم الشيء إلا به، وكان جزءًا منه (٢).

ويتبين من هذا اتفاق اللغويين وفقهاء الحنفية على أن ركن الشيء ما كان جزءًا من ماهيته.

ويعبر كثير من الشراح عن شروط تحقق المسؤولية المدنية بأركان المسؤولية المدنية، ومن المقرر لغة أن الركن الجزء من الماهية، كركن الدار، وأما الشرط فهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته. ولذا فإن بعض الباحثين يعبر عن الخطأ والضرر وعلاقة السببية بالشروط عوضاً عن الأركان (٣).

والحقيقة أن كلاً من الركن والشرط لا بد منه لتحق المسمى شرعاً، غير أن الركن يكون داخلا في حقيقة المسمى، فهو جزاؤه، بخلاف الشرط فإنه يكون خارجا عن المسمى(٤).

ومع ذلك فقد آثرت ألا أخالف اصطلاح أهل الاختصاص، استئناساً بقول ابن عابدين الحنفي – رحمه الله –: خطأ مشهور خير من صواب مغمور(٥).

وفيما يخص موضوع التركزات الاقتصادية المخالفة لأنظمة المنافسة قرر القضاء الفرنسي أن دعوى التعويض الناشئ عن الممارسات المضادة للمنافسة تستلزم إثبات وجود خطأ وتحقيق الضرر ثم قيام علاقة سببية مباشرة بينهما (٦).

---

(١) لسان العرب مادة:"ركن".

(٢) ينظر في تفصيل ذلك ومناقشة التعريفات كتاب: المدخل للفقه الإسلامي أ. د: سلام مدكور ص٥١٣ ط. سنة ١٣٨٩ هـ..

(٣) المنافسة غير المشروعة في مجال الإعلانات التجارية للدكتور حماد مصطفى عزب – ص ١٣٣.

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ١١٠/٢٣.

(٥) حاشية ابن عابدين ٥٤٤/٥.

(٦) قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة – لينا حسن ذكي – ٢٠٠٥ ص٣٦٩.

فيشترط لتحقق المسؤولية عن الاندماج غير القانوني ما يشترط بالنسبة لتحقق المسؤولية التقصيرية عموما، وهذه الشروط هي أركان المسؤولية المدنية الثلاثة وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وتفصيلها في المطالب الآتية.

وأما في الفقه الإسلامي، فإن المسؤولية التقصيرية تقابل ضمان العدوان، وقد ذكر الفقهاء أن الجاني له حالان:

الحال الأولى: أن يكون مباشرا، ولتحقق ضمانه شرط واحد، وهو ركن الضرر، فلا يشترط فيها التعدي أو تعمد الخطأ، وتعد مسؤوليته موضوعية أو مسؤولية مطلقة، ويدل عليه حديث:"لا ضرر ولا ضرار"[(١)]، فالمباشر يضمن بمجرد وجود الضرر[(٢)].

الحال الثانية: أن يكون متسبباً، ويكون ضامنا بثلاثة شروط:

١- ثبوت التعدي في الفعل الذي أدى للتلف، فلا يشترط قصد الجناية[(٣)].

٢- تحقق الضرر.

٣- الإفضاء، بأن يكون التعدي هو الذي أفضى لحصول الضرر[(٤)]، على ألا يقطع سببية الفعل للضرر قاطع أجنبي عن الفاعل [(٥)].

وفيما يأتي بيان لأركان المسؤولية المدنية التقصيرية.

---

(١) أخرجه عن أبي سعيد - ﷺ -: الدارقطني (٧٧/٣)، والحاكم (٦٦/٢، رقم ٢٣٤٥) وقال: صحيح الإسناد على شرط مسلم. والبيهقي (٦٩/٦، رقم ١١١٦٦). وأخرجه عن عبادة بن الصامت - ﷺ -: عبد الله بن أحمد في زوائده على المسند (٣٢٦/٥، رقم ٢٨٣٠) و أخرجه ابن ماجه (٧٨٤/٢، رقم ٢٣٤٠)، وأخرجه عن ابن عباس - ﷺ - أحمد (٣١٣/١، رقم ٢٨٦٧)، وابن ماجه (٧٨٤/٢، رقم ٢٣٤١)، وأخرجه عن ثعلبة بن أبي مالك: الطبراني (٨٦/٢، رقم ١٣٨٧). كما ورد من حديث عمر بن يحيى المازني عن أبيه المرسل: أخرجه مالك (٧٤٥/٢، رقم ١٤٢٩). وأخرجه أيضًا: الشافعي (٢٢٤/١)، وصححه عدد من أهل العلم، منهم الحاكم كما تقدم، والألباني - رحمه الله – في إرواء الغليل ٤٠٨/٣.

(٢) ضمان العدوان للدكتور مُحَمَّد أحمد سراج ص ٧٧.

(٣) نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص ١٩٨، والفعل الضار والضمان فيه للشيخ مصطفى الزرقا ص ٨٣.

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢٢/٢٨.

(٥) نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص ٢٧-٢٨.

المطلب الأول

الخطأ

عرّف الخطأ بأنه إخلال بالتزام قانوني، والالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية، هو الالتزام ببذل عناية بأن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤولية تقصيرية [١].

ويمكن تعريف الخطأ في الاصطلاح القانوني بشكل عام بأنه إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه[٢]. والمراد بالواجب القانوني في دعوى المنافسة الإخلال بالعادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية.

وقريب منه تعريفه بأنه انحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود في ذات الظروف التي تحيط بمحدث الضرر مع إدراكه لهذا الانحراف[٣].

ولكون الخطأ في دعاوى المنافسة لا يشترط له سوء النية، فالتعريف الأشمل للخطأ أن يقال بأن الخطأ هو "ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه"[٤].

وأما الخطأ في العلاقات التجارية فهو كل عمل يتعارض مع العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية [٥]، وعرف أيضاً بأنه كل عمل يدل على تجاوز فاعله وانحرافه في استعمال حرية التجارة والصناعة[٦].

ويستفاد من مفهوم الخطأ أن له عنصرين:

العنصر الأول: موضوعي يتمثل في إخلال المخطئ بواجب قانوني، ويطلق عليه الركن المادي، وهو التعدي ومقياسه موضوعي لا ذاتي.

---

(١) الوسيط للسنهوري ١ / ٧٧٩.

(٢) محاضرات في المسؤولية المدنية للدكتور سليمان مرقس ص ٦١.

(٣) المنافسة الطفيلية – للدكتور عبدالرحمن قرمان ص ٢٠٧.

(٤) القانون المغربي الفقرة الأخيرة من الفصل ٧٨.

(٥) قانون التجارة المصري م٦٤/١.

(٦) المنافسة الطفيلية – للدكتور عبدالرحمن قرمان ص ٢٠٧.

العنصر الثاني: شخصي يتجسد في ضرورة أن يكون المخطئ مدركاً أنه بفعله قد أخل بالواجب القانوني، والإدراك هو مناط المسؤولية، ويطلق على الإدراك الركن المعنوي[١].

ويصدر الخطأ في إساءة استغلال المركز الاحتكاري من منافس واحد[٢]. وفي حال الاندماج المخل، كما في المنافسة غير المشروعة، اختلف الشراح في اشتراط توافر عنصر سوء النية، على اتجاهين:

الأول: أنه لا يشترط توافر سوء النية، فيكفي ارتكاب الخطأ ولو كان بسبب جهل أو إهمال[٣]. فعدم اكتراث المنشأة بحدوث الأضرار الناتجة عن الاندماج المخل للتجار المنافسين أو للمستهلكين كاف، ولو لم يتوافر عنصر سوء النية [٤].

وقد توجه القضاء الفرنسي لهذا الاتجاه، وعليه أكثر الشراح، فلا يشترط إثبات الركن المعنوي، ويكفي وجود الإهمال البسيط[٥].

الثاني: أنه لا بد من توافر سوء النية[٦]، وأن القضاء مسؤول عن التحقق من توافره، وقد أصدرت محكمة النقض المصرية حكماً يفهم منه اشتراط توافر سوء النية[٧].

وفي هذا المطلب سيتم بحث تطبيق ركن الخطأ على الاندماج المخل بالمنافسة في الفرع الأول، ثم سيتم التطرق في الفرع الثاني إلى موقف الفقه الإسلامي من تطبيق ركن الخطأ على الاندماج المخل بالمنافسة.

الفرع الأول: تطبيق ركن الخطأ على الاندماج المخل بالمنافسة

يمكن أن تتمثل صورة الخطأ عند وقوع اندماج بين منشأتين في الآتي:

١- تنفيذ الصفقة مع مخالفة قرار منعها.

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – للدكتور عبد الرزاق السنهوري - الجزء الأول- المجلد الثاني ص ٨٨١ – ٩٦٨، وينظر كتاب أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي -د. طعمة الشمري ص ٦٠.

(٢) المنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤٦٦.

(٣) الوسيط في القانون التجاري للدكتور أكثم الخولي ٣٨٣/٣.

(٤) اندماج الشركات وانقسامها، للدكتور حسني المصري ط١ سنة ١٩٨٦م ص ٣٠٩.

(٥) المنافسة غير المشروعة في مجال الإعلانات التجارية – حماد مصطفى عزب ص ١٤٢-١٤٣.

(٦) المنافسة غير المشروعة – أشرف وفا مُحَمَّد – سنة ٢٠٠٠م، ص ١٧.

(٧) ينظر نص الحكم والتعليق عليه: الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للغريب ص ٢٩٩-٣٠٠.

٢- إتمام الصفقة بمخالفة التدابير التصحيحية التي اشترطتها الجهة المصدرة لقرار الموافقة المشروطة.

٣- تنفيذ الصفقة دون عرضها على الجهة المختصة.

وفي هذه الحالات يتوافر ركن الخطأ بمجرد مخالفة نظام (قانون) المنافسة [١].

كما يصدر الخطأ عبر إساءة استغلال المركز الاحتكاري، ويأتي بيان للتصرفات المحظورة نظاماً والتي تترتب عليها المسؤولية المدنية والجزائية.

والإخلال بالمنافسة في حد ذاته خطأ سواء أكان بسوء نية أم بغير ذلك أو كان نتيجة إهمال بحقيقة ما يقوم به من عمل أثر على نشاط التاجر المنافس[٢].

وفي حال كون المدعي المتضرر منشأة تجارية؛ لا بد من توافر عنصرين لتطبيق ركن الخطأ في المنافسة غير المشروعة:

الأول: وجود حال منافسة بين تاجرين في تجارة متماثلة أو مشابهة، فإن لم توجد التجارة المتماثلة أو المتشابهة فلا يتصور وجود منافسة غير مشروعة، أو تصرف مخل بالمنافسة.

الثاني: عدم مشروعية التصرف القانوني [٣].

وأما إن كان المدعي هو المستهلك أو جهة تمثل المستهلكين، فلا يشترط إلا شرط واحد وهو عدم مشروعية التصرف القانوني.

وفي هذا الفرع سيتم التطرق لصور الخطأ في حالات الاندماج المخل بالمنافسة، وفي المسألة الثانية سيتم حصر الأفعال الاحتكارية بما ورد في الأنظمة، ثم ندلف إلى تمييز الأفعال الاحتكارية غير المنصوصة بالأعراف التجارية. وبيان هذه المسائل فيما يأتي.

---

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٧٧.

(٢)أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي –د.طعمة الشمري. ص ٦١.

(٣) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للغريب ص ٢٩٦. المنافسة غير المشروعة في مجال الإعلانات التجارية – حماد مصطفى عزب ص ١٣٤، وقد ذكر عدة قضايا من القضاء الفرنسي مع التعليق عليها، وفيها تقرير عدم إعمال هذا العنصر ووجه ذلك.

المسألة الأولى: صور الخطأ في حالات الاندماج المخل بالمنافسة

لا يتصور ترتب المسؤولية المدنية من الاندماج نفسه، لكن يمكن أن يؤدي الاندماج إلى تصرفات غير مشروعة بسبب الوصول للمركز المهيمن، وهذه الممارسات تسمى:"الممارسات الاستبعادية" (Exclusionary Practices) [١].

وفي هذه المسألة سيتم بحث بعض المخالفات الاحتكارية في الصور الآتية:

الصورة الأولى: التسعير العدواني

الصورة الثانية: صفقات الربط

الصورة الثالثة: الامتناع عن التعامل

الصورة الرابعة: التسعير التمييزي

الصورة الخامسة: تحديد قيود أو شروط لبيع السلع أو الخدمات بغرض زيادة الأسعار

الصورة السادسة: التصرف أو السلوك المؤدي إلى عرقلة دخول مؤسسات أخرى إلى السوق أو إقصائها منه أو تعريضها لخسائر جسيمة

الصورة السابعة: الامتناع عن التعامل مع مؤسسة منافسة أو إرغام عميل على مقاطعة مؤسسة منافسة

الصورة الثامنة: تقليل عرض المنتج في السوق بغرض بيعه بسعر أعلى

وفيما يأتي بيان للأفعال غير المشروعة للمنشآت الواصلة للمركز المهيمن والتي تترتب عليها المسؤولية المدنية.

الصورة الأولى: التسعير العدواني

يكون التسعير العدواني أو الافتراسي (Predatory Pricing) بفرض أسعار منخفضة جدا، قد تصل إلى أقل من سعر التكلفة[٢]. وقد جرمت العديد من أنظمة المنافسة

(١) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٤٤.

(٢) المرجع السابق ص ١٣.

مثل نظام المنافسة السعودي والكويتي افتعال وفرة مفاجئة في السلع والخدمات بحيث يؤدي تداولها إلى سعر غير حقيقي، يؤثر في باقي المتعاملين في السوق [١].

وقد يرد تساؤل بطريقة التحقق من هذه الجريمة، وجواباً على ذلك يقال: لم يرد في التنظيم السعودي طريقة للتحقق، ولذا فيمكن الاستعانة بما توصل إليه القضاء الأمريكي من حساب معيار "متوسط التكلفة المتغيرة" (The Average Variable Cost) وتكون تكلفة المنتج حسب المعادلة الآتية:

تكلفة المنتج=مجموع تكاليف المنتج التي تكبدتها المنشأة÷عدد وحدات ذلك المنتج

فإذا طرحت المنشأة المنتج بسعر أقل من تكلفة المنتج فإن ذلك وقوع في التسعير العدواني [٢].

وقد جرم نظام المنافسة السعودي والمصري والإماراتي واليمني والسوداني والقطري والكويتي والمغربي بيع السلعة أو الخدمة بسعر أقل من التكلفة، بهدف إخراج منافسين من السوق[٣].

إلا أنه لا بد لتحقق هذه المخالفة من كون السوق المعني متحداً، ويوضح ذلك أن الأمانة العامة لمجلس المنافسة تلقت تظلماً من مؤسسة لمسة التكامل للتجارة الموزعة لقطع الاتصال بالإنترنت(USB MODEMS) والمتضمنة أن شركة الاتصالات السعودية (STC)، وشركة اتحاد الاتصالات (موبايلي)، وشركة الاتصالات المتنقلة السعودية (زين) تقوم بإجراءات مخالفة لنظام المنافسة بممارساتهم التحكم بأسعار السلع والخدمات وذلك بالتخفيض وبيع قطع الاتصال بالإنترنت (USB MODEMS) بأقل من سعر التكلفة من خلال عروض ترويجية. وبعد دراسة التظلم أصدر مجلس المنافسة قراره المتضمن أنه نظراً للتباين في استخدام السلعة وطريقة تقديمها وعرضها للمستهلك النهائي ولاختلاف السوق المعنية للسلعة، فإن أحكام نظام المنافسة لا تسري على الشكوى [١].

---

(١) نظام المنافسة السعودي م٤-٣، قانون المنافسة الكويتي ٤-٣،

(٢)المرجع السابق ص ١٤.

(٣) نظام المنافسة السعودي م٥-١، قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٨-ح، القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٦-١-ب، وقانون المنافسة اليمني م٨-ب-١، قانون تنظيم المنافسة ومنع الاحتكار لسنة ٢٠٠٩ السوداني م٦-٢-و، القانون القطري للمنافسة: ٤-١٠. قانون المنافسة الكويتي ٤-٦، قانون المنافسة المغربي - م ٧.

(١)ينظر الرابط : http://www.coc.gov.sa

فإذا اتحدت طريقة استخدام السلعة وعرضها للمستهلك النهائي وكانت السوق المعنية للسلعة واحدة، فإن التسعير العدواني ينطبق حينئذ، ويمكن توضيح ذلك بقضية نظرها القضاء الأمريكي، وهي قضية (Aluminum Co. of America) والتي تبيع خام الألومنيوم بسعر مرتفع لمصانع الألومنيوم، وتقوم الشركة بصناعة منتجات من الألومنيوم وبيعها للمستهلك بسعر منخفض جداً، فأدانها القضاء الأمريكي، لتقييدها للمنافسة [١].

كما يشمل ذلك إطلاق إنتاج غزير من منتج معين للأسواق لفترة مؤقتة تتمكن بعدها من استبعاد المنافسين وفرض أسعار مرتفعة غير قابلة للمنافسة تعويضا عن الخسائر التي تكبدتها خلال فترة ذلك التسعير المصطنع. ويطلق على هذه الطريقة أسلوب إغراق السوق (Market Dumping)[٢]. وتهدف المنشآت من عملية إغراق السوق بمنتج معين لفترة هو أن تتمكن المنشأة بعدها من استبعاد المنافسين وفرض أسعار مرتفعة[٣].

الصورة الثانية: صفقات الربط

يقصد بصفقات الربط (Tying Arrangement) أن يشترط البائع أو المؤجر على المشتري أو المستأجر الذي يريد سلعة، أن يضم إليها سلعة، ولو كان المشتري أو المستأجر لا يرغب فيها [٤].

وقد جرم نظام المنافسة السعودي والمصري والإماراتي واليمني والسوداني والقطري والكويتي والمغربي هذا التصرف، وحدد عقوبة خاصة به، مع عدم الإخلال بحق المضرور في المطالبة بالتعويض[١].

---

(١) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٥٠-٥١.

(٢) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٢٠.

(٣) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ١٣.

(٤) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ١٦.

(١) نظام المنافسة السعودي م٥، قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٨، القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٦، وقانون المنافسة اليمني م٨، قانون تنظيم المنافسة ومنع الاحتكار لسنة ٢٠٠٩ السوداني م٦، القانون القطري للمنافسة:م- ٤. قانون المنافسة الكويتي م- ٤، قانون المنافسة المغربي - م ٧.

وأما قانون المنافسة الأردني والسوري فورد فيه تحريم جميع الصور الداخلة فيه بالنص عليها، فجرمت تعليق بيع السلعة أو تقديم خدمة بشراء سلعة أو سلع أخرى أو بشراء كمية محددة أو بطلب تقديم خدمة أخرى [١]، ويرى الباحث أن إيراد جميع الصور أسهل للجهة القضائية في التطبيق.

وصفقات الربط محظورة في أنظمة المنافسة الأمريكية إذا كان الربط في سلعة أو بضاعة، وأما تجارة الخدمات (Business Services) مثل الإعلانات، فلا تدخل في نطاق الحظر [٢].

وحيث إن وجود معيار يسهل على الجهة الرقابية والقضائية القرار بأن هذا التصرف داخل في صفقات الربط، فقد انتقدت الأنظمة التي لم تحدد معيارا لذلك، ويلحظ الباحث أن النظام السعودي خلا من معيار دقيق لتحديد ذلك، ولذا فيمكن الاتفادة من القضاء المقارن في تحديد ذلك المعيار. وقد نظر الشراح لأحكام القضاء الأمريكي، فاستخلصوا معياراً مركباً لتقرير وقوع منشأة ما في هذا المحظور وهو ضرورة توافر الآتي:

١- المنتج الرابط لا يباع أو يستأجر إلا مع المنتج المرتبط.

٢- تمتع المنتج الرابط بالقوة الاقتصادية الكافية (Sufficient Economic Power) تمكنه من تقييد المنافسة في سوق المنتج المرتبط.

٣- وجود تأثير حقيقي لهذا الربط على قطاع كبير من السوق[٣].

٤- أن يصل انخفاض السعر إلى درجة كبيرة تعكس بوضوح نية المنشأة الفارضة لذلك السعر في تدمر منافسيها [٤].

ويرى الباحث إمكانية الاستعانة بهذا المعيار، ريثما يتم تحديد معيار واضح من السلطة التنظيمية.

---

(١) قانون المنافسة الأردني م٦، وفي قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م٦.

(٢) قانون شيرمان م ١، قانون كلايتون م٢.

(٣) تنظر بعض القضايا المأخوذ منها هذا المعيار في الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ١٧.

(٤) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٢١، هامش ١ وفيه إشارة إلى حكم للمحكمة العليا الأمريكية مع التعليق عليه.

الصورة الثالثة: الامتناع عن التعامل

الأصل أن التاجر حر في اختيار عملائه والامتناع عمن يشاء منهم، لكن إذا كان الباعث على الامتناع عن التعامل (Refusal to Deal) الرغبة في الحصول على قوة احتكارية أكبر، أو المحافظة على وضع احتكاري، فهذا مخالف لأنظمة المنافسة[١].

وقد جرم نظام المنافسة السعودي والمصري والإماراتي واليمني والسوداني والقطري والكويتي والمغربي رفض المنشأة التعامل مع منشأة أخرى دون مسوغ، وذلك من أجل الحد من دخولها السوق [٢].

ويشترط لانطباق هذه المخالفة أن تصدر من جهة لها هيمنة على سوق السلعة، ويوضح ذلك الحال التي رفعت لمجلس المنافسة وهي قضية شكوى الشركة المتحدة للإلكترونيات (إكسترا) ضد شركة يوسف مُحَمَّد الناغي المتحدة مفادها قيام شركة الناغي بحصر التوريد لها لمنتجات (LG) والتي تمتلك شركة الناغي حقوق التوزيع لها في المملكة العربية السعودية، وإلغاء الضمان عن السلع المباعة عن طريق (إكسترا)، وقد قرر مجلس المنافسة السعودي حفظ ملف الشكوى، لعدم تمتع شركة الناغي بالسيطرة على سوق المنتجات الكهربائية والإلكترونية[٣].

---

(١) قانون شيرمان م١، وإذا كان سبب الامتناع غير تجاري فإنه يطلق عليه المقاطعة (Boycott)، ينظر كتاب: الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٢٦.

(٢) نظام المنافسة السعودي م٥-٤، قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٨-ب، وقانون المنافسة الأردني م٦، القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٦-١-و، وقانون المنافسة اليمني م٨-ب-١٠،٤، قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م ٦-و، القانون القطري للمنافسة: ٤-٣. قانون المنافسة الكويتي ٤-٥، قانون المنافسة المغربي – م ٧.

(٣)موقع مجلس المنافسة السعودي، ينظر الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م:http://www.ccp.org.sa

الصورة الرابعة: التسعير التمييزي

يقصد بالسعر التمييزي (Price Discrimination) أن يبيع المنتج السلعة في سوق مليء بالمنافسة بربحية منخفضة، ويبيع المنتج نفسه في سوق آخر بعيد عن المنافسة بربحية أعلى [١].

ولم يرد لهذه الجريمة ذكر في نظام المنافسة السعودي إلا أنها تدخل في عموم المنع، لأن الجرائم المذكورة ليست حاصرة كما سيأتي، وقد جرم نظام المنافسة المصري والإماراتي واليمني والسوداني والقطري والكويتي والمغربي التمييز في أسعار البيع أو الشراء أو في شروط التعامل بين بائعين أو مشترين تتشابه مراكزهم التعاقدية[٢].

وقد منع هذا التصرف في القانون الأمريكي المشهور بقانون "باتمان" المعدل لقانون كلايتون، فقد قرر أن التمييز في السعر بين مشترين مختلفين بالنسبة لسلع من نفس الصنف والنوع، يعد غير مشروع إذا أفضى ذلك التمييز إلى الحد من المنافسة بشكل واضح، أو كان مبعثه تكوين احتكار[٣].

الصورة الخامسة: تحديد قيود أو شروط لبيع السلع أو الخدمات بغرض زيادة الأسعار

ورد ضمن الجرائم الاحتكارية في نظام المنافسة السعودي جريمتان هما [٤]:

الأولى: فرض قيود على توريد السلع أو الخدمات بهدف إيجاد نقصٍ مصطنعٍ في توافر المنتَج لزيادة الأسعار. وهي بنصها في القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة. ومنع القانون

(١) الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٢٨.

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٨-هـ، وقانون المنافسة الأردني م٦-ج، القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٦-١-ج، وقانون المنافسة اليمني م٨-ب-٢، قانون المنافسة السوداني م-٦ – ز، قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م ٦-ج، القانون القطري للمنافسة: ٤-٧. قانون المنافسة الكويتي ٤-١٢.

(٣) المادة ٢ من تعديل باتمان لقانون كلايتون.

(٤) نظام المنافسة السعودي م٥.

الأردني تحديد أو فرض أسعار أو شروط إعادة بيع السلع أو الخدمات، وقريب منه نص القانون السوري والقانون اليمني للمنافسة وقانون المنافسة السوداني[١].

الثانية: فرض اشتراطات خاصة على عمليات البيع أو الشراء، أو على التعامل مع منشأة أخرى على نحو يضعها في مركز تنافسي ضعيف بالنسبة إلى المنشآت المتنافسة. ومنع القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة تعليق إبرام عقد أو اتفاق بيع أو شراء لسلع أو خدمات على شرط قبول التزامات للتعامل بشأن سلع أو خدمات أخرى تكون بطبيعتها أو بموجب الاستخدام التجاري غير مرتبطة بمحل التعامل الأصلي أو الاتفاق. وقريب منه قانون المنافسة الكويتي والسوداني.

وأما قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري فقد منع تعليق إبرام عقد أو اتفاق بيع أو شراء لمنتج على شرط قبول التزامات أو منتجات تكون بطبيعتها أو بموجب الاستخدام التجاري للمنتج غير مرتبطة به أو بمحل التعامل الأصلي أو الاتفاق [٢].

والشروط التعسفية، هي تلك الشروط التي لا تتفق مع الأعراف والعادات والأصول التجارية ، وهي تلك الشروط التي ليس في مقدرة المحتكر إيرادها عند وجود منافسة فعالة في السوق من قبل تجار آخرين [٣].ويرى الدكتور الملحم أن جميع أنظمة المنافسة تمنع الممارسات الاستبعادية ويدخل فيها كل ما من شأنه تقييد المنافسة والإضرار بالمستهلك نظرا إلى عدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية بين المحتكر والمستهلك، وللحيلولة دون إساءة استغلال المركز المحتكر[٤]، وهو رأي صحيح بالنظر إلى مقصود المنظم.

ويرى الباحث أن تحديد الشروط بأنها من قبيل الشروط التعسفية أو من الشروط السائغة محل اجتهاد من الجهة القضائية، ويجب أن يكون التقدير بالنظر إلى مقصود المنظم.

---

(١) القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٦-١وقانون المنافسة الأردني م٦، وقانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م ٦، وقانون المنافسة اليمني م٨-ب، وقانون المنافسة السوداني م-٦.

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٨، وقانون المنافسة الأردني م٦، القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٦-١، وقانون المنافسة اليمني م٨-ب، قانون المنافسة السوداني م-٦، قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م ٦، القانون القطري للمنافسة: ٤. قانون المنافسة الكويتي ٤.

(٣) الاحتكار والأفعال الاحتكارية - د.أحمد الملحم. ص ١٩٩.

(٤) المرجع السابق ص ٢٠٠.

الصورة السادسة: التصرف أو السلوك المؤدي إلى عرقلة دخول مؤسسات أخرى إلى السوق أو إقصائها منه أو تعريضها لخسائر جسيمة

مع أن نظام المنافسة السعودي أغفل النص على منع التصرف أو السلوك المؤدي إلى عرقلة دخول مؤسسات أخرى إلى السوق أو إقصائها منه أو تعريضها لخسائر جسيمة، إلا أنه داخل في عموم المنع، ولأجل ذلك فقد حظرت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي على المنشأة ذات الوضع المهيمن إساءة استغلال الهيمنة للإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، ومن ذلك القيام بسلوك يؤدي إلى عرقلة دخول منشأة أخرى إلى السوق أو إقصائها منه أو تعريضها لخسائر بما في ذلك اضطرارها للبيع بالخسارة(١).

والتصريح بمنع هذا التصرف منصوص عليه في الكثير من أنظمة المنافسة مثل قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري والأردني والكويتي، فقد منعت أن يحصل من أي منشأة في وضع مهيمن أي تصرف أو سلوك مؤدٍّ إلى عرقلة دخول مؤسسات أخرى إلى السوق أو إقصائها منه أو تعريضها لخسائر جسيمة (٢).

الصورة السابعة: الامتناع عن التعامل مع مؤسسة منافسة أو إرغام عميل على مقاطعة مؤسسة منافسة

منعت الكثير من الأنظمة امتناع منشأة ما عن التعامل مع منشأة منافسة لها أو إرغام عميل لها على مقاطعة مؤسسة منافسة، إلا أن المنظم السعودي لم ينص عليها صراحة في نظام المنافسة السعودي، ولكنه داخل في عموم المنع، ولذا فقد نص اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي على أنه يحظر على المنشأة ذات الوضع المهيمن إساءة استغلال الهيمنة للإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، ومن ذلك إرغام عميل لها أو الاتفاق معه على الامتناع عن التعامل مع منشأة منافسة لها (٣).

والنص على حظر قيام أي منشأة في مركز مهيمن بالامتناع عن التعامل مع منشأة منافسة لها أو إرغام عميل لها على مقاطعة مؤسسة منافسة مقرر في العديد من أنظمة المنافسة

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٧-٢، وتنظر المادة ٤-٥.

(٢) قانون المنافسة الأردني م٦، قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م٦. قانون المنافسة الكويتي ٤-١٢.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي- م ٧-٧.

مثل قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري والأردني والمصري والإماراتي. ويمنع القانون القطري للمنافسة أي منشأة في مركز مهيمن أن تلزم أي مورد بعدم التعامل مع منافس. كما يمنع القانون القطري للمنافسة أي منشأة في مركز مهيمن أن تلزم المتعاملين معها ألا يتيحوا لشخص منافس لها، استخدام ما يحتاجه من مرافقهم أو خدماتهم، رغم أن إتاحة هذا الاستخدام ممكن اقتصادياً[١].

وقد تكون إساءة استغلال المركز الاحتكاري بسبب امتياز تتمتع به الشركة من السلطات الحكومية، وفي هذه الحال؛ يستحسن فتح المجال للشركات المنافسة وتقليل الامتيازات ما أمكن، فعلى سبيل المثال تلقت الأمانة العامة للمجلس تظلماً من شركة حذار للتصنيع ضد شركة الغاز والتصنيع الأهلية لقيامها بوقف تعبئة اسطوانات الغاز البلاستيكية المسوقة من قبل شركة اسمها:" شركة حذار" لانتهاء عقد التجربة وإجراء عملية مراجعة فنية للأسطوانات ومدى ملاءمتها للظروف البيئية في المملكة. وبعد دراسة التظلم قرر المجلس الرفع إلى المقام السامي للنظر في وقف العمل بالامتياز الممنوح لشركة الغاز والتصنيع الأهلية عند انتهاء فترة الامتياز وفتح المجال أمام المستثمرين لدخول هذا السوق تعزيزاً لمبدأ المنافسة الذي يصب في مصلحة المستهلك. وقد تم إنفاذ قرار المجلس والرفع للمقام السامي للنظر في وقف العمل بالامتياز لشركة الغاز والتصنيع الأهلية[٢].

وأما القضاء الأمريكي، فقد رضخت المحكمة العليا لقاعدة حرية التعاملات التجارية، في القضية المرفوعة ضد شركة كولجيت طالما أن الإلزام برفض التعامل مبعثه الرغبة في إنشاء احتكار أو المحافظة عليه[٣].

ويرى الباحث أن الامتناع عن التعامل المنافين الآخرين أو السعي لإسقاطهم بإرغام العملاء على مقاطعة المنافسين من أرذل الأخلاق التجارية، ولا يحسن بالتاجر المحترم لقيمه

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٨، وقانون المنافسة الأردني م٦، القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٦-١، قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م ٦، القانون القطري للمنافسة: ٤. قانون المنافسة الكويتي ٤.

(٢)ينظر الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.coc.gov.sa

(٣) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٢٣ هامش ٣.

ومبادئه أن يتصرف بهذه الطريقة، ويحسن على المنظم قطع دابر هذه التصرفات بالعقوبات الملائمة عند وجود موجبها.

الصورة الثامنة: تقليل عرض المنتج في السوق بغرض بيعه بسعر أعلى

من البدهي أن المحتكر لا يستطيع التحكم في الأسعار والكميات المعروضة في الوقت نفسه، ولذا فإذا خفض الإنتاج أو خفض الكميات المعروضة للبيع، فإنه بهذا قد أساء استغلال مركزه الاحتكاري، لأن سعر المنتج لا يمثل القيمة الحقيقية له [١]. وهذا التصرف يقع من المنشآت المهيمنة، التي وصلت لمركز احتكاري قوي يجعلها تستطيع التحكم في الأسعار، مما يضر المستهلكين بطريق مباشر.

وهذه الصورة لم يرد لها ذكر في نظام المنافسة السعودي ولائحته التنفيذية، ويمكن أن تدخل في عموم المنع إذا كان القصد منها تقييد المنافسة أو الإضرار بها.

المسألة الثانية: حصر الأفعال الاحتكارية بما ورد في الأنظمة

بالنظر في أنظمة المنافسة؛ يمكن القول أن إيرادها للجرائم الاحتكارية إنما هو على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، فقد حظر نظام المنافسة السعودي على المنشأة التي تتمتع بوضع مهيمن أي ممارسة تحد من المنافسة، وفقاً لما تحدده اللائحة، من ذلك[٢]، والدلالة اللغوية في هذا السياق لحرف الجر "من"، تدل على التبعيض.

كما يفهم من المادة السادسة من القانون الأردني للمنافسة أن هذه الأفعال الاحتكارية إنما هي على سبيل التمثيل، فقد حظر القانون الأردني للمنافسة على أي مؤسسة لها وضع مهيمن في السوق أو في جزء هام منه إساءة استغلال هذا الوضع للإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها بما في ذلك ما يلي... [٣].

(١) الاحتكار والأفعال الاحتكارية. د.أحمد الملحم. ص ١٩٧.

(٢) نظام المنافسة السعودي م٥.

(٣) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م

وهـذا واضـح أيضـا في الكثـير مـن القـوانين مثـل القـانون الإمـاراتي الاتحـادي للمنافسـة والقـانون القطري للمنافسـة وقـانون المنافسـة ومنـع الاحتكـار السـوري وقـانون المنافسـة الكـويتي وقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري [1].

ولـذا فإنـه يتجلـى للباحـث عـدم حصـر هـذه المخالفـات، ومـا ذكـر في نظـام المنافسـة السعودي ولائحته إنما هو على سبيل المثال، ويكون المعتبر في ذلك العرف التجاري، وهو ما سيتم إيضاحه في المسألة الثالثة.

المسألة الثالثة: تمييز الأفعال الاحتكارية غير المنصوصة بالأعراف التجارية

حيـث تقـرر أن الأفعـال الاحتكاريـة تتطـور وتتغـير مـن حـين لآخـر، ولـذا فـإن الرجـوع للأعراف التجارية في تعيين الأفعال الاحتكارية والممارسات الاستبعادية في كونها تضر بالمنافسة من المسائل المهمة، ولأهمية ذلك سيتم التطرق لهذا الموضوع من خلال المحاور الآتية:

أولاً: مفهوم الأعراف التجارية

ثانياً: موقف القوانين الوضعية من الاستناد للأعراف التجارية

ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي من تطبيق تحديد ما يخل بالمنافسة بالأعراف التجارية

رابعاً: المقارنة بين الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية في اعتبار الأعراف التجارية.

وفيما يأتي بيان لهذه المحاور.

أولاً: مفهوم الأعراف التجارية

الأعراف جمع للعرف، ومفهوم العرف في اللغة: كلّ ما تعرفه النّفس من الخير وتطمئنّ إليه، وهو ضدّ النّكر [2].

وهـو في اصـطلاح الفقهـاء: مـا اسـتقرّت النّفـوس عليـه بشـهادة العقـول، وتلقّتـه الطّبـائع بالقبول[1]. وعرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه:" ما اعتاده الناس من قول أو فعل أو ترك أو

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٨، القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٦-١، قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م ٦، القانون القطري للمنافسة: ٤. قانون المنافسة الكويتي ٤.

(٢) لسان العرب –رسم: عرف.

تصرف، وساروا عليه في جميع البلدان، أو في بعضها، سواء أكان ذلك في جميع العصور، أم في عصر معين مما كان قائما عند التصرف ولم يخالف الشرع، ولم يصرح المتعاقدان بخلافه"[٢].

وأما في اصطلاح القانونيين فالعرف مصدر ينشئ القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على متابعة سلوك معين، واستقرار ذلك في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما[٣].

ومن هذا التعريف يتبين أن للعرف عند القانونيين ركنين:

الأول: الركن المادي، وهو اعتياد الناس على سلوك معين، لا يخالف الآداب العامة ولا المبادئ الأساسية للدولة.

الثاني: الركن المعنوي، وهو الشعور بإلزامية تلك العادة من قبل المجتمع.

ثانياً: موقف القوانين الوضعية من الاستناد للأعراف التجارية

وفي القانون اللاتيني يعدّ العرف مصدرا ثانياً من مصادر القانون، ويأتي بعد النصوص الآمرة، وقد ذكروا للعرف محاسن وعيوب، فمن محاسنه:

١- أن العرف لا يتكون إلا بعد مضي فترة من الزمن، ويعمل به غالب الناس، مما يدل على رضى الجماعة به.

٢- أن النصوص القانونية ناقصة، لا تفي بمتطلبات الناس، فيكمل نقصانها بما جرى به العرف.

وأما أبرز عيوب العرف فهي:

١- أن العرف بطيء التكوين، والفترة التي لا تفي النصوص القانونية بحلها، ولم يتكون عرف غالب مطرد، تعاني من فراغ حتى تتم شروط تكون العرف.

٢- أن إثبات العرف شاق، وقد تختلف فيه الأنظار.

٣- أن العرف يختلف من إقليم إلى إقليم وهذا مما يربك القضاء.

---

(١) التعريفات للجرجاني –رسم: عرف.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة ذو الرقم ٩ والتاريخ ١-٥/٦/١٤٠٩هـ.

(٣) العرف وأثره في الشريعة والقانون للدكتور أحمد بن علي سير مباركي ص ٣٧ وأحال إلى كتاب الموجز في المدخل لدراسة القانون للدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٧٨.

ومع ذلك فللعرف أهمية بالغة في القوانين اللاتينية، ويأتي في مرتبة تالية للنصوص الآمرة، وكثيرا ما يرجع إليه القضاء في حال عدم وجود نصوص في القضية المنظورة[١]. وتعد الأعراف التجارية من أهم المصادر التي تسد الفراغ التنظيمي الحاصل في القانون التجاري، ويشترط فيها ألا تخالف قاعدة قانونية آمرة[٢].

ولا بد في العرف من مراعاة أمرين:

الأول: عدم تعارض العرف مع النظام العام، فقد أكد القانون التجاري المصري أن العرف التجاري يأتي بعد العقد والقانون التجاري، وأنه لا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين أو قواعد العرف التجاري أو العادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام[٣].

الثاني: أن يكون العرف معلوما لدى العميل قبل إنشاء التصرف القانوني[٤].

ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي من تطبيق تحديد ما يخل بالمنافسة بالأعراف التجارية

بين الفقهاء أن العرف العمليّ هو ما جرى عليه النّاس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرّفاتهم. وقرروا تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العامّ وتقييد المطلق وغيرها[٥]. وعليه يخرّج حديث عروة بن الجعد البارقيّ – ﷺ – حيث أعطاه النّبيّ – صلى الله عليه وسلم – ديناراً يشتري به شاةً، فاشترى شاتين بدينار، فباع إحداهما بدينار وجاءه بالدّينار والشّاة الأخرى، فقال – ﷺ –:" اللهم بارك له في صفقة يمينه"[٦]، فباع وأقبض وقبض بغير إذن لفظيّ اعتماداً منه على الإذن العرفيّ، الّذي هو أقوى من اللّفظيّ في أكثر المواضع. فالعرف العمليّ أو العادة في الفعل هي المحكّمة فيما يجري بين النّاس في معاملاتهم، ما يجب منها وما لا يجب، تبعاً للعرف الجاري بينهم، وما يدخل في العقود تبعاً وما لا يدخل.

---

(١) المدخل للعلوم القانونية ص ١٢٠.

(٢) النظام البنكي في المملكة العربية السعودية للدكتور عبد المجديد محمد عبوده ص ١٦.

(٣) المادة الثانية من القانون التجاري المصري الصادر سنة ١٩٩٩م.

(٤) النظام البنكي في المملكة العربية السعودية للدكتور عبد المجديد محمد عبوده ص ١٧.

(٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١٠٧/٢.

(٦) رواه أبو داود (٣٣٨٤)، والترمذي (١٢٥٨)، وابن ماجه (٢٤٠٢)، وأحمد (٤/ ٣٧٥). وأصله في صحيح البخاري برقم (٣٦٤٢).

وقد ذهب فقهاء الإسلام إلى اعتبار العرف ومراعاته وبنوا عليه الكثير من الأحكام ولم ينكر ذلك أحد منهم، وقرروا أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا[١]، استدلالاً بما ورد في الكتاب والسّنّة والإجماع على اعتبار العرف، فقد ورد في الشرع الحنيف أحكام أنيطت بالعرف، فمن ذلك:

١- قوله تعالى: " لِينفِقْ ذو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قدِرَ عَلَيْهِ رِزْقه فَلْينفِقْ مِمَّا آتَاه اللَّه لا يكَلِّف اللَّه نَفْساً إِلا مَا آتَاهَا سَيَجْعَل اللَّه بَعْدَ عسْرٍ يسْراً " (الطلاق:٧). وقد استدل بهذه الآية الإمام أبو بكر بن العربي – رحمه الله – للقول بأن الإنفاق ليس له تقدير شرعيّ، وإنّما أحاله الله تعالى على العادة، وهي دليل أصوليّ، بنى الله تعالى عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام[٢]. وعلق الإمام ابن قدامة [٣] – رحمه الله – على الآية بأن الصّحيح ردّ الحقوق المطلقة في الشّرع إلى العرف فيما بين النّاس في نفقاتهم، في حقّ الموسر والمعسر والمتوسّط، كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك[٤].

٢- أن الله سبحانه وتعالى أمر الرجل بمعاشرة زوجه بالمعروف، فقال سبحانه "وعَاشِرُوهُنَّ بِالمَعْرُوفِ" (النساء:١٩)، وهذا يختلف بحسب أعراف الناس ومدى ملاءة الزوج والزوجة.

٣- أن الله أوجب على المولود له النفقة والكسوة للمرضعة تبعا للعرف، فقال سبحانه:" والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف.." (البقرة: ٢٣٣).

٤- أن الله تعالى أمر بالمتعة للمطلقة قبل المسيس، وفرض المهر وجعل مناطة تحديدها إلى العرف[٥]، فقال تعالى:" لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢، ولابن نجيم ص ٩٩، والمجلة م ٤٣، والمدخل الفقهي العام للزرقاء فقرة ٦١١، والوجيز في إيضاح القواعد الفقهية للبورنو ص ٣٠٦.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي المالكي ١٨٤٠/٤- طبعة الحلبي.

(٣) هو عبد الله بن أحمد بن مُحَمَّد بن قدامة الحنبلي، من أهل جمّاعيل من قرى نابلس بفلسطين، واستقر بدمشق ، بعد أن رحل في طلب العلم إلى بغداد أربع سنين، توفي سنة ٦٢٠هـ، من تصانيفه " المغني في الفقه شرح مختصر الخرقي " عشر مجلدات و " الكافي " ، و " المقنع " و " العمدة " وله في الأصول " روضة الناظر". ينظر: الأعلام للزركلي ٤ / ١٩١.

(٤) المغني ٥٦٧/٧ –طبعة مكتبة الرياض الحديثة.

(٥) العرف وأثره في الشريعة والقانون للدكتور أحمد بن علي سير مباركي ص ١٣٣.

فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ " (البقرة: ٢٣٦).

٥- أن الله تعالى أذن للولي الفقير لليتيم أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف، فقال سبحانه:" وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ " (النساء: ٦).

٦- أن الله أوجب على الرجل النفقة على زوجه وولده بالمعروف، وذلك في حديث عائشة - ﵂ -قالت: يا رسول الله، إنّ أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني وولدي إلاّ ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "[١]. والكفاية تختلف حسب عرف كل زمان ومكان، وحسب ملاءة الرجل وزوجه. ففيه دليل على" اعتماد العرف في الأمور الّتي لا تحديد فيها من قبل الشّارع"[٢].

٧- أن النبي - ﷺ - قال لحمنة بنت جحش ﵂ " تحيضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله،...، كما تحيض النساء وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن"[٣]، فأناط الحكم بالعرف الغالب في النساء.

٨- أن أبا طيبة حجم النبي - ﷺ - فأمر له النبي - ﷺ - بصاع من تمر.."[٤]. وقد أعطاه استنادا على العرف في أجرة الحجام، مما يدل على أن العرف معتدٌّ به في وقوع الحكم[٥].

وأما ضابط العرف المعتدّ به شرعا فهو كل فعل رتب عليه الحكم، ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة، كإحياء الموات، والحرز في السرقة، والأكل من بيت الصديق، وما يعد قبضا وإيداعا وإعطاء وهدية وغصبا، والمعروف في المعاشرة وانتفاع المستأجر بما جرت به العادة[٦].

---

(١) رواه البخاري (فتح الباري ٥٠٧/٩) ومسلم ١٣٣٨/٣.

(٢)فتح الباري ٥٠٧/٩.

(٣) رواه أبو داود برقم ٢٨٧ والحاكم برقم ٦١٧.

(٤) رواه البخاري برقم٢٢١٠ ومسلم برقم ١٥٧٧ عن أنس بن مالك ﵁.

(٥) العرف للدكتور أحمد بن علي سير مباركي ص ١٢٠.

(٦) شرح مختصر التحرير – طبعة مكتبة العبيكان ٤٥٢/٤.

رابعاً: المقارنة بين الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية في اعتبار الأعراف التجارية

العرف من مصادر القانون الرئيسة، وإن اختلفت قوة الأخذ به ما بين القوانين اللاتينية والأنجلوسكسونية، وبالمقارنة بين موقف الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية من الاستناد للعرف نجد الآتي:

١. يشترط في العرف أن يكون مطردا، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء المسلمين وأهل القانون الوضعي[١].

٢. يشترط في العرف أن يكون عاما وغالبا، وقد اتفق على اعتباره شرطا فقهاء الإسلام وأهل القانون[٢].

٣. يشترط في العرف في الشريعة ألا يخالف نصوص الشرع، وقد ذهبت جميع القوانين التي تنهج النهج اللاتيني إلى اعتبار العرف مصدرا ثانيا بعد نصوص التقنين الآمرة، ومن شواهد ذلك أن المادة الثانية من القانون المدني المصري منعت إلغاء نص تشريعي[٣] إلا بتشريع لاحق[٤].كما أن الشراح اشترطوا في العرف ألا يخالف الآداب العامة والقواعد الأساسية للدولة[٥].

٤. يظهر للباحث أن عدم التصريح بخلاف العرف، من الشروط المتفق عليها بين الشريعة والقانون، وقد نص عليه الفقهاء المسلمون دون شراح القانون، إلا أنه عند الواقع العملي نجد أن نصوص العقد مقدمة على العرف.

٥. يشترط في العرف أن يكون قائما أثناء التصرف، وقد نص على هذا الشرط فقهاء الإسلام، ويظهر للباحث أنه شرط عند أهل القانون وإن لم ينصوا عليه، إلا أنهم اكتفوا بوروده في التعريف.

---

(١)العرف وأثره في الشريعة والقانون للدكتور أحمد بن علي سير مباركي ص ١٠٥ وأحال إلى كتاب المدخل لدراسة العلوم القانونية لسليمان مرقس ص ٢٨٤، ٣٠٠.

(٢) المرجع السابق ص ١٠٥.

(٣) المشرع حقيقة هو الحكيم الخبير – سبحانه – وإطلاقه على غيره من باب التجوز، لأنه ناقل عن الله – تعالى – وليس من نفسه، ولو كان من نفسه، لم يقبل. توصيف الأقضية للشيخ عبدالله أل خنين ٢٩٦/١، وقد ورد في قرار مجلس الوزراء السعودي ذي الرقم ٣٢٨ والتاريخ ١٣٩٦/٣/١هـ المنع من استعمال كلمة (مشرع) في الأنظمة والأعمال التنظيمية.

(٤) أصول القانون لحسن كيره ص ٣٥٦.

(٥)العرف وأثره في الشريعة والقانون للدكتور أحمد بن علي سير مباركي ص ١٠٦.

وقد ذكر الشراح شرطين إضافيين هما[1]:

١- أن يكون العرف قديما بمعنى أن يمضي زمن يكفي للدلالة على أن هذا العرف متأصل في النفوس، وهذا الشرط يكفي عنه الشرط الثاني.

٢- أن يكون هناك اعتقاد سائد بضرورة احترام العرف.

ويرى الباحث أن فقهاء الإسلام لم يذكروا هذين الشرطين لعدم الحاجة لهما، فإن الشرع قد جاء بضرورة احترام العرف، ولا مكان لأهواء الناس واعتقاداتهم ما دام أن الشرع قد أمرهم باتباع العرف.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من تطبيق ركن الخطأ على الاندماج المخل بالمنافسة

يعد الاندماج المخالف للنظام من قبيل التعدي، وهو موجب للضمان، ويصطلح عليه في الفقه الإسلامي بضمان العدوان. ولذا فسيتم إيراد أحكام التعدي وتطبيق ذلك على الاندماجات المخلة بالنظام، والجرائم المترتبة على ذلك، بدءاً ببيان مفهوم التعدي في المسألة الأولى، وفي المسألة الثانية ستتم المقارنة بين إطلاق الفقهاء للتعدي عوضا عن إطلاق القانونيين للفظ الخطأ.

المسألة الأولى: مفهوم التعدي

يقصد بالتعدي في اللغة مجاوزة الشيء إلى غيره، ومنه قوله تعالى:" وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدْخِلْهُ نَارًا خَٰلِدا فِيهَا وَلَهُۥ عَذَاب مُّهِين " (النساء: ١٤) [2].

وأما في الاصطلاح الفقهي، فيطلق على الآتي:

١- فعل ما لا يجوز.

٢- مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه.

٣- الإهمال وقلة الاحتراز [1].

---

(١)المرجع السابق ص ١٠٦.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس، والقاموس المحيط رسم: ع د و.

ويرى الباحث أن الإطلاق الأول يشمل ما بعده، لأن مجاوزة ما أذن فيه لا يجوز، والإهمال وقلة الاحتراز لا يجوز، فعادت جميع المعاني إلى أن التعدي فعل ما لا يجوز.

ويعرف ضمان العدوان بأنه شغل الذمة بحق مالي للغير جبرا للضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة القواعد الشرعية القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وسائر حقوقه مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقد. ولضمان العدوان قسمان:

الأول: ضمان المباشر، والمباشرة إيجاد علة التلف.

الثاني: ضمان المتسبب، والتسبب هو ما يفضي للتلف بواسطة، ويشترط لضمان المتسبب ثلاثة شروط:

١- ثبوت التعدي، وهو المقابل لركن الخطأ.

٢- تحقق الضرر.

٣- الإفضاء، بأن يكون التعدي هو الذي أفضى لحصول الضرر [٢].

المسألة الثانية: المقارنة بين إطلاق الفقهاء للتعدي عوضا عن إطلاق القانونيين للفظ الخطأ

تقدم أن من أركان ثبوت الضمان للمتسبب عند الفقهاء ثبوت التعدي في الفعل الذي أدى للتلف، فلا يشترط التعمد (قصد الجناية) [٣]، والتعبير بالتعدي أولى من التعبير بالخطأ لما يأتي:

١- أن التعبير بالتعدي يوحي بأن الالتزام بالضمان رابطة مادية مالية، أما التعبير بالخطأ فيوحي بأنه رابطة شخصية.

٢- أن التعدي ينظر فيه إلى الضرر الذي وقع للآخرين، بينما الخطأ ينظر فيه إلى مرتكبه الذي أحدث الضرر.

---

(١) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي – مُحَمَّد فوزي فيض الله ص ٩٢، نظرية الضمان – وهبة الزحيلي ص ١٨، الضرر في الفقه الإسلامي – أحمد موافي ٨٠٤/٢.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢٢/٢٨.

(٣) نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص ١٩٨، والفعل الضار والضمان فيه للشيخ مصطفى الزرقا ص ٨٣.

٣- أن التعبير بالتعدي يشمل العمد والخطأ والتقصير والإهمال ونحو ذلك بينما التعبير بالخطأ الأصل فيه أنه لا يشمل العمد إلا باصطلاح خاص.

٤- أن التعدي لا يشترط فيه الإدراك ولا القصد، بينما الخطأ يشترط فيه ذلك في الأصل[١].

المطلب الثاني

الضرر

الضرر في اللغة ضد النفع، قال تعالى:" قُلۡ أَتَعۡبُدُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ مَا لَا يَمۡلِكُ لَكُمۡ ضَرّٗا وَلَا نَفۡعٗاۚ ". (المائدة: ٧٦).

وأما في الفقه، فعرف الضرر بتعريفات أوضحها أن الضرر مفسدة تلحق بالغير [٢]، يقال: فلان ضر فلاناً أي: ألحق به مكروهاً أو أذى[٣].

وأما في الاصطلاح القانوني فيعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له؛ سواء أكان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أم بعاطفته أم بماله أم بحريته أم بشرفه واعتباره أم بغير ذلك. ولا تقوم المسؤولية التقصيرية الموجبة للتعويض إلا بثبوت ضرر أصاب طالبه، ولأن مدعى المسؤولية لا تكون له مصلحة في الدعوى إلا إذا كان قد أصابه ضرر يطالب بتعويضه[٤].

ويفترض القضاء وقوع الضرر مادامت المنافسة غير مشروعة من غير حاجة لإثباته[٥].

وفي هذا المطلب سيتم التطرق للآتي:

الفرع الأول: تطبيق ركن الضرر على الاندماج المخل بالمنافسة

---

(١) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي للدكتور مُحَمَّد فوزي فيض الله ص ٩٣.

(٢) حاشية السيوطي على سنن ابن ماجة ١٦٩/١، ط. دار قديمي كتب خانة كراتشي، عن الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢٣/٢٨.

(٣)القاموس الفقهي، ص ٢٢٢، ط. دار الفكر.

(٤) الوسيط للسنهوري: ١ / ٣١٠.

(٥) الملكية الصناعية والمحل التجاري- مُحَمَّد حسني عباس منشور بموسوعة القضاء والفقه للدول العربية ج ٧٤ حسن الفكهاني ١٩٨٠ القسم الثاني ص. ٥٢٨.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من تطبيق ركن الضرر على الاندماج المخل بالمنافسة

الفرع الأول: تطبيق ركن الضرر على الاندماج المخل بالمنافسة

من البدهي أن بعض الاندماجات قد ينتج عنها ضرر، وبعضها لا ينتج عنها أي ضرر، ولذا فمن المهم بيان طريقة النظر في الأضرار المترتبة على الاندماجات المخالفة لتنظيمات المنافسة، وفي هذا الفرع سيتم بحث المسائل الآتية:

المسألة الأولى: أقسام الضرر في القانون

المسألة الثانية: الأساس القانوني لاشتراط الضرر في دعاوى المنافسة

المسألة الثالثة: صور الضرر في الدعاوى ضد الاندماجات غير النظامية

المسألة الأولى: أقسام الضرر في القانون

ينقسم الضرر في القانون إلى ضرر مادي ومعنوي، وبيانها فيما يأتي.

القسم الأول: الضرر المادي

يمكن تعريف الضرر المادي بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية أو البدنية أو في مصلحة مشروعة له متعلقة بهما [(١)].

ويصعب تقدير الضرر بكل دقة في دعوى المنافسة المخلة، نتيجة وجود عناصر مساعدة على ذلك، لهذا فإن القضاء يحكم بالتعويض بتقدير جزافي مما يخرجنا من دائرة المسؤولية المدنية إلى نطاق العقوبة المدنية التي لا يرتبط فيها الجزاء بقيام الضرر ولا بمقداره.

ومن أكثر صور الضرر وقوعاً في حال الاندماجات المخلة أن يتم اجتذاب عملاء منشأة ما إلى الشركة المندمجة التي حصل لها وضع مهيمن بطريقة مخالفة للنظام، فيحق للمنشأة المضرورة رفع دعوى مدنية لجبر الضرر وإيقاف الاندماج أو تصحيحه ليكون قانونياً [(٢)].

ويشترط في الضرر شرطان هما:

---

(١) الوسيط للسنهوري: ١ / ٣١٠.

(٢) نقض مدني مصري في الطعن رقم ٢٢٧٤ لسنة ٥٥ (مكتب فني ٣٧) بجلسة ١٩٨٦/١٢/١٢م، عن كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٧٧.

١- أن يكون الضرر محققاً،

٢- وأن يترتب على الضرر إخلال بحق مالي أو مصلحة مالية للمضرور.

وبيان هذه الشروط فيما يأتي.

الشرط الأول: أن يكون الضرر المادي محققا

يقصد باشتراط تحقق الضرر المادي؛ التحقق النسبي وليس اليقين المطلق، لأن الضرر يكون محققا إذا كان احتمال تحقيقه غالباً إلى درجة كبيرة تجعله جديراً بأن يؤخذ في الاعتبار [١]. ويشمل الضرر المحقق:

١- الضرر الواقع بالفعل، كما لو تلف مال بسبب الخطأ، وهذا الضرر لا صعوبة في إثباته، لأنه من الضرر الحال.

٢- الضرر المستقبل، وهو الضرر المحقق الوقوع الذي تحققت أسبابه وتراخت آثاره كلها أو بعضها. ويمكن توضيح ذلك بمثال من تصدع جداره من جراء حفر جاره، فسقوط الجدار محقق في المستقبل، فيحق له طلب التعويض. ويطلق على هذا النوع الضرر المفترض أو الكامن[٢]. فإن كان الضرر المستقبل غير محقق الوقوع فلا يحكم بالتعويض، لأن مجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل لا يكفي للحكم بالتعويض[٣].

٣- الضرر الاحتمالي المحقق الوقوع، وهو تفويت الفرصة [٤]، فإذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق ولا يمنع القانون أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام أن لهذا الأمل أسباب معقولة [٥]. أما إن لم يكن الضرر

---

(١) المنافسة الطفيلية – للدكتور عبدالرحمن قرمان ص ٢١٨.

(٢) المرجع السابق ص ٢١٨.

(٣)نقض مدني مصري ١٩٧٦/٣/١٥ س ٢٧ الجزء الأول ص ٦٤٦.

(٤) الوسيط للسنهوري ٨٥٨/١ وما بعدها.

(٥) طعن مصري ١٢٨١ /٥٥ جلسه ١٩٩١/٥/٢٣، وحكم لديوان المظالم منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لديوان المظالم لسنة ١٤٢٩هـ ١٨٩٥/٤.

الاحتمالي محققاً، بأن كان محتمل الوقوع، فهو ضرر لم يتحقق سببه، أو تحقق سببه ولم يقع شيء منه، ولم يتأكد وقوعه عادة، فلا يمكن التعويض عنه[١].

وقد ذهب كثير من شراح أنظمة المنافسة إلى أن الضرر التنافسي له طبيعته الخاصة، مما يجعل المحاكم تقبل التعويض عن مجرد الضرر المحتمل؛ لكون الضرر في هذه الحالات يعتبر ضررا مفترضاً يتمثل في ضياع فرصة التطوير التجاري من المدعي[٢].

ومن صور الضرر الاحتمالي الآتي:

١- خسارة المنشأة المضرورة للعملاء الفعليين الذين يتعاملون مع المنشأة المضرورة بالفعل.

٢- خسارة المنشأة المدعية للعملاء المحتملين الذين كان يفترض تعاملهم مع المنشأة لو لم تخسر نصيبها من السوق نتيجة خطأ الشركة المندمجة [٣].

والذي يراه الباحث أن التعويض عن الضرر الاحتمالي محل نظر، وفرض التعويض دون سند من أكل أموال الناس بالباطل، ولا يرى الباحث وجها مقنعا للقول به.

الشرط الثاني: أن يترتب على الضرر إخلال بحق مالي، أو بمصلحة مالية للمضرور

من شروط الضرر الموجب للمسؤولية المدنية أن يترتب عليه إخلال بحق مالي، أو بمصلحة مالية للمضرور، ويشمل ذلك الحقوق العينية كإتلاف الممتلكات، والحقوق الشخصية كالتواطؤ مع المدين في عدم الوفاء بالتزامه، والحقوق المعنوية كالاعتداء على حقوق الابتكار والتأليف، وحقوق الإنسان في سلامة نفسه وصحته.

وذهب بعض الشراح إلى أن ذلك يتضمن أيضاً الإخلال بمصلحة مشروعة للمضرور، مثل أن يصيب الضرر شخصا آخر بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا له علاقة به، مثل قتل العائل يضر أولاده من جهة حرمانهم من النفقة [٤]. ويرى الباحث عدم صحة التعويض

(١) مصادر الالتزام – عبدالمنعم فرج الصدة – ص ٤٨٧.

(٢) المنافسة الطفيلية – للدكتور عبدالرحمن قرمان ص ٢١٨.

(٣) قانون المنافسة – لينا حسن ذكي ص ٣٧٣.

(٤) الوسيط للسنهوري ٨٥٤/١ وما بعدها، أصول الالتزامات في القانون المدني للدكتور مختار القاضي ص ١٥٩.

عن هذه الحال، لأن ذلك لا يتناهى، مما يجعل التعويضات ترهق كاهل من وقع عليه الخطأ، والتعويض شرع لجبر الضرر، لا لكسب المال بالزيادة على الضرر الواقع، ولم يرد في الشريعة الإسلامية ما يجيز التعويض عن هذه الحال.

القسم الثاني: الضرر المعنوي

يعرف الضرر المعنوي بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في عاطفته أو شرفه وكرامته[١]. فهو من قبيل الضرر النفسي غير المالي.

والتعويض عن الضرر المعنوي محل خلاف، ويأتي تفصيله في المبحث الثاني.

المسألة الثانية: الأساس القانوني لاشتراط الضرر في دعاوى المنافسة

ذهب معظم الشراح إلى أنه لا يكفي لدعوى المنافسة غير المشروعة توفر ركن الخطأ وحده، وإنما يجب أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب المدعي، ولذلك يجب عليه إثبات الضرر وبدون ركن الضرر لا يمكن أن توجد دعوى المنافسة غير المشروعة، ولا يشترط في الضرر جسامته، وإنما يعتبر هذا الركن متوفرا حتى لو كان الضرر طفيفا[٢].

والصحيح عند الشراح أن الدعوى تقبل ولو لم يحصل ضرر حال، كما في دعوى إيقاف التصرف المخالف للنظام المخل بقانون المنافسة، ولا حاجة حينها لإثبات الضرر [٣]. ويعتبرها القضاء من دعاوى رفع الضرر الاحتمالي، فمن طبيعة هذه الدعوى افتراض وجود الضرر الذي يقبل إثبات العكس [٤].

فإن كانت الدعوى بطلب تعويض فلا بد حينها من إثبات ضرر ثابت واقع بالفعل، ويشمل ذلك الضرر المادي والمعنوي[٥].

---

(١) الوسيط للسنهوري: ١ / ٣١٠.

(٢) القانون التجاري الجزائري – الدكتور أحمد محرز – الجزء الأول ص ٢٠١.

(٣) المنافسة غير المشروعة في مجال الإعلانات التجارية – حماد مصطفى عزب ص ١٦٧.

(٤) المرجع السابق ص ١٦٨.

(٥)المرجع السابق ص ١٧٠.

المسألة الثالثة: صور الضرر في الدعاوى ضد الاندماجات غير النظامية

يتمثل الضرر في حال الاندماج المخل بالمنافسة الموصل لمركز مهيمن في الخسارة الواقعة أو المتوقعة على المضرور، عبر الآتي:

١- عرقلة منافسة التاجر في السوق.

٢- افتعال وفرة مفاجئة في البضائع التي ينتجها المضرور.

٣- حجب البضائع التي يحتاجها المضرور في تجارته.

٤- أي ضرر آخر يثبته المضرور.

ولا يعد رفع الأسعار من الضرر الذي يخول للمدعي طلب إلغاء الاندماج، ويوضح ذلك الواقعة الآتية، فقد تقدمت شركة مصر للطيران بشكوى ضد اندماج كلٍ من شركة الخدمات الأرضية بالخطوط الجوية العربية السعودية والشركة الوطنية للمساندة الأرضية وشركة عطار للخدمات الأرضية تحت مسمى الشركة السعودية للخدمات الأرضية (SGS) حيث بدأت الشركة الجديدة بصياغة عقود جديدة للخدمات التي تقدمها بأسعار أعلى. وبعد دراسة لجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة للشكوى قررت رد دعوى المدعي العام[١].

وقصارى القول أن الضرر يتمثل في مجال المنافسة في فقد التاجر لزبائنه ضحية لأعمال غير مشروعة، أو عدم استطاعته الدخول في السوق، أو إخراجه من السوق، ويكون إثبات الضرر في إطار القواعد العامة بكافة وسائل الإثبات[٢].

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من تطبيق ركن الضرر على الاندماج المخل بالمنافسة

يشترط الفقهاء في محل الضرر المادي أربعة شروط:

١- أن يكون مالاً، فلا ضمان في إتلاف شيء محرم، لأنه لا يعدّ مالاً.

---

(١)ينظر موقع مجلس المنافسة السعودي على الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.coc.gov.sa

(٢)الوسيط للسنهوري ١/ ٩٦٠-٩٨٠.

٢- أن يكون متقوماً، فلا ضمان في إتلاف ما جاز استعماله وحرم بيعه، مثل كلاب الصيد.

٣- أن يكون مملوكاً، فلا ضمان في إتلاف المباحات التي لا يملكها أحد بعينه، مثل الكلأ في الصحراء.

٤- أن يكون محترماً، فلا ضمان في إتلاف مال الحربي[١].

المطلب الثالث

علاقة السببية

السبب في اللغة يطلق على عدة معان، والمعنى المناسب هنا هو أن السبب هو الطريق، قال تعالى:" فأتبع سببا" (الكهف: ٨٥) [٢].

ويستخدم في الفقه الإسلامي مصطلح الإفضاء وهو بمعنى علاقة السببية، والسبب في الاصطلاح الفقهي يذكر في أبواب الضمان، ويراد به ما يقابل الإتلاف بالمباشرة[٣].

وقد عرف الفقهاء الإفضاء بأنه كون الفعل موصلا إلى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع[٤]، أو هو كون التعدي هو الذي أفضى لحصول الضرر [٥]، على ألا يقطع سببية الفعل للضرر قاطع أجنبي عن الفاعل[٦].

وأما السبب في الاصطلاح القانوني فهو ارتباط الضرر بالخطأ [٧].

ويمكن نفي علاقة السببية بكون الخطأ من الغير، أو بكون الخطأ من المضرور نفسه، وفي ذلك يقرر القانون المدني أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له

---

(١) نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص ٨٩.

(٢) القاموس المحيط للفيروزأبادي والمصباح المنير للفيومي – رسم سبب.

(٣) ضمان العدوان في الفقه الإسلامي لسراج ص ١٦١.

(٤) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي للدكتور مُحَمَّد فوزي فيض الله ص ٩٦.

(٥) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢٢/٢٨.

(٦) نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص ٢٧-٢٨.

(٧) دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية للدكتور مُحَمَّد الدوسري ص ٣٣١، نقلا عن معجم مصطلحات الشريعة والقانون للدكتور عبدالواحد كرم ص ٢٠٥.

فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك [١].

كما قد يشترك فعل المضرور نفسه مع فعل من وصل لمركز مهيمن بطريق غير نظامي، أو مرتكب الجرائم الاحتكارية المحظورة في نظام المنافسة؛ في إحداث الضرر، ويقرر القانون المدني في هذه الحال جواز أن ينقص القاضي مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه[٢].

كما قد يشترك في إحداث الضرر عدة مسؤولين، وفي هذه الحال توزع المسؤولية بحسب جسامة كل فعل، فإذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض[٣].

ونخلص مما سبق أنه يشترط لترتب المسؤولية المدنية أن يكون الخطأ هو المتسبب في وقوع الضرر، ولتوضيح هذا الركن سيتم التطرق لركن علاقة السببية في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تطبيق ركن علاقة السببية على الاندماج المخل بالمنافسة

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من تطبيق ركن علاقة السببية على الاندماج المخل بالمنافسة

الفرع الأول: تطبيق ركن علاقة السببية على الوصول للمركز المهيمن عبر الاندماج غير النظامي

يقصد بركن علاقة السببية بين الخطأ والضرر، أن يكون الضرر نتج عن الخطأ لا بسبب خطأ آخر، بأن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، والضرر الذي أصاب المضرور [٤].

(١) القانون المدني المصري م١٦٥.

(٢) القانون المدني المصري م٢١٦.

(٣) القانون المدني الأردني م١٦٩.

(٤) الوسيط للسنهوري ١ / ٨٧٣.

وتنتفي علاقة السببية بكون الخطأ نتج عن:

١- فعل الغير

٢- خطأ المضرور.

وعند ثبوت كون الضرر لم ينتج بسبب خطأ المدعى عليه، فإن المسؤولية تنتفي حينئذ.

فيستطيع المدعى عليه أن يدفع عن نفسه المسؤولية بإثبات أن الضرر الذي لحق المدعي ليس له علاقة بالخطأ الذي صدر منه ، كأن يثبت بأن الضرر حدث نتيجة لسبب أجنبي لا يد له فيه ، أو نتيجة لقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو نتيجة خطأ المضرور نفسه [١]. فلا بد للمضرور من إثبات علاقة السببية بين الخطأ الذي سببه المدعى عليه وبين الضرر الذي وقع على المضرور.

وقد تتعدد أسباب الضرر كما إذا تسبب اندماج شركتين في الحصول على حصة كبيرة من السوق، مما نتج عنه ضعف أحد المنافسين والذي يعاني أصلا من صعوبات مالية وإدارية، فخرج من السوق، وفي حال تعدد الأسباب يوجد نظريتان لإسناد الضرر وتحديد المسؤول عن تعويض المضرور وهما:

النظرية الأولى: نظرية تعادل الأسباب، وموجب هذه النظرية أن ينظر إلى أن كل سبب معادل للسبب الآخر، فلم يستغرق أحدهما الآخر، وعليه؛ يتم توزيع التعويض عليهما.

النظرية الثانية: نظرية السبب المنتج، بأن ينظر إلى السبب المنتج المألوف عادة لإحداث الضرر[٢].

ويرى الباحث أن الأقرب للعدل توزيع المسؤولية بحسب نسبة كل سبب.

ويمكن دفع مسؤولية المدعى عليه الذي وقع منه التركز الاقتصادي أو حصلت منه جريمة احتكارية بأحد طريقين:

الطريق الأول: أن يثبت أن الخطأ وقع من المضرور مع خطأ المدعى عليه، وفي هذه الحال، يمكن افتراض الآتي:

---

(١) أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي – د.طعمة الشمري. ص ٦٦.

(٢) الوسيط للسنهوري ٧٦١/١.

الافتراض الأول: أن يستغرق أحد الخطأين الآخر، كما إذا كانت شركة على وشك الإفلاس، وعند وقوع الجريمة الاحتكارية عجل ذلك من إعلانها الإفلاس، ففي هذه الحال يستغرق أحد الخطأين الآخر، وهو كون الشركة على وشك الإفلاس.

وفي المقابل، لو حصل اندماج غير نظامي، مما سبب متاعب مالية وتسويقية لشركة منافسة، وترتب على ذلك استقالة عدد من الموظفين، وبدأت الشركة في الضعف شيئا فشيئا حتى أعلنت إفلاسها، في هذه الحال نلحظ أن أحد الخطأين هو نتيجة للآخر، فيستغرق خطأ الشركات المندمجة لخطأ سوء إدارة الأزمة الإدارية أو المالية أو التسويقية.

الافتراض الثاني: أن يشترك المدعى عليه مع المدعي في إحداث الضرر، كما إذا كانت شركة لديها تعثر مالي، لم يصل للإفلاس، وضعف إداري أدى لتسرب كفاءات من الموظفين، فحصل من منافسيها في السوق جريمة احتكارية أو أحد التركزات الاقتصادية مما ترتب عليه فقد عملاء الشركة، فأدى إلى خروجها من السوق، ففي هذه الحال يلحظ أن الطرفين كليهما اشتركا في إحداث الضرر، فتوزع المسؤولية عليهما.

الطريق الثاني: أن يثبت المدعى عليه وقوع الخطأ من الغير استقلالاً أو اشتراكاً مع المدعى عليه، فإن كان خطأ الغير وقع منه كاملا، أو استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه فلا تترتب أية مسؤولية على المدعى عليه. وأما إذا اشتركا، فإن القضاء حينئذ يوزع المسؤولية حسب نسبة الخطأ[١].

وقد توجه القضاء المختص بالمنافسة، وشراح أنظمة المنافسة إلى التساهل في ركن الضرر لكون الرأي السائد هو افتراض تحقق الضرر بمجرد ارتكاب المعتدي أفعالا تشكل منافسة غير مشروعة وبذلك فإن أهم ركن في هذه الأخيرة هو ركن الخطأ[٢]. وفي الوقت ذاته؛ يتصف إثبات علاقة السببية في هذه الدعوى بصعوبة كبيرة، وخاصة في الحالات التي يكون فيها الخطأ محتملاً ، ولذلك فإن القضاء يتساهل في إثبات علاقة السببية في مثل هذه الحالات[٣]، ويوضح

(١) الوسيط للسنهوري ٧٥٣/١، مصادر الالتزام – عبدالمنعم فرج الصدة – ص٤٩٧- ٥٠٩.

(٢)حماية الأصل التجاري – عبد العزيز توفيق مقال منشور بمجلة رابطة القضاء العدد ٥-٤٢١ السنة ١٨ من السلسة الجديدة.

(٣)أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي –د.طعمة الشمري ص ٦٧.

ذلك أن القضاء لا يشترط إثبات الضرر الحال المحقق مما يرتب أن إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر غير ضروري[١].

ويقرر القضاء الفرنسي أنه إذا أدانت سلطة المنافسة المنشأة المدعى عليها، فإن عبء الإثبات ينتقل على المنشأة المخالفة، بحيث يلزمها إثبات أن المخالفة ليست هي السبب المباشر للضرر اللاحق بالمنشأة المضرورة [٢].

وتصح الدعوى دون إثبات علاقة السببية إذا كان المدعي يطلب إيقاف التصرف المخل بالمنافسة، لأن الدعوى تصح بلا تحقق وقوع الضرر[٣].

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من تطبيق ركن علاقة السببية على الاندماج المخل بالمنافسة

من المقرر لدى الفقهاء أن من أسباب الضمان الإتلاف، ويستوي فيه المتعمد والجاهل والناسي، وهذا شامل لإتلاف النفوس والأموال والحقوق، فمن أتلف شيئا من ذلك بغير حق، فهو مضمون سواء أكان متعمدا أم جاهلا أم ناسيا، وإنما الفرق بين العامد وغيره من جهة الإثم، وعقوبة الدنيا والآخرة وعدمها، وسواءً أكان الإتلاف بمباشرة أم بتسبب[٤]. وإذا اجتمعت المباشرة والتسبب فإن الضمان على المباشر[٥] إلا في أحوال مستثناة ليس هذا محلها[٦].

ويستخدم الفقهاء بدلاً عن مصطلح " علاقة السببية "، مصطلح "الإفضاء"، وقد اشترط الفقهاء للإفضاء شروطا ليحكم بموجبه:

---

(١) المنافسة غير المشروعة بين النظرية والتطبيق – أمين جموع: مجلة المحامي عدد ٣١ السنة ١٩٩٧/١٧ ص. ٦٣

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار – للدكتورة لينا حسن ذكي – ٢٠٠٦م – ص ٣٧٦.

(٣) المزاحمة غير المشروعة لجوزيف نخلة ص ١٠٩.

(٤) القواعد والأصول الجامعة للشيخ عبدالرحمن السعدي، مع تعليق الشيخ مُحَمَّد العثيمين ص ١١٨.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٩ والأشباه والنظائر لابن نجيم ١٦٣ والفروق للقرافي ٢٧/٤ والقاعدة ١٢٧ من قواعد ابن رجب، وهي في تحفة أهل الطلب من قواعد ابن رجب للسسعدي ص ١٤٧.

(٦) ينظر كتاب: الضرر في الفقه الإسلامي لأحمد موافي ٩٠٦، القوانين الفقهية ص ٣٤٦ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٦٢.

١- ألا يوجد للإتلاف سبب آخر.

٢- ألا يوجد طرف مباشر للإتلاف، لأن المباشرة مقدمة على التسبب، ويمثلون له بما لو كسر الخزنة شخص، وسرق المال شخص آخر، فالضمان على المباشر، وهو السارق[١].

ولا يتصور في حالات دعاوى المسؤولية التقصيرية في قضايا المنافسة إلاَّ أن يكون الإفضاء عبر التسبب لا عن طريق الإتلاف بالمباشرة. والمتسبب هو الذي يحدث أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر بحسب العادة، إلا أن التلف مباشرة لا يقع منه، وإنما بواسطة أخرى هي فعل فاعل مختار. ويضمن المتسبب وحده إذا كان متعدياً، عملاً بقاعدة «المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي» سواء أكان بقصد أم لا، أو بقاعدة «يضاف الفعل إلى المتسبب إن لم يتخلل الفعل واسطة»، وذلك إذا تعذر تضمين المباشر لكونه غير مسؤول أو غير موجود أو غير معروف، أو كان فعل المتسبب أقوى من المباشر[٢].

ويشترط الفقهاء لتضمين المتسبب الآتي:

١- أن يكون الفعل عمداً.

٢- أن يكون الفاعل متعدياً [٣].

وبعد بيان المسؤولية المدنية للاندماجات المخلة، يحسن بحث آثار هذه المسؤولية، بدءاً من رفع الدعوى وانتهاء بصدور الحكم بجزاء المسؤولية المدنية من تعويض وغيره.

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢٣/٢٨، نظرية الضمان للدكتور مُحَمَّد فوزي فيض الله ص ٩٧.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٥٦٤٦/٧.

(٣) مجلة الأحكام العدلية م: ٩٣.

المبحث الثاني
آثار المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة المشروعة فقها ونظاماً

ويتضمن هذا المبحث المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: دعوى المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة

المطلب الثاني: جزاء المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة بالتعويض العادل فقها ونظاما

تمهيد في مفهوم دعوى المنافسة المدنية:

تنقسم الدعاوى في القضاء العام إلى دعاوى جنائية ودعاوى مدنية، فأما الدعاوى الجنائية فهي التي يباشرها الادعاء العام أو النيابة العامة لطلب إيقاع عقوبة على مرتكب جريمة ما، وتنظمها أنظمة (قوانين) الإجراءات الجزائية (الجنائية). وأما الدعاوى المدنية فهي التي تتعلق بأموال الشخص وحالته، وموضوعها المطالبة بتعويض أو رد مسلوب أو إيقاف تصرف غير قانوني.

والدّعوى في اللّغة: اسم من الادّعاء، مصدر ادّعى، وتجمع على دعاوى بكسر الواو وفتحها. ولها في اللّغة معان متعدّدة منها ما يأتي:

١. الزّعم، ولا تطلق الدّعوى على القول المؤيّد بالحجّة والبرهان، بل يكون ذلك حقّاً، وصاحبه محقّاً لا مدّعياً، كما يقال: كان مسيلمة الكذّاب مدّعياً للنّبوّة.

٢. الطّلب والتّمنّي، ومن ذلك قول الله عزّ وجلّ:"لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُم مَّا يَدَّعونَ"(يس:٥٧).

٣. الدّعاء، كما في قول الله سبحانه وتعالى:" دَعْوَاهمْ فِيهَا سبْحَانَكَ اللَّهمَّ وَتَحِيَّتهمْ فِيهَا سَلاَمٌ وَآخِر دَعْوَاهمْ أَنِ الْحَمْد لِلّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ "(يونس:١٠) [(١)].

والدّعوى في الاصطلاح: إضافة الإنسان إلى نفسه شيئا ملكا أو استحقاقا [(٢)]. وفي مجلة الأحكام: الدعوى هي طلب أحد حقه من آخر في حضور الحاكم [(٣)]. أو بعبارة أوضح: قول يطلب به الإنسان إثبات حقّ على الغير في مجلس القاضي أو المحكّم[(٤)].

ويمكن تعريف الدعوى المدنية بأنها هي الدعوى التي يرفعها شخص لمطالبة آخر بحق خاص له من مال ونحوه [(٥)].

---

(١) القاموس المحيط – رسم "د ع و".

(٢) الشرح الكبير ١١٩/٢٩.

(٣) مجلة الأحكام العدلية (١٦١٣).

(٤) معجم لغة الفقهاء /٢٠٩.

(٥) نظرية الدعوى للدكتور محمد نعيم ياسين ص ٢٣٦.

وحين تقيد الدعوى المدنية بالمنافسة، يمكن القول بأن دعوى المنافسة المدنية هي الدعوى التي يرفعها شخص لمطالبة جهة مخالفة لنظام المنافسة بإيقاف تلك المخالفة أو بالتعويض لترتب ضرر على المدعي.

ويشترط لمباشرة دعوى المنافسة المدنية الشروط الآتية:

١- تحقق وجود المنافسة بين المدعي والمدعى عليه.

٢- أن تكون هذه المنافسة غير مشروعة.

٣- وأن يوجد ضرر لحق المدعي[١] أو يمكن أن يقع في المستقبل.

وأما دعوى المسؤولية المدنية المقامة من المستهلكين أو جمعيات حماية المستهلك فيشترط لها شرطان:

١- أن يكون التصرف مخالفاً لنظام المنافسة.

٢- أن يلحق المستهلك ضرر في الحال أو في المآل.

ويمكن أن تستخلص هذه الشروط من أنظمة المنافسة، وعلى وجه التحديد المادة الخاصة بالدعوى المدنية ضد من ارتكب مخالفة لأنظمة المنافسة [٢].

وفي هذا التمهيد سيتم توضيح دعوى المنافسة المدنية عبر الفروع الآتية:

الفرع الأول: ميزات دعوى المنافسة المدنية

الفرع الثاني: أساس الدعوى المدنية في الاندماج المخل بأحكام المنافسة

الفرع الثالث: عناصر دعوى المنافسة المدنية

الفرع الرابع: إقامة الدعوى المدنية في دعوى المنافسة على الشخص الاعتباري

الفرع الأول: ميزات دعوى المنافسة المدنية

يوجد عدة ميزات لدعوى المنافسة المدنية، أهمها أنها دعوى لها صفة الاستعجال، وأنها تابعة للدعاوى الجنائية، وإمكانية سقوطها بالتقادم وبيانها فيما يأتي.

(١) المزاحمة غير المشروعة لجوزيف نخلة سماحة ص ٨٥.

(٢) ينظر على سبيل المثال: قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري المادة ٢٦.

المسألة الأولى: استعجالية دعوى المنافسة المدنية

تتميز دعوى المنافسة المدنية بأن لها صفة الاستعجال، فقد أكدت بعض أنظمة المنافسة على ضرورة الاستعجال في دعاوى المنافسة نظرا لارتباطها بالاقتصاد الوطني، ولكون أطرافها غالباً من التجار، وعنصر الوقت مهم جداً للجميع عموماً ولهذه الفئة من المجتمع بشكل أخص. وأكثر القوانين لم تنص على هذا المعنى، ومنها نظام المنافسة السعودي إلا أن اللائحة التنفيذية الجديدة نصت على ضرورة أن تفصل اللجنة في المخالفات المحال إليها على وجه السرعة وإذا اقتضى الأمر نظر المخالفة في أكثر من جلسة يراعى إخطار من يتخلف من أطراف الدعوى عن حضور أحد الجلسات بموعد الجلسة التالية [1]. وهل يختص ذلك بالدعوى الجزائية أم أنه يشمل المدنية؟ الذي يظهر أن نص اللائحة يختص بالدعوى الجزائية، وأما الدعوى المدنية التي يطالب فيها المدعي بالتعويض فتكون كبقية الدعاوى وليس لها صفة الاستعجال لكونها دعوى منافسة بل يمكن أن تكون بأسباب أخرى.

وفي المقابل أكد القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة أن قضايا المنافسة لها صفة الاستعجال، وللمحكمة المختصة أن تصدر قرارًا بوقف أي تصرف أو منعه لحين صدور الحكم النهائي[2]، كما أن القضاء المغربي أصدر حكماً بأن للتاجر صاحب المصلحة أيضا أن يلجأ للقضاء المستعجل لاتخاذ إجراء وقتي غايته وقف أعمال المنافسة غير المشروعة بالنسبة للمستعجل[3].

ويرى الباحث أن في القول بأن قضايا المنافسة لها صفة الاستعجال يشمل القضايا الجزائية والمدنية، لما في تأخير البت في قضاياها من مفاسد على التاجر نفسه، وعلى المضرور وعلى السوق بكثرة القيل والقال، فسمعة التاجر رأس ماله، وتعلقه في قضية بتأخير الحكم فيها يؤثر في سمعته.

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة والصادرة بقرار مجلس المنافسة رقم (١٢٦) وتاريخ ١٤٣٥/٩/٤هـ م٧٠.

(٢) القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة المادة (٢٤).

(٣) المحكمة الكلية. القضية رقم ٥٢٢-١٩٦٨. مستعجل. جلسة ٣٠-١٠-١٩٦٨م. مجلة القضاء والقانون. س١ ع٢. ص ٨٤.

المسألة الثانية: تبعية دعوى المنافسة المدنية للدعاوى الجنائية

تنقسم الدعاوى المدنية إلى قسمين، الدعاوى المدنية المستقلة عن الدعاوى الجنائية والتابعة للدعاوى الجنائية، وبيانها فيما يأتي.

القسم الأول: الدعاوى المدنية المستقلة عن الدعاوى الجنائية

يقصد بالدعوى المدنية المستقلة عن الدعوى الجنائية التي ليس لها ارتباط بجناية، وترفع هذه الدعاوى أمام القضاء المدني، وتخضع لأنظمة (قوانين) المرافعات [١].

القسم الثاني: الدعاوى المدنية التابعة للدعاوى الجنائية

يقصد بالدعاوى المدنية التابعة للدعاوى الجنائية الدعاوى التي ترفع للقضاء الجزائي (الجنائي)، عن طريق التبعية للدعوى الجنائية، إذا كانت المطالبة المدنية نتيجة وقوع جريمة. ولا بد من ثبوت المسؤولية الجزائية ليمكن تطبيق ركن الخطأ، لاعتبارين:

الاعتبار الأول: الاعتبار القانوني وهو أن الحكم الجنائي له حجية مطلقة، فهو حجة بما جاء فيه على الناس كافة، ومنهم الخصوم في الدعوى المدعية.

الاعتبار الثاني: الاعتبار العملي فلا يسوغ أن يقول القاضي الجنائي شيئا فينقضه القاضي المدني؛ فإذا صدر حكم جنائي بإدانة متهم أو براءته كان مؤذيا للشعور العام. فإن الحكم الجنائي إذا قضى بأن المتهم مجرم، لا يسوغ للقاضي المدني أن يقول: إن المتهم بريء، ولا يحكم عليه بالتعويض. وكذلك إذا قال: إن المتهم بريء، فيقول القاضي المدني: إنه مجرم. ويحكم عليه بالتعويض [٢].

ومن المقرر في قوانين الإجراءات الجزائية أنه يجوز رفع الدعوى المدنية مهما بلغت قيمتها بتعويض الضرر الناشئ من الجريمة، وأما اختصاص رفع الدعوى فيكون حسب المادة السابعة والأربعين بعد المئة من نظام الإجراءات الجزائية السعودي أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجزائية العامة في أي حال كانت عليها الدعوى، حتى لو لم يقبل طلبه أثناء التحقيق[٣]. وفي

(١) قواعد المرافعات – محمد العشماوي وعبدالوهاب العشماوي، ص٦٠٢.

(٢) الوسيط للسنهوري: ١ / ٩٤٧.

(٣) نظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٢ وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ، م١٤٧، وتنظر المادة ٢٢٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

حال مخالفات نظام المنافسة تنظر الدعاوى الجزائية في لجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة وللمحكوم عليه الاعتراض بدعوى إلغاء أمام ديوان المظالم كما سيأتي في الفصل القادم.

وأما إذا رفع من أصابه ضرر من الجريمة دعوى بطلب التعويض إلى محكمة مختصة ثم رفعت الدعوى الجزائية العامة، جاز له ترك دعواه أمام تلك المحكمة، وله رفعها إلى المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية العامة، ما لم يقفل باب المرافعة في أي منهما(١).

وتعد دعوى المنافسة المدنية من قبيل الدعاوى المدنية التابعة للدعاوى الجنائية.

المسألة الثالثة: سقوط الدعوى المدنية بالتقادم

تنص بعض القوانين على أن الدعوى المدنية في الممارسات المخلة بالمنافسة تسقط بمرور ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الأنشطة المحظورة (٢).

وأما نظام المنافسة السعودي فلم يتطرق لهذه المسألة، فتبقى على الأصل، وهو عدم منع سماع الدعوى ولو بعد مدة من الزمن.

الفرع الثاني: أساس الدعوى المدنية في الاندماج المخل بأحكام المنافسة

لا تختلف الدعوى المدنية ضد الممارسات المخلة بالمنافسة مثل الاندماج غير القانوني أو الجرائم الاحتكارية عن دعوى المنافسة غير المشروعة (٣)، ولذا فإن كلام الشراح عن أحكام دعوى المنافسة غير المشروعة منطبق على هذا الفرع، وبيان ذلك في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: بيان اتجهات الشراح في أساس دعوى المنافسة

المسألة الثانية: أثر الطبيعة الخاصة لدعوى المنافسة

المسألة الثالثة: أهم الفروق بين دعوى المسؤولية المدنية التقصيرية ودعوى المنافسة.

---

(١) نظام الإجراءات الجزائية م١٥٣.

(٢) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م٢٦.

(٣) المنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤٦٤.

المسألة الأولى: بيان اتجاهات الشراح في أساس دعوى المنافسة

اختلف الشراح في أساس دعوى المنافسة، ولهم في ذلك عدة اتجاهات، فمنهم من قال بأنها من قبيل المسؤولية التقصيرية، ومنهم من جعلها من قبيل التعسف في استعمال الحق، وذهب بعض الشراح إلى أن دعوى المنافسة غير المشروعة دعوى لحماية حق، وذهب آخرون إلى أن دعوى المنافسة ذات طبيعة خاصة. وبيان هذه الاتجاهات فيما يأتي.

الاتجاه الأول: أن دعوى المنافسة من قبيل المسؤولية التقصيرية

ذهب بعض الشراح إلى أن دعوى المنافسة من قبيل المسؤولية التقصيرية، لأن المسؤولية التقصيرية تنشأ عند توافر الثلاثة الأركان: الفعل غير المشروع، وترتب ضرر عليه، ووجود علاقة السببية بين الفعل والضرر. وهدفها في الأساس التعويض عن الأضرار وإزالة مسبب الضرر [(١)]. فالدعوى المدنية الناتجة عن الاندماج المخل بالمنافسة داخلة ضمن المسؤولية عن العمل غير المشروع، وهي مسؤولية تقصيرية (غير تعاقدية)، وترتكز على عدم جواز إلحاق الضرر بالآخرين ولو بطريق غير متعمد، وهدف الدعوى في الأساس تعويض المضرور، وقاعدة المسؤولية التقصيرية تعويض المضرور عن كل خطأ تسبب في ضرره.

ويجدر التنبيه على أن دعوى المنافسة لا تطابق دعوى المسؤولية المدنية من كل وجه؛ فدعوى المنافسة لا تقتصر على التعويض، بل تشمل منع وقوع الضرر، وأما دعوى المسؤولية التقصيرية فهدفها —كما تقدم — تعويض المضرور. وتوضيح ذلك أن جزاء الدعوى قد يكون إضافة إلى التعويض؛ إغلاق المنشأة التجارية، أو أي إجراء يمنع حدوث الضرر مستقبلاً [(٢)].

والقول بأن دعوى المنافسة غير المشروعة من قبيل المسؤولية التقصيرية واجه عدة انتقادات تتمثل في الآتي:

١- أن القانون يكتفي في بعض الحالات باحتمالية وقوع الضرر، في حين أن المسؤولية التقصيرية تتطلب وقوع الضرر فعلاً.

---

(١) الوسيط في القانون التجاري لأكثم الخولي ٣/٣٧٩.

(٢) المنافسة غير المشروعة في مجال الإعلانات التجارية — حماد مصطفى عزب ص ١٣٢.

٢- أن الدعوى لا تهدف فقط لجبر الضرر وتعويضه كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية، وإنما تهدف أيضا إلى وقف الفعل الضار فهي ذات طابع تأديبي[١].

وأجيب عن ذلك بأنها مسؤولية تقصيرية ذات طبيعة خاصة[٢].

الاتجاه الثاني: أن دعوى المنافسة من قبيل التعسف في استعمال الحق

ذهب بعض الشراح إلى أن دعوى المنافسة من قبيل التعسف في استعمال الحق، والمقصود بهذا أن يتعسف التاجر في استعمال حقه في ممارسة التجارة بحرية[٣]. وإنما يكون استعمال الحق من قبيل التعسف في استعمال الحق إذا توفر أي وضع من الأوضاع الآتية:

الوضع الأول: أن يترتب عليه ضرر بالغير.

الوضع الثاني: أن تكون المصالح التي يرمي إليها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

الوضع الثالث: أن تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة [٤].

وموقف الفقه الإسلامي من التعسف في استعمال الحق هو أن الفقهاء بينوا أن حرية الإنسان في استعمال الحق مقيدة بأحكام الشريعة ومقاصدها.

وقد قرر الفقهاء أن تصرف الإنسان في ملكه مشروط بألا يضر الغير [٥]. فإن فعل فعليه الضمان، ومثال ذلك ضمان من جعل داره بين الناس معمل نشادر، وشمه أطفال، فماتوا بسبب ذلك لمخالفته العادة [٦]. كما منع الفقهاء صاحب الدار أن يجعل داره مدبغة، أو حماما يضر بعقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانه، أو يحفر في أصل حائطه حشا يتأذى جاره برائحته وغيرها، أو يجعل داره مخبزا في وسط العطارين ونحوه، مما يؤذي جيرانه[٧].

---

(١) أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي - د.طعمة الشمري ص ٥٥.

(٢) الكامل في قانون التجارة لإلياس ناصيف ١١٢/١، المنافسة غير المشروعة – أشرف وفا مُحَمَّد، ص ٢٠.

(٣) المزاحمة غير المشروعة لجوزيف نخلة سماحة ص ١٢٩.

(٤) القانون المدني المصري م٥.

(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ٢٥٨/٢، المغني لابن قدامة الحنبلي ٥٢/٧.

(٦) حاشية الإمام عبد الحميد الشرواني على كتاب «تحفة المحتاج في شرح المنهاج» لابن حجر الهيتمي ٢٠٩/٦.

(٧) المغني لابن قدامة ١٨١/٨.

وهذا يؤكد أن التعسف في استعمال الحق له أصل في كتب الفقه الإسلامي، على خلاف في بعض فروعه.

فلا يحق لمنشأة ما أن تتعسف في استعمال حقها في الحرية التجارية، وحقها في حرية المنافسة فيما يخالف نظام المنافسة لما في ذلك من ضرر بالمنافسين الآخرين، وضرر بالمستهلكين.

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد أيضا، حيث لا يمكن تطبيق المعايير العادية للتعسف في استعمال الحق على أعمال المنافسة، لأن المنافسة ليست استعمالاً تعسفياً لحق حرية التجارة فلم يتجاوز التاجر الغاية التي أنشئ من أجلها الحق، إلى جانب عدم تطلب الدعوى للنية غير المشروعة لدى الفاعل(١).

الاتجاه الثالث: أن دعوى المنافسة غير المشروعة دعوى لحماية حق

ذهب بعض الشراح إلى أن دعوى المنافسة غير المشروعة دعوى لحماية حق، ويقصد بالحق الذي يحمى هو الحق في نزاهة المنافسة(٢)، وقيل بل حق ملكية التاجر على متجره والتواصل بزبائنه. ويعد التعدي على هذا الحق موجباً للمساءلة القانونية، إذ يرى البعض أن أساس هذه الدعوى ليس عملا تقصيرياً بل أساسها مستمد من الحق المانع الاستئثاري الذي يتمتع به صاحب الحق؛ بحيث إن هذه الدعوى تقترب من دعاوي الحيازة(٣).

وفي تقوية هذا الاتجاه، وتفضيله على الاتجاه الأول الذي يقضي بأن دعوى المنافسة المدنية من قبيل المسؤولية التقصيرية يؤكد العميد ريبرت Rippert أن تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على قواعد المسؤولية التقصيرية أمرٌ أصبح لا يستقيم مع الاعتراف للتاجر بحقوق الملكية التجارية والصناعية لأن هذه الملكية المعنوية تتطلب حماية هذه الحقوق بدعوى خاصة كما تحمى الملكية المادية بدعوى الاستحقاق(٤).

---

(١) المزاحمة غير المشروعة – جوزيف نخلة سماحة. ص ١٢٩.

(٢) المرجع السابق ص ١٣١.

(٣) حماية الدولية للملكية الصناعية وتطبيقاتها القانونية – عبد الله درميش: أطروحة لنيل دكتوراه الدولة بجامعة الحسن الثاني كلية العلوم الاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء ١٩٨٨ ص. ١١٢٠ و١١٢١.

(٤) الملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية – ثروت عبد الرحيم ص. ١٨١.

الاتجاه الرابع: أن دعوى المنافسة ذات طبيعة خاصة

ذهب عدد من الشراح إلى أن دعوى المنافسة تهدف إلى حمل المعتدي على الاعتراف بحق المدعي، وتهدف إلى إعادة الحق لصاحبه وتعويضه إن كان للتعويض مقتضى، وقد انقسم هذا الفريق إلى قسمين في تحديد الحق المشار إليه:

القسم الأول يرى بأن الحق هو حق ملكية على الزبائن.

والقسم الثاني يرى أن الحق من الحقوق العامة للشخص.

ولم يسلم هذا المذهب من النقد أيضا [١].

وهناك من يرى بأن الأساس القانون للدعوى هو استعمال الحرية المدنية بشكل مفرط، فهي دعوى مسؤولية من نوع خاص.

وهناك اتجاه ظهر حديثاً يرى بأن دعوى المنافسة غير المشروعة تتجه شيئاً فشيئاً إلى اعتبارها دعوى اقتصادية [٢].

والذي يختاره الباحث من بين الاتجاهات السابقة أن دعوى المنافسة المدنية من قبيل المسؤولية التقصيرية إلا أنها ذات طبيعة خاصة. وهذا الاتجاه هو المستقر في الكثير من القوانين، والأحكام القضائية.

ففي الأردن تؤسس دعوى المنافسة غير المشروعة على المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني الخاصة بالمسؤولية التقصيرية [٣]. وفي جمهورية مصر العربية تؤسس الدعوى على أساس المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري؛ أي على المسؤولية التقصيرية [٤].

وأما القضاء، فإن المحاكم المدنية في كثير من الدول على ذلك وفيما يأتي استعراض أمثلة في تقرير ذلك.

---

(١) المزاحمة غير المشروعة دراسة قانونية مقارنة – د. جوزيف نخله سماحة. ص ١٣٢.

(٢) المرجع السابق. ص ١٣٤.

(٣) شرح القانون التجاري دراسة مقارنة – د.فوزي محمد سامي. ص١٩٧.

(٤) القانون التجاري. د.مصطفى كمال طه. ص١٨١.

أولا: القضاء المصري

صدر قرار محكمة النقض المصرية بأن دعوى المنافسة تعتبر دعوى مسؤولية عادية أساسها الضرر موافقة لموقف القضاء الفرنسي [١]. وقضت محكمة النقض المصرية بأن المنافسة التجارية غير المشروعة تعد فعلا تقصيريا يستوجب مسؤوليه فاعله عن تعويض الضرر المترتب عملا بالمادة ١٦٣ من القانون المدني..."[٢].

ثانياً: القضاء الكويتي

ذهب القضاء الكويتي إلى أن الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة هو المسؤولية المدنية التقصيرية [٣]، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الكويتية حين ورد في حكم لها "أن المنافسة غير المشروعة لا تعدو أن تكون صورة من صور الخطأ التقصيري الذي يستوجب مسؤولية فاعله... يشكل في حقه خطأ مدنياً يستوجب مسؤوليته عن تعويض الضرر الناشئ عنه " [٤].

وفي حكم آخر قضت محكمة الاستئناف العليا (دائرة التمييز) بما نصه: " المقرر أن المنافسة التجارية غير المشروعة تعتبر فعلاً تقصيرياً يستوجب مسؤولية فاعله عن تعويض الضرر المترتب عليه عملاً بالمادة (٢٢٧) من القانون المدني، واستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، بغير معقب، مادام استخلاصها سائغاً وله أصله الثابت بأوراق الدعوى..... " [٥].

---

(١) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للغريب ص ٣٠٤.

(٢) حكم محكمة النقض المصرية. الطعن رقم ٥٠٥. مدني. بتاريخ ٢٥ يونيه ١٩٥٩م.

(٣) أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي- د.طعمة الشمري. ص ٥٧.

(٤) حكم محكمة الاستئناف (دائرة التمييز). طعن رقم ١٥١-١٩٨٢. تجاري. جلسة ٩-٢-١٩٨٢م. مجلة القضاء والقانون. س١١ ع ٣. شوال ١٤٠٦هـ. يونيو ١٩٨٦م. ص٣٣.

(٥) حكم محكمة الاستئناف العليا (دائرة التمييز). طعن رقم ١٨٠-١٩٨٨م. تجاري. جلسة ٢٠-٢-١٩٨٩م. مجلة القضاء والقانون. س١٧. العدد الأول. ربيع الثاني ١٤١٦هـ. سبتمبر ١٩٩٥م.

وفي حكم آخر أيضا: " المنافسة غير المشروعة... تحكمها القواعد المنظمة للعمل غير المشروع الواردة في القانون المدني باعتبارها من صور المسؤولية التقصيرية التي يلزم لتحققها توافر أركان هذه المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية..."[١].

ثالثاً: القضاء اللبناني

يوجد لدى القضاء اللبناني اتجاهان:

الاتجاه الأول: يؤسس الدعوى على المسؤولية التقصيرية.

الاتجاه الثاني: يؤسس الدعوى على أساس أنها نوع خاص من المسؤولية [٢].

المسألة الثانية: أثر الطبيعة الخاصة لدعوى المنافسة

نظراً للطبيعة الخاصة لدعوى المنافسة غير المشروعة نلحظ أن العديد من الدول وضعت نظاما خاصا يحدد ما يمكن أن يعتبر من المخالفات التي تشكل منافسة غير مشروعة ويرتب الجزاءات المدنية والجنائية كقوانين الولايات المتحدة الأمريكية، والقانون الألماني الذي وضع حماية مدنية وجنائية وجرم وعاقب كثيرا من الأفعال[٣]. وقد تبع المنظم المغربي المنظم الألماني بوضعه نظاما خاصا وقائما بذاته، للمنافسة غير المشروعة، بدلا من دخوله القواعد العامة لنظام المسؤولية التقصيرية[٤]. وتقدم أن دعوى المسؤولية المدنية بسبب مخالفة نظام المنافسة لا تختلف عن دعوى المنافسة غير المشروعة في الأصل، ولذا فإن القواعد ذاتها منطبقة على كلا النوعين.

(١) حكم محكمة الاستئناف العليا (دائرة التمييز). طعن رقم ١٥٧-١٩٨٩م. تجاري، جلسة ١٥-١٠-١٩٨٩م. مجلة القضاء والقانون. س ١٧. العدد الثاني. جمادى الثاني ١٤١٦هـ. نوفمبر ١٩٩٥م.

(٢) المزاحمة غير المشروعة دراسة قانونية مقارنة – د.جوزيف نخله سماحة. ص ١٣٩.

(٣) الأسس القانونية للمنافسة غير المشروعة – أحمد شكري السباعي– مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون اقتصاد التنمية العدد ٧ ص.٨٠

(٤) المرجع السابق العدد ٧ ص. ٨٣.

المسألة الثالثة: أهم الفروق بين دعوى المسؤولية المدنية التقصيرية ودعوى المنافسة

مع أن دعوى المسؤولية المدنية التقصيرية ودعوى المنافسة يتفقان في أن كليهما يعدان من قبيل الدعوى المدنية التي يترتب عليها جزاءات مدنية[١]، إلا أن ثمت فرقاً بين دعوى المسؤولية المدنية على أساس الفعل الضار، ودعوى المنافسة غير المشروعة، من حيثيات مختلفة:

١. فمن جهة الجزاء، نجد أن الجزاء المترتب على دعوى المسؤولية المدنية يقتصر على التعويض النقدي، وأما دعوى المنافسة غير المشروعة فيشمل التعويض النقدي وإغلاق المحل المنافس ونشر الحكم وغير ذلك مما يختلف باختلاف قوانين الدول[٢].

٢. ومن جهة الهدف من الدعوى، فدعوى المسؤولية التقصيرية تهدف إلى تعويض الضرر بينما دعوى المنافسة غير المشروعة ترمي بالإضافة إلى ذلك اتخاذ تدابير وقائية مستقبلا [٣]، فدعوى المنافسة تحمي التجار من اجتذاب العملاء من قبل تجار منافسين بطرق غير مشروعة[٤].

الفرع الثالث: عناصر دعوى المنافسة المدنية

يحق لكل متضرر بالفعل أو كل من يمكن أن يتضرر من الاندماج المخل بالمنافسة، أو من الجرائم الاحتكارية الناتجة من التركزات الاقتصادية أن يرفع دعوى ضد الجهة التي وقع منها الخطأ، وأطراف هذه الدعوى هم المدعي والمدعى عليه، وفيما يلي بيانهما.

العنصر الأول: المدعي

المدعي هو كل شخص لحقه ضرر من عمل المنافسة المخلة بالنظام، وفي حال تعدد المتضررين فيمكن رفع هذه الدعوى من طرف كل متضرر على حدة أو من طرف مجموع المتضررين إذا كانت تجمع بينهم مصلحة مشتركة.

---

(١) الملكية الصناعية – د.محمد حسني عباس ص ٥٢٨

(٢) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للدكتور محمد سلمان الغريب ص ٧٢.

(٣) الرسوم والنماذج الصناعية وحمايتها رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص –محمد المسلومي – كلية العلوم الاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء السنة ١٩٩٦ ص. ١٩٤.

(٤) الملكية الصناعية – د.محمد حسني عباس – ص ٥٢٨.

وفيما يأتي بحث ما يتعلق بالمدعي من مسائل، وأولاها اشتراط المصلحة للمدعي في دعواه، وفي المسألة الثانية سيتم بيان الأقسام التي يمكن تصورها في المدعي في دعوى المنافسة.

المسألة الأولى: اشتراط المصلحة في دعوى المنافسة

يشترط أن يكون للمدعي مصلحة يحميها النظام، وبموجب ذلك يحق للوكيل المحلي أن يطالب بمصالحه بموجب الوكالة التجارية [(١)]. فإن كان يتعاطى الاتجار بما لا يسمح نظاماً فليس له رفع الدعوى، ولن تسمع منه إن رفعها، إذ ما بني على باطل فهو باطل، كما هو مقرر فقهاً [(٢)].

المسألة الثانية: تقسيم المدعين في دعوى المنافسة

يمكن أن يكون المدعي في دعوى المنافسة شخصا طبيعيا أو معنويا على حد سواء[(٣)]، وقد قررت المادة الثامنة عشرة من نظام المنافسة السعودي أنه يجوز لأي شخص طبيعي أو اعتباري يلحقه ضرر ناتج عن ممارسات محظورة بموجب أحكام هذا النظام التقدم بطلب التعويض أمام القضاء المختص[(٤)].

ويمكن أن يتصور أن تكون الدعوى من قبل الآتي:

أولا: أن ترفع الدعوى من التاجر المضرور، سواء أكان شخصا طبيعيا أم اعتبارياً.

ثانيا: أن ترفع الدعوى من المستهلكين أنفسهم [(٥)].

ثالثاً: أن ترفع من جمعيات حماية المستهلكين، إذ بعض قوانين المنافسة تعطي جمعيات حماية المستهلك حق رفع الدعوى، مثل القانون المغربي للمنافسة الذي أذن لجمعيات

(١) المزاحمة غير المشروعة لجوزيف نخلة سماحة ص ١١٢.

(٢) وينظر أيضا قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م٢٦.

(٣) نظرية الدعوى لمحمد نعيم ياسين ص ١٩٧.

(٤) ذكر الفقهاء قواعد بالمعنى ذاته مثل قولهم: "إذا بطل المتضَمِّن بطل المتضمَّن"، وقولهم:" الفرع يسقط إذا سقط الأصل"، وقولهم :" المبني على الفاسد فاسد"، وفي تفاصيلها وفروعها بعض الخلاف. ينظر: مجلة الأحكام م٥٢، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للدكتور مُحَمَّد الزحيلي ٤٥٧/١.

(٥) القانون النموذجي (الأونكتاد) – الفقرة السادسة.

المستهلكين ذات المنفعة العامة أن تكون طرفا مدنيا أو أن تحصل على تعويضات عن الضرر اللاحق بالمستهلكين بناء على دعوى مدنية مستقلة [١]. كما أعطى القانون الجزائري الحق لجمعية المستهلك في رفع قضية بإبطال أي تصرف ترى أنه يخالف قانون المنافسة [٢]. وكذا هو الحال في القانون الفرنسي، للجمعيات المهنية رفع الدعوى لتعويض منسوبيها عن حالات التركز غير النظامية وأي تصرف يخالف قانون المنافسة [٣].

العنصر الثاني: المدعى عليه في دعوى المنافسة

يمكن بيان مفهوم المدعى عليه بأنه كل شخص رفعت عليه دعوى ارتكاب للفعل الضار المخالف لنظام المنافسة.

وللمدعى عليه حالان، أولاهما أن يكون المدعى عليه شخصاً طبيعياً، وثانيهما أن يكون المدعى عليه شخصاً معنوياً، وفي حال التعدد يمكن توجيه دعوى المنافسة ضدهم جميعا بصفة تضامنية. وترفع الدعوى على مرتكب المخالفة أصالة، وأما المساعد كالمستشار المالي والمحامي ونحوهم ممن لهم أثر في إنجاح عملية الاندماج، فيصح رفع الدعوى عليه بشرط علمه بالمخالفة أو من المفترض علمه بها[٤].

الفرع الرابع: إقامة الدعوى المدنية في دعوى المنافسة على الشخص الاعتباري

تقدم أن الشخص الاعتباري يمكن أن يكون طرفا في دعوى المنافسة في جانب المدعي أو في جانب المدعى عليه، ونظرا لوجود مسائل تحتاج إلى بيان فقد أفرد بفرع ليتم التطرق لهذه المسائل بإسهاب يناسب الحال، وسيتم بحث هذه المسائل على النحو الآتي:

أولا: مفهوم الشخص الاعتباري

ثانياً: أنواع الشخصيات الاعتبارية

---

(١) القانون المغربي للمنافسة المادة ٩٩.

(٢) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة – للدكتور مُحَمَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري – تيزي إوزو – ع ٢٣ ص ٧٥.

(٣) المنافسة غير المشروعة في مجال الإعلانات التجارية – حماد مصطفى عزب ص ١٧١.

(٤) الوسيط في القانون التجاري لأكثم الخولي ٣٩٨/٣.

ثالثاً: مسؤولية الشخص الاعتباري عن التصرفات المخلة بالمنافسة

رابعاً: موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية الشخص الاعتباري في دعاوى المنافسة

أولا: مفهوم الشخص الاعتباري

يعرّف الفقهاء المعاصرون الشخص بأنه كل كائن ذي قيمة اجتماعية – بالنظر لما يتعلق به أو يستهدفه أو يمثله من مصالح إنسانية – يعتبره القانون قادراً على اكتساب الحقوق والتزام الواجبات(١).

وأشخاص الحق عند الفقهاء المعاصرين هما الشخص الطبيعي، والشخص الاعتباري. والشخص هو في حقيقته الإنسان وحده، ولكن في الاصطلاح المعاصر يطلق الشخص على الشخص الطبيعي وعلى الشخص المعنوي، حيث اعترفت القوانين المعاصرة بالشخصية الاعتبارية للشركات والمنشآت ذات النفع العام، وأثبتت لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء والمسؤولين، وكذلك اعترف بها الفقهاء المعاصرون(٢).

ويمكن تعريف الشخص الاعتباري بأنه المجموعة من الأشخاص أو الأموال التي ترمي إلى تحقيق غرض معين، ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض(٣).

وعرفتها دائرة المعارف الفرنسية بأنها شخص حكمي تقديري، يتكون من اجتماع جماعة من الأشخاص الطبيعيين ابتغاء غرض مشترك، ينشئون باجتماعهم شخصية ذات حقوق وواجبات متميزة عما لأفرادهم (٤).

وقد أضفى القانون صفة الشخصية عليها لأنها تتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية(٥)، كالزواج وأحكام القرابة. والشخصية الاعتبارية لها خصائص لازمة وهي الاسم والموطن والجنسية والذمة المالية والأهلية وحق التقاضي.

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للشيخ مصطفى الزرقا ص ٢٤٧.

(٢) الوسيط/ للسنهوري- (١٩٦/٥)، ومبدأ الرضا في العقود - د.علي القره داغي (٣٤٩/١-٣٥٨).

(٣) مبادئ القانون للوكيل ص ٣٣٩، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للشيخ مصطفى الزرقا ص ٢٧٢.

(٤) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للشيخ مصطفى الزرقا ص ٢٨٣.

(٥) الشخصية الاعتبارية لخالد الجريد – مجلة العدل العدد ٢٩ ص ٧٤.

والذي يعنينا هنا هو تمتع الشخصية الاعتبارية بالذمة المالية بأن تكون المنشأة أهلا للإلزام والالتزام، وتتكون ذمة المنشأة من مجموع ما لها وما عليها من حقوق مالية في الحال أو في الاستقبال تبدأ بابتداء الشركة وتنتهي بانتهائها(١).

ويبدأ الشخص الاعتباري من صدور إذن المنظم بإنشائه، ويزول بزوال شرائطه، أو العوامل التي أوجدته، ويسمى ذلك انحلالاً، سواءً أكان الانحلال إراديا أو إداريا أو قضائيا أو تشريعياً(٢). ويفارق الشخص الحكمي الشخص الطبيعي في أن الحكمي وجوده قانوني حكمي، وأما الطبيعي فوجوده حسي، كما أن الشخص الحكمي وجوده تبعي، يتبع لمجموعة من الأشخاص الطبيعيين، بينما الشخص الطبيعي مستقل بنفسه(٣).

ثانياً: أنواع الشخصيات الاعتبارية

بالنظر إلى الأنظمة المعاصرة نجد أن الشخصية الاعتبارية تشمل الآتي:

١- الشركات التجارية بأنواعها، والشركة:"عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل مِنهم في مشروع يستهدف الربح، بتقديم حصة من مال أو عمل، لاقتِسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة"(٤).

٢- الجمعيات والنقابات والهيئات والمنظمات المنشأة للنفع العام، وهي تدير أملاكها طبقاً لنظامها المؤسسي الذي قدمته في تصريحها ويمكن أن تجمع أموالاً من الجمهور كما يمكن أن تتلقى مساعدة من السلطات العمومية وتقبل الهدايا والوصايا.

٣- المؤسسات الخيرية والوقفية، وهي لا تختلف كثيراً عن نظام الجمعيات ذات النفع العام في مصادر تمويلها إلا أن هناك فرقاً مهما بالنسبة للقانون وهو أن العطايا المقدمة إلى المؤسسة الخيرية والوقفية تخضع لترخيص إداري للسماح لها بتلقي التبرعات.

٤- الجهات الحكومية والمؤسسات العامة(٥).

---

(١) المدخل للعلوم القانونية لسليمان مرقس ص ٨١.

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للشيخ مصطفى الزرقا ص ٢٩٥.

(٣) المرجع السابق ص ٢٨٢-٢٨٣.

(٤) نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم م / ٦ والتاريخ: ١٣٨٥/٣/٢٢هـ.

(٥) الشخصيات الاعتبارية للشيخ خالد الجريد ص ٧٨ وما بعدها بحث نشر في مجلة العدل العدد ٢٩.

ثالثاً: مسؤولية الشخص الاعتباري عن التصرفات المخلة بالمنافسة

يكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت المخالفة قد ارتكبت من أحد منسوبي الشخص الاعتباري باسمه أو لصالحه [1].

وإذا رفعت الدعوى على الشخص المعنوي، فإنه يتحمل المسؤولية المدنية التي تقع ويؤديها من ماله. وتكون مساءلة الشخص المعنوي بطريق غير مباشر، وذلك عن الأعمال التي يرتكبها ممثله على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، كما إذا رفعت دعوى منافسة على شركة بسبب تصرف مخل بالمنافسة مستنده قرار صادر من مجلس إدارة الشركة أو جمعيتها العامة.

رابعاً: موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية الشخص الاعتباري في دعاوى المنافسة

بالرجوع للتراث الفقهي يمكن للباحث أن يلحظ أن الشخصية الاعتبارية بالمفهوم الحديث قد لا تنطبق بشكل كامل على عبارات الفقهاء، ومع ذلك فيوجد نصوص فقهية يمكن للفقيه المعاصر أن ينطلق منها، وفي هذا الجزء من البحث سيتم التطرق للآتي:

الفقرة الأولى: المستند الفقهي للقول باعتبار الشخصية الاعتبارية

الفقرة الثانية: مسؤولية مدير المنشأة المخلة بأنظمة المنافسة عند إقامة الدعوى المدنية في دعوى المنافسة

الفقرة الثالثة: موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه

الفقرة الأولى: المستند الفقهي للقول باعتبار الشخصية الاعتبارية

استقر الفقه الإسلامي المعاصر على القول بالشخصية الاعتبارية لما يأتي[1]:

(١) قانون المنافسة الكويتي م٢١، قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٥، قانون المنافسة القطري مادة (١٨).

١. جواز تمليك الوقف والتزامه، واعتبار ناظر الوقف مجرد نائب عنه، لا يتحمل شيئا من ديونه. فالوقف ينظر إليه كمؤسسة مستقلة عن أشخاصها الواقفين والناظرين، فلها ذمة مالية تترتب عليها الحقوق والالتزامات، فقد قرر جماعة من الفقهاء منهم الشافعية، والحنابلة جواز انتقال الملك إلى جهة الوقف مثل الجهات العامة كالفقراء والعلماء، والمدارس والمساجد، كما قرر فقهاء الحنفية والشافعية أنه يجوز للقيم على الوقف أن يستدين على الوقف للمصلحة بإذن القاضي، ثم يسترده من غلته[٢]، فهذا دليل على أن الوقف له نوع من الذمة المالية التي يستدان عليها، ثم يسترد منها حين إدراك الغلة.

٢. صحة أمان أي مسلم لأي عدو، لحديث علي ﷺ قال: قال – ﷺ – : «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم»[٣] أي أن الأمان الصادر للعدو من أحد المسلمين يسري على بقية جماعة المسلمين.

٣. إجازة الفقهاء لرفع دعوى الحسبة من أي فرد لقمع غش وإزالة منكر أو أذى عن الطريق، وتفريق بين زوجين بينهما علاقة محرمة، وإن لم يكن للمدعي مصلحة شخصية.

٤. أحكام بيت المال المنصوص عليها في كتب الفقهاء والتي فيها فصل بيت المال عن مال الحاكم الخاص، وقولهم: بيت المال وارث من لا وارث له.

٥. اعتبار الحاكم نائباً عن الأمة في التصرف بالأموال العامة على وفق المصلحة، كما يتصرف الوصي بمال اليتيم، وهو نائب عن الأمة.

٦. نفوذ العهود بعد زوال من أبرمها.

٧. عدم انعزال الولاة والقضاة عند زوال من ولاهم.

الفقرة الثانية: مسؤولية مدير المنشأة المخلة بأنظمة المنافسة عند إقامة الدعوى المدنية في دعوى المنافسة

(١) الشركات للخفيف ص ٢٣، والشركات للخياط ٢١١/١، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للشيخ مصطفى الزرقا ص ٢٥١، ٢٦٩، ٢٧١، ٢٨٩، ٢٩٠.

(٢) الروضة للنووي: ٥ / ٣٤٢، المغني لابن قدامة: ٥ / ٦٠١، فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية: ٣/ ٢٩٨ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين: ٤ / ٤٣٩ والأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٩٤ وتحفة المحتاج: ٦/ ٢٨٩.

(٣) رواه البخاري (٦٧٥٥)، ومسلم (١٣٧٠).

تقرر العديد من أنظمة المنافسة أن المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف يعاقب بذات العقوبات المقررة عن الأفعال المخالفة لأحكام قانون المنافسة إذا ثبت علمه بها وكان إخلاله بالواجبات التي تفرضها عليه تلك الإدارة قد أسهم في وقوع الجريمة[١]. وتشمل العقوبات المقررة العقوبات الجزائية وما يترتب على المسؤولية المدنية من تعويض وغيره.

وترفع الدعوى على كل من اشترك في تنفيذ هذه الأعمال بشرطين هما:

١- أن يكون سيئ النية.

٢- أن يكون المشترك عالماً أو من المفترض أن يكون عالماً بكون التصرف غير مشروع[٢].

الفقرة الثالثة: موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه

الأصل المقرر في الفقه الإسلامي أن الشخص مسؤول عن فعله ولا يسأل عن خطأ غيره لما يأتي:

١- قوله تعالى:" ولا تزر وازرة وزر أخرى " (الإسراء:٢٥).

٢- وقوله تعالى:"كل نفس بما كسبت رهينة" (المدثر: ٣٨).

٣- وقول النبي - ﷺ -:" أما إن ابنك هذا لا يجني عليك ولا تجني عليه"[٣].

إلا أن الفقهاء المعاصرين قرروا أن الفقه الإسلامي قد سبق القوانين المدنية الحديثة في تقرير مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، لما يأتي:

١- قوله - ﷺ -:"كلكم راع ومسؤول عن رعيته" [٤].

٢- أن النبي - ﷺ – لما قتل خالد بن الوليد - رضي الله عنه - أسراه من بني جذيمة، قال:" اللهم إني أبرأ إليك من فعل خالد". وبعث - ﷺ - عليّا – رضي الله عنه – فودى قتلاهم [١]، وفي

(١) قانون المنافسة الكويتي م٢١، قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٥، قانون المنافسة القطري م ١٨.

(٢) المزاحمة غير المشروعة لجوزيف نخلة سماحة ص ١١٢.

(٣) رواه أحمد في مسنده برقم ٧١١١ وأبو داود في سننه برقم ٤٢٠٨ والنسائي في الصغرى برقم ٤٨٣٢.

(٤) أخرجه البخاري برقم ٨٩٣ و مسلم برقم (١٨٢٩).

السيرة الحلبية: أن عليا – ﷺ – أعطاهم عوض ما تلف عليهم حتى ميلغة الكلب: أي الإناء التي يشرب فيها، حتى إذا لم يبق لهم دم ولا مال، قال: هل بقي لكم دم أو مال؟ قالوا: لا، قال: أعطيكم ما بقي من المال احتياطا بدل ما لا تعلمون: أي مما تلف من أموالكم، ثم رجع إلى رسول الله ﷺ فأخبره الخبر، فقال له رسول الله ﷺ: أصبت وأحسنت[٢].

٣- أن أبا بكر – ﷺ – ودى مالك بن نويرة لما قتله خالد بن الوليد – ﷺ [٣].

وفي المنشآت الحديثة يمكن القول بأن المقرر فقها أن الضمان عند توفر سببه يكون على المنشأة، ثم هي ترجع على الموظف لديها إذا وجد منه تعدٍّ أو تفريط، ويمكن أخذ ذلك من تقريرات الفقهاء في الإتلافات التي يرتكبها العمال لدى معلميهم، ففي المبسوط:" رجل سلم إلى قصار ثوبا فدقه بأجر مسمى فتخرق، أو عصره فتخرق، أو جعل فيه النورة أو وسمه فاحترق، فهو ضامن لذلك كله، لأن هذا من جناية يده، وقد بينا أن الأجير المشترك ضامن لما جنت يده، فإن كان أجير المشترك القصار فعل ذلك غير متعمد له فالضمان على القصار دون الأجير، لأن الأجير له أجير خاص فلا يضمن إلا بالخلاف ولم يخالف، ثم عمله كعمل الأستاذ ألا ترى أن الأستاذ يستوجب به الأجر فيكون الضمان عليه "[٤].

وفي مواهب الجليل:" (وأجير لصانع) ش: يعني أن الأجير الذي يعمل عند الصانع لا ضمان عليه والضمان على الصانع قال في المدونة في أول كتاب تضمين الصناع: ويضمن القصار ما أفسد أجيره، ولا شيء على الأجير إلا أن يتعدى أو يفرط"[٥].

ويمكن استخلاص شروط مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه بأنها تعود إلى شرطين هما وجود علاقة التبعية، وأن يرتكب التابع الخطأ أثناء أو بسبب تأديته لمهام وظيفته أو بمناسبتها، وبيانهما فيما يأتي.

الشرط الأول: وجود علاقة التبعية

---

(١) أصل القصة رواها البخاري برقم (٤٢٢٩) من حديث عبد الله بن عمر- رضى الله عنهما-. وتفاصيلها في «السيرة النبوية» لابن هشام (٢/ ٤٢٨ و ٤٣١)، و «الطبقات الكبرى» لابن سعد (٢/ ١٤٧- ١٤٨).

(٢) السيرة الحلبية = إنسان العيون في سيرة الأمين المأمون، – لعلي بن إبراهيم بن أحمد الحلبي ٢٧٧/٣.

(٣) الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ٥٦٠/٥.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٥/١٦.

(٥) مواهب الجليل ٥٥٦/٧.

يقصد بالعلاقة التبعية أن يخضع التابع للمنشأة في الرقابة والتوجيه، بأن يلزم التابع امتثال أوامر المتبوع لكونه يعمل عملا محددا لحساب المتبوع. ويشمل ذلك الآتي:

١- أن تقوم التبعية على عقد عمل مكتوب.

٢- أن تقوم التبعية على تعاقد غير مكتوب ولو لم يكن على نحو دائم [١].

وقد ذكر فقهاء الحنفية أمثلة تدل على أصل لهذا الشرط، ففي مجمع الضمانات: "تلميذ الأجير المشترك إذا وقع من يده سراج فاحترق ثوب من ثياب القصارة فالضمان على الأستاذ" [٢]. وفي المبسوط:" لو أن غلام القصار انفلتت منه المدقة فيما يدق من الثياب، فوقعت على ثوب من القصارة فخرقته فالضمان على القصار دون الغلام، لأنه مأذون من جهة الأستاذ في دق الثوبين جميعاً" [٣]. وهذه الفروع مبنية على القاعدة الفقهية:" ما ترتب على المأذون غير مضمون" [٤].

(١) الوسيط للسنهوري ١٠١٢/١.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي – ص ٤٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ١١/١٦.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٨.

الشرط الثاني: أن يرتكب التابع الخطأ أثناء أو بسبب تأديته لمهام وظيفته أو بمناسبتها

يشترط لترتب المسؤولية على المتبوع من أعمال تابعه أن يرتكب التابع الخطأ أثناء أو بسبب تأديته لمهام وظيفته أو بمناسبتها. وهذا الشرط يخرج ما لو تصرف التابع في غير وقت الدوام، أو بغير صفته تابعاً للمنشأة [(١)].

ويمكن أن يستأنس لهذا الشرط بما في الخراج لأبي يوسف – رحمه الله – بأن رجلا أتى عمر بن عبدالعزيز – رحمه الله — فقال: يا أمير المؤمنين، زرعت زرعاً فمر به جيش من أهل الشام فأفسده. قال: فعوضه عشرة آلاف درهم" [(٢)].

وقد استقرت الأحكام القضائية في ديوان المظالم السعودي على أن على المتبوع تعويض المتضرر من خطأ التابع، وله بعد ذلك الرجوع على تابعه بما دفعه من تعويض إذا تحقق سببه[(٣)].

المطلب الأول

دعوى المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة

يحتاج المضرور من أي إجراء مخل بنظام المنافسة — سواء أكان ذلك بالاندماج غير النظامي أو بأي جريمة احتكارية – أن يرفع دعوى محررة لدى الجهة المختصة، وفي سبيل ذلك يلزم بيان كل ما يتعلق بدعوى المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة بدءاً بتحديد النظام الواجب التطبيق، إضافة إلى الاختصاص القضائي، كما يلزم بيان إجراءات الدعوى، وبيان هذه المسائل في الفروع الآتية.

(١) تعريف المسؤولية المدنية — للدكتور مُحَمَّد مُحَمَّد شتا أبو سعد، مجلة جامعة الإمام مُحَمَّد بن سعود الإسلامية، ع ٦ شهر محرم ١٤١٣هـ ص ٢٢٥.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم ٣٥١٠٠، ورواه أبو نعيم في حلية الأولياء وطبقات الأصفياء ٣٢٥/٥، وأورده أبو يوسف في الخراج ص ١٣٢،

(٣) دفع المسؤلية المدنية — للدكتور مُحَمَّد الدوسري ص ١٢٦.

الفرع الأول: النظام الواجب التطبيق في دعوى المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة

الأصل أن ترفع دعوى المنافسة في مقر المدعى عليه كما هو الأصل في أنظمة المرافعات. ولكن قد يكون مقر المدعى عليه خارج الإقليم الوطني، كما في عمليات التركز تمتد لأكثر من دولة، بحيث تتأثر دولة أخرى غير الدولة التي نشأ فيها عقد الاندماج، وفي هذه الحال تستخدم بعض الدول مبدأ التطبيق الممتد لأنظمة المنافسة (Extraterritorial Application). والذي يحكم الأشخاص والوقائع القانونية ولو حدثت خارج إقليم الدولة، بينما يكون القانون إقليمياً إذا كان يحكم الأشخاص والوقائع القانونية التي تحدث في إقليم الدولة ولا يحكم غيرها [١].

وقد قرر القضاء الأمريكي في عدة قضايا بتطبيق القوانين الأمريكية على السلوك الأجنبي إذا أدى إلى نتائج ضارة داخل الولايات المتحدة، كما في قضية شركة التبغ البريطانية مع شركة التبغ الأمريكية في المملكة المتحدة لتقاسم السوق الأمريكية [٢].

ويأخذ القانون الفرنسي بالتطبيق الممتد لقانون المنافسة بغض النظر عن جنسية الشركة أو مكان عملها، وكذلك هو الحال في أنظمة المنافسة الألمانية وغيرها من الدول الأوروبية[٣].

والكثير من القوانين العربية للمنافسة تنص على الرقابة على الشركات الخارجية إن أثرت على المنافسة الداخلية، فالعبرة هو مدى التأثير داخل الإقليم الوطني، ولو كانت الشركة خارج الإقليم، كما في حال الشركات متعددة الجنسيات. وهو ما نص عليه قانون المنافسة الأردني [٤] والسوري [٥] والكويتي[٦] والإماراتي [٧] والمصري[١].

(١) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١١٠.

(٢) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١١٩، وتنظر عدد من القضايا في كتاب: الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٨.

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص١١٦– ١١٧.

(٤) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م٣.

(٥) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م ٣.

(٦) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٣.

(٧) القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م ٣.

ويطلق على عمليات التركز التي تؤثر على أكثر من دولة عمليات الاندماج عبر الدولية (Transnational Mergers)، ويمكن تعريفها بأنها عمليات الاندماج التي تتعدى آثارها الحدود الجغرافية للدول، ويخضع اختصاصها القضائي لأكثر من دولة[٢].

وتواجه الدعاوى المدنية المرفوعة على شركات تقع خارج الإقليم الوطني عدة إشكالات وصعوبات لعلاقتها بسيادة القوانين الأجنبية، ومن هذه الصعوبات العلاقة بسيادة القوانين الأجنبية، فإن في تطبيق ذلك على الشركات الخارجية إشكالات وصعوبات منها:

٤- الإعلانات والطعون والمدد الخاصة بالإجراءات الواجب اتخاذها.

٥- صعوبة إثبات تلك الممارسات لحصولها خارج الدولة.

٦- صعوبة تنفيذ الحكم القضائي على الشركة الأجنبية إذا لم يكن لها تمثيل داخل الدولة[٣].

وفي حال وجود اتفاقية معاملة بالمثل بين الدولة المتضررة والدولة التي تحمل جنسية الشركة المخالفة، فإن الكثير من الصعوبات تنحل، ولذا فإن الولايات المتحدة وقعت عددا من الاتفاقيات للخروج من هذه الصعوبات[٤]. فقد وقعت الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الأوروبي على اتفاقية تعاون في مجال المنافسة كما وقعت الولايات المتحدة اتفاقات مماثلة مع كندا والبرازيل واليابان واستراليا[٥].

ولأجل الخروج من هذه الصعوبة فقد نصت العديد من أنظمة المنافسة مثل قانون المنافسة المصري على ضرورة التنسيق مع أجهزة المنافسة في الدول الأخرى، بالنسبة للأمور ذات الاهتمام المشترك[٦].

---

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري، م ٥، وقد عيبت صياغة المادة لركاكتها وعدم شمولها للأفعال التي تتم داخل الإقليم المصري، واشتراط أن يكون الفعل يمثل جريمة في القانون المصري. ينظر كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١١٨، هامش رقم ١.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ١٠٩.

(٣) المرجع السابق ص ١١٩.

(٤) الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية للدكتورة أمل محمد شلبي، ص ١٢٠.

(٥) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢٤٣.

(٦) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ١١.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي لدعوى المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة

يوجد عدة اتجاهات في تحديد الجهة المختصة لتعويض المضرور من التصرفات المخلة بالمنافسة وبيانها فيما يأتي:

الاتجاه الأول: أن تحال للقضاء المدني، وهو توجه كثير من أنظمة المنافسة، ففي قانون المنافسة الأردني والسوري أن محكمة البداية تختص بقضايا التعويض [١]، ويتجه قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري [٢] والقانون الجزائري للمنافسة إلى أن المحاكم المدنية هي المختصة بطلبات التعويض من الممارسات المخلة بأحكام قانون المنافسة [٣]. وهذا هو توجه نظام المنافسة السعودي ذاته، فقد أجاز لأي شخص طبيعي أو اعتباري يلحقه ضرر ناتج عن ممارسات محظورة بموجب أحكام هذا النظام، التقدم بطلب التعويض [٤] أمام القضاء المختص [٥]، ويعنى به القضاء العام.

الاتجاه الثاني: أن تحكم فيها الجهة المختصة بمخالفات قانون المنافسة على سبيل التبعية، ففي قانون المنافسة السوداني نص على أن للمحكمة أن تحكم بتعويض عادل ومناسب لأي شخص متضرر من ارتكاب أي مخالفة لأحكام هذا القانون [٦].

ويقصد بالدعوى المدنية التبعية أمام المحاكم الجنائية أنها تلك الدعوى التي تقام ممن لحقه ضرر من جريمة بالتبعية للدعوى الجنائية القائمة بطلب التعويض عن الضرر الذي لحقه. وعرفها

---

(١) قانون المنافسة الأردني، م١٦-ج، وقانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري المادة ٢٦.

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٠.

(٣) قانون المنافسة الجزائري م ٨.

(٤) انتقدت عبارة " التقدم بطلب التعويض" بأن الأفضل أن تستبدل بعبارة:" التقدم بدعوى"، لإمكان أن تكون الدعوى بإيقاف التصرف المخل بالمنافسة، دون طلب لأي تعويض.

(٥) نظام المنافسة السعودي –م١٨.

(٦) قانون المنافسة السوداني – المخالفات والعقوبات – ٢٣ – (٢).

قانون تحقيق الجنايات الفرنسي بأنها الدعوى المتعلقة بإصلاح الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة وتكون لكل أولئك الذين لحق بهم شخصيا ضرر مباشر ناجم عن الجريمة[١].

وأما القانون الأوروبي، فقد أكدت نشرة معالجة الشكاوى المقدمة بخصوص إساءة استخدام المركز المسيطر، أن المحاكم الوطنية وحدها هي المختصة بمنح المتضرر التعويض اللازم لجبر الضرر الذي أصابه جراء هذا الخرق[٢].

ويشترط لاختصاص القضاء الجنائي بنظر الدعوى التبعية أن يتخذ سبب الدعوى المدنية وصفاً خاصاً باجتماع الشروط الثلاثة الآتية وهي:

١- أن يكون موضوع الدعوى تعويض الضرر. فقد أكد قانون الإجراءات الجنائية المصري عدم جواز الادعاء بالحقوق المدنية وفقا لأحكام القانون إلا عن الضرر المباشر الناشئ من الجريمة والمحقق الوقوع حالا أو مستقبلاً [٣]. كما أجاز القانون رفع الدعوى المدنية مهما بلغت قيمتها بتعويض الضرر الناشئ من الجريمة [٤].

٢- أن تكون هناك جريمة تحركت بشأنها دعوى جنائية [٥].

ولا يشترط لاختصاص المحكمة المختصة بالقضايا الجنائية بنظر الدعوى المدنية أن يثبت ارتكاب المتهم لهذه الجريمة من الناحية الفعلية وكل ما يشترط ابتداءً هو أن يؤسس المدعي طلب التعويض على الادعاء بوقوع الجريمة من المتهم، أما إذا أسس هذا الادعاء على خطأ آخر غير الجريمة فإنه يتعين الحكم بعدم الاختصاص، أما إذا كان الادعاء المدني يقوم على نسبة الجريمة إلى المتهم، ثم ثبت بعد ذلك أن المتهم لم يرتكب الجريمة فإنها تكون مختصة بنظرها، لكن يتعين عليها الحكم برفض الدعوى[٦].

٣- أن يكون الضرر مترتبا مباشرة على الجريمة.

---

(١) الدعوى الناشئة عن الجريمة- د/ محمد عبده الغريب ص ٥٢.

(٢) التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٤٤٢.

(٣) المادة ٢٥١ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٤) المادة ٢٢٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٥) قانون الإجراءات الجنائية المصري المادة ٢٥١.

(٦) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية د / أحمد فتحي سرور المجلد الأول ص ٢٥٩.

فإذا لم تتوافر هذه الشروط مجتمعه في الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحكمة الجنائية تعين الحكم بعدم الاختصاص [١].

ويشترط لقبولها أمام القضاء الجنائي توافر شروط خاصة في الخصوم وهي:

١- صفة المدعي.

٢- وصفة المدعى عليه.

٣- ومباشرة إجراءات الادعاء المدني.

٤- وعدم التجائه إلى الطريق المدني.

فإذا لم تجتمع شروط الاختصاص وشروط القبول في وقت واحد تغلب أثر عدم الاختصاص على أثر عدم القبول، لأن سلطة المحكمة في نظر الدعوى من حيث الشكل أو الموضوع يتوقف على اختصاصها أصلاً بهذا الفعل؛ وبعبارة أخرى فإن استيفاء شروط الاختصاص يتعلق بوجودها أصلاً أمام القضاء الجنائي [٢].

الاتجاه الثالث: أن يكون القضاء التجاري هو المختص في حال رفع أحد التجار طلب تعويض من حصول اندماج غير نظامي، لأن العمل محل الدعوى يعد من الأعمال التجارية بالتبعية [٣]. وإن كان المدعي من المستهلكين، ممن لا ينطبق عليه وصف التجارة، فيظهر أن القضاء العام (القضاء المدني) هو المختص لما له من الولاية العامة.

ويرى الباحث أن هذا الاتجاه هو المرجح، ولذا كانت عبارة المنظم السعودي:"القضاء المختص"، فإذا كان الأطراف تجاراً فالقضاء التجاري هو المختص، بخلاف ما هو خارج عن اختصاصه فيبقى للمحاكم العامة.

الفرع الثالث: إجراءات دعوى المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة

(١) نقض مصري ١٩٥٤/١١/١٦ محكمه النقض المصرية س٦ رقم ٦٤ ص ٩٢.

(٢)الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية د / أحمد فتحي سرور المجلد الأول ص ٢٦٠.

(٣) المنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤٨٥.

إذا حصل الاندماج المخل بنظام المنافسة، أو حصلت جريمة احتكارية فإن للمضرور أن يرفع دعوى المسؤولية المدنية، ومن الضروري معرفة إجراءات الدعوى، وبيانها في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: تعيين المطالب بالإثبات

المسألة الثانية: طرق إثبات التركزات الاقتصادية والجرائم الاحتكارية

المسألة الثالثة: عدم حصر البينات في إثبات التركزات والجرائم الاحتكارية

المسألة الرابعة: أهم وسائل إثبات التركزات والجرائم الاحتكارية

المسألة الأولى: تعيين المطالب بالإثبات

من المقرر أن المنشآت التجارية ينطبق عليها أحكام النظام التجاري[1]، ومن المعلوم في القانون التجاري أن المدّعي هو المطالب بالإثبات في الأصل، مع إلزام المدعى عليه بإثبات براءة ذمته إذا كان يحتفظ عادة بما يثبت ذلك، كما إذا انتظمت دفاتره التجارية، أو كان يحتفظ بأصول الفواتير.

والأصل أن عبء الإثبات في الفقه الإسلامي يقع على المضرور، فيثبت التعدي وأنه تسبب في الضرر الواقع عليه، ولا خلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة في أنّ الإثبات بالبينة يطلب من مدّعي الضرر، لما يأتي:

١- قوله - ﷺ - في حديث ابن عباس - رضي الله عنه -: " البيّنة على المدّعي، واليمين على من أنكر"[2].

٢- ولأنّ المدّعي يدّعي أمراً خفيّاً، فيحتاج إلى إظهار، وللبيّنة قوّة إظهار، فجعلت حجّةً للمدّعي.

(١) ينظر على سبيل المثال المادة الأولى من القانون التجاري المصري الصادر سنة ١٩٩٩م

(٢)أشار إليه البخاري في عنوان باب وهو باب ما جاء أن البينة على المدعي، ٩٣١/٢، ورواه ابن ماجه ٧٧١/٢، والترمذي ٦٢٥/٣، وأبو داود (عون المعبود ٣٥/١٠) والدارقطني ١٥٧/٤، والبيهقي في الكبرى ٢٥٢/١٠-٢٥٣، وقال النووي: إسناده حسن أو صحيح، شرح صحيح مسلم ٣/١٢. وقال صاحب عون المعبود٣٥/١٠: إسناده حسن.

٣- وإنّما جعلت البيّنة على المدّعي، لأنّ جانبه ضعيف، إذ هو يريد تغيير الحال المستقرّ بما يدعيه، والأصل كون ذمّة المدعى عليه بريئةً على الأصل في براءة الذّمم إن كانت الدّعوى فيما في ذمّته[١].

المسألة الثانية: طرق إثبات التركزات الاقتصادية والجرائم الاحتكارية

تقرر الأنظمة التجارية جواز إثبات الالتزامات التجارية أياً كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ما لم ينص القانون على غير ذلك [٢]، ولذا فإن وسائل الإثبات في القانون التجاري أوسع منها في القانون المدني. ومع ذلك؛ فليس المقصود في القانون التجاري أن وسائل الإثبات مفتوحة بكل حال، فالشهادة أضعف الوسائل في القانون وهي أقواها في الشريعة الإسلامية، والكتابة مشروطة في بعض العقود التجارية، وليست بشرط في الشريعة الإسلامية، ولذا فلا بد من بحث مسألة حصر وسائل إثبات التركزات الاقتصادية والجرائم الاحتكارية، وبيانها في المسألة التالية.

المسألة الثالثة: عدم حصر البينات في إثبات التركزات والجرائم الاحتكارية

قرر المنظم السعودي في اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي أنه يجوز الإثبات أمام اللجنة بجميع طرق الإثبات، بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات الفاكس والبريد الإلكتروني [٣]. وإن كان عدم الحصر مختصاً في هذه المادة بالجزاءات على المخالفات، إلا أن الإثبات في دعاوى المسؤولية المدنية في الجرائم التجارية لها الحكم نفسه.

والبينة في اللغة: الحجة الواضحة، وعرفت بأنها دلالة واضحة عقلية كانت أو محسوسة[٤].

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد الحفيد ٢ / ٣١٦ – ٣١٧.

(٢) المادة التاسعة والستين من القانون التجاري المصري الصادر سنة ١٩٩٩م

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي، م ٦٧.

(٤) تاج العروس ١٥٠/٩، المعجم الوسيط ص ٩٠، إيضاح مختار الصحاح ص ٤٥.

وأما تعريفها في الاصطلاح الفقهي، فقد اختلف الفقهاء في تعريفها طرداً لاختلافهم في حصر البينات، على قولين:

القول الأول: أن البينات محصورة، للأدلة الآتية:

١- أن البينة في النصوص لم ترد إلا بمعنى الشهادة، فمن الأحاديث التي تؤكد حصر البينة في الشهادة:

أ- أن هلال بن أمية – ﷺ – قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء فقال النبي ﷺ:"البينة أو حد في ظهرك"[١]. والبينة في الحديث هي الشهادة بلا ريب بدليل قوله تعالى:" والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم..."(النور:٤).

ب- وقال ﷺ للأشعث بن قيس – ﷺ – حينما اختصم مع آخر في بئر:"بينتك أو يمينه" [٢]. وفي رواية مفسرة لها:" شاهداك أو يمينه" [٣].

٢- ولأن توسيع معنى البينة يفتح بابا لقضاة السوء أن يحكموا بأمارات ضعيفة، فنفتح باب شر وظلم، وقد جاءت الشريعة بسد الذرائع [٤].

القول الثاني: أن البينات غير محصورة، وأنها تطلق على كل ما يبين الحق، وهو قول الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وابن فرحون وصديق حسن خان – رحمهم الله – [٥]. قال الإمام ابن تيمية – رحمه الله –:"والبينة التي هي الحجة الشرعية تارة...، وتارة تكون الحجة غير ذلك [٦]. وقال – رحمه الله –:" والبينة عندهم اسم لما يبين الحق، وبينهم نزاع في تفاريع ذلك،...[٧]. وقال ابن القيم – رحمه الله –: والبينة كل ما يبين له صدق أحدهما – يعني

(١) رواه البخاري (الفتح ٤٤٩/٨).

(٢) رواه البخاري (الفتح ٢١٣/٨) ومسلم (نووي ١٢٣/١).

(٣) رواه البخاري (الفتح ٢٨٠/٥) ومسلم (نووي ١٢٣/١).

(٤) وسائل الإثبات للزحيلي ١/ ٦٠٨.

(٥) مجموع الفتاوى ٣٩٢/٣٥. الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٧. تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٠٢/١. ظفر اللاظي لصديق حسن خان ص ٩٦.

(٦) مجموع الفتاوى ٣٩٤/٣٥. الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٠٢/١.

(٧) مجموع الفتاوى ٣٩٢/٣٥.

الخصمين- من إقرار أو شهادة...، أو القرائن الظاهرة عند الجمهور كمالك وأحمد وأبي حنيفة كتنازع الرجل وامرأته في ثيابهما [١].

ومستند أصحاب هذا القول:

١- المدلول اللغوي للبينة فهي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره[٢]، وعليه فالبينة مرادف للإثبات عند أهل القانون[٣].

٢- أن البينة في القرآن هي الحجة والبرهان، ومن الأمثلة على ذلك:

أ- قوله تعالى:" قل إني على بينة من ربي..." (الأنعام:٥٧).

ب- قوله تعالى:" أولم تأتهم بينة ما في الصحف الأولى..." (طه:١٣٣).

وأورد عليهم بأن هذا استدلال في غير موضع النزاع إذ النزاع في البينة القضائية لا البينة اللغوية. ويجاب عنه بأنه لم يصرف المعنى اللغوي للبينة إلى معنى شرعي كالصلاة والصوم ونحوها، بل الدلائل على أن المعنى اللغوي باق على ما هو عليه.

٣- كما استدلوا بقضاء النبي - ﷺ - وأقضية أصحابه – رضي الله عنهم - بغير الشهود في حوادث كثيرة.

٤- وقد روى جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - قال: أردت السفر إلى خيبر، فأتيت النبي - ﷺ - فقلت له: إني أريد الخروج إلى خيبر، فقال: إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا، فإذا طلب منك آية، فضع يدك على ترقوته"[٤].

٥- كما استدلوا بالمقصود الشرعي للقضاء ألا وهو إحقاق الحق وإقامة العدل، قال ابن القيم - رحمه الله -:" فإذا ظهرت أمارات العدل فثم شرع الله، والله سبحانه أعلم وأحكم،

---

(١) الفواكه العديدة لابن منقور ١٩٢/٢.

(٢)الطرق الحكمية ص ١٦.

(٣) وسائل الإثبات للزحيلي ١/ ٢٦٠.

(٤) رواه أبو داود ٣٦٣٢ ومن طريقه البيهقي في الكبرى٨٠/٦ (١١٢١٤)، ورواه الدارقطني في سننه ١٥٤/٤، وهو ضعيف لأن ابن إسحاق مشهور بالتدليس وقد عنعن. وضعفه المنذري كما في عون المعبود ٤٤/١٠ وابن القطان كما في نصب الراية ٩٤/٤، والألباني في ضعيف الجامع(٢٨٨).

وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمارة فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها"[1].

ويرى الباحث أن القول بعدم حصر البينات هو الراجح، لقوة أدلته وسلامتها من الاعتراضات المؤثرة.

المسألة الرابعة: أهم وسائل إثبات التركزات والجرائم الاحتكارية

بعد أن تقرر أن إثبات الاندماج واستغلال الوضع المهيمن بما يرتب المسؤولية المدنية جائز بكل طرق الإثبات، سيتم عرض أهم وسائل الإثبات المتصورة، وهي:

الوسيلة الأولى: إقرار المنشأة أو من يمثلها بسلوك وسيلة تركزية غير نظامية أو ارتكاب جريمة احتكارية.

الوسيلة الثانية: الاستدلال بالقرائن لإثبات التركز أو الجرائم الاحتكارية

الوسيلة الثالثة: إمكانية إثبات التركز الاقتصادي والجرائم الاحتكارية عبر الشهود

وبيانها فيما يأتي.

الوسيلة الأولى: إقرار المنشأة أو من يمثلها بسلوك وسيلة تركزية غير نظامية أو ارتكاب جريمة احتكارية

يعد الإقرار سيد الأدلة كما قيل، ولذا يحرص المحقق على الحصول على إقرار بالمخالفة قبل أن يبحث عن أي أدلة أخرى، وفي هذا المبحث سيتم التطرق للآتي:

أولا: مفهوم الإقرار

ثانياً: حجّيّة الإقرار

ثالثاً: شروط صحة الإقرار بالجريمة الاحتكارية أو الوصول للتركز بطريقة غير نظامية

رابعاً: حكم الرجوع عن الإقرار

خامساً: أنواع الإقرار

سادساً: حجية الإقرار الكتابي

(١) الطرق الحكمية ص ١٢.

سابعاً: أنواع الإقرار الكتابي

ثامناً: مقارنة الأخذ بالإثباتات الكتابية في القانون الوضعي بما جاءت به الشريعة الإسلامية

تاسعاً: إثبات التركز الاقتصادي عبر الإقرارات الشفهية أو الكتابية

أولا: مفهوم الإقرار

الإقرار لغةً هو الاعتراف. يقال: أقرّ بالحقّ، إذا اعترف به، وقرّره غيره بالحقّ حتّى أقرّ به[١].

ويعرف الإقرار في الاصطلاح الفقهي بأنه إخبار الإنسان بحق عليه لآخر أو بارتكابه ما يوجد الحد أو التعزير [٢]. ويمكن أن يكون الإقرار باللّفظ أو ما يقوم مقامه، كالإشارة والكتابة والسّكوت بقرينة.

ويفارق الإقرار في القوانين الإقرار في الفقه الإسلامي فيما يأتي:

١. يعد الإقرار في القوانين اللاتينية سيد الأدلة، ويلزم القاضي أن يحكم بموجبه[٣]، وأما في الفقه الإسلامي، فإن الإقرار بينة قوية، إلا أن القاضي إذا رأى ما يشكك في صدق المقر فإن له أن يرد إقراره، ويبين سبب الرد.

٢. كما أن الإقرار غير القضائي ليس حجة إلا بالشهادة، والشهادة لها قيود في القانون، وتخضع لاجتهاد القاضي، وأما في الفقه الإسلامي، فإن الإقرار غير القضائي إذا ثبت بالشهادة الشرعية فإن القاضي ملزم بقبولها[٤].

وفي القانون التجاري، فيلحظ أنهم إذا تحدثوا عن الإقرار فإن المقصود السند الكتابي الذي يتضمن إقراراً بحق[٥].

---

(١)القاموس المحيط رسم: "قرر".

(٢) مجلة الأحكام العدلية (١٥٧٢)، وسائل الإثبات / ٢٣٣-٢٣٥، وقد أضيف للتعريف الجزء الخاص بالإقرار بالجرائم والجنايات.

(٣) وسائل الإثبات للزحيلي ٢٥٢/١، عن قانون الإثبات السوري م٩٩-١٠٢، وقانون الإثبات المصري م ١٠٤.

(٤)وسائل الإثبات للزحيلي ٢٦٦/١.

(٥) ينظر القانون التجاري المصري الصادر سنة ١٩٩٩م، المواد: ٢٢٥، ٢٧٠، ٥٣١.

ثانياً: حجّيّة الإقرار

الإقرار حجّة ثابتة بالكتاب والسّنّة والإجماع والمعقول ويدل على ذلك:

١- من الكتاب قوله تعالى: "وإذ أخذ الله ميثاق النّبيّين لما آتيتكم من كتاب وحكمة ثمّ جاءكم رسول مصدّق لما معكم لتؤمننّ به ولتنصرنّه قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا قال فاشهدوا وأنا معكم من الشّاهدين"(آل عمران: ٨١)

٢- وقوله تعالى " يا أيّها الّذين آمنوا كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم "(النساء: ١٣٥)، إذ الشّهادة على النّفس إقرار عليها بالحقّ.

٣- وقوله تعالى:" وليملل الذي عليه الحق" (البقرة: ٢٨٢) وإملاؤه إقرار بالحق.

٤- ومن السّنّة: أنّ النّبيّ - ﷺ - أقام الحدّ على ماعز والغامديّة بعد إقرارهما بالزّنا [١].

٥- وحديث:" واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها"[٢].

٦- وقد أجمعت الأمّة من عهد النّبيّ - ﷺ - إلى الآن على أنّ الإقرار حجّة على المقرّ، يؤخذ به، ويعامل بمقتضاه [٣].

٧- ودليله من المعقول؛ انتفاء التّهمة، فإنّ العاقل لا يقرّ على نفسه كذباً.

والإقرار أكمل الحجج والبينات وأشدها في الإظهار وأقربها إلى الحقيقة [٤]، إلا أنه إذا احتفَّت القرائن بكون الإقرار صدر عن طريق الاضطرار، فيمكن للقاضي أن يقبل الرجوع عنه بشرط وجود قرائن قوية تدل على أن الإقرار غير صحيح، فقد نُقل عن القاضي علاء الدين المروزي الحنفي - رحمه الله - أنه قال:" يقع عندنا كثيرا أن الرجل يقر على نفسه بمال في صك، ويشهد عليه، ثم يدعي أن بعض هذا المال قرض وبعضه ربا عليه، ونحن نفتي: إن أقام على ذلك بينة تقبل وإن كان تناقضا، لأنا نعلم أنه مضطر إلى هذا الإقرار "[٥].

---

(١)رواه مسلم ١١/١٩٥، ٢٠١ (شرح النووي).

(٢) رواه البخاري ٨/٢٠٧ ومسلم ١١/٢٠٥ (شرح النووي).

(٣) مراتب الإجماع لابن حزم ص ٩٤.

(٤) وسائل الإثبات للزحيلي ١/٢٥٥.

(٥) نظرية الدعوى لمحمد نعيم ياسين ص ٤١٥ عن الرسائل الزينية في فقه الحنفية لابن نجيم ق ٨١ أ.

ثالثاً: شروط صحة الإقرار بالجريمة الاحتكارية أو الوصول للتركز بطريقة غير نظامية

يشترط لصحة الإقرار بالجريمة الاحتكارية أو الوصول غير النظامي للتركز عدة شروط هي:

١. أن يكون المقِرّ معلوما، فلا يصح أن يقول شخصان: نقر بأن إحدى منشآتنا مارست جريمة احتكارية معينة، فلا بد من التحديد.

٢. أن يكون المقر مكلفا، فلا يصح إقرار الصغير ومن زال عقله لجنون أو خرف.

٣. فهم المقرّ لما أقر به، فلو أقر أعجمي بالعربية، أو لقن عربي عامي كلمات عربية لا يعرف معناها، فإن إقراره غير صحيح، بخلاف ما إذا كان مثله يعرف معناها فلا يقبل منه فيما لا يخفى على مثله معناه.

٤. الاختيار، فلا يصح إقرار المكره.

٥. ألا يكون الإقرار واقعا على محال.

٦. أن يكون الإقرار بصيغة الجزم واليقين، فلا يصح أن يقول: أظن أن منشأتي التجارية مارست الإغراق في السوق [(١)].

رابعاً: حكم الرجوع عن الإقرار

من المقرر فقها أن من أقرّ بحقٍّ من حقوق العباد أو بحقٍّ لله تعالى لا يسقط بالشّبهة – كالقصاص وحدّ القذف وكالزّكاة والكفّارات – ثمّ رجع في إقراره فإنّه لا يقبل رجوعه عنها من غير خلافٍ، لأنّه حقّ ثبت لغيره فلم يملك إسقاطه بغير رضاه، لأنّ حقّ العبد بعد ما ثبت لا يحتمل السّقوط بالرّجوع، ولأنّ حقوق العباد مبنيّة على المشاحّة، وما دام قد ثبت له فلا يمكن إسقاطه بغير رضاه [(٢)]. وعليه؛ فلو أقر مسؤول في منشأة أن منشأته خالفت نظام المنافسة ثم تراجع عن إقراره فإنه لا يقبل منه في الأصل.

خامساً: أنواع الإقرار

الإقرار بالجرائم الاحتكارية والوصول للمراكز المهيمنة بطرق غير نظامية ينقسم قسمين هما:

---

(١) ينظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي للشيخ عبدالله ال خنين ٥٤٨/١.

(٢) نهاية المحتاج ٤ / ٤١٠ – ٤١١، وتنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٧٣/٦.

١. الإقرار القضائي وهو ما يحصل أمام ناظر الدعوى، أثناء السير فيها، متعلقاً بالواقعة المقر بها.

٢. الإقرار غير القضائي هو ما اختلت فيه قيود الإقرار القضائي، كما إذا لم يكن الإقرار أمام ناظر الدعوى، أو لم يكن متعلقا بالواقعة المقر بها. ويحتاج هذا النوع إلى إثبات بالبينة الشرعية[١].

سادساً: حجية الإقرار الكتابي

اختلف أهل العلم في القضاء بالإقرار الكتابي على أقوال:

الأول: قول جمهور متقدمي الحنفية أنه لا اعتبار بالكتابة لتشابه الخطوط وخشية التزوير. كما أن الكتابة قد تكون للعبث والتسلية وتجربة الخط، وعند تطرق الاحتمال يبطل الاستدلال[٢]. واستدلوا بقوله – ﷺ – في قضيّة الحضرميّ والكنديّ: " شاهداك أو يمينه، ليس لك منه إلاّ ذاك " [٣]. وأجيب بأن المقصود بالحديث: بينتك كما في بعض الروايات [٤]، وعبر بالشهادة باعتبار الأغلب عند العرب، لقلة الكتابة فيهم وغلبة الأمية عليهم.

الثاني: قول الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية أنه يؤخذ بالإقرار الكتابي بشرط الإشهاد عليه [٥]. وعللوا شرطهم بأن الإشهاد يبعد شبهة تشابه الخطوط والتزوير والعبث.

الثالث: قول المالكية ورواية عند الحنابلة رجحها الإمام ابن تيمية [٦] أن الإقرار الكتابي حجة بكل حال. وحجتهم:

١- قوله تعالى:" إنه من سليمان وإنه بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ.."(النمل:٢٩-٣٠). وكانت هذه الرسالة حجة عملت بلقيس بما فيها مما يدل على أنها معتبرة.

(١) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ٥٤٤/١.

(٢)الأشباه والنظائر لابن نجيم /٣٤١.

(٣) رواه مسلم (شرح النووي ١٥٤/٢).

(٤) فتح الباري ٢٨٣/٥.

(٥)الأشباه والنظائر لابن نجيم /٣٤١.

(٦) توثيق الديون في الفقه الإسلامي/٣٣١، مجموع الفتاوى ٣٢٦/٣١.

٢- قوله تعالى:"كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين..." (البقرة:١٨٠)، والوصية تثبت بالقول والكتابة كما في حديث ابن عمر مرفوعا:" ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده" [١].

٣- قوله سبحانه:" يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه..." ثم قال:" وليملل الذي عليه الحق.." (البقرة:٢٨٢). ووجه الدلالة أن الإملاء إنما هو إقرار بالدين.

٤- ولسبب تشريع الكتابة والشهود قصة تؤكد أن الكتابة من البينات المعتبرة، فقد روى أبو هريرة - ﷺ -عن رسول الله - ﷺ - حديثا وفيه:" أن الله أرى آدم ذريته فقال تعالى:" هؤلاء ذريتك، فإذا كل إنسان مكتوب عمره بين عينيه، فإذا فيهم رجل أضوؤهم أو من أضوئهم، قال: يا رب من هذا؟ قال: هذا ابنك داوود، وقد كتب له عمر أربعين سنة. قال: يا رب زد في عمره، قال: ذاك الذي كتبت له، قال: أي رب فإني قد جعلت له من عمري ستين سنة، قال: أنت وذاك، ثم أسكن الجنة ما شاء الله، ثم أهبط منها، فكان آدم يعد لنفسه، فأتاه ملك الموت، فقال له آدم: قد تعجلت، قد كتب لي ألف سنة، قال بلى، ولكنك جعلت لابنك داوود ستين سنة، فجحد فجحدت ذريته، ونسي فنسيت ذريته، فمن يومئذ أمر بالكتاب والشهود" [٢].

٥- أن النبي - ﷺ - استعمل الكتابة في مواضع كثيرة فمنها:

أ. حديث:" اكتبوا لأبي شاه" [٣]،

ب. وفي قصة الهجرة أن سراقة سأل رسول الله - ﷺ - أن يكتب له كتاب أمن فأمر عامر بن فهيرة فكتب في رقعة من أديم" [٤]،

ج. وثبت أن النبي - ﷺ - اشترى من أحد أصحابه وكتب كتابا في ذلك، فعن العداء بن خالد - ﷺ -في قصة شرائه - ﷺ - منه وأنه كتب كتابا بذلك جاء فيه:" بسم

(١) رواه البخاري (٢٧٣٨) ومسلم (١٦٢٧) وغيرهما.

(٢) رواه الترمذي ٣٣١/٤ (٥٠٧٢) وقال: حسن صحيح والحاكم ٦٤/١ و ٣٢٥/٢ وصححه ووافقه الذهبي، وصححه الألباني في صحيح الجامع برقم ٥٢٠٩، والمشكاة برقم ٤٦٦٢.

(٣) رواه البخاري ٢٣٠٢، ٦٤٨٦ ومسلم ١٣٥٥.

(٤) رواه البخاري (الفتح ١١٧/٧).

الله الرحمن الرحيم، هذا ما اشترى العداء ابن خالد بن هوذة من مُحَمَّد رسول الله – ﷺ –، اشترى منه عبدا أو أمة على ألا داء ولا غائلة ولا خبثة، بيع المسلم للمسلم" [(١)].

د. وأمر بكتابة صلح الحديبية [(٢)]، فدل على أن الكتابة من البينات المعتبرة.

٦- أن الإقرار الكتابي كالإقرار اللفظي [(٣)] بجامع التعبير عن الإرادة في الكل.

ويرى الباحث أن الإقرار الكتابي حجة بكل حال لقوة أدلته وسلامتها من المعارضة، وقد صاغ علماء القواعد قاعدة فقهية في أن الكتاب كالخطاب، وصاغها بعضهم بأن الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان [(٤)]. قال الإمام ابن تيمية – رحمه الله –:" والعمل بالخط مذهب قوي، بل هو قول جمهور السلف" [(٥)].

سابعاً: أنواع الإقرار الكتابي

يمكن تقسيم الإقرار الكتابي إلى قسمين:

القسم الأول: ما كان الإقرار الكتابي في أوراق معدة للتوثيق عادة.

القسم الثاني: ما كان الإقرار الكتابي في أوراق غير معدة للتوثيق عادة.

وبيان القسمين فيما يأتي.

---

(١) رواه الترمذي ٣٤٤/٢ وابن ماجه ٧٥٦/٢ وعلقه البخاري ١٠/٣، بلفظ آخر (الفتح ٣١٠/٤) وحسنه الألباني في صحيح الجامع برقم ٢٨٢١.

(٢) رواه البخاري في صحيحه برقم ٢٧٣١ ومسلم برقم ١٧٨٣.

(٣) السياسة القضائية في عهد عمر ص ٦٤٦.

(٤)وسائل الإثبات للزحيلي ٣١٢/١، ٤٣١. ورجحه الدكتور الهليل في رسالته: توثيق الديون في الفقه الإسلامي٢٥١.

(٥)مختصر الفتاوى المصرية ص ٦٠١.

القسم الأول: ما كان الإقرار الكتابي في أوراق معدة للتوثيق عادة

إذا كان التوثيق الكتابي في أوراق معدة للتوثيق عادة مثل دفاتر التجار وصكوك العقود ونحوها، فإنها تختلف قوة وضعفاً بالنظر إلى حالها، وبيانها فيما يأتي.

أولا: دفاتر التجار، وهي هي التي يكتب فيها التجار عادة ما لهم وما عليهم من حقوق والتزامات، بواسطتهم أو بإذنهم(١). وقد قال المتأخرون من الحنفية باعتباره، وذلك استحسانا وقضاء بالعرف، وهو قول المالكية(٢)، وبه قال الإمام ابن تيمية-رحمه الله-(٣). وما في الدفتر من حقوق للآخرين يأخذ حكم الإقرار، أما ما للتاجر من حقوق على الآخرين، فهي دعوى تحتاج إلى بينة.

ويرى الباحث أن القول باعتبار ذلك على النحو المتقدم هو القول الصحيح الموافق لمقصد الشريعة من حفظ الحقوق ومنع ما يؤدي لضياعها.

وأما في القانون، فإن الدفاتر التجارية إذا كانت تتضمن حقا على التاجر نفسه صاحب الدفتر، فهي حجة إذا سلمت من التغيير والتزوير.

وقد قرر القانون التجاري المصري أنه يجوز قبول الدفاتر لتجارية للإثبات في الدعاوى المقامة من التجار أو المقامة عليه متى كانت متعلقة بأعماله التجارية، فتكون البيانات الواردة بالدفاتر حجة على صاحبها. ومع ذلك يجوز لمن يريد أن يستخلص من هذه الدفاتر المطابقة لأحكام القانون دليلا لنفسه أن يجزأ ما ورد به من بيانات(٤).

ثانياً: إذا كان الإقرار في اتفاقية أو في عقد، فإن للإقرار حالين:

الحال الأولى: أن يتضمن شهادة شاهدين فيدخل في الشهادة.

الحال الثانية: أن لا يتضمن إلا صيغة العقد وتوقيع المتعاقدين بإقرارهم(٥).

---

(١) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ٥٦/٢.

(٢) الفتاوى الهندية ١٦٧/٤، الأشباه والنظائر ص ٣٤١، فتح العلي المالك ٣١١/٢، وسائل الإثبات للزحيلي ٤٧٤/١.

(٣) مجموع فتاوى الإمام ٣٢٦/٣١.

(٤) القانون التجاري المصري الصادر سنة ١٩٩٩م، المادة ٧٠.

(٥)وسائل الإثبات للزحيلي ٤٧٩/١.

ويرى الباحث أن الإقرار الكتابي حجة بكل حال إن ثبت أنه صادر من المقر. ومثله في الحجية الرسائل والفواتير وسندات القبض والشيكات ونحوها مما يجري بين التجار وعملائهم[١].

وقد قرر القانون التجاري المصري أن على من يحمل صفة التاجر قانونا حفظ صور المراسلات والبرقيات وغيرها مدة خمس سنوات من تاريخ إرسالها أو تسلمها. ويجوز لهم الاحتفاظ للمدة المذكورة بالصور المصغرة ميكروفيلم، بدلا من الأصل ويكون لتلك الصور حجية الأصل في الإثبات إذا روعي في إعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد والضوابط المقررة[٢].

وأما في الفقه الإسلامي، فالصورة قرينة، وليست حجة، لإمكان التزوير فيها والتغيير، ولكن للقاضي أن ينظر فيها على أنها من القرائن، وقد تقوى بقرائن أخرى.

القسم الثاني: ما كان الإقرار الكتابي في أوراق غير معدة للتوثيق عادة

اختلف أهل العلم في اعتبار الإقرارات الكتابية في أوراق غير معدة للتوثيق عادة على قولين:

الأول: أنها حجة في الأصل، ومثال ذلك الوصية المتضمنة إقرارا بحق حجة عند الجمهور ولو لم يشهد عليها [٣]. ومستند قول الجمهور حديث ابن عمر مرفوعا:" ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده" [٤]، ووجه الدلالة أنه ﷺ لم يذكر الإشهاد مما يدل على أن الكتابة تغني عنه.

الثاني: أنها ليست بحجة ما لم يشهد عليها، وهو قول المالكية واشترطوا الإشهاد على الوصية [٥].

وينبني على ذلك مسائل:

---

(١)توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص ٣٤٩.

(٢) القانون التجاري المصري الصادر سنة ١٩٩٩م- م٢٦-٢.

(٣) مسائل الإمام أحمد لابن هانئ ٢/٥٠،٤٤، رسالة في العمل بالخطوط عند الحكام لابن مفلح الحنبلي- ضمن مجلة البحوث الإسلامية ٤٦/٣٠٩.

(٤)رواه البخاري (٢٧٣٨) ومسلم (١٦٢٧) وغيرهما.

(٥)وسائل الإثبات للزحيلي ١/٤٧٦.

المسألة الأولى: الاحتجاج بالرسائل الشخصية

ويرى الباحث أنها حجة إن ثبت صدورها من صاحبها لقاعدة: إعمال الكلام أولى من إهماله [١] ، وقاعدة: الكتاب كالخطاب [٢] .

المسألة الثانية: الاحتجاج بوسائل الرسائل الحديثة:

يرى الباحث أن الوسائل الحديثة تختلف من حيث القوة والضعف، نظرا لتطرق احتمال صدورها من غير من نسب الإقرار إليه، ففي حال البرقيات ورسائل التلكس؛ يرى الباحث أنها حجة بشرط التحقق من صدورها من صاحبها[٣]. وأما رسائل الجوال، والرسائل المرسلة عبر وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة فيرى الباحث أنها أضعف في الإثبات لإمكان صدورها من غير صاحب الجهاز.

وأما رسائل البريد الإلكتروني فإن لها حالين:

أ. إن كان للجهاز الذي صدرت منه رقم سري، فإن الرسالة التي صدرت منه تكون معتمدة في الأصل، وعلى مدعي خلاف ذلك البينة.

ب. إن لم يكن للجهاز الذي صدرت منه رقم سري، فلا اعتبار بالرسائل التي صدرت لاحتمال استعماله من شخص آخر.

المسألة الثالثة: التحقق من صحة وسائل الإثبات الكتابية عند الإنكار

إثبات الوثائق الكتابية عند إنكار المدعى عليه يكون بأمور:

١- بالإشهاد على الكتابة.

٢- بتحقق الخط ومضاهاته، ويكون إما بالتطبيق والمقابلة وإما بالاستكتاب ومن ثم عرضها على خبراء الخطوط للتحقق من تطابق الخطوط.

٣- فإن كان المستند مطبوعا وعليه توقيع المنكر فإنه يعمل بالتطبيق والمقابلة أو الاستكتاب ومن ثم عرضها على خبراء الخطوط للتحقق من تطابق التواقيع.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٤.

(٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص ٣٤٩

(٣)توثيق الديون في الفقه الإسلامي للهليل ص ٣٦٤ – ٣٦٨.

٤- فإن كان المستند مطبوعا وعليه بصمة المنكر، فإن التحقق أيسر من جميع ما ذكر إذ قد يصل إلى اليقين لتعذر تزوير البصمات.

٥- فإن كان المستند مطبوعا وعليه ختم المنكر فإنه يرجع إلى الخبراء لتطبيق الختم الحقيقي للمنكر والختم الذي على المستند، فإن ادعى أن الختم ختمه ولكنه ختم به بلا علمه، فإن القول قوله. مع الأخذ في الاعتبار أن تزوير الأختام سهل للغابة بل قد يكون أسهل من تزوير التوقيع والخط، فيحتاط في الأخذ به أكثر من غيره[١].

ثامناً: مقارنة الأخذ بالإثباتات الكتابية في القانون الوضعي بما جاءت به الشريعة الإسلامية

بالمقارنة بين موقف القانون والفقه الإسلامي من الأخذ بالإثباتات الكتابية نلحظ الآتي:

١. الإثباتات الكتابية أهم أدلة الإثبات في القوانين، وهي الأصل، والإثبات بها واجب في بعض العقود كالشركة والصلح، وما كان مبلغ العقد فيها كبيرا في العرف القانوني لكل بلد، وهي مرجحة عند التعارض، والقضاء بها واجب على القاضي، وليس له سلطة تقديرية في رد المستند الكتابي ما لم يطعن فيها الخصم بإنكار أو تزوير[٢].

٢. يشترط القانون في المستند العادي ليكون حجة قاطعة أن يكون مشتملا على التوقيع، وأما في الفقه الإسلامي، فيكفي ثبوت صدور المستند من صاحبه، ولو خلا من التوقيع[٣].

٣. ورد النص على توسيع الإثبات بالورقة العرفية فتكون الأوراق العرفية في المواد التجارية حجة على الغير في تاريخها ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتا، ما لم يشترط القانون ثبوت التاريخ. ويعتبر التاريخ صحيحا حتى يثبت العكس[٤].

---

(١)المرجع السابق ٣٥٣ - ٣٦٢

(٢) وسائل الإثبات ٤٨٤/٢.

(٣) وسائل الإثبات ٤٨٢/٢.

(٤) القانون التجاري المصري الصادر سنة ١٩٩٩م - م ٦٩.

٤. كما يلحظ أن الإثباتات الكتابية في القانون مقسمة أكثر، ووضع لها الشراح شروطا واعتنوا بها عناية بالغة، وأما فقهاء الإسلام فقاعدتهم هي أن كل كتابة ثبتت أنها صادرة من شخص فهي حجة عليه، بغض النظر عن نوعها.

تاسعاً: إثبات التركز الاقتصادي عبر الإقرارات الشفهية أو الكتابية

يمكن إثبات التركز الحاصل بالاندماج المخل بالمنافسة من خلال التصريح الشفهي أو من خلال التقرير السنوي للشركة المندمجة أو المستحوذة أو من خلال الخطاب الموجه من مشتري الأسهم للشركة البائعة لأن بعض قوانين تداول الأسهم تلزم المشتري لأسهم شركة تزيد عن ٥% بأن يعلمها بخطاب يفصح عن نيته السيطرة عليها [١].

الوسيلة الثانية: الاستدلال بالقرائن لإثبات التركز أو الجرائم الاحتكارية

يعد الاستدلال بالقرائن من البينات التي قد يضطر إليها القاضي عند عدم توافر أدلة أخرى، والقرائن حجة عند عدد من فقهاء المسلمين، وهو توجه كثير من القوانين، وفي هذا الموضع من البحث سيتم التطرق للآتي:

أولاً: مفهوم القرينة في اللغة والاصطلاح

ثانياً: أقسام القرائن

ثالثاً: حكم اعتبار القرائن حجة عند القاضي

رابعاً: إثبات المسؤولية المدنية بالقرائن عن الاندماج المخل بالنظام والجرائم الاحتكارية

أولاً: مفهوم القرينة في اللغة والاصطلاح

القرينة لغةً: مأخوذة من المصاحبة [٢]، ويراد بها العلامة.

وأما في الفقه الإسلامي، فعرفت القرينة بأنها الأمارة البالغة حد اليقين [٣]. وهذا يعنى به القرينة اليقينية، والتعريف الأشمل للقرينة أنها تشمل كل أمارة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه[٤].

---

(١) ينظر بعض التطبيقات القضائية في بحث مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٣٦.

(٢)لسان العرب والصحاح ٢١٨١/٦ مادة قرن.

(٣)مجلة الأحكام العدلية م (١٧٤١).

(٤)تعارض البينات للشنقيطي ص ١٤٢، المدخل الفقهي العام للزرقا ٩١٨/٢.

ثانياً: أقسام القرائن

يمكن تقسيم القرائن إلى الآتي:

١- قرائن قطعية، وهي حجة بلا خلاف. ففي الأشباه والنظائر:"الحجة بينة عادلة أو إقرار أو نكول عن يمين أو يمين أو قسامة أو علم القاضي بعد توليته أو قرينة قاطعة" [١]. والقرينة القاطعة أحد أسباب الحكم[٢].

٢- قرائن ظنية، وهي التي فيها الخلاف. كالاختلاف في أثاث البيت بين المرأة والرجل، فهل يحكم بما يصلح للرجل له، وما يصلح للمرأة لها أم لا.

٣- قرائن متوهمة، كوجود الدم على قميص يوسف – عليه السلام –، فإنه قرينة على صدق دعوى إخوته، لكن عدم تمزيقه قرينة أخرى أقوى منها تدل على كذب الدعوى، والقرائن المتوهمة مردودة ولا اعتبار لها.

إلا أن الجهة القضائية قد يختلف نظرها في القرينة، وخصوصا القسم الثاني والقسم الثالث.

ثالثاً: حكم اعتبار القرائن حجة عند القاضي

لا خلاف بين جمهور فقهاء المذاهب في بناء الحكم على القرينة القاطعة ويختلفون في التفاصيل والجزئيات[٣]، وأما القرائن القوية فالذي عليه المحققون من أهل العلم أنها حجة، وقد نصر هذا القول جماعة من المحققين والأئمة فعند ذكر القرافي[٤] – رحمه الله – لحجج القضاء والتي أوصلها إلى سبع عشرة حجة، ذكر منها القافة وشواهد الأحوال[٥]. وهي الأمارات والقرائن. وعند كلام صاحب الإنصاف عن مسألة تنازع ذي اليد مع غيره قال:" وقال في

---

(١)الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٤٧.

(٢)مجلة الأحكام العدلية – مادة ١٧٤٠.

(٣) تنظر جملة من أقوال الفقهاء في كتاب: الإسلام عقيدة وشريعة لمحمود شلتوت ص ٤٦٩، ووسائل الإثبات للزحيلي ٥٠٠/١.

(٤) هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي: من علماء المالكية نسبته إلى قبيلة صنهاجة (من برابرة المغرب) وإلى القرافة محلة بالقاهرة. وهو مصري المولد والمنشأ وتوفي بها سنة ٦٨٤هـ. له مصنفات جليلة في الفقه والأصول، منها (أنوار البروق في أنواء الفروق) ، و(الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام) و(الذخيرة) في فقه المالكية، و(شرح تنقيح الفصول) في الأصول ومختصره. الأعلام ٩٤/١.

(٥) تهذيب الفروق ٢٤٨/٢.

التمهيد: يده بينة..." [1]. مع أن اليد قرينة ومع ذلك عدها – رحمه الله — من البينات. بل نجد الإمام ابن تيمية – رحمه الله — يؤكد أن البينة عند جمهور العلماء اسم لما يبين الحق، فتارة تكون لوثا مع أيمان القسامة، وتارة يكون شاهدا ويمينا، وتارة تكون دلائل غير الشهود كالصفة للقطة[2]. وممن نصر إفراد الأمارات بكونها حجة معتبرة شرعا الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم — رحمهم الله – وكثير من المحققين والباحثين المعاصرين[3].

والاحتجاج بالأمارات والقرائن مستند إلى أدلة قوية من الكتاب والسّنّة وعمل الصّحابة:

١- فأمّا الكتاب، فقوله تعالى:" وجاؤوا على قميصه بدم كذب " (يوسف:١٨) فقد روي أنّ إخوة يوسف لما أتوا بقميصه إلى أبيهم تأمّله، فلم ير خرقاً ولا أثر ناب، فاستدلّ به على كذبهم فكان موقفه أن:"قال بل سولت لكم أنفسكم أمرا.." (يوسف:١٨)، فحكم بكذبهم لقرينة عدم تمزق القميص.

٢- وقوله تعالى:" وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين، وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن..." (يوسف:٢٦-٢٨). فاستدل الحاكم بتمزق القميص من الخلف على أنه كان هاربا وأن دعواها كاذبة، ولم يرد شرعنا بإنكار مثل هذا الحكم [4]. قال ابن القيم – رحمه الله –: فتوصل بقد القميص إلى معرفة الصادق منهما من الكاذب. وهذا لوث في أحد المتنازعين، يبين به أولاهما بالحق. وقد ذكر الله سبحانه اللوث في دعوى المال في قصة شهادة أهل الذمة على المسلمين في الوصية في السفر، وأمر بالحكم بموجبه. وحكم النبي – ﷺ – بموجب اللوث في القسامة، وجوز للمدعين أن يحلفوا خمسين يمينا، ويستحقون دم

(١) الإنصاف مع الشرح ١٢٣/٢٩.

(٢) مجموع الفتاوى ٣٩٢/٣٥.

(٣) الفواكه العديدة لابن منقور – رحمه الله – ١٩٢/٢. تبصرة الحكام لابن فرحون – رحمه الله – ٢٠٢/١. ظفر اللاظي لصديق حسن خان – رحمه الله – ص ٩٦. وسائل الإثبات للزحيلي ٢٦/١ تعارض البينات للشنقيطي ص ٣٧.

(٤) أضواء البيان للشنقيطي ٦٩/٣.

القتيل [١]، فهذا لوث في الدماء، والذي في سورة المائدة لوث في الأموال، والذي في سورة يوسف لوث في الدعوى في العرض ونحوه [٢].

٣- وفي قول سليمان نبي الله – عليه السلام – للمرأتين اللتين ادعتا الولد. فحكم به داود –عليه السلام – للكبرى فقال سليمان " ائتوني بالسكين أشقه بينكما " فسمحت الكبرى بذلك فقالت الصغرى: " لا تفعل يرحمك الله، هو ابنها " فقضى به للصغرى [٣]، قال ابن القيم – رحمه الله –:" فاستدل برضا الكبرى بذلك، وأنها قصدت الاسترواح إلى التأسي بمساواة الصغرى في فقد ولدها، وبشفقة الصغرى عليه، وامتناعها من الرضا بذلك؛ على أنها هي أمه...[٤]. ويؤكد الإمام النووي – رحمه الله – هذا المعنى وأنه لم يكن مراده – عليه السلام – أن يقطعه حقيقة وإنما أراد اختبار شفقتهما لتتميز له الأم، فلما تميزت عرفها"[٥].

٤- وأمّا السّنّة فما وقع في غزوة بدر لابني عفراء، لمّا تداعيا قتل أبي جهل. فقال لهما رسول الله ﷺ هل مسحتما سيفيكما ؟ فقالا: لا. فقال: أرياني سيفيكما فلمّا نظر إليهما قال: هذا قتله وقضى له بسلبه"[٦]. فاعتمد ﷺ على الأثر في السّيف.

٥- ومن ذلك أن النبي ﷺ أمر الملتقط أن يدفع اللقطة إلى واصفها، وأمره أن يعرف عفاصها ووعاءها ووكاءها" [٧]. فجعل وصفه لها قائما مقام البينة، بل ربما يكون وصفه لها أظهر وأصدق من البينة.

٦- ومن ذلك: أن النبي ﷺ قاتل أهل خيبر حتى ألجأهم إلى قصرهم، فغلب على الأرض والزرع والنخل، فصالحوه على أن يجلو منها ولهم ما حملت ركابهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم الصفراء والبيضاء ويخرجون منها. واشترط عليهم أن لا يكتموا ولا يغيبوا شيئا، فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد. فغيبوا مسكا فيه مال وحلي لحيي بن أخطب كان احتمله معه إلى

---

(١) رواه البخاري برقم ٦٠٠٠، ومسلم برقم ١٦٦٩.

(٢)الطرق الحكمية ص ١١.

(٣)رواه النسائي ٢٣٥/٨.

(٤)الطرق الحكمية ص ١٠-١١.

(٥)شرح النووي على مسلم ١٨/١٢.

(٦)رواه البخاري (فتح الباري ٢٤٦/٥) ومسلم (شرح النووي ٢١/١٢-٢٥).

(٧)رواه البخاري (فتح الباري ٤٦/٥) ومسلم برقم ١٣٤٥.

خيبر حين أجليت النضير، فقال رسول الله ﷺ لعم حيي:" ما فعل مسك حيي الذي جاء به من النضير"؟ فقال: أذهبته النفقات والحروب، فقال: العهد قريب والمال أكثر من ذلك، فدفعه رسول الله ﷺ إلى الزبير، فمسه بعذاب، وقد كان حيي قبل ذلك دخل خربة، فقال: قد رأيت حييا يطوف في خربة ههنا، فذهبوا وطافوا فوجدوا المسك في الخربة، فقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم ابني حقيق [(١)]. ووجه الدلالة أن النبي – ﷺ — استدل بقرينة كثرة المال وقلة الزمن على أنه لم ينفد.

٧- وقد روى جابر بن عبد الله – رضي الله عنه – قال: أردت السفر إلى خيبر، فأتيت النبي ﷺ فقلت له: إني أريد الخروج إلى خيبر، فقال: إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا، فإذا طلب منك آية، فضع يدك على ترقوته" [(٢)].

٨- ومن ذلك: ما جاء في حديث أبي رافع قال سمعت عليا رضي الله عنه يقول: بعثني رسول الله ﷺ أنا والزبير والمقداد بن الأسود، فقال: انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ فإن بها ظعينة ومعها كتاب فخذوه منها فانطلقنا تعادى بنا خيلنا حتى انتهينا إلى الروضة فإذا نحن بالظعينة فقلنا أخرجي الكتاب فقالت ما معي من كتاب فقلنا لتخرجن الكتاب أو لنلقين الثياب فأخرجته من عقاصها [(٣)].

٩- أن الصحابة قضوا بالقرائن في كثير من الوقائع القضائية، وقد ساق ابن القيّم – رحمه الله – كثيراً من الوقائع الّتي قضى فيها الصّحابة رضي الله عنهم بناءً على القرائن [(٤)] .

١٠- كما استدلوا بالمقصود الشرعي للقضاء ألا وهو إحقاق الحق وإقامة العدل، قال ابن القيم – رحمه الله –:" فإذا ظهرت أمارات العدل فثم شرع الله والله سبحانه أعلم وأحكم، وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمارة. فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها" [(٥)].

---

(١)رواه البيهقي في الكبرى ١٣٧/٩ برقم (١٨١٦٨).

(٢) تقدم تخريجه في ص ٣٨٥.

(٣) رواه البخاري برقم (٢٨٤٥) ومسلم برقم (٢٤٩٤).

(٤) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٠.

(٥)الطرق الحكمية ص ١٨.

وليعلم أن القرائن إنما يصار إليها عند انعدام جميع وسائل الإثبات الأخرى أو تعارضها فالقضاء بها للضرورة [١].

(١)السياسة القضائية في عهد عمر ص ٧٣١.

رابعاً: إثبات المسؤولية المدنية بالقرائن عن الاندماج المخل بالنظام والجرائم الاحتكارية

تقدم أن أنظمة المنافسة تعتمد كافة وسائل الإثبات لإثبات التركزات المخلة بالنظام، والتصرفات المخالفة للنظام، ونجد في التطبيقات القضائية بعض الأمثلة على ذلك. فقد استدل القضاء الأمريكي في قضية هاماليتون واتش، على قرينة شراء الشركة المدعى عليها لأسهم الشركة المسيطر عليها لمدة ستة أشهر، ثم إن الشركة المشترية رشحت رئيس إدارتها ليكون رئيسا لمجلس إدارة الشركة المسيطر عليها [١].

وقرر مجلس المنافسة التونسي أهمية القرائن لإثبات التركز الاقتصادي غير النظامي أو الجرائم الاحتكارية، ونص قراره:" وحيث إن طبيعة تلك الممارسات التي تعتمد بالضرورة على الكتمان والمراكنة تجعل إقامة الحجة عليها أمرا عسيرا، ولا يمكن التوصل إلى إثباتها في أغلب الحالات إلا باللجوء إلى القرائن التي يبرزها التحقيق، حتى وإن لم تشكل كل واحدة منها إذا ما أخذت لوحدها بمعزل عن البقية دليلا قاطعا على وجود عملية التفاهم" [٢].

الوسيلة الثالثة: إمكانية إثبات التركز الاقتصادي والجرائم الاحتكارية عبر الشهود

تعد الشهادة أقوى البينات عند أكثر الفقهاء، إلا أن اعتبارها بينة في الأعمال التجارية محدود، ولذا يحسن بحث أحكام الاستناد إلى الشهادة لإثبات المخالفات التركزية، والجرائم الاحتكارية، عبر المسائل الآتية:

أولاً: مفهوم الشهادة في اللغة والاصطلاح

ثانياً: حكم الشهادة القضائية

ثالثاً: مكانة الإثبات بالشهود في الفقه الإسلامي ومقارنته بالقانون

(١) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٣٨.

(٢) قرار مجلس المنافسة ذي الرقم ٤١٥٥ في ١٦ ديسمبر ٢٠٠٤م، التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٣٣.

أولاً: مفهوم الشهادة في اللغة والاصطلاح

تطلق الشّهادة في اللّغة على أمور أهمها [١]:

١- المعاينة من المشاهدة والمعاينة.

٢- وتطلق على الحضور كقوله تعالى:" وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود"(البروج:٧).

٣- وتطلق على العلم كقوله تعالى:" شهد الله أنه لا إله إلا هو" (آل عمران:١٨).

٤- وتطلق على الحلف، كقوله سبحانه:" ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله..." (النور:٨).

٥- وتطلق على الخبر القاطع.

وأما في الاصطلاح الفقهي، فقد اختلف علماء المذاهب في تعريفها على أقوال:

ففي بدائع الصنائع عرفت الشهادة بأنها الإخبار عن كون ما في يد غيره لغيره[٢]. ويعاب على هذا التعريف أنه غير جامع فلا يدخل فيه شهادة الشهود بدخول شهر رمضان مثلا.

ونقل في مواهب الجليل أن الشهادة:" قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه والحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه" [٣]. ويعاب على هذا التعريف طوله وتعقيده.

وأما الشافعية فقد عرّف صاحب نهاية المحتاج الشهادة بأنها: "إخبار عن شيء بلفظ خاص"[٤]. وعرِّفت الشهادة في كشاف القناع بأنها "الإخبار بما علمه بلفظ خاص" [٥]. ويعاب على هذين التعريفين للشافعية والحنابلة اشتراط أن تكون بلفظ خاص، وهي مسألة الخلاف فيها مشهور، ويرى الباحث أنه لا يشترط لها لفظ معين عند الاضطرار كما في الشهادة على الشهادة والشهادة المكتوبة من غائب أو ميت أو ناس عند من يقول بها، أما في مجلس الحكم فالمتعين إلزام الشهود بلفظ الشهادة خروجا من الخلاف.

---

(١)إيضاح مختار الصحاح /٢٢٩.

(٢)بدائع الصنائع ٥/٣٩٨.

(٣)مواهب الجليل ٨/١٦١.

(٤)نهاية المحتاج ٨/٢٧٧.

(٥)كشاف القناع٦/٣٩٩.

ومما تقدم يتبين أن التعريف المختار هو أن الشهادة إخبار المكلف بما علمه عن غيره أو بأمر عام في مجلس الحكم.

ثانياً: حكم الشهادة القضائية

للشّهادة حالان:

١- حال تحمّل، وحال أداء. فأمّا التّحمّل، وهو أن يدعَى الشّخص ليشهد ويحفظ الشّهادة، فإنّ ذلك فرض كفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقين. فإن تعيّن بحيث لا يوجد غيره كان فرضاً عليه(١).

٢- وأمّا الأداء، وهو أن يدْعَى الشّخص ليشهد بما علمه، فإنّ ذلك واجب عليه، فإن كفاه غيره فلا يجب عليه ذلك لأنه فرض كفاية لقوله تعالى:" ولا يأب الشّهداء إذا ما دعوا" (البقرة:٢٨٢) وقوله تعالى:"ولا تكتموا الشّهادة ومن يكتمها فإنّه آثم قلبه" (البقرة:٢٨٣). كما أنه إذا كان على الشاهد ضرر فإنه لا يجب عليه ذلك لقوله تعالى:" ولا يضارَّ كاتب ولا شهيد" (البقرة:٢٨٢)(٢).

ثالثاً: مكانة الإثبات بالشهود في الفقه الإسلامي ومقارنته بالقانون

اتّفق الفقهاء جميعاً على أنّ الشّهادة من طرق القضاء، لقوله تعالى:" واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممّن ترضون من الشّهداء" (البقرة:٢٨٢) وقوله تعالى:" فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم.." (النساء:٦)، وفي الرجعة يقول سبحانه:" وأشهدوا ذوي عدل منكم.." (الطلاق:٢)، وقد أجمع فقهاء المسلمين على أنّها حجّة يبنى عليها الحكم(٣).

وأما الاحتجاج بالشهادة عند الشراح في القضايا المالية فيختلف عما هو موجود في الفقه الإسلامي من عدة وجوه:

---

(١)تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٠٥/١.

(٢) المرجع السابق ٢٠٦/١.

(٣)الإجماع لابن المنذر ص ٣٠ م (٢٦٢)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ٤٢٦/٤، المغني ٣/١٢.

الوجه الأول: أن الشهادة في القانون تأتي في مرتبة ثانية في الإثبات بعد الكتابة، وأما في الفقه الإسلامي فالشهادة هي الأصل[١].

الوجه الثاني: أن الشهادة في القانون غير ملزمة للقاضي أن يحكم بها، ولو صدرت من شهود تنطبق عليهم الشروط الشرعية، فهي كالقرينة تخضع لتقدير القاضي، فالشهادة غير ملزمة وغير قاطعة[٢]، وأما في الفقه الإسلامي فلا يجوز للقاضي رد الشهادة إلا لمسوغ شرعي[٣].

الوجه الثالث: أن الشهادة في القانون ليس لها ضابط، من جهة عدد الشهود وجنسهم وعدالتهم وأهليتهم، لأنه قرينة كما تقدم، وأما في الفقه الإسلامي فالشهادة لها شروط وقيود[٤].

الوجه الرابع: أن الشهادة في القانون محصورة في الوقائع المادية كالحريق والوفاة[٥]، والمواد التجارية لما تتطلبه من السرعة والثقة بين المتعاملين[٦]، والتصرفات القانونية ذات المبالغ اليسيرة[٧].

ويجيز القانون استثناء الإثبات بالشهادة في الأحوال الآتية[٨]:

١- أن توجد كتابة تثبت الحق، ولكنها ضعيفة، فتكمل بالشهادة.

٢- أن يتخلف المدعى عليه عن الحضور أو يمتنع عن الجواب، فيقوى جانب المدعي، ويحق له أن يثبت الحق بالشهادة.

٣- أن يوجد مانع من الكتابة، كالعلاقة بين الخادم وسيده.

٤- أن يفقد السند الكتابي، ويثبت ذلك.

٥- أن يتفق الطرفان على الإثبات بالشهادة.

---

(١) وسائل الإثبات للزحيلي ١/٢٣٠، قانون الإثبات السوري م ٥٦-٥٧، وقانون الإثبات المصري م ٦٢-٦٣.

(٢) الوسيط للسنهوري ٢/٣٢٤.

(٣) وسائل الإثبات للزحيلي ١/١٤٠، قانون الإثبات السوري م ٦٢.

(٤) المرجع السابق ١/١٤١.

(٥) وسائل الإثبات للزحيلي ١/٢٢٩، قانون الإثبات السوري م ٥٢، وقانون الإثبات المصري م ٦٠.

(٦) وسائل الإثبات للزحيلي ١/٢٢٩، قانون الإثبات السوري م ٥٤، وقانون الإثبات المصري م ٥٤، والقانون المدني المصري م ٤٠٠.

(٧) وسائل الإثبات للزحيلي ١/٢٣٠، قانون الإثبات السوري م ٥٤، وقانون الإثبات المصري م ٦٠.

(٨) وسائل الإثبات للزحيلي ١/١٣٣، قانون الإثبات السوري م ٥٢-٨٨، وقانون الإثبات المصري م ٤٠-٤١.

وأما في الشريعة الإسلامية فالشهادة هي الأصل، ويصح إثبات أي واقعة بالشهادة، باتفاق الفقهاء إذا توافرت في الشهادة الشروط الشرعية.

ويمكن تصور إثبات الجرائم الاحتكارية والتركزات الاقتصادية في حال وجود اتفاقيات شفهية لرفع الأسعار أو تقاسم الأسواق، أو في حال وجود اتفاقيات مكتوبة غير معلنة، ويطلع عليها الشهود، وبالنظر في الوقائع القضائية لم يجد الباحث قضية جريمة احتكارية أو تركزات اقتصادية مخلة بأنظمة المنافسة ثبتت بالشهادة.

المطلب الثاني

جزاء المسؤولية المدنية عن الاندماج المخل بالمنافسة فقها ونظاما

كانت دعاوى المنافسة غير المشروعة تستند في السابق لقواعد المسؤولية المدنية المنصوص عليها في القوانين المدنية [١]، فيحق لكل مضرور أن يطالب بالتعويض ممن أحدث الضرر[٢]. إلا أن الشراح نظروا إلى كون هذه الدعوى لها طبيعة خاصة فهي تهدف لحماية التاجر والمستهلك ولو قبل حصول الضرر[٣]، فاتجهوا إلى أنه إذا تضرر تاجر من الاندماج غير القانوني، فإن له الحق في رفع الدعوى والمطالبة بالتعويض ووقف الفعل المخل بنظام المنافسة، أو أحدهما [٤]. ومن المقرر في القوانين التجارية أنه إذا أساء التاجر المحتكر في استعمال مركزه القانوني، كان للقاضي بناء على طلب المضرور الحكم بالتعويض أو تعديل الشروط التعسفية في العقد أو الإعفاء منها كلياً[٥].

فالدعوى المدنية في قضايا المنافسة لا تهدف فحسب إلى التعويض، بل تهدف إلى اتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع وقوع الضرر في المستقبل [٦].

وفيما يأتي بيان ما يترتب على الدعوى المدنية في حالات الاندماج المخل بأنظمة المنافسة، وسيتم الحديث عن هذا المطلب عبر الفروع الآتية:

الفرع الأول: إيقاف الاندماج المخل بالمنافسة.

الفرع الثاني: التعويض عن الأضرار المترتبة على الاندماج المخل بأنظمة المنافسة.

---

(١) القانون التجاري – سميحة قليوبي ص ٤٠٤، المنافسة غير المشروعة في مجال الإعلانات التجارية – حماد مصطفى عزب – القاهرة – ص ١٣١.

(٢) مجموعة أحكام النقض س ٥٥ ص ٤١٢ نقض مدني مصري ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦م، المنافسة غير المشروعة في مجال الإعلانات التجارية – حماد مصطفى عزب ص ١٣٢.

(٣) المنافسة غير المشروعة في مجال الإعلانات التجارية – حماد مصطفى عزب ص١٣٢.

(٤) المزاحمة غير المشروعة لجوزيف نخلة ص ١١٩.

(٥) ينظر على سبيل المثال: قانون التجارة الكويتي المادة (٦٠مكررا- د-).

(٦) الاحتكار والمنافسة غير المشروعة للغريب ص ٣٠١.

الفرع الأول: إيقاف الاندماج المخل بالمنافسة

قرر نظام المنافسة السعودي أن لمجلس حماية المنافسة تكليف المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة خلال فترة محددة تحددها اللائحة [١]. كما ألزمت لائحة نظام المنافسة السعودي المخالف أن يعدل أوضاعه ويزيل المخالفة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه بالمخالفة [٢].

وإذا كان الضرر احتمالياً فإن القضاء لا يحكم بالتعويض إلا إذا كان الضرر محققاً، وتكتفي المحكمة باتخاذ الإجراءات المناسبة لمنع وقوع الضرر مستقبلاً، ومن هنا اختلفت دعوى المنافسة غير المشروعة عن دعوى المسؤولية المدنية[٣]. وقرر القضاء المغربي أن للقاضي أن يحكم بالإجراءات الوقائية فيقضي بالكف عن الاستمرار في أعمال المنافسة أو يأمر بغرامة[٤].

علما بأن إزالة المخالفة لا يعفي من العقوبات المترتبة على المخالفة بموجب النظام واللائحة[٥].

ويحق لمجلس المنافسة إلزام المخالف ببيع أسهم أو حقوق ملكية أو أية أصول أو أي تصرف آخر يمكن أن تزول المخالفة من خلالها [٦].

وقد نص القانون النموذجي (الأونكتاد) على أن من الجزاءات تفكيك الاندماج أو إبطاله[٧]. وحظر القانون الأمريكي الاندماجات المخلة بأنظمة المنافسة[٨]، وأثر هذا الحظر هو أنها إذا وقعت فإنها تكون باطلة، فقد قال الأستاذ أديسون في بيان موقف القضاء الأنجلو –

(١) نظام المنافسة السعودي – المادة السادسة عشرة.

(٢) لائحة نظام المنافسة السعودي م٥٣.

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٧٩.

(٤) المحكمة الكلية. القضية رقم ٥٢٢-١٩٦٨. مستعجل. جلسة ٣٠-١٠-١٩٦٨م. مجلة القضاء والقانون. س١ ع٢. ص ٨٤.

(٥) لائحة نظام المنافسة السعودي م٥٣.

(٦) نظام المنافسة السعودي م١٦.

(٧) القانون النموذجي (الأونكتاد) الفصل ١١ – الفقرة ٥.

(٨) قانون كلايتون – م٧، مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية –د. أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ١٤.

أمريكي من العقود المخالفة للنظام: بأن جميع العقود المخالفة للنظام العام باطلة للضرر الذي ترتبه على العامة[١].

الفرع الثاني: التعويض عن الأضرار المترتبة على الاندماج المخل بأنظمة المنافسة

يعد التعويض من أهم أغراض الدعوى المدنية، بل هو المتبادر في الذهن عند ذكر الدعوى المدنية، وفي هذا الفرع يتم بحث المسائل الآتية:

المسألة الأولى: مفهوم التعويض

المسألة الثانية: التعويض عن الضرر المادي المتحقق بالفعل

المسألة الثالثة: التعويض عن الربح الفائت

المسألة الرابعة: التعويض عن الضرر المعنوي

المسألة الخامسة: التعويض عن الضرر الاحتمالي

المسألة الأولى: مفهوم التعويض

التعويض في الاصطلاح القانوني هو جبر الضرر الذي لحق بالمصاب، ويشمل ما لحق المصاب من خسارة وما ضاع عليه من كسب؛ بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار. ويكون تقدير مبلغ التعويض داخلا في سلطة القاضي [٢].

ويأخذ القانون الأمريكي بما يعرف بنظام التعويض المضاعف ثلاث مرات (Treble Damages)، بحيث يتم تعويض المضرور من أي انتهاك لقواعد المنافسة بثلاثة أضعاف المبلغ الموازي لقيمة الضرر[٣].

والمستعمل في الفقه الإسلامي لفظة (الضمان)، يقال: ضمان المتلفات، وقيم المتلفات بالنسبة للأموال.

(١) الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة للدكتور معين الشناق ص ١٣٣.

(٢) الوسيط للسنهوري ١ / ٦٦٩.

(٣) إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية – سامي أبو صالح، ص ١٦١.

المسألة الثانية: التعويض عن الضرر المادي المتحقق بالفعل

من المقرر أن لكل من تضرر بسبب الأنشطة المحظورة بأنظمة المنافسة أن يطالب المنشآت التي تمارسها بالتعويض [١]. فإن كان الضرر ماديا متحقق الوقوع بالفعل فإن القضاء يعوضه لجبر هذا الضرر.

المسألة الثالثة: التعويض عن الربح الفائت

تقرر القوانين المدنية أن المسؤول عن العمل غير المشروع ملزم بتعويض المضرور عن الخسارة التي لحقت به وما فاته من كسب، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع[٢]، كما قررت محكمة العدل الأوروبية أن التعويض يشمل الخسارة المحققة والكسب الفائت[٣].

ويكون مقدار التعويض جزافياً لتعذر دقة تقدير تعويض يوازي الضرر [٤].

وأما موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الربح الفائت، فيمكن بحثه بتقسيمه إلى مسألتين، أولاهما ضمان الكسب الفائت المؤكد حصوله، وثانيهما الكسب الفائت غير المؤكد حصوله، وثالثهما بيان موقف القضاء في المملكة العربية السعودية من التعويض عن تفويت المنفعة وتفويت الفرصة، وبيانها فيما يأتي.

أولا: ضمان الكسب الفائت المؤكد حصوله

تحدث الفقهاء عن ضمان الكسب الفائت المؤكد حصوله بمعنى أن يغلب على الظن حصوله، كما في الصور الآتية:

١- ذكر فقهاء الحنفية أن من قتل عجلا وما في حكمه، فنقص لبن أمه، فإن القاتل يضمن قيمة العجل وما نقص من حليب أمه[٥].

---

(١) ينظر على سبيل المثال: قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م٢٦.

(٢) ينظر على سبيل المثال: المادة (٢٣٠) من القانون المدني الكويتي، وقد أخذته القوانين العربية من القانون الفرنسي، ينظر كتاب: المنافسة غير المشروعة – جوزيف نخلة سماحة ص ١٢١.

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٧٦.

(٤) الوسيط في القانون التجاري – أكثم الخولي ٣٩٥/٣.

(٥)جامع الفصولين ١٢٠/٢، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٢٦١.

٢- قرر فقهاء الحنفية أن من جرح إنساناً فعجز المجروح عن الكسب يجب على الشاج النفقة والمداواة[١] وبينوا أن الضمان يشمل تعطله عن العمل[٢].

٣- قرر المحققون من أهل العلم مشروعية ضمان تفويت المعدوم الذي انعقد سبب وجوده، قال الإمام ابن تيمية – رحمه الله -: "وإذا ترك العامل العمل حتى فسد الثمر فينبغي أن يجب عليه ضمان نصيب المالك، وينظر كم يجبي لو عمل بطريق الاجتهاد. كما يضمن لو يبس الشجر وهذا لأن تركه العمل من غير فسخ العقد حرام وغرر وهو سبب في عدم هذا الثمر، فيكون كما لو تلفت الثمرة تحت اليد العادية مثل أن يغصب الشجر غاصب ويعطلها عن السقي حتى يفسد ثمرها، أما الضمان باليد العادية كالضمان بسبب الإتلاف – لا سيما إذا انضم إليه العادية – واستيلاؤه على الشجر مع عدم الوفاء بما شرطه هل هو يد عادية فيه نظر، لكنه سبب في الإتلاف، وهذا في الفوائد نظير المنافع فإن المنافع لم توجد وإنما الغاصب منع من استيفائها وحاصله أن الإتلاف نوعان: إعدام موجود وتفويت لمعدوم انعقد سبب وجوده وهذا تفويت. وعلى هذا فالعامل في المزارعة إذا ترك العمل فقد استولى على الأرض وفوت نفعها، فينبغي أيضا ضمان إتلاف أو ضمان إتلاف ويد، لكن هل يضمن أجرة المثل أو يضمن ما جرت به العادة في مثل تلك الأرض، مثل أن يكون الزرع في مثلها معروفا فيقاس بمثلها. أما على ما ذكره أصحابنا فينبغي أن يضمن بأجرة المثل، والأصوب الأقيس بالمذهب أن يضمن بمثل ما ينبت، وعلى هذا فلا يكون ضمان يد وإنما هو ضمان تغرير[٣]. وأعمل الاجتهاد في قيمة المتلف فخرص الصبرة واعتبر في مزارع أتلف مغل سنتين بالسنين المعتدلة، وفي ربح مضارب بشراء رفقته من نوع متاعه وبيعهم في مثل سفره"[٤]، وهو قريب من الربح الفائت بالمفهوم المعاصر.

٤- ويقرر بعض الفقهاء المعاصرون أنه لا يوجد في الفقه نص على التضمين في هذه الأحوال سوى القواعد الفقهية العامة كقاعدة لا ضرر ولا ضرار وقاعدة الضرر يزال[٥]. ويرى

(١) الفتاوى الأنقروية ٧٦١/١.

(٢) البحر الزخار ٢٨٢/٥.

(٣) الفتاوى الكبرى ٤٠٦/٥.

(٤)الفروع ٤/ ١٢٦مجموع الفتاوى ٢/ ٢٤٣.

(٥) نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص ٩١.

آخرون أنه يمكن للحاكم الحكم به بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر، وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل[١].

٥- وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي أن الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لَحِق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي[٢].

ويرى الباحث أن التعويض عن الكسب الفائت المحقق الوقوع هو الراجح، ويكون تقديره بالعدل، وفقاً للكسب المعتاد من المضرور.

ثانياً: الكسب الفائت غير المؤكد حصوله

تحدث الفقهاء عن التعويض عن الأموال إذا لم يتجر بها الغاصب، واختلفوا على قولين:

الأول: أنه لا يعوض صاحب الأموال عن ربحه المفقود بسبب الغصب، وهو مقتضى قول الجمهور القائلين بأن ربح مال الغصب للغاصب، وهو قول الحنابلة، ففي شرح المنتهى: " ولا يضمن ربح فات على مالك بحبس غاصب مال تجارة مدة يمكن أن يربح منها، إذا لم يتجر فيه غاصب"[٣]. وقرر فقهاء الحنابلة أنه لا يضمن الغاصب ما فوته على المالك من الربح بحبسه مال التجارة[٤].

الثاني: أنه يستحق التعويض بذلك، ففي حاشية مختصر خليل: " وشمل قوله "وغيرهما بالفوات" من غَصَب دراهم ودنانير لشخص، فحبسها عنده مدة، فإنه يضمن الربح لو اتجر ربّها بها"[٥].

والذي يراه الباحث أن المرجح هو القول الأول، فلا يعوض عن الكسب غير المؤكد، وقد ذكر الفقهاء فروعاً على ذلك كما في النقول الآتية:

١- قال البهوتي [١] - رحمه الله -:" (ولا يضمن الغاصب مهرها لو حبسها عن النكاح حتى فات) نكاحها (بالكبر) أي كبرها لأن النفع إنما يضمن بالتفويت إذا كان مما تصح

(١)نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص ٢٤.

(٢) مجلة المجمع (العدد الثاني عشر ج ٢، ص ٩١)، قرار مجمع الفقه الإسلامي ذو الرقم ١٠٩ الفقرة الخامسة.

(٣) شرح منتهى الإرادات (٨٧٣/٣).

(٤) مجلة الأحكام الشرعية للقاري المادة(١٣٩٧).

(٥) حاشية الخرشي على خليل (١٤٣/٦).

المعاوضة عليه بالإجارة والبضع ليس كذلك"[٢]. ونص البهوتي – رحمه الله – على عدم التعويض عن الربح الفائت غير المؤكد، فقال رحمه الله:" ولا يضمن الغاصب ربحا فات بحبس مال تجارة عن مالكه مدة يمكن أن يربح فيها لأنه لا وجود له"[٣].

٢- وقرر الشيخ علي الخفيف — رحمه الله – بأنه لا يعوض عن تفويت الفرصة كان من المحتمل أن يكون من ورائها كسب مالي، كما إذا تأخر محامي في طلب الاستئناف عن المدة المحددة، أو ضياع فرصة الدخول في مسابقة وظيفية ونحو ذلك[٤].

ثالثاً: موقف القضاء في المملكة العربية السعودية من التعويض عن تفويت المنفعة وتفويت الفرصة

جرى العمل في القضاء الإداري على التعويض عن الربح الفائت المؤكد في قضايا عديدة[٥].

وورد في حكم للدائرة التجارية بديوان المظالم تعويض المدعي عن أرباح أسهمه التي فوتها المدعى عليه، وورد في الحكم:" فإن القاعدة الشرعية تقضي بأن من قام بتفويت معدوم انعقد سبب وجوده أنه يضمن بمثل ما يثبت"[٦].

وقررت الدائرة التجارية في حكم لها أن التعويض يشمل ما فات من ربح وما حصل من خسارة[٧].

---

(١) الإمام البهوتي هو منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، شيخ الحنابلة بمصر في عصره. نسبته إلى (بهوت) في غربية مصر. ولد سنة ١٠٠٠هـ، وتوفي سنة ١٠٥١هـ له كتب في فقه الحنابلة، منها (الروض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المقنع) ، و(كشاف القناع عن متن الإقناع للحجاوي) ، و (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)، و (إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى و (المنح الشافية) في شرح (نظم المفردات) للمقدسي، و (عمدة الطالب) ، شرحه عثمان بن أحمد النجدي بكتابه (هداية الراغب لشرح عمدة الطالب). الأعلام ٣٠٧/٧.

(٢) كشاف القناع ٢٢٨/٩.

(٣) كشاف القناع ٢٥٣/٩.

(٤)الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص ٤٦.

(٥) كما في الحكم ذي الرقم ١٣/د/٤/١٣٩٨.

(٦)حكم للدائرة التجارية بديوان المظالم برقم ٦٥/د/تج/٢ لعام ١٤٢٠هـ.

(٧) حكم للدائرة التجارية بديوان المظالم برقم ١٩٧/ت/٤ لعام ٤٠٩هـ

وأما الكسب الاحتمالي فلا يعوض عنه، فقد ورد في حكم آخر ما يأتي:

" وحيث أن هيئة التدقيق بعد إطلاعها على حكم الدائرة والاعتراض عليه من المدعى عليها ودراستها لمستندات القضية فإنها لا تتفق مع الدائرة في قضائها للمدعية بالتعويض عما فاتها من المكاسب ... فكيف يصح القول بتعويضها عما فاتها من الربح وهو من الأمور الاحتمالية غير مؤكدة الحصول، ... ولمخالفة الحكم محل التدقيق لهذا النظر فإن الهيئة تجد أنه لا مندوحة من نقضه وإعادة القضية مرة أخرى إلى الدائرة لإعادة نظرها في ضوء ما تقدم في هذا الحكم..."[١].

المسألة الرابعة: التعويض عن الضرر المعنوي

عرف الضرر المعنوي بعدة تعريفات متقاربة، فعرفه الشيخ علي الخفيف بأنه ما يصيب الإنسان في شرفه، وعرضه من فعل، أو قول يعد مهانة له كالقذف والسب، وما يصيبه من ألم في جسمه، أو في عاطفته من ضرب لا يحدث أثراً، أو من تحقير في مخاطبته، أو امتهان في معاملته [٢]، وعرفه السنهوري[٣] بأنه: (ما يصيب المضرور في شعوره، أو عاطفته، أو كرامته، أو شرفه، أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص عليها)[٤]، ووصفه بأنه: (الضرر الذي يصيب مصلحة غير مالية) [٥]. وعرفه د. مُحَمَّد فوزي – رحمه الله – بأنه: (إلحاق الضرر في شخص الآخرين فيما يمس كرامتهم أو يؤذي شعورهم، أو يخدش شرفهم، أو يتهمهم في دينهم، أو

(١) حكم للدائرة التجارية بديوان المظالم برقم ٢٦/ت/٤ لعام ١٤١٧هـ

(٢) الضمان، الشيخ علي الخفيف، ص ٥٥، ط. المطبعة الفنية الحديثة، ت ١٩٧١، القاهرة.

(٣) هو عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، من أكبر الشراح المدني في وقته، ولد سنة ١٣١٢هـ في مصر، وحصل على الدكتوراه من فرنسا سنة ١٩١٧، وضع القوانين المدنية لمصر، والعراق، وسوريا، وليبيا، والكويت، توفي سنة ١٣٩١هـ، أشهر مؤلفاته: الوسيط في شرح القانون المدني، ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي. الأعلام ٣٥٠/٣.

(٤) الوسيط للسنهوري ٧٩٠/١.

(٥) الوسيط للسنهوري ٩٨١/١.

يسيء إلى سمعتهم) [١]، وأما الدكتور مُحَمَّد سراج فعرفه بأنه ما يتعلق بالعرض أو بالشرف أو السمعة)[٢].

ويرى الباحث أن التعريف الأشمل والأكثر اختصارا هو ما عرفه به الدكتور مُحَمَّد بو ساق وهو أنه كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره [٣]، فالضرر المعنوي ما يقابل الضرر المادي.

وتقرر القوانين الوضعية أن الضرر المعنوي موجب للتعويض إذا وجد سببه، فقد أوجب القانون المدني الفرنسي التعويض عن كل فعل يسبب الضرر، ودخل في هذا الإطلاق الضررين المادي والأدبي[٤]. وقد اتفق الشراح على أن الضرر المعنوي يوجب التعويض [٥]، واستقر القضاء المصري على ذلك بعد تردد، ثم جاء المقنن المصري فأكد التعويض عن الضرر المعنوي[٦]، واستقرت بقية القوانين المدنية العربية على ذلك[٧].

وأما في الفقه الإسلامي فليس في كلام الفقهاء السابقين كلام عن التعويض المادي على الأضرار المعنوية مع وجودها، ويكتفى بالتعزير عند وجود المقتضي له [٨]، وأما الفقهاء المعاصرون فاختلفوا على قولين:

الأول: أن الضرر المعنوي لا يمكن التعويض عنه، وإليه ذهب عامة الفقهاء المعاصرين وعلى رأسهم الشيخ علي الخفيف – رحمه الله – [١]، والشيخ مصطفى الزرقاء –رحمه الله – [٢]، والدكتور صبحي المحمصاني [٣] وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي[٤].

---

(١)نظرية الضمان، مُحَمَّد فوزي فيض الله، ص ٩٢، مكتبة دار التراث.

(٢)ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مُحَمَّد أحمد سراج، ص ١٥٦، ط. دار الثقافة ١٤١٠هـ.

(٣) الضرر في الفقه الإسلامي لمحمد بوساق ص ٢٩.

(٤) الوسيط للسنهوري ٩٨٣/١، القانون المدني الفرنسي – المادة (١٣٨٢).

(٥) المسؤولية المدنية مصطفى مرعي، ف ٢٤٢ الوسيط، فقرة ٥٧٨ الفعل الضار، لسليمان مرقس، ف ٢٥.

(٦) الفعل الضار، لسليمان مرقس، ف ٢٥، المادة ٢٢٢ من القانون المدني الجديد – المصري.

(٧) التعويض عن الضرر، ١٥٥–١٥٨، وتنظر القوانين المدنية الآتية: القانون المدني الكويتي – المادة (١/٢١٧)، القانون المدني العراقي –المادة (٢٠٥)، القانون المدني السوري المادة (٢٢٣)، قانون الموجبات اللبناني – المادة (٢/١٣٤)، القانون المدني التونسي – المادتين (٨٢–١/٨٣)، القانون المدني المغربي – المادتين (٧٧–١/٧٨)، القانون المدني الليبي – المادة (٢٢٥).

(٨) الموسوعة الفقهية الكويتية ٤٠/١٣.

وقال ابن نجيم[٥] – رحمه الله –:"وكذلك مجرد الألم لا يوجب شيئاً، لأنه لا قيمة له بمجرد الألم؛ ألا ترى أن من ضرب إنساناً ضرباً مؤلماً من غير جرح عليه لا يجب عليه شيء من الأرش، وكذلك لو شتمته شتماً يؤلم نفسه لا يضمن شيء"[٦].

وأهم أدلة القول بعدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي:

١– عدم ورود الدليل على التعويض على الضرر المعنوي، مع وجود أسباب التعويض في العصر النبوي.

٢– لم يثبت عن قضاة المسلمين على مر العصور الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي، وهذا إجماع منهم على أن الضرر المعنوي ليس موجباً للتعويض.

٣– أن الضرر لا يمكن قياسه، فلا يمكن التعويض عنه.

٤– أن العرض والعاطفة أغلى من أن يمكن التعويض عنها.

٥– أن التعزير يكفي لحصول التشفي من المضرور إن وجد اعتداء على عرضه أو شعوره.

الثاني: جواز التعويض عن الضرر المعنوي، وإليه ذهب بعض المعاصرين، مثل الشيخ مُحَمَّد فوزي فيض الله [٧]، والشيخ مُحَمَّد شلتوت – رحمه الله – [٨]، والأستاذ وهبة الزحيلي [٩]. واستدلوا بالآتي:

أولا: أنه ورد في الآثار ما يدل على صحة التعويض عن الضرر المعنوي، فمن ذلك:

---

(١) الضمان للشيخ علي الخفيف ص ٥٥.

(٢) الفعل الضار والضمان فيه للشيخ مصطفى الزرقا ص ١٢٤.

(٣) الضمان – الشيخ الخفيف ص ٥٥ الفعل الضار والضمان فيه للشيخ مصطفى الزرقا ص ١٩–٢٠ مُحَمَّد بوساق، التعويض عن الضرر، ص ٢٣.

(٤) قرار مجمع الفقه الإسلامي ذو الرقم ١٠٩، وينظر مجلة المجمع ٣٠٦/٢/١٢.

(٥) زين الدين بن إبراهيم بن مُحَمَّد، الشهير بابن نجيم: فقيه حنفي، مصري، توفي سنة ٩٧٠هـ. له تصانيف، منها (الأشباه والنظائر) في القواعد الفقهية و(البحر الرائق في شرح كنز الدقائق) في فقه،وفيه نقص في آخره، أكمله الطوري، و(الرسائل الزينية) وعددها واحد وأربعون رسالة، في مسائل فقهية. الأعلام ٦٤/٣.

(٦) البحر الرائق، ط. شركة سعيد كراتشي – ٣٤٠/٨

(٧) نظرية الضمان – مُحَمَّد فوزي ص ٢٥.

(٨) المسؤولية المدنية – مُحَمَّد شلتوت ص ٣٥.

(٩) نظرية الضمان لوهبة الزحيلي ص ٢٥.

١- ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص – ﷺ –: أن أبا بكر الصديق – ﷺ – قام يوم الجمعة فقال إذا كان بالغداة فأحضروا صدقات الإبل نقسم فلا يدخل علينا أحد إلا بإذن، فقالت امرأة لزوجها خذ هذا الخطام لعل الله يرزقنا جملا، فأتى الرجل فوجد أبا بكر وعمر قد دخلا إلى الإبل فدخل معهما، فالتفت أبو بكر فقال: ما أدخلك علينا؟ ثم أخذ منه الخطام فضربه، فلما فرغ أبو بكر من قسم الإبل، دعا بالرجل فأعطاه الخطام فقال: استقد، فقال له عمر: والله لا يستقيد، لا تجعلها سنة. قال أبو بكر: فمن لي من الله يوم القيامة؟ فقال عمر: أرضه، فأمر أبو بكر غلامه أن يأتيه براحلة ورحلها وقطيفة وخمسة دنانير وأرضاه بها[(١)].

ووجه الدلالة أنه عوضه عن الضرب بمقدار من المال رأى أنه يكفي عن ما أصابه من ضرر.

٢- وورد عن علي- ﷺ- أنه ودى روعة بني جذيمة حين روعتهم خيل جيش خالد [(٢)]. قال ابن الأثير: يريد أن الخيل راعت نساءهم وصبيانهم فأعطاهم شيئاً لما أصابهم من

(١) أخرجه البيهقي (٤٩/٨، رقم ١٥٨٠٤)، ونسبه المتقي الهندي في كتابه: كنز العمال برقم ١٤٠٥٨ إلى ابن وهب في جامعه.

(٢) وقصة الحديث رواها البخاري (فتح الباري ٦٥/٨-٧٥) أن النبي- ﷺ- بعث خالد بن الوليد إلى بني جذيمة فقتل منهم، وروعهم فأمر النبي- ﷺ- علياً أن يدي لهم ما أصابهم، فودي قتلاهم، وما أصيب لهم من الأموال، حتى أعطاهم بروعة الخيل، وأصل الخبر في البخاري: "أن النبي- ﷺ- بعث خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، فدعاهم للإسلام، فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا، فجعلوا يقولون صبأنا، فجعل خالد يقتل منهم ويأسر ودفع إلى كل رجل منا أسيره حتى إذا كان يوم أمر خالد أن يقتل كل رجل منا أسيره، فقلت: والله لا أقتل أسيري، ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره. حتى قدمنا على النبي- ﷺ- فذكرناه فرفع النبي- ﷺ- يديه فقال: "اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد مرتين"، وفي فتح الباري ٨٥/٨ أن الباقر- أبا جعفر أحد رواه الصحيح- زاد في روايته: ثم دعا رسول الله ﷺ علياً، فقال: "اخرج إلى هؤلاء القوم، واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك، فخرج حتى جاءهم، ومعه مال، فلم يبق لهم أحد إلا وداه"، وفي المغازي للواقدي ٢٨٨/٣ والبداية لابن كثير ٢١٣/٤ أن ابن إسحاق زاد في روايته: "فودي لهم الدماء وما أصيب لهم من الأموال حتى أنه ليدي ميلغة الكلب ثم رجع إلى رسول الله- ﷺ- فأخبره الخبر فقال: "أصبت وأحسنت"، قال مهدي رزق الله في كتابه: السيرة النبوية في ضوء المصادر الأصلية ٩٧٥ عن سند ابن إسحاق: مرسل ضعيف، لأنه موقوف على أبي جعفر مُحَمَّد بن علي، وفي سنده: حكيم بن حكيم، وفيه كلام. ولهذا الحديث زيادة، أوردها ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث ٧٧٢/٢، ولم يذكر لها إسناداً فقال: ".. ومنه حديث علي- ﷺ- أن رسول الله- ﷺ- بعثه ليدي قوماً قتلهم خالد بن الوليد، فأعطاهم ميلغة الكلب، ثم أعطاهم بروعه الخيل".

هذه الروعة[١]، وفي هذا الأثر ضمان الروعة وهي أذى معنوي بالمال وقد وردت إجازة النبي- ﷺ- لجملة فعل علي ﷺ بقوله: "أصبت وأحسنت".

٣- حديث عبد الله ابن أبي بكر عن رجل من العرب قال: زحمت رسول الله - ﷺ - يوم حنين، وفي رجلي نعل كثيفة، فوطئت على رجل رسول الله - ﷺ - فنفحني نفحة بسوط في يده، وقال: "بسم الله، أوجعتني". قال: فبت لنفسي لائماً أقول: أوجعت رسول الله - ﷺ -، فبت بليلة كما يعلم الله، فلما أصبحنا إذا رجل يقول: أين فلان؟ قال: قلت: هذا والله الذي كان مني بالأمس. قال: فانطلقت وأنا متخوف، فقال لي رسول الله - ﷺ -:"إِنَّكَ وَطِئْت بنَعْلِكَ على رِجْلي بالأمسِ فَأَوْجَعْتَنِي، فَنَفحْتكَ بالسَّوْطِ؛ فهَذِهِ ثَمَانونَ نَعْجَة فَخذْها بِها" [٢]، وفي رواية أنه بينا رسول الله- ﷺ- يسير من الطائف إلى الجعرانة وأبو رهم الغفاري إلى جنب رسول الله- ﷺ- على ناقة له وفي رجليه نعلان له غليظتان، إذ زحمت ناقته ناقة رسول الله- ﷺ- قال أبو رهم فوقع حرف نعلي على ساقه فأوجعه فقال رسول الله- ﷺ-: "أوجعتني أخر رجلك" وقرع رجلي بالسوط، قال: فأخذني ما تقدم من أمري وما تأخر... فقالوا: طلبك النبي- ﷺ- فجئته وأنا أترقب فقال: "إنك أوجعتني برجلك فقرعتك بالسوط وأوجعتك فخذ هذه الغنم عوضاً من ضربتي" [٣]، وروى ابن جرير الخبر وفيه أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال: "... فدعوتك لأعوضك منها" فأعطاني ثمانين نعجة بالضربة التي ضربني [٤].

ووجه الدلالة أنه - ﷺ — عوضه عن ألم الضربة، وهو من جنس التعويض عن الضرر المعنوي.

٤- قال عبد الله بن سلام — رضي الله عنه —: إن الله تبارك وتعالى لما أراد هدى زيد بن سعنة، قال زيد بن سعنة: إنه لم يبق من علامات النبوة شيء إلا وقد عرفتها في وجه مُحَمَّد صلى الله عليه وسلم حين نظرت إليه، إلا اثنتين لم أخبرهما منه: يسبق حلمه جهله، ولا يزيده شدة

(١) النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٧٧٢/٢، ط. المكتبة العلمية، بيروت.

(٢) رواه الدارمي في سننه ٣٤/١، وجود إسناده الألباني في السلسلة الصحيحة برقم ٣٠٤٣.

(٣) الطبقات لابن عد ٢٤٤/٤ والمنتظم لابن الجوزي ٤٨/٥ دار الكتب العلمية وانظر: ابن كثير في البداية والنهاية ٣٥٤/٤.

(٤) تاريخ الطبري ١٧٦/٢.

الجهل عليه إلا حلما، فكنت أتلطف له لأن أخالطه فأعرف حلمه وجهله، قال: فخرج رسول الله ﷺ من الحجرات، ومعه علي بن أبي طالب، فأتاه رجل على راحلته كالبدوي، فقال: يا رسول الله، قرية بني فلان قد أسلموا ودخلوا في الإسلام، وكنت أخبرتهم أنهم إن أسلموا أتاهم الرزق رغدا، وقد أصابهم شدة وقحط من الغيث، وأنا أخشى، يا رسول الله، أن يخرجوا من الإسلام طمعا كما دخلوا فيه طمعا، فإن رأيت أن ترسل إليهم من يغيثهم به فعلت، قال: فنظر رسول الله ﷺ إلى رجل جانبه، أراه عمر، فقال: ما بقي منه شيء يا رسول الله، قال زيد بن سعنة: فدنوت إليه فقلت له: يا مُحَمَّد، هل لك أن تبيعني تمرا معلوما من حائط بني فلان إلى أجل كذا وكذا؟ فقال: "لا يا يهودي، ولكن أبيعك تمرا معلوما إلى أجل كذا وكذا، ولا أسمي حائط بني فلان"، قلت: نعم، فبايعني ﷺ، فأطلقت همياني، فأعطيته ثمانين مثقالا من ذهب في تمر معلوم إلى أجل كذا وكذا، قال: فأعطاها الرجل وقال:"اعجل عليهم وأغثهم بها"، قال زيد بن سعنة: فلما كان قبل محل الأجل بيومين أو ثلاثة، خرج رسول الله ﷺ في جنازة رجل من الأنصار ومعه أبو بكر، وعمر، وعثمان ونفر من أصحابه، فلما صلى على الجنازة دنا من جدار فجلس إليه، فأخذت بمجامع قميصه، ونظرت إليه بوجه غليظ، ثم قلت: ألا تقضيني يا مُحَمَّد حقي؟ فوالله ما علمتكم بني عبدالمطلب بِمُطْل، ولقد كان لي بمخالطتكم علم، قال: ونظرت إلى عمر بن الخطاب وعيناه تدوران في وجهه كالفلك المستدير، ثم رماني ببصره وقال: أي عدو الله، أتقول لرسول الله ﷺ ما أسمع، وتفعل به ما أرى؟ فوالذي بعثه بالحق، لولا ما أحاذر فوته لضربت بسيفي هذا عنقك، ورسول الله ﷺ ينظر إلى عمر في سكون وتؤدة، ثم قال: "إنا كنا أحوج إلى غير هذا منك يا عمر، أن تأمرني بحسن الأداء، وتأمره بحسن التباعة، اذهب به يا عمر فاقضه حقه، وزده عشرين صاعا من غيره مكان ما رعته"، قال زيد: فذهب بي عمر فقضاني حقي، وزادني عشرين صاعا من تمر، فقلت: ما هذه الزيادة؟ قال: أمرني رسول الله ﷺ أن أزيدك مكان ما رعتك..." [1].

(١) رواه ابن حبان في صحيحه بترتيب ابن بلبان برقم ٢٨٨، وقال شعيب الأرنؤوط: حمد بن المتوكل بن أبي السري، صدوق له أوهام كثيرة، لكن توبع عليه كما سيرد، وحمزة بن يوسف لم يوثقه غير المؤلف ٤/ ١٧٠ قال: يروي عن أبيه، روى عنه مُحَمَّد بن حمزة. وباقي رجال الإسناد ثقات. وقد صرح الوليد بن مسلم بالتحديث. وضعفه الألباني في كتابه: السلسلة الضعيفة برقم (١٣٤١).

ووجه الدلالة أن قوله – ﷺ – وزده عشرين صاعا من غيره مكان ما رعته" دليل على صحة التعويض عن الترويع وهو من جنس التعويض عن الضرر المعنوي.

٥- ما ورد عن النجاشي- رضي الله عنه- أنه قضى بالضمان المالي للمضرور بالشتم؛ وذلك في حديث أم سلمة رضي الله عنها في هجرة الحبشة وفيه: "أن النجاشي قال للصحابة المهاجرين إلى الحبشة: اذهبوا فأنتم سيوم بأرضي- والسيوم الآمنون- من سبكم غرم، ثم من سبكم غرم، ثم من سبكم غرم" (١).

ووجه الدلالة أن النبي – ﷺ – علم بقول النجاشي – رضي الله عنه – وانتشر قوله بين صحابته رضي الله عنهم، ولم يستنكر، وقول النجاشي صريح في التعويض عن السب، وهو من قبيل التعويض عن الضرر المعنوي.

٦- ما ورد عن يحي بن سعيد الأنصاري: أن رجلين اختصما بالمدينة في زمن عمر بن عبد العزيز – رحمه الله – ، وقال أحدهما لصاحبه: ضربته حتى سلح، فقال: اشهدوا فقد والله صدق، فأرسل عمر بن عبد العزيز إلى سعيد بن المسيب – رحمه الله – يسأله عن رجل ضرب رجلاً حتى سلح هل مضى في ذلك أثر أو سنة، فقال سعيد: قضى عثمان بثلث الدية، قال سفيان: وليس ذلك على العاقلة. وفي رواية عن عمر بن عبد الله بن طلحة الخزاعي قال: كان رجل يقال له ابن عقاب كان عظيماً سميناً، فأخذه رجل قصير فوطأ في بطنه حتى خرئ، فأرسل عمر بن عبد العزيز إلى سعيد بن المسيب يسأله عن ذلك، فقال سعيد بن المسيب: قضى فيه عثمان بن عفان – رضي الله عنه – بأربعين ديناراً أو أربعين فريضة. وفي رواية عن نافع أن عثمان بن عفان قضى في ذلك بأربعين بعيراً يعني الذي ضرب حتى سلح (٢).

٧- وورد عن إسماعيل بن أمية أن رجلاً كان يقص شارب عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – فأفزعه عمر فضرط الرجل، فقال عمر:"أما إنا لم نرد هذا ولكن سنعقلها فأعطاه أربعين

(١)رواه أحمد، وقال الشيخ أحمد شاكر: إسناده صحيح وقال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح غير إسحاق وقد صرح بالسماع. المسند ١٨٠/٣، تحقيق: شاكر، مجمع الزوائد ٢٧/٦، والروض الأنف شرح سيرة ابن هشام ٨٧/٢-٨٨.

(٢) المحلى لابن حزم ٤٥٩/١٠.

درهماً"، قال: وأحسبه قال: "شاة أو عناقاً"، قال ابن حزم – رحمه الله –:"قد سمى عمر بن الخطاب الذي أعطى في ذلك عقلاً"(١).

وقد ذهب الإمام أحمد وإسحاق بن راهوية — رحمهما الله – إلى قضاء عثمان – ﷺ – وقال أحمد: لا أعرف شيئاً يدفعه(٢). وقرر الفقهاء أن ذلك يشمل ذلك الريح والغائط والبول وكذلك الحكم فيما إذا أفزعه حتى أحدث(٣).

وذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي (٤) — رحمهم الله – إلى عدم جواز التعويض عن – يعني الحدث– لأن الدية إنما تجب لإتلاف منفعة، أو عضو، أو إزالة جمال، وليس هاهنا شيء من ذلك، وهذا هو القياس" (٥)، ففي المهذب: "أن الحدث ليس في معنى الجراحات التي برئت على خلل فلم يترتب عليه ضرر" وذكر النووي – رحمه الله – لو أفزع إنساناً فأحدث في ثيابه فأفسدها فلا ضمان(٦)، وقال ابن عبد البر – رحمه الله – عن مالك في رجل يضرب آخر حتى أحدث أن عليه العقوبة المؤلمة(٧).

٨– أن رجلاً أراد امرأة فكشف ثيابها عنها، فامتنعت منه، ثم ذهبت إلى مروان بن الحكم، فأخذ الرجل، وسجن، فقال مروان: لا يخرج حتى ينقدها ألف درهم، لما كشف منها فقال أبو الرجل: هي علي فأمر به فأخرج(٨).

ثانيا: أنه ورد عن عدد من الفقهاء التعويض عن الضرر المعنوي، فمن ذلك:

١– قال الكاساني(١) – رحمه الله –: " وليس فيما قبل الموضحة من الشجاج أرش مقدر، وإن لم يبق لها أثر بأن التحمت، ونبت عليها الشعر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة –

---

(١) المحلى ٤٥٩/١٠-٤٦٠.

(٢) المغني ١٨٥/٩، قال ابن قدامة – رحمه الله –: قضية عثمان – ﷺ – مظنة الشهرة، ولم ينقل خلافها، فيكون إجماعاً، ولأن قضاء الصحابي بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف

(٣)المغني ١٨٥/٩.

(٤)هو مُحَمَّد بن إدريس الشافعي المطلبي القرشي ، الإمام المشهور، هو أول من صنف في أصول الفقه، من أعظم آثاره الرسالة والأم. عاش ما بين سنة١٥٠هـ وسنة ٢٠٤هـ. "وفيات الأعيان" ١٦٣/٤.

(٥) المغني ١٨٥/٩.

(٦) روضة الطالبين ٣١٤/٩، مغني المحتاج ٣٣٧/٥.

(٧) الكافي لابن عبدالبر ١١٠٥/٢.

(٨) البيان والتحصيل ٢٧٧/١٦-٢٧٨. قال ابن رشد: لا يأخذ مالك بهذا القضاء إذ لا يرى العقوبات في الأموال.

ﷺ – وقال أبو يوسف: عليه حكومة الألم وقال مُحَمَّد: عليه أجرة الطبيب (وجه) قوله: أن أجرة الطبيب إنما لزمته بسبب هذه الشجة، فكأنه أتلف عليه هذا القدر من المال. ولأبي يوسف: أن الشجة قد تحققت، ولا سبيل إلى إهدارها، وقد تعذر إيجاب أرش الشجة فيجب أرش الألم[٢].

وهذا يدل على اعتبار أبي يوسف – رحمه الله — للتعويض على الألم وهو نوع من الضرر المعنوي، وهذا يضعف القول بأنه فقهاء المسلمين لم يعرفوا التعويض عن الضرر المعنوي.

٢– أن الوزير الفقيه يحيى بن مُحَمَّد ابن هبيرة [٣] – رحمه الله – قضى بالضمان المالي في الشتم في قصة خلاصتها أنه تجادل مع أبي مُحَمَّد الأشتري المالكي في مسألة– قال الأخير أنها رواية عن مالك– ولم يوافقه أحد على ذلك، فأحضرت الكتب، ومفردات الإمام أحمد والمسألة منها، والمالكي مقيم على دعواه، فقال له الوزير: بهيمة أنت؟ أما تسمع هؤلاء الأئمة يشهدون بانفراد أحمد بها والكتب المصنفة، وأنت تنازع، وتفرق المجلس؟ ثم في المجلس الآخر قال الوزير: "ها أنا فليقل لي كما قلت له فلست بخير منكم، ولا أنا إلا كأحدكم.. وأخذ الأشتري يعتذر.. فقال يوسف الدمشقي مدرس النظامية: يا مولانا إذا أبى القصاص فالفداء، فقال الوزير له حكمه.. فقال علي بقية دين منذ كنت بالشام فقال الوزير: يعطى مائة دينار لإبراء ذمته

(١) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاشاني أو الكاساني علاء الدين: فقيه حنفي، من أهل حلب. له (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) في فقه، توفي في حلب سنة ٥٨٧هـ. الأعلام ٢/٧٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٣١٦.

(٣)يحيى بن هبيرة بن مُحَمَّد بن هبيرة الذهلي الشيبانيّ، أبو المظفر، عون الدين، الحنبلي: من كبار الوزراء في الدولة العباسية. عالم بالفقه والأدب. ولد سنة ٤٩٩هـ في قرية من أعمال دُجيل (بالعراق) ثم استوزره المقتفي سنة ٥٤٤ هـ وكان يقول: ما وزر لبني العباس مثله. وهو الّذي لقبه بعون الدين، وكان لقبه جلال الدين، ونعته بالوزير العالم العادل. وبقي وزيراً إلى أن توفي ببغداد سنة ٥٦٠هـ. صنف كتبا، منها " الإيضاح والتبيين في اختلاف الأئمة المجتهدين " و " الإشراف على مذاهب الأشراف " ، و " الإفصاح عن معاني الصحاح ". الأعلام ٨/١٧٥، ذيل طبقات الحنابلة –طبعة الفقي ١/٢٥١.

وذمتي، فأحضر له مائة. وذكر ابن الجوزي[1] – رحمه الله – : أنه قال: يعطى له مائة دينار لإبراء ذمته، ومائة دينار لإبراء ذمتي" [2].

٣- أن التعزير بالمال جائز وعليه العمل، وللحاكم أن يبذل المال للمضرور أو لبيت المال حسب ما تقتضيه المصلحة، ويحصل به الردع للجاني، وحصول التشفي للمضرور[3].

ويرى الباحث أنه يمكن التعويض عن الضرر المعنوي في بعض الحالات التي يراها القاضي كما صحت بذلك النصوص عن النبي – ﷺ –، ويمكن الاكتفاء بالتعزير البدني بما يوازي ما حصل للمضرور من ألم معنوي.

وقد اختار المنظم السعودي في نظام الإجراءات الجزائية أن من حق المضرور التعويض عن الضرر المعنوي، فقد نص في المادة السابعة بعد المائتين على أن كل حكم صادر بعدم الإدانة – بناءً على طلب إعادة النظر – يجب أن يتضمن تعويضاً معنويًّا وماديًّا للمحكوم عليه لما أصابه من ضرر، إذا طلب ذلك.

(١)هو جمال الدين أبو الفرج عبدالرحمن بن علي البكري التيمي القرشي البغدادي الحنبلي، ولد سنة ٥١٠هـ وتوفي سنة ٥٩٧هـ. اشتهر بالتوسع في العلوم وكثرة التصانيف ، وانتفع الناس بوعظه وكتبه. من أشهر آثاره زاد المسير في التفسير وصيد الخاطر وتلبيس إبليس والموضوعات وغيرها. " سير أعلام النبلاء ٣٦٥/٢١".

(٢) ذيل طبقات الحنابلة لعبد الرحمن بن رجب الحنبلي ٢٥٤/١-٢٥٥، ط. دار المعرفة.

(٣) نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص ٩٢، نظرية الضمان لوهبة الزحيلي ص ٢٥

المسألة الخامسة: التعويض عن الضرر الاحتمالي

اختلف الشراح في اشتراط أن يكون الضرر أكيدا، فذهب بعض الشراح إلى اشتراط أن يكون الضرر أكيدا، بينما خالفهم آخرون فذهبوا إلى صحة قبول الدعوى عن الضرر الاحتمالي، وهو اختيار كثير من القانونيين(١).

وعليه فيكفي لمباشرة دعوى المنافسة، أن يكون الضرر المراد درؤه احتمالياً، إذ لا يشترط أن يكون ضرراً محققاً، ولا يشترط أيضا أن يكون الضرر جسيماً، فيستطيع المضرور رفع الدعوى ولو كان الخطأ يسيراً.

فإذا كان الضرر احتمالياً فإن المحكمة تكتفي باتخاذ الإجراءات المناسبة لمنع وقوع الضرر مستقبلاً، وهذا ما قرره القضاء المغربي بأن" للقاضي أن يحكم بالإجراءات الوقائية فيقضي بالكف عن الاستمرار في أعمال المنافسة أو يأمر بغرامة تهديدية (٢).

ولم يرد في الفقه الإسلامي ما يؤيد صحة التعويض عن الضرر الاحتمالي، ولم يرد في أحكام قضاة المسلمين من عصر النبوة على مر العصور، ولذا فإن الذي يراه الباحث عدم صحة التعويض عن الضرر الاحتمالي، وبالتالي فلا تقبل الدعوى إلا في الضرر الواقع بالفعل.

(١) المزاحمة غير المشروعة لجوزيف نخلة ص ١٠٢.

(٢) المحكمة الكلية المغربية. القضية رقم ٥٢٢-١٩٦٨. مستعجل. جلسة ٣٠-١٠-١٩٦٨م. مجلة القضاء والقانون. س١ ع٢. ص ٨٤.

الفصل الثاني

ترتب المسؤولية الجزائية عن الاندماج المخل بأحكام المنافسة فقها ونظاما

ويتضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: الاختصاص القضائي لدعوى المسؤولية الجزائية عن الاندماج المخل بالمنافسة

المبحث الثاني: أركان المسؤولية الجزائية للاندماج المخل بالمنافسة

المبحث الثالث: العقوبة المقررة على الاندماج المخل بالمنافسة فقها ونظاما

تمهيد:

يتكون مصطلح المسؤولية الجزائية من مصطلحين هما:

١- مصطلح المسؤولية، وقد تقدم التعريف بالمسؤولية بأنها اقتراف أمر يوجب مؤاخذة فاعله[١].

٢- مصطلح الجزائية، وهو مصدر صناعي منسوب إلى الجزاء، وهو العقوبة، قال تعالى: "فما جزاؤه إن كنتم كاذبين (٧٤) قالوا جزاؤه من وجد في رحله فهو جزاؤه" (يوسف: ٧٤ – ٧٥). ومعناه: عقوبته إن بان كذبكم بأنه لم يسرق[٢].

والمسؤولية الجزائية تعبير عن ثبوت نسبة الوضع الإجرامي للواقعة المادية التي يجرمها القانون، إلى شخص معين متهم بها، بحيث يضاف هذا الوضع إلى حسابه، فيتحمل تبعته ويصبح مستحقا للمؤاخذة عنه بالعقاب[٣].

وتعد أنظمة (قوانين) المنافسة من القوانين التنظيمية غير الجنائية، لأن الأهداف المرجوة من التنظيم اقتصادية في الدرجة الأولى، ولذا فإن الكثير من قوانين المنافسة تقتصر في العقوبات على الغرامة المالية والمهنية، ولا تدخل العقوبات السالبة للحرية[٤].

وأما القانون الأمريكي فقد كانت مخالفة قوانين مكافحة الاحتكار تدرج في مصاف الجنح[٥]، حتى سنة ١٩٧٥م، حيث صدر قانون (Magnuson Moss Act)

---

(١) المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية للمستشار حسين عامر ص ٣.

(٢) لسان العرب –رسم (جزى).

(٣) المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية – تأليف عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي طبعة ١٩٩٣ ص ١.

(٤) ينظر على سبيل المثال: القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م. م ٢٣.

(٥) الجنحة في القانون الأمريكي هي التي يعاقب عليها بالسجن مدة تقل عن عام، أو غرامة لا تزيد عن خمسين ألف دولار. ينظر كتاب: النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٨٠.

وأصبحت مخالفة قوانين مكافحة الاحتكار جناية (Felony) بحيث يعاقب عليها بالسجن الذي لا يزيد عن ثلاث سنين أو الغرامة التي تتم مضاعفتها[١].

وتختلف القوانين في تعاملها مع الممارسات المخلة بالمنافسة، على عدة أساليب:

الأول: استخدام أسلوب تحريم الشيء لذاته، وتتبعها الدول النامية لسهولة تطبيقه، وبمقتضاه يتم تحريم الممارسات المخلة بالمنافسة بغض النظر عن وقوع آثارها، فتكون مهمة الادعاء إثبات الممارسة المخلة بالمنافسة لا إثبات أثرها السيئ على المنافسة.

الثاني: استخدام أسلوب السببية (Rule of Reason)، بحيث ينظر إلى الآثار الناتجة عن الممارسة المخلة بالمنافسة لتكون هي المعيار للتجريم[٢].

ويرى الباحث أن يتم الأخذ بالأسلوبين جميعاً، بحيث يجرم الفعل، ويتاح للجهة القضائية سلطة تقديرية لتشديد العقوبة حسب آثارها السلبية.

وفي هذا الفصل سيتم التطرق للاختصاص القضائي لدعوى المسؤولية الجزائية عن الاندماج المخل بالمنافسة، وأركان المسؤولية الجزائية للاندماج المخل بالمنافسة، وأخيرا بيان العقوبات الواردة على الاندماجات المخلة بالمنافسة.

(١) جرائم إساءة استعمال السلطة الاقتصادية –مصطفى منير – الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة ١٩٩٢م، ص ٢٩٤.

(٢) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٢١٨-٢١٩.

المبحث الأول

الاختصاص القضائي لدعوى المسؤولية الجزائية عن الاندماج المخل بالمنافسة

تختص الدعوى الجزائية في مخالفات نظام المنافسة في المملكة العربية السعودية بتكوين جهة خاصة للنظر في مخالفتها، وقد كان الضبط والتحقيق والادعاء يحصل داخل مجلس المنافسة، وهذا لا نظير له في قوانين المنافسة في الدول الأخرى، وقد توجه المنظم السعودي لتعديل هذا الوضع كما سيأتي.

وفي هذا المبحث سيتم التطرق للضبط الجنائي ومرحلة التحقيق والادعاء والاختصاص القضائي، وما يتعلق بها من طرق إثبات المخالفات وكيفية صدور القرارات.

المطلب الأول

إجراءات الضبط

ألزم نظام المنافسة السعودي مجلس المنافسة بتحديد الموظفين الذين لهم صفة الضبطية القضائية [1]، في تطبيق أحكام النظام، مع إعطائهم الصلاحيات الآتية:

أ. دراسة الشكاوى [2] المقدمة التي تستند إلى أدلة فعلية[3] بموجب أحكام النظام والتحقيق فيها والادعاء عند نظر مخالفات أحكام النظام أمام لجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة وأمام ديوان المظالم[1].

---

(١) المنظم السعودي يستخدم مصطلح:" رجال الضبط الجنائي"، لأن القضاء لا يشرف عليهم، فلا يصح إضفاء الصفة القضائية عليهم، وهو المستخدم في نظام الإجراءات الجزائية، و يقترح الباحث تعديل المادة وفقا لذلك.

(٢) يقترح الباحث أن يبدأ بذكر "التصدي بالتحقيق والتحري في الوقائع المخالفة لنظام المنافسة وتلقي الشكاوى.... إلخ"، لأن عملهم لا ينحصر بكونه ينبني على شكوى، بل قد ينبني على بلاغ من مواطن، أو يكون البدء في التحقيق من تلقاء أنفسهم، بدليل ما ورد في نظام المنافسة السعودي م٩-٢، عند الحديث عن تعداد اختصاصات مجلس المنافسة، ذكر منها :" الأمر باتخاذ إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات بالنسبة للشكاوى والممارسات المخالفة لأحكام هذا النظام، وكذلك الأمر بالتحقيق والادعاء فيها".

(٣) يقترح الباحث حذف عبارة:" التي تستند إلى أدلة فعلية"، لأنه لا يتبين هذا القيد إلى بعد الدراسة، فيُقترح أن تكون العبارة:" دراسة الشكاوى المقدمة بخصوص مخالفة نظام المنافسة".

ب. الحق في الاطلاع على جميع السجلات والملفات والوثائق لدى المنشأة المعنية، المتعلقة بالشكاوى المقدمة، والحصول على صور منها، ولا يجوز للمنشأة حجب أي معلومات بحجة السرية أو لأي سبب آخر(٢).

ونظرا لكون الجرائم الاحتكارية والتركزات المخلة قد يكون فيها شيء من الغموض والتعقيد، فقد اتجهت كثير من الدول إلى تخصيص أعضاء ضبط قضائي ذوي خبرة خاصة، وتكون مهمتهم البحث والتحري عن هذه الجرائم(٣).

وقد صدر الأمر الملكي المبلغ بالبرقية رقم ٤٦٩٠ في ١٤٣٥/٢/٦هـ المستند على قرار مجلس الوزراء ذي الرقم ٣٤ والتاريخ ١٤٣٤/١/٢٦هـ بتعديل هذه المادة لتكون من اختصاص هيئة التحقيق والادعاء. بحيث تتولى الهيئة التحقيق والادعاء في القضايا الجزائية المترتبة على مخالفة وهذا الأمر تأكيد لما ورد في المادة الثالثة عشرة والخامسة عشرة من نظام الإجراءات الجزائية (٤).

إلا أن مجلس المنافسة استفسر من المقام السامي عن تخصيص الأمر الملكي السابق بمخالفات موظفي ومنسوبي المجلس، لكون مخالفات نظام المنافسة تحتاج إلى تخصص دقيق وقرب من المجال التجاري، وقد يصعب على منسوبي هيئة التحقيق والادعاء العام تمييز المخالفات بكفاءة كما هو الحاصل من منسوبي مجلس المنافسة. وقد شكلت لجنة للنظر في هذا الموضوع (٥)، ولا زال وضع إجراءات الضبط والتحقيق والادعاء كما هي عليه في السابق، وتكون من منسوبي مجلس المنافسة (٦) .

---

(١) يقترح الباحث أن تضاف المهمة الآتية:" إجراء البحث والتحري بخصوص المخالفات لأنظمة المنافسة".

(٢) نظام المنافسة السعودي م١١.

(٣) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد مُحَمَّد محمود خلف ص ١٠٨.

(٤)نظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٢ وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ، م١٣، م١٥.

(٥) إفادة شفهية من مدير الإدارة القانونية في مجلس المنافسة السعودي بتاريخ ١٤٣٥/٠٩/١٥هـ.

(٦) ومع ذلك صدر تعميم معالي رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام رقم ٤٨١٠٥ في ١٤٣٥/١٠/٩هـ حيال توزيع اختصاص التحقيق بين الدوائر في الجرائم المحالة للهيئة، وورد فيه: سابعا: دائرة التحقيق في قضايا الجرائم الاقتصادية: تتولى التحقيق في الجرائم الواردة في الأنظمة التالية: ١٥- نظام المنافسة.

وقد أوجب نظام المنافسة السعودي على من يتولى الضبط من منسوبي مجلس المنافسة أن يحافظ على سرية المعلومات التي حصل عليها بسبب عمله من أسرار المنشآت التي حصل عليها أثناء جمع الاستدلالات أو التحقيقات[١].

وهذا الواجب منصوص عليه في كثير من قوانين المنافسة، مثل القانون المصري[٢] والأردني[٣] والكويتي [٤] والقطري [٥] والسوري [٦] والسوداني [٧] والمغربي [٨].

كما حظر قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري على العاملين بالجهاز القيام بأي عمل، لمدة عامين من تاريخ تركهم للخدمة، لدى الأشخاص الذين خضعوا للفحص أو الخاضعين له في ذلك التاريخ[٩].

وإفشاء الأسرار موجب للعقوبة، وهي منحصرة في نظام المنافسة السعودي في:

١. غرامة مالية لا تتجاوز خمسة ملايين ريال.

٢. أو السجن لمدة لا تزيد عن سنتين.

٣. أو الغرامة المالية والسجن معا، بشرط عدم تجاوز الحد الأعلى في العقوبتين كلتيهما، وهي خمسة ملايين للعقوبة المالية، وسنتان للسجن.

وتحديد العقوبة المناسبة راجع للجهة القضائية المختصة[١٠].

كما منع نظام المنافسة السعودي تحقيق موظف الضبط أي نفع مباشر أو غير مباشر ويترتب على هذه الجريمة ما يأتي:

١- غرامة مالية لا تتجاوز خمسة ملايين ريال.

---

(١) نظام المنافسة السعودي م١١-٥.

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٣.

(٣) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م / م ١٣-ب.

(٤) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١٥.

(٥) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية - رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ١٣.

(٦) القانون السوري للمنافسة ومنع الاحتكار – م ١٦-أ.

(٧) القانون السوداني للمنافسة م ١٣.

(٨) القانون المغربي للمنافسة المادة ٣٣.

(٩) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٣.

(١٠) نظام مجلس المنافسة السعودي م ١٣.

٢- أو السجن لمدة لا تزيد عن سنتين.

٣- أو الغرامة المالية والسجن معا، بشرط عدم تجاوز الحد الأعلى في العقوبتين كلتيهما، وهي خمسة ملايين للعقوبة المالية، وسنتان للسجن.

وللجهة القضائية المختصة سلطة تقديرية في تحديد العقوبة المناسبة الرادعة للجاني والمانعة لغيره من اقتراف المخالفة [١].

وفي هذا حماية للعدالة والشفافية ومنع للفساد الإداري، الذي ينخر في الحكومات ما لم تقف أمامه بحزم، إضافة إلى أن المنشآت التجارية تطمئن إلى تحقيق العدالة مع الجميع دون محاباة لأحد.

كما ألزمت لائحة نظام المنافسة السعودي مأموري الضبط القضائي أن يحملوا ما يثبت هوياتهم ويبرزوها لمسؤول المنشأة قبل مباشرة أعمال الضبط المكلفين بها[٢]، لأن المنشآت لها أسرارها، ولا تكشف إلا للسلطات المختصة، فلا بد من إثبات كون الموظف منتسباً للجهة الرقابية حتى يسمح له بالتفتيش، لا سيما أن اللائحة ألزمت جميع المنشآت بالسماح لمأموري الضبط القضائي في حال طلبهم الدخول لمقر المنشآت في أوقات الدوام الرسمية وتمكينهم من الاطلاع على جميع المستندات والملفات والوثائق الورقية والإلكترونية، ولو كانت تتسم بالسرية، والحصول على صور منها، وتسهيل مهمتهم وتزويدهم بجميع ما يحتاجون إليه، بما في ذلك فتح الخزائن ومفاتيح التشفير واستخدام وحدات النسخ والحاسب الآلي وخدمات الكهرباء[٣].

كما يحق لمأموري الضبط القضائي دخول المنشأة وما يلحق بها من مستودعات وأماكن للتخزين والحفظ وما استخدم منها كسكن للعمال ونحوه [٤]، ويحظر على المنشأة حجب معلومات أو مستندات بحجية السرية أو لأي سبب آخر[٥].

---

(١) نظام مجلس المنافسة السعودي م ١٣.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي والصادرة بقرار مجلس المنافسة رقم (١٢٦) وتاريخ ١٤٣٥/٩/٤هـ -م٣٩.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٤١.

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي -م٤٢.

(٥) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي-م٤٩.

المطلب الثاني

إجراءات التحقيق

أكد نظام المنافسة السعودي على أن المجلس يصدر قرارا بتحديد الموظفين الذين لهم صفة الضبطية القضائية ومن صلاحياته دراسة الشكاوى والتحقيق فيها[١]. وقد انتقد التعبير بالضبطية القضائية، لأن المنظم السعودي يستخدم مصطلح:"رجال الضبط الجنائي"، وسبب ذلك أن القضاء لا يشرف عليهم، فلا يصح إضفاء الصفة القضائية عليهم، وهو المستخدم في نظام الإجراءات الجزائية.

وفي سبيل إنجاح عمل التحقيق أكدت لائحة نظام المنافسة السعودي على أن للمحقق في مخالفات المنافسة الآتي:

أ) أن يؤدي عمله في التحقيق بتنسيق مع المنشأة أو بدون تنسيق حسب مصلحة القضية.

ب) أن يدخل مقر المنشآت في أوقات الدوام الرسمية، ويلزم المنشأة أن تمكنه من الاطلاع على جميع المستندات والملفات والوثائق الورقية والإلكترونية، السرية والعادية، والحصول على صور منها، وتسهيل مهمته وتزويده بجميع ما يحتاج إليه، بما في ذلك فتح الخزائن ومفاتيح التشفير واستخدام وحدات النسخ والحاسب الآلي وخدمات الكهرباء.

ج) دخول المنشأة وما يلحق بها من مستودعات وأماكن للتخزين والحفظ وما استخدم منها كسكن للعمال ونحوه.

د) التحقيق مع مدير المنشأة أو غيره من العاملين في المنشأة في مقر المجلس أو في موقع المنشأة وأن يحرر بذلك محضر رسمي يثبت فيه أقوالهم وتواقيعهم عليها.

هـ) اتخاذ إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات اللازمة والتحقيق في مخالفات أحكام هذا النظام[٢].

وتقدم أن التحقيق في مخالفات نظام المنافسة السعودي أُستثنيَ من عمل هيئة التحقيق والادعاء العام في السابق، حيث أجاز نظام هيئة التحقيق والادعاء العام استثناء بعض أعمال

---

(١) نظام المنافسة السعودي م١١.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٤٠-٤١-٤٢-٤٤-٤٥-٤٦-٤٨.

التحقيق إلى جهات حكومية أخرى[١]. ثم صدر الأمر الملكي بتعديل هذه المادة لتكون من اختصاص هيئة التحقيق والادعاء [٢]، وبسبب طلب مجلس المنافسة من المقام السامي إعادة النظر في تطبيق القرار لا زال الأمر كما هو عليه في السابق[٣].

المطلب الثالث

إجراءات الدعوى الجزائية

بعد الانتهاء من التحقيق في مخالفات نظام المنافسة، فإنه يلزم مجلس المنافسة أن يحدد من يتولى الادعاء في قضايا مخالفات أحكام نظام المنافسة أمام لجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة وأمام ديوان المظالم[٤]، وحسب لائحة نظام المنافسة السعودي؛ يُعين بقرار من المجلس ممثل [٥] أو أكثر للادعاء أمام اللجنة والترافع أمام ديوان المظالم [٦]، إذ من مهام مجلس المنافسة الأمر بالادعاء في الممارسات المخالفة لأحكام نظام المنافسة السعودي [٧]. كما أكد نظام المنافسة على أن من اختصاصات مجلس المنافسة الموافقة على البدء في إجراءات الدعوى

(١) نظام هيئة التحقيق والادعاء العام م٣-٤.

(٢) الأمر الملكي المبلغ بالبرقية رقم ٤٦٩٠ في ١٤٣٥/٢/٦هـ المستند على قرار مجلس الوزراء ذي الرقم ٣٤ والتاريخ ١٤٣٤/١/٢٦هـ.

(٣) إفادة شفهية من الشيخ تميم الحوتان، المحقق في الجرائم الاقتصادية في هيئة التحقيق والادعاء العام بتاريخ ١٤٣٦/٣/١٠هـ.

(٤) نظام المنافسة السعودي م١١.

(٥) في اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي: ممثلا، وصوابه: ممثل، لأنه نائب فاعل.

(٦) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٥٩، وقد كانت صلاحية التعيين في اللائحة السابقة بقرار من "الوزير"، وبعد انتقادات من الدارسين بأن في ذلك مخالفة للنظام، حيث ورد في نظام المنافسة السعودي م١١-٢، أن التعيين يكون من مجلس المنافسة، وليس من وزير التجارة. ثم عدلت اللائحة لتكون بصيغة المبني للمجهول.

(٧) نظام المنافسة السعودي م ٩-٢.

الجزائية ضد المخالفين لأحكام هذا النظام[١]، وقد انتقد هذا التكرار؛ لأن الإجراءات الجزائية يدخل فيها التحقيق والادعاء فيها[٢].

وقد صدر الأمر الملكي بتعديل هذه المادة لتكون من اختصاص هيئة التحقيق والادعاء[٣]، ولا زال الإجراء حتى كتابة هذه الرسالة كما هو عليه، وقد شكلت لجنة من المقام السامي كما تقدم للنظر في طلب مجلس المنافسة بأن تنقل مخالفات موظفي مجلس المنافسة إلى هيئة التحقيق والادعاء العام، بخلاف مخالفات نظام المنافسة السعودي.

ولا يمكن بدء الدعوى ضد المخالف لنظام المنافسة إلا بموافقة مجلس المنافسة طبقاً للنظام[٤].

وبعض قوانين المنافسة تلزم لصحة رفع الدعوى الجنائية أن يكون ذلك بطلب من الوزير المختص أو من يفوضه [٥]، وتبرير ذلك أن الجرائم المتعلقة بالمنافسة ذات طبيعة خاصة لاتصالها بمصالح الدولة الاقتصادية، ولذا ناسب – حسب وجهة نظر المنظم – أن لا تحرك الدعوى إلا بطلب من وزير الاقتصاد.

ويرى الباحث أن اشتراط موافقة الوزير المختص لرفع الدعوى الجزائية محل انتقاد، لأن العدالة يجب أن تشمل الجميع، دون موافقة من السلطة التنفيذية[٦].

---

(١) نظام المنافسة السعودي م -٣.

(٢) الإجراءات الجنائية في المملكة العربية السعودية، للدكتور سعد بن ظفير، ص ٢٩، والمنافسة التجارية للدكتور عبدالعزيز الناصر ص ٤١٤.

(٣) الأمر الملكي المبلغ بالبرقية رقم ٤٦٩٠ في ١٤٣٥/٢/٦هـ المستند على قرار مجلس الوزراء ذي الرقم ٣٤ والتاريخ ١٤٣٤/١/٢٦هـ.

(٤) نظام المنافسة السعودي م٩-٣.

(٥) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢١، وقد حدد بقرار مجلس الوزراء المصري برقم ٥٧١ وتاريخ ٢٠٠٦م، بأنه وزير التجارة والصناعة.

(٦) حماية المستهلك وحماية المنافسة : رفع الممارسات الاحتكارية – مُحَمَّد وليد الجلاد ص ١٢٣.

المطلب الرابع

الصلح عن رفع الدعوى الجزائية

تتجه العديد من أنظمة المنافسة إلى إتاحة إمكانية الصلح مع المنشأة المخالفة، فعلى سبيل المثال؛ سمح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري للوزير المختص أن يتصالح مع من ارتكب أياً من الأفعال المخالفة قبل صدور حكم بات فيها، مقابل مبلغ لا يقل عن مثلي الحد الأدنى للغرامة ولا يجاوز مثلي حدها الأقصى[١]، ويعد التصالح بمثابة التنازل عن طلب رفع الدعوى الجنائية ويترتب عليها انقضاء الدعوى الجنائية عن ذات الواقعة التي صدر بشأنها طلب رفع الدعوى [٢].

وفي حال التصالح يلزم مراعاة ما يأتي:

١. لا أثر للتصالح الذي يتم بعد صدور الحكم البات في وقف تنفيذ العقوبة المقضي بها.

٢. ولا أثر للتصالح إلا في الدعوى الجنائية التي صدر حكم بشأنها، وتبقى الدعوى المدنية الناشئة عنها في إجراءاتها

٣. ويشترط لكي يكون التصالح منتجا لآثاره القانونية أن يصدر من الوزير المختص أو من يفوضه[٣].

المطلب الخامس

الجهة القضائية المختصة بدعوى الاندماج المخل بنظام المنافسة

تختلف الدول في الجهة التي تسند إليها قضايا مخالفة قوانين المنافسة، على عدة توجهات:

الأول: إسناد النظر في قضايا المنافسة للقضاء العام، ففي الولايات المتحدة الأمريكية نجد أن القضاء العام هو صاحب الاختصاص للفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام قوانين مكافحة الاحتكار، ومن ذلك تطبيق العقوبات الجزائية[١].

---

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢/٢١.

(٢) حماية المستهلك وحماية المنافسة: رفع الممارسات الاحتكارية – مُحَمَّد وليد الجلاد – ص ١٤٢.

(٣) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٨٣.

كما أن قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري جعل صلاحية فرض الغرامات من صلاحيات المحاكم، وأما جهاز حماية المنافسة فتقتصر مهمته حيال المخالفات بتكليف المخالف أن يعدل من أوضاعه ويزيل مخالفاته [٢]. وأناط القانون الجزائري بالمحاكم الجنائية مهمة الحكم في الممارسات المنافية للمنافسة في حل تورط شخص طبيعي في تدبيرها[٣].

الثاني: إنشاء جهة خاصة بقضايا المنافسة، فقد نص نظام المنافسة السعودي على تشكيل لجنة تختص بالنظر والفصل في المخالفات التي تستوجب عقوبة الغرامة[٤]، واسم اللجنة هو لجنة النظر والفصل في مخالفات نظام المنافسة[٥]. وعند صدور القرار الإداري، فإن لكل الأطراف التظلم أمام ديوان المظالم خلال ستين يوما من تاريخ الإبلاغ بالقرار [٦].

ويرى الباحث أن تضم هذه اللجنة للقضاء العام، كما هو مقرر في مثيلاتها في النظام القضائي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم م / ٧٨وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ، وتنشأ دائرة قضائية مختصة بقضايا المنافسة يكون لأعضائها التأهيل الكافي للنظر في قضايا المنافسة والحكم فيها.

وأما المخالفات التي تقع خارج إقليم الدولة، فإنه نظرا لخطورة الجرائم الاقتصادية، فإن الأنظمة الحديثة تتجه نحو سريان العقوبات على الجرائم الاقتصادية التي تقع خارج إقليم الدولة، على اعتبار تأثيرها على مصالح الدولة الاقتصادية، وبالتالي تهدد أمنها ونظامها السياسي، وهو ما أكده القانون المصري للمنافسة [٧] .

---

(١) التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٤٣١.

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٠.

(٣) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة – للدكتور مُحَمَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري – تيزي إوزو – ع ٢٣ ص ٦٧، عن المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٤ في ١٧ يونيو ١٩٩٦م المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري م ١٥.

(٤) نظام المنافسة السعودي م١٥.

(٥)اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي –م٢.

(٦) نظام المنافسة السعودي م١٥-٣.

(٧) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٥.

وينتقد بعض الباحثين ذلك بسبب صعوبة محاكمة الأطراف الأجنبية وتبليغهم وعقوبتهم ما لم يكن للطرف الأجنبي ممثل داخل الدولة[١]. ويرى الباحث أنه يمكن معالجة ذلك بتوقيع الاتفاقيات الثنائية لتنفيذ الأحكام، وبذلك يزول الإشكال.

المطلب السادس

إثبات الممارسة المخلة بالمنافسة

من المقرر أن الجهات التنظيمية لا تمنع الاتفاقات والاندماجات لحد ذاتها، وإنما تمنع التصرفات التي يكون الغرض منها أو يمكن أن يترتب عليها منع أو عرقلة ممارسة أي منشأة لنشاطها الاقتصادي في السوق أو تلك التحالفات التي تؤثر على اقتصاديات باقي المتنافسين.

ولكي يقع الاتفاق تحت طائلة المنع لا بد من توافر عنصرين أساسين هما:

١- وجود تواطؤ بين الأطراف.

٢- أن يكون الغرض منه تقييد المنافسة أو المساس بها [٢].

وقد ورد في لائحة نظام المنافسة جواز الإثبات أمام اللجنة بجميع طرق الإثبات، بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات الفاكس والبريد الإلكتروني[٣].

وأهم طرق الإثبات المتصورة لإثبات الممارسة المخلة بالمنافسة هي إقرار المخالف، أو وجود قرائن قوية تقوي وقع المخالفة، وبيانها فيما يأتي.

الفرع الأول: الإقرار

يمكن إثبات التركز الحاصل بالاندماج المخل بالمنافسة من خلال التصريح الشفهي أو من خلال التقرير السنوي للشركة المندمجة أو المستحوذة أو من خلال الخطاب الموجه من مشتري

(١) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد محمد محمود خلف ص ٩١.

(٢) ينظر على سبيل المثال القانون المغربي للمنافسة م٦.

(٣)اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٦٧.

الأسهم للشركة البائعة لأن بعض قوانين تداول الأسهم تلزم المشتري لأسهم شركة تزيد عن ٥% بأن يعلمها بخطاب يفصح عن نيته السيطرة عليها[١].

وقد تقدم بيان موقف الفقه الإسلامي من الإثبات بالإقرار في الفصل السابق.

الفرع الثاني: القرائن

يمكن الاستدلال على التركز المخالف للنظام من خلال النية الضمنية المستدل عليها بالقرائن، كما في قضية هاميليتون واتش، فقد ظلت الشركة المدعى عليها تشتري أسهم الشركة المسيطر عليها لمدة ستة أشهر، ثم إن الشركة المشترية رشحت رئيس مجلس إدارتها ليكون رئيسا لمجلس إدارة الشركة المسيطر عليها [٢].

وقد قرر مجلس المنافسة التونسي الأخذ بالقرائن لإثبات مخالفات قانون المنافسة لأن طبيعة تلك الممارسات التي تعتمد بالضرورة على الكتمان والمراكنة تجعل إقامة الحجة عليها أمرا عسيرا، ولا يمكن التوصل إلى إثباتها في أغلب الحالات إلا باللجوء إلى القرائن التي يبرزها التحقيق، حتى وإن لم تشكل كل واحدة منها إذا ما أخذت لوحدها بمعزل عن البقية دليلا قاطعا على وجود عملية التفاهم[٣].

وقد تقدم بيان موقف الفقه الإسلامي من الإثبات بالقرائن في الفصل السابق.

---

(١) ينظر بعض التطبيقات القضائية في بحث مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٣٦.

(٢) مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية للدكتور أحمد الملحم – مجلة الحقوق ص ٣٨.

(٣) قرار مجلس المنافسة ذي الرقم ٤١٥٥ في ١٦ ديسمبر ٢٠٠٤م، التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس ص ٣٣.

المطلب السابع

طريقة صدور قرار لجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة

يمر القرار القضائي بعدة خطوات حتى يكون جاهزا للتنفيذ، وبيانها فيما يأتي:

أولا: إخطار أطراف الدعوى بموعد الجلسة الأولى من قبل لجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة ، وذلك قبل الموعد المحدد بخمسة عشر يوماً على الأقل، على أن يرفق بالخطاب الموجه للمدعى عليه نسخة من لائحة الدعوى، وتكليفه بالحضور لسماع أقواله، وتقديم رده على الدعوى [١].

ثانيا: التحقق من المخالفة، واستيفاء التحقيقات، والاستعانة بالخبراء وسماع شهادة الشهود[٢].

ثالثا: ثم تفصل اللجنة في المخالفات المحالة إليها على وجه السرعة وإذا اقتضى الأمر نظر المخالفة في أكثر من جلسة يراعى إخطار من يتخلف من أطراف الدعوى عن حضور أحد الجلسات بموعد الجلسة التالية[٣].

ويحق لأطراف الدعوى التظلم أمام القضاء الإداري التابع لديوان المظالم خلال المدة المحددة نظاما وهي خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم نسخة القرار أو من التاريخ المحدد للتسلم في حالة عدم الحضور[٤].

رابعا: إخطار ذوي الشأن بصورة من القرار[٥].

خامسا: مصادقة رئيس مجلس المنافسة على القرار[٦].

سادسا: جاهزية القرار للتنفيذ، ويكون ذلك بأحد أمرين:

١- مضي المدة المقررة نظاما للتظلم وهي خمسة عشر يوما من تاريخ الإبلاغ بالقرار، وقد كانت في النظام – قبل تعديله – ستون يوما[١].

---

(١)اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٦١.

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م ٧١.

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٧٠.

(٤) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م ٧٤.

(٥) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م ٧٢.

(٦) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م ٧٣.

٢- بفصل القضاء الإداري في الدعوى.

وتنفذ قرارات لجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة المتعلقة بإيقاع الغرامة أو إيقاف نشاط المنشأة مؤقتا من تاريخ صدورها، ما لم يصدر حكم من المحكمة الإدارية بوقف تنفيذ قرار اللجنة في هذا الشأن[٢].

(١) تعديل الفقرة الثالثة من المادة الخامسة عشرة من نظام المنافسة السعودي الصادر بقرار مجلس الوزراء في اجتماعه المنعقد يوم الاثنين ١٤٣٥/٤/٣هـ المنشور في صحيفة الرياض السعودية، ينظر الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.alriyadh.com/906892

(٢) الفقرة الثانية من المادة الخامسة عشرة من نظام المنافسة السعودي الصادر بقرار مجلس الوزراء في اجتماعه المنعقد يوم الاثنين ١٤٣٥/٤/٣هـ المنشور في صحيفة الرياض السعودية، ينظر الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.alriyadh.com/906892

المبحث الثاني

أركان المسؤولية الجزائية للاندماج المخل بالمنافسة

تمهيد:

عرف اللغويون الركن بأنه الجانب الأقوى، وأركان كل شيء جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها، والتي هي جزء من ماهيته، كالركوع بالنسبة للصلاة[١].

وعرفه جمهور الفقهاء بأنه ما لا يتم الشيء إلا به، سواء أكان جزءا من ماهيته أو شرطا له. أما فقهاء الحنفية، فإنهم قد عرفوه بأنه ما لا يتم الشيء إلا به، وكان جزءا منه [٢].

ويتبين مما سبق أن فقهاء الحنفية تمسكوا بالمفهوم اللغوي للركن، بأن ركن الشيء ما كان جزءا من ماهيته، وطبقا لهذا فإن ما يصدق عليه مفهوم ركن الجريمة هو ما يأتي:

أولا: ما يقوم به الجاني من تفكير وتدبير، وإعداد نفسي بإرادة، وإدراك معتبرين شرعا، مع علمه بما سيترتب على سلوكه من نتائج ومسببات، وهذا هو ما يطلق عليه الركن المعنوي للجريمة.

ثانيا: قيام الجاني بالسلوك المادي المكون للجريمة، سواء أكان هذا السلوك إيجابيا أم سلبيا –فعلا أم امتناعا– وسواء أقام به الجاني بمفرده أم شاركه غيره. وهذا هو ما يطلق عليه الركن المادي للجريمة.

والركن المادي والمعنوي هما اللذان يصدق عليهما المفهوم اللغوي للركن والذي اختاره فقهاء الحنفية؛ لأن الركن المادي والركن المعنوي يعتبران جزءاً من ماهية الجريمة[٣].

وقد ذهب إلى هذا الاتجاه عدد من المختصين في القانون الجنائي، بحجة أن اعتبار نص القانون الذي يبين الفعل المكون للجريمة، والعقوبة التي تفرض على مرتكبه ركنا من أركان

---

(١) لسان العرب مادة:"ركن".

(٢) المدخل للفقه الإسلامي – أ. د: سلام مدكور ص٥١٣.

(٣) الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون — منصور الحفناوي – ص ٩١.

الجريمة، أمر غير منطقي؛ لأن القانون هو المقرر لكون الجريمة جريمة، ومن غير المتصور اعتبار المنشئ عنصرا فيما ينشؤه[١].

وعلى اتجاه الجمهور يمكن اعتبار النص القانوني ركنا من أركان الجريمة، ويقصد به النص على الفعل المكون للجريمة، والعقوبة التي تفرض على مرتكبها، إن لم يكن داخلا ضمن الفعل المادي الذي يكون الجريمة، فهو من غير نزاع شرط لتجريم هذا الفعل المادي والعقاب عليه، إذ بدون وجود هذا الشرط لا يعد الفعل جريمة معاقبا عليها عقابا قضائيا.

وما دام النص على تجريم الفعل شرطا للعقاب عليه، فهو إذن ركن بمفهوم الجمهور للركن[٢].

ومما تقدم يمكن أن يقال بأنه لا بد للجريمة من وجود ثلاثة عناصر (أركان) أساسية هي العنصر الشرعي، والعنصر المادي، والعنصر المعنوي[٣]، وفيما يأتي بيان لهذه الأركان الثلاثة.

المطلب الأول

الركن الشرعي

يراد بالركن الشرعي النص الذي يجرم السلوك -إيجابا أو سلبا- ويضع عقابا يلزم به كل من وقع منه هذا السلوك المجرم، سواء عن طريق الإيجاب أو السلب [٤].

ويرى الباحث أن هذا التعريف فيه تفصيل يمكن اختصاره، وقد عرفه بعض الباحثين بعبارة مختصرة كافية وافية بأنه توافر النص الذي يجرم السلوك ويعاقب عليه[٥].

ويشترط في النص التنظيمي المجرم للسلوك التنافسي الآتي:

١. أن يكون النص التنظيمي نافذا وقت وقوع الجريمة.

٢. أن يكون النص التنظيمي ساريا على مكان وقوعها.

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام أ. د: محمود مصطفى ص٣٧-٣٨ ، شرح قانون العقوبات القسم العام أ. د: أحمد الألفي ص٨٨.

(٢) الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون - منصور الحفناوي ص ٩٢.

(٣) المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٧٢٥- ٧٢٨.

(٤) الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون - منصور الحفناوي ص ٩٥.

(٥) المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٧٢٥-٧٢٨.

٣. أن يكون النص التنظيمي ملزما للشخص الذي وقعت من الجريمة[١].

المطلب الثاني

الركن المادي

عرف الركن المادي بأنه السلوك المكون للجريمة[٢]، ويشمل هذا الركن ثلاثة عناصر:

الأول: السلوك غير المشروع، بأن يقوم الجاني بعمل من الأعمال المنصوص على تجريمها في النظام، ويشمل ذلك أن تكون الجريمة ذات نشاط إيجابي، كما يشمل الجريمة السلبية.

الثاني: النتيجة، وهي عاقبة الفعل والأثر الذي يحدثه، سواء قصدها الفاعل أو لم يقصدها.

الثالث: علاقة السببية، أي وجود علاقة سببية تصل بين السلوك الإجرامي والنتيجة[٣].

المطلب الثالث

الركن المعنوي

يمكن تعريف الركن المعنوي بأنه الصلة النفسية بين السلوك وبين من قام به، وهو مكلف مسؤول عن سلوكه[٤]، ويطلق عليه الركن الأدبي [٥].

والجرائم العمدية يلزم فيها القصد الجنائي ، وله عنصران:

---

(١) الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون – منصور الحفناوي ص ٩٦، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي – عبد القادر عودة ، وقد تحدث عن سريان الزمان في ٢٦١/١، وسريانه على المكان في ٢٧٤/١، وعلى الأشخاص في ٣١٠/١.

(٢) المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور مُحَمَّد سلام مدكور ص ٧٢٥-٧٢٨.

(٣) الجريمة للشيخ مُحَمَّد أبو زهرة ص٣٨٤، شرح قانون العقوبات د. أحمد الألفي ص٢٥٣، المدخل الإسلامي للفقه الإسلامي د. سلام مدكور ص٧٢٧، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون – منصور الحفناوي ص ١٢٢.

(٤) المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور مُحَمَّد سلام مدكور ص ٧٢٥- ٧٢٨.

(٥) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي – عبد القادر عودة ص ١١١/١.

أولهما: الإدراك، إذ لا بد من أن يكون من يقوم بالسلوك مدركا إدراكا يعتد به حتى يمكن معاقبته على سلوكه. فإذا فقد من قام بالسلوك هذا العنصر، انعدمت مساءلته جنائيا عما قام به، وقد قال رسول الله – ﷺ –: " رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل "(١).

ثانيهما: الاختيار، أي أن يكون من قام بالسلوك المعاقب عليه، قد قام بسلوكه مختارا بناء على رغبة منه واختيار حر (٢).

فإذا تحقق فعل من الأفعال المعاقب عليها نتيجة إهمال أو عدم احتياط من الفاعل فلا تنطبق عليه شروط الجريمة.

إلا أن الجرائم الاقتصادية ومنها التي لها علاقة بالتركز الاقتصادي وأنظمة المنافسة تجعل توافر الركن المعنوي أمرا مفترضا، ما لم يثبت العكس (٣).

المطلب الرابع

الإسناد في حال الاندماج غير النظامي

يعد مبدأ شخصية المسؤولية من ركائز القانون الجنائي الحديث، إلا أن تعقد الحياة الاقتصادية الحديثة، جعلت المختصين يعيدون النظر في بعض الحالات، كما إذا حصل ارتكاب لمخالفة للقانون من موظف تابع لشركة، فهل تنسب المخالفة للموظف على الأصل، أم تنسب

---

(١) رواه أحمد في مسنده برقم ٢٤٦٩٤ وأخرجه رواه أبو داود (٤٣٩٨) والنسائي (١٠٠/٢) الدارمي (٢٢٩٦)، وابن الجارود (١٤٨)، من طريق حماد عن إبراهيم النخعي عن الأسود عن عائشة – ﵂ – وجود إسناده شعيب الأرناؤوط في تعليقه على مسند أحمد ٢٢٤/٤١. وورد الحديث عن علي – ﵁ – وأبي قتادة – ﵁ – وينظر تخريجها في إرواء الغليل للألباني – رحمه الله – ٤/٢.

(٢) الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون – منصور الحفناوي ص ١٣٥.

(٣) أكد هذا المعنى القضاء الأمريكي ذلك في قضية Aspan فقد قررت المحكمة ما يأتي:

evidence of intent is merely relevant to the question whether the challenged conduct is fairly characterized as exclusionary.

والمعنى أن نية الإضرار لا ينظر لها في الاعتبار، بل ينظر في السلوك إذا كان يتسم بإقصاء المنافسة. ينظر التعليق على الحكم في كتاب الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة – د. حسين فتحي ص ٤٥.

لمدير الشركة لكون الموظف يعمل تحت إشرافه، أو تنسب المخالفة للشركة نفسها باعتبارها شخصا معنويا، أو تنسب للملاك، لكون أرباح الشركة لهم فكذلك المطالبات التي عليها. ويطلق على هذه المسألة بأحكام الإسناد في الجرائم الاحتكارية.

ويمكن تعريف الإسناد بأنه الطريقة القانونية لتعيين المسؤول، فهدفه ليس معرفة فاعل الجريمة بل من هو المسؤول عنها المستحق لعقوبتها[1]، ويشمل الكلام عن الإسناد في الجرائم الاحتكارية أو الاندماجات غير النظامية على الآتي:

الفرع الأول: مسؤولية الشخص المعنوي.

الفرع الثاني: مسؤولية مدير المنشأة التجارية جنائيا.

الفرع الثالث: مسؤولية العامل المباشر للجريمة الاحتكارية.

الفرع الرابع: مسؤولية مالك المنشأة جنائيا.

وبيانها فيما يأتي.

الفرع الأول: المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

تقدم في الفصل السابق أن الشخص المعنوي هو مجموعة الأشخاص والأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين، ويعترف القانون لها بشخصية قانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض، وقد قررت قوانين كثيرة إمكانية تطبيق المسؤولية الجنائية على الشخص المعنوي، وأيد الشراح ذلك. وفيما يأتي بيان لمستند هذا القول وموقف الفقه الإسلامي منه.

المسألة الأولى: مستند القول بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

تقرر العديد من قوانين المنافسة أن الأشخاص المعنويين مسؤولون جنائيا عندما تبرر ذلك ظروف النازلة ولاسيما سوء نية الأطراف المعنية أو خطورة المخالفات المرتكبة ودون إخلال بالجزاءات المدنية الممكن تطبيقها من لدن المحاكم المختصة[2].

(١) المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٣٥٥، ٣٥٧.

(٢) القانون المغربي للمنافسة م٧٠.

ويخالف عدد من شراح القوانين الجنائية في إمكان محاسبة الشخص المعنوي جنائياً، لعدم وجود القصد الجنائي للشخص المعنوي، ولعدم إمكانية شعوره بالعقوبة على الجريمة.

ويمكن أن يناقش أصحاب هذا الاتجاه بما يأتي:

١- أنه كما أن الشخص المعنوي يكون طرفا في التعاقد، والالتزامات المالية، فيلزم منه القول بأن يساءل جنائيا عن مخالفته للنظام.

٢- أن مبدأ "شخصية العقوبة" منطبق على مساءلة الشخص المعنوي جنائيا، لأن مآل العقوبات ستكون على ملاك الشخص المعنوي أو القائمين على إدارتها.

٣- أن هدف العقوبات ردع المخالف للأنظمة، وهذا متحقق في مساءلة الشخص المعنوي جنائيا.

٤- أن أغلب الجرائم الاقتصادية إنما ترتكب لغرض الكسب، والشخص المعنوي هو المستفيد منها، فمن العدل أن يعاقب عليها ما دام أنه المستفيد من عائداتها.

٥- أن توقيع عقوبات الجرائم الاقتصادية على الموظف المرتكب للمخالفة غير مجد، لكون الغرامات كبيرة لا يستطيع تحملها الموظف العادي غالبا[١].

ويرى الباحث رجحان القول بترتب المسؤولية الجنائية على الشخص المعنوي وتطبيق العقوبات الملائمة عليه، لقوة ما استند إليه.

المسألة الثانية: موقف الفقه الإسلامي من مساءلة الشخص المعنوي جنائيا

يشترط – حسب التشريع الجنائي الإسلامي – لإيقاع العقوبة بمرتكب بالجريمة أن يكون الفاعل مدركا مختارا، وهذا محصور في الشخص الطبيعي لأنه وحده المدرك المختار، ومع وجود الشخصيات المعنوية واعتراف الفقه الإسلامي بها في بعض أحكامها مثل التعامل مع الأوقاف أو بيت المال ونحوها في المسائل المدنية، إلا أنه لم يعرف في الفقه الإسلامي أن تكون الجهات الاعتبارية أهلا للمسؤولية الجنائية، لأن المسؤولية تنبني على الإرادة والاختيار وكلاهما منعدم دون شك في هذه الشخصيات، ولكن إذا وقعت جريمة والمجرم ممن يتولى مصالح هذه الجهات

(١) حماية المستهلك وحماية المنافسة : رفع الممارسات الاحتكارية – مُحَمَّد وليد الجلاد ص ١٣٣-١٣٤.

أو الأشخاص المعنوية فإنه هو وحده الذي يعاقب على جنايته ولو أنه كان يعمل لصالح الشخص المعنوي، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله، ولا يؤخذ امرؤ بجريرة غيره لقوله تعالى: "ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى" (الأنعام: ١٦٤) وقوله تعالى:"من يعمل سوءا يجز به" (النساء: ١٢٣)[١].

وأما إن كانت العقوبة في مآلها تقع على ملاكها أو من يشرفون عليها من الأشخاص الطبيعيين، فيمكن تطبيق العقوبة عليهم، ويشمل ذلك عقوبة الحل والإزالة والمصادرة، كذلك يمكن شرعا أن يفرض على هذه الشخصيات ما يحد من نشاطها الضار حماية للجماعة ونظامها وأمنها[٢].

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية لمدير المنشأة التجارية

يترتب على المناصب القيادية مسؤوليات والتزامات، ومن أعظمها مسؤولية الإشراف على الموظفين التابعين له، فإذا حصلت جريمة اقتصادية من أحد موظفي المنشأة، فهل يمكن أن يعاقب المدير ولو لم يعلم بالجريمة.

كي نصل للإجابة الصائبة يلزم البحث في الأساس القانوني للقول بمسؤولية المدير، والنظريات المتعلقة به، وشروط مسؤوليته وما تنتفي به مسؤوليته، والعقوبات التي يمكن أن تقع عليه، وبيان هذه المسائل فيما يأتي.

المسألة الأولى: الأساس القانوني لتقرير المسؤولية الجنائية لمدير المنشأة التجارية

تعدُّ المسؤولية الجنائية من المسؤوليات الشخصية في الأصل، إلا أن المسؤولية عن فعل الغير مبدأ مقرر استثناءا في بعض الحالات، كمسؤولية رب العمل أو المدير عن أعمال تابعيه، وقد قرر قانون حماية المنافسة المصري أن العقوبة تطال المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص

(١) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي – عبد القادر عودة – ١/ ٣٩٣.

(٢) المرجع السابق ١/ ٣٩٣.

الاعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب مخالفة لأحكام القانون، بشروط يأتي ذكرها[١].

والإسناد في هذه الحال يكون للفاعل الوسيط وهو من لم يباشر الجريمة [٢]، ولم يحرض عليها [٣]، ولكنه تركها تقع وكان بإمكانه منعها بتدخله.

وقد وضع القانون على كاهله التزاما بالرقابة على المنشأة التي يديرها، فيعد خطأ مدير المنشأة خطأ مفترضا [٤]، ولذا قررت محكمة النقض الفرنسية أن المسؤولية الجنائية لرؤساء المنشأة ليست متوقفة على إثبات مساهمته مباشرة في الجريمة أو على إتيانهم وسيلة من وسائل الاشتراك التي ذكرت في قوانين العقوبات، بل قرر القضاء في قضايا عديدة أن مسؤولية المدير ثابتة ولو لم يعلم بالجريمة، لأن الخطاب بالتزام القوانين المتعلقة بالمنشآت التجارية موجه إليهم في الأساس[٥].

وهذا التوجه تبنته القوانين الجنائية الحديثة، على خلاف بين القوانين في التفاصيل. فعلى سبيل المثال: توجه القانون الألماني في حصر عقوبة مدير المشروع في العقوبات المالية الإدارية فقط، واشترط القانون السويسري أن يكون مدير المنشأة فعلا هو من يديرها وقت الجريمة، وأما القانون الفرنسي فيؤكد على مسؤولية المدير إذا مكن شخصا خاضعا لسلطته أو رقابته من مخالفة نصوص القانون[٦].

المسألة الثانية: نظريات إسناد الجريمة إلى مدير المنشأة

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٥.

(٢) وهو الفاعل المباشر، وعرف بأنه من يرتكب الجريمة وحده أو مع غيره، وله تعريفات أخرى. قانون العقوبات المصري م٣٩، والسوري م٢١١، واللبناني م٢١٢.

(٣) المحرض على الجريمة صورة من صور الفاعل غير المباشر.

(٤)المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص٣٦١، وتنظر بعض الأحكام القضائية مع التعليق عليها من محكمة النقض الفرنسية في ص ٣٦٨.

(٥) تنظر مجموعة أحكام بهذا المعنى مع التعليق عليها في كتاب: المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٣٦٢-٣٦٤

(٦) ينظر نص قانون العقوبات الألماني والسويسري والفرنسي في كتاب: المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٣٦٤-٣٦٥.

ذكر الشراح عدة نظريات لإسناد الجريمة الواقعة من المنشأة التجارية إلى مدير المنشأة مع كونه لم يباشر الجريمة بنفسه، وهي:

النظرية الأولى: نظرية تمثيل مدير المشروع

النظرية الثانية: نظرية الخضوع الإرادي لتكاليف مهنته

النظرية الثالثة: نظرية الالتزام القانوني المباشر

وبيانها فيما يأتي.

النظرية الأولى: نظرية تمثيل مدير المشروع

تعد نظرية تمثيل مدير المشروع من أهم النظريات المفسرة لإسناد الجريمة الاقتصادية إلى مدير المنشأة مع كونه لم يرتكبها مباشرة، وتسمى نظرية الافتراض، أو نظرية التمثيل القانوني، ويقصد بها أن الموظف المرتكب لجريمة تخل بالمنافسة يمثل المدير، بحيث يعتبر المدير كأنه هو المرتكب للجريمة أو المخالفة، وهذه النظرية تقوم على الافتراض، ولا يقبل الافتراض إلا إذا نص المنظم عليه[1].

النظرية الثانية: نظرية الخضوع الإرادي لتكاليف مهنته

ذكر بعض الشراح نظرية خضوع الموظف الإرادي لتكاليف مهنته، ويقصد بهذه النظرية أن المدير ملتزم شخصيا وفق تعاقده مع المنشأة بأن يتحمل مخاطر عماله، وتسمى هذه النظرية بنظرية العقد أو الخضوع الإرادي.

وانتقدت هذه النظرية بأنها تصلح في المسؤولية المدنية، ويصعب الأخذ بها في المسؤولية الجنائية، لاشتراط الإرادة فيها[2].

النظرية الثالثة: نظرية الالتزام القانوني المباشر

استقر القضاء المقارن على الأخذ بنظرية الالتزام القانوني المباشر، وتسمح هذه النظرية بإدانة الفاعل الوسيط (المدير) عن جرائم الإهمال، في حال مخالفة القوانين المفروضة عليه والتي ارتكبها فاعل مباشر [1].

(١) شرح قانون العقوبات – القسم العام – محمود نجيب حسني ص ٧١٠.

(٢) المرجع السابق ص ٧١٠.

المسألة الثالثة: شروط مسؤولية مدير المنشأة

تؤكد العديد من قوانين المنافسة على أن مسؤولية مدير المنشأة وهو الشخص المسؤول عن الجهة الاعتبارية إنما تنشأ إذا توافر شرطان:

١- إذا ثبت علم المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري بالمخالفة.

٢- إذا كان إخلاله بالواجبات التي تفرضها عليه تلك الإدارة قد أسهم في وقوع الجريمة[٢].

وغني عن القول أن مناط مسؤولية مدير المنشأة ثبوت إدارته للمنشأة وقت وقوع المخالفة[٣].

المسألة الرابعة: انتفاء مسؤولية مدير المنشأة

تنتفي مسؤولية مدير المنشأة بوجود إحدى الحالات الآتية:

الحال الأولى: حال غيابه بالمرض بإطلاق، لأن صلته بالمنشأة صلة إشراف[٤]، فتكون صلته بالإدارة منقطعة وبالتالي تنتفي مسؤوليته بصفته مديرا [٥].

الحال الثانية : إذا أثبت المدير بأن الموظف خالف تعليماته [٦].

الحال الثالثة: إذا أناب مدير المنشأة غيره في إدارة فرع مستقل، أو قسم من الأقسام، وكانت هذه الإنابة ثابتة صحيحة، وجعل له سلطة تطبيق القوانين واللوائح، فإنه يترتب على هذه الإنابة أثر معفٍ لمدير المنشأة من العقاب [١].

---

(١) المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٣٧٤.

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٥. قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٢١. القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ١٨.

(٣) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد مُحَمَّد محمود خلف ص ١٦٢.

(٤) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد مُحَمَّد محمود خلف ص ١٦٦ عن مجموعة قواعد النقض ١٦٩٦/٢.

(٥) المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٤٠٠، عن مجموعة أحكام النقض المصرية – السنة ٣٨ الطعن رقم ١٦٣٢ نقض مصري ١١ نوفمبر ١٩٦٨م.

(٦) تنظر بعض الوقائع القضائية في القضاء المقارن في كتاب: المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٤٠٨.

وللإعفاء بسبب الإنابة ثلاثة شروط:

الشرط الأول: استحالة التنفيذ الشخصي من جانب رئيس المشروع، ويترتب على هذا الشرط الآتي:

أ- لا يسوغ لرئيس المشروع أن ينيب أحد مرؤوسيه في الإشراف على عملية هامة جدا.

ب- ولا يسوغ له أن يترك الإشراف الدوري المفاجئ في الأعمال التي ينيب فيها.

ج- ولا تطبق الإنابة الصحيحة إلا في المنشآت التي لها فروع أو لها هيكلة ضخمة بخلاف المنشآت التي ليست كذلك(٢).

الشرط الثاني: أن يكون المفوض بالسلطة له سلطة واختصاص بالسهر الفعال على مراعاة القوانين، وأن يكون المرؤوس المفوض قد أخطر بالمهمة بوضوح وقبلها(٣).

الشرط الثالث: أن تكون الإنابة مكتوبة، وتسمى "شكل الإنابة"، وليس ذلك باتفاق، فالقضاء الفرنسي يستحسن أن يكون التفويض كتابيا دون اشتراط ذلك، ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الدكتور عبدالرؤوف مهدي من اشتراط كتابة الإنابة (٤)، ومبرر القول بذلك ما يأتي:

١- منع الدعاوى التي يقصد بها إطالة القضايا.

٢- أن العرف التجاري جرى على اشتراط الكتابة في ما هو أقل من التفويض، فلأن يشترط في التفويض من باب الأولى.

ويشمل ذلك كل أنواع الكتابة ولو كانت عبر البريد الإلكتروني كما تقدم في الفصل السابق.

---

(١) المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٤١١.

(٢) هذه التقييدات مأخوذة من أحكام متعددة من القضاء المقارن، تنظر في كتاب: المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص٤١٥-٤١٩.

(٣) هذه التقييدات مأخوذة من أحكام متعددة من القضاء المقارن، تنظر في كتاب: المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٤١٩ - ٤٢٠.

(٤) المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٤٢٠.

المسألة الخامسة: عقوبة مدير المنشأة

قررت قوانين المنافسة أن المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف، يعاقب بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام القانون(١).

ويرى الباحث أن تكون العقوبة تقديرية بيد الجهة القضائية المختصة، بشرط أن تكون ملائمة لحاله، فلا يسوغ أن تعاقب الجهة المخالفة بغرامة تصل للملايين، ويعاقب المدير بذات العقوبة، بل تكون العقوبة تتفق مع حجم المنشأة وانتفاعها من المخالفة، ولا تتجاوز الحد المعقول.

الفرع الثالث: تضامن الجهة الاعتبارية مع من يمثلها في حال العقوبات المالية

تقرر الكثير من قوانين المنافسة أن الشخص الاعتباري يكون مسؤولا بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت المخالفة قد ارتكبت من أحد العاملين به باسم الشخص الاعتباري أو لصالحه(٢).

وأما القانون المغربي، فقد أعطى صلاحية الحكم بالتضامن للقضاء المختص على سبيل الجواز، فيجوز للمحكمة أن تحكم على سبيل التضامن على الأشخاص المعنويين بدفع الغرامات المحكوم بها على موظفيها عملا بأحكام القانون(٣).

ويرى الباحث أن إعطاء الجهة القضائية سلطة تقديرية في تضامن الجهة الاعتبارية مع منسوبيها محل نظر، وهو يخل بما تم تقريره من تحمل الشخص المعنوي للمسؤولية الجزائية، ويترتب على ذلك إطالة للقضايا، بخلاف ما إذا حكم على الشخص المعنوي والطبيعي

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٥. قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٢١. القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ١٨.

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٥. قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ٢١. القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ١٨.

(٣) القانون المغربي للمنافسة م٨١.

بالتضامن، فإن الجزاء المالي سيدفع فوراً ثم بإمكان الشخص المعنوي أن يرجع بالتعويض على الشخص الطبيعي عند وجود سببه.

وقد اشترط الشراح لتضامن المنشأة مع مديرها الآتي:

الشرط الأول: ارتكاب الفعل المكون للجريمة من الممثل القانوني للشخص المعنوي

الشرط الثاني: وقوع الفعل المكون للجريمة لحساب الشخص المعنوي(١).

الفرع الرابع: المسؤولية الجنائية للموظف المباشر للجريمة الاحتكارية

ما تم تقريره من مسؤولية مدير المنشأة لا يعفي المباشر للجريمة الاحتكارية من المسؤولية، وهذا مقرر في الأحكام القضائية، فعلى سبيل المثال قضت محكمة النقض المصرية بإدانة المباشر للجريمة الاقتصادية مع الرئيس، حتى لا يخلو العامل المباشر من تبعة فعله اعتمادًا على مساءلة من لا يقع الفعل منه، ومسؤولية العامل المباشر هي مسؤولية فعلية تستند في تقريرها إلى القواعد العامة في قانون العقوبات(٢).

وقد استخلص الشراح شروط إدانة المباشر للجريمة الاحتكارية من بعض الأحكام القضائية، وهي:

١- أن يكون المرؤوس المباشر للجريمة الاحتكارية أو المخالفة لديه الإمكانية التي تتيح له تطبيق الأنظمة واللوائح.

٢- أن يمكن للمرؤوس المباشر للجريمة الاحتكارية أن يعلم بالقوانين واللوائح (٣)، وهذا العلم مفترض إلا أن يثبت العكس، فمن القواعد القانونية المقررة أنه لا يعذر أحد بجهله بالقانون، وقد قضت كثير من الأحكام القضائية المقارنة بمسؤولية العامل المباشر في الخطأ الواضح المتميز، والذي لا يشك في معرفة العامل بمخالفته للقوانين واللوائح(٤).

الفرع الخامس: المسؤولية الجنائية لمالك المنشأة المرتكبة لجريمة مخالفة لنظام المنافسة

(١) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد مُحَمَّد محمود خلف ص ١٨٢.

(٢) مجموعة أحكام النقض – السنة ١٩ ص ٧٧٧، عن المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٤٢٣.

(٣) المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٤٢٩.

(٤) تنظر بعض الأحكام في كتاب: المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٤٢٩-٤٣٠.

لا يعني تحميل المدير التنفيذي للمنشأة المسؤولية الجنائية أن المالك لا يتحمل أي مسؤولية، بل إن مسؤولية كل منهما قائمة بذاتها، لأن مسؤولية كليهما تقوم على افتراض قانوني مبناه الإشراف على المحل[١].

ويشترط لقيام المسؤولية الجنائية لمالك المنشأة التجارية الشروط الآتية:

١- ثبوت مسؤوليته عن الجريمة.

٢- ثبوت ملكية المحل كاملة أو مشتركة.

ويستوي في ذلك الملكية التامة والملكية الجزئية. ومسؤولية المالك هي مسؤولية فرضية تقوم على افتراض إشرافه على منشأته ووقوع الجريمة باسمه وحسابه[٢].

وتنتفي المسؤولية الجنائية كلياً أو جزئياً لمالك المنشأة التجارية إذا قام أي من الموانع الآتية:

المانع الأول: وجود مانع صحي يمنع المالك من الإشراف على المنشأة، كإصابته بالشلل مثلا. أما إن دفع بغيابه واستحالة المراقبة فإنها تخفف العقوبة ولا تنفي المسؤولية.

ففي حكم قضائي قررت المحكمة أن غياب المالك يخفف عن المالك بما يسقط عقوبة الحبس دون الغرامة[٣].

وتقدير عذر الغياب يخضع للسلطة التقديرية للجهة القضائية المختصة[٤].

المانع الثاني: عذر وجود مانع قاهر كسجنه، أو كون المالك امرأة لا تعرف التجارة، أو كون الرجل يعمل بوظيفة عامة لا تسمح له بالإشراف، أو وجود ظروف شخصية تقدرها الجهة القضائية المختصة[٥].

---

(١) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد مُحَمَّد محمود خلف ص ١٥٩ عن مجموعة قواعد النقض ١٦٩٥/٢، وهذا المعنى – أعني كون مسؤولية المالك والمدير تضامنية – منصوص عليه في القوانين المتعلقة بالجرائم الاقتصادية، فعلى سبيل المثال نص قانون التموين المصري في المادة ٥٨ على أن صاحب المحل مسؤول مع مديره عن كل ما يقع في المحل من مخالفات، وينظر عدة أحكام في هذا المعنى في كتاب المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص ٤٠٠.

(٢) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد مُحَمَّد محمود خلف ص ١٦٢، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية – عبدالرؤوف مهدي ص٣٨٩.

(٣) المرجع السابق ص ١٦٤ عن مجموعة قواعد النقض ١٦٩٦/٢.

(٤) المرجع السابق ص ١٦٦ عن مجموعة قواعد النقض ١٦٩٥/٢.

(٥) المرجع السابق ص ١٦٤.

المبحث الثالث

العقوبة المقررة على الاندماج المخل بالمنافسة فقها ونظاما

تختلف العقوبات على الجرائم الاحتكارية من دولة إلى أخرى، ويمكن حصرها بأنها تشمل إيقاف المخالفة، والغرامة المالية ومصادرة السلع وعقوبة السجن عند بعض التنظيمات، والتشهير، ومنع تعامل الجهات الحكومية مع المنشأة المخالفة وإيقاف نشاطها.

وفيما يأتي حصر للعقوبات المقررة في أنظمة المنافسة للجرائم الاحتكارية والاندماجات غير النظامية.

المطلب الأول

إيقاف الاندماج المخل بالمنافسة

تعد عقوبة إيقاف الاندماج المخالف للنظام أُولى العقوبات وأَوْلاها بدءاً، وقد قرر نظام المنافسة السعودي اختصاص مجلس المنافسة بقرار إيقاف أي اندماج مخالف للنظام(١).

كما أن قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري أعطى للمجلس الحق في إعلان بطلان الممارسات المخالفة أو النشاط المحظور وعدم نفاذ أي أثر لها(٢).

وأما قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني فلم يكتفِ بإعطاء الحق للمجلس، بل ألزم بالحكم بإلغاء العقود والاتفاقيات المخالفة(٣).

وقد أعطى القانون المصري للمنافسة سلطة تقديرية للجهة المختصة بأن تتخذ الآتي:

١. إلزام جهاز حماية المنافسة عند ثبوت المخالفة بأن يكلف المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فورا، أو خلال فترة زمنية يحددها مجلس إدارة الجهاز وإلا وقع الاتفاق أو التعاقد المخالف للمادتين (٦، ٧) من القانون المصري للمنافسة باطلا.

---

(١) نظام المنافسة السعودي م١٦.

(٢) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م٢١

(٣) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٢٢.

٢. وللمجلس أن يصدر قرارا بوقف الممارسات المحظورة فورا، أو بعد انقضاء الفترة الزمنية المشار إليها دون تعديل الأوضاع وإزالة المخالفة [١].

وانتقد بعض الشراح عدم النص صراحة في القانون المصري للمنافسة على إيقاف الاندماجات غير النظامية [٢]، ويرى الباحث أن الانتقاد في غير محله لأن المادة السابق إيرادها تغني بعمومها عن التصريح في حالات الاندماجات المخالفة للنظام.

وقد وضع المنظم إجراءً لسرعة تجاوب المنشأة المخالفة مع القرار بالتعويض أو إيقاف المخالفة، فقد قرر نظام المنافسة السعودي [٣] أن لمجلس المنافسة إلزام المخالف بدفع غرامة يومية لا تقل عن ألف ريال ولا تتجاوز عشرة آلاف ريال حتى إزالة المخالفة.

وتحديد الغرامة راجع إلى مجلس المنافسة وفقا لسلطته التقديرية حسب جسامة المخالفة، علماً بأن جميع قرارات المجلس تعد من القرارات الإدارية التي تقع تحت رقابة القضاء الإداري[٤].

ويرى الباحث أن فتح الباب لهذه الغرامة دون وضع سقف أعلى لها محل نظر، ويخالف مقصود المنظم من جعل العقوبة حافزاً لتعجيل التنفيذ، بحيث تصير مرهقة للمخالف، ويقترح أن تحدد العقوبة بألا تتجاوز الغرامة ٥% من إيرادات المنشأة.

وأما في القانون الأوروبي، فقد أُعطيت المفوضية الأوروبية حق فرض غرامات تتراوح بين ٥٠ إلى ١٠٠ يورو، عن كل يوم تأخير اعتبارا من التاريخ الذي تحدده في قرارها بقصد إكراه المنشأة المعنية على تنفيذ قرار اتخذته المفوضية ضدها في وقت سابق [٥].

وفرض قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري غرامات توازي الغرامات المفروضة على الجرائم الاحتكارية والتركزات غير النظامية عند عدم تطبيق المنشأة لقرارات مجلس المنافسة[٦].

---

(١) القانون المصري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م. م ٢٠.

(٢) في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار للدكتور أحمد مُحَمَّد محمود خلف ص ٨٧.

(٣) نظام المنافسة السعودي م١٦-٣.

(٤) نظام المنافسة السعودي م١٧.

(٥) التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٤٣٣.

(٦) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري المادة٢٣.

ويرى الباحث أن عقوبة من يتلكأ في تنفيذ قرار إيقاف الممارسات المخلة بالمنافسة مصلحة ظاهرة؛ لكونه يمنع الاستهانة بالقرارات المتخذة من الجهة المسؤولة عن المنافسة، بشرط أن تكون العقوبة منطقية ومتناسبة مع المخالفة.

المطلب الثاني

العقوبة بالغرامة المالية

تختلف تنظيمات المنافسة في طريقة احتساب الغرامات المالية على ثلاث توجهات:

١- تحديد الغرامة بحد أعلى وأدنى.

٢- تحديد الغرامة بنسبة من صافي المبيعات التشغيلية خلال آخر سنة، ويطلق عليها مصطلح " رقم الأعمال ".

٣- مصادرة المبالغ الناتجة بسبب مخالفة نظام المنافسة.

٤- مصادرة السلع محل الجريمة الاحتكارية.

فعلى سبيل المثال: قرر المنظم السعودي أن تكون العقوبة المالية للجرائم الاحتكارية والتركزات غير النظامية على النحو الآتي:

١- غرامة مالية لا تتجاوز (١٠ %) من إجمالي قيمة المبيعات أو بما لا يتجاوز عشرة ملايين ريال.

٢- إلزام المخالف برد جميع المكاسب التي حققها نتيجة المخالفة[١].

وقد كانت الغرامة محددة قبل التعديل بغرامة مالية لا تتجاوز خمسة ملايين ريال [٢]، وبسبب ورود ملحوظات من المختصين تم تعديلها لتصبح العقوبة أقرب إلى العدل.

وأما قانون المنافسة الكويتي فقد نص على العقوبة بما يأتي:

١- غرامة لا تجاوز مائة ألف دينار

٢- أو ما يساوي قيمة المكاسب غير المشروعة المحققة أيهما أكبر.

٣- كما نص قانون المنافسة الكويتي على أنه يجوز الحكم بمصادرة السلع[١].

---

(١)نظام المنافسة السعودي م١٢ المعدلة.

(٢) نظام المنافسة السعودي م١٢ قبل التعديل.

وأما في قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني، فالعقوبة على الاندماجات غير النظامية:

١- غرامه لا تقل عن (١٠٠٠٠٠) عشرة آلاف ريال يمني ولا تتجاوز (١٠٠٠٠٠٠) مائة ألف ريال يمني

٢- أو ما يعادل ما حققه من كسب نتيجة المخالفة أو بإحدى هاتين العقوبتين[٢].

ويرى الباحث أن هذه الصياغة فيها خطأ، وصوابها أن يقال:" أو بكلتا هاتين العقوبتين".

ومقدار العقوبة المالية على الاندماجات غير النظامية في القانون القطري للمنافسة له شقان:

الأول: دفع غرامة تتراوح بين مائة ألف ريال قطري وخمسة ملايين ريال قطري،

الثاني: مصادرة الأرباح المتحصلة من النشاط المخالف وغيرها مما يكون قد حصل عليها المخالف من المنافسة غير المشروعة[٣].

وفي قانون المنافسة المغربي تفصيل للغرامة المالية على النحو الآتي:

١- **غرامة المنشآت**: تغرم المنشأة المخالفة بمبلغ يتراوح بين ٢% إلى ٥% من رقم الأعمال [٤] خلال آخر سنة محاسبية مختتمة، ويرجع تحديد النسبة للقضاء.

٢- **غرامة غير المنشآت**: يلزم المخالف بدفع غرامة تتراوح بين ٢٠٠٠٠٠٠ و ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ درهم مغربي.

وألزم المنظم المغربي أن يكون تحديد القضاء للغرامة المالية مستنداً إلى الآتي:

١- خطورة الأفعال المؤاخذ عليها.

٢- وأهمية الأضرار اللاحقة بالاقتصاد.

---

(١) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١٩.

(٢) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٢٢.

(٣) القانون القطري لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦م، م ١٧.

(٤) رقم الأعمال يمثل صافي المبيعات التشغيلية خلال فترة معينة، إذا كانت المنشأة تستغل قطاعات نشاط مختلفة، وجب أن يعتمد رقم أعمال القطاع أو القطاعات المرتكبة المخالفة فيها، تراجع المادة ٧٠ من نظام المنافسة المغربي.

٣- وكذا الوضعية المالية وحجم المنشأة أو الهيئة المعاقبة.

٤- وتحدد الغرامة المذكورة باعتبار الدور الذي قامت به كل منشأة أو هيئة معنية[١].

وأما عقوبة الاندماج غير النظامي في قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري فهي:

أ- غرامة لا تقل عن(١%) ولا تزيد عن (١٠%) من الإجمالي السنوي لمبيعات السلع أو إيرادات الخدمات لمرتكب المخالفة وتحسب على النحو التالي:

١- على أساس الإجمالي السنوي لمبيعات السلع أو إجمالي إيرادات الخدمات في السوق حسبما هو مبين بالبيانات المالية للسنة المالية السابقة لارتكاب المخالفة.

٢- على أساس الإجمالي السنوي لمبيعاته المتعلق بالمنتجات موضوع المخالفة إذا كان نشاط الجهة المخالفة يشتمل على منتجات عدة واقتصرت المخالفة على بعضها.

٣- على أساس يحدده المجلس إذا كان نشاط الجهة المخالفة يشتمل على عدة منتجات واقتصرت المخلفة على بعضها وتعذر تحديد إجمالي المبيعات المتعلق بالمنتجات موضوع المخالفة.

ب_ بغرامة لا تقل عن ١٠٠,٠٠٠ مئة ألف ليرة سورية ولا تزيد على١٠٠٠,٠٠٠ مليون ليرة سورية إذا كان رقم المبيعات أو الإيرادات غير محدد [٢].

ويرى الباحث أن تحديد الغرامة بناء على رقم الأعمال من الأهمية بمكان، وهو أقرب للعدل، وقد ذكرت الصحف المصرية حالة من الحالات التي أثرى فيها أحد التجار، وكانت العقوبة ضئيلة مقارنة لما حصل عليه من ثراء بطريق غير مشروع [٣].

وقد صرح أحد المخالفين لقواعد المنافسة في الولايات المتحدة بعد أن حكم عليه بغرامة ثلاثين ألف دولار قائلا:" إذا بلغت أعمالك ثلاثين مليون دولار في السنة، جنيت منها ثلاثة ملايين عن طريق فرض الأسعار، فلا يعني لي الكثير أن أدفع غرامة ثلاثين ألف دولار" [٤].

---

(١) قانون حرية الأسعار والمنافسة المغربي الصادر بالمرسوم رقم ٢.٠٠٠.٨٥٤ صادر في ٢٨ من جمادى الآخرة ١٤٢٢ (١٧ سبتمبر ٢٠٠١، م٧٠.

(٢) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري المادة٢٣.

(٣) ينظر الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م:

http://www.ouregypt.us/aricalfirstpage

(٤) النظام القانوني لعمليات التركز الاقتصادي في قانون المنافسة – أسامة فتحي عبادة يوسف ص ٤٧١.

ولأجل ذلك تعتمد الكثير من القوانين على رقم الأعمال المحققة خلال السنة لتقرير قيمة الغرامات المالية كالقانون الفرنسي، وهو ما اعتمد عليه القانون الجزائري للمنافسة حيث يمكن أن تصل إلى ٧% من رقم الأعمال المحقق من غير الرسوم، خلال آخر سنة مالية مختتمة[١].

وأما القانون الأوروبي فقد أعطى المفوضية الأوروبية الحق في فرض غرامات على المنشآت المخالفة لقواعد المنافسة، وتكون الغرامة حسب الآتي:

١- غرامة محددة تتراوح بين ألف إلى مليون يورو.

٢- أو نسبة ١٠% من رقم المبيعات المحقق خلال السنة المالية السابقة لكل منشأة مشاركة في المخالفة [٢].

وقد تقدم أن المنظم السعودي انتبه لذلك فصدر قرار مجلس الوزراء في اجتماعه المنعقد يوم الاثنين ١٤٣٥/٤/٣هـ [٣] بتعديل العقوبة الواردة في نظام المنافسة بأن تكون غرامة مالية لا تتجاوز (١٠ %) من إجمالي قيمة المبيعات أو بما لا يتجاوز عشرة ملايين ريال.

المطلب الثالث

العقوبة بالسجن

تختلف القوانين المنظمة للمنافسة في إدراج عقوبة الحبس ضمن عقوبات التصرفات المخلة بالمنافسة، على توجهين:

التوجه الأول: أن تشمل العقوبة إضافة للغرامة المالية الحبسَ، وقد تضمن ذلك القانون النموذجي (الأونكتاد) [٤]. وقرر قانون شيرمان في مادته الثانية والمعنونة بـ" عقوبة جناية الأعمال الاحتكارية" بأن كل شخص يحصل منه احتكار، أو محاولة احتكار، أو يتجمع مع آخرين أو يتآمر مع أي شخص أو أشخاص آخرين، لاحتكار أي جزء من التجارة أو التبادل

(١) قانون المنافسة الجزائري م٦١.

(٢) التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – عدنان باقي لطيف ص ٤٣٣.

(٣) صحيفة الرياض السعودية، ينظر الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.alriyadh.com/906892

(٤) الأونكتاد – الفصل ١١.

التجاري بين عدة دول، أو مع الدول الأجنبية، يعتبر مرتكبا جناية، ومدانا بها، ويعاقب بالغرامة أو السجن لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بكلتا العقوبتين، حسب تقدير المحكمة[١].

وأما القانون الجزائري فقد جعل للقاضي سلطة تقديرية في العقوبة بالسجن لكل شخص طبيعي متورط في إحدى الممارسات المنافسة للمنافسة وتتراوح مدة السجن من شهر واحد إلى سنة واحدة [٢].

وبعض قوانين المنافسة تحول العقوبة من العقوبة المالية إلى عقوبة أخرى في حال تكرار المخالفة، كما في قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني فإنه في حالة العود في المخالفة يكون الحبس وجوبيا بحسب ما يقرره القضاء[٣].

التوجه الثاني: أن تقتصر العقوبات على الغرامات المالية والتشهير والإيقاف ونحوه ولا تشمل عقوبة السجن، وهو توجه المنظم السعودي والمصري والأردني[٤].

ويرى الباحث أن التوجه الأول أكثر حزما في مواجهة الجرائم الاحتكارية والتركزات غير النظامية، وأما التوجه الثاني فهو أقرب إلى التوجهات الحديثة بتقليل عقوبات السجن ما أمكن، نظرا لكونها عقوبة للجاني وعقوبة لأسرته، وقد تتأثر منشآت الجاني بغيابه فيتأثر الاقتصاد الوطني ككل، مما يترب على ذلك تسريح عدد من الموظفين إلى غير ذلك من آثار. ويمكن اتباع منهج وسط بين المنهجين بأن لا يصار إلى الحكم بالسجن إلا إذا حصل لدى القضاء قناعة باستهتار المخالف بالنظام كأن يكرر المخالفة ذاتها، وهو ما نحى إليه المنظم اليمني كما تقدم.

---

(١)ينظر الرابط ووقت الزيارة بتاريخ ١٤٣٦/١٠/٢٥هـ الموافق ٢٠١٤/١١/١٨م: http://www.linfo.org/sherman_txt.html

(٢) حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة – للدكتور مُحَمَّد الشريف كتو – مجلة الإدارة بجامعة مولود معمري – تيزي إوزو – ع ٢٣ ص ٦٧، عن المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٤ في ١٧ يونيو ١٩٩٦م المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري م ١٥.

(٣) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٢٢.

(٤) المنافسة التجارية – د. عبدالعزيز الناصر ص ٤٩٤.

المطلب الرابع

العقوبة بالتشهير

تختلف طريقة العقوبة بالتشهير حسب كل نظام للمنافسة، فبعضها يكتفي بالنشر في صحيفة واحدة، وبعضها في صحيفتين، وقد يصل التشهير إلى ثلاث صحف في بعض الأنظمة، وبيان ذلك فيما يأتي.

أولا: التشهير بنشر العقوبة في صحيفة واحدة

قرر المنظم السعودي أن العقوبة التشهيرية للمخالف، نشر قرار العقوبة والإدانة أو الحكم بهما على نفقة المخالف بعد اكتساب أي منهما الصفة النهائية(١).

ولم يبين في النظام نوع النشر، ويحتمل أن يكون المقصود بالمادة:

١- الصحيفة الرسمية للدولة.

٢- أو يكتفى بأي صحيفة يومية في المقر الرئيسي للمنشأة المخالفة.

ويرى الباحث أن الأبلغ في الردع أن يكون نشر القرار في صحيفة يومية في المكان الرئيسي للمنشأة، وإن كان من المفترض أن ينص على ذلك صراحة في النظام.

وإضافة إلى ذلك فإن للمجلس أن ينشر في تقريره السنوي وعلى موقعه الإلكتروني الرسمي الشكاوى والقضايا وقراراته وقرارات لجنة الفصل وأحكام ديوان المظالم النهائية(٢).

ثانياً: التشهير بنشر قرار الإدانة في صحيفتين

وردت العقوبة التشهيرية للمخالف بنشر قرار الإدانة في صحيفتين يوميتين على نفقة المحكوم عليه في القانون الأردني للمنافسة، وقانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني(٣).

---

(١) قرار مجلس الوزراء السعودي في اجتماعه المنعقد يوم الاثنين ١٤٣٥/٤/٣هـ المنشور بصحيفة الرياض، على الرابط: http://www.alriyadh.com/906892

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة السعودي م٥٤.

(٣) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ١٨-ب. قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٢٢.

وأما القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة؛ فقد أعطى للمحكمة سلطة تقديرية في أن تقضي بنشر منطوق حكمها مرة واحدة أو أكثر في صحيفتين يوميتين محليتين على الأقل على نفقة المخالف [١].

ثالثاً: التشهير بنشر قرار الإدانة في ثلاث صحف

أكثر من بالغ في نشر العقوبة التشهيرية القانون المصري للمنافسة وقانون المنافسة الكويتي، فقد أكدت على أن ينشر قرار الإدانة في الصحيفة الرسمية وفي صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة المحكوم عليه" [٢].

رابعا: إسناد طريقة التشهير للجهة القضائية

نحى المنظم المغربي طريقة مغايرة لبقية الأنظمة، فقد قرر قانون المنافسة المغربي أن تسند طريقة التشهير للقضاء، سواءً بالنشر في صحيفة، أو تعليق القرار في مكان بارز معد لذلك في الجهات العدلية، واشترط المنظم المغربي ألا تتجاوز مدة التعليق شهرا واحدا ودون أن تتعدى مصاريف النشر مبلغ الغرامة الأقصى [٣].

ويرى الباحث أن يحدد النشر في صحيفة واسعة الانتشار في بلد المحكوم عليه، وفي موقع الجهة المنظمة للمنافسة، ويمكن التشهير بأكثر من ذلك عندما ترى الجهة المختصة ذلك، نظرا لجسامة المخالفة أو عظم آثارها.

المطلب الخامس

العقوبة بإيقاف النشاط

وردت عقوبة إيقاف النشاط المؤقت في غالب أنظمة وقوانين المنافسة، فقد قرر قانون المنافسة الكويتي جواز الحكم بإيقاف النشاط المخالف بحد أقصى ثلاث سنوات[٤].

(١) القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٢٢.

(٢) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٤. قانون المنافسة الكويتي م٢٢.

(٣) قانون المنافسة المغربي م٧٩.

(٤) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١٩.

وأجاز قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني للمحكمة أن تقضي بشطب اسم المخالف من السجل التجاري أو سجل المستوردين أو سجل الوكلاء والوسطاء التجاريين حسب الأحوال [١].

وأما قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري فقد أجاز للمجلس إعلان الإغلاق المؤقت للمؤسسة أو المؤسسات المدانة لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر على أنه لا يمكن إعادة فتح هذه المؤسسات إلا بعد أن تضع حدا للممارسات موضوع إدانتها[٢].

وأعطى القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضي بإغلاق المنشأة لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على ستة أشهر[٣].

وأما المنظم السعودي فقد قرر مجلس الوزراء السعودي في اجتماعه المنعقد يوم الاثنين ١٤٣٥/٤/٣هـ بأنه في حالة تكرار المخالفة تضاعف الغرامة المنصوص عليها في هذه المادة، وإذا استمرت المخالفة – بعد صدور القرار أو الحكم بالعقوبة – يجوز للجنة إيقاف نشاط المنشأة مؤقتاً لمدة لا تتجاوز شهراً أو إلغاء الترخيص نهائياً[٤].

ويرى الباحث أن إلغاء تصريح الجهة المصرة على المخالفة، دون مبرر قانوني، وبشرط تقارب المخالفات؛ له ما يبرره، وأما إذا تباعدت المخالفات بحيث تتجاوز المدة بين المخالفتين أكثر من خمس سنوات على سبيل المثال، فلا يرى الباحث اللجوء إلى هذه العقوبة، لأن الغالب أن التنفيذيين في الشركات لا يستمرون أكثر من خمس سنوات، كما أن سياسات الشركات تختلف من زمن لآخر حسب تغير الملاك والإدارة.

(١) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٢٢.

(٢) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري م٢١

(٣) القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٢٢.

(٤) صحيفة الرياض، على الرابط: http://www.alriyadh.com/906892

المطلب السادس

منع الجهات العامة من التعامل المستقبلي مع الجهة المخالفة

من العقوبات الواردة في بعض قوانين المنافسة أن تمنع الجهات العامة من التعامل مع المنشأة المخالفة لمدة محددة، فعلى سبيل المثال أعطى قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري للمجلس الحق في أن يمنع المنشأة المخالفة من التعامل مع الجهات العامة على أي وجه مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات[١]. وهذه العقوبة لم ترد في أكثر أنظمة وقوانين المنافسة ومنها نظام المنافسة السعودي.

ويرى الباحث أهمية هذه العقوبة، ويقترح أن تضاف إلى نظام المنافسة السعودي.

وهذه العقوبة مستخدمة في بعض الأنظمة السعودية مثل نظام مكافحة الرشوة ونظام مكافحة التزوير[٢]، فليست العقوبة غريبة على المنظم السعودي، وهذا ما يسهل تطبيقها عند تعديل نظام المنافسة السعودي.

المطلب السابع

أسباب التشديد في العقوبة

إذا علم من المخالف للنظام استهتاره وعدم مبالاته بأن يكرر الجريمة بعد تنبيهه وعقوبته عليها، فيناسب أن يشدد عليه بما يردعه ويمنع غيره من اتباعه، وقد قرر مجلس الوزراء السعودي في اجتماعه المنعقد يوم الاثنين ١٤٣٥/٤/٣هـ بأنه في حالة تكرار المخالفة لنظام المنافسة تضاعف الغرامة المنصوص عليها، وإذا استمرت المخالفة – بعد صدور القرار أو الحكم بالعقوبة – يجوز للجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة إيقاف نشاط المنشأة مؤقتاً لمدة لا تتجاوز شهراً أو إلغاء الترخيص نهائياً[٣].

---

(١) قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري المادة ٢٥.

(٢) نظام مكافحة الرشوة م١٩مكرر ، نظام مكافحة التزوير م١٢معدل.

(٣) صحيفة الرياض، على الرابط: http://www.alriyadh.com/906892

وبالنظر للقوانين الأخرى للمنافسة، نجد أن أكثرها يذكر بعض الظروف المشددة للعقوبة وأشهرها العود في الجريمة ذاتها، فقد قرر القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة مضاعفة العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون في حالة العود [١].

ويلحظ أن قانون المنافسة الكويتي نص على المضاعفة للغرامة في حالة العود وأضاف لها عقوبة أخرى وهي أن يكون الحكم بمصادرة السلع وجوبيا[٢].

وبعض قوانين المنافسة تحول العقوبة من العقوبة المالية إلى عقوبة أخرى، ففي قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني تحويل العقوبة من مالية إلى عقوبة سالبة للحرية، فقد ورد في القانون أنه في حالة العود يكون الحبس وجوبياً بحسب ما يقرره القضاء[٣].

ويرى الباحث أهمية أن يضع المنظم أجلاً للعود في المخالفة بأن يحدد بسنوات محددة، لكون الجهات الاعتبارية تتغير إداراتها التنفيذية بشكل دوري، كما أن الملاك يتغيرون عبر الوقت، ولذا نلحظ أن المنظم المغربي قرر أنه في حالة العود داخل أجل الخمس السنوات، يرفع مبلغ الغرامة الأقصى المطبقة إلى الضعف[٤].

المطلب الثامن

أسباب التخفيف من العقوبة

تعطى بعض قوانين المنافسة حوافز لمن بادر بإبلاغ الأجهزة الرقابية عن مخالفة لتطبيق قوانين المنافسة، وأهم الحوافز الإعفاء من العقوبة، وسبب ذلك صعوبة إثبات بعض المخالفات لقوانين المنافسة، فعلى سبيل المثال أجاز القانون المصري للمنافسة للمحكمة أن تقرر الإعفاء من العقوبة بنسبة لا تزيد عن نصف العقوبة المقضي بها، لكل من بادر من المخالفين بإبلاغ الجهاز بالجريمة وبتقديم ما لديه من أدلة على ارتكابها، ومن تقدر المحكمة أنه أسهم في الكشف

(١) القانون الإماراتي الاتحادي للمنافسة م٢١.

(٢) قانون المنافسة الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة الصادر في ٦ ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، م ١٩.

(٣) قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩م، م ٢٢.

(٤) قانون حرية الأسعار والمنافسة المغربي الصادر بالمرسوم رقم ٢.٠٠٠.٨٥٤ صادر في ٢٨ من جمادى الآخرة ١٤٢٢ – ١٧ سبتمبر ٢٠٠١، م٧٠.

عن عناصرها وإثبات أركانها في أية مرحلة من مراحل التقصي والبحث وجمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة[١].

كما أن القانون الأردني للمنافسة حفز المخالفين لإخبار السلطات الحكومية عن المخالفات بعد وقوعها ليحصلوا على تخفيف من العقوبة قد تصل إلى إلغائها [٢].

ولم ترد هذه الحوافز في أكثر الأنظمة والقوانين الخاصة بالمنافسة، إلا أن الجهات القضائية تلحظ هذا الجانب عند تحديد العقوبة المناسبة، بأن تكون في حدودها الدنيا.

ويرى الباحث ضرورة النص على مثل هذه الحوافز، لما فيها من إعانة للسلطات الرقابية على أداء عملها.

المطلب التاسع

موقف الفقه الإسلامي من عقوبات الاندماج غير النظامي والجرائم الاحتكارية

من المقرر في الفقه الإسلامي أن للدولة المسلمة أن تنظم الأمور التجارية وفقاً للمصلحة العامة، ولكي يلتزم الناس بتلك الأنظمة لا بدَّ من عقوبة تعزيرية للمخالف، وفي هذا المطلب بيان لموقف الفقه الإسلامي من العقوبات الواردة في أنظمة المنافسة.

والتعزير في اللغة: مصدر الفعل الثلاثي عزَّر، وأصل الكلمة يرجع إلى معنيين: أحدهما التعظيم والنصر، والمعنى الآخر جنس من الضرب [٣]، وفي النهاية في غريب الحديث والأثر جمع حسن بين المعنيين؛ وهو أن أصل التعزير: المنع والرد، فكأن من نَصَرْته قد رددت عنه أعداءه ومنعتهم من أذاه. ولهذا قيل للتأديب الذي هو دون الحدث تعزير، لأنه يمنع الجاني أن يعاود الذنب [٤]. ومما يتقدم يتبين أن التعزير هو النصرة مع التعظيم، والتعزير ضرب دون الحد، وذلك يرجع إلى الأول، فإن ذلك تأديب والتأديب نصرة ما، لكن الأول نصرة بقمع ما يضره عنه،

(١) قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري م ٢٦.

(٢) قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٤ م، م ٢٥-ب.

(٣) مقاييس اللغة – رسم: "عزر".

(٤)النهاية في غريب الحديث لمجد الدين ابن الأثير، تحقيق: طاهر الزاوي، ومحمود الطناحي. رسم: عزر.

والثاني نصرة بقمعه عما يضره، فمن قمعته عما يضره فقد نصرته [١]. والذي يناسب هذا المطلب من معاني التعزير أنه التأديب [٢].

وأما الفقهاء فقد حددوا مفهوم التعزير بتعريفات تدور معانيها على العقوبة المانعة من المعاصي التي لم يرد نص على مقترفها، كقول ابن قدامة – رحمه الله – : هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها... [٣]، فالتعزير هو تأديب وإصلاح وزجر عن ذنوب لم تشرع فيها حدود ولا كفارات من الإمام أو من له قدرة على ذلك [٤]. قال ابن رشد الجد – رحمه الله –: والمراد بالزجر إخلاء العالم عن الفساد[٥].

وفي هذا المطلب سيتم التطرق لمشروعية التعزير في جرائم الأسواق في الفرع الأول، ثم بيان حكم تقنين التعزير في الفرع الثاني، وأما الفرع الثالث فسيتم توضيح ما ذكره فقهاء الإسلام من أنواع التعزير في من يمارس الجرائم الاحتكارية.

الفرع الأول: مشروعية التعزير في جرائم الأسواق

من المقرر أن المحرمات التي يرتكبها التجار تحتاج إلى حزم وتأديب للمخالف حتى يرتدع، ويسود النظام في الأسواق. وقد اتفق الفقهاء على مشروعية التعزير في كل معصية ليس فيها حد[٦]. وبخصوص الجرائم الاقتصادية يقرر الإمام ابن تيمية – رحمه الله – أن المعاصي التي ليس فيها حد مقرر ولا كفارة، كمن يغش في الأطعمة والثياب ونحو ذلك أو يطفف المكيال والميزان، إلى غير ذلك من أنواع المحرمات، فهؤلاء يعاقبون تعزيراً وتنكيلا وتأديبا بقدر ما يراه الوالي[٧]. ومثل على ذلك في موضع آخر بالاحتكار لما يحتاج الناس إليه، وعلل – رحمه الله – بأن

(١)المفردات للراغب، ص ٣٣٣.

(٢) لسان العرب – رسم :"عزر".

(٣) المغني لابن قدامة ٣٤٧/١.

(٤)حاشية ابن عابدين ٢٧٣/٣ دار الفكر – بيروت.

(٥) البيان والتحصيل لابن رشد ٢٩٠/١٦.

(٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٤٠٢/٣٥.

(٧) السياسية الشرعية للإمام ابن تيمية ص ١٢٠.

المحتكر ظالم للخلق المشترين، ولهذا كان لولي الأمر أن يكره الناس على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه[١].

وقرر ابن القيم – رحمه الله – أن على القاضي إذا رفع إليه محتكر أن يأمره ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله، على اعتبار السعر في ذلك، ونهاه عن الاحتكار، فإن أبى حبسه وعزره على مقتضى رأيه، زجرا له، ودفعا للضرر عن الناس[٢]. وما قرره ابن القيم – رحمه الله – مستقر عند فقهاء المذاهب في الجملة مع اختلاف في بعض التفاصيل، فقد قرروا أن على الحاكم أن يأمر المحتكر بإخراج ما احتكر إلى السوق وبيعه للناس وإذا خيف الضرر على العامة أجبره الحاكم وله أن يأخذ منه ما احتكره، ويبيعه ويعطيه المثل عند وجوده، أو قيمته. وهذا قدر متفق عليه بين الأئمة، ولا يعلم خلاف في ذلك.

وأما إذا لم يكن هناك خوف على العامة فالمالكية والشافعية والحنابلة ومُحَمَّد بن الحسن – رحمه الله – من الحنفية يرون أن للحاكم جبره إذا لم يمتثل الأمر بالبيع. وأما أبو حنيفة – رحمه الله – وأبو يوسف – رحمه الله – فيريان أنه لا يجبر على البيع، وإنما إذا امتنع عن البيع عزره الحاكم. وعند من يرى الجبر فمنهم من يرى الجبر بادئ ذي بدء. ومنهم من يرى الإنذار مرة، وقيل اثنتين، وقيل ثلاثا. وتدل النقول عن الفقهاء أن هذه المسألة مرجعها مراعاة المصلحة. وهو من قبيل السياسة الشرعية[٣].

ولمشروعية التعزير على المخالفات التجارية والجرائم الاحتكارية عدة حكم أهمها:

١- زجر المخالف وكف عدوانه وتأديبه، وجعله يفكر في معصيته وعاقبتها في الآخرة بعد أن ذاق عقوبتها في الدنيا مما يسبب له رغبة في التوبة [٤]، كما يقصد الوالد تأديب ولده، وكما يقصد الطبيب معالجة المريض[١]، وهذا المقصد هو الغالب في العقوبات الشرعية[٢].

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية – ٢٨/٧٥-٧٦، ونحوه في الطرق الحكمية لابن القيم – دار البيان – ص ٢٠٥.

(٢) نصه في مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية – ٢٨/١٠١، وعنه: الطرق الحكمية لابن القيم – دار البيان ص ٢٢٠.

(٣) الطرق الحكمية ص ٢٤٣، ٢٦٢، والبدائع ٥ / ١٢٩، والقوانين الفقهية ٣ / ٢٤٧، ومواهب الجليل ٤ / ٢٢٧، ٢٢٨، ونهاية المحتاج، ٤ / ٤٥٦، وحاشية القليوبي ٢ / ١٨٦، وكشاف القناع ٣ / ١٥١

(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين ٢/١٢٥، ١٢٦، مجموع الفتاوى ٢٨/٣٢٩.

٢- أن يعتبر الآخرون بالمخالف، فلا يكون قدوة في المخالفة [٣].

٣- إنصاف المستهلكين والتجار المنافسين مما يزيل الحقد والغل في نفوسهم والرغبة في الانتقام ممن تأثر بالمخالفة التجارية.

الفرع الثاني: حكم تقنين التعزير

قرر فقهاء الإسلام أن الحاكم يعزر بما يحقق المصلحة دون تحديد بعقوبة معينة مع مراعاة الآتي:

١- كثرة ذلك الذنب في الناس وقلته، فإذا كان كثيرا زاد في العقوبة بخلاف ما إذا كان قليلا،

٢- حال المذنب فإذا كان من المدمنين على الفجور زيد في عقوبته بخلاف المقل من ذلك،

٣- كثرة الذنب وصغره[٤].

ويبين الإمام القرافي - رحمه الله -معنى القول بأن الإمام مخير في التعزير بأن ما تعين سببه ومصلحته وجب عليه فعله، ويأثم بتركه. فهو أبدا ينتقل من واجب إلى واجب. والإمام يتحتم في حقه ما أدت المصلحة إليه، وعليه فلا يوجد تعزير مباح بأي طريق يراه الحاكم بهواه وإرادته، ويعد هذا التعزير بالتشهي — حسب تعبيره رحمه الله - من الفسوق وهو خلاف الإجماع[٥].

والأصل أنه ليس في التعزير عقوبات مقدرة، بل هو مفوض إلى رأي الإمام، على ما تقتضي جنايتهم فإن العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية[٦].

وقد اختلف أهل العلم في حكم تقنين الدولة للتعزير على قولين:

---

(١) منهاج السنة النبوية للإمام ابن تيمية ٢٣٧/٥.

(٢) ينظر: الصارم المسلول على شاتم الرسول للإمام ابن تيمية ٨٢٢/٣.

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين ١٢٥/٢.

(٤) السياسية الشرعية لابن تيمية ١٢٠ .

(٥) الفروق للقرافي ١٨٢/٤.

(٦)البحر الرائق ٥١/٥. تبيين الحقائق ٢٠٨/٣.

الأول: جواز تقنين التعزير، ولم أجد قائلاً به من الفقهاء المتقدمين، وذهب إليه عدد من الفقهاء المعاصرين مثل الشيخ مُحَمَّد أبو زهرة – رحمه الله – [1] ، وأفتى سماحة الشيخ مُحَمَّد بن إبراهيم – رحمه الله –في قضية تزوير بأنه:" إن رأت الحكومة تعزيره بما قدره ولي الأمر في نظام مكافحة التزوير فلا مانع"[2]، واستدل القائلون بالجواز بما يأتي:

١- أن عمر بن الخطاب – ﷺ – أمضى الطلقات الثلاث بلفظ واحد، عقوبة منه لمصلحة رآها [3] .

٢- أن المصلحة تقتضي ذلك تسهيلا على القضاة ومنعا للتفاوت في العقوبات في الجرائم المتماثلة.

الثاني: منع تقنين التعزير، ودليل ذلك:

١- لأن القول به محدث، فلم يعرف في فقهاء المتقدمين من قال به،

٢-كما لا تكاد توجد قضيتان متشابهتان من كل وجه. إذ من المعلوم أن التعزير يختلف تقديره لعدة اعتبارات أهمها:

١-مراعاة العود في الجريمة، ووجود سوابق لدى الجاني.

٢-مراعاة زمان وقوع الجريمة.

٣-مراعاة مكان وقوع الجريمة.

٤-مراعاة درجة تمسك المجتمع بالدين، وانتشار المعاصي بينهم.

ولا يقدر هذه الظروف إلا الجهة القضائية، بالنظر إلى جميع الظروف المخففة والمشددة للجريمة. ففي تحديد التعزيرات إشكال كبير.

والذي جرى عليه العمل في القضاء السعودي تقنين التعزيرات لعدد من الجرائم، ومنها:

١-جرائم الترويج والحيازة للمخدرات [4].

٢-جرائم التزوير [1]، وتزييف وتقليد النقود[2].

---

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي للشيخ مُحَمَّد أبو زهرة ص ١١٠، وينظر كتاب: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي للدكتور مُحَمَّد المرزوقي ص ١١٨.

(٢) فتاوى ورسائل الشيخ مُحَمَّد بن إبراهيم ٦١/١٣.

(٣) نص الإمام ابن تيمية – رحمه الله – على أن حكم عمر – ﷺ – من قبيل العقوبة. مجموع الفتاوى ٩٧/٣٣.

(٤) نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، المواد ذات الأرقام ٣٧ إلى ٤٠، والمواد ٤٨، ٤٩، ٥٩، ٥٦.

٣- جرائم الرشوة[٣].

٤- جرائم غسل الأموال[٤].

٥- الجرائم المعلوماتية[٥].

٦- مخالفات المرور[٦].

٧- جرائم الاتجار بالأشخاص[٧].

٨- جريمة منع تنفيذ الأحكام[٨].

٩- جرائم استغلال السلطة[٩]، ومباشرة الأموال العامة[١٠]، وجريمة انتحال صفة رجل السلطة العامة[١١].

١٠- مخالفات اقتناء وبيع الأسلحة والذخائر[١٢].

١١- جرائم الغش التجاري[١٣]، ومخالفة نظام البيانات التجارية[١٤] ونظام العلامات التجارية[١٥]، ومخالفة نظام التسوية الواقية من الإفلاس [١٦]، أو تعامل تجارياً مع العدو

(١) النظام الجزائي لجرائم التزوير، المواد ذات الأرقام ٣ إلى ١٧، والمواد ٢٢، ٢٣.

(٢) النظام الجزائي الخاص بتزييف وتقليد النقود ، المواد ذات الأرقام ١،٢،٤.

(٣) نظام مكافحة الرشوة، المواد ذات الأرقام ١، ٤، ٦، ٩، ١١، ١٣، ١٥، ١٩.

(٤) نظام مكافحة غسل الأموال، المواد ذات الأرقام ١٩ إلى ٢٣.

(٥) نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية، المواد ذات الأرقام ١ إلى ١٠، والمادة ١٣.

(٦) نظام المرور، المواد ذات الأرقام ٦٢ إلى ٧٨.

(٧) نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص، المواد ذات الأرقام ٣ إلى ١٠.

(٨) نظام التنفيذ، المواد ذات الأرقام ٦٩ ، والمواد من ٨٨ إلى ٩٢.

(٩) نظام استغلال السلطة، المواد ذات الأرقام ١، ٢.

(١٠) نظام مباشرة الأموال العامة، المادة التاسعة.

(١١) عقوبات انتحال رجل السلطة العامة، المادة الثانية.

(١٢) نظام الأسلحة والذخائر، المواد ذات الأرقام ٣٤ إلى ٥٠.

(١٣) نظام مكافحة الغش التجاري، المواد ذات الأرقام ١، ٢، ٢٠.

(١٤) نظام البيانات التجارية، المواد ذات الأرقام ٧، ١١، ١٢.

(١٥) نظام العلامات التجارية، المواد ذات الأرقام ٤٣ إلى ٤٥، والمادة ٥٢.

(١٦) نظام التسوية الواقية من الإفلاس، المواد ذات الأرقام ٣٧

الإسرائيلي[١]،

١٢- مخالفة نظام مكافحة التستر[٢].

والذي يراه الباحث أن يعاد النظر في جميع العقوبات التعزيرية المحددة، ويوسع مجال الاجتهاد للقاضي عبر تقليل الحد الأدنى للعقوبة، وزيادة الحد الأعلى، ووضع إمكانية للبدائل عندما يرى القاضي أن السجن غير مناسب، أو أن العقوبة المالية لا توافق المصلحة، وقد قرر الإمام ابن عقيل الحنبلي – رحمه الله – بأن السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول – ﷺ – " [٣] ، ويؤكد هذا المعنى الدكتور عبدالعزيز عامر بقوله:" أرى أن لولي الأمر تعيين العقوبة أو العقوبات في كل جريمة مقدماً، وجعل تطبيقها أو الاختيار فيما بينها وجوبيا على القضاة أو جوازيا لهم، على أن يراعي في ذلك توسيع سلطتهم، حتى يعطوا لكل لحالة دواءها الملائم بيسر وسهولة، وعلى أن يجري تعديل هذه العقوبات كلما وجدت في التعديل مصلحة"[٤].

الفرع الثالث: أنواع التعزير المنصوص عليها عند الفقهاء في من يمارس الجرائم الاحتكارية

ذكر أهل العلم عدة تعزيرات في المعاصي عموما مثل الوعظ والتوبيخ والهجر وترك السلام عليه حتى يتوب، والتعزير بالعزل من الولاية وطرد المخالف من الجيش، والتعزير بالحبس والضرب، والتعزير بالتشهير بتسويد الوجه وإركابه على دابة مقلوباً [٥]، وذكروا بعض التعزيرات التي تناسب جرائم السوق ومنها الجرائم الاحتكارية، وفيما يأتي ذكر لأهمها.

المسألة الأولى: التعزير بالوعظ والتهديد

(١) نظام مقاطعة إسرائيل ، المادة السابعة.

(٢) نظام مكافحة التستر، المواد ذات الأرقام ٤،٥،٦.

(٣) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٥.

(٤) التعزير لعبدالعزيز عامر ص ٣٩٧.

(٥) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٩٧.

ذكر أهل العلم أنه إن كان الوعظ والتهديد كافياً لردع الجاني، فإن القاضي يصير إليه، قال الإمام ابن تيمية – رحمه الله – "ليس لأقل التعزير حد بل هو بكل ما فيه إيلام الإنسان من قول وفعل وترك قول وترك فعل، فقد يعزر الرجل بوعظه وتوبيخه والإغلاظ له" [(١)]. وذكر الحنفية أن المحتكر إن رفع للحاكم وقد نهاه قبل ذلك فإنه يعظه ويهدده [(٢)].

المسألة الثانية: التعزير بجبر المحتكر على البيع بسعر السوق

اتفق الفقهاء على جواز إلزام المحتكر على البيع، لما في تركه من الضرر العام. فإذا رفض المحتكر فإن للحاكم أن يسيطر على المال المحتكر ويبيعه[(٣)].

المسألة الثالثة: التعزير بإتلاف الأموال المحتكرة

استدل الإمام ابن حزم – رحمه الله – جواز حرق المال المحتكر، لأن علياً – ﷺ – حرق مال المحتكر[(٤)]، كما قرر الإمام ابن فرحون المالكي[(٥)] – رحمه الله — مشروعية إتلاف المصنوعات المغشوشة [(٦)]. وكره الإمام مالك – رحمه الله – ذلك، ورأى أن يتصدق به على المحتاجين [(٧)]. وهو منهج له – رحمه الله — في نظائر هذه المسألة، فقد سئل – رحمه الله – عن اللبن المغشوش أيراق؟ قال: لا، ولكن أرى أن يتصدق به، إذا كان هو الذي غشه. وقال في الزعفران والمسك المغشوش مثل ذلك، سواء كان ذلك قليلا أو كثيرا، وخالفه ابن القاسم في

(١) المرجع السابق ص ١٢٠.

(٢) بدائع الصنائع ١٢٩/٥.

(٣) الهداية للمرغناني الحنفي ١٢٧/٨ مواهب الجليل ٢٢٧/٤-٢٢٨، حاشية الجمل على المنهج ٩٣/٣ الفروع لابن مفلح ٥٤/٤، وينظر كتاب الاحتكار لقحطان الدوري ص ٢٠٠-٢٠٦.

(٤) المحلى لابن حزم ٦٥/٩.

(٥) ابن فرحون هو إبراهيم بن علي بن مُحَمَّد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري: عالم بحاث، ولد ونشأ ومات في المدينة. وهو مغربي الاصل، نسبته إلى يعمر بن مالك، من عدنان. توفي سنة ٧٩٩هـ، وهو من شيوخ المالكية، له (الديباج المذهب) في تراجم أعيان المذهب المالكي، و(تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام) و(درة الغواص في محاضرة الخواص) و(طبقات علماء الغرب) و(تسهيل المهمات) في شرح جامع الأمهات لابن الحاجب، في الفقه. الأعلام ٥٢/١.

(٦) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٢١/٢.

(٧) المدونة الكبرى للإمام مالك ١٤٧/١٠.

الكثير، وقال: يباع المسك والزعفران على ما يغش به، ويتصدق بالثمن أدبا للغاش.

وأفتى ابن القطان الأندلسي في الملاحف الرديئة النسج بأن تحرق. وأفتى ابن عتاب: بتقطيعها والصدقة بها خرقا [١].

ويرى الباحث أن الصدقة بالمال المحتكر أقرب لمقاصد الشرع الداعية لحفظ المال، إذا كان المال أو البضاعة يمكن الاستفادة منها بلا ضرر.

المسألة الرابعة: التعزير بالمنع من ممارسة التجارة في السوق

قرر الفقهاء أن للحاكم أن يعزر التجار الذين يمارسون جرائم احتكارية بمنعهم من التجارة في السوق مؤقتاً أو بشكل دائم، قال البرزلي المالكي [٢] – رحمه الله – :" لو اجتمع أهل السوق على ألا يبيعوا إلا بما يريدون بما فيه ضرر على الناس من الغلاء، فواجب على الوالي أو القاضي أو الناظر في السوق أن يخرج جميعهم منه، ويأتي بغيرهم، لأنه إذا فعل هؤلاء ارتدع هؤلاء، ورضوا بيسير الربح الذي ينالهم نفعه، ولا يدخلون فيه مضرة على الناس" [٣]. وقد قرر الشيخ ابن حبيب المالكي – رحمه الله — مشروعية أن يخرج من السوق من يحصل منه تكرار ممارسة الاحتكار من التجار [٤].

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ص ٤٦٨.

(٢)أبو القاسم بن أحمد بن مُحَمَّد البَلَوِي القيرواني، المعروف بالبُرْزُلي، أحد أئمة المالكية في المغرب. ولد سنة ٧٤١ هـ، وتوفي سنة ٨٤٤هـ من كتبه " جامع مسائل الأحكام مما نزل من القضايا للمفتين والحكام " . الأعلام ١٧١/٥ ، الضوء اللامع ١١: ١٣٣ و ١٨٩ ".

(٣) فتاوى البرزلي ٢٠٢/٣، وتبصرة الحكام ٢ / ٢٠٢ – ٢٠٤.

(٤) فتاوى البرزلي ٢٠١/٣.

المسألة الخامسة: التعزير بالتشهير

من العقوبات المقررة في باب التعزير، التشهير بالمخالف، فقد قرر فقهاء المالكية أن المحتكر إن عاد – بعد أن بيع عليه ما احتكره وتصدق بربحه ونهي عن تكرار الاحتكار – فإن الوالي يأمر بضربه والطواف به والسجن [١].

وأصل عقوبة التشهير واردة عن عمر – ﷺ – فقد أمر بشاهد الزور أن يسَخَّم (أي يسود) وجهه، ويلقى في عنقه عمامته، ويطاف به في القبائل ويقال: إن هذا شاهد الزور فلا تقبلوا له شهادة"[٢].

ويرى الباحث أن التشهير يختلف بحسب الزمان والمكان والجريمة، ويعد النشر في موقع مجلس المنافسة والصحف الورقية من الطرق الحديثة للتشهير.

المسألة السادسة: التعزير بالضرب

يعد الضرب من أشهر طرق التعزير وأسرعها وأنفعها، ودليلها حديث أبي بردة الأنصاري – ﷺ – أنه قال: قال رسول الله – ﷺ –: "لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله"[٣]. وقد قرر الشيخ ابن حبيب المالكي – رحمه الله – مشروعية ضرب من يمارس الاحتكار من التجار، ويضرب عليه من اعتاده [٤].

المسألة السابعة: التعزير بالحبس

من أشهر طرق التعزير، حبس المخالف بما يردعه ويمنع غيره من الاقتداء بجرمه، فقد ذكر الحنفية مرحلة الحبس والتعزير إن عاد المحتكر إلى الاحتكار في الثالثة [٥]، ويقصد بالتعزير في هذا السياق الجلد.

---

(١) كتاب الاحتكار لقحطان الدوري ص ٢٠٨، وأحال إلى تحفة الناظر ص ١٢٨.

(٢) رواه البيهقي في سننه الكبرى ١٤١/١٠ وعبدالرزاق في مصنفه ٢٢٧/٨ برقم ٢٠٤٩٧.

(٣) أخرجه البخاري برقم : (٦٨٣٨).

(٤) فتاوى البرزلي ٢٠١/٣.

(٥) الفتاوى الهندية ٢١٤/٣.

المسألة الثامنة: التعزير بدفع غرامة لبيت المال

اختلف الفقهاء في جواز التعزيرات المالية على أقوال:

الأول: منع التعزير بالمال، وهو قول الجمهور من أهل المذاهب المشهورة [١]، وهذا القول لا يعمل به، والقضاء على خلافه من قديم الأزمان مما يدل على ضعفه.

الثاني: جواز التعزير بأخذ المال، وهو قول لبعض المالكية وبعض الحنابلة على تفصيل لهم[٢]، واختاره الإمام ابن تيمية – رحمه الله – وتلميذه ابن القيم – رحمه الله – [٣]، واستقر عليه العمل. وقد قسم الإمام ابن تيمية – رحمه الله — التعزير بالمال ثلاثة أقسام حسب ما ورد في سنة النبي – ﷺ – وهي التعزير بإتلاف المال. مثل شق أوعية الخمر، وتحريق أمكنة الخمارين، والتعزير بتغيير المال. مثل تقطيع الستر الذي فيه صورة إلى وسادتين، والتعزير بتمليك المال. مثل أضعاف الغرم على السارق من غير حرز [٤].

وذكر ابن جزي المالكي – رحمه الله – أن للإمام أو نائبه أن يعزر بما فيه مصلحة وذكر من أمثلة التعزيرات العقوبة المالية، أو الطرد من السوق وغير ذلك [٥].

ومما يدل على جواز التعزير بالغرامات المالية ما يأتي:

١. حديث بهز بن حكيم، عن أبيه عن جده – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: "لا يفرق إبل عن حسابها من أعطاها مؤتجرا فله أجرها، ومن أبى فإنا آخذوها وشطر ماله، عزمة من عزمات ربنا " [٦].

٢. حديث عبد الله بن عمرو بن العاص – رضي الله عنه – عن رسول الله – ﷺ – : "أنه سئل عن الثمر المعلق، فقال: "من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة، فلا شيء عليه،

---

(١) حاشية ابن عابدين: ١٩٥/ ٣ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٩١/٤، حاشية الدسوقي: ٣٥٤/ ٤، المغني:٣٢٤/٨.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ٢٢٣/٢، وكشاف القناع للبهوتي ١٢٤/٦.

(٣) الطرق الحكمية ص/٣١٣.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٨

(٥) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٦٠.

(٦) أخرجه أبو داود (١٩٣)، والنسائي (٢٢٩٢) وغيرهم، وحسنه الألباني –رحمه الله– في "الإرواء" (٧٩١)

ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة " [١]. وفي رواية للنسائي: أن رجلا من مزينة أتى رسول الله – ﷺ – فقال: يا رسول الله! كيف ترى حريسة الجبل، فقال: هي ومثلها والنكال. وليس في شيء من الماشية قطع، إلا فيما آواه المراح. فبلغ ثمن المجن، ففيه قطع اليد، وما لم يبلغ ثمن المجن، ففيه غرامة مثليه، وجلدات نكال. قال: يا رسول الله كيف ترى في الثمر المعلق؟ قال: هو ومثله معه والنكال، وليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا فيما آواه الجرين، فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن، ففيه القطع، وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال" [٢].

٣. وحديث يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب ، أنه أخبره عن أبيه قال: توفي حاطب وترك أعبدا، منهم من يمنعه، من ستة آلاف يعملون في مال لحاطب – رضي الله عنه – ، فأرسل إلي عمر – رضي الله عنه – ذات يوم ظهرا، وهم عنده ، فقال: هؤلاء أعبدك سرقوا وقد وجب عليهم ما وجب على السارق، وانتحروا ناقة لرجل من مزينة اعترفوا بها ومعهم المزني «فأمر عمر أن تقطع أيديهم» ثم أرسل وراءه ، فرده ، ثم قال لعبد الرحمن بن حاطب: «أما والله لولا أني أظن أنكم تستعملونهم ، وتجيعونهم ، حتى لو أن أحدهم يجد ما حرم الله عليه لأكله ، لقطعت أيديهم ، ولكن والله إذ تركتهم لأغرمنك غرامة توجعك» ، ثم قال للمزني: كم ثمنها؟ قال: "كنت أمنعها من أربع مائة" قال: أعطه ثمان مائة [٣].

---

(١) أخرجه أبو داود (١٧١٠) ، والنسائي (٧٤٠٤) وابن ماجه ٨٦٥/٢ وأخرجه الترمذي (١٢٨٩) مختصرا، ، وحسنه الألباني –رحمه الله– في "الإرواء" (٢٤١٣) وعبدالقادر الأرناؤوط في تعليقه على جامع الأصول ٥٦٦/٣.

(٢) أخرجه النسائي (٤٥٩٤)، وحسنه الألباني –رحمه الله– في "الإرواء" (٢٤١٣). قال في "المغني" ١٢/ ٤٣٨: وإن سرق من الثمر المعلق فعليه غرامة مثليه، وبه قال إسحاق للخبر المذكور، قال أحمد: لا أعلم شيئاً يدفعه، وقال أكثر الفقهاء: لا يجب فيه أكثر من مثله، قال ابن عبد البر: لا أعلم أحداً من الفقهاء قال بوجوب غرامة مثليه، واعتذر بعض أصحاب الشافعي عن هذا الخبر بأنه كان حين كانت العقوبة في الأموال، ثم نسخ ذلك، ولنا قول النبي – صلَّى الله عليه وسلم – وهو حجة لا تجوز مخالفته إلا بمعارضة مثله أو أقوى منه، وهذا الذي اعتذر به هذا القائل دعوى للنسخ بالاحتمال من غير دليل عليه وهو فاسد بالاجماع، ثم هو فاسد من وجه آخر لقوله: "ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين، فبلغ ثمن المجن فعليه القطع" فقد بين وجوب القطع مع إيجاب غرامة مثليه، وهذا يبطل ما قاله.

(٣) رواه عبدالرزاق في مصنفه برقم ١٨٩٧٧، واللفظ له والبيهقي في سننه الكبرى برقم ١٧٢٨٧، وأصله في موطأ مالك برقم ٨٠٦.

٤. حديث عوف بن مالك – ﷺ – قال: خرجت مع زيد بن حارثة – ﷺ – في غزوة مؤتة فرافقني مددي من اليمن ليس معه غير سيفه... فلقينا جموع الروم، وفيهم رجل على فرس له أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب، فجعل الرومي يفري بالمسلمين، وقعد له المددي خلف صخرة، فمر به الرومي فعرقب فرسه، فخر وعلاه فقتله، وحاز فرسه وسلاحه، فلما فتح الله للمسلمين بعث إليه خالد فأخذ منه السلب. قال عوف: فأتيته فقلت: يا خالد، أما علمت أن رسول الله- ﷺ- قضي بالسلب للقاتل. قال: بلى. ولكني استكثرته. قلت: لتردنه إليه، أو لأعرفنَّكَهَا عند رسول الله- ﷺ- وأبى أن يرد عليه. قال عوف: فاجتمعنا عند رسول الله- ﷺ- وقصصت عليه قصة المددي، وما فعله خالد. فقال رسول الله- ﷺ- : يا خالد، ما حملك على ما صنعت؟ قال: يا رسول الله، استكثرته. فقال رسول الله- ﷺ-: يا خالد رد عليه ما أخذت منه. قال عوف: دونك يا خالد، ألم أقل لك؟ فقال رسول الله- صلى الله عليه وسلم- وما ذاك؟ فأخبرته. فغضب رسول الله- ﷺ- وقال: يا خالد لا ترده إليه. هل أنتم تاركوا لي أمرائي؟ لكم صفوة أمرهم، وعليهم كدره[١].

ووجه الدلالة أن النبي – ﷺ – عزره بمصادرة المال، بسبب تعييره لأمير الجيش.

الفرع الرابع: الظروف المخففة للعقوبة

من المقرر في الفقه الإسلامي تخفيف العقوبات التعزيرية في أحوال، فيكون التعزير على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس وقلته، فإذا كان كثيرا زاد في العقوبة بخلاف ما إذا كان قليلا، وعلى حسب حال المذنب فإذا كان من المدمنين على الفجور زيد في عقوبته بخلاف المقل من ذلك، وعلى حسب كثرة الذنب وصغره[٢].

ويمكن حصر الظروف المخففة في العقوبة التعزيرية في الجرائم الاحتكارية بأنها على النحو الآتي:

(١) رواه أحمد ٦/٧٢-٨٢ ومسلم ٢١/٤٦-٥٦.

(٢) السياسية الشرعية لابن تيمية ص ١٢٠ .

الحال الأولى: أن لا يكون الجاني معروفاً بكثرة المخالفات، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود" [١].

وذوو الهيئات في هذا المقام عند الفقهاء، هم أصحاب الصغائر دون الكبائر والذين لا يعرفون بالشر، فإذا زل احدهم في زلة تركها ولا يعود إليها أبدا، وقيل عنهم بأنهم الذين إذا وقع منهم الذنب تابوا وأنابوا إلى الله تعالى[٢]. ومن ذلك وصية رسول الله – ﷺ – بالأنصار خيراً فقال: "اقبلوا محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم" [٣].

الحال الثانية: الجهل بأحكام النظام ممن يجهل مثله له أثره في تخفيف العقوبة التعزيرية.

الحال الثالثة: مرور فترة زمنية معينة، على الحكم بالعقوبة دون تنفيذها (وهو ما يسمى بالتقادم) فإن ذلك يمنع تنفيذ العقوبة أو يخففها إذا وجد الحاكم أن في ذلك مصلحة لاستقرار التعامل بين الناس واحترام إرادتهم ورغباتهم [٤].

الحال الرابعة: قلة هذه الجريمة الاحتكارية في الأسواق، تجعل من الحكمة التخفيف في عقوبتها، وبالمقابل إذا كثرت وترتب عليها استهانة بالنظام فإن ذلك يستدعي الشدة حتى يعود للنظام هيبته.

الحال الخامسة: قلة المخالفات على المنشأة التي صدرت منها المخالفة سبب للتخفيف، وأما إن كثرت مخالفة المنشأة فهو دليل استهتارها بالأنظمة مما يستدعي التشديد في عقوبتها.

---

(١) رواه أبو داود (٤٣٧٥) ،وأحمد برقم (٢٥٥١٣) ، وصححه الألباني – رحمه الله – في صحيح الجامع برقم ١١٨٥ ، والصحيحة برقم ٦٣٨.

(٢) المهذب للشيرازي الشافعي ٢٨٨/٢، دار الفكر بيروت، مواهب الجليل لمحمد بن عبد الرحمن الحطاب المالكي ٣٢٠/٦ بيروت ١٩٧٨. بدائع الصنائع: ٦٣/٧.

(٣) رواه البخاري برقم (٣٧٩٩).

(٤) التشريع الجنائي – عبدالقادر عودة: ٧٧٨/١.