الاحتكار الحكومي-(*)-

م.م. شيماء غالب العزاوي
مدرس القانون التجاري المساعد
كلية القانون/ جامعة الموصل

المستخلص

يعد الاحتكار الحكومي ظاهرة قديمة تتمثل بسيطرة الدولة على المرافق العامة وإدارتها، دون إمكانية تعريف الدولة كمحتكر رغم سيطرتها على السوق لسنوات طوال بداعي المصلحة العامة، يحاول البحث تسليط الضوء على إمكانية عدّ الدولة شأنها شأن التجار محتكرة لقطاعات معينة، لذا يستعرض البحث الأسباب التي تدعو لافتراض هذا الاحتكار وإمكانية وجوده، من خلال استعراض دور الدولة في إدارة القطاع الخدمي، وتقارب صورتها مع صور التاجر المحتكر في قوانين أمثال قانون شيرمان الأمريكي.

الكلمات المفتاحية: الاحتكار الحكومي، التاجر، القطاع الخدمي

Abstract

The government monopolies is an old phenomenon that shows by the control of the state over public utilities and its administration, without looking at the possibility of defining the state as a monopolist, despite its control over the market for many years for the sake of public interest. The research attempts to shed light on the possibility of counting the state The possibility of counting the state, like the Commercial entities monopoly of certain sectors.

Therefore, the research examines the reasons for the assumption of this monopoly and the possibility of its existence, by reviewing the role of the state in the management of the service sector, and the convergence of its image with the monopolist in Legislation such as the Sherman act. Keywords: government monopoly, merchant, service sector

(*) أستلم البحث في ٢٠١٩/٤/٨ *** قبل للنشر في ٢٠١٩/٥/٧.

المقدمة

احتكرت الدول– ذات الاقتصاد الموجه السوق لسنوات، إذ أخذت تتعاطى النشاط التجاري كلياً بحيث ينعدم تماماً دور القطاع الخاص فسيطرت سيطرة تامة على مجريات الحياة التجارية والاقتصادية بالكامل، أو تدخلت جزئيا اشتراكاً مع أشخاص القانون الخاص وأياً كان دور الدولة، فان بعض الدراسات افترضت إجماعا للفقه القانوني **على عدم اعتبار الدولة تاجراً وان حكم قانون التجارة العراقي جاء موافقاً لفكرة عدم اعتبار الدولة تاجراً إلا في بعض الجزئيات**[١].

إذ تم تبرير تدخل الدولة هذا لتحقيق المصلحة العامة بالنظر إلى الدور الذي تلعبه الدولة فعليا في هذه العملية وخصوصا في القرن الماضي[٢] ولاتزال أثارها قائمة إلى الآن في ذات الدول رغم تحول اقتصادها فرضيا من كونه اقتصاد موجه إلى اقتصاد السوق، لكن فعلاً هذه الحكومات باقتصاداتها المتحولة لا تمارس إلا وسيلة من وسائل استغلال الدولة للمواطن، سواء في رفع أسعار السلعة أو الخدمة محل الاحتكار أو في حالة خروج هؤلاء المواطنين عن طاعة تلك الحكومة، فأصبحت الدولة لا تدير عقد إذعان بمفهوم الإذعان وما فيه من احتكار خدمة للصالح العام، إنما تدير نوع من أنواع الاحتكار الظالم تجاه مواطنيها.

تجلت هذه الحالة في بلدان معينة منها العراق مثلا منذ العام ١٩٩١ وإلى الآن وهو احتكار الحكومة للكهرباء والماء احتكار تعسفي لا خدمي، بالإضافة إلى تردي الخدمة وتوقفها في أحيان كثيرة، دون معالجات حقيقية لهذين القطاعين المهمين، ورغم ما خصص لهما من ميزانيات وأرقام لم يتجلى في الواقع اثر يذكر، بل بالعكس زاد تردي هذه الخدمات وتدهورها، والحقيقة أن هذه التصرفات تخرج الدولة من دورها كراعي إلى دورها كمتعسف

---

(١) باسم محمد صالح، القانون التجاري القسم الأول، منشورات دار الحكمة، بغداد، ١٩٨٧، ص٩٣. و ونص مادة(٢) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة١٩٨٤ المعدل "تعتبر الأعمال التجارية التي تمارسها الدولة من واجباتها الأساس في نطاق توفير السلع والخدمات للمواطنين".

(٢) احمد إبراهيم حسن، غاية القانون دراسة في فلسفة القانون، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٧٩.

في استعمال الحق وأن صح التعبير هو خيانة للائتمان العام[١] الذي يفرضه القانون على الدولة أو الحكومة بجميع مظاهرها، وبهذه التصرفات تنزع الدولة عنها عباءة السيادة وترتدي عباءة التاجر الفرد أو الشركة حينما يمارس التاجر تجارته أو الشركة أعمالها، بقصد الإضرار بالأخرين وتحقيق مصالح الشركة بغض النظر عما تُلحقه من أضرار بالمستهلك، مما برر إيجاد فكرة الاحتكار الحكومي[٢] لتصنيف الوضع الذي عليه الدولة في علاقتها مع المواطن (المستهلك).

أهمية البحث: لا يخفى أن العراق تحول من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق، غير أبهة الحكومات العراقية المتتالية ما يقع على عاتقها من ضرورة تغير التشريعات العراقية

---

(١) فكرة الائتمان العام بالأصل قادمة من القانون التجاري، إذ تفرض هذه الفكرة على مدير الشركة واجبا وهو حماية الائتمان العام للشركة، وبما أن أنظمة قوانين السابقة القضائية في طرحها لا تفرق بين مدير الشركة ورئيس الحكومة، فأن ذات الالتزامات التي تقع على الشركة بصفتها الاحتكارية تقع بذات الطريقة على الدولة إن ما صنفت كمحتكر تجاري، أن القانون البريطاني في فصله الثاني (Chapter 2) يحدد الواجبات العامة الملقاة على عاتق المدراء وتتناولها بالتفصيل الفقرات (١٧٠- ١٧٧) إذ تتناول المادة ١٧٠ الواجبات العامة للمدراء وأهمها تجنب تضارب المصالح، تجنب استغلال الممتلكات أو المعلومات، وتجنب قبول الفوائد، وتستند هذه الواجبات على قواعد القانون العام والمبادئ العادلة، ويلتزم بتطبيق هذه الواجبات المدير. أما المادة ١٧١ فتتناول واجبات وسلطات مدير الشركة، والتزامه بالعمل وفقاً للنظام الأساسي للشركة، وان يمارس الصلاحيات فيما خصصت له (أي أن لا يخرج عن غرض هذه الصلاحيات) إلا وهو تحقيق مصلحة الشركة وأطرافها، ووضعت المادة ١٧٢ معيارا لتصرف المدير بالقول على المدير أن يتصرف وفق اعتبارات حسن النية أو ما يعرف بـ(good faith) إذ يلتزم هذا المدير بالترويج لنجاح الشركة ولمصلحة أعضائها. راجع قانون الشركات البريطاني، منشور على رابط الحكومة البريطانية الرسمي

www.imolin.org/doc/amlid/UK_Companies_Act_2006.pdf.

(٢) ورد مصطلح الاحتكار الحكومي عند آنا ناغرودكيوفيتس، تحديات الإصلاح في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، إصدار مركز المشروعات الخاصة الدولية CIPE، نشرة الإصلاح الاقتصادي، فبراير، ٢٠٠٨، ص١.

جميعها بما يتلاءم وتوجه الدولة الحديث فاصبح الاقتصاد العراقي بين مطرقة وسندان، إذ أن قانون الدولة قائم على فكرة الاقتصاد الموجه، في حين النظام السياسي الفعلي بعد ٢٠٠٣ يتبنى اقتصاد السوق فأصبحت الحكومة بمظهر تاجر محتكر فهي تؤمن باقتصاد السوق وتدير مشروعاتها فعلياً كتاجر محتكر، نهدف من خلال هذا البحث وضع مفهوم للاحتكار الحكومي الذي بات متبنياً في اغلب الاقتصادات التي كانت موجهة سابقاً ثم انتقلت إلى اقتصاد السوق.

إشكالية البحث: قدمنا في الأهمية إلى التغير التشريعي الذي أصاب القانون العراقي واعجز الحكومات العراقية المتتالية عن تبني احد الاتجاهين مخالفة بذلك الكثير من الدول، منها الكويت التي بدأت فعلاً توجهاً نحو تغيير تشريعاتها بما يتلاءم واقتصاد السوق، تكمن مشكلة البحث في عدم تحديد مفهوم الاحتكار الحكومي من قبل المشرع العراقي، إذ حصر الاحتكار على التاجر دون أن يشير إلى الأفعال التي تمارسها الدولة بصفتها تاجرا والتي تدخل ضمن خانة الأعمال ذات الوصف الاحتكاري ذاته.

منهجية البحث: يعتمد البحث المنهجية التحليلية، واكتفينا بالمشرع العراقي في قانوني التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة١٩٨٤ المعدل والقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وقانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ وقانون الاستثمار الأجنبي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ والمعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٠ والقانون رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٥، من باب أن العراق لازال يعيش تبعات التحول الاقتصادي من دون وجود لأي غطاء تشريعي يضمن هذا الانتقال أو التحول أو حتى ينظمه في حده الأدنى.

خطة البحث: أما خطة البحث فهي كالاتي

المبحث الأول: مفهوم الاحتكار الحكومي

المطلب الأول: مفهوم الاحتكار

المطلب الثاني: أسباب ظهور الاحتكار الحكومي

المبحث الثاني: ارتباط المركز الاحتكاري بفكرة الاستغلال

المطلب الأول: الأساس النظري لاستغلال المركز الاحتكاري

المطلب الثاني: مظاهر استغلال المركز الاحتكاري واثره

الخاتمة

المبحث الأول

مفهوم الاحتكار الحكومي

يرجع مفهوم الاحتكار ومكافحته إلى أساس شرعي فهو من ضمن الصور المحرمة في مجال البيع، واصبح من المنطقي بناءً على هذا الأساس الشرعي أن يتبعه تحريم قانوني في التشريعات النافذة، وخصوصاً العربية منها، لذا نجد كثيراً من الباحثين عند الكتابة عن مفهوم الاحتكار يعودون إلى الأسس الشرعية للموضوع، وبما أن هذه الفكرة قد طُرحت نجد انه من العدل التركيز على أن الشريعة أن كانت تمنع الاحتكار لما فيه من إثراء للبائع على حساب المستهلكين، أو لما فيه من اكل أموال الناس بالباطل الذي حرمته[١]، فالأولى أن يحرم كذلك على من يتولى الشأن العام إدارةً وتصريفاً مثل هذه الأفعال، ومنها دفع الناس لأجور خدمات كالماء والكهرباء دون وجود هذه الخدمة أصلاً في بعض المناطق، أو ترديها أو ضعفها أو حتى عدم انسجامها مع المبالغ التي تكبدها المواطنين، وهو لا يخرج بكل حال من الأحوال عن مفهوم اكل أموال الناس بالباطل، ولا يشرعن هذا الفعل أحاطته أو تغليفه بمصطلح المصلحة العامة، فأن لم تتحقق المصلحة العامة فلا مجال للقول بتبرير احتكار الدولة لمرافق معينة (كالماء والكهرباء والنفط والموارد الطبيعية والمحاصيل الزراعية التي تمثل عصب الاقتصاد. الخ[٢]).

لذا ترسيخا لهذه الفكرة التي ينطلق منها البحث، سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الاحتكار الحكومي من خلال تقسيمه إلى مطلبين وكما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم الاحتكار

الفرع الأول: التعريف بفكرة الاحتكار الحكومي.

الفرع الثاني: المركز الاحتكاري.

المطلب الثاني: أسباب ظهور الاحتكار الحكومي.

الفرع الأول: أزمة نقل الخدمات والأنشطة التجارية والاقتصادية من القطاع العام إلى القطاع الخاص.

---

(١) أسامة السيد عبد السميع، الآثار الاقتصادية للممارسات الاحتكارية، ط١، ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠١٥، ص١٣.

(٢) المصدر السابق، ص٣٤.

الفرع الثاني: أزمة تطبيق الديمقراطية.

المطلب الأول

مفهوم الاحتكار

يرتبط مفهوم المنافسة بمفهوم الاحتكار، إذ تضمن السوق المعنية المنافسة بين التجار وهي أساس قانون العرض والطلب، على أن يقيد الحق في المنافسة بحيث لا يؤدي إلى منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الأضرار بها في السوق المعنية، ويعرض الفقه صورا لهذه الممارسات الضارة إذ يحظر كل سلوك من شأنه أن يؤدي إلى عدم التصنيع أو الإنتاج أو التوزيع لمنتج معين وذلك لمدة زمنية معينة، أو التمييز بين البائعين أو المشترين الذين تتشابه مراكزهم التجارية في أسعار البيع أو الشراء الذي يؤدي إلى أضعاف القدرة التنافسية، أو إخراج بعض المنافسين من السوق، إلى نحو ذلك من الممارسات الضارة[1]. وعليه لإيضاح هذه الفكرة لابد التعريف بفكرة الاحتكار الحكومي، ومن ثم المركز الاحتكاري الذي يحوزه المحتكر من خلال التقسيم الاتي:

الفرع الأول : التعريف بفكرة الاحتكار الحكومي

الفرع الثاني: المركز الاحتكاري

الفرع الأول

التعريف بفكرة الاحتكار الحكومي

بدءً قبل التعريف بالاحتكار الحكومي لابد أولاً من تعريف فكرة الاحتكار ذاتها ثم تعريف الاحتكار الحكومي لاحقاً وذلك بسبب عدم وجود أساس تشريعي لفكرة الاحتكار الحكومي، صحيح توجد تشريعات وكتابات في مفهوم الاحتكار، إلا انه لا توجد تشريعات تجرم احتكار الدولة أو حتى طروحات فكرية أكاديمية في صميم هذه الفكرة مما يصعب امر تعريف الفكرة ذاتها، لذا لابد لهذا السبب من تعريف الاحتكار بصورة عامة أولاً ومن ثم بيان مفهوم الاحتكار الحكومي، وكما يأتي:

(١) خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٤.

أولاً: تعريف الاحتكار:

عرفت الفقرة ثانياً من المادة (١) من قانون المنافسة و منع الاحتكار العراقي الاحتكار بأنه "كل فعل أو اتفاق أو تفاهم صدر من شخص أو اكثر طبيعي أو معنوي أو ممن توسط بينهم للتحكم بالسعر أو نوعية السلع والخدمات بما يؤدي إلى الحاق الضرر بالمجتمع"[١]، ويلاحظ أن مصطلح الحاق الضرر بالمجتمع في القانون العراقي جاء موفقاً فهو لم يشر إلى المستهلكين فقط، أنما لإدراك المشرع أن هذا الفعل يؤثر على المجتمع ككل، في حين أن قانون شيرمان[٢] الأمريكي المتعلق بالاحتكار احجم عن تعريف الاحتكار، واكتفى بتقرير عدم جواز الاحتكار، أو محاولة الاحتكار، أو التجمع أو التواطؤ مع أي

---

(١) راجع قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠، منشور بالوقائع العراقية، العدد ٤١٤٧ في ٢٠١٠/٣/٩، ص٣٤.

(٢) يعد قانون شريمان أول قانون أقره الكونغرس لمكافحة الاحتكار، في عام ١٨٩٠ باعتباره "ميثاقًا شاملاً للحرية الاقتصادية يهدف إلى الحفاظ على المنافسة الحرة وغير المقيدة كقاعدة للتجارة". في عام ١٩١٤، أصدر الكونغرس قانونين إضافيين لمكافحة الاحتكار قانون لجنة التجارة الفيدرالية، الذي أنشأ لجنة التجارة الفيدرالية، وقانون كلايتون. وهذه القوانين الفيدرالية الأساسية الثلاثة لمكافحة الاحتكار التي لا تزال سارية حتى اليوم. تحظر قوانين مكافحة الاحتكار عمليات الدمج غير القانونية والممارسات التجارية غير القانونية بشكل عام، تاركةً للمحاكم تقرير أي من هذه السلوكيات غير قانوني بناءً على وقائع كل حالة. طبقت المحاكم قوانين مكافحة الاحتكار على الأسواق المتغيرة، من وقت الخيول والعربات إلى العصر الرقمي الحالي. ومع ذلك، لأكثر من ١٠٠ عام، كان لقوانين مكافحة الاحتكار نفس الهدف الأساسي حماية عملية المنافسة لصالح المستهلكين، والتأكد من وجود حوافز قوية للشركات للعمل بكفاءة، والحفاظ على انخفاض الأسعار، كما والحفاظ على الجودة.

لمزيد من التفاصيل عن القانون راجع موقع لجنة التجارة الفدرالية الأمريكي (FEDERAL TRADE COMMISSION) على الموقع الرسمي للجنة المتاح بتاريخ ٢٠١٩/٥/٢ على الرابط

https//www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws

شخص أو أشخاص أخرين بغية احتكار أي عمل من الأعمال التجارية[١]. إذ يحظر (قانون شيرمان) كل تجمع أو تكتل أو تواطؤ بغية تقييد حرية المنافسة، ورغم أن قانون شيرمان الأمريكي لم يعرف الاحتكار صراحة إلا أن المادة الأولى منه قد حظرت وبشكل واضح أية تعاقدات أو تكتلات أو تواطؤ تقيد التجارة[٢] الداخلية أو الدولية.

في حين عرفه جانب أخر من الفقه "انه فعل يؤدي إلى السيطرة والنفوذ بهدف إحداث اختناقات في معدلات وفرة السلع وجودتها وأسعارها بغرض إلغاء المنافسة أو إجبار المنافسين على إخلاء السوق" أو "هيمنة منشأة على حصة ضخمة من أنتاج أي سوق تمكنها من فرض سيطرتها بشكل فعال على مجمل أنتاج ذلك السوق، وبالتالي إمكان زيادة أرباحها بتخفيض ذلك الإنتاج"[٣].

وهناك من **ربط مفهوم الاحتكار بالمنافسة من خلال إيضاح معناه بهذه الصورة، اذ اكتفى بتعريفه "بان الاحتكار يعني اختفاء المنافسة"**[٤] وهو يعني عند انعدام المنافسة المنافسة فان الاحتكار يصبح نتيجة طبيعية ومنطقية لسيطرة الأقوى[٥]، وعرفه آخرون بأنه "انفراد شخص أو عدة أشخاص بالقيام بنشاط اقتصادي معين، سواء في البيع أو السيطرة على أنتاج سلعة ما، أو عرضها وتوزيعها دون منافسة، وكذلك الانفراد بإداء خدمة معينة مطلوبة، على نحو يؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد والمنتفعين بالخدمة ومن ثم المستهلكين"[٦]

"يقصد بالاحتكار الحالات التي تكتسب فيها شركة أو مجموعة من الشركات القدرة على السيطرة على السوق المحلي بصورة تمكنها من بيع منتجاتها بأسعار تتيح لها

---

(١) احمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار والأفعال الاحتكارية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٧، ص١٣.

(٢) خليل فيكتور تادرس، مصدر سابق، ص١٤.

(٣) المصدر السابق، ص١٣.

(٤) جاسم محمد الراشد، مظاهر السلوك الاحتكاري وأليات مكافحته في القانونين الكويتي والمصري، ط١، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، ٢٠١٦، ص٧.

(٥) المصدر السابق، ص٢٦.

(٦) عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص١١٤.

تعظيم هامش ربحها وذلك بغض النظر عن أية اعتبارات تتعلق بترك تحديد أسعار هذه المنتجات وفقا لقانون العرض و الطلب في السوق المحلي"، وعرفه آخرون "انفراد شخص أو عدة أشخاص بالقيام بنشاط اقتصادي معين سواء في البيع أو السيطرة على إنتاج سلعة ما أو عرضها أو توزيعها دون منافسة وكذلك الانفراد بأداء خدمة معينة مطلوبة على نحو يؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد"[١].

كما وعُرّف الاحتكار بانه "قدرة شخص أو عدة أشخاص طبيعيين كانوا أو معنويين على الانفراد بإنتاج سلع مميزة أو عرضها أو توزيعها أو بيعها أو الانفراد بأداء خدمة ما ، على مستوى سوق معين دون منافسة فعلية مما يؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة و الإضرار بالاقتصاد و المستهلك"[٢].

في حين ذهب د. جاسم محمد الراشد إلى القول بصعوبة وضع مفهوم محدد للاحتكار مسبباً ذلك بتطور الممارسات الاحتكارية وهذا التطور متابعاً للنشاط التجاري الأخذ بالتسارع، إلاّ انه عاد وعرفه بأنه "سيطرة شركة أو مجموعة شركات على حصة ضخمة من أنتاج سوق معين تمكنها من فرض سيطرتها على إجمالي أنتاج هذه السوق، ومن ثم تزيد أرباحها من خلال تخفيض الإنتاج وزيادة الأسعار"[٣].

ويلاحظ أن اغلب التعريفات تركز على أن القائم بالاحتكار هو شركة، باستثناء تعريف واحد رد الفعل الاحتكاري إلى أشخاص طبيعية أو معنوية، كما اتجه هذا الرأي إلى أضافة الدولة إلى الأفعال الاحتكارية من خلال ممارستها التجارة كشخص عام[٤]، ونميل إلى تأييد هذه الفكرة أن الاحتكار قد يمارس من أشخاص طبيعية أو معنوية من ضمنها الدولة، إلا أن جانب أخر من الفقه يشترط لوجود الاحتكار أن لا يمارس من قبل فرد واحد (ونعتقد انه يعني طبيعي أو معنوي) بل ينشأ عن طريق مجموعة من المحتكرين[٥].

---

(١) بن يطو أمال، حماية المستهلك من الاحتكار في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة بن عنكون، الجزائر، ٢٠١٠، ص٢٣-٢٤.

(٢) بن يطو أمال، مرجع سابق، ص٢٣-٢٤.

(٣) جاسم محمد الراشد، مصدر سابق، ص٣٠.

(٤) بن يطو أمال، مرجع سابق، ص٢٥.

(٥) خليل فيكتور تادرس، مصدر سابق، ص١٣.

كما يلاحظ امر أخر على التعريفات الفقهية أنها ركزت فيما يخص الاحتكار بجانب الضرر الاقتصادي، والإضرار بالمستهلكين، في حين نميل إلى تبني فكرة المشرع العراقي من خلال توسيع دائرة الضرر فالأمر ليس قاصراً على الاقتصاد أو على طبقة المستهلكين وإنما إضرار كامل بالبنية الاجتماعية والاقتصادية وحتى التنموية والاستثمارية في حالة احتكار المرافق العامة المهمة والضرورية.

أما فيما يخص القضاء الأمريكي فقد وضع مفهوماً للاحتكار بالقول: "أن الاحتكار يكون في الملكية والسيطرة على قسم كبير من واردات، أو تجهيزات السوق، أو منتجاتها من سلعة معينة، وهو ما يؤدي إلى خنق المنافسة، ويقيد حرية التجارة، بحيث يتحكم أو يسيطر المحتكر على الأسعار"(١).

فالتعريفات المنصرمة تضع شروطا للاحتكار منها:

١- أن يمارس من قبل شركة (أو شخص طبيعي أو معنوي) كما أثار جانباً من الفقه اشرنا إليه سابقاً.

٢- أن يمارس هذا الفعل الاحتكاري على سلعة أو خدمة من خلال الانفراد بها عرضا وتوزيعا، ودون وجود منافسة.

٣- ومنهم من أضاف الضرر في التعريف وحقيقة إضافة الضرر بالاقتصاد أو بحق المستهلك مسألة نسبية لان الاحتكار غير محظور لذاته، والمنافسة الحرة قد تؤدي إليه، وذلك في حال تفوق التاجر أو الشركة على منافسيه وانصراف العملاء إليه، بل قد يكون الاحتكار أمراً لا مفر منه كما في الاحتكار الطبيعي، أو عندما لا يستوعب السوق إلا تاجراً واحدا، ولكن المحظور حسب رأي بعض الفقه هو الوصول إلى المركز الاحتكاري من خلال القيام بأعمال المنافسة غير المشروعة(٢).

ووضع الاقتصاديين شروطاً كالمتقدمة إلا انهم افردوا المحتكر بانه شركة واحدة تقوم بالإنتاج، وان السلعة المنتجة فريدة لا يوجد لها بدائل(٣)، وينطبق على الدولة حقيقة كلا الشرطين في مجال الماء والكهرباء إذ أن المنتج للخدمتين واحد هو الدولة، وان السلعة

(١) نقلا عن جاسم محمد الراشد، مصدر سابق، ص٣٠.

(٢) احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص٦.

(٣) جاسم محمد الراشد، مصدر سابق، ص٣٠.

فريدة غير متوفرة ولا مجال لوجود شركة أخرى تولد الكهرباء، أو شركات أو شركة تنقي المياه وتضخها للمنازل عبر أنابيب.

ثانياً: الاحتكار الحكومي:

جاءت فكرة الاحتكار الحكومي كمصطلح في أدبيات مركز المشروعات الدولية الخاصة وأشارت إليها بوضوح أنّا ناغرودكيوفيتس في مقالها "تحديات الإصلاح الاقتصادي في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا" ولم تضع الكاتبة تعريفاً مباشراً للفكرة وإنما عبرت عنها بالطريقة الآتية "الإصلاحات المجدية تستدعي الابتعاد عن **الحكومات الاحتكارية** التي تطوق القوى السياسية والاقتصادية"، وفي هذه الفكرة إشارة صريحة للحكومة الاحتكارية أو لممارسة الحكومات للاحتكار وربطها بإصلاحات اقتصادية مجدية(١).

ويسمى الاحتكار الحكومي من وجهة نظر القانون بالاحتكار القانوني، أي الذي يستند إلى تشريع لائحي أو قانوني أو مرسوم أو قرار يبيحهُ، والذي يجد تبريره في استغلال المرافق العامة أو مصلحة عامة، كقيام الدولة باحتكار النشاط في مجال الكهرباء والتلفونات والمواصلات الخ..، ويبرر الفقه أن الحكمة من هذا الاحتكار هو حماية المستهلكين في السوق وتوحيد الأسعار(٢).

ويسميه البعض الأخر بالاحتكار التام أو الخالص ويعني انفراد منتج أو مشروع واحد بعرض سلعة ليس لها بديل قريب، بمعنى انه لا يوجد منافسة له في السوق طالما ينتج سلعة لا بديل مقارب لها، ولا من مشروع ينتج ذات السلعة أو مقاربة لها، وضرب الفقه مثالاً على ذلك احتكار الحكومة الفرنسية بيع الكبريت في فرنسا(٣)، ومثله احتكار العراق للماء والكهرباء وكذلك النفط، وهو احتكار قياس مع الفارق، وما يهمنا فعلا ليس احتكار النفط أنما احتكار خدمات أساسية لابديل مؤقت أو مستقبلي عنها ومساسها بحياة المواطن اليومية، لا كالنفط الذي له مساس بالأمن الاقتصادي الحالي والمستقبلي للبلد والذي يحتاج إلى دراسة تفصيلية مستقلة لا ننوي التطرق إليها في بحثنا هذا.

(١) آنا ناغرودكيوفيتس، مرجع سابق، ص١.

(٢) خليل فكتور تادرس، مصدر سابق، ص١٦،١٥.

(٣) جاسم محمد الراشد، مصدر سابق، ص٣٦.

ويمكن أن يندرج الاحتكار الحكومي تحت نوع ثالث من أنواع الاحتكارات يسمى احتكار القلة (Oligopoly)[١]، وهو مصطلح ظهر عند الكتاب الأمريكان يشير فيه هؤلاء إلى "ذلك الهيكل من هياكل التحالف في السوق ذي التركيز العالي أي الذي تضطلع فيه حفنة محدودة من المنشآت التجارية أو الصناعية بإنتاج سلعة معينة ومن خلال تفاهم غير معلن يمكنهم الوصول لإجماع بشأن السعر وحجم الإنتاج"، وعادة ما يكون احتكار القلة بين منشأة كبيرة ومنشآت اصغر منها على عكس الكارتل الذي يكون بين منشآت كبيرة تتفق فيما بينها اتفاقا سريا مكتوباً، في حين أن احتكار القلة يكون اتفاق ضمني على موقف موحد[٢]، والحقيقة أننا نلمس هذه العلاقة منشأة كبيرة مع منشآت صغيرة في السوق العراقي من خلال علاقة الدولة بوصفها منتجة للكهرباء مع أصحاب المولدات الأهلية وهي مشاريع صغيرة ومتعثرة ولا تقدم الخدمة إلا في جزء يسير ووفق أسعار محددة حكومية ويتم تبليغها علناً، كما تظهر أيضاً في علاقة الدولة بكونها محتكرة لقطاع خدمات المياه والصرف الصحي من خلال علاقتها مع أصحاب محطات تحلية المياه المحلية وهي أيضاً كالكهرباء مشاريع صغيرة غير قادرة على تحمل تجهيز الخدمة وتعاني من التعثر وسوء الخدمة وترديها واحيانا انقطاعها أو توقفها دون سابق إنذار.

ويقع على عاتق القضاء الأمريكي الذي ابتكر هذا النوع من الاحتكار معضلة يصعب حلها إلا وهي إثبات حالة التواطؤ الخفي بين المشروع الأكبر والمشاريع الصغيرة وهي عادة مهمة تحتاج إلى تحري وترتبط بكل واقعة على حدى[٣].

ويرتبط مفهوم الاحتكار القانوني (الحكومي) بكونه خصيصة من اهم خصائص عقود الإذعان في كون احد الطرفين في حالة مركز اقتصادي قوي تمكنه من فرض شروطه على الطرف الأخر الأضعف، وتحديد التزاماته دون تحفظ بسبب عدم وجود قابلية

(1) Brodley, Joseph F. "Oligopoly Power Under the Sherman and Clayton Acts-From Economic Theory to Legal Policy." *Stan. L. Rev.* 19 (1966) 285.

(٢) حسين محمد فتحي، الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة "دراسة لنظام الانتيترست في النموذج الأمريكي"، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص٧٢-٧٤.

(٣) حسين محمد فتحي، مصدر سابق، ص٧٩.

للمناقشة والتفاوض، وأيضا بسبب عدم وجود بديل أخر للمستهلك[١] (المواطن) يلجأ إليه للحصول على تلك الخدمة أو السلعة.

وقد وضع الفقه شروطاً لعقود الإذعان الحكومي منها بأن يكون التفوق الاقتصادي للمحتكر واضحا بدرجة كافية، ويجب أن يتسم بالاستمرار ، بمعنى أن التفوق الاقتصادي للمحتكر يستمر بشكل محسوس وظاهر، فالقوة الاقتصادية في عقود الإذعان هي انعكاس للطابع الاحتكاري، فالاحتكار في سلعة أو خدمة معينة يترتب عليه اعتبار العقد من عقود الإذعان[٢].

يضاف إليها صفات أخرى منها أن سعر السلعة أو الخدمة المرتبطة عادة بعقد إذعان لا تسعر وفقاً للطلب والعرض، وإنما تسعر من قبل المحتكر(الدولة) أو من ينوب عنه، فعملية الارتباط بين الخدمة أو السلعة وسعرها لا يحكمها قواعد السوق أنما يحكمها المحتكر فهو يحدد سعر الخدمة أو السلعة ارتفاعاً وانخفاضاً، كما أن الدولة هي المنتج الوحيد لهذه السلعة أو الخدمة مما يترتب عليه تحكمها بجودتها وحتى باستمراريتها وكمية ما يعرض منها، ويطرح على سبيل المثال احتكار الدولة لا للماء والكهرباء فحسب أنما احتكار التلفزة والقنوات الفضائية والإعلام لفترات طويلة[٣].

ويرى الدكتور مصطفى العوجي أن عقد الإذعان عند تحليله فانه يتصف بمواصفات العقد العادي، فلا فرق فعلياً بين العقد الذي تفرضه شركة الكهرباء وبين العقد الذي يفرضه بائع بسيط ولا يقبل أن يناقشه الشاري فيه، فالعقود التي تحصل يوميا بين المواطنين لا تفترض حتماً المفاوضة والمساومة، بل غالبا يحدد كل طرف شروطه وينعقد العقد بينهما وان فرض احدهما أو كلاهما شروطه على الأخر، إلا أن المعيار لديه أن

---

(١) الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية إلى الإذعان، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد ١٠، العدد ٢،٢٠١٣، ص١٩٠.

(٢) المرجع السابق، ص١٩١.

(٣) احمد عبد الوهاب، الأثار الاقتصادية المترتبة على احتكار الدولة، إصدار المركز المصري لدراسات السياسة العامة، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٣-٤. منشور ومتاح على الرابط بتاريخ ٩-١١-٢٠١٨

http//ecpps.org/attachments/article/273/pdf

التعسف أو التسلط من احد المتعاقدين على الأخر يحده رقابة القضاء[١]، والحقيقة أن الأستاذ العوجي في رأيه وضع يده على طبيعة المشكلة، فالفصل بين السلطات، وتقوية سلطة القضاء يمنح القضاء لاحقاً رقابة على السلطة التنفيذية في كافة أعمالها منها تقديمها للخدمات التي تحتكرها للمصلحة العامة، وان لا تحتكرها دون تحقيق شرط الاحتكار الأساسي ألاّ وهو تحقيق المصلحة. فيعد الفصل بين السلطات احد اهم الركائز التي تنهي حالة الاحتكار التعسفي وإفراغ مفهوم المصلحة العامة من مضمونه.

لذا يميل جانب من الفقه إلى تعريف "احتكار الدولة" "انه شكل من أشكال الاحتكار مفاده أن الدولة هي المنتج الوحيد لسلعة أو خدمة معينة، بل ويمكن أن يُحظر منافستها من خلال قانون، ويمكن بدورها أن تمنحه لفرد أو شركة أو مجموعة من الشركات"[٢]

في حين نميل لتعريف الاحتكار الحكومي بانه **"سلطة تمتلكها الدولة على مشروع لا تقوم بإدارته كما يتطلب حسن النية"** فالدولة سيئة النية في إدارة هذه المرافق، وسوء النية معيار دقيق واضح فلو كانت الدولة حسنة النية لأتمت مشاريع تعهدت بها منذ عشر سنوات وربما بعض الصفقات لتأهيل الماء والكهرباء تعود إلى مدد اكثر[٣]. وعند الإشارة

---

(١) مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد)، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠١٦، ص١٥٠.

(٢) احمد عبدالوهاب، مرجع سابق، ص٣.

(٣) ترتبط فكرة حسن النية بالواجبات الائتمانية الملقاة على عاتق من يديرون الشركات ذات الطابع التجاري أو ما يشبهها من حيث الشكل والتنظيم ولكن لأغراض غير ربحية كالمؤسسات الجامعية والمرافق العامة والجمعيات وغيرها من المؤسسات، وهذه الفكرة موجودة في أنظمة السابقة القضائية إذ يعتبر من يقوم بواجب الإدارة مُلقى عليه واجبات معينة وهي واجب الولاء والعناية والرعاية والمعيار الضابط لهذه الواجبات هو التصرف بحسن نية، فافتقار الإدارة إلى حسن النية يؤدي إلى تعرضها للمسائلة من قبل القضاء وهناك دراسات مستفيضة حول الموضوع نشير لبعضها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر

Gold, Andrew S. "On the Elimination of Fiduciary Duties A Theory of Good Faith for Unincorporated Firms." *Wake Forest L. Rev.* 41=

إلى سوء نية الدولة فهو لا يمس بموضوع السيادة بقدر تعلقه بسوء نية العاملين والقائمين على المرفق العام كالدوائر والمديريات والوزارات من جانب ومن جانب أخر ما يتعلق منه بواجب السلطة التنفيذية بصورة عامة دون تحديد جهة دون أخرى.

الفرع الثاني

المركز الاحتكاري[١]

ذهب جانب من الفقه إلى تعريف المركز المسيطر أو المركز الاحتكاري بأنه "سلطة أو مقدرة اقتصادية تمكن من يحوزها التحكم في الأسعار ويعيق ويمنع المنافسة، وان يتصرف بطريقة مستقلة تجاه منافسيه وتجاه العملاء ودون النظر في ردود أفعالهم، وذلك لعدم وجود أي منافس لديه قدرة الدخول إلى السوق وتقديم سلعة أو خدمة فعالة وبديلة للعملاء أو الموردين"[٢].

بناءً على هذا التعريف فهل تمتلك الدولة في الاحتكار الحكومي مركزاً مسيطراً أو منفرداً يمنحها مُكنة الاحتكار؟ إجمالا مما لا ريب فيه انه لابد لنشوء الاحتكار من أن يتمتع التاجر بمركز مؤثر في السوق، ويضع قانون شيرمان الأمريكي المركز الاحتكاري باعتباره الركن الأول لقيام حالة الاحتكار المحظور، باعتبار أن المركز الاحتكاري حصل عليه التاجر أما بفعل مشروع أو بفعل غير مشروع[٣]، وفي حالة احتكار الدولة المراد تكييفه حصل بفعل مشروع بل بنص القانون صراحة، حتى انهُ يسمى الاحتكار القانوني كما قدمنا.

=(2006) 123. Alexander, Gregory S. "Cognitive Theory of Fiduciary Relationships." *Cornell L. Rev.* 85 (1999) 767. Sale, Hillary A. "Monitoring Caremark's Good Faith." *Del. j. corp. l.* 32 (2007) 719.

(١) يسميه القانون الأمريكي بالمركز المسيطر، وتسميه الاتفاقية الأوربية بالاتفاق المهيمن. راجع احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص٤٧.

(٢) خليل فكتور تادرس، مصدر سابق، ص١١.

(٣) احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص١٢.

ويلاحظ أن حالة المركز الاحتكاري الذي يحوزه المحتكر لا تتطلب من اجل قيامها الإقصاء الفعلي للمنافسين[١]، والحقيقة أن هذا المفهوم يمكن أن ينسحب على التجار في السوق، لكن لا يمكن أن ينسحب على الدولة، **فالدولة في حالة إقصاء فعلي لأي منافس**، إذ ينطبق عليها التوصيف بحذافيره، وجاء في وصف بعض الكتاب أن الدولة من خلال ممارساتها الاحتكارية واعتمادها على الخزانة العامة في تمويل مشاريعها وعدم خضوعها للإفلاس أو لذات القيم التجارية التي يخضع لها الأفراد من التجار تعني أن الدولة قادرة على **"ترهيب"** المنافسين لا إقصائهم في افضل الحالات، كما أنها الخصم والحكم بالنسبة للمنافس لان قضائها يركز لمنهجها الاحتكاري[٢].

في حين جاء قرار المحكمة العليا في الولايات المتحدة في احد القضايا بأن المعمول به لقيام المركز الاحتكاري هو "المقدرة على رفع الأسعار أو تفادي المنافسة عند الرغبة في ذلك، وليس الإقصاء الفعلي للمنافسين، ويرى الدكتور الملحم انه من الأفضل عدم التقيد الحرفي بمصطلح رفع الأسعار، بل الأفضل استعمال مصطلح التحكم بالأسعار أو تفادي المنافسة، ولا تتحقق هذه المكنة إلاّ من خلال حصة سوقية كبيرة زادت عن منافسيه أهلته للحصول على مركز احتكاري[٣]. وفي ظل احتكار الدولة فهي المنتج الوحيد للسلعة أو الخدمة، وهي التي تحدد الجودة، وهي التي تحدد الأسعار[٤].

وهذا المركز الاحتكاري أو المسيطر يمكنها بحرية تحديد الشروط دون أي اعتبار لمنافسيها أو المستهلكين ودون الرجوع اليهم، ويتم تحديد قدرتها في ضوء بحث مدى إمكانيتها أبعاد أو إقصاء أو إزالة المنافسين الحاليين أو منع المنافسين المحتملين في الوصول إلى السوق[٥].

---

(١) المصدر السابق، ص١٧.

(٢) احمد طلال عبد الحميد البدري، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية، ط١،دار ومكتبة عدنان للنشر، بغداد، ٢٠١٣، ص١٣١. و احمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ص٥.

(٣) احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص١٨، و ص ٢٠.

(٤) احمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ص٤.

(٥) خليل فكتور تادرس، مصدر سابق، ص١١.

المطلب الثاني

أسباب ظهور الاحتكار الحكومي

ظهر الاحتكار الحكومي في الأنظمة المتحولة، أي التي كانت تؤمن بفكر اقتصادي معين اثر على تشريعاتها، وعندما يتغير النظام السياسي الذي يعتنق فكرا مغايراً إلى نظام أخر مختلف تماماً تحدث المشكلة، كالتحول من الاقتصاد الموجه والمؤمن بفكرة سيطرة الدولة إلى اقتصاد حر يؤمن بالوظيفة الحمائية للدولة أو الدولة الحارسة (الأمن والدفاع) دون تدخلها في النشاط الاقتصادي[١]، وسنستعرض هذه الفكرة من خلال التقسيم المبسط الاتي:

الفرع الأول: أزمة نقل الخدمات والأنشطة التجارية والاقتصادية من القطاع العام إلى القطاع الخاص.

الفرع الثاني: أزمة تطبيق الديمقراطية.

الفرع الأول

أزمة نقل الخدمات والأنشطة التجارية والاقتصادية من القطاع العام إلى القطاع الخاص

قبل ٢٠٠٣ كان النظام السياسي الذي يخضع له العراق يمتاز بالمركزية السياسية وما يتبعها من مركزية اقتصادية، أذ فرضت الدولة هيمنتها على كافة مظاهر النشاط التجاري والاقتصادي، فكانت القوانين ومنها قانون تنظيم التجارة العراقي رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٠ وما تبعه من تعديلات متلاحقة تقوم في مجملها على فكرة احتكار الدولة للنشاط التجاري وسيطرتها على السوق ومن ثم فرض ضوابط أسعار وفق رؤيتها الأيديولوجية وليس وفق ضوابط اقتصاديات السوق، مما أدى إلى تراجع القطاع الخاص مقابل تزايد هيمنة الاقتصاد المركزي[٢].

---

(١) يراجع احمد إبراهيم حسن، مصدر سابق، ص١٧٣. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٥٠.

(٢) راجع قانون تنظيم التجارة رقم (٢٠) لسنة ١٩٧٠، دراسة من إعداد مركز المشروعات الدولية الخاصة بالتعاون مع تجمع العراق ٢٠٢٠، صادرة عن مركز المشروعات=

بعد عام ٢٠٠٣ انتقل العراق سياسياً واقتصادياً من الاقتصاد الموجه والنظام الاشتراكي، إلى اقتصاد السوق، وتشجيع القطاع الخاص، وهو ما أقره الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في نص المادة (٢٥) والتي نصت على أن (تكفل الدولة إصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده، وتنويع مصادره، وتشجيع القطاع الخاص وتنميته)، ثم تبعه بإقرار قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة 2006 وما لحق ذلك من تشكيل الهيئة الوطنية للاستثمار وفروعها في المحافظات، وقوانين أخرى مثل قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠، وقانون حماية المنتجات العراقية رقم (١١) لسنة ٢٠١٠، وقانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم (١٤) لسنة ٢٠١٠[١].

أمام هذا الانقلاب كان يتوجب أن يبدأ المشرع العراقي مراجعة التشريعات بما ينسجم مع هذا التغيير، إلا أن البحوث الأكاديمية والدراسات المختصة تؤكد على أن ما من مراجعة فعلية وشاملة لحقت التشريعات القديمة، مما يعني عدم قدرة التشريعات النافذة والتي لم تعدل، على مواكبة عملية التغيير الحاصلة، بل ومثلت عائقاً حقيقياً أمام القطاع الخاص العراقي وأمام الاستثمار الأجنبي، لان تلك التشريعات تتماشى مع الاقتصاد الموجه، وتتقاطع كلياً مع اقتصاد السوق، أدى بالنتيجة إلى إضعاف بيئة الأعمال في العراق وتصنيف العراق من قبل البنك الدولي كأحد أسوء البيئات الاقتصادية للعام ٢٠١٢ إذ حصل على التسلسل ١٦٤ بين ١٨٣ دولة[٢].

يضاف إليها واقع الشركات العامة الصناعية في العراق، التي أُنشئت في ثمانينيات القرن العشرين، والتي تعاني في أحسن الأحوال من التقادم والاندثار، والقدم التكنولوجي،

=الدولية الخاصة cipe، واشنطن، دون سنة نشر، ص١٩. متاح على رابط المركز الاتي بتاريخ ٢٠١٨/٣/٢٣

http//www.cipearabia.org/files/pdf/Democratic_Governance/Iraq_2020_Policy_Paper_Iraq_Trade_Regulation_Law.pdf

(١) قانون تنظيم التجارة رقم (٢٠) لسنة ١٩٧٠، مرجع سابق، ص٤و ص ٢٣.

(٢) قانون تنظيم التجارة رقم (٢٠) لسنة ١٩٧٠، مرجع سابق، ص٥.

وانخفاض طاقاتها الإنتاجية، وارتفاع تكلفة الإنتاج، مع ضعف واضح في القدرات التسويقية والنهج الإداري الحديث[١].

لذا ظهرت دعاوي تطالب بخصخصة القطاع العام من خلال تفكيكه وبيعه للقطاع الخاص كوسيلة من وسائل الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق[٢]. إلا أن هناك العديد من الدراسات التي تنهج منهجا مضاداً للخصخصة لما لها من آثار وخشية من أن تدار العملية خارج خطة شاملة للإصلاح الاقتصادي مما يؤدي إلى تفكك الاقتصاد العراقي بشكل كامل، بالإضافة لعدم وجود اطار قانوني للخصخصة، تعزز من خلاله دور القطاع العام[٣]، وهناك من اعتبر **أن الخصخصة مجرد نقل للاحتكار من الدولة إلى القطاع الخاص**، وانه باب من أبواب الفساد الإداري والاقتصادي، وليس بالضرورة أن يرفع من كفاءة الاقتصاد، لان الكفاءة لا علاقة لها بمن يملك المشروع إنما بمن يديره[٤].

وعليه فان الخصخصة كمحور لعملية إعادة الهيكلة، لم تحقق في أي مكان من العالم (مصر، تونس، الأردن، المغرب) الأهداف المعلنة لها، فالمديونية الخارجية قد ازدادت في معظم هذه الدول وتراجعت معدلات النمو في كثير من الحالات وازداد التفاوت الاجتماعي في توزيع الثروة والدخل.[٥]

---

(١) عامر عيسى الجواهري، أفاق الاستثمار والتطور الصناعي في العراق، صادر عن مركز المشروعات الدولية الخاصة، واشنطن، بدون سنة نشر، ص٢. متوفر على موقع المركز ومتاح على الرابط الاتي بتاريخ ٢٠١٨/٥/٥.
http//cipearabia.org/component/abook/?view=author&id=286&Itemid=102

(٢) حسين عجلان حسن، القطاع العام في العراق بين ضرورات التطوير وتحديات الخصخصة، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد ١١، ٢٠٠٦، ص٣.

(٣) علي خضير كريم، الخصخصة وضرورات التحول للاقتصاد العراقي، مجلة القادسية للعلوم الإدارية والاقتصادية، المجلد الثاني عشر، العدد الثاني، ٢٠١٠، ص١٦٣و ص١٦٩.

(٤) شهاب حمد سليمان، إشكالية الخصخصة وانعكاساتها في رفع كفاءة الأداء الاقتصادية(دراسة تحليلية تطبيقية)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، العدد الثاني، ٢٠٠٦، ص٧.

(٥) حسين عجلان حسن، مرجع سابق، ص٣.

وطرحت أفكار أخرى من خلال قانون الاستثمار الأجنبي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته منها أن يغطي الاستثمار الأجنبي أعمال تأهيل المعامل القائمة والمشاريع الاستثمارية الجديدة وفيه حوافز وضمانات جيدة وجاذبة للمستثمرين[١]، وهذا ما نصت عليه صراحة نص المادة ٣٣ في الفقرة (أ و ب) منها والمعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٠ والقانون رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٥ بالقول:

"أ- تسري إحكام هذا القانون على مشاريع القطاع المختلط والقطاع الخاص القائمة أو العاملة وبطلب من إدارتها وموافقة الهيئة دون اثر رجعي. ب - تشمل مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص **بما في ذلك مشاريع القطاع العام المتعاقد على تأهيلها أو تشغيلها أو إنشائها مع القطاع الخاص والمختلط بإحكام هذا القانون** قبل وبعد نفاذ هذا القانون على إن لا يترتب على ذلك الإعفاء من أية ضرائب ورسوم مستحقة عليها قبل نفاذه" ويشمل ضمنا قطاعيّ الماء والكهرباء، إلا أن النص الصريح بضماناته وحوافزه لا يعني أن الحكومة بإمكاناتها الإدارية المتواضعة قادرة على إدارة عقد استثماري اجنبي لتأهيل مرافق عامة مترهلة، وخصوصا أن المشرع في ذات القانون قد أشار بوضوح إلى ولاية القضاء العراقي لحل أي نزاع متحصل، وحقيقة الأمر أن اهم ميزة للمستثمر في كل العالم هو عدم الخضوع للقضاء المحلي، وإنما الذهاب للتحكيم وان عطفت المادة خيار التحكيم إلا أنها قدمت القضاء ثم التحكيم المحلي وأخيراً الدولي، وهذا ما جاء بوضوح في نص المادة ٢٧ من قانون الاستثمار الأجنبي العراقي المعدلة وفقا لنص المادة ٥٠ للعام ٢٠١٥، "أولاً ــ تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق."[٢].

(١) عامر عيسى الجواهري، مرجع سابق، ص٢.

(٢) راجع قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته منشور على قاعدة التشريعات العراقية، متاح بتاريخ ٢٠١٨/٦/١٨ على الرابط

http//www.iraqld.iq/LoadLawBook.aspx?SC=040120082853520

والتمسك بهذا النص يحرم العراق من الاستثمار الأجنبي، ويؤدي قطعاً إلى هروب المستثمرين من البلد، وذلك لعدم رغبة المستثمر الأجنبي الخضوع للقضاء العراقي، أو المغامرة في بلد غير مستقر امنيا، وقد لا يوفر كما يدعي قانون الاستثمار في خلاصته، الحد الأدنى من الميز للمستثمر الأجنبي، بل على العكس فان تقارير المنظمات الدولية، ومنها منظمة العفو الدولية[١]، تحرم العراق صراحة من أي مستثمر فعلي ولا تجذب إلا مستثمرين ذوي خلفيات مشبوهة وجرمية على صعيد عالمي.

ولدت كل هذه العناصر مجتمعة أزمة حقيقية في نقل الاقتصاد العراقي مسبوقاً بالتشريعات من القطاع العام (الحكومي) إلى القطاع الخاص، فادى إلى ظهور نوع من الاحتكار في دولة ليبرالية حسب الدستور لا هي قادرة على نقل ملكية مشاريعها للقطاع الخاص ولا هي قادرة على تقديم الحد الأدنى من الإدارة السليمة لهذه المشاريع، مما يعني فعلاً أن الدولة التي من مهامها الأساسية في أنظمة اقتصاد السوق (الأمن والدفاع) توسعت إلى كونها تمارس التجارة (الماء، الكهرباء، الخدمات الصحية، تصدير النفط، الموارد الطبيعية، الخ..) وهذا مخالف لوظيفة الدولة في الأنظمة الليبرالية التي تؤمن باقتصاد السوق[٢].

لذا ما من حل سوى أن تتعامل الدولة في هذه القطاعات التجارية من كونها دولة صاحبة سيادة إلى كونها تخضع لما يخضع له التجار من احتكار، بمعنى أنها تنزل من كونها دولة وتنزع عنها عباءة السيادة وتتعامل كتاجر حالها حال سائر التجار وبذا تخضع لما يخضع له التجار من أحكام، وهذا محور فكرة الاحتكار الحكومي، البحث عن وسيلة قانونية لمحاسبة الدولة كتاجر محتكر لا كدولة تؤدي خدمة عامة.

---

(١) راجع تقرير منظمة العفو الدولية السنوي عن العراق، منشور على موقع المنظمة باللغة العربية، ومتاح بتاريخ ٢٠١٨/٧/١٨. وعلى الرابط
https//www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-northafrica/iraq/report-iraq/

(٢) احمد إبراهيم حسن، مصدر سابق، ص١١١-١١٢.

الفرع الثاني

أزمة تطبيق الديمقراطية

أن عملية الإصلاح الاقتصادي المفترضة أثناء التحول من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق تتطلب أعادة النظر بالمنظومة القانونية والاقتصادية كما قدمنا، إلا أن الباحثين اكدوا أن أي عملية مشابهة لن تتكلل بالنجاح، والحقيقة أن السبب يعود لوجود أزمتين الأولى عملية النقلة ذاتها وما يتبعها من تشريعات والتي قدمنا لها في الفرع الأول، والثانية تتعلق بغياب اعتماد الروابط بين الديمقراطية واقتصاد السوق[١].

والحقيقة أن البعض يرى أن غياب الإصلاحات السياسية أمرا لا صلة له بالموضوع وحجتهم استمرار ارتفاع الإيرادات المتحققة عن الصادرات النفطية في العراق ينعكس نظريًّا على ارتفاع دخل الفرد، ولكن يكمن خلف هذا المنطق افتراضات خاطئة عن جوهر إصلاحات السوق ومعنى الديمقراطية، فلا يمكن أن توجد اقتصاديات حرة في السوق بدون أنظمة ديمقراطية تحمى حقوق الملكية، وتمكن من المشاركة المفتوحة في الاقتصاد للجميع على قدم المساواة.

ولا يمكن للديمقراطية بدورها أن تتحّقق في غياب الأسواق الحرة، لأن النظام المرتكز على اقتصاديات السوق، والحوكمة الديمقراطية، يكمل كل منهما الآخر ويتشاركان القيم الجوهرية ذاتها. لذلك، فالإصلاحات التي تساعد على بناء اقتصاديات السوق تعزز أيضا المؤسسات الديمقراطية، وتحتم سيرهما معا دون الفصل بينهما، كونهما يمثلان بشكل أساسي وجهى نفس العملة[٢].

---

(١) راجع كل من آنا ناغرودكيوفيتس، مرجع سابق، ص١. ونظام الأسماء التجارية والسجل التجاري رقم ٦ لسنة ١٩٨٥، دراسة من إعداد مركز المشروعات الدولية الخاصة بالتعاون مع تجمع العراق ٢٠٢٠، صادرة عن مركز المشروعات الدولية الخاصة cipe، واشنطن، دون سنة نشر، ص٢. متاح على رابط المركز الاتي بتاريخ ٢٠١٨/٣/٢٣

https//cipe-arabia.org/search_gcse/?q .

(٢) آنا ناغرودكيوفيتس، مرجع سابق، ص٣.

هذا من جانب أما من جانب أخر فان هذا الارتفاع في أحجام الميزانيات جراء بيع النفط يتزامن مع استمرار التضخم، وتردي الخدمات، وعدم وجود تنمية حقيقية تُحسن من الواقع الاقتصادي، لذا فإن هذا الارتفاع لا يعني أنها الحالة النموذجية المطلوب تحقيقها ما لم يتم وضع الخطط الجادة لاستغلال إيرادات النفط في تنفيذ مشاريع إنتاجية تجلب إيرادات إضافية عن تصنيع النفط والغاز، وإنتاج أقصى ما يمكن من المنتجات التي تجلب قيمة مضافة بعدة أضعاف عن قيمة صادرات الخامات المذكورة، وتحسن الواقع الاقتصادي والاجتماعي، بدلاً عن استهلاكها كمحروقات، واستيراد السلع الاستهلاكية كاملة الصنع(١).

والحقيقة أن هذه الأزمة قد تبدو للبعض غير ذات أهمية أو مبالغ في تكييفها إلا أن **آنا ناغرودكيوفيتس** وهي احد الباحثين في CIPE، قد أشارت موجهة الكلام للدول العربية في محاولة لتوجيهها إلى تبني إصلاحات فورية إذ وصفت الوضع في المنطقة عام ٢٠٠٨ – قبل أي صدام عسكري مسلح في المنطقة– بأنه "يوم الدينونة" وفيه إشارة واضحة إلى أن الاستمرار في إهمال تزايد عدد الخريجين من الجامعات والذين لا يملكون المهارات اللازمة، وتزايد النمو البشري يقابله نقص أعداد الوفيات وعدم وجود فرص عمل حقيقية وتوظيف في القطاع الخاص، مما يدفع نحو التوظيف الحكومي متدني الدخل، أو جيد الدخل مقابل انتشار المحسوبية والفساد في الحصول على الوظائف، هذا الواقع دفع الباحثة إلى افتراض انه "أذ لم يتم التصدي للبطالة بشكل فوري، فقد ينتج عن ذلك سيناريوهات معتمة من النزاعات الاجتماعية المكثفة أو عنفاً داخلياً"(٢) وحقيقة هذه

---

(١) عامر عيسى الجواهري، مرجع سابق، ص٢.

(٢) يرجع آنا ناغرودكيوفيتس، مرجع سابق، ص٣. وتقرير التنمية الإنسانية العربية للعام ٢٠٠٩، الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، المكتب الإقليمي للدول العربية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٦٢. منشور على الرابط ومتاح بتاريخ ٢٠١٨/١١/٩.
http//www.un.org/ar/esa/ahdr/pdf/ahdr09/AHDR_2009_Complete.pdf
و تقرير التنمية الإنسانية العربية للعام ٢٠٠٢، الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي، المكتب الإقليمي للدول العربية، عمان، ٢٠٠٢، ص٤. منشور على الرابط ومتاح بتاريخ ٢٠١٨/١١/٩
http//www.un.org/ar/esa/ahdr/pdf/ahdr02/AHDR_2002_Complete.pdf

التقارير كانت بمثابة استقراء سابق على الأحداث التي عصفت بالمنطقة العربية وغيرت أنظمة داخلية وتحولت عملية التغيير تلك إلى صراع داخلي متفاقم استمر لسنوات.

ويظهر ارتباط عناصر ثلاث مما تقدم الأول (الضغط الديموغرافي= الزيادة المتسارعة في السكان)، وعجز القطاع الخاص، وتقييد القطاع العام بمثابة أضلاع مشكلة واضحة تتعلق بهيكليات إدارية ورقابية غير ملائمة (سواء في إدارة مرافق الدولة، أو إدارة الخدمات، أو في الفصل الحقيقي للسلطات) تمثل هذه المجموعة بمثابة الأرضية الصلدة لا للهزات الاقتصادية القانونية إنما أرضية صلدة لتعطل الأمن والاستقرار الاجتماعي وهي احد ابرز غايات القانون، أي بمثابة تعطيل دور القانون يقابله هذه الانهيارات المتوقعة[1].

مما يعني أن هناك قصوراً و تأخرا في وجود فعلي وحقيقي لهذه الروابط، فاقتصاد السوق لا يمكن أن ينتعش إلا وفق ديموقراطيات فعلية لا شكلية، فالوصف الدقيق للحالة الاقتصادية والقانونية في العراق هي قطاع حكومي عاجز، يقابله قطاع خاص مقيد لا يسمح له بالتحرك.

هذا الغياب بالمقابل يؤدي إلى هروب المستثمرين في أي مجال تحتكر فيه الدولة الخدمة أو السلعة، وذلك لعدم قدرة أي مستثمر مهما بلغ حجمه على منافسة الدولة، كون الدولة تعتمد على مصدر تمويلي بالغ الضخامة وهو الخزينة العامة مما يتيح لها القيام باي شكل من الممارسات الاحتكارية، بالإضافة إلى مكنة الدولة على تشريع القوانين فلها أن

(١) يرجع آنا ناغرودكيوفيتس، مرجع سابق، ص٤. وتقرير التنمية الإنسانية العربية للعام ٢٠٠٩، مرجع سابق، ص٦٢. و احمد إبراهيم حسن، مصدر سابق، ص١١١. وحمدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٦٧.

تشرع ما يصب في مصلحتها وتقنن بذلك احتكارها للسوق، فتصبح عملية دخول المستثمر السوق أمراً صعباً بل مستحيلاً[١].

المبحث الثاني

ارتباط المركز الاحتكاري بفكرة الاستغلال

يتحقق الاستغلال بحيازة المركز الاحتكاري أي بالوصول إلى هذا المركز المحتكر، والمركز الاحتكاري أو المركز المسيطر يعني "قوة اقتصادية يحوزها مشروع معين، تمنحه القدرة على وضع العوائق أمام المنافسة الفعلية في السوق المعني، وتمكنه من اتخاذ القرارات من جانب واحد في مواجهة منافسيه وعملائه وكذلك المستهلكين" وهذا تعريف محكمة العدل الأوربية للموضوع[٢]، إلا أن جانباً أخر من الفقه يقول بارتباط المركز المسيطر أو الاحتكاري بالاحتكار القانوني الذي يحوز فيه المحتكر مركزه المسيطر بناءً على التشريعات واللوائح، وتعطيه حقا خاصاً لممارسة بعض الأنشطة[٣]، وهذا ابلغ توصيف للمركز المسيطر إذ أن احتكار الدولة هو احتكار قانوني وبالتالي فهي في مركز مسيطر أو مركز احتكاري.

لذا يستخدم اغلب الباحثين في عمليات الاحتكار التي تمارسها شركات لها ثقلها بالسوق، وكذا الدولة مثلها، لفظ الاستغلال وعادة ما يرتبط تحقق المركز الاحتكاري للمحتكر، وفكرة استغلاله لهذا المركز، وتتراوح فكرة الاستغلال لا حول المصطلح ذاته أي الاصطلاح القانوني إنما في التصرف بهذا المركز بطريقة تؤدي إلى الاستغلال وإساءة الاستعمال أو الضرر.

(١) احمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ص٤و٥.

(٢) لينا حسن زكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، المكتبة العالمية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٥، ص١٧٨.

(٣) خليل فيكتور تادرس، مصدر سابق، ص٢٩.

المطلب الأول

الأساس النظري لاستغلال المركز الاحتكاري

اعتمد اغلب الكتاب في نظريات الاحتكار إلى اكثر من معيار لتحديد ما اذا كان صاحب المركز الاحتكاري يسعى إلى استغلال هذا المركز المتميز في السوق من عدمه، والحقيقة أن الاهتمام بالمعيار الذي يستند إليه المحتكر ليس لان فعل الاحتكار غير محظور بذاته إنما المحظور هو الوصول إلى هذا المركز الاحتكاري بواسطة أعمال المنافسة غير المشروعة(١)، لذا فقد حدد بعض الفقه معايير استناداً إلى طروحات معينة سنستعرضها تباعاً، لكن وجدنا هذه المعايير تتلخص في مجموعة أفكار منها الاستغلال وما يؤدي إليه من التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والضرر، مع الإشارة إلى أن معيار إساءة استعمال المركز الاحتكاري هو معيار أوربي استناداً إلى نص المادة ٨٦ من اتفاقية السوق الأوربية المشتركة، في حين أن معيار الضرر هو معيار معتمد من القضاء الأمريكي(٢)، وسنحاول طرح المفهومين لكن من وجهة نظر القانون العراقي، لان ما يهمنا ليس التطبيقات في السوق الأوربية أو في قانون شيرمان الأمريكي، بقدر ما يهمنا إعادة صياغة الفكرة بما يتلاءم مع محاولة تحجيم دور ما تفعله الدولة في نظام اقتصادي حر وبأسلوب اشتراكي ليتكيف الفعل احتكارا فتحاسب على أفعالها كأي تاجر فرد.

وبالعودة إلى مصطلح الاستغلال الذي استخدمه الكُتاب، فهو لا يخرج عن مفهوم القانون المدني بشكل أو بأخر إذ تعني أن يكون العقد وسيلة أو أداة بيد احد العاقدين تجاه الأخر(٣)، وبالحقيقة هو هذا ما يحدث في عملية الاحتكار برمتها، يصبح عقد التزويد بمثابة أداة بيد الدولة ضد عموم المستهلكين من الأفراد، إلاّ أن الاستغلال المشار إليه هو

(١) احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص٦.

(٢) المصدر السابق، ص١١٦ وص١٥٢.

(٣) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص١٦١.

استغلال رضا المتعاقد، أي أن ساعة التعاقد يكون احد الأطراف في موقع اضعف من الأخر، أي انه عيب يشوب الإرادة[١].

ويحدد اغلب الفقه عنصرين اثنين الأول مادي والثاني معنوي نفسي، فالمادي هو عدم التوازن أو التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يأخذه وفقاً لمعيار معين، أما العنصر المعنوي فقد حدد القانون المدني العراقي في المادة (١٢٥) اربع حالات منها استغلال الحاجة التي تقترب من حالة الضرورة وهو بالفعل الحال في التعاقد مع على خدمات الماء والكهرباء، وقدد حددت المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي أن جزاء الاستغلال في عقود المعاوضات هو رفع الغبن الفاحش إلى حد المعقول من خلال زيادة التزامات احد الأطراف وانقاص التزامات الطرف الأخر[٢]، وتقدير وجود غبن فاحش أو عدم وجوده متروك لقاضي الموضوع، كما أن المدة التي يحق له أن يرفع عنه الغبن الفاحش إلى الحد المعقول هو سنة تبدأ من وقت إبرام العقد، إلاّ انه ووفقاً للقانون العراقي فأنه لا يستطيع طلب نقض العقد[٣]، وصراحة لا نعرف كيف يتم رفع الغبن عن عدم تجهيز خدمة إلاّ لساعتين خلال ٢٤ ساعة ثم المطالبة بدفع الأجور؟! إلاّ من خلال فكرة مفادها أسقاط الأجور عن المواطنين، أما بالنسبة لا مكانية نقض العقد فهي واقعياً غير ممكنة في عقود احتكار الدولة لهذه المرافق لان نقض العقد أو إيقاف الخدمة لا يحقق أي فائدة للمواطن مع عدم وجود البديل، أذن حسب التسلسل المنطقي نجد أن لا يوجد ما يمنع أن يرفع المواطن دعوى استغلال ضد الحكومة المزودة للخدمات لسوء التزويد أولاً ولرفع الغبن الواقع عليه المتمثل في أجور اشتراك عالية مقابل شبه توقف للخدمة.

لذا نرى أن توجه اغلب الفقه لاستخدام مصطلح الاستغلال هو ليس الاستعمال الدقيق للكلمة، بل استخدمت محاكاةً للمشرع الأمريكي مما يولد صعوبة في تطبيقها في أنظمة القانون المدني (Civil system law)، لذا نجد أن استغلال المركز الاحتكاري

---

(١) غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص٢٠٩.

(٢) منذر الفضل, النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج١، ط٣، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ١٩٥-١٩٨.

(٣) غني حسون طه، مصدر سابق، ص٢١٠.

لا يخرج عن فكرتين أحداهما مكملة للأخرى أو تحتوي الأخرى، وهما التعسف في استعمال المركز الاحتكاري، ومن ثم إساءة استعمال المركز الاحتكاري، وكلاهما من تطبيقات المواد ٦ و٧ على التوالي من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وحسب التقسيم الاتي:

الفرع الأول : التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

الفرع الثاني: إساءة استعمال المركز الاحتكاري

الفرع الأول

التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

التعسف في استعمال القوة الاقتصادية لا يخرج حقيقة عن وجود مكنة لصاحب هذه القوة الاقتصادية تمكنه من التعسف ويرى بعض الفقه انه تعسف "موقف" الذي يُمكن طرف فرض شروطه على الطرف الأخر ويقربه البعض من فكرة التغرير إذ تعد تصرفات الطرف الأقوى تجاه الأضعف تصرفات غير أمينة واستغلاله الواضح لضعف وقصور الطرف الضعيف ولا يرتبط هذا التعسف بضخامة المشروع الاقتصادي، فضخامة المشروع لا تعني نفوذه في السوق لان اغلب المشروعات الكبرى تحاول الابتعاد عن أي تصرفات احتكارية خوفاً على سمعتها التجارية، في حين قد تمارسه مشروعات صغيرة لها نفوذ في أنتاج نوع معين من السلع[١].

والفكرة المطروحة مقبولة من حيث أن حجم وضخامة المشروع لا تعني حكماً ارتباطه بالاحتكار لان الفكرة التي تعتبره "تعسف موقف" لا نؤيدها لأنه تعسف سلوك ناتج عن إدارة المرفق ويبتعد عن التغرير الذي يحمل في طياته معنى الغش وهذا المفهوم فيه ابتعاد عن فكرة الاحتكار.

أما التعسف في استعمال الحق[٢]، فاللفظ بالأساس كان الخطأ في استعمال الحق، ولما كانت كلمة الخطأ تعني انحراف الشخص عن السلوك المألوف، فهذا يعني أن صاحب

---

(١) الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية بين الضمانات التقليدية والضمانات المتخصصة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص١٠٥.

(٢) تدير الدولة المرفق العام وفق واجب هي مكلفة به، لكن يتحول هذا الدور إلى تعسفها في إدارة هذا المرفق، واستخدمنا لفظ الحق لقربه إلى القانون المدني والتجاري، في حين تستخدم في المصطلحات الإدارية مصطلح السلطة، فالحق شيء والسلطة شيء أخر،=

الحق اخطأ في استعماله لحقه، فأضر بالأخرين مما يوجب القانون التعويض، وهذا الأمر فيه تطبيقات عديدة في الأنظمة الأنجلو–سكسونية وكذلك في الشريعة الإسلامية[١]، ويفهم إمكانية سحب هذا المفهوم على التاجر أو الشركة المُحتكرة لكن السؤال هل يمكن سحبه على الدولة المحتكرة وهل الحق الذي تمتلكه الدولة حقاً يمكنها من أن تتعسف فيه أم انه واجب تخرقه؟

وقبل التفصيل في وجهة النظر هذه لا بد أولاً من سحب هذه الفكرة على المحتكر ثم تكييفها على الدولة، إذ تعد فكرة التعسف في استعمال الحق من اهم تطبيقات فكرة الخطأ في استعمال الحق، إذ نصت المادة (٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر"، وأضافت المادة ٧ من القانون المدني العراقي صوراً لهذا التعسف منها "أن لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير"[٢].

وقد حدد الدكتور منذر الفضل معاييراً تكشف عن أن صاحب الحق متعسفاً في حقه منها عدم التوازن بين مصلحة المالك والأضرار التي تصيب الغير، ويورد تطبيقاً من الفقه الإسلامي منها احتكار سلعة أو بضائع استهلاكية في السوق وصولاً إلى تحقيق الربح، فالمحتكر يعد متعسفاً في استعمال حقه، وتعد هذه الصور مخالفة للغاية الاجتماعية للحق، وهي استعمال الحق بطريقة تسبب ضرراً لا للأشخاص فحسب، إنما ضرراً بمصلحة المجتمع، كما يدرج الدكتور الفضل حالات أخرى للخروج عن الحق كالمنافسة غير

=فكل حق لا بد من أن ينطوي على سلطة، لان السلطة عنصر أصيل في الحق فلا وجود للحق من غير السلطة، لكن قد توجد سلطة لشخص ما لا يكون له حق بالأساس كسلطة النائب، والدولة في حالة إدارة المرفق العام هي نائبة عن الشعب، وسلطتها في الإدارة ليست نابعة عن حق ملكية أنما عن فكرة النيابة. يرجع عبد الحي حجازي، نظرية الحق،ط٢، دار الكتاب العربي، القاهرة،١٩٥٢، ص١٩، سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٦، ص١٨٥، محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩،ص٢٩و ٤٨و ٨٥.

(١) منذر الفضل، مصدر سابق، ص٢٧١.

(٢) منذر الفضل، مصدر سابق، ص٣٧٢.

المشروعة[١]. والحقيقة أن هذه الفكرة تتماشى مع تعريف قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ إذ اكد في تعريفه للاحتكار على نتيجة مهمة إلاّ وهي "الحاق الضرر بالمجتمع".

كما يورد الدكتور الفضل حالات يكون للقانون سلطة نزع ملكية الأفراد أن ما تضاربت مع مصلحة المجموع، وان كان نزع الملكية تحقيقا للنفع العام، باعتبار أن النفع العام أولى بالرعاية[٢]، وهنا من حقنا طرح التساؤل الاتي إلاّ يفترض النفع العام وتحقيقه نزع يد الدولة عن أدارتها لمرافق خدمية هي غير قادرة على أدارتها، ما دامت تضر بالنفع العام، وأثبات أنها تضر بالنفع العام لا تعدو اكثر من كونها وقائع مادية يسهل أثباتها، فانقطاع التيار الكهربائي لعشرين ساعة مقابل تجهيز لأربع ساعات هو بالتأكيد أوضح صور الإضرار بالمصلحة العامة.

وان كان بعض الفقه يبرر لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي هو ضمانة للمنفعة أو المصلحة العامة، نجد انه لا ينكر في ذات الوقت أن مصطلح المصلحة العامة فكرة واسعة يختلف تحديدها تبعا للمعيار الموضوعي أو التنظيمي الذي ترتكز عليه هذه المصلحة مما يضفي نوعاً من الغموض في تحديد أبعاد نطاق ممارسة الدولة لنشاطها التجاري والاقتصادي، وان كانت تخضع للقانون التجاري استثناءً فالأولى أن تخضع لما يخضع له التجار من أفعال الاحتكار، وتُحترم سيادتها بان لا تخضع للإفلاس[٣]، وحتى فكرة الإفلاس رغم حرجها إلا أن إفلاس مشروع تديره الدولة لا يعني حتماً إفلاسها ذاتها، وان كانت تخشى على سيادتها إلى هذا الحد كان الأولى بها عدم الخوض في أمور التجارة والاقتصاد إلاّ بحد التنظيم والإشراف كما تفعل الدول ذات الاقتصاد الحر، والتي يدعي الاقتصاد العراقي انه يسير على منهجها[٤].

وبالعودة إلى الفكرة الأولى المطروحة حول التعسف في استعمال الحق الذي يسبب ضرراً للأخرين نجد اثرها في فكرتي الاحتكار التي طرحهما الفقه في بحثه في موضوع الاحتكار بصورة عامة الأولى الإساءة أو التعسف في استخدام المركز المسيطر أو المركز

(١) المصدر السابق، ص٣٧٣-٣٧٥-٣٧٦.
(٢) المصدر السابق، ص٣٧٣.
(٣) باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص٩٤و ص ٩٥.
(٤) احمد إبراهيم حسن، مصدر سابق، ص٧٩و ص١٧٣-١٧٥.

الاحتكاري، إذ تعني قصر المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها، وبالتركيز على إيضاح معنى تعريف إساءة استعمال المركز الاحتكاري أو التعسف في استعماله والتي أوردتها محكمة العدل الأوربية فهو "سلوك" مما يعني أن طابع الإساءة أو التعسف هو طابعاً موضوعياً وليس شخصياً، أي يأخذ بالحسبان سلوك وتصرفات المشروع مستبعدا ما يرتبط بالتاجر كشخص[١]، وحقيقة هذا ما نسعى للوصول إليه فالسعي إلى تحليل سلوك الدولة على انه فعل احتكاري ضار يمس السلوك ذاته لا يمس شخص الدولة الخاص الاعتباري، فكما تمارس الدولة التجارة كسلوك ويخضع لأحكام قانون التجارة دون إخضاعها للإفلاس[٢] يشبه إلى حد كبير التعامل بمعيار موضوعي مع سلوك الدولة التجاري، دون محاكمتها عن شخصها بإعلان الإفلاس، مع تحفظنا أن الإفلاس سيمس مشروع تديره الدولة وبالتأكيد هو لن يمس سيادتها. في حين يتجه القضاء الأمريكي كما أورد الدكتور الملحم إلى اعتماد معيار الضرر أو اثر الفعل كدلالة على إساءة استعمال المركز الاحتكاري[٣].

في حين يرى جانب أخر من الكتاب أن الاعتراف بسلطة الاحتكار المتحققة عن المركز الاحتكاري **بطبيعتها** غير مرغوب فيها، بغض النظر عن أي سوء استخدام لهذه السلطة، وان مجرد امتلاك القوة الاحتكارية هو امر غير قانوني، سواء أن تم الاستحواذ على هذا المركز أو السلطة بقصد أو بدون قصد، ويذكر أمثلة في مواقف القضاء الأمريكي في بعض القرارات منها:

(United States v. Aluminum Co. of America) (American Tobacco Co. v. United States) (and United States v. Griffith) [4].

أما أن كانت الدولة تخرق حقاً بالتصرف بهذا الحق في غير أوجهه المقررة، فأننا نرى بأنه من الأحرى القول أن الدولة عليها واجب إدارة هذا المرفق دون تملكه، فأن لم تتمكن من أدارته فعليها أن تحيله إلى القطاع الخاص والاكتفاء بمهام الأمن والدفاع.

---

(١) خليل فيكتور تادرس، مصدر سابق، ص١٢٠.

(٢) باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص٩٥.

(٣) احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص١٢٥.

(4) Brodley, p287.

الفرع الثاني

إساءة استعمال المركز الاحتكاري

ينطلق اغلب الفقه عند الحديث عن إساءة المركز الاحتكار إلى الممارسات التي يسلكها المحتكر والتي تعد إساءة في استعمال المركز الاحتكاري[١]، وان مفهوم الاستغلال والإساءة يكاد يتوحد وان القصد منه التعسف أو الاستغلال كمفاهيم قانونية في القانون المدني للتعبير عن صور أو أشكال لإساءة الاستعمال وهي في بعض الأحيان بعيدة عما جاء في القانون المدني كمعنى حرفي[٢].

كما ونجد أن القفز إلى التطبيقات هو تحصيل حاصل سنتولاه في المطلب القادم إلا أن مصطلح الإساءة أو التعسف هو تطبيق من تطبيقات الخطأ في القوانين المدنية أي ركن من أركان المسؤولية التقصيرية[٣]، في حين أن الاستغلال هو عيب من عيوب الإرادة[٤].

أما في القانون المدني العراقي فأن مفهوم الإساءة مرتبط بفكرة التعسف حتى أن اغلب الباحثين يعتبرها بديلاً عنه إذ يشير إلى التعسف أو الإساءة، والحقيقة لو أن كلا المفهومين متشابهين لما تم الإشارة إليهما بنصين مختلفين، إذ أن نص المادة ٦ يتحدث عن استعمال الحق استعمالاً جائزاً، أما المادة ٧ فتتحدث عن استعمال الحق استعمالاً غير جائز، أي خارج عن اطار الاستعمال الطبيعي للحق، وهذا ما نصت عليه المادة ٧ من القانون المدني العراقي ٤٠ لسنة ١٩٥١ إذ حددت بالقول: "١ – من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان. ٢– ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الأتية:– أ: اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير. ب: اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب مع ما يصيب

---

(١) خليل فيكتور تادرس، مصدر سابق، ص١٠٠ وما بعدها.

(٢) لينا حسن زكي، مصدر سابق، ص٢٢٣.

(٣) سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام،ط١، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٢٤٠.

(٤) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ص٢٠٠١.

الغير من ضرر بسببها. ج : اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة".

ونرى رغم ما قدمه كتاب الاحتكار من صور ومظاهر للاستغلال إلا انهم ذكروا صوراً منها تقسيم أسواق المنتجات أو الاتفاقات الخاصة بالمناقصات والمزايدات، أو اتفاقات رفع وخفض الأسعار، الاستبعاد للمنافسين أو منع دخولهم للسوق[١]، فهذه المظاهر ليس إلا مظهرا من مظاهر التعسف في استعمال الحق، وهي من تطبيقات الخطأ كما قدمنا، أي أن الدولة أو الحكومة في موقع احتكار قانوني حازته بناءً على امتيازات ممنوحة منها لنفسها أو من تخوله الاحتكار بدلا عنها، فتعسفت فيه، أي أنها في علاقة تقصيرية أحدثت أضراراً من دون وجود علاقة عقدية، فاستخدمت سيطرتها على المركز الاحتكاري بطريقة مباشرة حقها المنوط بالمصلحة العامة فخرجت عنه ليصبح تعسفاً، ويؤيد الدكتور احمد الملحم هذه الفكرة فيعتبر استغلال المركز الاحتكاري هو تعسف في استعمال الحق وان الحق الذي تعسف فيه هو "الحق في العمل" واعتبره صورة خاصة من صور التعسف وتنطبق على المحتكر دون غيره لان لديه موقعاً يتمتع به ويسيء استغلاله، ويبرر لفكرته انه ينطبق أي إساءة المركز الاحتكاري على التعسف في انهما ينطبقان على الخطأ العقدي والتقصيري[٢].

إلا أننا لا نؤيد هذه الفكرة أجمالاً فالدولة في حالة عقد وهو عقد إذعان ونرجح أن ما فعلته الحكومة في هذا العقد هو استغلال ضعف المتعاقد وحاجته، فالاستغلال اكثر ملائمة لطبيعة علاقتها بالمستهلكين من المواطنين، وان كان الدكتور منذر الفضل قد أورد تصرفات الاستغلال ضمن العلاقة التقصيرية فعده تعسفاً في استخدام الحق، إلا أننا نرى انه ليس حقاً طالما انه منوط بالمصلحة العامة فالدولة لها حق إدارة واستغلال المرفق العام ولكنها ضمناً لا تملكه فهي تنظم أدارته لا ملكيته لان ملكيته ضمناً تعود للشعب أي للمجموع وليس لها إلا حق إدارة.

وقد ذهب إلى هذا الاتجاه جانب من الفقه إذ انكر التعسف في استعمال الحق، ولاعتبار التصرف تعسفا من عدمه افترض معيارين جديدين الأول النفوذ الاقتصادي

(١) خليل فيكتور تادرس، مصدر سابق، ص١٠١ وما بعدها.
(٢) احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص١٩٠-١٩٤.

والثاني الميزة الفاحشة، فالأول يركز على انه يلجأ صاحب الموقع الأقوى إلى وسائل غير أمينة تؤدي إلى استغلال الضعف الاقتصادي للمذعن المستهلك، مع هذا يعتبره معيار غامض لعدم اقتران النفوذ بالقوة وعظم الشأن فهو ليس مرادفاً لها، ولا تقاس نفوذه بالحجم، أما المعيار الثاني فهو الميزة الفاحشة وهذا المعيار قائم كنتيجة ومحصلة للنفوذ الاقتصادي ويرى انه لا يمكن لاحد المعيارين أن ينجو دون التشبث بالأخر[١].

وهذا الكلام منطقي فالدولة الآن مثلا في العراق ليست في وضع قوة اقتصادية إلا أنها تمتلك حصرية في استغلال وتشغيل المرفق العام رغم ضعف إنتاجها وتراخي مؤسساتها واندثار اغلب مرافقها إلا أن مصدر النفوذ هو احتكار قانوني منحها هذا النفوذ الذي عُزِّزَ بميزة فاحشة بان تفرض ما تشاء من الشروط دون قدرة حقيقية على الحصول منها على أي خدمة حقيقية.

المطلب الثاني

مظاهر استغلال المركز الاحتكاري واثره

قدمنا أن الكتاب في موضوع الاحتكار قد افترضوا عدة مظاهر لاستغلال المركز الاحتكاري، وحدد البعض الجزاء بالفسخ أو الإعفاء من الشروط التعسفية أو تعديلها، وسنبحث الفكرتين على التوالي:

الفرع الأول

مظاهر استغلال المركز الاحتكاري

ذكر الفقه العديد من الممارسات التي توصف بانها مظاهر استغلال المركز الاحتكاري أو حتى أنها صور له كالمقاطعة التجارية والتي هي احد الصور التي أوردها القانون الأمريكي، وخصوصاً من المحتكر الطبيعي (أو القانوني) ويلاحظ أن في الحالة الثانية تصدي المحكمة للمحتكر الطبيعي من خلال أنهاء حالة الاحتكار والسماح للمنافسين التعامل معه وعدم حجب المنتج[٢] وهذا ينطبق تماماً على الدولة بالسماح للقطاع الخاص بالمشاركة في إدارة المرافق العامة وان لا تحد هذه المشاركة بعدد قليل أو

(١) سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٥٦-٥٨.

(٢) احمد عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص١٣٩.

محدود والا ستخلق احتكاراً ثانياً، وإنما من خلال منح هذه المرافق لإدارتها من قبل حد ادنى من الشركات كأن يكون (٨) شركات متوسطة الحجم والإمكانية، أو تنويع المنتج كاستخدام مصادر متعددة لإنتاج الكهرباء مثلا كالطاقة الخضراء أو الطاقة المتأتية من الرياح أو من تدفقات المياه إلى أخره.

أما الصور الاحتكارية التي أوردها القانون الأوربي كما هو حال قوانين أخرى فهي البيع أو الشراء بأسعار تعاقدية غير عادلة، وخفض كمية الإنتاج أو الحد من الأسواق أو الحد من التطور الفني إضرارا بالعملاء، كما التمييز في التعامل بين المتساويين[١]، وتتعلق الصور التي وضعها القانون الأوربي اكثر بالمستهلك لذا نبتعد عنها وان كانت الدولة حسب فكرتنا تضر بالمستهلك للخدمة أو إدارة المرفق العام، إلاّ أن اصل المشكلة في احتكار الدولة لهذا المرفق وعدم السماح لأشخاص فاعلين في القطاع الخاص من أدارته.

أما بعض التشريعات العربية فقد أوردت صوراً أخرى مثل الاتفاقيات المحظورة بين مجموعة محتكرين، كالاتفاقيات الرأسية والأفقية، والاستبعاد وتقسيم أسواق المنتجات وتخفيض الأسعار أو تحديد سعر متدني عند زيادة الأسعار أو تثبيت وفرض الأسعار دون ربطها بالطلب والعرض، وإبرام اتفاقيات لاستبعاد منافسين جدد أو منع دخولهم وصورا أخرى عدة.[٢]

ونجد أنه عند الإقرار بسلوك الدولة كمحتكر عند تصرفها بوجه من الأوجه بأحد هذه الصور من دون قصد تحقيق المصلحة العامة، بل تمت الإدارة بسوء نية فيمكن حينها أن تتهم إدارات الدولة بممارسات احتكارية، وخروجها عن الهدف الذي احتكرت فيه المرفق العام، والحقيقة لا نجد حرجاً في أن يطالب القضاء برفع يد السلطة التنفيذية عن إدارة معينة اذا كانت هذه السلطة لا تدير هذا المرفق بحسن نية منذ عشرين أو ثلاثين سنة والأمر في غير حاجة مطلقاً للبينة أو للإثبات بل انه من ميزات الديمقراطية هو فصل السلطات وانه لا يمكن القضاء على الاحتكار إلا من خلال العمل بالأسس الصحيحة للديمقراطية التي جاءت مع التغير الاقتصادي[٣].

---

(١) يرجع خليل فكتور تادرس، مصدر سابق، ص١١٢. احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص١٥٩، ١٦٥، ١٦٧.

(٢) خليل فكتور تادرس، مصدر سابق، ص١٠١ –١١٨.

(٣) آنا ناغرودكيوفيتس، مرجع سابق، ص٣–٥.

الفرع الثاني

اثر استغلال المركز الاحتكاري

هل يقع جزاء على الدولة أن ما قامت بالأفعال الاحتكارية؟ قد يشق هذا السؤال على دول كانت ذات اقتصاد مقيد وترى من تدخل الدولة أمراً لا مناص منه وان أخطأت في الإدارة فهي الدولة وتدخل بسيادتها إلى التجارة، وان تم اتخاذ أجراء فهي لا تعدو أن تكون إجراءات محاسبة إدارية وهي غير كافية، ويعزز هذا الرأي بعض الكتاب بالقول أن الإدارة في حالة العقود الإدارية على سبيل المثال والتي اغلبها ابرم لإدارة مرفق عام فالإدارة تملك بنفسها سلطة إيقاع الجزاءات على المتعاقد معها أن كان من القطاع الخاص، فهي الخصم وهي الحكم وهذا خرق واضح لمبدأ أساسي ألا وهو العقد شريعة المتعاقدين، كما أن الضرر الذي تفترضه الإدارة هو ضرر مفترض لا تحتاج لإثباته، كما لا تحتاج لفرض جزاءات على هذا الضرر المفترض اللجوء للقضاء ![1]

وان كان والحال هكذا فهي تنأى بنفسها أن ما أخطأت في إدارة المرفق العام أو أضرت من الخضوع لسلطة القضاء، فلابد من أن تتعامل الدولة أن ما دخلت النشاط الاقتصادي والتجاري على قدم المساواة مع المشاريع الخاصة والمستثمر الأجنبي فإذا احتكرت احتكاراً سلبياً حالها حال القطاع الخاص أو المستثمر الأجنبي فلها أن تتخذ بحقها الإجراءات ذاتها التي تتخذ بحق أشخاص القانون الخاص ولا شيء يمنع هذا بالمنطق البسيط للأمور لأنها خرجت عن وضيفتها الحارسة وتدخلت في الاقتصاد وشؤون التجارة[2].

---

(١) احمد طلال عبد الحميد البدري، مصدر سابق، ص١٣١.

(٢) ومن هذه الإملاءات التي فرضها القانون على القطاع الخاص أو المستثمرين الأجانب في قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ محظورات في المادة ١٠ الفقرة رابعا التصرف أو السلوك المؤدي لعرقلة دخول مؤسسات إلى السوق أو إقصائها عنه أو تعريضها لخسائر جسيمة بما في ذلك البيع بالخسارة. والفقرة سادسا التمييز بين العملاء في العقود المتشابهة بالنسبة لأسعار السلع والخدمات أو شروط بيعها وشرائها. سابعا إرغام عميل لها على الامتناع على التعامل مع جهة منافسة لها. ثامنا رفض التعامل دون مسوغ قانوني مع عميل معين بالشروط التجارية المعتادة. تاسعا السعي لاحتكار=

ويفترض دكتور احمد الملحم صوراً وان كان مصدرها التشريع الكويتي إلا أنها لاتزال بالنسبة لنا صوراً مفترضة لما يتعرض له المحتكر من جزاءات أن ما سلك السلوك الاحتكاري، وخصوصا أمام واقع عدم امتلاكنا لأي قرار يخص احتكار الدولة أو احد شركائها من القطاع الخاص الذين أعطتهم احتكاراً باسمها وتحت حمايتها وبكل ما تملكه من نفوذ، وهذه الجزاءات هي التعويض أو تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء من هذه الشروط(١)، ونجد أنها تتعلق بالمستهلك البسيط الذي يجد نفسه في عقد احتكاري كعقود الإذعان، وبالعودة إلى قانون التجارة العراقي فان دكتور باسم صالح يستخدم اللفظ الاتي ليصف دور الدولة في التجارة والنشاط التجاري والاقتصادي في العراق والذي لا زال ساري المفعول بسبب عدم تغيير التشريعات الداخلية بما يتماشى مع الدستور بالقول "يهيمن القطاع التجاري الاشتراكي على اهم المفاصل الرئيسية والحيوية للنشاط التجاري في القطر"(٢).

وربما هناك قائل يقول أنها أي الدولة عندما وسعت من نشاطها إلى هذا الحد كانت قادرة على تحمل أعباء هذا التوسع، وان كان الكلام مقبولاً على نحو معين إلا أن

=مواد معينة ضرورية لممارسة جهة منافسة لنشاطها أو شراء سلعة أو خدمة معينة بالقدر الذي يؤدي إلى رفع سعرها في السوق أو منع انخفاضه. عاشرا تعليق بيع أو تقديم خدمة بشراء سلعة أو سلع أخرى أو بشراء كمية محددة منها أو بطلب تقديم خدمة أخرى. حادي عشر إرغام جهة أو طرف أو حصول أيا منهما على أسعار أو شروط بيع أو شراء خاصة غير مبررة بشكل يؤدي إلى إعطائه **ميزة** في المنافسة أو إلى الحاق الضرر به. المادة –١١– أولا يحظر على أية جهة إعادة بيع منتج على حالته بسعر اقل من سعر شرائه الحقيقي مضافا اليه الضرائب والرسوم المفروضة على المنتج ومصاريف النقل أن وجدت اذا كان الهدف من ذلك الإخلال بالمنافسة المشروعة، ويقصد بسعر الشراء الحقيقي السعر المثبت في قائمة الشراء بعد تنزيل الخصومات المنصوص عليها فيها. ثانيا لا يشمل الحظر المنصوص عليه في البند (أولا) من هذه المادة المنتجات سريعة التلف والتنزيلات المرخص بها لأي بيع يتم لتصفية الأعمال أو تجديد المخزون بأسعار اقل.

(١) احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص٢٠١ وما بعدها.

(٢) باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص٣٦٩.

مؤسسات الدولة وهيئاتها تحولت إلى هياكل قابلة للاندثار وضعفت كل إمكانياتها التجارية والاقتصادية وحتى المهنية منذ العام ١٩٩١ وكان الأولى بها منذ ذلك التاريخ السماح ليتولى عنها القطاع الخاص بعض الأعباء إلا أنها بقيت متمسكة بهذه الأعباء رافضة التنازل عنها أمام خدمات وصلت إلى حد الانعدام، وبمراجعة القانون التجاري وغيره من القوانين فان شراح القانون التجاري العراقي لا ينكرون اكتساب الدولة لصفة التاجر، لكنهم يعطفون بالقول "بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة الخدمات التي تؤديها" أي ارتباطها بالمصلحة العامة، فهي تاجر ولا تخضع للإفلاس وهذا إلى حد ما مقبول أن لا تخضع للإفلاس وإلى إنهاء حياتها لوجود توجه عالمي إلى التأسيس لفكرة ديمومة الشركات(١)، المسألة التي تدق هنا عدم وجود نظام محاسبة فالذي أشار إليه دكتور باسم صالح هو مجرد رقابة إدارية من السلطة التنفيذية أي أن الدولة تنشأ مشروعاً تجارياً وتراقب نفسها بنفسها، من دون أن نجد أثراً لعقوبات أو تسجيل مخالفات ارتكبت أو تم المحاسبة عليها في غير نطاق العقوبات التأديبية والإدارية المعروفة، وان تمت الملاحقة الجزائية فهي لموظفي هذه الشركات نتيجة لخرقهم تعليمات إدارية بحتة وضعتها أيضاً الدولة، وببساطة فان الدولة هي الخصم والحكم في مشاريعها، تلكؤ وخسارة المشاريع هي أمور رقابية إدارية لا علاقة لها بقانون المنافسة أو حماية المستهلك، تردي الخدمة أو السلعة وعدم جودتها هي أيضاً أمور إدارية تخضع لرقابة الدولة بصفتها التنفيذية ولا تخضع للقضاء ولا يحق للقضاء نظرها إلا فيما تكلفه الدولة النظر فيه من عدمه(٢).

لذا لا نقترح جزاءً على احتكار الدولة، في حال بقائها تمارس النشاط التجاري فعليها أن تتخلى عن سيادتها وتتعامل كتاجر فهي فعلياً تاجر في القانون العراقي إلا انه تاجر محمي من المسائلة ومن الخضوع لسلطة القضاء، وقد حمت نفسها بنفسها ونأت عن الخضوع لسلطة القضاء بواسطة تشريعاتها.

---

(١) الدليل الاسترشادي لحوكمة الشركات العائلية في فلسطين، إصدار معهد الحوكمة الفلسطيني، نابلس، ٢٠١٤، ص١٧. منشور ومتاح على الرابط بتاريخ ٩-١١-٢٠١٨ https//www.cipearabia.org/files/pdf/Corporate_Governance/Corporate_Governance_Manual_for_Palestine_Family_Firms.pdf

(٢) باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص٣٥٨-٣٦٣.

الخاتمة

بعد كل هذه الطروحات التي تبدو غريبة نوعاً ما وخصوصاً على دول مشبعة بثقافة تدخل الدولة في النشاط التجاري منعدم المحاسبة، وهذا التدخل لا زال مستمرا رغم التحول الفعلي لاقتصاديات هذه الدول من اقتصاد موجه إلى اقتصاد حر وأمام محاولتنا لإبقاء الدولة تاجراً كما تدعي في تشريعاتها وإخضاعها لما يخضع له التجار في تعاملاتهم دون تعريضها للإفلاس، وإنما سعياً لرفع نوع الخدمات التي تقدمها، وحماية لحقوق المواطنين–المستهلكين في خدمة ملائمة وعدت الدولة من خلال إدارتها لهذا المرفق أو ذاك بتوفيرها. نجد أننا نصل للاستنتاج التالي

- الزام الدولة بفكرة إقرارها بما يخص المشاريع التي تديرها بصفة التاجر، على أن لا يمنع هذا من خضوعها للقضاء كما يخضع باقي التجار له، والقول بإفلاس المشروع من دون إفلاس الدولة، كما أن عدم استثنائها من المحاسبة على سوء إدارة تلك المشاريع، وسحب يدها من إدارتها ودفعها بحكم قضائي إلى جهات أخرى تقوم بإدارتها على أن يشرف القضاء على العملية وخصوصا بعد فشل الدولة في أدارة هذه المرافق رغم مرور سنوات عديدة لم تستطع أن تثبت إمكانيتها على إدارتها بالحد الأدنى المطلوب.

اقتراحات وحلول:

١: تعديل نص المادة ٣ من قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠، والمنشور بالوقائع العراقية، العدد ٤١٤٧ في ٢٠١٠/٣/٩، والتي تنص على "أولا : تسري أحكام هذا القانون على أنشطة الإنتاج والتجارة والخدمات التي يقوم بها الأشخاص الطبيعية والمعنوية داخل العراق كما تسري أحكامه على أية أنشطة اقتصادية تتم خارج العراق وتترتب عليها أثار داخله. ثانيا : تستثنى من حكم البند (أولا) من هذه المادة القرارات التي تصدرها وزارة الصناعة والمعادن ووزارة التجارة بناء على تخويل من مجلس الوزراء في تحديد أسعار السلع والخدمات الأساسية بناء على قيام ظرف استثنائي طارئ وللمدة التي يتطلبها الظرف المذكور" وذلك من خلال إضافة الدولة حين ممارستها للنشاط التجاري بوصفها شخص معنوي إلى قائمة الأشخاص الطبيعية والمعنوية التي تسري عليهم أحكام هذا القانون في حال ممارستها لأي فعل احتكاري، وذلك لعدم وجود أي مبرر قانوني يمنع من محاسبة الدولة في حال ممارستها لذات الأفعال التي يمنع من ممارستها القطاع الخاص،

والتي جاءت بنص صريح في القانون ذاته عند تعريفه للاحتكار في المادة الأولى منه وفي فقرته الثانية بكونه "كل فعل أو اتفاق أو تفاهم صدر من شخص أو أكثر طبيعي أو معنوي أو ممن توسط بينهم **للتحكم بالسعر أو نوعية السلع والخدمات بما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمجتمع**"، فاذا ما دخلت أي من تصرفات الدولة تحت خانة الحاق الضرر بالمجتمع خضعت لذات القانون وأحكامه، دون تمييز بصفتها تاجرا.

٢: نقترح إصدار تشريع يمنع الدولة في وضعها الحالي من اللجوء إلى خيار الخصخصة دون رؤيا استراتيجية واضحة خصوصا بعد فشل هذه الوسيلة في اغلب الدول ذات الاقتصاد المتحول من اقتصاد مقيد إلى اقتصاد حر، إذ كل ما ستفعله الخصخصة هو نقل الاحتكار من الحكومة إلى القطاع الخاص، أما الإجراءات التي تتبعها الحكومة حاليا في قطاع الكهرباء والماء هو إعادة منهجه عملية الجباية الحكومية بان تعهد إلى شركات قطاع خاص تولي هذه العملية، من خلال وضع أجهزة دقيقة في قياس الاستهلاك وتحديد سعر حكومي موحد تقوم الشركة الخاصة بجبايته نيابة عن الحكومة التي فشلت في عمليات الجباية والملاحقة، إذ تكفل عملية الجباية من خلال مقاييس دقيقة على توفير نسبة من هدر الطاقة الذي يعانيه العراق منذ سنوات، إذ تؤكد جهات حكومية أن كمية الإنتاج ذاتها وما تفعله شركات الجباية الخاصة هو ضبط نسبة الهدر، وهو أجراء يمثل حلا وسطا لتقليل منسوب الهدر[١] لكنه لا يحل الأزمة التي يعانيها قطاع الكهرباء والماء من قدم الشبكات واعتماد منظومات قديمة تعمل على أنواع من الطاقة عالية الكلفة.

٣: تفرض المنظمات الدولية التي تناقش ثقافة الانتقال من نظام اقتصادي إلى أخر، فكرة جديدة حول مفهوم العدالة الاجتماعية التي كانت تسعى وترسخ له الثقافة الاشتراكية بالقول وببساطة أن العدالة الاجتماعية لا تتحقق إلا من خلال **الحق في الاستثمار**، وحتى أنها تصف الفكرة بأنهما وجهات لعملة واحدة

(١) نشرت اغلب الصحافة العراقية تصريحات المتحدث الرسمي باسم وزارة الكهرباء والتي يمكن متابعة بعضها على الرابط المتاح بتاريخ ٢٠١٩/٥/١

https//newsabah.com/newspaper/146360

"العدالة الاجتماعية والحق في الاستثمار يشكلان وجهين لعملة واحدة تتمثل في البنى المؤسسية التي تجعل من آليات اقتصاد السوق آليات مثمرة تنعكس نتائجها الإيجابية على معظم المواطنين"[(١)]، فاذا منحت الدول مواطنيها حق المشاركة في الحياة الاقتصادية والتجارية فهي بذلك تكون حققت وبطريقة عملية العدالة الاجتماعية من خلال منح الفرص لا من خلال تقديم خدمات بأسعار زهيدة مع انعدام فعلي وواقعي للخدمة.

المصادر

١: باللغة العربية

أ: الكتب

١. احمد إبراهيم حسن، غاية القانون دراسة في فلسفة القانون، الدار الجامعية للنشر،٢٠٠٠، الإسكندرية.

٢. احمد طلال عبد الحميد البدري، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية، ط١،دار ومكتبة عدنان للنشر، ٢٠١٣، بغداد.

(١) العدالة الاجتماعية واقتصاد السوق، دراسة صادرة عن مركز المشروعات الدولية الخاصة، القاهرة، ٢٠١٧، ص٤. منشور على الرابط ومتاح بتاريخ ٩-١١-٢٠١٨ على الرابط
http//cipe-arabia.org/publications/2011-12-08-12-54-48/1305-cipe-in-20-years-social-justice-and-free-market

٣. احمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار والأفعال الاحتكارية، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٧، الكويت.

٤. أسامة السيد عبد السميع، الأثار الاقتصادية للممارسات الاحتكارية، ط١،ناس للطباعة، ٢٠١٥، القاهرة.

٥. باسم محمد صالح، القانون التجاري القسم الأول، منشورات دار الحكمة، ١٩٨٧، بغداد.

٦. جاسم محمد الراشد، مظاهر السلوك الاحتكاري وآليات مكافحته في القانونين الكويتي والمصري، ط١، لجنة التأليف والتعريب والنشر، ٢٠١٦، الكويت.

٧. حسين محمد فتحي، الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة "دراسة لنظام الانتيترست في النموذج الأمريكي"، دار النهضة العربية ، دون سنة نشر، القاهرة.

٨. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول المصادر الإرادية للالتزام العقد والإرادة المنفردة، ط١،دار النهضة العربية، ١٩٩٩، القاهرة.

٩. خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية–دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، القاهرة.

١٠. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، القاهرة.

١١. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)، ط٢، دار الفكر العربي،١٩٦٦، القاهرة.

١٢. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام،ط١، مكتبة الوفاء، ٢٠٠٩، الإسكندرية.

١٣. عبد الحي حجازي، نظرية الحق، ط٢، دار الكتاب العربي، ١٩٥٢، القاهرة.

١٤. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، بيروت.

١٥. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، ١٩٧١، بغداد.

١٦. لينا حسن زكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، المكتبة العالمية للنشر والتوزيع، ٢٠١٥، القاهرة.
١٧. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، الإسكندرية.
١٨. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، القاهرة.
١٩. مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد)، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
٢٠. منذر الفضل, النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج١، ط٣، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٥، عمان.
٢١. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، منشأة دار المعارف، ٢٠٠١، الإسكندرية.
٢٢. الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية بين الضمانات التقليدية والضمانات المتخصصة، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، القاهرة.

ب: البحوث والدراسات:

١. احمد عبد الوهاب، الأثار الاقتصادية المترتبة على احتكار الدولة، إصدار المركز المصري لدراسات السياسة العامة، القاهرة، بدون سنة نشر.

http://ecpps.org/attachments/article/273/pdf

٢. آنا ناغرودكيوفيتس، تحديات الإصلاح في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، إصدار مركز المشروعات الخاصة الدولية CIPE،نشرة الإصلاح الاقتصادي، فبراير، ٢٠٠٨.
٣. تقرير التنمية الإنسانية العربية للعام ٢٠٠٢، الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي، المكتب الإقليمي للدول العربية، عمان، ٢٠٠٢.

http://www.un.org/ar/esa/ahdr/pdf/ahdr02/AHDR_2002_Complete.pdf

٤. تقرير التنمية الإنسانية العربية للعام ٢٠٠٩، الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، المكتب الإقليمي للدول العربية، بيروت، ٢٠٠٩.

http://www.un.org/ar/esa/ahdr/pdf/ahdr09/AHDR_2009_Complete.pdf

٥. حسين عجلان حسن، القطاع العام في العراق بين ضرورات التطوير وتحديات الخصخصة، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد ١١، ٢٠٠٦.

٦. الدليل الاسترشادي لحوكمة الشركات العائلية في فلسطين، إصدار معهد الحوكمة الفلسطيني، نابلس، ٢٠١٤.

https://www.cipearabia.org/files/pdf/Corporate_Governance/Corporate_Governance_Manual_for_Palestine_Family_Firms.pdf

٧. شهاب حمد سليمان، إشكالية الخصخصة وانعكاساتها في رفع كفاءة الإداء الاقتصادية(دراسة تحليلية تطبيقية)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، العدد الثاني، ٢٠٠٦.

٨. عامر عيسى الجواهري، أفاق الاستثمار والتطور الصناعي في العراق، صادر عن مركز المشروعات الدولية الخاصة، واشنطن، بدون سنة نشر.

http://cipearabia.org/component/abook/?view=author&id=286&Itemid=102

٩. العدالة الاجتماعية واقتصاد السوق، دراسة صادرة عن مركز المشروعات الدولية الخاصة، القاهرة، ٢٠١٧.

http://cipe-arabia.org/publications/2011-12-0812-54-48/1305-cipe-in-20-years-social-justice-and-free-market

١٠. علي خضير كريم، الخصخصة وضرورات التحول للاقتصاد العراقي، مجلة القادسية للعلوم الإدارية والاقتصادية، المجلد الثاني عشر، العدد الثاني، ٢٠١٠.

١١. قانون تنظيم التجارة رقم (٢٠) لسنة ١٩٧٠، دراسة من إعداد مركز المشروعات الدولية الخاصة بالتعاون مع تجمع العراق ٢٠٢٠، صادرة عن مركز المشروعات الدولية الخاصة cipe، واشنطن، دون سنة نشر.

http://www.cipearabia.org/files/pdf/Democratic_Governance/Iraq_2020_Policy_Paper_Iraq_Trade_Regulation_Law.pdf

١٢. منظمة العفو الدولية التقرير السنوي عن العراق، منشور على موقع المنظمة باللغة العربية، ومتاح بتاريخ ٢٠١٨/٧/١٨. وعلى الرابط:
https://www.amnesty.org/ar/countries/middle-east-and-north-africa/iraq/report-iraq/

١٣. نظام الأسماء التجارية والسجل التجاري رقم ٦ لسنة ١٩٨٥، دراسة من أعداد مركز المشروعات الدولية الخاصة بالتعاون مع تجمع العراق ٢٠٢٠، صادرة عن مركز المشروعات الدولية الخاصة cipe، واشنطن، دون سنة نشر.

https://cipe-arabia.org/search_gcse/?q

١٤. الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية إلى الإذعان، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد ١٠، العدد٢، ٢٠١٣.

ج: الرسائل والاطاريح:

١. بن يطو أمال، حماية المستهلك من الاحتكار في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة بن عنكون، الجزائر، ٢٠١٠.

٢: المراجع باللغة الإنكليزية:

1- Alexander, Gregory S. "Cognitive Theory of Fiduciary Relationships." Cornell L. Rev. 85 (1999): 767.
2- Brodley, Joseph F. "Oligopoly Power Under the Sherman and Clayton Acts--From Economic Theory to Legal Policy." Stan. L. Rev. 19 (1966): 285.3:
3- Gold, Andrew S. "On the Elimination of Fiduciary Duties: A Theory of Good Faith for Unincorporated Firms." Wake Forest L. Rev. 41 (2006): 123.
4- Rostow, Eugene V. "The New Sherman Act: A Positive Instrument of Progress." The University of Chicago Law Review 14, no. 4 (1947): 567-600.
5- Sale, Hillary A. "Monitoring Caremark's Good Faith." Del. j. corp. l. 32 (2007): 719.

6- Stigler, George J. "The origin of the Sherman Act." The Journal of Legal Studies 14, no. 1 (1985): 1-12.

٣: القوانين:

١: قانون الشركات البريطاني، منشور على رابط الحكومة البريطانية الرسمي

www.imolin.org/doc/amlid/UK_Companies_Act_2006.pdf.

٢: قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠، منشور بالوقائع العراقية، العدد ٤١٤٧ في ٢٠١٠/٣/٩

٣: قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته منشور على قاعدة التشريعات العراقية، متاح بتاريخ ٢٠١٨/٦/١٨ على الرابط:

http://www.iraqld.iq/LoadLawBook.aspx?SC=040120082853520

٤: قانون شيرمان، منشور على موقع لجنة التجارة الفدرالية الأمريكي (FEDERAL TRADE COMMISSION) على الرابط:

https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws