

مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 45 . العدد 16

1445 هـ - 2023 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

رئيس هيئة التحرير	أ. د. محمود حديد
رئيس التحرير	أ. د. هائل الطالب

عضو هيئة التحرير	د. محمد هلال
عضو هيئة التحرير	د. فهد شريباتي
عضو هيئة التحرير	د. معن سلامة
عضو هيئة التحرير	د. جمال العلي
عضو هيئة التحرير	د. عباد كاسوحة
عضو هيئة التحرير	د. محمود عامر
عضو هيئة التحرير	د. أحمد الحسن
عضو هيئة التحرير	د. سونيا عطية
عضو هيئة التحرير	د. ريم ديب
عضو هيئة التحرير	د. حسن مشرقي
عضو هيئة التحرير	د. هيثم حسن
عضو هيئة التحرير	د. نزار عبشي

تهدف المجلة إلى نشر البحوث العلمية الأصيلة، ويمكن للراغبين في طلبها

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة البعث

سورية . حمص . جامعة البعث . الإدارة المركزية . ص . ب (77)

. هاتف / فاكس : ++ 963 31 2138071

. موقع الإنترنت : www.albaath-univ.edu.sy

. البريد الإلكتروني : [magazine@ albaath-univ.edu.sy](mailto:magazine@albaath-univ.edu.sy)

ISSN: 1022-467X

شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة) + CD / word من البحث منسق حسب شروط المجلة.
 - طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
 - إذا كان الباحث طالب دراسات عليا:
يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقة على النشر في المجلة.
 - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:
يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.
 - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث :
يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.
 - إذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :
يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث ، وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.
 - يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):
عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).
- 1- مقدمة
 - 2- هدف البحث
 - 3- مواد وطرق البحث
 - 4- النتائج ومناقشتها .
 - 5- الاستنتاجات والتوصيات .
 - 6- المراجع.

- يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (الآداب - الاقتصاد - التربية - الحقوق - السياحة - التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):
- عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).
- 1. مقدمة.
- 2. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
- 3. أهداف البحث و أسئلته.
- 4. فرضيات البحث و حدوده.
- 5. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
- 6. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
- 7. منهج البحث و إجراءاته.
- 8. عرض البحث و المناقشة والتحليل
- 9. نتائج البحث.
- 10. مقترحات البحث إن وجدت.
- 11. قائمة المصادر والمراجع.
- 7- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:
 - أ- قياس الورق 25×17.5 B5.
 - ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 - يمين 2.5- يسار 2.5 سم
 - ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8
 - ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20
- . كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي . العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.
- ج . يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.
- 8- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.
- 9- تقديم أي بحث للنشر في المجلة يدل ضمناً على عدم نشره في أي مكان آخر، وفي حال قبول البحث للنشر في مجلة جامعة البعث يجب عدم نشره في أي مجلة أخرى.
- 10- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة

11- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [1] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

تكتب جميع المراجع باللغة الانكليزية (الأحرف الرومانية) وفق التالي:

آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

الكنية بالأحرف الكبيرة . الحرف الأول من الاسم تتبعه فاصلة . سنة النشر . وتتبعها معترضة (-) عنوان الكتاب ويوضع تحته خط وتتبعه نقطة . دار النشر وتتبعها فاصلة . الطبعة (ثانية . ثالثة) . بلد النشر وتتبعها فاصلة . عدد صفحات الكتاب وتتبعها نقطة . وفيما يلي مثال على ذلك:

-MAVRODEANUS, R1986- Flame Spectroscopy. Willy, New York, 373p.

ب . إذا كان المرجع بحثاً منشوراً في مجلة باللغة الأجنبية:

. بعد الكنية والاسم وسنة النشر يضاف عنوان البحث وتتبعه فاصلة، اسم المجلد ويوضع تحته خط وتتبعه فاصلة . المجلد والعدد (كتابة مختزلة) وبعدها فاصلة . أرقام الصفحات الخاصة بالبحث ضمن المجلة . مثال على ذلك:

BUSSE,E 1980 Organic Brain Diseases Clinical Psychiatry News , Vol. 4. 20 – 60

ج . إذا كان المرجع أو البحث منشوراً باللغة العربية فيجب تحويله إلى اللغة الإنكليزية و التقيد

بالبنود (أ و ب) ويكتب في نهاية المراجع العربية: (المراجع In Arabic)

رسوم النشر في مجلة جامعة البعث

1. دفع رسم نشر (40000) ل.س أربعون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
2. دفع رسم نشر (100000) ل.س مئة ألف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
3. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
4. دفع مبلغ (6000) ل.س ستة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
52-11	د. عقبه الخطيب	حماية الحق في الصحة في ضوء اتفاقيات القانون الدولي الإنساني
82- 53	د. علي ملحم يونس صارم	الأثر الانعكاسي للتعليم على النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي
116-83	لينا الرغبان د. محمد زيدان	دور التحكيم الإلكتروني في حماية المستهلك الإلكتروني
146-117	د. معتصم أوزون	أهمية وضرورة الاستشارة المصرفية في سورية
198-147	علي نديم عثمان	الجهود الدولية في مكافحة التسعير التحويلي (دراسة مقارنة)

حماية الحق في الصحة في ضوء اتفاقيات القانون الدولي الإنساني

الدكتور: عقبه عبد الكريم الخطيب

مدرس في قسم القانون الدولي العام في كلية الحقوق بجامعة البعث

ملخص

تشكل حماية الإنسان أولوية قصوى للمجتمع الدولي في جميع الظروف والأوقات خصوصاً أثناء اندلاع الحروب والنزاعات المسلحة، حيث تكون حقوق الإنسان وحياته أكثر عرضة للانتهاك من أي وقت آخر. لذلك يسعى القانون الدولي الإنساني عبر قواعده ومبادئه إلى حماية جميع حقوق ضحايا الحروب عبر سن الاتفاقيات والتشريعات الدولية الكفيلة بذلك. ولما كانت الصحة أهم ما يملكه الإنسان ويحرص عليه كان لابد من حمايتها والمحافظة عليها خصوصاً في أثناء الحروب والنزاعات المسلحة، لذلك أكدت العديد من اتفاقيات القانون الدولي الإنساني على الحق في الصحة وضرورة حمايته في هذه الظروف الصعبة والقاسية.

الكلمات المفتاحية: القانون الدولي الإنساني - حقوق الإنسان - اتفاقيات جنيف الأربع - الحق في الصحة.

Summary

Human protection is a top priority for the international community in all circumstances and times, especially during the outbreak of wars and armed conflicts, when human rights and freedoms are more vulnerable to violation than at any other time. Therefore, international humanitarian law, through its rules and principles, seeks to protect all the rights of war victims through the enactment of international agreements and legislation to ensure this. And since health is the most important thing that a person possesses and is keen on, it must be protected and preserved, especially during wars and armed conflicts. Therefore, many international humanitarian law agreements emphasized the right to health and the need to protect it in these difficult and harsh circumstances .

Keywords: international humanitarian law - human rights - the four Geneva Conventions - the right to health

.

يستمد القانون الدولي الإنساني جذوره من العرف، إذ يغلب على قواعده الطابع العرفي، ولما كان العرف قواعد قانونية غير مكتوبة، فإن إثباته بلا شك يثير صعوبة بالغة، لذلك كان لابد من تدوين قواعد هذا القانون، ولقد اكتملت مسيرة هذا التدوين بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وقيام منظمة الأمم المتحدة عام 1945، حيث تتادى العالم لوضع حدّ للانتهاكات والجرائم الخطيرة والمجازر التي ارتكبت أثناء هذه الحرب، فقد شرّد وُقُتل وُعذب الملايين من الأبرياء وانتهكت حقوق الإنسان بشكل مروع، مما اضطر الدول لوضع قواعد قانونية دولية تهدف لحماية الإنسان أثناء نشوب الحروب والنزاعات المسلحة دولية كانت أم داخلية، كان أهمها اتفاقيات جنيف الأربع التي أبرمت في 12 آب 1949 وبروتوكولها الإضافيين الملحقين بها لعام 1977.

فقد شكل اعتماد اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكولين الإضافيين الملحقين بها نقطة تحول هامة في مسيرة تطور قواعد القانون الدولي الإنساني لأنها أضفت على هذه القواعد صفة الوضوح والعالمية والشمول خصوصاً أنّ إقرارها جاء بعد قيام منظمة الأمم المتحدة عام 1945 وصدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 اللذان أعطيا دفعة قوية لحماية حقوق الإنسان مهما كانت الظروف والأوقات، حيث أخذت هذه الاتفاقيات على عاتقها وضع قواعد قانونية دولية تهدف إلى حماية ضحايا الحروب والنزاعات المسلحة وجعل الأخيرة أقل إضراراً وإيلاماً بالإنسان وممتلكاته وحفظ حقوقه وحمايتها خصوصاً حقه في الصحة بسبب كون هذا الحق أكثر تعرضاً للانتهاك في أوقات الحرب من أي وقت مضى فضلاً على أنّه كونه يشكل الأساس - بعد الحق في الحياة الذي يعتبر أصل كل الحقوق - لتمتع الإنسان بباقي الحقوق الأخرى، فضلاً عن أنّه يعتبر من الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان وكيانه ولا تستقيم الحياة بدونه.

أهمية البحث: تتأتى أهمية البحث من كونه يعالج حماية حق من حقوق الإنسان يعتبر من أهمها - بعد الحق في الحياة الذي يعتبر أصلاً تتفرع منه باقي الحقوق الأخرى - وهو الحق في الصحة وذلك أثناء نشوب الحروب والنزاعات المسلحة. حيث يولي القانون الدولي الإنساني أهمية قصوى لهذا الحق ويلزم أطراف النزاع المسلح بضرورة مراعاته وعدم المساس به.

مشكلة البحث: يثير البحث التساؤل حول إمكانية ومدى فعالية القانون الدولي الإنساني في حماية حق الإنسان في الصحة في ضوء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية. وهل نجح في التقليل من المساس أو الإخلال بهذا الحق؟.

منهج البحث: المنهج المتبع في هذا البحث هو المنهج الوصفي التحليلي القائم على وصف وتحليل دور القانون الدولي الإنساني في حماية حق الإنسان في الصحة.

خطة البحث: للإحاطة بجوانب البحث الذي يهدف لتحديد دور اتفاقيات القانون الدولي الإنساني في حماية حق الإنسان في الصحة، إرتأينا تقسيم البحث إلى مطلبين الأول يتناول تطور الاهتمام بحقوق الإنسان وأهمية الحق في الصحة . في حين أننا سنخصص **المطلب الثاني** للحديث عن مساهمة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني في حماية حق الإنسان في الصحة. وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول:

تطور الاهتمام بحقوق الإنسان وأهمية الحق في الصحة

كانت مسألة حقوق الإنسان في ظل ما يسمى بالقانون الدولي التقليدي من المسائل التي تعتبر من صميم الاختصاص الداخلي المطلق لكل دولة، حيث لا يجوز لأي جهة التدخل فيها أو إثارتها بأي شكل من الأشكال. ولكن مع قيام منظمة الأمم المتحدة عام

1945 بدأت النظرة لهذه المسألة تتطور تدريجياً، حيث شكل قيام المنظمة نقلة نوعية في مسيرة تطور الاهتمام بمسألة حقوق الإنسان. فالمنظمة قامت كرد فعل على الحرب العالمية الثانية ودعت لإحلال السلام ونبذ الحروب وحظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، كما حرصت المنظمة العالمية على الدعوة إلى تشجيع احترام جميع حقوق الإنسان في كل الظروف والأوقات واعتبرت أنّ هذه المسألة من أولوياتها ومن أهدافها ومبادئها الأساسية. وأولت أهمية كبيرة لحقوق الإنسان الاجتماعية وعلى رأسها الحق في الصحة.

الفرع الأول:

تطور الاهتمام بحقوق الإنسان

لقد ركزت منظمة الأمم المتحدة منذ تأسيسها على تمكين الإنسان من حقوقه الأساسية المدنية والسياسية، ولم تولي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ذلك الاهتمام الذي أولته للطائفة الأولى من هذه الحقوق حتى وقت قريب، وهذا ربما عائد إلى طبيعة الظروف التي وجدت مع قيام المنظمة عام 1945 حيث كانت أغلب الشعوب تناضل من أجل الخلاص والتحرر من كافة أشكال التبعية والاستعمار، لذلك كان التركيز على هذه الحقوق - الحقوق المدنية والسياسية - في الدول الحديثة العهد بالاستقلال أكثر من التركيز والاهتمام بالحقوق الأخرى - الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

ويعتبر ميثاق الأمم المتحدة من أهم الموائيق الدولية العالمية التي تناولت مسألة حقوق الإنسان، حيث ورد في الميثاق مجموعة من النصوص التي تناولت مسألة حقوق

الإنسان، ومنها ديباجة الميثاق التي أكدت على إيمان الشعوب بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وبما للرجال والنساء والأمم صغيرها وكبيرها من حقوق متساوية.¹

إلا أن إيراد هذه المواد والنصوص في الميثاق المتعلقة بحقوق الإنسان، لم يكن كافياً للقول بقيام دولي لحقوق الإنسان، لعدة عوامل منها أن الميثاق أولاً جاء للاهتمام بمسائل عديدة من بينها وأحدها هي حقوق الإنسان، هذا إلى جانب أن النصوص ذاتها الواردة فيه والمتعلقة بحقوق الإنسان لم تكن كافيةً لوحدها لوضع قواعد قانونية محددة ومفصلة لحماية حقوق الإنسان وبيان الوسائل الكفيلة لضمانها وهو ما يحتاجه أي قانون.²

ولذلك يمكن القول أن تلك النصوص التي اعتمدها منظمة الأمم المتحدة تمثل السياسة العامة للمنظمة التي استندت فيها لدعم حقوق الإنسان وإرساء مبدأ قانوني مهم هو مبدأ احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مما كان له الفضل في إعطاء مسألة حقوق الإنسان بعداً دولياً بعد أن كان لها بعد وطنياً محصوراً في نطاق شؤون الدولة الداخلية ومحظوراً على الدول أو الهيئات الدولية التدخل فيه. لذلك اعتبرت هذه الخطوة بمثابة خطوة أولى في مسار تقنين حقوق الإنسان دولياً، في شكل اتفاقيات دولية جاء معظمها مسبقاً بإعلانات دولية صادرة عن منظمة الأمم المتحدة والأجهزة المنبثقة عنها، حيث مثلت هذه الاتفاقيات تجسيداً وتطبيقاً للمبادئ الواردة في هذه الإعلانات محاولة بكل

¹ انظر د. محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي العام في مجال مكافحة الجرائم الدولية للمخدرات وإبادة الأجناس واختطاف الطائرات وجرائم أخرى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984، ص 199.

² د. نغم اسحق زكريا، القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 47.

الطرق تحويل تلك المبادئ والنصوص من مجرد توصيات ومبادئ قانونية إلى نصوص قانونية اتفاقية لها طابع الإلزام.³

وأول هذه الإعلانات الدولية وأهمها في مجال حقوق الإنسان كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي صدر عام 1948 والذي شكل نقطة تحول جوهريّة في مسار تطور حركة حقوق الإنسان، حيث كان الإعلان بمثابة دستور عالمي تسترشد به الدول عند وضع دساتيرها وتشريعاتها الخاصة بحقوق الإنسان.

حيث أثر هذا الإعلان منذ صدوره دولياً ووطنياً وأوحت نصوصه إلى إصدار العديد من الاتفاقيات الدولية ضمن إطار الأمم المتحدة وخارجه، وتحولت نصوص الإعلان إلى قانون اتفاقي دولي وذلك في الاتفاقيات الدولية التي أقرتها الجمعية العامة في 16 كانون الأول 1966 وهما العهدان الدوليين الأول خاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والثاني خاص بالحقوق المدنية والسياسية، فضلاً عن الاتفاقيات ذات الطابع الإقليمي الخاصة بحقوق الإنسان.⁴

لذلك ومع التطور الذي لحق بقواعد القانون الدولي المعاصر وغلبة الطابع الإنساني عليها⁵ وصدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 ومع صدور العهدين

³ انظر د. عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 48. والمحامي باسيل يوسف، دبلوماسية حقوق الإنسان - المرجعية والآليات، بيت الحكمة، بغداد، 2002، ص 19.

⁴ انظر د. نغم اسحق زكريا، مرجع سابق، ص 48، ص 49.

⁵ انظر في هذا المعنى د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 58.

الدوليين الأول الذي يتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، والثاني المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 تزايد الاهتمام بالطائفة الثانية من حقوق الإنسان وهي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كالحق في العمل والحق في الصحة والحق في التعليم....الخ.

ولم تقتصر كذلك حماية حقوق الإنسان على وقت السلم، ولكنها امتدت إلى أوقات الصراعات المسلحة التي تعظم الحاجة خلالها إلى تأمين قدر أدنى من الحماية الإنسانية لضحاياها. ولئن كان القانون الدولي التقليدي قد عرف بعض القواعد الخاصة بحماية ضحايا الحرب من الأسرى والجرحى والمرضى والغرقى والتي أسهمت الحركة الدولية للصليب الأحمر في إرساء قواعدها وتطويرها منذ اتفاقية جنيف لعام 1864.⁶

وبعد إنشاء منظمة الأمم المتحدة عام 1945 واتجاه مسألة حقوق الإنسان نحو العالمية وتوسع الحماية الدولية لحقوق الإنسان لتشمل أوقات النزاعات المسلحة تبلور مفهوم جديد يدعو لحماية ضحايا تلك النزاعات، حيث ظهر مصطلح القانون الدولي الإنساني الذي يهدف لحماية المتضررين من الحروب والنزاعات المسلحة عبر وضع قواعد قانونية دولية إنسانية تمثلت في اعتماد اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين لعام 1977 .

كما أنه لم تقتصر الحماية على الفئات المتضررة من الحروب والنزاعات المسلحة الدولية، بل شملت كذلك تلك الحروب الدائرة ضمن إقليم الدولة الواحدة، حيث كان هذا النوع من الحروب الداخلية يخضع للاختصاص الداخلي لكل دولة على الرغم مما تخلفه هذه الحروب من فظاعة وعنف وحقد وفرقة يفوق أحياناً ما تخلفه الحروب التقليدية الدائرة

⁶ د. صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص 62.

بين الدول، الأمر الذي يجعل الاهتمام بحماية ضحايا هذه الحروب - الحروب الأهلية أو الداخلية- ضرورة إنسانية، لا غنى عنها.

وبما أنّ أغلب ضحايا الحروب والنزاعات المسلحة من الأطفال والنساء فقد جرى الاهتمام بحماية هذه الفئات أثناء النزاعات المسلحة، حيث أكد إعلان وبرنامج عمل فيينا على أنّ انتهاكات الحقوق الأساسية للنساء في حالات النزاع المسلح تخالف المبادئ المؤسسة لحقوق الإنسان والقانون الإنساني. وأنّ هذه الانتهاكات تقتضي اتخاذ تدابير فعّالة بصورة خاصة. وشدد برنامج العمل أيضاً

على أنّه ينبغي أن تشمل الأنشطة الأساسية لمنظومة الأمم المتحدة على نشاط يتعلق بالمساواة في الفرص والحقوق الأساسية للمرأة.⁷

وعليه فقد أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية التي تعزز من حقوق المرأة ومكانتها مثل اتفاقية عام 1952 الخاصة بحقوق المرأة السياسية، واتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز العنصري ضد المرأة لعام 1979 واتفاقية 1957 الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة.

أما بالنسبة للحماية المقررة للأطفال فقد ظلّت هذه الحماية محل الاهتمام الدائم لدى المجتمع الدولي طوال القرن العشرين، ومع ذلك تزايد الاهتمام العالمي بهذه القضية عقدت الكثير من الاتفاقيات التي تتناول حقوق الطفل مثل العهد الدولي لحقوق المدنية

⁷ جوديت ج. غردام، النساء وحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، بحث منشور في مؤلف (

دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم الدكتور مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، ص 179، 180.

والسياسية والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام 1966 فضلاً عن الاتفاقيات الدولية الخاصة بالطفل مثل اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989⁸.

وقد تزايد الاهتمام كذلك بفئة من الأشخاص مثل اللاجئين وعديمي الجنسية والعمال المهاجرين ووضعت لهم الاتفاقيات التي كفل حمايتهم، حيث أبرمت اتفاقية 1951 الخاصة بوضع اللاجئين وعديمي الجنسية والبروتوكول الخاص بوضع اللاجئين عام 1966، والاتفاقية الخاصة بحماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 1990 وغيرها الكثير.

كما صدرت العديد من الاتفاقيات التي تتعلق بحق معين، مثل حق الإنسان في الحرية الذي أكدته الاتفاقيات الخاصة بمنع الرق لعام 1926 المعدلة بالبروتوكول المعتمد من الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1953 واتفاقية تحريم السخرة المعتمدة من المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية، والحق في الرضا في الزواج والحد الأدنى لسن الزواج المعتمدة من الجمعية العامة في عام 1962، وحق الإنسان في عدم التعرض للتعذيب والمعاملة القاسية وهو ما تضمنته اتفاقية 1984 المعتمدة من الجمعية العامة للأمم المتحدة، وحق الإنسان في المساواة وهو ما نصت عليه اتفاقية 1965 الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، واتفاقية عام 1961 المتعلقة بحظر التمييز في التعليم⁹.

كما شهدت مسألة حقوق الإنسان فضلاً عن الاهتمام العالمي اهتماماً إقليمياً تمثل في إبرام اتفاقيات دولية إقليمية خاصة بحقوق الإنسان مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

⁸ دخلت اتفاقية الطفل عام 1989 حيز النفاذ عام 1990.

⁹ د. نغم اسحق زكريا، مرجع سابق، ص 49- ص 50.

عام 1950 والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969 اللتان ركزتاً على الحقوق الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.

وعلى الرغم من تشابه الاتفاقيتين في موضوع الاهتمام بحقوق الإنسان إلا أنّ الاتفاقية الأمريكية جاءت مختلفة عن الاتفاقية الأوروبية من حيث أنّ الأخيرة تقتصر على الحقوق المدنية والسياسية، بينما الاتفاقية الأمريكية كان نطاقها أوسع من حيث شمولها بالإضافة للحقوق المدنية والسياسية على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.¹⁰

كما تمّ إقرار الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981¹¹ والميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام 1994 التي أعادت فيه الدول العربية تأكيدها على حقوق الإنسان الواردة في المواثيق العالمية مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 وأحكام العهدين الدوليين للأمم المتحدة للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966. كما تجلت مسألة الاهتمام بحقوق الإنسان على المستوى الوطني حيث تبنت معظم دساتير العالم الحقوق الواردة في الإعلان العالمي والعهدين الدوليين السابق ذكرهم.

وبناءً على ما تقدم يتبين لنا الأهمية الكبيرة والقيمة العالمية التي باتت تشغلها مسألة حماية حقوق الإنسان على كافة المستويات الدولية والإقليمية والوطنية، حيث لا تجتمع

¹⁰ انظر د. نغم اسحق زكريا، مرجع سابق، ص 51.

¹¹ تضمن هذا الميثاق الكثير من الحقوق المذكورة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إلا أنّه أضاف مفاهيم جديدة لحقوق الإنسان لم يكن الإعلان العالمي قد نص عليها. انظر في ذلك: د. نظام عساف، مدخل إلى حقوق الإنسان في الوثائق الدولية والإقليمية والأردنية، طبع بدعم من أمانة عمان الكبرى، عمان، ط1، 1999، ص 184، ص 190.

الدول في أي محفل دولي أو إقليمي إلا ويؤكد متحدثيها على ضرورة احترام حقوق الإنسان وتعزيزها فضلاً عن أنّ درجة تقدم أي دولة أو مجتمع باتت تقاس بمدى احترامه لهذه الحقوق وحمايتها.

الفرع الثاني:

أهمية الحق في الصحة

صحة الإنسان من المسائل التي استحوذت على قواعد كثيرة لحمايتها سواء في القانون الدولي الإنساني أم في القانون الدولي لحقوق الإنسان.¹²

حيث تضمنت الوثائق الدولية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان العديد من الحقوق الاجتماعية مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية واتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين الملحقين بها لعام 1977.

ومن بين الحقوق التي ركزت عليها هذه الوثائق الحقوق الاجتماعية وأهمها حق الإنسان في الصحة.

فالحق في الصحة هو من الحقوق المهمة للإنسان حيث يعتبر الأصل الذي يتفرع منه العديد من الحقوق مثل حق الإنسان في مستوى معيشي مناسب كافٍ للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته والحق في الغذاء والملبس والسكن والعناية الطبية.¹³

¹² انظر د. عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثالث، حقوق لإنسان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1997، ص 254.

¹³ انظر د. نغم اسحق زكريا، مرجع سابق، ص 60.

وكذلك بحسب رأينا من لا يتمتع بالحق في صحة جيدة لا يستطيع ممارسة الحق في العمل والحق في التعليم والحق في التنقل والحق في الزواج وتكوين أسرة والحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده....الخ.

وعليه فإنّ الإنسان الذي لا يتمتع بحقه في صحة جيدة تمكنه من التمتع بباقي حقوقه وحرياته وتحمل الأعباء والالتزامات الناجمة عنها تجاه دولته ووطنه سيصبح عبئاً على غيره وغير فعّال في عملية بناء الوطن وازدهاره، حيث لا يستطيع أي إنسان حرّم من حقه في الصحة أن يمارس حياته بشكل طبيعي لأنّ تعطيل هذا الحق يعتبر بمثابة هدم لشخصية الإنسان وكيانه.

والاهتمام بالحق في الصحة واضح من خلال الاتفاقيات الدولية التي تناولت وتضمنت الحث على حماية هذا الحق، كالعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 الذي نص على أنّ لكل إنسان الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه، وبأنّه يتعين على الدول الأطراف فيه أن تتخذ ما يلزم من تدابير لازمة لأجل العمل على خفض معدلات الولادات ومعدل وفيات الرضع وتأمين نمو الطفل نمواً صحياً، والوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والسارية وعلاجها ومكافحتها، وتهيئة الظروف التي من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الطبية للجميع في حالة المرض.¹⁴

ومن صفات الحق في الصحة أنّه يعتبر من الحقوق التي لا يجوز تعليقها أو تعطيلها مهما كانت الظروف، وخصوصاً في أوقات الظروف الاستثنائية والتي تدخل ضمنها ظروف النزاعات المسلحة بنوعها التي قد تواجهها الدول.

¹⁴ انظر المادة (12) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966.

فقد نص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه " في حالات الطوارئ الاستثنائية والتي تهدد حياة الأمة والمعلن عن قيامها رسمياً يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ وفي أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد شريطة عدم منافاة هذه التدابير والالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو اللغة أو الأصل الاجتماعي".¹⁵

وعليه فإنّ حق الدول في تعليق الحقوق في الظروف الاستثنائية لا يمتد إلى جميع الحقوق الواردة في هذه الاتفاقيات، حيث أنّ هناك مجموعة من الحقوق لا يجوز المساس بها تحت أي ظرف مثل الحق في الحياة، والحق في عدم التعرض للتعذيب أو المعاملة القاسية أو المهينة أو الحاطة بالكرامة أو إجراء تجارب طبية أو علمية عليه دون رضاه، حقه في عدم الاسترقاق، أو الإخضاع للعبودية وكلها حقوق إما مرتبطة أو متفرعة عن حق الإنسان في الصحة.

وبعد هذا العرض السابق يتضح لنا بما لا يدع مجالاً للشك أهمية حق الإنسان في الصحة على كافة المستويات ومختلف الأصعدة على اعتبار ارتباطه بكافة حقوق الإنسان الأخرى وتوقفها عليه، لذلك بذلت الجهود - وما تزال - الدولية والإقليمية والوطنية لتمكين الإنسان من هذا الحق مهما كانت الظروف والأحوال.

¹⁵ انظر الفقرة الأولى من المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

المطلب الثاني:

مساهمة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني في حماية الحق في الصحة

لعلّ ما ينجم عن الحروب والنزاعات المسلحة من كوارث إنسانية مروعة وخسائر جسيمة في الأرواح والممتلكات يعجز اللسان عن وصفها وذكرها، شكّل المبرر القوي لوقف أو الحدّ من تلك الانتهاكات بشتى الوسائل ومنها الوسائل القانونية التي تتمثل في وضع قواعد قانونية دولية ذات طابع إنساني مهمتها حماية ضحايا تلك النزاعات المسلحة دولية كانت أم داخلية. وهذه القواعد تمثلت في ظهور مفهوم القانون الدولي الإنساني الذي كان يطلق عليه قبل قيام منظمة الأمم المتحدة قانون الحرب. كما اهتم هذا القانون بحماية حقوق الإنسان أثناء نشوب النزاعات المسلحة وخصوصاً حق الإنسان في الصحة.

الفرع الأول:

القانون الدولي الإنساني والحق في الصحة

نتيجة للآثار المدمرة الناتجة عن الحروب والنزاعات المسلحة سعى المجتمع الدولي لوضع حدّ لتلك الآثار أو التخفيف منها عبر سن قواعد قانونية دولية لها طابع إنساني - سميت (بالقانون الدولي الإنساني) - تهدف لحماية حقوق الإنسان بشكل عام وحق الإنسان في الصحة بشكل خاص.

أولاً: ظهور مفهوم القانون الدولي الإنساني:

خلافاً لما يأمل المثاليون، فالأصل في العلاقات الدولية على ما يبدو هو الحرب والاختصاص وليس الوئام والسلام. ففي دراسة أجرتها مؤسسة كارنجي للسلام عام 1940 عن حروب العالم في التاريخ اقتبست من رسالة " إيفان. س. بلوخ" الشهيرة عن مستقبل الحروب، وذكرت أنّ إحصاءً بين أنّه منذ العام 1496 ق.م. وحتى العام 1861 ميلادية

- وهي دورة زمنية طولها 3357 عاماً - شهدت البشرية 227 سنة من السلام في مقابل 1130 سنة من الحروب. بمعنى آخر هناك 13 سنة من الحرب مقابل كل سنة من السلام.¹⁶

حيث ظهر مصطلح القانون الدولي الإنساني في سبعينيات القرن العشرين وارتبط بالمفاوضات التي جرت بين أعوام 1974 - 1977 في جنيف والتي انتهت بوضع بروتوكولي جنيف الملحقين باتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، والذي له مرادفات أخرى سبقته في الظهور وهما مصطلح قانون الحرب ومصطلح قانون النزاعات المسلحة.¹⁷

وحسب ما ذهب إليه الدكتور محمد عزيز شكري فإنه إذا كان تعبير القانون الدولي الإنساني تعبيراً

حديثاً جداً - إذ يرجعه بعضهم للسبعينات من القرن العشرين - فإنه ولادة قواعد قديمة دون شك. وبديهي أن تلحق التسمية بالمسمى وليس العكس. ويضيف الدكتور شكري بأنه إذا نحن قلنا بقدم قواعد هذا الذي غدا واحداً من أهم فروع القانون الدولي العام فلأننا - خلافاً للرأي السائد- نعتقد أنها في أصولها على الأقل أقدم بكثير من البلاغ الأمريكي المشهور حول قواعد الحرب البرية لعام 1863 ومن اتفاقية جنيف الخاصة بتحسين أحوال جرحى الحرب لعام 1864 وحتى ولادة فكرة الصليب الأحمر عام

¹⁶ د. محمد عزيز شكري، تاريخ القانون الدولي الإنساني وطبيعته، منشور في مؤلف (دراسات في

القانون الدولي الإنساني، تقديم الأستاذ الدكتور مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة

الأولى، 2000،) - ص 11.

¹⁷ د. نغم اسحق زكريا، مرجع سابق، ص 18. وانظر كذلك د. حازم محمد عتلم، قانون النزاعات

المسلحة الدولية (المدخل - النطاق الزمني)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2014،

ص 5 وما بعدها.

1859م. حتى خلافاً لما ذهب إليه الأستاذ " ستانيسلاف أنهليك" في كتابه " عرض موجز للقانون الدولي الإنساني" الذي ينسب ولادة أحكام هذا القانون لمفكري عصر التنوير مثل جاك روسو وفاتيل.¹⁸

وإنّ عبارة القانون الدولي الإنساني بحدّ ذاتها مطلقة، ولو أخذت على إطلاقها فإنّها تشمل قواعد القانون الخاصة بالإنسان في كل حال، وهذا يعني تشميل الحالتين، والقانون الدولي تطور في الأزمنة الحديثة بحيث أصبح في بعض الحالات يخاطب الإنسان مباشرة بحقوق وواجبات معينة، مما حمل بعض الكتاب، على القول أنّه لم يعد قانون الدول والمنظمات الدولية فحسب بل غداً أيضاً قانون الفرد، وأنّ الفرد أصبح في ظلّه يتمتع بشخصية قانونية رغم ما قد يقال عن عدم اكتمالها.¹⁹

وعلى أساس هذا التحديد يعرف الأستاذ جان بكتيه القانون الدولي الإنساني بأنّه فرع مهم من فروع القانون الدولي العام يدين بوجوده للإحساس بالإنسانية ويركز على حماية الفرد. يحدد هذا الشاهد من أعمال الأستاذ بكتيه إطار هذا القانون الذي يستهدف التخفيف من معاناة كل ضحايا الصراعات المسلحة ممن هم تحت رحمة أعدائهم سواء أكانوا جرحى أم مرضى أم غرقى أم أسرى حرب أم مدنيين". ويعرف عامر الزمالي القانون الدولي الإنساني بأنّه " فرع من فروع القانون الدولي العام تهدف قواعده العرفية والاتفاقية إلى حماية الأشخاص المتضررين في حالة نزاع مسلح بما أنجر عن ذلك النزاع من آلام كما تهدف إلى حماية الأموال التي ليست لها علاقة مباشرة بالعمليات العسكرية".²⁰

¹⁸ د. محمد عزيز شكري، مرجع سابق، ص 13.

¹⁹ د. محمد عزيز شكري، مرجع سابق، ص 24.

²⁰ وردت هذه التعاريف من قبل د. محمد عزيز شكري، مرجع سابق، ص 24.

وقد عرّفه البعض بأنه " مجموعة القواعد الدولية الموضوعية بمقتضى اتفاقيات وأعراف دولية مخصصة بالتحديد لحل المشاكل ذات الصلة الإنسانية الناجمة مباشرة عن المنازعات المسلحة الدولية وغير الدولية والتي تحدّ لاعتبارات إنسانية من حق أطراف النزاع في اللجوء إلى ما يختارونه من أساليب ووسائل في القتال، وتحمي الأشخاص والممتلكات التي تتضرر من جراء النزاع.²¹

وعرّف كذلك بأنه " مجموعة القواعد الدولية التي تستهدف في حالات النزاعات المسلحة حماية الأشخاص والمصابين من جراء هذا النزاع وفي إطار أوسع حماية الأعيان التي ليست لها علاقة مباشرة بالعمليات العسكرية.²²

ويبدو من التعارف السابقة أنّها تركز على الهدف والغرض من القانون الدولي الإنساني والفئات التي يحميها والنطاق الذي تنطبق فيه قواعده، دون بيان الجهات المسؤولة عن الالتزام بهذه القواعد.

لذلك تداركت بعض التعاريف هذا النقص وعرّفت القانون الدولي الإنساني بأنه " جملة القوانين التي تحمي الذين لا يشاركون في الأعمال الحربية أو الذين كفوا عن المشاركة فيها، وتقيّد وسائل القتال وأساليبه، وهو واجب التطبيق أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وملزم على السواء للدول والجماعات المعاضة المسلحة، وهو ملزم أيضاً

²¹ انظر د. فيصل شطناوي، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، دار الحامد، عمان، 2001، ص 190.

²² انظر د. زيدان مريبوط، المدخل إلى القانون الدولي الإنساني " ضمن مجلد حقوق الإنسان، " دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية"، إعداد كل من د. محمود شريف بسيوني و د. محمد السعيد الدقاق، ود. عبد العظيم وزير، دار العلم للملايين، بيروت، المجلد الثاني، ط2، 1998، ص 100.

لل قوات المشاركة في عمليات حفظ السلام وإنفاذ السلام إذا ما شاركت هذه القوات في أعمال قتالية".²³

ونحن بدورنا نعرفه بأنه مجموعة القواعد القانونية الدولية العرفية والاتفاقية التي يجب على جميع أطراف النزاع المشاركة في الأعمال القتالية مراعاتها بهدف حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وتشمل هذه الحماية المدنيين والعسكريين المرضى والجرحى والغرقى والذين أصبحوا بسبب ظروف المعارك غير قادرين على مواصلة القتال، وتشمل كذلك الحماية الأعيان والأهداف المدنية التي لا تمارس أنشطة عسكرية، وتهدف كذلك هذه القواعد إلى تقييد وسائل وأساليب الحرب لكي تكون أقل إضراراً بالأرواح والممتلكات.

وإلى جانب الاتفاقيات الدولية المكونة للقانون الدولي الإنساني والأعراف المستقر عليها التي وضعت التزامات عديدة على عاتق الدول، توجد هناك جملة من المبادئ القانونية التي يستند إليها هذا القانون. وتعد هذه المبادئ كما يصفها (DR. Jean pectit) الهيكل العظمي لجسم الإنسان الحي وتقوم بمهمة وضع الخطوط التوجيهية في الحالات غير المنصوص عليها وتمثل ملخصاً للقانون الدولي الإنساني يسهل انتشاره.²⁴

كما أنّ هذه المبادئ تقسم إلى قسمين رئيسيين: القسم الأول تتصف فيه المبادئ بأنها مبادئ قانونية عامة تصلح لكل الأنظمة القانونية الداخلية والدولية بما فيها نظام القانون

²³ انظر شارلوت ليندسي، نساء يواجهن الحرب، الناشر اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف 2002، ص 18.

²⁴ انظر د. جان بكتيه (القانون الدولي الإنساني، تطوره ومبادئه)، الناشر معهد هنري دونان، جنيف، 1984، ص 63.

الدولي الإنساني²⁵، أما القسم الثاني فهي مبادئ قانونية خاصة بقانون النزاعات المسلحة (القانون الدولي الإنساني) تنطبق على النزاعات المسلحة.²⁶

ويدين القانون الدولي الإنساني كذلك بوجوده وتطوير قواعده للجنة الدولية للصليب الأحمر التي كان لها دور كبير في تطوير وتدوين قواعد القانون الدولي الإنساني، حيث اعتبرت بمثابة الحارس والراعي لأحكام هذا القانون.

حيث منذ نشأتها، ارتبطت اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وهي الطرف المؤسس للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، على نحو وثيق بتطور القانون الدولي الإنساني. والواقع أنّ اللجنة الدولية كانت صاحبة المبادرة في اقتراح اتفاقية جنيف الأولى لعام 1864 والخاصة بتحسين أحوال الجرحى والمرضى بالجيش في الميدان. كما كرست اللجنة جهودها لتطوير هذا القانون في ضوء تطور طبيعة النزاعات المسلحة. كما يعكف خبراءها القانونيون على تطوير القانون الدولي الإنساني وترويجه وشرحه، فضلاً عن الإسهام في نشره والتنقيف بأحكامه بين الأوساط المختلفة.²⁷

²⁵)See: Marco Sassoli, Antoine Bouvier and others." How Does law Protect in War", int. committee of Red Cross, Geneva, 1999, p112.

²⁶ د. نغم اسحق زكريا، مرجع سابق، ص 41.

²⁷ انظر الأستاذ ديفيد ديلابرا، اللجنة الدولية للصليب الأحمر والقانون الدولي الإنساني، بحث منشور في مؤلف (دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم الأستاذ الدكتور مفيد شهاب)، مرجع سابق، ص 391.

وعليه يتضح لنا من العرض السابق أهمية القانون الدولي الإنساني كفرع هام من فروع القانون الدولي الإنساني يسعى لحماية حقوق الإنسان أثناء الحروب والنزاعات المسلحة دولية كانت أم غير دولية.

ثانياً: اهتمام القانون الدولي الإنساني بالحق في الصحة:

وُجد القانون الدولي الإنساني ليحمي جميع الحقوق على اختلاف أهميتها في ظروف الحرب والنزاعات المسلحة والتي تكون فيه هذه الحقوق أكثر عرضة للانتهاك من الأوقات الأخرى. فقد أولى القانون الدولي الإنساني عبر قواعده وأحكامه اهتماماً واضحاً بحماية بحقوق الإنسان الاجتماعية وعلى رأسها الحق في الصحة.

حيث نشأ القانون الدولي الإنساني كما ذكرنا مسبقاً لحل المشكلات الإنسانية الناتجة عن الحروب والنزاعات المسلحة، وأهم تلك المشكلات والتحديات هي دعم الحق في الصحة وعدم المساس به في ظل هذه الظروف الصعبة.

وبالنسبة للقواعد التي وضعها القانون الدولي الإنساني لحماية الحق في الصحة فيلاحظ عليها أنها على قسمين وإتّها واجبة التنفيذ الفوري وليس على مراحل أو وفق برامج تدريجية. فالقسم الأول منها يتعلق بالمعاملة التي يجب توفيرها من قبل أطراف النزاعات المسلحة تجاه الأشخاص المحميين بقواعد القانون الدولي الإنساني.²⁸

ومن القواعد التي وصفها القانون الدولي الإنساني بهذا الصدد، جمع الجرحى والمرضى والاعتناء بهم بواسطة طرف النزاع الذي يخضعون لسلطته.²⁹

²⁸ د. نغم اسحق زكريا، مرجع سابق، ص 274.

²⁹ انظر د. عبد الكريم علوان، مرجع سابق، ص 274.

أما القسم الثاني من هذه القواعد فهي تضع قيوداً على قدرة أطراف النزاع المسلح في مهاجمة الأماكن التي تتواجد بها الوحدات الطبية ووسائل النقل الطبي والمستشفيات وأفراد الخدمات الطبية، ما دامت غير ذات صلة مباشرة بالعمليات العسكرية.³⁰

كما أنّ الحق في الصحة حق يتمتع به الأشخاص ليس فقط أثناء النزاعات المسلحة الدولية، بل أثناء النزاعات المسلحة الداخلية التي تدور رحاها داخل إقليم الدولة الواحدة.

وقد عبّر القانون الدولي الإنساني عن موقفه تجاه حماية الحق في الصحة عبر قواعده وأحكامه التي تضمنت نصوصاً واضحة تدعو لحماية هذا الحق وعدم التعرض له، حيث تعرضت العديد من اتفاقيات القانون الدولي الإنساني ومبادئه لهذا الحق وأكدت على ضرورة حمايته وتعزيزه وحث الأطراف المتنازعة على ضرورة مراعاته وعدم الإخلال به تحت طائلة المسؤولية القانونية الدولية.

الفرع الثاني

دور اتفاقيات القانون الدولي الإنساني في حماية الحق في الصحة

رأينا مسبقاً الأهمية والمكانة العالمية التي وصلت إليها مسألة حماية حقوق الإنسان وخصوصاً حق الإنسان في الصحة نظراً لما يمثله هذا الحق من ضمانة أكيدة لتمتع الإنسان بباقي حقوقه، حيث أولى المجتمع الدولي أهمية كبيرة لهذا الحق خصوصاً في أوقات النزاعات المسلحة، حيث تزداد احتمالية تعرض هذا الحق للانتهاك والخطر في هذه الأوقات أكثر من أي وقت آخر، لذلك تضمنت العديد من اتفاقيات القانون الدولي الإنساني - خصوصاً اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين

³⁰ انظر المرجع السابق، ص 255. وانظر كذلك د. سهيل حسين الفتلاوي، الوسيط في القانون الدولي

العام، دار الفكر العربي، بيروت، 2002، ص 400، ص 410.

الملحقين بها لعام 1977 واتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948 والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 - العديد من القواعد القانونية التي تكفل حماية هذا الحق ضد أي اعتداء.

أولاً: حماية الحق في الصحة في إطار اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948³¹:

تعتبر اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها أول معاهدة لحقوق الإنسان اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة، وهي تركز الاهتمام على حماية الأقليات القومية والعرقية والدينية من الأخطار التي تهدد وجودها ذاته.

وقد ورد تعريف الإبادة الجماعية في المادة الثانية من الاتفاقية، حيث اعتبرت الاتفاقية أن الإبادة الجماعية: " تعني أي فعل من الأفعال التالية، المرتكبة بقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عنصرية أو دينية، بصفتها هذه:

- أ- قتل أعضاء من الجماعة. ب - إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة. ج - إخضاع الجماعة، عمدًا، لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً. د - فرض تدابير تستهدف الحؤول دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة. هـ- نقل أطفال من الجماعة، عنوةً، إلى جماعة أخرى."

وترتكب جريمة الإبادة الجماعية سواء أثناء السلم أو في أثناء الحروب والنزاعات المسلحة.

³¹ اعتمدت بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 260 ألف (د- 3) المؤرخ في 9 كانون الأول / ديسمبر 1948. وبدأ سريانها في 12 كانون الثاني /يناير 1951.

وواضح من النص السابق حرص الاتفاقية على حماية حق الإنسان في الصحة من خلال اعتبار الاعتداء عليه جريمة من الجرائم الدولية الخطيرة - إذا ما ارتكبت في إطار هجوم واسع يستهدف الإبادة الجزئية أو الكلية للجماعة- التي تتمثل في إلحاق الأذى الجسدي والمعنوي بالأشخاص، وإخضاع المدنيين لظروف معيشية قاسية تستهدف تجويع المدنيين وإبادتهم كلياً أو جزئياً، وفرض تدابير من شأنها التأثير على الصحة الإنجابية للنساء، فضلاً عن التهجير القسري للأطفال الذي من شأنه التأثير جسدياً ونفسياً على صحة الأطفال.

كما أوجبت الاتفاقية العقاب على جميع من يتسبب في ارتكاب هذه الجريمة سواء كان من الفاعلين الأصليين أو المتآمرين أو المحرضين أو المشتركين في ارتكاب أعمال الإبادة الجماعية³²، كما عاقبت الاتفاقية مرتكبي هذه الجريمة بغض النظر عن صفاتهم سواء كانوا حكاماً أو موظفين عامين أو أفراد.³³

ثانياً: حماية الحق في الصحة في إطار اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949:

نظراً لأهمية الحق في الصحة فقد ارتبط بغيره من الحقوق ارتباطاً وثيقاً وخصوصاً الحق في الغذاء حيث يضطلع القانون الدولي الإنساني بمهمة توفير الغذاء وتمكين الأشخاص من الحصول عليه ولكن من دون أن تنص أحكامه بشكل صريح على حق الإنسان في الغذاء كحق قائم بذاته، فقد وضع العديد من الأحكام التي ترمي إلى الحيلولة من حرمان الأشخاص الذين لا يشاركون في الأعمال العدائية أو الذين كفوا عن المشاركة فيها لأي سبب من الغذاء أو الحصول عليه، ويفرض مجموعة من الالتزامات على عاتق أطراف

³² انظر المادة الثالثة من اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948.

³³ انظر المادة الرابعة من الاتفاقية السالفة الذكر.

النزاع المسلح، بهدف منع حصول شحة في الغذاء أو قيام أطراف النزاع المسلح بإنكار حق الأشخاص في الحصول على الغذاء أو الوصول إليه في أثناء فترة النزاعات المسلحة.³⁴

ولقد حاز الحق في الصحة اهتماماً واسعاً من قبل واضعي اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 التي وضعت لحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية - باستثناء المادة الثالثة المشتركة التي تحدثت عن حماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية.

فقد نصت اتفاقية جنيف الأولى والثانية على التزامات أساسية تقع على عاتق أطراف النزاع المسلح، عندما يقع تحت قبضتها أفراد من القوات المعادية لها من الجرحى والمرضى والغرقى، حيث يتوجب على الطرف المسيطر توفير العناية الطبية لهم، وحظر تركهم بدون علاج أو رعاية طبية أو خلق ظروف تعرضهم لمخاطر العدوى بالأمراض أو تلوث الجروح. وعلى طرف النزاع الذي يضطر إلى ترك بعض الجرحى أو المرضى لخصمه أن يترك معهم ويقدر ما تسمح به الاعتبارات الحربية بعض أفراد الخدمات والمهمات الطبية للإسهام في تقديم الرعاية والعناية الصحية والمواد اللازمة لشفائهم.³⁵

³⁴) See: Jelena Pejic, The right to food in situation of armed conflict int.review of red cross,icrc, Geneva, Vol.83, No.844, 2001, p.1098.

³⁵) انظر المادة (12) من اتفاقية جنيف الأولى الخاصة بتحسين حال الجرحى والمرضى من أفراد القوات المسلحة في الميدان، والمادة (1) من اتفاقية جنيف الثانية الخاصة بتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى من أفراد القوات المسلحة في البحار.

أما بالنسبة للأسرى فإنه بناءً على مبدأ المعاملة الإنسانية والقواعد المتفرعة عنه، توجب الحماية والاحترام المنصوص عليهما في اتفاقيات جنيف أن يوفر أطراف النزاع لأسراهم الحد الأدنى من مقتضيات الحياة معنوياً ومادياً، منذ الوقوع في الأسر حتى انتهائه.³⁶

لذلك جاءت اتفاقية جنيف الثالثة للاهتمام بمعاملة الأسرى فقد نصت الاتفاقية على مسؤولية الدولة الحاجزة للأسرى في أن تتخذ كل التدابير الصحية والضرورية وتقديم كل مستلزمات الرعاية الطبية والعلاجية للأسرى وتحافظ على نظافة المعسكرات وملاءمتها للصحة والوقاية من العدوى، كما تؤمن للأسرى ما يكفي من كميات المياه والصابون تأميناً لنظافة أجسامهم لضمان الناحية الصحية للأسير وحمايته من الأمراض والأوبئة.³⁷

كما أكدت اتفاقية جنيف الثالثة على ضرورة توفير عيادة يحصل منها الأسرى على ما يحتاجونه من دواء ومستلزمات طبية. أما إذا كان مرض الأسير خطيراً ويحتاج علاجاً خاصاً أو عمل جراحي أو رعايته في المستشفى فهنا يتم نقله إلى أية وحدة طبية عسكرية أو مدنية، ولا يجوز للدولة الحاجزة أن تمنع الأسرى من عرض أنفسهم على الوحدات الطبية لعلاجهم، بل عليها أن تمنح الأسير بناءً على طلبه شهادة رسمية تبين حالته الصحية وطبيعة مرضه أو إصابته والمدة الزمنية لعلاج ونوعه مع إرسال نسخة منها إلى الوكالة المركزية لأسرى الحرب، وتتحمل الدولة الحاجزة نفقات العلاج وتكاليف إنشاء أية أجهزة لازمة للمحافظة على صحة الأسرى.³⁸

³⁶ د. عامر الزمالي، الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، منشور في مؤلف (دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم الأستاذ الدكتور مفيد شهاب)، مرجع سابق، ص 119.

³⁷ انظر المادة (29) من اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بتحسين حال الأسرى.

³⁸ انظر المادة (30) من اتفاقية جنيف الثالثة السابق ذكرها.

كما نصت اتفاقية جنيف الثالثة على واجب الدولة الحاجزة للأسرى أن تقوم بتجهيز وجبات الطعام الأساسية اليومية التي تكون كافية من حيث كميتها وجودتها للمحافظة على الأسرى وصحتهم، وعدم تعرضهم لنقص الوزن أو العوز الغذائي، وإذا كان الأسير من الأسرى الذين يعملون تلتزم الدولة الحاجزة بأن تزوده بالمواد اللازمة لحماية صحته أثناء العمل، كما يحظر على الدولة الحاجزة أن تقوم باتخاذ أية إجراءات تأديبية جماعية من شأنها أن تمس غذاء الأسرى.³⁹

وتلعب اللجنة الدولية للصليب الأحمر - بوصفها منظمة إنسانية دولية غير حكومية وبوصفها منظمة محايدة غير متحيزة تنشط أثناء النزاعات المسلحة لحماية ضحاياها - دوراً كبيراً في تطبيق

قواعد القانون الدولي الإنساني بوصفها الراع والحارس له وهذا واضح من الدور الذي تقوم به في تطبيق اتفاقيات جنيف. ففي إطار اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بحماية الأسرى تسعى اللجنة لتحسين حال الأسرى وذلك بتنظيم زيارات دورية لهم وحث السلطات الحاجزة على حسن معاملتهم وتقديم الدعم والرعاية الطبية لهم.

وما يجري في الأراضي العربية المحتلة في فلسطين لهو خير دليل على دور اللجنة في تقديم الدعم والرعاية الطبية للأسرى المعتقلين لدى سلطات الاحتلال الإسرائيلي، وحث الأخيرة على عدم تجويعهم والمحافظة على صحتهم.

أما بالنسبة لاتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين في الأراضي المحتلة، فقد وضعت قاعدة لحماية المدنيين من الجرحى والمرضى والعجزة والحوامل بأن يكونوا محل

³⁹ انظر المادة (26) من اتفاقية جنيف الثالثة.

احترام وحماية خاصين⁴⁰، فضلاً عن تأكيدها حق المدنيين في الحصول على المهام الطبية والعناية الطبية حيث فرضت على أطراف النزاع المسلح أن تعمل على تسهيل وصول أفراد الخدمات الطبية والمهام الطبية إلى المناطق المحاصرة والمطوقة لتقديم خدماتهم إلى أهالي هذه المناطق⁴¹ وبأن تعمل على كفالة مرور جميع رسالات الأدوية والمهام الطبية⁴²، وفرضت على دولة الاحتلال واجبات تؤدي إلى حماية الحق في الصحة وهي أن تؤمن دولة الاحتلال المواد الطبية، وأن تقوم بصيانة المنشآت والخدمات الطبية والمستشفيات، وكذلك صيانة مرافق الصحة العامة والخاصة و مراعاة الشروط الصحية في الأراضي المحتلة وبوجه خاص اتخاذ التدابير التي تحول دون انتشار الأوبئة والأمراض المعدية والسماح لأفراد الخدمات الطبية بجميع فئاتهم بأداء مهامهم.⁴³

وكذلك تلعب اللجنة الدولية في إطار اتفاقية جنيف الرابعة دوراً كبيراً في حماية المدنيين في الأراضي المحتلة حيث تقوم بإجلاء المدنيين من مناطق النزاع وتقديم المواد الغذائية والطبية للنازحين واللاجئين للحفاظ على صحتهم وصحة أطفالهم وتقديم كافة أشكال الدعم التي تساعد على البقاء على قيد الحياة وحظر تجريحهم.

ومن أمثلة ذلك دور اللجنة في الأراضي العربية المحتلة في فلسطين حيث تقدم اللجنة وتسعى لدعم الحق في الصحة للمدنيين عبر تقديم الرعاية الصحية وتقديم الأدوية

⁴⁰ انظر المادة 16 من اتفاقية جنيف الرابعة.

⁴¹ انظر المادة 17 من اتفاقية جنيف الرابعة.

⁴² انظر المادة 23 من اتفاقية جنيف الرابعة.

⁴³ انظر الفقرة الأولى من المادة (55) و الفقرة الأولى من المادة (56) من اتفاقية جنيف الرابعة.

والغذاء للمتضررين وإعادة تأهيل المستشفيات المتضررة من جراء العدوان الإسرائيلي المتكرر على المدن الفلسطينية وخصوصاً قطاع غزة.

ولقد أعطت اتفاقية جنيف الرابعة أهمية خاصة لحماية حق النساء والأطفال في الصحة أثناء النزاعات المسلحة الدولية، حيث تضمنت هذه الاتفاقية بعض القواعد التي تتعلق باحتجاز المعتقلات من النساء بغض النظر عن وضعهن الجسماني، أي النساء والفتيات بشكل عام دون أن يكتف من الأمهات وأولات الأحمال أو في حالة نفاس، وهذه القواعد تفرض على القائم باحتجاز المعتقلات سواء كان أحد أطراف النزاع أو دولة احتلال أن تقوم باحتجاز النساء المعتقلات في أماكن منفصلة عن أماكن اعتقال الرجال، كما يجب أن يوكل الإشراف المباشر عليهن إلى نساء، ولا يجوز إيواء النساء في معتقلات الرجال إلا في إحدى الحالتين وهما إذا كان النساء والرجال من عائلة واحدة، أو كانت هناك ضرورة طارئة ومؤقتة تفرض على الدولة الحاجزة أن تقوم باعتقال النساء في معتقلات الرجال، وفي هذه الحالة يستلزم من هذه الدولة أن تخصص بشكل ملزم أماكن نوم ومرافق صحية منفصلة لهن وخاصة بهن تراعي المعايير الصحية التي تكفل لهن حياة صحية جيدة.⁴⁴

كما تضمنت اتفاقيات جنيف قواعد موجهة لحماية نساء محددات وهن النساء الأمهات، والحوامل، وأمهات الرضع، والنفاس، فقد تقرر في نطاق الحماية العامة التي تقدمها اتفاقية جنيف الرابعة لكل من الجرحى والمرضى من المدنيين أن يكون هناك حماية واحترام خاصان بالحوامل من النساء وذلك مراعاة لوضعهن.⁴⁵

⁴⁴ انظر الفقرة الرابعة من المادة (76) والفقرة الرابعة من المادة (85) من اتفاقية جنيف الرابعة.

⁴⁵ انظر الفقرة الأولى من المادة (16) من اتفاقية جنيف الرابعة.

وفي حكم آخر جاءت به اتفاقية جنيف الرابعة، فرضت التزاماً على عاتق أطراف النزاع أن يرخصوا لمرور أي إرسالات أو قوافل تحتوي على الأغذية والملابس والمقويات التي تكون مخصصة للحوامل والنساء الذين هم في حالة النفاس.⁴⁶

وفي حالة الاحتلال، فإنّ هناك التزاماً يقع على عاتق دولة الاحتلال وهو التزامها بعدم منع أية إجراءات تفضيلية متعلقة بالغذاء أو العناية الطبية والحماية من آثار الحرب مقدمة إلى أمهات الأطفال الذين تقل أعمارهم عن سبع سنوات والنساء الحوامل.⁴⁷

أما في حالة إذا كانت النساء المعتقلات من الأمهات المرضعات أو الحوامل، فهناك التزام فرض على عاتق الدولة الحاجزة وهو أن تقوم بصرف كميات إضافية من الأغذية لهن بما يتناسب مع احتياجات أجسامهن.⁴⁸

وحماية الحق في الصحة في ظل اتفاقيات جنيف لم تقتصر على النزاعات المسلحة الدولية، بل تضمنت المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع نصوصاً تدعو أطراف النزاع المسلح الداخلي إلى ضرورة معاملة الأشخاص الذين ليس لهم دور إيجابي في الأعمال العدائية، بما فيهم أفراد القوات المسلحة الذين سلموا سلاحهم أو أبعدوا عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الأسر أو أي سبب آخر، معاملة إنسانية.⁴⁹

⁴⁶ انظر الفقرة الأولى من المادة (23) من اتفاقية جنيف الرابعة.

⁴⁷ انظر الفقرة الخامسة من المادة (50) من اتفاقية جنيف الرابعة.

⁴⁸ د. نعم اسحق زكريا، مرجع سابق، ص 157. وانظر كذلك الفقرة الخامسة من المادة (89) من اتفاقية جنيف الرابعة.

⁴⁹ انظر الفقرة الأولى من المادة (3) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949.

كما حظرت اتفاقيات جنيف على أطراف النزاع المسلح أن يقوموا بإجراء تجارب طبية أو علمية على الأشخاص المحميين، أو بتر عضو من أعضائهم أو استئصال الأنسجة منهم أو الأعضاء بقصد استزراعها ولو تمّ ذلك بموافقتهم، إلا في حال واحدة إذا كانت الحالة الصحية للشخص المعني تقتضي ذلك وأن يكون العمل الذي يأخذ أياً من الصور المذكورة متفقاً مع المعايير الطبية المرعية التي يطبقها الطرف في النزاع المسلح على رعاياه المتمتعين بكامل حريتهم في الظروف المماثلة.⁵⁰ كما حظرت اتفاقيات جنيف على أطراف النزاع المسلح مهاجمة الأماكن التي يتواجد بها الوحدات الطبية ووسائل النقل الطبي والمستشفيات والأطعم الطبية.

أما بالنسبة للحماية المقررة للحق في الصحة في إطار النزاعات المسلحة غير الدولية فقد عدت المادة الثالثة المشتركة قائمة الأعمال التي تعتبر محظورة في إطار النزاعات المسلحة الداخلية، ومن بينها: " أ - أعمال العنف ضد الحياة وحرمة الجسد، وعلى الأخص القتل بكل أنواعه، وبتز الأعضاء، والمعاملة القاسية والتعذيب. ج - الاعتداء على الكرامة الشخصية، وعلى الأخص التحقير والمعاملة المزرية ".⁵¹ كما أوجبت الفقرة الثانية من المادة الثالثة المشتركة على أطراف النزاع المسلح الداخلي جمع الجرحى والمرضى والاعتناء بهم.

وأجازت المادة الثالثة المشتركة للجنة الدولية للصليب الأحمر كهيئة إنسانية محايدة أن تعرض على أطراف النزاع المسلح غير الدولي خدماتها المتمثلة في تقديم كافة أشكال الدعم للضحايا والمتضررين.

⁵⁰ انظر د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة السادسة، 2007 ص 780.

⁵¹ الفقرة الأولى من المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع.

ثالثاً: حماية الحق في الصحة في ظل البروتوكولين الإضافيين لعام 1977:

لقد تمّ اعتماد البروتوكولين الإضافيين الملحقين باتفاقيات جنيف في العاشر من حزيران عام 1977 ويهتم الأول بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية والثاني يتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية.

فبالنسبة للبروتوكول الإضافي الأول الذي يتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية، فقد تعرض لضرورة حماية الحق في الصحة للمدنيين المتضررين من النزاع المسلح الدولي، حيث اعتبر أنّ حق أطراف النزاع في استخدام أساليب ووسائل في القتال ليس حقاً مطلقاً بل مقيد بقيود منها عدم جواز قيام أطراف النزاع المسلح الدولي بتجويب المدنيين كوسيلة من وسائل القتال وتأكيداً لذلك لا يجوز مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين ومثالها المواد الغذائية والمناطق الزراعية التي تنتج المواد الغذائية والمحاصيل والمواشي ومرافق المياه وشبكات الري، إلا إذا كانت هذه الأعيان والمواد تستخدم زاداً لأفراد القوات المسلحة للخصم وحدهم دون غيرهم، أو كانت تستخدم في دعم العمل العسكري فيجوز تدميرها ولكن بشرط هو أنّه يجب ألا يتم في كل الأحوال اتخاذ إجراءات يتوقع منها ترك السكان المدنيين دون غذاء أو ماء مما يتسبب في مجاعتهم أو نزوحهم.⁵²

وكذلك تعرض البروتوكول الإضافي الثاني الخاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية لحماية الحق في الصحة، حيث حظر تجويب السكان المدنيين كوسيلة من وسائل القتال وأكد على عدم جواز مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الأعيان والمواد التي لا غنى

⁵² د. نغم اسحق زكريا، مرجع سابق، ص 270. انظر المادة (54) من بروتوكول جنيف الأول لعام

عنها لبقاء السكان المدنيين مثل المواد الغذائية والأراضي الزراعية التي تنتج المحاصيل والمواد الغذائية وأماكن تربية المواشي ومرافق المياه وشبكات الري.

ويبدو أن هذه المادة التي نص عليها البروتوكول الثاني متشابهة إلى حد ما مع المادة (54) من البروتوكول الأول إلا أن المادة المنصوص عليها في البروتوكول الثاني⁵³ لم تشر إلى الاستثناءات التي تبيح مهاجمة الموارد والأعيان التي ذكرها البروتوكول الأول.

كذلك تضمن البروتوكول الإضافي الثاني قواعد أخرى تتعلق بتوفير الحماية لأفراد الخدمات الطبية، ووحدات ووسائط النقل الطبي.⁵⁴

رابعاً: حماية الحق في الصحة في ظل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية :

تلعب المحكمة الجنائية الدولية دور كبير في تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني من خلال السعي لتطبيق قواعده وإنفاذها عبر مجموعة من القواعد تضمنها نظامها الأساسي.

فقد سعت المحكمة الدولية الجنائية - منذ تأسيسها عام 1998 ودخولها نظامها الأساسي حيز النفاذ عام 2002- كجهاز قضائي جنائي دولي دائم إلى حماية حقوق الإنسان عبر ملاحقة ومعاينة مرتكبي الجرائم الدولية الأشد خطورة المتمثلة في جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجريمة الإبادة الجماعية وجريمة العدوان.

⁵³ انظر المادة (14) من بروتوكول جنيف الثاني.

⁵⁴ انظر المواد (9، 10، 11) من بروتوكول جنيف الثاني.

ومن بين الحقوق التي سعت المحكمة لحمايتها هي حق الإنسان في الصحة. حيث اعتبر النظام الأساسي للمحكمة انتهاك الحق في الصحة وخصوصاً أثناء الحروب والنزاعات المسلحة من جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجريمة الإبادة الجماعية.

حيث أنه في معرض تعريفه لجريمة الإبادة الجماعية - التي يمكن أن ترتكب أثناء السلم أو أثناء الحروب والنزاعات المسلحة الدولية والداخلية - اعتبر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أنه " لغرض هذا النظام، تعني "الإبادة الجماعية" أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفتها هذه إهلاكاً كلياً أو جزئياً: ⁵⁵

(أ) (ب) إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة. (ج) إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً. (د) فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة.

أما بالنسبة للجرائم ضد الإنسانية - التي يمكن أن ترتكب كذلك أثناء السلم أو أثناء الحروب - فقد عرّفها النظام الأساسي للمحكمة الذي جاء فيه أنه: " لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية " جريمة ضد الإنسانية " متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم: ⁵⁶

(أ) (ب) (ج) الاسترقاق. (د) (هـ) السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي. (و)

⁵⁵ المادة (6) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.

⁵⁶ المادة (7) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

التعذيب. (ز) الاغتصاب، أو الاستعباد الجنسي، أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسري، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة. (ط).....(ي)..... (ك) الأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمداً في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية."

وكذلك اعتبر النظام الأساسي للمحكمة انتهاك الحق في الصحة من جرائم الحرب، حيث عرّف هذا النظام جرائم الحرب بأنها: (أ) تلك الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والتي من بينها: 1- 2- التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، بما في ذلك إجراء تجارب بيولوجية. 3- تعمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم أو بالصحة (ب) الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة، في النطاق الثابت للقانون الدولي، والتي من بينها:⁵⁷

1-2- تعمد شن هجمات ضد موظفين مستخدمين أو منشآت أو مواد أو وحدات أو مركبات مستخدمة في مهمة من مهام المساعدة الإنسانية..... 9- تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية، والآثار التاريخية، والمستشفيات وأماكن تجمع المرضى والجرحى، شريطة ألا تكون أهدافاً عسكرية. 10- إخضاع الأشخاص الموجودين تحت سلطة طرف معاد للتشويه البدني أو لأي نوع من التجارب الطبية أو العلمية التي لا تبررها المعالجة الطبية أو معالجة الأسنان أو المعالجة في المستشفى للشخص المعني والتي لا تجري لصالحه وتتسبب في وفاة ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص أو في تعريض صحتهم لخطر شديد. 19 - استخدام الرصاصات التي تتمدد أو تتسطح بسهولة

⁵⁷ المادة (8) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

في الجسم البشري، 20 - استخدام أسلحة أو قذائف أو مواد أو أساليب حربية تسبب بطبيعتها أضراراً زائدة أو آلاماً لا لزوم لها أو تكون عشوائية بطبيعتها بالمخالفة للقانون الدولي للمنازعات المسلحة بشرط أن تكون هذه الأسلحة والقذائف والمواد والأساليب الحربية موضع حظر شامل الخ. 21- الاعتداء على كرامة الشخص، وبخاصة المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة. 22- الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري أو التعقيم القسري أو أي شكل من أشكال العنف الجنسي يشكل أيضاً انتهاكاً خطيراً لاتفاقيات جنيف. 25- تعمد تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب بحرمانهم من المواد التي لا غنى عنها لبقائهم، بما في ذلك تعمد عرقلة الإمدادات الغوثية على النحو المنصوص عليه في اتفاقيات جنيف.

وتنطبق القواعد التي ذكرناها مسبقاً والتي تضمنها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليس فقط على النزاعات المسلحة الدولية، بل تشمل كذلك النزاعات المسلحة الداخلية.⁵⁸

ويتضح من النصوص السابقة التي تضمنها النظام الأساسي للمحكمة حرص الأخيرة على حماية حق الإنسان في الصحة عبر القواعد التي وضعتها واعتبارها انتهاك هذا الحق وخصوصاً أثناء النزاعات المسلحة من الجرائم الدولية الخطيرة التي تدخل في دائرة اختصاصها.

وعليه نخلص إلى أنّ حماية الحق في الصحة يعتبر الشغل الشاغل لوضعي اتفاقيات القانون الدولي الإنساني وخصوصاً اتفاقيات جنيف الأربع لام 1949 والبروتوكولين

⁵⁸ انظر الفقرة (ج - د - ه - و) من الفقرة الثانية من المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

الإضافيين لعام 1977 التي تعتبر بمثابة حجر الأساس بالنسبة لهذا القانون ، فضلاً عن دور المحكمة الجنائية الدولية - عبر نظامها الأساسي - في حماية هذا الحق والتعريف بخطورة المساس به وخصوصاً في أثناء النزاعات المسلحة.

خاتمة

تناولنا في بحثنا المعنون (حماية الحق في الصحة في ضوء اتفاقيات القانون الدولي الإنساني) أهمية الدور الذي تقوم به هذه الاتفاقيات في حماية ودعم الحق في الصحة الذي يعتبر من أهم حقوق الإنسان.

حيث لاحظنا حرص قواعد القانون الدولي الإنساني على إيلاء هذا الحق أولوية كبرى في ظل الحروب والنزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية التي تشهدها العديد من دول العالم.

فقد تضمنت اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948 واتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 وبروتوكولها الإضافيين لعام 1977 والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 - التي تعتبر أهم اتفاقيات القانون الدولي الإنساني - نصوصاً تتضمن تجريم المساس بحق الإنسان في الصحة وحظر التعدي عليه تحت أي ظرف، ومهما كانت المبررات.

حيث اعتبرت تلك الاتفاقيات هذا الحق من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان وكيانه الذي لا يجوز التنازل عنه أو التعرض له تحت طائلة المساءلة القضائية، سواءً أمام المحاكم الجنائية الدولية أو المحاكم الجنائية الوطنية.

وبعد هذه النتائج التي خلص إليها البحث يوصي الباحث بجملة من المقترحات التي يراها ضرورية نجلها في الآتي:

1- ضرورة الاهتمام الدولي بحماية الحق في الصحة عن طريق عقد الندوات والمؤتمرات الدولية والإقليمية التي تستهدف التعريف بأهمية هذا الحق وضرورة تعزيزه وحمايته في كافة الأوقات وخاصة في إطار النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.

2- ضرورة تفعيل قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلق بحماية حق الإنسان في الصحة عبر التعاون الوثيق بين الدول والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية لتحقيق هذا الهدف وحث أطراف النزاع المسلح على ضرورة مراعاة ذلك أثناء نشوب المنازعات المسلحة.

3- توفير كل التسهيلات اللازمة لفرق الإغاثة الطبية والمنظمات الإنسانية لتساهم في دعم الحق في الصحة وخصوصاً اللجنة الدولية للصليب الأحمر للقيام بدور أكبر في توفير الحماية للمدنيين المتواجدين في مناطق النزاع المسلح عبر توفير الرعاية الطبية والصحية وإسعاف الجرحى والمصابين وتوفير المواد الإغاثية العاجلة للفئات المتضررة من النزاع وخصوصاً الأطفال والنساء، ونقلهم إلى مناطق أكثر أمناً وتوفير السكن والغذاء المناسبين للمحافظة على صحتهم وحمايتهم من الأمراض والأوبئة والأمراض النفسية.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

أولاً: الكتب:

- 1) باسيل يوسف، دبلوماسية حقوق الإنسان - المرجعية والآليات، بيت الحكمة، بغداد، 2002.
- 2) د. جان بكتيه (القانون الدولي الإنساني، تطوره ومبادئه)، الناشر معهد هنري دونان، جنيف، 1984.
- 3) د. حازم محمد عتلم، قانون النزاعات المسلحة الدولية (المدخل - النطاق الزمني)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2014.
- 4) د. سهيل حسين الفتلاوي، الوسيط في القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، بيروت، 2002.
- 5) شارلوت ليندسي، نساء يواجهن الحرب، الناشر اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف 2002.
- 6) د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 7) د. عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثالث، حقوق لإنسان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1997.
- 8) د. عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.

- 9) د. فيصل شطناوي، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، دار الحامد، عمان، 2001.
- 10) د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة السادسة، 2007.
- 11) د. محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي العام في مجال مكافحة الجرائم الدولية للمخدرات وإبادة الأجناس واختطاف الطائرات وجرائم أخرى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984.
- 12) نظام عساف، مدخل إلى حقوق الإنسان في الوثائق الدولية والإقليمية والأردنية، طبع بدعم من أمانة عمان الكبرى، عمان، ط1، 1999.
- 13) د. نغم اسحق زكريا، القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.

ثانياً: الأبحاث العلمية:

- 1- جوديت ج. غردام، النساء وحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، بحث منشور في مؤلف (دراسات في القانون الدولي الإنساني) تقديم الدكتور مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.
- 2- الأستاذ ديفيد ديلابرا، اللجنة الدولية للصليب الأحمر والقانون الدولي الإنساني، بحث منشور في مؤلف (دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم الأستاذ الدكتور مفيد شهاب)، دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.

3- د. زيدان مريبوط، المدخل إلى القانون الدولي الإنساني " ضمن مجلد حقوق الإنسان، " دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية"، إعداد كل من د. محمود شريف بسيوني و د. محمد السعيد الدقاق، ود. عبد العظيم وزير، دار العلم للملايين، بيروت، المجلد الثاني، ط2، 1998.

4- د. عامر الزمالي، الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، منشور في مؤلف: دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم الأستاذ الدكتور مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.

5 - د. محمد عزيز شكري، تاريخ القانون الدولي الإنساني وطبيعته، منشور في مؤلف (دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم الأستاذ الدكتور مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.

ثالثاً: الوثائق الدولية:

- 1) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.
- 2) اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949.
- 3) البروتوكولين الإضافيين الملحقين باتفاقيات جنيف لعام 1977.
- 4) اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948.
- 5) العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966.
- 6) العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.
- 7) النظام الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية لعام 1998.
- 8) ميثاق منظمة الأمم المتحدة لعام 1945.

المراجع باللغة الأجنبية:

- 1) Marco Sassoli, Antoine Bouvier and others.” How Does law Protect in War”, int. committee of Red Cross, Geneva, 1999.
- 2) Jelena Pejic, The right to food in situation of armed conflict int.review of red cross,icrc,Geneva, Vol.83,No.844,2001.

الأثر الانعكاسي للتعليم على النزاعات المسلحة

غير ذات الطابع الدولي

أ. د: علي ملحم. [1] يونس احمد صارم. [2]

المخلص

تتمتع النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي بطابع خاص؛ كون فصولها وأحداثها تدور ضمن حدود البلد الواحد بأغلب الأحيان، الأمر الذي يمكن أن يلقي بظلاله على مختلف مفاصل الحياة في الدولة ذات الصلة. حيث تنتشر الفوضى ويعم الخراب، الأمر الذي يترك بالغ الأثر على مختلف حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ومنها بطبيعة الحال، الحق في التعليم. ولما للحق في التعليم من آثار على بقية حقوق الإنسان الأخرى؛ كان لا بد من التعرض له كأحد ضحايا انتشار هذا النوع من النزاعات المسلحة، وما يترافق معها من انتشار فصول النهب والتدمير، الأمر الذي يؤدي إلى إغلاق وهجر المرافق التعليمية، أو تغيير الغاية والهدف من وجودها، عن طريق عسكرة التعليم في الدولة من خلال اتباع مناهج تركز على التنشئة التربوية المشبعة بروح العسكرة والتطوع الحربي والتطرف الديني، والإشراف غير المباشر عسكرياً على السياسات التربوية التي تقوض السلام المجتمعي، وتهدد السلم والأمن الدوليين، عبر نشر المبادئ والأفكار المتطرفة والإرهاب المادي والفكري بين أبناء المجتمع الواحد. لذلك كان من الأهمية بمكان، الإضاءة على هذا الجاني السلبي للتعليم، وما يترتب عليه من نتائج ومخاطر عند إساءة توظيفه .

الكلمات المفتاحية: النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي-التعليم-الإرهاب الفكري-
التطرف-الأثر السلبي.

[1] الأستاذ الدكتور، جامعة حلب، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي.

[2] طالب دكتوراه، جامعة حلب، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي.

The reflexive impact of education on armed conflicts of a non-international character

Dr. Ali Melhem. ^[3]

Yuones Sarem. ^[4]

Abstract

Armed conflicts that are not of an international character have a special character. The fact that its chapters and events take place within the borders of one country in most cases, which can cast a shadow over the various aspects of life in the relevant country. Where chaos spreads and devastation prevails, which leaves a great impact on various human rights and basic freedoms, including, of course, the right to education. And the right to education has implications for other human rights; It was necessary to address him as one of the victims of the spread of this type of armed conflict, and the accompanying spread of looting and destruction seasons, which leads to the closure and abandonment of educational facilities, or a change in the purpose and purpose of their existence, through the militarization of education in the country by following curricula It focuses on educational upbringing imbued with the spirit of militarism, war volunteering and religious extremism, and indirect military supervision of educational policies that undermine societal peace and threaten international peace and security, by spreading extremist principles and ideas and material and intellectual terrorism among members of the same society. Therefore, it was very important to shed light on this negative culprit of education, and its consequences and risks when misused

Keywords: Non-international armed conflicts - education - intellectual terrorism - extremism - negative impact.

^[3] Professor - Department Of International Law - Faculty of Law - Aleppo University - Syria.

^[4] PhD student- Department of International Law - Faculty of Law - Aleppo University -Syria.

E-mail:younes.sarem55@gmail.com

مخطط البحث

المبحث الأول: ماهية النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي

المطلب الأول: مفهوم النزاع المسلح غير ذات الطابع الدولي

المطلب الثاني: العوامل المؤثرة في النزاع المسلح غير ذات الطابع الدولي

المبحث الثاني: آثار التعليم على النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي

المطلب الأول: الأثر السلبي للتعليم على النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي

المطلب الثاني: صور الأثر السلبي للتعليم (التطرف والإرهاب)

مقدمة:

عند اندلاع النزاعات المسلحة في أي بلد، تكون حقوق الإنسان عرضة للخطر، ولاسيما الحق في التعليم، ونظرًا لما يتمتع به الحق في التعليم أثناء النزاعات المسلحة من خصوصية؛ والتي تتمثل في تعرض أشخاصه والقائمين عليه لمختلف أشكال الانتهاكات التي قد تعمل على شل العملية التعليمية برمتها، أو تدفعها إلى التراجع والتخلف على أقل تقدير. كما إن انتشار الفوضى والوحشية الناجمين عن انتشار النزاعات المسلحة، ومهاجمة منشأته التعليمية والاستيلاء عليها من قبل القوات والجماعات المسلحة، بغية استخدامها للأغراض العسكرية، مع ما يترافق ذلك من عمليات غسل الأدمغة ونشر أفكار التطرف والإرهاب بين أبناء المجتمع الواحد، وخاصةً بين الطلبة والمعلمين وموظفي التعليم. ناهيك عن حرمان الطلاب والطالبات من الذهاب إلى مدارسهم وجامعاتهم؛ نتيجة احتلالها بشكل جزئي أو كلي من قبل القوات المسلحة والجماعات المسلحة، ضارين بعرض الحائط مصالح المجتمع في وجود أهم ركن من أركان تقدمه وتطوره، وهو الحق بالتعليم. لذلك كان من الأهمية الإضاءة على العهود والمواثيق الدولية التي تعنى بحماية الحق في التعليم وخاصةً في ظروف النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، ومعرفة القانون واجب التطبيق على مختلف الانتهاكات التي يتعرض الحق في التعليم، وسبل حماية أشخاصه عبر نصوص قانونية قابلة للتطبيق حتى أثناء النزاع المسلح، عبر وجود القواعد الخاصة بحمايته، ومعاقبة مرتكبي الانتهاكات بحق أشخاصه، سواء على الصعيد المحلي أو الدولي، وإيجاد الآليات الملائمة لمراقبة مدى الالتزام بقواعد الحماية ذات الصلة.

وانطلاقاً مما سبق، سنعمد إلى التعرف على هذا النوع من النزاعات المسلحة من جهة، وبيان الآثار السلبية للتعليم عند إساءة استخدامه، حيث يتحول إلى سلاح فتاك بيد

الأفراد والجماعات المتطرفة، ولما يخلفه من أثر خطير على الأمن والسلم الدوليين من جهة أخرى.

مشكلة البحث:

تتمثل الإشكالية الرئيسية للبحث في بيان ماهية الأثر السلبي للتعليم أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي؟ ومدى التفات المجتمع الدولي إلى إبراز ومعالجة أهم صورته، ولاسيما، التطرف والإرهاب الفكري؟

أهمية البحث:

نتيجة قلة الدراسات وخاصةً على الصعيد العربي، والتي تناولت الأثر السلبي للتعليم ونشر أفكار التطرف والإرهاب، أثناء فترات النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، والتي تهدد حياة كل من الطلاب والمعلمين وموظفي التعليم، وتأثير ذلك على المؤسسة التعليمية وخروجها عن الغرض المعدة له، وتتأى أهمية هذه الدراسة أيضاً، من خلال البحث والتنقيب عن أسس وقواعد الحماية القانونية الدولية المتوفرة للحد من تلك الآثار والانتهاكات وفق ما أقرته قواعد القانون الدولي. حيث جاء هذا البحث للتعرف على أهم تلك القواعد وبيان مدى فعاليتها كوسيلة ردع على المستوى الدولي في إرساء الحماية الدولية للحق في التعليم زمن النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي.

أهداف البحث:

هدفت هذه الدراسة الى توضيح خصوصية وأثار التعليم أثناء في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي. والتعرف على الدور الذي يلعبه التعليم سواء على الصعيد الإيجابي أم السلبي، والتركيز على توضيح صور الأثر السلبي للتعليم، عبر استعماله كسلاح بيد الأفراد والجماعات المسلحة، من خلال نشر ثقافة التطرف والإقصاء، وزرع بذور العنف والإرهاب بين أبناء البلد الواحد.

الدراسات السابقة:

(1) -فائزة عبد الأمير نايف الهديب، (2018). التربية الصهيونية اليهودية في كتب التعليم الإسرائيلية: هدفت هذا الدراسة إلى مناقشة المفردات والمقاربات التي انطوت عليها المناهج التعليمية الاسرائيلية، والكشف عن مدى تأثيرها في صياغة وتشكيل العقلية الإسرائيلية القائمة على منهج العنف والحقد وغرس الكراهية وتشويه صورة العرب والمسلمين بصفة خاصة، واعتمادها على النصوص الدينية المستمدة من التوراة، لإضفاء الصبغة الدينية على تلك المفاهيم التي تلعب دورًا كبيرًا في صياغة عقلية القمع والعنف ضد العرب، مع بعث القناعة لديهم بأنها عمل مقدس.

وخلصت الدراسة إلى بيان دور التعليم في بناء ذاكرة جماعية، وهوية قومية لدى الأجيال الجديدة في إسرائيل، والعودة الى التراث الروحي وحثهم على التمسك حتى لو كان ذلك من خلال خلق أساطير تاريخية مزيفة، مع ما يتطلب ذلك من تجميع اليهود في أرض فلسطين العربية على أساس الدين واللغة العبرية، وترغيب اليهود في الهجرة الى فلسطين باعتبارها الملجأ الروحي والمادي للوجود اليهودي، يكملها تصوير فلسطين كأرض فارغة ليس فيها شعب. وكانت التربية اليهودية بخلفيتها الدينية والتوراتية التلمودية العنصرية، وبفلسفتها المستمدة من تعاليم الصهيونية العدوانية، هي الوسيلة الأولى والأهم التي استخدمت لتحقيق أهداف الصهاينة في إنشاء دولة إسرائيل وبقائها.

(2) عبد الله محمود أحمد، (2020). التربية العنصرية-قراءة نقدية لنظام التعليم العام في إسرائيل: هدف هذا البحث إلى إلقاء الضوء على أبرز ملامح نظام التعليم العام في إسرائيل، وتأثيره على تكوين الشخصية الإسرائيلية المؤمنة بالصهيونية وأهدافها، وذلك من خلال عملية الشحن الفكري والعاطفي في مدارس التعليم العام ذات الطابع الأيديولوجي، وقد عرض البحث لمعالم الفلسفة التربوية الحاكمة لهذا النظام التعليمي ومصادر اشتقاقها، وأهدافه المعلنة والضمنية.

وخلصت هذه الدراسة إلى أن التعليم اليوم أصبح سلاحًا وميدانًا للصراع العالمي، حيث عملت المناهج التعليمية الإسرائيلية على تأجيج الصراع العربي الإسرائيلي واستتساخ أجيال مشبعة بالكراهية لكل ما هو عربي. وعملت على غرس روح الغطرسة والعنجهية عبر تشويه التاريخ، وإقناع الجاليات اليهودية في العالم بأحقيتهم بأرض فلسطين العربية.

3) - Naciye Buyukcanga, (2011). The Role of Education in Peace and Conflict in Bosnia-Herzegovina: A comparative study of three schools.

دور التعليم في السلام والصراع في البوسنة والهرسك: دراسة مقارنة لثلاث مدارس): هدفت هذه الدراسة إلى بيان مفهوم التعليم، والذي ينظر إليه للوهلة الأولى على أنه أمر إيجابي، بما يلعبه التعليم من دورًا أساسيًا في تعزيز التعاون والتفاهم بين الأشخاص، ويعزز صفوف التماسك الاجتماعي بين الأهداف الذاتية الرئيسية في التعليم. كما بينت هذه الدراسة؛ بيان التأثير السلبي الكبير للتعليم على الهياكل والعمليات التعليمية فيما يتعلق بحالات الصراع المجتمعي. وعلى سبيل المثال، يمكن رؤية هذه الإمكانيات السلبية من جانب التعليم عندما يتم إساءة استخدام التعليم لغرض الترويج للدعاية الحربية أو عندما يحرض المعلمون مجموعة عرقية واحدة ضد أخرى أو ضد الأقليات العرقية. وفضلاً على ذلك، يمكن أن يسهم التعليم في تقاوم النزاعات المجتمعية وتصعيدها على وجه الخصوص عندما ينتج (بعيد) التباينات الاجتماعية والاقتصادية ويؤدي إلى التهميش الاجتماعي أو يعزز تدريس مفهوم الهوية العرقية الذي ينكر التعددية الثقافية ووحدة المجتمع، والتي يمكن أن يؤدي إلى عدم التسامح تجاه التنوعات والاختلافات.

وخلصت الدراسة إلى الإشارة إلى إنه عند دراسة التعليم من أكثر من جانب؛ يتضح أن هنالك وجهين للتعليم، الوجه الأول؛ بما يمثله التعليم من دور إيجابي في احلال

السلام وحل النزاعات بالطرق الودية. أما الوجه السلبي له؛ فيتمثل في دور التعليم في تدمير السلام، وآثار الحفاظ على الصراع ضمن أمثلة محددة للصراعات القائمة على الهوية، فضلاً عن كونه وسيلة للتلاعب بالتاريخ لأغراض سياسية. بالإضافة إلى ذلك، يمكن أن يكون لهذا الوجه السلبي للتعليم أيضاً دوراً في التقليل من قيمة الذات وتشجيع الكراهية بشكل رئيسي من خلال التعليم المنفصل.

منهج البحث:

تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي؛ لدراسة ظاهرة استخدام التعليم كسلاح فعال في إنتاج التطرف والارهاب الفكري وفق أسلوب مدروس وممنهج، واستغلال ظروف النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، وغياب أو ضعف السلطات المحلية، ووصف هذه الظاهرة المنتشرة من كافة الوجوه من خلال الدراسات والبحوث العربية والعالمية. والمنهج التحليلي؛ لتحليل هذه المشكلة ومحاولة وضع رؤى مستقبلية للحد من هذه الظاهرة، وبناءً عليه تقديم المقترحات والتوصيات.

المبحث الأول: ماهية النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي

كانت النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي تخضع تبعاً لمفهومها التقليدي للاختصاص الداخلي للدول التي تجري في إقليمها تلك النزاعات، ويتم التعامل معها انطلاقاً من اعتبارات السيادة ولا يمكن أن تسري عليها قوانين الحرب ما لم يكتسب الثوار صفة المحاربين من قبل الدولة التي يدور على أرضها النزاع، الأمر الذي يصعب تحقيقه؛ لأنه ما من دولة تفضل تقوية نفوذ المتمردين ضدها. كونه يترتب على الاعتراف للثوار بصفة المحاربين حلول القانون الدولي محل القانون الداخلي في علاقتها مع تلك الجماعة المعترف لها بصفة المحاربين، مع ما يترتب على هذا الاعتراف من نتائج، من قبيل، حلول القانون الدولي العام محل القانون الجنائي الداخلي لدولة الأصل، ومعاملة المحاربين معاملة أسرى الحرب في حال القبض عليهم، وحق المحاربين في إقامة الحصار البحري وأخذ الغنائم وزيارة وتفتيش السفن وغيرها، وعلى الدول الأخرى الالتزام بالحياد والامتناع عن مساعدة أي من الجانبين.

المطلب الأول: مفهوم النزاع المسلح غير ذات الطابع الدولي

من الملاحظ أن أغلب النزاعات المسلحة في التاريخ المعاصر تقوم بين دول من جهة وجماعات مسلحة منظمة من جهة أخرى، أو فيما بين تلك الجماعات المسلحة، مما يضيف عليها طابعاً غير دولي، وبالتالي يمكن تقسيم النزاع المسلح غير الدولي إلى قسمين: نزاع مسلح غير دولي يدور بين جيش نظامي وفصيل مسلح أجنبي، أو فصيل وطني مستقر خارج حدود الدولة المقصودة بالنزاع، ونزاعات مسلحة داخلية والتي تدعى بالحروب الأهلية.

بقيت النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي على هذا الحال، حتى انعقاد اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، ولا سيما تبني المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات

جنيف الأربع والخاصة بالنزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، حيث جاء في متنها تعريف "النزاع الذي ليس له طابع دولي": هو النزاع الذي يقع في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة.^[5]

كان للمادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربع الفضل في تطور القانون الدولي الإنساني؛ كونها أخرجت النزاعات المسلحة الداخلية من الاختصاص الداخلي للدول إلى المستوى الدولي، الأمر الذي حسن من ظروف ضحايا هذا النوع من النزاعات المسلحة؛ حيث أوجبت على أطراف النزاع معاملة الأفراد الذين لا يشتركون مباشرة في العمليات العسكرية وأفراد القوات المسلحة الذين سلموا أسلحتهم أو الذين أصبحوا عاجزين عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز معاملة إنسانية، وحظر أي معاملة لا إنسانية، كالاعتداء على الحياة والسلامة البدنية أو الكرامة الإنسانية وأخذ الرهائن أو الإدانة وإصدار أحكام الإعدام بدون محاكمة قانونية عادلة.^[6]

^[5] المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949: "في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق - كحد أدنى - الأحكام التالية: 1- الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد أو الثروة، أو أي معيار مماثل آخر. ولهذا الغرض، تحظر الأفعال التالية فيما يتعلق بالأشخاص المذكورين أعلاه، وتبقى محظورة في جميع الأوقات والأماكن: أ- الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب. ب- أخذ الرهائن. ج- الاعتداء على الكرامة الشخصية، وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة. د- إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة تشكيل قانونياً. وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة. 2- يجمع الجرحى والمرضى ويعتنى بهم. ويجوز لهيئة إنسانية غير متحيزة، مثل اللجنة الدولية للصليب الأحمر، أن تعرض خدماتها على أطراف النزاع. وفوق ذلك، ينبغي على أطراف النزاع أن تعمل، عبر اتفاقات خاصة، على تنفيذ كل الأحكام الأخرى من هذه الاتفاقية أو بعضها. وليس في تطبيق الأحكام المتقدمة ما يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع."

^[6] حيدر كاظم عبد علي؛ قاسم ماضي حمزة، المساعدات الإنسانية، دراسة في ضوء القانون الدولي الإنساني، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث، السنة الثامنة، جامعة بابل، العراق، 2016، ص 369-370.

إلا أن المادة الثالثة المشتركة وعلى الرغم من أهميتها، لم تكن كافية لتغطية جميع الجوانب الانسانية المتعلقة بتلك النزاعات؛ لذلك وردت أحكام جديدة للتعامل مع تلك النزاعات، من قبيل أحكام البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف لعام 1977، المكمل للمادة الثالثة المشتركة، والذي جاء بنص صريح في المادة الأولى منه، على انطباقه في النزاعات المسلحة التي تدور على إقليم أحد الاطراف السامية المتعاقدة، بين قواتها المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى، وتمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من إقليمه، ولها من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة وتستطيع تنفيذ هذا البروتوكول. وقد استثنى هذا البروتوكول حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية مثل الشغب وأعمال العنف العرضية وغيرها من الأعمال المماثلة من أحكامه، وبالتالي لا تعد نزاعات مسلحة.^[7]

بغياح الاتفاق على تعريف جامع مانع للنزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، لا بد لنا من التوقف عند أهم التعريفات ذات الصلة؛ حيث عرفت اللجنة الدولية للصليب الأحمر، النزاع المسلح غير ذات الطابع الدولي بأنه "مواجهة تنشب داخل إقليم دولة بين القوات المسلحة النظامية وجماعات مسلحة يمكن التعرف على هويتها، أو بين جماعات مسلحة". أما القضاء الدولي فقد عرف النزاع المسلح غير ذي الطابع الدولي، عن طريق المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة حين عرفته بأنه "أعمال عنف مسلح طويل

^[7] المادة 1/ من البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف لعام 1977: 1. يسري هذا البروتوكول الذي يطور ويكمل المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف المبرمة في 12 آب 1949، دون أن يعدل من الشروط الراهنة لتطبيقها، على جميع المنازعات المسلحة التي لا تشملها المادة الأولى من البروتوكول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب 1949، المتعلقة بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة (البروتوكول الأول) والتي تدور على إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى، وتمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من إقليمه من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة، وتستطيع تنفيذ هذا البروتوكول. 2. لا يسري هذا البروتوكول على حالات الاضطرابات والتوتر الداخلية، مثل الشغب وأعمال العنف العرضية النادرة وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة التي لا تعد منازعات مسلحة."

بين سلطات حكومية وجماعات مسلحة منظمة، أو بين هذه الجماعات ضمن دولة واحدة".

وتعرف النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي بأنها: "قتال ينشب داخل إقليم دولة واحدة فقط، ما بين القوات النظامية المسلحة وجماعات مسلحة منشقة، أو بين جماعات مسلحة تتقاتل فيما بينها، وينطبق عليها نطاق أضيق من القواعد، التي ترد في المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع والبريتوكول الإضافي الثاني".^[8] كما عرفت المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي بأنها؛ "نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة".

وعرف نظام روما الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998، النزاع المسلح غير ذي الطابع الدولي، في المادة (2/8)؛ وذلك في معرض التمييز بين النزاع المسلح غير ذي الطابع الدولي، وحالات الاضطرابات والتوترات الداخلية، مما يعني انطباق جرائم الحرب على النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي وحسب. كما نجد أن نظام المحكمة قد عمل على التوسع في مفهوم النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي؛ حيث أعتبر من قبيل النزاع المسلح غير ذي الطابع الدولي، النزاع الذي يقع بين الجماعات المسلحة المنظمة ضمن إقليم الدولة الواحدة، بغض النظر عن اشتراك القوات المسلحة النظامية التابعة لتلك الدولة في الأعمال القتالية.^[9]

^[8] مايا الدباس؛ جاسم زكريا، (2018). القانون الدولي الإنساني، منشورات الجامعة السورية الافتراضية، الجمهورية العربية السورية، ص 63.

^[9] نظام روما الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.

المطلب الثاني: العوامل المؤثرة في النزاع المسلح غير ذات الطابع الدولي

بعد التطرق لمفهوم النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي في المطلب الأول، ينبغي التركيز على أهم العوامل التي تلعب دورًا حاسمًا في تأجيج الصراع أو التخفيف من حدته؛ لأن كل نزاع لا بد أن يكون خاضعًا للتأثر بعدد من العوامل المختلفة، سواء أكانت اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية. وعند الشروع في تحليل النزاعات والعوامل المؤثرة بها، يجب أن نأخذ بعين الاعتبار أهمية كل عامل على حدة، ونظرًا لأهمية التعليم وأثره على المجتمعات، سواء في فترات السلم أم الحرب؛ سنعمد إلى بيان أثر التعليم في هذا النوع من النزاعات المسلحة، من خلال التطرق لمفهوم كل من التعليم من جهة، والحق في التعليم أثناء النزاع المسلح من جهة أخرى، ثم الانتقال إلى بيان الآثار التي يخلفها التعليم على النزاع المسلح، ولاسيما من الناحية السلبية.

تصدى أغلب الفقهاء في القرون المنصرمة لمفهوم التعليم؛ حيث تفاوتت نظرة المفكرين التربويين لمفهوم التعليم باختلاف الفلسفات التربوية المتبعة من مفكر لآخر، ومن فلسفة لأخرى ومن مرحلة تعليمية لأخرى، إضافة إلى دور كل من حاجات وأهداف الفرد والمجتمع في تحديد مفهوم التعليم والأهداف التعليمية؛ حيث أعتبر العالم أرسطو التعليم بأنه؛ إعداد العقل لكسب العلم كما تعد الأرض للبذار (322 - 384 ق.م)، في حين أعتبر الفقيه روسو أن التعليم؛ هو التأثير المقصود الذي يمارسه شخص ناضج على غير الناضج بهدف التفاعل المناسب والتأقلم مع النمو الجسمي والعقلي والروحي والجمالي للفرد، وتعديل سلوكه اتجاه البيئة الاجتماعية المحيطة أما الفقيه جون ديوي فقد عرف التعليم؛ بأنه التأثير الذي يحمله شخص على شخص آخر بهدف جعله يحمل نفس الاعتقاد.^[10]

ويعرّف الحق في التعليم على أنه: "حق من حقوق الإنسان في حد ذاته، وهو في نفس الوقت وسيلة لا غنى عنها لإعمال حقوق الإنسان الأخرى. والتعليم، بوصفه حقًا

^[10] مرادسي حمزة، (2019). التعليم والنمو الاقتصادي-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة (1) الحاج لخضر، الجزائر، ص 45.

تمكينياً، هو الأداة الرئيسية التي يمكن بها للكبار والأطفال المهمشين اقتصادياً واجتماعياً أن ينهضوا بأنفسهم من الفقر وأن يحصلوا على وسيلة المشاركة كلياً في مجتمعاتهم. وللتعليم دور حيوي في تمكين المرأة، وحماية الأطفال من العمل الاستغلالي والذي ينطوي على مخاطر، وكذلك من الاستغلال الجنسي، وفي تشجيع حقوق الإنسان والديمقراطية، وحماية البيئة، ومراقبة نمو السكان. ويُعترف بالتعليم بشكل متزايد بوصفه واحداً من أفضل الاستثمارات المالية التي يمكن للدول أن تستثمرها. ولكن أهمية التعليم ليست أهمية عملية وحسب، فالعقل المنقّف والمستنير والنشط القادر على أن يسرح بحرية وإلى أبعد الحدود هو عقل ينعم بمسرّات الوجود ومكافآته".^[11]

كما يعرف الحق في التعليم: بأنه حق الفرد في التعليم وتعليم غيره، بما يمكنه من نشر معرفته بين الآخرين.¹² وبالإمكان تعريف الحق بالتعليم على أنه؛ الآلة الممنوحة للأفراد بهدف تلقي العلوم والمعارف والمعتقدات التي تتلاءم مع قدراتهم وتتساير مع رغباتهم، وضرورة توفير الإمكانات والسبل المناسبة وصولاً لذلك وتحقيقه، سواء من قبل الدولة بإنشاء المؤسسات التعليمية العامة المناسبة والكافية وفقاً لقدراتها وإمكاناتها المتاحة، أو من خلال إلزام الآباء بإرسال أبنائهم للمدارس والمراكز التعليمية.^[13]

جرى تصنيف الحق بالتعليم بعدة طرق مختلفة؛ باعتباره حقاً اقتصادياً وحقاً اجتماعياً وحقاً ثقافياً، وفضلاً عن انطباق جميع هذه الصفات عليه، فإنه يمثل أيضاً حقاً مدنياً وحقاً سياسياً، لأنه مستند أساسي للإعمال التام والفعال لهذين الحقين. وبالتالي فإن الحق

[11] التعليق العام رقم 13، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الهيئة المسؤولة عن مراقبة تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الدول الأطراف، 1999.

[12] فراس نعيم جاسم، الضمانات الدولية لحماية الحق في التعليم في القانون الدولي الإنساني، مجلة آداب، جامعة ذي قار، العدد 33/القسّم الأول، حزيران لعام 2020.

[13] عيد أحمد الحسبان، (2012). حق التعليم في النظم الدستورية المعاصرة-دراسة تحليلية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة آل البيت، الأردن. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد 1/2012، ص 365.

في التعليم يعبر عن عدم تجزئة حقوق الإنسان، وتربطها مع بعضها البعض. وللأهمية الحيوية للحق في التعليم؛ فقد تم الاعتراف به في عدد من المعاهدات والمواثيق الدولية مثل؛ العهد الدولي لحقوق الإنسان لعام 1966، ولا سيما في المادتين 13 و14، والمادة 28/ من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، والمادة 10/ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.^[14]

المبحث الثاني: آثار التعليم على النزاعات المسلحة غير ذات الطابع

الدولي

يقول الشاعر الأمريكي (أرشيبالد ماكليش):^[15] "بما أن الحرب تبدأ في أذهان الرجال، يجب بناء دفاعات السلام في أذهانهم أيضاً". ويعدّ تعليم السلام نموذجاً هاماً يتم اللجوء إليه في أجزاء عديدة من عالم اليوم، بغية تحقيق الهدف الرئيسي؛ المتمثل في منع العنف السياسي، وإصلاح ما تم تشويبه من القيم والسلوكيات عند معظم الأفراد المعرضين للعنف. ويرى البعض بأنه من أجل تحقيق التأثير الأمثل لتعليم السلام، يجب أن يُدرج في المناهج الدراسية قبل وأثناء وبعد الصراع، سواء في البلدان التي تعيش في حالة حرب، أو تلك التي تعيش في سلام.^[16]

^[14]التعليق العام رقم 11/ لعام 1999، مرجع سابق، ص 321.

^[15] أرشيبالد ماكليش، (Archibald MacLeish)، عاش بين (1892- 1982)، وهو شاعر وكاتب وناقد ومسرحي أمريكي، يرتبط اسمه بالمدرسة الشعرية الحديثة.

^[16] Boyden and Paul Ryder, (1996). **Implementing the Right to Education in Areas of Armed Conflict**, Department of International Development, University of Oxford, p38.

المطلب الأول: الأثر السلبي للتعليم على النزاعات المسلحة غير ذات الطابع

الدولي

تعدّ المناهج الدراسية انعكاساً للفلسفة التربوية المسيطرة على نظام التعليم في أي دولة؛ حيث يعمل المعلمون في مختلف المدارس على نقل قيم مجتمعاتهم ومبادئها وتصوراتهم المستقبلية إلى تلاميذهم عبر تلك المناهج، فضلاً عن دور السلطات الحاكمة في الدولة ذات الصلة في توجيه القائمين على وضع تلك المناهج من حيث الأهداف والتوجهات والمفاهيم التي تسعى تلك الدول إلى نقلها إلى الطلبة.^[17]

من جهة أولى، نجد أنه في الأعم الغالب، كثيراً ما يستخدم التعليم كعلاج فعال لمجموعة واسعة من العلل الاجتماعية، من قبيل العنصرية، والتمييز ضد المرأة. كما أن التعليم يمكن أن يكون له تأثير اجتماعي في بناء العلاقات السليمة والسلمية بين المجموعات. لكن ومن جهة أخرى، نجد أنه يمكن أن يكون للتعليم تأثير مدمر على الصعيد الاجتماعي، لذا كان من المفيد البدء بالنظر في بعض الطرق التي أدى بها التعليم إلى تفاقم العداء بين الجماعات في ظل ظروف التوتر العرقي.^[18]

كما أن التعليم له "وجهان"، في وجهه الإيجابي، يمكن أن يكون التعليم طريقاً لبناء السلام، في خضم النزاع، تعتبر المحافظة عليه وسيلة للتنشئة الاجتماعية، وقد توفر المدارس آلية مهمة لحماية الأطفال من سوء المعاملة.

أما في وجهه السلبي، قد يكون التعليم حافزاً للحرب، في الواقع، يمكن استخدامه كسلاح حرب في تعزيز التعصب، أو في استبعاد مجموعات معينة من الوصول إلى المدرسة أو في تفاقم التوترات العرقية. في بعض البلدان، قد يؤدي تمجيد القومية في

^[17] التربية العنصرية: قراءة نقدية لنظام التعليم العام في "إسرائيل"، عبد الله محمود أحمد، مجلة جامعة الفيوم للعلوم التربوية والنفسية، المجلد/14، ج1، جامعة الفيوم، مصر، 2020، ص 136.

^[18] Kenneth D. Bush, Diana Saltarelli, Siena, **THE TWO FACES OF EDUCATION IN ETHNIC CONFLICT**, Towards a Peacebuilding Education for Children, Italy, 2000, P 9.

كتب التاريخ إلى ظهور كراهية الأجانب والعنف. من خلال الاستبعاد الاجتماعي والتلقين العقائدي، يمكن للمدارس أن تكون وسيلة للعنف، كما هو الحال في رواندا حيث كان النظام التعليمي الذي تم إنشاؤه منذ الحقبة الاستعمارية يفضل الهيمنة السياسية والاقتصادية والاجتماعية للتوتسي على الهوتو.^[19]

بالنسبة للحرمان من التعليم فإنه يستخدم كسلاح حرب؛ فبمجرد أن تتدهور العلاقات بين الجماعات العرقية إلى حد الصراع العنيف، يتم استخدام إغلاق المدارس وتدميرها كسلاح حرب لتقويض عمليات الدعم المدني ومعاينة المتمردين بطرق من شأنها أن تهدد بشكل لا يمكن إصلاحه مستقبل أسر وأبناء هذه المجموعات. إن هذا النوع من التكتيك يعد بمثابة انتهاك خطير لحقوق الإنسان الأساسية. قد يتعطل التعليم غير الرسمي أيضاً بسبب الصراع العسكري، حيث يتمدد نسيج المجتمع وتمزقه الحروب والنزاعات؛ عندما يتم إجبار المجتمع على البقاء على قيد الحياة، ومع مواجهة المؤسسات الاجتماعية والثقافية الأساسية للتحديات، غالباً ما يتوقف النقل الطبيعي للمهارات والمعرفة من الآباء والمجتمع إلى الأطفال.^[20]

كما أن التوزيع غير المتكافئ للتعليم، قد يعمل على تقويض السلم الأهلي وزيادة فرص الاحتكاك بين أبناء المجتمع الواحد؛ ويمكن تحديد حالات تاريخية لا حصر لها، حيث حرمت المجموعات العرقية -وبشكل أوسع الفئات الاجتماعية -من الوصول إلى الموارد التعليمية، وبالتالي تم استبعادها من المشاركة الكاملة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية لبلد ما. هذه العقبات لها تأثير فوري وطويل الأجل على الوضع الاجتماعي والاقتصادي "للمجموعات المتضررة"؛ نظراً لأن التعليم أصبح على نحو متزايد سلعة ذات قيمة عالية، فقد كان توزيعه غير المتكافئ مصدراً خطيراً للاحتكاك الذي أدى في كثير

^[19] Thomas Poirier, (2011). **The effects of armed conflict on schooling in Sub-Saharan Africa**, HAL, Ph.D. Student, Institute for Research in the Sociology and Economics of Education (IREDU), UMR 5225, CNRS-University of Burgundy, Dijon, France, p 20.

^[20] Kenneth D. Bush, Diana Saltarelli, Siena, **op.cit.** p11.

من الأحيان إلى المواجهة. كما يُظهر كيف يمكن أن تصبح سلطات الدولة "عرقية"، أي تُستخدم لتعزيز مصالح مجموعة على حساب الآخرين، كما حدث وعلى سبيل المثال، عندما خفضت السلطات الصربية عدد الأماكن في المدارس الثانوية المخصصة للألبان في كوسوفو. [21]

عادةً ما يظهر التعليم كضحية للعنف من جهة، وكحلٍ له من جهةٍ أخرى، إلا إنه ومن جانبٍ آخر، لاحظت الأبحاث الحديثة أن التعليم قد يساهم في كثير من الأحيان في تعزيز العنف، حيث يتفق العديد من المحللين على أن الحرب قد تكون ناتجة بشكل عام عن الإقصاء والتهميش. وبرز قضايا مثل عدم المساواة السياسية والثقافية والاقتصادية، وانعدام الثقة في الحكومة، وانعدام الثقة والشك بين مختلف الجماعات الأخلاقية والدينية، وعدم وجود سبل للتفاعل السلمي. [22]

نخلص مما سبق، أن للتعليم وجهان، إيجابي وسلبي، ويمكن أن يعزز جانبه السلبي فرص الصراع العنيف بدلاً من تقليله، حيث لاحظ المؤلفون أن الوجه السلبي يظهر في التوزيع غير المتكافئ للتعليم لخلق الامتياز أو الحفاظ عليه، واستخدام التعليم كسلاح للقمع الثقافي، وإنتاج أو تزوير الكتب المدرسية لتعزيز التعصب. [23]

وبالعودة إلى الحقبة الاستعمارية، نجد أن القوى الأوروبية في كثير من الأحيان استخدمت مبدأ "فرق تسد"، كمعيار لإعطاء مجموعات من أقلية معينة إمكانية الوصول إلى التعليم حتى يتمكنوا من العمل كموظفين محليين، وعند الاستقلال، امتلكت هذه المجموعات المهارات المهنية والإدارية اللازمة لإدارة شؤون الدولة، كما كان الحال في

[21] Kenneth D. Bush, Diana Saltarelli, Siena, *Ibid.* p 9.

[22] Susan L. Robertson, Mario Novelli, Roger Dale, Leon Tikly, Hillary Dachi and Ndibelem Alphaonce, **Globalization, Education and Development: Ideas, Actors and Dynamics** Centre for Globalisation, Education and Societies, University of Bristol, UK, (2007) London: DfID, P 107.

[23] Susan L. Robertson, Mario Novelli, Roger Dale, Leon Tikly, Hillary Dachi and Ndibelem Alphaonce, *op.cit.* P 107

العديد من المستعمرات البريطانية السابقة، مثل سريلانكا والهند والسودان. وفي رواندا، على سبيل المثال، فضلت المدارس التبشيرية الكاثوليكية علناً أقلية التوتسي وميزت بنشاط ضد الهوتو منذ أواخر القرن التاسع عشر وخلال عشرينيات القرن الماضي، أنشأت الكنيسة "مدارس خاصة" لتعليم التوتسي بصفتهم قادة المستقبل للبلاد، كما تم إنشاء مدارس حكومية لتدريب التوتسي كموظفين داعمين للحكومة الاستعمارية. واستمرت هذه المعاملة التفضيلية طوال ثلاثينيات وأربعينيات القرن العشرين. حيث تم تعليمهم اعتبار أنفسهم طبقة أرستقراطية متجهة إلى الحكم، في حين أن الهوتو لم يتلقوا ما يكفي من التعليم لتمكينهم من القيام بوظائف وضيعة وحسب، في حين اكتسب التوتسي احتكاراً سياسياً وإدارياً وثقافياً واقتصادياً للسلطة.^[24]

وفي إشارة للدور السلبي المحتمل للتعليم، نجد أن تقرير المقرر الخاص المعني بالحقوق في التعليم المقدم إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، تحت رقم 10/8، تاريخ 2005/5/20، قد اشتمل على تحذير مفاده؛ أن التعليم قد يؤدي دوراً رئيسياً في تعزيز التعاون والتفاهم الإنساني، إلا أنه ومن جهةٍ أخرى، فالتعليم الذي لا يساهم في بناء السلام، قد يزيد من عدم تحقيق العدالة الاجتماعية وعدم المساواة بين الجنسين، مما يجعله بعيد كل البعد عن أن يكون مفيداً، لا بل من شأنه أن يعمل على تأجيج الصراعات.^[25]

وأشار برنامج الأمم المتحدة الإنمائي إلى أحد الأمثلة على هذه العلاقة، حيث سلط الضوء على كيفية مساهمة الاستبعاد من المدارس نتيجة للفقر في سيراليون في انضمام الشباب إلى جيوش المتمردين. يقدم التعليم مثلاً آخر على كيف أن الصراع العنيف

^[24] Kenneth D. Bush, Diana Saltarelli, Siena, *op.cit.* p 10.

^[25] تقرير المقرر الخاص المعني بالحقوق في التعليم المقدم إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، تحت رقم 10/8، تاريخ

2005/5/20

يخلق حلقة من الصعب كسرها، وجدت دراسة استقصائية للمقاتلين السابقين في سيراليون أن الأغلبية الساحقة ممن انضموا إلى التمردات الوحشية كانوا من الشباب الذين كانوا يعيشون في ظروف صعبة قبل اندلاع الحرب. وبناءً على مقابلات مع 1000 مقاتل سابق، وجد الاستطلاع أن نصفهم ترك المدرسة لأنهم لا يستطيعون تحمل الرسوم أو لأن المدرسة أغلقت.^[26]

المطلب الثاني: صور الأثر السلبي للتعليم (التطرف والإرهاب)

يتجاوز الوجه الإيجابي توفير التعليم لبرامج السلام، مما يعكس الفوائد التراكمية لتوفير تعليم عالي الجودة، وتتمثل هذه الآثار؛ في الحد من الصراع، وتعزيز التسامح اللغوي، وتغذية التسامح العرقي، ونزع السلاح، من خلال الاستبعاد الاجتماعي والعنف والتلقين. ومن جهةٍ أخرى، يمكن للمدارس أن تكون أسلحة قوية لإنتاج العنف بدلاً من الحد منه.^[27]

وبالعودة إلى الحديث عن الأثر السلبي للتعليم موضوع بحثنا؛ نجد تعدد الطرق التي قد تعيد بها الأنظمة المدرسية إنتاج التفاوتات الاجتماعية، وتزيد من حالات التوتر وتكون محفزاً للحرب، ففي بعض البلدان يكون النظام المدرسي نفسه هو الذي يروج لكراهية الأجانب والعنصرية تجاه الجماعات العرقية، أو الأقليات الدينية، ومن هذا المنطلق يتم زرع بذور الحرب والصراع. فعلى سبيل المثال، نلاحظ أن المدارس في جنوب إفريقيا خلال الفصل العنصري، وفي مدارس كوسوفو، وفي مدارس تايوان أعدت الأطفال نفسياً وعسكرياً للنزاع بطرق واضحة. وبالتالي، تعمل هذه المدارس على إدامة مجموعة التفاوتات والتحيزات التي كانت موجودة خارج جدران المدرسة بدلاً من تحدي

^[26] Susan L. Robertson, Mario Novelli, Roger Dale, Leon Tikly, Hillary Dachi and Ndibelema Alphonse, **op.cit.** P 107.

^[27] Susan L. Robertson, Mario Novelli, Roger Dale, Leon Tikly, Hillary Dachi and Ndibelema Alphonse, **op.cit.** P 107

شرعيتها. ويوجد أنواع مختلفة من العنف التي يمكن أن تحدث فيما يتعلق بالتعليم، حيث ينتقل من العنف المباشر، إلى غير المباشر، إلى العنف القمعي، وأخيراً النفور، الذي يرى أن الهياكل التعليمية المعاصرة تعمل على إعادة إنتاج عدم المساواة، فضلاً عن إعادة إنتاج ونقل بيانات ذكورية وسلطوية قوية ونشر فكرة قومية وجوهرية للغاية عن المواطنة تتكرر الواقع التعددي للمجتمعات.

وهناك مجموعة من الأمثلة على أساليب العنف المتولدة عن التعليم:

- التوزيع غير المتكافئ للتعليم والفرص التعليمية (الوصول المقيد لمسلمي كوسوفو، مماثل في بوروندي ورواندا).
- استخدام التعليم كسلاح للقمع الثقافي (حرمان الطلاب الأكراد من الحق في التحدث بلغتهم الأم في المدارس التركية).
- الحرمان من التعليم كسلاح حرب (إغلاق إسرائيل للمدارس الفلسطينية). التلاعب بالتاريخ لأغراض سياسية (إعادة كتابة التاريخ الألماني النازي).
- التلاعب بالكتب المدرسية (أعلنت الكتب المدرسية السريلانكية في السبعينيات والثمانينيات من القرن الماضي أن التأميل عدو تاريخي للسنةالبيين).
- نقل الصور التي تؤكد تفوق مجموعة على أخرى (جنوب أفريقيا في ظل نظام الفصل العنصري نقلت السكان السود على أنهم أقل شأنًا من البيض).
- التعليم المنفصل (جنوب إفريقيا).^[28]

ولطالما تعددت صور ومظاهر العنف السائد أثناء النزاعات المسلحة؛ نتيجة تطورها وتماشيتها مع تطور الأسلحة المستخدمة وتنوعها، وللوقوف على بيان أهم مظاهر الأثر السلبي للتعليم والتي تبرز أثناء النزاع المسلح غير ذات الطابع الدولي بشكل خاص،

[28] Susan L. Robertson, Mario Novelli, Roger Dale, Leon Tikly, Hillary Dachi and Ndibelema Alphonse, **Ibid.** P 107.

ينبغي لنا التعرف على بعض المصطلحات السائدة خلال ظروف النزاع، من قبيل التطرف العنيف، والإرهاب؛ لما يمثلانه من مخاطر على المجتمعات التي تعاني من وبيلات هذا النوع من النزاعات:

فالنسبة للتطرف العنيف؛ نجد أنه لا يوجد تعريف متفق عليه دولياً للتطرف العنيف؛ فالمفهوم الأكثر شيوعاً للمصطلح هو الذي يشير إلى معتقدات وأفعال الأشخاص الذين يدعمون أو يستخدمون العنف لتحقيق غايات إيديولوجية، أو دينية، أو سياسية، ويشمل ذلك الإرهاب، وغيره من أشكال العنف الطائفي والمرتببط بدوافع سياسية، كذلك، يشير مصطلح التطرف العنيف، إلى اللجوء إلى استخدام العنف بدوافع إيديولوجية.^[29]

أما الإرهاب: والذي يعدّ من أبرز صور العنف في مجالات العلاقات الإنسانية؛ حيث تتحول الفكرة، من أبحاث أو معتقدات، إلى سلوك وممارسة على أرض الواقع، وينعقد الإجماع على أن الإرهاب يمثل إحدى أكبر مهددات الأمن الوطني والسلام العالمي، وهو بالإضافة إلى ذلك يمثل أكثر الأنشطة انتهاكاً لحقوق الإنسان، ويعرض حياة الكثير من الناس الأبرياء للخطر.^[30]

وتبعاً لما سبق، فقد جاء النص على جعل التعليم متاحاً للجميع، وبشكل يتفق مع مقاصد الأمم المتحدة في تحقيق سبل التفاهم والاحترام المتبادل بين الشعوب، وبعيداً عن مظاهر التمييز والعنصرية؛ بغية تحقيق الهدف الرئيس للأمم المتحدة، والمتمثل في تحقيق أواصر السلم والأمن الدوليين. في الفقرة الأولى من المادة/13/ من العهد الدولي للحقوق الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966.^[31] كما حدد

^[29] منع التطرف العنيف من خلال التعليم، دليل لصانعي السياسات، صدر في عام 2018 عن منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، اليونسكو 2018، فرنسا، باريس، ص 19.

^[30] منع التطرف العنيف من خلال التعليم، المرجع نفسه، ص 19.

^[31] الفقرة الأولى من المادة/13/ من العهد الدولي للحقوق الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966، 1-تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل فرد في التربية والتعليم. وهي متفقة على وجوب توجيه التربية

التعليق العام رقم 13/، الصادر عن اللجنة الدولية لحقوق الإنسان، أهم الالتزامات القانونية المفروضة على الدول الأطراف؛ حيث تلتزم الدول الأطراف بضمان توجيه المناهج الدراسية وعلى مختلف مستويات النظام التعليمي نحو الأهداف المحددة في الفقرة الأولى من المادة/13/ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وإنشاء نظام مراقبة فعال وشفاف لمراقبة ما إذا كان التعليم في الواقع موجهاً نحو تحقيق الأهداف التعليمية المذكورة في الفقرة الأولى من المادة /13/ من العهد الدولي.^[32]

وفي نفس السياق، جاءت الفقرة الثالثة من المادة /26/ من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، بنص أكثر تفصيلاً بخصوص التزام الدول بمبدأ التعاون الدولي فيما يتعلق بالحق في التعليم: والتي أوجبت على الدول الأطراف أن تعزز وتشجع التعاون الدولي في الأمور المتعلقة بالتعليم، وبشكل خاص التعاون، للقضاء على الجهل والامية في جميع أنحاء العالم، وتسهيل سبل الوصول إلى المعرفة العلمية والتقنية وأساليب التدريس الحديثة، مع الأخذ في عين الاعتبار وبشكل خاص احتياجات البلدان النامية. وبناءً على ذلك يتوجب على الدول أن تأخذ في الاعتبار متطلبات الدول العاجزة عن إعمال الحق في التعليم نتيجة تعرضها للهجمات المتعمدة والمباشرة أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، وخاصةً إذا كانت من الدول النامية.^[33]

والتعليم إلى الإنماء الكامل للشخصية الإنسانية والحس بكرامتها، وإلى توطيد احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية. وهي متفقة- كذلك-على وجوب استهداف التربية والتعليم، تمكين كل شخص من الإسهام بدور نافع في مجتمع حر، وتوثيق أواصر التفاهم والتسامح والصداقة بين جميع الأمم، ومختلف الفئات السكانية أو الإثنية أو الدينية، ودعم الأنشطة التي تقوم بها الأمم المتحدة، من أجل صيانة السلم.

^[32] التعليق العام رقم 13/ لعام 1999، مرجع سابق، ص 330.

^[33] Siobhan Smith, **Are the Current Legal Provisions concerning education in Situations of Non-International Armed Conflict Effective in Practice? An Examination of International Human Rights Law and International Humanitarian Law**, (Ph.D.) IN THE LAW SCHOOL, LANCASTER UNIVERSITY, UK, 2015, P 81.

في القرار التاريخي للجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (A/RES/60/288) لعام 2006، أعربت الدول الأطراف عن إدانتها القوية والقاطعة للإرهاب بجميع أشكاله، أيًا كان مرتكبه، وحيثما ارتُكِبَ وأيًا كانت أغراضه، حيث إنّه يشكّل أحد أفدح الأخطار التي تهدّد السلام والأمن الدوليين التي يمكن إدراجها في فهم الإرهاب، مؤكدة على أن الأعمال والأساليب والممارسات الإرهابية بجميع أشكالها أو مظاهرها أنشطة تهدف إلى تقويض حقوق الإنسان والحريات الأساسية والديمقراطية، وتهدد السلامة الإقليمية للدول وأمنها، وتزعزع استقرار الحكومات المشكلة بصورة مشروعة، وأنه ينبغي للمجتمع الدولي أن يتخذ الخطوات اللازمة لتعزيز التعاون من أجل منع الإرهاب ومكافحته. حيث وضعت الجمعية العامة في اعتبارها الحاجة إلى معالجة الظروف التي تؤدي إلى انتشار الإرهاب، وأكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة عزم الدول الأعضاء على مواصلة بذل كل ما في وسعها من أجل حل الصراعات وإنهاء الاحتلال الأجنبي والتصدي للقمع والقضاء على الفقر وتعزيز النمو الاقتصادي المتواصل والتنمية المستدامة والازدهار العالمي والحكم الرشيد وحقوق الإنسان للجميع وسيادة القانون وتحسين التفاهم فيما بين الثقافات، وكفالة احترام جميع الأديان أو القيم أو المعتقدات الدينية أو الثقافات.^[34]

ومن جهته، عمل القانون الدولي الإنساني على حماية المرافق التعليمية (مدارس جامعات) استنادًا الى مبدأ التمييز بين كل من الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، وذلك عبر النص عليها في المادة 52 من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1977، وذلك بتوفير الحماية لجميع الممتلكات، بما في ذلك مرافق التعليم، من أية هجمات متعمدة ومباشرة، طالما احتفظت تلك المرافق بطابعها المدني ولم

^[34] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (A/RES/60/288) لعام 2006.

تلبس طابعًا عسكريًا.^[35] أي أن تلك المرافق تفقد مزية الحماية استنادًا لمبدأ التمييز، عندما تتحول الى مواقع عسكرية، أو تحتل من قبل القوات المسلحة وتستخدم لأغراض عسكرية، استنادًا لمبدأ الضرورة العسكرية، والذي يعرف بأنه: الحالة التي تكون ملحة لدرجة أنها لا تترك وقتًا كافيًا للأطراف المتناحرة لاختيار الوسائل المستخدمة في أعمالها، أو في الأحوال التي تظهر أثناء الحرب وتفرض حال قيامها ارتكاب أفعال معينة على وجه السرعة بسبب موقف أو ظروف استثنائية وليدة تلك اللحظة، وبالتالي يحق للطرف الآخر في النزاع مهاجمة تلك المواقع بعد أن فقدت طابعها المدني.^[36]

وأخيرًا، نخلص إلى ما مفاده، إن التعليم سلاح ذو حدين؛ وخاصة أثناء النزاعات المسلحة، فكما يكون للتعليم الفضل في حل النزاعات عبر بث أسس التعايش السلمي وأفكار السلام، والعمل على منع النزاعات عبر الدعوة إلى إحلال الطول الودية للنزاعات، نجد في المقلب الآخر، إن التعليم قد يلعب دورًا كارثيًا عند إساءة استخدامه واستغلاله من قبل أصحاب الفكر الظلامي والإقصائي، لذا ينبغي العمل على تفعيل أسس المراقبة والمساءلة لمجمل الانتهاكات التي قد يتعرض لها الحق في التعليم، على الصعيدين المحلي والدولي، وسواء أثناء السلم أم الحرب.

[35] المادة /52/ من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام 1977: "1- لا تكون الأعيان المدنية محلًا للهجوم أو لهجمات الردع. 2- تقتصر الهجمات على الأهداف العسكرية فحسب. وتتحصر الأهداف العسكرية فيما يتعلق بالأعيان على تلك التي تسهم مساهمة فعالة بالعمل العسكري سواء كان بطبيعتها أم بموقعها أم بغايتها أم باستخدامها، والتي يحقق تدميرها التام أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكرية =أكيدة. 3- إذا ثار الشك حول ما إذا كانت عين ما تكرر عادةً لأغراض مدنية مثل مكان العبادة أو منزل أو أي مسكن آخر أو مدرسة، إنما تستخدم في تقديم مساهمة فعالة للعمل العسكري، فإنه يفترض أنها لا تستخدم كذلك".

[36] هشام بشير، حماية البيئة في ضوء القانون الدولي الإنساني، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة

النتائج

- غياب تعريف جامع مانع للنزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، سواء على المستوى الفقهي أو القانوني.
- أهمية إعمال الحق في التعليم أثناء النزاعات المسلحة بمختلف أنواعها؛ منعاً لترك الساحة لقوى الظلام والتطرف لنشر ثقافة الخوف والكرهية.
- الأثر السلبي الكارثي والمدمر للتعليم، عندما يفسح المجال للقوى المناهضة للسلم الاجتماعي والمعادية للسلم والأمن الدوليين بالعمل على استغلال سلاح التعليم بطريقة سلبية.
- تقصير المجتمع الدولي في تطوير أسس التعاون الدولي الخاصة بحماية الحق في التعليم أثناء النزاعات المسلحة.
- للتعليم وجهان؛ الأول إيجابي وهو ما يجب تدريسه وحمايته على المستوى المحلي والعالمي، والثاني سلبي، وهو ما يجب حظره، وصولاً إلى القضاء عليه وعلى آثاره على جميع المستويات.
- بروز المظاهر السلبية للتعليم أثناء النزاعات المسلحة، ولاسيما النزاع المسلح غير ذات الطابع الدولي، وفي مقدمتها، التطرف العنيق، والإرهاب الفكري.

التوصيات

- العمل على صياغة تعريف جامع مانع للنزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، وإدراجه ضمن نصوص مجمل الاتفاقيات الدولية ذات الصلة.
- الإضاءة على الجانب الإيجابي والمشرق للتعليم، ولا سيما على دوره في نشر بذور السلام والتعايش السلمي بين أفراد المجتمع الواحد، على الرغم انتمائهم لأكثر من دين أو عرق.
- العمل على الإضاءة على الجانب السلبي للتعليم على النزاع المسلح، عبر الإعلانات والمؤتمرات الدولية، وحث الدول على الوقوف في وجه القوى الظلامية الساعية إلى استغلاله في فترات الحروب والنزاعات المسلحة.
- العمل على تعريف واضح للإرهاب على المستوى الدولي، والتمييز بينه وبين المقاومة المشروعة للدفاع عن مصالح الشعوب في تقرير المصير، ومقاومة الاحتلال.
- العمل على سن التشريعات على المستويين المحلي والدولي، والتي تعنى بمكافحة دعوات التحريض على الكراهية، ونشر أفكار التطرف والتفرقة العنصرية، سواء في أوقات السلم أم الحرب.
- تجريم أصحاب الأفكار العنصرية والداعية إلى الكراهية وإلغاء الآخر، ومقاضاتهم أمام المحاكم الجنائية الوطنية والدولية المختصة.

المراجع References

- The four Geneva Conventions of 1949.
- The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966.
- The International Covenant on Civil and Political Rights of 1966.
- The First Additional Protocol to the Geneva Conventions of 1977.
- Additional Protocol II to the Geneva Conventions of 1977.
- The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 1979.
- The Convention on the Rights of the Child of 1989.
- United Nations General Assembly Resolution No. (A/RES/60/288) of 2006.
- Hisham Bashir, **Environmental Protection in Light of International Humanitarian Law**, 1st Edition, The National Center for Legal Publications, Cairo 2011.
- Eid Ahmad Al-Husban (2012). **The Right to Education in Contemporary Constitutional Systems - A Comparative Analytical Study**, Faculty of Law, Al al-Bayt University, Jordan. Journal of Sharia Sciences and Law Studies, Volume 39, Issue /1/, 2012.
- Hala Shaath, **Protection of Civilian Objects in Times of Armed Conflict**, Journal of Rights and Human Sciences, Issue 25, Volume One, Dubai.

- Haider Kazem Abd Ali; Qasim Madi Hamza, (2016). **Humanitarian aid, a study in the light of international humanitarian law**, Al-Mohaqqiq Al-Hilli Journal for Legal and Political Sciences, third issue, eighth year, University of Babylon, Iraq.
- Maya Dabbas; Jassim Zakaria, (2018). **International Humanitarian Law**, Syrian Virtual University Publications, Syrian Arab Republic.
- **Preventing Violent Extremism through Education: A Guide for Policy Makers**, UNESCO, 2018, France, Paris.
- Moradsi Hamza (2019). **Education and economic growth - a comparative study**, Ph.D. thesis, University of Batna (1), Hajj Lakhdar, Algeria.
- Abdullah Mahmoud Ahmed, (2020). **Racial Education: A Critical Reading of the Public Education System in "Israel"**, Fayoum University Journal of Educational and Psychological Sciences, Vol. /14/, Part 1, Fayoum University, Egypt.

In Arabic

- Boyden and Paul Ryder, (1996). **Implementing the Right to Education in Areas of Armed Conflict**, Department of International Development, University of Oxford.
- Kenneth D. Bush, Diana Saltarelli, Siena, **THE TWO FACES OF EDUCATION IN ETHNIC CONFLICT**, Towards a Peacebuilding Education for Children, , Italy, 2000.
- Susan L. Robertson, Mario Novelli, Roger Dale, Leon Tikly, Hillary Dachi and Ndibelema Alphonse, **Globalisation, Education and Development: Ideas, Actors and Dynamics**, Centre for Globalisation, Education and Societies, University of Bristol, UK, DfID, (2007) London.
- Naciye Buyukcanga, (2011). **The Role of Education in Peace and Conflict in Bosnia-Herzegovina: A comparative study of three schools**, UNIVERSITY OF OSLO, NORWAY, FACULTY OF EDUCATIONAL SCIENCES DEPARTMENT OF EDUCATIONAL RESEARCH.
- Siobhan Smith, **Are the Current Legal Provisions concerning education in Situations of Non-International Armed Conflict Effective in Practice? An Examination of International Human Rights Law and International Humanitarian Law**, (Ph.D.) IN THE LAW SCHOOL, LANCASTER UNIVERSITY, UK, 2015.

دور التحكيم الإلكتروني في حماية المستهلك الإلكتروني

طالبة الدراسات العليا (ماجستير): لينا الرغبان
قسم القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة حلب
الدكتور المشرف: د. محمد زيدان

الملخص

إن التجارة الإلكترونية فرضت نفسها على الواقع باعتبارها أحد أدوار العولمة الاقتصادية، وصارت اليوم حقيقة يعيشها المستهلكين أو المجتمع ككل، فأتاحت العديد من المزايا لرجال الأعمال والشركات التجارية في عملية عرض السلع والخدمات بين العديد من الجهات من دون لقاء مباشر فيما بينهم، مما يستدعي توسيع نطاق الحماية الخاصة بالمستهلك الإلكتروني؛ لأن هذا الموضوع له مساس مباشر بواقع الناس وحياتهم. ومن هنا ظهر التحكيم الإلكتروني كآلية مميزة لحماية مصالح المستهلك الإلكتروني، حيث أضحت التحكيم الإلكتروني أمراً واقعياً، ووسيلة معترف بها لتسوية المنازعات الإلكترونية، لما له من مزايا عديدة من سرعة في الإجراءات وانخفاض في التكاليف، وما يتميز به من المرونة والحفاظ على سرية التعامل. ولقد كان له صور خاصة باتفاق التحكيم يتعين من خلالها طرائق اللجوء إلى التحكيم وصحتها عندما تأخذ شكل مشاركة التحكيم الذي يتم بعد قيام النزاع وظهور مراكز التحكيم الإلكتروني التي كان الهدف من إنشائها حماية المستهلك، وتحقيق مصالحه، وتحميل العبء على كاهل المهني من حيث التكاليف وغيرها، ناهيك عن ذلك لاحظنا مدى ملائمة التحكيم الإلكتروني لمنازعات عقود المستهلكين الإلكترونية من خلالها القواعد المطبقة، ومن خلال انخفاض التكاليف.

الكلمات المفتاحية: التجارة الإلكترونية، المستهلك الإلكتروني، التحكيم الإلكتروني.

The role of electronic arbitration in protecting the electronic consumer

Abstract

E-commerce has imposed itself on reality as one of the roles of economic globalization, and today it has become a reality for consumers and society as a whole. It provided many advantages to businessmen and commercial companies in the process of offering goods and services between many parties without a direct meeting with each other, which calls for expanding the scope of protection for the electronic consumer because this issue has a direct impact on the reality of people and their lives, hence the emergence of electronic arbitration as a distinctive mechanism to protect The interests of the electronic consumer, as electronic arbitration has become a realistic matter, and a recognized method for the settlement of electronic disputes, because of its many advantages in terms of speed in procedures and low costs, and what is characterized by flexibility and maintaining the confidentiality of dealing. There are special forms of the arbitration agreement that determine the methods of resorting to arbitration and its validity, especially those that take the form of an arbitration agreement that takes place after the dispute has arisen, in addition to the emergence of electronic arbitration centers whose aim was to protect the consumer, achieve his interests, and place the burden on the shoulders of the professional in terms of costs. And others, not to mention that we have noticed the suitability of electronic arbitration for electronic consumer contract disputes through the rules applied, and through lower costs.

Keywords: E-commerce, consumer, arbitration.

المقدمة:

إن العالم يشهد ثورة المعلومات والاتصالات ووسائل التعامل الإلكتروني، ويشهد تطوراً هائلاً ومتسارعاً، حتى أصبحت وسائل الاتصال الحديثة لا يمكن الاستغناء عنها، ونتيجة لهذا التطور ظهرت التجارة الإلكترونية كأحدى روافد ثورة المعلومات، وأصبح الانترنت العمود الفقري في الدول المتقدمة للمعاملات الاقتصادية والمالية وعقد الصفقات.

كل هذا أدى إلى تحولات اقتصادية واجتماعية طغت على جميع نواحي الحياة، وغطت العالم بأكمله، مما دعا إلى المحافظة على مستقبل العدالة ضمن إطار زيادة عدد القضايا المطروحة، ومن ثم التفكير العمق والدراسة للبحث عن وسائل وأساليب جديدة لفض المنازعات، تكون مختلفة عن الطرائق التقليدية والخروج عن منح الاختصاص للمحاكم لفض المنازعات، واللجوء إلى هيئات خاصة تسهل فض النزاعات، حيث إن التحكيم يمصل الصورة الأساسية لهذا الخروج عن اختصاص القضاء الرسمي، لأنه يقوم على حرية الأفراد في اختيار من يفرض نزاعاتهم.

لقد شهد التحكيم ازدهاراً ملحوظاً في العصر الحديث في مجال المعاملات والتجارة الدولية، حيث أصبح التحكيم هو الوسيلة المثلى للتجارة الإلكترونية التي تعتمد على السرعة في الإبرام والتنفيذ بعيداً عن الغموض والبطء الذي يكتنف إجراءات القضاء العادي.

يُعد التحكيم نظام قضائي من نوع خاص، فهو وسيلة فعالة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، ولقد حظي بتطبيقات فعلية ومتنوعة من خلال مبادرات خاصة تبنتها بعض المنظمات الدولية والإقليمية المتخصصة بتسوية المنازعات؛ لأنه يتميز في الآلية التي يتم فيها الإجراء من أوله وحتى النهاية، وذلك عبر الانترنت وغيره من وسائل الاتصال الحديثة.

ويُعد هذا كله إفراساً من إفراسات العولمة التي ساهمت في انتشار الوسائل الإلكترونية التي تحقق السرعة في التعاقد وكسر الحواجز الجغرافية للدول، واعتبار العالم قرية كونية واحدة. وأخيراً تعزز العولمة وسائل جديدة للتقاضي وتسوية المنازعات الناشئة عن تلك الوسائل، وتستفيد من السرعة للوصول للحل المناسب، ولقد أتاحت شبكة

المعلومات الدولية للمتعاملين من خلالها اتخاذ إجراءات تسوية منازعاتهم على الخط مباشرة من دون الحاجة إلى التواجد المادي للأطراف، مما يعني تطوير نظام قانوني ملائم وموازي للقواعد التقليدية للاختصاص القضائي.

وكان من أبرز وسائل التسوية الحديثة التي تقوم بفض منازعات التجارة الإلكترونية في العالم الإلكتروني هو التحكيم الإلكتروني لما يحققه من سرعة في الإجراءات وتخفيض في التكاليف.

هدف البحث:

يهدف البحث إلى إبراز مكانة التحكيم الإلكتروني في قائمة اهتمامات العصر الحديث، وتبيان الإجراءات المرتبطة به وذات الصلة بحماية المستهلك الإلكتروني، وتبيان قواعده الخاصة والتعرف على آليته.

إشكالية البحث:

يتمحور إشكالية البحث في العمل على إبراز دور التحكيم الإلكتروني في توفير الحماية الأفضل للمستهلك الإلكتروني انطلاقاً من الوقوف على مفهوم التحكيم ذاته، وذلك بهدف العمل على تبيان مدى فعالية الحماية الإلكترونية عبر التحكيم الإلكتروني.

منهج البحث:

اتبعنا في هذا البحث المنهجين الآتيين:

المنهج الاستقرائي: من خلال التعريف بماهية التحكيم الإلكتروني وعرض شروطه ومزاياه وعيوبه.

المنهج التحليلي: ويتضح من خلال بيان دور التحكيم الإلكتروني في حماية المستهلك الإلكتروني، وتبيان آلية الإجراءات لتحقيق تلك الحماية وتحليل صور اتفاق التحكيم الإلكتروني.

تقسيم البحث: للوصول للنتائج المرجوة من البحث سوف يتم تقسيمه إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني.

المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني كآلية لحماية المستهلك.

المطلب الأول- ماهية التحكيم الإلكتروني:

يهدف التحكيم الإلكتروني إلى تنقية وتأمين بيئة العمل الإلكتروني وما يتصل بها من خلال تسوية وحلّ المنازعات الإلكترونية القائمة، وتقديم الخدمات الاستشارية التي من شأنها منع حدوث المنازعات للحصول على مجتمع رقمي معافى من خلال تقديم خدمات التحكيم؛ وذلك من خلال محكمين خارجيين عبر وسائط الاتصالات الإلكترونية لتسوية المنازعات المنبثقة عن العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي⁽¹⁾. ولقد أصبح البريد الإلكتروني أمراً واقعياً ووسيلة معترف بها لتسوية المنازعات الإلكترونية باستخدام البريد الإلكتروني أو الموقع الإلكتروني وغيرها من الوسائل⁽²⁾، ولأن عولمة الاتصال تتطلب وجود قضاء افتراضي يستخدم إجراءات إلكترونية تتلاءم وخصوصيات هذا العالم، وهو ما يحتاجه المتعاملون في هذا المجال، حيث يتمثل هذا القضاء أساساً في التحكيم الإلكتروني والذي يحافظ على استمرار العلاقات التجارية بين الأطراف⁽³⁾.

ومن هنا تبرز ضرورة وضع تعريف للتحكيم الإلكتروني ليتم تمييزه عن ما يختلط به من وسائل التسوية الأخرى، ثم عرض أبرز المزايا التي يتمتع بها هذا النوع والتنويه إلى المخاطر التي نكتنفه.

الفرع الأول- تعريف التحكيم الإلكتروني:

عرّف الفقه التحكيم بصفة عامة على أنه "الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين Arbiters ليفصلوا فيه من دون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، والفصل في موضوعه"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009م، ص398.

⁽²⁾ Julia Hornle, Legal Controls on the Use of Arbitration Clause in B2C Ecommerce Contracts, Masaryk University Journal of Law and Technology, Vol. 2, N. 1, 2008, p.1

⁽³⁾ د. عادل أبو هشيمية محمود حوته: عقود خدمات العمليات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004م، ص291.

⁽⁴⁾ د. خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م، ص13.

وعرّف أيضاً بأنه "آلية من آليات حل المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الداخلية أو الدولية والتي بوساطتها يتفق طرفان أو أكثر، قبل أو بعد نشوب النزاع، على إخضاع منازعاتهم لأشخاص يتم تعيينهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ويفصلون في النزاع بحكم تحكيمي عادة ما يكون ملزم للطرفين"⁽¹⁾.

ذهب رأي آخر من الفقه العربي إلى تعريفه على أنه "نظاماً قضائياً خاصاً تقضي فيه خصومة معينة بعيداً عن القضاء العادي، ويعهد فيها إلى المحكومين للفصل فيها"⁽²⁾، ويُعد التحكيم عند الأغلبية أنه أسلوب حضاري متقدم لتسوية المنازعات بإحالتها إلى طرف ثالث، والاتفاق على الانصياع والخضوع إلى حكمه، فهو طريق لإنهاء النقاش أو الجدل، وخوض المنازعات بعيداً عن القضاء"⁽³⁾.

وخلاصة مما سبق أن الفقهاء يتفقون على أن التحكيم هو اتفاق بين الخصمين "المتنازعين" على عرض النزاع الناشئ بينهما على شخص آخر غير القاضي للفصل فيه"⁽⁴⁾.

إلا أن الملاحظ أن هذا التحكيم خاص بالمجال التقليدي والذي لا يتناسب مع العقود التي تتم بطريقة إلكترونية، من هنا ظهر التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ عن التصرفات التي تقوم بطريقة إلكترونية، وقد عرّف التحكيم الإلكتروني أنه "ذلك التحكيم الذي يتم إجرائه عبر شبكة الانترنت وفق قواعد خاصة من دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين"⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ د. سامي عبد الباقي أبو صالح: التحكيم التجاري الإلكتروني، بحث منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد 24/، تشرين الأول، 2006م، ص54.

⁽²⁾ د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 1997م، ص13.

⁽³⁾ د. فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992م، ص17.

⁽⁴⁾ د. إبراهيم محمد أحمد: التحكيم الداخلي والميولي (النظرية والتطبيق)، د.ط، 2008م، ص14.

⁽⁵⁾ د. يوسف مسعودي: التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات المستهلك المبنية عبر شبكة الانترنت، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، مجلد (1)، عدد (1)، حزيران، 2017م، ص11.

وعرّف أيضاً بأنه "نظام بمقتضاه يتفق الأطراف على تولي شخص خاص أو أكثر مهمة الفصل في النزاع بحكم ملزم باستخدام شبكة الانترنت"⁽¹⁾.

ويُطلق عليه عدة تسميات منها: (التحكيم الشبكي، و(التحكيم على الخط)، (التقاضي الافتراضي)، و(المحكمة الافتراضية)، ولكن الأكثر شيوعاً هو مصطلح التحكيم الإلكتروني"⁽²⁾.

وعرف أيضاً بأنه ذلك النوع من التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الانترنت وفق قواعد خاصة من دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين"⁽³⁾.

والتحكيم الإلكتروني على هذه الصورة يقوم على اتفاق ينعقد بين أطرافه، ويمر بمراحل إجرائية حتى صدور الحكم في النهاية، وهذا الاتفاق يتم غالباً بطريقة إلكترونية، حيث يتم تبادل الرسائل الإلكترونية بين أطراف النزاع ثم بينهم وبين مركز التحكيم الإلكتروني، ومن ثم يجري التحكيم من خلال عدة إجراءات إلكترونية مثل انعقاد الجلسات عن طريق شبكة المعلومات الدولية باستخدام الوسائل المرئية والسمعية أو بطريقة تبادل الرسائل الإلكترونية بين أعضاء هيئة التحكيم، ويمكن تقديم الوثائق والأدلة أيضاً بصورة إلكترونية، وكذلك الاستماع إلى الشهود وإلى إصدار الحكم إلكترونياً"⁽⁴⁾.

نجد أن التحكيم الإلكتروني على هذا النحو يتفق مع التحكيم التقليدي بصفة عامة من حيث الاستناد إلى أساس واحد وهو اتفاق الأطراف ومن ثم إسناد النزاع إلى محكم يستمد سلطته من هذا الاتفاق"⁽⁵⁾، ويختلف عن التحكيم التقليدي من خلال الوسيلة

⁽¹⁾ د. عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م، ص53.

⁽²⁾ د. عبد الحق كوريتي: التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة دار السلام، الرباط، 2017م، ص23.

⁽³⁾ د. عبد الصبور عبد القوي: التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2013م، ص22.

⁽⁴⁾ د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ص5.

⁽⁵⁾ د. محمد عبد العزيز منسي: اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 2011م، ص24.

الإلكترونية التي يتم بها⁽¹⁾، ونلاحظ من التعاريف السابقة أنه نظام قضائي خاص، يتم اللجوء إليه باتفاق أطراف النزاع. إذا تُعد إرادة الأطراف هي المحرك الأساسي له، وبالنسبة إلى إدارة جلساته التي تتم إلكترونياً، هذا ما ساعد على ازدهار التجارة الإلكترونية وتطورها⁽²⁾، وبما أن الجلسات تتم إلكترونياً فهذا يعني الخصوصية؛ لأن إجراءاته غير معلنة، وهذا يحقق السرعة والمصادقية في فض النزاع⁽³⁾.

وفي هذا الصدد نشير إلى أن في الغالب يقوم التحكيم الإلكتروني في منازعات العقود الإلكترونية لكونه يتلاءم مع طبيعة تلك العقود، وغالباً ما تكون منخفضة التكاليف لأنه يُراعى تلك القيمة وله الكثير من الخصائص سنشرحها في الفرع الآتي:

الفرع الثاني - خصائص التحكيم الإلكتروني:

جاء التحكيم الإلكتروني داعماً للمزايا التي يحققها التحكيم التقليدي ويعزز وجودها ويضيف إليها الكثير من المزايا على الصورة الآتية⁽⁴⁾:

أولاً- السرية: تُعد السرية من أبرز المزايا التي يتمتع بها التحكيم التجاري الدولي عموماً سواء كان بشكله التقليدي، أو الإلكتروني، مما يحفز العملاء عبر الشبكة إلى اللجوء إليه لأنه يخدم مصالحهم الصناعية والتسويقية، وذلك لأن جلساته ليست علانية مما يحول دون إلحاق الضرر بسمعة الأطراف المحكّمين، ولأن العلانية التي

⁽¹⁾ علاء عمر محمد الجاف: الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2017م، ص404.

⁽²⁾ د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، قسم الدراسات العليا، مصر، 2006م، ص329.

⁽³⁾ د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص367.

⁽⁴⁾ Julia Hornle, op. cit., p.2.

يتبعها القضاء العادي قد تضرر بهم وعلاقتهم التجارية أو المالية أو الاقتصادية، ويمكن أن يتراجعوا عن المطالبة بالحقوق خوفاً من الإضرار بهم⁽¹⁾.

وحيث إن الاتصالات تمتاز بالسرعة، ومن ثم سيؤثر في انتشار الأخبار التي تتعلق بأسرار تجارية أو صناعية أو مالية أو اقتصادية، وسيتم انتشارها بسرعة كبرى؛ لذلك فإن مجتمع الانترنت يسير بخطى واثقة نحو النضوج، فمراكز التحكيم تُراعي السرية وتجعلها جوهر التحكيم الإلكتروني، وعلى ذلك تقوم بخلق أنظمة جديدة وإدخالها إلى خط الانترنت لتحقيق كفاءة عالية وسرية مطلوبة مثل التشفير⁽²⁾.

ثانياً- السرعة في حسم النزاع: إن هذه الميزة التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني هي التي يعود إليها الفضل في الإقبال الكبير على التحكيم الإلكتروني، وساهمت في انتشاره نظراً لما تتطلبه المعاملات التجارية الإلكترونية من سرعة في التنفيذ، حيث وفّر التحكيم الإلكتروني على الأطراف مشقة السفر والتنقل لحضر جلسات التحكيم وسهّل عملية إرسال الوثائق والأدلة وبعض البيانات؛ لأنها تتم جميعها بطريقة آلية عبر الانترنت⁽³⁾، وهذا يؤدي إلى السرعة في إصدار الأحكام والذي يؤدي بدوره إلى حماية الحركة التجارية وتبادل السلع والخدمات من القصور والشلل⁽⁴⁾، ولقد فاق التحكيم الإلكتروني التقليدي بالسرعة والسهولة والمدد، فيمكن أن يتم فصل النزاع ضمن مدة 4 ساعات، ولا تصل إلى أكثر من 60 يوماً، والبعض يمكن أن يفصل النزاع خلال 45 يوماً، وظهر في يومنا هذا ما يسمى بالتحكيم الإلكتروني المستعجل الذي توفره بعض

⁽¹⁾ د. سامح محمد عبد الحكم محمود: التحكيم الإلكتروني، الدليل الإلكتروني القانوني العربي على الموقع www.arablawninfo.com.

⁽²⁾ د. حموي ناصر: النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة دكتوراه في العلوم، التخصص القانوني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2009م، ص480.

⁽³⁾ د. مصلح أحمد الطراونة؛ د. نور حمد الحجابا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، البحرين، العدد 1، مجلد 2، 2005، ص213.

⁽⁴⁾ د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، قسم الدراسات العليا، مصر، 2006م، ص340.

المراكز التي تحل النزاعات في مدة لا تتجاوز الشهر، وهذا أمر مذهل وسريع ويعبر عن الاقتصاد في النفقات؛ لأن كل الإجراءات تتم إلكترونياً⁽¹⁾.

ثالثاً- تجاوز مشكلة الاختصاص القضائي: وفق الرأي الراجح في الفقه تُعد عقود التجارة الإلكترونية عقوداً دولية، فالإنترنت شبكة عالمية مفتوحة للجميع، ولها طابعها الخاص وإقليمها الذي لا يعتمد على الحدود الجغرافية، لذلك يصعب توطين العلاقات القانونية التي تجري من خلالها، فلم يعد يوجد على شبكة المعلومات الدولية عقد دولي وعقد داخلي لأنه ليس بالإمكان تطبيق ذلك⁽²⁾، وبالتالي إن النزاع الذي ينشأ على أساس هذا العقد بالتأكيد سوف يثير مشكلة المحكمة المختصة بنظر النزاع، وتتفاقم هذه المشكلة بعدم وجود قواعد موضوعية موحدة تُلزم فيها الدول في مجال التجارة الإلكترونية، وعدم وجود قواعد محددة تحدد الاختصاص القضائي بما يتلاءم مع الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية⁽³⁾.

ويُعد هذا تحدياً قانونياً للمتعاقدین عبر الإنترنت؛ لأنه قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يعرف عنه أحد الطرفين معاً شيئاً عنه، ولكن الموضوع يختلف عند اتفاق الأطراف على اختيار التحكيم لفض النزاع، وبهذه الحالة تتبلور أهمية التحكيم لأن اللجوء إليه أمراً ناجزاً لحل مشكلة تنازع الاختصاص، فالحكم يطبق القانون الذي اختاره الطرفان⁽⁴⁾.

رابعاً- مرونة التحكيم الإلكتروني: يتمتع التحكيم الإلكتروني بمرونة عالية؛ لأن طرفي النزاع يمكنهم تحديد وقت إدارة النزاع في الوقت الذي يناسبهم، وبإمكانهم

⁽¹⁾ وذلك وفق المادة 1/9 من مشروع القانون النموذجي لرابطة الدول الأمريكية بشأن التحكيم الإلكتروني في منازعات المستهلكين لعام 2008. متاح على الرابط التالي:

http://www.oas.org/dil/CIDIPVII_documents_working_group_consumer_protection.htm

⁽²⁾ د. صابر عبد العزيز سلامة: العقد الإلكتروني، د.م.ن، 2005م، ص8-9.

⁽³⁾ د. أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003م، ص6.

⁽⁴⁾ د. آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة، دبي، أيام 28-30 نيسان 2008م، ص982-983.

تحديد المدد التي يتم الاتفاق عليها؛ وبذلك يخدم التحكيم الإلكتروني مصالح التجارة العالمية لأنه يحقق السرعة ويمنح الأطراف الحرية في إدارته⁽¹⁾.

خامساً- الكفاءة والفعالية: إن المحكمين في التحكيم الإلكتروني هم أشخاص يمتلكون الخبرة الفنية العالية والخاصة وهم محل ثقة، ويسعون لمواكبة تطور التجارة الإلكترونية، أي أنهم متخصصون في منازعات التجارة الإلكترونية فنياً وتنظيمياً وقانونياً، وبالتالي الحكم الصادر عنهم سوف يتضمن حلاً عملياً وفعالاً ومقبولاً لدى أطراف النزاع، حيث يؤدي ذلك إلى ضمان تنفيذه على شكل يُرضي الأطراف وذلك عكس القضاء العادي الذي يقيم العدالة فقط عن طريق نصوص القانون، وهو لا يناسب مع ماهية التجارة الإلكترونية، وظروف الدعوى، لأنها لا تقوم على خدمة مصالح الأطراف⁽²⁾.

سادساً- تجانس التحكيم الإلكتروني مع العقود الإلكترونية: لا يستدعي لتحكيم الوجود المادي للأطراف لأنه يتم عبر وسائل الاتصال. على هذا النحو ليس هناك داعٍ لانتقال الأطراف للحضور، ويمكن الحصول على الحكم بأسهل الطرق⁽³⁾، بعيداً عن الإجراءات التي يحتاجها القضاء الوطني والتي يكتنفها القصور لعدم مواكبة متطلبات التجارة الإلكترونية وأيضاً يحقق مصالح الأطراف بالسماح لهم باختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وذلك لأن المحكم سوف يطبق القواعد التي تخدم مصالح الأطراف الفنية والاقتصادية⁽⁴⁾.

نلاحظ مما سبق أن للتحكيم الإلكتروني مزايا كبيرة مردها طبيعة الوسط الإلكتروني الخاصة، وفي الوقت ذاته هناك مساوئ يمكن أن تُعيق سير العملية، وأيضاً يعود ذلك إلى طبيعة الوسط الذي تتم من خلاله عملية التحكيم، ومن هذه المساوئ:

⁽¹⁾ Karim Benykhlef; Fabien Gelinas, Online Dispute Resolution, Lex Electronica, (1) .vol.10 n°2, Summer 2005, p. 86

⁽²⁾ د. هيثم عبد الباقي أبو صالح: التحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات على الموقع: www.kenanaonline.com ص 1-7.

⁽³⁾ د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص 320.

⁽⁴⁾ د. محمد إبراهيم أبو الهجاء: التحكيم الإلكتروني، الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، الوساطة التوفيق التحكيم والمفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009م، ص 59.

1- يتخوف البعض من عدم تحقيق التحكيم الإلكتروني للسرية المطلوبة، لأنه يطرح من خلال شبكة المعلومات الدولية والتي تمثل تهديداً لسرية التحكيم، سواء كان من طريق التهديد في ممارسات القرصنة Hackers أو المخربين Crackers والذين يمثلون تهديداً لسرية التحكيم وأسرار الخصوم التي تعرض منازعاتهم على التحكيم الإلكتروني أو غير هذه السرية عن طريق تسريب الأرقام السرية التي تُعطى لأطراف النزاع من أجل متابعة قضاياهم من خلال بعض الفنيين⁽¹⁾.

2- يرى البعض أن حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني واختيار القانوني الواجب التطبيق قد تواجه صعوبة تصل إلى حد الإبطال، في ظل القواعد الخاصة بحماية الطرف الضعيف، ولاسيما من عقود التجارة التي تبرم بين مهني ومستهلك، لأن التشريعات وضعت قواعد خاصة لحماية المستهلك على صعيد الاختصاصين القضائي والتشريعي وهي قواعد وطنية آمنة لا يجوز الخروج عنها أو مخالفتها⁽²⁾.

3- يحتاج التحكيم كوسيلة لفض المنازعات شروطاً شكلية محددة لانعقاد اتفاق التحكيم وشكل محدد لإصدار قرار التحكيم، وأيضاً شروط معينة من أجل تنفيذه، ومن الصعوبة على التحكيم الإلكتروني أن تنطبق قواعده وآلية العمل من خلاله على ما تتطلبه تلك القواعد القانونية المستقرة التي تحكمعاملات التجارية؛ لأنها قواعد وضعت بالأساس لتنظيم إجراءات التحكيم التقليدي، والسبب الرئيس هو قصور النظم القانونية للبلدان ولاسيما البلدان النامية عن مواكبة التطورات العصرية الهائلة في مجال التجارة الإلكترونية وجمود قواعدها القانونية⁽³⁾.

⁽¹⁾ د. سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م، ص316.

د. خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص254
⁽²⁾ Susan Lott, Marie Helene Beaulieu and Jannick Desforjes, Mandatory Arbitration and Consumer Contracts, Public Interest Advocacy Centre and Option consommateurs, 2004, p.14

⁽³⁾ د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص734.

المطلب الثاني - التحكيم الإلكتروني كآلية لحماية المستهلك:

تتم تسوية النزاعات الناتجة عن التجارة الإلكترونية بواسطة الطرائق البديلة الخارجة عن اختصاص القضاء العادي وذلك استجابة لما تتطلبه من سرعة وفعالية وثقة بين مجموعة التجار الاقتصاديين، ولكن هناك إشكال قائم بالنسبة للعقود الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً، وهل يا ترى التحكيم الإلكتروني فعال في هذه العقود؟ في واقع الأمر، إن الآراء تتباين وتختلف بين رفض التحكيم لتسوية المنازعات، وبين صحته وقبوله في تسويتها، فلقد اتجه رأي في الفقه إلى بطلان شرط التحكيم الذي يرد في عقود الاستهلاك على فرض أن شرط التحكيم لم يكن محلاً للتفاوض⁽¹⁾، وباعتباره شرطاً تعسفياً في العقود التي تبرم بين مستهلكين ومهنيين بسبب عدم التوازن بالحقوق والواجبات بين طرفي العقد، ولأن المستهلك لا يملك مناقشة شروط العقد مع المهني فليس بإمكانه إلا أن يقبل بإبرام العقد كله، أو أن يرفضه كله، ويستند هذا الاتجاه في رفضه لشرط التحكيم إلى أن هذه ال عقود ذات طبيعة مختلطة فهي ليست تجارية ولا مدنية⁽²⁾، وأيضاً يبرر رفضه تخوفاً من المحكم على أنه لن يطبق القواعد الآمرة لحمايته المنصوص عليها في قانون المستهلك الوطني⁽³⁾، ويترتب عليه بطلان حكم التحكيم وبالتالي عدم تطبيقه لأن المحكم لا يعير انتباهاً إلى مصالح السياسة التشريعية ويعمل فقط على حل النزاع المطروح أمامه، ولقد أكد المشرع الفرنسي على رفض هذا الشرط من المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي لعام 1995م⁽⁴⁾.

وكثيراً من التبريرات لهذا الرفض منها أن إخضاع المنازعات للتحكيم يؤدي إلى إنكار العدالة لأنه يحول دون وصول المستهلك إلى المحكمة التي يمكن أن تحدد العدالة أكثر وأيضاً يرون عدم ملاءمة التحكيم وتكاليفه للمستهلك لأنه يمكن أن لا يتناسب مع القيمة محل العقد، ويرى بعضهم أنه ممكن أن تميل هيئات التحكيم إلى طرف المهنيين

⁽¹⁾ د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005م، ص726.

⁽²⁾ د. طرح البحور علي حسن فرج: عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، ط1، 2007م، ص211.

⁽³⁾ Julia Hornle, op. cit., p.253.

⁽⁴⁾ تم تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي وفق النسخة الموحدة رقم 737 الصادر بتاريخ 2010/7/1.

بسبب العلاقات فيما بينهم، والحفاظ عليها، ولكن الرأي السائد في الفقه يتجه إلى القول بصحة مشاركة التحكيم التي لا تشترط إلا بعد قيام النزاع والمستهلك بهذه الحالة يستطيع أن يقدر ما هو الأنسب له بإرادة حرة من دون ترغيب أو تهريب، وتكون المشاركة بعقد مستقل عن العقد الأصلي، ويلتزم به الطرفان للفصل في النزاع والخروج عن المحكمة صاحبة الاختصاص⁽¹⁾.

الفرع الأول- صور اتفاق التحكيم الإلكتروني في عقود الاستهلاك الإلكترونية:

لقد اختلف الفقه على مدى صحة اتفاق التحكيم الذي يتخذ صورة الشرط، أي عندما يتم إبرامه قبل قيام النزاع بين طرفي العلاقة التعاقدية، ولكن الأمر مختلف عندما يتخذ صورة مشاركة التحكيم، أي عندما يتم إبرامه بعد قيام النزاع، وفي هذه الحالة تنتفي عنه ال صفة التعسفية على أساس أن المستهلك يكون في إطار أفضل لإمكانية التفاوض والوصول إلى الحالة التي تحقق مصالحه، وله الخيار باللجوء للقضاء أو التحكيم⁽²⁾.

ولكن اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يقوم عليه الاتفاق في الصورة الإلكترونية في إطار عقود التجارة الإلكترونية له وضع مختلف، حيث يتخذ عدة صور يتعين من خلال عرضها موقف القضاء والفقه نحوها:

أولاً- اتفاق التحكيم الإلكتروني المدرج في العقد:

يتم اللجوء إلى التحكيم في هذه الصورة من خلال الاتفاق على شرط التحكيم المدرج بين بنود العقد العامة، ويتم ذلك في إطار قوالب نموذجية (Forms)، حيث يتم عبرها إبرام العقد، وفي هذه الصورة ليس أمام المستهلك سوى القبول ودون إمكانية للتفاوض، وهذا الاتفاق يحتم اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني عند نشوء نزاع خاص بالعقد المبرم بين الطرفين، فهو الحل الوحيد لحل النزاع⁽³⁾.

⁽¹⁾ د. فادي محمد عماد الدين: عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2010م، ص212.

⁽²⁾ Julia Hornle, op. cit., p.163.

⁽³⁾ Gina T. Constant, Mandatory Arbitration of Public Utility Consumer Disputes, An Examination of Public Policy and the Typical Cell Phone Contract, p.1. available at <http://pegasus.rutgers.edu/~rcrlj/articlespdf/constant.pdf>

وفي هذا الشكل تنفي تشريعات الاتحاد الأوروبي صحة هذا الشرط، كما حظر هذا الشرط التوجيه الأوروبي 93/13 والذي عدّه من الشروط التعسفية، وسار يتجلى في المادة /89/ وطابق ذلك قانون الاستهلاك الفرنسي الذي حظر شرط التحكيم إذا تم إبرامه قبل قيام النزاع وذلك في المادة /132/ لعام 1995م.

ولكن قانون إقليم الكيبك الكندي جاء أكثر وضوحاً وتفصيلاً، حيث نص في المادة /3149/ على أن كل اتفاق مؤداه منع المستهلك من اللجوء إلى محكمة موطنه يكون باطلاً. ولقد جاء نص هذه المادة مطلقاً ولم يتضمن أي استثناء⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قامت المحكمة العليا في كندا برفض شرط التحكيم الوارد في عقد بيع تم عبر شبكة الانترنت في حكمها الصادر في 2007/06/13م، لأنه أخلّ بالمادة /3149/ من القانون المدني لإقليم الكيبك الكندي الصادر في 1991م، والتي تحظر المستهلك من الاتفاق على إخراج النزاع من سلطة المحكمة، وهي قاعدة أمرّة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽²⁾.

وعلى صعيد موقف القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية فإنه ظلّ متأرجحاً ما بين القبول والرفض لاتفاق شرط التحكيم متكئاً في ذلك على مبدأ حسن النية في التعامل، لكن كان ذلك التأرجح وعدم الثبات تحت مظلة قانون التحكيم القديم في قسمه الثاني الصادر في عام 1925م، وتم التعامل في كل قضية بشكل انفرادي، فأحياناً تقضي المحكمة بقبول شرط التحكيم والسماح للمستهلك اللجوء للتحكيم، ومرة أخرى تعارضه⁽³⁾، إذا ثبت من خلل من الناحية الإجرائية⁽⁴⁾، ولكن الوضع تغير بإصدار قانون التحكيم والإنصاف لعام 2009م، حيث قام المشرع بحظر الشرط الوارد في العقد، وأجاز

⁽¹⁾ Susan Schiavetta, Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU, JILT, n3, 2004, p. 25.

⁽²⁾ Dell Computer Corporation Appellant v. Union des consommateurs and Olivier Dumoulin Respondents 2007 SCC 34, [2007] 2 R.C.S., p.801, available online: <http://www.canlii.org>

⁽³⁾ Jonnette Watson Hamilton, Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?, McGill Law Journal, 2006, 51, p.703.

⁽⁴⁾ Thomas Schultz, Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention?, The Case for Architectures of Control and Trust, North Carolina Journal Of Law & Technology, Volume 6, ISSUE 1, FALL 2004, p.75.

بالاتفاق الذي يتم بعد نشوء النزاع في ذلك في المادة /402/، وهذا هو النهج التي تطبقه الأحكام الحديثة في المحاكم الأمريكية والتي تقر بالاتفاق اللاحق لنشوء النزاع⁽¹⁾. هناك رأي للبعض يقول بأن شرط التحكيم الإلكتروني المدرج في العقد الإلكتروني ليس مقبولاً وغير معترف به إلا بتحقق شرطان: الأول: أن يكون هناك إمكانية للتفاوض بين طرفي العقد، والشرط الثاني: أن لا يمنع المستهلك من اللجوء إلى المحكمة المختصة إذا أراد ذلك، بمعنى أن لا يكون هذا الشرط له تأثير في المستهلك، أو أن يكون أمراً وملزماً⁽²⁾.

ويرى البعض أن الأمر مختلف عند اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني لحل المنازعات القائمة في عقود الاستهلاك الإلكترونية، حيث لا مانع من تضمين العقد الإلكتروني شرط التحكيم باعتباره يحقق الاستفادة من المزايا التي يطرحها التحكيم الإلكتروني من سرعة في فض النزاع، وتقليل المصاريف، وفي بعض الأوقات انعدامها في حال إلزام المهني بها، أو في حال كان مؤمناً عليها في مركز التسوية الإلكترونية⁽³⁾. وفضلاً على ذلك يتمتع التحكيم الإلكتروني بالمرونة في عقود المستهلكين الإلكترونية، ومن خلال هذه المرونة أحدث أشكالاً عديدة من شرط التحكيم، وكان منها الملزم للمهني وغير الملزم، بحيث يبقى المستهلك محتفظاً بحرية الخيار في اللجوء إلى القضاء المختص أو اللجوء إلى التحكيم، وبالتالي يقضي على كل المخاوف التي تكتنف مشروعية شرط التحكيم في عقود المستهلكين الإلكترونية وتجعله شرطاً صحيحاً وليس شرطاً تعسفياً⁽⁴⁾. وأما الخشية من التهرب من أعمال القواعد الآمرة التي قررت لحماية المستهلك بعد صور التحكيم ليس له مكان في هذا الوضع لأن مخالفة المحكم لهذا الأمر يؤدي لوضع حكمه تحت المراقبة اللاحقة من القضاء⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ د. عبد الفتاح بيومي: النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مديناً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002م، ص102.

⁽²⁾ Zheng Sophia Tang: Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws, HART Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 157.

⁽³⁾ Julia Hornle, op. cit., p. 445.

⁽⁴⁾ Thomas Schultz, op. cit., p. 92.

⁽⁵⁾ ibid., p. 133.

وفي هذا الصدد نجد أن تقييد المستهلك بطريق القضاء المختص فقط يمكن أن يجعله يتقاعس عن المطالبة بحقوقه وعدم اللجوء إليه ولاسيما إذا كانت القيمة متدنية مقابلة مع ما سيتطلب منه الأمر من نفقات وتكاليف من سفر وانتقال من أجل الحضور وتوكيل محامٍ ومتابعة الإجراءات وذلك على خلاف التحكيم الذي لا يحتاج في الغالب إلى توكيل محامٍ ولا يتطلب الحضور في مكان الجلسات وليس له مواعيد محددة، فيمكن اللجوء إليه في أي وقت وحتى إصدار الحكم فيكون سريع ومنتج، وعلاوة على ذلك إن هيئات التحكيم تحتوي على محكمين مختصين لهم كفاءة عالية وخبرة مميزة، ولديهم الوسائل والأساليب التقنية والفنية الواسعة والتي يفنقرها القضاء العادي، وهذا يوفر للمستهلك الأمان والطمأنينة وبذل عند توقعات الأطراف ويحافظ على العلاقات بين الطرفين⁽¹⁾.

أما بالنسبة للحكم الصادر فإن الخوف من عدم تطبيقه فإنه من الشائع أن مؤسسات التحكيم تقوم بجميع الضمانات التي تحقق من خلالها تنفيذ الأحكام من خلال أساليبها واستخدام وسائل خاصة لها دور وفعالية إلى الحد الذي يجعل لها المكانة الأعلى عن القضاء العادي⁽²⁾.

ورغم ذلك، فتلك الصورة ليست الشكل الوحيد لاتفاق التحكيم الإلكتروني في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، فهناك صور لها تطبيق عملي واسع في مجال التجارة الإلكترونية ومعتمدة من قبل المراكز والهيئات.

ثانياً - اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يبرم باستخدام علاقات الثقة (Trust mark) :
إن علاقة الثقة التي تقدم للمستفيد من مراكز التسوية هي عبارة عن وثيقة مصدقة أو شهادة، وتكون معترف بها عالمياً صادرة عن مركز موثوق به، حيث يقوم المستفيد بإدراجها على صفحته على الانترنت لجلب العملاء بعد اكتساب ثقتهم وتقديمهم للتعامل معه، وتقوم مراكز التسوية بمراقبة الموقع وتدقيق ما يقدمه ومراجعة سجلاته

⁽¹⁾ Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby, E-Commerce, E-Disputes, and EDISPUTE Resolution: In the Shadow of "eBay Law", Ohio State Journal On Dispute Resolution, Vol. 15:3, 2000, p.727

⁽²⁾ ibid., p. 733.

وضبط أي خلل من خلال ما يعرضه من تقنيات فنية أو مالية وتنظيم كل ما يقدم ومطابقته مع معايير محددة لا يمكن لأي موقع مُنح هذه الشهادة الخروج عنها⁽¹⁾.

تحت مظلة هذا الشكل يقوم المهني بإدراج الشهادة على صفحته ليعلم المتعاملين أنه عضو في هذا المركز وذلك ضمن عقد بين الطرفين ويلتزم المهني من خلال تنظيمه بالقواعد التي ينسقها مركز التسوية، ويكون ذلك في سائر العمليات التي تقوم على الانترنت⁽²⁾، وأهم قاعدة يضعها مركز التسوية هي اللجوء إليه في حال نشوء أي نزاع بين المهني والمستهلك. وعلى المستوى التطبيقي إن مركز التسوية مهمته أن يتبنى أي نزاع يقوم العميل بإعلانه والإفصاح عن رغبته في تسوية النزاع الذي قام بينه وبين المهني مالك علامة الثقة بموجب العقد، وفي هذه الحالة يقوم مركز التسوية بنظر ذلك النزاع والضغط على المهني لتنفيذ الأحكام التي يصدرها بموجب علامة الثقة، فله أن يسحب العلامة منه وعدم الترخيص للمهني بأن يستخدمها عبر موقعه⁽³⁾.

ومن خلال تطبيق هذه الصورة نجد أنه ليس هناك أي اتفاق سابق يقرر فيه اللجوء إلى التحكيم بين المستهلك والمهني، ولكن المهني في هذه الحالة مجبر بعرض أي نزاع يقوم بينه وبين المستهلك على مركز التسوية الإلكترونية، وعليه الالتزام أمام المستهلك عندما يعلن لجوئه إلى مركز التسوية، ويكون ذلك في مقابل حصوله على استمرار وضع علامة الثقة على صفحته الإلكترونية، والتزام المهني بدفع الرسم المالي المقرر عليه لمركز التسوية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ د. حسام أسامة شعبان: الاختصاص بمنازعات التجارة الإلكترونية بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الانترنت، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2018م، ص215.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص216.

⁽³⁾ Julia Hornle, op. cit., p. 7.

⁽⁴⁾ توجان فيصل الشريدة: ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة، دبي، أيام 28-30 نيسان 2008م، ص1095.

ونشير في هذا المقام أنه عند إعلان المستهلك رغبته باللجوء إلى مركز التسوية يقوم المركز بالاستجابة ويبدأ أولاً بعملية الوساطة، ففي حالة فشل هذه الطريقة ينتقل المركز إلى التحكيم ويكون ذلك ضمن مدد زمنية محددة⁽¹⁾.

يتبين لنا مما سبق أن هذه العملية لا تقوم إلا بعد نشوء النزاع، أي أنها لا تأخذ شكل الشرط بل تأخذ شكل مشاركة التحكيم المعترف بها بصورة مطلقة في إطار عقود الاستهلاك الإلكترونية، حيث إن المهني يكون ملزماً بموجب العقد المبرم بينه وبين مركز التسوية وذلك عند نشوء النزاع ويخضع لحكم المركز عند إصدار الحكم، وأما بالنسبة للمستهلك فهو لا يلجأ إلى المركز إلا بعد نشوء النزاع⁽²⁾، وله الحرية باختيار القضاء العادي أو مركز التسوية الإلكترونية، والاحتمال الأكبر أنه سيلجأ إلى مركز التسوية عوضاً عن القضاء وذلك لما يقدمه المركز من مزايا تحقق مصالح المستهلك من فعالية الحكم والسرعة، فعدالة سريعة وإن كانت ناقصة خير من عدالة بطيئة وإن كانت ناجزة⁽³⁾.

ثالثاً - اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يبرم من خلال مراكز التسوق الإلكتروني (Marketplaces):

على أرض الواقع كثيراً ما نرى تجمعات لعدد من المهنيين في إطار مجموعة واحدة تمثل المراكز التجارية، ويقوم كل مهني ضمن هذه المجموعة بتقديم عروض عن منتجاته للمستهلكين، حيث يحصل المهني على مزايا المركز في مقابل خضوعه لقواعد المركز، وتسمى هذه المراكز (مراكز التسوق عبر الانترنت)، ويطلق عليها: (Internet shopping malls)⁽⁴⁾.

وفي الحقيقة، وبالنظر إلى الواقع العملي لهذه المراكز نرى أن مراكز التسوق عبر الانترنت تقدم خدمات ومساعدات عديدة للمستهلك في موقع واحد، حيث تتيح له

⁽¹⁾ د. حسام أسامة محمد محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2008م، ص 221.

⁽²⁾ Julia Hornle, op. cit., p. 7

⁽³⁾ د. عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م، ص 51.

⁽⁴⁾ ومن المواقع التي تقدم مثل تلك الخدمات موقع e-bay.

إمكانية الدخول إليه والاطلاع على عروض المنتجات واستتقاء أحد العروض الذي يراها تخدم استهلاكه واحتياجاته بالإضافة إلى أن هذه المراكز تحافظ على حقوق المستهلك في مواجهة المهني الإلكتروني الذي يلتزم بعدم تخطي قواعد هذا المركز الإلكتروني، مع العلم أن هذه القواعد تعطي أولوية الاهتمام للمستهلك الإلكتروني، وتقوم على رعايته من خلال التدخل بوضع أسعار السلع وآلية توفير السلع، وتقدم له الكثير من الخدمات. وأخيراً إذا قام نزاع واختار المستهلك اللجوء إليها فبدورها تقوم بتسوية هذا النزاع بشكل يُراعي توقعات المستهلك ويحقق له الأمان والاستقرار⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق فإن ما أبدى المستهلك رغبته في التسوية عن طريق مركز التسوق الإلكتروني عليه القيام بالضغط على زر موافق لقبول التسوية الإلكترونية من قبل المركز⁽²⁾، ويعبر المركز عن القبول عن طريق إصدار رسالة إلى البريد الإلكتروني الخاص بالمستهلك لإعلامه القبول وتتضمن الرسالة اسم المستخدم وكلمة السر من أجل إتمام التواصل، وبالتالي فإن المهني الذي يستخدم هذا المركز يقع عليه عاتق الالتزام بالقواعد الخاصة بالمركز والخضوع لأحكامه⁽³⁾.

وبما أن المستهلك له حرية الاختيار بين القضاء وبين اللجوء إلى مركز التسوية الإلكتروني الموجود على موقع مركز التسوق، وكل ذلك يكون بعد نشوء النزاع، فهذا يعني أن اتفاق التحكيم على هذا الشكل يأخذ صورة مشاركة التحكيم والتي كانت صحيحة ومقبولة عند الجميع والتي اعترف الفقه بها على أنها تخدم مصالح المستهلك⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ مثلاً موقع e-bay يحسم منازعات المستهلكين من خلال مركز التسوية square trade حيث يوجد رابط مركز التسوية ضمن صفحة موقع التسوق يسمى resolution center.

⁽²⁾ Alan Skaplisky, The Use Of Pre-dispute Arbitration Agreements By Consumer Financial Services Providers, PHL, p. 33.

⁽³⁾ Karim Benyekhlef; Fabien Gelin, op. cit., p. 21.

⁽⁴⁾ Julia Hornle, op. cit., p. 8.

رابعاً - اتفاق التحكيم الفردي:

في هذه الصورة يقوم الاتفاق بين المستهلك والمهني على اللجوء إلى مراكز التسوية المتوفرة للجميع (Open access) لفض النزاع الذي قام بينهما، وبما أن هذا الاتفاق قد تم بعد قيام النزاع فهو يأخذ شكل مشاركة التحكيم التي أجازها الفقه في عقود الاستهلاك، وعلى هذا النحو يقوم الطرفان بتقديم طلب إلى مركز التسوية ليقوم المركز بفض النزاع عن طريق التحكيم الإلكتروني. نلاحظ هنا وجود فرق واضح بين هذه الصورة وبين الصورتين السابقتين علامة الثقة ونظام التحكيم الإلكتروني بمنأى عن تلك المراكز وحصراً بعد قيام النزاع، وهنا يقوم مركز التسوية الإلكترونية بإجراءاته التحكيمية بمجرد تقديم الطلب بالتسوية إلى المركز سواء كان من المستهلك أو من المهني أو قُدم الطلب من الطرفين معاً⁽¹⁾.

وهناك العديد من مراكز التسوية الإلكترونية المختصة بتقديم خدمات التحكيم من خلال الانترنت، منها المركز التابع لجامعة مونترال بكندا Cyber tribunal، وأيضاً مركز Cyberarbitration، ومركز Clicknsettle، ومركز Cyber court، وأخيراً مركز Sordjourney⁽²⁾.

ولكن إن اللجوء إلى هذه الصورة ليس بدون مقابل بالنسبة للمستهلك، وعليه بعض التكاليف عن اللجوء إلى تلك المراكز وذلك بخلاف الصور السابقة، فالتحكيم في الصور السابقة يكون المهني هو المكلف بدفع الأجر والتكاليف على حساب أنه عضواً في المركز وهو المستفيد من الخدمات التي يقدمها له المركز المتمثلة بعلامة الثقة أو مراكز التسوق الإلكتروني ويقوم بدفع هذه التكاليف المالية حسب طبيعة لوائح المراكز⁽³⁾. وأخيراً نشير إلى فارق مهم جداً بين اتفاق التحكيم الفردي وبين الصور السابقة، ففي تلك الصور السابقة يكون المهني خاضعاً للمراكز التي يتعامل معها وتستطيع هذه المراكز إلزامه بتنفيذ وتطبيق الأحكام الصادرة عنها وإعمال كل القرارات التي تصدرها

⁽¹⁾ د. محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001م، ص179.

د. خالد ممدوح إبراهيم، ص328، مرجع سابق، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية.

⁽²⁾ Karim Benyekhlef; Fabien Gelinat, op. cit., p. 17

⁽³⁾ خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص323.

ويكون ذلك من دون ملاحظة وبطء ولها أن تستخدم عدة أساليب لتحصل على تطبيق فعال لأحكامها مثل سحب علامة الثقة أو عن طريق فصله من عضوية الهيئة أو الضغط عليه باستعمال نظام الطرد من الأسواق الإلكترونية، وهذا سوف يفقده عدة مزايا يقدمها له المركز. ويمكن أن يعرضه إلى خسائر كبيرة في مجالاته الاقتصادية، وبالتالي يتعرض لفقدان عملائه، لذلك يحاول المهني تفادي هذه الأمور بتنفيذ أحكام المركز من دون التدخل المادي من المركز⁽¹⁾.

والأمر مختلف في اتفاق التحكيم الفردي فإن مركز التحكيم الذي لجأ إليه الطرفان لتسوية النزاع لا يملك أي سلطة على المهني تجبره أو تخضعه لتنفيذ الحكم الصادر.

الفرع الثاني - مدى ملاءمة التحكيم الإلكتروني لمنازعات عقود المستهلك:

لقد ثار خلاف مهني حول قابلية المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك للتسوية عن طريق التحكيم عموماً، ولاسيما عندما يرتبط بشرط التحكيم الذي يأتي ضمن شروط عقد الاستهلاك، حيث إن غياب التكافؤ بين المستهلك والمهني يجعل من هذا الشرط شرطاً تعسفياً، بسبب قلة الخبرة بالقوانين لدى المستهلك وعدم مقدرته على التفاوض⁽²⁾، وأيضاً بسبب الصعوبات والعقبات المتمثلة بعدم الملاءمة، ولقد استند الفقه القائل بعدم ملاءمة التحكيم في عقد الاستهلاك إلى المصاريف والتكاليف التي تنقل كاهل المستهلك، هذا من جانب، ومن جانب آخر يرون أن الحكم لن يقوم بتطبيق القواعد الخاصة التي وضعها المشرع الوطني للحماية، وإنما سيطبق القواعد التي خصصت لعقود التجارة الدولية. وأخيراً إن عدم ملاءمة التحكيم للأحكام الصادرة يرجع إلى صعوبة تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني في الواقع المادي⁽³⁾.

سنحاول فيما يلي الإجابة على الاعتراضات وتبين ملاءمة التحكيم الإلكتروني لحل منازعات المستهلكين الإلكترونية سواء من حيث تخفيض التكاليف، أو من حيث القواعد المطبقة.

⁽¹⁾ Thomas Schultz, op. cit., p. 6

⁽²⁾ د. إيناس الخالدي: التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص 231.

⁽³⁾ Susan Lott, Marie Helene Beaulieu and Jannick Desforages, op. cit., p. 24

أولاً- ملائمة التحكيم الإلكتروني من حيث انخفاض التكاليف:

لقد أدى ظهور مراكز التحكيم الإلكتروني إلى إعطاء المستهلك في أي مكان في العالم، وفي أي وقت إمكانية ممارسة حقوقه واللجوء إلى التحكيم وتحقيق مصالحه من خلاله ودفع الضرر الذي يمكن أن يلحق به. كل هذا من دون تكلفة أو ضمن تكاليف بسيطة تكون متناسبة مع قيمة النزاع وبالقدر الذي لا يرهقه مادياً⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق نرى أن المراكز التي تقدم خدمات التسوية الإلكترونية بما فيها التحكيم الإلكتروني (ODR) تسمح باستخدام علامة الثقة وتقدمها للمواقع على شبكة المعلومات الدولية لتعرضها على صفحة الموقع الإلكتروني للمهني وذلك مقابل التزام المهني بدفع اشتراكات مالية بكونه عضواً فيها وذات الوضع بالنسبة لمراكز التسوق التي تضم الكثير من المهنيين وأيضاً هم ملزمين بأن يخلّوا منازلهم مع المستهلكين عبر مراكز التسوية وذلك بدفع اشتراكات مالية محددة وبالمقابل هي مجانية بالنسبة للمستهلك؛ لأن المستهلك عند إقدامه على الشراء من تلك المواقع سواء كانت تتضمن على صفحاتها علامة الثقة أو عبر مراكز التسوق فإنه يستفيد من الخدمات التي يقدمها الموقع، ومن أهمها أنه غير ملزم بدفع أي مبلغ لهذه المراكز عندما يلجأ إليها، فالمهني قد أخذ على كاهله مهمة الدفع المالي، وهذا يعني أن عملية اللجوء هذه أقل تكلفة من الاستعانة بالقضاء المختص⁽²⁾.

ونلاحظ أن دافع تلك المراكز بالزام المهني بدفع الاشتراكات المالية هو حماية المستهلك الذي يتعامل مع المهني من خلال الانترنت وتحفيزه على الاستمرار في ممارسة تلك التعاملات الاستهلاكية ولاسيما عندما يعلم أن لن يتكلف بأعباء مالية عند اللجوء إلى تلك المراكز عند قيام النزاع وعنده اليقين بأنه سيحصل على حقوقه بسهولة وسرعة فائقة⁽³⁾.

⁽¹⁾ د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 406.

⁽²⁾ Lee A Bygrave, Dan Svantesson, Jurisdictional Issues and Consumer Protection in Cyberspace: The View from Down Under, [Paper presented at conference entitled Cyberspace Regulation: E-Commerce and Content, Grace Hotel, Sydney, p.7, /Available at :http://www.austlii.edu.au/au/other/CyberLRes/2001/12

⁽³⁾ د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 406.

مما سبق نجد أن استخدام الوسائل الإلكترونية في التحكيم سيؤدي حتماً إلى انخفاض التكاليف في عملية التحكيم ويؤدي إلى السهولة والسرعة في فض النزاع⁽¹⁾، وهذا الأمر يتناسب مع حجم عقود التجارة الإلكترونية، والتي هي غالباً متواضعة ولها قيمة مالية بسيطة لا تحتاج اللجوء إلى القضاء لحسمها⁽²⁾، ونجد أيضاً أن استخدام هذه الوسائل توفر تكاليف السفر وكل التكاليف المرتبطة بالوسطاء والمستشارين والمحكمين القانونيين. فضلاً عن ذلك تتيح عقد الجلسات من خلال الانترنت بين أطراف النزاع والمحكمين الشهود، وأيضاً توفر شبكة الانترنت خدمات اتصال يتم عبرها تبادل المستندات وأدلة الإثبات والمذكرات الخاصة بالنزاع بطريقة إلكترونية عبر البريد الإلكتروني، مما يؤدي إلى انعدام النفقات التي يحتاجها إرسال هذه المستندات بالطريقة التقليدية، أما بالنسبة إلى ما يخص المحكمين الذين يتولون مهمة فض النزاع، فهم أشخاص يتمتعون بالخبرة الفنية والقانونية الفائقة ومتخصصين بالنزاعات التي تحدثها عقود التجارة الدولية، الأمر الذي يجنب المستهلكين أو حتى المتعاملين المصاريف التي تنتج عن الاستعانة بالخبراء المتخصصين في موضوع النزاع من أجل حله⁽³⁾، وفي واقع الأمر نجد أنه حتى في حالة اضطرار المستهلك إلى دفع بعض التكاليف في أحد مراكز التسوق في موضوع النزاع من أجل حله، وفي واقع الأمر نجد أنه حتى في حالة اضطرار المستهلك إلى دفع بعض التكاليف في أحد مراكز التسوية الإلكترونية فإن هذه المبالغ تكون ضئيلة تتناسب مع قيمة العقد، وهذا لا يؤثر في قراره باللجوء للتحكيم لأن المبلغ زهيد.

نوه أخيراً إلى أن لجوء المستهلك الإلكتروني إلى مراكز التسوية الإلكترونية ODR هو الوسيلة الفعالة والأكثر ملاءمة لحماية المستهلك الإلكتروني إذا ما نظرنا إلى التكاليف والمصاريف وسرعة الحصول على الحقوق، فالمستهلك الإلكتروني لا يتحمل أعباء من نوع آخر، فليس هناك حضور مادي لأطراف النزاع، وليس هناك أتعاب

⁽¹⁾ د. آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص 981.

⁽²⁾ د. سيد أحمد محمود، نحو إلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م، ص 19.

⁽³⁾ د. أحمد بوقراط، مرجع سابق، ص 23.

محامين أو محكمين ولا نفقات سفر، وإقامة في الفنادق، ولا انتقال للشهود، من هنا كان مسار الفقه الحديث نحو التحكيم الإلكتروني واعتماده كطريقة مثلى لحل النزاعات الإلكترونية، وهذا ما اتجه إليه أيضاً القضاء الأمريكي الحديث الذي أجاز شرط التحكيم الإلكتروني وذلك لمعقولية التكاليف المالية التي لا تكون عبئاً على المستهلك⁽¹⁾.

ثانياً - ملاءمة التحكيم الإلكتروني من حيث القواعد المطبقة:

نجد أن الكثير من الفقه وبعض التشريعات يتنابها الخوف من عدم توفير الحماية المطلوبة للمستهلك عند اللجوء إلى التحكيم، ومن هذه التشريعات التي تحظر اللجوء إلى هذا التحكيم التشريع الفرنسي في المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتوجيه الأوروبي 93/13⁽²⁾. ولقد بنى ذلك سابقاً، ولقد كان دافع الفقه في ذلك هو أن قواعد التحكيم التجاري لا تخدم مصالح المستهلكين لأنها وضعت لتسوية المنازعات التجارية الدولية.

ولكن في الحقيقة أصبحت قواعد التحكيم الإلكتروني هي القواعد المثلى والتي وضعت خصيصاً لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، وعلى اعتبار التجارة الإلكترونية الإطار العام للعقد الإلكتروني لأنه القلب النابض للتجارة الإلكترونية، وهو الترجمة القانونية لتلافي إرادتي عارضي السلع والخدمات، وازدياد حجم المبادلات والتي مكنت مستخدمي هذه التجارة من الوصول إلى أسواق العالم كافة في وقت واحد وبأقل التكاليف، وعرض السلع من دون التقيد بحاجزي الزمن والمسافة، ومن هنا برزت الحاجة الملحة إلى إيجاد آلية مناسبة لهذا الوسط الافتراضي، وكان ذلك بداية لظهور مراكز التسوية الإلكترونية والتي كانت أولى اهتماماتها، وأساس إقامتها هي حماية المستهلك الذي يتعامل من خلال شبكة الانترنت⁽³⁾، ولقد قامت هذه المراكز بوضع قواعد خاصة لتسيير منازعات المستهلكين والحفاظ على مصالحهم، وتقوم بالتسوية بشكل تدريجي يمكن أن يبدأ في بعض الأحيان بالمفاوضات المباشرة بين الطرفين من دون

⁽¹⁾ د. سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 20.

⁽²⁾ د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 736

⁽³⁾ Mohamed S. Abdel Wahab, Dispute Resolution and Information Technology at Crossroads, The Leading Edge, fourth UN forum on online dispute resolution, cairo, .egybt, march 22-23, 2006, p. 27

تدخل عنصر ثالث، ويتم ذلك عبر صفحة على الانترنت للتفاوض ينظمها المركز في مدة معينة، فإذا فشل الأمر لجأت إلى الوساطة، فإذا لم يحسم النزاع ولم يتوصلوا إلى حل يتم الانتقال إلى التحكيم الإلكتروني، ويكون ذلك خلال مدة قصيرة جداً تخدم المستهلك، ولكن الوساطة غير ملزمة للمستهلك، فله أن يرفض الحل المقترح من قبل الوسيط، وله أيضاً أن يتوقف عن المتابعة قبل إصدار الحل واللجوء إلى التحكيم أو القضاء⁽¹⁾، أما التحكيم الإلكتروني يكتسب طابع إلزامي بالنسبة للأطراف ويمكن أن يكون القرار الصادر عن هيئة التحكيم ملزم لطرف واحد وهو المهني من دون إلزام المستهلك، إلا إذا أعلن قبوله، أما إذا اعترض عليه فيحق له اللجوء إلى القضاء أو أن يكون القرار غير ملزم للطرفين، وفي هذه الحالة لا يمكن تنفيذه إلا إذا أعلن الطرفان قبوله، إذا المستهلك هو صاحب القرار في قبول قرار التحكيم الإلكتروني أو رفضه، لذلك هو ملائم لعملية فض النزاع، حيث يُعد خيار آخر للمستهلك في طريق حصوله على حقوقه إلى جانب القضاء المختص؛ لأنه لم يلغى حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء، فيمكنه توقيف عملية التحكيم بأي وقت واللجوء إلى القضاء⁽²⁾.

ومن هذه المراكز جمعية المحكمين الأمريكيين التي طورت نظام القاضي الافتراضي، ومحكمة التحكيم الإلكترونية التابعة للمنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية⁽³⁾.

هكذا نجد أن التحكيم الإلكتروني في منازعات عقود الاستهلاك يحقق من خلال القواعد التي يطبقها الحماية الأفضل للمستهلك والتي تتوافق مع طبيعة العقد الإلكتروني، وتراعي متطلبات التجارة الإلكترونية.

وفي هذا الصدد نلاحظ أنه في مجال التحكيم الإلكتروني هناك صعوبة لتطبيق قانون معين بحكم إجراءاته؛ لأنه يتم في مجال افتراضي، ولكن مراكز التسوية الإلكترونية وضعت لوائح وقوانين ونظم خاصة تحدد إجراءات التحكيم وسير العملية

⁽¹⁾ Thomas Schultz, op. cit., p. 12

⁽²⁾ د. إيناس الخالدي، مرجع سابق، ص 463.

⁽³⁾ يوجد هذا المركز في جنيف (سويسرا) تأسس في عام 1994م، الموقع على الانترنت

.www.wipo.int/fr/arabit.

التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها، وهذا الأمر يكون بديلاً للقوانين الوطنية المطبقة على إجراءات التحكيم، ولقد كان لمراكز التسوية من خلال علامة الثقة ومراكز التسوق الإلكترونية أن تقيد التزام أصحاب المواقع أو مديرها بتسوية منازعاتهم مع المتعاملين معهم وفقاً للائحة إجراءات المحكمة، ويرتبط منح هذه الشهادات بالالتزام بقواعد سلوك تتضمن المبادئ التي يتوجب احترامها من قبل المتعاملين على الشبكة والتي تكون ملزمة لأعضائها الذين يقدمون الخدمات والسلع إلى المستهلكين، ونجد أن كل هذه القواعد تصب في نهاياتها في مصلحة المستهلك، فهي تتدخل في تحديد الأسعار، ولها سلطة على بطاقات الائتمان في أغلب الأحيان، ولها أن تعطي جميع المبالغ المستحقة للمستهلك من دون الرجوع إلى المهني وذلك تنفيذاً لقرار هيئة التحكيم في حال صدوره⁽¹⁾.

خلاصة القول: إن وسائل التسوية الإلكترونية بما فيها التحكيم الإلكتروني تصب كل أهدافها في إطار حماية المستهلك الإلكتروني من حيث القواعد التي تطبقها والتي تلزم بها المهني وترمي عليها عبئها ولا يستطيع الإخلال بالتزاماته من خلال القيود التي تضعها عليه كعلامة الثقة التي يمنحها له مركز التسوية، وليس بالمقابل أي التزام على المستهلك، وهذا يؤكد أن هذه المراكز أعدت لحمايته والدفاع عن مصالحه وتحقيق توازن في العلاقة التعاقدية في مجال التجارة الإلكترونية⁽²⁾.

والأكثر أهمية من كل ذلك أن المستهلك لا يعيقه موضوع تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الذي قام بإصداره مركز التحكيم لأن بإمكانه أن يقوم بتنفيذه من خلال قواعده الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات التي يصدرها، والتي تُعد أكبر ميزة للتحكيم الإلكتروني والتي تفوق القضاء في ذلك، ويتم ذلك عن طريق عدة طرائق بسبب التعاقد بين المهني ومركز التسوية والتزامه بلوائحه والضغط عليه من خلال تلك الالتزامات أو سحب الميزات منه وبذلك يجبر على الالتزام بالتنفيذ.

⁽¹⁾ د. حسام أسامة محمد محمد شعبان، مرجع سابق، ص 262.

⁽²⁾ Faye Fangfei Wang, Internet Jurisdiction And Choice Of Law - Legal Practices In The EU US And China, Cambridge University, 2010, p. 145.

الخاتمة:

إن التطور الهائل الذي شهده العالم في عصرنا الحديث أدى إلى إنشاء بيئة افتراضية تُضاهي الواقع الملموس في شتى الميادين، وترتب على استخدام الانترنت تحقيق مزايا كثيرة لمختلف المؤسسات التجارية سواء بينها وبين عملائها، أو بينها وبين أشخاص غير معروفين عندها، حيث تقدم الخدمات في كل الأوقات، وهذا منا كسر الارتباط الوقتي بالعمل، فضلاً عن كون عنصر المكان غير مطروح في هذه ال عملية، فبإمكان المؤسسات والشركات التجارية وأيضاً المهنيين تسويق منتجاتهم وعرض خدماتهم من أي مكان في العالم بالاعتماد على شبكة المعلومات الدولية، ومن هنا ظهرت مراكز قانونية جديدة، ومن أهمها مركز المستهلك الإلكتروني الذي كان له الأولوية بالاهتمام من قبل المشرعين ووضع نظم لحمايته، وتم من خلال البحث الوقوف على بعض الجوانب المفاهيمية والعملية للتحكيم الإلكتروني كوسيلة لحماية المستهلك الإلكتروني، ومن هنا تم استخلاص عدة نتائج من أهمها:

1. إن التحكيم الإلكتروني هو من الوسائل المستخدمة، وهو الوسيلة الأنسب لحل منازعات عقود المستهلكين الإلكترونية.
2. إن مزايا التحكيم الإلكتروني تجعله الوسيلة المثلى لفض النزاعات، ومن مزاياه، السرعة في البت في النزاع والمرونة، والكفاءة، والسرية، وتناسب التحكيم الإلكتروني مع العقود الإلكترونية.
3. إن التحكيم الإلكتروني يصب في خدمة المستهلك من حيث انخفاض التكاليف، ومن حيث القواعد التي يطبقها والتي تكون عبر إلزام المهني وإلقاء العبء عليه.

4. إن مراكز التسوية التي أنشئت حديثاً لا تثقل المستهلك بأي عبء، وهذا يعني أن الهدف من إنشائها هو حماية المستهلك والدفاع عن مصالحه في مجال التجارة الإلكترونية.

ومن التوصيات المقترحة:

1. اقتراح معيار دولي لبيان مضمون التحكيم الإلكتروني وكيفية الاستفادة منه، وذلك عن طريق إحداث قانون نموذجي أو اتفاقية دولية.
2. تعديل التشريعات الوطنية بما يتلاءم مع هذا القانون النموذجي والاتفاقيات الدولية.
3. تدعو التشريعات إلى مواكبة التطور في التجارة الإلكترونية وإصدار قوانين وأحكام تتماشى مع هذا التطور.

قائمة المصادر والمراجع:

1. توجان فيصل الشريدة: ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات، دبي، أيام 28-30 نيسان 2008م.
2. د. إبراهيم أحمد سعيد زمري: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، قسم الدراسات العليا، مصر، 2006م.
3. د. إبراهيم محمد أحمد: التحكيم الداخلي والدولي (النظرية والتطبيق)، د.ط، 2008م.
4. د. أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003م.
5. د. آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة، دبي، أيام 28-30 نيسان 2008م.
6. د. إيناس الخالدي: التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.
7. د. حسام أسامة شعبان: الاختصاص بمنازعات التجارة الإلكترونية بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الانترنت، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2018م.
8. د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2008م.

9. د. حموي ناصر: النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة دكتوراه في العلوم، التخصص القانوني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2009م.
10. د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
11. د. خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م.
12. د. سامح محمد عبد الحكم محمود: التحكيم الإلكتروني، الدليل الإلكتروني القانوني العربي على الموقع www.arablawinfo.com.
13. د. سامي عبد الباقي أبو صالح: التحكيم التجاري الإلكتروني، بحث منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد 24/، تشرين الأول، 2006م.
14. د. سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م.
15. د. سيد أحمد محمود: نحو إلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م.
16. د. صابر عبد العزيز سلامة: العقد الإلكتروني، د.م.ن، 2005م.
17. د. طرح البحور علي حسن فرج: عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، ط1، 2007م.

- 18.د. عادل أبو هشيمية محمود حوته: عقود خدمات العمليات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004م.
- 19.د. عبد الحق كوريتي: التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة دار السلام، الرياض، 2017م.
- 20.د. عبد الصبور عبد القوي: التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2013م.
- 21.د. عبد الفتاح بيومي: النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002م.
- 22.د. عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
- 23.د. عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
- 24.د. فادي محمد عماد الدين: عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2010م.
- 25.د. فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992م.
- 26.د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005م.

27. د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.
28. د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 1997م.
29. د. محمد إبراهيم أبو الهجاء: التحكيم الإلكتروني، الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، الوساطة التوفيق التحكيم والمفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009م.
30. د. محمد عبد العزيز منسي: اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 2011م.
31. د. محمد مأمون سليمان: التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001م.
32. د. هيثم عبد الباقي أبو صالح: التحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات على الموقع: www.kenanaonline.com
33. د. يوسف مسعودي: التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبنية عبر شبكة الانترنت، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، مجلد (1)، عدد (1)، حزيران، 2017م.
34. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009م.
35. علاء عمر محمد الجاف: الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2017م.

36. Julia Hornle, Legal Controls on the Use of Arbitration Clause in B2C Ecommerce Contracts, Masaryk University Journal of Law and Technology, Vol. 2, N. 1, 2008.
37. Karim Benyekhlef; Fabien Gelin, Online Dispute Resolution, Lex Electronica, vol.10 n°2, Summer 2005.
38. Susan Lott, Marie Helene Beaulieu and Jannick Desforges, Mandatory Arbitration and Consumer Contracts, Public Interest Advocacy Centre and Option consommateurs, 2004.
39. Gina T. Constant, Mandatory Arbitration of Public Utility Consumer Disputes, An Examination of Public Policy and the Typical Cell Phone Contract.
40. Susan Schiavetta, Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU, JILT, n3, 2004.
41. Jonnette Watson Hamilton, Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?, McGill Law Journal, 2006, 51.
42. Thomas Schultz, Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention?, The Case for Architectures of Control and Trust, North Carolina Journal Of Law & Technology, Volume 6, ISSUE 1, FALL 2004.
43. Zheng Sophia Tang: Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws, HART Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2009.
44. Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby, E-Commerce, E-Disputes, and EDispute Resolution: In the Shadow of “eBay Law”, Ohio State Journal On Dispute Resolution, Vol. 15:3, 2000.

أهمية وضرورة الاستشارة المصرفية في سورية

الباحث: د. معتمد كامل أوزون

كلية: الحقوق
جامعة: حلب

الملخص

لكي تقدم البنوك معلوماتها الإستشارية لعملائها فإنه يجب أن يتوافر لديها المعلومات اللازمة والتي تمثل المخزون الاستراتيجي المعلوماتي لها في كافة المجالات والموضوعات المتعلقة بمحيط الأعمال التجارية والبنكية والمالية والاستثمارية ، ولا بد أن تتوفر روافد المعلومات التي تستقي منها البنوك والمصارف السورية ، وتكون بمثابة المعين لها وحتى لا تتضرب تلك المعلومات ، على أن تكون هذه المعلومات موثوقة على اعتبار أن البنك يتعامل بطريقة مهنية ويستودعه العملاء ثقفتهم ، كما أن هذه المعلومات تعتبر ذات فائدة للبنك ذاته فضلاً عن عملائه ، حيث تستعين البنوك بهذه المعلومات في إعدادها الاستراتيجيات والخطط لعملها المستقبلي ، وخاصة في الجانب الإئتماني ، مما يجعل منها محط جذب للعملاء ، وعنواناً لمصداقية هذه البنوك عندما تقوم بتقديم خدمة المعلومات للعميل في صورة استشارية .

الكلمات المفتاحية : الاستشارة ، البنوك ، العميل ، المعلومات .

The importance and necessity of banking Advice in Syria

Abstract

In order for banks to provide their advisory information to their clients, they must have the necessary information, which represents information in all fields and topics related to their strategic stock of the commercial, banking, financial and investment environment. Provided that this information is reliable on the grounds that the bank deals in a professional manner and trust is entrusted to this information is considered useful to the bank customers, and itself as well as its customers, as banks use this information in preparing strategies and plans for their future work, especially in the credit aspect, which makes them A point of attraction for and a title for the credibility of these banks when they ‘customers provide information service to the customer in the form of .consultancy .

.informatio ‘Keywords: consultation, banks, client

المقدمة

من العناصر التي يسعى إليها المستثمر دوماً في سوق الأوراق المالية هو كيف يمكن تحديد سعر الورقة المالية في الوقت الحالي ، إلا أن هذا السؤال يمتد إلى التنبؤ بقيمة الورقة المالية في المستقبل ، حيث أن القيمة المتوقعة للورقة المالية في المستقبل ، إذ أن القيمة المتوقعة للورقة المالية هي المحور الرئيسي لعمليات الشراء ، فإذا كان على المستثمر في الأوراق المالية أن يختار الأوراق المالية التي تتفق مع ميوله ورغباته ، كما يقع عليه التنبؤ الجيد بنوع الأوراق المالية التي ستكون محل اهتمام السوق، بالتالي فإن هذا الاختيار والتنبؤ بحالة السوق إنما يتوقف على دراسة أعمال الشركة التي ستكون من أسهمها محفظة الأوراق المالية ، وهذا ما لا يستطيع الشخص العادي الذي لا تتوافر لديه الخبرة والمهارة الكافية فضلاً عن الوقت والمعلومات الكافية والصحيحة لإجراء عملية الاختيار الأفضل للأوراق المالية القابلة للتداول بالبيع والشراء في سوق الأوراق المالية.

أهمية موضوع البحث

تتجلى أهمية هذا البحث في أن الودائع المصرفية في أي دولة في العالم ومنها سورية تعتبر مصدراً رئيسياً لأموال المصرف وتقديم القروض والتسهيلات المصرفية لذلك تتمثل أهمية هذه الدراسة في تقديم دراسة علمية وعملية لأكثر العوامل أهمية في جذب واستقطاب الودائع المصرفية من وجهة نظر العملاء ، كما أن طلب الاستشارات التي تتعلق بتداول الأوراق المالية قد أصبح من الأمور الحتمية نتيجة للتطور والتعقيد الاقتصادي المذهل في عصر ما بعد الحداثة (عصر المعلومات) والذي كان من نتائجه أن العميل أصبح غير قادر بمفرده على اتخاذ القرارات عند إجراء عملية البيع والشراء ، وهو بذلك يتجنب أن تلحق به خسارة كبيرة في سوق الأوراق المالية ، وكذلك الحصول على المساعدة في اتخاذ القرارات الهامة بالاستثمار في الأوراق المالية .

إشكالية الدراسة

تتمثل مشكلة البحث في معرفة أكثر العوامل جذبا واستقطابا للودائع المصرفية في البنوك السورية ، وما هو موقع الاستشارة المصرفية ما بين هذه العوامل كونها (الودائع) تعتبر أحد المصادر الرئيسية لأموال المصارف ولدورها الأساسي في تمويل الإقراض وتقديم التسهيلات المصرفية ، و لمعرفة هذه العوامل تفرعت عن مشكلة البحث الأسئلة التالية:

1. هل لعوامل الثقة والأمان أثر على جذب واستقطاب الودائع المصرفية ؟
2. هل للسياسة التسعيرية أثر على جذب واستقطاب الودائع المصرفية ؟
3. هل للعمليات والإجراءات المتعلقة بحسابات الودائع أثر على جذب واستقطاب الودائع المصرفية ؟
4. هل لجودة وطبيعة الخدمة المقدمة أثر على جذب واستقطاب الودائع المصرفية لدى البنوك في سورية ؟
5. هل لتنوع الخدمات المصرفية أثر على جذب واستقطاب الودائع المصرفية ؟
6. هل للترويج أثر على جذب واستقطاب الودائع المصرفية ؟

أهداف البحث

1. تقديم دراسة عملية لخدمة الإستشارة المصرفية في المصارف والبنوك السورية و التي تساعد العملاء في رسم سياساتهم المستقبلية فيما يخص حسابات الودائع وحسابات الادخار .
2. تقديم مقترحات وتوصيات من شأنها تطوير العمليات المصرفية وزيادة الوعي المصرفي بما ينعكس على زيادة الودائع المصرفية .
3. معرفة العوامل الأكثر تأثيراً على جذب واستقطاب الودائع المصرفية

منهجية البحث

سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي ، وذلك للوقوف على مضمون العمليات الاستشارية التي تدخل في نطاق خدمة العملاء وتحديد مدى الأثر الإيجابي لها في أدا المصارف في سورية عموماً .

خطة البحث

المبحث الأول: ماهية الاستشارات المصرفية .

المطلب الأول : تعريف الاستشارات المصرفية فقهيّاً

المطلب الثاني: تعريف الاستشارات المصرفية قانونياً

المبحث الثاني: عناصر الاستشارات المصرفية

المطلب الأول : المستشار المصرفي

المطلب الثاني: الجهة طالبة الاستشارة المصرفية (العميل المستثمر)

المبحث الأول: ماهية الاستشارات المصرفية

عند إصدار الأوراق المالية ، يتم التعامل مع هذه الأوراق لأول مرة عند صدورهما فوراً وذلك من خلال عملية الاكتتاب ويتم طرح أسمال الشركة ليتم الاكتتاب عليه على شكل صورة أوراق مالية .

ومن خلال هذا السوق تتولد تلك العلاقة الرئيسية والمباشرة بين الجهة التي أصدرت تلك الورقة المالية والأطراف الأخرى التي تكتتب فيها للمرة الأولى ، أو بين الجهتين المقترض والمقرض .

بالتالي فإن تلك السوق تشكل مجعماً للمدخرات الخاصة وذلك بتحويلها إلى استثمارات جديدة لم تكن موجودة سابقاً ، وذلك بأن تصدر التزامات مالية وأوراق نقدية لم تكن سابقاً موجودة أو حتى متداولة .

ففي هذه الأسواق المالية تتم عملية إصدار الأوراق المالية الجديدة ، وأيضاً في هذه السوق تقوم الشركات والجهات الحكومية بإصدار الأوراق المالية الخاصة بها وذلك بغية الحصول على التمويل الضروري للقيام بالعمليات الاستثمارية الخاصة بها .

وأيضاً فإن هذه الأوراق قد تتم عملية شراؤها بشكل مباشر من قبل المنشآت المالية أو من خلال بعض المستثمرين الآخرين الذين تتوافر لديهم أموال للقيام باستثمارها ، ومع ذلك فإن تلك الإصدارات المالية الطويلة الأجل غالباً ما يتم شراؤها من قبل أمناء الاكتتاب أو مصرفي الاستثمار في الأوراق المالية .

وبعد أن يقوم مصرفي الاستثمار بشراء تلك الأوراق المالية يمكنهم القيام بعملية بيعها من جديد ، وبالتالي تكون أرباحهم هي الفرق بين السعر الأول للشراء وبين سعر المبيع مرة أخرى لهذه الأوراق .

وقد أصبح موضوع طلب تقديم الاستشارة بخصوص كل ما يتعلق بالأمور المصرفية وتداول الأوراق المالية وسوقها من الأمور الضرورية البحتة كحصيلة للتطور والتغيرات

الاقتصادية الكثيرة الحاصلة والذي أصبح من نتائجه أن الشخص العادي لم يعد باستطاعته القيام بعمليات البيع والشراء ، واتخاذ القرارات دون العودة لمرجع يكون له السند في ذلك وذلك لئلا يتجنب الخسارة التي قد تلحق به في سوق الأوراق المالية والأسهم ، ومن هنا نشأت فكرة عقد الاستشارة المصرفية .¹

فمن أهم الأسباب الضرورية لوجود عقد الاستشارة المصرفية هو أن العناصر الهامة التي يسعى إليها المستثمر في سوق الأوراق المالية هو آلية تحديد سعر الورقة المالية في الوقت الحالي ، ولا ينتهي هذا الاهتمام عند هذا الحد ، بل يتعداه إلى التنبؤ بقيمة الورقة المالية مستقبلاً ، إذ أن القيمة المتوقعة للأوراق المالية هي فحوى الموضوع وصلبه في عمليات الشراء .

وكذلك الحال فإن على المستثمر في تلك الأوراق المالية أن يقوم باختيار الأوراق التي تتفق مع ميوله ورغباته وكذلك فإن عليه أن التنبؤ بالأوراق المالية التي سيكون التركيز عليها في السوق ، هذا الأمر الذي لا يكون إلا من خلال دراسة أعمال وأوضاع الشركة التي ستصدر تلك الأوراق المالية ، الأمر الذي لا يستطيع الشخص العادي القيام به وذلك لعدم توفر المهارة الكافية ولعدم امتلاكه الوقت الكافي والمعلومات الصحيحة لإجراء عملية الاختيار للأفضل من تلك الأوراق المالية فيما يتعلق بعملية التداول للبيع ، والشراء في الأسواق المالية .

وتقديم الاستشارة يكون من خلال اتفاق (عقد) يقوم فيه المستشار بتقديم ما يملكه من خبرات ومعرفة من خلال استشارة واحدة أو عدة استشارات يمكن أن يتم تقديمها لعدة سنوات لصالح العميل الذي لديه الرغبة في استثمار أمواله في الأوراق المالية .

ويهدف المستشار من تقديم الاستشارة أو وجود (عقد الاستشارة) إلى تحقيق الغاية المشروعة التي يريدها العميل ألا وهي وبلا شك ، زيادة أرباحه وبأكبر صورة ممكنة

¹ سيف النصر ، سعيد محمد حساين ، دور البنوك في استثمار العملاء ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، بدون نشر ، 1993 ، ص 100 .

المطلب الأول : تعريف الاستشارات المصرفية فقهيًا

شهد الفقه الدولي عموماً والفقه الفرنسي خصوصاً عدة محاولات لتعريف وشرح مفهوم المعلومات والاستشارات وفي إطار تعريف هذه المفاهيم اتجه الفقيه (سولفيش) نحو التفريق بين نوعين من المعلومات والاستشارات المصرفية :

أولاً : المعلومات التجارية :

وهي المعلومات التي تتعلق بمواضيع الأمانة والاعتبار والسمعة والقدرة على الوفاء بالديون واليسار المالي والإعسار ، وتتصب هذه المعلومات على صفات ذات طابع شخصي وذاتي .

ثانياً : المعلومات المالية :

ويقصد بها المعلومات التي تشتمل على التقديرات المالية للمشروعات والشركات القائمة ، ويؤسس هذا النوع من المعلومات بطبيعة الحال على المستندات والوثائق ، ومن هذه الوثائق ميزانية المشروع وحساب الأرباح والخسائر وتمتاز هذه المعلومات بأنها تتصب على صفات موضوعية .²

وقد قام النقاد بتوجيه النقد لتعريف (سولفيش) على اعتبار أن هذين النوعين من المعلومات (المعلومات التجارية والمعلومات المالية) ليسوا إلا شكلين من المعلومات التجارية .

أما الفقيه الفرنسي (فاساجن) فقد عرّف المعلومات التجارية التي تقوم الوكالات المتخصصة بتقديمها على أنها المعلومات التي تقدم بغاية إبرام عقد تجاري ، وبالتالي نستنتج من هذا التعريف عدة نقاط وهي كالتالي :

² - القاسم ، منى ، دور البنوك في تنشيط سوق المال من خلال صناديق الاستثمار ، مذكرات معهد الدراسات

المصرفية سنة 1993 / 1994 م ، ص2

إن هذه المعلومات التي تقوم الوكالات المتخصصة بتقديمها يكون لها الطبيعة التجارية في حال كانت مطلوبة بقصد القيام بإبرام عمليات ذات طابع تجاري ، ويكون لها الطبيعة المدنية في حال كانت الغاي منها لإبرام عمليات غير تجارية ، أما عندما تطلب هذه المعلومات من أجل إتمام عمل مختلط فتكون المعلومات حينئذ تجارية أو مدنية وفقاً لطبيعة أطراف التصرف .

وبالتالي فإن الحكم على نوعية المعلومات مرتبط بطبيعة العمل المراد تنفيذه أو إبرامه ، فإذا قام المالك بالاستعلام عن حالة المستأجر الذي طلب منه مهلة لدفع الإيجار المستحق ، فإن هذه المعلومات التي سوف تقدم له ستكون من ذات الطبيعة المدنية ، بينما على سبيل المثال ، فإن المقال الذي يطلب الحصول على المعلومات عن تاجر بقصد بيع سلعة معينة ، فإن المعلومات التي ستقدم ستكون ذات طبيعة تجارية³ .

ويعتبر هذا التعريف شاملاً لكل المعلومات التي تقوم الوكالات المتخصصة بتقديمها ، وأيضاً لشموله أية معلومة يتم تقديمها بواسطة أي شخص يعطى معلومات بمقابل .

كما أن هذا التعريف يهتم بالشخص مقدم المعلومة ، علماً أن الحالة الصحيحة تكمن في النظر بإمعان إلى صفة مقدم المعلومة ، حتى يتم تقدير مسؤوليته عنها ، ذلك لأن الوضع يختلف في حال كان الشخص مقدم المعلومة متخصصاً أم لم يكن كذلك ، وذلك لأنه في حال تم تقديم المعلومة من شخص محترف وذو خبرة فإن تقدير مسؤوليته عنها يتم بشكل حازم وشديد⁴ .

ويذهب الفقيه ميشيل (فازر) في تعريفه للمعلومات على أنها عبارة عن نقل وقائع معينة بصفة مجردة ويتم الحصول عليها من عدة مصادر مختلفة ، وفي سياق هذا

³ مصطفى ، أحمد بركات ، مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 13.

⁴ Jean vassagne les agences des renseignements commerciaux these poitiers 1942 .p21

التعريف يقوم (فازر) بين نوعين من الوقائع التي تتم عملية نقلها في إطار تقديم المعلومات والاستشارات من قبل البنوك :

1. المعلومات التي تصل عن طريق السمع ، ومثالها : المعلومات التي الحالة المادية لأي مشتري أجنبي .

2. الوقائع التي تتضمن فحصاً يتم من قبل البنك ، كالمعلومات المقدمة عن نصوص التشريع الأجنبي حول عمليات التحويل .

ويتطلب هذا النوع من المعلومات أو الوقائع من البنك أن يكون قد أخذ بالاعتبار الحالة الموضوعية لمن يطلب تلك المعلومات ، وإن نقل مثل هذه المعلومات ينطوي في بعض الأحيان على استشارة ضمنية بالتصرف أو عدمه وذلك على ضوء الفحص الذي قام به البنك .

ويبدو أن هذا التعريف يعتبر من أوضح التعاريف لكونه لا يخلط بين المعلومات والوقائع الأخرى كالرأي والاستشارة .

المطلب الثاني : تعريف الاستشارات المصرفية قانونياً

تطرقت العديد من القوانين لموضوع الاستشارة وحاولت الإحاطة به من كافة النواحي ، فقد تطرق المشرع الأمريكي لعقد تقديم الاستشارات للمستثمرين في الأوراق المالية على أنه⁵ : " عقد أو اتفاقية والتي عن طريقها يوافق الشخص على القيام بمهام مستشار الاستثمار في الأوراق المالية ، وأيضاً تنظيم حساب استثمار أو تجارة للآخرين .

وقد فرق المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية وفي سوق تداول الأوراق المالية بين نوعين من العقود المتعلقة بالمشورة ، وهما :

⁵ pubic.ref.204.htm/www.market.counsel.com تاريخ الزيارة 4 / 11 / 2022 ، 18:44

النوع الأول : ويطلق عليه ما يسمى بـ (عقد الخدمات الاستشارية غير الشخصية) وهو الذي يتم تقديمه بصورة غير مباشر ، ومفهوم الخدمات الغير شخصية⁶ قام المشرع بتعريفه على أنه " هي عبارة عن خدمات استشارية تم تقديمها بواسطة مادة مكتوبة أو مجموعة من البيانات ذات الطابع الشفهي وهي بطبيعة الحال لا تقدر الإفادة في تلبية الأهداف أو الحاجات لعميل معين ، أو يمكن اعتبارها من قبيل المعلومات الاحصائية مثلاً ، كما قام المشرع الأمريكي أيضاً بتعريف الخدمات الغير شخصية بأنها تقديم الخدمات للعملاء من خلال عدة وسائل كالنشرات والتحليلات المكتوبة والمعلومات.

النوع الثاني : والمقصود به عقد الخدمات الاستشارية الغير شخصية والتي تتعلق بتداول الأوراق المالية والقيام بعملية الاستثمار فيها ، وفي هذا العقد يتم تقديم الاستشارة بالصورة المباشرة للعميل والتي تتضمن وتكفل إشباع غاياته ورغباته الاستثمارية في الأوراق المالية بطريقة مباشرة وتضمن له تحقيق أهدافه الخاصة والتي يطمح بها وبطريقة مشروعة ، ومثاله إعطاء الرأي بأفضلية الاستثمار في سوق معينة أو ورقة معينة ونتيجة دراسة خاصة يقوم بها المستشار في التداول والاستثمار في الأوراق المالية ومن ثم يقدمها للعميل .

وأيضاً تم تعريف عقد الاستشارة المصرفية أو البنكية على أنه⁷ عقد يقوم بإبرامه المستثمر مع أحد الشركات المتخصصة في الأوراق المالية وذلك بهدف تقديم الدعم اللازم له عند إجراء عمليات البيع والشراء وكذلك تقديم المساعدة له في عمليات استثمار الأوراق المالية التي يقوم بها .

⁶ www.market.counsel.com/pubic.ref.204.htm تاريخ الزيارة 2022/11/4 ، 20:30
⁷ <https://alphabeta.argaam.com/article/detail/91764> تاريخ الزيارة 2022 / 11 / 4 ، 20:04

ويرتكز هذا العقد القائم بين العميل والمستشار على قيام هذا الأخير والمؤهل للقيام بهذه العملية و إنطلاقاً من خبرته السابقة في هذا المجال بتقديم المعلومة اللازمة للعميل في عملية الاستثمار التي يقوم بها.⁸

ويتطلب قيام هذا العقد أن يكون المستشار وهو أحد طرفي العقد على قدر كبير من الإبداع والخبرة والمهارة والقدرة الفنية والعملية المتميزة ليساعد كل ما سبق في تقديمه للاستشارة اللازمة ، بالتالي على المستشار أن يكون محترفاً لتلك المهنة ، ولا يجوز تسجيل شخص او شركة تمارس عمل أو مهنة أخرى إلى جانب تقديم الاستشارات وذلك لضمان حيادية المستشار وتنفيذ عمله بالدقة اللازمة.⁹

المبحث الثاني: عناصر الاستشارات المصرفية

نظراً لحساسية المواضيع المتعلقة بتداول الأوراق المالية وخطورتها عموماً ، وانطلاقاً من المسؤولية المترتبة عن الاستشارات المتعلقة بتداول الأوراق المالية على وجه الخصوص ، لكونها معاملات وعقود ذات طبيعة مستقبلية مرتبطة بالتكهنات والتنبؤات¹⁰ ، ومن الممكن أن لا تصيب تلك التنبؤات مما سيؤدي إلى تحمل كل من أطراف العقد لخسائر قد تكون فادحة ، وبالتالي فقد استقر التوجه نحو نطاق محدد لهذه العقود من حيث الأطراف المسموح والمرخص لهم لأن يكونوا أطرافاً في تلك العقود ، وبالتالي لا بد من دراسة عناصر وأطراف عقد الاستشارة المصرفية كالتالي :

⁸ عبد الله ، ابراهيم ، الاتفاقيات الخاصة وأثرها على احكام المسؤولية القانونية للخبير الاستشاري ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد المائة والأربعون ، مارس 2005 م .
⁹ حسني ، حسن ، الخدمات المصرفية في البنوك التجارية ، جامعة عين شمس ، 2000 ، ص 17 وما بعدها .

¹⁰ يقصد بالتنبؤات : هي المعلومات ذات الطبيعة المالية والتي يتم إعدادها انطلاقاً من افتراضات متعلقة بأحداث مستقبلية يتوقع مستشار التداول حدوثها وذلك في تاريخ إعداد تلك المعلومات (المقترحات التي تتعلق بأفضل التقديرات الممكنة)

المطلب الأول : المستشار المصرفي

فرضت النصوص القانونية لبعض التشريعات الخاصة وجود مواصفات خاصة ومعينة يتمتع بها أطراف عقد الاستشارة الخاص بتداول الأوراق المالية ممن يقدمون النصح والاستشارة للمستثمرين والمتداولين في الأسواق المالية وفي أسواق المال وقوانينه أيضاً ، وخصوصاً في طرف مقدم الاستشارة ألا وهو المستشار ، ومن أهم تلك الصفات :

أ - توفر الخبرة العملية والقدرة الفنية لدى مستشار التداول

تتطلب عملية الاستثمار توافر الخبرات اللازمة والمعرفة الكاملة وخاصة بأوضاع السوق وأحواله ، وليس من المهم أن يعرف بهذه التفاصيل الشخص الراغب في أن يوظف أمواله أو جزء منها في الأوراق المالية وأن تتوفر لديه الخبرة لبلوغ هذه الغاية .

بمعنى آخر يخشى المستثمر ان يدخل في التفاصيل الفنية الدقيقة لمعلومات البورصة لكي لا يتوه فيها وخاصة في الظروف التي تزداد فيها تعقيدات عملية البورصة وذلك نظراً للطابع الخاص للمصطلحات والإجراءات المتبعة في داخل السوق ، لذلك يلجأ المستثمر لمستشار الأوراق المالية الذي من المفترض أن تتوفر لديه المعرفة والخبرة اللازمة لتعويض هذا النقص في المعلومات ، بالتالي فإن قوام المشورة هو تقديم الخبرة الفنية للغير ، حتى يتسنى له القيام بأعماله على نحو جيد ومثالي¹¹ .

ومما سبق نستنتج أن عقد تقديم الاستشارة يجب ان يلتزم فيه المستشار بان يقدم الاستشارة التي تعبر عن إبداعه وتعكس الخبرة التي يملكها وتكشف مهاراته التي يملكها وقدراته التي تميزه عن غيره .¹²

¹¹ Nadge Reuboul .les contrats de conseil ,theses paris 1997 ,p20

¹² البراوي ، حسن حسين ، عقد تقديم المشورة ، رسالة من جامعة القاهرة بدون ناشر ، 1998 م ، ص244 .

وعلى هذا فإن الاستشارات التي يقدمها المستشار للعميل تتمتع بأنها أعمال طبيعتها عقلية وذهنية ، وأن صلب الجهد الذي يقدمه هو خلاصة لإعمال الفكر والعقل ، لهذا فإن الاستشاري لا يعتبر مجرد آلة أو عامل فني يطبق النظريات .

وبشكل عام فإن على كافة الأشخاص المهنيين والذين يمارسون مهنة المستشار وتقديم الاستشارات عليهم التحلي بالصفات الشخصية التي تجعل منهم أهلاً لتلك المهنة .¹³

1 - في الولايات المتحدة الأمريكية

فقد نصت المادة 806 الفقرة 3 ، من قانون مستشاري الاستثمار والذي صدر في عام 1940 الخاص بتسجيل مستشاري الاستثمار على " أن تتوفر المعرفة والخبرة لدى مستشار الاستثمار " .

فقد ألزمت تلك المادة المستشار في مرحلة تقديمه لطلب الترخيص أن تكون له سيرة ذاتية للعشر سنوات الأخيرة وكذلك يقوم يقدم بيان يشرح فيها الأعمال الأساسية له (للمستشار) وتشمل أعمال الاستشارة الاستثمارية ، وأن يقدم بياناً آخر لأعماله في الاشراف الاستثماري .

والهدف من هذه البيانات هو معرفة الوظائف التي تولاها مقدم الأوراق من قبل ، وهل تعتبر من ضمن النطاق المهني الذي يؤهل مستشاري الأوراق المالية باكتساب الخبرة اللازمة والكافية ؟

وإضافة للسيرة الذاتية ، يرفق مقدم الطلب بملف الترخيص شهادة يذكر فيها التقييم الخاص به كمستشار للأوراق المالية ويتضمن شكل المنظمة واسمها (مكتب الاستشارة التي بنوي الانضمام إليها) .

¹³البراوي ، حسن حسين ، مرجع سابق ص 200 و مابعدا

وعلى اعتبار أن معيار المقدرة الفنية والعلمية والخبرة هو الأهم بالتالي فإنه سيكون الفاصل في الحكم عند مرحلة تقديم مستشار الأوراق المالية أو الاستثمار في الأوراق المالية ملفه للجنة المختصة.¹⁴

فالنموذج الأمريكي للعقد الاستشاري لمستشاري الاستثمار يتطلب على سبيل المثال : أن يقر المستشار بأنه مُنح الترخيص بمزاولة المهنة ، وأنه يمتلك الخبرة اللازمة والمعرفة التي تلزم للقيام وتقديم أعمال الاستشارة.¹⁵

ويعتبر الكذب في تقديم تلك المعلومات المتعلقة بهذا الإقرار شكلاً من أشكال التدليس والذي في نهاية الأمر يؤدي لفسخ العقد .

2 - أما في مصر

فقد اشترطت المادة 258 من قانون رأس المال المحلي على الضرورة في أن تصدر الاستشارة الخاصة بتداول الأوراق المالية من الأشخاص أصحاب الاختصاص في الشركة والذين يعتبرون من الأشخاص المؤهلين لتقديم الاستشارة الفنية للتداول.¹⁶

فقد نصت المادة المذكورة على أنه " وفي جميع الأحوال فإنه لا يجوز لغير الأشخاص الذين يعملون في الشركة أو لغير المدراء المختصين في الشركة تقديم النصيحة المتعلقة بالأوراق المالية " .

وفي نفس السياق ، فقد اشترطت المادة 89 الفقرة الرابعة من القانون المذكور على السمسار (شركات السمسرة) والتي من الممكن أن تقوم بتقديم الاستشارات الخاصة بالتداول ، وجود الخبرة والنجاح في الاختبارات والدراسات والتي صدر قرار من الهيئة

¹⁴مصطلح (securities and exchange commission) ويقصد به لجنة أو مجلس الأوراق المالية ،

وهي هيئة فدرالية تم تنظيمها بمعرفة المادة 78 من قانون تداول الأوراق المالية
www.sec.gov/investor/brokers.htm ¹⁵ تاريخ الزيارة 2022/11/5 ، الساعة 09:07

¹⁶ مراجعة المواد 112 ، 102 ، 103 من قانون رأس المال المصري رقم 95 لعام 1992 ، إضافة إلى لائحته التنفيذية الصادرة بقرار من وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم 135 لعام 1993

بخصوص تنظيمها ، كما نصت الفقرة الأولى من نفس المادة ، على وجوب حصول السمسار على مؤهل مرتفع الدرجة ، وقد استثنى من هذا الشرط السماسرة القدماء المسجلين قبل صدور القانون السابق وذلك لامتلاكهم الخبرة العالية .¹⁷

وبالتالي فإنه على المستشار عموماً والمستشار في الأوراق المالية على وجه الخصوص أن يتمتع بالمهارة العالية والكفاءة المتميزة ، لكونها الصفات التي تشكل الاهتمام والأولوية لدى العميل ، فتوافر تلك الصفات هو ما يدفع ويشجع العميل على التعامل مع المستشار في الأوراق المالية والتي تحوي على مخاطر جمة ، ويتسنى للعميل التأكد من توافر الخبرات اللازمة للمستشار من خلال سنوات ممارسته للعمل الاستشاري وأيضاً من خلال الشهادات الحاصل عليها ، ومعرفة ما قد صدر من أحكام ضده وما تم تسجيله عليه من مخالفات في الهيئة .

ب - الترخيص بمزاولة المهنة

وهو مطلب تنظيمي يتضمن شروط خاصة يجب توفرها في المستشار الذي سيقدم المشورة بشأن تداول الأوراق المالية والاستثمار فيها ، ويُلاحظ التشدد في الشروط المطلوبة في المهنيين الاستشاريين القائمين على تقديم المشورة بشأن التداول في الأوراق المالية ، إذ أن فئة الاستشاريين والمهنيين في سوق الأوراق المالية تخضع لتنظيم على درجة كبيرة من الدقة ومتطلبات قانونية دقيقة وخاصة .

¹⁷ وفي أغلب الأحوال فإن قانون سوق رأس المال المصري لا يقبل باستشارات الفرد وإنما يعتف بالاستشارات المقدمة من شركة ، ويستخلص ذلك من المادة 120 من قانون رأس المال المصري ، والتي نصت على انه " الشركات التي تعمل في مجال الأوراق المالية ، هي الشركات التي تباشر نشاطاً أو أكثر من الأنشطة التالية

1 - في الولايات المتحدة الأمريكية

يجب على الأفراد والشركات المؤهلين لتقديم المشورة والنصيحة في التداول والاستثمار في الأوراق المالية أن يقوموا بالتسجيل في لجنة تسمى (لجنة الأوراق المالية) (Sec)

18 .

ولا يجوز لأي مستشار استثمار تداول في سوق الأوراق المالية ما لم يكن مسجلاً كمستشار تداول استثمار أو قد تم إعفاؤه من التسجيل استناداً لنص القانون أن يمارس المهنة كمستشار أو أن يدخل في عقود استشارية أو ينضم أو يجدد أو يوسع عقود استشارية استثمارية متعلقة بالأوراق المالية ، وطبق هذا الشرط من تاريخ صدور قانون مستشاري الاستثمار في نوفمبر عام 1940م ، وعلى أن يقوم المستشار بتجديد طلبه بشكل سنوي¹⁹ .

ولكن يستثنى المستشارين العاملين في الولايات والذين يقتصر نشاطهم ضمن حدود تلك الولاية والتي تتواجد فيها مكاتبهم الرئيسية والمقر الخاص بعملهم ، فتلك الفئة تخضع لسلطات تلك الولاية فقط ويتم تسجيلهم أيضاً في وكالة الأوراق المالية في تلك الولاية ، إلا في حال كان لدى المستشار أصول تدرج تحت تصرفه وإدارته الخاصة ، على أن لا تقل قيمتها عن مبلغ 25 مليون دولار²⁰ .

أما فئة مستشاري التداول المعفاة من التسجيل وفق نص القانون ويحق لهم العمل ، فهم :

¹⁸ Sec .80-b-3 registration investment advisers (a) .sub chapter II investment advisers .

¹⁹ Sec .80-b-5 investment advisers contracts . investment advisers .

²⁰ ماهر ، وليد علي ، المعلومات الاستثمارية البنكية ، دراسة مقارنة ، أستاذ القانون التجاري ، كلية الحقوق

جامعة حلوان ، 2006 ، ص 33 .

1 - سمسرة الأوراق المالية والذين يقدمون السمسرة كخدمة متكاملة ويقدمون الاستشارات للعملاء وبالنسبة لهذه الفئة يتم الاكتفاء بتسجيلهم كسمسرة خدمة متكاملة طبقاً للقانون الأمريكي المتعلق بالأوراق المالية الصادر عام 1934م ، المادة (15) .²¹

2 - ويستثنى كذلك من التسجيل ، مستشارو الاستثمار في الأوراق المالية الذين لديهم عملاء فقط من شركات التأمين ، وأيضاً كل مستشار تداول لم يتجاوز عملائه الخمس عشرة عميلاً في فترة الاثني عشر شهراً الماضية .

3 - وأيضاً فإن كل مستشار استثمار في الأوراق المالية ويعمل في (منظمة خيرية - جمعية خيرية) فإنه يعفى من التسجيل ، شريطة أن تكون تقتصر استشارته على تلك الجمعيات الخيرية .

لا يجوز للسلطات المختصة في أي ولاية أن تطلب من مستشاري التداول المسجلين لدى لجنة الأوراق المالية (sec) أن يقدموا أوراق أو شهادات لتمنحهم حق العمل في تلك الولاية ، طالما أعطيت لهم الرخصة من قبل اللجنة .

على أن هذا لا يمنع أن تقوم أي ولاية أو وكالة تؤدي وظيفتها من القيام بعملية التحري والبحث وأن تجري التعزيزات التي تراها لازمة ، مع العلم والوضع في الاعتبار لعمليات الغش والنصب التي قد يتعرض لها مستشار التداول والاستثمار في الأوراق المالية ومعاونوه أيضاً .

ج - وقف التسجيل

تستطيع اللجنة إيقاف عملية تسجيل المستشار في حال تراءى لها أن الصالح العام يكمن في عملية إيقاف التسجيل أو التقدير أو تعليق الأنشطة والوظائف والأعمال التي يقوم

بها المستشار ، وفي حال ازدادت المخالفات يمكن للجنة إبطال التسجيل سواء أكان لمستشار التداول والاستثمار في الأوراق المالية أو أي شخص آخر مرتبط به .²²

وقد يكون هذا الإجراء نتيجة مخالفة النصوص القانونية أو تشجيع الغير على مخالفة القانون ، وذلك خصوصاً في قانون الأوراق المالية الصادر سنة 1933م ، وقانون تداول الأوراق المالية الصادر في عام 1934 أو أي قانون أجنبي مماثل له .

وينطبق الحال أيضاً في حال وجود إدانة مسبقة بجناية أو جنحة في العشر سنوات السابقة على طلب التسجيل أو حتى بعد التسجيل ، ويستوي الحال في حال صدر الحكم من محكمة أجنبية²³ .

2 - وفي مصر

فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم 95 لسنة 1992 في المادة 133 منها ، على ضرورة أن يقوم بالتسجيل كل شخص يقوم بمزاولة أي نشاط من الأنشطة المتعلقة بالأوراق المالية ومجالاتها ، حيث تنص على " عدم جواز مزاولة أي نشاط من الأنشطة المتعلقة بمجالات الأوراق المالية إلا بعد أن يتم الحصول على ترخيص بذلك من قبل الهيئة²⁴ .

كذلك فإن لوزير الاقتصاد أن يضيف أي أنشطة أخرى متصلة بمجال الأوراق المالية ويقوم الوزير بتحديدتها بعد موافقة مجلس إدارة الهيئة ، وفق ما نصا عليه المادة 27 من نفس القانون .

وتطبيقاً لنص المادة السابقة ، فقد أصدرت وزيرة الاقتصاد المصري وفي عام 1996 القرار رقم 632 والذي قام فيه بإضافة نشاط تقييم وتحليل الأوراق المالية ونشر

²² البراوي ، حسن حسين ، مرجع سابق ، ص 250

²³ Sec .80b-3Regirtration of investment advisers (e) .

²⁴ انظر في ذلك المادة 2 من قانون سوق رأس المال المصري رقم 95 لعام 1992

المعلومات ، بناء على موافقة مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال وذلك في جلسته رقم 112 والمنعقدة بتاريخ 19 / 8 / 1996 م .

وتجري المحاولات في مصر لتسجيل شركات السمسرة والتي تقوم بتقديم الخدمات المتكاملة مثل خدمة مشورة التداول ، والهدف من ذلك إيجاد نوعية جديدة من سمسرة الخدمة المتكاملة في مصر ، والذين يستطيعون تقديم خدمة الاستشارات والتداول للعملاء .²⁵ والهدف أيضاً هو التمييز بين شركات السمسرة التي تقدم الخدمة المتكاملة ومنها الاستشارة وتزاعي كافة المصالح ، سواء مصالحها الشخصية أو مصلحة العميل من جانب وكذلك مصلحة البورصة من جانب آخر ، و بين شركة سمسرة مكثفية بتنفيذ والحصول على الصفقة فقط .²⁶

وفي مجال وقف النشاط وتعليقه أيضاً ، فقد نص قانون رأس المال المصري في المادة 30 منه على جواز وقف نشاط الشركة (التي تعمل في مجال الأوراق المالية أياً كان النشاط) في حال مخالفتها لأحكام القانون واللائحة التنفيذية له أو أياً من قرارات مجلس إدارة الهيئة الصادرة تنفيذاً له أو في حال فقدانها لأي شرط من شروط الترخيص .

وفي الأحوال العامة فإنه ليس من حق الهيئة العامة لسوق المال ان توقع الجزاءات ذات الطابع الجنائي ، ولكنها عندما ترى أن هناك مخالفات فلها أن تقوم بتحويل الملف للنيابة العامة .²⁷

د - قواعد ممارسة المهنة

يوجد في نطاق العمل البنكي وكذلك العمل في سوق الأوراق المالية ، بعض الأعمال التي يلتزم المستشار بتجنبها وعدم القيام بها ، وذلك لكونها محظورة عليه ، سواء اكان

²⁵ انظر جريدة الأخبار ، صفحة الاقتصاد

²⁶ الحمراي ، صالح راشد ، دور شركات السمسرة في استثمار أموال العملاء ، رسالة من جامعة القاهرة ، بدون ناشر عام 2000 م ، ص34.

²⁷ انظر في جريدة الأهرام ، بتاريخ 21 أبريل 2006 ، ص7 اقتصاد ، مقال بشأن إضافة باب جديد للائحة التنفيذية لسوق المال المصري حظر التلاعب في البورصة واستغلال المعلومات .

ذلك بطريقة مباشرة أو باستخدام وسائل البريد أو أي وسائل أخرى (طريقة غير مباشرة)
وهي كالآتي :

✓ امتلاك أو رعاية الأموال او السندات المالية من العملاء :

إن تمتع أي مستشار تداول واستثمار في سوق الأوراق المالية بسلطة اتخاذ أي إجراء سواء اكان مباشراً او غير مباشراً الشراء أو بالبيع فيما يتعلق بسندات وأموال أي عميل ، ويعتبر من باب الخداع والاحتيال مالم يلتزم بمايلي :

1 - أن يلتزم بعزل سندات العميل وحفظها في مكان آمن من الخسارة أو الدمار أو الضياع .

2 - أن يتم حفظ اموال العملاء في حسابات في بنك واحد أو عدة بنوك ويحتوي ها الحساب على أموال العملاء فقط .

3 - يتم إيداع تلك الحسابات بإسم مستشار التداول والاستثمار باعتباره وكيلأ أو وصياً عن العملاء ز

4 - يجب على مستشار التداول والاستثمار أن يحتفظ بسجل يقوم فيه بكتابة تلك الحسابات والبنوك المودعة فيه وعنوانها والايداعات التي تمت في هذا الحساب وتواريخها أيضاً وعمليات السحب من هذا الحساب وتاريخه أيضاً .

5 - يلتزم مستشار التداول وفوراً بعد أن يقبل رعاية الأموال والسندات المالية لأي عميل أن ينبه عميله وينبئه كتابة في حال حصول أي تغيير في أسلوب ومكان وزمان إدارة هذه الأوراق والسندات المالية .²⁸

²⁸ محمد ، محمود مصطفى حسن ، النظام القانوني لعقد إدارة الاموال المالية ، رسالة من جامعة القاهرة ، بدون ناشر 2002م ، ص66.

✓ المعلومات المالية والتأديبية التي يلتزم مستشار التداول والاستثمار أن يكشفها لعملائه :

1 - يلتزم مستشارو التداول والاستثمار في الأوراق المالية بأن يكشفوا لعملائهم الوضع الحقيقي لمركزهم المالي .

2 - ويلتزم المستشار أيضاً أن يخبر العميل بأي حدث تأديبي أو قانوني قد يؤثر على قدرة مستشار التداول والاستثمار في الأوراق المالية للإيفاء بالتزاماته التعاقدية اتجاه العميل²⁹ .

ومن الالتزامات المترتبة أيضاً كل مستشار تداول ، أن يقوم بالكشف لعملائه عن أية ديون ذات طابع مدني تصدر ضده قضاءً والتي تمت الإدانة له بها ، أو قام بالاعتراف بأي تهمة موجهة له ، بغض النظر كانت جنائية أم جنحة أو أي جريمة قد تنسب له وتعلق بالاستثمار من أي عمل قد يشابه الاحتيال أو القيام بتقديم رشوة أو تزوير أو أي عملية ابتزاز أو ذكر وتقديم بيانات خاطئة .

وفيما يتعلق بالالتزامات بتقديم وكشف المعلومات السابقة من قبل مستشار التداول ، فإنه يتوجب عليه كشفها فوراً للعملاء وبالنسبة للعملاء الموقعين فيجب تقديمها قبل 48 ساعة من البدء بعملية التنفيذ لمشورة الاستثمار والتداول ، سواءً كان العقد مكتوباً أو شفهيّاً .

ويحق للعميل أن ينهي العقد خلال مدة 5 أيام عمل تحسب من تاريخ التوقيع من الطرفين على العقد .

أما بالنسبة للتشريع المصري ، فقد اكتفى المشرع بالقواعد الخاصة التي ذكرت في قانون رأس المال رقم 95 لعام 1992 ، إضافة لما ورد في اللائحة التنفيذية التابعة له ، والتي

²⁹ الحمراي ، صالح راشد ، مرجع سابق

صدرت برقم 135 لعام 1993 ، وأيضاً ما ورد في القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني المصري³⁰ .

المطلب الثاني: الجهة طالبة الاستشارة المصرفية (العميل المستثمر)³¹

من المؤكد أن السنوات الأخيرة شهدت التغير والتطور الكبيرين في النوعية الموجودة من العملاء الذين يطلبون الاستشارات المتعلقة بالأوراق المالية ، فالاستشارات المتعلقة بالأوراق المالية والاستثمار لم تعد حكراً على الأفراد فقط، بل توسعت بشكل كبير لتشمل الهيئات والشركات والصناديق المستثمرة في الأوراق المالية والتي يقوم بإدارتها أشخاص متخصصون ، وما هذا التغير الحاصل في العميل إلا نتيجة الاهتمام وزيادة الوعي بالأهمية الكبيرة للاستشارات في سوق الأوراق المالية (البورصة) ، وأن الدخول فيها دون اللجوء إلى استشارة صحيحة وعلى درجة كبيرة من الدقة ويقدمها مستشار يتمتع بالخبرة والذكاء يعتبر ضرباً من ضروب المخاطرة المالية ، سواء كان هذا العميل شخصاً طبيعياً أو شخصية معنوية .

وفي الآونة الأخيرة فإن أصحاب الفعاليات الاقتصادية والمالية من شركات وهيئات لا تفكر في القيام بأي عملية إصدار للأوراق المالية الجديدة أو نشرها في السوق للقيام ببيعها إلا بعد أن تطمئن وتلجأ للاستشارة التي تشجعها على ذلك ، والتي توضح لها التصرف الصحيح وذلك من عدة جوانب ، وعلى سبيل المثال الورقة التي تم طرحها في السوق أو من حيث نوعها أو طريقة انتشارها وتداولها في السوق ومواعيد وتواريخ عملية التداول وآليته وتحديد الطرق المثلى للقيام بذلك .

³⁰ فقد نصت المادة 148 : على ضرورة وجوب تنفيذ العقد بطريقة تنفق وحسن النية وتلزم المتعاقدين بكل ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة .

³¹ البراوي ، حسن حسين ، مرجع سابق ، ص 250

أ - دوافع العميل³²

حتى يلجأ العميل لطلب الاستشارة المصرفية أو المتعلقة بالأوراق المالية ، لابد من وجود مجموعة من الدوافع التي تشجعه على ذلك ، والتي في غالبيتها تدور في فلك زيادة الربح ، إضافة إلى أهداف أخرى يسعى العميل لتحقيقها من وراء تلك الاستشارة ، وهذه الدوافع على نوعين ، هما :

1 - الدافع الاقتصادي

✓ زيادة الأرباح وهو الدافع الأساسي للعميل

ومن المعروف أن الغرض الأساسي من عقد الاستشارة بشأن تداول الأوراق المالية هو الغاية الاقتصادية (تنامي الأرباح) ، وهو بلا شك يعتبر دافعاً محقاً ومشروعاً .³³

ومن المؤكد أن تحصيل أكبر درجة ممكنة من الربح للأموال التي تم استثمارها في سوق الأوراق المالية له آثاره الجيدة على المستثمر (العميل) وعلى المشاريع والهيئات والشركات التي أصدرت الأوراق المالية ، وفي النهاية على اقتصاد الدولة بالمجمل .

✓ الدوافع الفرعية للعميل

على الرغم من اعتبار الغاية الاقتصادية هي الرئيسية والأساسية من الإقدام على عقد استشارة التداول إلا أنه لا يمكن إغفال وجود الأهداف الأخرى الإضافية له ، والتي تختلف بحسب العميل المستثمر نفسه بل قد تختلف تلك الأهداف بالنسبة للعميل نفسه باختلاف الأزمنة والأوقات ،³⁴ ومن الأهداف الفرعية نذكر مايلي :

1 - الوصول إلى دخل جاري أو مستمر جيد وبلوغ أقصى درجة ممكنة منه إضافة إلى تحقيق زيادة منطقية في رأس المال .

³² إبراهيم ، محمد عبد الحي ، إنشاء السر المصرفي ، دار الجامعة الجديدة 2012 ، ص 14

³³ ويمكن قياس مدى الأرباح للأوراق المالية من خلال أسعارها ، إضافة إلى ما يسمى بأداء الاستثمار للشركة .

³⁴ أبو فاخرة ، نادية ، مرجع سابق ص 20

- 2 - تحقيق المكاسب ذات الطبيعة الرأسمالية للأجال الطويلة ، وكذلك بلوغ أكبر درجة ممكنة لنمو رأس المال المستثمر في سوق الأوراق المالية والأسواق المشابهة لها .
- 3 - العمل على توفير الحماية للمصادر الأخرى التي تؤمن الدخل من الضرائب التي قد تفرض عليها .³⁵

الخاتمة

بعد أن استعرضنا التزامات عقد تقديم الاستشارات المصرفية المتمثلة بالتزامات المصرف إزاء العميل طالب المشورة ، وأوضحنا كيف أن المصارف تتوخى الدقة بعدم إفشاء السر المصرفي والالتزام بعدم إعطاء معلومات مضللة ومضرة بالعميل ، واستعرضنا كذلك القيود المانعة من تقديم المصرف المعلومات الاستشارية سواء القيود القانونية التي يحميها السر المصرفي ، وكذلك عدم البوح بما يعد أسراراً للعميل يؤتمن عليها المصرف ، أو القيود العرفية التي ترد على مبدأ عدم التدخل في شؤون العميل بتقديم معلومات استشارية إذا لم يطلب منها ذلك مع الاحتفاظ بدور المصارف في مدى تقديره للتدخل بتقديم معلومات معينة لعميله إذا ما استشعر بحاجتهم إليها باعتباره كياناً مهني محترف ذو خبرة علمية ، وقد خلصت الدراسة إلى جملة من النتائج والمقترحات نجملها بالآتي:

³⁵ <http://www.lexis.com/research.retrieval> ، تاريخ الزيارة 6 / 11 / 2022 ، الساعة : 09 :44

أولاً : النتائج

1. إن التزام المصرف التعاقدى بتنفيذ العمل ، أي بتقديم الاستشارة إلى عميله المتعاقد معه ، يقتضي قيامه بالاستعلام سواء من العميل أو بنفسه أي الاستعلام الذاتي ، كما يدخل في تنفيذ العقد إجراء المصرف دراسة ملائمة بصدد مشروعات العميل وقيامه بعملية تصور المعلومات الاستشارية التي تلانم احتياجاته المالية .
2. قد ينشأ التزام المصرف بتقديم المعلومات الاستشارية نتيجة التزام عقدي ما بين المصرف وعميله أو نتيجة وجود عقد أو مجموعة عقود قائمة بالفعل بين المصرف وعميله ، وتكون خدمة تقديم الاستشارة عندئذ تابعة لعقود مصرفية أصلية.
3. لا يوجد تعارض بين التزام المصرف بتقديم خدمة المعلومات الاستشارية ومبدأ عدم تدخله في شؤون عملائه إنما توجد علاقة تكامل بينهما.
4. تترتب على المصرف مجموعة من الالتزامات غير التعاقدية تتمثل بالالتزام بالإفصاح إزاء العميل المرتبط معه بعقد استشارة وكما يلتزم المصرف بعدم إعطاء معلومات كاذبة وغير حقيقية وأن يعمل دائماً لمصلحة العميل ويكشف لهم عن أي تعارض بالمصالح .

ثانياً : التوصيات

1. أوصي المشرع السوري بتقنين موضوعات خدمة تقديم الاستشارات الهامة للمصارف في ظل نصوص قانونية واضحة ومنظمة لعلاقة عمل المصارف إزاء العملاء وتجاه الأغيار على غرار بعض التشريعات الأخرى التي نظمتها ، وذلك من خلال الإقتداء بالأعراف المصرفية والعادات المهنية وتضمينها بتشريع خاص يساير تحسين وإثراء جوانب خدمة تقديم المعلومات المصرفية على سبيل الاستشارة.

2. كما أوصي المشرع السوري على أقل تقدير تعديل قانون المصارف رقم 28 لعام 2001 بما

يتلائم مع التطورات الحاصلة على الساحة التجارية والاقتصادية ، و ذلك بإضافة بعض الفقرات التي تنص على كيفية تقديم خدمة الاستشارات والالتزامات التي تقع عاتق المصرف والعميل وتتنوع الجزاءات المترتبة على إخلال المصرف بالتزاماته من مسؤولية مدنية، وجنائية، وتأديبية.

3. ندعو مشرعنا السوري إلى تبني إعداد نماذج لعقد الاستشارات المصرفية التي يتم إعدادها ضمن بنود القانون أو من البنك المركزي أو المصارف نفسها ، على أن يصادق على هذا الأخير من قبل البنك المركزي ، على أن يضم بين طياته التزامات وحقوق كل من المصرف المستشار والعميل بخاصة الالتزام بتقديم المشورة لأهمية وخطورة الإخلال به من المصرف على العميل .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : الكتب القانونية باللغة العربية

1. أبو فاخرة ، نادية - الحموي ، شامل - صبيح ، محمود - الزهري ، أحمد ، الأسواق المالية والمؤسسات المالية ، كلية التجارة ، عين شمس ، 2001.
2. سيف النصر ، سعيد محمد حساين ، دور البنوك في استثمار العملاء ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، بدون نشر ، 1993 .
3. القاسم ، منى ، دور البنوك في تنشيط سوق المال من خلال صناديق الاستثمار ، مذكرات معهد الدراسات المصرفية سنة 1993 / 1994 م.
4. مصطفى ، أحمد بركات ، مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006.
5. عبد الله ، ابراهيم ، الاتفاقيات الخاصة وأثرها على احكام المسؤولية القانونية للخبير الاستشاري ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد المائة والأربعون ، مارس 2005 م.
6. حسني ، حسن ، الخدمات المصرفية في البنوك التجارية ، جامعة عين شمس ، 2000 .

7. البراوي ، حسن حسين ، عقد تقديم المشورة ، رسالة من جامعة القاهرة بدون ناشر ، 1998 م.
8. ماهر ، وليد علي ، المعلومات الاستشارية البنكية ، دراسة مقارنة ، أستاذ القانون التجاري ، كلية الحقوق جامعة حلوان ، 2006.
9. الحمراي ، صالح راشد ، دور شركات السمسرة في استثمار أموال العملاء ، رسالة من جامعة القاهرة ، بدون ناشر عام 2000 م.
10. محمد ، محمود مصطفى حسن ، النظام القانوني لعقد إدارة الاموال المالية ، رسالة من جامعة القاهرة ، بدون ناشر 2002 م .

ثانياً : المراجع باللغة الإنكليزية

1. Jean vassagne les agences des renseignements commerciaux these poitiers 1942.
2. Nadge Reuboul .les contrats de conseil ,theses paris 1997.
3. Sec .80-b-3 registration investment advisers (a) .sub chapter II investment advisers.

ثالثاً : المواقع من الانترنت

1. [www.market.counsel.com /pubic.ref.204.htm](http://www.market.counsel.com/pubic.ref.204.htm)
2. <https://alphabetalpha.argaam.com/article/detail/91764> .
3. www.sec.gov/investor/brokers.htm .
4. <http://www.lexis.com/researc> .retrien

الجهود الدولية في مكافحة التسعير التحويلي (دراسة مقارنة)

الباحث: علي نديم عثمان

كلية: الحقوق جامعة: دمشق

الملخص

تعتبر النظم الضريبية في الدول المختلفة أحد العوامل المؤثرة على قرارات الشركات دولية النشاط عند تأسيسها لفروعها، ومن القرارات التي تتأثر بالنظم الضريبية قرار تحديد التسعير التحويلي للصفقات البينية بين فروع الشركة المرتبطة. حيث إنه عن طريق هذا التسعير يمكن تخفيض العبء الضريبي لهذه الشركات من خلال التلاعب بقيمته، مما يؤثر على الدخل الخاضع للضريبة كمحاولة منها للتهرب الضريبي دون مخالفة صريحة للقوانين. ومما لا شك فيه أن ذلك سيؤدي إلى حدوث مشاكل بين هذه الشركات والإدارات الضريبية المعنية سواء في دولة مركزها الرئيسي أو في الدول المضيفة لشركاتها التابعة. ولتفادي هذه المشاكل الضريبية ظهرت عدة محاولات سواء على المستوى الدولي متمثلة بجهود الأمم المتحدة عن طريق منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، التي توجت بصدور المبادئ التوجيهية في مجال التسعير التحويلي والاتفاقية النموذجية بشأن الضرائب على الدخل ورأس المال، أو على المستوى الوطني من خلال مواكبة التشريعات الضريبية الوطنية للنهج القانوني لتلك المبادئ.

الكلمات المفتاحية: التشريع الضريبي - التهرب الضريبي الدولي - الشركات دولية النشاط - منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي.

International efforts to against transfer pricing

Abstract

Tax systems in different countries are considered one of factors influencing the decisions of transnational corporations, when they establish their branches, and one of the decisions affected by them is determining the transfer pricing for inter dealing affiliated company branches. as through these pricing it is possible to reduce the tax burden of these companies by manipulating its value, which affects the taxable income as an attempt including tax evasion without an explicit violation of the laws . There is no doubt this will lead to problems between these companies and concerned tax departments, whether in the country of their main headquarters or in the countries hosting their subsidiaries . In order to avoid these tax problems, several attempts have appeared, both at the international level, represented by the efforts of the United Nations through the Organization for Economic Cooperation and Development, which culminated in the issuance of guidelines in the field of transfer pricing and the model agreement on tax on income and capital or the local level by keeping pace with national tax legislation for the legal approach to those principles.

Keywords: tax legislation - international tax evasion – transnational corporation – Organization for Economic Cooperation and Development

المقدمة:

يرجع انتشار التهرب الضريبي على المستوى الدولي إلى عولمة النشاط الاقتصادي واتساع التجارة الدولية ولاندماج الاقتصاديات المختلفة في الاقتصاد العالمي، الذي أدى بدوره إلى اتساع حركة رؤوس الأموال والاستثمار خارج الحدود السياسية للدول.

غالباً ما يتم التهرب الضريبي على المستوى الدولي بواسطة مجموعة شركات دولية النشاط، التي تتميز بتوسعاتها الانتاجية والتوزيعية العابرة للحدود السياسية للدول، بقصد محاولة التخفيف من أعبائها الضريبية إلى أقصى حد ممكن، مستفيدة في تحقيق ذلك من عدم التجانس بين التشريعات الضريبية للدول المختلفة. فتختار لنشاطها الدولة ذات التشريع الضريبي الأقل حدة لتحقيق أكبر منفعة ممكنة وأقل عبء ضريبي ممكن، كما تلجأ هذه الشركات في تحقيق ما تسعى إليه من تعظيم أرباحها والتخفيف من أعبائها إلى وسائل عديدة منها ما يسمى بظاهرة تسوق المعاهدات وآليات التهرب الضريبي المتمثلة بفكرة المنشأة الثابتة والجنات الضريبية. و لعل أهم هذه الوسائل ما يسمى بآلية التسعير التحويلي، بحيث تقوم بين الشركات المرتبطة - سواء كانت مجموعة دولية أو شركات دولية النشاط - علاقات اقتصادية ينتج عنها حصول كل طرف من الآخر على إيرادات معينة، أرباحاً كانت أم فوائد أو مرتبات، أو تحمل نفقات خاصة.

لا شك أن علاقة الارتباط بين الشركات المنتشرة في الدول المختلفة والمنتمية إلى كيان واحد تؤثر في تحديد قيمة هذه الإيرادات أو النفقات، وليس هناك ما يمنع من استغلال هذه العلاقة في تحديد قيم غير حقيقية لهذه الإيرادات أو النفقات بهدف تعظيم أرباحها في الدول التي يوجد فيها المركز الرئيسي أو أحد الفروع والتي يقل فيها العبء الضريبي، وتقليل الإيرادات كلما أمكن في الدولة التي يرتفع فيها معدل الضريبة.

أمام هذا النمو المتعاظم في استخدام سياسة التسعير التحويلي من قبل الشركات دولية النشاط، باعتبارها واحدة من أخطر الآليات التي تمكن تلك الشركات من التحايل على الأنظمة الضريبية والمالية للدول المختلفة، بشكل لا يتضمن مخالفة صريحة للقوانين، إلا أن أثر استخدامها يلحق أضراراً بالغة بالحصيلة الضريبية للدول المضيفة وعلى نموها

الاقتصادي، بما تضيعة على تلك الدول من أرباح ورؤوس أموال هي في الأصل من حقها.

كان لزاماً على كل من الدول من خلال تشريعاتها الضريبية الوطنية أو الانخراط في المعاهدات الدولية، والمنظمات الدولية، التصدي لهذه الآلية الخطيرة.

أهمية البحث:

تبدو أهمية البحث في محاولة التوصل إلى تحديد مفهوم التسعير التحويلي كآلية للتهرب الضريبي الدولي، ومعرفة ما هي حوافز اللجوء إليه، خصوصاً وأن التسعير التحويلي كآلية للتهرب الضريبي لا يتضمن مخالفات صريحة لنصوص التشريعات الضريبية الوطنية، وإنما ينطوي على استغلال الاختلاف المنطقي بين القوانين الضريبية فيما بين الدول، بهدف تخفيض العبء الضريبي إلى أدنى مستوياته.

أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى الآتي:

- تسليط الضوء على مفهوم التسعير التحويلي.
- بيان صور استغلال الشركات الدولية للنشاط للتسعير التحويلي في التهرب الضريبي الدولي.
- بيان جهود المنظمات الدولية في إطار سعيها لمكافحة التسعير التحويلي.
- بيان مدى كفاية التشريعات الضريبية الوطنية في مكافحة التسعير التحويلي.
- تقديم التوصيات والمقترحات الملائمة.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في وجود نوع من التعارض في المصالح ما بين الدول المضيفة للاستثمار من جهة والشركات دولية النشاط من جهة أخرى.

من حيث المبدأ، يجب أن تصب جميع الأرباح المحققة لمجموعة الشركة دولية النشاط لدى المركز الرئيسي للشركة، إلا أن ما قد يحصل من الناحية العملية هو استخدام تلك الشركات لآلية التسعير التحويلي بهدف تهريب أرباحها إلى فروعها الكائنة في دول ذات نظام ضريبي مخفف، مستهدفة تعظيم ربحها العالمي. وهذا ما يتعارض مع ما تسعى

إليه أية دولة في بلوغ مستحققاتها الضريبية كونها تشكل مصدر الإيرادات الأهم والأبرز التي تحتاجها أية دولة في تمويل إنفاقها العام. السؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى نجاح الدول والمنظمات الدولية ذات الصلة في مكافحة التسعير التحويلي؟

منهج البحث:

سوف نعتمد في دراستنا على منهج تحليلي ومقارن. يستند إلى تحليل مفهوم آلية التسعير التحويلي كآلية للتهرب الضريبي الدولي وبيان آثارها على اقتصاديات الدول، وعرض توصيات المنظمات الدولية ذات الصلة بهذا الخصوص. ثم نقوم بالمقارنة بين موقف المشرع الضريبي في كل من الولايات المتحدة الأمريكية كدولة رائدة بمعالجة قضايا التسعير التحويلي وموقف المشرع السوري. ومدى كفاية النصوص القانونية في الدول محل المقارنة للحد من استخدام هذه الآلية.

خطة البحث:

نظراً لاتصال موضوع البحث بأكثر من فرع من فروع القانون، سواء كان القانون الدولي أو القانون المالي والضريبي، فقد تم تقسيم البحث وفق المنهج اللاتيني إلى:

المبحث الأول: مفهوم التسعير التحويلي وموقف المنظمات الدولية ذات الصلة منه.

المبحث الثاني: موقف التشريعات الضريبية الوطنية المقارنة من التسعير التحويلي.

المبحث الأول

التسعير التحويلي وموقف المنظمات الدولية ذات الصلة منه

تهدف الشركات دولية النشاط إلى تحقيق أقصى ربح ممكن بأقل عبء ضريبي ممكن، وفي سبيل ذلك تحاول أن تتحلل من كافة القيود وتزيل كافة العوائق التي قد تقف في وجهها مستفيدةً من تباين الأنظمة الضريبية. وتلجأ الشركات المعنية لتحقيق ذلك الغرض إلى العديد من الآليات لعل أخطرها آلية التسعير التحويلي.

من البديهي أنه من غير المقبول دولياً أن تقف المنظمات الدولية مكتوفة الأيدي إزاء ما يحدث من ممارسات على المستوى الدولي بما تستتبعه تلك الممارسات من انتشار للفساد الاقتصادي. تحقيقاً لذلك قامت منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي عام 1976م/

بوضع المبادئ التوجيهية بخصوص التسعير التحويلي التي ينبغي على الشركة دولية النشاط اتباعها. إلا إن السؤال الذي يفرض نفسه ما هو مدى إلزامية تلك المبادئ التوجيهية للشركات دولية النشاط من عدمه؟

المطلب الأول

التعريف بالتسعير التحويلي وطرق تأسيسه.

يعتبر التسعير التحويلي من أخطر آليات التهرب الضريبي الدولي التي قد تتبناها الشركات دولية النشاط على اقتصاديات الدول المضيفة لأعمالها. واستناداً إلى ذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف التسعير التحويلي وبيان العوامل المؤثرة بتحديدته.

الفرع الأول : التعريف بالتسعير التحويلي والعوامل المؤثر في تحديده

أولاً: التعريف بآلية التسعير التحويلي:

يوجد شبه اتفاق بين الباحثين حول تعريف التسعير التحويلي، فقد عرفه بعض الفقه⁽¹⁾ بأنه: "ثمن السلعة المباعة من قسم إلى قسم أو فرع من فروع شركة عالمية". كما عرفه آخرون⁽²⁾ بأنه: الثمن المحدد لبيع السلع بين أعضاء عائلة الشركة الواحدة". يُلاحظ من التعريفين السابقين أن شمولها قد اقتصر على عنصر السلع فقط دون الخدمات. أما التعاريف الأكثر دقة، والتي تتدارك النقص في التعاريف السابقة، وتحدد نطاق التسعير التحويلي يمكن إجمالها كالتالي:

1- "ثمن المعاملات المنظورة وغير المنظورة التي تتم بين الوحدات الإنتاجية المختلفة التابعة لوحدة أو مجموعة مترابطة من الشركات دولية النشاط"⁽³⁾

¹- V.Tpstra & R. Ssarathy, **International Marketing**, 7th ed, fort worth: The Dryden Press, 1997, p: 741.

²- Czinkota, et al, **International business**, 2th ed, fort worth: The Dryden Press, 1992, p: 426.

³- عدلي ناشد سوزي: ظاهرة التهرب الضريبي الدولي و آثارها على اقتصاديات الدول النامية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص: 96.

2- "أسعار السلع والخدمات (المباعة أو المشتراة) المحولة أو المتبادلة، بين أعضاء الشركة الواحدة (وحدات الأعمال التي تنتمي إلى ملكية واحدة)، أي بين المركز الرئيسي وأحد الفروع أو بين الفروع بعضهم البعض أو بين أحد الفروع والمركز الرئيسي... إلخ"⁽¹⁾ وعليه يمكن القول بأن التسعير التحويلي، وإن كان ينصب أساساً على الصادرات والواردات السلعية سواء كانت تامة الصنع أو مواد خام (الأصول الملموسة)؛ إلا أنه يمتد ليشمل أيضاً تسعير الخدمات التكنولوجية ومقابل استخدام العلامات التجارية وبراءات الاختراع و التطوير... إلخ (الأصول غير الملموسة).

مما سبق يمكن أن نخلص إلى تعريف التسعير التحويلي بأنه: " أسعار الصفقات الداخلية لمجموع كيانات الشركة دولية النشاط، و التي تمارس نشاطها الإنتاجي عبر الدول."

يمكننا القول إن الفكرة الأساسية في سعر التحويل، هي أن سعر الخدمة أو السلعة المتبادلة بين شركتين وليدتين مثلاً، و الذي يكون مدوناً في دفاتر الشركة، يختلف عادةً عن السعر المماثل لذات السلعة أو الخدمة الذي يتحدد بموجب قوى السوق، ولا يشترط أن يكون سعر التحويل دائماً أعلى من السعر السائد في السوق الدولي، حيث يمكن أن يكون أدنى من السعر السوقي للسلعة أو الخدمة محل الصفقة⁽²⁾.

إن قرار اللجوء إلى آلية التسعير التحويلي يرتب آثاراً متعددة، غالباً ما تكون آثاراً إيجابية للشركة دولية النشاط تتمثل في تمكين الشركات دولية النشاط من نقل رؤوس أموالها

⁻¹ راجع في ذلك:

- K. R. Bindon, **International Taxation**, in J.A. Schweikar, et al editors, **International Accounting: a Case approach**, New York, McGraw-Hill, 1994, p: 493.

- L. H. Radebaugh & S.J. Arpan, **International Accounting and Multinational Enterprises**, 2th ed, New York, John Wiley & Sons inc, 1993, p: 492.

⁻² عبد الرحمن صابوني جميل: **التهرب الضريبي الدولي للشركات عابرة القوميات (دراسة مقارنة)**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005م، ص: 362.

وأرباحها من دولة ذات معدلات ضريبية مرتفعة إلى أخرى ذات معدل ضريبي أخف، محققة في ذلك تخفيضاً للأعباء الضريبية المترتبة على عانقتها. وسلبية بالنسبة للدولة المضيفة تتمثل بفقد تلك الدول حصيلتها جباية ضخمة⁽¹⁾.

ثانياً: دوافع استخدام التسعير التحويلي والعوامل المؤثرة في تحديده:

أن كل دافع لاستخدام التسعير التحويلي من قبل الشركات الدولية النشاط إنما يجسد في الوقت نفسه عاملاً من العوامل المؤثرة في تحديده:

1- تخفيض الأعباء الضريبية و زيادة الربح⁽²⁾: نظراً لتباين نظم وقوانين الضرائب في دول كثيرة، وسعياً من قبل فروع الشركات دولية النشاط لتعظيم أرباحها، تُستخدم آلية التسعير التحويلي ضمن منظومة خاصة بتصميم شبكة التدفقات المالية على مستوى الفروع وبين الفروع والمراكز الرئيسية في الدولة الأم.

- فلو فرضنا أن شركة دولية النشاط أمريكية الأصل تمتلك فرعين خارج الولايات المتحدة الأمريكية، الأول: يعمل في دولة ترتفع فيها معدلات الضريبة، والثاني: يعمل في دولة تتميز بانخفاض هذه المعدلات. وبافتراض أن هذين الفرعين يخططان للاحتفاظ بالأرباح لتمويل مشروعات توسعية في المستقبل، وعليه وبموجب هذا الافتراض فإننا نخلص إلى القول بأن السلطات الضريبية في الولايات المتحدة الأمريكية لا تستطيع فرض أي ضريبة على أي من الفرعين طالما لم يتم تحويل الأرباح إلى الشركة الأم، أما بالنسبة للفرع فيتحمل كل فرع مقدار الضريبة التي تفرضها الدول المضيفة.

- وبالمقابل لو فرضنا أن الفرعين المشار إليهما قاما بإنشاء علاقات تجارية بينهما فإن الشركة الأم هي من تضع استراتيجية التسعير التحويلي بينهما ومقتضاها: في حالة تصدير الفرع العامل بالدولة ذات المعدل الضريبي المنخفض يقوم برفع تسعير التحويل إلى أقصى حد ممكن لنظيره في الدولة التي ترتفع فيها معدلات الضريبة.

1- عدلي ناشد سوزي، مرجع سبق ذكره، ص: 100.

2- محمد علي حسن سهام: أسعار التحويل في الشركات متعددة الجنسية و النظام الضريبي "دراسة

مقارنة"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد و الإدارة، 1998م، ص: 233

والعكس في حالة قيام الفرع الثاني بالتصدير للفرع الأول، حيث يكون تسعير التحويل منخفض⁽¹⁾.

من الحالتين السابقتين نجد أن الأرباح الخاضعة للضريبة في دولة الفرع ذات المعدل الضريبي المنخفض سوف تزداد، بينما تقل الأرباح الخاضعة للضريبة في الفرع الثاني العامل في الدولة ذات المعدل الضريبي المرتفع. وهذا سيؤدي إلى ارتفاع حجم الأرباح المحققة على مستوى الشركة ككل وتخفيض العبء الضريبي، ونقل الأموال والأرباح من البلاد التي ترتفع فيها معدلات الضرائب إلى تلك التي تتخفض فيها هذه المعدلات.

2- تخفيض الرسوم الجمركية و التغلب على قيود التجارة:

أ- التسعير التحويلي و قيود التجارة⁽²⁾: تسعى معظم الدول لجذب مزيد من الاستثمارات الأجنبية من خلال منح أنواع مختلفة من الامتيازات (الإعفاءات من الضرائب و الرسوم الجمركية على الصادرات و الواردات من المواد و السلع نصف المصنعة لفترة معينة). و بالنتيجة فإنه من خلال استغلال فروع الشركات دولية النشاط لامتيازات الضريبة والتجارية الممنوحة من قبل حكومات الدول المضيفة، فضلاً عن استخدام التسعير التحويلي بين فروع تلك الشركات بدرجة كبيرة لتخفيض الأثر السلبي لمعوقات التصدير والاستيراد وتجنب الرقابة على أسعار الصرف وتقلباتها، يمكن أن تتعاظم أرباح هذه الفروع.

ب- التسعير التحويلي و الرسوم الجمركية⁽³⁾: من الطبيعي أن تلجأ الشركة التي تصدر جزء من انتاجها إلى شركة أخرى تابعة في دولة تفرض رسوم جمركية عالية على الواردات إليها، إلى تخفيض ما تدفعه من رسوم بواسطة تخفيض أسعار المنتجات التي

¹ - أبو قحف عبد السلام: إدارة الأعمال الدولية، ط1، الإسكندرية، الدار الجامعية، 2001م، ص: 228.

² - أبو قحف عبد السلام، مرجع سبق ذكره، ص: 234.

³ - عبد الرازق عزيزة: المحاسبة و المراجعة الدولية، ط8، القاهرة، كلية التجارة، جامعة القاهرة، 1998م، ص: 137.

ترسل إلى هذه الدولة. وبالعكس، فقد تقوم الشركة المصدرة بتسعير منتجاتها بأسعار مرتفعة في حال كانت دولة الشركة المستوردة تفرض رسوماً جمركية منخفضة⁽¹⁾.

3- مواجهة العوامل البيئية:

أ- خطر التضخم⁽²⁾: يؤدي التضخم إلى انخفاض القوة الشرائية للأصول النقدية التي تمتلكها الشركة كنتيجة عن انخفاض القوة الشرائية للنقود، وبالتالي يتم اللجوء إلى رفع تسعير تحويلات السلع والخدمات المحولة إلى أي شركة تابعة تقع في دولة ذات اقتصاد يعاني التضخم، بحيث يمكن سحب أكبر مبلغ من النقود من هذه الشركة وتخفيض الأصول النقدية المعرضة لانخفاض قيمة النقود.

ب- قيود تحويل الأرباح⁽³⁾: تلجأ الشركات دولية النشاط إلى استخدام آلية التسعير التحويلي في الدول التي تفرض قيود على تحويل الأرباح إلى خارج حدودها لتقويض مثل هذه القيود، إذ تقوم الشركة (أم - وليدة، حسب الحال) برفع تسعير تحويلاتها من سلع أو خدمات إلى الشركة (أم - وليدة، حسب الحال) العاملة في دولة مقيدة لانتقال الأرباح، بحيث تنقل أرباحها خارج الدولة وتخفيض من حجمها الخاضع للضريبة.

ج- مواجهة تقلبات أسعار الصرف⁽⁴⁾: إن أي عجز في ميزان المدفوعات في الدولة المضيفة للشركة التابعة قد يدفع الحكومة فيها إلى تخفيض قيمة العملة المحلية بالنسبة للعملات الأخرى، وبلا شك سيؤدي ذلك إلى خسارة تلك الشركة فيما إذا كانت تمتلك أصولاً مقومة بعملة أجنبية. وسعيًا من الشركات الدولية النشاط من جانبها للتغلب على تلك المشكلة، فقد لجأت إلى استخدام آلية التسعير التحويلي، حيث تقوم برفع تسعير تحويلاتها من السلع والخدمات التي تحول للشركة التابعة في دولة الانخفاض بشكل يسمح بانتقال تلك الأصول قبل انخفاض قيمتها.

1- عدلي ناشد سوزي، مرجع سبق ذكره، ص: 100.

2- محمد علي حسن سهام، مرجع سبق ذكره، ص: 244

3- المرجع السابق الذكر، ص: 244.

4- عبد الرحمن صابوني جميل، مرجع سبق ذكره، ص: 372.

د- مخاطر التأميم⁽¹⁾: يمكن استخدام التسعير التحويلي المرتفع، لتقليل درجة تعرض الفرع الأجنبي لمخاطر التأميم و المصادرة بواسطة حكومة الدولة المضيفة. حيث يؤدي رفع التسعير التحويلي على واردات الشركة (من الشركة الأم أو إحدى الشركات التابعة الأخرى)، إلى ابعاد جزء من الأصول عن خطر المصادرة. وبالعكس فإن التسعير المنخفض لصادرات الشركة التابعة سوف يؤدي إلى تحويل الأصول المعرضة للمصادرة إلى الخارج.

هـ- التلاعب في حجم المخزون⁽²⁾: يعتبر حجم المخزون من البضاعة الجاهزة لدى الفروع التي تخصص بالتسويق دليل في التسعير التحويلي، إذ يترتب على انخفاض حجم المخزون انخفاض تكلفة التخزين مما يؤدي إلى ارتفاع الأرباح المحققة وبالتالي ارتفاع مقدار الضريبة المفروضة، والعكس صحيح.

في إطار العلاقة بين كل تلك الدوافع و مستويات التسعير التحويلي، تجدر الإشارة إلى نتائج الدراسة التي قام بها الأستاذ (Plasschaert) بلاشايرت أن قرار تحديد التسعير التحويلي ارتفاعاً و انخفاضاً بين فروع الشركات دولية النشاط تحكمه شروط أو عوامل متعددة، بعضها يرتبط بمعطيات السوق في الدولة المضيفة و خصائصه، والبعض الآخر يتعلق بخصائص و توجهات المركز الرئيسي (الشركة الأم) أو أهدافها، وكذلك الفرع (الشركة التابعة)، فضلاً عن بعض العوامل الخاصة بحكومة الدولة الأم⁽³⁾.

الفرع الثاني : استراتيجيات الشركات دولية النشاط في تحديد التسعير التحويلي

تستند الشركات دولية النشاط في تسعير المنتجات المتبادلة بين فروعها المرتبطة إلى عدة استراتيجيات، إلا أن تلك الاستراتيجيات يمكن أن تنحصر في أسلوبين رئيسيين هما:

1- عبد الرازق عزيزة، مرجع سبق ذكره، ص: 129.

2- محمد علي حسن سهام، مرجع سبق ذكره، ص: 242 - 243.

3- R. F. Plasschaert : **The Multiple Motivation for Transfer pricing Modulations in Multinational Enterprises and Governmental Counter-Measures**, Management International Review, Vol: 34, No: 2, Special issue, 1994, p: 36 - 50.

إجمالي التكلفة وسعر السوق مع بعض التعديلات في كل منهما، ويخضع اختيار أي من هذه الطرق لأهداف الشركة دولية النشاط ومدى توافر بيانات السوق والتكلفة.

أولاً: استراتيجية سعر السوق - "التسعير للأغيار أو الأبعاد" (Market Price)⁽¹⁾: تعد من أمثل الأسس لتحديد التسعير التحويلي خاصة في حال توافر سوق خارجي للسلعة محل التبادل، ويرجع السبب في هذا إلى أن السعر يحدد بواسطة أطراف خارجية عن الشركة دولية النشاط، وبناءً على قوى السوق من عرض وطلب، حيث يُمثل التسعير التحويلي بالقيمة السوقية للمنتج أو الخدمة.

ثانياً: استراتيجية التسعير التي تعتمد على التكلفة (Cost transfer Pricing): تعد الأساس الأكثر شيوعاً واستخداماً في تحديد التسعير التحويلي خاصة في حال عدم وجود أسعار سوق للسلع أو الخدمات المتبادلة ذلك أن التكلفة تتميز بأنه يمكن تحديدها بدقة وبسهولة، كما أن هذا الأساس يتسم بالبساطة وبانخفاض الكلفة لأن النظام المحاسبي يوفر بيانات التكاليف بشكل روتيني (التقارير الداخلية)، وبسهولة الفهم من جانب إدارة الشركة الأم وشركاتها التابعة، وانسجامها مع سياسات تسعير الأسواق. ويتفرع من أساس التكلفة عدة طرق أهمها:

1- استراتيجية إجمالي التكلفة (التكلفة الفعلية) - (Actual Cost price)⁽²⁾: تعتمد هذه الطريقة على أن سعر البضاعة المحولة من شركة تابعة إلى شركة تابعة أخرى تخضع لنفس التنظيم الإداري يجب أن يتحدد بناءً على إجمالي تكلفة هذه البضاعة. متضمنة التكاليف المباشرة وغير المباشرة (المتغيرة و الثابتة)، سواء كانت تكاليف صناعية أو غير صناعية مثل مصروفات التسويق وأعباء البحوث والمصروفات الإدارية العامة.

¹ - إمام حاج عمر عبد اللطيف؛ عالم مصطفى أحمد زين العابدين: المحاسبة الإدارية، ط1، صنعاء، جامعة العلوم والتكنولوجيا بالتعاون مع جامعة السودان المفتوحة، 2009م، ص: 230 وما بعدها.

² - عبد الرزاق عزيزة، مرجع سبق ذكره، ص: 133 - 134.

2- استراتيجية إجمالي التكلفة زائد نسبة معينة كهامش للربح (Cost plus Price)⁽¹⁾: لتجاوز مشكلة عدم تحقيق الشركة المصدرة لأي أرباح نتيجة لعمليات التصدير إلى الشركات التابعة، تبين أنه من الملائم إضافة نسبة مئوية معينة من التكلفة كهامش ربح يضاف إلى إجمالي التكلفة (فعلية أو معيارية) لتحديد سعر المنتج الذي يتم تصديره⁽²⁾.

أخيراً لا بد من الإشارة أنه غالباً ما تقوم الشركات دولية النشاط باختيار طريقة أو أكثر من الطرق المذكورة آنفاً؛ وذلك بما يتوافق مع أهدافها الاستراتيجية، حيث أن البعد الاستراتيجي لسعر التحويل سيؤثر في اختيار الطريقة الخاصة بتحديد⁽³⁾.

المطلب الثاني

التهرب الضريبي الدولي بواسطة التسعير التحويلي

يعد التسعير التحويلي أهم آليات التهرب الضريبي الدولي بالنسبة للشركات دولية النشاط، فقيمة الأرباح تتحدد مقدماً وفقاً لتسعيرات التحويل التي يتم بناءً عليها عمليات البيع والشراء للسلع والخدمات داخل مجموعة الشركات، مما يسهل تخفيف العبء الضريبي. فالأصل هو أن الأرباح التي تحققها مجموعة الشركات دولية النشاط من عمليات محددة يجب أن تصب جميعها لدى الشركة الأم، باعتبارها مقر المركز الرئيسي للشركة وصاحبة سلطة اتخاذ القرار والسيطرة على مجموع كيانات الشركة. إلا أن ما قد يحدث من الناحية العملية هو ألا يتم تحويل الأرباح إلى الشركة الأم استناداً إلى ارتفاع معدل الضريبة في دولة الشركة الأم، وبصورة أوضح فإن الدولة التي يكون فيها معدل الضريبة مرتفعاً ستخسر جزءاً هاماً من إيراداتها الضريبية، بينما الدولة التي يكون فيها سعر الضريبة منخفضاً فإنها ستكسب جزءاً هاماً من إيراداتها الضريبية.

¹ - محمد علي حسن سهام، مرجع سبق ذكره، ص: 247.

² - عبد الرزاق عزيزة، مرجع سبق ذكره، ص: 135 - 137 بتصرف.

³ - R. W. Adler: **Transfer Pricing for World – Class Manufacturing**, Long Rang Planning, Vol. 29, No. 1, 1996, p:70- 37.

وعليه سنبين أشكال تحويل الأرباح و صور التهرب الضريبي باستخدام آلية التسعير التحويلي في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : أشكال تحويل الأرباح

إن أهم ما يثور في هذا الصدد، مشكلة تحويل الإيرادات (رأس المال أو الأرباح) من الدولة المضيفة إلى الدولة الأم وبالعكس، والتي تأخذ في حقيقة الأمر شكلين: شكل قانوني منظم وهو ما يسمى بالتحويل المباشر للأرباح، وشكل غير قانوني ليس له تنظيم محدد وهو ما يُعرف بالتحويل غير المباشر للأرباح.

أولاً: الشكل القانوني المنظم (التحويل المباشر للأرباح)⁽¹⁾:

وفقاً لهذا الشكل فإن أي دخل للشركة يتم توزيعه على الشركات المساهمة في تحقيقه. وهذه هي الوسيلة المعتادة حيث يتم توزيع الدخل بنسبة امتلاك الأسهم في الشركة المحققة للدخل ويتم ذلك التحويل وفقاً لإجراءات قانونية محددة ومنظمة، فيتم التوزيع بواسطة الجمعية العامة للشركة ويقيد في حسابات المشروع وتُعلم به الإدارة الضريبية، وإذا كان المستفيد من التوزيع شركة مقيمة في الخارج فلا بد من اتباع إجراءات قانونية محددة فيما يخص تسجيل الأرباح المحولة وطريقة تحويلها وبعد التأكد من استقطاع الضريبة المستحقة عليها.

إلا أنه لا يحدث في حقيقة الأمر تهرب ضريبي من الناحية القانونية في هذا الشكل من التحويل إلا في نطاق ضيق، لأنه يتم عبر أصول وإجراءات قانونية وضريبية محددة تخضع للرقابة والسيطرة من جانب السلطات الضريبية.

الجدير بالذكر هنا هو أن الدول المتقدمة قد أحكمت تنظيم عملية التحويل المباشر خاصة إذا كانت الدولة المعنية هي التي يخرج منها رأس المال في صورة أرباح، حيث حرصت هذه الدول على وضع تشريعات تنظم خروج أرباح ورؤوس أموال الشركات الأجنبية العاملة فيها من أراضيها وتعالج في ذات الوقت أي خروج غير مباشر لها. وعلى العكس من ذلك فلا يوجد في الدول النامية تنظيم لهذه العملية، لعدم قدرتها على تطبيق هذه التنظيمات بكفاءة عالية.

¹ - عدلي ناشد سوزي، مرجع سبق ذكره، ص: 93.

ثانياً: الشكل غير المنظم (التحويل غير المباشر للأرباح)⁽¹⁾:

يمثل هذا الشكل من التحويل عملية غير قانونية، تقوم على أساس التزييف أو التلاعب في أسعار البيع أو الإيجار داخل الشركات دولية النشاط، ومن ثم فإن هذا الشكل من التحويل هو الذي يهمننا، حيث أنه يمثل الطريق الذي تسلكه الشركات دولية النشاط لتخفيف عبئها الضريبي إلى أقل حد ممكن، أي التهرب الضريبي على المستوى الدولي ويعد أكثر الأشكال انتشاراً وأقلها سيطرة وتحكماً من جانب السلطات الضريبية.

حيث استغلت الشركات دولية النشاط آلية التسعير التحويلي المتعلقة بالمعاملات المالية والتجارية، التي تتم بين وحداتها، لنقل الأرباح إلى البلد الذي تريده والذي عادةً ما يكون بلد ذا سعر ضريبي منخفض، أو جنة ضريبية، وما قد يترتب على ذلك من نقص للحصيلة الضريبية للبلد المضيف.

إن تسعير التحويلات تقتصر على المعاملات الداخلية للشركات دولية النشاط سواء بين الشركة الأم والشركات الوليدة أو في داخل الشركات الوليدة بعضها البعض، ومن ثم فلا توجد أسس وقواعد منظمة يتم عن طريقها تحديد هذه الأسعار.

في الحقيقة أن الشركات دولية النشاط تتلاعب في تسعير التحويل بالارتفاع أو الانخفاض وفقاً لما يحقق مصلحة الشركة الأم ويعظم من أرباحها، فهي تحدد مسبقاً الربح الذي تحققه حيث يرتفع معدل الربح في الدول ذات المعدل الضريبي المنخفض، ويقل معدله أو قد يصل إلى درجة الخسارة في الدول ذات النظام الضريبي المرتفع، حيث تتخلص بذلك من عبء ضريبي يؤثر في الأرباح الإجمالية لمجموعة هذه الشركات، ومما لا شك فيه أن ذلك سيؤثر انخفاضاً على إجمالي الإيرادات الضريبية للدولة المضيفة.

أخيراً تجدر الإشارة إلى أن التهرب من الضريبة في الدولة المضيفة عن طريق استخدام آلية التسعير التحويلي لا يعني ضرورة التهرب منها في البلد الأم، بل على العكس فإن الإعفاء من الضريبة في البلد المضيف يكون أحياناً لصالح الدولة الأم التي ستقوم بإخضاع الربح المحول للضريبة، وهو ما كان ليحدث إذا ما تم دفع الضريبة عنه في

1- عدلي ناشد سوزي، المرجع السابق الذكر، ص: 94 - 95.

الدولة المضيفة، وذلك وفقاً لنظام الدين الضريبي (Tax Credit) ويترتب على ذلك حدوث إثراء للدولة الأم وافتقار للدولة المضيفة⁽¹⁾.

الفرع الثاني : صور التهرب الضريبي بواسطة التسعير التحويلي

بناءً على ما سبق يمكن أن يتم التهرب الضريبي باستخدام آلية التسعير التحويلي في صورتين: قبل توزيع الأرباح، وعند توزيع الأرباح.

أولاً: التهرب الضريبي قبل توزيع الأرباح⁽²⁾:

يتم هذا التهرب أساساً عن طريق التلاعب في المادة الخاضعة للضريبة، سواء بالزيادة أو النقصان في النفقات من جانب الشركة الأم لتستفيد من التباين في الأنظمة الضريبية في الدول المختلفة، والاستفادة من النظام الضريبي الأكثر ملاءمة لها ولتحقيق مصالحها.

فالشركة الأم يمكن لها أن تحقق ما تسعى إليه وفقاً للفرضيتين الآتيتين:

1- أن تكون الشركة التابعة موجودة في دولة من دول الجناح الضريبية ومن ثم ستحاول أن تزيد من أرباحها الخاضعة للضريبة وعلى وجه الخصوص إذا كانت الشركة الأم موجودة في دولة ذات نظام ضريبي متشدد، ويتم ذلك عن طريق إنقاص نفقاتها وزيادة إيراداتها وبالتالي تصبح الضريبة المفروضة على إجمالي الربح في الدولة الأم والمضيفة أقل، وهذا ما تسعى إليه الشركات دولية النشاط.

2- إذا كانت الشركة التابعة موجودة في دولة ذات نظام ضريبي متشدد بالنسبة للشركة الأم، فهنا ستحاول الشركة الوليدة أن تقلل من أرباحها المتحققة في الدولة المضيفة وذلك عن طريقة زيادة النفقات و نقص الإيرادات.

وفي كلتا الحالتين فإنه يحدث اقتصاد للضريبة عن طريق الزيادة أو النقصان الصوري للنفقات، ويدخل في إطار النفقات كل من رقم الأعمال، فوائد القروض، الإتاوات وأجور الخدمات. سنوضح كل منها فيما يأتي⁽³⁾:

¹ -L. H. Radebaugh & S.J. Gray, op. cit., p: 203 204.

² - عدلي ناشد سوزي، مرجع سبق ذكره، ص: 102.

³ - عبد الرحمن صابوني جميل، مرجع سبق ذكره، ص: 398.

أ- رقم الأعمال: هو الفرق بين تكاليف انتاج سلعة ما وسعر البيع أو القيمة التي تضاف إليها ومن ثم تباع بسعر أعلى. وبالتالي فإذا كانت الشركة الوليدة كائنة في إقليم دولة ذات نظام ضريبي مخفف، فإنها ستحاول أن تزيد من أرباحها، وتبيع بتسعير مرتفع إلى الشركة الأم، مما يترتب عليه زيادة الربح بالنسبة للشركة الوليدة ونقصان الربح للشركة الأم، ومن ثم يصبح الربح الخاضع للضريبة قليل.

بناءً على ذلك فإنه يمكن التلاعب بتسعير التحويلات من خلال فواتير بأسعار غير حقيقية حتى يكون رقم الأعمال مرتفعاً أو منخفضاً وفقاً للنظام الضريبي الذي تتبعه الشركة دولية النشاط، مستفيدة من تباين الأنظمة الضريبية.

ب- الفوائد: قد تستفيد الشركات دولية النشاط من اعتبار أن سعر الفائدة يعد من قبيل النفقات التي لا تخضع للضريبة، وذلك بأن تضع سعر فائدة مرتفع على القروض بخلاف الحقيقة، وبذلك ينطوي سعر الفائدة على أمرين: سعر الفائدة الحقيقي مضافاً إليه الأرباح المحولة. إلا أنه في واقع الأمر، أن هذا الفرض جائز فقط من الناحية النظرية دون العملية حيث يصعب تنفيذه خاصة أن سعر الفائدة لا بد وأن يتناسب مع قيمة المبلغ المقترض، وإلا اعتبر قرينة على التلاعب في هذا السعر.

ج- الإتاوات: وفقاً لتعريف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، يقصد بالإتاوات: " كل المدفوعات التي يتم دفعها مقابل استغلال أو امتياز أو استعمال حق المؤلف على مؤلفاته الأدبية، الفنية، العلمية... إلخ. ومقابل استغلال براءة الاختراع، العلامة التجارية، الصناعية، الرسوم أو النماذج، الخطط وطرق الصنع السرية... إلخ".

يتبين من هذا التعريف أن مدلول مصطلح الإتاوات يشمل كل الأصول غير الملموسة من الأموال المعنوية والتكنولوجية، والتي يكون من السهل على الشركة دولية النشاط أن تدرج تحت هذا البند أي نفقات تقوم بها ولو كانت غير حقيقية، باعتبارها معفية من الضرائب وبالتالي يتحقق لها اقتصاد في الضريبة، وعليه تقوم الشركة المذكورة بتحويل الأرباح قبل توزيعها تحت هذا البند فيتحقق لها بالتالي تخفيف عبئها الضريبي.

د- مكافأة الخدمات: يقصد بها كل المدفوعات أو النفقات المتعلقة بالخدمات وتشمل إيجار الأموال المنقولة والعقارية، نفقات الدراسات والبحث العلمي، مكافأة أو أجور الوسطاء، النقل، وكل ما يتعلق بالشؤون الإدارية للمجموعة بواسطة الشركة الأم. وينطبق عليها نفس الأمر بالنسبة لأسعار الفائدة والإتاوات نظراً لكونها من النفقات التي لا تخضع لضريبة.

ثانياً: التهرب الضريبي عند توزيع الأرباح⁽¹⁾:

يتم التهرب الضريبي عند توزيع الأرباح ليس عن طريق التلاعب في المادة الخاضعة للضريبة، إنما عن طريق إنشاء شركات وسيطة تابعة للشركة دولية النشاط وتسمى تلك الشركات الوسيطة بالشركات الساترة أو شركة الأساس.

تعرف شركة الأساس بأنها: "شخص قانوني، مقيم ويخضع للضريبة في دولة ذات نظام ضريبي مخفف، جنة ضريبية، يتم إدارته بواسطة شخص آخر يخضع للضريبة في إقليم دولة أخرى" ويقصد بالشخص الذي يقوم بإدارته الشركة الأم.

حيث يكون لشركة الأساس شخصية قانونية مستقلة وتخضع للضريبة وفقاً لقوانين البلد التي بها مقر إقامتها، وعليها أن تحترم كافة القوانين المعمول بها وذلك احتراماً لمبدأ السيادة الضريبية.

تعد هذه الشركات الوسيطة، شركات مالية يقتصر نشاطها على الاحتفاظ بالأرباح المتحققة بالفعل من شركة أخرى، ثم يعاد تحويلها إلى الشركة الأم في ظل ظروف أفضل أو وفقاً لحاجة المجموعة. وبذلك تكون الشركة دولية النشاط قد استطاعت أن تتهرب من الضريبة ذات السعر المرتفع في البلد الأم عن طريق تحويل هذه الأرباح إلى الشركة الوسيطة ليعاد استثمارها في الخارج في ظل ظروف ضريبية أخف.

1- عبد الرحمن صابوني جميل، المرجع السابق الذكر، ص: 399.

أهم ما يميز الشركة الأساس عن غيرها من الشركات التابعة الأخرى مصدر دخلها، فهو من الخارج حيث يتم تحويل الأرباح إليها من الشركات الوليدة بقصد تخفيف عبئها الضريبي. وتتمثل الأنشطة التي تقوم بها هذه الشركات في الآتي⁽¹⁾:

أ- **الأنشطة المالية:** حيث تمثل تلك الأنشطة جوهر عمل هذه الشركات لأنها ذات نشاط مالي في المقام الأول، و تنحصر مهمتها الأساسية في توظيف أموالها عن طريق شراء أسهم شركات أخرى، أو تيسير تمويل المجموعة عن طريق القروض أو السلف أو الكفالات. وتعد الشركات القابضة الشكل القانوني لهذا النوع من الشركات، حيث أنها لا تقوم بأي نشاط اقتصادي خالق للدخول إنما نشاطها مالي بحت. فهي تساهم في هذه الشركات مقابل السيطرة الإدارية، ومصدر دخل هذه الشركات ينتج عن تقسيم الأرباح وأرقام الأعمال والفوائد والمرتببات التي تكون معفاة من كافة الضرائب المباشرة.

ب- **الأنشطة الخدمية:** يقصد بها كافة الحقوق المعنوية مثل شراء واستغلال وبيع براءات الاختراع، منح الإجازات، العلامات التجارية، سر الصنعة، حقوق النسخ للمؤلف والائتمان الإيجاري. يعد أفضل نموذج لهذا النوع من الشركات هي شركات التوطن حيث تقتصر مهمتها على تقديم خدمات البحث العلمي والإشراف والإدارة والدراسات.

ج- **الأنشطة الاقتصادية:** تتمثل في بيع الأموال المصنعة أو المنتجات والتي يكون مصدرها الخارج، أي أنها لا تشارك في القيام بالعملية الانتاجية، فهي لا تقوم بأي نشاط مباشر مثل التصنيع أو أي إضافة في السلع من شأنها أن تزيد من قيمتها.

يتم التهرب الضريبي بواسطة هذه الشركات باعتبارها تقع في دول ذات نظام ضريبي متميز، جنات ضريبية، وبالتالي فإن الشركة الأم تتهرب من الضريبة بواسطتها عن طريق الاستفادة من التشريعات الضريبية لتلك الدول التي تقرر العديد من الاعفاءات والاجازات الضريبية، حيث تقوم الشركة الأم بتحويل أرباحها إليها لاستثمارها تحت ستار مسميات غير حقيقية مع ضمان عدم خضوعها للضريبة.

1- عدلي ناشد سوزي، المرجع السابق الذكر، ص: 105.

المطلب الثالث

المبادئ التوجيهية للمنظمات الدولية حول التسعير التحويلي

منذ أن اكتسب التهرب الضريبي الطابع الدولي تشكلت الدوافع لدى المنظمات الدولية لمكافحة هذا التهرب وآلياته المعتمدة ومنها التسعير التحويلي، حيث ظهرت عدة محاولات على الصعيد الدولي في هذا الإطار، نذكر منها الجهود التي قامت بها المجموعة الأوروبية والجهود التي بذلتها منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، والتي توجت بصدور المبادئ التوجيهية في مجال التسعير التحويلي. سنقتصر في بحثنا هذا على بيان هذه المبادئ كونها تعكس بشكل واضح وكبير الدور الأممي في مجال مكافحة التسعير التحويلي.

حيث بدأت منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي بإجراء تقييم أساسي لممارسات التسعير التحويلي في منشورها المعنون باسم "التسعير التحويلي والشركات المتعددة الجنسيات" في عام /1979م/، واستكمل هذا المنشور بتوجيهات إضافية في المنشور المعنون بعنوان "التسعير التحويلي والشركات متعددة الجنسيات: ثلاث مسائل ضريبية"، ثم استكمل مرة أخرى في المنشور المعنون بعنوان "الرسمة المحدودة".

ونتيجة للأهمية المستمرة لهذه المسألة، فقد استجابت منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي لاحتياجات الدول الأعضاء لتوجيهات مستوفاة في مجال التسعير التحويلي تتصل بعملية العولمة الاقتصادية الآخذة في الاتساع لنشاط الشركات دولية النشاط.

الفرع الأول : معالجة التسعير التحويلي وفقا للمبادئ التوجيهية لمنظمة التعاون والتنمية:

تهدف المبادئ التوجيهية المنقحة لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي إلى مساعدة السلطات الضريبية والشركات دولية النشاط، من خلال تحديد الطرق لإيجاد حلول مرضية للطرفين بخصوص قضايا التسعير التحويلي، ومن ثم تقليل المنازعات إلى أدنى والحد من حالات التقاضي.

المقصود من المبادئ التوجيهية هو أن تكون بمثابة أساس لنظم التسعير التحويلي للبلد، وتوفير توجيهات للشركات دولية النشاط في اختيار طريقة للتسعير التحويلي وفقاً لمبدأ "

التسعير للأغيار أو الأبعاد"، التي تتسم بالمرونة واعتدال متطلبات التوثيق وتجنب الازدواج الضريبي ونقل من المنازعات بين السلطات الضريبية والشركات.

يمكن تحديد طرق معالجة قضايا التسعير التحويلي المقبولة وفقاً للمبادئ التوجيهية لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي وفقاً للآتي:

1- طرق تسعير الصفقات⁽¹⁾: تتمثل طريقة السعر الحر القابل للمقارنة (طريقة سعر السوق) في مقارنة أسعار السلع المادية المحولة في إطار صفقة محددة السعر بالسعر المفروض على الأصول أو الخدمات المحولة في إطار صفقة حرة قابلة للمقارنة في ظروف متشابهة، أي بسعر السوق، وبسبب الصعوبات في تحديد منتج مشابه تماماً يحدد على أساسه سعر السوق، ولهذا السبب يستخدم على نحو أكثر شيوعاً سعر السوق المقارن المعدل.

أ- وانطلاقاً من الممارسات المحاسبية للشركات دولية النشاط، تستخدم طريقة سعر إعادة البيع (السعر الذي يعاد على أساسه بيع منتج)، يكون قد تم شراؤه من شركة منتسبة (كيان تابع لشركة دولية) إلى شركة مستقلة (عميل مستقل).

ويخفض سعر إعادة البيع بما يعادل هامش الإجمالي لإعادة البيع، وما يتبقى بعد طرح هامش سعر إعادة البيع يمكن أن يعتبر بعد إجراء تعديل لمراعاة التكاليف الأخرى المقترنة بشراء المنتج (الرسوم الجمركية) سعراً محدداً للأغيار أو الأبعاد.

ب- تستخدم طريقة التكلفة زائد التكاليف التي يتكبدها مورد منتج مادي في صفقة محددة السعر بين كيانات الشركة دولية النشاط، وتضاف تكلفة ملائمة إلى هذه التكلفة لإتاحة تحقيق ربح ملائم على ضوء الوظائف المؤداة وظروف السوق، و نصل بذلك أيضاً إلى سعر يتدرج ضمن التسعير للأغيار أو الأبعاد.

1- الأونكتاد: التسعير التحويلي، سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية، الأمم المتحدة، نيويورك و جينيف، 1999، ص: 14 - 15.

2- طرق توزيع أرباح الصفقات⁽¹⁾: إن طريقة تقسيم الأرباح تحدد الربح المشترك الذي ينبغي تقسيمه على الأطراف المشتركة في صفقة محددة السعر (أي بين كيانات الشركة دولية النشاط) ثم يجري تقسيم هذه الأرباح أو توزيعها فيما بين كيانات الشركة دولية النشاط على أساس سليم اقتصادياً، ويتيح إجراء تقدير تقريبي لتقسيم الأرباح التي يمكن توقع تحقيقها في إطار اتفاق يبرم مع عميل مستقل على أساس مبدأ "التسعير للأغيار أو الأبعاد".

تحدد طريقة الأرباح القابلة للمقارنة نتيجة يتوصل إليها على أساس المبدأ السالف الذكر، باستخدام مبلغ الربح التشغيلي الذي كان يمكن أن يحققه الطرف المعني (أي كيان تابع للشركة عبر الوطنية) في صفقات مع كيانات أخرى تابعة للشركة عبر الوطنية إذا كان مؤشر مستوى الربح الخاص به مساوياً لمؤشر مستوى الربح لصفقة حرة مشابهة، أي للربح التشغيلي المعادل الذي كان يمكن أن يحققه الكيان التابع للشركة دولية النشاط في صفقة مع عميل مستقل.

أما طريقة تحديد الهامش الصافي لأرباح الصفقة فتتمثل في تقدير الهامش الصافي للربح بالنسبة لأساس مناسب (كالتكاليف والمبيعات والأصول) الذي تحققه الشركة دولية النشاط الدافعة للضرائب في صفقة محددة السعر مع شركة أو شركات تنتسب إليها، وتنفذ هذه الطريقة على نحو مشابه لطريقة "التكلفة - زائد" و طريقة سعر "إعادة البيع"، وبالتالي فإن طريقة الهامش الصافي لأرباح الصفقة ينبغي أن تطبق على نحو يتسق مع أسلوب تطبيق طريقة سعر إعادة البيع أو طريقة التكلفة - زائد.

3- طرق التوزيع على أساس صيغة محددة سلفاً⁽²⁾:

أساس هذه الطريقة هو أن توزع الأرباح العالمية لمجموعة الشركات دولية النشاط على أساس موحد فيما بين الشركات المنتسبة (كيانات الشركة دولية النشاط) في مختلف البلدان على أساس صيغة محددة سلفاً. أما عن التطبيق العملي لهذه الطريقة فهو ينطوي على تعدد السلطات ضريبية والمبادئ التوجيهية ولوائح والمعدلات الضريبية وقواعد

1- الأونكتاد: التسعير التحويلي، سلسلة دراسات الأونكتاد، المرجع السابق الذكر، ص: 16.

2- المرجع السابق الذكر، ص: 17.

ضريبية للتوصل إلى الإيرادات الضريبية التي ينبغي توزيعها على كل دولة، وذاك من الصعوبة لجهة التوصل لتوافق عالمي بشأن ما يسمى "الصيغة المحددة سلفاً".

4- طرق تقاسم التكاليف: تقاسم التكاليف هو اتفاق بين شخصين أو أكثر على تقاسم التكاليف والمخاطر المتعلقة بالبحث والتطوير بصدد أي أصول غير ملموسة جديدة، لأن تكبد هذه التكاليف يكون مقابل تحقيق فوائد محددة من أي هذه الأصول التي يتم تطويرها. حيث يمكن استخدام هذه الترتيبات كوسيلة لإعادة توزيع التكاليف والمخاطر على أكفاً وجه من الناحية الضريبية. وبناءً عليه وحيثما تدخل الشركات المنتسبة في مثل هذه الترتيبات تقوم السلطات الضريبية بمراقبتها لضمان ألا تستخدم كوسيلة للتهرب الضريبي. ومن ثم فإن عمليات التوزيع الحقيقية للتكاليف والمخاطر هي وحدها التي تكون مقبولة. وفي هذا الخصوص يجري التأكيد مرة أخرى في المبادئ التوجيهية لمنظمة التعاون على مبدأ "التسعير للأغيار أو الأبعاد" الذي تنسم به أية عمليات توزيع لتقاسم التكاليف وعلى اشتراط أن تكون فوائد محددة محتملة من أجل الاشتراك في تقاسم التكاليف⁽¹⁾.

5- اتفاقات التسعير المسبق: تُبرم اتفاقات التسعير المسبق بين دافعي الضرائب، بما في ذلك الشركات دولية النشاط والسلطات الضريبية في البلد المضيف أو بلد المنشأ؛ ويمكن أن تكون هذه الاتفاقات أحادية الجانب أو ثنائية أو متعددة الأطراف، ويكون الغرض منها هو الحد من النزاع بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية. في اتفاقات التسعير المسبق تحدد سلفاً وقبل تنفيذ الصفقات محددة السعر؛ مجموعة ملائمة من المعايير مثل (الطريقة المتبعة، والمقارنات والتعديلات الملائمة، والافتراضات الأساسية فيما يتعلق بأحداث مرتقبة) لتحديد التسعير التحويلي لهذه الصفقات على مدى فترة محددة من الزمن.

يؤخذ على اتفاقات التسعير المسبق المتعددة الأطراف، انخفاض كبير في مستوى العمليات المتعلقة بعمليات مراقبة التسعير التحويلي، وتقييم الجزاءات والازدواج الضريبي عندما تختلف السياسات الضريبية لبلدين فيما يتعلق بالتعديلات المقابلة وطرق التسعير

1- المرجع السابق الذكر، ص: 18.

التحويلي المقبولة، و من جوانب القصور في اتفاقات التسعير المسبق الأحادية الجانب أنها غير فعالة في حل قضايا الازدواج الضريبي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مركز مواد المعاهدات الدولية ذات الصلة:

تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة النموذجية بشأن الازدواج الضريبي بين البلدان المتقدمة و البلدان النامية التي اعتمدت في عام /1979م/ والتي تم تنقيحها عام /1999م/ مشابهة إلى حد بعيد لاتفاقية الضرائب النموذجية لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، و أي اختلافات بينهما إنما ترجع إلى كون الاتفاقية الأولى تأخذ في الاعتبار الاحتياجات الخاصة للبلدان النامية وظروفها وتعالجها في المواد ذات الصلة. يركز نموذج الأمم المتحدة على فرض الضرائب على أساس مصدر الربح (المعيار الاقتصادي) ومن ثم فإنه يفضل لدى البلدان المستوردة لرأس المال بينما تفضل البلدان المصدرة لرأس المال نموذج منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي لأنه يركز على فرض الضرائب على أساس محل الإقامة.

تشكل الاتفاقية النموذجية لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي الأساس لمعظم المعاهدات الضريبية القائمة ومنتشاً العديد من المواد ذات الصلة بمسائل التسعير التحويلي⁽²⁾.

ضمن هذا السياق أصدرت وزارة خزانة الولايات المتحدة اتفقيتها النموذجية بشأن ضريبة الدخل في عام /1996م/ والتي تستند إلى الاتفاقية النموذجية لمنظمة التعاون. ومن خلال دراسة مضمون كلا النموذجين فإننا نخلص إلى وجود مواد وآليات قانونية مشتركة حول التسعير التحويلي ويمكن لنا أن نجملها حسب الآتي:

1- تطبيق مبدأ التسعير للأغيار أو الأبعاد: تشكل المادة التاسعة من اتفاقية الضرائب النموذجية لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي لعام /1963م/؛ مصدر التعريف المقبول على نطاق واسع لمبدأ التسعير للأغيار أو الأبعاد الذي تستند إليه

1- المرجع السابق الذكر، ص: 19.

2- المرجع السابق الذكر، ص: 27 - 28.

جميع طرق التسعير التحويلي المقبولة وهي مادة نصها متشابه مع نموذج الولايات المتحدة الأمريكية.

كما نصت هذه المادة أيضاً على استخدام التعديلات الموازية من قبل السلطات المختصة لإزالة أو تخفيف حالات الازدواج الضريبي التي يمكن أن تنشأ عند حدوث عمليات التحويل عبر الحدود، وتنشأ هذه المشكلة عندما تقوم السلطات الضريبية في بلد الشركة دولية النشاط لدى ممارستها لسلطاتها فيما يتعلق بإعادة التخصيص في إطار استراتيجيات التسعير التحويلي، بزيادة الالتزام الضريبي للشركة دافعة الضريبة تجاه بلد المنشأ، و في حال لم توافق السلطة الضريبية المعنية في البلد المضيف على تعديل مبلغ الضريبة التي تكون فرضتها على الشركة التابعة المحلية بتخفيضه، فسيكون هناك عنصر ازدواج ضريبي غير مخفف.

لندارك هذا الاحتمال، توصي المادة التاسعة من الاتفاقية المشار إليها بأن تجري السلطة الضريبية في البلد المضيف التعديل اللازم على الضريبة المفروضة على أرباح الفرع المحلي، إلا أن هذا الاجراء ليس إلزامياً، ومن ثم لا ينشأ عن ذلك أي واجب بتعديل الضريبة من جانب البلد المضيف.

كما تضمن كلاً من المعاهدتين النموذجيتين أحكاماً بشأن الاعفاء من الازدواج الضريبي، لمعالجة الحالات التي يمكن أن تنشأ بسبب الاختلافات في نظم وشروط التسعير التحويلي في كل من البلد المضيف وبلد المنشأ.

ويتيح نموذج منظمة التعاون والتنمية "إجراء الاتفاق المتبادل" اللجوء إلى سلطة مختصة لمحاولة إيجاد حل للمنازعات الضريبية وحالات الازدواج الضريبي بين الشركة دولية النشاط والسلطة الضريبية للبلد المضيف، ضمن حداً زمنياً قدره ثلاث سنوات بدءاً من توجيه أول اخطار بشأن النزاع، إلا أن نموذج الولايات المتحدة الأمريكية لا يحدد مهلة.

2- منع تسويق المعاهدات⁽¹⁾: تتضمن المعاهدة النموذجية للولايات المتحدة الأمريكية أحكاماً قوية في المادة / 22 / "حدود المنافع"، و تهدف هذه المادة إلى منع تسويق المعاهدات الذي يشكل محاولة من قبل مقيم منتم إلى بلد ثالث للحصول على منافع من

1- الأونكتاد: التسعير التحويلي، سلسلة دراسات الأونكتاد، مرجع سابق الذكر، ص: 30.

معاهدة ضريبية دخل لا يكون مؤهلاً للحصول عليها. ولا يتضمن نموذج منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي هذه المسألة على وجه التحديد، ولكنه يتضمن صيغة تتيح للسلطة الضريبية انكار الأهلية للحصول على المنافع عندما تستخدم معاهدة بلد ثالث لتحويل الأرباح من بلد إلى آخر. وتمنع هذه المادة الشركة دولية النشاط من استخدام فرع لها في بلد ثالث - غير مشترك في صفقة التسعير التحويلي - للعمل كقناة لتحويل الأرباح بين الكيانات المعنية للشركة دولية النشاط.

ثالثاً: تبادل المعلومات⁽¹⁾: لئن كانت المعاهدة النموذجية للولايات المتحدة الأمريكية مماثلة لنموذج منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، فإنها تتضمن في المادة / 26 / منها "تبادل المعلومات" أحكاماً تتيح للسلطة الضريبية الوصول إلى معلومات مصرفية أو مالية لا يمكن الوصول إليها عادةً.

كما أن هذا النموذج هو نموذج صريح فيما يتعلق بالالتزام الدولة المتعاقدة بالامتثال لطلبات المعلومات، في حين أن هذا الالتزام يرد ضمناً في نموذج منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي. ويعكس نموذج الولايات المتحدة الاتجاه نحو زيادة التعاون الدولي بين الحكومات في تقاسم المعلومات الضريبية وغير ذلك من المعلومات لمنع تحويل الأرباح والتهرب من الضريبة.

- **المنازعات المحتملة حول المسائل الإجرائية⁽²⁾:** في الوقت الذي يوجد فيه قدر كبير من الاتفاق على أن مبدأ المنافسة الحرة يكون مناسباً عند تسعير السلع المادية والممتلكات غير المادية، فإنه بالمقابل توجد اختلافات في الرأي حول المسائل الأخرى من قبيل اشتراطات وثائق البيانات، والعقوبات وعبء الإثبات والأفضليات فيما يتعلق بطريقة تحديد هامش ربح صافي للصفقات مقابل طريقة تحديد أرباح قابلة للمقارنة. تشترط بعض السلطات الضريبية حالياً تقديم وثائق تفصيلية عن الكيفية التي تختار الشركات دولية النشاط بمقتضاها طريقة التسعير التحويلي والكيفية التي يتم بها احتساب تقدير الأسعار.

1- المرجع السابق الذكر، ص: 31 - 32.

2- المرجع السابق الذكر، ص: 33 - 36 بتصرف.

المبحث الثاني

القواعد الوطنية المتعلقة بالتسعير التحويلي

إن المقارنة بين القوانين الضريبية للدول حول قضايا التسعير التحويلي تُبين تأثير المبادئ التوجيهية لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، أو السياسة الضريبية للولايات المتحدة الأمريكية كونها دولة رائدة في هذا المجال. فضلاً عن ذلك، إن معظم التشريعات الأخرى للتسعير التحويلي تستند إلى مبادئ مستمدة من أحد هذين المصدرين أو كليهما، ومن ثم فإن مناقشة كلا النهجين تعتبر ضرورية لفهم أوجه التشابه والاختلاف، أو لتحليل أوجه التنازع بين النهجين وآثارها على سياسات التسعير التحويلي العالمية الحالية. سنعرض في هذا المطلب موقف المشرع الضريبي الأمريكي من قضايا التسعير التحويلي، لنختم البحث بموقف المشرع الضريبي السوري منه.

الفرع الأول : موقف المشرع الضريبي الأمريكي من التسعير التحويلي

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول في العالم التي أعطت اهتماماً كبيراً للمعاملة الضريبية للشركات دولية النشاط، وذلك لمواجهة استراتيجيات التسعير التحويلي غير القانونية المتبعة من قبل تلك الشركات⁽¹⁾. حيث توجد إدارة كاملة في النظام الضريبي الأمريكي ممثلة في مصلحة الإيراد الداخلي (**IRS sec 482**) تختص بتنظيم الأوضاع الضريبية والتحاسب الضريبي الدولي في حالة قيام مبادلات دولية يكون أحد الأطراف فيها شركة أو منشأة مسجلة في الولايات المتحدة الأمريكية. حيث جاء في القسم 482/ من قانون الضرائب الأمريكي أنه: " في حالة وجود شركتين أو أكثر تمتلكهما أو تتحكم فيهما - بطريقة مباشرة أو غير مباشرة - شركة أو منشأة واحدة، فإن الوزير المختص أو من ينوب عنه من حقه إعادة توزيع أو تقسيم إجمالي الدخل والمصروفات وما يرتبط بهما من إعفاءات أو مسموحات بين هذه الشركات، و ذلك إذا كان هذا التوزيع أو التقسيم يعتبر ضرورياً لمنع مجالات تجنب دفع الضرائب المستحقة أو يؤدي إلى بيان الربح الحقيقي لمجموعة الوحدات المشتركة"⁽²⁾.

1- محمد علي حسن سهام، مرجع سبق ذكره، ص: 251.

2- عبد الرزاق عزيزة، مرجع سبق ذكره، ص: 126.

في حال قامت أي من هذه الشركات بمخالفة قوانين الضرائب فإن ذلك حتماً سيؤدي إلى خلاف مع السلطات الضريبية. وغالباً ما يكون النزاع حول الممارسات غير القانونية لهذه الشركات باستخدامها لآلية التسعير التحويلي. وكان فيصل النزاع هو الاتفاق على وسيلة تعديل تسعير التحويلات الصورية لتصبح قريبة قدر المستطاع من أسعار السوق. تتحدد قواعد تعديل تسعير التحويل في الولايات المتحدة الأمريكية باستخدام قاعدة عامة هي ضرورة الوصول إلى سعر السوق.

في الحالات التي يثار فيها النزاع حول كيفية تعديل تسعير التحويلات لتعبر عن أسعار السوق فإنه يتم استخدام تسعير تحويلي للأصول الملموسة وآخر للأصول غير الملموسة و التي تكون مقبولة من وجهة نظر السلطات الضريبية الأمريكية، وملزمة للشركات الدولية النشاط ويتوجب عليها اتباعها عند تحديد تسعير تحويلاتها لشركاتها التابعة.

أولاً: طرق التسعير التحويلي الملزمة من قبل السلطات الضريبية الأمريكية:⁽¹⁾

1- طرق التسعير التحويلي للأصول الملموسة:

أ- طريقة التسعير القابل للمقارنة و غير الخاضع لتحكم أطراف المتعاملين: هذا التسعير يستخدم في صفقات المبيعات القابلة للمقارنة مع صفقات أخرى. ويمكن أن يُستشف هذا التسعير من معاملات الشركات مع شركات أخرى غير تابعة لها، خاصة إذا كان هذا التسعير المقارن عن كمية موردة من الخامات ذات المواصفات المتقاربة بقدر الإمكان مع غيرها محل النزاع.

ب- طريقة تسعير إعادة البيع أو التجزئة: و هو يعتبر الأفضل للتوزيع، أو هو أساس التسويق للشركات دولية النشاط، حيث يضاف هامش ربح قليل لسعر الشراء أو لا يضاف أي هامش لسعر التجزئة. ويتم تحديد السعر إذا على أساس افتراض وجود منتج من ناحية وموزع من ناحية أخرى، ويفترض أن سعر السوق هو سعر البيع إلى الموزع بعد انزال هامش ربح الموزع في الأحوال التي يمكن فيها تقدير هامش ربح.

ج - طريقة تسعير بيع محدد على أساس التكلفة مضافاً إليه هامش ربح يُتفق عليه.

1- أبو قحف عبد السلام، مرجع سبق ذكره، ص: 250 - 251.

- L. H. Radebaugh & S.J. Arpan, op. cit., p: 212 - 215.

د- طريقة الأرباح القابلة للمقارنة: تستخدم هذه الطريقة النسبة المضافة التي يتم تعيينها وذلك بالرجوع إلى مستوى متوسطات الصناعة ومعدل الربح أو نسبته، والذي يجب أن يعتمد على مؤشرات الربح الداخلي مثل نسبة الربح.

ه- طريقة تحديد التسعير على أساس تجزئة افتراضية لصافي ربح الشركة الأم والشركات التابعة لها، وذلك بالرجوع من صافي الربح المجزأ بطريقة عكسية إلى طريقة يتم بها تقدير الإيرادات لكل شركة تابعة، ومن ثم تقدير الأسعار التي يتم بها التحاسب الضريبي.

2- طرق التسعير التحويلي للأصول غير الملموسة:

بالنسبة لتحديد تسعير التحويلات في الشركات دولية النشاط للأصول غير الملموسة من وجهة نظر السلطات الضريبية الأمريكية، فإنه يمكن القول بأن طرق التسعير التحويلي المستخدمة في تقييم أداء الإدارة أو الرقابة أو إعداد التقارير المالية هي نفس الطرق المستخدمة تقريباً في تحديد تسعير تحويلات الأصول الملموسة والأصول غير الملموسة من الناحية الإدارية. ولكن هذه الطرق تختلف من حيث الأغراض الضريبية. وتتمثل في التالي⁽¹⁾:

أ- طريقة الصفقات القابلة للمقارنة وغير الخاضعة لتحكم الأطراف المتعاملين بها: وتعتبر هذه الطريقة مفضلة لتسعير تحويلات الأصول غير الملموسة من الناحية الضريبية، وتستخدم هذه الطريقة في حالة الصفقات التي يمكن إجراء المقارنة بين المنتجات المنفصلة، وكذلك في حالة المنتجات المتشابهة أو الصناعة المتشابهة.

ب- طريقة الأرباح القابلة للمقارنة: وهذه الطريقة تعتبر شبيهة بطريقة السعر القابل للمقارنة عند تحديد تسعير تحويل الأصول الملموسة لأن المسموح به لشركات التي تعمل في ظل ظروف متشابهة أن تحقق أرباحاً متقاربة.

ج- طريقة تحديد التسعير على أساس تجزئة افتراضية لصافي ربح الشركة الأم أو شركاتها التابعة: وهي طريقة مقبولة بالنسبة لتسعير تحويل الأصول الملموسة وغير الملموسة وذلك على الرغم من وجود اختلاف بينهما.

1- محمد علي حسن سهام، مرجع سبق ذكره، ص: 253 - 254.

إلا أنه قد تحدث معارضة من جانب مصلحة الإيراد الداخلي والتي قد تؤدي إلى ارتفاع في التكاليف والأعباء لهذه الشركات نتيجة لعدم موافقة مصلحة الإيراد الداخلي على الطرق المستخدمة في تحديد تسعير تحويلات هذه الشركات، وهذا ولا شك يعرض هذه الشركات لعنصر المخاطرة، ومحاولة سعيها للتهرب من أداء الضريبة المستحقة عليها.

ثانياً: معالجة النظام الضريبي الأمريكي للتسعير التحويلي في الشركات دولية النشاط: بإلقاء نظرة سريعة على التطور التاريخي للضريبة على دخل الشركات الأمريكية في النظام الضريبي الأمريكي، نلاحظ أن النظام الصادر بموجب قانون عام /1976م/ قد أصابه تعديلات عدة في الأعوام /1976م/ و /1986م/ ثم وضعت اللوائح النهائية للتسعير التحويلي في شهر تموز من عام /1994م/.

حيث أن محتويات هذا النظام تقدم أشكال متنوعة للتخفيف من العبء الضريبي على المواطنين الأمريكيين المستثمرين خارج الولايات المتحدة الأمريكية و بصورة خاصة في بعض البلدان النامية و التي تتمثل في الآتي وفقاً لقانون عام /1976م/⁽¹⁾:

1- يتمتع المواطن الأمريكي المقيم بالخارج لمدة محددة (عام ضريبي أو 17 شهراً)، بخصم مبلغ محدد يمثل دخله الخارجي من إجمالي دخله.

2- يتمتع المستثمر الأمريكي في البلدان النامية بنظام خصم الضريبة، ويعفى من القيود الواردة أصلاً على تطبيق هذا النظام.

3- في بعض الحالات يعفى المستثمر الأمريكي من الضريبة كلها إذا تم الاستثمار في مناطق محددة.

4- يحتوي على نظام يتم بمقتضاه تخفيض الضرائب على الأرباح المحققة في مناطق محددة بالخارج؛ حتى ولو وزعت تلك الأرباح داخل الولايات المتحدة الأمريكية، إذ يظهر أثر التخفيض إذا ما قورن معدل الضريبة عليها بالضرائب على أرباح شركات

1- محمد علي حسن سهام، المرجع السابق الذكر، ص: 268 - 269.

أمريكية تعمل في دول متقدمة، كما يتيح هذا النظام تخفيض سعر الضريبة على الدخل الناتج من بيع أو تصفية الاستثمار.

5- نظام خصم الضريبة: حيث تتمتع الشركات الأمريكية بمقتضاه بخصم من حصة الضريبة الأمريكية، يعادل 7% من قيمة الأرباح الصافية بعد دفع الضريبة الأجنبية و ذلك عند إعادة استثمارها في الدول النامية، و 7% من قيمة الاستثمار المباشر.

و قد أُدخل تعديل على نظام الخصم في عام 1986م/ استهدف به تخفيف العبء الضريبي على الشركات الأمريكية الأم و التي تقوم باستثمار أموالها في الخارج و تقوم بتأدية الضرائب المترتبة على الدخل الناتج عن هذه الاستثمارات، إذ يجري خصم المبلغ المدفوع من إجمالي المبلغ الخاضع للضريبة المستحقة عن استثماراتها الكلية (أي داخل الولايات المتحدة الأمريكية وخارجها) طبقاً للقانون الأمريكي، إلا أنه لا يوجد حد أقصى للمبلغ الذي يخصم وفقاً لهذا النظام إذ يجوز أن يزيد مقدار الخصم على مبلغ الضريبة المستحقة وفقاً للقانون الضريبي الأمريكي.

ثالثاً: وعاء ضريبة دخل الشركات: و يتحدد كالاتي⁽¹⁾:

1- إجمالي الدخل: يتمثل في جميع الإيرادات التي تحققها الشركة من كافة المصادر، أي سواء كانت عادية أم غير عادية أو رأسمالية.

2- إجمالي الدخل المعدل: يتمثل في إجمالي الدخل مخصوماً منه النفقات الجارية (كالعمل و تكاليف المدخلات الوسيطة المشتراة من مكان آخر)، وغالباً ما تكون هذه التكاليف واضحة ويسمح باستبعادها من إجمالي الدخل الكلي للشركة سواء كانت مدفوعة أم مستحقة.

3- الدخل الخاضع للضريبة: وهو إجمالي الدخل المعدل مخصوماً منه بعض النفقات الرأسمالية مثل (فوائد ديون الشركة، تكاليف الأبحاث... إلخ).

1- المرجع السابق الذكر، ص: 270.

يتم حساب الضريبة المستحقة على الدخل الخاضع للضريبة وفقاً لشرائح تصاعدية، أما تحصيل الضريبة فيتم على أساس التقدير الذاتي حيث تقدر كل شركة صافي أرباحها المتوقع تحقيقها و بالتالي الضريبة المتوقعة. و تلتزم الشركة بتقديم إقرار ضريبي مؤقت ربع سنوي قبل اليوم السادس عشر من كل من الشهر الرابع و السادس و التاسع و الثاني عشر من السنة الضريبية؛ على أن تقوم بسداد الضريبة من واقع الإقرار، ثم تلتزم الشركة بتقديم إقرار نهائي عن السنة الضريبية كاملة وذلك قبل اليوم السادس عشر من الشهر الثالث من السنة الضريبية التالية.

رابعاً: المعاملة الضريبية للشركات دولية النشاط في الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾:

تعتبر فكرة تعامل الشركات دولية النشاط مع فروعها أو توابعها بشكل منظم من الركائز الأساسية في القسم /482/، حيث تعطي اللوائح فيه التعليمات بشأن تنظيم العلاقات المتوقعة بين كل من مأموري الضرائب ومكلفي الضريبة الممثلين في هذه الشركات بحيث تكون التقديرات قائمة على أسس واضحة، إلا إذا نص القانون على حالات استثنائية أو إعفاءات من الخضوع للضريبة.

فعند قيام الشركات دولية النشاط بإجراء عمليات تحويل - من و إلى - توابعها خارج الولايات المتحدة الأمريكية، فإن مأمور الضرائب يقوم بتطبيق القسم /482/ عليها، حيث تنص اللوائح فيه على قيام المأمور بإجراء التعديلات في دخل الشركة التابعة المحولة للشركة؛ إذا كانت الشركة الأم تسعى إلى تخفيض الأرباح عن طريق الخصومات أو الديون أو الخسائر أو أي تعديلات أخرى، حتى يصل إلى الدخل الحقيقي، ويطلق على هذا التعديل تسمية التعديل الأول.

كما يقوم بإجراء التعديلات اللازمة في دخل الفروع أو التوابع المنتمية للمجموعة ككل، إذا كانت هذه التوابع قد سبق خضوعها لضريبة الدولة المضيفة للاستثمار، حيث إن

1- راجع في ذلك:

- محمد علي حسن سهام، المرجع السابق الذكر، ص: 271 - 271.

- L. H. Radebaugh & S.J. Arpan, op. cit., p: 221 - 222.

النظام الضريبي الأمريكي يسمح بخصم الضريبة الأجنبية المدفوعة من الدخل الخاضع للضريبة الأمريكية. ويطلق على هذا التعديل تسمية تعديل الربط. وفي حالة وجود قيود على تحويلات الأرباح المحققة في الدولة المضيفة للشركة التابعة، فإن القانون قد منح المكلف في الضريبة الحق في تأخير سدادها حتى يتسنى لها الحصول عليه وتحويله إلى داخل الولايات المتحدة الأمريكية مع السماح له بتأخير أو تأجيل أو استبعاد النفقات المرتبطة بهذا الدخل.

وكنتيجة لتأخر المكلفين بالضرائب في الحصول على دخولهم من توابعهم أو فروعهم الخارجية، فإن التعديلات آتفة الذكر وفقاً للقسم /482/ - في السنوات الأولى من تطبيقه - كانت تتم بعد عدة أعوام من العام الذي يخضع فيه الدخل للتكليف الضريبي. وانطلاقاً من هنا فإن وزارة الخزانة الأمريكية و حتى لا يتم تعرض المكلفين للجزاء والغرامات؛ وبرغبة منها في رفع المعاناة عنهم عند إجراء التكليف الضريبي، فقد أدخلت العديد من الأحكام الاجرائية المتعلقة بعملية التحاسب الضريبي والتي يمكن تطبيقها على الدخل الخاضعة للضريبة قبل الأول من شهر كانون الثاني لعام /1965م/، و ذلك حسب الآتي:

- 1- بالنسبة للدخول التي تقوم التوابع بتحويل نسبة /90%/ أو أكثر من صافي دخلها إلى الشركة الأم، خلال /60 يوماً/ بعد انتهاء السنة الضريبية وذلك لعدة سنوات.
 - 2- في الحالات التي يكون فيها قيود و معوقات في الحصول على الدخل المحقق في الدولة المضيفة للاستثمار من جانب الشركة الأم، فإن مأمور الضرائب المسؤول عن التحاسب الضريبي وفقاً لإجراءات القسم /482/.
 - 3- يمكن تعويض الانخفاض في مبلغ الضريبة الناتج عن تعديلات القسم /482/ عن طريق إضافة الضرائب الخارجية التي يمكن لهذه الشركات عدم تأديتها، في حال كانت التوابع أو الفروع التي تعمل في الخارج لا يخضع دخلها للضرائب ويتم تحويل هذا الدخل للشركة الأم، والتي بدورها تمثل أرباحاً كان يمكن أن تحتسب على التوابع.
- و كل ذلك وفقاً لتعديلات القسم (IRS sec 482) الخاصة برفع المعاناة عن تلك الشركات الخاضعة له و التي تقوم بالتحويل. وعليه يمكن القول:

- بأن الشركة الأم يسمح لها بإجراء التحاسب مع توابعها بما يعادل الدخل المعدل من قبل مصلحة الإيراد الداخلي بموجب القسم 482/ من قانون الضرائب (IRS sec482)، وهذا الدخل الذي يتم استلامه من الفروع أو التوابع يكون في موعد أقصاه آخر يوم من السنة التي يتم فيها التحويل.

- إن القسم (IRS sec 482) يتطلب أن تعمل كل من الشركة الأم والشركات التابعة أو الفرعية كوحدة منفصلة، حيث تظهر مشكلة التسعير التحويلي عندما تخضع تلك الشركات للضرائب كلاً على حده، ونتيجة لهذا يتم تعديل قوائم التسعير للشركات الأمريكية الدولية النشاط وتوابعها العاملة في الخارج من قبل مصلحة الإيراد الداخلي من خلال عملية المراجعة والفحص الضريبي، فعلى سبيل المثال: إذا كانت هناك شركة دولية النشاط (أصولها الثابتة تتجاوز قيمتها 50 مليون دولار أمريكي) ولها معاملات خارجية، فإنها تخضع لعملية المراجعة والفحص الضريبي من قبل مصلحة الإيراد الداخلي، وتعديل تسعيراتها التحويلية للسلع والخدمات المحولة للخارج في حال كانت غير حقيقية.

خامساً: لوائح التسعير التحويلي في قانون الضرائب الأمريكي:

يفرض القسم (IRS sec 482) مجموعة من التعليمات المشتركة بين الشركات الدولية النشاط عند قيامها بتحديد أسعار تحويلاتها، وذلك بصفتها من مكلفي الضريبة الأمريكية. حيث تنص اللوائح النهائية على الآتي:

1- تقوم مصلحة الإيراد الداخلي بتحديد الدخل الخاضع للضريبة والذي يجب أن تنطبق عليه مجموعة من الشروط، فيما يتعلق بنطاق الدخل الخاضع للضريبة والشروط التي يجب أن تنطبق على الشركات دولية النشاط، ومنها على سبيل المثال: إذا كانت عملية مقارنة التسعير التحويلي لا يتم الوثوق بها، فإن ذلك يدخل تحت الشروط القاسية التي يجب اتباعها مع الشركات دولية النشاط والتي تقوم بإجراء عملية التحويل، وفقاً للتوجيهات و الشروط المشددة، و ذلك من قبل مأموري الضرائب.

2- كما نصت على وجوب استخدام الشركات دولية النشاط أفضل طريقة لتحديد تسعيراتها التحويلية، وهي الطريقة التي تحقق بها أكبر دخل يمكن الوثوق به مع الأخذ

في الاعتبار ظروف التحويل التي تواجه هذه الشركات، والطريقة الأفضل تقتضي أن تستخدم تلك الشركات إحدى الطرق الستة المستخدمة في تحديد التسعير للأصول الملموسة، والأربع طرق المستخدمة في تحديد التسعير للأصول الغير ملموسة. كما توفر هذه اللوائح التعليمات والتوجيهات لهذه الشركات عند تطبيق قاعدة أفضل طريقة، وهذا يتطلب منها تقييم كل طريقة من طرق التسعير.

تجدر الإشارة إلى أن اللوائح النهائية تنص على إمكانية تطبيق الشروط المشددة دون اشتراط عدم ملائمة الطرق الأخرى.

بناءً عليه ستقوم هذه الشركات بالدراسات والتحليلات لتسعيراتها التحويلية وفقاً لتعليمات لوائح (IRS sec 482)، إلا أنه يلاحظ أن لوائح الغرامات (IRS sec 6662)، و المتعلقة بدرجة الدقة التي تحكم نوعية الوثائق والمستندات التي يتوجب على هذه الشركات إعدادها، يجب أن توضح الإجراءات التي يجب اتباعها حتى تتجنب الغرامات المنصوص عليها، حتى ولو قامت بعملية التسعير بدقة تامة.

بالتالي فإن هذه الشركات يتعين عليها أن تمنع النظر في لوائح الغرامات المنصوص عليها في (IRS sec 6662) أيضاً، وذلك حتى تتمكن من تحديد الوثائق والمستندات التي تدعم تسعيراتها التحويلية.

سادساً: لوائح الغرامات المتعلقة بالدقة (IRS sec 6662)⁽¹⁾:

وفقاً للوائح (IRS) يترتب غرامات مرتبطة بالدقة، وذلك فيما يتعلق بعدم حساب الضرائب المستحقة على الشركة وسدادها بصورة صحيحة نتيجة استخدام تسعير تحويلي غير دقيق. والمتمثلة في نوعين من الغرامات: غرامات متعلقة بالتسعير التحويلي وأخرى متعلقة بالتعديلات الصافية في الدخل.

1- ملف الكتروني بعنوان:

"The Section 6662(e) Substantial and Gross Valuation Misstatement Penalty"،

تاريخ الزيارة: 2023/ 8 /13، 01:00ص:

https://www.irs.gov/pub/irs-apa/penalties6662_e.pdf

حيث لا تطبق غرامات التسعير التحويلي إذا تم تحقيق المتطلبات المتعلقة ببيان الأسباب المنطقية وحسن النية، فقد نصت اللوائح (IRS sec 6662) على هذا الاستثناء: " لا يتم تطبيق أي غرامات في هذا الخصوص فيما يتعلق بدافعي الضرائب الأقل، إذا ثبت أن هناك أسباباً منطقية في المبلغ غير المدفوع وأن المكلف بالضريبة قد تصرف بحسن نية بالنسبة لهذا الدخل الغير مدفوع"

وما عدا ذلك فإن التعديلات (التعديل الأول - تعديل الربط) المنصوص عليها في القسم (IRS sec 482) سوف يتم تطبيقها على المبالغ الخاضعة للتعديل.

1- غرامات التسعير التحويلي: وتطبق في حالة قيام الشركة بتقديم بيانات مالية مضللة أو خاطئة وتكون ناتجة عن تطبيق التسعير التحويلي، والتي قد تقضي إلى سداد هذه الشركات لضرائب أقل. وفي هذه الحالة:

أ- يتم تطبيق غرامات التسعير التحويلي عليها بنسبة /20% و ذلك في حال وجود أخطاء كبيرة في البيانات المالية؛ و ذلك إذا كان التسعير التحويلي /200% أو أكثر/ أو /50% أو أقل/، من المبالغ التي قدرتها مصلحة الإيراد الداخلي؛ حيث أن هذه المبالغ هي ما تمثل السعر الصحيح من وجهة نظرها.

ب- أما في حال وجود أخطاء كبيرة للغاية في هذه البيانات، فإنه يتم تطبيق غرامات التسعير بمعدل /40%، و ذلك إذا كان التسعير التحويلي /400% أو أكثر/ أو /25% أو أقل/، من المبالغ التي قدرتها (IRS sec 482) حيث أن هذه المبالغ هي ما تمثل السعر الصحيح من وجهة نظرها.

2- غرامات متعلقة بالتعديل في صافي الربح (صافي الدخل المعدل)⁽¹⁾:

آلية فرض الغرامات: تطبق هذه الغرامات إذا كان التعديل في تسعير التحويل الصافي و الذي أجرته مصلحة الإيراد الداخلي للسنة المالية محل التكليف يزيد على حد أدنى معين، حيث يتم جمع المبالغ التي خضعت لغرامات التسعير التحويلي مع المبالغ التي لم تخضع لتلك الغرامات وذلك للحصول على التقدير الصافي للدخل، فإن زاد عن الحد

1- محمد علي حسن سهام، مرجع سبق ذكره، ص: 274 - 267 بتصرف.

الأدنى، تطبق غرامة التعديل في صافي الأرباح. ومن الجدير بالذكر أنه تم تحديد الحد الأدنى في قانون تسوية الميزانية الشاملة (OBRA) لعام 1993م/.

و يتم تطبيق غرامات هذا التعديل حسب الآتي:

- في حال إجراء تعديلات كبيرة تزيد قيمتها على 5/ مليون دولار أمريكي أو 10%/ من الدخل الإجمالي (أيهما أقل)، تُفرض غرامة هذا التعديل بنسبة 20%/.

- في حال كانت التعديلات تزيد قيمتها على 20/ مليون دولار أمريكي أو 20%/ من الدخل الإجمالي (أيهما أقل)، تُفرض غرامة بنسبة 40%/.

كما نصت هذه اللوائح على ضرورة التنسيق بين الغرامات بحيث لا يزيد مجموع الغرامات القسوى عن 40%/، فعلى سبيل المثال: إذا خضعت شركة لغرامات التسعير التحويلي بنسبة 40%/، فإنها بالتالي لا تخضع لغرامات التعديل الصافي، وذلك على الرغم من أنه قد يتم إدخال هذه المبالغ في حساب التعديل الصافي بهدف تحديد ما إذا كانت تعديلات التسعير تتعدى الحد الأدنى المنصوص عليه أم لا.

أ- تجنب غرامات التعديل الصافي:

أدى قانون تسوية الميزانية الشاملة لعام 1993م/ إلى تخفيض الحد الأدنى لغرامات التعديل الصافي، كما غير من الشروط التي يمكن من خلالها تجنب هذه الغرامات.

إذ لا يكفي أن تتوفر أسباب كافية لتحديد التسعير التحويلي، ولا يمكن تجنب الغرامات التعديل الصافي في التسعير التحويلي إلا إذا اتبعت هذه الشركات أحد شرطين من شروط الأمان، وكلا الشرطين يتطلب وجود مستندات ووثائق معاصرة، وشرط الأمان الخاص بهذه الطريقة يفرض على الشركات دولية النشاط الخاضعة للضريبة ما يلي:

- أن تستخدم الطريقة المحددة في لوائح التسعير التحويلي.

- أن تستوفي متطلبات التوثيق بحيث يكون اختيار وتطبيق طريقة التسعير منطقياً (أي مبنياً على قاعدة أفضل طريقة المنوه عنها سابقاً).

حيث عززت لوائح الغرامات قاعدة "أفضل طريقة" بأن نصت على: يستطيع مكلفي الضرائب استنتاج أن الطريقة المستخدمة تعتبر أفضل طريقة يمكن الوثوق بها عند تطبيق الاجراءات والشروط المشددة، وذلك في حال ما تم قياسها على باقي الطرق.

ويمكن أن تتمثل هذه الطريقة المنطقية في عدة عوامل منها: الخبرة والمعرفة المتوفرة لدى مكلفي الضرائب، والدرجة التي تتوافر فيها البيانات المالية الدقيقة مع دراسة ما إذا كانت هذه البيانات قد تم تحليلها بطريقة منطقية، والدرجة التي اتبع فيها مكلفي الضرائب لوائح التسعير التحويلي، والدرجة التي يتم فيها الاعتماد أو الاستعانة بخبير في الضرائب. وهذا ما يرتب على هذه الشركات عند اتباعها للطريقة المحددة أن تقوم بإعداد الوثائق الأساسية الخاصة بالربح الذي سيكون محلاً للتكليف الضريبي، وشاملة لوصف وتحليل عمليات التسعير التحويلي الأساسية التي قامت بها.

يستتنبط الباحث مما سبق، أنه في حال كانت تلك الشركات تريد أن تتجنب الخضوع لعقوبة الغرامات فإنه يمكنها عقد اتفاقيات مسبقة مع مصلحة الإيراد الداخلي وذلك فيما يتعلق بعمليات تسعير تحويلاتها، وإن كان يرى أن ذلك يتطلب بذل جهد وتكاليف ووقت أكبر من جانب هذه الشركات، وذلك كنتيجة لما تتطلبه مصلحة الإيراد الداخلي من وثائق وتحليلات وشهادات حتى يتم تأمين الاتفاقية بينهما، عدا عن عنصر المخاطرة للشركة دولية النشاط بالرغم من وجود اتفاقية مسبقة، فإن تكاليف الوثائق قد تفوق المنفعة المتوقعة منها.

وأخيراً لا يمكن أن ننكر دور نظام الغرامات وكذلك اللوائح النهائية لعمليات التسعير التحويلي، في الحد من ظاهرة التجنب أو التهرب الضريبي، حيث أن هذه الغرامات تمثل بلا أدنى شك عبئاً ليس بالهين على الشركات الدولية النشاط المخالفة.

الفرع الثاني : موقف المشرع السوري من التسعير التحويلي

أخذ المشرع السوري بمبدأ التبعية الاقتصادية بحيث أخضع جميع الأرباح الناشئة عن ممارسة الأعمال في الجمهورية العربية السورية إلى ضريبة الدخل، وفق أحكام القانون رقم / 24 / لعام /2003م/ وتعديلاته.

وفيما يلي سنبرز أهم النقاط التي وردت في هذا القانون حول موضوع التسعير التحويلي، مستعرضين النصوص القانونية المتعلقة بممارسات الشركات دولية النشاط، وبتحليل نصوص القانون رقم /24/ لعام /2003م/ نخلص للآتي:

1- إن الأصل في ضريبة الدخل أن تترتب على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الناشئة عن أعمالهم في سورية بغض النظر عن جنسياتهم، ولكن بعض المكلفين يقومون بأعمال تتعدها إلى خارج سورية مما يوجب التمييز بين حالتين:

أ- عدم خضوع أرباح المؤسسة السورية الناشئة عن أعمالها خارج سورية إلى الضريبة على الدخل: إذا كانت الأعمال التي تقوم بها المؤسسة السورية في خارج الأراضي السورية منفصلة بطبيعتها أو بطريقة ممارستها عن أعمالها في سورية، فإن الأرباح والخسائر الناشئة عنها غير خاضعة للضريبة على الدخل ولا تدخل في حساب الضريبة في سورية، وهذا ما استقر عليه اجتهاد مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري في سورية كما هو ثابت في قرار محكمة القضاء الإداري رقم / 2/581 في القضية رقم /722/ لعام 1997م/.

ب- خضوع أرباح المؤسسة السورية الناشئة عن أعمالها خارج سورية إلى ضريبة الدخل على الأرباح: إذا كانت الأعمال التجارية التي تقوم بها المؤسسة السورية خارج الأراضي السورية لا تشكل دورة كاملة منفصلة عن أعمالها في سورية بل أعمالها في الخارج متصلة بطبيعتها أو بطريقة ممارستها، وتشكل دورة تجارية كاملة متكاملة و متصلة ببعضها البعض مع المؤسسة داخل الأراضي السورية و خارجها، فإن الأرباح الناشئة عن تلك الأعمال تخضع لضريبة دخل الأرباح وتضاف إلى أعمالها في سورية، وهذا ما ورد في قرار محكمة القضاء الإداري رقم /1/75 في القضية ذات الأساس /2917/ لعام 2004م/.

تجدر الإشارة إلى أن الفقه المالي قد توصل في آراءه إلى تصنيف مماثل لما سبق ذكره منتهياً إلى نفس النتائج⁽¹⁾.

2- بالنسبة لإخضاع الأرباح إلى ضريبة الدخل نجد أنه:

أ- أن تكون هذه الأرباح ناجمة عن أعمال تمت في سورية.

1- سنان محمد نذير : قانون ضريبة الدخل بين النص و التطبيق، ط1، (د.ن)، دمشق، 2005 م ، ص: 241.

ب- أن الأرباح الناجمة عن أعمال مؤسسات مركزها في سورية ورأس مالها وإدارتها في سورية أيضاً تخضع لضريبة الدخل عملاً بمبدأ التبعية الاقتصادية.

ج- بالنسبة للأرباح الناجمة عن أعمال تمت في سورية ومركزها خارج سورية فالجزء المنجز منها في سورية هو الذي تخضع أرباحه للضريبة عملاً بمبدأ التبعية الاقتصادية.

د- إن الأرباح الناجمة عن أعمال تمت خارج سورية لا تخضع للضريبة فيها ولو كان صاحبها سورياً أو أجنبياً مقيم أو غير مقيم، عملاً بمبدأ إقليمية الضريبة.

هـ- أما فيما يتعلق بالخسائر في كل ما سبق فتعامل معاملة الأرباح، ولا يشترط لخصوعها وجود المؤسسة بكيانها المادي في سوريا أو عدم وجودها، بل يكفي وجود النشاط الاقتصادي.

3- العبرة لمكان ولادة الربح⁽¹⁾: حيث أن الربح الناشئ عن أعمال الأشخاص في الأراضي السورية يخضع لضريبة الأرباح مهما كان مصدر الدخل ومهما كانت شخصية وجنسية صاحبه وأياً كان موطنه، بحيث لا تثير إقليمية الربح أي صعوبة عند التطبيق إذا كان نشاط المؤسسة كله في سورية، ولا ضير بامتداد نشاط بعض المؤسسات إلى دول أخرى كأن يكون لها فرع خارج سورية، أو أن يكون للمؤسسات الأجنبية فروع في سورية كشركات الطيران وشركات البترول.

4- فرض المشرع الضريبة على الدخل بحيث تتناول الأرباح الصافية الناتجة عن ممارسة المهن والحرف الصناعية والتجارية وغير التجارية، وذلك على أساس الربح الصافي التي سبقت سنة التكلفة، إلا أنه أبقى بعض الأرباح من فرض الضريبة عليها وذلك بقصد تجنب الازدواج في الضريبة بحيث لم يجز المشرع فرض أكثر من ضريبة واحدة على ذات الدخل، وعليه فقد أخضع فروع المؤسسات الكائنة خارج سورية والتابعة لمؤسسات سورية لضريبة واحدة وهي الضريبة المفروضة على تلك التوابع في البلد العاملة فيه منعاً للازدواج الضريبي.

1- الحلاق محمد؛ الحردان عبد الهادي: دراسات في التشريع الضريبي، ط1، منشورات جامعة دمشق،

1- موقف المشرع السوري من التسعير التحويلي:

يمكن أن نصل إلى تحديد موقف المشرع السوري من ممارسات الشركات دولية النشاط والمتعلقة بآلية التسعير التحويلي من خلال نصوص المواد / 10 / و / 11 / من قانون ضريبة الدخل رقم / 24 / لعام / 2003 م /، حيث نصت على ما يلي:

المادة /10/: " لا تقبل حسابات الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين اللذين يكون مركزهم في البلاد الأجنبية ويقومون ضمن حدود الجمهورية العربية السورية بأعمال خاضعة لضريبة الأرباح الصافية ما لم تظهر هذه الحسابات مباشرة الأرباح المتحققة الناشئة عن ممارسة تلك الأعمال وإلا فتحدد الأرباح المذكورة بطريقة المقايسة بالنسبة لنتائج أعمال المؤسسات والمهن المماثلة."

المادة / 11 /: " إن المؤسسات التابعة لمؤسسات تقع خارج الجمهورية العربية السورية والمؤسسات التي تنتسب إليها مؤسسات تقع خارج الجمهورية العربية السورية والتي تنقل أرباحها بصورة غير مباشرة لتلك المؤسسات خارج الجمهورية العربية السورية وذلك إما بزيادة أسعار الشراء أو البيع أو بإنقاصها أو بأية وسيلة أخرى تخضع للضريبة بعد إدخال الأرباح المذكورة على نتائج حساباتها وفي حال عدم وجود عناصر صريحة تمكن من إجراء التصحيحات المنوه عنها في المادة السابقة تحقق التكاليف بطريق المقايسة مع المؤسسات المماثلة المستثمرة بصورة عادية."

باستقراء نصوص المادتين السابقتين نخلص إلى ما يلي:

1- ألزمت المادتين المذكورتين الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين اللذين يكون مراكز عملهم خارج الأراضي السورية ويقومون بأعمال خاضعة لضريبة الأرباح الحقيقية أن يمسكوا قيوداً محاسبية تظهر حقيقة أعمالهم ونتائج هذه الأعمال وإلا تحدد أرباحهم بطريقة المقايسة مع نتائج أعمال المؤسسات والمهن المماثلة، وهذا أيضاً ينطبق على المؤسسات الأجنبية التي تعمل على نقل أرباحها إلى خارج سورية بصورة غير مباشرة عن طريق زيادة أسعار الشراء أو المبيع أو بأي وسيلة أخرى.

في ضوء ما سبق، يمكننا القول بأن المشرع السوري ربما قصد بذلك اتباع طريقة توزيع الأرباح القابلة للمقارنة على أساس مبدأ التسعير للأغيار أو الأبعاد.

2- حرص المشرع على عدم تهريب الربح السوري إلى الخارج، حيث لم يقبل التعامل بين المراكز و الفروع الكائنة داخل سورية و بين المراكز و الفروع خارج سورية التابعة لذات المؤسسة إلا بسعر الغير في البيع والشراء والفائدة والنفقات، حيث أن فروقات الأسعار الناشئة عن عمليات الشراء من الخارج أو البيع إلى الخارج تخضع إلى الضريبة وذلك بإضافتها إلى أرباح المؤسسة التي تعمل في سورية، وفي حال عدم وجود عناصر صريحة تمكن من معرفة الأسعار فقد أخذ المشرع بمبدأ محاسبة أولئك الأشخاص على أساس أرباح المثل التي يحققها أشخاص مماثلين لهم.

يمكننا القول أيضاً إن المشرع أخذ بطريقة المقارنة لتحديد فروقات الأسعار وإجراء التصحيح اللازم وفي ذلك تحقيق للعدالة من الوجهة الضريبية لأنه يشكل رادع لعدم تهريب الربح السوري إلى الخارج، وهذا ما يؤكد وجهة نظرنا حول اعتماد المشرع مبدأ التسعير للأغيار أو الأبعاد كطريقة معتمدة في مقارنة أسعار السلع المادية المحولة في إطار صفقة محددة السعر وهو ما يمثل طريقة السعر الحر القابل للمقارنة أو ما يسمى بطريقة سعر السوق.

مما سبق كله، نجد أن مناقشة المواد المتعلقة بالتسعير التحويلي من قبل المشرع السوري كانت خجولة جداً، فعلى الرغم من حرصه على الأموال العامة، إلا أن النصوص القانونية كما التعليمات التنفيذية جاءت قاصرة على بيان فكرة التهريب الضريبي الدولي من خلال التلاعب بتسعير التحويلات، دون وضع ضوابط واضحة ومحددة في هذا المجال، حيث وإن كان أمر مقارنة الأصول الملموسة فيه شيء من اليسر نوعاً ما إلا أن على النقيض من ذلك بالنسبة للأصول غير الملموسة. فكان حرياً به لو حدا حذو المشرع الضريبي الأميركي في تحديد ذلك، و ما يؤكد رأينا وجود جزئيات متعلقة بموضوع التسعير التحويلي ترك المشرع أمر وضع الضوابط المتعلقة بها لبلاغات وزارة المالية.⁽¹⁾

¹ - نورد على سبيل المثال البلاغ الصادر عن وزير المالية برقم /11518/ تاريخ 5/24 / 1982م. "تمارس الشركات الأجنبية نشاطات تجارية أو صناعية في القطر العربي السوري عن طريق فروع خاصة لها تعمل في سورية و تدرج ضمن نفقات هذه الفروع مبالغ معينة باسم مساهمة الفرع في نفقات المركز

أما عن معدلات الضريبة على الشركات فقد أخذ المشرع الضريبي السوري بالمعدل النسبي حيث نص على:

تطرح ضريبة الدخل على الأرباح الصافية التي تحققها الشركات المساهمة التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام بنسبة لا تقل عن 50% في القطاعين الخاص والمشارك والتي مركزها الرئيسي في الجمهورية العربية السورية عن جميع نشاطاتها بمعدل 14% بما فيها جميع الإضافات و تستثنى من الإضافة لصالح الإدارة المحلية، كما تطرح ضريبة الدخل على الأرباح الصافية التي تحققها الشركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة التي مركزها الرئيسي أو فرعها في الجمهورية العربية السورية والمشاريع المشمولة بقوانين تشجيع الاستثمار بمعدل قدره 22% بما فيها جميع الإضافات عدا الإضافة لصالح الإدارة المحلية.

2- أسس التكاليف: فرض المشرع السوري الضريبة على أرباح الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الناجمة عن أعمالهم في الجمهورية العربية السورية وذلك في محل ممارسة العمل بتاريخ 1 / كانون الثاني من سنة التكاليف، وإذا كان للمكلف أكثر من فرع واحد تطرح الضريبة في المركز الرئيسي على أرباح جميع الفروع سواء كانت حساباتها وأعمالها موحدة أو مستقلة، أما إذا كان المركز الرئيسي واقعاً خارج الأراضي السورية تطرح الضريبة على أرباح جميع الفروع القائمة في الجمهورية العربية السورية في مركز الفرع الواقع في العاصمة السورية أو في مركز الفرع الأوسع عملاً. وتطرح الضريبة على أساس الربح الصافي المتحقق خلال سنة الأعمال وتحسب السنة من 1/ كانون الثاني إلى 31/ كانون الأول. وتعتبر سنة الأعمال بالنسبة للتكاليف بضريبة الدخل هي سنة التكاليف.

الرئيسي." و قد لاحظت لجان إعادة النظر أن بعض لجان فرض الضريبة على الدخل قبلت بهذه الصيغة من حيث المبدأ بالرغم من أن فرع الشركة العامل في سورية غير مسجل رسمياً لدى دائرة الشركات الأجنبية في وزارة الاقتصاد و التجارة الخارجية، لذلك، فقد رأينا وجوب عدم قبول هذه النفقة ... إلخ.

وقد أوجب القانون على كل مكلف أن يمسك قيوداً محاسبية منتظمة وكاملة تظهر نتائجه الحقيقية، من ربحه الصافي المتكون من مجموع الإيرادات الإجمالية الخاضعة للضريبة على اختلاف أنواعها بعد أن تحسم منها الأعباء والنفقات التي تقتضيها ممارسة العمل.

- يترتب على الشركات المساهمة وذات المسؤولية المحدودة والمؤسسات والشركات والمنشآت العامة ومكلفي قسم كبار المكلفين أن يقدموا إلى الدوائر المالية بياناً خطياً بنتائج أعمالهم الصافية من ربح أو خسارة خلال السنة السابقة في أجل لغاية /31/ أيار من كل سنة.⁽¹⁾ مرفقاً به صورة عن كل من حساب التشغيل وحساب المتاجرة وحساب الأرباح والخسائر وصورة عن الميزانية. كما يترتب على المكلفين أن يبرزوا للدوائر المالية جميع الوثائق الحسابية وقوائم الجرد ووثائق القبض والصرف وفواتير الشراء والبيع وبصورة عامة جميع المستندات التي تثبت صحة بياناتهم.⁽²⁾

وفي حال رفض تقديم هذه الوثائق، يبلغ إنذاراً بالامتنال، فإن لم يمتثل خلال /15/ يوماً من تاريخ تبليغه الإنذار، تقدر الدوائر المالية أرباحه مباشرة وفقاً لفعالياته و المعلومات المتوفرة لدى الدوائر المالية وبصورة لا تقل عن أعلى رقم سنوي للأرباح التي كلف بها خلال الخمس السنوات الأخيرة ، بالإضافة لغرامة تعادل /50% من الضريبة المقدرة لسنة التكاليف.⁽³⁾

- يجب على المكلفين أن يدفعوا الضريبة المترتبة على الأرباح المصرح بها في البيان إلى الخزينة العامة خلال ثلاثين يوماً تلي انتهاء مهلة تقديم البيان المذكور آنفاً.

- ينبغي على الشركات المكلفة بالضريبة والمشمولة بأحكام القانون /24/ لعام /2003م/ أن يقدموا بيانات أرباحهم السنوية معتمدة من قبل محاسب قانوني من غير العاملين في الدولة، مجازاً أصولاً⁽⁴⁾، تحت طائلة الملاحقة القضائية إذا ثبت أنهم قد اعتمدوا البيانات أو قدموا تقارير أو شهادات بشكل يغاير الحقيقة ولا يتوافق مع قواعد

¹- راجع نص المادة /2/ من المرسوم التشريعي رقم /51/ لعام /2006م/.

²- راجع نص المادة /14/ من القانون رقم /24/ لعام /2003م/.

³- راجع نص الفقرة /أ/ من المادة /18/ من القانون رقم /24/ لعام /2003م/.

⁴- راجع نص المادة /9/ من المرسوم التشريعي رقم /51/ لعام /2006م/.

المحاسبة المتعارف عليها وهم على علم بذلك بهدف التهرب الضريبي.⁽¹⁾ وفي حال تقديم المكلف لبيانات غير معتمدة وجب تبليغه إنذار امتثال، فإن لم يمتثل خلال /30/ يوم من تاريخ تبليغه هذا الإنذار فلا يعتد بالبيان ويضاف إلى الضريبة المترتبة عليه غرامة عدم اعتماد البيان وقدرها /10%/.⁽²⁾

- في حال لم يقدم المكلف البيان ضمن المهلة المحددة يبلغ إنذار بالامتثال لأحكام القانون فإن لم يمتثل خلال /15/ يوم من تاريخ تبليغه الإنذار، تضاف إلى الضريبة المترتبة عليه غرامة قدرها /20%/.⁽³⁾

- أما في حال أبرز المكلف تأييداً لبيانه دفاتر محاسبية تضمنت معلومات ثبت عدم صحتها أو استعمل في تنظيمها أساليب احتيالية بغية التهرب الضريبي، يحال المكلف المخالف إلى القضاء بقرار من وزير المالية ويعاقب بالحبس لمدة شهر واحد ويحرم من إجازات التصدير والاستيراد وتجمد عضويته في غرف التجارة والصناعة والزراعة لمدة سنة واحدة تلي اكتساب الحكم الدرجة القطعية. وتضاعف العقوبة في حال تكرار المخالفة.⁽⁴⁾

يمكننا القول أن المشرع السوري أحسن في فرض الغرامات على المكلفين المخالفين لجهة تقديم الوثائق المحورة بغية إخفاء أرباحهم، إلا أننا نرى أن معدلاتها تمثل مبلغاً زهيداً للغاية بالنسبة للشركات دولية النشاط التي تتعامل بمليارات الليرات.
خاتمة:

في هذه الدراسة قمنا ببيان مفهوم التسعير التحويلي كآلية مستخدمة من قبل الشركات دولية النشاط في التهرب الضريبي الدولي، حيث تمثل هذه الشركات أفضل نموذج لعمليات التسعير التحويلي، نظراً لتشعبها في أكثر من إقليم ضريبي، مستغلة التباين في النظم الضريبية للدول، بغية إخفاء أرباحها الخاضعة للضرائب، و بالتالي تحقيق هدفها

¹- راجع نص الفقرة /ب/ من المادة /17/ من القانون رقم /24/ لعام /2003م/.

²- راجع نص الفقرة /ج/ من المادة /17/ من القانون رقم /24/ لعام /2003م/.

³- راجع نص المادة /18/ من القانون رقم /24/ لعام /2003م/.

⁴- راجع نص المادة /19/ من القانون رقم /24/ لعام /2003م/.

الرئيسي في تعظيم ربحها العالمي. كما بينا أن التهرب الضريبي باستخدام التسعير التحويلي لا ينطوي على أي انتهاك أو خرق للقوانين الوطنية للدولة الكائنة بها هذه الشركات، ولا يعدو أن يكون تهرباً ضريبياً بمفهومه الاقتصادي، والذي يمثل ضياع مورد هام من موارد الدولة الضريبية. وأمام خطورة أثر التسعير التحويلي أصبح تضافر الجهود المحلية والدولية يشكل حجر الزاوية في مواجهة ممارسات التسعير التحويلي، وبناءً عليه تم بيان مدى كفاية جهود المنظمات الدولية المعنية بالموضوع، والتشريعات الوطنية الضريبية في التصدي لهذه الآلية.

النتائج و المقترحات:

1- يتميز التسعير التحويلي كآلية مستخدمة من قبل الشركات دولية النشاط بمجال واسع من السرعة و المرونة التي تمكن تلك الشركات من استغلال الثغرات الموجودة في التشريعات الضريبية الوطنية للدول العاملة بها و ما قد ينجم عن ذلك من ترسيخ لمفهوم التهرب الضريبي في إطار عمل تلك الشركات، الأمر الذي يقتضي تنظيم هذه الآلية بتشريعات توجه استخدامها بعيداً عن الإطار غير القانوني المستغل من قبل الشركات آنفة الذكر.

2- من خلال التدقيق في حيثيات آلية التسعير التحويلي يتبين أنه لا ينطوي على تهرب ضريبي بالمعنى القانوني وإنما يعبر في حقيقته عن تهرب ضريبي بالمعنى الاقتصادي و ما يستتبع ذلك من ضياع مورد هام من موارد الخزينة العامة للدولة.

3- إن الضرائب على الدخل يكون لها تأثير كبير على قرارات التسعير التحويلي في هذه الشركات لذلك فإن الباحث يقترح وجود مجموعة من الضوابط المشتركة لهذه الشركات عند تحديد تسعير تحويلاتها، وفقاً لهذه الضوابط تقوم الإدارة الضريبية بتحديد الدخل الخاضع للضريبة، ويتم ذلك عن طريق وضع لوائح للتسعير التحويلي تشمل على العديد من التعليمات والتوجيهات الملزمة لهذه الشركات عند استخدامها

لإحدى الطرق المستخدمة في تحديد التسعير التحويلي سواء بالنسبة للأصول الملموسة و غير الملموسة، والتي تكون مقبولة من قبل الإدارة الضريبية، وهذا ولا شك سوف يؤدي إلى الحد من التلاعب في دخل هذه الشركات الخاضع للضريبة.

4- إن السياسة العامة التي أقرتها منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي في مجال التسعير للأغيار و الأبعاد، تعتبر من وجهة نظرنا غير ذات كفاءة مجدية في مجال تسعير الأصول غير الملموسة (كالخدمات) و ذلك بالرغم من دورها في مجال الحد من التهرب الضريبي الدولي بشكل عام.

5- أن السياسة الضريبية التي انتهجتها الولايات المتحدة الأمريكية في مجال التسعير التحويلي، هي سياسة ناجحة بكل المقاييس العالمية للحد من مخالفات الشركات الدولية النشاط، فالقانون (IRS sec482) أتى بنصوص دقيقة في مجال تسعير صفقات تلك الشركات، و من ثم استتبعت هذه النصوص بغرامات مالية رادعة بموجب المادة (IRS sec 6662) بما يكفل الحد من ممارسات التسعير التحويلي. بالمقابل نجد التشريع الضريبي السوري قد اقتصر على بعض الغرامات التي لا تعالج آلية التسعير التحويلي في جوهرها وإنما اكتفت بحيز صغير يشمل مخالفات عدم تقديم البيان الضريبي والوثائق المؤيدة له، وهذه الغرامات في حقيقتها لا تمس إلا الجزء اليسير من الأرباح الخيالية لتلك الشركات.

6- ضرورة وضع لوائح أو تشريع للغرامات التي تطبق على هذه الشركات في حالة مخالفتها لعنصري الأمانة والدقة، والتي يجب أن تتوفر في الوثائق والمستندات والفواتير التي تدعم الإقرار الضريبي الذي تقوم بتقديمه للإدارة الضريبية، ويتم تطبيق هذه الغرامات في حالة عدم التزام هذه الشركات بلوائح التسعير التحويلي. لذلك لا بد من ضرورة قيام المشرع السوري بإعطاء اهتمام كبير لموضوع تسعير التحويلات

للأصول الملموسة وغير الملموسة، وذلك نتيجة اتجاه الدولة إلى تشجيع الشركات دولية النشاط على استثمار أموالها في الجمهورية العربية السورية، حيث اتضح للباحث أن المشرع الضريبي لم يعط أي اهتمام من جانبه لهذا الموضوع وذلك على الرغم من تأثيره المباشر على الحصيلة الضريبية حتى في حالة منح هذه الشركات إعفاءات ضريبية لمدة معينة فإن بعد انتهاء هذه المدة ستخضع هذه الشركات للضريبة بشكل حتمي.

7- ضرورة إعمال الدقة وتوخي الحذر في إطار صياغة القوانين الضريبية حتى لا تشكل تلك القوانين بيئة مواتية للشركات دولية النشاط في تحقيق مآربها في التهرب الضريبي بواسطة التسعير التحويلي.

8- إن أي خطوة سيكتب لها النجاح في كبح جماح الشركات دولية النشاط في مجال التسعير التحويلي يتطلب من المجتمع الدولي زيادة حجم التعاون الدولي الهادف إلى مكافحة التهرب الضريبي الدولي مما يتيح المجال واسعاً أمام الدول لتبادل المعلومات عن تعاملات و نشاطات هذه الشركات بسهولة و يسر للحيلولة بينها و بين تحقيق مآربها غير القانونية.

قائمة المرجع:

المراجع العربية:

أولاً: الكتب العامة:

- 1- أبو قحف عبد السلام: إدارة الأعمال الدولية، ط1، الإسكندرية، الدار الجامعية، 2001م.
- 2- إمام حاج عمر عبد اللطيف؛ عالم مصطفى أحمد زين العابدين: المحاسبة الإدارية، ط1، صنعاء، جامعة العلوم و التكنولوجيا بالتعاون مع جامعة السودان المفتوحة، 2009م.
- 3- الحلاق محمد؛ الحردان عبد الهادي: دراسات في التشريع الضريبي، ط1، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2004م.
- 4- سرور محمد فتحي: الجرائم الضريبية، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، 1990م.
- 5- سنان محمد نذير : قانون ضريبة الدخل بين النص و التطبيق، ط1، (د.ن)، دمشق، 2005م.
- 6- عبد الرازق عزيزة: المحاسبة و المراجعة الدولية، ط8، القاهرة، كلية التجارة، جامعة القاهرة، 1998م.
- 7- عبد المولى السيد: الضرائب و المعاملات الدولية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
- 8- عدلي ناشد سوزي: ظاهرة التهرب الضريبي الدولي وآثارها على اقتصاديات الدول النامية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008م.
- 9- عطية عبد الواحد السيد: مبادئ و اقتصاديات المالية العامة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.

ثانياً: الرسائل و الأبحاث:

- 1- إدلبي منى: سياسة الحوافز الضريبية و أثرها في توجيه الاستثمارات في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006م.
- 2- الأونكتاد: التسعير التحويلي، سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية، الأمم المتحدة، نيويورك و جينيف، 1999م.
- 3- سعد زغول حلمي خالد: التهرب الضريبي كمؤشر لعدم كفاءة منظومة الضرائب على الاستثمارات الوافدة، ورشة عمل التنسيق الضريبي لتنمية الاستثمارات العربية المشتركة، القاهرة، 1993/11/9م.
- 4- عبد الرحمن صابوني جميل: التهرب الضريبي الدولي للشركات عابرة القوميات (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005م.
- 5- محمد علي حسن سهام: أسعار التحويل في الشركات متعددة الجنسية و النظام الضريبي "دراسة مقارنة"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد و الإدارة، 1998م.

ثالثاً: القوانين و المراسيم:

- 1- قانون ضريبة الدخل السوري رقم / 24 / لعام /2003م/.
- 2- قانون ضريبة الدخل الفيدرالي الأمريكي لعام /1986م/.
- 3- القانون رقم / 60 / لعام / 2004 م / المعدل لقانون ضريبة الدخل السوري رقم /24/ لعام / 2003 م/.
- 4- المرسوم التشريعي رقم / 51 / لعام / 2005 م/ المعدل لقانون ضريبة الدخل السوري رقم / 24 / لعام / 2003 م/.

المراجع باللغة الإنكليزية: References

- 1- Czinkota, et al,: **International business**, 2th ed, fort worth: The Dryden Press, 1992.
- 2- J.C. Gray: **Internal Reporting and Flexible Budgeting for Multinational Operation**, in J.A. Schweikar.
- 3- K. R. Bindon: **International Taxation**, in J.A. Schweikar, et al editors, International Accounting: a Case approach, New York, McGraw-Hill, 1994.
- 4- L. H. Radebaugh & S.J. Arpan: **International Accounting and Multinational Enterprises**, 2th ed, New York, John Wiley & Sons inc, 1993.
- 5- R. F. Plasschaert : **The Multiple Motivation for Transfer pricing Modulations in Multinational Enterprises and Governmental Counter-Measures**, **Management International Review**, Vol: 34, No: 2, Special issue, eran1994.
- 6- R. W. Adler: **Transfer Pricing for World – Class Manufacturing**, Long Rang Planning, Vol. 29, No. 1, 1996.

المواقع الإلكترونية:

- 1- https://www.irs.gov/pub/irsapa/penalties6662_e.pdf
- 2- <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/6663>
- 3- www.syriantax.gov.sy/
- 4- www.syrianfinance.org

