



الدراسات القانونية

مجلة
جامعة عجمان

الترقيم الدولي: 2707-1073

E-mail: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة الثانية عشر - العدد الثالث والعشرون - يناير 2026

(مجلة علمية دولية محكمة نصف سنوية تعنى بالدراسات القانونية والشرعية)

الإطار القانوني لحقوق صاحب البيانات الشخصية وفقاً للقانون الاتحادي رقم 45 لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية، "دراسة مقارنة".
الباحثة: حنان محمد عبادة، الدكتور: بيير ماليه

إفادة مقاول الشحن والتغليف للسفن الذكية من إعفاءات الناقل البحري في القانون الإمارati والاتفاقيات الدولية.
الباحثة: مواهب حبيب محمد سومر، أ.د. عماد عبد الحي

التسوية الجنائية في الجنایات وفقاً للقانون الإمارati وتشريعات دول أخرى.
الأستاذ الدكتور: باسم شهاب

الأمر الجنائي كأحد بدائل الدعوى الجنائية "دراسة مقارنة".
الباحثة: هند حسن حميد البلوشي، الأستاذ الدكتور عبد العزيز الحسن

المحميون في النزاعات المسلحة غير الدولية في فقه المالكيه والقانون الدولي الإنساني، "دراسة فقهية قانونية مقارنة". د. مهدي عبد الكريم الصوتي

دور المحاكم في إعمال التوازن بين الأخلاق الطبية وحقوق الآباء.
د. ميادة مصطفى محمد المدروسي

طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المراحل السابقة على التعاقد، "دراسة مقارنة".
الباحثة: أميرة بخيت علي مبارك الكثيري، د. رغيد عبد الحميد فتال

قال تعالى:

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤْدُوا الْأَمْنَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ
أَن تَحْكُمُو أَنْعَلَى الْعِدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعْلَمُ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾

صدق الله العظيم

(سورة النساء: 58)

جامعة عجمان
دولة الإمارات العربية المتحدة
كلية القانون

تهتم بنشر الدراسات
القانونية والشرعية

مجلة جامعة عجمان
للدراسات القانونية

مجلة علمية مُحكمة
تصدر نصف سنوية

السنة الثانية عشرة - العدد الثالث والعشرين - يناير 2026م

الترقيم الدولي: ISSN: 2707-1073 / E-ISSN: 2707-1081

سكرتير تحرير مجلة جامعة عجمان للدراسات القانونية
جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة
ص، ب، 346 عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة
الهاتف: 00971-6-7056202
الفاكس: 00971-6-7056270
البريد الإلكتروني: lawmagazine@ajman.ac.ae
موقع المجلة على شبكة الانترنت: law.ajman.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الانترنت: law.ajman.ac.ae

الهيئة الاستشارية للمجلة

معالي الأستاذ الدكتور أحمد جمال الدين موسى
أستاذ الاقتصاد بكلية الحقوق - جامعة المنصورة
وزير التعليم السابق

القاضي الدكتور عبد الوهاب عبدول
رئيس المحكمة الاتحادية العليا السابق
- الإمارات

الدكتور وسام نعمت إبراهيم السعدي
عميد كلية الحقوق- جامعة الموصل

الدكتور حاتم عبد المنعم أحمد
عميد كلية العدالة الجنائية - جامعة نايف العربية
للعلوم الأمنية

الدكتور صالح محمد أحمد محمد دياب
عميد كلية القانون- جامعة البحرين

الأستاذ الدكتور محمد حسن علي القاسمي
عميد كلية القانون - جامعة الإمارات العربية
المتحدة

الدكتور نضال ياسين حمو
عميد كلية الحقوق- جامعة المملكة - مملكة البحرين

هيئة التحرير

سكرتير التحرير
أ. سناه صالح

نائب رئيس التحرير
د. نجلاء فليح

رئيس التحرير
أ. د. عبد العزيز الحسن

أهداف وقواعد النشر في مجلة العلوم القانونية

أهداف المجلة:

تسعى مجلة العلوم القانونية إلى تحقيق عدة أهداف، أهمها:

1. تعميق المعرفة بأحكام الفقه الإسلامي ذات الصلة بالقانون والتشريعات القانونية المختلفة.
2. تنمية القدرات على البحث القانوني لدى المشتغلين بالقانون داخل الدولة وخارجها.
3. التعاون مع كليات القانون والشريعة على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
4. تدعيم أواصر التواصل مع كافة الأجهزة الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والخاصة العاملة في المجال القانوني.
5. تقديم العون للجهات القضائية من خلال التعليق على الأحكام والمبادئ القضائية وتحليلها.

نطاق موضوعات المجلة:

تعنى المجلة بنشر البحوث العلمية الرصينة في مجالات الفقه الإسلامي ذات الصلة بالقانون والتشريعات القانونية المختلفة، والتي من شأنها أن تسهم في رقي المجتمع حضارياً والمحافظة على هويته العربية والإسلامية، وتعزيز مبدأ سيادة القانون.

قواعد النشر في المجلة:

1. تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره وأنه يلتزم بالمبادرة بإخطار المجلة في حالة تقديم البحث للنشر في مجلة أخرى طالما لم تبِد المجلة رأيها في البحث.
2. لا يجوز نشر البحث في مجلة أخرى أو مؤتمر أو ندوة علمية أو بأي وسيلة أخرى بعد قبوله للنشر في المجلة إلا بعد الحصول على إذن كاتبي من مدير التحرير.
3. أن يلتزم الباحث المنهجية العلمية والتوثيق العلمي لمادة البحث وأن يتسم البحث بالأصالة والإضافة للمعرفة القانونية.
4. ألا يكون البحث مستللاً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية، أو منشوراً من قبل بأية صورة من صور النشر.

5. لا يتجاوز حجم البحث أربعين صفحة بما فيها قائمة المراجع وملخص البحث باللغتين العربية والإنجليزية.
6. تقدم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العناوين الرئيسة والفرعية بالخط الأسود العربيض بحجم (16)، وحجم (14) للنصوص في المتن، وبحجم (10) للهواشم في أسفل كل صفحة، ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة 1.15 بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
7. تكون الحواشى 2.5 سم على جوانب الصفحة الأربع.
8. أن يُراعي في الهواشم والترقيم والتاريخ ذكر المراجع والمؤلفين الآتي:
 - أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهامش وليس في صلب البحث.
 - ب. أن ترقم هواشم كل صفحة على حده، ويراعى في الترقيم الأرقام المتعارف عليها في الأسلوب العربي.
 - ج. عند ذكر الأعلام والمؤلفين يذكر اسم الشخص أولاً ثم اسم أبيه وجده ثم لقبه.
 - د. تثبت المصادر والمراجع العلمية ومؤلفوها في نهاية البحث بالترتيب الأبجدي، مع بيانات الطباعة والنشر.
9. يقدم البحث إلى المجلة بصيغة (word).
10. يقدم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجة عمله، ورتتبته العلمية، وأهم أبحاثه مع صورة شخصية حديثة.
11. يرسل الباحث ملخصاً لبحثه في حدود صفحة واحدة باللغتين العربية والإنجليزية على أن يتضمن الملخص عنوان البحث وأن يكون الملخص جزءاً من جسم البحث وليس منفصلاً عنه.
12. يتم عرض البحث على محكمين متخصصين من ذوي الكفاءة ومن يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة.
13. تُخطر المجلة أصحاب البحوث المقدمة بموقفها من نشر بحوثهم على النحو التالي:

- أ. يُخطر أصحاب البحوث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تاريخ الوصول.
- ب. يخطر أصحاب البحوث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.
- ج. في حالة وجود ملاحظات على البحث، يعاد البحث لمؤلفه لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحًا للنشر.
- د. يقوم الباحث بإرفاق تقرير مفصل عن التعديلات المطلوبة التي تم القيام بها، مع أهمية وضع خط تحت الإجراء المعدل على من البحث وبلون مختلف، وذلك حتى يسهل على المحكم التحقق منها وبيان مدى مطابقتها مع التعديل المطلوب مع احتفاظ هيئة تحرير المجلة بالتحقق من مدى المطابقة ما بين ملاحظات المحكم المقترحة وتعديلات الباحث.
14. يُعذر للباحث الذي لم تتوافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.
15. تحفظ المجلة بكل حقوق النشر.
16. تقدم البحوث بإحدى اللغات الآتية: العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية.
17. يجب ضبط النصوص الشرعية بشكل كامل.
18. أبواب المجلة مفتوحة للنشر لجميع أعضاء الهيئة التدريسية في كليات القانون، وأكاديميات الشرطة، ومراكز البحث العلمي القانوني إعمالاً لمبدأ حرية الرأي ونسبته لصاحبها، فإنَّ ما يطرح من آراء في البحوث المنشورة بالمجلة، إنما تعبر عن وجهة نظر صاحبها، ولا تعبر عن رأي المجلة أو الجامعة، ولا تكون مسؤولة عن تبعاتها.
- آلية التحكيم والنشر في المجلة**
- تخضع البحوث المقدمة إلى مجلة العلوم القانونية لتقييم موضوعي، يقوم على مراحل ثلاثة:
- المرحلة الأولى: مرحلة استلام البحث:**
- يكون استلام البحث من خلال البريد الإلكتروني للمجلة، ويتم تبليغ الباحث باستلام

المجلة للبحث عن طريق رسالة إلكترونية على بريد الباحث في مدة أقصاها أسبوع من تاريخ استلام البحث، ثم تبدأ بعد ذلك عملية مسح أولي للبحث، للتأكد من أنَّ البحث مطابق لشروط النشر المعهود بها في المجلة، وكذلك التأكيد من أنَّ الباحث قد قام بملء جميع النماذج المطلوب تقديمها مع البحث، كنموذج إقرار الملكية الفكرية والتعهد بأنَّ البحث غير منشور بمجلة علمية أخرى، أو غير مستل من رسالة جامعية.. الخ، ثم يتمُّ بعد ذلك عرض البحث على برنامج كاشف "الاقتباسات العلمية، للتأكد من مدى الأمانة العلمية.

المرحلة الثانية: مرحلة التحكيم تتالف من خطوتين

الخطوة الأولى:

يتم في هذه الخطوة عرض البحث على نحو سري) على محكمين متخصصين من ذوي الكفاءة والخبرة في المواضيع التي تتعلق بالبحوث ويلتزم المحكم بفحص البحث وتبعه نموذج التحكيم واستماراة التقييم، خلال عشرين يوماً من تاريخ إرسال البحوث إليه.

الخطوة الثانية: قرار هيئة تحرير المجلة

تقرر هيئة تحرير المجلة قبول البحث أو رفضه، بناء على نتائج تقييم المحكمين، وفي حال اختلاف تقييم المحكمين، بأنْ جاءَ أحدهما بالقبول، وجاءَ الآخر بالرفض، يتم إرسال البحث إلى محكم ثالث مرجح.

المرحلة الثالثة: مرحلة النشر:

إذا ما تم قبول البحث للنشر، يتم نشر نسخة إلكترونية منه على الموقع الإلكتروني للمجلة. أما النسخة الورقية فيتم نشرها في العدد التالي من المجلة، ويتم ارسال إشعار للباحث بنشر البحث، وعند النشر يحق للباحث الحصول على عدد واحد من المجلة وعلى خمس نسخ مستللة من بحثه مع العلم بأنَّ المجلة تراعي في أولوية النشر ما يأتي:

- البحث المرتبطة بقضايا المجتمع الإماراتي.
- تاريخ وصول البحث الرئيس تحرير المجلة.
- تنوع موضوعات البحث.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة العدد

تسعى جامعة عجمان دوماً إلى تشجيع البحث العلمي وتطويره في دولة الإمارات العربية المتحدة، ولذلك نسعى في كلية القانون ومن خلال مجلتنا إلى أن تكون مصدراً من مصادر تشجيع البحث العلمي، وإتاحة الفرصة أمام العاملين في المجال القانوني لنشر أبحاثهم بما يساعد على خلق الإطار العلمي المناسب للنقاش، وتبادل الآراء والسعى نحو كل ما هو جديد في الفكر القانوني.

وفي سبيل الارتقاء بالبحث العلمي ولضمان وصول أفضل الأبحاث جودة ومساهمة في مسيرة تطوير الفكر القانوني إلى النور، فإن هيئة تحرير المجلة تولي اهتماماً كبيراً باختيار الأبحاث في مرحلة التحكيم، كما إننا في المجلة نعمل بجهد متواصل حتى تصدر أعداد مجلتنا في وقتها المناسب.

يسُرُّ هيئة تحرير مجلة العلوم القانونية في جامعة عجمان أن تضع بين أيدي الباحثين، القراء العدد الثاني والعشرون.

ونرجو أن يجد قراء المجلة ضالتهم في البحوث المنشورة في هذا العدد، ونتمنى أن تساعده في تعزيز تجربة جامعة عجمان في دعم البحث العلمي، وتشجيع الباحثين على المساهمة في تطوير المجلة وتلبية حاجات المجتمع.

وأخيراً، لا يفوتنا أن نشكر أعضاء هيئة تحرير المجلة، والهيئة الاستشارية، والمحكميّن المعتمدين من المجلة، والمدققين اللغويين، على جهودهم التي بذلوها من أجل إخراج هذا العدد إلى النور.

رئيس التحرير

أ. د. عبد العزيز الحسن

المحتويات

الصفحة

الموضوع

11.....	كلمة العدد
15.....	الإطار القانوني لحقوق صاحب البيانات الشخصية وفقاً للقانون الإتحادي رقم 45 لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية(دراسة مقارنة)
63.....	الباحثة حنان محمد عبادة ، الدكتور ببير مالية إفادة مقاول الشحن والتغليف للسفن الذكية من إعفاءات الناقل البحري في القانون الإماراتي والاتفاقيات الدولية
121	الباحثة مواهب حبيب محمد سومر وأ.د. عماد الدين عبد الحي التسوية الجزائية في الجنائيات وفقاً للقانون الإماراتي وتشريعات دول أخرى الاستاذ الدكتور: باسم شهاب
203.....	الأمر الجنائي كأحد بدائل الدعوى الجنائية- "دراسة مقارنة"
255	الباحثة: هند حميد البلوشي - إشراف أ.د: عبد العزيز الحسن المحميون من النزاعات المسلحة غير الدولية في فقه المالكية والقانون الدولي الإنساني - دراسة فقهية قانونية مقارنة د. مهدي بن عبدالكريم الصوتي

دور المحاكم في إعمال التوازن بين الأخلاق الطبية وحقوق الآباء

- د. ميادة مصطفى محمد المحرقي 305
- طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المراحل السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة)**
- الباحثة: أميرة بخيت علي مبارك الكثيري 365
- و د. رغيد عبد الحميد فتال

**الإطار القانوني لحقوق صاحب البيانات الشخصية
وفقاً للقانون الاتحادي رقم 45 لسنة 2021 بشأن
حماية البيانات الشخصية (دراسة مقارنة)**

الباحثة حنان محمد عبادة

طالبة دكتوراه - كلية القانون - جامعة عجمان

الدكتور بير ماليه

أستاذ القانون المدني المشارك - كلية القانون - جامعة عجمان

تاريخ التسليم: 17/2/2025 تاريخ القبول: 2025/3/25

**The Legal Framework for the Rights
of Personal Data Subjects According
to Federal Law No. 45 of 2021 on the
Protection of Personal Data
(Comparative Study)**

Researcher: Hanan Mohammad Abadeh

PhD Student - College of Law - Ajman University

Dr. Pierre Mallet

Associate Professor in civil Law - College of Law -
Ajman University

الملخص

هدف هذا البحث إلى استكشاف حماية حقوق الأفراد في البيانات الشخصية وفقاً للقانون الاتحادي رقم (45) لسنة 2021 في دولة الإمارات العربية المتحدة. يعتبر هذا القانون خطوة هامة نحو تنظيم وتوفير حماية قانونية للبيانات الشخصية في العصر الرقمي، ويشمل مجموعة من الأحكام التي تضمن خصوصية الأفراد وتحد من الاستخدامات غير المشروعة لبياناتهم.

تم تحليل أبرز المواد المتعلقة بحقوق صاحب البيانات، مثل الحق في الوصول إلى البيانات الشخصية، وتصحيحها، وحذفها، ونقلها، مع تسلط الضوء على المسؤوليات القانونية المفروضة على المتقاضين في البيانات ومعايير التنظيمية الواجب اتباعها لضمان الامتثال لأحكام القانون. كما تناول البحث الرقابة والإشراف على معالجة البيانات في الإمارات، مبرراً دور الهيئة الوطنية لحماية البيانات في تنفيذ القانون وضمان التزام المؤسسات بالمتطلبات القانونية.

أشار البحث أيضاً إلى العقوبات التي يفرضها القانون على مخالفي أحكام حماية البيانات، والتي تهدف إلى تحقيق الانضباط وتعزيز الثقة في البيئة الرقمية. بناءً على هذه التحليلات، أوصى البحث بتعزيز الوعي المجتمعي حول حقوق الأفراد في حماية بياناتهم الشخصية، وتقديم الدعم للمؤسسات لتطبيق التقنيات الحديثة في حماية البيانات، بالإضافة إلى ضرورة مراجعة التشريعات بشكل دوري لتواءك التغيرات السريعة في مجال التكنولوجيا. كما شدد البحث على أهمية تشجيع البحث العلمي والتعاون الدولي لتحسين ممارسات حماية البيانات الشخصية.

الكلمات المفتاحية: حماية البيانات الشخصية، الخصوصية، حقوق الأفراد، المسئولية القانونية، الإمارات العربية المتحدة.

Abstract

The aim of this research is to explore the protection of individuals' rights regarding personal data under the Federal Law No. (45) of 2021 in the United Arab Emirates. This law represents an important step toward organizing and providing legal protection for personal data in the digital age, encompassing provisions that ensure privacy and limit the unlawful use of personal data.

The research analyzed key provisions related to individuals' rights, such as the right to access personal data, correct it, delete it, and transfer it. It also highlighted the legal responsibilities of data controllers and the regulatory standards they must follow to ensure compliance with the law. The research further focused on monitoring and overseeing data processing in the UAE, emphasizing the role of the National Data Protection Authority in implementing the law and ensuring institutions' compliance with legal requirements.

Additionally, the research discussed the penalties set by the law for violations of data protection provisions, aimed at enforcing discipline and boosting trust in the digital environment. Based on these analyses, the research recommends enhancing public awareness about individuals' rights to protect their personal data, providing support to organizations in implementing modern data protection technologies, and regularly reviewing legislation to keep up with rapid technological changes. The research also stressed the importance of encouraging scientific research and international cooperation to improve personal data protection practices. **Keywords:** Personal data protection, privacy, individual rights, legal responsibility, UAE.

المقدمة :

أولاً: التعريف بموضوع البحث:

أصبحت البيانات الشخصية في ظل التطور التكنولوجي المتسارع وثورة المعلومات الرقمية، مورداً بالغ الأهمية يُستغل في مختلف القطاعات الاقتصادية والاجتماعية. ومع ذلك، فإن هذا التوسيع في جمع ومعالجة البيانات يثير تساؤلات جوهرية حول حماية الخصوصية وضمان حقوق الأفراد في مواجهة المخاطر المحتملة لاستغلال هذه البيانات. واستجابة لهذه التحديات فقد أصدر المشرع الإماراتي القانون الاتحادي رقم 45 لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية، بهدف وضع إطار قانوني شامل ينظم عملية معالجة البيانات الشخصية، ويケفل حماية حقوق أصحابها.

يهدف هذا البحث إلى تسلیط الضوء على حقوق صاحب البيانات الشخصية كما حددها القانون، مثل الحق في الوصول إلى البيانات، التصحیح، التقيید، الاعتراض، وحذف البيانات، بالإضافة إلى استعراض شروط معالجة البيانات، بما في ذلك متطلبات الشفافية والموافقة المسبقة. ويركز البحث حول تحليل الجوانب القانونية التي تحمي حقوق الأفراد في معالجة بياناتهم الشخصية، وكيفية تنفيذ هذه الحقوق وضمان تطبيقها على أرض الواقع. كما ينطلق البحث من دراسة مقارنة مع اللائحة العامة لحماية البيانات في الاتحاد الأوروبي

ثانياً: أهمية الدراسة:

تكتسب هذه الدراسة، بنظرنا، أهمية كبيرة في ظل التحولات السريعة التي يشهدها العالم الرقمي وتزايد الاعتماد على البيانات الشخصية في كافة مجالات الحياة، وذلك لأننا نحسب بأن هذا البحث سيساهم في توضیح أهمية حقوق الأفراد في حماية خصوصیتهم، مما يعزز من الوعي لدى أفراد المجتمع بشأن القوانین والتشريعات الجديدة المتعلقة بحماية البيانات. كما إنّ هذا البحث يسعى لتسلیط

الضوء على الآثار الاقتصادية والاجتماعية لحماية البيانات، حيث تُعتبر البيانات محركاً رئيسياً للابتكار والنمو في العصر الحديث.

علاوة على ذلك، توفر هذه الدراسة إطاراً تحليلياً لفهم الآليات القانونية المتاحة لضمان الامتثال وتفادي التزاعات المحتملة، مما يساعد المؤسسات على الالتزام بالقانون وتحسين ممارساتها في إدارة البيانات. وبالتالي، تساهم هذه الدراسة في بناء ثقافة حماية الخصوصية وتعزيز الثقة بين الأفراد والمؤسسات، وهو ما يعد عنصراً أساسياً لتحقيق نمو مستدام وبيئة رقمية آمنة.

ثالثاً: أهداف الدراسة:

نسعى من خلال هذا البحث إلى تحقيق الأهداف التالية:

1. توضيح الإطار القانوني لحقوق صاحب البيانات الشخصية من خلال دراسة الحقوق التي يمنحها القانون لصاحب البيانات الشخصية.
2. تحليل شروط معالجة البيانات الشخصية عن طريق استعراض الشروط التي حددها القانون لمعالجة البيانات الشخصية.
3. تقييم الامتثال القانوني من خلال تحليل مدى توافق التشريعات الإماراتية مع المعايير الدولية لحماية البيانات الشخصية و اللائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات (GDPR).
4. تعزيز الوعي بأهمية حماية البيانات الشخصية من خلال تسليط الضوء على أهمية احترام الخصوصية في العصر الرقمي ودور التشريعات في تحقيق ذلك.
5. تحديد المسؤوليات القانونية لمعالجي البيانات عن طريق دراسة الالتزامات المفروضة على الجهات التي تقوم بجمع أو معالجة البيانات الشخصية وفقاً للقانون.

6. اقتراح توصيات لتحسين حماية البيانات الشخصية من خلال تقديم توصيات قانونية وعملية لدعم تنفيذ القانون وتعزيز حماية حقوق الأفراد.

رابعاً: إشكالية الدراسة:

تدور إشكالية البحث حول كيفية تحقيق توازن فعال بين حقوق الأفراد في حماية بياناتهم الشخصية ومتطلبات معالجة هذه البيانات من قبل المؤسسات. ونسعى إلى الإجابة عن مجموعة من الأسئلة الرئيسية التي تدور حول نوع الضوابط والشروط الواجب الالتزام بها لضمان حق الأفراد في الوصول إلى وإدارة بياناتهم الشخصية؟ وكيف يمكن حماية الأفراد من الاستخدام غير المشروع لبياناتهم في ظل تزايد الاعتماد على التكنولوجيا الحديثة؟ وما هي الآليات والتشريعات التي ينبغي على الدولة تعزيزها لتحقيق حماية مناسبة لخصوصية الأفراد؟

ويمكن القول بأن السؤال الجوهرى يتعلق بمدى قدرة القانون الإتحادي رقم 45 لسنة 2021 لتحقيق حماية فعالة لحقوق أصحاب البيانات الشخصية، وما هي الشروط والضوابط التي وضعها لضمان معالجة البيانات بما يتفق مع المبادئ القانونية والأخلاقية؟

ويترفع عن هذه الإشكالية بعض التساؤلات الفرعية التي تتلخص فيما يلي:

1. ما هي الحقوق التي يكفلها القانون لصاحب البيانات الشخصية؟
2. ما هي الشروط القانونية لمعالجة البيانات وفقاً لنصوص القانون؟
3. كيف يعالج القانون التحديات المرتبطة بالامتثال وحل النزاعات؟
4. إلى أي مدى يسهم القانون في تحقيق التوازن بين حماية البيانات وتشجيع التحول الرقمي في الدولة؟

خامساً: نطاق الدراسة:

تركز الدراسة على حقوق صاحب البيانات الشخصية وشروط معالجتها وفقاً للقانون الاتحادي رقم 45 لسنة 2021 في الإمارات، مع مقارنة هذا القانون بالمعايير الدولية مثل اللائحة العامة لحماية البيانات (GDPR). كما تقتصر الدراسة على النصوص القانونية المعمول بها منذ صدور القانون في 2021، دون التطرق للتغيرات المستقبلية.

سادساً: منهج البحث:

تتطلب دراسة موضوع "البحث استخدام منهجية بحثية متكاملة تتيح تحليلً شاملً ودقيقً للمفاهيم القانونية المعنية وللتطبيقات العملية ذات الصلة. لذا، اعتمدت الدراسة على مجموعة من المناهج البحثية للوصول إلى أهدافها وتقديم رؤية واضحة حول حقوق الأفراد وكيفية حماية هذه الحقوق ضمن الإطار القانوني الإماراتي:

- 1- المنهج الوصفي التحليلي: لتقديم وصف دقيق وشامل للحقوق التي يكفلها القانون لصاحب البيانات الشخصية، والشروط المتعلقة بمعالجتها. كما يساعد في تحليل نصوص القانون وتفسيرها لفهم مدى انسجامها مع المبادئ القانونية والاعتبارات الأخلاقية.
- 2- المنهج القانوني المقارن: لمقارنة القانون الاتحادي رقم 45 لسنة 2021 بالتشريعات الدولية والإقليمية ذات الصلة، مثل اللائحة العامة لحماية البيانات (GDPR) في الاتحاد الأوروبي. تُظهر هذه المقارنة مدى توافق التشريع الإماراتي مع المعايير العالمية وأفضل الممارسات في مجال حماية البيانات الشخصية.

سابعاً: خطة الدراسة:

سنقوم بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين رئيسيين يتناول كلاً منهما جوانب متعددة من حقوق حماية البيانات الشخصية إذ يتناول المبحث الأول حقوق صاحب البيانات الشخصية وسنقوم باستعراض الحقوق الأساسية التي تُمنح للأفراد فيما يتعلق بمعالجة بياناتهم. وسندرس في المبحث الثاني ضوابط وشروط معالجة البيانات الشخصية إذ سنتناول فيه المعايير القانونية التي يجب الالتزام بها أثناء عملية معالجة البيانات الشخصية.

المبحث الأول

حقوق صاحب البيانات الشخصية

تعيش المجتمعات المعاصرة في عصر رقمي متسرع يتسم بمتزايد هائل في استخدام التكنولوجيا والمعلومات. في هذا السياق، أصبحت البيانات الشخصية من أكثر الموارد الحساسة التي تهم الأفراد والمؤسسات على حد سواء. إذ يتم جمع هذه البيانات بطرق متنوعة في المجالات المختلفة مثل الأعمال، والخدمات الرقمية، والرعاية الصحية، والتعليم، مما يجعلها عرضة للمعالجة والاستخدام بطرق قد تهدد خصوصية الأفراد.¹

تُعد حماية البيانات الشخصية أحد المواجهات القانونية الهامة التي تثير الكثير من النقاشات في ظل تطور القوانين والتشريعات الحديثة التي تهدف إلى ضمان حماية هذه البيانات ومنع إساءة استخدامها. في هذا السياق، يأتي القانون الاتحادي رقم 45 لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة ليشكل نقطة تحول مهمة في تعزيز حقوق الأفراد في حماية بياناتهم الشخصية، ويحدد الشروط والضوابط التي يجب أن تتبعها الجهات المعنية في جمع ومعالجة هذه البيانات.²

وتناولت التشريعات السابقة التي مهدت لصدور القانون الاتحادي رقم 45 لسنة 2021، مثل قانون الجرائم الإلكترونية وقانون المعاملات الإلكترونية بعض الجوانب

1 مصطفى إبراهيم، *قواعد حماية البيانات الشخصية في القانون المقارن*، دار العلوم القانونية، تونس، الطبعة الثالثة، 2021، ص. 150-158.

2 مني عبد الرؤوف، *التشريعات الحديثة لحماية البيانات الشخصية*، دار الحكمة للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، 2018، ص. 40-46.

المتعلقة بحماية البيانات الشخصية ولكن دون تعمق ودون أن تغطي كافة الجوانب التي تتعلق بهذا الموضوع على غرار التشريعات المقارنة. ثم جاء بعد ذلك القانون الإتحادي رقم 45 لسنة 2021 والذي عمل على معالجة الموضوعات الجوهرية المتعلقة بحماية البيانات الشخصية مثل تعزيز حماية الخصوصية، وتنظيم معالجة البيانات، وضمان حقوق أصحاب البيانات.¹

تعتبر حقوق الأفراد في الوصول إلى بياناتهم الشخصية وإدارتها من القضايا الجوهرية في عصر المعلوماتية الحالي. فمع تزايد حجم البيانات التي يتم تجميعها ومعالجتها من قبل المؤسسات الحكومية والخاصة، تزداد الحاجة إلى توفير حماية قانونية تضمن للأفراد السيطرة على بياناتهم الشخصية.

في هذا الإطار، تم تقسيم هذا المبحث إلى:

- **المطلب الأول: حقوق الوصول وإدارة المعلومات**
- **المطلب الثاني: حقوق التحكم في معالجة البيانات**

المطلب الأول حقوق الوصول وإدارة المعلومات

تشكل حقوق الأفراد في الوصول إلى معلوماتهم وإدارتها عنصراً أساسياً في تعزيز الشفافية وحقوق الخصوصية، ومع التطورات السريعة في تكنولوجيا المعلومات، أصبح من الضروري أن يتمكن الأفراد من الحصول على معلومات دقيقة حول بياناتهم الشخصية التي تحتفظ بها المؤسسات على اختلاف أنواعها. وتساهم هذه الحقوق في تمكين الأفراد من مراقبة كيفية استخدام بياناتهم، وطلب نقل تلك

¹ إيمان محمد، الخصوصية وحرية المعلومات، دار الثقافة للنشر، الإمارات، الطبعة الأولى، 2019، ص. 98-105.

البيانات إلى جهات أخرى عند الحاجة. وستتناول في هذا المبحث كيفية تفعيل هذه الحقوق وأليات تطبيقها، مما يسهم في تعزيز الثقة بين الأفراد والجهات المعنية.

أولاً: حق الحصول على المعلومات:

وفق المادة 13 من القانون الإماراتي: يُكفل القانون الاتحادي رقم (45) لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية حق الحصول على المعلومات كأحد الحقوق الأساسية لصاحب البيانات. نصت المادة (13) على: لصاحب البيانات الحق في الحصول على معلومات واضحة وسهلة المنال من المتدخل، تتعلق بأغراض معالجة بياناته الشخصية، والجهات التي قد يتم الإفصاح لها عن تلك البيانات، وحقوقه بموجب هذا القانون، والإجراءات الالزمة لممارسة تلك الحقوق، بما في ذلك حق الوصول إلى بياناته، حق الاعتراض، حق تصحيح البيانات أو حذفها. تلزم المادة الجهات المتدخلة بتقديم معلومات شفافة حول طريقة معالجة البيانات، أهدافها، والجهات التي يمكن مشاركة البيانات معها، بما يضمن تمكين صاحب البيانات من ممارسة حقوقه بسهولة ووضوح.

التشريعات والتحديات التطبيقية

يُعتبر حق الحصول على المعلومات من أهم المبادئ التي تُعزز الشفافية وتحمي الخصوصية، حيث يمكن الأفراد من معرفة كيفية جمع بياناتهم الشخصية، وأغراض استخدامها، والجهات التي يتم مشاركتها معها.

أولاً: التشريع الإماراتي (PDPL)

تنص المادة 13 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 45 لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية على حق الأفراد في الحصول على معلومات واضحة وسهلة الوصول حول معالجة بياناتهم. وتلزم الجهات المتدخلة في البيانات بتوفير تفاصيل حول:

- الأغراض التي تُستخدم من أجلها البيانات.
- الجهات التي قد يتم الإفصاح لها عن تلك البيانات.
- حقوق الأفراد في تعديل أو حذف بياناتهم.
- الإجراءات المطلوبة لممارسة هذه الحقوق.¹

على الرغم من أن هذه النصوص تُشكل إطاراً متيناً لحماية البيانات، إلا أن القانون لم يحدد بشكل دقيق آليات التنفيذ الفعالة أو العقوبات في حال انتهاك هذا الحق، مما قد يضعف التطبيق العملي مقارنة باللائحة الأوروبية.

ثانياً: التشريع الأوروبي (GDPR)

تعتبر المادة 15 من اللائحة العامة لحماية البيانات (GDPR) أكثر تفصيلاً، حيث تمنح الأفراد حق طلب الوصول إلى بياناتهم، مع إزام الجهات المختصة بتقديم المعلومات التالية:

- 1- نسخة واضحة من البيانات الشخصية التي يتم معالجتها.
- 2- تفاصيل الغرض من المعالجة والأساس القانوني لها (مثل الموافقة أو المصلحة المنشورة).
- 3- الجهات التي يتم مشاركة البيانات معها، سواء داخل الدولة أو خارجها.
- 4- مدة الاحتفاظ بالبيانات والمعايير المستخدمة لتحديد她的.
- 5- مصدر البيانات إذا لم يتم جمعها مباشرة من صاحبها.

1 محمد شفيق، قانون حماية البيانات الشخصية، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2020، ص. 45-50.

كما تلزم اللائحة الجهات المعنية بالرد على طلبات الأفراد خلال 30 يوماً، مع إمكانية تمديد المهلة في الحالات المعقدة..¹

مقارنة بين GDPR و PDPL الفروقات الجوهرية وأثرها القانوني بينما يمنح كل من القانون الإماراتي واللائحة الأوروبية الأفراد حق الوصول إلى بياناتهم، إلا أن هناك اختلافات جوهرية بين النظمتين القانونيين:

- اللائحة الأوروبية تحدد إجراءات واضحة لتنفيذ هذا الحق، بينما يترك القانون الإماراتي بعض التفاصيل مفتوحة لتقدير الجهات التنظيمية.
- GDPR تفرض عقوبات صارمة (تصل إلى 4% من الإيرادات السنوية للشركة) في حال انتهاك حق الوصول، في حين أن العقوبات في PDPL تحدد وفقاً لقرارات السلطات المختصة.
- يفرض GDPR معايير أعلى للشفافية، حيث يجب أن تكون المعلومات المقدمة للأفراد مفصلة وسهلة الفهم، وهو ما لم يتم توضيحه بنفس الدقة في القانون الإمارات:²

على الرغم من أهمية هذا الحق، إلا أن هناك حالات محددة يمكن فيها رفض الطلب أو تقييده، ومنها:³

1 أحمد حسن، الخصوصية وحماية البيانات في العصر الرقمي، دار النهضة العربية، لبنان، الطبعة الثانية، 2021، ص. 112-118.

2 اللائحة العامة لحماية البيانات، المادة 15.

3 ليلى عبد الله، التشريعات الرقمية وحماية الخصوصية، مكتبة الأنجلو المصرية، مصر، الطبعة الأولى، 2018، ص. 90-95.

القيود والاستثناءات على حق الوصول

على الرغم من أهمية حق الاطلاع على البيانات، إلا أن هناك حالات يمكن فيها تقييد هذا الحق لحماية المصالح العامة والخاصة. وتشمل هذه الاستثناءات:

1. **الأمن الوطني**: إذا كان الكشف عن البيانات قد يعرض الأمن القومي للخطر.
2. **الأسرار التجارية**: عندما تتعلق البيانات بمعلومات حساسة تخص الشركة أو المؤسسة.
3. **الطلبات غير المبررة**: مثل الطلبات المتكررة التي تُشكل عبئاً غير مبرر على الجهات المعالجة.¹

نظرًا لاختلافات بين PDPL و GDPR، هناك عدد من التوصيات التي يمكن أن تحسن الإطار القانوني لحماية البيانات في الإمارات:

1. تحديد آليات أكثر وضوحاً لتنفيذ حق الوصول، مع إلزام الشركات بالرد خلال فترة محددة.
2. تعزيز العقوبات على الجهات التي تمنع عن تزويد الأفراد ببياناتهم دون سبب قانوني.
3. وضع معايير تفصيلية لتقديم المعلومات بطريقة واضحة وسهلة الفهم، كما هو الحال في GDPR.
4. توسيع نطاق حماية البيانات عبر الحدود، بحيث يتم ضمان حقوق الأفراد حتى عند مشاركة بياناتهم مع جهات دولية.

¹ يوسف جابر، حماية الخصوصية في القانون الدولي، دار الفكر العربي، الأردن، الطبعة الثانية، 2020، ص. 67-60.

ثانياً: حق طلب نقل البيانات الشخصية:

الحق في نقل البيانات هو أحد الحقوق الحديثة التي أدرجت ضمن تشريعات حماية البيانات الشخصية، مثل اللائحة العامة لحماية البيانات¹. يمكن هذا الحق للأفراد من استلام بياناتهم الشخصية التي قدموها إلى جهة معينة بتنسيق منظم وقابل للقراءة آلياً، ومن ثم نقل هذه البيانات إلى جهة أخرى إذا رغبوا بذلك.²

يُعد الحق في نقل البيانات الشخصية من الحقوق الحديثة التي أدرجتها التشريعات المتقدمة في مجال حماية البيانات، بهدف تعزيز سيطرة الأفراد على معلوماتهم الشخصية. يسمح هذا الحق للأفراد بالحصول على بياناتهم بصيغة قابلة للقراءة آلياً، ونقلها إلى جهة أخرى بسهولة، مما يسهم في تعزيز المنافسة بين مقدمي الخدمات الرقمية، ويدعم حق الأفراد في التنقل بين المنصات المختلفة دون فقدان بياناتهم.

التأصيل القانوني لحق نقل البيانات الشخصية

1- التشريع الإماراتي المادة 14

ينص القانون الاتحادي رقم 45 لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية في المادة 14 على أن لصاحب البيانات الحق في طلب نقل بياناته من جهة متحكمة إلى أخرى، بشرط مراعاة الإمكانيات التقنية وعدم الإضرار بسرية البيانات أو حقوق الأطراف الأخرى. وجاء نص المادة كما يلي:

1 بد الرحمن الطيب، البيانات الشخصية: مفهومها وحمايتها القانونية، دار المعرفة الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2022، ص. 180-190.

2 محمد شفيق، قانون حماية البيانات الشخصية، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2020، ص. 95-102.

"لصاحب البيانات الحق في طلب نقل بياناته الشخصية من المحكم إلى محكم آخر إذا كان ذلك ممكناً تقنياً، دون الإضرار بسريّة البيانات أو حقوق الغير، وبما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون".

هذا النص يقر الحق في نقل البيانات ولكن يضع قيوداً تتعلق بالإمكانات التقنية، مما يعني أن الشركات غير ملزمة بتنفيذ الطلب إذا لم تكن لديها القدرة التقنية الكافية. كما يراعي القانون حماية سرية البيانات وحقوق الأطراف الأخرى، مما قد يحدّ من إمكانية ممارسة هذا الحق في بعض الحالات.

ويرى الباحث أن القانون الإماراتي، يُشترط وجود إمكانيات تقنية كشرط أساسي لنقل البيانات الشخصية، مع ضمان عدم المساس بسريّة البيانات أو الإضرار بحقوق الأطراف الأخرى. أما في اللائحة الأوروبيّة، فإن التركيز ينصب على استخدام صيغ معيارية ومنظمة لتسهيل عملية نقل البيانات، مما يمنح الأفراد مرونة أكبر في تبادل بياناتهم بين الجهات المختلفة. وكذلك القانون الإماراتي يدعم حق الأفراد في نقل بياناتهم ضمن إطار الالتزام بالقوانين المحلية، مع ضمان حماية الخصوصية والحقوق المرتبطة. بينما تؤكد اللائحة الأوروبيّة على هذا الحق كجزء من حقوق الأفراد الأساسية، مع التركيز على التفاصيل التنظيمية التي تهدف إلى توحيد المعايير القانونية بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي.

تُظهر مقارنة هذين التشريعين اختلافات جوهرية في نطاق الحق وآليات تطبيقه. في القانون الإماراتي، يُشترط توفر إمكانيات التقنية لدى الجهة المحكمة، مما قد يقيّد ممارسة هذا الحق إذا لم تكن الجهة المعنية قادرة على تنفيذ الطلب. كما أن القانون يمنع النقل إذا كان قد يؤدي إلى الإضرار بسريّة البيانات أو حقوق أطراف أخرى.

أما في التشريع الأوروبي، فإن هذا الحق غير مشروط بالإمكانات التقنية، إذ يلزم الشركات بتوفير البيانات بصيغة معيارية تسهل نقلها بين الجهات المختلفة. كما

يحضر على المحكم الأول وضع أي عوائق أمام النقل، مما يعزز حرية الأفراد في التحكم ببياناتهم.

إضافة إلى ذلك، يشمل النظام الأوروبي البيانات التي قدمها الفرد بنفسه، بالإضافة إلى البيانات التي تم جمعها عنه نتيجة لاستخدامه الخدمة، بينما في القانون الإماراتي، يقتصر الحق في النقل على البيانات المقدمة من صاحبها فقط.

أهمية حق نقل البيانات وتأثيره العملي

يسهم هذا الحق في تمكين الأفراد من التحكم بمعلوماتهم، كما يعزز حرية التنقل بين مزودي الخدمات المختلفة. فعلى سبيل المثال، يمكن للمستخدمين نقل بياناتهم بين البنوك الإلكترونية بسهولة، مما يتاح لهم تغيير المؤسسات المالية دون تعقيدات. كما يمكن للمستخدمين نقل بياناتهم الشخصية بين منصات التواصل الاجتماعي، أو حتى نقل السجلات الطبية بين مقدمي الرعاية الصحية، مما يسهم في تحسين الخدمات المقدمة لهم.

التحديات والقيود القانونية

على الرغم من أهمية هذا الحق، إلا أن هناك عدة تحديات قد تؤثر على تطبيقه، ومنها:

1. عدم شمول بعض البيانات، مثل التوقعات السلوكية أو البيانات التحليلية المعقدة.
2. حماية حقوق أطراف ثالثة، حيث لا يمكن نقل بيانات تتعلق بأفراد آخرين دون موافقتهم.
3. القيود التنظيمية والقانونية، لا سيما في الحالات التي قد يؤثر فيها النقل على الأمان القومي أو على المعلومات المحمية بموجب قوانين خاصة. لتحسين تطبيق هذا الحق في القانون الإماراتي، يمكن اقتراح بعض التعديلات، مثل:

- (1) إلزام الشركات بتوفير بيانات قابلة للنقل بصيغ معيارية، مما يسهل عملية نقل البيانات بين الأنظمة المختلفة.
- (2) وضع إطار زمني واضح لمعالجة طلبات النقل، بحيث يكون لصاحب البيانات حق الحصول على بياناته خلال مدة معقولة.
- (3) تعزيز العقوبات على الجهات التي تعيق ممارسة هذا الحق، لضمان التزام الشركات بتمكين الأفراد من التحكم في بياناتهم.
- (4) إنشاء هيئة تنظيمية متخصصة لمراقبة تنفيذ هذا الحق، على غرار دور "هيئات حماية البيانات" في الاتحاد الأوروبي.

ولكي يتم تطبيق الحق في نقل البيانات، يجب أن تكون المعالجة مبنية على موافقة صريحة من صاحب البيانات. وتكون المعالجة ضرورية لتنفيذ عقد بين الفرد والجهة. وكذلك يجب أن تُجرى المعالجة بوسائل آلية، مما يسمح بنقل البيانات بسهولة. ومن حق الفرد أيضاً أن ينقل البيانات التي قدمها الفرد بنفسه فقط. وكذلك البيانات الناتجة عن استخدامه للخدمة (مثل سجل النشاط أو التفضيلات).¹

ويعتبر هذا الحق ذات أهمية كبيرة حيث أنه يعطي الأفراد قدرة أكبر على التحكم ببياناتهم الشخصية. كما أنه يُسهل انتقال المستخدمين بين مزودي الخدمات، ما يحفز الابتكار. كما أنه يعمل على ضمان وصول الأفراد إلى بياناتهم وتقدير كيفية استخدامها.²

1 هالة محمود، حماية البيانات الشخصية في القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الأولى، 2019، ص. 128-120.

2 مصطفى إبراهيم، قواعد حماية البيانات الشخصية في القانون المقارن، دار العلوم القانونية، تونس، الطبعة الثالثة، 2021، ص. 195-205.

• أمثلة على تطبيق الحق:

1- خدمات البنك الإلكتروني: نقل بيانات الحسابات بين البنك لتسهيل العمليات المالية.¹

2- المنصات الرقمية: نقل بيانات المستخدم من منصة تواصل اجتماعي إلى أخرى.

3- الخدمات الصحية: نقل السجلات الطبية بين مقدمي الرعاية الصحية.²

وعلى الرغم من أهمية هذا الحق، إلا أن هناك بعض القيود على ممارسة هذا الحق، حيث أن هناك بعض البيانات لا تخضع للنقل (مثل التوقعات السلوكية). وكذلك إذا كان النقل يؤثر سلبياً على حقوق أطراف ثالثة أو هناك قيود قانونية تمنع نقل البيانات.³

ثالثاً: حق تصحيح أو محو البيانات الشخصية:

يكفل القانون الاتحادي رقم (45) لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية لصاحب البيانات الحق في طلب تصحيح أو محو بياناته الشخصية، وفقاً لشروط محددة. نص المادة (15) جاء كما يلي:

"لصاحب البيانات الحق في طلب تصحيح أو استكمال بياناته الشخصية إذا كانت غير صحيحة أو غير مكتملة، وله أيضاً الحق في طلب محو بياناته الشخصية إذا

1 محمد الطاهر، القانون الأوروبي لحماية البيانات الشخصية، دار الهضبة العربية، لبنان، الطبعة الثانية، 2022، ص. 210-215.

2 نادية علي، قانون البيانات الشخصية: المبادئ والتطبيقات، دار الكتاب الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 2020، ص. 170-175.

3 عبدالله العلي، حماية الخصوصية في التشريعات الحديثة، دار المعرفة الجامعية، السعودية، الطبعة الثانية، 2021، ص. 140-148.

انتفت الحاجة إليها لتحقيق الأغراض التي جُمعت من أجلها أو تمت معالجتها، أو إذا لم تكن المعالجة متوافقة مع أحكام هذا القانون.

الحق في تصحيح البيانات الشخصية وحذفها يُعتبر من الحقوق الأساسية التي تضمنها تشريعات حماية البيانات الشخصية. يهدف هذان الحقان إلى منح الأفراد السيطرة على بياناتهم، وضمان دقتها واستخدامها بطريقة تتماشى مع الأغراض المنسوبة لها. يظهر هذا الحق بوضوح في المادة 15 من اللائحة العامة لحماية البيانات، إضافةً إلى التشريعات المماثلة في القوانين الوطنية.¹

أولاً: الحق في تصحيح البيانات:

يُتيح هذا الحق للفرد طلب تصحيح بياناته الشخصية إذا كانت غير دقيقة أو غير مكتملة، لضمان استخدام معلومات صحيحة وموثوقة.²

• شروط ممارسة الحق:

- 1- إذا كانت البيانات تحتوي على معلومات خاطئة أو مضللة.
- 2- إذا كانت البيانات غير مكتملة ويؤثر ذلك على الغرض من استخدامها
- 3- عندما يتضح أن الجهة المسؤولة عن معالجة البيانات لم تتحقق من صحتها بالشكل اللازم.³

1 محمد شفيق، قانون حماية البيانات الشخصية، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2020، ص. 82-75.

2 أحمد حسن، الخصوصية وحماية البيانات في العصر الرقمي، دار النهضة العربية، لبنان، الطبعة الثانية، 2021، ص. 145-152.

3 هالة محمود، حماية البيانات الشخصية في القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الأولى، 2019، ص. 90-96.

• أهمية الحق:

- 1- ضمان الدقة: يُسهم في تحسين جودة المعلومات وتقليل الأخطاء.
 - 2- حماية الحقوق: يساعد على منع القرارات التي تعتمد على بيانات خاطئة¹
رغم أهمية هذا الحق، إلا أن هناك حالات لا يمكن فيها حذف البيانات، وتشمل:
 - ✓ الالتزام القانوني: إذا كانت البيانات مطلوبة للامتثال لقانون معين.
 - ✓ الأغراض الأرشيفية أو البحثية: عندما تكون البيانات ذات أهمية علمية أو بحثية.
 - ✓ الدعاوى القانونية: إذا كانت البيانات ضرورية لإنشاء أو ممارسة أو الدفاع عن مطالبات قانونية.
- يشترط القانون الإماراتي أن يكون هناك سبب قانوني واضح لمحو البيانات، مع التركيز على حماية سرية البيانات وضمان عدم الإضرار بحقوق الآخرين.
- في المقابل، يعزز GDPR هذا الحق بشكل أكثر وضوحاً، حيث يسمح للأفراد بطلب حذف بياناتهم في أي وقت، ما لم تكن هناك ضرورة قانونية أو مصلحة عامة تمنع ذلك.
- ثانياً: الحق في حذف البيانات (الحق في النسيان):

يمنح هذا الحق الأفراد إمكانية طلب حذف بياناتهم الشخصية عندما لا تعود هناك حاجة لمعالجتها، أو إذا كانت المعالجة تتم بصورة مخالفة للقانون. ويمكن ممارسة هذا الحق في عدة حالات وهي:²

1 مصطفى إبراهيم، قواعد حماية البيانات الشخصية في القانون المقارن، دار العلوم القانونية، تونس، الطبعة الثالثة، 2021، ص. 182-175.

2 عبد الرحمن الطيب، البيانات الشخصية: مفهومها وحمايتها القانونية، دار المعارف الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2022، ص. 160-167.

- 1- عدم الحاجة للبيانات: إذا لم تعد البيانات ذات صلة بالغرض الذي جمعت من أجله.
- 2- سحب الموافقة: إذا كانت معالجة البيانات تستند إلى موافقة صريحة، وقام الفرد بسحبها.
- 3- الاعتراض على المعالجة: إذا كانت المعالجة تُجرى لأغراض التسويق المباشر أو بناءً على مصلحة مشروعة، واعتراض الفرد عليها.
- 4- المعالجة غير القانونية: إذا تم استخدام البيانات الشخصية دون أساس قانوني.¹
وهناك عدة حالات يستثنى فيها الحق في الحذف وهي:
 - 1- إذا كانت البيانات مطلوبة للامتناع لالتزام قانوني.
 - 2- إذا كانت المعالجة ضرورية لأغراض أرشيفية ذات أهمية عامة أو لأغراض البحث العلمي.
 - 3- إذا كانت البيانات لزمرة لإنشاء أو ممارسة أو الدفاع عن دعاوى قانونية.²

المطلب الثاني حقوق التحكم في معالجة البيانات

تعتبر حقوق التحكم في معالجة البيانات الشخصية من أهم العناصر التي تحمي خصوصية الأفراد، خصوصاً في سياق الاستخدام المتزايد للتقنيات الرقمية. إن قدرة الأفراد على تقييد أو إيقاف معالجة بياناتهم تعكس التزام المؤسسات بحماية حقوق الخصوصية وتوفير بيئه آمنة لأفراد المجتمع. سيتناول هذا المبحث مجموعة الحقوق

1 نادية علي، قانون البيانات الشخصية: المبادئ والتطبيقات، دار الكتاب الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 2020، ص. 155-150.

2 إيمان محمد، الخصوصية وحرية المعلومات، دار الثقافة للنشر، الإمارات، الطبعة الأولى، 2019، ص. 115-122.

التي تتيح للأفراد فرض قيود على كيفية معالجة بياناتهم، بما في ذلك الحق في إيقاف المعالجة والحق في ضمان عدم تعرض بياناتهم للمعالجة الآلية غير المرغوبة.

أولاً: حق تقييد المعالجة:

ينص القانون الاتحادي رقم (45) لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية في الإمارات على حق صاحب البيانات في طلب تقييد معالجة بياناته الشخصية في حالات معينة. نص المادة (16) كما يلي:

"لصاحب البيانات الحق في طلب تقييد معالجة بياناته الشخصية في الحالات التي يكون فيها الاعتراض على صحة البيانات الشخصية جارياً، أو إذا كانت المعالجة غير قانونية وأبدى صاحب البيانات اعتراضه على محو البيانات، أو إذا انتفت الحاجة إلى معالجة البيانات لكن صاحب البيانات احتاج إليها لإثبات أو ممارسة أو الدفاع عن حق من حقوقه وكذلك" تتناول المادة (18) من اللائحة العامة لحماية البيانات في الاتحاد الأوروبي حق الأفراد في تقييد معالجة بياناتهم الشخصية، وتسمح لهم بمطالبة المحكمين بتعليق المعالجة في الحالات التالية:

- إذا كانت البيانات محل اعتراض على صحتها.
- إذا كانت المعالجة غير قانونية، وطلب الفرد التقييد بدلاً من الحذف.
- إذا لم تعد البيانات مطلوبة للمعالجة، ولكن الفرد يحتاجها لأغراض قانونية.
- إذا كان الفرد قد اعترض على المعالجة بموجب المادة (21) من اللائحة وينتظر التحقق من أولوية حقوقه.

ويرى الباحث أن يتوافق القانون الإماراتي مع اللائحة الأوروبية في تحديد حالات تقييد المعالجة، حيث يركز كلاهما على الأغراض القانونية وحماية حقوق الأفراد. إلا أن اللائحة الأوروبية تتضمن تفاصيل إضافية، مثل السماح للأفراد بالاعتراض على

المعالجة بناءً على مصالح مشروعة، وهو أمر غير منصوص عليه بشكل محدد في القانون الإماراتي. في حين أن كلا القانونين يضمن للأفراد الحق في طلب تقييد معالجة بياناتهم الشخصية في حالات محددة. كما يلزم كلا النظامين الجهات المختصة ببيانات الأفراد بتنفيذ طلبات التقييد بشكل يتوافق مع القوانين المعامل بها، مع ضمان الحفاظ على حقوق الأفراد وحمايتها. الحق في الاعتراض يعتبر من الحقوق الأساسية التي تضمنها تشريعات حماية البيانات الشخصية، ويهدف إلى تمكين الأفراد من الاعتراض على معالجة بياناتهم إذا كانت هذه المعالجة غير مبررة أو إذا كان لها تأثير مباشر على حقوقهم وحياتهم.¹ يُعد هذا الحق أحد الأسس التي جاءت بها اللائحة العامة لحماية البيانات وغيرها من القوانين المماثلة لحماية البيانات الشخصية²، وهو يُعرف على أنه يتم منح الأفراد الحق في طلب وقف معالجة بياناتهم الشخصية إذا كانت هذه المعالجة تُجرى لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، المصلحة المشروعة للجهة المعالجة، أو لأغراض التسويق المباشر. ويشمل هذا الحق الاعتراض على القرارات المتخذة بناءً على معالجة البيانات، وخاصة القرارات الآلية التي قد تؤثر سلباً على الفرد.³ ويكون لصاحب البيانات الحق في الاعتراض وفقاً للمادة 21 من اللائحة العامة لحماية البيانات في الحالات التالية:⁴

1 المادة (17) من: القانون الإتحادي رقم (45) لسنة 2021 تمنح صاحب البيانات الحق في الاعتراض على معالجة بياناته الشخصية وإيقاف المعالجة في حالات معينة، بما في ذلك إذا كانت المعالجة لأغراض غير متفق عليها.

2 أحمد حسن، الخصوصية وحماية البيانات في العصر الرقمي، دار النهضة العربية، لبنان، الطبعة الثانية، 2021، ص. 135-142.

3 هالة محمود، حماية البيانات الشخصية في القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الأولى، 2019، ص. 115-120.

4 مصطفى إبراهيم، قواعد حماية البيانات الشخصية في القانون المقارن، دار العلوم القانونية، تونس، الطبعة الثالثة، 2021، ص. 180-190.

- المصلحة المشروعة: إذا كانت الجهة المعالجة تعتمد على المصلحة المشروعة لأحد الأسس القانونية لمعالجة البيانات.
- التسويق المباشر: إذا كانت البيانات تُستخدم لأغراض التسويق أو الإعلانات الموجهة.
- لبحث العلمي أو التاريخي: إذا كان الفرد لا يرغب في أن تُستخدم بيانته لهذه الأغراض.
- القرارات الآلية: إذا كان الاعتراض يتعلق بقرارات تُتخذ بناءً على معالجة آلية للبيانات.

ويعتبر الحق في الاعتراض ذات أهمية كبيرة حيث ي العمل على حماية خصوصية الأفراد، حيث يُتيح للفرد وقف معالجة بيانته التي قد تكون مصدر إزعاج أو ضرر له. وكذلك يعزز سيطرة الفرد على كيفية استخدام بيانته الشخصية. كما انه يحمي الأفراد من قرارات قد تكون منحازة نتيجة لمعالجة غير مبررة لبياناتهم.¹ رغم أهميته، هناك حالات لا يمكن فيها ممارسة هذا الحق في، ومنها:

- إذا كانت معالجة البيانات ضرورية للوفاء بالتزامات قانونية.
- إذا كانت المعالجة تخدم مصالح عامة أساسية، مثل الأمن الوطني أو الصحة العامة.
- إذا كانت البيانات تُستخدم للدفاع عن دعاوى قانونية.

هناك عدة خطوات لمارسة هذا الحق وهي تبدأ بتقديم طلب كتابي وهذا الطلب يُوضح فيه الفرد الأسباب التي تدعم اعتراضه. وبعدها تكون جهة المعالجة ملزمة بالرد

¹ مصطفى إبراهيم، قواعد حماية البيانات الشخصية في القانون المقارن، دار العلوم القانونية، تونس، الطبعة الثالثة، 2021، ص. 180-190.

على طلبه خلال فترة زمنية محددة، غالباً 30 يوماً وفقاً للتشرعات الدولية. إذا تم قبول الاعتراض، يجب على الجهة التوقف فوراً عن معالجة البيانات محل النزاع.¹

ثانياً: الحق في إيقاف المعالجة:

نص القانون الإتحادي رقم (45) لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية في الإمارات على الحق في إيقاف معالجة البيانات الشخصية في حالات معينة. تنص المادة (17) على ما يلي:

"لصاحب البيانات الحق في طلب إيقاف معالجة بياناته الشخصية إذا كان ذلك يتعارض مع أحكام هذا القانون، أو إذا كانت المعالجة تتم بدون الأساس القانوني اللازم".

ويتضمن هذا الحق أن من حق صاحب البيانات طلب إيقاف المعالجة إذا كانت البيانات تُعالج بطريقة تتعارض مع القوانين المنصوص عليها في هذا التشريع. وايضاً في حالة غياب الأساس القانوني اي ان يمكن لصاحب البيانات أيضاً طلب إيقاف المعالجة إذا كانت المعالجة تتم بدون وجود أساس قانونية صحيحة.

وتعطي اللائحة العامة لحماية البيانات في الاتحاد الأوروبي الحق في إيقاف المعالجة بموجب المادة (21) في حالات معينة، وتحددت على النحو التالي:

1. إذا اعرض صاحب البيانات على المعالجة استناداً إلى مصلحة مشروعية أو مهمة عامة.

2. إذا كانت المعالجة تتضمن بيانات شخصية حساسة مثل تلك التي تُستخدم في التنبؤات أو المعالجة الآلية.

¹ عبد الرحمن الطيب، البيانات الشخصية: مفهومها وحمايتها القانونية، دار المعارف الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2022، ص. 190-200.

3. في حالات أخرى حيث يمكن تبرير إيقاف المعالجة وفقاً لأسباب قانونية.

ثالثاً: حق المعالجة والمعالجة المؤتمتة:

ينص القانون الاتحادي رقم (45) لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية في الإمارات على أن صاحب البيانات له الحق في الاعتراض على المعالجة المؤتمتة لبياناته الشخصية، سواء كانت تتعلق بالقرارات التي تؤثر عليه بشكل قانوني أو تمس حقوقه وحرياته الأساسية. النص في المادة (18) من القانون الإماراتي ينص على: لصاحب البيانات الحق في الاعتراض على المعالجة المؤتمتة لبياناته الشخصية إذا كانت تتعلق بقرارات تؤثر عليه بشكل قانوني أو تمس حقوقه وحرياته الأساسية.".

وهنا يحق لصاحب البيانات رفض أن تتم معالجته بناءً على قرارات آلية أو مؤتمتة تؤثر في حقوقه وحرياته. وكذلك يشمل هذا الحق الاعتراض على المعالجة التي قد تؤدي إلى تأثيرات قانونية على الأفراد بناءً على المعالجة المؤتمتة.

وتنص المادة (22) من اللائحة العامة لحماية البيانات في الاتحاد الأوروبي على الحق في الاعتراض على المعالجة المؤتمتة، خاصة في القرارات التي تعتمد على المعالجة الآلية فقط، والتي قد تؤدي إلى نتائج قانونية أو تؤثر بشكل كبير على الفرد. النص في اللائحة الأوروبية ينص على:

"لا يجوز اتخاذ قرارات تستند فقط إلى المعالجة المؤتمتة إذا كانت تلك القرارات تؤثر بشكل قانوني أو مادي على الأفراد، إلا إذا كان هناك موافقة واضحة من الشخص المعنى أو كانت المعالجة ضرورية للتنفيذ التعاقدى أو لأغراض قانونية أخرى".

ويرى الباحث أن في القانون الإماراتي، ركز على إتاحة حق الاعتراض على المعالجة المؤتمتة إذا كان لها تأثير قانوني أو تؤثر في حقوق الأفراد وحرياتهم. أما في اللائحة الأوروبية، يتم تطبيق نفس المبدأ لكن مع تفاصيل إضافية، حيث لا يجوز اتخاذ

قرارات مؤتمتة تؤثر بشكل قانوني أو مادي على الأفراد إلا في بعض الحالات الاستثنائية، مثل الموافقة المسبقة أو ضرورة المعالجة لأغراض تعاقدية أو قانونية. وايضاً يشمل القانون الإماراتي حق الاعتراض على المعالجة المؤتمتة في الحالات التي تؤثر على الأفراد بشكل قانوني أو أساسي، ويُشمل ذلك تأثيرات قانونية تؤثر بشكل مباشر على الأفراد. وتتوفر اللائحة الأوروبية نفس الحق ولكنها تسمح ببعض الاستثناءات المعينة التي قد تتطلب موافقة الأفراد أو ضرورة المعالجة القانونية أو التعاقدية.

المبحث الثاني

ضوابط وشروط معالجة البيانات الشخصية

ستتناول في هذا الجزء محوراً جوهرياً يساهم في فهم كيفية إدارة وحماية البيانات الشخصية في إطار قانوني واضح خاصة وأن تنظيم عملية معالجة البيانات الشخصية تعتبر أمراً حيوياً لضمان حقوق الأفراد وحمايتهم من الاستخدام غير المشروع لبياناتهم. حيث يتناول الضوابط والشروط التي قررها المشرع لتحديد كيفية التصرف في البيانات بطريقة قانونية وأخلاقية، مما يسهم في تعزيز الثقة بين الأفراد والمؤسسات. وتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين:

- **المطلب الأول: ضوابط معالجة البيانات الشخصية**

- **المطلب الثاني: شروط الموافقة على معالجة البيانات**

المطلب الأول

ضوابط معالجة البيانات الشخصية

يتناول الضوابط الأساسية التي يجب الالتزام بها أثناء عملية معالجة البيانات الشخصية وفقاً للمادة 5 من قانون حماية البيانات الشخصية. ويهدف هذا المبحث إلى توضيح كيفية ضمان معالجة البيانات بشكل عادل وشفاف، وتحديد الأغراض المشروعة لجمع البيانات، فضلاً عن ضرورة الحفاظ على دقة البيانات وأمنها. ولا شك بأن هذه الضوابط تعد ضرورية لتفادي الانتهاكات التي قد تتعرض لها بيانات الأفراد وضمان احترام حقوقهم. وسنقوم بدراسة هذه الضوابط.

• المعايير الأساسية لمعالجة البيانات الشخصية:

تنص المادة 5 من قانون حماية البيانات الإماراتي على مجموعة من المبادئ الأساسية التي تحكم كيفية معالجة البيانات الشخصية، وهي المبادئ التي تتوافق مع

أفضل الممارسات في حماية الخصوصية وحماية حقوق الأفراد. وقد تطرقت هذه المادة إلى النقاط التالية:

1. المعالجة بطريقة عادلة وشفافة ومشروعة: يشترط القانون الإماراتي أن تتم معالجة البيانات الشخصية بطرق عادلة وشفافة، أي أن الأفراد يجب أن يكونوا على علم بكيفية استخدام بياناتهم، ويجب أن تتم المعالجة لأغراض قانونية مشروعة. المعالجة التي تتم بطريقة غير عادلة أو غير شفافة تعتبر مخالفة للقانون.
2. الغرض المحدد من جمع البيانات: وفقاً للمادة، يجب أن يتم جمع البيانات الشخصية لغرض محدد واضح، ولا يجوز معالجتها في أي وقت لاحق بطريقة تتنافى مع هذا الغرض. إلا أنه يمكن معالجة البيانات الشخصية لغرض مشابه إذا كان ذلك يتماشى مع الغرض الأصلي الذي تم جمع البيانات من أجله.
3. الحد من البيانات الشخصية: يجب أن تكون البيانات الشخصية كافية ومقتصرة على ما هو ضروري لتحقيق الغرض المحدد من المعالجة. أي أن جمع البيانات يجب أن يكون محدوداً بما يلزم لتنفيذ الغرض المعين.
4. دقة البيانات الشخصية: يجب أن تكون البيانات الشخصية دقيقة وصحيحة عند جمعها ومعالجتها، ويجب تحديثها عند الحاجة لضمان صحتها في أي وقت من مراحل المعالجة.

وتنص اللائحة العامة لحماية البيانات - (GDPR) المادة 5:

- المعالجة بطريقة عادلة وشفافة: كما في القانون الإماراتي، تشرط اللائحة الأوروبية أن تتم المعالجة بطريقة عادلة وشفافة، وذلك من خلال إعلام الأفراد بكيفية استخدام بياناتهم وأغراض المعالجة، وكذلك ضرورة وجود أساس قانوني لهذه المعالجة المادة 5(a)(1) من اللائحة الأوروبية.

- جمع البيانات لغرض محدد: تتشابه اللائحة الأوروبية مع القانون الإماراتي في أن البيانات يجب أن تُجمع لأغراض محددة ومشروعة، ويجب ألا يتم استخدامها لأغراض أخرى تتنافى مع الغرض الأصلي (المادة 5(b)(1) من اللائحة الأوروبية). كما تُسمح المعالجة في حال كان الغرض الجديد مشابهًا للأغراض الأصلية التي جمعت من أجلها البيانات.
- الحد من البيانات الشخصية: تنص اللائحة الأوروبية على ضرورة أن تكون البيانات الشخصية كافية ومحدودة لما هو ضروري لتحقيق الأغراض التي تم جمعها من أجلها المادة 5(c)(1) من اللائحة الأوروبية، وهي تتفق مع المادة 5 من القانون الإماراتي في ضرورة الحد من كمية البيانات التي يتم جمعها.
- دقة البيانات: مثلما ينص القانون الإماراتي، تتطلب اللائحة الأوروبية أن تكون البيانات دقيقة وصحيحة، وأن تحدث عند الحاجة لضمان مطابقتها للواقع (المادة 1(d) من اللائحة الأوروبية).¹

مقارنة بين القانون الإماراتي واللائحة الأوروبية:

- يشترك كلا النصين في التأكيد على ضرورة المعالجة بطريقة عادلة وشفافة. يركّز القانون الإماراتي واللائحة الأوروبية على ضمان جمع البيانات الشخصية لأغراض محددة وصحيحة، ولا يتم معالجتها لاحقًا إلا لغرض مشابه، ما يعكس التوجه المشترك في حماية الخصوصية.
- تطابق واضح بين نصوص القانونين بشأن ضرورة أن يتم جمع البيانات لغرض محدد وواضح مع عدم إمكانية معالجتها لاحقًا لأغراض غير متوافقة مع هذا

¹ د. هالة محمود، *أصول حماية البيانات في القانون*، دار الفكر القانوني، الأردن، الطبعة الثانية، 2020، ص. 60-55.

الغرض. ومع ذلك، تشرط اللائحة الأوروبية إضافات تفصيلية أكثر حول الحالات التي يمكن فيها المعالجة لأغراض مشابهة.¹

3- يركز كلا النظامين على مبدأ "الحد من البيانات"، أي أن جمع البيانات يجب أن يكون مقتصراً على ما هو ضروري فقط لتحقيق الغرض المطلوب.

4- يلزم كلا النظامين ضمان دقة البيانات الشخصية وضرورة تحديدها بانتظام لتكون صحيحة في كل مراحل المعالجة.²

● مسؤوليات الحفاظ على بيانات الشخصية:

تعد مسؤولية الحفاظ على البيانات الشخصية من القضايا الجوهرية في إطار حماية الخصوصية، وقد أكدت التشريعات الحديثة على ضرورة أن تكون المؤسسات والجهات المسؤولة عن معالجة البيانات الشخصية ملزمة باتخاذ إجراءات فعالة لضمان أمن البيانات وحمايتها من أي مخاطر قد تهدد سلامتها أو تؤدي إلى استخدامها بطرق غير قانونية. يتناول هذا الموضوع أهم المسؤوليات التي تقع على عاتق المحكمين في البيانات الشخصية وفقاً للقوانين الإماراتية والأوروبية.

1- ضمان محو أو تصحيح البيانات غير الصحيحة:

أحد المبادئ الأساسية في حماية البيانات الشخصية هو أن تكون البيانات دقيقة وصحيحة. وبالتالي، تقع على عاتق المسؤولين عن معالجة البيانات مسؤولية التأكد من دقة البيانات الشخصية وتحديدها عند الحاجة. وفي حال كانت البيانات غير صحيحة أو قديمة، يجب عليهم اتخاذ تدابير لتصحيحها أو محوها.

1 د. مصطفى إبراهيم، تشريعات البيانات الشخصية: مقارنة بين الدول العربية والأوروبية، دار العلوم القانونية، تونس، الطبعة الثالثة، 2021، ص. 110-105

2 د. ليلى مراد، قواعد حماية البيانات في القانون الاتحادي الإماراتي، دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الأولى، 2019، ص. 90-95.

- المادة 5 من قانون حماية البيانات الإماراتي (2021) تنص المادة 5 من القانون على أنه يجب على الجهات المسؤولة عن معالجة البيانات اتخاذ الإجراءات الازمة لضمان أن تكون البيانات الشخصية صحيحة. كما يجب أن يتم تحديث البيانات في حال حدوث تغييرات تؤثر على دقتها.
- المادة 5 من اللائحة الأوروبية لحماية البيانات (GDPR) تشير المادة 5(d)(1) من اللائحة الأوروبية إلى ضرورة أن تكون البيانات الشخصية دقيقة ويجب تصحيحها أو محوها إذا كانت غير صحيحة أو قديمة.¹

2- ضمان حماية البيانات الشخصية:

تعد حماية البيانات الشخصية من الاختراقات أو أي معالجة غير قانونية أو غير مصرح بها أمراً بالغ الأهمية. لذلك، تلتزم المؤسسات بتوفير تدابير أمنية من خلال حلول تقنية وتنظيمية لحماية البيانات.²

- المادة 5 من قانون حماية البيانات الإماراتي (2021) تشرط المادة 5 من القانون الإماراتي أن تحفظ البيانات الشخصية بشكل آمن ضد أي اختراقات أو معالجة غير قانونية أو غير مصرح بها. ويجب أن تُتخذ تدابير وقائية ملائمة على مستوى الأنظمة التقنية والإجراءات التنظيمية.
- المادة 5 من اللائحة الأوروبية لحماية البيانات (GDPR): تنص المادة 5(f)(1) من اللائحة الأوروبية على أنه يجب أن يتم حفظ البيانات الشخصية بشكل آمن، مع اتخاذ تدابير تقنية وتنظيمية لحمايتها من أي اختراقات أو معالجات غير قانونية.

1 د. أحمد مصطفى، "حماية البيانات الشخصية في القانون الإماراتي"، دار النشر القانونية، الإمارات، الطبعة الأولى، 2023، صفحة 34.

2 د. محمد صالح، "حقوق حماية البيانات الشخصية: مقارنة بين التشريعات العربية والأوروبية"، دار الفكر للنشر، لبنان، الطبعة الثانية، 2021، صفحة 56.

3- عدم الاحتفاظ بالبيانات بعد استنفاد الغرض منها:

يُشترط في كلا النظامين الإماراتي والأوروبي أن يتم محو البيانات الشخصية بمجرد أن يتم استنفاد الغرض الذي تم جمع البيانات من أجله. ولكن، في بعض الحالات، يُسمح بالإبقاء على البيانات بشرط إخفاء هوية الأفراد.

• المادة 5 من قانون حماية البيانات الإماراتي (2021): تنص المادة 5 من القانون الإماراتي على ضرورة محو البيانات الشخصية بعد استنفاد الغرض الذي جمعت من أجله. كما يسمح بالإبقاء على البيانات بشرط إخفاء الهوية.

• المادة 5 من اللائحة الأوروبية لحماية البيانات (GDPR): تدعو المادة 5(e)¹ من اللائحة الأوروبية إلى ضرورة حذف البيانات بمجرد استنفاد الغرض من جمعها. كما يُسمح بالإبقاء على البيانات بشرط إخفاء الهوية.

4- توفير ضوابط تنظيمية لحفظ البيانات:

تمثل إحدى المسؤوليات الهامة في وضع ضوابط تنظيمية وإجراءات تنفيذية واضحة تتعلق بحفظ وحماية البيانات الشخصية. سواء في النظام الإماراتي أو الأوروبي، تتضمن هذه الإجراءات الضمانات التقنية والتنظيمية الكفيلة بالحفظ على سرية البيانات وضمان معالجة قانونية لها.

• المادة 5 من قانون حماية البيانات الإماراتي: (2021) يُشترط أن يتم تحديد الضوابط التنظيمية الازمة من خلال اللائحة التنفيذية لتطبيق القانون بشكل فعال، والتي قد تشمل توجيهات إجراءات إضافية تتعلق بحماية البيانات الشخصية.

• المادة 23 من اللائحة الأوروبية لحماية البيانات (GDPR): تنص المادة 23 من

1 د. فاطمة الزهراء، "المبادئ الأساسية لحماية البيانات الشخصية"، دار المستقبل، الإمارات، الطبعة الأولى، 2020، صفحة 82.

اللائحة الأوروبية على أنه يمكن وضع ضوابط تنفيذية تحدد كيفية تطبيق القواعد المتعلقة بحماية البيانات الشخصية.

تمثل المادة 5 من قانون حماية البيانات الإماراتي والمادة المقابلة في اللائحة الأوروبية حزمة من المبادئ الأساسية التي تهدف إلى ضمان حماية البيانات الشخصية. يشترك النظامان في العديد من المبادئ، مثل الحاجة إلى تأكيد دقة البيانات الشخصية، توفير إجراءات لحفظها على سرية البيانات، وضمان عدم الاحتفاظ بالبيانات بعد استنفاد الغرض منها. كما يتمثل الاختلاف الرئيسي في بعض التفصيات الخاصة بالضوابط التنفيذية، التي تتيح مرونة في التطبيق وفقاً للتطورات القانونية والتكنولوجية في كل من النظمتين.¹

المطلب الثاني شروط الموافقة على معالجة البيانات

تُعد الموافقة عنصراً أساسياً في إطار حماية البيانات الشخصية، حيث تقع على عاتق المدعيين مسؤولية كبيرة في ضمان أن تكون عمليات معالجة البيانات مستندة إلى أساس قانوني متين، مع مراعاة حقوق الأفراد وحرماتهم. ويتناول هذا المبحث متطلبات الموافقة على معالجة البيانات الشخصية، وفقاً للمادة 6 من قانون حماية البيانات الشخصية، حيث يتطلب أن تكون الموافقة واضحة، بسيطة، وقابلة للإثبات، بما يضمن أن الأفراد يفهمون تماماً طبيعة استخدام بياناتهم الشخصية وأن الظروف المحيطة بجمع البيانات ومعالجتها تُفصل بطريقة شفافة.²

1 د. عادل حسن، "دراسة مقارنة في حماية البيانات الشخصية: بين الإمارات والاتحاد الأوروبي"، دار القانون الدولي، مصر، الطبعة الأولى، 2019، صفحة 120.

2 الدكتور أحمد رضا، تحليل قانوني لحماية البيانات الشخصية وفقاً للتغيرات العربية، دار المعرفة القانونية، لبنان، الطبعة الأولى، 2021، ص 200-210.

كما يتناول المبحث أيضًا حق صاحب البيانات في العدول عن الموافقة، وهو حق يجب أن يكون متوفراً بالشكل الذي يتيح للأفراد اتخاذ قرارات مستنيرة بشأن بياناتهم الشخصية في أي لحظة.

• متطلبات الموافقة على معالجة البيانات:

تعد الموافقة من صاحب البيانات على معالجة بياناته أحد الأساسات التي يقوم عليها العديد من التشريعات الحديثة لحماية البيانات الشخصية. في هذا السياق، ينص القانون الإماراتي واللائحة الأوروبية على عدد من المتطلبات التي يجب أن تلبىها الموافقة لكي تكون قانونية وفعالة في معالجة البيانات الشخصية.

1- إثبات الموافقة: يجب على المتحكم في البيانات أن يكون قادرًا على إثبات أن صاحب البيانات قد قدم موافقته في حال كانت المعالجة تعتمد على تلك الموافقة.

• المادة 6 من قانون حماية البيانات الإماراتي (2021): تنص المادة 6 من القانون الإماراتي على أن "يجب أن يكون المتحكم في البيانات قادرًا على إثبات أن صاحب البيانات قد منح موافقته على المعالجة في حال كان ذلك الأساس القانوني للمعالجة". وهذا يعني أن المتحكم يجب أن يحتفظ بسجل يوضح أن الموافقة قد تم الحصول عليها بشكل صحيح.

• المادة 7 من اللائحة الأوروبية لحماية البيانات (GDPR): تنص المادة 7 من اللائحة الأوروبية على أن "يجب أن يكون المسؤول عن المعالجة قادرًا على إثبات أن صاحب البيانات قد منح موافقته". وهذه المادة تفرض نفس المسؤولية على المتحكم في البيانات، مما يضمن الشفافية وينعى التحايل في عملية جمع البيانات.¹

1 الدكتور خالد محمود، دراسة حول حماية حقوق الأفراد في البيانات الشخصية: مقارنة بين التشريعات الإماراتية والأوروبية، مجلة الدراسات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2021، ص 30-25.

2- **وضوح الموافقة وسهولة الوصول إليها:** ينبغي أن تكون الموافقة مقدمة بطريقة واضحة وبسيطة بحيث يمكن لصاحب البيانات فهمها بسهولة. ويجب أن تكون الموافقة متاحة بشكل يسهل الوصول إليها، سواء كانت موافقة كتابية أو إلكترونية.

• المادة 6 من قانون حماية البيانات الإماراتي (2021): وفقاً للمادة 6 من القانون الإماراتي، يجب أن تكون الموافقة "واضحة، وغير معقدة، وسهلة الوصول إليها"، سواء تم تقديمها بشكل كتابي أو إلكتروني. وتحرص هذه المادة على أن تكون الموافقة ميسرة لجميع الأفراد الذين يقدمون بياناتهم الشخصية.

• المادة 4(11) من اللائحة الأوروبية لحماية البيانات (GDPR): في اللائحة الأوروبية، تُعرف الموافقة بأنها "إشارة طوعية، محددة، مستنيرة وغير مشروطة" من قبل صاحب البيانات. كما تضمن المادة أن الموافقة يجب أن تكون سهلة الفهم، مما يتيح لصاحب البيانات اتخاذ قرار مستنير بشأن البيانات التي سيشاركتها.¹

3- **حق العدول عن الموافقة:** من الضروري أن تتضمن الموافقة إشارة إلى حق صاحب البيانات في العدول عنها بسهولة، دون أية عواقب سلبية.

• المادة 6 من قانون حماية البيانات الإماراتي (2021): تنص المادة 6 من القانون الإماراتي على أن "الموافقة يجب أن تتضمن ما يفيد حق صاحب البيانات في العدول عنها، وأن يكون العدول عن الموافقة إجراء سهلاً". وهذا يعني أن صاحب البيانات يجب أن يكون قادرًا على سحب موافقته في أي وقت، مع ضمان عدم التأثير على حقوقه في المعالجة السابقة.

¹ الدكتور محمد أحمد، *حماية البيانات الشخصية في القانون الإماراتي*، دار الفكر القانوني، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2022، ص 50-45.

• المادة 7(3) من اللائحة الأوروبية لحماية البيانات (GDPR): تنص المادة 7(3) من اللائحة الأوروبية على أن "يجب أن يتمكن صاحب البيانات من سحب موافقته في أي وقت، ويجب أن يكون ذلك بنفس سهولة منح الموافقة". وهذا يضمن أن صاحب البيانات لا يكون ملزماً باستمرار الموافقة على معالجة بياناته إذا لم يعد يرغب في ذلك.¹

حق صاحب البيانات في العدول عن الموافقة:

تعتبر مسألة سحب الموافقة على معالجة البيانات الشخصية من أبرز الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الأفراد بموجب قوانين حماية البيانات الحديثة، بما في ذلك القانون الإماراتي واللائحة الأوروبية لحماية البيانات (GDPR). يهدف هذا الحق إلى منح الأفراد القدرة على التحكم الكامل في بياناتهم الشخصية، بما في ذلك إمكانية التراجع عن الموافقة الممنوحة مسبقاً.

- حق صاحب البيانات في سحب الموافقة: في القانون الإماراتي، تم تحديد الحق في سحب الموافقة بموجب المادة 6، والتي تشير إلى أن صاحب البيانات يمكنه سحب موافقته في أي وقت كان، وهذا سيتمكنه من استعادة السيطرة على بياناته الشخصية.²

• المادة 6 من قانون حماية البيانات الإماراتي (2021): يجوز لصاحب البيانات سحب موافقته في أي وقت على معالجة بياناته الشخصية". وهذا يشير إلى أن الأفراد

1 الدكتور سامي حسين، التنظيم القانوني لحقوق الأفراد في حماية البيانات الشخصية في دولة الإمارات، المجلة القانونية العربية، السعودية، الطبعة الثالثة، 2022، ص 92-87.

2 الدكتور خالد محمود، الحق في سحب الموافقة في قانون حماية البيانات: مقارنة بين الإمارات والاتحاد الأوروبي، مجلة حماية الحقوق الرقمية، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثالثة، 2022، ص 75-80.

ليسووا ملزمين بالاستمرار في الموافقة على معالجة بياناتهم الشخصية بعد منحهم تلك الموافقة، مما يوفر لهم مرونة أكبر في التحكم في معلوماتهم الشخصية.

• المادة 7 من اللائحة الأوروبية لحماية البيانات (GDPR): تتشابه اللائحة الأوروبية مع القانون الإماراتي، حيث تمنح الأفراد نفس الحق في سحب الموافقة على المعالجة في أي وقت. وتنص المادة 7 من اللائحة على أن "يجب أن يكون لدى الأفراد القدرة على سحب موافقتهم في أي وقت، وأن يتم ذلك بطريقة واضحة ومباشرة".¹

2- تأثير سحب الموافقة على المعالجة السابقة:

ينص القانون الإماراتي على أنه إذا قام صاحب البيانات بسحب موافقته، فإن هذا العدول لا يؤثر على قانونية المعالجة التي تمت بناءً على الموافقة الممنوحة قبل سحبها.

• المادة 6 من قانون حماية البيانات الإماراتي (2021): لا يؤثر هذا العدول على قانونية ومشروعية المعالجة التي تمت بناءً على الموافقة الممنوحة قبل سحبها. وهذا يعني أن سحب الموافقة لن يؤدي إلى إلغاء أي معالجة سابقة للبيانات تمت بموافقة صاحب البيانات.

• المادة 7 من اللائحة الأوروبية لحماية البيانات (GDPR): تنص اللائحة الأوروبية على نفس المبدأ، حيث لا يؤثر سحب الموافقة على المعالجة التي تمت بناءً على الموافقة قبل سحبها. وتضيف اللائحة في المادة 7: "سحب الموافقة لا يؤثر على قانونية المعالجة التي تمت بناءً على تلك الموافقة قبل سحبها".²

1 دكتور أحمد رضا، النظام القانوني لحماية البيانات الشخصية في الإمارات، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، لبنان، الطبعة الأولى، 2020، ص 88-95.

2 الدكتور فاطمة علي، تحليل حقوق الأفراد في حماية البيانات الشخصية وفقاً للقوانين الدولية والمحلية، دار الفكر القانوني، السعودية، الطبعة الأولى، 2021، ص 130-135.

الخاتمة

في خضم التطور التكنولوجي السريع وزيادة الاعتماد على البيانات الشخصية في مختلف القطاعات، أصبحت حماية هذه البيانات ضرورة ملحة. يعكس القانون الإتحادي رقم (45) لسنة 2021 التزام دولة الإمارات ببناء إطار قانوني متكملاً يضمن حماية خصوصية الأفراد وحقوقهم الرقمية، مع تحقيق التوازن بين احتياجات التطوير التكنولوجي ومتطلبات حماية البيانات. يبرز القانون كمنهجية شاملة لتنظيم عمليات معالجة البيانات الشخصية، حيث يضع حدوداً واضحة للمسؤوليات والواجبات الملقاة على عاتق المُتحكّمين ومعالجي البيانات، مع التأكيد على حقوق أصحاب البيانات في الوصول إلى بياناتهم وتصحيحها وحذفها عند الضرورة.

هذا القانون ليس فقط أداة قانونية، بل يمثل رؤية مستقبلية تهدف إلى تعزيز ثقة الأفراد في المؤسسات والشركات، ودعم الابتكار ضمن بيئه قانونية آمنة تحمي الخصوصية وتحفز على استخدام البيانات بمسؤولية. ومن خلال الالتزام الصارم بأحكام هذا القانون، يمكن للإمارات أن تستمر في ريادتها كمركز عالي للابتكار الرقمي مع ضمان الاحترام الكامل لحقوق الأفراد وحرياتهم. ومن خلال هذه الدراسة توصل الباحث لعدة نتائج وبعض التوصيات يريد ان يوصي بها من خلال بحثه من أجل توفير بيئه آمنة تحترم الخصوصية وتدعيم ثقة الأفراد في المؤسسات والشركات.

في ختام هذا البحث ، تم تناول العديد من الجوانب القانونية المتعلقة بحماية البيانات الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مع الإشارة إلى المقارنة مع اللائحة العامة لحماية البيانات (GDPR) في هذا المجال. وقد أظهرت النتائج المستخلصة أن القانون الإماراتي يتماشى مع حماية حقوق الأفراد في معالجة بياناتهم الشخصية، إلا أنه يظل بحاجة إلى مزيد من التوضيح والتطوير في بعض الجوانب.

لقد تم التركيز على عدد من الحقوق الأساسية لصاحب البيانات مثل حق

الحصول على المعلومات، حق تصحيح أو محو البيانات الشخصية، حق نقل البيانات، وحق سحب الموافقة، بالإضافة إلى المسؤوليات القانونية للمتحكمين في البيانات. كما تمت دراسة التحديات والفرص المتاحة للجهات التنظيمية في ضمان تنفيذ هذه الحقوق بفعالية وشفافية.

النتائج:

- 1- يوفر القانون الاتحادي رقم (45) لسنة 2021 حماية كاملة للبيانات الشخصية ويحدد شروطًا واضحة لمعالجتها.
- 2- يتاح القانون لصاحب البيانات ممارسة حقوقه في الوصول إلى بياناته الشخصية وتصحيحها وحذفها ونقلها.
- 3- ينص القانون على فرض عقوبات قاسية على المخالفين لضمان الامتثال وحماية البيانات.
- 4- أسس هيئه حماية البيانات الشخصية لتكون مسؤولة عن الرقابة والإشراف على الامتثال للقانون.
- 5- يفرض القانون على المؤسسات إبلاغ أصحاب البيانات عن طرق استخدام بياناتهم وأغراض معالجتها.
- 6- يولي القانون اهتمامًا خاصًا بالبيانات الحساسة مثل البيانات الصحفية والمالية، ويضع ضوابط مشددة لمعالجتها.
- 7- يوفر القانون بيئه آمنة تشجع على الابتكار الرقمي مع ضمان حماية الخصوصية وحقوق الأفراد.
- 8- وجود تطابق كبير في المبادئ الأساسية التي تحكم المعالجة العادلة والشفافية للبيانات الشخصية.

الوصيات:

- 1- تنظيم حملات توعية لتعريف الأفراد بحقوقهم في مجال حماية البيانات الشخصية وكيفية استخدامها بشكل آمن.
- 2- توفير ورش عمل ودورات تدريبية للمؤسسات حول كيفية تطبيق أحكام القانون وضمان حماية البيانات.
- 3- تشجيع استخدام تقنيات مثل التشفير وأنظمة الحماية المتطورة لتأمين البيانات الشخصية ضد التهديدات الإلكترونية.
- 4- إجراء مراجعات دورية للقانون لمواكبة التطورات التكنولوجية السريعة وضمان استمرارية فعاليته في حماية البيانات.
- 5- تطوير شراكات مع الهيئات الدولية لتبادل أفضل الممارسات في حماية البيانات الشخصية.
- 6- إنشاء نظام فعال لرصد الانتهاكات وحوادث اختراق البيانات، مع فرض عقوبات رادعة على المخالفين.
- 7- تشجيع البحث الأكاديمي التي تركز على تطوير سياسات وتقنيات جديدة لحماية البيانات الشخصية وحل التحديات القانونية المستقبلية.
- 8- تسهيل إجراءات سحب الموافقة
- 9- تحسين التنسيق بين مختلف الجهات الحكومية والمؤسسات العامة والخاصة لتطبيق القوانين بشكل فعال.
- 10- تطبيق عقوبات رادعة ضد المؤسسات التي لا تلتزم بالقانون لضمان احترام حقوق الأفراد.

المراجع:

1. أحمد حسن زكي، "حماية البيانات الشخصية في القانون المدني"، دار النشر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2019.
2. أحمد رشاد، القوانين الرقمية وحماية البيانات الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الثانية، 2022.
3. أحمد علي الجابري، "القوانين الحديثة لحماية البيانات الشخصية"، دار المهرجة العربية، الإمارات، الطبعة الأولى، 2021.
4. إيمان محمد، الخصوصية وحرية المعلومات، دار الثقافة للنشر، الإمارات، الطبعة الأولى، 2019.
5. إيمان سعيد حسن، "التوازن بين الخصوصية والأمن في التشريعات الرقمية"، دار المسيرة، لبنان، الطبعة الثانية، 2020.
6. عبد الله العلي، حماية الخصوصية في التشريعات الحديثة، دار المعرفة الجامعية، السعودية، الطبعة الثانية، 2021.
7. عبد الرحمن عبد الله إبراهيم، "الإطار القانوني لحماية الخصوصية الرقمية"، دار الفكر القانوني، السعودية، الطبعة الأولى، 2018.
8. عبد الرحمن الطيب، البيانات الرقمية وحمايتها القانونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الأولى، 2020.
9. عائشة سعيد النعيمي، "مقارنة بين قانون حماية البيانات الشخصية الإماراتي واللائحة العامة لحماية البيانات في الاتحاد الأوروبي"، مجلة قانون المعلومات وحمايتها، دار المعارف القانونية، الإمارات، الطبعة الأولى، 2023.
10. عماد عبد الغني محمد، "قوانين البيانات الشخصية في العالم العربي"، دار الجيل للنشر، لبنان، الطبعة الأولى، 2021.

11. فاطمة محمد الشناوي، "التشريعات الإماراتية والتنظيم القانوني للبيانات الشخصية"، دار الشرق للنشر والتوزيع، الإمارات، الطبعة الثانية، 2021.
12. فهد محمد الحجي، "التحديات القانونية والمعوقات التي تواجه تطبيق قانون حماية البيانات الشخصية في دولة الإمارات، مجلة الدراسات العربية في القانون"، دار النهضة العربية، الإمارات، الطبعة الأولى، 2022.
13. خالد أحمد المنصوري، "القانون الاتحادي رقم (45) ودوره في حماية البيانات الشخصية"، دار النشر العربي، الإمارات، الطبعة الأولى، 2022.
14. خالد عبد الرحمن الصافي، "الرقابة والإشراف على حماية البيانات"، دار الفكر القانوني، السعودية، الطبعة الأولى، 2022.
15. جاسم محمد الأنصاري، "التطورات التشريعية في حماية البيانات الشخصية"، دار المعارف القانونية، الكويت، الطبعة الأولى، 2021.
16. سيف العوضي، "حماية البيانات الشخصية في العالم الرقمي: دراسة تحليلية لقانون حماية البيانات الإماراتي"، دار الثقافة القانونية، الإمارات، الطبعة الأولى، 2023.
17. سامي محمد أحمد، "البيانات الشخصية وحمايتها في التشريعات العربية"، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2020.
18. ليلى عبد الله، التشريعات الرقمية وحماية الخصوصية، مكتبة الأنجلو المصرية، مصر، الطبعة الأولى، 2018.
19. ليلى حسن الكيلاني، "التشريعات الرقمية وحماية الخصوصية"، دار الفكر القانوني، الأردن، الطبعة الثانية، 2019.
20. ليلى مراد، قواعد حماية البيانات في القانون الاتحادي الإماراتي، دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الأولى، 2019.
21. مروان حسين القاضي، "المسؤولية القانونية للمتحكمين في البيانات"، دار التقدم العلمي، الأردن، الطبعة الثالثة، 2019.

22. مصطفى إبراهيم، *تشريعات البيانات الشخصية: مقارنة بين الدول العربية والأوروبية*، دار العلوم القانونية، تونس، الطبعة الثالثة، 2021.
23. مصطفى عبد الكريم خالد، "حماية البيانات الشخصية في ظل التشريعات الدولية"، دار العلوم القانونية، الإمارات، الطبعة الأولى، 2018.
24. محمد شفيق، *التشريعات العربية لحماية الخصوصية: دراسة تحليلية*، مرجع سابق، ص. 120-125.
25. محمد عبد الله النجار، "حماية الخصوصية في ظل التشريعات الحديثة"، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الثانية، 2019.
26. محمد الطاهر، *القانون الأوروبي لحماية البيانات الشخصية*، دار النهضة العربية، لبنان، الطبعة الثانية، 2022.
27. نجوى عبد الله الفلامي، "التشريعات الرقمية وحماية البيانات الشخصية في دولة الإمارات: دراسة مقارنة بالقوانين الدولية"، مجلة حماية البيانات، دار التقدم للطباعة والنشر، الإمارات، الطبعة الأولى، 2023.
28. نجوى إبراهيم حسن، "قواعد الخصوصية الرقمية في القانون الحديث"، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الثالثة، 2022.
29. هالة أحمد الزعابي، "القانون الإماراتي لحماية البيانات الشخصية: آلية تنفيذ ومراقبة"، مجلة البحوث القانونية والتكنولوجية، دار النشر المتخصصة، الإمارات، الطبعة الأولى، 2021.
30. هالة محمود، *التحديات القانونية لمعالجة البيانات الشخصية*، دار الفكر القانوني، لبنان، الطبعة الثانية، 2021.
31. هاني عبد الوهاب الفقي، "التشريعات الحديثة ومعالجة البيانات"، دار الحكمة، السعودية، الطبعة الثانية، 2020.
32. يوسف حسن العوضي، "حقوق الأفراد في حماية البيانات الشخصية"، دار تصدر عن كلية القانون- جامعة عجمان- دولة الإمارات العربية المتحدة

- الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثالثة، 2020.
33. عمر البشير، مبادئ حماية البيانات في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، تونس، الطبعة الأولى، 2021.
34. الدكتور أحمد رضا، النظام القانوني لحماية البيانات الشخصية في الإمارات، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، لبنان، الطبعة الأولى، 2020.
35. الدكتور خالد محمود، الحق في سحب الموافقة في قانون حماية البيانات: مقارنة بين الإمارات والاتحاد الأوروبي، مجلة حماية الحقوق الرقمية، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثالثة، 2022.
36. الدكتور فاطمة علي، تحليل حقوق الأفراد في حماية البيانات الشخصية وفقاً للقوانين الدولية والمحلية، دار الفكر القانوني، السعودية، الطبعة الأولى، 2021.
37. الدكتور محمد أحمد، حماية البيانات الشخصية في العصر الرقمي: دراسة مقارنة بين التشريعات العربية والأوروبية، دار العلوم القانونية، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2022.
38. الدكتور سامي حسين، حقوق الأفراد في الحماية الرقمية: دراسة تفصيلية حول سحب الموافقة على معالجة البيانات، مجلة القانون والمجتمع، مصر، الطبعة الثانية، 2021.
39. الدكتور طارق إبراهيم، التحديات القانونية في حماية البيانات الشخصية في دولة الإمارات، دار الثقافة القانونية، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2023.
40. الدكتور يوسف عبد الله، قانون حماية البيانات الشخصية في الإمارات: تحليل تفصيلي، دار النشر القانونية، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، 2022.
41. قانون اتحادي رقم 45 لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية، دولة الإمارات العربية المتحدة.

42. اللائحة 2016/679 (EU) الخاصة بحماية البيانات العامة (GDPR)، الاتحاد الأوروبي.
43. الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، تقرير حول حماية البيانات في الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، 2021.
44. جينيفر لارسون، حماية الخصوصية والبيانات الشخصية: مقارنة بين القانون الإماراتي والأوروبي، دار النشر القانونية، دبي، الطبعة الأولى، 2022

إفادة مقاول الشحن والتغليف للسفن الذكية من إعفاءات الناقل البحري في القانون الإماراتي والاتفاقيات الدولية

الباحثة مawahب حبيب محمد سومر

و

أ.د. عماد الدين عبد الحي

أستاذ القانون التجاري - كلية القانون جامعة الشارقة

تاريخ التسلیم: 2024/6/5 تاريخ القبول:

**A statement from the loading
and unloading contractor for
smart ships from sea carrier
exemptions in UAE Law and
International Agreements**

Researcher:

Mawahib Habeeb Mohammed Soumar

Prof. Imad El-Din Abdul-Hay

Professor of Commercial Law - College of Law,
University of Sharjah

ملخص البحث

تتعدد أسباب الإعفاء من مسؤولية مقاول الشحن والتفرير للسفن فهي إما أن تكون أسباباً قانونية أو أسباباً اتفاقية، ومع أن المشرع الإماراتي لم ينظم حالات إعفاء مقاول الشحن والتفرير من المسؤولية بوصفه شخص من أشخاص الملاحة البريون وأحد تابعي الناقل البحري، إلا أنه في المقابل قد أفرد تنظيمياً قانونياً مفصلاً لحالات إعفاء الناقل في القانون البحري الإماراتي رقم 43 لسنة 2023 مما طرح السؤال فيما إذا كان بإمكان مقاول الشحن والتفرير للسفن الذكية الاستفادة من حالات الإعفاء الخاصة بالناقل، خاصة مع التقارير الدولية التي تفيد بدخول السفن الذكية عالم النقل البحري في السنوات القريبة.

هدفت هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على مدى استفادة مقاول الشحن والتفرير للسفن الذكية من أسباب الإعفاء من المسؤولية المقررة للناقل البحري أم الحاجة تقتضي أن يفرد المشرع أحکاماً تفصيلية بالإعفاء من المسؤولية على غرار ما فعله أغلب المشرعين.

ومن أبرز النتائج التي انتهت إليها الدراسة على المدى القصير؛ تخضع أسباب الإعفاء من مسؤولية مقاول الشحن والتفرير بالتبعية لمسؤولية الناقل البحري وفق نص المادة (129) بند 2 من القانون البحري الإماراتي. هذا على المدى القصير. كذلك إن موقف القانون البحري الإماراتي الحالي من مسؤولية مقاول الشحن والتفرير عن أضرار السفن الذكية قد يكون قاصراً عن مجاراة التطور التكنولوجي بهذه الآلات فيما يتعلق بالمسؤولية عن الأضرار التي تحدث.

أما على المدى الطويل، خلصت الدراسة لعدة توصيات أهمها النص صراحة على استفادة مقاول الشحن والتفرير من حالات الإعفاء من المسؤولية التي قررها المشرع للناقل البحري نظراً لأن مقاول الشحن والتفرير هو أحد تابعي الناقل، وكذلك أن لهذا

التابع شأن كبير مع دخول السفن التي تسير آلياً عالم الملاحة البحرية في السنوات القادمة وفق الفقرة الرابعة من المادة 87 من القانون البحري المشار إليه أعلاه، ومنها السفن الذكية وغيرها، مما يتطلب وجود تنظيم قانوني بهذا الشأن.

الكلمات المفتاحية: مقاول الشحن والتغليف-السفن الذكية-الناقل البحري- المسؤولية- حالات الإعفاء-القانون البحري الإماراتي-اتفاقية هامبورغ-قواعد روتردام.

Abstract

The reasons for exemption from the stevedoring contractor's liability are multiple, either legal or contractual. Although the UAE legislator did not regulate cases of exempting the stevedoring contractor from liability as a land navigation person and a maritime carrier, In return, however, he has devoted detailed legal regulation to the carrier's exemptions in UAE Maritime Law No. 43 of 2023, which posed the question whether the stevedoring contractor of smart vessels could benefit from the carrier's exemptions in particular with international reports of smart or self-driving vessels entering the world of shipping in recent years.

The study aimed to highlight the extent to which the stevedoring contractor of smart vessels benefited from the reasons for exemption from the maritime carrier's prescribed liability or whether the need requires the legislator to provide detailed provisions for exemption from liability, similar to what most legislators have done.

One of the most prominent results of the study in the short term is that the reasons for exemption from the liability of the stevedoring contractor are subject to the liability of the maritime carrier under Article (129) Clause 2 of UAE Maritime Law. This is in the short term. The current UAE Maritime Law position on the stevedoring contractor's liability for the impact of autonomous vessels or smart vessels may fall short of keeping pace with the technological development of these machines concerning liability for damages that occur.

In the long term, the study concluded with several recommendations, the most important of which explicitly stating that the stevedoring contractor benefits from cases of exemption from liability established by

the legislator for the maritime carrier since the stevedoring contractor was one of the carrier's subordinates, This subordinate has a great importance as automated vessels enter the world of maritime navigation in the coming years under Article 87, paragraph 4, of the aforementioned Maritime Law, such as autonomous vessels, smart vessels, and others, requiring legal regulation.

Keywords: Stevedoring Contractor - Maritime Carrier - Liability - Exemptions - UAE Maritime Law - Hamburg Convention - Rotterdam Rules.

مقدمة

يبدأ التعامل البحري بشحن البضائع من ميناء القيام كخطوة أولى ومن ثم تغريفها أو تسليمها بميناء المقصد كخطوةأخيرة، وهذا الأمر يختص به بالأصل الناقل البحري بموجب عقد النقل البحري بينه وبين الشاحن بأن يطلب الأخير نقل البضاعة من ميناء إلى آخر وينفذ الأول ذلك بمقابل مادي. ولكلة الالتزامات الأخرى التي تقع على الناقل البحري ولأسباب أخرى تتعلق بعملية النقل ذاتها يتعاقد مع شخص يُدعى - مقاول الشحن والتغليف - بموجب عقد المقاولة الذي ينظمه القانون المدني في التشريعات، وعليه، يتطلب النقل البحري وجود مقاول في الموانئ التي ترسو فيها السفن لإتمام العملية بصورة كاملة وصحيحة، وهو ما يتفق مع المادة الأولى من القانون البحري الإماراتي رقم (43) لسنة 2023م على أن مقاول الشحن والتغليف هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يلتزم بالقيام بأعمال شحن البضائع على السفينة أو تغريفها منها مقابل أجرة.

وهنا قد يثور الجدل عن مسؤولية مقاول الشحن والتغليف في السفن التقليدية والسفن الذكية عندما يكون هناك ضرر قد أصاب البضائع أثناء القيام بعمليات الشحن والتغليف، أو الإخلال بأحد الالتزامات التعاقدية، وتمثل هذه الأضرار عادة في تلف أو هلاك البضاعة أو التأخير في الشحن أو التغليف وهو ما تضمنته المادة (129) من القانون البحري الإماراتي سالف الذكر.

وعلى الجانب الآخر، تتعدد أسباب الإعفاء من المسؤولية؛ فهي إما أن تكون أسباباً قانونية أو أسباباً اتفاقية. وقد نظم المشرع الإماراتي حالات إعفاء الناقل في القانون البحري الإماراتي المشار إليه والتي بدورها تنسجم مع ما لمقاول الشحن والتغليف من التزامات وهو يستفيد من حالات الإعفاء ولبيان هذه الأسباب يمكن الرجوع إلى ما ورد في اتفاقية بروكسل 1924 المادة 4 "ثانياً وثالثاً وسادساً" كما يمكن

الرجوع إلى اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع 1978 - هامبورج - جاءت المادة 5 لتبيان أساس المسؤولية، والمادة 17 - الفصل 5 لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً - قواعد روتردام لسنة 2008. خاصة أن السفن الذكية أصبحت قيد الاستعمال أو مستقبلاً ستستعمل ومن ثم فإن هذا الأمر سيعيد مسألة الإعفاء إلى دائرة النقاش.

وبناء عليه، ستتركز الدراسة على نطاق الإعفاء من المسؤولية في مجال النقل البحري بالسفن الذكية وهي السفن التي يتم التحكم فيها عن بعد أو تكون ذاتية القيادة وتحمّل مالكيها التحكم بكميات أكبر وتساعد في تخفيض استهلاك الوقود فضلاً عن دورها المساعد في انخفاض نسبة انبعاث الغازات الضارة بالبيئة البحرية بالمقارنة مع السفن بشكلها التقليدي، على الرغم من جوانبها السلبية المتعلقة بارتفاع التكاليف وأجور النقل فيها نظراً لحداثتها والتعقيدات الفنية المتصلة بتسييرها وصيانتها.

مشكلة البحث:

تتفرع إشكالية الدراسة عن مدى إفادة مقاول الشحن والتغليف للسفن الذكية من حالات إعفاء الناقل البحري من المسؤولية إلى إشكاليتين: الأولى، تنصب على الأسباب القانونية للإعفاء من المسؤولية التي تقتضي أن نقارن أحكام القانون البحري الإماراتي مع اتفاقية هامبورغ وقواعد روتردام. والثانية، تمثل بالبحث عن الأسباب الاتفاقية للإعفاء من المسؤولية التي تستلزم دراسة حالات إعفائه من المسؤولية سواء قبل الشحن أو بعد التغليف والتسلیم وكذلك في حالة شحن وتغليف بضائع ذات طبيعة خاصة وما يتشعب عنها من إشكاليات أخرى.

هذا العرض سيأخذ بعين الاعتبار الفراغ التشريعي في القانون البحري الإماراتي والذي لم يطرق إلى مقاول الشحن والتغليف سوى في نصوص قليلة، مع مراعاة أن

الواقع العملي يبين أن مقاولي الشحن والتفرير هم من أشخاص الملاحة البريين وتابعي الناقل البحري الذين يتواجدون في كافة موانئ دولة الإمارات العربية المتحدة، في حين مشروع تعديل قانون التجارة البحرية في محاولته الثانية بالمسودة التي صدرت سنة 2019م قد تضمن أحکاماً تفصيلية تخص مقاول الشحن والتفرير.

الأمر الذي يقودنا إلى طرح التساؤل الرئيسي التالي: هل يستفيد مقاول الشحن والتفرير من أسباب الإعفاء المقررة للناقل البحري في القانون البحري الإماراتي والاتفاقيات الدولية؟ خاصة إذا ما علمنا أنه سيكون لمقاول الشحن والتفرير شأن كبير في تلبية متطلبات السفن المسيرة آلياً بكافة مستوياتها الذكية وغيرها، مما قد استدعي البحث في هذا المستجد القانوني.

تساؤلات البحث:

هناك العديد من التساؤلات الفرعية نطرحها كالتالي:

- ما هي الأسباب القانونية لإعفاء مقاول الشحن والتفرير في القانون البحري الإماراتي والاتفاقيات الدولية؟
- ما هي الأسباب الاتفاقية لإعفاء مقاول الشحن والتفرير في القانون البحري الإماراتي والاتفاقيات الدولية؟
- هل حالات الإعفاء المقررة لمقاول الشحن والتفرير متشابهة في السفن التقليدية والسفن الذكية؟
- هل يستفيد مقاول الشحن والتفرير للسفن الذكية من أسباب الإعفاء المقررة للناقل، طالما يُعد مقاول الشحن والتفرير من تابعي الناقل البحري، وكذلك ينفذ جزءاً من عقد النقل ألا وهو شحن وتفرير البضائع؟

أهمية البحث:

أ- الأهمية العلمية (النظرية):

تبعد أهمية الدراسة في حداثة القانون البحري الإمارتي ، والذي نظم أحكام مقاول الشحن والتغليف بشكل عام، ومسؤوليته محل دراستنا بشكل خاص في المواد 127 و 128 و 129، وأحال حالات الإعفاء من مسؤولية مقاول الشحن والتغليف إلى المواد 175 بند 1 من القانون ذاته، والتي تنظم حالات إعفاء الناقل البحري؛ حالات إعفاء تطرح الكثير من التساؤلات حول ثباتها من عدمه مع مستقبل السفن الذكية التي نصت عليها الفقرة 4 من المادة 87 من القانون البحري الإمارتي ؟

ب- الأهمية العملية (التطبيقية):

التعرض بشكل مفصل لمدى إفادة مقاول الشحن والتغليف من أسباب الإعفاء المقررة للناقل البحري في ضوء أن نصوص القانون البحري الإمارتي ، التي أحالت في فقرتها الثانية مسؤولية مقاول الشحن والتغليف عن هلاك البضائع أو تلفها إلى القواعد العامة الواردة في المواد (175) و(177) و(180) بند 1) و (183) منه وذلك بالمقارنة بالاتفاقيات الدولية كاتفاقية هامبورغ لسنة 1978 وقواعد روتردام لسنة 2008، خاصة إذا ما علمنا أن دولة الإمارات العربية المتحدة تعتبر من الدول البحرية بامتياز وأنها أثبتت مجاراتها للتطورات التقنية؛ بمعنى الاستعداد لتلبية متطلبات السفن التي تسير آلياً التي أشار إليها القانون البحري الجديد. هذه الاستعدادات تنسجم مع أهمية دولة الإمارات من الناحية البحرية حيث تقع على شواطئها عدة موانئ عالمية مثل ميناء جبل علي وميناء خالد وميناء خورفكان وميناء زايد وميناء الفجيرة وغير ذلك من الموانئ الاستراتيجية التي وصلت أرقام الحاويات المتداولة فيها إلى ما يقارب أكثر من 20 مليون حاوية، ناهيك عن أحجام وكميات البضائع تفوق الملايين من الأطنان.

أهداف البحث :

غاية البحث أن يحقق ما يلي:

- 1- إن الهدف الرئيسي من الدراسة إلقاء الضوء على مدى كفاية استفادة مقاول الشحن والتغليف من أسباب الإعفاء من المسؤولية المقررة للناقل البحري ومن ثم استكشاف مدى الحاجة إلى وضع أحکام تفصيلية بالإعفاء من المسؤولية على غرار ما فعله أغلب المشرعین في حال إظهار البحث عدم كفاية نظام الإعفاء من المسؤولية المقرر للناقل البحري، أم الحاجة تقتضي أن يفرد المشرع أحکاماً تفصيلية بالإعفاء من المسؤولية على غرار ما فعله أغلب المشرعین.
- 2- التعرض لأثار مسؤولية مقاول الشحن والتغليف وذلك عبر دراسة كل من حالات الإعفاء من المسؤولية.
- 3- التعرف على الأسباب القانونية لإعفاء مقاول الشحن والتغليف من المسؤولية عند هلاك البضائع أو تلفها.
- 4- بيان الأسباب الاتفاقية لإعفاء مقاول الشحن والتغليف من المسؤولية عند هلاك البضائع أو تلفها.
- 5- فضلاً عن ذلك تهدف الدراسة إلى اقتراح التوصيات المناسبة للاستفادة من وضع أسباب الإعفاء من مسؤولية مقاول الشحن والتغليف في السفن التقليدية وفي السفن الذكية، وذلك في ضوء النتائج التي سوف تتمخض عنها هذه الدراسة.

منهج البحث :

اتبعت الدراسة المنهج التحليلي، وهو يقوم على جمع الحقائق والمعلومات، ومقارنتها لاستخلاص أهم ما يرتبط بالموضوع من قواعد وأحكام وقوفا على قدر اتفاقها أو خروجها على القواعد العامة، بتحليل نصوص القانون البحري الإماراتي فيما يخص مدى إفادة مقاول الشحن والتغليف من حالات إعفاء الناقل البحري من

المسؤولية، والحلول القضائية إن وجدت، بغرض الوصول لأهداف الدراسة. إضافة إلى المنهج المقارن، حيث تتم مقارنة أحكام مسؤولية مقاول الشحن والتفرير في القانون البحري الإماراتي، مع قواعد روتردام للنقل البحري لعام 2009م، وقواعد هامبورغ للنقل البحري للبضائع لعام 1978م.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى مبحثين على النحو التالي:

- المبحث الأول: الأسباب القانونية لإعفاء مقاول الشحن والتفرير.
- المطلب الأول: الأسباب العامة لإعفاء مقاول الشحن والتفرير في السفن الذكية.
- المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لإعفاء مقاول الشحن والتفرير في السفن الذكية.
- المبحث الثاني: الأسباب الاتفاقية لإعفاء مقاول الشحن والتفرير.
- المطلب الأول: أسباب الإعفاء قبل الشحن أو بعد التفريغ والتسليم.
- المطلب الثاني: أسباب الإعفاء في حالة شحن وتفرير بضائع ذات طبيعة خطيرة.
- الخاتمة: وتتضمن النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

الأسباب القانونية لاعفاء مقاول الشحن والتغريغ

يحتل موضوع الإعفاء القانوني من المسؤولية أهمية خاصة في النظام القانوني لمسؤولية مقاول الشحن والتغريغ، ويرجع ذلك بصفة أساسية لأهمية الآثار القانونية المترتبة عليه، من حيث قدرة مقاول الشحن والتغريغ على درء مسؤوليته، من خلال إثبات إحدى الحالات أو الأسباب القانونية المغفية من المسؤولية¹. هذا الإعفاء قد يكون مثار جدل مع التوقعات التي تشير إلى دخول السفن الذكية في عالم النقل البحري، الأمر الذي تنبه له المشرع الإماراتي في القانون البحري الجديد في أواخر سنة 2023 حيث تعرض في الفقرة الرابعة من المادة 78 إلى السفن التي تسير آلياً.

ويقصد بالإعفاء القانوني أي حالات الإعفاء المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية والتشريع الإماراتي، ولا شك أن اختلاف أساس المسؤولية في الاتفاقيات الدولية والتشريع الإماراتي، أدى إلى اختلاف طرق دفعها، وحالات الإعفاء منها، ولذلك كان طبيعياً أن يكون هناك اختلاف بين التشريعات الوطنية المختلفة في حالات الإعفاء القانوني، وكذلك الاتفاقيات الدولية، وذلك وفقاً للأساس القانوني الذي اتبעה كل منها لقيام المسؤولية وترتيبها².

فلما كان الأساس القانوني لهذه المسؤولية هو المسؤولية المفترضة في معاهدة بروكسيل، والخطأ المفترض في معاهدة هامبورج، فإن السبب العام للإعفاء القانوني يختلف في كل من معاهدة بروكسيل وهامبورج وروتردام³. عليه؛ إجراء مقارنات بين

1 سوزان علي حسن، عقد نقل البضائع بالحاويات، دار الجامعة الجديدة، 2004م، ص 142.

2 محمد عبد الفتاح ترك، عقود البيوع البحرية الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2007م، ص 370.

3 عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع في ظل قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990، دار الهبة العربية، 2008م، ص 136.

إعفاء مقاول الشحن والتفریغ من المسؤولية يصبح مطلوباً عند التعامل مع سفن تقليدية أو سفن ذكية.

وعليه، أتناول هذا المبحث في مطلبين وفق الآتي:

- المطلب الأول: أسباب الإعفاء العامة.

- المطلب الثاني: أسباب الإعفاء الخاصة.

المطلب الأول أسباب الإعفاء العامة

إن الأسباب التي تُدفع بها المسؤلية المدنية عموماً هي أسباب الإعفاء العامة، إذ تقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فيثبت الناقل أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه¹. وأسباب الإعفاء العامة لدفع المسؤولية وفقاً لما تقرره المادة 175 / 1 من القانون البحري الإماراتي و 17 / 3 من قواعد روتردام يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع تمثل بالقوة القاهرة، وخطأ الشاحن، والعيب الذاتي في البضاعة².

وعليه، أتناول هذا المطلب في فرعين كالتالي:

- الفرع الأول: الإعفاء القانوني لمقاول الشحن والتفریغ في الاتفاقيات الدولية.

- الفرع الثاني: الإعفاء القانوني لمقاول الشحن والتفریغ في القانون البحري الإماراتي.

1 علي سيد قاسم، الوجيز في القانون البحري الإماراتي القانون الاتحادي رقم 26 لسنة 1981 مع الإشارة إلى مشروع القانون الجديد، دار الهبة العربية، 2014م، ص 142.

2 "المادة 3 / 3 (أ)، قواعد روتردام، وتقابليها المادة 175 / 1 من القانون البحري الإماراتي 43/2023، والمادة 2 / 2 (د)، اتفاقية بروكسيل".

الفرع الأول الإعفاء القانوني لمقاول الشحن والتغريغ في الاتفاقيات الدولية

إذا كانت الاتفاقيات الدولية قد نصت على الإعفاء القانوني للناقل البحري دون أن تتعرض إلى ذلك الإعفاء بالنسبة لمقاول الشحن والتغريغ، فإن السؤال الذي يُطرح يتجلّى بالبحث عن هذه الأسباب في كل من قواعد هامبورغ وقواعد روتردام وفق التالي:

أولاً: السبب العام للإعفاء في اتفاقية هامبورج:

إن مسؤولية مقاول الشحن والتغريغ عن البضائع في اتفاقية هامبورج تقوم على قرينة الخطأ استناداً إلى أنه من تابعي الناقل، فإذا حدث هلاك أو تلف أو تأخير بالبضاعة فيفترض خطأ الناقل أو تابعه المقاول ومن ثم مسؤوليته عن الضرر اللاحق بالشاحن أو المرسل إليه، ومع ذلك فقد قررت الاتفاقية للناقل إمكانية نفي قرينة الخطأ، من خلال إثباته أنه قد قام ببذل العناية الكافية والمعقولة لمنع حدوث الهلاك أو التلف أو التأخير في تسليم البضاعة، ويعتبر عبء مسؤولية إثبات اتخاذ العناية الكافية على الناقل وتابعيه أو وكلائه¹، وذلك من خلال إثبات أن السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو العيب الذاتي أو فعل الشاحن أو تابعه أو فعل الغير كان هو السبب في هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في تسليمها².

ويتميز السبب العام للإعفاء الوارد في اتفاقية هامبورج، أنه ألغى قائمة الأسباب والحالات الطويلة التي وردت في اتفاقية بروكسيل، حيث أوردت نظاماً جديداً للإعفاء

1 سالم بن سلام بن حميد الفليطي، مسؤولية الناقل البحري في ظل قواعد روتردام 2008 للنقل البحري للبضائع: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2015م، ص 109.

2 محمد كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في قانون التجارة البحري رقم 8 لسنة 1990: دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورج، دار منشأة المعارف، 2003م، ص 133؛ عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 137.

من المسؤولية بحيث يتخلص بمقتضاه الناقل من المسؤولية إذا أثبت شروطه، وذلك دون ضرورة أن يثبت حالة معينة من الحالات التي كانت واردة في اتفاقية بروكسيل، فسبب الإعفاء العام الوارد في اتفاقية هامبورج ينطبق في كافة الحالات والأحداث والأسباب - إذا توافرت شروطه - وبالتالي يعفي الناقل من المسؤولية، وهو ما يعطي للناقل حرية وسُهولة أكبر للتخلص من المسؤولية¹.

ثانياً: أسباب الإعفاء القانوني من المسؤولية في معاهدة روتردام لسنة 2008:

"جاءت اتفاقية روتردام بفلسفة جديدة فيما يتعلق بإعفاء الناقل من المسؤولية، تختلف باختلاف أساس المسؤولية في كل مرحلة من مراحل تأسيس المسؤولية، فقد أُسست المسؤولية على الخطأ المفترض للناقل، ثم دحض هذه القرينة من قبل الأخير، ثم نقل عبء الإثبات للشاحن أو المرسل إليه المضرور بإثبات خطأ الناقل، وهذا يسري على مقاول الشحن والتفریغ كونه من تابعي الناقل"، وعلى أساس ذلك يتقرر الإعفاء ، ولذلك لا يوجد طريق واحد منصوص عليه للإعفاء القانوني في اتفاقية روتردام ولكن يوجد أكثر من وسيلة وطريق² :

1- تأسيس المسؤولية على الخطأ المفترض يتقرر الإعفاء إذا أثبت الناقل أو تابعه المقاول أن الهلاك أو التلف أو التأخير أو الحدث أو الظروف التي تسببت في الضرر لا يعزى إلى سبب ارتكبه هو أو أحد تابعيه أو وكلائه³ ، "كما يعفي الناقل إذا أثبت أن هناك سبباً من أسباب الإعفاء التي نصت عليها الاتفاقية، هي التي

1 محمد بهجت عبد الله قايد، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في اتفاقية هامبورج، دار المهمة العربية، 1998م، ص80؛ سالم بن سلام بن حميد الفليقي، مرجع سابق، ص216.

2 عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحري، دار الثقافة، 1999م، ص323.

3 "المادة (17/2) من اتفاقية روتردام لسنة 2008".

كانت السبب في حدوث الهلاك أو التلف أو التأخير في تسليم البضاعة، حيث أوردت الاتفاقية في المادة "3 / 17" قائمة مطولة من الحالات التي يعفى بسببها الناقل¹.

- إعفاء الناقل من المسؤولية إذا ثبت أن الهلاك والتلف يرجع إلى إحدى الحالات العديدة المنصوص عليها في المادة "3 / 17" من "اتفاقية روتردام"، وفي هذه الحالة أجازت الاتفاقية للمطالب بالتعويض أن يثبت وجود خطأ من الناقل أو أحد تابعيه وهنا المقصود في دراستنا مقاول الشحن والتغريغ، أو يثبت أن الضرر يرجع إلى سبب آخر غير الأسباب التي تتضمنها قائمة الأسباب المطولة التي تتضمنها الاتفاقية أو يثبت أن الضرر يرجع إلى عدم صلاحية السفينة"².

وما يسري على السفن التقليدية يسري أيضاً على السفن الذكية، حيث وضعت اتفاقية هامبروج ومعاهدة روتردام لسنة 2008 عدّت أسباب وحالات قطع السبية

1 فنصت المادة "3 / 17" على قائمة مطولة من الأسباب التي يعفى بها الناقل من المسؤولية، والتي من أهمها: القضاء والقدر، ومخاطر البحر أو المياه الأخرى الصالحة للملاحة وأخطارها وحوادثها، الحرب والأعمال القتالية والنزاعسلح والقرصنة والإرهاب وأعمال الشغب والاضطرابات الأهلية، قيود الحجر الصحي؛ أو ما تقوم به الحكومات أو الم هيئات العمومية أو الحكماء أو الناس من تدخلات أو ما تقيمه من عوائق، بما فيها الاحتياز أو التوقيف أو الحجز الذي لا يعزى إلى الناقل أو تابعيه، الإضرابات أو إغلاق المنشآت في وجه العمال أو التوقف عن العمل أو المعوقات المتعلقة بالأيدي العاملة؛ نشوب حريق على السفينة؛ وجود عيوب خفية يتذرع اكتشافها ببذل العناية الواجبة. فعل أو إغفال من جانب الشاحن أو الشاحن المستندي أو الطرف المسيطر أو أي شخص آخر يكون الشاحن المستندي مسؤولاً عن أفعاله، أعمال تحمليل البضائع أو مناولتها أو تستيفها أو تغريغها، حدوث فقد في الحجم أو الوزن أو أي شكل آخر من الهلاك أو التلف من جراء خلل أو سمة أو عيب متصل في البضائع؛ وجود قصور أو عيب في أعمال رزم أو وسم لم يؤدها الناقل أو لم تؤد نياته عنه؛ وإنقاد أرواح في عرض البحر أو محاولة إنقاذهما، تدابير معقولة لإنقاد ممتلكات في عرض البحر أو محاولة إنقاذهما".

2 سالم بن سلام بن حميد الفليطي، مرجع سابق، ص 252.

التي يمكن أن يتمسك بها مقاول الشحن والتغليف لدفع مسؤوليته عن الضرر الذي أصاب البضاعة سواء هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في تسليمها، وبالتالي انتفاء مسؤولية مقاول الشحن والتغليف البحري للبضائع.

الفرع الثاني

الإعفاء القانوني لمقاول الشحن والتغليف في القانون البحري الإماراتي

كان للاتفاقيات الدولية بشأن النقل البحري للبضائع تأثيرها على موقف التشريعات الوطنية في تحديد حالات الإعفاء القانوني لمسؤولية مقاول الشحن والتغليف كأحد تابعي الناقل البحري، فعلى سبيل المثال تأثر المشرع الإماراتي بنهج اتفاقية بروكسيل عند تحديدها لحالات الإعفاء القانوني، بينما جاء المشرع المصري متبعاً لنهج اتفاقية هامبورج لسنة 1978، "وذلك فيما عدا بعض الاختلافات البسيطة. وقد جعل مسؤولية الناقل قائمة على الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، وهو نفس النهج الذي اتبعته اتفاقية هامبورج، في حين أن المشرع المصري أقام مسؤولية الناقل على أساس المسؤولية الموضوعية، والتي لا يعفي منها الناقل إلا بإثبات السبب الأجنبي".

وجاءت المادة 175 من القانون البحري الإماراتي لتنص على أن "1- يكون الناقل مسؤولاً عن الهلاك أو التلف اللاحق بالبضائع في الفترة ما بين تسليمه البضائع وتسليمها لصاحب الحق في تسليمها، ما لم يثبت أن اتخذ هو وتابعوه ووكلاه جميع التدابير المعقولة لمنع وقوع الضرر أو أنه استحال عليه اتخاذ هذه التدابير" وعليه، يمكن للتابع مقاول الشحن والتغليف الاستفادة من هذه المادة كونه من تابعي الناقل، وكذلك وفقاً لنص المادة (129) من نفس القانون التي نصت على أنه: "2- تسرى أحكام المواد (175) و(177) و(180) و(183) بند 1) و (183) من هذا المرسوم بقانون، على مسؤولية مقاول الشحن والتغليف عن هلاك البضائع أو تلفها".

ومن هذا النص يتضح أن المشرع الإماراتي قد استوجب لكي يدفع الناقل مسؤوليته أن يثبت أن الضرر الواقع للبضاعة قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه، وهو ما يعد تطبيقاً لنص المادة 273 من قانون المعاملات المدنية: "1- في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه. 2- وإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين".¹

ويعرف السبب الأجنبي بأنه الواقعة التي لا يد للناقل أو لنائبه دخل في وقوعها²، ويتمثل السبب الأجنبي في مجال دفع مسؤولية الناقل البحري في الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو فعل الغير، أو خطأ الشاحن أو تابعيه، أو عيب ذاتي في البضاعة.³

1 المادة 287 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م. وقد استقر قضاء المحكمة الاتحادية العليا وكذلك قضاء محكمة تمييز دبي على أن "المفهوم القانوني للقوة القاهرة والتي إذا ما طرأت على البنود الملزمة للجانبين في العقد تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وفقاً للفقرة (1) من المادة (273) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وعلى ما ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بأن القوة القاهرة كل أمر خارج عن إرادة الإنسان، لا يمكن توقعه، ولا يمكن التغلب عليه؛ وحتى يعتد بالقوة القاهرة كسبب من أسباب الإبراء من المسؤولية يجب أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، أما إذا نتج عنها صعوبة في التنفيذ أو زيادة في التكاليف أو أكثر إرهافاً فلا يعتبر ذلك من قبيل القوة القاهرة". انظر: المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 119 لسنة 19 قضائية، تاريخ 14/02/1999، المبادئ القانونية الصادرة عن المحكمة، أبوظبي، ص 163؛ محكمة تمييز دبي، في الطعن رقم 238/2012، طعن عقاري، تاريخ 10/02/2013م.

2 محمد محمد هلالية، الوجيز في القانون الخاص البحري. جامعة المنصورة، بدون دار نشر، 2022م، ص 345.

3 إخلاص لطيف محمد، مسؤولية الناقل البحري عن تلف البضاعة وهلاكها: دراسة مقارنة، مجلة لارك للفلسفة واللغويات والعلوم الاجتماعية، تصدر من كلية الاداب، جامعة واسط، العراق، المجلد الأول، العدد 26، 2017م، ص 9.

ويشترط في الفعل المسبب للسبب الأجنبي، على اختلاف أنواعه شرط عدم التوقع وشرط عدم القدرة على تجنب أو دفع الحادث أو تلافي نتائجه، وذلك حتى يكون سبباً موجباً للإعفاء¹. وقد اتفق رأي الفقهاء على أن السبب الأجنبي يشمل القوة القاهرة وعيوب البضائع، وخطأ الشاحن وخطأ الغير²، وهو ما أقوم بدراسته على التوالي.

أولاً: أسباب الإعفاء المتعلقة بالبضاعة:

إن العيوب التي تتعلق بالبضاعة متعددة ومتنوعة وهي إما أن تكون متلازمة مع نوع البضاعة أو تكون ناتجة عن سبب عدم احتراز الشاحن أو من كلف بهذه المهمة بمعنى إما أن تكون البضائع تتطلب درجة أكبر من العناية أو يجب أن تكون في وضع وطريقه خاصة بالنقل³.

1 سالم بن سلام بن حميد الفليطي، مرجع سابق، ص 220.

2 محمد عبد الفتاح ترك، عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة، 2005م، ص 355.

3 جاء في ذلك قضاء المحكمة الاتحادية العليا "ما كان ذلك وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يجوز للمرسل إليه أو من يحل محله-كالمؤمن-إثبات عكس البيانات التي يشمل عليها سند الشحن، كما أن المقرر أن هلاك البضاعة أو نقصها وتعذر تحديد وقت حصول ذلك، افتراض وقوعه من فترة النقل البحري، ما لم يثبت الناقل أن الهلاك أو التلف ناشئ عن أحد الأسباب المشار إليها بنص المادة 275 من القانون التجاري البحري، وإذا كان ذلك وكان البين من الأوراق وخاصة تقرير مراقب الخسائر البحري المظروف بالملف أن البضاعة موضوع عقد التأمين لم تتضرر أثناء الرحلة البحرية بدلالة أن معدات التبريد كانت تعمل بصفة سلية وأن درجات التبريد كانت مستقرة في الحدود التي تبقى على حالة التجمد، وإنما يعود سبب تلفها إلى كونها تشحن من مخازن البائع أو المرسل وهي في حالة تعفن، وبذلك يكون الخطير المؤمن عليه لم يتحقق أثناء الرحلة البحرية ولا يسأل عنه الناقل البحري الذي تحل محله شركة التأمين في سداد قيمة التعويض، أما بتمسك له الطاعنة بخصوص حجية سند الشحن وما ضمن له من كون البضاعة شحنت على السفينة وهي في حالة سلية، فإنه وعلى هدي مما ذكر أعلاه سواء من جهة القانون أو فقه القضاء يجوز للغير حسن النية أو المرسل إليه إثبات عكس ما ضمن بذلك السند، وشركة التأمين هي في مركز الغير بالنسبة لوثيقة الشحن ولها مصلحة في إثبات عكس ما ضمن به بخصوص سلامة البضاعة....". انظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا، طعن رقم 656 لسنة 2013 تجاري.

1- العيب الذاتي في البضاعة:

إن البحث في موضوع العيب الذاتي في البضاعة يدعونا إلى التساؤل عن معنى العيب الذاتي. فقد قيل إن العيب الذاتي ليس طارئاً على البضاعة، وإنما هو خاصية في طبيعتها تؤدي إلى إفسادها ثم تدميرها مع مرور الوقت¹. أي أنه سبب ناشئ عن طبيعتها الداخلية يؤدي دونما تدخل من المقاول إلى هلاك البضاعة أو تلفها، ومثال ذلك حدوث اشتعال تلقائي أو تخمر²، أو أن تكون البضاعة مما تتلف بالبرودة أو الرطوبة أو الحرارة³ أو تنقص بالرغم من اتخاذ كافة التدابير الاحتياطية الالزمة لكل بضاعة على حدة.

إذا كان الأمر كذلك، فهل على المقاول أن يتحمل ما في البضائع من عيب ذاتي، والجواب بالتأكيد أن المقاول لا يسأل عما يصيب البضائع من هلاك أو تلف بسبب عيب فيها أو صفة لم يكن في مقدور المقاول إدراكتها أو تلافتها⁴. والهلاك قسمان إما أن يكون هلاكاً كلياً كما لو احترقت أثناء النقل، أو تأخرت عن تسليمها عن الموعد المحدد، أو هلاكاً جزئياً وهو في حالة تسليم البضاعة ناقصة من حيث الوزن أو العدد أو الكمية⁵. أما التلف فهو يعني أن تصل البضاعة كاملة من حيث الكمية أو العدد أو الحجم ولكنها معيبة من حيث النوع سواء وقع العيب على البضاعة كاملة أو على جزء منها⁶.

1 محسن شفيق، الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر، دار النهضة العربية، د.ت، ص 85.

2 محمد كمال حمدي، مرجع سابق، ص 68.

3 عدلي أمير خالد، عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006م، ص 76.

4 هاني دويدار، النقل البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008م، ص 95.

5 عبد القادر حسين العطير، مرجع سابق، ص 388؛ طالب حسن موسى، القانون البحري، دار الثقافة، 2004م، ص 139.

6 عبد القادر حسين العطير، مرجع سابق، ص 391؛ طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص 140.

وهذا لا يعني بالضرورة أن قابلية الأشياء المنقولة للكسر يكفي لدفع مسؤولية المقاول إذا أصابها الكسر أثناء الشحن أو التفريغ بل تتحقق مسؤولية المقاول إذا لم يبذل ما يمكن من وسائل لحماية مثل هذه الأشياء أثناء النقل.

فالعيوب الذاتي كما بینا هو العيب الداخلي منذ النشأة، أو هو العيب في طبيعة البضاعة¹. ويغلب أن يرجع سبب إعفاء المقاول من المسؤولية هنا أنه من الممكن إلحاق هذا العيب بخطأ الشاحن². ومعلوم أن هذا العيب في البضائع يتميز بأنه عيب بطبيعته غير ظاهر، لذا لا يكتشف عند الشحن ولا يكون ثمة تحفظ بشأنه في سند الشحن ولكن عند الوصول يكتشف مثل هذا العيب³.

ولكن ما هو الوضع بالنسبة لما تتعرض له بعض البضائع بسبب خواصها من نقص، فهل على المقاول التزام في هذه الحالة؟ الجواب بالتأكيد أن المقاول لا يسأل عن النقص المعتمد، الذي يصيب البضاعة أثناء الشحن أو التفريغ بسبب يعود إلى طبيعتها كما لو كانت البضاعة عبارة عن مواد من السوائل وتبخر جزء منها بسبب عوامل الجو، أو كانت البضاعة من الحبوب وسقطت كمية صغيرة منها - دون إهمال أو خطأ- أثناء عملية الشحن أو التفريغ⁴. لذا يعتبر نقص حجم البضاعة أو وزنها

1 عبد القادر حسين العطير، مرجع سابق، ص 414، أسامة عبد العزيز، التنظيم القانوني للنقل بطريق الحاويات، منشأة المعرفة، 2004م، ص 315.

2 محمد بهجت عبد الله قايد، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، الجزء الأول، دار الهبة العربية، 2003م، ص 126؛ عاطف محمد الفقي، قانون التجارة البحرية، دار الهبة العربية، 1998م، ص 366؛ علي جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، معاونو الناقل البحري، تأجير السفن، النقل البحري، دار الهبة العربية، 1992م، ص 532.

3 محمد كمال حمدي، اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع عام 1978، منشأة المعرفة، 1998م، ص .84.

4 عادل علي المقدادي، القانون البحري، المكتب الجامعي الحديث، 2009م، ص 129.

شيئاً طبيعياً ولا يمكن نسبته إلى فعل المقاول أو خطئه. نظراً لما تتميز به هذه الأنواع من البضائع.

وبالتالي يمكن القول إن العيب الخاص بالبضاعة والمسبب لنقص هو أمر من لوازم الشيء ولذا فهو لا يعد بالضرورة عيباً خفيّاً¹. لذا لا يسأل المقاول وفقاً للقواعد العامة عن الهلاك أو التلف الذي يصيب البضاعة بسبب عيوبها الخاصة ولكن يتبع على المقاول في هذه الحالة إثبات عيب البضاعة والعلاقة السببية بينه وبين الهلاك أو التلف ولو لم يورد أي تحفظ عنه في سند الشحن². ولهذا يمكن للمقاول أن يدفع مسؤوليته عن الضرر الذي يصيب الشحنة ببرده إلى هذا العيب الخفي أو الخاص بالبضاعة³. ولكن إذا استطاع الشاحن أن يثبت أن العيب الذاتي ليس هو السبب الوحيد في هلاك أو تلف البضاعة أثناء الشحن أو التغريغ كان المقاول مسؤولاً بقدر اشتراكه في إحداث هذا الضرر⁴. فإذا ثبت الخبراء أن الهلاك أو التلف ناتج عن العيب الذاتي للبضائع المنقوله، من دون أن يصدر من المقاول أي خطأ، فلا شيء على المقاول. وقد يكون من الجائز عند الاقتضاء أن يكون المرسل (الشاحن) مسؤولاً عن

1 يعقوب يوسف صرخوه، الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي، الجزء الأول، دار الكتب، 1988م، ص 402.

2 فايز نعيم رضوان، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، مطابع الحلو، 1998م، ص 371.

3 يعقوب يوسف صرخوه، النظام القانوني لمسؤولية الناقل البحري عن البضائع في القانون البحري الكويتي الجديد، دراسات، السنة الثامنة، العدد الثاني، 1984م، ص 175.

4 فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 371، بسام عاطف المختار، معاهدة بروكسل وتعديلاتها، منشورات الحلبي، 2006م، ص 151؛ فيصل إبراهيم الهولي، مسؤولية الناقل البحري وفقاً لقانون التجارة البحرية الكويتي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2006م، ص 54.

تعويض هذا الضرر، لأنه ارتكب خطأ¹. وذلك لما قد يكون قد ترتب عليه من إضرار بالغير نتيجة خطئه.

والعيوب الذاتي في البضاعة يعطي الناقل كالمقاول الحق بالتمسك بالإعفاء من المسؤلية لأنّه غير ملزم بفحص البضاعة فحصاً دقيقاً مما يعرقل عمله ويحد من نشاطه المعتاد ولوه بالطبع أن يثبت العيب الذاتي في البضاعة بكافة الطرق وعليه أيضاً أن يثبت أنه حافظ على الشيء المنقول حتى يتمتع بالإعفاء².

ونصت المادة (4/544) من "قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن العيب الخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبيّنه الشخص العادي أو لا يكشفه غير خبير وألا يظهر إلا بالتجربة". ونصت المادة (1/275) في الفقرة (م) من القانون التجاري البحري الإماراتي: "النقص في الحجم أو الوزن أو أي نقص آخر ناتج عن عيب خفي أو من الطبيعة الخاصة للبضائع أو أي عيب ذاتي فيها"، وكذلك الفقرة (غ) من ذات المادة: "العيوب الخفية التي لا يكشفها الفحص العادي".

وهذه النصوص تتعلق بأسباب إعفاء مقاول الشحن والتفرير من المسؤلية، وبدوره عليه أن يؤدي التزامه القانوني ويحافظ على هذه البضاعة المنقولة، حتى يستطيع التمسك بهذا الإعفاء تجاه صاحب الحق فيها، وبشرط أن يخطر الشاحن مقاول الشحن والتفرير بطبيعة البضاعة المنقولة، لكي يتخذ التدابير اللازمة تجاهها³.

1 حورية سعيد بورنان، تحديد طبيعة مسؤولية الناقل البحري، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، 1990م، ص 116.

2 عبد القادر حسين العطير، مرجع سابق، ص 415.

3 عماد الدين عبد الحي؛ محمد مرسي عبده، القانون البحري لدولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الشارقة، 2021م، ص 303.

ولذا، فإذا كانت القواعد القانونية في كل من القانون البحري الإماراتي وقواعد هامبروغ وروتردام تعطي الناقل الحق بالإعفاء من المسؤولية بالعيوب الذاتي في البضاعة، فإن مقاول الشحن والتغليف يستفيد بكل تأكيد من هذا السبب نظراً لأن مهمته تقتصر على الشحن والتغليف للبضاعة ولا يمتد إلى الكشف عن البضاعة للتعرف أو للتأكد فيما إذا كانت البضاعة معيبة أم لا.

ونرى أن مقاول الشحن والتغليف يعفي من المسؤولية في النقل البحري التقليدي، إذا أثبتت أن ما لحق البضاعة من ضرر أو نقص حسب العرف التجاري، وذلك إن لم يستطع الشاحن أو المرسل إليه، إثبات أن هذا الضرر أو النقص في البضاعة راجع إلى خطأ مقاول الشحن والتغليف. ومن ناحية أخرى، إذا أثبتت مقاول الشحن والتغليف أن الضرر أو النقص سببه عيب ذاتي في البضاعة.

وفي السفن الذكية يختلف الوضع عنه في السفن التقليدية، حيث إن نسبة العجز في البضاعة تقل إن لم تندم، بسبب ظهور وسائل وتقنيات حديثة لنقل البضاعة من جهة الحاويات والطروع وغيرها من وسائل النقل، فلا مبرر لهذه النسبة التي كان العرف التجاري يعتد بها، لما يواجه الرحلة البحرية من ظروف وعمليات الشحن والتغليف، ففي ظل السفن الذكية، تمتاز الحاويات بمقاومة الصدمات والتحكم في درجة الحرارة داخل الحاوية التي قد تتعرض لها الرحلة البحرية، ما يقلل نسبة العيب الذاتي، كما أن السفن الذكية ستقوم بتسليم البضاعة في فترة وجيزة، لأنها تعمل من دون انقطاع من ميناء الشحن إلى ميناء التفريغ، بعكس السفن التقليدية التي لا تعمل بشكل متواصل¹.

1 د. هشام رمضان الجزائري، صدام عبد الحسين رميش، مزايا وعوائق نظام النقل بالحاويات في النقل البحري، مجلة دراسات البصرة، تصدر عن مركز دراسات البصرة، جامعة البصرة ملحق العدد (50)، السنة الثامنة عشرة، كانون الأول 2023م، ص 369.

2- انعدام أو عدم كفاية التغليف:

إذا رغب الشاحن - المرسل - أن ينقل بضائع فإن من واجبه أن يقوم بتغليف هذه البضائع، وهذا لعدة أسباب، منها الحفظ ومنها لسهولة النقل، لذا فإن عدم تغليف البضائع أو عدم تغليفها بالصورة المطلوبة يعفي المقاول من المسؤلية لا لشيء إلا لأن هذا السبب لا يد للمقاول فيه. والتغليف هو عملية وضع البضاعة داخل كرتين أو صناديق أو لفها بشكل يقيها المؤثرات الخارجية وينبع أثر الصدمات عنها أثناء النقل. أما التحريم فهو عملية إحاطة البضاعة المغلفة بحبال أو أحزمة أو أربطة بلاستيكية أو معدنية لتقوية التغليف حتى يصمد أمام المخاطر التي تتعرض لها البضاعة أثناء النقل¹.

لذا يعتبر خطأ من جانب الشاحن أن يصدر بضاعة مغلفة تغليفاً معيباً أو دون تغليف كافٍ. فكفاية التغليف ليس ضرورياً فقط لضمان حفظ البضائع خلال الرحلة البحرية وإنما أيضاً لحمايتها أثناء تداولها خلال عمليات الشحن والتفرير². فإذا كان تغليفها غير كافٍ وترتب على ذلك حصول أضرار لها فلا يكون المقاول مسؤولاً عن ذلك أمام الشاحن لأن الضرر مبني على خطئه³.

ويتمثل خطأ الشاحن أو تابعيه في وجود عيب في تغليف البضاعة مما يتربّط عليه شحنة بطريقة لا تتفق مع طبيعتها ومن ثم أصابتها بضرر لا يد للمقاول فيه، بل الشاحن هو المسبب في ذلك الضرر⁴. ولا يعني ذلك أن يكون دور المقاول سلبياً إلى أقصى حد،

1 عماد الدين عبد الجي؛ محمد مرسي عبده، مرجع سابق، ص 409.

2 أمال أحمد كيلاني، التقاضي في عقد النقل البحري، مطبعة الرسالة، 2001م، ص 532.

3 علي حسن يونس، عقد النقل، دار الفكر العربي، د. ت، ص 304.

4 محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 356.

لأنه إذا كان النقص في التغليف ظاهراً، وجب عليه أن يلفت انتباه الشاحن إلى ذلك.¹

وقد يختلط العجز - وهو يعبر عيباً ذاتياً للبضائع - بعيوب في التغليف الذي بدوره يبرئ المقاول إذا لم يتجاوز هذا العجز النسبة المسموح بها بحكم العادة، فينظر إلى البضاعة التي بها عيب في التغليف والتي يعفى المقاول من المسؤولية عنها بسبب خطأ الشاحن، كما لو كانت البضاعة أجولة أسمنت كان بعضها ممزقاً منذ بدء الشحن، ولم يتمكن من الكشف عليها أو ملاحظتها نظراً إلى حجم العمل². ولكن ما هو القدر الكافي للتغليف المنافي لمسؤولية الشاحن؟

كما هو معلوم فمسألة كفاية التغليف من عدمه تختلف باختلاف البضائع، فما قد يعد تغليضاً كافياً بالنسبة لبضاعة معينة قد لا يمكن اعتباره كذلك بالنسبة لبضاعة أخرى وتحديد هذه الكفاية من عدمه مسألة واقع يترك تقديرها لمحكمة الموضوع³. ويعتبر عدم التغليف عيباً خاصاً إذا كانت البضاعة بحسب طبيعتها من النوع الذي لا يمكن نقله بدون تغليف⁴. وهو بالنتيجة عيب ظاهر يجب الانتباه له.

والواقع أن الأمر ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في أن المقاول لا يسأل عن الأضرار التي تصيب البضاعة إذا كان مرجعها خطأ الشاحن أو إهماله أو تقصيره في عدم كفاية التغليف وكما بينا فإن مسألة كفاية التغليف من عدمه مسألة نسبية تختلف باختلاف البضائع⁵. فاللغيف إذاً يختلف باختلاف نوع البضاعة وطبيعتها

1 حورية سعيد بورنان، مرجع سابق، ص 114.

2 علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 538.

3 يعقوب يوسف صرخوه، مرجع سابق، ص 173.

4 بسام عاطف المختار، مرجع سابق، ص 151.

5 فيصل إبراهيم الهولي، مرجع سابق، ص 55.

وطبيعة الرحلة ومدتها، فما يعتبر تغليفاً كافياً بالنسبة لنوع معين من البضاعة قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لنوع آخر، كما يجب أن يكون التغليف من الصلاة والمثانة بحيث يتحمل كامل الرحلة من البداية إلى النهاية¹.

وغالباً ما تعتبر المحاكم أن سبب الهلاك أو التلف يرجع في جانب منه إلى انعدام أو عدم كفاية التغليف وفي جانب آخر إلى خطأ الناقل أو أحد تابعيه، ومن ثم تقسم المسؤولية بين الشاحن والناقل بقدر ما أسمهم خطأ كل منهما في إحداث الضرر، أي أن إثبات الناقل انعدام أو عدم كفاية التغليف إنما يعفيه جزئياً من المسؤولية في هذه الحالة².

ويتوجب على المقاول لدفع مسؤوليته أن يثبت علاقة السببية بين عدم كفاية التغليف والضرر الذي لحق بالبضاعة. فإذا وقع الضرر بسبب عدم كفاية التغليف وبسبب أي عمل أو خطأ آخر صادر من المقاول فإن المسؤولية توزع على كل من تسبب في إحداث الضرر تطبيقاً للقواعد العامة. وفي حالة عدم كفاية الحزم مثلاً، يجب أن يبين كيف ينبغي أن يكون الحزم الصحيح كما جرى عليه العرف في نوع البضاعة وكيف حزمت البضاعة حزماً غير مطابق لهذا الحزم الصحيح، ثم يثبت أن الحزم المعيب كان هو السبب في حدوث الضرر³.

ومن الأمثلة أيضاً على الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها الشاحن وتؤدي إلى هلاك أو تلف البضاعة عدم إحكام ربط البضاعة أو تغليفها أو سوء تعبيتها بحسب طبيعتها. فإذا كانت الأضرار التي لحقت بالبضاعة ناشئة عن هذه الأخطاء يعفى المقاول من

1 محمد كمال حمدي، مرجع سابق، ص 72.

2 محمد كمال حمدي، مرجع سابق، ص 88.

3 محسن شفيق، مرجع سابق، ص 84.

المسؤولية عن هذه الأضرار ولا يلزم بالتعويض ولكن شريطة أن يكون خطأ الشاحن هو السبب الأساسي في الحاق هذه الأضرار بالبضاعة¹.

ويكون الشاحن مسؤولاً عن العيب في حزم البضاعة إذا قام الناقل بالتحفظ على وجود هذا العيب عند استلامه البضاعة، وهذا التحفظ يولد قرينة لمصلحة الناقل يمكن للمرسل أو المرسل إليه أن يطعن بها عند الاقتضاء كما يلاحظ من النص أن إعفاء الناقل يتعلق بخطأ الشاحن في حزم البضاعة ولم يتطرق إلى عملية التغليف، فالتلغيف هو عملية وضع البضاعة داخل كراتين أو صناديق أو لفها بشكل يقيها المؤثرات الخارجية ويعني أثر الصدمات عنها أثناء النقل، أما التحزيم فهو عملية إحاطة البضاعة المغلفة بأحزمة أو أربطة بلاستيكية أو حديدية لتقوية التغليف حتى يصمد أمام المتاعب التي تتعرض لها البضاعة أثناء النقل كما ينصرف التحزيم إلى تربط البضاعة على ظهر السفينة إذا كانت البضاعة منقولة على السطح².

وفي السفن الذكية، كالسفن التقليدية يُعفى مقاول الشحن والتغليف في حال عدم تغليف البضائع أو عدم تغليفها بالصورة المطلوبة، ويقع عبء المسؤولية على عاتق الشاحن وتابعه، لأن الضرر مبني على خطئه. فإذا كان سبب الهلاك أو التلف يرجع في جانب منه إلى انعدام أو عدم كفاية التغليف، يُعفى مقاول الشحن والتغليف للسفن الذكية.

3- عدم كفاية أو إتقان العلامات:

يجب على الشاحن - المرسل حال نقل البضاعة إلى المقاول استعداداً لشحنها على ظهر السفينة أن يقوم بوضع العلامات التي تمكّن مقاول الشحن والتغليف من فهم

1 فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 372.

2 عبد القادر حسين العطير، مرجع سابق، ص 409، 410.

وتحديد نوع البضاعة ومن هو المرسل إليه وما تحويه الإرسالية من مواد في داخلها، فإذا لم يقم الشاحن بذلك فهنا تكون أمام عدم كفاية العلامات بأن فقد أحد البيانات المهمة الواجب ذكرها أو إذا لم يتم وضع العلامات بالشكل الصحيح، فذلك يعتبر عدم إتقان للعلامات وبالتالي يتحمل المسئولية كشاحن - مرسل - وذلك لتقديره وعدم اعتماته بما هو واجب عليه¹.

وتعليم البضاعة يعني وضع العلامات المميزة لها عن البضائع المماثلة وهي أسماء أو رموز يمكن للناس بواسطتها تمييز البضاعة عن غيرها². ويعنى المقاول من المسئولية عن الضرر الناشئ عن عدم كفاية أو إتقان العلامات المميزة للبضاعة، كتسليم بضاعة أخرى أو عدم التسلیم أو التأخير في التسلیم³. وعدم كفاية أو إتقان العلامات يعد إهالكاً من الشاحن ويعنى إخلاله بالتزام يرتبه عقد النقل في حقه، ومن ثم فإذا أثبت الناقل أن الضرر الذي لحق بالبضاعة ناشئ عن عدم كفاية أو إتقان العلامات فإنه يعفى من المسئولية عن الضرر⁴.

وقد ذكرت المادة (3 / 3 - أ) "من معااهدة بروكسل أنه يعفى الناقل من المسئولية عن الضرر الناشئ عن عدم كفاية أو إتقان العلامات المميزة للبضاعة. ويجب أن تكون هذه العلامات مطبوعة أو موضوعه بطريقة ظاهرة على البضاعة غير المغلفة أو على الصناديق أو الأغلفة المعبأة فيها البضائع بحيث يكون من الميسور قراءتها حتى نهاية

1 محمد كمال حمدي، مرجع سابق، ص 82.

2 كاتيا عصام الصمادي، حالات مسئولية الناقل البحري عن نقل البضائع في التشريع الأردني مع مقارنة الاتفاقيات الدولية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2017م، ص 42.

3 يعقوب يوسف صرخوه، مرجع سابق، ص 402.

4 محمد كمال حمدي، مرجع سابق، ص 56.

الرحلة^١ وأهمية كفاية وإتقان العلامات تمكن الناقل من التعرف على نوع البضاعة المشحونة على وجه التحديد، وهذا هو الذي يمكنه من اتخاذ ما يلزم من احتياطات وعناية تجاه البضاعة^٢.

فإذا هلكت البضاعة أو تلفت أو ادعى الناقل أن الهلاك أو التلف راجع إلى حالة من الحالات المستثناة المتقدم ذكرها؛ فإن عليه إثبات مدعاه وإقامة الدليل على أن الهلاك أو التلف ناشئ عن هذه الحالة، على أنه يجوز للشاحن بدوره أن يثبت أن الهلاك أو التلف إنما يرجع إلى خطأ الناقل الشخصي أو أخطاء تابعيه، وإذا نجح في هذا الإثبات، عادت مسؤولية الناقل إلى الظهور.

وقد ذكرت الفقرة من من معاهدة بروكسيل عدم كفاية أو إتقان العلامات. وهو صورة لخطأ يقع فيه الشاحن أو من يمثله. وأساس هذا الإعفاء قاعدة رومانية تقضي بـألا يسمح للمضرور بالطالبة بتعويض الأضرار التي هو سبب في إحداثها^٣. وعلى الناقل أو تابعه مقاول الشحن والتغريغ إن أراد الإفادة من هذا الإعفاء أن يثبت وقوع خطأ معين من الشاحن وحدوث الضرر نتيجة لهذا الخطأ^٤.

وقد " عبرت المحكمة الاتحادية العليا عن ذلك بأنه "على ما أفصحت عند المذكورة الإيضاحية - أن الذي يبرر الإعفاء من هذه الأخطاء أن الناقل لا يتدخل فعلاً ولا قانوناً في ملاحة السفينة وسيرها بما للربان من سلطة واسعة في التصرف. والأخطاء في الملاحة هي الأخطاء الفنية التي تقع في قيادة السفينة وتسيرها كالقيام بمناورة معيبة

١. يعقوب يوسف صرخوه، مرجع سابق، ص 147.

٢. محمد كمال حمدي، مرجع سابق، ص 89.

٣. حورية سعيد بورنان، مرجع سابق، ص 124.

٤. محسن شفيق، مرجع سابق، ص 83؛ فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 372؛ عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 368.

أدت إلى تصادم أو جنوح أو دخول الماء في السفينة. أما الأخطاء في إدارة السفينة، فهي الأخطاء في الأعمال التي تتعلق بالسفينة ذاتها دون أن تدخل في سيرها وحركتها ولكنها تؤثر بطريقة غير مباشرة في حمولتها كعدم إحكام غلق إحدى فتحات السفينة مما يترتب عليه دخول مياه البحر وإتلاف البضاعة ويُعتبر عن الأخطاء في الملاحظة والأخطاء في إدارة السفينة بالأخطاء البحرية وذلك تمييزاً لها عن الأخطاء التجارية- كالخطأ في شحن البضاعة أو رصها أو ربطة أو حفظها أو تفريغها أو تسليمها وهي أخطاء لا يعفي منها الناقل¹.

وهنا الوضع متماثل بين السفن التقليدية والسفن الذكية، أي يُعفى مقاول الشحن والتفریغ من المسؤولية إذا هلكت البضاعة أو تلفت راجع إلى عدم كفاية أو إتقان العلامات المميزة للبضاعة، وتلقى المسؤولية على عاتق الشاحن أو من يمثله. فينبغي أن تكون هذه العلامات مطبوعة أو موضوعة بطريقة ظاهرة على البضاعة غير المغلفة أو على الصناديق أو الأغلفة المعبأة فيها البضائع بحيث يكون من الميسور قراءتها حتى نهاية الرحلة.

ثانياً: أسباب الإعفاء الخارجية:

تتجلى أسباب الإعفاء الخارجية بالتالي:

1- القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ: "ويعتبر من قبيل القوة القاهرة كل أمر لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه و يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً"². ويقع على المدين الذي هو الناقل أو مقاول الشحن والتفریغ إثبات القوة القاهرة، وتقدير ما إذا

1 حكم المحكمة الاتحادية العليا، طعون رقم 311 و 331 و 345 لسنة 24 قضائية، الصادر بتاريخ 2004/06/20 م.

2 عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 367؛ عادل علي المقدادي، مرجع سابق، ص 135.

كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائفة¹. وإثبات القوة القاهرة يقع على عاتق مقاول الشحن والتغريغ ومن ثم فإنه في حالة تتحققها يعفى المقاول بقوه القانون كما بالنسبة للناقل. وبالرغم من أن ثمة اتجاهات تجري على التفرقة النظرية بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، إلا أنهما شيء واحد من حيث النتائج والآثار².

ويمكن القول إن القوة القاهرة هي كل حادث لا يمكن توقعه أو تفاديه ويترتب عليه استحالة التنفيذ. ويلحق بالقوة القاهرة الحادث المفاجئ³. وبالتالي تعد من قبيل القوة القاهرة أوامر السلطة العامة وحوادث الحرب والإضرار غير المتوقع الذي لا يرجع إلى خطأ الناقل⁴. لهذا يجوز للناقل أن يتخلص من المسؤولية إذا رجع السبب الذي أصاب البضاعة إلى القوة القاهرة⁵.

1 محمد كمال حمدي، مرجع سابق، ص 81.

2 فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 369؛ لطيف جبر كوماني، مسؤولية الناقل البحري، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001م، ص 117؛ محمد كمال حمدي، مرجع سابق، ص 6.

3 يعقوب يوسف صرخوه، مرجع سابق، ص 176.

4 محمد بهجت عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 125.

5 يعقوب يوسف صرخوه، مرجع سابق، ص 404، وقد قضت محكمة تمييز دبي "على ما جاء به قضاء هذه المحكمة أن إعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك البضاعة إذ كان راجعاً إلى مخاطر البحر شرطه أن تكون هذه المخاطر ذات طابع استثنائي غير عادي تتواافق فيها مقومات القوة القاهرة، وأن يثبت الناقل أنه لا يمكنه توقعها وأنه رغم قيامه بكلفة الاحتياطات الازمة لم يتمكن من تفادي نتائجها، وأن السفينة صالحة للملاحة، وأنه قام ببذل المهمة لجعلها كذلك". انظر: حكم محكمة تمييز دبي، الصادر بتاريخ 12/11/2007 في الطعن رقم 169/2007 مدنی.

2- الحريق:

يشكل الحريق قوة قاهرة طالما استحال توقعه ودفعه¹. إضافةً لما سبق، يكون الناقل قد تكبد خسائر كبيرة جراء احتراق السفينة كلها أو جزء منها. كل ذلك أدى إلى إدراج إعفاء في القانون الإماراتي وقواعد روتردام - والاتفاقات السابقة - عما يخلفه «نشوب حريق على السفينة» من ضرر².

إن "المادة 5 فقرة 4 من معاهدة هامبورج تقضي بمسؤولية الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير في تسليمها إذا أثبتت المدعى أن الحريق نشأ عن خطأ أو إهمال الناقل أو مستخدميه أو وكلائه، أو إذا أثبتت المدعى أن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم يرجع إلى إهمال الناقل أو مستخدميه أو وكلائه في اتخاذ التدابير المعقولة لإطفاء الحريق أو لتفادي آثاره أو للتخفيف منها". وعلى هذا فإن هذه المادة تقرر إعفاء ضمنيا للناقل. ولصعوبة الإثبات المطلوب في هذه الحالة للتخفيف على المدعى، فقد أعطت المادة ذاتها كلا من المدعى أو الناقل الحق في طلب إجراء تحقيق وفقاً للممارسات المتبعة في الشحن لبيان سبب وظروف الحريق، على أن يعطى نسخه من تقرير التحقيق إلى أي منها عند الطلب³.

يلاحظ مما سبق أن الحريق باعتباره سبباً من أسباب الإعفاء من المسؤولية وفقاً لاتفاقية بروكسل وهامبورج والقانون الإماراتي يوفر للناقل حماية كبيرة وقد يجعله بمعزل عن المسؤولية، خاصةً مع صعوبة إثبات المدعى لخطأ الناقل، الذي قد يستفيد

1 "تمييز دبي - بتاريخ 16/11/1997 - الطعن رقم 139 لسنة 1997 (حقوق)".

2 "المادة 3/17 (و)، قواعد روتردام؛ المادة 175 بند 2 من القانون البحري الإماراتي 43/2023، والمادة 2/4 (ب)، اتفاقية بروكسل".

3 عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 143، 144.

من إهماله أو حتى أفعاله العمدية في إحداث الحريق، دون أن تقوم مسؤوليته¹.

3- فعل المضرور:

قد يعمد الشاحن - المرسل - إلى عمل ما يؤدي وبالتالي إلى ضرر يصيب البضاعة. فالشاحن إذا تعمد ذكر بيانات كاذبة في سند الشحن عن طبيعة البضاعة أو قيمتها. كما لو لم يذكر أن البضاعة قابلة للكسر أو العطب أو قدرها بأقل من قيمتها رغبة في تخفيض الأجرة أو التدليس على الجمارك وذلك بتقريره إعفاء مقاول الشحن والتغريغ كونه من تابعي الناقل من المسؤولية عن هلاك البضائع أو تلفها أيًّا كان سبب الهلاك أو التلف إذا أثبتت الناقل عدم صحة هذه البيانات².

ولا يعفى مقاول الشحن والتغريغ من المسؤولية في الحالة التي نحن بصددها إلا إذا تحقق الشرط الآتيان وهما:

الشرط الأول: أن يكون الشاحن قد تعمد بسوء نية في تصريحاته غير الحقيقة،

1 وقد جاء في قضاء المحكمة الاتحادية العليا "لما كان من اشتراطه الاعتماد المستندي أن مخالفته الشرط النقل المباشر الوارد به هو السبب المباشر في تلف وهلاك البضاعة المشحونة وليس الحريق حتى يُقال إنها مسألة قانونية- وهذا هو ما عنى بتحقيقه الحكم المطعون فيه وانتهى إلى أن البضاعة شحنت على نحو سليم وتم تغريغها في ميناء سنغافورة ثم شحنت على سفينة أخرى وأنباء إبحارها من سنغافورة إلى دبي اصطدمت بنقالة بترويل فاشتعلت فيها النيران مما أضر بالبضاعة المشحونة، وبالتالي فإن تلف هذه البضاعة مرد إلى الحريق، ومحمولاً على هذا السبب دون غيره، وأن مخالفته شرط النقل المكتوب في الاعتماد المستندي ليس هو السبب المباشر المؤدي إلى تلف البضاعة حتى يكون محمولاً عليه وجوداً وعدمًا وبما يجعل هلاك البضاعة أو تلفها متصلًا بهذه المخالفة اتصال السبب بالسبب بحيث لواه ما حصل التلف؛ وهي دعامة كافية ومستقلة لحمل قضائه الذي لم يخالف الحكم الناقض". انظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا، طعن رقم 271، لسنة 24 قضائية، الصادر بتاريخ 14/05/2005.

Yvonne Baatz, et al, The Rotterdam Rules: A Practical Annotation, Informa, 2009, p. 5.

2 محمد بهجت عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 128

وذلك بغض النظر، عما إذا كانت هذه التصريحات، يستهدف من ورائها، غش المقاول، أو كانت لأسباب أخرى مالية أو جمركية، وسواء ترتب عنها ضرر أم لم يترتب، أما إذا لم يحصل هذا التعمد فإن المقاول يبقى مسؤولاً عما حصل للبضاعة من تلف أو هلاك.

الشرط الثاني: أن تكون التصريحات الكاذبة مدرجة في سند الشحن، وذلك ضمن بيانات هذا السند، وهذا الشرط ليس محل اعتبار للمقاول لعدم وجود صفة للمقاول في سند الشحن غالباً. فإن إعطاء الشاحن تصريحاً كاذباً عن قيمة البضائع وهو على بيته من أمره يعني الناقل من المسئولية وهذا يعني إيقاع جزاء مدني على الشاحن، ويشترط لإعمال النص كما بينت اتفاقيه بروكسيل أن يكون تصريح الشاحن صادراً عن عمد أي عن علم وبينه من أمره، بصرف النظر عن قصده فيما إذا كان موجهاً ضد الناقل أم ضد جهة أخرى كالجمارك مثلاً¹.

ففعل المرسل (الشاحن) - المضرور - يعني المقاول من المسئولية، إذا ثبت أن تلف البضاعة أو تعيمها يرجع إلى خطأ المرسل، وذلك بعدم تنبيه الناقل أو ممثله المقاول إلى طبيعة البضاعة المنقولة، مما يتربى عليه عدم قيام الناقل بالعناية الواجبة للاحفظة عليها².

"بموجب المادة 3/17 (ب) من قواعد روتردام يعفي الناقل.. من كامل مسؤوليته... إذا ثبت... أن واحداً أو أكثر من الأحداث أو الظروف التالية قد تسبب أو أسهم في الهلاك أو التلف أو التأخير:... (ح) فعل أو امتناع من جانب الشاحن أو الشاحن

¹ طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص 151؛ عادل علي المقدادي، مرجع سابق، ص 77؛ عدنى أمير خالد، مرجع سابق، ص 77؛ مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، 2000م، ص .331

² حورية سعيد بورنان، مرجع سابق، ص 113.

المستندي أو الطرف المسيطر أو أي شخص آخر يكون الشاحن أو الشاحن المستندي مسؤولاً عن أفعاله بمقتضى المادة 33 والمادة 34. وقد ورد ذات الإعفاء في اتفاقية بروكسيل والقانون الإماراتي¹.

والناقل لا يلتزم بإثبات أن الشاحن قصد الإضرار به أو بغيره. ومن ثم فإنه متى أثبت الناقل عدم صحة البيانات وأن الشاحن فعل ذلك عن عمد، فإنه لا يسأل عن هلاك البضائع أو تلفها، ويرجع ذلك إلى أن المشرع قصد معاقبة الشاحن لما قام به وذلك بحرمانه من التعويض وحتى لو كان الضرر الذي أصاب البضائع ناشئاً عن خطأ من الناقل أو من تابعيه طالما أن خطأ الناقل أو تابعيه لم يرق إلى مستوى الغش².

4- فعل الغير:

"يشترط للاعتداد بخطأ الغير كسبب للإعفاء من المسؤولية إلا يكون هذا الغير من الأشخاص الذين يعتبر المدعى عليه الناقل مسؤولاً عنهم"³. ومن صور فعل الغير أمر السلطة، والمقصود بذلك كل عمل صادر من الدولة بوصفها سلطة عامة ولو كانت أجنبية عن المتعاقدين، إذا كان من شأن هذا العمل منع تنفيذ العقد⁴. وإذا كان خطأ الغير هو وحده المسؤول عن الضرر فإن مقاول الشحن والتغريغ لا يسأل عن الضرر، وإن كان خطأ الغير من قبيل القوة القاهرة فلا تقع أي مسؤولية. والمقصود بالغير هنا

1 "المادة 175 بند 3، القانون البحري الإماراتي رقم (43) لسنة 2023م؛ وتقابليها المادة 4 / 2 (ف)، اتفاقية بروكسيل. نص الإعفاء: «... (ل) كل عمل أو ترك من جانب الشاحن أو مالك البضائع أو وكيله أو ممثله...».

2 محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 362.

3 فيصل إبراهيم الهولي، مرجع سابق، ص 57؛ فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 373؛ عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 366.

4 حورية سعيد بورنان، مرجع سابق، ص 114.

الشخص الأجنبي الذي لا يسأل الناقل أو مقاول الشحن والتفریغ عنه¹. وإذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد في إحداث الضرر فإنه وحده هو المسؤول².

وفي السفن الذكية، كالسفن التقليدية يُعفى مقاول الشحن والتفریغ إذا أثبتت إحدى الحالات الآتية: القوة القاهرة، الحريق، فعل المضرور، فعل الغير، التي كانت سبباً في إصابة البضاعة بالهلاك أو التلف. ويقع على المدين الذي هو مقاول الشحن والتفریغ إثبات ذلك.

المطلب الثاني أسباب الإعفاء الخاصة

إذا كان مقاول الشحن والتفریغ يستفيد بشكل عام من أسباب الإعفاء القانونية للناقل لدى التعامل مع السفن التقليدية، فإن السؤال الذي يثور إلى العلن هل يستفيد من أسباب الإعفاء الخاصة التي يتفق فيها الناقل مع الشاحن عند التعامل مع السفن التقليدية والسفن الذكية؛ بمعنى هل الوضع متماثل أم ثمة اختلافات؟ وعليه، أتناول هذا المطلب في فرعين، يتناول أسباب الإعفاء الخاصة في اتفاقية هامبورغ (الفرع الأول)، ومن ثم نتطرق لأسباب الإعفاء الخاصة في القانون البحري الإماراتي وقواعد روتردام (الفرع الثاني)

الفرع الأول أسباب الإعفاء الخاصة في اتفاقية هامبورغ

إذا كان الأصل العام الوارد في اتفاقية هامبورغ للإعفاء من المسؤولية هو نفي قرينة الخطأ من قبل مقاول الشحن والتفریغ، فإن هذا الأصل يتعطل في حالات

1 أمال أحمد كيلاني، مرجع سابق، ص 536.

2 محمد كمال حمدي، مرجع سابق، ص 89.

معينة نصت عليها الاتفاقية، وبحيث يمكن القول بأن إعفاء مقاول الشحن والتغريغ من المسؤولية لا يقوم في هذه الحالات على نفي قرينة الخطأ، وإنما على أساس المسؤولية المفترضة والتي لا يستطيع الناقل نفيها إلا بإثباته السبب الأجنبي، وهي:

أولاً: إعفاء مقاول الشحن والتغريغ من المسؤولية عن نقل البضائع على السطح:

لقد شددت اتفاقية هامبورج من مسؤولية مقاول الشحن والتغريغ باعتباره أحد تابعي الناقل في حالة نقل البضائع على ظهر السفينة، فقررت إقامة المسؤولية الموضوعية عليه في حالة عدم وجود حالة من الحالات الاستثنائية التي تجيز له الشحن على سطح السفينة، والتي نصت عليها الاتفاقية¹، وفي حالة عدم توافر هذه الحالات تقوم مسؤوليته وتكون مسؤولية مفترضة². وهذا الأمر غير موجود في السفن الذكية، كونها مصممة بحاويات مقاومة للصدامات لمحافظة على البضائع من

1 حيث نصت المادة (9) من الاتفاقية على أن: "لا يحق للناقل شحن البضائع على سطح السفينة إلا إذا تم هذا الشحن بموجب اتفاق مع الشاحن أو وفقاً للعرف المتبع في التجارة المعينة أو إذا اقتضته قواعد أو لوائح قانونية. 2. إذا اتفق الناقل والشاحن على شحن البضائع على سطح السفينة أو على جواز شحنها على هذا النحو، فعلى الناقل أن يدرج في سند الشحن أو الوثيقة الأخرى المثبتة لعقد النقل بياناً بهذا المعنى". فإذا لم يدرج هذا البيان، تحمل الناقل عبء إثبات وجود اتفاق على شحن البضائع على سطح السفينة، على أنه لا يجوز للناقل الاحتياج بمثل هذا الاتفاق تجاه أي طرف ثالث، بما في ذلك أي مرسلي إليه، يكون قد حصل على سند الشحن بحسن نية." 3. إذا تم شحن البضائع على سطح السفينة خلافاً لأحكام الفقرة 1 من هذه المادة، أو في حالة عدم جواز الاحتياج من قبل الناقل بمقتضى الفقرة 2 من هذه المادة بوجود اتفاق على الشحن على السطح، يظل الناقل مسؤولاً، خلافاً لأحكام الفقرة 1 من المادة 5، "عن هلاك البضائع أو تلفها، وكذلك التأخير في التسلیم، الناشئ فقط عن الشحن على السطح، ويتحدد مدى مسؤوليته وفقاً لأحكام المادة 6 أو المادة 8 من هذه الاتفاقية، حسب مقتضيات الحالة. 4. يعتبر شحن البضائع على سطح السفينة مما يخالف اتفاقاً صريحاً على نقلها في عناصر السفينة فعلاً أو تقنياً من جانب الناقل حسب مدلول المادة 8."

2 أحمد محمود حسي، النقل الدولي البحري للبضائع، منشأة المعارف، 2000م، ص 86.

الهلاك أو التلف، وهذا الأمر غير موجود في السفن التقليدية بنفس التقنية.

ثانياً: إعفاء مقاول الشحن والتفرغ من المسؤولية عن نقل الحيوانات الحية:

أعطت المادة الخامسة من اتفاقية هامبورج الناقل الحق في العفو عن الأضرار التي قد تحدث للحيوانات الحية التي تنشأ عن المخاطر المصاحبة لهذا النوع من البضائع، أي أنه يعفى من الأضرار التي تنشأ من الطبيعة الخاصة لهذه الحيوانات، ويقصد بمصطلح الأضرار هنا أي هلاك هذه الحيوانات أو إصابتها بضرر أثناء النقل أو التأخير في وصولها¹. إلا أن الاتفاقية اشترطت لكي يستفيد الناقل من هذا الإعفاء شرطين²:

- أن يقوم الناقل أثناء النقل بتنفيذ كل التعليمات الخاصة التي أصدرها إليه الشاحن والتي تتعلق بكيفية التعامل مع هذه الحيوانات والحفظ عليها، وبطبيعة الحال يتوقف هذا الإثبات على وجود تعليمات خاصة من الشاحن بالفعل.
- أن يكون الهلاك الذي حدث للحيوانات في هذه الحالة يرجع إلى المخاطر المتعلقة بهذا النوع من البضائع، والمطلوب من الناقل هنا أن يثبت احتمالية أن يكون الضرر الذي وقع يرجع إلى المخاطر اللصيقة بالحيوانات.

1 حيث نصت المادة (5/5) من اتفاقية هامبورج لسنة 1978 على أن: "فيما يتعلق بالحيوانات الحية. لا يسأل الناقل عن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم الناتج عن أي مخاطر خاصة تلازم هذا النوع من النقل. ومتى أثبتت الناقل أنه راعي أية تعليمات خاصة أصدرها إليه الشاحن فيما يتعلق بالحيوانات وأن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم يمكن أن يعزى في مثل هذه الحالة إلى هذه المخاطر،" يفترض أن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم قد نتج عن هذه المخاطر ما لم يتتوفر دليل على أن الهلاك أو التلف أو التأخير في التسليم قد نتج كله أو بعضه عن خطأ أو إهمال من جانب الناقل أو مستخدميه أو وكلائه".

2 أحمد محمود حسني، مرجع سابق، ص 96.

وبناءً على ما تقدم، تطبق هذه الشروط على مقاول الشحن والتغليف لكونه من تابعي الناقل وأن عقد الشحن والتغليف جزء لا يتجزأ من عقد النقل البحري.

ثالثاً: إعفاء مقاول الشحن والتغليف من المسؤولية عن إنقاذ الأرواح والممتلكات:
نصت الاتفاقية في المادة (5/6) منها على إعفاء مقاول الشحن والتغليف باعتباره أحد تابعي الناقل من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالبضاعة إذا كانت هذه الأضرار ترجع إلى تدابير أو إجراءات اتخذها من أجل إنقاذ الأرواح والأموال في عرض البحر، ورغم إلغاء قواعد هامبورج لقائمة الأحداث التي كانت تتضمنها معاهدة بروكسل، إلا أنها أبقيت على هذا السبب لاعتبارات إنسانية" (شفيق، د.ت، ص 95).

على "أن هذا الإعفاء لا يمنع من تحمل مقاول الشحن والتغليف نصيبة في الخسائر المشتركة إذا توافرت شروط هذه الخسائر، ذلك النص الوارد في المادة (5/6) يترجم هذا الاستثناء بوضوح بقوله" "فيما عدا الموازنة العامة" وقد تأكّد هذا المعنى كذلك بنص الفقرة الأولى من المادة 24 من الاتفاقية التي نصت على أنه: "ليس في أحكام الاتفاقية ما يحول دون تطبيق ما يرد في عقد النقل البحري أو القوانين الوطنية من أحكام متعلقة بتسوية الموازنة العامة"¹.

وفي السفن الذكية يختلف الوضع عنه في السفن التقليدية، حيث إن نقل البضائع على السطح أو نقل الحيوانات الحية يكون في ظل حاويات مقاومة للصدمات، بسبب ظهور وسائل وتقنيات حديثة لنقل البضاعة من جهة الحاويات والطروع وغيرها من وسائل النقل، إضافة إلى التحكم في درجة الحرارة داخل الحاوية التي قد تتعرض لها الرحلة البحريّة، ما يقلل نسبة الهلاك أو التلف في البضاعة، بعكس السفن التقليدية التي لا تعمل بشكل متواصل.

¹ سالم بن سلام بن حميد الفليقي، مرجع سابق، ص 234.

أسباب الإعفاء الخاصة في القانون البحري الإماراتي وقواعد روتردام

يؤدي إهمال السفينة إلى تعريضها للهلاك مما يؤثر سلباً على ثقة الأشخاص بالنقل البحري والتعويل عليه في عمليات النقل، فكان من الضروري إلزام الناقل بالاهتمام بالسفينة وجعلها صالحة للملاحة، وهو التزام يسأل عنه شخصياً ولو عهد به إلى غيره. والسفينة الصالحة للملاحة هي السفينة الملائمة من حيث هيكلها وتطبقها ومعداتها ومرافقها ل القيام برحمة بحرية معينة لنقل البضاعة محل عقد النقل¹، فهي فكرة نسبية تختلف باختلاف الرحلة والبضاعة.

وقد نصت قواعد روتردام صراحةً في المادة 14 على أن «أن يكون الناقل ملزماً قبل الرحلة البحريّة وفي بدايتها وأثنائها - ببذل العناية اللازمـة... (أ) لجعل السفينة صالحة للملاحة والإبقاء عليها كذلك». وبالتالي فإن التزام الناقل بإعداد سفينة صالحة للملاحة هو التزام ممتد ويغطي الرحلة البحريّة كاملاً، وذلك على خلاف اتجاه اتفاقية بروكسل والقانون الإماراتي الذي يجعله وقتياً ينتهي بإبحار السفينة². "وغاية ذلك رغبةً بتوزيع مخاطر النقل البحري بين الناقل والشاحن أو من يحل محله، وفي حالتنا عندما يتولى مقاول الشحن والتفرير شحن وتفرير البضائع أن تكون معدات السفينة جاهزة للمساعدة في قيامه بعمليات الشحن والتفرير على أكمل وجه³. وبالتالي فإن التزام الناقل بجعل السفينة صالحة للملاحة التزام أساسي وفق ما

1 Great China Metal Industries Co. Ltd. v. Malaysian International Shipping Corporation Berhad, The Bunga Seroja. 1 Lloyd's Rep 512, 1999, p. 527.

2 ورد ذكر التزام الناقل بإعداد سفينة صالحة للملاحة في المادة 171 بند 1/ أ من القانون البحري الإماراتي رقم (43) لسنة 2023، والمادة 1/ 3 من اتفاقية بروكسل".

3 P. Sooksripaisarnkit, Enhancing of Carriers' Liabilities in the Rotterdam Rules - Too Expensive Costs for Navigational Security, Journal of Marine Navigation & Safety of Sea Transportation. Vol.8. No.2, june 2014, pp. 309 - 315 at p. 312.

قررته قواعد روتردام صراحةً، ولا يكون للناقل درء مسؤوليته إلا بإثباته بذل العناية
اللزمرة لجعل السفينة صالحة للملاحة¹.

وقد يبدو في الوهلة الأولى أن قواعد روتردام أكثر صرامةً فيما يتعلق بمسؤولية
الناقل في حال وقوع ما يؤثر على صلاحية السفينة أثناء الرحلة البحرية مقارنةً
بالقانون الإماراتي واتفاقية بروكسيل. إلا أنه وجب التنويه بأن التزام الناقل بالمحافظة
على البضاعة المنقولة هو التزام مستمر طوال الرحلة البحرية²، وبالتالي فإن إثبات
الناقل اتخاذ ما يلزم لجعل السفينة صالحة للملاحة عند بدء الرحلة البحرية لا يعني
أنه أثبتت بذلك هو ووكلاوه العناية اللزمرة للمحافظة على البضاعة المنقولة لتجنب
وقوع الضرر أو التخفيف منه، وهو ما يقرب الاتجاهات.

ويجدر التنويه إن المشرع الإماراتي لم يخرج عما سبق في القانون البحري والذي
أشار إليها في المادة (176) منه، والتي نصت على أن: "لا يسأل الناقل عن هلاك
البضائع أو تلفها أو تأخير وصولها، إذا وقع ذلك بسبب إنقاذ أو محاولة إنقاذ الأرواح
في البحر، أو بسبب التدابير المعقولة التي تتخذ لإنقاذ الأموال في البحر". والالتزام
بإعداد سفينة ذكية صالحة للملاحة هو التزام يقع على عاتق الناقل وليس مقاول
الشحن والتغليف. وغاية ما يقع على عاتق مقاول الشحن والتغليف هو أن تكون معدات
السفينة جاهزة للمساعدة في قيامه بعمليات الشحن والتغليف على أكمل وجه.
وللناقل درء مسؤوليته إلا بإثباته بذل العناية اللزمرة لجعل السفينة صالحة للملاحة.

1 المادة 17 / (ب)، قواعد روتردام.

2 "المادة 171 بند 1/د من القانون البحري الإماراتي رقم (43) لسنة 2023، والمادة 2 / 3، اتفاقية
بروكسل 1924".

المبحث الثاني

الأسباب الاتفاقية لـإعفاء مقاول الشحن والتغريم

بالإضافة إلى حالات إعفاء مقاول الشحن والتغريم من المسئولية التي يمكن أن يستفيد منها بقوة القانون، على نحو ما أوضحتناه سلفاً، فإن بالإمكان أن يتم الاتفاق بين الناقل والشاحن على إعفاء مقاول الشحن والتغريم من المسئولية وإدراج هذا الاتفاق في عقد النقل، وهو ما عرف باسم شروط الإعفاء من المسئولية، أو الإعفاء الاتفاقي من المسئولية، بيد أن موضوع الإعفاء الاتفاقي من المسئولية كان من الأمور التي أثارت الخلاف الفقهي حولها، مما جعل لها أهمية كبيرة في موضوع مسئولية الناقل البحري¹. هذا الخلاف الفقهي سينتقل ويشتد عند تعامل مقاول الشحن والتغريم مع السفن الذكية أو ذاتية القيادة؟

هذا الخلاف كان حول مدى صحة هذه الشروط، وتأثيرها على حقوق كل من الشاحنين والناقلين، ذلك أن هذه الشروط أثرت بشكل مباشر على مصالح الطرفين، فالشاحنين يرون رفضها لأنها تؤثر على مصالحهم، وتعيق حقهم في الحصول على تعويض عن الأضرار التي تلحق ببضائعهم المنقولة بحراً، فضلاً عن كونها تفرغ عقد النقل من مضمونه وتنمّح الناقلين حرية التصرف في البضائع، وفي المقابل يرى

1 مصطفى محمد رجب، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً: اتفاقية روتردام، دار منشأة المعارف، 2017م، ص 87. وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا "من المقرر على ما هو عليه نص المادة 278 من قانون التجارة البحري وما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لها - بطلان كل شرط في سند الشحن أو من أي وثيقة أخرى مماثلة يكون من شأنه إعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك البضاعة أو تلفها الناشئ عن الإخلال بالالتزامات المفروضة عليه بمقتضى عقد النقل البحري أو أن يكون من شأن هذا الشرط تخفيف مسؤولية الناقل في هذا الشأن". انظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا، طعون أرقام 311 و 331 و 345، لسنة 24 قضائية، الصادر بتاريخ 20/06/2004.

الناقلون أحقيتهم فيها على أساس من أن العقد شريعة للمتعاقدين، وأن الاتفاق يمنحهم الإعفاء من المسئولية¹.

وإذا كان القانون قد حدد الحالات التي يمكن معها الوصول إلى اتفاق للإعفاء، كما أنه من الطبيعي النص على عدم مسؤوليته عن سلامة البضاعة في الأصل قبل الشحن أو بعد التفريغ والتسليم وكذلك الأمر في حالة نقل بضائع ذات طبيعة خاصة. هذا في السفن التقليدية، بيد أن السؤال الذي يُطرح يتجلّى بمعرفة الحال الذي سيكون عليه عن تعامل مقاول الشحن والتفرير مع السفن الذكية.

أتناول هذا المبحث في مطلبين وفي الآتي:

- المطلب الأول: أسباب الإعفاء قبل الشحن أو بعد التفريغ والتسليم.
- المطلب الثاني: أسباب الإعفاء في حالة شحن وتفرير بضائع ذات طبيعة خاصة.

المطلب الأول أسباب الإعفاء قبل الشحن أو بعد التفريغ والتسليم

جاء القانون البحري الإماراتي خالياً من أي أثر عن للإعفاء من مسؤولية مقاول الشحن والتفرير وبالتالي لا يوجد أي أثر في القانون المذكور يدعو إلى إمكانية إعفاء أو عدم جواز الإعفاء من المسؤولية للمقاول، ولذلك من الممكن اللجوء إلى القواعد العامة التي تجيز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية².

وهذا يمكن اللجوء إلى القواعد العامة في التشريع الإماراتي التي تسمح للأطراف

1 لطيف جبر كوماني، مرجع سابق، ص.58.

2 سليمان مرقس، الواقي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، دار الكتب القانونية شتات، المنشورات الحقوقية صادر، ط. 6، 2019م، ص 638 وما بعدها.

المتعاقدة إيراد شروط إعفاء من المسؤولية¹.

ونلاحظ أن أحكام المسؤولية العقدية ليست متعلقة بالنظام العام، ومن ثم يكون للمتعاقدين الاتفاق على تعديل أحكام تلك المسؤولية بإعفاء المدين منها كلياً أو بتخفيضها بإعفاء المدين من بعض ما يحقق مسؤوليته، أو تشديدها بتحميل المدين المسؤولية كاملة حتى لو رجع سبب عدم تنفيذ الالتزام إلى سبب أجنبي، مع مراعاة حكم مدى المسؤولية عند تحقق السبب الأجنبي².

وهذا الأمر كما ينطبق على السفن التقليدية، ينطبق أيضاً على السفن الذكية، حيث يجوز الاتفاق على إعفاء مقاول الشحن والتفریغ من المسؤولية، كما هو مقرر في القواعد العامة في المسؤولية، لمنها قواعد غير متعلقة بالنظام العام.

المطلب الثاني

أسباب الإعفاء في حالة شحن وتفریغ بضائع ذات طبيعة خاصة

في حالة وقوع الخسائر بسبب عدم كفاية التغليف، فذلك حسب قواعد برووكسل وهامبورغ يؤدي إلى إعفاء مقاول الشحن والتفریغ من المسؤولية، وفي هذه الحالة حتى يتحقق هذا الإعفاء فإن الشاحن يجب أن يكون عالماً بالأخطار الناشئة عن عدم كفاية التغليف وأن تكون الطريقة في تغليف البضاعة التي تحتاج إلى عناية خاصة يقابلها قيام الناقل بواجبه في بذل العناية الالزمة³.

1 عبد القادر حسين العطير، مرجع سابق، ص 427، 428.

2 أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المكتب الجامعي الحديث، ط. 2، 2006م، ص 235.

3 وليد عطية، مسؤولية الناقل البحري الناشئة عن نقل البضائع الخطرة: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015م، ص 123.

وعليه، نتناول هذا المطلب في فرعين كالتالي:

- الفرع الأول: أسباب الإعفاء في حالة شحن وتغريغ بضائع ذات طبيعة خاصة في القانون البحري الإماراتي.
- الفرع الثاني: أسباب الإعفاء في حالة شحن وتغريغ بضائع ذات طبيعة خاصة في الاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول

أسباب الإعفاء في حالة شحن وتغريغ بضائع ذات طبيعة خاصة في القانون البحري الإماراتي

لم يعرف المشرع الإماراتي البضائع الخطرة في القانون البحري الاتحادي ، ولذا يرى جانب من الفقه أن "تعريف البضائع الخطرة يعد أمراً صعباً، حتى مع إمكان تحديد البضائع التي لها قابلية للانفجار، أن البضاعة التي تعد خطرة بطبيعتها الخاصة أو بسبب الظروف الموجدة فيها".¹

وقد نصت المادة (170) من القانون البحري الاتحادي على أنه: "1- يجوز للناقل في أي وقت إخراج البضائع الخطرة من السفينة أو إتلافها أو إزالة خطورتها، ولا يسأل إذا ثبت أن ما كان ليرضى شحنتها في السفينة لو علم بطبيعتها، ويسأل الشاحن عن الأضرار والمصروفات التي تنشأ عن وضع هذه البضائع في السفينة." 2- إذا كان الناقل يعلم بطبيعة هذه البضائع وأذن بشحنتها، فلا يجوز له بعد ذلك إخراجها من السفينة أو إتلافها أو إزالة خطورتها إلا إذا ثبت أن خطورتها صارت تهدد السفينة أو الشحنة، وفي هذه الحالة لا يتحمل الناقل أي مسؤولية إلا ما تعلق بالخسائر البحرية المشتركة عند الاقتضاء".

¹ شريف محمد الغنام، التزامات الشاحن ومسؤوليته في قواعد روتردام لسنة 2008 لنقل البضائع دولياً عبر البحر: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2012م، ص 114.

يتضح من النص السابق، أن المشرع الإماراتي ميز بين حالتين:

الأولى: شحن بضائع خطرة بدون علم مقاول الشحن والتغليف: إذا قام الشاحن بشحن بضائع خطرة، أو لها قابلية لانفجار أو للالتهاب، على متن السفينة، لا تقوم بصدره أي مسؤولية، إذا أثبت أنه لن يرضى بشحنة على متن السفينة لو كان على دراية بطبيعتها ونوعها، ولا يبرأ الشاحن من المسؤولية عما يلحق من أضرار ومصروفات جراء شحنته في السفينة.

الثانية: شحن بضائع خطرة بعلم مقاول الشحن والتغليف: إذا كان مقاول الشحن والتغليف على علم بخطورة هذه البضاعة ووافق على شحنتها؛ فلا يجوز له بعدها أن يقوم بإخراجها من السفينة أو إزالة خطورتها أو إتلافها باستثناء إن أصبحت تشكل خطراً على السفينة أو على البضائع المشحونة فيها. فلا تقع على عاتق مقاول الشحن والتغليف مسؤولية.

وفي السفن الذكية، يُعفى مقاول الشحن والتغليف من المسؤولية حال عدم علمه بخطورة البضائع المشحونة، ويُسأل الشاحن عما يلحق السفينة أو البضائع المشحونة الأخرى من أضرار جراء شحنته في السفينة.

الفرع الثاني

أسباب الإعفاء في حالة الشحن والتغليف بضائع ذات طبيعة خاصة في اتفاقية روتردام

"أفردت اتفاقية روتردام - فيما يخص البضائع الخطرة- مادتين، الأولى المادة (15) في الفصل الرابع المتعلقة بواجبات الناقل، والأخرى المادة (32) في الفصل السابع المتعلقة بواجبات الشاحن".

"والتشديد في حالة نقل البضائع الخطرة، يفرض على الشاحن القيام بتغليف البضاعة والقيام بوضع الملصقات المطلوبة على البضائع الخطرة والتي تبين صفة

البضاعة وطريقة التعامل معها وفي هذا الصدد يجب اللجوء إلى مدونة (IMDG)¹، ويقع عبء الإثبات في وقوع الضرر على مقاول الشحن والتغريغ (أو الناقل البحري) لإثبات وجود خلل في تغليف البضائع².

كما في "الاتفاقيات الدولية توجد حالات مشابهة يعفي فيها القانون الإماراتي الناقل البحري من المسؤولية. فوفقاً المادة (175) من القانون البحري الإماراتي حددت حالات يعفي فيها الناقل من المسؤولية وهي حالات مشابهة لما جاء في اتفاقية برووكسل"³.

وتطبقاً لحالات الإعفاء جاء في قضية تضرر بها ناقل من جراء بضاعة غير كافية التغليف وهي إحدى "حالات إعفاء الناقل بسبب علم الناقل بحالة التغليف قبل الشحن مما يسقط حقه في حالة علمه بذلك، حيث أقام ناقل دعوى على شاحن بسبب تضرر السفينة من الشحنة والتي كانت عبارة عن براميل أسفلت وكان الناقل قد أخذ تعهد على الشاحن بإصلاح إضرار السفينة من البضائع المشحونة وقد

1 IMDG: International Maritime Dangerous Goods Code.

2 وليد عطيه، مرجع سابق، ص 127.

3 المادة: 175

"1- يكون الناقل مسؤولاً عن الهلاك أو التلف اللاحق بالبضائع في الفترة ما بين تسليمه البضائع في ميناء الشحن وتسلি�مهما لصاحب الحق في تسليمها، ما لم يثبت أنه اتخذ هو وتابعوه وكلاؤه جميع التدابير المعقولة لمنع وقوع الضرر أو أنه استحال عليه اتخاذ هذه التدابير".

"2- يكون الناقل مسؤولاً عن الهلاك أو التلف الناشئ عن الحريق، إذا ثبتت المضرور أن الحريق قد نشب نتيجة خطأ الناقل أو أحد تابعيه أو وكلائه أو إذا أهمل في أي من هؤلاء في اتخاذ التدابير اللازمة لإطفاء الحريق أو منع انتشاره".

"3- يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بالحيوانات الحية التي يقوم بنقلها، إذا ثبتت الشاحن أن الناقل أو تابعيه أو وكلائه قد أهملوا في تنفيذ تعليماته الصادرة بشأن هذا النقل".

حُكِّمت المحكمة بتاريخ 30/04/1995م برفض الدعوى على اعتبار علم الناقل بحالة البضاعة وما قد ينتج عنها وقت الشحن ومع ذلك رضى بشحنة¹. "استأنف المدعي الحكم وقضت محكمة الاستئناف بتأييد حكم المحكمة الابتدائية وطعن بعدها المدعي في محكمة التمييز وتم رفض الطعن تأسيساً بأن للناقل الحق بالرجوع على الشاحن بسبب الأضرار التي تحدثها البضائع المشحونة. على أنه في حال علم الناقل وقت الشحن بحالة تلك البضاعة وأنه سوف ينتج عن شحنة بهذه الحالة ضرر بالسفينة فإنه لا يكون له الحق في الرجوع على الشاحن بالضمان إلا في حالة غش الشاحن أو خطئه الجسيم"².

وبالنسبة للسفن الذكية، ستكون هذه المسألة حساسة أكثر مما هو عليه في السفن التقليدية، نظراً إلى أنها لا تحمل على متنها ناقلاً أو طاقماً بحرياً مخولاً بالتصريف في البضائع الخطرة للحد من خطورتها، إن طرأ خطر بسبها، ومن أمثلته اشتعال الحرائق في البضائع الخطرة، فشل التواصل مع غرفة التحكم، ترسب المعلومات المتعلقة بالبضائع الخطرة، أو القرصنة للاستيلاء على السفن والبضائع. ففي ظل غياب الطاقم البحري في السفن ذاتية القيادة، يصعب التخلص من البضائع الخطيرة أو الحد من خطورتها.

1 "طعن 37/1997، جلسة 18/10/1997، عيسى حيدر، قضاء النقل البحري، مجموعة القواعد القانونية والأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي منذ عام 1988 إلى عام 2007، مكتبة المستقبل، دبي، د.ت، ص 575".

2 "طعن 37/1997، جلسة 18/10/1997م".

الخاتمة

إن أسباب الإعفاء من مسؤولية مقاول الشحن والتفرير للسفن الذكية إما أن تكون أسباباً قانونية أو أسباباً اتفاقية. وقد نظم المشرع حالات إعفاء الناقل البحري والتي بدورها تنسجم مع ما لمقاول الشحن والتفرير من التزامات وهو يستفيد من حالات الإعفاء. وهو ما يتفق مع اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع 1978- هامبورغ- جاءت المادة 5 لتبیان المسؤولية، والمادة 17-الفصل 5 لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً- قواعد روتردام 2009. وفي القانون البحري الإماراتي بين المشرع ما للناقل من حق في الإعفاء وبالتالي فإن مقاول الشحن والتفرير له ما للناقل البحري من أسباب الإعفاء كما بينت أحكام المادة (129) بند 2 من القانون البحري الإماراتي.

وقد انتهت الدراسة لجملة من النتائج والتوصيات نعرضها كالتالي:

أولاً: النتائج:

1. نص القانون البحري الإماراتي على ثلاثة مواد فقط تتعلق بمقاؤل الشحن والتفرير، منها تحديد مسؤولية مقاول الشحن والتفرير والإعفاء منها م (129) منه والتي أحالت إلى المواد التي تتعلق بمسؤولية الناقل، وبالتالي هناك نقص تشريعى سواء لجهة التعامل مع السفن التقليدية والسفن الذكية.
2. إن موقف القانون البحري الإماراتي الحالى من مسؤولية مقاول الشحن والتفرير على وقع السفن الذكية قد يكون قاصراً عن مجازاة التطور التكنولوجى بالنسبة لهذه الآلات فيما يتعلق بالمسؤولية عن الأضرار التى تحدث.
3. إن مقاول الشحن والتفرير هو في وضع أفضل من الناقل البحري من حيث أن الأخير الخطأ مفترض بالنسبة إليه، أما المقاؤل فإن الالتزام الملزق عليه يقوم على فكرة الخطأ الواجب الإثبات.

4. يُسأل مقاول الشحن والتغليف في التشريع الإماراتي حسب القواعد العامة الواردة في قانون المعاملات المدنية (م 129 بند 1) من جانب، ومن جانب آخر فإن تحديد المسؤولية والإعفاء منها يخضع للقواعد المطبقة على الناقل البحري المنصوص عليها القانون البحري م (129 بند 2).

5. فيما يتعلق بالإعفاء المتعلق بالحريق الذي يسبب ضرراً للبضاعة، فبالنسبة لاتفاقية روتردام لسنة 2008 فقد جاء النص عاماً بذكره "نشوب حريق على ظهر السفينة"، حيث أن الإعفاء في اتفاقية روتردام قد جاء واسعاً عاماً إذ لم يحدد صراحةً إذا كان الحرائق ناشئ عن فعل الناقل أو خطئه بالإضافة إلى أنه حدد مكان الحرائق (على ظهر السفينة)، أما في التشريع الإماراتي فقد وفق بشأن حالة الحرائق، عندما وسع من أسباب حدوث الحرائق بالإضافة إلى التضييق من إعفاء الناقل البحري من المسؤولية، فلا يعفي الناقل البحري من المسؤولية حتى وإن لم يكن قد تعمد إحداث الحرائق وإنما يكفي خطئه لقيام مسؤوليته تجاه الشاحن عن الأضرار التي لحقت البضاعة نتيجة الحرائق.

ثانياً: التوصيات:

- 1- نأمل من المشرع الإماراتي أن يبادر بإدخال تعديلات على القواعد القانونية الحالية أو سن قواعد قانونية خاصة بالسفن الذكية فيما يتعلق بالمسؤولية عن الآلات الذكية، وإيجاد صيغة قانونية تضمن التعويض عن الأضرار التي تسببها في حال الشحن والتغليف وهو تحد كبير لم ينظم حتى.
- 2- من الأفضل توحيد شروط تغليف كل نوع من البضائع الخطرة وفق دراسات علمية وبالرجوع إلى أصحاب الخبرة من التغليف لتلك البضاعة، حتى يستطيع كل طرف معرفة قيامه بواجب التغليف بالطريقة الصحيحة والتقليل من أضرار البضاعة بسبب سوء التغليف نظراً لأن أحد الأسباب التي تعفي مقاول الشحن

والتفرير من المسؤولية عن أضرار نقل البضائع الخطرة هو عدم كفاية تغليفها،
وقد أشارت الاتفاقيات والتشريع الإماراتي إلى ذلك.

3- النظر في انضمام دولة الإمارات العربية المتحدة إلى اتفاقية هامبورج 1978
وقواعد روتردام 2008 لما لها من مزايا عديدة قد ذكرناها في هذه الدراسة وما لدولة
الإمارات من موقع جغرافي وازدهار التجارة البحرية فيها مما يعود عليها بالفائدة.

قائمة المصادر والمراجع

1- المراجع العربية:

أ- المراجع العامة:

1. أسامة عبد العزيز، التنظيم القانوني للنقل بطريق الحاويات، منشأة المعارف، 2004م.
2. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المكتب الجامعي الحديث، ط. 2، 2006م.
3. بسام عاطف المhtar، معايدة بروكسل وتعديلاتها، منشورات الحلبي، 2006م.
4. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، دار الكتب القانونية شتات، المنشورات الحقوقية صادر، ط. 6، 2019م.
5. طالب حسن موسى، القانون البحري، دار الثقافة، 2004م.
6. عادل علي المقدادي، القانون البحري، المكتب الجامعي الحديث، 2009م.
7. عاطف محمد الفقي، قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، 1998م.
8. عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دار الثقافة، 1999م.
9. علي سيد قاسم، الوجيز في القانون البحري الإماراتي القانون الاتحادي رقم 26 لسنة 1981 مع الإشارة إلى مشروع القانون الجديد، دار النهضة العربية، 2014م.
10. عماد الدين عبد الحي؛ محمد مرسى عبده، القانون البحري لدولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الشارقة، 2021م.
11. فايز نعيم رضوان، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، مطبع الحلو، 1998م.

12. محسن شفيق، الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر، دار النهضة العربية، د.ت.
13. محمد محمد هلالية، الوجيز في القانون الخاص البحري. جامعة المنصورة، بدون دار نشر، 2022م.
14. مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، 2000م.
15. يعقوب يوسف صرخوه، الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي، الجزء الأول، دار الكتب، 1988م.

بـ- المراجع المتخصصة:

1. أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، منشأة المعارف، 2000م.
2. إخلاص لطيف محمد، مسئولية الناقل البحري عن تلف البضاعة وهلاكها: دراسة مقارنة، مجلة لارك للفلسفة واللغويات والعلوم الاجتماعية، تصدر من كلية الآداب، جامعة واسط، العراق، المجلد الأول. العدد 26، 2017م، ص ص 1-16.
3. أمال أحمد كيلاني، التقاضي في عقد النقل البحري، مطبعة الرسالة، 2001م.
4. سوزان علي حسن، عقد نقل البضائع بالحاويات، دار الجامعة الجديدة، 2004م.
5. شريف محمد الغنام، التزامات الشاحن ومسؤوليته في قواعد روتردام لسنة 2008 لنقل البضائع دولياً عبر البحر: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2012م.
6. عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع في ظل قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990، دار النهضة العربية، 2008م.
7. عدلي أمير خالد، عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006م.
8. علي جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، معاونو الناقل البحري، تأجير السفن، النقل البحري، دار النهضة العربية، 1992م.

9. علي حسن يونس، عقد النقل، دار الفكر العربي، د. ت.
10. عيسى حيدر، قضاء النقل البحري، مجموعة القواعد القانونية والأنظمة الصادرة عن محكمة تمييز دبي منذ عام 1988 إلى عام 2007، مكتبة المستقبل، دبي، د.ت.
11. لطيف جبر كوماني، مسئولية الناقل البحري، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001م.
12. محمد بهجت عبد الله قايد، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 2003م.
13. محمد بهجت عبد الله قايد، مسئولية الناقل البحري للبضائع في اتفاقية هامبورج، دار النهضة العربية، 1998م.
14. محمد عبد الفتاح ترك، عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة، 2005م.
15. محمد عبد الفتاح ترك، عقود البيوع البحرية الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2007م.
16. محمد كمال حمدي، اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع عام 1978، منشأة المعارف، 1998م.
17. محمد كمال حمدي، مسئولية الناقل البحري للبضائع في قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990: دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورج، دار منشأة المعارف، 2003م.
18. مصطفى محمد رجب، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً: اتفاقية روتردام، دار منشأة المعارف، 2017م.

19. هاني دويدار، النقل البحري والجوي، منشورات الحلي الحقوقية، 2008م.
 20. هشام رمضان الجزائري، صدام عبد الحسين رميش، مزايا وعوائق نظام النقل بالحاويات في النقل البحري، مجلة دراسات البصرة، تصدر عن مركز دراسات البصرة، جامعة البصرة ملحق العدد (50)، السنة الثامنة عشرة، كانون الأول 2023م.
 21. وليد عطية، مسؤولية الناقل البحري الناشئة عن نقل البضائع الخطرة: دراسة مقارنة، منشورات الحلي الحقوقية، 2015م.
 22. يعقوب يوسف صرخوه، النظام القانوني لمسؤولية الناقل البحري عن البضائع في القانون البحري الكويتي الجديد، دراسات، السنة الثامنة، العدد الثاني، 1984م، ص ص 92-67.
- ج- الرسائل الجامعية:
- دكتوراه:

1. سالم بن سلام بن حميد الفليطي، مسؤولية الناقل البحري في ظل قواعد روتردام 2008 للنقل البحري للبضائع: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه. كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2015م.
- ماجستير:
1. حورية سعيد بورنان، تحديد طبيعة مسؤولية الناقل البحري، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، 1990م.
2. فيصل إبراهيم الهولي، مسؤولية الناقل البحري وفقاً لقانون التجارة البحرية الكويتي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2006م.

3. كاتيا عصام الصمادي، حالات مسئولية الناقل البحري عن نقل البضائع في التشريع الأردني مع مقارنة الاتفاقيات الدولية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2017م.

د- الأحكام القضائية:

- طعن 37/1997، جلسة 18/10/1997.

- حكم المحكمة الاتحادية العليا، طعن رقم 271، لسنة 24 قضائية، الصادر بتاريخ 14/05/2005.

- حكم المحكمة الاتحادية العليا، طعون أرقام 311 و 331 و 345، لسنة 24 قضائية، الصادر بتاريخ 20/06/2004.

2- المراجع الأجنبية:

1. Great China Metal Industries Co. Ltd. v. Malaysian International Shipping Corporation Berhad, The Bunga Seroja. 1 Lloyd's Rep 512, 1999.
2. P. Sooksripaisarnkit, Enhancing of Carriers' Liabilities in the Rotterdam Rules - Too Expensive Costs for Navigational Security, Journal of Marine Navigation & Safety of Sea Transportation. Vol.8. No.2, june 2014.
3. Yvonne Baatz, et al, The Rotterdam Rules: A Practical Annotation, Informa, 2009.

(انتهى بفضل الله)

التسوية الجزائية في الجنايات وفقاً للقانون الإماراتي وتشريعات دول أخرى

الأستاذ الدكتور: باسم شهاب

تخصص / القانون الجنائي

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الحميد بن
باديس / الجزائر

تاريخ الاستلام: 2025/1/26 تاريخ القبول: 2025/3/8

Criminal Settlement in Felonies According to UAE law and the Legislation of Other Countries

Prof. Basim Shehab

Specialty: criminal law

Faculty of law and political science- Abdel hamid Ben
Badis University (Algeria)

ملخص

التسوية الجنائية في الجنائيات من الموضوعات الإجرائية المرتبطة بعمل السلطات القضائية، وهي أبرز ما يمكن أن يحصل لمسار الدعوى الجنائية في مرحلة التحقيق الابتدائي، وتقوم على ركيزتين اعتراف المتهم بإرتكابه الجنائية بمقابل ضمان تخفيف العقاب بحقه أو إيجاد بديل عنه أو الإعفاء منه.

وتنبع أهمية البحث في التسوية الجنائية في الجنائيات من كونها من الموضوعات الحديثة إذا ما استثنينا الولايات المتحدة الأمريكية والدول ذات النهج النجلو- أمريكي. ولا تقف التشريعات منها على خط واحد، وقد أضفت عليها المرسوم بقانون اتحادي رقم (38) لسنة 2022 المتضمن قانون الإجراءات الجنائية طابعاً متميزاً كان جديراً بالباحث أن يعرف بأحكامه المختلفة بالمقارنة بما أخذت به تشريعات أخرى (الولايات المتحدة الأمريكية، إستونيا، لاتفيا).

واعتمد لإنجاز البحث على المنهج الوصفي لإبراز الجوانب الأكثر أهمية لموضوع التسوية الجنائية في الجنائيات إنطلاقاً مما أخذ به القانون الإماراتي، عدا عن المنهج التحليلي للتعریف بمضامين النصوص القانونية ذات الصلة، والمنهج المقارن للوقوف على أوجه التباين بين التشريعات محل البحث وموضع الاتفاق عندها.

وتتمثل أهداف البحث في التعريف بالتسوية الجنائية في الجنائيات، وإبراز أحكام القانون الإماراتي بصدقها بالمقارنة مع التشريعات الأخرى، والمساهمة في تأسيس قاعدة بحثية يمكن من خلالها تلافي مواطن النقص أو القصور التي تفرزها تطبيقات هذا النظام في الميدان.

وتتألف خطة البحث من مبحثين، (الأول) كان للتعريف بالتسوية الجنائية في الجنائيات وبيان طبيعتها ومكانتها ومبررات الأخذ بها ودرجة مقبوليتها لدى الفقه القانوني وتكيفها وفرض استبعادها ونطاقها. و(الثاني) للركائز التي تقوم عليها، حيث

التعريف بدور النيابة العامة في التسوية الجزائية في الجنائيات، والاعتراف بالذنب وما يتعلق به وكيفية تعامل القضاء معه، والضمادات المصاحبة للتسوية المذكورة، والجزاء الذي يمكن أن يطال المحكوم عليه ومظاهر تخفيف العقوبة وبدائلها أو العفو عنها، ثم اعتبار التسوية الجزائية كأن لم تكن وكل ما يتفرع عن هذا المآل.

وللبحث مجموعة من النتائج المستوحة من المسارات التي سلكتها القوانين المعتمدة في إنجازه. فالتسوية الجزائية في الجنائيات نظاماً استثنائياً قائماً بذاته وليس بدليلاً للدعوى الجزائية، ولا تقف الدول منها على خط واحد، وإذا كان الاعتراف بالذنب أبرز ما يميزها فإن تخفيف العقوبة لا يقل عنه أهمية والذي يختلف عن أسباب التخفيف الأخرى، وإن هذه التسوية وجدت لتبقي، للحد من الإفلات من العقاب ولصون العدالة الجنائية في ظروف بالغة التعقيد.

الكلمات المفتاحية: التسوية الجزائية، الاتفاques، الجنائيات، الاعتراف، الذنب، تخفيف العقوبة، الضمادات.

Abstract

Penal settlement in felonies is one of the procedural issues related to the work of the judicial authorities. It is the most prominent thing that can happen to the course of the criminal case in the initial investigation stage. It is based on two pillars: the accused's admission of guilt in exchange for a guarantee of reducing the punishment against him or finding an alternative to that punishment or exemption from it.

The importance of research into penal settlement in felonies emerges as a modern topic, if we exclude the United States of America and some countries with an Anglo -American orientation . The adopted legislations does not follow a single pattern of such settlement. The UAE penal Procedures Law has given it a distinctive characteristic, and it was necessary for the researcher to clarify the provisions of this law in comparison with what other legislations have adopted (United States of America, Estonia, Latvia).

The research relied on the descriptive approach to show the important aspects of the subject of criminal settlement in felonies, starting with what the UAE law has adopted, then the analytical approach to define the contents of the legal texts related to the subject, then the comparative approach to identify the aspects of disparity between the relevant legislation and the points of agreement there in.

The objectives of this research are to define the penal settlement in felonies, to show the provisions of the UAE law regarding it in comparison with other legislations, and to establish a research base through which the shortcomings or deficiencies that may result from the applications of this system in practical reality can be avoided.

The research plan consists of two sections: (The first) to define the penal settlement in felonies, as well as to explain its nature, status, reasons for adopting it, the level of its acceptability in legal jurisprudence, its adaptation, cases of exclusion, and its scope. (The second) to the foundations on which it is based, where the role of the Public Prosecution in the penal settlement in felonies is shown, the recognition of guilt and everything related to it and how the judiciary deals with it, the guarantees accompanying it, the penalty that can be imposed on the convict and the manifestations of mitigating the penalty and alternatives or pardoning it, then considering the penal settlement as if it did not exist and what branches from that.

The research came out with results inspired by the lines taken by the laws adopted in its completion. The penal settlement in felonies is an exceptional and distinct system, not an alternative to the criminal lawsuit, and countries do not stand on the same level. If the accused's admission of guilt is its most prominent feature, then reducing the penalty is no less important, and differs from other forms of reduction. The penal settlement is here to stay, to limit impunity and to preserve criminal justice in extremely complex circumstances.

Keywords: penal settlement, agreements, crimes, confession, guilt, mitigation of punishment, guarantees.

مقدمة:

قد يكون من الملائم الخروج عن الصيغ التقليدية لسير الإجراءات الجزائية، واعتماد أخرى بديلة أكثر فاعلية للوصول إلى الحقيقة المنشودة وضمان عدم إفلات الجناة من العقاب. وينطبق هذا التوصيف على التسوية الجزائية في الجنائيات، والتي تعتمد على ما يدللي به المتهم من أقوال في شكل اعتراف بالذنب خدمة للعدالة الجنائية وعلى قدرة النيابة العامة في ممارسة السلطات المنوحة لها بموجب القانون.

وتحتاج التسوية الجزائية في الجنائيات لمطالبات الواقع، وقد تكون أفضل ما يمكن القيام به ضماناً لحسن سير الدعوى الجزائية، إنها أحد مفاتيح الحل للتحقيق العدالة الجنائية في صورة التوافق و/أو التفاوض، وبإمكانها أن تدعم مسار تلك الدعوى وتحصّنها ولو إلى حين تجاه ما يمكن أن يعتريها. ولقد وجدت تلك التسوية في بعض البلدان كالولايات المتحدة الأمريكية مكانة لها رغم كل ما يقال عنها، ثم نالت قبولاً في بلدان أخرى، وتبناها التشريع الإماراتي كنظام قائم بذاته يستحق النظر إليه بوصفه إضافة تستحق الوقوف على كل ما يرتبط بها.

أهمية البحث:

لاشك أن البحث في التسوية الجزائية في مادة الجنائيات على درجة من الأهمية، تلك الآلية التشريعية التي تعبّر عن مضمون يجعل العدالة الجنائية أكثر مرونة ومسايرة للواقع. وتتعدى أهمية البحث حدود المبادرة إلى الكشف عن أبعاده ومضمونه الحقيقي. ومن أهميته كذلك تعلقه بنظام مستقل مكرس في قانون الإجراءات الجنائية ينصب على الدعوى الجزائية ويرتكز على الإثبات الجنائي وله امتداداته سيما في المرسوم بقانون اتحادي رقم (31) لسنة 2021 بإصدار قانون الجرائم والعقوبات.

دوعي اختيار موضوع البحث:

إن ما دفع الباحث إلى اختيار هذا الموضوع حداثته في التشريع الإماراتي، وتعلقه باستثناء على النسق الإجرائي المعتمد. عدا عن وجود طروحات ذهبت بالتسوية إلى بدائل الدعوى الجزائية مع أنها لا تمنع المتابعة ولا توقف سيرها وتقود إلى إدانة المنخرط فيها إذا ما بقيت قائمة. وبالتالي سيكون هذا البحث فرصة ومساهمة لوضع التسوية الجزائية في الجنائيات في مكانها الحقيقي.

الإطار التشريعي للبحث:

يرتكز البحث بصورة رئيسية على نصوص المرسوم بقانون اتحادي رقم (38) لسنة 2022 باصدار قانون الإجراءات الجزائية.¹ وما يمكن الاسترشاد به وتوظيفه من نصوص إماراتية أخرى عدا عن نصوص التشريعات المقارنة. وبجانب التسوية الجزائية نجد في القانون الإماراتي كل من الصلح والوساطة الجزائية والأمر الجزائي والوضع تحت المراقبة. وأكثر ما يجمع هذه الأنظمة دخولها بصفة استثنائية ضمن الأصل العام لسير الإجراءات وتنفيذ الجزاء. والوجه الوحيد للتسوية الذي أخذ به هذا القانون على قدر تعلق الأمر بالجنائيات هو ذلك المتعلق بتخفيف العقوبة أو ما يعرف في الولايات المتحدة الأمريكية *Sentencing recommendation agreement* خلاف اتفاق اسقاط التهم *Dismissal Agreement* الذي إقترب منه بالنسبة للتسوية الجزائية في الجنح.² ولم يأخذ بتخفيف التهم، فالأخير لا ينسجم مع موقف قانون الجرائم والعقوبات الإماراتي من تعدد الجرائم وعلى وجه التحديد المادة 89 منه.

1 المواد من 368 إلى 382 . ووردت التسوية الجزائية في الجنائيات ضمن القانون أعلاه في (الكتاب الخامس . أحكام متنوعة) ثم (الباب الرابع . الإجراءات الجزائية الخاصة) ثم (الفصل الثالث . التسوية الجزائية) ثم (الفرع الثاني . التسوية في الجنائيات). الجزائية

2 المواد من 360 إلى 368 إجراءات جزائية.

إشكالية البحث:

يقوم البحث على إشكالية تنصب على الجوانب الأكثر أهمية لنظام التسوية الجزائية في الجنائيات، بوصفه أحد أبرز الحلول المطروحة ضمن القواعد الإجرائية. وانطلاقاً من أن نجاح العمل بهذا النظام يتطلب إدراك أبعاده المختلفة في ضوء رؤية حقيقة تأخذ في الحسبان الاعتبارات ذات الصلة بموضوعه. ويمكن تلخيص ما سلف بالسؤالين التاليين: ما المدلولات القانونية لنظام التسوية الجزائية في الجنائيات؟ وما هي أبرز مقومات هذا النظام وما يتمحض عن تطبيقه؟

منهج البحث:

لإخراج هذا البحث في صورة علمية مقبولة اعتمد المنهج الوصفي لإبراز ملامح التسوية الجزائية في الجنائيات وسماتها القانونية، ثم المنهج التحليلي لإدراك الأبعاد الحقيقة لها من خلال التركيز على النصوص القانونية المنظمة لأحكامها، والمنهج المقارن لإظهار أوجه التباين والتشابه بين ما أخذ به القانون الإماراتي وما سارت عليه دول أخرى.

خطة البحث:

- المبحث الأول: ماهية التسوية الجزائية في الجنائيات
- المبحث الثاني: مقومات التسوية الجزائية في الجنائيات

المبحث الأول

ماهية التسوية الجزائية في الجنائيات

من الضروري الوقوف على الجوانب التي تعكس المضمون الحقيقي للتسوية الجزائية في الجنائيات وتقربها إلى الأذهان، مع التعريج على مواقف الفقه الجنائي التي قد تبدو في بعض الأحيان غير حاسمة وليس عادلة في نظرتها للتسوية الجزائية. مع التنبيه إلى أن اختيار التسوية الجزائية في الجنائيات جاء سيرا وراء ما أخذ به قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، وبالتالي سيكون من الأهمية مراعاة التباين في المواقف التشريعية من نظام يقوم على اعتراف المتهم بمقابل تخفيف العقوبة في حدود ما تم النص عليه.

المطلب الأول

مفهوم التسوية الجزائية في الجنائيات وأهميتها القانونية

في ضوء الخيارات التشريعية المتاحة برزت الحاجة إلى اختيار الألفاظ الأكثر تعبيراً ودقّة، لتحديد المفهوم الحقيقي للتسوية الجزائية في الجنائيات على وفق تباين المواقف منها. ولا تنتمي التسوية المذكورة إلى المسارات القانونية العادلة، وتتمتع بخصائص متفردة يوصي بها أحد الحلول الاستثنائية المطروحة لتلزم وتعقد السير العادي للإجراءات الجزائية. وللتسوية الجزائية في الجنائيات طبيعة خاصة تظهر ملامحها في بعض الجوانب المرتبطة بها، كما أنها مثل أي نظام قانوني لا تتمتع بالتأييد التام ولا تجاهه بالرفض المطلق.

الفرع الأول

التعرّيف بالتسوية الجزائية في الجنائيات وخصائصها

من منطلق حداثة التسوية الجزائية وبالنظر لتبين المواقف منها وكيفية فهمها وتعدد مظاهرها والتباين التشريعي حيالها، سيكون من اللازم تحديد وضبط المراد بها من الوجهتين اللغوية والاصطلاحية.

أولاً: معاني التسوية الجزائية في الجنائيات

1- المعنى اللغوي للتسوية الجزائية في الجنائيات

اختار المشرع الإماراتي مسمى التسوية الجزائية في الجنائيات وتجنب الإشارة إلى الاعتراف بالذنب، وفي إيطاليا يستخدم مصطلح patteggiamento للتعبير عن التفاوض والاتفاق مع القضاء.¹ إن التسوية اصطلاحاً متعدد التفسيرات فهي من المساواة أي العادلة بين شيئين، وقد يكون للتسوية المساواة ذات المعنى أي العادلة، وأقرب تفسير للتسوية القول عنها بأنها الاتفاق الوسط الذي يكون مرضياً لطرفين مختلفين، والسعى إلى التسوية بين طرفين يعني الوصول إلى حل وسط لإنهاء المنازعة بينهما.²

ووظف المشرع الإماراتي لفظة تسوية وألحق بها مفردة جزائية لتصير "التسوية الجزائية" تعينا خرج به عن مواطن النقد، وهو حين جاء بمفردة جزائية أراد على ما يبدو تمييز التسوية في قانون الإجراءات الجزائية عن سواها من التسويات التي تتم في إطار تشريعات أخرى والتي توصف عادة بالتسوية القضائية. وللفظة "جزائية" صلة بكل من التسوية والعقوبة، وقد أصاب بتفضيله مفردة "جزائية" على "جنائية". ولا شك أن نظام التسوية في الجنائيات متكملاً له صلة بكل من الجريمة والجزاء والدعوى الجزائية وما يمكن أن ينجر عنها أو يتربّع عليها من آثار.

إن الاختلاف في المسميات لا ينحصر في إطار لغة بعضها فلفلطة Bargain الإنجلizية تعني صفقة أو مساومة، ووصفت بأنها مثيرة للجدل ولا تبعث على الارتياح، وتؤدي إلى

1 Stephen C. Thaman: Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases (2007). General Reports of the XVIITH Congress of the International Academy of Comparative Law, Katharina Boele -Woelki & Sjef van Erp eds. 2007.p952. <https://ssrn.com/abstract=2591467>

2 <https://mawdoo3.com>

سوء فهم واذراء وهي عاجزة على أن تصف ما يحصل بالفعل، ومن المفروض أو المناسب الانتقال إلى لفظة تسوية أو تسوية القضية Settlement of Case، ومن الناحية النظرية يتنازل الطرفان المتهم والنيابة العامة عن شيء للحصول على ما يقابلها، وتقلل لفظة صفقة Bargain أو عبارة Plea bargaining من القيمة الحقيقية للعدالة الجنائية.¹ ويشير بعضهم إلى التحول من مساومة أو صفقة الإقرار بالذنب Plea bargaining إلى التسوية الجزائية Penal settlement، ولا يرجع ذلك إلى متطلبات علم الدلالة Semantics فيحسبه تحولاً في تفكير المدعين العموم والمتهمين والقضاة، بما يسمح بالحد من فكرة المساومة على الإقرار بالذنب من الناحية المفاهيمية.² وسنعتمد في هذا البحث التسوية الجزائية في الجنائيات، في صورة الاعتراف في الذنب مقابل تخفيف العقاب وذلك تماشياً مع ما أخذ به القانون الإماراتي.

2- المعنى الاصلاحي للتسوية الجزائية في الجنائيات

لم يتضمن القانون الإماراتي تعريفاً للتسوية الجزائية عموماً وبضمها المتعلقة بالجنائيات، ولا يطالب واضعه بها أو يضطر إليها، لأن التعريف ليس من موجبات التشريع ولكونه حين يورد أحكام النظام الذي يتبعه سيكشف عن أبعاده ومضمونه، عدا عن أن وضع التعريف يمكن أن يربك السياق القانوني المتابع حين يشوبه القصور أو تعارض بعض عباراته مع النصوص الأخرى.

1 **Herbert S. Miller .William F. McDonald &James A. Cramer:** Plea Bargaining in the United States, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Washington. Georgetown university, 1978.p2.

<https://books.google.ht/books?id=1r94tQAACAAJ&printsec=copyright&hl=fr#v=onepage&q&f=false>

2 **Richard Lorren Jolly & J.J. Prescott:** Beyond plea bargaining . A theory of criminal settlement. Boston College Law Review. Vol. 62:1047.2021.p1116.
<https://repository.law.umich.edu/articles/2883/>

والتسوية الجزائية في الجنائيات بحسب الفهم المستوحى من نصوص قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، المواد 368 - 382: "نظام إجرائي اختياري تتم بمعرفة النيابة العامة تبعاً لسلطة الملاعنة التي تمتلكها، وتكون بمبادرة منها أو بطلب من المتهم بجنائية معاقب عليها بالسجن المؤقت وما يرتبط بها من جنح، متى استكملت إجراءات التحقيق ووُجِدَت قرائن قوية على ارتكابه ما نسب إليه، وذلك للحصول على إعترافه المفصل بحضور محاميه، مقابل عرض تقدمه النيابة العامة قوامه الطلب من المحكمة تخفيف العقوبة عنه على النحو الوارد في المادة 370 منه أو إيجاد بديل مناسب لها أو شموله بالعفو"

وكثيراً ما يتم تقييم التسوية الجزائية مع تجاهل تعريفها، وتجادل Laura Ervo بأن إقرار التسوية يمثل تحركاً من الحقيقة المادية باتجاه الحقيقة الإجرائية.¹ ويتعارض على حد قولها مع القيم الإسكندنافية، دون أن تقدم ما يكفي من الأسباب لتبرير وجهة نظرها تلك. ونعتقد بأن من الأفضل التمسك بالأطر القانونية إذا ما أريد فهم التسوية الجزائية عموماً.

وعرفت المساوية على الإقرار Plea Bargaining في الولايات المتحدة الأمريكية بأنها²: موافقة المتهم على الإقرار بالذنب في تهمة جنائية مع توقيع معقول لتلقي بعض الاعتبارات من الدولة" فيما وصفت التسوية Settlement بأنها صفقة طوعية تحقق مكاسب لطرفها، فيُعفى المتهم من القلق وتكليف التقاضي ويُوظف المدعي العام الموارد للاحقة المجرمين الآخرين.³ ويلزم الاتفاق على الإذناب Guilty Plea للمتهم بالاعتراف أو الشهادة ضد شركائه أمام المحكمة مقابل تنازل جهة الاتهام عن الاتهام

1 Laura Ervo: Plea bargaining as an example of the recent changes in the Finnish Criminal procedural paradigm. Baltic Journal of Law & Politics, Volume7, Number 1. 2014,p104. DOI: 10.2478/bjlp-2014-0006

2 Herbert S. Miller and other. Op.cit. p12.

3 Stephen C. Thaman.Op.cit.p974.

أو بعض التهم المسندة إليه أو مقابل رفع توصية للمحكمة لتطبيق عقوبة أخف من تلك المرصودة للجريمة، ويتوقف تنفيذ الاتفاق في نهاية المطاف على تصديق المحكمة.¹

ويبدو تعدد المصطلحات غير مناسب، حتى أن بعضهم ميز التسوية الجزائية عن اتفاق الإذناب، من حيث جهة اقتراحها وتوقيتها وما ينبغي على المتهم القيام به والجرائم المشمولة بها وأثرها المتمثل في انقضاء الدعوى الجزائية.² ونصت المادة 41-2 إجراءات جنائية فرنسي على La composition pénale أي الإجراء البديل لللاحقة القضائية والذي يقوم على فكرة قبول المعترض بالذنب بتنفيذ التدابير المقترحة من عضو النيابة العامة، وبالنسبة لجرائم لا تتسم بالخطورة.³ وهو ما نجده كذلك في المادة 360 إجراءات جزائية إماراتي بالنسبة للجناح، وأطلق عليه المشرع التسوية الجزائية في الجناح وأحال إلى المادة 362 منه بخصوص ما يمكن للنيابة اقتراحه من عقوبات أو تدابير.

ثانياً: مظاهر التسوية الجزائية في الجنائيات

1- أصل التسوية الجزائية في الجنائيات

تحتاج التسوية الجزائية في الجنائيات إلى إدراك دواعي إقرارها أو معرفة الفلسفة التي تساندها. وإذا كانت العدالة التصالحية تعود إلى نظم العشيرة والقبيلة، فإن

1 Fed.R.crim.p10.

مشاري خليفة العيفان: اتفاقيات الاعتراف المسبق بالإذناب في الولايات المتحدة الأمريكية. دراسة في مدى إمكانية تطبيقها في دولة الكويت والإمارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون (العدد 69/2017)، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 416.

2 مشاري خليفة العيفان، نفس المرجع السابق، ص 421.

3 Modifié par LOI n°2024-449 du 21 mai 2024 - art. 16. <https://www.legifrance.gouv.fr>

العدالة التوافقية أو التفاوضية التي من المفروض أن تلتحق التسوية بها لا تماثل العدالة التصالحية وتبدو دواعي العمل بها مختلفة. وقد أخذ بعضهم التسوية الجزائية إلى التفويض، ثم أنكر اتصالها بالمعنى الحقيقي للقانون الجنائي والإجراءات الجنائية.¹ ونعتقد أن التسوية في الجنائيات في القانون الإماراتي أقرب إلى التوفيق لا التصالح والتفاوض.

ومن الأولى التركيز على جوهر التسوية في الجنائيات لا مبرراتها، ولا تعد من حقوق المتهم ولو كانت كذلك لما توقف اللجوء إليها على تدخل النيابة.

2- مرحلة إجراء التسوية الجزائية في الجنائيات

تجري التسوية الجزائية في الجنائيات في مرحلة متقدمة من التحقيق الابتدائي الذي تتولاه النيابة العامة، هذا ما عنده المشرع في المادة 368 إجراءات جزائية، بقوله: (.. متى استكملت إجراءات التحقيق ووجدت قرائن قوية على ارتكاب المتهم لها). ووقت استكمال إجراءات التحقيق يختلف بحسب كل قضية ومتيرة التحقيقات الجارية فيها، وتوافر القرائن في وقت مبكر لا يعني عدم الحاجة إلى السير في التحقيق.

وهناك صلة بين شمولية مرحلة التحقيق الابتدائي والتعويل على الأدلة المتحصلة منها والمحاكمات التوافقية، ولهذا النهج النظري أتباعه إذ تنادي العديد من الأصوات في المانيا بجعل التحقيق الابتدائي أهم مراحل العملية الجنائية الإجرائية إلى الحد الذي يتم فيها استكمال جمع الأدلة بشكل شامل مع ضمان حقوق الدفاع.² وانعقاد التسوية في الجنائيات في مرحلة التحقيق الابتدائي من المفروض ألا تؤدي إلى اختزالها خلاف مرحلة المحاكمة. وإن تبسيط إجراءات التحقيق بدأعي إجراء التسوية الجزائية

1 Laura Ervo.Op.cit.p107, 108.

2 Stephen C. Thaman.Op.cit.p956.

سيقود إلى نتائج غير مرغوب فيها، ويصعب على المحكمة التتحقق من الأساس الواقعي لاستنتاج ارتكاب المتهم الجريمة المنسوبة إليه.¹ ولهذا ينبغي تعزيز مرحلة التحقيق الابتدائي أو على الأقل ضمان عدم تأثرها بالتسوية الجزائية، وأن ينحصر تأثير الأخيرة على إجراءات المحاكمة بعد أن تحققت جاهزية القضية للفصل فيها.

ثالثاً: ميزات التسوية الجزائية في الجنائيات

للتسوية الجزائية في الجنائيات عدة ميزات تجعل منها نظاماً قائماً بذاته، وهي من الأنظمة الاستثنائية والفردية التي تؤثر على مجريات الدعوى الجزائية، واعتمادها بالنسبة لهذا النوع من الجرائم مؤشر إلى أهميتها.

1- خصوص التسوية الجزائية في الجنائيات للشرعية الجنائية

تخصيص التسوية الجزائية في الجنائيات للشرعية الجنائية بوجهها الموضوعي والإجرائي، وقد جاء النص عليها في قانون الإجراءات الجزائية في المواد من 368 إلى 382، وبالتالي لا تسوية دون نص قانوني واضح وصريح. وحاول بعضهم تقصيمها على الصعيد الدولي من خلال تبع مسار المحكمة الجنائية الدولية رغم خلو نظام روما الصادر سنة 1998 من الإشارة إليها.²

2- الطابع القضائي للتسوية الجزائية في الجنائيات

تأخذ التسوية الجزائية في الجنائيات مظاهر الأعمال القضائية وتنتمي لمرحلة التحقيق الابتدائي ويتوالها عضو النيابة العامة، والأخيرة سلطة قضائية تقوم بالتحقيق والاتهام

1 Ibid.p956.

2 Bruno de Oliveira Biazatti: Plea-Bargaining and sentencing at international criminal courts. Federal University of Minas Gerais Faculty of Law, Belo Horizonte, 2019, p183 - 184. https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BCML8P/1/bruno_biazatti_master_thesis.pdf

وفقاً لـأحكام القانون.¹ وتنصب التسوية الجزائية تلك على مسائل قضائية تتعلق بالتكيف والأدلة الجنائية والعقوبة، وتعزز الطابع القضائي لأعمال النيابة وتختصر إجراءات المتابعة. ولا يقلل من السمة القضائية للتسوية الجزائية في الجنائيات وجود طلب عرض والسماح للمتهم بالتراجع عن اعترافه لاحقاً، وتنتي رغم تبادل المواقف منها إلى العدالة التوافقية أو التفاوضية التي تقوم على إشراك المتهم في بعض المسائل القضائية.

واعتبار التسوية الجزائية من الأعمال القضائية لا يبعدها كثيراً عن الإجراءات التي تتم في الظروف العادية للدعوى الجزائية. ويعتقد بعضهم أن من الضروري أن تكون كذلك مع وضع استثناءات على هذا الأصل.² ومن المنطق أن لا تقترب التسوية الجزائية في الجنائيات من نتائج المحاكمة التي تتم دون تسوية ولا أن يغلبُ معها الطابع الشكلي، كي لا تخبو رغبة المتهم للانخراط فيها.

3- عدم تعدد التسوية الجزائية في الجنائيات

من ميزات التسوية الجزائية في الجنائيات في القانون الإماراتي عدم إمكانية تكرارها في القضية الواحدة، وهذا ما يستشف من سياق النصوص المنظمة لها وبخاصة المادة 1/375، وما جاء فيها: (ويكون للنيابة العامة السير والتصرف في الدعوى الجزائية بالطرق المقررة قانوناً). والتصرف قد لا يكون بالدخول في التسوية ثانية بعد أن أصبحت كأن لم تكن أو الإبقاء عليها مع رفع ما يبطلها. وللمحكمة في بعض التشريعات سلطة الأمر بإجراء تسوية جديدة لداعي مرتبط بالتقدير القانوني للجريمة legal assessment of the amount of the civil action or the criminal offence وبمبلغ الدعوى المدنية the criminal offence

1 المادة 5 إجراءات جزائية.

2 Fred C. Zacharias: Justice in Plea Bargaining, William and Mary Law Review, Vol. 39, 1998,p 1186.
<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol39/iss4/4>

بنوع أو درجة أو مدة العقوبة The type or the category, or term of the punishment¹. وربما يكون من المناسب النص مستقبلاً على إمكانية عقد التسوية لمرة ثانية بعد فحص المحكمة لها ولحالات بعينها.

4- قيام التسوية الجزائية في الجنائيات على قاعدة التراضي

لا يجبر المتهم على الانخراط في التسوية الجزائية في الجنائيات، ويستخلص هذا من المادة 368 إجراءات جزائية: (أن تعرض عليه بحضور محاميه) والمادة 372²: (في حال قبول المتهم اقتراح التسوية الجزائية في الجنائيات). والمادة 377: (على المتهم في حال قبوله التسوية الجزائية). إذ له قبول الاقتراح أو رفضه والتراجع عن اعترافه قبل الحكم عليه. ومنحته بعض التشريعات كذلك خيار الدخول في الاتفاق أو الخروج منه إلى وقت انسحاب المحكمة إلى غرفة المداولات لإصدار الحكم.³

وبمقابل الرضاء الحر تطرح فرضية الضغط على إرادة المتهم حين يخشى خسران فرصة التسوية الجزائية فيدان وتطاله عقوبة مغلظة، أو يخشى إطالة مدة حبسه الاحتياطي، وقد يوافق على الدخول في تسوية لا تعكس تقديره الموضوعي للفوائد المنتظرة منها.⁴ ولكن ومن وجة نظر مغايرة قد تكون التسوية الجزائية المخرج والفرصة المناسبة، رغم محاولات إضفاء الطابع القسري عليها.⁵ ونعتقد أن التشكيك

1 <https://www.riigiteataja.ee>

المادة 245 "1" من قانون الإجراءات الجنائية الإستوني لسنة 2003.

2 لا تكون التسوية في مواد الجنح إلا باقتراح من النيابة العامة. المادة 360 إجراءات جزائية.

3 <https://cjad.nottingham.ac.uk>

المادة 1/435 و 8 من قانون الإجراءات الجنائية لجمهورية لا تفينا لسنة 2005.

4 Fred C. Zacharias.Opcit, p1133, 1134.

5 Jeffrey Bellin: Plea Bargaining's Uncertainty ProblemPlea Bargaining's Uncertainty Problem, William & Mary Law School William & Mary, Faculty publications, 2-2023, p549,551.

<https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/2122>

بسلامة التعبير الإرادي يتشكل مع البحث في الدوافع التي تقود المتهم إلى الدخول في التسوية الجزائية، ويختلط فيه الجانب الشخصي بالقانوني، ولا يأخذ التشكيك نفس البعد بالنسبة لاتفاقات أخرى تضع حداً للمتابعة الجزائية.

5- اعتماد التسوية الجزائية في الجنائيات على مبدأ التفاوض

يصح وصف التسوية الجزائية في الجنائيات في القانون الإماراتي بالآلية التي تتم بمعرفة النيابة العامة، ولم ترد في القانون المذكور لفظة تفاوض، إذ خُطت مسارات تشريعية محددة ينبغي على الأطراف وضمنها النيابة التقييد بها في مختلف القضايا المطروحة. وإظهار معالم التسوية الجزائية على هذا النحو يجعل الفوائد المنتظرة منها أكثر وضوحاً وثباتاً، وهذا خلاف ما يحصل في دول أخرى كالولايات المتحدة الأمريكية حين يعول على قدرة المدعين العموم على تحقيق نتائج مرضية.¹ وقد صورت عمليات التفاوض في استراليا بأنها ضرورية للأداء الفعال والاقتصادي لنظام العدالة الجنائية.²

إن لفظة مفاوضات Negotiations ليست حاسمة وقد تكون مفضلة على غيرها، لكنها تشير إلى إمكانية التخلّي عن شيء ما بمقابل، ويلزم استبعاد الفاظ أكثر طرفاً مثل "تجارة" Trade "فوز" Win "خسارة" Lose "معركة" Battle "مقامرة" Gambling³. وتبدو المفاوضة أقل أهمية متى أخذت التسوية لشروط وضوابط قانونية، بمعنى أن تأتي الحلول منضبطة وغير خاضعة للتجاذبات. وجل الانتقادات التي تطال التسوية الجزائية في الدول التي تتبناها تنبع من عملية التفاوض.

1 Fred C. Zacharias. Op.cit, p.1132.

2 **Asher Flynn Arie Freiberg:** Plea Negotiations. Report to the Criminology Research Advisory Council Grant: CRG 51/13-14. April 2018.p150.
https://www.aic.gov.au/sites/default/files/2020-05/CRG_51_13-14-FinalReport.pdf

3 Asher Flynn Arie Freiberg. Op.cit.p20.

6- ارتكاز التسوية الجزائية في الجنائيات على قاعدة عدم كفاية الأدلة للإحالات لو كانت الأدلة المتحصل عليها كافية لإحالات المتهم لما لجأت النيابة العامة إلى خيار التسوية، وكل من الأدلة المتوفرة رغم قلتها والعقوبة المتوقع فرضها في غياب التسوية دوافع رئيسية لاعتراف المتهم. لقد عَرَف Stephanos Bibas ظلال المحاكمة The shadows of trials بأنها: (التأثير الذي يمارس بقوة الأدلة والعقوبة المتوقعة بعد المحاكمة).¹

ويمكن للتسوية أن تقلل من حالات صدور الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، ذلك لأن اعتراف المتهم متى ظهرت الحاجة إليه سيغير مسار الدعوى، وعرض التسوية قد يصاحب كل حالة تكون فيها الدعوى مهيأة لأن يصدر بتصديقها الأمر المذكور.² واشترطت تشريعات مقارنة لإمكانية دخول المدعى العام في تسوية مع المتهم ملائمتها لظروف الدعوى الجزائية والأدلة المتحصل عليها والضرر الناجم عن الجريمة وتطبيق الاتفاق.³ بمعنى أن لا يكون الدخول في التسوية الجزائية مقتضرا على القرائن أو الأدلة، فهناك اعتبارات أخرى ينبغي أخذها في الحسبان.

الفرع الثاني طبيعة التسوية الجزائية في الجنائيات

تنتمي التسوية الجزائية في الجنائيات من الوجهة القانونية إلى عموم النظام الإجرائي، ولها سمات تميزها عن الأنظمة الإجرائية الأخرى، ويعتمد قبولها على مدى مراعاة صالح المعنيين بها.

1 Jeffrey Bellin.Op.cit.p552.

2 أنظر: المادة 118 إجراءات جزائية.

3 أنظر: المادة 245 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجنائية الإستوني لسنة 2003.

أولاً: مكانة التسوية الجزائية في الجنائيات ومبررات قبولها

1. تكييف التسوية الجزائية في الجنائيات

من المفيد البحث عن التكييف المناسب للتسوية الجزائية في الجنائيات التي تدور بين العدالة التوافقية والتفاوضية، وتعبر عن الرغبة في حسم القضايا الجنائية بطريقة معينة يمنح من خلالها المتهم وفقاً لشروط محددة بدليلاً مناسباً وفرصة ملائمة للإستفادة من نتائج التسوية. ووصف القانون الإماراتي التسوية الجزائية في الجنائيات بالنظام وابعدها عن كل من العقد والاتفاق، وقد تُعرف بإجراء الإقرار بالذنب *A plea guilty procedure*. وربما ليس من الملائم أن تتحول الإجراءات الجزائية إلى موضوعات اتفاقية أو عقدية بمعنى الدقيق لتلك المصطلحات. ونعتقد إن توظيف لفظة نظام تدعم مكانة وهيبة القانون الجنائي والسلطات القائمة على تطبيقه. إذ ينبغي الابتعاد قليلاً عن الطرح الذي ينزل بأنظمة السياسة الجنائية الحديثة إلى مرتب لا تليق بها. فترسيخ فكرة التعاقد مع المتهم على مسائل جزائية قد يرفع مقامه ويجعله يدرك على نحو خاطئ بأن الدولة محتاجة إليه، فهو يتفاوض معها ممثلة بالنيابة العامة ثم يبرم عقداً ملزماً له ولها، وقد يعود إلى الإجرام بدفع من نزعة التفاخر. وإفحام التسوية في العقود يعني لزوم تبع أحكام التعاقد. لأجل هذا يَبعِد بعضهم عن الإقرار بالذنب سمة العقد الذي يتم بين أنداد، ويجد وصفه بالممارسة.¹ ولا بد أن ندرك جدوى اعتبار التسوية من العقود وما إذا كان هذا يأتي لتعزيز الضمانات أم لأن كل توافق إرادي يصح وصفه بالعقد؟ وهناك من يريد إبقاء التسوية الجزائية - تفاوض الاعتراف - ضمن عقود المساومة، مع التسليم بالمساواة بين الأطراف، وذهب إلى فكرة الإلتزام ببذل عناء لا

1 Stephen C. Thaman. Op.cit.p1005.

بتحقيق نتيجة.¹ مع أن الاتفاق لا يرتبا آثارا تشبه تلك التي تتمحض عن العقود.

2. مبررات تبني التسوية الجزائية في الجنائيات

قبول التسوية الجزائية في الجنائيات يؤشر إلى الحاجة إليها في ضوء حتمية تطور القانون الجنائي ومسارته لحركة الإجرام وما يتمحض أو ينجر عنها، فهو من بين أكثر التشريعات تطورا واستجابة للتطور. ولا يمكن أن تكون التسوية الجزائية نهجا متطرفا أو طارئا كما يراه بعضهم، ولم يتمكن المغالون في الدفاع عن الشرعية الجنائية،² أن يطرحوا بديلا مناسبا للعدالة التوافقية.

ومن الضروري لفهم التسوية الجزائية في الجنائيات الوقوف على دواعي تبنيها، في ضوء تركيز الدراسات والأبحاث على العوامل الاقتصادية لحاجة نظام العدالة الجنائية إلى موارد كثيفة لتغطية تكاليف التحقيق والمحاكمة وتأمين حقوق الأطراف والحفاظ على الأوضاع المناسبة للمحاكم والسجون.³ وتبدو العوامل الاقتصادية غير كافية لتبرير التسوية الجزائية في الجنائيات، وينبغي التركيز بصورة أكبر على مقوماتها الجنائية، فاعتراف المتهم مفتاح الوصول إلى الحقيقة، والعقوبة المخففة تمثل الهدف الذي يسعى إليه المعترف بالذنب، وبمقابل ذلك سيرفع عدم اعترافه درجة احتمالية إفلاته من العقاب. وكل من الاختصار في الإجراءات أو اختزال الوقت والجهد والتکالیف عوامل ثانوية بالقياس للاعتراف والعقوبة. إن إنجاح التسوية في مادة الجنائيات يتطلب فهم ظروف وملابسات ومتطلبات العمل بها. وهي كما يراها بعضهم

1 محمد عاطف عبد المعطي كامل: التفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي وأثره على الدعوى الجنائية، المجلة العصرية للدراسات القانونية، الكلية العصرية (رام الله)، فلسطين، مجلد 3، عدد 1، سنة 2025. ص 110، 120.

2 Stephen C. Thaman.Op.cit.p952.

3 Bruno de Oliveira Biazatti.Op.cit.p184.

إضافة تحتاج إلى طريقة تفكير جديدة.¹

وتطرح في الولايات المتحدة الأمريكية دوافع إقدام الإدعاء العام على عقد صفقة مع المتهم للحصول على اعترافه بمقابل، منها ما يتعلق بالمحلفين الذين قد لا يقتنعوا بإدانته في الظروف العادية، وأخرى بالأدلة حين لا تكفي لإدانته على نحو واضح. وتلك المخاوف لا تقلل من خطورة الجريمة ولا تُقدم ضمانة على أن المعترف لن يرتكب جريمة في المستقبل.² وتبقي التسوية في الجنائيات الخيار الذي يلجأ إليه في أحوال استثنائية لضمان فعالية القانون الجنائي خارج التقييم الحسابي. ولا يمكن المساواة بين الأصل وبديلة *إلا* *فما الحاجة للبديل*. وتقرب وجهة نظرنا من فكرة التأثير المزدوج التي احتاج بها R.A. Duff إذ يجوز الإقدام على عمل له تأثير إيجابي وآخر سلبي ف تكون النتيجة الحسنة هي المقصودة.³

ثانياً: الحجج الداعمة للتسوية الجزائية في الجنائيات

طُرحت مجموعة من الحجج تدعم الأخذ باتفاقات التسوية الجزائية. وسندرج هنا جانبًا من تلك الحجج التي تصلح للتسوية الجزائية عمومًا بما فيها المنصبة على الجنائيات:

- تبني نظام التسوية الجزائية دول مختلفة، بما يؤشر إلى قيمتها الحقيقة وسلامته من الوجهة الحقوقية. ويقال إن أكثر من 95% من الإدانات في الولايات المتحدة

-
- 1 **Laura Ervo:** Plea Bargaining Changing Nordic Criminal Procedure: Sweden and Finland as Examples. https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-74851-7_14
 - 2 **Carissa Byrne Hessick & Douglas A. Berman:** Towards A theory of mitigation. Boston University Law Review. Vol. 96/2016.p209.
<https://www.bu.edu/bulawreview/files/2016/03/HESSICK.pdf>
 - 3 **Mirko Bagaric:** In Defence of a Utilitarian Theory of Punishment: Punishing the Innocent and the Compatibility of Utilitarianism and Rights. (1999) 24 Australian Journal of Legal Philosoph.p113.
<https://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUJILegPhil/1999/1.html>

الأمريكية تعتمد على مساومة الإقرار بالذنب، حتى أن المحكمة العليا الأمريكية قد
قالت عنها بأنها ليست ملحق العدالة الجنائية إنما العدالة الجنائية نفسها.¹
وأضحت في هذا البلد من الأصول لا الاستثناءات، وما زاد الإعتماد عليها هو عبء
القضايا المتزايد.²

- لا تتعارض التسوية الجنائية من حيث المبدأ مع الحق في محاكمة عادلة، وتوازن
بين التساهل مع المتهم وتجنب الإفلات من العقاب. ولا يمكن التسليم بأن الدولة
هي المستفيد الأكبر منها لكونها تمتلك زمام المبادرة والقرار، وإن استقلالية المتهم
مهدهة بتضارب المصالح.³ فالتسوية الجنائية لا تكون دون مقابل لصالح العدالة
الجنائية. وفي خضم دفاع بعضهم عن اتفاقات الاعتراف بالإذناب - التسوية
الجنائية - يرى بأن للمتهم التنازل عن الحق في محاكمة عادلة، ولا يعد تنازله من
المحظورات الدستورية، وهو ما يحصل عند الصلح مع جهة الإدارة بوصفه أبرز
⁴ التطبيقات المعاصرة.

1 Missouri v. Frye, 566 U.S. 134, 144 (2012) . **Jenia I. Turner:** Transparency in Plea Bargaining. 96 NOTRE DAME L. REV. 973 (2021). SMU Scholar Southern Methodist University. p975.<http://digitalrepository.smu.edu>
<https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol96/iss3/2>

2 ستيد هام رونالد: القضاء الجنائي في التنظيمات الفيدرالية، دراسة معمقة في قوانين الولايات المتحدة. ترجمة: المركز الثقافي للتعريب والترجمة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008، ص 207.

3 **Rebecca K. Helm,Roxanna Dehaghaniand Daniel Newman:** Guilty Plea Decisions: Moving Beyond the Autonomy Myth. Modern Law Review .volum 85 issue 1 Jan 2022. .p145. DOI: 10.1111/1468-2230.12676.

4 مشاري خليفة العيفان: اتفاقات الاعتراف المسبق بالإذناب في الولايات المتحدة الأمريكية - دراسة في مدى إمكانية تطبيقها في دولة الكويت والإمارات العربية المتحدة - مجلة الشريعة والقانون (العدد70/2017)، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 401.

- لا تتأثر قرينة البراءة باتفاق التسوية الجزائية، بدليل امتلاك المتهم خيار الدخول فيها والسماح له بالتراجع عن اعترافه إلى ما قبل الحكم عليه عدا عن الضمانات الأخرى، وهو سوف يحاكم في نهاية المطاف ما لم يوجد مانع يحول دون ذلك. وعدم المساس بقرينة البراءة قد يكون أهم ما يمكن أن يعزز الأخذ بالتسوية الجزائية.¹
- فلا تعارض كما يقال بين اتفاقات الاعتراف بالإذناب - التسوية - وقرينة البراءة ولا تقود الاتفاques إلى نقل عبء الإثبات مادامت تم في مرحلة التحقيق الابتدائي وهدفها المتمثل في جمع الأدلة، وأن دور المفاوض شبيه بدور المستجوب.²
- احترام إرادة المتهم وخياره في التسوية الجزائية أي عدم الإخلال بمبدأ المساواة. فاختلاف ظروف القضايا وانعكاسها على مركز كل طرف يؤشر إلى حتمية الاختلاف في المعاملة بين المتهمين.³ ولقد أقرت المحكمة العليا الأمريكية US Supreme Court بحقيقة التسوية ووضعت ختم موافقتها عليها باعتبارها لا تنتهك أي من الإجراءات الجنائية طالما طلبتها المتهم طواعية وتنازل بشكل صحيح عن حقه في التزام الصمت وفي مواجهة واستجواب الشهود وحقه في المحاكمة أمام هيئة المحلفين، مع اعتبار شرط المعرفة Knowledge بأن يعرف طبيعة التهم الموجهة إليه وعواقب دعواه ونطاق العقوبة المحتملة والإجراءات الجانبية التي يتم تطبيقها.⁴

1 أنظر: المادة 1/28 من الدستور الإماراتي الصادر سنة 1971.

2 مشاري خليفة العيفان، (العدد 70/2017)، مرجع سابق، ص404.

3 مشاري خليفة العيفان، نفس المرجع، ص406.

4 ونعتقد نحن بوحدة المتابعة الجزائية، وبقدرة التسوية الجزائية على تعزيز تلك الوحدة أو التقرب بين المراحل.

Santobello v. New York, 404 US 257, 261 (1971). Stephen C. Thaman. Op.cit.p972.

- تمكن التسوية الجنائية المتهم من السيطرة على نتائج لا يتحكم فيها دون دخوله فيها.¹ فإذا كان سيدان ويحكم عليه فالأفضل له كما يقال أن يذهب إلى التسوية عوض المحاكمة الكاملة.²
- لا يبرم طرفا التسوية الجنائية اتفاق محصلته صفر على غرار ما يحدث في المسائل المدنية.³ وبالحصيلة تكون التسوية مقبولة مادامت ستحقق مكاسب لكل من المتهم والعدالة الجنائية.
- تسهل التسوية الجنائية عمل القضاء وتبسطه، وتستند إلى حقيقة أنه لا أحد يمكن أن يعترف بالذنب ويعرض نفسه للعقاب.⁴
- تقلل التسوية الجنائية من تكاليف التقاضي وأجور التمثيل بواسطة محامي، وقد تسهل عملية الإفراج عن المتهم وتنقص من الغرامات التي يمكن أن تفرض عليه.⁵ لقد برت التسوية الجنائية بارتفاع تكلفة المحاكمة الكاملة ومعدلات الجريمة وعدد القضايا، إذ برزت حاجة لتكثيف الإجراءات وتبني مفاهيم حداثة تعطي الأولوية تدريجيا إلى الاقتصاد الإجرائي Procedural Economy ، فلا يسع المرء إلا

1 Fred C. Zacharias.Op.cit.p1136.

2 **In the Shadows:** A Review of the Research on Plea Bargaining. Ram Subramanian, Léon Digard, Melvin Washington II, and Stephanie Sorage September 2020.Vera institute of justice, New York. p43.

<https://vera-institute.files.svcdn.com/production/downloads/publications/in-the-shadows-plea-bargaining.pdf>

3 Richard Lorren Jolly & J.J. Prescott.Op.cit.p1063.

4 **Mihaela Laura Pamfil:** The Admission of guilt and its consequences in the Romanian legislation, Proccdia - Social and Behavioral Sciences 92/2013. Dio: 10.1016 / j . sbspro.2013.08.737.674.

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042813028681>

5 Rebecca K. Helm, Roxanna Dehaghani and Daniel Newman.Op.cit.p145.

أن يدرك مسيرة العمل بنظام إجرائي توافقى وأقل تكلفة، بعد عقود من الانتقادات للنهج الأمريكي الذي يعكس المساومة في العدالة *bargaining with justice*.¹ ونبه إلى أننا لسنا من المتمسكين كلباً بالتفسيير الاقتصادي لهم التسوية الجزائية في الجنائيات، ولا نضع ما أخذ به القانون الإماراتي كلباً في الميزان الاقتصادي.

- تعزز التسوية الردع وتساهم في تعطيل الجهد الإجرامي لكونها تختزل الزمن، رغم عدم توافق العقوبة التي يتوقع فرضها مع حسابات النفعية العقابية التي مثلت أساس أحكام القضاء في دول مختلفة لعقود طويلة.² فمع العمل بالتسوية الجزائية يختزل الزمن وتتقارب طرق المتابعة، ورغم أن تلك الأهداف لا تمثل منطلقات الدخول في التسوية لكنها تعد من آثارها الإيجابية.

ثالثاً: حجج المعارضين للتسوية الجزائية في الجنائيات

وجهت للتسوية الجزائية العديد من الانتقادات على اختلاف نطاقها - بما فيها المتعلقة منها بالجنائيات - ومسمياتها وكيفيات وظروف العمل بها. سنقوم باستعراض أبرز تلك الانتقادات مع إبراز ما يمكن القيام به للحد من حدتها.

- تقاطع التسوية الجزائية مع الحق في الصمت أحد ركائز المحاكمة العادلة. فللمتهم أن يصمت ولا يدلي بأي أقوال. ويرى بعضهم أنه في ظل تلك التسوية يحصل المتهم نفسه ضد الإدانة التي قد لا تكون في صالحه، ولا حاجة لتبرير إدانته بالشرعية التقليدية.³ ومن وجہة نظرنا نحن أن الاعتراف عمل إرادی يتخلّى المتهم عنده عن

1 Stephen C. Thaman: Op.cit.p951.

2 Carissa Byrne Hessick & Douglas A. Berman. Op.cit.p209.

3 Rebecca K. Helm, Roxanna Dehaghani and Daniel Newman. Op.cit.p141.

الحق في الصمت طواعية، ولا يمكن أن يبقى معتصما به في كل الأحوال والظروف، وله خيار الاعتراف من عدمه خلال 10 أيام بحسب البند 2 من المادة 373 إجراءات جزائية، وهي مدة كافية لمراجعة حساباته والنظر إلى مصلحته، مثلما له التراجع عن اعترافه بحسب المادة 374 منه.

- تأثر المعترف بالذنب بعوامل ذاتية و/أو خارجية. فكل من يعتزم اتخاذ قرار ينتابه شعور بوجود قوة تحركه اتجاه ما يريد القيام به. ويصف بعضهم من ينخرط في التسوية الجزائية بالمضطر أو قريب من هذا، فالمراء عادة ما يتصور الشيء بأنه قسري على أساس الضرر الذي سيلحق به عند اتخاذ قرار ما.¹ ونعتقد بأن طبيعة القرار المراد اتخاذه يرفع بحسب أهميته درجة الحرص لدى المعني، وقد يكون من المناسب التمييز بين الاضطرار والخيار الصعب.

- احتمالية اعتراف بريء خشية أن تفرض عليه عقوبة شديدة أو لدافع شخصي وبفلت المجرم الحقيقي من العقاب. ويحذر بعضهم من عواقب عدم التمييز بين الأبرياء والمذنبين.² وتطرح كذلك احتمالية اعتراف المتهم عن جرم أخف لم يرتكبه تهريبا من جرم أشد إقترفه.³ دون إظهار تأثير هذا الموقف على مجريات العدالة. وهناك ما يعرف بالاتفاقات خارج القضاء حين يوافق شخص على الذهاب إلى السجن كنوع من الإشادة Tribute لصديق أو قريب له، أو تتفق أطراف خاصة على أن يذهب أحدهم إلى السجن باعتباره أفضل حل لنزاعاتهم. وهذه الاتفاقيات - كما يقال - خيالية وغير قابلة للتنفيذ وليس مشروعة، خلاف اتفاقيات الإقرار بالذنب

1 Ibid.p.147.

2 Jeffrey Bellin.Op.cit.p568.

3 بن جبل العيد: الاعتراف في المادة الجزائية، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، 2021، ص 165.

التي تكون قابلة للتنفيذ ومتمنية.¹

- وجود اختلاف حول بعض جوانب التسوية الجزائية قلل من قيمتها. ويقال بأن المتهم المنخرط فيها يحصل على استراحة.² لقد طرح المنتقدون للتسوية المذكورة مجموعة من المفاهيم تعبّر عن التشكيك وعدم اليقين بها، من قبيل ذلك المجهولة وعدم الوضوح والمقامرة والمخاطرة وضعف الثقة.³ مع أن الأمر في النهاية يعتمد على قدرة التشريع والقضاء على التحكم ب مجريات التسوية الجزائية وبالنتائج المتواحة منها.

- التعویل كلياً على اعتراف المتهם يؤثر في قاعدة عباء الإثبات الذي يقع على عاتق النيابة.⁴ ونعتقد أن من المناسب التفرقة بين فحوى تلك القاعدة ورفع شأن الاعتراف أو الاعتماد عليه.

- تخلي المعترف بالذنب عن جانب من تدابير الحماية الإجرائية. وينعكس ذلك على التفضيلات والنفع المرتخي ودقة تقييمه.⁵ وتنقص التسوية الجزائية من التسبب ولا تسمح طبيعة الأحكام وظروف صدورها بالمزيد من هذا إذا ما قورنت بتلك التي تصدر بصفة عادلة، وقد لا يتم مراجعتها كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية.⁶ وتلزم المادتين 217 و 219 إجراءات جزائية المحكمة ببيان أسباب

1 Richard Lorren Jolly & J.J. Prescott. Op.cit.p1050.

2 Herbert S. Miller and other. Op.cit.pliii.

3 Jeffrey Stephen A. (and). Bellin. Op.cit.p547 pleas of guilty and the loss: Saltzburg of constitutional rights: Michigan law Review. Volume 76 Issue 8, 1978, p1306.
<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol76/iss8/2/>

4 انظر المادة 65 إجراءات جزائية.

5 Fred C. Zacharias. Op.cit.p1132.

6 Carissa Byrne Hessick & Douglas A. Berman. Op.cit.p209.

حكمها، ويكون التسبب على قدر متطلبات الأحكام وظروف القضايا، وقصوره أو عدم كفايته قد يصاحب أي من الأحكام التي تصدر عن القضاء.

- لا تحقق التسوية الجزائية التناسب بين العقوبة والواقع التي أقر بها المتهم.¹ فكثيراً ما يلقى اللوم في الولايات المتحدة الأمريكية على نظام العدالة الجنائية لغياب التناسب بين الجرائم وعقوباتها.² ونعتقد بأن باستطاعة التسوية الجزائية أن تقلل من فرص الإفلات من العقاب، ويمكن التخفيف من حدة عدم التناسب بالتعويم على العقوبات الفرعية والتدابير.
- تكثر التسوية الجزائية من العقوبات قصيرة الأمد. وتلك من الآثار غير المستحبة للعمل بها، ويمكن التقليل منها بالعفو عن العقوبة أو وقفها أو بالبديل المتمثل بالمراقبة الإلكترونية، متى كانت ملائمة لوضعية المحكوم عليه.³
- لا ترضي التسوية الجزائية من يرى ضرورة إيقاع أشد العقاب بال مجرمين سيما الخطرين منهم.⁴ وكثيراً ما تقدم على أنها نموذج للتتساهل مع المجرمين. وقد يكون الحل بالتعويم على التدابير الجنائية لمواجهة الخطورة الإجرامية.

1 Mihaela Laura Pamfil. Op.cit.p677.

2 Jeffrey Bellin.Op.cit.p586.

3 المادة 370/1 و 3 إجراءات جزائية.

4 Stephen A. Saltzburg.Op.cit.p1268.

المطلب الثاني حدود العمل بالتسوية الجزائية في الجنائيات

لا يمكن للتسوية الجزائية في الجنائيات أن تتماشى مع أي من أنظمة العدالة الأخرى، ولها نطاقين موضوعي وشخصي. ويعتمد نجاحها وضمان تحقيق أهدافها على ضبط مختلف الجوانب القانونية المتعلقة بها.

الفرع الأول النطاق الموضوعي للتسوية الجزائية في الجنائيات

تنصب التسوية الجزائية بحسب القانون الإماراتي على الجنائيات والجنح المرتبطة بها، سواء وردت في قانون الجرائم والعقوبات أم في تشريع خاص. وتأثر بتكييف الواقعة المنسوبة للمتهم المراد إفادته بتلك التسوية، مع بيان أهمية النص على الحرمان منها.

أولاً: الجنائيات المعقاب عليها بالسجن المؤقت

لا تشمل التسوية كل الجنائيات فقد اختار المشرع الإماراتي في المادة 369 إجراءات جزائية منها المعقاب عليها بالسجن المؤقت، وتبقى العبرة بتلك العقوبة لا بالجنائية ودرجة خطورتها. والسجن المؤقت جزاء للجنائية، وهو من العقوبات الأصلية ينفذ في إحدى المؤسسات أو المنشآت المخصصة لذلك، حده الأدنى 3 سنوات والأقصى 15 سنة ما لم ينص القانون على خلافه.¹

إن الأخذ بالتسوية الجزائية في الجنائيات المعقاب عليها بالسجن المؤقت يعتمد على تكييف النيابة العامة ل الواقعه . وينبغي مراعاة المادة 2/27 جرائم وعقوبات: " يحدد نوع الجريمة بنوع العقوبة المقررة لها في القانون". وللمحكمة تغير وصف الواقعه متى

1 المواد 29 و 69 و 67 جرائم وعقوبات.

كانت هي نفسها التي وردت في أمر الإحالة.¹ وقد يكون هذا سبباً لرفضها التسوية واعتبارها كأن لم تكن، ولا يوجد في النصوص المنظمة للتسوية الجزائية في الجنائيات ما يؤشر إلى إمكانية الإبقاء عليها قائمة في ضوء التباین في التكييف ولو بقیت الجریمة ضمن حدود العمل بها.

ولا يعمل بالتسوية الجزائية في الجنائيات متى كانت إحدى الجرائم معاقباً عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد، ولا عند تعدد جرائم الجاني دون وجود رابط بينها. وأشارت المادة 361 اجراءات جزائية إلى الجرائم التي لا تخضع للتسوية الجزائية، ونوهت للنص السالف المادة 369 منه، ويتعلق الأمر بجرائم القصاص والدية، الجرائم الماسة بأمن الدولة، الجرائم الواردة بقانون الأحداث الجانحين والمعرضين للجنوح، الجرائم التي قرر القانون عدم جواز التزول بالعقوبة المقررة لها، الجرائم المشتملة بالأمرالجزائي، والجرائم المرتبطة بإحدى الجرائم التي لا يسري عليها نظام التسوية الجزائية. وتختلف الاعتبارات بالنسبة لكل فئة من تلك الجرائم، وقد قدر المشرع بأن مرتكبها لا يستحق أن يتخرط في التسوية الجزائية، وستتحول دون دخوله فيها متى ارتبطت بغيرها من الجرائم.

وتشمل بالتسوية في الولايات المتحدة الأمريكية جميع الجرائم، ويقع التفاوت بين الولايات القضائية، وإعتراف المتهم قد ينزل عقوبته من السجن مدى الحياة إلى 5 سنوات مع تجنبه المثول أمام هيئة المحلفين بما ينعكس على مسri الإجراءات الجنائية.² لقد قاد اعتراف James Earl Ray قاتل Martin Luther King في العام 1969 إلى تخفيض عقوبته من الإعدام إلى السجن لمدة 99 عاما.³ ولا تنطبق التسوية

1 الطعن رقم 9 سنة 2015 جزائي. جلسة 28/9/2015. والمادة 215 إجراءات جزائية.

<https://www.moj.gov.ae>

2 Stephen C. Thaman.Op.cit.p972.

3 Boivob Majumder: Plea Bargaining - A comparative study of India with foreign
==

وفق المادة 2/239 إجراءات جزائية إستونية على جرائم محددة حصراً، وتصح فيما عدتها. ولم يكن يسمح قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي بالتسوية إلا في الجرائم التي لا تزيد عقوبتها عن 3 سنوات حبس على أن يتم التخفيف في حدود الثالث، وفي تعديل سنة 2003 الذي أدخل على المادة 444 شمل بالتسوية الجرائم التي لا تتعدى عقوبتها 5 سنوات حبس لوحدها أو مقروننة بعقوبة مالية.¹ ويؤشر هذا إلى نجاح التسوية بدليل توسيع المشرع الإيطالي لنطاقها في حدود ما نص عليه.

إن وقوع التباين بين الجرائم أمراً وارداً فيكون بعضها مرشحاً أكثر من غيره لعقد التسوية إذا ما قورنت بغيرها. فالجرائم الجنسية -مثلاً- ذات طابع فردي وعادةً ما يتأخّر الإبلاغ عنها، ونادراً ما تتوافر لقطات لكاميرات المراقبة، بما يقلل كما يقال من جودة الأدلة ويعرقل اللجوء إلى التفاوض.²

ثانياً: الجنج المرتبطة بالجنائيات المشمولة بالتسوية

الارتباط حالة واقعية تعتمد على الصلة بين جرائم من ذات النوع أو أنواع مختلفة. والجرائم المرتبطة بوحدة الغرض لا تقبل التجزئة وتقوم على وحدة الخطة الإجرامية أو المشروع الإجرامي والتكميل والتلازم بين الأفعال المترتبة، ولبعضها الفضل على البعض الآخر، والعلاقة بينها حتمية، ولا يمكن أن ترتكب بمحض الصدفة.³

==
countries. Theory and practice of forensic and criminalities. Vol 29 №4 (2022) ,
p57.DOI:10- 32353 lkhrife.4.2022.03

<https://khrife-journal.org/index.php/journal/article/view/548>

1 Stephen C. Thaman.Op.cit.p972.

<https://canestrinilex.com/assets/Uploads/pdf/cf70b10e21/Italian-Code>

2 Asher Flynn Arie Freiberg .Op .cit .p60.

3 للمزيد: باسم شهاب: تعدد الجرائم وأثاره الإجرائية والعقابية - دراسة مقارنة - دار بيروت، الجزائر، 2011 ، ص 101 - 116

إن شمول الجناح المرتبطة بالجناية المعاقب عليها بالسجن المؤقت بالتسوية الجزائية في الجنائيات يعكس الأثر المتعددي لتلك التسوية. وينبغي ملاحظة ما يلي:

- يكون الارتباط بين الجنائية وجناحة أو أكثر بغض النظر عن طبيعتها وعدها، إذ ذكرت الجنح في النص جمعاً، والعبرة بوصف الجنحة بحسب المادة 30 جرائم وعقوبات.

- لم يحدد النص عدد الجنائيات التي يمكن شمولها بالتسوية والتي تخضع لضوابط تعدد الجرائم، ولم يظهر الموقف من الجنائيات المرتبطة ببعضها. وليس هناك ما يحول بغياب النص دون إجراء التسوية عنها، وإن كنا لا نعتقد بأن النيابة العامة ستقترح تسوية في مثل هذه الفروض.

- الارتباط المقصود بين الجنائية وجناحة ذلك الذي لا يقبل التجزئة، جاء في المادة 89 جرائم وعقوبات: (إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم). ولا يستوعب النص الارتباط السببي، حين تكون الجريمة التالية لم ترد في ذهن الجاني ابتداء، لأن يكون قد ارتكبها لتدارك أثر الجريمة الأولى، كارتکابه جريمة الحريق العمدي لطمس معالم السرقة، والجامع بينها وحدة السبب لا الغرض الواحد. كما يخرج عن الارتباط الذي لا يقبل التجزئة الارتباط البسيط بين الجرائم، ومن صوره اقتران جريمة باخرى.¹

- لا يهم موقع الجنائية بالنسبة للجنحة فقد تسبق الأخيرة الأولى أو العكس، المهم أن يتحقق الارتباط الذي لا يقبل التجزئة والذي تطلبه المشرع.

- ذكرت المادة 361 اجراءات جزائية جرائم لا تخضع للتسوية الجزائية، وأشارت

1 باسم شهاب، نفس المرجع، ص 113، 122.

للنص المذكور - كما نوهنا سلفاً - المادة 369 منه، وبينها تلك المرتبطة بإحدى الجرائم التي لا يسري عليها نظام التسوية الجزائية. ومن المتصور ارتباط جنحة لا يصح أن تجري التسوية عنها بجنائية يمكن إجرائها عنها، أو العكس. ومن المفروض أن تبقى العبرة بالجريمة الأشد، وربما لا تعقد التسوية الجزائية متى تصادف وقوع إحدى الجرائم خارج نطاقها الجنائية كانت أم جنحة، وهو التفسير الأقرب للفقرة 6 من المادة 369 أعلاه. وقد تنقضى الدعوى الجنائية عن الجنحة المرتبطة لسبب ما عقد الصلح بحسب المواد 348 - 352 إجراءات جزائية وينفرط عقد الارتباط.

- قد تستخلص المحكمة أن الجنحة ليست مرتبطة بالجنائية، وينبغي عندها البحث عما يمكن أن يتمخض عن تلك الخلاصة.

ولا تشكل الجنحة المرتبطة بصورة لا تقبل التجزئة بالجنائية المشمولة بالتسوية بحسب القانون الإماراتي عائقاً أمام إجراءها لكون الجرائم المرتبطة تأخذ حكم الجريمة الواحدة يقضي بعقوبة أشدتها، وهي الجنائية القابلة للتسوية الجزائية، مع جواز الحكم بالعقوبات الفرعية شريطة مراعاة إمكانية وجدو تطبيقها.¹ ودعى بعضهم - قبل اعتماده للتسوية الجزائية - المشرع الإماراتي إلى النظر في قاعدة الوصف الأشد لكونها لا تنسجم مع تلك التسوية، وتعيق قدرة النيابة العامة على إغراء المتهم بالوصف الأخف.² وقد جعل المشرع الاعتبار للعقوبة المخففة المتمثلة بالحبس بين 3 سنوات و 3 أشهر، كنظير للدخول في التسوية الجنائية، ويكون بذلك قد قلل من أهمية الطرح السالف.

1 المادتان 89 و 90 جرائم وعقوبات

2 مشاري خليفة العيفان، (العدد 70/2017)، مرجع سابق، ص 416

وتعدد جرائم المتهم قد يكون دافعه إلى الدخول في اتفاق التسوية الجزائية في الجنائيات. ويشير بعضهم إلى تكدس التهم Charge Stacking كحيازة المخدرات وأدواتها والتواطؤ لتوزيعها وتعریض الأطفال للخطر، إذ يمكن للمدعين العموم في الولايات المتحدة الأمريكية توظيف هذه الوفرة من التهم للضغط على المتهمن لتقديم المزيد من التنازلات.¹ وتهتم الم هيئات التشريعية الأمريكية بكونها تضع جزاءات شديدة تتخطى حدود التبرير، ويوظفها المدعون العموم للحصول على الاعترافات، وتكون التسوية الجزائية الدافع غير المباشر للنص على عقوبات زائدة ومصطنعة.² ويشير هذا فيما لو صدق إلى قيام وظيفة للعقوبة ليست في الحسبان. ونبه إلى أن تحديد العقوبة التي يمكن فرضها عند عقد التسوية سوف لا يدع مجالا للحديث عن توظيفها لغايات أخرى، وهو ما يحسب للقانون الإماراتي وعلى وجه التعين المادة 1/370 إجراءات جزائية.

ثالثاً: التباين في تكييف الواقعه وإمكانية استبعاد العمل بالتسوية

1. اختلاف تكييف الواقعه المجرمة

قد يحصل اختلاف في تكييف الواقعه المنسوبة للمتهم فتسير النيابة العامة في الإجراءات على أساس أنها من الجنائيات المشمولة بالتسوية الجزائية، ثم يتبين بعد إحالة الدعوى ومحضر التسوية إلى محكمة الجنائيات إنها ليست من هذا القبيل، وسيحول هذا دون إمكانية السير في التسوية ويمكن اعتبارها لأن لم تكن تطبيقاً للمادة 375 إجراءات جزائية. لقد ألمت المادة 142 / 3 إجراءات جزائية محكمة الجنائيات الصغرى الحكم بعدم الاختصاص متى ما تبين لها قبل تحقيقها بالجلسة

1 Richard Lorren Jolly & J.J. Prescott. Op.cit.p1084.

2 Jeffrey Bellin. Op.cit.p560.

أنها جنحة فتحيلها إلى محكمة الجنح، كما ألزمتها في البند 2 من ذات المادة الحكم بعدم الاختصاص وإحاله القضية لمحكمة الجنائيات الكبرى متى وجدت أن الواقعية جنائية معاقباً عليها بالسجن المؤبد أو الإعدام. وما سلف يتعلق بالإحاله بين المحاكم.

وقد تحال جنائية إلى محكمة الجنائيات الكبرى على أساس كونها من تلك التي تدخل في اختصاصها والمعاقب عليها بالسجن المؤبد أو الإعدام، ثم يتبع لها قبل تحقيقها بالجلسة أنها غير مختصة في نظرها، إذ ألزمتها المادة 1/142 إجراءات جزائية بإحالتها إلى محكمة الجنائيات الصغرى التي تتشكل بحسب المادة 1/140 منه من قاضٍ منفرد وتخص بنظر الجنائيات المعاقب عليها بالسجن المؤقت. وقد يكون من المناسب النص على أن يعاد ملف الداعوى إلى النيابة العامة لمنح المتهم فرصة الدخول في تسوية جزائية متى ما سمح ظروف القضية بذلك.

2. احتمالات استبعاد العمل بالتسوية الجزائية في الجنائيات

لم يستثن القانون الإماراتي من التسوية الجزائية في الجنائيات حالة العود إلى الجريمة نفسها أو جريمة أخرى، إذ قلل من الشروط التي قد تتقطع مع أهداف التسوية وتنقص من فرص الاستفادة منها. ولا يوجد ما يمنع عضو النيابة من البحث في ماضي المتهم المراد إفادته بالتسوية الجزائية في الجنائيات وليرقر ما يراه مناسباً. ولم يرد ما يؤشر إلى عدم العمل بالتسوية الجزائية لأكثر من مرة سواء تعلق الأمر بجريمة من ذات الوصف أو وصف مغایر. ولم تستثن كذلك الجرائم المتلبس بها المشار إليها في المواد 43 إلى 46 منه، والتي عادة ما تتميز بوضوحها بالنظر لظروف ارتكابها، وبما يجعل اللجوء إلى التسوية الجزائية عندها أقل احتمالاً. وربما كان من المناسب النص على فرض عدم العمل بالتسوية الجزائية، مع تمكين النيابة العامة من التراجع عن اتفاق التسوية في حالات معينة من قبيل ذلك اكتشاف تورط المتهم في ارتكاب جرائم أخرى لم تكن على دراية بها. ولا يستبعد تدخل المشرع الإماراتي في المستقبل لتقيد

التسوية الجزائية في الجنائيات لدواعي الحفاظ على تمسكها. لقد أدرك بعضهم ومنذ عقود أن الإبقاء على التسوية الجزائية أو المساومة الجزائية مشروطاً بوضع بعض القيود على نطاقها.¹ وتبقى التسوية الجزائية استثناءً ينبغي عدم التوسع فيه ولا ضير من تقليل نطاقها عند اللزوم.

الفرع الثاني النطاق الشخصي للتسوية الجزائية في الجنائيات

تعقد التسوية الجزائية في الجنائيات بحسب القانون الإماراتي بين عضو النيابة العامة المختص والمتهم، وتتضمن حقوق المجنى عليه أو المدعي بالحقوق المدنية. ولا يوجد ما يؤشر لإمكانية شمول الأحداث الجانحين أو الأشخاص الاعتبارية بأحكامها. وبالنظر لوضوح مركز المتهم ودور النيابة العامة في هذا البحث سيتم التركيز على حالة تعدد المتهمنين والموقف من الأشخاص الآخرين.

أولاً: تعدد المتهمنين في القضية الواحدة

تعقد التسوية الجزائية في الجنائيات مع المتهم الذي يعلن موافقته على الإنخراط فيها. جاء في المادة 378 إجراءات جزائية: (لا يحول تعدد المتهمنين في الدعوى الجزائية من أن تباشر النيابة العامة إجراءات التسوية الجزائية مع أحدهم أو بعضهم، ويكون لها التصرف بالدعوى الجزائية قبل باقي المتهمنين وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً). فالتسوية من الخيارات الفردية التي لا مكان للإجبار عندها، ومن ينخرط فيها من المتهمن سيعجني ثمارها لوحده، ولا يوجد ما يمنع من دخول كل المتهمنين في القضية التسوية الجزائية، وسيكون هذا فيما لو حصل أفضل لتجنب التعقيدات التي يمكن أن تقع.

1 Stephen A. Saltzburg.Op.cit, p1307.

وتطرح مع التسوية فرضية شهادة المتهم ضد غيره من المتهمين، من أجل هذا تأتي الدعوة لتقليل نطاق الموضوعي للتسوية الجزائية.¹ إذ تفهم الأخيرة على أنها تستهدف بقية المتهمين في القضية أو لا تتحقق التوازن بينهم، مع أنها تعد الخيار المتاح لهم جميعاً ولا يمكن فرضها على من لا يرغب الدخول فيها، وتعدد مواقف المتهمين من التسوية فيما لو كانوا جميعهم بيد العدالة يضعف قيمتها. وإن انخرطوا كلهم فيها وتتعدد الاعترافات فقد يصعب ذلك مهمة التوفيق بينها، وانسحاب بعضهم منها يمكن أن يتبعه تباين في الموقف القضائي، ومن المهم ربما أن تنظم تلك الفروض على نحو آخر.

وتحظر بعض القوانين إجراء التسوية الجزائية عند تعدد المتهمين متى كان الاعتراف بالذنب والعقوبة لا ينطبقان عليهم جميعاً، ولا يوجد ما يمنع من ذهاب كل المتهمين إلى التسوية شرط التناسق في الاعترافات والعقوبات. ومن أسباب عدم إجراء التسوية الجزائية في بعضها الآخر تعدد المتهمين وعدم موافقة أحدهم على الانخراط فيها.² إذ يلزم ذهابهم جميعاً إلى التسوية الجزائية، وسبقت الإشارة إلى الصعوبات التي تتملص عن التباين في المواقف أقلها حين ينسحب بعضهم منها دون الآخرين. ونعتقد بأن تعدد المتهمين في القضية الواحدة يعد من بين النقاط الأكثر صعوبة وتنعكس على جوانب أخرى بما في ذلك الصلة بين الجنائية والجناح المرتبطة بها والتي قد لا تتحقق بشأنها المساهمة الجنائية. وكل تعدد لأطراف التسوية الجزائية يولد المزيد من التعقيد ينعكس على مصيرها أو النتائج المرجوة منها.

1 Boivob Majumder. Op.cit.p64.

2 المادة 2/433 من قانون الإجراءات الجنائية لجمهورية لاتفيا لسنة 2005. والمادة 2/239 من قانون الإجراءات الجنائية الإستونية لسنة 2003.

ثانياً: مركز المجنى عليه أو المدعي بالحقوق المدنية

لا يعد المجنى عليه أو المدعي بالحقوق من أطراف اتفاق التسوية، جاء في البند 3 من المادة 380 إجراءات جزائية: (لا يقبل من المجنى عليه أو من المدعي بالحقوق المدنية طلب تطبيق التسوية الجزائية مع المتهم، ولا تسمع منه أقوال في المناوشات المتعلقة بتطبيقها). ووفقاً للبند 1 من المادة أعلاه يكون لكل من المجنى عليه والمضرر من الجريمة الطلب من النيابة العامة أن يؤدي له المتهم تعويضاً مؤقتاً عن الضرر الذي لحقه على أن يثبت ذلك في محضر التسوية، ولا يحول تقديم الطلب دون سير النيابة العامة في إجراءات التسوية الجزائية، وتحفظ المشرع على البند 2 من المادة 24 من ذات القانون المتعلقة بعدم أهلية المتهم للتقاضي، إذ تُعين الدولة وكيلًا عنه عند عدم وجود من يمثله. ولضمان حقوق المجنى عليه أو المضرر عُد محضر التسوية الجزائية بحسب البند 2 من المادة 380 سنداً تنفيذياً في حدود ما يتضمنه من تعويض مؤقت، ويحق لأيٍّ منهما اللجوء إلى القضاء المدني للمطالبة بالتعويض النهائي عن الضرر الذي أصابه من الجريمة، وال الخيار الأخير أفضل من سواه، ذلك لأن التسوية الجزائية يمكن تصبح كأن لم تكن.

ومنحت بعض التشريعات المجنى عليه حق الاعتراض على الموافقة على اتفاق التسوية الجزائية، وشرطت بعضها موافقته على إجراءاتها، ويلزم المدعي العام بإبلاغه بحقه إبداء رأيه في الاتفاق، وله تقديم التنجي والحصول على المعلومات بشأن فحص الاتفاق والمشاركة فيه، واعتراضه على الموافقة على الاتفاق وتقديم الاعتراضات على المحاكمة، وله الطعن لمخالفة قواعد الاتفاق أو قواعد القانون الجنائي والاشتراك في الإجراءات أمام محكمة النقض.¹ إن منح المجنى عليه كل هذه المكانة سيعرقل

¹ المادةان 436 / 2 و 434 / 2 من قانون الإجراءات الجنائية لجمهورية لاتفيا لسنة 2005. والمادتان 239 و 240 من قانون الإجراءات الجنائية الإستوني لسنة 2003.

التسوية الجزائية ويخرجها عن سياقها. ودوره محل انتقاد في الولايات المتحدة الأمريكية، وبعض الصحافيات كما يقال لا يؤدون أدواراً إيجابية.¹

ثالثاً: إمكانية عقد التسوية الجزائية في الجنائيات مع أشخاص آخر

1. التسوية الجزائية مع الحدث الجانح

لم يرد في القانون الإماراتي ما يؤشر إلى إمكانية سريان أحكام التسوية الجزائية في الجنائيات على الأحداث الجانحين أو منعها عنهم، وما ورد في المادة 3/361 إجراءات جزائية "الجرائم الواردة بقانون الأحداث الجانحين والمعرضين للجنوح". يقصد بها الجرائم التي تنسب إلى البالغين الواردة في القانون الاتحادي رقم 6 الصادر سنة 2022. وهذا خلاف الاستنتاج الذي خرج به بعضهم من النص السالف والمادة 3/372².

لقد سمح للمتهم تقديم طلب لإجراء التسوية الجزائية في الجنائيات دون الإشارة إلى من يمثله، وإن كان قد تطلب حضور محامي لإجراءاتها، وعلى المتهم أن يبدي رأيه خلال 10 أيام من تاريخ عرض إجراء التسوية المذكورة عليه. وليس هناك ما يؤشر إلى إمكانية إبرامها مع الحدث الجانح.³ وهي وإن كانت تصب عادة في صالحه تحتاج لإرادة شخص بالغ يقدر نتائج الدخول فيها والانسحاب منها، وقد يكون من المناسب أن يستبعد عقد التسوية الجزائية معه، واستثناء حالة بلوغه سن الرشد وقت إبرامها. ولا يوجد ما يمنع من عقد التسوية الجزائية مع بالغ يشترك مع حدث جانح خارج

1 Herbert S. Miller and other .Op.cit.p.l'i.

2 خالد محمد الحمادي: التسوية الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي. المجلة القانونية. جامعة القاهرة مجلد(19) العدد (5) 2024، ص 2982.

<https://doi.org/10.21608/jlaw.2024.341592>

المواد 368 و 371 و 374 إجراءات جزائية. 3

نطاق الجرائم الواردة في القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 2022.

ولا تشمل بالتسوية الجزائية بحسب المادة 41 - 2 إجراءات جنائية فرنسي كل من جرائم الصحافة والجرائم السياسية والقتل الخطأ، وتسرى على من يبلغ من العمر 13 سنة وقت ارتكابه الجريمة.¹ وتلزم بعض التشريعات المدعي العام بأن يشرح للمتهم أو مثل المتهم الحدث الجانح إمكانية تنظيم علاقة قانونية على أساس الدخول في اتفاق الإقرار بالذنب وحقوق وأثار ذلك. ولابد في كل الأحوال من البحث عن جدوى وكيفية عقد التسوية الجزائية مع الحدث.²

2. التسوية الجزائية مع الأشخاص الاعتبارية

لا تسرى التسوية الجزائية في الجنایات بحسب القانون الإماراتي على الشخص الاعتباري، بدليل النص على عقوبة الحبس وعدم ذكره في النصوص المنظمة لها. ولا يوجد ما يمنع من إفادة الشخص الطبيعي المتهم المساهم في جرم مع شخص اعتباري بالتسوية الجزائية، هذا ما يستنتج - على الأقل - من عدم النص على حرمان الشخص الطبيعي منها لداعي وجود شخص اعتباري متهم معه. وقد يكون من المناسب التفكير في سحب التسوية الجزائية في الجنایات على الأشخاص الاعتبارية مع وضع ضوابط خاصة بها، فاختصار التكاليف والإجراءات وتلافي المماطلات واحتمالات الإفلات من العقاب أو عواقب الملاحقة غير المحمودة وانعكاساتها على الأشخاص الذين يتاثرون بمستقبل الشخص الاعتباري مسائل يمكن وضعها في الحسبان. ويمكن للشخص الاعتباري أن يقر بالجريمة بإرادة من يمثله ويستفيد من التسوية الجزائية.³ كما يمكن

1 Modifié par LOI n°2024-449 du 21 mai 2024 - art. 16. <https://www.legifrance.gouv.fr>

2 المادة 1/434 من قانون الإجراءات الجنائية لجمهورية لاتفيا لسنة 2005.

3 بخصوص التصالح: أنظر المادة 339 من القانون الاتحادي رقم 2 لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

ایجاد صيغ مناسبة تجمع بين التسوية الجزائية والصالح، مادامت التسوية قد أقرت بالنسبة للشخص الطبيعي، ولتلafi فروض التباين حين ينخرط الأخير فيها خلاف الشخص الاعتباري الذي يمثله أو يعمل لحسابه.

وتعزى الولايات المتحدة الأمريكية ثلاثة أنماط من الاتفاques وهي اتفاق تأجيل الملاحقة القضائية DPA واتفاق عدم الملاحقة القضائية NPA واتفاق الإقرار بالذنب Plea agreement ويفضل المدعون العموم تجنب محاكمة الشركات لخفض التكاليف مع عدم وجود يقين بنتيجة المحاكمة. إن تأجيل الملاحقة أو استبعادها يقلل من القيمة العقابية الرادعة، ويمكن أن يشكل انتصاراً لقوى الشركات التي تسعى إلى إضعاف المسؤولية الجزائية لها.¹ ويسمح قانون Sapin II الفرنسي رقم 1691 - 2016 الصادر في 9/12/2016، للشخص الاعتباري المتهم بجريمة غسيل أموال وما يرتبط بها من جرائم - مع استثناء البعض منها - بعقد اتفاقية CJIP مع الدولة قبل تحريك الدعوى الجزائية يتخلص بموجها من المتابعة دون الشخص الطبيعي، ويتم ذلك من خلال دفع غرامة تسوية تبلغ في المتوسط 30% من حجم الأعمال السنوي، ويمكن تسديدها على دفعات لا تتجاوز السنة. ويقع عليه كذلك تنفيذ برامج الامتثال وتحمل مصاريف أو تكاليف الإجراءات التي تقوم بها الوكالة الفرنسية لمكافحة الفساد (AFA) مع تعويض الضحايا ودفع مستحقاتهم خلال فترة لا تتعذر سنة من تاريخ إبرام الاتفاق.² وتمثل غرامة التسوية ثمن الصمت Le prix du silence الذي تتحمله

1 Cindy R. Alexander and Mark A. Cohen: The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An empirical on non - prosecution deferred prosecution, and plea agreements, American criminal Law Review. Vol. 52:537, June 2015, p539 - 544.

https://www.researchgate.net/publication/286653611_The_evolution_of_corporate_cr iminal_settlements_An_empirical_perspective_on_non-prosecution_deferred_ prosecution_and_plea_agreements

2 LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la ==

الشركة للحفاظ على سمعتها.¹ وما يأخذ به القانون الفرنسي أقرب للصالح أو التسوية الجزائية بالمعنى الضيق.

==
corruption et à la modernisation de la vie économique.
<https://www.legifrance.gouv.fr>

- 1 **Martina Galli:** Une justice pénale propre aux personnes morales Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé RSC 2018/2 (N° 2)2018/2 (N° 2).p371.
<https://mafr.fr/fr/article/une-justice-penale-propre-aux-personnes-morales>

المبحث الثاني

مقومات التسوية الجزائية في الجنائيات

إناطة إدارة التسوية الجزائية في الجنائيات بالنيابة العامة يمثل إضافة للمهام المنوطة بها، ويعتمد نجاح هذه التسوية على قدرة وكفاءة عضو النيابة في ممارسة السلطات المنوطة به وتجسيد الضمانات الدستورية والقانونية. وإذا ما كتب للتسوية الجزائية النجاح سيدان المتهم ويناله العقاب في حدود ما تم النص عليه، والأصل أن يتم الحكم عليه بعقوبة الحبس علاوة على العقوبات الفرعية والتداير، ولا يوجد ما يحول دون فرض البديل المناسب لعقوبة الحبس أو الإعفاء منها حسب الظروف والأحوال. وإذا لم يكتب للتسوية الجزائية النجاح تصبح كأن لم تكن وتعاد القضية إلى ما قبل اقتراحها، وعندما ينبغي البحث في مآل الدعوى الجزائية.

المطلب الأول

سلطة النيابة العامة في عقد التسوية الجزائية في الجنائيات واعتراف المتهم

للنيابة دور فاعل ومؤثر في عقد التسوية الجزائية في الجنائيات وإنجاحها، فهي من يقترحها وتكون طرفاً فيها وتتولى إجراءاتها. أما المتهم فهو الطرف الآخر الذي يعد اعترافه مفتاح الدخول في التسوية الجزائية التي لا يمكن تصورها دونه، ويبقى مصيرها معلقاً بإرادته إلى ما قبل صدور الحكم في القضية.

الفرع الأول

دور النيابة العامة في التسوية الجزائية في الجنائيات

يدخل ما تقوم به النيابة العامة بخصوص التسوية الجزائية في الجنائيات ضمن ما يعرف بسلطة الملاءمة، إذ يسند إليها القيام بها ومتابعة مآلاتها. إن النيابة العامة ممثلة المجتمع طرفاً في اتفاق التسوية الجزائية، ولا تناقض بين الأدوار التي تقوم بها

متى اقتضت المصلحة أن تعقدها مع المتهم.

أولاًً: مهام النيابة العامة عند إجراء التسوية الجزائية في الجنایات

1- عرض التسوية الجزائية في الجنایات على المتهم

جاء في المادة 368 إجراءات جزائية: (للنيابة العامة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب المتهم. أن تعرض عليه بحضور محاميه الاعتراف تفصيلاً بارتكابها). فهـي أـما أن تبادر بعرض التسوية الجزائية أو تـسـاـير طـلـبـ المـهـمـ، وـيـقـيـ الفـيـصـلـ فيـ قـبـولـهاـ منـ عـدـمـهـ لـعـضـوـ الـنـيـاـبـةـ الـمـخـصـصـ، إـذـ لـاـ قـيـمـةـ لـطـلـبـ المـهـمـ دـوـنـ موـافـقـةـ الـنـيـاـبـةـ. وـتـجـيزـ بعضـ التـشـرـيـعـاتـ لـلـمـدـعـيـ الـعـامـ الدـخـولـ فيـ تـسـوـيـةـ جـزـائـيـةـ معـ المـهـمـ بـمـبـادـرـةـ منهـ أوـ منـ المـهـمـ أوـ مـحـاـمـيـهـ.¹ وـلـمـ يـشـرـطـ الـقـانـونـ الـإـمـارـاطـريـ بـالـطـلـبـ صـيـغـةـ مـعـيـنـةـ وـمـنـ المؤـكـدـ أنـ يـكـوـنـ كـتـابـيـاـ بـالـصـيـغـةـ الـعـادـيـةـ أوـ إـلـكـتـرـوـنـيـةـ متـىـ جـازـ ذـلـكـ. وـيـتـلـقـيـ عـضـوـ الـنـيـاـبـةـ قـبـولـ أوـ رـفـضـ المـهـمـ خـلـالـ مـدـةـ لـاـ تـزـيدـ عـلـىـ 10ـ أـيـامـ مـنـ تـارـيخـ عـرـضـ الـاقـتـراحـ عـلـيـهـ أوـ منـ تـارـيخـ اـعـلـانـهـ حـسـبـ الأـحـوالـ.²

2- اقتراح العقوبة المخففة

جـاءـ فيـ المـادـةـ 1/370ـ إـجـرـاءـاتـ جـزـائـيـةـ: (لـعـضـوـ الـنـيـاـبـةـ بـدـرـجـةـ لـاـ تـقـلـ عـنـ رـئـيسـ نـيـاـبـةـ الـذـيـ يـصـدـرـ بـتـحـديـدـهـ قـرـارـ مـنـ النـائـبـ الـعـامـ، عـنـ تـطـبـيقـ التـسـوـيـةـ جـزـائـيـةـ فيـ الـجـنـايـاتـ وـالـجـنـحـ الـمـرـتـبـطـةـ بـهـاـ، اـقـتـراحـ طـلـبـ توـقـيـعـ الـعـقـوـبـةـ عـلـىـ المـهـمـ بـالـجـبـسـ مـدـةـ لـاـ تـزـيدـ عـلـىـ 3ـ سـنـوـاتـ وـلـاـ تـقـلـ عـنـ 3ـ أـشـهـرـ). فـلـعـضـوـ الـنـيـاـبـةـ الـعـامـةـ أـنـ يـقـرـرـ تـطـبـيقـ عـقـوـبـةـ بـالـجـبـسـ فيـ حدـودـ مـاـ نـصـ عـلـيـهـ، وـعـقـوـبـةـ أـوـ أـكـثـرـ مـنـ تـلـكـ الـوـارـدـةـ فيـ المـادـةـ 1/362ـ إـجـرـاءـاتـ جـزـائـيـةـ، أـيـ سـدـادـ الغـرـامـةـ بـمـاـ لـاـ يـتـجـاـوزـ نـصـفـ حـدـهـ الـأـقصـىـ،

1. أنظر: المادة 1/433 من قانون الإجراءات الجنائية لجمهورية لاتفيا لسنة 2005.

2. المادة 371 إجراءات جزائية.

والتخلي لمصلحة الدولة عما استخدم أو عد للاستخدام في ارتكاب الجريمة أو تحصل منها. ولفظة "عقوبة" الواردة في البندة 2 من المادة 370 لا تسمح بشمول كل من تدبير سحب الترخيص لمدة لا تتجاوز 6 أشهر أو الغاؤه وإغلاق المنشأة ووقف النشاط التجاري لمدة لا تتجاوز 6 أشهر والقيام بأحد أعمال الخدمة المجتمعية وحظر ارتياح بعض المحال العامة لمدة لا تزيد على سنة وحظر استخدام وسائل اتصال معينة أو المنع من حيازتها أو احرازها لمدة لا تزيد على 6 أشهر.¹

والغرامة ليست من الجزاءات المرصودة للجنائية بحسب المادة 29 جرائم وعقوبات، وبالتالي فإن أهمية الإحال إلى المادة 362 / 1 تبقى محصورة في عقوبة المصادرية، فلا تشمل بقية العقوبات كالغرامة ولا التدابير. وخارج ما يمكن لعضو النيابة اقتراحه يكون للمحكمة بحسب المادة 370 / 4 أن تفرض أي من العقوبات التبعية والتكميلية والتدابير باستثناء تدبير الإبعاد عن الدولة الذي لا يفرض معها كي لا يحول دون اعتراف المتهم من غير مواطني الدولة.² وتبقى العبرة بعقوبة الجنائية دون الجنحة المرتبطة بها، وفقاً لأحكام تعدد الجرائم، من أجل هذا لم يجد المشرع ما يبرر النص على اقتراح عقوبات عن جرائم متعددة. فيما ألمت بعض التشريعات المدعى العام ببيان العقوبة التي سيطلب توقيعها عن كل جريمة والعقوبة النهائية.³ وينبغي إدراك الفارق بين اقتراح النيابة العامة الطلب من المحكمة توقيع العقوبة على المتهم المحصورة بين حدود، ومجرد الوعود بالطلب إلى المحكمة تخفيف العقوبة، والفرض

1 المواد 132 و 133 و 112 جرائم وعقوبات. والمادة 62 من المرسوم بقانون اتحادي رقم (34) لسنة 2021. ويضم اتفاق التسوية بحسب المادة 1- 9 من قانون الإجراءات الجنائية الإستونية لسنة 2003 نوع العقوبة وفتها ومدتها.

2 يتعلق تدبير الخدمة المجتمعية بالجناح - المادة 121 جرائم وعقوبات.

3 المادة 437 / 2 من قانون الإجراءات الجنائية لجمهورية لاتفيا لسنة 2005.

الأخير هو ما دفع إلى تصور التسوية الجزائية على أنها اتفاق ينطوي على خيال ومساومة.¹

3- تحرير محضر التسوية الحزئية في الجنائيات

جاء في المادة 372/1 إجراءات جزائية: (ثم تحرير الاقتراح بمحضر مستقل وتحصينه بيانات المتهم ووصفاً للتهم المنسوبة إليه ومواد القانون المنطبقة عليها، وأدلةها وتاريخ ومكان وقوعها ويوقع عليه كلاً من عضو النيابة والمتهم). إذ تتعلق بيانات المحضر كما يظهر من هذا النص بكل من المتهم والواقع ومواد القانون والأدلة الجنائية، واكتفت المادة 368 منه بذكر القرائن القوية فيما تكررت الإشارة إلى الأدلة في المادة 372 منه. ولا يتضمن محضر اتفاق التسوية الجزائية العقوبة، وتقترح النيابة العامة على المتهم الطلب إلى المحكمة تطبيق العقوبة الواردة في المادة 370/1 إجراءات جزائية، عدا عما أشار إليه البند 2 من ذات المادة بخصوص ما يمكن اقتراحه من عقوبات من تلك الواردة في المادة 362 منه. ويبطل المحضر عند غياب أي من بيانات، ويمكن أن يكون ذلك سبباً في رفض التسوية الجزائية من المحكمة. ولم يشترط توقيع محامي المتهم، فيما تطلب تشيريعات أخرى توقيع المحضر من المتهم أو ممثله إذا كان قاصراً ومحاميه مع تسليميه نسخة من الاتفاق المبرم، ويضم المحضر بيانات تتعلق بالمدعى العام والمتهم وممثل المتهم القاصر.²

4- إحالة الداعي ومحضر التسوية لمحكمة الجنایات

يصدر قرار الإحالـة إلى محكمة الجنـيات بحسب المـادة 122 إجراءـات جـزائـية عن رئيس الـنيـابة العـامـة أو من يـقوم مقـامـه متـى كانت الـواقـعة جـنـايـة أو تـدور بـين الجنـايـة

¹ Richard Lorren Jolly & J.J. Prescott. Op.cit.p1052.

المادة 437 من قانون الإجراءات الجنائية لجمهورية لاتفيا لسنة 2005.

والجنة وإن الأدلة كافية ضد المتهم. وعرض التسوية الجزائية على محكمة الجنائيات يعد بمثابة إحالة، ولكنها لا تتطابق مع تلك المتعارف عليها في ظروف الدعوى العادلة، لأنها حين تجد خلل في إجراءات التسوية الجزائية وترفضها تعيد الملف إلى النيابة العامة لتخذ بتصديقها ما ينبغي اتخاذه وكأن التسوية لم تكن. جاء في المادة 373 إجراءات جزائية: (تحيل النيابة العامة الدعوى الجزائية ومحضر التسوية في الجنائيات إلى المحكمة الجزائية المختصة وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً). فهنالك إحالة مع التسوية وأخرى يمكن أن تأتي بعد رفض التسوية الجزائية واعتبارها كأن لم تكن.

5- السير بالإجراءات عند رفض التسوية الجزائية في الجنائيات

للنيابة العامة بحسب المادة 375 إجراءات جزائية السير والتصريف في الدعوى الجزائية بالطرق المقررة قانوناً، حين ترفض المحكمة التسوية الجزائية أو يعدل المتهم عن اعترافه. ومن النقطة التي توقفت عنها تستعيد النيابة العامة سلطتها المعتادة، بما يعني أن الدعوى الجزائية لم تكن قبل اعتراف المتهم صالحة للإحالة العادلة، وعليه سيكون على النيابة إجراء المزيد من التحقيقات عقب اعتبار التسوية الجزائية لأن لم تكن لتعويض غياب الاعتراف، ولابد من الوقوف على سبب رفض المحكمة للتسوية الجزائية وفي حدود ما لها بحسب المادة 373.

ثانياً: تقييم دور النيابة العامة في التسوية الجزائية في الجنائيات

تتولى النيابة العامة مهام متعددة لعقد وبلورة التسوية الجزائية في الجنائيات كجزء من السلطات المنوحة لها، ويخص كل ما تقوم به بهذا الصدد لتقييم المحكمة وتحت رقتها. ويقترح عضو النيابة العامة التسوية الجزائية على المتهم، كما يقترح طلب توقيع عقوبة الحبس وفي حدود ما نص عليه.¹

1 المادتان 368 و 370 إجراءات جزائية.

وتتبني الإمارات العربية نهجاً يجمع بين النظام الاتهامي ونظام التنقيب والتحري، والناءة العامة سلطة اتهام وتحقيق وإحالة إلى القضاء، إذ تولى التحقيق الابتدائي عدا عن سلطاتها الأخرى. ولا يصح منها اقتراح التسوية الجزائية دون إجراء تحقيق يكشف لها عن الحاجة إليها من عدمها. ومن الظروف المناسبة لاقتراح التسوية الجزائية عدم تحقق حالة العود لدى المتهم أو كونه لا يحمل خطورة كبيرة أو إن شخصيته تميل إلى عدم الاعتراف بمبادرة منه أو لوجود غموض في مجريات القضية... الخ فهناك اعتبارات يمكن لعضو النيابة العامة أن يأخذها في الاعتبار تتعلق بالجريمة وال مجرم وبظروف وملابسات القضية، إذ عليه التتحقق من مدى إمكانية توافر ظروف عقد التسوية الجزائية في الجنائيات وإنجاحها، ويمكن أن يكون امتناع المتهم عن تسليم كل أو بعض ما له علاقة بالجريمة¹، سبباً في عدم اقتراح التسوية المذكورة. ويرى بعضهم ضرورة إلزام النيابة العامة باللجوء إلى التسوية الجزائية². ولم يأخذ هذا الرأي في الحسبان التباين بين ظروف القضايا وأحوال المتهمين، وقد يؤدي الأخذ به إلى التلازم الحتمي بين الاعتراف والتسوية الجزائية. فسلطة الملاءمة التي للنيابة العامة تنسجم مع التسوية الجزائية ولا تتقاطع معها، وهو ما انتهى إليه بالفعل أحد الباحثين مفضلاً النهج الذي سلكه المشرع الإماراتي بهذا الخصوص على نظام الحتمية الذي تبعه المشرع الكويتي في المادة 102 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية رقم (17) لسنة 1960³.

وتدفع التسوية الجزائية في الجنائيات المتتابعة باتجاه الجسم في قضايا لا يمكن تحقيق تقدم فيها في غياب اعتراف المتهم، ومن الضروري أن يحسن الظن بالنيابة

1 المادة 377 إجراءات جزائية.

2 خالد محمد الحمادي، مرجع سابق، ص 2998.

3 مشاري خليفة العيفان، (العدد 70/2017) مرجع سابق، ص 413.

العامة وبقيمة الأدوار التي تقوم بها. ولا يبدو الحال كذلك في الولايات المتحدة الأمريكية، إذ يؤخذ على المبادئ التوجيهية الفيدرالية أنها قد حولت السلطة التقديرية من القضاة إلى المدعين العموم.¹ فمحدودية موارد النظام القضائي زادت من قيمة وعدهم بقبول القضاة للتوصيات الصادرة عنهم تجنبًا للزيادة المتوقعة في حافظة القضايا.²

ويقال بأن التقدير في منح امتياز الاعتراف بالذنب - اتفاق التسوية الجزائية - يقوم على حقيقة إنه ليس من المرجح أن يعود المستفيد منه إلى ارتكاب جريمة أخرى.³ ونعتقد بعدم وجود ترابط حتى بين شدة العقوبة وعدم عودة المحكوم عليه للإجرام الثانية، ولا يمكن الجزم بدور التسوية الجزائية في الجنائيات في التقليل من فرص العودة للإجرام، فمثل هذه المسائل لا تحسم بالتصور أو الافتراض المجرد والأجدر بتقديرها هي النيابة العامة والمحكمة المختصة.

الفرع الثاني الاعتراف بالذنب عند التسوية الجزائية في الجنائيات

إن اعتبار الاعتراف شرطاً لقيام التسوية الجزائية في الجنائيات يعني أن له وظيفة أخرى عدا كونه دليلاً للإدانة، فيتحول في ظلها إلى نقطة ارتكاز أساسية ويشكل متى تحققت متطلباته منعطفاً لمسار الدعوى الجزائية.

1 James Q. Whitman: Equality in Criminal Law: The Two Divergent Western Roads. Journal of Legal Analysis. Winter 2009: Volume 1, Number 1.p123.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1349421

2 ستيد هام رونالد، مرجع سابق، ص209.

3 Carissa Byrne Hessick & Douglas A. Berman.Op.cit.p209.

أولاً: مقومات الاعتراف بالذنب

الاعتراف عبارة عن أقوال تصدر عن المتهم يؤكد من خلالها ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه أو صلته بها، وجوهر التسوية الجزائية في الجنائيات هو اعتراف المتهم بارتكابه لجناية لوحده أو مع غيره. ولا يغایر الاعتراف هنا عموم الاعترافات الأخرى سوى من حيث مبرر وتوقيت ودواعي تحصيله. وعليه ينبغي أن يتمتع الاعتراف ضمن اتفاق التسوية الجزائية في الجنائيات بالخصائص الآتية:

1- أن يتمخض الاعتراف عن استجواب يقوم به عضو النيابة العامة المختص: جاء في البند 1 من المادة 372 إجراءات جزائية: (في حال قبول المتهم اقتراح التسوية الجزائية في الجنائيات، على عضو النيابة المختص استجواب المتهم تفصيلاً واستكمال إجراءات التحقيق الازمة لتعزيز الأدلة بحسب الأحوال). إذ أراد واضح النص من الاستجواب التفصيلي أن ينتج اعترافا له قيمة في إثبات الجريمة وإدانة المتهم، ولا يمنع الاعتراف على النحو السالف عضو النيابة العامة من القيام بما يلزم من تحقيقات ذات صلة بما أدلّى به المتهم وفي ضوء الأدلة والقرائن المتحصل عليها.

2- لا يكون الاعتراف حصيلة ضغط أو إغراء أو تهديد: فمن حق المتهم المنخرط في التسوية الجزائية في الجنائيات التمتع بالاستقلالية Autonomy، بـألا يحصل ضغط على إرادته. وتطورت في بريطانيا مبادئ توجيهية لتجنب الضغط على المتهمين للاعتراف بالذنب، ولم يرسم في ظلها عملا تجريبيا لتحديد كيف ومتى قد تنشأ مثل هذه الضغوط أو التحقق من أنها لن تنشأ.¹ وتقضي المادة 11/d من القواعد الجنائية الفيدالية الأمريكية بـألا تقبل المحكمة إقرارا بالذنب أو عدم الاعتراض

1 Rebecca K. Helm, Roxanna Dehaghani and Daniel Newman. Op.cit.p141,144.

دون أن تتبين أولاً من خلال مخاطبة المدعى عليه في جلسة علنية أن الإقرار طوعي ولم يكن حصيلة إكراه أو تهديد أو وعود - خارج تلك التي يمكن أن يحويها الاتفاق -. وترى المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية على إن لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحة الاعتراف وقيمتها في الإثبات، ولها أن تأخذ به بعض النظر عن المرحلة التي صدر فيها متى صدر عن إرادة حرة وواعية.¹

3- أن يكون الاعتراف مفصلاً² بمعنى ألا تكون أقوال المتهم مجتزئة أو ناقصة، وغياب هذا الشرط قد يدفع المحكمة إلى رفض التسوية. ويمكن أن يشمل التفصيل كل الجرائم المنسوبة للمتهم والمرتبطة ببعضها، وتلك مسألة باللغة الدقة لم يشر إليها القانون الإماراتي. ونعتقد بأن العبرة تبقى للاعتراف بالجنائية ويصح اعترافه ولو أنكر الجناح المرتبطة بها.

4- أن يكون الاعتراف واضحاً وغير قابل للتأويل: فلا فرق بين الاعتراف باللغة العربية أو المترجم عن لغة أخرى أو لغة الإشارة أو المكتوب متى احترمت الضوابط القانونية. وتتطلب المادة 8 إجراءات جزائية أن تتم كافة الإجراءات باللغة العربية مع الاستعانة بمترجم أو بتقنية للترجمة عند الحاجة.³ وتعرف إسبانيا والولايات المتحدة الأمريكية المطابقة Conformidad والتي تعني عدم وجود معارضة، ولا حاجة للاعتراف الصريح بالذنب، فيكفي عدم اعتراض المتهم على الاتهامات

1 الطعن رقم 428 سنة 2022 جزائي. جلسة 7/6/2022.

<https://www.moj.gov.ae>

2 المادة 378 إجراءات جزائية.

3 انظر كذلك: المادة 25 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 32 الصادر سنة 2022 في شأن السلطة القضائية الاتحادية.

الموجهة إليه.¹ وهذا خلاف مقوله "لا ينسب إلى الساكت قوله".

5- أن يكون الاعتراف صادقاً مؤيداً بالواقع ومتعلقاً بالجريمة: جاء في البند 2 من المادة 372 إجراءات جزائية: (يتعين على عضو النيابة التأكد من أن اعتراف المتهم كان صادقاً ومطابقاً للواقع، من خلال تعزيزه بكشف ماديات الجريمة وأدلةها). وتقدير النيابة العامة للاعتراف يمكنها من عقد التسوية الجزائية في الجنائيات من عدمها، وهي من يقدر حقيقة وجود أموال أو أشياء لها صلة بالجريمة في حيازة المتهم أو شخصاً آخر، وقد تكشف علاقته بالجريمة المنسوبة إليه، إذ الزمرة المادة 377 تسليم ما في حوزته من أشياء أو أموال. وينبغي على المحكمة بحسب المادة 11/d من القواعد الجنائية الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية التتحقق من وجود أساس واقعي للإقرار بالذنب guilty plea.

6- أن يصدر الاعتراف عن شخص مؤهل: بأن يتمتع بالأهلية الازمة لصحة أقواله. وهذا الشرط يستنتج من المتطلبات العامة للاعتراف التي لا يمكن استبعادها مع التسوية الجزائية في الجنائيات. وعلى العموم لا يصح إدخال المتهم في اتفاقات الإذناب - التسوية - في الولايات المتحدة الأمريكية ما لم تثبت مؤهلاته العقلية كذلك المتطلبة لمحاكته، أي قدرته على التشاور مع محاميه.²

ثانياً: القيمة القانونية للاعتراف وأهميته في التسوية الجزائية في الجنائيات بحسب المادة 166/1 إجراءات جزائية وبعد أن تسأل المحكمة المتهم عن أسمه ولقبه وجنسيته ومحل إقامته ومولده وتتلى التهمة الموجهة إليه وتقدم النيابة والمدعى بالحقوق إن وجد طلباتهم، يسأل المتهم (... عما إذا كان معترضاً بارتكاب الواقع

1 Stephen C. Thaman.Op.cit.p980.

2 للمزيد: مشاري خليفة العيفان، (العدد 69/2017)، مرجع سابق، ص 440

المسندة إليه، فإذا اعترف يجوز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سمع الشهود وإن فتسمع شهادة شهود الإثبات، ما لم تكن الجريمة مما يُعاقب عليها بالإعدام فيتوجب على المحكمة استكمال التحقيق).¹ ويلاحظ أن المشرع قد رفع من شأن الاعتراف باستثناء الجريمة المعقاب عليها بالإعدام، هذا الموقف مهدٌ لتبني التسوية الجزائية في الجنائيات المعقاب عليها بالسجن المؤقت إذ يصح الاعتراف وحده للحكم بها على المتهم، وسيكون تحصيله بطريق التسوية لا يخلف صعوبات ذات شأن ولا يؤثر في صحة الحكم الصادر بأثرها. وتطلب وجود قرائن لإمكانية تلقي اعتراف التسوية الجزائية يؤشر إلى أهمية توافر الظروف الملائمة لتلقي أقوال المتهم. ومن المهم ربما التفرقة بين القرائن التي تزيد من مصداقية الاعتراف وتلك التي يراد منها إثبات الجريمة.

واعتبرت المادة 69 من الإجراءات الجنائية الرومانية رقم 135 لسنة 2010. أقوال المتهم لا تخدم الحقيقة إلا إذا تم تدعيمها بالواقع والظروف التي نتجت عن الأدلة المتحصلة. ووصف أقواله في ضوء هذا النص بأنها ذات قيمة ثبوتية مشروطة ومقيدة بوجود أدلة أخرى تثبت صحتها لا مستقلة أو معتمدة لذاتها.²

وجعل القانون الإماراتي من اعتراف المتهم المستوفي لشروطه أساس التسوية الجزائية في الجنائيات، ولا قيمة لها من دونه. جاء في المادة 368 إجراءات جزائية "الاعتراف تفصيلاً بارتكابها" وفي المادة 372 "على عضو النيابة المختص استجواب المتهم تفصيلاً" و"يتعين على عضو النيابة التأكد من أن اعتراف المتهم كان صادقاً ومطابقاً للواقع" أي أن القضية ستصبح جاهزة لأن تنظرها المحكمة بعد أن أدلّ

1 اعتبرت المادة 213 إجراءات جزائية جزائي الاعتراف كأدلة الإثبات الأخرى، ويخلص لتقدير القضاة.

2 Mihaela Laura Pamfil. Op.cit.p674.

https://hdl.loc.gov/loc.law/lflg.90656367_20221021_04

المتهم باعترافه المؤيد بالقرائن، رغم ما جاء في النص الأخير (... واستكمال إجراءات التحقيق الازمة لتعزيز الأدلة بحسب الأحوال) . فالاعتراف قوام التسوية الجزائية لا وجود لها من دونه وإن مصيرها معلقا على بقاءه قائما، وهو ليس دليلا للإدانة وحسب بل شرطا لقيامتها وبقاءها متماسكة ما لم تصبح كأن لم تكن.

ومن التشريعات ما عول على التقييم القانوني للجريمة ومدى الضرر الناجم عنها ونوع وفترة ومدة العقوبة التي سبطليها المدعي العام في المحكمة.¹ فلا يكون الاعتراف مادة للمفاوضة مع المتهم، وكل ما يطلب منه هو الموافقة على تبسيط الإجراءات، وووصفت المفاوضة على هذا النحو بأنها أداة إجرائية لاختيار شكل الإجراءات وتوظيف استقلالية الأطراف، وليس هذا هو الاعتراف بالمفهوم الموضوعي. ومرد الأمر في المهاية وضوح الجرائم المنسوبة للمتهم أقلها وفقا لتقديره هو.² ولا يمكن عد موافقته على الدخول في التسوية الجزائية اعترافا ضمنيا بالجريمة.

ثالثاً: آلية التعامل مع اعتراف المتهم وأولياته

1- مدى تقييد المحكمة باعتراف المتهم بالذنب

الأصل أن المحكمة لا تقييد بما تم تدوينه في مرحلة التحقيق الابتدائي أو في محاضر الاستدلالات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.³ ومع التسوية الجزائية في الجنایات يبرز دور الاعتراف ومحضر التسوية الذي تحرره النيابة العامة في مرحلة التحقيق في حسم القضية على نحو ما. ويلزم الاعتراف المحكمة متى قبلت التسوية الجزائية وشرعت في محاكمة المتهم، وعليها " سؤاله بحضور محاميه عما إذا كان

1 أنظر: المواد 244 و 245 و 245 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجنائية الإستوني لسنة 2003.

2 Laura Ervo. Op .cit.p107, 106.

3 المادة 209 إجراءات جزائية.

معترفاً بارتكاب الواقعه المسندة إليه، فإذا اعترف تكتفي باعترافه والحكم عليه بالإدانة بالعقوبة المقترحة من النيابة العامة أو الحكم في نطاق العقوبة المقررة وفقاً لأحكام المادة 370...¹. ولا تعيد محكمة الجنائيات استجواب المتهم إنما تستوثق من حقيقة اعترافه الذي تم أمام عضو النيابة المختص. وكان بالإمكان الاستعاضة عن عبارة "إذا اعترف" بعبارة "إذا أكد اعترافه". واشترطت بعض التشريعات تحقق القاضي من نية المتهم الفعلية في إجرائه التسوية الجزائية.² وهناك من يرى ضرورة توثيق الاعتراف بالوسائل التكنولوجية الحديثة، ويدعو المشرعین إلى النص على ذلك.³.

أما عن طبيعة الجلسة إن كانت علنية أم سرية، ففي غياب تحديدها بالنسبة للتسوية الجزائية في الجنائيات ستخضع للقواعد العامة، إجراءات التحقيق والاستدلال سرية بحسب المادة 67 إجراءات جزائية، والأصل في المحاكمات العلنية ما لم ينص على خلاف ذلك أو ترى المحكمة ما يبرر جعلها سرية، هذا ما يستخلص من المادة 162 منه. وعلى قدر تعلق الأمر بالتسوية الجزائية في الجناح تكون الجلسة بحسب المادة 1/365 غير علنية "سرية" ولا يمكن سحب ذلك على التسوية الجزائية في الجنائيات. واستنتج بعضهم علنية الجلسة من لزوم حضور المتهم للإجابة على التهمة المنسوبة إليه.⁴ ونعتقد بأن حضور المتهم من عدمه لا يحدد طبيعة الجلسة، وليس بين النصوص ما يشير إلى الأثر الذي يمكن أن يتربّ على غيابه، وما إذا كان ذلك يؤدي إلى بطلان التسوية الجزائية في الجنائيات واعتبارها كأن لم تكن. وفي الولايات

1 المادة 373 إجراءات جزائية.

2 المادة 246 من قانون الإجراءات الجنائية الإستونى لسنة 2003.

3 بن جبل العيد، مرجع سابق، ص 166.

4 مشاري خليفة العيفان، (العدد 70/2017) مرجع سابق، ص 408.

المتحدة الأمريكية وطبقاً للمادة 11/٣ من القواعد الجنائية الفيدرالية ينبغي على المحكمة أن تخاطب المدعى عليه شخصياً في جلسة علنية وتبلغه التهمة والعقوبة وأي إرشادات تتعلق بإصدار الأحكام القابلة للتطبيق. وليس هناك من خيار آخر يمكن العمل به خلاف العلنية. ولا يتم عقد الصفقة هناك بجلسة علنية، ويتعاظم دور المحامي في هذه المرحلة.^١

٢- القيمة الحقيقة لدليل الاعتراف بالذنب

يقال إن الاعتراف مع التسوية الجزائية لا يتناقض مع اعتباره سيد الأدلة لكونه لا يعفي النيابة العامة من إدارة الأدلة الأخرى ويمكنها من العمل بالحد الأدنى منها وبما يكفي لإدانته، وذلك ما يتواافق مع اللائحة الأوروبية رقم 18/87 الصادرة عن مجلس أوروبا سيما الفقرة 3/أ4 منها التي تقضي بإزالة كل ما هو ليس ضروري قبل الإحالة إلى المحكمة.^٢

وتعد القرائن القوية شرطاً لازماً لتلقي عضو النيابة العامة اعتراف المتهم كرسته المادة 368 إجراءات جزائية، ففي دلائل لتحديد خيار اللجوء إلى التسوية الجزائية وللتدليل عن مدى دقة وموثوقية الاعتراف. وهو ما يستشف كذلك من البند 2 من المادة 372: (يتعين على عضو النيابة التأكد من أن اعتراف المتهم كان صادقاً ومطابقاً للواقع، من خلال تعزيزه بكشف ماديات الجريمة وأدلتها). بمعنى أن العبرة تكون لدقة وصحة الاعتراف وفقاً للقرائن والأدلة المتوفرة، فيما لا تحتاج الإدانة سوى إلى الاعتراف بحسب المادة 373 إجراءات جزائية: (.. فإذا اعترف تكتفي المحكمة باعترافه والحكم عليه بالإدانة..). وينسجم هذا مع ما جاء في المادة 166/١ إجراءات جزائية

¹ ستيد هام رونالد، مرجع سابق، ص 211.

² Mihaela Laura Pamfil. Op.cit.p677.

والتي سبقت الإشارة إليها، فلا تمايز بين الاعتراف مع التسوية الجزائية في الجنائيات والاعتراف خارجها، فكلاهما يصلح بمفرده للإدانة، باستثناء الجرائم المعقّب عليها بالإعدام، والأخيرة غير مشمولة بالتسوية. وترى المحكمة الاتحادية العليا بأن الاعتراف في الجرائم التعزيرية لا يدان المتهم وفقاً له إلا بتعزيزه بقرائن. ويكتفى اعترافه في كافة مراحل الدعوى للإدانته عن التهمتين المنسوبتين إليه دون تطلب التقرير الفني لإثبات شرب الخمر. فيما ترى في قضايا آخر بأن المحكمة الموضوع أن تأخذ باعتراف متهم على آخر متى اقتنى بأدلة أو قرائن أخرى.¹

وتتساوى بعض التشريفات بين اعتراف التسوية الجزائية والاعتراف الذي يتم أمام المحكمة لتخفيض مقدار العقوبة، لأجل هذا قيل في معرض الحديث عن قانون جمهورية رومانيا بأن التسوية الجزائية في هذه الحالة ستتصبح غير ذات جدوى، وعلى المشرع أن يحدد الأدلة التي يمكن اعتمادها عند حصول اتفاق التسوية المذكورة.² ولا يمكن في ضوء القانون الإماراتي المساواة بين دور الاعتراف في التسوية الجزائية وأثره في تخفيف العقوبة في صورة تعاون المتهم مع القضاء.³

1 الطعن رقم 194 سنة 2019 جزائي. جلسة 20/5/2019. الطعن رقم 910 سنة 2018 جزائي جلسة 2019/5/6.

<https://www.moj.gov.ae>

2 Mihaela Laura Pamfil. Op.cit.p677.

3 أنظر البند 3 من المادة 99 جرائم وعقوبات.

المطلب الثاني

ضمانات التسوية الجزائية في الجنائيات وعدها كأن لم تكن

تقع التسوية الجزائية في الجنائيات ضمن نطاق الشرعية الجنائية، ولإبداءها ضمن حدودها ينبغي توفير ضمانات يتعلّق جلها بالمتهم، واقتراح وفرض العقوبة المخففة أو بدائلها من هذا القبيل، لأجل ذلك أدرجت في هذا البحث ضمن سياق متصل. وقد لا يحالف التسوية المذكورة النجاح فتسير في سياق آخر وتنتهي إلى حيث اعتبارها كأن لم تكن لتعود الإجراءات إلى ما قبل العمل بها.

الفرع الأول

ضمانات التسوية الجزائية في الجنائيات وما يتولد عنها

المتهم أحد طرفي التسوية الجزائية في الجنائيات ولكي يمكن منها دون أن تخرق المبادئ الضامنة لحقوقه ينبغي الاعتراف له بمجموعة ضمانات بالرغم من اختزال الإجراءات الجزائية.

أولاً: الضمانات التي ينبغي مراعاتها عند إعمال التسوية الجزائية في الجنائيات

1- ضمانة حق الدفاع

يعد حق الدفاع عن المتهم الوارد في المادة 1/28 من الدستور الإماراتي والمادة 24 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 32 الصادر سنة 2022 في شأن السلطة القضائية الاتحادية من ضمانات المحاكمة العادلة. وتمثل التسوية الجزائية في الجنائيات نقطة تحول في مسار الدعوى الجزائية يتطلب عقدها ومتابعتها وجود محامي. جاء في المادة 376 إجراءات جزائية (ويجب حضور المحامي في إجراءات التسوية الجزائية في الجنائيات). وعند عدم تمكنه من توكيل من يدافع عنه لعدم قدرته المالية ينبغي أن

تندب له النيابة محاميا، وإذا تعذر الأخير بعدن أو مانع ندبته له غيره.¹ ويتماشى هذا مع المادة 4/2 إجراءات جزائية. وبحسب المادة 1/371 منه فإن إعلان التسوية الموجه من النيابة العامة إلى المتهم الذي لم يكن ماثلاً أمامها ينبغي أن يشمل ضرورة الاستعانة بمحامي تأكيداً لأهمية علمه بحقه هذا.

وفي ظل تجارب دول أخرى كبريطانيا يبرز الدور المؤثر للمحامين في توجيه المتهمين لقبول الاعتراف المبكر بالذنب وكسب الوقت، ونوقشت بالفعل وعلى نحو واضح الجوانب المتعلقة باتّهام المحامي والمساعدة القضائية وتأثير التسوية الجزائية عليهم.² وتسمح بعض الولايات القضائية الأمريكية بتنازل المتهم عن حقه في الاستعانة بمحامي وتُقبل التسويات التي تتم بغيابه، وفي الكثير من الولايات يكون حضوره إلزاميا.³ ويعزز حضوره التسوية الجزائية ويدعم مصالح المتهم وخياراته، مع ما يقال في الولايات المتحدة الأمريكية عن ضعف المحامين وتغليب مصالحهم عدا عن العيوب الأخرى كتكاليف الوكالة وقواعد الكفالة.⁴

2- ضمانة الحياة

إذا عدل المتهم عن اعترافه قبل صدور الحكم تعاد الدعوى للنيابة العامة للتصرف فيها وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً من قبل عضو نيابة آخر لم يكن طرفاً في إجراءات التسوية الجزائية في الجنائيات، هذا ما قضت به المادة 374 إجراءات جزائية

1 الاستعانة بمحام وكذلك الاطلاع على المستندات من الأحكام المشتركة للتسوية الجزائية في الجنائيات والجنح.

2 Rebecca K. Helm, Roxanna Dehaghani and Daniel Newman. Op.cit.p151,160.

3 Stephen C. Thaman, Op.cit.p983.

حول حضور المحامي أنظر: المادة 11 من القواعد الجنائية الفيدرالية.

4 Jeffrey Bellin. Op.cit.p552.

ضماناً لمبدأ الحياد. وجاء في المادة 381 إجراءات جزائية: (... إذا قضي برفض التسوية الجزائية وقررت النيابة العامة إحالة الدعوى الجزائية إلى المحكمة المختصة، فيمتنع نظر الدعوى على القاضي الذي فصل برفض التسوية الجزائية). إذ حرص واضع القانون على ضمان حياد القاضي ونزاذه، سيما وأن موقفه السابق الرافض للتسوية الجزائية يمكن أن ينعكس سلباً على مجريات القضية وخلق حالة عدم ارتياح لدى المتهم.

ومنحت بعض التشريعات الحق في طلب تنحي القاضي لكل من المتهم والمجني عليه.¹ ولا يتعلّق الأمر بإلغاء التسوية الجزائية إنما بنظر القضية بناء على التسوية الجزائية التي أُبرمت، إذ لا يصح الجمع بين متولي التسوية الجزائية وقاضي الحكم. والحقيقة واحدة تمثل في عدم السماح للقاضي بأداء مهمتين يمكن تصور التعارض بينهما بالنسبة لنفس القضية.

3- شفافية الأداء القضائي

جاء في المادة 2/376 إجراءات جزائية: (يجب تمكين المتهم ومحاميه من الإطلاع على مستندات الدعوى الجزائية عند اتخاذ إجراءات التسوية الجزائية). ويكرس هذا الالتزام الذي يشمل التسوية الجزائية لكل من الجنح والجنایات شفافية العمل القضائي ويعزز حق المتهم في الدفاع والإطلاع على مستندات القضية بمعرفة محاميه. وينبغي تحرير محضر اقتراح التسوية الجزائية بحسب المادة 1/372 وأن يعرض لاحقاً على المحكمة. وألزمت المادة 97 عضو النيابة بإبلاغ المتهم بالتهمة المنسوبة إليه.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فينبغي أن يعلم المتهم بالتنازل عن حقه في الصمت وفي مواجهة الشهود والمحاكمة أمام هيئة المحففين، ويدون تنازله في سجل

1 المادتان 435 و436/2 من قانون الإجراءات الجنائية لجمهورية لاتفيا لسنة 2005.

بالجلسة العلنية لقبول الإقرار بالذنب.¹ ويقال بأن كتابة الاتفاques وتسجيلها لدى المحكمة تقلل من النزاعات ولها منافع أخرى أقلها الوقوف على مستوى العقوبات عند رفض الإقرار بالذنب.² ونعتقد بأن التشديد على التنازل عن الحق في الصمت مبالغ فيه، لأن اعترافه بعد الصمت مؤشر على تنازله عن هذا الحق.

4- الرقابة على إجراءات التسوية الجزائية

يقال بضرورة ولزوم مراقبة عملية الإقرار بالذنب - التسوية الجزائية- عن كثب وبدرجة عالية من الدقة، وعدم الاعتماد على الاستقلالية Autonomy، أي "القدرة على مطابقة فعل ما مع الحالة العقلية التي تمثل وجهة نظر الفرد والحالة النفسية والاجتماعية والشروط الالزمة لدعم ممارسة هذه القدرة في الواقع".³ وتم التسوية الجزائية في الجنائيات بحسب القانون الإماراتي على يد عضو النيابة العامة دون تدخل أو مشاركة المحكمة التي تمارس عقب إحالة الاتفاق رقابة فعلية على التسوية.⁴ جاء في المادة 373 إجراءات جزائية: (وتنظر المحكمة في صحة إجراءات التسوية الجزائية وعدم بطالتها). والرقابة القضائية من طرف المحكمة في صورة التحقق من صحة الإجراءات تحدد مصير التسوية الجزائية وتنعكس على الدعوى الجزائية. ويُخضع عمل عضو النيابة لرقابة من هو أعلى منه. وينحصر دور القاضي في الولايات المتحدة الأمريكية في ضمان أن يتم اتباع الإجراءات القانونية والدستورية.⁵

1 Stephen C. Thaman, Op.cit.p983.

أنظر: المادة 11 من القواعد الجنائية الفيدرالية.

2 Jenia I. Turner, Op.cit, p976 -977.

3 Rebecca K. Helm,Roxanna Dehaghaniand Daniel Newman, Op.cit.p145,162.

4 عن مشاركة القاضي في الاتفاques في الولايات المتحدة: مشاري خليفة العيفان، (العدد 69/ 2017) مرجع سابق، ص436.

5 ستيد هام رونالد، مرجع سابق، ص207.

وبخصوص حق الطعن فقد جاء في البند 1 من المادة 382 إجراءات جزائية: (للنيابة العامة والمحكوم عليه الطعن بطريق الاستئناف على الحكم الصادر في التسوية الجزائية في الجنائيات لتقدير العقوبة أو مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، أو إذا وقع بطلان في إجراءات التسوية الجزائية). والاستئناف من طرق الطعن نظمته المواد 230 إلى 242 إجراءات جزائية. وحددت أسباب الطعن بالاستئناف في حدود ما ذكر، والفرض أن التسوية الجزائية في الجنائيات بقيت قائمة ومنتجة لآثارها وصدر حكم عن محكمة الجنائيات.¹ والسماح بالطعن ببطلان إجراءات التسوية الجزائية جاء لتلافي ما يمكن أن يكون قد وقع منه خلال سير إجراءات التسوية الجزائية. أما عن الطعن بالنقض أو بالطرق الأخرى المقررة قانوناً فييمكن استخلاصه بالمفهوم المخالف لما جاء في البند 2 من المادة 382 إجراءات جزائية والمتعلقة بالتسوية الجزائية في الجنح (ويكون الحكم الصادر في الاستئناف غير قابل للطعن). وهو ما لم ينص عليه مع التسوية الجزائية في الجنائيات وبما يعني الإبقاء على الأصل.

ثانياً: العقوبة مع التسوية الجزائية في الجنائيات وبدائلها

للمحكمة الجزائية المختصة بحسب المادة 373 إجراءات جزائية خيار التقيد بالعقوبة المقترحة من النيابة العامة أو الحكم في نطاق العقوبة المقررة وفقاً للمادة 370، ويمكن أن تكون أقل من المقترح أو أكثر منه دون أن تتعدى حدود ما تم النص عليه. ولها كذلك أن تفرض عليه عقوبات تبعية أو تكميلية والتدابير المقيدة للحرية والسلبية للحقوق والمادية.²

1 أنظر: المادة 233 إجراءات جزائية.

2 أنظر المواد: 76 إلى 83 و 90 و 111 إلى 116 و 120 و 121 و 125 و 126 و 128 و 132 جرائم وعقوبات.

1. العقوبة مع التسوية الجزائية في الجنائيات وأسباب التخفيف

أ. استقلالية التسوية الجزائية في الجنائيات عن أسباب تخفيف العقوبة

جاء في المادة 27 جرائم وعقوبات: (2. يحدد نوع الجريمة بنوع العقوبة المقررة لها في القانون). وفي المادة 28 منه: (لا يتغير نوع الجريمة إذا استبدلت المحكمة بالعقوبة المقررة لها عقوبة من نوع أخف سواءً أكان ذلك لاعذار قانونية أم لظروف تقديرية مخففة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

وتخفيف العقوبة للاعتراف بالذنب في نطاق التسوية الجزائية في الجنائيات ليس من الظروف المخففة ولا الأعذار القانونية، ولا يمكن التسليم بأن الجنائية الخاضعة لها ستؤول إلى جنحة وتخضع لأحكامها، وإن ترك الخيار للمتهمين في اللجوء للتسوية الجزائية في المادة 378 إجراءات جزائية يؤشر إلى عدم تغيير وصف الجريمة. ويمكن احتساب الاعتراف خارج التسوية المذكورة على ظروف التخفيف متى أقر المتهم طواعية بالذنب، وكان لأقواله أهمية في كشف الحقيقة في صورة التعاون مع القضاء. وقد تمنع الأعذار القانونية خارج التسوية الجزائية لدواعي كشف الجناة والتعاون مع القضاء، ولنفس الغاية المتمثلة في منع الإفلات من العقاب.¹ وتقرب تلك الآلية في بعض مظاهرها أو النتائج المتخضبة عنها من التسوية الجزائية في الجنائيات لكنها لا تتماثل معها.

وتعرف الولايات المتحدة الأمريكية اتفاقيات التعاون Cooperation agreements ولابد من إدراك الفارق بين مساومة الإقرار بالذنب لتخفيف العقوبة وإسقاط

1 المادة 61 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 34 لسنة 2021 في شأن الشائعات والجرائم الإلكترونية. المادة 40 من القانون الجزائري رقم 05-2020 الصادر في 28/4/2020 والمتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية. والمادتين 58 و59 من القانون الجزائري رقم 23 - 04 الصادر في 7/5/2023 والمتعلق بالوقاية من الاتجار بالبشر ومكافحته.

الملحقة القضائية نهائياً.¹ وكذلك الخط الفاصل بين امتياز الإدلة بمعلومات خدمة للعدالة والاعتراف بالذنب عند التسوية الجزائية، أي التمييز بين الظرف المخفف نتيجة التعاون مع القضاء في صورة الاعتراف وتحفيض العقوبة عند إعمال التسوية الجزائية في الجنائيات كنظام مستقل له مقوماته، والفارق بينهما يتمثل في درجة النزول بالعقوبة وجة الاختصاص، ويتم اقتراح التخفيف للتسوية الجزائية عند التحقيق في الجريمة. وحصل الخلط بينهما مع التعرض لبعض الأحكام التي صدرت عن المحكمة الجنائية الدولية، تطبيقاً للمادة 1/78 من نظام روما والقاعدة 145-2/A من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.²

ومع أن التسوية الجزائية في الجنائيات تعتمد على تحفيض العقوبة ضمن الحدود الواردة في المادة 1/370 إجراءات جزائية، فلا يوجد ما يحول دون إعمال الظروف والأعذار المخففة أو المغفية من العقاب بدليل سماح المشرع بتطبيق العفو القضائي على المحكوم عليه. وخارج الإعفاء المذكور سيكون من المناسب الوقوف على آلية التعامل مع العقوبة الواردة بين حدين بحسب النص أعلاه. أما الجرائم التي لا يجوز النزول بالعقوبة المحکوم بها عنها وفقاً لنص القانون، فقد استبعدت من نطاق التسوية الجزائية في الجنائيات بحسب المادتين 369/4 و361 إجراءات جزائية.

بـ- تقييم العقوبة بأثر التسوية الجزائية في الجنائيات

الغاية الأساسية من تبني التسوية الجزائية في الجنائيات هي الحصول على اعتراف المتهم في قضايا تتسم بالغموض والتعقيد، ويصح القول هنا بأن لولا تخفيف العقوبة لما كانت هناك تسوية جزائية. والأخيرة ليست المؤثر الوحد في العقوبة السالبة

1 Herbert S. Miller and other.Op.cit.p4.

2 Bruno de Oliveira Biazatti.Op.cit.p184.

للحريّة، ويمكن للأعذار أن تقترب من الدور الذي تقوم به التسوية الجزائية في الجنائيات وتحقق ذات الغاية أو ما يقرب منها.

وكثيراً ما يتم البحث عن الأساس النظري والمعياري لتخفييف العقوبة وألياته ودرجة تماسكيها.¹ ونعتقد أن النزول بالعقوبة عند التسوية الجزائية في الجنائيات لا يستند إلى أنظمة العقوبة ونظرياتها إنما إلى ظروف الدعوى والقدرة على التحكم بها وإدارتها، بمعنى إنه إجرائي أكثر من كونه موضوعي. ومن العسير إخضاع العقوبة المخففة بأثر التسوية الجزائية إلى النظريات السائدة بما فيها النفعية العقابية، أو إبعادها عن نهج التقدير السائد كما يدعوا بعضهم مع ضمان تناغمها مع تلك النظريات.² ولا يمكن أن تقارن إجراءات التسوية الجزائية بالسير العادي للدعوى الجزائية لكونها استثناء عليها وتسير باتجاه مختلف إلى حد ما. وينبغي إدراك كيفية ممارسة القاضي لقناعاته تجاه العقوبة المنصوص عليها، وعليه أن يعي مقاصد التشريع، وحقيقة أن تنوع الأساليب والأدوات بما في ذلك ما يتعلق بالتسوية الجزائية في الجنائيات لا يمنعه من تقدير وتغريد العقوبة التي ينطق بها ضمن الحدود القانونية. وقد لا تكون العقوبة السالبة للحرية الخيار الأمثل، بل أن يبقى المحكوم عليه في المجتمع ويخضع لتدابير مناسبة وفعالة.

2- بدائل العقوبة المحكوم بها

للمحكمة عدا عن فرض العقوبة السالبة للحرية إفاده المحكوم عليه بالأنظمة البديلة المنصوص عليها في التشريع متى وجدت أن من الملاءم شموله بأي منها، وضمن العقوبة التي يمكن فرضها مع العمل بالتسوية الجزائية في الجنائيات، هذا ما يفهم من

1 Carissa Byrne Hessick & Douglas A. Berman. Op.cit.p217,218.

2 Ibid.p218.

المادة 370 / 3 إجراءات جزائية: (3). يكون للمحكمة المختصة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من عضو النيابة، تطبيق العقوبة المقترحة بنظام التسوية الجزائية، وفقا للآتي: ..). إذ يشير ظاهر النص إلى أن العمل بالبدائل يكون عند تطبيق ما تم اقتراحته فقط، وقد لا يكون قصد واضح النص متوجه إلى هذا المعنى.

أ. وقف تنفيذ العقوبة:

يمكن للمحكمة الجزائية المختصة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من النيابة العامة أن توقف تنفيذ عقوبة الحبس الصادرة بحق المتهم على إثر العمل بالتسوية الجزائية في الجنایات، مع مراعاة الشروط والاستثناءات المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات.¹

ب. المراقبة الإلكترونية:

لمحكمة الجنایات استبدال عقوبة الحبس المفروضة على المستفيد من التسوية الجزائية في الجنایات بالمراقبة الإلكترونية متى تحققت شروطها، ولها فرض تدابير حظر ارتياح بعض الأماكن العامة ومنع الإقامة في مكان معين، والتدابير السالبة للحقوق والتدابير المادية والعقوبات التكميلية والتضميدات وما ينبغي رده والمصاريف. ويخلص المستفيد من المراقبة لأحكامها الأخرى سيما فروض إلغاؤها، ويمكّنه كذلك تقديم طلب الاستفادة منها بعد قضائه نصف العقوبة المحكوم بها عليه.² وحضرت المادة 2/397 إجراءات جزائية تطبيق المراقبة الإلكترونية على من توافر بحقه حالة العود، وبالتالي إذا كان سيستفيد من التسوية الجزائية في الجنایات لا يمكن تطبيق

1 المادة 370/3- ب إجراءات جزائية. والمواد 84 - 87 و 136 من قانون الجرائم والعقوبات.

2 المواد 370/3/أ أو 389 إلى 396 و 399 و 401 و 403 و 404 و 408 إلى 410 و 108/2 إجراءات جزائية. و 111 و 127 جرائم وعقوبات.

المراقبة المذكورة بحقه، إذ جاء في المادة 3/370 - أ (مع مراعاة الأحكام العامة المنظمة لها).

ج. العفو عن المتهم:

للمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على اقتراح النيابة العامة إفاده المنخرط في التسوية الجزائية في الجنائيات بالعفو عن العقوبة. ومع العودة إلى قانون الجرائم والعقوبات نجد العفو القضائي بحسب المادة 102 جرائم وعقوبات، وفيها: (إذا اجتمع في الجنحة ظرف مخفف وعذر مخفف فللمحكمة أن تحكم بالعفو القضائي عن المتهم).¹

ولا يمكن مع التسوية الجزائية في الجنائيات التسليم بمقدولة "أن الاعتراف يمحو الاقتراف" ولا أن يعد العفو من مقوماتها، فقد جاء بمناسبتها. والإعفاء أعلى مقابل يمكن أن يحصل عليه المقر بالذنب، ولا يشمل تبعات العقوبة الأصلية التي أُعفي منها، أي العقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الجنائية. وفي كل الأحوال ينبغي أن يكون العفو مناسباً لوضعية المتهم، وما يفرض بحقه من جراءات أخرى يلزم أن يكون كافياً لردعه. فالتسوية الجزائية في الجنائيات جاءت للحصول على اعترافه والتزول بالعقوبة الأصلية ويمكن أن تكون مناسبة للعفو عنه والتقليل ما أمكن من سلبيات الحبس قصير الأمد.²

1 المادة 3/370- ب إجراءات جزائية. والأدق نسب العفو إلى المحكوم عليه لا إلى العقوبة.

2 تستوجب العقوبة عن الجنية المشمولة بالتسوية رد الاعتبار، خلاف عقوبة الجنحة بحسب المادة 367 إجراءات جزائية.

اعتبار التسوية الجزائية في الجنائيات كأن لم تكن

تعتمد التسوية الجزائية في الجنائيات على اعتراف المتهم، فهو محورها الذي يدور حوله كل ما يتعلق بها ولا يبقى لها من وجود دونه، كما يمكن أن تنتهي برفض المحكمة لها، وعندها يكون من اللازم الوقوف على ما سيتبع ذلك من آثار.

أولاً: فروض اعتبار التسوية الجزائية في الجنائيات كأن لم تكن

حدد المشرع الإماراتي في المادة 375/1 إجراءات جزائية حالات اعتبار التسوية الجزائية في الجنائيات كأن لم تكن:

1- عدم قبول المتهم التسوية الجزائية في الجنائيات: انطلاقاً من كون التسوية الجزائية في الجنائيات ممارسة إرادية يترك للمتهم خيار الانخراط فيها، ورفضه لمقترح التسوية المذكورة يعني عدم وجودها أصلاً، إذ تجهض قبل قيامها. جاء في المادة 375/1 إجراءات جزائية: (تعتبر التسوية الجزائية في الجنائيات كأن لم تكن، إذا لم يقبل المتهم التسوية الجزائية المقترحة عليه). ولم ينص على إمكانية عرضها لأكثر من مرة ولم يرد ما يمنع من ذلك.

2- عدول المتهم عن اعترافه قبل صدور الحكم: العدول هو التراجع الإرادي للمتهم عن اقواله دون تأثير ولا ضغط، وقد يأتي بمشورة من محامي، ويصبح العدول قبل الحكم الأولي لا بعده، والعدل المقصود هنا يماثل العدول عن الاعتراف في ظروف الدعوى العادلة مع اختلاف المناسبة أو السبب والأثر. ويمكن بحسب قضاء المحكمة الاتحادية العليا لمحكمة الموضوع تقدير اعتراف المتهم ولو عدل عنه في الجرائم التعزيرية في أي مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة كدليل لإدانته.¹

1 الطعن رقم 1515 سنة 2022 جزائي. جلسة 4/11/2023. والطعن رقم 445 سنة 2022 جزائي. جلسة 18/11/2022.

==

ومن حقوق المتهم في بعض التشريعات رفض الاتفاق حتى اللحظة التي ترجع فيها المحكمة إلى غرفة المداولات لإصدار الحكم، ويماثل هذا موقف القانون الإماراتي.¹ والسماح للمتهم بالعدول في مرحلة متقدمة وإعادة الدعوى إلى النيابة العامة يطيل إجراءات التقاضي. ومنحه هذا الحيز الواسع جاء لتمكينه من الإطلاع على جميع إجراءات المحاكمة إلى ما قبل صدور الحكم في الدعوى الجزائية.

3- قضاء المحكمة المختصة برفض التسوية الجزائية في الجنائيات: ليس للنيابة العامة التراجع عن اتفاق التسوية إلا في حالة ما إذا ثبت لها بأن الاعتراف غير صادق أو غير مطابق للواقع بحسب المادة 372/2 إجراءات جزائية. وتقوم المحكمة بفحص ما يعرض عليها وفقاً لقناعتها، وينبغي أن يتضمن حكمها الأسباب التي بني عليها.² وهي إما أن تقر التسوية الجزائية أو ترفضها وذلك وفقاً لما جاء في المادة 373 (وتنظر المحكمة في صحة إجراءات التسوية وعدم بطلانها)، وفي المادة 375 (أو قضت برفضها) والقضاء لا يكون إلا بحكم، ويأتي الرفض خلاف إرادة المتفقين بما يستلزم بيان أسبابه، وتسمح المادة 382/1 إجراءات جزائية بالاستئناف لبطلان إجراءات التسوية الجزائية. وفي غياب النص على حالات الرفض سيعول على سلطة المحكمة التقديرية. ومن بين ما يمكن تصوره منها:

- عدم مراعاة شرط المدة التي لا تزيد على 10 أيام لقبول أو رفض المتهم اقتراح التسوية الجزائية.

==

<https://www.moj.gov.ae>

1 المادة 435/8 من قانون الإجراءات الجنائية لجمهورية لاتفيا لسنة 2005.

2 المادتان 210 و 217/1 إجراءات جزائية. والمادة 27 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 32 الصادر سنة 2022 في شأن السلطة القضائية الاتحادية.

- أن يتبيّن عدول المتهم عن اعترافه قبل إحالة الدعوى ومحضر التسوية الجزائية إلى المحكمة المختصة.
 - عدم تحقّق حضور محامي المتهم إجراءات التسوية الجنائية.
 - وقوع تباین في تكييف الواقعه المنسوبة للمتهم.
 - مخالفة قواعد الاختصاص الوظيفي أو لخلل في اتباع الأشكال القانونية.
 - سقوط الدعوى الجنائية بأحد أسباب السقوط كالتقادم أو وجود مانع من السير بها قبل عقد التسوية الجنائية.
 - أن يتعلّق الرفض بالاعتراف نفسه. جاء في حكم للمحكمة الاتحادية العليا: (إن الاعتراف في المسائل الجنائية عنصر من عناصر الاستدلالات التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات...).¹
- وننوه إلى ما جاء في المادة 11 / h من القواعد الجنائية الفيدرالية الأمريكية، إذ يعد الانحراف عن متطلبات المادة المذكورة من قبيل الخطأ غير الضار Error Harmless متى ثبت عدم مساسه بحقوق جوهرية. وبالتالي ينبغي الحفاظ ما أمكن على اتفاقات الإقرار بالذنب في ضوء مراعاة تلك الحقوق.
- ثانياً: آثار عدم التسوية الجنائية في الجنائيات كأن لم تكن**
يتربّ على اعتبار التسوية الجنائية في الجنائيات كأن لم تكن مجموعة من الآثار
القانونية التي تضمن إعادة القضية إلى موضعها قبل انعقاد التسوية المذكورة، والتي
يمكن إيجازها بما يأتي:

1 الطعن رقم 627 سنة 2022 جزائي. جلسة 23/8/2022.

<https://www.moj.gov.ae>

- إعادة القضية للنيابة العامة للسير بها والتصريف فيها حسب الأصول: يؤشر هذا الإجراء إلى استعادة النيابة العامة سلطاتها المعتادة بحسب ظروف كل قضية. جاء في المادة 1/375 إجراءات جزائية: (ويكون للنيابة العامة السير والتصريف في الدعوى الجزائية بالطرق المقررة قانوناً).
- اعتبار اعتراف المتهم كأن لم يكن: الفرض أن المتهم قد قبل التسوية الجزائية في الجنائيات واعترف لكي يعتبر اعترافه كأن لم يكن. ويتربّ على عدم الاعتراف كأن لم يكن زوال كل آثاره ولا يعتد به على المتهم أو الغير¹
- الاعتداد بالأدلة الأخرى خلاف الاعتراف: جاء في المادة 3/375 إجراءات جزائية: (لا يؤثر اعتبار الاعتراف كأن لم يكن لعدول المتهم عنه على صحة الأدلة الأخرى التي تحصلت عليها النيابة العامة بناء على ذلك الاعتراف). ويتعلق هذا الأمر بمشروعية وصلاحية الدليل. وعبارة "بناء على ذلك الاعتراف" تؤشر إلى الأدلة التي تعقبه ويكون هو سبباً في وجودها. وعلى العموم فحين يستبعد الاعتراف قد يترك بعض الآثار ولو لم يتمخض عنه ظهور أدلة أخرى. إذ يمكن أن يكشف عن حقائق مهمة تصبح مجرد البوح بها مستقلة ولن ينبع عنده، فالجرائم أصبحت معقدة للغاية ويمكن لمعلومة بسيطة أن تكشف جملة ملابسات. وهناك قاعدة معروفة في الولايات المتحدة الأمريكية يطلق عليها Miranda rights يمكن أن يقود تطبيقها إلى عدم قبول الأدلة التي لا تتمتع بمشروعية.²
- حذف أو حجب محضر التسوية الجزائية في الجنائيات واعتراف المتهم. يقع هذا الالتزام على عاتق النيابة العامة ويأتي تأكيداً لاستبعاد الاعتراف الذي لم تعد له

1 المادة 2/375 إجراءات جزائية.

2 Stephen C. Thaman. Op.cit.p961.

قيمة بعد أن أصبحت التسوية الجزائية في الجنائيات كأن لم تكن، وكل اعتماد عليه يعد باطلًا ولو لم يصرّ المشرع بالبطلان، والتخيير بين الحذف والحجب ربما يعود لطبيعة السير بالقضية إن كان يدوياً أو إلكترونياً.¹ ويعتبر إعداد قاعدة للبيانات تضم عروض الإقرار بالذنب وقرارات الاتهام ونتائج الأحكام مطلباً ملحاً في الولايات المتحدة الأمريكية، يأتي لتكريس الشفافية ولن يكون متاحاً للمدعين العموم والقضاة والمحامين لتنقيفهم وتعزيز العدالة والمساواة بين المتهمين.²

● بدء سريان مدة التقادم من جديد: تقطع مدة التقادم بإجراءات التسوية الجزائية في الجنائيات التي تبدأ من قبول المتهم للعرض وتنهي باعتماد أو رفض المحكمة للتسوية المذكورة وعدها كأن لم تكن أو بتراجع المتهم عن اعترافه، ويبدأ حساب المدة من تاريخ آخر إجراء عند تعددتها، ويسري الانقطاع على كل المتهمين في ذات القضية.³ وكان يمكن الاكتفاء بما ورد في المادة 22 إجراءات جزائية. ويستوجب انقطاع التقادم بدء حساب مدته من جديد متى زال سببه. والأخذ بالانقطاع يحد من الإفلات من العقاب وفيه ضمانه للحقوق، ويجسد سحب أثر الانقطاع إلى بقية المتهمين الرغبة في توحيد مدة التقادم وضمان تماسكيها بالنسبة للدعوى الجزائية الواحدة. وتنقضي الدعوى الجزائية عن الجنائية التي عقوبها السجن المؤقت بحسب المادة 21 إجراءات جزائية بمرور 20 سنة.

1 أُنظر المادة 427 إجراءات جزائية.

2 Jenia I. Turner.Op.cit.p977.

3 المادة 379 إجراءات جزائية.

خاتمة:

من كل ما سبق طرحة في هذا البحث تبين أن التسوية الجزائية في الجنائيات لا تتماشى مع غيرها من الأنظمة الأخرى، وتمثل استثناءً على السياق العادي لسير الدعوى الجزائية، وهي مثل الأنظمة الإجرائية الأخرى قابلة للتطبيق والتقييم، ومن المناسب أن تفهم بكونها النظام البديل وغير الحتمي للتقاضي الكامل، وإن أحکامها قد شرعت لغايات محددة. ولضمان تماسك الطرح والاستنتاج وبالنظر للتباين والتدخل بين التشريعات المختلفة، سيتم التعويل على السياق الوارد في القانون الإماراتي.

الاستنتاجات:

- تعد التسوية الجزائية في الجنائيات من الأنظمة الحديثة في القانون الإماراتي وهي حديثة نسبياً في تشريعات أخرى، خلاف الولايات المتحدة الأمريكية.
- لا تنتهي التسوية الجزائية في الجنائيات لأنظمة البديلة للدعوى الجزائية، وينبغي التسليم بخصوصيتها باعتبارها نظاماً استثنائياً رغم الصلات التي تربطها بالأنظمة الأخرى القريبة منها، وهي أقرب إلى العدالة التوافقية وقد اختلفت مسمياتها.
- تباين الدول التي تتبنى التسوية الجزائية في موقفها منها مع القواسم المشتركة بينها.
- يمثل اعتراف المتهم بالجريمة المنسوب إليه جوهر التسوية الجزائية في الجنائيات وشرطًا لازماً لانعقادها وإنجاحها.
- تعد التسوية الجزائية في الجنائيات من الأعمال القضائية محاطة بضمادات قانونية قضائية.
- إن تخفيف العقوبة للتسوية الجزائية مستقل عن أسباب تخفيفها المعروفة في قانون الجرائم والعقوبات، فالتسوية آلية قانونية مستقلة.
- يمثل منع الإفلات من العقاب أبرز مبررات التمسك بالتسوية الجزائية في الجنائيات.

- تفاوت المواقف حيال التسوية الجزائية عموماً بما فيها تلك المنصبة على الجنائيات مؤشر على قوة ومتانة مرتکباتها القانونية وقدرتها على التكيف مع المنظومة القانونية.

- إذا كانت التسوية الجزائية في الجنائيات ليست مثالية بما يكفي فإنها تعد من بين الحلول التي يصح العمل بها في أحوال معينة، للحد من الإفلات من العقاب وللحفاظ على مقومات العدالة الجنائية.

المقترحات:

ستنقدم بمجموعة من المقترحات القانونية والتي نعتقد بكونها تصلح للمناقشة بالنسبة للقانون الإماراتي، وعلى ضوء ما تم استخلاصه من التشريعات المقارنة والطروحات الفقهية:

- النظر في إمكانية إفاده المتهم بالتسوية الجزائية في الجنائيات بعد إعادة تكييف الواقعة سواء تعلق الأمر بجنحة أو بجناية معاقباً عليها بالإعدام أو السجن المؤبد ثم آلت إلى جناية معاقباً عليها بالسجن المؤقت. والسماح بعقد تسوية جديدة عند رفضها في حالات معينة كاختلاف تكييف الواقعة.

- الافصاح عن الموقف القانوني من التسوية الجزائية في الجنائيات بالنسبة للأحداث الجانحين. والنظر في إمكانية النص على التسوية المذكورة مع الأشخاص الاعتبارية أسوة بالأشخاص الطبيعية، على أن يؤخذ في الحسبان خصوصية مسؤوليتها وطبيعة نشاطها، مع البحث عن صيغ ملائمة.

- بيان الموقف القانوني من التفاوت بين المتهمنين عند تعددتهم بين منخرط في التسوية في الجنائيات ومنسحب منها.

- إدراج حقوق المتهم الداخلي في التسوية الجزائية في الجنائيات وضماناته بنص

مستقل. وإمكانية النص على توقيع محامي المتهم على محضر التسوية الجزائية مع كل من توقيع المتهم وعضو النيابة.

- رفع التكرار الحاصل بين المادة 379 إجراءات جزائية والمادة 22 منه بخصوص التقادم الجنائي.

- إدراج حالات لا يصح إجراء التسوية الجزائية في الجنائيات عندها كالعود إلى الجريمة وسبق تطبيقها، وحين تكون الجنحة المرتبطة من تلك المنصوص عليها في المادة 361 إجراءات جزائية أو عند توافر حالة التلبس بالجريمة.

- وضع ضوابط تشريعية للحالات التي يمكن للمحكمة رفض التسوية الجزائية في الجنائيات عندها.

- النظر في ملائمة الجريمة الخاضعة للتسوية الجزائية في الجنائيات على ضوء العقوبة الواردة في المادة 370/1 إجراءات جزائية والتي لا تزيد على 3 سنوات ولا تقل عن 3 أشهر حبس.

- إمكانية جعل تحديد العقوبة السالبة للحرية عقب التسوية الجزائية في الجنائيات يتم وفق نسبة معينة من عقوبة الجريمة المنصوص عليها قانوناً.

- مراجعة نظم العقوبات الفرعية والتدابير الجنائية بما يجعلها أكثر فاعلية عند العمل بالتسوية الجزائية في الجنائيات.

- وضع ضوابط خاصة لتطبيق بدائل العقوبة السالبة للحرية أو الإعفاء منها عند إعمال التسوية الجزائية في الجنائيات، لتلافي وقوع تعارض بينها.

- توظيف التكنولوجيات الحديثة لتدعم وتعزيز العدالة الجنائية التوافقية بما في ذلك التسوية الجزائية في الجنائيات، لمساعدة الجهات القضائية على اتخاذ القرارات المناسبة بصفتها.

- إعداد دليل قضائي خاص بالتسوية الجزائية، ليكون مرجعاً للمعنيين وسبلاً لتوحيد معايير العمل بها.
- إجراء تقييم دوري لنظام التسوية الجزائية في الجنایات على ضوء ما يتوافر من إحصاءات، وتنظيم دورات وورش لتطوير كفاءة القائمين عليها.

List of references:

- **Asher Flynn Arie Freiberg:** Plea Negotiations. Report to the Criminology Research Advisory Council Grant: CRG 51/13-14. April 2018.
https://www.aic.gov.au/sites/default/files/2020-05/CRG_51_13-14-FinalReport.pdf
- **Boivob Majumder:** Plea Bargaining - A comparative study of India with foreign countries. Theory and practice of forensic and criminalities. Vol 29 N°4 (2022).
https://www.aic.gov.au/sites/default/files/2020-05/CRG_51_13-14-FinalReport.pdf
- **Bruno de Oliveira Biazatti :** Plea-Bargaining and sentencing at international criminal courts
Federal University of Minas Gerais Faculty of Law, Belo Horizonte, 2019.
https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BCML8P/1/bruno_biazatti_master_thesis.pdf
- **Carissa Byrne Hessick & Douglas A. Berman:** Towards A theory of mitigation. Boston University Law Review. Vol. 96/2016.
<https://www.bu.edu/bulawreview/files/2016/03/HESSICK.pdf>
- **Cindy R. Alexander and Mark A. Cohen:** The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An empirical on non - prosecution deferred prosecution, and plea agreements, American criminal Law Review. Vol. 52:537, June 2015.
https://www.researchgate.net/publication/286653611_The_evolution_of_corporate_criminal_settlements_An_empirical_perspective_on_nonprosecution_deferred_prosecution_and_plea_agreement
- **Fred C. Zacharias:** Justice in Plea Bargaining, William and Mary Law Review, Vol. 39:1121, 1998.

<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol39/iss4/4>

- **Herbert S. Miller .William F. McDonald &James A. Cramer:** Plea Bargaining in the United States, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Washington. Georgetown university, 1978.
<https://books.google.ht/books?id=1r94tQAACAAJ&printsec=copyright&hl=fr#v=onepage&q&f=false>
- **In the Shadows:** A Review of the Research on Plea Bargaining. Ram Subramanian, Léon Digard, Melvin Washington II, and Stephanie Sorage September 2020.Vera institute of justice, New York
<https://vera-institute.files.svcdn.com/production/downloads/publications/in-the-shadows-plea-bargaining.pdf>
- **James Q. Whitman:** Equality in Criminal Law: The Two Divergent Western Roads. Journal of Legal Analysis. Winter 2009: Volume 1, Number 1.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1349421
- **Jeffrey Bellin:** Plea Bargaining's Uncertainty Problem Plea Bargaining's Uncertainty Problem, William & Mary Law School William & Mary, Faculty publications, 2- 2023.<https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/2122>
- **Jenia I. Turner:** Transparency in Plea Bargaining. 96 NOTRE DAME L. REV. 973 (2021). SMU Scholar Southern Methodist University.
<https://scholarship.law.nd.edu/ndlir/vol96/iss3>
- **Laura Ervo:** Plea Bargaining Changing Nordic Criminal Procedure: Sweden and Finland as Examples.
https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-74851-7_14

- **Laura Ervo:** Plea bargaining as an example of the recent changes in the Finnish Criminal procedural paradigm. *Baltic Journal of Law & Politics*, Volume7, Number 1. 2014.
DOI: 10.2478/bjlp-2014-0006
- **Martina Galli:** Une justice pénale propre aux personnes morales Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé RSC* 2018/2 (N° 2)2018/2 (N° 2).
<https://mafr.fr/fr/article/une-justice-penale-propre-aux-personnes-morales>
- **Mihaela Laura Pamfil:** The Admission of guilt and its consequences in the Romanian legislation, *Proccdia - Social and Behavioral Sciences* 92/2013.Dio: 10.1016 / j . sbspro.2013.08.737.674.
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042813028681>
- **Mirko Bagaric:** In Defence of a Utilitarian Theory of Punishment: Punishing the Innocent and the Compatibility of Utilitarianism and Rights. (1999) 24 Australian Journal of Legal Philosoph.
<https://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUJILegPhil/1999/1.html>
- **Rebecca K. Helm,Roxanna Dehaghaniand Daniel Newman:** Guilty Plea Decisions: Moving Beyond the Autonomy Myth. *Modern Law Review* .volume 85 issue 1 Jan 2022.
DOI: 10.1111/1468-2230.12676.
- **Richard Lorren Jolly & J.J. Prescott:** Beyond plea bargaining . A theory of criminal settlement. *Boston College Law Review*. Vol. 62:1047.2021.
<https://repository.law.umich.edu/articles/2883/>
- **Stephen A . Saltzburg:** pleas of guilty and the loss of constitutional rights: The current prince of pleading guilty . *Michigan law Review*. Volume 76 Issue 8, 1978.

<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol76/iss8/2/>

- **Stephen C. Thaman:** Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases (2007). General Reports of the XVIITH Congress of the International Academy of Comparative Law, Katharina Boele -Woelki & Sjef van Erp eds. 2007 .
<https://ssrn.com/abstract=2591467>

باللغة العربية :

1. المؤلفات:

- باسم شهاب: تعدد الجرائم وأثره الإجرائية والعقابية - دراسة مقارنة - دار بيروت، الجزائر، 2011.
- بن جبل العيد: الاعتراف في المادة الجزائية، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، 2021.
- ستيد هام رونالد: القضاء الجنائي في التنظيمات الفيدرالية، دراسة معمقة في قوانين الولايات المتحدة. ترجمة: المركز الثقافي للتعريب والترجمة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008.

2- البحوث والدراسات:

- خالد محمد الحمادي: التسوية الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية الإمارati.المجلة القانونية. جامعة القاهرة مجلد(19) العدد (5) 2024، ص2982.
- <https://doi.org/10.21608/jlaw.2024.341592>
- محمد عاطف عبد المعطي كامل: التفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي وأثره على الدعوى الجنائية، المجلة العصرية للدراسات القانونية، الكلية العصرية(رام الله) فلسطين، مجلد 3، عدد 1 ، سنة 2025.

- مشاري خليفة العيفان: اتفاقات الاعتراف المسبق بالإذناب في الولايات المتحدة الأمريكية. دراسة في مدى إمكانية تطبيقها في دولة الكويت والإمارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون. العدد(69) سنة 2017 ، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- مشاري خليفة العيفان: اتفاقات الاعتراف المسبق بالإذناب في الولايات المتحدة الأمريكية. دراسة في مدى إمكانية تطبيقها في دولة الكويت والإمارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون. العدد(70) سنة 2017، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- اجتهد المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية المتحدة. (البوابة الإلكترونية).

<https://www.moj.gov.ae>

- تعريف التسوية لغة واصطلاحا .

<https://mawdoo3.com>

Website:

- <https://www.legifrance.gouv.fr>
- <https://www.riigiteataja.ee>
- <https://www.riigiteataja.ee>
- https://hdl.loc.gov/loc.law/lflg.90656367_20221021_04

الأمر الجنائي كأحد بدائل الدعوى الجنائية (دراسة مقارنة)

الباحثة: هند حسن حميد البلوشي

إشراف أ.د: عبد العزيز الحسن

كلية القانون، جامعة عجمان

تاریخ الاستلام: 2025/1/17 تاریخ القبول: 2025/3/11

The Penal Order as one of the Alternatives to the Criminal Case (A comparative Study)

Researcher: Hend Hassan Humaid Alblooshi

Prof. Abdulaziz Alhassan

College of Law - Ajman University

الملخص

انتهت التشريعات الجزائية المعاصرة فكرة تبسيط الإجراءات في القضايا البسيطة، واختصارها كنظام الأمر الجزائري، وهو نظام إجرائي خاص الغرض منه مواجهة نوع معين من الجرائم، بهدف إنهاء إجراءاتها، ووضع الحد لانقضاء الدعوى الناشئة عنها بصورة مبسطة ويسيرة، لا تراعي فيها القواعد المقررة لنظر المحاكمات العادلة، وقد ساير هذا الاتجاه الحديث المشعر الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة محدداً ماهيته، ونطاق تطبيقه، والسلطة المختصة بإصداره في مرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2022م بإصدار قانون الإجراءات الجزائية والتي تحرص على سرعة الفصل والتخفيف على القضاء، وتهدف الدراسة الى التعريف بمفهوم الأمر الجزائري، وما هي طبيعتها القانونية، ونطاق تطبيقها، والسلطة المختصة بإصداره من خلال دراسة مقارنة بين التشريعات الإماراتية والتشريعات المقارنة، ودراسة أثر نظام الأمر الجزائري على أطراف الدعوى، والدعوى الجزائية، والدعوى المدنية.

كلمات البحث: الأمر الجزائري، بدائل الدعوى الجزائية، الدعاوى الجزائية.

Abstract

Contemporary criminal legislation has adopted the thought of simplifying procedures in simple cases and abbreviating them as the penal order system, which is a special procedural system aimed at confronting a specific type of crime, with the aim of ending its procedures, and putting an end to the expiration of the case arising from it in a simplified and easy manner, in which it does not take into account the rules established for the consideration of ordinary trials, and this modern trend has been in line with the federal legislator of the United Arab Emirates, specifying what it is, the scope of its application, and the competent authority to issue in Federal Decree Law No. 38 of 2022 issuing the Code of Criminal Procedure Which is keen on the speed of separation and mitigation of the judiciary, and the study aims to introduce the concept of the penal order, what is its legal nature, the scope of its application, and the competent authority to issue it through a comparative study between UAE legislation and comparative legislation and study the impact of the penal order system on the parties to the lawsuit, the criminal case and the civil lawsuit.

Keywords: criminal order, alternatives to criminal case, criminal cases.

المقدمة

إن الرغبة في تيسير الإجراءات الجنائية ليست من أفكار اليوم؛ فقد شهدت التشريعات المختلفة صوراً لتيسير الإجراءات الجنائية على تفاوت فيما بينها تبعاً للظروف الخاصة بها، والسياسة الجنائية المتبعة، سواء كان هذا بالتحول عن الخصومة الجنائية، بمعنى عدم اتباع الإجراءات الجنائية التقليدية، أو الإبقاء عليها مع بعد عن الإغراق في الشكليات، وكل ذلك في إطار التوازن اللازم، والمطلوب بين السرعة والفعالية، وحماية حقوق الناس وحرياتهم.

وما يبرر اللجوء إلى مثل هذه الإجراءات هو ارتفاع عدد القضايا المطروحة أمام المحاكم التي قد تسقط بالتقادم إذا ما تركت للإجراءات العادلة؛ بسبب طول الإجراءات العادلة مما يعوق ويؤخر الفصل في القضايا المطروحة أمام المحكمة على وجه السرعة، ويشكل إرباكاً وعيقاً على عمل المحكمة، وتشكل هذه الأنظمة تحفيزاً لعبء العمل على المحاكم، وتيسيراً على الخصوم، وتوفيراً للجهد، والمال، والوقت.

ويعد الأمر الجنائي أحد مسرعات بدائل الفصل في الدعاوى الجنائية التي تحقق العدالة والإنصاف للأفراد و المجتمع، مما يعكس أثره إيجابياً على الفصل في العديد من القضايا التي يتم تحركها من قبل النيابة العامة باعتبارها الحق العام الذي يمثل المجتمع، كذلك تعكس أثارها إيجابياً على تخفيف عبء على القضاء فيما يتعلق بالقضايا البسيطة، فقد نصت عليه الكثير من التشريعات الجنائية كوسيلة سهلة للبت في بعض الجرائم البسيطة، التي لا تستأهل تحقيقها ولا مرافعة، وإنما يمكن إصداره بناءً على الاطلاع على الأوراق، وهذه الأوراق تتضمن الأدلة التي يكفي الفصل في الدعوى دون الحاجة إلى السير في الإجراءات بالطريقة العادلة من إجراء معainات، وسماع الشهود، ومرافعات.

لقد تبنى المشرع الإماراتي في تعديله الأخير الذي طرأ على قانون الإجراءات الجنائية في المرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2022م فكرة الأمر الجنائي كنظام من

الأنظمة الإجرائية للإدانة دون اتباع إجراءات المحاكمة العادلة، مكرّساً إياها في مجال الجرائم المنسنة بقلة الأهمية وضآلّة الخطورة الإجرامية؛ وهي الجنج البسيطة والمخالفات بكل أنواعها، هادفًا من وراء ذلك تحفيض العباء على كاهل القضاء، وجعله يتفرّغ للقضايا الأهم، معتبراً أن الجرائم السابقة جرائم لا تحتاج إجراءات الفصل فيها لتعقيّدات الإجراءات التقليدية المنسنة بالبطء والغرق في الشكليّات، وأنه يتعيّن بخصوصها تبسيط وإيجاز وتيسير الإجراءات، مما يعود بالفائدة على الخصوم وكذلك المجتمع، ويحقق فعالية جهاز العدالة الجنائيّة.

أولاً: أهميّة الدراسة:

ترجع أهميّة هذه الدراسة إلى ظهور نظام يعد استثناءً على القواعد العامة للمحاكمة الجنائيّة العادلة، حيث إنّه يختصر الإجراءات التي تتم خلال طرق الإجراءات العادلة التي تمر بها الدعوى الجنائيّة، بالإضافة إلى أن هذا الاستثناء قد يعارض ما نصّ عليه الدستور الإماراتيّ الذي تضمن في ثناياه (أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونيّة عادلة)، الأمر الذي قد يترتب عليه ضياع حق المتهم في الدفاع، وحقه في إجراء محاكمة عادلة، كذلك ترجع أهميّة اختيار هذا الموضوع إلى تسليط الضوء على بيان نطاق تطبيق هذا النّظام، والسلطة المختصّة بإصداره، والذي يعد رؤية مستحدثة، ونقلة كبيرة في مجال القضاء الجنائيّ الذي يؤدي إلى رفع مستوى كفاءة السلطة القضائيّة في الدولة.

ثانياً: إشكاليّة الدراسة:

تتجلى مشكلة دراسة نظام الأمر الجنائيّ بإبعاد أزمة العدالة الجنائيّة بشكل عام على القضاء الجنائيّ، وبشكل عام على النظام العقابيّ والتي تمثل في أزمة الحبس قصيرة المدة، وسياسة الإغراق في الشكليّات الإجرائيّة.

ومن هذا المنطلق، فإن هذه الدراسة تحاول التعرّف على نظام الأمر الجزائري كبديل للدعوى الجزائية، ونطاق تطبيق الأمر الجزائري في حل أزمة العدالة الجزائية، والسلطة المختصة بإصداره، وحجية تطبيق الأمر الجزائري على الدعاوى الجزائية والمدنية.

ثالثاً: أهداف الدراسة وتساؤلاتها:

تهدف الدراسة إلى الإجابة على التساؤلات الآتية:

1. ما هو الأمر الجزائري، ما طبيعته القانونية؟
2. ما خصائص الأمر الجزائري؟
3. ما نطاق تطبيق نظام الأمر الجزائري؟
4. من السلطة المختصة بإصدار الأمر الجزائري؟
5. هل يؤثر الأمر الجزائري على الدعاوى الجزائية والمدنية؟

رابعاً: منهجية الدراسة:

إن أي دراسة متخصصة لا يمكنها أن تغفل التشريع والفقه فيما وراء الحدود، ولمعرفة حقيقة الوضع الذي نعيش فيه، والانتفاع منها في تطوير قوانين الدولة عن طريق المقارنة العلمية المنصفة، لذلك استلزم موضوع البحث الدمج بين المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج المقارن.

خامساً: خطة الدراسة:

لمعالجة مشكلات هذه الدراسة بصورة علمية فإننا سنعالج الموضوع محل الدراسة من خلال مقدمة، ومحبثن رئيسيين، وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

- المبحث الأول: ماهية الأمر الجزائري
- المطلب الأول: تعريف الأمر الجزائري وطبيعته القانونية.

الفرع الأول: تعريف الأمر الجزائي.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للأمر الجزائي.

- **المطلب الثاني: خصائص الأمر الجزائي، وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة.**

الفرع الأول: خصائص الأمر الجزائي.

- **الفرع الثاني: الأمر الجزائي، وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة.**

- المبحث الثاني: الأحكام العامة للأمر الجزائي

- **المطلب الأول: نطاق تطبيق الأمر الجزائي، والسلطة المختصة بإصداره.**

الفرع الأول: تطبيق الأمر الجزائي من حيث الجرائم والعقوبات.

الفرع الثاني: السلطة المختصة في إصدار الأمر الجزائي.

- **المطلب الثاني: حجية الأمر الجزائي.**

الفرع الأول: حجية الأمر الجزائي على الدعاوى الجزائية.

الفرع الثاني: حجية الأمر الجزائي على الدعاوى المدنية.

تمهيد وتقسيم

الأمر الجزائري نظام شرعي عرفه القانون المقارن منذ القدم، وبعد التشريع الاجرائي الجزائري الروسي الصادر في 17 يوليو عام 1846 أول التشريعات الأوروبية التي أخذت بنظام الأمر الجزائري، وعرف هذا النظام في القانون الإيطالي الصادر سنة 1865 ونص عليه في المواد من 506 حتى 610 من قانون الإجراءات الجزائية، وأدخل نظام الأمر الجزائري في فرنسا بموجب القانونين الصادرتين في 3 يناير سنة 1972، و12 من يونيو سنة 1972، بتعديل قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، كما أن القانون المصري طبق الأمر الجزائري لأول مرة عام 1937 في المواد 214 - 219 من قانون تحقيق الجنایات المختلط، ثم عمل به أمام المحاكم الوطنية بموجب القانون رقم 19 لسنة 1941، وتعدّدت التعديلات على قانون الإجراءات الجزائية المصري حتى صدر قانون رقم 74 لسنة 2007 وتعديلاته في 5 سبتمبر 2020، وأخرها قانون رقم 1 لسنة 2024 بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الذي توسيع في نطاق الأمر الجزائري إلى مدى بعيد، فأجاز للنيابة العامة أن تطلب من القاضي الجزائري إصدار الأمر الجزائري في مواد الجنح التي لا يوجّب القانون الحكم فيها بعقوبة الحبس، وأطلق سلطة القاضي في مقدار الغرامة التي يقضي بها طالما أنّ عقوبة الحبس غير وجوبية¹.

وقد ساير المشرع الإماراتي أغلب التشريعات الإجرائية الحديثة التي طبّقت نظام الأمر الجزائري الذي يستند إلى تبسيط واختصار الإجراءات في بعض القضايا البسيطة، ولا تراعي فيها القواعد المقررة لنظر المحاكمات العادلة، وعليه استحدث مجموعة تعديلات تشريعية بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2022، الأمر

¹ طارق أحمد جاسم الراشد، بدائل الدعوى الجزائية التقليدية كمسرعات في تحقيق رؤية دولة الإمارات العربية المتحدة للعدالة الناجزة، دار الهبة العلمية، الطبعة الأولى، 2021، ص-103-104.

الجزائى هو كنظام قضائى يتميّز بالسرعة فى الفصل فى الدعاوى الجزائية البسيطة دون إحالتها إلى المحكمة المختصة دون تحقيق من قبل النيابة العامة¹.

¹ محمد شلال العاني، عبد الله التوايسة، شرح قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي في ضوء احدث التعديلات التشريعية، دار الأفاق، الشارقة، 2022، ص 112-113.

المبحث الأول

ماهية الأمر الجزائري

الأمر الجزائري يعد من أهم الوسائل لعلاج أزمة العدالة الجزائية، ويعد أمراً قضائياً بتوقيع عقوبة الغرامة بدون تحقيق أو مرافعة، و ذلك يعني أن الأمر الجزائري يصدر دون اتباع القواعد الخاصة بإجراءات المحاكمة، والتحقيق النهائي اللازم للحكم الجزائري، فالأمر الجزائري أمر يصدر من عضو النيابة العامة التي يعود لها الاختصاص بنظر الدّعوى، وذلك بتوقيع عقوبة الغرامة في الجناح والمخالفات الجائز فيها ذلك قانوناً، وذلك بعد الإطلاع على أوراق الدّعوى في غير حضور الخصوم، وبغير إجراء تحقيق أو سماع مرافعة، كما يعد تعبيراً عن نظام الإجراءات الموجزة التي تستهدف تيسير الإجراءات الجزائية في الجرائم البسيطة، ومن ثم هو نظام قضائي يتميز بالسرعة في الفصل في الدّعاوى الجزائية البسيطة دون إحالتها إلى المحكمة المختصة دون تحقيق من قبل النيابة العامة، ولقد حرص المشرع الجزائري الإمارati على تضمين المواد القانونية الخاصة بالأمر الجزائري كل الضمانات والشروط الالزمة لإصداره ضماناً لحسن تطبيقه، وحرصاً على حق المتهم والمجتمع على السواء¹.

ولذلك سنبيّن في هذا المبحث تعريف الأمر الجزائري، والطبيعة القانونية للأمر الجزائري في المطلب الأول، وبيان خصائص الأمر الجزائري، وتمييزه عن غيره من الأنظمة المشابهة في المطلب الثاني.

1 طارق احمد جاسم الراشد، مرجع سابق، ص 24

المطلب الأول

تعريف الأمر الجنائي وبيان طبيعته القانونية

الفرع الأول

تعريف الأمر الجنائي

أولاً: التعريف التشريعي للأمر الجنائي:

عرف المشرع الإماراتي في المادة 336 لعام 2022 من قانون الاجراءات الجنائية الفصل الرابع الأمر الجنائي كالتالي: هو أمر قضائي يصدره عضو النيابة العامة في الفصل في موضوع الدعوي الجنائية التي لا يرى حفظها، أو إحالتها إلى المحكمة المختصة في بعض جرائم الجنح والمخالفات، ويجوز أن يصدر الأمر الجنائي في غيبة المتهم مما يتربّ عليه إنهاء الخصومة الجنائية ما لم يعترض عليه المتهם في المدة المحددة قانونياً¹ ، ونظم المشرع الإماراتي الأمر الجنائي وفق نصوص المواد من 336 حتى 347 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2022 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي، وحرص على أن تضمن تلك المواد كل الضمانات، والشروط الالزمة لإصدار الأمر الجنائي ضماناً لحسن تطبيقه، وحرصاً على حق المجتمع والمتهم على حد سواء².

1 المرسوم بقانون اتحادي الإماراتي رقم 38 لسنة 2022 الفصل الرابع المواد من 336 إلى المادة 347، وحصر مرسوم هذا القانون نطاق تطبيق الأمر الجنائي على بعض جرائم المخالفات والجنح المعاقب عليها بالغرامة أو (الحبس أو الغرامة)، كما أعطى المشرع للنائب العام رخصة تحديد المخالفات والجنح التي ينطبق عليها أحكام الأمر الجنائي، كما أن الأمر الجنائي الذي يصدره عضو النيابة يتمثل في توقيع عقوبة الغرامة المقررة قانوناً بما لا يجاوز نصف حدتها الأقصى.

2 محمد شلال العاني ، أحكام القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي ، النظرية العامة للعقوبة ، مكتبة الجامعة ، الشارقة ، سنه 2012 ، ص 116.

وفي هذا الصدد تقرر المحكمة الاتحادية العليا أنّ المشرع قد قصد من استحداث نظام الأوامر الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية، تحقيق العدالة في إطار بعيد عن الإجراءات الشكلية في الجرائم البسيطة التي ترهق كاهل الجهاز القضائي، وتستهلك جهده ووقته، وحيث إنّ الطريق الطبيعي لإنهاء الخصومة الجزائية وانقضاء الدعوى الجزائية يكون بصدور حكم باتٍ في موضوع الدّعوى، ولكي يصدر هذا الحكم في ظل محاكمة عادلة وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية؛ يجب أن تمر الدّعوى بعدة مراحل، وإجراءات من تحقيق وسماع أطراف الدعوى، ويصدر بعدها الحكم، ولكن المشرع رأى أنّ المصلحة للمجتمع والمتهم نفسه أن تقتنن هذه المراحل والإجراءات، وتختصر بدون أن يمسّ مقتضيات العدالة، ولهذا أدخل نظام الأوامر الجزائية، ويمكن من خلالها إنهاء الخصومة بإصدار الأمر الجزائري بتوجيه عقوبة على المتهم بدون المرور بمراحل التّحقيق وسماع المرافعة، ويكون من حقّ المتهم إما الموافقة، أو الاعتراض عليه خلال المدة المقررة قانوناً¹.

بينما عرّفه المشرع الفرنسي الأمر الجزائري على أنه نظام إجرائي خاص لا تُراعي فيها الإجراءات أو القواعد المقررة لنظر المحاكمات العادلة، وإنما تراعي فيها فيه فكرة التحول الجزائري عن الدّعوة العمومية من أجل التبسيط، والاختصار وعلاج أزمة العدالة الجزائية التي ترجع إلى زيادة أعداد القضايا وبطء إجراءات التقاضي².

وأيضاً تم تعريف الأمر الجزائري في التشريعات الفرنسية بموجب القانون الصادر في يناير ويونيو 1972 الخاص بالمواد رقم 542 حتى 528 والورادة في مشروع قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي حيث تمّ تعريفه بأنه: "سلطة تقديرية بابدي الثبات

1 المحكمة الاتحادية العليا 23 فبراير سنة 2021، الطعن رقم 1280 لسنة 2020 جزائي.

2 La rapidité de l'instance pénal, Aspects de droit comparé, Revue Pénitentiaire et de droit pénal, 1995 p 213.

العامة في إصدار أحكام مباشرة دون رفع دعاوى جزائية في الدعاوى الجزائية البسيطة قليلة الأهمية حفاظاً على سرعة البت في المخالفات، ولا تمثل خطورة حقيقة لدى مرتكبها توفيراً للعدالة الناجزة وعدم تكديس القضايا¹، حيث يرى المشرع الفرنسي أنه قد استحسن فكرة الأخذ بوجود إجراءات مبسطة لتحصيل واستيفاء الغرامات كحلٍ؛ لمواجهة الزيادة المضطربة في أعداد القضايا البسيطة قليلة الأهمية تحت مسمى أمر جنائي، أو مرسوم جنائي، أو غرامة جزافية، ويترتب على اتخاذها عدم وصول الدعوى للمحكمة¹.

بينما عرف المشرع المصري الأمر الجنائي في قانون 150 عام 1950 في الفصل الأول أنه: "عبارة عن القرار الذي تصدره محكمة الجناح، أو قاضي التحقيق كتابة على أوراق الدّعوى دون اللجوء إلى إجراءات المحاكمة العادلة، وذلك في بعض الجرائم البسيطة التي لا تستدعي كل ذلك، وما تتطلبه من نفقات عبارة (الجرائم البسيطة) التي وردت في التعريف غير دقيقة، فرغم شدة جرائم الجناح والجنایات عند مقارنتها بجرائم المخالفات، لها جرائم بسيطة وشديدة". إضافة إلى ذلك، رغم بساطة جرائم المخالفات فإن جميع المخالفات غير مشمولة بالأمر الجنائي².

ثانية التعريف الفقهي للأمر الجنائي:

لا يوجد إجماع بين فقهاء القانون الجنائي حول تعريف الأمر الجنائي، والسبب في هذا الاختلاف يرجع إلى أن غالبية التشريعات الجنائية للأمر الجنائي، لم تضع تعريفاً، ولم تأخذ به العديد من التشريعات، وعرف رأيُ فقيهِ الأمر الجنائي في التشريعات

1 La rapidité de l'instance pénal, Aspects de droit comparé, Revue Pénitentiaire et de droit pénal, 1972 p 213 article 542-528.

2 قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950 آخر تعديل للقانون، وتعديلاته في 5 سبتمبر 2020، وأخرها قانون رقم 1 لسنة 2024 بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية.

الاماراتية للقانون رقم 38 لسنة 2022، واتفق مع جاء في تعديلات 5 سبتمبر 2020 بالقانون المصري رقم 189 لسنة 2020 بأنه: "هو من الأوامر القضائية التي تصدر من القاضي الجنائي المختص، أو من قبل النيابة العامة، بعد أن يقوم بالاطلاع على ملف الدعوى الجنائية، ويكون هذا الأمر دون أن يقوم القاضي الجنائي بأية إجراءات تحقيق أو أية مرافعات، والأمر الجنائي يسهم في إنهاء الدعوى الجنائية وبالتالي تنتهي معها الخصومة، وكما عرفت للتشريعات الفرنسية لعام 1995 المادة 213 بخصوص الأمر الجنائي والتوصيف بأنه: "أحد أنواع القرارات القضائية، ذو طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة الحكم القضائي، وهو يتناسب مع الطبيعة القانونية للدعوى الجنائية أو الخصومة الجنائية، وهو ينطوي على الخصومة وفق إجراءات محددة وبسيطة، ويكون الغرض منه هو تبسيط إجراءات التقاضي، وتحقيق العدالة في بعض الجرائم التي يحددها القانون والتي عادةً لا تعتبر من الجرائم ذات الخطورة"¹.

وترى الباحثة تعريفاً آخر للأمر الجنائي على أنه: "القرار الذي يصدره عضو النيابة العامة حسب الأحوال بحيث تنتهي معه الخصومة الجنائية دون أية إجراءات أو مرافعات".

ثالثاً: التعريف القضائي للأمر الجنائي:

عرفت المحكمة الاتحادية العليا² في دولة الإمارات العربية المتحدة الأمر الجنائي المرسوم بقانون اتحادي رقم (32) لسنة 2022 بشأن السلطة القضائية، وفق معيار

1 La rapidité de l'instance pénal, Aspects de droit comparé, Revue Pénitentiaire et de droit pénal, 1995 article 213.

2 عرفت المادة الأولى من الفصل الأول مرسوم بقانون اتحادي رقم 33 لسنة 2022 في شأن المحكمة الإتحادية العليا: المحكمة الاتحادية العليا هيئه قضائية مستقلة، وهي الهيئة القضائية العليا في الاتحاد، مقرها إمارة أبو ظبي، ويجوز لها أن تعقد جلساتها استثناءً عند الاقتضاء في أي إمارة من إمارات الدولة.

قضائي هام، وهو معيار تحقيق العدالة مع تجنب العوائق الشكلية التي قد تؤخر الإجراءات الجزائية، حيث بينت بأنه: "ما كان من المقرر أنّ المشرع قصد من استحداث نظم "الأوامر الجزائية" في قانون الإجراءات الجزائية، تحقيق العدالة في إطار بعيد عن الإجراءات الشكلية في الجرائم البسيطة التي ترهق كاهل الجهاز القضائي، وتستهلك جهده ووقته، وحيث إنّ الطريق الطبيعي لإنهاء الخصومة الجزائية، وانقضاء الدعوى الجزائية يكون بصدر حكم باٍ في موضوع الدعوى، ولكي يصدر هذا الحكم في ظل محاكمة عادلة وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية يجب أن تمر الدعوى بعدة مراحل وإجراءات من تحقيق، وسماع أطراف الدعوى، ويصدر بعدها الحكم¹، ولكن المشرع رأى أنّ من المصلحة للمجتمع والمتهم نفسه أن تقتنن هذه المراحل، والإجراءات واختصارها بدون أن يمسّ مقتضيات العدالة؛ ولهذا أدخل نظام الأوامر الجزائية، ويمكن من خلالها إنهاء الخصومة بإصدار الأمر الجزائري بتوجيع عقوبة على المتهم بدون المرور بمراحل التحقيق وسماع المرافعة، ويكون من حق المتهم إما الموافقة أو الاعتراض عليه خلال المدة المقررة قانوناً، وفق ما نصّت عليه المادة 336 من قانون الإجراءات الجزائية من المرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2022 متفقاً مع ما جاء في التشريعات المصرية لعام 1950 والتشريعات الفرنسية الصادرة في القانون الفرنسي بدءاً من عام 1926 لتشريعات 1952، وتشريعات 1972، تعديلات

1 ساير المشرع الإماراتي أغلب التشريعات الإجرائية الحديثة التي طبقت نظام الأمر الجزائري الذي يستند إلى تبسيط واختصار الإجراءات في بعض القضايا البسيطة، ولا تراعي فيها القواعد المقررة لنظر المحاكمات العادلة وعليه أحدث مجموعة تعديلات تشريعية بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 28 لسنة 2020 ومرسوم القانون رقم 38 لعام 2022، وأبرزها نظام الأمر الجزائري هو نظام قضائي يتميز بالسرعة في الفصل في الدعاوى الجزائية البسيطة دون إحالتها إلى المحكمة المختصة دون تحقيق من قبل النيابة العامة ، ولقد حرص المشرع الجنائي الإماراتي على تضمين المواد القانونية الخاصة بالأمر الجزائري كل الضمانات والشروط الالزمة لإصداره ضماناً لحسن تطبيقه، وحرصاً على حق المتهم والمجتمع على السواء.

1985، وتشريعات 1995، وتشريعات 2002، على أنّ "الأمر الجزائري هو أمر قضائي يصدره عضو النيابة العامة للفصل في موضوع الدّعوى الجزائية التي لا يرى حفظها أو إحالتها إلى المحكمة المختصة في جرائم الجنح والمخالفات المحددة في هذا الفصل، ولو في غيبة المتهم دون تحقيق، ويترتب عليه إنهاء الخصومة الجزائية ما لم يعترض المتهם خلال المدة المحددة قانوناً" ويتبين هنا، أنّ الأمر الجزائري ذو طبيعة قضائية يصدر من عضو النيابة العامة، ويفصل في موضوع الدّعوى الجزائية، وبالتالي تنقضي به هذه الدّعوى، ولا يجوز الرجوع إليها من جديد، فإذا قدم من صدر ضدّه الأمر الجزائري إلى المحكمة لمحاكمته عن ذات الواقعية التي صدر فيها الأمر، فإنه يقضى فيها بانقضاء الدّعوى لسابقة الفصل فيها، ويكتفي أن تكون الواقعية واحدة، والقول بعكس ذلك يتعارض مع الطبيعة القانونية للأمر من حيث كونه حكمًا في جوهره، وإن لم تتوافر فيه الشروط الشكلية للحكم، فالأمر الجزائري يكون فاصلًا في الموضوع، وتتكامل بالنسبة له الرابطة الإجرائية الالزمة للأحكام حتى في الأحوال التي يصدر فيها من النيابة العامة بوصفها سلطة اتهام¹ ، ومن ثم نرى أنّ الأمر الجزائري هو قرار يصدر من قبل النيابة العامة يستهدف الفصل في الدّعوى الجزائية دون اللجوء إلى إجراءات محاكمة أو رفع الدّعوى الجزائية وفقًا للقواعد العامة القانونية المرتبطة بذلك؛ لأجل تبسيط التقاضي والعدالة الناجزة بالنسبة للجرائم البسيطة بما يضمن العدالة الجزائية وفق ضوابط وأسس، ورغبة من المشرع كذلك في تحقيق العدالة السريعة، وضمان حقوق الأطراف وهو إجراء لا يؤدي إلى حرمان المتهم من حقوقه لأن القانون أجاز له حق الاعتراض عليه، وحيثما تتم مباشرة الإجراءات العادلة في التقاضي وهذا يتفق مع الأمر الجزائري ومحدداته المعدلة في المادة المعدلة رقم 525 الفقرة الثانية

1 على رجب احمد الحساني، نظم الأمر الجزائري للقانون الاجراءات الجزائية الاماراتي، شرطة دبي، 2016، ص 34-35.

لقانون 1862 من القانون الفرنسي لعام 2011¹.

الفرع الثاني الطبيعة القانونية للأمر الجنائي

تعددت الاتجاهات في الفقه الإماراتي والفرنسي والمصري حول التكيف القانوني للأمر الجنائي حول إضفاء صفة الحكم على الأمر الجنائي من عدمه، وهذا راجع للتشابه الكبير بين الأمر الجنائي والحكم، ولذلك فقد تعددت الاتجاهات، وذلك على النحو التالي:

الاتجاه الأول المؤيد لإضافة صفة الحكم على الأمر الجنائي، نجد أن أصحاب هذا الاتجاه انقسموا فيما بينهم فذهب البعض منهم إلى القول بأنّ الأمر الجنائي هو حكم، ولكنه معلق على شرط بينما ذهب جانب آخر إلى إنه حكم، ولكن له طبيعة خاصة، فاما أنصار الأمر الجنائي معلق على شرط، يرون أنّ هذا الشرط هو عدم اعتراض المحكوم عليه، او عدم حضوره الجلسة إذا كان قد اعترض، واستند أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأنّ الأحكام العادلة الصادرة بالإدانة تشترك في هذا المعنى مع الأمر الجنائي، إذ إنّ أثراها الهائلي يكون خاصّاً لشرط عدم الطعن عليها، وبصفة واقعية يكون الأمر الجنائي في حالة عدم الاعتراض عليه، وقبوله من المتهم يصبح كالحكم الجنائي في كافة خصائصه، وشروطه وأثاره، ولا فرق بينهما في كافة الآثار القانونية.²

ونجد أنّ أحكام المواد 336، 337، 338 من قانون الإجراءات الجنائية الإماراتي لعام 2022 قد أوضحت هذه المواد، التكيف القانوني لمفهوم الأمر الجنائي، وكذلك

1 Article 525, Modifié par LOI n°2011-1862 du 13 décembre 2011 - art. 2

Le ministère public qui choisit la procédure simplifiée communique au juge compétent du tribunal de police le dossier de la poursuite et ses réquisitions.

2 جمال ابراهيم عبد المحسن، الأمر الجنائي ومجالات تطبيقه، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 15.

مراجعة المواد في القانون الفرنسي الصادر عام 1926 وتعديلاته 1935، 1959، 1972، وبقية الاشتراكات 1981، 1995، 1999، 2002، 2011، 2016، فقد استفاضت تلك المواد في استيصال الأمر الجزائري من الناحية القانونية، وأيضاً مواد القانون المصري عام 1950، 2002، 2018 في بعض الأحكام والتعديلات القانونية حيث إن تلك المواد شكلت وكيفت الأمر الجزائري والطبيعة القانونية مع تطور آليات ونظم القضاء، وتغير المفاهيم نحو الجنح البسيطة، وكيفية إشغالها للمحاكم والقضاء الموكلين بقضايا تتعلق بالجرائم والجنایات التي تهدّد أمن واستقرار المجتمع والسلم الداخلي له، أما أنصار الأمر الجزائري فقد ذهباً بأنّه حكم ذو طبيعة خاصة، فهم يسايرون المشرع في تحديد الطبيعة القانونية للأمر الجزائري بأنّه حكم ذو طبيعة خاصة؛ لكي تتلاءم نصوصه مع الخصومة الجزائية، وذلك راجع إلى أوجه الشبه الكبير بين الأمر الجزائري الصادر من القاضي والحكم الجزائري، حيث إن كلّهما يصدران من قاضٍ مختص بتطبيق القانون على الحالة المعروضة، فلا خلاف بينهما إلا في تخلّف شرط العلانية، وعدم سماع الخصوم، وذلك راجع إلى الطبيعة الخاصة التي سار من أجلها الأمر الجزائري ضماناً لسرعة الفصل في الدعاوى وتحقيق العدالة، وإنهاء الخصومة الجزائية، وعلاج أزمة العدالة الجزائية عن طريق القضاء على ظاهرة بطء إجراءات التقاضي، أو هو عبارة عن حكم صادر دون تحقيق نهائى، أو مرافعة شفوية لإنهاء الدعوى الجزائية¹.

الاتجاه الثاني: المعارض لإضفاء صفة الحكم على الأمر الجزائري، لقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى رفض الاعتراف للأوامر بصفة الأحكام الجزائية، فيري جانب منهم إخراج الأمر الجزائري من عداد الأعمال القضائية حيث يتسم بأنّه أقرب إلى الصلح

1 خالد محمد الحمادي، زبيدة جاسم، محمد المازمي، الأمر الجزائري كبديل للدعوى الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، دراسة مقارنة، بحث منشور، المجلة القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، المجلد 17، العدد اغسطس 2023، الصفحة 176-200.

الجزائي منه إلى فكرة العمل القضائي، أو أن الأمر الجنائي هو قرار قضائي لا يرتقي إلى الأحكام القضائية، وإنه يشبه أمر أداء الذي يصدر في المنازعات، أو قرار قضائي يصدر من هيئة قضائية فاصلاً في نزاع معين، ولكن هذا الأمر لا يرتقي إلى مرتبة الأحكام حيث إنه غير صادر من خصومة جنائية بالمعنى الدقيق.¹

الاتجاه الثالث: تكييف الأمر الجنائي على حسب المراحل التي يصدر فيها، وقد اختلف الفقه في هذا الاتجاه إلى تفريغ الأمر الجنائي على حسب المرحلة التي يصدر فيها، وهي كالتالي:

الحالة الأولى: هي إن الأمر الجنائي ليس حكماً عند صدوره وقبول الخصم له ينشئ التزاماً تعاقدياً واجب التنفيذ؛ حيث يرى مؤيدو هذا الاتجاه أنّ الأمر الجنائي يصدر باعتباره مجرد تسوية يقررها القاضي المختص ل تعرض على الخصوم لفض النزاع بطريق الصلح في الواقعه المعروضة أمامه، وله مطلق الحرية في قبوله أو رفضه، فإذا كان قبل المتهم العرض المتضمن في الأمر وجب عليه دفع المبلغ المقرر، وهذا الالتزام يعد التزاماً تعاقدياً مبنياً على إيجاب وقبول، وليس التزاماً ناشئاً عن حكم، وكلاهما واجب التنفيذ، وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه يقيم الالتزامات التعاقدية في مجال ممارسة الدولة لسلطتها في العقاب، ثم إنه لو صح هذا القول بالنسبة للأوامر الجنائية لأمكن تعميمه بالنسبة للأحكام الجنائية بصفة عامة حيث يعتبر عدم الطعن في الحكم قبولاً للالتزام التعاقدى بأداء العقوبة المحكوم بها، ولا يعتبر أداء هذه العقوبة عن الحكم ذاته.²

1 محمد شلال العاني، عبد الله النوaisa، شرح قانون الإجراءات الجنائية الاماراتي، في ضوء أحدث التعديلات التشريعية، دار الأفاق، الشارقة، 2022، ص 112-113.

2 حسين بن على بن سالم السناني، الأمر الجنائي في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة الدراسات العربية، سلطنة عمان، 2023، ص 76.

الحالة الثانية: أن الأمر الجنائي ليس حكماً عند صدوره، ولكنه شبيه بالحكم أو مشروع حكم في حالة عدم الاعتراض عليه، ويفرق أنصار هذا الرأي بين الأمر الجنائي عند صدوره، وفي حالة عدم الاعتراض عليه يصبح الأمر الجنائي شبيهاً بالحكم الذي له قوة الشيء المضي به، أو يعتبر إخطار للمتهم ليختار بين الإجراءات المختصرة والإجراءات العادلة، ويفرق أنصار هذا الاتجاه بين القاضي والنيابة العامة في إصدارها للأمر الجنائي، فكلاهما تنقضي به الدعوى الجنائية، ويجوز حجية الأمر المقتضي به، وقد انتقد هذا الرأي حيث إنّه يسلم بتسوية الأمر الجنائي الصادر من القاضي والنيابة العامة، والاعتراف لها بحجية الأمر المضي به، وهذا لا يجوز لأنّ النيابة العامة ليست سلطة حكم¹.

الحالة الثالثة: الأمر الجنائي حكم غيابي عند صدوره، وحكم نهائى إذا لم يُعترض عليه، ويدعى أنصار هذا الاتجاه إلى أنّ الأمر الجنائي عند صدوره يعد كالحكم الغيابي حيث لا يكون المحكوم عليه قد حدد موقفه بعد من حيث قبوله أو رفضه، فإذا قبله الخصم أعتبر حكم نهائى، وقد وُجه النقد لهذا الاتجاه نظراً لاختلاف الكبير بين الأمر الجنائي والحكم الغيابي من حيث اختلاف النصوص والإجراءات المنظمة له².

الاتجاه الرابع: إضافة صفة الحكم على الأمر الجنائي على حسب الجهة التي أصدرته، حيث يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنّ إضفاء صفة الحكم الجنائي ينبغي أن تكون عليه حسب الجهة التي أصدرته حيث إنّ صدور القرار من القاضي الجنائي

1 محمد الشلال العاني، عبد الله النوايسة، شرح قانون الإجراءات الجنائية الاماراتي، في ضوء أحد التعديلات التشريعية، دار الأفاق، الشارقة، 2022، ص 112.

2 دريد وليد نزال، الأمر الجنائي وأهماء الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد 2 لسنة 2020، ص 56.

يعطي صفة للأمر الجنائي من حيث قوته حكم صادر من قاض، ومن محكمة مشكلة، وفي خصومة جنائية بعكس إذا صدر الأمر الجنائي من النيابة العامة أصبح أمراً أو حكماً ليس له صفة الحكم الجنائي؛ لانتفاء أثر الرابطة الإجرائية؛ لأنه لم يكتمل من حيث الرابطة الإجرائية وهي النيابة العامة، والقاضي والمتهم؛ ولذا تنتفي صيغة الحكم الجنائي عند أنصار هذا الاتجاه كونه أمراً خرج من النيابة العامة، وانتفي عنه الصفة الإجرائية الجنائية المرتبطة بالحكم القضائي¹.

ويرى أصحاب هذه الاتجاه أنَّ الأمر الجنائي افتقد مفهوم العدالة القضائية حيث أنَّ النيابة العامة هي الجهة التي توجه الاتهام، وتكون في هذا الاتجاه الصادرة للحكم فهي تختص المتهم، ثم أصبحت الجهة القضائية التي تصدر الحكم، وبالتالي ينتفي عنها الأمر الجنائي من وجه نظر أصحاب الاتجاه، المحاكمة الجنائية العادلة للمتهم، حيث لم يحاكم أمام القاضي الطبيعي الجنائي، فانتفي عنها الضمانات في المحاكمة العادلة للمتهم².

1 جمال الحيدري، دراسات قانونية جنائية، ج 2، مكتبة السنورى، بيروت، 2017، ص 78.

2 نص القانون الإماراتي في المادة 7 من القانون رقم 1 للعام 2017 الخاص بتشريع إمارة دبي حيث ينص أن يمكن أن لرئيس النيابة أو من يقوم مقامه بإلغاء هذا الأمر إذا وجد هناك خطأ في تطبيق الأمر الجنائي وبالتالي كان تلك الأمر كأنه لم يكن. وبالنسبة في المرسوم القانوني الاتحادي في المادة 9 لعام 2023 بخصوص برفع الدعوى الجنائية حيث أعطت السلطة للنيابة بإقامة الدعوى وليس كسلطة لتوجيه الاتهام وهو ما يرتكز عليه أصحاب تلك الرأي.

المطلب الثاني خصائص الأمر الجزائري وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة

إذا كان الأمر الجزائري يتسم بالطبيعة القضائية التي تتعقد به الخصومة الجزائية، وتكتمل معه عناصر الرابطة الإجرائية، ومن ثم يعد حكماً ذات طبيعة خاصة يختلف عن الحكم الجزائري الصادر وفقاً لإجراءات المحاكمة العادلة، وعلى ذلك فالأمر الجزائري يتسم بعدد من الخصائص، والتي تميزه عن غيره من النظم الإجرائية الأخرى، وبناءً عليه ينقسم هذا المبحث إلى خصائص الأمر الجزائري في فرعه الأول، وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة في فرعه الثاني.

الفرع الأول خصائص الأمر الجزائري

أن الأمر الجزائري له العديد من الخصائص التي تميزه عن غيره من الإجراءات الجزائية الأخرى، وإن خصائص الأمر الجزائري يكتسبها من الغاية النبيلة التي أوجد من أجلها، وهي تحقيق العدالة والإسراع في الإجراءات الجزائية، وإنهاء الدعوى الجزائية، وعليه سندين في هذا المطلب تلك الخصائص على النحو التالي:

أولاً: إن الأمر الجزائري يقوم على الإجراءات الموجزة والبسيطة

وهذه الخاصية للأمر الجزائري يمكن استنتاجها من نص المادة 336 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم 38 لعام 2022 التي تنص على أن: "الأمر الجزائري هو أمر قضائي يصدره عضو النيابة العامة للفصل في موضوع الدعوى الجزائية ولو في غيبة المتهم ودون تحقيق"، ويتبين من هذا النص أنّ المشرع الإماراتي هدف من خلال الأمر الجزائري إلى الإيجاز في الإجراءات الجزائية، وهو ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا بقولها لما كان من المقرر أن المشرع قصد من استحداث نظام "الأوامر الجزائية" في قانون الإجراءات

الجزائية، تحقيق العدالة في إطار بعيد عن الإجراءات الشكلية في الجرائم البسيطة التي ترهق كاهل الجهاز القضائي وتستهلك جهده ووقته، وحيث إنّ الطريق الطبيعي لإنهاء الخصومة الجزائية وانقضاء الدعوى الجزائية يكون بصدور حكم باتٍ في موضوع الدعوى، ولكي يصدر هذا الحكم في ظل محاكمة عادلة وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية.

وقام المشرع الفرنسي بوضع ضمانات لسير الإجراءات ومنها تبسيط إجراءات التقاضي، والعدالة الناجزة في نظم الجنح ووضع محددات وآليات للفصل منذ عام 1995 للمادة ، 530 ، 531،532 ، 533 تضمنت الإجراءات، والقواعد الذي يسير عليها الأمر الجزائري وآليات التنفيذ بما لا يخل بالاشترادات القضائية للمحاكمة، والتكييف القانوني للفعل المعقّب عليه، والهدف منها هو تخفيف العبء على القضاء الجزائري بشكل كبير حتى تتمكن من النظر في القضايا الأكثر أهمية، وما يؤكد ذلك وفق هذا الاتجاه هو أن الأمر الجزائري تصدره النيابة العامة بعد أن تطلع على ملف الدعوى دون أن تقوم بإجراءات التحقيق، كما أن هناك جانب آخر يرى أنّ من أبرز خصائص الأمر الجزائري هو الإيجاز والسرعة، ولكن على الرغم من ذلك من الممكن أن يتعرض الأمر الجزائري وفق هذه الخاصية إلى مسألة في غاية الأهمية، وهي مدى التعارض بين الأمر الجزائري وبين القاعدة القانونية (لا عقوبة بدون خصومة)، ومدى تأثيرها على حقوق الإنسان التي نادت بها المواثيق الدولية فيما يتعلق بالعدالة الجزائية، ولا سيما ما جاءت به المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فيما يتعلق بعلانية المحاكمة والعدالة الإجرائية في الدعوى الجزائية، وإنّ الجواب على ذلك وفق هذا الرأي هو أنه طالما أن المشرع قد منح المتهم الحق في الاعتراض على الأمر الجزائري خلال المدة التي حددها القانون فإنه لا تعارض بين الأمر الجزائري، وحقوق المتهم في محاكمة عادلة¹.

¹ مأمون محمد سالم، قانون الإجراءات الجزائية، معلق عليها بالفقه والاحكام القانونية الصادرة من محكمة النقض، ج 2، دار سالم للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص 116.

ثانياً: محل الأمر الجزائري الجرائم البسيطة

لقد حددت التشريعات الجزائية التي تأخذ بنظام الأمر الجزائري، فنجد أنّ نطاق الأمر الجزائري هو نطاق ضيق، والمعيار الأساسي في الأمر الجزائري هو الطبيعة التي تكون عليها الجريمة، أو معيار الجريمة العقوبة التي تميّز بين المخالفات والجناح والجنح والجنايات، وبما أنّ الأمر الجزائري تم إقراره بهدف السرعة في الفصل بعض الدعاوى، وتبسيط الاجراءات، وتخفيض العبء على القضاء الجزائري كإحدى الوسائل القضائية الحديثة لتبسيط الإجراءات الجزائية في الجرائم التي توصف بأنّها بسيطة، حيث إنّ العديد من التشريعات الاجرائية الجزائية تعتبر الجرائم محلّاً للأمر الجزائري هي من الجرائم التي يمكن فيها التخلّي عن بعض الاجراءات الجزائية مثل التحقيق والمرافعة، وهي من فئة الجرائم العادلة البسيطة التي ليس من المهم فيها بيان القصد الجزائري أو ظروف الجريمة، كما أنّ الأمر الجزائري يكون في الجرائم البسيطة التي تكون عقوبتها غالباً من العقوبات المالية، حيث نظام الأمر الجزائري لا يطبق إلا في حالة الجرائم البسيطة التي تكون عقوبتها الغرامة في غالبية الأحوال، ونجد أنّ المشرع الإماراتي يأخذ بالأمر الجزائري في الجرائم البسيطة كما جاءت في المادة 336 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي حيث بينت هذه المادة على سبيل الحصر أنّ الأمر الجزائري يطبق في الجرائم التي تكون عقوبتها الغرامة، ومن الممكن في الجنج التي عقوبتهما الحبس كعقوبة اختيارية مع الغرامة زهداً، يعني أن الجنج التي يصدر فيها الحكم وجوبياً بالحبس لا يجوز تطبيق الأمر الجزائري عليها كما هو وارد في المادة 325 في قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي، حيث نص المشرع الإماراتي على تطبيق الأمر الجزائري على أنواع معينة من الجرائم البسيطة ضمناً للعدالة الناجزة، وعدم تعطيل القضاء بتلك الجرائم التي يمكن البتّ فيها بسرعة¹.

1 أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص.511.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي بالعودة إلى المادة المعدلة رقم 525 الفقرة الثانية لقانون 1862 من القانون الفرنسي لعام 2011 نجد أنها أشارت إلى طبيعة الأمر الجزائي والجناح البسيطة التي يجيزها القانون، والذي تتماشي معها القانون المصري 150 عام 1950 في الفصل الأول وتعديلاته في 5 سبتمبر 2020، وأخرها قانون رقم 1 لسنة 2024 بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية، كما أنّ المشرع الإماراتي قد استحدث أمراً بديلاً طبقاً للمادة 345 والتي تنصّ بتغيير عقوبة الغرامة بالعمل بالخدمة المجتمعية، ونجد أنّ المشرع الإماراتي قد ترك الأمر للسلطة النيابة العامة.

ثالثاً: جوازية الأمر الجزائي

يعني إنّ المشرع الإماراتي قد جعل تطبيق الأمر الجزائي من سلطة النيابة بحد جوازه بالإضافة إلى استكمال الرسوم والعقوبات التكميلية حيث وضع المشرع غرامة مالية معينة على مرتكب الفعل أو المتهم وقد تباينت الغرامات على مرتكبي تلك الجناح والمخالفات في حدود متباعدة وفق للقانون بحد أدنى وحد أقصى، وفقاً لطبيعة المخالفة القانونية الواقع، وبالتالي وضع القانون لائحة للعقوبات بالغرامات المختلفة في حالة تطبيق الأمر الجزائي، فالمشرع الإماراتي من جهته أكد على هذه الخاصية في المادة 336 من قانون الإجراءات الجنائية والتي نصّ على: لعضو النيابة الذي يصدر قراراً بتحديد من النائب العام من جرائم الجناح والمخالفات أن يصدر أمراً جزئياً على ارتكابه الجريمة؛ وبذلك يتوقع العقوبة المقررة قانوناً عليه وبما لا يجوز نصف حدها الأقصى، بالإضافة العقوبات التكميلية والرسوم، وهذا يتفق مع أحكام التشريعات الفرنسية لعام 1995 لمواد 534 ، 535 ، 537 ، ويتفق معهم المشرع المصري في قانون العقوبات المعدل لعام 2003 العام القضائي 95 مادة 11، 12، ومن ثمّ نرى أنّ استخدام المشرع لعبارة (عضو النيابة) يكون قد أكد على الطابع الجوازي لهذا النظام في صفة الإلزامية عنه، فالنيابة العامة وتطبيقاً لهذا النص يكون لها مطلق

الحرية، وكامل الصلاحية فيما يتعلق باللجوء إلى إصدار الأمر الجزائري، ويعتبر الأمر الجزائري أمراً صادراً من النيابة العامة، ومتي قررت النيابة العامة المختصة إصداره فإنه لا يعتبر نهائياً واجب التنفيذ، وذلك لم يتوقف على الاعتراض من المتهم، ويحق للنائب العام إيقاف الأمر الجزائري.¹

الفرع الثاني الأمر الجزائري وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة

في البداية سنبين الفرق بين الأمر الجزائري والحكم الجزائري، فالأمر الجزائري يشترك مع الحكم الجزائري في نواحي عديدة مما دفع البعض لتكيف الأمر الجزائري على أنه حكم جنائي، ويشترك الأمر الجزائري أيضاً مع عدة أنظمة إجرائية بديلة للدعوى الجزائية، ومن ثمَّ لابدَّ من إيضاح الشبه والاختلاف بين الأمر الجزائري والحكم الجزائري مع استعراض ما يميّز الأمر الجزائري عن غيره من الأنظمة الجزائية الأخرى.

أولاً: الأمر الجزائري والحكم الجزائري

1- أوجه التشابه بين الأمر الجزائري والحكم الجزائري

يشترك الأمر الجزائري مع الحكم الجزائري بكونهما قراران قضائيان ينبعان من الخصومة الجزائية، وفي كونهما يتيحان للأطراف إمكانية الاستشكال على تنفيذ القرارات الصادرة في بعض الحالات التي يحددها القانون حيث تنص المادة 342 من مرسوم القانون الاتحادي رقم 38 لسنة 2022 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي على الاعتراض على الأمر الجزائري حيث تنص المادة سالفة الذكر على حقّ المتهم في

1 محمد محدث عبد العزيز، الأمر الجزائري، دراسة تحليلية مقارنة بين التشريعين المصري والفرنسي طبقاً لأحداث التعديلات المتعلقة بالقانون رقم 174 لسنة 98، دار الهضبة العربية، القاهرة، 2006، ص.37.

الاعتراض على الأمر الجنائي خلال 7 أيام من تاريخ إصداره إذا كان حاضرًا أو من تاريخ إعلانه به، إذا صدر بعد غيبته، أو بعد تعديله، ويتربّ على هذا الاعتراض اعتبار الأمر الجنائي كأن لم يكن، والسير في موضوع الدعوى الجنائية وفقاً للإجراءات المقررة لهذا القانون يسري وكأن الطعن أو الاعتراض لم يكن.

ويجوز للمتهم التنازل عن الاعتراض على الأمر الجنائي قبل تحويلة المحاكمة الجنائية أمام المحكمة المختصة، يتربّ على هذا التنازل سقوط الاعتراض وسريان الأمر الجنائي بالنسبة له، وفي كل الأحوال لا تتفيد المحكمة عند نظر الدعوى الجنائية بالأمر الجنائي المعارض عليه، أو إذا حصل استشكال آخر في التنفيذ يقدم الاستشكال إلى محكمة الجنح لتفصيل فيها بغير مرافعة، إلا إذا رأت عدم إمكان الفصل فيه بدون تحقيق أو مرافعة، فتحدد يوماً لنظر الإشكال وفقاً للإجراءات العادلة، ويكلّف المتهم بالحضور في اليوم المذكور¹، وهذا يتفق مع القانون الفرنسي المادة 527 تم تعديله بالقانون لسنة 2016 المادة 76².

فإذا قُبِل الاستشكال تجري المحاكمة وفقاً بما جاء في المادة 330 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: إذا أدعى المتهم عند التنفيذ عليه أنّ حقة في عدم

1 محمد السعيد عبد الفتاح، شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة القانون 38 لسنة 2022، الطبعة الأولى، دار الآفاق، الشارقة، 2024، ص 112.

Article 527 2

Modifié par LOI n°2016-731 du 3 juin 2016 - art. 76

Le ministère public peut, dans les dix jours de l'ordonnance, former opposition à son exécution par déclaration au greffe du tribunal.

Si, à l'expiration du délai prévu à l'alinéa précédent, le ministère public n'a pas fait opposition, l'ordonnance pénale est notifiée au prévenu selon les modalités prévues au deuxième alinéa de l'article 495-3 et exécutée suivant les règles prévues par le présent code pour l'exécution des jugements de police.

قبول الأمر لا يزال قائماً لعدم إعلانه بالأمر أو لغير ذلك من الأسباب، أو مانعاً قهرياً منعه من الحضور في الجلسة المحددة لنظر الدعوى، أو إذا حصل استشكال آخر في التنفيذ يقدم الإشكال إلى القاضي الذي أصدر الأمر ليفصل فيه بغير مرافعة، وبالمقابل تنص المادة 524 من قانون الإجراءات الجزائية المصري على أنه: كل استشكال من المحكوم عليه في التنفيذ يرفع إلى محكمة الجنائيات إذا كان الحكم صادراً منها، كما تنص المادة 229 المعارضة في الحكم الغيابي حيث لكل من المحكوم عليه، والمسؤول عن الحقوق المدنية بالطعن بطريق المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة في الجنح والمخالفات خلال 7 أيام من تاريخ إعلانه بالحكم، وذلك بتقرير في القلم الجزائي بالنيابة العامة الواقعة في دائرة المحكمة التي أصدرت الحكم حيث يحدد فيه تاريخ الجلسة التي حددت لنظر المعارضة ويعتبر ذلك إعلاناً بها.¹

2- أوجه الاختلاف بين نظام الأمر الجزائي والحكم الجزائي

يختلف نظام الأمر الجزائي عن الحكم الجزائي، حيث يتميز نظام الأمر الجزائي بأنه رضائي حيث يحق للمتهم الاعتراض ويترتب على ذلك اعتبار الأمر لأن لم يكن، وتنظر الدعوى بالطرق العادلة، وهو مالا نجده في الحكم الجزائي.

وتفسّر الباحثة الأمر الرضائي بأنه الحكم الذي يمكن الاعتراض عليه، وينتهي بعدم القبول به، أو الامتثال له مما يدفع الأمر إلى المحاكمة الجزائية بإقامة الدعوى الجزائية والاذعان لها، وأن الحكم الجزائي قد رتب طريقة خاصة للاعتراض على

المادة 330 قانون الإجراءات الجزائية طبقاً لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003 "إذا أدعى المتهم عند التنفيذ عليه أن حقه في عدم قبول الأمر لا يزال قائماً لعدم إعلانه بالأمر، أو لغير ذلك من الأسباب أو أنّ مانعاً قهرياً منعه من الحضور في الجلسة المحددة لنظر الدعوى ، أو إذا حصل إشكال آخر في التنفيذ ، يقدم الإشكال الذي أصدر المر ، ليفصل فيه بغير مرافعة ، إلا إذا رأى عدم أمكان الفصل فيه بحالته أو بدون تحقيق أو مراجعة ويحدد يوماً لينظر في الإشكال وفقاً للإجراءات العادلة ، ويكلف المتهم وباقى الخصوم في اليوم المذكور ، فإذا قبل الإشكال تجري المحاكمة وفقاً للمادة 328.

القرارات الصادرة تتمثل في الطعن على الأحكام بطرقها العادية وغير العادية والمتمثلة في الاستئناف والنقض والمعارضة والتماس إعادة النظر، بينما لا يكون ذلك في الأمر الجنائي، ويصدر الحكم الجنائي من خلال جهة قضائية ممثلة في القاضي المختص، بينما يصدر الأمر الجنائي من النيابة العامة، وربما كانت من نقاط الاعتراض في كون النيابة العامة خصمًا للمتهم فكان الاعتراض على السلطة التي تملكها بإقامة الدعوى الجنائية على المتهم، وليس الحكم عليه حيث إن الحكم هو اختصاص قضائي بحت. يصدر الحكم الجنائي بعد إجراءات طويلة تمثل في إجراء التحقيقات، وسماع المرافعة الشفهية، وإبداء الدفاع؛ وذلك من خلال جلسات علنية، بينما لا يتم ذلك في الأمر الجنائي.

فيما يتعلق بنطاق تطبيق كل منها تجد بأنّ الأمر الجنائي قد حدد مجاله في كل من المخالفات، والجناح المعقاب عليها بالحبس أو الغرامة، ويختلف مجال تطبيقها، والجرائم، والعقوبات التي تدخل في نطاقها من قانون آخر بينما يدخل في مجال تطبيق الأحكام الجنائية كافة الجرائم والعقوبات.¹

ثانياً: الأمر الجنائي وغيره من بدائل الدعوى الجنائية

نجد أنّ هناك عدة أنظمة ذكر منها مثل نظام الصلح الجنائي، نظام الوساطة الجنائية، والتي تهدف إلى تسريع إجراءات الدعوى الجنائية، وتحقيق العمل الزائد والأعباء على المحاكم، وبذلك سنقوم بمقارنتها مع نظام الأمر الجنائي وذلك مايلي:

1- الأمر الجنائي والصلح الجنائي

يعد نظام الأمر الجنائي ونظام الصلح من أهمّ الأنظمة الحديثة التي تخفف من قسوة العقوبة، وإيجاد وسائل سريعة ومناسبة للخاصة.

¹ مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، 2000، ص 147.

فقد نصت المادة 348 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي على أنه يجوز للنيابة العامة أو المحكمة المختصة بحسب الأحوال، اتخاذ إجراءات الصلح الجزائي بموجب اتفاق بين المجنى عليه، أو وكيله الخاص، أو ورثته، أو وكيلهم الخاص، وبين المتهم لإنهاء النزاع في المسائل الجزائية بصورة ودية، حيث يقوم المتهم بموجب هذا الاتفاق بإداء مبلغ الغرامة المقررة للجهة المتضررة دونما حاجة اللجوء للقضاء، ويهدف هذا النظام إلى تيسير الإجراءات في الجرائم التي لا تتسم بالخطورة، وتحفيض العبء عن كاهل القضاء، ومراعاة مصلحة المتهمين على اعتبار أنها توفر عليهم كل من الوقت والجهد وسط ساحات المحاكم.^١

يجوز للنيابة العامة أو المحكمة المختصة بحسب الأحوال، اتخاذ إجراءات الصلح الجزائي بموجب اتفاق بين المجنى عليه والمتهم، ويتفق ذلك مع التشريعات المصرية في مصطلح الصلح في المادة 18 مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجزائية المضافة بالقانون رقم 174 لسنة 1998 وتعديلاته في 5 سبتمبر 2020، وأخرها قانون رقم 1 لسنة 2024 بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية، مما دعا الفقهاء إلى محاولة وضع تعريف له، وكذلك في التشريعات الفرنسية 495/16 إلى 495/7 القانون المعديل لعام 1999.

ويتبّع مما سبق، أن نظام الصلح الجزائري هو نظام يتم بواسطته التفاوض والصلح بين الأطراف، وأن أحد أطراف النزاع ممثل في شخصية معنوية، وتكون هذه الشخصية المعنوية هي الطرف المجنى عليه. وبموجب هذا التفاوض والصلح يتم الاستغناء عن الدعوى الجزائية وحل النزاع بعيداً عن القضاء، وذلك في جرائم معينة يحددها القانون، وتكون هذه الجرائم بالعادة من ضمن الجرائم قليلة الأهمية؛ وذلك بهدف تحفيض العبء على القضاء، ويشمل نطاق الصلح الجزائري كل من الجنح،

١ مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجزائية في التشريع المصري ، مرجع سابق ، ص 149

والمخالفات المعقاب عليها بالغرامة فقط، ويكون مبلغ التصالح محدّداً قانوناً¹.

وقد أورد المشرع الاتّحادي في المرسوم رقم 38 لعام 2022 المادة 349 بخصوص الصّلح الجنائيّ واجراءات الصلح، والجرائم التي ترتبط بأحكام الصّلح الجنائيّ².

ومن خلال استعراض على تعريف الصّلح الجنائيّ يتّضح لنا بأنّ هناك أوجه شبه واختلاف بين نظامي الصّلح الجنائيّ، ونظام الأمر الجنائيّ، وتتمثل بالآتي:

بالنسبة لأوجه الشبه بين النظامين، فتتمثل في وحدة الهدف الذي من أجله أُستحدث هذان النظامان، وهو تخفيف العبء على كاهل القضاء وأطراف النّزاع في آنٍ واحد بحيث أنّ الدعوى العادية تمرّ بإجراءات طويلة تأخذ من وقت كل من القضاء والأطراف؛ بينما يوفر هذان النظامان هذا الوقت الذي لا ضرورة له على اعتبار أن كلا النظامين لا يطبقان إلا على الجرائم التي تتّسم بالبساطة والسهولة، كما يشترك النظامان في كونهما رضائين بحيث لا يلزم أي طرف باتخاذ هذا النّظام³.

ونجد مما سبق أنّ مجال تطبيق كل من نظامي الأمر الجنائيّ والصلح الجنائيّ، هي كل من الجناح والمخالفات إلا أن ذلك ليس على إطلاقه في نظام الأمر الجنائيّ بحيث أنّ القانون قد أعطى للنائب العام سلطة تحديد الجناح والمخالفات التي تطبق عليها أحكام الأمر الجنائيّ، وذلك بقرار يصدر منه.

1 عدنان محمد جمبل، التبسيط في اجراءات الدعوى الجنائية ، دراسة تحليلية مقارنة ، ط 1 ، المركز العربي ، 2018 ، ص 673.

2 أحكام الصّلح الجنائيّ ترتبط بجرائم محددة تم ادراجها في الجنحة والمخالفات المنصوص عليها في المواد 382 (الفقرة الأولى) 390، 394، 403، 404، 425، 426، 427، 431، 432 (الفقرة الأولى)، 433، 434، 447، 446، 454، 464 (الفقرة الأولى)، 465 (الفقرة الأولى) 467، 468، 473، 474 من قانون الجرائم والعقوبات.

3 خالد منير حسن شعير، الأمر الجنائي - دراسة تحليلية مقارنة، دار الهضبة العربية، القاهرة، 2006 ، ص 14-15.

ونجد أيضًا أن كلا النظارتين ينفيان الخصومة إلا أنّ نظام الأمر الجزائي ينفيها بعقوبة تصدر في حق المتهم؛ وذلك خلافاً لنظام الصلح الجنائي، قد يتم الصلح بواسطة مأمور الضبط القضائي بينما لا يتم إصدار الأمر الجزائي إلا بواسطة النيابة العامة أو القاضي الجزائري.

وترى الباحثة، أنّ نظام الصلح الجزائري يتميز بالرضاية المطلقة بحيث يبيح للطرفين إمكانية الاتفاق على الصلح بخلاف الأمر الجزائري الذي لا يملك فيه الطرفان هذا الحق، وإنما يترك أمر تقريره للنيابة العامة التي تعرضه على المتهم، فإنما أن يقبله أو يرفضه، فتنظر الدعوى بالطرق العادلة، وبالتالي فإن الرضاية في الأمر الجزائري تقتصر على قبول الأمر الجزائري أو رفضه.

2- الوساطة الجزائية والأمرالجزائي

تم ذكر الوساطة الجزائية في المادة رقم 352 في عرض الصلح عن طريق الوساطة الجزائية في المرسوم رقم 38 لسنة 2022 بإصدار قانون الإجراءات الجزائية، ويتافق معه التشريع الفرنسي المادة 769 لعام 1999، والتشريع المصري لعام 1950 المعديل سبتمبر 2020 بالقانون 189 لسنة 2020، على أنها عبارة عن إجراء تتولاه النيابة العامة قبل اتخاذ قرار بتحريك الدعوى الجزائية، ويقوم بمقتضاه شخص محيد متفق عليه من قبل كل من الجاني والمجنى عليه بمحاولة وضع حد ونهاية لحل الأضطراب الناشيء عن الجريمة عن طريق حصول المجنى عليه على تعويض كافٍ عن الضرر، فضلاً عن تأهيل الجاني¹.

وقد قنن المشرع الفرنسي هذا النظام بموجب قانون 4 يناير 1993 حيث أضاف بمادته السادسة الفقرة السابقة إلى المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية،

1- احمد فتحي سرور، مرجع سابق ص 512.

وبموجب هذه الفقرة فإن النيابة العامة قبل اتخاذ قرارها بشأن تحريك الدعوى الجزائية، وبالاتفاق مع الأطراف المعينة يكون لها الحق في اللجوء إلى الوساطة إذا تبين لها أن هذا الإجراء يمكن أن يؤدي إلى إصلاح الضّرر الذي أصاب الضّحية، وإنهاء الاضطراب الذي نتج عن ارتكاب الجريمة، والمساعدة في إعادة اندماج المتهם في المجتمع¹.

وعلى الرغم من اشتراك الوساطة الجزائية مع الأمر الجنائي في كونهما من بدائل الدعوى الجزائية، وكذلك اقتصرهما على الجرائم البسيطة، إلا أنه يمكن رصد العديد من أوجه الاختلاف بين النظامين، وذلك على النحو الآتي:

- أ- يكون للنيابة العامة في الوساطة الجزائية بالاتفاق مع الأطراف الحق في اتخاذ قرار إحالة ملف القضية إلى الوساطة الجزائية ، بينما تملك وحدها سلطة إصدار الأمر الجنائي بالعقوبة دون مناقشة الأطراف المعنية.
- ب- الأمر الجنائي يصدر بدون إجراء تحقيق أو سماع مرافعة، بينما الوساطة الجزائية تتطلب في أحد مراحلها مواجهة أطراف النزاع، وطرح وجهات نظرهم بغية الوصول إلى عملية التفاوض².

1 Desde "M": L'evaluation Des Experiences de mediation entre delinquents et victims, l'exemple britanique , R. S. C, 1993, p. 46

2 عادل فضل حمد الظبيانى، الأمر الجنائي في قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي، مجلة الدراسات القضائية، وزارة العدل، الإمارات، 2022، ص 15.

المبحث الثاني

الأحكام العامة لنظام الأمر الجزائري

أغلب التشريعات التي أخذت بنظام الأمر الجزائري حضرت تطبيقه في أضيق نطاق، فيما يتعلق بالجريمة التي يجوز إصدار العقوبة فيها بأمر جزائي، لأنّ الأمر الجزائري هو خروج عن القاعدة العامة التي تتعلق بالمحاكمة العادلة، والسلطة المختصة بإصدار الأمر الجزائري، وبذلك سنبين في هذا المبحث نطاق تطبيق الأمر الجزائري، والسلطة المختصة بإصداره في المطلب الأول، وسنبيّن أيضًا حجية الأمر الجزائري في الدعاوى المدنية والجزائية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

نطاق تطبيق الأمر الجزائري والسلطة المختصة بإصداره

الفرع الأول

تطبيق الأمر الجزائري من حيث الجرائم والعقوبات

نظم المشرع الإماراتي الأمر الجزائري وفق نصوص المواد من 336 حتى 347 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2022 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، وحرص على أن يضمن تلك المواد كل الضمانات والشروط اللازمة لإصدار الأمر الجزائري ضماناً لحسن تطبيقه، وحرصاً على حق المجتمع والمتهم على حد سواء، ونجد أنّ المشرع الإماراتي قد منح النائب العام سلطة تحديد الجنح، والمخالفات التي يطبق فيها الأمر الجزائري، وهذا ما نصت عليه المادة ¹ 337 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، ويتبين من النص السابق أنّ توقيع

1 نصت المادة 337 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أن:

(1) تطبق أحكام الأمر الجزائري على جرائم الجنح والمخالفات المنصوص عليها في القوانين السارية في ==

العقوبة بأمر جزائي غير جائز إلا في مواد الجنح والمخالفات التي يحدّدها النائب العام، وبشرط ألا يكون القانون قد فرض لها عقوبة الحبس كعقوبة وجوبية، فلا يجوز إصدار الأمر الجزائي إلا إذا كانت الجُنحة المعقّب عليها بالغرامة أو بالحبس مع الغرامة، أما في المخالفات فلا يجوز إصدار الأمر الجزائي إلا إذا كان معاقب عليها بعقوبة الغرامة فقط¹، وتطبيقياً لذلك قضت محكمة نقض أبوظبي أنه من المقرر أن قرار النائب العام بتطبيق الأمر الجزائي هو محض قرار إداري موجه لأعضاء النيابة العامة لتطبيقه على الأمر الجزائي، ولا يقيّد المحكمة عن تطبيق القانون أو يعطل تطبيقه، ولا يرقى إلى مرتبة القانون حتى يحول دون تطبيقه، ومن ثم فإن ما يثيره دفاع المتهم بشأن التعييب على النيابة العامة لعدم إصدارها أمر جزائي يكون غير سديد².

الدولة، والمعاقب عليها بغير الحس الوجهي.

- | | |
|---|---|
| (2) يحدد النائب العام بقرار يصدر منه بالاتفاق مع النواب العموم في السلطات القضائية المحلية، الجناح والمخالفات التي تطبق عليها أحكام الأمر الجزائري، ويصدر النواب العموم كل في نطاق اختصاصه، القرارات الالزامية لتنفيذ أحكام هذه المادة. | 1 |
| محمد سمير، الإجراءات الجزائية الخاصة في التشريع الاماراتي، دار النهضة العلمية، الامارات، 2024، ص 35. | 1 |
| نقض أبوظبي 10 مارس سنة 2022، الطعن رقم 269 لسنة 2022 جزائي، نقض أبوظبي 20 ابريل لسنة 2021، الطعن رقم 310 لسنة 2021 جزائي، وقد رتب الحكم الأول على ذلك أنه لا يجوز النعي على النيابة العامة أنها لم تصدر الأمر الجزائري في جريمة منصوصة عليها في قرار النائب العام، كما جاء بالحكم الثاني أنه لا يجدي الطاعن ما يثيره في صدد مخالفه الحكم لنص المادة 3/3 من القرار رقم 2 لسنة 2019 بشأن الأمر الجزائري في خصوص مقدار الغرامة المضي بها. | 2 |
| وأصدر النائب العام الاتحادي، القرارات أرقام 0182، 0183، 0184، 0185 لسنة 2022، بشأن تحديد الجرائم التي تطبق عليها أحكام الأمر الجزائري لتشمل أربعة قوانين جزائية وذلك في إطار التوجهات الاستراتيجية للنيابة العامة لتبني نهج الأئمه الموجز للدعوى الجزائية وتقديم خدمات قضائية، عدلية، وقانونية مبتكرة رائدة تواكب الاتجاهات العالمية نحو العقوبات الرضائية، وتلي احتياجات المجتمع وتعزز سيادة القانون، ووفقاً للقرارات التي تم إصدارها بالاتفاق مع النواب | 2 |
| == | |

أخرجت المادة 338 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي الجرائم المستثناء من تطبيق الأمر الجزائري حيث تنص على أنه: يستثنى من تطبيق أحكام الأمر الجزائري الجرائم الآتية:

1. جرائم القصاص والديات.
2. الجرائم الماسة بأمن الدولة ومصالحها.
3. جرائم التأثير في القضاء، والإساءة إلى سمعته، وتعطيل الإجراءات القضائية.
4. الجرائم الواردة في الأحداث الجانحين والمعرضين للجنوح.
5. الجرائم التي لم يجز القانون التزول بالعقوبة المقررة لها.
6. الجرائم التي أوجب فيها القانون الحكم بتدبير الإبعاد عن الدولة.

والجامع بين هذه الحالات يرى أنها تشكل أهمية خاصة في نظر المشرع لا يجوز معها إصدار الأمر الجزائري الذي يعد الغرض منه تبسيط الإجراءات، والاقتصاد في الوقت، والجهد، والنفقات.

ونجد أنّ المشرع المصري قد حدد الجرائم التي تدخل في نطاق تطبيق الأمر الجزائري في المادة 325 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية المصري¹ لنيابة العامة أن تصدر

العموم في السلطات القضائية المحلية يتم تحديد الجرائم التي تطبق عليها أحكام الأمر الجزائري في كل من المرسوم بقانون اتحادي رقم 31 لسنة 2021 بإصدار قانون الجرائم والعقوبات، وقانون السير والمotor وتعديلاته، والمرسوم بقانون اتحادي رقم 29 لسنة 2021 في شأن دخول وإقامة الأجانب بالإضافة إلى المرسوم بقانون اتحادي رقم 30 لسنة 2021 في شأن مكافحة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، وتضمنت الجداول المرفقة بقرارات النائب العام (41) نوعاً من الجرائم يجوز من خلالها لأعضاء النيابة العامة إصدار الأوامر الجزائية فيها بتوقيع عقوبة الغرامة المحددة بالجداول المرفقة بهذه القرارات وبما لا يجاوز نصف الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المقررة قانوناً، الجدير بالذكر أن العقوبة الصادر بها الأمر الجزائري لا تعد سابقة قضائية تقتضي رد الاعتراض، صحفة الاتحاد، 2 يونيو 2022.

¹ نصت المادة 325 مكرر من القانون رقم 150 لسنة 1950 بشأن إصدار قانون الإجراءات الجزائية

فيها الأمر الجزائري.

ونصت المادة 323 من قانون الإجراءات الجزائية المصري¹ للقاضي أن يصدر الأمر الجنائي في الجناح التي لا يكون الحبس فيها وجوبياً.

الفرع الثاني السلطة المختصة في إصدار الأمر الجنائي

السلطة المختصة بإصدار الأمر الجنائي في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي هي النيابة العامة، وفي ذلك نصت المادة 339 من قانون الإجراءات الجزائية على أن الأمر الجنائي هو أمر قضائي يصدره عضو النيابة العامة، وهو ذات الاتجاه الذي تبنّاه القانون رقم 1 لسنة 2017 بشأن الأمر الجنائي لإمارة دبي، وكذلك القانون رقم 2 لسنة 2018 بشأن الأمر الجنائي في رأس الخيمة قبل إلغائه بالقانون رقم 11 لسنة 2019 بشأن إصدار القضاء للأمر الجنائي في رأس الخيمة، حيث أصبح الاختصاص

المصري والمعدل وفق أحدث التعديلات: "لكل عضو نيابة، من درجة وكيل نيابة على الأقل، بالمحكمة التي من اختصاصها نظر الدعوة أن يصدر الأمر الجنائي في الجناح التي لا يوجب القانون الحكم فيها بالحبس أو الغرامة التي يزيد حدتها الأدنى على ألف جنية فضلاً عن العقوبات التكميلية والتضمينات وما يجب رده والمصاريف. ولا يجوز أن يؤمر بغير الغرامة التي يزيد حدتها الأقصى على ألف جنية والعقوبات التكميلية والتضمينات وما يجب رده والمصاريف، ويكون إصدار الأمر الجنائي وجوبياً في المخالفات وفي الجناح المعقاب عليها بالغرامة وحدتها التي لا يزيد حدتها الأقصى على خمسة مائة دينار، والتي لا يرى حفظها".

نصت المادة 323 من قانون رقم 150 لسنة 1950 بشأن إصدار قانون الإجراءات الجزائية المصري والمعدل وفق أحدث التعديلات: "للنيابة العامة في مواد الجناح التي لا يوجب القانون الحكم فيها بعقوبة الحبس، إذا رأت أن الجريمة بحسب ظروفها تكفي فيها عقوبة الغرامة فضلاً عن العقوبات التكميلية والتضمينات وما يجب رده والمصاريف، أن تطلب من قاضي المحكمة الجزئية التي من اختصاصها نظر الدعوى توقيع العقوبة على المتهم بأمر يصدره بناء على محضر جمع الاستدلالات أو أدلة الاتهام الأخرى بغير إجراء تحقيق أو سماع مرافعة".

بإصدار الأمر الجنائي طبقاً لهذا القانون القاضي المختص بنظر الدعوى الجنائية¹.

وقد خولت المادة 339 من قانون الإجراءات الجنائية لعضو النيابة العامة أن يصدر أمراً جنائياً على من يثبت ارتكابه للجريمة، وذلك بتوجيع الغرامات المقرونة قانوناً عليه، وبما لا يتجاوز نصف حدّها الأقصى، بالإضافة إلى العقوبات التكميلية والرسوم.

وكذلك الشأن طبقاً للمادة الأولى من قانون إصدار القضاء للأمر الجنائي في إمارة رأس الخيمة، فللنيابة العامة أن تطلب من قاضي المحكمة التي من اختصاصها نظر الدعوى توجيع العقوبة على المتهم بأمر يصدره، وهذا الطلب بإصدار الأمر الجنائي من القاضي المختص يعد مقصوراً على النيابة العامة وحدها بوصفها سلطة الاتهام، وهي التي تقدر ظروف كل دعوى عند استعمال هذا النّظام، ولذلك لا يجوز للمدعى بالحقوق المدنية أن يطلب من القاضي إصدار هذا الأمر، لأن له الحق أن يتقدم بإدعاءه مطالباً بالتعويض - طبقاً لقانون الإجراءات الجنائية المصري - حتى صدور الأمر الجنائي، فضلاً عن حقه في رفع دعواه أمام المحكمة المدنية بعد صدوره².

وذهبت معظم التشريعات الجنائية المقارنة إلى جعل إصدار الأمر الجنائي من اختصاص قضاة الحكم، وتكون السلطة المختصة بطلب إصداره هي النيابة العامة، وتتمتع النيابة العامة بسلطة تقديرية واسعة تمثل في النظر في تقديم هذا الطلب من عدمه، كذلك الأمر بالنسبة للقاضي، فهو غير ملزم بإجابة طلب النيابة العامة في إصدار الأمر الجنائي حيث يستطيع رفض إصداره وإعادة الدعوى للنيابة العامة³،

1 حميد جمعة الدرمكي، دور النيابة العامة في إنهاء الدعوى الجنائية دون محاكمة - دراسة في قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي والقوانين الجنائية الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2023، ص 30.

2 حميد جمعة الدرمكي، مرجع سابق، ص 31.

3 مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، الأمر الجنائي - دراسة تحليلية مقارنة بين التشريعين المصري ==

ومن هذه التشريعات القانون الفرنسي، وتم إجراءات النظر في الأمر الجزائي أمام المحكمة وفق إجراءات موجزة، غالباً ما تعقد الجلسة في غرفة المداولة¹.

ويأخذ القانون المصري بهذا النظام طبقاً للمادة 323 من قانون الإجراءات الجزائية المصري، حيث تعطي النيابة العامة في مواد الجنح التي لا يوجب القانون الحكم فيها بعقوبة الحبس، إذا رأت أن الجريمة حسب ظروفها تكفي فيها عقوبة الغرامة فضلاً عن العقوبات التكميلية والتضمينات، وما يجب رده والمصاريف، أن تطلب من قاضي المحكمة الجزائية التي من اختصاصها نظر الدعوى توقيع العقوبة على المتهم بأمر يصدره بناءً على محضر جمع الاستدلالات أو أدلة الإثبات الأخرى بغير إجراء أو سماع مرافعة.

المطلب الثاني حجية الأمر الجزائي

إن أحد الأسباب الطبيعية في انقضاء الدعوى الجزائية، يتمثل في صدور حكم باٍ فيه²، سواء أكان هذا الحكم صادراً بالبراءة أم بالإدانة على النحو الذي تتحقق به العدالة الجزائية وتستقر معه المراكز القانونية للأفراد بحماية حقوق الأفراد وكفالة حرياتهم، إضافة إلى استقرار المعاملات والأحكام القضائية، ومن ثم لا تعد حجية الأحكام الجزائية من الموضوعات المهمة في كافة القوانين الإجرائية، وهذه

==
والفرنسي طبقة لأحدث التعديلات المدخلة بالقانون رقم 174 لسنة 1998، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 296-297.

1 Reivhel, P.L.1999. Comparative criminal justice system: A topical approach. Rrentuc Hall. P>200-201.

2 عادل فضل حمد الظبيانى، مرجع سابق، ص 24.

الحجية لا تقتصر على الأحكام التي تصدر وفقاً لإجراءات المحاكمات العادلة، بل إنها تثبت أيضاً للأمر الجزائري الذي يُعد استثناءً على تلك الإجراءات على اعتبار أنه قرار قضائي ذو طبيعة خاصة يصدر من النيابة العامة.

ولذلك سنوضح في هذا المطلب حجية الأمر الجزائري على الدعاوى الجزائية في فرعه الأول، وعلى الدعاوى المدنية في فرعه الثاني.

الفرع الأول

حجية الأمر الجزائري على الدعوى الجزائية

إن القول بـحجية الأمر الجزائري يتوقف على اكتساب هذا الأمر القوة التنفيذية¹ التي تؤكّد على صحة ما قضى له الأمر الصادر، وبذلك نصت التشريعات التي أخذت بنظام الأمر الجزائري على أن القوة التنفيذية للأمر الجزائري تكون في حالتين، الأولى: عند عدم الاعتراض على الأمر الجزائري، والثانية: عند الاعتراض وعدم حضور جلسة المحاكمة، وتطبيقاً لذلك فقد نصت المادة 343 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2022 على: "يصبح الأمر الجزائري نهائياً بالنسبة للمتهم، وغير قابل للاعتراض عليه في أي من الحالتين الآتيتين: 1- تنفيذ المتهم للأمر الجزائري بسداده قيمة الغرامة المقررة بموجبه. 2- فوات ميعاد الاعتراض على الأمر الجزائري".

وبذلك يكون للأمر الجزائري حجية الأحكام النهائية التي تستقر معها الأوضاع القانونية طبقاً لما انتهى إليه الحكم الجزائري، وذلك باكتساب الأمر الجزائري قوة الأمر

1 تعرف القوة التنفيذية للأمر الجزائري بأنها "صلاحية الأمر أن يكون سندًا لاتخاذ إجراءات تنفيذ العقوبة على من قضى عليه بها، وهي تمثل بالطابع الإيجابي وتستند إلى فكرة سقوط المراكز الإجرائية عبر مرحلة معينة تمكيناً للاستقرار في جهاز القضاء، ويكتسب الأمر الجزائري قوته التنفيذية من خلال صدوره باتاً". د. جمال إبراهيم عبدالحسين، الأمر الجزائري و مجالات تطبيقه، منشورات الحلي الحقوقية، بيروت، 2011، ص: 228.

المضيّ به بجانبها السليّ والإيجابيّ، وما يترتب على ذلك من اعتبار الدفع بهذه الحجّيّة من النّظام العام، على النحو الذي يكون فيه للمحكمة أن تعترض لهذه الحجّيّة من تلقاء نفسها، ولو لم يثراها الخصوم أمامها¹.

ويتمثل الجانب السليّ لقوّة الأمر المضيّ به بانقضاض الدعوى الجزائيّة، وما يترتب على ذلك من اعتبار الأمر الجنائي حجّة على القضاء بصفة عامة، وحجّة على أطراف الدعوى الجنائيّة كافّة، الذين لا يكون لهم إعادة طرح موضوع الدعوى من جديد أمام القضاء، والذي يجب عليه أن يقضي به جواز النظر في الدعوى لسابقة الفصل فيها²، أما الجانب الإيجابيّ فهو يتمثّل في حقيقة ما يقضي به الحكم وصحته، من حيث حدوث الواقعه ووصفها القانونيّ وإدانة المتهم بارتكابها، على النحو الذي يكون فيه الحكم الباتّ كما عبرت محكمة النقض المصريّة³.

ونصت المادة 342⁴ من قانون الإجراءات الجنائيّة الاتّحادي على أنّ قواعد

1 جمال إبراهيم عبد الحسين، مرجع سابق، ص 234.

2 عادل فضل حمد الظبيانى، مرجع سابق، 25.

3 أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، دار النهضة العربيّة، القاهرة، 2016، ص 329، جمال إبراهيم عبد الحسين، الأمر الجنائي ومجالات تطبيقه، مرجع سابق، ص 232.

4 نصت المادة 342 من قانون الإجراءات الجنائيّة الاتّحادي على أن: "1- للمتهم أن يعتراض لدى النيابة العامة على الأمر الجنائي الصادر بحقه خلال (7) سبعة أيام من تاريخ إصداره إذا كان حاضراً أو من تاريخ إعلانه به إذا صدر في غيبته أو بعد تعديله، ويترتب على هذا الاعتراض اعتبار الأمر الجنائي كأن لم يكن، والسير والتصرف في موضوع الدعوى الجنائيّ وفقاً للإجراءات المقررة في هذا القانون. 2- فإذا تعدد المتهمون، واعتراض أحدهم على الأمر الجنائي اعتبر هذا الأمر كأن لم يكن بالنسبة للمعترض دون باقي المتهمين. 3- ويجوز للمتهم أن يتنازل عن اعتراضه على الأمر الجنائي قبل تكليفه بالحضور إلى لنظر الدعوى أمام المحكمة المختصة، ويترتب على هذا التنازل سقوط الاعتراض واعتبار الأمر الجنائي نهائياً بالنسبة له. 4- وفي جميع الأحوال لا تقتيد المحكمة عند نظر الدعوى الجنائيّ بالأمر الجنائي المعترض عليه".

الاعتراض على الأمر الجزائري أثار جدلاً حول طبيعة الاعتراض على الأمر، فاعتبره البعض بمثابة طعن في الأمر، واعتبره البعض الآخر مجرد إعلان لرغبة المعترض في أن تجري المحاكمة بالطريق العادي بغير أن تعتبر هذه الرغبة بمثابة طريق من طرق الطعن، ويرجح الرأي الثاني لاتفاقه مع طبيعة الأمر الجزائري¹.

ونصت المادة 343 من قانون الإجراءات الجزائية الاتّحادي: "يصبح الأمر الجزائري نهائياً بالنسبة للمتهم وغير قابل للاعتراض عليه في أي من الحالتين الآتيتين: 1- تنفيذ المتهم للأمر الجزائري بسداده قيمة الغرامة المقررة بموجبه. 2- فوات ميعاد الاعتراض على الأمر الجزائري".

يستنتج من النص السابق على أن الأمر الجزائري يصبح نهائياً بالنسبة للمتهم وغير قابل للاعتراض كما نصت المادة سالفه الذكر، فإذا لم يصل الاعتراض على الأمر الجزائري بالكيفية المبينة في القانون، أصبح الأمر بمثابة حكم نهائي، وتقتضي به الدعوى الجزائية فلا تجوز إقامتها عن ذات الفعل، ويكون واجب التنفيذ، وهو في ذلك يتماثل مع الحكم الصادر بالإدانة، وبناء عليه إذا قدم من صدر ضده الأمر إلى المحكمة لمحاكمته عن ذات الواقعه التي صدر فيها الأمر كله يقضي بها بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها، ويكتفى أن تكون الواقعه واحدة، حتى ولو كان الوصف الذي قدم به من جديد أشدّ من الوصف الذي صدر بشأنه الأمر، أما إذا كانت الواقعه جديدة مختلفة في أحد عناصرها المادية، كما في حال التعدد المادي في الجرائم، فإن صدور أمر بالنسبة لإحدى الجرائم لا يحول دون محاكمته عن الجرائم الأخرى، فالأمر في هذا يتساوى مع الحكم الصادر بالإدانه².

1 محمد على سويلم، قانون الإجراءات الجزائية الاتّحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة معلقاً عليه بأقوال الفقه وأحكام القضاء، ج 2، دار النهضة العلمية، الإمارات، الطبعة الأولى، 2024، 555.

2 محمد على سويلم، مرجع سابق، ص 557-558.

الفرع الثاني

حجية الأمر الجنائي أمام الدعاوى المدنية

القاعدة العامة التي تقضي بأن الأحكام الجزائية الفاضلة في موضوع الدعوى، سواء بالإدانة أو بالبراءة، تكون لها قوة الأمر المضري به أمام المحاكم المدنية على النحو الذي تكون فيه للأحكام الجزائية حجية على الدعاوى المدنية فيما لم تفصل فيه المحكمة المدنية بحكم باتٍ، أما فيما يخص حجية الأمر الجنائي، فإن الأمر الجنائي يصبح نهائياً وواجب التنفيذ فإنه يجوز قوة الأمر المضري به قياساً على حجية الأحكام الجزائية¹.

فقد نصت المادة 334 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على: "1- لا يحول الادعاء بالحق المدني دون إصدار الأمر الجنائي، وللمدعي بالحق المدني اللجوء إلى المحكمة المدنية المختصة للمطالبة بحقوقه. 2- لا يكون لما فصل به الأمر في موضوع الدعوى الجزائية حجية أمام المحاكم المدنية.

خلافاً لقانون الإجراءات الجزائية المصري الذي أوجب أن يتضمن الأمر الجنائي الفصل في الدعوى المدنية، فإن المشرع الإماراتي لم يجز أن يتضمن الأمر الجنائي الفصل في هذه الدعاوى، طبقاً للمادة 1/344 من قانون الإجراءات الجزائية، لا يحول الادعاء بالحق المدني دون إصدار الأمر الجنائي، وللمدعي بالحق المدني اللجوء إلى المحكمة المدنية المختصة للمطالبة بحقوقه، ولا يكون لما فصل به الأمر في موضوع الدعوى الجزائية حجية أمام المحاكم المدنية، وكما أنه طبقاً للمادة 11 من قانون الأمر الجنائي في إمارة دبي² لا يحول الادعاء بالحق المدني دون إصدار الأمر الجنائي،

1 عادل فضل حمد الظبياني، مرجع سابق، ص 26.

2 نصت المادة 11 من قانون رقم 1 لسنة 2017 بشأن الأمر الجنائي لإمارة دبي على أن: لا يحول الادعاء بالحق المدني دون إصدار الأمر الجنائي، وللمدعي بالحق المدني اللجوء إلى المحكمة المدنية المختصة للمطالبة بحقوقه.

وللمدعي بالحق المدني اللجوء إلى المحكمة المدنية المختصة للمطالبة بحقوقه، وكذلك الشأن طبقاً للمادة التاسعة من قانون إصدار القضاة للأمر الجزائري في إمارة رأس الخيمة، فلا يحول الادعاء بالحقوق المدنية دون إصدار القاضي للأمر الجزائري والمدعي بالحقوق المدنية اللجوء إلى المحكمة المدنية المختصة للمطالبة بحقوقه.

وهذا أمر يتتفق مع تبسيط الإجراءات الجزائية لأن الدعوى المدنية تحتاج الفصل فيها البحث عن الخطأ والضرر ورابطة السببية بينهما، وإثبات ذلك من قبل المدعي بالحقوق المدنية، وهذا أمر لا يتفق مع الأمر الجزائري الذي يصدر بناءً على ما توافر من أدلة على ارتكاب الجريمة ومسؤولية الجاني عنها دون مرافعة بل ودون حضور المتهم، مما يحتاج إلى تحقيق خاص يتربّط عليه إرجاء إصدار الأمر الجزائري¹.

ولا ضرر على المدعي بالحقوق المدنية لذلك، لأن الأمر الجزائري فيما فصل فيه من موضوع الدعوى الجزائية لا حجية له أمام المحاكم المدنية وفق المادة 2/344 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، والمادة 9 من قانون إصدار القضاة للأمر الجزائري في إمارة رأس الخيمة²

1 طارق بن دخين المطروشي، الأمر الجزائري في التشريع الاماراتي، دار الحافظ للنشر، الامارات، 2023، ص 207-208.

2 نصت المادة 9 من القانون المحلي لإمارة رأس الخيمة رقم 11 لسنة 2019 بشأن إصدار القضاة للأمر الجزائري على أنه: لا يحول الادعاء بالحقوق المدنية دون إصدار القاضي الأمر الجزائري، وللمدعي بالحقوق المدنية اللجوء إلى المحكمة المدنية المختصة للمطالبة بحقوقه، ولا يكون لما قضى به الأمر حجية أمام هذه المحكمة.

الخاتمة

جاء المشرع الإماراتي بنظام جديد للعدالة الجزائية وهو الأمر الجنائي، ونظم المشرع الإماراتي الأمر الجنائي وفق نصوص المواد من 336 حتى 347 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2022 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، وحرص على أن يضمن تلك المواد كل الضمادات والشروط الازمة لإصدار الأمر الجنائي ضمناً لحسن تطبيقه، وحرصاً على حق المجتمع، والمتهم على حد سواء، وبالتالي وضع القانون لائحة للعقوبات بالغرامات المختلفة في حالة تطبيق الأمر الجنائي.

فالمشروع الإماراتي من جهته أكد على هذه الخاصية في المادة 336 من قانون الإجراءات الجزائية والتي نصّ على أن لعضو النيابة الذي يصدر قراراً بتحديد من النائب العام من جرائم الجنح والمخالفات التي تطبق عليها الأحكام المادة أن يصدر أمراً جنائياً للمتهم على ارتكابه الجريمة، وذلك يتوقع الغرامة المقررة قانوناً عليه، وبما لا يجوز نصف حدّها الأقصى، بالإضافة العقوبات التكميلية والرسوم، وهذا يتفق مع أحكام التشريعات الفرنسية لعام 1995 م المواد 534 ، 536 ، 535 ، 537، ويتفق معهم المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950 وتعديلاته في 5 سبتمبر 2020، وأخرها قانون رقم 1 لسنة 2024 بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية، ومن ثم نرى أن استخدام المشرع لعبارة لعضو النيابة يكون قد أكد على الطابع الجزايري لهذا النّظام في صفة الالزامية عنه.

وحدّد المشرع الإماراتي في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي السلطة المختصة في إصدار الأمر الجنائي وهي النيابة العامة، وبيننا في هذه الدراسة حُجْيَة الأمر الجنائي في الدّعاوى الجنائية والدّعاوى المدنية.

واستخلص البحث عدة نتائج، ومنها:

1. أهمية الأمر الجنائي كأحد مسرّعات بدائل الفصل في الدعوى الجنائية، وعدم التعارض مع المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية.
2. يعكس الأمر الجنائي أثراً إيجابياً على الفصل في العديد من القضايا التي يتم تحريكها من قبل النيابة العامة باعتبارها الحق العام الذي يمثل المجتمع، كذلك تعكس أثراً إيجابياً على تخفيف العبء على القضاء فيما يتعلق بالقضايا البسيطة.
3. ساير المشرع الإماراتي أغلب التشريعات الإجرائية الحديثة التي طبقت نظام الأمر الجنائي الذي يستند إلى تبسيط و اختصار الإجراءات في بعض القضايا البسيطة، ولا تراعى فيها القواعد المقررة لنظر المحاكمات العادلة وعليه أحدث مجموعة تعديلات تشريعية بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2022.
4. يتميز نظام الأمر الجنائي بأنه ذو طابع قضائي مؤداته سرعة الفصل في القضايا، وعدم تأجيلها وتوفير النفقات، وهو لا تعارض مع المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية.

ويمكن أن نصل إلى توصية فيما يتعلق بالنظام القانوني للأمر الجنائي:

1. نوصي المشرع بتمكين القاضي الجنائي بإصدار الأمر الجنائي في بعض الحالات التي ينصّ عليها قانون الإجراءات الجنائية.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- الكتب

- أ. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- ب. أشرف عبد الستار عبد الحميد عيسى، بدائل الدعوى الجزائية في الجرائم شبه الجزائية - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2022.
- ت. جلال ثروت، الاجراءات الجزائية والخصوصية الجزائية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2002.
- ث. جمال الحيدري، دراسات قانونية جزائية، ج 2، مكتبة السنہوري، بيروت، 2017.
- ج. جمال ابراهيم عبد المحسن، الأمر الجزائري و مجالات تطبيقه، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- ح. حسين بن على بن سالم السناني، الأمر الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية، مكتبة الدراسات العربية، سلطنة عمان، 2023.
- خ. خالد منير حسن شعير، الأمر الجزائري دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- د. رجب احمد الحساني، نظم الأمر الجزائري للقانون الاجراءات الجزائية الاماراتية، شرطة دبي، 2016.
- ذ. سالم عبد المنعم الشيباني، الحماية الجزائية للحق في اصل البراءة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- ر. طارق احمد جاسم الراشد، بدائل الدعوى الجزائية التقليدية كمسرعات في

تحقيق رؤية دولة الامارات العربية المتحدة للعدالة الناجزة، دار النهضة العربية،
القاهرة، 2021.

ز. طارق بن دخين المطروشي، الأمر الجزائري في التشريع الاماراتي، دار الحافظ للنشر،
الامارات، 2023.

س. عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، تاصيل الاجراءات الجزائية ، دار المدى للمطبوعات
الاسكندرية ، 2002.

ش. عدنان محمد جميل، التبسيط في اجراءات الدعوى الجزائية - دراسة تحليلية
مقارنة، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018.

ص. فخرى عبد الرزاق، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأولى، دار
السنواري، بيروت، 2016.

ض. على رجب احمد الحساني، نظم الأمر الجزائري للقانون الاجراءات الجزائية
الاماراتي، شرطة دبي، 2016.

ط. مأمون محمد سلامة ، قانون الاجراءات الجزائية، معلق عليها بالفقه والاحكام القانونية
الصادرة من محكمة النقض، ج 2، دار سلامة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.

ظ. مأمون محمد سلامة، الاجراءات الجزائية في التشريع المصري، دار النهضة
العربية، 2000.

ع. محمد السعيد عبد الفتاح، الوجيز في شرح قانون الاجراءات الجزائية الاتحادي
لدوله الامارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، دار الافق، عمان، 2018.

غ. محمد السعيد عبد الفتاح، شرح قانون الاجراءات الجزائية الاتحادي لدولة
الامارات العربية المتحدة القانون 38 لسنة 2022، الطبعة الأولى، دار الافق،
الشارقة، 2024.

ف. محمد مدحت عبد العزيز الأمرالجزائـي- دراسة تحليلية مقارنة بين التشريعين المصري والفرنسي طبقاً لاحـداث التعديلات المتعلقة بالقانون رقم 174 لـسنة 98 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

ق. محمد سمير، الإجراءات الجزائية الخاصة في التشريع الإماراتي، الطبعة الأولى،
دار النهضة العلمية، الإمارات، 2024.

لـ. محمد شلال العاني، عبد الله النوايسة، شرح قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي في ضوء احدث التعديلات التشريعية، دار الافق، الشارقة، 2022.

ل. محمد شلال العناني، عبد الله النوايسة، شرح قانون الاجراءات الجزائية
الاماراتي في ضوء المرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2022، الطبعة الرابعة،
دار الافق، الشارقة، 2024.

م. محمد على سويلم، قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة معلقاً عليه بأقوال الفقه وأحكام القضاء، ج 2، الطبعة الأولى، دار النهضة العلمية، دبي، 2024.

-2- البحوث العلمية المنشورة

أ. أحمد عبد الحليم شاكر، الأمر الجنائي في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي - دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، العدد 1، أكاديمية شرطة دبي، 2020.

ب. أحمد سيف سعد الهاجري ، احكام الجزائية في التشريع الجزائري في التشريع
الاماراتي - دراسة تحليلية ، كلية القانون ، جامعة الشارقة ، المجلد 11 العدد 84
يونيو 2023

مجلة الدراسات القضائية، وزارة العدل، الإمارات، 2022.
ت. عادل فضل حمد الظبيانى، الأمر资料 فى قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي،

ث. غيث غانم السويدي، الأمر الجنائي في قانون الإجراءات الجنائية الاماراتي - دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، العدد 2، أكاديمية شرطة دبي، 2020.

ج. خالد محمد الحمادي، زبيدة جاسم، محمد المازمي، الأمر الجنائي كبديل للدعوى الجنائية في قانون الاجراءات الجنائية الاماراتي - دراسة مقارنة، المجلة القانونية، المجلد 17، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، 2023.

ح. دريد وليد نزال، الأمر الجنائي وانهاء الدعوى الجنائية - دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، العدد 2، كلية القانون، جامعة بغداد، 2022.

خ. فاطمة عبيد الشامي، الأمر الجنائي كأسلوب مستحدث في الحد من اللجوء للدعاوي الجنائية في التشريع الاماراتي والمصري، مجلة جامعة الشارقة للقانون القانونية، جامعة الشارقة، المجلد 21، العدد 2، 2024.

3- الرسائل الجامعية

أ. حميد جمعة الدرمكي، دور النيابة العامة في إنهاء الدعوى الجنائية دون محاكمة - دراسة في قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي والقوانين الجنائية الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2023.

ب. منصور عبد السلام عبد الحميد حسان العجيل، العدالة الرضائية في الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2016.

4- الأحكام القضائية

أ. المحكمة الاتحادية العليا 23 فبراير سنة 2021، الطعن رقم 1280 لسنة 2020 جنائي.

ب. نقض أبوظبي 10 مارس سنة 2022، الطعن رقم 269 لسنة 2022 جنائي.

ت. نقض أبوظبي 20 ابريل لسنة 2021، الطعن رقم 310 لسنة 2021 جزائي.

5- القوانين والمراسيم والقرارات

أ. قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة مرسوم بقانون اتحادي رقم 38 لسنة 2022.

ب. قانون رقم 1 لسنة 2017 بشأن الأمر الجزائري لإمارة دبي.

ت. قرار النائب العام لإمارة رأس الخيمة رقم 39 لسنة 2019 بشأن تطبيق الأمر الجزائري.

ث. المرسوم بقانون اتحادي رقم (32) لسنة 2022 بشأن السلطة القضائية.

ج. قانون الإجراءات الجزائية المصري رقم 150 لسنة 1950 آخر تعديل للقانون 5 سبتمبر 2020 بالقانون 189 لسنة 2020.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية

1. La rapidité de l'instance pénal, Aspects de droit comparé, Revue Pénitentiaire et de droit pénal, 1995 p 213.
2. La rapidité de l'instance pénal, Aspects de droit comparé, Revue Pénitentiaire et de droit pénal, 1972 p 213 article 542 - 528.
3. La rapidité de l'instance pénal, Aspects de droit comparé, Revue Pénitentiaire et de droit pénal, 1995 article 213.
4. Article 525, Modifié par LOI n°2011-1862 du 13 décembre 2011 - art. 2, Le ministère public qui choisit la procédure simplifiée communique au juge compétent du tribunal de police le dossier de la poursuite et ses réquisitions.
5. Article 527, Modifié par LOI n°2016-731 du 3 juin 2016 - art. 76 , Le ministère public peut, dans les dix jours de l'ordonnance, former

opposition à son exécution par déclaration au greffe du tribunal. Si, à l'expiration du délai prévu à l'alinéa précédent, le ministère public n'a pas fait opposition, l'ordonnance pénale est notifiée au prévenu selon les modalités prévues au deuxième alinéa de l'article 495-3 et exécutée suivant les règles prévues par le présent code pour l'exécution des jugements de police.

6. Reivhel, P.L.1999. Comparative criminal justice system: A topical approach. Rrentuc Hall. P.200-201.
7. Desde "M": L'évaluation Des Experiences de mediation entre delinquents et victims, l'exemple britanique , R. S. C, 1993, p. 46

المحميون من النزاعات المسلحة غير الدولية في فقه المالكية والقانون الدولي الإنساني دراسة فقهية قانونية مقارنة

د. مهدي بن عبد الكرييم الصوتي

باحث من جامعة القرقيس، كلية الشريعة أكادير.

تاريخ الاستلام: 2025/1/28 تاريخ القبول: 2025/3/18

**Protected Persons in Non-International
Armed Conflicts in Maliki Jurisprudence
and International Humanitarian Law:
A Comparative Jurisprudential and
Legal Study**

Dr. Mehdi bin Abdulkarim Al-Sawti

Researcher from Al-Qarawiyyin University, Faculty of
Sharia, Agadir

ملخص البحث:

تعنى هذه الدراسة ببيان الأشخاص المحميين في القانون الدولي الإنساني وفي فقه المالكية عند حدوث النزاعات المسلحة غير الدولية.

وللإمام بهذه الدراسة، فقد أتت مقسمة إلى مبحثين: المبحث الأول في حماية ضحايا العسكريين، والمبحث الثاني في حماية المدنيين الممتلكات المدنية.

أما المنهج الذي اعتمدته وترسّمت خطاه في هذه الدراسة، فيتركب من المنهج الوصفي، والاستنباطي، والمقارن.

وتهدف هذه الدراسة إلى تحقيق التقارب بين القانون الدولي الإنساني وفقه المالكية، رغبة في حماية الإنسان وممتلكاته زمن قيام النزاعات المسلحة غير الدولية.

والमبدأ الأساسي الذي يمنح الحماية للأشخاص المحميين سواء في القانون الدولي الإنساني وفي فقه المالكية، هو امتناعهم عن المشاركة الفعلية في أعمال القتال ضد الطرف الآخر.

ومن نتائج هذه الدراسة أن الحماية المنصوص عليها للأشخاص المحميين في القانون الدولي الإنساني عند وقوع النزاعات المسلحة غير الدولية، وجدتها متصلة ثابتة لدى فقهاء المالكية، الأمر الذي يثبت لهم السبق الموضوعي والزمني في توفير الحماية للأشخاص المحميين وممتلكاتهم.

وأختم هذا الملخص بالقول، إن حجم المعاناة التي تسبّبها النزاعات المسلحة غير الدولية، تتطلّب مني أن أوصي بضرورة بناء حس ووعي أكاديمي ومجتمعي لتلافي كل ما من شأنه أن يكون سبباً في قيام هذه النزاعات، وذلك حماية لأوطاننا ومجتمعاتنا.

الكلمات المفتاحية: النزاعات المسلحة غير الدولية، القانون الدولي الإنساني، فقه المالكية، المحميون، المدنيون، الممتلكات المدنية.

Abstract:

Protected Persons in Non-International Armed Conflicts in Maliki Jurisprudence and International Humanitarian Law: A Comparative Jurisprudential and Legal Study

Dr. Mehdi bin Abdulkarim Al-Sawti

Researcher from Al-Qarawiyyin University, Faculty of Sharia, Agadir

Abstract:

This study aims to identify persons protected under International Humanitarian Law (IHL) and Maliki jurisprudence in the context of non-international armed conflicts.

To cover this topic comprehensively, the study is divided into two sections: the first section is about the protection of military victims, whereas the second is about the protection of civilians and civilian property.

The methodology employed in this research combines descriptive, deductive, and comparative approaches.

The study seeks to bridge the gap between International Humanitarian Law and Maliki jurisprudence, with the ultimate goal of protecting individuals and their property during non-international armed conflicts.

The fundamental principle that grants protection to individuals under both IHL and Maliki jurisprudence is their abstention from actively participating in hostilities against the opposing party.

One of the study's findings is that the protection afforded to persons under IHL during non-international armed conflicts has deep-rooted precedence in Maliki jurisprudence. This highlights the temporal and

substantive leadership of Maliki scholars in ensuring the protection of individuals and their property.

In conclusion, the extent of suffering caused by non-international armed conflicts necessitates the recommendation to build academic and societal awareness aimed at preventing such conflicts, thereby safeguarding our nations and communities.

Keywords: Non-international armed conflicts, International Humanitarian Law, Maliki jurisprudence, protected persons, civilians, civilian property.

مقدمة.

الحرب ظاهرة اجتماعية ونزعية بشرية مدمرة منذ بدء حياة الإنسان على وجه الأرض، تصيب بأهوالها وما فيها كل الشعوب والفئات البشرية، ولا تفرق في ذلك بين ضحاياها -سواء كانوا مدنيين أو مقاتلين- فكان لزاماً على الدول والمنظمات الدولية ورجال القانون العمل على تكثيف الجهود بكل جدية بغرض تطوير وتوسيع أحكام القانون الدولي الإنساني التي تحكم النزاعات المسلحة.

والقانون الدولي الإنساني فرع مهم من فروع القانون الدولي العام، عرفته اللجنة الدولية للصليب الأحمر بأنه: «مجموعة القواعد الدولية المستمدّة من الاتفاقيات والأعراف، التي تهدف بشكل خاص، إلى تسوية المشكلات الإنسانية الناجمة بصورة مباشرة، عن النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية، والتي تقييد لأسباب إنسانية، حق أطراف النزاع في استخدام أساليب الحرب، وطرقها التي تروق لها، أو تحمي الأشخاص والأملاك المعرضين أو الذين يمكن أن يتعرضوا لأخطار النزاع».¹

ولما كان القانون الدولي الإنساني يهدف إلى حل المشكلات الإنسانية المترتبة عن النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية، فإننا في هذه الدراسة سنقف عند النزاعات المسلحة غير الدولية-أو الداخلية- والتي تعرف بأنها: «تلك التي تخوض فيها القوات المسلحة لدولة ما مواجهة مع فئة أو بعض الفئات داخل ترابها الوطني».²

وقد أولت قواعد القانون الدولي الإنساني اهتماماً بالنزاعات المسلحة غير الدولية، فمنذ عام 1949 وافقت الدول بموجب المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف

1 عمر سعد الله: قراءة حديثة للقانون الدولي الإنساني، دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2016، ص.19.

2 عامر الزمالي: مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس، الطبعة الثانية، 1997، ص.37.

الأربع لعام 1949، على ضرورة الالتزام في النزاعات المسلحة غير الدولية بعدد من المعايير التي تشكل الحد الأدنى لحماية الأشخاص المحميين، وأضيف فيما بعد إلى هذه المادة عدد من القواعد تضمنها البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977.

والمحميون في إطار القانون الدولي الإنساني عند قيام النزاعات المسلحة غير الدولية، هم الأشخاص الذين تحملهم قواعد هذا القانون، باعتبارهم "أحياء" وجدت قواعد القانون الدولي الإنساني من أجلهم وبسبعينهم، بل إن قواعد هذا القانون تمتد لحمايتهم حتى بعد وفاتهم.

وإذا كان المجتمع الدولي قد توصل إلى حماية الأشخاص المحميين من النزاعات المسلحة غير الدولية بناء على ما ورد في المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949، والبروتوكول الإضافي الثاني الخاص بالمنازعات المسلحة غير الدولية، فإن كثيراً من الأحكام التي وردت في هذا البروتوكول، تمثل في الحقيقة ما جاء به فقهاء المالكية من اجتهادات فقهية تنظم هذه النزاعات المسلحة غير الدولية وتراعي جوانب الإنسانية فيها.

يعتبر اصطلاح *البغى* من الاصطلاحات الشائعة الاستعمال لدى فقهاء الشريعة الإسلامية عامة، وفقهاء المالكية خاصة، للدلالة على النزاعات المسلحة غير الدولية. وقد عرف ابن الحاجب المالكي *البغى* بأنه: «الخروج عن طاعة الإمام مغالبة». ¹ والفرقة الباغية عرفها الشيخ خليل بقوله: «فرقة خالفت الإمام: لمنع حق أو لخلعه». ² وعليه فإن *البغاة* قوم مسلمون لهم شوكة يخرجون على الإمام لتأويل يعتقدون صحته،

1 جمال الدين بن عمر ابن الحاجب: جامع الأمهات، حققه وعلق عليه: أبو عبد الرحمن الأخضر الأنصاري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ-1998م، ص512.

2 خليل بن إسحاق المالكي: مختصر خليل، صححه وعلق عليه: الشيخ أحمد النصر، الطبعة الأخيرة، 1401هـ-1981م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص282.

ويرمون إلى خلعه ويستعينون في الوصول إلى هدفهم بقوات تمكّهم من ذلك، ومن ثم لا يفيد الحكومة الشرعية (أهل العدل)، أن تستعين في دفع خطرهم بالإجراءات الأمنية التي قد تُتَّخِذ في بعض حالات الشعب أو التظاهر، وإنما يقتضي الحال تجهيز الجيوش لدفع خطرهم ما داموا قد وصلوا إلى هذه المنعة وتلك الشوكة وأصبح لهم قيادة تقودهم ومناطق يسيطرُون عليها.¹

وإذا كان قيام النزاعات المسلحة غير الدولية ضرورة لا مفر منها، فإن الناظر في فقه المالكية -من خلال هذه الدراسة- لابد وأن يقف على جملة من اجتهاداتهم الفقهية الداعية إلى الرحمة بالأشخاص المحميين عند حدوث هذه النزاعات، ومن تجليلاتها حمايتهم للأحياء من ضحايا العسكريين، فنصوا على المحافظة على حماية حياة الأسرى والجرحى من القتل، وللقتلى من العسكريين نصيب من هذه الحماية أيضاً، فقد أوجب فقهاء المالكية تكرييم جثثهم وذلك بتحريم وتجريم تشويهها ووجوب تغسيلها ودفنها.

وإن حماية الإنسان من ويلات هذه النزاعات في فقه المالكية قد شملت أيضاً فئات المدنيين من لا ينخرطون في هذه النزاعات ولا يشاركون فيها، مع الحماية أيضاً للممتلكات ذات الصبغة المدنية.
أهمية الدراسة.

- تكمن أهمية هذه الدراسة في بيانها للدور الكبير الذي يقوم به القانون الدولي الإنساني في معالجة مشاكل الحروب وأثارها، وفي تأكيده على حماية الفئات الضعيفة

¹ عبد الغني عبد الحميد محمود: حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، تقديم: محمد سيد طنطاوي، إصدارات بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ص. 70-71.

عند قيام النزاعات المسلحة غير الدولية.

- أهمية هذه الدراسة أنها تجلي إسهام فقهاء المالكية والقانون الدولي الإنساني في التقليل من الدمار الذي تجلبه النزاعات المسلحة غير الدولية وتحفيض آثارها عن الأشخاص المحميين.
- أهمية هذا الموضوع مستمدة من اشتتماله على جوانب إنسانية وقيم حضارية وأداب رفيعة، تدعو لحماية الإنسان أثناء الحروب، خاصة مع تزايد عدد النزاعات المسلحة غير الدولية بشكل كبير، خاصة في الوقت الراهن.
- أهداف الدراسة.
- تهدف هذه الدراسة إلى دعم القانون الدولي الإنساني في تناوله لموضوعات الحماية زمن النزاعات المسلحة غير الدولية، تأصيلاً واستنباطاً من النصوص الشرعية والاجتهدات الفقهية المالكية.
- تهدف هذه الدراسة إلى بيان معالم الإنسانية في اجتهدات المالكية، وإظهار مدى تفاعلها مع القضايا المعاصرة التي جاء بها القانون الدولي الإنساني، وتحديداً في قضايا النزاعات المسلحة غير الدولية.
- تهدف هذه الدراسة إلى إظهار وتجلية القواسم المشتركة بين اجتهدات فقهاء المالكية والقانون الدولي الإنساني في حمايتهم للفئات المستحقة للحماية زمن قيام النزاعات المسلحة غير الدولية.

مشكلة الدراسة :

تحدد إشكالية هذه الدراسة فيما يلي: إلى أي حد يستطيع القانون الدولي الإنساني وفقهاء المالكية التخفيف عن معاناة الفئات المستحقة للحماية عند حدوث النزاعات المسلحة غير الدولية؟.

وقد ترتب عن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات التالية:

- ماهي إسهامات فقهاء المالكية في توفير الحماية لمستحقيها عند قيام النزاعات المسلحة غير الدولية؟.
- ماهي ضمانات تزيل وتطبيق الحماية المنصوص عليها في القانون الدولي الإنساني وفي فقه المالكية للفئات المستحقة لها زمن قيام النزاعات المسلحة غير الدولية؟.
- كيف يمكن تحقيق التقارب بين القانون الدولي الإنساني وفقهاء المالكية في تأكيد الحماية لمستحقين لها أثناء قيام النزاعات المسلحة غير الدولية؟.

الدراسات السابقة :

اعتنى عدد من الباحثين إلى دراسة قضایا النزاعات المسلحة غير الدولية في إطار القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية في عمومياتها، أو الفقه الإسلامي على إطلاقه.

مثل:

- أحكام النزاعات المسلحة غير الدولية دراسة تأصيلية، من إعداد سالم بن صالح السلمي، إشراف: علي محمد حسنين حماد، أطروحة دكتوراه نوقشت في جامعة العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 1433هـ-2012م.
- حماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، دراسة فقهية قانونية مقارنة، إعداد سر الختم إسماعيل محجوب عبدالعزيز، إشراف: محمود مصطفى المكي، أطروحة دكتوراه نوقشت بجامعة أم درمان، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، السودان، 1434هـ-2013م.
- عبد الغني محمود: حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، تقديم: محمد سيد طنطاوي، إصدارات بعثة اللجنة الدولية

للصلب الأحمر- القاهرة.

هذه الدراسات السابقة تضمنت إشارات جد محدودة لفقهاء المالكية، لا تعطي بياناً تاماً عن قيمة آرائهم واجهاداتهم في معالجة هذا الموضوع، ثم إنها لا تنهج مسلك المقارنة الفورية التي تم انتهاجها في هذه الدراسة.

وتختلف الدراسات السابقة عن هذه الدراسة التي أجزتها، أنني أفردتها وخصصتها في اجهادات فقهاء المالكية، مع مقارنة اجهاداتهم، بما جاءت به اتفاقيات القانون الدولي الإنساني في تأكيد الحماية للفئات المستحقة لها عند قيام النزاعات المسلحة غير الدولية.

وجدير بالذكر أنه في سياق الاهتمام بالقانون الدولي الإنساني المقارن بالمذهب المالكي، فقد أنسج الباحث بحثاً لنيل الدكتوراه في موضوع: "القانون الدولي الإنساني في المذهب المالكي دراسة فقهية قانونية مقارنة".¹ هذا البحث تناول فيه الباحث موضوعات وقضايا تندرج في إطار النزاعات المسلحة الدولية وهي حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية ووسائل وأساليب الحرب، ومقارنتها باجهادات فقهاء المالكية.

ولم يشر الباحث بتاتاً في بحثه السابق إلى أية مسألة علمية تتعلق بالنزاعات المسلحة غير الدولية، وببيان موقف القانون الدولي الإنساني وفقهاء المالكية منها.

ثم إن الباحث سبق له وأن أنسج بحثاً يحمل عنوان: "حماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية في فقه الجنابلة والقانون الدولي الإنساني دراسة فقهية قانونية مقارنة".²

1 القانون الدولي الإنساني في المذهب المالكي دراسة فقهية قانونية مقارنة، مطبعة دار القلم الرباط، 2022م، جميع الحقوق محفوظة للمؤلف. (أصل الكتاب أطروحة دكتوراه).

2 منشور في المجلة السعودية للقانون الدولي، مجلة نصف سنوية محكمة تصدر عن اللجنة الدائمة للقانون الدولي الإنساني، العدد (1) المحرم 1446هـ/يوليو 2024.

وقد عمل الباحث في هذا البحث إلى تأصيل ومقارنة اتجهادات فقهاء الجنابلة، بما عليه العمل في القانون الدولي الإنساني، في حمايته لضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية.

وبناء على ما سبق، فإن النتيجة التي خلص إليها الباحث من خلال اهتمامه وبحثه وسؤاله، أن موضوع هذه الدراسة، لم يسبق لأي باحث منتسب لهذا التخصص أن أنجزه في إطار دراسة علمية متخصصة على مستوى الأوساط الأكاديمية الجامعية - والله أعلم -.

منهج الدراسة.

سلكت في هذه الدراسة منهجاً وصفيماً، يستند إلى تحليل الجزئيات وتصنيفها وترقيتها، وكذلك اعتمدت على المنهج الاستنباطي، الذي يقوم على جمع أقوال فقهاء المالكية وتحريرها واستعراض أدلةها.

وعملًا بما يملئه التقيد بالعنوان الموسومة بهذه الدراسة من جهة المقارنة، فقد سلكت أيضًا المنهج المقارن بين اتجهادات فقهاء المالكية وما عليه العمل في القانون الدولي الإنساني، في تأكيد الحماية وتوفيرها للفئات المستحقة لها أثناء حدوث النزاعات المسلحة غير الدولية.

وتتحدد الإجراءات المتبعة في إنجاز هذه الدراسة في الخطوات التالية:

- أستهل كل قضية من قضايا هذه الدراسة، بذكر موقف القانون الدولي الإنساني، ثم أذكر تبعاً لذلك موقف فقهاء المالكية.

ويختتم كل مطلب من المطالب المكونة لهذه الدراسة بعنوان فرعى يسمى "مقارنة" أذكر فيه خلاصة ما تم تحصيله من مقارنات.

- حرصت على ذكر موقف القانون الدولي الإنساني من القضية محل الدراسة بتركيز شديد لأن المقام العلمي للدراسة يتطلب الاختصار.

- الإشارة إلى النصوص القانونية المؤطرة لموضوع القضية المدروسة من اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، وعلى وجه التحديد المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، أو البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1949، أو القانون الدولي الإنساني العربي.
- تأسست هذه الدراسة في الجانب الفقهي على مؤلفات وأقوال فقهاء الملكية خاصة، مع الإشارة للأقوال المشهورة في الفقه الملكي والخادمة لموضوع هذه الدراسة.
- التزمت توثيق المعلومات، بذكر المصادر التي اعتمدت عليها، وعملت على إسناد أقوال فقهاء الملكية إلى أصحابها.
- أعزى المسألة الواحدة إلى أكثر من مصدر من مصادر فقهاء الملكية، وذلك للوفاء بتمام المسألة.
- عزو الآيات القرآنية إلى السورة الواردة فيها مع ذكر رقم الآية.
- تخريج الأحاديث النبوية والآثار الواردة في هذه الدراسة.

خطة الدراسة.

وللإحاطة بموضوع هذه البحث، فقد جاء منتظماً في مقدمة، ومبثتين، كما تم تقسيم المباحثين إلى مطالب، وختمة في الأخير تضمنت النتائج والتوصيات.

- **المبحث الأول: حماية ضحايا العسكريين.**
 - **المطلب الأول: حماية الأسرى**
 - **المطلب الثاني: حماية الجرحى.**
 - **المطلب الثالث: حماية القتلى.**
- **المبحث الثاني: حماية المدنيين والممتلكات المدنية.**

- المطلب الأول: حماية المدنيين.
- المطلب الثاني: حماية الممتلكات المدنية.

المبحث الأول

حماية ضحايا العسكريين

وقد تناولت في هذا المبحث، ثلاثة مطالب: وهي على النحو التالي:

المطلب الأول حماية الأسرى

إن الخسائر الفادحة في الأرواح والممتلكات التي تخلفها النزاعات المسلحة الداخلية، خاصة مع ارتفاع هذه النزاعات بشكل مذهل لم يسبق له مثيل، هو الدافع المباشر الذي جعل القانونيين والخبراء وممثلي الدول يجتمعون أكثر من مرة من أجل إيجاد وضبط فئات المقاتلين في النزاعات المسلحة الداخلية، الذين يمكن لهم الاستفادة من ضمانات الحماية القانونية.¹

وبالرجوع إلى المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949، نجد أنها تنص على أنه: "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) الأفراد الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض، أو الجرح، أو الاحتجاز، أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة

¹ الحاج مهلو: المقاتلون أثناء النزاعات المسلحة بين الوضع القانوني وضمانات الحماية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014م، ص 59-60.

إنسانية دون أي تمييز يقوم على أساس التمييز العنصري، أو اللون، أو الدين، أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد، أو الثروة، أو أي معيار مماثل آخر....

¹ (2) يجمع المرضى و الجرحى ويعتني بهم".

ويلاحظ بأن مضمون المادة الثالثة المشتركة لم يأت بتعريف للمقاتلين، كل ما في الأمر هو ذكر فئات معينة من المقاتلين، وهم:

1- أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا أسلحتهم واستسلموا للسلطات المعنية التابعة لأحد أطراف النزاع.

2- الأفراد المقاتلون العاجزون عن القتال بسبب المرض، أو الجرح، أو الاحتجاز، أو لأي سبب آخر يمنعهم منمواصلة القتال.

3- الجرحى والمرضى من القوات المسلحة النظامية أو المنشقة.²

كما يلاحظ بأن هذه المادة المشتركة قد اشتغلت على مبدأ المعاملة الإنسانية لجميع الأشخاص الذين لا يشاركون مباشرة في عمليات القتال، أو الذين لم يعودوا قادرين على ذلك، ومن بينهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا السلاح بصورة جماعية أو فردية.³

وعلى الرغم من أهمية هذه المادة وتأكيدها لمبدأ المعاملة الإنسانية، وهو المبدأ

1 ينظر المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949.

2 محمد حمد العسيلي: المركز القانوني لأسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005م، ص88.

3 عامر الزمالي: الفئات محمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، بحث منشور في كتاب: "دراسات في القانون الدولي الإنساني"، إعداد: نخبة من المتخصصين والخبراء، تقديم الأستاذ: مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، مصر، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، ص118.

الذي تقوم عليه جميع الاتفاقيات، إلا أن هذا لا يعني البة أن لمقاتلي النزاعات المسلحة الداخلية الحق في الحصول على وضع أسير حرب.¹

ذلك أن فكرة المقاتل (وكذلك "أسير الحرب") لا وجود لها في البروتوكول الثاني.² وعلى الرغم من عدم ذكر مصطلح الأسرى في الحق الثاني، إلا أن وضعيه قد استخدما تعبير "الأشخاص الذين قيدت حريتهم" وذلك حتى يتسمى للدولة التي تجري العمليات العسكرية على أرضها اتخاذ الإجراءات الازمة بشأن المتمردين من القبض عليهم والتحقيق معهم ومحاكمتهم بموجب قانونها الوطني.³

وقد تضمن البروتوكول الثاني بعض القواعد التي تنظم معاملة أسرى الحرب ومن في حكمهم أو الأشخاص الذين تقرر تقييد حرية تم حسب تعبير البروتوكول.

وقد قرر البروتوكول⁴ أن هؤلاء الأشخاص يتم تزويدهم بالطعام والشراب، وتتوفر لهم الظروف الصحية، وتقدم لهم تسهيلات الإغاثة فرادى أو جماعات، ويケف لهم حرية ممارسة شعائرهم وعبادتهم.

وأنه يحظر وضعهم في مناطق ملاصقة لمنطقة القتال أو إجراء تجارب طبية عليهم

1 مخلد ارخص الطراونة: الوسيط في القانون الدولي الإنساني، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، 2016، ص210.

2 فريتس كالسهوون، ليزابيث تسغفلد: ضوابط تحكم خوض الحرب، مدخل للقانون الدولي الإنساني، ترجمة: أحمد عبد الحليم، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، طبعة 2004، ص158.

3 عبد الغني عبد الحميد محمود، حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، بحث منشور في كتاب: "دراسات في القانون الدولي الإنساني"، إعداد: نخبة من المتخصصين والخبراء، تقديم: الأستاذ مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، مصر، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، بتصرف يسير، ص297.

4 لمزيد تفصيل في القواعد الموجبة لحماية الأشخاص الذين قيدت حرية تم، ينظر المادة 5 من البروتوكول الثاني.

بما يخالف مواثيق الشرف الطبية، ويتولى الطرف القائم بأمور الاعتقال العناية
وتقديم المساعدة للمعتقلين.¹

ويرى الفقه الدولي أن أطراف النزاع إذا وافقت على إعطاء أكثر مما اقتضته المادة
الثالثة والبروتوكول الثاني كحد أدنى، لأن يعامل مقاتلو النزاعات المسلحة غير
الدولية على غرار معاملة مقاتلي النزاعات المسلحة الدولية، فإن حقوق أسرى الحرب
تمتد إليهم.²

وقد ذهب فقهاء المالكية إلى منع قتل الأسير في النزاعات المسلحة غير الدولية، قال
ابن عبد البر: «ولا يقتل أسييرهم».³ وقال بهرام الدميري: «ويحرم قتل أسراهـم».⁴

ويرى فقهاء المالكية بعد منعهم لقتل الأسرى في النزاعات المسلحة غير الدولية،
أنهم يستتابون ويؤدبون لكي لا يعودوا للقتال مرة أخرى.

جاء في النوادر والزيادات قالا -سحنون و أصبع-: «إذا أصيب منهم أسير فلا
يقتل، بل يؤدب ويسجن حتى يتوب». ⁵ وقال ابن فرحون: «ولا يقتل أسييرهم لأن قتالهم

1 عصام عبد الفتاح مطر: القانون الدولي الإنساني - مصادره، مبادئه وأهم قواعده، دار الجامعة
الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 160-161.

2 عامر الزمالي: الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، ص 118.

3 يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمرى القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق وتقديم
وتعليق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة-الرياض، الطبعة الأولى،
1398هـ/1978م. ج 1 ص 486./ ابن الحاچب: جامع الأمہات، ص 512.

4 بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري: الشامل في فقه الإمام مالك، ضبطه وصححه: أحمد بن
عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، جمهورية مصر العربية، الطبعة
الأولى، 1429هـ - 2008م. ج 2 ص 914.

5 عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القير沃اني: النوادر والزيادات على ما في المدونة من أمہات،
تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1999 م، ج 14 ص 547./ محمد بن
==

¹ لأجل قهرهم وقد حصل ولكن يؤدب ويسجن حتى يتوب».

ولم تقتصر حماية المالكية للأسرى من القتل فقط، بل شملت أيضاً منع وقوعهم تحت الاسترقاق، لذلك نص فقهاء المالكية في المشهور من أقوالهم على عدم جواز استرقاق المحاربين في النزاعات المسلحة غير الدولية، قال الشيخ خليل: «ولا يسترقوا».² وعلق شارح المختصر على عبارة الشيخ خليل بقوله: «إنما لم يسترقوا لأن الحر المسلم لا يسترق».³ وفي منح الجليل للشيخ علیش تعليقاً على ما نص عليه خليل: «أي البغاة إن قدر عليهم لأنهم أحراز مسلمون».⁴

واستدل فقهاء المالكية على حماية الأسرى في النزاعات المسلحة غير الدولية بالأدلة التالية:

أ- قوله تعالى: ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ افْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوهَا بَيْنَهُمَا ۖ فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوهَا أَتَّى تَبْغِيَ حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ۚ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوهَا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا ۖ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾.⁵

==
أحمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة، حققه وعلق عليه: ماجد الحموي، دار ابن حزم، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1434هـ-2013م، ص 599.

1 برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن فرحون اليعمرى المالكى: تبصرة الحكم فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام، خرج أحاديثه وعلق عليه وكتب حواشيه: جمال مرعشلى، دار عالم الكتب ، الرياض، 1423هـ-2003م. ج 2 ص 210.

2 خليل بن إسحاق المالكى: مختصر خليل، ص 282

3 هiram الدميري: مرجع سابق، ج 5 ص 311.

4 محمد علیش: منح الجليل شرح مختصر خليل، مع تعليقات من تسهيل منح الجليل للمؤلف، دار الفكر، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1404هـ-1984م. ج 9 ص 200.

5 سورة الحجرات: الآية 9.

وقال ابن العربي: «لا يقتل أسييرهم، ولا يتبع منهزمهم؛ لأن المقصود دفعهم لا قتلهم... والمعلول في ذلك كله عندنا أن الصحابة رضي الله عنهم في خروجهم لم يتبعوا مدبرا ولا ذفروا على جريح، ولا قتلوا أسيرا، وهم القدوة».¹

ويعلق الأستاذ عبدالسلام الإدغيري على هذه الآية بالقول: «والآية تقتضي تحريم دم الأسير ومن قدر عليه، لأن فيها إيجاب الإصلاح بينما ما أتي من الباغي والمبغي عليه».²

ب- عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن مسعود: {يا ابن مسعود أتدرى ما حكم الله فيمن بعى من هذه الأمة؟} قال ابن مسعود: والله ورسوله أعلم، قال: {فإن حكم الله فيهم أن لا يتبع مدبهم، ولا يقتل أسييرهم، ولا يذرف على جريهم}.³

وقد دل هذا الحديث دلالة صريحة على عدم جواز قتل الأسير في النزاعات المسلحة الداخلية.

ج- استدلالهم بالمعقول: أن المقاتلة إنما تكون لأجل دفع المقاتلين وردهم إلى الحق، لا

1 محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي: أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ - 2003م. ج 4 ص 154.

2 عبد السلام الإدغيري: حكم الأسرى في الإسلام ومقارنته بالقانون الدولي العام، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 1405هـ- 1985م. ص 194.

3 محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري: المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1422هـ- 2002م. كتاب قتال أهل البغي وهو آخر الجهاد، رقم الحديث 2662، ج 2 ص 168/. أحمد بن الحسين بن علي البهقي، السنن الكبير، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، الطبعة الأولى، 1432هـ- 2011م. كتاب أدب القاضي، باب أهل البغي إذا فاعوا لم يتبع مدبهم، ولم يقتل أسييرهم، ولم يجهز على جريهم، ولم يستمتع بشيء من أموالهم، رقم الحديث 16835، ج 17 ص 53-52.

إلى قتلهم. قال ابن العربي: «لا يقتل أسييرهم، ولا يتبع منهزمهم، لأن المقصود دفعهم لا قتلهم».¹

مقارنة:

- أرى أن حماية حياة الأسرى من القتل في فقه المالكية، تستلزم تبعاً لها توفير الحاجيات الضرورية من المأكل والمشرب والملابس، لذلك كانت الحماية المقررة للأسرى في النزاعات المسلحة غير الدولية في فقه المالكية تمتاز بقدم السبق في إثبات الحقوق الإنسانية للأسرى، بينما حمايتهم في ظل القانون الدولي الإنساني لم تأت إلا من خلال المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949، وبصدور البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977.
- موقف القانون الدولي الإنساني -في البروتوكول الإضافي الثاني- من مصطلح الأسير في النزاعات المسلحة غير الدولية ما زال يكتنفه الغموض، لأنه عبر عن وضعيتهم بمصطلح "الذين قيدت حرি�تهم". بينما فقهاء المالكية عبروا عن المقاتل الذي يتم القبض عليه في النزاعات المسلحة غير الدولية بالأسرى، ووضعوا ضوابط في التعامل معه، منها حفظ حياته من القتل، ثم سجنه المؤقت لغاية توبته، ثم منع استرقاقه.
- إذا كان الفقه الدولي يرى أن مسوغ واضعي البروتوكول الثاني لعام 1977 في التعبير بـ"الأشخاص الذين قيدت حرريتهم" هو تمكين الدولة من اتخاذ الإجراءات اللازمة بشأن المتمردين من القبض عليهم والتحقيق معهم ومحاكمتهم بموجب قانونها الوطني، فإن هذا الرأي يتفق مع الإجراءات التي نص عليها فقهاء المالكية وهي تأديب الأسير وحبسه حتى يتوب.

¹ ابن العربي: مرجع سابق، ج 4 ص 154.

المطلب الثاني حماية الجرحى

إن ضمانت الحماية القانونية المقررة للجرحى والمرضى والغرق من القوات المسلحة في البحار المنصوص عليها في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية، تجد أساسها في المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949 والبروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977.¹

ففي المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949 جاء النص على أنه يجب معاملة من عجز عن القتال بسبب الجرح أو المرض معاملة إنسانية وبدون أي تمييز، وأنه يتعمّن جمع المرضى والجرحى والاعتناء بهم.² ولأجل ذلك يحظر في جميع الأوقات والأماكن أفعال الاعتداء على الحياة، أو السلامة البدنية أو العقلية، أو المعاملة المهينة، أو أية معاملة أخرى محطة بالكرامة. وتمثل هذه الالتزامات والتزامات أخرى لم تتم الإشارة إليها، حداً أدنى من الأحكام الأساسية الواجبة التطبيق على الأشخاص المحميين بمن فيهم الأشخاص العاجزين عن القتال بسبب الجرح أو المرض أو الاحتجاز وفقاً لنص المادة الثالثة المشتركة.

ولقد حظيت هذه القواعد الأساسية بتأكيد إضافي في الباب الثالث من البروتوكول الثاني المكمل للمادة الثالثة المشتركة، أو بالأحرى لم يكتف البروتوكول بتأكيد هذه القواعد، بل تضمن علاوة على ذلك نصوصاً أخرى تعزّزها وتطورها.³

1 الحاج مهلو: المقاتلون أثناء النزاعات المسلحة بين الوضع القانوني وضمانت الحماية، ص 253.

2 عبد الغني محمود: حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ص 79.

3 نزار العنبي: القانون الدولي الإنساني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010. ص 229.

وقد عالج البروتوكول الإضافي الثاني الأحكام الخاصة بحماية الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار، وذلك من المادة 7 إلى المادة 12 منه، وتتعدد تجليات هذه الحماية فيما يلى:¹

- يجب احترام جميع الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار وحمايتهم ومعاملتهم معاملة إنسانية في جميع الأحوال، بغض النظر عن مشاركتهم أو عدم مشاركتهم في النزاع المسلح، ويجب أن يحصلوا على الرعاية والعناية الطبية التي تقتضيها حالتهم بأقصى قدر ممكن من الناحية العملية، وبأقل إبطاء ممكن دون تمييز لأي أسباب بخلاف الأسباب الطبية.²

- تتخذ جميع الإجراءات الممكنة دون إبطاء، خصوصاً بعد أي اشتباك، للبحث عن الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار وتجميعهم، كلما سمحت الظروف بذلك، مع حمايتهم من السلب والنهب وسوء المعاملة وتأمين الرعاية الكافية لهم.³

وقد ذهب فقهاء المالكية إلى منع قتل المهزوم والجريح في النزاعات المسلحة غير الدولية، إذا تيقن الإمام من هزيمتهم وعدم عودتهم للقتال مرة أخرى. جاء في كتاب ابن سحنون، قال سحنون: «إإن تحققت الهزيمة عليهم وظهر الإمام عليهم ظهوراً بيناً وأئس من عودتهم فلا يقتل مهزومهم ولا يدفع على جريتهم». ⁴ وقال ابن عبد البر:

1 نيلس ميلتسر، القانون الدولي الإنساني مقدمة شاملة، تنسيق: إتيان كوستر، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، آب/أغسطس 2016، ص158. / محمد حمد العسيلي، القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية ذات الصلة، ص141.

2 ينظر المادة 7 من البروتوكول الثاني.

3 ينظر المادة 8 من البروتوكول الثاني.

4 ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، ج 14 ص 546. / جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق: حميد بن محمد لحرم، دار الغرب ==

«ولا يتبع منهزمهم ولا يذرف على جريحهم».¹ وقال ابن الحاجب: «إذا ظهر عليهم فأمنوا فلا يذرف على جريحهم ولا منهزمهم».²

ثم إن منع الإجهاز على الجريح في النزاعات المسلحة غير الدولية في حال الأمان منهم هو القول المشهور في المذهب المالكي، قال الشيخ خليل في مختصره: «إإن أمنوا لم يتبع منهزمهم، ولم يذرف على جريحهم».³ وعلق الخرشي شارح المختصر بقوله: «يعني أنا إذا أمننا بغيرهم، فإننا لا نتبع منهزمهم، ولا نذرف أي نجهز على جريحهم ويدفع بالذال المعجمة والمهملة».⁴

واستدل فقهاء المالكية على حماية الجرحى في النزاعات المسلحة غير الدولية بالأدلة التالية:

أ- قوله تعالى: ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ۖ فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ ۚ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا ۖ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾.⁵

==

الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1423هـ - 2003م. ج 3 ص 1138/. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، 1994م. ج 12 ص 7.

- 1 ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، ج 1 ص 486.
- 2 ابن الحاجب: جامع الأمهات، ص 512/. خليل بن إسحاق الجندي المالكي المصري: التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، 1429هـ - 2008م. ج 8 ص 212.
- 3 خليل: مختصر خليل، ص 283.
- 4 محمد الخرشي المالكي: شرح مختصر خليل للخرشي، وبهامشه، حاشية العدوى: علي العدوى، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الثانية، سنة 1317هـ. ج 8 ص 61.
- 5 سورة الحجرات: الآية 9.

جاء في تفسير القرطبي: «إذا خرجت على الإمام العدل خارجة باغية ولا حجة لها، قاتلهم الإمام بال المسلمين كافة أو بمن فيه الكفاية،.... ولا يقتل أسييرهم ولا يتبع مدبرهم ولا يذرف على جريحهم».¹

قال ابن عبد البر: «وفي قوله ﴿فَقَاتَلُوا﴾ دليل على أن الباغي إذا انتزه عن القتال أو ضعف عنه بما لحقه من الآفات المانعة للقتال حرم دمه لأنه غير مقاتل ولم نؤمر بقتاله إلا إذا قاتل لأن الله تعالى قال ﴿فَقَاتَلُوا﴾ ولم يقل فاقتلو ومقاتلوا إنما تكون ملن قاتل والله أعلم لأنها تقوم من اثنين وعلى هذا كان حكم علي رضي الله عنه فيما يمن بغي عليه وتلك كانت سيرته فيهم رضي الله عنه وعلى ذلك جمهور العلماء».²

وفي قوله تعالى: ﴿فَأَصْلِحُوا﴾ الأمر للوجوب، لأنه أطلق هنا ولم يقييد بأي شيء، والإصلاح يكون بين حيين لا بين مقتولين أو مجروحيين، فالحكم إذن هو: تحريم دم الأسير، وكذلك من قدر عليه من أهل البغى إذا كانوا جرحي.³

بـ عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن مسعود: {إِنَّ أَبْنَى مَسْعُودٍ أَتَدْرِي مَا حُكْمُ اللَّهِ فِيمِنْ بَعْدِ هَذِهِ الْأُمَّةِ؟} قال ابن مسعود: الله ورسوله أعلم، قال: {فَإِنَّ حُكْمَ اللَّهِ فِيهِمْ أَنْ لَا يُتَّبَعَ مُدْبِرُهُمْ، وَلَا يُقْتَلَ أَسِيرُهُمْ، وَلَا يُذَرَّفَ عَلَى جَرِحِهِمْ}.⁴

1 محمد بن أحمد القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، شارك في تحقيق هذا الجزء: محمد رضوان عرقاوي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1427هـ-2006م. ج 19 ص 379-380.

2 يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوى ، محمد عبد الكبير البكري وأخرون، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1387هـ-1967م. ج 21 ص 283.

3 عبد السلام الإدغيري: حكم الأسرى في الإسلام ومقارنته بالقانون الدولي العام، ص 194.

4 سبق تخرجه.

جـ- كما استدل فقهاء المالكية على حماية الجرحي في النزاعات المسلحة غير الدولية، بما ثبت عن علي رضي الله عنه يوم واقعة الجمل، عن جعفر بن محمد، عن أبيه قال: {أَمْرَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ} - مُنَادِيهِ فَنَادَاهُ يَوْمَ الْبَصَرَةَ: لَا يَتَبَعُ مُدْبِرٍ، وَلَا يُذَفَّفُ عَلَى جَرِيحٍ، وَلَا يُقْتَلُ أَسِيرٌ، وَمَنْ أَغْلَقَ بَاهَهُ فَهُوَ آمِنٌ، وَمَنْ أَلْقَ سِلَاحَهُ فَهُوَ آمِنٌ}.¹ ولم يأخذ من متابعيهم شيئاً.

قال ابن حبيب: «ونادي منادي علي ابن أبي طالب في بعض من حاربه أن لا يتبع مدبر ولا يجهز على جريح ولا يقتل أسير». ²

مقارنة:

من خلال ما سبق التطرق إليه في هذا المطلب، يتبيّن لنا ما يلي:

- اتفاق القانون الدولي الإنساني وفقهاء المالكية، على حماية حياة الجرحي ومعاملتهم معاملة إنسانية تضمن بقاءهم على قيد الحياة، ما دام أن خطرهم قد زال بعدم عودتهم للمشاركة في الأعمال العدائية مرة أخرى.
- إذا كان القانون الدولي الإنساني قد أتى على ذكر مجموعة من القواعد الموجبة لحماية الجرحي والمريض والغرقى في البحار، فإن تنصيص فقهاء المالكية على حماية حياة الجرحي وعدم جواز الإجهاز عليهم، كفيل و موجب لحفظ ما هو دون ذلك، بتقديم العناية الطيبة وتوفير الغذاء والمسكن للجرحى.
- إذا كان القانون الدولي الإنساني قد نص فيلحق الثاني على توفير الحماية للجرحى والمريض والمنكوبين في البحار، أو في أراضي أحد أطراف النزاع بحسب ما ورد في

1 البهقي: كتاب أدب القاضي، باب أهل البغى إذا فاءوا لم يتبع مدبرهم، ولم يقتل أسيرهم، ولم يجهز على جريحهم، ولم يستمتع بشيء من أموالهم، رقم الحديث 16827، ج 17 ص 49.

2 النوادر والزيادات، ج 14 ص 548. / التوضيح في شرح المختصر الفرعى لابن الحاجب، ج 8 ص 213.

المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف، فإنه لا مانع في فقه المالكية من تمتيع جميع الجرحى بالحماية والرعاية سواء كانوا في البحر أو البر، شريطة الأمان من عدم عودتهم للقتال مرة أخرى.

المطلب الثالث حماية القتلى

إن مستند حماية القتلى العسكريين في اللحق الثاني يجد أساسه في المادة الثامنة منه، والتي نصت بصورة مختصرة على حماية واحترام القتلى، فجاء فيها ما يلي: "بأن تتخذ كافة الإجراءات الممكنة دون إبطاء، خاصة بعد أي اشتباك... للبحث عن الموتى والгинوله دون انتهاك حرماتهم، وأداء المراسيم الأخيرة لهم بطريقة كريمة".¹

وإن هذا الإيجاز في النصوص في اللحق الثاني ليس معناه إهمال القانون الدولي الإنساني لحماية هؤلاء في النزاعات المسلحة الداخلية، ولكن ربما جاء الإيجاز على هذا النحو على أساس أن البحث عن الموتى ودفهم ونقل الرفات.. لا يثير أية مشاكل في النزاعات المسلحة الداخلية كتلك التي يثيرها النزاعسلح الدولي، لأن النزاعسلح غير الدولي يتم داخل إقليم دولة واحدة، وبالتالي فقرب المكان ييسر وصول أهالي الموتى إلى قبور ذويهم، وغالباً ما يرتبط أطراف النزاعسلح الدولي بروابط معينة تاريخية أو دينية أو اجتماعية أو ثقافية تمكن من حل مثل هذه المشاكل المتعلقة بموتى النزاعسلح الداخلي بشكل أيسير وأسرع.

وعلى أية حال فإن النص الوارد في المادة الثامنة من اللحق الثاني على إيجازه يوفر كافة الضمانات والحقوق المقررة للموتى في النزاعسلح الداخلي.²

1 ينظر المادة الثامنة من البروتوكول الإضافي الثاني.

2 عبد الغني محمود: حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ص 82.

بالإضافة إلى ذلك نجد أن القانون الدولي الإنساني العرفي الذي يوفر ضمانات الحماية في النزاعات المسلحة الدولية والداخلية، قد نص في القاعدة 112 منه على ما يلي: "يتخذ كل طرف في النزاع، كلما سمحت الظروف، وبخاصة بعد أي اشتباك، كل التدابير الممكنة وبدون إبطاء، للبحث عن الموتى وجمعهم وإخلائهم دون أي تمييز مجحف".¹

وقد جاء في تفسير هذه القاعدة: إن واجب البحث عن الموتى وجمعهم يستوجب تأمين الوسائل الضرورية لذلك، وعلى كل طرف في النزاع أن يتخذ كافة التدابير الممكنة للبحث عن الموتى وجمعهم. وهذا يتضمن السماح للمنظمات الإنسانية بالبحث عن الموتى وجمعهم.²

كما أن القاعدة 115 من القانون الدولي الإنساني العرفي أوجبت على أطراف النزاع أن "تعامل جثث الموتى بطريقة تتسم بالاحترام، وتحترم قبورهم وتصان بشكل ملائم".³

أما عن حظر تشويه جثث قتلى العسكريين في النزاعات المسلحة غير الدولية، فيجد سند له في البند (أ) من الفقرة الأولى من المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949، حيث نصت على ما يلي: "احترام آدمية الإنسان وعدم الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية وبخاصة القتل بجميع أشكاله والتلويه والمعاملة القاسية والتعذيب".⁴

وكذلك البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 في البند (أ) من الفقرة الثانية من

1 ينظر القاعدة 112 من القانون الدولي الإنساني العرفي.

2 جون ماري هنكرتس- لويس دوزوالد بك: القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول: القواعد، القاهرة، اللجنة الدولية للصلب الأحمر، 2009، ص 357.

3 ينظر القاعدة 115 من القانون الدولي الإنساني العرفي.

4 ينظر البند (أ) من الفقرة الأولى من المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع.

المادة الرابعة: "... ولأسيما القتل والمعاملة القاسية كالتعذيب أو التشویه أو أية صورة من صور العقوبات البدنية".¹

كما أن القانون الدولي الإنساني العربي نص في القاعدة 113 على ما يلي: "يتحذى كل طرف في النزاع كل الإجراءات الممكنة لمنع سلب الموتى. ويحظر تشویه جثث الموتى".²

وإن حظر تشویه جثث الموتى في النزاعات المسلحة غير الدولية، تشمله جريمة "ارتكاب الاعتداء على الكرامة الشخصية" بموجب النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي وفقاً لأركان الجرائم، تنطبق أيضاً على الموتى.³

أما فقهاء المالكية فقد نصوا على حماية جثث القتلى في النزاعات المسلحة غير الدولية، وعلى تحريم نقل رؤوسهم لأنّه تمثيل بهم، والمثلة حرام.

وإن منع فقهاء المالكية للتمثيل بجثث القتلى في النزاعات المسلحة غير الدولية يعتبر تطبيقاً عملياً لاحترام الكرامة الإنسانية.

جاء في النواذر والزيادات: «ويكره أن يبعث برؤوس أهل البغي وغيرهم من العدو إلى الأفاق، وهو مثلاً لم يكن يفعله السلف». ⁴ وعند القرافي في الذخيرة: «لا يبعث بالرؤوس للأفاق لأنّه مثله».⁵

1 ينظر البند (أ) من الفقرة الثانية من المادة الرابعة من البروتوكول الثاني.

2 ينظر القاعدة 113 من القانون الدولي الإنساني العربي.

3 القانون الدولي الإنساني العربي، جون ماري هنكريتس، ولويس دوزوالد بك، ص360.

4 ابن أبي زيد القيراني: النواذر والزيادات، ج 14 ص 551. / هرام بن عبد العزير الدميري المالكي: تحبير المختصر وهو الشرح الوسط على مختصر خليل في الفقه المالكي، تحقيق: أحمد بن عبد الكرييم نجيب وحافظ عبد الرحمن خير، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، 2013 م. ج 5 ص 312.

5 القرافي: الذخيرة، ج 12 ص 12. / عليهش: منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 9 ص 200.

وتحريم المثلة بجثث القتلى في النزاعات المسلحة غير الدولية هو المشهور من أقوال المالكية، قال الشيخ خليل في مختصره: «ولا ترفع رؤوسهم بأرماح». ¹ وعلق شارح الخريши المختصر بقوله: قال الخريشي: «ولا يجوز للإمام أو نائبه أن يرفع رؤوسهم على أرماح عند القدرة عليهم؛ ذلك مثلاً وهي حرام». ²

ويُستدل على تحريم المثلة في النزاعات المسلحة غير الدولية عند فقهاء المالكية بالأدلة التالية:

أ- حديث عبد الله بن يزيد الأنصاري قال: {نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ النُّبُوَّةِ وَالْمُثُلَّةِ}. ³

ب- قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه سليمان بن بريدة: {أَغْزُوا بِاسْمِ اللَّهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، قَاتَلُوا مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ، ... وَلَا تُمَثِّلُوا،...}. ⁴

ج- بما روى عن عقبة بن عامر، أنه قديم على أبي بكر الصديق رضي الله عنه برأسي ينافي الطريق فأنكر ذلك، فقال: يا خليفة رسول الله فإنهم يفعلون ذلك بنا، قال: {فَاسْتَبِّنْ بِفَارِسَ وَالرُّومَ؟ لَا تُحْمَلْ إِلَيَّ رَأْسُ، فَإِنَّمَا يَكْفِي الْكِتَابُ وَالْخَبَرُ}. ⁵

1 خليل: مختصر خليل، ص 282.

2 الخريشي: شرح مختصر خليل، ج 8 ص 61.

3 محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طواف النجاة، الطبعة الأولى، 1422هـ-1991م، كتاب المظالم والغصب، باب النبي بغير إذن صاحبه، رقم الحديث 2474، ج 3 ص 135.

4 مسلم بن الحجاج القىشىرى النيسابوري: صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1412هـ-1991م، كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث، ووصيته إياهم بآداب الغزو وغيرها، رقم الحديث 1731، ج 3 ص 1357.

5 سعيد بن منصور الخراساني: سنن سعيد بن منصور، حققه وعلق عليه: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، الطبعة الأولى، 1403هـ-1982م، كتاب الجهاد، باب ما جاء في حمل الرؤوس، رقم الحديث 2649، ج 2 ص 287.

هذه الأدلة وإن كانت تدل دلالة صريحة على تحريم المثلة بجثث الحربيين في النزاعات المسلحة الدولية، إلا أنها تدل من باب الأولى أيضاً على تحريم المثلة بقتلى النزاعات المسلحة غير الدولية.

وهذا ما نص عليه فقهاء المالكية، قال ابن غازي المكناسي: «وأما المثلة بالرؤوس فأحرى في المعن مما في الجهاد». ^١

وقال الشيخ علیش: «وتقدم في كتاب jihad منعه في رؤوس الكفار لبلد أو وال فالبغاء أولى به». ^٢

ولم تقتصر حماية فقهاء المالكية لقتلى النزاعات المسلحة غير الدولية في منع تشويه جثثهم ونقل رؤوسهم، بل امتدت أيضاً إلى وجوب تغسيل جثثهم والصلوة عليهم. قال ابن القاسم: «ومن قتل في قتال البغي، من البااغين، أو المبغي عليهم، فإنهم يغسلون ويصلى عليهم». ^٣ وقال القاضي عبدالوهاب: «البغاء من المسلمين إذا قتلوا في المعركة غسلوا وصلّى عليهم». ^٤

وقد استدل فقهاء المالكية على وجوب الصلاة على جثث المقاتلين في النزاعات المسلحة غير الدولية بقوله صلى الله عليه وسلم: {صَلُّوا عَلَى مَنْ قَاتَلَ لِأَللّٰهِ إِلَّا اللّٰهُ}. ^٥

١ محمد بن أحمد غازي العثماني المكناسي: مختصر خليل للشيخ خليل، ومعه شفاء الغليل في حل مقفل خليل، دراسة وتحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، الطبعة الأولى، 1429هـ - 2008م. ج 2 ص 1099.

٢ علیش: منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 9 ص 200.

٣ ابن أبي زيد القيراني: التوادر والزيادات، ج 1 ص 619.

٤ عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: عيون المسائل، دراسة وتحقيق: علي محمد إبراهيم بوروبية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1430 هـ - 2009 م. ص 164.

٥ علي بن عمر الدارقطني: ستن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الإرنؤوط، وأخرون، ==

مقارنة:

من خلال ما سبق التطرق إليه من قضايا في هذا المطلب، يمكن تسجيل المقارنات التالية:

- العبارة الواردة في نص المادة الثامنة من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977، وهي: "...وأداء المراسم الأخيرة لهم بطريقة كريمة" تستفيد منها حصول الاتفاق بين القانون الدولي الإنساني في حمايته للقتلى، وما نص عليه فقهاء المالكية من تفسير وصلة على قتلى النزاعات المسلحة غير الدولية.

ثم إن "الطريقة الكريمة" المنصوص عليها قانوناً وإن كانت على إطلاقها، فإنها لا تتم فقهاً إلا بالقيام بحقوق الموتى على الوجه المأمور به شرعاً، ثم إن التعامل مع جثث قتلى النزاعات المسلحة غير الدولية وفق ما نص عليه فقهاء المالكية يعتبر حماية لها من انتهاك حرمتها، وهو الأمر الذي نصت عليه أيضاً المادة الثامنة والتي جاء فيها "والحيلولة دون انتهاك حرماتهم".

- وبفارق القانون الدولي الإنساني عن فقهاء المالكية في مسألة المراسيم الدينية، فعند فقهاء المالكية يتم القيام بالتفسير والصلة وفق مقتضيات الشريعة الإسلامية، أما القانون الدولي الإنساني فيجعل المراسم الدينية على حسب معتقدات كل فرد مخاطب بهذا القانون.

- إذا كان الفقه الدولي يرى أن قضية القتلى في النزاعات المسلحة غير الدولية لا تثير أية مشاكل بالنظر لوقع النزاع داخل الدولة وللروابط الدينية والتاريخية، فإنه يتفق مع ما نص عليه فقهاء المالكية حينما أوجبوا على أفراد الدولة المسلمة القيام

==
مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ - 2004م. كتاب العيددين، باب صفة من تجوز الصلة معه والصلة عليه، رقم الحديث 1761، ج 2 ص 401-402.

بتفسيل والصلة على قتلى النزاعات المسلحة غير الدولية، وذلك لأن البغي يقع داخل الدولة المسلمة، يضاف إلى ذلك الرابط المشترك والمتمثل في أن البغي لا ينفي عن القتلى صفة الإيمان التي يشتركون فيها مع الدولة المسلمة.

- اتفاق القانون الدولي الإنساني وفقهاء المالكية على حماية جثث القتلى في النزاعات المسلحة غير الدولية، وذلك بحظر تشویهها بالمثلة أو القيام بأي فعل ينتهك كرامتهم وهم موتي.

وإن هذا الاتفاق يظهر المقاصد التبليغة والسامية في احترام الإنسان وتكريمه حتى ولو كان ميتا.

المبحث الثاني

حماية المدنيين والممتلكات المدنية

وقد تناولت في هذا المبحث مطلبين: وهما على النحو التالي:

المطلب الأول حماية المدنيين

يعتبر المدنيون في حالة المنازعات المسلحة غير الدولية جزءاً من الدولة التي تتعرض إلى هذا النوع من المنازعات وتمتد آثارها إليهم، وهم من سكان المناطق الواقعة تحت سيطرة أحد أطراف النزاع.¹ لذلك فقد أولى القانون الدولي الإنساني أهمية لحماية السكان المدنيين في النزاعسلح غير الدولي، حيث جاء الرابع من اللحق الثاني لعام 1977 مقرراً تلك الحماية.²

وتتجلى حماية المدنيين في النزاعات المسلحة غير الدولية في كل ما يتصل بحياتهم والتي يجب توفيرها لهم، وهي:

- يحق للسكان المدنيين التمتع بالحماية العامة من الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية، كما يحظر أن يكون السكان المدنيون محلاً للهجوم، وكذلك توجيه أعمال العنف أو التهديد الرامية أساساً إلى بث الرعب بينهم.³
- يحق للسكان المدنيين الذين يتم ترحيلهم لأمنهم أو لأسباب عسكرية ملحة في

1 محمد حمد العسيلي: القانون الدولي الإنساني وأحكام الشريعة الإسلامية ذات الصلة، ص151.

2 عبد الغي عبد الحميد محمود: حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ص85.

3 ينظر المادة 13 من البروتوكول الثاني.

الحصول على ظروف مرضية من حيث المأوى والأوضاع الصحية الوقائية والعلاجية والسلامة والتغذية.¹

- يحق للمدنيين الحصول على المدد الجوهرى لبقائهم كالأغذية والمواد الطبية.²
- يحق للمدنيين احترام أشخاصهم وشرفهم ومعتقداتهم وممارسة شعائرهم الدينية، وأن يعاملوا في جميع الأحوال معاملة إنسانية دون أي تمييز مجحف.³
- يحق للأطفال الرعاية والمعونة بقدر ما يحتاجون إليه وخاصة التعليم وال التربية الدينية والأخلاقية وعدم تجنيدهم، وإخلائهم من مناطق القتال.⁴

ويرى الفقه الدولي أن حماية السكان المدنيين في النزاعات المسلحة غير الدولية تستند في الأساس إلى التمييز الأساسي بين المقاتلين والمدنيين، شأنها شأن أحكام القانون الدولي الإنساني التي تنظم النزاعات المسلحة الدولية.⁵

وجدير بالإشارة أن حماية المدنيين في النزاعات المسلحة غير الدولية تستوجب عدم مشاركتهم في الأعمال العدائية، لأن قيامهم بدور مباشر فيها يسلب عنهم الحماية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 13 من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977، حيث نصت على ما يلي: "يتمتع الأشخاص المدنيون بالحماية التي يوفرها هذا القسم مالم يقوموا بدور مباشر في الأعمال العدائية وعلى مدى الوقت الذي يقومون خلاله بهذه الدور".⁶

1 ينظر الفقرة 1 من المادة 17 من البروتوكول الثاني.

2 ينظر الفقرة 2 من المادة 18 من البروتوكول الثاني.

3 ينظر الفقرة 1 من المادة 4 من البروتوكول الثاني.

4 ينظر الفقرة 3 من المادة 4 من البروتوكول الثاني.

5 نيلس ميلتسن: القانون الدولي الإنساني مقدمة شاملة، ص120.

6 ينظر الفقرة 3 من المادة 13 من البروتوكول الثاني.

ومن تجليات حماية فقهاء المالكية للمدنيين في النزاعات المسلحة غير الدولية، أنهم لم يجوزوا مقاتلة العسكريين بالوسائل الحربية التي يعم ضررها في حالة وجود المدنيين معهم، وذلك خشية عليهم لأنهم بحكم العادة لا يحاربون ولم يحدثوا ما يستوجب القتل وينفي عنهم الحماية.

قال ابن حبيب: «ولا يرميهم بالنار إلا أن لا يكون فيهم نساء ولا ذرية فله ذلك». ¹

وقال الدسوقي: «ويقاتلهم بالسيف، والرمي بالنبل، .. إلا أن يكون فيهم نسوة، أو ذراري فلا نرميهم بالنار». ²

يتبيّن لنا من خلال ما سبق أن فقهاء المالكية تناولوا خطورة استعمال وسائل الحرب التي يعم ضررها كالأسلحة الحارقة، ومنعوا استعمالها لما يتربّع عنها من إلحاق ضرر مؤكّد بالمدنيين، ومن عدم التمييز بين المدنيين والمقاتلين.

ومن الاجتهدات الفقهية المالكية الدالة أيضاً على حماية النساء في النزاعات المسلحة غير الدولية، ما جاء في النوادر والزيادات، «قالا: سحنون وأصبغ: ولا تصاب أموالهم ولا حريمهم». ³

هذا الاجتهداد الفقهي يثبت بما لا يدع مجالاً للشك مدى حصانة المدنيين وأموالهم في فقه المالكية وتمتعهم بكافة أوجه الحماية عند قيام النزاعات المسلحة غير الدولية.

1 ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج 14 ص 50/. ابن شاس: عقد الجوادر الثمينة، ج 3 ص 1139/.
القرافي: الذخيرة، ج 12 ص 8.

2 محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، وبهامش الشرح المذكور تقريرات محمد عليش، طبع بدار إحياء الكتب العربية، عيسى الباب الحلبي، بدون ذكر عدد الطبعة، وتاريخ الطبع، ج 4 ص 299.

3 ابن أبي زيد القير沃اني: النوادر والزيادات، ج 14 ص 550/. ابن شاس: عقد الجوادر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج 3 ص 1139/. ابن جزي: القوانين الفقهية، ص 599.

ولم تتوقف حماية المالكية للمدنيين من القتل فحسب، بل منعوا أيضاً أسر النساء والأطفال في النزاعات المسلحة غير الدولية، قال ابن عبد البر: «ولا تسبي ذرارِهِم».¹ وقال هرام الدميري: «ويحرم سبي ذراريهم».² ويمكن الاستدلال على ما ذهب إليه فقهاء المالكية في حماية المدنيين من ويلات النزاعات المسلحة غير الدولية، بالأدلة التالية وهي:

أ- قوله تعالى: ﴿وَقَاتَلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْنَتِينَ﴾.³ جاء في تفسير هذه الآية: أي قاتلوا الذين هم بحالة من يقاتلونكم، ولا تعتدوا في قتل النساء والصبيان والرهبان وشيوخهم.⁴

ب- عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: وُجِدت امرأة مقتولة في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم، {فَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ وَالصِّبِّيَّانِ}.

ج- عن مالك أنَّه بلَّغَهُ، أنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إِلَى عَامِلٍ مِّنْ عَمَالِهِ أَنَّهُ بَلَغَنَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ إِذَا بَعَثَ سَرِيرَةً يَقُولُ لَهُمْ: {اَغْزُرُو بِاسْمِ اللَّهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ. تُقَاتِلُونَ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ... وَلَا تُمَثِّلُو}.

1 ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، ج 1 ص 486 / الذخيرة، ج 12 ص 9.

2 هرام الدميري: الشامل في فقه الإمام مالك، ج 2 ص 914.

3 سورة البقرة، الآية 190.

4 القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 3 ص 238.

5 البخاري: صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب قتل الصبيان في الحرب، رقم الحديث 3015، ج 4 ص 61 / صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب، رقم الحديث 1744، ج 3 ص 1364.

6 الموطأ: مالك، كتاب الجهاد، باب النبي عن قتل النساء والوالدان في الغزو، رقم الحديث 11، ج 2 ص 448.

هذه الأدلة وإن كانت واردة في سياق حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية، إلا أن العمل بها وتطبيقاتها في حماية المدنيين في النزاعات المسلحة غير الدولية من باب الأولى.

وإن الحماية المقررة للمرأة -ولكافأة المدنيين- في فقه المالكية ليست على إطلاقها إذ تنتفي عنها حين مشاركتها بالقتال في النزاعات المسلحة غير الدولية، أما المشاركة بالتحريض ورمي الحجارة فإنه لا يسلب عنها الحماية من القتل، إلا إذا تسبب رميها بالحجارة بالقتل فتقتل بذلك.

قال ابن شاس: «إذا قاتل النساء مع البغاء بالسلاح فأهل العدل قتلن في القتال، فإن لم يكن قاتلن إلا بالتحريض ورمي الحجارة فلا يقتلن، إلا أن يكن قد قتلن أحداً بذلك فيقتلن».¹

مقارنة:

من خلال ما سبق التطرق إليه من قضايا في هذا المطلب، يمكن تسجيل ما يلي:
- إذا كان القانون الدولي الإنساني قد نص في البروتوكول الإضافي الثاني على مجموعة من القواعد التي تحمي المدنيين من القتل وتمنع إلحاق الضرر والأذى بهم، فإني أرى أن تنصيص فقهاء المالكية على حماية المدنيين من القتل في النزاعات المسلحة غير الدولية، كاف لكي يستلزم تبعاً لذلك حمايتهم من كل ما يمسهم بأي سوء، كحظر ما يؤدي إلى بث الرعب وحظر تجوييعهم وترحيلهم قسراً.
وهذا يتافق القانون الدولي الإنساني وفقهاء المالكية على حماية المدنيين وتجنيهم جميع الآثار الوخيمة الناجمة عن النزاعات المسلحة غير الدولية.

¹ ابن شاس: عقد الجوادر الثمينة، ج 3 ص 1139/. القرافي: الذخيرة، ج 12 ص 9/. خليل: التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ج 8 ص 214.

- إذا كان البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 قد نص في الفقرة الثانية من المادة الخامسة منه، على أن تحتجز النساء في أماكن منفصلة عن الرجال ويستثنى من ذلك رجال ونساء الأسرة الواحدة فهم يقيمون معاً.
فإن فقهاء المالكية قد منعوا بصرح العبارة وقوع النساء والأطفال تحت الأسر في النزاعات المسلحة غير الدولية.
- الحماية المكافولة للمدنيين القانون الدولي الإنساني وفي فقه المالكية في النزاعات المسلحة غير الدولية، مشروطة بعدم مشاركتهم في القتال، فإن اشتركوا مباشرة فيه تسقط عنهم الحماية ويجري عليهم ما يستحقه المحاربون.

المطلب الثاني حماية الممتلكات المدنية

إن الحماية الواجبة للسكان المدنيين لا تكتمل في الواقع إلا بتوافر الحماية الكافية للمنشآت المدنية المخصصة لإعاشة هؤلاء السكان.¹ لذلك فإن القانون الدولي الإنساني لا يجيز استهداف الأعيان المدنية ذات الصبغة الغذائية والتي تدخل في إطار استمرار الحياة المدنية، ولا يمكن الزج بها في أية أعمال عسكرية، لأنها تمثل ضرورة حقيقة ولا غنى عنها للمدنيين.²

وفي هذا السياق تنص المادة 14 من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 على ما يلي: "يحظر تجويح المدنيين كأسلوب من أساليب القتال، ومن ثم يحظر، توصلا

1 نوال بسج: القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين والأعيان المدنية في زمن النزاعات المسلحة، تقديم: محمد المجدوب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010. ص129.

2 عبد العزيز الخطابي: وسائل إنفاذ القانون الدولي الإنساني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014. ص122.

لذلك، مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة ومثالها المواد الغذائية والمناطق الزراعية التي تنتجهما والمحاصيل والماشية ومرافق مياه الشرب وشبكاتها وأشغال الري".¹

ويلاحظ أن بروتوكول جنيف الثاني لعام 1977 قد جاء بقواعد حماية للأعيان والمنشآت والأشياء الالزمة لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة، وقد أحسن النص صنعاً إذ ذكر تلك الأشياء على سبيل المثال وليس الحصر، حتى لا يضيق من نطاق الحماية الخاصة بتلك المنشآت وهذه الأعيان.

وقد ذكر النص أمثلة لبعض هذه الأشياء الالزمة لبقاء السكان المدنيين مثل المناطق الزراعية والمواد الغذائية والمحاصيل والماشية، ومرافق مياه الشرب وشبكاتها وأشغال الري، ويمكن أن نضيف إلى ذلك المساكن والمدارس والجامعات، والمصانع التي تنتج السلع الغذائية ومصانع الأدوية.

ومن ناحية أخرى فقد حظر النص كافة صور الاعتداء المتوقع ضد هذه الأعيان، سواء تمثل ذلك في المهاجمة أو التدمير أو النقل أو التعطيل، وبذلك فقد تحصنت هذه المنشآت وتلك الأشياء ضد كافة صور الاعتداء عليها.

وقد حظر النص على أطراف النزاعسلح استخدام أسلوب تجويح المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب، وبذلك حرم أسلوب التجويح الاقتصادي للمدنيين كوسيلة للضغط على إرادة العدو لحمله على الاستسلام، كما حرم النص أن تكون هذه المنشآت والأعيان محل لهجمات الردع.²

1 ينظر المادة 14 من البروتوكول الثاني لعام 1977.

2 أبو الخير عطية: حماية السكان المدنيين والأعيان المدنية إبان النزاعات المسلحة - دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية-، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998. ص 153-154. بتصريف يسبر.

كما يلاحظ أن هذه المادة اكتفت بحظر الهجوم على هذه الأعيان دون الإشارة للأهداف العسكرية القريبة منها، ودون ذكر استثناءات، مما اعتبر أمراً إيجابياً لتفادي إضعاف جوانب معينة من الحماية.¹

وبالرجوع إلى فقهاء المالكية، نجد أن حماية الممتلكات المدنية من التخريب والتحريق والإتلاف في النزاعات المسلحة غير الدولية هو القول المشهور في الفقه المالكي، قال ابن بشير: «ولا تحرق عليهم المساكن ولا يقطع شجرهم».² وقال الشيخ خليل في مختصره: «ولا يحرق شجرهم».³ وعلق بهرام الدميري شارح المختصر بقوله: «أي: ولا مساكنهم؛ لأنها من أموال المسلمين».⁴

وجاء في شرح مختصر خليل للخرشي تعليقاً على ما ورد في مختصر خليل: «و كذلك لا يجوز للإمام، أو نائبه أن يحرق شجرهم».⁵ وذهب الدسوقي المالكي إلى أن المراد من قول خليل ولا يحرق شجرهم، أي: «ولا يتلف مالهم».⁶

كما ذهب فقهاء المالكية في حمايتهم للممتلكات المدنية إلى عدم جواز انتقال ملكيتها والاستيلاء عليها. قال ابن بشير: «ولا تغنم أموالهم».⁷

ويستدل على حماية الممتلكات المدنية في النزاعات المسلحة بما يلي:

1 عزو ز بن تمسل: قواعد سير النزاعسلح في القانون الدولي الإنساني، مركز النشر الجامعي، تونس، 2019، ص 237.

2 القرافي: الذخيرة، ج 12 ص 9.

3 خليل: مختصر خليل، ص 237.

4 الدميري: تحبير المختصر، ج 5 ص 311.

5 الخريسي: شرح مختصر خليل للخرشي، ج 8 ص 61.

6 الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4 ص 299.

7 القرافي: الذخيرة، ج 12 ص 9. / بهرام الدميري: تحبير المختصر، ج 5 ص 312.

أ- قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا تَوَلَّ مَنْ سَعَىٰ فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ ۖ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَسَادَ ۚ ۱﴾ وجه الاستدلال بهذه الآية أنها تنهى عن الإفساد في الأرض، وتدمير الحياة النباتية والحيوانية، وقد قال القرطبي: «والآية بعمومها تعم كل فساد كان في أرض أو مال أو دين، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى».² وهذه الآية يُستدل بها في النهي عن الإفساد في الأرض عند مقاتلة أهل الحرب، ومن ثم فإن هذا النهي يكون من باب الأولى عند محاربة أهل الإسلام.

ب- ما أوصى به أبو بكر الصديق رضي الله عنه يزيد بن أبي سفيان رضي الله عنه حين بعثه إلى الشام فقال: ﴿ وَإِنِّي مُوصِيكَ بِعَشْرٍ: {لَا تَقْتُلَنَّ امْرَأً، وَلَا صَبِيًّا، وَلَا كَبِيرًا هَرِمًا، وَلَا تَقْطَعْنَ شَجَرًا مُثْمِرًا، وَلَا تُخْرِيْنَ عَامِرًا، وَلَا تَعْقِرْنَ شَاهًّا، وَلَا بَعِيرًا، إِلَّا مِلْأَكَةً}. وَلَا تَحْرِقْنَ نَحْلًا، وَلَا تُغْلِلْنَ وَلَا تَجْبُنْ ۚ ۳﴾. إذا كان خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم يوصي الجيوش الإسلامية، بالمحافظة على البيئة وعلى الممتلكات العامة والخاصة في بلدان أهل الحرب، فإن المحافظة على هذه الممتلكات في الدولة الإسلامية التي تشهد هذه النزاعات من باب الأولى.⁴

مقارنة:

من خلال ما سبق ذكره قضايا هذا المطلب، يمكن تسجيل ما يلي:

- حصول التقارب بين ما نص عليه القانون الدولي الإنساني وما ذهب فقهاء المالكية

1 سورة البقرة: الآية 205.

2 القرطبي: مرجع سابق، ج 3 ص 387.

3 مالك: الموطأ، كتاب الجهاد، باب النبي عن قتل النساء والولدان في الغزو، ج 2 ص 447.

4 سالم بن صالح السلمي: أحکام النزاعات المسلحة غير الدولية دراسة تأصيلية، إشراف: علي محمد حسين حماد، أطروحة دكتوراه نوقشت في جامعة العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 1433هـ-2012م، ص 200.

في حماية الممتلكات المدنية التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة، والتي لا يجوز بأي حال من الأحوال استهدافها أو إتلافها أو تحريضها.

- الملاحظ أن فقهاء الملكية لم يقتصروا في توفير الحماية لهذه الممتلكات المدنية وقت الحرب من التدمير والتخريب فقط، بل امتدت الحماية لها بعدم مصادرتها ونزع ملكيتها عن أصحابها، حتى وإن كانوا مقاتلين، ولأن حماية هذه الممتلكات من التدمير والتخريب ثم ترك ملكيتها تنتقل إلى غير أصحابها وملوكها، تعد حماية غير كاملة، بينما نجد أن القانون الدولي الإنساني قد نص على حماية هذه الممتلكات المدنية ضد كافة صور الاعتداء عليها، والتي تدرج ضمنها نزع ملكيتها عن أصحابها. وهذا يحصل التقارب والاتفاق بين القانون الدولي الإنساني وفقهاء الملكية في حماية الممتلكات المدنية من جميع أشكال الاعتداء عليها.

خاتمة.

وقد ضمنت خاتمة هذه الدراسة جملة من النتائج التي أسفرت عنها، وهي كالتالي:

أولاً: النتائج.

1- إذا كان وضعوا القانون الدولي الإنساني قد اهتدوا مؤخراً إلى وضع أحكام للأشخاص المحميين بموجب المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 واللحق الثاني لعام 1977، فإن فقهاء المالكية كانوا سباقين بقرون إلى إقرار الحماية لهؤلاء الفئات والتنصيص عليها من خلال اجتهاداتهم.

2- في مقدمة هذه الدراسة وتحديداً عند مشكلتها طرحت السؤال التالي: ماهي ضمانات تنزيل وتطبيق الحماية المنصوص عليها في القانون الدولي الإنساني وفي فقه المالكية للفئات المستحقة لها زمن قيام النزاعات المسلحة غير الدولية؟.

والذي أستنتجه أن فقهاء المالكية في تناولهم لهذه القضايا جعلوا أن أهم وأعظم ضمانة أنيط بها احترام وتطبيق هذه الأحكام، هو الاختصاص الحصري لولي أمر المسلمين، أو من ينوب عنه.

وإن تنصيص فقهاء المالكية على اختصاص ولی أمر المسلمين في تنزيل هذه الأحكام، الغاية منه أن تCHAN هذه الحقوق من العبث والفووضى، وأن تحفظ العهود والمواثيق.

وفي نطاق القانون الدولي الإنساني، فإن الدول بمجرد تصديقها على البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977، تصبح ملزمة بمراعاة أحكامه.

وعليه فإن الدولة التي تنشب على أراضيها النزاعات المسلحة غير الدولية، يقع عليها مسؤولية ضمان حماية الإنسان.

وقد جاء في ديباجة البروتوكول: "إن الأطراف السامية المتعاقدة

إذ تذكر أن المبادئ الإنسانية التي تؤكدها المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف المعقدة في 12 آب / أغسطس 1949 تشكل الأساس الذي يقوم عليه احترام شخص الإنسان في حالات النزاع المسلح الذي لا يتسم بالطابع الدولي.

وإذ تذكر أيضاً أن المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان تكفل لشخص الإنسان حماية أساسية.

وإذ تؤكد ضرورة تأمين حماية أفضل لضحايا هذه المنازعات المسلحة".

والحاصل أن على الدولة الطرف في المنازعات المسلحة غير الدولية مراعاة حقوق الضحايا وحمايتهم، تنفيذاً للقواعد الأساسية في القانون الدولي الإنساني.

3- المحميون من النزاعات المسلحة غير الدولية، أظهر لنا اتفاق فقهاء المالكيّة والقانون الإنساني على حماية واحترام الذات الإنسانية عند حدوث هذه النزاعات.

4- نستنتج أن القانون الدولي الإنساني في تنظيمه للمنازعات المسلحة غير الدولية لم ينص على منح صفة أسير الحرب للمقاتل الذي يقع في قبضة الخصم، إلا أنه وإنما لما ورد في ديباجةلحق الثاني من "ضرورة تأمين حماية أفضل لضحايا هذه النزاعات المسلحة" نرى أن الحماية الأفضل لأسرى النزاعات المسلحة غير الدولية، تتجلى في أن تطبق عليهم أحكام النزاعات المسلحة الدولية وخصوصاً اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949 الخاصة بأسرى الحرب.

بينما فقهاء المالكيّة قد نصوا صراحة على منح صفة أسير للمقاتل التي تم القبض عليه في النزاعات المسلحة غير الدولية، ووضعوا بذلك نظاماً خاصاً يحمي الأسرى.

5- نستنتج اتفاقاً بين القانون الدولي الإنساني وفقهاء المالكيّة في توفير الحماية والرعاية لجري النزاعات المسلحة غير الدولية.

6- إن توفير الحماية لضحايا الحرب من العسكريين لا تقتصر على الأحياء فحسب، بل تمتد أيضاً إلى حماية القتلى من العسكريين، لذلك فقد وجدنا اتفاقاً بين

القانون الدولي الإنساني وفقهاء المالكية على حماية جثث القتلى من التشویه، وفي
في دفن جثثهم بطريقة مشروعة وكريمة.

7- نستنتج اتفاقاً بين القانون الدولي الإنساني وفقهاء المالكية في توفير الحماية
للمدنيين في النزاعسلح غير الدولي، وتهدف هذه الحماية إلى تخفيف العبء عن
هذه الفئات الضعيفة التي لا صلة لها بهذا النزاع ولا بقرار افعاله و المشاركة فيه.
لكن هذه الحماية تنتهي عن المدنيين عند قيامهم بالمشاركة الفعلية في الأعمال
العدائية.

8- نستنتج تقريباً بين القانون الدولي الإنساني وفقهاء المالكية في حماية الممتلكات
المدنية من حيث منع استهدافها أو إتلافها أو تحريضها أو مصادرتها ونزع ملكيتها عن
 أصحابها.

ثانياً: التوصيات.

1- توصي هذه الدراسة إلى أهمية تدريس القانون الدولي الإنساني المقارن بالمذاهب
الفقهية على مستوى كليات القانون والشريعة وكليات العلوم الشرطية والعسكرية.

2- توجيه الباحثين إلى إنجاز دراسات فقهية قانونية متخصصة تعالج قضايا
النزاعات المسلحة غير الدولية، بناء على ما قرره فقهاء المذاهب الفقهية والقانون
الدولي الإنساني.

3- للتأكيد على حماية الفئات المستحقة للحماية زمن النزاعات المسلحة غير الدولية،
توصي هذه الدراسة إلى ضرورة التوعية ونشر أحكام القانون الدولي الإنساني
واجتهادات فقهاء المذاهب الفقهية.

4- توصي هذه الدراسة إلى أهمية الطرق الوقائية التي تسهم في منع وقوع النزاعات
المسلحة غير الدولية حماية للأشخاص وصيانة للممتلكات.

لائحة المصادر والمراجع.

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

1- أبو الخير عطية: حماية السكان المدنيين والأعيان المدنية إبان النزاعات المسلحة - دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998.

2- أحمد بن الحسين بن علي البهقي: السنن الكبير، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، الطبعة الأولى، 1432هـ-2011م.

3- برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن فرحون اليعمري المالكي: تبصرة الحكم في أصول الأقضية ومتناهج الأحكام، خرج أحاديثه وعلق عليه وكتب حواشيه: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ-2003م.

4- بهرام بن عبد العزيز الدميري المالكي: تحبير المختصر وهو الشرح الوسط على مختصر خليل في الفقه المالكي، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب وحافظ عبد الرحمن خير، مركز نجيبویه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، 1434هـ-2013م.

5- بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري: الشامل في فقه الإمام مالك، ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبویه للمخطوطات وخدمة التراث، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 1429هـ-2008م.

6- جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس: عقد الجواهر الشمينة في مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق: حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1423هـ-2003م.

7- جمال الدين بن عمر ابن الحاجب المالكي: جامع الأمهات، حققه وعلق عليه: أبو

- عبد الرحمن الأخضر الأخضري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،
الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م.
- 8- جون ماري هنكرتس- لويس دوزوالد بك ، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد
الأول: القواعد، القاهرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2009.
- 9- الحاج مهلو: المقاتلون أثناء النزاعات المسلحة بين الوضع القانوني وضمانات
الحماية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014م.
- 10- خليل بن إسحاق الجندي المالكي المصري: التوضيح في شرح المختصر الفرعى لابن
الحاجب، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات
وخدمة التراث، الطبعة الأولى، 1429هـ - 2008م.
- 11- خليل بن إسحاق المالكي: مختصر خليل، صصحه وعلق عليه: الشيخ أحمد
النصر، الطبعة الأخيرة، 1401هـ-1981م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- 12- سالم بن صالح السلمي: أحكام النزاعات المسلحة غير الدولية دراسة تأصيلية،
إشراف: علي محمد حسنين حماد، أطروحة دكتوراه نوقشت في جامعة العربية
للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 1433هـ-
2012م.
- 13- سعيد بن منصور الخراساني: سنن سعيد بن منصور، حققه وعلق عليه: حبيب
الرحمان الأعظمي، الدار السلفية، الهند، الطبعة الأولى، 1403هـ-1982م.
- 14- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار
الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، 1994 م.
- 15- عامر الزمالي: الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، بحث
منشور في كتاب: "دراسات في القانون الدولي الإنساني"، إعداد: نخبة من
المتخصصين والخبراء، تقديم الأستاذ: مفید شهاب، دار المستقبل العربي،

- القاهرة، مصر، بعثة اللجنة الدولية للصلب الأحمر، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.
- 16- عامر الرمالي: مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس، الطبعة الثانية، 1997.
- 17- عبد السلام الإدغيري: حكم الأسرى في الإسلام ومقارنته بالقانون الدولي العام، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 1405هـ-1985م.
- 18- عبد العزيز الخطابي: وسائل إنفاذ القانون الدولي الإنساني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014.
- 19- عبد الغني عبد الحميد محمود: حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، تقديم: محمد سيد طنطاوي، إصدارات بعثة اللجنة الدولية للصلب الأحمر، القاهرة.
- 20- عبد الغني عبد الحميد محمود، حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، بحث منشور في كتاب: "دراسات في القانون الدولي الإنساني"، إعداد: نخبة من المتخصصين والخبراء، تقديم: الأستاذ مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، مصر، بعثة اللجنة الدولية للصلب الأحمر، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.
- 21- عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيررواني المالكي: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1999 م.
- 22- عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: عيون المسائل، دراسة وتحقيق: علي محمد إبراهيم بوروبية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1430 هـ - 2009 م.

- 23- عزو ز بن تمسك: *قواعد سير النزاع المسلح في القانون الدولي الإنساني*، مركز النشر الجامعي، تونس، 2019.
- 24- عصام عبد الفتاح مطر: *القانون الدولي الإنساني - مصادره، مبادئه وأهم قواعده*، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
- 25- علي بن عمر الدارقطني: *سنن الدارقطني*، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الاننووط، آخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ - 2004م.
- 26- عمر سعد الله: *قراءة حديثة للقانون الدولي الإنساني*، دار هومة- الجزائر، الطبعة الأولى، 2016.
- 27- فريتس كالسيوفن، ليزابيث تسغفلد: *ضوابط تحكم خوض الحرب، مدخل للقانون الدولي الإنساني*، ترجمة: أحمد عبد الحليم، اللجنة الدولية للصلب الأحمر، جنيف، طبعة 2004.
- 28- محمد الخريشي المالكي: *شرح مختصر خليل للخرشى*، وبهامشه، حاشية العدوى: علي العدوى، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الثانية، سنة 1317هـ.
- 29- محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي: *الجامع لأحكام القرآن*، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى، 1427هـ- 2006م.
- 30- محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي: *القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة*، حققه وعلق عليه: ماجد الحموي، دار ابن حزم، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1434هـ-2013م.
- 31- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير*، وبهامش الشرح المذكور تقريرات محمد عليش، طبع بدار إحياء الكتب العربية، عيسى الباب الحلبي، بدون ذكر عدد الطبعة، وتاريخ الطبع.

- 32- محمد بن أحمد بن غازي العثماني المكناسي: مختصر خليل للشيخ خليل، ومعه شفاء الغليل في حل مقتل خليل، دراسة وتحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، الطبعة الأولى، 1429 هـ - 2008 م.
- 33- محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، 1422.
- 34- محمد بن عبد الله الحكم النيسابوري: المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1422 هـ - 2002 م.
- 35- محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي: أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1424 هـ - 2003 م.
- 36- محمد حمد العسيلي: المركز القانوني لأسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005 م.
- 37- محمد عليش: منح الجليل شرح مختصر خليل، مع تعليقات من تسهيل منح الجليل للمؤلف، دار الفكر ، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1404 هـ-1984 م.
- 38- مخلد ارخص الطراونة: الوسيط في القانون الدولي الإنساني، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، 2016.
- 39- مسلم بن الحجاج القيشييري النيسابوري: صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1412 هـ-1991 م.
- 40- نزار العنبي: القانون الدولي الإنساني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010.

- 41- نوال بسج: القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين والأعيان المدنية في زمن النزاعات المسلحة، تقديم: محمد المجدوب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010.
- 42- نيلس ميلتسنر، القانون الدولي الإنساني مقدمة شاملة، تنسيق: إتيان كوستر، اللجنة الدولية للصلب الأحمر، جنيف، آب/أغسطس 2016.
- 43- يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري وأخرون، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1387 هـ- 1967 م.
- 44- يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق وتقديم وتعليق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة-الرياض، الطبعة الأولى، 1398 هـ- 1978 م.

دور المحاكم في إعمال التوازن بين الأخلاق الطبية وحقوق الآباء

د. ميادة مصطفى محمد المروقي

أستاذ مشارك القانون الجنائي - كلية العدالة الجنائية وعلوم الجريمة
جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية
المملكة العربية السعودية

تاریخ التسلیم: 2025/2/15 تاریخ القبول: 6/4/2025

The role of courts in balancing medical ethics and parents' rights

Dr. Mayada Mustafa Mohammed El-Mahrouqi

Associate Professor of Criminal Law,
College of Criminal Justice and Criminology
Naif Arab University for Security Sciences
Saudi Arabia

المستخلص

يستند مبدأ احترام إرادة المريض أو من ينوب عنه إلى اعتبارات أخلاقية وقانونية، تقوم في الأساس على مبدأ حرمة المساس بجسم الإنسان، واحترام حقه في الحياة وسلامته وكرامته. وتشكل حرية المريض في اختيار العلاج المناسب له مطلباً أخلاقياً وأساسياً يجب احترامه. ولكن توجد فئة خاصة من المرضى لا يمكن مشاورتهم أو الحصول على موافقهم والاعتداد بإرادتهم وهم الأطفال، إذ يتخد آباؤهم قراراتهم الطبية نيابة عنهم.

لذا؛ ففي الحالة التي يسعى فيها الوالدان إلى الحصول على علاج لأبنائهم، ويقابله رفض من قبل الطبيب المعالج، فينبغي للدولة أن تتدخل عن طريق المحاكم لتحديد ما يحقق مصلحة الطفل الفضلى. وهو ما سناحول إبرازه من خلال مناقشة التحديات القانونية والأخلاقية التي تواجه الأطباء والآباء فيما يتعلق باتخاذ القرارات الطبية المعنية بأطفالهم، عندما ينشأ نزاع بين الفريق الطبي والأسرة حول الخيار العلاجي الأفضل للطفل.

الكلمات المفتاحية: الأخلاق الطبية- حقوق الآباء- المصلحة الفضلى - استقلالية المريض - التحديات القانونية.

Abstract

The principle of respecting the will of the patient or their representative is based on ethical and legal considerations, fundamentally based on the inviolability of the human body and respect for the patient's right to life, safety, and dignity. The patient's freedom to choose the appropriate treatment is a fundamental ethical requirement that must be respected. However, there is a special category of patients who cannot be consulted, whose consent cannot be obtained, and whose will cannot be considered: children. Their parents make medical decisions on their behalf.

Therefore, in cases where parents seek treatment for their children and the treating physician refuses, the state should intervene through the courts to determine what is in the child's best interest. This is what we will attempt to highlight by discussing the legal and ethical challenges facing doctors and parents in making medical decisions for their children, when a dispute arises between the medical team and the family over the best treatment option for the child.

Key Words: Medical Ethics - Parental Rights - Best Interest - patient autonomy- Legal Challenges.

المقدمة

منذ أن أرسى أبقراط طبًّا يعتمد على المنطق، واشتملت مدونته على القواعد المهنية للطب- من بينها وجوب العمل لصالح المريض، وعدم تعريض حياته لخطر غير مبرر، وعدم التدخل في سُؤونه واحترام كرامته- اعتبرت الأخلاق عنصراً أساسياً في مهنة الطب، وأصبح للنظريات الأخلاقية دوراً في تشكيل قرارات المرضى، حيث توفر لهم إطاراً لفهم حقوقهم والمبادئ التي تحكم قراراتهم، الأمر الذي يعزز من قيمة احترام استقلالية المريض ورغباته في اتخاذ القرارات الطبية المناسبة. ولأن التقدم العلمي يواصل تشكيل الطريقة التي يجب علينا أن نفكّر بها، ينبغي أن تكون حذرين وبصفة خاصة عندما يكون لدينا الحق في اتخاذ القرار في مواجهة تلك التطورات المعرفية، لاسيما وأن أساس هذا التقدم هو إرشاد سياسة أفراد المجتمع وليس توجيه قراراتهم.

وقد أوجبت غالبية التشريعات على كل من يزاول مهنة الطب تأدية واجبات عمله بما تقتضيه المهنة من الدقة والأمانة ووفقاً للأصول العلمية والفنية المتعارف عليها، وبما يحقق العناية الالزمة للمريض مع عدم استغلال حاجته، ومزاولة المهنة لمصلحة الفرد والمجتمع في نطاق احترام حق الإنسان في الحياة وسلامته الجسدية وكرامته، مراعياً العادات والتقاليد المعمول بها.¹

ولا تثور إشكالية إذا كان هذا المريض بالغ وقدر على التعبير عن إرادته، بينما ينشأ النزاع في حال إذا كان المريض طفلاً لا يمكن الاعتداد بإرادته لنقص أو انعدام تميزه أو إدراكه، ويتولى اتخاذ قراره نائب عنه ونقصد هنا الوالدان بصفة خاصة. وفي

¹ من بين تلك التشريعات- التشريع الإماراتي- قانون اتحادي رقم (5) لسنة 2019م في شأن تنظيم مزاولة مهنة الطب البشري. وكذلك نظام مزاولة المهن الصحية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/59) وتاريخ 14/11/1426هـ، ولاته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (4080489) وتاريخ 1439/1/2هـ.

المجال الطبي يسمح للأباء بالموافقة على العلاج من قبل متخصصي الرعاية الطبية نيابة عن أبنائهم، وهو ما أقرته العديد من المواثيق والتشريعات الوطنية والدولية، من بينها ما ورد في ثانياً الفقرة الأولى من المادة/ 18 لاتفاقية حقوق الطفل لعام 1989م، حيث نصت على أن "تبذل الدول قصارى جهدها لضمان الاعتراف بمبدأ أن كلا الوالدان يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه، ويقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين المسؤولية الأساسية عن تربية الطفل ونموه، وتكون صالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي".¹ كما عرف الدليل الإرشادي للمعايير السعودية للرعاية الصحية المرتكزة على الإنسان لعام 2021م، أن المقصود بتلك الرعاية هو التركيز على الرعاية الصحية المقدمة حول متطلبات المريض وعائلته، بناء على بيئة صحية مشجعة لمشاركة المريض وذويه، مع الحرص على تلبية جميع احتياجات المجتمع المحيط بالمنشأة الصحية.² يعني ذلك أن المريض وعائلته شركاء في تخطيط وتطوير وقياس الرعاية الصحية المقدمة لتكون مناسبة لمتطلباتهم واحتياجاتهم، أي أن يكون لجميع الشركاء رأي في عملية اتخاذ القرار، مع إيلاء العناية الازمة لاحترام عادات وثقافات المريض وعائلته.

ومع ذلك لا يسمح للأباء في جميع الأحوال الإصرار على قراراتهم إذا ثبت أنها لا تصب في مصلحة الطفل الفضلى، وهو ما ورد النص عليه ضمن المادة (L111-5) من قانون الصحة العامة الفرنسي بقولها "يجوز للطبيب الاستغناء عن الحصول على موافقة الوالدين فيما يتعلق بالقرارات الطبية التي يجب اتخاذها، عندما يكون الإجراء الوقائي، أو الفحص، أو التخدير، أو العلاج، أو التدخل ضرورياً لحماية

1 اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989م، دخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1990م.

2 الدليل الإرشادي "المعايير السعودية للرعاية الصحية المرتكزة على الإنسان" الصادر عن وزارة الصحة السعودية، بتاريخ 2/12/2021م.

صحة الطفل". وأكدت المادة (R4127-43) من نفس القانون على أنه "يجب على الطبيب أن يكون المدافع عن الطفل عندما يجد أن مصالح الطفل الصحية غير واضحة وغير محمية من قبل من حوله". وفي نظام مزاولة المهنة السعودي نصت المادة /9 منه على أنه "يجب أن يستهدف العمل الطبي دائمًا مصلحة المريض".¹

الأمر الذي خلق تبايناً بين قرارات الآباء ومقدمي الخدمة الطبية بسبب التحيز الطبي، خاصة وأن مجال الرعاية الطبية لا يتمتع الآباء بحقوق فقط، بل لديهم التزامات تجاه أبنائهم، وهو ما يسمح لهم بالوفاء بمسؤولياتهم في رعاية هؤلاء الأبناء، ومن ثم ينبغي إشراك المرضى وأسرهم في جميع مستويات الرعاية الطبية، بدءاً من التخطيط للعلاج وانتهاءً بالموافقة المستنيرة، كونها عملية مشتركة بين الطرفين. ولأن الدور الأساسي للمحاكم هو ترسیخ مبادئ العدالة وضمان سيادة القانون، كان لزاماً أن تتدخل لفض النزاع الذي ينشأ بين مقدمي الخدمة الصحية وبين الآباء في حالة وجود خلاف عند اتخاذ القرار الطبي المناسب نيابة عن الطفل.

إشكالية البحث وتساؤلاته :

إن المساس بجسم الإنسان في غير الحالات التي حددتها القانون تمثل انتهاكاً صارخاً لحقه في الحياة والسلامة الجسدية، لاسيما إذا تم ذلك بطرق تعسفية ودون مبرر، ومع اعتراف التشريعات بأحقية الوالدين ومسؤولياتهم عن صحة ورفاهة أبنائهم بالنيابة، ثارت حدة النزاع في الآونة الأخيرة بين الآباء ومقدمي الرعاية الصحية، خاصة في ظل التطور التقني والتكنولوجي في عالم الطب، والذي أدى إلى اتساع الأعمال الطبية واختلاف الرؤى حول القرار الطبي المناسب، مما أدى إلى اللجوء إلى المحاكم نتيجة عدم وجود تعريف واضح لما يشكل مصلحة فضلى. الأمر الذي يثير إشكالية

1 نظام مزاولة المهن الصحية السعودي، مرجع سابق، المادة /9.

أساسية تدور حول التساؤل الرئيس الآتِ: كيف تلعب المحاكم دوراً في إعمال التوازن بين حقوق الآباء وقرارات مقدمي الخدمة الصحية فيما يتعلق بتحقيق مصلحة الطفل الفضلى عند اتخاذ قراره العلاجي؟

وينبثق عن الإشكالية الأساسية عدة تساؤلات تتمثل فيما يلي:

- ماذا يقصد بالمبادئ الفضلى للأخلاقيات الطبية؟
- كيف يتم ضمان حماية رفاهة الطفل المريض؟
- ما التحديات التي تواجه الأطباء عند تعارض رغبات الآباء مع المصالح الفضلى للأبناء؟
- ما المبررات التي تعطي الدولة الحق في التدخل عن طريق المحاكم في قرارات الوالدين؟
- كيف يتم إعمال التوازن عند التعارض بين قيم الوالدين وقرارات المحاكم؟

أهداف البحث:

يرتكز التأمل الفلسفى في الإطار الأخلاقي لمهنة الطب حول بحث الأهداف التي تنصب على الالتزامات الأخلاقية الطبية، كون وجود مهنة الطب هي في المقام الأول لرعاية المرضى في مجال تعزيز صحتهم ورفاهتهم. ولا تمارس هذه المهنة إلا في إطار من التفاعل بين الأطباء والمرضى؛ وهو ما ينتج عنه وجود علاقة بين الطبيب والمريض - خاصة إذا كانوا هؤلاء المرضى هم أطفال- الأمر الذي يلزم معه الاعتراف بالأخلاقيات الطبية التي تشكل جزءاً هاماً في تلك العلاقة، والطريقة التي تمارس بها تلك الأخلاقيات.

لذا؛ تكمن أهداف البحث في دراسة المبادئ الأخلاقية الطبية التي تحكم قرارات العلاج المقرر للطفل، إضافة إلى مناقشة الحالات التي ينشأ فيها نزاع يرتبط بمصلحة

الطفل ورغبات الوالدين وقرارات الأطباء، رغبة في اقتراح حلول تعزز حماية حقوق الطفل وضمان مصالحه الفضلى.

أهمية البحث:

تنشأ أهمية البحث من ناحيتين: الأولى وهي إثراء المعرفة حول فهم العلاقة بين قوانين الطب وأخلاقياتها، والتعرف على كيفية تفاعل المحاكم وتدخلها لجسم مثل هذه القضايا في ظل احترام حقوق الآباء في اتخاذ قرارات أبنائهم، بما يسهم في تقديم توصيات قد تساعده في تطوير آليات قانونية وصياغات جديدة تدعم القرارات التي تضمن حماية حقوق الأبناء الصحية وتوازنها مع حقوق الآباء.

وثمة أهمية أخرى؛ تمثل في تحليل الظروف التي يكون فيها الأطباء مبررين في تجاوز القرارات الطبية للوالدين واللجوء إلى تدخل المحاكم، ومن ثم السعي نحو إظهار دور المحاكم في معالجة التباين الذي ينشأ بين الطرفين، والتي يجب أن تتتوافق قراراتها مع حقوق الأفراد الإنسانية.

منهج البحث:

اعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال وصف وتحليل القواعد الأخلاقية والقانونية التي تحكم عملية تقديم الرعاية الطبية، ومبررات حقوق الآباء في التدخل باتخاذ قرارات أبنائهم الطبية. فضلاً عن اتباع المنهج المقارن في بيان النهج الذي صارت عليه التشريعات المقارنة وأقرته المحاكم في قراراتها.

تقسيم البحث:

- المبحث الأول: مدلول الأخلاقيات الطبية في مجال الرعاية الصحية للطفل
 - المطلب الأول- المبادئ الفضلى للأخلاقيات الطبية المتعلقة بالطفل
 - المطلب الثاني- شرعية حق الوالدين في اتخاذ القرارات الطبية نيابة عن أبنائهم
- المبحث الثاني: تدخل المحاكم في فصل التزاعات بين مقدمي الرعاية الصحية والآباء
 - المطلب الأول- التوازن العادل بين المصالح المتعارضة
 - المطلب الثاني- الجدل في المحاكم بشأن التدخل في قرارات الآباء الطبية

المبحث الأول

مدلول الأخلاقيات الطبية في مجال الرعاية الصحية للطفل

تمهيد وتقسيم:

تشتمل الأخلاقيات الطبية على العلاقة التي تتوافر بين الطبيب والمريض في فترة العلاج. وفي ظل استخدام التكنولوجيا في مجال الطب، يواجه الأطباء - يوماً بعد يوم - قرارات شديدة الصعوبة تتعلق بعدم اليقين السريري والأخلاقي¹، لاسيما مع كثرة الاتجاهات وتعارض الآراء والذي أدى بطبيعة الحال إلى التضارب في اتخاذ القرار.

ومع ذلك ففي الحالات التي يتخذ فيها قرار بإنهاء الحياة، لا يكون القرار الأخلاقي خياراً حراً وصحيحاً في جميع الأحوال، حيث يتأثر هذا القرار بالعاطفة وبالمعتقدات وقيم الوالدين الأخلاقية، بل وتحتاج ما يثبت توافر دليل يقضي على حالة عدم اليقين السريري والأخلاقي². ويعزى ذلك: إلى أن الرغبة من صنع القرار المشترك هو التوفيق بين البعد الفني للإجراءات الطبية والقيم التي ينطوي عليها القرار، أي تحقيق الموارمة بين قيم الوالدين ومعتقداتهم والقيم المرتبطة بالعلاج المقترن من جانب الأطباء، مع الأخذ في الاعتبار أن يكون الاختيار المناسب دائماً هو الذي يصب في مصلحة الطفل الفضلى.

بناء على ما تقدم، سوف نتناول هذا المبحث من خلال مطلبين على النحو التالي:

- المطلب الأول: المبادئ الفضلى للأخلاقيات الطبية المتعلقة بالطفل.

1 حسين علي، "فلسفة الطب". الدار المصرية السعودية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 2009م، ص 15.

2 Norbert J. Weidner, MD, and Diane M. Plantz, MD, MA." Ethical Considerations in the Management of Analgesia in Terminally Ill Pediatric Patients". Journal of Pain and Symptom Management. Vol. 48 No. 5 November 2014.p 33.

- المطلب الثاني: شرعية حق الوالدين في اتخاذ القرارات الطبية نيابة عن أبنائهم.

المطلب الأول المبادئ الفضلى للأخلاقيات الطبية المتعلقة بالطفل

أدى ظهور الاتجاهات الحديثة نحو إرساء مفاهيم كرامة المريض وخصوصيته واستقلالية قراره، إلى التغير في سياسة اتخاذ القرار الطبي، وذلك بطلب مشاركة المريض أو من ينوب عنه مع طبيبه في اتخاذ قراره الطبي. وما زالت المصلحة الفضلى مبدأ قانوني ينافسه الفقه في لغة الواجب القانوني- خاصة فيما يرتبط بتحديد الواجبات القانونية الائتمانية أي التي تقوم على الثقة- سواء بالنسبة للأباء أو الأطباء، لاسيما وأن الحقوق لها علاقة متغيرة بالمصالح الفضلى.

أولاً: الصحة ورفاهه المريض:

تعرف منظمة الصحة العالمية "الصحة" بأنها "حالة من الرفاهة البدنية والعقلية والاجتماعية الكاملة، وليس مجرد غياب المرض أو العجز". وتتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م النص على أن "لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهة له ولأسرته".¹ وأكد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966م النص على "حق تأمين نمو الطفل نمواً صحيًا".² ويشير ذلك إلى أن العمل الأساسي للطبيب يتمثل في تعزيز المصلحة الصحية ورفاهة المريض، وهو ما يفسر العلاقة الائتمانية التي تلزم الطبيب بالتنحي عن مصالحه الخاصة، وممارسة معارفه ومهاراته في تعزيز مصالح المريض الذي من

1 المادة/ 25 الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م.

2 المادة/ 12 العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966م.

المفترض أن يتلقى المزايا في تلك العلاقة الائتمانية¹ ، الأمر الذي يلزم الأطباء بخدمة صالح المرضى على أفضل وجه.

ويتجه الفقه إلى أن هذا المفهوم واسع إلى حد كبير، ويشمل جميع جوانب الشخص وليس صحته البدنية فحسب، ويفك ذلك ما ورد النص عليه ضمن المادة/ 2 من قانون حماية الطفل الأمريكي لعام 2021م، قوله "ضمان الرفاهة والأمن بما في ذلك الأمن الاقتصادي والتعليم والتنمية والصحة"². لذا؛ حاولوا وضع تفسيرات للرفاهة باعتبارها مجرد تحقيق للرغبات والتطلعات الإنسانية من حيث الارتباط بنظرية الشخص إلى الخير والقيم التي يقوم عليها، وبناء على ذلك فإن رفاهة الشخص ترتبط بمدى تحقيقه لأهدافه المعلنة، ووجهات نظره فيما يتعلق بقيم الخير³. وثمة رأي آخر يرى أن "الرفاهة" ترتبط بمقاييس قابلة للملاحظة وأكثر موضوعية للأداء الطبيعي للشخص⁴.

يوجّهنا ذلك نحو أمرين وثيقى الصلة بمفهوم الصحة والرفاهة، يتمثل الأول: في العنصرين المرتبطين بنظرية الشخص إلى الخير وإلى قيمه المتعلقة بهذا الخير. أما الثاني: فيتمثل في العنصرين المتمثلين بالأداء الطبيعي وغياب إرادة المريض. ويشير ذلك إلى أهمية الأخذ في الاعتبار ما هو مهم بالنسبة للمريض - فيعد من قبيل الأذى

- 1 Johan Christiaan Bester. "The best interest standard and children: clarifying a concept and responding to its critics". Bester JC. J Med Ethics. 2018. p 46.
- 2 Children's Protection Act of 2021 (H.R. 3716) 117th Congress (2021-2022). Retrieved:18/3/2025. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3716/text>
- 3 Hariyani, S. "Sengketa medik: alternatif penyelesaian perselisihan antara dokter dengan pasien. Diadit Media". Safitri Hariyani- Jakarta: Diadit Media.2005, p 122-156.
- 4 Cooper R, Koch KA (1996). Neonatal and pediatric critical care: ethical decision making. Crit Care Clin. 1996, p 32.

الحالة التي يتم فيها فرض قرارات تتعارض مع رغبات المريض وقيمته- حيث إن أحد العناصر الهامة للرفاهة هوأخذ قيم الشخص ورغباته في الحسبان، أي الوصول إلى الحد الأدنى الكاف في كل من الأبعاد المتمثلة في الصحة، الأمان الشخصي، المنطق، الاحترام، التعلق، وتقرير المصير.¹

وإذا ضيقنا النقاش حول ما يتعلق برفاهة الطفل، فسنجد أن فكرة تقرير المصير وقيم الشخص تختلف في أمور كثيرة بالنسبة للأطفال؛ كونهم غير قادرين على تقرير مصيرهم، وإن كانوا قادرين على ذلك في المستقبل². ونظراً للطبيعة الخاصة لرفاهة الطفل، فإن الأطفال لديهم اهتمامات أخرى تتعلق برفاهتهم تشتمل على عنصرين رئيسيين هما. الأول: اهتمامات الطفل المباشرة بما في ذلك (الأداء الطبيعي- التحرر من المعاناة والألم- المتعة)، أما الثاني: فيتعلق بالاهتمامات المستقبلية المرتبطة بالنمو والازدهار مستقبلاً.

ترتيباً على ذلك ينبغي أن نعي أن الالتزامات المرتبطة بتعزيز الفوائد وتجنب الضرر، وكذلك التزامات المصلحة الفضلى تشكل مبادئ أخلاقية عامة وواسعة النطاق، توجب على الأطباء -في جميع الأحوال- الالتزام بها ما لم يكن هناك سبب أخلاقي قوي يمنعهم من هذا الالتزام.

ثانياً: المصلحة الفضلى والضرر الجسيم عند اتخاذ القرارات الطبية:
ورد مصطلح المصلحة الفضلى للطفل في العديد من المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، حيث نصت المادة / 3 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 على أن "في

1 Maxwell J Smith. How 'Ought' the Best Interests of Children be Considered in Medical Decision-making? Canadian Journal of Bioethics, June 2024 -7(2-3), p222.

2 Johan Christiaan Bester. "The best interest standard and children: clarifying a concept and responding to its critics". Bester JC. J Med Ethics. 2018.p 12-13.

جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى". واستخدمت المادة/ 4 من الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهة الطفل لعام 1990م، مصطلح مصالح الطفل المثل بقولها "في كافة الأفعال التي تتعلق بالطفل والتي يتبعه بها أي شخص أو أي جهة تأخذ مصالح الطفل المثل الاعتبار الأول"¹. كما ورد التأكيد على ضمان مصالح الطفل الفضلى ضمن المبادئ التوجيهية للرعاية البديلة للأطفال للأمم المتحدة لعام 2009م، في الفقرة/ 103 تحت بند "المسؤولية القانونية عن الطفل" قولها "ينبغي أن يكون الأشخاص الذين يمارسون المسؤولية القانونية عن الطفل في وضع يمكنهم من اتخاذ قرارات مستقلة ونزيهة تحقق المصالح الفضلى وتعزز رفاه جميع الأطفال وتحمّلهم".²

ووورد النص في قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 م والمعدل بالقانون رقم 126 لسنة 2008م، على أن " تكون لحماية الطفل ومصالحه الفضلى الأولوية في جميع القرارات والإجراءات المتعلقة بالطفولة أيا كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها".³ ولم يختلف عنه القانون الإماراتي رقم (3) لسنة 2016 م بشأن حقوق الطفل، حيث شدد على جميع السلطات والجهات المعنية تأمين حقوق الطفل وحماية مصالحه الفضلى".⁴ وتضمنت القوانين الأمريكية كقانون منع إساءة معاملة الأطفال

1 الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهة الطفل لعام 1990م، دخل حيز التنفيذ في 29 نوفمبر 1999م.

2 المبادئ التوجيهية للرعاية البديلة للأطفال- الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 2009م، الدورة الرابعة والستون، بناء على تقرير اللجنة الثالثة رقم (A/64/434).

3 المادة/ 3 قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 م والمعدل بالقانون رقم 126 لسنة 2008 م (مستبدلة بالقانون رقم 126 لسنة 2008 -جريدة الرسمية العدد 24 مكرر في 15 يونيو سنة 2008 م).

4 المادة الثانية، قانون اتحادي بدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (3) لسنة 2016 م بشأن حقوق الطفل "وديمة".

وإهمالهم (CAPTA)، و قانون التبني ورعاية الأسرة الآمنة (ASFA)¹ وجوب توفير الرعاية المناسبة للأطفال وضمان حماية حقوقهم في جميع الولايات، مع الأخذ في الاعتبار المصلحة الفضلى للطفل.²

إلا أنه لا يوجد إجماع بين الفقه حول مفهوم مبدأ "المصلحة الفضلى" ، بينما يتم النظر إليه على أنه القرار الذي يهدف إلى تعزيز أقصى قدر من رفاه المريض. وعلى إثر ذلك فالمصلحة الفضلى هي المفهوم الأساسي الموجه نحو التدخل في صنع القرار الطبي للوالدين- مع مراعاة أن تكون مثلاً تنظيمياً، دون أن تكون متطلباً صارماً يتم تنفيذه بطريقة حرفية- حيث يحق للوالدين أن يأخذوا في اعتبارهم مصالحهم الذاتية والتزاماتهم تجاه أطفالهم الآخرين.³

ويستخدم جانب من الفقه "مبدأ الضرر" كمصطلح بديل للمصالح الفضلى؛ مبررين ذلك بأن المصالح الفضلى لا يمكن تحديدها بشكل واضح، بينما الضرر هو المفهوم الأخلاقي الأساسي الذي تدور حوله الإشكالية الرئيسية في التدخل في قرارات الآباء. ويشير مبدأ الضرر إلى الوقت الذي تشكل فيه عملية اتخاذ القرار ضرراً وشيكاً على الطفل، وهو ما يمثل أحد أسباب تقييد سلطة الوالدين في اتخاذ القرار الطبي نيابة عن أطفالهم. ونستطيع استخلاص مفهوم الضرر من مشروع قانون المسؤولية

1 Adoption and Safe Families Act (ASFA), November 1997. Retrieved: 1/83/2025.
<https://acf.gov/>

2 The Child Abuse Prevention and Treatment Act (CAPTA). Retrieved: 1/83/2025.
<https://acf.gov/>

- قانون منع إساءة معاملة الأطفال ومعالجتهم (CAPTA)، وتعديلاته بموجب المادة 133 ضمن الباب الأول من قانون إعادة تفويض منع وحماية ضحايا الاتجار بالبشر لعام 2022م، والقانون العام 348-117 الصادر في 5 يناير 2023م.

3 Buchanan AE, Brock DW. "Deciding for others: the ethics of surrogate decision making". Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p 32.

الطبية وحماية المريض المصري حينما عرف المضاعفات الطبية في مادته الأولى/ الفقرة (6) بأنها "تطور غير مرغوب للحالة الصحية لتلقي الخدمة الطبية أثناء أو بسبب تقديم الخدمة الطبية، دون ارتباط سببي أو شرطي بفعل مقدم الخدمة أو مهاراته". وعرفت أيضاً الفقرة (7) من ذات القانون الحالة الطارئة بأنها "حدث طبي مفاجئ لأحد الأشخاص، يشكل خطراً حاداً على حالته الصحية يتطلب تدخلاً طبياً".¹ فيمكننا في هذه الحالات تحديد توافر الضرر الحقيقي والوشيك على صحة الطفل التي تبرر التدخل في قرار الوالدين في ظل توافر حكم طبي صريح يقر مقدار الضرر وأثاره.

ويراعى في الحالة التي يختار فيها الآباء معيار المصلحة الفضلى يجب ألا يرتب هذا الاختيار ضرراً للطفل، وهو ما أكدته أحكام القضاء، حينما تم التوصل في قضية Indi Gregory²، إلى أن العلاج الذي اختاره والدا الطفلة لم يكن في مصلحتها الفضلى، حيث كانت الطفلة تعيش على أجهزة دعم الحياة، وتعاني من اضطرابات غير قابلة للشفاء، ووجدت المحكمة أن الفوائد التي ستعود عليها من العلاج الذي اختاره الوالدان تفوق الألم الذي ستتعاني منه.

ومع ذلك يوجد أوجه قصور في الاستخدام الذاتي لمعيار المصلحة الفضلى، ففي قضية Charlie v UPMC³ حرم والدا الطفل من الحصول على موافقة للسعى إلى تطبيق علاج تجريبي، استناداً إلى أن فرصة نجاحه ضئيلة، وكان رأي الفريق الطبي أن مصلحة الطفل الفضلى تستدعي أن يتوقف عن العلاج الداعم الذي يتلقاه، فإذا كان خيار العلاج لا يزال موجوداً، إلا أن الفائدة منه تفوق الضرر.

1 مشروع قانون المسؤولية الطبية وحماية المريض المصري، وافق عليه مجلس الشيوخ المصري في 2024/12/23 م.

2 Indi Gregory, Cas No: FD23P004452. Royal courts of justice strand, London, WC2A.2LL, 8 November 2023.

3 Weaver MS, October T, Feudtner C, Hinds PS. "Good-parent beliefs": research, concept, and clinical practice. Pediatrics. 2020;145(6). P 13.

في مقابل ذلك؛ رفعت إحدى العائلات الفرنسية دعوى أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ضد الحكومة الفرنسية في قضية Meyer v. France لسنة 2021¹، بعد فرضها التطعيم الإلزامي ضد فيروس كرونا-19 Covid لجميع الأطفال، بما في ذلك غير المصابين بالفيروس؛ مستندين إلى أن اللقاح المضاد للفيروس يشكل تهديداً وضرراً لصحة أطفالهم، وعلى الرغم من ذلك اعتبرت المحكمة أن اللقاحات من تدابير الصحة العامة والضرورية، وأكدت حق الحكومات في اتخاذ ما تراه من تدابير ضرورية لتأمين الصحة العامة بما في ذلك صحة الأطفال، وبصفة خاصة في حالات الطوارئ. وجاء ذلك تطبيقاً لنص المادة (R4127-37-2) من قانون الصحة العامة الفرنسي الذي اشترط على الطبيب أن يشرك القرار الطبي مع المسؤول عن السلطة الأبوية للطفل، باستثناء حالات الطوارئ.

ونلاحظ عدم وجود سوابق قضائية تعرف ما هو العلاج الطبي المناسب الذي تستطيع المحكمة أن تقرر بناءً عليه أن فوائده تفوق الألم الذي يمكن أن يعاني منه الطفل. لذا حاول الفقه منح مفهوم له يدور حول "العلاج الذي يفيد المريض"، واستندوا في ذلك إلى القرار الصادر في قضية R v. BM.² حيث وجدت المحكمة عدم وجود استثناء في الحالة التي تجري فيها جراحة اعتماداً على الموافقة على العلاج، دون وجود سبب مقبول، كما أن تركيز القانون الجنائي لا يقتصر على الجراحة فحسب، بينما يتعلق بجوانب أخرى ترتبط بالعلاج وبالرعاية الطبية. مؤدي ذلك؛ أن العلاج لا يكون علاجاً طبياً مناسباً، متى تسبب في إحداث ضرر جسدي فعلي، حتى ولو لم يكن هذا الضرر جسماً.

1 Meyer v. France, (2021). <https://www.canlii.org/en/>.

2 R v BM [2018] EWCA Crim 560.

وهو ما اعتنقته المحكمة في قضية *Nottingham Hospitals v Gregory*¹, حينما قررت أن العلاج الذي سعى الوالدان إلى خضوع الطفل له، لم يكن في مصلحته الفضلى؛ كون الطفل يتلقى أجهزة دعم لحياته بسبب إصابته باضطرابات خطيرة غير قابلة للشفاء، ووجدت المحكمة أن فوائد العلاج التي يفضلها الوالدان يفوق الألم الذي يعاني منه الطفل، وسوف تكون هناك حالات لا يكون فيها من مصلحة الطفل إخضاعه لعلاج من شأنه أن يسبب معاناة متزايدة، ولا ينبع عنه فائدة متناسبة، مع مراعاة التوازن بين مصلحة الطفل ورغبته في البقاء على قيد الحياة.

المطلب الثاني شرعية حق الوالدين في اتخاذ القرارات الطبية نيابة عن أبنائهم

عندما يتم وزن مصالح الأفراد ومصالح أفراد الأسرة الآخرين، فإن الأساس القائم على تجنب الضرر يوفر إطاراً أخلاقياً وقانونياً لتقدير القرارات الطبية المتعلقة بالأطفال. ولعل ذلك ما يظهر الحكم الذاتي لسلطة الآباء في اتخاذ القرارات الطبية عن أبنائهم، حيث يعبر الحكم الذاتي عن مفهوم الاستقلالية الفردية، في ظل العلاقة المرتبطة بصنع القرار الطبي. فعند صنع القرار الطبي يتم الموازنة بين رفاهة الأسرة وأولوياتها وصنع الأهداف الفردية، وفي هذه الحالة يجب الإجابة عن تساؤل هام: هل الاستقلالية في اتخاذ القرار تمثل رغبة في التحكم فقط، أم أنها طريقة يتم استخدامها للتعبير عن مشاعر الأسرة التي تكون مضطورة لذلك؟
إن عدم وجود تصورات متوافقة بين الوالدين حول الحالة الطبية الحقيقة

1 Nottingham University Hospitals NHS Foundation Trust v Gregory & Ors (2023), EWHC 2556 (Fam);
<https://www.judiciary.uk/>.

للطفل، وأمالهم في شفائه، يشكل عائقاً عند صنع القرار. في حين يرى البعض أن أي محاولة للتأثير على قرار شخص يعد بمثابة تقييد للاستقلالية، وأن محاولات التأثير والإقناع تهدف إلى التأثير على القرارات الفردية، والتي يمكن أن يكون مسماهاً بها أخلاقياً¹.

أولاً: استقلالية الوالدين في اتخاذ قرارات أبنائهم الطبية:

اعتماداً على مبدأ الوصاية القانونية، يكون للوالدين الحق في اتخاذ قرارات أبنائهم ومن بينها القرارات الطبية، ولعل احترام إرادة المريض - وبصفة خاصة من يقومون بتمثيله - يعد التزاماً قانونياً وأخلاقياً، بهدف إلى تعزيز الثقة بين المريض ومقدمي الخدمة الطبية. وعرف القانون المدني الفرنسي بموجب المادة / 371-1 السلطة الأبوية بأنها "مجموعة من الحقوق والواجبات التي تهدف إلى تحقيق مصالح الطفل، وعلى الوالدين إشراك الطفل في القرارات التي تخصه وفقاً لعمره ومستوى نضجه".² ويؤكد شرعية مبدأ الوصاية ما تضمنته أيضاً المادتان (373-373) من القانون المدني الفرنسي بقولها "أن كلا الوالدين لهما حق ممارسة السلطة الأبوية على طفلهما بشكل مشترك، سواء كانا يعيشان معاً أو لا، ما لم يصدر قرار قضائي يعهد إلى أحدهما بممارسة هذه السلطة أو يأذن لأحدهما بالتصرف منفرداً فيما يتعلق بالقرارات المتعلقة بالطفل". ونصت المادة / 15 من نظام حماية الطفل السعودي على أنه "يعد والدا الطفل - أو أحدهما، أو من يقوم على رعايته - مسؤولين في حدود

-
- 1 Douglas L. Hill and others. "Parental Concordance Regarding Problems and Hopes for Seriously Ill Children: A Two-Year Cohort Study". Journal of Pain and Symptom Management. Vol. 53 No. (5 May 2017). P 16.
 - 2 Code civil- ReplierLivre Ier: Des personnes (Articles 7 à 515-13-1) Article 371-1Version en vigueur depuis le 21 février 2024- Modifié par LOI n°2024-120 du 19 février 2024 - art. 1

إمكاناتهما المالية وقدراتهما عن تربيته وضمان حقوقه، والعمل على توفير الرعاية له، وحمايته من الإيذاء والإهمال.¹

ولعل أحد أهم الضرورات التي تضمن شفافية هذه العلاقة هو مبدأ "الموافقة المستنيرة"، والذي يمكن المريض أو من ينوب عنه من القدرة على اتخاذ قراره، بعد منحه كافة المعلومات حول العلاج المقترن، وامتلاك القدرة على اتخاذ القرار بشكل طوعي، ويشكل ذلك انعكاساً لمبادئ استقلالية وحرية الاختيار.² وورد مفهوم الموافقة المستنيرة في المادة/1-8 من مشروع قانون المسؤولية الطبية وحماية الطبيب المصري على أنها "التعبير المكتوب المبني على إرادة حرة وطوعية كاملة وال الصادر عن متلقى الخدمة إذا كان كامل الأهلية أو من وليه أو الوصي أو القيم عليه إذا كان عديم الأهلية أو ناقصها، فإن تعذر فمن أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية، والذي يتضمن الموافقة الصريحة على تلقي الخدمة الطبية أو رفض تلقيها بعد إعلامه وتبصيره بجميع جوانبها، متضمناً على الأخضر الآثار والأخطار المحتملة التي قد تؤثر على قراره". وتضمنت المادة/ 4 من القانون الإماراتي بشأن المسؤولية الطبية النص صراحة على تبصير المريض بخيارات العلاج المتاحة.³

ويفرق الفقه بين مصطلحين متباينين هما "الإعلام" و "التبصير"، وبعد المصطلح الأخير أكثر دقة، فإعلام المريض يتم قبل إبرام العقد، ويقتصر على تبليغ المريض أو

1 المادة/ 15- من الفصل الرابع " حق الطفل في الرعاية والمسؤولية تجاهه". نظام حماية الطفل، الصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/14) بتاريخ 3 / 2 / 1436هـ- 2014م.

2 لوي فارس سيد إبراهيم، "دور إرادة المريض في الممارسة الطبية"، المجلة العربية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد الخامس والعشرون، الجامعة الإسلامية، لبنان، سنة 2024م، ص 14.

3 مرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016م بشأن المسؤولية الطبية. الجريدة الرسمية العدد (601) بتاريخ 15 أغسطس 2016م.

من ينوب عنه بما سيقدم عليه، بينما تبصيره يمتد لتنفيذ العقد، بل وتنفيذ الطبيب للالتزامات المكلف بها، حتى يتمكن من اتخاذ قراره بقبول العلاج أو الرفض عن فهم وإدراك جيد، وعلى بصيرة مستنيرة بعواقب هذا التدخل¹. وينبئ ذلك عن البعد الأخلاقي لمصطلح الاستنارة، والذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمفهوم الوعي الذي يعرف على أنه "إدراك المرء لذاته وأفعاله إدراكاً مباشراً"².

ويشبه استقلال الوالدين -في كثير من الأحيان- استقلال المرضى البالغين، ومع ذلك يختلف في بعض الأمور، فإذا كان المرضى البالغون لديهم الحق المطلق في رفض العلاج الطبي لأنفسهم، إلا أن الوالدين لا يمكنهم رفض جميع العلاجات التي يمكن أن تقدم إلى أبنائهم. على سبيل المثال: في قضية Michigan³، رفض زوجان من ولاية ميشيغان الأمريكية العلاج الطبي لطفليهما حديثة الولادة، والتي كانت مصابة بمرض اليرقان لدى حديثي الولادة، ومع ذلك رفض الوالدان علاج الطفلة معتقدين شفاؤها عن طريق الصلاة والدعاء، ولكن توفت الطفلة بعد يومين من مضاعفات مرض اليرقان، في حين أنها كانت حالة طبية يسهل علاجها، وتم توجيه اتهام للوالدين بتهمة القتل غير العمد للطفلة. وهو ما يؤكد أن الوالدين ليس لهم الحق الكامل في رفض العلاج.

1 مراد صغير، " مدى التزام الطبيب بتبصير المريض، دراسة علمية تأصيلية مقارنة" ، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد 34، العدد (4)، سنة 2010م، ص 22.

2 إبراهيم مذكر "المعجم الفلسفي" ، الهيئة العامة لشؤون المطبع الأهلية، جمهورية مصر العربية، سنة 1983م، ص 69.

3 Castleberry, C. (2017) 'God makes no mistakes': Christian couple in Michigan are charged with manslaughter after they refused jaundice treatment for their newborn daughter. Published: 22:25 GMT, 28 September 2017. Retrieved 23 Nov 2024. <http://www.dailymail.co.uk/news/article-4930978/jaundice-kills-baby-parents-refuse-treatment-her.html>.

إلا أنه يمكن الاستناد إلى آراء الوالدين وأخذها في الاعتبار في حال معرفتهم الجيدة بالطفل، فقد تكون آراء الوالدين ذات صلة وثيقة بحياة الطفل الحقيقة، لذا؛ يحق لهم تقدير ما إذا كان من الأفضل إبقاءه حياً أو تركه ليموت- مع الأخذ في الاعتبار قد يختلف تقييم الوالدين عن تقييم الطبيب المعالج- ففي قضية Charlie v. the United Kingdom¹ على الرغم من أن القاضي وجد قيمة في وجهة نظر الوالدين فيما يتعلق باستكمال علاج ابنهما المصاب بضعف عضلي شديد، إلا أنه ميز بين وجهة نظر الوالدين ورغبتهما. وهو ما يطرح تساؤلاً هاماً: هل هناك فارق بين وجهة نظر الوالدين وبين رغبتهما؟ وهل توجد علاقة بين تلك الرغبات والمصالح الفضلى للطفل؟

في قضية Charlie أمضى والدا الطفل أياماً عديدة بجوار ابنهما معتقدين أنه مدرك لكل ما يحيط به ويستجيب له، ومع ذلك كان تقييم الأطباء آنذاك أن الطفل يوجد في العناية المركزية، ولم يكن يستجيب لأي أمور تحدث حوله، وفي هذه السابقة اقتنع القاضي بتقييم رأي الأطباء وبالأدلة التي تقدموا بها.

في مقابل ذلك أشاد القاضي في قضية A Local Health Board v Y² بأهمية رعاية أسرة الطفلة Y وتفانيها في دعم رفاهيتها، وضمان القيام بكل ما يمكن من أجلها، حيث كانت تبلغ من العمر ثمانى سنوات وتعاني من ضمور عضلي في العمود الفقري، ورأى القاضي أنه لو لا تلك الرعاية لما تلت الطفلة منذ سنوات عديدة. ومع ذلك تتجه المحكمة إلى أن وعلى الرغم من أهمية الرعاية اللازمة للطفل، إلا أنه توجد حدود لممارسة حق الوالدين في هذه الحالة، وخاصة عندما يتعلق الأمر برفاهة الطفل، بما يتسبب في زيادة معاناة الطفل أو منعه من التمتع بالفوائد المترتبة على استمرار

1 Charles Gard and Others v the United Kingdom: Application No 39793/17: European Court of Human Rights (First Section).2018.

2 A Local Health Board v Y (A Child) and Others (2016). EWHC 206 (Fam).

حياته، وكان حكم المحكمة في هذه السابقة هو ترجيح علاج الطفلة وتأييد قرار الوالدين.

ومع ذلك قد يجد الوالدان تعارضاً بين مصلحة الطفل ومصالح أفراد الأسرة الآخرين، وإنما تضمنته اتفاقية حقوق الطفل، والتي نصت على أن "في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، يجب أن تكون مصلحة الطفل الفضل هي الاعتبار الأول،¹ فلا ينبغي أن يؤثر قرار الآباء على الطفل نفسه، بما يؤدي إلى إيزانه من أجل حماية مصالح أفراد الأسرة الآخرين، بل يجب تفضيل مصلحة الطفل في جميع الحالات.

ويثار تساؤل حول موافقة الطفل نفسه ومشاركته في اتخاذ قراره الطبي، هل في جميع الأحوال الآباء هم من ينوبون عن الطفل في اتخاذ قراراته الطبية؟

لا نجد إشكالية إذا كان الطفل عديم التمييز بحكم انعدام إرادته وتميزه، ولكن الإشكالية تبدو لدى الطفل المميز فهل يستطيع التعبير عن رأيه واتخاذ قراره بنفسه؟ إذا استقررتنا نصوص بعض التشريعات فسنجد أنها أتاحت الفرصة للقاصر لاتخاذ قراره الطبي بنفسه، من بينها ما نصت عليه المادة (R4127-42) من قانون الصحة العامة الفرنسي بقولها "يجب على الطبيب المكلف برعاية قاصر أن يخطر والديه أو ممثله القانون والحصول على موافقتهما.....وفي الحالة التي يكون فيها القاصر قادرًا على التعبير عن رغباته والمشاركة في اتخاذ القرار، يجب الحصول على موافقته". وجاء القانون الإماراتي أكثر وضوحاً في هذا الشأن عندما نص في المادة 1-5 على أنه "يعتبر برضى المريض ناقص الأهلية بالنسبة للفحص والتشخيص وإعطاء الجرعة الأولى من

1 United Nations Human rights. (2002). 'Convention on the Rights of the Child.' Retrieved: 13 Jan 2024.
<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

العلاج، على أن يبلغ أي من أقارب المريض أو مرافقه بخطبة هذا العالج¹. وأكملت المادة/ 8 من القانون آنف الذكر قولها في الفقرة (ج) "يعتبر أهلاً للموافقة كل من أتم الثامنة عشرة سنة ميلادية ما لم يكن عديم الأهلية". كذلك الأمر في النظم الأنجلو سكسونية من بينها الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، حيث نص قانون الصحة العامة في مقاطعة Québec على أنه يمكن للقاصر من سن 14 سنة الموافقة على الإجراء الطبي² ويمثل ذلك تطبيقاً للاحتجاهات الحديثة نحو احترام إرادة القاصر وتأكيداً لتوجهات اتفاقية حقوق الطفل في مادتيها 12 و13 بضمانته حق الطفل في التعبير عن إرادته بحرية في جميع المسائل التي ترتبط به، ومن بينها قراراته الصحية.

وذهب المشرع الفرنسي للأبعد من ذلك حينما أجاز للطبيب الاستغناء عن الحصول على موافقة مسؤولي السلطة الأبوية فيما يتعلق بالقرارات الطبية الضرورية للتدخل لحماية صحة القاصر، وفي حالة رفض القاصر صراحة استشارة والديه بسبب سرية حالته الصحية، يجب على الطبيب أن يحصل على موافقة القاصر على تلك الاستشارة، إذا أصر القاصر على معارضته فيجوز للطبيب تنفيذ الإجراء الوقائي أو الفحص أو التشخيص، مع ضرورة مراقبة القاصر لشخص بالغ من اختياره. بل ويكتفي القانون برضاء القاصر وحده في حالة انقطاع علاقته كلياً مع أسرته ويكون مستفيداً من تعويضات التأمين الصحي وتأمين الأمومة³.

ومع ذلك ورد اتجاه في الفقه يؤيد مبدأ الرضا بالنيابة عن الطفل، ويرجع ذلك إلى أن الوالدين هم المسؤولون عن حماية مصلحة الطفل في كل ما يخص قراراته بما فيها

1 المادة/ 5، مرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016م بشأن المسؤولية الطبية، مرجع سابق.

2 l'art.42 de la Loi de la protection de la santé publique. (Québec).

3 Code de la santé publique, ReplierPartie législative: Article L1111-5. Modifié par LOI n°2016-41 du 26 janvier 2016 - art. 7

الطبية، كما أن حالة الطفل ناقص الأهلية لا تتمتعه من إدراك كامل وتمييز يسمح له بإبداء رأيه بشكل صائب يصب في مصلحته في جميع الأحوال. ومن ثم يؤيد هذا الاتجاه إعمال مبدأ الرضا بالنيابة حيث تحل إرادة الولي محل إرادة الطفل في كل القرارات الطبية المرتبطة بصحته والحصول على موافقة صريحة إلا في الحالات الاستثنائية والضرورية التي تبرر العدول عن الحصول على تلك الموافقة.¹

وقد قضي بأن حق الوالدين في الرقابة الأبوية ليست مطلقة، وللطفل حق الموافقة على العلاج الطبي متى كان ناضجاً، ويتمتع بالذكاء والنضج الكافي لتقدير عواقب الإجراء الطبي، وفي هذه الحالة سيكون الطفل هو صاحب القرار. أما في الحالة التي لا يكون فيها الطفل قادراً على ذلك، فإن الأمر سيكون متروكاً للوالدين، ولا يجوز للوالدين الاعتراض على العلاج الذي يوافق عليه الطفل القادر على اتخاذ القرار.²

وفي رأينا يجب أخذ رأي الطفل في الاعتبار عند اتخاذ قراره الطبي متى كان ذلك ممكناً، ومتى استطاع الطفل أن يعبر عن إرادة واعية وفهم واضح للآثار والمضاعفات الطبية المحتملة في الحالات الطبية اليسيرة، على أن يتم إعلامه بلغة بسيطة وممكنة للنتائج المتوقعة في حالة رفض تلقي العلاج الطبي. أما إذا كانت القرار الطبي يمس جسده وسلامته ويعرض حياته للخطر وجب استشارة والديه وأخذ موافقتهم؛ كون لا يسمح في هذه الحالات الاعتداد بإرادة القاصر في اتخاذ القرار الطبي إذا كان مصير قراره تعريض حياته للخطر.

1 فتیحة زغנון "حق الطفل المريض في المشاركة في القرار الطبي" دفاتر السياسة والقانون، العدد 18 يناير 2018، الجزائر، ص.3.

2 Ney v. Canada (Attorney General), (1993). CanLII 1301 (BC SC). <https://canlii.ca/t/1dhsj>.

ثانياً: حدود السلطة الأبوية "منطقة تقدير الوالدين":

إن العلاج الذي سيختاره الآباء لأبنائهم، يجب أن يكون ضمن نطاق البدائل السليمة طبياً، وعلى النحو الذي تحدده معايير المجتمع الطبي المناسبة؛ ويفسر ذلك أن الطبيب ملزم بتقديم جميع البدائل المعقوله طبياً للوالدين - مع ملاحظة أن الآباء ليسوا أحراراً أخلاقياً في رفض جميع البدائل المعقوله طبياً؛ كون ذلك لا يتفق مع حماية وتعزيز مصالح الطفل المرتبطة بصحته- بل عليه إقناع الآباء بالاختيار من بين تلك البدائل المعقوله طبياً.¹ وهو ما أقره القانون الفرنسي بنصه صراحة على أنه عندما يتعلق قرار الحد من العلاج أو إيقافه بطفـل، فعلـي الطـبـيب أن يـشارـك هـذـا القرـار مع المسـؤـول عن السـلـطـةـ الأـبـوـيـةـ لـلـطـفـلـ، باـسـتـثـنـاءـ حـالـاتـ الطـوارـئـ الـتـيـ تـجـعـلـ هـذـهـ المـشـارـكـةـ مـسـتـحـيلـةـ.²

وتعرف البدائل المعقوله طبياً بأنها "خطط الإدارة السريرية الممكنة تقنياً، والمتحدة مادياً ولديها قاعدة أدلة موثوقة، لصافي الفائدة السريرية المتوقعة"،³ ووفقاً لرأي المحكمة في قضية McCulloch، فإن معقولية اختيار بديل للعلاج الملائم سريرياً يتم تقييمه وفقاً للخبرة الطبية والأحكام المهنية، وفي حال اختيار الوالدين علاجاً بدليلاً، فإن تقييم الموافقة على هذا العلاج يحتاج في جميع الأحوال إلى خبرة سريرية. نتيجة ذلك؛ ظهر مصطلح "منطقة تقدير الوالدين"، والذي أطلق على المواقف التي يتم فيها تقدير العلاج أو عدمه اعتماداً على رغبات الأسرة، والتقدير في هذه الحالة يعني أن

1 Buchanan AE, Brock DW, *ibid*, p 35.

2 Code de la santé publique, Article R4127-37-2.

3 McCullough LB. Contributions of ethical theory to pediatric ethics: pediatricians and parents as co-fiduciaries of pediatric patients. In: Miller G, ed. Pediatric bioethics. New York: Cambridge University Press, 2010, p 69-72.

قرار الوالدين يقع في المساحة المحمية أخلاقياً وقانونياً¹. مما يعني أن للوالدين اتخاذ القرار بشكل شرعي لأطفالهم، ولو لم تكن تلك القرارات ليست الأفضل لهم.

ويتمثل القرار في هذه الحالة عملية مشتركة بين الوالدين والأطباء، وعلى الرغم من وجود مساحة يتم فيها احترام آراء الوالدين ورغبتهم، إلا أن هناك مساحة أخرى لا تحدد فيها رغبات الوالدين، وإلا سوف يطلق العنوان للحالات التي يتدخل فيها الوالدان لاتخاذ القرار. وهذا ما تم تأكيده في العديد من السوابق القضائية، على سبيل المثال: حينما تم تقديم طلب إلى المحكمة للفصل فيما إذا كان من الضروري إجراء جراحة أمعاء، سوف تنقد حياة طفل مصاب بمتلازمة داون، وكان الفريق الطبي قد أيد إجراء تلك الجراحة، وقابل ذلك رفض الوالدين، فعلى الرغم من الاعتراف بمعقولية موقف الوالدين، إلا أن المحكمة ستحكم بناء على اختبار المصلحة الفضلى فقط، وكان قرارها تأييد إجراء الجراحة للطفل.²

في مقابل ذلك ظهر موقف مناقض للمحاكم في قضية Marwa Bouchenafa³، حيث نظرت المحكمة العليا الفرنسية الاستئناف المتعلق بحالة الطفلة مروة، والتي كانت رضيعة مصابة بتلف في المخ وكانت تعتمد على جهاز تنفس صناعي، وعندما قرر الأطباء سحب العلاج عنها، رفضا والدا الطفلة - وفقاً للقانون الفرنسي يسمح قانون

1 Gillam, L. "The zone of parental discretion: An ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child". Clinical Ethics, 2015, p111-132.

2 Mackintosh, K., McConnell, P. "Parent and medical team disagreements in the UK: universal lessons in the origins and resolution in conflict". J Anesth Analg Crit Care 2, (47).2022, <https://doi.org/10.1186/s44158-022-00075-2>.

3 Pope, T. 'Marwa Bouchenafa - French Court Orders Clinicians to Treat Baby over Their Objections.' Medical Futility Blog, 2017. from: http://medicalfutility.blogspot.co.uk/2017/03/marwa-bouchenafa-french-court-orders_19.html

الصحة العامة في مادته (5-1110-L) للأطباء الحق في وقف العلاج دون الحصول على موافقة الوالدين، متى ثبت أن العلاج لم يكن ذات فائدة، أو لم يعد مناسباً. وعندما رفع الأمر إلى المحكمة، كان قرار المحكمة عدم وجود يقين كاف بشأن نظرية الطفلة للمستقبل، ورجحت المحكمة رغبة الوالدين فيما يتعلق بمصلحة الطفلة.

مفاد ذلك؛ أن المحاكم الفرنسية تعطي وزناً أكبر لرغبات الوالدين. مقارنة بالمحاكم الإنجليزية. وتأخذ بذلك المحاكم الأمريكية والأسترالية أيضاً، حيث يتمتع الآباء بقدر أعلى من التقدير فيما يتعلق بالقرارات الطبية بشأن حالات أبنائهم الطبية.

ثالثاً: التحديات الأخلاقية التي يواجهها الأطباء عند تعارض رغبات الآباء مع المصالح الصحية للأبناء:

تتعدد الإشكاليات التي تقف خلف التزاعات بين الفريق الطبي والوالدين، وتدور غالباً حول عدة عوامل مختلفة من بينها عدم اليقين التشخيصي، سواء أكان للحالة المرضية أم العلاج نفسه، وكذلك المشاعر السلبية للوالدين، والأمية المرتبطة بالمعارف الطبية، وكذلك عبء المسؤولية الأبوية وارتباطه بمشاعرهم ومخاوفهم¹.

ولأن مصالح الطفل الفضلى هي مفهوم يتناسب مع تفسير هيكلة العلاقة بين الطفل والدولة، فإن طبيعة العلاقة التي تربط بين الطفل والديه تبرر معياراً آخر مختلفاً، وهو معيار أقل فيما يرتبط برفاهة الطفل الفردية، والذي يسمح بتجاوز القرارات الطبية للوالدين، متى ثبت عدم وجود نمط تفكير غير مدروس بشكل كاف

1 Spijkers AS, Akkermans A, Smets EMA, et al., "How doctors manage conflicts with families of critically ill patients during conversations about end-of-life decisions in neonatal, pediatric, and adult intensive care". Intensive Care Med. 48, (7), 2022.p 111.

يبرر القرار المتعلق بصحة الطفل¹.

في مجال طب الأطفال يحتاج الأطباء تقييم مدى ملاءمة الوالدين لصنع قرار الطفل، إضافة إلى مدى ملاءمة القرار الفعلي للوالدين. ويكون حق الوالدين في أن يكونوا صناع قرار، عندما يكون لديهم التزام برفاه الطفل المريض، وتحقيق مستوى مناسب من الاهتمام به. وفي الحالة التي يفشل فيها الوالدان في تلبية تلك المعايير، يجب على الأطباء طلب تدخل الدولة، لتعيين صانع قرار بديل مناسب للطفل. مؤدي ذلك؛ من الواجب التعرف على الفارق الأخلاقي بين قرارات المريض وقرارات البديل، حيث يحق للمريض اتخاذ قرارات بناء على أسباب شخصية خاصة به، في حين أن البدائل وهم الآباء لن يكونوا على نفس النحو.² ومن الناحية القانونية فإن المطالبة بعدم كفاية الرعاية الطبية، لا ترقى إلى مستوى انتهاك الدستور، إلا إذا أظهرت الواقع أن المدعى عليه كان غير مبال عمداً بالاحتياجات الطبية الخطيرة للمدعي. فالخلاف حول تقنيات التشخيص وأشكال العلاج المتنوعة، وال الحاجة إلى متخصصين وتوكيد تدخلهم، ينطوي على أحکام طبية، وليس حقوقاً دستورية.³

1 Schoeman F., "Parental discretion and children's rights: background and implications for medical decision-making". J Med Philos. 1985, p 312.

2 Rhodes R, Holzman IR. "The not unreasonable standard for assessment of surrogates and surrogate decisions". Theor Med 2004, p 21.

3 Jean Bernier, Plaintiff, v. Carl Koenigsmann, et al. (2021), 05-13-2021. 9:17-CV-0254 (DNH/ATB), United States district court northern district of New York.

المبحث الثاني

تدخل المحاكم في فصل النزاعات بين مقدمي الرعاية الصحية والآباء

تمهيد وتقسيم:

نجد أنه من النادر أن يقدم العلم استنتاجات يقينية ونهائية في مجال الطب، حيث إن غالبية الحقائق الطبية المتعلقة بالرعاية الصحية ليست قاطعة في جميع الأحوال؛ بسبب تعقيد علم الأحياء البشري، بل وعدم القدرة على التنبؤ بالسلوك الإنساني. الأمر الذي يثير النقاش حول: هل نلجمًا إلى العلم كحل لفض النزاع القائم فيما يتعلق باتخاذ القرار الطبي؟ أم أن القانون ينبغي ألا يتخلّى عن مسؤوليته الأساسية في ضمان حقوق وحريات الأفراد؟

إن موقف المحاكم تجاه المصالح الفضلى، لا يتطلب منها البحث عما هو أفضل للطفل على الإطلاق، بل يتطلب التركيز على كيفية إعمال التوازن العادل بين احتياجات وحقوق ومصالح العديد من الأشخاص الآخرين المشتركين في القرار. كما أن العديد من قوانين الدول -من بينها القانون الأمريكي- يمنح سلطة التدخل ضد قرارات أحد الوالدين التي لا تتحرج رفاهة الطفل- وهو ما تم التأكيد عليه من قبل المحكمة العليا الأمريكية في قرارها الصادر منذ عام 1944م في قضية Prince v. Massachusetts¹، حينما أقرت أن الدولة لديها التزام بضمان تلبية احتياجات تلك الفئة الضعيفة، وعندما تختار المحاكم التغلب على سلطة الوالدين، فإنها تقوم بذلك في الحالة التي يثبت فيها عدم توافر المعايير المعهود بها في الرعاية الطبية، والتي قد تؤدي إلى تعرض الطفل لخطر جسيم.

بناء على ما تقدم، سوف نقسم هذا البحث إلى مطلبين على النحو التالي:-

- المطلب الأول: التوازن العادل بين المصالح المتعارضة.

¹ Prince v. Massachusetts, (1944).321 U.S.158.

- المطلب الثاني: الجدل في المحاكم بشأن التدخلات في قرارات الآباء الطبية.

المطلب الأول **التوازن العادل بين المصالح المتعارضة**

يبدو التركيز على تكامل العلم والقانون في مقابل احترام القواعد القانونية ذات أهمية، خاصة وأن التطورات العلمية قد تؤدي إلى تحول لدى الرأي العام، والتفكير الأخلاقي، بل وقرارات المحاكم، لاسيما ما يتعلق منها بخلق اعتبارات جديدة تصيغ المفاهيم الأخلاقية. وهو ما يتطلب تدخل المحاكم عندما ينظر إلى قرارات الوالدين على أنها تنتهك مصالح الطفل الفضلى، أو تعرضه إلى خطر جسيم، في ظل خيارات عالية المخاطر محفوفة بالمشاعر والعاطفة.

إن الهدف من مبدأ المصلحة الفضلى ليس منح الأولوية المطلقة لمصلحة الطفل، بل يعني ضمان عدم إغفال مصالح الطفل وحقوقه، ويفسر ذلك عندما تقوم المحاكم بعقد موازنة بين المصالح المتعارضة، يجب عليها اختيار أفضل نتيجة للطفل من بين النتائج المحتملة، وبذلك تكون المصلحة الفضلى للطفل هي الاعتبار الأول والأساسي، مع الأخذ في الاعتبار مصالح أخرى مثل مصلحة الأسرة. وهو ما يسمح للقاضي بتقييم كل حالة على حدة، من خلال ربط الواقع الفردي بالأدلة الواقعية.

أولاً: تقرير مصير الطفل بشأن اتخاذ قراره الطبي:

عندما يتم التفكير في القرارات الطبية المرتبطة بأخلاقيات الطب بالنسبة للبالغين، فإن الأولوية تكون لاستقلال المريض، وهو ما يتم التعبير عنه بالحق في تقرير المصير، فلكل شخص حق اتخاذ القرار بشأن حياته.¹ حيث إن المجال الطبي

¹ أشرف رمال، "حقوق المرضى بين التشريع والقضاء"، مجلة الحقوق، الجامعة اللبنانية، العدد الأول، سنة 2019م، ص 190.

يقوم على احترام رغبات المرضى بشأن العلاج الطبي، ومع ذلك من اللازم أن نعي أن استقلال المريض لا ينبغي أن يفهם على أنه تحرر من التدخل، أي أن المرضى لا يتمتعون بحق اختيار أي علاج يختارونه، ومع ذلك فالأطباء ملزمون باحترام استقلالية المريض في تقديم العلاج، إذا طلب ذلك ولم يكن هناك ما يمنع من تقديم هذا العلاج.

وفي رأينا في حالة عدم وجود يقين أخلاقي طبي بشأن ما هو القرار الطبي الصحيح الذي يجب اتخاذه، فتكون الأحقية للأباء في اتخاذ القرارات بشأن علاج أبنائهم، متى تم ذلك ضمن حدود معقولة وثيقة الصلة بتربية ورعاية الطفل. ومتى كان عدم اليقين حقيقي حول اختيار المسار الصحيح لعلاج الطفل، وكان الأبوان مؤهلين لاتخاذ قرار طفلهما، فمن غير العدل أن يفرض الأطباء أو المحاكم قيمهم الخاصة على الأسرة. وهو ما يثير تساؤل هام حول؛ ما الأهمية التي يجب أخذها في الاعتبار فيما يتعلق باستقلالية ورغبات الوالدين في الحالات التي يتم التنازع عليها مع القرارات الطبية لأبنائهم؟

إن الهدف الوحديد الذي ينبغي من أجله ممارسة سلطة على الفرد في مجتمع ديمقراطي ضد إرادته، هو منع وقوع الأذى على الآخرين، أي لا ينبغي على الوالدين أن يتخذوا القرار الطبي المتعلق بالحالة الصحية لأبنائهم، إذا كان من المرجح أن الطفل سوف يعاني من ضرر جسيم جراء اتخاذ هذا القرار. ولعل ذلك من أبرز الحجج التي قدمت في قضية Charlie حيث استندت المحكمة إلى معيار الحد الأدنى "Threshold" ¹، لتقرير ما إذا كان ينبغي إلغاء قرار الوالدين الذين اختاروا بدليلاً لعلاج criteria

¹ تضمنت المادة/ 3-31 من قانون الطفل الإنجليزي لعام 1989م النص تحت عنوان معايير العتبة على أنه "يجب أن تقتنع المحكمة بأن الطفل المعنى يعاني أو من المحتمل أن يعاني من ضرر كبير". وأكملت الفقرة الثانية قولها بأن الضرر أو احتمال الضرر يعزى إلى (أ) الرعاية المقدمة للطفل، أو من ==

ابنها، إلا أن المحكمة وجدت أن هذا المعيار لا يتم الاستناد إليه في جميع الحالات، وذلك عادة ما يرتبط بحدود منطقة تقدير الوالدين، حيث يجب عليهم عقد موازنة بين ما إذا كان القرار سوف يتسبب في إلحاق الضرر بالطفل أو ضرر الآخرين.¹

ثانياً: مبررات تدخل الدولة في قرار الوالدين:

تضمن قانون حقوق المريض الفرنسي لسنة 2002م، والمعدل بموجب القانون الصادر في 6 فبراير لعام 2024م النص صراحة على أنه لمصلحة المريض القاصر، ولمنع أي تهديد لحياته أو أي ضرر خطير على صحته، يجب على الطبيب متى كان ذلك مناسباً وبعد استشارة متعددة التخصصات أن يحيد عن القرار الذي يتخذه والد الطفل.²

وهو ما أقرته المحاكم في العديد من القضايا كما في قضية Tafida v. Barts NHS³ عند وجود خلاف بين الآباء والأطباء فيما يتعلق بتحديد المصلحة الفضلى للطفل - في حال عدم وجود توافق أو عدم وجود بديل آخر- فإن المؤسسة الطبية يقع عليها التزام باللجوء إلى المحكمة للفصل في هذا الخلاف، وعلى القاضي أن يحسم الخلاف في هذا

المحتمل أن تقدم له، وهي ليست ما يمكن توقعه من أحد الوالدين، أو (ب) إذا كان الطفل خارج سيطرة الوالدين". وأكملت المادة / 31-9 من نفس القانون تعريف الضرر بأنه "سوء المعاملة أو الإضرار بالصحة أو النمو، بما في ذلك الإعاقة التي يعاني منها الشخص في الرفقة أو السمع، أو سوء معاملة شخص آخر". انظر قانون الطفل الإنجليزي (المملكة المتحدة) لعام 1989م وأخر تعديلاته: Children Act 1989(UK). Section 31. <https://www.legislation.gov.uk/>

- 1 Wilkinson D, Savulescu J, "Ethics, conflict and medical treatment for children: From disagreement to dissensus." London (UK): Elsevier; 2018 Sep 4.p 17.
- 2 Loi relative aux droits des patients de (2002), telle que modifiée par la loi du 6 février (2024).
- 3 Tafida Raqeeb v. Barts NHS Foundation Trust (2019), EWHC 2531.

الأمر، وإلا ترك فراغاً حول ما يعده في مصلحة الطفل الفضلى؛ ويرجع ذلك إلى أن عمل القاضي وتدخله في مثل هذه القضايا هو تحقيق للمصلحة العامة في حماية المصالح الفضلى للطفل؛ كونها إحدى المصالح والحقوق الأساسية في المجتمع، وهو ما عبرت عنه المحاكم بقولها "يجب أن يكون للطفل صوت مستقل في حالة الخلاف بين الأشخاص والجهات المسئولة عن قراره الطبي، وضماناً لتحقيق المساواة لجميع الأطفال في مثل هذه الحالات".

وعلى الرغم من أن الآباء لديهم مسؤولية الاختيار بما يحقق مصلحة طفلهم، إلا أنه في المقابل يتلزم الأطباء بحماية رفاهة الطفل، وفي ظل الاعتراف للدولة بالتدخل في حالة توافر ضرر جسيم سوف يمس بمصلحة الطفل، فقد اتجه جانب من الفقه¹ إلى ضرورةأخذ الاعتبارات التالية في الحسبان، حتى يكون هذا التدخل مبرراً، وذلك على النحو التالي:-

1. عدم موافقة الوالدين على قرار الأطباء، بما يعرض الطفل لخطر جسيم.
2. تقييم حالة الضرر، فهل يمثل ضرراً وشيكاً يتطلب اتخاذ إجراءات فورية لمنع وقوعه؟
3. هل تدخل الدولة ضروري لمنع وقوع الضرر الجسيم؟
4. هل تدخل الدولة سوف يثبت فاعليته في حالة المريض العلاجية؟
5. هل يمكن تطبيق تدخل الدولة على جميع الحالات المماثلة؟
6. تقييم مدى توافر خيار آخر يمنع إصابة الطفل بالضرر الجسيم، ويعد أقل تدخلاً في استقلالية الوالدين، وأكثر قبولاً لهم.

¹ Diekema DS. "Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention". Theor Med Bioeth.2004, p56.

7. هل فوائد التدخل تفوق الأعباء المتوقعة بشكل إيجابي من الخيار الذي اختاره الوالدين؟

8. هل سوف يوافق جميع الآباء على أن تدخل الدولة كان معقولاً؟

وأثار ذلك مسألة أخرى مرتبطة بما يسمى "إدارة الألم" حيث يجادل جانب من الفقه بأن تخفيف الألم هو التزام أساسى راسخ في الأخلاقيات الطبية، بل وحق من حقوق الإنسان الأساسية. وقد أوجبت المادة (R4127-37-2) من قانون الصحة العامة الفرنسي على الطبيب السعي دائماً نحو تخفيف المعاناة عن المريض بالطرق المناسبة لحالته، ويجوز له الامتناع عن القيام أو الاستمرار في العلاج إذا كان عديم الفائدة أو غير مناسب أو ليس له تأثير سوى الحفاظ على الحياة بطريقة اصطناعية. وعلى هذا الأساس سوف يتطلب من الطبيب أن يعمل جاهداً من أجل مصلحة المريض، ومنع إلحاق الأذى به. كون الالتزام الأخلاقي بإدارة الألم وتخفيف معاناة المرضى، من صميم التزام مقدمي الرعاية الصحية¹، وهو ما وجد دعماً كبيراً في قرارات المحاكم.

وسابقاً وتحديداً في قضية Washington v. Glucksberg²، أثيرت مسألة حرية الإجراءات القانونية الواجبة في التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي، وما إذا كانت تلك الحرية تتضمن الانتحار بمساعدة الطبيب أو أي شخص آخر. حيث كان قرار المحكمة - آنذاك- أن الانتحار بمساعدة الطبيب لا يمثل مصلحة أساسية للحرية، ولم يكن محمياً بموجب التعديل الرابع عشر للدستور. وهو ما أقرته العديد من

1 Agency for Health Care Policy and Research. Acute pain management: Operative or medical procedures and trauma. Rockville: Department of Health and Human Services, Pub. No. 94e0592, (1992).

2 Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997). Supreme Court of the United States. Decided June 26, 1997.

السوابق القضائية، والتي تبرر أن الانتحار بمساعدة الطبيب يشكل موضع استنكار؛ ومرجعهم في ذلك أن الدولة بموجب هذا الحظر تستطيع حماية الحياة البشرية، وحماية المرضى من أي إهمال أو إكراه، فإذا اعترفت المحكمة بشكل صحيح وأعلنت أن اعترافها بأن الانتحار بمساعدة الطبيب حق محظوظ دستورياً فلن ينتهي طريق القتل الرحيم الطوعي أو غير الطوعي. ولكن منذ عام 2008م تمت الموافقة على قانون واشنطن للموت بكرامة، والذي اعترف وحدد الإجراءات التي يجب استخدامها من قبل الطبيب لإنهاء حياة المريض.¹

كما أجاز القانون الإماراتي السماح بحدوث الوفاة الطبيعية، وذلك بعد إجراء الإنعاش الرئوي للمريض في بعض الحالات، وذلك دون الحصول على موافقة المريض أو وليه أو وصيه²:

- إذا كان المريض يعاني من مرض غير قابل للشفاء منه غالباً.
- أن يتم استنفاد كافة طرق العلاج
- أن يثبت عدم جدوى العلاج في مثل هذه الحالة
- أن ينصح الطبيب المعالج بعدم إجراء الإنعاش القلبي الرئوي
- أن يقدر ثلاثة على الأقل من الأطباء الاستشاريين أن مصلحة المريض تقتضي السماح بحدوث الوفاة الطبيعية، وعدم إجراء الإنعاش القلبي الرئوي.

ومع ذلك أكد القانون الإماراتي عدم جواز رفع أجهزة الإنعاش عن المريض، إلا إذا توقف القلب والتنفس أو جميع وظائف المخ توقفاً تماماً وهائياً، ويتم تحديد ذلك وفق

1 Norbert J. Weidner. ibid, p 33.

2 راجع في ذلك: نص المادة / 11 من المرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016م بشأن المسؤولية الطبية.

المعايير الطبية الدقيقة التي يصدر بها قرار من الوزير، وبعد قرار الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.¹ ويعارض ذلك ما اشتمل عليه نظام مزاولة المهن الصحية السعودي، حينما قرر عدم جواز إنهاء حياة أي مريض ميؤوس من شفائه طبياً -بأي حال من الأحوال- ولو كان بناء على طلبه أو طلب ذويه.²

أما القانون الفرنسي فقد اعترف وفق المادة (5-1110) من قانون الصحة العامة، بأن لكل إنسان الحق في نهاية حياة كريمة، مصحوبة بأفضل ممارسات لتخفييف المعاناة، وعلى مقدمي الخدمة الصحية بذل قصارى جهدهم لضمان احترام هذا الحق. بناء على ذلك يجوز إيقاف التغذية الاصطناعية والرعاية التلطيفية ولا يمكن استمرارها كعلاج متى ثبت أنها عديمة الفائدة أو غير مناسبة.³

كما أجاز قانون الصحة العامة الفرنسي عندما يكون المريض غير قادر على التعبير عن رغباته، وتم اتخاذ قرار بتوقف العلاج الداعم لحياته، يجب على الطبيب المسؤول عنه -حتى ولو لم يكن من الممكن تقييم معاناة المريض بسبب حالته الدماغية- أن ينفذ التخدير العميق والمستمر، الذي يسبب تغييراً في الوعي يستمر حتى الموت، ما لم يعارض المريض.⁴ وفي جميع الأحوال يحظر على الطبيب التسبب في

1 المادة/10، من المرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016م بشأن المسؤولية الطبية.

2 المادة/19، نظام مزاولة المهن الصحية السعودي، مرجع سابق.

3 الرعاية التلطيفية هي رعاية نشطة ومتواصلة يقدمها فريق متعدد التخصصات في مؤسسة طبية أو المنزل، بهدف تخفيف المعاناة النفسية والألم، وحماية كرامة المريض ودعم من حوله (راجع نص المادة/10-1110 من قانون الصحة الفرنسي).

4 Code de la santé publique, Article (R4127-36-3).

- التخدير العميق أو المستمر حتى الموت هو حق جديد اعترف به المشرع الفرنسي، في حالة الشخص الذي يعاني من مرض خطير وغير قابل للشفاء، والذي يتوقع مستقبله الصحي على المدى القصير، ويتم ذلك عن طريق تخديره حتى يدخل في نوم عميق ومستمر لمنع معاناته المستعصية، ويهدف هذا الإجراء إلى ==

إحداث الوفاة عمداً.

- ويثير تساؤل في الحالة التي يرفض فيها الآباء الاطلاع على خصوصية الطفل عند اللجوء إلى المحاكم، فهل يحق للطبيب إفشاء أسرار ومعلومات الطفل الطبية؟ عالجت العديد من التشريعات هذه المسألة صراحة، ومن بينها ما تضمنته المادة / 11 من نظام مزاولة المهن الصحية السعودي بنصها صراحة على أنه يجب على الممارس الصحي أن يحافظ على أسرار المريض ولا يجوز له إفشاوها إلا إذا صدر له أمر بذلك من جهة قضائية. كما وحدد مشروع قانون المسؤولية الطبية المصري الحالات التي يجوز فيها ل يقدم الخدمة الصحية إفشاء المعلومات الطبية، من بينها حالة ارتباط المعلومة بوقوع جريمة أو الإبلاغ عنها، أو إذا كان الإفشاء لحماية الصحة العامة في حالات الأمراض المعدية، شريطة أن يتم الإفصاح للجهة المختصة وحدها.¹ يعني ذلك إمكانية الاطلاع على المعلومات الطبية للطفل في ظل استثناءات وحالات يحددها القانون صراحة.

أما المحاكم فقد حددت عدة معايير يجب مراعاتها، حتى يكون التدخل في خصوصية الطفل مبررة، ومن بينها من أقرته المحاكم الأمريكية في قضية Gajarov v. Allegheny لسنة 2019م فيما يتعلق بالمعلومة المطلوب الإفصاح عنها:²

- تحديد نوع المعلومات الطبية المطلوبة.
- احتمال الضرر في حالة الإفصاح اللاحق غير المتواافق عليه.

==
تسكين الألم ووقف العلاجات التي تساعد على استمرار الحياة. ويتم اتخاذ هذا القرار وفق القانون بشكل جماعي من الطبيب المعالج وفريق الرعاية الصحية، مع ضرورة إشراك الأسرة في هذا القرار.

1 راجع المادة/6، مشروع قانون المسؤولية الطبية المصري وحماية المريض، مرجع سابق.

2 Gajarov v. Allegheny Cnty. (2019), Office of Children. 376 F. Supp. 3d 547 (W.D. Pa. 2019).

- كفاية الضمانات لمنع الإفصاح غير المصرح به.
- تقييم درجة الحاجة إلى الوصول إلى تلك المعلومات.
- متى توافر تفويض قانوني صريح، أو سياسة عامة واضحة أو مصلحة عامة، تعمل على الوصول إلى تلك المعلومات.

تطبيقاً لذلك في قضية Plaintiffs, v. UPMC,¹ زعم المدعون الحصول على معلومات طبية شخصية حميمية عنهم وعن أطفالهم حديثي الولادة، لغرض متابعة تحقيقات إساءة معاملة الأطفال غير المبررة، وغير ذلك من المعلومات عن علاقتهم الأسرية. وادعوا أن هذه المعلومات تم الحصول عليها بشكل يمثل انتهاكاً لتو讓他們 المعقولة فيما يتعلق بالخصوصية في علاقتهم بالأطباء، إلا أن المحكمة رأت عقد الموازنة بين ظروف تلك الأسرة، وبين مصلحة الدولة وأهمية كشف تلك المعلومات واستخدامها في سبيل حماية أطفالهم.

المطلب الثاني

الجدل في المحاكم بشأن التدخل في قرارات الآباء الطيبة

على الرغم من إقرار استقلالية الوالدين في اتخاذ قرار طفلهم المريض، إلا أن هذه الاستقلالية تمارس ضمن حدود معينة، فيمكن للأباء مقايضة مصالحهم العائلية مقابل مصلحة أطفالهم الفضلى، وعندما يؤدي ذلك إلى حرمان الطفل من الحصول على احتياجاته الأساسية، ليصبح بالغاً مستقلاً، فيعد ذلك مبرراً لتدخل الدولة. ونستطيع أن نوصف الضرر بأنه جسيم في هذه الحالة، خاصة عندما يؤدي إلى احتمالية فقدان الأرواح، التأثير على الصحة، الحرمان من الاحتياجات الأساسية،

¹ Plaintiffs, v. UPMC and ALLEGHENY COUNTY. (2024), Civil Action 20-497 (W.D. Pa. Oct. 28, 2024).

والحرمان من احتياجات الطفل لكي يصبح بالغاً مستقلأً. ويثير ذلك إشكالية هل التوازن العادل الذي يجب توافره بين المصالح المتعارضة والتي تمثل في (مصالح الطفل- مصالح الوالدين- النظام العام)، تمت مراعاتها أثناء تدخل الدولة في الفصل في تلك النزاعات؟

أولاً: فرض الدولة وصايتها عن طريق المحاكم:

إن تدخل الدولة عن طريق فرض وصايتها على الطفل يعد إعمالاً لممارسة سلطتها العامة في حماية رفاهة الطفل حال النزاع بين الآباء والأطباء في اختيار القرار الطبي المناسب للطفل، ويظهر هذا الدور لدعم الوالدين في الوفاء بمسؤولياتهم تجاه أطفالهم، كونه دوراً وقائياً لتحديد ما هو أفضل للطفل، وعندما تصدر المحكمة قرارها فإنها بذلك تكتسب السلطة الأبوية وتقاسمها مع والدي الطفل.¹ وهو ما أجازه القانون المدني الفرنسي ضمن المادة/ 378 صراحة بالنص على إمكانية سحب السلطة الأبوية من الوالدين الذين يعرضون سلامه الطفل أو صحته أو أخلاقه للخطر بشكل صريح، أو الذين فشلوا طواعية في ممارسة الحقوق والوفاء بالواجبات المنوحة لهم بموجب القانون.²

وتضمن قانون الطفل الإنجليزي لسنة 1989م، النص صراحة على فرض وصاية الدولة، وأجاز للمحكمة إصدار أمر الرعاية والإشراف الحالات الآتية: (أ) إذا كان الطفل يعاني أو يحتمل أن يعاني من ضرر جسيم، (ب) إذا كان الضرر أو احتمال وقوع الضرر يعود إلى الرعاية المقدمة أو التي يحتمل أن تقدم إلى الطفل من أحد

1 Jo Bridgeman, (2021) "Our legal responsibility . . . to intervene on behalf of the child": Recognizing public responsibilities for the medical treatment of children". Medical Law International, Vol. 21(1). P 54.

2 L'article 378 du Code civil.

الوالدين، (ج) إذا كان الطفل خارجاً عن سيطرة الوالدين.¹

ويعتمد اللجوء إلى فرض وصاية الدولة وتدخلها عن طريق المحاكم لاتخاذ القرار الطبي المناسب عن الطفل، على أمرين: الأول، وهو القدرة على اتخاذ القرار، أما الثاني، فيتمثل في تحديد المصلحة الفضلى. وأوصت عدد من المحاكم بتقديم طلب إلى المحكمة إذا كانت هناك مخاوف في نهاية اتخاذ القرار الطبي، من بين تلك الحالات على سبيل المثال:²

(أ) وجود اختلاف في الرأي الطبي، أو

(ب) عدم وجود اتفاق يتعلق بالخطة العلاجية من جانب أصحاب المصلحة في تحقيق رفاهة الطفل، أو

(ج) وجود تضارب محتمل في المصالح، يرتبط بالمشاركين في عملية اتخاذ القرار. في مثل الحالات سابقة الذكر، يجب اللجوء إلى المحكمة خاصة فيما يتعلق بقرارات الإبقاء على العلاج لضمان الحياة، وقرارات سحب أو حجب التغذية؛ ذلك أن قرار سحب العلاج عن الطفل في حالة الخلاف بين الوالدين، والذي سيقضي بلا شك على حياته، هو قرار يحمل في طياته صعوبة أكبر من مجرد ممارسة المسؤولية الأبوية. وفي الحالة التي يأخذ فيها الطبيب المعالج قراره بسحب العلاج، فإن ذلك لا يخالف القانون متى تم بناء على موافقة أحد الوالدين.³ ومن الناحية العملية ولخطورة هذا الإجراء، فعادة ما يستمر العلاج لحين اتفاق الوالدين على أنه لم يعد في مصلحة الطفل الفضلى، أو لحين صدور قرار من المحكمة. ولعل السبب في ذلك أن مثل هذه القرارات، يتبعن على كل من يتحمل المسؤولية الأبوية الموافقة عليها.

1 Children Act 1989(UK). Section 31.

2 Royal court justice. Strand London, WC 2A 211, 22-05-2020.

3 Cambridge University Hospitals NHS Foundation Trust v E (2021). EWHC 126.

يعني ذلك أن الدولة تحمي مواطنها مع مراعاة عدم انتهاك حقوقهم الدستورية، ويمثل ذلك إحدى أهم الإشكاليات التي تواجه المحاكم بصفتها ممثلة للدولة عند وجود قرار غير مناسب طبياً، وهو ما يفرض على المحاكم مراعاة التوازن بين مصلحة الطفل وحق الوالدين. ويبرز ذلك مجموعة جديدة من التوازن المتعلق بالأدوار والمسؤوليات المترادفة للأسرة والدولة في رعاية الطفل.

وأثيرت هذه المسألة في العديد من القضايا، وبصفة خاصة حينما قرر القاضي Hayden بتاريخ 7 فبراير 2020م، أن منطقة Tower Hamlets في لندن، تستطيع إجراء التطعيمات الروتينية للأطفال تحت رعاية الدولة على الرغم من رعاية والديهم، دون حاجة إلى الرجوع إلى المحكمة للحصول على موافقة منها بذلك¹. وكان ذلك بمناسبة قضية الطفل (T) الذي كان يبلغ من العمر تسعة أشهر وقت قرار القاضي، ونظرًا لسوء معاملة الوالدين وإهمالهم في رعايته ورفض تلقيه التطعيمات الروتينية للأطفال، تم وضع الطفل في الرعاية البديلة وتفويض السلطة المحلية بوضعه للتبني. وأعطى القاضي السلطة المحلية آنذاك الحق في تطعيم الطفل، حيث إن مثل هذه التطعيمات تصب في مصلحة الطفل وضمان رفاهيته.

واستأنف الوالدان قرار القاضي في قضية Re H²، ودارت الإشكالية الأساسية حول هل الدولة تتمتع بسلطة تجاوز معارضه الوالدين للتطعيمات الروتينية؟ ورفضت المحكمة استئناف الوالدين؛ مستندة في ذلك إلى أنه على الرغم من أن التطعيمات الروتينية ليست إلزامية، إلا أن الأدلة العلمية أثبتت أنها تصب في مصلحة الطفل الفضل، مالم تتوافر موانع فردية تمنع من إعطاء تلك التطعيمات. يضاف إلى ذلك أن هذه التطعيمات لا تمثل خطورة على الطفل، وعلى الرغم من وجوب مراعاة

1 Royal court justice. Strand London, WC 2A 211, 22-05-2020.

2 Re H (Parental Responsibility: Child Vaccination), (2020). EWCA Civ 664.

آراء الوالدان فيما يتعلق بتحصين الطفل عن طريق التطعيمات وأخذها بعين الاعتبار، إلا أنه يجب ألا يكون لها تأثير حقيقي على رفاهة الطفل.

يبدو من حكم المحكمة في السابقة القضائية المذكورة أن القاضي ميز بين مفهومين، هما التطعيم والعلاج الطبي، على اعتبارهما وجهان من وجه الرعاية الطبية الوقائية العامة التي تقررها الدولة لحماية الأطفال باعتبارهم أفراداً في المجتمع. وعلى الرغم من أن هذين المفهومين متداخلان، إلا أنه يمكن التمييز بينهما، في حالة عدم وجود موانع لتطعيم الطفل وفقاً للإرشادات الصحية العامة، فلا يمثل ذلك خطورة على الطفل، ويمكن التأكيد من ذلك عن طريق دراسة الشواهد الطبية حول مخاطر هذا التطعيم، والآثار الجانبية التي يمكن أن تترتب عليه.

ونلاحظ أن السلطات المحلية تكتسب المسؤولية الأبوية في هذه الحالة، خاصة مع غياب الأدلة العلمية التي تشير إلى وجود مخاوف بشأن فاعلية أحد اللقاحات الموصى بها، وسوف يكون من غير المرجح قبول اعترافات الوالدين على تطعيم أطفالهم بناء على مخاوف عامة لا تستند إلى أدلة علمية.

وفي جميع الأحوال، عندما تتولى المحكمة الوصاية على الطفل، فمن اللازم أن تأخذ في اعتبارها مقدار الألم والمعاناة المرتبطة على العلاج، ونوع الحياة التي سيعيشها الطفل إذا تم إطالة أمد حياته؛ تحقيقاً للمصلحة العامة في القرارات التي تحد من العلاج لطفل لا يستطيع اتخاذ قراره وخضع لرعاية الدولة.

ثانياً: دور المحاكم عند مراجعة طلب تدخلها لفض النزاع بين الطبيب والوالدين:
إن الحق في خصوصية الأسرة ليس مطلقاً، بل يتوقف على ما إذا كان الآباء يحترمون الاحتياجات الأساسية لأطفالهم من عدمه. ذلك ما تضمنته اتفاقية حقوق الطفل في مادتها / 24 بقولها "لكل طفل الحق في التمتع بأعلى مستوى صحي، وحقه في إعادة التأهيل الصحي وعدم حرمانه من الحصول على خدمات الرعاية الصحية

والمساعدات الطبية، واتخاذ جميع التدابير لإلغاء الممارسات التي تضر بصحته".

ويقرر القاضي "Baker" في أغلب الأحوال يكون الوالدان هم أفضل الأشخاص لاتخاذ القرارات التي تخص أطفالهم، ولا يحق للدولة سواء أكانت محاكماً أم أية سلطة عامة التدخل في ممارسة السلطة الأبوية، ما لم يكن الطفل يعني أو من المرجح أن يعني من ضرر جسيم، وحسم الجدل في مسألة معقولية كلا الخيارين، بأن الوالدين هم من يتحملون مسؤولية اتخاذ قراراتهم.

في قضية R¹, خضع الطفل لعملية جراحية لورم نخاعي، والذي تطلب المزيد من العلاج الإشعاعي، وتدخلت الجهة الصحية بعرض العلاج الإشعاعي التقليدي، إلا أن الوالدان طلبا العلاج بحزمة البروتون "proton" والتي لم تكن متوفرة لدى هيئة الخدمات الوطنية الصحية، فضلاً عن رفض الفريق الطبي التدخل بهذا العلاج لعدم فائدته في علاج تلك الحالات. فقرر والدا الطفل إخراجه من المستشفى، ولجأت الجهة الصحية إلى المحاكم بشأن خطر الإضرار بالطفل، وعندما تم القبض على الوالدين أثبتتا أنهما توصلا لخطة علاج بدillaة، وأيدتهما المحكمة وألقت بمسؤولياتهم عن اتخاذ قراراهم دون تدخل من المحكمة.

وفي سابقة قضائية أخرى NHS Trust v. Evans², ولد الطفل Alfie مصاباً بمرض التنسكس العصبي والذي أدى إلى تأكل الدماغ، وقرر الأطباء أن حياته أصبحت بلا جدوى. واختلف الفريق الطبي ووالدا الطفل حول إزالة أجهزة دعم الطفل، وفي فبراير عام 2018 رفعت الجهة الطبية الأمر إلى المحكمة، وحاول القاضي معرفة ما إذا كانت هناك إمكانية لأي تغيير للأفضل في دماغ الطفل، مطالباً بإجراء فحوصات

1 Meyer v. France King R (2014) EWHC:2964.

2 Cambridge University Hospitals NHS Foundation Trust v E [2021] EWHC 126.

بالرنين المغناطيسي، إلا أن الفحوصات أثبتت أنه لم يتبق من الدماغ سوى الماء والسائل الدماغي والشوكي.

بعد اطلاع القاضي على الأدلة المقدمة، ومن بينها آراء الأطباء المعالجين وغيرهم من الخبراء المستقلين، توافر الإجماع الطبي حول أن حالة دماغ الطفل لا رجعة فيها، ولا يوجد علاج لها، ولا يمكن استمراره إلا بالحفاظ على تواجده باستخدام وسائل صناعية، واستخدام أجهزة التنفس، وإدخال التغذية عن طريق السوائل في وحدة العناية المركزة. لذلك؛ كان قرار الأطباء سحب العلاج المكثف ورفع الأجهزة الصناعية عن الطفل، والذي بلا شك سيموت خلال فترة زمنية قصيرة.

استأنف الوالدان الحكم الصادر من المحكمة، وأيدت محكمة الاستئناف حكم محكمة الدرجة الأولى ورفضت طلب الوالدين بإبقاء الأجهزة الصناعية، ثم استأنف الوالدان أمام المحكمة العليا، وتلتها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ولكنها أعلنت عدم قبوله وتأييد رأي المحاكم السابقة في تأكيد عدم وجود جدوى من علاج الطفل، وأن استمرار التنفس الصناعي غير إنساني ولا يحقق مصلحة الطفل الفضلى.

على خلاف ذلك في قضية L D.V.¹, تقدم الأب إلى المحكمة بطلب الإذن بتطعيم الطفل القاصر بلقاح كوفيد -19، دون موافقة والدة الطفل، حيث تعارض الأم حصول الطفل على اللقاح مشككة في فاعليته، وفقاً للقانون في مقاطعة Québec الكندية، إذا لم يتمكن الوالدان من التوصل إلى اتفاق فيما يتعلق بالقرار الطبي للطفل، يتم اللجوء إلى المحكمة، والتي يجب عليها البت في هذه المسألة بما يخدم مصلحة الطفل الفضلى، ويقيمه الطبيب ذلك من خلال عدة عوامل من بينها فوائد العلاج، والمخاطر المرتبطة بهذا العلاج وخصوصية الطفل. فيرى الأب أنه من المناسب

1 H D.V. L, (2023). COUR SUPÉRIEURE- (Chambre familial). No: 500-04-078558-229. 2023 QCCS 661. <https://canlii.ca/t/jw028>.

اتباع توصيات السلطة العامة في الدولة، خاصة حينما أبدى قلقه إزاء خطر نقل العدوى إلى باقي أفراد الأسرة، مع إصرار الأم على إبداء قلقها من المخاطر التي يمكن أن يرتكبها هذا اللقاء، وصدر قرار المحكمة بتأييد قرار الأب والسماح بتطعيم الطفل، دون موافقة المدعى عليها وهي الأم، وحضرت المحكمة على الأم مناقشة أي أيديولوجيات مناهضة لللقاءات أمام الطفل. ويؤيد ذلك أيضاً القانون المدني الفرنسي عندما أورد في ثانياً المادة /3737-2(1) النص على أنه يجوز للقاضي إذا اقتضت مصلحة الطفل، أن يعهد إلى ممارسة السلطة الأبوية إلى أحد الوالدين.

وفي رأينا أن الطفل في الأساس جزء من الأسرة، والقرار الذي يأخذه الوالدان إنما يصب في مصلحة الأسرة بأكملها، وليس في مصلحة الطفل وحده، فإذا عقدنا موازنة بين الفوائد والأعباء التي ستترتب على قرار الأسرة، سوف نرجح أولوية مصلحة ورغبات الوالدين، متى ثبت أنها تصب في مصلحة الأسرة بشكل حقيقي. يضاف إلى ذلك أن مسألة اتخاذ القرار الطبي تتعلق في أغلب الأحيان بالقيم التي يسترشد بها الآباء عند تقرير مصير ابنائهم، ولو كانت تتعارض مع القرارات الطبية؛ لذلك فعلى الدولة عند التدخل في فصل النزاعات التي تتعلق بهذه المسألة، أن تعطي أولوية لقيم معينة عن غيرها.

ثالثاً: التعارض بين قيم الوالدين وقرارات المحاكم:

يتجه بعض الفقه إلى أن للمريض الحق في أن يأخذ قيمه الخاصة في اعتباره، وتقييمه للمزايا التي ستعود عليه مقارنة بالخيارات المختلفة- أيًّا كان الرأي الطبي- إلى جانب التقييم الطبي للمخاطر، وفي هذه الحالة يجب على الأطباء احترام خيار المريض، مادامت لا تفتقر إلى الأهلية القانونية لاتخاذ القرار¹.

1 David Archard and el., (2024) "How should we decide how to treat the child: harm ==

بينما يتجه رأي آخر إلى أنه يجب أن تكون الأخلاق الطبية بعيدة عن أي عقيدة دينية، وألا تتضمن نوع من النزعات الفلسفية¹. وفي رأينا أن الأخلاق الطبية هي جزء أصيل لا يمكن فصله عن العقيدة الدينية، متى كان العلاج المقترن مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بتلك العقيدة، على سبيل المثال: العلاج باستخدام الكحول.

وبمراجعة العديد من السوابق القضائية، وجدنا أن تحديد العلاج المناسب في الحالة التي يستند فيه الآباء إلى قيمهم، تنظر إليه المحاكم بحسب نوع هذه القيمة. على سبيل المثال: الاعتراضات على أساس الدين، فكثير من الأفراد يعتمدون على الإيمان في علاجهم، وهو ما أجبر المحاكم على احترام الدين، والاعتراف بأن القرارات الطبية ليست دائماً علمية. على سبيل المثال في قضية الطفلة DR والتي كانت تبلغ من العمر عشرة أشهر، وأنباء وجودها في العيادة الطبية لتقدير حالتها أصبت بنوبة صرع شديدة استمرت مدة عشر دقائق، وتوقفت عن التنفس خلال هذه الفترة لمدة 60 ثانية، وعلى الرغم من خطورة وضع الطفلة، إلا أن والديها رفضا التقييم الطبي وأي علاج آخر من الممكن أن يقدم للطفلة، على إثر ذلك تم تقديم طلب إلى المحكمة لفرض حضانتها على الطفلة، وتم قبول الطلب استناداً إلى الإهمال الطبي من جانب الوالدين، وعلى الرغم من ذلك أرجع الوالدان سبب رفض العلاج إلى أساس دينية، وأن الكنيسة ترفض كافة صور العلاج الطبي لجميع الأمراض، اعتماداً على الشفاء الروحي، وأكدوا الوالدان أنهما يؤمنان بتعاليم الكنيسة.²

==

versus best interests in cases of disagreement", Oxford University Press, Medical Law Review, 2024, (32). p 19.

1 محمد كمال محمد الجيزاوي، "الموافقة المستيرة، دراسة في الأخلاق الطبية"، مجلة وادي النيل للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية والتربوية، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، المجلد (27)، العدد (27)، جمهورية مصر العربية، سنة 2020م، ص 43.

2 D.R. (2001). OK CIV APP 21, Case Number: 94659. Decided: 01/16/2001, Mandate Issued: 02/20/2001.

جدير بالذكر أن العقيدة الكاثوليكية تعتمد على أن "قيمة حياة الإنسان بوصفها خلق الله أبعد من تقييم الإنسان أو السلطة، وليس البشر إلا مجرد مشرفين على أجسادهم دون أن يملكونها، بل ومسؤولون أمام الله عن هذه الحياة التي أعطيت لهم، ومن ثم لا يجوز لهم العبث بها أو الاعتداء عليها".¹

ومع ذلك كان للمحكمة رأي آخر، حيث اعتبرت أن الحق في رفض العلاج على أساس القيم الدينية ليس مطلقاً، خاصة في الحالات التي توجه فيها تلك القيم نحو حظر الرعاية المنقذة للحياة، مما يتربّع عليها وفاة الطفل في الأغلب، حيث اعتبرت المحاكم أن الآباء لا يجوز لهم أن يجعلوا من أطفالهم شهداء وهم صغار؛ كونهم لن يتمكنوا من الموافقة على تلك العقيدة. إضافة إلى عدم وجود نص في القانون يحرم الطفل من العلاج اللازم استناداً لسبب وحيد، يجعل من الوالد أو الوصي القانوني أن يختاره، ويلجأ إلى الأساليب الروحية من خلال الصلاة وفقاً لممارسات ومعتقدات كنيسة أو طائفة دينية معترف بها، لعلاج أو شفاء مرض أصيب به الطفل.

على الرغم أن المحكمة ليس لديها شك في أن الوالدين يعتقدان أنهما قادران على رعاية الطفلة بشكل سليم، من خلال الاعتماد على العلاج الروحي، وقد لا يشكل ذلك ضرراً للطفلة، إلا أنها وجدت أن للدولة مصلحة في حماية أطفالها، ولها حق التدخل في قرارات الوالدين إذا أدت إلى تهديد حياة طفلهما، وأكّدت المحكمة على أن الحق في حرية ممارسة الدين لا تشمل حرية تعريض المجتمع أو الطفل إلى خطر المرض أو الموت، حتى ولو كانت تصرفات الوالدين تتوافق مع معتقداتهم الدينية؛ كونهم لا يمكنهم أن يتحررُوا من القيود التشريعية متى كانت قراراتهم تشكّل تهديد للسلامة

1 نائل فوزي السودة، "سلطة الأخلاق الطبية قديماً وحديثاً" الناشر: كرسي اليونسكو للفلسفة، فرع جامعة الزقازيق، جمهورية مصر العربية، العدد (60)، سنة 2018م، ص 14.

العامة أو النظام أو صحة ورفاهة الطفل.

في مقابل ذلك، قد تجد المحاكم جدوى للموازنة بين مصالح الوالدين ومصالح الطفل والدولة استناداً إلى العقيدة الدينية، في قضية Newmark v. Williams¹ تم تأييد رأي الوالدين لعلاج ابنهما الذي يبلغ من العمر ثلاث سنوات ومصاب بمرض السرطان، وتم منحه فرصة 40% للبقاء على قيد الحياة في حالة حصوله على العلاج الكيميائي، وكان هذا العلاج سوف يسبب ألمًا للطفل، فضلاً عن ترتيبه آثارًا جانبية مؤقتة ودائمة. وقد رفض الوالدان هذا العلاج معتبرين أنهما سيطلبان العلاج من الكنيسة. في هذه القضية أصدرت المحكمة قراراً في صالح الوالدين؛ مبررة ذلك بأنه قد ينعم الطفل المريض بالحياة في جو يسوده الرعاية والحب مقابل نوع العلاج الذي تم تقريره من جانب الأطباء والذي سيترتب عليه ألمًا، بل ومشكوك في فاعليته.

خلاصة ما تقدم، فإن الآباء ليس لهم رفض كافة أنواع العلاج الطبي، ولهم كذلك الاعتراض على العلاج المقدم المبني على عقيدة دينية معترف بها، إذا بدت أنها ناجحة وأقل خطورة من العلاج الطبي. أما إذا ثبت عدم وجود قيمة علمية لاختيار الوالدين المبني على عقيدتهما، فلن تسمح المحاكم للوالدين اختيار العلاج الذي لا يحقق مصلحة الطفل ورفاهيته.

1 Newmark v. Williams Newmark v. Williams, (1991). 588 A.2d 1108 (Del. Super. Ct. 1991).

الخاتمة

إن القرار الطبي المتعلق بعلاج الطفل هو قرار خاص يتخذه الآباء بالمشاركة مع الفريق الطبي المعالج، والذي يهدف - في جميع الأحوال- إلى حماية رفاهة الطفل وفقاً للمصلحة الفضلى التي يتم الاتفاق عليها أو قبولها من جميع الأطراف المشاركة في اتخاذ القرار. ولأنه يجب التوفيق بين مسؤولية الآباء عند تحديد المصلحة الفضلى للطفل بما يتفق مع الواجبات الأخلاقية والقانونية للطبيب، فعند عدم استطاعة الطبيب ممارسة حكمه المهني والأخلاقي بما يتفق مع رغبات الوالدين، فمن الواجب إحالة الأمر إلى المحكمة، وعندئذ يقع على عاتق المحكمة تحديد خطة العلاج التي تخدم مصلحة الطفل ورفاهيته، وفقاً للأدلة والوقائع المقدمة أمامها. وبناء على ما تقدم فقد توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

- يفرض العلاج الطبي للأطفال عدة مسؤوليات تجاه الآباء والأطباء والمحاكم، حيث يتحمل الآباء المسؤولية الأولية والأساسية عند اتخاذ العلاج المناسب للأطفالهم من بين خيارات متعددة، وبما يتناسب مع مصالح الطفل الفضلى. كما يتحمل الأطباء واجبات مهنية وأخلاقية للعمل بما يحقق مصلحة الطفل الفضلى بالشراكة مع الآباء. وفي حالة الخلاف تظهر مسؤولية المحاكم التي يقع عليها عبء اتخاذ القرار وفقاً لمصلحة الطفل ورفاهيته.
- ترتبط المصالح الفضلى ارتباطاً وثيقاً بالنظريات الأخلاقية، بما فيها النفعية. واتخاذ القرارات الفعالة المرتبطة بتحديد المصالح الفضلى، يعتمد في الأساس على التنبؤ الدقيق بالعواقب.
- على الرغم من أن الوالدين لهم حرية اتخاذ القرار الطبي لأبنائهم، إلا أن هناك حدوداً لمارسة تلك الحرية؛ كون المسؤولية الأبوية مقيدة بالأخلاقيات والواجبات

المهنية، إضافة إلى المسؤولية العامة من قبل الدولة والتي تبرر التدخل لحماية رفاهة الطفل.

- حددت العديد من التشريعات المقارنة الأطر الواجب اتباعها عندما يتعلق القرار الطبي بقاصرين، ومنها من اقتصر فقط على تأكيد المسؤولية الكاملة للأبوين أو الولي أو الوصي عن القرار الطبي للطفل كالنظام السعودي والقانون المصري، ومنهم من وسع في ضوابط الوصاية بالنيابة عن قرار الطفل كالقانون الإماراتي والقانون الفرنسي، بل أعطوا الحق للقاصرين باتخاذ قراره الطبي بنفسه في ظل شروط معينة.
- تباينت آراء المحاكم في حالات إنهاء الخلاف بين مقدمي الخدمة الصحية والأباء، وعلى الرغم من ارتباطها بتشاريعات الدولة إلا أنه من الواضح مراعاتها لمصلحة الطفل الفضل في جميع الأحوال.

ثانياً: التوصيات:

- 1- وضع اشتراطات معلنة وواضحة لإقامة نظم صحية عالية الشفافية والموثوقية، بما يكفل حماية حقوق المرضى وأسرهم.
- 2- وضع آليات تضمن تقديم المعلومات الطبية للأباء بما يتناسب مع خبراتهم وقيمهم الاجتماعية، وبما يتناسب مع تخفيف الأذى الذي يشعرون به، من أجل خفض مستويات التضارب أثناء ترجيح العلاج المناسب للطفل، ولا يتحقق ذلك إلا بإكساب مقدمي الخدمة الصحية المهارات اللازمة ل القيام بذلك.
- 3- نشر الوثائق والمعلومات الالزامية بشأن ضمان سلامة المرضى وحقوقهم، بما في ذلك حقوق مقدمي الرعاية الصحية وتحديد مسؤولية كل طرف مشارك في عملية اتخاذ القرار.

- 4- ضمان التمويل الكاف لمقدمي الرعاية الصحية، بما يوفر احتياجاتهم التي على أساسها قد يتخدون قراراً علاجياً لا يتفق مع قرار الوالدين، بسبب أعبائهم

البشرية والمادية، والتي تمثل عائقاً أمام قدرتهم على تقديم الرعاية المناسبة.

5- وضع استراتيجية عامة لقطاع الخدمات الطبية -الخاص والعام- تتضمن الأهداف والأولويات الصحية العامة، وتحديد أوجه المخاطر التي يمكن تجنب حدوثها، مع ضرورة تحديد الموارد المتاحة التي تضمن تنفيذ أهداف تلك الاستراتيجية، بما فيها القيم المتعلقة بسلامة المريض.

6- اتخاذ إجراءات مستدامة، تكفل رعاية المريض، من بينها:

- تبني وسائل التكنولوجيا في توفير المعلومات الصحية الازمة، بما يسهل عملية التواصل عن بعد، والحد من ازدحام المستشفيات، وإيجاد طرق مناسبة للعلاج بأقل التكاليف.

- وضع نماذج تتضمن أطر محددة تساعده في اتخاذ القرار الطبي بشكل تشاركي بين الأطباء والأطفال أو من يمثلونهم من الآباء.

- وضع سياسات إجرائية علانية وشفافة، تنظم عملية الموافقة المستنيرة للأباء عند اتخاذ إجراءات العلاج، بما يضمن وضوح الخيارات المختلفة لهم.

- تعزيز الدعم النفسي للأباء؛ لمساعدتهم في اتخاذ القرار بشكل طوعي، وبما يصب في مصلحة الطفل.

7- على الرغم من عدم توافر معايير أساسية ومحددة على سبيل الحصر للمحاكم -والسبب في ذلك هو اختلاف الحالات المرضية التي تعرض عليها- لتحديد ما يكون في مصلحة الطفل الفضلى، إلا أنها نوصي بوضع نموذج استرشادي يتضمن الضوابط الطبية والأخلاقية والاجتماعية والدينية بحسب تشريع كل دولة، إضافة إلى بيان الحالات التي يتوافر فيها حق الدولة في التدخل لضمان حماية مصلحة مواطنها، لتحقيق ما هو أفضل للطفل.

قائمة المراجع

أولاً: مراجع باللغة العربية:

(أ) الكتب والأبحاث العلمية:

- أشرف رمال، "حقوق المرضى بين التشريع والقضاء"، مجلة الحقوق، الجامعة اللبنانية، العدد الأول، سنة 2019م.
- إبراهيم مذكور، "المعجم الفلسفي". الهيئة العامة لشؤون المطبع الاميرية جمهورية مصر العربية، القاهرة، سنة 1983م.
- حسين علي، "فلسفة الطب". الدار المصرية السعودية للطباعة والنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، القاهرة، سنة 2009م.
- لؤي فارس سيد إبراهيم، "دور إرادة المريض في الممارسة الطبية"، المجلة العربية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد الخامس والعشرون، الجامعة الإسلامية، لبنان، سنة 2024م.
- محمد كمال محمد الجيزاوي، "الموافقة المستنيرة، دراسة في الأخلاق الطبية"، مجلة وادي النيل للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية والتربوية، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، المجلد (27)، العدد (27)، جمهورية مصر العربية، سنة 2020م.
- مراد صغير، "مدى التزام الطبيب بتبيير المريض، دراسة علمية تأصيلية مقارنة"، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد 34، العدد (4)، سنة 2010م.
- نائل فوزي السودة، "سلطة الأخلاق الطبية قديماً وحديثاً". الناشر: كرسي اليونسكو للفلسفة، فرع جامعة الزقازيق، جمهورية مصر العربية، العدد (60)، سنة 2018م.

(ب) المواثيق الدولية والقوانين والتشريعات الوطنية:

- مرسوم بقانون اتحادي (دولة الإمارات العربية المتحدة) رقم (4) لسنة 2016م بشأن المسؤولية الطبية. الجريدة الرسمية العدد (601) بتاريخ 15 أغسطس 2016م.
- قانون اتحادي (دولة الإمارات العربية المتحدة) رقم (3) لسنة 2016 م بشأن حقوق الطفل "وديمة".
- قانون اتحادي (دولة الإمارات العربية المتحدة) رقم (5) لسنة 2019م في شأن تنظيم مزاولة مهنة الطب البشري.
- نظام مزاولة المهن الصحية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/59) وتاريخ 14/11/1426هـ، ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (4080489) وتاريخ 1439/1/2هـ.
- الدليل الإرشادي "المعايير السعودية للرعاية الصحية المرتكزة على الإنسان" الصادر عن وزارة الصحة السعودية، بتاريخ 2/12/2021م.
- مشروع قانون المسؤولية الطبية وحماية المريض المصري، وافق عليه مجلس الشيوخ المصري في 23/12/2024م
- قانون الصحة العامة الفرنسي لسنة 1935م وأحدث تعديلاته. Code de la santé publique
- قانون حقوق المرضى الفرنسي لسنة 2002م. Loi relative aux droits des patients
- قانون الطفل بالمملكة المتحدة لعام 1989م. (Children Act 1989) (UK)
- قانون التبني والأسر الآمنة (ASFA) الأمريكي، 1997م. Adoption and Safe

(Families Act (ASFA

- قانون منع ومعالجة إساءة معاملة الأطفال (CAPTA) 1996م.
- المبادئ التوجيهية للرعاية البديلة للأطفال- الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 2009م، الدورة الرابعة والستون، بناء على تقرير اللجنة الثالثة رقم (A/64/434).
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م.
- اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989م.
- الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهة الطفل لعام 1990م، دخل حيز التنفيذ في 29 نوفمبر 1999م.

ثانياً: مراجع باللغة الأجنبية:

- A Local Health Board v Y (A Child) and Others (2016). EWHC 206 (Fam).
- Agency for Health Care Policy and Research. Acute pain management: Operative or medical procedures and trauma. Rockville: Department of Health and Human Services, Pub. No. 94e0592, (1992).
- Buchanan AE, Brock DW. (1989) Deciding for others: the ethics of surrogate decision making. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cambridge University Hospitals NHS Foundation Trust v E (2021). EWHC 126.
- Castleberry, C. (2017) 'God makes no mistakes': Christian couple in Michigan are charged with manslaughter after they refused jaundice treatment for their newborn daughter. Published: 22:25 GMT, 28 September 2017. Retrieved 23 Nov 2024. <http://www.dailymail.co.uk>.

[co.uk/news/article-4930978/Jaundice-kills-baby-parents-refuse-treatment-her.html](https://www.co.uk/news/article-4930978/Jaundice-kills-baby-parents-refuse-treatment-her.html).

- Charles Gard and Others v the United Kingdom, (2018): Application No 39793/17: European Court of Human Rights (First Section).
- Cooper R, Koch KA (1996). Neonatal and pediatric critical care: ethical decision making. Crit Care Clin.
- David Archard and el., (2024) "How should we decide how to treat the child: harm versus best interests in cases of disagreement", Oxford University Press, Medical Law Review, 2024, (32).
- Diekema DS (2004). Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. Theor Med Bioeth.
- Douglas L. Hill and others (2017). Parental Concordance Regarding Problems and Hopes for Seriously Ill Children: A Two-Year Cohort Study. Journal of Pain and Symptom Management. Vol. 53 No. (5 May 2017).
- D.R. (2001). OK CIV APP 21, Case Number: 94659. Decided: 01/16/2001, Mandate Issued: 02/20/2001.
- Gajarov v. Allegheny Cnty. (2019), Office of Children. 376 F. Supp. 3d 547 (W.D. Pa. 2019).
- Gillam, L. (2015) "The zone of parental discretion: An ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child". Clinical Ethics.
- Hariyani, S. (2005). "Sengketa medik: alternatif penyelesaian perselisihan antara dokter dengan pasien. Diadit Media". Safitri Hariyani- Jakarta: Diadit Media.
- H D.V. L, (2023). COUR SUPÉRIEURE- (Chambre familiale). No: 500-04-

078558-229. 2023 QCCS 661. <https://canlii.ca/t/jw028>.

- Indi Gregory, Cas No: FD23P004452. Royal courts of justice strand, London, WC2A.2LL, 8 November 2023.
- Jean Bernier, Plaintiff, v. Carl Koenigsmann, et al. (2021), 05-13-2021. 9:17-CV-0254 (DNH/ATB), United States district court northern district of New York.
- Jo Bridgeman, (2021) "Our legal responsibility . . . to intervene on behalf of the child': Recognizing public responsibilities for the medical treatment of children". Medical Law International, Vol. 21(1).
- Johan Christiaan Bester. (2018). The best interest standard and children: clarifying a concept and responding to its critics. Bester JC. J Med Ethics. doi:10.1136/medethics-2018-105036
- Mackintosh, K., McConnell, P. (2022). Parent and medical team disagreements in the UK: universal lessons in the origins and resolution in conflict. J Anesth Analg Crit Care 2, (47). <https://doi.org/10.1186/s44158-022-00075-2>
- Maxwell J Smith. How 'Ought' the Best Interests of Children be Considered in Medical Decision-making? Canadian Journal of Bioethics, June 2024 -7(2-3):222.
- Meyer v. France King R (2014) EWHC:2964.
- Meyer v. France, (2021). <https://www.canlii.org/en/>.
- Newmark v. Williams Newmark v. Williams, (1991). 588 A.2d 1108 (Del. Super. Ct. 1991).
- Ney v. Canada (Attorney General), (1993). CanLII 1301 (BC SC). <https://canlii.ca/t/1dhsj>.

- Nottingham University Hospitals NHS Foundation Trust v Gregory & Ors (2023), EWHC 2556 (Fam); <https://www.judiciary.uk/>.
- Norbert J. Weidner, MD, and Diane M. Plantz, MD, MA. (2014)" Ethical Considerations in the Management of Analgesia in Terminally Ill Pediatric Patients". *Journal of Pain and Symptom Management*. Vol. 48 No. 5 November 2014.
- Plaintiffs, v. UPMC and ALLEGHENY COUNTY. (2024), Civil Action 20-497 (W.D. Pa. Oct. 28, 2024).
- Pope, T. (2017). 'Marwa Bouchenafa - French Court Orders Clinicians to Treat Baby over Their Objections.' Medical Futility Blog from <http://medicalfutility.blogspot.co.uk/2017/03/marwa-bouchenafa-french-court-orders_19.html>.
- Prince v. Massachusetts, (1944).321 U.S.158.
- Re H (Parental Responsibility: Child Vaccination), (2020). EWCA Civ 664.
- Rhodes R, Holzman IR (2004). The not unreasonable standard for assessment of surrogates and surrogate decisions. *Theor Med* 2004.
- Royal court justice. Strand London, WC 2A 211, 22-05-2020.
- R v BM (2018), EWCA Crim 560.
- Schoeman F. (1985), Parental discretion and children's rights: background and implications for medical decision-making. *J Med Philos*.
- Spijkers, L. (2015) "The zone of parental discretion: An ethical tool for dealing with disagreement between parents and doctors about medical treatment for a child". *Clinical Ethics*.
- Spijkers AS, Akkermans A, Smets EMA, et al. (2022), "How doctors manage conflicts with families of critically ill patients during

conversations about end-of-life decisions in neonatal, pediatric, and adult intensive care". Intensive Care Med. 48, (7).

- Tafida Raqeeb v. Barts NHS Foundation Trust (2019), EWHC 2531.
- United Nations Human rights. (2002). 'Convention on the Rights of the Child.' From <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>.
- Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997). Supreme Court of the United States. Decided June 26, 1997.
- Weaver MS, October T, Feudtner C, Hinds PS. "**Good-parent beliefs": research, concept, and clinical practice.**" Pediatrics. 2020;145(6). doi:10.1542/peds.2019-4018.
- Wilkinson D, Savulescu J. (2018), "Ethics, conflict and medical treatment for children: From disagreement to dissensus [Internet]." London (UK): Elsevier; 2018 Sep 4.

الموقع الإلكتروني:

- الموقع الرسمي لحكومة الولايات المتحدة الأمريكية <https://acf.gov>
- الموقع الرسمي لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة <https://uaelegislation.gov.ae>
- موقع هيئة الخبراء السعودي <https://www.boe.gov.sa>
- موقع الأمم المتحدة لحقوق الإنسان <http://www.ohchr.org>

طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بمبادأ حسن النية في المراحل السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة)

الباحثة: أميرة بخيت علي مبارك الكثيري

و

د. رغيد عبد الحميد فتال

كلية القانون، جامعة عجمان

تاريخ التسليم: 2025/4/20 تاريخ القبول: 2025/5/9

**THE NATURE OF LIABILITY
ARISING FROM BREACH OF
THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH
IN THE STAGES PRECEDING
THE CONTRACT**

(Comparative study)

**Researcher: Ameera Bakheet Ali Mubarak AlKatheeri
&**

Dr. Raghid Abdulhamid Fattal

College of Law - Ajman University

ملخص

هدفت الدراسة إلى التعرف على طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المراحل السابقة على التعاقد، وتكمّن أهمية هذه الدراسة في معالجة القصور التشريعي في قانون المعاملات المدنية الاتحادي في هذا الجانب، وقد انتهجهت المنهج التحليلي والمقارن لتحليل نصوص القانون الإماراتي ومقارنته بالقانون والفقه المقارن، وفي هذا الصدد اخترت نصوص القانون المدني الأردني، أخذًا في الاعتبار بتأثير القانون المدني الإماراتي بهذا القانون، ولتحديد مدى توافقه أو اختلافه مع موقف المشرع الإماراتي بخصوص تنظيمه لمبدأ حسن النية في العقد بصفة عامة، وبنظرنيمه لموضوع هذه الدراسة بصفة خاصة. وفي المقابل لذلك، اخترت مقارنة القانون المدني الإماراتي بأحكام القانون المدني المصري، أخذًا في الاعتبار بأن أغلب أحكام القانون المدني المصري مستنبطة من القانون المدني الفرنسي، مع الاطلاع على تحديث مرسوم أكتوبر 2016. كما ذكرت بعض القوانين والأنظمة الأجنبية في هامش بعض الصفحات كالقانون المدني الإيطالي، ومبادئ توحيد قواعد التجارة الدولية، ومبادئ اليونيدرو في معرض اطلاعى على البحوث والرسائل العلمية ذات الصلة المباشرة بالموضوع بهدف الاستفادة منها.

وقد تم التوصل في هذه الدراسة بأن مبدأ حسن النية في العقود من النظام العام، وبأن أساس التزام الأطراف بهذا المبدأ خلال المراحل السابقة على التعاقد يرجع إلى مضمون وطبيعة هذا المبدأ، كما تم التوصل إلى نتيجتين هامتين بشأن الخلاف الفقهي الحاصل في تحديد طبيعة المفاوضات، أما النتيجة الأولى فهي متعلقة بطبيعة المفاوضات الصريحة المصحوبة باتفاق مكتوب ينظم عملية وإجراءات التفاوض القائمة بين الطرفين؛ حيث تعتبر طبيعة هذه المفاوضات عقدية بموجب هذا الاتفاق، ومن ثم تطبق بشأنها قواعد المسؤولية العقدية، أما النتيجة الثانية فهي بخصوص المفاوضات غير المصحوبة باتفاق مكتوب وصرح ينظم عملية وإجراءات التفاوض بشأن عقد معين، والتي تكتسب الطبيعة العقدية بموجب ما يسمى بعقد

التفاوض الضمني؛ والذي قد ينشأ بين الطرفين بمجرد صدور إيجاب بالتفاوض من أحد الأطراف للآخر يعبر فيه عن رغبته الجادة في التفاوض معه بشأن عقد معين، فيقترن بهذا الإيجاب قبول مطابق من الأخير، أو في الحالة التي تصبح فيها هذه المفاوضات منتظمة؛ ومستمرة مدة معقولة من الزمن؛ ومتقدمة بحيث تصل المفاوضات إلى أقرب مستوى لانعقاد العقد النهائي بما يعكس وجود نية مشتركة وجادة بين الطرفين في إجراء تنظيم تعاقدي للمفاوضات الجارية بينهما؛ أو في الحالة التي يصدر فيها أي تصرف أو فعل مشترك من الطرفين يمكن أن يستدل منه على وجود اتفاق ضمني وجاد بينهما على التفاوض بشأن عقد ما، ففي مثل هذه الحالات، تعتبر طبيعة المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض عقدية، وعلى أساس ذلك تطبق بشأنها قواعد المسؤولية العقدية، وفيما عدا ذلك تعتبر المفاوضات مجرد أعمال مادية لا ترتب أية آثار قانونية، ومن ثم تطبق بشأنها قواعد المسؤولية التقصيرية.

وفي هذا الصدد، يتضح عدم مواكبة المشرع الإماراتي للتطور الحاصل في بعض التشريعات الغربية التي تفرض صراحةً في نصوصها على الأطراف الالتزام بحسن النية في مرحلتي المفاوضات وإبرام العقد. كما يلاحظ وجود ازدواجية في تطبيق أحكام المسؤولية القانونية على المفاوضات في القضاء الإماراتي، حيث يطبق على المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض صريح أحكام المسؤولية التقصيرية بغض النظر عن وجود عقد تفاوض صريح ضمني بين الطرفين من عدمه، بينما يطبق على المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض صريح أحكام المسؤولية العقدية. كما نرى بأن كل ما تم التوصل إليه بخصوص أصل وطبيعة مرحلة المفاوضات ينسحب أيضاً إلى مرحلة إبرام العقد، باعتبارها مرحلة تكميلية يتم فيها استكمال ما تم التوصل إليه في مرحلة المفاوضات. وتوصي الدراسة ببعض المواد القانونية التي تتطلع الباحثة إيرادها في قانون المعاملات المدنية الاتحادي لتدارك القصور التشريعي المتمثل في عدم تنظيم مبدأ حسن النية في المراحل السابقة على التعاقد.

الكلمات الدالة: مبدأ حسن النية، المفاوضات، إيجاب، عقد تفاوض، مسؤولية.

Abstract

The study aimed to identify the nature of liability arising from breaches of the principle of good faith in the pre-contractual stages. The importance of this study lies in addressing the legislative shortcomings in the Federal Civil Transactions Law in this regard. I adopted an analytical and comparative approach to analyze the texts of the UAE law and compare them with comparative law and jurisprudence. In this regard, I selected the texts of the Jordanian Civil Code, taking into account the impact of this law on the UAE civil law, and to determine the extent of its compatibility or divergence with the position of the UAE legislator regarding its regulation of the principle of good faith in contracts in general, and its regulation of the subject of this study in particular.

Conversely, I chose to compare the UAE Civil Code with the provisions of the Egyptian Civil Code, taking into account that most of the provisions of the Egyptian Civil Code are derived from the French Civil Code, as amended in 2016. I also mentioned some foreign laws and regulations in the margins of some pages, such as the Italian Civil Code, the Principles for the Unification of International Trade Rules, and the UNIDROIT Principles, while reviewing research and academic dissertations directly related to the subject with the aim of benefiting from them.

This study concluded that the principle of good faith in contracts is a matter of public order, and that the basis for the parties' commitment to this principle during the stages preceding contracting is due to the content and nature of this principle. Two important results were also reached regarding the jurisprudential dispute that has arisen in determining the nature of negotiations. The first result relates to the nature of explicit negotiations accompanied by a written agreement regulating the

negotiation process and procedures between the two parties. The nature of these negotiations is considered contractual by virtue of this agreement, and therefore the rules of contractual liability apply to them. The second result concerns negotiations not accompanied by a written and explicit agreement regulating the negotiation process and procedures for a specific contract, which acquire a contractual nature by virtue of what is called an implicit negotiation contract. This may arise between the two parties simply by issuing an offer to negotiate from one party to the other, expressing a serious desire to negotiate with him regarding a specific contract. This offer is coupled with a corresponding acceptance from the latter, or in the case where these negotiations become regular, continue for a reasonable period of time, and are advanced such that the negotiations reach the closest level to concluding a final contract, reflecting the existence of a common and serious intention between the two parties to conduct a contractual regulation for the ongoing negotiations between them. Or in the event that any joint action or deed is issued by the two parties that can be inferred from the existence of an implicit and serious agreement between them to negotiate a contract, in such cases, the nature of negotiations not accompanied by a contractual negotiation is considered contractual, and accordingly, the rules of contractual liability apply. Otherwise, negotiations are considered mere material acts that do not entail any legal effects, and therefore, the rules of tort liability apply.

In this regard, it is clear that the UAE legislator has not kept pace with the developments in some Western legislation, which explicitly impose in their texts the obligation of parties to act in good faith during the negotiation and contract conclusion stages. Furthermore, there is a duality in the application of legal liability provisions to negotiations in the UAE

judiciary. The provisions of tort liability apply to negotiations not accompanied by an explicit negotiation contract, regardless of whether there is an implicit negotiation contract between the two parties. Meanwhile, the provisions of contractual liability apply to negotiations accompanied by an explicit negotiation contract. We also see that everything we have learned regarding the origin and nature of the negotiation phase also applies to the contract conclusion phase, as it is a complementary stage in which what was reached during the negotiation phase is completed. The study recommends some legal provisions that the researcher hopes to include in the Federal Civil Transactions Law to address the legislative shortcomings represented by the failure to regulate the principle of good faith in the stages preceding contracting.

Keywords: Principle of good faith, negotiations, offer, negotiated contract, liability.

أولاً: التعريف بموضوع البحث

تنقسم مراحل تكوين العقد النهائي إلى مرحلتين مختلفتين عن بعضهما البعض، الأولى: هي مرحلة المفاوضات، أما الثانية: فهي مرحلة إبرام العقد. وتتجدر الإشارة هنا بأنه من غير الضروري أن يمر العقد أثناء تكوينه، بهاتين المرحلتين معاً. حيث يتوقف تحديد هذا الأمر على طبيعة العقد النهائي، فإذا كان من العقود البسيطة المألوفة في حياتنا، كعقود الاستهلاك اليومية، فلا يتطلب عادةً لانعقاده دخول الأطراف في مفاوضات بشأنه، ويكتفى لإتمام انعقاده أن يمر العقد بمرحلة إبرام العقد فقط. وعلى عكس ذلك، فيما لو كان العقد النهائي من العقود المعقدة، والمركبة¹، التي تعد من نتاج التطور المتسارع في كافة المجالات الحيوية في الوقت الراهن، " مثل: عقود نقل التكنولوجيا، وعقود التنقيب عن المعادن، وعقود التوريدات الضخمة، وعقود الإنشاءات الهندسية"² وغيرها. فهذا النوع من العقود من المستحيل انعقاده بشكل فوري، ويطلب لانعقاده الدخول في مفاوضات جدية، ومكثفة، قد تستغرق فترة من الزمن، الأمر الذي يستلزم أن يمر العقد خلال فترة تكوينه بهاتين المرحلتين(³).

1 " وهي عقود تنصب على عمليات ذات تعقيدات فنية مركبة وتبرم بين شركات عملاقة وضخمة والتي يمتد تنفيذها لفترة زمنية طويلة". نقاً عن أبحار حامد حبش علي، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، جامعة الاسراء الخاصة - كلية الحقوق،الأردن، 2015، ص .13

2 نقاً عن هدى بن يوب، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدى-أم البوقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم الحقوق، الجزائر، 2013، ص 113.

3 عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى: "دراسة مقارنة"، المصدر: مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، الناشر: جامعة المنوفية-كلية الحقوق، مصر، مجلة محكمة، مج 10، ع 2001، ص 207.

ونتناول في هذا البحث دراسة ماهية هذه المراحل، وأساس التزام الأطراف بمبدأ حسن النية خلالها، وطبيعة المسؤولية القانونية في هذه المراحل، وعلى أساس ذلك يتم تحديد طبيعة مسؤولية الإخلال بهذا المبدأ خلال هذه المراحل-موضوع هذه الدراسة.-

ثانياً: أهمية البحث وأهدافه

1. من الناحية النظرية: تُمكّننا هذه الدراسة من معرفة طبيعة المراحل السابقة على التعاقد، الأمر الذي يُسهل علينا معرفة طبيعة قواعد المسؤولية القانونية المطبقة على الطرف المخل بمبدأ حسن النية خلال هذه المراحل. كما تُمكّننا هذه الدراسة أيضاً من معرفة التوجه التشريعي والقضائي في دولة الإمارات العربية المتحدة بهذا الخصوص؛ ومعرفة مدى تماشي هذا التوجه مع التطور الحاصل في الفقه والقانون المقارن في هذا الشأن من عدمه؟

2. من الناحية التطبيقية: قد يساهم تحديث نصوص قانون المعاملات المدنية الاتحادي بدولة الإمارات وفقاً لمخرجات هذه الدراسة في معالجة القصور التشريعي في القانون المذكور المتعلقة بتنظيم مبدأ حسن النية خلال المراحل السابقة على التعاقد، كما أن من شأن ذلك أن يعزز دور مبدأ حسن النية في حماية الطرف حسن النية المتضرر من تصرفات الطرف الآخر أثناء تعامله معه خلال هذه المراحل، الأمر الذي يسهم في إعادة التوازن العقدي خلال هذه المراحل، ومن ثم تحقيق العدالة المنشودة.

ثالثاً: إشكالية البحث

تتمحور إشكالية البحث الأساسية في تحديد طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المراحل السابقة على التعاقد، وللتمكن من الوصول إلى حل لهذه الإشكالية، فإنه ينبغي الإجابة على بعض التساؤلات المثارة في هذا الشأن وفقاً للآتي:

- ما هو الفارق بين مفهوم مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد؟ وما هو الحد الفاصل بينها؟
- وما هو أساس التزام الأطراف بمبدأ حسن النية في المراحل السابقة على التعاقد؟
- وما هو الفارق بين المفاوضات القائمة على عقد تفاوض صريح والمفاوضات القائمة على عقد تفاوض ضمني؟ وما هي طبيعة كل منها؟
- وما هو عقد التفاوض وأنواعه؟ وهل له تأثير على طبيعة هذه المراحل؟
- وما هو نوع قواعد المسؤولية التي يفترض تطبيقها على الطرف المخل بمبدأ حسن النية أثناء تعامله مع الطرف الآخر خلال مرحلتي المفاوضات وإبرام العقد؟ وهل نظم المشرع الإماراتي هذه المسألة؟
- وهل اعترف القضاء الإماراتي بمرحلة المفاوضات ورتب عليها آثاراً قانونية؟

رابعاً: منهج البحث

تم الاعتماد في هذا البحث على المناهج الآتية:

- المنهج التحليلي، لتحليل موقف المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية الاتحادي من تنظيم المراحل السابقة على التعاقد من عدمه؛ ومعرفة مدى كفاية النصوص في تنظيم مبدأ حسن النية خلال هذه المراحل من عدمه؛ ومدى الحاجة إلى تعديل بعض النصوص؛ أو استحداث نصوص جديدة في القانون المذكور في هذا الشأن من عدمه.
- المنهج المقارن، لمعرفة مدى توافق المشرع المدني الإماراتي مع موقف القانون المقارن، وفي هذا الصدد اخترت المقارنة مع القانونين المصري والأردني وفقاً لما بينته من أسباب في ملخص الدراسة، بالإضافة إلى بحث موقف القانون المدني الفرنسي وفقاً لتعديل سنة 2016؛ وبعض القوانين والأنظمة الأجنبية ذات الصلة

بموضوع الدراسة للاستفادة منها، مع اطلاعنا على موقف الفقه المقارن بهذا
الخصوص.

3. المنهج التطبيقي، لمعرفة موقف القضاء الإماراتي والقضاء في مصر والأردن من
تحديد طبيعة مسؤولية الإخلال بمبدأ حسن النية في المراحل السابقة على
التعاقد، وهل يوجد تشابه أم اختلاف في مواقف كلاً منها، مع الاستشهاد ببعض
السابق القضائية للقضاء المدني الفرنسي ذات الصلة بموضوع الدراسة
للاستفادة منها.

خامساً: خطة البحث

بقصد التوصل لإجابة على إشكالية البحث الموضحة أعلاه، تم تقسيم خطة
البحث على النحو الآتي:

- المبحث الأول: ماهية المراحل السابقة على التعاقد
- المطلب الأول: مفهوم المراحل السابقة على التعاقد
- المطلب الثاني: أساس التزام الأطراف بمبدأ حسن النية في المراحل
السابقة على التعاقد
- المبحث الثاني: طبيعة المسؤولية في المراحل السابقة على التعاقد
- المطلب الأول: المسؤولية القانونية المطبقة على المفاوضات بموجب
عقد تفاوض ضمني
- المطلب الثاني: المسؤولية القانونية المطبقة على المفاوضات بموجب
عقد تفاوض صريح

المبحث الأول

ماهية المراحل السابقة على التعاقد

لا شك، بأن معرفة ماهية المراحل السابقة على التعاقد؛ يُسهل علينا دراسة كل مرحلة على حدة؛ ويستتبع ذلك تحديد أساس التزام الأطراف بمبدأ حسن النية خلالها، الأمر الذي من شأنه أن يساعدنا على تحديد طبيعة هذه المراحل من جهة؛ بالإضافة إلى تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذا المبدأ خلال هذه المراحل من جهة أخرى.

المطلب الأول

مفهوم المراحل السابقة على التعاقد

تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين رئيسيين، نتحدث في الأول عن مفهوم مرحلة المفاوضات، بينما نتحدث في الثاني عن مفهوم انتهاء مرحلة المفاوضات وإبرام العقد النهائي.

الفرع الأول

مفهوم مرحلة المفاوضات

توصف مرحلة المفاوضات بأنها مرحلة استكشافية للأطراف الراغبة في التعاقد، حيث يتعرف كل طرف خلال هذه المرحلة على شروط ومتطلبات الطرف الآخر، وعلى المواقف الخاصة بمحل المفاوضة، وعلى مشروع العقد المستقبلي، من خلال تبادل وجهات النظر؛ والمقترنات، والآراء؛ والدراسات ذات الصلة بموضوع المفاوضة؛ ليصبح كل طرف على بيته من شروط وأحكام العقد المراد إبرامه، الأمر الذي يجعله قادراً على تقييم موقفه من المفاوضة، وما إذا كان يرغب في العدول أو الاستمرار فيها من عدمه. كما توصف أيضاً بأنها مرحلة تأسيسية للعقد النهائي المراد إبرامه، يتم

خلالها تحديد المعالم الرئيسية لهذا العقد¹.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن للمفاوضات تأثير كبير على مستقبل العقد النهائي، حيث يتم خلالها تحديد أغلب الالتزامات والحقوق المراد تضمينها في العقد المراد إبرامه، مما يضمن للطرفين المحافظة على التوازن العقدي في هذا الجانب خلال فترة تنفيذ هذا العقد. كما أن لهذه الفترة تأثير كبير على صياغة العقد النهائي، فكلما كانت المفاوضات ناجحة، كلما أدى ذلك إلى صياغة مشروع العقد النهائي بصورة محكمة، مما يتربّ عليه التقليل من حدوث نزاعات مستقبلية بين الطرفين أثناء تنفيذ العقد. هذا إلى جانب دور المفاوضات في تفسير بنود وأحكام العقد النهائي، كلما اقتضت الحاجة إلى ذلك؛ فالقاضي قد يعتمد في تفسيره على مجريات المفاوضات، للكشف عن النية الحقيقية المشتركة للأطراف. ولا ننسى أيضاً دور المفاوضات المهم في تكميل العقد النهائي، وذلك في الحالة التي يحيل فيها الأطراف إلى المفاوضات لتنظيم مسألة معينة للعقد، كتحديد ثمن المبيع، أو محل العقد وغيرها من الأمور، ففي هذه الحالة تعتبر المفاوضات جزءاً لا يتجزأ من العقد النهائي. بالإضافة إلى دورها الهام في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقود ذات الطبيعة الدولية؛ وكذلك دورها في تسوية النزاعات المحتملة، التي قد تثور بين الطرفين أثناء تفاوضهم، فيما لو اتفق الأطراف على أحكام معينة تنظم هذه النزاعات.².

1 ورد في الفقه العديد من التعريفات للمفاوضات، نذكر منها التعريف الآتي: "بأنها المناقشة المشتركة بين طرفين متقابلين بقصد عناصر عقد مستقبلي"، كما جاء في تعريف آخر لها بأنها: "تبادل وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه ومناقشتها، وتعبير المفاوضين عن موقفهم من العروض والعروض المقابلة تمهدًا للوصول إلى اتفاق نهائي". مشار لهذين التعريفين لدى خالد صقر أبو زهرة، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت- كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2021، ص 12.

2 رعد أحمد عبد ربه اللوزي، التنظيم القانوني لمراحل المفاوضات العقدية في القانون الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية، جامعة عجمان، 2026، ص 12.

وبصدق تحديد نطاق فترة المفاوضات، يمكن القول، بأن هذه الفترة تبدأ منذ لحظة قبول الطرف الآخر للإيجاب بالتفاوض الصادر عن الطرف الراغب في التفاوض معه بشأن عقد ما¹. مع الجدير باللحظة هنا، بأنه يتبع لاعتبار ما يقوم به الطرفان من مناقشات؛ ومباحثات؛ وإجراءات وغيرها ضمن دائرة المفاوضات، أن تصدر هذه الأعمال بناءً على تبادل مشترك بين الطرفين؛ بنية الوصول إلى اتفاق حول العقد المراد إبرامه بينهما. وترتيباً على ذلك؛ فإنه يستبعد من نطاق المفاوضات؛ المناقشات التي تحدث بين الطرفين قبل التعاقد، بقصد الاستفسار أو السؤال عن أمر معين، وكذلك، المناقشات التي تصدر من طرف واحد، كالحوارات التي تحدث بين الطرف ومستشاريه. وأيضاً، المناقشات التي تتم بين أشخاص متعددين؛ لكنهم يمثلون جانب واحد في المفاوضات، كالمناقشات التي تحدث بين شركتين للتوصل إلى تفاصيل بخصوص تمثيلهم كطرف واحد في المفاوضات الجارية مع الطرف الآخر، فهذا النوع

==

دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية-كلية الدراسات العليا، الأردن، 2016، صص 19-34؛
ليناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني: دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية
المعاصرة، المصدر: مجلة جامعة بابل-العلوم الإنسانية، الناشر: جامعة بابل، العراق، مجلة محكمة،
مج 21، ع 3، 2013، ص ص 952-951.

1 قد يصدر الإيجاب بالتفاوض بشكل صريح وذلك في الحالتين الآتيتين: 1) إذا وجه الإيجاب إلى شخص معين دون الدعوة إلى المناقشة وهو أسلوب التعاقد المباشر. 2) إذا وجه الإيجاب إلى الجمهور مع الدعوة إلى المناقشة وهو أسلوب التعاقد بطريق المناقشة؛ كما قد يصدر بشكل ضمني إذا اتخذ إحدى الصورتين: 1) إذا لم يتضمن الإيجاب العناصر الجوهرية للعقد المستقبلي المراد إبرامه؛ كمن يعرض سيارته أو منزله للبيع أو الإيجار دون ذكر الثمن. 2) إذا اقترب الإيجاب بتحفظ مطلق، وهو تحفظ تحكمي يعطي للموجب امكانية الموافقة أو عدم الموافقة على إبرام العقد مع شخص معين، مما يفقده صفتة كإيجاب بالتعاقد، ويحوله إلى إيجاب ضمني بالتفاوض. للمزيد من التفصيل حول الإيجاب بالتفاوض وأنواعه انظر: عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص ص 222-224؛ أنظر أيضاً رعد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، ص ص 42-35.

من التفاوض لا يرتقي أية التزامات على الطرف الآخر، نظراً لعدم ارتباطها بمحل التفاوض الأصلي، ولصدورها من طرف واحد، إلا إذا اتفق أطراف التفاوض على اعتبارها جزءاً من مفاوضات العقد المراد إبرامه¹.

كما يستبعد من نطاق المفاوضات أيضاً، تلك المناقشات التي تجري بين الطرفين بعد انعقاد العقد النهائي، حيث تعتبر هذه المفاوضات أثراً من آثار العقد النهائي، ويطبق بشأنها الأحكام المتفق عليها في العقد المبرم بين الطرفين، بخلاف طبيعة المفاوضات السابقة على التعاقد²، التي سنحاول تحديدها في المبحث الثاني من هذا البحث بالتزامن مع دراسة طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بمبدأ حسن النية خلال المراحل السابقة على التعاقد، نظراً لوجود ارتباط وثيق بين هذين الموضوعين، وتفادياً للتكرار.

هذا، وتنهي فترة المفاوضات منذ اللحظة الأولى التي تبدأ فيها مرحلة إبرام العقد وفقاً لما سوف نبينه في الفرع التالي.

1 محمد أحمد محمود العكام، العدول عن إبرام العقد في مرحلة التفاوض وأثره القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية-كلية الدراسات العليا، الأردن، 2015، ص ص 11-13؛ شرف علي خالد بعيرات، آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك-كلية القانون، الأردن، 2018، ص ص 69-68.

2 محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، ص 8؛ وفي هذا الصدد، يعبر اتجاه في الفقه للتفريق بين التفاوض السابق واللاحق على التعاقد بالقول: "فالالتزام بالتفاوض في مرحلة التنفيذ يدخل إلى حد كبير في إطار العدالة، بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد يدخل في دائرة القانون حيث يجب أن يسود مبدأ حسن النية بما يتحققه من عدالة طبقاً لما تقرره النصوص القانونية". نقاً عن هدى بن بوب، مرجع سابق، ص 113.

الفرع الثاني مفهوم انتهاء مرحلة المفاوضات وإبرام العقد النهائي

مرحلة إبرام العقد النهائي هي تلك "المرحلة التي يتم فيها انعقاد العقد نهائياً وذلك عن طريق تبادل إيجاب وقبول متطابقين دون الخوض في نقاش حوله"¹ وقد اختلف الفقه² في تحديد نطاق هذه المرحلة إلى رأيين، الأول يوسع من نطاق المفاوضات، ويعتبرها كل الفترة قبل العقدية، بحيث لا تنتهي إلا منذ اللحظة التي ينعقد فيها العقد نهائياً، وهو بذلك يجعل مرحلة إبرام العقد جزءاً من مرحلة المفاوضات.

بينما ذهب الرأي الثاني - ونؤيده في ذلك - إلى التفريق بين مرحلة إبرام العقد ومرحلة المفاوضات، من خلال تحديد الحد الفاصل بين هاتين المرحلتين من الناحية الموضوعية. وبموجب هذا الرأي، تنتهي فترة المفاوضات منذ اللحظة التي يصدر فيها إيجاب بالتعاقد³، وب مجرد صدوره ينتقل الطرفان من مرحلة المفاوضات إلى مرحلة إبرام العقد النهائي. فالإيجاب بالتعاقد هو عرض يعبر به الشخص بوجه جازم، وقطعي عن إرادته في إبرام عقد معين، ويتضمن جميع المسائل الجوهرية الكافية لانعقاد العقد النهائي، فيما لو اقتنى هذا الإيجاب بقبول مطابق. أما الإيجاب

1 عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص 207.

2 ذات المرجع، ص 210-209.

3 غالباً ما يتشارك المتفاوضان في تشكيل الإيجاب بالتعاقد في العقود التي تحتاج لانعقادها الدخول في مفاوضات، ويحدث ذلك عندما لا يلقى الإيجاب الأول قبولاً ولا رفضاً من الطرف الثاني، بل يصادفه اقتراح مضاد يشمل تعديلاً لهذا الإيجاب، وقد يتكرر ذلك، عندما يقدم الموجب (صاحب الإيجاب الأول) اقتراحاً مضاداً بتعديل الإيجاب الثاني، وهكذا يتبادل الطرفان خلال فترة إبرام العقد الاقتراحات المضادة، إلى أن يصل كل مهما إلى قناعة مشتركة =بخصوص الإيجاب الذي يتوافق مع مصلحة كل طرف. لذلك، قيل عن الإيجاب بالتعاقد الذي تسبقه فترة مفاوضات بأنه: "إيجاب مفصل على القياس". عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص 211-210؛ انظر أيضاً أبحار حامد حيش علي، مرجع سابق، ص 19.

بالتفاوض فهو عبارة عن عرض يعبر به الشخص عن إرادته العازمة على التفاوض، دون أن يعلن فيه عن إرادته البداءة والنهائية في ابرام العقد النهائي المراد إبرامه، أو أن يتضمن المسائل الجوهرية لهذا العقد¹. ونخلص من هذين التعريفين، بأن الإيجاب سواء كان يهدف لإبرام عقد نهائي أو تفاوضي فإنه سيؤدي لإبرام عقد بمجرد أن يكون باتاً وجازماً²؛ ومحدداً تحديداً كافياً³؛ واقترب به قبول مطابق من الطرف الآخر.

1 عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، صص 212-220؛ أبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص 17؛ انظر أيضاً لمحمد أحمد المبيضين، التزامات المفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة-عمادة الدراسات العليا، الأردن، 2018، ص ص 20-23؛ محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، صص 17-22 و 26-27.

2 هذا، ويعتبر الإيجاب بالتعاقد باتاً إذا صدر بنية حاسمة تدل على إرادة الموجب النهائي في إبرام العقد، بحيث ينعقد بمجرد قبول الطرف الآخر دون وجود قيد أو تحفظ، من شأنه أن يعلق إبرام العقد على أمر آخر غير القبول. فالالأصل أن يكون الإيجاب مجردأ من أي تحفظ، ومع ذلك فإنه إذا تحفظ الموجب بشكل نسبي على إيجابه، بأن قيد إبرام العقد على حدوث ظروف موضوعية لا يد للموجب فيها، كتعليق التعاقد على عدم نفاذ السلعة موضوع الإيجاب، فهذا النوع من التحفظ وإن كان يقييد الإيجاب بالتعاقد إلا أنه لا يلغى صفتة كإيجاب، فالعقد يتم بمجرد اقتزان هذا الإيجاب بقبول من الطرف الآخر، إلا أنه يكون مقيداً بهذا التحفظ، بخلاف الوضع، إذا كان الإيجاب مقتراً بتحفظ مطلق، وهو التحفظ الذي يجعل إبرام العقد من عدمه راجع إلى الموجب وحده، فهذا التحفظ التحكمي يلغى صفة الإيجاب بالتعاقد ويحوله إلى إيجاب بالتفاوض. لمزيد من التفصيل في هذه الجزئية انظر عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، صص 215-212؛ انظر أيضاً خالد صقر أبو زهرة، مرجع سابق، ص ص 15-20؛ وكذلك أبحار حامد حبش، مرجع سابق، ص ص 21-24.

3 يقتضي هذا الشرط أن يتضمن الإيجاب تحديداً لطبيعة العقد المراد إبرامه ولجميع عناصره الجوهرية، سواء كانت هذه العناصر موضوعية و هي التي تقتضيها طبيعة العقد ذاته وبدونها يتعدى معرفة نوع العقد المراد ابرامه، أو كانت هذه العناصر شخصية وهي "عناصر تعتبر وفقاً لطبيعة العقد ثنائية في الأصل ولكنها تحول إلى عناصر جوهرية لما اكتسبته من أهمية ذاتية في نظر أحد الطرفين أو كليهما"، ويترك أمر تحديدها للأطراف أنفسهم. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص ص 216-220؛ أبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص ص 24-27.

والجدير بالتنويه هنا، بأن مسألة التفريق بين الإيجاب بالتعاقد والإيجاب بالتفاوض، تعتبر مسألة موضوعية تخضع لسلطة قاضي الموضوع، دون رقابة عليه من محكمة القانون، طالما كان استخلاصه سائغاً ومتوافقاً مع حكم القانون¹.

كما تجدر الإشارة أيضاً، بأن التباين بين مرحلتي المفاوضات وإبرام العقد؛ لا يقف عند حد النطاق الموضوعي وهو صدور إيجاب بالتعاقد بمعناه القانوني؛ بل ينبغي أيضاً تحديد النطاق الزمني الذي يوضح الاختلاف بين هاتين المرحلتين. فالمفاوضات تعتبر أول فترة من فترات المراحل قبل العقدية، وبالتالي فهي دائماً تسبق مرحلة إبرام العقد. كما أن فترة المفاوضات غالباً ما تستغرق وقتاً أطول من فترة إبرام العقد، لما تتطلبه من عقد اجتماعات، ومناقشات، وتبادل الدراسات المتخصصة، وصولاً نحو إبرام العقد المنشود. بخلاف مرحلة إبرام العقد التي عادةً لا تستغرق سوى فترة زمنية قصيرة، على اعتبار أن الأطراف قد توصلوا إلى تفاهم مشترك فيما بينهم خلال فترة المفاوضات حول بنود وشروط العقد النهائي المراد إبرامه، بحيث لم يتبق أمامهم سوى تبادل إيجاب بالتعاقد، وصدور قبول مطابق له، لأنعقاد هذا العقد².

وبعد توضيح أوجه الاختلاف بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد النهائي، ننتقل للمطلب التالي لتحديد أساس التزام الأطراف بمبدأ حسن النية خلال هذه المراحل.

1 لمى محمد أحمد المبيضين، مرجع سابق، ص 23.

2 خالد صقر أبو زهرة، مرجع سابق، ص ص 20-21.

المطلب الثاني أساس التزام الأطراف بمبدأ حسن النية في المراحل السابقة على التعاقد

نخصص هذا المطلب للتعرف على موقف التشريعات من تنظيم مبدأ حسن النية في مرحلتي المفاوضات وإبرام العقد، بالإضافة إلى معرفة الأقوال التي قيلت في الفقه بخصوص تحديد أساس التزام الأطراف بهذا المبدأ خلال هذه المراحل.

الفرع الأول موقف التشريعات

لقد انقسمت التشريعات الوضعية في اعتراضها بمبدأ حسن النية في المراحل السابقة على التعاقد إلى ثلاثة أقسام. أما القسم الأول منها فهو يعترض بدور هذا المبدأ، وتأثيره في هذه المراحل، إلا أنه لم ينص عليه بشكل صريح، ويعلق البعض بهذا الخصوص¹ بالقول بأنَّ أغلب التشريعات المدنية العربية، وإن لم تكن جميعها، قد أخذت بالمبادئ العام للتفاوض بحسن نية، لكنها لم تنص عليه صراحةً في نصوصها. ونرى أنَّ هذا الأمر يعد نقصاً تشريعياً يشوب أغلب التشريعات المدنية في هذا الشأن؛

¹ هدى بن يوب، مرجع سابق، ص 114؛ "وفي هذا المعنى يقول الدكتور محفوظ لعشب: يجب أن لا يقتصر بمبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط وإنما يجب الأخذ به قبل ذلك في أي مرحلة لا سيما عند وضع الشروط التعاقدية.. ويجب أن تصاغ تلك الشروط صياغة فنية واضحة تدل على حسن نية واضعها لتكون بعيدة عن التأويل وقابلة للتحليل المنطقي" نقلًا عن هائل حزام العامري، بمبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى: دراسة تحليلية مقارنة، المصدر: مجلة الندوة للدراسات القانونية، الناشر: قارة وليد، الجزائر، مجلة محكمة، ع 18، 2018، ص 57؛ مشار إليه أيضًا لدى توحيدة محمد يوسف السيد، بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد: دراسة قانونية، المصدر: مجلة القلزم للدراسات السياسية والقانونية، الناشر: مركز بحوث ودراسات دول حوض البحر الأحمر وجامعة البلدة 2، السودان، مجلة محكمة، ع 5، 2021، ص 160.

قانون المعاملات المدنية الاتحادي بدولة الإمارات¹، والقانونين المدني المصري² والأردني³؛ يتعين عليها تداركه بالنص عليه صراحةً في نصوصها في هذه المراحل.

أما القسم الثاني من التشريعات، وأغلبها تشريعات غربية؛ فقد نصت صراحةً في نصوصها على التزام الأطراف بمبدأ حسن النية خلال فترة التفاوض⁴، نذكر منها على

1 قانون اتحادي رقم 5 لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1985، نشر بتاريخ 21 مارس 1985 في الجريدة الرسمية، العدد (158)، والمعدل بموجب القانون الاتحادي رقم 1/1987 بتاريخ 14/2/1987 والمرسوم بقانون اتحادي رقم .27/09/2020 بتاريخ 30/9/2020

2 القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الصادر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367 هـ (16 يوليو سنة 1948) وفقاً لأحدث تعديلاته له- نسخة من إعداد وزارة المالية، القطاع: شئون اجتماعية وثقافية- الأحوال الشخصية، نوع الوثيقة: قوانين ولوائح -قوانين، منشورات قانونية- أرشيف رقمي، تاريخ الاطلاع على شبكة الانترنت: 17/11/2024، على الرابط:

<https://manshurat.org/node/72413>.

3 القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 2645 على الصفحة 2 بتاريخ 1/8/1976 والساري بتاريخ 1/1/1977 وتعديلاته، منقح ومحدث حتى سنة 2024، موقع حُماة الحق للمحاماة، تاريخ الاطلاع على شبكة الانترنت 17/11/2024، على الرابط:

<https://jordan-lawyer.com/2010/07/11/jordan-civil-law-with-all-amendments/>.

4 ومن أمثلة هذه التشريعات نذكر القانون المدني الإيطالي الذي أوجب صراحةً هذا المبدأ أثناء التفاوض بموجب المادة (1337) منه: "يلترم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتعامل بما يتفق وحسن النية" انظر مبارك محمد آل فطیح، دور القاضی في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد، رساله ماجستير، الجامعة الأردنية - كلية الدراسات العليا، الأردن، 2010، هامش ص 69؛ ومحمد أحمد محمود العکام، مرجع سابق، ص 38؛ ورعد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، ص 47؛ كما نجد نفس التوجّه أيضاً في القانون المدني اليوناني في المادة (197) منه؛ وفي قانون العقد اليوغسلافي في المواد (30) و(17) نقلاً عن حمدي محمود بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها: مبدأ حسن النية ومقتضياته- دراسة تأصيلية تحليلية، المصدر: مجلة الجامعة الإسلامية للبحوث الإنسانية، الناشر: الجامعة الإسلامية بغزة - شئون البحث العلمي والدراسات العليا، فلسطين، مجلة محكمة، مج 16، ع 1، 2008، ص 843؛ ومن ==

سبيل المثال، القانون المدني الفرنسي وفقاً لتعديل سنة 2016، حيث نص المشرع الفرنسي صراحةً على هذا المبدأ في المادة (1104) منه: " يجب التفاوض على العقود، إبرامها وتنفيذها بحسن نية. يعتبر هذا الحكم من النظام العام ". وبموجب هذا النص اعترف المشرع المدني الفرنسي صراحةً لأول مرة بمرحلة المفاوضات كمرحلة مستقلة بحد ذاتها عن المراحل العقدية الأخرى، كما رتب عليها أثراً قانونياً، من خلال إلزام الأطراف بحسن النية أثناء التفاوض، واعتبر هذا الالتزام متعلقاً بالنظام العام، مما يعني ذلك، بأن المشرع الفرنسي وسع من نطاق تطبيق مبدأ حسن النية ليشمل جميع

==

التشريعات الغربية التي اعترفت صراحةً بهذا المبدأ خلال فترة المفاوضات القانون المدني الألماني، والقانون المدني الياباني. انظر نادية زوفاغ، مبدأ حسن النية في التفاوض الإلكتروني في مجال عقود التجارة الدولية، المصدر: المحلل القانوني، الناشر: جامعة أكلي محندي أول حاج بالبوبيره- مخبر الدولة والإجرام المنظم، الجزائر، مجلة محكمة، مج 2، ع2، 2020، ص 125؛ كما نصت مبادئ توحيد قواعد التجارة الدولية صراحةً على مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات في المادة (5/2) منها: " - يتمتع كل طرف بحرية التفاوض ولا يعد مسؤولاً عن عدم التوصل إلى اتفاق. ٢ - إن الطرف الذي يقوم بالتفاوض أو يقوم بقطع مفاوضاته بسوء نية، يكون مسؤولاً عن الخسائر التي يتكبدها الطرف الثاني. ٣- إن الدخول في مفاوضات أو الاستمرار فيها من قبل الطرف الذي لا ينوي التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر يعد تصرفاً مقروراً بسوء نية" مبارك محمد آل فطيط، مرجع سابق، ص 69؛ نادية زوفاغ، مرجع سابق، ص 126؛ كما ورد ذات الحكم في المادة (1-2)-15 من مبادئ اليونيدرووا سوء النية في مرحلة المفاوضات حيث جاء فيها: "(التفاوض بسوء نية)

- (1) للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون عند عدم التوصل إلى اتفاق.
- (2) مع ذلك، يسأل الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات، بسوء نية، عما لحق بالطرف الآخر من أضرار.
- (3) ويعد من قبيل سوء النية، بوجه خاص، دخول طرف في التفاوض أو استمراره فيه بالرغم من نيته عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر".

مشار لهذا النص لدى عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد العزيز التريكي، أثر مبدأ حسن النية في العقود التجارية، المصدر: مجلة البحوث والدراسات الشرعية، الناشر: عبد الفتاح محمود ادريس، مصر، مجلة محكمة، مج 6، ع 63، 2017، ص .77

مراحل العقد هذا من جهة، كما أنه من جهة أخرى فرض بقوة القانون على الأطراف التزاماً قانونياً باحترام ما يفرضه هذا المبدأ في أي مرحلة وصل إليها الأطراف، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفته، كما لا يجوز الاتفاق على إعفاء أحد الأطراف أو كلاهما من التقييد بأحكامه¹. فضلاً عن نص المادة (1112) من نفس القانون الذي ألزم صراحةً الأطراف بمراعاة مقتضيات حسن النية عند اقتراح أو سير أو قطع المفاوضات قبل التعاقدية².

وعلى خلاف ما تقدم، نجد بعض التشريعات الغربية تستبعد إعمال مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، كالنظام الانجلوساكسوني³ الذي لا يعترف بفكرة حسن

1 لتفصيل بهذا الخصوص انظر أم كلثوم صبيح محمد وأسماء صبر علوان، الالتزام بالإعلام في ضوء تعديلات القانون الفرنسي بموجب مرسوم 10 أكتوبر 2016، المصدر: مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، الناشر: كلية الإمارات للعلوم التربوية، مجلة محكمة، ع 19، 2018، ص ص 87-88؛ ولعي محمد أحمد المبيضين، مرجع سابق، ص ص 69-68.

2 نصت المادة (1112) من القانون المدني الفرنسي المشار إليه على: "يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً. يجب لزاماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية. تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات لا يشمل خسارة المزايا التي كانت متوقعة من العقد الذي لم يتم إبرامه". ترجمة محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية- المواد 1100 إلى 1231 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي، بيروت- لبنان، 2018، ص .34

3 وهو النظام المطبق في بريطانيا وأمريكا وغيرها من دول القانون العام. ومن الأمور التي ساهمت في ابتعاد التشريع الإنجليزي عن تطبيق أحكام مبدأ حسن النية في التفاوض؛ اشتراط القضاة الإنجليزي - باعتباره المصدر الرسمي من مصادر القانون المدني الإنجليزي- توافر عنصر اليقين في الالتزام العقدي. بمعنى آخر يجب أن يكون الالتزام العقدي متحققاً ومؤكداً، وهذا ما يخالف بالتأكيد طبيعة الالتزام التفاوضي، الذي يقوم على عنصر الاحتمالية والمخاطرة، وليس على عنصر اليقين. وذات التوجه، نجده في القانون المدني الأمريكي، الذي اعتبر التفاوض مجرد عمل مادي قائم على المخاطرة والاحتمالية. لذلك، لا يترتب عليه أية التزامات على الطرفين، وبالتالي يجب على المتفاوض تحمل مسؤولية تفاوضه، إلا في حالتي الغش والتسليس، وفي مثل هذه الحالات فقط، يسأل المتفاوض
==

النية في العقود بصفة عامة، وفي التفاوض بصفة خاصة، ويرجع سبب ذلك إلى تقديس هذا النظام لمبدأ الحرية الفردية، الذي يمنح للفرد مطلق الحرية في التعاقد من عدمه، وفي الدخول في التفاوض أو الانسحاب منه في أي وقت، دون أن يتحمل أية مسؤولية تجاه الطرف الآخر، طالما تبين له بأن العقد محل المفاوضة لا يحقق مصالحه الشخصية. ومما يؤكد هذا الموقف أيضاً، تبني هذا النظام لفكرة المقابل أو الفائدة أو الاعتبار، وبموجهاً يعتبر العقد مجرد صدقة أو مصلحة، ينبغي أن يستفيد منها الطرفين، فإذا انعدمت الفائدة منه، انعدم معها العقد. لذلك، يُسمح للفرد بتغليب مصلحته الشخصية عند التعاقد باستخدام جميع الوسائل المتاحة ما عدا الوسائل الاحتيالية.

وبعد استعراض الأساس القانوني للالتزام الأطراف بمبدأ حسن النية خلال المراحل السابقة على التعاقد في بعض التشريعات، ننتقل إلى الفرع الثاني للتعرف على رأي الفقه في هذه المسألة.

الفرع الثاني موقف الفقه

لا خلاف في الفقه المقارن حول وجوب تطبيق مبدأ حسن النية خلال المراحل السابقة على التعاقد- بغض النظر عن اختلافه في تحديد أساس تطبيقه- إدراكاً منه

مرتكب هذا الفعل طبقاً لقواعد المسؤولية التقتصيرية. وقد استحدث كلاً من القانون والقضاء المدني البريطاني والأمريكي، للاستعاضة عن تطبيق مبدأ حسن النية في التفاوض: بعض القواعد والمفاهيم والآليات، على سبيل المثال لا الحصر: حظر وسائل الغش والاحتيال، والإثراء بلا سبب، والتديليس، والوعد المحدد، والمنافسة غير المشروعة. فضلاً عن اعتراف كلاً منهما في الآونة الأخيرة باتفاق التفاوض في حال ورد صريحاً في خطاب النوايا. للمزيد في هذه الجزئية انظر لـ محمد أحمد المبيضين، مرجع سابق، ص 79-73؛ نادية زوفاغ، مرجع سابق، هامش ص 126؛ هدى بن بوب، مرجع سابق، هامش ص 114؛ أبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص 30.

لأهميته في تنظيم التعامل بين الأفراد خلال هذه المراحل. ونبين فيما يلي الآراء التي قيلت في هذا الصدد.

الغصن الأول

القول بالزامية مبدأ حسن النية كونه مستبطاً من قواعد الأخلاق

يرى جانب من الفقه¹، بأن سبب إلزام الأطراف بمبدأ حسن النية خلال فترة المفاوضات راجع إلى مضمون هذا المبدأ، وما يحتويه من مقتضيات موضوعية؛ كونه مستنبطاً من قواعد الأخلاق والآداب، والتي وإن كانت غير إلزامية من حيث الأصل؛ إلا أنها تعكس قيم وأخلاق المجتمع من جهة، كما أنها تضيف أثراً تهذيبياً على التصرف ذاته من جهة أخرى، الأمر الذي ينبغي معه احترامها؛ وعدم الخروج عنها أثناء المفاوضات، وإن لم يوجد نص قانوني صريح بشأنها. كما أن لقواعد الأخلاق والآداب تأثير واضح على مجرى المفاوضات، فالتفاوض الأخلاقي غالباً ما يؤدي إلى إنجاح المفاوضات، بعكس التفاوض غير الأخلاقي فهو دائماً ما يؤدي إلى الفشل والخسارة لا غير. لذلك، نجد من يقول² بأن مبدأ حسن النية كافٍ وحده لتنظيم المفاوضات، دون حاجة إلى وجود تنظيم شريعي يفرض تطبيقه على الأطراف.

1 رعد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، صص 56 و 64.

2 يصف أصحاب هذا الاتجاه المفاوضات بأنها نظام قانوني خاص، فهم يرون بأنه ينبغي تحرير مفهوم المفاوضات عن المفهوم التقليدي الذي يُخضع المفاوضات للمبادئ الحاكمة للعقد، كمبدأ سلطان الإرادة، وحرية التعاقد، حيث أصبح المفهوم الحديث للمفاوضات يفرض على الأطراف بعض القيود والاعتبارات التي من شأنها أن تقيد من حرية الإرادة في التعاقد، كقواعد النظام العام والآداب العامة، وحسن النية، وعدم الإضرار بالغير. انظر أبحار حامد حبش، مرجع سابق، ص 48.

الغصن الثاني القول بإلزامية مبدأ حسن النية بنص القانون أو العقد

ذهب جانب آخر من الفقه¹ إلى أن سبب التزام الأطراف بمبدأ حسن النية أثناء التفاوض راجع إلى القانون نفسه² كونه يفرض على أطراف التعاقد تنفيذ العقد بحسن نية، الأمر الذي يستدل منه وجوب مراعاة هذا المبدأ أثناء تكوين العقد. والقول بغير ذلك يؤدي إلى نتيجة غير منطقية، إذ كيف يفرض على الأطراف تنفيذ عقد بحسن نية، وهو في الأساس قد نشأ وتكون بطريقة تخالف حسن النية؟

في حين يرى آخرون³ بأن أساس تطبيق مبدأ حسن النية خلال فترة المفاوضات راجع إلى التصرف القانوني فقط. وقد حاول هذا الاتجاه تحليل كيفية نشوء هذا

1 رعد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، ص56؛ ونجد تطبيقاً عملياً لهذا الخصوص، من خلال الإشكال الذي أثير في الفقه فيما لو تمت رشوة المتفاوض الآخر خلال فترة المفاوضات بغية التوصل إلى إبرام العقد، "فما هو أثر الرشوة على العقد المبرم، هل يظل صحيحاً باعتبار أن ما تم من رشوة للمفاوض قد وقع خلال فترة المفاوضات، أم أن هذا العقد سيكون مصیره البطلان، وإذا قيل ببطلان هذا العقد فما هو سبب هذا البطلان". وقد تمت الإجابة عليه بالآتي: "إن القول بصحة مثل هذا العقد يصعب التسليم به حتى وإن استند على اعتبار أن ما تم من رشوة قد تم في المرحلة السابقة للعقد النهائي، لأن هذا العقد قد استند على رشوة.. والاتفاق على الرشوة باطل لأنه يخالف الآداب العامة.....". نقلأً عن حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 863.

2 حيث يستند هذا الرأي إلى الصيغة الوجوبية التي استخدمها المشرع المدني الأردني لإلزام الأطراف بمبدأ حسن النية أثناء فترة تنفيذه في نص المادة (202) من القانون المدني الأردني الآتي: "1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". والتي تقابلها المادة (246) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي والمادة (148) من القانون المدني المصري؛ ونجد من يفسر ذلك بالقول: "أنه طالما كان التفاوض لازماً للعقد فهو ما ينطبق عليه مبدأ حسن النية وينسحب أثر حسن النية بتنفيذ العقد نحو التفاوض على العقد باعتبار التفاوض من مستلزمات العقد، لا سيما إذا كان العقد تجاري دولي ذو طبيعة معقدة". رأي لوى محمد أحمد المبيضين، مرجع سابق، ص 81.

3 محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، ص 46.

التصرف، فأسندوا سبب نشوئه إلى نظرية العقد الضمني¹ ، في حين يسند جانب آخر أساس ظهور هذا التصرف القانوني إلى نظرية الشرط الضمني² .

وبخصوص موقف القانون والفقه المقارن المتقدم بشأن أساس التزام الأطراف بمبدأ حسن النية في المراحل السابقة على التعاقد؛ فإني أؤيد الجانب الذي يرى بأن أساس هذا الالتزام راجع لمضمون هذا المبدأ بحد ذاته، والذي نعتقد بأنه أصبح جزءاً لا يتجزأ من قواعد النظام العام، نظراً لارتباطه الوثيق بالأسس الأخلاقية، والمدنية، والاجتماعية، والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع. وعلى هذا الأساس، لا يجوز للأطراف الاتفاق بداءةً على خلاف ما يقتضيه هذا المبدأ من مقتضيات أو الاتفاق على إعفاء أحد الأطراف أو كلاهما من الالتزام بمقتضياته أثناء سير المفاوضات. إلا أن ذلك، لا يمنع من أن يلزم الأطراف أنفسهم بهذا الالتزام في عقد تفاوض، حينها تصبح طبيعته عقدية، أو أن يتدخل القانون في فرض هذا الالتزام على المتفاوضين، فيصبح التزاماً قانونياً كما هو الشأن في المادة (1104) من القانون المدني الفرنسي آنفة الذكر. مع الجدير بالتنويه هنا، بأنه لا يوجد ما يمنع من إعمال هاتين الطبيعتين معاً، فكلاً

1 تقسيم نظرية العقد الضمني الإيجاب إلى نوعين، أما الأول فموضوعه العقد محل التفاوض، وأما الثاني فمضمونه عدم إعاقاة هذا العقد. وتفترض هذه النظرية بأن الإيجاب الثاني مقرر دائماً لمصلحة الموجب له، لذلك، فهي تعتبر سكت الموجب له قبولاً ضمنياً منه على هذا الإيجاب. وب مجرد تطابق القبول مع الإيجاب ينشأ العقد الضمني، الذي يرتب بمجرد انعقاده التزاماً ضمنياً بين الأطراف بعدم إعاقته إبرام العقد المستقبلي. ويعتبر التقصير في هذا الالتزام خطأ عقدياً، يستوجب معه قيام المسؤولية العقدية. لمزيد من التفصيل حول نظرية العقد الضمني انظر ذات المرجع، ص 46-47.

2 يرى هذا الاتجاه، بأن هناك شرطاً ضمنياً يتكون بين الأطراف؛ بمجرد اتفاقهم الصريح أم الضمني في الدخول في مفاوضات. و بموجبه يلتزم الأطراف بالسير في المفاوضات، وعدم قطعها بدون سبب جدي. فإذا أخل أحدهم بهذا الالتزام، وجب عليه تعويض الطرف الآخر عن فوات هذه الفرصة. للتفصيل حول نظرية الشرط الضمني انظر ذات المرجع، ص ص 47-48.

منها تساند الأخرى في إلزام الأطراف بالتقيد بحسن النية في التفاوض.

ولا شك، بأن تحديد طبيعة مسؤولية الإخلال بمبدأ حسن النية في المراحل السابقة على التعاقد -موضوع هذه الدراسة-، لا يتوقف على دراسة مفهوم هذه المراحل، وتحديد الحد الفاصل بينها، والأساس الذي يستند إليه لفرض هذا المبدأ على الأطراف خلال المراحل السابقة على التعاقد كما سلف؛ بل يتطلب هذا الأمر أيضاً دراسة طبيعة المسؤولية القانونية خلالها، على النحو الذي سنبينه في البحث التالي.

المبحث الثاني

طبيعة المسؤولية القانونية في المراحل السابقة على التعاقد

إن تحديد نوع المسؤولية القانونية المطبقة على الفترة قبل العقدية، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتحديد طبيعة المفاوضات، فيما إذا كانت عقدية أم تصريرية، حيث تختلف طبيعة قواعد المسؤولية باختلاف طبيعة المفاوضات¹.

وقد تدرج الفقه - في بداية الأمر- في اعترافه بالمفاوضات كمرحلة من مراحل العقد، حيث كان الفقه في السابق، لا يعترف نهائياً بالمفاوضات، ويعتبرها مجرد وقائع مادية، لا قيمة لها، لعدم وجود عقد خلال تلك الفترة. لكن سرعان ما تغيرت هذه النظرة في الفقه المعاصر²، بالتزامن مع التطور الحاصل في أغلب العقود في وقتنا الحالي، والتي تتطلب طبيعتها إجراء مفاوضات مسبقة، للتمكن من إبرامها، فأصبح يعترف بالمفاوضات قبل العقدية، رغم اختلافه في تحديد طبيعتها القانونية؛ وفي تحديد أحکام المسؤولية القانونية المفترض تطبيقها خلال هذه المراحل³.

المطلب الأول

المسؤولية القانونية المطبقة على المفاوضات بموجب عقد تفاوض ضمني

قد يحدث عادة أن يدخل الأطراف مباشرة في مفاوضات فيما بينهم، دون أن يكون بينهم تنظيم اتفافي مكتوب وصريح، يحدد فيه الأطراف كافة إجراءات وشروط عملية

1 أبحار حامد حبس علي، مرجع سابق، ص 30.

2 باستثناء الفقه الإنجليزي والأمريكي كما سبق بيانه، فلم يتغير رأيهما بخصوص المفاوضات، كونهما تعتبر في نظرهم أعمالاً مادية لا يترتب عليها أي أثر قانوني. انظر ذات المرجع، صص 38-37 و34.

3 محمود أحمد محمود العقام، مرجع سابق، ص 41.

التفاوض¹. وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة هذه المفاوضات، نظراً لعدم وجود نصوص قانونية في أغلب التشريعات المدنية تنظم المفاوضات، كقانون المعاملات المدنية الاتحادي، ونظريه القانون المدني المصري والأردني. وفي هذا الصدد، انقسم الفقه المقارن إلى اتجاهين؛ نبينما في الفرعين التاليين:

الفرع الأول اتجاه لا يعترف بالطبيعة العقدية للمفاوضات بموجب عقد تفاوض ضمني

يفرق الاتجاه الأول في الفقه² في اعترافه بالطبيعة العقدية للمفاوضات بين المفاوضات بموجب عقد تفاوض صريح؛ والمفاوضات بموجب عقد تفاوض ضمني. أما النوع الأول من المفاوضات فتعتبر في نظرهم ذات طبيعة عقدية، وهي ملزمة للطرفين، استناداً إلى العلاقة التعاقدية التي تنشأ بينهم بمجرد إبرام عقد تفاوض، والتي تخضع لقواعد المسؤولية العقدية. أما النوع الثاني وهي المفاوضات بموجب عقد تفاوض ضمني، فهم يعتبرونها ذات طبيعة مادية بحثة، وهي غير ملزمة على الأطراف، لعدم وجود علاقة تعاقدية بينهم. وبالتالي، يجوز لكل طرف مشارك في هذه المفاوضات الانسحاب منها في أي وقت، دون أن يكون ملتزماً بتبرير موقفه، أو أن يتحمل أية مسؤولية قانونية نتيجة هذا الانسحاب، إلا إذا كان متعرضاً في انسحابه، أو صدر عنه خطأ مستقل عن عدوه؛ تسبب في إلحاق الضرر بالطرف الآخر، مما يستوجب معه مساءلته طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا ما توافت شروطها.

1 حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 844؛ أبخار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص 30؛ محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، ص 41؛ رعد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، ص 26.

2 ذات المرجع، ص 844؛ ذات المرجع، ص ص 30-31.

وعلى خلاف ما تقدم، نرى بأن إثبات الصفة العقدية لأي من الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض الضمني، من شأنه أن يدحض رأي الاتجاه الذي لا يعترف بالطبيعة العقدية للمفاوضات القائمة على هذا العقد. وفي هذا الصدد، نتناول بالدراسة بعض أقوال الجانب المعارض للطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام قبل التعاقد¹؛ باعتباره أحد أهم التزامات مبدأ حسن النية في العقد، ومن ثم أحد التزامات العقد الضمني؛ ونحاول الرد عليها في سبيل إثبات الصفة العقدية لهذا الالتزام على أساس العقد الضمني، والذي سيترتب عليه اعتبار المفاوضات عقدية. ومن هذه الأقوال، القول بأن هذا الالتزام ما هو إلا وسيلة يلجأ إليها البائع لضمان علم المشتري بالمبيع، وصفاته، وكيفية استعماله، وتجنب مخاطرها على النحو الذي يضمن تحقق ركن الرضا طبقاً لما تقرره القواعد العامة لصحة انعقاد العقود، الأمر الذي يوضح دوره في تكوين العقد قبل إبرامه، مما يؤكد ذلك صفتة غير العقدية². ونرى، بأن هذا الأمر لا علاقة له بطبيعة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، كما أن تدخل الالتزام في تكوين الرضا بالعقد النهائي، لا يعني بأن الأخير هو أساس هذا الالتزام، لذلك ينبغي التفريق بين العقد النهائي المراد إبرامه، وبين مصدر الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وهو مبدأ حسن النية، سواء صدر عقد تفاوض صريح أم ضمني؛ وفي حال صدور هذا العقد لا شك بأن طبيعته تصبح عقدية استناداً لهذا العقد.

1 تعددت التعريفات الواردة في الفقه حول الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، نذكر من بينها التعريف الآتي: هو أن يقوم كل طرف بالأفضاء إلى الطرف الآخر بكل ما يحوزه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد المتفاوض عليه وذلك حتى يتسرى للطرف الآخر أن يقدم على التعاقد بإرادة سليمة ومتournée” نقلأً عن عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص 276.

2 ذات المرجع، ص 69.

كما جاء في قول آخر للاتجاه المعارض للطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام قبل التعاقد بأنه من غير الصحيح ربط الخطأ الصادر في المراحل السابقة على العقد بالعقد النهائي، لأنه قد يعرض صحة هذا العقد للخطر¹، إعمالاً لقاعدة ما بني على باطل فهو باطل. ونرى بأن هذا الاعتراض قد يكون منطقياً في حال أُسست طبيعة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد على العقد النهائي؛ إلا أن هذا القول غير منطقي، فهذا الالتزام نشأ أصلاً في الفترة السابقة على انعقاد العقد النهائي، فكيف يكون الأخير سبب نشوئه؟ لذلك نرى بأن سبب نشوء هذا الالتزام هو عقد التفاوض سواء نشأ هذا العقد صراحةً، أم ضمناً وفقاً لما تقرره القواعد العامة لانعقاد العقود، ويستتبع ذلك بالضرورة اعتبار مرحلة المفاوضات عقدية، وانسحاب هذه الطبيعة للمرحلة التي تليها وهي مرحلة إبرام العقد باعتبارها مرحلة تكميلية يتم فيها استكمال ما تم التوصل إليه في مرحلة المفاوضات.

وعلى خلاف ذلك، ذهب اتجاه مؤيد للطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام قبل التعاقد إلى القول بأن تجزئة طبيعة هذا الالتزام على مراحل العقد السابقة واللاحقة على انعقاده؛ سيؤدي إلى تجزئة قواعد المسؤولية المفترض تطبيقها على هاتين المرحلتين، ويستتبع ذلك بالضرورة اختلاف إجراءات رفع دعوى المسؤولية، نظراً لاختلاف قواعد كل منها، ولا شك بأن هذا الأمر سيضر الدائن بالإعلام في حالة قيامه بمطالبة المدين بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة إخلاله بالتزامه بالإعلام، فيما لو امتد هذا الإخلال من الفترة السابقة على التعاقد، ولغاية تنفيذ العقد، حيث سيؤدي ذلك فعلياً إلى رفع دعويين مختلفتين بهذا الخصوص، الأمر الذي سيؤثر سلباً على مصالحه وحقوقه. ونرى بأن هذا الأمر يتوقف تحديده على طبيعة الالتزام

1 رأي مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، كلية الحقوق - جامعة طنطا، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 69.

بالإعلام قبل التعاقد ذاته، فإذا كانت طبيعته عقدية، فإنه لا شك سيخضع لقواعد المسؤولية العقدية، وبخلاف ذلك سيطبق بشأنه قواعد المسؤولية التقصيرية لجبر الضرر الناشئ عن الإخلال به.

ونظراً لعدم تنظيم المشرع الإماراتي، ونظيريه المصري والأردني للمفاوضات بصفة عامة، وللالتزام بمبدأ حسن النية خلالها بصفة خاصة كما تقدم، وبالتالي عدم وضوح موقفه بشأنها، نخصص الغصون التالية للاطلاع على تكيف القضاء الإماراتي، والمصري، والأردني للمفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح:

الغصن الأول موقف القضاء الإماراتي

عبرت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات في أحکامها عن موقفها بهذا الخصوص، نذكر منها الحكم الآتي: "إنه ولنن كانت المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي اثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن بخطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض وتوافق به عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية..."¹.

كما أشارت ذات المحكمة في حكم آخر لها بالآتي: "... وأن هذا الخطاب جاء في مرحلة المفاوضات التي سبقت التوقيع على عقد الصلح مما يعني أنه مجرد من كل أثر قانوني..."².

1 المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات-الأحكام المدنية والتجارية-الطعن رقم 312 لسنة 19 قضائية-الدائرة المدنية والتجارية-بتاريخ 12-01-1999 مكتب فني 21 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 29 [نقض الحكم والإحاله] رقم القاعدة 7، الرقم المرجعي للحكم في شبكة قوانين الشرق: 61365، تاريخ الاطلاع: 19/09/2023.

2 المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات-الأحكام المدنية والتجارية-الطعن رقم 195 لسنة ==

ونلاحظ ذات التوجه في أحكام محكمة نقض أبو ظبي؛ حيث جاء في أحد أحكامها الآتي: .. وأن ما يسبق العقد من مفاوضات ومطالبات ورسائل متبادلة بين المتعاقدين ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليهمما أثر قانوني، وأنها لا تعدو أن تكون مجرد تحضير أو تمهيد للعقد، وأن العبرة بما تتمحض عنه هذه المفاوضات من اتفاق وشروط ينص عليها في العقد باعتبار أن هذه المفاوضات تعتبر قرينة دالة على نية المتعاقدين فهي تخضع لسائر باقي القرائن الأخرى المطروحة في الدعوى لتقدير محكمة الموضوع. ومن المقرر أن تكييف ما يعد عقداً أو مفاوضة أو دعوة للتعاقد من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع في شأنها إلى رقابة محكمة النقض...¹.

هذا، وقد بررت محكمة نقض أبوظبي سبب اعتبار المفاوضات أعمالاً مادية بالقول: " ... باعتبار أن الهدف من المفاوضات السابقة على العقد هو التحضير والتمهيد والدعوة إلى التعاقد لأن كثيراً من العقود تحتاج إلى الآناء وإمعان النظر، ولا إلزام على الطرفين خاللها بالاستمرار فيها ويجوز لأيّهما العدول عنها، على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية من قطعها إذا اقترب هذا العدول بخطأ صدر منه ترتب عليه الإضرار بالطرف الآخر، ومصدر هذه المسؤولية ليس هو قطع المفاوضات

==
19 قضائية- الدائرة المدنية والتجارية- بتاريخ 1998-10-20 رقم الجزء 2 رقم الصفحة 1009 [نقض الحكم والتصدي للموضوع] رقم القاعدة 173، الرقم المرجعي للحكم في شبكة قوانين الشرق: 49739، تاريخ الاطلاع: 19/09/2023.

1 محكمة نقض أبو ظبي- الطعن رقم 208 لسنة 2018 م 12 ق. أ - جلسة 2/4/2018 (تجاري)؛ والطعن رقم 352 لسنة 2017 م 11 ق. أ - جلسة 31/10/2017 (تجاري)؛ وكذلك الطعن رقم 885 لسنة 2016 م 11 ق. أ - جلسة 16/3/2017 (تجاري)؛ وانظر أيضاً حكم محكمة تميز دبي- الطعن رقم 131 لسنة 2013 (تجاري) - بالجلسة العلنية المنعقدة يوم 31-07-2013؛ وحكم محكمة تميز دبي- الطعن رقم 246 لسنة 2007 (طعن تجاري) جلسة الثلاثاء 5 / فبراير 2008 / ، جميع الأحكام مشار إليها في موقع محامو الإمارات، تاريخ الاطلاع 24/9/2023.

في ذاته وإنما هو الخطأ الذي ارتكبه من عدل عنها، والمكلف بإثبات هذا الخطأ والضرر هو الطرف الذي أصابه ضرر. وإن تكييف ما يعد عقداً أو مفاوضة أو دعوة إلى التعاقد من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع في شأنها إلى رقابة محكمة النقض¹.

الغصن الثاني موقف القضاء المصري

بالنسبة لموقف القضاء المصري من المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض صريح، فما زال لا يعترف بهذا النوع من المفاوضات، ولا يرتب عليها أي أثر قانوني، حيث تؤكد محكمة النقض المصرية ذلك في العديد من قراراتها، كما هو الشأن في الحكم الآتي الذي عبرت فيه عن رأيها حول طبيعة المفاوضات بقولها: "... وإن المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً ولا يترتب عليها أي أثر قانوني..."².

كما بينت ذات المحكمة في حكم آخر لها أحكام المسؤولية القانونية التي ينبغي إعمالها للتعويض عن الضرر الناتج عن هذا النوع من المفاوضات، وفقاً للتفصيل الآتي: "هذا الذي تأسس عليه قضاء الحكم بمسؤولية الطاعن ينطوي على مخالفة للقانون وقصور في التسبب بذلك أن المفاوضة ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها

1 محكمة نقض أبو ظبي، الطعن رقم 784 لسنة 2011 م 6 ق. أ - جلسة 14/06/2012 (تجاري): مشار إليه لدى موقع محامو الإمارات، تاريخ الاطلاع: 24/09/2023.

2 محكمة النقض المصرية- مدني- الطعن رقم 8240 لسنة 65 قضائية بتاريخ 23-06-1997 مكتب في 48 الجزء 2 رقم الصفحة 952 [رفض] رقم القاعدة 184، الرقم المرجعي للحكم في شبكة قوانين الشرق: 14083، تاريخ الاطلاع: 19/09/2023؛ كما أشارت ذات المحكمة في حكمين آخرين لها، "بأن التفاوض غير المصحوب باتفاق سابق وصريح ما هو إلا مجرد عمل مادي غير ملزم". انظر: نقض مدني مصري، تاريخ 9/فبراير 1967 /، السنة 18، وكذلك نقض مدني مصري، تاريخ 28 /مارس / 1968 ، السنة 19، نقلأً عن رعد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، ص 26.

بذاتها أي أثر قانوني فكل متفاوض حر في المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لآلية مسئولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ولا يرتب هذا العدول مسئولية على من عدل إلا إذا اقتنى به خطأ تتحقق معه المسئولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض- وفي هذه الحالة يقع عبء اثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على عاتق ذاك الطرف ومن ثم فلا يجوز اعتبار العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره- بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقتنى بهذا العدول ويتوافق بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسئولية التقصيرية...¹.

الغصن الثالث موقف القضاء الأردني

لم يختلف موقف محكمة التمييز الأردنية عن المحاكم آنفة الذكر، فهي كذلك لا تعترف بالمفاهيم غير المصحوبة بعقد تفاوض صريح، وهي في نظرها لا ترقى لمستوى العقد. حيث عبرت عن ذلك في أحد قراراتها على النحو الآتي: "إن انعقاد العقد صحيحًا بين طرفيه ولم تجرأية إقالة لهذا العقد لا بالتراضي أو التراضي إذا كان ما جرى بين أطراف العقد ليس إلا عبارة عن مفاوضات لم يتم الإقالة.... أما قول المميزة بأنها عينت مديرًا للتأجير والتفاوض نيابة عنها فإن ذلك هو قول مجرد لم يتم الاتفاق عليه فيما بين الطرفين على هذا الأساس للتوصل إلى إقالة العقد".²

1 محكمة النقض المصرية- مدنی- الطعن رقم 167 لسنة 33 قضائية بتاريخ 09-01-1967 مكتب في尼 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 334 (نقض الحكم والإحالـة) رقم القاعدة 52، الرقم المرجعي للحكم في شبكة قوانین الشرق: 3252، تاريخ الاطلاع: 20/9/2023.

2 المملكة الهاشمية الأردنية- تمييز حقوق رقم 2423 - 2011، منشورات مركز عدالة. نقلًا عن رد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، ص ص 51-52.

كما أكدت في أحد قراراتها ما تقدم بالقول: "وثبت ذلك من قيود الشركة وحساباتها ونشرة إصدارها وميزانيتها العامة ومن البينة الشخصية التي جاءت لإثبات الواقع المادي وهي وقائع التكليف والتفاوض التي يجوز قانوناً إثباتها بالبينة الشخصية"¹. وكذلك بقولها في حكم آخر: "إذا لم يصدر قرار عن لجنة العطاءات في مديرية الأمن العام بإحالة العطاء موضوع الدعوى على المميز، وأن العطاء تقرر الغائه قبل استكمال كافة مراحله القانونية وأن ما تم ما بين المميز والجهة المميز ضدها لا يعود عن كونه أعمال تحضيرية ومفاضات لم تنته إلى إبرام عقد لكي ينبع أثاره القانونية"².

ونستنتج مما تقدم، بأن التوجه القضائي في الإمارات ومصر والأردن واحد فهو يعتبر المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح عبارة عن أعمال مادية لا ترتقي أثراً قانونياً، وفي حال صدور خطأ خلالها فيطبق بشأنه قواعد المسؤولية التقتصيرية، وبالتالي فهو لا يعترف بفكرة عقد التفاوض الضمني في المفاوضات.

الفرع الثاني اتجاه يعترف بالطبيعة العقدية للمفاوضات بموجب عقد تفاوض ضمني

يعارض اتجاه آخر في الفقه الاتجاه السابق؛ الذي يفرق بين المفاوضات بموجب عقد صريح، والمفاوضات بموجب عقد ضمني. فهم يرون، بأنه لا يوجد أساس قانوني لهذه التفرقة. بالإضافة إلى ما يحدّثه هذا الأمر من ازدواجية في المعيار، والذي يتربّع عليه ازدواجية في تطبيق القواعد القانونية، حيث يعتبر التفاوض بدون اتفاق صريح

1 مشار إليه لدى أبخار حامد جبش علي، مرجع سابق، ص 36.

2 المملكة الهاشمية الأردنية- تمييز حقوق رقم 1839-2005، منشورات مركز عدالة. مشار إليه لدى رعد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، ص 51.

عمل مادي؛ يستوجب معه تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية، بينما يعتبر التفاوض الصريح عمل قانوني؛ يستوجب معه تطبيق قواعد المسؤولية العقدية. ومما لا شك فيه، بأن هذه النتيجة لا ينبغي التسليم بها، فالتفاوض هو ذاته في الحالتين، ويقضي العدل والمنطق تطبيق ذات القواعد القانونية عليه، دون تمييز بينها بدون سند قانوني¹.

كما يرى الاتجاه المؤيد للطبيعة العقدية للمفاوضات بموجب عقد تفاوض ضموني، بأن التقسيم المشار إليه نتيجة التفرقة بين طبيعة المفاوضات بموجب عقد صريح، والمفاوضات بموجب عقد ضموني، يعتبر أمراً مخالفًا لما تقرره القواعد العامة لانعقاد العقد بصفة عامة. فالالأصل في العقود الرضائية، ولا يشترط لقيامها الكتابة، إلا إذا نص القانون على ذلك. ومن ثم، يكفي لقيام العقد أن يعبر الطرفان عن إيجاب وقبول متطابقين، حتى ولو كان هذا التعبير ضمونيًّا. وتطبيقاً لذلك، قد يكون اتفاق التفاوض صريحاً، إذا ما قام الطرفان بصياغة بنود وأحكام عملية التفاوض بينهم، كما قد يكون ضمونيًّا، في الحالة التي يتغاضى فيها الطرفان عن كتابة هذا الاتفاق، أو التصريح عنه بصورة واضحة، لكنهم في ذات الوقت يتخذون كافة الخطوات العملية والإجراءات الالزامية للسير في عملية المفاوضات. وبالتالي، فإن الأخذ بفكرة الطبيعة المادية للمفاوضات بموجب عقد تفاوض ضموني؛ من شأنه أن يخالف المفهوم

1 محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، صص 47-48 و44-43؛ حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 845؛ رعد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، ص 27؛ هنا، وقد استند الفقه الألماني في اعترافه بالطبيعة العقدية للمفاوضات بموجب عقد تفاوض ضموني على نظرية الخطأ التي قال بها أيرنج، وبموجب هذه النظرية تنشأ علاقة قانونية بين الطرفين بمجرد دخولهم في مفاوضات جدية. وترتبط هذه العلاقة بعض الالتزامات على المفاوضين من بينها الالتزام بحسن النية أثناء التفاوض، فإذا أخل أحد الطرفين بتنفيذ هذه الالتزامات، وجب تطبيق قواعد المسؤولية العقدية. للمزيد من التفصيل انظر أبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، صص 44 و33-34.

القانوني الصحيح للمفاوضات، فالتفاوض لا يتم بمحض الصدفة؛ ومن غير المنطق أن يجد المتفاوضان أنفسهما فجأة على طاولة المفاوضات دون أن يكون بينهم اتفاق سابق. فهذا الاتفاق يتكون نتيجة توافق إرادتين أو أكثر، بقصد إحداث أثر قانوني، وهو التوصل إلى إبرام العقد محل التفاوض، كما يترتب عليه التزامات وحقوق حقيقة، وهو بذلك يتفق مع المفهوم العام للعقد¹.

فضلاً على أنه يترتب على تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على المفاوضات؛ وجوب تحقق خطأ مستقل عن قطع المفاوضات لتقدير التعويض عن الضرر الناتج عن هذا الفعل، وهذا ما لا ينبغي التسليم به، فهناك حالات للعدول يجعل صاحبها مسؤولاً عن عدوله، وإن لم يقترن فعله بخطأً مستقل عنه، كحالة العدول في المفاوضات التي شارفت على الانتهاء بدون مبرر².

كما يستند مؤيدو الصفة العقدية للمفاوضات بموجب عقد تفاوض ضمني في رفضهم تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عليها إلى صعوبة إثبات الخطأ التقصيرية في هذه المرحلة، إلا إذا اعتبر فعل العدول بحد ذاته خطأً يجب المسؤولية التقصيرية، ومن غير المتصور الأخذ بهذه النتيجة، لما في ذلك من توسيع في نطاق المسؤولية التقصيرية، وفي هذا الأمر خطورة على الحريات الفردية، وعلى مبدأ حرية التعاقد³.

1 حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص ص 845-846؛ محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، ص 43-44؛ أبحار حامد حبس علي، مرجع سابق، ص ص 45-46؛ رعد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، ص ص 29-28.

2 حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 846؛ محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، ص 44.

3 ذات المرجع، ص 847؛ ذات المرجع، ص ص 44-45.

ومن ناحية أخرى، فإن إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية على المفاوضات؛ من شأنه أن يوسع من نطاق المسؤولية، فالمتفاوض يصبح -وفقاً لهذه القواعد- مسؤولاً عن الضرر المباشر المتوقع أو غير المتوقع، بخلاف الأمر فيما لو طبقت قواعد المسؤولية العقدية على المفاوضات، والتي تقرر مسؤولية التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط؛ مما يتربّ عليه نتيجة غير منطقية، إذ من غير المنطقي التشديد في توسيع نطاق المسؤولية في المرحلة السابقة على العقد، في حين يتم التخفيف من نطاق هذه المسؤولية في المرحلة اللاحقة على انعقاده من خلال تطبيق قواعد المسؤولية العقدية. فضلاً على أنه يتربّ على هذا التشديد نفور الناس من الدخول في المفاوضات؛ فلو علم كل شخص بأنه سوف يحاسب على جميع الأضرار المباشرة المتوقعة أو غير المتوقعة نتيجة فشله في المفاوضات، لتجنب الدخول فيها منذ البداية، تفاديًّا للمشاكل وتحمل عبء المسؤولية التقصيرية¹.

ومما يؤكد هذا التشديد أيضاً، إمكانية مساءلة المتفاوض ناقص الأهلية بما يرتبه تفاوضه من ضرر فيما لو طبقت على المفاوضات بموجب عقد تفاوضي ضمني قواعد المسؤولية التقصيرية، بخلاف لو تم إعمال قواعد المسؤولية العقدية على هذه المفاوضات، الأمر الذي يتبع معه استبعاد الطبيعة المادية لهذا النوع من المفاوضات².

وهذا الخصوص، نستشهد بعض السوابق القضائية في القضاء المدني الفرنسي التي اعترفت بعقد التفاوض الضمني، ومن هذه السوابق نجد حكماً لمحكمة النقض الفرنسية يقر باتفاق التفاوض الضمني في قضية تتلخص وقائعها، أن أحد عمال

1 حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 846؛ محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، ص 45.

2 ذات المرجع، ص 846؛ ذات المرجع، ص ص 44-45.

مصانع رينو للسيارات، قدم استقالته للمشاركة في الحرب القائمة في بلاده آنذاك، وبعد انتهاء هذه الحرب، طالب الشركة بإرجاعه إلى العمل، لكنها تعذرت بعدم إمكانية ذلك نظراً لظروف الشركة، وبعد وساطة شخص من الغير، صدر عن هذه الشركة خطاب تتعهد فيه بإرجاعه إلى العمل في حال كان نشاط الشركة يسمح بذلك، إلا أنها لم تفعل رغم تحسن وضعها الاقتصادي، "وبعرض الأمر على محكمة الموضوع قضت الأخيرة بأن تعهد الشركة الوارد في هذين الخطابين هو تعهد نهائي يلزمها بإعادة العامل إلى العمل بالفعل. إلا أن محكمة النقض ألغت هذا الحكم وقررت أن هذا التعهد لا يعود أن يكون اتفاقاً مبدئياً يلزم الشركة فحسب لأن تبحث مع العامل مدى إمكانية إعادةه إلى العمل في ضوء الظروف الاقتصادية للمشروع. وهكذا اعترفت محكمة النقض الفرنسية صراحة لأول مرة بوجود اتفاق مبدئي أي اتفاق تفاوض بين الطرفين. ومن الواضح أن الطرفين لم يصرحاً بهذا الاتفاق ولكن المحكمة استخلصته ضمناً من خطابي الشركة المرسلين إلى العامل رداً على عرضه إليها بالعودة إلى العمل. وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد أقرت بهذا الحكم فكرة اتفاق التفاوض الضمني".¹

كما نجد حكماً آخر لذات المحكمة في قضية تتلخص وقائعها "في أن مؤسسة Pigassou اتفقت مع مؤسسة Bergel على أن تؤجر لها محلاً تجارياً لمدة عام. ولما دب الخلاف بينهما حول بعض التفاصيل رفع الأمر إلى القضاء حيث تمكنت مؤسسة (P) بأن ما اتفقت عليه مع مؤسسة (B) هو مجرد شغل مؤقت للعين المؤجرة لحين إبرام

1 انظر:

-Cass.soc.24 mars 1958.Regie nationale des usines Renault Mar-chal
J.C.P.1958.II.10868.OBS Carbonnier()

نقلأً عن عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص ص 244-245.

عقد الإيجار النهائي في حين ادعت مؤسسة (B) أن عقد الإيجار قد انعقد بالفعل ويجب تنفيذه. وقد أيدت محكمة النقض قضاء الموضوع في رفضهم ادعاء مؤسسة (B) مع الحكم في ذات الوقت على مؤسسة (P) بالتعويض. والشيء الهام في هذا الحكم هو الأساس الذي بنى عليه الحكم بالتعويض فقد اعتبرت المحكمة أن مؤسسة (P) قد أخلت بالتزامها العقدي بالتفاوض بحسن نية وذلك لأنها لم تطلع مؤسسة (B) على الشروط التي ترغب في التعاقد على أساسها مما أدى إلى فشل التفاوض بينهما. فيما تم بين الطرفين إذن لم يكن عقد إيجار نهائي لأنهما لم يتفقا على كل شروطه وإنما اتفقا فحسب على التفاوض من أجل إبرامه. وغني عن البيان أن هذا الاتفاق على التفاوض هو اتفاق ضمني استخلصته المحكمة من ظروف الحال¹.

وفي هذا الصدد، نذكر أيضاً قرار محكمة استئناف فرساي في القضية المشهورة باسم "ساندوز" حيث أكدت في قرارها بأن "تبادل الأطراف لمشروعات العقد يعد عقد تفاوض وتنشأ عنه التزامات تعاقدية حقيقة، فإذاً قامت مجموعة شركات "ساندوز" بقطع المفاوضات بعد أن قطعت شوطاً طويلاً امتد لما يقارب الأربع سنوات، وبدون مبرر جدي وموضوعي فإنها تكون قد خالفت التزاماتها المترتبة عليها بموجب عقد التفاوض. وبأنها بتركها شركة بوليفال تأمل بإبرام العقد (إنتاج أدوية بطريقة تصنيعية خاصة)، لمدة أربع سنوات فإنها تكون خالفة مقتضيات الشرف وحسن النية وتسببت بضرر لشركة بوليفال، وبما يوجب الزامها بالتعويض"².

1 انظر:

-Cass civ 16 avr 1973 . Bull. civ. N 287.p.207.

نقاً عن عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص 247.

2 انظر: القرار الصادر عن محكمة استئناف فرساي في 21/9/1995 وأيدته الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 إبريل 1998 ،

==

وفي ذات السياق، أصدرت محكمة استئناف باريس في قضية "تلخص وقائهما في أن شركتين اتفقا على الدخول في التفاوض من أجل الاندماج فيما بينهما. وبعد عدة جلسات قامت إحدى الشركات بإخطار الشركة الأخرى بانسحابها من المفاوضات. وبعرض النزاع على التحكيم قضى التحكيم بعدم مسؤولية الشركة المنسحبة من المفاوضات. وعندما طعن في هذا القرار أمام محكمة استئناف باريس قضت المحكمة بتأييده. وقد سلمت المحكمة في حيثيات الحكم بوجود اتفاق تفاوض بين الطرفين ينشئ على عاتقهما التزاماً تعاقدياً بالتفاوض بحسن نية إلا أنها رأت مع قرار التحكيم إلا ترتب مسؤولية على عاتق الشركة التي قطعت المفاوضات وذلك لكونها لم تخل بقواعد حسن النية السائدة في المعاملات التجارية حيث أنها قد أخطرت الشركة الأخرى في الوقت المناسب بعزمها العدول عن المفاوضة فضلاً عن أن الاتفاق على التفاوض لا يلزم الطرفين البتة بإبرام العقد النهائي بالفعل".¹

ومن جانبنا، نؤيد الاتجاه الفقري الذي يسبغ الطبيعة العقدية للمفاوضات بموجب عقد تفاوض ضمني شأنها في ذلك شأن المفاوضات بموجب عقد تفاوض صريح ومكتوب، فهي تنشأ بمجرد صدور قبول مطابق من المتفاوض الآخر للإيجاب بالتفاوض الصادر من الطرف الراغب في الدخول معه في مفاوضات جدية بخصوص عقد ما. وعلى هذا الأساس تنشأ رابطة عقدية بين الطرفين، يحكمها عقد تفاوض

==

- Cass.com.7avril 1998 n 95-20,361. J.C.P.E. 1999, p579

نقلأً عن لوى محمد أحمد المبيضين، مرجع سابق، ص 72؛ انظر تفصيل وقائع هذه القضية: أبحار حامد حبش، مرجع سابق، ص ص 32-33.

1 انظر:

C.A. paris 18 Janv 1996.D. A. 1996.p. 292.-

مشار إليه لدى عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص 246.

ضمني. ولا يمس ذلك بالمبادئ المستقر عليها في التعاقد، كمبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ حرية التعاقد. فالغاية الأساسية من عقد التفاوض -الضمني والصريح- هي تنظيم مجريات المفاوضات فيما بين الطرفين، وتحديد حقوق والتزامات كلاً منها خلال هذه الفترة، بالإضافة إلى إلزام الطرفين باحترام مبدأ حسن النية، وباقى الالتزامات الأخرى المتفرعة عنه أثناء قيامهما بالتفاوض، ولنست الغاية منه فرض التزام على الطرفين بالاستمرار في التفاوض للتوصل إلى اتفاق بشأن العقد المراد إبرامه.

فإذا أخل أحد أطراف التفاوض بما يفرضه هذا العقد من التزامات، كأن يقوم بأى فعل يخالف مقتضيات مبدأ حسن النية، جاز للطرف المتضرر أن يطالبه بجبر الضرر الذي أصابه إزاء مخالفته هذه، وذلك طبقاً لما تقرره قواعد المسؤولية العقدية لا التصريحية وفقاً لما تقدم، إلا أنه لا يجوز بأى حال من الأحوال أن يؤدي هذا التعويض إلى إجبار الطرف المخل بإبرام العقد النهائي.

وبعد بحث طبيعة المفاوضات بموجب عقد تفاوض ضمني على النحو المتقدم، ننتقل للمطلب الثاني لبحث الخلاف الفقهي الدائر في الفقه بخصوص طبيعة المسؤولية المطبقة على المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض صريح.

المطلب الثاني المسؤولية القانونية المطبقة على المفاوضات بموجب عقد تفاوض صريح

يتعين لتحديد نوع المسؤولية القانونية للمفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض صريح، التعرف أولاً على رأي الفقه والقضاء حول طبيعة هذا النوع من المفاوضات، وفقاً لما سنبيئه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول

الطبيعة العقدية للمفاوضات بموجب عقد تفاوض صريح

وعلى عكس الخلاف الحاصل في الفقه بالنسبة لطبيعة المفاوضات بموجب عقد ضمني؛ لم يختلف الفقه¹ في إسbag الطبيعة العقدية على المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض صريح، التي يوضح فيها الطرفان بشكل مسبق ومكتوب، كافة شروط وأحكام عملية التفاوض على عقد معين، معتمدين في ذلك على عقد التفاوض المبرم بينهم. فهذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بين المتفاوضين؛ وهو الذي يضفي الطابع العقدي على المفاوضات، فيحولها من عمل مادي غير ملزم، إلى عمل قانوني ملزم، وعلى هذا الأساس، تتحول المسؤلية من مسؤولية تقصيرية إلى مسؤولية عقدية.²

وهذا، ما أخذت به المحكمة الاتحادية العليا، حيث اعترفت بالاتفاق المبدئي المبرم بين الطرفين خلال فترة المفاوضات، واعتبرته عقداً كسائر العقود، كما هو الشأن في أحد قراراتها الذي أيدت فيه موقف محكمة الإحالة في اعترافها بالطبيعة العقدية لخطاب النوايا، وألزمت الطرف المخل بالتزامه بجبرضرر الناشئ عن إخلاله وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية لا التقصيرية³. ونلاحظ نفس التوجه في حكم آخر لذات

1 كما هو الحال في الفقه الفرنسي الذي اعترف صراحةً باتفاق التفاوض المكتوب، واعتبره أساس الالتزامات الواقعية على الطرفين خلال فترة المفاوضات، وعلى هذا الأساس يساعل الطرف المخل بتنفيذ التزاماته وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية. وقد سار الفقه المصري على نفس النهج، حيث اعترف بالطبيعة العقدية للمفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض صريح، رغم عدم اعترافه بالمفاوضات بموجب عقد تفاوض ضمني. انظر أبحار حامد جبس علي، مرجع سابق، ص ص 39-36؛ ولمزيد من التفصيل حول هذه الجزئية انظر رعد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، ص ص 27-34.

2 حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص ص 844-845؛ أبحار حامد جبس علي، مرجع سابق، ص 36؛ عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص 272؛ محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، ص 43؛ رعد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، ص 27.

3 المحكمة الاتحادية العليا- الأحكام المدنية والتجارية-الطعن رقم 516 لسنة 21 قضائية-الدائرة ==

المحكمة، حيث اعترفت بخطاب التعيين، واعتبرته اتفاقاً مبدئياً بين الطرفين خلال فترة تفاوضهما، على النحو الآتي: "وتأسيساً على ذلك فإن خطاب التعيين حسبما أشرنا سابقاً المتضمن استحقاق مكافأة سنوية بواقع ... يعد اتفاقاً مبدئياً وعلاوة على ذلك فإن كافة العقود التي حررها المدعي لم يرد بها ذكر لتلك النسبة... ويكون ما أثاره المستأنف في هذا الصدد ... يتعين رفضه" ¹.

ولعل ما تقدم، يفسر لنا سبب اتباع القضاء الإماراتي للتوجه الفقهي السابق والذي لا يعترف بالطبيعة العقدية للمفاوضات إلا إذا صاحبها اتفاق صريح ومكتوب من قبل الأطراف، على إحداث أثر قانوني معين، شريطة أن تتوافر فيه جميع أركان انعقاد العقد بصفة عامة، وشروط صحة انعقاده. فالاتفاق المكتوب في هذه الحالة يعتبر عقداً كسائر العقود الأخرى، ويرتب أثره على جميع الأعمال الصادرة بين الطرفين بقصد تنفيذه على النحو المطلوب. وبخلاف ذلك، تعتبر المفاوضات من قبيل الأعمال المادية، والتحضيرية التي تمهد لإبرام العقد النهائي، لا أثر قانوني لها.

ونلاحظ نفس التوجه في قضاء محكمة النقض المصرية، فهو أيضاً يعترف بالطبيعة العقدية للمفاوضات المصحوبة باتفاق صريح - كما هو الشأن في القضاء الإماراتي - طالما تحقق في اتفاق التفاوض جميع الأركان الازمة لانعقاد العقد، وشروط صحة انعقاده، وفقاً لما تقرره القواعد العامة في هذا الشأن. ويوضح هذا الموقف في

المدنية والتجارية- بتاريخ 12/06/2001 مكتب في 23 رقم الصفحة 1125 (نقض الحكم والإحالة) رقم القاعدة 166، الرقم المرجعي للحكم في شبكة قوانين الشرق: 62851، تاريخ الاطلاع: 21/10/2023

1 دولة الإمارات العربية المتحدة، المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 402 لسنة 27 قضائية-الدائرة المدنية، بتاريخ 5/01/2009 رقم الصفحة 10 [رفض]، الرقم المرجعي للحكم في شبكة قوانين الشرق: 340465، تاريخ الاطلاع: 21/09/2023

الحكم الآتي الذي جاء فيه: " العقد يصدق على كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني وإساغ وصف المتعاقد إنما ينصرف إلى من يفصح عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد...".¹

وبالنسبة لموقف قضاء محكمة التمييز الأردنية بخصوص المفاوضات المصحوبة باتفاق صريح؛ فإنه لا يختلف عن موقف القضاء الإماراتي والمصري في هذا الشأن، فهو يعترف بهذا النوع من المفاوضات أخذًا في الاعتبار بتوافر الأركان الالزمة لانعقاد العقد بصفة عامة في هذا الاتفاق، ويستشف ذلك في العديد من أحكامها، نذكر منها الحكم الآتي: "إذا تم العقد صحيحًا ومتواافقًا على أركانه وشروط انعقاده ولم تطعن الجهة الممiza بأي من شروط انعقاد العقد أو صحته فيكون لازمًا لطرفيه ويتوجب تنفيذ آثاره والتزاماته (المادة 87 والمادة 199/2 من القانون المدني)".²

والجدير بالتنوية بخصوص عقد التفاوض³ بأنه عقد قائم بذاته، يكفي لانعقاده

1 محكمة النقض المصرية- الطعن رقم 669 لسنة 42 ق جلسة 14/3/1979 مس 30 ص 786. مشار إليه لدى جهاد صالح العتبى، القواعد القضائية في شرح القانون المدنى-العقد، الجزء الثانى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن: عمان، الطبعة الأولى، 2014، ص 83.

2 محكمة النقض الأردنية- تميز حقوق رقم 1685/2003 - تاريخ 30/10/2003 هيئة عامة منشورات عدالة. مشار إليه لدى ذات المرجع، ص 23.

3 ويُعرف عقد التفاوض بأنه" اتفاق يلتزم بموجبه كل طرف في مواجهة الآخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين ہدف إبرامه". كما عرفته غرفة التجارة الدولية بأنه" عقد بمقتضاه يتعهد طرافاه بالتفاوض أو متابعة التفاوض بعرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد موضوعه إلا بطريقة جزئية لا تكفي في جميع الأحوال لانعقاده". كما عرفته محكمة باريس، بأنه: " إن عقد المفاوضة هو عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه ببدء أو متابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل". مشار لجميع هذه التعريفات لدى عبد العزيز المرسى حمود، مرجع سابق، ص ص 231-232؛ انظر بهذا الخصوص أيضًا رعد أحمد اللوزي، مرجع سابق، ص ص 43-44؛ أبخار حامد ==

وترتيب آثاره القانونية؛ أن يتوافر فيه كافة أركان انعقاد العقد كالرضا والسبب والمحل؛ وأن يتوافر فيه كذلك شروط صحة انعقاده، كالأهلية وانتفاء عيوب الإرادة، وذلك طبقاً لما تقرره القواعد العامة لانعقاد العقد¹. والغاية من إبرام هذا العقد، هي تنظيم عملية التفاوض وفقاً للشروط والأحكام المتفق عليها². وكما هو الشأن فيسائر العقود الملزمة للجانبين، فإن عقد التفاوض³ يرتب التزامات متبادلة على عاتق الطرفين من أهمها الالتزام بالتفاوض بحسن نية⁴، وبمقتضاه يلتزم الطرفان بالدخول

==

حبش، مرجع سابق، ص 41-40؛ هذا، واعتبر البعض عقد التفاوض "من العقود الحديثة غير المسماة، وغير المنظمة قانونا، فهو تصرف قانوني إرادي، يسعى طرفاه لترتيب أثر قانوني منه". نقاولاً عن محمد أحمد العكام، مرجع سابق، ص 48.

1 محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، ص 49؛ عبدالعزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص 232-233؛ وللمزيد حول تكوين عقد التفاوض أنظر شرف علي خالد بغيرات، مرجع سابق، ص 73-78.

2 حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 845؛ أبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص 36.

3 ومن الشخصيات التي يتميز بها عقد التفاوض أيضاً، بأنه عقد تمهدى لأنه يمهد لإبرام العقد النهائي. وبأنه عقد مؤقت، لأن مدته تتوقف على مدة المفاوضات طالت أم قصرت. كما يتميز أيضاً بعدم تضمنه للمسائل الجوهرية الازمة لانعقاد العقد النهائي، ولا حتى للمسائل الثانوية لهذا العقد، وهو بذلك يختلف عن الوعد بالتعاقد. للمزيد من التفصيل في هذه الجزئية انظر محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، ص 49-51؛ وأبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص 41-42؛ وكذلك حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 848-849؛ عبدالعزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص 234-236؛ رعد أحمد اللوزي، مرجع سابق، ص 44-45.

4 وبموجب الالتزام بالتفاوض بحسن نية، يجب على كل طرف احترام مقتضيات مبدأ حسن النية، كالتحلي بالأمانة، والتزاهة، والصدق، والمحافظة على الثقة المشروعة، واحترام القوانين والنظام العام والأداب، والابتعاد عن الغش والخداع. وعدم استعمال حق العدول عن المفاوضات بسوء نية، بقصد الإضرار بالغير. محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، ص 39؛ مبارك محمد آل فطیح، مرجع سابق، ص 70؛ كما يجب عليه بموجب هذا الالتزام؛ أن يبادر كل طرف بإزالة المراكز القلقة أثناء سير عملية التفاوض، والمقصود بهذا الالتزام أن يقوم كل طرف من تلقاء نفسه بوقف المفاوضات، أو تأجيلها، أو تقديم ضمانات إضافية، فيما لو حدثت ظروف عامة ألم خاصة، من

==

في عملية التفاوض، والبدء فيها، ومتابعتها، وفقاً للإجراءات والمدة المتفق عليها، فإن لم يحدد في عقد التفاوض مدة معينة، التزم الطرفان باتخاذ هذه الإجراءات خلال مدة معقولة. كما يتلزم الأطراف بالقيام بالمفاضلات في المكان المتفق عليه، بالإضافة إلى تحمل نفقات الدراسات الأولية ذات الصلة بعملية التفاوض وبإعداد مشروع العقد النهائي محل التفاوض، وذلك طبقاً لما تم الاتفاق عليه.¹

وبالنسبة لطبيعة الالتزام بالتفاوض بحسن نية فهو التزام بتحقيق نتيجة، وليس ببذل عناء، فلا يتصور أن يبرر المتفاوض عدم تنفيذه لهذا الالتزام؛ بالقول بأنه بذل العناية الالزمة لكي يتلزم بحسن النية أثناء تفاوضه مع الطرف الآخر، إلا أنه لم يستطع ذلك². لذلك، لا يستطيع المتفاوض أن يدراً عن نفسه مسؤولية الإخلال

شأنها أن تثير المخاوف أو الشكوك عن قرب عجز المتفاوض الآخر، أو عدم مقدرته فعلياً على تنفيذ التزامات العقد إن أبرم... لمعرفة المزيد حول هذا الالتزام انظر حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 854-855.

1 حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 850.

2 ومن الأعمال التي تدل على سوء النية في المفاوضات: إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر في إبرام العقد محل التفاوض بالرغم من بيته عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر، أو قطع المفاوضات المنعدمة فجأة ودون مبرر، أو التفاوض لمجرد التسلية أو الدعاية أو لاستطلاع السوق دون وجود نية حقيقة في التعاقد، أو اعتماد أسلوب التسويف وإطالة مدة التفاوض مع العلم بصعوبة الوصول إلى اتفاق، أو طرح أفكار غامضة تؤدي إلى تشتيت أفكار الطرف الآخر، أو تقديم اقتراحات من الصعب تحقيقها، أو عدم اتباع السلوك المألوف والمعتاد في التفاوض. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص ص 273-274؛ حمدي بارود، مرجع سابق، ص ص 850-851؛ سعود فواز ماجد الدريوش، مبدأ حسن النية في عقد التأمين في النظام السعودي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية- كلية الدراسات العليا، الأردن، 2016، ص ص 14-15؛ مبارك محمد آل فطيط، مرجع سابق، ص 70؛ أبحار حامد حبش، مرجع سابق، ص ص 54-55؛ محمد أحمد محمود العكam، مرجع سابق، ص 39؛ سماح جبار، حسن النية في التفاوض على العقود، المصدر: دراسات، الناشر: جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، مجلة محكمة، ع 48، 2016، ص 242.

بالالتزام بالتفاوض بحسن نية، إلا في حالة واحدة فقط وهي إثبات السبب الأجنبي الذي حال دون تنفيذه لهذا الالتزام. ويرجع لقواعد المسؤولية العقدية في حال وجود عقد تفاوض صريح أم ضمني، لجبر الضرر الناشئ عن هذا الإخلال¹.

ونخلص مما تقدم، بأن القضاء الإماراتي والمصري والأردني متافق على عدم الاعتراف بالطبيعة العقدية للمفاوضات إلا إذا صاحبها اتفاق صريح ومكتوب من قبل الأطراف، على إحداث أثر قانوني معين، شريطة توافر جميع أركان انعقاد العقد، وشروط صحة انعقاده، وفقاً لما تقرره القواعد العامة.

وبعد عرض الاتجاه المؤيد للطبيعة العقدية للمفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض صريح، نخصص الفرع التالي لتوضيح اعتراض جانب من الفقه على هذه الطبيعة، والرد على هذا الاعتراض وفقاً لما يلي.

الفرع الثاني اتجاه معارض للطبيعة العقدية للمفاوضات بموجب عقد تفاوض صريح والرد عليه

نذكر في هذا الموضع بعض الحجج والأسانيد التي استند إليها أصحاب الاتجاه المعارض للطبيعة العقدية للمفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض صريح، والرد على هذا الاعتراض، على النحو الآتي:

¹ عبدالعزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص ص 273-274؛ سعود فواز ماجد الدرويش، مرجع سابق، ص ص 14-15؛ حمدي محمود بارود، مرجع سابق، صص 853 و 850 و 846؛ أبحاث حامد جبش، مرجع سابق، ص ص 55-53.

الغصن الأول

الاعتراض على الصفة العقدية للمفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض صريح

يرى جانب من الفقه¹ بأن إضفاء الطبيعة العقدية على المفاوضات بصفة عامة، ما هو إلا استباقي للأحداث المستقبلية للعقد النهائي، وبأنه من غير الداعي إقامة المسئولية العقدية على المتفاوض الذي أخل بمبدأ حسن النية قبل انعقاد العقد بصورةه النهائية؛ حيث لن يفلت المتفاوض من المحاسبة إذا ما وقع منه إخلال بعد انعقاد العقد النهائي. ومن زاوية أخرى، فإنه يتوجب عدم ربط نجاح انعقاد العقد النهائي بوجود مفاوضات من عدمه، فقد ينعقد العقد النهائي، رغم عدم دخول الأطراف في مفاوضات من الأساس، أو فشلهم في المفاوضات، فعلى أي أساس يتم إضفاء الصفة العقدية للمفاوضات؟

كما يعترض جانب آخر على ذلك أيضاً² بحججة أن الصفة العقدية للمفاوضات، من شأنها أن تجبر الأطراف على إبرام عقود قد لا يرتضونها، تنفيذاً لما آلت إليه المفاوضات، الأمر الذي من شأنه أن يخالف مبدأ حرية التعاقد الذي ينبغي أن يسود فترة المفاوضات.

1 شرف علي خالد بعيرات، مرجع سابق، ص ص 69-70.

2 ذات المرجع، ص 70.

الفصل الثاني الرد على الاعتراض

رد الاتجاه المؤيد للصفة العقدية للمفاوضات على هذه الاعتراضات¹ ، بالقول بأن فرض المسؤولية العقدية في حال الإخلال بمبدأ حسن النية أثناء فترة المفاوضات، لا يعني إجبار الأطراف على إبرام العقد النهائي، فالهدف هو إلزامهم بالتقيد بمبدأ حسن النية أثناء تفاوضهم، وليس لإجبارهم على إبرام العقد محل المفاوضة، وبالتالي، لا يوجد ما يخالف مبدأ حرية التعاقد. فالمتفاوض حر في الاستمرار أو العدول عن التفاوض في أي وقت شاء، على أن يكون ذلك في حدود حسن النية. كما أن هناك قواعد وضوابط أخرى من شأنها أن تحول دون حدوث مثل هذا الإجبار، كنظرية عيوب الإرادة، ومبدأ حرية التعاقد.

كما يتمسك هذا الاتجاه للرد على معارضي الصفة العقدية للمفاوضات بالقول بأنه "ليس من العدل إطلاق حرية الأطراف في التفاوض، وعدم تقرير مسؤولية عن القيام أو الامتناع عن كل ما من شأنه أن يؤدي إلى إلحاق الضرر بالطرف المقابل، إنما لابد من وجود مسؤولية وهي مسؤولية عقدية انطلاقاً من وجود عقد التفاوض". كما يرى هذا الاتجاه بأنه من المفترض أن يوجه هذا الانتقاد على وجود المسؤولية، لا على تكييفها، فيما إذا كانت عقدية أم تقصيرية، فهذا التكييف من وجهة نظرهم لا يغير من الأمر شيء، فهو لا يؤدي إلى إجبار الأطراف على إبرام العقد النهائي². بل على العكس من ذلك، قد يؤدي إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية إلى اضطرار أحد الأطراف بالفعل على إبرام العقد النهائي محل التفاوض لتجنب تحمل عبء التعويض

1 انظر مجمل الأسانيد التي استند إليها هذا الاتجاه لتأييد الصفة العقدية للمفاوضات شرف علي خالد بعيرات، مرجع سابق، ص 70-72؛ عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص 274.

2 شرف علي خالد بعيرات، مرجع سابق، ص 71-70.

وفقاً لقواعد هذه المسؤولية، والتي تلزم مرتكب الفعل الضار بتعويض المتضرر عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع؛ بخلاف قواعد المسؤولية العقدية التي لا تلزم بالتعويض إلا عن الخطأ العقدي المباشر المتوقع. فضلاً عن الصعوبة التي يواجهها المتفاوض المتضرر من ناحية إثبات حدوث خطأ من المتفاوض الآخر؛ وعلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي لحق به، بخلاف الوضع فيما لو اعتبرنا هذا الخطأ خطئاً عقدياً بموجب عقد التفاوض، فلا توجد صعوبة في إثبات الخطأ العقدي فهو قائم بمجرد إثبات عدم تنفيذ الطرف الآخر للالتزام العقدي أو تنفيذه لهذا الالتزام بشكل مغلوط أو جزئي. وهذا ما قد يجعل المتفاوض يفضل إبرام العقد النهائي مع الطرف المقابل له على مطالبه بالتعويض عما صدر منه من خطأ تقصيري أثناء سير المفاوضات تجنباً في الدخول معه في نزاع قد يفشل في إثبات دعواه، مما يزيد من تضرره¹.

كما يؤدي إضفاء الصفة العقدية على المفاوضات- سواء كانت مصحوبة باتفاق صريح أم ضمني- إلى المحافظة على التوازن العقدي للعقد المراد إبرامه، لما تولده هذه الصفة من شعور لدى الطرفين بإلزامية المحافظة على هذا التوازن، ليس فقط عند تحديدتهم لشروط وأحكام التفاوض، بل عند انتقالهم لمرحلة إبرام العقد، ولغاية تنفيذ العقد النهائي، وبالتالي ترسيخ فكرة العدالة العقدية. كما أن لهذه الصفة دور مهم في تقوين الالتزامات التي تتطلب طبيعتها أن يتم توثيقها في اتفاق خاص، نظراً لأهميتها لدى الطرفين، كالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، والالتزام بعدم الدخول في مفاوضات موازية، مما يسهل على الطرف المتضرر إثباتها عند إنكار الطرف المخل بها².

¹ راجع الأسباب التي يستند إليها الاتجاه الفقهي المؤيد للطبيعة العقدية للمفاوضات بموجب عقد ضمني في الصفحات 25-27 من هذا البحث.

² شرف علي بعيرات، مرجع سابق، ص 71-72؛ حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 845؛ أبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص 36.

وأخيراً، نرى بأن الحجج والأسانيد التي ساقها الاتجاه المؤيد للطبيعة العقدية للمفاوضات -المصحوبة باتفاق صريح أم ضمني- أكثر منطقية وعدلاً من أسانيد الاتجاه المؤيد للطبيعة المادية للمفاوضات. لذلك أؤيد من يرى¹ بأنها كافية لدحض هذه الطبيعة.

الخاتمة

تم التوصل في هذا البحث إلى بعض النتائج والتوصيات نوجزها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1. يعتبر مبدأ حسن النية في العقود من النظام العام في القانون المدني الفرنسي، ويترتب على ذلك، عدم جواز اتفاق الأطراف بداعهً على إعفاء أحد الأطراف أو كلاهما من مقتضيات وأحكام هذا المبدأ في أي مرحلة من مراحل العقد.
2. قد ينشأ عقد تفاوض ضمني بين الأطراف أثناء سير المفاوضات بمجرد صدور قبول مطابق من المتفاوض الآخر للإيجاب بالتفاوض الصادر من الطرف الراغب في الدخول معه في مفاوضات جدية بخصوص عقد ما، أو في الحالة التي تصبح فيها المفاوضات منتظمة؛ ومستمرة مدة معقولة من الزمن؛ ومتقدمة بحيث تصل إلى أقرب مستوى لانعقاد العقد النهائي بما يعكس وجود نية مشتركة وجادة بين الطرفين في إجراء تنظيم تعاقدي للمفاوضات الجارية بينهما؛ أو في الحالة التي يصدر فيها أي تصرف أو فعل مشترك من الطرفين يمكن أن يستدل منه على وجود اتفاق ضمني وجاد بينهما على التفاوض بشأن عقد ما، وفي مثل هذه الحالات، تعتبر طبيعة المفاوضات عقدية، وعلى أساس ذلك تطبق بشأنها قواعد المسؤولية العقدية، وفيما عدا ذلك تعتبر المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح مجرد أعمال مادية لا ترتب

1 محمد أحمد محمود العكام، مرجع سابق، ص 45

أية آثار قانونية، ومن ثم تطبق بشأنها قواعد المسؤولية التقصيرية.

3. يتضح عدم موافقة المشرع الإماراتي للتطور الحاصل في بعض التشريعات الغربية كالقانون المدني الفرنسي والإيطالي وغيرها؛ والتي تفرض صراحةً على أطرافها الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات وإبرام العقد.

4. يتضح وجود ازدواجية في تطبيق أحكام المسؤولية القانونية على المفاوضات في القضاء الإماراتي، حيث يطبق على المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح أحكام المسؤولية التقصيرية بغض النظر عن نشوء عقد تفاوض ضمني بين الطرفين من عدمه، بينما يطبق على المفاوضات المصحوبة باتفاق صريح ومكتوب على تنظيم المفاوضات أحكام المسؤولية العقدية.

5. نرى بأن كل ما تم التوصل إليه بخصوص أصل وطبيعة مرحلة المفاوضات ينسحب أيضاً إلى مرحلة إبرام العقد. ومما يؤكد منطقية ذلك هو الدور المشترك الذي تقوم به هاتين المرحلتين من ناحية تشكيل وتحديد معالم العقد النهائي. كما أنه من البديهي أن تأخذ مرحلة إبرام العقد نفس طبيعة المفاوضات، باعتبارها مرحلة تكميلية يتم فيها استكمال ما تم التوصل إليه في مرحلة المفاوضات. وبالتالي إذا صاحبت هذه المفاوضات عقد تفاوض صريح أم ضمني، وأصبحت طبيعتها بموجب هذا العقد عقدية، فإنه من الطبيعي، والمنطقي أيضاً، أن تكون طبيعة المرحلة التي تتبعها وهي مرحلة إبرام العقد عقدية أيضاً والعكس.

ثانياً: التوصيات

هدف المساهمة في سد النقص التشريعي فيما يخص تنظيم مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات وإبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الاتحادي بدولة الإمارات، قمت بصياغة بعض المواد المقترحة التي أتطلع إيرادها في الأحكام العامة للعقود لهذا القانون، وهي كالتالي:

مادة رقم (1) طبيعة المراحل السابقة على التعاقد

تكتسب المفاوضات الطبيعة العقدية، بمجرد نشوء عقد تفاوض صريح أم ضمني بين الطرفين لتنظيم أعمال وإجراءات المفاوضات الجارية بينهم حول إبرام عقد معين. وتنسحب هذه الطبيعة العقدية للمرحلة اللاحقة لهذه المفاوضات وهي مرحلة إبرام العقد.

مادة (2) عقد التفاوض¹

يعتبر عقد التفاوض عقداً قائماً بذاته، يتكون بمجرد تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وبمقتضاه يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتعامل بما يتفق وحسن النية.

مادة رقم (3) حالات سوء النية في مرحلة المفاوضات²

1. للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون عند عدم التوصل إلى اتفاق.
2. مع ذلك، يسأل المتفاوض عما الحق بالطرف الآخر من أضرار نتيجة سوء نيته.
3. ويعد من قبيل سوء النية، على سبيل المثال لا الحصر، قيام طرف في المفاوضة بإشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر في إبرام العقد محل التفاوض بالرغم من نيته عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر، أو قطع المفاوضات المتقدمة فجأة ودون مبرر، أو التفاوض لمجرد التسلية أو الدعاية أو لاستطلاع السوق دون وجود نية حقيقة في التعاقد، أو اعتماد أسلوب التسويف وإطالة مدة التفاوض مع العلم بصعوبة الوصول إلى اتفاق، أو طرح أفكار غامضة

1 الشطر الثاني من هذه الفقرة مأخوذ من حكم المادة (1337) من القانون المدني الإيطالي على النحو المشار إليه في هامش صفحة 15 من هذا البحث.

2 تم إضافة حكم مشابه لحكم المادة (5/2) من مبادئ توحيد قواعد التجارة الدولية، والمادة 15-2 من مبادئ اليونيدرو -المشار إليها في هامش صفحة 15 من هذا البحث- مع إضافة بعض التعديل عليهما في الفقرتين الثانية والثالثة منها.

أثناء سير المفاوضات تؤدي إلى تشتت أفكار الطرف الآخر أو تقديم اقتراحات من الصعب تحقيقها مما يؤدي إلى فشل التفاوض.

مادة رقم (4) بطلان العقد النهائي المبرم بسوء نية⁽¹⁾

يعتبر باطلًا كل عقد نهائي تم إبرامه بين طرفين على غرار مجريات المفاوضات العقدية، وترتب عليه منح ميزة زائدة، وغير عادلة لطرف على حساب الطرف الآخر، نتيجة استغلال هذا الطرف -الذي تقررت له هذه الميزة- لظروف المتفاوض الآخر أثناء سير المفاوضات، كاستغلال حالة احتياجه، أو ضائقته المالية، أو حالة استعجاله، أو جهله المبرر بمحل التفاوض، أو عدم قدرته على التفاوض، ليتم على أساسها فرض شروطه في العقد النهائي.

مادة رقم (5) حظر الإعفاء من حسن النية

لا يجوز للأطراف الاتفاق على إعفاء أحدهما أو كلاهما من الالتزام بالتفاوض بحسن نية وما يتفرع عنه من التزامات خلال مرحلة المفاوضات وإبرام العقد، وإلا اعتبر هذا الاتفاق باطلًا مخالفته النظام العام.

مادة رقم (6) المسؤولية العقدية لعقد التفاوض²

تطبق أحكام المسؤولية العقدية عند الإخلال بأي من التزامات عقد التفاوض

1 الحكم مأخوذ من المادة العاشرة الواردة في مجموعة المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية. وقد تم إجراء تعديل عليهـ حيث نصت هذه المادة على الآتي: "يعتبر باطلًا كل عقد يعطى فيه ميزة زائدة وغير عادلة لطرف خصوصاً من جراء استغلال الطرف الآخر بطريقة غير مشروعة، وحالة الاحتياج أو الضائقـة الاقتصادية أو الحاجـات المستعجلـة أو عدم التبـصر أو الجـهل أو القدرة على التفاوض مع الطرف الآخر". أشار له رعد أحمد عبد ربه اللوزي، مرجع سابق، ص ص 67-68.

2 الشطر الأخير من مقترن هذه المادة مأخوذ من حكم المادة (1112) من القانون المدني الفرنسي المعدل بمرسوم أكتوبر لسنة 2016 آنفة الذكر.

الصريح أم الضمني أثناء مرحلتي المفاوضات وإبرام العقد، ولا يجوز للقاضي عند تقدير التعويض بأي حال من الأحوال الحكم بانعقاد العقد النهائي أو الحكم بتعويض خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه.

تم بتوفيق الله وبحمده،

قائمة المراجع

أولاً: الكتب العلمية

1. جهاد صالح العتيبي، القواعد القضائية في شرح القانون المدني- العقد، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، الطبعة الأولى، 2014.
2. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، كلية الحقوق - جامعة طنطا، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.

ثانياً: الرسائل العلمية

1. رعد أحمد عبد ربه اللوزي، التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في القانون الأردني، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية - كلية الدراسات العليا، الأردن، 2016.
2. محمد أحمد محمود العكام، العدول عن إبرام العقد في مرحلة التفاوض وأثره القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية - كلية الدراسات العليا، الأردن، 2015.
2. رسائل الماجستير
 1. أبخار حامد حبش علي، المسئولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء الخاصة - كلية الحقوق، الأردن، 2015.
 2. خالد صقر أبو زهرة، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت - كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2021.
 3. سعود فواز ماجد الدرويش، مبدأ حسن النية في عقد التأمين في النظام

السعودي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية- كلية الدراسات العليا، الأردن،
.2016

4. شرف علي خالد بعيرات، آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات
العقدية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك- كلية القانون، الأردن، 2018.

5. لمى محمد أحمد المبيضين، التزامات المفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة
ماجستير، جامعة مؤتة - عمادة الدراسات العليا، الأردن، 2018.

6. مبارك محمد آل فطح، دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد، رسالة
ماجستير، الجامعة الأردنية- كلية الدراسات العليا، الأردن، 2010.

7. هدى بن يوب، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن
مهيدى-أم البوابي، كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم الحقوق، الجزائر،
.2013

ثالثاً: المجالات العلمية

1. أم كلثوم صبحي محمد و د. أسماء صبر علوان، الالتزام بالإعلام في ضوء تعديلات
القانون الفرنسي بموجب مرسوم 10 أكتوبر 2016، المصدر: مجلة الفنون والأدب
وعلوم الإنسانيات والاجتماع، الناشر: كلية الإمارات للعلوم التربوية، مجلة
محكمة، ع 19، 2018.

2. إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني: دراسة مقارنة في ظل بعض
التشريعات العربية المعاصرة، المصدر: مجلة جامعة بابل - العلوم الإنسانية،
الناشر: جامعة بابل، العراق، مجلة محكمة، مج 21، ع 3، 2013.

3. توحيدة محمد يوسف السيد، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد: دراسة قانونية،
المصدر: مجلة القلزم للدراسات السياسية والقانونية، الناشر: مركز بحوث

ودراسات دول حوض البحر الأحمر وجامعة البليدة 2، السودان، مجلة محكمة، ع 5، 2021.

4. حمدي محمود بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها: مبدأ حسن النية ومقتضياته- دراسة تأصيلية تحليلية، المصدر: مجلة الجامعة الإسلامية للبحوث الإنسانية، الناشر: الجامعة الإسلامية بغزة- شئون البحث العلمي والدراسات العليا، فلسطين، مجلة محكمة، مج 16، ع 1، 2008.

5. سماح جبار، حسن النية في التفاوض على العقود، المصدر: دراسات، الناشر: جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، مجلة محكمة، ع 48، 2016.

6. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى: " دراسة مقارنة"، المصدر: مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، الناشر: جامعة المنوفية - كلية الحقوق، مصر، مجلة محكمة، مج 10، ع 20، 2001.

7. عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد العزيز التريكي، أثر مبدأ حسن النية في العقود التجارية، المصدر: مجلة البحوث والدراسات الشرعية، الناشر: عبد الفتاح محمود ادريس، مصر، مجلة محكمة، مج 6، ع 63، 2017.

رابعاً: الواقع الالكترونية

1. موقع محامو الإمارات.

2. موقع قوانين الشرق.

3. دار المنظومة بموقع مكتبة جامعة عجمان بدولة الإمارات العربية المتحدة.

خامساً: القوانين

- قانون اتحادي رقم 5 لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1985، نشر بتاريخ 21 مارس 1985 في الجريدة الرسمية، العدد (158)، والمعدل بموجب القانون الاتحادي رقم 1/1987 والمرسوم بقانون اتحادي رقم 30/2020 بتاريخ 27/09/2020 بتاريخ 14/2/1987 والمروض بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 1985.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الصادر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367 هـ (16 يوليو سنة 1948) وفقاً لأحدث تعديلاته له - نسخة من إعداد وزارة المالية، القطاع: شئون اجتماعية وثقافية- الأحوال الشخصية، نوع الوثيقة: قوانين ولوائح- قوانين، منشورات قانونية- أرشيف رقمي، تاريخ الاطلاع على شبكة الانترنت: <https://manshurat.org/node/72413>، على الرابط: 17/11/2024.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنصور في الجريدة الرسمية، العدد 2645 على الصفحة 2 بتاريخ 1/8/1976 والساوي بتاريخ 1/1/1977 وتعديلاته، منقح ومحدث حتى سنة 2024، موقع حماة الحق للمحاماة، تاريخ الاطلاع على شبكة الانترنت: 17/11/2024، على الرابط:
<https://jordan-lawyer.com/2010/07/11/jordan-civil-law-with-all-amendments/>.
- ترجمة محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي، بيروت- لبنان، 2018.

سادساً: أحكام المحاكم العليا

1. أحكام المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة.
2. أحكام محكمة نقض أبوظبي في دولة الإمارات العربية المتحدة.
3. أحكام محكمة النقض المصرية.
4. أحكام محكمة التمييز الأردنية.
5. أحكام محكمة النقض الفرنسية.

رسوم الاشتراك

ثمن العدد:

داخل الإمارات: عشرون درهماً

في دول الخليج:

السعودية: عشرون ريالاً، قطر: عشرون ريالاً، الكويت: ديناران، البحرين: ديناران،

عمان: ريالان

الوطن العربي:

سبعة دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الدول الأجنبية:

عشر دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الاشتراك السنوي للمجلة:

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	مدة الاشتراك
أفراد	35 درهماً	40 درهماً	20 دولار	سنة واحدة
مؤسسات	60 درهماً	50 درهماً	25 دولار	سنة واحدة

يُدفع الاشتراك بإحدى الطرق الآتية:

1- شيك مصرفي لصالح مجلة العلوم القانونية مسحوب على أحد المصارف العاملة في دولة الإمارات العربية المتحدة.

2- تحويل مصرفي لحساب كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة.

رقم الحساب (IBAN): AE170330000010493141592:

سوفت كود BOMLAEAD: ويرسل صورة من إيصال التحويل إلى المجلة.

of Legal Studies

Twelveth year - Twenty Third Issue - January 2026 E-mail: lawmagazine@ajman.ac.ae

(A semi-annual scientific journal concerned with legal and Sharia studies)

- ▶ **The Legal Framework for the Rights of Personal Data Subjects According to Federal Law No. 45 of 2021 on the Protection of Personal Data. (Comparative Study).** Researcher: Hanan Mohammad Obada, Dr. Pierre Maelet
- ▶ **A statement from the loading and unloading contractor for smart ships from sea carrier exemptions in UAE Law and International Agreements.** Researcher: Mawahib Habeeb Mohammed Soumar Prof. Imad El-Din Abdul-Hay
- ▶ **Penal settlement in felonies according to UAE law and the legislation of other countries** Prof.dr. Basim shehab
- ▶ **The Penal Order as one of the Alternatives to the Criminal Case " A comparative Study".** Researcher: Hend Hassan Humaid Alblooshi, Prof. Abdulaziz Alhassan
- ▶ **Protected persons in non-international armed conflicts in Maliki jurisprudence and international humanitarian law, "A comparative jurisprudential and legal study".** Dr. Mahddi Abdul Karim Al Sawti
- ▶ **The role of courts in balancing medical ethics and parent's rights.** Dr. Mayada Mustafa Mohammed El-Mahrouqi
- ▶ **The nature of liability Arising from breach of The principle of good faith In the stages preceding the contract. (Comparative study)** Researcher: Ameera Bakheet Ali Mubarak AlKatheeri, Dr. Raghib Abdulhamid Fattal