



جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا
AL AIN UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY

AAU JOURNAL *of* BUSINESS *and* LAW

International Academic Refereed Journal

Volume (1) Number (2), 2017

aau.ac.ae

UNITED ARAB EMIRATES

ISSN 2521 - 439x



جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا
AL AIN UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY

AAU JOURNAL *of* BUSINESS *and* LAW

International Academic Refereed Journal

Volume (1) Number (2), 2017

aau.ac.ae

UNITED ARAB EMIRATES

ISSN 2521 - 439x

DESCRIPTION

Aims and Scope

Al Ain University of Science & Technology (AAU) Journal of Business and Law is an official refereed publication of AAU. It publishes peer-reviewed research articles in the fields of Business and Law on the basis of scientific originality and interdisciplinary interest. The editorial board and associated editors, composed of prominent scientists from around the world, are representatives of the disciplines covered by the journal.

Editor-in-Chief

Dr. Noor S. Aldeen Atatreh AAU Chancellor

Editing Director

Prof. Ghaleb A. El-Refae AAU President

Associate Editors

Prof. Moyaid S. Alsalim, Al Ain University of Science & Technology, UAE

Prof. Said Saddiki, Al Ain University of Science & Technology, UAE

Prof. Waleed F. Mahameed, Al Ain University of Science & Technology, UAE

Prof. Moustafa E. Qandeel, Al Ain University of Science & Technology, UAE

Prof. Ali H. Al Obaidi, Al Ain University of Science & Technology, UAE

Prof. Abdelhafid K. Belarbi, Al Falah University, UAE

Dr. Abdelkader Mazouz, Al Ain University of Science & Technology, UAE

Dr. Amer M. Qasim, Al Ain University of Science & Technology, UAE

Dr. Ramzi A. Madi, Al Ain University of Science & Technology, UAE

Dr. Tariq A. Kameel, Al Ain University of Science & Technology, UAE

International Advisory Editors

Prof. Saad Ghaleb Yaseen, Al Zaytoonah University of Jordan, Amman, Jordan

Prof. Numan Ahmad Elkhatib, Constitutional Court, Amman, Jordan

Prof. Hussain Ali Bekhet, Universiti Tenaga National, Malaysia

Prof. Jamal A. Abu Rashed, Mount St. Joseph University, USA

Prof. Derbal Abdelkader, University of Oran, Algeria

Prof. Jim Han, Florida Atlantic University, USA

Prof. Pedro Pellet, Nova Southeastern University, USA

Prof. Amin Dawwas, Kuwait International Law School, Kuwait

Prof. Shehata Gharib Shalqami, Assiut University, Egypt

Prof. Mahdy F. Elhousseiny, California State University, Bakersfield, USA

Prof. Mohammad Niamat Elahee, Quinnipiac University, USA

Dr. Saeb Al Ganideh, Yale University, USA

Dr. Kamal Al Alaween, Jordan University, Amman, Jordan



AAU Journal of Business and Law is an International refereed Journal, published semi-annually by Deanship of Scientific Research and Graduate Studies, Al Ain University of Science and Technology.

Business correspondence should be addressed to the publisher:

Al Ain University of Science and Technology

Deanship of Scientific Research and Graduate Studies

P.O.Box: 64141 Al Ain, UAE

Tel: +971 3 7024888

Fax: +971 3 7024777

Email: research@aau.ac.ae

Website: www.aau.ac.ae

Licensing Number: NMC-ML-01-F06

Manuscript Requirements

- 1) All submitted articles shall be sent to: aaujbl@aau.ac.ae
- 2) The article should show the depth of research, originality and contribution.
- 3) Submitted articles should not have been previously published nor currently under consideration for publication elsewhere.
- 4) The articles in Arabic should include the title and the abstract in Arabic and English in one page. The number of words should not exceed 300 words per abstract. The names of the researchers should be written in Arabic and English, as well as their current titles, scientific grades and e-mail.
- 5) Keywords should not exceed (5) words.
- 6) The main headings and sub-headings of the article should be used to divide the different parts of the research according to their importance, in logical sequence, and should include the main titles: title, abstract, keywords, introduction, literature review, methodology/approach, results, conclusions/discussion, future work/recommendations and references.
- 7) Submitted articles should not exceed 30 pages in length of A4 format.
- 8) Use single space, Times New Roman 12 including references and appendices.
- 9) Tables should be included in the main body of the article. The position of each table should be clearly labeled in the body of the text of the article. The table should be numbered sequentially at the top of the table.
- 10) Figures, graphs and illustrations should be included in black and white in the text, numbered sequentially with the label at the bottom.
- 11) References must be written according to the APA system.
- 12) When articles are accepted for publication, the article's rights are transferred to Al Ain University of Science and Technology.
- 13) Once the article has been accepted, AAU Journal of Business and Law shall not withdraw the article from publication.
- 14) The Editorial Board of AAUJBL has the right to make any modifications in terms of type of character, writing, and syntax in accordance with the model adopted by AAUJBL.
- 15) The final decision as to accept or reject an article comes back to the Editorial Board of AAUJBL. The Editorial Board retains its right not to give reasons for the decision.
- 16) AAUJBL shall provide the author with one free printed copy of the issue once published.
- 17) The Editorial Board of AAUJBL is not responsible for the views expressed in the article. The articles views are sole opinions expressed by the author.

CONTENT

<u>Title</u>	<u>Page</u>
• Action Research Methodology as a Managerial Tool: Discussion and Implications <i>Bayan Yousef Farhan</i>	7
• Precautionary attachment on the shares under the Emirati Law <i>Moustafa kandeel, Tariq A. Kameel, Amin Dawwas</i>	23

Action Research Methodology as a Managerial Tool: Discussion and Implications

Bayan Yousef Farhan

College of Business

Al Ain University of Science and Technology, UAE

*bayan.farhan@aau.ac.ae

Abstract

The purpose of this paper is to contribute to a better understanding of action research methodology as a managerial tool. A practical example was employed to explain the dynamic process of action research and its role in understanding a managerial problem: observe, reflect, plan, & act. This paper argues that the implementation of this tool in organizations can be considered as a foundation for managerial problem solving. Employing action research can facilitate the crafting of appropriate strategies and lead to highly desirable results, and thus three points should be recognized: (1) the intention in a given situation is to get a deep understanding and to construct a social reality based on participants' perceptions; (2) involving managers to help in understanding what might be done to improve the situation and what action should be implemented to overcome the problem; (3) implementing the recommended solutions (action), as well as repeating and evaluating the process is to be considered the cornerstone to improve an undesired situation.

Keywords: Action Research; Action Plans; Managerial Tool; Managerial Problem.

Introduction

Action research is an applied research methodology that can be used as a tool in the practice of management and “for bridging theory and practice in organization and management studies” (Bartels, 2012, p. 435). It has always been used in situations where a deeper understanding of a given problem is needed, and where the input of participants is used to develop this deeper understanding. Furthermore, action research has also been used as a research methodology by researchers in applied research studies to address social problems and to build knowledge. Thus, the question of how do we know what we know; which was highlighted by Crotty (1998) can be the prerequisite for choosing an appropriate methodology for a given scenario or problem. In economics research, researchers' subjectivity is normally unwelcomed and the doors are widely open for mathematical and statistical analysis. However, due to the fact that academic disciplines “are not created equal”, problems are different as well, other ways of knowing can be utilized to reach a deep understanding of some phenomena.

The purpose of this paper is to contribute to better understanding of action research methodology as a managerial tool. This paper argues that the implementation of action research in organizations

can be considered as a foundation for managerial problem solving. The significance of using action research as a managerial tool is to provide a rich understanding of a given problem and to potentially implement the right actions (strategies) to improve the situation. In using this approach, understanding the perceptions of stakeholders who are linked to the problem is critical in the improvement process (Hinchey, 2008). What can be unique in the use of action research is utilizing participants' experiences and knowledge that could lead to a rich understanding in developing action plans needed to improve the situation. Another aim of this paper is to provide a practical explanation of action research methodology as a managerial tool to understand and overcome managerial problems in academic institutions. This explanation requires, first, explaining the meaning and the models of action research; and then, providing a practical example that explains how action research can be practiced to understand and improve undesired situations.

Action Research as a Managerial Tool

The changing nature of the social environment has affected the way researchers construct meaning and knowledge to enhance development and growth. According to McNiff and Whitehead (2001), it can be inappropriate to rely on objective-based truth in complex and changing societies. They also added that this has encouraged researchers to adopt action research as a methodology to construct social realities. Constructing truth which is based on people's experiences and thoughts, according to Hinchey (2008), was encouraged to get deep understanding for the purpose of learning and development. Hinchey's argument was supported by McNiff and Whitehead, who added that reflecting people's contradictions and their experiences into practice can lead to rich understanding. Also, action research can be seen as an excellent research methodology due to its rich analysis and explanation of real-life problems (Avison, 1999). One can assume that action research can be an appropriate managerial tool for understanding, improving, and overcoming problems in organizations. Thus, "the key idea is that action research uses a scientific approach to study the resolution of important social or organizational issues together with those who experience these issues directly" (Coghlan, Shani, Roth, & Sloyan, 2014, p. 993).

In addition, action research methodology can help in developing new theories of participants' practice by critiquing some social phenomena, and by searching for solutions (Altrichter, Posch, & Somekh, 1993). Action research has linked theories and practices and facilitated their ability to work together, and according to Carson (1990), "the turn toward interpretation is now an effort to re-ground our understandings in practice" (p. 172). Also, action research as a tool for improvement and change has become a way of researching and constructing theories of practice (McNiff & Whitehead, 2001). McNiff and Whitehead have also suggested that theories of practice that are already located in participants' knowledge and thoughts can be created by using the process of self- evaluation, and that may lead to personal and social benefits. However, Avison (1999) highlighted the important issue of people having different perceptions, thoughts, and attitudes; that may change over time, which makes action research an appropriate tool to address difficulties.

Action research has been extensively explained in literature, but this paper highlights action research as a managerial tool that can go beyond its methodological use. The paper proposes

action research by making a link between three dimensions: an explanation of action research; an application of action research through providing a theoretical example; and an interpretation method for implementing the potential improvement plan. While many studies have focused on the theoretical side of action research methodology, the focus of this paper is on the practical side of it. A hypothetical example is proposed to help in clarifying the practical meaning of action research and to show how to implement action research cycles and its four stages as an improvement process, which might help those who would like to adopt this type of research methodology.

The Meaning of Action Research

There are two explanations of action research which were provided by Costello (2011): first, “action research is an enquiry which is carried out in order to understand, to evaluate and then to change, in order to improve some ... practice”; second, “Action research is a flexible spiral process which allows action (change, improvement) and research (understanding and knowledge) to be achieved at the same time” (p. 16). Indeed, action research as a practical tool will be used to construct knowledge that is based on evidence generated from the collected data (Hinchey, 2008). Also, analyzing the data and choosing a proper action will help in changing or improving the situation under study.

From another point of view, action research “refer[s] to research that involves multiple stakeholders and intends to change ... society at large” (Hinchey, 2008, p. 32). Interestingly, action research does not have a standard model that should be followed (Hinchey, 2008). Whereas Creswell (2008) defined action research as an applied design which tries to understand some problems in order to develop solutions for these problems. Also, action research can be defined as a collaborative work in which sharing information and experience can enhance quality (Hinchey, 2008). Indeed, the collaboration and cooperation between the outside management consultants and the inside practitioners (subordinates) is important in increasing the quality of the improvement processes. The rationale behind this cooperation is that insiders may have deep understanding of the problems and conditions, and outsiders (managers) can help through their professional experience.

Using action research to address a problem might be significant due to its processes of “reflection, planning, acting, observing, reflecting, and re-planning” (Carson, 1990, p.168). These practical processes can allow action research to fit properly in both academic and business environments. Action research and its continuous processes can allow for the participating groups (subordinates) to work and share their experiences and thoughts, and allow the silent voices of subordinates to be heard (Hinchey, 2008). Action research as a managerial tool allows insiders themselves to participate in all improvement processes in order to find the solutions for their own problems. Indeed, “we do need to consider the other people we work with truly as others and not merely as instruments on the way to producing preformed conclusions about what is good for them” (Carson, 1990, p. 172). Further, action research is useful in allowing marginalized people (workers) to participate in order to improve their situation (Hinchey, 2008).

Because of its nature, action research can produce a rich analysis of the problem by collecting

data from those who are living with the problem, having a deep understanding of the situation, and by allowing them to construct and implement a plan that fits with their needs. Arguably, it is important to listen to those who have a weak voice in order to understand and explain an existing condition, and, indeed, to make a significant improvement for their daily life. The adoption of action research allows for understanding a situation and underlining a proper action (strategy) that can be implemented to solve or improve the problem.

Action Research Models: Practical and Emancipatory

The importance of action research can be seen through its goal of improving and changing a specific condition for one particular group, unit, or organizational department. According to Carson (1990), action research can provide deep analysis and understanding of a problem in order to change and reform undesired conditions. Mejía-Villa and Alfaro-Tanco (2017) argued that action research “could be considered as an open innovation practice” (p. 192). Whereas Hadfield (2012) has criticized the realities that are obtained from action research, and suggested that practitioners’ ontological views can affect their self-reflections and their interpretations which in turns affect the suggested solutions and action plans. Thus, management should not ignore the importance of encouraging those who have a silent voice, as well as those who are unwilling to change the traditional way of doing things to be active practitioners.

Practical action research. The importance of practical action research can be seen through the process of sharing with insider stakeholders the efforts to identify a specific internal or local problem and to explore with them the strategies to make the desired change (Hinchey, 2008). For example, insiders at academic institutions who have a full understanding of teaching and learning problems can give good explanation of their local educational problems. At the same time, they can develop a plan for action in order to bring change and improvement. This approach can encourage the collaboration between practitioners who have a different ontological stance, and can also create superior ideas, strategies, plans, and actions.

Emancipatory action research. The importance of emancipatory action research is shown by its speciality as a research for justice (Hinchey, 2008). To reach social justice, according to Creswell (2008), the democratic practice was encouraged by empowering participants and treating them as equal. Moreover, emancipatory action research can be used to change and improve the quality of individuals’ lives by making room for community stakeholders to participate in action research (Creswell, 2008; Hinchey, 2008). Indeed, the growing idea of enabling insider stakeholders to interact with outsiders in a community can create a significant improvement for practitioners and for the whole community. The positive effect of emancipatory action research in understanding and analyzing the elements that caused the problem have made it appropriate for various work environments. At the same time, and according to Creswell (2008), the importance of involving all stakeholders can encourage the democratic practice and reduce the bureaucracy behaviour which might enhance the improvement and reform policy.

The Practical Example: Action Research as a Managerial Tool in Academic Institutions

A practical example has been used to explore the procedures of action research in improving an undesired situation. The practical example, ‘the role of financial aid in degree completion for female visible minority students at Maple Leaf University (MLU)’, involves the related stakeholders (e.g., students, administrators, donors, and outsiders’ consultants). The declining graduation rate among female visible minority students has led to many questions and has ignited many debates at Maple Leaf University (pseudonyms). Administrators at the university are interested in understanding the reasons behind this situation, how can they address it? And what might be done to improve the academic prospect of these students? Administrators at MLU suspect that students’ financial difficulties might be one major cause of this problem. Therefore, students’ affordability and accessibility at MLU became the main argument, and applied research was recommended to improve the undesired situation.

In this example, action research as a tool was employed to answer the question of what can be done to enhance degree completion and what actions (managerial strategies) should be implemented to avoid the problem. At the same time, diversity of practitioners can help in planning and implementing a proper action that might improve the situation under study.

Action Research and Participants

In Action research, solving a problem requires getting deep understanding by collaborating and cooperating among internal and external participants. The collaboration between both participants and practitioners can produce rich information based on participants’ perceptions and interactions. Mejía-Villa and Alfaro-Tanco (2017) categorized practitioners into two types: classic practitioners who focus on analyzing organizational problems; and practitioners who act as internals and have active role in both analyzing problems and finding solutions. They all can work together and share their skills and knowledge in order to create a plan of action that may improve the undesired situation or solve a potential problem. Protecting participants’ privacy rights and their personal information by using a secured place for meetings and discussions can provide a trusted environment for all participants.

To get reliable information and deep understanding, data will be collected from key stakeholders of the problem who are directly affected by it (Hinchey, 2008). Listening to those who are already affected by the problem could also provide rich information and enhance the reliability of the suggested actions. Focus groups can be used as a method of data collection. This method is defined by Creswell (2008) as “the process of collecting data through interviews with a group of people, typically four to six” (p. 226). Also, the purpose of using focus groups is to bring people together to explore their perceptions and opinions regarding the problem under study (Hinchey, 2008). The other purpose of using focus groups is to obtain a range of opinions and ideas to understand the diversity of participants’ perspectives, and to seek participants’ suggestions of alternative actions to be implemented (Bloomberg & Volpe, 2008).

Discussing general points can be used as a suitable way to get additional information from participants (Hinchey, 2008). It is understood that using open discussion can be useful in

collecting rich information and reaching deep understanding of the phenomenon. Also, it allows the group of participants to speak freely about any related issues. Furthermore, recording the collected data on audio and videotapes could be used to enhance the credibility, to avoid missing information, and to capture the participants' experiences through their own words (Creswell, 2008). At the same time, strong facilitation skills are required and might be helpful in managing the conversations (Creswell, 2008). The academic institution (MLU) appoints practicing managers to handle the project, and their role as facilitators allows all participants to talk freely by giving them enough time to participate, and also to prevent any one individual from dominating the conversation.

Contradictions in Action Research

In action research, participants' observations, experiences, and beliefs are playing an important role in constructing the plan and the action (Hinchey, 2008). At the same time, one finds it hard to ignore how participation managers' ontological stances may affect their interpretations and self-reflection. Therefore, ontological diversity among managers and participants, according to Hadfield (2012), may create such a conflict. This ontological contradiction can create an opportunity to challenge and critique own and other practitioners' reflections, and that may allow for reinterpretation. Arguably, managers' ontological contradictions may support the purpose of action research which is 'rich understanding'. At the same time, a rich understanding of the problem can help in making the right interpretations and in proposing acceptable plans and actions.

The Dynamic Process of Action Research

The process of action research was explained by Hinchey (2008) and includes: 1) identifying the problem; 2) collecting and analyzing data from subordinates; 3) implementing the action (strategy); 4) evaluating the action by re-collecting and analyzing data and repeating the action research process. This continuous improvement in action research can improve and change the conditions under study (Hinchey, 2008). This cyclical process is important for improvement and it represents a positive compound effect due to its continuous cycle. Moreover, this movement effect was confirmed by Carson (1990) who stated that action research is a proper tool due to its process of jointly working of "reflection, planning, acting, observing, reflecting, and re-planning" (p.168).

However, action research has flexible processes that can be used to explain and solve the MLU expected problem. Therefore, the one cycle of action research (the four processes) can be summarized by the following:

1. Observe: observing the problem, describing it (identifying the situation that needs to be changed or improved).
2. Reflect: collecting the information (data) from participants and analyzing it. All participants' discussions and responses might be recorded in both video and audiotapes.
3. Plan: planning to act in order to find the proper action that needs to be implemented to improve the situation.
4. Act: implementing and reviewing the change.

In general, there is a need for more than one cycle to improve the undesired situation by repeating the four processes of observing the change, re-reflecting, re-planning, and re-acting. Employing several cycles of action research will allow researchers and practicing managers to test, retest the data and to evaluate the reliability of the suggested and implemented solutions. On the other hand, and according to Costello (2011), action research process has eight stages to improve the situation under study. Stage 1 and 2 can identify and describe the problem. In stage 3, a manager can collect and report participants' responses to specific related discussion points (e.g. discussing the reasons behind the declining graduation rate among female visible minority students; discussing the role of financial aid in enhancing degree completion). In stage 4, a manager can review, then analyze the data and can write a brief summary of the findings. The manager's interpretations will be discussed with all participants in order to get their feedback and find a proper action. The discussion point (e.g., discussing all other options that might enhance graduation rates) can be explained by stage 5. In stage 5, participants can suggest and introduce a proper action of change. A manager will monitor the change in stage 6, analyze the data after implementation in stage 7, and review the change and propose the next step in stage 8 (Costello, 2011, p. 21).

Action Research Cycles: MLU as a Hypothetical Example

The First Cycle (Baseline data before any intervention):

1. Planning: explore the problem of why the graduation rate is low among female visible minority students at MLU. Because improving and changing this problem requires getting deep understanding, a manager needs to start by discussing the problem with those who are concerned about the situation and those who are interested in sharing their experiences and perceptions.
2. Acting: MLU has offered \$100 gift card for female visible minority students who agree to participate in focus group meetings. Donors and consultants have been contacted by academic vice-principal office at MLU, and they have agreed to participate.
3. Observing: bringing people together (all participants) in order to collect the baseline data (information about the status quo) by discussing three general points (Discussing the reasons behind declining graduation rate among female visible minority students; discussing the role of financial aid in enhancing degree completion; discussing the other options that might be considered to enhance graduation rate) with each cohort group, and exploring participants' perceptions and feelings about the problem.
4. Reflecting: analyzing the collected information (data analysis) by using recorded data (video-audiotapes) and a manager's observations and own field notes.

The Second Cycle (Collecting Data after the First Intervention):

1. Planning: Discussing a manager's interpretation and listening to participants' points of view and their feedback. It is also important at this stage to discuss the proper plan of action that might be implemented to improve the situation and one expected plan of action could be a textbooks allowance of \$500.00 for each focus group participating student.
2. Acting: creating the first change by implementing the textbooks allowance that will be funded by the donors.

3. Observing: monitoring the change after the implementation and collecting data about the first change through discussing and listening to participants' perceptions. After the implementation, it is important to collect new information (data) by discussing the three general points that were mentioned above.
4. Reflecting: analyzing the collected data and creating the potential interpretation.

The Third Cycle:

1. Planning: discussing researcher's interpretation and getting feedback from participants. At this stage, it is possible to discuss a new plan of action if necessary.
2. Acting: introducing and implementing a new action plan that might improve the situation or solve the problem. It is possible to implement a new action plan of daycare allowance for those who have children under 7 years old. Introducing such social plan of action might help in improving the situation.
3. Observing: monitoring the change by collecting new data from participants.
4. Reflecting: analyzing the collected data and discussing the researcher's interpretation with research participants and also getting a peer feedback. At this stage, drawing the conclusion from the analyzed data and sharing the results with MLU administration office could be the final step in this problem-solving process through the use of action research.

How to Organize the Collected Data at MLU

Data analysis will start after each round of data collection. Organizing the raw data is essential before analyzing it, so the manager can follow two steps to label the data and to transform it into transcribed forms. The MLU managers should accurately transcribe the audio and videotapes of data into a written form as the first step in the analysis process. At the same time, managers need to check with participants the preciseness of the transcribed data, and get their feedback. In addition, the managers should start analyzing these transcribed (written) data by reviewing it and writing some notes and summaries. According to Hinchey (2008), reviewing these summaries by creating such index can help in comparing and organizing the data. Moreover, a report of research findings will be written directly when data analysis is completed. Coding and categorizing all participants' responses should also be employed to make managers' interpretations more reliable. Indeed, categorizing and sorting the collected data can be useful in managing and interpreting the collected information. Coding and categorizing of the first cycle can be seen in Appendix A. The second and third cycles will have own codes and categories, but will be similar to those in the first cycle (please see appendix A for more details about coding and categorizing).

Limitations and Conclusion

The purpose of employing this methodology is to contribute to a better understanding of a given problem. The implementation of action research in public or private organizations can support their development and change. "Action research generated considerable knowledge and understanding of the process of managing change" (Somekh, 2005, p. 125). This type of practical methodology helps both leaders and subordinates as change agents to improve their organizations. Adesi, Owusu-Manu, and Badu (2015) argued that action research methodology results could also be applied by organizations to improve their services. Proposing training on

how to use action research is essential to understand the process of development, and can help in explaining the philosophy of action research. The philosophy is based on the collaboration and participation among organization's stakeholders to identify the need for change and how it can be implemented.

For future research opportunities, this paper recommends that action research could be implemented successfully if both business organizations, as community partners, and academic institutions work together. Collaboration among them serves the purpose of improving strategies, and understanding the needed skills that potential graduates should have. Allowing people to engage regardless of their positions, power, or perceptions can also help in improving academic programs to match market needs. Also, the paper suggests that public and private organizations need to use action research extensively as a continuing process of change and as a tool for knowledge development.

On the other hand, the subjectivity of interpretations can be seen as the first limitation in the use of action research. To avoid this limitation, managers could employ the following: 1) using audio-videotapes to correctly transcribe the recorded data. Using audio-videotapes will allow managers to watch and listen carefully to participants' perceptions. This type of recording can reduce the subjectivity of interpretation when this recorded data is transcribed into a written form; 2) Using field notes to document unusual events which cannot be captured by audio-videotapes during the discussion. Using field notes will allow managers to monitor participants' self-reflections and their subjectivity; 3) using general discussion points to facilitate the discussion and to reduce any possibilities that may influence participants' reflections.

References

- Adesi, M., Owusu-Manu, D., & Badu, E. (2015). Rethinking methodology in project management consulting context. *International Journal of Construction Project Management*, 7(2), 79-100.
- Altrichter, H., Posch, P., & Somekh, B. (1993). *Teachers investigate their work: An introduction to the methods of action research*. Florence, KY, USA: Routledge. <http://site.ebrary.com/lib/ucalgary/Doc?id=10095868&ppg=17>
- Avison, D. E. (1999). Action research. *Magazine communication of the ACM*. 42(1), 94-97. Doi: 10.1145/291469.291479.
- Bartels, K. P. R. (2012). The actionable researcher: Cultivating a process-oriented methodology for studying administrative practice. *Administrative Theory & Praxis*, 34(3), 433-455.
- Bloomberg, L. & Volpe, M. (2008). *Completing your qualitative dissertation: A roadmap from beginning to end*. (2nd ed). Los Angeles and London: Sage.
- Carson, T. (1990). What kind of knowing is critical action research? *Theory into Practice*, 29(3), 167-193.
- Coghlan, D., (Rami) Shani, A. B., Roth, J., & Sloyan, R.,M. (2014). Executive development through insider action research: Voices of insider action researchers. *The Journal of Management Development*, 33(10), 991-1003.
- Costello, P. J. M. (2011). *Effective action research: Developing reflective thinking and practice* (2nd Edition). London, GBR: Continuum International Publishing. This book is available online at: <http://education.costello.continuumbooks.com>.
- Creswell, J. W. (2008). *Educational research: Planning, conducting, and evaluating. Quantitative and qualitative research*. Person Education, Inc., Upper Saddle River, New Jersey 07458.
- Crotty, M. (1998). *The foundations of social research: Meaning and perspective in the research process*. London, CA: Sage.
- Hadfield, M. (2012). Becoming critical again: Reconnecting critical social theory with the practice of action research. *Educational Action Research*, 20(4), 571–585.
- Hinchey, P. (2008). *Action research primer*. New York: Peter Lang
- McNiff, J. & Whitehead, J. (2001). *Action research: Principles and practice*. (2nd Edition). London,GBR:FalmerPress.<http://site.ebrary.com/lib/ucalgary/Doc?id=10096251&ppg=23>
- Mejía-Villa, A., & Alfaro-Tanco, J. (2017). Action research projects: One step ahead in the researcher-practitioner relationships. *Working Papers on Operations Management*, 8, 191-203. doi:<http://dx.doi.org/10.4995/wpom.v8i0.7660>
- Somekh, B. (2005). *Action research: A methodology for change and development*. Open University Press McGraw-Hill Education, England. Retrieved from <https://ebookcentral.proquest.com>.

Appendix A

Coding and categorizing all participants' responses can be employed to make managers' interpretations more reliable. Colours, numbers, and symbols can be used to code the data (e.g. 20 Female Visible Minority Students (F1, F2, ..., F20); 5 Donors (D1, D2, ..., D5); 5 Administrators (A1, A2, ..., A5); 5 Consultants (CO1, CO2, ..., CO5); Focus groups (FG); 3 Cycles of action research (C1, C2, C3)).

1- First Female Visible Minority Student. Focus Groups. Cycle #1	(F1FGC1)
1- First Donor. Focus Groups. Cycle # 1	(D1FGC1)
1- First Administrator. Focus Groups. Cycle # 1	(A1FGC1)
1- First Consultant. Focus Groups. Cycle # 1	(CO1FGC1)

Data collection focused on these three discussion points:

1. Discussing the reasons behind declining graduation rate among female visible minority students;
2. Discussing the role of financial aid in enhancing degree completion;
3. Discussing the other options that might be considered to enhance graduation rate) with each cohort group, and exploring participants' perceptions and feelings about the problem.

The collected data will be categorized by identifying each category before sorting it (Hinchey, 2008). These categories, for example, can be identified as:

- a) Unambiguous meaning (e. g., express a point clearly, express an opinion and preferences clearly);
- b) Attainable and not attainable plan (e. g, give appropriate plans and strategies of intervention to enhance the situation;
- c) Participants' emotions and feelings about their suggested actions (e. g, give a reason, give many reasons, give own experience to support his/her argument).

A report of research findings will be written directly when data analysis is completed. Coding and categorizing of the first cycle can be seen in the following tables. The second and third cycles will have own codes and categories, but will be similar to those in the first cycle.

Table 1.a. The first cycle: Comparing and Organizing the Data

The First Cycle (C1)	First Discussion Point			
Research Participants	Discussing the reasons behind declining graduation rate among female visible minority students			
	Give a reason	Give many reasons	Give own experience to support his/her argument	Researcher's Field Notes
5 Administrators (A)				
Administrator number one. Focus groups. Cycle # 1 (A1FGC1)				
A2FGC1				
A3FGC1				
A4FGC1				
A5FGC1				
20 Female visible minority students (F), focus groups participants (FG)				
Female visible minority student number one, focus group, Cycle one (F1FGC1)				
F2FGC1				
F3FGC1				
...				
F20FGC1				
5 Donors (D)				
Donor number one. Focus groups. Cycle # 1 (D1FGC1)				
D2FGC1				
D3FGC1				
D4FGC1				
D5FGC1				
5 Consultants (CO)				
Consultant number one. Focus groups. Cycle # 1 (CO1FGC1)				
CO2FGC1				
CO3FGC1				
CO4FGC1				
CO5FGC1				

Table 1.b. The first cycle: Comparing and Organizing the Data

The First Cycle (C1)	Second Discussion Point		
Research Participants	Discussing the role of financial aid in enhancing degree completion		
	Ambiguous Explanation	Unambiguous Explanation	Researcher's Field Notes
5 Administrators (A)			
Administrator number one. Focus groups. Cycle # 1 (A1FGC1)			
A2FGC1			
A3FGC1			
A4FGC1			
A5FGC1			
20 Female visible minority students (F), focus groups participants (FG)			
Female visible minority student number one, focus group, Cycle one (F1FGC1)			
F2FGC1			
F3FGC1			
...			
F20FGC1			
5 Donors (D)			
Donor number one. Focus groups. Cycle # 1 (D1FGC1)			
D2FGC1			
D3FGC1			
D4FGC1			
D5FGC1			
5 Consultants (CO)			
Consultant number one. Focus groups. Cycle # 1 (CO1FGC1)			
CO2FGC1			
CO3FGC1			
CO4FGC1			
CO5FGC1			

Table 1.c. The first cycle: Comparing and Organizing the Data

The First Cycle (C1)	Third Discussion Point		
Research Participants	Discussing the role of financial aid in enhancing degree completion		
	Attainable plan	Not attainable plan	Researcher's Field Notes
5 Administrators (A)			
Administrator number one. Focus groups. Cycle # 1 (A1FGC1)			
A2FGC1			
A3FGC1			
A4FGC1			
A5FGC1			
20 Female visible minority students (F), focus groups participants(FG)			
Female visible minority student number one, focus group, Cycle one (F1FGC1)			
F2FGC1			
F3FGC1			
...			
F20FGC1			
5 Donors (D)			
Donor number one. Focus groups. Cycle # 1 (D1FGC1)			
D2FGC1			
D3FGC1			
D4FGC1			
D5FGC1			
5 Consultants (CO)			
Consultant number one. Focus groups. Cycle # 1 (CO1FGC1)			
CO2FGC1			
CO3FGC1			
CO4FGC1			
CO5FGC1			

Precautionary attachment on the shares under the Emirati Law (A Study in the Civil Procedures and Company Laws)

*Moustafa kandeel⁽¹⁾, Tariq A. Kameel⁽²⁾, Amin Dawwas⁽³⁾

(1, 2) College of Law

Al Ain University of Science and Technology, UAE

(3) Kuwait International Law School, Kuwait

*moustafa.kandeel@aau.ac.ae

Abstract

Distinguishing between the proceedings of the confinement on the nominal shares and bearer shares that is stated in the federal civil proceedings law number 11 of 1992 is useless. This is because of the issuance of the new federal commercial companies law number 2 of 2015 that includes nominative shares as the only shares to be confined according to the proceedings that are held for a particular confinement of the debtor's property with others (protective confinement). This kind of confinement supposes the existence of three parties: the first party is the distrainer creditor, the second party is the execution debtor shareholder, and the third party is the garnishee that is the company that exports the shares and the stock market where the shares are circulated. The nominative shares' confinement proceedings start by an announcement for the company that exports the shares and the stock market where the shares are circulated, then the confinement is announced for the execution debtor shareholder. In the confinement notification, the garnishee is asked for presenting a report of his debt of the debtor. If he does not do that, the garnishee shall be a subject for the legal penalty which imposes him to pay the debt. Signing the confinement leads the shares and their attachments (the profits) to be under the control of a specific legal system according to which the confined shares and their profits' property stays for the shareholder. However, the shareholder has a constrained authority on the confined shares and the profits.

Keywords: Protective Confinement; nominative shares; Civil proceedings law; Commercial companies' law.

Introduction

It is known that the shares issued by the public shareholding company are the main traded commodity in the capital market. The shares stand as a title for their owner and they give him the right to earn his part of the benefits the company makes, to earn his part of the net assets of the company when it is liquidated, and to earn other rights in the public shareholding company. The shares owned by the shareholder in the shareholding company go under the public guarantee for the creditors; shares have a cash value defined by the market value of the share. This makes the shares subject to execution by force in order to pay a particular debt when the conditions that are stipulated by the legislator are fully met.

The execution by force – execution by expropriation - is the most complicated way of the execution because the procedures that organize this type of execution go through various stages. In case the direct execution and the financial and physical compulsion do not work to make the debtor fulfill his obligation, this obligation turns into an amount of money- financial reimbursement- that is defined by the judiciary. In addition, if the obligation is an amount of money then the execution in this case and in the previously mentioned case is done by seizing the debtor's property in order to start the execution upon and to sell them to fulfill the creditor's rights.

Despite the fact that the Article 290 of the Emirati Federal Civil Procedures Law no. 11 of 1992, as modified by the law no. 10 of 2014 (hereinafter: the Civil Procedures Law), distinguishes between the procedures of seizure of nominal shares and bearer shares as each type has its own way of seizure that suits its nature. This distinction does not have an importance anymore under the new Emirati Federal Commercial Company Law no. 2 of 2015 (hereinafter: the Company Law) as Article (208) of it allows issuing the nominal shares only. Consequently, there shall be no need to explain the seizure system on the bearer shares.

According to Article 290/2 of the Civil Procedures Law, the nominal shares shall be seized in the way in which seizure of the property the debtor has with others (protective seizure) and this includes seizing the property's benefits till they are sold. This measurement is held because the nominal shares represent rights that shall not be merged within the same document that approves them. The shares shall not be transferred by the physical transference of the document employing them or by endorsement thereof only. Rather, the shares are seized in the share register and in the Financial Market where the shares of the company are listed⁽¹⁾.

The system of precautionary attachment of the shares raises a lot of questions about the nature of the shares and the conditions of the right of the precautionary attachment of the shares, so what are these conditions? What are the procedures of the precautionary attachment of the shares? Are these procedures distinctive? And what are the impacts of the precautionary attachment of the shares?

To answer these questions, the research follows a descriptive analytical approach. This means that it clarifies and analyze the legal rules that deal with the mechanism of the precautionary attachment of the nominal shares in the Emirati legislation. The research aims to show to which extent these legal rules are in line with the nature of the commercial transactions that have flexible procedures. The research is divided into the following themes:

Theme One: The conditions of the right of the precautionary attachment of the shares.

Theme Two: The procedures of the precautionary attachment of the shares.

Theme Three: The impacts of the precautionary attachment of the shares.

1- Article (216) of the company law.

Theme One

The conditions of the right of the precautionary attachment of the shares

Taken that the protective seizure has the same impacts of the executive seizure, the legislator puts two conditions for making the protective seizure⁽²⁾: the first one is related to the creditor's right for which seizure is made (**the first topic**) and the second one is related to the condition of getting a permission for making the seizure (**the second topic**).

Topic One

the creditor's right for which seizure is made

In the first place, the creditor's right shall be an amount of money, so the protective seizure shall not be signed to make the debtor do a job⁽³⁾. In the second place, the creditor's right for which seizure is made shall meet the same conditions that shall be met in the executive seizure, namely: certain, due and specific i.e. of a particular amount.

These three descriptions have another form in case of the protective seizure⁽⁴⁾.

First: the creditor's right for which seizure is made shall be certain

There is no difficulty for meeting the condition of certainty if the seizure is made based on an executive bond. Generally, the right is certain if it is confirmed and undisputable⁽⁵⁾. This condition does not mean that the debtor shall not dispute the debt; however, it means that its existence shall not be seriously disputable and the creditor shall have the evidence of its existence⁽⁶⁾.

If the person who asks for the protective seizure does not have an executive bond, there shall be a permission for making the seizure. For the judge to allow making the seizure, the right of the person who asks for the seizure shall be certain. This does not mean that it shall exist or it shall be undisputable, it means that there shall be an obvious reason for its existence in the debtor's responsibility. The judge who is asked to release a permission does not rule in the subject of the existence of the right, he seeks the apparent existence of the right and the final result does not restrict the judge later⁽⁷⁾.

Accordingly, if a serious dispute falls over the existence of the right before the judge who is

-
- 2- Dr. Fathi Wali: the mandatory execution in the commercial and civil articles, The Arab Nahda House, 1995, provision 141 and what comes after it.
 - 3- Dr. Fathi Wali: the previous source, provision 142.
 - 4- Dr. Mohammad Abdulkhalik Omar: the execution principles, The Arab Nahda House, the fourth edition, 1974, provision 199.
 - 5- Dr. Amina Alnimer: the procedures law (the third book) Alma'rif institution in Alexandria, 1982, provision 174.
 - 6- Ibid.
 - 7- Dr. Fathi Wali: previous source, provision 143, Dr. Mohammad Abdulkhalik Omar: previous source.

asked to release the seizure permission, he shall refuse to release the seizure permission because of the absence of the condition of existence⁽⁸⁾.

Second: the creditor's right for which seizure is made shall be due

This means that the right shall not be a subject to possibility or related to a particular description⁽⁹⁾. The creditor's right shall be due; if it is delayed the execution process shall not be conducted before the due date. This is logical because if the right is not due, it shall not be asked for since this action deprives the debtor from the previously set due date. Accordingly, there shall not be an execution based on a rule that gives the debtor additional time to pay the debt based on Article 359 of the civil transactions law.

Third: the creditor's right for which seizure is made shall be specific, i.e. of a particular amount

Concerning this condition, it shows that the legislator mitigates the conditions of the right that shall be protectively seized. The right does not necessarily have to be accurately defined as in the case of the executive seizure, it is enough for the right to have an initial particular amount that is defined by the judge who releases the permission of the seizure. Whenever the right does not have a particular allocated amount, there is a need-to sign the seizure- to earn a permission from the judge in order to give a temporal estimation for the right⁽¹⁰⁾.

The reason of allowing the making of the protective seizure without waiting the allocation of the creditor's right in a final way is to avoid trafficking the debtor's money during this time. And the reason of requiring the temporal estimation of the creditor's right is to give the opportunity to use the methods that are organized by the legislator to decrease the total effect of the seizure. It aims to achieve balance between the value of the creditor's right and the value of the debtor's seized property⁽¹¹⁾.

Article 254/2 of the Civil Procedures Law, as modified by the law no. 10/2014, and the last part of Article 258 thereof stipulate that the judge of immediate things shall order the seizure when the creditor has a judgment that entails a debt of a specific amount, the judgment itself shall not be an executive one.

Topic Two

Getting a permission to make the seizure

First: the necessity of getting a permission to make the seizure

To protect the debtor from signing the precautionary attachment of his shares without a reason,

8- Ibid.

9- Dr. Ashour Mabrouk: a brief in execution in the current procedures law, The Arab Nahda house, the second edition, 2004, provision 421.

10- Dr. Ahmad Hindi, Dr. Ahmad Khalil: the mandatory execution law, the university publishing house, 1999, p. 420.

11- Dr. Fathi Wali: previous source. Provision 175. Dr. Ashour Mabrouk: The mandatory execution in the Emirati law, UAE University publishing, 1996, provision 383.

Articles 254/1, 258 of the Civil Procedures Law require the issuance of a permission from the judiciary to make the seizure if the creditor does not own an executive bond or if his debt is not specified in amount.

There is a necessity to distinguish between two cases: If the creditor has an executive bond, the protective seizure shall be signed without a permission provided that the bond employs a debt of a specific amount. If the creditor does not have an executive bond, however, he shall gain a permission from the judiciary to make the protective seizure.

This is justified based on the fact that the party that owns the whole (i.e. the executive seizure) shall have the less (i.e. the protective seizure)⁽¹²⁾. Furthermore, the creditor who has an executive bond may prefer a protective seizure because it contains the element of surprise for the debtor in order to avoid the risk of not hiding or trafficking the money of the debtor⁽¹³⁾.

The Emirati legislator requires gaining a permission from the judiciary to sign the protective seizure in the case of the absence of the executive bond even if the person who requests the seizure has a non-executive sentence with a fixed debt of a specific amount (Article 254/2 of the Civil Procedures Law as modified by the Law no. 10/2014). This would be the case when the creditor has a sentence from the court of first instance and the sentence is still subject to an appeal and not described as an urgent executing one, or when the creditor has an executable sentence but another sentence is issued and cancels its execution.

Second: Jurisdiction entitled to release the permission for the protective seizure

The judge of the urgent issues is the one competent for releasing the permission of the seizure on what the debtor's owns with others, i.e. the company (Article 258 of the Civil Procedures Law). The request of getting the permission is a temporary, urgent request that does not affect the origin of the right⁽¹⁴⁾.

In case the creditor's right for which seizure is requested is subject to a lawsuit before the competent court, it is allowed to request the protective seizure from this court (Articles 252/1, 254/3 of the Civil Procedures Law). The seizure request is related to the right claimed⁽¹⁵⁾.

However, the jurisdiction is held for the judge in whose department the money that is to be signed for seizure exist.

-
- 12- Dr. Ashour Mabrouk: Alwaseet in execution, previous source, provision 425. Dr.Mohammad Noor Shehata: the mandatory execution in UAE, Dubai Police academy, the second edition, no year of publication, provision 229.
 - 13- Dr. Mahmoud Hashim: the rules of the mandatory seizure and its procedures in the procedures law, Abu Almajd publishing house, the second edition, 1991, p. 288.
 - 14- Dubai cassation, June 2004, the group of rules, number 15, number 188, p.1263, rights impugn, Dr. Ali Abdulhameed Turki: the explanation of the mandatory execution procedures under the law of the federal civil proceedings number 11 of 1992, the Arab Nahda house, the first edition, 2009, provision 450.
 - 15- Dubai cassation, impugn number 163 of 1989, the group of rules, number 1, number 2, p. 261. Dr. Ali Abdulhameed Turki: previous source.

Third: The proceedings of getting the permission

According to Articles 253, 254/1, 258 of the Civil Procedures Law, requesting the permission of making the protective seizure are the same like the orders proceedings on the pleas that are mentioned in Articles 140 & 141 thereof. The plea should include the required information in the pleas orders in general in addition to requesting the permission for making the protective seizure and the information that is specified in this request. The plea shall be reasoned and it shall include a complete explanation of the shares that are requested to be seized.

Fourth: The judge's authority issuing the permission:

The judge who is competent to release the permission for making the protective seizure has the authorities of the judge of urgent matters in releasing the plea orders; he has a wide discretionary authority in releasing the seizure permission⁽¹⁶⁾.

The judge has the right to refuse the request if it appears that the creditor's right does not exist or it is not due or if the person who asks for the protective seizure is ill-intentioned and he wants to cause a damage the debtor⁽¹⁷⁾. The judge has the right to order making the protective seizure for part of the debts only, i.e. those meeting all the conditions. He can also order the protective seizure under the condition of imposing the debtor to pay part of the debts before the seizure process and to give him a specific time to pay the whole debt. The judge may order the creditor to submit a guarantee⁽¹⁸⁾, he may as well put any other condition as long as the condition does not violate any text or legal principle⁽¹⁹⁾.

Unlike the general rules of issuing the orders on the pleas without hearing the litigants, the judge may - before issuing the order of making the protective seizure - make a brief investigation to be persuaded to issue his order if he finds the documents the creditor provides with the request lacking (Article 254/1 of the Civil Procedures Law).

In all cases, and before responding to the protective attachment request, the judge has the right to ask upon information, evidences or depositions that are proven by the oath if he deems necessary (Article 252/4 of the Civil Procedures Law). According to Article 140/2 of the Civil Procedures Law, the judge is not bound to give the reasons upon which he takes his decision concerning releasing the permission or not as long as this decision does not violate an order that is issued before in the same subject matter⁽²⁰⁾.

It should finally be noted that the judge has no discretionary power if the judgment the creditor

16- Dubai cassation, June the 6th, 2004, the group of rules, number 15, number 188, p. 1263, Dubai Cassation, April 21st 2008, impugn number 198 of 2007, Dubai cassation, June the 4th, 2006, the group of rules, number 17, number 151, p. 1047.

17- Dr. Fathi Alwali: the previous source, provision 153, Dr. Ahmad Abu Alwafa: the execution procedures in the civil and commercial articles, Alma'rif institution in Alexandria, the second edition, 1971, provision 212.

18- Dubai cassation, June 10th, 1993, the group of rules, number 4, number 109, rights impugn number 71 of 1993.

19- Dr. Fathi Wali: previous source, Dr. Ahmad Abu Alwafa: Previous source.

20- Dr. Amina Alnimer: previous source, provision 416.

has entails a fixed amount of money, the judge shall order the protective seizure (Articles 254/2 & 258 of the Civil Procedures Law)⁽²¹⁾.

Fifth: Authoritative order issued by judge and complains of:

The order of making the protective seizure issued by the judge is a timely verdict that is issued in a plea, then it can be enforced urgently by the power of law despite the ability of grievance or the grievance itself. It shall also be considered void if it is not presented for execution within thirty days of its issuance⁽²²⁾.

The grievance is made based on the general rules in the orders on the pleas (Article 141/1 of the Civil Procedures Law). It is allowed to raise the grievance in the claim on the seizure's validity, in any stage of the claim and that occurs by the proceedings by which the provisional orders are raised (Article 141/3 of the Civil Procedures Law)⁽²³⁾.

The grievance rules either the support of the order, the modification of the order, or the cancellation of it. This ruling is a subject to appeal using the normal ways of appeal (Article 141/4 of the Civil Procedures Law).

Theme Two

The procedures of the protective seizure of shares

As previously mentioned, the shares are seized according to the system of seizing the debtor's property that others have. This type of seizure involves three types of people: the first is the creditor who requests the seizure procedures, the second is the debtor (i.e. the shareholder), and the third is the company that issues the shares and the stock market in which the company is listed (hereinafter: the other party with whom the shares are seized). Seizure of what the debtor has with others goes through two stages: it starts as protective seizure and, then, it moves to be executive seizure.

The procedures of seizing the shares start by a notice of seizing the debtor's shares to be sent to the other party with whom the shares are seized (the first topic), then the seizure is informed to the shareholder in a specific time (the second topic). As the other party with whom the shares are seized (the company and the stock market) is responsible for reporting the debtor's property, it shall do this or it shall be a subject to the legal penalty (the third topic).

21- Dubai cassation, March 19th, 2006, civil impugn number 288 of 2005, the group of rules, number 17, number 76, p.517.

22- Dr. Ashour Mabrouk: the mandatory execution in the Emirati law, a previous source, provision 391.

23- Dr. Ahmad Abu Alwafa: previous source, provision 213.

Topic One

Notice of seizure to the other party with whom the shares are seized (the company and the stock market)

According to Article 259 of the Civil Procedures Law, seizing the debtor's right with others occurs upon an order that is signed by the judge and notified the other party (the company and the stock market). This notice shall not be preceded by a request to the debtor to pay or a notice to him of the executive document if it exists. This seizure shall not also be preceded by a request to the third party (the company and the stock market) to pay⁽²⁴⁾. This notice of seizure shall be summoned by the execution officer. It shall include the following information:

- [1] Definition of the original amount of the debt and the expenses for which shares are seized: it shall have a specific amount of money either temporarily or permanently. This is in the interest of the other party (the company and the stock market); it enables him to figure out the amount of money that shall be deposited in the court's safe in case he wants to cancel the seizure. He also shall be notified of the amount of money he shall pay if he violates his commitment for the seizure by paying the debtor (the shareholder)⁽²⁵⁾. It is also beneficial for defining the court competent to deal with the claim of the seizure evidence in the cases where this claim shall be raised⁽²⁶⁾.
- [2] Definition of the seized shares in an absolute way and ordering the other party (the company and the stock market) not to pay the debtor (the shareholder) or to deliver the shares to him. Accordingly, the other party is officially notified not to pay to the shareholder, and if he pays despite of that, he shall pay again⁽²⁷⁾.
- [3] Number of the file or claim of seizure and the creditor's name and his domicile or the place where he works. In case he does not have a domicile or a place of work in the country, he should specify a chosen domicile in the district of the court where the execution happens. In case the right for which seizure is made is claimed before a court and the seizure order is issued from this court, the number of the claim shall be revealed. In case the seizure is conducted based on an order that is issued by the immediate issues' judge, the number of the request of seizure shall be revealed⁽²⁸⁾.
- [4] Ordering the other party (the company and the stock market) to report to the court the property the debtor has with him and to inform the court that the order of seizure is executed within fourteen days from notice.

24- Dr. Fathi Wali: previous source. Provision 164.

25- the previous source: Dr. Amina Alnimer: provision 334.

26- Dr. Azmi Abdulfattah: the rules of the mandatory seizure in the procedures law, The Arab Nahda house, 1998, p. 503.

27- Dr. Azmi Abdulfattah, previous source, p. 504.

28- Dr. Abdulfattah Mubarak: a brief in the mandatory execution in the UAE, Ithra' for distribution and publishing (Jordan), first edition, 2010, p. 185.

If the seizure order does not include the data mentioned in the first and second provisions, the seizure is void and each one who has an interest can assert this voidance (Article 260 of the Civil Procedures Law). Failure of the statement of the chosen domicile of the creditor shall not annul the notice of the seizure; it can rather be notified of all papers relating to the seizure in accordance with Article 8/8 of the Civil Procedures Law. Finally, ignoring the fourth statement does not cause any voidance of the notice. Instead, it results in making the third party not committed to report. In this case, the third party shall be ordered to report by a separate notice⁽²⁹⁾.

With regard to the way of notice of the seizure for the third part, it shall happen according to the general rules of summon mentioned in Articles 8 and 9 of the Civil Procedures Law.

Topic Two

Notifying the debtor (the shareholder) of the seizure

The seizure is made and its effects appear at the moment of notifying the seizure order on the other party (the company and the stock market). Since the debtor (the shareholder) is the original part of the seizure, he shall be notified of the seizure so he has the knowledge about the subject and takes the necessary measures either by paying the debt or disputing the correctness of the seizure⁽³⁰⁾. In addition, the debtor shall know the real reason that prevents the other party from paying the him his right so he does not ask him to pay the debt without fruitlessly. Accordingly, the seizure notice is not part of the seizure procedures but a later procedure that follows the seizure itself⁽³¹⁾.

In accordance to Article 261/1 of the Civil Procedures Law, the seizure shall be notified for the debtor (the shareholder) after it is notified for the other party (the company and the stock market). This notice shall include the following information:

- [1] Making of seizure and its date.
- [2] Stating the judge's order upon which the seizure occurs.
- [3] Stating the amount of money for which seizure is made.
- [4] Stating the share that is seized.
- [5] Stating the name of the creditor, his domicile, and his workplace in the country. In case he does not have a domicile or a workplace, he has to assign a chosen domicile in the district of the court where the execution occurs.

Article 261/1 of the Civil Procedures Law does not define a time to notify within, it also does not mention the penalty of not notifying which may cause some creditors to postpone the notification

29- Dr. Mohammad Abdulkhalik Omar, previous source, provision 513.

30- Dr. Ahmad Abu Alwafa: previous source, provision 217.

31- Dr. Fathi Wali, provision 167, Dr. Ahmad Hindi and Dr. Ahmad KHalil: the previous source, p. 446.

especially that the seizure's effects start at the moment the other party is notified of it. However, the legislator binds the creditor to file a lawsuit against the correctness of the seizure within eight days from announcing the seizure on the other part (the company and the stock market) or the seizure shall be void (Article 261/2 of the Civil Procedures Law). This is why the researcher recommend that the Emirati legislator handles this issue especially that Article 255 of the 1980 Civil Procedures Law draft necessitated notifying the debtor of the seizure within eight days of the other party's notification of the same or the seizure shall be void⁽³²⁾.

Topic Three

Reporting the debtor's property

First: Definition of the report and the reason of it:

Seizing what the debtor has with others occurs at the moment of announcing the seizure to others. Given the fact that it is generally difficult for the creditor to determine whether or not the other party is owing something to his debtor (the shareholder), there is a need for a procedure that aims to clarify the nature of the relation between the the other party and this debtor. Is there a debt relation between them? What are its conditions? To achieve this goal, the legislator requires the other party to present a report about the property the debtor has with him.

This report is especially important for defining the elements of this property in the cases where the seizure is general⁽³³⁾. Obviously, the legislator wants to make it easy for the creditor to make the seizure.

Second: the necessity of the report and the one who is committed to it:

The other party or the ones who act on his behalf is responsible for above mentioned report⁽³⁴⁾. The other party shall report once he is notified of the seizure. Notice of the seizure shall include an order on him to present such a report based on the rules of the Article 259/d of the Civil Procedures Law or he is required to present this report in a later paper.

The other party shall be committed to this report at all circumstances even if he is not indebted to the debtor (Article 263/3 of the Civil Procedures Law) or if the debt is disputed⁽³⁵⁾. The other party is obliged to report even if the creditor does not have an executive title or a non-executive judgment⁽³⁶⁾. Furthermore, the secret of the other party's job does not exempt him from reporting (Article 236/3 of the Civil Procedures Law).

The other party shall be committed to present the report to the entity that orders the seizure (Article 259/d, 236/1 of the Civil Procedures Law), i.e. the office of case management in the court that orders the seizure.

32- Dr. Ashour Mabrouk: the mandatory execution in UAE, article 316.

33- Dr. Fathi Wali: previous source, provision 169.

34- Dr. Fathi Wali: previous source, provision 171.

35- Dr. Mohammad Abdulkhalik Omar: previous source, provision 521, Dubai cassation, Dec. 2006, civil impugn number 221 of 2006. Dr. Ali Abdulhameed Turki: an explanation for the mandatory execution procedures, provision 501.

36- Dr. Fathi Wali: previous source, provision 170.

Third: Exemptions from reporting:

In accordance to the Article 261/1 of the Civil Procedures Law, the other party (the company and the stock market) is exempted from reporting its debts in the following cases:

- a. if an amount of money that equals the debt and its expenses for which seizure is sought is deposited in the court's safe, whether by the debtor or not. In this case, the seizure shall be made on this deposited amount (Article 249 of the Civil Procedures Law).
- b. if an amount of money that is estimated by the executing judge based on the debtor's request (the shareholder) is deposited in the court's safe. In this case, the seizure shall be made on this deposited amount of money (Article 250 of the Civil Procedures Law).
- c. if the other party (the company and the stock market) deposits the debtor's property in the court's safe either by himself or based on the debtor's request. In this case, the court that orders the seizure shall notify the creditor and the debtor (the shareholder) immediately about the deposit (Article 262/3 of the Civil Procedures Law).

For the exemption to occur in this last case, the following conditions shall be met⁽³⁷⁾: Firstly, the deposit shall be accompanied with a memo that is signed by the other party (the company and the stock market) of the seized items that he had, the seizures dates, the creditors' names and addresses, the documents upon which the seizures occurred, and the debts for which such seizures are made (Article 262/2 of the Civil Procedures Law). Secondly, the deposit shall be enough to pay the creditor's debt (Article 262/4 of the Civil Procedures Law).

Fourth: Time of report:

The other party (the company and the stock market) shall report within seven days of making the seizure (Article 263/1 of the Civil Procedures Law).

Fifth: Report types and its procedures:

In case the other party (the company and the stock market) does not admit the debt, he shall present a negative report; otherwise, he shall present a positive report. The data differ from type to another:

The first type: the negative report:

The report is negative in two cases⁽³⁸⁾: The first case happens when there is no previous or current relation between the other party (the company and the stock market) and the debtor (the shareholder). In this case, it suffices that the other party declares this fact⁽³⁹⁾. The second case happens when there is a previous relation between the other party and the debtor (the shareholder). In this case, the other party shall present a report that shows the reason of the termination of the relationship and the termination date (Article 263/1, civil proceedings). The other party shall present the papers that support his report in both cases.

The second type: the positive report:

The report is positive in case the other party declares that he has control over the debtor's shares.

37- Dr. Amina Alnimer: previous source, provision 359.

38- Dr. Azmi Abdulfattah: previous source, pp. 531-532.

39- Dr. Ahmad Hindi, Dr. Ahmad Khalil: previous source. 451.

According to Article 263/1 of the Civil Procedures Law, such report shall include the following data⁽⁴⁰⁾:

- The value of the seized shares.
- A detailed memo of the shares the debtor has with the other party.
- The document that gives the shareholder a right vis-a-vis the company (the memorandum of association - subscription)
- The previous seizures of the shares under his control.

To prevent any possible conspiracy between the other party and the debtor (the shareholder), the other party shall deposit all the documents that support the data mentioned in the report at the moment of presenting the report. If he does not have any documents, he is not committed to any deposition⁽⁴¹⁾.

Sixth: Disputing the report

Normally, the other party reports his actual debts and no one could dispute this report. However, the other party may not report the truth which affects the creditor's rights as well as the debtor's⁽⁴²⁾. One of them may file a case against the other party to reveal the true relation between the debtor and the other party. According to Article 265 of the Civil Procedures Law, the dispute against the other party report is filed before the entity that orders the seizure. Given that this case belongs to the substance of the execution litigation, it goes under the procedural system for the general rules of the substance litigations.

Seventh: Penalty of dialing to report:

According to the general rules, if the other party does not provide the above said report on due date or if he provides an insufficient report, the creditor shall have the right to damages (Article 266/4 of the Civil Procedures Law).

In addition, Article 266/1 of the Civil Procedures Law includes a special penalty in such case, i.e. the other party has to satisfy the creditor's right for which seizure is sought. For this reason, the legislator gives the creditor the right to file the so-called "personal obligation case" that follows the regular procedures⁽⁴³⁾.

[1] Conditions of the "personal obligation case": Article 266/1 of the Civil Procedures Law stipulates the conditions of binding the other party to satisfy the creditor's right. These are: The first condition: the creditor must have an executive title: this means that the creditor must meet all the conditions for taking his right whether the seizure occurs based on this title or the creditor gains it after the seizure⁽⁴⁴⁾.

40- Dr. Mohammad Abdulkhalik Omar: previous source, provision 522. Dr. Ahmad Abu Alwafa: previous source, provision 228, Dr. Ashour Mabrouk: Alwaseet in the execution, previous source, provision 359.

41- Dr. Fathi Wali: previous source, provision 171.

42- Dr. Ahmad Hindi, Dr. Ahmad Khalil: previous source, p. 451.

43- Dubai Cassation, November the 4th, 2001, the group of rules, volume 12, number 118, p. 784, rights impugned.

44- Dr. Amina Alnimer: previous source, provision 360.

The second condition: the creditor must have a benefit from signing the penalty: if the creditor gains his right from the debtor (the shareholder) or from another other party, he shall not have the right to ask for signing the penalty. Despite that and based on Article 266 of the Civil Procedures Law, the creditor has the right to ask the other party for the expenses of the claim and the reimbursements of any delay in delivering the report⁽⁴⁵⁾. If the creditor is paid part of his right, he will have the right to ask the other party for the left part only⁽⁴⁶⁾.

The third condition: the creditor must ask the court for signing the penalty; the court cannot decide the penalty on its own. Otherwise, the court would rule of what the litigants do not ask for and this is unacceptable.

The fourth condition: one of the three situations that are mentioned in Article 266/1 of the Civil Procedures Law should be available⁽⁴⁷⁾. These are:

The first situation: if the other party does not provide a report of his debt in a legal way.

The second situation: if the other party delivers a fake report.

The third situation: if the other party hides the documents that should be deposited to support the report.

[2] the court competent to see the "personal obligation case" and its litigants:

Article 266/1 of the Civil Procedures Law does not mention which court is competent to see the case of binding the other party to satisfy the creditor's right in case he violates the conditions of the report. Some jurists argue that this case is within the competency of the execution judge as it is an objective dispute in the execution⁽⁴⁸⁾. The present writer supports this opinion. This is in line with the general rule that makes all objective disputes in the execution within the competency of the execution judge unless the legislator states anything else.

Regarding the litigants, the claimant in this case is the creditor; the defendant is the other party. The debtor does not interfere in this case as he must be away from it. However, he can be part of the claim if the other party's violation includes delivering a fake report⁽⁴⁹⁾.

[3] procedures of filing the "personal obligation case"

According to Article 266/1 of the Civil Procedures Law, the personal obligation case is filed in the regular situations of filing claims. This means that it is filed in a paper that is deposited in the cases management office in the competent court (Article 42 of the Civil Procedures Law). The time of the claim is not mentioned in the text of the law. The jurisprudence argues that the creditor has the right to file this claim at any time as long as the right is not prescribed. However, the delay in filing the claim may be interpreted as a waiver. As for the

45- Dr. Mohammad Abdulkhaliq Omar: previous source, provision 536, Dr. Ashour Mabrouk: the mandatory execution in UAE, provision 329.

46- Dr. Ahmad Abu Alwafa: previous source, provision 244.

47- Dr. Fathi Wali: previous souce, provision 174 , dr. Amina Alnimer: previous source, provision 360.

48- Dr. Mohammad Abdulkhaliq Omar: previous source, provision 538, Dr. Azmi Abdulfattah: previous source, provision 807.

49- Dr. Fathi Wali: previous source, provision 174, Dr. Ahmad Abu Alwafa: previous source, provision 245.

evidence, the general rules shall apply to this case⁽⁵⁰⁾.

[4] the judgment in the "personal obligation case" and its effects:

If the previously mentioned conditions are met, the court shall order the other party to satisfy the creditor's right for which the seizure is conducted.

The court shall give such order even if it is proved that the other party is not indebted for the creditor's debtor or if such debt is found to be less than the creditor's right for which the seizure is sought⁽⁵¹⁾.

Besides, the creditor does not have to prove any damage due to the other party's conduct. Indeed, damage is presupposed to be caused by the other party⁽⁵²⁾.

However, the court has a large discretionary power: it may order the other party to satisfy the whole right of the creditor for seizure is sought or only part of it based on the other party's conduct as well as all the surrounding circumstances of the case⁽⁵³⁾. In all events, the court shall rule the other party to pay the case expenses and the damages resulting from his delay of delivering the report (Article 266/1 of the Civil Procedures Law). Such rule clearly makes the other party indebted vis-à-vis the creditor. This rule is considered as an executive title. The creditor may use it to request the seizure of the other party property. In case there is more than one creditor and the rule is issued for one of them, the rest of the creditors do not get benefit of it and they do not share the creditor favored by the rule in the right he gains from the other party⁽⁵⁴⁾. The judgment that is made in this case goes under the general rules of appeal of judgments that are issued in the objective disputes of execution. Whether the judgment is appealable or not depends on the value of the claim, i.e. the value of the debt that the other party is supposed to pay. In addition, the appeal court's judgment is subject to challenge before the court of cassation based on the general rules⁽⁵⁵⁾.

Theme Three

The effects of the precautionary attachment of the shares

There are two main effects of the precautionary attachment of the shares: the first one has to do with the objective right for which the seizure is sought, in this case the seizure will interrupt the prescription ongoing for the good of the debtor (the shareholder) and the other party (the company and the stock market) (the first topic). And the second one has to do with the property to be seized and its attachments, the share and its attachments (the profits) shall go under a

50- Dr. Azmi Abdulfattah: previous source, ps. 807-808, Dr. Mohammad Abdulkhalik Omar: previous source, 539.

51- Dr. Fathi Wali: previous source, provision 174, Egyptian civil impugn, 21st Dec. 1939, Omar's group, 3-36-18.

52- Dr. Ahmad Abu Alwafa: previous source, provision 245.

53- Dr. Mohammad Abdulkhalik Omar: previous source, provision 537.

54- Dr. Fathi Wali: previous source, provision 174, Dr. Ahmad Abu Alwafa: previous source, provision 246.

55- Dubai Cassation, Dec. 17th 2006, civil impugn number 221 of 2006. Dr. Abdulhameed Turki: previous source, provision 651.

special legal system (the second topic)⁽⁵⁶⁾.

Topic One: The effect of the seizure on the objective right (interruption of the prescription)
According to Article 484 of the Emirati Civil Transactions Code, prescription is interrupted in case the right is claimed before a court or by any legal procedure that is asserted by the creditor to ask for his right.

Given that the seizure is a legal procedure that is conducted by the creditor to gain his right, this will lead to the interruption of prescription ongoing for the benefit of the debtor⁽⁵⁷⁾. Signing the seizure on the shares by seizing the property that the debtor has with others (i.e. notice of the seizure on the other party) leads to the interruption of the ongoing prescription for the benefit of the other party (the company and the stock market) against the debtor (the shareholder) and the interruption of the ongoing prescription for the benefit of the debtor (the shareholder) against the creditor⁽⁵⁸⁾. This effect occurs even though the creditor does not have an executive title⁽⁵⁹⁾.

Topic Two

The effects of the seizure on the shares and their attachments (subject of the shares and their attachments to a special legal system)

Signing the seizure on the shares is followed by subjecting the shares and their attachments (the profits) for a special legal system in order to achieve the goal of the seizure which is paying the debt for the creditor. According to this special legal system, the property and the profits of the seized shares stay the debtor's (the shareholder's) ownership. However, this ownership is constrained in order to achieve the goal of the seizure which means that any disposition of the shares shall not be effective vis-a-vis the creditor and all similar persons. Besides, the debtor's power of getting the shares' profits is constrained.

First: the property and the profits of the seized shares stay the debtor's (the shareholder's) ownership

This leads to the following objective and procedural results:

[1] the objective results⁽⁶⁰⁾:

- [a] the debtor (the shareholder) has the right to dispose of the seized shares without considering that as an act of disposition of other's property. This act is considered intact between the parties; they shall bear all the consequences of the disposition. However, such disposition is not enforceable against the creditor and any one that acts on its behalf.

56- Dr. Ahmad Abu Alwafa, provision 168, 263 and what follows, 337 and what follows, Dr. Azmi Abdulfattah, p. 306 and what follows, 361 and what follows, 581 and what follows.

57- Dr. Fathi Wali, provision 212, Dr. Ashour Mabrouk: the mandatory execution in UAE, provision 277.

58- Dr. Amina Alnimer: previous source, provision 338, Egyptian civil impugn, Apr. 30th, 1975, the appeal rules of 26, p. 283.

59- Dr. Ahmad Abu Alwafa: previous source, provisions 257, 265.

60- Dr. Ahmad Abu Alwafa, provision 246, Dr. Fathi Wali, provision 214, Dr. Azmi Abdulfattah, p. 308 and what follows, Dr. Wajdi Ragheb: memos in the legal execution, no publisher, 1986, p. 241. Dr. Ashour Mabrouk: the mandatory execution in the UAE, provision 277.

[b] the debtor (the shareholder) has the right to take the necessary protective measures to protect the seized shares. He also has the right to ask the other party to pay him. To protect the creditor's right, however, such payment of the debt by the other party shall occur as a deposit in the court's safe (Article 262/1 of the Civil Procedures Law)⁽⁶¹⁾.

[2] the procedural results:

- [a] the seized shares stay within the general guarantee for all the creditors of the shareholder; any such creditor can sign a seizure on the same shares.
- [b] when the seized shares are sold through the judiciary, the price replaces the shares in fulfilling the creditors' rights. If any amount of money is left after paying the creditors' rights, the left money is for the debtor (the shareholder).
- [c] in case the seizure procedures are waived or cancelled for any reason, the legal act the debtor (the shareholder) does concerning the seized shares becomes effective retroactively, the debtor may assert it confronting everybody in an ex post facto from the date of doing it.

Second: the debtor's (the shareholder's) disposal of shares is unenforceable

[1] definition of the unenforceability:

Unenforceability in this regard means that all legal acts the debtor (the shareholder) does on the seized shares shall not be enforceable in confrontation of the creditor and those who act on his behalf. Accordingly, these acts do not prevent the continuation of the execution proceedings as the creditor starts them regardless any acts on the seized shares and without the need for issuing a judgment of the unenforceability of these acts⁽⁶²⁾.

[2] scope of the unenforceability:

(a) the scope of the unenforceability in terms of acts:

In principle, the unenforceability touches all legal acts of the debtor (the shareholder) as long as they may hurdle the process of achieving the goal of the seizure. This applies to the following acts⁽⁶³⁾:

- 1- the acts that lead to transferring the property of the seized shares from the debtor to somebody else: whether they are with a compensation like selling or exchanging or without a compensation like the will and the donate.
- 2- the acts that causes a bad impact on the normal creditor: these acts lead to rights in rem like the protective mortgage. These acts can worsen the normal creditor's position. As the mortgaged creditor has priority, the right of the normal creditor goes under threat.

In all cases, in order not to enforce the mortgage or the disposal made by the debtor, such mortgage or disposal shall not have a fixed date before the seizure⁽⁶⁴⁾.

61- Egyptian civil Impugn, Feb. 26th 1970, the appeal rules of 21, p. 56, Jan. 31st 1975 of 8, p. 14, Dec. 12th 1957 of 8, p. 103.

62- Dr. Wajdi Ragheb: previous source, p. 310. Dr. Fathi Wali: previous source, provision 215.

63-Dr. Ahmad Abu Alwafa: previous source, provision 294. Dr. Azmi Abdulfattah: the mandatory execution rules, ps. 311-312.

64- Dr. Fathi Wali: previous source, provision 218. Dr. Wajdi Ragheb: previous source, p.248.

(b) the scope of the unenforceability in terms of persons:

In principle, the unenforceability of the debtor's acts is determined for the benefit of the creditor even if he is a normal creditor and the person who wins the auction:

- 1- the creditor seeking the seizure of the shares, whether he is a normal one or he is not the one who starts the proceedings⁽⁶⁵⁾. In case of multiple creditors, some acts may be enforced in confrontation of the first creditor seeking the seizure but not against the second one provided that the conditions of enforcing them against others are met after the first seizure and before the interference of the second creditor⁽⁶⁶⁾.
- 2- the buyer in the auction (the one who wins the auction): the reason why these acts are unenforceable in confrontation of the buyer in the auction is to encourage those who have the desire to buy the shares to participate in the auction; otherwise, the seized shares would be sold in a cheap price.

Except the persons mentioned above, no one has the right to assert the unenforceability of the disposal of the seized shares. Accordingly, this unenforceability may not be invoked by the debtor (the shareholder), the one to whom the shares are disposed of, or the normal creditor who does not sign the seizure on these shares⁽⁶⁷⁾.

Third: constraining the shareholder's authority in gaining the seized shares' profits

The seizure is not limited to the seized shares only, it also includes the profits of these shares. In fact, this is a general rule that applies to the seized money regardless of its nature⁽⁶⁸⁾.

Based on that, the rule states that the seizure also includes the profits of the seized shares through all the duration that it takes until they are sold; the profits are considered seized by the force of law and without the need for any independent measure of seizing them⁽⁶⁹⁾.

This rule is important because it helps fulfilling the goal of execution. Such execution applies not only to the shares seized but also to their profits⁽⁷⁰⁾. Besides, this rule will not encourage the debtor to make disputes and hurdling the execution proceedings: If the profits were not seized along with the shares, the debtor would delay selling the seized shares as long as possible to get as much benefit of them is possible⁽⁷¹⁾. That's why the seized shares' profits are also seized even if a judgment halting execution is issued⁽⁷²⁾. The profits seized include all due profits throughout the seizure period until the shares are sold.

65- Dr. Ahmad Abu Alwafa: previous source, provision 295.

66- Dr. Wajdi Ragheb: previous source, p.249.

67- Dr. Fathi Wali: previous source, provision 217.

68- Compare: Dr. Mohammad Abdulkhalik Omar, previous source, provision 465, Dr. Abdulbasit Jami'e and Dr. Amal Alfazayry: execution in the commercial and civil articles, Alma'rif institution in Alexandria, 1991, provision 275.

69- Dr. Fathi Wali: previous source, provision 223, Dr. Azmi Abdulfattah: previous source, p. 317.

70- Dr. Wajdi Ragheb: previous source, p. 252.

71- Dr. Fathi Wali: previous source, provision 223.

72- Dr. Azmi Abdulfattah: previous source, p. 318.

Conclusion

The research ends up with the following results and recommendations:

First: results:

- [1] Article 290 of the Civil Procedures Law distinguishes between the seizure proceedings of the nominal shares and the bearers' shares. However, this distinguish is no longer important under Article 208 of the Company Law that recognizes nominal shares only. According to Article 290 of the Civil Procedures Law, the seizure of nominal shares occurs in the way of seizing the debtor's property with others (protective seizure) and this type of seizure suggests the existence of three parts: the first one is the creditor who takes the seizure measures, the second one is the debtor, and the third is the other party i.e. the company and the stock market that control the shares seized.
- [2] For signing the precautionary attachment of the shares, the Emirati legislator conditions the creditor's right to be an amount of money, certain and due. The Emirati legislator also requires getting a permission from the judiciary to make the seizure.
- [3] The proceedings of seizing the shares start by seizing what the debtor has with the other party and this occurs through a notice to the shareholding company and the stock market where these shares are traded, then the debtor (the shareholder) is informed of the seizure. In the seizure issue, the other party (the company and the stock market) shall report the property the debtor has with him; otherwise, the other party shall be punished by imposing him to pay the debt to the creditor.
- [4] Making the seizure on the shares leads to interruption of the prescription duration of the right by the other party in confrontation of the debtor (the shareholder) and interruption of the prescription duration of the right for the benefit of the debtor (the shareholder) in confrontation of the creditor.
- [5] Making the seizure on the shares causes the shares and their attachments (the profits) to follow a special legal system according to which the seized shares' property and profits stay with the debtor (the shareholder). However, the shareholder's power on this property is constrained, his acts in the shares are not enforceable against the creditor and those who act on his behalf. Besides, this power does not include the shareholders' right to gain the shares' profits.

Second: Recommendations:

- [1] The researcher suggests that Article 290 of the Civil Procedures Law shall be changed to include only the proceedings of seizing the nominal shares so the Article matches what is stated in Article 208 of the Company Law that recognizes nominal shares only.
- [2] The researcher suggests that Article 254/2 of the Civil Procedures Law shall be changed in order not make it possible to make the protective seizure without permission from the judiciary if the creditor seeking the seizure has a non-executive judgment provided that

it relates to a fixed debt. This would be in line with Article 319 of the Egyptian Civil Procedures Law.

- [3] According to Article 261/1 of the Civil Procedures Law, the debtor (the shareholder) shall be notified of the seizure after notifying the other party (the company and the stock market). However, this Article does not state a particular time during which the notice shall occur; it does not also mention the penalty for not notifying which may lead some creditors to delay the notice of the debtor especially that the seizure's effects are valid at the moment of notifying the other party of the seizure. This is why the researcher urges the Emirati legislator to take this issue into consideration.
- [4] Article 266/1 of the Civil Procedures Law does not define the court competent to see the claim of imposing the other part for paying the debt in case it does not present a report. In order to avoid any conflict about jurisdiction, the researcher proposes that the execution judge shall be defined by the Emirati legislator as the competent authority in this regard. The reason standing behind this proposal lies in the fact that such claim is an objective dispute in execution that fall within the competency of the execution judge.

References and Sources

First: References:

1. Dr. Ahmad Abu Alwafa: the execution proceedings in the civil and commercial Articles, Alma'arif institution, Alexandria, The second edition 1971.
2. Dr. Ahmad Hindi, Dr. Ahmad Khalil: the mandatory execution, the university publishing house, 1999.
3. Dr.Amina Alnimer: the procedures laws (the third book), Alm'arif institution, Alexandria, 1982.
4. Dr. Ashour Mabrouk: the mandatory execution in the UAE law, UAE University publishing, 1996.
5. Dr. Ashour Mabrouk: Alwaseet in Execution based on a group of current procedures, The Arab Nahda House, the second edition, 2004.
6. Dr. Abdulbaset Jamee'I and Dr. Amal Alfazayri: the execution in the civil and commercial Articles, Alma'rif institution in Alexandria, 1991.
7. Dr. Abdultawwab Mubarak: A brief in the mandatory execution in UAE, Ithra' for distribution and publishing (Jordan), the first edition, 2010.
8. Dr Azmi Abdulfattah: the rules of the mandatory execution in the procedures law, The Arab nahda house, 1998.
9. Dr Azmi Abdulfattah: the rules of the mandatory execution in the procedures law, The Arab nahda house, 2001.
10. Dr. Ali Abdulhameed Turki: an explanation of the mandatory execution procedures under the federal civil procedures law number 11 of 1992, the Arab Nahda house, the first edition, 2009.
11. Dr. Fathi Wali: the mandatory execution in the civil and commercial Articles, the arab nahda house, 1995.
12. Dr. Mohammad Abdulkhalik Omar: the execution principles, the arab nahda house, the fourth edition, 1978.
13. Dr. Mohammad Noor Shehata: the mandatory execution in UAE, Dubai police academy, the second edition, no year of publication.
14. Dr. Mahmoud Hashim: the mandatory execution rules and procedures in the procedures law, Abu Almajd publishing house, the second edition, 1991.
15. Dr. Wajdi Raghib: notes in the judicial execution, no publisher, 1986.

Second: Resources:

The Laws:

1. The Emirati Federal Civil Procedures Law no. 11/1992, as modified by the federal law no. 10/2014.
2. The new Emirati Federal Commercial Company Law no. 2/2015.

Court Decisions:

1. Judgments of Dubai cassation court, issued by the technical office of Dubai cassation court.
2. Judgment of the Egyptian cassation court, issued by the technical office of the Egyptian cassation court.



جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا
AL AIN UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY

مجلة جامعة العين للأعمال والقانون

مجلة علمية دولية محكمة

المجلد (1) العدد (2) ، 2017

aau.ac.ae

الإمارات العربية المتحدة

ISSN 2521 - 439x



جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا
AL AIN UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY

مجلة جامعة العين للأعمال والقانون

مجلة علمية دولية محكمة

المجلد (1) العدد (2)، 2017

aau.ac.ae

الإمارات العربية المتحدة

ISSN 2521 - 439x

توصيف المجلة

الأهداف والنطاق

مجلة جامعة العين للأعمال والقانون مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدر عن جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا بدولة الإمارات العربية المتحدة، وتنتشر المجلة البحوث العلمية الأصيلة للباحثين في تخصصات الأعمال والقانون باللغتين العربية والإنكليزية.

رئيس التحرير

د. نور الدين صبحي عطاطرة المدير المفوض لجامعة العين للعلوم والتكنولوجيا

مدير التحرير

أ. د. غالب عوض الرفاعي رئيس جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا

المحررون المشاركون

- أ. د. مؤيد السالم، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة
- أ. د. سعيد الصديقي، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة
- أ. د. وليد فؤاد المحاميد، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة
- أ. د. مصطفى المتولي قنديل، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة
- أ. د. علي هادي العبيدي، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة
- أ. د. عبد الحفيظ قدور بلعربي، جامعة الفلاح، الإمارات العربية المتحدة
- د. عبد القادر معزوز، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة
- د. عامر محمد قاسم، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة
- د. رمزي أحمد ماضي، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة
- د. طارق عبد الرحمن كميل، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة

المحررون الاستشاريون الدوليون

- أ. د. سعد غالب ياسين، جامعة الزيتونة الأردنية، عمان، الأردن
- أ. د. نعمان أحمد الخطيب، المحكمة الدستورية، الأردن
- أ. د. حسين علي بخيت، Universiti Tenaga National، ماليزيا
- أ. د. جمال أحمد أبو راشد، Mount St. Joseph University، الولايات المتحدة الأمريكية
- أ. د. دربال عبد القادر، جامعة وهران، الجزائر
- أ. د. جيم هان، Florida Atlantic University، الولايات المتحدة الأمريكية
- أ. د. بيدرو بيليت، Nova Southeastern University، الولايات المتحدة الأمريكية
- أ. د. أمين دواس، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت
- أ. د. شحاتة غريب محمد شلقامي، جامعة أسيوط، جمهورية مصر العربية
- أ. د. مهدي الحسيني، California State University, Bakersfield، الولايات المتحدة الأمريكية
- أ. د. محمد الإهي، Quinnipiac University، الولايات المتحدة الأمريكية
- د. صائب الجنايدة، Yale University، الولايات المتحدة الأمريكية
- د. كمال عبد الرحيم العلاوين، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن



مجلة جامعة العين للأعمال والقانون هي مجلة علمية دولية محكمة تصدر بشكل نصف سنوي من قبل عمادة البحث العلمي والدراسات العليا في جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا.

توجه جميع المراسلات والبحوث إلى العنوان الآتي:

جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا

عمادة البحث العلمي والدراسات العليا

صندوق بريد: 64141 العين، الإمارات العربية المتحدة.

هاتف: +971 3 7024888

فاكس: +971 3 7024777

البريد الإلكتروني: research@aau.ac.ae

الموقع الإلكتروني: aau.ac.ae

رقم الترخيص: NMC-ML-01-F06

قواعد النشر

- (1) ترسل البحوث إلى عنوان البريد الإلكتروني: aaujbl@aau.ac.ae
- (2) أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والإضافة إلى المعرفة.
- (3) ألا يكون البحث قد سبق نشره، أو قُدم لأية جهة أخرى من أجل النشر.
- (4) أن يحتوي البحث باللغة العربية على عنوان البحث والملخص باللغتين العربية والإنجليزية في صفحة واحدة، وألا يتعدى عدد الكلمات (300) كلمة لكل ملخص، وتكتب أسماء الباحثين باللغتين العربية والإنجليزية كما تُذكر عناوين وظائفهم الحالية ورتبهم العلمية والبريد الإلكتروني.
- (5) يجب ألا تزيد الكلمات المفتاحية عن (5) كلمات.
- (6) تستخدم العناوين الرئيسية والفرعية داخل البحث لتقسيم أجزاء البحث حسب أهميتها، وتتسلسل منطقي، وتشمل العناوين الرئيسية: عنوان البحث، الملخص، الكلمات المفتاحية، المقدمة، إجراءات الدراسة، النتائج، مناقشة النتائج، التوصيات، والمراجع.
- (7) يجب ألا يزيد عدد صفحات البحث عن (30) صفحة من حجم قياس (A4).
- (8) تكتب البحوث بخط (Time New Romans) حجم (12)، مع ترك مسافة (Single Space) بين السطور.
- (9) تُدرج الجداول في النص وترقم ترقيماً متسلسلاً وتكتب أسماؤها في أعلاها.
- (10) تُدرج الرسوم البيانية والأشكال التوضيحية في النص، وتكون باللونين الأبيض والأسود وترقم ترقيماً متسلسلاً، وتكتب أسماؤها في أسفلها.
- (11) يجب كتابة المراجع حسب نظام (APA).
- (12) عند قبول البحث للنشر تنقل حقوق ملكية البحث إلى جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا.
- (13) لا تُجيز المجلة بأي حال من الأحوال سحب الأبحاث بعد قبولها للنشر ومهما كانت الأسباب.
- (14) لهيئة التحرير الحق بإجراء أية تعديلات من حيث نوع الحرف ونمط الكتابة، وبناء الجملة لغوياً بما يتناسب مع نموذج المجلة المعتمد.
- (15) قرار هيئة التحرير بالقبول أو الرفض قرار نهائي مع الاحتفاظ بحقها بعدم إبداء الأسباب.
- (16) يُزود الباحث بنسخة واحدة من العدد الذي نشر فيه بحثه.
- (17) هيئة تحرير المجلة غير مسؤولة عن الآراء الواردة في الأبحاث لأنها تعبر عن آراء أصحابها.

البحوث باللغة العربية:

رقم الصفحة

عنوان البحث

- 7 • الجديد في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي رقم (4) لسنة 2016
علي هادي العبيدي
- 29 • هيئة الاستئناف لدى آلية فض النزاعات بالمنظمة العالمية للتجارة
إبداع جديد في القضاء الدولي
طارق يحيى



الجديد في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي رقم (4) لسنة 2016

علي هادي العبيدي

كلية القانون

جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة

ali.obaidi@aau.ac.ae

الملخص

بتاريخ 2/8/2016 صدر في دولة الإمارات العربية المتحدة القانون رقم (4) لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية ليحل محل القانون رقم (10) لسنة 2008 بشأن المسؤولية الطبية، وقد اشتمل القانون الجديد على (45) مادة قانونية، وقد تضمنت هذه المواد أحكاماً قانونية جديدة كثيرة، وقد قمنا في هذا البحث بتسليط الضوء على هذه الأحكام وذلك من خلال عرضها والتعليق عليها بالتأييد أو المعارضة، وفي حال المعارضة فقد تم اقتراح ما نراه مناسباً من الأحكام. وقد صنفنا الأحكام القانونية الجديدة إلى ثلاثة أصناف، صنف يتعلق بالواجبات الطبية، وآخر يتعلق بالمحظورات الطبية، وثالث يتعلق بالمسؤولية عن الأخطاء الطبية، لذا تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث. وقد ختمنا هذا البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات، منها أن هذا القانون قد تضمن أحكاماً قانونية جديدة وجيدة كثيرة لمصلحة المريض، كواجب الطبيب في تبصير المريض بخيارات العلاج المتاحة، ومنعه من إجراء عمليات تغيير الجنس، في حين يجوز له إجراء عمليات تصحيح الجنس وفق الضوابط التي حددها القانون، ومنعه من رفع أجهزة الإنعاش عن المريض إلا إذا توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً ونهائياً أو توقفت جميع وظائف المخ توقفاً تاماً ونهائياً، وغير ذلك. ومن الأحكام الجديدة التي جاءت لمصلحة مزاوئي المهنة زيادة النسبة التي تتحملها المنشأة الصحية من أقساط التأمين المقررة في عقود التأمين التي تبرمها مع شركات التأمين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية الصادرة عن مزاوئي المهنة العاملين لديها، وغير ذلك.

الكلمات الدالة: قانون المسؤولية الطبية الإماراتي؛ الواجبات الطبية؛ المحظورات الطبية؛ تغيير الجنس؛ التأمين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية؛ رفع أجهزة الإنعاش.

The Latest Emirati Law of the Medical Liability, Law N0. (4) of 2016

Ali Hadi Elobaidi

College of Law

Al Ain University of Science and Technology, UAE

ali.obaidi@aaau.ac.ae

Abstract

On 2/8/2016, Law No. (4) of 2016 was issued in the United Arab Emirates to replace Law No. (10) of 2008 regarding medical liability. The new law included (45) articles dealing with many new legal provisions. In this research, the author will highlight these provisions through presenting and commenting on them either in approval or opposition. In the case of having an opposing opinion, a suggested provision is provided.

The present research categorizes the new legal provisions in the law into three categories: First, the medical duties, secondly the medical prohibitions, and thirdly the liability for medical errors. Accordingly, the present research will be divided into three sections.

The research is concluded with a set of conclusions and recommendations. Among which, is that the new law includes many new legal provisions in the benefit of the patient, such as compelling the doctors to inform and enlighten the patient with the available treatment options, as well as prohibiting doctors to conduct sex change operations unless according to conditions stated by the law. In addition, preventing doctors from lifting the recovery apparatus from the patient unless the heart and breathing comes to a complete stop as well as the reaching the state of complete brain and organs failure. There are also new provisions that came in support to the profession practitioners. For example, the increase in the installments of the insurance payments paid by the medical institution stated in the insurance contracts conducted with the insurance companies in the case of the civil liability towards medical errors committed by the practitioners of the medical profession.

Keywords: UAE Medical Liability Law; medical duties; medical prohibitions; sex change; Insurance against civil liability for medical errors; lifting the recovery apparatus.

مقدمة

بتاريخ 2/8/2016 أصدر رئيس دولة الإمارات العربية المتحدة مرسوما بقانون اتحادي يحمل رقم (4) لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية ليحل محل القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 2008 بشأن المسؤولية الطبية. وقد اشتمل القانون الجديد على (45) مادة قانونية، بدلا من (39) مادة التي كان يشتمل عليها القانون القديم، وقد تضمنت هذه المواد أحكاما قانونية جديدة كثيرة. ولغرض تسليط الضوء على هذه الأحكام ارتأينا القيام بإعداد هذا البحث، وسوف نعتمد في هذا البحث أسلوب عرض الأحكام الجديدة والتعليق عليها بالتأييد أو المعارضة، وفي حال المعارضة اقتراح ما نراه مناسبا من الأحكام.

ويمكن تصنيف الأحكام القانونية الجديدة إلى ثلاثة أصناف، صنف يتعلق بالواجبات الطبية، وآخر يتعلق بالمحظورات الطبية، وثالث يتعلق بالمسؤولية عن الأخطاء الطبية. وعليه نقسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: الواجبات الطبية

المبحث الثاني: المحظورات الطبية

المبحث الثالث: المسؤولية عن الأخطاء الطبية

المبحث الأول

الواجبات الطبية

لقد عالج المشرع الإماراتي الواجبات الطبية في مادتين، تتعلق إحداهما - وهي المادة (3) - بواجبات من يزاول إحدى المهن الطبية، سواء أكان طبيباً أو لم يكن طبيباً. والجديد الذي تضمنته هذه المادة هو عبارة: (كما يجب عليه الالتزام بالتشريعات النافذة في الدولة) التي وردت في آخرها، وتعليقاً على ذلك نرى بأنه لم تكن هناك حاجة لإضافة هذه العبارة؛ لأن الالتزام بالتشريعات النافذة في الدولة واجب يقع على عاتق الجميع دون حاجة للنص عليه.

أما المادة الأخرى - وهي المادة (4) - فتتعلق بواجبات الطبيب بصفة خاصة، وقد فرضت هذه المادة أربعة واجبات جديدة على الطبيب لم يرد لها ذكر في القانون القديم، وهي على النحو التالي:

أولاً: استخدام وسائل التشخيص والعلاج المتاحة واللازمة للحالة المرضية⁽¹⁾

مما لا شك فيه أن الطبيب ملزم باستخدام وسائل التشخيص والعلاج المتاحة واللازمة للحالة المرضية وإن لم يوجد نص قانوني يلزمه بذلك؛ لأن هذا الواجب يعد واجباً متقرباً من واجب الطبيب العام الذي نصت عليه المادة (3)، إذ يجب على كل من يزاول مهنة طبية تأدية واجبات عمله بما تقتضيه المهنة من الدقة والأمانة ووفقاً للأصول العلمية والفنية المتعارف عليها وبما يحقق العناية اللازمة للمريض. ويبدو أن المشرع دفع المشرع إلى النص صراحة على هذا الواجب في القانون الجديد هو رغبته في التأكيد على هذا الواجب لمنع حصول أي شك بشأنه نظراً لأهميته، ولكننا نتساءل عن ماهية الحكم فيما لو كانت وسائل التشخيص والعلاج اللازمة للحالة المرضية غير متاحة بالنسبة للطبيب، فهل يُعفى من هذا الواجب؟ مما لا شك فيه أن الطبيب يُعفى من هذا الواجب، إلا أن إعفاءه من هذا الواجب لا يعني عدم تحقق مسؤوليته ومسؤولية المنشأة الطبية التي يعمل فيها؛ إذ يجب على الطبيب أن يطلب من المنشأة التي يعمل فيها توفير المستلزمات الطبية الضرورية، كما يجب على المنشأة توفير هذه المستلزمات ما دام ذلك ممكناً.

ثانياً: استخدام الأدوات والأجهزة الطبية اللازمة في تشخيص ومعالجة المريض بكل يقظة وانتباه ووفقاً للأصول الطبية المتعارف عليها⁽²⁾

يمكن القول بأن ما ذكرناه بشأن الواجب الأول آنف الذكر من أن الطبيب ملتزم بتنفيذ هذا الواجب وإن لم يوجد نص قانوني يلزمه بذلك ينطبق على هذا الواجب أيضاً؛ لأن هذا الواجب يعد واجباً متقرباً من واجب الطبيب العام الذي نصت عليه المادة (3).

ولكننا نتساءل: هل يعد التزام الطبيب باستخدام الأدوات والأجهزة الطبية التزاماً ببذل عناية، بحيث لا تتحقق مسؤوليته عن الضرر الذي ألحقته هذه الأدوات والأجهزة بالمريض إلا إذا أثبت هذا الأخير بأن الطبيب لم يبذل العناية المطلوبة منه في استخدام هذه الأدوات والأجهزة، أي أنه لم يستخدمها بكل يقظة وانتباه ووفقاً للأصول

1- الفقرة (3) من المادة (4) من قانون المسؤولية الطبية.

2- الفقرة (4) من المادة (4) من ذات القانون.

الطبية المتعارف عليها؟ أم يعد التزام الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة، بحيث تتحقق مسؤوليته بمجرد تعرض المريض للضرر من هذه الأدوات والأجهزة ما لم يتمكن الطبيب من إثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى حصول الضرر؟ في الواقع إن التزام الطبيب باستخدام الأدوات والأجهزة الطبية يعد التزاماً بتحقيق نتيجة؛ لأنه إذا كانت مسؤولية الطبيب عن الضرر الذي أصاب المريض بسبب هذه الأدوات والأجهزة مسؤولية تقصيرية، وذلك عندما لا يوجد عقد بين الطبيب والمريض كما هو الحال بالنسبة للطبيب الذي يعمل في المستشفيات الحكومية والطبيب الذي يتدخل لمعالجة المريض في الحالات الطارئة، وجب في هذه الحالة تطبيق المادة (316) من قانون المعاملات المدنية التي نصت على أن: "كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء أو الآلات من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه. وذلك مع عدم الإخلال بما يرد في هذا الشأن من أحكام خاصة". والضرر الذي لا يمكن التحرز منه هو الضرر الذي لا يمكن توقع حصوله ولا يمكن دفعه لمنع حصوله، أي هو ذلك الضرر الذي يعزى لسبب أجنبي⁽³⁾. وهذا يعني أن التزام الحارس بالحراسة - طبقاً لهذا النص - يعد التزاماً بتحقيق نتيجة هي منع الإضرار بالغير⁽⁴⁾. أما إذا كانت مسؤولية الطبيب عن الضرر الذي أصاب المريض بسبب هذه الأدوات والأجهزة مسؤولية عقدية، وذلك عندما يوجد عقد بين الطبيب والمريض، وهو الغالب، فإن التزام الطبيب - طبقاً للرأي الراجح - يعد التزاماً بتحقيق نتيجة أيضاً، هي ضمان سلامة الأجهزة التي يستخدمها في معالجة المريض⁽⁵⁾.

وبالنظر للخلاف الحاصل بشأن طبيعة التزام الطبيب باستخدام الأدوات والأجهزة الطبية فإننا ندعو المشرع الإماراتي إلى النص صراحة بأن التزام الطبيب في هذه الحالة يعد التزاماً بتحقيق نتيجة.

ثالثاً: تبصير المريض

من المعلوم أن علاقة الطبيب بالمريض هي غالباً ما تكون علاقة عقدية ممثلة بعقد العلاج الطبي، إذ الأصل هو عدم جواز قيام الطبيب بأي عمل يتعلق بجسم المريض إلا بعد الحصول على موافقته، والعقد لا ينعقد إلا بارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر⁽⁶⁾، أي باتفاق إرادتهما. وعليه فالإرادة هي أساس العقد، ولكي تكون هذه الإرادة صالحة لإنشاء العقد وترتيب آثاره القانونية لا بد أن تكون إرادة واعية ومدركة وحررة؛ لذا يلزم لصحة التراضي باعتباره الركن الأساسي في العقد تمتع طرفي العقد بالأهلية وخلو إرادتهما من العيوب. إلا أن الإرادة بهذه المواصفات قد يتعذر تحققها على الرغم من كمال أهلية الطرفين وخلو إرادتهما من العيوب، وذلك عند اختلال التوازن بين طرفي العقد بسبب القوة الاقتصادية لأحدهما أو تأهيله دون الآخر، كما هو الحال بالنسبة لعلاقة المهني بالمستهلك، كعلاقة الطبيب بالمريض. ولغرض إعادة التوازن المفقود بين الطرفين ظهر اتجاه على صعيد القضاء والتشريع بخلق التزامات جديدة بذمة المهني⁽⁷⁾، منها التزامه بالإعلام أو التبصير. ويراد بالالتزام بالإعلام أو

3- د. محمد المرسي زهرة، المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2002، ص444. ويبدو أن محكمة تمييز دبي تؤيد هذا الرأي، إذ تقول في حكم لها: (ولا يمكن للمسئول أن يدرأ مسؤوليته عن الضرر الذي تحدثه هذه الأشياء إلا بنفي رابطة السببية بين الشيء والضرر بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يمكن التحرز منه). الحكم الصادر في 21/11/1993 - مجلة القضاء والتشريع، 4ع، 1996، ص787. نقل عن: د. محمد زهرة، مرجع سابق، ص440.

4- إلا أنه يوجد رأي آخر يذهب إلى أن الضرر الذي لا يمكن التحرز منه هو الضرر المعتاد الذي يُصاحب استعمال الشيء الاستعمال الصحيح المعهود (د. مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، 1996، ص588)، أي هو ذلك الضرر الذي ليس بإمكان الحارس منع حصوله رغم قيامه بواجب الحراسة على نحو يتفق مع سلوك الشخص المعتاد. وهذا يعني أن التزام الحارس بالحراسة - طبقاً لهذا النص - يعد التزاماً ببذل عناية الشخص المعتاد لمنع الإضرار بالغير.

5- د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2006، ص519. د. مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية للأطباء والمؤسسات الطبية في ضوء أحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفقه والقضاء المقارن، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بدون تاريخ، ص9. علماً بأن الأصل في التزام الطبيب أنه التزام ببذل عناية. راجع: المادتين (25، 26/2) من قانون مزاوله مهنة الطب البشري الإماراتي، المادة (6) من قانون المسؤولية الطبية الإماراتي الجديد. كذلك راجع في هذا المجال: د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص147. د. علي هادي العبيدي، الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب تجاه المريض، بحث مقدم إلى مؤتمر الحماية القانونية من الأخطاء الطبية الذي تم تنظيمه من قبل معهد التدريب والدراسات القضائية بتاريخ: 28 - 30 نوفمبر 2012، الإمارات العربية المتحدة، دبي، ص6.

6- راجع المادة (125) من قانون المعاملات المدنية.

7- راجع: د. عدنان سرحان، المهني: المفهوم والانعكاسات القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 1، سنة 2003، ص69.

التبصير قيام المهني بتزويد عميله بالمعلومات التي تقتضي مصلحته تزويده بها وأن تكون هذه المعلومات صحيحة. والغاية التي لأجلها فُرض هذا الالتزام على المهني أن تكون موافقة العميل على العقد موافقة مستنيرة، أي موافقة مُدركة لمزايا العقد وعواقبه.

وقد نصت على هذا الالتزام الفقرة (5) من المادة (4) من قانون المسؤولية الطبية الجديد بالقول يجب على الطبيب بصفة خاصة: "تبصير المريض بخيارات العلاج المتاحة"، أي يجب على الطبيب بعد الانتهاء من الفحوصات وتشخيص الحالة المرضية إعلام المريض إن كان هناك خيار واحد للعلاج ومزاياه ومخاطره وسلبياته، أم هناك عدة خيارات للعلاج ومزايا كل خيار ومخاطره وسلبياته.

والسؤال الذي يطرح نفسه بشأن الالتزام بالتبصير الذي أشار إليه النص آنف الذكر هو: هل يعد هذا الالتزام التزاماً جديداً في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي؟ وقبل الشروع بالإجابة عن هذا السؤال لا بد من التعرف على نطاق هذا الالتزام، وما إذا كانت له مسميات أخرى. فبخصوص نطاقه يوجد التزام بالتبصير قبل إبرام عقد العلاج الطبي، فلو جاء شخص إلى أحد الأطباء وطلب منه معالجته من مرض معين يعاني منه وكان هذا المرض من الأمراض التي لا علاج لها أو لا فائدة من علاجه أو أن علاجه يتطلب تخصصاً دقيقاً غير متوفر فيه، وجب على الطبيب أن يبصر المريض بحقيقة مرضه وأن يمتنع عن إبرام عقد العلاج معه، أو كان هذا المرض من الأمراض التي لها علاج محفوف بمخاطر كبيرة أو له مضاعفات شديدة، وجب على الطبيب - في هذه الحالة أيضاً - أن يبصر المريض بحقيقة مرضه، وأن يحصل على موافقته قبل إبرام عقد العلاج معه. كما يوجد التزام بالتبصير بعد إبرام عقد العلاج الطبي باعتباره أحد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، فلو جاء شخص إلى أحد الأطباء وطلب منه معالجته من بعض المشاكل التي يعاني منها أو الآلام التي يشعر بها والتي لا يعلم سببها، في هذه الحالة يتم إبرام عقد العلاج الطبي الذي بموجبه يلتزم الطبيب بإجراء الفحوصات الضرورية اللازمة لتشخيص المرض، وبعدها يلتزم بعلاج هذا المرض، كما يلتزم الطبيب بموجب هذا العقد بتبصير المريض ببعض الفحوصات التي سيجريها له والتي لها مساس بجسمه وربما لها بعض الآثار السلبية عليه⁽⁸⁾، كأخذ عينة من دمه وخضوعه للتصوير الشعاعي مثلاً، إذ يجب على الطبيب أن يبين للمريض أهمية الموافقة على هذه الفحوصات لتشخيص المرض ويبين له ما يترتب عليها من آثار سلبية. وبعد الانتهاء من مرحلة الفحص والتشخيص يجب على الطبيب قبل المباشرة بالعلاج تبصير المريض بنوع العلاج إن كان علاجاً دوائياً أو جراحياً أو غير ذلك، وإذا كانت الأدوية التي سيصفها للمريض فيها خطورة على جسمه وجب عليه أن يبصره بذلك ويحذره من خطورة مخالفة تعليمات تناول الدواء من حيث الكمية والوقت والطريقة، وإذا كان للعلاج مضاعفات معينة وجب عليه أن يبصره بذلك، وإذا كانت هناك عدة خيارات للعلاج وجب عليه أن يبصره بهذه الخيارات ومزايا كل خيار ومخاطره وسلبياته. وبعد الانتهاء من مرحلة العلاج يجب على الطبيب أن يبصر مريضه بنتيجة العلاج، كما يجب عليه أن يبصره بأي تدابير أو احتياطات ضرورية لضمان نجاح العلاج وتجنب حصول أية آثار سلبية⁽⁹⁾.

وبشأن تسمية الالتزام بالتبصير نرى بأنه ليس بالضرورة التعبير عن هذا الالتزام بكلمة: (تبصير)، وإنما من الممكن استخدام أية كلمة أخرى تدل على ذات المعنى، مثل كلمة: (الإعلام) وكلمة: (الإخبار) وكلمة: (التنبيه أو التحذير) وغير ذلك. بل أكثر من ذلك نرى بأنه من الممكن أن نستدل على هذا الالتزام من خلال ثمرته المتمثلة في موافقة المريض المستنيرة على الخضوع للفحوصات أو العلاج.

وبعد أن انتهينا من التعرف على نطاق الالتزام بالتبصير ومسمياته الأخرى نحاول الآن الإجابة عن السؤال السابق من خلال استعراض بعض النصوص الواردة في قانون المسؤولية الطبية الجديد، والتي كانت في معظمها موجودة

8- في حين لا ضرورة للتبصير بالنسبة للفحوصات التي ليس لها مساس بجسم المريض ولا ينتج عنها أية آثار سلبية عليه، كقياس درجة الحرارة والضغط وسماع دقات القلب وإجراء الفحص السريري العادي.

9- راجع بشأن الالتزام بالتبصير: د. أكرم محمود حسين و د. زينة غانم العبيدي، تبصير المريض في العقد الطبي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العراق، مجلد 8، السنة 11، 2006، العدد 30، كانون الأول، ص3 وما بعدها. د. أحمد سليمان، الموافقة المستنيرة للمريض، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الحماية القانونية من الأخطاء الطبية الذي تم تنظيمه من قبل معهد التدريب والدراسات القضائية بتاريخ: 28 - 30 نوفمبر 2012، الإمارات العربية المتحدة، دبي، ص3 وما بعدها

في القانون القديم، مع بيان الأحكام الجديدة التي تضمنتها هذه النصوص إن وُجدت⁽¹⁰⁾، وذلك على النحو التالي:

1. نصت الفقرة (6) من المادة (4) على أنه يجب على الطبيب بصفة خاصة: "تنبيه المريض أو ذويه حسب الأحوال إلى ضرورة التقيد بالأسلوب الذي حدده للعلاج ...".
2. نصت الفقرة (7) من المادة (4) على أنه يجب على الطبيب بصفة خاصة: "إبلاغ المريض بطبيعة مرضه ودرجة خطورته إلا إذا اقتضت مصلحته غير ذلك أو لم تكن حالته النفسية تسمح بإبلاغه ويتعين إبلاغ أي من ذوي المريض أو أقاربه أو مرافقيه في الحالتين الآتيتين:
 - أ) إذا كان عديم الأهلية أو ناقصها.
 - ب) إذا كانت حالته الصحية لا تسمح بإبلاغه شخصياً، ولم يحدد شخصاً لإبلاغه". وتتمثل الأحكام الجديدة التي تضمنها هذا النص في أمرين، هما:

الأمر الأول: السماح بإبلاغ مرافقي المريض وأقاربه فضلاً عن ذويه، وتعليقاً على هذا الحكم نشير بداية إلى أن المقصود بعبارة ذوي المريض - الواردة في النص قبل تعديله - أقاربه، وبالتالي فلا مبرر لإضافة الأقارب مع الإبقاء على الذوي. ونرى بأن المشرع الإماراتي قد أحسن صنعا بتوسيع نطاق الأشخاص الذين يجب إبلاغهم بدلاً من المريض وذلك بالسماح بإبلاغ مرافقيه؛ لأن المريض قد يراجع الطبيب دون أن يصطحب معه أحداً من ذويه أو أقاربه أو يتعذر على الطبيب معرفة الصلة التي تربط المريض بمن اصطحبه معه، إضافة إلى ذلك فإن من يرافق المريض عادة ما تربطه به صلة قوية وإن لم يكن من أقاربه⁽¹¹⁾.

الأمر الثاني: استبدال عبارة: (ولم يحدد شخصاً لإبلاغه) بعبارة: (وتعذر الحصول على موافقته لإبلاغ ذويه) باعتبارها شرطاً لوجوب إبلاغ ذوي المريض أو أقاربه أو مرافقيه بدلاً من إبلاغ المريض عندما تكون حالته الصحية لا تسمح بذلك، وتعليقاً على ذلك نرى بأن المشرع الإماراتي قد أحسن صنعا بهذا التعديل؛ إذ من جهة لا مبرر لاشتراط تعذر الحصول على موافقة المريض لإبلاغ ذويه أو أقاربه أو مرافقيه لأن حالته الصحية لا تسمح بإبلاغه شخصياً، وبالتالي يجب على الطبيب إخبار من ورد ذكرهم بالنص سواء وافق المريض أو لم يوافق على إبلاغهم، ومن جهة أخرى نؤيد المشرع في اشتراط عدم تحديد المريض شخصاً معيناً للإبلاغه؛ لأن إرادة المريض في هذا المجال واجبة الاحترام.

3. نصت الفقرة (8) من المادة (4) على أنه يجب على الطبيب بصفة خاصة: "إعلام المريض أو ذويه بالمضاعفات التي قد تنجم عن التشخيص أو العلاج الطبي أو التدخل الجراحي قبل بدء تطبيقه ورصدها والمبادرة إلى علاجها متى أمكن ذلك". والجديد الذي تضمنته هذه الفقرة يتمثل في الأمور التالية:

الأمر الأول: استخدام مصطلح: (المضاعفات) بدلاً من مصطلح: (الآثار الجانبية)، ونعتقد بأن مفاد المصطلحين واحد.

الأمر الثاني: عدم اشتراط كون هذه المضاعفات هامة ومتوقعة كما كان النص القديم يشترط ذلك. وحسنا فعل المشرع في عدم اشتراط ذلك؛ لأن شرط المتوقعة شرط بديهي؛ إذ لا يمكن إلزام الطبيب بالإعلام عن أمر غير متوقع، كما أن شرط (الهامة) يعد شرطاً فضفاضاً؛ نظراً لعدم خضوعه لمعيار دقيق، وهو أيضاً قابل لاختلاف وجهات النظر، وبالتالي يعد سبباً لحصول الخلاف.

الأمر الثالث: عدم اشتراط حصول الإعلام قبل البدء بالعلاج الطبي أو التدخل الجراحي. وحسنا فعل المشرع؛ لأن هذا الشرط يعد شرطاً بديهيّاً أيضاً، إذ لا فائدة من إلزام الطبيب بالإعلام بعد البدء بالعلاج الطبي أو التدخل الجراحي.

الأمر الرابع: إضافة سبب جديد قد تنجم عنه المضاعفات، فضلاً عن العلاج الطبي أو التدخل الجراحي، وهو التشخيص، ونتساءل هل يمكن أن يكون التشخيص سبباً قد تنجم عنه المضاعفات؟ في الواقع قد يحصل ذلك عندما تستخدم بعض الوسائل أو الأجهزة التي تنتج عنها بعض الأضرار، مثل بعض أنواع

10- وتجدر الإشارة إلى أن بعض هذه النصوص تتعلق بمحظورات طبية؛ لذا ستكون لنا عودة إليها في المبحث الثاني إن كانت قد تضمنت أحكاماً جديدة.

11- وفي هذا المجال يرى د. حسن علي الذنون بأن المراد بأهل المريض أو ذويه هو كل من يمثلته تمثيلاً قانونياً أو فعلياً، ولا يراد بهم من لهم على المريض حق الولاية أو الوصاية أو القوامة، فقد ينوب عنه صديقه أو من يرافقه إلى الطبيب. مرجع سابق، ص 485. وعليه طبقاً لهذا الرأي لم تكن هناك حاجة لإضافة عبارة المرافقين؛ لأنهم مشمولون بعبارة الذوي. المرجع السابق ذاته، ص 519.

الصور الشعاعية.

الأمر الخامس: رفع عبارة: (بحسب الأحوال) الواردة بعد عبارة: (المريض أو ذويه). وقبل التعليق على موقف المشرع هذا، لا بد من التعرف على مفاد العبارة المحذوفة، إذ نرى بأن مفادها هو وجوب إعلام ذوي المريض بدلاً من المريض في الحالات التي يوجد فيها مانع من إخباره شخصياً، كما لو كان عديم الأهلية أو ناقصها أو كانت حالته الصحية لا تسمح بإبلاغه. ونرى بأن موقف المشرع الحالي غير صحيح؛ لأنه أعطى الخيار للطبيب في إعلام المريض أو ذويه بالمضاعفات، علماً بأنه لا يجوز إعلام غير المريض إلا إذا وجد مانع من إعلامه شخصياً أو تم الحصول على رضاه بذلك. وندعو المشرع إلى التسوية في الحكم بين هذه الحالة والحالة الواردة في الفقرة (7) والمتعلقة بالإبلاغ عن طبيعة المرض ودرجة خطورته.

ونود أن نشير أخيراً إلى أننا نؤيد المشرع هنا في عدم إضافة أقارب المريض إلى ذويه؛ لأن هذه الأخيرة تُغني عنها، ولكننا لا نؤيده في عدم إضافة مرافقي المريض إلى ذويه.

4. قضت الفقرة (1) من المادة (5) بوجود قيام الطبيب بتبليغ أقارب المريض ناقص الأهلية أو مرافقيه بخطة العلاج.
5. قضت الفقرة (3) من المادة (5) - عندما تكون حالة المريض خارجة عن اختصاص الطبيب - بوجود الامتناع عن علاجه، على أن يقوم بإجراء الإسعافات الأولية اللازمة، ثم يوجهه إلى الطبيب المختص.
6. قضت الفقرة (10) من المادة (5) بمنع الطبيب من القيام بإجراءات طبية أو عمليات جراحية غير ضرورية للمريض دون موافقته المستتيرة.
7. نصت الفقرة (1 - ج) من المادة (8) على أنه لا يجوز إجراء العمليات الجراحية إلا بعد الحصول على موافقة كتابية من المريض وذلك: "... بعد تبصيره بالآثار والمضاعفات الطبية المحتملة التي قد تترتب على الجراحة".
8. نصت الفقرة (1 - ج) من المادة (9) على أنه: "لا يجوز إخراج المريض من المنشأة الصحية إلا ... بناء على طلب المريض إذا كان كامل الأهلية رغم تبصيره بعواقب خروجه دون النصيحة الطبية ...".
وتعليقاً على ما ورد في هذه النصوص جميعاً نرى بأن المشرع الإماراتي يأخذ - بشكل صريح أو ضمني - بالالتزام بالتبصير بصوره المختلفة، ومع ذلك حسناً فعل؛ إذ نص في الفقرة (5) من المادة (4) على إلزام الطبيب بتبصير المريض بخيارات العلاج المتاحة؛ نظراً لعدم ورود هذه الحالة المهمة ضمن النصوص المشار إليها آنفاً؛ وذلك لأنه في بعض الحالات تتعدد خيارات العلاج ويكون لكل منها إيجابياته وسلبياته، فيُرجح الطبيب أحدها لقناعته بأنه يمثل الخيار الأفضل للمريض، وهنا يأتي واجب الطبيب بتبصير المريض بخيارات العلاج المتاحة وسبب اختيار الطبيب لأحدها دون الأخرى.

رابعاً: التعاون مع مزاولي المهنة ممن لهم علاقة بحالة المريض الصحية⁽¹²⁾

لقد ألزم القانون الجديد الطبيب بالتعاون مع مزاولي المهنة ممن لهم علاقة بحالة المريض الصحية بعد أن كان القانون القديم يلزمه بالتعاون فقط مع غيره من الأطباء، إذ نرى بأن ما قصده المشرع بعبارة: (مزاولي المهنة) كل من يزاول مهنة من المهن الطبية أو المهن المرتبطة بها⁽¹³⁾.

وحسناً فعل المشرع إذ وسع في نطاق الأشخاص الذين يجب على الطبيب التعاون معهم؛ لأن الأعمال الطبية بمختلف أنواعها يكتمل بعضها بعضاً من أجل تحقيق الهدف المنشود منها جميعاً وهو علاج المريض. وتجدر الإشارة بأن القيد الوحيد الذي أورده المشرع على واجب الطبيب بالتعاون هو وجوب كون مزاول المهنة ممن له علاقة بحالة المريض الصحية، أي أنه غير مكلف بهذا الواجب مع أي مزاول للمهنة وإن لم تكن له علاقة بحالة المريض الصحية⁽¹⁴⁾، لذا فلا يعدّ قيده على هذا الواجب كون مزاول المهنة - ممن له علاقة بحالة المريض الصحية - لا يعمل في ذات المنشأة الصحية التي يعمل فيها الطبيب، إلا أن التعاون مع من يعمل في منشأة صحية أخرى

12- الفقرة (10) من المادة (4) من قانون المسؤولية الطبية.

13- فقد نصت المادة الأولى من قانون المسؤولية الطبية على أن المراد بالمهنة إحدى المهن الطبية أو المهن المرتبطة بها، والمراد بمزاولة المهنة مزاولة إحدى المهن الطبية أو المهن المرتبطة بها.

14- بل وأكثر من ذلك قد يكون ممنوعاً من التعاون مع هكذا شخص إذا ترتب على ذلك إفشاء أسرار المريض.

ينبغي أن يكون ضمن الحدود التي تسمح بها القوانين، كقانون العمل مثلاً.

وفي هذه الحال حسنا فعل المشرع؛ إذ لم يحدد طريقة معينة من طرق التعاون لتشمل أي طريقة ممكنة من طرق التعاون، ولا تقتصر على طرق معينة كما فعل ذلك في القانون القديم، حيث ألزم الطبيب بتقديم ما لديه من معلومات عن حالة المريض الصحية والطريقة التي اتبعها في علاجه كلما طُلب منه ذلك واستشارة زميل متخصص إذا استدعت الحالة ذلك⁽¹⁵⁾.

وإذا لم يقدّم الطبيب بتنفيذ هذا الواجب فإنه يتحمل المسؤولية العقدية أو التقصيرية - حسب الأحوال - عن الضرر الذي أصاب المريض والذي كان بإمكان الطبيب أن يمنع حصوله لو تعاون مع غيره من مزاولي المهنة ممن لهم علاقة بحالة المريض الصحية.

ونود أن نشير أخيراً بأن هذا الواجب يعدّ واجبا عاما يدخل بضمنه واجب الطبيب الجراح بالتعاون مع فريقه الطبي الذي يرأسه. وجدير بالذكر أن الطبيب الجراح لا يتحمل فقط المسؤولية عن أفعاله الشخصية الضارة بالمريض، وإنما يتحمل أيضا المسؤولية العقدية عن الأفعال الضارة الصادرة من أعضاء فريقه الطبي إن كان هو الذي اختارهم⁽¹⁶⁾، علما بأن الحكم قد يختلف من حيث تحمل المسؤولية عنهم أو عدم تحملها ومن حيث نوع المسؤولية إن كانت عقدية أو تقصيرية تبعا لاختلاف المكان الذي يعمل فيه الطبيب الجراح إن كان في عيادته الخاصة أو في مستشفى خاص أو في مستشفى حكومي⁽¹⁷⁾، إلا أن قانون المسؤولية الطبية لم يتطرق لهذا النوع من المسؤولية، وبالتالي فهي تخضع للقواعد العامة في مجال المسؤولية عن فعل الغير، عقدية كانت أو تقصيرية⁽¹⁸⁾. وبالنظر لأهمية هذا الموضوع ندعو المشرع الإماراتي إلى معالجته في قانون المسؤولية الطبية.

المبحث الثاني

المحظورات الطبية

لقد تعرض المشرع الإماراتي للمحظورات الطبية في عدة مواد من قانون المسؤولية الطبية، في مقدمتها المادة (5)، ويمكن تصنيف الجديد في مجال هذه المحظورات إلى صنفين: صنف يختص بمحظورات طبية جديدة وصنف يتعلق بمحظورات طبية ليست جديدة ولكن طالها بعض التعديل. وفيما يأتي نوردتها جميعا على أن نبدأ بالمحظورات الجديدة.

أولاً: إيواء المرضى في غير الأماكن المعدة لذلك عدا ما تقتضيه الحالات الطارئة⁽¹⁹⁾

مما لا شك فيه أن الطبيب - والمنشأة الصحية - ملزمان بإيواء المرضى في أماكن معدة لذلك صحياً وإنسانياً، وإن لم يوجد نص قانوني يحظر الإيواء في غير الأماكن المعدة لذلك؛ لأن هذا الواجب يعدّ واجبا متفرعا من واجب الطبيب العام الذي نصت عليه المادة (3)، إذ يجب على كل من يزاول مهنة طبية تأدية واجبات عمله بما تقتضيه المهنة من الدقة والأمانة، ووفقاً للأصول العلمية والفنية المتعارف عليها، وبما يحقق العناية اللازمة للمريض. ويبدو إن الذي دفع المشرع إلى النص صراحة على هذا المحذور أو الواجب في القانون الجديد هو رغبته في التأكيد عليه نظراً لأهميته. ولكننا نتساءل لو كان الطبيب يعمل في منشأة صحية ليس فيها أماكن مناسبة لإيواء المرضى فمن الذي يتحمل المسؤولية عن ذلك؟ مما لا شك فيه أن المنشأة الصحية هي التي تتحمل المسؤولية

15- الفقرة (6) من المادة (4) من قانون المسؤولية الطبية القديم.

16- راجع بشأن هذا الموضوع: د. عدنان سرحان و د. علي المهداوي، الخطأ في المسؤولية المدنية الطبية، بحث مقدم إلى مؤتمر الحماية القانونية من الأخطاء الطبية الذي تم تنظيمه من قبل معهد التدريب والدراسات القضائية بتاريخ: 28 - 30 نوفمبر 2012، الإمارات العربية المتحدة، دبي، ص16، 17.

17- راجع: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص517-515.

18- راجع المادة (1-313/ب) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

19- الفقرة (8) من المادة (5) من قانون المسؤولية الطبية.

عن ذلك، ولكن قد يشترك الطبيب في المسؤولية إذا لم يقد بدوره المتمثل في تنبيه القائمين على المنشأة الصحية ومطالبتهم بتوفير الأماكن المناسبة. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد أورد استثناء أجاز فيه إيواء المرضى في غير الأماكن المعدة لإيوائهم، وذلك في الحالات الطارئة، كما لو استقبلت المنشأة الصحية مريضاً في حالة طارئة وكانت جميع الأماكن المعدة لإيواء المرضى مشغولة.

ثانياً: إجراء عمليات تغيير الجنس⁽²⁰⁾

نصت المادة الأولى من قانون المسؤولية الطبية على أن المراد بتغيير الجنس هو: "تغيير جنس الشخص الذي يكون انتماءه الجنسي واضحاً ذكورة أو أنوثة، وتتطابق ملامحه الجسدية الجنسية مع خصائصه الفسيولوجية والبيولوجية والجنينية، ولا يوجد اشتباه في انتمائه الجنسي ذكراً أو أنثى...". وحسناً فعل المشرع إذ قام بحظر عمليات تغيير الجنس؛ نظراً لما فيها من تغيير في خلق الله وتغيير في الأحكام الشرعية التي تختلف باختلاف جنس الشخص، كالزواج والميراث والعبادات، وما ينتج عنها من زيادة في المعاناة النفسية والمشاكل الاجتماعية. إلا أن المشرع أجاز عمليات تصحيح الجنس نظراً للفرق الكبير بينها وبين عمليات تغيير الجنس، فقد نصت المادة الأولى من قانون المسؤولية الطبية على أن المراد بتصحيح الجنس هو: "التدخل الطبي بهدف تصحيح جنس الشخص الذي يكون انتماءه الجنسي غامضاً، بحيث يشتبه أمره بين أن يكون ذكراً أو أنثى، وذلك كأن تكون له ملامح جسدية جنسية مخالفة للخصائص الفسيولوجية والبيولوجية والجنينية للشخص، كمن تدل ملامحه على أنه ذكر بينما هو في الحقيقة أنثى والعكس".

وقد أجازت المادة (7) من قانون المسؤولية الطبية عمليات تصحيح الجنس وفق الضوابط الآتية:

1. أن يكون انتماء الشخص الجنسي غامضاً ومشتبه في أمره بين ذكر أو أنثى.
2. وأن تكون له ملامح جسدية جنسية مخالفة لخصائصه الفسيولوجية والبيولوجية والجنينية.
3. أن يتم التثبت من حكم الفقرتين (1، 2) من هذه المادة بتقارير طبية وموافقة لجنة طبية متخصصة تنشئها الجهة الصحية؛ وذلك بهدف تحديد جنس المريض والموافقة على عملية التصحيح، وعلى تلك اللجنة إحالة الموضوع إلى الطبيب النفسي لإجراء التهيئة النفسية اللازمة".

ثالثاً: القيام بإجراءات طبية أو عمليات جراحية غير ضرورية للمريض دون الحصول على موافقته المستنيرة⁽²¹⁾

نشير بداية إلى أن المراد بالإجراءات الطبية أو العمليات الجراحية غير الضرورية ربما يُثير صعوبة؛ لأن ما يعد عملاً جراحياً غير ضرورياً بالنسبة لشخص ما قد يكون ضرورياً بالنسبة لغيره، نظراً للاختلاف الكبير بين الناس في الاهتمامات، فإذا كان الشكل يعد أمراً ثانوياً بالنسبة للكثير منهم فإنه يعد أمراً أساسياً بالنسبة لغيرهم ليسوا بالعدد القليل. وتوجد عوامل كثيرة من شأنها أن تؤثر في اهتمامات الناس، كالجنس والعمر ونوع العمل. وعلى أية حال نرى من جانبنا بأن المراد بالإجراءات الطبية أو العمليات الجراحية غير الضرورية الأعمال الطبية غير العلاجية، أي التي يقوم الطبيب بإجرائها على جسم المريض دون أن يكون لديه أي مشاكل صحية في وظائف أعضاء الجسم ولا يعاني من أي آلام. ونرى بأن الإجراءات أو العمليات غير الضرورية لا تشمل الأعمال الطبية التي يكون الهدف منها تحسين شكل الإنسان، أي عمليات التجميل؛ لأن بعض عمليات التجميل - وهي العمليات التوقيمية - تعد عمليات ضرورية عندما يكون الهدف منها ليس فقط تحسين الشكل، وإنما إصلاح عيب في جسم الإنسان، من نقص أو تلف أو تشوه، خلقياً كان أم طارئاً، كالشق في الشفة والتصاق أصابع اليد أو الرجل وعيوب صيوان الأذن والتشوهات الناتجة عن الحروق والحوادث وغير ذلك⁽²²⁾. إلا أن معظم عمليات التجميل - وهي العمليات التحسينية أو الترفية - تعد من العمليات الجراحية غير الضرورية، والتي يكون الهدف منها تحسين مظهر الشخص الاعتباري غير المصاب بعاهة جسمانية أو يكون الهدف منها تجديد الشباب⁽²³⁾.

20- الفقرة (9) من المادة (5) من ذات القانون.

21- الفقرة (10) من المادة (5) من ذات القانون.

22- د. منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط1، 1992، ص6 - 7.

23- د. حسن القزويني، فن جراحة التجميل، مكتبة دار المعرفة، بيروت، 1974، ص15. ومن الأمثلة على ذلك:

1. تجميل الجفون وإزالة بعض تجاعيد الجلد وتصحيح تهدل الجفن.

ومهما يكن من أمر تحديد المراد بالإجراءات الطبية أو العمليات الجراحية غير الضرورية فإن المشرع في القانون الجديد لم يمنع هكذا أعمال، وإنما اشترط للقيام بها الحصول على موافقة المريض المستنيرة. ونرى بأن المشرع لم يأت بجديد في هذا المجال؛ فقد سبق لنا وأن قلنا بأنه يوجد التزام عام على الطبيب بتبصير المريض وأن الهدف من إلزام الطبيب بهذا الواجب هو الحصول على موافقة مستنيرة من المريض لإبرام عقد العلاج الطبي أو لإجراء التدخل الجراحي، أي الحصول على موافقة مدركة لحقيقة العمل الطبي الذي سيجريه الطبيب ومزاياه وسلبياته أو مخاطره. وعليه فقد نصت الفقرة (8) من المادة (4) على أنه يجب على الطبيب: "إعلام المريض أو ذويه بالمضاعفات التي قد تنجم عن التشخيص أو العلاج الطبي أو التدخل الجراحي قبل بدء تطبيقه..."، ونصت الفقرة (1-ج) من المادة (8) على أنه لا يجوز إجراء العمليات الجراحية إلا بعد الحصول على موافقة كتابية من المريض وذلك: "... بعد تبصيره بالآثار والمضاعفات الطبية المحتملة التي قد تترتب على الجراحة". ويبدو إن الذي دفع المشرع إلى النص صراحة على وجوب الحصول على موافقة المريض المستنيرة على الإجراءات الطبية أو العمليات الجراحية غير الضرورية هو الرغبة في التأكيد أو التشديد على إلزام الطبيب بالتبصير في هذه الحالات التي لا تكون ضرورية وغالبا ما تكون محفوفة بالمخاطر الكبيرة⁽²⁴⁾.

رابعاً: معالجة المريض دون رضاه

لقد وردت الإشارة إلى هذا المحظور في الفقرة (1) من المادة (5)، والجديد الذي تضمنته هذه الفقرة هو ما ورد في آخرها من أنه: "ويعتد برضى المريض ناقص الأهلية بالنسبة للفحص والتشخيص وإعطاء الجرعة الأولى من العلاج على أن يُبلغ أي من أقارب المريض أو مرافقيه بخطة هذا العلاج". ويثير هذا الحكم تساؤلين، يتعلق الأول بالسبب الذي دفع المشرع إلى الاعتداد برضى ناقص الأهلية؛ إذ لم يتطرق المشرع للسبب الذي دفعه لإقرار هذا الاستثناء، ونرى من جانبنا بأنه كان يفترض بالمشرع أن يَصْرَّحَ تطبيق هذا الاستثناء على الحالات التي يتعذر فيها الحصول على موافقة الأقارب أو المرافقين لعدم اصطحاب أي شخص معه وتعذر الاتصال بأقاربه. وعليه نرى عدم جواز تطبيق هذا الاستثناء فيما لو رفض الأقارب أو المرافقون الفحص أو العلاج. ويختص التساؤل الثاني بالهدف من تبليغ أي من أقارب المريض أو مرافقيه بخطة العلاج، هل هو للحصول على موافقتهم أم هو مجرد إبلاغهم فقط؟ أرى بأن الهدف هو لأخذ موافقتهم؛ لأن القول بغير ذلك يعني أن الاعتداد برضى ناقص الأهلية لم يعد قاصراً على الفحص والتشخيص وإعطاء الجرعة الأولى من العلاج.

خامساً: الامتناع عن علاج المريض في الحالات الطارئة أو الانقطاع عن علاجه في جميع الأحوال

لقد وردت الإشارة إلى هذا المحظور في الفقرة (2) من المادة (5)، والجديد الذي تضمنته هذه الفقرة هو ما ورد في آخرها من أنه: "مع مراعاة أحكام المادتين (9 و 10) من هذا المرسوم بقانون". ونرى بأنه ليست هناك حاجة لإضافة هذه العبارة؛ لأن الطبيب ملزم بمراعاة جميع النصوص القانونية سواء ما ورد منها في هذا القانون أو في أي قانون آخر، علماً بأن المادة (9) تتعلق بعدم جواز إخراج المريض من المنشأة الصحية إلا إذا توفرت حالة من

2. رفع الجبهة: وذلك لإخفاء التجاعيد في هذه المنطقة إما عن طريق الجراحة أو عن طريق الحقن.
 3. جراحة الأنف التجميلية: وذلك إما بتصغير الأنف أو تكبيره أو إزالة أيّة نتوءات ظاهرة بالأنف.
 4. جراحة الأذن التجميلية: تهدف إلى تصحيح بعض العيوب مثل الأذن البارزة.
 5. شد الوجه: تهدف إلى إزالة التجاعيد، وكذلك تقشير بشرة الوجه بالليزر أو بواسطة بعض الآلات الدقيقة، وإزالة القشرة الخارجية لجلد الوجه لإزالة عيوب حادثة فيه أو ليبدو أكثر نضارة.
 6. عمليات الصدر التجميلية: تهدف إلى تحسين شكل الثدي أو تغيير حجمه.
 7. عمليات شد البطن: تهدف إلى إزالة الجلد المترهل مع الدهون المتركمة في منطقة الوسط، وشد عضلات البطن لتقويته والحد من بروزه.
 8. جراحة الأرداف والفخذين: تهدف إلى تحسين محيط شكل الأرداف ومنطقة الفخذين.
 9. حقن وتحسين الجلد: كحقن الدهون والكولاجين والبولتوكس؛ حيث تحقن الدهون ليتم تعويض ضمور الأنسجة، وبالتالي تساعد على إخفاء التجاعيد، كما أنها تستخدم لإعطاء الشفتين والوجنتين امتلاءً طبيعياً.
 10. شفط الدهون: تهدف هذه العملية إلى تعديل القوام، وإحداث توازن في توزيع الدهون.
- (راجع: <https://fr-fr.facebook.com/notes>).

24- راجع: رياض أحمد العاني، الجراحة التجميلية ومسؤولية الطبيب المدنية الناشئة عنها، رسالة ماجستير، جامعة النهدين، بغداد، 2002، ص 83، د. أكرم محمود حسين و د. زينة غانم العبيدي، مرجع سابق، ص 39.

الحالات التي حددتها هذه المادة، بينما تتعلق المادة (10) بعدم جواز إنهاء حياة المريض وعدم جواز رفع أجهزة الإنعاش. وتعليقا على ما ورد في الفقرة (2) نرى بأنه كان يفترض بالمشرع أن يحظر على الطبيب الامتناع عن علاج المريض في جميع الأحوال وليس في الحالات الطارئة فقط؛ إذ من حق المريض الالتجاء إلى أي طبيب أو منشأة صحية لطلب العلاج، ولا يجوز للطبيب الامتناع عن علاجه إلا إذا وجدت أسباب خارجة عن إرادته أو كانت الحالة تخرج عن اختصاصه، سواء أكانت حالة المريض حالة طارئة أم عادية.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الجديد قد أضاف حالة أخرى، في الفقرة (3) من المادة (5)، يحظر فيها على الطبيب الامتناع عن علاج مريض أو إسعاف مصاب ما لم تكن حالته خارجة عن اختصاصه، وعليه في هذه الحالة تقديم الإسعافات الأولية له. والجديد الذي تضمنته هذه الحالة هو إضافة سبب جديد يبيح للطبيب الامتناع عن علاج المريض وهو خروج الحالة عن اختصاصه ولكن مع إلزامه بإجراء الإسعافات الأولية. ونرى بأنه كان بإمكان المشرع إضافة هذه الحالة إلى الفقرة (2) لأنها تتعلق بذات الموضوع.

سادساً: وصف أي علاج قبل إجراء الكشف السريري على المريض

لقد وردت الإشارة إلى هذا المحذور في الفقرة (5) من المادة (5)، والجديد الذي تضمنته هذه الفقرة هو ما ورد في آخرها من أنه: "وبجوز للجهات الصحية وضع نظام لتقديم الخدمات الصحية عن بعد وفقا للضوابط والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون". ومن الواضح أن ما تضمنته هذه الحالة من جديد هو بمثابة استثناء يجوز فيه وصف العلاج قبل إجراء الكشف السريري على المريض. ومما لا شك فيه أن الهدف من هذا الاستثناء هو التيسير على المرضى من خلال تمكينهم من الحصول على الخدمات الصحية عن بعد، أي دون الحضور إلى المنشأة الصحية. ولكن يجب على المشرع أن يجعل بوضع الضوابط والشروط التي يجب مراعاتها لتطبيق هذا الاستثناء، علما بأنه يفترض أن يكون في مقدمة الشروط انتفاء الحاجة للكشف السريري إما لسبق حصوله أو لوضوح الحالة المرضية.

سابعاً: إفشاء أسرار المريض

لقد وردت الإشارة إلى هذا المحذور في الفقرة (6) من المادة (5)، والجديد الذي تضمنته هذه الفقرة هو إضافة حالتين جديدتين يجوز فيهما للطبيب إفشاء أسرار المريض ليصبح عدد هذه الحالات سبعة بدلا من خمس، والحالتان هما:

الحالة الأولى: إذا كان إفشاء السر بناء على طلب من الجهة الصحية وكان الهدف من ذلك حماية الصحة العامة وفقا للشروط والضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية⁽²⁵⁾. ونتفق مع المشرع في إضافة هذه الحالة الجديدة؛ لأنها تعد تطبيقا لقاعدة: "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"⁽²⁶⁾، وتطبيقا لقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"⁽²⁷⁾ أيضاً.

الحالة الثانية: إذا كان الغرض من إفشاء السر هو دفاع الطبيب عن نفسه أمام جهة تحقيق أو أية جهة قضائية وبحسب ما تقتضيه حاجة الدفاع⁽²⁸⁾. ونتفق مع المشرع في إضافة هذه الحالة الجديدة أيضاً؛ لأنها تعد تطبيقا لقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات" أنفة الذكر.

وبالإضافة إلى هاتين الحالتين الجديدتين تم تعديل الحالة الأولى التي تجيز للطبيب إفشاء السر بناء على طلب المريض، وذلك بإضافة عبارة: (أو موافقته)⁽²⁹⁾. ونتفق مع المشرع فيما ذهب إليه بهذا التعديل؛ لأن المهم في جواز إفشاء السر هو تحقق رضا المريض وليس المهم أن يكون ذلك بناء على طلب منه. وتجدر الإشارة إلى أنه يشترط

25- الفقرة (6 - و) من المادة (5) من قانون المسؤولية الطبية.

26- المادة (105/1) من قانون المعاملات المدنية.

27- المادة (43) من قانون المعاملات المدنية.

28- الفقرة (6 - ز) من المادة (5) من قانون المسؤولية الطبية.

29- الفقرة (6 - أ) من المادة (5) من ذات القانون.

لصحة رضا المريض بإفشاء السر - طبقاً للقواعد العامة - تمتعه بالأهلية الكاملة، وخلو إرادته من العيوب حتى في الحالة التي يعتد فيها برضا المريض ناقص الأهلية بالنسبة للفحص والتشخيص وإعطاء الجرعة الأولى من العلاج.

ثامناً: إجراء العمليات الجراحية في غير الحالات الطارئة

لقد منع قانون المسؤولية الطبية إجراء العمليات الجراحية في غير الحالات الطارئة، إلا إذا توفرت مجموعة من الشروط. وقد قام المشرع في القانون الجديد بإجراء بعض التعديلات على الشرط المتعلق بوجوب أخذ موافقة كتابية من المريض للسماح بإجراء هذه العمليات، وتتمثل هذه التعديلات في الأمور الثلاثة التالية:

الأمر الأول: تعديل العبارة التالية: (أن تؤخذ موافقة كتابية من المريض إن كان كامل الأهلية أو من أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة إن كان ناقص الأهلية أو تعذر الحصول على موافقته) لتصبح على النحو التالي: (أن تؤخذ موافقة كتابية من المريض إن كان كامل الأهلية أو من أحد الزوجين أو من أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة وإن كان عديم الأهلية أو ناقص الأهلية أو تعذر الحصول على موافقته)⁽³⁰⁾. والجديد الذي أراد المشرع إضافته إلى النص هو جواز أخذ موافقة أحد الزوجين. ونؤيد المشرع فيما ذهب إليه؛ لأن الزوج هو الأقرب للمريض من أي قريب، ولكننا لا نؤيده في طريقة صياغته للنص، وعليه نقترح صياغة النص على النحو التالي: (أن تؤخذ موافقة كتابية من المريض إن كان كامل الأهلية أو من زوجه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة إن كان عديم الأهلية أو ناقصها أو تعذر الحصول على موافقته)، علماً بأن إضافة عبارة: (عديم الأهلية) ليست ضرورية ويمكن الاكتفاء بعبارة: (ناقص الأهلية)؛ لأن اشتراط كون المريض ناقص الأهلية يشمل عديم الأهلية من باب أولى.

الأمر الثاني: تعديل العبارة التالية: (ويعتبر أهلاً للموافقة كل من أتم الثامنة عشرة سنة ميلادية) من خلال إضافة الاستثناء التالي: (ما لم يكن عديم الأهلية) إلى آخرها⁽³¹⁾. ونحن نؤيد المشرع في هذه الإضافة، ولكن كان يفترض فيه أن يقول ما لم يكن عديم الأهلية أو ناقصها. إذ أن ما قصده المشرع بهذه الإضافة هو رغبته في تأكيد أنه لا يريد مخالفة الأحكام العامة للأهلية إلا بالنسبة للعمر فقط.

الأمر الثالث: إضافة الفقرة (د) إلى المادة (8) التي نصت على أنه: "في حال تعذر الحصول على موافقة المريض أو زوجه أو أي من أقارب المريض حتى الدرجة الرابعة يكتفى بتقرير من الطبيب المعالج وطبيب آخر من ذات المنشأة الصحية ومديرها يؤكد حاجة المريض للعملية الجراحية ما لم يكن كامل الأهلية وكذلك تعذر الحصول على أي من تلك الموافقات". وتعليقاً على ما ورد في هذه الفقرة نورد الملاحظتين التاليتين:

الملاحظة الأولى: كان يفترض بالمشرع أن يدمج هذا النص مع نص الفقرة (ج) ولا يفرد له فقرة جديدة؛ لأنها تتعلق بذات الموضوع ولا تمثل شرطاً جديداً، علماً بأن المشرع قد ذكر في كل فقرة شرطاً من شروط إجراء العمليات الجراحية في غير الحالات الطارئة.

الملاحظة الثانية: نؤيد المشرع فيما أورده في الفقرة (د) من جواز الاكتفاء بتقرير من الطبيب المعالج وطبيب آخر من ذات المنشأة الصحية ومديرها يؤكد حاجة المريض للعملية الجراحية لإجراء هذه العملية؛ لأنه أحياناً قد تقتضي مصلحة المريض إجراء العملية ولكن يتعذر الحصول على الموافقة المطلوبة. ولكننا نتساءل عما قصده المشرع بالاستثناء الذي أورده في نهاية هذه الفقرة، فهو يقول: (ما لم يكن كامل الأهلية وكذلك تعذر الحصول على أي من تلك الموافقات)، إذ نرى بأن العبارة غير واضحة، فالفقرة (د) تقول في مطلعها بأنه: (في حال تعذر الحصول على موافقة المريض)، ويفترض أن المقصود بالمريض هنا هو المريض كامل الأهلية، وبالتالي فهو مشمول بالحكم الذي أورده، ثم عادت الفقرة في نهايتها لتستثني من حكمها، وهذا تناقض. وعليه نقترح حذف عبارة: ما لم يكن كامل الأهلية وكذلك تعذر الحصول على أي من تلك الموافقات.

تاسعاً: إخراج المريض من المنشأة الصحية

30- المادة (8/ 1- ج) من ذات القانون.

31- المادة ذاتها.

لقد منع قانون المسؤولية الطبية إخراج المريض من المنشأة الصحية إلا إذا كانت حالته الصحية تسمح بذلك أو بناء على رغبته مع وجوب توفر بعض الشروط. وقد قام المشرع في القانون الجديد بإجراء بعض التعديلات على حالة إخراج المريض بناء على رغبته، كما أنه أضاف حالة جديدة يجوز فيها إخراج المريض من المنشأة الصحية، وفيما يأتي بيان ذلك:

1. إخراج المريض من المنشأة الصحية بناء على رغبته: يتمثل التعديل الذي أجراه المشرع على حالة إخراج المريض من المنشأة الصحية بناء على رغبته في الأمور التالية:

الأمر الأول: لقد أوضح المشرع في النص الجديد بأن الإقرار الكتابي الذي يجب أن يؤخذ من المريض الكامل الأهلية هو إقرار بتحملة المسؤولية. ونرى أن هذا التوضيح جيد؛ لأن الإقرار الكتابي المجرد قد يُفسر على أنه رضا المريض بالخروج وليس بتحمل المسؤولية⁽³²⁾.

الأمر الثاني: لقد أوجب المشرع في النص الجديد، في حالة كون المريض ناقص الأهلية أو عديمها، لجواز إخراجه من المنشأة الصحية توفر شرطين، هما: موافقة كتابية من أحد الأطباء في المنشأة، وإقرار من الولي أو الوصي بمسؤولية نقله إلى منشأة صحية أخرى. وتجدر الإشارة بأن الشرط الثاني ليس جديداً، ولكنه يختلف عما كان موجوداً في النص القديم من حيث أن المشرع اشترط إقرار الولي أو الوصي وليس أي قريب من الدرجة الثانية، كما أنه أوضح بأن هذا الإقرار هو إقرار بمسؤولية نقله إلى منشأة صحية أخرى⁽³³⁾. وحسنا فعل المشرع بهذا التعديل حفاظاً على مصلحة ناقص الأهلية أو عديمها. ولكننا ندعو المشرع إلى اشتراط الكتابة في إقرار الولي أو الوصي لسد الباب أمام أي احتمال لتلمص الولي أو الوصي من مسؤوليته من خلال إنكار الإقرار.

ونود أن نشير أخيراً إلى أننا لا نؤيد المشرع فيما ذهب إليه من قصر تطبيق هذا الحكم على حالة المريض ناقص الأهلية أو عديمها، واستبعاد حالة المريض كامل الأهلية عند تعذر الحصول على موافقته التي كانت موجودة في القانون القديم؛ لأن تعذر الحصول على الموافقة تجعل المريض وإن كان كامل الأهلية بحاجة إلى من ينوب عنه في الموافقة لتحقيق مصلحته.

2. إخراج المريض من المنشأة الصحية من أجل نقله إلى منشأة أخرى لاستكمال علاجه: تتمثل الحالة الجديدة التي أضافها المشرع لجواز إخراج المريض من المنشأة الصحية عندما يكون إخراجه من أجل نقله إلى منشأة أخرى لاستكمال علاجه مع توفر مستلزمات النقل الصحي السليم وعدم تضرر المريض من عملية النقل⁽³⁴⁾. ويبدو أن السبب الذي دفع المشرع لإضافة هذه الحالة التي يتم فيها الإخراج بقرار تتخذه المنشأة الصحية دون حاجة للحصول على موافقة المريض هو المصلحة الاقتصادية للمنشأة، كما لو تطلبت حالة المريض إجراء عملية مكلفة غير مغطاة ببطاقة التأمين التي يحوزها المريض. وحسنا فعل المشرع إذ لم يسمح بتطبيق هذه الحالة إلا بتوفر الشروط الثلاثة المشار إليها آنفاً؛ حفاظاً على مصلحة المريض، إذ بهذه الشروط وازن المشرع بين المصلحة الاقتصادية للمنشأة والمصلحة الصحية للمريض.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أنه إذا كان المشرع قد منع إخراج المريض من المنشأة الصحية حفاظاً على مصلحته فإنه بالمقابل منع بقاء أي شخص في المنشأة دون رضاها ودون مبرر طبي حفاظاً على المصلحة الاقتصادية للمنشأة⁽³⁵⁾. ونحن نؤيد المشرع فيما ذهب إليه، ولكننا نرى بأنه كان يفترض فيه أن يمنع بقاء أي شخص في المنشأة دون مبرر طبي وإن كان برضاها حفاظاً على مصلحة شركات التأمين.

عاشراً: إنهاء حياة المريض

لقد أكد القانون الجديد على الحكم المقرر في القانون القديم والقاضي بعدم جواز إنهاء حياة المريض أياً كان السبب ولو بناء على طلبه أو طلب الولي أو الوصي عليه⁽³⁶⁾. ولكن الجديد في هذا المجال هو إضافة الحكيمين التاليين:

32- راجع المادة (9/ 1- ج) من ذات القانون.

33- راجع المادة (9/ 1- د) من ذات القانون.

34- راجع المادة (9/ 1- ب) من ذات القانون.

35- راجع المادة (9/ 2) من ذات القانون.

36- راجع المادة (10/ 1) من ذات القانون.

الحكم الأول: عدم جواز رفع أجهزة الإنعاش عن المريض

نصت على هذا الحكم الفقرة (2) من المادة (10) بقولها: "لا يجوز رفع أجهزة الإنعاش عن المريض إلا إذا توقف القلب والتنفس توقفا تاما ونهائيا، أو توقفت جميع وظائف المخ توقفا تاما ونهائيا، وفقا للمعايير الطبية الدقيقة التي يصدر بها قرار من الوزير، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه". يتبين لنا من هذا النص أنه يلزم للسماح برفع أجهزة الإنعاش عن المريض أن يتوفر شرطان، هما: الأول، أن يتوقف كل من القلب والتنفس توقفا تاما ونهائيا، أو تتوقف جميع وظائف المخ توقفا تاما ونهائيا، وذلك كله وفقا للمعايير الطبية الدقيقة التي يصدر بها قرار من الوزير. ونظرا لأهمية هذا الموضوع يفترض الإسراع بوضع هذه المعايير. يتبين لنا من هذا الشرط أن المشرع الإماراتي قد أخذ بمعياري تحديد لحظة الموت؛ المعيار القديم الذي يعتمد توقف القلب والجهاز التنفسي أساسا لتحديد لحظة الموت والمعيار الحديث الذي يعتمد توقف الدماغ أساسا لتحديد لحظة الموت، أي أن الموت يتحقق بتوقف القلب أو بتوقف الدماغ، ويتفق هذا الشرط مع ما توصل إليه مجمع الفقه الإسلامي في عام 1986⁽³⁷⁾.

والثاني، أن يكون التوقف لا رجعة فيه طبقا لحكم الأطباء. ونرى بأن هذا الشرط لم يضيف جديدا إلى الشرط الأول الذي ورد فيه بأن التوقف يجب أن يكون نهائيا، أي لا رجعة فيه. كما أن عبارة: (حكم الأطباء) لا مبرر لها ويغني عنها المعايير الطبية الدقيقة.

الحكم الثاني: جواز عدم إجراء الإنعاش القلبي الرئوي⁽³⁸⁾ للمريض

نصت على هذا الحكم المادة (11) بقولها: "يجوز السماح بحدوث الوفاة الطبيعية وذلك بعدم إجراء الإنعاش القلبي الرئوي للمريض في حالة الاحتضار، وذلك عند توفر الشروط التالية:

1. إذا كان المريض يعاني من مرض غير قابل للشفاء منه غالبا.
2. أن يتم استنفاد كافة طرق العلاج.
3. أن يثبت عدم جدوى العلاج في مثل هذه الحالة.
4. أن ينصح الطبيب المعالج بعدم إجراء الإنعاش القلبي الرئوي.
5. أن يقرر ثلاثة على الأقل من الأطباء الاستشاريين أن مصلحة المريض تقتضي السماح بحدوث الوفاة الطبيعية وعدم إجراء الإنعاش القلبي الرئوي. ولا يشترط في هذه الحالة الحصول على موافقة المريض أو وليه أو الوصي عليه.
6. ولا يجوز الامتناع عن إجراء الإنعاش في حالة طلب صريح من المريض ولو كان الإنعاش غير مجد لعلاجيه".

والملفت في شروط جواز السماح بحدوث الوفاة الطبيعية من خلال عدم إجراء الإنعاش القلبي الرئوي للمريض هو الشرط الأخير القاضي بوجوب عدم وجود طلب صريح من المريض بإجراء الإنعاش له؛ وذلك لأن المريض محتضر ومصاب بمرض غير قابل للشفاء وقد قرر الأطباء أن مصلحة المريض تقتضي السماح بحدوث الوفاة الطبيعية وعدم إجراء الإنعاش القلبي الرئوي له، وبالتالي فلا مبرر لهذا الشرط.

حادي عشر: إجراء عمليات الاستنساخ البشري

لم يحصل أي تعديل على هذا المحظور بموجب القانون الجديد، فقد نصت المادة (12/1) من هذا القانون على أنه: "يحظر إجراء عمليات الاستنساخ البشري، كما يحظر إجراء الأبحاث والتجارب والتطبيقات بقصد استنساخ كائن بشري". إلا أن هذا القانون أورد تعريفا للاستنساخ على أنه تكوين كائن بشري بنقل نواة من خلية جسدية بشرية

37- راجع: د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، وزارة الثقافة والإعلام، بغداد، ط1، 1990، ص150.

38- يراد بالإنعاش القلبي الرئوي إنعاش القلب والرئتين (Cardiopulmonary resuscitation) واختصاراً (CPR)، وهي عملية إسعافية طارئة يقوم بها الشخص المسعف ويتم تنفيذها يدوياً في محاولة للحفاظ على وظائف الدماغ سليمة حتى يتم اتخاذ مزيد من التدابير لاستعادة الدورة الدموية والتنفس من أجل إنقاذ حياة الشخص المصاب بسكتة قلبية. ويعتبر المريض الذي تجرى له عملية الإنعاش القلبي في حالة موت سريري، وإذا لم يتم على الفور البدء بعملية الإنعاش فإن خلايا الدماغ تبدأ بالتلف خلال دقائق. وتختلف عملية الإنعاش بحسب المسعف، حيث تقسم إلى قسمين، إنعاش ابتدائي وإنعاش متقدم. (نقلا عن: <https://ar.wikipedia.org>).

إلى بويضة منزوعة النواة، وتتكاثر الخلية الناتجة عن ذلك مكونة جنينا هو نسخة إرثية تكون مطابقة لصاحب الخلية الجسدية⁽³⁹⁾.

ثاني عشر: إجراء أبحاث أو تجارب طبية على الإنسان

لقد أضاف قانون المسؤولية الطبية الجديد شرطا جديدا مهما للسماح بإجراء أبحاث أو تجارب طبية على الإنسان، وهو الحصول على موافقة الشخص؛ إذ لا يمكن إجراء هذه الأبحاث أو التجارب دون الحصول على هذه الموافقة. وبالتأكيد نحن نؤيد المشرع فيما ذهب إليه، ولكننا ندعوه إلى اشتراط أن تكون هذه الموافقة مكتوبة. كما أن القانون الجديد اشترط في التصريح الواجب الحصول عليه من الجهة المختصة أن يكون تصريحاً كتابياً نظراً لخطورة هذه الأبحاث أو التجارب على الإنسان.

وبخصوص صياغة النص ندعو المشرع إلى حذف كلمة: (اللجنة) وبدلاً عنها توضع كلمة: (الجهة) أو (اللجنة)⁽⁴⁰⁾.

ثالث عشر: إجراء عمليات إجهاض أو وصف أي شيء من شأنه أن يؤدي إلى الإجهاض

لم يحصل تعديل على هذا المحظور ولا على الحالتين اللتين يجوز فيهما الإجهاض، إلا أن القانون الجديد أضاف شرطا جديدا للسماح بالإجهاض في الحالة الأولى التي يكون فيها استمرار الحمل يشكل خطراً على حياة الأم، وهو: (ألا تكون هناك وسيلة أخرى لإنقاذ حياة الحامل غير الإجهاض)⁽⁴¹⁾، ورغم أن هذا الشرط يعدّ شرطا بديهاً يجب مراعاته، ولكننا مع ذلك نؤيد المشرع في النص عليه صراحة نظراً لخطورة الإجهاض. كما أن هذا القانون قد أجرى تعديلاً على الشرط الثاني للسماح بالإجهاض في هذه الحالة، فبعد أن كان القانون القديم لا يشترط موافقة الزوج لإجراء عملية الإجهاض في الحالات الطارئة، أي أنه كان يشترط موافقة الحامل فقط أو وليها عند تعذر الحصول على موافقتها، أصبح القانون الجديد لا يشترط موافقة أي منهم، فقد ورد في النص الجديد: (ولا تشترط موافقة أي منهم في الحالات الطارئة التي تتطلب تدخلاً جراحياً فورياً)⁽⁴²⁾. وبالتأكيد نحن نؤيد المشرع فيما ذهب إليه؛ لأن الفعل الضروري اللازم لإنقاذ حياة إنسان لا يتوقف على موافقة أحد حتى الشخص نفسه.

وبخصوص صياغة نص المادة (16) ندعو المشرع إلى حذف كلمة: (أو) الواردة في مطلعها والتي توسطت كلمتي: (عملية و إجهاض).

المبحث الثالث

المسؤولية عن الأخطاء الطبية

لقد عالج المشرع الإماراتي في قانون المسؤولية الطبية القديم الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية في مادة قانونية واحدة هي المادة (14)، في حين فصل - في القانون الجديد - بين هذين الموضوعين، فقد عالج الخطأ الطبي في المادة (6) وعالج المسؤولية الطبية في المادة (17)، وكان الأولى به لو ترك معالجتهما في مادة واحدة أو مادتين متتابعتين؛ نظراً للترابط الوثيق بين هذين الموضوعين؛ إذ يمثل الخطأ الطبي الركن الأول في المسؤولية الطبية، بل أكثر من ذلك كان الأولى به لو عالج موضوع التأمين من المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية في نفس المكان الذي عالج فيه الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، وذلك لذات السبب.

39- المادة (1) من ذات القانون. لقد عرفه د. هاني رزق في بحثه بيولوجيا الاستنساخ على أنه: (تكون كائن حي كنسخة مطابقة تماماً، من حيث الخصائص الوراثية والبيولوجية والشكلية، لكائن حي آخر). نقلاً عن: د. عبد الفتاح محمود إدريس، الاستنساخ من منظور إسلامي، بحث مقدم إلى مؤتمر: أخلاقيات العلوم الحياتية وتطبيقاتها من منظور علمي وشرعي وقانوني، كلية العلوم، جامعة اليرموك، 2001، ص3.

40- راجع المادة (12 / 2) من قانون المسؤولية الطبية.

41- راجع المادة (16 / 1 - أ) من ذات القانون.

42- راجع المادة (16 / 1 - ج) من ذات القانون.

وبعد هذه المقدمة سنورد أدناه الأحكام الجديدة التي جاء بها المشرع في مجال المسؤولية عن الأخطاء الطبية، وكما يأتي:

أولاً: الخطأ الطبي

نصت المادة (6) من قانون المسؤولية الطبية الجديد على أن: "الخطأ الطبي هو ما يرتكبه مزاول المهنة نتيجة أي من الأسباب التالية:

1. جهله بالأمور الفنية المفترض الإلمام بها في كل من يمارس المهنة من ذات درجته وتخصصه.
2. عدم اتباعه الأصول المهنية والطبية المتعارف عليها.
3. عدم بذل العناية اللازمة.
4. الإهمال وعدم اتباعه الحيطة والحذر. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون معايير الخطأ الطبي الجسيم".

ويتمثل الجديد الذي تضمنه هذا النص في الأمور التالية:

1. إعادة صياغة النص القديم من خلال تعداد معايير الخطأ الطبي في أربع نقاط، والإحالة إلى اللائحة التنفيذية بشأن تحديد معايير الخطأ الطبي الجسيم، علماً بأن هذه اللائحة لم تصدر بعد. ومما لا شك فيه أن ما أقدم عليه المشرع من تعداد معايير الخطأ الطبي يعد أمراً جيداً، إلا أن الإحالة إلى اللائحة التنفيذية بشأن تحديد معايير الخطأ الطبي الجسيم تُولد لدى القارئ تصوراً غير صحيح بأن المعايير المشار إليها في النص هي معايير الخطأ الطبي اليسير. إذ نرى بأن المعايير التي أوردها المشرع تعد معايير للخطأ الطبي بنوعيه، الجسيم واليسير، وذلك تبعاً لدرجة الخطأ الذي يرتكبه مزاول المهنة الطبية.
2. تعديل المعيار الأول من معايير الخطأ الطبي من خلال إضافة العبارة التالية: (من ذات درجته وتخصصه) إلى نهاية الفقرة الأولى. وحسناً فعل المشرع إذ أضاف هذه العبارة؛ لأن نطاق الأمور الفنية المفترض الإلمام بها ليس واحداً لدى كل من يمارس المهنة، فهو يتسع ويضيق تبعاً لاختلاف درجة مزاول المهنة وتخصصه، فالطبيب العام مثلاً ليس كالطبيب المتخصص.
3. إضافة معيار جديد إلى معايير الخطأ الطبي، وهو معيار عدم اتباع الأصول المهنية والطبية المتعارف عليها. وحسناً فعل المشرع إذ أضاف هذا المعيار؛ إذ لكل مهنة أصول متعارف عليها ينبغي الالتزام بها.

ثانياً: حالات انتفاء المسؤولية الطبية

لقد أوردت المادة (17) من قانون المسؤولية الطبية الجديد أربع حالات لا تتحقق فيها المسؤولية الطبية، والجديد الذي جاء به المشرع في هذا المجال يتمثل في الأمور التالية:

1. إضافة حالة جديدة إلى الحالات التي لا تتحقق فيها المسؤولية الطبية، فقد نصت الفقرة (1) من المادة (17) على أنه: "لا تقوم المسؤولية الطبية ... : 1- إذا لم يكن الضرر نتيجة أي من الأسباب المحددة بالمادة رقم (6) من هذا المرسوم بقانون ولائحته التنفيذية"، أي أن الضرر الذي أصاب المريض لم يكن نتيجة للخطأ الذي ارتكبه مزاول المهنة.
2. حذف العبارة التالية: (وذلك كله دون إخلال بحكم البند الفرعي (د) من البند (1) من المادة (7) من هذا القانون) من الحالة الثانية من الحالات التي لا تتحقق فيها المسؤولية الطبية، التي نصت عليها الفقرة (2) من المادة (17) بالقول: "لا تقوم المسؤولية الطبية ... : 2- إذا كان الضرر قد وقع بفعل المريض نفسه أو رفضه العلاج أو عدم اتباعه للتعليمات الطبية الصادرة إليه من المسؤولين عن علاجه أو كان نتيجة لسبب خارجي". ويتعلق البند الفرعي (د) من البند (1) من المادة (7) من القانون القديم بوجوب أخذ موافقة كتابية من المريض باعتبارها أحد شروط إجراء العمليات الجراحية في غير الحالات الطارئة. وحسناً فعل المشرع بحذفه لهذه العبارة؛ إذ لا داعي لها ولا تضيف جديداً، فلو أن الطبيب قد أجرى عملية دون الحصول على الموافقة المطلوبة يكون قد ارتكب خطأ، وبالتالي يتحمل مسؤولية الضرر الذي أصاب المريض وإن كان نتيجة رفضه العلاج أو عدم اتباعه للتعليمات الطبية. ومن جهة أخرى فإن ما ورد في هذه العبارة يعد واجباً على من يتصدى لتطبيق القانون، حيث إن ما يرد في النصوص القانونية يعتبر وحدة متكاملة، فلا يجوز الالتزام بجزء منه ومخالفة

جزء آخر.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن ما ورد في الحالة الثانية من الحالات التي لا تتحقق فيها المسؤولية الطبية يعد مجرد تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية المدنية المتعلقة بالسبب الأجنبي⁽⁴³⁾، وهذا يعني أنه بالإمكان حذف هذه الحالة والاكتفاء بما ورد في القواعد العامة.

3. تعديل الحالة الرابعة من الحالات التي لا تتحقق فيها المسؤولية الطبية وذلك على النحو التالي: "لا تقوم المسؤولية الطبية...: 4- إذا حدثت الأثار والمضاعفات الطبية المتعارف عليها أو غير المتوقعة في مجال الممارسة الطبية وغير الناجمة عن الخطأ الطبي". والجديد الذي تضمنته هذه الحالة، هما الأمران التاليان: الأمر الأول: إضافة عبارة: (أو غير المتوقعة)، وحسنا فعل المشرع بإضافة هذه العبارة؛ إذ بعد إجراء هذا التعديل أصبحت المسؤولية الطبية لا تتحقق في حالتين، إحداهما إذا كانت الأثار والمضاعفات الطبية متعارفاً عليها، أي تعد نتيجة طبيعية للعمل الطبي ولا يمكن تجنب حصولها، والأخرى إذا كانت الأثار والمضاعفات الطبية غير متوقعة. والمعيار المعول عليه في هذا المجال هو معيار موضوعي وليس شخصي، أي ينبغي أن تكون هذه الأثار والمضاعفات غير متوقعة بالنسبة لمن هو في ذات درجة وتخصص من قام بالعمل الطبي. وعليه لم تعد المسؤولية الطبية تتحقق لمجرد كون الأثار والمضاعفات الطبية غير متعارف عليها، وإنما لا بد أن تكون أيضاً غير متوقعة. وبعبارة أخرى يمكن القول بأنه يلزم لتحقق المسؤولية الطبية عن الأثار والمضاعفات توفر شرطين، هما: أن تكون هذه الأثار والمضاعفات غير متعارف عليها وغير متوقعة.

الأمر الثاني: حذف عبارة: (وقالما هو مبين في البند (1) من هذه المادة) التي هي ليست ضرورية، فالبند (1) يبين الحالات التي يتحقق فيها الخطأ الطبي، علماً بأن هذا البند أصبح مادة مستقلة تحمل الرقم (6).

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أننا نفضل أن تكون صياغة الحالة الرابعة من الحالات التي لا تتحقق فيها المسؤولية الطبية على النحو التالي: "لا تقوم المسؤولية الطبية...: 4- إذا كانت الأثار والمضاعفات الطبية التي حصلت متعارفاً عليها أو غير متوقعة في مجال الممارسة الطبية وغير ناجمة عن الخطأ الطبي".

ثالثاً: التأمين من المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية

لقد عالج المشرع هذا الموضوع في القانون الجديد في ذات المكان الذي عالجه فيه في القانون القديم، وهو الفصل الرابع، وبثلاث مواد تحمل ذات الأرقام، وهي: (25، 26، 27). والجديد الذي جاء به المشرع في هذا المجال يتمثل في الأمرين التاليين:

الأمر الأول: إضافة كلمة: (المدنية) إلى المسؤولية التي يتم التأمين ضدها، فبعد أن كان عنوان الفصل الرابع التأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية أصبح التأمين ضد المسؤولية المدنية من الأخطاء الطبية. ونؤيد المشرع فيما ذهب إليه؛ لأن الأخطاء الطبية غالباً ما يتولد عنها نوعان من المسؤولية، مدنية وجزائية، والتأمين لا يكون من المسؤولية الجزائية، وإنما من المسؤولية المدنية. ولكننا نرى بأن الأصح لغة أن يقول المشرع: التأمين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية وليس التأمين ضد المسؤولية المدنية من الأخطاء الطبية.

الأمر الثاني: زيادة النسبة التي تتحملها المنشأة الصحية من أقساط التأمين المقررة في عقود التأمين التي تبرمها مع شركات التأمين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية الصادرة عن مزاوولي المهنة العاملين لديها، فبعد أن كانت هذه النسبة لا تقل عن 80% أصبحت 100%. وبالتأكيد نحن نؤيد المشرع فيما ذهب إليه؛ لأن هذا الحكم يحقق العدالة في العلاقة القانونية التي تربط المنشأة الصحية بمزاوولي المهنة العاملين لديها، فالأعمال الطبية التي يقوم بها هؤلاء العاملون هي لصالح المنشأة، وبالتالي ينبغي أن تتحمل هي المسؤولية المدنية عنها، طبقاً لقاعدة الغرم بالغنم⁽⁴⁴⁾.

43- راجع المادة (287) من قانون المعاملات المدنية.

44- راجع المادة (67) من قانون المعاملات المدنية.

رابعاً: لجان المسؤولية الطبية

لقد خصص قانون المسؤولية الطبية القديم الفصل الثاني للجنة العليا للمسؤولية الطبية، وقد اشتمل هذا الفصل على المواد من 15 إلى 21 التي تطرقت لتشكيل هذه اللجنة واختصاصاتها وأسلوب عملها وغير ذلك من الأحكام. وتعد هذه اللجنة بمثابة خبير قضائي في قضايا المسؤولية الطبية⁽⁴⁵⁾، وتكون التقارير الصادرة عنها والمشملة على رأيها الفني في القضايا المعروضة عليها تقارير نهائية وغير قابلة للطعن فيها؛ بالنظر لعدم وجود نص قانوني يجيز ذلك. في حين خصص قانون المسؤولية الطبية الجديد الفصل الثاني للجان المسؤولية الطبية واللجنة العليا للمسؤولية الطبية، وقد اشتمل هذا الفصل على المواد من 18 إلى 21 التي تطرقت لبعض أحكام لجان المسؤولية الطبية واللجنة العليا للمسؤولية الطبية. وأهم ما ورد في هذا القانون هي الأمور الثلاثة التالية:

الأمر الأول: عدم قبول دعاوى التعويض التي ترفع بسبب المسؤولية الطبية إلا بعد اللجوء والعرض على لجان المسؤولية الطبية⁽⁴⁶⁾.

الأمر الثاني: الحق في التظلم من تقرير لجنة المسؤولية الطبية أمام اللجنة العليا للمسؤولية الطبية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار القانوني بالتقرير، وإذا لم يتم التظلم خلال هذا الميعاد فإن التقرير يكون نهائياً ولا يجوز الطعن به أمام أية جهة⁽⁴⁷⁾. ومما لا شك فيه أننا نؤيد المشرع فيما ذهب إليه من تقرير حق التظلم.

الأمر الثالث: يحق لـ (اللجنة العليا للمسؤولية الطبية) عند النظر في التظلم تأييد التقرير ورفض التظلم أو تعديله أو إلغائه، ويعتبر تقريرها نهائياً، ولا يقبل الطعن به أمام أية جهة.

خامساً: التحقيق مع مزاولي المهنة

في الواقع إن أهم ما ورد في القانون الجديد بشأن التحقيق مع مزاولي المهنة هو ما نصت عليه المادة (24) من أنه: "وفي جميع الأحوال لا يجوز التحقيق مع مزاولي المهنة أو القبض عليهم أو حبسهم احتياطياً نتيجة شكوى ضدهم إلا بعد صدور التقرير الطبي النهائي من الجهة الصحية متضمناً توافر الخطأ الطبي الجسيم من المشكو في حقه". في حين كانت هذه المادة تنص على أنه: "لا يجوز القبض على الأطباء أو حبسهم احتياطياً أثناء التحقيق في الوقائع المتعلقة بالخطأ الطبي، ومع ذلك يجوز القبض عليهم أو حبسهم احتياطياً إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك بناء على أمر النائب العام". وأهم ما يميز النص الجديد عن القديم أنه يوفر حماية قانونية أكبر تتمثل في الأمور الثلاثة التالية:

الأمر الأول: اتساع نطاقه من حيث الأشخاص ليشمل جميع مزاولي المهنة وليس فقط الأطباء.

الأمر الثاني: منع التحقيق مع مزاولي المهنة بشأن أي شكوى مقدمة ضدهم إلا بعد صدور التقرير الطبي النهائي من الجهة الصحية متضمناً توافر الخطأ الطبي الجسيم من المشكو في حقه، بينما كان يجوز - طبقاً للنص القديم - التحقيق معهم بمجرد تقديم الشكوى ضدهم.

الأمر الثالث: منع القبض على مزاولي المهنة أو حبسهم احتياطياً إلا بعد صدور التقرير الطبي النهائي من الجهة الصحية متضمناً توافر الخطأ الطبي الجسيم من المشكو في حقه، بينما كان يجوز - طبقاً للنص القديم - القبض عليهم أو حبسهم احتياطياً إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك بناء على أمر النائب العام.

ونحن نؤيد المشرع فيما ذهب إليه من توفير حماية قانونية أكبر لمزاولي المهنة تمثلت في الأمور الثلاثة المشار إليها آنفاً؛ لأنها تسهم في توفير بيئة آمنة لمزاولي المهنة تشعرهم بالأمان الذي من شأنه أن يرفع مستوى الأداء

45- نصت المادة (20) من قانون المسؤولية الطبية القديم على أنه: "تسري في شأن أعضاء اللجنة الأحكام الخاصة بالخبراء ... ويؤدي كل منهم اليمين القانونية لمرة واحدة أمام إحدى دوائر الاستئناف الاتحادية ...".

46- المادة (18) من قانون المسؤولية الطبية.

47- المادة (20) من قانون المسؤولية الطبية.

المهني. ويبدو أن المشرع فيما ذهب إليه في النص الجديد قد نفى الوصف الجرمي عن الخطأ الطبي اليسير أيا كان نوعه؛ لأنه منع التحقيق مع مزاولي المهنة والقبض عليهم عن هكذا خطأ. وعليه ندعو المشرع إلى الإسراع في إصدار اللائحة التنفيذية لتحديد معايير الخطأ الطبي الجسيم.

خاتمة:

وبعد أن فرغنا من دراسة نصوص قانون المسؤولية الطبية الجديد فإن النتيجة الأساسية التي نخلص إليها من هذا البحث هي أن هذا القانون قد تضمن أحكاماً قانونية جديدة وجيدة كثيرة لمصلحة المريض، منها، على سبيل المثال لا الحصر: واجب الطبيب في استخدام وسائل التشخيص والعلاج المتاحة واللازمة للحالة المرضية، واستخدام الأدوات والأجهزة الطبية اللازمة في تشخيص ومعالجة المريض بكل يقظة وانتباه ووفقاً للأصول الطبية المتعارف عليها، وتبصير المريض بخيارات العلاج المتاحة، والتعاون مع جميع مزاولي المهنة ممن لهم علاقة بحالة المريض الصحية وليس فقط مع الأطباء، ومنع الطبيب من إيواء المرضى في غير الأماكن المعدة لذلك عدا ما تقتضيه الحالات الطارئة، ومنعه من إجراء عمليات تغيير الجنس، في حين يجوز له إجراء عمليات تصحيح الجنس وفق الضوابط التي حددها القانون، ومنعه من القيام بإجراءات طبية أو عمليات جراحية غير ضرورية للمريض دون الحصول على موافقته المستنيرة، ومنعه من رفع أجهزة الإنعاش عن المريض إلا إذا توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً ونهائياً أو توقفت جميع وظائف المخ توقفاً تاماً ونهائياً، وأخيراً السماح للجهات الصحية بوضع نظام لتقييم الخدمات الصحية عن بعد وفقاً لضوابط وشروط معينة، وإنشاء لجان للمسؤولية الطبية وإعطاء الحق في النظم من تقاريرها أمام اللجنة العليا للمسؤولية الطبية.

ومن الأحكام الجديدة التي جاءت لمصلحة مزاولي المهنة زيادة النسبة التي تتحملها المنشأة الصحية من أقساط التأمين المقررة في عقود التأمين التي تبرمها مع شركات التأمين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية الصادرة عن مزاولي المهنة العاملين لديها، فبعد أن كانت هذه النسبة لا تقل عن 80% أصبحت 100%، ومنع التحقيق مع مزاولي المهنة أو القبض عليهم أو حبسهم احتياطياً نتيجة شكوى ضدهم إلا بعد صدور التقرير الطبي النهائي من الجهة الصحية متضمناً توافر الخطأ الطبي الجسيم من المشكو في حقه.

ولكن على الرغم من الإيجابيات الكثيرة لهذا القانون كانت لنا في هذا البحث بعض الملاحظات على بعض نصوصه، وعليه نوصي المشرع بما يلي:

1. النص صراحة بأن التزام الطبيب باستخدام الأدوات والأجهزة الطبية هو التزام بتحقيق نتيجة؛ نظراً للخلاف الحاصل بشأن تفسير المادة (316) من قانون المعاملات المدنية المتعلقة بمسؤولية حارس الأشياء الخطرة.
2. إعادة عبارة: (بحسب الأحوال) إلى الفقرة (8) من المادة (4) لتكون على النحو التالي: يجب على الطبيب بصفة خاصة: "إعلام المريض أو ذويه - بحسب الأحوال - بالمضاعفات..."; لأن حذف هذه العبارة معناه إعطاء للطبيب الحق في إعلام ذوي المريض بالمضاعفات وإن لم يوجد مانع من إعلام المريض شخصياً، علماً بأنه في إعادة هذه العبارة تحصل التسوية في الحكم بين هذه الحالة والحالة الواردة في الفقرة (7) المتعلقة بالإبلاغ عن طبيعة المرض ودرجة خطورته.
3. تنظيم المسؤولية الطبية عن فعل الغير وعدم تركها للقواعد العامة؛ نظراً لأهمية هذا الموضوع خصوصاً في مجال مسؤولية الطبيب الجراح عن أخطاء الفريق الطبي الذي يرأسه.
4. اشتراط تعذر الحصول على موافقة الأقارب أو المرافقين للاعتداد برضى المريض ناقص الأهلية بالنسبة للفحص والتشخيص وإعطاء الجرعة الأولى من العلاج الواردة في الفقرة (1) من المادة (5)؛ إذ لا مبرر للاعتداد برضى المريض ناقص الأهلية في هذه الحالة عند إمكانية الحصول على موافقة الأقارب أو المرافقين.
5. حذف عبارة: (الحالات الطارئة) من الفقرة (2) من المادة (5)؛ إذ نرى بأنه لا يجوز للطبيب الامتناع عن علاج المريض في جميع الأحوال وليس في الحالات الطارئة فقط، إذ من حق المريض الالتجاء إلى أي طبيب أو منشأة صحية لطلب العلاج ولا يجوز للطبيب الامتناع عن علاجه إلا إذا وجدت أسباب خارجة عن إرادته أو كانت الحالة تخرج عن اختصاصه، ويجب عليه في هذه الحالة الأخيرة إجراء الإسعافات الأولية.
6. إعادة صياغة الشرط الوارد في البند (ج) من الفقرة (1) من المادة (8) على النحو التالي: (أن تؤخذ موافقة كتابية من المريض إن كان كامل الأهلية أو من زوجه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة إن كان عديم الأهلية

- أو ناقصها أو تعذر الحصول على موافقته).
7. حذف عبارة: (ما لم يكن كامل الأهلية وكذلك تعذر الحصول على أي من تلك الموافقات) الواردة في نهاية البند (د) من الفقرة (1) من المادة (8)؛ إذ نرى بأن هذه العبارة غير واضحة، ومن شأنها أن تؤدي إلى حصول التناقض.
 8. حذف عبارة: (دون رضاها) الواردة في نهاية الفقرة (2) من المادة (9)؛ إذ لا يجوز بقاء أي شخص في المنشأة الصحية دون مبرر طبي وإن كان برضاها حفاظاً على مصلحة شركات التأمين.
 9. اشتراط الكتابة في موافقة الشخص على الخضوع لأبحاث أو تجارب طبية طبقاً للفقرة (2) من المادة (12)؛ نظراً لخطورة هذه الأبحاث أو التجارب، وحذف كلمة: (اللجنة) الواردة في نهاية هذه الفقرة وبدلاً عنها وضع كلمة: (الجهة) أو (اللائحة) لتكون عبارات النص منسجمة فيما بينها.
 10. حذف كلمة: (أو) الواردة في مطلع المادة (16) والتي توسطت كلمتي: (عملية و إجهاض) لأنها زائدة.
 11. إعادة صياغة الفقرة (4) من المادة (17) على النحو التالي: "لا تقوم المسؤولية الطبية... :-4 إذا كانت الآثار والمضاعفات الطبية التي حصلت متعارفاً عليها أو غير متوقعة في مجال الممارسة الطبية وغير ناجمة عن الخطأ الطبي".
 12. إعادة صياغة عنوان الفصل الرابع ليكون: التأمين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية بدلاً من التأمين ضد المسؤولية المدنية من الأخطاء الطبية، وكذا الحال بالنسبة لذات العبارة الواردة في المادة (25).
 13. وأخيراً ندعو مجلس الوزراء الإماراتي إلى الإسراع في إصدار اللائحة التنفيذية لقانون المسؤولية الطبية؛ لأن هذا الأخير قد أحال إليها في العديد من الأحكام المهمة، خصوصاً وأن المادة (41) من هذا القانون قد أوجبت صدور هذه اللائحة خلال ستة أشهر من تاريخ نشر القانون.

المراجع

1. د. أحمد سليمان، الموافقة المستنيرة للمريض، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الحماية القانونية من الأخطاء الطبية الذي تم تنظيمه من قبل معهد التدريب والدراسات القضائية بتاريخ: 28 - 30 نوفمبر 2012، الإمارات العربية المتحدة، دبي.
2. د. أكرم محمود حسين و د. زينة غانم العبيدي، تبصير المريض في العقد الطبي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد: 8، العدد 30، كانون الأول السنة 11: 2006، العراق.
3. د. حسن القزويني، فن جراحة التجميل، مكتبة دار المعرفة، بيروت، 1974.
4. د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني: الخطأ، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2006.
5. رياض أحمد العاني، الجراحة التجميلية ومسؤولية الطبيب المدنية الناشئة عنها، رسالة ماجستير، جامعة النهريين، بغداد، 2002.
6. د. عبد الفتاح محمود إدريس، الاستنساخ من منظور إسلامي، بحث مقدم إلى مؤتمر: أخلاقيات العلوم الحياتية وتطبيقاتها من منظور علمي وشرعي وقانوني، كلية العلوم، جامعة اليرموك، 2001.
7. د. عدنان سرحان، المهني: المفهوم والانعكاسات القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 1، سنة 2003.
8. د. عدنان سرحان و د. علي المهداوي، الخطأ في المسؤولية المدنية الطبية، بحث مقدم إلى مؤتمر الحماية القانونية من الأخطاء الطبية الذي تم تنظيمه من قبل معهد التدريب والدراسات القضائية بتاريخ: 28 - 30 نوفمبر 2012، الإمارات العربية المتحدة، دبي.
9. د. علي هادي العبيدي، الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب تجاه المريض، بحث مقدم إلى مؤتمر الحماية القانونية من الأخطاء الطبية الذي تم تنظيمه من قبل معهد التدريب والدراسات القضائية بتاريخ: 28 - 30 نوفمبر 2012، الإمارات العربية المتحدة، دبي.
10. د. محمد المرسي زهرة، المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2002.
11. د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، منشأة المعارف، جمهورية مصر العربية، الإسكندرية، ط1، (د.ت).
12. د. مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، جمهورية مصر العربية، الإسكندرية، ط1، 1996.
13. د. مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية للأطباء والمؤسسات الطبية في ضوء أحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي والفقه والقضاء المقارن، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات العربية المتحدة، ط1، (د.ت).
14. د. منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط1، 1992.
- د. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، وزارة الثقافة والإعلام، بغداد، ط1، 1990.



هيئة الاستئناف لدى آلية فض النزاعات بالمنظمة العالمية للتجارة إبداع جديد في القضاء الدولي

طارق يحياوي

كلية الحقوق

جامعة الجزائر، الجزائر

tarek.yahiaoui@hotmail.com

الملخص

في المنظمة العالمية للتجارة تضمن كيانات مستقلة مسار فض النزاعات وهي: المجموعات الخاصة التي تعالج القضايا كهيكل من الدرجة الأولى، وهيئة الاستئناف التي تنتظر في الاستئنافات المتعلقة بخلاصات المجموعات الخاصة. وفيما يتعلق بهيكل فض النزاعات (DSB)؛ فهو الهيئة السياسية المشكلة من كل أعضاء المنظمة ومهمتها الأساسية الإدارة العامة لنظام فض النزاع واتخاذ القرار. إذ لا تكون التوصيات المتضمنة في تقارير المجموعات الخاصة وهيئة الاستئناف ملزمة لأطراف النزاع إلا بعد تبنيها من هيكل فض النزاعات، إلا أن مسار التبني هذا أصبح اليوم شبه آلي؛ فمن الضروري أن يتفق كل الأعضاء بالإجماع حتى يتم عدم تبني قرار ما، وفق تقنية أصيلة تعرف باسم "الإجماع المعكوس" أو "الإجماع السلبي" الذي لا يعرف له إلى يومنا هذا مثيلا في القانون الدولي⁽¹⁾. تبقى الرقابة السياسية التي يمارسها هيكل فض النزاعات على العموم نظرية، لأنه تم فرض تقنية الإجماع المعكوس بصفة تكاد تكون آلية كاتخاذ القرار، وما دام الشاكي مُصرًا على شكواه، فمن غير المعقول أن يكون طرفا النزاع غير راضيين بنتيجة فضه وأن يثيرا إجماعا بعدم تبني تقرير معين. ففي الواقع إذا لم يقر الأعضاء جماعيا بالتصديق على خلاصات أو حلول المجموعات الخاصة أو هيئة الاستئناف، فإنهم لم يقوموا بمنع تبني أي تقرير. يعتبر إجراء الاستئناف بلا ريب الإضافة الجديدة الأكثر بروزا وتأصلا في آلية فض النزاعات على مستوى المنظمة، والذي أرسنه اتفاقات مراكش. إذ يمكن لأطراف النزاع المعارض أمام المجموعة الخاصة؛ دون غيرها، الاستئناف أمام هيئة الاستئناف خلال مدة محددة من تاريخ توزيع تقريرها على أعضاء المنظمة. ولكن ما يثير التساؤل هو التسمية الممنوحة لهذه الهيئة؛ فالاستئناف يرمي إلى تعديل أو إلغاء حكم صادر من قاضي الدرجة الأولى وذلك من طرف قضاة الدرجة الثانية، وتتماشى المادة 17 (13) من مذكرة الاتفاق في السياق نفسه، إذ تنص على أنه: "يمكن لهيئة الاستئناف أن تؤيد أو تعدل أو تلغي المعايينات والنتائج القانونية للمجموعة الخاصة"، وبالتالي فالسلطات الممنوحة لهيئة الاستئناف لا تتعد عن تلك الممنوحة لمحاكم الاستئناف في النظم القانونية الوطنية. إلا أن هذا التقارب لا يلبث أن يصل إلى حدوده، لأن الممارسة القضائية في النظم الوطنية تمنح الاستئناف سلطة إعادة النظر في الحكم الصادر عن الدرجة الأولى فيما يتعلق بالوقائع وبالقانون. غير أن الأمر يختلف على مستوى المنظمة، فالمادة 17 (6) تحدد الاستئناف "في المسائل القانونية التي تضمنها تقرير المجموعة الخاصة والتفسيرات القانونية المقدمة من هاتين الأخيرتين". فهئة الاستئناف، إذن، هي قاضي قانون ينظر في خرق قواعد القانون من طرف المجموعة الخاصة، ووظيفته هي أشبه ما تكون بمحكمة نقض كما هو معروف في بعض النظم القانونية الوطنية كالنظام الفرنسي.

لذا يحق لنا التساؤل عن النظام الجديد لهيئة الاستئناف المستحدثة لدى آلية فض النزاعات بالمنظمة العالمية للتجارة بمقتضى اتفاقات مراكش، وعن الملامح الجديدة التي تميزه عن آليات القضاء الدولي المعاصر إجرائيا ووظيفيا.

الكلمات الدالة: المنظمة العالمية للتجارة (الغات)؛ هيكل فض النزاعات؛ هيئة الاستئناف لدى آلية فض النزاعات؛ القانون الدولي؛ الإجماع المعكوس.

1- انظر المواد 16 نقطة 4 و 17 نقطة 14 من مذكرة الاتفاق.

The Appellate Body of the Dispute Settlement Mechanism of the World Trade Organization

Tarek Yahiaoui

College of Law

University of Algiers, Algeria

tarek.yahiaoui@hotmail.com

Abstract

The process of dispute settlement at WTO has been delegated to independent entities: private groups that consider cases as first instance structures, and the Appellate Body that hears appeals for special group summaries. For its part, the dispute settlement body (DSB), the political structure composed of all members of the Organization and its primary task is the general administration of the dispute settlement and decision-making system. The recommendations contained in the reports of the Special Groups and the Appellate Body are binding on the parties to the dispute only after the dispute settlement body has adopted them. However, this process of adoption is now almost automatic; in order not to adopt a resolution it is necessary for all members to agree unanimously, according to a technique known as the "reverse consensus" or "negative consensus", which we do not yet know a similar in the international law.

The political control exercised by the dispute settlement body remains generally theoretical, because the reverse consensus technique imposed almost as a decision-making mechanism. As long as the complainant insists on his complaint, it is inconceivable that the parties to the dispute are not convinced of the outcome of the dispute and raise a consensus not to adopt a particular report. In fact, if members have not collectively endorsed the abstracts or solutions of special groups or the Appellate Body, they have not prevented the adoption of any report.

The appeal procedure is without doubt the most prominent and authentic new addition to the Organization's dispute settlement mechanism established by the Marrakesh Accords. The parties to the dispute seen by the Special Group can only appeal to the Appellate Body within a specified period of the date of the distribution of its report to the members of the Organization. The designation given to this body raises the question: the appeal is aimed at amending or canceling a judgment of the first instance judge by second-tier judges and article 17 (13) of the memorandum of agreement goes in the same context, stating that: The Appellate Body may uphold, modify or reverse the legal findings and conclusions of the panel". Thus, the powers granted to the Appellate Body are not far from those granted to courts of appeal in national legal systems. However, this rapprochement is soon reaching its limit, because judicial practice in national systems gives the appellant the power to review first instance judgment in relation to facts and law. However, the situation is different at the level of the Organization. Article

17 (6) defines the appeal "shall be limited to issues of law covered in the Panel report and legal interpretations developed by the Panel." The Appellate Body, then, is a judge of law who considers violations of the rules of law by the Special Group. Its function is as close as possible to a court of appeal as is known in some national legal systems, such as the French system.

We have the right to question the new system of the Appellate Body of the Dispute Settlement Mechanism of the World Trade Organization under the Marrakesh Accords, and the new features that distinguish it from the mechanisms of contemporary international justice, both procedural and functional.

Keywords: World Trade Organization (WTO); Dispute Settlement Body (DSB); Appellate Body of the Dispute Settlement Mechanism; International Law; reverse consensus.

مقدمة

خلافًا للنظام الذي كان سائدًا في إطار (الغات) لسنة 1947 فإن النظام الجديد لفض النزاعات بالمنظمة العالمية للتجارة غالبًا ما يكيف على أنه يكاد يكون قضائياً في تنظيمه وفي سيره. غير أنه يبقى موسوماً بأصوله التي تجعل منه أقرب بشكل أساسي لألية مصالحة قضائية تقريباً. وإذا كنا غالباً ما نستعمل وبطريقة مختزلة، عبارات "جهة قضائية"، أو "جهة تكاد تكون قضائية"، فذلك أساساً لتسجيل الفرق مع النظام القديم من جهة تنفيذ "قرارات" وتوصيات و ضمانات الإجراءات التي جاءت لإضفاء مظاهر "المحاكمة العادلة" على فض النزاعات بالمنظمة. غير أن تكيفه الحقيقي من الناحية القانونية يبقى مثار جدل كبير ولا يزال يغذي الكثير من الكتابات. فعوض محاولة الحسم في النقاش بشأن الطبيعة الدقيقة لهذا النظام، التي من السهل ملاحظة كونها مقسمة بين منطقيين؛ كونها تجمع بين إجراءات ذات روح تصالحية وبين مظهر قضائي بصفة أكبر، فيظهر هنا أنه من الأجدر مواصلة النظر إليه كآلية مرتبة براغماتياً وعميقة الأصالة، تمارس من خلالها وظيفة حكم تنتج عنها قرارات ذات بعد إلزامي بالنسبة للأطراف.

إن الهيئات المشرفة على فض النزاعات بالمنظمة موسومة بثنائية واضحة: فمجلد الفحص "التقني" حول الموضوع موكول لهياكل منفصلة عن الهيكل السياسي؛ الذي هو المجلس العام المتصرف تحت قبة هيكل فض النزاعات (ORD)، حتى وإن كان اتخاذ القرار بين أيدي الهيكل السياسي بواسطة تقنية الإجماع المعكوس.

إن مسار فض النزاعات إذن قد عهد به إلى كيانات مستقلة: المجموعات الخاصة التي تنظر في القضايا كهياكل درجة أولى، وهيئة الاستئناف التي تنظر في الاستئنافات المتعلقة بخلاصات المجموعات الخاصة. ومن جهته فإن هيكل فض النزاعات (ORD)؛ وهو الهيكل السياسي المشكل من كل أعضاء المنظمة مهمته الأساسية الإدارة العامة لنظام فض النزاع واتخاذ القرار. فالتوصيات المتضمنة في تقارير المجموعات الخاصة وهيئة الاستئناف لا تكون ملزمة لأطراف النزاع إلا بعد تبنيها من هيكل فض النزاعات. غير أن مسار التبني هذا هو اليوم آلي تقريباً؛ فلكي يتم عدم تبني قرار ما من الضروري أن يتفق كل الأعضاء على ذلك بالإجماع، وفق تقنية أصيلة تعرف باسم "الإجماع المعكوس" أو "الإجماع السلبي" الذي لا نعرف له إلى يومنا هذا مثيلاً في القانون الدولي.

فالرقابة السياسية التي يمارسها هيكل فض النزاعات تبقى إذن نظرية عموماً، لكون تقنية الإجماع المعكوس تفرض بصفة تكاد تكون آلية اتخاذ القرار، وما دام الشاكي مُصرّاً على شكواه، فمن غير المتصور أن يكون طرفا النزاع غير مقتنعين بنتيجة فضه، وأن يثيرا إجماعاً بعدم تبني تقرير معين. ففي الواقع إذا لم يقيم الأعضاء جماعياً بالتصديق على خلاصات أو حلول المجموعات الخاصة أو هيئة الاستئناف، فإنهم لم يقوموا بمنع تبني أي تقرير. يعتبر إجراء الاستئناف بلا شك الإضافة الجديدة الأكثر بروزاً وأصالة في آلية فض النزاعات على مستوى المنظمة، والذي أسسته اتفاقات مراكش. فيمكن لأطراف النزاع المنظور أمام المجموعة الخاصة؛ دون سواها، القيام باستئناف أمام هيئة الاستئناف خلال مدة محددة من تاريخ توزيع تقريرها على أعضاء المنظمة.

إن التسمية الممنوحة لهذه الهيئة تثير التساؤل؛ إذ إن الاستئناف يرمي إلى تعديل أو إلغاء حكم صادر من قاضي الدرجة الأولى، وذلك من طرف قضاة الدرجة الثانية وتسير المادة 17 (13) من مذكرة الاتفاق في السياق نفسه، إذ تنص على أنه: "يمكن لهيئة الاستئناف أن تؤيد أو تعدل أو تلغي المعايينات والنتائج القانونية للمجموعة الخاصة". إذن فالسلطات الممنوحة لهيئة الاستئناف ليست بعيدة عن تلك الممنوحة لمحاكم الاستئناف في النظم القانونية الوطنية، إلا أن هذا التقارب لا يلبث أن يصل مداه، لأن الممارسة القضائية في النظم الوطنية تمنح الاستئناف سلطة إعادة النظر في الحكم الصادر عن الدرجة الأولى فيما يتعلق بالوقائع وبالقانون. غير أن الوضع يختلف على مستوى المنظمة، فالمادة 17 (6) تحدد الاستئناف "في المسائل القانونية التي تضمنها تقرير المجموعة الخاصة، والتفسيرات القانونية المقدمة من هاته الأخيرة". فهذه الأخيرة، إذن، هي قاضي قانون ينظر في خرق قواعد القانون من طرف المجموعة الخاصة. فوظيفته هي أقرب ما تكون لمحكمة نقض كما هو معروف في بعض النظم القانونية الوطنية كالنظام الفرنسي.

فيحق لنا التساؤل عن النظام الجديد لهيئة الاستئناف المستحدثة لدى آلية فض النزاعات بالمنظمة العالمية للتجارة بمقتضى اتفاقات مراكش، وعن الملامح الجديدة التي تميزه عن آليات القضاء الدولي المعاصر إجرائيا ووظيفيا.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لهيئة الاستئناف لدى آلية فض النزاعات بالمنظمة

المطلب 01:

عرض هيئة الاستئناف

تكفل هيكل فض النزاعات على مستوى المنظمة بوضع هيئة للاستئناف، وهي مُشكّلة من سبعة أعضاء، ثلاثة منهم يشكلون قسما بمناسبة كل قضية، وعلى خلاف المجموعات الخاصة، فإن هيئة الاستئناف هي هيكل دائم⁽²⁾، مدة عضوية الأعضاء هي أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

إن تشكيلة هيئة الاستئناف ينبغي أن تعكس تمثيل مجمل أعضاء المنظمة، وأن تضم أشخاصا من غير ذوي الارتباط بإدارتهم الوطنية، ذوي سمعة معترف بها، وعلى دراية بالقانون والتجارة الدولية، والمسائل المرتبطة بالاتفاقات الناتجة عن العقد النهائي لمراكش. تعد الاستقلالية والكفاءة المشهود بهما المعيارين الرئيسيين في تعيين أعضاء هيئة الاستئناف.

يقتصر اختصاص هيئة الاستئناف حصريا على المسائل القانونية الواردة في تقرير المجموعة الخاصة، وعلى التفسيرات المقدمة من هاته الأخيرة والتي يثيرها أطراف النزاع. ومن هنا تنتج خاصيتان للاستئناف: معاينة الوقائع المرتبطة بموضوع النزاع، وأطروحات الأطراف بهذا الشأن الواردة في تقرير المجموعة الخاصة الأولى، فحصها⁽³⁾. ثم إن هيئة الاستئناف على غرار المجموعات الخاصة يمكنها إثارة أية مسألة أو ادعاء قانوني لم يثره الأطراف، غير أنه لا يمكنها مناقشة أو الإجابة عن مسألة لم ترد في مهمتها، وهكذا فإنه في قضية شركات المبيعات الأجنبية، وضحت هيئة الاستئناف ما يلي: "إن فحص المسائل الموضوعية المثارة بهذا الادعاء الخاص (المقدم من الولايات المتحدة حول طبيعة تديبير FSC)، يتجاوز إطار المهمة كما تنص عليه المادة 17(6) من مذكرة الاتفاق، ذلك أن هذا الادعاء لا يتعلق بمسألة قانونية واردة في تقرير المجموعة الخاصة، ولا بتفسيرات قانونية مقدمة من هاته الأخيرة. فلم يطلب منذ البداية من المجموعة الخاصة أن تنظر في المسائل المثارة بشأن الادعاء الجديد للولايات المتحدة. فهذا الادعاء المقدم حاليا أمامنا سيجبرنا على فحص مسائل قانونية مغايرة تماما لتلك التي كلفت بها المجموعة الخاصة، وقد يتطلب عناصر إثبات متعلقة بوقائع جديدة"⁽⁴⁾.

2- المرجع السابق، المادة 17 (1).

3- انظر قضية منتوجات الألبان، الفقرة 92.

4- انظر قضية الولايات المتحدة - FSC (شكوى المجموعات الأوربية) 2000، المنظمة العالمية للتجارة (تقرير هيئة الاستئناف).

أكثر من ذلك فإن هيئة الاستئناف عندما تلغي معاينةً لمجموعة خاصة حول نقط قانونية، فإنها تتمتع بسلطة فحص نقطة قانونية، والفصل فيها، رغم عدم تطرق المجموعة الخاصة إليها صراحة، وذلك بغرض تكملة التحليل القانوني وفض النزاع بين الأطراف، ما دام من الممكن القيام بذلك بالاعتماد على معاينات وقائع من طرف المجموعة الخاصة و/أو وقائع غير متنازع فيها واردة في ملف المجموعة الخاصة⁽⁵⁾.

غير أن هذه الممارسة لهيئة الاستئناف تعرف بالضرورة حدوداً، تم توضيحها بدقة في قضية Amiante، التي أطاحت فيها هيئة الاستئناف بخلاصة المجموعة الخاصة التي كان مفادها عدم قابلية الاتفاق حول العوائق التقنية للتجارة (OTC) للتطبيق في هاته الحالة، ولكن هيئة الاستئناف لم تواصل التحليل على أساس هذا الاتفاق⁽⁶⁾، وتفسيراً لقرارها أثارته هيئة الاستئناف عدم فحص المجموعة الخاصة لهذا الاتفاق الذي لم يسبق تطبيقه من أية مجموعة خاصة. يبدو هذا الطرح غريباً ومتناقضاً مع مبدأ ازدواجية التقاضي، إذ إن فحص اتفاق جديد على مستوى الاستئناف لأول مرة، سيحرم الأطراف من إمكانية الاستئناف بخصوص هاته النقطة. غير أنه يمكننا فهم الإحراج الذي تواجهه هيئة الاستئناف في وضعية كهاته، فيبقى الهدف هو فض النزاع، ولذا فإنها قامت بفحص وجهين آخرين للاستئناف مؤسسين على المادتين 3 و20 من (الغات). فمع أنها قامت من جديد بإلغاء خلاصات المجموعة الخاصة على أساس المادة 3، فإنها بالمقابل أيدت الطابع المبرر للتدابير على أساس المادة 20 وهكذا فقد كرست هيئة الاستئناف مشروعية التدبير ولكن على أساس اتفاق ليس هو بالضرورة ذلك الذي قامت بفحصه المجموعة الخاصة (الغات)، وعلى أساس أحد أحكام هذا الاتفاق (المادة 20) والذي لم تقم المجموعة الخاصة بفحصه، بالنظر إلى خلاصة سابقة من هيئة الاستئناف تنص على أن المنتوجات المعنية ليست متشابهة. هذا النوع من الوضعيات يوضح الصعوبة الناجمة عن غياب الإحالة في نظام فض النزاعات على مستوى المنظمة.

عندما تدون خلاصات هيئة الاستئناف ينبغي تبنيتها من طرف هيئة فض النزاعات وقبولها دون شروط من أطراف النزاع، فرفض تقرير هيئة الاستئناف مثله مثل تقرير المجموعة الخاصة لا يمكن أن يحصل إلا بالإجماع السلبي في ظرف الثلاثين يوماً الموالية لتاريخ توزيعه على الأعضاء.

المطلب 02: الملامح الأساسية لهيئة الاستئناف

بالنظر إلى تشكيل وتعيين ومهمة أعضائها فإن هيئة الاستئناف تحيلنا إلى نموذج الهيئات القضائية الدولية الأخرى. فهي مشكلة من أشخاص "أثبتوا دراية بالقانون، وبالتجارة الدولية وبالمسائل المتعلقة بالاتفاقات المعنية عموماً"، يعينون على أساس شخصي وليسوا منتمين لحكومات. يعينهم هيكل فض النزاعات بالإجماع لفترة أربع سنوات، قابلة للتجديد مرة واحدة، مع التجديد على تمثيلهم لتشكيلة المنظمة، كما هو الحال في الهيئات الدولية المماثلة. وهكذا فإن الاستقلالية والحياد والكفاءة مضمونة. وهي شروط مسبقة نمطية وأساسية لأعضاء أي هيئة قضائية. زيادة على ذلك، العمل بها لا يتطلب التفرغ (وهي خاصية ليست نادرة في الهيئات القضائية الدولية)، بسبب قرينة أولية لحجم عمل محدود.

وبعض الخصائص متعلقة حصرياً بهيئة الاستئناف ولا نجدها في الهيئات القضائية الأخرى. فضلاً عن العهدة القصيرة غير الاعتيادية لأعضائها، فمن المثير للاستغراب وجود عدد صغير من الأعضاء (سبعة) بالمقارنة مع الكثرة النسبية للقضاة المشكلين لأغلبية الهيئات القضائية الدولية، رغم كون اختصاصهم أضيق وحجم عملهم أقل. وهذه التشكيلة تزيد من دور الأعضاء الذين يتقاسمون مسؤولية القرارات، مع كون الجماعية في الوقت نفسه مضمونة: ثلاثة أعضاء مختارين بالقرعة دورياً، يشكلون القسم الذي يدرس قضية ما، ولكن يتم تبادل الآراء بين كل الأعضاء قبل اتخاذ أي قرار استئناف نهائي. وهناك خاصية مهمة تكمن في كون جنسية أعضاء هيئة الاستئناف لا تؤخذ بعين الاعتبار في تشكيل كل قسم، ولا تأخذ أيضاً في الحسبان من هو العضو طرف النزاع.

5- انظر قضية استراليا - تدابير تخص استيراد السلمون (شكوى كندا) 1998، المنظمة العالمية للتجارة (تقرير هيئة الاستئناف).

6- قضية CE-Amiante، تقرير هيئة الاستئناف.

تتمتع هيئة الاستئناف أيضا بحرية كاملة في تقدير القانون، لأنه يمكنها تأييد أو تعديل أو إلغاء المعايينات والخلاصات القانونية للمجموعة الخاصة⁽⁷⁾. إن هذه الوضعية من شأنها أن تثير إشكالا في إطار الطعون دون وجود خرق، عندما تؤدي تدابير مشروعة إلى إحداث ضرر، فأمام شكوى دون وجود خرق تكون توصيات و خلاصات المجموعات الخاصة غير متعلقة بحقوق أو التزامات قانونية، ولكن تكون مؤسسة على اعتبارات الإنصاف والملاءمة، وهي اعتبارات من الصعب أن تكون محلا لاستئناف منحصر في الجانب القانوني فقط.

تؤخذ قرارات هيئة الاستئناف بالإجماع⁽⁸⁾، غير أنه في حالة استحالة الوصول إلى قرار بالإجماع، يؤخذ القرار بأغلبية الأصوات. وفي كل الأحوال يمكن لأعضاء هيئة الاستئناف مثلهم مثل أعضاء المجموعات الخاصة أن يُبدوا آراء خاصة أو منفصلة بشرط أن تبقى غير إسمية كما تنص على ذلك المادة 17 (11) من مذكرة الاتفاق.

وعلى عكس الهيئات القضائية الأخرى العاملة ضمن منظمات دولية، فلا يوجد فصل لوجستيكي بين المنظمة وهيئة الاستئناف، فهم متواجدون في المبنى نفسه. وفي حين تستفيد المجموعات الخاصة من الدعم القانوني والإداري لقسم الشؤون القانونية بأمانة المنظمة، فإن هيئة الاستئناف تضم طاقمها الخاص، المتميز عن باقي أمانة المنظمة. فالاستقلالية الوظيفية بالنسبة للمنظمة مضمونة إذن على مستوى الاستئناف.

المبحث الثاني

عمل هيئة الاستئناف لآلية فض النزاعات بالمنظمة

المطلب 01:

سير إجراءات الاستئناف

يتبع سير هيئة الاستئناف إجراءات عمل تحددها بنفسها طبقا لمقتضيات المادة 17 (9) من مذكرة الاتفاق: "تقوم هيئة الاستئناف بالتشاور مع رئيس هيئة فض النزاعات والمدير العام بوضع إجراءات عمل يتم تبليغها للأعضاء على سبيل الإعلام" ولقد تم تبني هذه القواعد لأول مرة في 15 فبراير 1996، وتم تعديلها بعد ذلك لأكثر من مرة، وعلى ضوء هذه النصوص والمواد 17 (10) و 17 (11) نلاحظ بأن خصائصها هي نفسها المطبقة أمام المجموعات الخاصة؛ فالإجراءات مؤطرة بأجال صارمة، وهي تحترم مبدأ الجاهية والسرية. فلا يمكن أن تتجاوز الإجراءات ستين يوما، إلا في حالة ظروف استثنائية ينجم عنها تمديد الإجراءات لمدة ثلاثين يوما.

يمكن لأطراف النزاع وحدها تقديم طلب استئناف بما في ذلك الطرف الرابع على مستوى الدرجة الأولى. ففي قضية الولايات المتحدة -أقمصة ومآزر، فإن الهند التي ربحت الدعوى أمام المجموعة الخاصة قامت بإجراء استئناف بشأن ثلاثة مسائل مبدئية. وبالمقابل فإن الأطراف من الغير والأعضاء الآخرين للمنظمة ليست لهم هذه الإمكانية⁽⁹⁾.

يتم تسجيل الاستئناف بتبليغ مكتوب لهيكل فض النزاعات وتقديم تصريح استئناف متزامن بأمانة هيئة الاستئناف. يمكن طرح الاستئناف ابتداء من يوم توزيع تقرير المجموعة الخاصة ولكن على الأكثر قبل تبني تقرير المجموعة الخاصة من هيكل فض النزاعات، الذي يجب أن يتم خلال الستين يوما بعد توزيع التقرير. ولكي يكون المستأنف عليه على علم ولو باختصار، بـ "طبيعة الاستئناف" وبـ "ادعاءات الأخطاء" للمجموعة الخاصة، ويتمكن من ممارسة حقه في الدفاع بفعالية في إطار إجراء نظامي، يجب أن يتضمن تصريح الاستئناف على الخصوص "عرضا مختصرا لطبيعة الاستئناف بما في ذلك ادعاءات الأخطاء في المسائل القانونية المشمولة في تقرير

7- مذكرة الاتفاق، نقطة 7 من المادة 17(13).

8- المنظمة العالمية للتجارة، إجراءات العمل لفحص الاستئناف، 2005، المادة (2)3.

9- الأطراف من الغير الذين يقومون بإعلام هيكل فض النزاعات أن لهم مصلحة جوهرية في قضية طبقا للفقرة 2 من المادة 10 يمكنهم تقديم مذكرات كتابية لهيئة الاستئناف ولديهم إمكانية سماعهم من طرفها (المادة 17 النقطة 4 من مذكرة الاتفاق).

المجموعة الخاصة والتفسيرات القانونية المعطاة لها⁽¹⁰⁾. وفي مرات عديدة قامت هيئة الاستئناف بفحص الطابع الكافي لتصريح الاستئناف، مستوحية من التفسير المعطى للمادة 6 النقطة 2 المتعلقة بطلب إنشاء المجموعة الخاصة⁽¹¹⁾، وبهذه المناسبة تم تقرير أن الادعاءات المشككة في الاستئناف، بمقتضى المادة 11 من مذكرة الاستئناف، المتعلقة بمناقشة تحليل المجموعة الخاصة بحكم موضوعي من اتفاق المنظمة تؤخذ على حدة بالنسبة لادعاءات بأخطاء قانونية مرتكبة من المجموعة الخاصة⁽¹²⁾ وتشكل ادعاءات بأخطاء متميزة ينبغي إدراجها في تصريح استئناف. ويبقى أن ادعاءات الأخطاء غير المذكورة في تصريح الاستئناف لا تكون بطبيعة الحال موضوعا للفحص.

وفي أجل الأيام العشرة الموالية لإيداع تصريح الاستئناف، يجب على المستأنف أن يودع لدى أمانة هيئة الاستئناف مذكرة مكتوبة. يجب أن تحتوي هذه المذكرة المكتوبة على عرض محدد لأسباب الاستئناف، بما في ذلك الادعاءات الخاصة بأخطاء في مسائل قانونية مشمولة بتقرير المجموعة الخاصة، والتفسيرات القانونية المعطاة لها من هذه الأخيرة، وكذلك الحجج القانونية لدعم هذا الطعن⁽¹³⁾ وفي أجل خمسة عشر يوما بعد تاريخ إيداع تصريح الاستئناف، يمكن لطرف في النزاع غير المستأنف الأولي أن ينضم لهذا الاستئناف أو يشكل استئنافا على أساس أخطاء مدعى بها في مسائل قانونية مشمولة بتقرير المجموعة الخاصة، والتفسيرات القانونية المعطاة لها من هذه الأخيرة⁽¹⁴⁾، وإجراء الاستئناف المعاكس هذا يستعمل كثيرا في الممارسة.

وكل طرف في النزاع يود الإجابة على الادعاءات المشككة في مذكرة المستأنف؛ يمكنه في أجل الأيام الخمسة والعشرين الموالية لإيداع تصريح الاستئناف، أن يودع لدى أمانة هيئة الاستئناف مذكرة كتابية. يجب أن تتضمن هذه المذكرة عرضا محددًا لأسباب الاعتراض على الادعاءات الخاصة بالأخطاء المشككة في مذكرة المستأنف⁽¹⁵⁾. وفي أجل الأيام الخمسة والعشرين الموالية لتاريخ إيداع تصريح الاستئناف، يمكن لكل طرف من الغير أن يودع مذكرة مكتوبة تشير إلى نيته في المشاركة في الاستئناف، كمساهم من الغير ومتضمنة لأسباب تدعم موقفه⁽¹⁶⁾. ولزيادة إمكانيات مشاركة أطراف من الغير في الجلسات، فإن نسخة معدلة ومدعمة من إجراءات العمل الخاصة بالاستئناف دخلت حيز النفاذ في أول ماي 2003، تعفي الأطراف من الغير من تقديم مذكرة كتابية، بشرط تبليغ مسبق، وفي نفس أجل الأيام الخمسة والعشرين لنهايتها في حضور الجلسة وتقديم تصريح شفهي. ودائما بطلب من طرف من الغير، يمكن أن يمنح هذا المركز القانوني كـ "ملاحظ سلبي" بعد انقضاء أجل خمسة وعشرين يوما، ولكن إمكانية مشاركته الشفوية تعود لقرار تقديري من قسم الاستئناف.

يعقد قسم هيئة الاستئناف المسؤول عن القضية جلسة، كقاعدة عامة، ثلاثين يوما بعد تاريخ إيداع تصريح الاستئناف. وأثناء الاستماع يقدم المشاركون والمشاركون من الغير شفويا حججهم، ويعرضون وجهات نظرهم ويوضحون مواقفهم أمام ثلاثة أعضاء من هيئة الاستئناف. ويكون السماع أيضا فرصة لأعضاء هيئة الاستئناف لطرح أسئلة على المشاركين والمشاركين من الغير بغرض حصر أحسن لحججهم. وفي الممارسة، فإن جزءا من السماع يكرس في جلسة الأسئلة هاته. ويدوم السماع أمام هيئة الاستئناف عادة يوما أو يومين، ولكن بعض القضايا كقضية الموز تطلبت ثلاثة أيام.

تتم معالجة المذكرات الكتابية المقدمة لهيئة الاستئناف بالسرية، ولكنها تكون في متناول المشاركين والمشاركين من الغير في النزاع. ورغم ذلك فلا يوجد ما يمنع مشاركا من إعلام الجمهور لمواقفه الخاصة. ينبغي على الأطراف معاملة المعلومات المحالة من عضو آخر إلى هيئة الاستئناف والتي يعتبرها سرية، كذلك. وتكون أعمال ومداوات هيئة الاستئناف أيضا سرية. ويتم تحرير تقارير هيئة الاستئناف دون حضور أطراف النزاع وعلى

10- قاعدة 29 (2 د) من إجراءات الاستئناف.

11- قضية الولايات المتحدة-بعض المنتوجات الواردة من المجموعات الأوربية، تقرير هيئة الاستئناف، الفقرة 62.

12- المرجع السابق، الفقرة 74.

13- القاعدة 21 من إجراءات الاستئناف.

14- القاعدة 23 من إجراءات الاستئناف.

15- القاعدة 22 من إجراءات الاستئناف.

16- القاعدة 24 من إجراءات الاستئناف.

ضوء المعلومات والتصريحات المقدمة⁽¹⁷⁾. وكل اتصال خارج نطاق الإجراء بين طرف أو ممثله وبين أعضاء القسم ممنوع منعاً باتاً⁽¹⁸⁾.

ونصت القاعدة 3 من إجراءات الاستئناف صراحة أن على أعضاء القسم ألا يدخروا جهداً في اتخاذ قراراتهم بالإجماع. وإذا تعذر ذلك فإن القرار يجب اتخاذه بأغلبية الأصوات. وتكون الآراء المعبر عنها من أعضاء هيئة الاستئناف في تقاريرهم مغلقة⁽¹⁹⁾.

إن الأجل الممنوح لمسار الاستئناف هو جد قصير. فالقاعدة العامة أن مدة الإجراء بين تاريخ تبليغ طرف في النزاع شكلياً لقراره لإجراء استئناف، وتاريخ توزيع هيئة الاستئناف لتقريرها لا يتجاوز ستين يوماً. وعندما تقدر هيئة الاستئناف أنه لا يمكنها تقديم تقريرها في ستين يوماً يجب أن تُعلم كتابياً هيكل فض النزاعات عن أسباب هذا التأخير وأن تشير إلى التاريخ المحتمل الذي يمكنها تقديمه فيه. وفي كل الأحوال لا ينبغي أن يتجاوز الإجراء تسعين يوماً⁽²⁰⁾. وباستثناء حالات نادرة إلى يومنا هذا، فإن التقارير توزع على الأعضاء في الوقت المحدد. ففي قضية المجموعات الأوروبية-هرمونات، قامت هيئة الاستئناف بعد استشارة أطراف النزاع بإعلام هيكل فض النزاعات، بأنه لا يمكنها توزيع التقرير في الأجل المحددة بسبب الطبيعة الاستثنائية لهذه القضية والوقت الضروري للترجمة. وخلال الثلاثين يوماً الموالية لتوزيع التقرير على أعضاء المنظمة ينبغي تبني هذه التقارير من طرف هيئة فض النزاعات وقبولها دون شروط من أعضاء النزاع، إلا إذا قرر هيكل فض النزاعات خلاف ذلك بالإجماع⁽²¹⁾. ولا يتنافى إجراء التنبئ هذا مع حق الأعضاء في إبداء آرائهم بشأن تقرير لهيئة الاستئناف، وهو ما يقع غالباً. ويؤدي تبني تقارير هيئة الاستئناف إلى وضعها حيز التنفيذ.

المطلب 02:

خصوصيات عمل هيئة الاستئناف

فضلاً عن وجاهية الإجراء والمناقشات، وضوابط المحاكمة العادلة - التي تميز عمل هيئة الاستئناف - وهي خصائص مماثلة لكل هيئة قضائية دولية، من المفيد التذكير ببعض المميزات لهذه الإجراءات خاصة. فالسرعة القصوى للإجراء أمام هيئة الاستئناف (مدة ستون (60) يوماً التي يمكن تمديدتها إلى تسعين (90) يوماً) تفرض قيوداً عديدة، كأجل مبدئية قصيرة لفحص مذكرات الأطراف، وجلسة وحيدة وهامش ضيق للدفع الإجرائية. على عكس الممارسة السائدة في الهيئات القضائية الدولية، فإن الإجراءات أمام هيئة الاستئناف - على غرار المجموعات الخاصة-سرية: فالمذكرات والوثائق ومحاضر السماع ليست علنية، رغم نضال بعض الدول للمزيد من الشفافية. فالإعلان لا يبدو شرطاً أساسياً في مادة القضاء الدولي؛ إن السرية في الحقيقة من مبادئ التحكيم. وهذه الخصوصية نابعة من الأصل الدبلوماسي - التحكيمي لنظام فض النزاعات بالغات؛ ويترجم في الطابع غير الرسمي نسبياً في جلسات الاستماع، مع الاحترام الكامل لشروط المحاكمة العادلة.

تشمل القرارات المسار الزمني للقضية، وموضوع النزاع وحجج الأطراف، كما تتضمن التحليل المفصل. وفي قضية من أولى القضايا، عالجت هيئة الاستئناف مسألة مثيرة للجدل، بالسماح للمحامين الخواص لتمثيل الحكومات والمرافعة باسمها⁽²²⁾. وأصبحت من ذلك الحين ممارسة عادية. كذلك أصبح "تساوي الأسلحة" ممكناً في ممارسة حقوق الدفاع، خصوصاً بالنسبة للدول الأقل حيازة للموارد القانونية الداخلية. وفضلاً عن ذلك، فإن البلدان النامية يمكنها الاستفادة في مادة فض النزاعات بالمنظمة من خدمات المركز الاستشاري، المنشأ سنة 1999 كمنظمة

17- انظر المادة 17، النقطة 10 من مذكرة الاتفاق.

18- انظر المادة 18 من مذكرة الاتفاق والقاعدة 19 من إجراءات الاستئناف.

19- انظر المادة 17، النقطة 11 من مذكرة الاتفاق.

20- انظر المادة 17، النقطة 5 من مذكرة الاتفاق.

21- انظر المادة 17، النقطة 14 من مذكرة الاتفاق.

22- قضية المجموعات الأوروبية-موز، تقرير هيئة الاستئناف، ص 5.

مستقلة عن المنظمة، وممولة من مساهمات متطوعين.

وتتميز الإجراءات بمزاوجة أصيلة بين ثنائية الأطراف وتعددية الأطراف. فأطراف النزاع هم أعضاء بالمنظمة. أي من جهة، الدولة أو الدول التي تدعي كشاكية وجود خرق للالتزام أو المساس بقاعدة ألحقت آثارا سلبية بمصالحها بمقتضى أحد الاتفاقات المعنية. ومن جهة أخرى الدولة المدعى عليها التي يعتبر سلوكها أو تدابيرها محل طعن، لكونها خرقت القواعد والالتزامات. وكل عضو بالمنظمة يعتبر أنه له مصلحة في فض النزاع يمكنه المشاركة في الإجراء شرط انضمامه منذ مرحلة المجموعة الخاصة. وحقوق الأطراف من الغير هي حقيقة محدودة، لكن يمكنها عرض حججها القانونية بشكل كامل. وتبرير ذلك يكمن في كون كل قرار يمكنه التأثير بشأن تفسير وتطبيق أحكام الاتفاقات المعنية تجاه كل الأعضاء. ويمكن مقارنة دور تدخل الأطراف من الغير بالدور الذي تلعبه الدول أعضاء المجموعات الأوربية غير الأطراف في نزاع ما، عندما تتدخل أمام محكمة عدل (لوكسمبورغ)، ولتدخل الأطراف من الغير أمام محكمة العدل الدولية حيث تعتبر المصلحة المباشرة في حل النزاع شرطا مسبقا.

إن الوظيفة الممنوحة لهيئة الاستئناف -على غرار المجموعات الخاصة - هي بلا شك القضاء. فمهمتها هي فض النزاعات بين أعضاء المنظمة لتقدير مطابقة التدابير، أو بصفة أعم سلوك المدعى عليه، الذي يدعي الشاكي بأنه يشكل خرقا للالتزام قانوني ناجم عن اتفاق. والقيام بهذه المهمة يقتضي تقييما موضوعيا للوقائع (مخصصا للمجموعات الخاصة)، ينبغي تأسيسه على القانون الدولي. وبعبارة أخرى، فموضوع النزاع هو ادعاء عضو أن عضوا آخر لا تتطابق تدابيرها مع الالتزام بموجب اتفاقات المنظمة، أي أن خرقا لقاعدة من القانون الدولي وقع أم لا. فالإجراء يعالج إذن مسائل شرعية دولية (نزاع الشرعية) ولا يهدف إلى تقييم ولا إلى تعويض أي ضرر (كما هو الحال في التحكيم بشأن الاستثمار أمام CIRDI). ويحل بوساطة - ما يمكن اعتباره - حكما إعلانيا نموذجيا للهيئات القضائية الدولية، الذي يحدد من هو الطرف الذي على صواب، والطرف الذي على خطأ. والإشارة الصريحة إلى مرجعية القواعد العرفية للتفسير في القانون الدولي العام، في المادة 3 النقطة 2 من مذكرة الاتفاق، هي أساسية في هذا الصدد: فيفضلها يمكن تكييف هيئة الاستئناف بـ "محكمة تنشئ اجتهادا قضائيا" في النظام الدولي وبذلك، فإن الهيئات القضائية الدولية تعتبرها كذلك، أي كمصادر احتياطية للقانون الدولي بمفهوم المادة 83 النقطة 1 (د) من نظام محكمة العدل الدولية.

ولقد قدمت هيئة الاستئناف الكثير لمبادئ تفسير المعاهدات، لا سيما بتوضيحها للفرق بين السياق، الممارسة اللاحقة، والأعمال التحضيرية لمعاهدة وظروف إبرامها، طبقا للمادتين 31 و32 من اتفاقية (فيينا). ومقاربة هيئة الاستئناف بشأن التفسير تختلف عن تلك المتبعة من كثير من الهيئات القضائية الدولية، بالاهتمام البالغ الممنوح لمصطلحات المعاهدة، وباللجوء المنهجي والصريح لقواعد التفسير المتضمنة في المادتين 31 و32 من اتفاقية (فيينا)، كما يشهد عليه الإلحاح بشأن التفسير النصي والسياقي. وهذه المقاربة المنهجية لم تسلم من النقد كونها ضيقة بشكل كبير. ويمكن تفسير حذر هيئة الاستئناف، وتردها في الخوض في تفسيرات جديدة أو غائبة، جزئيا بالطابع الاجباري والحصري لاختصاصها القضائي.

خاتمة:

إن هذه الملامح الجديدة والكبرى لنظام فض النزاعات بالمنظمة، هي غير مألوفة بالنسبة للكثير من المنظمات والأنظمة الدولية الأخرى -إن لم نقل لها كلها- فالحذر والتحديد الذاتي من هيئة الاستئناف في استعمال مختلف قواعد التفسير للالتزامات الأعضاء تبدو مبررة، بالنظر إلى الاختصاص الإجباري والحصري لها. إن النطاق الواسع لتطبيق الاتفاقات التجارية متعددة الأطراف، وأهمية وتنوع الالتزامات التي تتضمنها، إضافة إلى مختلف المصالح التي تقود الدول لتصبح أعضاء في المنظمة، لا يمكنها سوى تعزيز الانشغال بشأن حيوية النظام، الذي هو في "مصلحة كل الأعضاء"⁽²³⁾. إن الغموض الناتج عن الحلول الوسطى المتبناة أثناء المفاوضات بشأن أحكام عديدة -وليس فقط بشأن نقاط تفصيلية- والتفسيرات الوجيهة المعروضة من أطراف النزاع أمام هيئة الاستئناف، تبين أن الإجماع الحقيقي حول الأحكام الأساسية هو بلا شك أضعف مما يمكننا اعتقاده لأول وهلة. فضلا عن ذلك فإن مذكرة الاتفاق لا تسمح لهيئة الاستئناف -على غرار المجموعات الخاصة- بالامتناع عن الفصل في قضايا كهاته،

23- انظر مذكرة الاتفاق، المادة 12، النقطة 1.

باللجوء إلى نتيجة لعدم الوضوح، أو بإحالة المسألة أمام الهياكل السياسية بين-الحكومية⁽²⁴⁾. هذا السياق يضاعف من خطر كون حل القضية غير مرض، إذا لم تكن المنهجية التفسيرية لدعم القرار معتبرة صحيحة عموماً، ليس فقط من الأعضاء والمصالح التجارية الخاصة بها ولكن أيضاً من المجموعة القانونية. فنظر المشروعية الإجرائية والمنهجية للقرارات تلعب بصفة هامة في قبولها من طرف الأعضاء، بما فيها الطرف المدان.

إن تحديد مدى الالتزامات القانونية الناتج عن اتفاقات المنظمة، هو أيضاً مسألة حساسة من وجهة نظر عامة. فآلية فض النزاعات ليس لها نظير في القطاعات الأخرى للقانون والعلاقات الدولية، والتي يمكن أن تثور معها تداخلات نزاعية (خصوصاً في ميدان حماية البيئة والمعايير الاجتماعية)، فالفرع القضائي للمنظمة يمكن أن يضطلع بوضع حدود اختصاص المنظمة فعلياً. كما يمكن لنظام فض النزاعات بالمنظمة تحديد خط فصل آخر حساس بين الالتزامات متعددة الأطراف المرتبطة بالتجارة وبين الاختصاص الذي يرجع للدول الأعضاء في التنظيم الحر للاحتياجات والمصالح على المستوى الوطني أي الاختصاص المعياري الوطني.

إن الدور المهم جداً الذي حازته هيئة الاستئناف في تفسير الاتفاقات - والذي يتباين مع الندرة الشديدة للتفسيرات الشكلية من طرف الأعضاء في إطار المجلس العام، كما تنص على ذلك المادة 9 من اتفاق مراكش - يدعو للتساؤل حول درجة استقلالية نظام فض النزاعات خصوصاً عن طريق هيئة الاستئناف التي على عكس المجموعات الخاصة هي هيكل دائم في المنظمة. فأتساءل السنوات الأولى لوجودها سرّح اجتهاد هيئة الاستئناف، من إرساء سلطتها، ومن خلال هذه السلطة المتنامية التي فرضتها وتيرة النشاط والطابع الآلي تقريباً لاتخاذ القرار، أدرك أعضاء المنظمة سريعاً أهمية الهيكل الجديد الذي أنشؤوه. فغياب التدخل السياسي هو أحد ضمانات استقلالية ونزاهة آلية فض النزاعات. ولكنه ليس موجوداً بصفة مستقلة عن المنظمة في مجملها وعن هياكلها السياسية. فدور المجموعات الخاصة وهيئة الاستئناف هو في الأساس مساعدة هيكل فض النزاعات في اتخاذ القرار.

يندرج هذا الدور إذن من وجهة شكلية ومؤسسية في الاستمرارية والتبعية المبدئية للهياكل السياسية. رغم كون مآل النزاعات لا يخضع للرقابة السياسية لهذه الهياكل التي لا يتم اللجوء إليها إلا لتكريس حلّ تم التوصل إليه تقريباً. فمن الناحية النظرية يمكن للأعضاء أن يرفضوا جماعياً تقريراً معيناً أو تبني تفسير للاتفاقات يسمو على أي تفسير للاجتهاد القضائي يبدو غير مناسب للأعضاء. أما في الواقع فإن صعوبة الحصول على إجماع لمجمل الأعضاء حول نص من هذا النوع، واستهجان اللجوء إلى التصويت، حتى وإن كان ذلك ممكناً نظرياً، من شأنها تقليص إمكانيات تبني تفسيرات كهذه. وبالمقابل فإن سلطة الواقع لحلول الاجتهاد القضائي تتزايد. وفي بعض القضايا، فإن وزن الاجتهاد القضائي قد أثر لدرجة أن بعض الأعضاء لم يترددوا في إظهار انشغالهم العميق رسمياً تجاه تقارير هيئة الاستئناف التي لم تكن معايناتها بالنسبة لهم مؤسسة على نصوص سارية المفعول، أو تشكل حالة تعسف في استعمال السلطة. وفي الحقيقة فإنه من المبالغ فيه إسناد مسؤولية هذه الوضعية لهيئات فض النزاع وحدها. فتعقيد وحداثة اتفاقات المنظمة، وعدم انسجام بعض القواعد المعروضة للتفسير وعديد الثغرات في مذكرة الاتفاق، تفسر: أن هياكل فض النزاعات وجدت نفسها مجبرة على سد هذه النقائص النصية لتسهيل فض عادل وسريع وفعلي للنزاعات المعروضة أمامها.

ودون الخوض في مسألة حدود نظام فض النزاعات بالمنظمة، فإنه مما لا يجب إنكاره أنه كان يمكن نقادي جانب من الجدل، لو أن الهياكل السياسية للمنظمة قامت بممارسة صلاحيتها العامة في تبني تفسيرات لاتفاقات المنظمة وتعديل مذكرة الاتفاق، ولو أن الأعضاء لم يتسرعوا في اللجوء إلى نظام فض النزاعات في انتظار ما كانت ستسفر عنه المفاوضات بشأن تفسير بعض القواعد⁽²⁵⁾.

24- انظر مذكرة الاتفاق، المادة 17، النقطة 12.

25- J.MC. SMITH, « WTO Dispute settlement: the politics of procedures in a Platte body rulings », WTR, 2003, .V 2 N°1, p.65



