آكت لحـــل النزاعـــات
Conflict Resolution

مجلة التحكيم

العدد الأول, 2020

آكت لحـــل النزاعـــات
Conflict Resolution

مجلة التحكيم

العدد الأول

مفهوم التحكيم	المحامي محمد هادية
الرقابة القضائية على طلب انهاء اجراءات التحكيم	المحامي فضل نجاجرة
جائحة كورونا ونزاعات عقود العمل والايجار في فلسطين	د. محمود دوديـن
مدى اعتبار وباء كورونا قوة قاهرة	د. يوسف محمد شندي
جائحة كورونا: ما بين « التوازن الاقتصادي للعقد» و « القوة الملزمة للعقد»	د. أحمد سويطي

أيلول، 2020

إشراف:

أ. محمد هادية

تصميم وإخراج فني:

سالم الصغيّر

© جميع الحقوق محفوظة لـ:
مؤسسة ACT لحل النزاعات.
القدس 2020-

لا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب، أو نقله على أي وجه، أو بأي حال، أو بأي طريقة إلا بموافقة مسبقة من مؤسسة ACT لحل النزاعات.

IsDB البنك الإسلامي للتنمية Islamic Development Bank

صندوق النقد العربي ARAB MONETARY FUND

UNDP Empowered lives. Resilient nations.

الفهرس

مفهوم التحكيم..... 1

ملخص 1

تعريف التحكيم..... 1

اتفاق التحكيم..... 2

ما يجوز وما لا يجوز الإتفاق على التحكيم فيه..... 2

الأثر المترتب على اتفاق التحكيم 3

صور اتفاق التحكيم 4

تشكيل هيئة التحكيم 5

التحكيم الحر (Ad hoc Arbitration)..... 6

التحكيم المؤسسي (Institutional Arbitration) 6

إجراءات التحكيم 7

حكم/قرار التحكيم..... 8

الأثر القانوني لحكم التحكيم 9

الرقابة القضائية على طلب انهاء اجراءات التحكيم..... 10

ملخص الورقة البحثية..... 10

الرقابة القضائية على طلب انهاء اجراءات التحكيم 12

جائحة كورونا ونزاعات عقود العمل والايجار في فلسطين..... 21

عقود العمل 21

عقود الايجار 24

مدى اعتبار وباء كورونا قوة قاهرة 28

المقدمة:..... 28

الخاتمة: 38

جائحة كورونا: ما بين « التوازن الاقتصادي للعقد» و « القوة الملزمة للعقد» 39

مفهوم التحكيم

المحامي محمد هادية
المدير التنفيذي لمؤسسة ACT لحل النزاعات

ملخص

تتضمن الورقة البحثية توضيحاً عاماً لمفهوم التحكيم والإطار التشريعي الذي ينظم العملية الإجرائية التي تمر بها مراحل التحكيم بالتركيز على إتفاق التحكيم وأهميته في التعبير عن الإرادة الحرة لأطراف العلاقة القانونية باختيار التحكيم وسيلة لحل النزاعات القائمة أو محتملة الوقوع، والأثر القانوني المترتب على اتفاق التحكيم، والصور التي يظهر عليها ضمن بنود اتفاق عقدي أو في صورة اتفاق مستقل، وتشكيل هيئة التحكيم، وعرض نبذة عن التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي، وتوضيح الفروق بينهما، مروراً بتقديم عرض موجز لإجراءات التحكيم، وصدور حكم التحكيم، والقيمة القانونية لحكم التحكيم وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني، وقانون التحكيم المطبق في مدينة القدس.

تعريف التحكيم

هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في النزاع الذي ثار بينهم بالفعل، أو الذي يحتمل أن يثور مستقبلاً، عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين، أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بياناً لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد الخاصة بهذه المراكز.[1] وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: « اتخاذ الخصمين شخصاً آخر برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما».[2] وعرفه قانون التحكيم الفلسطيني بأنه وسيلة

[1] د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1981، ص19 1

[2] المادة (1790) من مجلة الأحكام العدلية 2

لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه.[3]

اتفاق التحكيم

التحكيم لا يكون إلا باتفاق الأطراف، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن التحكيم مصدره الإتفاق.[4] فالأصل في التحكيم هو عرض النزاع على محكم من الغير يعين باختيار الأطراف أو بتفويض منهم أو على ضوء شروط يحددونها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالأة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الأطراف إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الأطراف إنفاذاً لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الإتفاق على خلافها، وذلك سواء أكان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، ذلك أن التحكيم مصدره الإتفاق، إذ يحدد أطرافه – وفقاً لأحكامه- نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهم، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهم، وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، وهم يستمدون من اتفاقهم على التحكيم، التزامهم بالنزول على القرار الصادر فيه، وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه. فإذا لم يكن القرار الصادر في نزاع معين بين طرفين، منهياً للخصومة بينهما، أو كان عارياً من القوة الإلزامية، أو كان إنفاذه رهن وسائل غير قضائية، فإن القرار لا يكون عملاً تحكيمياً.[5]

ما يجوز وما لا يجوز الإتفاق على التحكيم فيه

يجوز التحكيم في جميع المسائل والنزاعات التي لم يرد نص قانوني يمنع أطراف النزاع من الإتفاق على التحكيم فيها. وقد نصت المادة 4 من قانون التحكيم الفلسطيني حصراً على عدم خضوع المسائل المتعلقة بالنظام العام، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً، والنزاعات المتعلقة

[3] المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 3
[4] القضية رقم 15/13 ق، جلسة 1994/2/17 4
[5] مقدمة في قانون التحكيم المصري رقم 1994/27، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى،1995، ص 21 5

بالأحوال الشخصية لأحكام قانون التحكيم. وجاءت المادة 2 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 39 لسنة 2004 مفصلة للمادة رقم 4 من القانون، معتبرة المسائل التي تتعلق بالنظام العام والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانونا مثل العقوبات والمنازعات المتعلقة بالجنسية، وكل ما هو متعلق بالأحوال الشخصية مثل الطلاق والنسب والإرث والنفقة، مستثنية من ذلك التحكيم تقديراً لنفقة واجبة أو تقديراً لمهر أو أية دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية.

الأثر المترتب على اتفاق التحكيم

يرتب إتفاق التحكيم نوعين من الأثر:

أثر إيجابي متعلق بأطراف النزاع، يتوجب عليهم بموجبه احترام تعهدهم بإحالة النزاع إلى التحكيم، إعمالاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز الرجوع عن اتفاق التحكيم إلا برضا الطرفين. وقد منحت المادة 11/ب من قانون التحكيم الفلسطيني الصلاحية للمحكمة بتعيين محكم في حال امتناع أطراف النزاع عن التعيين.

وأثر سلبي بموجبه تتوقف المحكمة عن نظر الخصومة القضائية في حالة تمسك أحد الخصوم بوجود اتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم. يتخلى القاضي عن إختصاصه لهيئة التحكيم. وهذا ما قضت به المادة 5 من قانون التحكيم المطبق في القدس، حيث منحت المحكمة صلاحية وقف الإجراءات القضائية في حالة تقديم دعوى أمام محكمة في نزاع جرى الإتفاق على إحالته إلى التحكيم، وتقدم الطرف الثاني بطلب وقف الدعوى لوجود اتفاق تحكيم.[6]

[6] المادة 5 من قانون التحكيم لسنة 1968

صور اتفاق التحكيم

بما أن التحكيم اتفاقي، فقد يتخذ هذا الإتفاق شكل شرط تحكيم مندمج في عقد قائم بين الطرفين المتنازعين، موقع ونافذ قبل ظهور النزاع، ومستقل في صحته عن العقد الذي يتضمنه، أو يأتي في شكل شرط مستقل لاحق بمناسبة ظهور نزاع قائم بالفعل بين طرفين، سواء أكان ناشئاً عن علاقة عقدية أو غير عقدية، ويسمى في هذه الحالة بإتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم. وهذا ما أكد عليه قانون التحكيم الفلسطيني في تعريفه لإتفاق التحكيم بأنه اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل.[7] والتي جاءت منسجمة مع المادة السابعة من لقانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985.[8]

الصورة الأولى: شرط التحكيم

والمقصود بهذه الصورة الشرط الوارد في مواد أو بنود عقد من العقود (على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقوود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعمليات البنوك والتأمين والنقل) يتضمن اللجوء إلى التحكيم لحسم نزاع قد ينشأ مستقبلاً بين اطراف العقد بخصوص تنفيذه أو تفسيره.

الصورة الثانية: اتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم

وهو الإتفاق الذي يبرمه أطراف نزاع قائم فعلاً بينهم بشكل منفصل عن العقد الأصلي أو بدون وجود عقد أصلي بهدف اللجوء إلى التحكيم لحل هذا النزاع القائم.

[7] المادة 1/5 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 6
[8] المادة 1/7 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 7

وبذلك، فإن الفرق بين الصورة الأولى والثانية أن الأولى تأتي في صورة عقد بين الأطراف سابق على ظهور النزاع، فيما تظهر الصورة الثانية بمناسبة ظهور النزاع. فيما تتفق الصورتان على توافق إرادتي الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم سواء السابق أو اللاحق على ظهور النزاع. وهو اتفاق يمنح هيئة التحكيم ولاية الفصل في النزاع دون القضاء الرسمي، ذلك ان التحكيم قضاء خاص نظم احكامه القانون.

تشكيل هيئة التحكيم

يتم تشكيل هيئة التحكيم عندما تكون إرادة الأطراف قد توافقت على منح الولاية في فصل النزاع القائم بينها لهيئة تحكيم من خلال وجود شرط أو اتفاق (مشارطة) التحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة 8 من قانون التحكيم الفلسطيني والتي جاء فيها أن هيئة التحكيم تشكل باتفاق الأطراف من محكم أو أكثر. وفي حالة اتفاق الأطراف على اكثر من محكم يقوم كل طرف باختيار محكماً، ويقوم المحكمون باختيار محكم مرجح، كما أن لهم الإتفاق على خلاف ذلك.[9] كما منحت المادة 11 من القانون للمحكمة المختصة وبناءً على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم صلاحية تعيين محكماً منفرداً أو محكماً مرجحاً في حالات حددتها حصراً تهدف إلى ضمان توفير حلول قضائية لأي مشكلة تواجه الأطراف أو هيئة التحكيم في تشكيل هيئة التحكيم. ومنها حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين محكم، أو عدم قيام أحد الأطراف بتعيين محكماً، أو عدم قبول المحكم بمهمة التحكيم خلال المدة القانونية...[10]. كما نظمت المادة 10 من القانون صلاحيات مؤسسات التحكيم في الحالات التي يكون اتفاق التحكيم قد عين مؤسسة تحكيم لفصل النزاع، بحيث تتم إجراءات التحكيم وفقاً لقواعدها بما في ذلك صلاحية تشكيل هيئة التحكيم.[11]

[9] المادة 8 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 8
[10] المادة 11 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 9
[11] المادة 10 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 10

بناءً على ذلك، فإن تشكيل هيئة التحكيم – التي تنطبق على الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر-[12] وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني ولأغلب قوانين التحكيم في العالم يأخذ إحدى صورتين: التحكيم الحر، والتحكيم المؤسسي.

التحكيم الحر (Ad hoc Arbitration)

والمقصود فيه إتفاق الأطراف على إسناد مهمة التحكيم في النزاع القائم أو المحتمل إلى هيئة تحكيم (محكم واحد او أكثر) لتتولى مهمة التحكيم في هذا النزاع من بدايته ولغاية إصدار حكم نهائي فيه، وينتهي دورها بانتهاء مهمتها. وهي الصورة التي نصت عليها المادة 8 من قانون التحكيم الفلسطيني، والمادة 15 من قانون التحكيم المصري، والمادة 10 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

التحكيم المؤسسي (Institutional Arbitration)

والمقصود فيه إتفاق الأطراف على إسناد مهمة التحكيم في النزاع القائم أو المحتمل إلى مؤسسة تحكيم دائمة مختصة في إدارة وتنظيم العمل التحكيمي، بما في ذلك وجود قواعد للتحكيم تنظم كافة إجراءات التحكيم، ووجود قوائم معتمدة للمحكمين، وموظفين إداريين، ومقر دائم. وقد نصت المادة 10 من قانون التحكيم الفلسطيني، والمادة 4 من قانون التحكيم المصري على التحكيم المؤسسي.

من الأمثلة على مراكز التحكيم الدولية، غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC)، وجمعية التحكيم الأمريكية (AAA)، والمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (ICSID). ومراكز التحكيم الإقليمية، مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، ومركز دبي للتحكيم التجاري الدولي.

[12] المادة 2/4 من قانون التحكيم المصري رقم رقم 27 لسنة 1994 11

أنشيء في فلسطين في السنوات الأخيرة عدد من مراكز التحكيم منها غرفة التحكيم الفلسطينية ومركزها مدينة رام الله، وغرفة التحكيم في مؤسسة ACT لحل النزاعات (مركز الفيصل للوساطة والتحكيم)، ومقره مدينة القدس.

إجراءات التحكيم

الإجراء هو العمل القانوني الذي يكون جزءً من الخصومة وتترتب عليه بصفة مباشرة آثار إجرائية. والمقصود بالأثر الإجرائي المباشر أن القانون يرتب عليه تأثير في الخصومة سواء بإعلان بدءها أو المشاركة في سيرها أو تعديلها أو إنهائها. ويكون العمل إجرائياً في قضايا التحكيم إذا كان الشخص الذي يقوم بالإجراء طرفاً في الدعوى التحكيمية (المحتكم أو المحتكم ضده أو طرف ثالث متدخل أو مُدخل في الدعوى). كما تعتبر أعمالاً إجرائية، الأعمال التي يقوم بها الخصوم ووكلائهم باعتبارها جزءً من الخصومة مثل توقيع أطراف النزاع على وثيقة المهمة أمام هيئة التحكيم، وتقديم طلب التحكيم، وأداء الشهادة والقيام بأعمال الخبرة بتكليف من هيئة التحكيم.

تبدأ إجـراءات التحكيم بتقديم طلب التحكيم، وطلب التحكيم هو العمل الإجرائي الذي تفتتح فيه خصومة التحكيم، وقد أشارت لذلك صراحة المادة 27 من قانون التحكيم المصري حيث جاء فيها: « تبدأ اجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه (المحتكم ضده) طلب التحكيم من المدعي (المحتكم) ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر. فيما لم يورد قانون التحكيم الفلسطيني نصاً صريحاً مشابهاً، إلا أن المادة 20 من القانون الخاصة بمباشرة هيئة التحكيم أعمالها نصت على: « تباشر هيئة التحكيم عملها فور إحالة النزاع إليها بعد قبولها مهمة التحكيم بين الأطراف». فيما حددت المادة 21 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بدء إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه (المحتكم ضده) طلباً بإحالة النزاع إلى التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.[13]

[13] المادة 21 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 12

يتضمن طلب التحكيم إسم المحكم الفرد في حالة وجود اتفاق مع المحتكم ضده على تعيينه، أو الإسم المعين من طرفه إذا كان عدد هيئة التحكيم ثلاثياً، أو الطلب من مؤسسة التحكيم تعيين محكماً في حالة كان التحكيم مؤسسياً، كما يتضمن طلباً موجهاً للمحتكم ضده بتعيين محكم من طرفه في الحالات التي تقاضي ذلك، إضافة إلى عرض عام لموضوع النزاع.

تباشر هيئة التحكيم النظر في النزاع فور تشكيلها، وبعد الإتفاق مع أطراف النزاع على القانون الموضوعي والإجرائي الواجب التطبيق، وتلتزم خلال نظر الخصومة التحكيمية بتطبيق هذه الإجراءات وإلا كان قرارها عرضة للطعن وفقاً للمادة 5/43 من قانون التحكيم الفلسطيني، أو للفسخ وفقاً للمادة 3/24 من قانون التحكيم المطبق في القدس.

حكم/قرار التحكيم

بعد انتهاء اجراءات التحكيم، واختتام أطراف النزاع كافة دفوعهم أمام هيئة التحكيم، يتوجب على هيئة التحكيم إصدار قرار بحجز القضية للحكم وفقاً للمادة 2/35 من قانون التحكيم الفلسطيني مراعية تطبيق القانون أو القواعد التي اتفق عليها الأطراف. ولهيئة التحكيم الفصل في النزاع استناداً لقواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون إذا كانت مفوضة بالصلح من قبل الأطراف. وهو ما نصت عليه المادة 36 من قانون التحكيم الفلسطيني، تقابلها المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري.

تصدر هيئة التحكيم حكمها ضمن المدة القانونية المتفق عليها[14] بالإجماع أو بأكثرية الآراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، أو بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية،[15] مشتملًا على ملخص لإتفاق التحكيم وأطرافه، وموضوعه، والبينات المستمعة والمبرزة، والطلبات، وأسباب القرار، ومنطوقه، وتاريخ ومكان صدوره وتوقيع هيئة

[14] المادة 1/38/ أ من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 13
[15] المادة 4/38 المرجع السابق 14

التحكيم، متضمناً كل ما يتعلق بالرسوم والمصاريف والأتعاب الناجمة عن التحكيم وكيفية دفعها.[16]

الأثر القانوني لحكم التحكيم

إذا انقضت مدة الطعن المنصوص عليها في المادة 44 من قانون التحكيم الفلسطيني، يقابلها المادة 21 من قانون التحكيم المطبق في القدس، دون الطعن في حكم التحكيم، تصدر المحكمة المختصة بناءً على طلب أحد الأطراف قراراً بتصديقه وإكسابه الصيغة التنفيذية، ويكون قرار المحكمة المختصة نهائياً، وينفذ بالطريقة التي تنفذ بها قرارات المحاكم.

[16] المادة 39 المرجع السابق 15

الرقابة القضائية على طلب انهاء اجراءات التحكيم

المحامي فضل نجاجرة

قاضي سابق، محكم فئة اولى وخبير تقدير الاضرار المعنوية

ملخص الورقة البحثية

تملك هيئة التحكيم المخولة بنظر النزاع المحال اليها الاختصاص الشامل في نظر والفصل في كافة الدفوع والطلبات المثارة من قبل الخصوم وفق ما نصت عليه المادة 16 من قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 والتي نصت على انه : (تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور التالية: 1- المسائل المتعلقة بالإختصاص. 2- المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم. 3- الطلبات المتعلقة برد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها. 4- الدفوع المتعلقة بالتحكيم المعروض أمامها) ، وهو ما يعرف : (بمبدا الاختصاص بالاختصاص) ، اي ان هيئة التحكيم تملك البت في كافة الدفوع والطلبات سواء كانت متعلقة بموضوع التحكيم او اتفاق التحكيم او اختصاص الهيئة او رد اعضاء الهيئة، ولكن الامر يدق لدى انتهاء مدة التحكيم دون صدور قرار الهيئة ، وهنا تكمن الاشكالية التي ستعالجها هذه الورقة:

- هل يسقط اتفاق التحكيم حكما بمجرد انتهاء مدة التحكيم المتفق عليها؟
- هل يقدم طلب انهاء اجراءات التحكيم لدى هيئة التحكيم ذاتها؟ وهل تملك الهيئة الفصل فيه؟
- هل يملك قضاء الدولة رقابة على هيئة التحكيم فيما يتعلق بانهاء الاجراءات؟وما هي حدود هذه الرقابة؟
- هل يخضع القرار الصادر في طلب انهاء اجراءات التحكيم لطرق الطعن المقررة قانونا في الاحكام؟

حاول الباحث الاجابة على هذه الاشكالية من خلال دراسة مواد واحكام قانون التحكيم النافذ رقم 3 لسنة 2000، وتتبع الاجتهادات الفقهية والقضائية في هذا الشان.

وتوصل الباحث الى ان المشرع الفلسطيني وعلى الرغم من منح هيئة التحكيم الاختصاص الشامل لنظر موضوع التحكيم والفصل في كافة الدفوع والطلبات المثارة امامها، الا ان المشرع منح القضاء النظامي او قضاء الدولة سلطة الرقابة على اعمال هيئة التحكيم في عدة مفاصل من مفاصل الدعوى التحكيمية.

ذلك ان ثمة امور عديدة في الدعوى التحكيمية لا بد من مباشرة القضاء النظامي دوره فيها، ولهذا منح المشرع الفلسطيني القضاء النظامي دورا فعالا في مساعدة هيئة التحكيم ودعمها في اداء مهمتها، وفي الرقابة على عملها بما يحقق الضمانات الاساسية في محاكمة عادلة وضمان التزام المحكمين بها، على ان الهدف من ذلك الدور الممنوح للقضاء في مجال التحكيم يتحدد وفقا للمرحلة التي تمر بها اجراءات التحكيم، فقبل بدء الاجراءات تنشد دور المعاونة، واثناء سير الخصومة تهدف الى ضمان صحة الاجراءات، وعند انتهاء المدد يكون الهدف ضمان فاعلية هيئة التحكيم واحترامها لسلطان ارادة الاطراف بانهاء النزاع ضمن المدة المتفق عليها، ومعاونتها لانهاء مهمتها اذا ما جوبهت هذه المهمة بسلطان الوقت، وبعد صدور الحكم يكون الهدف منها هو ضمان فاعلية الحكم ونفاذه ما دامت توافرت له عناصر الصحة او ابطاله اذا كان به ما يشوبه من عيوب او مبررات الغاء.

كما توصل الباحث الى ان الاختصاص في نظر طلب انهاء اجراءات التحكيم وطلب تمديد مدة التحكيم يعود للمحكمة المختصة وفقا لتعريفها في قانون التحكيم، وتمارس المحكمة اختصاصها بموجب طلب اصولي يقيد قلم المحكمة وينظر مرافعة ويخضع لتبادل اللوائح،وفقا لتتبع الاجراء العملي في المحاكم الفلسطينية، وان القرار الصادر في الطلب يقبل الطعن كما باقي الاحكام الصادرة عن المحاكم المختصة وفقا للقواعد العامة في الطعن بالاحكام الواردة في قانون اصول المحاكمات النافذ.

وفي النتيجة اوصى الباحث بضرورة اجراء التعديلات اللازمة على قانون التحكيم بما يضمن تعويض اطراف التحكيم عن اي ضرر قد يلحق بهم جراء اطالة امد التقاضي اذا كان ذلك عائدا لهيئة التحكيم، ونتج عن عدم تقيد الهيئة بالمدة المتفق عليها بين الفريقين.

اصبح اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض المناعات ضـرورة تقتضيها تعدد وتشعب النزاعات بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة، باعتباره نظام يرتاح اليه المتقاضون لما يحققه من مزايا تتمثل في سرعة الفصل في القضايا ويسر ومرونة الاجـراءات، ودرج كثير من المستثمرين الى اللجوء للتحكيم، ويكاد لا يخلو عقد من عقود الاستثمار على تنوعها من وجود شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، هذا اضافة الى التوجه المتزايد من قبل الاشخاص الطبيعيين والمعنويين للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة بينهم في شتى صنوف القضايا والعلاقات.

ويعتبر اتفاق التحكيم هو الركيزة الاساسية للتحكيم،[17] محددا لنزاع التحكيم ومبينا للشروط الواجب على هيئة التحكيم مراعاتها بما في ذلك شرط المدة الواجب انهاء الاجراءات خلالها، وقد اوجب المشرع ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، مما يترتب البطلان على التحكيم الجاري بناءا على اتفاق تحكيم شفوي، ذلك ان نظام التحكيم يعد نظاما مزدوجا، فهو عمل اتفاقي يستمد فيه المحكم سلطته من توافق ارادة طرفي العقد على اللجوء للتحكيم، وهو عمل قضائي لان المحكم يقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها القاضي وهي الترجيح بين دفاع الخصوم واصدار حكم فاصل في النزاع المعروض عليه [18].

واثناء مباشرة هيئة التحكيم نظر الدعوى التحكيمية، تختص هيئة التحكيم بالنظر والفصل في كل ما تفرع ونتج عنها، وذلك اعمالا لأحد أهم المبادئ الاساسية في التحكيم وهو مبدا (الاختصاص بالاختصاص)، ومفاده ان هيئة التحكيم هي التي تختص بالنظر والتقرير في كل ما يثار من اوجه دفاع ودفـوع في النزاع المعروض عليها، ويكون لهيئة التحكيم البت في كافة الدفوع المثارة امامها، حتى لو تعلقت بانعدام و/ او ببطلان اتفاق التحكيم، او بسقوطه، او في اي دفع من شانه رفع يد هيئة التحكيم، وقد ارست

[17] المادة 5 من قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000.
[18] أ.د. الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة دراسة علمية تاصيلية مقارنة، مجد االمؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص83.

محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ بحكم شهير ورد فيه: (كأي جهة قضائية، ولو كانت استثنائية، يدخل في سلطة المحكمين وواجبهم التحقق اذا كانوا – طبقا لنصوص اتفاق التحكيم الذي يتمسك به ذوي المصلحة – مختصين بالنظر في النزاع المطروح عليهم)[19].

وهذا ما انتهجه المشرع الفلسطيني في المادة 16 من قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 والتي نصت على انه: (تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور التالية:

- المسائل المتعلقة بالإختصاص.
- المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم.
- الطلبات المتعلقة برد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها.
- الدفوع المتعلقة بالتحكيم المعروض أمامها)[20].

وعلى الرغم من تزايد دور التحكيم، ومع الاخذ بعين الاعتبار قاعدة الاختصاص بالاختصاص، الا ان اعطاء هيئة التحكيم الاختصاص المطلق للبت في كافة الدفوع والطلبات المثارة من قبل الخصوم، خاصة فيما يتعلق بضرورات التزام هيئة التحكيم بمواعيد الفصل في النزاع المعروض عليها، وما قد ينتج عن ذلك من اطالة امد التقاضي والحاق الضرر بالخصوم، ويفقد التحكيم احدى اهم ميزاته وهي السرعة في الفصل في المنازعات، ولما كان التحكيم نظام قضائي خاص، يقوم على اتفاق التحكيم، وتتحدد مهمة المحكم بالطلبات التي اتفق الاطراف على احالتها للتحكيم،[21] وهذا ما انتهجه المشرع الفلسطيني في التكييف القانوني للتحكيم وفقا لما ورد في قانون التحكيم، من حيث اعتبار التحكيم يجمع بين فكرة العقد والقضاء،[22]

[19] نقض فرنسي –الدائرة التجارية –22فبراير1949- منشور على الصفحة 55 من مجلة التحكيم العربي –العدد 14 –يونيو2010.
[20] المادة 16 من قانون التحكيم الفلسطيني.
[21] د.يوسف محمد شندي، التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، الطبعة الثانية، جامعة بيرزيت ص118.
[22] اشجان فيصل داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم اثاره وطرق الطعن فيه ، دراسة مقارنة، دار

فيوجب احترام ارادة المتخاصمين من جهة ويفرض الرقابة القضائية على اعمال التحكيم من جهة اخرى، وعلى ذلك فان دور القضاء النظامي سوف يظل فعالا وضروريا لقيام التحكيم واستمراره والرقابة عليه، ذلك ان ثمة امور عديدة في الدعوى التحكيمية لا بد من مباشرة القضاء النظامي دوره فيها، مثل المسائل الاولية التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم كالطعن بالتزوير في ورقة قدمت لها (المادة 32) او جلب الشهود بواسطة المحكمة (المادة 28)، ويمتد اختصاص قضاء الدولة ليمارس دورا هاما وجوهريا في الرقابة على اعمال هيئة التحكيم والتدخل بتمديد المدة الممنوحة لها او انهاء الاجراءات لتوافر احد الاسباب الواردة في المادة 38 من القانون رقم 3 لسنة 2000، ويصل اختصاص القضاء النظامي ذروته في الرقابة على حكم التحكيم حين يفصل في صحة حكم التحكيم او بطلانه (المادة 43).

ولا يجوز من الناحية العملية والقانونية ان تخرج الدعوى التحكيمية بكليتها عن رقابة القضاء،[23] حتى وان تمتع الحكم الصادر فيها بالقوة الالزامية المستمدة من ارادة الاطـراف، بل ان وجـوب احترام هيئة التحكيم لارادة الاطراف توجب في بعض الحالات على المحكمة اعمال رقابتها، ومن ذلك حق الخصوم في اللجوء للمحكمة بطلب انهاء اجراءات التحكيم.

ولهذا جرت التشريعات في الدول المختلفة على منح القضاء دورا فعالا في مساعدة هيئة التحكيم ودعمها في اداء مهمتها، وفي الرقابة على عملها بما يحقق الضمانات الاساسية في محاكمة عادلة وضمان التزام المحكمين بها، على ان الهدف من ذلك الدور الممنوح للقضاء في مجال التحكيم يتحدد وفقا للمرحلة التي تمر بها اجراءات التحكيم، فقبل بدء الاجراءات تنشد دور المعاونة، واثناء سير الخصومة تهدف الى صحة الاجـراءات، وعند انتهاء المدد يكون الهدف ضمان فاعلية هيئة التحكيم واحترامها لسلطان ارادة الاطراف بانهاء النزاع ضمن المدة المتفق عليها، ومعاونتها لانهاء مهمتها اذا ما جوبهت هذه المهمة بسلطان الوقت، وبعد صدور الحكم يكون الهدف

الشامل للنشر والتوزيع، ص12.

[23] د.عادل محمد قورة ، دور القضاء في نظر المسائل المستعجلة في الدعوى التحكيمية –– مجلة التحكيم العربي –ع 14-يونيو2010 ، ص 35.

منها هو ضمان فاعلية الحكم ونفاذة ما دامت توافرت له عناصر الصحة او ابطاله اذا كان به ما يشوبهمن عيوب او مبررات الغاء.[24]

وفي هذا الصدد فقد نصت المادة 38 من قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 على: (1- أ- على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان. ب- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر. 2- إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (1) أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً لتحديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة.)

ذلك ان تقيد هيئة التحكيم بالفصل في الدعوى التحكيمية ضمن الموعد المحدد في اتفاق التحكيم، يعتبر الزاما بسلطان الارادة الصادر عن طرفي الاتفاق، وقد راعى المشرع اضطرار هيئة التحكيم في بعض الحالات الى الاستمرار في نظر الدعوى التحكيمية لضرورات الفصل فيها بعد انتهاء المدة المتفق عليها، واجاز لاي من طرفي التحكيم ان يتقدم بطلب للمحكمة المختصة وهي المحكمة التي كانت مختصة اصلا بنظر النزاع نوعيا ومكانيا[25]، من اجل تمديد المدة، و/او من اجل انهاء اجراءات التحكيم، وذلك ليتمكن الخصم من التحلل من التقييدات المفروضة عليه جراء قيام الخصومة التحكيمية وما يترتب على وجود هذه الخصومة من غل يد القضاء النظامي عن النظر في النزاع اعمالا لنص المادة السابعة من قانون التحكيم والتي تنص على : (1- إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الإتفاق على إحالته إلى التحكيم،

[24] صالح عبد الرحمن المنزلاوي، الرقابة القضائية على التحكيم، مجلة القضاة، السنة الحادية والثلاثين، سنة 1999، ص 47.
[25] المادة 1 من قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000.

فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم. 2- لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم والإستمرار فيه أو إصدار قرار التحكيم.)

وتتجلى مبررات طلب انهاء اجراءات التحكيم، في انه و لما كان التحكيم هو وسيلة استثنائية للتقاضي، مستندا الى سلطان الارادة المعبر عنه في اتفاق التحكيم، فان من واجب هيئة التحكيم الالتزام بالوقت الممنوح لها للفصل في النزاع المعروض عليها وفقا لما ورد في شروط اتفاق التحكيم، وبخلاف ذلك جاز لصاحب المصلحة من الخصوم اللجوء للمحكمة المختصة بطلب انهاء اجراءات التحكيم تنفيذا لشروط العقد، واحتراما لسلطان الارادة، كما يجوز للخصم الاخر التقدم لذات المحكمة بطلب لتمديد مدة التحكيم تيسيرا على هيئة التحكيم لتمكينها من الفصل في النزاع، [26]وللمحكمة المختصة الحق في اصدار القرار المناسب بما يتفق وواقع الحال وتحقيقا لمصلحة الخصوم.

كذلك لا يخفى على الدراس ان اللجوء للتحكيم من شانه تقييد الخصوم عن اتخاذ الاجراءات القضائية الاخرى لدى القضاء النظامي، وان استمرار هيئة التحكيم في نظر الدعوى التحكيمية بعد انتهاء المدة المحدة في الاتفاق، وفضلا عن انه انتهاكا لارادة الطرفين، فان من شانه جعل الخصوم رهينة للهيئة الى ما شاءت تلك الهيئة من الوقت، ومن شانه ايضا منع وتقييد الخصوم من اللجوء للقضاء المختص للذود عن حقوقهم، وبالتالي فان المقتضيات العملية توجب اعمال الرقابة القضائية على الدعوى التحكيمية حتى وان لم يصدر القرار النهائي بعد، من اجل التحقق من جدية هيئة التحكيم في نظر النزاع ومن ثم التقرير بوضع حد زمني نهائي لانهاء الدعوى التحكيمية، حيث انه و بانتهاء اجراءات التحكيم يعود الاختصاص بنظر النزاع

[26] استئناف مدني رقم 2016/887، محكمة استئناف رام الله ، الدائرة المدنية ، تاريخ 2017/2/3 .

للقضاء النظامي في الدولة، ويتحرر الخصم من اي اجراءات وقتية اتخذت بحقه اثناء نظر الدعوى التحكيمية، كما يعود الاختصاص الاصيل للقضاء النظامي في نظر النزاع واتخاذ الاجراءات المناسبة فيه[27].

ومن الأهمية بمكان الإشارة أيضا الى انه لما كان التحكيم وسيلة بديلة لحل المنازعات يلجأ اليها الخصوم من اجل سرعة البت في النزاع او الخصومة القائمة بينهم تلافيا لبطء إجـراءات المحاكم، فانه ليس من المعقول او المنطق ان تأخذ إجراءات التحكيم مدة ليست في الحسبان، مدة طويلة دون أي رقابة او تحديد.

لكل ذلك ووفقا للاجراء العملي وبناءا على ما ورد في نص المادة 38 من قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000، فان من حق اي من الخصوم في الدعوى التحكيمية وبانتهاء المدة المقررة في اتفاق التحكيم، ان يتقدم للمحكمة المختصة بنظر النزاع قيميا ومكانيا، و بطلب يقيد قلم المحكمة، من اجل الـزام هيئة التحكيم بانهاء اجـراءات الدعوى التحكيمية، ورفع يدها عن نظر الدعوى.

ذلك ان قانون التحكيم الفلسطيني، جاء خلوا من اي نص يرتب انهاء مهمة هيئة التحكيم تلقائيا اذا انقضت المدة المتفق عليها و/ او الواردة في المادة 38 من قانون التحكيم المشار اليها اعلاه دون تمكن هيئة التحكيم من اصدار الحكم في النزاع المعروض عليها، بل اناط الصلاحية بانهاء الاجراءات و/ او بمد الميعاد للمحكمة المختصة بناءا على طلب احد الخصوم.[28]

وبمراجعة الواقع العملي المتبع لدى المحاكم المختصة نجد ان طلب انهاء اجراءات التحكيم يخضع لتبادل اللوائح، وينظر في جلسات متقاربة، قياسا

[27] نقض مدني رقم 2017/1312 ، محكمة النقض الفلسطينية ، الدائرة المدنية ، تاريخ 2017/9/10 .

[28] اشجان داود، مرجع سابق،ص 167.

على تحسس صفة الاستعجال المفترضة في مثل هذا النوع من الطلبات، حتى لا يتخذ تقديم الطلب وسيلة للاضرار بالخصوم باطالة امد التقاضي[29]، وتجنبا لان يكون القرار الفاصل في الموضوع عرضة للإلغاء لاحقا في حال صدوره خارج المدة المتفق عليها، بما يرتبه هذا الامر من اجهاد للخصوم وضرر لهم [30].

و يخضع القرار الصادر في طلب انهاء اجراءات التحكيم لطرق الطعن المقررة في الاحكام وفقا لما نص عليه قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2000،[31] ولغايات الوقوف على مدى قابلية القرار الصادر في طلب انهاء اجراءات التحكيم للطعن به لدى محكمة الاستئناف استقلالا لا بد من التمييز بين طبيعة ومنطوق القرار الصادر في طلب انهاء اجراءات التحكيم عن المحكمة المختصة، ونكون في هذا الصدد امام فرضين:

الفرض الاول: في حال ما قررت المحكمة قبول انهاء اجراءات التحكيم

وفي هذه الصورة نكون امام قرار فاصل في موضوع الطلب ويمتد قضائه الى اصل النزاع، والنزاع المقصود هنا، هو منع استمرار هيئة التحكيم بنظر النزاع المعروض عليها، ويترتب على هذا القرار رفع يد هيئة التحكيم عن نظر النزاع، وعودة الولاية القضائية للمحاكم النظامية لنظر النزاع، وتحلل الخصوم من اية تبعات ناشئة عن احالة النزاع الى التحكيم وفق قواعد الاختصاص.

وفي هذه الحالة يجوز استئناف القرار استقلالا بصريح نص المادة 192 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.

[29] طلب انهاء اجراءات التحكيم رقم 2016/66، محكمة بداية رام الله.
[30] نقض مدني رقم 2017/374، محكمة النقض الفلسطينية، الدائرة المدنية، تاريخ 2018/4/11.
[31] هنا لا بد من التمييز بين الطعن في قرار التحكيم بطريق البطلان وهو طريق طعن خاص متعلق فقط بقرار التحكيم لتوافر احد اسباب البطلان المحددة في المادة 43 من القانون ، وبين الطعن في القرار الصادر عن المحكمة المختصة اثناء نظرها في شان من شؤون الدعوى التحكيمية .

الفرض الثاني: في حال قررت المحكمة رد طلب انهاء اجراءات التحكيم.

ويترتب على هذا القرار اعادة الملف الى هيئة التحكيم لمتابعة نظر النزاع المعروض عليها وموالاة السير في اجراءات الدعوى التحكمية.

ولما كانت هيئة التحكيم تعتبر بمثابة الدرجة الاولى في نظر النزاع المعروض عليها، وتعتبر المحكمة المختصة في نظر طلب انهاء اجراءات التحكيم بمثابة محكمة الرقابة على الاجراءات التي تباشرها هيئة التحكيم بمناسبة نظر النزاع المعروض عليها، وهي توازي محكمة الدرجة الثانية في القضاء النظامي، في حين ان هيئة التحكيم تعتبر محكمة اول درجة في نظر النزاع،وعلى ذلك فان قضاء المحكمة المختصة برد طلب انهاء اجراءات التحكيم واعادة الملف الى هيئة التحكيم لموالاة السير في الدعوى التحكيمية، يجعل من هذا القرار غير قابل للاستئناف استقلالا، اعمالا لنص المادة 192 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية، وتطبيقا لنص المادة 38 من قانون التحكيم.

وذلك ما استقرعليه الاجتهاد القضائي الفلسطيني، حيث ورد في قرار محكمة استئناف رام الله[32]:(بالتدقيق نجد ان القرار المستأنف هو القرار الصادر عن محكمة بداية رام الله والقاضي برد الطلب المقدم من المستأنف والذي يطلب فيه وقف اجراءات التحكيم، وبما ان القرار المستأنف لا يعد قرارا فاصلا في موضوع التحكيم، وبما ان هذا القرار غير متعلق بموضوع قرار التحكيم فهو غير قابل للاستئناف على استقلال).

وقد ايدت محكمة النقض الموقرة هذا الاجتهاد، وارست مبدأ قضائيا مفاده اعتبار القرار الصادر عن المحكمة المختصة برد طلب انهاء اجراءات التحكيم قرارا قطعيا غير قابل للطعن،[33] حيث ورد في متن القرار: (ولما كان الحكم المطعون فيه يتصل بحكم محكمة الدرجة الاولى القاضي برد طلب المستدعي بوقف وانهاء اجراءات التحكيم، وحيث ترتب المادة 2/38

[32] استئناف مدني رقم 2017/879، محكمة استئناف رام الله، الدائرة المدنية، تاريخ 2017/7/10.
[33] نقض مدني رقم 2017/1312، محكمة النقض الفلسطينية، الدائرة المدنية، تاريخ 2017/9/10.

من قانون التحكيم على انهاء اجراءات التحكيم ان يكون لاي طرف من اطراف التحكيم رفع دعوى الى المحكمة المختصة، فيغدو بمفهوم المخالفة من باب اولى ان يكون الحكم القاضي برفض طلب وقف وانهاء اجراءات التحكيم غير قابل للطعن، وحيث ان ما ورد بهذا النص يتفق واحكام المادة 43 من قانون التحكيم التي قصرت الطعن بقرار التحكيم للأسباب المبينة فيها التي من ضمنها ما نصت عليه الفقرة الرابعة، التي تجيز الطعن بقرار التحكيم لانتهاء مدته، فيكون الحكم غير قابل للطعن)17.

وعلى ذلك، يبدو جليا اتجاه المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 الى اعطاء المحكمة المختصة صلاحية الرقابة على الاجراءات والقرارات الصادرة عن هيئة التحكيم، تيسيرا لاعمال هيئة التحكيم وضمانا لمصلحة الخصوم، واناط المشرع بالمحكمة صلاحية انهاء الاجراءات او مدها وفقا لما تقتضيه طبيعة الاجـراءات المتخذة امام الهيئة، الا ان ما يلاحظ على قانون التحكيم انه جاء خلوا من اي نص يلزم هيئة التحكيم بتعويض الخصم المتضرر جراء اطالة امد التقاضي او الخروج على المدد المتفق عليها، بما يترتب على هذه الاطالة من ضياع فرص للخصوم، او تكبدهم نفقات التحكيم والتقاضي الباهظة في كثير من الاحيان، وهو نقص نتمنى على المشرع معالجته في اي تعديل تشريعي قادم.

جائحة كورونا ونزاعات عقود العمل والايجار في فلسطين

د. محمود دوديـن
محامي وأستاذ جامعي

عقود العمل

وضع قانون العمل رقم (7) لسنة 2000 تنظيما قانونيا لعقود العمل المختلفة؛ محددة المدة وغير محددة المدة، وكذلك العمل المؤقت والموسمي والعارض. واعتبرت المادة (6) من هذا القانون أن القواعد الواردة فيه بشأن حقوق العمال هي الحد الأدنى، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وأن أي نظام، تشريعي، أو لائحي أو عقدي، يمنح العامل حقوقا أفضل من تلك الواردة في القانون، تكون له الأولوية في التطبيق. لم يعالج القانون أثر القوة القاهرة والظروف الطارئة المستجدة على التزامات طرفي علاقة العمل، ما يستدعي البحث عما إذا كان هناك تنظيم خاص لهذه المسألة في لوائح المنشآت واتفاقيات العمل الجماعية، وأعراف وتقاليد المنشآت، فإن وُجد تنظيم وكان أفضل للعامل من الأحكام العامة في القانون المدني (مجلة الأحكام العدلية) والنصوص ذات الصلة في قانون العمل، وبشكل الخاص المواد المتصلة بإنهاء عقد العمل الفردي، فيتم تطبيقه على الالتزامات المتبادلة بين الطرفين سندا للمادة (6) المذكورة، كون ذلك يعزز من القواعد الحمائية للعمال، بوصفهم الطرف الضعيف في العلاقة القانونية. أما في حالة خلو لوائح المنشأة وأعرافها من تنظيم لهذه الحالة، وأيضا في غياب اتفاقات العمل الجماعية، فإننا، نكون عندئذٍ بصدد فجوة تشريعية تستكمل من خلال الرجوع إلى القواعد العامة في مجلة الأحكام العدلية ومبادئ القانون المدني المقارن بما لا يخالف قانون العمل لسنة 2000 (عند تأكد عدم وجود لوائح وأعراف في المنشأة أفضل للعامل).

وعليه، لا نتفق مع من يقول بإعمال حكم المادة (38) من قانون العمل على المنازعات العمالية الناشئة عن التدابير الحكومية التي رافقت جهود مكافحة

وباء كوفيد 19؛ لأن هذه المادة تعالج حالة اغلاق المنشأة بقرار إداري لارتكابها مخالفة لأحكام قانون العمل والتشريعات السارية، دون مد حكمها إلى أي اغلاق آخر بقرار حكومي؛ كالإغلاق الذي رافق جائحة كورونا والذي لم يكن للمنشآت يد فيه، وذلك بدلالة المادة 133 من قانون العمل، والتي تمنح وزير العمل سلطة إغلاق المنشأة كلياً أو جزئياً حال مخالفة صاحب العمل أحكام الفصل الرابع من الباب الخامس (قواعد السلامة والصحة المهنية) والأنظمة الصادرة بمقتضى هذا الفصل، أو إيقاف أية آلة في المنشأة إلى أن يزيل صاحب العمل المخالفة. بناء عليه، يكون الاتفاق الحاصل بين ممثلي العمال وأصحاب العمل بإشراف وزارة العمل بدفع نصف أجور العمال عن شهرين (آذار ونيسان) باطلا لمخالفته المادة ذاتها (38) على فرض انطباقها، وفقا لما قد يراه البعض، لإخضاع هذا الاتفاق جميع عقود العمل لذات الحكم دون تمييز بين العمال الذين نفذوا التزاماتهم بشكل كامل، وبين غيرهم من قام بعمل جزئي أو بمن لم يقم أصلا بأي عمل، ما ينتهك القواعد الحمائية التي جاء بها قانون العمل. كما قد يدفع هذا الاتفاق أصحاب العمل إلى انهاء عقود عمل وفقا للمادة (41) من قانون العمل بإخطار وزارة العمل إن لحق منشآتهم خسارة استدعت تقليص عدد العمال، أو عند لجوء صاحب العمل لإعادة هيكلة منشأته إداريا وماليا بسبب الخسارة التي لحقته.

وعليه، ولما كانت المادة (38) مستبعدة التطبيق، برأينا، لا يكون هناك من خيار إلا الرجوع إلى القواعد العامة، والتي نعتقد أنها لا تقدم حلولا مناسبة، وتتنوع إزاءها الفروض. فقد يشكل الوباء وعدواه والقرارات الحكومية المتخذة لمجابهته بالنسبة لبعض المنشآت قوة قاهرة، وقد تشكل للبعض الآخر ظرفا طارئا، وأحيانا قد تخضع المنشأة الواحدة لقواعد القوة القاهرة والظروف الطارئة في آن معا وفقا للظروف والمعطيات. فمثلا القوة القاهرة في صورة استحالة وقتية لتنفيذ الالتزام بفعل الإجراءات والتدابير المفروضة من السلطة العامة، والتي هي واجبة التنفيذ ومستحيلة التوقع وقت التعاقد ومستحيلة الدفع وقت الوقوع، لمواجهة واقعة مادية تشكل سببا أجنبيا

لا يد للأطراف المتعاقدة فيه، يترتب عليها وقف تنفيذ الالتزام إلى حين زوال القوة القاهرة (وقف العمل، وفي المقابل وقف دفع الأجر). أما إذا كانت طبيعة العمل ومقصوده يقتضيان تنفيذه في فترة زمنية محددة فقط (فترة الاغلاق القسري) وحالت هذه التدابير دون قيام العامل بتأديته، فنكون عندها إزاء حالة من الاستحالة الكلية للتنفيذ ما يؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون. أيضا، المنشآت التي واصلت عملها لكن تأثرت اقتصاديا بحيث أصبح تنفيذها لالتزاماتها مرهقا فيمكن أن تخضع معاملاتها لأحكام الظروف الطارئة فقط (رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصالح الفرقاء/تحمل الخسارة من الطرفين) بالاستناد للقواعد العامة في المجلة؛ كقاعدة المشقة تجلب التيسير (المادة 17)، والأمر إذا ضاق اتسع (المادة 18)، والضرر يدفع قدر الإمكان (المادة 31)، والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة (المادة 32). أما المنشآت التي واصلت عملها ولم تتضرر ماليا، فلا تخضع لأحكام القوة القاهرة ولا الظرف الطارئ، ويبقى الحال كما كان عليه من قبل ظهور الجائحة. هذا لكن تبقى الإشكالية في خلو مجلة الأحكام العدلية من نص يحظر الاتفاق على خلاف قواعد نظرية الطروف الطارئة، كما فعلت القوانين المدنية المقارنة. ما يعني، أن اعمال أحكام المادة 41 من قانون العمل من طرف أصحاب العمل أمر متوقع، وهو ما تومئ به قواعد العذر الطارئ في المجلة والفقه الحنفي بشكل عام أيضا، ما ينتج عنه وقوع خسارة مركبة للاقتصاد الوطني؛ للمشغلين والعمال، وبالتالي القوة الشرائية في السوق ما يؤدي إلى انكماش في الاقتصاد، ومن ثم كساد، وخلق آثار اجتماعية واقتصادية سيئة.

لما سبق، يكون الحل الأنسب لمواجهة آثار جائحة كورونا، وغيرها من صور القوة القاهرة حال وقوعها مستقبلا، على عقود العمل أن تبادر الحكومة إلى أحد خيارين: اصدار قرار بقانون يوزع الأعباء بين أصحاب العمل والعمال والدولة على شاكلة أمر الدفاع رقم (6) الذي أصدره رئيس الحكومة الأردنية بتاريخ 2020/4/8، أو ترتيب اتفاق عمل جماعي على المستوى الوطني بين

اتحاد أصحاب العمل واتحاد نقابات العمال، بإشراف وزارة العمل، على أن يكون إطارا مرجعيا ملزما لأطرافه للاستجابة لأي قوة قاهرة تحدث خلال مدة سريانه (3 سنوات على الأقل وفقا للمادة 56 من قانون العمل). وبخلاف ذلك سنواجه مشكلات اقتصادية كبيرة. فإن كان يمكن للشركات الكبيرة تحمل الوضع القائم لفترة إضافية، ولو محدودة، فإن الحال ليس كذلك بالنسبة للمشاريع الفردية والشركات الصغيرة ومتناهية الصغر والمتوسطة، والتي تشكل الغالبية العظمي من المنشآت الاقتصادية العاملة في البلاد، والتي تشكل رافعة الاقتصاد الوطني.

عقود الايجار

تعاني تشريعات إيجار العقارات في الأراضي الفلسطينية المحتلة من قصور تشريعي وعلة عدم التوحيد بين الضفة الغربية وقطاع غزة.[34] ففي الضفة الغربية، تخضع عقود إيجار العقارات لنظامين قانونيين مختلفين:[35]

---

[34] في قطاع غزة، يُطبق على إيجار المساكن الواقعة ضمن حدود البلديات ومراكز المدن قانون تقييد إيجارات (دور السكن) رقم 44 لسنة 1940 وتعديلاته. ويطبق قانون تقييد إيجارات العقارات التجارية رقم (6) لسنة 1941 وتعديلاته على عقود إيجار العقارات التجارية داخل حدود البلديات والمجالس المحلية. ويتمتع المستأجر وفقا لذلك بالحماية القانونية استنادا لفكرة الامتداد القانوني لعقد الإيجار، بحيث يمتنع على المؤجر طلب إخلائه من المأجور بعد انقضاء مدة العقد إلا في الأحوال المبينة في المادة (4) من هذا القانون، والتي تتشابه مع حالات الإخلاء الواردة في المادة (4) من قانون الملكين والمستأجرين لسنة 1953 وتعديلاته الساري في الضفة الغربية. في حين يُطبق القانون المدني الصادر عن الحكومة المقالة رقم (4) لسنة 2012 على العقارات والمنقولات التي لا يشملها نطاق القانون رقم 44 لسنة 1940 المذكور، وبشكل خاص الباب الثاني من هذا القانون، والذي يُخضع العقد لمبدأ حرية التعاقد، بحيث ينتهي العقد بانتهاء مدته من حيث الأصل. ويقرر قانون تقييد ايجارات دور السكن المذكور مبدأ الامتداد القانوني للعقد، كما الحال في قانون المالكين والمستأجرين الساري في الضفة الغربية، بحيث يمتنع على المؤجر إخلاء المستأجر، أو أرملته أو أفراد أسرته الذين كانوا يقيمون معه في المسكن وقت وفاته، إلا في الحالات المحددة في المادة (8) من القانون، والتي تشابه الحالات المحصورة في المادة (4) من قانون المالكين والمستأجرين لسنة 1953. وكان القانون ينص على تشكيل محاكم خاصة للنظر في نزاعات الايجارات، وتقدير الأجرة وتحديد بدل الايجار القياسي (الأصلي)، ويحظر زيادة الأجرة إلا بناء على تحسينات أو تغييرات أجراها المؤجر على المسكن، وبما لا يزيد على 15% سنويا من قيمة المصروفات، وحال الاتفاق بيت المتعاقدين على زيادة الأجرة بعد سريان القانون، لا يُلزم المستأجر بدفعها إذا كانت غير معقولة، وتخل بمبدأ الحماية للمستأجر.

[35] للمزيد راجع، محمود دودين، الإطار القانوني للمساكن في فلسطين المحتلة: دراسة تحليلية، معهد ماس، رام الله، 2014. بالإضافة لقانون المالكين والمستأجرين للعقارات الوقفية لسنة 1964 (ينطبق على أراضي الوقف، ويقوم على فكرة لزوم أن لا تقل الأجرة عن أجرة المثل، وعدم اخضاع أراضي الوقف المستأجرة لقانون المالكين والمستأجرين لسنة 1953.

1) فتطبق مجلة الأحكام العدلية على عقود إيجار العقارات بجميع تصنيفاتها وأغراضها الواقعة خارج حدود المجالس البلدية والمحلية، والعقارات غير التجارية وبيوت السكن الواقعة داخل حدود البلديات والمجالس المحلية (مثل الأراضي الزراعية) وعلى السنة العقدية الأولى من عقود إيجار العقارات التجارية والسكنية الواقعة ضمن حدود البلديات والمجالس المحلية.[36]

2) في حين يُطبق قانون المالكين والمستأجرين رقم (62) لسنة 1953 على عقود إيجار العقارات التجارية والسكنية الواقعة ضمن حدود البلديات والمجالس المحلية بعد السنة العقدية الأولى. بالإضافة لذلك، استقر اجتهاد المحاكم على إخضاع عقود إيجار العقارات كافة، باستثناء الزراعية منها، والواقعة داخل حدود الهيئات المحلية لقانون المالكين والمستأجرين على الرغم من عدم تحقق غرض التجارة أو السكن فيها (مثل عقود إيجار الجمعيات، النقابات، مكاتب المحامين، الأطباء، المهندسين...الخ).

في ظل التدابير والإجراءات التي اتخذتها الحكومة الفلسطينية وأجهزتها لمواجهة وباء كوفيد 19؛ وإعلان حالة الطوارئ، وما نجم عنها من تقييد لحرية الحركة والتنقل، واغلاق عديد من المنشآت، وفقدان أو انخفاض دخل المستأجرين، يثور التساؤل حول كيفية تعامل المحاكم مع نزاعات عدم دفع الأجرة في عقود الايجار الصحيحة اللازمة؟[37]

في البداية، تجيز المادة (443) من مجلة الأحكام العدلية والمذهب الحنفي عموما، للمستأجر فسخ الايجار بالعذر الخاص، ما يعني جواز الفسخ بالأعذار العامة الطارئة من باب أولى حال تعذر استيفاء المنفعة. وينطبق هذا الحكم

[36] يُقصد بالسنة العقدية الأولى المدة الاتفاقية للعقد بصرف النظر عن مقدراها؛ فقد تحدد بأشهر أو بسنة او أكثر. وخلال هذه المدة يحق للمؤجر طلب فسخ العقد، عند اخلال المستأجر بشروط العقد، فتخضع عندها الدعوى لمجلة الأحكام العدلية، وتختص بها المحكمة، وفقا لقواعد الاختصاص القيمي (صلح أو بداية). وعند انقضاء مدة الإجارة المتفق عليها، تمتد هذه المدة بحكم القانون، وهنا يسري مفعول قانون المالكين والمستأجرين.

[37] لا تلزم الأجرة في عقود الايجار الفاسدة ما لم يحصل الانتفاع حقيقة، وهنا يلتزم المستأجر بدفع أجرة المثل لا الأجرة المسماة (المادتان 461، 471 من المجلة).

على العقود الخاضعة للمجلة وتلك الخاضعة لقانون المالكين والمستأجرين، مع ملاحظة أن الدعوى في العقارات المؤجرة الخاضعة لهذا القانون تكون دعوى فسخ خلال السنة العقدية الأولى، وتطبقها عليها القواعد الموضوعية في المجلة، وتكون خاضعة للاختصاص القيمي للمحاكم. أما بعد انتهاء السنة العقدية الأولى، فتكوت دعوى اخلاء، وتختص بها محكمة الصلح نوعيا، وتطبق عليها أحكام قانون المالكين والمستأجرين (فترة الامتداد القانوني للعقد) ما يعني لا تسمع دعوى الاخلاء إلا بعد توجيه اخطار عدلي للمستأجر ومرور 30 يوما على تبلغه دون قيامه بدفع الأجرة.

أما إذا لم يمارس المستأجر حق الفسخ أو ترك المأجور، فيتم التفريق بين فرضين: الأول) استمرار المستأجر في اشغال المأجور باستيفاء المنفعة المقصودة منه؛ لعدم شموله بتدابير الاغلاق، فهنا يبقى ملتزما بدفع الأجرة المستحقة عليه، ولا يقبل منه أي دفع متعلق بانحسار مبيعاته أو بكساد تجارته (المادة 479 من المجلة) ما لم يكن ذلك عائدا للجائحة والتدابير المتخذة بشأنها فحسب، فهنا يمكن تخفيض الأجرة بقدر ما نقص من استغلال المنفعة مقيسا على الأحوال السابقة على نشأة الجائحة وتدابيرها. في المقابل، يحق للقاضي، في هذه الحالة، امهال المستأجر لدفع الأجرة (نظرة الميسرة) ورفض طلب المؤجر فسخ العقد (في حالة المجلة) أو اخلاء المأجور (في حالة قانون المالكين والمستأجرين، ولو مضت مدة الاخطار بالدفع)، إذا تبين أن تدابير الاغلاق ستزول بعد فترة معقولة، وطالما لا يتضرر المؤجر كثيرا من هذا الامهال. الثاني) عدم مقدرة المستأجر على استيفاء المنفعة، كليا أو جزئيا، بسبب شموله بتدابير الاغلاق؛ وهنا يتم التفريق بين أمرين: أ) ثبوت اغلاق المأجور بشكل كامل بسبب الإجراءات والتدابير الحكومية المتخذة، وهنا تسقط الأجرة كليا عن المستأجر طيلة فترة الاغلاق الكلي؛ حيث لا تلزم الأجرة إلا باستيفاء المنفعة، أو بالقدرة على استيفائها، فصحيح أن المؤجر وضع المأجور تحت تصرف المستأجر إلا أنه في المقابل يستحيل على المستأجر استيفاء المنفعة بسبب قرار السلطة

العامة بالإغلاق المؤقت. وكل ما يستطيع المؤجر طلبه في هذا الفرض هو استيفاء مبلغ مالي عادل، يتم تقديره وفق ظروف كل نزاع على حده، مقابل ما انتفع به المستأجر، والأخير لم ينتفع إلا بالمحافظة على موجودات المأجور بتخزينها في المحل المأجور ب) ثبوت اغلاق المأجور جزئيا، سواء من حيث مساحة المأجور أو زمن الانتفاع، وهنا يتم تخفيض الأجرة على المستأجر بقدر ما نقص من المنفعة. أما إذا ثبت أن اغلاق المنشأة كان بسبب مخالفة المستأجر للتدابير والتشريعات (كالمخالفات المتصلة بشروط الصحة والسلامة وفقا لقانون حماية المستهلك مثلا) فيظل المستأجر ملتزما بالوفاء بالأجرة طيلة فترة الاغلاق لأن ما حدث كان بخطأ منه لا بتدابير الاغلاق بأمر من السلطات العامة.

أيضا، يبقى المستأجرون لعقارات سكنية ملتزمون بدفع بدلات الايجار المتفق عليها، طالما تم اشغالها، أو كان بإمكان المستأجر إشغالها إلا أنه لم يفعل، ولا يمكن لهؤلاء المستأجرين الاستفادة من الظرف الحالي بتخفيض الأجرة، لكن لهم طلب مهلة قضائية للدفع، في الدعوى، إذا ثبت تراجع مداخليهم كثيرا بسبب الجائحة، ولم يثبت لحوق المؤجر ضررا أشد من جراء تأخير الدفع.

مدى اعتبار وباء كورونا قوة قاهرة

«في القوانين الفلسطينية والمقارنة»

د. يوسف محمد شندي
استاذ القانون المدني المشارك
الجامعة العربية الأمريكية – فلسطين

المقدمة:

من أجل مواجهة وباء أو جائحة كورونا (كوفيد 19)، فقد أصدر الرئيس الفلسطيني بتاريخ 5 آذار 2020 مرسوما بإعلان حالة الطوارئ في جميع الأراضي الفلسطينية لمدة 30 يوما، وقد تم تجديد اعلان حالة الطوارئ منذ ذلك الحين. وتطبيقا لذلك، فقد تم اتخاذ العديد من الإجراءات والوسائل – كما هو الحال في معظم الدول – للحد من انتشار هذا الوباء العالمي، من إغلاق للحدود، وإغلاق للمحلات والمنشآت التجارية والصناعية، ومنع التجمعات، وحالات الحجر، وغيرها. وقد أثرت هذه الجائحة وما رافقها من إعلان حالة الطوارئ، على جميع مناحي الحياة سواء بالنسبة للفرد أو الجماعة. وما يعنينا في هذا المقام، هو تأثير جائحة كورونا على النواحي الاقتصادية، ليس فقط انعكاسات هذه الجائحة على الجوانب الاقتصادية والمالية البحتة، إنما أيضا انعكاساتها على الجوانب القانونية المختلفة، حيث تثير هذه الجائحة العديد من الأسئلة القانونية الهامة سواء في إطار القانون العام أو القانون الخاص، وفي إطار القانون الموضوعي والقانون الإجرائي كذلك. ومن ضمن الأسئلة التي يمكن طرحها في إطار القانون الخاص: ما مدى تأثير جائحة كورونا على إجراءات التقاضي من حيث رفع الدعاوى والتبليغات والحضور أمام المحاكم أو المدد القانونية المختلفة سواء كانت مدد طعن بالأحكام القضائية أو مدد تقادم أو مدد سقوط ؟ وما مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة أو ظروف طارئة وما يترتب على ذلك من نتائج ؟ وما مدى تأثير ذلك

على تنفيذ العقود عموما، وعلى بعض العقود بوجه خاص كعقود العمل وعقود الإيجار وعقود التوريد وغيرها ؟

ونظرا لعدم إمكانية الإجابة على جميع الأسئلة السابقة، فإننا سنقصر هذه الورقة على الإجابة على السؤال المحوري التالي: ما مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة، وما هي الآثار القانونية المترتبة على ذلك؟. وبناء عليه، نتناول شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة (أولا) ثم نتناول النتائج القانونية المترتبة على القوة القاهرة (ثانيا).

أولا: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة

تشترط القوانين عدة شروط مجتمعة لتطبيق نظرية القوة القاهرة وهي: أن يكون الحادث أو الظرف خارجا عن سيطرة المدين، وأن يكون غير متوقع، وغير ممكن الدفع، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا. ويخضع التحقق من هذه الشروط للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، تجنبا للتعسف. وبناء عليه، سنقوم بدراسة هذه الشروط على التوالي، مع بيان في كل منها مدى تحققها في جائحة كورونا.

- **أن يكون الحادث خارجا عن سيطرة المدين**

يتطلب تطبيق نظرية القوة القاهرة، أن يكون الحادث أو الظرف خارجا عن سيطرة المدين (أو بالأحرى سيطرة الطرفين)، ويتحقق ذلك عندما تعود استحالة التنفيذ إلى سبب أجنبي، منها على سبيل المثال حدوث زلازل أو براكين أو حروب أو ثورات أهلية أو انتشار أوبئة أو حظر السلطات استيراد وتصدير بعض السلع وغيرها.

ولا شك أن جائحة كورونا تجعل هذا الشرط متحققا، كونها تمثل سببا أجنبيا خارجا عن سيطرة المدين، لأنه وباء عالمي أصاب معظم دول العالم، واقتضى من جميع الدول اتخاذ اجراءات وتدابير طارئة وصارمة لمنع انتشار

هذا الوباء، ومن ضمنها إعلان حالة الطوارئ في الأراضي الفلسطينية وما رافق ذلك من منع التنقل والسفر واغلاق المحلات والمنشآت والحجر والعزل للحالات المرضية وغيرها للحد من انتشار الوباء. وفي هذا الإطار، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية أن الأوامر الإدارية الواجبة التنفيذ تعتبر من قبيل القوة القاهرة[38].

- **أن يكون الحادث غير متوقع**

إن أحد أهم شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة، هو أن لا يكون الحادث أو الظرف الذي أدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام متوقعا، لأن الظرف إذا كان متوقعا، ومع ذلك أقدم الأطراف على ابرام العقد، فإن ذلك يعني أنهم قد أخذوا هذا الحادث أو الظرف بالحسبان عند ابرام العقد. ويقتضي شرط عدم التوقع، أن لا يكون الحادث نفسه أو نتائجه الضارة متوقعا بشكل معقول لحظة ابرام العقد، وذلك من خلال مقارنة سلوك الأطراف بأشخاص آخرين من نفس الصفة في ظروف مماثلة. وبناء عليه، يمكن اعتبار وباء كورونا بسبب انتشاره الواسع على نطاق عالمي ودرجة خطورته والذي أصاب معظم القارات والدول، والوسائل العالمية والوطنية المستخدمة لمواجهته، وعدم وجود وسائل للحد من انتشاره حتى الأن، وعدم وجود علاج له عالميا، واتخاذ جميع الدول اجراءات لمواجهته، تجعل منه قوة قاهرة نظرا لعدم إمكانية توقعه أو توقع نتائجه الضارة إلى هذا الحد.

ويقدر عدم التوقع بيوم إبرام العقد. وبالتالي فإن اعتبار وباء كورونا فيما إذا كان يشكل قوة قاهرة أم لا، يتوقف على تحديد تاريخ ابرام العقد بالنسبة لتاريخ حدوث جائحة كورونا. وبناء عليه، فإن العقود التي كانت مبرمة قبل حصول جائحة كورونا، يمكن أن يقوم القاضي بتكييفها على أنها تشكل قوة قاهرة إذا توافرت باقي الشروط. أما العقود التي أبرمت بعد تاريخ الإعلان عن جائحة كورونا، فلا يمكن اعتبارها قوة قاهرة لانتفاء شرط عدم التوقع.

[38] تمييز مدني أردني، رقم 20 لسنة 1987 قضائية، صفحة 208.

ولكن السؤال الذي يثور بهذا الصدد، ما هو التاريخ الذي يجب أخذه بالاعتبار عند تحديد مدى توقع جائحة كورونا؟ فهل هو تاريخ اعلان حالة الطوارئ في فلسطين بموجب المرسوم الرئاسي الصادر بتاريخ 5 آذار 2020 ؟ أم تاريخ اعلان منظمة الصحة العالمية لأول مرة عن وباء كورونا معتبرة إياه وباء يهدد الصحة العامة على نطاق عالمي، أي بتاريخ 2020/01/30 أو تكرار ذلك بتاريخ 2020/02/27 ؟ أم بتاريخ اعلان الصين عن هذا الوباء في شهر سبتمبر/أيلول 2019 ؟

ويتوقف تحديد مدى توقع المتعاقدين لجائحة كورونا على التقدير القضائي في كل دولة على استقلال، استنادا لأي من التواريخ السابقة، ولكن على الأقل، يمكن في فلسطين جعل التاريخ المعتمد لتقدير مدى التوقع من عدمه، هو تاريخ صدور المرسوم الرئاسي لأول مرة بإعلان حالة الطوارئ في فلسطين لمواجهة وباء كورونا.

- **ان يكون الحادث غير ممكن الدفع**

من شروط القوة القاهرة، أن يكون الحادث أو الظرف غير ممكن الدفع باتخاذ المدين وسائل وتدابير معقولة من جانبه للحيلولة دون وقوع الحادث أو تفادي نتائجه الضارة. وبالنسبة لتقدير هذا الشرط، فإن القاضي يقوم بتقدير ذلك بالبحث عن مدى إمكان الشخص العادي الموجود في نفس الظروف مواجهة مثل هذا الحادث.

وبالنسبة لوباء كورونا، يجب على المدين أن يثبت أنه بسبب التدابير التي اتخذتها الحكومة لمواجهة هذا الوباء، لم يكن بإمكانه تنفيذ التزامه.

والواقع، أن تطبيق هذا الشرط يقتضي النظر إلى كل حالة على حدة، ولا يمكن وضع حكم عام بانطباق أحكام القوة القاهرة على وباء كورونا أم لا. فمثلا القطاع السياحي من نقل وفنادق وتذاكر سفر وحجوزات سياحية

وغيرها، وكذلك النوادي والصالات الرياضية وحجوزات المباريات الرياضية، وصالات الأفراح والمناسبات والنقل العام، بل والعمل في كل هذه القطاعات، قد تأثرت بشكل كبير بسبب وباء كورونا نتيجة إعلان حالة الطوارئ وما رافق ذلك من اغلاق الحدود وحظر السفر ومنع التجمعات والحجر وغيرها، فإن عدم إمكانية الدفع تكون متحققة بشأنها. وكذلك الأمر بالنسبة لمنع نقل البضائع من خلال منع الاستيراد التصدير من وإلى الخارج، يجعل عدم إمكانية الدفع متحققة أيضا. في المقابل، فإن بعض القطاعات قد تأثرت لا شك من وباء كورونا ولكنها استمرت في عملها وممارسة نشاطها ولو كان ذلك بشروط غير عادية وأوقات محددة، كالمحلات التجارية وبعض الشركات خصوصا الصحية منها والصيدليات، فإن عدم إمكانية الدفع لا يكون متحققا بشأنها. وكذلك فإن بعض المشروعات والمنشآت والمحلات، قد غيرت في طريقة عملها للتأقلم مع الوضع القائم وحالة الطوارئ، من خلال العمل في المنزل مثلا أو عبر وسائل الانترنت والتعليم الالكتروني وغيرها، فهي كذلك استمرت في ممارسة نشاطها، وهو ما ينطبق كذلك على بعض المنشآت والمحلات التي اعتمدت نظام التوصيل إلى المنازل كبعض المطاعم مثلا، فيكون من الصعب تطبيق شرط عدم إمكانية الدفع بشأنها بسبب جائحة كورونا.

وبناء عليه، فإن شرط عدم إمكانية الدفع هو الشرط الأصعب من ناحية تقديره مقارنة بباقي شروط القوة القاهرة بشأن وباء كورونا. حيث أنه من الضروري إجراء تقدير واقعي لآثار الوباء على النشاط نفسه وعلى حسن تنفيذ العقد، بحيث يجب اثبات أن الوباء قد أدى إلى استحالة تنفيذ العقد (وليس جعله فقط صعب التنفيذ كما في نظرية الظروف الطارئة بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة) بسبب الوباء، وهل كان بإمكان هذا الشخص اتخاذ وسائل معقولة من جانبه، لمواجهة الحادث، حتى لا يصبح التنفيذ مستحيلا.

ثانيا: النتائج القانونية المرتبة على تحقق القوة القاهرة

يجب أن يصبح تنفيذ العقد مستحيلا نتيجة الحادث أو الظرف الذي يشكل قوة قاهرة، وليس فقط أن يجعل تنفيذ العقد مرهقا او مكلفا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة لأن الأمر عندها يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة التي تسمح للقاضي بتعديل العقد، وليس استحالة التنفيذ للقوة القاهرة. وفي جميع، الأحوال، يجب اثبات أن جائحة كورونا وما رافقها من إعلان لحالة الطوارئ كانت هي السبب في استحالة تنفيذ العقد. بناء عليه، بعد عرض الحكم العام لاعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة، نبين موقف الدول الأخرى من هذه الجائحة، ومن ثم نشير إلى بعض السوابق القضائية الفلسطينية المفيدة بهذا الشأن.

- **الحكم العام لجائحة كورونا باعتبارها قوة قاهرة**

يشترط لتطبيق نظرية القوة القاهرة أن يصبح تنفيذ الالتزام في العقد الملزم للجانبين مستحيلا، والمقصود بالاستحالة في هذا الصدد هي الاستحالة الموضوعية المتعلقة بالالتزام ذاته، وليس الاستحالة الذاتية المتعلقة بشخص المدين[39]. فإذا كانت الاستحالة راجعة إلى قوة قاهرة، فإن العقد ينفسخ بقوة القانون، وينقضي الالتزام المقابل مع الالتزام الذي استحال تنفيذه، لأن التزام كل طرف في العقود الملزمة للجانبين هو سبب لالتزام الطرف الآخر. وبانفساخ العقد بالقوة القاهرة تزول جميع الالتزامات المترتبة على العقد بأثر رجعي بحيث يستند إلى وقت ابرام العقد، وذلك يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد في العقود الملزمة للجانبين. وفي العقود مستمرة التنفيذ، فيسري الانفساخ بالنسبة للمستقبل دون الماضي، كعقد الايجار، حيث يلتزم المستأجر بدفع الأجرة عن مدة الانتفاع بالمأجور، لأنه لا يمكن عودة الالتزامات الى الماضي.

[39] عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني – مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، رقم 352، ص 299.

والانفساخ بقوة القانون، لا إعذار فيه، ولا يتم اللجوء إلى القضاء لتقريره، بل ينفسخ العقد بقوة القانون من تلقاء نفسه، فإذا تم اللجوء إلى القضاء، فيكون دور القاضي فقط التحقق من شروط القوة القاهرة، وأن الالتزام قد أصبح تنفيذه مستحيلا.

أما الاستحالة الجزئية، فإنها لا تؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون، إنما ينقضي من الالتزام بمقدار الجزء الذي استحال تنفيذه، ويظل العقد قائما في الجزء الباقي، ولكن يجوز للدائن في هذه الحالة فسخ العقد بشرط إعلام المدين بذلك.

والاستحالة الوقتية، تأخذ نفس حكم الاستحالة الجزئية، ففي عقود المدة مستمرة التنفيذ، كعقود العمل وعقود الايجار وعقود التوريد، إذا استحال التنفيذ لفترة من الزمن، انقضى التزام المدين بما يقابل مدة الاستحالة، على أن يستأنف تنفيذ العقد بعد زوال القوة القاهرة، ولكن بشرط أن يبقى تنفيذ العقد مجديا للدائن، وفي جميع الأحوال يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين بذلك. وفي ذلك تقول المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، أنه إذا استحال الانتفاع بالأرض المؤجرة مدة معينة بسبب ما غشاها من المياه، فإن المؤجر لا يستحق ما يقابل هذه المدة، ولكن يكون للمؤجر خيار الفسخ[40].

جميع الأحكام السابقة تطبق على القوة القاهرة الناجمة عن جائحة كورونا، مع ملاحظة أنه يجب التحقق من عدم وجود شروط في العقد تحمل أحد الأطراف أو كليهما نتائج القوة القاهرة، وهي شروط جائزة في معظم القوانين العربية والأجنبية ووفق الرأي الراجح في الفقه، وذلك على أساس أن أحكام القوة القاهرة ليست من النظام، وبالتالي يجوز للأطراف استبعاد أحكامها باتفاق مخالف، وذلك خلافا لأحكام نظرية الظروف الطارئة التي هي من النظام العام.

- **موقف الدول الأخرى من اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة**

[40] المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء 1، ص 255.

لقد أعلن وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي صراحة أن فيروس كوفيد 19 يعتبر حالة قوة قاهرة بالنسبة للعقود التي أبرمتها الشركات مع الدولة الفرنسية. وأصدر المجلس الصيني لتنمية التجارة منذ تاريخ 2020/2/2 شهادات بالقوة القاهرة ناجمة عن وباء كورونا لمصلحة شركات الصناعة والتجارة الصينية، وتفيد هذه الشهادات بإعفاء الشركات عن اخلالها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية بسبب حالة الإغلاق والحجر وإعلان حالة الطوارئ في الصين لمواجهة هذا الوباء، فبموجب هذه الشهادات، تستطيع الشركات الصينية التمسك بإعفائها من المسؤولية عن اخلالها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية بسبب هذه الجائحة.

وبالنسبة لاعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة، فقد أصدرت محكمة استئناف كولمار الفرنسية بتاريخ 2020/3/12 قرارا باعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة[41]. ويتناول هذا القرار مسألة إجرائية، متعلقة بقرار السلطات الفرنسية الحجر على شخص قام بمخالطة أشخاص قد يكونوا مصابين بفيروس كورونا، فقضت محكمة استئناف كولمار بأن «هذه الظروف الاستثنائية، والتي منعت هذا الشخص من حضور الجلسة في اليوم المحدد تتصف بالقوة القاهرة، كونها خارجة عن ارادته، وغير متوقعة وغير ممكنة الدفع، وأن هذا الشخص خلال هذه الفترة، لا يمكن ضمان عدم اصابته بالفيروس وعدم امكانية إحضاره من قبل الجهات المختصة لحضور الجلسة. ولا يوجد تحت تصرف هذا الشخص أدوات مادية تسمح للمحكمة بالاستماع له عبر وسائط الكترونية حديثة. في هذه القضية، كيفت المحكمة خطر اصابة هذا الشخص بفيروس كورونا على أنه قوة قاهرة، مع ذكرها لشروط القوة القاهرة، وانها تعفي من المسؤولية كونها تتعلق بظروف خارجية، وغير متوقعة وغير ممكنة الدفع.

وترجع أهمية قرار محكمة استئناف كولمار الفرنسية، كونه يخالف العديد من القرارات القضائية السابقة الصادرة في فرنسا، بخصوص أوبئة أخرى (منها وباء إيبولا، وحمى الضنك الوخيمة، وانفلونزا دينغ، ووباء H1N1 وغيرها)، حيث لم تعتبرها المحاكم الفرنسية قوة قاهرة بالنظر إلى ظروف القضايا

[41] Colmar, 6e ch., 12 mars 2020, no 20 01098/CA.

التي كانت معروضة عليها، ولكن المحاكم الفرنسية، لم تستبعد في هذه القرارات، إمكانية انطباق شروط القوة القاهرة على هذه الأوبئة في حالات أخرى. وقد استندت المحاكم الفرنسية في استبعاد وصف القوة القاهرة عن هذه الأوبئة، إما لأن المرض كان معروفا، أو لأن خطر انتشار الوباء أو اثاره على الصحة العامة لم تكن مميتة، أو لأن الوباء كان محصورا انتشاره في اقليم معين، وغيرها من الأسانيد.

وبمقارنة الاتجاهات القضائية السابقة، فإن الأمر مختلف بالنسبة لفيروس كورونا، وذلك بسبب سرعة انتشار وباء كورونا واتساع رقعة انتشاره عالميا، في معظم دول العالم، والتدابير الاستثنائية التي اتخذتها الدول في مواجهته، وكذلك بسبب أن فيروس كورونا لم يكن معروف النتائج، وبالتالي غير متوقع، وغير ممكن الدفع.

- **بعض السوابق القضائية الفلسطينية المفيدة بشأن اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة**

وبالنسبة للوضع القانوني في الضفة الغربية، فقد صدرت العديد من القرارات القضائية المفيدة بشأن تطبيق نظرية القوة القاهرة على وباء كورونا. ومن هذه القرارات، اعتبار قوة قاهرة تغيب الشخص خارج البلاد لسبب خارج عن إرادته بسبب الاحتلال لسنة 1967[42]، وكذلك اعتبار خضوع الأشخاص المعنيين للإقامة الجبرية التي فرضها الاحتلال يعتبر قوة قاهرة طالما أنه قد تم إثبات ذلك[43]، وأيضا اعتبار منع التجول والاغلاقات قوة قاهرة وفق ما قضت به محكمة النقض الفلسطينية: «حالة الضرورة والتدهور الاقتصادي التي عاشتها مدينة نابلس خلال فترة المطالبة تحت ظل منع التجول والاغلاقات المستمرة حيث اغلقت العديد من المؤسسات بسبب هذه الظروف في حين خفض الكثير منها عماله، والبعض خفض نسبة الرواتب وساعات العمل حتى يستطيع الصمود في الوضع القائم،

[42] استئناف مدني رام الله، رقم 200/550 بتاريخ 2005/4/20.
[43] نقض جزائي رام الله، رقم 2010/27 بتاريخ 2010/5/9.

وان تخفيض راتب الطاعن جاء منسجماً مع المادة 42/أ من قانون العمل رقم 7 لسنة 2000 لذا فإن مطالبة الطاعن بالفروقات لا مبرر له بعد أن تقاضى الطاعن راتبه المخفض لمدة تزيد عن ستة اشهر وان سكوته طوال هذه الفترة يعتبر موافقة منه على التعديل» [44]. وكذلك ما قضت به محكمة استئناف رام الله: «... رد المطالبة فيما يتعلق ببدل الفصل التعسفي باعتبار أن الاجتياح الإسرائيلي يشكل سبباً وقوة قاهرة حالت دون استمرار عمل المدعي عليه ما تسبب في الخسائر له ولمحله واضطر لإغلاق المحل وتصليحه وهو الأمر الذي ورد على لسان المدعي وشاهد المدعو كامل»[45]، وما جاء في قرار آخر لذات المحكمة : «أما عن السبب الثاني من أسباب الاستئناف فان المحكمة تجد أن وقائع الدعوى ثابتة من حيث ترك المدعي (المستأنف ضده) العمل بالمطعم نتيجة الاجتياح الإسرائيلي وما خلفه هذا الاجتياح من أضرار بالغة بالمطعم وبالتالي خسارة مادية ولا يندرج هذا الأمر تحت مفهوم الفصل التعسفي ويكون إنهاء عمل المدعي في هذه الحالة بسبب قوة قاهرة وخسارة المستأنف، ويكون المستأنف محقاً في سببه هذا»[46]. وعلى نحو أكثر تفصيلا بخصوص عقد عمل، ما قضت به محكمة استئناف رام الله أيضا: «إننا نجد انه لا يوجد أي فرق بين نص المادة 32 والفقرة الاولى من المادة 42 سوى ان المادة 42 حددت الحالات التي يجوز فيها للعامل ترك العمل بعد اشعار صاحب العمل مع احتفاظه بكافة حقوق القانونية بما فيها الحالة الواردة في المادة 32 أي ان حق العامل في حال تشغيله خلافا لأحكام المادة 32 من قانون العمل في عمل يختلف اختلافا بينا في نوعه ودرجته عن العمل المتفق عليه هو ترك العمل والاحتفاظ بكافة حقوقه بعد اشعار صاحب العمل ولا تعتبر حين توفر هذه الحالة فصل تعسفي ذلك ان المادة 42 حددت الحالات التي يجوز للعامل ترك العمل مع احتفاظه بكافة حقوقه بعد اشعار صاحب العمل والمادة 4 حددت الحالات التي يجوز لصاحب العمل انهاء العمل دون اشعار العامل بينما الفصل التعسفي هو انهاء عقد العمل دون وجود اسباب موجبه لذلك وفق ما جاء

[44] نقض مدني رام الله رقم 2004/181 بتاريخ في 2004/12/21
[45] استئناف مدني رام الله، رقم 2010/18 بتاريخ 2010/10/28.
[46] استئناف مدني رام الله رقم 2009/506 بتاريخ 2010/7/4.

في المادة 46 من قانون العمل وبالتالي حتى يعتبر انهاء العقد هو نتيجة فصل تعسفي يجب ان يكون قائما على نظرية التعسف في استعمال حق صاحب العمل في انهاء عقد العمل ومعنى التعسف هو استعمال حق دون اسباب تبرره وحيث ان انهاء عقد العمل في هذه الحالة جاء من قبل المستأنفة وليس من قبل صاحب العمل اضافة الى ان التعبير في طبيعة العمل لم يكن يقصد به التعسف كي يندرج تحت نظرية التعسف باستعمال الحق ما دام ان الاجر لم ينقص وان الاختلاف في العمل لم يكن اختلافا بيننا او تغيير في الدرجة وبما ان هذا التصرف غير قائم على التعسف فان حق العامل في هذه الحالة هو ترك العمل مع احتفاظه بكافة الحقوق بما فيها مكافاة نهاية الخدمة وهذا ما تم احتسابه للمستأنفة وبالتالي فان جاء في هذا السبب لا يرد على الحكم المستأنف»[47].

الخاتمة:

لا شك أن شروط القوة القاهرة والنتائج المترتبة عليها المذكورة أعلاه، تبين أنه يمكن بالفعل انطباق هذه الشروط على جائحة كورونا، وأن القرارات القضائية الفلسطينية والمقارنة سابقة الذكر تتقاطع بشكل كبير مع القوة القاهرة الناجمة عن هذه الجائحة، سواء من حيث إغلاق المحلات والمنشآت التجارية والصناعية، وإغلاق الحدود، وحظر السفر، وحالات الحجر الصحي وغيرها، الناجمة عن الإجراءات الطارئة التي اتخذتها الحكومة الفلسطينية أو الإجراءات المماثلة التي اتخذتها الدول الأخرى بهذا الصدد، تعطي جميعا سندا قانونيا قويا لاعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة مع كل ما يترتب على ذلك من نتائج.

[47] استئناف حقوق رام الله، رقم 2017/251 بتاريخ 2017/4/17.

جائحة كورونا: ما بين « التوازن الاقتصادي للعقد» و«القوة الملزمة للعقد»

د. أحمد سويطي

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة الخليل

تستمد القوة الملزمة للعقد وجودها من كونه مصدرا من مصادر الالتزام، تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين؛ وهذه القوة الملزمة تراعي الاستثناءات التي تفرضها الظروف والأحوال المتقلبة، وفي الأصل ألا تتجاوز حدود نظرية الظروف الطارئة أو نظرية عقود الإذعان، فذات القاعدة التي تحكم القوة الملزمة للعقد، وهي ذاتها التي تعطي هذه القوة لما يتفق عليه في العقد؛ ومنها ما يمكن أن يكون مرتبطا بأحكام المسؤولية العقدية.

إن ما تتميز به المسؤولية العقدية المرونة ومراعاة الأحوال المتقلبة، فيمكن للمتعاقدين حين إبرامهما العقد، أن يتفقا على التخفيف من المسؤولية العقدية، وكذلك يحق لهما أن يذهبا في اتفاقهما إلى أبعد من ذلك؛ كالاتفاق على الإعفاء منها، وكذلك لهما « تشديدها». ومع أن مجلة الأحكام العدلية لم يرد في منطوق نصوصها الصريح إباحة هذا الأمر للمتعاقدين، إلا أنه واستنادا إلى قاعد أن « العقد شريعة المتعاقدين»، فإنه سيكون لهما تحرير اتفاقهما وتضمينه؛ « التخفيف من المسؤولية» أو « الإعفاء منها» أو « تشديدها»، شرط أن لا يكون في ذلك مخالفة للنظام العام.

إن هذا يستند على القول بأن أحكام المسؤولية العقدية بذاتها ليست أمرا مرتبطا بقواعد آمرة، وفق أحكام المجلة، وبالتالي فإن الاتفاق على ما يخالف قواعد المسؤولية العقدية، هو في حقيقته جزء من العقد الذي يؤسس لالتزامات المتعاقدين؛ شرط ألا يكون حكم العقد أو مقتضاه، مما يقتضي عدم جواز الاتفاق على إعمال مثل هذه الاشتراطات.

وبالرجوع إلى الاستثناءات التي ترد على قاعدة « العقد شريعة المتعاقدين»، فيما هو مرتبط بها من قوة ملزمة للعقد، فإن مجال نظرية عقود الإذعان باعتبارها واحدة من الاستثناءات لا يمكن إعمالها في نطاق وحدود جائحة كورونا، ذلك أن اللجوء إلى المحكمة، وطلب تدخلها للتخفيف من الشروط التعسفية في عقد الإذعان؛ مرتبط بعيب لحق بالعقد منذ تكوينه، وليس عند تنفيذه، على عكس طلب إعمال نظرية الظروف الطارئة، التي يطلب إعمالها وتطبيق أحكامها في مرحلة تنفيذ العقد.

وفي الوقت ذاته، يترتب على وجود الظروف الطارئة التفريق بين فرضيتين؛ الأولى: أن العقد أصبح مستحيل التنفيذ، وبالتالي يعتبر في هذه الحالة الظرف الطارئ بحكم القوة القاهرة، مما يترتب عليه انقضاء الالتزام، والثانية؛ أن الظرف الطارئ أصبح مرهقا للمدين بحيث يلحق بالمدين خسارة غير مألوفة[48]؛ وبالتدقيق في « جائحة كورنا» فإنه من الممكن أن ينطبق عليها الفرضيتان؛ إذا جعلت تنفيذ العقد مستحيلا فهي ستكون « قوة قاهرة»، وإذا جعلته مرهقا، بقي الأمر في حدود ما ترتبه الحوادث الطارئة من آثار تترافق وتنفيذ العقد في ظل وجودها[49].

ويرى الباحث أن من يتمسك أمام القضاء « بجائحة كورونا» باعتبارها قوة قاهرة، فإنه حكم يطلب من المحكمة الحكم بانقضاء الالتزام، أما من يتمسك « بجائحة كورونا» باعتبارها حادثا طارئا جعل تنفيذ الالتزام مرهقا؛ فإن هذا يعني بأنه ما زال متمسكا بالعقد، ولكنه يرغب بتدخل القضاء للحد من إرهاق تنفيذه.

[48] - انظر في مفهوم الخسارة غير المألوفة؛ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، 1954، 198 وما بعدها. وكذلك، حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، المصادر الإرادية للالتزام، ط 3، 2000، ص 428 وما بعدها.

[49] انظر في الفرق بين استحالة تنفيذ الالتزام والإرهاق من تنفيذه؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، تحديث وتنقيح احمد المراغي، ط 1، دار الشروق، 2010، ص 555 وما بعدها.

وفي كلتا الحالتين فإن قرار المحكمة بتكييف « جائحة كورونا» على أنها « قوة قاهرة» أو « حادث طارئ» يكون من خلال تلمسها حكم العقد، ومن ثم تحديد ما إذا كان تنفيذه « مستحيلا» أم « مرهقا»، بقطع النظر عما يسوقه الخصوم من أسباب أو مسوغات تؤكد طلباتهم، أو تنفي طلبات خصومهم، ويبقى الأمر خاضعا لرقابة محكمة النقض، باعتبار أن تكييف الواقعة سيترتب عليه تحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي - وإن كان يبدوا لنا بأن الأمر متعلق بتكييف واقعة مادية- إلا أنها في نطاق تطبيقها سترتبط بالتطبيق السليم لنصوص القانون.

وتجدر الإشارة في هذا المقام، يتوجب على المحكمة وهي تطالع طلبات الخصوم في فرض كون الحادث الطارئ جعل تنفيذ الالتزام مرهقا، أو أنه « قوة قاهرة» جعلته مستحيلا، أن تتحقق من كونه قد نشأ بعد إبرام العقد وكان عاما، وكذلك أنه لم يكن بالإمكان توقعه، ومن ثم جعلت تنفيذ الالتزام مرهقا أو مستحيلا وفق ما تم بيانه أعلاه. هذا بالإضافة إلى كون العقد يفصل ما بين انعقاده وبين تنفيذه مدة زمنية؛ سواء أكانت من عقود المدة التي تنفذ بشكل مستمر أو دوري، أو من العقود الفورية التي يكون أطرافها قد اتفقوا على أجل لاحق للانعقاد من أجل تنفيذها.

إن الباحث سيقتصر الحديث في « التوقع» من عدمه كشرط لإعمال أحكام « القوة القاهرة» أو « الظرف الطارئ» الذي جعل تنفيذ الالتزام مرهقا. ذلك أن الشرط الأول والشرط الثالث وقائع مادية تقاس بمعيار موضوعي، أما الشرط الثاني؛ فإنه حالة ذهنية مرتبطة بمعيار شخصي؛ وذلك لأن الفرض في هذه الحالة، أن متعاقدين قد أبرما عقدا بينهما، وكان هذا بعد إعلان حالة الطوارئ بسبب جائحة كورونا، وتوقعوا ما يمكن أن يحدث في ظلها، إلا أن مقدار ما توقعوه من آثار تجاوز حدود هذا التوقع؛ كما لو توقعوا أن مدة إعلان حالة الطوارئ في حدها الأقصى لن تتجاوز مدة شهرين لعدم توقعهما مخالفة القانون الأساسي -بمثابة الدستور- في هذا الشأن، وتحديدا نص

المادة 110 منه، ولكن تم تجاوز هذه المدة، وقد أدى عدم توقعهم إلى عدم تحقق التوازن الاقتصادي في العقد، بحيث أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا نتيجة لتجاوز حدود ما توقعوه.

ويرى الباحث أنه لم ينطبق الشرط الأول المتمثل في كون الحادث الطارئ يجب أن يكون قد وجد بعد إبرام العقد، ولكن تحقق الشرط الثاني، فلم يكن بالإمكان توقع أن يصل الحد في جائحة كورونا إلى ما وصلت إليه، وكذلك تحقق الشرط الثالث، الذي من خلاله تبين بأن هذا التفاقم أصبح فيه إرهاق للمدين، بحيث انتفى مع عدم التوقع التوازن الاقتصادي في العقد.

فهل يمكن للقضاء أن يتدخل بغرض إعادة هذا التوازن بالاستناد إلى تفاقم آثار جائحة كورونا بما لم يكن متوقع أو يمكن توقعه؟ وهل يمكن أن يكون للمُحكم إذا ما عرض عليه النزاع، أن يعيد النظر من قبله في التزامات أطراف العقد، على سند من القول بأن ظروفا لم يكن بالإمكان توقعها قد وقعت، وبالتالي يبرر لحكمه بخروجه عن نطاق قاعدة « العقد شريعة المتعاقدين» فيما يعرض عليه من نزاع؟ ويرى الكاتب في الأصل أن «عدم التوقع» وحده، لا يكون مبررا للمحكمة بأن تقوم بإعادة النظر من قبلها في الالتزامات التعاقدية المحكومة بشكل أساسي بقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين»، بحجة أن عدم التوقع من قبل المدين في الالتزام، جعل تنفيذه له مرهقا، لدرجة سيفقد معه هذا المتعاقد المصلحة الاقتصادية في العقد،أو بتعبير آخر، عدم تحقق التوازن الاقتصادي في العقد»، حتى وإن كان يبدو للمحكمة من قرارها، بأنه سيكون منصفا، مهما بدا الأمر لها من تلمسها للعدالة، فليس لها أن تقيم وزنا لرغبتها في تحقيق العدالة، مقابل ما يمكن أن تمس به قاعدة « العقد شريعة المتعاقدين».

ولكن قد يكون المتعاقدان قد اتفقا ومن خلال بنود العقد، على أنه يحق لهما طلب إعادة النظر في بعض شروط العقد، وإعادة التفاوض عليها في حالة تطور ظروف معينة، كأن يتفق الفريقان على أنه وفي حال استمرار

جائحة كورنا وما هو مرتبط بها من إجراءات، تمتد إلى ما بعد تاريخ معين، وارتباط ذلك بارتفاع تكاليف المواد الأولية، لما يقدمه من خدمة على سبيل المثال، فيكون بإمكان من يرى منهم أن التزامه أصبح مرهقا، أن يطلب إعادة التفاوض على بنود العقد، وخاصة فيما يتعلق بالبند والبدل المادي للخدمة المتفق على تقديمها.

إن وجود مثل هذا البند في العقد، وإن كان يتوقع معه الفريقان إمكانية حصول حدث، إلا أن هذا لا يعني بأنهم توقعوا تحققه، وما يمكن أن يرتب عليه من أثر، بمعنى؛ أنه يمكن توقع الحدث، ولكن لا يمكن توقع حدود نتائج الحدث، التي يمكن أن تؤدي إلى أن يصبح تنفيذ العقد مرهقا، لدرجة لا يستقيم معها تنفيذ العقد مع المصلحة الاقتصادية المرجوة منه، وهذا التوقع الذاتي من قبل أطراف العقد لمثل هذه الحوادث، وما يمكن أن يرافقها من ظروف، ومن ثم انعكاس ذلك على ما ترتبه من نتائج، قد يؤدي في حالة عدم التزام الأطراف بالطريقة الودية إلى إعادة التفاوض على بنود العقد، إلى خلق نزاع قضائي يجعل أحد أطراف العقد يلج إلى ساحات القضاء، أو أن يكون الفرقاء في العقد قد اتفقوا على أنه؛ وفي حالة تعثرهم في الاتفاق في حالة إعادة المفاوضة، أن يلجئوا إلى التحكيم.

وفي حالة اللجوء إلى القضاء في حالة عدم رغبة أحد الفريقين بإعادة التفاوض على شروط العقد، فإنه ليس للمحكمة أن تتدخل في التفاوض بين الفريقين، ولا أن تفرض عليهما ذلك، وليس لها أن تدعي بأنها في حالة تدخلها ستكون مطبقةٌ لقاعدة أن « العقد شريعة المتعاقدين»، على علة من القول بأن بند إعادة التفاوض قد كان جزءا من العقد، وأن لها أن تتحقق من تحقق حالة وجوب إعادة التفاوض حول بنود العقد، والذي بموجبه، تنازل الفريقان عن القوة الملزمة للعقد، في حالة وجود ظرف توقعوه، ولكن لم يكن بإمكانهم توقع نتائجه التي أدت إلى الإرهاق أثناء التنفيذ، وبالتالي،

يكون للمحكمة أن تتدخل محل إرادة الطرفين المتعاقدين، لغاية أن تعيد للعقد توازنه.

إن هذه المسوغات التي يمكن للمحكمة أن تسوقها حتى تبرر تدخلها، وإن كانت من حيث ظاهرها صحيحة وسليمة، إلا أنه لا يمكن القبول بها؛ لما يترتب على تدخلها تعديل لبنود هي جزء في العقد، وبالتالي ستحل نفسها محل المتعاقدين في تحديد الالتزامات لأي منهما، وهذا أمر فيه خرق للقوة الملزمة للعقد دون مسوغ قانوني، وبالتالي يبقى العقد الأولي هو المحدد لالتزامات المتعاقدين. ولكن ماذا لو كان الفريقان قد اتفقا على اللجوء إلى التحكيم في حالة عدم اتفاقهما، أو في حالة عدم التزام أي منهما بإعادة التفاوض؟

يرى الباحث في هذه الحالة يجب التفرقة بين كون اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم كان فقط متعلقا بنزاعهم حول إعمال شرط إعادة التفاوض من عدمه؛ وهنا تكون صلاحية المُحكم إجرائية، وبالتالي لا يمكن أن يتدخل لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

أما لو تم الاتفاق على أنه يكون للمحكم في حالة عدم اتفاق المتعاقدان على إعادة التوازن للعقد، حيث يقوم المحكم بإعادة هذا التوازن للعقد بطريقة عادلة وهو ما يسمى « التحكيم بالصلح»[50]، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون للمحكم الحق في النظر في هذا النزاع، ومن ثم يقرر في حكمه إعادة النظر في العقد من قبله كمحكم لغاية إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، إذا وجد أن ذلك أقرب للعدالة.

ويرى الباحث في هذا الجانب أن على من يرغبون بالتعاقد في عقود ليست فورية، أو في عقود فورية؛ ولكن حددت تواريخ لاحقة لتنفيذها، أن يضمنوا عقودهم بنودا مرتبطة بالإحالة إلى التحكيم، في حالة ظهور ظروف

[50] - للمزيد حول التحكيم بالصلح، انظر، يوسف شندي، التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، الطبعة الثانية، 2015، ص 275 وما بعدها.

غير متوقعة، والتي لا يمكن أن تؤسس في قيامها وحدها لإعمال نظرية الظروف الطارئة، وأن يكون بند هذه الإحالة إلى التحكيم يمنح الصلاحية للمحكم في أن يتبين ما إذا كانت حالة « عدم التوقع» متحققة أم لا، ومن ثم له في حالة تحققه من ذلك أن يقوم وبالاستناد إلى تحققها بالعمل على إعادة التوازن الاقتصادي للعقد من خلال قراره التحكيمي، خاصة في هذه المرحلة الحساسة من انتشار « لجائحة كورونا» والتي في ظل وجودها سيكون هنالك العديد من العقود التي تنعقد، ومن الممكن ألا تنطبق عليها أحكام الظروف الطارئة، وبالتالي يمكن التعامل مع مبدأ « عدم التوقع» المرتبط باختلال الالتزامات المتقابلة في العقود لغاية إعادة التوازن العقدي.

كما يرى الباحث أمرا هاما وهو أن يتبنى مشروع القانون المدني الفلسطيني مسألة عدم التوقع كمبدأ أساسي فيه، مواكبة للتطورات التنازعية التي تحدث، نتيجة لما يرافق « الجوائح» من مسائل مرتبطة بعدالة المعاوضة في العقود، والتي ترتبط ارتباطا وثيقا بالتوازن الاقتصادي فيها، مع ضبط هذا الأمر بطريقة لا تؤدي إلى خرق مبدأ « القوة الملزمة للعقد»، وألا تؤدي إلى تدخل قضائي متعسف.

القدس – بيت حنينا – دوار الضاحية، عمارة الحرباوي

هاتف: 00972-25459777

act.adr.studies@gmail.com

آكت لحل النزاعات
Conflict Resolution