



تحت اشراف:

الاستاذ التجاني أحمد الزاكي
قاضي بالمحكمة الابتدائية بتيزنيت

من إعداد:

مصطفى العوينا
الفوج: 41

فترة التكوين:

2017_2015

كلمة شكر وتقدير

أشكر الله العليّ القدير الذي أنعم عليّ بنعمة العقل والدين القائل في محكم التنزيل "وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ" سورة يوسف آية 76صدق الله العظيم. وأيضاً وفاءً وتقديراً واعترافاً مني بالجميل أتقدم بجزيل الشكر إلى المدير العام للمعهد العالي للقضاء و إلى مدير التكوين ولجميع الأطر به.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للسادة القضاة بالمحكمة الابتدائية بتيزنيت وكذا لكافة الأساتذة المستشارين بمحكمة الاستئناف بأكادير على ما بذلوه من جهد في السهر على تكويننا. كما أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي التجاني أحمد الزاكي على إشرافه وتوجيهه ومساعدته في هذا البحث.

وأشكر كذلك كل من مدوا لي يد العون والمساعدة في إخراج هذا البحث.

مقدمة

تعتبر النصوص القانونية عند وضعها من طرف المشرع نصوصا جامدة، والذي يبيت فيها الحركة هو القضاء، فالمشرع وإن قصر في وضع النصوص التي تستطيع مجارة التطور، فإن المهمة تنتقل إلى الجهاز القضائي الذي عليه أن يسد كل نقص في هذه النصوص، ذلك أن وظيفته لا تقتصر على تطبيق القاعدة القانونية الجامدة كما هي، وإنما من واجبه أيضا أن يسد كل ثغرة تظهر في صرحها وأن يجعلها مسايرة للتطور الاجتماعي.

والقاضي عندما يمارس الاجتهاد، فإنه يجتهد لإجراء التكييف القانوني والذي لا يمكن أن ينزله بطريقة فجائية على النزاع المعروض عليه، بل لابد من إجراء لتهئية النزاع، فعليه أولا أن يضع في اعتباره دائما قاعدة قانونية محتملة التطبيق على النزاع، ذلك أن التكييف القانوني هو في الحقيقة عمل ذهني يتوصل به القاضي إلى تطبيق القانون على وقائع النزاع. ولعل المجال الخصب لإعمال القضاء لقواعد التكييف يتجلى في النزاعات الشغلية التي تتميز بتباين المراكز العقدية لأطرافها، وورود محل العقد على علاقة إنسانية، فالأجير في أغلب الأحيان يكون طرفا ضعيفا في هذه العلاقة خاصة في حالة عدم توفره على مؤهلات عالية تتيح له فرصة مناقشة بنود العقد وشروطه التي يفرضها المشغل بكامل الحرية، لذا فإنه في حالة وقوع نزاع حول الوصف القانوني المعطى له -أي للعقد- فإن القضاء الاجتماعي يتعين عليه إعمال سلطته في التكييف وعدم الالتزام بالوصف الذي يضيفه رب العمل عليه، ذلك أن هذا الأخير قد يدعي أن العقد ليس بعقد شغل وإنما هو عقد آخر من قبيل المقولة مثلا أو الوكالة للتملص من الآثار القانونية الناتجة عن إنهاء عقد الشغل، لذا فإن القاضي المعروض عليه النزاع ولما يتوفر عليه من سلطة في تفسير وتكييف بنود العقد يستشف هذا التحايل ويقوم بإعادة الوصف وذلك بالاعتماد أساسا على عنصر التبعية الذي يعد أهم عنصر يتضمنه عقد

الشغل وينفرد به عن كل علاقة تعاقدية مشابهة له. إلا أن هذه العلاقة -أي علاقة التبعية- لا تكون في كل الأحوال واضحة بما فيه الكفاية، خاصة مع وجود فئات مهنية لا تخضع مباشرة لمشغليها في تأدية العمل المطلوب إنجازه.

❖ إشكالية البحث:

كيف تعامل القضاء المغربي مع عنصر التبعية لإعطاء التكييف الصحيح لعقد الشغل؟

و كيف يمكن إثبات هذا العقد خاصة في ظل انتشار العقود الشفوية التي تزيد في تعقيد مهمة القضاء في إعطاء الوصف الحقيقي للرابطة محل النزاع؟

وهل استقر العمل القضائي بهذا الصدد على اتجاه موحد أم أن هناك تذبذب من جانبه وما مدى الحديث عن دور محكمة النقض في توحيد اجتهادات قضاء الموضوع، وهل كانت محكمة النقض نفسها مستقرة على توجه واحد أم تعددت مواقفها بصدد الوقائع محل النزاع؟

هذا وأن العمل القضائي بصدد التكييف في المادة الشغلية لا ينحصر فقط في ماهية العقد الذي يتنازع الأطراف بشأنه، بل يمتد أيضا لمراقبة الطبيعة القانونية له، حيث غالبا ما يميل المشغلين لإضفاء وصف العقد بالمحدد المدة نظرا لما يتيح هذا الأخير من سهولة في إنجازه وضعف الضمانات القانونية المخولة للأجراء الذين يتعاقدون في إطاره، مما يدفعنا لمناقشة موقف القضاء بين مبدأ استقرار الشغل ومبدأ المرونة. هل جسد التوجه الحمائي الرامي إلى التوسع في مفهوم العقد غير المحدد المدة باعتباره هو الأصل، أم نحى إلى تطبيق مبدأ المرونة الذي فرضته معطيات التحول الاقتصادي والدخول في عالم المنافسة حيث يشكل اللجوء إلى العقود المحددة المدة إحدى أهم الوسائل القانونية المجسدة له.

وكيف تعامل القضاء مع مسألة تتابع العقود المحددة المدة عن طريق التجديد، فهل أقر بتحول هذا العقد إلى عقد غير محدد المدة؟ أم تمسك بمبادئ الشريعة العامة المبنية أساساً على الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة؟

❖ دوافع اختيار الموضوع وأهميته:

يعتبر الموضوع الذي أنا بصدد من الأهمية بمكان، ذلك أنه يتطرق للجانب العملي في تكيف عقود الشغل، مع دعمه بالدراسات الفقهية التي تطرقت له بشكل عام دون الخوض في الجزئيات. كما أن الدراسات التي تعرضت لهذا الموضوع لا تزال لم تستوف كل الجوانب العديدة المتضمنة بها، كما أن الموضوع يمس شريحة واسعة من المجتمع ألا وهي فئة الأجراء، التي تسعى جاهدة إلى تحقيق الاستقرار الأسري والنفساني.

❖ الصعوبات:

لعل أهم صعوبة اعترضتني في إنجاز هذا البحث هي قلة المراجع المتخصصة التي تناولت هذا الموضوع خاصة بعد صدور المدونة المذكورة.

❖ منهج البحث:

من المتعارف عليه أن البحث القانوني يستلزم اعتماد مناهج علمية دقيقة، وبحثنا باعتباره يتناول إشكالا ذا أهمية في ميدان البحث القانوني العلمي، فإنه لابد أن يتم نهج إحدى تلك المناهج التي اخترنا أن نعتمد منها المنهج الوصفي من خلال الاطلاع على مختلف النصوص القانونية المرتبطة بالموضوع وكذا المنهج التحليلي عبر الوقوف على مختلف الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية.

❖ خطة البحث:

بناء على ما تمت الإشارة إليه في المقدمة، فإننا سنقارب موضوع هذا البحث من خلال اعتماد خطة تقوم على أساس تقسيم الموضوع إلى فصلين:

الفصل الأول: علاقة التبعية وتكييف عقد الشغل في الاجتهاد القضائي

الفصل الثاني: تكييف عقد الشغل من حيث المدة

الفصل الأول:

علاقة التبعية وتكييف عقد الشغل في الاجتهاد القضائي

تعتبر حماية الأجير من أهم الأهداف التي يتوخاها القضاء الاجتماعي، وذلك بضمان أجره القار عن طريق اعتباره يعمل تحت تبعية المشغل لمدة غير محددة، إلا أن هذا الطموح القضائي والتشريعي قد يصطدم ببعض المعوقات منها ما هو ناتج عن الظروف الاقتصادية، ومنها ما يرجع أساسا لعقلية المشغل الذي قد لا يتعاقد وفق مبدأ حسن النية¹، وذلك بإعطاء العقد وصفا قانونيا مغايرا لما هو عليه في الحقيقة فيكون على القضاء في مثل هذه الأحوال إعطاء الوصف الحقيقي بتكييفه التكييف الصحيح معتمدا في ذلك بالأساس على مدى وجود أو عدم وجود علاقة التبعية، هذه الأخيرة التي أثير الكثير من الجدل الفقهي والقضائي حول مفهومها وأنواعها، وهل يعتبر مجرد توافر التبعية الاقتصادية مثلا في العلاقة الشغلية معيارا للقول بوجود عقد شغل أم أنه ينبغي لزاما توافر تبعية قانونية؟ وعليه فإنني سأطرق لمفهوم علاقة التبعية كأهم وأبرز عنصر لتكييف عقود الشغل من طرف القضاء وذلك في "المبحث الأول".

هذا ويعتبر عنصر التبعية من أهم المؤشرات للتمييز بين عقود الشغل وبين غيرها من العقود المشابهة لها، بالرغم من وجود صعوبات واقعية للتفرقة في بعض الأحيان، لكن بمجرد إثبات عقد الشغل بين الأجير والمشغل بما يتضمنه هذا العقد من تبعية الأول للثاني فإن ذلك يعتبر أساسا لتطبيق قانون الشغل على هذه العلاقة من طرف القضاء (المبحث الثاني).

¹ - عز سعيد: العمل القضائي المغربي في مجال نزاعات الشغل الفردية، بدون ذكر مكان النشر، طبعة 1994، ص:

المبحث الأول: مفهوم علاقة التبعية كعنصر لتكييف عقود الشغل

لم يعرف المشرع المغربي في مدونة الشغل التبعية، ويقصد بها امتثال الأجير أثناء أو بمناسبة أدائه لشغله لإشراف وتوجيه وسلطة المشغل، الذي يؤدي ذلك الأجير الشغل لحسابه. و هناك نوعين من التبعية: التبعية القانونية والتبعية الاقتصادية، ونعرف كل واحدة على حدة: فالتبعية القانونية، Subordination juridique، هي التي تنتج من علاقة تعاقدية قررها القانون، وينطبق عليها تعريف المادة السادسة في فقرتها الأولى من مدونة الشغل، وتصنف بدورها إلى نوعين فنية وإدارية: فالأولى تكمن في الرقابة المباشرة الدائمة للمشغل على الأجير غير المتخصص، وهي تفرض كذلك معرفة وإمام المشغل بطبيعة النشاط الذي يزاوله الأجير. والثانية يقصد بها الإشراف الإداري من لدن المشغل على عمل الأجير، من دون أن يكون عارفا بطبيعة نشاطه، ومن دون أن تكون له أي سلطات فنية في تنفيذ الأجير لعمله، ويمثل لذلك بحالة المحامي التابع لمقابلة. أما التبعية الاقتصادية Subordination économique، لا تقوم على أساس خضوع الأجير لأوامر مشغله أثناء قيامه بعمله و لا لتوجيهه وإشرافه، بل يكفي للقول بوجود عقد شغل، فقط حصول الأجير على أجر من مشغله واعتماده على هذا الأجر في معيشتة².

ويتميز عقد الشغل عن غيره من العقود الأخرى بوجود عنصر التبعية ويقتضي ذلك أن يؤدي الأجير عمله تحت إدارة المشغل وإشرافه، فالعمل المقصود في نطاق تطبيق عقد الشغل هو العمل التابع، ومعنى ذلك أن الأجير يخضع لرقابة مشغله وإشرافه وتوصف التبعية في هذا المفهوم بتبعية قانونية لأنها تنتج عن الرابطة التعاقدية وحدها وهذا المفهوم هو ما سيكون محور دراستي في "المطلب الأول" مبينا مدى اعتماده من طرف القضاء المغربي بالخصوص لتكييف عقود الشغل.

ومقابل هذا التصور التقليدي لمفهوم التبعية ظهر اتجاه جديد يدعو إلى الأخذ

2-صباح كوتو: دروس في القانون الاجتماعي، الطبعة الخامسة، مطبعة قرطبة أكادير، ص:81.

بالتبعية الاقتصادية-عند تخلف التبعية القانونية -معيارا لتحديد العمل الخاضع لقانون الشغل عن سواه³. وبالتالي توسيع دائرة المستفيدين من مزاياه بتكييف العقود انطلاقا من وجود تبعية اقتصادية على أساس أنها عقود شغل، فهل استجاب القضاء لنداء هذا الاتجاه الجديد؟ وماذا كان موقف المدونة من التبعية الاقتصادية؟ وهذا ما سيتم التطرق إليه في "المطلب الثاني".

المطلب الأول: ماهية التبعية القانونية

يتطلب الوقوف على ماهية التبعية القانونية كمعيار مميز ورئيسي لعقود الشغل تحديد مفهوم هذه التبعية انطلاقا من موقف المشرع المغربي، وبعض التعاريف التي أوردها الفقه في الموضوع، إضافة إلى موقف القضاء ومدى اعتمادها من طرفه كعنصر أساسي لتكييف عقود الشغل (الفرع الأول) زد على ذلك ضرورة التطرق لمختلف الصور التي تتخذها هذه التبعية، وأي هذه الصور تم الاعتماد عليها من طرف القضاء والتشريع للقول بوجود عقود الشغل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التبعية القانونية

يفترض عقد الشغل وجود العامل في مركز تابع بالنسبة إلى صاحب العمل، والملاحظ أن المشرع المغربي لم يتطرق صراحة إلى تعريف التبعية القانونية عند تعريفه لعقد إجارة الخدمة في الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود، إلا أنه في فصول أخرى من نفس القانون تطرق إلى فكرة التبعية في العمل المأجور بصفة صريحة ويتجلى ذلك من خلال الفصل 735 من نفس القانون الذي ينص على ما يلي: "...بشرط أن يكون قد وضع نفسه تحت تصرفه ولم يؤجر خدماته لشخص آخر". وكذا الفصل 738 الذي ينص على أنه: "وهو يسأل أيضا عن النتائج المترتبة عن عدم مراعاة التعليمات التي

³ عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل -الجزء الأول علاقات الشغل الفردية- المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2004، ص: 351 و352.

تلقاها إن كانت صريحة... " وأيضاً جاء في الفصل 749 في الفقرة الثالثة ما يلي: " بأن يتخذ كل ما يلزم من الإجراءات الوقائية لكي يؤمن لعماله وخدمه ومستخدميه حياتهم وصحتهم في أدائهم الأعمال التي يباشرونها تحت توجيهه أو لحسابه"⁴.

أما بالنسبة لمدونة الشغل فإنها وإن لم تقم بدورها بتعريف علاقة التبعية إلا أنها أشارت إلى هذا العنصر صراحة أثناء تعريفها لمفهوم الأجير حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 6 على أنه: "يعد أجيراً كل شخص التزم ببذل نشاطه المهني، تحت تبعية مشغل واحد أو عدة مشغلين، لقاء أجر، أيا كان نوعه، وطريقة أدائه".

ويفترض في علاقة التبعية أن يكون المشغل أو من ينوب عنه إلى جانب الأجير أو قريباً منه وهذه هي الحالة الغالبة، غير أن هناك حالات واردة في المدونة لا تبرز فيها هذه العلاقة التي تعرف بالتبعية القانونية لتتحول إلى ما يسمى بالتبعية الاقتصادية.

غير أن هذه التبعية وكما أوردتها هذه المادة، قد تكون مع مشغل واحد أو عدة مشغلين، وما ينتج عن ذلك من صعوبة في تحديد المسؤوليات⁵.

⁴ - أما بالنسبة لنصوص قانون الشغل الملغاة بنص المادة 586 من مدونة الشغل فقد أشارت بعض هذه القوانين إلى التبعية القانونية مثال ذلك: ظهير 2 يوليوز 1947 المتعلق بضابط العمل في فصله 3 الذي نعتها بالطاعة القانونية، وكذا الفصل 6 من ظهير 23 أكتوبر 1948 المتعلق بضبط العلائق الرابطة بين الأجراء الذين يتعاطون مهنة تجارية أو صناعية أو حرة وبين مؤاجريهم الذي ينص على أنه: "يجب على الأجراء الطاعة والامتثال لرئيسهم كما يجب على المؤاجر ومساعديه أيا كانت مهنتهم التأدب مع الأجراء".

راجع مقتضيات هذه المواد لدى: امحمد الأمrani زنطار: التشريع الاجتماعي المغربي مجموعة النصوص القانونية والتنظيمية وفق آخر التعديلات 1913 - 1999. المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الثالثة 2002، ص: 47 و73.

⁵ - ويظهر ذلك بوضوح حينما لا يخصص الأجير كل وقته المسموح به قانوناً لمشغل واحد، وإنما يوزعه بين كل من يشتغل نحت إشرافهم، خاصة في حالة فسخ عقد الشغل من قبل أحد المشغلين واستمراره في العمل مع الباقي، وما إذا كان يستحق كامل التعويض، باعتبار أنه لم يتعرض لضرر كامل من جراء تعرضه للفصل، وأنه كان يفقد فقط عملاً كان يستغرق جزءاً من وقته، خاصة وأنه من المفروض أن يستحق التعويض الكامل في حالة وجود هذه العلاقة مع

ولقد حددت المادة 21 من المدونة مجموعة من المظاهر يتجلى من خلالها ما يملكه المشغل من سلطة في إطار تدبير مشروعه أو مقاولته من جهة، وفي المقابل ما يفرضه ذلك من خضوع أو تبعية الأجير له، وقد عبرت عنه بامتنال الأجير لمشغله.

وتتجلى مظاهر تبعية الأجير للمشغل فيما يصدره هذا الأخير من أوامر أو تعليمات، وكيف يتلقاها الأجير منه ويستجيب لها من خلال ما عبرت عنه المدونة بالامتنال.

ولا شك أن التعبير بكون المشغل يصدر أوامر للأجير يفيد أنه يملك سلطة ومن هناك جاءت تسميتها بـ "سلطة الائتثار"، إلا أنه ينبغي اعتبارها فقط سلطة أدبية أو معنوية تفرضها مهمته كمسير لمحل العمل، وليس بمفهوم التحكم والاستبداد⁶.

وهذه السلطة التي يملكها المشغل لا ينبغي أن يفهم منها أنها مطلقة لا تحدها حدود، وإنما يجب ألا تخرج عن المقتضيات القانونية المنظمة لعقد الشغل على مختلف أشكالها، وقد حصرتها المادة 21 من المدونة في تلك المقتضيات الواردة في مدونة الشغل وفي النصوص المتفرعة عنها، وكذا في عقد الشغل الذي يكون له طابع فردي أو جماعي من خلال اتفاقية تهم فئة معينة من العمال، أو في إطار النظام الداخلي، بل إنها أخضعت هذا الامتنال لما أسمته بالنصوص القانونية المنظمة لأخلاقيات المهنة، دون أن تحدد المقصود بذلك⁷.

وبالتالي فإن مدونة الشغل لم تقم بتعريف التبعية سواء القانونية منها أو الاقتصادية وإنما اكتفت فقط بذكر مصطلح "التبعية" وإن كانت في المادة 8 منها تشير إلى التبعية القانونية في إطار تحديدها لمفهوم المشتغلين بمنازلهم حيث جاء فيها ما يلي: "يعتبر أجراء

مشغل واحد....، أنظر محمد سعد جرندي، الدليل العملي لمدونة الشغل، الجزء الأول (من المادة 01 إلى المادة 85 من المدونة) الطبعة الأولى، مطبعة صناعة الكتاب-الدار البيضاء 2016 ص: 58.

6- محمد سعد جرندي، مرجع سابق، ص: 162.

7- محمد سعد جرندي، مرجع سابق، ص: 163.

مشتغلين بمنزلهم، في مدلول هذا القانون، من توفر فيهم الشرطان أدناه، دون داع إلى البحث عن وجود أو انتفاء علاقة تبعية قانونية تربطهم بمشغلهم..."

ورأينا أنه من الناحية التشريعية ليس هناك بيان تفصيلي لرابطة التبعية، فما هو يا ترى موقف القضاء المغربي من هذه العلاقة؟ وهل من تعريف قضائي لها أم أن الأمر لا يعدو أن يكون تكريسا للموقف التشريعي؟

لا بد من الإشارة إلى أن القضاء في أغلب القرارات الصادرة عنه لم يتطرق إلى نعت التبعية بالوصف الاقتصادي أو القانوني بل اقتصر على ذكر عبارة التبعية فقط⁸، وهو ما نلمسه في العديد من قراراته حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بأكادير⁹: " حيث ناقشت المحكمة تضمينات المقالين الاستثنائيين الأصلي والفرعي وما أسس عليه الطرفان طعنيهما من أسباب واطلعت على مختلف وثائق الملف ومستنداته، فتبين لها أن ما دفعت به الطاعنة من كونها لا تربطها بالمستأنف عليه أي علاقة تبعية من إشراف على عمله وإدارة ورقابة مبني على أساس، ذلك أن واقعة أدائها للأجرة المستحقة لهذا الأخير نيابة عن ساكنة الدواوير التي كان يقوم بجمع نفاياتها مقابل (10,00 درهم) عن كل منزل، كما أفاد بذلك الشاهدين: (الحبيب فاكا والعربي موهوب) بجلسة البحث بعد أدائهما اليمين القانونية، لا يفيد أن هناك علاقة تبعية بينه وبين الطاعنة والتي هي مناط قيام عقد الشغل بينهما وخضوع تلك العلاقة لمقتضيات مدونة الشغل، بغض النظر عن كون المستأنفة تؤدي له أجرته عن طريق الحوالات البنكية."

وجاء في قرار آخر لمحكمة النقض أن: "عمل التدليك بالحمامات التقليدية لا يكتسي رابطة العمل بالمفهوم القانوني، لأنه يتقاضى مستحقاته من الزبناء ودون أي تدخل من صاحب الحمام مما تتنفي معه علاقة التبعية، وإن قيامه بمراقبة الماء وتنظيف الحمام

8- صباح كوتو: مرجع سابق، ص: 81.

9- القرار عدد: 486 الصادر بتاريخ 02-02-2017 في الملف الاجتماعي عدد 50 / 2016 غير منشور.

فضلا عن أنه يرتبط بعمله فإنه يكون كمقابل للإذن له باستعمال الحمام للقيام بمهمته¹⁰."

وبالمقابل نجد قرارات أخرى تحدد شكل التبعية وعلى هذا الأساس اعتبرت محكمة النقض¹¹ في قرار حديث لها أن إشراف المشغلة في ظل التبعية الإدارية التنظيمية لا يمس جوهر العمل الذي يؤديه الأجير من الناحية الفنية بصفته طبيبا، لأن التبعية القانونية تتحقق حتى ولو كان الأجير يتمتع باستقلال كبير من الناحية الفنية في القيام بعمله.

ووصف قرار لمحكمة الاستئناف بأكاير¹² التبعية بشكليها القانوني والاقتصادي حيث جاء فيه: " ومن جهة ثانية، فإن مظاهر التبعية القانونية و الاقتصادية قائمة بين الطرفين تمثلت في خضوع الأجير لأوامر وتعليمات وتوجيه ورقابة المشغلة حسب ما جاء في شهادة الشاهد (عبد الإله لشكر) المضمنة بمحضر البحث في المرحلة الابتدائية، من أن المستأنف عليه حاليا كان يمثل لأوامر هذه الأخير بالانتقال للعمل بمدينة طانطان ومدينة سمارة، هذا فضلا عن أن مدة عمله لديها تجاوزت عشر سنوات، كما أنه يتوقف عن العمل كلما طلبت منه ذلك، وأن كل ما ذكر على شيء فإنما يدل على أن العلاقة الشغلية قائمة بين الطرفين قائمة ومستمرة طيلة المدة المحددة في المقال."

وهكذا يقر القضاء المغربي أن المعيار القانوني الذي يسمح بتمييز عقد الشغل عن غيره من العقود هو معيار التبعية، وأنه لا يمكن الاحتكام إلى أي معيار آخر ولو كان هذا الأخير هو الأجر أو طبيعة العمل أو مكان تنفيذ العمل، فإذا انتفت التبعية فإنه بالضرورة

10-قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2008/6/18 تحت عدد 707 في الملف عدد 07/1026 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) لسنة 2008 ص: 224.

11-القرار عدد 2147 الصادر بتاريخ 4 نونبر 2015 في الملف الاجتماعي عدد 2014/2/5/804 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض العدد 80 ص: 384-385-386-387.

12-قرار الغرفة الاجتماعية عدد 4546 الصادر بتاريخ 2016-12-08 في الملف الاجتماعي عدد: 2016/387 غير منشور.

ينتفي وجود عقد الشغل¹³.

ويبقى التساؤل ماثرا حول درجة هذه التبعية هل هي نفس الدرجة في جميع الحالات أم أنها ليست كذلك؟

الفرع الثاني: أشكال التبعية القانونية

في الحقيقة توجد صور مختلفة ومتعددة للتبعية القانونية أقرها الفقه أساسا وكذلك القضاء، ومن أهمها نجد التبعية الفنية التي تعد أقوى هذه الصور وفي مرتبة أدنى نجد التبعية الإدارية أو التنظيمية.

أولا: التبعية الفنية

تتمثل التبعية الفنية في إشراف المشغل إشرافا فنيا كاملا يخضع بموجبه الأجير لكل ما يصدر إليه من أوامر متعلقة بتفاصيل العمل وجزئياته، وهذا النوع من التبعية يفترض إلمام صاحب العمل بالأصول الفنية للعمل الذي يقوم به الأجير، إذ بدون ذلك لا يستطيع المشغل مراقبة الأجير وتبيان أوجه التقصير في عمله، ولقد أخذ على هذا النوع من التبعية أن من شأنه تضيق نطاق تطبيق قانون الشغل، بما يحرم فئات عريضة من الأجراء من الحماية الاجتماعية التي يوفرها هذا القانون، وذلك باعتبار أن تحقق التبعية الفنية يستلزم إحاطة شاملة من جانب المشغل بالأمور الفنية للعمل، وهو ما لا يتيسر في كثير من الأحيان بالنظر لتطور وتعقد فنون العمل والإنتاج.

ثانيا: التبعية الإدارية أو التنظيمية

وفقا لهذا المفهوم فإنه يكفي لتحقيق تبعية الأجير أن يخضع في أدائه لعمله لإدارة وإشراف رب العمل من الناحية التنظيمية، بحيث يخضع في أدائه هذا لتوجيهات رب

¹³ - الحاج الكوري: مدونة الشغل الجديدة القانون رقم 99-65 أحكام عقد الشغل، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 2004،

العمل في شأن الظروف الخارجية التي تحيط بتنفيذ العمل، مثل: تحديد مكان العمل وأوقاته، فترات الراحة، الخضوع للإجراءات التأديبية.. فالتبعية الإدارية إذن لا تتطلب من المشغل الإلمام بالأصول الفنية لمهنة أو حرفة الأجير، وكمثال على ذلك تعاقد صاحب مشروع ضخم مع مهندس أو محامي أو طبيب للاستعانة بخبراتهم، فالإشراف هنا لا يكون إلا من الجانب الإداري فقط، للجهل التام لصاحب المقولة أو المشروع بعلم الطب أو القانون أو الهندسة... وقد نتج عن الأخذ بهذا المفهوم -أي التبعية الإدارية أو التنظيمية- خضوع فئات عريضة من الأجراء والمستخدمين للقانون الاجتماعي وخاصة بعض أصحاب المهن الحرة في علاقاتهم بمشغليهم ما داموا خاضعين لهم من الناحية الإدارية على الأقل.

يتضح مما سبق أن مفهوم التبعية الإدارية يتغير بتغير الزمان، وذلك نابع من الاجتهاد القضائي الذي اتخذ مفهومًا مرنا في حق بعض الأجراء الأحرار ليجعلهم أجراء تابعين، ونابع كذلك في بعض الأحيان من القانون نفسه الذي أدخل بعض الفئات المهنية بقوة القانون، وأبرز مثال لهذه الفئات المستفيدة من قانون الشغل بناء على نص القانون¹⁴ ما أورده المواد 3 و 8 و 79 من مدونة الشغل حيث وسعت من نطاق الاستفادة لتشمل أجراء المقاولات والمؤسسات العمومية التابعة للدولة والجماعات المحلية والبحارة وأجراء المقاولات المنجمية والصحفيون المهنيون والبوابون في البنايات المعدة للسكنى في كل ما لم يرد النص عليه في الأنظمة الأساسية المطبقة عليهم، وأيضا الأجراء المشتغلين بمنازلهم، والممثل التجاري أو الوسيط أو الوكيل... وذلك بعد أن وقع النقاش سابقا حول مدى سريان مقتضيات قانون الشغل أو استبعادها بالنسبة لهذه الفئات.

أما بالنسبة للعمل القضائي فإنه يمكن القول أن التبعية الإدارية أو التنظيمية يمكن أن

¹⁴ - لمزيد من التفاصيل راجع: محمد سعيد بناني: قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية- الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2005، ص: من 569 إلى 584.

تشكل مجالا خصباً لإعمال قواعد التكيف للقول بأن الرابطة العقدية هي علاقة شغل أم لا، وذلك بالاستناد إلى عدة مؤشرات على الرغم من انعدام الرقابة الفنية المستمرة أو الإشراف الكامل على أعمال الأجير، وهذا فعلاً ما تم تكريسه من طرف محكمة النقض في قرار حديث جاء فيه¹⁵: "لكن حيث إن الثابت من الوثائق كما هي معروضة على محكمة الاستئناف وخاصة منها عقد العمل المبرم بتاريخ 1993/2/15 بين الطاعنة والمطلوب بعد اختبار شفوي أجرته معه بتاريخ 1993/2/2 والذي بمقتضاه شغلته كطبيب عام لديها لمدة ستة أشهر أصبحت بعد ذلك مدة غير محددة، من دون أن تحد من استقلاليته في العمل الموكول له مع تبعيته لها بتنفيذه لكل طلباتها وتعليماتها وهي الواردة بالبروتوكول الموقع من طرفهما معا بتحديد ساعات العمل وكيفية أدائه، كما أعطته حقه في العطلة السنوية، وبتمتيعه بأجل إخطار حددته في ثلاثة أشهر في حالة فسخ العقد وأن ما جاء في بروتوكول الاتفاق ينم عن وجود تبعية إدارية تنظيمية لأنها هي المشرفة على تحديد شروط العمل وظروفه، بتحديد مكان العمل وأوقاته، وتسليم المواد والأدوات اللازمة للعمل، ومنعها للمطلوب من أن يسخر خدماته للغير أو أن يعمل لصالحه، (ف 11 من العقد) وإشرافها في ظل التبعية الإدارية التنظيمية لا يمس جوهر العمل الذي يؤديه الأجير من الناحية الفنية بصفته طبيباً، لأن التبعية القانونية تتحقق هنا حتى لو كان يتمتع باستقلال كبير من الناحية الفنية في القيام بعمله لأن تبعيته لها تنظيمية إدارية تستخلص من تحديدها لنوع العمل ونطاقه وحدوده ومواعيده كما سبق الذكر من كل هذا استخلصت المحكمة بأن أوراق الملف و خصوصاً العقد الذي استدلت به الأجير أن العلاقة التي كانت تربط الطرفين كانت منظمة ومحددة بحقوق والتزامات كلا الطرفين في مواجهة الطرف الآخر وذلك من تاريخ إبرام العقد وأنه تم الاتفاق على جميع بنوده وارتضيها كمشغل وأجير...".

¹⁵ - أنظر مراجع القرار في الصفحة 14 أعلاه.

وهكذا يتضح بأن المناط في تكيف عقد الشغل هو بتوافر التبعية بمفهومها القانوني الموسع بما تتطلب من خضوع الأجير لإدارة وإشراف المشغل من الناحية التنظيمية.

وكيفما كانت هذه التبعية أو طبيعتها فالمهم هو وجودها لأنه بوجودها يوجد عقد الشغل، والنتيجة القانونية المتوخاة من وراء كل هذا هو تطبيق أحكام قانون الشغل، ليبقى في الأخير الأمر موكول لمحكمة الموضوع لما تتمتع به من سلطة تقديرية واسعة في البت حول ما إذا كان عنصر التبعية موجودا في العقد محل النزاع أم لا. ومهما كانت صورة التبعية سواء فنية أو إدارية فإنه لا بد وأن تكون مقيدة في حدود معينة داخل نطاق محدد بشكل دقيق¹⁶.

إلا أنه بالمقابل لهذا التصور التقليدي لمفهوم التبعية فإن اتجاه حديث يدعو إلى الأخذ بمعيار جديد في التبعية يسمى بالتبعية الاقتصادية، والاكتفاء به للقول بوجود عقد شغل. فما المقصود بهذا المفهوم؟ وإلى أي حد تعامل معه التشريع والقضاء؟

المطلب الثاني: ماهية التبعية الاقتصادية

ظلت التبعية القانونية هي عنصر التمييز بين عقد الشغل وغيره من العقود إلى أن ظهر اتجاه فقهي يدعو إلى اعتماد التبعية الاقتصادية واتخاذها معيارا لتحديد العمل الخاضع لقانون الشغل.

وعلى هذا الأساس، فإن التبعية الاقتصادية لا تقوم على أساس خضوع الأجير لأوامر مشغله أثناء قيامه بعمله و لا لتوجيهه وإشرافه، بل يكفي للقول بوجود عقد شغل،

¹⁶ - ذلك أن نطاق التبعية مقيد مبدئيا بمكان العمل وزمانه ولا يمكن أن تمتد سلطة المشغل على الأجير خارج هذا النطاق، كما أن الأوامر والتعليمات التي يصدرها المشغل يجب أن تكون في حدود مشروعة وغير مخالفة للنظام العام والآداب، وألا تتخطى الحياة الشخصية للأجير وأن توجه إليه بكيفية لا تؤذي شعوره ولا تستنزفه أي ما يعرف بتأدب صاحب المؤسسة مع أجراءه. راجع في ذلك: محمد الكشور: عناصر عقد الشغل. مرجع سابق، ص: من 117 إلى

فقط حصول الأجير على أجر من مشغله واعتماده على هذا الأجر في معيشتة¹⁷.

لذلك ظل هذا المفهوم الحديث نسبيا مثار جدال وانتقادات من طرف الفقه (الفرع الأول) كما أن تعامل القضاء مع هذا النوع من التبعية يشوبه نوع من الغموض حول مدى الأخذ بهذا العنصر لتكييف عقود الشغل وتمييزها عن غيرها من العلاقات التعاقدية المشابهة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التبعية الاقتصادية

ظهرت فكرة التبعية الاقتصادية مع القوانين الاجتماعية التي تهدف إلى حماية الطبقة العاملة من العجز عن العمل، لتسد النقص الذي بدأ في قصورها عن شمول طوائف عديدة، كانت بالرغم من انعدام رقابة رب العمل عليها في أشد الحاجة إلى الحماية القانونية¹⁸.

فالتطور الذي شمل كل من المجالين الاقتصادي والاجتماعي أدى إلى حدوث تغيير نوعي في علاقات الشغل من الناحية القانونية، ذلك أن تعدد المؤسسات التجارية وظهور شركات متعددة الجنسيات، كل هذا أدى إلى فك العلاقة المباشرة التي كانت للمشغل على أجرائه، فقد يكون صاحب العمل في دولة معينة لكن أجراؤه في دول أخرى¹⁹، وقد ظهر هذا الاتجاه أيضا لضرورة حماية بعض الفئات من الأجراء والتي بالرغم من انعدام التبعية القانونية تجاهها فإنها توجد في حالة تبعية اقتصادية حيث لا تختلف هذه الفئة من الناحية الاجتماعية عن فئة الأجراء التابعين من الناحية القانونية في شيء، فليس من العدل أن نحملهم مخاطر عملهم، في الوقت الذي يعفى فيه العمال الآخرون من تحمل تلك

¹⁷-صباح كوتو: مرجع سابق، ص: 81.

¹⁸- وكان أول من قال بهذه النظرية الأستاذ Cuhe في مقال: "صلة التبعية عنصر في عقد العمل" منشور بالمجلة النقدية للتشريع والقضاء سنة 1913 ص 412 وما بعدها، أورده محمود جمال الدين زكي: عقد العمل في القانون المصري، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية 1982، ص: 490 و 491.

¹⁹- الحاج الكوري: القانون الاجتماعي المغربي، مكتبة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 1999، ص: 131 و 132.

المخاطر. والأجير إذن تابع للمشغل من الناحية الاقتصادية لأنه يخصص كل نشاطه لفائدته في مقابل الأجر الذي يدفعه له، ويعتبر هذا الأجر بالنسبة للأجير المصدر الوحيد والرئيسي له في العيش، وبالتالي فإن التبعية الاقتصادية وفق هذا المنظور هي أساس لتكييف العقد بأنه عقد شغل²⁰.

ولكي يكون الأجير في حالة تبعية اقتصادية تجاه مشغله فإنه يتعين توفر شرطين رئيسيين هما:

(1) - أن الأجر الذي يحصل عليه الأجير هو المصدر الوحيد والرئيسي له في معيشته.

(2) - أن يخصص الأجير كل نشاطه لفائدة مشغله وذلك مقابل الأجر الذي يبسر له ضمان العيش²¹.

فباستقراء هذين الشرطين يتضح أن الأجير إذا كان يشتغل عند أكثر من مشغل أو كانت له موارد رزق أخرى في معيشته، أي أن المشغل لا يستأثر بكل مجهود الأجير فإنه لا يكون في حالة تبعية اقتصادية، مما يحرمه من كل المزايا التي يوفرها قانون الشغل، وبالتالي لا يمكن تكييف العقد من طرف القضاء بأنه عقد شغل.

ولابد من الإشارة إلى أن هذا التصور الاقتصادي لمعيار التبعية قد تعرض لانتقادات عديدة من طرف الفقه أبرزها ما يلي:

(1) - أن مفهومها غير دقيق حيث يسودها الغموض بشأن معرفة متى تبتدئ أو متى

²⁰ - محمد الكشبور: عناصر عقد الشغل: مرجع سابق، ص: 126.

²¹ - راجع هذه الشروط عند: عبد ربو العوماري: إشكالية التبعية على ضوء الاجتهاد القضائي المغربي. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال ، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق بأكادال الرباط، السنة الجامعية 1999-2000، ص: 51.

تنتهي هذه التبعية في إطار حدود ونطاق استقلالية الأجير عن مشغله²².

(2) - أن مفهوم التبعية الاقتصادية يعلق التكييف القانوني للعقد على عنصر أجنبي عنه، هو المركز الاقتصادي والاجتماعي للأجير، فلا يعقل أن نعتبر العقد مرة عقد شغل و أخرى عقد مقاوله وفقا لاختلاف المركز الاجتماعي والاقتصادي لمن يقوم بالعمل²³. فهو إذن معيار واسع من شأنه الخلط بين نطاق عقد العمل ونطاق كل عقد آخر يقوم على العنصر المالي، فعقد العمل ليس العقد الوحيد الذي هو من عقود المعاوضة، فكيف يمكن الاعتماد على عنصر اقتصادي "الأجر كمصدر للدخل" في حين أن هذا العنصر هو بمثابة القاسم المشترك بين معظم العقود اليوم.

أرى بأنها انتقادات وجيهة ذلك أنه يمكن أن يختلط عقد الشغل بعقد المقاوله، فعنصر التبعية الاقتصادية متوفر في كلا العقدين (عقد الشغل وعقد المقاوله) فأى معيار سيتخذه القضاء لتكييف العقد، إذا ما ألزمناه بأن مجرد توفر الأجر في العقد كاف للقول بوجود عقد شغل، فبالتالي ووفق الاتجاه القائل بضرورة الأخذ بالتبعية الاقتصادية كعنصر مميز لعقد الشغل فإن عقد المقاوله لن يكون له أي وجود وسيتم إقباره، وهذا ينطبق على جميع العقود الأخرى المشابهة لعقود الشغل والتي تشكل الأجرة ركنا مهما في انعقادها.

إذا كان هذا هو موقف الفقه القانوني تجاه التبعية الاقتصادية، فإنه يكون لزاما علي أن أوضح موقف كل من المشرع المغربي وكذلك القضاء، من اعتماد أو عدم اعتماد هذا النوع من التبعية كأساس للتكييف الصحيح لعقود الشغل. هذا ما سأبرزه في الفرع الثاني.

²²- محمد الشرقاني: محاضرات في مدونة الشغل المرتقبة: طبعة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس،

السنة الجامعية 2001-2002، ص: 118.

²³- عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل، مرجع سابق، ص: 353.

الفرع الثاني: موقف التشريع والقضاء من التبعية الاقتصادية

سأتطرق من خلال هذا الفرع لموقف التشريع من التبعية الاقتصادية (أولاً) ثم بعد ذلك لموقف الاجتهاد القضائي منها (ثانياً).

أولاً: موقف التشريع من التبعية الاقتصادية

مما لا شك فيه أن المشرع المغربي يأخذ من حيث المبدأ بالتبعية القانونية كمناط لتطبيق قواعد القانون الاجتماعي، إلا أنه باستقراء بعض النصوص القانونية في إطار مدونة الشغل، يتضح من خلالها أن المشرع المغربي يأخذ في بعض الحالات بمجرد التبعية الاقتصادية لإمكانية سريان قانون الشغل تجاهها، وأهم هذه الحالات تتجلى فيما يلي:

(1) - الأجراء المشتغلون بمنزلهم: حيث أشارت المادة 8 من مدونة الشغل صراحة إلى استفادة هؤلاء الأجراء من مقتضيات قانون الشغل دون داع إلى البحث عن وجود أو انتفاء علاقة تبعية قانونية تربطهم بمشغلهم مع ضرورة توفر الشرطان المدرجان بنفس المادة فتدخل المشرع بصفة صريحة لصالح هذه الفئة و أزال كل غموض عن انتمائها وحمايتها ببعض مقتضيات قانون الشغل فقط، فالأجير المنزلي يتمتع بكل الحقوق التي يتمتع بها الأجير في القطاعات الأخرى بصفة عامة²⁴.

(2) - الوكيل المتجول أو الممثل أو الوسيط في التجارة والصناعة: ما يلاحظ بصدد هذه الفئة أنها تتقاضى أجورها عادة بنسبة معينة من الأرباح، ويتوزعون على المدن القريبة والبعيدة عن مركز المقابلة، وهذا ما يؤدي إلى الشك في وجود التبعية وإثارة الخلاف بشأنها، لعدم وجود سلطة المراقبة والإشراف المباشرين، مما يخلق بعض اللبس والاختلاط مع عقود الوكالة أو المقابلة²⁵، فاستبعاداً لهذا الخلط تدخل المشرع صراحة

²⁴ - محمد سعيد بناني: قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، م. س، ص: من 584 إلى 587.

²⁵ - محمد سعيد بناني: مرجع سابق، ص: 589 و 590.

ليخضع هذه الفئة لقانون الشغل رغم غياب عنصر الإشراف والمراقبة من طرف المشغلين، واعتبرت المادة 79 من مدونة الشغل العقد المبرم للتمثيل التجاري أو الصناعي عقد شغل، أيا كان الوصف أو التكييف الذي يعطى له من طرف المتعاقدين، ومهما تعدد المشغلين، وقد أعطت المدونة مجموعة من الضمانات من أهمها أن يكون العقد مكتوبا²⁶ وهي ضمانات أراها مهمة حسما لأي نزاع بين الأطراف نظرا لكون مؤشرات التبعية تبقى غامضة، ولا يمكن للقضاء استخلاصها بوضوح في ظل العقد الشفوي، فتسهيلا لمأموريته ألزم القانون شكلية الكتابة في العقد.

(3) - الصحفيون المهنيون: بحيث تخضع هذه الفئة من الأجراء لمقتضيات مدونة الشغل في كل ما لم يرد النص عليه في أنظمتهم الأساسية²⁷، فالصحفي المهني يمارس عمله بنوع من الاستقلال النسبي عن المشغل الذي يتقاضى منه أجره، وبالتالي لم يعد لعنصر التبعية أثر مباشر على العقد الرابط بين الصحفي المحترف ومؤسسة الصحافة، فالمشرع قد أدخل هذه الفئة ضمن فئة الأجراء المتمتعين بمقتضيات قانون الشغل²⁸ وذلك منذ صدور ظهير 18 أبريل 1942²⁹ المتضمن لقانون الصحفيين المهنيين حيث نص في فصله الأول على أنه: "يعد صحفيا مهنيا من كان عمله الرئيسي والمنتظم والمؤدى عنه الأجر هو ممارسة المهنة والذي يحصل منها على الجزء الأكبر من الموارد اللازمة لعيشه." فهذا الفصل الأخير وكذا الفصل الأول من ظهير 22 فبراير 1995 (المتعلق بالنظام الأساسي للصحفيين المهنيين) لم يلتفتا إلى معيار التبعية القانونية كمحدد رئيسي

²⁶ - راجع المواد من 79 إلى 85 من مدونة الشغل.

²⁷ - راجع المادة 3 من مدونة الشغل.

²⁸ - محمد سعيد بناني: مرجع سابق، ص: 607. ولقد انتقد الأستاذ بناني في نفس الصفحة هامش 1789 تسمية الصحفي المهني واقترح تسمية الصحفي المحترف.

²⁹ - تم نسخ هذا الظهير بمقتضى ظهير شريف رقم 1.95.9 صادر في 22 فبراير 1995 بتنفيذ القانون رقم 21.94 المتعلق بالنظام الأساسي للصحفيين المهنيين، منشور بالجريدة الرسمية رقم: 4318 الصادرة يوم الأربعاء 2 غشت 1995، المنسوخ أيضا بقانون 89.13 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6466 بتاريخ 19 ماي 2016.

لهذا العقد واكتفيا بمجرد الحصول على الأجر أي بمجرد تبعية اقتصادية نظرا لما لهذه المهنة من خصوصية تقتضي نوعا من الاستقلال في ممارستها. وزيادة في التأكيد على ما سبق نجد المادة 12 من ظهير 22 فبراير 1995 تذهب إلى أنه "يطبق تشريع الشغل والتغطية الاجتماعية والصحية على الصحفيين المهنيين ما لم تكن متنافية مع الأنظمة الأساسية للعاملين بالمؤسسات العمومية ومع أحكام هذا الفصل".

هذه الخصوصية التي يتميز بها عقد الصحفي المهني من اعتبار كونهم خاضعين لقانون الشغل في كل ما لم ينص عليه نظامهم الأساسي، نجدها مكرسة أيضا على مجموعة من الفئات الأخرى التي أدرجتها المادة 3 من مدونة الشغل ويتعلق الأمر خصوصا بأجراء المقاولات والمؤسسات العمومية التابعة للدولة والجماعات المحلية، والبحارة، وأجراء المقاولات المنجمية، وأجراء الصناعة السينمائية والبوابون في البنايات المعدة للسكنى، وأخيرا أجراء القطاع العام الذين لا يسري عليهم أي قانون. وأعتقد بأن هذه الفئات التي حظيت بهذه الحماية القانونية بالرغم من انعدام أي تبعية قانونية تظل على سبيل الحصر بحيث لا يمكن القياس عليها لإدخال فئات أخرى، ذلك أن التبعية الاقتصادية في رأيي تظل مجرد استثناء والاستثناء كما هو معروف لا يتوسع فيه، لتظل التبعية القانونية هي المميز الرئيسي لعقود الشغل عن باقي العقود المشابهة وهي المناط الأساسي في التكييف، واستنادا إلى أن الأجر وحده لا يكفي للفرقة بين هذه العقود واعتباره أساسا لتطبيق قانون الشغل.

وخلاصة القول أن المشرع المغربي يأخذ بالتبعية الاقتصادية، في حالات معينة وبنصوص قانونية واضحة.

فإذا كان هذا هو موقف المشرع المغربي من التبعية الاقتصادية، فما هو يا ترى التوجه الذي يسير فيه القضاء بصدد هذا الموضوع؟

ثانيا: موقف القضاء من التبعية الاقتصادية

إذا كان المشرع المغربي يأخذ بالتبعية الاقتصادية بنصوص صريحة، فإن القضاء بدوره اعتمد هذا العنصر في بعض الاجتهادات الصادرة عنه، فمن ذلك مثلا القرار الصادر عن محكمة النقض³⁰ الذي ذهب فيه إلى ما يلي: "...لكن حيث إن المنازعة في قيام علاقة الشغل التي تخول الأجير الاستفادة من مقتضيات مدونة الشغل تلقي عليه عبء إثباتها، والمطلوبة في النقض نفت أي علاقة شغل بينها وبين الطاعن بدعوى انعدام تبعيته لها وتقاضيه الأجر من الغير مما يجعله ملزما بإثبات خلاف ذلك وهو ما عجز عنه إذ ادعأؤه الاشتغال لدى المطلوبة بمؤسسة الكولف التي تشرف على تسييرها وأنها تضعه رهن إشارة زبنائها الممارسين لرياضة الكولف لم يقدّم الدليل عليه مادام الثابت في النازلة أن عمله مرتبط مباشرة بممارسي اللعبة... ومنهم يتقاضى مقابل عمله وهو ما لم ينازع فيه ...، وإذا كانت المطلوبة تتولى تنظيم عمله هو وباقي زملائه الممارسين لنفس النشاط وذلك بتحديد أوقات الالتحاق بملعب الكولف وأوقات مغادرته وبفرض زي موحد فإن ذلك إنما تفرضه مسؤوليتها عن تسيير النادي... ولا يرقى إلى درجة الإشراف والتوجيه اللازمين لقيام العلاقة الشغلية التي يظل أهم مقوم من مقوماتها وهو الأجر منعما ما مادام الطاعن يقر بمقال دعواه بتقاضيه مقابل عمله إكراميات من الزبناء وهو ما خلص إليه القرار..."

فهذا القرار لم يقض للمدعي بالتعويضات عن الطرد نظرا لانعدام عناصر التبعية الاقتصادية، فلا وجود لأجر يكون هو المورد الوحيد للعيش، فيستنتج ضمنا من هذا الحكم أنه في حالة توفر عناصر قيام التبعية من الناحية الاقتصادية فإن العقد سيتم تكييفه على أساس أنه عقد شغل وذلك منعما في النازلة.

بل إنه حتى الفئات المستفيدة من نصوص خاصة في تشريع الشغل تفيد الاقتصار

³⁰ -محمد سعد جرندي، الدليل العملي لمدونة الشغل، مرجع سابق، ص: 28.

فقط على تبعية اقتصادية، مثل فئة الوسطاء أو الممثلين في التجارة والصناعة لا يمكن للقضاء منحهم الحقوق المخولة لهم ما لم يلتزموا بالشروط القانونية، ففي هذا الإطار ذهب قرار لمحكمة النقض³¹ إلى أنه: "لكي يستفيد من نظام الوسيط والممثل التجاري المتجول... يجب أن يكون الممثل مرتبطا بالمؤسسة التي يمثلها بعقد كتابي، وأن يمارس المهنة بصفة مستمرة وبلا انقطاع. يكون ناقص التعليل ومستوجبا لنقض القرار الذي قضى بوجود علاقة تبعية وبمنح تعويض إلى ممثل تجاري عن فسخ العقد دون التأكد من توفر الشروط فيه، ودون الإجابة على الدفوعات المستمدة من عدم وجود أي علاقة تخضع لقانون الشغل."

إلا أن نفس المحكمة لم تستقر على اتجاه معين في هذا الخصوص، بل إنه في قرارات عديدة لا تأخذ بمجرد التبعية الاقتصادية بل يجب أن تكون مقرونة بتبعية قانونية تعتبر الأساس للتكييف القانوني لعقود الشغل، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي:³² "وحيث إن القرار المطعون فيه لما اعتبر أن العلاقة الرابطة بين الطرفين هي علاقة شغل اعتمادا على الأجر فقط، دون أن يبرز بقية العناصر من إشراف وتوجيه ورقابة، يكون القرار ناقص التعليل الموازي لانعدامه مما يعرضه للنقض".

هذا الاتجاه الأخير لمحكمة النقض الذي لا يعتد بالتبعية الاقتصادية، باعتبارها مجرد استثناء للقاعدة نجد له أصداء لدى محاكم الموضوع حيث لا يأخذ إلا بالتبعية القانونية أما الاقتصادية فإنها تكون مجرد تطبيق للنصوص القانونية الصريحة التي تأخذ بها في بعض

³¹ - قرار محكمة النقض عدد 278 الصادر في 25-3-1985، المجلة المغربية للقانون، العدد 1 السنة 1986، ص: من 35 إلى 37. أورده: محمد سعد جرندي: مرجع سابق، ص: 269 و270.

³² - قرار محكمة النقض رقم 442 بتاريخ 15 أبريل 1997 في الملف الاجتماعي عدد 95/1/4/298، مجلة قضاء المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)، العددان 53 و54 السنة 1999، ص: 345.

الحالات. وهذا نفس ما سارت عليه ابتدائية صفرو في حكم لها³³ حيث جاء فيه: "وحيث مادام أن علاقة التبعية دون غيرها من العناصر هي المميز لعقد الشغل فإن المحكمة للوصول إلى التكييف القانوني للعقد الذي يربط الطرفين استمعت إلى مجموعة من الشهود... فأكدوا أن المدعي هو معلم حلاق وأنه يستغل صالون الحلاقة دون أن يتلقى أي تعليمات أو أوامر من قبل المدعى عليه وأن تلقيه الأجر لا يجعله يكتسب صفة الأجير بل إن العقد يكيف بكونه إجارة لصناعة المدعي في مهنة الحلاقة".

يتضح إذن أن القضاء المغربي لا يأخذ بالتبعية الاقتصادية إلا نادرا أو عندما يوجد نص قانوني صريح يسمح بالأخذ بها لصالح بعض الفئات المهنية، أما ما عدا ذلك فإنه يكاد يجمع على أن عنصر الأجر أو الشكل الاقتصادي للتبعية لا ينفع كأساس واضح لاستجلاء عناصر عقد الشغل وإعطائه التكييف القانوني الصحيح.

وخلاصة القول أن القضاء يتشبث بفكرة التبعية القانونية وذلك كنتيجة طبيعية لكل الانتقادات التي وجهت لمعيار التبعية الاقتصادية الغامض، وبالتالي فيمكن في نظري أخذ هذا النوع الأخير من التبعية كمجرد مؤشر أو قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس على وجود عقد شغل بين الأطراف المتعاقدة، وذلك في غير الحالات المنصوص عليها في مدونة الشغل والتي لا تلزم النظر إلى وجود تبعية قانونية أم لا.

ليبقى في الأخير التساؤل حول كيفية اعتبار التبعية كأساس لتطبيق قانون الشغل من خلال التمييز بين بعض العقود المتشابهة وكيف يمكن إثبات هذه التبعية؟ هذا ما سيكون محور المبحث الثاني.

³³ - حكم صادر عن ابتدائية صفرو بتاريخ 13 ماي 1999، أورده: سعيد الكوكبي: دروس في قانون الشغل المغربي: مكتبة المعارف الجامعية فاس، طبعة 2000، ص: 69 -دون ذكر البيانات الكاملة للحكم-.

المبحث الثاني: علاقة التبعية كأساس لتطبيق قانون الشغل

قد يكون العمل الإنساني موضوع عقود مختلفة، مما يستوجب بالضرورة البحث أولاً عن طبيعة العقد الذي يربط بين الطرفين -أي عملية التكيف-، وخاصة أن القواعد التي يجب إتباعها في عقود الشغل تختلف عن تلك التي تتبع عندما يتعلق الأمر بعقد آخر، وبالتالي فإن تمييز عقد الشغل عن باقي العقود المشابهة له، قد يكون من المهام الصعبة بالنسبة للقضاء، نظراً للبس الذي قد يشوب بعض العقود، ويجعل مسألة الوصول إلى الوصف الحقيقي لها من الأمور التي تحتاج إلى الكثير من التدقيق من طرفه -أي القضاء- وهذا ما سيتم مناقشته في (المطلب الأول).

غير أن القضاء لإعمال سلطته في التكيف لإضفاء صفة عقد الشغل على العقد محل النزاع فإنه يحتاج إلى إثبات أو دليل، فالحق الذي لا يرتكز على دليل ينزل منزلة العدم، وعليه فالحماية الحق ينبغي إقامة الأدلة عليه، فرغم غموض عنصر التبعية في بعض الأحيان إلا أن الأجير يستعين بمجموعة من وسائل الإثبات لإظهار هذا العنصر وبالتالي إثبات عقد الشغل وهذا ما سيكون محور دراستي في "المطلب الثاني".

المطلب الأول: تمييز عقد الشغل عن باقي العقود المشابهة له

إذا كان عقد الشغل قد يختلط بغيره من العقود التي ترد على العمل، فإن طرفيه قد يذهبا إلى إطلاق وصف على العقد لا يتفق وحقيقته، كأن يسميانه عقد مقالة أو تسيير حر وهو في حقيقته عقد شغل أو العكس، الغاية من ذلك إخراج علاقتهما من الخضوع للمقتضيات القانونية للشغل، أو العكس أي محاولة إخضاعها لقانون الشغل³⁴، وهكذا فقد يختلط عقد الشغل مع عقدي المقالة والتسيير الحر (الفرع الأول) كما قد يتشابه مع عقدي الشركة والوكالة (الفرع الثاني) ويبقى الفاصل في هذه المسألة هو القضاء الذي يبحث عن الوصف الحقيقي لكل من هذه العقود.

³⁴ - عبد الطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل. مرجع سابق، ص: 381.

الفرع الأول: عقد الشغل وعقدي المقاولة والتسيير الحر

سأبحث في هذا الفرع عن تعامل القضاء خصوصا في حالة اختلاط عقد الشغل بعقد المقاولة (أولا) ثم بينه-أي عقد الشغل- وبين عقد التسيير الحر (ثانيا).

أولا: عقد الشغل وعقد المقاولة

لقد جمع قانون الالتزامات والعقود بين عقدي العمل والمقاولة في باب واحد (الباب الثاني من القسم الثالث من الكتاب الثاني: في إجارة الصنعة وإجارة الخدمة)، وهذا ما قد يؤدي إلى الاختلاط واللبس بينهما، إلا أن هذا لا يعني تطبيق نفس القواعد على العقدين، بل إن المشرع وضع بعض القواعد كقاسم مشترك بينهما، وقواعد أخرى تنظم كلا العقدين على حدة، وذلك لاختلاف آثار كل منهما من حيث القوانين الواجبة التطبيق³⁵.

ومع ذلك فقد حاول بعض الفقه إبراز بعض الاختلافات بينهما، من ذلك أن الأجير لا يتحمل تبعة هلاك معدات المقاولة إذا كان حسن النية، بينما يظل المقاول متحملا بتلك التبعة³⁶، وأيضا بالنسبة لنوع العمل المؤدى حيث أن الأجير يضع عمله تحت تصرف المشغل الذي له الحق بأن يستعمله في أي عمل كان، بينما في عقد المقاولة يلتزم أجير الصنعة بصنع شيء معين. وقد يتخذ أيضا كمعيار للفرقة أداء الأجر حيث أنه حسب هذا الاتجاه فإن عقد الشغل يؤدي عنه الأجر على أساس الساعة أو اليوم أو الشهر... بينما في عقد المقاولة فإن الأجور تؤدي حسب العمل المنجز أي بالقطعة³⁷، إلا أن الملاحظ على جميع هذه العناصر التي أوردها الفقه تظل قاصرة عن إقامة حد فاصل وواضح بين العقدين فمعيار الأجر بالقطعة كأساس للتمييز بين العقدين مثلا يمكن أن يكون أيضا في

³⁵ - محمد سعيد بناني: قانون الشغل بالمغرب، علاقات الشغل الفردية، عقد الشغل والتدريب المهني، مطبعة دار النشر

المغربية الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1989، ص: 55.

³⁶ - محمد الشرقاني: مرجع سابق، ص: 189.

³⁷ - محمد الكشور: مرجع سابق، ص: 161.

عقد العمل فكثيرا ما يستعان بالطريقتين معا في حساب الأجر -أي الأجر على أساس الزمن وعلى أساس القطعة، فيتعذر تكييف العقد على هذا الأساس، فطريقة تحديد الأجر لا تغير في عنصر العقد فيجب من ثم ألا تؤثر في طبيعته.

ولا ريب أن المعيار الحاسم للفرقة بين العقدين يكمن في عنصر التبعية، بحيث يكيف العقد بأنه مقولة كلما كان الشغل ينفذ باستقلال تام، ذلك أن الما قول يتمتع بنوع من الحرية في تنفيذ عمله وذلك على خلاف الأجير الذي ينفذ تعليمات مشغله إذ يظل تحت رقابته وإشرافه حتى ولو كانت مجرد تبعية تنظيمية إدارية.

فإذا كان هذا هو اتجاه الفقه فهل يوافق في ذلك القضاء باعتباره هو الذي يملك سلطة تكييف العقود؟

من خلال استقراء مجموعة من القرارات القضائية في الموضوع يتبين أن القضاء يجعل من معيار التبعية العنصر الحاسم للتمييز بين العقدين، ففي قرار لمحكمة النقض³⁸ جاء فيه: "عملية حفر الآبار هي في الأصل عقد مقولة يتمتع من يقوم بها باستقلال تام يخوله حفر البئر بأدواته ووسائله الخاصة به، ووفق الطرق التي يراها ملائمة، في حين يتميز عقد الشغل بإشراف وتوجيه ورقابة المشغل لأجير، ومحكمة الاستئناف التي خلصت إلى وجود عقد الشغل دون أن تميز عناصر التبعية بمفهومها القانوني، يكون قرارها المطعون فيه غير مرتكز على أساس لخرقه قاعدة الإثبات مما يعرضه للنقض."

وهو نفس التوجه الذي سارت عليه محكمة الاستئناف بأكادير في قرار لها جاء فيه³⁹: "وحيث تأسيسا على ثبوت تعاقد طرفي النزاع في إطار عقد المقولة موضوعها

³⁸ - قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2007/4/25 تحت عدد: 405 في الملف عدد 2006/702 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2007 ص: 164.

³⁹ - قرار الغرفة الاجتماعية عدد: 4857 الصادر بتاريخ 2016-12-29 في الملف عدد: 2016-55 غير منشور.

حفر بئر مقابل أجر معين، وقيام الهالك بالاستعانة بعامل آخر مقابل أجر يؤدي له من طرف الهالك، يكون ادعاء قيام العلاقة الشغلية بين الطرفين غير قائم في النازلة، وتكون الحادثة التي أودت بحياة الهالك غير خاضعة لمقتضيات ظهير: 6-2-1963، ويكون ما سار عليه الحكم الابتدائي في قضائه باعتبار الحادث خاضعا لمقتضيات الظهير السالف الذكر، واستحقاق ذوي الحقوق الإيرادات عن الحادث غير مرتكز على أساس قانوني، ويتعين إلغاؤه، والتصدي والحكم برفض الطلب."

فالقراران السابقان يؤكدان على أنه بانعدام التبعية فإنه لا يمكن إضفاء صفة عقد الشغل على العقد محل النزاع، وهو توجه أراه صائبا لكون كل العناصر الأخرى يمكن أن تكون مشتركة ما عدا التبعية التي تظل هي المميز الوحيد لعقد الشغل.

هكذا إذن يقر القضاء أن المعيار القانوني الذي يسمح بتمييز عقد الشغل عن عقد المقاول هو معيار التبعية وأنه لا يمكن الاحتكام إلى أي معيار آخر غير هذا المعيار ولو كان هذا المعيار هو الأجر أو طبيعة العمل أو مكان تنفيذ العمل.

ثانيا: عقد الشغل وعقد التسيير الحر

رغم الفارق الكبير بين عقد الشغل وعقد التسيير الحر إلا أن بعض التطبيقات العملية ما تزال تثير بعض اللبس، فعقد التسيير الحر للأصل التجاري هو ذلك العقد الذي بموجبه يوافق مالك الأصل التجاري على إكرائه كلاً أو بعضاً لمسير يستغله تحت مسؤوليته، فإن هذا الأخير يمكن أن يكون مجرد أجير يمارس نشاطه تحت تبعية مالك الأصل التجاري، أو قد يكون مستأجراً للأصل يخضع في علاقته بمالك الأصل التجاري للتشريع الكرائي، وفي الواقع قد تدق التفرقة بين الفرضيتين السالفتين خاصة في الحالة التي يتمسك فيها كل طرف بتكييف معين للعقد⁴⁰.

⁴⁰ - محمد الكشور: عناصر عقد الشغل، مرجع سابق، ص: 168.

وبما أن عملية التكيف هي عملية قضائية فقد عرضت على أنظاره مجموعة من النزاعات في الموضوع حيث اعتمد قرار لمحكمة النقض للقول بوجود عقد شغل على شهادة الشهود المثبتة لوجود عقد العمل مادامت شهادة الإثبات مقدمة على شهادة النفي⁴¹، فبالتالي فإن التسيير الحر للأصل التجاري لا يمكن أن تترتب عنه آثار عقد الشغل لتخلف عنصر التبعية ولوجود استقلال في التصرف، كما يمكن أيضا للقضاء الاعتماد على عنصر الأجر الذي يحصل عليه الأجير ذلك أن المسير الحر ملزم بأداء وجيبة كرائية حسب المادة 152 من مدونة التجارة، كما أن المسير يخضع للالتزامات المترتبة على اكتساب صفة التاجر من مسك الدفاتر التجارية والمحاسبة...إلخ، وعلى العكس من ذلك فلا يخضع الأجير لهذه الالتزامات.

الفرع الثاني: عقد الشغل وعقدي الشركة والوكالة

يقتضي التمييز بين عقد الشغل وعقدي الشركة والوكالة، معرفة المعايير التي يأخذ بها القضاء لإزالة كل تداخل واختلاط قد يشوب هذه العقود، لذا سأعرض للتمييز بين عقد الشغل وعقد الشركة (أولا) لأتطرق بعد ذلك للتمييز بين عقد الشغل وعقد الوكالة (ثانيا).

أولا: عقد الشغل وعقد الشركة

ينص الفصل 982 من قانون الالتزامات والعقود على أن: "الشركة عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا لتكون مشتركة بينهم، بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ منها." وبالتالي فإنه تدق أحيانا التفرقة بين هذا العقد وعقد الشركة، نظرا لأن الشريك في الشركة قد يقدم عمله كحصة في الشركة، إذ قد يحصل خلط بين مركز هذا الشريك وبين مركز الأجير، لاسيما عندما يقدم هذا الشريك عمله تحت إشراف شريك آخر معين لإدارة الشركة، ففي هذه الحالة قد لا يكون معيار التبعية وحده كاف

⁴¹ قرار محكمة النقض عدد: 89 المؤرخ في 26 يناير 2005 في الملف الاجتماعي عدد 2004/1/5/1102 غير

لإعطاء تكييف صحيح للعقد، لذلك نرى أن الاعتداد بالمساهمة في الخسارة التي تثبت في عقد الشركة دون عقد العمل، أو بشكلية عقد الشركة حيث الكتابة ركنًا فيه، بينما في عقد العمل فالأصل أنه رضائي، أو بالصفة الجزافية التي تلحق الأجر دون النصيب في الربح.. ويبقى المعيار الحاسم في نظرنا هو وجوب الأخذ بمعيار التبعية إذ أن مركز الأجير يختلف عن مركز الشريك، فحتى على فرض قيامه بعمل لحساب الشركة فإنه يكون في مركز المساوي للشريك الآخر حيث يتدخل في شؤون إدارة الشركة، وقد يطلب من الشريك الآخر تقديم حساب عن إدارته للشركة، في حين يبقى الأجير في مركز التبعية لمشغله يلتزم بتعليماته، ولا يتدخل في إدارته للعمل، وهكذا فإذا استخلصت من الوقائع فكرة المساواة بين مقدم العمل والآخرين كنا أمام عقد شركة، أما إذا استخلصت فكرة التبعية القانونية كنا أمام عقد شغل.

والقضاء المغربي بدوره جسد هذا الاتجاه حيث اعتمد فقط على عنصر التبعية لتكييف العقد، وهكذا فقد جاء في قرار لمحكمة النقض⁴² ما يلي: " حيث تبين صحة ما عابه الطاعنون على القرار، ذلك أنه طبقا لما تنص عليه المادة 6 من مدونة الشغل فإنه: " يعد أجيرا كل شخص التزم ببذل نشاطه المهني، تحت تبعية مشغل واحد أو عدة مشغلين، لقاء أجر..."، وأنه من الثابت من تصريحات الشاهدين الحسين بنطاهر وال محمد الحداد المستمع إليهما أمام المحكمة المطعون في قرارها، ومن خلال ما صرح به الطالب محمد سعيد أمام نفس المحكمة أن المطلوب كان يمارس عمله بوصفه شريكا إلى حدود سنة 2007، حيث اشترى الطالبون خلال هذه السنة نصيب المطلوب في شركة (مثلجات الأطلس) وأصبح يعمل كأجير، غير أنه ورغم غياب علاقة التبعية و ما تفرضه من إشراف وتوجيه من المشغل وخضوع الأجير لتعليمات الأول، والتي بانتفائها ينتفي عقد

42- القرار عدد: 552 الصادر بتاريخ 04 أبريل 2013 في الملف الاجتماعي عدد: 2012/2/5/1077 منشور ب"

نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة الاجتماعية الجزء 13، "، الطبعة 2014، ص: 28-29-30.

الشغل انتهت المحكمة المطعون في قرارها، وخلال الفترة السابقة عن سنة 2007، إلى أن المطلوب يعتبر أجيرا طيلة المدة الواردة بمقاله، ويمكنه الجمع بين هذه الصفة وبين صفته كشريك على أساس أنه كان يتقاضى أجرا، مع أنه كان يتوصل فقط بنصيبه كشريك في مداخيل المحل الذي آل إليه مع باقي الورثة، وأما تقاضيه لمبلغ يومي فلا يمثل أجرا بالمفهوم الذي يمثل عنصرا في عقد الشغل ما دام ذلك كان يتم في إطار اتفاق مع باقي الورثة (الطالبين)، خاصة وأنه كانت تتم محاسبة كل سنة بين جميع الشركاء على ذلك، مما تكون معه قد بنت قرارها على تعليل ناقص خارقة بذلك مقتضيات المادة 6 من مدونة الشغل وعرضته للنقض، وبصرف النظر عن بحث السبب الثاني."

فمحكمة النقض في هذا القرار كيفت العقد بكونه عقد شركة في الفترة السابقة عن 2007 بناء على انعدام علاقة التبعية التي هي المرتكز الأساسي، وأيضا بناء على أن ما كان يتوصل به المطلوب يمثل فقط نصيبه كشريك في مداخيل المحل من الأرباح.

ثانيا: عقد الشغل وعقد الوكالة

ينص الفصل 879 من قانون الالتزامات والعقود على أن الوكالة: " عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه، ويسوغ إعطاء الوكالة أيضا لمصلحة الموكل والوكيل، أو لمصلحة الموكل والغير، بل ولمصلحة الغير وحده".

فمن خلال هذا التعريف يتضح أن هناك تقاربا كبيرا بين كل من عقد الشغل وعقد الوكالة، إذ في كلا العقدين هناك شخص يؤدي عملا لحساب ولمصلحة شخص آخر⁴³.

ومع ذلك فهناك اختلاف بينهما يتمثل في كون الوكالة تنتهي بموت الموكل بينما الأصل ألا ينتهي عقد الشغل بوفاة المشغل، إذ أن تغيير المركز القانوني للمشغل لا يؤثر

⁴³ - عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل. مرجع سابق، ص: 395.

في استمرارية عقد الشغل⁴⁴.

هذا وقد اعتبرت المادة 79 من مدونة الشغل الوكيل المتجول أو الممثل الوسيط في التجارة والصناعة مرتبطا بعقد شغل، أيا كان الوصف الذي أعطاه الأطراف للعقد، وسواء نص العقد صراحة على ذلك أم سكت عنه، كما أن ظهير 29 دجنبر 2014 المتعلق بحوادث الشغل والأمراض المهنية⁴⁵ نص في المواد من 5 إلى 9 على الأشخاص المستفيدين من أحكامه، وبالتالي فإن هذه الطوائف المنصوص عليها في القانون، والتي تعتبر فيها بمثابة أجراء بقوة القانون لم تعد تتثير أي لبس في مدى استفادتها من التشريع الاجتماعي⁴⁶.

وبغض النظر عن الفئات المستفيدة من الحماية الاجتماعية بصريح النص، فإن الوكالة بصفة عامة يمكن أن تميز عن عقود الشغل عن طريق معيار التبعية، ولو كانت الوكالة بدورها تتضمن نوعا من التبعية بين الوكيل والموكل، ذلك أن الوكيل ورغم خضوعه لهذه الأوامر والتوجيهات فإنه يبقى مع ذلك محتفظا بحريته واستقلالته في قيامه بالمهمة الموكول إليه أداؤها، فالموكل لا يصدر إلا توجيهات عامة، أما المشغل فيوجه الأجير حتى من ناحية تنفيذ الشغل وله حق توقيع الجزاءات التأديبية⁴⁷.

وهو ما كرسه القضاء المغربي حيث جاء في قرار لمحكمة النقض⁴⁸ ما يلي: " لكن حيث إنه ما دامت المطلوبة لها صفة شركة مجهولة الاسم، وهي من أنواع شركات

⁴⁴ - صباح كوتو، مرجع سابق، ص: 103.

⁴⁵ - ظهير شريف رقم 1-14-190 صادر في 6 ربيع الأول 1436 (29 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 12-18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل منشور بالجريدة الرسمية عدد: 6328 بتاريخ 22-01-2015.

⁴⁶ - محمد سعيد بناني: قانون الشغل بالمغرب، علاقات الشغل الفردية، عقد الشغل والتدريب المهني، مطبعة دار النشر المغربية الدار البيضاء، طبعة 1981، ص: 435.

⁴⁷ - عبد اللطيف خالفي: مرجع سابق، ص: 397.

⁴⁸ - القرار عدد: 775 الصادر بتاريخ 02-06-2016 في الملف الاجتماعي عدد: 2009/1/5/1524 أشار إليه محمد سعد جرندي م. س، ص: 62.

المساهمة، واعتبارا لكون الطالب قد عين مديرا عاما للشركة المطلوبة وأن تعيينه وعزله يخضعان لمقتضيات المادة 63 من القانون رقم 17/95 المتعلق بشركات المساهمة ... واعتبارا لكون طبيعة عمل المدير تقتضي أن يمارس مهامه باستقلال تام بشكل تنتفي معه علاقة التبعية بينه وبين مجلس الإدارة هذه العلاقة التي تعتبر عنصرا أساسيا في عقد الشغل، الأمر الذي يجعل من عمله يطغى عليه عمل الوكيل على عمل الأجير، كما أن وجود ورقة أداء تحدد مبلغا يتقاضاه الطالب لا يجعل منه أجرا، وإنما يدخل في إطار المكافأة التي يمنحها لهم المجلس الإداري، ونظرا لكون قانون شركات المساهمة لا يعطي الحق للمدير العام في الحصول على تعويض في حالة عزله من قبل مجلس الإدارة فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي اعتبرت الطالب وكيلا وليس أجيرا، بعدما تأكد لها أنه لم يثبت أنه كان يشغل منصب أجير يقوم بعمل فعلي قبل أن يعين في منصب مدير عام، تكون قد بنت قرارها على أساس قانوني سليم ولم يخرق قرارها أي مقتضى...

وإذ أنه بهذا الموقف إذ أن تعيين وعزل المدير العام في شركة مساهمة يخضع للقانون المنظم لهذا النوع من الشركات، وأن وجود ورقة أداء تحدد له مبلغا يتقاضاه لا يجعل منه أجيرا وإنما يدخل في إطار المكافأة التي يمنحها له المجلس الإداري.

فلا شك أن عنصر التبعية قد يظهر جليا في كثير من الأحيان، لكن تعدد الحالات التعاقدية المعقدة تكشف عادة عن تطبيقات دقيقة في المهن الحرة كالمحاماة وهذا ما يقتضي من القضاء أخذ الحذر⁴⁹ فالمحامي الذي يتعاقد مع مؤسسة على أن يترافع في قضاياها أمام المحاكم (عقد وكالة) وبنفس الوقت يقدم لها الاستشارات القانونية في ممارستها لأعمالها (عقد شغل) فإنه لابد من إعطاء وصف للعقد وتسميته بترجيح إحدى الصفتين، فإن كانت أعمال المرافعة لدى القضاء هي الأرجح والأكثر تواترا سمي العقد وكالة والعكس صحيح، مع الأخذ بعين الاعتبار إذا أردنا تكييف العقد بعقد العمل

⁴⁹ - محمد سعيد بناني: قانون الشغل بالمغرب، طبعة 2005، مرجع سابق، ص: 563.

بضرورة توافر رابطة التبعية بين المحامي والمؤسسة، كما لو قررت له الشركة أوقات تواجده بمقر العمل وتكليفه بتقديم تقرير دوري عن أعماله، أما إذا انتفت هذه الرابطة فلا مجال للقول بوجود عقد عمل وإنما مجرد وكالة أو أي وصف آخر يضيفه القضاء على هذه الرابطة العقدية.

أخيراً يتضح بجلاء بأن معيار التبعية يبقى هو الفاصل الوحيد والراجح سواء من طرف القضاء لإقامة التفرقة بين عقد الشغل وباقي العلاقات التعاقدية المشابهة، وبالتالي إعطاء التكييف الصحيح للعقد محل النزاع من طرف القضاء، ليبقى السؤال مطروحا عن كيفية إثبات هذه التبعية، والوسائل المعتمدة لذلك؟ وهل من خصوصية لإثبات التبعية في المادة الاجتماعية؟

المطلب الثاني: إثبات علاقة التبعية على ضوء الاجتهاد القضائي

يحتل الإثبات مكانة متميزة في النزاعات القضائية، بحيث لا يكفي للشخص أن يدعي حقا حتى يستفيد منه، بل يجب أن يكون قادرا على إثبات وجود هذا الحق، سواء كان ناتجا عن عقد أو واقعة قانونية. والإثبات بمعناه العام هو: إقامة الدليل على حق أو واقعة من الوقائع. وبمعناه الخاص هو: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على حق أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار.

ويتميز الإثبات في المادة الاجتماعية بخاصيتين أساسيتين: فمن جهة، فالمبدأ هو حرية الإثبات باعتبار أنه يمكن تسخير جميع وسائل الإثبات في المادة المذكورة ومن جهة ثانية فإن عبء الإثبات لا يكون دائما على الطرف المدعي، بل يتأرجح بين طرفي الدعوى معا وذلك حسب الأحوال⁵⁰.

وتناولت المادة 18 من مدونة الشغل مسألة إثبات عقد الشغل، ومن البديهي أنه لا

⁵⁰-أمنية رضوان، مدونة الشغل من خلال الاجتهاد القضائي (دراسة مقارنة)، مطبعة الأمنية الرباط 2016، ص:

يمكن من حيث المبدأ إثبات عقد الشغل ما لم تثبت علاقة التبعية والتي كما رأينا تعد الركيزة الأساسية للقول بوجود عقود الشغل، وبالتالي فإنه إذا ما تم إثبات وجود هذه العلاقة فإن النتيجة الحتمية لذلك هي إثبات عقد الشغل، إلا أن وسائل الإثبات هذه تبقى موزعة ما بين الوسائل المستمدة من مدونة الشغل أو ما يمكن أن أصطلح عليه بالوسائل أو العناصر الأساسية لإثبات التبعية (الفرع الأول) ووسائل ثانوية منصوص عليها في إطار ظهير الالتزامات والعقود والتي يمكن بواسطتها إثبات التبعية وبالتالي إثبات عقد الشغل (الفرع الثاني)

الفرع الأول: العناصر الأساسية للإثبات المنصوص عليها في المادة الاجتماعية

درج القضاء على إعطاء الأجير حرية واسعة في إثبات عقد الشغل، إذ يمكن له الاستعانة بشهادة الشغل أو أوراق الأداء أو بطاقة التسجيل لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي أو غيرها من الوسائل المستمدة من تشريع الشغل بالخصوص.

فبالنسبة لشهادة الشغل مثلا والتي تعتبر من الوثائق التي يجب على المشغل أن يسلمها للأجير عند انتهاء عقد الشغل تحت طائلة أداء تعويض⁵¹، باعتبارها حجة كتابية يستعيز بها الأجير عن كل إثبات. وهذا ما قضت به محكمة النقض⁵² في قرارها المؤرخ في 2008/01/23 الذي جاء فيه: "... شهادة العمل التي تحمل عبارة بطاقة الشغل المستمرة الصادرة عن المشغلة تعتبر حجة كتابية تغني الأجير عن كل إثبات و لا يمكن معارضتها بشهادة الشهود كما لا يمكن دحضها إلا بحجة مماثلة لها وهي تفيد استمرارية العمل".

ويمكن للقضاء أيضا الاعتداد بورقة أداء الأجير كالتزام ملقى على صاحب العمل

⁵¹ - المادتان 72 و 78 من مدونة الشغل.

⁵² - قرار أورده أمينة رضوان، مرجع سابق ص: 132.

بمقتضى المدونة الجديدة (المادة 370)، وهذا ما أخذت به قرار لمحكمة النقض⁵³ جاء فيه: "حيث تبين صحة ما نعتة الوسيلة على القرار ذلك أن إثبات عقد الشغل متيسر بكافة وسائل الإثبات طبقاً لأحكام المادة 18 من مدونة الشغل، والثابت من وثائق الملف إدلاء الطاعنة بأوراق أداء الأجر عن أشهر أكتوبر ونوڤر ودجنبر 2006 ويناير 2007 تحمل اسم الشركة الاتحاد الصناعي التجاري والبحري المعروفة اختصاراً (C.I.C.M) كما أدلت بأوراق استشفاء صادرة عن شركة التأمين السعادة تسوية لمصاريف علاج أنفقتها خلال سنة 2006 وبداية سنة 2007 ثم بمراسلة صادرة عن وكالة تأمين الثقة بتاريخ 2005/12/22، تشير جميعها إلى المتعاقد شركة الاتحاد الصناعي التجاري والبحري وإلى الطاعنة بصفتها مستفيدة من التأمين، وهي وثائق لم تكن محل أي طعن وتعود لآخر فترة عمل قبل انتهاء العلاقة، والقرار باستبعاده أوراق أداء الأجر بعلة أنها مجرد مطبوع لا يحمل توقيع المشغلة وبعدم أخذه بأوراق العلاج بدعوى أنها لا تفيد التزامها بالتأمين و رغم عدم منازعة المعنية بالأمر يكون قد خرق مقتضيات المادة 370 من المدونة التي لم تحدد لأوراق أداء الأجر شكلاً معيناً ولم تجعل من توقيعها شرطاً لصحتها كما لم يطبق ما نص عليه الفصل 400 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه: (إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضائه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه) وأنه- القرار- باستناده للقول بعدم قيام أي علاقة شغل بين الطاعنة والمطلوبة الأولى شركة الاتحاد الصناعي التجاري والبحري إلى التصريح بالأجور لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي من طرف المطلوبة الثانية شركة الرباط النهائي رغم أن هذا التصريح يحمل نفس رقم الانخراط المضمن بأوراق أداء الأجر وصادر عن فرع الصندوق بمدينة القنيطرة حيث المقر الأساسي لشركة الاتحاد الصناعي وليس بمدينة سلا حيث توجد المصراحة، وهو ما يعد قرينة على تبعية الثانية للأولى فضلاً عن اشتغال

⁵³- قرار عدد: 1336 ملف عدد: 2008/1/5/1501 أوردته أمينة رضوان، مرجع سابق، ص: 126.

الطاعنة بمقر عمل بسلا يعود أساسا لشركة الإتحاد الصناعي التجاري والبحري التي تستغل رخصة تعشير تحمل نفس المراجع المضمنة ببطاقة دخول الطاعنة إلى منطقة العبور بالموانئ والمطارات حسب الثابت من هذه البطاقة وبنفيه-القرار - لأي علاقة شغل بين الطالبة وشركة الإتحاد الصناعي التجاري والبحري ورفضه كافة طلباتها لم يجعل لما انتهى إليه سندا قانونيا وخرق المقتضيات القانونية أعلاه فوجب نقضه وإبطاله".

ويستشف من القرار أعلاه أن ورقة الأداء تعتبر حجة كتابية كافية لإثبات علاقة الشغل أو غيرها إذا ما أدلى بها الأجير إلى المحكمة. وكل استبعاد لها من طرف هذه الأخيرة يجعل قضاءها مجانباً للصواب.

ويمكن للأجير أيضا أن يلجأ إلى إثبات عقد الشغل بوسيلة أخرى واردة في المدونة وهي توصيل تصفية كل حساب⁵⁴ الذي يعد وسيلة لإثبات أداء الأجر، بحيث يتضمن هذا الأخير جميع المبالغ التي صرفت للأجير مثل الأجر وتوابعه وكذا التعويضات المرتبطة بعقد الشغل كالتعويض عن الأقدمية والعطلة السنوية، وهو دليل على ما يتضمنه من أداء الأجر أو عدمه⁵⁵.

ويلاحظ أن القضاء يعتد أيضا بورقة التسجيل بصندوق الضمان الاجتماعي ويجعلها وسيلة كافية لإثبات العلاقة الشغلية، ويشترط فيها ما يشترط في بطاقة الشغل، وهذا ما أكدته محكمة النقض⁵⁶ حيث ذهبت فيه إلى ما يلي: "وحيث إنه خلافا لما تمسكت به المستأنفة فإن العلاقة الشغلية ثابتة بين الطرفين طيلة المدة المشار إليها في المقال الافتتاحي بمقتضى شهادة أداء المستأنفة للواجبات الدورية لانخراط المستأنف عليه لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والتي تبرز بشكل واضح أداء المستأنفة لواجبات

⁵⁴ - الفقرة الأولى من المادة 73 من مدونة الشغل.

⁵⁵ -الحاج الكوري، مدونة الشغل الجديدة. مرجع سابق، ص:59.

⁵⁶ -قرار عدد:125 الصادر عن الغرفة الاجتماعية/ القسم الأول. ملف ع 2011/1/5/141، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 160، ص: 212.

الانخراط بشكل منتظم ابتداء من مارس 1989 إلى غاية 2003/12/31، وأن هذه وثيقة رسمية لا يطعن فيها إلا بالزور، وعلى ذلك تكون ما عابته المستأنفة على الشهادة أعلاه غير مبنية على أساس قانوني سليم ويتعين بالتالي اعتمادها في إثبات العلاقة الشغلية مادام أن المشرع قد ترك إثبات هذه العلاقة بجميع وسائل الإثبات... وحيث تبعا لما هو مفصل أعلاه يبقى الحكم المستأنف واجب التأييد في جميع ما قضى به.

كما يجوز أيضا للأجير الاعتماد في إثبات عقده على بعض الوسائل الحديثة أو المعلوماتية حيث أجازت المادة 372 من مدونة الشغل ذلك بنصها على أنه: "يمكن بطلب من المشغل الاستعاضة عن دفتر الأداء، باعتماد أساليب المحاسبة الميكائوغرافية أو المعلوماتية أو أي وسيلة أخرى من وسائل المراقبة، يراها العون المكلف بتفتيش الشغل كفيلة بأن تقوم مقام ذلك الدفتر". وهذا المقتضى جدير بالتأييد لما فيه من تسهيل في طرق الإثبات سواء بالنسبة للمشغل أو حتى للأجير.⁵⁷

فمن خلال جرد أهم الوسائل الإثباتية المخولة للأجير لإثبات تبعيته للمشغل ولإثبات عقد شغله، والمستمدة من نصوص قانون الشغل، فإن هذا لا يمنع الأجير في حالة عدم توفره على هذه الوسائل الاستعانة بوسائل الإثبات المؤطرة في القواعد العامة خاصة الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود، خاصة أن المادة 18 من مدونة الشغل تعطي حرية إثبات عقد الشغل سواء كانت متأصلة من القانون المدني كالكتابة والشهود واليمين والقرائن وغير ذلك⁵⁸، أو تلك التي تتصل بقانون الشغل كما رأينا في هذه الفقرة. فكيف

⁵⁷ - ويجوز للأجير أن يستعين أيضا بورقة المعلومات الصادرة عن مفتش الشغل كوسيلة لإثبات عقد الشغل بشرط الإشارة فيها إلى حضور المشغل أمام مفتش الشغل وإقراره أو عدم منازعته في علاقة العمل. راجع في ذلك حكم لابتدائية أكادير عدد 97/298 الصادر بتاريخ 97/4/14 في الملف عدد 96/294، مجلة المرافعة، العدد 7، دجنبر 1997، ص: 198.

⁵⁸ - دنيا مباركة: القانون الاجتماعي المغربي، دراسة في ظل التشريع الحالي ومدونة الشغل المرتقبة مشروع 2000، دار النشر الجسور وجدة، طبعة 2001، ص: 95

كان تعامل القضاء مع وسائل إثبات التبعية الواردة في قانون الالتزامات والعقود؟

الفرع الثاني: العناصر الثانوية للإثبات المنصوص عليها في المادة المدنية

يعتبر عقد الشغل كقاعدة عامة من العقود الرضائية وليس من العقود الشكلية، فليس من الضروري كتابة عقد الشغل بين المشغل والأجير، ولكن إذا تطلب المشرع كتابة هذا العقد فلا بد من احترام هذا الإجراء⁵⁹. وبالتالي فإن عقد الشغل قد يبرم شفويا.

وبتتبع العمل القضائي المغربي نجد أنه اعتمد معظم وسائل الإثبات الواردة في قانون الالتزامات والعقود كدليل على قيام العلاقة الشغلية بالنسبة للكتابة فلا جدال أن تنهض أقوى دليل على ذلك، أما بالنسبة للإقرار الذي يعتبر بمثابة إقرار للخصم بالحق الذي يدعيه أو بواقعة منتجة لأمر قانوني وهو بذلك يستخدم حجة عليه تعفي خصمه من تقديم أي دليل، فالأصل أن يكون صريحا، ويجوز أن يراد الإقرار ضمنيا فقد اعتمد من طرف القضاء لإثبات التبعية وهكذا فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بأكادير⁶⁰: "وحيث أن المحكمة تبين لها صحة ما أثارته وسيلة الاستئناف، ذلك أن الحكم المطعون فيه جانب الصواب حينما ناقش المقتضيات القانونية المنظمة لقانون الفنان رقم: 71-99 في مادتيه الأولى والسابقة ليخلص إلى أن الأجير لا يمكنه الاستفادة من مقتضيات مدونة الشغل لعدم توفره على بطاقة الفنان وعدم وجود عقد مكتوب. لكن ثبوت العلاقة الشغلية بناء على تصريحات الممثل القانوني للمستأنف عليها بجلسة البحث بالمرحلة الابتدائية و ارتباطه بعلاقة شغلية ممتدة من شهر أكتوبر: 2006 إلى غاية شهر أكتوبر: 2007، وهو إقرار قضائي كاف لإثبات العلاقة الشغلية بين المستأنف والمستأنف عليها...".

⁵⁹ - الحاج الكوري: مرجع سابق، ص: 81. وكذلك دنيا مباركة: مرجع سابق، ص: 93. وراجع بالنسبة للحالات التي يتطلب فيها القانون الكتابة المادة 79 من مدونة الشغل، والمادة 8 من مرسوم 8 أكتوبر 1977 المتعلق بتطبيق الظهير الصادر بنفس التاريخ والمتعلق بتعهد البناءات وتخصيص مساكن للبوابين في البناءات المعدة للسكنى.

⁶⁰ - قرار الغرفة الاجتماعية عدد 3648 الصادر بتاريخ 13-10-2016 في الملف الاجتماعي 2015/1205 غير

وأن الأجير الذي يرتبط مع المستأنف عليها بعقد شغل موضوعه إسداء عروض فنية بصفته موسيقي بمطعمها مقابل أجرة، وإن كان عقدا شغليا لا تنطبق عليه مواصفات عقد الشغل الفني، كما هو منصوص عليه بقانون الفنان عدد: 71-99 إلا أنه لا يحرم من تطبيق فصول مدونة الشغل عليه طبقا للمادة 3 من مدونة الشغل، كما أنه لا وجود لأي مقتضى قانوني يستثني خدماته من أن تطبق عليه مدونة الشغل، لاسيما وأن القانون المنظم للفنان لا يمكن تطبيقه في نازلة الحال طالما أن القانون لا يطبق بصفة رجعية لكونه صادر بتاريخ لاحق عن تاريخ النازلة ولا يسري عليها.

وحيث أنه بناء على إقرار الممثل القانوني للمشغلة تطبيقا لقاعدة عدم تجزئة الإقرار وفق المادة: 414 من ق.ل.ع وشهادة الشغل المدلى بها والتي لا ينزع المشغل في صفة مصدرها كمسير بتاريخ توقيعها، لكونه يقر بعزله بتاريخ لاحق عن تاريخ إصدارها، مما يبقها عاملة في النزاع ويعتد بها."

ويلاحظ أن شهادة الشهود هي وسيلة الإثبات الأكثر اعتمادا من طرف الخصوم من أجل إثبات مختلف المنازعات، سواء تعلق الأمر بإثبات عقد العمل أو تنفيذه أو مدته أو حتى طبيعته.. وهذا ما يفسر عدم انتشار عقود الشغل الكتابية إلى جانب أسباب أخرى.

ولكن ما هي الشهادة التي يمكن اعتبارها قانونا؟

إن الشهادة التي يمكن الاعتماد بها هي التي تؤدي من الشاهد في مجلس القضاء فقط وإن تكون بمنأى عن أسباب التجريح، كأن تكون بين الشاهد وأحد طرفي الدعوى عداوة أو قرابة أو مصاهرة، وأما شهادة السماع وهي التي يستند فيها الشاهد إلى ما سمعه من المشهود له أو غيره فلا يعتد بها⁶¹، ونفس الشيء يصدق على اللفيف العدلي المعمول به في قضايا الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ، لأن العمل القضائي استقر على أنه بمثابة لائحة الشهود، لهذا فإنه للاعتداد به يجب على المحكمة استدعاء شهود اللفيف

⁶¹ - أمينة رضوان، مرجع سابق، ص: 113

وإعادة الاستماع إليهم حتى تكون قناعتها بخصوص واقعة معينة ومواجهتهم بما سبق أن صرحوا به أمام العدلين بالرسم العدلي، ويشترط في شهادة الشهود أن تكون متطابقة فيما بينها وأن لا يشوبها أي تناقض وان تكون منسجمة مع ما ورد بالمقال وأن يكون مستند علم الشهود قويا، وهو في الغالب المعاينة، كأن يكون الشاهد يعمل مع المدعي بنفس المؤسسة، أو أنه يسكن بجوار المحل من أجل إثبات علاقة الشغل أو مدتها أو استمراريتها. أما إذا كان مستند علمه السماع فإن شهادته تخضع للسلطة التقديرية للقاضي. ويعمل بشهادة الشاهد الواحد متى كانت شاملة لكل العناصر المسطرة في الحكم التمهيدي وإلا استبعدتها المحكمة، وعند توافر شهود الإثبات والنفي في نازلة واحدة فإن القضاء دأب على الأخذ بشهادة الإثبات على شهادة النفي.

وقد يتم اعتماد بعض القرائن كذلك لإثبات عقد الشغل وهكذا فحيازة الأجير دراجة نارية ينتقل بها والتي توجد في ملكية المشغل، قرينة أولية على وجود علاقة الشغل بين الطرفين، وكذلك حيازة بعض أدوات العمل الأخرى مثل حيازة العامل لبذلة العمل التي كتب عليها اسم الشركة التي يشتغل بها العامل واسم البضاعة التي تنتجها، وكذلك إذا كان الأجير يسكن في محل تابع للشركة (سكن وظيفي) فهذه قرائن من حق العامل أن يثبت بها كذلك وجود عقد شغل⁶².

واليمين أيا كان نوعها تعتبر إحدى وسائل الإثبات المنصوص عليها في الفصل 404 من ق.ل.ع وأيضا إجراءات التحقيق المنصوص عليها في الفرع الخامس من الباب الثالث من القسم الثالث من قانون المسطرة المدنية والمؤطرة بالفصول من 85 إلى 88 منه، فيجوز اعتمادها كذلك لإثبات علاقة الشغل.

ومن البديهي أنه بعد إثبات الأجير لعلاقة التبعية وبالتالي لعقد الشغل، فإن ذلك لا يعني حتما اقتضاؤه لجميع الحقوق التي يطالب بها، كما أن عبء الإثبات ينتقل للمشغل

⁶² - الحاج الكوري: مدونة الشغل الجديدة. مرجع سابق، ص: 87.

لإثبات الخطأ الجسيم أو لإثبات المغادرة التلقائية بناء على القاعدة الواردة في المادة 400 من قانون الالتزامات والعقود والتي تقضي بأنه إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه، وهذا ما تؤكد بصدور مدونة الشغل حيث تنص المادة 63 منها في فقرتها الأخيرة على أنه: "يقع على عاتق المشغل عبء إثبات وجود مبرر مقبول للفصل، كما يقع عليه عبء الإثبات عندما يدعي مغادرة الأجير لشغله".

وفي ختام هذا المبحث يتبين أنه بمنح الأجير إمكانية إثبات عقد شغله بكل وسائل الإثبات سواء الواردة في نصوص قانون الشغل أو المنصوص عليها في إطار قانون الالتزامات والعقود، فإن القضاء يمكنه أن يميز بوضوح واعتمادا على علاقة التبعية التي تشكل أهم عنصر في عقد الشغل، بين هذا الأخير ومختلف العقود المشابهة له.

يتضح إذن أن تعامل الاجتهاد القضائي مع تكييف عقود الشغل ينبغي أساسا على معيار التبعية بمختلف أشكالها لإضفاء الوصف الحقيقي على العقد محل النزاع لترتيب الآثار القانونية للعلاقة التعاقدية، إلا أن دور القضاء في التكييف لا يقف عند هذا الحد، ذلك أنه يناط به بعد ذلك إعطاء تكييف للطبيعة القانونية للعقد بناء على المدة التي تعتبر بدورها عنصرا فعالا لتقرير مجموعة من الآثار القانونية، لذلك ينبغي معرفة كيفية ممارسة هذه العملية -عملية التكييف- وما هي أهم المشاكل التي تعترض سبيله في هذا الإطار. هذا ما سيتم الإجابة عنه خلال الفصل الثاني من هذا البحث.

الفصل الثاني: تكييف عقد الشغل من حيث المدة

إن العقد الأصلي في قانون الشغل هو العقد الذي يبرم لمدة غير محددة، لكن إلى جانبه ظهرت العقود المحددة المدة والتي عرفت انتشارا واسعا في الآونة الأخيرة خاصة داخل المقاولات الصغيرة والمتوسطة⁶³ ، ولقد أوضح المشرع المغربي شرط المدة من خلال تعريفه لعقد الشغل في الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود، حيث أشار إلى أن إجارة الخدمة عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدد أو من أجل إنجاز عمل معين، فالتراضي على مدة العمل لا يخرج عن صورتين اثنتين:

الأولى: أن يتراضى المشغل والأجير على جعل العقد لمدة معينة ينتهي بانتهائها، أو أن يتفقا على أن ينتهي العقد بانتهاء خدمة معينة أو عمل معين، فيطلق على هذه الصورة الأولى: عقد عمل محدد المدة.

الثانية: ألا يتفقا على أن ينتهي العقد بانتهاء خدمة معينة أو عمل معين، وعلى العموم عدم تحديد أجل معين أو مدة معينة لانتهاء العقد، ويطلق على هذه الصورة الثانية: عقد عمل غير محدد المدة.

وإذا كانت الصورة الثانية لعقود العمل تبقى في الغالب الأعم أصح للأجراء نظرا للضمانات التي توفرها لهم، فإنه اتضح ميل المشغلين نحو العقود المحددة المدة، وذلك قصد التملص من المقتضيات التي تعرضهم لعدة تعويضات، ولهذا وجب على القاضي التأكد من الوصف الحقيقي للعقود. فعملية التكييف لا تقتصر على إبراز وجود العقد فقط اعتمادا على توافر التبعية، بل تتجلى أيضا في طبيعة العقد في حد ذاته حيث يتعين على

⁶³ -دنيا مباركة: قضايا مدونة الشغل بين التشريع والقضاء، الطبعة الأولى، دار النشر المعرفة الرباط، ص: 130.

القاضي عدم الأخذ بعين الاعتبار الوصف الذي يطلقه الأطراف على العقد محل النزاع بل عليه استجلاء هذه الطبيعة القانونية للقول بأن العقد هو عقد شغل محدد المدة أو غير محدد المدة.

لذلك يتعين علي أن أبرز أهم الأحكام المتعلقة بالعقد المحدد المدة، ومختلف الإشكاليات التي يثيرها هذا العقد خاصة من حيث تحديد نطاقه وخصوصياته والتدخل القضائي لإعادة الوصف القانوني لها (المبحث الأول).

لأتطرق بعد ذلك لدراسة خصوصية عقود الشغل الموسمية التي أثارت العديد من الخلافات الفقهية وتباينت المواقف القضائية تجاهها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بالعقد المحدد المدة

إن القاضي الاجتماعي قد يعي فعلا وجود خلل في التوازن بين أطراف العلاقة الشغلية، هذا الخلل الذي يدفع ببعض المشغلين إلى التحايل عن العقد غير المحدد المدة، وذلك قصد التملص من مزايا هذا الصنف من العقود، فالقاضي يجد نفسه مدفوعا بتقنيات وقواعد شغلية يدافع بها عن الطرف الضعيف فتفسير الشك لصالح الطرف الضعيف واعتبار قانون الشغل قانونا تقدما يؤدي إلى اعتبار كل ما عدا عقود العمل غير المحددة المدة يدخل في عداد العقود الاستثنائية، مع الأخذ بعين الاعتبار عدم الغلو دائما في الدفاع عن الأجير وضرورة مراعاة مصلحة المقاتلة بصفة عامة.

ولقد وضعت العقود المحددة المدة لتكملة العقود غير المحددة المدة، فشرعية الأولى تكمن في تغطية العمل المؤقت حيث يتعين الالتزام باحترام الحالات التي يجيز فيها المشرع اللجوء إلى إبرام مثل هذه العقود المحددة المدة حتى لا تتخذ كوسيلة احتيالية من طرف المشغلين لعدم إبرام عقود غير محددة المدة (المطلب الأول) ويبقى على عاتق القضاء أعمال سلطته في التكيف لمراقبة الوصف الحقيقي للعقد وذلك من أجل إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية وترتيب الآثار القانونية للعقد وحماية مبدأ استقرار الشغل

(المطلب الثاني).

المطلب الأول: نطاق عقد الشغل المحدد المدة

يقصد بنطاق عقد الشغل بأن حالات عقد الشغل محدد المدة محددة بدقة متناهية، غير أنه وكما سنوضح عند التطرق لكل حالة على حدة أن أنواع هذه الحالات وإن كانت توصف بأنها محددة فإن ما يندرج فيها يكاد يكون غير محدد، وبالتالي نكون أمام حالات غير محددة، وهذا ما يخلق اضطراباً لدى المهتم للاهتمام إلى معيار دقيق للتمييز بين النوعين من عقدي الشغل، وقد حصرت المادة 16 هذه الحالات في ثلاث، إلا أنها أرجأت البت في حالة رابعة.

-إحلال أجير محل أجير آخر في حالة توقف عقد شغل هذا الأخير، ما لم يكن التوقف ناتجا عن الإضراب.

- ازدياد نشاط المقاوله بكيفية مؤقتة.

- إذا كان الشغل ذا طبيعة موسمية."

كما نصت الفقرة الأولى من المادة 17 على حالات أخرى لإبرام العقد المحدد المدة وهي: "يمكن في القطاعات غير الفلاحية، عند فتح مقاوله لأول مرة أو مؤسسة جديدة داخل المقاوله أو إطلاق منتج جديد لأول مرة، إبرام عقد الشغل المحدد المدة، لمدة أقصاها سنة قابلة للتجديد مرة واحدة..."

فمن خلال قراءة متأنية للمادتين السابقتين يتضح بأن ما أعطته المدونة بيد أخذته بيد أخرى، حيث أن التعداد الحصري الوارد في الفقرة 3 من المادة 16 لا معنى له، إذ أضافت حالات أخرى لإبرام العقد المحدد المدة في الفقرة الأولى من المادة 17، هذا بالإضافة إلى ما جاء في نفس المادة (أي المادة 16) في فقرتها الأخيرة حيث نصت على ما يلي: "يمكن إبرام عقد الشغل محدد المدة في بعض القطاعات والحالات الاستثنائية التي

تحدد بموجب نص تنظيمي بعد استشارة المنظمات المهنية للمشغلين والمنظمات النقابية للأجراء الأكثر تمثيلاً أو بمقتضى اتفاقية شغل جماعية. " ففتح المجال لتوسيع نطاق العقود المحددة المدة بموجب نص تنظيمي يجعل ذلك التعداد الحصري الوارد بالفقرة 3 من المادة 16 غير ذي قيمة، وذلك بالإضافة إلى أن الاتفاقية الجماعية لا يمكنها أن تنتقص من الحقوق المخولة للأجراء بمقتضى القانون حيث يتعين أن تكون أكثر فائدة للأجراء لا العكس (المادة 11 من مدونة الشغل).

فإذا كان التشريع الاجتماعي السابق يسمح للأجير باكتساب صفة عامل رسمي (قار) يضمن له نوع من الاستقرار لوضعيته بمجرد تجاوزه لمدة 12 شهراً من العمل الفعلي بالنسبة للقطاع الصناعي والتجاري والمهن الحرة أو بتجاوزه لمدة 6 أشهر في القطاع الفلاحي، فإن المدونة الجديدة ومن باب تفعيل مقتضيات المرونة تقرر بأن التدويم لا يتم إلا بعد سنتين أي بعد إبرام عقد الشغل لمدة سنة وتجديده مرة أخرى لنفس المدة مع إمكانية استبدال الأجير مؤقتاً بآخر وإعادة تشغيل الأجير الأول بعد مدة وجيزة من انتهاء السنتين، فمن خلال المادة 17 نجد أن المدونة تشجع العمل بالعقد المحدد المدة حتى في الأحوال العادية، وهو ما يشكل تجسيدا لمبدأ المرونة في الشغل كما سبق وأن أوضحت، وللزيادة في تأكيد هذا الطرح الذي تبنته المدونة نجد أنها أوجدت مقاولات خاصة بالتشغيل المؤقت من خلال المواد 495 إلى 506⁶⁴.

⁶⁴-حيث عرفتها المادة 495 من مدونة الشغل كالتالي: "يقصد بمقاولات التشغيل المؤقت كل شخص اعتباري مستقل عن السلطة العمومية يقتصر عمله على ممارسة النشاط المشار إليه في الفقرة "ج" من المادة 477 أعلاه..." كما حددت المادة 496 حالات اللجوء إلى هذه المقاولات على سبيل الحصر كالاتي: "يلجأ المستعمل إلى أجراء مقولة التشغيل المؤقت... من أجل القيام بأشغال غير دائمة تسمى "مهام"، في الحالات التالية فقط:

إحلال أجير مكان أجير آخر في حالة غيابه، أو في حالة توقف عقد الشغل، ما لم يكن التوقف ناتجاً عن الإضراب.
التزايد المؤقت في نشاط المقولة.

إنجاز أشغال ذات طابع موسمي.

إنجاز أشغال استقر العرف على عدم اللجوء فيها إلى عقد الشغل غير محدد المدة بسبب طبيعة الشغل".

والمادة 498 من نفس المدونة تسمح لأرباب العمل بتعويض العمال الدائمين بآخرين مؤقتين بعد سنة من فصل العمال الدائمين لأسباب اقتصادية لمواجهة التزايد المؤقت في نشاط المقاول. وهذا المقتضى الأخير يجسد بدوره تراجع المدونة عن مبدأ العمل القار كأصل في إبرام عقود الشغل.

إذا كان الموقف التشريعي من إبرام عقود العمل المحددة المدة شابه الكثير من التآرجح نتيجة التأثير بالمستجدات الاقتصادية التي فرضت مبدأ المرونة، فكيف كان التعامل مع هذه العقود من طرف القضاء المغربي ؟

المطلب الثاني: التدخل القضائي لإعادة الوصف القانوني للعقود المؤقتة

لقد أدت عملية التكييف القانوني بالقضاء إلى أن يستجلي خبايا بعض النصوص وغموضها مما أدى إلى إنتاج عدة قواعد قضائية للوقوف ضد حالات التحايل القانوني للتستر على حقيقة الرابطة العقدية، ولقد استعمل القضاء المغربي سلطته التقديرية لبحث حجية وسائل الإثبات المختلفة في التدليل على ذلك، غير أن الرقابة القضائية أدت إلى عدة تضاربات، تتم عن الأزمة التي يعانيتها قانون الشغل والتي تنعكس على الأحكام القضائية لصعوبة التعامل مع كل حالة وكأن لها نموذجاً قانونياً واحداً.

ويثار التساؤل حول طبيعة العقود التي ترتبط بالورش حيث يدفع الأجير بقارية عمله استناداً إلى المدة الزمنية التي قضاها في الورش في حين أن المشغل ينازع فيها ويدفع بوقتيتها.

وأجابت محكمة الاستئناف بأكادير⁶⁵ عن هذا الإشكال حينما اعتبرت: " أن نشاط الورش يشكل بطبيعته عملاً مؤقتاً، إذ لا يرتبط بالمدة الزمنية، فهو عقد شغل مبرم لإنجاز شغل معين، وأن هذا النوع من العقود يجد سنده القانوني في مقتضيات المادة

⁶⁵ -قرار الغرفة الاجتماعية عدد: 2473 الصادر بتاريخ 02-06-2016 في الملف الاجتماعي عدد: 2016/339 غير

16 من مدونة الشغل، التي تضمنت عقود الشغل في ثلاثة أنواع، عقد لمدة غير محدد أو لمدة محدد أو لإنجاز شغل معين، وأن عقد الشغل لإنجاز عمل معين ينتهي بانتهاء الشغل المتفق عليه عملاً بمقتضيات المادة 33 من نفس القانون، وأنه لا يمكن الأخذ بقرينة العمل المستمر المتمسك به من طرف المستأنف عليه للقول باستمرارية عقد العمل وانتقاله إلى عقد محدد المدة، ذلك أن المستأنف حينما تعاقد مع المستأنف عليها لمدة محددة تنتهي بإنجاز عمل معين ينتهي بانتهاء المشروع، يكون قد رمى بالخضوع لبود عقد العمل المذكورة، خصوصاً مدة العمل، وأن عقد العمل المكتوب يشكل الوسيلة الوحيدة لتحديد طبيعة العمل، وأن القاعدة القانونية تقضي بأن انتهاء الشغل المعين لا يؤدي إلى الحق في التعويضات المنصوص عليها قانوناً في مدونة الشغل بشأن الشغل، وهو ما خلصت إليه المحكمة الابتدائية عن صواب، مما وجب معه تأييد الحكم المستأنف وعدم اعتبار أسباب الاستئناف، وأنه لا فائدة من إجراء بحث مادامت المحكمة تتوفر على العناصر الكافية للبت في النازلة على حالتها.

فاشتغال الأجير بورش معين يشكل بطبيعته عملاً مؤقتاً، إذ لا يرتبط بالمدة الزمنية، فهو عقد شغل مبرم لإنجاز شغل معين يجد سنده في المادة 16 من مدونة الشغل. ولكن التساؤل يبقى مثاراً حول الأجير الذي يعمل لدى مشغلته بعدة أوراش وبصفة مستمرة وذلك بانتقاله من ورش إلى آخر دون انقطاع فهل العقد الرابط بين الطرفين محدد المدة أم لا؟

اعتبرت محكمة النقض⁶⁶ في قرار لها العقد غير محدد المدة لكون طبيعة عمل المشغلة هو العمل بالأوراش، وأن هذه الأخيرة لم تثبت إنهاء العقد الرابط بين الطرفين بمجرد إنهاء العمل بآخر ورش عمل به الأجير.

⁶⁶ -القرار عدد: 875 الصادر بتاريخ 9-4-2015 في الملف الاجتماعي عدد: 2014/1/5/420 منشور ب" نشرة قرارات محكمة النقض-السلسلة 4-العدد 19- الغرفة الاجتماعية، 2015 مطبعة الأمنية ص: 56-57-58.

و الملاحظ أيضا أن بعض المشغلين يقومون بإبرام عقود شغل محددة المدة تفصل بينها فترات متقطعة توحى بأنها غير متجددة، وهكذا اعتبرت محكمة الاستئناف بأكادير⁶⁷ في قرار لها أنها عقود محددة المدة: " حيث ناقشت المحكمة أثناء المداولة تضمينات المقال الإستئنافي والدفع المثار بمقتضاه وما تضمنته وثائق الملف، وتبين لها أن المستأنف يتمسك بأن التعاقد مع المستأنف عليه تم في إطار العقد غير المحدد المدة، وأن عمله اتسم بالاستمرارية طيلة الفترة الممتدة من: 2008/04/15 إلى تاريخ: 2014/04/24، وأن العقود المستدل بها من طرف هذا الأخير مخالفة لمقتضيات المادتين: 15 و 16 من مدونة الشغل، وأنه يرجوع المحكمة إلى العقدين المستدل بهما من طرف المستأنف عليه، يتبين أنهما أنجزا محترمين لمقتضيات المادة: 15 من مدونة الشغل، وأنهما أنجزا بين فترتين متباعدتين الأولى كانت في: 2013/03/28 وتعلقت بفترة عمل ممتدة من : 2013/02/18 إلى : 2013/07/18 والثانية كانت في: 2014/01/28 وتعلقت بالفترة الممتدة من : 2014/01/28 إلى : 2014/04/28، وأن الفترة الفاصلة بين العقدين لم تكن يسيرة ناهزت الستة أشهر، وبالتالي يكون ما أثر من دفع من طرف المستأنف حول مخالفة العقدين المستدل بهما من طرف المستأنف عليه لمقتضيات الفصلين: 15 و 16 من مدونة الشغل غير ذي أثر قانوني على حجيتهما في تحديد طبيعة المتعاقدين الطرفين والتي تندرج في إطار ما هو مخول قانونا للمشغل التعاقد في إطاره، وبالتالي تكون وقتية عمل الأجير ثابتة بمقتضى العقدين الناشئين بينهما".

وإذ أنه بما قضى به القرار لكون الفترة التي تفصل العقدين ناهزت الستة أشهر وهي فترة لا يمكن القول فيها أن العقد كان متجددا بينهما وبالتالي فإن قواعد الإنصاف

⁶⁷ قرار الغرفة الاجتماعية عدد: 4043 الصادر بتاريخ 10-11-2016 في الملف الاجتماعي عدد: 2016/606 غير

منشور.

والعدالة تقتضي أن يكون العقد محدد المدة.

كما يثار الإشكال أيضا حول عمل التدريس حيث تدفع المشغلة بوقتية هذا الأخير في حين يتمسك الأجير باستمراريته. وهكذا اعتبرت محكمة الاستئناف بأكادير⁶⁸ : " أنه بخصوص الدفع بالطبيعة المؤقتة لعمل المستأنف عليها، فإن الثابت من خلال تصريحات الشاهدين (بشرى ضعيف وجميلة الرايم) اشتغال المستأنف عليها كمدرسة بمؤسسة المستأنف عليه ابتداء من الموسم الدراسي: 2006/2005 إلى غاية موسم: 2014/2013، وأن مستند علم الشاهدين هو المعاينة، مما يجعلها ذات مصداقية في الإثبات، وأنه طبقا للمادة: 16 من مدونة الشغل، فإن حالات إبرام عقد الشغل محدد المدة تنحصر في حالات معينة، وهي إحلال أجير محل آخر في حالة توقف عقد الشغل، هذا الأخير ما لم يكن التوقف ناتجا عن الإضراب أو كان ازدياد نشاط المقاوله بكيفية مؤقتة، أو إذا كان الشغل ذات طبيعة موسمية، وأنه مادام أن الأصل في عقود الشغل أنها غير محددة المدة طبقا للمادة: 16 أعلاه، وأن الاستثناء هو أن يبرم لمدة محددة، وبما أن المشغل لم يعمل على إثبات توافر إحدى الحالات المذكورة، حيث يمكن القول بأن الأمر يتعلق بعقد محدد المدة، خاصة وأن عمل التدريس لا يشكل بطبيعته عملا مؤقتا. كما أن عقد التدريب المحتج به غير ذي أثر لعدم صدوره في الجهة المختصة، مما يكونه معه ما خلص إليه الحكم الابتدائي من اعتبار عقد العمل الرابط بين الطرفين غير محدد المدة في مركزه القانوني."

وإذ ننوه بما قضى به القرار حينما اعتبر أن العقد غير محدد المدة باعتباره الأصل وأن المشغل لم يثبت توافر إحدى الحالات المنصوص عليها في المادتين 16 و 17 من مدونة الشغل.

⁶⁸ -قرار الغرفة الاجتماعية عدد: 4033 الصادر بتاريخ 10-11-2016 في الملف الاجتماعي عدد: 2015/1252 غير

فمحكمة النقض في العديد من القرارات لعبت دورا هاما في إعادة تكييف عقود الشغل المحددة المدة وهكذا اعتبرت المحكمة المذكورة في قرار لها أن: "عقد العمل الذي يبرم لمدة محددة في سنة واحدة ثم يجدد كتابة كل سنة لنفس المدة ولعدة سنين، يعتبر عقدا غير محدد المدة لأن تحديده وتجديده إنما هو وسيلة يهدف من ورائها المشغل إلى إخفاء وجود عقد شغل غير محدد المدة للتهرب من الآثار القانونية للعقد المذكور"⁶⁹. ونفس الحكم ينطبق على استرسال إبرام عقود شغل محددة المدة وإن كانت بينها فترات متقطعة توحى بأنها غير متجددة، حيث تعتبر هذه العقود محددة المدة اعتمادا على مبادئ العدالة والإنصاف، إلا أن محكمة النقض كان لها موقف معاكس حينما ألغت مثل هذه الأحكام والقرارات وأقرت بأن مثل هذه العقود تعتبر غير محددة المدة.

وبإمكان القضاء أيضا أن يعيد تكييف العقد المحدد المدة واعتباره غير محدد باستقراء بنود العقد، بحيث أن تضمين المشغل في العقد المحدد المدة شرطا يخوله حق فسخ العقد بإرادته المنفردة قبل حلول الأجل المحدد، يجعل العقد هو عقد شغل لمدة غير محددة⁷⁰.

وهنا لا بد لي أن أنوه بالتدخل الإيجابي لمحكمة النقض لتغيير الوصف القانوني للعقود من محددة المدة إلى غير محددة المدة.

كما حمل القضاء الأجير بإثبات أنه اشتغل بصفة مستمرة وذلك في قرار لمحكمة النقض⁷¹ جاء فيه ما يلي: "ومادامت الطاعنة قد تمسكت في جميع مراحل الدعوى بأن

⁶⁹ قرار عدد 135 صادر بتاريخ 09/01/2005 أشارت إليه بشرى العلوي. الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي (دراسة ميدانية ودليل للعمل معزز بأحدث الاجتهادات القضائية) درا النشر المغربية الدار البيضاء 2007. ص 53.

⁷⁰ -أنظر في هذا الصدد سعيد عز البوشتاوي، مرجع. سابق، ص: 211 وما يليها.

⁷¹ - قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 10/06/1997 في الملف الاجتماعي عدد 96/1/4/1158، أوردته أمينة رضوان، مدونة الشغل من خلال الاجتهاد القضائي (دراسة مقارنة) مطبعة الأمنية-الرباط 2016، ص: 366

نشاطها موسمي وترتبط بالأجير بعقد عمل مؤقت ينتهي بانتهاء الموسم ولا يستغرق طيلة السنة يكون عبء إثبات علاقة الشغل القار والتي تفوق 12 شهرا بصفة مستمرة يقع على كاهل مدعيه وهو الأجير..."

وفي هذا الصدد نجد أن القضاء المغربي كما رأينا يلزم الأجير بإثبات الاستمرارية بالرغم من أن مدعي الوقتية هو المشغل وليس الأجير فيستعين هذا الأخير غالبا بوثائق صادرة عن المشغل نفسه والتي غالبا ما لا تكون في صالحه لإثبات ديمومته، حيث قد يعتمد الأجير إلى الاستدلال بأوراق أداء الأجور، وأن مجرد تضمين العقد لصفة الموسمية لا يعتبر بحد ذاته دليلا على كون العمل المؤدى موسميا، بل لابد من الاعتداد بطبيعة العمل المتعاقد بشأنه.

و يتعين على القضاء المغربي من باب تفعيل نصوص المدونة الجديدة للشغل الأخذ بعين الاعتبار مبدأ استقرار الشغل وعدم المغالاة في تفسير المرونة بالإجهاز على العمل القار مع محاولة الموازنة بين مصالح الأجراء والمشغلين، أو بمعنى أدق حماية المقابلة بصفة عامة ، فدور القضاء إذن ليس بالدور الهين كما يقول الأستاذ محمد سعيد بناني⁷²

وأنظر أيضا قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 98/11/9 في الملف المدني 97/1026 منشور بمجلة الإشعاع العدد 19 السنة 11، يونيو 1999، ص: 148.

⁷² - محمد سعيد بناني: قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، م. س، ص: 239 وما بعدها.

المبحث الثاني: خصوصية عقود الشغل الموسمية

تتدرج العقود الموسمية ضمن التعداد الوارد في المادة 16 من مدونة الشغل، وكذا في المادة 496 من نفس المدونة بمعنى أنها تعتبر عقود عمل محددة المدة، ونظرا لخصوصية هذه العقود وما تثيره من تباين فقهي وقضائي ارتأيت أن أخصص لها مطلبا مستقلا لدراستها، ذلك أن العديد من المؤسسات الشغلية تعرف تذبذبا في نشاطها بحسب الفصول والمواسم، ولذلك يلجأ المشغل إلى إبرام عقود عمل محددة المدة يسري مفعولها أثناء تلك المواسم والفصول التي يزداد فيها الطلب على منتجات أو خدمات المؤسسة، إلا أن مفهوم الموسم في حد ذاته يبقى غامضا ومصطلحا غير دقيق فما هي المعايير المعتمدة لتطبيق مبدأ الموسمية؟ (المطلب الأول) وكيف كان تعامل القضاء بصدد تكييفه لهذا النوع من العقود المحددة المدة؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المعايير المعتمدة لتطبيق مبدأ الموسمية

يعرف الأستاذ عبد اللطيف خالفي⁷³ العمل الموسمي بأنه هو الذي ينجز في مواسم دورية منتظمة، دون النظر إلى المدة التي يستغرقها، ما لم تصل إلى ستة أشهر من الشغل داخل نفس المقولة، وذلك بصرف النظر عن الطريقة التي يتقاضى بها الأجير أجره، وعن دورية أدائه.

إلا أن ما يؤخذ على هذا التعريف أنه جعل المدة القصوى للعمل الموسمي هي ستة أشهر من العمل داخل نفس المقولة، في حين أننا رأينا من خلال المادة 17 من المدونة بأن المدة القصوى لإبرام عقد محدد المدة هي سنة قابلة للتجديد في القطاعات غير الفلاحية، و6 أشهر قابلة للتجديد 4 مرات في الميدان الفلاحي، والعمل الموسمي لا يخرج عن الحالات السابقة في اعتقادي. وبغض النظر عن هذا التعريف فإن تحديد فترة الموسم بصفة دقيقة هي من الصعب بمكان، ذلك أن تحديدها بصيغة يقينية قد يبعد النزاع، كما أن

⁷³ - عبد اللطيف خالفي: مرجع سابق، ص: 379.

تنظيم الموسم وفق أعراف معينة ومعروفة قد يساعد القاضي على الحسم في تحديد فترة الموسم. فإذا كان المشرع قد حصر مدة العقد المحدد المدة، فإن التساؤل يطرح حول ما إذا كانت هذه المدة المذكورة كافية لإضفاء صفة الموسمية على عقد الشغل، أم أن الأمر يتطلب تحديد الموسم بالزمان والمكان؟

يرى أحد الباحثين بأنه يتعين الجمع بين مقتضيين: أحدهما يتعلق بشرط المدة المذكورة في النصوص القانونية، والآخر يتعلق بمسألة التنفيذ الذي يجب أن يتم داخل الموسم ليوصف الالتزام بأنه محدد المدة⁷⁴ في حين يرى الأستاذ عبد اللطيف خالفي بأن العمل الموسمي ليس فقط هو ما ينجز في ظل موسم معهود، وإنما يتعين أن يكون من مستلزمات ومقتضيات هذا الموسم حتى لا يتخذ هذا الأخير ستارا لوصف ما هو عقد غير محدد المدة بسمه العقد الموسمي بحجة إبرامه في ظل موسم معين⁷⁵، أما الأستاذ محمد سعيد بناني فيطرح للإجابة عن هذه الإشكالية خيارين فإما أن يتم اللجوء إلى تحديد الموسم بصفة دقيقة وصلبة، وتبعا لذلك نقول بأن مجرد حصاد القمح يجعل العقد منتهيا، وإما أن يتم أخذ صفة العمل بنوع من المرونة واعتبار الأجير حارسا للقمح خلال فترة معينة تلي وقت حصاده، وإلى حين تسويقه لا يخرج الأجير عن إطار العمل الموسمي، فالخيار الثاني المعتمد على المرونة في تحديد الموسم هو الذي يثير إشكالا ولهذا فإن تحديده يستلزم الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العمل المؤدى بحيث إذا كان يمارس بصفة دائمة ولمواسم متعاقبة اعتبر العقد غير محدد المدة والعكس صحيح.

فمن خلال كل ما سبق يتضح بأن معيار الموسمية كان محل نقاش فقهي الشيء الذي يوضح صعوبة إعطاء تعريف جامع مانع للعمل الموسمي مما قد يؤدي أيضا إلى

⁷⁴ - سعيد البوشناوي عز: عقد الشغل المحدد المدة في ضوء القانون المغربي والمقارن - قراءة في الوصف الحقيقي لعلاقة الشغل فقها وقضاء مع مشروع إصلاح لمدونة الشغل - مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2005 ص: 88.

⁷⁵ - عبد اللطيف خالفي: مرجع سابق، ص: 380.

تذبذب قضائي في مجال تكييف العقود الموسمية، وأرى بأن العمل الموسمي يجب أن يأخذ بمفهومه الخاص باعتباره عقد محدد المدة لا يمكن أن يتجاوز المدة المنصوص عليها في الفصل 17 من المدونة بحيث إذا تجاوز هذه المدة يكيف على أنه عقد غير محدد المدة، فالأجير الذي يشتغل في جني الزيتون لموسم معين ثم يشتغل لنفس المشغل في قطف الطماطم وبعد ذلك في موسم الحصاد... فتعاقب المواسم يوجب اعتبار العقد في هذه الحالات عقدا غير محدد المدة.

يتضح إذن صعوبة إيجاد معيار حاسم للتوصل إلى معرفة دقيقة لمفهوم العمل الموسمي، ليبقى دور القضاء في حسم هذه المسألة من الأمور الصعبة نظرا لقصور النصوص القانونية، مما يخلق بعض التباين على مستوى تكييف العقود الموسمية وهو ما سأنتظر إليه في الفقرة الموالية.

ما هي الوسائل التي اعتمد عليها القضاء للقول بموسمية عقود الشغل؟

المطلب الثاني: التباين القضائي على مستوى تكييف العقود الموسمية

دفعاً للتحايل وسدا للفراغ التشريعي الذي يعاني منه موضوع الموسمية، تدخل القضاء لتحديد الطبيعة الحقيقية لعقد الشغل الموسمي، وفي سبيل ذلك استند إلى حرية الإثبات في مادة الشغل حيث جاء في قرار محكمة الاستئناف بالجديدة⁷⁶: "الأجير كان يشتغل لدى المدعى عليها كغطاس في البحر من أجل جمع الطحالب ولفترة معينة مرخص بها من طرف مندوب الصيد البحري، وأن المحكمة بعد اطلاعها على بطاقة الشغل تبين أنها تحمل عبارة Saisonnier أي موسمي، وأن مهنة الغطاس لجني الطحالب يكون عمله خلال المدة المرخص بها من طرف السلطات المختصة، ثم تبث لديها من خلال شهادة مندوب السيد البحري أن مراكبها لم تتحرك في الموسم الماضي مما يجعل صفة الموسمية

⁷⁶ - قرار عدد 277 بتاريخ 8 يوليوز 2004 في الملف عدد 167/2/04. مشار إليه في مؤلف بشرى العلوي، مرجع

سابق. ص: 71.

ثابتة في حق الأجير وأن العقد الرابط بينهما قد انتهى بانتهاء الفترة الموسمية و لاحق للأجير في التعويض عن الفصل".

و يستشف من هذا القرار أنه أسس تعليله للقول بموسمية عقد شغل الأجير على مجموعة من المعطيات أهمها طبيعة عمل الأجير الذي يشتغل كغطاس في البحر بالإضافة إلى بطاقة الشغل التي تحمل صفته الموسمية. وهو توجه أراه محمود ذلك أن المحكمة لا يجب أن تعتبر العقد موسميا لمجرد تضمينه لبيان يفيد صفة الموسمية بل لابد من الاعتداد كذلك بطبيعة العمل المتعاقد بشأنه.

ويشير العقد البحري مجموعة من الإشكالات حيث يدفع المشغل بأنه موسمي ينتهي بانتهاء مدته، في حين يؤكد الأجير على أن عمله يندرج في إطار العقود غير محدد المدة، بالنظر إلى المدة الفعلية للعمل التي اشتغلها، متمسكا بمقتضيات المادة الثالثة من مدونة الشغل باعتبارها أكثر ضمانا بالوضعية القانونية عن مقتضيات القانون البحري.

وأجابت محكمة الاستئناف بأكادير⁷⁷ عن هذا الإشكال حين اعتبرت في قرار لها: "وحيث لئن نصت المادة الثالثة من مدونة الشغل المتمسك بها من طرف الأجير أن مقتضياتها تطبق على بعض فئات الأجراء متى كانت أكثر امتيازاً وضماناً من أحكام الأنظمة الأساسية المطبقة عليهم، ومن ضمن هذه الفئات البحارة، فإن تطبيق مقتضيات هذه المادة متوقف على عدم وجود نص يشترط لصحة عقد العمل، أن ينعقد وفق ضوابط خاصة، وأن الثابت من وثائق الملف أن العقد الناشئ بين الطرفين تم في إطار أحكام ظهير: 1919/03/31، وأن مقتضيات المادة: 168 منه قررت "وجوب تضمين عقد الاستخدام الناشئ بين البحار والمجهز أو الربان ما إذا أبرم هذا العقد لمدة معينة أو لمدة غير معينة أو للقيام برحلة واحدة" تأسيساً على أن تحديد نوع العقد ما إذا انعقد لمدة

77- قرار الغرفة الاجتماعية عدد: 3653 الصادر بتاريخ 13-10-2016 في الملف الاجتماعي عدد: 2016/267

غير منشور.

معينة أو لمدة غير معينة أو للقيام برحلة أو أكثر استجوبته مقتضيات قانونية منصوص عليها في ذات الظهير رتبت بطلانه خلال تخلف هذا التحديد، وحالة تخلف إحدى شكلياته وبعض البيانات الإلزامية الواجب تضمينها في بنود العقد وألزمت خضوعه لرقابة السلطة المكلفة بالشؤون البحرية بالتأشير عليه متى توفرت فيه شروط صحته ورفض التأشير عليه حالة تخلف هذه الشروط، وأن بالرجوع إلى العقد الرابط بين الطرفين يتبين أنه التزام بحري مؤشر عليه من طرف السلطة البحرية بعد أن استنفذ شروط صحته، وأنه أبرم بين طرفي النزاع لمدة رحلة بحرية واحدة.

وأن العقد يسري نفاذه ابتداء من تاريخ الإبحار على ظهر السفينة حسب الثابت من البند الثاني منه وينتهي بالنزول من ظهر السفينة أو تمام مدة العقد.

واعتمادا على هذه المعطيات وتطبيقا لمقتضيات المادة: 168 من القانون البحري، فإن العقد الناشئ بينه وبين المشغلة تم في إطار العقد الناشئ لرحلة بحرية.

وأن هذا النوع بطبيعته عقد مؤقت يبتدئ من تاريخ الإبحار لأنه لا ينفذ ولا يطبق إلا في الفترات التي يتواجد فيها البحار في خدمة السفينة وينتهي بالنزول من السفينة أو إتمام مدة الرحلة البحرية ولا عبرة لمدة العمل التي قضاها الأجير البحار في خدمة المجهز أو الربان ولا أثر لتوالي مدد العمل على طبيعة العقد"

وإذ ننوه بما قضى به هذا القرار ذلك أن الوزارة الوصية على قطاع الصيد البحري تعمل على فرض راحة بيولوجية تتوقف خلالها عمليات الصيد في أعالي البحار درئا لاستنزاف منتوجات البحر وحفاظا على نموها وديمومتها، وبالتالي فإن ادعاء الاستمرارية في العمل في إطار هذا الواقع يكون مردودا ويكون طابع الموسمية أو الوقتية هو الساري على العقود الناشئة في إطار هذه المعطيات، ويجعل لجوء المشغلة في التعاقد مع الأجير في إطار هذا النوع من العقود يتمشى ويتطابق مع ما أقرته مدونة الشغل في مادتها السادسة عشر، بجواز إبرام عقد الشغل محدد المدة في الحالات التي

لا يمكن أن تكون فيها علاقة الشغل غير محدد المدة ومنها حالة كون العمل ذا طبيعة موسمية.

ومن هنا نتساءل عن موقف محكمة النقض في تحديد المعايير التي اعتمدتها للقول بموسمية عقد الشغل.

ويلاحظ في البداية أنها تستمد طبيعة عقد الشغل الموسمي من الوصف الذي يعطيه المشغل لهذا العقد من خلال الوثائق الصادرة عنه، وهكذا فقد جاء في قرار لها:⁷⁸ "أن صفة الطالبة كأجيرة مؤقتة ثابتة استنادا لعقد العمل المحدد المدة الذي أبرمته مع المشغلة وكذا من أوراق الأداء التي تشير إلى طبيعة العمل على أنها موسمية ومن ثم فلا عبرة بمدة العمل التي قضتها الطالبة وكون عمل المطلوبة لا علاقة له بالمواسم لا يؤثر في صفة الطالبة كأجيرة مؤقتة لأن صفتها مثبتة بالوثائق، والأوراق الصادرة عن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي غير كافية لإثبات الاستمرارية في العمل لأنه يمكن للطالبة أن تصرح بنفسها لدى الصندوق المذكور".

وفي قرار آخر لها اعتبرت أن مجرد الإشارة في العقد الموقع عليه من قبل الأجير إلى أن العمل موسمي يضيف عليه صفة الموسمية بالرغم من تصريح الشهود إلى أنه مستمر⁷⁹.

كما أن النشاط الموسمي المتجدد لا يحول العقد الموسمي من محدد المدة إلى غير محدد المدة، وبالتالي فإنه لا يكسب الأجير صفة الموسمية⁸⁰.

⁷⁸ -القرار عدد: 872 الصادر بتاريخ 21-10-2010 في الملف الاجتماعي عدد: 2009/1/5/74 أورده محمد سعد جرندي، مرجع سابق، ص: 129.

⁷⁹ -القرار عدد: 161 الصادر بتاريخ 24-02-2011 في الملف الاجتماعي عدد: 2009/2/5/1638 أورده محمد سعد جرندي، مرجع سابق، ص : 129.

⁸⁰ -قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 10/06/1997 في الملف الاجتماعي عدد 96/1/4/1158، أورده أمينة رضوان، مرجع سابق، ص: 366.

والملاحظ إذن من القرارات السابقة أن محكمة النقض وسعيا منها للخروج من متاهة تحديد الموسم ووضع معيار خاص به، لجأ إلى وسائل الإثبات التقليدية بأن كلف الأجير بإثبات استمراريته عمله طبقا للفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود، وأن طبيعة العقد تستمد من الوصف الذي يضيفه المشغل له من خلال الوثائق الصادرة عنه وتعتبر هذه الوثائق حجة كتابية لا يمكن دحضها إلا بحجج مماثلة، وبالتالي فالمحكمة هنا لا تعتد بمدة العقد و لا بطبيعته.

يتضح إذن من خلال مجموع القرارات الصادرة عن القضاء المغربي أنه لم يعتمد معيارا واحدا لتمييز العمل الموسمي عن العمل الرسمي، وألزم الأجير على إثبات استمرارية عمله بجميع وسائل الإثبات. فعملية التكييف في هذه الحالة هي مطابقة الواقع البارز على مفهوم قانوني مسمى، لكنه غير معرف من قبل المشرع، فالأمر يقتضي إذن التعريف بهذا المفهوم حتى تتم مراقبته والوصول إلى نتيجة واحدة⁸¹ من طرف جميع محاكم الموضوع التي لها سلطة تكييف العقود والتي تكون مراقبة من طرف محكمة النقض من حيث التعليل السليم، فيتعين إذن على القضاء خصوصا إيجاد مفهوم موحد للعمل الموسمي لكي لا تتخبط كل محكمة في اتجاه مختلف عن الأخرى.

⁸¹ - محمد سعيد بناني: عولمة الاقتصاد ودور العمل القضائي في التنمية، ندوة عمل المجلس الأعلى والتحوليات الاقتصادية والاجتماعية، أيام 18-20 دجنبر 1997، مطبعة ومكتبة الأمنية الرباط، طبعة 1999 ص: 525.

خاتمة

إن العمل القضائي في المادة الاجتماعية لعب دورا مهما في سد ثغرات النصوص القانونية في العديد من المواضيع، خاصة بما يتمتع به من سلطة في تكييف العقود، ولقد تجلّى هذا الدور الإيجابي لقضاء الموضوع في عملية التكييف عندما تدخل في العديد من القرارات لاعتبار عنصر التبعية وخصوصا منها التبعية القانونية كعنصر جوهري وأساسي لإعطاء الوصف الحقيقي للعقد بغض النظر عن التسمية التي يطلقها المشغل على هذه الرابطة، وذلك على الرغم من وجود بعض الاتجاهات الشاذة التي خرجت عن هذا التوجه، إلا أن هذا الموقف الإيجابي للقضاء المغربي لم يتم تجسيده في تكييف الطبيعة القانونية لعقد الشغل، ذلك أنه أبان عن بعض القصور في حماية الأجراء المؤقتين متأثرا في ذلك ببعض المبادئ المدنية بحيث يوحى للمتبع لهذا العمل القضائي بأن العقود المحددة المدة هي المبدأ خاصة في حالة التجديد، ولعل ذلك تأكد بعد صدور مدونة الشغل التي تأثرت كالعديد من التشريعات المقارنة بالتحولات الاقتصادية وتعزيز قدرة المقولة على المنافسة في ظل العولمة وإرهاصاتها، وبالتالي تم الإجهاز على العمل القار وما يتضمنه من إيجابيات لفئات الأجراء والتي تتضح أساسا عند إنهاء عقد الشغل وما يترتب عليه من حقوق، وبالمقابل تنعدم أي ضمانات شكلية أو موضوعية لإنهاء العقود المحددة المدة، ومن ثم فإن المشرع المغربي ساهم بموقفه السلبي في إقرار هذه الوضعية، وبالتالي فإن مشاكل إعادة تكييف العقد المحدد المدة وتأويل النصوص المتعلقة به، أنيطت بالقضاء الذي تعددت مواقفه واتجاهاته بهذا الخصوص، مما كان له أثر سلبي على هذه الفئة من الأجراء.

وبذلك ثبت عجز المشرع عن مطابقة علاقة الشغل مع المستجدات الاقتصادية، إذ أصبح اللجوء لعقد الشغل المؤقت يتم دون أي ضابط أو مطابقة لواقع المقولة مع طبيعة نشاطها، مما قلل من فرص حماية الأجراء في حالات كان بالإمكان أن يتم فيها مراقبة

شروط إنهاء العقد كلما ثار الشك حول حقيقة علاقة الشغل أو كلما تبين أن هناك إرادة للتحايل على القانون.⁸²

والظاهر من خلال دراستي للموضوع المرتبط بتكييف عقود الشغل وجود ثغرات كثيرة على مستوى التنظيم التشريعي وكذا على مستوى التطبيق العملي، وأورد بهذا الصدد بعض المقترحات التي ربما من شأن أخذها بعين الاعتبار تجاوز المشاكل التي يثيرها قصور بعض النصوص القانونية وغموضها مما ينعكس على تذبذب وعدم استقرار العمل القضائي بشأن تطبيقها ومن ذلك:

- ضرورة اعتماد القضاء على مؤشرات قيام علاقة التبعية القانونية وحدها لإعطاء الوصف الحقيقي للعقد المتنازع حول تكييفه.

- ضرورة اشتراط كتابة عقود الشغل لتسهيل مهمة التكييف على القضاء.

- اعتبار التبعية الاقتصادية من طرف القضاء مجرد استثناء، حتى لا يتم الخلط بين عقود الشغل وغيرها من العقود المشابهة لها، وذلك بحصر التبعية الاقتصادية في الأجراء المنصوص عليهم تشريعاً فقط.

- التلطيف من مبدأ المرونة وجعل اللجوء إلى العقود المؤقتة مجرد استثناء من القاعدة التي هي العقود غير محددة المدة لضمان استقرار الشغل، وذلك بإعادة صياغة المادتين 16 و 17 من مدونة الشغل.

- تحديد مفهوم العمل الموسمي بشكل دقيق للحد من التضارب القضائي في إعادة التكييف.

- إعادة النظر في التوجه القضائي الرافض لتحول العقد المحدد المدة إلى عقد غير محدد المدة بناء على الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود.

تم بحمد الله وتوفيقه

⁸² - سعيد البوشتاوي عز: مرجع سابق، ص: 361.

قائمة المراجع:

أولا باللغة العربية:

❖ المؤلفات العامة:

- أمينة رضوان، مدونة الشغل من خلال الاجتهاد القضائي (دراسة مقارنة) مطبعة الأمنية، الرباط 2016.
- احمد الأمrani زنطار: التشريع الاجتماعي المغربي مجموعة النصوص القانونية والتنظيمية وفق آخر التعديلات 1913 - 1999، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الثالثة 2002.
- الحاج الكوري: مدونة الشغل الجديدة القانون رقم 99-65 أحكام عقد الشغل، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 2004.
- بشرى العلوي. الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي (دراسة ميدانية ودليل للعمل معزز بأحدث الاجتهادات القضائية) دار النشر المغربية الدار البيضاء 2007.
- محمد سعيد بناني: قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية- الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2005.
- محمد سعيد بناني: قانون الشغل بالمغرب، علاقات الشغل الفردية، عقد الشغل والتدريب المهني، مطبعة دار النشر المغربية الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1989.
- محمد سعيد بناني: قانون الشغل بالمغرب، علاقات الشغل الفردية، دار النشر المغربية الدار البيضاء، طبعة 1981.
- محمد سعد جرندي، الدليل العملي لمدونة الشغل، الجزء الأول (من المادة 01 إلى المادة 85 من المدونة) الطبعة الأولى، مطبعة صناعة الكتاب، الدار البيضاء 2016.
- محمد الشرقاني: محاضرات في مدونة الشغل المرتقبة، مطبوعات كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2001-2002.

- عز سعيد: العمل القضائي المغربي في مجال نزاعات الشغل الفردية، بدون ذكر مكان النشر، طبعة 1994.

- عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل، الجزء الأول علاقات الشغل الفردية، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2004.

- صباح كوتو: دروس في القانون الاجتماعي، الطبعة الخامسة، مطبعة قرطبة أكادير.

- دنيا مباركة: قضايا مدونة الشغل بين التشريع والقضاء، الطبعة الأولى، دار النشر المعرفة الرباط.

- دنيا مباركة: القانون الاجتماعي المغربي، دراسة في ظل التشريع الحالي ومدونة الشغل المرتقبة مشروع 2000، دار النشر الجسور وجدة، طبعة 2001.

❖ المراجع الخاصة:

- محمد الكشور: عناصر عقد الشغل في التشريع الاجتماعي المغربي، دار النشر غير مذكورة، الطبعة الأولى 1989.

- عز سعيد: العمل القضائي المغربي في مجال نزاعات الشغل الفردية، بدون ذكر مكان النشر، طبعة 1994.

- سعيد البوشتاوي عز: عقد الشغل المحدد المدة في ضوء القانون المغربي والمقارن -قراءة في الوصف الحقيقي لعلاقة الشغل فقها وقضاء مع مشروع إصلاح لمدونة الشغل- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2005.

❖ الرسائل العلمية:

- عبد ربو العوماري: إشكالية التبعية على ضوء الاجتهاد القضائي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون

الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكنال الرباط، السنة الجامعية 1999-2000.

❖ المقالات:

- دنيا مباركة: مبدأ استقرار الشغل في ظل التشريع الحالي ومشروع مدونة الشغل رقم 65-99، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 8 أكتوبر 2003.

❖ الأحكام والقرارات القضائية:

أ- القرارات المنشورة:

- قرار الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بأكادير عدد: 486 الصادر بتاريخ 02-02-2017 في الملف الاجتماعي عدد 50/2016.

- قرار الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بأكادير عدد: 4546 الصادر بتاريخ 08-12-2016 في الملف الاجتماعي عدد 387/2016.

- قرار الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بأكادير عدد: 4857 الصادر بتاريخ 29-12-2016 في الملف عدد: 55-2016.

- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 18/6/2008 تحت عدد 707 في الملف عدد 07/1026 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) لسنة 2008 ص: 224.

- قرار محكمة النقض عدد: 2147 الصادر بتاريخ 4 نونبر 2015 في الملف الاجتماعي عدد 804/2/5/2014 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض العدد 80 ص: 384-385-386-387.

- قرار محكمة النقض رقم 442 بتاريخ 15 أبريل 1997 في الملف الاجتماعي عدد 298/1/4/95، مجلة قضاء المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)، العددان 53 و54 السنة 1999، ص: 345.

- قرار محكمة النقض عدد 278 الصادر في 25-3-1985، المجلة المغربية للقانون، العدد 1 السنة 1986، ص: من 35 إلى 37.
- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 25/4/2007 تحت عدد: 405 في الملف عدد 2006/702 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2007 ص: 164.
- قرار محكمة النقض عدد: 552 الصادر بتاريخ 04 أبريل 2013 في الملف الاجتماعي عدد: 2012/2/5/1077 منشور بـ " نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة الاجتماعية الجزء 13 "، الطبعة 2014 ، ص: 28-29-30.
- قرار محكمة النقض عدد: 875 الصادر بتاريخ 9-4-2015 في الملف الاجتماعي عدد: 2014/1/5/420 منشور بـ " نشرة قرارات محكمة النقض-السلسلة 4-العدد 19- الغرفة الاجتماعية، 2015 مطبعة الأمنية ص: 56-57-58.
- ب-القرارات غير المنشورة:
- قرار الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بأكادير عدد: 4043 الصادر بتاريخ 10-11-2016 في الملف الاجتماعي عدد: 2016/606.
- قرار الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بأكادير عدد: 4033 الصادر بتاريخ 10-11-2016 في الملف الاجتماعي عدد: 2015/1252.
- قرار الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بأكادير عدد: 3653 الصادر بتاريخ 13-10-2016 في الملف الاجتماعي عدد: 2016/267.
- قرار الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بأكادير عدد: 486 الصادر بتاريخ 02-02-2017 في الملف الاجتماعي عدد 50 /2016.
- قرار الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بأكادير عدد: 4546 الصادر بتاريخ 08-12-2016 في الملف الاجتماعي عدد 387/2016.
- قرار الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بأكادير عدد: 4857 الصادر بتاريخ 29-12-2016 في الملف عدد: 2016-55.

- قرار الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بأكاير عدد: 2473 الصادر بتاريخ 02-06-2016 في الملف الاجتماعي عدد: 2016/339.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

❖ **Les ouvrages généraux:**

-Abdellah BOUDAHRAIN, le droit du travail au Maroc, tome 2, la Société d’Edition et de Diffusion AL Madariss, 2ème Edition 2010.

-Abdellah BOUDAHRAIN, le droit du travail au Maroc, tome 1, la Société d’Edition et de Diffusion AL Madariss, 2ème Edition 2010.

❖ **Les ouvrages spéciaux:**

-Alain sauret : « les contrats de travail a durée déterminée ou temporaire. » édition Montchrestien 1990.

-Guy Poulain : « les contrats de travail a durée déterminée » édition Litec, 1988.

-Thérèse Aubert-Monpeyssen : Subordination juridique et relation de travail. Éditions du centre national de la recherche Scientifique, Paris 1988.

❖ **Les thèses et les mémoires:**

-M’hamedsegame : la procédure judiciaire en matière sociale, Mémoire pour l’obtention du diplôme des études supérieures en sciences juridiques. Université Hassan II faculté de droit Casa, Année univ. 1988.

-Magdalena Tekely : le particularisme des modes de preuve en droit du travail. Mémoire en vue de l’obtention du diplôme d’études approfondies en droit privé- année universitaire 2001/ 2002- faculté de droit, science et gestion université Nancy I

❖ **Les articles:**

M'hamed El Fakak ; entreprise de travail temporaire, article publié à aujourd'hui le Maroc, n° 712, Lundi 23 Août 2004.

Mahmoud Hassan: L'octroi d'une prime d'ancienneté à un salarié temporaire peut-il avoir une incidence sur la qualification de son contrat de travail, la Revue Marocaine de Droit, N° 18, Juillet - Août, 1988.

الملاحق

بوصفه مستأنفا عليه من جهة أخرى

بناء على المقال الإستئنافي والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.
وبناء على تقرير السيد المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الطرفين.
وتطبيقا لمقتضيات الفصول 134 وما يليه و 328 وما يليه والفصل 429 من قانون المسطرة المدنية.
وبعد المداولة طبقا للقانون من طرف نفس الهيئة التي شاركت في مناقشة القضية.

○ في الشكل :

حيث أنه بتاريخ: 2016/02/10 طعنت المستأنفة المدعى عليها بالإستئناف في الحكم الإجتماعي عدد: 731 الصادر في الملف منازعات شغل عدد: 2014/673 بتاريخ: 2015/07/13 عن ابتدائية أكادير والقاضي :

○ في الشكل : - قبول الدعوى.

○ في الموضوع : - بالحكم على المدعى عليها (شركة اتحاد المغرب والإمارات العربية المتحدة للصيد) في شخص رئيس وأعضاء مجلسها الإداري بأدائها لفائدة المدعي (ويجان محمد) التعويضات التالية :

○ عن الأقدمية مبلغ = 2783,00 درهم.

○ وبتسليم المدعي شهادة العمل تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها (20,00 درهم) عن كل يوم تأخير عن التنفيذ ابتداء من تاريخ الامتناع وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليها الصائر في حدود المبالغ المحكوم بها وبرفض باقي الطلبات.

كما تقدم المدعي بواسطة محاميه بمقال إستئنافي أصلي سجل بكتابة ضبط المحكمة مصدرته بتاريخ: 2016/02/11.

وحيث احترمت فيه باقي المقتضيات الشكلية في تقديم الإستئناف، فكان بذلك مطابق للقانون من حيث الشكل.

**** في الموضوع :**

أولا المرحلة الابتدائية :

يؤخذ من وثائق الملف أنه بتاريخ : 2014/06/10 تقدم المدعي بواسطة نائبه بمقال إفتتاحي لدى المحكمة المذكورة والمعفى من الرسوم القضائية، يعرض فيه أنها اشتغل لدى المدعى عليها (كبحار) بأجرة شهرية قدرها: (5566,00 درهم) منذ : 2011/06/21 إلى: 2014/04/17، حيث وقع طرده بدون مبرر شرعي، ملتصا بذلك استدعاء المشغلة والحكم عليها بأداء التعويضات المستحقة كالتالي :

- عن الأقدمية مبلغ = 6679,2 درهم.
- عن الإخطار مبلغ = 11.132,00 درهم
- عن الفصل مبلغ = 10.275,69 درهم.
- عن الضرر مبلغ = 33.396,00 درهم.
- مع منحه شهادة العمل تحت طائلة غرامة تهديدية لا تقل عن: (100,00 درهم) عن كل يوم تأخير وشمول الحكم بالنفاذ المعجل والصائر.

وأرفق مقاله بمحضر رقم: 2014/49 وعقد التزام بحري وورقة الأجر ووصل تصفية كل حساب.

وقد أجرت المحكمة الابتدائية المسطرة القانونية في وقائع النازلة، ولم تفلح في محاولة الصلح بين الطرفين، أصدرت الحكم المشار إليه أعلاه المطعون فيه من الطرفين.

*** ثانيا : في المرحلة الاستئنافية :**

أوضحت المدعى عليها في مقالها الاستئنافي بأن المستأنف عليه لا يستحق التعويض المحكوم به عن الأقدمية لخصوصية العمل البحري التي دفعت المشرع المغربي إلى تنظيم علاقة المجهز بالبحارة بنصوص خاصة تتلاءم مع الطبيعة الخاصة للصيد البحري سواء ما تعلق منها بإنشاء الالتزام أو سريانه أو إنهائه، وأن الحكم المطعون فيه قد توصل إلى هذه القناعة لما رفض طلبات التعويض عن إنهاء علاقة الشغل، غير أنها تراجعت عن هذا الموقف وصرحت بأنه يبقى للبحارة الحق في التعويضات الناتجة عن تنفيذ العقد، وهو ما يتناقض مع الطبيعة الخاصة لعقود العمل البحري، علما بأن محكمة النقض بمقتضى قرارها المؤرخ في: 2013/04/25 لم تخرق بين التعويضين عن الإنهاء والتعويض عن تنفيذ العقد، واستقرت على عدم استحقاق الأجير لأي تعويض.

ومن جهة أخرى، فإنه على فرض أن مقتضيات مدونة الشغل هي المطبقة، فإن مقتضيات المادة: 395 من المدونة صريحة في تقادم كل الحقوق الناتجة عن عقود الشغل بمرور سنتين، ثم أن المحكمة الابتدائية لم تعتبر تصفية حساب عن كل رحلة بحرية، فالفصل: 182 مكرر من ظهير: 1919/03/31 صريح في أنه تصفى حسابات الأجير حين تصل الباخرة إلى الميناء الذي ينتهي السفر فيه، ملتزمة بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من تعويضات وبعد التصدي الحكم برفض الطلب.

وعرض المدعي في مقاله الاستئنافي بأن الحكم الابتدائي غير مرتكز على أساس ومنعدم التعليل فيما قضى به من رفض طلبات التعويض المترتبة عن الفصل التعسفي، ذلك أن المادة: 3 من مدونة الشغل نصت على مبدأ شمولية وعمومية مدونة الشغل على اعتبار أن مجال تطبيقها يمتد على جميع العقود مع مراعاة بعض الاستثناءات، وأن هذه الاستثناءات رغم ورودها إلا أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقل عما تنص عليه مدونة الشغل من ضمانات لحماية الأجير، ثم أن العقد الكتابي المدلى به باطل قانونيا لمخالفته المادة: 15 من مدونة الشغل لعدم إخضاعه لإجراءات المصادقة على التوقيع بالنسبة للعارض وكذا المستأنف عليها لمدة الجهات المختصة .

كما أن العقد الرابط بين الطرفين قار ومستمر، وأن الأصل في عقود الشغل أنها غير محددة المدة، والاستثناء محدوديتها عملا بالمادة: 16 من مدونة الشغل.

وأن المادة: 17 من مدونة الشغل تنص على أن العقد المبرم لمدة أقصاها سنة تصبح في حالة استمرار العمل به ما بعد أجله عقد غير محدد المدة.

وأن المدعى عليها قد أقدمت على طرد العارض من عمله بشكل تعسفي ودون احترامها لمسطرة الفصل التي حددها المشرع في الفصول: 62 و63 و64 من مدونة الشغل، ملتزمة أساسا بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض الطلب بخصوص التعويض عن الإضرار والضرر والفصل، وبعد التصدي الحكم وفق الطلب وتعديله فيما قضى به عن الأقدمية، وذلك بالرفع منها إلى القدر المطالب به إبتدائيا وتأييده في الباقي.

واستثنائيا: إجراء بحث بين الطرفين حول طبيعة علاقة الشغل وظروف إنهائها.

وأجابت المدعى عليها على إستئناف المدعي بأن الطبيعة الخاصة للعقود البحرية منصوص عليها في القانون البحري، كما أن القضاء المغربي والمقارن استقر على الطبيعة الموسمية والمؤقتة للعقود البحرية وعدم خضوعها لمدونة الشغل، وأنه لا عبرة بمدة العمل التي قضاها الأجير مادام عقد العمل محدد المدة، وأنه لا يمكن إثبات عكس صفة الأجير المؤقت الواردة في عقد الشغل بالتصاريح المقدمة لصندوق الضمان الإجتماعي، ملتزمة الحكم وفق مقالها الاستئنافي ورفض مقال الإستئناف الفرعي.

وأجاب المدعي على استئناف المدعى عليها بأن استمرارية عمل العارض ثابتة من خلال عقود العمل المسترسلة رفقة وعددها: 3 عقود وثابتة أيضا من خلال التصاريح بأجور العارض من طرف المستأنف عليها لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وأن المادة: 3 من مدونة الشغل نصت على مبدأ شمولية تطبيقها على جميع العقود، وأن الدفع بالتقادم غير محدد، وأن المستأنف عليها لم تدل بما يفيد أدائها لواجب الأقدمية المطالب به، وأن التوصيل عن تصفية الحساب باطل لخرقه أحكام المواد: 73 و74 من مدونة الشغل، ملتمسا الحكم وفق مقاله الاستئنافي.

مرفقا مقاله بأصل: 3 عقود عمل وبنسخة من قرار إستئنافي عدد: 803 بتاريخ: 2016/02/25.

وحيث أنه بجلسة: 2016/09/22 حضر دفاع الطرفين، وأسندا النظر للمحكمة، فتقرر اعتبار القضية جاهزة، وحجزت للمداولة والحكم لجلسة: 2016/10/13.

**** بعد المداولة طبقا للقانون ****

حيث ناقشت المحكمة أثناء المداولة الدفوع المثارة في المرحلة الإستئنافية من طرف المستأنفين (المشغلة والأجير) وما تضمنته وثائق الملف، وتبين أن المشغلة تتمسك بالطبيعة الخاصة للعمل البحري التي تجعل الأجير غير محق في التعويض المحكوم به عن الأقدمية، مادام أن العقد البحري موسمي ومؤقت ينتهي بانتهاء مدته، في حين أكد الأجير على أن عمله هو في إطار عقد غير محدد المدة، بالنظر إلى المدة الفعلية للعمل والثابتة من خلال عقود العمل وشهادة التصريح بالأجور، متمسكا بمقتضيات المادة الثالثة من مدونة الشغل باعتبارها أكثر ضمانا بالوضعية القانونية عن مقتضيات القانون البحري ومستقرها مقتضيات المادتين: 16 و 17 من مدونة الشغل، وكذلك مقتضيات المادة: 15 من نفس القانون المتعلقة بشكليات عقد العمل.

وحيث لئن نصت المادة الثالثة من مدونة الشغل المتمسك بها من طرف الأجير أن مقتضياتها تطبق على بعض فئات الأجور متى كانت أكثر إمتيازاً وضماناً من أحكام الأنظمة الأساسية المطبقة عليهم، ومن ضمن هذه الفئات البحارة، فإن تطبيق مقتضيات هذه المادة متوقف على عدم وجود نص يشترط لصحة عقد العمل، أن ينعقد وفق ضوابط خاصة، وأن الثابت من وثائق الملف أن العقد الناشئ بين الطرفين تم في إطار أحكام ظهير: 1919/03/31، وأن مقتضيات المادة: 168 منه قررت "وجوب تضمين عقد الاستخدام الناشئ بين البحار والمجهز أو الریان ما إذا أبرم هذا العقد لمدة معينة أو لمدة غير معينة أو للقيام برحلة واحدة" تأسيسا على أن تحديد نوع العقد ما إذا انعقد لمدة معينة أو لمدة غير معينة أو للقيام برحلة أو أكثر استوجبه مقتضيات قانونية منصوص عليها في ذات الظهير رتبت بطلانه خلال تخلف هذا التحديد، وحالة تخلف إحدى شكلياته وبعض البيانات الإلزامية الواجب تضمينها في بنود العقد وألزمت خضوعه لرقابة السلطة المكلفة بالشؤون البحرية بالتأشير عليه متى توفرت فيه شروط صحته ورفض التأشير عليه حالة تخلف هذه الشروط، وأن بالرجوع إلى العقد الرابط بين الطرفين يتبين أنه إلتزام بحري مؤشر عليه من طرف السلطة البحرية بعد أن استنفذ شروط صحته، وأنه أبرم بين طرفي النزاع لمدة رحلة بحرية واحدة.

وأن العقد يسري نفاذه ابتداء من تاريخ الإبحار على ظهر السفينة حسب الثابت من البند الثاني منه وينتهي بالنزول من ظهر السفينة أو تمام مدة العقد.

واعتمادا على هذه المعطيات وتطبيقا لمقتضيات المادة: 168 من القانون البحري، فإن العقد الناشئ بينه وبين المشغلة تم في إطار العقد الناشئ لرحلة بحرية.

وأن هذا النوع بطبيعته عقد مؤقت يبتدئ من تاريخ الإبحار لأنه لا ينفذ ولا يطبق إلا في الفترات التي يتواجد فيها البحار في خدمة السفينة وينتهي بالنزول من السفينة أو إتمام مدة الرحلة البحرية ولا عبرة لمدة العمل التي قضاها الأجير البحار في خدمة المجهز أو الریان ولا أثر لتوالي مدد العمل على طبيعة العقد.

تأسيسا على اشتراط مقتضيات ظهير: 31 مارس: 1919 حالة إتفاق إرادة طرفيه على إنشاء إلتزام جديد يخضع لنفس الإجراءات التي بوشرت في العقد السابق ويخضع لتأشير السلطة المكلفة بالشؤون البحرية عليه من جديد لنفاذه

وإبحار البحار على ظهر السفينة، وبالتالي فإن تتالي هذا النوع من العقود لا يغير من صفة الأجير، والصفة المؤقتة لها تماشياً مع نهج محكمة النقض في قرارها الصادر تحت عدد: 550 بتاريخ: 2009/05/13 في الملف الاجتماعي عدد: 699-5-1-2008 الذي جاء فيه: "أن تتالي العقود المحددة المدة والثابتة بمقتضى عقود مكتوبة والمثبتة للصفة المؤقتة والمحددة المدة لهذه العقود لا تتحول إلى عقود غير محدد المدة ولا يضيف على العمل المؤدى صفة العمل القار"، وفي قرارها أيضاً الصادر تحت عدد: 1376 وتاريخ: 2012/08/02 في الملف الاجتماعي عدد: 693-5-1-2011: "أن الطالب أمضى أمام الجهات المختصة بتاريخ: 2006/10/16 على التزام بالعمل لمدة محددة ما بين: 2006/10/01 و 2007/01/31، وأن المدة السابقة لتاريخ هذا العقد قد جبلها وألغاهما هذا العقد الذي أنهى علاقة الشغل بانتهاء مدته..." وتبعاً لذلك، فإن استدلال الأجير بعقود العمل وشهادة التصريح بالأجور لإثبات سريان عقد العمل وامتداده قبل نشأة العقد الأخير يكون غير ذي أثر قانوني على طبيعة العقد المحدد المدة.

وأنه تأسس على هذه المعطيات القانونية والمعطيات الواقعية المؤسسة على العلم العام المتمثلة في مبادرة الوزارة الوصية على قطاع الصيد البحري على فرض راحة بيولوجية تتوقف خلالها عمليات الصيد في أعالي البحار درءاً لاستنزاف منتوجات البحر وحفاظاً على نموها وديمومتها، وذلك ابتداء من سنة: 1992 ولمدد تتراوح بين شهرين وثلاثة أشهر وفترتين خلال نفس السنة أو لثلاث فترات وبصفة دورية ومنتظمة، فإن ادعاء الاستمرارية في العمل في إطار هذا الواقع يكون مردوداً ويكون طابع الموسمية أو الوقتية هو الساري على العقود الناشئة في إطار هذه المعطيات، ويجعل لجوء المشغلة في التعاقد مع الأجير في إطار هذا النوع من العقود يتماشى ويتطابق مع ما أقرته مدونة الشغل في مادتها السادسة عشر، بجواز إبرام عقد الشغل محدد المدة في الحالات التي لا يمكن أن تكون فيها علاقة الشغل غير محدد المدة ومنها حالة كون العمل ذا طبيعة موسمية، وتبعاً لذلك يكون المتمسك بمقتضيات المادة الثالثة من مدونة الشغل بأنها أكثر فائدة وضمناً من المقترضات المنصوص عليها في ظهير: 31 مارس: 1919 غير ذي أثر قانوني على صفة الأجير لعدم وجود اختلاف أو تبيان في مقتضياتها القانونية على طبيعة العقد، ويكون ما سار عليه الحكم الابتدائي في قضائه بعدم استحقاق الأجير للتعويضات عن الفصل التعسفي استناداً إلى ثبوت الطبيعة المحددة لعمله في مركزه القانوني ومطابقاً لنهج محكمة النقض في قرارها الصادر تحت عدد: 638 وتاريخ: 2009/06/03 في الملف الاجتماعي عدد: 855-5-1-2008 الذي قرر أن عقد الشغل المحدد المدة ينتهي بانتهاء مدته ويصبح كل طرف في حل من التزامه تجاه الطرف الآخر ولو شهد الشهود باستمرارية العمل، وثبت ذلك بالجدول البياني الصادر عن مصلحة الضمان الاجتماعي وبأوراق الأداء المدلى بها بالملف، وأن القرار الاستئنافي الصادر عن هذه المحكمة عدد: 803 بتاريخ: 2016/02/25 المستدل به من طرف الأجير يختلف عن النزاع الحالي، باعتبار أن الأجير في الاجتهاد المستدل له صفة ربان، وأن طبيعة عمل هذا الأجير والمهام المسندة له سواء قبل الإبحار وعند الإبحار أو بعد رسو السفينة تجعل العقود الناشئة بين المجهز وهذا الصنف من البحارة عقوداً غير محددة المدة، في حين أن الأجير في النزاع الحالي له يدخل ضمن صنف البحارة المرووس الذي يعمل على سطح السفينة فقط يبتدئ بالطلوع إلى السفينة وينتهي بالنزول منها، مما يتعين ترتيباً على ما ذكر، تأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلبات التعويض عن الإخاطر والفصل والضرر.

وحيث أنه بخصوص التعويض عن الأقدمية السبب الوحيد لاستئناف المشغلة، فإن منحة الأقدمية ليست حكراً على الأجراء الذين يعملون في إطار عقود غير محددة المدة، بل يتقاضاها أيضاً غيرهم من الأجراء المرتبطين بمشغليهم بعقود عمل محددة المدة بما فيها ذات الطابع المؤقت والموسمي والمادة: 350 من مدونة الشغل ليس فيها ما يفيد أن منحة الأقدمية يتقاضاها الأجراء القارين دون غيرهم من الأجراء.

وحيث دفعت المشغلة بتقادم طلب التعويض عن الأقدمية عملاً بمقتضيات المادة: 395 من مدونة الشغل التي تنص على تقادم جميع الحقوق الناتجة عن تنفيذ عقود الشغل الفردية أو عن إنهاؤها بمرور سنتين على تاريخ استحقاقها .

وأنه بالرجوع إلى وثائق الملف، فإن الأجير تقدم بطلب التعويض عن الأقدمية بتاريخ: 2015/06/10 وأنه بتطبيق مقتضيات المادة: 395 من مدونة الشغل أعلاه، فإن التعويض المستحق عن الأقدمية المحكوم به عن المدة من يوليو: 2013 إلى أبريل: 2014 لم يطله التقادم لعدم مرور سنتين على تاريخ استحقاقه عند تقديم طلبه، وبالتالي عدم ارتكاز الدفع بالتقادم على أساس.

وحيث أنه استنادا لجميع ما ذكر، يتعين تأييد الحكم المستأنف لمصادفته الصواب.

**** - للهذه الأسباب - ****

فإن محكمة الاستئناف وهي تقضي علنيا حضوريا وانتهائيا وتصرح :

○ في الشك : - بقبول الاستئنافين الأصليين.

○ في الموضوع : - تأييد الحكم المستأنف وتحميل المشغلة صائر استئنافها وتحميل الأجير صائر استئنافه في إطار المساعدة القضائية.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة الاعتيادية للجلسات بمقر محكمة الاستئناف بأكاير بدون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات.

كاتب الضبط

الرئيس المقرر

باسم جلالة الملك
(وطبقا للقانون)

بتاريخ 02 يونيو 2016 أصدرت محكمة الاستئناف بأكادير وهي تبث في المادة الاجتماعية- منازعات الشغل- وهي مركبة من السادة :

السيد علي أشاف	رئيسا
السيد المصطفى أميني	ومقررا مستشرا
السيد فيصل لعموم	مستشرا
- بمساعدة م/عمر الزاهدي	كاتبضا لل ضبط

المملكة المغربية
وزارة العدل والحريات
محكمة الاستئناف بأكادير
" الغرفة الاجتماعية "

قرار رقم : 2473

صدر بتاريخ : 2016/06/02

ملفه رقم بالمحكمة الابتدائية:

بأكادير

2013/1325

رقمه بمحكمة الاستئناف

2016/1501/339

المتأمن:- السيد ميلود أحبيص-

المتأمن عليه:- مقاوله زركضي-

الحاج إبراهيم وأبنائه

القرار التالي :

بين :

+ السيد ميلود أحبيص- الكائن برقم: 415- حي الجرف- إنزكان.

موطنه المختار بمكتب ذ/ الحسين بكار السباعي المحامي بهيئة أكادير.

بوصفه مستأنفا من جهة

وبين :

+ مقاوله زركضي الحاج إبراهيم وأبنائه- شركة ذات المسؤولية المحدودة-

في شخص ممثلها القانوني الكائن بمقرها الاجتماعي برقم: 11- زنقة موسى بن نصير- الحي الصناعي- أكادير. موطنها المختار بمكتب ذ/ أحمد الزاهدي المحامي بهيئة أكادير.

بوصفه مستأنفا عليهم من جهة أخرى

بناء على المقال الإستئنافي والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير السيد المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الطرفين.

وتطبيقا لمقتضيات الفصول 134 وما يليه و 328 وما يليه والفصل 429 من قانون المسطرة المدنية.

وبعد المداولة طبقاً للقانون من طرف نفس الهيئة التي شاركت في مناقشة القضية.

○ في الشكل :

حيث أنه بتاريخ: 2016/02/12 طعن المستأنف المذكور بالإستئناف في الحكم الإجتماعي عدد: 859 الصادر في الملف منازعات شغل عدد: 2013/1325 بتاريخ: 2015/08/10 عن ابتدائية أكادير والقاضي بالحكم على المدعى عليها في شخص ممثلها القانوني بأدائها لفائدة المدعي التعويضات التالية :

- عن العطلة السنوية مبلغ = 684,00 درهم.
- مع تسليمه شهادة العمل تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها: 30,00 درهم عن كل يوم تأخير ابتداء من تاريخ الإمتناع عن ذلك مع النفاذ المعجل ورفض باقي الطلبات وبالصائر.

وحيث احترمت فيه باقي المقتضيات الشككية في تقديم الإستئناف، فكان بذلك مطابق للقانون من حيث الشكل.

** في الموضوع : أولا المرحلة الابتدائية :

يؤخذ من وثائق الملف أنه بتاريخ : 2013/12/24 تقدم المدعي بمقال إفتتاحي لدى المحكمة المذكورة، يعرض فيه أنه اشتغل لدى المدعى عليها بأجر يومي قدره : 50,00 درهم منذ: 2011/05/01 إلى : 2013/11/08، حيث وقع طرده بدون مبرر شرعي، ملتصقا بذلك استدعاء المشغلة والحكم عليها بأداء التعويضات المستحقة كالتالي :

- عن الأجرة المتبقية شهر نونبر: 2013 مبلغ = 3000,00 درهم.
- عن فارق الأجرة مبلغ = 30.000,00 درهم.
- عن العطلة السنوية لسنتي: 2012 و 2013 مبلغ = 7500,00 درهم.
- عن الأقدمية مبلغ = 50.000,00 درهم.
- عن الإخطار مبلغ = 3000,00 درهم.
- عن الفصل مبلغ = 70.000,00 درهم.
- عن فقدان الشغل مبلغ = 100.000,00 درهم.
- عن الضرر مبلغ = 80.000,00 درهم.
- مع الفوائد القانونية وتسليمه شهادة العمل تحت غرامة تهديدية قدرها : 500,00 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ.

وقد أجرت المحكمة الابتدائية المسطرة القانونية في وقائع النزاع، ولم تفلح في محاولة الصلح بين الطرفين، أصدرت الحكم المشار إليه أعلاه المطعون فيه من طرف المدعي.

** ثانيا : في المرحلة الاستئنافية :

أوضح المستأنف في مقاله الإستئنافي بأن الحكم الابتدائي غير مرتكز على أساس قانوني سليم، لما علل ما قضى به على أن عقد العمل الرابط بين الطرفين هو محدد المدة طبقاً للمادة: 16 من مدونة الشغل، ولم تكن محل منازعة جدية من العارض، لتكون بذلك العلاقة الشغلية قد انقضت بانتهاء العمل الذي كان محلاً لها، غير أنه بالرجوع إلى مقال العارض، فإنه قد أكد اشتغاله لدى المدعى عليها منذ: 2011/05/01 أي قبل تاريخ عقد العمل المستدل به من قبل المدعى عليها، وإضافة أن طرده كان بتاريخ: 2013/11/08 أي بعد إنهاء مدة العقد بتاريخ: 2012/06/27، وأن علاقة الشغل كانت مستمرة منذ بداية العمل إلى تاريخ الطرد، وأن احتجاج المدعى عليها بكون العلاقة الشغلية كانت مؤقتة، بناء على عقد العمل المحدد المدة لا أساس له من الصحة واقعا وقانونا، بناء على ما سبق تم أن عقد العمل المستدل به من صنع المدعى عليها، خاصة وأن العارض يتوفر على نسخة من هذا العقد وهي لا تحمل أي بيانات تتعلق بالمشغلة وكذا الورش المسمى "BEL AIR" ومدة عقد العمل كما تدعي، وأن العارض يطعن بضرورة عقد العمل المستدل به.

كما أن المدعى عليها قامت بطرد العارض من العمل بتاريخ: 2015/11/08 وبلغته برسالة الفصل بناء على مسطرة الفصل المنصوص عليها في المواد: 62 و63 من مدونة الشغل، كما أن العارض مصرح بأجوره لدى ص.و.ض.ج. منذ شهر مارس: 2009، ملتصقا أساسا بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض الطلب والتسدي والحكم وفق مقاله، واحتياطيا الإثبات له بالطعن في وثيقة عقد العمل بالزور الفرعي مع ما يترتب عن ذلك قانونا، واحتياطيا جدا إجراء بحث بين الطرفين حول طبيعة العلاقة الشغلية.

مرقا مقاله بشهادة التصريح بالأجور لدى ص.و.ض.ج.

وأجابت المستأنف عليها بأنها قد أدلت إبتدائيا بالعقد المحدد المدة الذي يربطها بالمستأنف والذي وقع وصادق على صحة توقيعه، ملتصقة بتأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض طلب التعويض عن الطرد التعسفي.

وبخصوص التعويضات المحكوم بها، فإن المستأنف قد توصل بالتعويض عن العطلة السنوية، وأن التعويض عن شهادة العمل غير مستحق لعدم ثبوت أن المستأنف قد طالب بمنحه شهادة العمل، ملتصقة بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من تعويض عن العطلة السنوية والحكم تصديا برفض الطلب، واحتياطيا إجراء بحث في النازلة.

وعقب المستأنف مؤكدا دفوعاته الواردة بمقاله الإستئنافي، ملتصقا بالحكم وفقه ورد دفوعات المستأنف عليها.

وحيث أصبحت القضية جاهزة، فحجزت للمداولة والحكم لجلسة: 2016/06/02.

**** بعد المداولة طبقا للقانون ****

حيث ناقشت المحكمة أثناء المداولة تضمينات المقال الإستئنافي واطلعت على الوثائق المدرجة بالملف، وتبين لها عدم صحة ما عابه الطاعن على الحكم الابتدائي، ذلك أن المشغلة قد نازعت في طبيعة العمل وتمسكت بأنه موسمي ومؤقت، يرتبط بإنجاز الشغل الذي كان محلاً له، وأدلت بعقد عمل يحمل توقيع الأجير المستأنف المصادق عليه لدى الجهات المختصة بتاريخ: 2012/06/27 والذي يحمل عنوان عقد عمل محدد المدة لإنجاز شغل معين مرتبط بمدة ورش خاص بالبناء يبتدى من تاريخ: 2012/07/01 وينتهي عند نهاية الجهة الموكولة للأجير المتمثلة بأشغال الإسمت المسلم، وأن العقد المذكور لم ينزع فيه الأجير، كما أنه جاء مطابقا لمقتضيات المادة: 15 من مدونة الشغل، وأن نشاط الورش يشكل بطبيعته عملا مؤقتا، إذ لا يرتبط بالمدة الزمنية، فهو عقد شغل مبرم لإنجاز شغل معين، وأن هذا النوع من العقود يجد سنده القانوني في مقتضيات الفصل: 16 من مدونة الشغل، التي ضمنت عقود الشغل في ثلاثة أنواع، عقد لمدة غير محدد أو لمدة محدد أو لإنجاز شغل معين، وأن عقد الشغل لإنجاز عمل معين ينتهي بانتهاء الشغل المتفق عليه عملا بمقتضيات المادة: 33 من نفس القانون، وأنه لا يمكن الأخذ بقرينة العمل المستمر المتمسك به من طرف المستأنف عليه للقول باستمرارية عقد العمل وانتقاله إلى عقد محدد المدة، ذلك أن المستأنف حينما تعاقد مع المستأنف عليها لمدة محددة تنتهي بإنجاز عمل معين ينتهي بانتهاء المشروع، يكون قد رمى بالخضوع لبنود عقد العمل المذكورة، خصوصا مدة العمل، وأن عقد العمل المكتوب يشكل الوسيلة الوحيدة لتحديد

**** هذه الأسباب ****

○ في الشك ل : - بقبول الإستثناء فـ

الرئيس المقرر

باسم جلالة الملك
(وطبقا للقانون)

بتاريخ 10 نونبر 2016 أصدرت محكمة الاستئناف بأكادير وهي تبث في المادة الإجتماعية- منازعات الشغل- وهي مرتكبة من السادة :

السيد علي أشاف	رئيس
السيد المصطفى أميني	مستشارا ومقررا
السيد فيصل لعموم	مستشارا
وبمساعدة م/عمر الزاهيدي	كاتب الضبط

الق رار التاللي :
بيين :

المملكة المغربية
وزارة العدل والحريات
محكمة الاستئناف
أكادير
" الغرفة الاجتماعية "

قرار رقم : 4043

صدر بتاريخ : 2016/11/10

ملف رقم بالمحكمة الابتدائية:

بأكادير

2014/1230

رقمه بمحكمة الاستئناف

2016/1501/606

المستأنف : - السيد الحسين بوزيد

المستأنف عليه : - السيد الحسن واو كوري

+ السيد الحسين بوزيد- أجير - الكائن برقم: 4- الزنقة: 613- أيت كيوان- الدشيرة.

والجاعل محل المخابرة معه بمكتب ذ/ إبراهيم المؤنس المحامي بهيئة أكادير.

بوصفه مستأنفا من جهة

ويبين :

+ السيد الحسن واو كوري- صاحب مقهى ومطعم نجمة فاس- الكائن بزواوية زنقة فاس- وشارع المقاومة - أكادير.

النائب عنه ذ/ خليل نور الدين المحامي بهيئة أكادير.

- بوصفه مستأنفا عليه من جهة أخرى-

بناء على المقال الإستئنافي والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير السيد المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الطرفين.

وتطبيقا لمقتضيات الفصول 134 وما يليه و 328 وما يليه والفصل 429 من قانون المسطرة المدنية، ومقتضيات مدونة الشغل ومراسيمها التطبيقية.

❖ في الشك : ل

حيث أنه بتاريخ: 2016/03/21 تقدم الطرف المستأنف حوله بواسطة محاميه بمقال إستئنافي إلى إبتدائية أكادير معفى من أداء الرسوم القضائية، يستأنف بمقتضاه الحكم المدني الصادر عن المحكمة المذكور بتاريخ: 2015/10/26 تحت عدد: 936 في الملف منازعات اشغل عدد: 2014/1230 القاضي :

○ في الشكل : - قبول الدعوى.

○ في الموضوع : - الحكم على المدعى عليها في شخص ممثلها القانوني بتسليمهما المدعي شهادة العمل مستوفية لكافة البيانات القانونية، مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل، وتحميل المدعى عليها الصائر في حدود المبالغ المحكوم بها ويرفض باقي الطلبات .

وحيث أن الطعن بالاستئناف قدم مستوفيا لجميع الشروط الشكلية المتطلبية قانونا، ويتعين التصريح بقبوله.

**** في الموضوع : أولا المرحلة الابتدائية :**

يؤخذ من وثائق الملف أنه بتاريخ: 2014/11/13 تقدم المدعي بواسطة نائبه بمقال إلى المحكمة الابتدائية أكادير معفى من أداء الرسوم القضائية، يعرض فيه أنه اشتغل لدى المدعى عليه (كنادل) منذ : 2008/04/15 إلى: 2014/04/24 بأجرة شهرية قدرها : (800,00 درهم)، حيث وقع طرده بدون مبرر شرعي، ملتمسا بذلك الحكم له بأداء التعويضات التالية :

- عن الضرر مبلغ = 19.800,00 درهم.
 - عن الفصل مبلغ = 30.000,00 درهم.
 - عن الإخطار مبلغ = 4400,00 درهم.
 - عن الفرق بين الأجر الفعلي والحد الأدنى القانوني مبلغ = 86.400,00 درهم.
 - عن أجرة الشهر الأخير المتخلفة بذمة المشغلة مبلغ = 2200,00 درهم.
 - عن فقدان الشغل مبلغ = 10.000,00 درهم.
 - عن العطلة السنوية مبلغ = 4200,00 درهم.
 - ويتسلمه شهادة العمل مستوفية لكافة البيانات القانونية، ويشمول الحكم بالنفاذ المعجل.
- وبعد إجراء المسطرة من طرف محكمة الدرجة الأولى، أصدرت حكمها المذكور أعلاه، فاستأنف من طرف المدعى.

****ثانيا : في المرحلة الاستثنائية :**

بعد استعراضه لموجز الوقائع علل استنفاذه بأن المستأنف عليه خرق مقتضيات الفصل الخامس من قانون المسطرة المدنية بإخفاؤه الحقيقة حول مدة التعاقد معه والذي يتجلى في إدلائه رقة جوابه بعقد عمل واحد يبتدئ من : 2014/01/28 وينتهي في: 2014/04/28، وأن واقع الأمر أن العلاقة الشغلية استمرت من : 2008/04/15 إلى غاية: 2014/04/24.

وأن المستأنف عليه لم يدل بجميع عقود العمل مع علته المتمثلة في عدم احترامها لشكليات المادة: 15 من مدونة الشغل.

وأنه أبرم معه عقود كانت مدتها كالتالي :

من: 2008/04/15 إلى: 2008/07/15 ومن: 2009/01/15 إلى: 2009/04/15 ومن: 2009/10/24 إلى: 2010/01/23 ومن: 2010/05/26 إلى: 2010/08/26، ومن: 2011/01/01 إلى: 2011/03/30، ومن: 2011/10/17 إلى: 2012/01/17، ومن: 2014/01/28 إلى: 2014/04/28، وأن اكتفاء المستأنف عليه بالإدلاء بعقد واحد، الهدف منه للتوصل من مسؤولية في وضع حد للعلاقة الشغلية ودون سلوك مسطرة الفصل التأديبي .

وأنه بالإطلاع على المدة الفاصلة بين كل عقد يتضح أن الهدف من ذلك هو حرمانه من صفة العامل الرسمي، وأن صفته كعامل قار ثابتة منذ: 2008/04/15 إلى تاريخ: 2014/04/24، وأن ما يؤكد ذلك هو نشاط المستأنف عليه القائم على تسبير مقهى ومطعم الذي يشتغل بشكل دائم وليس خلال فترة معينة، وأنه يتوفر على شهود لإثبات استمرارية العمل، مضيفاً أن العقد المستدل به من طرف المستأنف عليه مخالف لمقتضيات الفصل: 15 من مدونة الشغل لعدم تحقق الشروط المنصوص عليها في ذات الفصل، كما أنه لم ينجز في إطار إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة: 16 من نفس القانون، وأن العمل القضائي استقر على أن عمله يكتسي صبغة العامل القار، ملتصاً بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى له من رفض طلب التعويضات عن الفصل، وبعد التصدي الحكم وفق الطلب، واحتياطياً: إجراء بحث للاستماع إلى شهود إثبات استمرارية العمل.

وأرفق مقاله بقرارات صادرة عن محكمة النقض، وصورة لعقود عمل، وصور لبطاقة التعريف الوطنية للشهود.

وأجاب نائب المستأنف عليه بمذكرة عرض فيها أن الارتباط مع المستأنف تم في إطار عقود محددة المدة تتعقد بحسب ارتفاع وثيرة العمل بالمقهى، وأن صور العقود المدلى بها من طرفه تؤكد عدم استمرارية عمله لوجود فاصل زمني لهم بين كل عقد، وأن إدلائه بصور لعقود، دليل على احتفاظ الأجير بنظير للعقد، وأن العقد شريعة المتعاقدين، وأن ما قضى به الحكم الابتدائي يرتكز على أساس قانون، ملتصاً بتأييد الحكم الابتدائي.

وعقب نائب المستأنف بمذكرة أكد فيها دفعاته السابقة بشأن مخالفة العقود لمقتضيات المادة: 15 من مدونة الشغل، ملتصاً رد دفعات المستأنف عليه ومؤكداً طلبه الرامي إلى إجراء بحث للاستماع إلى شهود الإثبات استمرارية العمل.

وبجلسة: 2016/10/06 حضر نائباً الطرفين، وأكد دفعاتهما، اعتبرت القضية جاهزة، فقرر حجزها للمداولة لجلسة: 2016/11/10.

**** بعد المداولة طبقاً للقانون ****

حيث ناقشت المحكمة أثناء المداولة تضمينات المقال الإستئنافي والدفع المثار بمقتضاه وما تضمنته وثائق الملف، وتبين لها أن المستأنف يتمسك بأن التعاقد مع المستأنف عليه تم في إطار العقد غير المحدد المدة، وأن عمله اتسم بالاستمرارية طيلة الفترة الممتدة من : 2008/04/15 إلى تاريخ: 2014/04/24، وأن العقود المستدل بها من طرف هذا الأخير مخالفة لمقتضيات المادتين: 15 و 16 من مدونة الشغل، وأنه يرجع المحكمة إلى العقدين المستدل بهما من طرف المستأنف عليه، يتبين أنهما أنجزا محترمين لمقتضيات المادة: 15 من مدونة الشغل، وأنهما أنجزا بين فترتين متباعدتين الأولى كانت في: 2013/03/28 وتعلقت بفترة عمل ممتدة من : 2013/02/18 إلى : 2013/07/18 والثانية كانت في: 2014/01/28 وتعلقت بالفترة الممتدة من : 2014/01/28 إلى : 2014/04/28، وأن الفترة الفاصلة بين العقدين لم تكن يسيرة ناهزت الستة أشهر، وبالتالي يكون ما أثير من دفع من طرف المستأنف حول مخالفة العقدين المستدل بهما من طرف المستأنف عليه لمقتضيات الفصلين: 15 و 16 من مدونة الشغل غير ذي أثر قانوني على حجيتهما في تحديد طبيعة المتعاقدين الطرفين والتي تندرج في إطار ما هو مخول قانوناً للمشغل التعاقد في إطاره، وبالتالي تكون وقتية عمل الأجير ثابتة بمقتضى العقدين الناشئين بينهما.

وحيث أن الاستدلال بعقود سابقة عن تاريخ نشأة العقدين المذكورين أعلاه، وشهادة الشهود لإثبات ما يخالف مضامين العقود غير ذي أثر قانوني، تأسيسا على مضامين العقدين وعدم جواز مقارعة الحجة الكتابية بشهادة الشهود، وعلى ما نصت عليه مقتضيات المادة: 230 من قانون الالتزامات والعقود التي تقرر أن الالتزامات الناشئة على وجه صحيح تقوم مقام القانوني، بالنسبة لمنشئها، وتبعا لذلك يكون ما سار عليه الحكم الابتدائي في قضائه باعتبار التعاقد بين الطرفين تم في إطار العقد المحدد المدة، وأن عمل الأجير اتسم بالوقفية مرتكز على أساس قانوني، ويتعين تأييده.

وحيث يتعين تحميل المستأنف الصائر في إطار المساعدة القضائية.

**** - للهذه الأسباب - ****

فإن محكمة الاستئناف وهي تقضي علنيا حضوريا وانتهائيا وتصرح :

○ في الشكـل : - بقبول الإستئنـاف

○ في الموضوع : - تأييد الحكم المستأنف وتحميل المستأنف الصائر في إطار المساعدة القضائية.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة الاعتيادية للجلسات بمقر محكمة الاستئناف بأكادير بدون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات .

الرئيس المقرر كاتب الضبط

باسم جلالة الملك
(وطبقا للقانون)

بتاريخ: 10 نونبر 2016 أصدرت محكمة الاستئناف بأكادير وهي تبث في المادة الإجتماعية- منازل الشغل- وهي مركبة من السادة :

- | | | |
|-------------------------|---|----------------|
| السيد علي أشاف | - | رئيسا |
| السيد المصطفى أميني | - | مستشارا ومقررا |
| السيد فيصل لعموم | - | مستشارا |
| وبمساعدة م/عمر الزاهيدي | - | كاتبيا للضبط |

المملكة المغربية
وزارة العدل والحريات
محكمة الاستئناف بأكادير
" الغرفة الاجتماعية "

قرار رقم : 4033

صدر بتاريخ: 2016/11/10

ملف رقم بالمحكمة الابتدائية:

بتارودان

2014/550

رقمه بمحكمة الاستئناف

2015//1501/1252

المستأنف: - السيد محمد شمسي

المستأنف عليه: - السيدة سميرة العيسوي

القرار التالي :

بين :

+ السيد محمد شمسي- صاحب مؤسسة الأمل الخاصة- الكائن بشارع بئر أنزان- إقلييم تاوردانت.

موطنه المختار بمكتب ذ/ حسن شكري المحامي بهيئة أكادير.

بوصفه مستأنفا من جهة

وبين :

+ السيدة سميرة العيسوي- الكائنة برقم: 2- باب تارغونت - بلدية تارودانت.

موطنه المختار بمكتب ذ/ المحامي بهيئة أكادير.

بوصفه مستأنفا عليهم من جهة أخرى

بناء على المقال الإستئنافي والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير السيد المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الطرفين.

وتطبيقا لمقتضيات الفصول 134 وما يليه و 328 وما يليه والفصل 429 والفصل: 119 من قانون المسطرة المدنية.

وبعد المداولة طبقا للقانون من طرف نفس الهيئة التي شاركت في مناقشة القضية.

❖ في الشكل :

: حيث أنه بتاريخ: 2015/10/12 طعن المستأنف المذكور بالإستئناف في الحكم الاجتماعي عدد: 402 الصادر في الملف منازعات الشغل عدد: 2014/550 بتاريخ: 2015/07/31 عن ابتدائية تارودانت والفاضـــــــــــــــي

- في الشكــــــــــــل : - قبول الطالب.
 - في الموضوعـــــــــــــوع : - بأداء المدعى عليه لفائدة المدعية التعويضات التالية :
- عن الضرر مبلغ = 36.082,80 درهم .
 - عن الفصل مبلغ = 13.569,60 درهم.
 - الإخطار مبلغ = 5345,60 درهم.
 - عن تكملة الأجر مبلغ = 2932,00 درهم.
 - عن الأقدمية مبلغ = 668,20 درهم.
 - وبالتصريح بأجورها لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي عن الفترات غير المصرح بها خلال المدة ما بين: 2012/10/15 و:
2014/09/15 بحسب (312 يوم) عمل سنويا، واعتماد الحد الأدنى للأجور المعمول به.
 - وتمكينها من شهادة العمل تحت طائلة تعويض قدره: (3000,00درهم)
وتحميله الصائر، وشمول طلبات تكملة الأجر ، الأقدمية، التصريح بالأجور
وشهادة العمل بالإنفاذ المعجل ورفض باقي الطلبات.

****من حيث الشكل:**

حيث إنه لا يوجد بالملف ما يفيد تبليغ الحكم الابتدائي للطاعن، مما يجعل الاستئناف قد قدم داخل الأجل القانوني. وحيث احترمت فيهما مقتضيات الشكلية في تقديم الاستئناف، فكان بذلك مطابق للقانون من حيث الشكل.

** في الموضوع : أولا المرحلة الابتدائية

يستفاد من محتويات وثائق الملف أنه بتاريخ: 2014/10/15 تقدمت المدعية بمقال إفتتاحي لدى المحكمة المذكورة، تعرض فيه أنها اشتغلت لدى المدعى عليه (كمدرسة للغة العربية) بأجرة شهرية قدرها : (1500,00درهم) منذ سنة: 2005/09/01 إلى : 2015/09/15، حيث وقع طردها بدون مبرر شرعي، ملتزمة بذلك استدعاء المشغلة والحكم عليها بأداء التعويضات المستحقة كالتالي :

- عن تكملة الحد الأدنى للأجور مبلغ = 150.000,00 درهم.
- عن الإخطار مبلغ = 40.000,00 درهم.
- عن الفصل مبلغ = 500.000,00 درهم.

- عن الضرر مبلغ = 500.000,00 درهم.
 - عن الأقدمية مبلغ = 40.000,00 درهم.
 - وبالتصريح بأجورها لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وذلك منذ التحاقها بالعمل إلى تاريخ الطرد.
 - وبتمكينها من شهادة العمل .
- وقد أجرت المحكمة الابتدائية المسطرة القانونية في وقائع النزالة ولم تفلح في محاولة الصلح بين الطرفين، وأصدرت الحكم المشار إليه أعلاه المطعون فيه من طرف المدعى عليه .

****ثانيا : في المرحلة الاستئنافية :**

أوضح المستأنف في مقالته الاستئنافية بأن الثابت من وثائق الملف، أن الطرفين يجمع بينهما عقد تدريب مهني من أجل الإدماج حسب العقد المستدل به بالملف والذي وقعته المستأنف عليها عن بينة واختيار، وأن العقد المذكور يبقى حجة قاطعة على المعطيات الواردة به ولا ينال من حجية عدم حملته لتأشيرة الوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات .

وأن الثابت من عقد الشغل المستدل به أنه بعد انتهاء فترة التدريب، عمد الطرفان إلى إبرام عقد شغل محدد المدة، وأن المستأنف عليها لم تنكر واقعة التوقيع على العقد المذكور بإرادتها وعلمها بتضميناته وأثاره القانونية، وأن المحكمة اعتمدت شهادة الشهود ورجحتها على عقد مكتوب ضدا على مقتضيات المادة: 444 ق.ل.ع، وأن عقد الشغل المحدد المدة ينتهي بانتهاء مدته ما لم يتم تجديده بإرادة الطرفين، وأن ثبوت إنهاء عقد الشغل بين الطرفين دون مبادرة المطالبة بتجديده بدليل عدم التحاقها بالعمل في بداية الموسم الدراسي بتاريخ: 2014/09/01 مما يجعل مطالبتها المؤسسة على الادعاء بتعرضها للطرد غير مؤسسة قانونا وواقعا.

ومن جهة ثانية، فإن العارض لم يقم بطرد المستأنف عليها، بل هي من غادرت عملها تلقائيا بعد انتهاء عقد عملها في: 2014/06/30 وعدم رغبتها في تجديده، بل أن العارض قد بادر إلى مطالبتها بتحديد موقفها والالتحاق بالعمل وديا وبواسطة إنذار بالالتحاق بالعمل مع تبرير الغياب خلال المدة التي لم يلتحق خلالها به، وأن المستأنف عليها لم تقدم أي مبرر للغياب عن العمل وفقا لما تقتضيه المادة: 271 من مدونة الشغل وما استقر عليه العمل القضائي، علما بأن مدة الغياب قد استمرت لمدة تزيد عن شهرين بدون موجب قانوني، وأن مطالبة العارض للمستأنف عليها بتبرير الغياب لا يشكل طردا، كما نبهت إلى ذلك المحكمة الابتدائية، وإنما يجد سند القانوني في مقتضيات المادة: 271 أعلاه، وأن الحكم الابتدائي كان عليه التأكد من مآل الإنذار، كما جاء في قرار محكمة النقض عدد: 437 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 72 .

وأن المستأنف عليها لا تستحق التعويض عن تكملة الأجرة لثبوت استفادتها من الحد الأدنى للأجر حسب

الثابت من شهادة التصريح بالأجور التي استدلت بها المستأنف عليها نفسها.

كما أنها لا تستحق كذلك التعويض عن الأقدمية لعدم استفادتها لشروط الاستفادة من هذا التعويض بمقتضى المادة: 3250 من مدونة الشغل.

وأنه بخصوص التصريح بأجور المستأنف عليها أمام الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، فإن المشرع قد خول إمكانية التصريح بالأجور لكلا طرفي العلاقة الشغلية بمقتضى ظهير: 1972/07/27، ملتصقا أساس إلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به وبعد التصدي الحكم برفض الدعوى.

واحتياطيا: إجراء بحث بين الطرفين للحسم في ثبوت المغادرة التلقائية.

وتخلفت المستأنف عليها ورجع استدعاؤها بالبريد المضمون بأن عنوانها غير معروف، وعين في حقها قيم، وبعد جواب القيم، تقرر اعتبار القضية جاهزة، فحجزت للمداولة والحكم لجلسة: 2016/11/10.

**** بعد المداولة طبقا للقانون ****

حيث ناقشت المحكمة أثناء المداولة تضمينات المقال الإستئنافي واطلعت على الوثائق المدرجة بالملف، ويتبين لها عدم صحة ما عابه الطاعن على الحكم الابتدائي، ذلك أنه بخصوص الدفع بالطبيعة المؤقتة لعمل المستأنف عليها، فإن الثابت من خلال تصريحات الشاهدين (بشرى ضعيف وجميلة الرايم) اشتغال المستأنف عليها كمدرسة بمؤسسة المستأنف عليه ابتداء من الموسم الدراسي: 2006/2005 إلى غاية موسم: 2014/2013، وأن مستند علم الشاهدين هو المعايينة، مما يجعلها ذات مصداقية في الإثبات، وأنه طبقا للمادة: 16 من مدونة الشغل، فإن حالات إبرام عقد الشغل محدد المدة تنحصر في حالات معينة، وهي إحلال أجبر محل آخر في حالة توقف عقد الشغل، هذا الأخير ما لم يكن التوقف ناتجا عن الإضراب أو كان إزدياد نشاط المقولة بكيفية مؤقتة، أو إذا كان الشغل ذات طبيعة موسمية، وأنه مادام أن الأصل في عقود الشغل أنها غير محددة المدة طبقا للمادة: 16 أعلاه، وأن الاستثناء هو أن يبرم لمدة محددة، وبما أن المشغل لم يعمل على إثبات توافر إحدى الحالات المذكورة، حيث يمكن القول بأن الأمر يتعلق بعقد محدد المدة، خاصة وأن عمل التدريس لا تشكل بطبيعته عملا مؤقتا .

كما أن عقد التدريب المحتج به غير ذي أثر لعدم صدوره في الجهة المختصة.

مما يكونه معه ما خلص إليه الحكم الابتدائي من اعتبار عقد العمل الرابط بين الطرفين غير محدد المدة في مركزه القانوني.

كما أنه بخصوص الدفع بالمغادرة التلقائية، فإنه يتعارض ومحضر المعايينة المؤرخ في: 2014/096/15 الذي يتضمن استجابة المستأنف عليها للإنذار بالرجوع الموجه إليها من طرف مشغلها، ورفض مدير المؤسسة السيد (شمسي محمد) عرض العمل وعدم السماح لها باستئناف عملها ما لم تبرر غيابها، وتوقع على عقد عمل تسلمته من الإدارة يوم : 2014/09/15 .

وأن إلزام المشغل أجبرته بالتوقيع على عقد عمل جديد في سنة: 2014، والحال أن علاقة الشغل تربط الطرفين منذ سنة: 2005 من شأنه أن يلحق الضرر بالأجيرة ويشكل خرقا للفصل 230 من ق. ل.ع، ومقتضيات مدونة الشغل وفسخا لعقد قائم بصفة منفردة، وأن امتناع الأجيرة عن إبرام العقد الجديد لا يعتبر دليلا على المغادرة التلقائية، وإنما يشكل طردا مقنعا للأجيرة من عملها موجبا للتعويض .

وهو الإتجاه الذي سارت عليه محكمة النقض في قرارها عدد: 1732 المؤرخ في : 2012/09/13 ملف إجتماعي عدد: 2011/1/5/721 غير منشور، مما كان معه الحكم الابتدائي فيما انتهى إليه من اعتبار الفصل تعسفيا، وقضى للأجيرة بالتعويضات المترتب عن ذلك في محله، ويتعين تأييده في هذا الجانب.

وحيث أن الطرف المشغل هو الملزم بمسك دفتر أداء أجر عامله وباقي مستحقاته من أقدمية وغيرها، وعليه يقع إثبات الوفاء بالأجر الكامل ومنحة الأقدمية، وأن الملف خال مما يفيد وفاء المستأنف بكامل الأجر والتعويض عن الأقدمية المحكوم بهما.

وحيث أن الثابت من خلال شهادة التصريح بالأجور، أن المستأنف لم يصرح بكافة أيام عمل المستأنف عليها، وأن الحكم الابتدائي لما قضى عليه بالتصريح بأجور عاملته عن فترات العمل غير المصرح بها في مركزه القانوني.

مما كانت معه أسباب الإستئناف مجتمعة غير جديرة بالاعتبار، ووجب لذلك تأييد الحكم المستأنف لمصادفته الصواب.

**** - لهذه الأسباب - ****

فإن محكمة الإستئناف وهي تقضي علنيا حضوريا وانتهائيا في حق المستأنفة وغيابيا في حق المستأنف عليه وتصرح :

○ في الشكل : - بقبول الإستئنـاف.

○ في الموضوع : - تأييد الحكم المستأنف وتحميل المستأنف الصائر.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة الاعتيادية للجلسات بمقر محكمة الإستئناف بأكادير بدون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات .

كاتب الضبط

الرئيس المقرر

المملكة المغربية
وزارة العدل والحريات
محكمة الاستئناف
أكادير
" الغرفة الاجتماعية "

قرار رقم : 486

صدر بتاريخ : 2017/02/02

ملف رقمه بالمحكمة الابتدائية

بالخادم

2012/50

رقمه بمحكمة الاستئناف

2016/1501/50

المستأنف:- جمعية توزيع الماء الصالح للشرب

المستأنف عليه:- السيد سعيد عنام

****باسم جلالة الملك****
(وطبقا للقانون)

بتاريخ 02 فبراير 2017 أصدرت محكمة الاستئناف بأكادير
وهي تبث في المادة الاجتماعية- منازعات الشغل- وهي مرتكبة من
السادة :

السيد علي أشاف	رئيس
السيد الحسين أبلهاض	مستشارا ومقررا
السيد المصطفى أميني	مستشارا
وبمساعدة م/عمر الزاهيدي	كاتب ضبط

القرار التالي

يـيـن :

+ جمعية توزيع الماء الصالح للشرب لدواري أيت قاسم وزاوية علي بالغزي- في شخص رئيسها وممثلها القانوني بدوار أيت قاسم أولاد غزالة- تارودانت.

موطنها المختار بمكتب ذ/ النقيب حسن وهي المحامي بهيئة أكادير.

- بوصفه مستأنفا من جهة ومستأنفا عليها فرعا من جهة أخرى-

ويـيـن :

+ السيد سعيد عنام- الكائن بزاوية سيدي علي بنغازي- بومازير- أيت قاسم- تارودانت.

موطنه المختار بمكتب ذ/ أيت موسى مصطفى المحامي بهيئة أكادير.

- بوصفه مستأنفا عليه من جهة ومستأنفا فرعا من جهة أخرى-

بناء على المقال الاستئنافي والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير السيد المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الطرفين.

- عن تكملة الأجر مبلغ = (40.000,00 درهم).
- عن العطلة السنوية مبلغ = (5000,00 درهم).
- عن الأقدمية مبلغ = (40.000,00 درهم).
- عن الفصل مبلغ = (80.000,00 درهم).
- عن الضرر مبلغ = (40.000,00 درهم).
- عن الإخطار مبلغ = (40.000,00 درهم).
- عن الساعات الإضافية مبلغ = (50.000,00 درهم).

- عن العمل خلال الأعياد الدينية والوطنية مبلغ = (8000,00 درهم).
- وبتمكينه من بطاقة العمل تحت طائلة تعويض قدره : (6000,00 درهم) .
- وبتعويضه عن عدم الاستفادة من التعويضات العالية.
- وأرفق مقالته بوثيقة معلومات.

وقد أجرت المحكمة الابتدائية المسطرة القانونية في وقائع النزاع، ولم تفلح في محاولة الصلح بين الطرفين، وأصدرت الحكم المشار إليه أعلاه (المطعون فيه من طرف المدعى عليها).

**** ثانيًا : في المرحلة الإستئنافية :**

عرضت الطاعنة وقائع الدعوى بإيجاز وأسست إستئنافها على أنها لا تربطها بالمستأنف عليه أية علاقة شغل كيفما كانت .

وأن ساكنة دوار أيت قاسم ودوار زاوية أعلي هم من كلفوه بجمع الأزيلال من أبواب منازلهم مقابل (10,00 درهم) لكل منزل شهرياً، والحكم الابتدائي لما اعتبر العارضة حلت محل الساكنة في أداء مقابل خدمات المستأنف عليه، تأسيساً على أن العارضة تؤدي له أجرته الشهرية: (1500,00 درهم) إلى حدود تاريخ فصله، وأن عقد العمل مؤسس على علاقة التبعية بين الأجير والمشغل تحت إشراف ورقابة وإدارة هذا الأخير مقابل أجر يدفعه له، ولا تقوم علاقة التبعية على الأجر وحده، والمستأنف عليه لا علاقة له بالعارضة، وأنها مستعدة لإثبات ذلك بواسطة شهود، لأجله تلتزم الإبطال والحكم برفض الطلب.

وأجاب المستأنف عليه بمذكرة مع إستئناف فرعي، بأن ما أورده الطاعنة في مقالها ليس بجديد، والحكم الابتدائي سبق له أن أجاب عليه ملتصقاً رد دفوعاتها، وفي الإستئناف الفرعي، إلتزم بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض طلبه المتعلق بالتعويض عن العمل خلال الأعياد والساعات الإضافية والحرمان من التعويضات العالية وشهادة العمل، والحكم له وفق طلبته عن ما ذكر.

وأدلت المستأنفة بجواب أثناء المداولة، التمس فيها إجراء بحث في النزاع بالاستماع إلى الطرفين وشهودها.

وتبعاً لذلك الحكم وفق مقالها الإستئنافية.

وكانت آخر جلسة بتاريخ: 2016/12/08 حضرها دفاع الطرفين،- وإلتزم (الأستاذ وهبي) حفظ حقه في الإدلاء بما لديه أثناء المداولة، وتقرر المداولة لجلسة: 2017/02/02.

*** بعد المداولة طبقاً للقانون ****

حيث ناقشت المحكمة تضمينات المقالين الإستئنافيين الأصلي والفرعي وما أسس عليه الطرفان طعنيهما من أسباب اطلعت على مختلف وثائق الملف ومستنداته، فتبين لها أن ما دفعت به الطاعنة من كونها لا تربطها بالمستأنف عليه أية علاقة تبعية من إشراف على عمله وإدارة ورقابة مبني على أساس، ذلك أن واقعة أدائها للأجرة المستحقة لهذا الأخير نيابة عن ساكنة الدواوير التي كان يقوم بجمع نفاياتها مقابل (10,00 درهم) عن كل منزل، كما أفاد بذلك الشاهدان: (الحبيب فاكا والعربي موهوب) بجلسة البحث بعد أدائهما اليمين القانونية، لا يفيد أن هناك علاقة

تبعية بينه وبين الطاعنة والتي هي مناط قيام عقد الشغل بينهما وخضوع تلك العلاقة لمقتضيات مدونة الشغل، بغض النظر عن كون المستأنفة تؤدي له أجرته عن طريق الحولات البنكية .

وحيث أنه أمام انتفاء العلاقة الشغلية بين الطرفين، يكون ما قضى به الحكم الابتدائي من تعويضات لفائدة المستأنف عليه مجانباً للصواب، ويتعين إلغاؤه والتصدي والحكم بعدم قبول الطلب، وتحميل الأجير المدعي الصائر في إطار المساعدة القضائية.

وتبعا لما ذكر، يبقى الإستئناف الفرعي غير ذي موضوع ويتعين رده .

**** لهذه الأسباب ****

فإن محكمة الإستئناف وهي تقضي علنيا حضوريا وانتهائيا تصـرح :

○ في الشكل:- قبول الإستئنافين الأصلي والفرعي.

○ في الموضوع:- إلغاء الحكم المستأنف والتصدي والحكم بعدم قبول الطلب، وتحميل الأجير -المدعي- الصائر في إطار المساعدة القضائية.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة الاعتيادية للجلسات بمقر محكمة الإستئناف بأكادير بدون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات

الرئيس المقرر كاتب الضبط

باسم جلالة الملك
(وطبقا للقانون)

بتاريخ: 08 دجنبر 2016 أصدرت محكمة الاستئناف بأكادير
وهي تبث في المادة الإجتماعية- منازعات الشغل- وهي مرتكبة من
السادة :

السيد علي أشاف - رئيس
السيد الحسين أبلهاض - مستشار ومقرر
السيد المصطفى أميني - مستشار
وبمساعدة م/ عمر الزاهيدي - كاتب لل ضبط

المملكة المغربية
وزارة العدل والحريات
محكمة الاستئناف بأكادير
" الغرفة الاجتماعية "

قرار رقم : 4546

صدر بتاريخ : 2016/12/08

ملف رقم بالمحكمة الابتدائية:

بطانط

2015/25

رقمه بمحكمة الاستئناف

2016/1501/387

المستأنف:- مقاولات السلام أوبركي

المستأنف عليه:- السيد محمد اسقال

القرار التالي :

بين :

مقاولات السلام أوبركي- في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الإجتماعي بشارع
السلام - طانطان.

والجاعة محل المختارة معها بمكتب ذ/ الحسن بوغروضي المحامي بهيئة أكادير.

- بوصفها مستأنفة من جهة-

وبين :

+ السيد محمد اسقال الكائن برقم: 32- زنقة: 22- حي بئر أنزران- طانطان.

موطنه المختار بمكتب ذ/المحامي بهيئة أكادير.

-بوصفه مستأنفا عليه من جهة أخرى-

بناء على المقال الإستئنافي والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير السيد المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الطرفين.

وتطبيقا لمقتضيات الفصول 134 وما يليه و 328 وما يليه والفصل 429 والفصل: 119 من قانون المسطرة المدنية.

وبعد الاستماع إلى مستنتجات النيابة العامة، والمداولة طبقا للقانون من طرف نفس الهيئة التي شاركت في مناقشة القضية.

❖ في الشك: _____

حيث أنه بتاريخ: 2016/02/29 طعن المستأنف المذكور بالإستئناف في الحكم الإجتماعي عدد: 63 الصادر في الملف منازعات الشغل عدد: 2015/25 بتاريخ: 2015/12/31 عن إبتدائية طانطان والقاضي :

○ في الشكـــــــــــــــــل :- بقبول الطلب.

○ في الموضوع وع:- بأداء المدعى عليها لفائدة المدعى التعويضات التالية:

- عن الفصل مبلغ = 17.873,28 درهم.
 - عن الضرر مبلغ = 40.407,67 درهم.
 - عن الإخطار مبلغ = 4897,9 درهم.
 - عن العطلة السنوية مبلغ = 1977,99 درهم.
 - عن الأقدمية مبلغ = 22.922,11 درهم.
 - مع شمول تعويض عن العطلة السنوية وتعويض عن الأقدمية بالنفاذ المعجل، وتحميل المدعى عليها الصائر، ويرفض باقي الطلبات.
- وحيث احترمت المقتضيات الشكلية في تقديم الاستئناف، فكان بذلك مطابق للقانون من حيث الشكل.

**** في الموضوع : أولا المرحلة الابتدائية :**

يؤخذ من وثائق الملف أنه بتاريخ: 2015/05/11 تقدم المدعي بمقال إفتتاحي بواسطة نائبه لدى المحكمة المذكورة المعفى من أداء الرسوم القضائية، يعرض فيه أنه اشتغل لدى المدعى عليها منذ شتبر : 2004 إلى : 2015/02/15 بأجرة يومية قدرها : (150,00 درهم)، حيث وقع طرده بدون مبرر شرعي، ملتصا بذلك استدعاء المشغل والحكم عليه بإرجاع العارض إلى العمل أو أداء التعويضات المستحقة كالتالي :

- عن الفصل مبلغ = 40.000,00 درهم.
- عن الضرر مبلغ = 80.000,00 درهم.
- عن العطلة السنوية عن مدة العمل بأكملها مبلغ = 40.000,00 درهم.
- عن أجل الإخطار مبلغ = 4500,00 درهم.

• عن الأقدمية مبلغ = 60.000,00 درهم.

• مع تسليم شهادة العمل أو تعويض قدره: (5000,00 درهم)، مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل، وبتحميل المدعى عليها الصائر.

وقد أجرت المحكمة الابتدائية المسطرة القانونية في وقائع النازلة، ولم تفلح في محاولة الصلح بين الطرفين، وأصدرت الحكم المشار إليه أعلاه المطعون فيه من طرف المدعى عليها.

**** ثانيًا : في المرحلة الإستئنافية :**

تقدمت (مقاوله السلام اوبركي) مقال إستئنافي ضمنته موجزا لوقائع النازلة وأوضحت في عرض أوجه إستئنافها، أن علاقتها بالمستأنف عليه كانت في إطار المقاوله من الباطن، بحيث تكلفه بإنجاز كمية كبيرة من الأجور والأرصفة مقابل مبلغ : (22,50 درهم) عن كل كيس من الإسمنت استعمله في صناعة الأجور ومبلغ : (5,00 درهم) كل رصيف، على أساس أن يؤدي أجور عماله هو التبعية له مع العارضة، بحيث يعمل في استقلال تام عنها، وهو ما أكده الشاهدان المستمع إليهما بجلسة البحث المنجز في المرحلة الابتدائية، مدلية بوصل تفصيلي يبين عدد أكياس الإسمنت التي استعملها في صناعة الأجور وصناعة الإسمنت والتمن المقابل لذلك، نافية كل علاقة شغلية بينها وبين المستأنف عليه، وأن المادة: 86 من مدونة الشغل وإن كانت تفرض وجود عقد مكتوب للمقاوله من الباطن، فإن الوصل المدلى به -رَفَقَتَه- وشهادة الشاهدين يثبتان وجود عقد المقاوله بين الطرفين، لأجله تلتمس الإلغاء ورفض الطلب.

وأجاب المستأنف عليه نافية أن تكون له أية مقاوله أو عقد مقاوله بالمستأنفة، مؤكدا أن علاقته بهذه الأخير هي علاقة شغل والتبعية يأتى بأوامرها وتوجيهاتها، وأن المقاوله من الباطن يجب أن تكون عقدا مكتوبا وإلا فهو علاقة شغل طبقا للمادة: 86 من مدونة الشغل .

وأن علاقة التبعية بمفهومها القانوني ثابتة بين الطرفين بشهادة الشاهد المستمع إليه بجلسة البحث (عبد الإله شاكر) في المرحلة الابتدائية.

وأنه عمل لديها في كل من طانطان والسمارة وهي التي توفر له السكن، مضيفا أن الأجير يمكن أن يؤدي بطرق مختلفة، ملتصقا رد استئناف المشغلة، والحكم بتأييد الحكم الابتدائي.

وعقب المستأنفة مؤكدة دفعها المؤسس عليه إستئنافها، والتمس الحكم وفقه مثيرة الدفع بتقادم التعويض عن الأقدمية والعطلة السنوية، ملتصقة الإلغاء ورفض الطلب.

وعقب المستأنفة عليه مؤكدا ما سبق، مشيرا إلى أن عقد المقاوله من الباطن لا يمكن إثباته بوصل أداء الأجر، لأن المادة: 6 من م.ش التي عرفت الأجير بالشخص الذي يلتزم ببذل نشاطه المهني تحت تبعية المشغلة أو مشغلين لقاء أجر أيا كان نوعه وطريقة أدائه، ملتصقا رد ما جاء في المقال الإستئناف والحكم بتأييد الحكم الابتدائي.

وكانت آخر جلسة بتاريخ: 2016/11/03 حضرها (الأستاذ جعوف) وأكد بمذكرته التعقيبىة وتخلف (الأستاذ بوغروزي) رغم الإعلام، وتقرر المداولة لجلسة: 2016/12/08.

**** بعد المداولة طبقا للقانون ****

حيث ناقشت المحكمة أسباب إستئناف الطاعنة واطلعت على وثائق الملف ومستنداته، وخاصة محضر البحث المنجز في المرحلة الابتدائية، فتبين لها عدم صحة ما تمسكت به الطاعنة، إذ لم تدل بما يثبت كونها مقاوله من الباطن بعقد مكتوب طبقا للمادة: 86 من م.ش.

الرئيس المقرر كاتب الضبط

*باسم جلالة الملك**
(وطبقا للقانون)

بتاريخ 29 دجنبر: 2016 أصدرت محكمة الاستئناف بأكادير
وهي تبث في المادة الإجتماعية - حوادث الشغل- وهي مركبة من
السادة :

السيد علي أشاف	-	رئيس
السيد مصطفى أميني	-	مستشارا ومقررا
السيد الحسين أبلهاض	-	مستشارا
وبمساعدة م/عمر الزاهيدي	-	كاتب الضبط

القرار التالي :

بين :

+ السيد الطالب لحسن بن احمد الكائن بضيعته الفلاحية بمزارع دوار أيت عياد- جماعة سيدي موسى
الحمري- قيادة عين شعيب- دائرة أولاد تايمه- تارودانت.

والجاءل محل المخابرة معه بمكتب ذ/ كريم اشراع المحامي بهيئة أكادير.

-يوصفه مستأنفا أصليا من جهة-

وبين السادة ورثة عبد الهادي بالبيك وهم :

+ أرملته : _____

- السيدة السعيدة بن بلا.

- السيدة فاطمة شميروا أصالة عن نفسها ونيابة عن ابنتها القاصـــــر : (أميمة بالبيك).

+ والدتيـــــه : - السيدة إزة الحسيني.

الكائنين جميعا بدوار الطلبة، جماعة سيدي أحمد اممر- أولاد تايمه- تارودانت.

النـــــائب عنه ذ/ حسن شكري المحامي بهيئة أكادير.

المملكة المغربية
وزارة العدل والحريات
محكمة الاستئناف بأكادير
" الغرفة الاجتماعية "

قرار رقم : 4857

صدر بتاريخ : 2016/12/29

ملزم رقم بالمحكمة الابتدائية:

بتارودانت

2011/72

رقمه بمحكمة الاستئناف

2016/1502/55

المستأنف :- الطالب لحسن بن أحمد

المستأنف عليه :- ورثة عبد الهادي بالبيك

- بحضور : السيد التجاني بداز

يستفاد من وثائق الملف أنه بتاريخ: 2011/02/11 تقدموا المدعيات بمقال افتتاحي إلى المحكمة الابتدائية بتارودانت، يعرضون فيه أن موروثهم (عبد الهادي بالبيك) تعرض لحادث شغل أثناء أدائه العمل لفائدة مشغلته وفق الوقائع المضمنة بمحضر الضابطة القضائية، وأنهن تضررن من جراء الحادث لفقد مورد عيشهن، ملتصين الحكم لهن بالتعويضات المستحقة لهن في إطار ظهير: 6-2-1963.

وأرفقن المقال بصورة لمحضر الضابطة القضائية وعقود إزدياد وصور مصادق عليها من رسم إرثته وعقدي زواج وشواهد الحياة الفردية وشهادة وفاة الهالك.

وبعد إجراء المسطرة من طرف محكمة الدرجة الأولى، أصدرت حكمها المذكور أعلاه، فاستأنف من طرف (المدعى عليها أصليا والمدعيات فرعيا).

❖ في الموضوع _____ الاستئناف:

بعد استعراض المستأنف أصليا لموجز الوقائع علل إستئنافه بأن الحكم الابتدائي اعتمد في إثبات العلاقة الشغلية على شهادة الشاهد (المحفوظ كاتبة)، وأن شهادة هذا الأخير يؤخذ منها أن الأمر يتعلق بصفة حفر بئر يتمتع فيها الهالك باستقلالية في عمله، ولا يخضع لإشرافه ومراقبته، وهو أمر ثابت بمقتضى مضامين محضر الضابطة القضائية.

وأن العلاقة التبعية منتفية بينه وبين الهالك لعدم خضوعه للمراقبة والإشراف، ملتصا بإلغاء الحكم المستأنف، والتصدي والحكم برفض الطلب.

وأجاب نائب ذوي الحقوق بمذكرة مشفوعة باستئناف فرعي، وعرض في الجواب أن المستأنف أصليا أسس طعنته على الادعاء، بأن الضحية كان مقاولا وليس عاملا مستدلا بشهادة الشهود، وأنه بالرجوع للبحث المنجز ابتدائيا، يتبين أن الشهود أكدوا أن موروثهم كان يؤدي عملا تابعا في إطار علاقة شغل مباشرة ويتقاضى أجرا مقابل عمله، وأن الأجر يعتبر عنصرا من عناصر عقد الشغل، وأنه أمام ثبوت مادية الحادثة وثبوت طبيعتها المهنية، فإن مقتضيات ظهير: 6-2-1963 تكون واعية التطبيق على النازلة، وأن الحكم الابتدائي لما قضى باعتبار الحادثة التي أودت بالهالك حادثة شغل محضة ورتب على ذلك استحقاق ذوي الحقوق الإيراد طبق القانون تطبيقا سليما.

وعرض في الإستئناف الفرعي، أن الهالك كان يتقاضى قيد حياته أجرا سنويا لا يقل عن: (90.000,00 درهم)، وأن الأجر المذكور لم يكن موضوع منازعة من أي طرف، وأن محكمة أول درجة لم تعتمد في احتسابها الإيرادات بمقتضى: 123 من ظهير: 6-2-1963 وطبقت الحد الأدنى للأجر، وأن مقتضيات ظهير: 6-2-1963 حددت مبلغ صائر الجنازة في: (750,00 درهم)، وأن المحكمة الابتدائية قضت برفض، كما قضى بحصر أمد استحقاق القاصرة (أميمة) في بلوغها (16 سنة)، وأن حصر الحكم الإستفادة من الإيراد على أساس هذا السن، غير مؤسس قانونا، لأن المشرع مدد حد الإستفادة منها في: (17 سنة) حالة متابعة القاصر تدريبا مهنيا: (21 سنة) حالة متابعته تكوينا دراسيا أو معاناته من مرض مزمن أو عاهة.

مما يجعل الحكم غير مؤسس على سند قانوني بخصوص ذلك، ملتصين رد الإستئناف الأصلي، وفي الإستئناف الفرعي إلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض طلب ومصاريف الجنازة، وفيما قضى به من اعتماد الحد الأدنى للأجر في احتساب التعويضات، وفيما قضى به من حصر أمد استحقاق القاصر (أميمة) للإيراد في: (16 سنة)، والتصدي والحكم لفائدة ذوي الحقوق بمصاريف الجنازة، واعتماد الأجر المصرح به من طرفهم، والرفع من قيمة الإيرادات إلى القدر المطلوب ابتدائيا، مع سريان الإيراد المستحق للبنت (أميمة) إلى حين سقوط الفرض قانونا.

وبعد استكمال الغرفة المدنية الإستئنافية لدى المحكمة الابتدائية بتارودانت، أصدرت قرارها بتاريخ: 2013/01/07 تحت عدد: 4 في الملف عدد: 2013/4 قضى بإلغاء الحكم الابتدائي، والتصدي والحكم برفض الدعوى.

تم الطعن فيه بالنقض وصدر قرار عن محكمة النقض بتاريخ: 2015/11/11 تحت عدد: 2244 في الملف الاجتماعي عدد: 2015/2/5/2092 قضى بنقض القرار المطعون فيه، وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بأكادير للبت فيه طبقا للقانون، وبتحميل المطلوب في النقض الصائر.

○ في المرحلة يعد النقض =

بناء على إشعار طرفي النزاع برجع الملف من محكمة النقض.

أجاب نائب ذوي الحقوق بمذكرة، عرض فيه أنه بالرجوع إلى معطيات البحث المنجز إبتدائيا وإلى شهادة الشهود، فإن علاقة التبعية بين الهالك والمستأنف أصليا قائمة، وأن مادية الحادثة ثابتة، وأن الحادثة تخضع لمقتضيات ظهير: 1963-2-6، وأن الحكم الإبتدائي طبق القانون تطبيقا سليما، وأن ما ساقه الطاعن في طعنه غير مؤسس على سند قانوني، ملتصقا رد الإستئناف الأصلي، وتمتيعه بطلباته المحددة في إستئنافه الفرعي.

وبناء على ملتزمات النيابة العامة الرامية إلى تطبيق القانون.

وبجلسة: 2016/11/10 حضر نائب المستشارين فرعيا، وتخلف نائب المستشارف أصليا، اعتبرت القضية جاهزة، فنقرر حجزها للمداولة لجلسة: 2016/12/29.

**** بعد المداولة طبقا للقانون ****

حيث قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه، وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بأكادير للبت فيه طبقا للقانون، لعل أن الاختصاص للبت في الطعن منعقد لمحكمة الاستئناف بأكادير بدل الغرفة المصدرة للقرار المطعون فيه بالنقض، باعتبار الطلبات بمقال الدعوى غير محددة، وأن قرارها كان خارقا لقواعد الاختصاص القيمي التي لها علاقة بالنظام العام التي تثار تلقائيا في سائر أطوار المسطرة وعرضه للنقض.

حيث أثار المستأنف بمقتضى طعنه بالاستئناف في الحكم الصادر عن محكمة أول درجة دفعا موضوعه نفي العلاقة الشغلية بينه وبين الهالك لعدم خضوعه لأي رقابة وإشراف أثناء قيامه بحفر البئر، والذي نتج عنه وفاته .

وحيث أن الثابت من مضامين محضر الضابطة القضائية، خاصة تصريحات مساعد الهالك في حفر البئر (الحسين حماد بن صالح)، أنه كان رفقة الهالك قيد حياته الذي يعمل معه في تعميق البئر بضبيعة المسمى: (طالبي حسن) التي يتولى تسييرها المسمى (التجاني بداز)، أنه كان يعمل رفقة الضحية منذ ما يزيد عن الشهر والنصف تقريبا ويتقاضى أجره اليومي منه والمقدر بمائة درهم، وهي تصريحات كانت مطابقة مع المسؤول عن الضبيعة المسمى (التجاني بداز) الذي أكد أن الهالك كان يعمل بالقطعة مقابل: (200,00 درهم للمتر)، وأن الهالك كان يساعده في الحفر عماله ومتطابقة أيضا مع تصريحات الشاهد (المحفوظ كانبية) المستمع إليه بجلسة البحث الإبتدائي المنعقدة بتاريخ: 2012/09/25 الذي أكد أن الهالك كان يعمل في حفر البئر لدى السيد بداز، وأنه كان يتقاضى أجرته مقابل الأمتار التي يقوم بحفرها .

وحيث أنه بالنظر للثابت من محضر الضابطة القضائية ومن تصريحات المذكورين أعلاه، يكون عنصر التبعية من إشراف وتوجيه ورقابة المشغل اتجاه أجيره منتقيا في العلاقة القانونية القائمة بين طرفي النزاع، وأن عدم ثبوت العلاقة التبعية بينها، يجعل من الرابطة القانونية بينها مجسدة في إطار عقد المقاوله خلاف ما يدعيه المستأنف عليهم، بأن العلاقة التي كانت قائمة بين الطرفين تحكمها علاقة شغلية محضة، وهو المنحى الذي سارت عليه محكمة النقض في قرارها عدد: 894 الصادر بتاريخ: 2010/10/21 في الملف الاجتماعي عدد: 1556-5-1-2009 الذي جاء فيه: " حيث ثبت صحة ما عابته الوسيلة على القرار، ذلك أن الطاعنة أثارت دفعا يرمي إلى كون الأمر لا يتعلق بحادث شغل لانتهاء العلاقة الشغلية بين طالب الخدمة، ومقدم الخدمة، وأن العلاقة تدخل في إطار عقد المقاوله، هذا وإن تم التصريح بالحادثة من طرف الممثلة القانونية للطاعنة، فإن هناك منازعة بشأن العلاقة التبعية المستحيلة في توافر

عنصر الإشراف والرقابة والتوجيه، إضافة إلى أن الشهود المستمع إليهم من خلال محضر الدرك الملكي، فإنه أكدوا جميعاً أن المطلوب في النقض إلى جانبهم هو الآخرين يعملون فقط بالموقف فقط."

وحيث تأسيساً على ثبوت تعاقد طرفي النزاع في إطار عقد المقاوله موضوعها حفر بئر مقابل أجر معين، وقيام الهالك بالاستعانة بعامل آخر مقابل أجر يؤدي له من طرف الهالك، يكون ادعاء قيام العلاقة الشغلية صرفاً بين الطرفين غير قائم في النازلة، وتكون الحادثة التي أودت بحياة الهالك غير خاضعة لمقتضيات ظهير: 6-2-1963، ويكون ما سار عليه الحكم الابتدائي في قضائه باعتبار الحادث خاضعاً لمقتضيات الظهير السالف الذكر، واستحقاق ذوي الحقوق الإيرادات عن الحادث غير مرتكز على أساس قانوني، ويتعين إلغاؤه، والتصدي والحكم برفض الطلب.

وحيث أنه بعد الحسم في كون الحادثة الذي تعرض له الهالك، غير جامع لمقتضيات ظهير: 6-2-1963، يكون ما أثير من طرف ذوي الحقوق بمقتضى استئنافهم الفرعي، أصبح ذي موضوع، ويتعين رد ما أثير بمقتضاه من طلبات.

وحيث يتعين تحميل ذوي حقوق الحقوق الصائر في إطار المساعدة القضائية.

**** لهذه الأسباب ****

فإن محكمة الاستئناف وهي تقضي علنيا حضورياً وانتهائياً تصرح:

○ في الشكـل : - بقـبـول الإـسـتـنـاف .

○ في الموضوع : - إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إيرادات سنوية لفائدة الأرملة فاطمة شميروا) أصالة عن نفسها ونياية عن ابنتها القاصر (أميمة بالبيك) وفائدة الأرملة (السعدية بن بلا) وفائدة والدته الهالك (إزة الحسيني)، والتصدي والحكم برفض الطلب بخصوصها، وتأييده في الباقي، وتحميل المستأنف عليهم الصائر في إطار المساعدة القضائية.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة الاعتيادية للجلسات بمقر محكمة الاستئناف بأكادير بدون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات .

كاتب الضبط

الرئيس المقرر

الفهرس

1.....	مقدمة
5.....	الفصل الأول: علاقة التبعية وتكييف عقد الشغل في الاجتهاد القضائي
6.....	المبحث الأول: مفهوم علاقة التبعية كعنصر لتكييف عقود الشغل
7.....	المطلب الأول: ماهية التبعية القانونية
7.....	الفرع الأول: مفهوم التبعية القانونية
12.....	الفرع الثاني: أشكال التبعية القانونية
12.....	أولاً: التبعية الفنية
12.....	ثانياً: التبعية الإدارية أو التنظيمية
15.....	المطلب الثاني: ماهية التبعية الاقتصادية
16.....	الفرع الأول: مفهوم التبعية الاقتصادية
19.....	الفرع الثاني: موقف التشريع والقضاء من التبعية الاقتصادية
19.....	أولاً: موقف التشريع من التبعية الاقتصادية
22.....	ثانياً: موقف القضاء من التبعية الاقتصادية
25.....	المبحث الثاني: علاقة التبعية كأساس لتطبيق قانون الشغل
25.....	المطلب الأول: تمييز عقد الشغل عن باقي العقود المشابهة له
26.....	الفرع الأول: عقد الشغل و عقدي المقاوله و التسيير الحر
26.....	أولاً: عقد الشغل وعقد المقاوله
28.....	ثانياً: عقد الشغل وعقد التسيير الحر
29.....	الفرع الثاني: عقد الشغل وعقدي الشركة والوكالة
29.....	أولاً: عقد الشغل وعقد الشركة
31.....	ثانياً: عقد الشغل وعقد الوكالة

المطلب الثاني: إثبات علاقة التبعية على ضوء الاجتهاد القضائي.....	34
الفرع الأول: العناصر الأساسية للإثبات المنصوص عليها في المادة الاجتماعية.....	35
الفرع الثاني: العناصر الثانوية للإثبات المنصوص عليها في المادة المدنية.....	39
الفصل الثاني: تكييف عقد الشغل من حيث المدة.....	43
المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بالعقد المحدد المدة.....	44
المطلب الأول: نطاق عقد الشغل المحدد المدة.....	45
المطلب الثاني: التدخل القضائي لإعادة الوصف القانوني للعقود المؤقتة.....	47
المبحث الثاني: خصوصية عقود الشغل الموسمية.....	53
المطلب الأول: المعايير المعتمدة لتطبيق مبدأ الموسمية.....	53
المطلب الثاني: التباين القضائي على مستوى تكييف العقود الموسمية.....	55
خاتمة.....	60
قائمة المراجع:.....	62
الملاحق.....	68
الفهرس.....	69