

## تعليق على حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله

### نقض حقوق

رقم 2016 /1300

الصادر بتاريخ 21 /11 /2018

المحامي: عمرو إبراهيم صعابنة

تتلخص وقائع الدعوى في مراحلها المتتالية، في أن المدعي قد أقام الدعوى الحقوقية ضد الجهة المدعى عليها للمطالبة بحقوق عمالية تبلغ (152850) شيكل عن بدلات إشعار مسبق وفصل تعسفي ونهاية خدمة وإجازات سنوية وأيام الجمع وساعات عمل إضافية. بعد استكمال الإجراءات قضت محكمة بداية رام الله بإلزام الجهة المدعى عليها بدفع مبلغ (34380) شيكل وتضمينها الرسوم ومائة دينار أتعاب محاماة. تم استئناف الحكم، وبعد ختام الإجراءات قضت محكمة استئناف رام الله في الاستئناف الحقوقي رقم (1173 / 2015) بتاريخ 10 /10 /2016 برد الاستئنافين (1173 / 2015، 1184 / 2015) و تأييد حكم محكمة بداية رام الله. ثم لم ترض الطاعنة بحكم محكمة استئناف رام الله، فطعننت فيه لدى محكمة النقض بالطعن رقم 2016 /1300.

وفيما يخص أسباب الطعن، فقد نعت الطاعنة بموجب السبب الأول على محكمة استئناف رام الله الخطأ في تسبب وتعليل الحكم بشكل قانوني.

وجاء السبب الثاني بنعي الطاعنة على محكمة استئناف رام الله الخطأ في توصيف العلاقة التي تربط المدعي بالجهة المدعى عليها بأنه علاقة عمل وليس علاقة مقاوله.

وقد قضت محكمة النقض الموقرة ردا على هذه الأسباب بما يلي "تقرر المحكمة قبول الطعن موضوعاً، وإلغاء الحكم الطعين، ورد دعوى المدعي رقم 785/2014، دون الحكم بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة".

وفيما يلي معالجة تسبب محكمة النقض في ردها على لائحة الطعن، ثم تعليقنا على هذه المعالجة، منوهين إلى أننا سنقصر تعليقنا على حكم محكمة النقض في ما يخص السبب الثاني.

حيث أجابت محكمة النقض على السبب الأول بأن الطاعن لم يبين بصورة واضحة ومحددة وجه الخطأ في التسبب والتعليل الذي نعه على الحكم، فيعتبر هذا السبب متصفا بالعمومية، غير متفق وما اقتضته المادة (228/4) من قانون الأصول المدنية، وحرى بالرد.

وأجابت محكمة النقض على السبب الثاني، بأن محكمة الاستئناف جانبت الصواب في تكييفها للعقد بأنه عقد عمل وليس مقاوله، ووجه مجانية الصواب يتمثل في ما يلي :

أن المادة (24) من قانون العمل عرفت عقد العمل الفردي بأنه "اتفاق... على إنجاز عمل معين يلتزم بموجبه العامل بأداء عمل لمصلحة صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه، ويلتزم فيه صاحب العمل بدفع الأجر المتفق عليه للعامل. فيكون المشرع قد حدد ثلاثة عناصر أساسية لعقد العمل: الالتزام بأداء عمل والالتزام بدفع مقابل (الأجر) وتبعية العامل لصاحب العمل أثناء التنفيذ. وحيث إن مفهوم التبعية القانونية يتعلق بأداء عمل العامل، فيتحدد هذا المفهوم بالخضوع لإدارة صاحب العمل وفق الأوامر والتعليمات التي يصدرها له والخضوع لمراقبته وللعقوبات التي يمكن أن يتخذها في مواجهته".

ونقول في هذا الصدد أن محكمة النقض أصابت في هذه الجزئية المتعلقة بضرورة توفر التبعية في عقد العمل، باعتبارها شرطا لازما له، وأن التبعية تعني الخضوع لإدارة رب العمل ورقابته، والتعرض للجزاءات التي قد يفرضها.

فقد نصت المادة (1) من قانون العمل الفلسطيني؛ على تعريف العامل بأنه "كل شخص طبيعي يؤدي عملاً لدى صاحب العمل لقاء أجر ويكون أثناء أدائه العمل تحت إدارته وإشرافه". بحيث تتمثل عناصر تبعية العامل لرب العمل حسب النص في الإدارة والإشراف على العامل.

وبذلك، فقد تبنى المشرع التبعية القانونية، التي تندرج تحتها صور منها : التبعية الإدارية والتنظيمية، والتبعية الفنية، والتبعية المهنية<sup>1</sup>.

وبما أن النص أشار إلى "الإدارة" فقد قصد ما يعرف بالتبعية الإدارية كأحد صور التبعية القانونية، والتي تقيد بأن رب العمل يمارس سلطات التوجيه والرقابة والإدارة، دون اشتراط وجود التبعية الفنية، التي - أي

<sup>1</sup> الدحوح، سالم حماد شعبان، التبعية في علاقات العمل الفردية "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013، انظر ص 68 وما بعدها.

الأخيرة- تعني إشراف ورقابة رب العمل على جزئيات العمل التقنية الدقيقة، وذلك استنادا إلى أن رب العمل قد لا يكون محيطا بتفاصيل العمل الفني الذي يديره؛ فلا يصح اشتراط التبعية الفنية<sup>2</sup>.

وإن الإدارة والإشراف يعنيان تحديد المهام المنوطة بالعامل، ولا يشترط في الإشراف المراقبة المباشرة المستمرة<sup>3</sup>.

كما استندت محكمة النقض في حكمها على أن كلا من بيئة الخصمين قد أكدت أن المدعي قد كان يعمل مقاولا على المتر مقابل أجره نقدية من قبل المدعى عليه، دون الالتزام وفق أقوال غالبية الشهود، بساعة محددة لبدء العمل أو انتهائه أو تحديد لساعات الدوام ولم يكن هناك من يسألهم عن ساعات دوام، وأنه يتلقى أجرته حسب كمية الأمتار التي أنجزها، ويستخدم عدته الخاصة به وكان يترك العمل أو يتغيب كما يرغب، ولم يوقع على سجلات الحضور والغياب ولم يقدم أي طلب إجازة، فيكون عمل المدعي لم يتم تحت إدارة وإشراف صاحب العمل ولم يكن تابعا له في تنفيذ العمل الذي يقوم به.

ونعتقد أن بعض ما ورد في هذا التسبيب محل نظر؛ فقد جانبت محكمة النقض الصواب لما اعتبرت طبيعة أجر العامل المتمثل في تلقي الأجرة حسب كمية الأمتار التي ينجزها أحد عناصر تمييز عقد العمل عن عقد المقاول، ذلك أنه لا ينفي توفر عنصر الإشراف والتبعية في عقد العمل أن يكون أجر العامل عبارة عن نسبة من الأرباح يتقاضاها بالتقاسم مع رب العمل، أو أن يكون نقديا، أو عينا<sup>4</sup>، وأن يكون أيضا عملا بالقطعة أو بالعمولة أو على أساس وحدة الإنتاج<sup>5</sup>. ولا يصح الاستناد إلى طبيعة الأجر كمعيار للتفريق بين عقد العمل والمقاول، إنما ينبغي استظهار جميع العناصر الأخرى ومناقشتها، وعلى رأسها التبعية التي هي المعيار الحاسم<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> بوعواد، رضوان، مفهوم علاقة التبعية في التشريع المغربي و المقارن، مجلة القضاء المدني، المغرب، س4، ع 8، ص142-143. و المساعد، عدي مفلح، علاقة التبعية بين العامل ورب العمل، مجلة جامعة عمان العربية، الأردن، مج4، ع1، 2022، ص 261.  
<sup>3</sup> محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، نقض حقوق، رقم 75 / 2016، بتاريخ 1 / 3 / 2017، منشور على موقع مقام.  
<sup>4</sup> محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، نقض حقوق، رقم 1459 / 2016، بتاريخ 30 / 12 / 2018، منشور على موقع مقام. وانظر حكم محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، رقم 4037 / 2021، بتاريخ 17 / 08 / 2021، منشور على موقع قرارك.  
<sup>5</sup> فقد نص قانون العمل الفلسطيني المنشور في العدد 39 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية)، بتاريخ 25 / 11 / 2001، صفحة 7 صراحة على العمل بالقطعة بموجب المادة 35 / 4 / ب، والمادة 48. ونص على العمل على أساس وحدة الإنتاج بموجب المادة 82، والمادة 95.  
<sup>6</sup> الكشور، محمد، التبعية معيار للتمييز بين عقد الشغل وعقد المقاول: قراءة في قراراتين للمجلس الأعلى، مجلة المناهج القانونية، المغرب، ع 6، 5، 2004، ص 157.

وفيما يخص استناد المحكمة إلى أن المدعي لم يكن يلتزم بساعة دوام محددة لبدء العمل وانتهائه، أو التزام بساعات محددة للعمل؛ فقد قضت محكمة النقض الفلسطينية<sup>7</sup> ومحكمة التمييز الأردنية<sup>8</sup> بأن من مظاهر علاقة التبعية؛ تحديد رب العمل أوقات بدء العمل وانتهائه.

ونستنتج من هذا الاجتهاد القضائي أن هذه المسائل مما قد يدل على التبعية، لكننا لا نفهم أنها شرط لازم لاعتبار العقد عقد عمل، بمعنى أنها قرائن قد تثبت أو تنتفي، ولا يمكن الاكتفاء بها؛ إنما تعتبر من جملة عناصر أخرى. خاصة إذ ما علمنا أن العمل على أساس القطعة قد لا يقترن باشتراط ساعات عمل محددة، إذ قد تتغير ساعات العمل بحسب الوقت المستغرق في إنجاز القطع؛ مما يستتبع أيضا أن أوقات انتهاء الدوام على سبيل المثال؛ لا تكون موحدة، إذ قد ينتهي دوام العامل بالقطعة حين ينجز عمله دونما التزام بساعة محددة. ولذلك لا تبدو مسألة أوقات الدوام وساعاته دليلا حاسما على التبعية من عدمها.

ويؤيدنا في هذا الصدد؛ ما قضت به محكمة النقض الفلسطينية بأن الإشراف في عقد العمل؛ لا يعني ضرورة الانتظام في العمل والتفرغ، وذلك بقولها "ولما كان ما قضى به الحكم الطعين وحمل أسبابه عليه إنما يعد تزييدا على أحكام قانون العمل والتي لم تفرض تلك الأحكام ولم تقرر أن يكون العامل منتظما في العمل وأن يتفرغ لصاحب العمل ويحظر عليه القيام بأي نشاط آخر... وعليه وحيث إن ما خلصت إليه المحكمة مصدرة الحكم الطعين بأن الطاعن مستثنى من أحكام قانون العمل نظرا لأنه لم يكن يعمل بصورة منتظمة ودائمة لدى المطعون ضده يكون مخالفا لأحكام قانون العمل"<sup>9</sup>.

فالانتظام في العمل؛ الذي يحمل معنى الدوام في ساعة محددة والانتها في ساعة محددة؛ ليس إذن شرطا في عقد العمل.

وفيما يخص استناد المحكمة إلى أن العامل يستعمل عدته الخاصة؛ فلم نجد ما يشترط قانونا أن يستخدم العامل أدوات وعدة صاحب العمل، بل إن ما ورد في نص المادة (43) من أنه "يلزم صاحب العمل برد ما أودعه العامل لديه من أوراق أو شهادات أو أدوات، كما ويلزم العامل بإعادة ما بحوزته من عهدة إلى

<sup>7</sup> حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، نقض حقوق، رقم 320 / 2016، بتاريخ 12 / 11 / 2018، منشور على موقع مقام. وانظر جابر، صالح محمود صالح وأبو العز، علي محمد أحمد، التكييف الفقهي لعقد العمل، دراسات - علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية - عمادة البحث العلمي، الأردن، مج38، ع2، 2011، ص 489.

<sup>8</sup> محكمة التمييز الأردنية، رقم 3463 / 2021، بتاريخ 04 / 08 / 2021، منشور على موقع قرارك. وانظر محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، تمييز حقوق، رقم 2596 / 2021، بتاريخ 25 / 07 / 2021، منشور على موقع قرارك.

<sup>9</sup> محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، نقض حقوق، رقم 660 / 2019، بتاريخ 25 / 7 / 2021، منشور على موقع مقام.

صاحب العمل"؛ دليل على أن العامل قد يستخدم أدوات خاصة به يعهد بها إلى رب العمل، فلا يمكن الاستناد إلى هذا التبرير دليلاً على عقد المقاولة.

وكذلك؛ فإن استناد محكمة النقض على أن المدعي كان يترك العمل أو يتغيب كما يرغب، فإن هذه الأمور ليست دليلاً واضحاً على عدم توفر التبعية؛ فإن التغيب عن العمل أو المغادرة منه دونما تقييد؛ هي مسائل خاضعة للاتفاق، بمعنى أن المشرع حينما خول رب العمل حق إنهاء العمل عند تغيب العامل حسب نص المادة (40/4)<sup>10</sup>؛ إنما أخضع ذلك لرغبة رب العمل، ولا يعني ضرورة إنهاء عمل العامل، فذلك يرجع إلى محض إرادة رب العمل.

وفيما يتعلق باستناد محكمة النقض على أن المدعي لم يكن يوقع على سجلات الحضور والغياب؛ فإن هذا أيضاً لا يقطع بعدم توفر التبعية، لأن التوقيع على سجل الحضور والغياب ليس شرطاً لازماً في عقود العمل؛ إنما هو إجراء إداري خاص بكل منشأة، قد تعتمد وقد لا تعتمد. وأنه إذا كان معتمداً في منشأة ما؛ ولم يوقع عليه العامل؛ فإن ذلك قد يخول رب العمل إيقاع جزاءات تأديبية؛ ولا يقطع بعدم حضور المدعي للعمل.

وإن استناد المحكمة على أن المدعي لم يقدم أي طلب إجازة؛ فهذا حقيقة سند ضعيف، لأن استخدام الإجازات في قانون العمل حق للعامل؛ قد يأخذ به أو لا يأخذ، ولم يثبت من أقوال الشهود أن المدعي كان محروماً من هذا الحق.

كما أن المحكمة اعتبرت أن الشهادة التي أخذت بها محكمة استئناف رام الله بشأن الإشراف لا تدل على توفر التبعية، مستندة إلى أن الشاهد قد حصر شهادته في التوجيه "لنوعية العمل المطلوب"، وأن الشهادة التي استندت إليها بخصوص "أن من يتغيب من العمال يطلب منه عدم العوده"، و"لا يقبل من العامل إحضار عمال لمساعدته"؛ قد كانت أقوالاً مطلقة غير منصبة على حالة المدعي.

والحقيقة أن هذه الاستدلالات وإن كانت خاضعة لتقدير محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها؛ إلا أن شرط ذلك أن يكون الاستدلال سائغاً، وله أصل في أوراق الدعوى. وعليه؛ وحيث إن عنصر التبعية عنصر حاسم يجب أن توضح محكمة الموضوع دلائل استظهاره؛ فإن قول المحكمة بأن توجيه رب العمل المدعي لنوعية العمل، وأن ما ورد بأنه كان يطلب من الذي يتغيب عدم العوده؛ هي أقوال مطلقة غير منصبة على حالة المدعي؛ غير سديد؛ لأن أقوال رب العمل يفترض أن تؤخذ على الإطلاق والعموم، بمعنى أنها

<sup>10</sup> "تغيبه دون عذر مقبول أكثر من سبعة أيام متتالية، أو أكثر من خمسة عشر يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة، على أن يكون قد أنذر كتابياً بعد غياب ثلاثة أيام في الحالة الأولى أو عشرة أيام في الحالة الثانية".

تسري على جميع العاملين، بما فيهم المدعي وأنه كان يريد بهذه العبارات إشعار العاملين بسلطته، ورقابته عليهم. وإن عدم اتخاذه إجراء تأديبيا بحق المدعي فرضا في حال التغيب؛ لا يعني بالضرورة أن التبعية غير متوفرة؛ فكما قلنا فإن إيقاع الجزاء هو محض سلطة لرب العمل يمارسها أو لا.

وأخيرا فإن استناد المحكمة إلى أن الشركة وإن قامت بمعالجة المدعي وقت إصابته أو أنه يبيت لدى الجهة المدعى عليها، لا تتم عن التزام العامل بالتقيد بأوامر رب العمل بل قدمت لصالحه؛ فالحقيقة أن افتراض القيام بذلك لصالح العامل دونما علاقة تبعية؛ هو قول يبتعد عن منطق الأمور، حيث إن من معاني التبعية؛ أنه لما كان العامل يضع نفسه في خدمة رب العمل ويلتزم بتعليماته، فإن المقابل لذلك أن رب العمل يلتزم تجاه العامل بالتزامات التكفل بمصاريف علاج العامل، وكذلك تعويضه عن إصابة العمل، وذلك بنص قانون العمل الفلسطيني<sup>11</sup>. وأن بيئات المدعي لدى رب العمل؛ إنما هو أحد الدلائل على أن رب العمل يعامله معاملة العامل، ويشعر بأن العامل يتبع له؛ ما يدفعه لأن يوفر له مبيتا، وهو الجاري عرفا؛ أن بعض أرباب العمل يوفران للعمال مبيتا، في حين لا يتوافر ذلك غالبا في عقود المقولة.

وخالصة ما سبق؛ أن محكمة النقض جانبت الصواب حين قطعت بعدم توفر التبعية في العقد، حسبما بيناه تفصيلا، وأنها لم تعتبر المدعي عاملا سندا لذلك.

وأكثر من ذلك؛ كان حريا بالمحكمة الموقرة إذا رأت عدم توفر التبعية؛ أن تقضي بأن العقد ليس عقد عمل، فهذا لا خلاف فيه. لكن الإشكال هو أن تعتمد على عدم توفر التبعية للقول بأن العقد مقولة. ذلك أن عقد المقولة حسبما نعتقد ليس بالضرورة أن يكون خاليا من التبعية، فقد تتوفر فيه- كما سنوضح-، ولذلك ينبغي أن توضح المحكمة أن العقد مقولة سندا لتوفر عناصرها بذاتها، لا بالاستناد إلى أنه ما دام ليس عقد عمل؛ فهو عقد مقولة.

ورغم أن العديد من الاجتهادات القضائية<sup>12</sup> والآراء الفقهية تعتبر أن معيار التمييز بين العقدين هو عنصر التبعية، إلا أن ما يؤيد رأينا بخصوص إمكانية توافر التبعية في عقد المقولة ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بأنه "يتضح أن ما يفرق عقد العمل عن عقد المقولة هو عنصراً التبعية والإشراف إذ إن لصاحب العمل حق الإدارة والإشراف على العامل كأن يحدد له ساعات العمل ومكانه ويفرض عليه نظاماً في تنفيذه

<sup>11</sup> المواد (117-120).

<sup>12</sup> قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه "وحيث إن كلا العقدين يردان على عنصر العمل إلا أنه ما يميزهما هو أن عنصر التبعية غير موجود في عقد المقولة بينما يقوم العامل بأداء عمله تحت إشراف ورقابة صاحب العمل ويكون تابعاً له لقاء أجر". محكمة التمييز الأردنية، رقم 3462 / 2021 ، بتاريخ 03 / 08 / 2021، منشور على موقع قرارك. وانظر محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، رقم 3470 / 2021، بتاريخ 27 / 07 / 2021، منشور على موقع قرارك.

ويوقع عليه جزاءات تأديبية إذا خالف ما يفرضه صاحب العمل عليه ولا توجد مثل هذه التبعية في عقد المقاول حتى ولو قام صاحب العمل بإصدار تعليمات محددة بالنسبة لتنفيذ العمل وكيفية إخراجها مع ذلك فإن المقاول يبقى مستقلاً وحرراً في إدارة العمل المنوط به وبالاستقلال عن إدارة صاحب العمل<sup>13</sup>.

فاعتبرت المحكمة أن عقد المقاول قد يتضمن إصدار تعليمات بصدد تنفيذ العمل؛ إنما التفريق إذن يظل في مسألة الاستقلالية التي يتمتع بها المقاول خلاف العامل، إلا أنها لم توضح طبيعة هذه الاستقلالية، ما دام المقاول يخضع للإشراف والتوجيه.

وبناء عليه؛ في الحالة التي يكون ثمة تبعية في عقد المقاول متمثلة في الإشراف؛ فإن مضمونه يكون مختلفاً عن مفهوم الإشراف والرقابة في عقد العمل.

فمن معايير التمييز في طبيعة الإشراف بين العقدين؛ أن الإشراف والرقابة قد توجد في المقاول، لكنها تختلف عنها في العمل من حيث أنها في المقاول؛ رقابة وإشراف على النتيجة، لا على طريقة وسير العمل<sup>14</sup>. في حين إن الإشراف والرقابة في عقد العمل إشراف على تنفيذ العمل وسيره وطبيعته وصولاً إلى نتيجته.

ويمكن الاستدلال على اختلاف طبيعة الإدارة والإشراف والرقابة بين العقدين أيضاً من خلال سؤال هام: هل إن المتعاقد أثناء عمله كان يتبادر إلى ذهنه أنه سيقع عليه جزاء إذا هو لم يلتزم بتعليمات وتوجيهات رب العمل، فإن كان الجواب نعم فهو أقرب إلى عقد العمل، أما إذا كان الجواب لا، فهو أقرب إلى المقاول.

وكذلك قد يستدل على التبعية فيما يخص الجزاءات؛ بطبيعة العمل ذاته، هل إنه يحتمل الجزاءات الواردة في قانون العمل، أم إنه يصعب تخيل ذلك، مثل المتعاقد المكلف ببناء بئر مثلاً. إذ يمكن القول إنه يصعب تصور إيقاع تلك الجزاءات التي نص عليها قانون العمل، كالإنذار، والخصم من الراتب، وغيرها<sup>15</sup>.

خلاصة لما سبق؛ نعتقد أن محكمة النقض الموقرة قد جانبت الصواب حين قضت بقبول الطعن موضوعاً؛ بالاستناد إلى أن العلاقة في الدعوى هي علاقة مقاول؛ وليست علاقة عمل، إذ نرى أن ما استدلت به المحكمة

<sup>13</sup> محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، رقم 906 / 2021، بتاريخ 18 / 3 / 2021، منشور على موقع قرارك.  
<sup>14</sup> فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه "وبخصوص عنصر التبعية يجب توخي الدقة بأن التبعية قد تطور مفهومها بحيث أصبحت تشمل التبعية التنظيمية ولو لم تتوافر التبعية الفنية فرقابة صاحب العمل في عقد المقاول تتعلق بنتيجة العمل وليس بأدائه ذاته أما في عقد العمل فإن صاحب العمل يستطيع أن يفرض على العامل طريقة أداء العمل ويعطيه كافة التوجيهات". محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، رقم 1131 / 2021، بتاريخ 17 / 3 / 2021، منشور على موقع قرارك. وانظر محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، رقم 107 / 2021، بتاريخ 15 / 2 / 2021، منشور على موقع قرارك. وانظر محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق، رقم 133 / 2021، بتاريخ 25 / 3 / 2021، منشور على موقع قرارك.  
<sup>15</sup> المواد (83، 84، 3/40، 5/40).

الموقرة من أسباب؛ لم يكن قاطعا بتوفر علاقة المقابلة، وانتفاء علاقة العمل، وأنه حسب ما ورد من وقائع قانونية في الدعوى؛ نعتقد أن العلاقة هي علاقة عمل، وأنه كان يجدر بالمحكمة الموقرة رد الطعن موضوعا.

