



PROFESSEURE AGRÉGÉE DE DROIT PRIVÉ
ET SCIENCES CRIMINELLES
DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

الرقابة القضائية على عقود الشغل محدّدة المدّة

سناء سويسي

أستاذة محاضرة بكلية الحقوق والعلوم
السياسية بتونس

ما فتئت عقود الشغل تعرف تطورا مطردا من حيث شكلها ، في ظل إطار اقتصادي متغير سمته الأساسية احتداد المنافسة بين المؤسسات الاقتصادية ، ببروز أشكال جديدة تنافس عقد الشغل غير محددة المدة كشكل تقليدي ونموذجي يؤطر عادة العلاقات الشغلية . ولعل أهم هذه الأشكال على الإطلاق هي عقود الشغل محددة المدة، التي طالما شكّلت أحد أهم الآليات استجابة لمقتضيات مرونة التصرف في اليد العاملة كهدف ينشده أصحاب المؤسسات.

ولقد صاحب تكاثف اللجوء إلى أشكال العمل العرضي والوقتي تدخلا تشريعيا بموجب تنقيح مجلة الشغل بتاريخ 15 جويلية 1996 ، اتّحه بمقتضاه المشرّع نحو تقنينها وترشيد استعمالها ، وذلك بغاية التوفيق بين المقتضيات الاجتماعية المتعلقة بحماية العمال والمقتضيات الاقتصادية للمؤسسة كخلية إنتاج¹.

وينصهر هذا التدخل في إطار ضرورة رسم الحدود الفاصلة بين صنفى العقدين لما له من أهمية قصوى في التأثير على حقوق العملة ، خاصة أنّ المشرّع قد أقرّ بمبدأ حرية اختيار صنف العقد جاعلا كل من العقدين محدد المدة وغير محدد المدة على قدم المساواة دون تفضيل لأحدهما على الآخر ، طبقا لأحكام الفصل 6-2 م.ش.².

ويجد التمييز بين العقود معينة المدة والعقود غير معينة المدة أهميته بالنظر لاستقرارية العمل ووضعية الأجير. فإذا كان الأجير منتدبا بموجب عقد معين المدة فإنه يتمتع بالاستقرار في موطن عامله بصفته عاملا قارًا، لا يمكن معه للمؤجر إنهاء عقد شغله إلا باحترام مجموعة القواعد الموضوعية والإجرائية المشترطة في الطرد ، وإلا فإنه يحقّ له المطالبة بالتعويض عن الطرد التعسفي ، فضلا عن حقّه في منحة الإعلام بالطرد ومكافأة نهاية الخدمة ، أمّا إذا كان مرتبطا بعقد معين المدة فإنه لا يكتسب صفة العامل القارّ ، ليظلّ مهدّدًا بفقدان عمله بمجرد انتهاء مدة العقد وعدم تجديده أو انتهاء العمل المتعين إنجازَه³، فلا يحقّ له المطالبة بتطبيق القواعد الموضوعية والاجرائية المنطبقة على الطرد ، ولا ينتفع بقواعد التعويض المتعلقة بالإنهاء التعسفي لعقد الشغل محدد المدة.

وتبرز أهمية التفرقة بين عقد الشغل محدد المدة وعقد الشغل غير محدد المدة أهمية التكيف المسند للعقد⁴ انطلاقا من النظام القانوني لكلا العقدين .

ويلعب القضاء في هذا المجال دورا هامًا بتدخله لممارسة سلطته الرقابية كلّما نشأ نزاع مناطه عقود الشغل محددة المدة، وهي أهمية تتضاعف أكثر في ظلّ ما وسم به التشريع من

النوري مزيد ، النظام القانوني لعقود الغل المبرمة لمدة معينة ، دراسات قانونية ، عدد 10 ، 2003 ، ص.9 وما بعدها.¹

النوري مزيد ، المقال السابق، ص. 13.²

الفصل 14 م.ش.³

المنجي طرشونة ، محكمة التعقيب وإعادة تكيف عقود الشغل المبرمة لمدة معينة، م.ق.ت.، عدد 9 ، 2009 ، ص.12.⁴

هناك في تنظيم هذا الصنف من العقود، حيث لم تخلو النصوص التشريعية من غموض في بعض الحالات وسكوت في البعض الآخر جعلت التدخل القضائي ضرورة لا مئاض منها.

ويتجه في هذا الإطار طرح تساؤل أساسي يتعلّق بمعرفة على ماذا تتسلّط الرقابة القضائية عند نشوب نزاعات محورها عقود شغل محدّد المدة ؟

يفيد جرد مختلف الأحكام والقرارات القضائية أن سلطة القاضي الرقابية تشمل كلّاً من مجال عقود الشغل محدّدة المدة (الجزء الأول) ومآلها (الجزء الثاني).

الرقابة القضائية على مجال عقود الشغل محدّدة المدة : I-

يشمل نطاق تدخّل القاضي في علاقة برقابته على مجال عقود الشغل محدّدة المدة لا فقط الحالات التي تبرم فيها أو بالأحرى موضوعها (أ) بل وأيضا شروطها (ب).

أ- الرقابة القضائية على موضوع العقد

يتميّز المشرّع صلب الفصل 4-6 من مجلّة الشغل بين صنفين من عقود الشغل محدّدة المدة : صنف أوّل نظّمه صلب الفقرة الأولى من الفصل المومأ إليه وهو صنف العقود الوقتية التي تبرّرها وضعية موضوعية مرتبطة بالطبيعة غير الدائمة للعمل الذي سينجزه الأجير أو الخطّة التي سيشغلها ، فينتهي العقد بانتهاء العمل المتعين إنجازها ، وصنف ثان نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 4-6 في فقرته الثانية ، وهو صنف العقود المبرم بإرادة الطرفين وليس بحكم طبيعة العمل ، طالما أنّ إبرامه يتم لمدة معينة أي بأجل ثابت بدون تبرير ذلك بسبب موضوعي يتعلّق بطبيعة العمل أو الخطّة التي سيشغلها الأجير، بحيث يجوز انتداب الأجير بصفة وقتية في موطن عمل قار بطبيعته⁵.

ولقد حدّد الفصل 1-4-6 م.ش. الحالات التي يجوز اللجوء فيها إلى العقود الوقتية بطبيعتها على سبيل الحصر. ويفيد التأمّل في هذه الحالات، أنّه رغم سعي المشرّع إلى حصر هذه الحالات إلّا أنّ ذلك لم يكن على درجة من الدقّة التي تغلق الباب أمام تحايل المؤجرين⁶ ، خاصّة أنّه لم يقع تحديد أجل أدنى كما لم يحدّد أجل أقصى يتصوّر معه انتهاء العمل الظرفي ، وهو ما قد يؤدّي استغراقها حسب تقدير المؤجر حيّزا زمنيا طويلا بهدف تجاوز امكانية انتداب المؤجر على أساس الاستخدام القار. ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى إفراغ الحصر من محتواه وإفقاذه كلّ جدوى.

النوري مزيد، النظام القانوني لعقود الشغل المبرمة لمدة معينة ، دراسات قانونية ، عدد 10، 2023 ، ص.9 وما يليها.⁵
⁶ حافظ العموري ، مدى مواكبة مجلّة الشغل للتطور الاقتصادي والاجتماعي من خلال إبرام وإنهاء العلاقات الشغلّية ، خمسية مجلّة الشغل، 2015 ، ص.11.

وعادة ما يتدخل القاضي الشغلي في هذا السياق بموجب سلطته التقديرية للتثبت من توفر الحالات التي أوردها المشرع ، حالة بحالة ، حيث يحظى "القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مدى ثبوت العلاقة الشغلية ومدى طبيعتها قارة أم مؤقتة ... وله القيام بجميع الأبحاث والاستقراءات التي يراها لازمة للوصول للحقيقة ..." كما ورد بالقرار التعقيبي عدد 74005 مؤرخ في 7 جانفي 2020⁷.

ويتحرى القاضي بذلك التطابق بين مضمون العقد مع الاختصاص الحقيقي للأجير ، فكلما ثبت عدم التطابق بينهما وتم تحرير عقد شغل محدد المدة على أن الأجير يمارس نشاطا ظرفيا في حين أنه يشتغل في موطن شغل قار في الحالات غير المنصوص عليها صلب الفصل 1-4-6 م.ش. رغبة من المؤجر في عدم تمتع الأجير بالتحول بعد مضي أربع سنوات ، يتم إعادة تكييف العقد ليتحول لعقد غير محدد المدة .

وقد اعتبرت محكمة التعقيب في هذا السياق أنه " لا يمكن اعتبار العامل... عاملا وقتيا طالما لا شيء بالملف يثبت أن انتدابه كان لتأدية أشغال عرضية أو موسمية طبقا لما اقتضته أحكام الفصل الأول من الاتفاقية المشتركة لصناعة مواد البناء"⁸

ولقد دأبت المحاكم على التحري في طبيعة العلاقة الشغلية ، فيكون إبرام عقد الشغل على معنى الفصل 1-4-6 رهين إثبات أحد حالات اللجوء إليها. وقد أقرت محكمة التعقيب بموجب ممارسة سلطتها الرقابية على تعليل قضاة الأصل بمناسبة نظرهم في صورة اللجوء إلى الأعمال الموسمية أنه " يمكن إبرام عقد الشغل لمدة معينة في حالة القيام بأعمال موسمية طبق الفصل 1-4-6 من م.ش. دون حاجة لكتب ، على أن تثبت الطبيعة الموسمية للأعمال موضوع العقد أو الطبيعة الموسمية لنشاط المؤسسة . طالما ثبت بموجب قرار من وزير الفلاحة توقف موسم صيد الأخطبوط خلال فترة من السنة فإن الأنشطة المرتبطة به تكتسي صبغة موسمية وكان على المحكمة التحري في طبيعة العلاقة الشغلية واسترسالها وبيان ذلك ضمن مستندات الحكم تفاديا لضعف التعليل الموجب للنقض"⁹

و لقد برز تشدد محكمة التعقيب في الرقابة على التحري في الصبغة الموسمية للعمل موضوع العقد في مناسبة أخرى ، و هي الصبغة التي تتحرّاه من الطبيعة العرضية للعمل. فإن توفرت فإن العقد يدخل تحت طائلة مقتضيات الفصل 1-4-6 م.ش. ، وإن تخلفت يصبح خاضعا لمقتضيات الفصل 2-4-6 م.ش. ، وهو ما يسمح بإعادة تكييفه لعقد شغل غير محدد المدة بناء على ثبوت الطبيعة القارة للنشاط الممارس وتجاوز مدة الأربع

غير منشور.⁷

قرار تعقيبي مدني عدد 67916 مؤرخ في 9 جويلية 1999 ، م.ق.ت. ، عدد 3 ، 2001 .⁸

قرار تعقيبي مدني عدد 28635 مؤرخ في 28 ديسمبر 2013 ، غير منشور.⁹

سنوات التي يفرضها المشرع في هذه الصورة طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 6-4 م.ش. . فأقرت لذلك أن " الصبغة الموسمية لعقد الشغل تستمد من الطبيعة الظرفية أو العرضية للأعمال المنجزة من الأجير وهو ما لا يتوفر في مهنة التدريس عموما بما لا يخضع معه وصف العلاقة الشغلية بالظرفية أو الموسمية إلى طبيعة النشاط موضوعها وإنما إلى إرادة الطرفين في تجديد مدة العقد عند ضبطهما لشروطها والتي قيدها المشرع بأربع سنوات يكتسي بانقضائها العامل صفة الأجير القار، وهو ما ينطبق على العقد الرابط بين الطرفين باعتباره نص على امتداد العمل بمقتضاه على كامل السنة الدراسية التي تحتل عشرة أشهر من اثني عشرة أشهر بما ينفي عنه أي صبغة ظرفية أو موسمية سواء بمقتضى طبيعة النشاط أو بمقتضى الأعمال المطلوب إنجازها من الأجير"¹⁰.

و يكون القاضي بناء على ذلك غير مقيد بالوصف الذي يعطيه الطرفان للعقد . فالقاضي له إمكانية إعادة تكييف العقد بأنه غير محدد المدة رغم أن العقد الرابط بين الطرفين ينص على أنه عقد مؤقت ، طالما توفرت القرائن الدالة على ذلك، وهو ما أصدرت به صراحة محكمة التعقيب لتزيح عقد الشغل المعنون "بعقد شغل مؤقت" بناء على وثيقة كشف الحساب الفردي للأجير لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والتي أثبتت استمرار الأجير في موطن عمله لمدة تفوق الأربع سنوات بدون انقطاع بما يفند الطابع العرضي للعمل موضوع العقد ، حيث أقرت في قرارها عدد 74005 مؤرخ في 7 جانفي 2002 أن " تكييف الأطراف المتداعية للعلاقة الشغلية لا يلزم القاضي بل عليه تقدير طبيعة العلاقة بناء على ما توفر لديه من أدلة وحجج وتكييفها التكييف الصحيح بناء على النصوص القانونية المنطبقة . إن المحكمة التي اعتبرت أن العلاقة الشغلية الرابطة بين طرفي التداعي علاقة شغلية غير محددة المدة بناء على ثبوت استمرارها لمدة تزيد عن الأربع سنوات دون انقطاع حسب ما ثبت من كشف الحساب الفردي للأجير لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي المحتج به متجاوزة بذلك ما عنون به عقد الشغل من كونه عقد شغل مؤقت تكون قد أحسنت تطبيق القانون " .

ولا تنسحب الرقابة القضائية فقط على موضوع العقد بل أيضا مضمونه.

ب- الرقابة القضائية على مضمون العقد

يمكن لكلا طرفي العلاقة الشغلية الاتفاق على إثراء مضمون عقد الشغل محدد المدة بعدد من البنود الخاصة ما لم تكن مخلة بالنظام العام وبالأحكام الأمرة المنظمة لذلك العقد. وغالبا ما يقع اللجوء لهذه البنود قصد الاستجابة لاحتياجات المؤسسة من المرونة المطلوبة تدعيما

لقدرتها التنافسية¹¹. وتتجسّد هذه المرونة عبر عديد الآليات لعلّ أكثرها استعمالاً فترة التجربة.

ولقد مثّلت مدى شرعية إدراج فترة تجربة صلب عقد الشغل محدّد المدّة محلاً للتدخل القضائي ، في ظلّ قصور النصوص التشريعية عن ضبط نظام قانوني متكامل يشمل كافة صور فترة التجربة في مختلف عقود الشغل ، وتحديدًا بحكم التزامها الصمت عن تنظيم هذه الفترة في صنف عقود الشغل محدّدة المدّة.

لم يكن موقف فقه القضاء موحدًا حول هذه المسألة نتيجة التجاذب بين توجّهين رئيسيين : توجّه أول يستبعد جواز إدراج فترة التجربة في عقود الشغل محدّدة المدّة وتوجّه ثان يجيز في المقابل ذلك ويبيحه ، ممّا أفرز تضارب وتذبذبًا على مستوى الاجتهادات القضائية.

1- التوجّه الأول : عدم جواز إدراج فترة تجربة صلب عقود الشغل محدّدة المدّة:

لم تتردّد محكمة التعقيب في مناسبة أولى وتحديدًا في قرارها عدد 22518 مؤرّخ في 27 جانفي 2003¹² في التصريح بأنّ " العامل الوقتي ، سواء المحدّد بزمان أو بأشغال ، لا يمكن إخضاعه لفترة تجربة ، وأنّ إنهاء العلاقة قبل حلول الأجل أو انتهاء الأشغال بدون سبب جدّي وحقيقي يوجب التعويض عن المدّة المتبقية من العقد ممّا لا جدال معه للتمسك بكون الطرد وقع أثناء فترة التجربة المتفق عليها " ، وهو نفس الموقف الذي أكّدته صلب قرارها الحديث عدد 44280 مؤرّخ في 28 أكتوبر 2022¹³ قولا أنّ " العامل الواقع انتدابه كعامل وقتي لا يمكن إخضاعه لفترة تجربة طالما أنّ مدّة تعاقدّه محدّدة وتنتهي العلاقة الشغلية بانتهائها " .

وعادة ما تستند محكمة التعقيب في رفضها لتضمين فترة تجربة في هذا الصنف من العقود على أسانيد قانونية وأخرى منطقية .

فأمّا بالنسبة للحجج القانونية فإنّه عادة ما يقع الارتكاز على تعارض إخضاع الأجير لفترة تجربة مع الإرادة التشريعية عموماً وإرادة الأطراف الاجتماعية خصوصاً، ذلك أنّ مختلف النصوص التي تناولت فترة التجربة صلب مجلّة الشغل تربط بين هذه الفترة وصنف عقود الشغل غير محدّدة المدّة ، وهو ما يفيد تعلّقها بهذا الصنف من العقود دون سواها (مثلاً الفصل 6-3 م.ش.) . كما أنّ أحكام الفصلين 2 و 10 من الاتفاقية المشتركة الاطارية يفيدان أنّ فترة التجربة لا يمكن أن تنطبق إلّا على العمّال القاريين ، ذلك أنّ الفصل 2 إ.م.إ. المتعلّق بتحديد مجال التطبيق المهني والشخصي للاتفاقية يؤكّد بوضوح في مبدأه أنّ مجال

شيراز بالي قوبعة ، فترة التجربة في عقد الشغل على ضوء قرارات محكمة التعقيب ، م. ق. ب. ، عدد 6 ، 2009 ، ص. 73. 11.

المجلة التونسية للقانون الاجتماعي ، عدد 9 ، 2004 ، ص. 110 مع تعليق حافظ العموري. 12.

غير منشور. 13.

الاتفاقية يقتصر فقط على " العلاقات التي تربط بين العمّال القارين دون سواهم"، وحتى الاستثناءات الواردة بالفصل التي وسّعت من مجال انطباق الاتفاقية وسحبته على العمّال الوقتيين في بعض المجالات لم تشمل فترة التجربة التي استثناءها المشرع من مجال تطبيق الاتفاقية ، وهو ما يحيل صراحة إلى نتيجة واحدة وهي عدم إخضاع الأجراء غير القارين لفترة التجربة ، وإخراجهم من مجال تطبيق الفصل 10 من ذات الاتفاقية المتعلّق بمدّتها. وقد أكّدت محكمة التعقيب على هذا المنحى صلب قرار 2022 بقولها أنّ "فترة التجربة يخضع لها العملة القارّون حسب نصّ الاتفاقية الاطارية المشتركة في الفصولين 2 و10 منها ، في حين أنّ العامل الواقع انتدابه لمدة محدّدة كعامل وقتي عرضي لا يمكن إخضاعه لفترة تجربة...".

أمّا في خصوص الأسانيد المنطقية يبدو أنّ محكمة التعقيب تحتجّ بالتناظر القائم بين الطبيعة الوقتية لعقد الشغل محدّد المدّة و فترة التجربة بما يجعل هذا البند غير ذي جدوى، ذلك أنّ فترة التجربة تهدف مبدئيّا إلى ترسيم العامل ، إضافة إلى ما تتميز به من حرية كلّ طرف في إنهاء العقد دون إعلام مسبق أو تعويض ، وهو ما يتناقض تماما مع عقد الشغل محدّد المدّة الذي لا يتّجه إلى ترسيم العامل كما أنّه لا ينتهي إلّا بانتهاء أجله الثابت أو غير الثابت . ولا مجال بالتالي للتنصيص على فترة تجربة صلب عقود الشغل محدّد المدّة .

ويجد هذا التوجّه القضائي له صدى في بعض المواقف الفقهية التي تؤيّد ، خاصّة مع ارتكازها على فكرة النظام العامّ واعتبار أنّ إخضاع الأجير لفترة تجربة يتعارض مع النظام العامّ ، لتعلّق الأحكام المتّصلة بهذه الفترة بالنظام العامّ الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه¹⁴.

2-توجّه ثان : جواز إدراج فترة تجربة صلب عقود الشغل محدّد المدّة:

عارضت محكمة التعقيب في بعض قراراتها المتلاحقة ما اعتمدته التوجّه الأول من استبعاد لفترة التجربة في عقد الشغل محدّد المدّة ، متمسّكة بإباحة إدراجها في هذا الصنف من العقود. ولقد مثّل قرارها عدد 6560 مؤرّخ في 9 جانفي 2006 منطلقا لهذا التوجّه ، وذلك استنادا على حجة أساسية تقوم على غياب نصّ قانوني يمنع فترة التجربة في عقد الشغل محدّد المدّة ، ، وبذلك فإنّه لا مانع قانونا من أن يتفق الطرفان على المرور بفترة اختبار يقع التنصيص عليها. و ترتيبا على ذلك تحتجّ عادة محكمة التعقيب في موقفها هذا بمبدأ الحرية التعاقدية باعتبار أنّ العقد شريعة المتعاقدين ، وكذلك على أحكام الفصل 18 م.ش. الذي يقتضي أنّه "تستنتج مدّة الاختبار في كلّ عقد شغل من الاتفاقيات المشتركة ومن العرف والقانون" ، مستنتجة أنّ عبارة الصياغة العامة لعبارة "كلّ عقد شغل" في الفصل

يراجع حافظ العموري، المقال السابق، ص. 141. 14.

18 تشمل كلّ من عقد الشغل محدّد المدّة أو غير محدّد المدّة ، طالما أنّه إذا جاءت عبارة النصّ مطلقة جرت على إطلاقها¹⁵ . وتباعا فإنّه لا مجال لإهدار إرادة المتعاقدين التي ثبت اتجاهها إلى إدراج فترة تجربة صلب العقد¹⁶.

ولقد أكّدت محكمة التعقيب هذا التوجّه في قرار ثان عدد 28806 مؤرّخ في 8 فيفري 2016 على أساس أنّه "وحيث ولئن لم يمنع القانون إدراج فترة تجربة في عقود الشغل محدّدة المدّة...".

ويبدو أنّ هذا التوجّه هو الحريّ بالتأييد . فرغم انسجام الموقف الأوّل مع خصوصيّة عقد الشغل محدّد المدّة إلّا أنّه يظلّ مفتقدا للسند القانوني الصلب. في المقابل يبرز الموقف الثاني أكثر تماسكا وتمسّكا بقواعد التأوّل المنطبقة عند سكوت النصّ¹⁷. فتطبيقا للقاعدة الأصولية أنّ الأصل في الأمور الإباحة والمنع مجرّد استثناء يستوجب التنصيص عليه صراحة يمكن القول أنّه طالما لم يمنع المشرع صراحة فترة التجربة في عقود الشغل محدّدة المدّة، فإنّ الجواز هو الحلّ . ثمّ إنّ سكوت المشرّع عن تنظيم مسألة قانونية لا يعني منعه لها ، والتعرض لفترة التجربة في إطار عقود الشغل غير محدّدة المدّة لا يعني حتما انصراف نيّة المشرّع إلى تحجير الاتفاق على هذا الشرط في العقود محدّدة المدّة، وهو ما يخوّل للإرادة التعاقدية تجاوز الفراغ القانوني في هذه المسألة والاتفاق على تضمين فترة تجربة بالعقد.

على أنّ هذا الاتفاق لا يمكن أن يكون مطلقا بالنسبة لمدّة التجربة ، التي عادة ما تخضعها المحكمة لتقديرها . وقد ذهبت محكمة التعقيب في هذا السياق إلى تسليط رقابتها على مسألة إدراج فترة تجربة عند كلّ تجديد لعقد الشغل محدّد المدّة ، فاعتبرت في تصدّد لتحايّل المؤجّر في هذا المجال في قرارها لسنة 2016 أنّه " لئن لم يمنع القانون إدراج فترة تجربة في عقود الشغل محدّدة المدّة ، فإنّه لا يجوز إدراج فترة تجربة عند تجديد عقود الشغل محدّدة المدّة".

ويبدو أنّ المحكمة اتّجهت للأخذ بمبدأ التناسب ، وهو مبدأ أساسي يفترض اعتماده في مراقبة مدّة فترة التجربة في صنف العقود غير معينة المدّة ، باعتبار أنّ إرادة الأطراف

الفصل 533 م.أ.ع.15

¹⁶ شيراز بالي قوبعة ، المقال السابق، ص.82 .

سواء سويسسي ، فترة التجربة في عقود الشغل محدّدة المدّة : ولا يزال الحلّ قيد التجربة... تعليق على القرار التعقيبي المدني عدد 44280 مؤرخ في 28 أكتوبر 2022 ، مداخل في ملتقى اجتهادات فقه القضاء 9 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، فيفري 2024 ، ¹⁷

يشترط فيها أن تتقيّد بوضع مدّة معقولة تتماشى والمدة الجمليّة للتعاقد ، وتبقى خاضعة لرقابة القاضي الشغلي للتأكد من مدى تلاؤمها ومدّة العقد¹⁸.

ولم يكن التضارب الذي اتّسم به فقه القضاء بمناسبة الرقابة المسطرة على مدى جواز إدراج فترة التجربة في عقد الشغل محدّد المدّة ، ليخفي ما ميّزه من تشدّد يرمي إلى حماية مصلحة الأجير في مواجهة للمرونة التي يتصف بها هذا العقد ، وهو تشدّد يبرز أكثر بمناسبة الرقابة على مآل هذا الصنف من العقود نتيجة إمكان انقلابه إلى عقد شغل غير معيّن المدّة.

-الرقابة القضائية على مآل عقود الشغل محدّدة المدّة : II

يمثّل تحوّل عقود الشغل محدّدة المدّة إلى عقود غير محدّدة المدّة منطاً لرقابة القضاء . وعادة ما تتحقّق إعادة التكييف كجزء لهذا الصنف من العقود بحكم ثبوت استيفاء العقود محدّدة المدّة للشرط الموضوعي المحدّد صلب الفصل 6 رابعا فقرة ثانية (أ) ، وثبوت الإخلال بالشرط الشكلي المنصوص عليه قانوناً بذات الفصل (ب).

-الرقابة القضائية على استيفاء الشرط الموضوعي:

يمثّل الشرط الزمني المنصوص عليه بالفصل 6 رابعا فقرة ثانية منطاً للرقابة القضائية لأهميّة استيفائه في تحديد مآل عقود الشغل محدّدة المدّة وتحوّلها لعقود غير محدّدة المدّة. فقد اشترط المشرّع تحديد مدّة قصوى للعقد بأربع سنوات ، بما في ذلك التجديدات ، بحيث لا يتسنى للمؤجّر الاستفادة من خدمات الأجير بعد هذه المدّة إلا على أساس الاستخدام القار ودون المرور بفترة تجربة، ليكتسب بذلك الأجير صفة العامل القار بقوة القانون.

ولقد أفرز التطبيق نوعين من الوضعيّات : إبرام عقد واحد يتجاوز المدّة القانونيّة القصوى أو عقود متلاحقة تتجاوز بدورها السقف الزمني المحدّد ، مثّلنا محلّ نظر القضاء.

1-رقابة قضائيّة على تجاوز العقد الواحد للمدّة القانونيّة القصوى :

قد ينشأ نزاع بين الأجير والمؤجّر بمناسبة إبرام عقد واحد تفوق مدّته الأربع سنوات ، وهو ما طرح إشكالا يتعلّق بمعرفة ما إذا كان هذا العقد مبرما لمدّة معينة ينتهي بانتهاء المدّة المتفق عليها طبقا لمقتضيات الفصل 14 م.ش. ، أم لمدّة غير معيّنة طبقا للفقرة الثانية من الفصل 6-4-2 م.ش.؟

محمد بن لطيف ، بند التجربة في عقد الشغل، إشكالات في قانون الشغل، الجزء الأول، جمعية الحقوقيين بصفاقس ، مجمع الأطرش، 2018 ¹⁸ ،ص. 30.

أجابت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة في عدد من المناسبات عن هذا الإشكال باعتماد الحلّ الثاني في إعادة لتكييف العقد ، معتبرة أنّ العقد الواحد الذي أبرم لمدة تتجاوز أربع سنوات هو عقد غير معيّن المدة خاصّة أنّ النظام القانوني للعقود المبرمة لمدة معينة يتصل بالنظام العامّ ، وهو ما صرّحت به في قرارها عدد 5216 مؤرّخ في 26 جانفي 2006 بالقول أنّه "لم يرتّب المشرّع على تجاوز العقد المحدّد المدة السقف الزمني المسموح به قانونا البطلان وإنما وضع له جزء آخر لغايات اجتماعيّة واضحة هي صيرورة الأجير عاملا قارا ومنتدبا لمدة غير محدّدة بمجرد تجاوز تلك المدة وبقائه مستخدما أو إعادة انتدابه لدى نفس المؤجّر" ¹⁹

كما اعتمدت نفس الحلّ أيضا في قرارها عدد 3736 مؤرّخ في 30 نوفمبر 2006 معتبرة "إنّ القواعد التنظيميّة لعقد الشغل وبيان ضوابطه ونطاقه تتعلّق بالنظام العامّ وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلافها ، إلّا أنّ المشرّع لم يرتّب على تجاوز العقد المحدّد المدة السقف الزمني المسموح به البطلان وإنما جعله ينقلب إلى عقد غير محدّد المدة" ²⁰ .

والواضح أنّ محكمة التعقيب بهذا المعنى تتمسكّ بعدم بقاء الأجير عاملا غير قار أكثر من أربع سنوات وأن يكون عاملا قارا بمجرد الاتفاق على أنّ المدة تفوق الأربع سنوات تحقيقا لغاية المشرّع . ولقد تعرّض هذا الموقف للنقد من جانب الفقه على أساس أنّه يفترض أن لا ينقلب العقد الذي تجاوزت مدّته المدة القانونيّة القصوى إلى عقد غير معيّن المدة إلّا بعد استكمال هذه المدة ، وكان من الأحرى اعتبار العقد المبرم لمدة تتجاوز المدة القانونيّة القصوى عقدا لمدة غير معيّنة مقترنا بشرط عدم إنتهائه من جانب واحد لمدة معيّنة ²¹ .

2- رقابة قضائيّة على تجاوز العقود المتتالية للمدة القانونيّة القصوى:

خوّل المشرّع للمؤجّر إبرام عقود شغل لفترة زمنيّة معيّنة وتجديد هذا العقد إمّا لنفس المدة أو لمدة مغايرة على أن لا تتجاوز المدة الجمليّة للعقود المتجدّدة أربع سنوات وإلّا تصبح العلاقة الشغلّيّة لمدة غير معيّنة ويصبح الأجير قارا بقوة القانون طبقا لأحكام الفصل 4-6-2 م.ش.

ويبدو أنّ عبارة " بما في ذلك تجديده " الواردة بالنصّ قد أثارت عديد الصعوبات القانونيّة على مستوى التطبيق . ولقد كان للتدخّل القضائي في عديد الحالات، ببسط رقابته على شرط المدة ، دورا في استجلاء بعض الغموض الذي يلفّ النصّ التشريعي في علاقة بالتجديد الصريح أو الضمني للعقود، الذي اتّسم في حالات بالاستقرار على حلّ موحد وفي حالات أخرى بالتضارب بين الأحكام .

قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب لسنة 2006-2007 ، ص. 247 . ¹⁹

قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب لسنة 2006-2007 ص. 241 . ²⁰

المنجي طرشونة ، المقال السابق، ص. 40-41 . ²¹

* يطرح التجديد الصريح لعقود الشغل محدّدة المدة المتعاقبة إشكالات تتعلّق أساساً بـ:

+ شرط احتساب المدة القانونية القصوى : أمام سكوت المشرّع عن اشتراط استرسال أو تواصل مدة الأربع سنوات ، التي يتحوّل بتجاوزها العامل الوقتي إلى عامل قارّ ، من عدمها ، وما ذهب إليه المنشور عدد 13 من " أنه يقع احتسابها بصفة متواصلة سواء كانت بمقتضى عقد واحد لمدة أربع سنوات أو بمقتضى عقد وقع تجديده لفترات متتالية " ، وفي صورة ما إذا كانت العقود مبرمة مع وجود انقطاع " يرجع للمحاكم تقدير إذا كان هذا الانقطاع تبرّره حاجة العمل أو كان الهدف منه تجنب انتداب العامل بصفة قارّة بعد انقضاء مدة الأربع سنوات " ، لم تتردّد المحاكم في إعمال سلطتها الرقابية في هذا المجال

ولقد تميّز موقف فقه القضاء، في هذا الإطار ، بتطوّره. فبعد أن كان يرفض في مرحلة أولى إكساب الأجير صفة العامل القار إذا اتّضح تقطّع عقود الشغل المبرمة لمدة معيّنة بصورة متتالية ، مشترطاً بذلك تواصل المدة طبقاً لما اقتضته محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة في قراراتها عدد 52341 مؤرّخ في 21 أكتوبر 1999 من أنّ " تعدّد عقود الشغل وانفصالها بمدد غير متباعدة من الزمن لا يضيفي على العلاقة الشغلّية صفة الاستمرارية ولا يعطي للعامل صفة العامل القار متى كانت هذه العقود مبرمة إبراما صحيحاً لمدة محدّدة "22 ، وعدد 66012 مؤرّخ في 21 أكتوبر 1999 من أنّه " متى كان عقد الشغل مبرماً لمدة محدّدة فإنّه ينتهي بإنتهاء المدة المتفق عليها وتعدّد العقود المفصولة بمدد قصيرة من الزمن لا يكسي علاقة الشغل صفة الدوام والاستمرار "23 ، أضحي يقرّ أنّ التواصل والاسترسال لا يعتبر شرطاً لاحتساب الأربع سنوات كمدة قانونية قصوى ينقلب العقد إثر تجاوزها لعقد غير محدّد المدة24 ، رغم بعض القرارات الشاذة التي اعتمدت الحلّ المخالف25 . والثابت أنّ هذا التوجّه يتمشى مع مقصد المشرّع الذي يصبّ في اتّجاه ترشيد اعتماد عقود الشغل محدّدة المدة والحدّ من استعمالها المفرط كالحّدّ من تحايل المؤجرين ، إذ لو تمّ الأخذ بشرط التواصل فإنّه يكفي لصاحب العمل أن يخضع الأجير إلى فترات انقطاع أو توقّف عن العمل قبل انتدابه بمقتضى عقد جديد ، بما يجنبه تحوّل الأجير من عامل وقتي إلى عامل قارّ .

و عادة ما تخضع فترات الانقطاع التي تتخلل عقود الشغل محدّدة المدة إلى تقدير المحاكم ، بما جعل فقه القضاء يميّز بين المدد الطويلة والمدد القصيرة للانقطاع26 ، مقرّاً بأنّ " التمسك بالصيغة المستمرة لعقود الشغل التي من شأنها أن تضيفي على العامل صفة العامل

قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1998-1999 ، ص. 217. 22.

قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب لسنة 1998-1999 ، ص. 241. 23.

قرار تعقيبي مدني عدد 17580 مؤرخ في 6 أكتوبر 2007 ، ن.م.ت. ، 2007 ، ج. 1 ، ص. 331 ، حكم المحكمة الابتدائية بسوسة عدد 55082 مؤرخ في 25 جانفي 2017 ، غير منشور قرار تعقيبي مدني عدد 54987 مؤرخ في 7 ماي 2018 ... 24.

قرار تعقيبي مدني عدد 7189 مؤرخ في 4 أبريل 2014 ، غير منشور ، قرار تعقيبي مدني عدد 74005 مؤرخ في 7 جانفي 2020 . 25.

قرار تعقيبي مدني عدد 54987 مؤرخ في 7 ماي 2018 ، غير منشور . 26.

القارّ بمرور أربع سنوات من العمل الفعلي لدى نفس المؤجر تقتضي عدم وجود فترة طويلة من الانقطاع عن العمل "27. ويبدو أنّ أغلب القرارات قد وضعت أجل سنة أشهر كأجل أقصى لا يمكن تجاوزه ، فيعدّ العامل الذي يقضي أكثر من أربع سنوات عمل مع مؤجره عاملاً قارّاً يتمتع بكافة الامتيازات المخوّلة لهذا الصنف من العملة حتّى وإن ثبت انقطاعه عن العمل لفترات متتالية شريطة توفّر جملة من الشروط المتلازمة ، حيث يجب أن يكون سبب الانقطاع عن العمل راجعاً إلى مؤجره وأن لا تتجاوز مدّة الانقطاع في أقصى الحالات سنة أشهر وأن لا يرتبط العامل خلال فترة الانقطاع بأيّ عقد مع الغير²⁸ ، إذ أنّ انقطاع العامل عن العمل لأيّ سبب كان والتحاقه للعمل لدى مؤجر جديد ينهي علاقته بصفة كليّة بالمؤجر السابق ، و إعادة انتدابه من قبله بعد التحاقه للعمل لدى الغير يعدّ انتداباً جديداً لا يمكن معه للأجير التمسك بأقدميّة على أساس عقود الشغل محدّدة المدّة السابقة²⁹.

كما تعتدّ المحاكم عادة بأن تكون مدّة العمل الفعلي لدى نفس المؤجر

+ كيفية احتساب المدّة القانونيّة القصوى : في ظلّ الفراغ التشريعي الذي ميّز مسألة تحديد كميّة احتساب المدّة القانونيّة القصوى لتحوّل عقد الشغل محدّد المدّة إلى عقد غير محدّد المدّة ، طرح على المحاكم الإشكال المتعلّق بمعرفة ما إذا كان احتساب هذه المدّة يقع على أساس الاكتفاء بفترات العمل الفعلي مع طرح فترات التقطّع التي لم يعمل خلالها الأجير أم على أساس تاريخ بداية العلاقة التعاقدية إلى غاية تاريخ نهايتها مع احتساب فترات التقطّع بصورة يقع معها احتساب كامل المدّة بما فيها الفترات الفاصلة بين عقود الشغل محدّدة المدّة والتي لم يؤدي خلالها الأجير عملاً؟

تميّز اجتهاد المحاكم في هذا الشأن بتضارب الأحكام، حيث ذهب البعض منها إلى اعتماد مدّة العمل الفعلية عند احتساب أجل الأربع سنوات وذلك على أساس الفصل 4-6 ذاته الذي يستعمل عبارة " مدّة العقد ... بما في ذلك تجديده " بحيث تتطابق مدّة العقود المتتالية فيها مع فترة العمل الفعلي ، وهو ما تبناه قرار محكمة التعقيب عدد 28817 مؤرّخ في 21 ديسمبر 2015 بالقول " اعتمدت أغلب الأحكام والقرارات الصادرة عن الدوائر الشغلية بمختلف درجاتها في احتساب مدّة الأربع سنوات على فترة العمل الفعلي التي قضاه الأجير في خدمة مؤجره ويتمّ على هذا الأساس طرح الفترة التي توقّف فيها الأجير عن العمل " والقرار عدد 34184 مؤرّخ في 14 نوفمبر 2016 الذي اعتبر أنّ " الانتداب بموجب عقود الشغل محدّدة المدّة في مواطن الشغل القارة لا يمكن أن تتجاوز في جميع الحالات أربع سنوات من العمل الفعلي لدى نفس المؤجر ... ". في المقابل اختارت بعض الأحكام الأخرى توجّها أكثر مرونة وذلك باحتساب كامل مدّة العلاقة الشغلية بما فيها الفترات

قرار تعقيبي مدني عدد 12031 مؤرّخ في 23 ماي 2015 ، غير منشور.²⁷

قرار تعقيبي مدني عدد 52862 مؤرّخ في 10 أبريل 2018 ، غير منشور ، قرار تعقيبي مدني عدد 17580 مؤرّخ في 6 أكتوبر 2007²⁸

قرار تعقيبي مدني عدد 34184 مؤرّخ في 14 نوفمبر 2016 ، غير منشور.²⁹

الفاصلة بين العقود والتي لم يباشر العامل خلالها العمل ، وقد تمّ تبرير ذلك على أساس أنّ العامل يبقى خلال الفترة الفاصلة بين عقود الشغل رهن إشارة مؤجّره ينتظر إعادة انتدابه من جديد ولذلك يقتضي الحفاظ على حقوق الأجير اعتبار فترات التقطّع ضمن أقدميّة الأجير³⁰ . ولقد تمّ تكريس هذا الحلّ من محكمة التعقيب صلب قرارها عدد 2491 مؤرخ في 14 فيفري 2014 الذي صرحت فيه على أنّه " استقرّ التشريع وفقه القضاء على عدم تجاوز عقود الشغل محدّدة المدّة أربعة سنوات ، ويقع احتساب مدّة أربع سنوات بداية من تاريخ انطلاق العلاقة الشغلّية إلى تاريخ انتهائها".

ومن المفارقات أنّ كلا الاتجاهين يتمسّكان بأنّ الحلّ المقرّر هو نتاج استقرار قضائي دأبت المحاكم على تطبيقه ، رغم وجاهة الرأي الثاني باعتباره الأكثر تحقيقا لموقف المشرع في التصدي لتحايل المؤجر.

+ استرسال العلاقة الشغلّية طيلة المدّة القانونية القصوى لدى نفس المؤجر :

تتجّه المحاكم إلى بسط رقابتها على أنّ استرسال المدّة القانونيّة القصوى لعقود الشغل محدّدة المدّة ، الذي يسمح تجاوزها بإعادة تكييفها ، قد تمّ لدى نفس المؤجر ، لتتثبت بذلك أنّ مرور أربع سنوات من العمل الفعلي قد تمّ لدى نفس المؤجر.

فقد يحدث أن يتمّ إبرام عقود شغل محدّدة المدّة من طرف شركات مختلفة ، ممّا يشكّل حائلا دون إمكانية احتجاج العامل بتجاوز أجل الأربع سنوات للحصول على صفة العامل القارّ وينفي استمرار العلاقة الشغلّية ، لذا تذهب المحاكم عادة إلى ضرورة التأكّد من الوضعيّة الشغلّية وتحديد المؤجر الحقيقي والتثبت من الطبيعة القانونية للشركات المبرمة للعقود كالتثبت إذا كانت تمثل مجمع شركات أو إدماج شركات أو شكل آخر من الشركات القانونية.

ولمجرّد أن يثبت صدور العقود عن شركات مختلفة من حيث التسمية ورقم التسجيل بالسجل التجاري ورقم الانخراط بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ، إلّا واعتبرت المحاكم انتفاء الرابط بينها بما ينفي استمرارية العلاقة الشغلّية، وهو ما أكدته صلب قراراتها عدد 21445 مؤرخ في 30 نوفمبر 2015 وقرار عدد 12031 مؤرخ في 23 ماي 2015 وعدد 25936 مؤرخ في 6 جويلية 2015³¹ .

ولا شكّ أنّ التحري في اختلاف الشركات التي تصدر عنها عقود الشغل محدّدة المدّة له أهميّة اعتبارا أنّ المحاكم لا تتوان عن إعادة تكييف عقود الشغل محدّدة المدّة إلى عقود غير محدّدة بثبوت تحايل المؤجر ، بموجب تكوينه لعدّة شركات في نفس الوقت ثمّ قيامه

عصام الأحمر ، إشكالات في نزاعات الشغل ، سفياد، تونس ، 2008 ، ص. 157 .³⁰

قرارات غير منشورة.³¹

بإبرام العقود مع الأجراء في كلّ مرّة بإسم شركة مختلفة مع محافظة العامل على نفس مركزه الأصلي ، وذلك قصد إيهام القاضي في صورة نشوب نزاع أن العلاقة التعاقدية متغيرة وغير مستمرة. إلا أن المحاكم عادة ما تنفطن إلى هذه الممارسات وتتصدى لهذه العقود الصورية ، معتمدة معيار وحدة المؤجر لتقرّر بتحوّل عقد الشغل محدّد المدة إلى عقود غير محدّدة المدة³².

+تجاوز المدة القانونية القصوى في قطاع البناء والأشغال العامة :

تمثّل عقود الشغل محدّدة المبرمة مع المؤسسات المنتمية لقطاع البناء والأشغال العامة الأكثر طرحا للإشكالات التطبيقية في صورة استمرار العمل بالحصيرة لمدة تتجاوز الأربع سنوات. ولعلّ مردّ الصعوبات التي يطرحها هذا الصنف من العقود هو التشابك بين الفصل 4-6 بفقرتيه الأولى والثانية .

فالتأيت أنّ الأصل في عقود الشغل في حضائر البناء أنّها عقود شغل وقتية من حيث طبيعتها على معنى الفقرة الأولى من الفصل 4-6 وتحديدًا في فقرته المتعلقة " بالقيام بأعمال موسمية أو بأنشطة أخرى لا يمكن حسب العرف أو بحكم طبيعتها اللجوء فيها إلى عقود لمدة غير معيّنة " ، وهو ما أكّده المنشور عدد 13 لوزير الشؤون الاجتماعية المؤرخ في 10 جويلية 1997 ، وهو ما يعني أنّها من المفترض أن تنتهي بانتهاء إنجاز العمل موضوعها بمجرد انتهاء الحضيرية أو توقف نشاطها ، إلا أنّ الواقع التطبيقي أثبت تواصل هذه العقود في عديد الحالات لمدة تفوق الأربع سنوات المنصوص عليها والتي بتجاوزها ينقلب عقد الشغل محدّد المدة إلى عقد غير محدّد المدة بحكم عمل الأجير بعدّة حضائر مع نفس المؤجّر ، ممّا أثار تساؤلا حول جواز سحب الحلّ الوارد على صلب الفقرة الثانية من الفصل 4-6 رابعا على صورة يفترض خضوعها لأحكام الفصل 6 رابعا في فقرته الأولى ، خاصّة في ظلّ أحكام الفصل 55 من الاتفاقية المشتركة القطاعية للبناء والأشغال العامة الذي يحيل إلى مقتضيات الفصل 4-6-2 بالنسبة للعامل الذي قضى 4 سنوات ، واستمرّ في موطن شغله أو أحدث موطن شغل جديد في نفس الاختصاص الذي كان يشتغل فيه ؟³³

لم يخلو فقه القضاء من التضارب بين توجّهين تمسّك أولهما بفرض إسناد صفة العامل القار على عامل الحضيرية ولو تجاوزت مدّة عمله الأربع سنوات³⁴ " فطول مدّة العمل لا تصلح لضبط طبيعة عقد الشغل " ³⁵ الذي تبقى طبيعة الانتداب فيه وقتية ، وتشبّث ثانيهما

قرار تعقيبي مدني عدد 14230 مؤرخ في 5 جانفي 2008 ، غير منشور.³²
يراجع حول هذه المسألة، رياض الجمل ، عملة حضائر البناء ، عملة وقتيون على الدوام ؟، إشكالات في قانون الشغل ، الجزء الثاني، جمعية الحقوقيين بصفافس، 2020 ، ص. 133 وما بعدها.³³

قرار تعقيبي مدني عدد 8858 مؤرخ في 9 مارس 2006 ، نشرية الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب لسنة 2006 ، ص. 237 .³⁴

قرار تعقيبي مدني عدد 74276 مؤرخ في 11 مارس 2013 ، غير منشور.³⁵

بمقتضيات الفصل 55 مكرر من الاتفاقية المشتركة لقطاع البناء والأشغال العامة الذي سحب أحكام الفصل 2-4-6 م.ش. على هذا الصنف من العملة بصورة تجعل من استخدامهم ينقلب إلى استخدام قار في غياب ما يفيد إنهاء الحضيصة أو تقلص الأشغال بها 36.

ويبدو أنّ هذا التوجّه الثاني هو الذي أضحى يجد له أكثر صدى واستقرارا صلب الحلول القضائية على أساس أنّه " يتّضح من أحكام الفصل 55 جديد من الاتفاقية المشتركة لقطاع البناء والأشغال العامة أنّ المشرّع أقرّ مبدأ عامّا يتمثّل في أنّ الأصل في عقود الشغل في حضائر البناء أنّها عقود وقّتيّة إلاّ أنّه أورد على ذلك استثناءات وقيود حيث تصبح تلك العلاقة الشغلّية قارة بعد استمرارها مدة تزيد عن الأربعة سنوات المتتالية "37، وأنّه " لا شيء بقانون الشغل يفيد التعارض بين الفصل 55 من الاتفاقية القطاعية للبناء والأشغال العامة والفصل 4-6 من مجلة الشغل ، خاصة وقد تمّ اعتماد أحكام الفصل 4-6 م.ش. ضمن الفصل 55 مكرّر من الاتفاقية المذكورة وأجاز تحول العقود إلى عقود شغل غير محدّدة المدّة بانقضاء 4 سنوات من العمل لدى نفس المؤجّر "38 . وعلى تطابقه مع مقتضيات النصوص القانونية ، ونية المشرّع الحمائيّة إلاّ أنّ هذا الحلّ المكرّس لا يخلو من شطط ومبالغة في الحماية .

*التجديد الضمني لعقود الشغل محدّدة المدّة :

أقرّ الفصل 17 من مجلة الشغل قرينة قانونيّة قاطعة على أنّ العامل الذي يستمرّ في تقديم خدماته عند انتهاء الأجل المتفق عليه بدون معارضة المؤجّر فإنّ عقده يتحوّل من عقد شغل محدّد المدّة إلى عقد شغل غير محدّد المدّة.

ولقد دأب فقه القضاء في عديد المناسبات على ضبط نطاق الفصلي 17 م.ش. والفصل 6-4 منه ، حيث ينطبق الفصل 6-4-2 م.ش. في انقلابه لعقد شغل محدّد المدّة بعد انقضاء أجل الأربع سنوات ، في حين أنّ تطبيق الفصل 17 م.ش. لا يفترض فيه استيفاء هذه المدّة القصوى ، بل إنّ إعادة تكييف العقود محدّدة المدّة بناء على القرينة الواردة به تقتضي تواصل العلاقة الشغلّية دون تجديد المؤجّر للأجل الوارد بالعقد وبدون معارضته بما يحوّل العقد آلياً إلى عقد غير محدّد المدّة ويكتسب الأجير صفة العامل القارّ ابتداء من تاريخ إبرام هذا العقد وذلك مهما كانت مدّته . وقد اعتبرت محكمة التعقيب في هذا السياق أنّ " تواصل العلاقة الشغلّية لمدّة عامين دون معارضة الأجير في ذلك يجعل العلاقة الشغلّية علاقة

قرار تعقيبي عدد 36187 مؤرخ في 19 ديسمبر 2016 ، غير منشور. 36

قرار تعقيبي مدني عدد 75793 مؤرخ في 21 جانفي 2020 ، غير منشور. 37

قرار تعقيبي مدني عدد 36187 مؤرخ في 19 ديسمبر 2016 ، غير منشور. 38

محددة المدة ويكسب المعقب ضدّه صفة العامل القار عملاً بالفصل 17 من مجلّة الشغل "39 وهو ما أكدته المحكمة الابتدائية بسوسة في حكمها عدد 54303 مؤرخ في 27 أفريل 2016 بالقول أنّ " تحوّل العقد الذي جاء به الفصل 17 م.ش. يتحقّق بتواصل طرفي عقد الشغل المحدّد المدّة تنفيذ التزاماتهما بعد الأجل المتفق عليه في العقد ، وهو تحول تلقائي ويقع مباشرة بمقتضى القانون ولا يحتاج إلى أي صيغة أو شكل خاص أو إلى اتفاق بين الطرفين، إذ يكفي أن يمتدّ عمل الأجير بعد حلول الأجل الاتفاقي ولو بيوم واحد حتى يتحوّل هذا العقد ويأخذ طبيعة العقد غير محدّد المدّة "

* تجاوز المدة القانونية القصوى وإبرام عقود محدّدة المدّة تحت غطاء عقد المناولة:

أفرز الواقع العملي بعض الممارسات التحايلية التي بموجبها يقوم المؤجّر الذي اختار الاستغناء عن العامل عند انقضاء مدّة الأربع سنوات وعدم إدماجه نهائياً في المؤسسة أن يلجأ من جديد إلى نفس العامل حتّى يواصل الاستفادة من كفاءاته المهنية بمقتضى عقود مدّة محدّدة عن طريق ما يسمى بعقود المناولة ، في تجاوز لأحكام الاتفاقيات المشتركة القطاعية التي التي أقرّت أولويّة العامل الذي قضى أربع سنوات في خدمة نفس المؤجّر في إعادة تشغيله بصفة قارة ، في صورة استمرار موطن الشغل الذي شغله خلال هذه المدة أو إحداث موطن الشغل في نفس الاختصاص الذي كان ينتمي إليه.

ولقد شكّلت هذه الممارسات محلّ رقابة من المحاكم ، خاصّة لانطوائها على انحراف بالقواعد المتعلقة بتنظيم عقود الشغل محدّدة المدّة والتحايل على حقوق العامل لحرمانه من التمتع بصفة العامل القارّ، كيفية عقود المناولة المبرمة بعد انقضاء المدّة القانونية بالصوريّة ، التي تفيد اصطناع مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني ، وهو ما يقتضي إزاحة هذا التصرف الظاهر والكاذب وهو عقد المناولة والأخذ بالتصرف الخفي أو الحقيقي المتمثّل في مواصلة العلاقة التعاقدية مع نفس المؤجّر بعد استيفاء المدة القانونية بموجب عقود معينة المدّة ، في إعادة لتكييفها⁴⁰.

فقد أكّدت محكمة الاستئناف على صوريّة عقد المناولة إذا كان الهدف منها حرمان العامل من حقوقه بالقول أنّ " وحيث أنّ صوريّة عقد المناولة وانتفاء الحاجة إليه يبيّن أنّه كان مبرماً لغاية حرمان العمّال من حقوقهم ويدخل بالتالي تحت طائلة التحيل الذي يقتضي تركيب وضعيّة قانونيّة صحيحة على المستوى الشكلي ولكنّها تنطوي على المغالطة وإفراغ القاعدة القانونية من عنوانها . وحيث أنّ واجب المحكمة التصديّ لمحاولة التحايل على القانون وإعادة تكييف العلاقة التعاقدية "41.

قرار تعقيبي مدني عدد 4224 مؤرخ في 18 ديسمبر 2006 ، غير منشور.³⁹

المنجي طرشونة ، المقال السابق، ص. 56.⁴⁰

قرار استئنافي شغلي عدد 14920 مؤرخ في 3 فيفري 2003 ، ذكره عصام الأحمر ، المرجع السابق، ص. 85.⁴¹

كما أكدت نفس المحكمة على أن تعليق رجوع الأجير إلى عمله ومواصلته للعمل على شرط إمضائه لعقد الشغل محدّد المدّة مع شركة المناولة " يعدّ من قبيل الطرد التعسفي" بالنظر لصوريّة هذا العقد⁴².

وقد اعتمدت محكمة التعقيب في قرارها عدد 21979 مؤرّخ في 30 أفريل 2015 نفس الموقف معتبرة أنّ ارتباط الأجير في مرحلة أولى بعلاقة شغلّية أصليّة مع إحدى المؤسسات تلتها علاقة شغلّية ثانية وثالثة مع مؤسسة مناولة باليد العاملة تجعل من "عقود المناولة صحيحة في ظاهرها من جهة الشكل إلاّ أنّها تستتر على حقيقة موضوعية أساسها التحايل على القانون والغاية من ذلك حرمان المؤجر من حقوقه المترتبة عن عقد الشغل".

ولم تقتصر رقابة القضاء على مآل عقود الشغل من ناحية استيفائها للشرط الزمني بل تأكّد ذلك أكثر عند التحقّق من توفّر شرط الكتابة من عدمه.

ب- الرقابة القضائية على الإخلال بالشرط الشكلي:

دأبت المحاكم بمناسبة ممارسة سلطتها الرقابية على عقود الشغل محدّدة المدّة على التحقّق من توفّر شرط الكتابة من عدمه كشرط شكلي أوجب المشرّع وجوده طبقاً لأحكام الفصل 2-4-6 م.ش.، الذي ينصّ صراحة على أنّه "... وفي هذه الحالة يبرم العقد كتابياً في نظيرين يحتفظ المؤجر بأحدهما ويسلم الآخر للعامل".

ولقد أفرز تدخّل القضاء الوقوف عند عدد من الاشكالات القانونية التي يثيرها تخلف العمل بهذا الشرط ، في محاولة لإرساء الحلول المناسبة في ظلّ ما يشوب النصّ من غموض وسكوت :

1- نطاق الكتب : هل أنّ شرط الكتابة ينسحب على عقود الشغل محدّدة المدّة المبرمة على معنى أحكام الفقرة الثانية من الفصل 6-4 م.ش. بما في ذلك تجديدها ، أم أنّها تخصّ الحالة التي أشار إليها المشرّع في آخر الفقرة من النصّ أي في صورة انتداب الأجير بعد انقضاء مدّة الأربع سنوات ؟

يجد هذا التساؤل شرعيّته في لبس تراكيب النصّ ، الذي أدّى إلى تضارب في الفقه بين رأيين : رأي أول يؤيّد القراءة الأولى اعتماداً على نيّة المشرّع في حماية العامل الوقتي ، ورأي ثان يتشبّه بالقراءة الثانية تأسيساً على التركيبة اللغوية للنصّ ، إذ أنّ عبارة " وفي هذه الحالة " تعود على الجملة التي سبقتها والمتعلقة باكتساب العامل صفة العامل القار عند استكمالها لمدة عمل فعلي لدى المؤجر تتجاوز الأربع سنوات .

قرار استئنافي شغلي عدد 18522 مؤرخ في 16 أفريل 2005 ، ذكره عصام الأحمر ، المرجع السابق، ص. 100 .⁴²

يصبّ الموقف الراجح لفقه القضاء في اتجاه التمسك بأن شرط الكتابة يهّم أساسا عقود الشغل محدّدة المدة المبرمة طيلة الأربع سنوات سواء كانت عقدا واحدا أو سلسلة من العقود المتعاقبة أو حتّى المنفصلة عن بعضها البعض . فقد أكّدت محكمة التعقيب في قرارها عدد 9271 مؤرّخ في 27 أكتوبر 2014 هذا التوجّه معتبرة أنّ " الصبغة الوقتية للعلاقة الشغلّية في غير الحالات المذكورة بالفصل 6-4-1 من مجلّة الشغل لا يمكن إثباتها إلا بكتب يتضمن كافة مقومات عقد الشغل ومنها المدة أو العمل موضوع العقد طبق الفصل 6-4-2 من مجلّة الشغل ... " ، وهو ما اعتمدته في مناسبات أخرى مثلما هو الشأن بالنسبة للقرار عدد 26608 مؤرّخ في 14 سبتمبر 2014 والقرار عدد 12033 مؤرّخ في 16 فيفري 2015 والقرار التعقيبي عدد 12031 مؤرّخ في 23 ماي 2015 ...

ولا شك أنّ مثل هذا التوجّه يستجيب لمقصد المشرّع ، وهو ما يمكن أن نستشفّه بالرجوع للأعمال التحضيرية⁴³ وللمنشور التفسيري عدد 13، فضلا على أنّه يجنبنا التعارض مع أحكام الفصل 6 م.ش. الذي كرّس حرية إثبات العلاقات الشغلّية وافتقاد الجدوى من اشتراط الكتب في حالة العامل القار طالما أنّه اكتسب هذه الصفة بقوة القانون ولا حاجة معه لاشتراط الكتب .

على أنّ السلامة القانونية لهذا الاتجاه لم تمنع من ظهور بعض القرارات الحديثة التي تتبنّى القراءة الثانية ، والتي تفيد أنّ شرط الكتابة يتعلّق بعقود الشغل غير محدّدة المدة التي تلت انقضاء مدة الأربع سنوات، محدثة بذلك تذبذبا في فقه القضاء. فقد ذهبت محكمة التعقيب في قرارها عدد 64466 مؤرخ في 28 ماي 2019 إلى أنّ " أحكام الفصل 6-4-2 من م.ش. لا تنطبق على وقائع قضية الحال لأن إبرام الكتب يكون بالنسبة للعامل الذي يستغرق مدة أربع سنوات بموجب عقود محدّدة المدة ثم يقع انتدابه على سبيل الاستخدام القار ، وهي غير وضعيّة المعقب الذي امتدّت فترة عمله لدى المعقب ضدها من 2011/8/1 إلى 2012/8/22 بما يكون معه استنتاج محكمة القرار المنتقد أنّ عدم الإدلاء بعقد شغل تصبح معه العلاقة الشغلّية غير محدّدة المدة مؤسّسا على فهم غير صحيح وتطبيق غير سليم للفصل 6 من م.ش. " ، وهو نفس الحلّ الذي سبق أن كرّسته صلب قرارها عدد 221 مؤرخ 18 أفريل 2014 ، حيث اعتبرت في الأوّل أنّ " اشتراط المشرع أن يكون عقد الشغل محرّرا كتابة في نظيرين يحتفظ كلّ طرف بواحد منه هي الحالة التي يتجاوز فيها العامل مدة أربع سنوات عمل بصفة متواصلة بالرغم من انتدابه بمقتضى عقد لمدة معيّنة ويواصل عمله بعد انقضاء الأربع سنوات فإن انتدابه آنذاك لا بدّ أن يكون على أنّه عامل قار ويتمّ تحرير عقد الشغل كتابة " .

الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ، مداولات مجلس النواب ، عدد 41 في 18 جوان 1996، ص. 4.43

2-جزاء الإخلال بشرط الكتابة ؟ رغم اشتراط الفصل 4-6-2 م.ش. صراحة الصيغة الكتابية لعقد الشغل محدّد المدّة بما في ذلك تجديدها ، إلّا أنّه لم يتعرّض إلى الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا الشرط . وفي ظلّ الفراغ التشريعي ، لم تتردّد المحاكم في الاستقرار على إقرار جزاء إعادة تكييف العقد ليتحوّل إلى عقد شغل غير محدّد المدّة عند غياب الكتب متجنّبة بذلك سلبيّات القضاء بجزاء البطلان في غياب لتنقيص صريح على الكتابة كشرط من شروط تكوين العقد وانعقاده ، فضلا عما يربّته إنفاذ مثل هذا الجزاء من تفويض للعقد وإنهاء للعلاقة الشغلّية بما يحرم العامل من موطن شغله ، وهي نتيجة مخالفة تماما لغاية المشرّع من تنظيم العقود المبرمة لمدّة معيّنة والمتمثّلة خاصّة في تأمين استقراريّة العمل بعد انقضاء المدّة القصوى⁴⁴.

ولقد أقرّت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة جزاء إعادة تكييف العقد بالاعتماد على القرينة التي تفيد أنّه في غياب الكتب يعتبر العقد مبرما لمدّة غير معيّنة منذ قرارها عدد 14866 مؤرّخ في 30 جانفي 2003⁴⁵ مصرّحة أنّ " هذه العقود تخضع لشرط الكتابة وإلاّ اعتبرت مبرمة لمدّة غير معيّنة " ، وهو ما أيّدته في قرارها عدد 9271 مؤرّخ في 27 أكتوبر 2014 بقولها " في غياب الكتب وضع المشرّع قرينة قانونيّة على أنّ العلاقة الشغلّية مستمرّة ومسترسلة " وقرارها عدد 12612 مؤرّخ في 2 جوان 2014⁴⁶

ولم تحدّ محاكم الأصل بدورها عن هذا التمشّي ، فذهبت محكمة الاستئناف بصفاقس في قرارها الشغلي عدد 54762 الصادر في 11 فيفري 2015 إلى أنّه " في غياب عقد محدّد المدّة يتعيّن اعتبار العلاقة الشغلّية القائمة بين الطرفين مستمرّة ومسترسلة بما يضيفي على الأجير صفة العامل القار " .

والمؤكّد أنّ هذا التوجّه القضائي يتماشى تماما مع ما اقتضاه المنشور عدد 13 من أنّه في صورة عدم احترام شرط الكتابة " يعتبر العقد مبرما لمدّة غير معيّنة " .

3- وظيفة الكتب : هل أن القرينة التي تفيد أنّه في غياب كتب يعاد تكييف العقد ليصبح عقد غير محدّد المدّة هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس أم قاطعة غير قابلة للدحض؟ تختلف الإجابة عن هذا التساؤل بحسب ما إذا اعتبرنا الكتب شرط صحّة أو وسيلة إثبات . فإذا ما اعتبرناه وسيلة إثبات ، فإنّه يمكن دحض قرينة العقد لمدّة غير معيّنة بجميع وسائل الإثبات رغم ثبوت الطبيعة القارة للعمل، أمّا إذا اعتبرناه شرط صحّة تكون القرينة قاطعة بحيث لا يجوز في غياب الكتب الإثبات بجميع الوسائل أنّ

المنجي طرشونة ، محكمة التعقيب وإعادة تكييف عقود الشغل المبرمة لمدّة معيّنة ، المقال السابق ، ص. 37 .⁴⁴
قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب لسنة 2002-2003 ، ص. 368 ، مجلة القضاء والتشريع ، عدد 4 ، 2005 ، ص. 83 مع تعليق

حسين بن سليمة .⁴⁵
اعتبرت المحكمة أنّه " طالما قضى الأجير في العمل القار مع المؤجرة مدة تناهز الستة سنوات ولم تدل هذه الأخيرة بما يفيد إبرام عقود محددة المدّة تغطي كامل مدة العمل فإنّ استخلاص المحكمة انتفاء صفة العامل الوقتي عن الأجير في طريقه"⁴⁶

العقد أبرم لمدة معينة ، وذلك باعتبار أنّ الكتابة تمثل شكلية جوهرية لانعقاد العقد صحيحا ، وينجرّ عن الإخلال بها اعتبار العقد مبرما لمدة غير معينة⁴⁷.

اتّسم تدخّل القضاء في هذا المجال ببعض التذبذب ، رغم التمسك تقريبا في مختلف القرارات بأنّ شرط الكتابة في عقود الشغل هو شرط إثبات لمدة العقد ، في غيابه يتحوّل العقد إلى عقد غير محدّد المدة ، بما من شأنه أن يوفّر حماية جدية للعامل المنتدب لمدة معينة ويحتّم على المؤجّر عدم التراخي في تحرير الكتابات المتعلقة بانتداب العملة بموجب عقود الشغل محدّدة المدة⁴⁸.

ويعود مردّد هذا التذبذب إلى ذهاب شقّ أول في فقه القضاء إلى اعتبار أنّ الكتب هو وسيلة الإثبات الوحيدة لعقد الشغل محدّد المدة ، وهو ما أقرّته صراحة محكمة التعقيب في عدد من المناسبات . فاعتبرت في قرارها عدد 12033 مؤرخ في 16 فيفري 2015 أنّه " طالما أثبتت العقود المحدّدة المدة المضافة بملف القضية الصبغة الوقتية وغير المسترسلة للعلاقة الشغلية خاصة لامتداد الفترات الفاصلة بين العقدين فإنّه لا يمكن الاستناد للبيئة بالشهادة لإثبات عكس ما تضمنته خاصّة وقد جعل المشرع منها الوسيلة الوحيدة لإثبات المدة في عقود الشغل محدّدة المدة " ، وفي قرارها عدد 9271 مؤرخ في 27 أكتوبر 2014 أنّ " الصبغة الوقتية للعلاقة الشغلية في غير الحالات المذكورة بالفصل 1-4-6 لا يمكن إثباتها إلاّ بكتب يتضمّن كافة مقومات عقد الشغل ومنها المدة أو العمل موضوع العقد طبق الفصل 2-4-6 م.ش. " ويجد نفس الحلّ صده في القرار عدد 12031 مؤرخ في 23 ماي 2013 الذي اعتبر أنّ " التمسك بالصبغة المستمرة لعقود الشغل التي من شأنها أن تضيف على العامل صفة العامل القار بمرور أربع سنوات ... تقتضي إثبات مدد العمل بموجب عقود كتابية " . في المقابل يؤكّد شقّ ثان -ورغم تمسّكه باعتبار الكتب وسيلة إثبات لا شرط صحّة - أنّه لا يشكّل وسيلة الإثبات الوحيدة لمدة العمل واسترساله طالما أنّه يمكن اعتماد بقیّة الوسائل من إقرار والبيئة بالشهادة وحتى بطاقات الخلاص وكشف الأجور . فقد أقرّت محكمة التعقيب ، في هذا السياق ، في قرارها عدد 11019 مؤرخ في 6 أكتوبر 2007 أنّ " الإقرار الصادر عن العامل يغني المؤجّر من عبء تقديم عقد الشغل المحدّد المدة اعتبارا إلى أنّ شرط الكتابة المنصوص عليه بالفصل 6 رابعا فقرة 2 ليس بشرط صحّة بل هو شرط إثبات فقط لعدم ورود صيغة الوجوب ، وهو ما يمكن معه إثباته بوسائل إثبات مماثلة وإقرار العامل يضاهي الكتابة " ، وهو نفس التمشي الذي أقره أيضا القرار عدد 11031 مؤرخ في 8 ماي 2014 من أنّ " استنتاج أنّ العقد كان غير معيّن المدة من طرف محكمة الحكم المطعون فيه بمجرد انعدام عقد كتابي لا يمكن اعتماده نظرا وأنّه وإن تثبت العلاقة الشغلية بداية ومهابة إلاّ

المنجي طرشونة، المقال السابق ، ص. 38 .⁴⁷

عصام الأحمر، إشكالات في نزاعات الشغل ، سيفاد، تونس، 2008 ، ص. 154 .⁴⁸

أنّ استمرارها يجب إثباته أيضا من طرف المتعاقدين وتعليل ذلك من طرف المحكمة بناء على ما لها من أوراق القضية لإثبات تواصل العلاقة الشغلية ووجود الطرد وصبغته التعسفية مثلما اقتضى ذلك الفصل 41 خامسا من م.ش. ، كما ووقع إقرار نفس التوجه في القرار عدد 27175 مؤرخ في 10 أوت 2015 .

وقد يجد تجاوز هذا التذبذب حلا له في ضرورة التمييز بين صنفى عقود الشغل محدّدة المدة المبرمة على معنى الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 6-4 م.ش. ، إذ يمكن القول بالنسبة للعقود الوقتية موضوعيا المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل الموما إليه ، وفي غياب الكتب الذي يتضمّن تعيينا للعمل الذي ينتهي العقد بإنجازه، أنّ يمكن إثبات أنّ العقد أبرم لمدة معينة بجميع وسائل الإثبات وذلك بإثبات الطبيعة غير القارة للعمل ، خاصة أنّ المشرّع لا يشترط الكتابة بالنسبة لهذا الصنف ، وهو ما أكّده محكمة التعقيب 49 . أمّا بالنسبة للعقود الوقتية بإرادة الطرفين لإنجاز عمل قار بطبيعته فإنّها لا تعتبر لمدة معينة إلّا إذا وقعت صياغتها بموجب كتب يحدّد بدقة الفترة الزمنية لتنفيذها إذ أنّ الكتابة شرط صحة لا شرط إثبات مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية الجزاء عن الاخلال بهذا الشرط الذي يتمثّل في إعادة تكييف العقد واعتباره عقد شغل غير معيّن المدة 50

يبدو واضحا اتّساع المجال الرقابي للمحاكم كلّما تعلّق النزاع بعقد شغل محدّد المدة، ولا شكّ أنّ التضارب والتردد الذي عرفه فقهاء القضاء في التعاطي مع عديد الإشكالات والصعوبات التطبيقية المطروحة بات يؤكّد الحاجة الملحة لتدخل تشريعي يضع حدّا لمثل هذا التذبذب بوضع حلول موحّدة بنصوص واضحة.

اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 28635 مؤرخ في 28635 مؤرخ في 28 ديسمبر 2015 أنّه " يمكن إبرام عقد الشغل 49 لمدة معينة في حالة القيام بأعمال موسميّة طبق الفصل 6-4-1 من م.ش. دون حاجة إلى تحرير كتب على أن تثبت الطبيعة الموسمية للأعمال موضوع العقد أو الطبيعة الموسميّة لنشاط المؤسسة" المنجي طرشونة ، المقال السابق ، ص. 39. 50