



مَنْشُورَات
مَجْلَةُ دَرَأَسَاتِ الْيُحَاكُجِ وَالْجَزِيرَةِ الْعَرَبِيَّةِ
(تَصَدَّر عَنْ جَامِعَةِ الْكُوَيْتِ)
(١٩)

الْإِجَازَاتِ الْمُسْتَحْفَةُ لِلْعَامِلَاتِ بِمُنَاسَبَةِ الْحَمَلِ وَالْوَضْعِ

وَفَقَّ الْقَانُونِ الْعَمَلِ الْكُوَيْتِي
«دَرَأَسَةُ مُقَارَنَةً»

دَكْتُور / جَلَالُ عَمَّادِ اِبْرَاهِيمِ
أَسْتَاذُ الْقَانُونِ الْمَدْنِيِّ الْمُسَاعِدِ
بِكَلِيَّةِ الْحَقُوقِ - جَامِعَةُ الزَّقَازِيْقِ (مِصْر)
كَلِيَّةِ الْحَقُوقِ - جَامِعَةُ الْكُوَيْتِ

١٤١٠هـ - ١٩٨٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ رَبَّنَا إِنَّا سَمِعْنَا مُنَادِيًا يُنَادِي لِلْإِيمَانِ أَنْ ءَامِنُوا بِرَبِّكُمْ فَءَامَنَّا رَبَّنَا
فَاغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا وَكَفِّرْ عَنَّا سَيِّئَاتِنَا وَتَوَفَّنَا مَعَ الْأَبْرَارِ ﴾ (١٩٣) رَبَّنَا وَءَاتِنَا
مَا وَعَدْتَنَا عَلَى رُسُلِكَ وَلَا تُخْزِنَا يَوْمَ الْقِيَمَةِ إِنَّكَ لَا تُخْلِفُ الْمِيعَادَ ﴿

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

ال عمران ١٩٣ - ١٩٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تصدير

دأبت أسرة مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية منذ صدور العدد الأول منها في عام ١٩٧٥ وحتى يومنا هذا على خدمة القارئ الكريم وذلك عن طريق نشر الابحاث العلمية والدراسات المتميزة والوثائق والندوات واليوميات وذلك من خلال الصدور المنتظم للمجلة وما تحتويه من أبواب ثابتة.

كما أن أسرة المجلة إلى جانب اصدارها المنتظم لأعداد المجلة تدفع للقارئ الكريم سلسلة المنشورات والاصدارات الخاصة وكتب الوثائق والندوات التي تعدها المجلة أو تشارك فيها.

وانتهاجا لسنة أسرة المجلة الحميدة، وتدعيما للمكتبة العربية في الكويت ودول الخليج والجزيرة العربية تضع اليوم بين أيديكم منشورا خاصا جديدا للدكتور جلال ابراهيم الأستاذ المساعد بكلية الحقوق جامعة الكويت عن (الاجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع وفقا لقانون العمل الكويتي: دراسة مقارنة).

وأ أسرة المجلة بتقديمها هذا المنشور تهدف من جهة، إلى خدمة القارئ الكريم في الكويت وفي دول الخليج والجزيرة العربية من جهة، وإلى تدعيم المكتبة القانونية في تلك الدول من جهة أخرى، ناهيك عن إثراء الفقه القانوني حول موضوعات وإن كانت تبدو للوهلة الأولى من الدراسات النظرية إلا أنها في حقيقتها تتميز بجانب عملي بارز لا يخفى على أحد.

وإنه ليس أسرة مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية في هذه المناسبة أن توجه دعوة صادقة من خلال هذا الاصدار إلى الباحثين والمهتمين بالأبحاث

والدراسات المتعلقة بدول الخليج والجزيرة العربية بتقديم دراساتهم وأبحاثهم
لنشرها من خلال الاصدارات المختلفة للمجلة وذلك بعد توافر الشروط
العلمية المطلوبة لمثل هذه الاصدارات.
ومن الله نستمد العون والتوفيق،،،

رئيس التحرير
أ . د . بدر جاسم اليعقوب

مقدمة

التنظيم التشريعي لعمل النساء

أهميته، ومظاهره

(١) أهمية التنظيم التشريعي لعمل النساء في دولة الكويت.

تشكل المرأة في المجتمع، أي مجتمع وكل مجتمع، نسبة لا يستهان بها من المجموع الكلي لعدد السكان. ومن هنا تنشأ حاجة المجتمعات الحديثة إلى مشاركة المرأة في قوة العمل، لما تؤدي إليه من المساهمة في دفع عجلة الإنتاج وتحقيق التنمية المرغوبة على نحو أسرع^(١). فمساهمة المرأة بطاقتها الهائلة، في قوة العمل أمر يؤدي إلى المساهمة في تحقيق الأمان والأهداف التي تطمح الدولة في تحقيقها.

ولعل القول المتقدم يجد خير تطبيق له في دولة الكويت.

— فمن ناحية أولى - وطبقا للدليل الإحصائي لدولة الكويت والصادر عن وزارة التخطيط لعام ١٩٨٦ - فإن عدد الكويتيين يبلغ ٦٨١,٢٨٨ فرد، وهم بذلك يمثلون ٤٠,١٪ من المجموع الكلي لعدد السكان (والذي يبلغ ١,٦٩٧,٣٠١) يحتل الأجانب منه (وعدددهم ١٣,٠١٦,٠١) نسبة ٥٩,٩٪. ويبلغ عدد النساء الكويتيات ٤٩٢,٣٤٢، بينما يبلغ عدد الرجال الكويتيين ٧٩٦,٣٣٨، مما يعني أن النساء الكويتيات يمثلن في المجموع الكلي لعدد السكان نسبة أكبر مما تمثلها نسبة الرجال حيث أنهم يمثلن نسبة ٢,٢٠٪ من السكان بينما يمثل الرجال نسبة ٢٠٪ منها فقط.

(١) انظر فؤاد الجميعي وهناء هادي محمد علي. أساليب زيادة مساهمة الإناث في القوى العاملة العراقية. مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية س ١٥، ع ٥٨. إبريل ١٩٨٩، ص ١٩٥ وما بعدها.

وأمام هذه الحقيقة الاجتماعية، فإن حاجة المجتمع الكويتي إلى مساهمة المرأة في قوة العمل تبدو ضرورة ملحة تفرضها الظروف.

— ومن ناحية ثانية - وإذا كان عدد الكويتيين، بالنسبة للمجموع الكلي لعدد السكان، يمثل هذه النسبة المنخفضة - فقد كان طبيعياً أن تكون أولى آماني وأهداف المجتمع الكويتي هي تحقيق التعادل في التركيبة السكانية، بالموازنة بين عدد الكويتيين وعدد الأجانب، هذه الأمان والأهداف التي عبرت عنها الخطة الخمسية الإثنا عشرية لدولة الكويت للسنوات (١٩٨٥/٨٥ - ١٩٩٠/٨٩ م) (١ مكر) والتي تهدف بصفة أساسية إلى «تعديل التركيبة السكانية بصفة تدريجية حتى يمكن تحقيق التوازن المرغوب في نسبة المواطنين والوافدين بحلول عام ٢٠٠٠ م».

— ولا شك أن تحقيق هذا المطلب يستوجب الاعتماد على المرأة اعتماداً مزدوجاً.

— فمن ناحية أولى - يجب الاعتماد على المرأة كاملاً لإنجاب أبناء أقوىاء تحسن تعليمهم وتربيتهم ليكونوا خير ذخيرة للمستقبل.

— ومن ناحية ثانية - يجب الاعتماد عليها في قوة العمل. ويتزايد هذا الأمر أهمية في ظل الحقائق الآتية:-

١ - إنه رغم النسبة المرتفعة للمرأة في المجموع الكلي لعدد السكان، إلا أن نسبة مساهمتها في قوة العمل منخفضة عن نسبتها الأولى بشكل حاد، إذ أن عدد النساء الكويتيات العاملات هو ٢٤,٨٠٣ بما يمثل نسبة ٧,٢٤٪ من مجموع القوة العاملة في البلاد.

٢ - إن دخول وطني واحد إلى قوة العمل، يؤدي بالمقابل إلى إخراج من ٦ أجناب من هذه القوة حيث غالباً ما يكون الأجنبي قد حضر

(١ مكرر) المرسوم بقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٦ في شأن الخطة الخمسية منشور بالكويت اليوم. العدد رقم ١٦٨٠ س ٣٢ ص ٤.

للبلاد ومعه أسرته، كما أنه وأسرته يحتاجون إلى خدمات تقتضي توظيف من يؤديها لهم^(٢).

- ومن هذا يبدو واضحاً أن حاجة المجتمع الكويتي إلى الاعتماد على المرأة في المنزل وفي العمل تكاد تبدو ضرورة ملحة، بما يقتضي الأمر معه ضرورة دراسة كيفية التوفيق بين دورها كزوجة وكأم وبين دورها كعاملة، دراسة جدية تعمل على تحقيق التوازن المرغوب بين هذين الدورين، بما لا يشق على المرأة وبما يضمن لها ظروف عمل تمكنها من تحقيق ما نطمح في أن تقدمه الينا. وهو الأمر الذي نعتقد أنه يحتاج إلى إعادة النظر في التشريعات القائمة، على الأخص في مجال علاقات العمل، إذ يخشى أن هذه الأخيرة، بوضعها الحالي، لا تساعد على تحقيق الأهداف السابقة.

(٢) مظاهر التنظيم التشريعي لعمل النساء، ومدى أخذ المشرع الكويتي بها.

من المعلوم أن دخول المرأة إلى قوة العمل يحتاج إلى سياسة تشريعية خاصة تختلف عن تلك المتطلبة بالنسبة لعمل الذكور..

فالمرأة بطبيعتها تكوينها الجسدي والنفسي، وبطبيعتها نظرة المجتمع إليها، وبطبيعتها الدور الذي تؤديه في الحياة الاجتماعية، كأم وزوجة قبل أن تكون عاملة، كل هذا يشكل مجموعة من الاعتبارات^(٣) التي ينبغي مراعاتها إذا ما أردنا أن نحصل منها على مشاركة فعالة في قوة العمل، مع عدم تحميلها هي وأسرته بمغارم هذه المشاركة.

(٢) على الكواري. نحو فهم أفضل لأسباب الخلل السكاني في أقطار الجزيرة العربية المنتجة للنفط. مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية - الإصدارات الخاصة. إصدار رقم (١٠) ص ١٩.

(٣) انظر في الاعتبارات الواجب مراعاتها بالنسبة لتشغيل النساء.

- حسام الأهواني. الحماية القانونية الخاصة لبعض طوائف العمال - مطبوعات كلية الحقوق - جامعة الكويت. برنامج الدورات التدريبية. ص ١٣ وما بعده١

وللتوفيق بين هذه الاعتبارات يعمد المشرعون إلى سن العديد من الأحكام الخاصة بتشغيل المرأة التي تهدف في مجموعها إلى التخفيف من ثقل عبء العمل عنها حتى يتسنى لها أن تقوم بدورها الآخر الطبيعي، والأكثر أهمية، وهو دورها كزوجة وأم ومدرسة، إذا أعدناها أعددنا شعباً طيب الأعراق، إذا أنه بدون هذا التنظيم يُخشى أن تنسحب المرأة من قوة العمل، فيفقد المجتمع بذلك طاقة هائلة من الطاقات التي يؤدي حسن استغلالها إلى دفع عجلة التقدم كثيراً.

وتتجلى مظاهر التنظيم التشريعي لعمل النساء في الآتي:

١ - أن المرأة، نظراً لطبيعة تكوينها الجسدي والنفسي تعد - بصفة عامة - أقل احتمالاً من الذكر. لذا يعمد المشرعون إلى حظر «تشغيل النساء في الصناعات أو المهن الخطرة والمضرة بالصحة» (م ٢٤ من قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي) (٤).

= - جلال القريشي. عمل النساء في اتفاقيات وتوصيات منظمة العمل الدولية، وقوانين العمل والضمان الاجتماعي العراقية. مجلة القانون المقارن. العددان الثامن والتاسع. بغداد ١٩٧٨ م.
- أحمد زكي بدوي. الأحكام المنظمة لتشغيل المرأة في تشريعات العمل العربية والدولية - دراسة مقارنة - مطبوعات مكتبة العمل العربي. سلسلة البحوث والدراسات (٥). ١٩٨٣. الطبعة الأولى. ص ١٣ وما بعدها.
- بدرية عبدالله العوضي. التشريعات الدولية لحماية المرأة العاملة وأثرها في تشريعات العمل الخليجية. مجلة الحقوق. ص ٨. ٢٤ ص ٥١ وما بعدها.

— Encyclopide Dalloz. Droit du travail V^o femmes et enfants.
— Roche. (G). La femme en droit du travail. J.C.P. 1964. 111870.

(٤) وقد عهدت هذه المادة إلى وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل بإصدار قرار يحدد هذه المهن والصناعات ولكنه، للأسف، لم يصدر حتى الآن رغم أن الوزارة أصدرت قراراً بمائلاً وهو الخاص بتحديد الصناعات التي يحظر تشغيل الأحداث بها، وهو القرار رقم ١٨ لسنة ١٩٧٣ م.

● هذا مع مراعاة أن المادة (٧) من القرار الوزاري رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ م في شأن الحماية من مخاطر التسمم الناشئ عن البنزول تنص على أنه «يحظر تشغيل النساء والأحداث في الصناعات التي يتعرض العاملون فيها للبنزول أو لمنتجات تتضمن بنزولاً».

٢ - أنه نظراً لطبيعة نظرة المجتمع إلى المرأة فقد قرر المشرع أنه «لا يجوز تشغيل النساء ليلاً» (م ٢٣ من قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي) (٥).

٣ - أنه نظراً للدور المزدوج الذي تؤديه المرأة كعاملة وكزوجة، فإن المشرعين، رعاية منهم للأسرة - النواة الأولى للمجتمع - يحرصون على تفادي أن تقع المرأة العاملة في الحرج إذا لم تستطع أن توفق بين وظيفتها كعاملة، ووظيفتها كربة منزل وزوجة، ولذا يمنحونها الحق في إنهاء علاقة العمل بإرادتها المنفردة بمناسبة زواجها، دون أن يؤثر ذلك على حقوقها. وفي هذا ينص عجز المادة ٦٥ من قانون العمل في القطاع الأهلي على أنه «للمرأة العاملة في جميع الأحوال بمناسبة زواجها الحق في المطالبة بمكافأتها كاملة عن مدة خدمتها، إذا تركت العمل خلال ستة أشهر من تاريخ الزواج» وذلك على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة الواردة بصدر هذه المادة، والتي تقضي بأنه «لا يستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة إذا ترك العمل بمحض اختياره، ولكنه يستحق نصف المكافأة المنصوص عليها في المادة (٥٤) (٦) إذا تجاوزت مدة خدمته خمس سنوات متتالية».

٤ - الاهتمام التشريعي بالمرأة الحامل :

نظراً لأن المرأة هي الأم التي يعتمد عليها كل مجتمع في الحصول على الأطفال الذين هم عماد المستقبل، فقد حرص المشرعون على الاهتمام بالمرأة الحامل في

(٥) ومع ذلك فقد استثنت هذه المادة «دور العلاج الأهلية والمؤسسات الأخرى التي يصدر بشأن العمل بها قرار من وزير الشؤون الاجتماعية والعمل» وقد صدر بهذا الشأن القرار رقم ١٩٧٦/٢٩م الذي ألغى وحل محله القرار الوزاري رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٥م. انظر في شرح هذا القرار الأخير مقالنا بعنوان التشغيل الليلي للسيدات في قانون العمل بالقطاع الأهلي. منشور بالصفحة القانونية لجريدة الوطن (الوطن القانوني) العدد الصادر في يوم الأحد ٥ مارس ١٩٨٧م.

(٦) وهي الخاصة بتحديد مقدار مكافأة نهاية الخدمة.

جميع الفترات السابقة والمعاصرة واللاحقة على الوضع (Période prénatale, périnatale et Postinatale) وسواء تمثل هذا الاهتمام في حرية المرأة في الإعلان عن حملها (أو حق المرأة في سرية حملها^(٧)) (Droit au secret de

(٧) وقد تقرر هذا الحق للمرأة في فرنسا، بمقتضى القانون الصادر في ١١ يوليو ١٩٧٥م (دالوز ١٩٧٥م- ٢٧١) والذي أضاف إلى تقنين العمل المادة (ل. ١٢٢ - ٢٥) والتي وفقاً لها حظر المشرع على أرباب العمل أن يعتدوا بحالة الحمل لرفض تشغيل المرأة أو لإنهاء عقد عملها، إذا كان تحت الاختبار. كما يتمتع عليهم أيضاً أن يتحروا بأي كيفية كانت عن أية معلومات متعلقة بحمل المرأة. وهو ما يترتب عليه حظر تضمين طلبات التشغيل التي تقدم للراغبات في العمل أية بيانات متعلقة بالاستفسار عن حالة الحمل. وإذا امتنعت المرأة عن الإدلاء بهذه البيانات، أو حتى كذبت بشأنها، فإن امتناعها أو كذبها يكون مشروعاً وهو يستمد مشروعيته من حظر التحري عن حالة حملها. — والمشرع بهذا القانون أقر ما كان عليه العمل القضائي قبل صدوره، حين ذهبت محكمة النقض إلى أن كذب العاملة بشأن البيان الخاص بحملها لا يعد تدليساً لأنها ليست ملزمة، قانوناً أو اتفاقاً بذكره.

Cass. civ. 23 Fév. 1972. Bull. Cass. 1972. V. p. 143 No. 152 cité par Hardoun. Grossesse et liberté de la femme. Droit social. 1977 (p. 298. No. 53). ومشار إليه أيضاً في دالوز. كلمة نساء وأطفال رقم ١١٩.

— ويعاقب رب العمل الذي يخالف هذا الحظر مدنياً بالتعويضات، وجنائياً بالغرامة التي تتراوح ما بين ١٢٠٠ فرنك إلى ٣,٠٠٠ فرنك والتي تزيد في حالة العود إلى ٦,٠٠٠ فرنك. — انظر في هذا:

M.F.Callu. les garanties d'emploi de la femme enceinte après la Loi du 11 juillet 1975. Annales de la faculté de droit de Lyon. L.G.D.J. 1975. 123 et suiv.
— Camerlynck (G.H) et Lyon - Caen (Gérard): Droit du travail. Dalloz. Dixième édition. 1980 p. 411. no. 230-2 et note (3).
— Camerlynck. (G.H) Le Droit de travail. Deuxième édition. 1982. Dalloz. P. 318 No. 279 et suiv.
— Brun (André) et Galland (Henri). Droit du travail. tome 1. les rapports individuels de travail. 2ème édition. 1978. Sirey. p. 772.

هارون. المقال السابق ص ٢٩٨ رقم ٥٣.

— ومع ذلك ونظراً للحظر الذي يضعه القانون على رب العمل بعدم تشغيل الحامل في الأسبوعين السابقين على الوضع (انظر ماسيلي فقرة (١٩)، فإنه يجوز له في هذه الحالة أن يستعلم من العاملة عن ميعاد وضعها حتى يستطيع احترام هذا الحظر (كاميرلنك ص ٣١٨ هامش «٧»). كما أن العاملة التي تفصل قبل إعلام رب العمل بحملها ينبغي عليها في خلال الخمسة عشرة يوماً التالية على الفصل، أن تعلن إليه حملها حتى تتوصل إلى بطلان هذا الفصل على ما سنرى (انظر ماسيلي فقرة (٧٣)) (كاميرلنك ص ٣١٨ هامش «٨»).

(grossesse) وسواء تمثل في إتاحة الفرصة لها في أن تنهي بإرادتها المفردة عقد العمل بدون إنذار، وبدون أن يعرضها هذا للحكم عليها بالتعويض، وسواء تم هذا الإنهاء فور حملها (La faculté de démission immédiate)^(٨) أو بعد الوضع^(٩). وسواء تمثل في حظر تشغيل الحامل خلال الحمل، في الأعمال التي قد تضر بها أو بحملها^(١٠). أو تمثل في حظر تشغيلها في أعمال إضافية وتقليل ساعات العمل بالنسبة لها^(١١). أو تمثل في منحها الفرصة في أن تغير، وبصفة مؤقتة ولحين الانتهاء من الوضع، عملها إذا كان لا يتناسب مع حالة الحمل^(١٢).

(٨) انظر في هذا القانون الفرنسي. كاميرلنك ص ٣١٩ رقم ٨١، بران وجالان. ص ٧٧٢، كاميرلنك وليون كان ص ٤٠٩ رقم ١/٣٣٠.

(٩) انظر في هذا القانون الفرنسي. بران وجالان ص ٧٧٢، كاميرلنك ص ٣٢١ رقم ٢٨٥. ويحتفظ القانون الفرنسي للمرأة في هذه الحالة بأولوية التشغيل (Priorité d'embauchage) مع احتفاظها بمزاياها السابقة إذا ما قررت العودة إلى العمل خلال سنة من تاريخ انتهاء الوقف الذي لحق العقد لاجازة الوضع.

(١٠) وفقاً للقانون الفرنسي يحظر تشغيل النساء الحوامل في قيادة وسائل النقل ذات البدلات. كما يحظر تشغيلهن، بعد الساعة العاشرة مساءً، في المعارض الخارجية (Etalages extérieurs) كما يحظر تشغيلهن حينئذ تكون درجة الحرارة تحت الصفر (دالوز كلمة نساء وأطفال رقم ١٤٣).

(١١) وفقاً للمادة ٨١ من قانون العمل العراقي (رقم ٥١ لسنة ١٩٧٠) «لا يجوز تشغيل المرأة الحامل مطلقاً في عمل ليلي أو إضافي أو شاق أو ضار. وفي جميع الأحوال يجب أن لا تزيد ساعات عمل المرأة الحامل عن سبع ساعات في اليوم». انظر شاب توما منصور. شرح قانون العمل. الطبعة الخامسة. بغداد. ١٩٧٢. ص ١٦٤.

عدنان العابد ويوسف الياس. قانون العمل. ط ١. ١٩٨٠. دار المعرفة. ص ١٠٨.

— وكذلك نص قانون العمل في جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية على ألا تزيد ساعات عمل المرأة عن ست ساعات إذا كانت حاملاً في شهرها السادس، وسبع ساعات إذا كانت مرضعة حتى نهاية شهرها السادس. كما نص قانون العمل الليبي على عدم جواز تشغيل الحامل ساعات إضافية (انظر أحمد زكي بدوي. السابق ص ٦٢ و٦٣ محمد عبدالحالقي عمر. قانون العمل الليبي. المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر - الاسكندرية - ١٩٧٠ م ص ٣٥٧).

(١٢) وفقاً للقانون الفرنسي فاللعمالة أن تطلب تغيير وظيفتها (Mutation d'emploi) إلى وظيفة مناسبة لحالة الحمل. ولا يستطيع رب العمل، كقاعدة، أن يفرض عليها هذا التغيير إلا إذا اقتضته حالتها الصحية، وبشرط أن يوصى بهذا طبيب العمل، مع مراعاة أن هذا التغيير لا يجب أن =

وهذا الاهتمام بالمرأة الحامل أمر طبيعي تماماً، لما هو معلوم من أن الحمل يصحبه العديد من التغيرات الجسدية للمرأة والتي تجعلها في وضع صحي مختلف عن فترة ما قبل الحمل، وهو ما يستوجب معاملتها - كعاملة - معاملة خاصة^(١٣).

(٣) خطة الدراسة :

إذا كانت المقدمة السابقة توضح لنا بعض مظاهر التنظيم التشريعي لعمل النساء الذي يهدف من مجمله إلى تخفيف عبء العمل عنهن، حتى يتسنى لهن القيام بالدور المزدوج المنوط بهن داخل المنزل وخارجه، فإن أكثر مظاهر هذا التنظيم ظهوراً وأهمية هو ذلك الذي تحلى في منح المشرعين للمرأة العاملة إجازة واحدة أو إجازات متعددة بمناسبة الحمل والوضع، وهو الموضوع الذي خصص هذا البحث لدراسته في قانون العمل الكويتي.

وفي تقديرنا فإنه لكي نستطيع أن نقيم جيداً موقف المشرع الكويتي من هذه الإجازات فإنه يحسن بنا أن نلقي نظرة على التنظيم التشريعي لها في القوانين المقارنة، حتى نستطيع على ضوء هذه الدراسة المقارنة أن نتبين الملامح الرئيسة والتجديدات التي أتى بها المشرع الكويتي في هذا الصدد، وهو الذي سنخصص له المطلب التمهيدي من هذه الدراسة التي سنقسمها بعد ذلك إلى فصلين :

= يترتب عليه تخفيض أجرها أو مزاياها، وبشرط أن يكون مؤقتاً حيث تعود المرأة لعملها الأصلي بعد عودتها إلى العمل عقب انتهاء إجازة الوضع.

انظر: كاميرلنك ص ٣٢٤ رقم ٢٩٢، بران وجالان ص ٧٧٢. هاردون ص ٢٩٠ رقم ١٦. دالوز - السابق رقم ١٢٢.

(١٣) انظر في التأثيرات المختلفة للحمل على المرأة من الناحية الطبية.

الدكتور عادل الزهير. في الحمل والولادة. الكويت. ١٩٨٢م. بدون ناشر.

الدكتور محمد فتحي. على عتبة الأمومة. أو طفلك بين الحمل والولادة (كتاب الان جونغاشر)

الطبعة الخامسة. ١٤٠٢ هـ - ١٩٨١م. دار الأندلس - بيروت - لبنان.

الفصل الأول: وسندرس فيه بصورة تحليلية التنظيم التشريعي للإجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع في القانون الكويتي، كما نظمها المشرع في المادتين ٢٥ و ٢٦ من قانون العمل في القطاع الأهلي، (القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤م) (١٤)

الفصل الثاني: وستعرض فيه لمشكلة مدى حق رب العمل في إنهاء علاقة عمل العاملة الحامل.

(١٤) وهو أيضا التنظيم الذي يسري على العاملات الخاضعات لقانون العمل في قطاع الأعمال النفطية (القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٦٩) وذلك لأن المادة (٢) من هذا القانون تنص على أنه «تسري أحكام هذا القانون على عمال النفط دون غيرهم. وتسري عليهم كذلك، فيما لم يرد فيه نص في هذا القانون والقرارات المنفذة له، أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ في شأن العمل في القطاع الأهلي». وحيث أن قانون العمل في قطاع الأعمال النفطية لم يورد أي تنظيم خاص للإجازات المستحقة بمناسبة الحمل والوضع فإن أحكام قانون العمل في القطاع الأهلي هي التي تسري على العاملات في القطاع النفطي.

مطلب تمهيدي

الاجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع في القوانين المقارنة وفي القانون الكويتي

(٤) خطة الدراسة

سنقوم في الفرع الأول من هذه الدراسة بالقاء نظرة سريعة على التنظيم التشريعي للإجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع في القوانين المقارنة حتى يتسنى لنا في الفرع الثاني منه - وعلى ضوء هذه الدراسة المقارنة - استظهار الملامح الرئيسة لهذه الإجازات في القانون الكويتي .

الفرع الأول

الاجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع في القوانين المقارنة

(٥) ستعرض في هذا المقام بصورة سريعة للتنظيم التشريعي لهذه الإجازات في العديد من قوانين الدول العربية [أولا]، ثم في القانون الفرنسي [ثانيا] .

أولا

التنظيم التشريعي لهذه الإجازات في قوانين الدول العربية

(٦) (١) في قانون العمل المصري

(أ) في قانون العمل الحالي (١٥) .

تنص المادة (١٥٤) من قانون العمل المصري الحالي (رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١م) على أنه «للعاملة التي أمضت ستة شهور في خدمة صاحب العمل الحق في إجازة وضع مدتها خمسون يوماً بأجر كامل، تشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليها، بشرط أن تقدم شهادة طبية مبينة بها التاريخ الذي يرجح حصول الوضع فيه . ولا تستحق العاملة هذه الإجازة لأكثر من ثلاث مرات طوال مدة خدمتها . ولا يجوز تشغيل العاملة خلال الأربعين يوماً التالية للوضع» .

(ب) في قانون العمل الملغي (١٦) .

كانت تنص على هذه الإجازة في قانون العمل الملغي (قانون العمل الموحد رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩م) المواد ١٣٣ - ١٣٦ .

(١٥) أنظر في هذا القانون .

محمود جمال الدين زكي . قانون العمل . ط ٣ . ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م . مطبعة جامعة القاهرة ص ٤٩٩ فقرة (٢٥٠) .

فتحى عبدالصبور . الوسيط في قانون العمل . الجزء الأول ١٩٨٥ . بدون ناشر . ص ٥٤٤ رقم ٤٢٨ .

محمد علي عمران . الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد . الطبعة الثانية ١٩٨٥ . بدون ناشر ص ٢٤٤ .

إهاب حسن اسماعيل . شرح قانون العمل الجديد وقوانين الضمان الاجتماعي . بدون ناشر ولا سنة طبع . مطبعة جامعة القاهرة - ص ٣٠٢ .

(١٦) أنظر في هذا القانون .

حسن كيره . أصول قانون العمل . عقد العمل ط ٣ . ١٩٧٩ . منشأة المعارف بالإسكندرية (جلال حزي وشركاه ص ٦٢٠) .

إسماعيل غانم - قانون العمل والتأمينات الاجتماعية . ١٩٦٠ - ١٩٦١ . مكتبة عبدالله وهبه - ص ٢٩٩ رقم ١٥٩ وما بعدها .

وقد كانت المادة ١٣٣ تنص على أنه «يجوز للعاملة أن تحصل على إجازة وضع مدتها خمسون يوماً تشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليها، بشرط أن تقدم شهادة طبية مبيناً بها التاريخ الذي يرجح حصول وضعها فيه. ولا يجوز تشغيل العاملة خلال الأربعين يوماً التالية للوضع».

- وكانت المادة ١٣٤ تقضي بحصول العاملة أثناء إجازة الوضع على ٧٠٪ من أجرها، وإذا كانت قد أتمت في خدمة رب العمل سبعة أشهر متصلة. وكانت المادة ١٣٦ تقضي بسقوط حق العاملة فيما كانت تستحقه من أجر إذا ثبت اشتغالها في فترة الإجازة بمحل آخر، فضلاً عما يكون لصاحب العمل من حق في فصلها بسبب ذلك.

- وكانت المادة ١٣٥ تقضي بحرمان رب العمل من الحق في فصل العاملة أثناء إجازة الوضع (م ١/١٣٥)، كما كانت تقضي أيضاً بعدم جواز فصل العاملة مدة غيابها بسبب مرض يثبت بشهادة طبية أنه نتيجة للحمل والوضع، وأنه لا يمكنها من العودة لعملها بشرط ألا تتجاوز مدة الغياب في مجموعها ستة أشهر.

(٧) (٢) في قانون العمل الليبي (١٧)

تنص المادة (٢٤) من قانون العمل الليبي على أنه «للعاملة التي أمضت في خدمة رب العمل ستة أشهر متصلة أن تحصل على إجازة وضع بنصف أجر مدتها

= عبدودود يحيى: شرح قانون العمل - مكتبة القاهرة الحديثة ط ١. ١٩٦٤ ص ٣٩٨.
جلال العدوي وحدي عبدالرحمن. القواعد الخاصة بالعمل في القطاع العام. المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر. الاسكندرية ١٩٧٣ م ص ٣٤٥ رقم ٤٤ وما بعدها.
عصمت الهواري وفهمي كامل - المرشد في قانون العمل الموحد. ط ١. ج ١ - عقد العمل الفردي. ط ١. مكتبة الانجلو. ١٩٥٩ ص ١٥٩ رقم ٢٠٠ وما بعدها.
فايز نجيب وعبدالرحمن بكر - قانون العمل الموحد علماً وعملاً ١٩٥٩. دار الفكر العربي ص ٢٥١.

(١٧) أنظر. محمد عبدالحالقي عمر - قانون العمل الليبي. المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر - الاسكندرية. الطبعة الأولى سبتمبر ١٩٧٠. ص ٣٥١.

خمسون يوماً، تشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليها مباشرة بشرط أن تقدم شهادة طبية مبينة فيها التاريخ الذي يرجح حصول الوضع فيه. ويجوز للمرأة أن تعطل مدة غيابها بسبب مرض يثبت بشهادة طبية أنه نتيجة الحمل أو الوضع، وأنه لا يمكنها العودة إلى عملها بشرط ألا تتجاوز مدة الغياب في مجموعها ثلاثة أشهر. وفي جميع الأحوال لا يجوز تشغيل النساء خلال الثلاثين يوماً التالية للوضع».

(٨) (٣) في قانون العمل بالجمهورية العربية السورية (١٨)

تنص على هذه الإجازة المادتان ١٣٣ و ١٣٤ من قانون العمل المعدلتان بموجب المرسوم التشريعي رقم ٤٦ لعام ١٩٦٨ م.
فتنص المادة ١٣٣ على أنه:

- أ - للمرأة العاملة الحق في الحصول على إجازة أمومة مدتها ٦٠ يوم تشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليها، بحيث لا تقل مدة انقطاعها عن العمل بعد الوضع عن أربعين يوماً وتمنح هذه الإجازة بالاستناد إلى شهادة طبية مصدقة أصولاً يبين فيها التاريخ المرجح للوضع.
- ب - فإذا وقعت الولادة ضمن مدة الأربعين يوماً المبينة في الفقرة السابقة جاز منح العاملة عن المدة المتممة إجازة إدارية محسوبة على إجازتها السنوية المستحقة وإلا اعتبرت هذه المدة إجازة بلا راتب.

كما تنص المادة ١٣٤ على أنه «يصرف للعاملة عن مدة إجازة الأمومة التي تحصل عليها بموجب المادة السابقة أجراً كاملاً يؤديه صاحب العمل شريطة أن تكون قد قضت لدى صاحب العمل وقت انقطاعها عن العمل سبعة أشهر متوالية».

(١٨) أنظر صلاح الدين النحاس. مبادئ أساسية في شرح عقد العمل وقانون العمل الموحد مع نصوص اتفاقيات العمل الدولية النافذة مع الجمهورية العربية السورية. منشورات المكتب الإسلامي بدمشق - بدون سنة طبع. ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٩) (٤) في قانون العمل اللبناني (١٩)

تنص على هذه الاجازة المادتان ٢٨ و ٢٩ من قانون العمل، فتنص المادة (٢٨) على أنه:

«يحق للنساء العاملات في جميع الفئات المبينة في هذا القانون أن ينلن إجازة أربعين يوماً للولادة، تشمل المدة التي تتقدم الولادة والمدة التي تليها، وذلك بإبرازهن شهادة طبية تنم عن تاريخ الولادة المحتمل.

يحظر على أرباب العمل أو عملائهم أن يسمحوا للنساء أن يعدن إلى العمل قبل إنقضاء ثلاثين يوماً على تاريخ الولادة المحتمل». وتنص المادة (٢٩) على أنه:

«تدفع الأجرة بكاملها أثناء إجازة الولادة. يحق للمرأة التي استفادت من إجازة أربعين يوماً للوضع مع بقاء الأجر كاملاً، أن تتقاضى أجراً عن مدة الإجازة السنوية العادية التي تستحصل عليها خلال السنة نفسها عملاً بأحكام المادة ٣٩.

ويحظر أن تصرف المرأة من الخدمة أو أن يوجه إليها الإنذار خلال مدة الولادة ما لم يثبت أنها استخدمت في محل آخر خلال المدة المذكورة».

(١٠) (٥) في قانون العمل الجزائري (٢٠).

تنص على هذه الإجازة المادة (٢٤) من قانون العمل الصادر بالأمر رقم

(١٩) أنظر. حسن الفكهاني. شرح قانون العمل اللبناني - المكتبة القانونية للدول العربية. الطبعة الأولى. بيروت ١٩٦٩. ص ٥٧ وما بعدها.

— هشام علي صادق. دروس في قانون العمل اللبناني. الدار الجامعية للطباعة والنشر. بيروت. بدون سنة طبع (مذكرات على الآلة الكاتبة) ص ٢٠٨ رقم ١٦٩.

(٢٠) أنظر. علي عوض حس. الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري الجديد. ١٩٧٥. دار الثقافة للطباعة والنشر بالقاهرة. ص ٨٤ رقم ٤٥.

٧٥ - ٣١ بتاريخ ٢٩ إبريل ١٩٧٥ حين تقضى بأنه:

«يحق للمرأة أن توقف عقد العمل خلال فترة الإثنى عشر أسبوعاً القرية من التاريخ المفترض للولادة. ويحظر تشغيل النساء خلال فترة الثماني أسابيع الواقعة بمجموعها قبل وبعد ولادتهن، وخلال الأسابيع الستة التالية لولادتهن، مهما كانت الأسباب».

(١١) (٦) في قانون العمل البحريني^(٢١)

وفقاً للمادة (٦١) من قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني الصادر عام ١٩٧٦م فإن العاملة تحصل «على إجازة الوضع بأجر كامل لا يخصم من إجازتها السنوية مدتها خمسة وأربعون يوماً، تشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليها بشرط أن تقدم شهادة طبية معتمدة من وزارة الصحة، مبينا فيها التاريخ الذي يرجح حصول وضعها فيه». كما أجازت ذات المادة للمرأة أن تحصل على إجازة بدون أجر مدتها ١٥ يوماً علاوة على الإجازة السابقة.

(١٢) (٧) في قانون العمل العماني^(٢٢)

وفقاً لقانون العمل العماني (الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٣) فإن العاملة تحصل على إجازة وضع تشمل المدة السابقة واللاحقة على الوضع، مقدارها ستة أسابيع. وهذه الإجازة غير مأجورة. ولكن تخير العاملة بعد

(٢١) أنظر في هذا.

يوسف الياس. تشريعات العمل في الدول العربية الخليجية - دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية. تصدر عن مكتب المتابعة لمجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية بالدول العربية الخليجية (المنامة - البحرين) - العدد رقم (٢) يناير ١٩٨٤. ص ١٢٠.

— بدرية عبدالله العوضي. البحث السابق. مجلة كلية الحقوق - ص ٨ - ٢٤. ص ٧٠.

(٢٢) أنظر يوسف الياس. المرجع السابق ص ١٢١، بدرية العوضي. البحث السابق ص ٧١.

السنة الأولى بين أن تحصل على هذه الإجازة بدون أجر وبين أن تصرف لها عنها مستحقات الإجازة المرضية .

(١٣) (٨) في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة .

تنص المادة (٣٠) من القانون الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٠م في شأن تنظيم علاقات العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة على أنه «للعاملة أن تحصل على إجازة وضع بأجر كامل مدتها خمسة وأربعون يوماً تشمل الفترة التي تسبق الوضع، وتلك التي تليها، وبشرط ألا تقل مدة خدمتها المستمرة لدى صاحب العمل عن سنة . وتكون إجازة الوضع بنصف أجر، إذا لم تكن العاملة قد أمضت المدة المشار إليها .

وللعاملة بعد استنفاد إجازة الوضع أن تنقطع عن العمل بدون أجر، لمدة أقصاها مائة يوم متصلة أو متقطعة، إذا كان هذا الانقطاع بسبب مرض لا يمكنها من العودة إلى عملها، ويثبت المرض بشهادة صادرة عن الجهة الطبية التي تعينها السلطة الصحية المختصة، أو مصدق عليها من هذه السلطة، أنه نتيجة عن الحمل أو الوضع .

ولا تحتسب الإجازة المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين من الإجازات الأخرى .

(١٤) (٩) في نظام العمل السعودي (٢٣) .

وفقاً لنظام العمل السعودي فإن العاملة تحصل - بصورة اختيارية - على

(٢٣) أنظر في هذا . عاطف فخري . الدليل الأبجدي في شرح نظام العمل السعودي . مطبوعات تهامة ، ص ٢١ وما بعدها .

إجازة مدتها أربعة أسابيع سابقة على التاريخ المرجح للولادة بشرط أن تقدم شهادة طبية، صادرة إما من طبيب المؤسسة أو من أي طبيب آخر إذا كان مصدقاً عليها من وزارة الصحة، تفيد هذا التاريخ. كما تحصل العاملة أيضاً على إجازة إجبارية بعد الولادة مدتها ستة أسابيع (م ١/١٦٤) (٢٤).

● أجر الإجازة - وتحصل العاملة خلال الإجازتين السابقتين على نصف الأجر إذا كانت قد أتمت سنة على الأقل في الخدمة، والأجر كاملاً إذا كانت قد أتمت ثلاث سنوات على الأقل (م ١/١٦٤).

والأجر الذي تحصل عليه العاملة عن هذه الإجازات يحدث تأثيره على الأجر المستحق لها عن الإجازة السنوية بحيث يؤدي إلى تخفيض الأجر المستحق لها عن هذه الأخيرة بنسبة ما حصلت عليه من أجر عن إجازة الوضع (م ٢/١٦٤) (٢٥).

● الإجازة بسبب مرض ناشئ عن الحمل أو الوضع. حظرت المادة ١٦٨ من النظام «فصل العاملة أثناء فترة مرضها الناتج عن الحمل أو الوضع» بشرط أن يثبت المرض بشهادة طبية معتمدة، على ألا تتجاوز مدة غيابها ستة أشهر». ورغم أن المادة لم تشر إلى الأجر خلال هذه الإجازة إلا أن الفقه يذهب إلى أن العاملة تحصل خلالها على ذات أجر الإجازة الأصلية (٢٦).

(٢٤) ويطلق الدكتور عاطف فخري (السابق ص ٢١) على الإجازة الأولى تسمية إجازة الحمل كما يطلق على الإجازة الثانية تسمية إجازة الوضع. والصحيح في رأينا أن الإجازتين المتقدمتين ليسوا سوى شطري إجازة واحدة هي إجازة الوضع (انظر ما سيلي فقرة (٢١) و (٣٢)).

(٢٥) فلو حصلت العاملة مثلاً على إجازة وضع بأجر كامل فلا تتقاضى أجراً عن إجازتها السنوية، وإذا حصلت على إجازة بنصف أجر فإنها تتقاضى نصف الأجر فقط عن الإجازة السنوية. عاطف فخري ص ٢٢.

(٢٦) عاطف فخري هامش (٤٠) ص ٦٢ و ص ٦٣.

وقد نصت المادة (١٦٨) كذلك على حظر فصل العاملة بغير سبب مشروع من الأسباب المنصوص عليها في النظام خلال الأشهر الستة السابقة على التاريخ المتوقع للولادة».

(١٥) (١٠) في قانون العمل العراقي (٢٧).

تنص المادة (٨٠) من قانون العمل العراقي رقم ١٥١ السنة ١٩٧٠ على أنه «للمرأة العاملة الحق في ترك العمل قبل مدة شهر من التاريخ المتوقع لوضعها بتقرير طبي . وتعتبر مجازة للحمل والوضع بدون أجر، وتطبق عليها بالنسبة لما تستحقه من رعاية وعون وإجازة أمومة أحكام : قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال».

وإذا كانت هذه المادة لم تشر إلا إلى مقدار الإجازة المستحقة قبل الوضع وأنها بدون أجر، فإن قانون الضمان قد تكفل ببيان باقي أحكام هذه الإجازة على النحو التالي :

١ - فقد الزم هذا القانون العاملة بأن تعرض نفسها على الجهة الطبية التي تعتمد عليها مؤسسة التأمينات الاجتماعية عند ظهور الحمل لديها . وأناط القانون بهذه الجهة أن تحدد الموعد المقدر للوضع، وبأن تبلغ ذلك إلى العاملة وإلى الجهة التي تستخدمها.

٢ - أن العاملة تستحق بعد الوضع إجازة مدتها ستة أسابيع .

٣ - أن القانون أجاز للجهة الطبية التي تعتمد عليها المؤسسة أن تقرر تمديد فترة الإجازة على ألا تزيد على تسعة أشهر إذا أصيبت العاملة بمرض ناشئ عن الولادة.

(٢٧) أنظر. يوسف الياس - قانون العمل العراقي - الجزء الأول، علاقات العمل الفردية، الطبعة الأولى. بغداد. ١٩٨٠م ص ٢٤٢ وما بعدها.
شاب توما منصور. شرح قانون العمل. دراسة مقارنة. الطبعة الخامسة ص ١٦٤ وما بعدها.

- ٤ - أنه إذا كان رب العمل لا يدفع أجراً للعاملة خلال هذه الإجازات إلا أنها تحصل من مؤسسة الضمان الاجتماعي على معونة مالية على النحو التالي :
- أ - في الفترة السابقة على الوضع وخلال الستة أسابيع اللاحقة عليه تحصل على معونة تعادل كامل أجرها المدفوع عنه الاشتراك الأخير.
- ب - في فترة الإجازة المرضية بسبب مرض ناشئ عن الولادة، والتي تبدأ من اليوم الأول من الأسبوع السابع بعد الولادة وحتى انتهاء هذه الإجازة، تحصل العاملة على معونة تعادل ٧٠٪ من الأجر.

(١٦) (١١) في قانون العمل الأردني^(٢٨)

تنص على هذه الأجازة المواد ٥٠ : ٥٢ من قانون العمل رقم ٢١ لسنة ١٩٦٠ م.

فتنص المادة (٥٠) على أنه :

- أ - يحق للمرأة المستخدمة في مؤسسة منتظمة أن تترك عملها خلال الثلاثة أسابيع السابقة للتاريخ المتوقع للولادة.
- ب - لا يجوز السماح لامرأة بالعمل في مؤسسة منتظمة خلال الثلاثة أسابيع التالية مباشرة للولادة.

وتنص المادة (٥١) على أنه «يحق لكل امرأة مستخدمة في مؤسسة منتظمة الحصول على منحة الأمومة مدة الإجازة المنصوص عليها في المادة السابقة، ويكون صاحب العمل ملزماً بدفع أجرتها عن هذه المدة، ويشترط في ذلك أن تكون المرأة قد عملت في المؤسسة المنتظمة لدى صاحب العمل الذي تطالبه بمنحة الأمومة مدة

(٢٨) انظر: هشام رفعت هاشم. شرح قانون العمل الأردني. مكتبة المحتسب، عمان - الأردن. بدون سنة طبع. ص ٢٤٩.

لا تقل عن (١٨٠) يوماً خلال الاثنى عشر شهراً السابقة مباشرة للتاريخ المتوقع للولادة».

وتنص المادة (٥٢) على أنه «يجب أن يساوي مقدار منحة الأمومة الواجب دفعه بمقتضى المادة السابقة نصف معدل أجر العاملة عن كل يوم من أيام الإجازة ويساوي معدل الأجر اليومي مجموع الأجور التي كسبتها تلك العاملة خلال الأشهر الثلاثة السابقة لبدء الإجازة مقسوماً على (٩٠).

(١٧) (١٢) في قانون العمل السوداني (٢٩)

وفقاً للمادة (٢١) من قانون المخدمين والأشخاص المستخدمين تمنح المرأة العاملة بعد مضي سنة من الخدمة وعن كل سنة تالية لها إجازة للوضع بأجر كامل مقدارها أربعة أسابيع قبل الوضع، وأربعة أسابيع بعد الوضع - على أن يثبت كل من التاريخ الذي يرجح حصول الوضع فيه، والتاريخ الذي تم فيه الوضع فعلاً بشهادة من طبيب مرخص بمقتضى المادة ١٤ من قانون الصحة العامة لسنة ١٩٣٩ م. وإذا تغيبت المرأة عن العمل بعد انقضاء المديتين السابقتين بسبب مرض ناتج عن الحمل أو الوضع مما يجعلها غير قادرة على استئناف العمل بشهادة من طبيب مرخص تطبق بشأنها أحكام الإجازة المرضية.

(١٨) (١٣) في القانون الكويتي (٣٠)

تنظم هذه الإجازات في القانون الكويتي المادتان ٢٥ و ٢٦ من قانون

(٢٩) انظر: فتحي عبدالرحيم عبدالله. مبادئ في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية دراسة مقارنة (مصر والسودان) الجزء الأول. ١٩٧١. الناشر: مؤسسة الثقافة الجامعية (الاسكندرية). ص ١٢٥.

(٣٠) انظر على وجه الخصوص

- حسام الأهواني. الحماية القانونية الخاصة لبعض طوائف العمال. مطبوعات كلية الحقوق جامعة الكويت. برنامج الدورات التدريبية. ص ٢٣ وما بعدها.

العمل في القطاع الأهلي .

فتنص المادة (٢٥) على أنه «للحامل الحق في إجازة أقصاها ثلاثون يوماً قبل الوضع، وأربعون يوماً بعد الوضع بأجر كامل ، ويجوز للعاملة أن تنقطع عن العمل بعد هذه الفترة - بدون أجر - لمدة أقصاها مائة يوم متصلة أو متقطعة وذلك بسبب مرض يثبت بشهادة طبية أنه نتيجة للجمل والوضع» . .

وتنص المادة (٢٦) على أنه «يسقط حق العاملة في الإجازة السنوية إذا أفادت بالامتيازات التي كفلتها المادة ٢٥» .

-
- = - عبدالفتاح عبد الباقي . أحكام قانون العمل الكويتي في العلاقة بين العامل ورب العمل . مطبعة نهضة مصر - الفجالة - القاهرة . ١٩٨٢ ص ٣٣٤ رقم ١٩٤ مكرر .
- محمد ليبب شنب . دروس في شرح قانون العمل . مطبوعات كلية الحقوق جامعة الكويت (على الآلة الكاتبة) ١٩٨٠ - ١٩٨١ . ص ٨٢ .
- عبدالرسول عبدالرضا . الوجيز في قانون العمل الكويتي . ١٩٨٥ . مطبوعات جامعة الكويت ص ١٢١ .

ثانياً

التنظيم التشريعي لهذه الإجازات في القانون الفرنسي (٣١)

(١٩) تنظم هذه الإجازة في القانون الفرنسي، حيث يطلق عليها اسم إجازة الأمومة (Congé de maternité)، بصفة أساسية المادة (ل - ١٢٢ - ٢٦) من تقنين العمل الفرنسي، والتي وضعت في مجال بيان مدتها (٣٢) قاعدة عامة ترد عليها العديد من الاستثناءات.

أما القاعدة العامة: فوفقاً لها يحق للعاملة بمناسبة الوضع أن تحصل على إجازة لمدة ستة عشرة أسبوعاً، ستة منها في الفترة السابقة على الميعاد المتوقع للوضع، وعشرة منها لاحقة عليه (٣). وإذا تم الوضع قبل الموعد المحدد له فإن للعاملة أن تزيد في الفترة اللاحقة على الوضع بما يكمل الستة عشرة أسبوعاً، أي ترحل الفترة التي لم تستفد منها قبل الوضع إلى ما بعده (مادة ل - ١٢٢ - ٢٦/١).

ويحظر المشرع على رب العمل تشغيل العاملة خلال الثمانية أسابيع السابقة واللاحقة على الوضع، كما يحظر عليه أيضاً أن يشغلها في فترة الستة أسابيع

(٣١) انظر في هذا المراجع الفرنسية المشار إليها هامش (٤) و(٨) من هذا البحث وأيضاً.

Bénoteau— Maternité et contrat de travail. Droit social. 1973. 151. p. 161. No. 32 et suiv.
G.H. Camerlynck, Gérard Lyon. Caen, Jean péliissier. Droit du travail. Dalloz. Treizième édition. 1986. p. 253. No. 241 et suiv.

(٣٢) ويشهد التشريع الفرنسي تطوراً مستمراً نحو إطالة هذه الإجازة. فقد تمت هذه الإطالة بمقتضى العديد من القوانين التي آخرها القانون الصادر في ١٢ يوليو ١٩٧٧ (دالوز ١٩٧٧ - ٣١٢) والقانون الصادر في ١٢ يوليو ١٩٧٨ (دالوز ١٩٧٨ - ٣٠٤) والقانون الصادر في ١٧ مايو ١٩٨٠ (دالوز - ١٩٨٠ - ٢٩٢).

(٣٣) وقد كانت هذه الفترة أربعة عشر أسبوعاً تمثل الفترة اللاحقة على الوضع ثمانية أسابيع.

اللاحقة عليه (م. ل. ٢٢٤ -) وهو ما يعرف بالراحة القانونية الإجبارية Repos légal obligatoire ويهدف المشرع منها إلى منع إرهاق المرأة لنفسها عن طريق عدم حصولها على إجازة الوضع إلا قبيل الوضع بقليل أو العودة إلى العمل بعد تمام الوضع مباشرة. وإذا تأخر الوضع عن الموعد المحدد له بحيث حصلت المرأة على إجازة إجبارية أكثر من أسبوعين قبله فإن رب العمل يمتنع عليه أيضاً أن يشغلها خلال الستة أسابيع اللاحقة عليه^(٣٤).

● واستثناءً من هذه القاعدة فإن للعاملة الحق في إطالة هذه الفترة في الحالات الآتية:

١ - الطفل الثالث: إذا كان للعاملة طفلان سابقان فإنها تملك وقف العقد لمدة ستة وعشرين أسبوعاً ثمانية منها قبل الوضع وثمانية عشرة بعد الوضع. ولها أن تزيد الفترة السابقة على الوضع لمدة أسبوعين يخصمان من الفترة اللاحقة عليه. (م. ل. ١٢٢-٢٦/١).

٢ - الولادة المتعددة (naissance multiples)، وفي هذه الحالة فإن للعاملة أن تزيد الفترة اللاحقة على الوضع لمدة أسبوعين. وإذا أنجبت أكثر من طفلين أو ثلاثة أو أصبحت بسبب الوضع تكفل أكثر من طفلين أو ثلاثة فإن هذه الفترة تطول إلى اثنين وعشرين أسبوعاً (م. ل. ١٢٢-٢٦/٣).

٣ - الولادة المبكرة (Accouchement a lieu avant la date présumée) وفيها يحق للعاملة وقف العقد لفترة ١٦ أو ١٨ أو ٢٦ أو ٢٨ أسبوعاً (م. ل. ١٢٢/٢٦/٣).

٤ - في حالة إصابة المرأة بحالة مرضية (état pathologique) كنتيجة للحمل أو الوضع، بشرط أن يثبت ذلك بشهادة طبية، فإنه يجوز لها أن تطيل في مدد

(٣٤) كاميرلنك ص ٣٢٤ رقم ٢٩١، كاميرلنك وليون كان ص ١٤١.

وقف العقد المشار إليها في الحالات السابقة في حدود أسبوعين في الفترة السابقة على الوضع، وفي حدود أربعة أسابيع في الفترة اللاحقة عليه. (م. ل. ١٢٢ - ٤/٢٦) (٣٥).

(٣٥) وقد كان القانون قبل تعديله بقانون ٣٠ ديسمبر ١٩٦٦ يتكلم على مرض (maladie) (وليس حالة مرضية) ناشيء عن الحمل أو الوضع، ولكنه بهذا القانون الأخير عدل عنها إلى فكرة الحالة المرضية. انظر: هاردون ص ٢٩٠ هامش (٢٩)، بيتنوس ص ١٥١، كاميرلنك ص ٣٢٠ رقم ٢٨٣، كاميرلنك وليون كان ص ٤١١، دالوز - كلمة نساء وأطفال رقم ١٢٧.

الفرع الثاني

تحليل التنظيم التشريعي للإجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع في القوانين المقارنة، والملاحح الرئيسة لها في القانون الكويتي

(أولاً)

تحليل التنظيم التشريعي لهذه الإجازات في القوانين المقارنة

(٢٠) نستطيع على ضوء دراستنا السابقة للإجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع في القوانين المقارنة أن نستظهر بسهولة الخلافات الموجودة بينها في العديد من المواضيع التي أهمها ما يلي :

(٢١) (١) من حيث عدد الإجازات الممنوحة للعاملات :

نستطيع من هذه الزاوية أن نقسم التشريعات السابقة إلى مجموعتين :

المجموعة الأولى : وتضم كافة تشريعات الدول العربية مطروحاً منها القانون الكويتي ، كما تضم أيضاً القانون الفرنسي . وهذه التشريعات قد منحت المرأة العاملة بمناسبة الوضع ، والوضع فقط ، إجازة واحدة وهي التي يجوز لذلك تسميتها بإجازة الوضع^(٣٦) أو الولادة^(٣٧) ، باعتبار أن علة منحها ومحل الحماية فيها

(٣٦) وقد حرصت العديد من التشريعات على النص على التكييف القانوني لهذه الإجازة بأنها «إجازة وضع» انظر نصوص القوانين المصري والليبي والبحريني وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة . وانظر في هذه التسمية : أحمد زكي بدوي ص ٦٠ ، إسماعيل غانم ص ٣٩٩ ، حسن كيره ص ٦٢٢ ، محمد علي عمران ص ٢٤٤ ، إهاب إسماعيل ص ٣٠٢ ، فتحي عبدالصبور ص ٥٤٤ ، =

هو الوضع أو الولادة، كما يجوز أيضاً، مع شيء من التجاوز، تسميتها بإجازة الوضع والأمومة^(٣٨)، أو إجازة الأمومة^(٣٩)، باعتبار أن الأمومة نتيجة للوضع. ولكن في تقديرنا لا يجوز تسميتها بإجازة الحمل والولادة^(٤٠)، أو الحمل والوضع^(٤١) باعتبار أنه لا مدخل للحمل فيها، فليست حمايته هي سبب منحها بل سبب هذا المنح ومناطه هو الوضع. ويظل هذا القول صحيحاً على الرغم من أن بعض مشرعي هذه الطائفة قد أعتدوا بحالة المرض الناشيء عن الحمل، وعلى الرغم أيضاً من أن جزءاً من هذه الأجازة، حتى ولو كان حتمياً، قد يقع قبل الوضع (أي خلال الحمل). وذلك لأن محل الحماية، بالنسبة للأمر الأول، هو «المرض الناشيء عن الحمل» وليس الحمل في ذاته، كما أن الحصول على جزء من هذه الإجازة خلال الحمل لا يعني أنها إجازة حمل، بل هي إجازة وضع تحصل عليها العاملة بصورة مسبقة، فمناط منحها هو الوضع المنتظر لا الحمل الحالي بدليل أن التشريعات التي تمنح العاملة هذه الإجازة المسبقة تشترط حصولها عليها ضرورة أن تقدم شهادة طبية تفيد التاريخ المرجح للوضع. وهو ما يعني أن الوضع أو قرب حلوله: هو علة هذا المنح، لأنه لو كانت علته هي الحمل لما تطلب المشرعون شهادة تحدد الميعاد المتوقع للوضع، بل كانوا يشترطون شهادة تثبت الحمل. ودليل ذلك أيضاً أن هذه الإجازة «المسبقة» تحصل عليها العاملة في الفترة السابقة على الوضع

= محمد ليبب شنب شرح القانون الكويتي ص ٨١، يوسف الياس. تشريعات العمل في الدول العربية الخليجية. مرجع سابق ص ١١٨.

(٣٧) انظر المادة (٢٩) من القانون اللبناني. وفي ذات التسمية. جمال زكي ص ٥٠٠، حسن الفكهياني ص ٥٨، فتحي عبدالرحيم ص ١٢٥، يوسف إلیاس. شرح القانون العراقي ص ٢٤٢.

(٣٨) صلاح النحاس ص ٢٧٩.

(٣٩) وهذه هي التسمية التي تطلق على هذه الأجازة في القانون الفرنسي. وهي أيضاً التسمية التي اختارها المشرع الأردني (م ٥١). وانظر في ذات التسمية. حسام الأهواني ص ٢٣، هشام رفعت هاشم ص ٢٤٩.

(٤٠) عبدالحالقي عمر ص ٣٥٠.

(٤١) عاطف فخري ص ٢٠.

«مباشرة»^(٤٢)، ولو كان محل الحماية فيها هو الحمل لاستطاعت العاملة أن تحصل عليها طوال فترة الحمل، وليس في الفترة السابقة منه على الوضع مباشرة فقط. نخلص من ذلك أن هذه التشريعات لم تمنح العاملات بمناسبة الحمل والوضع إلا إجازة واحدة، هي إجازة الوضع.

(٢٢) وقد اختلفت تشريعات هذه المجموعة في أسلوب منح إجازة الوضع إلى طائفتين:

الطائفة الأولى والتي حددت مدة إجازة الوضع بصورة إجمالية، أي دون تقسيمها إلى فترتين محددتين إحداها سابقة على الوضع، والأخرى لاحقة عليه (كالقانون المصري والليبي واللبناني والسوري والجزائري).

- وقد قرنت تشريعات هذه الطائفة هذا التحديد بفترة «إجازة إجبارية» لاحقة على الوضع، يتحتم أن تحصل عليها العاملة، بغض النظر عن المدة التي استهلكتها من المجموع الكلي للإجازة قبل الوضع، حتى لو أدى هذا إلى حصولها على إجازة تجاوز في مجموعها الحد الأقصى الذي قرره المشرع، (فلو حصلت العاملة في القانون المصري، مثلاً، على إجازة قبل الوضع أكثر من عشرة أيام فإنها ينبغي أيضاً أن تحصل بعد الوضع على أربعين يوماً كاملة، رغم أن هذا سيؤدي إلى حصولها على أكثر من الخمسين يوماً الممنوحة لها). ومن المستقر في هذه التشريعات أيضاً: أن العاملة التي لا تحصل قبل الوضع على الجزء الزائد من إجازتها على فترة الإجازة الإجبارية (الذي هو على سبيل المثال في القانون المصري عشرة أيام)، فإنه يحق لها بعد الوضع أن تتمتع به، فلا يقتصر حقها على الإجازة الإجبارية فقط، بل يضاف إليها الأيام التي لم تحصل عليها، بحيث تتمتع بكامل الإجازة الممنوحة لها.

(٤٢) انظر في هذه المباشرة ماسيلي فقرة (٢٢) و(٢٣).

وقد اشترطت تشريعات هذه الطائفة لحصول العاملة على إجازة الوضع ، أو بالأدق على الجزء السابق منها الوضع ، على ضرورة أن تقدم شهادة طبية تفيد التاريخ المتوقع للوضع . وهو ما يفهم منه أنها لا تستطيع أن تحصل عليها إلا قبل الوضع مباشرة، أي لا تحصل عليها في القانون المصري - على سبيل المثال - بكثر من عشرة أيام سابقة على التاريخ المتوقع للوضع، وإلا بغير ذلك فإن اشتراط تقديم شهادة بالتاريخ «المتوقع للوضع» يغدو لا معنى له . وهذه المباشرة كقيود على حصول العاملة على هذه الإجازة هو ما يفهم من نصوص القوانين حين حرصت على النص على حق العاملة في الحصول على الإجازة في المدة التي «تسبق» الوضع (القانون المصري، والليبي، والسوري، والسعودي) . أو التي «تتقدم الولادة» (القانون اللبناني) أو في الفترة القريبة من التاريخ المفترض للولادة (القانون الجزائري) فهذه الصياغات يستفاد منها أنه ليس هناك فاصل زمني بين الحصول على الإجازة وبين الوضع .

(٢٣) الطائفة الثانية . وقد حددت إجازة الوضع بصورة مختلفة حين قسمتها إلى فترتين محددتين .

إحدهما سابقة على الوضع ، والأخرى لاحقة عليه (وهي القانون الأردني واحد وعشرون يوما قبل الوضع وواحد وعشرون يوما بعد الوضع) ، والقانون السوداني (ثمانية وعشرون يوما قبل الوضع، وثمانية وعشرون يوما بعده)، ونظام العمل السعودي (أربعة أسابيع قبل الوضع ، وستة أسابيع بعده)، وقانون العمل العراقي (شهر قبل الوضع ، ستة أسابيع بعده) .

وبهنا بصدد هذه القوانين إبراز أنها بالرغم من تقسيمها للإجازة المستحقة للعاملة بمناسبة الحمل والوضع إلى قسمين محددين، أحدهما سابق على الوضع والآخر لاحق، عليه إلا أن هذا لا يعني أنها تمنح للعاملة إجازتين مستقلتين إحدهما للحمل والأخرى للوضع، بل إن ما تمنحه لها هو إجازة واحدة هي «إجازة الوضع» وإن كانت قد قسمتها إلى قسمين سواء متساويين أو غير متساويين . فالجزء من هذه الإجازة السابق على الوضع، والذي تحصل عليه العاملة خلال فترة الحمل

ليس بإجازة حمل، بل هو إجازة وضع، تحصل عليها العاملة بصورة مبكرة أو مسبقة. وهو بهذه المثابة ينبغي الحصول عليه قبل الوضع «مباشرة». ودليل ذلك أن كل هذه القوانين (فيما عدا القانون الأردني) قد اشترطت لإمكان حصول العاملة على هذه الإجازة وجوب أن تقدم شهادة طبية تفيد التاريخ المتوقع للوضع^(٤٣).

ولاشك أن تطلب هذه الشهادة يفيد أن العاملة لا تستطيع الحصول على الإجازة إلا قبل الوضع مباشرة بالفترة المسموح لها بها بحيث لا تستطيع أن تحصل عليها بأكثر من ذلك. أما بالنسبة للقانون الأردني فهو وإن لم يتطلب لحصول العاملة على هذه الإجازة وجوب تقديم هذه الشهادة^(٤٤)، إلا أن وجوب الحصول عليها قبل الوضع مباشرة هو أمر حرصت نصوص القانون على إظهاره، حين نصت المادة (٥٠ أ) على أنه «يحق للمرأة المستخدمة في مؤسسة منتظمة أن تترك عملها خلال الأسابيع الثلاثة السابقة للتاريخ المتوقع للولادة»، فكلمة السابقة الواردة في النص تفيد وجوب أن تحصل العاملة على الإجازة قبل الوضع مباشرة.

نخلص من ذلك إلى أنه حتى في هذه الطائفة من القوانين فإن العاملات يحصلن ليس على إجازتي حمل ووضع، ولكن على إجازة وضع فقط، وإن كان جزء منها حدده المشرعون بصورة حاسمة قبل الوضع، بحيث يؤدي عدم الحصول عليه أو على بعضه خلال هذه الفترة، إلى سقوط حق العاملة فيه^(٤٥).

(٤٣) بل لقد حرصت قوانين هذه الطائفة على تحديد الجهة الطبية التي تصدر عنها هذه الشهادة. فهي في نظام العمل السعودي طبيب المؤسسة أو أي طبيب آخر بشرط أن يكون مصدقا عليها من وزارة الصحة، وهي في القانون العراقي الجهة الطبية التي تعتمدها مؤسسة التأمينات الاجتماعية. وهي في القانون السوداني طبيب مرخص وفقا لقانون الصحة العامة.

(٤٤) أنظر مع ذلك هشام رفعت هاشم ص ٢٥١، حيث يذهب إلى أن العاملة لا تمنح هذه الإجازة الا بتقرير من الطبيب الذي يعينه رب العمل. والواقع ليس هناك في النصوص ما يتطلب هذه الشهادة. ولا كونها صادرة بالذات من الطبيب الذي يعينه رب العمل.

(٤٥) أنظر في ذات المعنى. أحمد زكي بدوي ص ٦٢.

(٢٤) المجموعة الثانية . وتضم القانون الكويتي وحده إذ أنه قد انفرد في هذا المجال بتنظيم خاص للاجازات التي تحصل عليها العاملات بمناسبة الحمل والوضع حين منحهن بهذه المناسبة ليس إجازة وضع فقط ولكن أيضا إجازة حمل مستقلة عن إجازة الوضع . فالمادة (٢٥) من هذا القانون حين منحت «الحامل» الحق في إجازة أقصاها ثلاثون يوما قبل الوضع وأربعون يوما بعده بأجر كامل تكون في الواقع قد منحتها إجازة حمل مستقلة عن إجازة الوضع، وهو الاستقلال الذي سنظهره فيما بعد بالتفصيل (٤٦).

(٢٥) (٢) من حيث الأجر المستحق للعاملة خلال الإجازة :

اختلفت القوانين في تحديدها لمقدار هذا الأجر . فذهب بعضها إلى منح العاملة أجراً كاملاً (٤٧)، وذهب بعضها الآخر إلى منحها نصف الأجر (٤٨)، وذهب بعضها الثالث إلى منحها ٧٠٪ من الأجر (٤٩)، بينما غير بعضها أخيراً في مدى الأجر المستحق للعاملة بحسب طول مدة خدمتها (٥٠).

وقد اتفقت معظم هذه القوانين على أن المتحمل لعبء الأجر خلال هذه

(٤٦) أنظر ماسيلي فقرة (٣٢) ص ٤٥ .

(٤٧) أنظر القانون المصري الحالي والقوانين اللبناني والكويتي والسوري والعراقي والسوداني .

(٤٨) أنظر القانون الأردني والليبي . وكذا فعلت قوانين الامارات والمغرب (أنظر بصدد هذا الأخير .

أحمد زكي بدوي الأحكام المنظمة لتشغيل المرأة في تشريعات العمل العربية والدولية - سلسلة البحوث والدراسات - إصدار مكتب العمل العربي (منظمة العمل العربية) ١٩٨٣ (رقم ٥) ص ٦٣ .

(٤٩) قانون العمل المصري الملغى ، وكذا فعل القانون اليمني (أنظر أحمد زكي بدوي . السابق ص ٦٣) .

(٥٠) أنظر نظام العمل السعودي . وأيضاً قانون العمل العماني الذي جعل هذه الاجازة في السنة الأولى غير مأجورة ثم خير العاملة بعد هذه السنة الأولى في الحصول عليها بدون أجر أو الحصول خلالها على مستحقات الاجازة المرضية التي هي وفقاً للمادة (٦٥) منه على النحو التالي : الأسبوعان الأول والثاني براتب كامل ، الأسبوعان الثالث والرابع بثلاثة أرباع الراتب ، الأسبوعان الخامس والسادس بنصف راتب ، الأسابيع من السابع وحتى نهاية الأسبوع العاشر بربع الراتب .

الإجازة هورب العمل، باستثناء. القانون العراقي الذي جعل المتحمل له مؤسسة التأمينات الاجتماعية.

(٢٦) (٣) من حيث تأثير حصول العاملة على إجازة الوضع على إجازتها السنوية.

حرصت بعض التشريعات على النص على أن حصول العاملة على إجازة الوضع لا تأثير له على حقها في الإجازة السنوية، مثلما فعل القانون اللبناني بالمادة (٢٩) (٥١). وهذا الذي حرصت بعض التشريعات على النص عليه مستقر في كافة التشريعات الأخرى، بدون نص، تطبيقاً لمبدأ استقلال الإجازات (٥٢). ورغم ذلك فإن القليل من التشريعات جعل لسبق حصول العاملة على إجازة الوضع تأثيراً على الإجازة السنوية: فالقانون الكويتي جعل استفادة العاملة من الامتيازات التي كفلتها المادة (٢٥) مسقطاً لحقها في الإجازة السنوية (٥٣) (٥٤)، بينما جعل نظام العمل السعودي حصول العاملة على إجازة وضع بأجر معين (سواء كان نصف الأجر أم الأجر كاملاً) سبباً في حرمانها ليس من الإجازة السنوية ذاتها، ولكن من جزء من أجرها، أو حتى من أجرها كاملاً، بقدر ما حصلت من أجر خلال إجازة الوضع. بمعنى أنها إذا حصلت على إجازة وضع بأجر كامل يسقط حقها في أجر الإجازة السنوية كاملاً، وإذا حصلت على إجازة وضع بنصف أجر يسقط حقها في نصف أجر الإجازة السنوية.

(٥١) وهذا أيضاً ما قرره المادة ٨٣ من القانون العماني لسنة ١٩٧٣ عندما نصت على أنه «لا تحرم المرأة العاملة التي تكون قد استفادت من إجازة الولادة من الإجازة السنوية العادية، إذا كانت تستحقها وفقاً لأحكام هذا القانون». أنظر بديرية العوضي ص ٧٢. وأنظر المادة (٦١) من قانون العمل البحريني.

(٥٢) في ذات المعنى هشام رفعت هاشم ٢٥٢. هامش (٥٠).

(٥٣) ويذكر الدكتور هشام رفعت هاشم ص ٢٥٢ هامش (٥٠) أن قانون رأس الخيمة جعل استفادة العاملة من إجازة الأمومة مسقطاً لحقها في الإجازة السنوية.

(٥٤) أنظر في تفسير كلمة الامتيازات الواردة بالمادة (٢٥) ما سيلي فقرة (٦٤) وما بعدها.

(٢٧) (٤) من حيث شروط تمتع العاملة بالإجازة .

ذهبت غالبية التشريعات إلى اشتراط وجوب أن تكون العاملة قد أمضت مدة خدمة معينة لدى رب العمل كشرط ليس لحصولها على إجازة الوضع ذاتها ولكن لحصولها على الأجر خلالها، (بمعنى أنها لو تكمل المدة المنصوص عليها تحصل على الإجازة، ولكن بدون أجر) ولكنها اختلفت بعد ذلك في الآتي :

أ - مقدار المدة المطلوبة . حيث ذهبت معظم التشريعات إلى اعتبارها سبعة شهور^(٥٥)، على حين جعلها القانون السوداني سنة . بينما ذهب القانون الأردني إلى وجوب أن تكون العاملة قد عملت «لدى صاحب العمل الذي تطالبه بإجازة الأمومة مدة لا تقل عن مائة وثمانين يوما خلال الاثنتي عشرة شهرا السابقة مباشرة على التاريخ المتوقع للولادة»، بينما غاير نظام العمل السعودي في هذه المدة، فجعلها سنة، لكي تستحق العاملة إجازة بنصف أجر، وثلاث سنوات لكي تستحق إجازة بأجر كامل^(٥٦).

ب - من حيث اتصال أو تقطع المدة المطلوبة . حيث نصت التشريعات على وجوب أن تكون هذه المدة متصلة^(٥٧) بينما لم يتطلب بعضها الآخر هذا الشرط^(٥٨).

- هذا بينما ذهب البعض الآخر من التشريعات إلى عدم تطلب مثل هذه المدة^(٥٩)، أي عدم اشتراط هذا القيد .

- هذا وقد انفرد المشرع المصري باشتراط شرط آخر، وهو ألا تحصل العاملة على هذه الإجازة (أو بالأدق أجرها) لأكثر من ثلاث مرات طوال مدة خدمتها .

(٥٥) القانونين المصري الحالي والملغى، والقانون الليبي والقانون السوري (م ١٣٤).

(٥٦) أنظر ما تقدم فقرة (١٤).

(٥٧) قانون العمل المصري الملغى، القانون الليبي، القانون السوري .

(٥٨) قانون العمل المصري الحالي .

(٥٩) القانون الكويتي، واللبناني، والعراقي .

(٢٨) (٥) من حيث الصفة الاجبارية أو الاختيارية للإجازة .

حرصت العديد من التشريعات على إظهار الصفة الإجبارية للجزء - من إجازة الوضع - اللاحق على الوضع ، حين نصت على عدم جواز تشغيل النساء خلال هذه الفترة ^(٦٠) . هذا بينما ذهب قانون العمل الجزائري - مقتفياً أثر القانون الفرنسي - إلى حظر تشغيل النساء ليس فقط خلال فترة معينة لاحقة على الوضع . ولكن أيضاً خلال فترة معينة سابقة على الموعد المتوقع له ، حين نص على أنه « يحظر تشغيل النساء خلال فترة الشامي أسابيع الواقعة بمجموعها قبل ولادتهن وخلال الأسابيع الستة التالية لولادتهن ، مهما كانت الأسباب »

هذا بينما ذهبت العديد من التشريعات إلى عدم فرض إجازة وضع إجبارية على العاملات ^(٦١) .

(٢٩) (٦) من حيث تمتع العاملة بإجازة مرضية بسبب مرض ناشئ عن الحمل أو الوضع .

نظراً لما قد يصاحب الحمل أو الوضع من احتمال تعرض العاملة للإصابة بأمراض معينة تكون راجعة إلى أي منها ، فقد حرص العديد من المشرعين على النص على منح العاملة إجازة مرضية إذا أصيبت بمثل هذه الأمراض ^(٦٢) ، (وقد اشترطت جميعها ضرورة تقديم العاملة لشهادة طبية تفيد وجود هذا المرض وصلته بالوضع أو الحمل) بحيث تضاف هذه الإجازة إلى الإجازة المرضية العادية ، وتكون مستقلة عنها .

(٦٠) قانون العمل المصري الحالي والملغي ، والقانون السوري ، حيث جعلوا مدة الإجازة الاجبارية أربعين يوماً ، والقانونين الليبي واللباني حيث جعلها ثلاثين يوماً ، والقانون الأردني حيث جعلها ثلاثة أسابيع ، والقانون السعودي حيث جعلها ستة أسابيع .

(٦١) القانون العراقي والكويتي والسوداني .

(٦٢) ولم ينص على هذه الإجازة القانون المصري والسوري والأردني واللباني والجزائري .

وصمنا هنا إبراز الآتي :

١ - من حيث مدة هذه الإجازة :

ذهبت معظم التشريعات إلى إدماج مدة هذه الإجازة بمدة إجازة الوضع بحيث لا يجوز للعاملة أن تنقطع عن العمل بسبب الوضع والمرض الناشيء عن الحمل أو الوضع أكثر من المدة الإجمالية التي حددها المشرع، والتي هي في القانون العراقي تسعة أشهر، وفي قانون العمل المصري الملغي ونظام العمل السعودي ستة أشهر، وفي القانون الليبي ثلاثة أشهر، وفي القانون السوداني تطبق أحكام الإجازة المرضية من حيث مدتها. هذا بينما ذهب القانونين الإماراتي والكويتي إلى اتباع طريقة مختلفة تماماً في تحديد هذه المدة، حين قررا منح العاملة هذه الإجازة لمدة مائة يوم متصلة أو متقطعة.

٢ - من حيث المرض الموجب للحق في هذه الإجازة :

فيما عدا القانون الكويتي فإن جميع التشريعات التي منحت العاملة هذه الإجازة أناطت الحصول عليها بإصابتها بمرض ناشيء عن الحمل (أو) الوضع. أما القانون الكويتي فقد تزمت في هذا الصدد، حيث استوجب أن يكون المرض ناشئاً عن الحمل (و) الوضع.

٣ - من حيث الأجر خلال هذه الإجازة :

فيما عدا القانونين الكويتي والعراقي فإن المشرعين لم يضمنوا نصوص القانون أية إشارة إلى حكم الأجر خلال هذه الإجازة، وهو ما ينبغي أن يفهم منه أن العاملة تحصل عليها بدون أجر. وإن كان هذا لم يمنع بعض الفقه من القول

بحصول العاملة عليها بأجر يعادل أجر إجازة الوضع^(٦٣). هذا بينما حرص المشرع الكويتي على النص على أن هذه الإجازة تكون بدون أجر، بينما نص قانون التأمينات الاجتماعية العراقي على أن العاملة تحصل خلالها على ٧٠٪ من الأجر.

٤ - من حيث المدى الزمني للحصول على هذه الإجازة:

إذا كان السبب الموجب لمنح هذه الإجازة، في معظم التشريعات التي تمنحها، هو إصابة العاملة بمرض ناشئ عن الحمل أو الوضع، فإن هذا السبب يؤدي إلى إمكان تمتعها بها إذا أصيبت بهذا المرض، سواء خلال الحمل أو بعد الوضع^(٦٤). إلا أن المشرع الكويتي وقد جعل السبب الموجب لهذه الإجازة هو المرض الناشئ عن الحمل والوضع فقد نص على أن العاملة لا تحصل عليها إلا بعد حصولها على إجازتي الحمل والوضع. بمعنى أنه لا يمكنها أن تحصل عليها خلال الحمل، بل يقتصر الحق في التمتع بها على الفترة اللاحقة على انقضاء إجازتي الحمل والوضع.

(٣٠) (٧) من حيث تأثير اشتغال العاملة خلال إجازة الوضع لدى رب عمل آخر على الأجر المستحق لها وعلى عقد عملها.

لم تنظم غالبية التشريعات هذا الأمر. بينما كان ينص قانون العمل المصري الملغي على حرمان العاملة من أجرها في هذه الحالة، كذا كان يمنح رب العمل الحق في إنهاء علاقة عملها بسبب ذلك. وهذان الحكمان هما ما تنص عليهما المادة (١٣٦) من قانون العمل السوري^(٦٥). هذا بينما نص القانون السعودي على حق

(٦٣) انظر في القانون الليبي عبد الخالق عمر ص ٣٥٣ وفي القانون السعودي عاطف فخري ص ٦٣ هامش (٤٠).

(٦٤) انظر في ذات المعنى بالنسبة للقانون العراقي يوسف الياس ص ٢٤٤.

(٦٥) انظر صلاح الدين النحاس ص ٢٨٣.

رب العمل في استرداد الأجر الذي دفعه للعاملة إذا ثبتت اشتغالها خلال الإجازة لدى رب عمل آخر - بينما نص القانون اللبناني على جواز صرف المرأة من الخدمة في هذه الحالة .

(٣١) (٨) من حيث عدم جواز إنهاء عقد عمل العاملة خلال هذه الإجازة .

حرصت العديد من التشريعات على النص على أنه يحظر على رب العمل أن ينهي عقد عمل العاملة خلال إجازة الوضع^(٦٦) . وهذا ما نص عليه القانون اللبناني (الذي أجاز مع ذلك هذا الإنهاء إذا ثبت اشتغال العاملة خلال الإجازة لدى رب عمل آخر) والقانون السوري (م ١٣٥)^(٦٧) وهو ما كان ينص عليه أيضاً قانون العمل المصري الملغى . هذا بينما تنص المادة ١٦٨ من نظام العمل السعودي على حظر فصل العاملة إلا لسبب مشروع من الأسباب المنصوص عليها في النظام خلال الأشهر الستة السابقة على التاريخ المتوقع للولادة .

وسنرى فيما بعد أن هذه النصوص زائدة، لأن الأحكام التي تتضمنها ليست سوى تطبيق للقواعد العامة بحيث يمكن إعمالها دون النص عليها^(٦٨) .

(٦٦) بل أن القانون اللبناني قد حظر أيضاً أن يوجه إلى العاملة الإنذار بإنهاء علاقة العمل خلال هذه

الإجازة (انظر م ٢٩ - الفقرة الأخيرة) .

(٦٧) انظر صلاح الدين النحاس ص ٢٨٢ .

(٦٨) انظر ما سيلي فقرة (٩٢) وما بعدها .

(٢) الملامح الرئيسة للإجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع في القانون الكويتي

(٣٢) نستطيع على ضوء النصوص السابقة تلخيص هذه الملامح في

الآتي:

(١) استقلالية إجازة الحمل عن إجازة الوضع في القانون الكويتي:

إذا كان التحليل المتقدم قد أظهر لنا أن الاتجاه السائد في القوانين المقارنة يذهب إلى منح العاملات بمناسبة الحمل والوضع إجازة واحدة هي إجازة الوضع، فإن المشرع الكويتي - في تقديرنا - يعد مجدداً في هذا الصدد حين منح للمرأة بمناسبة الحمل والوضع إجازتين مستقلتين: إحداهما هي إجازة الحمل، والأخرى هي إجازة الوضع. ذلك أن المادة (٢٥) من قانون القطاع الأهلي حين قررت أن «للحامل الحق في إجازة أقصاها ثلاثون يوماً قبل الوضع وأربعون يوماً بعد الوضع بأجر كامل» تكون قد منحت المرأة - ليس كما ذهب شراح هذا القانون - إجازة وضع مأجورة مدتها سبعون يوماً ثلاثون منها قبل الوضع وأربعون منها بعده، وإنما تكون منحتها إجازتين مختلفتين ومستقلتين تماماً من حيث السبب والمدة وميعاد الاستحقاق،

الأولى: هي إجازة الحمل، وتعطى بسبب الحمل في ذاته، ومدتها ثلاثون يوماً، وتحصل عليها العاملة خلال مدة الحمل التي تنتهي بالوضع.

والثانية: هي إجازة الوضع، التي تحصل عليها بسبب الوضع، ومدتها أربعون يوماً تقع في الفترة التالية له. فإجازة الثلاثين يوم التي تحصل عليها العاملة قبل الوضع في القانون الكويتي هي إجازة حمل مستقلة تماماً عن إجازة الأربعين يوم اللاحقة على الوضع (أي إجازة الوضع)، ودليلنا في هذا الاستقلال هو الآتي:

أ - أن المشرع حين منح المرأة هذه الإجازة حرص على أن ينص على أن

«للحامل الحق في . . .» بينما هو حين أراد أن يمنحها الإجازة بسبب مرض ناشيء عن الحمل والوضع، وحين أراد أيضاً أن يسقط حقها في الإجازة السنوية وفقاً للمادة (٢٦) استعمل لفظ «العاملة». فهو خاطب ذات المرأة في النصين ثلاث مرات، ولم يستعمل لفظ الحامل إلا حين أراد منحها هذه الإجازة، بينما هو في المرتين الأخريتين استعمل لفظ العاملة، بما يعني أن الصفة التي عول عليها في منح هذه الإجازة هي فقط صفة المرأة كحامل وليست كعاملة، ولو كانت هذه الصفة غير مقصودة لذاتها لكان قد استعمل لفظ العاملة أيضاً. فلفظ الحامل (لا العاملة) لم يستعمله المشرع في نصوص القانون إلا بصدد هذه الإجازة فقط بما يعني أن محل الحماية هنا هو صفة المرأة كحامل وليس أي صفة أخرى.

ولعل هذه الحجة تجد تأييداً لها في أنه ليس هناك في القوانين المقارنة من قانون واحد استعمل لفظ الحامل حين أراد أن يمنح للمرأة نظير هذه الإجازة، بل إن هذه القوانين كانت تستعمل ألفاظ (العاملة) (انظر القانون المصري والليبي والسوداني والسعودي) أو (النساء العاملات) (انظر القانون اللبناني) أو (المرأة العاملة) (انظر قانوني سوريا والعراق) أو (المرأة المستخدمة) (انظر القانون الأردني) أو (المرأة) (انظر القانون الجزائري).

وعلى ذلك فإن كان المشرع الكويتي وحده هو الذي استعمل لفظ (الحامل)، وفي هذا النص فقط من نصوص القانون، وبصدد هذه الإجازة فقط، فإن هذا الاستعمال يكون - أو يجب أن يكون - له دلالة من أن المقصود به هو صفة المرأة كحامل، وليس أي صفة أخرى.

ب - أن جميع التشريعات - على ما رأينا - تشترط لحصول العاملة على إجازة الوضع، أو الجزء السابق منها على الوضع، ضرورة أن تقدم شهادة طبية تفيد التاريخ المتوقع للوضع، وهو ما يعني أن هذه الإجازة تمنح لمن بسبب الوضع

وقبل مواعده بمدة معينة . وهو ما لم يشترطه المشرع الكويتي . وهذا الاغفال من جانبه كان متعمداً لأنه تطلب هذه الشهادة فيما بعد كشرط لاستحقاق العاملة للإجازة المرضية بسبب مرض ناشيء عن الحمل والوضع . وعدم تطلب هذه الشهادة يفيد أن «للحامل» الحق في الحصول على إجازة مدتها ثلاثون قبل الوضع ، دون أن يتحدد التاريخ المتوقع للوضع ، بما يعني أن هذه الإجازة لا مدخل للوضع فيها ، فهو ليس سبب استحقاقها وإنما هذا السبب هو الحمل .

جـ - أن نصوص القوانين المقارنة قد جرت على نحو يفيد وجوب أن تحصل العاملة على الجزء من إجازة الوضع السابق على حدوثه قبل الوضع مباشرة ، أما القانون الكويتي فلم يستعمل صياغة مماثلة لتلك الصياغات ، والتي تفيد هذه المباشرة ، بل هو قد استعمل صياغة لا تقتضيها حين قرر أن للحامل الحق في إجازة أقصاها ثلاثون يوماً قبل الوضع . فلفظة «قبل» المستعملة من قبل المشرع لا تفيد ضرورة أن تحصل العاملة على هذه الإجازة قبل الوضع مباشرة ، بل كل ما تفيده هو هذه «القبليّة» حتى ولو فصل بينها وبين الوضع فاصل زمني . فهذه اللفظة تحدد الحد الأقصى الذي لا يجوز فيها يجاوزه للعاملة أن تحصل على هذه الإجازة دون أن تتطلب وجوب أن يكون هذا الحصول سابقاً مباشرة على الوضع .

ولعل استقلالية إجازة الحمل عن إجازة الوضع مقصودة من المشرع الكويتي نظراً لحالة التركيبة السكانية للمجتمع الكويتي ، والتي تتميز بهيمنة العنصر الأجنبي على العنصر الوطني ، والتي جعلت أولى أهداف المجتمع تعديلها على نحو يحقق التوازن فيها ، وهو ما أفصحت عنه الخطة الخمسية الإنمائية للبلاد^(٦٩) . ولا

(٦٩) أنظر في ذلك ما تقدم فقرة (١)

شك أن تحقيق هذا الهدف يستوجب رعاية الحوامل بشكل أفضل، مما قد توليه هن قوانين بلاد أخرى لا تعاني من ذات المشكلة، بل وربما تعاني من المشكلة العكسية أي زيادة عدد السكان، فهذه الرعاية الزائدة تمكن الحامل من أن تضع مولودها ليس فقط بسلام، ولكن أيضاً بصحة وقوة. والواقع أن نصوص قانون العمل الكويتي فيما يتعلق بإجازة الحمل، ومقارنتها بنصوص القوانين الأخرى، تفصح وبجلاء، عن نية المشرع في رعاية الحوامل رعاية خاصة. ومن أمثلة ذلك الآتي:

(١) أن المشرع الكويتي لم يشترط لاستحقاق العاملة لإجازة الحمل المأجورة بالكامل، أي شرط فيما يتعلق بوجوب مضي مدة خدمة معينة للعاملة لدى رب العمل، وسواء كانت هذه المدة متصلة أو متقطعة، على حين أن العديد من التشريعات المقارنة تتطلب مثل هذه المدة. ولا شك أن هذه تعد إحدى مظاهر تشجيع المشرع للمرأة الحامل للحصول على الإجازة التي لن تعرضها لفقدان أجرها، ولو جزئياً.

(٢) أن المشرع الكويتي لم يقيد حق العاملة في الحصول على هذه الإجازة بعدد معين من المرات خلال قيام علاقة العمل، وهو قيد تشترطه بعض التشريعات^(٧٠) التي تهدف منه إلى حمل النساء على عدم الإنجاب^(٧١) بحيث يغدو عدم اشتراطه في القانون الكويتي فيه تشجيع على زيادة الانجاب.

نخلص من ذلك إلى أن المشرع الكويتي منح المرأة الحامل إجازة حمل مستقلة عن إجازة الوضع مدتها ثلاثون يوم مأجورة أجراً كاملاً. وسنرى فيما بعد الآثار العميقة لاستقلالية إجازة الحمل عن إجازة الوضع في القانون الكويتي.

(٧٠) وهذا ما تنص عليه المادة (١٥٤) من قانون العمل المصري الحالي حيث تقرر أن العاملة لا تستحق هذه الإجازة لأكثر من ثلاث مرات طوال مدة خدمتها.

(٧١) أنظر هذا التبرير. فتحي عبدالصبور ص ٥٤٥، جمال زكي ص ٥٠١ حيث يقرر أن هذا الغرض فضلاً عن الشكوك في مشروعيتها فإن حكم القانون لن يؤدي إليه.

٢ - أنه إذا كان ما تقدم صحيحاً - وهو في تقديرنا كذلك - فإن المشرع الكويتي يكون قد منح المرأة بمناسبة الحمل والوضع ثلاث إجازات مستقلة ومختلفة من حيث مدتها، ومن حيث وقت استحقاقها، ومن حيث الأجر خلالها:

أ - فهناك أولاً: إجازة الحمل ومدتها ثلاثون يوماً، وتحصل عليها العاملة خلال الفترة السابقة على الوضع، وهي مأجورة أجراً كاملاً.

ب - وهناك ثانياً: إجازة الوضع بالمعنى الضيق ومدتها أربعون يوماً، وتحصل العاملة عليها في الفترة اللاحقة على الوضع، وهي أيضاً مأجورة أجراً كاملاً.

ج - وهناك ثالثاً: الإجازة بسبب مرض يثبت بشهادة طبية أنه نتيجة للحمل والوضع، وتحصل العاملة عليها بعد استنفاد الإجازات المأجورة السابقة، وهي غير مأجورة على الإطلاق.

٣ - أن المشرع جعل إجازتي الحمل والوضع اختياريتين للعاملة لأنه لم يفرض عليها وجوب الحصول على أي منها، كما لم يحظر على رب العمل تشغيلها خلال أي فترة محددة سابقة على الوضع أو لاحقة عليه. وهذا يخالف الاتجاه التشريعي السائد الذي يفرض على العاملة راحة قانونية إجبارية (٧٢).

٤ - أن المشرع أتى بحكم يكاد يكون لا نظير له في التشريعات المقارنة لأنه يتضمن خروجاً على مبدأ رئيس من المبادئ التي تحكم قانون العمل وهو المبدأ القاضي باستقلال الإجازات. وذلك حين جعل تمتع العاملة بالامتيازات التي كفلتها المادة (٢٥) مسقطاً لحقها في الإجازة السنوية. وهذا الحكم منتقد على النحو الذي سنراه فيما بعد (٧٣).

٥ - أن المشرع لم يقيد حق العاملات في الحصول على هذه الإجازات بأي قيد:

(٧٢) أنظر ما تقدم فقرة (٢٨)

(٧٣) أنظر ما سيلي فقرة (٧٠)

أ - فهو لم يقيد بوجوب أن تكون العاملة قد أمضت في خدمة رب العمل مدة معينة (سواء متصلة أو حتى متقطعة)، سابقة على حصولها عليها. وهو قيد تشترطه العديد من القوانين على ما رأينا.

ب - وهو لم يقيد حقها في الحصول عليها بعدد معين من المرات وهو القيد الذي تشترطه بعض القوانين (٧٤).

ج - وهو لم يقيد بوجوب أن تكون الولادة ناشئة عن زواج شرعي. فتستحقها العاملة حتى ولو لم يكن الأمر كذلك، لأن الغرض من منحها لها هو مواجهة الحمل والوضع بذواتهم، وهي حالات لن تختلف حسبها إذا كانوا ناشئين عن زواج شرعي أم لا (٧٥).

د - ويحق للعاملات الحصول على «إجازة الوضع» (والتي مدتها أربعون يوماً بعد الوضع) ولو ولد الجنين ميتاً، أو حتى ولو توفي بعد ولادته حياً (٧٦).

وتظل هذه الإجازة مستحقة بذات القدر، وبصفة خاصة بدون زيادة، مهما كان عدد الأطفال الذين أنجبتهم العاملة، وسواء تم الوضع في موعده الطبيعي، أو كان مبسراً، وسواء تمت الولادة بطريقة طبيعية، أو نتيجة لإجراء عملية جراحية.

٦ - أن المشرع منح للعاملة إجازة بسبب مرض يثبت بشهادة طبية أنه نتيجة للحمل والوضع. ويلاحظ على هذه الإجازة الآتي:

أ - أنها غير مأجورة. وقد حرص المشرع على النص على هذا.

ب - أن العاملة لا تحصل عليها إلا إذا قدمت شهادة طبية تفيد توافر المرض

(٧٤) أنظر المادة (١٥٤) من قانون العمل المصري الحالي. أنظر فيها ما تقدم فقرة (٦).

(٧٥) في ذات المعنى في القوانين المقارنة

اسماعيل غانم ص ٣٠١، حسن كيره ص ٦٢٤، صلاح الدين النحاس ص ٢٨٢، عاطف

فخري ص ٢١، يوسف الياس. قانون العمل العراقي ص ٢٤٦.

(٧٦) حسن كيره ص ٦٢٤، صلاح النحاس ص ٢٨٢.

لديها وصلته بالحمل والوضع . ولم يحدد المشرع الجهة التي تصدر عنها هذه الشهادة على عكس العديد من التشريعات المقارنة .

ج - أن مناط استحقاق هذه الإجازة هو المرض الناشئ عن الحمل «و» الوضع وليس الناشئ عن الحمل «أو» الوضع .

د - أن مدة هذه الإجازة هي مائة يوم حرص المشرع على النص على أن العاملة تحصل عليها متصلة أو متقطعة .

٧ - أن المشرع لم ينظم العديد من المسائل المتعلقة بهذه الاجازات

أ - فهو لم ينظم أولاً حكم اشتغال العاملة خلال هذه الإجازات لدى رب عمل آخر، وتأثير هذا، سواء على أجرها أو على عقد عملها .

ب - وهو لم ينص ثانياً على قيد حرصت العديد من التشريعات على النص عليه . وهو المتعلق بعدم جواز إنهاء رب العمل لعلاقة العمل بسبب الحمل والوضع، أو خلال تمتع العاملة بالإجازات المستحقة لها بسبب أي منهما .

ج - أنه لم ينظم ثالثاً كيفية تمتع العاملة بهذه الإجازات من الناحية الإجرائية، فهل لها أن تنقطع عن العمل ثم تخطر رب العمل بعد ذلك بأن انقطاعها بسبب الحمل؟ وفي هذه الحالة هل يكفي مجرد إخطارها أم يجب أن يكون مصحوباً بما يؤيد ذلك طبيياً؟ (وهل يكفي في ذلك مجرد شهادة طبية من طبيب أهلي؟ أم يجب أن تكون من طبيب حكومي إخصائي؟) . أم أن العاملة يجب عليها قبل أن تقوم بهذه الإجازة أن تخطر رب العمل بذلك، على الأقل في الحالات العادية، مؤيدة إخطارها بالمستندات الطبية . وفي هذه الحالة ماهي المدة التي يجب الإخطار قبلها؟ ويلاحظ هنا: أن المشرع بصدد الإجازة بسبب مرض ناشئ عن الحمل والوضع قد أجاز للعاملة أن «تنقطع» عن العمل، أي أنها لا تلتزم بإخطار أو باستئذان رب العمل للحصول عليها .

(٣٣) أهداف هذه الإجازات :

يهدف المشرعون من منح العاملات الحق في الحصول على الإجازات المتقدمة إلى تحقيق الأهداف الآتية : (٧٧)

١ - حماية صحة المرأة الحامل . وهو يشكل الهدف الأكثر أهمية من وراء منح العاملات الإجازات المتقدمة ، والذي لم يقتصر المشرعون في سبيل تحقيقه على تخفيف عبء العمل عن المرأة كماً (بإنقاص ساعات العمل) أو كيفاً (بالسماح لها بتغيير عملها إلى آخر يتناسب وحالتها الصحية) ولكنهم تجاوزوا ذلك إلى إعفائها كلياً من العمل ، ذلك الإعفاء الذي تمثل في القانون الكويتي في منح العاملة الإجازات الثلاث الآتية :

- أ - الإجازة المأجورة أجراً كاملاً، والتي تبلغ مدتها بحد أقصى ثلاثين يوماً، والتي يمكن للعاملة أن تحصل عليها قبل الوضع، (أي خلال فترة الحمل)، لتستريح فيها من العمل، ولتتمكن من مواجهة الاضطرابات التي قد يسببها لها الحمل ، ولتستعد خلالها لمواجهة الوضع المنتظر .
- ب - الإجازة المأجورة أجراً كاملاً والتي تبلغ مدتها بحد أقصى أربعين يوماً، والتي تحصل العاملة عليها بعد الوضع لتستريح خلالها مما قد يسببه لها الوضع من متاعب، ولتستعيد أيضاً صحتها وقوتها حتى تتمكن من العودة إلى أداء العمل دون إرهاق أو مشقة .
- ج - الإجازة غير المأجورة والتي تبلغ مدتها مائة يوم بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع، والتي تحصل عليها العاملة بعد استنفاد الإجازتين السابقتين . والتي تهدف إلى تمكين المرأة من مواجهة المرض الذي قد يلحق بها كنتيجة للحمل والوضع .

(٧٧) أنظري هذه الأهداف

Bastide. La loi du 30 décembre 1966 sur la garantie d'emploi en cas de maternité . Droit ouvrier . 1967 p.1. et Suiv.

بينتو. ص ١٥٤ رقم ١١ وما بعدهما .

- وإذا كان الهدف من الإجازات المتقدمة هو المحافظة على صحة العاملة فإن حقها في الحصول عليها تستمد من القانون مباشرة دون أن يتوقف ذلك على إذن أو تصريح من رب العمل^(٧٨) وهو لا يملك أن يرفض منحها لها إذا ما هي طلبتها وتوافرت لها شروط استحقاقها.

٢ - ضمان وظيفة المرأة وأجرها كاملاً. وهذا الهدف يدرك بسهولة من مقارنة وضع المرأة في ظل النصوص التي تمنحها هذه الإجازات بما كانت ستصبح عليه في غير وجودها، لأنها في هذه الحالة الأخيرة. كانت ستضطر بمناسبة الحمل والوضع إلى التوقف عن أداء العمل لفترة من الزمن، وهو ما كان سيعرضها، نظراً للتقابل بين الالتزامات الناشئة عن عقد العمل، ليس فقط إلى فقدان أجرها، ولكن أيضاً إلى فقدان وظيفتها، وهذا ما هدف المشرعون إلى حماية العاملة منه تلك الحماية التي تجلت في الآتي:

أ - حفظ أجرها لها كاملاً خلال الإجازات المأجورة.

ب - حفظ وظيفتها لها خلال فترة الإجازة المأجورة وغير المأجورة. وهو ما يعني عملياً أن للعاملة الحق في العودة إلى العمل بعد انقضاء إجازتها، أو حين تقرر ذلك حتى ولو قبل انقضاء الإجازة كاملة، ولا يستطيع رب العمل أن يمتنع عن تقديم العمل إليها وإلا عُـد منهاً للعقد انتهاء يتحمل نتائجه.

(٣٤) التأصيل القانوني للإجازات المستحقة للعاملة بسبب الحمل والوضع ونتائجه:

تعد هذه الإجازات - من الناحية القانونية - إحدى تطبيقات نظرية وقف العقد^(٧٩) La théorie de la suspension du contrat تلك النظرية التي ابتدعها

(٧٨) أنظر في ذات المعنى. حسن كيره ص ٦٢١ رقم ٣٠٠، عصمت الهواري وفهمي كامل ص ١٦٠، شاب توما منصور ص ١٦٤.

(٧٩) أنظر في نظرية وقف العقد بصفة عامة.

Artz (Jean francois). La suspension du contrat à exécution successive. D.1979. Ch. 95.
= Marty et Raynaud. Droit civil - tome 11. 1er volume. les obligations p.535. No 491.

القضاء رغبة منه في المحافظة على بقاء الروابط العقدية :

— فإذا كانت القواعد العامة تقضى في مجال أثر القوة القاهرة على الالتزام، بأنه « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجني له منه » (م ٤٣٧ مدني كويتي - م ٣٧٣ مدني مصري) وهو ما يترتب عليه « في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » (م ١٥٩ مدني مصري، م ١/٢١٥ مدني كويتي) إلا أن القضاء في مجال إعماله لأثر القوة القاهرة على الالتزامات لم يترتب عليها دائما انفساخ العقد، إذ هو قد غاير في هذا الأثر حسبما إذا كانت الاستحالة الناشئة عنها نهائية، وفيها قضى بانفساخ العقد، أم مؤقتة، وفيها لم يقض بانفساخه، بل حكم فقط بوقف تنفيذه حتى تزول هذه الاستحالة. « فالقوة القاهرة لا تمنع تنفيذ الالتزام إلا إذا حالت بين المدين وبين إعطاء أو عمل ما هو ملتزم بإعطائه أو عمله، ومن ثم لا يبرأ

= — عبدالحى حجازي. عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ. مطبعة جامعة فؤاد الأول. ١٩٥٠ ص ١٥٦ وما بعدها.

— محمود جمال الدين زكي. الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري. ١٩٧٨. مطبعة جامعة القاهرة، ص ٤٢٨ رقم ٢٢٦.

● وأنظر في وقف عقد العمل

Jean - Marc Béraud. La suspension du contrat de travail. Sirey. 1980.

— Pelissier (Jean). Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail. Etudes de droit du travail offertes à André Brun. Librairie Sociale et économique. Paris. 1974. p. 427.

— Guericolas (M.A) la force majeure en droit du travail. Etudes à André Brun. op. cit. p.257.

— Rivero (Jean) et Savatier (Jean). Droit du Travail. thémis. 1975. p.402 et Suiv.

Lyon Cean (Gérard) et pelissier (Jean). les Grande arrêts du droit du travail. sirey. 2 eme ed. 1980. P. 304 et Suiv.

اسماعيل غانم. قانون العمل والتأمينات الاجتماعية. ١٩٦٠ - ١٩٦١ م مكتبة عبدالله وهبه ص ٣٦٩ رقم ١٩٠ وما بعدها.

محمود جمال الدين زكي. قانون العمل. ١٩٨٣ م. مطبعة جامعة القاهرة. ص ٤٩٢ رقم ٢٤٦ وما بعدها. كاميرلنك ص ٢٧٣ رقم ٢٣٨، بران وجالان ص ٧٦٢ رقم ٦٠٦ وما بعدها.

المدين إذا كان المانع مؤقتاً، بل يكون تنفيذ الالتزام موقوفاً إلى حين زوال القوة القاهرة»^(٨٠) ليكون العقد في حالة «سبات قانوني» Hibernation Juridique^(٨١) أو «موت ظاهري» mort apparente^(٨٢) أو «حياة كامنة» vie latente^(٨٣) أو في «حالة سكون»^(٨٤).

— ونظرية وقف العقد تجدد مجالها الأكثر خصوصية في نطاق قانون العمل حيث أنها تحقق له هدفاً من أهدافه، وهو استقرار الوظيفة La stabilité ou la Sécurité de l'emploi فتحفظ لرب العمل عماله المهرة. وتحفظ على وجه الخصوص، للعامل وظيفته، فلا يفقدها لعارض مؤقت^(٨٥).

(٨٠) نقض فرنسي ١٥ نوفمبر ١٩٢١ - دالوز ١٩٢٢ - ٥ - ١٤، جازيت دوباليه ١٩٢٢ - ١ - ٦٩.

(٨١)

H.Sinay. la suspension du contrat de travail a titre disciplinaire. D. 1960. ch.p.215.

J.F. Artz. la suspension du contrat a exécution successive D. 1979. ch.p. 95 et Suiv.

حيث يعبر عنها بأنها "mise en Sommeil"

— عبدالحكي حجازي ص ١٥٦.

(٨٢) بران وجالان ص ٧٦٣ رقم ٦٠٦.

(٨٣)

Sarraute. De la suspension dans l'exécution des contrats. thèse. Paris. 1929.

(٨٤) جمال زكي. عقد العمل ص ٤٩٤.

(٨٥) على أن دخول نظرية وقف العقد في مجال قانون العمل قد أدى إلى تأثرها بالطابع الاجتماعي له

هذا التأثير الذي ظهر من ناحيتين: -

— الأولى. أن مفهوم القوة القاهرة والاستحالة الناشئة عنها والتي تميز، بصفة خاصة، للعامل وقف العقد أصبح لها على نطاق عقد العمل مضمون أقل تشدداً وأكثر تحمراً من المفهوم الذي يمنح لها على نطاق القواعد العامة، بحيث يجوز للعامل أن يوقف العقد، ليس فقط في حالة الاستحالة المادية لتنفيذه، ولكن أيضاً في حالة استحالة المعنوية، بل أن بعض الفقه يكيف الحالات التي يجوز فيها للعامل وقف العقد بأنها لا يشترط أن تكون مؤدية إلى استحالة تنفيذه وإنما يكفي أن تكون راجعة إلى غير خطئه، أو الحالات التي يتوافر فيها لديه أسباب مشروعة للوقف (motifs légitimes de suspension) (أنظر في عرض هذا الآراء. جان مارك بيرو - السابق ص ٥٠ وما بعدها) بل أن البعض يميز للعامل وقف العقد في كل الحالات التي يتعذر عليه فيها أداء العمل بحيث يصبح اقتضائه، من جانب رب العمل، مخالفاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود (كامير لنك ص ٢٨٧ رقم ٢٤٩).

(٣٥) ووفقاً لهذا التأصيل فإن العاملة التي ينشأ لها الحق في هذه الإجازات تملك أن توقف باختيارها (Suspension facultative) عقد العمل لفترة معينة سابقة على الوضع ، ولفترة أخرى لاحقة عليه . هذا بالإضافة أن العديد من المشرعين قد يقضون بوقف العقد بصورة اجبارية (Suspension obligatoire) وذلك حين يحظرون على رب العمل ، حظراً معاقب على مخالفته بجزاء جنائي ، تشغيل العاملة سواء في فترة معينة «سابقة» على التاريخ المتوقع للوضع ، أو في فترة معينة «لاحقة» عليه لتحصل العاملة خلال هذه الفترة على راحة قانونية اجبارية (Repos légal obligatoire) .

نتائج هذا التأصيل

يترتب على القول: بأن الاجازات السابقة تعد من تطبيقات نظرية وقف العقد ما يترتب على هذه النظرية بصفة عامة من آثار^(٨٦) فيحق للعاملة - من ناحية أولى - أن تمتنع عن أداء العمل خلال فترة الوقف^(٨٧)، فهذا هو مقتضى

= الثانية . أنه إذا كان أثر الوقف يظهر في اعفاء المدين الذي استحاله عليه تنفيذ التزامه من تنفيذه خلال فترة الوقف، فإن هذا يستتبعه، نظراً لما بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين من تقابل، تحليل الطرف الآخر من تنفيذ التزامه وهو ما يقتضي، في عقد العمل، حرمان العامل من أجره طوال فترة الوقف التي لم يؤد خلالها العمل . ولكن رغم ذلك فإن التشريعات، مراعاة منها للصفة الحيوية للأجر، تخرج على مقتضى الأصل لتلزم رب العمل بدفع الأجر للعامل سواء بصورة كلية (كما هو الحال، في القانون الكويتي، بالنسبة لاجازتي الحمل والوضع (م ٢٥ أهلي)، وكما هو حال الاجازة المرضية في خلال الستة أيام الأولى منها (م ٣٧ عمل أهلي) أو حتى بصورة جزئية (كما هو حال الاجازة المرضية في القانون الكويتي فيما يلي الستة أيام الأولى منها (م ٣٧ عمل أهلي) .

(٨٦) أنظر في هذه الآثار على وجه الخصوص . ريشيرو وسافيتية ص ٤٠٤ ، كاميرلنك ص ٢٧٦ رقم ٢٤١ . عبدالحى حجازي . عقد المدة ص ١٥٦ ، جمال زكي . عقد العمل . ص ٤٩٣ .
(٨٧) والحق في وقف عقد العمل فيما يتعلق بهذه الاجازات (على الأقل في فترتها الاختيارية) ثابت للعاملة وحدها دون رب العمل فلا يستطيع هذا الأخير أن يفرض عليها القيام بها . بيتورقم ٥٦ ص ١٦٧ .

الوقف. كما يحق لها، من ناحية ثانية، أن تعود^(٨٨) إلى عملها بعد زوال السبب الذي منعها من أداء العمل، وزوال الوقف تبعاً لذلك، فهذا هو مقتضى بقاء العلاقة العقدية خلال فترة الوقف^(٨٩). كما أن فترة الوقف - من ناحية ثالثة - تعد بمثابة فترة عمل فعلى للعاملة^(٩٠) فلا ينبغي أن تؤدي إلى حرمانها من أي المزايا التي منحها رب العمل للعمال خلالها، كما لا ينبغي أن تؤثر على استحقاق العاملة لإجازتها المأجورة اللاحقة عليها^(٩١)، كما أنها تدخل في حساب أقدمية العاملة. كما أنه - من

(٨٨) وكقاعدة فإن العاملة يجب أن تعود إلى ذات العمل الذي كانت تشغله بحيث يتمتع على رب العمل تغيير وظيفتها وهذا ما أكدته القضاء مراراً. أنظر

T.C.Seine 24 oct 1931. Gaz. pal. 1932. 203.

Orléans. 3 Mars 1953. Droit ouvrier 1953. 200.

— والحق المقرر للعاملة هو أن تعود إلى عملها الذي كانت تشغله قبل بداية الحمل، وليس فقط إلى عملها الذي كانت تشغله قبل القيام بالإجازة، هذا إذا كانت العاملة، خلال الحمل، قد غيرت، بصفة مؤقتة، عملها الأصلي إلى عمل آخر يتناسب وحالة الحمل.

— ويلاحظ أن حق العاملة في العودة إلى عملها الأصلي لا يتنافى وسلطة رب العمل في إدارة المنشأة والتي تجيز له، في حدود وبشروط معينة، أن يغير في العمل المسند إلى العامل، ولذا يجوز لرب العمل، في حدود هذه السلطة، تغيير العمل المسند إلى العاملة بحيث يجوز القول: بأن رب العمل يكون له الحق في أن يعيد العاملة ليس إلى ذات المركز (identité de poste) ولكن إلى مركز مماثل (poste équivalent) أنظر.

Soc. 24 Mars 1955. Bull.civ. 955. p.210 no. 282.

Paris. 30 Mai 1961. Gaz. pal. 1961. 11. p.33.

حيث حكمت المحكمة في هذه القضية الأخيرة بصحة التغيير الذي أجراه رب العمل على المهمة المسندة إلى العاملة، حيث أسند إليها وظيفة مضيقة أرضية بدلاً من وظيفة مضيقة جوية. — وإذا رفضت العاملة قبول العمل رغم صحة التغيير فتعتبر هي المنهية للعقد، وتحمل نتائج هذا. أما إذا كان التغيير غير قانوني ورفضته العاملة فيعتبر رب العمل هو المنهية للعقد.

(٨٩) وعلى ذلك فلا يجوز لرب العمل أن يتمتع عن تسليم العاملة عملها بعد عودتها من الإجازة وإلا اعتبر منهيًا للعقد انهاء غير مشروع. كاميرلنك ص ٣٢١.

Soc. 26 fév 1975. Bull. civ. 1975. V. 309.

Soc. 8 oct 1975. Bull.civ. 1975. V. 376.

(٩٠) انظر في هذا وفي النتائج المترتبة عليه. بينتورقم ٦٣ ص ١٦٩، كاميرلنك وليون كان وبيليسيه ص ٢٥٥.

(٩١) وهذا المبدأ قد خرج عليه المشرع الكويتي بالمادة (٢٦) عمل أهلي. أنظر ما سيلي فقرة رقم (٦٤).

ناحية رابعة وأخيرة - لا يجوز لرب العمل أن ينهي عقد العمل خلال الوقف، على الأقل بسبب الحمل، ولنا عودة إلى هذا الموضوع مرة أخرى^(٩٢).

(٣٦) والآن وبعد أن استعرضنا التنظيم التشريعي للإجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع في القوانين المقارنة، واستخلصنا على ضوء هذا الملامح الأساسية لهذه الإجازات في القانون الكويتي، سنعمد، إن شاء الله، إلى الدراسة التحليلية لتنظيم المشرع الكويتي لهذه الإجازات، وهذا هو موضوع دراستنا في الفصل القادم.

(٩٢) أنظر ما سيلي فقرة (٩٣).

الفصل الأول

الدراسة التحليلية للإجازات المستحقة للعاملات

بمناسبة الحمل والوضع في القانون الكويتي

(٣٧) خطة الدراسة .

علمنا مما تقدم: أن المشرع الكويتي نظم هذه الإجازات في المادتين (٢٥) و(٢٦) من قانون العمل في القطاع الأهلي، حيث منحت الأولى للعاملات الحق في الحصول على ثلاث إجازات مختلفة، ثم جاءت الثانية وقررت سقوط حق العاملة في الإجازة السنوية، إذا استفادت بالمزايا التي كفلتها المادة (٢٥). ونحن في هذا المقام سندرس في المبحث الأول الإجازات المستحقة للعاملات طبقاً للمادة (٢٥). ثم سندرس في مبحث ثان سقوط حق العاملة في الإجازة السنوية طبقاً للمادة (٢٦)، أي إذا أفادت بالامتيازات التي كفلتها المادة (٢٥).

المبحث الأول

الإجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع

في القانون الكويتي

المادة (٢٥) من قانون العمل في القطاع الأهلي)

(٣٨) خطة الدراسة .

وفقاً للمادة (٢٥) من قانون العمل في القطاع الأهلي فإن العاملة بمناسبة الحمل والوضع تحصل على ثلاث إجازات مختلفة، تتركز جميعها حول الوضع بحيث يعد نقطة النهاية بالنسبة لإحداها، ويعد نقطة البداية بالنسبة للأخريتين.

أما الإجازة الأولى التي يعد الوضع هو نقطة النهاية بالنسبة لها فهي، الإجازة التي يحق للعاملة أن تحصل عليها قبل الوضع ، أي خلال فترة الحمل ، والتي هي إجازة الحمل . أما الإجازتان الأخريتان اللتان يعد الوضع بالنسبة لهما نقطة البداية، فالأولى منهما هي التي تجدد سببها في الوضع الذي تم، فتستحق لمجرد حدوثه، والتي هي إجازة الوضع بالمعنى الدقيق ، والثانية هي التي تلي الوضع ، بل وتلي أيضا إجازة الوضع بالمعنى الدقيق ، والتي تجدد سببها في المرض الناشئ عن الحمل والوضع . والتي تسمى الإجازة بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع . وسندرس الآن كل إجازة في مطلب مستقل .

المطلب الأول إجازة الحمل

(٣٩) سبق أن تعرضنا فيما تقدم ^(٩٣) إلى اختلاف موقف المشرع الكويتي عن موقف التشريعات المقارنة فيما يتعلق بهذه الإجازة، حيث خلصنا من ذلك إلى أنه قد منح المرأة العاملة بمناسبة الحمل - والحمل فقط - الحق في الحصول على إجازة للحمل هي التي سندرس أحكامها هنا .

(٤٠) مناطق استحقاق هذه الإجازة: الحمل .

تستحق العاملة هذه الإجازة لمجرد الحمل، وذلك لأن المادة (٢٥) عمل أهلي، والتي منحتها الحق فيها لم تشترط لذلك سوى أن تكون العاملة حامل. وينبغي بداهة أن يكون هذا الحمل حقيقياً لا كاذباً. فالحمل النفسي الذي تتوهم فيه المرأة، على خلاف الحقيقة، كونها حاملاً لا يثبت لها الحق في هذه الإجازة ^(٩٤).

- - وإذا ما ثبت الحمل استحققت العاملة هذه الإجازة حتى ولو لم تكن مصابة بمرض معين، حتى ولو لم يحل الحمل بينها وبين العمل، فالحمل هو المناط الوحيد لاستحقاقها. ^(٩٥).

● الاحتجاج بالحق في الإجازة على رب العمل : إثبات الحمل، وكيفية إعلانه إلى رب العمل .

إذا كان الحق في الحصول على إجازة الحمل يثبت للعاملة لمجرد حملها، فإنه

(٩٣) أنظر ما تقدم فقرة (٣٢)

(٩٤) في ذات المعنى - بيتو - مقالته السابقة ص ١٦٠ رقم ٣١ .

(٩٥) في ذات المعنى حسام الأهواني ص ٢٤ .

لا ينبغي أن يغيب عن البال أن الحمل أمر داخلي غير ظاهر، على الأقل في بدايته، من ناحية، كما أنه، من ناحية أخرى، ليس من السهل تشخيصه أو إثباته، ومن ثم فلنكي تستطيع العاملة أن تتمتع بإجازتها فإنه يجب عليها أن تثبت حملها^(٩٦) وأن تعلنه إلى رب العمل. فإذا كان الحق في الإجازة يثبت للعاملة لمجرد الحمل فإن الاحتجاج بهذا الحق على رب العمل يستوجب أن يكون هذا الحمل ثابتاً، من ناحية، ويستوجب إعلانه به، من ناحية أخرى.

(٤١) إثبات الحمل:

لم يتعرض المشرع الكويتي لمسألة إثبات الحمل. ولكنها مسألة تفرض نفسها، إذ أن تمتع العاملة بحقوقها في الحصول على الإجازة يقتضي وجوب أن تثبت حملها، إذ لا يمكن في مثل هذا الموضوع الدقيق جداً الاعتماد على أقوال العاملة أو خبراتها السابقة أو أحاسيسها الداخلية، لأن تشخيص الحمل، على الأقل في بدايته، قد يخفى على المتخصصين^(٩٧) ومن ثم لا يمكن بصده الاعتماد على غيرهم. فإذا أرادت العاملة الحصول على إجازة الوضع، فإنها طبقاً للقواعد العامة في الإثبات،

(٩٦) في ذات المعنى. صلاح الدين النحاس ص ٢٨٢ وقرب الفكهاني ص ٥٧.
(٩٧) من الثابت طبياً أن تشخيص الحمل قد يخفى على المتخصصين في بعض الأحيان، خاصة حين يكون الرحم متضخماً ليس بسبب الحمل، وإنما بسبب الأورام البطنية. (محمد فتحي السابق ص ٢٥).

ومن الثابت أيضاً أن تشخيص الحمل في بدايته أمر غير مؤكد، لأن حركات الجنين لا تبدأ إلا في الأسبوع السادس عشر إلى الأسبوع الثاني والعشرين (محمد فتحي ص ٤٢) كما أن الأشعة قبل الأسبوع السادس عشر أو الثامن عشر لا يمكنها تأكيد وجود الجنين (محمد فتحي ص ٥٣).
● وأنظر أيضاً في هذه المسائل. بيتو. ص ١٥٩ رقم ٢٨.

وإذا كان أمر التأكد من وجود الحمل صعباً على الأطباء فإنه لا يمكن ترك تقرير ذلك للنساء خاصة أن حالات الحمل الكاذب (والتي تكثر خصوصاً عند النساء اللاتي لم تلدن حتى الدخول في مرحلة انقطاع الطمث)، وحالات رفض بعض النساء الاعتراف بحقيقة حملهن، أمور ليست نادرة من الناحية الطبية (أنظر الوقائع المشار إليها لدى محمد فتحي. السابق ص ٢٦ وما بعدها).

يقع عليها عبء إثبات الواقعة المنشئة لهذا الحق وهي الحمل . والوسيلة الطبيعية لهذا الإثبات هو أن تقدم شهادة طبية ، من طبيب أهلي أو حكومي ، تفيد حملها ^(٩٨). ولا يشترط في هذه الشهادة - وفقاً للقانون الكويتي - أن تكون متضمنة للتاريخ المتوقع للوضع ، ولا لمدى احتمال إصابة العاملة بأمراض معينة كنتيجة للحمل والوضع .

(٤٢) إعلان الحمل إلى رب العمل

لم يتطلب المشرع الكويتي لإمكان تمتع العاملة بهذه الإجازة وجوب أن تخطر رب العمل بحالة الحمل . وهو ما يمكن أن يؤدي عملياً إلى إمكان انقطاعها عن العمل بمجرد الحمل دون استئذان رب العمل في القيام بالإجازة، باعتبار أنها تستمد حقها فيها من القانون مباشرة دون تعليق ذلك على موافقة رب العمل . وهذه النتيجة وإن كانت صحيحة في ذاتها إلا أنه لا يخفى ما يترتب عليها من نتائج ضارة سواء بالنسبة لرب العمل أو للعاملة . ذلك أنه من مصلحة رب العمل أن يُحاط علماً بقيام العاملة بالإجازة حتى يستطيع - عند الاقتضاء - أن يؤمن بديلاً عنها ، لا سيما إذا كانت تشغل منصباً حيوياً بالعمل ، كما أن هذا الانقطاع الفجائي، الذي لا يدري رب العمل بالمدافع إليه قد يعرض العاملة لتوقيع الجزاءات المقررة لمثلها، وبالتالي توضع في موضع «المدافع» في حين أنها كانت تستطيع أن تتفادى هذا الوضع - بداية - بإعلان حملها إلى رب العمل، وعزمها على القيام بالإجازة .

ومن هنا فإننا ندعو المشرع الكويتي إلى وجوب تنظيم كيفية حصول العاملة على هذه الإجازة، بوجوب إعلان حملها إلى رب العمل قبل القيام بها ، بل وأيضاً تنظيم

(٩٨) وقد أعتبرت محكمة النقض الفرنسية في حكم هذه الشهادة تلك التي صدرت من الطبيب غير مؤكدة لحالة الحمل، ولكنها ذكرت إصابة العاملة بعدة أعراض تؤدي في مجموعها إلى أرجحية حملها . أنظر

Soc- 19 Mars 1969. Bull. Cass. 1969. V. 159. cité par Benateau. p. 160. note (40).

كيفية حدوث هذا الإعلان بوسيلة تيسر للعاملة أمر إثبات حدوثه فيما بعد . وإلى هذا الحين فإننا نوصي العاملات بوجوب أن يعلن حملهن لرب العمل بخطاب مسجل، (يفضل أن يكون مصحوبا بعلم الوصول)، بحيث يكون محتوى الخطاب متحدا مع مظهره الخارجي، حيث يُسهل هذا للعاملة إثبات تاريخ إرساله، وواقعة استلامه من قبل رب العمل، وكذا إثبات محتواه .
وسنرى فيما بعد أهمية قيام العاملة بإعلان حملها إلى رب العمل .

(٤٣) النطاق الزمني للحصول على هذه الإجازة:

وفقا لنص المادة (٢٥) أهلي كويتي فإن «لحامل الحق في إجازة أقصاها ثلاثون يوما قبل الوضع» . ومن هذا يبدو لنا أن المشرع لم يقيد حق العاملة في الحصول على هذه الإجازة من الناحية الزمنية إلا بقيد واحد وهو وجوب أن تحصل عليها «قبل الوضع» بحيث أنها إذا لم تحصل عليها قبله سقط حقها فيها . فالوضع بالنسبة لهذه الإجازة يمثل نقطة النهاية التي لا تستطيع العاملة فيها وراءها الحصول عليها . ولكن - وبالمقابل - فإن المشرع لم يُضمن نصوص القانون أي قيد زمني آخر على حق العاملة في الحصول عليها، فهو - بصفة خاصة - لم يشترط وجوب أن يتم ذلك خلال الثلاثين يوما السابقة على الوضع «مباشرة» .

ولكن ورغم ذلك فإن بعض الفقه قد تطلب هذا الشرط «فيتضح من صياغة النص (أي نص المادة ٢٥)، أن الإجازة السابقة على الوضع تستحق في الشهر السابق على الوضع مباشرة . ومفاد ذلك أن الإجازة يجب أن تكون متصلة لمدة الـ ٣٠ يوما السابقة على الوضع . ولا يصح الحصول على هذه الإجازة متقطعة أو في فترة تسبق الوضع بأكثر من ٣٠ يوما . والحكمة في ذلك أن تلك الإجازة لا ترجع إلى مرض أُلْمَ بالعاملة وإنما للراحة قبل الوضع» (٩٩) .

(٩٩) حسام الأهواني ص ٢٤، وأنظر عكس ذلك تماما ذات المرجع وذات الصفحة حيث يقول «ومدة الإجازة الأولى ٣٠ يوما وهي تستحق منذ لحظة ثبوت الحمل وحتى الوضع . فلا يشترط للحصول عليها أن تكون العاملة على وشك الوضع أو في الشهر الأخير للحمل» .
وأنظر في تطلب المباشرة أيضا عبدالفتاح عبدالباقي ص ٢٣٤ .

والواقع أنه إذا كان العمل يجري غالباً على عدم حصول العاملات على هذه الإجازة، إلا في الفترة السابقة على الوضع مباشرة، إلا أن هذا ليس من شأنه أن يجعل من هذه المباشرة شرطاً قانونياً للتمتع بها. إذ أنه ليس في نصوص القانون ما يقتضي ذلك، حيث لم يرد بها من قيود في هذا الصدد إلا القيد المتعلق بمقدار الإجازة، والقيد المتعلق بالموعد الأخير لاستحقاقها، وأيهما، أو كلاهما، لا يفيد لا من قريب ولا من بعيد هذه المباشرة. ومن ثم فإن تطلبها يغدو اشتراطاً لشرط لم يتطلبه المشرع وهو، من بعد، يخالف منطق تفسير النصوص لمصلحة العمال.

والواقع - في تقديرنا - أن تطلب هذا الشرط ليس سوى نتيجة للمقدمة التي بدأ منها أنصار هذا الرأي، حين اعتبروا أن الثلاثين يوماً السابقة على الوضع ليست سوى إجازة وضع، تحصل عليها العاملة بصورة مسبقة ^(١٠٠)، وهو ما سبق أن بينا عدم صحته، لأن هذه الإجازة - في تقديرنا - إنما هي إجازة مستقلة تماماً عن إجازة الوضع، منحتها المشرع للعاملة لمواجهة حالة الحمل، وهي بوصفها كذلك تثبت للحامل بمجرد الحمل ولذات الحمل، ومن ثم لا يجوز الربط بينها وبين الوضع على أي وجه من الوجوه، لا من حيث مبدأ استحقاقها، لأنه ليس مناط هذا الاستحقاق بل مناطه هو الحمل، كما أنها يمكن أن توجد حتى ولو لم يفض الحمل إلى وضع ^(١٠١)، ولا من حيث ميعاد استحقاقها، باعتبار أنه لا مدخل للوضع في ذلك، بل المعول عليه في هذا الصدد هو الحمل. فالارتباط الوحيد بين الوضع وبين هذه الإجازة هو أنه يمثل بالنسبة لها نقطة النهاية التي لا يجوز للعاملة فيما وراءها الحصول عليها، أما نقطة البداية التي تجيز لها الحصول عليها فهي تاريخ الحمل. وعلى ذلك فلا يشترط أن تحصل العاملة على هذه الإجازة قبل الوضع مباشرة، بل يجوز لها أن تحصل عليها خلال الفترة الواقعة ما بين بدء الحمل، وحتى قبل أو قبيل الوضع.

(١٠٠) أنظر ما تقدم فقرة (٣٢)

(١٠١) أنظر ما سيلي فقرة (٤٩)

(٤٤) كيفية تمتع العاملة بهذه الإجازة. (حكم اتصال أو تقطع هذه الإجازة):

حرصت المادة (٢٥) من قانون العمل في القطاع الأهلي على أن توضح في عجزها بالنسبة للإجازة المرضية بسبب مرض نتيجة الحمل والوضع أن للعاملة الحق في أن تتمتع بها «متصلة أو متقطعة» ولم يوضح صدر هذه المادة (والمخصص للإجازة محل البحث هنا أي إجازة الحمل) حكم اتصال أو تقطع هذه الإجازة وهو ما ذهب معه الفقه إلى أن هذه الإجازة «يجب أن تكون متصلة لمدة الـ ٣٠ يوماً السابقة على الوضع. ولا يصح الحصول على هذه الإجازة متقطعة»^(١٠٢).

والواقع في تقديرنا أن هذه النتيجة أيضاً ليست سوى انعكاس للمقدمة التي بدأ منها أنصار هذا الرأي، من انعدام استقلالية إجازة الحمل عن إجازة الوضع. فمادام الثلاثون يوماً الذين تحصل العاملة عليهم قبل الوضع ليسوا سوى إجازة وضع مسبقة، فهي لذلك يجب أن تحصل عليهم، ليس فقط قبل الوضع مباشرة، ولكن أيضاً بصورة متصلة لا متقطعة، إذ يتعذر القول بهذا التقطع مع استلزام المباشرة. ولكن النظر إلى الثلاثين يوماً السابقة على الوضع على أنها تعني إجازة مستقلة هي أجازة الحمل، والغرض منها هو رعاية الحمل لذاته ورعاية العاملة الحامل، يجب أن يؤدي بنا إلى القول بإمكان حصول العاملة عليها متصلة أو متقطعة، إذ ليس من النادر - بل أنه من الشائع - أن تحتاج الحامل إلى أيام معينة سواء للحصول على قسط من الراحة، أو لمراجعة الطبيب، أو لإجراء تحاليل، وما إلى ذلك. فإذا كانت حكمة هذه الإجازة هي رعاية الحامل والحمل فإن هذه الحكمة توجب إمكانية الحصول عليها بصورة متصلة أو متقطعة. وحتى إذا ما تركنا حكمة النصوص جانباً واتجهنا إلى النصوص مباشرة فإننا لانجد فيها

(١٠٢) حسام الأهواني ص ٣٤.

ما يستلزم الاتصال ويحظر التقطع، ومن ثم يغدو تفسيرها على النحو المتقدم (أي الموجب للإتصال) متضمناً تقييداً لمطلقها بغير مقيد، وتخصيصاً لعمومها بغير مخصص، بالإضافة إلى أنه تفسير للنصوص في غير ما فيه مصلحة العمال، وهو ما لا ينبغي. بل إن النصوص، على العكس، قد يستفاد منها إمكان تقطع هذه الإجازة لأنها إجازته بالنسبة للأجازة المرضية بسبب مرض ناشيء عن الحمل والوضع وهو ما يدعو إلى القول بأن إجازته فيما يتعلق بإجازة الحمل ذاتها يكون من باب أولى. وأخيراً فإنه في ظل التنظيم التشريعي لإجازة الحمل في القانون الكويتي، فإنه يجوز للعاملة أن تحصل على هذه الإجازة كاملة، كما يجوز لها ألا تحصل عليها مطلقاً. وإذا كان هذان الأمران المتطرفان جائزين، فإن كل ما بينهما من حالات وسطية يكون جائزاً. فيجوز للعاملة أن تحصل على إجازتها بصورة كلية أو جزئية في أيام متصلة أو متقطعة، طالما أنها في جميع الحالات لن تتجاوز الكم الذي حدده المشرع.

(٤٥) مدة إجازة الحمل .

وفقاً للمادة (٢٥) المشار إليها سابقاً فإن «للحامل الحق في إجازة أقصاها (١٠٣)

(١٠٣) ينتقد بعض الفقه هذه الكلمة بدعوى أنها «تتمثل عيباً في الصياغة ولم يقصد المشرع منها أكثر من أن تكون الثلاثون يوماً سابقة مباشرة على الوضع والأربعون يوماً تالية مباشرة للوضع» (عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٣٥).

والواقع أننا لا نوافق هذا الرأي من حيث القصد الذي نسبته إلى المشرع من إيراد هذه الكلمة، ولا من حيث كونها تتمثل عيباً في الصياغة.

— أما عن الأمر الأول: فهذا الكلمة لا تفيد مطلقاً تطلب أن تكون الثلاثون يوماً سابقة مباشرة على الوضع، والأربعون يوم لاحقاً مباشرة عليه. لأن تفسيرها على هذا النحو يعني أنها تضع «قيداً زمنياً» على ميعاد استحقاق الإجازة في حين أنها تضع «قيداً كمياً» على مدتها حين تقضي بأنها «أقصاها» ثلاثون يوماً قبل الوضع وأربعون يوماً بعده.

— أما عن الأمر الثاني: فإن هذه الكلمة لا تتمثل في رأينا عيباً في الصياغة بل إنها أكثر كلمات نص المادة (٢٥) حيوية وفاعلية، لأنها تعبر بوضوح عن نية المشرع في عدم تدخل أجازتي الحمل والوضع، بحيث يمتنع أن ترحل مدة ما من إحداها إلى الأخرى، وهو ما كان سيذهب إليه الرأي =

اثلاثون يوماً قبل الوضع، وأربعون يوماً بعد الوضع، بأجر كامل». وهو ما يخلص منه بوضوح إلى أن الإجازة المأجورة التي أوجبها المشرع للحامل أقصاها ثلاثون يوماً.

والواقع أن تطبيق هذا النص يمكن أن يؤدي من الناحية العملية إلى إثارة العديد من المشاكل التي ترجع إلى صعوبة التحديد المسبق للوقت الدقيق للوضع. إذ ليس من النادر - حتى مع التحديد الطبي التقريبي لهذا الميعاد - أن تحدث «فروق» بين الميعاد المتوقع للوضع والوقت الفعلي لحدوثه، ويمكننا بهذا الصدد التفرقة بين الفروض التالية:

(٤٥ مكرر) الفرض الأول: وهو الذي تحصل فيه العاملة قبل الوضع على إجازة مقدارها ثلاثون يوماً كاملة، دون زيادة ودون نقصان. وهذا الفرض لا يثير اشكالات ما.

(٤٦) الفرض الثاني: وهو الذي تحصل فيه العاملة على إجازة «أقل» من الثلاثين يوماً، أو الذي لا تحصل فيه على إجازة على الإطلاق حين تستمر في العمل حتى يوم الوضع^(١٠٤). ويشير هذا الفرض للمشاكل التالية:

١ - المشكلة الأولى: وهي مدى إمكان تمتع العاملة بالجزء من إجازتها الذي لم تستفد منه خلال الحمل في المرحلة اللاحقة على الوضع؟ ولا خلاف هنا على أن العاملة لا تستطيع هذا^(١٠٥)، وذلك لسببين:

= في ظل انعدامها بدعوى تفسير النصوص لمصلحة العاملات، بل وهذا هو ما عليه الحال في القوانين التي لا تتضمن مثل هذه الكلمة الحاسمة في عدم جواز الترحيل (انظر في القانون الفرنسي ما تقدم فقرة (١٩)).

— وسرى في المتن مدى تأثير هذه الكلمة والنتائج التي تترتب عليها.

(١٠٤) انظر تطبيقاً لذلك في حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية الصادر في ١٩٨٧/١٢/٢٤ في الدعوى رقم ١٩٨٧/٣١٥ عمالي (غير منشور) حيث ظلت العاملة تعمل حتى يوم الوضع (مشار إلى هذا الحكم فيما يلي فقرة (٨٧) ص ١٤٢.

(١٠٥) في ذات المعنى. حسام الأهواني ص ٢٥، عبدالفتاح عبدالباقي ص ٣٣٥.

أولهما أن إجازة ما بعد الوضع المأجورة هي ، بحد أقصى ، أربعون يوماً ، وهذا ما حرص المشرع على أن ينص عليه .

وثانيهما أن العلة التي من أجلها قد منح المشرع العاملة إجازة الحمل ، وهي رعاية نفسها وحملها إلى ما قبل الوضع ، تكون قد تحققت بالوضع ، وبالتالي يغدو تقرير الحق للعاملة فيها بعد استنفاد علتها أمراً لا مبرر له . وعلى ذلك فإن العاملة التي لا تستفيد من إجازة الحمل كلها أو بعضها يسقط حقها فيها .

(٤٧) (٢) المشكلة الثانية : وهي مدى حق العاملة في الحصول على أجر زائد عن العمل خلال أيام الإجازة التي لم تحصل عليها .

وقد اختلف الرأي بصدد هذه المشكلة فذهب بعض الفقه^(١٠٦) إلى القول باستحقاق العاملة له ، بينما ذهب بعضه الآخر^(١٠٧) إلى القول العكسي .

وفي رأينا فإنه ينبغي التفرقة هنا بين الفرضين التاليين :

الفرض الأول : حين تتفق العاملة مع رب العمل صراحة على أن تستمر في أداء العمل ولا تحصل على الإجازة لقاء أجر إضافي وفي هذا الفرض تستحق العاملة الأجر الإضافي المتفق عليه مع مراعاة الآتي :

- ١ - أن رب العمل لا يستطيع أن يفرض على العاملة هذا الاتفاق .
- ٢ - أن العاملة لا تستطيع أن تفرض على رب العمل هذا الاتفاق .
- ٣ - أن هذا الاتفاق لا يحول بين العاملة وبين الحصول على هذه الأجازة إذا أصبحت بحاجة إليها .
- ٤ - أن هذا الاتفاق يقع في تقديرنا صحيحاً^(١٠٨) . إذ ليس فيه ما يمس بحقوق العاملة ، وذلك لأن المشرع لم « يفرض » عليها الحصول على هذه الأجازة بل

(١٠٦) عبدالفتاح عبدالباقي ص ٣٣٥ .

(١٠٧) حسام الأهواني ص ٢٥ .

(١٠٨) في ذات المعنى . عبدالفتاح عبدالباقي ص ٣٣٦ .

جعلها حقاً لها، وهو من بعد حق تملك أن تتنازل عنه، بل ويتفق الفقه على سقوط هذا الحق إذا لم تستعمله العاملة، فإذا كان من الجائز أن يسقط عنها هذا الحق بدون مقابل، فلئن يجوز التنازل عنه بمقابل يكون من باب أولى.

● **الفرض الثاني:** حين لا يكون هناك مثل الاتفاق المتقدم. كما لو عرضه أحد الطرفين ورفضه الآخر، أو إذا لم يعرض أمره أصلاً. وفي هذا الفرض فإن قيام العاملة بأداء العمل خلال المدة التي كان يحق لها فيها أن تحصل على إجازة إنما يعد من جانبها تنازلاً عنها، بحيث لا يجوز لها فيما بعد أن تطالب رب العمل بأجر إضافي عن العمل خلالها، بدعوى أنه بقبوله لهذا العمل يكون قد وافق على دفع الأجر الإضافي، لأن هذا القول سيُحمل قبول رب العمل أكثر مما يحتمل. لأنه إذا كانت العاملة تستطيع أن تفرض العمل على رب العمل، إلا أنها لا تستطيع أن تفرض عليه الأجر الإضافي، فهو لا يتحمل بهذا الأخير إلا إذا وافق على ذلك صراحة. أضف إلى ذلك أن القول باعتبار عمل العاملة خلال إجازة الحمل يوجب لها أجراً إضافياً، إنما يعد إضافة إلى الحالات التي أوجب فيها القانون هذا الأجر الإضافي على رب العمل، إذ أن المشرع لم يوجبه عليه إلا في حالات تشغيل العامل ساعات إضافية، (م ٣٤ عمل أهلي - م ٧ عمل نفطي)، وتشغيله في يوم الراحة الأسبوعية (م ٣٥ عمل أهلي - م ٨ عمل نفطي)، وتشغيله في الإجازات الرسمية (م ٣٦ عمل أهل - م ٩ عمل نفطي).

(٤٨) (٣) **المشكلة الثالثة:** آثار اشتغال العاملة خلال إجازة الحمل لدى رب عمل آخر.

إذا كنا قد انتهينا سابقاً إلى أنه إذا لم يوافق رب العمل (الأصلي) على أن تعمل العاملة لديه مقابل أجر إضافي فإن استمرارها في العمل رغم ذلك سيعد بدون هذا الأجر الإضافي، فإنه من المتصور أن تحصل العاملة على أجازتها

«المأجورة» ثم تعمل خلالها لدى رب عمل آخر، لتحصل بذلك على أجر يضاف إلى أجر الإجازة. فما هي الآثار القانونية لذلك.

نود أن نشير بداية إلى أن بعض القوانين تواجه صراحة هذا الفرض. ومثال ذلك ما كانت تقضي به المادة (١٣٦) من قانون العمل المصري الملغى التي كانت تقضي في هذا الصدد بسقوط حق العاملة فيما كانت تستحقه من أجر. فضلاً عما يكون لرب العمل من حق فصلها بسبب ذلك^(١٠٩). ولم ينص المشرع الكويتي على حكم معين لهذا الفرض، بما يتعين معه اللجوء إلى القواعد العامة بصده، وهي في رأينا توجب الآتي:

١ - فيما يتعلق بأثر هذا العمل على عقد العمل. فإنا نعتقد أنه ليس هناك في القواعد العامة ما يقتضي اعتبار هذا العمل سبباً مشروعاً، دائماً وأبداً وبصورة مطلقة، يحيز لرب العمل إنهاء عقد العاملة^(١١٠)، وربما لذلك تنص عليه التشريعات التي تميزه بنصوص خاصة، على الأقل في الحالات التي لا يشكل فيها هذا العمل اخلاً من العاملة بالتزامها بالمحافظة على أسرار المحل الذي تعمل فيه، أو اخلاً بالتزامها بعدم منافسة رب العمل، إذ يجوز لرب العمل في هاتين الحالتين فصل العاملة بدون إعلان، وبدون مكافأة، تطبيقاً للمادة (٥٥/ط) في حالة إفشائها لأسرار المحل الذي تعمل فيه، وتطبيقاً للمادة (٥٥/ز) في حالة منافستها لرب العمل حيث تمنح هذه المادة رب

(١٠٩) انظر في ذلك. حسن كبره ص ٦٢٤، اهاب اسماعيل ص ٣٠٣، اسماعيل غانم ص ٣٠٠ وعلى الرغم من أن قانون العمل المصري الحالي (رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨٣) قد جاء خالياً من هذا الحكم بشقيه إلا أن الفقه يجمع على «طبيعية» تطبيقه فيما يتعلق بحرمان العاملة من الأجر (جمال زكي). عقد العمل ص ٥٠٠، فتحي عبدالصبور-الوسيط في قانون العمل. الجزء الأول ١٩٨٥ ص ٥٤٦ وإن كان يشكك في امكان أعمال حكم الفصل دون وجود نص خاص يصرح به (جمال زكي ص ٥٠١).

- وأنظر أيضاً في القوانين التي عاجلت ذات الفرض ما تقدم فقرة (٣٠) ص ٤٣.

(١١٠) في نفس المعنى بالنسبة للقانون المصري - جمال زكي ص ٥٠١.

العمل السلطة المشار إليها إذ إما العامل «أخل أو قصر في أي من الالتزامات المفروضة عليه بنصوص العقد وأحكام هذا القانون» وما لا شك فيه أن الالتزام بعدم المنافسة من الالتزامات التي يفرضها العقد^(١١١)، والذي «لا يقتصر على ما يرد فيه من شروط، أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجرى عليه العادة، وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل، وما يقتضيه حسن النية، وشرف التعامل» (م ١٩٥ مدني كويتي).

٢ - أما فيما يتعلق بأثر هذا العمل على أجر العاملة (المستحق لها قبل رب العمل الأصلي)^(١١٢) فإن الذي يبدو أقرب إلى الرجحان هو وجوب تقرير سقوط حقها فيه، رغم توافر سبب منحه لها (وهو الحمل)^(١١٣) وذلك باعتبار انتفاء علة استحقاقه. لأن المشرع حين منحها هذه الإجازة المأجورة إنما كان ذلك بقصد رعاية نفسها وحملها خلالها، وليس للتأجير فيها، فإذا قامت العاملة بالعمل لدى رب عمل آخر فإنها تكون قد أهدرت الرعاية التي أولاها لها المشرع، ومن ثم فلا تستحقها. أضف إلى ذلك أنه لا معنى لأن نمنع العاملة من الحصول على أجر إضافي من رب العمل نظير العمل خلال هذه الإجازة لديه، لكي تتمتع بها، ثم نجزئها أن تحصل على هذا الأجر من العمل لدى غيره خلالها، فالمنع الأول يوجب المنع الثاني.

وقد يتصور الاعتراض على الرأي المتقدم بأن يتضمن تفسيراً للنصوص، في غير مصلحة العاملة، وهو ما لا ينبغي، خاصة أن سبب استحقاقها للإجازة وللأجر

(١١١) في نفس المعنى. عبدالفتاح عبدالباقى ص ٣٥٥ رقم ٢٠٩.

(١١٢) أما أجرها الواجب لها في ذمة رب العمل الذي عملت لديه عرضاً فهو، بلا خلاف، واجب لها.

(١١٣) في ذات المعنى في القانون المصري. جمال زكي. عقد العمل ص ٥٠٠، فتحي عبدالصبور

ص ٥٤٦.

خلالها (وهو الحمل) قد تحقق، كما أنه ليس هناك من نص قانوني يفرض سقوط حق العاملة في هذه الحالة، وهو ما قد يتعذر القول به بدونه، لأن السقوط هنا سيعد بمثابة «العقوبة الخاصة» للعاملة، والتي هي - ككل عقوبة - لا يمكن تقريرها إلا بنص. ومن هنا فإننا نتوجه إلى المشرع بوجوب حسم هذه المسألة بالنص على حرمان العاملة من الأجر، إذا ما ثبت اشتغالها خلال الإجازة لدى رب عمل آخر.

(٤٩) (٤) المشكلة الرابعة. أثار عدم حصول الوضع على إجازة الحمل التي حصلت عليها العاملة.

بيّنا فيما تقدم أن حق العاملة في الحصول على إجازة الحمل يثبت لها منذ بدء الحمل، وأن هذه الإجازة مستقلة تماماً عن إجازة الوضع، وبالتالي فإن حصول أو عدم حصول الوضع لا تأثير له على حق العاملة الحامل في الحصول على هذه الإجازة. على أن الأمر هنا يحتاج إلى بعض التفصيل، ذلك أن الأسباب التي قد تؤدي إلى عدم وضع العاملة الحامل^(١١٤) قد تكون غير إرادية من قبل العاملة (كما في حالة سقوط الجنين)، أو إرادية من قبلها (كما في حالة إسقاطها للجنين (الإجهاض) سواء تم هذا بفعلها منفردة، أو بمساعدة الغير كطبيب أو قابلة)، فهل يؤدي عدم الوضع إلى التأثير على إجازة الحمل؟ ينبغي في رأينا التفرقة بين الفرضين التاليين:-

— الفرض الأول. والذي يحدث فيه سقوط غير إرادي للجنين. كما لو حدث هذا السقوط لعدم قدرة العاملة الجسدية على حمل الجنين. وفي هذه الحالة لا تأثير للإسقاط على حق العاملة في إجازة الحمل التي كانت قد حصلت عليها كلياً أو جزئياً، لأنها حين حصلت عليها كان سبب استحقاقها لها (وهو الحمل) قائماً،

(١١٤) وهذا ما يفترض أنها كانت حاملة حلاً حقيقياً، فإذا ثبت أن حملها كان كاذباً فإن سبب استحقاقها للإجازة لم يكن قائماً في يوم من الأيام وبالتالي لا تستحقها، ويفرض أنها كانت قد حصلت عليها أو على جزء منها فهي تلتزم بأن ترد لرب العمل ما سبق أن حصلت عليه من أجر.

كما أن زوال هذا السبب كان خارجاً عن إرادتها ومن ثم لا يؤدي إلى حرمانها من حق كان قد ثبت لها لقيام سببه. أضف إلى ذلك أن حرمان العاملة من الإجازة هنا سيعد من قبيل العقوبة التي توقع عليها لغير ما ذنب ولا خطأ.

— الفرض الثاني. والذي يحدث فيه اجهاض للجنين بتدخل إرادي من العاملة منفردة أو بمساعدة أحد من الغير. وفي هذا الفرض، على الأقل ما لم يكن الاجهاض لضرورة طبية يستوجبها الخوف على حياة الأم أو الجنين، فإننا نعتقد بوجوب تقرير سقوط حق العاملة في الإجازة على سبيل «العقوبة الخاصة» ولانتفاء مبررها. لأن المشرع حين منحها هذه الإجازة كان ذلك بقصد أن تراعي نفسها وجنينها، فإذا لجأت هي إلى الاجهاض معرضة حياة جنينها لخطرًا مؤكدًا، ونفسها لخطر جسيم، فهي لا تكون جديرة بهذه الرعاية، فتسقط عنها بحيث ترد لرب العمل الأجور التي سبق أن قبضتها كمقابل لهذه الإجازة.

(٥٠) الفرض الثالث. وهو الذي تحصل فيه العاملة على إجازة «أكثر» من الثلاثين يوماً. وهو ما يحدث حين يتأخر الوضع عن الموعد المتوقع^(١١٥) سواء لأن هذا الأمر طبيعياً، أو لحدوث خطأ طبي في تحديد الموعد المتوقع للوضع. فما هو مصير الأيام الزائدة التي حصلت عليها العاملة؟ هناك ثلاثة حلول لا يثور حولها الشك.

— الحل الأول. حين يتسامح رب العمل عن هذه الأيام الزائدة، خاصة إذا كانت قليلة، ويعتبرها مأجورة، وفيها تعد الزيادة إجازة حمل ممنوحة للعاملة من قبل رب العمل.

— الحل الثاني. أن هذه الأيام لا يمكن أن تحسب من المائة يوم التي خول القانون

(١١٥) أنظر كاملة لهذا التأخر في القانون الفرنسي.

Cass. civ. 28 Mars 1962. D.S. 1963. 518 note ph.M. (Dame Klais).

تأخر لمدة عشرة أيام.

Cass. civ. 29 oct 1965, S.J. 1966. 14783. note Voirin. (Dame Dumes).

تأخر لمدة ٤٣ يوم.

العاملة الحصول عليها «بدون أجر» بسبب مرض يثبت بشهادة طبية أنه نتيجة للحمل والوضع»^(١١٦) وذلك لسببين

أولهما: أن هذه الإجازة تمنح بسبب «مرض» والحمل ليس كذلك، لأنه حالة طبيعية وليست مرضية.

وثانيهما: أن هذه الإجازة بنص القانون لا محل لها إلا بعد استنفاد إجازتي الحمل والوضع معاً لأنها تنقرر بسبب المرض الناشيء عن «الحمل والوضع» وليس أيهما منفرداً^(١١٧).

— الحل الثالث. وهو أنه لا يمكن القول باعتبار هذه الأيام الزائدة مأجورة خصماً من الأربعين يوماً اللاحقة على الوضع، ليس كما ذهب بعض الفقه لأن المشرع «أوجب»^(١١٨) أو «حتم»^(١١٩) أن تستريح المرأة بعد الوضع مدة لا تقل عن تلك الفترة، وذلك لأن المشرع الكويتي لم «يفرض» على العاملة إجازة إجبارية أو حتمية، سواء بعد الوضع أو قبله، وإنما هو فقط منحها «الحق» في الحصول على إجازة «أقصاها» (وليس أقلها) ثلاثون يوماً قبله وأربعون بعده، ومن ثم يجوز للعاملة بعد الوضع (أي بعد ثبوت الحق لها في إجازة الوضع). ألا تحصل عليها كاملة، أو يجوز لها التنازل عن جزء منها. ولكن العلة في عدم جواز ذلك، في رأينا، هي أن الثلاثين يوماً السابقة على الوضع (والتي تمثل إجازة الحمل) هي الحد «الأقصى» للإجازة المأجورة، التي ألزم بها القانون رب العمل في مواجهة العاملة، ومن ثم فإن القول بجواز حصولها على ما هو أكثر منها، حتى خصماً من الأربعين يوماً التالية على الوضع، سيعني إهدار كلمة «أقصاها» الواردة بنص القانون. ومن هنا لا يجوز للعاملة أن تحصل، أثناء الحمل، على إجازة أكثر من الثلاثين يوماً حتى ولو خصماً من الأربعين يوماً الخاصة بإجازة

(١١٦) عكس ذلك حسام الاهواني ص ٢٥.

(١١٧) أنظر ما سيلي فقرة (٥٩).

(١١٨) حسام الاهواني ص ٢٥.

(١١٩) عبدالفتاح عبدالباقي ص ٣٣٥.

الوضع . ويظل هذا القول صحيحاً حتى ولو اتفقت العاملة مع رب العمل على ذلك، لأن مثل هذا الاتفاق سيعني تنازل العاملة عن حق لم يثبت لها بعد، (وهو الحق في الحصول على إجازة الوضع حين تضع) وهو لهذا يقع باطلاً، أضف إلى ذلك أن مثل هذا الاتفاق سيعني حرمان العاملة من جزء من إجازة الوضع التي منحها لها القانون كاملة .

● وإزاء استقرار الحلول السابقة فإنه لا يتبقى بصدد هذه الأيام الزائدة إلا القول بالآتي :

١ - أن تحتسب هذه الأيام كإجازة مرضية عادية، تحصل العاملة خلالها على أجر الإجازة المرضية .

٢ - أنه إذا كانت العاملة قد استنفدت إجازتها المرضية، أو لم يعد المتبقي منها يغطي هذه الأيام الزائدة فإنه يمكن بموافقة رب العمل، اعتبار هذه الأيام من الأجازة السنوية المستحقة للعاملة^(١٢٠) مع الاحتياط بالنسبة لما قد يثيره تطبيق المادة (٢٦) أهلي كويتي في هذا الفرض^(١٢٠ مكرر) . وإذا كانت المادة (٣٩) من قانون العمل في القطاع الأهلي قد أعطت لصاحب العمل «حق تحديد موعد الإجازة السنوية» فإننا نعتقد أن رفض رب العمل منح العاملة إجازتها السنوية، أو جزء منها، في هذه الحالة سيعتد نوع من التعسف .

٣ - أنه إذا كانت العاملة قد استنفدت إجازتها المرضية والسنوية معاً فلا مهرب من اعتبار هذه الأيام كغياب عن العمل بعذر مشروع . وهي من حيث كونها تعد أيام غياب فينطبق عليها النظام القانوني الذي يطبق على هذه الأيام

(١٢٠) وهذا الحكم قد نص عليه صراحة القانون السوري انظر ما تقدم فقرة (٨) ص ٢١ .

(١٢٠ مكرر) انظر ما سيلي فقرة (٦٩) .

وفقاً للائحة العمل ، وهي من حيث كونها غياب بعذر مشروع يمتنع على رب العمل بصدددها فصل العاملة تطبيقاً للمادة (٥٥/ج)، التي تمنحه هذا الحق إذا ما العامل «تغيب بدون سبب مشروع أكثر من سبعة أيام متتالية» لأن من شروط انطباق هذه الحالة أن يكون الغياب بدون سبب مشروع، وهو ما سيكون متخلفاً هنا، حيث سيعد غياب العاملة - في الغالب - بسبب مشروع.

المطلب الثاني إجازة الوضع

(٥١) بالإضافة إلى إجازة الحمل التي منحها المشرع للعاملة والتي يتحدد المجال الزمني للحصول عليها في الفترة ما بين بداية الحمل وحتى الوضع بحيث يعد هذا الأخير هو نقطة النهاية بالنسبة لها، فقد منحها المشرع إجازة أخرى مدتها «أربعون يوماً بعد الوضع بأجر كامل» بحيث يكون الوضع بالنسبة لها هو نقطة البداية.

والعلة من منح العاملة هذه الإجازة هي حصولها على فترة راحة كافية بعد الوضع تسترد خلالها صحتها وتستريح من عناء الوضع لتعود إلى مزاولة العمل وهي قادرة عليه، فتحسن القيام به دونما ضرر يعود عليها، وحتى تستطيع أيضاً أن ترعى نفسها ووليدها خلال الأيام الأولى من حياته.

(٥٢) مناط استحقاق هذه الإجازة: الوضع.

ومناط استحقاق هذه الإجازة هو الوضع. وعلى ذلك فالعاملة الحامل والتي لا ينتهي حملها بالوضع لا تستحقها. وهذا هو حال العاملة التي يسقط جنينها أو تجهضه، فكلتاها لا تستحق إجازة وضع لعدم حدوث وضع^(١٢١). وإن كان يمكنها أن تحصل على إجازة مرضية عادية^(١٢٢).

(١٢١) أنظر في تأثير سقوط الجنين أو إجهاضه على إجازة الحمل ما تقدم فقرة رقم (٤٩).

● وانظر في معنى عدم استحقاق إجازة الوضع في حالة الاجهاض. حسن كبره ص ٦٢٤ هامش (٣)، إسماعيل غانم ص ٢٩٩ هامش (١) وتكملته ص ٣٠٠، عاطف فخري ص ٦٢ هامش (٣٨)، محمد عبدالحالقي عمر ص ٣٥٢. محمد ليب شنب. شرح قانون العمل الكويتي. ص ٨١ ومحمد ليب شنب. قانون العمل. القاهرة. ١٩٦٦ ص ١٨٣. وانظر عكس ذلك. يوسف الياس. قانون العمل العراقي ص ٢٤٦، محمد حلمي مراد. قانون العمل والتأمينات الاجتماعية. القاهرة. ١٩٦١. صلاح النحاس ص ٢٨٢.

(١٢٢) في ذات المعنى. محمد ليب شنب. ص ٨١، - حسام الأهواني ص ٢٦. وقارن يوسف الياس ص ٢٤٦.

والوضع هو انفصال الجنين عن أمه في الموعد المعتاد لذلك^(١٢٣)، ولا خلاف حول أنه يعد وضعاً انفصال الجنين عن أمه حياً^(١٢٤). ولكن الخلافات تبدأ في الظهور حين ينفصل ميتاً، فقد لا يكون هذا وضعاً، وإنما مجرد سقوط للجنين، أو اسقاطاً له. والمرجع في هذه الحالة يكون باللجوء إلى الخبرة الطبية، بحيث إذا تم الانفصال في الوقت المعتاد لذلك فنكون بصدد وضع حتى ولو ولد الجنين ميتاً^(١٢٥). أما في غير ذلك من الأحوال فلا نكون بصدد وضع. مع الوضع في الاعتبار لما تنص عليه المادة (١٦٦) من القانون رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤م في شأن الأحوال الشخصية من أن «أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية، وأكثرها خمسة وستون وثلاثمائة يوماً».

(١٢٣) محمد لبيب شنب ص ٨١.

(١٢٤) حسام الأهواني ص ١٢٦.

(١٢٥) حسام الأهواني ص ٢٦.

- وليس هناك، من الناحية الطبية، تحديد مؤكد لوقت الوضع - ومن المستقر طبياً أن «متوسط» طول مدة الحمل هو عشرة شهور قمرية أو ٢٨٠ يوماً أو تسعة أشهر وسبعة أيام شمسية، بعد نزول القطرة الأولى من الحيض الأخير. ومن المستقر أيضاً أن طول مدة الحمل متباين جداً ليس من امرأة إلى أخرى، بل ولدى ذات المرأة حيث تختلف من مرة إلى أخرى.
 - أما فيما يتعلق بأقصر مدة للحمل. فمن النادر جداً أن يبقى الطفل حياً إذا ولد قبل اليوم (١٩٦) (أي قبل ٦ أشهر شمسية و١٣ يوماً) بعد بدء آخر حيض أو قبل اليوم ١٨٦ بعد آخر مباذعة حية (ولقد أعلن في قضية (جاردين) عام ١٨٣٩م أن طفلاً ولد بعد ١٧٤ يوماً من الزواج، وقيل عام ١٧٨١م أن أخاً وأختاً ولدا وظلا حين ولم يفصل ولادتهما سوى ١٨٢ يوماً). وثمة حالات عن أطفال أحياء ولدوا بعد ١٩٦ يوماً أو ٢٠٠ بعد المباذعة.
 - أما فيما يتعلق بأطول مدة للحمل. فيذكر أن هناك حالات طالت فيها مدة الحمل إلى ٣٠٠ يوم أو أكثر بعد آخر حيض (وقد بلغت نسبة هذه الحالات في مجموعة كراوال ٣,٢٪ من مجموع حالاته أي بنسبة امرأة واحدة إلى كل ٣٣ امرأة)، وقد سجل توماس إدن أحد أطباء الولادة المشهورين ست حالات امتد فيها الحمل أكثر من ٣١١ يوماً. وقيل أيضاً بحدوث حمل بلغت مدته ٣٣٦ (أي ١١ شهراً شمسياً أو ١٢ شهراً قمرياً) بعد بدء آخر حيض وكانت ثمرته طفلاً حياً وزنه ١٣,٢٥ رطل.
- انظر في هذا بالتفصيل
الدكتور محمد فتحي. على عتبة الأمومة. مرجع سابق ص ٦٧ وما بعدها الفصل السادس (طول مدة الحمل).
- الدكتور / عادل الزهير. في الحمل والولادة. مرجع سابق ص ١٩.

والوضع باعتباره عملية تتم في وقت معين من الزمن، لا يثير اشكالات جدية فيما يتعلق بإثباته^(١٢٦) خاصة أن المشرعين ينظمون قيد المواليد بنظام أمر.

(٥٣) مدة الإجازة

حدد المشرع إجازة الوضع بأنها بحد أقصى أربعون يوماً بعد الوضع . وهذا التحديد «الجامد» يترتب عليه أن مدة الإجازة القانونية لا يمكن أن تزيد أو تقل عن الحد المشار إليه وهو ما يفضي إلى النتائج التالية :

١ - أن العاملة تستحق هذه الإجازة لمجرد الوضع ، وبغض النظر عما إذا كان ناشئاً عن زواج شرعي أم لا، إذ الغرض من الإجازة هو مواجهة حالة الوضع لذاتها^(١٢٧).

٢ - أن العاملة تستحق الإجازة بكامل مدتها بدون زيادة أو نقصان، سواء وضعت جنينها في الموعد المعتاد لذلك (٢٨٠ يوماً من بدء الحيض الأخير) أو وضعتة قبل ذلك (الولادة المبكرة)، وسواء تمت الولادة بطريقة طبيعية أو بعملية جراحية، وسواء نزل الجنين ميتاً أو حياً^(١٢٨)، حتى ولو توفي بعد ذلك، وبغض النظر عن عدد الأطفال الذين أنجبته العاملة، أو الذين أصبحوا لديها بعد الولادة، وبغض النظر عن مرات إنجابها السابقة.

(١٢٦) ومع ذلك ففي القوانين التي تحظر على رب العمل تشغيل العاملة خلال مدة محددة لاحقة على الوضع، فقد يثير تحديد التاريخ الدقيق له اشكالات معينة فيما يتعلق بتوقيع العقوبة الجنائية على رب العمل انظر بالتفصيل، بيتو. السابق ص ١٢٨ رقم ٢٢ وما بعدها.

(١٢٧) في ذات المعنى بالنسبة للقانون المصري. حسن كيره ص ٦٢٤، اسماعيل غانم ص ٣٠١، عبدالحالوق عمر ص ٣٥٢، وبالنسبة للقانون السوري. صلاح النحاس ص ٢٨٢.

(١٢٨) في ذات المعنى. حسن كيره ص ٦٢٤، عبدالحالوق عمر ص ٣٥٢، صلاح النحاس ص ٢٨٢.

(٥٤) إجازة الوضع حق للعاملة وليست واجباً عليها.

وفقاً للتنظيم الذي اعتنقه المشرع الكويتي لأجازة الوضع فإن هذه الإجازة تعد حقاً للعاملة ، وليست واجباً عليها . ولهذا القول وجهان :

الوجه الأول : أن العاملة صاحبة السيادة المطلقة في الحصول على هذه الإجازة . فهي تملك فرضها على رب العمل ، ولا يملك هذا الأخير فرض العمل عليها خلالها^(١٢٩) ، فحق العاملة في الحصول عليها تستمد من القانون مباشرة ، دون حاجة لإذن أو تصريح من رب العمل ، وهي تملك التمتع بها حتى ولو بدا أن حالتها الصحية لا تستلزم الحصول عليها ، فهي ممنوحة لها لمجرد الوضع ، وليس لتعب أو مرض ما لحقها من جرائه . وهي تملك السلطة التقديرية المطلقة في تقدير ما إذا كانت ستمتع بها أم لا . ولا يستطيع رب العمل أن يفرض عليها العمل خلالها ، ولا تلتزم العاملة بإطاعة أوامره الصادرة بذلك باعتبارها مخالفة للقانون .

الوجه الثاني : أن العاملة صاحبة السيادة المطلقة في التنازل عن الإجازة . وهي تملك القيام بها بكامل مدتها ، وتملك أيضاً أن تتنازل عن جزء منها ، إذ أن المشرع لم يفرض عليها وجوب القيام «بأجازة إجبارية» يتعين عليها الحصول عليها ، ويتعين على رب العمل عدم تشغيلها خلالها . ولكن هل هذا الحق مطلق للعاملة ؟ أي بقول آخر هل تستطيع أن تفرض على رب العمل قبول التنازل عن جزء من الإجازة أم لا ؟ .

السبب في إثارة هذا التساؤل القانون الكويتي على وجه الخصوص : هو ما تنص عليه المادة (٢٦) من قانون العمل في القطاع الأهلي ، والتي تقضي بسقوط حق العاملة في الإجازة السنوية إذا هي أفادت بالامتيازات التي كفلتها المادة (٢٥)

(١٢٩) في ذات المعنى . حسن كبره ص ٦٢١ رقم ٣٠٠ ، عصمت الهواري وفهمي كامل . ص ١٦٠ ، شاب توما منصور ص ١٦٤ ، صلاح الدين النحاس ص ٢٨٠ ، عاطف فخري ص ٢١ ، حسن الفكهاني ص ٥٧ .

والتي إحداها إجازة الوضع محل البحث، فإزاء هذه المادة قد تبرز مصلحة لرب العمل في رفض قبول تنازل العاملة عن جزء من إجازتها، لاسيما إذا كان هذا الجزء ضئيلاً جداً بما قد يوحي بأن المقصود من التنازل هو عدم استنفاد العاملة «لكل» الإجازة حتى يتعذر تطبيق المادة (٢٦)، خاصة إذا كانت حالتها الصحية تنبئ عن احتمال حصولها على إجازة مرضية بسبب مرض ناشئ عن الحمل والوضع^(١٣٠). فهل يجوز لرب العمل إجبار العاملة على الحصول على الإجازة كاملة أم لا؟ أو بقول آخر هل يجوز له الامتناع عن تقديم العمل إليها إذا ما هي عادت إليه قبل انقضاء مدة الإجازة أم لا؟.

في تقديرنا، ورغم ما تقضي به المادة (٢٦)، فإن إجازة الوضع تعد حقاً خالصاً للعاملة، فهي كما تملك القيام بها تملك أيضاً التنازل عنها بصورة كلية أو جزئية، وذلك لأن المشرع لم يفرض عليها القيام بها، كما أنه لم يمنح رب العمل سلطة إلزام العاملة بالقيام بها كاملة. أضف إلى ذلك أن ما ورد بالمادة (٢٦) من تقرير سقوط حق العاملة في الإجازة السنوية إذا هي أفادت بالامتيازات التي كفلتها المادة (٢٥) إنما يتضمن دعوة خفية ومستترة من المشرع، لكي تتنازل العاملات عن بعض هذه المزايا، أو بعض مكونات إحداها، وهو ما يعني أن إمكان هذا التنازل أمر وارد بل ومحبذ من قبل المشرع. وأمام هذا فإننا نذهب إلى أحقية العاملة في التنازل عن جزء من إجازتها، وفرض هذا التنازل على رب العمل، الذي ينبغي عليه حال عودة العاملة إلى العمل قبل انقضاء موعد إجازتها أن ينفذ التزامه بتمكينها من أداء العمل، وإلا عُد مخالفاً بما قد يعد معه منياً لعلاقة العمل إنهاء يتحمل نتائجه.

● وإذا كانت إجازة الوضع على النحو المتقدم تتمثل حقاً للعاملة فإن الفقه ينتقد

(١٣٠) كما لو كان هناك تقرير طبي مثلاً يرجح احتمالية حصول العاملة على هذه الإجازة نظراً لحالتها الصحية.

هذا الموقف من المشرع الكويتي، وينادي بوجوب اعتبارها واجبا عليها، أي تلتزم بالحصول عليها، ويمتنع على رب العمل تشغيلها خلالها، وذلك مراعاة لظروفها الصحية في فترة ما بعد الوضع، والتي قد لا تحسن العاملة تقديرها بما قد يضر بها^(١٣١).

(٥٥) حكم اشتغال العاملة خلال إجازة الوضع

بيّنّا فيما تقدم أن المشرع لم يفرض على العاملة إجازة وضع إجبارية، كما أن رب العمل لا يستطيع إجبارها على الحصول على إجازتها كاملة، ومن ثم فإنه من المتصور أن تعود العاملة إلى العمل قبل انقضاء أربعين يوم على الوضع لتعمل خلال مدة معينة من الإجازة المستحقة لها. فما هو حكم هذا العمل؟ وهل تحصل على أجر زائد مقابل له أم لا؟

اختلف شراح قانون العمل الكويتي في الإجابة على هذا التساؤل. فذهب بعضهم إلى القول باستحقاقها لأجر مضاعف،^(١٣٢) أي أجر الإجازة مضافاً إليه أجر مقابل عملها^(١٣٣)، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بعدم استحقاقها لأجر إضافي، إذ لا تحصل إلا على أجر واحد فقط هو أجر الإجازة^(١٣٤).

وفي تقديرنا فإنه يجب التفرقة بين ذات الفرضين السالف التعرض لهما بالنسبة لإجازة الحمل^(١٣٤)، أي حين تلتقي إرادة العاملة مع إرادة رب العمل على العمل لقاء أجر إضافي فيقع هذا الاتفاق صحيحاً، وتحصل العاملة بمقتضاه على الأجر المتفق عليه. أما إذا رفض رب العمل (أو بالأحرى لم يوافق صراحة) على

(١٣١) حسام الأهواني ص ٢٦، ليب شنب ص ٨١.

(١٣٢) عبدالفتاح عبد الباقي ص ٣٣٦.

(١٣٣) حسام الأهواني ص ٢٦.

(١٣٤) انظر ما تقدم فقرة (٤٧).

عمل العاملة مقابل أجر إضافي، فإنها لا يحق لها إلا الحصول على أجر واحد فقط، (هو أجر الإجازة)، لأنها وإن كانت تملك فرض مبدأ العمل على رب العمل إلا أنها لا تملك أن تفرض عليه هذا العمل لقاء أجر إضافي.

والنتائج المتقدمة تجربنا إلى التساؤل عن كيفية تمتع العاملة بهذه الإجازة.

(٥٦) كيفية تمتع العاملة بإجازة الوضع .

بيّنّا فيما تقدم: أن المشرع لم يفرض على العاملة وجوب الحصول على إجازة الحمل في الفترة السابقة على الوضع مباشرة، بحيث يجوز لها أن تحصل عليها في أي وقت خلال الفترة الواقعة منذ بدء الحمل وحتى الوضع، كما يجوز لها، تبعاً لذلك، أن تحصل عليها بصورة متصلة أو متقطعة. ولم يتطلب المشرع هذه «المباشرة» صراحة بالنسبة لحصول العاملة على إجازة الوضع. ومن ثم فإن التساؤل قد يثور حول كيفية تمتع العاملة بها، هل يجب أن تحصل عليها بصورة متصلة خلال الأربعين يوماً التالية على الوضع، أم أنه يمكنها أن تحصل عليها بصورة متقطعة ؟

لا تثار ثمة مشكلة إذا ما حصلت العاملة على هذه الإجازة بصورة متصلة خلال الأربعين يوماً التالية على الوضع. ولكن إذا ما حصلت على جزء منها (وليكن ٢٠ يوماً مثلاً) ثم عادت إلى العمل لفترة معينة فهل يجوز لها أن تحصل على الباقي أم لا ؟

في الواقع أن الإجابة على هذا السؤال مرتبطة بالإجابة على السؤال السالف التعرض له بالنسبة لمدى حق العاملة في فرض عودتها إلى العمل على رب العمل، والذي انتهينا بصده إلى القول بحقها في ذلك، وهو ما يجب أن يستتبعه وجوب القول بأن هذه العودة تؤدي إلى سقوط حقها في المتبقي من هذه الإجازة. لأنه إذا عملت العاملة الأيام الباقية من إجازتها لقاء حصولها على أجر زائد بالاتفاق مع رب العمل فهي تكون قد «استهلكت» إجازتها، ولم يعد لديها ما تطالب به، أما إذا

كانت قد عملت هذه الأيام بدون أجر إضافي فهي تكون بفرضها العمل على رب العمل . قد تنازلت عنها، وبالتالي لا يتبقى لديها ما تطالب به . والقول بغير ذلك في هذه الحالة الأخيرة، سيعني أن العاملة تملك بإرادتها المتفردة أن تفرض على رب العمل «تأجيل» إجازتها وهو ما لا تملكه . فهي تملك أن تفرض عليه التنازل عنها ولكنها لا تملك أن تفرض عليه تأجيلها .

وعلى ذلك فإننا نستطيع القول بأن مدة الأربعين يوما التالية على الوضع تمثل - في أن واحد - مدة الإجازة الممنوحة للعاملة، والحيز الزمني للحصول عليها ، بحيث إذا انقضت هذه المدة سقط حق العاملة في الحصول على الجزء من الإجازة الذي عملت خلاله . على أن هذا القول لا يخل بحق العاملة في الاستفادة من الجزء الباقي من إجازتها إلى ما قبل انصرام الأربعين يوما، لأن تنازلها عن جزء لا يعني تنازلها عن كل الأجزاء . وعلى ذلك فإذا عادت العاملة إلى العمل بعد عشرين يوما من الوضع وعملت لمدة عشرة أيام، ثم طرأت عليها ظروف تستوجب حصولها على العشرة أيام المتبقية لها من الإجازة، فهي تستطيع الحصول عليها بوصفها إجازة وضع، ووفقا للنظام القانوني لهذه الإجازة، ولكنها تملك الحصول عليها في حدود هذه الأيام العشرة فقط المتبقية لها قبل انصرام الأربعين يوما، أما العشرة أيام التي عملتها فهي فقط التي تكون قد تنازلت عنها بحيث لا يجوز لها المطالبة بالتمتع بها .

خلاصة القول : إن العاملة تستطيع أن تتمتع بإجازة الوضع بصورة متقطعة خلال فترة الأربعين يوما التالية على الوضع ، فإذا ما انقضت هذه المدة سقط حقها في التمتع بما لم تحصل عليها منها .

المطلب الثالث

الإجازة بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع

(٥٧) لم يقتصر المشرع في مجال الاهتمام بصحة المرأة علي منحها إجازتي الحمل والوضع المأجورتين . إذ أنه - بالإضافة إلى ذلك - قد قرر وفقا لعجز المادة ٢٥ ، أنه «يجوز للعاملة أن تنقطع عن العمل بعد هذه الفترة - بدون أجر - لمدة أقصاها مائة يوم متصلة أو متقطعة، وذلك بسبب مرض يثبت بشهادة طبية أنه نتيجة للحمل والوضع» .

وهذه الإجازة هي التي تعرف باسم الإجازة بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع .

(٥٨) الأجر خلال هذه الإجازة

وأول ما يلاحظ على هذا النص أنه كان «صريحاً تماماً»^(١٣٥) في أن العاملة تتمتع بهذه الإجازة بدون أجر . ولا ينبغي أن يدعوا هذا الحكم إلى الاعتقاد بأن المشرع لم يكن كريماً مع المرأة لأنه حرّمها من الأجر خلال هذه الإجازة، بل هو رغم ذلك يظل كريماً معها لأنه بدون هذا الحكم كان سيحق لرب العمل - بعد

(١٣٥) أنظر عكس ذلك وأن المشرع «لم يصرح بهذا الحكم» عبدالفتاح عبدالباقي ص ٣٣٧ .
• ولعل صراحة المشرع الكويتي في هذا الحكم تعود إلى الرغبة في حسم أي نزاع قد يثور حول استحقاق العاملة لأجر ما خلال هذه الإجازة، وهو النزاع الذي أثير في القوانين التي تمنح العاملة هذه الإجازة دون أن تنص على حكم الأجر خلالها (كنظام العمل السعودي، وقانون العمل الليبي) حيث ذهبت بعض الآراء، رغم انعدام النص على الأجر، إلى القول باستحقاق العاملة له (أنظر عاطف فخري ص ٦٢ هامش (٤٠)، عبدالحالق عمر ص ٣٥٢) .

انتهاء إجازة الوضع، (وربما أيضا بعد استنفاد الإجازة المرضية العادية) - أن ينهي عقد عمل العاملة لاستطالها مرضها (م ٥٨ عمل أهلي كويتي) وهو ما كان سيعرضها لضررين.

أولهما: هو فقدان وظيفتها.

وثانيهما: هو فقدان أجرها تبعا لذلك، فإذا جاء المشرع ورفع عنها أحدهما (وهو حرمانها من فقدان وظيفتها خلال هذه المدة بحيث تعود إليها بعد الشفاء من المرض) فإنه يكون قد أسدى لها صنيعاً.

ويلاحظ أن حكم تمتع العاملة بهذه الإجازة «بدون أجر» قاصر فقط على حالة تمتعها بها بوصفها إجازة بسبب مرض، نتيجة للحمل والوضع، ولكن هذا لا يمنع من أن يتفق رب العمل مع العاملة على منحها هذه الإجازة بأجر كامل، أو بأقل من ذلك، فمثل هذا الاتفاق يقع صحيحاً. كما أنه يجوز للعاملة، في حالة توافر شروط استحقاق هذه الإجازة غير المأجورة، ألا تطالب بها وتطالب بالانتفاع بالإجازة المرضية العادية (١٣٦) إذ أن هذه الأخيرة، من حيث الأجر، أفيد للعاملة لأنها مأجورة بصورة جزئية في معظم فترات (١٣٧) إذ ليس هناك ما يمنع العاملة من الاستفادة بالإجازة المرضية في هذه الحالة لأن «المرض» كنتيجة للوضع والحمل إنما هو مرض على أي حال فتسري عليه أحكام الإجازة المرضية العادية، أضف إلى

(١٣٦) أنظر في ذات المعنى بالنسبة لذات الحكم في قانون العمل المصري الملغى. إساعيل غانم ص ٣٠١ هامش (١)، محمد ليب شنب. قانون العمل. القاهرة ١٩٦٦ ص ١٨٤ هامش (٣).

(١٣٧) إذ أنه وفقاً للمادة (٣٧) من قانون العمل في القطاع الأهلي فإن العامل (أو العاملة) يستحق إجازة مرضية مقدارها، خلال السنة، ثلاثون يوماً تكون مأجورة كالتالي: ستة أيام بأجر كامل، ستة أيام بثلاثة أرباع الأجر، ستة أيام بنصف الأجر، ستة أيام بربع الأجر، ستة أيام بدون أجر.

- أما إذا كانت علاقة العمل خاضعة لأحكام قانون العمل في القطاع النفطي فإن الإجازة المرضية تكون - خلال السنة - أحد عشرة شهراً ونصفاً مأجورة على النحو التالي: ستة أشهر بأجر كامل، شهران بثلاثة أرباع الأجر، شهر ونصف بنصف الأجر، شهر بربع الأجر، شهر بدون أجر (مادة ١١ عمل لفظي).

ذلك أن الإجازة بسبب مرض ناشئ عن العمل والوضع تمثل «مزية خاصة» للمرأة العاملة منحها لها المشرع لرعايتها، ولا ينبغي - عقلاً ومنطقاً - أن يكون منحها لها سبباً لحرماتها من التمتع بالحق العام المقرر لجميع العمال في الحصول على الإجازة المرضية العادية، حين تكون هذه الأخيرة أفيد للعاملة من الأولى. فكون المشرع قد منحها «حقاً خاصاً» في الإجازة بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع لا يعني أنه قد سلبها «حقها العام» في التمتع بالإجازة المرضية، إذ أن أهمية الإجازة بسبب مرض نتيجة للوضع والحمل تظهر بعد استنفاد العاملة للإجازات المرضية العادية، حيث يحق لها - وهذا ما يميزها عن باقي العمال - أن تحصل عليها، بحيث لا يجوز لرب العمل إنهاء عقدتها خلال تمتعها بها.

● وليس هناك في تقديرنا ما يمنع من أن تطالب العاملة بالاستفادة بإجازتها السنوية - وهي مأجورة أجراً كاملاً - إذا ما وافق رب العمل على منحها لها حتى ولو توافرت شروط استحقاق الإجازة بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع، لأن هذه الأولى أكثر فائدة لها - مع ملاحظة أن هذا الحل يمكن أن يشير بعض المشاكل إذا سقط حق العاملة في الإجازة السنوية تطبيقاً للمادة (٢٦) (١٣٨). وفي رأينا فإنه إذا توافرت شروط هذا السقوط وكانت العاملة قد حصلت فعلاً على إجازتها السنوية فيحق لرب العمل أن يسترد منها الأجر الذي قبضته عنها، لسقوط حقها فيها.

(٥٩) شروط استحقاق هذه الإجازة:

وفقاً لعجز المادة (٢٥) فإنه يشترط لاستحقاق العاملة لهذه الإجازة وجوب توافر شرطين:

- ١ - الشرط الأول: أن تكون العاملة مصابة بمرض. وسواء كان عضوياً أم نفسياً، مع وجوب أن يكون هذا المرض قد أصاب العاملة ذاتها وليس مولودها.

(١٣٨) انظر لاحقاً فقرة (٦٩).

ويلاحظ هنا الفارق بين نص القانون الكويتي ونص القانون الفرنسي . فهذا الأخير بعد أن كان مثله مثل القانون الكويتي يتطلب وجوب أن تكون العاملة مصابة بمرض (maladie) صار يكفي بأن تكون مصابة بحالة مرضية (état pathologique) وهو تعديل في مصلحة العاملة، لأن الحالة المرضية أخف في مفهومها من المرض. لأنه إذا كان هذا الأخير يقتصر على الفترة الحاسمة الواقعة ما بين حضانة الجسم للميكروب وحتى النقاهة (la phase cruciale, comprise entre l'incubation et la convalescence)^(١٣٩) فإن الأولى تشمل فترة أكثر طولاً. كما أنها لا تقتصر على المرض من الناحية الطبية بل تشمل أيضاً التأثيرات الناشئة عن التدخلات الجراحية. ^(١٤٠).

٢ - الشرط الثاني. أن يكون المرض نتيجة للحمل والوضع .

لم يكفي المشرع بأن تصاب العاملة بأي مرض كان، بل هو استلزم وجود علاقة السببية بين هذا المرض وبين الحمل والوضع . وينبغي أن يلاحظ هنا الحكم المتزم الذي جاء به المشرع الكويتي حين استلزم وجوب أن يكون المرض نتيجة ليس فقط للحمل، كما تقضي اتفاقيات العمل الدولية ^(١٤١) وليس أيضاً للوضع، كما تقضي بعض القوانين ^(١٤٢) وليس أخيراً نتيجة للوضع أو الحمل، كما تقضي بذلك بعض القوانين الأخرى ^(١٤٣)، وإنما استلزم وجوب أن يكون نتيجة، في

(١٣٩) بيتو- ص ١٥٦ رقم ١٦ في نهايتها.

(١٤٠) Bastide. op. loc. cit.

(١٤١) تقضي اتفاقية العمل الدولية رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٢م بشأن حماية الأمومة على أنه في حالة المرض الناجم عن «الحمل» المؤيد بشهادة طبية يكون للمرأة الحق في إجازة إضافية قبل الوضع . وقارن أيضاً المادة (١١) من الاتفاقية العربية رقم ٥ لسنة ١٩٧٦م بشأن الأحكام المنظمة لعمل المرأة . راجع في ذلك أحمد زكي بدوي ص ٦٢ .

(١٤٢) كقانون العمل الليبي أنظر عبد الخالق عمر ص ٣٥٢ .

(١٤٣) أنظر في هذه القوانين ما تقدم فقرة (٢٩) وهو ما ينص عليه قانون العمل الفرنسي الحالي (م. ل ١٢٢ - ٢٦ فقرة (٤)). (état pathologique résulte de la grossesse ou des couches) . كاميرلنك وليون كان وبيليسيه ص ٢٥٥ هامش (١٣) .

ذات الوقت «للحمل والوضع». ووفقاً لهذا التشدد الذي لا مبرر له، فإن المرض الذي يكون ناشئاً عن أيهما فقط دون الآخر لا يمنح العاملة الحق في الحصول على هذه الإجازة، وكذلك الأمر، من باب أولى، إذا كان المرض لا صلة له بأي منهما. كما أن المرض الذي تكون العاملة مصابة به قبل الوضع لا يمنحها الحق في الحصول على هذه الإجازة، حتى ولو تفاقم آثاره بسبب الحمل أو الوضع، كما لو جعل ظروفهما بالنسبة للمرأة أكثر مشقة من الحالات العادية، لأنه لا يكون في ذاته نتيجة لهما (١٤٤).

(٦٠) النطاق الزمني للحصول على هذه الإجازة:

وفقاً لنص المادة ٢٥ المشار إليها فإن «للعاملة أن تنقطع عن العمل بعد هذه الفترة بدون أجر لمدة أقصاها مائة يوم متصلة أو متقطعة، وذلك بسبب مرض يثبت بشهادة طبية أنه نتيجة للحمل والوضع». والنص بذلك يكون واضحاً تماماً في أن النطاق الزمني الذي تحصل فيه العاملة على هذه الإجازة ينحصر فقط في الفترة اللاحقة على انقضاء الحمل والوضع، بل وانقضاء الأربعين يوماً التالية على الوضع أيضاً. هذا الوضوح الذي يظهر في النص من ناحيتين: الأولى ورود عبارة «بعد هذه الفترة» في النص صراحة، والثانية أن السبب المنشئ لهذه الإجازة لا يمكن أن يتوافر إلا بعد انقضاء الوضع، ولا يمكن أن يكون له محلاً قبل ذلك لأن هذا السبب هو المرض الناشئ ليس فقط عن الحمل ولكن عن الحمل والوضع معاً. وهذا الرأي هو الذي مال إليه أغلب شراح قانون العمل الكويتي (١٤٥). ولكن صراحة النصوص لم تمنع رأي من القول بأنه «لا يوجد

(١٤٤) بيتو ص ١٥٠.

(١٤٥) محمد لبيب شنب ص ٨٢، عبدالرسول عبدالرضا ص ١٢١، حسام الأهواني ص ٢٨ وأنظر رغم ذلك ذات المرجع ص ٢٥ حيث يرى أنه إذا حصلت العاملة على الثلاثين يوماً السابقة على الوقت المتوقع للوضع ولم يتم الوضع فعلاً فلها أن تحصل على إجازة مرضية «يمكن أن تدخل في إطار المائة يوم التي تجيز الانقطاع عن العمل بسبب يرجع للحمل والوضع».

توقيت محدد للمدة التي يجوز للعاملة أن تنقطع فيها بسبب المرض الذي يتأهبها نتيجة الحمل (أو) الوضع، فيمكن لها أن تكون خلال مدة الحمل أو بعد الوضع^(١٤٦) ولعله واضح - منذ البداية - عدم صواب هذا الرأي الذي يعد باعته هو اعتقاد أصحابه أن النص يمنح العاملة الحق في هذه الإجازة بسبب مرض ناشئ عن الحمل (أو) الوضع، وليس بسبب مرض ناشئ عن اجتماعهما معاً.

- وإذا كان تفسير نصوص القانون يؤدي إلى وجوب القول بأن العاملة لا تتمتع بهذه الإجازة إلا بعد انقضاء الأربعين يوماً التالية على الوضع، بحيث لا يمكن أن تحصل عليها أثناء الحمل، فإنه لا يسعنا إلا انتقاد موقف المشرع المتمتد في هذا الصدد، لأنه إذا كان الذي يميز للعاملة الحصول على هذه الإجازة هو إصابتها بمرض واجب الثبوت طبياً، وإذا كانت سماحة المشرح قد ارتأت رعاية العاملة رعاية خاصة في هذه الحالة، فإننا لا ندرى سبباً منطقياً يقصر هذه الإجازة فقط على حالة الإصابة بمرض ناجم عن الحمل والوضع معاً وليس عن أيهما منفصلاً. وبصفة خاصة حين يكون هذا المرض ناشئاً عن الحمل فقط، إذ تكون حاجة العاملة إلى هذه الإجازة - غير المأجورة - في فترات الحمل، خاصة إذا كان عسيراً - أشد إليها من حاجتها في حالة الإصابة بمرض ناجم عن الوضع، لأن الإجازة في الحالة الأولى تهدف إلى رعاية ليس فقط العاملة ولكن جنينها أيضاً. ومن هنا فإننا ندعو المشرع إلى وجوب تعديل هذه المادة، ليسمح بتمتع العاملة بهذه الإجازة في حالة إصابتها بمرض سواء كان ناشئاً عن الحمل (أو) عن الوضع. ولا يثني عن هذه الدعوة أن العاملة تستطيع خلال الحمل أن تحصل على إجازات مرضية عادية تغنيها عن التمتع بهذه الإجازة في فترة ما قبل الوضع وذلك للأسباب الآتية:

١ - أن إمكان الحصول على إجازة مرضية عادية قائم في الفترة السابقة على

(١٤٦) عبدالفتاح عبدالباقي ص ٣٣٧.

الوضع وفي الفترة اللاحقة عليه أيضا. ولو كان هذا مجيزاً لحرمان المرأة من التمتع بالإجازة بسبب مرض ناشئ عن الحمل أو الوضع في الفترة السابقة على الوضع، لكان يجيز أيضاً حرمانها من التمتع بها في الفترة اللاحقة عليه. أي يكون من شأنه أن يحرمها منها كلية. وهو ما لم ترض به سماحة المشرع الذي منحها نوعين من الإجازات المرضية.

١- أحدهما: لمواجهة المرض العادي.

والثاني: لمواجهة المرض الناشئ عن الحمل والوضع، وهو ما يستوجب تمتعها بهما معا، وهو ما يستوجب أيضاً تمتعها بهذه الأخيرة سواء في فترة الحمل أو ما بعد الوضع.

٢- أن الإجازة المرضية العادية قصيرة المدة (مدتها ثلاثون يوماً في القطاع الأهلي) بينما الإجازة بسبب مرض ناشئ عن الحمل أو الوضع طويلة نسبياً (مائة يوم) وإيجاب تمتع العاملة بالإجازة المرضية العادية في حالة إصابتها بمرض ناشئ عن الحمل والوضع، بالإضافة إلى أنه يخلط بين الإجازات من حيث أسبابها، قد يضع العاملة في حرج، إذ من شأنه أن يحرمها من إجازاتها المرضية العادية التي قد تكون بحاجة إليها، وهو ما يظهر على وجه الخصوص إذا كانت قد استفذتها قبل بدء الحمل، وهو ما يتجلى إذا كان حملها عسيراً يستوجب منها الراحة لفترات قد تطول، أو يستوجب منها التردد على الطبيب بصورة متكررة.

٣- كما أن حصول العاملة على هذه الإجازة، وهي غير مأجورة، سواء قبل الوضع أو بعده أمر لن يضر رب العمل كثيراً، طالما أنها في المجموع الكلي، لن تتجاوز المدة التي حددها المشرع.

(٦١) كيفية الحصول على هذه الإجازة:

على خلاف إجازة الوضع بالمعنى الدقيق- حيث لم يشترط المشرع حصول العاملة عليها وجوب أن تقدم شهادة طبية - فإنه يشترط لحصول العاملة على

الإجازة بسبب مرض نتيجة للوضع والحمل وجوب أن تقدم شهادة طبية مثبتة لوجود المرض، ولعلاقة السببية بينه وبين الوضع والحمل. ولا يشترط أن تحدد هذه الشهادة المدة التقريبية اللازمة للشفاء من المرض.

وهذه الشهادة قد تصدر عن طبيب أهلي أو حكومي - وإذا نازع رب العمل في صحة أي من البيانات الواردة بها فله أن يحول العاملة إلى طبيب حكومي، إذا كانت الشهادة صادرة من طبيب أهلي، وفي هذه الحالة فإن شهادة الطبيب الحكومي تجب شهادة الطبيب الأهلي قياساً على ما قرره المادة (٣٧) من قانون العمل في القطاع الأهلي بالنسبة للخلاف حول مدة الإجازة المرضية.

- وإذا حصلت العاملة على هذه الشهادة فلها، وفقاً لعبارة المادة ٢٥، أن «تقطع» عن العمل، أي أن حصولها على هذه الإجازة لا يتوقف على إذن أو موافقة رب العمل، فحقها في ذلك تستمد من القانون مباشرة. ولكن الأمر لا يخلو من وجوب إخطار رب العمل بهذه الشهادة، وبقيام العاملة بالإجازة، ومدتها التقريبية، حتى يستطيع أن يتدبر أموره، وإيجاد من يحل محل العاملة حين عودتها. ولم ينظم المشرع وسيلة لهذا الإخطار. ولذا فهو يقع صحيحاً متى تم في أي شكل من الأشكال شفوياً أو كتابياً. ولكن يجب على العاملة أن تختار الشكل الذي يسهل لها عبء إثبات إخطار رب العمل بهذه الشهادة وبمحتواها. ونرى في هذه الحالة أن اللجوء إلى الخطاب المسجل بدون مظروف (أي الذي يحتوي فيه المظروف الخارجي على مضمون الخطاب) يضمن للعاملة وسيلة إثبات جيدة، لأنه سيثبت ليس فقط واقعة استلامه وتاريخها (عن طريق توقيع المستلم على أوراق الجهة البريدية التي قامت بالتسليم) ولكن أيضاً محتوى الخطاب.

ويحق للعاملة الحصول على هذه الإجازة لمدة مائة يوم متصلة أو متقطعة. وهذه المدة تشكل الحد الأقصى لمقدار الإجازة بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع. وهي لا تستحق للعاملة هكذا بمجرد إصابتها بالمرض، إذ هي لا تستحقها إلا

إذا كانت حالتها المرضية تستوجبها. فهي لا تحصل منها إلا على الجزء الذي توجبه حالتها المرضية فقط دون زيادة.

وتستطيع العاملة أن تحصل على هذه الإجازة كاملة دفعة واحدة إذا استوجبت حالتها المرضية ذلك، كما تستطيع أن تحصل عليها «متقطعة» بشرط أن تقدم في كل مرة ترغب فيها في الحصول على جزء منها شهادة طبية مثبتة لمرضها ولصلته بالوضع والحمل.

- وإذا انقضت المائة يوم ولم تتمكن العاملة من العودة إلى العمل لاستطالة مرضها عن ذلك استرد رب العمل حقه في إنهاء عقد العمل، لاستطالة المرض وفقا للمادة (٥٨).

(٦٢) النتائج القانونية لحصول العاملة على هذه الإجازة:

إذا كان المشرع قد اعترف للعاملة بالحق في الحصول على هذه الإجازة فإن هذا يؤدي إلى النتائج التالية:

١ - أن فترة هذه الإجازة تعد بمثابة فترة عمل فعلى للعاملة، فلا يؤدي حصولها عليها إلى التأثير على أي من مستحققاتها: حيث يثبت لها الحق في الحصول على كافة المزايا التي منحها رب العمل لعماله خلال هذه الفترة، كما يثبت لها، كأصل عام، الحق في التمتع بكافة إجازاتها الأخرى، كما لو لم تكن غائبة مطلقا، فتستطيع بعد ذلك أن تحصل على إجازتها المرضية العادية (١٤٧)، كما تستطيع أيضا أن تحصل على إجازتها السنوية كاملة، وإن كنا سنرى أن المشرع الكويتي، بالمادة ٢٦، قد رتب على تمتع العاملة بالمزايا التي كفلتها المادة (٢٥) والتي من بينها هذه الإجازة، سقوط حقها في الإجازة السنوية (١٤٨).

(١٤٧) في ذات المعنى حسام الأهواني ص ٢٨.

(١٤٨) أنظر ما سيلي فقرة رقم (٦٤).

٢ - أن رب العمل يمتنع عليه إنهاء عقد عمل العاملة خلال قيامها بهذه الإجازة^(١٤٩)، وهذا الحكم كانت تنص عليه صراحة المادة (١/١٣٥) من قانون العمل المصري الملغى^(١٥٠) وهو يعد تطبيقاً لمبدأ عام نص المشرع الكويتي على إحدى تطبيقاته في المادة (٥٨) عمل أهلي، والتي نصت في عجزها على أنه «لا يجوز لصاحب العمل استعمال حق الفسخ المخول له بمقتضى المادة (٥٣) أثناء المرض أو الإصابة».

(٦٣) تقادم الحق في هذه الإجازة:

لم يحدد المشرع مدة معينة ينقضي بفواتها حق العاملة في الحصول على هذه الإجازة. وأمام هذا فإنه في مجال تحديد مدة هذا التقادم ينبغي، في تقديرنا، التفرقة بين فرضين:

- الفرض الأول، والذي تظل فيه علاقة العمل قائمة بين العاملة ورب العمل. وفي هذا الفرض ينبغي التفرقة بين الأحوال التالية:

١- حالة الوضع الأخير الذي حصلت العاملة بمناسبته على إجازة وضع من رب العمل. وفيها لا يتقادم حقها بالمطالبة بالإجازة المرضية بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع إلا تطبيقاً للقواعد العامة، أي خمس عشرة سنة (٤٣٨م مدني كويتي)، وإذا ما اعتنقنا الرأي القائل: بأن استمرار علاقة العمل يعتبر مانعاً أدبياً يوقف التقادم^(١٥١) (وفقاً للمادة ١/٤٤٦ مدني كويتي) فإن حق العاملة في المطالبة بهذه الإجازة لا يبدأ تقادمه في السريان طالما بقيت علاقة العمل قائمة، وطوال مدة قيامها.

٢- حالات الوضع السابقة على الوضع الأخير. وفيها ينقضي حق العاملة في

(١٤٩) في ذات المعنى في القانون الكويتي. حسام الأهواني ص ٢٨.

(١٥٠) أنظر في هذا حسن كيرة ص ٦٢٥. أهاب حسن إسماعيل ص ٣٠٣.

(١٥١) جمال زكي. قانون العمل ص ٤٦٨.

الحصول على هذه الإجازة بمجرد حملها حملاً آخر لأنها بذلك تكون قد دخلت في حمل جديد يوجب لها حقوق جديدة .

- الفرض الثاني . والذي تنقضي فيه علاقة العمل .

وفيه لن تثار مشكلة إمكان أن تطالب العاملة رب العمل الذي انقضت علاقة العمل معه بهذه الإجازة «غير المأجورة» . ولكن ما هو الحكم إذا اشتغلت عند رب عمل آخر وأصابها مرض نتيجة للحمل والوضع اللذين تما سابقاً قبل اشتغالها لديه، وأثناء قيامها بالعمل لدى رب عمل أول . هل تستطيع العاملة أن تطالب رب العمل الجديد بهذه الإجازة أم لا؟ في الواقع أن الرأي قد يتردد في الإجابة على هذا السؤال بالنفي (باعتبار أن الحقوق التي قررها المشرع للعاملة إنما تقرر في مواجهة رب العمل الذي تم الوضع أثناء العمل لديه) أو بالإيجاب (باعتبار أن هذا التفسير هو الذي يحقق مصلحة العاملة خاصة أن هذه الإجازة غير مأجورة) وإن كان يبدو لنا الرأي الأول أرجح، أذ بوسع العاملة أن تحصل على الإجازة المرضية العادية وهي ، من حيث استحقاق الأجر خلالها، أفضل لها .

المبحث الثاني

سقوط حق العاملة في الإجازة السنوية إذا أفادت بالامتيازات التي كفلتها المادة (٢٥)

المادة (٢٦) من قانون العمل في القطاع الأهلي

(٦٤) تعرضنا خلال الصفحات السابقة لموقف المشرع الكويتي من الإجازات التي تحصل عليها العاملة بمناسبة الحمل والوضع. ورأينا كم أنه كان كريماً معها إلى درجة كبيرة، ذلك الكرم الذي تجلّى من حيث عدم اشتراطه لأي شرط للتمتع بهذه الإجازات، ومن حيث مددها الإجمالية لاسيما المأجورة منها، ومن حيث منحه للعاملة إجازة حمل مستقلة عن إجازة الوضع.

وإذا كانت هذه الروح السمحة هي التي هيمنت على المشرع في المادة (٢٥) فإن المرء لا يملك إلا أن يتعجب لغياب هذه الروح عن المشرع حين وضع المادة (٢٦) والتي نصت على أنه «يسقط حق العاملة في الإجازة السنوية إذا أفادت بالامتيازات التي كفلتها المادة ٢٥» لأن هذا النص، بالإضافة إلى أنه يتضمن حكماً شاذاً لم نشاهد في القوانين المقارنة من يشترطه، يخالف مبدأ من المبادئ المستقرة في فقه قانون العمل، وهو مبدأ استقلال الإجازات^(١٩٢)، ويظهر بجلاء تناقضاً واضحاً في موقف المشرع إزاء المرأة العاملة حين يبدو معها، في المادة ٢٥، كريماً غاية الكرم، وحين يظهر لها في المادة (٢٦) عكس ذلك تماماً. ويبدو أنه بعد أن أغرق في المزايا على المرأة بالمادة (٢٥) قد استثقل عبء هذه المزايا على أرباب العمل فأراد

(١٥٢) انظر في ذات النقد. محمد لبيب شنب ص ٨٢، حسام الأهواني ص ٢٨.

أن يقيم نوعاً من التوازن بين المصالح، فقرر لصالح أرباب العمل سقوط حق العاملة في الإجازة السنوية إذا أفادت بالامتيازات السابقة.

وأياً ما كان الرأي حول المادة (٢٦) فهي تمثل نصاً من نصوص القانون الواجبة الأعمال، والتي أثار إعمالها الخلاف حول تحديد المقصود بالامتيازات التي يؤدي تمتع العاملة بها إلى سقوط حقها في الإجازة السنوية، وانقسم الرأي في هذا الصدد إلى الآراء الآتية:

(٦٥) الرأي الأول

ويذهب في تحديد مفهوم الامتيازات إلى أن «إجازة المرض الناتج عن الحمل أو الوضع تخرج عن أن تكون امتيازاً لأنها بدون أجر» في حين أن الإجازة السنوية تكون بأجر كامل فلا يقبل أن يؤدي حصول العاملة على إجازة بدون أجر إلى حرمانها من إجازة مأجورة. أما فيما يتعلق بإجازة الوضع ذاتها ومدتها القصوى سبعون يوماً قبل وبعد الوضع بأجر كامل، فأنها تعتبر امتيازاً في حكم المادة (٢٦) «(١٥٣)».

كما يذهب في مجال تحديد تأثير حصول العاملة على هذه الامتيازات على سقوط حقها في الإجازة السنوية إلى أن «حصول العاملة عليها (أي على السبعين يوماً المأجورة) بحدها الأقصى، أو بمدة تعادل مدة الإجازة السنوية على الأقل، يؤدي إلى حرمان العاملة من إجازتها السنوية» تطبيقاً لنص المادة ٢٦. أما إذا كانت مدة إجازة الوضع التي حصلت عليها العاملة أقل من مدة إجازتها السنوية، فإن ذلك لا يحرم العاملة من كل إجازتها السنوية، بل يؤدي فقط إلى خصم إجازة الوضع من

(١٥٣) محمد ليب شنب ص ٨٣.

مدة الإجازة السنوية، بحيث يبقى للعاملة الحق في إجازة سنوية لمدة تساوي المدة الزائدة عن مدة إجازة الوضع» (١٥٤).

أي أن هذا الرأي يذهب أولاً إلى قصر الامتيازات على السبعين يوماً المأجورة، دون المائة غير المأجورة بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع، كما يذهب ثانياً في مجال تأثير هذه الامتيازات على سقوط الحق في الإجازة السنوية، إلى تقرير هذا السقوط، ليس إذا حصلت العاملة على هذه الامتيازات «كاملة» (أي على السبعين يوم المأجورة كاملة) وإنما هو يقرره «بصورة تناسبية» بحيث يؤدي دائماً إلى سقوط جزء من الإجازة السنوية بقدر ما أفادت العاملة من السبعين يوماً، حتى إذا ما تجاوزت استفادتها منها مقدار إجازتها السنوية فيسقط حقها فيها كاملة.

(٦٦) والواقع في تقديرنا: أن هذا الرأي غير صحيح لأنه قد بدأ من نقطة خاطئة هي التي قادته إلى نتائج خاطئة. كما أن الحجة التي يستند إليها غير صحيحة، ويؤدي عملاً إلى الإضرار بالعمال.

● أما أنه قد بدأ من نقطة خاطئة، فلأنه يبدو أن أنصاره قد فهموا الأمر على أن استفادة العاملة من «إحدى» المزايا الواردة بالمادة ٢٥ هو الذي يؤدي إلى حرمانها من الإجازة السنوية، وليس الذي يؤدي إلى ذلك هو تمتعها «بالمزايا» التي وردت بهذه المادة كاملة. ومن هنا راحوا ينفون عن الإجازة بسبب المرض الناشئ عن الحمل والوضع كونها ميزة حتى لا تتعرض العاملة للحرمان من إجازتها السنوية إذا ما حصلت عليها (لأنها غير مأجورة بينما الإجازة السنوية مأجورة) وبحيث لا تحرم من هذه الأخيرة، إلا إذا حصلت على إجازة الوضع، فكلتا هاتين مأجورتان، فتجوز «المقاصة» بينهما. والواقع أن هذا الوضع للمسألة خاطيء من زاويتين.

(١٥٤) محمد ليب شنب ص ٨٣. وإجازة الوضع على نطاق هذا الرأي تعني السبعين يوماً المأجورة، أي تشمل ما سبق لنا دراسته تحت تسمية أجازتي الحمل والوضع.

الأولى : أن المشرع رتب سقوط الحق في الإجازة السنوية على تمتع العاملة «بالمزايا» الواردة بالمادة (٢٥)، وليس على تمتعها بإحداها فقط . ومن ثم فإن هذا الرأي ، بالإضافة إلى وضعه للمسألة وضعاً خاطئاً ، يكون قد توسع في الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحق وهو ما لا يجوز، لأنه يكون قد رتب هذا السقوط على استفادة العاملة بميزتين فقط (أو ببعضهما)، هما الثلاثون يوماً السابقة على الوضع (وهذه ميزة) والأربعين اللاحقة عليه (وهذه الثانية)، في حين أن المشرع قد رتب هذا الحرمان على تمتعها «بالمزايا» (بصيغة الجميع وليس المثني أو المفرد) وهذا ما يعني في تصوره [أي تصور المشرع] أن تمتع العاملة بالإجازة المرضية بسبب مرض ناشيء عن الحمل والوضع هو أيضاً ميزة، وهي كذلك بالفعل^(١٥٥).

الثانية : أن أنصار هذا الرأي «يتصورون» أن العاملة يمكن أن تحصل على الإجازة بسبب مرض ناشيء عن الحمل والوضع بصورة منفردة، أي دون أن تكون قد حصلت مسبقاً على إجازة السبعين يوماً المأجورة، ومن هنا يحاولون نفي صفة الميزة عنها، حتى لا يؤدي حصول العاملة عليها (وهي غير مأجورة) إلى حرمانها من الإجازة السنوية (المأجورة). وهذا أيضاً غير صحيح^(١٥٦). إذ أن العاملة لن تستطيع أن تحصل على هذه الإجازة إلا إذا كانت قد حصلت مسبقاً على أجازة السبعين يوماً المأجورة لأن الحيز الزمني لها لاحق بالنص^(١٥٧) على الحيز الزمني لهذه الأخيرة. فهي إذا حصلت عليها فإن ذلك يكون دائماً على سبيل الجمع بينهما، وليس مطلقاً بصورة موزعة. وبالتالي فإن الوضع الصحيح للمسألة يكون ليس على نطاق ما إذا كان حق العاملة في الإجازة السنوية يسقط إذا تمتعت بإجازة السبعين يوماً المأجورة «أو» بالإجازة المرضية بسبب مرض ناشيء الوضع

(١٥٥) انظر في بيان هذا ما تقدم فقرة (٥٨).

(١٥٦) في هذا النقد أيضاً. حسام الأهواني ص ٣٠.

(١٥٧) انظر في هذا ما تقدم فقرة (٦٠).

والحمل، ولكنه هو ما إذا كان يكفي لهذا السقوط تمتعها فقط بالسبعين يوماً أم ضرورة أن تكون أيضاً قد تمتعت فوق ذلك بالإجازة بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع. فالمسألة ليست هي أن ما يسقط حق العاملة هو «اختيارها» بين هذه أو تلك، فهذا الخيار أصلاً مفقود، ولكنها مسألة «الجمع» بينهما أي هي مسألة انفراد أم جمع.

● أما أن الحجة التي يستند إليها هذا الرأي غير صحيحة (وهي أن الإجازة المرضية بسبب مرض ناشيء عن الحمل أو الوضع لا تعد ميزة) فهذا ما سبق أن بيناه (١٥٨).

● وأخيراً فإن هذا الرأي يؤدي إلى الإضرار بالعاملات دائماً وفي جميع الأحوال. لأنه بتفسيره لنص المادة ٢٦، الذي هو استثنائي من ناحية، ومنتقد حتى من قبل أنصار هذا الرأي من ناحية أخرى، على هذا النحو إنما يؤدي إلى حرمان العاملة دائماً من جزء من إجازتها السنوية، بل ويؤدي في الغالب الأعم من الحالات إلى حرمانها منها كلية (١٥٩)، وهو بذلك يجعل من هذا النص قاعدة عامة التطبيق، في حين أنه استثناء ينبغي عدم تطبيقه إلا في حدود ضيقة جداً، وإلا أدى تفسيره على هذا النحو إلى حرمان العاملة من المزايا التي منحها لها المشرع بالمادة (٢٥) وهو - في تصورنا - ما قد يتجاوز قصد المشرع.

(٦٧) الرأي الثاني

وهو يتفق مع الأول في استبعاد الإجازة المرضية بسبب مرض ناشيء عن الحمل أو الوضع من نطاق المزايا الواردة بالمادة (٢٦)، بحيث يقصرها على

(١٥٨) انظر ما تقدم فقرة (٥٨).

(١٥٩) وهو ما يتضح إذا علمنا أن الإجازة السنوية للعاملات في القطاع الأهلي، في مدتها القصوى، واحد وعشرون يوماً بعد خدمة خمس سنوات متصلة لدى رب العمل، أما إذا قلت مدة الخدمة عن ذلك فهي أربعة عشر يوماً (م ٣٨ عمل أهلي).

الإجازة المأجورة فقط، ولكنه يختلف عنه في الحجج التي يستند إليها في ذلك، كما يختلف عنه أيضاً في مدى الحرمان الناشئ عن تمتع العاملة بهذه الإجازة.

ويبدأ صاحب هذا الرأي رأيه بانتقاد سوء صياغة المادة (٢٦) التي تثير تساؤلاً «جد محير» عما إذا كان يجب لحرمان العاملة من الإجازة السنوية ضرورة أن تجمع بين إجازة الوضع بمعناها الدقيق، وبين الإجازة بسبب مرض ناشئ عن الحمل أو الوضع، أم أنه يكفي لهذا الحرمان مجرد أن تتمتع بالأولى منها فقط، وهو ما ينتهي، بعد حيرة وتردد، إليه استناداً إلى أن القول به «يجد له سنداً من القانون في روحه ومنطقه، ذلك أن إجازة الحمل والوضع طويلة في مداها، حيث تبلغ في مجموعها سبعين يوماً، ولعل في طولها هذا ما يجعل قصد الشارع في الاكتفاء بها لسقوط الإجازة السنوية أقرب إلى الاحتمال، ثم إن من شأن الأخذ بالرأي الأول (الذي يستوجب حصول العاملة على الإجازة بسبب مرض ناشئ عن الحمل أو الوضع أيضاً) أن يؤدي إلى ندرة أعمال حكم المادة (٢٦) فيما تقضي به من سقوط حق العاملة في الإجازة السنوية. بل إن الأخذ بمنطق هذا الرأي الأول إلى نهايته من شأنه أن يجعل سقوط الحق في الإجازة يبلغ في ندرته حداً يتعذر معه الاعتقاد بأن قصد الشارع قد وصل إليه» (١٦٠).

وإذا كان هذا الرأي يتفق مع الأول في استبعاد الإجازة المرضية بسبب مرض ناشئ عن الحمل أو الوضع، إلا أنه يختلف عنه في تبرير هذا، كما هو واضح فيما اقتطفناه منه، ويختلف عنه أيضاً في «مدى» حرمان العاملة من الإجازة السنوية لسبق حصولها على إجازة وضع لأنه لم يحرمها منها إلا إذا أفادت «من إجازتها التي تثبت لها لمجرد الحمل والوضع، والتي تتحدد بثلاثين يوماً قبل الوضع

(١٦٠) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٣٨.

وأربعين يوماً بعده»^(١٦١) أي أنه لم يجر أية «تجزئة» في هذا الحرمان، كما فعل الرأي الأول.

● والواقع أن هذا الرأي يحمده أنه وضع المسألة في موضعها الصحيح من أنها تتعلق بالجمع بين الإجازتين، وليست بالانفراد بالتمتع بالإجازات المأجورة ولكنه رغم ذلك لا يبدو جديراً بالتأييد للأسباب الآتية:-

١ - أنه مثله في ذلك مثل الرأي الأول أهمل مدلول كلمة «الامتيازات» الواردة بنص المادة (٢٦) ليقصرها فقط على ميزتين هما التمتع بالثلاثين يوماً السابقة على الوضع، والأربعين اللاحقة عليه. ومعلوم أن إعمال النص خير من إهماله، هذا الإعمال الذي تزداد أهميته في حالتنا هذه لعدة اعتبارات، هي:-

- أ - أن النص استثنائي، فيه خروج على القواعد العامة التي تقضي باستقلال الإجازات. ومن ثم وجب التضييق في تفسيره لا التوسع فيه.
- ب - أنه نص يقرر سقوط حق، وهو لهذا أيضاً يجب التضييق في تفسيره، والتضييق في تفسير ما يؤدي إلى إعماله.
- ج - أن هذا التفسير يضاد مصلحة العمال، وهو مالا ينبغي.

٢ - أما الحجة التي يستند إليها هذا الرأي فهي - في تقديرنا - غير صحيحة. ذلك أنه لا ينبغي أن تغلب روح القانون ومنطقه على نصوصه، فإذا كانت نصوص القانون واضحة فلا ينبغي تعطيلها أو تقييدها استناداً إلى روحه ومنطقه، بل هي إذا كانت محلاً للشك فإن هذا الشك يفسر لمصلحة العمال. بل وأكثر من هذا فإنه من المشكوك فيه كثيراً أن ندعي أن الرأي الذي يوسع على العمال ويمنحهم المزايا التي أراد المشرع منحها لهم يضاد روح قانون العمل ومنطقه، لأن هذا القانون يجد روحه ومنطقه في حماية العمال ومنحهم -

(١٦١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٣٩.

بنصوص آمرة، مزايا ما كانوا ليحصلو عليها لولاه، ومن ثم فإن منحها لهم يكون موافقاً لروحه ومنطقه وليس مضاداً لها.

وفي الواقع فإن ندرة أعمال نص المادة (٢٦) ليست فقط « أمراً مرغوباً فيه، لتوفير الرعاية اللازمة للعاملة »^(١٦٢) بل إنه في ميزان المفاضلة ما بين تفسيرين أحدهما، يؤدي إلى ندرة أعمال نص منتقد واستثنائي، والآخر يؤدي إلى ندرة عدم أعماله فإن الرأي يجب أن يميل إلى التفسير الأول لاسيما إذا كان فيه مصلحة العمال، لأنه « حينما يتعلق الأمر بتفسير القوانين الاجتماعية فإننا يجب أن نخفف من حدة الروح القانونية لنضيف إليها بعض قطرات الروح الاجتماعية، وإلا بغير ذلك فإننا سنخاطر بالتضحية بالحقيقة من أجل المنطق »^(١٦٣).

(٦٨) الرأي الثالث .

إلى جوار الرأيين المتقدمين واللذين يتفقا على إهمال الإجازة المرضية بسبب مرض ناشئ عن الوضع والحمل، باعتبار أنها لا تمثل ميزة يجب الاستفادة بها لكي يسقط حق العاملة في الإجازة السنوية، فقد ظهر رأي ثالث على خلافهما، يعتبرها ميزة، ولا يسقط حق العاملة إلا إذا استفادت بها فوق استفادتها من الإجازة المأجورة، أي أن حقها لا يسقط إلا إذا « جمعت » بين كل المزايا التي خولتها لها المادة (٢٥) وهي (١٧٠) يوم تشمل السبعين المأجورة والمائة غير المأجورة.

هذا الرأي هو الذي ذهبت إليه محكمة الاستئناف العليا (الدائرة العمالية) في حكم حديث نسبياً لها صدر عنها بتاريخ ١٩٨٦/٦/١٩ في الدعوى رقم ٣٤، ٤٣، ١٩٨٦/٩٤ عمالي، حين قررت أنه « لما كان للعاملة الحامل بصريح نص المادة

(١٦٢) حسام الأهواني. السابق ص ٣٠.

(١٦٣) Henri capitant in préface au traité des accidents du travail de Rouast et Givord 1934.

(٢٥) من قانون العمل في القطاع الأهلي الحق في إجازة أقصاها ثلاثون يوماً قبل الوضع، وأربعون يوماً بعد الوضع بأجر كامل، ويجوز لها أن تنقطع عن العمل بعد هذه الفترة - بدون أجر - لمدة أقصاها مائة يوم متصلة أو متقطعة، وذلك بسبب مرض يثبت بشهادة طبية أنه نتيجة للحمل أو الوضع. ووفقاً لنص المادة (٢٦) من ذات القانون يسقط حق العاملة في الإجازة السنوية إذا أفادت بالامتيازات التي كفلتها المادة (٢٥). وإذا ورد النصان في عبارة واضحة صريحة فإنه لا مجال للاجتهاد ولا محل للتفسير؛ إذ نص المادة (٢٦) صريح في أنه لكي يسقط حق العاملة الحامل في إجازتها السنوية يتعين أن تتمتع بالمزيتين المنصوص عليهما في المادة (٢٥)، أي أن تحصل على إجازة أقصاها ثلاثون يوماً قبل الوضع، وأربعون يوماً بعده بأجر كامل، وأن تنقطع عن العمل بعد هذه الفترة - دون أجر - مدة مائة يوم متصلة أو منفصلة بسبب مرض ألم بها بسبب الحمل أو الوضع. والثابت أن، العاملة لم تتمتع بهاتين الميزتين، وإنما تمتعت بأولاهما مرتين دون ثانيتهما ومن ثم فإن حقها في إجازتها السنوية عن سنتي الحمل والوضع لا يسقط، خاصة وأنه من المقرر قانوناً أن السقوط عن الحق لا يفترض، ولا يتوسع في تفسير ما يؤدي إليه ثم، أن الشك يفسر لمصلحة العامل.

ووفقاً لهذا الرأي فإن سقوط أو عدم سقوط حق العاملة في إجازتها السنوية يتبع مبدأ «إما الكل، وإما لا شيء» Tout ou rien لأن حق العاملة فيها إما أن يسقط كلية ولا تحصل على أي يوم منها، وذلك إذا حصلت على الـ ١٧٠ يوماً كاملة، وإما ألا يسقط على الإطلاق إذا لم تستفد من هذه المدة كاملة وذلك حتى ولو حصلت على ما هو أقل منها بيوم واحد.

وهذا الرأي هو الذي أيده الفقه^(١٦٤) وهو ما نراه جديراً بالتأييد، لإعماله للنصوص القانونية لا إعمالها، ولقيامه على رعاية مصلحة العاملات، ولوضعه لنص المادة

(١٦٤) أنظر حسام الأهواني. السابق ص ٣١.

(٢٦) موضعه الصحيح من أنه نص استثنائي لا ينبغي تطبيقه إلا إذا توافرت له شروطه كاملة، ووجوب حصره في أضيق نطاق إلى أن يعدل عنه المشرع، وهذا ما ندعوه إليه.

(٦٩) آثار تطبيق المادة (٢٦).

إذا توافرت شروط تطبيق المادة (٢٦)، وهي وفقاً لما رجحناه تمتع العاملة بكل الإجازات التي كفلتها لها المادة (٢٥) كاملة، أي حصولها على ثلاثين يوماً قبل الوضع، وأربعين يوماً بعده، ومائة يوم بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع، فإن هذه المادة تحدث أثرها الذي هو سقوط حق العاملة في الإجازة السنوية.

والإجازة السنوية التي يسقط حق العاملة فيها هي الإجازة عن العام الذي حصلت خلاله على الإجازات الممنوحة لها بمناسبة الحمل والوضع، وإذا ما حصلت عليها جميعاً في سنة واحدة، أما إذا حصلت على بعضها في سنة، وحصلت على بعضها الآخر في سنة أخرى (كما لو حصلت على إجازة الحمل في نهاية سنة معينة، وحصلت على إجازة الوضع والإجازة بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع في سنة أخرى) فإن الإجازة التي يلحقها السقوط، وهي واحدة فقط، هي إجازة السنة الثانية التي «أتمت» فيها العاملة استنفادها للإجازات التي منحها لها المشرع بمناسبة الحمل والوضع، فيبقى حقها في الإجازة السنوية للسنة السابقة عليها قائماً لا يلحقه السقوط. وتظهر أهمية هذا التحديد حين يختلف مقدار هاتين الإجازتين. وهو ما يحدث إذا ما وقعت الاستفادة بهذه الإجازات بين السنتين الخامسة والسادسة لخدمة العاملة لدى رب العمل، حيث أن الإجازة السنوية المستحقة عن السنة الخامسة، وفقاً للمادة ٣٧، هي (١٤) يوماً، بينما الإجازة السنوية المستحقة عن السنة السادسة هي (٢١) يوماً.

وسقوط حق العاملة في هذه الإجازة يعني ليس فقط بحرمانها من الأجر خلالها (بمعنى جواز التمتع بها بدون أجر)، ولكنه يعني بالأحرى عدم تمتعها بذات

الإجازة، فلا يحق لها القيام بها أصلاً ويجب عليها العمل خلالها، بحيث تحصل على أجر الذي هو مقابل العمل.

والسقوط يقتصر على حق العاملة في الإجازة السنوية المشار إليها فقط، ولكنه لا علاقة له برصيد الإجازات السنوية المتجمع لها عن السنوات التي لم تحصل عليها خلالها^(١٦٥)، بحيث يظل هذا الرصيد باقياً لها.

— والسقوط باعتباره فقدان لحق يفترض أن للعاملة حق في الإجازة السنوية هو الذي يسقط. وعلى ذلك فإذا كانت مدة خدمة العاملة لدى رب العمل (داخلية فيها الـ (١٧٠) يوماً الذين حصلت عليهم كإجازات بمناسبة الحمل والوضع) لم تزيد عن السنة الأولى^(١٦٦)، فإنه وفقاً للمادة (٣٨)^(١٦٧) لا يكون للعاملة في هذه الحالة أية إجازة سنوية، ومن ثم فإن حصولها على هذه

(١٦٥) تنص المادة (٣) من القرار الوزاري رقم (٥٥) لسنة ١٩٨٢ في شأن الإجازات السنوية مدفوعة الأجر (والصادر في ١٩٨٢/٢/٢ - الموافق ٨ ربيع الآخر ١٤٠٢ هـ) على أنه «في حالة انتهاء خدمة العامل لأي سبب من الأسباب فإنه يستحق مقابلاً نقدياً عن رصيد إجازاته المتجمعة أياً كان عدد سنوات تجميعها. ويحسب المقابل النقدي للإجازات المتجمعة على أساس آخر أجر كان يتقاضاه العامل يوم انتهاء خدمته».

(١٦٦) وقد سبق أن رأينا أن المشرع لم يشترط لحصول العاملة على هذه الإجازات وجوب أن تمضي مدة معينة في خدمة رب العمل، ومن ثم يغدو متصوراً أن تحصل العاملة عليها خلال السنة الأولى للخدمة.

(١٦٧) وتنص هذه المادة على أنه «لكل عامل أمضى في خدمة صاحب العمل سنة كاملة متصلة الحق في الإجازة لمدة (١٤) يوماً بأجر كامل، وتزداد إلى (٢١) يوماً بعد خدمة خمس سنوات متصلة». وقد انتهى الرأي بصدد هذه المادة إلى أن العامل الذي لا يمضي في خدمة رب العمل سنة «كاملة» لا ينشئ له الحق في إجازة سنوية مطلقاً فالإجازة لا تتوزع بنسبة ما فات من السنة. أنظر من الفقه. عبدالفتاح عبدالباقي ص ٣٢٦ رقم ١٩١. محمد ليب شنب ص ٨٥ حسام الأهواني. النظام القانوني لراحت وإجازات العمل. مطبوعات كلية الحقوق - جامعة الكويت. (الدورات التدريبية) على الآلة الكاتبة. ص ٢٠.

=

وانظر من القضاء.

الإجازات لا يؤدي إلى سقوط حقها في شيء لأنه ليس لها إجازة سنوية يسقط حقها فيها، وعلى ذلك فلا يجوز لرب العمل أن يخصم من مستحقات العاملة لديه مبلغاً من المال يعتقد أنه يعادل المقابل عن إجازتها السنوية لأن المحل الأصلي الذي يرد عليه حقه (وهو الإجازة السنوية) متخلف، فلا يجوز له أن يحصل على بديل لمحل متخلف أصلاً.

(٦٩ مكرر) كيفية تطبيق المادة (٢٦).

١ - إذا كانت العاملة التي استفادت من المزايا التي كفلتها المادة (٢٥) لم تحصل بعد على إجازتها السنوية فإنه يسقط حقها فيها، بمعنى أنها لن تحصل عليها عند حلول موعدها، بحيث ينبغي عليها أن تستمر في أداء العمل بصورة متصلة للسنة، القادمة ولا تحصل على إجازة سنوية إلا في العام التالي للعام الذي استنفذت فيه الإجازات الممنوحة لها بمناسبة الحمل والوضع.

= محكمة الاستئناف العليا (الدائرة العمالية) في ١٥ شعبان ١٤٠٦ هـ الموافق ٢٤/٤/١٩٨٦م في الدعوى رقم ١٩٨٥/٢٠ عمالي حيث عمل العامل من ١/٤/٨٣ حتى ١٢/٣/١٩٨٤م وقد جاء بهذا الحكم «أن مقابل الإجازة السنوية مناطه أن يكمل العامل العمل سنة كاملة متصلة ولا يصح إكمالها بإضافة مدة الإجازة السنوية ومدة مهلة الإعلان والحال كذلك، فإن المستأنف لم يكمل في عمله سنة كاملة متصلة ومن ثم فهو لا يستحق إجازة سنوية، وبالتالي لا يستحق مقابل هذه الإجازة». وانظر أيضاً لذات المحكمة الحكم الصادر في ٤ جمادى الثاني ١٤٠٦ هـ. الموافق ١٣/٢/١٩٨٦م في الدعوى رقم ١٩٨٥/٤٨٢ عمالي، والحكم الصادر في ١١ جمادى الثانية ١٤٠٦ هـ. الموافق ٢٠/١/١٩٨٦م في الدعوى رقم ١٩٨٥/٤٣٣ عمالي (حيث عمل العامل من ١/٢/١٩٨٤ حتى ١٧/١/١٩٨٥ - وقد أدخلت المحكمة مدة الإجازة السنوية في حساب السنة) وأيضاً لذات المحكمة الحكم الصادر في ١٥/١١/١٩٨٤ في الدعوى رقم ٨٤/١٤٦٩ عمالي (حيث عمل العامل من ٢٠/٤/٨٢ حتى ١٩/٤/٨٣ وقد أدخلت المحكمة مدة الإجازة السنوية في حساب السنة) وأيضاً لذات المحكمة حكمها الصادر في ٢٠ ربيع أول ١٤٠٨ هـ. الموافق ١٢/١١/١٩٨٧ في الدعوى رقم ١٩٨٧/٢٣٧ عمالي (حيث عمل العامل من ١/١/١٩٨٦ حتى ٣١/١٢/١٩٨٦ وقد أدخلت المحكمة مدة الإنذار غير المنفذة في حساب مدة السنة).

وهنا يكمن النقد الجوهرى الذى يوجهه للمادة (٢٦) من حيث أنها تلزم العاملة بالاستمرار فى العمل عامين متصلين بدون الحصول على إجازة سنوية، مضحية بذلك باعتبارات رعاية صحة العامل التى أوجبت حصولها عليها، لاسيما وأن هذا الأمر يتقرر كنتيجة لحصول العاملة على إجازات ليس بقصد الترفيه عن نفسها والترويح عنها، ولكن بقصد مواجهة أعباء لا تقل عن أعباء العمل، وهى أعباء الحمل والوضع والأمراض الناشئة عنها، لاسيما وهذا هو الأكثر قسوة - أن حصول العاملة على هذه الإجازات كان بقصد أداء وظيفة اجتماعية لا تقل أهميتها وشرفها عن العمل، بل تربو على ذلك، وهى وظيفتها كأم. ومن ثم فإن تقرير هذا السقوط للحق فى الإجازة السنوية يعد فى تقديرنا نوعاً من العقوبة التى توقع على العاملة، وهى من بعد عقوبة توقع دوغماً ذنب أو جريرة.

٢ - إما إذا كانت العاملة التى استفادت من هذه المزايا كان قد سبق لها الحصول على إجازتها السنوية (أو على جزء منها) فإن حق رب العمل يقتصر على أن يسترد منها ما سبق أن حصلت عليه من أجور عن هذه الإجازة. وهو فى استيفاءه له ينبغي أن يراعى القواعد التى وضعها المشرع بخصوص استيفاء الديون التى لرب العمل قبل العامل، والتى وفقاً لها «لا يجوز اقتطاع أكثر من ١٠٪ من أجر العامل وفاء لديون أو لقروض مستحقة لصاحب العمل، ولا يتقاضى صاحب العمل عنها أى فائدة» (م ٣١ عمل أهلى).

(٧٠) ماذا يتبقى من المادة (٢٦)؟ دعوة للإلغاء:

والآن وإذا ما نحن اعتنقنا التفسير المتقدم، والنذى ذهبت إليه المحكمة الاستئنافية العليا، فى تحديد مفهوم «الامتيازات» التى كفلتها المادة (٢٥) فإننا نتساءل عما يتبقى من المادة (٢٦)؟ نستطيع الإجابة على هذا السؤال من وجهتي نظر: إحداهما عملية والأخرى نظرية.

● أما من الناحية العملية فإن المادة (٢٦) لن يتبقى منها شيء، أو يكاد، لأنه وفقاً لهذا التفسير فإن عدم حصول العاملة على كامل إجازاتها (المائة وسبعين يوماً، وسواء ما كان منها مأجوراً أم غير مأجور) سيؤدي إلى عدم تطبيق هذه المادة، ويفضي - من ثم - إلى تمتع العاملة بإجازتها السنوية كاملة. وإذا ما نحن وضعنا في الاعتبار الواقع العملي الجاري على عدم حصول العاملات على إجازة الحمل إلا قبيل الوضع بوقت قصير لا يستغرق الثلاثين يوماً الممنوحة لها كإجازة، مضافاً إلى ذلك حق العاملة في أن تتنازل عن جزء، ولو ضئيل، من الاجازات التي منحها لها المشرع (سواء في ذلك إجازة الحمل أو الوضع أو إجازة المرض بسبب نتيجة لهما) فإننا نستطيع القول: بأن الفرض الذي تعول عليه المادة (٢٦) لكي تؤدي دورها من حرمان العاملة من إجازتها السنوية يكاد يكون - من الناحية العملية - فرضاً نادر الحدوث ذلك النوع من الندرة الذي لا حكم له.

● أما من الناحية النظرية فلا شك أن المادة (٢٦) تمثل استثناء من مبدأ جوهرى من مبادئ قانون العمل، وهو مبدأ استقلال الإجازات، كما أنها، من ناحية ثانية، تشكل نصاً شاذاً لا نظير له في القوانين المقارنة، وهي من ناحية ثالثة، تظهر تناقضاً في موقف المشرع الكويتي في حمايته للعاملات، وتظهر تضارباً في سياسته العامة في تشجيع زيادة النسل. وأمام انعدام أية فائدة عملية لهذا النص، فإننا نتساءل عن مبررات وجوده رغم كل ما يتضمنه من استثناء وشذوذ وتناقض؟ إن بقاء هذا النص في صلب القانون الكويتي يظهره، وللأسف على غير حقيقته، بمظهر القانون الذي لا يولي للعاملات رعاية جيدة. وهذا الأمر سيصبح مقبولاً لو كان حقيقياً إلا أنه - وهذا الغريب - ليس كذلك، فهو - لولا هذا النص - يعد من أفضل القوانين العربية حماية للمرأة وأكثرهم إغداقاً عليها وكرماً. ومن ثم فإننا، وبكل شدة، ندعو المشرع،

وفي أسرع وقت، إلى أن يلغي هذا النص الذي لا نجني من ورائه إلا الظهور
بمظهر سيء من ناحية، وكاذب غير حقيقي، من ناحية أخرى.

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

الفصل الثاني

مدى حق رب العمل في إنهاء عقد عمل العاملة الحامل

(٧١) تمهيد وخطة الدراسة .

استعرضنا خلال الفصل الأول المظاهر المتعددة للرعاية التي يوليها المشرعون على وجه العموم، والمشرع الكويتي على وجه الخصوص، للمرأة العاملة لا سيما حين تكون حاملاً وعلى وشك الوضع .

والمشرعون حين يحيطون عمل المرأة بمظاهر الرعاية تلك إنما يهدفون - في الواقع - إلى تبسيط ظروف العمل بالنسبة لها حتى تستطيع - دون عنت أو إرهاق - أن تقيم التوازن بين دورها كعاملة وبين دورها كزوجة وأم، وهم بذلك يتخطون نطاق الروابط العقدية ليفرضوا على رب العمل العديد من الالتزامات التي تهدف لا إلى رعاية المرأة فحسب ولكن - وبصورة أولى - إلى تحقيق المصالح العليا للبلاد، تلك التي تستوجب الاستفادة من طاقة النساء في مجال قوة العمل. إذ أنه بدون هذا التدخل التشريعي يُخشى أن تصبح ظروف عمل المرأة بالغة القسوة عليها، مما يضطرها إما إلى الانسحاب من قوة العمل، فتخسر المجتمعات مشاركتها المأمولة، وإما إلى الانسحاب من وظيفتها كأم فتخسر المجتمعات ما هو أكثر أهمية .

ولكننا إذا تجاوزنا هذه النظرة الشمولية التشريعية لعمل النساء، ونظرنا إليه من وجهة نظر أرباب العمل، فسنجد أن الأمور تتغير كثيراً. فرب العمل ذلك الذي يدير - غالباً - مشروعاً فردياً بقصد تحقيق الربح، ينظر إلى عمل المرأة - مقارنة بعمل الرجل - على أنه أكثر تكلفة وغير مفيد اقتصادياً (خاصة بعد أن فرض المشرعون مبدأ المساواة بينهما) (أنظر المادة ٢٧ من قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي) ومن هنا فقد يعمد أرباب العمل إلى رفض تشغيل النساء منذ البداية

مفضلين عليهن الرجال^(١٦٨) أو يعمدون إلى سرعة إنهاء عقودهن حين يحسون بأنهن على وشك الاستفادة من ميزة ما من تلك المزايا التي يمنحهن إياها القانون، بصفة خاصة الاستفادة من إجازات الحمل والوضع.

ومن هنا يثور التساؤل عن مدى حق رب العمل في إنهاء عقد عمل العاملة الحامل؟

والسبب في إثارة هذا التساؤل ما هو معلوم من أن رب العمل يملك - في العقود غير محددة المدة - الحق في إنهاء عقد العمل بشرط مراعاة مهلة الإخطار، وهذا أمر لا خلاف عليه حتى في القانون الكويتي (م ٥٣)، وبشرط ألا يكون متعسفاً في هذا الإنهاء وهو ما هو مختلف عليه في القانون الكويتي حيث يذهب القضاء الكويتي - وبإصرار مخالف بما عليه الفقه إلى رفض تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على إنهاء عقود العمل غير محددة المدة^(١٦٩).

وإذا كانت مشكلة إنهاء عقد عمل العاملة الحامل تتمتع بنوع من العمومية أو «العالمية» حيث أنها تثور في كافة القوانين مما قد يحتم على المشرعين التدخل لتنظيمها على ما سنعرف. إلا أن إثارته في القانون الكويتي تصبح أشد جسامة نظراً

(١٦٨) ولذلك تحظر التشريعات التمييز بين الرجل والمرأة في التشغيل. انظر في هذا.

- J.Savatier. les discriminations dans l'emploi a raison du sex. Dr. Soc. 1984.339.
- C.De Marguerie. les juges français et la discrimination sexuelle. Dr.Soc. 1983. 119.
- M.T.Ianquetin . De. L'egalite professionnelle entre les femmes et les hommes. A propos d'un projet de loi Dr. Soc. 1983. 238.
- C.I. Sutter. L'egalite professionnelle dans les droits nouveaux.

(١٦٩) انظر في هذا الموضوع بالتفصيل وفي بيان موقف القضاء الكويتي في هذا الصدد وانتقاد شراح قانون العمل الكويتي لهذا الموقف. بدر جاسم العقبوب. إنهاء عقد العمل غير محدد المدة في القانون الكويتي. دراسة مقارنة. الطبعة الأولى. الكويت ١٩٨٤. خاصة ص ٨٨ فقرة (٣٤) وما بعدها.

وانظر في تطبيق لرفض إعمال هذه النظرية في مجال إنهاء عقد عمل العاملة الحامل حكم المحكمة الاستئنافية العليا (الدائرة العمالية) في الدعوى رقم ٤٥٥/١٩٨٧ عمالي الصادر في ١٩٨٨/٤/٧ (مشار إليه فيما يلي فقرة رقم ٨٧) ص ١٤٢.

للموقف المتقدم للقضاء الكويتي (أي رفض تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على انتهاء عقود العمل غير محددة المدة) إذ أن اصرار القضاء على هذا الموقف سيمنح أرباب العمل الإمكانات المطلقة في أن ينهوا عقود عمل العاملات الحوامل حين يوشكن على الاستفادة من المزايا التي منحها لهن المشرع، وهو ما يتضمن - على ما أوضحنا - إهدار الاعتبارات العليا للبلاد، تلك الاعتبارات التي هدف المشرع إلى تحقيقها حين عمد إلى تنظيم تشغيل النساء على النحو الذي يلقي على عاتق رب العمل الالتزامات التي يهدف بإنهاء العقد إلى التخلص منها.

وقبل أن نتعرض لمدى حق رب العمل في إنهاء عقد عمل العاملة الحامل في القانون الكويتي (المبحث الثاني) سنتعرض في (المبحث الأول) لذات المشكلة في القانون الفرنسي، حيث أن هذا الأخير نظمها تنظيمًا تفصيليًا ودقيقًا، ستفيدنا معرفته كثيرًا عند تعرضنا لحل المشكلة في القانون الأول.

المبحث الأول إنهاء عقد عمل العاملة الحامل في القانون الفرنسي

(٧٢) سبق أن بينا فيما تقدم التنظيم الذي وضعه المشرع الفرنسي لمدة الإجازة التي تحصل عليها العاملة بمناسبة الوضع (١٧٠)، كما سبق أن أظهرنا التأصيل القانوني لإجازة الوضع من أنها تعني وفقاً لعقد العمل، وسواء كان هذا الوقف إجبارياً على العاملة أم اختيارياً لها، حين تملك تقريره خلال المدة التي منح لها فيها المشرع هذا الحق (١٧١).

- وقد أثرت مشكلة إنهاء عقود عمل العاملات الحوامل أمام القضاء الفرنسي كثيراً، مما حدا بالمشرع إلى التدخل لحسمها بنصوص تشريعية. ووفقاً لهذا التنظيم فقد وضع المشرع بصدد المرأة الحامل قاعدة عامة تحظر إنهاء عقد عملها منذ أن يثبت حملها طبيياً وطوال الفترات التي يحق لها فيها وقف العقد، وسواء استعملت هذا الحق أم لا. ثم أورد على هذه القاعدة العامة استثنائين أجاز فيهما هذا الإنهاء إذا تم لأسباب معينة، وبشرط ألا ترتبط بالوضع، وألا يتم إخطار العاملة بهذا الإنهاء خلال الفترات المشار إليها. وسندرس الآن هذه القاعدة العامة (المطلب الأول) ثم سندرس الاستثناءات التي ترد عليها (المطلب الثاني).

(١٧٠) أنظر في هذا ما تقدم فقرة (١٩).

(١٧١) أنظر ما تقدم فقرة (٣٤).

المطلب الأول

القاعدة العامة : حظر إنهاء عقد عمل العاملة الحامل

(٧٣) (١) النصوص المتضمنة للحظر .

تتضمن هذا الحظر المادة (ل ١٢٢ - ٢/٢٥) من تقنين العمل الفرنسي، والتي تنص على أنه «لا يستطيع رب العمل أن ينهي (١٧٢) عقد عمل العاملة حين يكون حملها ثابتاً طبيّاً (١٧٣) و (١٧٤) طوال الفترات التي يكون لها فيها الحق في وقف عقد العمل تطبيقاً للمادة (ل ١٢٢/٢٦) من تقنين العمل، وسواء استعملت هذا الحق أو لم تستعمله» (١٧٥).

وإذا كانت هذه الفقرة قد واجهت الحالة التي تعلن فيها العاملة لرب العمل حملها، ثم يقوم هذا الأخير بإنهاء عقد عملها. فقد واجهت الفقرة الأولى من هذه المادة الفرض العكسي، أي الذي يجهل فيه رب العمل حالة الحمل، ويقوم بإخطار العاملة بإنهاء عقد عملها، حين منحت للعاملة الحق في أن تعلن حملها إليه، خلال

(١٧٢) وعلى ذلك فالأمر المحظور على رب العمل هو أن ينهي (résilier) عقد العمل. وبالتالي فإن حمل العاملة ليس من شأنه أن يمنع انقضاء عقد العمل المحدد المدة بحلول أجله. وهذا ما حرصت هذه المادة في نهايتها على النص عليه.

انظر. كاميرلنك ص ٣٢٥ هامش (٣٧)، دالوز - كلمة نساء وأطفال. السابق ص ٩ رقم ١٥٦، كاميرلنك وليون كان ص ٤١٢ هامش (١).

(١٧٣) ويتم هذا الإثبات الطبي عن طريق شهادة طبية ترسلها العاملة إلى رب العمل بخطاب موصى عليه، مصحوب بعلم الوصول (وفقاً للمادة ٩ - R.122) كاميرلنك ص ٣١٩ رقم ٢٨٠.

(١٧٤) وينجم عن استعمال حرف العطف (الواو) أن إنهاء عقد الحامل يكون محظوراً حتى ولو لم تستعمل حقها في وقف العقد. انظر كاميرلنك ص ٣٢٦ هامش (٤٠).

. Soc. 4 janv 1978. Bull. Cass 1978. V.4.

(١٧٥) "Aucun employeur ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit en application de l'article L.122 - 26 du code de travail, qu'elle use ou non de ce droit".

(C.trav. art 122 - 25 - 2. fed. L. no 80 - 545. du 17 juillet 1980 D. 1980.292).

الخمس عشرة يوماً التالية على إخطارها، ورتبت على هذا الإعلان ذات الجزاء الذي يطبق على حالة إنهاء رب العمل لعقد عمل العاملة بعد علمه بحالة الحمل.

ومن هنا ذهب بعض الفقه إلى القول بأن المشرع - بهذه النصوص - يكون قد حصن، بسبب الحمل، علاقة عمل الحامل ضد الإنهاء^(١٧٦).

(٧٤) (٢) جزاء مخالفة الحظر (التعويض، الأجر، مدى حق العاملة في الاستمرار في العمل).

إذا خالف رب العمل الحظر المتقدم وقام بإنهاء عقد عمل العاملة الحامل فإنه يتعرض للعديد من الجزاءات المدنية^(١٧٧) التي نظمها المادة (ل ١٢٢ - ٣٠) من تقنين العمل، التي حرصت في هذا المقام على النص على حق العاملة في الحصول على تعويض عن إنهاء علاقة العمل، كما حرصت - بصفة خاصة - على النص على أن «الفصل يقع باطلاً، ويلتزم رب العمل بأن يدفع (للعاملة) مبلغ الأجر الذي كانت تستحقه خلال الفترة التي يلحقها البطالان»^(١٧٨).

والنص بذلك يمنح العاملة الحق في الحصول على التعويض، كما أنه يقضي صراحة ببطالان الفصل. ورتب على هذا البطالان نتيجته الطبيعية من استحقاق العاملة «للأجر» عن الفترة التي لحقها البطالان، وهو ما دعا الفقه إلى التساؤل عن مدى حق العاملة في العودة إلى وظيفتها، أو بالأدق الاستمرار فيها، باعتبار أن هذا أيضاً نتيجة طبيعية لتقرير بطلان الفصل. ولنبحث هذه المسائل تباعاً.

(١٧٦) بيتو. مقالته ص ١٧٤ رقم ٧٩. (immunité pour cause de gravidité).

(١٧٧) هذا بالإضافة إلى الجزاء الجنائي الذي يتمثل في الغرامة التي تتراوح ما بين ١٢٠٠ فرنك إلى ٣,٠٠٠ فرنك والتي تزداد في حالة العود إلى ٦,٠٠٠ فرنك. انظر دالوز كلمة نساء وأطفال رقم ١٨٠.

(١٧٨) "En outre lorsque en application des dispositions précitées, le licenciement est nul, l'em- ployeur est tenu de verser le montant du salaire qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité".

(٧٥) (أ) 'حق العاملة في الحصول على تعويض عن الإنهاء.

تقضي المادة (ل ١٢٢ - ٣٠) صراحة بحق العاملة في الحصول على تعويض عن إنهاء علاقة عملها خلال الفترة التي يحصن فيها القانون هذه العلاقة ضد الإنهاء.

ومن المتفق عليه في هذا الصدد أن القاضي يحدد مقدار التعويض المستحق للعاملة وفقاً للقواعد العامة، أي بمقدار ما لحقها من خسارة وما فاتها من كسب. إذ أن المشرع لم يضع حداً أقصى لهذا المقدار^(١٧٩). وعلى ذلك فيستطيع القاضي أن يدخل في اعتباره، عند تحديد التعويض، الفاصل الزمني ما بين الفصل والتاريخ المتوقع للوضع، حين يتضح من الظروف صعوبة حصول العاملة على عمل جديد خلال هذه الفترة^(١٨٠). وفي مجال تحديد مقدار هذا التعويض فقد استقر الرأي فقهاً^(١٨١) وقضاءً^(١٨٢) على أن العاملة لها الخيار بين أن تطالب به استناداً إلى المادة (ل ١٢٢ - ٣٠) والتي تمنحها هذا التعويض طبقاً للقواعد العامة، وبين أن تطالب به استناداً إلى المادة (ل ١٢٢ - ١٤ - ٤) والتي تمنح العامل الذي أنهى عقد عمله بصفة عامة، بدون سبب حقيقي وجدي (cause réelle et sérieuse) الحق في الحصول على تعويض بحد أدنى أجر الستة شهور السابقة على إنهاء عقد عمله^(١٨٣) وذلك استناداً إلى أن هذه الأولى (أي المادة ل ١٢٢ - ٣٠) والتي تمنح

(١٧٩) انظر في ذلك الأحكام المشار إليها لدى كاميرلنك ص ٣٣٢ هامش (٧٧) وكاميرلنك وليون كان ص ٤١٤ هامش (٤).

Soc. 21 déc. 1977. Bull. Cass. 1977. no 727.

(١٨٠)

(١٨١) كاميرلنك ص ٣٣٣، كاميرلنك وليون كان ص ٤١٥، دالوز - كلمة نساء وأطفال رقم ١٧٦. péliissier. obs. sous Soc. 31 Mars 1978.D. 1978.1.R. 388 (Dame Gelie).

Soc. 31 Mars 1978.D. 1978.1.R. 388. obs. péliissier.

(١٨٢)

(١٨٣) انظر في هذا بالتفصيل.

Jean péliissier. le nouveau droit du licenciement. 2 eme edition. 1980. Sirey. p.187 et

= p.262.

العاملة وضعاً أفضل، لا تحرمها من الاستفادة من الثانية والتي تمثل القواعد العامة في إنهاء عقود العمل غير محدد المدة، حين يتوافر بجانبها شروط انطباقها وحين تغدو أفضل للعاملة من الأولى^(١٨٤) خاصة أن المادة (ل ١٢٢ - ١٤ - ٧) (والواردة في الفصل المخصص للقواعد العامة في إنهاء عقود العمل) قد حرصت على النص على أن القواعد الواردة في هذا الفصل لا تحول دون تطبيق النظم الخاصة التي بمقتضاها يمنح القانون لبعض العمال حماية خاصة.^(١٨٥)

(٧٦) (ب) حق العاملة في الحصول على الأجر عن الفترة التي يغطيها البطالان.

لم يقتصر المشرع في مقام بيانه للجزاءات التي توقع على رب العمل عند مخالفته للحظر المتقدم على النص على حق العاملة في الحصول على التعويض، إذ قد نص أيضاً على حقوقها في الحصول على «الأجر» عن الفترة التي يغطيها البطالان. وهذا الموقف من المشرع يدل على أن عقد عمل العاملة يظل قائماً،

= كاميرلنك ص ٥٠٠ رقم ٤٧١.

بدر جاسم اليعقوب. إنهاء عقد العمل غير محدد المدة في القانون الكويتي - دراسة مقارنة ط ١ - الكويت - ١٩٨٤. ص ٨٤ وما بعدها.

(١٨٤) وهو يظهر في القضية التي حكمت فيها محكمة النقض في حكمها السالف الإشارة إليه في الهامش قبل السابق. حيث كانت العاملة قد فصلت من العمل قبل انصرام مدة الحماية القانونية بأسبوعين، وهو ما كان يرجح معه انخفاض التعويض الذي سيحكم لها به وفقاً للمادة (ل ١٢٢ - ٣٠) مما حداها إلى أن تطالب به وفقاً للمادة (ل ١٢٢ - ١٤ - ٤) لتضمن تعويضاً، بحد أدنى، أجر ستة شهور. أنظر في هذا التحليل. بيليسيه في تعليقه على هذا الحكم، وكاميرلنك ص ٣٣٣.

(١٨٥) كاميرلنك ص ٣٣٣. هذا ويذهب بعض الفقه إلى أنه إذا اختارت العاملة الحصول على التعويض وفقاً للمادة (ل ١٢٢ - ١٤ - ٤) والذي هو بحد أدنى، أجر الستة شهور السابقة على انتهاء علاقة العمل، فإنها لا تستطيع أن تجمع بين هذا التعويض والأجر (كاميرلنك وليون كان ص ٤١٥).

رغم قيام رب العمل بإنهائه ، وليس هذا سوى التطبيق السليم لفكرة بطلان هذا الإنهاء^(١٨٦).

ويلاحظ على هذه النصوص أنها جعلت القضاء للعاملة بالأجر أمراً اجبارياً على القاضي، على عكس التعويض المستحق لها عن الإنهاء الذي هو أمر اختياري له^(١٨٧).

وقد اختلف الفقه في تحديد المقصود بالفترة التي يغطيها البطلان "La période Couverte par la nullité والتي تستحق العاملة الأجر عنها.

فذهب الرأي الذي عليه أغلب الفقه إلى أنه يقصد بها الفترة التي يحق للعاملة خلالها وقف عقد العمل للحصول على الإجازة، وسواء استعملت هذا الحق أو لم تستعمله^(١٨٨)، وهو ما يترتب عليه أن البطلان الذي يلحق قرار الإنهاء الذي يقع خلال هذه الفترة يزول بانقضائها ليترتب عليه أثره من انقضاء علاقة العمل، وعدم استحقاق العاملة للأجر بعد ذلك.

هذا بينما ذهب رأي آخر إلى أن هذه الفترة لا تقتصر فقط على تلك التي يراها أنصار الرأي الأول، بل هي تشمل بالإضافة إليها الفترات اللاحقة على انقضائها، والتي تستمر طالما بقي العقد قائماً لأن قرار الإنهاء متى وقع باطلاً لا يحدث آثاره سواء خلال الفترات التي يحق فيها للعاملة وقف العقد أو حتى بعد انقضائها، فهو باعتباره باطلاً لا يحدث أية آثار في الحاضر أو في المستقبل، ومن ثم

pagés (jeanne). note sous cour d'appel de Rennes 27 avril 1978. D. 1978. 101 (p. 103 Col. (١٨٦)
2).

(١٨٧) كاميرلنك ص ٣٣٤.

(١٨٨) ليون كان وبيليسيه «الأحكام الكبرى في قانون العمل» ص ٣٩١. كورتيرير السابق ص ٢١٥ ،
كاميرلنك ص ٣٣٢ رقم ٣٠ ، كاميرلنك وليون كان ص ٤١٥ ، «دالوز كلمة نساء واطفال» رقم
١٧٩.

يظل العقد قائماً بما يوجب للعاملة الحق في الأجر إلى أن ينتهي العقد إنتهاء صحيحاً^(١٨٩).

(٧٧) وقد فسر القضاء هذا النص على النحو الذي يحقق للعاملة أكبر قدر ممكن من الفائدة.

● فهو، من ناحية أولى : قد ذهب إلى أن العاملة تستحق هذا الأجر حتى ولو ثبت أنها خلال الفترة التي تستحقه عنها، قد التحقت بالعمل لدى رب عمل آخر بأجر أكثر ارتفاعاً، فهذا الأمر ليس من شأنه أن يؤدي إلى حرمانها من الأجر لها لأن «الصياغة الأمرة لنص القانون المطبق لم تضع أي قيد بهذا الخصوص»^(١٩٠) والقضاء يكون بذلك قد سمح للعاملة بأن تحصل عن ذات الفترة على أجرين من ربي عمل مختلفين، وهو ما رأى معه بعض الفقه أن حصول العاملة على أجرها، وفقاً لهذا القضاء، ينطوي على «غرامة مدنية» *une amende civile* ^(١٩١) أو «عقوبة خاصة» *peine privée* ^(١٩٢) لرب العمل.

● ومن ناحية ثانية : وعلى الرغم من القيد الذي وضعته المادة (ل١٢٢ - ٣٠) على حق العاملة في الأجر «الذي كانت تستحقه *aurait été percu*» خلال الفترة التي يغطيها البطالان، فقد ذهب القضاء إلى احتساب فترة الثانية أسابيع التي حظر القانون على رب العمل تشغيل العاملة خلالها قبل الوضع وبعده ضمن الفترة التي تستحق عنها الأجر على الرغم من أنها خلالها لا تحصل على أجر من رب العمل بل تحصل على مستحقاتها من التأمينات الاجتماعية^(١٩٣).

^(١٨٩) Pagés (Jeanne). note Sous cour d'appel de Rennes. 27 avril 1978 D. 1978. 101 (P. 103).

^(١٩٠) Soc. 6 juillet 1976 D. 1976 I.R. 244. les grands arrêts du droit du travail par Gérard Lyon cean et Jean pélessier. 2. eme édition. 1980. Sirey. P. 388. No138. (Dame Berneur C.Société Bouvet).

^(١٩١) ليون كان وبيليسيه، الأحكام الكبرى. مرجع سابق ص ٣٩٠.

^(١٩٢) كاميرلنك ص ٣٣٤.

^(١٩٣) Soc. 19 juin 1947. Bull civ. 1947. V.p. 357

● ومن ناحية ثالثة : فبعد أن تردد القضاء عقب صدور قانون ٣٠ ديسمبر ١٩٦٦ (الذي قرر للمرة الأولى بطلان فصل العاملة الحامل)، حيث ذهبت بعض الأحكام الى اعتبار فصلها في هذه الحالة يكون تعسفياً، وحكمت لها فقط بالتعويض المستحق عن الفصل التعسفي^(١٩٤)، بينما ذهب بعضها الآخر إلى اعتباره باطلاً، ومن ثم حكم باستحقاقها فقط للأجر عن الفترة التي يغطيها البطلان^(١٩٥)؛ فهو قد انتهى بعد ذلك إلى حق العاملة في الجمع بين هذين الأمرين (التعويض عن الفصل، والأجر عن المدة التي يلحقها البطلان)^(١٩٦) وذلك استناداً إلى أن نصوص القانون بعد أن منحت العاملة الحق في الحصول على التعويض قررت منحها «فوق ذلك» en outre الأجر عن الفترة التي يغطيها البطلان. وهو جمع انتقده بعض الفقه^(١٩٧) بدعوى أنه مخالف للمنطق السليم وللقواعد العامة، لأنه إذا كان رب العمل لا يملك أصلاً الحق في إنهاء علاقة العمل فإن هذا الإنهاء يقع باطلاً، ولذا يجوز إلزامه بدفع الأجر، ولكن تخلف حقه في الإنهاء يتعارض مع إمكان استعمال هذا الحق استعمالاً تعسفياً يميز الحكم عليه بالتعويض، لأن التعسف في استعمال حق ما يفترض، بداية، أن الشخص يكون مالكا لهذا الحق

= وهو حل استقر عليه القضاء. انظر الأحكام المشار إليها لدى كاميرلنك وليون كان ص ٤١٥ هامش (٢).

— وانظر مع ذلك كاميرلنك ص ٣٣٤ هامش (٨٠) حيث يذهب الى وجوب خصم المستحقات التي حصلت عليها العاملة من التأمينات الاجتماعية عن ذات الفترة وذلك حتى لا تحصل العاملة التي اُتي عقد عملها، بعد هذا الإنهاء، على مبالغ أكثر مما كانت ستحصل عليها فيما لو لم يكن عقدها قد انتهى.

Soc. 22 avril 1970. Bull. Cass. 1970. No 524. Toulouse 31 Oct. 1974. confirmé par soc. 1er juin 1976. Bull. Cass. 1976. V. No. 278.

Soc. 25 Juin 1969. Bull. Cass. 1969. V. No 432. p. 360. Rouen. 22 Oct. 1974. confirmé par soc. 1er juin 1976. Bull. Cass. No. 335, No. 277.

Soc. 7 Juillet 1976. D. 1976. I.R. 244. Grands arrêts— p. 388. No. 138— Soc 8 mars (١٩٦٦) 1978. D. 1978. I.R. 388. obs Pélissier (Dame le Meur)

وانظر أيضاً الأحكام المشار إليها لدى كاميرلنك وليون كان ص ٤١٥ هامش (٣).

(١٩٧) ليون كان وبيليسيه. الأحكام الكبرى رقم ١٣٨ ص ٣٩١.

وهو ما ليس له محل بصدد رب العمل هنا. فبطلان الفصل والفصل التعسفي هي أمور بطبيعتها لا يمكن التوفيق بينها - Nullité de licenciement et licenciement abu- sif semblent par nature deux notions incompatibles والجزء الذي يوافق احدهما لا يمكن أن يُجمع مع الجزء الآخر بالنسبة لذات الفصل.

ولكن رغم ذلك فإن ذات الفقه يذهب إلى تبرير هذا الجمع، استناداً إلى الطبيعة الخاصة للبطلان الذي قرره المشرع بالنسبة لفصل العاملة الحامل. فهذا البطلان - على الأقل في نظر هؤلاء الفقهاء - هو بطلان مؤقتة "Nullité temporaire" يحدث أثره فقط خلال الفترة التي حمى فيها المشرع علاقة العمل ضد الانهاء بمنعه إنهاؤها خلالها ولكنه - بالمقابل - ينتهي مفعوله بانقضاء هذه الفترة ليحدث أثره من إنهاء علاقة العمل بمجرد فواتها دون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر. فنظراً للطبيعة الخاصة لهذا البطلان، الذي ليس بطلالاً بالمعنى التقليدي بل ينطوي على الكثير من الجدة (assez originale)، والتي لا تؤدي إلى اختفاء الضرر الناجم عن انقضاء علاقة العمل بل تُرجىء حدوثه فقط إلى ما بعد فوات فترة الحماية القانونية، فلذا قد استعمل المشرع هذه الوسيلة الفنية التي تؤمن للعاملة الحصول على التعويض عن الضرر الذي يلحقها من جراء الفصل، الذي ليس بوسع هذا البطلان منع حدوثه، بالإضافة إلى حقها في الحصول على الأجر عن الفترة التي يغطيها هذا البطلان. أي أن الضرر الذي يهدف التعويض إلى جبره يختلف عن الضرر الذي من أجله منحت العاملة الحق في الحصول على الأجر. فالضرر الأول وهو ضرر انتهاء علاقة العمل، وهو لاحق على الفترة التي يغطيها البطلان، والتي يزول هذا البطلان بانقضائها، أما الضرر الثاني الذي شرع استحقاق الأجر جبراً له: فهو المتمثل في عدم حصول العاملة على أجرها عن الفترة التي يغطيها بطلان الفصل.

(٧٨) (ج) مدى حق العاملة في الاستمرار في العمل .

إذا كان المشرع بصدد المرأة الحامل قد نص صراحة على أن إنهاء علاقة عملها يقع باطلا، ورتب على هذا البطالان أثره من وجوب منح العاملة «الأجر» عن الفترة التي يغطيها، فإن هذا البطالان قد أثار، أو أعاد إثارة، مشكلة من أخرج مشاكل قانون العمل، وهي مشكلة إعادة العامل (La réintégration) الذي أنهى عقده إنهاء باطلاً إلى العمل، رغما عن رب العمل. وهذه الإعادة تمثل، بحق، مشكلة وصفت بأنها من «أفات قانون العمل» *enfirmité du droit du travail* (١٩٨) لأن الاعتبارات التي تحيط بها تجعل من الصعب اعتناق حل من الحلول المتاحة.

فمن ناحية أولى: لاشك أن رب العمل يتمتع بسلطته الثلاثية في الإدارة والتنظيم والتأديب (Pouvoir de direction, réglementaire et disciplinaire) (١٩٩) وإذا ما اتخذ قراراً بإنهاء العلاقة مع عامل معين، فإن هذا القرار يجب احترامه، لأن رب العمل هو الحكم الوحيد *le seul juge* (٢٠٠) لظروف العمل. والقاضي الذي لا يستطيع أن يحل محل رب العمل في إدارة المنشأة، لا يمكنه أن يفرض عليه بقاء عامل لا يرغب في الابقاء عليه، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الإخلال الجسيم بسلطة رب العمل في إدارة وتنظيم المنشأة.

ومن ناحية ثانية: فإن اعتبارات المنطق القانوني حين تقضي بأن التصرف الصادر من رب العمل بإنهاء علاقة العمل قد وقع باطلاً، فإن هذا يجب أن يستتبعه أن القاضي - مطبق القانون - يجب عليه أن يحكم بما يملكه هذا المنطق، وهو بقاء علاقة العمل قائمة، وهذا الحكم، حتى يظل للقانون احترامه، وحتى لا تتحول

(١٩٨) Yves saint jours. Réflexions sur le problème de la réintégration de représentants du personnel et des délégués syndicaux illégalement licenciés. D. 1970. ch. p. 41. (col. 1).

M.C. Bonnetête. De la notion de faute à la notion de cause. D. 1974. ch. 191

. Soc. 16 juillet 1963. D. 1963. 707

(١٩٩)

(٢٠٠)

الآحكام القضائية إلى أوراق ميتة تفقد هيبتها وهيبة مصدرها، يجب أن تنفذ جبراً على رب العمل بتمكين العامل من العودة الفعلية إلى العمل، وإلا بغير ذلك فإن الأمر سيعني استطاعة رب العمل أن يهدر القانون المتعلق بالنظام العام والاعتبارات العليا التي قام استناداً إليها، كما سيعني أنه استطاع - رغم أنف القانون - أن يرتب على تصرفه الباطل بطلاناً مطلقاً ذات الآثار التي تترتب على التصرف الصحيح، طالما أنه على استعداد لدفع ثمن ذلك.

هذه هي الاعتبارات التي تحيط بمشكلة إعادة العامل المفصول إلى عمله تلك المشكلة التي يهمننا بصدها إبراز الملحوظتين التاليتين:

١ - أنه حينما يتعلق الأمر بإنهاء «باطل» لعلاقة العمل فإن تسمية المشكلة محل البحث بمشكلة «إعادة» العامل المفصول إلى عمله تبدو غير صحيحة؛ لأن التعبير بلفظ «الإعادة» يوحي بأن عقد العمل قد انقضى فعلاً، وأن الحكم الصادر «بإعادة» العامل هو حكم منشيء لوضع جديد، لا يملكه القاضي كقاعدة عامة، في ظل نظام قانوني لا يمنح القضاة سلطة إنشاء العقود، وتكون إعادة العامل على سبيل التعويض العيني له. وهو ما ليس بصحيح لأنه إذا كان الفصل باطلاً فإن الحكم الصادر بإعادة العامل، أو بالأدق باستمرار علاقة العمل، يكون كاشفاً عن وضع قائم بالفعل، وهو بقاء علاقة العمل، وتكون عودة العامل إلى عمله على سبيل التنفيذ العيني للالتزام رب العمل بتمكين العامل من أداء العمل^(٢٠١).

(٢٠١) أنظر في هذا.

Sinay (Hélène) et Lyon caen (Gérard). La Reintegration des representants du personnel irregulierement licenciés. G. C. P. 1970. Doct. 2335 (no 2 et no 11).

Couturier (Gérard). les nullités du licenciement. Dr. Soc. 1977. P. 215 (P.217. no.8. note 25).

- مصطفى الجبال - الانهاء غير المشروع لعلاقات العمل. محاولة لتأصيل الجزاء. جامعة بيروت العربية. ١٩٧٠ ص ٨٧.

٢ - أن هذه المشكلة سبق أن أثبتت فقهاً وقضاءً بشكل واسع، بمناسبة إنهاء عقود عمل ممثلي العمال (كالعمال النقابيين وممثلي العمال في لجان المشروع) بالمخالفة للإجراءات التي نص عليها القانون^(٢٠٢) والتي انتهت القضاء بصدها إلى «بطلان» هذا الإنهاء^(٢٠٣) وهو ما أثار مشكلة إمكان عودتهم «الفعلية» إلى عملهم، رغم هذا الإنهاء. والتي انتهت القضاء، في اتجاهه الغالب^(٢٠٤)، بصدها إلى عدم إمكان إجبار رب العمل على إعادة العامل إلى العمل وذلك استناداً إلى المادة (١١٤٢) من القانون المدني والتي تنص على أنه «كل التزام بعمل أو بامتناع يتحول إلى تعويض عند عدم تنفيذه من جانب المدين».

toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages - intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

(٢٠٢) أنظر في هذا الموضوع.

- Dupeyroux. le licenciement illicite de représentants du personnel. D. 1970. ch. 187.
- Bonneau. Vers la reconnaissance du droit à la réintégration. Gaz. pal. 1974.1.Doct. P.226.
- J.pelissier. la réintégration des représentants du personnel. et des délégués Syndicaux: Conquête ou revendication. D.1969. ch.197.
- Gille pages. la réintégration du salairé dans l'emploi - th. paris 1968.

(٢٠٣)

Soc. 3 juin 1948.D.1948. 510 J.C.P. 1948.121.4462. Gaz. pal. 1948 2.94. S.1948.1.120 (Rymondis).
ch. Mixte. 25 oct 1968. J.C.P.1969.11.15716. D.1968.706. Gaz pal.1969. 1.6. Dr. Soc.1969.176. obs savatier. (Detouf).

(٢٠٤) أنظر في هذا الاتجاه وفي الاتجاهات الأخرى التي ذهبت سواء إلى الحكم بالعودة الإجبارية للعامل أو سواء بالحكم، في أن واحد، بالعودة مع تحديد مبلغ تعويض يدفعه رب العمل إذا لم يتم بتنفيذ التزامه باعادة العامل عيناً. أنظر سيناي وليون كان. السابق بند رقم ١٤ وما بعده، وليون كان وبنيليسيه - الأحكام الكبرى. مرجع سابق ص ١٨٢ وما بعدها (رقم ٧٢ وما بعده) في تعليقها على أهم الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع. مصطفى الجبال ص ٩٠ وما بعدها.

● ومن الجدير بالذكر أيضاً أن القضاء الكويتي يرفض الحكم باعادة العامل. أنظر تمييز ١٣/٤/١٩٨١. منشور بمجلة القضاء والقانون س ١٠ ع ٢. (اكتوبر ١٩٨٣) ص ٢١٥ رقم ٤٥ حيث رفضت المحكمة الحكم باعادة العامل المفضول استناداً «لما في الاعادة إلى العمل من مخالفة للطبيعة الخاصة لعقد العمل الذي يقوم على الثقة بين طرفيه ومن اكراه صار بصاحب العمل ومنشأته».

والاستناد إلى هذه المادة، رغم ما لاقاه من معارضة الفقه، لا يزال يمثل الحجة الرئيسية لدى من يعترض على عودة العاملة التي فصلت أثناء الحمل إلى العمل.

(٧٩) وإذا كانت مشكلة إعادة العامل المفصول إلى العمل قد أثارت بالنسبة لممثلي العمال، فإنها قد تجددت بمناسبة الفصل الباطل للعاملة الحامل. فهل يعني بطلان فصلها إمكان عودتها الفعلية إلى العمل؟ أم أن الأمر يقتصر على التعويض؟

اختلف الرأي - كما الوضع سابقاً - حول الإجابة على هذا السؤال. فذهب بعض الفقه^(٢٠٥) إلى أن إعادة العاملة إلى العمل رغماً عن رب العمل يتضمن خروجاً عما تقضي به القواعد العامة في إنهاء عقد العمل^(٢٠٦). والمشرع حينما نص على أن إنهاء عقد عمل العاملة الحامل يقع باطلاً، فهو لم يرد أن يرتب على هذا البطلان وجوب إعادتها إلى العمل رغماً عن رب العمل، وإنما هو أراد أن يحصن هذه العلاقة ضد الإنهاء خلال فترة معينة، هي الفترة التي تستحق العاملة خلالها إجازة الوضع، ولكن هذه الحصانة تنتهي بانتهاء هذه الفترة. وعلى ذلك فإذا قام رب العمل بإنهاء عقد العاملة الحامل، فإن هذا الإنهاء يقع باطلاً، ولا يؤدي إلى انقضاء العلاقة العقدية طوال الفترة التي يحق للعاملة خلالها الحصول على إجازة، ولكن بانقضاء هذه الفترة فإن علاقة العمل تنتهي. فبطلان الإنهاء هنا ليس بطلاناً تقليدياً، وإنما هو ينطوي على كثير من الجدة (Assez originale) فهو بطلان مؤقت

(٢٠٥) ليون كان وبيليسيه. الأحكام الكبرى في قانون العمل. ص ٣٩١.

كاميرلنك ص ٣٣٢ رقم ٣٠٠، كاميرلنك وليون كان ص ٤١٥.

دالوز. كلمة نساء وأطفال رقم ١٧٩.

péllissier. note sous Soc. 8 Mars 1978 et 31 Mars 1978. D.1978.1.R.388.

(٢٠٦) أنظر في هذه القواعد العامة التي لا تفرض العودة وإنما تمنح للقاضي امكانية اقتراحها على الأطراف. كاميرلنك رقم ٤٧١.

(nullité temporaire) (٢٠٧) أو « بطلان كاذب » (fausse nullité) (٢٠٨) ينطوي، في حقيقته، على لا بطلان (٢٠٩) لأنه لا يؤدي - بصورة مطلقة - إلى عدم الاعتداد بالانتهاء الباطل، لأنه يقصر عدم الاعتداد فقط على فترة الحماية القانونية، حين يحافظ على بقاء الرابطة العقدية خلالها، ليحفظ للمرأة حقها في الأجر ولكن بانقضاء هذه الفترة فإنه ينتج كافة آثاره ويؤدي إلى القضاء على الرابطة العقدية، ليقصر حق العاملة على الحكم لها بتعويض عن إنهاء علاقة العمل. هذا الاتجاه تجلّى واضحاً في قضية العاملة (Le Meur) التي انهى رب العمل علاقة العمل معها إنهاء وقع باطلاً، تطبيقاً لأحكام القانون (حيث أنها قامت بإعلان حملها إليه خلال المدة القانونية وفي الشكل المتطلب) وقد حُكم لصالحها ببطلان الإنهاء وباستحقاقها الأجر عن الفترة التي يغطيها البطلان. ولكن رغم ذلك فقد رفض رب العمل اعادتها إلى العمل، وهو ما أيدته فيه المحكمة، بدعوى أن الحكم الصادر لها لم ينص في منطوقه على حقها في العودة إلى العمل، مما دعا العاملة إلى المطالبة أمام محكمة استئناف رين، بالحكم لها بالعودة الجبرية إلى العمل مع الاستعانة بقوة الشرطة إذا اقتضى الأمر. وقد ذهبت المحكمة في هذا الصدد إلى أن «بطلان التسريح يعيد الحياة إلى عقد العمل الذي لا ينقضي إلا بتصرف جديد (الاستقالة، التسريح، الفسخ) وبالتالي فليس ضرورياً أن ينص الحكم في منطوقه صراحة على عودة العاملة، لأن هذا الحكم هو الحاصل المنطقي لبطلان التسريح، وأنه سيُعد إضافة إلى منطوق الحكم القول بأن السكوت عن النص على الإعادة يعني رفضها، لأن هذا ينطوي على تناقض مع البطلان الذي يفترض استمرار علاقة العمل».

(٢٠٧) كوتره السابق ص ٢١٥، ليون كان وبيليسيه. الأحكام الكبرى في قانون العمل ص ٣٩١. péliissier. note sous Soc. 8 Mars 1978 et 31 Mars 1978. D.I.R. 388.

(٢٠٨) دالوز. نساء وأطفال. رقم ١٧٩.

(٢٠٩) ليون كان وبيليسيه. الأحكام الكبرى ص ٣٩١.

La nullité du licenciement n'en est pas vraiment une.

ولكن المحكمة - رغم ذلك - رفضت الحكم بإعادة العاملة إلى العمل بالاستعانة بالقوة الجبرية، استناداً إلى أن «هذا الطلب يبدو غير معقول من الناحية النفسية، لأنه لا يمكن عن طريق القوة المادية إجبار رب العمل على أن يقدم العمل إلى العاملة، تماماً كما هو الأمر بالنسبة لإجبار المرأة على معاشرته زوجها أو العكس» واستناد أيضاً إلى أن هذا الطلب ينطوي على مساس بالحريات الأساسية للأشخاص، واستناداً أخيراً إلى المادة (١١٤٢)، ولذلك فقد انتهت المحكمة إلى الحكم للعاملة بالتعويض^(٢١٠)، وهو ما أيدتها فيه محكمة النقض^(٢١١).

(٨٠) والواقع أن التبرير المتقدم - مثله في ذلك مثل الرأي الذي برره - قد أثار انتقاد بعض الفقه^(٢١٢) الذي رأى أن التحليل المتقدم للبطلان، الذي نص عليه القانون يفضي إلى نوع غريب من البطلان، لأنه حين يسمح للتصرف الباطل بأن ينتج آثاره الأصلية التي قصدها، يؤدي إلى أن يصبح هذا البطلان بطلاناً منحطاً أو فاسد الأصل (nullite dégénérée)^(٢١٣)، يخالف المفهوم الذي للبطلان وفقاً للقواعد العامة، كما أنه ينطوي على بطلان ذي صبغة مالية (Conception fiscale)^(٢١٤)، لأنه يفضي في النهاية ودائماً إلى جعل رب العمل - الذي يصر على عدم تنفيذ التزامه عيناً - ملزماً بالتعويض، أو بالأحرى بنوع من الضريبة une Sort d'impôt^(٢١٥) كمقابل لتمتعه بسلطته في إنهاء عقود العمل. بل إنه يؤدي إلى وجود نوع من البطلان السببي^(٢١٦) (nullite causative) حين يسمح

(٢١٠) Cour d'appel de Rennes. 27 avril 1978. D. 1978. 101. note critique J. pagés.

(٢١١) Soc. 8 Mars 1978. D. 1978. 1. R. 388. obs. J. péliissier.

(٢١٢) انظر في هذا الرأي - كوترية - السابق ص ٢١٨، بيتوص ١٧٢ رقم ٧٥.

باجيه. تعليق على حكم محكمة استئناف رين السالف الإشارة إليه ص ١٠٣ عمود (٢)

J. Savatier. obs Sous Soc. 22 avril 1970. Dr. Sos. 1970. 524.

(٢١٣) باجيه. تعليق على حكم محكمة استئناف رين. دالوز ١٩٧٨ ص ١٠١ (ص ١٠٣ عمود (٢٢))

(٢١٤) باجيه. الموضع السابق

(٢١٥) باجيه. السابق ص ١٠٥ عمود (٢).

(٢١٦) كوترية. ص ٢١٩ رقم ١٢، باجيه ص ١٠٥.

بفصل البطلان عن السبب الذي الذي يؤدي إليه، ليرتب على التصرف الباطل آثاره حين يزول السبب الذي أدى إلى البطلان، وهو نوع من البطلان غير معروف على نطاق القواعد العامة، التي تعتبر البطلان جزاء عدم توافر أركان التصرف وقت صدوره، وهو جزاء إذا لحق التصرف يؤدي إلى عدم إنتاجه لأي أثر من آثاره بصورة مطلقة، سواء في الحاضر أو في المستقبل.

● وأمام هذه الصفات التي تلحق بطلان إنهاء علاقة عمل العاملة الحامل وفقاً للتكييف الذي يمنحه له أنصار الرأي الأول، فقد ذهب أنصار الرأي الثاني إلى أنه لو كان صحيحاً أن المشرع يريد أن يربط على إنهاء هذه العلاقة مثل الآثار المتقدمة، لكان من المتعين عليه أن يصف هذا الانهاء بوصف آخر غير البطلان. كأن يقرر مثلاً أن إنهاء هذه العلاقة يقع موقوفاً لحين انقضاء فترة الحماية القانونية^(٢١٧)، أما وإنه قد وصف هذا الإنهاء بالبطلان فإن ذلك يجب أن يستتبعه وجوب أن يترتب على هذا البطلان كافة آثاره المعترف له بها على نطاق القواعد العامة، من حيث وجوب عدم الاعتداد المطلق به، وعدم ترتيب أية آثار عليه، فيظل عقد عمل العاملة قائماً، بحيث يجوز لها دائماً أن تعود إلى عملها، وهو ما يجب على القاضي أن يحكم لها به، على الأقل ما لم ينقض بسبب آخر، كأن يقوم رب العمل بانهاؤه، إنهاءً صحيحاً، مرة أخرى.

● أما الحجج التي يستند إليها أنصار الرأي الذاهب إلى عدم جواز الحكم بإعادة العاملة إلى العمل رغماً عن رب العمل والتي تتركز، بصفة أساسية، في المادة (١١٤٢) من القانون المدني: فهي حجج لا تصمد أمام النقد.

فهذه المادة تقتصر على وضع مبدأ عدم جواز التنفيذ العيني للالتزام بعمل، أو امتناع، حينما يقتضي ذلك تدخلاً شخصياً participation personnelle من المدين

(٢١٧) كوتريه ص ٢١٨ رقم ١٢، باجيه ص ١٠٥.

لأنه - في الشرائع الحديثة - لا يجوز اللجوء إلى الإكراه البدني *contrainte physique* لحمل المدين على تنفيذ التزاماته. ولكن هذه المادة يجب ألا تنسينا أن الأصل في الالتزام هو وجوب تنفيذه تنفيذاً عينياً جبرياً *l'exécution forcée en nature* (٢١٨) كلما كان السبيل إلى ذلك متاحاً، باعتبار أن التنفيذ العيني يمثل الإشباع الأكثر كمالاً للدائن. فالتنفيذ العيني حق للدائن وللمدين، لا يستطيع أيهما - متى كان ممكناً - العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل، ويستطيع الدائن أن يستأديه جبراً على المدين، ويستطيع المدين أن يفرض قبوله على الدائن، بحيث لا يصر إلى التعويض إلا إذا كان التنفيذ العيني يقتضي تدخلاً شخصياً من المدين، «فالتعويض لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخيري أو التزام بدلي. فهو ليس موكولاً للتخير. لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأي من المتعاقدين، سواء في ذلك الدائن أو المدين، وهو ليس بالبديل لأن المدين لا يملك عرض التعويض النقدي ما بقي الوفاء العيني ممكناً» (٢١٩).

- ومتى كان الأمر كذلك فإن ما تقضي به المادة (١١٤٢) لا يؤدي - دائماً وبصورة مسبقة - إلى استحالة تنفيذ رب العمل لالتزامه بتمكين العامل من أداء العمل تنفيذاً عينياً، على الأقل في المشروعات الضخمة أو المتوسطة، حين لا يكون هناك اتصال مباشر بين العامل ورب العمل، على الأخص حين لا يكون العامل

(٢١٨) «ينفذ الالتزام جبراً على المدين» م ١٩٩ مدني مصري، م ١/٢٨٠ مدني كويتي. أنظر في هذا

Marty et Raynaud. Droit civil. tome 11. 1er volume. les obligations. Sirey. 1961. p. 682. no. 661 bis et Suiv.

محمود جمال الدين زكي. الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري. ط ٣. مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ ص ٧٣٩ رقم ٣٧٤ وما بعدها. وانظر في عرض مسهب لهذا. سيتاي وليون كان رقم ٧ وما بعدها. باجيه التعليق السابق. (٢١٩) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في تعليقها على المادة ٢٧٩ منه المقابلة للمادة ٢٠٣ مدني مصري. الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥١٠.

من طائفة كبار العمال الذين يحتم وضعهم الوظيفي وجود صلة مباشرة مع رب العمل^(٢٢٠). كما أن إعادة العامل إلى عمله لا تقتضي تدخلاً شخصياً من جانب المدين (رب العمل) ممن ثم فهي لا تنطوي على أي اعتداء على الحرية الشخصية^(٢٢١). كما أن الالتزام بإعادة العامل، أو بالأدق بالسماح له بالاستمرار في أداء العمل، حين يكون انهاء عقده باطلاً ليس، في حقيقته، التزام بعمل بل هو، بالأحرى، التزام بالامتناع عن عمل، وهو انهاء علاقة العمل^(٢٢٢). أضف إلى ذلك أن تفسير المادة (١١٤٢)، حينما يتعلق بتطبيقها بتنفيذ رب العمل عيناً لالتزامه بتمكين العامل من أداء العمل، على أنها تعني دائماً استحالة الحكم عليه بالتنفيذ العيني لهذا الالتزام: أمر سيؤدي إلى تحويل التزام رب العمل إلى التزام بدلي (نفذ أو ادفع)، أو إلى التزام تخيري (ادفع إذا ما كان هذا أفضل)، كما أنه سيعني أيضاً تضمين هذه المادة لقرينة على استحالة التنفيذ العيني، وهي أمور لا تتفق والقواعد العامة التي لا تنزل التنفيذ بمقابلة بمنزلة التزام بدلي أو تخيري من التنفيذ العيني، ولا تضمن هذه المادة أية قرينة على استحالة التنفيذ العيني^(٢٢٣).

(٢٢٠) يكاد يقصر أغلب الفقه حق العامل في العودة إلى العمل على حالة المشروعات الكبيرة دون المشروعات الصغيرة. أنظر سيناوي وليون كان السابق. رقم ١٨، ايف سان جور. المقال السابق ص ٤٣ (العمود رقم (٢)).
إسماعيل غانم ص ٤٨٩ رقم ٢١٥. مصطفى الجبال ص ١٣٧ رقم ٧١ وبصفة خاصة ص ١٤٠ رقم ٧٤.

انظر مع ذلك محمود جمال الدين زكي - قانون العمل. مرجع سابق ص ٦١٦ حيث أطلق الحق في إعادة العامل الذي أنهى عقد عمله انهاءً باطلاً دون تفرقة بين ما إذا كان المشروع كبيراً أم صغيراً.

(٢٢١) سيناوي وليون كان رقم ١٨ حيث يذهبون إلى أنه في الحالة التي يكون فيها رب العمل شخصاً معنوياً إلى أن الأشخاص المعنوية ليست لهم حرية شخصية

les personnes morales n'ont pas de liberté individuelle.

باجيه. التعليق السابق ص ١٠٤٠.

(٢٢٢) سيناوي وليون كان رقم ١٨

(٢٢٣) أنظر سيناوي وليون كان رقم ١٩

باجيه. التعليق السابق ص ١٠٤ عمود (١).

واستناداً إلى ذلك يذهب أنصار هذا الرأي إلى وجوب الحكم بإعادة العاملة التي أنهى عقد عملها خلال حملها إلى العمل، رغماً عن رب العمل على الأقل في المشروعات التي تتسم بنوع من الكبر، لا يكون فيه احتكاً مباشراً بين العامل ورب العمل.

(٨١) والواقع في تقديرنا، أن الخلاف بين الرأيين السابقين يكاد يبدو نظرياً محضاً. فإذا كان احترام القانون يوجب عدم الاعتداد بالإلغاء الباطل، وعدم ترتيب أية آثار عليه، سواء خلال فترة الحماية القانونية أو حتى بعد انقضائها، بما يعني بقاء علاقة العمل قائمة، وهو ما يحق معه للعاملة العودة إلى العمل. إلا أن رفض رب العمل إعادة العاملة، ورفضه تمكينها من مزاولة العمل، إنما يعني اتخاذ لموقف يعادل من جانبه إنهاء لعلاقة العمل^(٢٢٤)، فتتقضي هذه العلاقة ليس كنتيجة لقرار الإلغاء الباطل، ولكن كنتيجة للموقف الأخير الصادر منه، والذي يعد من جانبه إخطاراً للعاملة بإنهاء علاقة العمل. وبالتالي فإن الحق النظري للعاملة في العودة إلى العمل يستغرقه حق رب العمل في إنهاء هذه العلاقة خارج فترة الحماية القانونية، إذ أنه بانقضاء هذه الفترة يزول الحظر الذي كان موضوعاً على عاتقه، بعدم جواز إنهاء علاقة العمل ليسترده بانقضائها، ليكون له، في الحدود القانونية سلطة إنهاءها، ولا يكون للعاملة - حالئذ - إلا الحق في المطالبة بالتعويض عن إنهاء العلاقة بإنهاء تعسفياً. وعلى ذلك فإنه إذا رفض رب العمل مختاراً أن يعيد العاملة إلى العمل، فإن عدم عودتها ستكون هي المحصلة النهائية لموقفه هذا، ولكن هذه الالعودة لن تكون كنتيجة لقرار الإلغاء الذي اعتبره المشرع باطلاً، ولكن كنتيجة للقرار الجديد الصادر عن رب العمل بإنهاء علاقة العمل، وهو القرار الذي اتخذته برفضه إعادة العاملة إلى العمل، ولا يحق للعاملة هنا إلا المطالبة بالتعويض عن إنهاء علاقة عملها بإنهاء تعسفياً.

(٢٢٤) انظر: جمال زكي ص ٥٥٥.

(٨١ مكرر) هذا فيما يتعلق بالقاعدة العامة التي وضعها المشرع الفرنسي،
والخاصة بالحظر الذي ألقاه على عاتق رب العمل بعدم جواز إنهاء علاقة عمل
العاملة الحامل خلال الفترة التي حصن فيها المشرع هذه العلاقة ضد الإنهاء
والجزاء المترتبة على مخالفته . على أن هذه القاعدة العامة ترد عليها استثناءات
هي التي سندرسها الآن .

المطلب الثاني

الاستثناءات : جواز إنهاء علاقة عمل العاملة الحامل في حالات محددة وبقيود معينة

(٨٢) إذا كان المشرع قد حظر، كقاعدة عامة، إنهاء علاقة عمل العاملة الحامل منذ أن يثبت حملها طبيًا، وخلال فترة معينة لاحقة على الوضع، إلا أنه أجاز لرب العمل على سبيل الاستثناء، إنهاء هذه العلاقة، في حالات معينة (٢٢٥) وبقيود معينة.

(٨٣) الحالات التي أجاز فيها المشرع الإنهاء.

أما الحالات التي أجاز فيها المشرع إنهاء هذه العلاقة-رغم حالة الحمل- فهي حالتان :

أ - الحالة الأولى : إذا ما صدر من العاملة خطأ جسيم، لا يرتبط بحالة الحمل .

. Une faute grave de l'intéressée non liée à l'état de grossesse.

ولكي يستطيع رب العمل أن يسرح العاملة استناداً إلى هذه الحالة، فإنه يجب توافر شرطين :

الشرط الأول : وجوب أن يصدر من العاملة خطأ جسيم . وعلى ذلك

(٢٢٥) والمشرع حين أجاز الإنهاء في هذه الحالات إنما قنن ما كان عليه الوضع القضائي السابق . انظر :
بيتنو السابق ص ١٧٢ رقم ٧٦ ، هاردون ص ٢٩٤ رقم ٣٩ .

Soc. 11, oct 1973. Gaz. pal. 1973. 2. Som. 275.

فالخطأ اليسير الصادر منها، حتى ولو لم يكن مرتبطاً بحالة الحمل، لا يميز لرب العمل تسريحها^(٢٢٦).

والخطأ الجسيم الذي يميز لرب العمل لإنهاء علاقة العمل في هذه الحالة - وفقاً لما استقر عليه الرأي^(٢٢٧) - معادل الخطأ الجسيم الذي يميز له إنهاء علاقة العمل فوراً وبدون إنذاره أي ذلك الذي يجعل من المستحيل الإبقاء على العلاقة العقدية، حتى خلال فترة الإنذار^(٢٢٨).

الشرط الثاني: وجوب أن يكون الخطأ الجسيم منفصلاً عن حالة الحمل^(٢٢٩)^(٢٣٠)، أي ألا يكون على صلة ما بالاضطرابات العصبية أو النفسية أو الجسدية التي قد يؤثر بها الحمل على بعض النساء، وهذا ما ينبغي على القضاء وضعه في الاعتبار عند تقدير هذا الأمر.

وتطبيقاً لذلك فقد رفض القضاء اعتبار من قبيل الإخطاء التي تميز لرب

Soc 4 . Janv 1978. Bull. Cass. V. 4.

(٢٢٦)

كاميرلنك ص ٣٢٧، بيتو ص ١٧٣ رقم ٧٨.

(٢٢٧) هارون رقم ٤٠ ص ٢٩٥، كاميرلنك ص ٣٢٧ رقم ٢٩٧، كاميرلنك، وليون كان ص ٤١٢ هامش (٣)، بيتو ص ١٧٣ رقم ٧٧.

(٢٢٨) ووفقاً لهذا التفسير للخطأ الجسيم الذي يميز تسريح العاملة الحامل، فإن هذه العاملة - خلال فترة الحمل - تكون محمية بصورة أفضل من أي عامل آخر لأن رب العمل - وفقاً للقواعد العامة في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة - يجوز له إنهاء عقد العمل لسبب جدي وخطير، وهو ما يتوافر إذا ما صدر من العامل خطأ يجعل من المستحيل الإبقاء على العلاقة العقدية حتى ولو لم يصل إلى درجة الجسامة التي تميز إنهاء العقد بدون مراعاة مهلة الإخطار. انظر: كاميرلنك ص ٣٢٧ رقم ٢٩٧.

(٢٢٩) ومن الجدير بالذكر أن قانون ١٩٦٦ كان يميز لرب العمل إنهاء علاقة العمل إذا ما صدر من العاملة خطأ جسيم مطلقاً، دون اشتراط وجوب أن يكون هذا الخطأ منفصلاً عن حالة الحمل ولكن المشرع بقانون ١٩٧٥ وضع هذا القيد على الإنهاء. انظر: بران وجالان ص ٧٧١.

(٢٣٠) وعلى ذلك فلا يمكن أن يكون الحمل في ذاته مكوناً لهذا الخطأ الجسيم. وتطبيقاً لذلك فقد حكم القضاء بأن حمل العاملة غير المتزوجة لا يشكل أي خطأ جسيم يميز لرب العمل إنهاء عقدها.

Soc. 27 Mai 1913 D. 1913. p. 300. Soc. 24 Mars 1958 D. 1958. 462.

العمل لإنهاء عقد العاملة رفض هذه الأخيرة للعمل على آلة خطيرة متى كانت تخشى على حملها من العمل عليها^(٢٣١)، وكذا تكرار غيابها وتأخرها عن العمل متى كان هذا مبرر بحالة الحمل^(٢٣٢) وغيابها عن العمل لرعاية زوجها المصاب بنوبات صرع متى كان تأخرها في الإخطار عن هذا الغياب يجد سببه في الاضطرابات التي تعانيها من حالة الحمل^(٢٣٣).

وعلى العكس من ذلك فقد اعتبر القضاء من قبيل الاخطاء الجسيمة المنفصلة عن حالة الحمل، والتي تجيز لرب العمل إنهاء علاقة العمل: قيام العاملة التي تعمل بالمسجد الإسلامي بباريس بالاعتداء على الرئيس الديني باللفاظ فاسقة^(٢٣٤)، وكذا اعتداء العاملة الشديد على رب العمل وطرحه أرضاً وإلقاء أدوات العمل على الأرض^(٢٣٥)، وتكرار غياب العاملة متى لا يكون في حالة حملها ما يبرره^(٢٣٦)، وكذا إهمال العاملة الشديد في أدائها للعمل، مما نجم عنه إضاعة مستندات هامة خاصة إذا صاحب ذلك ارتباطها بعلاقات سيئة مع مرؤسيها^(٢٣٧).

Soc. 7 Janv. 1960 D. 1960 som. 36. (٢٣١)

Soc. 4 Juin 1969. Bull civ. 1969. V. 310 (٢٣٢)

Soc. 3 Juin 1971. Bull. civ. 1971. V. 346

Soc. 1er Juin 1976. D. 1976. I.R. 200 (٢٣٣)

Soc. 3 Avril 1978. Bull civ. 1979. V. 218 (٢٣٤)

Soc: 13 Mars. 1980. Bull civ. 1980. V. 193 (٢٣٥)

وعلى العكس من ذلك: فقد قضى بأن رب العمل يعتبر هو الذي سرح العاملة رغم أن هذه الأخيرة هي التي قدمت استقالتها متى كان ثابتاً أن تقديم الاستقالة تم عقب مشادة حامية استأثرها هو مع العاملة الحامل، بعد أن أمضت يوم عمل شاق.

Soc. 9 avril 1974. Bull. civ. 1974. V. 244

(٢٣٦) نقض اجتماعي ٢٩ مايو ١٩٧٩. مشار إليه لدى كاميرلنك ص ٣٢٨ هامش (٥٢) وكاميرلنك وليون كان ص ٤١٢ هامش (٣).

باريس ٢١ ديسمبر ١٩٧٢. غير منشور ومشار إليه لدى دالوز - كلمة نساء وأطفال رقم ١٦٣.

Soc. 12 Mars 1981. Bull civ. 1981. V. 159. (٢٣٧)

(٨٤) (ب) الحالة الثانية : الاستحالة بالنسبة لرب العمل في الإبقاء على العقد، لأسباب أجنبية عن الحمل والوضع .

l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement de maintenir ledit contrat (art. 122. 25-2)

كما هو الحال بالنسبة لحالات القوة القاهرة بمعناها الدقيق (كحالة الحرب أو حالات الكوارث الطبيعية)^(٢٣٨)، أو كما في حالات إفلاس رب العمل، أو إغلاق المنشأة، أو إحدى فروعها، لظروف اقتصادية أو فنية جدية، أو كما في حالة إلغاء وظيفة العاملة كنتيجة لظروف تمليها الأوضاع المالية للمنشأة^(٢٣٩).

وفي مجال تقدير الاستحالة ينظر في ذلك إلى ظروف المنشأة ككل دون أن يوضع في الاعتبار ظروف حمل المرأة ووضعها^(٢٤٠).

ويقع عبء إثبات استحالة الإبقاء على علاقة العمل، وأن هذه الاستحالة ترجع لأسباب أجنبية عن الحمل أو الوضع، على عاتق رب العمل^(٢٤١). ولم يقبل القضاء في مجال هذا الإثبات إدعاء رب العمل أن تسريح العاملة كان سببه هو تخفيض الإنتاج، أو تقليص العمالة، حين يثبت أن رب العمل قام بتشغيل من يحل محلها لأن الأكثر رجحاناً في هذه الظروف هو أن فصل العاملة كان بسبب حملها^(٢٤٢).

وفي هذا المجال فقد ذهب القضاء إلى أن مجرد أن رب العمل يمتلك مشروعاً

(٢٣٨) كاميرلنك ص ٣٢٨ رقم ٢٩٨، هاردون ص ٢٩٥ رقم ٤١، كاميرلنك وليون كان ص ٤١٣، بيتنو ص ١٧٤.

(٢٣٩) المراجع والأماكن المشار إليها بالهامش السابق.

(٢٤٠) دالوز - نساء وأطفال - مرجع سابق ص ٩ رقم ١٦٧.

(٢٤١) كاميرلنك ص ٣٢٨، كاميرلنك وليون كان ص ٤١٣.

(٢٤٢) انظر:

Soc. 25 juin 1969. Bull. civ. 1969. V. 360.

Soc. 11 mai 1977. Bull. civ. 1977. V. 248.

Soc. 11 oct. 1973. Bull. civ. 1973. V. 439.

Soc. 11. Mars 1978. D. 1978. I.R. 388. obs pélessier.

صغيراً لا يضم إلا عدداً قليلاً من العمال ليس بذاته كافياً لتبرير فصل العاملة التي تغييت لعدة أيام عقب الولادة^(٢٤٣). كما أن فصل رب العمل للعاملة - ضمن مجموعة أخرى من العمال - لا يعفيه من إثبات الأسباب التي أدت إلى استحالة الإبقاء على علاقة العمل معها^(٢٤٤). كما أن حمل عاملة التنظيف (femme de ménage) ليس مبرراً لإنهاء علاقة عملها، على الأخص حين لا يثبت رب العمل أن حملها كان من شأنه التأثير على كفاءتها في العمل^(٢٤٥).

(٨٥) قيود الإنهاء .

إذا كان المشرع - على سبيل الاستثناء - قد أجاز لرب العمل أن ينهي عقد عمل العاملة رغم حملها، إذا توافر أي من السببين السالف الإشارة إليهما، إلا أنه - رعاية لها - قد وضع قيداً زمنياً على ذلك الإنهاء حين نصت المادة (ل ١٢٢ - ٢٧) على أن الإنهاء «لا يمكن أن يحدث أثره أو يعلن خلال فترة الوقف المشار إليها في المادة (ل ١٢٢ - ٢٦)»^(٢٤٦)، أي خلال فترة إجازة الوضع، وذلك حتى تتمتع المرأة بهذه الفترة كاملة. بحيث أنه إذا قام رب العمل رغم ذلك بإخطارها بإنهاء العقد خلالها، فإن هذا الإخطار لا يحدث أثره من إنهاء العقد، بل يرجأ هذا الأثر إلى حين انقضائها بحيث لا تبدأ مهلة الإخطار في السريان من تاريخ إعلانه، ولكن من تاريخ انقضاء هذه الفترة^(٢٤٧).

Soc. 1er juin 1976. D. 1976. I.R. 200.

(٢٤٣)

. Douai 12 oct. 1976. J.C.P. 1977. IV. 261

(٢٤٤)

SOC. 8 déc. 1976. D. 1977. I.R. 35.

(٢٤٥)

"la résiliation du contrat de travail par l'employeur, pour faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat, ne peut prendre effect ou être signifié pendant la période de suspension prévue à l'article L.122 - 26 (C. trav. art.L.122.27).

(٢٤٦) انظر في هذا كاميرلنك ص ٣٢٩، كاميرلنك وليون كان ص ٤١٤، هاردون ٢٩٦ رقم ٤٤،

دالوز - نساء وأطفال رقم ١٦٩.

ويشور التساؤل، بهذه المناسبة، حول مفهوم فترة وقف العقد التي يقع الإخطار بالانتهاء عديم الأثر، إذا ما أعلن خلالها هل يقصد بها الفترة التي يحق للعاملة خلالها أن توقف العقد للحصول على إجازة للوضع

La période au cours de laquelle la femme a le droit de prendre un congé de maternité.

أم يقصد بها الفترة الفعلية (la période effective) التي تحصل فيها المرأة على هذه الإجازة والتي تستطيع - إذا ما أرادت - أن تتنازل عن جزء منها؟ والمستقر في الفقه: أن المقصود بها هو المعنى الأول، أي الفترة التي يحق للعاملة فيها أن توقف العقد للحصول على إجازة للوضع، حتى ولو لم تكن قد استعملت هذا الحق فعلاً، وذلك لأن هذا التفسير هو الأصلح للعاملة^(٢٤٨).

وعلى ذلك فإذا قام رب العمل بإخطار العاملة بإنهاء علاقة العمل، فإنه يجب التفرقة بين فرضين^(٢٤٩).

— الفرض الأول: إذا تم الإخطار خلال الفترة التي يحق فيها للعاملة أن توقف العقد للحصول على إجازة وضع (أي بعد افتتاح هذه الفترة)، فإن الإخطار لا ينتج أثره من إنهاء العقد، إنما يؤجل هذا الأثر إلى ما بعد انقضاء هذه الفترة، بحيث تبدأ بعدها مهلة الإخطار في السريان.

— الفرض الثاني: إذا تم الإخطار قبل حلول الفترة التي يحق فيها للعاملة أن توقف العقد، فإن الإخطار أيضاً لن يحدث أثره النهائي من إنهاء العقد، إلا بعد انقضاء فترة الوقف، ولكن مدة الإنذار تبدأ في السريان أثناء هذه الفترة بحيث يؤدي هذا الإخطار إلى انقضاء العقد بانتهاء مدة الوقف.

(٢٤٨) هاردون. السابق رقم ٤٤، كاميرلنك ص ٣٣٠ رقم ٢٩٨.

وقد ذهب الفقه (انظر المراجع المشار إليها حالاً) والقضاء (نقض فرنسي ٥ يوليو ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض. ١٩٧٢ ٤ - ٤١٧) على تطبيق ذات الحلول، من باب أولى إذا قام رب العمل بإنهاء عقد العاملة في غير حالتها الخطأ الجسيم واستحالة الإبقاء على العقد.

(٢٤٩) انظر هاردون ص ٢٩٦ رقم ٤٥، بيتنوس ص ١٧٤ رقم ٧٩.

المبحث الثاني

إنهاء عقد عمل العاملة الحامل في القانون الكويتي

(٨٦) تتمتع مشكلة إنهاء عقد عمل العاملة الحامل بنوع من العمومية أو «العالمية»، إذا جاز التعبير، بمعنى قابليتها للظهور في كافة القوانين، ومنها القانون الكويتي، الذي لم ينظمها بنصوص خاصة، على عكس ما فعل المشرع الفرنسي، وهو ما يثير في ظله التساؤل عن حكمها، والذي سنخصص له هذا المبحث الذي سندرس في المطلب الأول منه موقف القضاء منها، ثم سنعرض في الثاني لرأينا فيها.

المطلب الأول

إنهاء عقد عمل العاملة الحامل في القانون الكويتي : موقف القضاء

(٨٧) عرضت المشكلة محل البحث على القضاء الكويتي، مؤخراً، مرتين. وأصدر بشأنها الحكمين التاليين :

● الحكم الأول : والصادر عن المحكمة الاستئنافية العليا (الدائرة العمالية) بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٢٤ م في الدعوى رقم ١٩٨٧/٣١٥ م عمالي (غير منشور). وتتلخص وقائعه: في أن إحدى العاملات كانت تعمل لدى جمعية تعاونية حتى تاريخ ١٩٨٦/١٢/١٨ م وهو اليوم الذي انتهت فيه الجمعية (الساعة السابعة والنصف مساءً) عقد عملها، وهو أيضاً ذات اليوم الذي وضعت فيه العاملة مولودها. وقد طالبت هذه العاملة أمام القضاء بمستحققاتها، التي من بينها مقابل الأربعين يوماً اللاحقة على الوضع.

وقد دفعت الجمعية بعدم استحقاق العاملة لها لأن الوضع تم بعد الاستغناء عن خدماتها في ذات اليوم . وهو ما رفضته محكمة أول درجة، وأيدتها فيه المحكمة الاستئنافية العليا، استناداً إلى أن «الوضع تم في نفس يوم صدور قرار فصلها من العمل، وهو يوم ١٨/١٢/١٩٨٦، ومن ثم تعلق حقها في إجازة الوضع، وهو تطبيق سليم لحكم المادة ٢٥ من قانون العمل في القطاع الأهلي، وليس في القانون ما يساند المستأنفة (الجمعية) في زعمها: بأن العبرة بساعة الفصل من العمل، وكونها سابقة على ساعة الوضع، إذ العبرة بكون يوم الوضع وهو ١٨/١٢/١٩٨٦ كان من أيام عمل المستأنف عليها (العاملة)»، وقد حكمت المحكمة للعاملة، استناد لهذا، بمقابل الأربعين يوماً اللاحقة على الوضع .

ووفقاً لهذا الحكم: فإن حق العاملة في إجازة الوضع يثبت لها يوم الوضع .

● الحكم الثاني: والصادر عن المحكمة الاستئنافية العليا (الدائرة العمالية)

بتاريخ ٧/٤/١٩٨٨ (في الدعوى رقم ٤٥٥/١٩٨٧ م. عمالي) (غير منشور).

وتتلخص وقائعه في أن إحدى العاملات كانت تعمل لدى شركة اعتباراً من ٢٥/٥/١٩٨٥ م بأجر شهري مقداره (٢٥٠) ديناراً . وقد حملت أثناء قيام العلاقة العقدية . ولما كان من المتوقع أن تتم ولادتها بتاريخ ٧/٢/١٩٨٧ م حسب الثابت من الشهادة الطبية المؤرخة ٣١/١٢/١٩٨٦ م والصادرة عن وزارة الصحة، فقد تقدمت إلى الشركة بطلب منحها إجازة الوضع بكتاب مؤرخ ٣٠/١١/١٩٨٦ م، إلا أنها لم تجبها إلى طلبها، مما اضطرها إلى القيام بها في ١١/١/١٩٨٧ م بعد إخطارها الشركة بذلك في ١٠/١/١٩٨٧ م ثم ذهبت إلى الشركة بعد ذلك بتاريخ ١٤/١/١٩٨٧ م لاستلام أجورها المتأخرة ففوجئت بأنها قد فصلتها من الخدمة بدون إنذار. ثم بعد ذلك وضعت حملها بتاريخ ٥/٢/١٩٨٧ م. وادعت مطالبة بحقوقها العمالية التي من بينها مقابل إجازة الوضع والتعويض عن الفصل التعسفي .

وقد أدعت الشركة بعدم أحقية العاملة لمقابل إجازة الوضع، بزعم أنها لم

تكن في العمل وقت الوضع، إذ انتهت خدمتها اعتباراً من ١١/١/١٩٨٧م بموجب قرار إنهاء الخدمة الصادر في ١٠/١/١٩٨٧م. وهو ما رفضته المحكمة حين قررت أنه: «أما بالنسبة لطلب مقابل إجازة الوضع، فلقد حدد المشرع تلك الإجازة السابقة منها على الوضع واللاحقة عليه، ومن المقرر أنه لا يحق لرب العمل إجبار العاملة على أن تعمل في خلال تلك الفترة. ولما كانت الشركة المستأنفة قد أقرت بمذاكراتها أن المستأنف عليها باشرت العمل لديها حتى يوم ١٠/١/١٩٨٧م، وأنها فصلت اعتباراً من ١١/١/٨٧، وكان البين من مستندات المستأنف عليها أنها وضعت حملها بتاريخ ٥/٢/١٩٨٧م، ومن ثم فقد ثبتت أحقيتها في إجازة الوضع قبل ثلاثين يوماً من هذا التاريخ، أي إبان عملها بالشركة المستأنفة، وقبل قرار الفصل المقول بصدوره

ومن ثم فإنه يتعين الزام المستأنف بأن تؤدي للمستأنف عليها مقابل تلك الاجازة بواقع شهرين وعشرة أيام من قيمة راتبها، البالغ ٢٥٠ ديناراً، ومقدار ذلك ١٥٠، ٥٩٦ ديناراً» (٢٥٠).

أما عن طلب التعويض عن الفصل التعسفي فقد رفضته المحكمة ببساطة شديدة لأنه «في غير محله لأن العقد غير محدد المدة».

- ووفقاً لهذا الحكم فإن حق العاملة في الحصول على الإجازة يثبت لها قبل الميعاد المتوقع للوضع بثلاثين يوم.

(٢٥٠) وفي تقديرنا فإن الطريقة التي اتبعتها المحكمة في حساب مقابل إجازة الوضع (أجر شهرين وعشرة أيام والبالغ ١٥٠، ٥٩٦ ديناراً) ليست صحيحة، لأن المشرع منح العاملة إجازة بأجر كامل مقدارها ثلاثون يوماً قبل الوضع (وليس شهراً) وأربعين يوماً بعده (وليس شهراً وعشرة أيام) ومن ثم فإن مستحقات العاملة وفقاً لما يقضي به القانون هي أجر سبعين يوماً - وباعتبار أن يوم راحة عمال القطاع الأهلي غير مأجور فإن الأجر اليومي للعاملة يكون بقسمة أجرها الشهري على ٢٦ أي $26/250 = 9,615$ ديناراً فيكون المستحق لها كمقابل لإجازة الوضع هو $9,615 \times 70 = 673,05$ ديناراً (وليس ١٥٠، ٥٩٦ ديناراً كما ذهبته المحكمة).

(٨٨) محاولة تحليل وتأصيل الأحكام المتقدمة.

لا شك أن الأحكام المتقدمة تظهر، وبوضوح، اتجاه القضاء الكويتي نحو تقديم نوع من الحماية القانونية الجيدة للعاملات الحوامل، وذلك حين ذهبت إلى أن قرار إنهاء عقدهن، إذا ما صدر بعد تعلق حقهن بإجازة الوضع، لا يؤدي إلى الحرمان منها (أو من مقابلهما). وهي بذلك تشهد على بداية خلق «منطقة زمنية للحماية القانونية» لا ينتج القرار الصادر بإنهاء العقد خلالها آثاره. ونحن في مقام تحليل وتأصيل هذه الأحكام نود استظهار نقطتين: الأولى: وهي تحديد وقت تعلق حق العاملة بإجازة الوضع، باعتبار أن هذا ما يحدد نقطة بداية فترة الحماية القانونية. الثانية: وهي بيان التأصيل القانوني لاستحقاق العاملة للإجازة (أو مقابلهما)، رغم ثبوت صدور قرار إنهاء عقدها قبل الوضع.

(٨٩) أما فيما يتعلق بالنقطة الأولى. فالواضح أن الحكمين السابقين قد اختلفا في تحديد وقت تعلق حق العاملة بإجازة الوضع، واختلفا تبعاً لذلك في تحديد منطقة الحماية القانونية، فقد ذهب الحكم الأول إلى أن حق العاملة يتعلق بالإجازة في يوم الوضع، وهو بذلك يكون قد قلص مدة الحماية القانونية عن المدى الذي منحه لها الحكم الثاني، والذي ذهب إلى أن حق العاملة يتعلق بها في الثلاثين يوماً السابقة على الوضع. أي أن هذه الأحكام، وبغض النظر عن الاختلاف القائم بينها، قد اتفقت على اعتبار أن الوضع هو أساس منح العاملة هذه الحماية، وهو أيضاً يمثل نقطة البداية في تحديد منطقة هذه الحماية. - وفي تقديرنا فإن تحديد القضاء لهذه الفترة على النحو المتقدم غير صحيح، ويمكن أن يؤدي إلى الإضرار بالعاملات، في حين أنه قصد حمايتهن.

أما أنه تحديداً غير صحيح: فلأنه يربط بين استحقاق العاملة للإجازة وبين الوضع. أي أنه قد جعل الاستحقاق «المسبق» لها منوطاً بحدوث الوضع الذي

هو بالفرض «لاحق» على هذا الاستحقاق، وهو بذلك لا يكون قد اقتصر فقط على تقديم النتيجة على السبب، ولكنه أيضا يخلق صعوبات في تحديد مدة الحماية القانونية (التي هي بالفرض سابقة على الوضع)، لأن حسابها سيبدأ من النهاية (أي من الوضع)، وهو ما يثير صعوبة أخرى في تحديد الآثار المترتبة على قرار إنهاء عقد العاملة لحظة صدوره، لأن تحديدها سيصبح ليس منوطاً بالقرار في ذاته ولكن بالفترة الزمنية التي صدر خلالها، وما إذا كان قد صدر خلال فترة الحماية القانونية أم قبلها. وهو ما لا يمكن تحديده وقت صدور القرار، بل يجب لذلك من الانتظار لحين حدوث الوضع، بما يؤدي إلى أن القرار الصادر بإنهاء عقد عمل العاملة سيقع، وقت صدوره، «مجهول الأثر»، لتحدد آثاره «بعد ذلك»، وليس استناداً إليه في ذاته، وإنما استناداً إلى اعتبارات أخرى خارجة عنه. وفي تقديرنا فإن النتائج السابقة تبدو مرفوضة، لأن مصير التصرفات القانونية وآثارها يجب أن يتحدد وقت صدورها لا بعد ذلك، واستناداً إليها في ذاتها، وليس استناداً إلى ظروف أخرى خارجة عنها.

- أما أن هذا التحديد يمكن أن يضر بالعاملات في حين أنه قصد حمايتهن فهذا ما يظهر من النواحي التالية:

١ - أنه قد يدفع العاملات لتعريض حياتهن للخطر، بل ويفتح أيضاً باباً للتحايل على القانون، حين تعتمد العاملة التي أنهى عقدها قبل الوضع وأوشكت مدة الحماية القانونية بالنسبة لها على الانصرام على أن تستحث الوضع بطريقة صناعية، مما قد يعرض حياتها للخطر. (٢٥١).

٢ - أن هذا التحديد يمكن أن يؤدي إلى نقيض مقصوده، حيث سيعمد أرباب العمل إلى سرعة إنهاء عقود عمل العاملات الحوامل قبل أن يدخلن في فترة

(٢٥١) وهو ما قد يتصور بشكل كبير حين توشك مدة الحماية القانونية (والتي هي، على أحسن تقدير، الثلاثين يوم السابقة على الوضع) على الانصرام، في حين يكون الوضع، وفقاً للتوقعات الطبية، على وشك الحدوث.

الحماية القانونية وبذلك يصبح عمر علاقات عملهن في ظله أقصر منها في غيابه .

● والواقع في تقديرنا: أن هذا التحديد من جانب القضاء ، وما يؤدي إليه من نتائج ، ليس إلا نتيجة لاعتباره أن إجازة الثلاثين يوماً التي تحصل العاملة عليها في الفترة السابقة على الوضع إنما هي إجازة وضع تحصل عليها بصورة مسبقة ، وأن أساس منحها لها هو حماية الوضع المتوقع . وهذه الوجهة من النظر سبق لنا انتقادها، وإظهار أن هذه الإجازة ليست سوى إجازة حمل مستقلة عن إجازة الوضع وأن أساس منحها للعاملة هو الحمل الحالي لا الوضع المنتظر، فإذا كانت الحقوق لا تثبت لأصحابها إلا بعد توافر أسباب استحقاقها، فإن اعتراف المشرع للعاملة بالحق في الحصول على إجازة معينة بدءاً من الحمل وخلال الفترة التي تنتهي بالوضع، يجب أن يؤدي بنا إلى القول بأن سبب استحقاقها هو الحمل الماضي، لا الوضع المستقبل. وبالتالي فإن حق العاملة في هذه الإجازة يثبت لها بمجرد تحقق سببه وهو الحمل (أو بالأدق إعلانه إلى رب العمل، حيث أن هذا الإعلان هو الذي يجعل هذا الحق محتجاً به في مواجهته). وبالتالي فمنذ هذا التاريخ تدخل العاملة في منطقة الحماية القانونية ذات الآثار السالف الإشارة إليها. وفي تقديرنا فإن هذا التحديد سيضع الأمور في نصابها الصحيح حيث سيسهل ، بطريقة طبيعية ، حساب بداية فترة الحماية القانونية ، كما سيسمح أيضاً بتحديد آثار القرار الصادر بإنهاء علاقة العمل وقت صدوره لا بعد ذلك ، وسيضمن أيضاً قدراً أكبر من الحماية للعاملات بما يضيفي على الأوضاع القانونية عنصر الاستقرار المطلوب .

(٩٠) أما فيما يتعلق بالنقطة الثانية . فالذي نخلص إليه من الأحكام المتقدمة هو أن القضاء كان يحكم للعاملة ، رغم صدور قرار بإنهاء علاقة العمل معها ، باستحقاقها لمقابل إجازة السبعين يوماً المأجورة (الحكم الثاني) أو ما بقي منها (الحكم الأول) (وهي المدة التي تمثل إجازتي الحمل والوضع) وذلك على

الرغم من ثبوت حدوث الوضع بعد انقضاء علاقة عملها، وهو ما يدعونا إلى القول: بأنه (أي القضاء) كان يحكم باستحقاقها لمقابل لهذه الإجازة (الذي هو البديل عنها) منذ أن يستشعر أن إنهاء علاقة عملها قد تم بعد تعلق حقها بها، وإن كان قد اختلف بعد ذلك في تحديد هذا الوقت على نحو ما رأينا.

والواقع، في تقديرنا: أن القضاء حين عالج المسألة على النحو المتقدم، إنما يكون قد عالجها من حيث النتيجة وليس من حيث السبب المفضي إليها. لأن الحكم للعاملة بمقابل إجازتي الحمل والوضع إنما هو نتيجة لمقدمة معينة اتخذها القضاء حيال قرار إنهاء عقد عملها.

- فهو من ناحية أولى لم يرتب على هذا الإنهاء أثره فور صدوره. لأن مقتضى إعمال هذا الأثر الفوري - وهو حل الرابطة العقدية - لا يثبت للعاملة أي حق في مواجهة رب العمل بمناسبة الوضع الذي تم بالفرض خارج نطاق حياة العقد. وهو ما لم يفعله القضاء، لأنه حكم للعاملة باستحقاقها لمقابل إجازتي الحمل والوضع، وهو ما يعني أنه قد أهدر «مؤقتاً» قرار إنهاء عقد عملها، حيث قضى رغم وجوده باستمرار هذه العلاقة وترتيب أثر معين على هذا الاستمرار.

- وهو من ناحية ثانية: قد رتب على هذا الإنهاء أثره من حل الرابطة العقدية ولكن في وقت لاحق على صدوره، هو على وجه التحديد تاريخ انقضاء إجازتي الحمل والوضع، لأنه بدءاً من هذا التاريخ، وبدءاً منه فقط، قد حكم بالآثار المترتبة على انقضاء علاقة العمل.

وفي تقديرنا: فإن هذا الموقف من القضاء ليس بالوسع تحليله إلا على أنه يعني أن قرار إنهاء عقد عمل العاملة الحامل - متى صدر خلال مدة الحماية القانونية (والتي تبدأ من وقت تعلق حقها بالإجازة) - يقع موقوفاً، لأنه لا ينتج آثاره فور صدوره، بل ينتجها في تاريخ لاحق، هو تاريخ انقضاء مدة الحماية القانونية (أي تاريخ استنفاد الإجازة)، وهو ما يعني أن هذا القرار ليس باطلاً، (لأنه ينتج آثارها

حتى ولو كان ذلك في وقت لاحق)، وليس نافذاً، (لأنه لا ينتج هذه الآثار فور صدوره).

هذا الموقف من القضاء الكويتي يستحق الثناء والتقدير، لأنه بذلك يكون قد قطع أكثر من نصف الطريق نحو تحقيق حماية فعالة للعاملات الحوامل. وهو سيحقق قدراً أكبر من هذه الحماية إذا ما اعتنق ما سبق أن قدمناه: من أن حق العاملة في هذه الإجازة يثبت لها منذ إعلان الحمل إلى رب العمل. ولكن الموقف المتقدم للقضاء الكويتي - رغم ما يؤدي إليه من حماية - يبدو في رأينا متقدماً، وهذا ما سنعرض له الآن.

المطلب الثاني

مدى حق رب العمل في إنهاء عقد عمل العاملة الحامل في القانون الكويتي (رأينا في الموضوع)

(٩١) إذا كان القضاء الكويتي قد ذهب إلى صحة قرار رب العمل الصادر بإنهاء عقد عمل العاملة الحامل مع اعتباره - على التحليل الذي قدمناه - موقوفاً (إذا صدر على أحسن تقدير خلال الثلاثين يوم السابقة على الوضع)، بحيث لا يؤدي إلى القضاء على الرابطة العقدية إلا بعد حصول العاملة على إجازة الوضع ثم يحدث أثره بعد ذلك. فإننا لا نوافق القضاء على تحليله المتقدم، والذي نقطة البداية فيه هي «صحة» هذا القرار، ذلك أننا نرى أنه يقع باطلاً، ومن ثم فهو لا يحدث أثره فور صدوره، ولا بعد ذلك. وبيان هذا أن حق العاملة في أن توقف عقد العمل لتحصل على إجازتي الحمل والوضع يثبت لها - وفقاً للتحليل الذي قدمناه (٢٥٢) - منذ أن تعلن حملها الثابت طبيًا إلى رب العمل. وهذا الحق «الثقيل» هو الذي قد يغري رب العمل بإنهاء عقد العمل حتى يتخلص منه. وإذا ما نحن سلمنا بوجود «حق» للعاملة في أن توقف العقد للحصول على الإجازات التي منحها لها المشرع، فإن هذا التسليم يوجب أمرين:

• أولهما: أنه يمتنع على رب العمل، في غير حالة الخطأ الجسيم (أي الحالات المنصوص عليها في المادة ٥٥ من قانون العمل في القطاع الأهلي)، أن ينهي عقد عمل العاملة. لأن هذا المنع يمثل المظهر الإيجابي لحماية الحق الذي اعترفنا بثبوته لها، إذ بدونه يغدو هذا الحق لا قيمة له، لأنه - حالئذ - سيفقد أية حماية، وسيغدو

(٢٥٢) أنظر ما تقدم فقرة (٤٠).

حقاً لا يحميه القانون، وهو ما ليس بمستساغ، ولا مقبول، ولا ينبغي أن يكون له وجود.

● ثانيهما: أن هذا المنع يتقرر سواء قامت العاملة باستعمال هذا الحق أو لا، لأنه يتقرر كنتيجة لوجود الحق في ذاته وليس كنتيجة لاستعماله.

(٩٢) والقول بأنه يمتنع على رب العمل إنهاء عقد عمل العاملة الحامل منذ أن ثبت لها الحق في الحصول على إجازتي الحمل والوضع ليس بجديد. إذ ليس من النادر أن «يحظر» المشرع على رب العمل إنهاء عقد العمل خلال فترة معينة، «ليعطل» أو «ليشل» بذلك حقه العام في إنهاء عقود العمل غير محددة المدة خلال هذه الفترات.

ومن أمثلة هذه الحالات:

— ما تنص عليه المادة ٥٨ من قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي، حين تقضي بأنه «لا يجوز لصاحب العمل استعمال حقه في الفسخ المخول له بمقتضى المادة (٥٣) أثناء المرض أو الإصابة». والمادة (٥٣) هي التي تنص على أنه «إذا كان العقد غير محدد المدة جاز لكل من الطرفين فسخه بعد إعلان الطرف الآخر كتابة».

— ما تنص عليه المادة ١٧ من قانون العمل في قطاع الأعمال النفطية الكويتي من أنه «لا يجوز لرب العمل أن يفسخ العقد أثناء قيام العامل بأجازته السنوية، وإلا اعتبرت الإجازة منقطعة بمجرد إعلان الفسخ».

— ما تنص عليه المادة ٥٠ من قانون العمل المصري (فيما يتعلق بالإجازة المرضية) من أنه «لا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل بسبب المرض إلا بعد استنفاد المدد المشار إليها (مدد الإجازة المرضية)».

— ما تنص عليه المادة ٦٥ من قانون العمل المصري من أنه «لا يجوز لصاحب

العمل فصل العامل قبل العرض على اللجنة الثلاثية المشار إليها في المادة ٦٢،
والإعتبر قراره كأن لم يكن، مع التزامه بأجر العامل» (٢٥٣).

— ولعل من أشهر الحالات التي ينص فيها المشرعون على عدم جواز إنهاء علاقة
العمل خلال فترة معينة، تلك الخاصة بحالة تمتع العاملة بإجازة الوضع، أو
بالإجازة المرضية، بسبب مرض ناشيء عن الحمل أو الوضع، والتي سبق أن رأينا
النصوص التي تحظر على رب العمل إنهاء عقد العمل في هذه الحالة (٢٥٤).

(٩٣) وإذا كان المشرع الكويتي لم يحظر صراحة على رب العمل إنهاء عقد
العاملة الحامل منذ الوقت الذي يثبت لها فيه الحق في الحصول على إجازتي الحمل
والوضع، فإن هذا لم يمنع شراح قانون العمل الكويتي من القول بوجوده (٢٥٥) كما
أن خلو القانون المصري (٢٥٦) والعراقي (٢٥٧) من هذا الحظر لم يمنع الفقهاء من
القول به، بل إن بعض الفقه ينتقد النصوص التي تتضمن هذا الحظر باعتبار أنها
تزيد لا ضرورة له (٢٥٨)، لأنها ليست مثبتة لحكم مخالف للقواعد العامة، بحيث لا
يمكن إعماله إلا إذا وجد نص قانوني يفرضه، بل هي ليست سوى تطبيق لها، ومن ثم
فإن الحكم الذي يرد بها يكون واجب التطبيق، حتى ولو لم يرد به نص قانوني
خاص بذلك، لأنه من المعترف به أنه لا يجوز لرب العمل إنهاء علاقة العمل خلال

(٢٥٣) والمادة ٦٢ تنص على أنه «إذا نسب إلى العامل ارتكاب خطأ تأديبي يستوجب معاقبته بالفصل
وجب على صاحب العمل قبل أن يصدر قراره بالفصل أن يتقدم بذلك إلى لجنة ثلاثية تشكل
على النحو التالي .. انظر المادة».

(٢٥٤) انظر ما تقدم فقرة (٣١).

(٢٥٥) انظر حسام الأهواني ص ٢٨، محمد ليبب شنب ص ٨٢.

(٢٥٦) جمال زكي . عقد العمل ص ٥٠٠.

(٢٥٧) عدنان العابد ويوسف الياس . قانون العمل . الطبعة الأولى . ١٩٨٠ م دار المعرفة ص ١٠٨.

(٢٥٨) جمال زكي . السابق ص ٥٠٥.

فترة وقف العقد^(٢٥٩)، وإن كان الفقهاء قد اختلفوا بعد ذلك في تأصيل هذا الحظر.

فذهب بعضهم إلى أنه إذا كان عقد العمل موقوفاً فإن الوقف يشمل، ضمن ما يشمل، حق كل من طرفيه في إنهائه بإرادته المنفردة، ولذا لا يملك رب العمل إنهاءه خلال هذه الفترة^(٢٦٠).

ويؤدي هذا الرأي إلى أن رب العمل، خلال فترة وقف العقد، لا يملك أن ينهيه للسبب الذي من أجله أوقف العقد، أو لأي سبب آخر.

وينتقد بعض الفقه هذا الرأي بأنه غير صحيح، سواء بدعوى أنه يجعل «الرابطه التعاقدية أثناء الوقف أكثر وثوقاً منها أثناء سير العقد سيره

(٢٥٩) أنظر في هذا المراجع المشار إليها بالهامشين اللاحقين وأيضاً.

jean claude javillier. Droit du travail. L.G.D.J. 1978 p.250.

هذا مع مراعاة الآتي:

- (١) أنه إذا كان عقد العمل محدد المدة فإن وقف العقد لأي سبب من الأسباب لا يحول دون انقضاء بانقضاء مدته (انظر في ذلك ما تقدم هامش رقم ١٧٢).
- (٢) أن هذا الحظر لا يشمل فصل العامل كعقوبة تأديبية توقع عليه. فإذا صدر من العامل خلال فترة وقف العقد خطأ يستوجب فصله تطبيقاً للمادة (٥٥) من قانون العمل في القطاع الأهلي الكويتي فإن وقف العقد لا يحول دون فصله لأن سلطة رب العمل في تأديب العمال ليست من الآثار التي يلحقها وقت العقد (انظر جان مارك بيرو. السابق ص ١٩٨ وما بعدها) ومع ذلك فقد تنص بعض التشريعات [كالقانون الفرنسي. أنظر ما تقدم فقرة (٨٥)] - والقانون اللبناني أنظر ما تقدم فقرة (٩) - على أنه حتى في حالة فصل العامل كعقوبة تأديبية، لا يجوز إعلان قرار الفصل إليه خلال فترة وقف العقد.

(٢٦٠)

Sarraute (Raymond) De la suspension dans l'exécutions des Contrats. thésé. paris. 1929.p.55.

Treillard. (Jacques). De la suspension des contrats. Etudes de droit privé sous la direction de paul durand. L.G.D.J. 1960.p.87.

Artz. ch. préc. p.101. No 17.

— عبدالحى حجازي. عقد المدة ص ١٥٤، محمود جمال الدين زكي. عقد العمل ص ٤٩٤.

الطبيعي»^(٢٦١). أو سواء - في ظل مفهوم معين للإداءات التي يلحقها الوقف - أن حق رب العمل في إنهاء العقد ليس من الحقوق التي يشملها الوقف^(٢٦٢).

هذا بينما يذهب رأي آخر إلى أن المبدأ العام الذي يحظر على رب العمل إنهاء علاقة العمل خلال وقف العقد: هو أنه لا يجوز أثناء الوقف إنهاء العقد لذات السبب الذي أدى إلى وقفه^(٢٦٣).

ويؤدي هذا الرأي إلى أنه إذا كان لا يجوز أثناء الوقف، إنهاء العقد لذات السبب الذي من أجله تقرر الوقف، إلا أنه يجوز إنهاؤه لسبب آخر لا يتعلق به.

وأياً كان الرأي الصحيح حول «تأصيل» عدم جواز إنهاء العقد خلال الوقف لذات السبب الذي من أجله أوقف العقد، إلا أن هذه النتيجة ذاتها تبدو مستقرة ومنطقية، «فلا يمكن أن نؤكد حق العامل في وقف العقد ثم نسمح - في ذات الوقت - لرب العمل أن يستخدم هذا الحق كذريعة للتوصل إلى إنهاء عقد العمل»^(٢٦٤). فلا معنى لأن يمنح المشرع، لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، العاملة الحق في أن توقف عقد العمل لمدة معينة بمناسبة حملها ووضعها، وأن يفرض على

(٢٦١) اسماعيل غانم ص ٣٧٣ هامش (١)، جان مارك بيرو ص ٢٤١.

(٢٦٢) جان مارك بيرو ص ٢٤١. وذلك استناداً إلى أن الأستاذ بيرو يرى أن الاداءات التي يلحقها الوقف هي المتعلقة بالالتزامات المتقطعة الناشئة عن رابطة التبعية

Les obligations descontinues découlant de lien de subordination.

(كالتزام العامل بأداء العمل والتزام رب العمل بدفع الأجر) ولكن الوقف لا يلحق الاداءات المتعلقة بالالتزامات المستمرة الناشئة عن مجرد وجود العقد.

Les obligations continues découlant de la seul permanence contractuelle.

وسلطة رب العمل في إنهاء العقد من الاداءات المستمرة التي لا يلحقها الوقف.

(٢٦٣) اسماعيل غانم ص ٣٧٣ هامش (١)، جان مارك بيرو ص ٢٤١، ريشيرو وسافيتيه ص ٤٠٥.

(٢٦٤)

«on ne peut, tout à la fois, affirmer le droit à la suspension du contrat et autoriser, en même temp, l'employeur à tirer argument de l'exercice de ce droit pour aboutier à la disparition du contrat».

بيرو ص ٢٤٥.

رب العمل الالتزام بدفع الأجر لها خلال هذه المدة، ثم نسمح لهذا الأخير، بكل سهولة وبساطة، أن ينهي عقدها خلالها، لأن هذا سيكون معناه ليس فقط إهدار حقوق العاملة، ولكن أيضاً إهدار نصوص القانون المتعلقة بالنظام العام، وبالأولى إهدار الاعتبارات العليا التي توخاها المشرع من منح العاملة هذا الحق وفرض الالتزام المقابل له على رب العمل، وسيغدو الأمر كله نوع من العبث.

أضف إلى ذلك: أنه إذا كان رب العمل يملك - بصفة عامة - الحق في إنهاء علاقة العمل في أي وقت من الأوقات، وأن العاملة تستطيع - بصورة خاصة - أن توقف هذا العقد خلال فترة معينة، فإن هذا سيؤدي خلال هذه الفترة إلى وجود تعارض في الحقوق، يجب أن يغلب فيه حق العاملة «الخاص» على حق رب العمل «العام».

نخلص من ذلك: إلى أن رب العمل لا يملك إنهاء عقد عمل العاملة الحامل خلال الفترات التي يثبت لها فيها الحق في وقف العقد، لاستحقاقها إجازتي الحمل والوضع. وإذا كان الأمر كذلك فإن الإنهاء الذي يصدر منه يقع باطلاً، لصدوره ممن لا يملكه.

(٩٤) ثم إننا إذا ما افترضنا جدلاً: أن رب العمل يملك الحق في إنهاء علاقة العمل خلال الفترة المشار إليها، فإن هذا الإنهاء، في غير حالات المادة (٥٥)، يقع - للمرة الثانية - باطلاً أيضاً. ذلك أنه من المستقر أن القرار الذي يصدر من أحد المتعاقدين - في العقود غير محددة المدة - بإنهاء العقد هو، بالإجماع (٢٦٥)، تصرف قانوني بالإرادة المنفردة وهو - بهذه المثابة - يسري عليه «ما يسري على العقد بوجه

(٢٦٥) كوترية - السابق ص ٢١٦. عبدالحى حجازي ص ٢٢١، اسماعيل غانم ص ٤٣٦، جمال زكي ص ٢٧٣ رقم ٥٥٥، محمد علي عمران ص ٣٧٧.

عام من أحكام القانون» (م ٢/٢٢٠ مدني كويتي)، فيلزم لصحته - من ثم - أن تتوافر له شروط صحة التصرفات القانونية: من أهلية ومحل وسبب.

- وفي تقديرنا فإن القرار الصادر من رب العمل بإنهاء علاقة عمل العاملة الحامل لحملها يقع باطلاً، لعدم مشروعية سببه، واستحالة محله.

فإذا كان السبب في العقد قد يكمن في المقابل المادي للالتزام الناشئ عنه، أو في الباعث الرئيسي الدافع إلى إبرامه فإنه - في التصرف الانفرادي - يكون بالضرورة بهذا المعنى الأخير^(٢٦٦). وإنهاء عقد عمل العاملة الحامل لحملها يجد سببه في رغبة رب العمل في التحايل على القانون، بالتهرب من الالتزامات الملقاه على عاتقه، بمناسبة الحمل الذي نتيجته الطبيعية الوضع. وهو لهذا يقع باطلاً لعدم مشروعية سببه. أضف إلى ذلك أن المشرع حين يمنح العاملة الحق في أن توقف عقد العمل للحصول على إجازة وضع: إنما هو «يحصن» علاقة عملها، خلال هذه الفترة ضد الانهاء، بصفة عامة، ومن أن تنتهي، بصفة خاصة، لذات السبب الذي منحها من أجله الحق في الحصول على هذه الإجازة. ومن هنا فإن القرار الصادر بإنهاء علاقة عملها يصادف محلاً مستحيلاً من الناحية القانونية، لأنه يهدف إلى إنهاء علاقة حصنها المشرع، لفترة معينة، ضد الإنهاء^(٢٦٧).

وعلى ذلك، وفي جميع الأحوال، فإن إنهاء رب العمل لعقد عمل العاملة الحامل يقع باطلاً ولا يترتب عليه، من ثم، أية آثار.

(٩٥) نتائج التأصيل المتقدم.

إذا كان القضاء الكويتي، وفقاً للتحليل الذي قدمناه، قد انتهى إلى أن قرار رب العمل بإنهاء عقد عمل العاملة الحامل (إذا صدر قبل الميعاد المتوقع للوضع

(٢٦٦) محمود جمال الدين زكي. عقد العمل ص ٦١٧.

(٢٦٧) أنظر في ذات التحليل. مصطفى الجمال. الإنهاء غير المشروع لعلاقات العمل. محاولة لتأصيل الجزاء. جامعة بيروت العربية. ١٩٧٠ ص ١٩ وص ٤١.

بثلاثين يوماً على الأكثر) يقع موقوفاً، وإذا كنا قد انتهينا إلى أن هذا القرار (إذا صدر منذ ثبوت الحق للعاملة في الإجازة) يقع باطلاً فإن هذا الفارق في التأصيل يترتب عليه العديد من النتائج (التي قد لا تظهر في الوقائع التي تعرض لها القضاء الكويتي لظروفها الخاصة، حيث تم الإنهاء فيها خلال الثلاثين يوماً السابقة على الوضع) والتي يمكن إيجازها في الآتي:

١ - أنه إذا تم الإنهاء قبل بدء مدة الثلاثين يوماً السابقة على الميعاد المتوقع للوضع (كما لو تم مثلاً عقب إعلان الحمل لرب العمل). فوفقاً لما ذهب إليه القضاء الكويتي، فإن هذا الإنهاء يقع صحيحاً، ويؤدي إلى القضاء على الرابطة العقدية، ويمنح رب العمل الإمكانية المطلقة في أن يتهرب من الالتزامات التي يلقيها عليه القانون مهذراً بذلك ليس فقط مصلحة العاملة ولكن أيضاً المصالح التي توخاها المشرع.

أما وفقاً للتحليل الذي قدمناه فإن هذا الإنهاء سيقع باطلاً لا أثر له، وسيظل العقد قائماً ومحدثاً لآثاره، فيحفظ للعاملة أجرها طوال هذه الفترة وحتى فوات الأربعين يوم اللاحقة على الوضع، بل وبعد ذلك، إلى أن ينقضي العقد بصورة صحيحة.

٢ - أنه إذا تم الإنهاء خلال مدة الثلاثين يوماً السابقة على الميعاد المتوقع للوضع فإنه - وفقاً لما ذهب إليه القضاء - فإن هذا الإنهاء وإن لم يحدث أثره فور وقوعه فسوف يحدثه عقب انتهاء الأربعين يوم اللاحقة على الوضع. أما وفقاً لما ذهبنا إليه: فإن قرار الإنهاء الباطل لن يحدث أية آثار في الحاضر، ولا في المستقبل، ويظل العقد - من ثم - قائماً لا ينقضي بفوات الأربعين يوماً التالية على الوضع، ويظل هكذا قائماً (بما يوجب للعاملة الأجر ويوجب أيضاً احتساب هذه المدة ضمن خدماتها)، حتى ينتهي انتهاء صحيحاً (كقيام رب العمل بانهاؤه بصورة صحيحة أو استقالة العاملة).

٣ - أن مهلة الإنذار- في رأينا- لا تبدأ في السريان إلا منذ اتخاذ رب العمل موقفا يدل بوضوح على إرادة إنهاء العقد. فمنذ هذا التاريخ فقط، وليس قبل ذلك، يعتبر أنه قد أنذر العاملة بإنهاء العقد، فتبدأ مهلة الإنذار في السريان.

خاتمة

(٩٦) لا شك أن ظروف الحياة بمتطلباتها الدائمة تدفع المرأة دفعا نحو العمل خارج المنزل. ولا شك أيضا أن ظروف التنمية التي تستهدفها المجتمعات تزيد من الحاجة إلى مساهمة المرأة في قوة العمل. وإذا كانت هذه الظروف تضطر المرأة بالإضافة إلى تحمل عبء العمل الشاق، وعبء العمل المنزلي الأكثر مشقة، أن تتحمل أيضاً أعباء الحمل والولادة، فإن المجتمع - ممثلاً في التشريع والقضاء - يجب أن يساعدها على تحمل هذه الأعباء. وإذا كانت ذات الظروف تؤدي، منطقياً، إلى ذات النتائج، فإننا إذا أردنا الحصول على نتائج أفضل فيجب أن نبدأ بتغيير الظروف، وإلا بغير ذلك فإن الأمر سينتهي إما بانسحاب المرأة من وظيفتها كعاملة، وفي هذا ما فيه من خسارة، وإما بانسحابها من وظيفتها كأم، وهنا ستكون الطامة أكبر، حيث سنحكم على المجتمع بالعقم ليتحول، رويداً رويداً، إلى مجتمع للكحول ولن كانوا أحياء.

إن البشرية جمعاء بحاجة إلى الأطفال، ولكنها، أيضاً، بحاجة إلى أمهات سعيدات بحملهن. وسيكون من المؤلم كثيراً أن يكون منع الحمل أو الإجهاض هي الوسائل الوحيدة التي يتيحها القانون للمرأة لكي تحتفظ بوظيفتها، كما سيكون من المؤلم، بصورة أكثر، أن نفرض على المرأة أن تختار بين استقرار وظيفتها وبين أمومتها، كما سيكون من المؤسف والمحزن - بالنسبة للحاضر والمستقبل - أن لا يعرف المجتمع كيف يوفق بين حرية المرأة في الإنجاب وحريتها في العمل، وأيضاً بين حاجته إليها داخل المنزل، وحاجته إليها خارجه. ومن هنا فإننا نستحث المشرع على أن يوازن بين الاعتبارات السابقة ليمنح للمرأة الضمانات التي تحفظ لها وظيفتها حين تنشغل بأداء وظيفتها كأم. والتي تتمثل في صورها الأكثر أهمية في القانون الكويتي في الآتي:

١ - النص في القانون صراحة على بطلان إنهاء علاقة عمل العاملة الحامل مالم يستند هذا الإنهاء إلى مبرر قوي من المبررات التي تميز لرب العمل إنهاء علاقة العمل فوراً (أي دون مراعاة مهلة الإنذار) والتي نصت عليها المادة (٥٥)، لأن الإنهاء، في غير هذه الحالات، يكون مشوباً بالتحايل على أحكام القانون المتعلقة بالنظام العام، والتي تمنح المرأة الإجازات المستحقة لها بمناسبة الحمل والوضع. ذلك أنه لا فائدة من منح العاملة حقوقاً معينة ثم السماح لرب العمل بإنهاء علاقة عملها لكي يتهرب منها.

٢ - إلغاء المادة (٢٦) من قانون العمل في القطاع الأهلي، لأنها تتضمن ليس فقط حكماً مخالفاً للقواعد العامة، بل وأيضاً حكماً لا نظير له في القوانين المقارنة، وهو من بعد حكم قاس. أضف إلى ذلك أن التفسير الذي مال إليه الرأي فيما يتعلق بهذه المادة يكاد يحيلها إلى سراب، لأن حالات تطبيقها - في ظله - تصبح في حكم النادر الذي لا يعول عليه، بحيث يصبح من الخير إلغاؤها بدلاً من أن تظل ماثلة في نصوص القانون، تشوه من كرم نصوصه، ودونما فائدة ترجى منها.

٣ - العدول فيما يتعلق بالإجازة الممنوحة للعاملة بمناسبة المرض الناشئ عن الحمل والوضع عن الأحكام الحالية، والنص على حق العاملة في الحصول عليها إذا أصيبت «بحالة مرضية» ناشئة سواء عن الحمل أو عن الوضع، مع إبراز حق العاملة في الحصول عليها، سواء خلال فترة الحمل أو بعد الوضع. فهذه الأحكام وإن كانت لن تضر برب العمل عما هو عليه الوضع في ظل التنظيم الحالي، باعتبار أن هذه الإجازة في مجموعها غير مأجورة، إلا أنها تنطوي على الكثير من الفوائد للعاملة، حيث ستمنحها الحق في الحصول عليها أو على بعضها في فترات أكثر، ولأسباب أكثر، مما عليه الوضع الحالي لها.

وإلى حين أن يحقق المشرع ذلك، فإننا نهيب بالقضاء أن يعتنق ما أوضحناه من بطلان فصل العاملة الحامل، ليقضي وفقاً لما يفضي إليه منطق هذا البطلان. كما

نهيب به أيضاً أن يعدل عن موقفه المتمت من رفض تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على انتهاء عقد العمل، والتي يعد إنهاء علاقة عمل العاملة الحامل في الوقائع التي تعرضنا لها خير مثال حي على وجوب تطبيقها.

تم بحمد الله تعالى

مراجع البحث*

أولا: باللغة العربية:

(١) المراجع القانونية وتشمل المراجع العامة والمتخصصة.

- أحمد زكي بدوي . الأحكام المنظمة لتشغيل المرأة في تشريعات العمل العربية والدولية . دراسة مقارنة . مطبوعات مكتب العمل العربي . سلسلة البحوث والدراسات . رقم (٥) . ١٩٨٣ م .
- إسماعيل غانم . قانون العمل والتأمينات الاجتماعية . ١٩٦٠ - ١٩٦١ م . مكتبة عبد الله وهبه .
- إهاب حسن إسماعيل . شرح قانون العمل الجديد . مطبعة جامعة القاهرة . بدون سنة طبع .
- بدر جاسم اليعقوب . إنهاء عقد العمل غير محدد المدة في القانون الكويتي دراسة مقارنة . الطبعة الأولى . الكويت . ١٩٨٤ م .
- بدرية عبدالله العوضي . التشريعات الدولية لحماية المرأة العاملة وأثرها في تشريعات العمل الخليجية . مجلة الحقوق (تصدرها كلية الحقوق . جامعة الكويت) . السنة الثامنة . العدد الثاني ص ٥١ وما بعدها .

(*) (١) المراجع سواء باللغة العربية أو الفرنسية مرتبة أبجديا طبقا لأسماء المؤلفين .

(٢) المؤلفون الذين نهم أكثر من مرجع ستكون الإشارة إلى المرجع المذكور في هذه القائمة أولا باسم المؤلف فقط ، أما باقي المراجع فسيشار إليها باسم المؤلف مقرونا باسم المرجع .

- جلال القريشي . عمل النساء في اتفاقيات وتوصيات منظمة العمل الدولية وقوانين العمل والضمان العراقية . مجلة القانون المقارن . العددان الثامن والتاسع بغداد . ١٩٧٨ م .
- حسام الأهواني (حسام الدين كامل الأهواني) .
- الحماية القانونية الخاصة لبعض طوائف العمال . مطبوعات كلية الحقوق جامعة الكويت . برنامج الدورات التدريبية .
- النظام القانوني لراحت وأجازات العمال . مطبوعات كلية الحقوق - جامعة الكويت - برنامج الدورات التدريبية .
- حسن الفكهاني . شرح قانون العمل اللبناني . المكتبة القانونية للدول العربية . الطبعة الأولى . بيروت ١٩٦٩ م .
- حسن كيره . أصول قانون العمل . عقد العمل . الطبعة الثالثة . ١٩٧٩ م .
- الناشر منشأة المعارف . الإسكندرية .
- شاب توما منصور . شرح قانون العمل . دراسة مقارنة . الطبعة الخامسة . ١٩٧٢ م . بغداد .
- صلاح الدين النحاس . مبادئ أساسية في شرح عقد العمل وقانون العمل الموحد . منشورات المكتب الإسلامي بدمشق . بدون سنة طبع .
- عاطف فخري . الدليل الأبجدي في شرح نظام العمل السعودي . الطبعة الأولى ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م . مطبوعات تهامة - جدة - المملكة العربية السعودية .
- عبدالحلي حجازي . عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ . مطبعة جامعة فؤاد الأول . ١٩٥٠ م .
- عبدالرسول عبدالرضا . الوجيز في قانون العمل الكويتي ١٩٨٥ م . مطبوعات جامعة الكويت .

- عبدالفتاح عبدالباقي . أحكام قانون العمل الكويتي في العلاقة بين العامل ورب العمل . ١٩٨٢م . مطبعة نهضة مصر . الفجالة . القاهرة .
- عبدالودود يحيى . شرح قانون العمل . مكتبة القاهرة الحديثة . الطبعة الأولى . ١٩٦٤ .
- عدنان العابد ويوسف إلياس . قانون العمل . الطبعة الأولى . دار المعرفة . ١٩٨٠م .
- عصمت الهواري ، وفهي كامل . المرشد في قانون العمل الموحد . الجزء الأول عقد العمل الفردي . الطبعة الأولى . ١٩٥٩م . مكتبة الأنجلو . القاهرة .
- علي الكواري . نحو فهم أفضل لأسباب الخلل السكاني في أقطار الجزيرة العربية المنتجة للنفط . مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية . الاصدارات الخاصة . إصدار رقم (١٠) .
- على عوض حسن - الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري الجديد - ١٩٧٥م ، دار الثقافة للطباعة والنشر . القاهرة .
- فايز نجيب وعبدالرحمن بكر . قانون العمل الموحد علماً وعملاً . دار الفكر العربي . ١٩٥٩م .
- فتحي عبدالصبور . الوسيط في قانون العمل . الجزء الأول . ١٩٨٥م .
- فتحي عبدالرحيم عبدالله . مبادئ في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية دراسة مقارنة (مصر والسودان) . الجزء الأول . ١٩٧١م . الناشر . مؤسسة الثقافة الجامعية . الاسكندرية . مصر .
- محمد عبدالحق عمر . قانون العمل الليبي . الطبعة الأولى . ١٩٧٠م . . المكتب المصري للحديث للطباعة والنشر .
- محمد علي عمران . الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد . الطبعة الثانية . ١٩٨٥ . بدون ناشر .
- محمد لبیب شنب
- دروس في شرح قانون العمل ١٩٨٠ - ١٩٨١م . مذكرات على الآلة

- الكاتبة. مطبوعات كلية الحقوق والشرية. جامعة الكويت.
- قانون العمل. القاهرة. ١٩٦٦م.
- محمود جمال الدين زكي.
- قانون العمل. الطبعة الثالثة. ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣م. مطبعة جامعة القاهرة.
- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري. مطبعة جامعة القاهرة. ١٩٧٨م.
- مصطفى الجمال. الإنهاء غير المشروع لعلاقات العمل. محاولة لتأصيل الجزاء. جامعة بيروت العربية. ١٩٧٠.
- هشام علي صادق. دروس في قانون العمل اللبناني. الدار الجامعية للطباعة والنشر. بيروت. بدون سنة طبع.
- هشام رفعت هاشم. شرح قانون العمل الأردني. الناشر مكتبة المحتسب. عمان. الأردن. بدون سنة طبع.
- يوسف الياس:
- قانون العمل العراقي. الجزء الأول. علاقات العمل الفردية. الطبعة الأولى. ١٩٨٠م. بغداد.
- تشريعات العمل في الدول العربية الخليجية. دراسة مقارنة. سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية. مطبوعات مكتب المتابعة لمجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية بالدول العربية الخليجية (المنامة - البحرين) العدد رقم (٢). يناير. ١٩٨٤م.

(٢) المراجع غير القانونية :

- عادل الزهير. في الحمل والولادة. الكويت. ١٩٨٢م. بدون ناشر.
- محمد فتحي. على عتبة الأمومة. أو طفلك بين الحمل والولادة (كتاب الان جوتماش). الطبعة الخامسة. ١٤٠٢ هـ - ١٩٨١م.

ثانياً : باللغة الفرنسية :

(١) المؤلفات العامة والمتخصصة : **ouvrages généraux et speciaux**

- Béraud (Jean marc). La suspension du contrat de travail. 1980 sirey.
- Brun (André) et Galland (Henri).
Droit du travail. tome 1er. Les rapports individuels de travail. 2 eme edition. 1978 Sirey.
- Camerlynck - (G.H). Le droit de travail. Deuxième edition. 1982. Dalloz.
 - Camerlynck (G.H.) et Lyon Caen (Gérard). Droit du travail. Dixième edition. 1980. Dalloz.
 - Camerlynck (G.H.), Lyon Caen (Gérard) et péliissier (Jean). Droit du travail. trizième edition. 1986. Dalloz.
 - Encyclopédie Dalloz. Droit du travail. Vo femmes et enfants.
 - Javillier (Jean - claud). Droit du travail. L.G.D.J. 1978.
 - Lyon Caen (Gérard) et péliissier (Jean). Les Grands arrêts du droit du travail. Sirey 2 eme ed. 1980.
 - Marty et Raynaud. Droit civil. tome II. 1er volume. les obligations.
 - Péliissier (Jean). Le nouveau droit du licenciement. 2eme ed. 1980 Sirey.
 - Rivero (Jean) et Savatier (Jean). Droit du travail, thémis 1975.

Articles.

(٢) المقالات

- Artz (Jean François). La suspension du contrat à exécution successive. D. 1979 chronique 95.
- Bastide, La loi du 30 décembre 1966 sur la garantie d'emploi en cas de maternité. Droit ouvrier 1967 p. 1.
- Bénoteau (Jean Claude). Maternité et contrat de travail. Droit social 1973 151.
- Bonneau - Vers la reconnaissance du droit à la réintégration. Gaz pal. 1974 1. Doct. p. 226.
- Bonnetête (M.C). De la notion de faute à la notion de cause. D. 1974 chronique 191.
- Callu (M.F.) Les garanties d'emploi de la femme enceinte après la loi du 11 juillet 1975. Annales de la faculté de droit de Lyon L.G.D.J. 1975, 123.
- Couturier (Gérard). les nullités du licenciement Dr. Soc. 1977. p. 215.

- Dupeyroux le licenciement illicite de représentants du personnel. D. 1970. chronique. p. 187.
- Guericolas (M.A.). La force majeure en droit du travail. Etudes de droit du travail offertes à André Brun. Librairie sociale et économique. paris. 1974. p. 257.
- Hardon. Grossesse et liberté de la femme. Droit social 1977, 287.
- Pélissier (Jean). Réflexions à propos de suspension du contrat de travail. Etudes de droit du travail offertes à André Brun. Librairie sociale et économique. Paris 1974 p. 427.
- Pélissier (Jean). La réintégration des représentants du personnel et des délégués syndicaux: conquête ou revendication. D. 1969 chronique p. 197.
- Roche (G) la femme en droit du travail J.C.P. 1964 - 111870.
- Sinay. La suspension du contrat de travail à titre disciplinaire D. 1960 chronique 215.
- Sinay et Lyon Caen. La réintégration des représentants du personnel irrégulièrement licenciés J.C.P. 1970 Doctrine 2335.
- Yves Saint Jours. Réflexions sur la problème de la réintégration de représentants du personnel et des délégués syndicaux illégalement licenciés D. 1970 chronique p. 41.

notes

(٣) التعليقات على الأحكام

- pléssier. note sous cass soc. 8 Mars 1978 et 31 Mars 1978 D 1978. I.R. 388.
- Pagés (Janne). note sous cour d'appel Rennes. 27 avril 1978. D 1978, 101.
- Savatier. note sous cass ch. mixte 25 oct 1968. Dr. soc. 1969. 176 (Detouf).
- Savatier. note sous Soc. 22. avril 1970. Dr. soc. 1970. 524.

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم	رقم	الصفحة
مقدمة : التنظيم التشريعي لعمل النساء	٣ : ١	٧	
أهميته، مظهره		٧	
الأهمية	١	٩	
المظاهر	٢	١٤	
● خطة الدراسة : مطلب تمهيد وفصلان	٣		
المطلب التمهيدي			
الإجازات المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع في،			
القوانين المقارنة وفي القانون الكويتي		١٧	
— خطة الدراسة. فرعان	٤	١٧	
— الفرع الأول : الإجازات المستحقة للعاملات بمناسبة	١٩ : ٥	١٧	
الحمل والوضع في القوانين المقارنة			
أولاً : في قوانين الدول العربية	١٨ : ٦	١٧	
ثانياً : في القانون الفرنسي	١٩	٣٠	
— الفرع الثاني : تحليل التنظيم التشريعي للإجازات	٣٦ : ٢٠	٣٣	
المستحقة للعاملات بمناسبة الحمل والوضع في القوانين			
المقارنة، والملاحم الرئيسية لها في القانون الكويتي			
أولاً : التحليل في القوانين المقارنة	٢٠	٣٣	
ثانياً : الملاحم الرئيسية لهذه الإجازات في القانون الكويتي	٣٢	٤٥	

رقم الفقرة رقم الصفحة

- أهداف الإجازات المستحقة بسبب الحمل والوضع ... ٣٣ ٥٢
— التأصيل القانوني لهذه الإجازات ونتائجه ٣٤ ٥٣

الفصل الأول

- الدراسة التحليلية للإجازات المستحقة للعاملات بمناسبة
الحمل والوضع في القانون الكويتي ٣٧ ٥٩
— خطة الدراسة مبحثان ٣٧ ٥٩
المبحث الأول: المادة (٢٥) عمل أهلي
— خطة الدراسة: ثلاثة مطالب، ٣ ٥٩
المطلب الأول: إجازة الحمل ٣٩ ٦١
المطلب الثاني: إجازة الوضع ٥١ ٧٨
المطلب الثالث: الإجازة بسبب مرض نتيجة للحمل والوضع .. ٥٧ ٨٦
المبحث الثاني: المادة (٢٦) عمل أهلي ٦٤ ٩٧

الفصل الثاني

- مدى حق رب العمل في إنهاء عقد عمل العاملة الحامل ٧١ ١١٣
● تمهيد وخطة الدراسة: مبحثان ٧١ ١١٣
المبحث الأول: إنهاء عقد عمل العاملة الحامل في
القانون الفرنسي ٧٢ ١١٦
— خطة الدراسة: مطلبان ٧٢ ١١٦
المطلب الأول: القاعدة: حظر إنهاء عقد عمل العاملة
الحامل ٧٣: ٨١ ١١٧
المطلب الثاني: الاستثناءات ٨٢ ١٣٦

رقم الفقرة رقم الصفحة

١٤٢	٨٦	المبحث الثاني: إنهاء عقد عمل العاملة الحامل في القانون الكويتي
١٤٢	٨٦	— خطة الدراسة: مطلبان
١٤٢	٨٧	المطلب الأول: موقف القضاء
١٥٠	٩١	المطلب الثاني: رأينا في الموضوع
١٥٩	٩٦	خاتمة
١٦٣		قائمة المراجع
		الفهرس