

أهم الأسباب التي تحد من هيكله القوى العاملة الوطنية في ظل قانون العمل الكويتي الجديد(*)

الدكتور/ خالد عطشان الضفيري
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

قانون العمل الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ يسعى إلى تحقيق العديد من الأهداف، أهمها إعادة هيكلة القوى العاملة الوطنية وذلك من خلال حث العمالة الوطنية على الاتجاه نحو العمل في القطاع الخاص لإحلالها محل القوى العاملة الوافدة.

من خلال هذا البحث نبين مدى الاستحالة القانونية لهيكله القوى العاملة الوطنية وذلك لأسباب تتعلق بما يأتي أولاً - المرحلة السابقة على إبرام عقد العمل؛ فلا يزال لصاحب العمل مطلق الحرية الكاملة، دون أية قيود، في عملية اختيار العمالة الباحثة عن عمل في القطاع الخاص، ولا يزال لصاحب العمل السلطة في تحديد طبيعة عقد العمل المراد إبرامه مع العامل. ثانياً - مسألة ضعف الحماية القانونية التي يتمتع بها العامل في مواجهة خطر انتهاء عقد عمله. لذلك تم تقسيم البحث بحسب خطته إلى المقدمة، والمبحث الأول بعنوان: الأسباب المتعلقة بتكوين عقد العمل، والمبحث الثاني بعنوان: الأسباب المتعلقة بانتهاء عقد العمل.

(*) أجاز البحث بتاريخ ١٢/٦/٢٠١٢م.

أهمية البحث:

تبقى هيكلة القوى العاملة الوطنية - من خلال حثها على العمل في القطاع الخاص - من الموضوعات المهمة التي ينبغي التطرق لها لبيان أهم المعوقات القانونية التي تعكس عزوفها في دولة الكويت عن العمل في القطاع الأهلي والاتجاه دائماً نحو العمل في القطاع الحكومي، إلا أن أهمية البحث في موضوع أهم الأسباب القانونية التي تحد من هيكلة قوة العمل الوطنية - خصوصاً في القانون الكويتي - ترجع - في حقيقة الأمر - إلى مجموعة من الاعتبارات، أسهمت في الوقت ذاته في اختيار الموضوع محل البحث، ونورد من تلك الاعتبارات أولاً: تفاقم ظاهرة العزوف شبه الكلي للعمالة الوطنية من الأسباب التي دفعت المشرع الكويتي، بالقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٠ في شأن دعم العمالة الوطنية وتشجيعها على العمل في الجهات غير الحكومية - إلى تبني فكرة الدعم المالي التي تقوم على إلزام الحكومة منح من يعمل في الجهات غير الحكومية بعض العلاوات المالية إضافة إلى تقديم الدعم المالي والعيني للجهات غير الحكومية التي تقوم بتشغيل تلك العمالة؛ وذلك لتجنب الآثار السلبية المترتبة على تكس قوة العمل الوطنية في الجهات الحكومية. فالمشرع بذلك القانون تبني طريقة أو وسيلة دعم يسعى من خلالها إلى تجنب ما قد يترتب على الإخلال في هيكلة قوة العمل الوطنية من مخاطر وآثار سلبية في مواجهة المجتمع، كالبطالة وتحميل موازنة الدولة أعباء مالية ضخمة. فإلى جانب الدعم المالي لكل من العمالة الوطنية والجهات غير الحكومية تظهر أهمية موضوع البحث، على اعتبار أن دعم العمالة الوطنية وتشجيعها على العمل في الجهات غير الحكومية بمقتضى القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٠ لا يعني زوال المعوقات القانونية التي تحد من توجه العمالة الوطنية للعمل في الجهات غير الحكومية. فالقانون المشار إليه يبقى جزءاً من مجموعة تشريعات عمالية، أهمها قانون العمل في القطاع الأهلي - تخضع له العمالة الوطنية، وقد تتضمن قواعد وأحكاماً تحد من هيكلة قوة العمل الوطنية. فما أهمية قانون دعم العمالة الوطنية في إعادة هيكلة القوى العاملة وتحقيق الاستخدام الأمثل للموارد البشرية

الوطنية وتفعيل دور القطاع الخاص كشريك في عملية التنمية الإدارية وفي استيعاب القوى العاملة الوطنية في ظل وجود تشريعات عمالية قد تكون غير قادرة على تحقيق تلك الأهداف^(١).

وثاني تلك الاعتبارات: أن من أهم الأهداف التي دفعت المشرع الكويتي إلى تبني قانون جديد ينظم العلاقة العمالية - القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ في شأن العمل في القطاع الأهلي - السعي إلى إحلال الأيدي العاملة الوطنية محل القوى العاملة الوافدة؛ حيث تشير المذكرة الإيضاحية لقانون العمل الجديد إلى أن المشرع أخذ بالرأي المناهض بضرورة إصدار قانون عمل جديد، وليس مجرد تعديل نصوص القانون القائم، " لكي يتناسب مع ظروف المرحلة الحالية بما يطرأ عليها من مستجدات على أن يوضع في الحسبان عند إعداد مشروعه التطلع إلى المستقبل وتحقيق الهدف بإحلال الأيدي العاملة الوطنية محل القوى العاملة الوافدة - كلما أمكن ذلك - وهو الأمر الذي يعد هدفاً رئيساً من أهداف الدولة يتعين الوصول إليه " ^(٢).

مقدمة :

إذا كان الهدف من إصدار قانون العمل الجديد هو التناسب مع ظروف المرحلة الحالية بما يطرأ عليها من متغيرات اجتماعية واقتصادية تشهدها دولة الكويت، فإن التساؤل المطروح هنا هو: ما الجديد في قانون العمل الجديد؟ بمعنى آخر ما الأحكام المستحدثة في القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ التي يمكن من خلالها تحقيق هدف رئيس تسعى الدولة إلى تحقيقه ألا وهو إحلال العمالة الوطنية محل العمالة الوافدة؟

(١) في خصوص القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٠ بشأن دعم العمالة الوطنية للعمل في الجهات غير الحكومية، انظر بحثنا، نطلق تطبيق قانون دعم العمالة الوطنية: تعليق على القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠، مجلة الحقوق، العدد ٢ - السنة ٣٥، يونيو ٢٠١١، ص ٩٥.

(٢) انظر في ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ في شأن العمل في القطاع الأهلي.

بالنظر إلى نصوص قانون العمل الجديد التي أصبحت ١٥٠ مادة بدلاً من ٩٨ مادة في القانون السابق، وبشكل خاص النصوص المستحدثة - يمكن ملاحظة أن المشرع الكويتي لم يأت بما يجعل القطاع الأهلي شريكاً فعلياً في عملية التنمية البشرية. بالتأكيد لا يمكن إنكار أهمية تلك النصوص في إطار العلاقات العمالية بشكل عام إلا إنه يمكن التقليل أو حتى إنكار أهميتها بخصوص إمكانية تحقيق هيكلة القوى العاملة الوطنية. فالمشرع الكويتي ركز - بشكل أساسي، فيما يتعلق بمصلحة العمال في القانون الجديد - على منح بعض المزايا أو زيادة الحقوق العمالية، وذلك من خلال زيادة التزامات صاحب العمل. فالمادة ٢٤ منه - على سبيل المثال - نصت على استحقاق المرأة لإجازة حمل مدفوعة الأجر لا تحسب من إجازاتها الأخرى لمدة سبعين يوماً للوضع، مع وجوب منحها، وفقاً للمادة ٢٥، ساعتين للرضاعة في أثناء العمل. كما نصت المادة ٧٧ من قانون العمل الجديد على أحقية العامل في حالة وفاة أحد أقاربه من الدرجة الأولى أو الثانية إجازة بأجر كامل مدتها ثلاثة أيام. وللمرأة العاملة المسلمة التي يتوفى زوجها الحق في إجازة عدة بأجر كامل لمدة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة. وتمنح المرأة العاملة غير المسلمة المتوفى عنها زوجها إجازة لمدة واحد وعشرين يوماً مدفوعة الراتب. كما ألزم المشرع صاحب العمل، بمقتضى المادة ٩٠، تعويض العامل عن إصابات العمل التي تقع للعامل في أثناء العمل أو بسببه أو في الطريق إلى العمل والعودة منه. ومن تلك النصوص يتضح أن أغلب الأحكام المستحدثة في قانون العمل الجديد تتعلق بما يرتبه عقد العمل من آثار في مواجهة العامل كإجازات والتزام صاحب العمل بتعويض العامل عن إصابات العمل دون استحداث أحكام تتناول العقد ذاته الذي يرتب تلك الآثار.

ونتساءل هنا عن كيفية إمكانية تحقيق هيكلة قوة العمل الوطنية من خلال حثها على العمل في القطاع الأهلي مادام المشرع العمالي يؤكد في الوقت ذاته أحقية صاحب العمل في الحصول على أذن عمل لتشغيل عمالة أجنبية. فإذا كانت المادة ١٠ من قانون العمل الجديد تحظر على صاحب العمل تشغيل عمالة أجنبية ما

لم تأذن لهم الجهة المختصة بالعمل لديه، فإن المادة ١١ من القانون ذاته تحظر على الوزارة والجهة المختصة أن تمارس أي تمييز أو تفضيل في المعاملة بين أصحاب العمل في منح أذن العمل أو التحويل وذلك بمنحها لبعضهم وإيقافها للبعض الآخر تحت أية ذريعة أو مبرر. فالوزارة والجهة المختصة تكون، بمقتضى نص المادة ١١، ملزمة عدم التفرقة في منح أذن العمل بين أصحاب العمل فلا يجوز أن تمنح أذن العمل للبعض وترفض للبعض الآخر أياً كانت المبررات. فموافقة الوزارة والجهة المختصة بمنح إذن عمل لصاحب عمل لعدم وجود عمالة وطنية باحثة عن عمل أو لمجرد كونه ملتزماً بنسبة العمالة الوطنية التي ينبغي أن تعمل لديه تعني وجوب الموافقة بالمنح لصاحب عمل آخر حتى في حالة وجود عمالة وطنية باحثة عن عمل، على الرغم من عدم التزامه بنسب العمالة الوطنية المحددة بقرارات مجلس الوزراء.

ولهذا يكون الأصل العام في خصوص أذن العمل هو ما تقضي به المادة ١١ من وجوب المنح لعدم إمكانية التفضيل في ذلك بين أصحاب العمل، وحظر تشغيل العمالة الأجنبية الذي تقضي به المادة ١٠ يكون هو الاستثناء، وهو حظر يتوقف فقط على الحصول على إذن سيمنح بالتأكيد من قبل الوزارة والجهة المختصة على اعتبار أن منح الإذن هو الأصل العام. وتأكيداً على أن الأصل العام هو منح أذن العمل لتشغيل العمالة الأجنبية فإن المادة ١١ لا تجيز للوزارة لأسباب تنظيمية وقف إصدار أذن العمل والتحويل لمدة تزيد على أسبوعين في السنة.

إن كان إحلال الأيدي العاملة الوطنية محل القوى العاملة الوافدة من أهم الأهداف التي دفعت المشرع الكويتي إلى تبني قانون عمل جديد ينظم العلاقة العمالية فإن تحقيق ذلك يقتضي وضع الحد الأدنى اللازم والمتمثل بتوفير الحماية القانونية التي يترتب عليها - بطبيعة الحال - توفير حماية اجتماعية لطبقة العمال. ومن أهم الأسباب القانونية التي ينبغي تجاوزها لحث العمالة الوطنية على العمل في القطاع الأهلي الأسباب المتعلقة بتكوين عقد العمل (المبحث الأول) والأسباب المتعلقة بانتهاء عقد العمل (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الأسباب المتعلقة بتكوين عقد العمل

من الملاحظ أن المشرع الكويتي في قانون العمل الجديد لم يتابع التطور في نظرية العقد، الذي حد من الحرية العقدية التي تقوم على مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين "، فلا يزال صاحب العمل يتمتع بالحرية المطلقة دون أية قيود فيما يتعلق بالمرحلة السابقة على إبرام عقد العمل، بمعنى أن المشرع الكويتي لم يأخذ بعين الاعتبار أهمية المرحلة التي تسبق وقت إبرام العقد والمتعلقة بعملية اختيار العمالة، كما أن المشرع لم يحدد نطاق عقود العمل. فحث العمالة الوطنية على العمل في القطاع الأهلي كان يقتضي من المشرع الكويتي استحداث بعض القواعد الآمرة التي تحكم العقد، ليس وقت إبرامه فقط بل في المراحل التي تسبق إبرامه أيضاً.

المطلب الأول

الحرية المطلقة لصاحب العمل في اختيار العمالة

التصرف القانوني المتمثل بإبرام عقد العمل من عدمه يكون في إطار ممارسة بعض الحقوق الأساسية، كالحق في العمل، وحرية العمل. وعلاقة العمل علاقة ذات طابع شخصي تفترض وجود قدر من الحرية لكل متعاقد في اختيار من يتعاقد معه^(٣). فالعامل يبقى - بالتأكيد - حراً في اختيار عمله، مادام له الحرية أصلاً في عدم العمل، مع مراعاة أن تلك الحرية قد تكون خاضعة لبعض القواعد المقيدة لها كتلك القواعد القانونية المتعلقة بالتعويض عن البطالة في بعض التشريعات^(٤).

(٣) انظر،

F. Gaudu et R. Vatinet, Les contrats du travail, L.G.D.J, 2001, n°43, p. 53.

(٤) القانون الفرنسي، انظر في ذلك،

Not. Willmann, L'identité juridique du chômeur, Bibl. De droit privé, t. 32, LGDJ 1998, préf. A. Lyon-Caen ; Lise Casaux-LABRUNEE, « Qu'est-ce qu'un chômeur ? ». Dr. soc. 1996. 577.

وكذلك الحال بالنسبة إلى صاحب العمل، فهو حر في خلق فرص عمل من عدمه، كما أنه حر في اختيار عماله، وهذه الحرية تظهر الطابع الشخصي caractère personnel لعقد العمل. وحرية صاحب العمل في اختيار عماله تبقى - حتى في حالة الإعلان عن العمل - الموجه للجمهور، فهذا الإعلان ما هو إلا دعوة للتعاقد وليس إيجاباً يحتاج إلى قبول لانعقاد العقد^(٥).

ومع ذلك، فإن حرية صاحب العمل في تشغيل العمالة ليست حرية مطلقة وإنما حرية ترد عليها بعض القيود القانونية التي أوردها المشرع في قانون العمل الجديد. في المادة ١٠ منه المتعلقة بتشغيل العمالة الأجنبية تنص على أنه يحظر على صاحب العمل تشغيل عمالة أجنبية ما لم تأذن لهم الجهة المختصة بالعمل لديه ويصدر الوزير قراراً بالإجراءات والمستندات والرسوم التي يتعين استيفاؤها من صاحب العمل، وفي حالة الرفض يجب أن يكون قرار الرفض مسبباً. ويتضح من ذلك النص أن المشرع استوجب حظر تشغيل العمالة الأجنبية كمبدأ عام، ولا يرفع عنهم هذا الحظر، إلا بشروط معينة^(٦)، يستهدف بذلك تحقيق غاية مزدوجة، تقوم على تمكين الحكومة من الرقابة على عملهم في البلاد، وعدم منافسة العمالة الأجنبية للعمالة الوطنية.

كما فرض المشرع الكويتي بعض القيود على جميع العمال: وطنيين وأجانب، الذين يخضعون لقواعد قانون العمل، وذلك باعتبارها قيوداً ترجع للعديد من الاعتبارات. فالمادة ١٩ من قانون العمل الجديد تحظر تشغيل من يقل سنهم

(٥) انظر:

F. Gaudu et R. Vatinet, ouvrage préc., n°45, p. 54.

(٦) ارتأى المشرع الكويتي في قانون العمل الجديد عدم الدخول في تفاصيل وشروط أو إجراءات تشغيل الأجانب. وإنما فوض فيها وزير الشؤون الاجتماعية والعمل بإصدار القرارات المنظمة لشروط استخدام العمالة الوطنية في القطاع الأهلي، ومنها ما يتعلق بتنظيم أنونات العمل والإجراءات اللازمة لصدورها أو إلغائها وشروط انتقال الأيدي العاملة من صاحب عمل إلى آخر. انظر: خالد الهندياني، عبدالرسول عبد الرضا، شرح أحكام قانون العمل الكويتي الجديد، الطبعة الأولى - الكويت / ٢٠١٠، ص ١٧٨.

عن خمس عشرة سنة ميلادية. والمادة ٢٢ تمنع تشغيل النساء ليلاً في الفترة ما بين العاشرة مساءً والسابعة صباحاً، وتستثنى من ذلك المستشفيات والمصحات ودور العلاج الأهلية والمؤسسات الأخرى التي يصدر بها قرار من وزير الشؤون الاجتماعية والعمل، على أن تلتزم جهة العمل في جميع الحالات المشار إليها في هذه المادة بتوفير متطلبات الأمن لهن مع توفير وسائل انتقالهن من جهة العمل وإليه. كما تستثنى من أحكام هذه المادة ساعات العمل خلال شهر رمضان المبارك. وتحظر المادة ٢٣ من قانون العمل تشغيل المرأة في الأعمال الخطرة أو الشاقة أو الضارة صحياً، كما يحظر تشغيلها في الأعمال الضارة بالأخلاق، التي تقوم على استغلال أنوثتها بما لا يتفق مع الآداب العامة، وكذلك يحظر تشغيلها في الجهات التي تقدم خدماتها للرجال فقط.

ويتضح من تلك النصوص أن القيود التي فرضها المشرع العمالي تهدف إلى منع تشغيل بعض الفئات من العمالة لاعتبارات إنسانية لا لقيود تتعلق بأسس اختيار العمالة أو كفاءته. فالمشرع الكويتي لم يفرض أي نوع من القيود على عاتق صاحب العمل فيما يتعلق بمسألة اختيار العمالة، ولهذا فإن المشرع يأخذ بمبدأ السلطة المطلقة لصاحب العمل في عملية الاختيار. فلم يشأ المشرع الكويتي أن يقيد صاحب العمل أو يلزمه اتباع وسائل معينة تحد من حريته في تشغيل من يحتاج إليهم من العمالة للعمل لديه، كإلزامه الإعلان عن حاجته للعمالة بوسائل محددة، وبالتعاقد من بين المتقدمين وفقاً لضوابط معينة، أو إلزامه التعاقد عن طريق المسابقات مع التقيد بنتائج هذه المسابقات، أو إجراء مقابلات للاختيار من بين المتقدمين على أسس محددة.

وإذا كانت عملية اختيار العمالة تخضع لسلطة صاحب العمل، فإن معيار الاختيار قد يكون خاضعاً لاعتبارات شخصية لا على أسس موضوعية معينة؛ بمعنى أن عدم الاختيار يكون على أساس التمييز بين المتقدمين للحصول على العمل. فالواقع يظهر لنا أن عدم اختيار صاحب العمل لبعض من العمالة يقوم على مبدأ التمييز وليس على أساس العدالة والمساواة وتكافؤ الفرص للحصول على العمل. فمن المتصور أن يكون عدم الاختيار على أساس الأصل أو العائلة

أو الجنس أو المذهب الديني دون أن يكون لعناصر الكفاءة، الشهادة العلمية، التخصص الفني أو الخبرة المهنية، أي اعتبار يذكر.

فالعادلة تقتضي منع عملية التمييز عند اختيار العمالة؛ الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي إلى تقييد سلطة صاحب العمل في اختيار العمالة المطلوبة للعمل. فالمادة L. 1132-1 من قانون العمل الفرنسي تنص على أنه " لا يمكن أن يستبعد الشخص من إجراءات الاختيار... بسبب أصله، جنسه، حالته العائلية، انتمائه العرقي، القومي، آرائه السياسية، نشاطه النقابي، أو التعاوني، أو لمعتقداته الدينية، ماعدا عدم القدرة، المحدد من قبل طبيب العمل، بسبب حالته الصحية أو للإعاقة... فكل تصرف أو عمل مخالف لذلك يكون باطلاً بقوة القانون في مواجهة العامل" ^(٧).

ولتحقيق مبدأ عدم التمييز principe de non-discrimination خلال عملية الاختيار فرض المشرع الفرنسي عقوبات جزائية تطبق في حالة عدم الاختيار لأسباب أو لاعتبارات عنصرية^(٨). كما أخذ المشرع الفرنسي بمبدأ المساواة المهنية l'égalité professionnelle بين الرجل والمرأة؛ بحيث تكون إمكانية الحصول على فرصة العمل متاحة للجنسين، فالمادة L.1142-1 من قانون العمل تمنع صاحب العمل، ما عدا الحالات التي يكون فيها جنس العامل (رجل أو امرأة) شرطاً جوهرياً لممارسة العمل أو النشاط المهني، أن

(٧) نص المادة L.1132-1 باللغة الفرنسية:

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement...en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossess, de ses caractéristique génétiques, de son appurtenance ou de sa non-appartenance, vraie ou suppose, à une ethnie, une nation,une race, de ses opinions politique,de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physiques, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».

(٨) Article 225-1 et 225-2 du Code penal. V. Alain Cœuret et Elisabeth Fortis, Droit penal du travail, Litec, n°796 et s.

يشير في الإعلان عن العمل offer d'emploi، أيًا كانت طبيعة عقد العمل المراد إبرامه، أو في أي شكل من أشكال الإعلان المتعلق بالبحث عن عمالة، إلى الجنس أو الحالة العائلية للشخص المطلوب للعمل^(٩). كما أن المشرع الأوروبي - بمقتضى مبدأ عدم التمييز - ذهب إلى ضرورة المساواة بين الجنسين^(١٠)، وضرورة احترام المساواة في المعاملة بين مواطني الدولة ومواطني الاتحاد الأوروبي؛ بحيث لا يجوز أن يتعرض أو يخضع مواطنو الاتحاد الأوروبي للفرقة على أساس الجنسية. فالشخص أيًا كانت جنسيته الأوروبية تكون له القدرة على إبرام نفس طبيعة عقد العمل بالنسبة لمواطني الدولة^(١١).

ويجب ملاحظة أنه قد يكون من السهل عدم احترام مبدأ عدم التمييز بسبب صعوبة الإثبات؛ حيث إن عدم التمييز يشير، كأصل عام، إلى تصرف موضوعي مشروع يصبح غير مشروع نتيجة سبب ذلك التصرف^(١٢).

(٩) فالمادة L.1142-1 من قانون العمل الفرنسي تنص على الآتي :

« Sous réserve des dispositions particulières du présent code, nul ne peut : 1° Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché. Cette interdiction est applicable pour toute forme de publicité relative à une embauche et quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé ;... ».

(١٠) وهو ما نص عليه أيضاً المشرع الفرنسي في المادة L.1225-1 du Code du travail

من عدم استطاعة صاحب العمل الأخذ بعين الاعتبار حالة الحمل كسبب لعدم إبرام عقد العمل مع المرأة أو فسخ العقد.

Selon l'article L. 1225-1 du Code du Travail « l'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail résilier ».

(١١) V. G. et A. Lyon-Caen, Droit social européen, Précis Dalloz, 8^{ed.}, p. 297 et 209; P. Rodière, Droit social de l'Union européenne, LGDJ, 1998, p. 173; B. Teyssie, Droit européen du travail, Litec, 2000, n°216 et s. (égalité entre les sexes) et n°325 et s. (non-discrimination en fonction de la nationalité).

(١٢) انظر:

F. Gaudu et R. Vatinet, ouvrage préc., n°48, p. 59.

إلى وقت قريب، كان عبء إثبات كون العامل ضحية تمييز غير مشروع يقع على عاتق العامل الذي يجب عليه إظهار الحقيقة. وإثبات ذلك في أغلب الأحوال صعب إن لم يكن مستحيلاً؛ حيث إن نية التمييز تبقى أمراً خفياً لدى صاحب العمل^(١٣). إلا أن حماية المرشح للعمل اقتضت ضرورة تسهيل عملية إثبات التمييز. فالمحكمة الأوروبية رأت أن هناك قرينة *présomption* يجب على صاحب العمل إثبات عكسها^(١٤). وهو ما أخذ به المشرع الأوروبي في قانون ١٥ ديسمبر ١٩٩٧ المتعلق بعبء الإثبات في حالات التمييز على أساس الجنس؛ بحيث يكون على عاتق المدعى عليه (صاحب العمل) عبء إثبات عدم الإخلال بمبدأ المساواة في المعاملة، في كل حالة يثبت فيها المتضرر (المرشح للعمل) وقائع تسمح بافتراض وجود تمييز مباشر أو غير مباشر^(١٥).

(١٣) وقلة العقوبات الجزائية التي تم تطبيقها على أساس التمييز ترجع إلى الإهمال من قبل صاحب العمل المتمثل بالإقرار في ممارسة نوع من التمييز. فالحكم الصادر بتاريخ ١٤ أكتوبر ١٩٨٤ من محكمة النقض الفرنسية يبين أن إدانة صاحب العمل كانت من خلال الرسالة التي قام بإرسالها للعامل، والتي توضح أنه لم يتم اختياره للعمل، على الرغم من اجتيازه فترة التجربة بنجاح، كان بسبب كونه مغربي الجنسية. V. Cass. crim. 14 oct. 1986; V. aussi Cass.crim. 14 nov. 1989, Bull. Crim. n°416; voir aussi Cass. crim. 14 nov. 1989, Bull.crim, n°416: offre d'emploi mentionnant « éviter le personnel de couleur ».

(١٤) V. M.-T. Lanquetin, « La prevue de la discrimination, L'apport du droit communautaire », Dr. soc. 95.435.

(١٥) V. M.-T. Lanquetin, « Discrimination à raison du sexe. Sur la directive 97/80 du 15 déc. 97 relative à la charge de la prevue », Dr. soc. 98. 688. voir aussi L'article L. 122-45 du Code du travail qui dispose qu' « En cas de litige relative à l'application des alinéas precedents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des elements de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu des ces elements, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa decision est justifiée par des elements objectifs étrangers à toute discrimination ».

وانسجاماً مع التوجه لهيكلة القوى العاملة الوطنية من خلال حثها على العمل في القطاع الأهلي، كان من المفترض على المشرع الكويتي في قانون العمل الجديد أن يضع العديد من القواعد القانونية مضمونها تكريس مبدأ عدم التمييز لتقييد سلطة صاحب العمل في اختيار العمالة من بين المتقدمين للعمل. فسلطة صاحب العمل في اختيار العمالة من المهم جداً تقييدها، على الأقل كمبرر للدعم المادي الذي تحصل عليه الجهات غير الحكومية من الحكومة وفقاً لقانون دعم العمالة الوطنية، فعملية التمييز سبب من الأسباب التي تمنع العمالة الوطنية من الاتجاه نحو القطاع الأهلي الذي تنعدم فيه ضوابط الاختيار الموضوعية. فتلك الضوابط هي التي تجعل قوة العمل الوطنية تفضل العمل في القطاع الحكومي ولا سيما أن التعيين في هذا القطاع يقوم على ضوابط محددة تتسم بالشفافية وإعطاء كل ذي حق حقه.

فالترشيح للوظائف المطلوبة من الجهات الحكومية يكون وفق معايير موضوعية بما يحقق تكافؤ الفرص والمساواة والعدالة بين الجميع لمن تتوفر فيه شروط التعيين. فالتعيين في الوزارات والجهات الحكومية أصبح مركزياً من قبل ديوان الخدمة المدنية. فالوزارات والإدارات الحكومية تقوم بموافاة ديوان الخدمة المدنية خلال خمسة عشر يوماً باحتياجاتها من العمالة الوطنية موزعة بحسب مستوى التأهيل والتخصص، ثم يقوم الديوان خلال عشرة أيام بتحليل تلك الاحتياجات وتحديد العدد لكل تخصص، الذي يمكن تعيينه في كل جهة دون تجاوز عدد الوظائف في كل درجة بالاعتماد التكميلي. بعد ذلك، يتم الإعلان عن الوظائف والمؤهلات العلمية المطلوبة لشغلها على فترتين خلال السنة المالية، وتعلق بشكل بارز في ديوان الخدمة المدنية على أن يتم توزيع احتياجات الجهات على هاتين الفترتين وبحدود ما يسمح به الاعتماد التكميلي وتعلن نتائج التوظيف. على أن الترشيح للوظائف المطلوبة يكون وفق معايير موضوعية تشمل الدرجة العلمية ونوع المؤهل وتاريخ الحصول عليه واستيفاء الشروط الأخرى المطلوبة بما يحقق تكافؤ الفرص والمساواة والعدالة بين الجميع وينسجم مع احتياجات كل جهة. وتقتصر الاستثناءات فيما يخص

الكويتيين الحاصلين على شهادة الثانوية العامة وما دونها على بعض الفئات، منها: من تجاوز سنّه ٢٥ سنة، المتزوج والمتزوجة والمطلقة والأرملة، الحاصلون على دورات تدريبية من معاهد القطاع الخاص شريطة ألا تقل مدة الدورة عن عام تدريبي (٩ أشهر متصلة) تعتمد عليها الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب. وفي جميع الأحوال يجب ألا يكون طالباً مقيداً في الجامعة أو إحدى الكليات أو المعاهد بالهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب وأن يكون قد مضى على تركه الخدمة في الجهاز الحكومي سنة كاملة^(١٦). ولهذا فإن مبدأ حرية الإرادة في شغل الوظائف العامة عن طريق التعيين لم يعد هو الأصل العام^(١٧).

المطلب الثاني

عدم تحديد نطاق عقود العمل

يعتبر مبدأ استقرار العمل *stabilité de l'emploi* بالنسبة للعامل من أهم المبادئ العمالية في الوقت الحالي. فالعامل يريد العمل لأطول فترة زمنية ممكنة إلى حين انتهاء خدمته لسبب قانوني معين. وتكريس مبدأ استقرار العمل لن يكون ما لم يتم تقييد حرية صاحب العمل التي يتمتع من خلالها باختيار طبيعة عقد العمل المراد إبرامه. قد يكون من الصعب بالنسبة للمشرع العمالي تقييد سلطة صاحب العمل في الاختيار بين المتقدمين للحصول على فرصة العمل على اعتبار أن صاحب العمل يبقى حراً في اختيار من يعمل معه. ولكن السؤال المطروح هنا يتعلق بتحديد طبيعة عقد العمل، فهل تحديد طبيعة العقد تتوقف على إرادة المتعاقدين (العامل وصاحب العمل) أو وفقاً لاعتبارات وضوابط

(١٦) انظر في ذلك قرار مجلس الوزراء رقم ٥٥١ لسنة ١٩٩٩ المتعلق بتوظيف الكويتيين في الوزارات والإدارات الحكومية.

(١٧) انظر في تفاصيل نشأة نظام التوظيف المركزي وتطوره، أحمد وجدي، نظام التوظيف المركزي بدولة الكويت، ديوان الخدمة المدنية- المكتب الفني، الطبعة الأولى ٢٠٠٤. ص ٢١.

معينة؟ بمعنى هل إبرام عقد عمل غير محدد المدة أو محدد المدة يكون بحسب ما يتم الاتفاق عليه، أو إن طبيعة العقد المراد إبرامه يتم تحديدها بقوة القانون؟.

المشرع الكويتي في قانون العمل السابق والجديد لم يقم بتحديد نطاق عقود العمل بل جعل تحديد طبيعة عقد العمل بحسب ما يتم الاتفاق عليه بين صاحب العمل والعامل، فقد يكون عقد العمل عقداً غير محدد المدة أو محدد المدة. فالمادة ١٣ من قانون العمل السابق نصت على أنه "يجوز أن يكون العقد محدد المدة أو غير محدد المدة، فإن كان محدد المدة وجب أن لا تزيد مدته عن خمس سنوات، ومع ذلك يجوز تجديد العقد عند انقضائه". ونصت المادة ٢٨ من قانون العمل الحالي على أنه "يجب أن يكون عقد العمل ثابتاً بالكتابة ويبين فيه على وجه الخصوص تاريخ إبرام العقد، وتاريخ نفاذه، وقيمة الأجر...وسواء كان عقد العمل محدد المدة أو غير محدد المدة لا يجوز تخفيض أجر العامل خلال فترة سريان العقد..."^(١٨).

وإذا كان تحديد طبيعة عقد العمل يتم بحسب الاتفاق بين صاحب العمل والعامل، فإن مصلحة العامل تقتضي أن يكون عقد العمل غير محدد المدة بحيث يستمر في العمل لأطول مدة ممكنة إلى حين انتهاء عقد عمله لأحد الأسباب الواردة في القانون. بالمقابل، فإن مصلحة صاحب العمل، في بعض الحالات، تقتضي إبرام عقد عمل محدد المدة، وفي هذه الحالة إما أن ينتهي العقد بانقضاء مدته وإما أن يتجدد وفقاً لمصلحة صاحب العمل^(١٩).

(١٨) انظر المواد المتعلقة بتكوين عقد العمل الفردي من ٢٧ إلى ٣١ من قانون العمل الجديد. وكذلك المواد المتعلقة بانتهاء عقد العمل.

(١٩) تنص المادة ٣١ من قانون العمل الجديد على أنه "إذا كان عقد العمل محدد المدة وجب ألا تزيد مدته على خمس سنوات ولا تقل عن سنة واحدة ويجوز تجديد العقد عند انتهاء مدته بموافقة الطرفين". وتنص المادة ٣١ من القانون ذاته على أنه "إذا كان عقد العمل محدد المدة واستمر الطرفان في تنفيذه بعد انقضاء مدته دون تجديد اعتبر مجدداً لمدة مماثلة وبالشروط الواردة فيه ما لم يتفق الطرفان على تجديده بشروط أخرى، وفي كل الأحوال يجب ألا يمس التجديد مستحقات العامل المكتسبة التي نشأت عن العقد السابق".

وأمام تعارض هاتين المصلحتين ينبغي - في حقيقة الأمر - ترجيح مصلحة العامل المتمثلة في حاجته للاستمرار في العمل لأطول فترة زمنية ممكنة، فلا يجب أن يترك تحديد طبيعة عقد العمل، عقد عمل محدد المدة أو غير محدد المدة، للاتفاق بين صاحب العمل والعامل. فالعامل - بطبيعة الحال - طرف ضعيف في العلاقة العقدية لحاجته للعمل، ومن ثم سيخضع في الغالب لإرادة صاحب العمل فيما يتعلق بطبيعة عقد العمل المراد إبرامه. كما أن حث العمالة الوطنية على العمل في القطاع الأهلي من أجل تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في هيكلة القوى العاملة لن يكون إلا بتقييد إرادة صاحب العمل في اختيار طبيعة عقد العمل. ولهذه الاعتبارات، كان بإمكان المشرع الكويتي في قانون العمل الجديد أن يقيد حرية صاحب العمل باختيار طبيعة عقد العمل، وذلك من خلال تحديد نطاق كل من عقد العمل غير محدد المدة وعقد العمل محدد المدة؛ بحيث تكون عقود العمل غير محددة المدة كأصل عام، واستثناءً عقود عمل محددة المدة.

فمبدأ استقرار العمل، في القانون الفرنسي، جعل من عقود العمل غير محددة المدة هي الأصل العام، وعقود العمل محددة المدة هي الاستثناء. فعقد العمل - وفقاً للقواعد العامة - يجب أن يكون غير محدد المدة. ومادام عقد العمل محدد المدة يعتبر عقداً استثنائياً خروجاً على القواعد العامة، فإن المشرع الفرنسي، وفي سبيل تحقيق نوع من الرقابة الفعالة، فرض بعض الشروط الموضوعية والشكلية التي يجب توافرها لإمكانية إبرام عقد عمل محدد المدة^(٢٠).

ومن الشروط الموضوعية التي فرضها المشرع الفرنسي في قانون العمل وجود سبب motivation للجوء صاحب العمل إلى إبرام عقد عمل محدد المدة (عقد استثنائي) على خلاف ما هو مقرر وفقاً للقواعد العامة. ومن الملاحظ، أن تحديد وجود السبب من عدمه لإبرام عقد عمل محدد المدة لا يخضع للسلطة

(٢٠) انظر:

F. Gaudu et R. Vatinet, ouvrage préc., n°123, p. 124.

التقديرية لصاحب العمل. فالمشرع الفرنسي قد حدد نطاق عقد العمل محدد المدة، وذلك بتحديد الحالات التي يجوز فيها الرجوع إلى هذا النوع من العقود.

فالمادة L.1242-1 من قانون العمل الفرنسي تنص على أن عقد العمل محدد المدة، أيًا كان سبب إبرامه، لا يمكن أن يتعلق أو يرتب أثراً بالنسبة لعمل مرتبط بالنشاط الطبيعي المستمر للمشروع^(٢١). فلا يجوز إبرام عقد عمل محدد المدة إلا من أجل تنفيذ عمل محدد ومؤقت وفقاً للحالات المحددة بالمادة L. 1242-2. وبالرجوع للنص الأخير يتبين أن المشرع الفرنسي حدد الأسباب التي تبرر حق صاحب العمل في إبرام عقد عمل محدد المدة، وهي أسباب واردة على سبيل الحصر. فيكون لصاحب العمل إمكانية إبرام عقد عمل محدد المدة في حالة الإحلال *remplacement* وهي الحالة التي تستلزم إحلال عامل محل آخر لوجود نقص مؤقت في عدد العمالة بسبب الغياب، أو لكون عقد العمل عقداً موقوفاً لمرض عامل أو لإجازة أمومة بالنسبة للمرأة العاملة، أو نتيجة ترك العامل للعمل أو تقديم استقالته^(٢٢). وحالة الإحلال لا تقتصر فقط على إحلال عامل مكان آخر بل تمتد إلى رئيس المشروع الحرفي، الصناعي، التجاري، الزراعي أو أي شخص يمارس مهنة حرة *profession libérale*^(٢٣). كما يجوز إبرام عقد عمل محدد المدة في حالة كون طبيعة نشاط المنشأة تؤدي

(٢١) نص المادة L.1242-1 من قانون العمل الفرنسي :

" Le contrat de travail à durée détermine, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un employé lié à l'activité normale et permanents de l'entreprise. ½.

(٢٢) إحلال عامل جديد محل العامل المستقيل بعقد عمل مؤقت لن يكون إلا إذا كان مكان العمل الشاغر سيتم إلغاؤه بعد فترة بحيث ينتهي عقد العمل وقت إلغاء المكان الشاغر. كما يجوز إبرام عقد عمل محدد المدة لحين مباشرة العامل الذي تم اختياره بعقد عمل غير محدد المدة بدلاً من العامل الذي انتهت خدماته.

V. J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, Précis Dalloz, 26 éd., 2012, n°236, p. 271 ; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, Précis Dalloz, 22 éd., 2004, n°287, p. 373.

(٢٣) انظر نص المادة 5° et 4°-L. 1242-2 من قانون العمل الفرنسي.

بالضرورة إلى التنوع في النشاط الممارس Variation d'activite de l'entreprise، بحيث يجوز إبرام عقود عمل محددة المدة لأعمال موسمية^(٢٤) أو عند الزيادة المؤقتة في نشاط المشروع.

إضافة إلى ضرورة وجود سبب لإبرام عقد عمل محدد المدة وفقاً للحالات المذكورة أعلاه، يجب تحديد نهاية مدة العقد^(٢٥). كما أن الحد الأقصى لمدة العقد محددة، فالسقف الأعلى المسموح به يختلف من حالة لأخرى يتراوح من تسعة أشهر إلى سنتين^(٢٦). وخلال هذه المدة القصوى فإن التجديد محدد^(٢٧)، كل ذلك من أجل تأكيد ضرورة وجود السبب الدافع لإبرام عقد استثنائي.

وأجازت المادة 3-1242.L من قانون العمل الفرنسي بعض عقود العمل محددة المدة ذات الطبيعة الخاصة. فإلى جانب عقود العمل محددة المدة العادية "classique" - إن صح التعبير - ظهرت في الآونة الأخيرة أنواع مختلفة من عقود العمل محددة المدة التي تأخذ بعين الاعتبار، ليس طبيعة العمل الذي يقوم به العامل، وإنما ما يرد عليه العقد. فيجوز لصاحب العمل إبرام عقد عمل محدد المدة مع الأشخاص الذين لا يعملون وفقاً لما تقتضيه النصوص التشريعية والتنظيمية في هذا الخصوص. كما يجوز إبرام عقد عمل محدد المدة عندما

(٢٤) ولكن عندما يقوم العامل بالعمل كل سنة طوال فترة نشاط المشروع وكيف عقد العمل بأنه عقد غير محدد المدة.

V. Soc. 6 juin 1991, RJS 7/ 91, n°817; Soc. 2 févr.1994, Dr. soc. 1994. 372; Soc. 13 déc. 1995, RJS 2/96, n°101; Soc 7 avr. 1998, Dr. soc. 1998. 802.

(٢٥) ويستثنى من ذلك العقد المبرم وفقاً لحالة الإحلال بسبب الغياب أو لأعمال موسمية فيشترط أن ينص العقد على حد أدنى للمدة وإلا يكيف العقد المبرم بأنه عقد عمل غير محدد المدة.

V. Cass. soc. 26 oct. 1999, Liais. Soc., J 659, p.2.

(٢٦) ثمانية عشر شهراً من حيث المبدأ، ولكن بعض الأحيان أقل وبعض الأحيان أكثر إلى سنتين. انظر في ذلك نص المادة 8-1242.L من قانون العمل الفرنسي.

(٢٧) تقضي المادة 8-1242.L من قانون العمل بأن التجديد يكون لمرة واحدة وفقاً للشروط المتفق عليها.

la formation professionnelle) يكون الهدف من ذلك التدريب أو التأهيل المهني للعامل (٢٨).

بشكل عام، محل عقد العمل لا يكون إلا عمل العامل لحساب صاحب العمل مقابل حصوله على أجر. ولكن سياسة العمل والتدريب المهني أظهرت مجموعة من عقود العمل يختلف بعضها عن بعض وفقاً لمحل العقد. فقد يلتزم صاحب العمل - إضافة إلى دفع الأجر - بالقيام على تكوين العامل للحصول على دبلوم أو تأهيل معين من خلال عقد التدريب أو التأهيل المهني (٢٩). وقد يكون إبرام عقد عمل محدد المدة مبرراً لفئة معينة من العمالة التي تحت الدولة على تشغيلهم لاعتبارات إنسانية كما هو الحال لمن يكون في بطالة لفترة طويلة chômeur de longue durée أو يتقاضى مساعدات اجتماعية من الدولة (٣٠). ولحث أصحاب الأعمال على إبرام عقود عمل محددة المدة مع هذه الفئات تقوم

(٢٨) نص المادة 3-1242.L:

" Outre les cas prévus à l'article L. 1242-2, un contrat de travail à durée détermine peut être conclu: 1°Au titre de dispositions légales destinées à favoriser l'embauchage de certaines catégories de personnes sans employ; 2°Lorsque l'employeur s'engage, pour une durée et dans des conditions déterminées par décret, à assurer un complément de formation professionnelle au salarié ".

(٢٩) وفي الاتجاه نفسه نظم المشرع الكويتي في قانون العمل الجديد رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ هذا النوع من العقود في المواد من ١٢ إلى ١٨ من خلال عقد التلمذة والتدريب المهني. ويقصد بعقد التلمذة العقد الذي يبرم مع شخص أتم الخامسة عشرة من عمره يتعاقد مع المنشأة بقصد تعلم مهنة خلال مدة محددة وفقاً للشروط والقواعد التي يتفق عليها. ويقصد بعقد التدريب المهني الوسائل والبرامج النظرية والعملية التي تهيئ للعمال فرصة تطوير معلوماتهم ومهاراتهم وكسب مران عملي لصقل قدراتهم ورفع كفاءتهم الإنتاجية وإعدادهم لمهنة معينة أو تحويلهم لمهنة أخرى، ويتم التدريب في معاهد أو مراكز أو منشآت تحقق هذا الغرض.

(٣٠) إضافة إلى ذلك، انظر النصوص التالية في قانون العمل الفرنسي:

L. 5134-1 (contrat emploi-solidarité), L. 981-7 (contrat d'orientation), L. 5134-1 (emploi-jeunes).

الدولة بتقديم مساعدات عامة تتمثل، على سبيل المثال، في الإعفاء من النسبة المستحقة للضمان الاجتماعي *sécurité sociale*.

وبمقتضى نص المادة L. 3122-3 من قانون العمل الفرنسي قد يتخذ عقد العمل محدد المدة شكل عقد العمل الجزئي *contrat à temps partiel* الذي بين المشرع الفرنسي مجاله؛ وذلك لتحقيق نوع من التوازن العقدي *équilibre du contrat* ما بين مصلحة صاحب العمل والعامل^(٣١).

اعتبار عقد العمل محدد المدة - أيًا كان نوعه - عقداً استثنائياً على خلاف ما هو مقرر في القواعد العامة، يستوجب خضوعه لبعض الشروط الشكلية تخلفها يؤدي إلى ترتيب جزاء من طبيعة خاصة، كما سنرى لاحقاً. فعقد العمل محدد المدة يجب أن يكون عقداً مكتوباً^(٣٢) مع وجوب أن يتضمن البيانات التي حددها القانون؛ وذلك من أجل التسهيل فيما يتعلق بالمعلومات والرقابة. فالعديد من تلك البيانات قد يبين سبب إبرام صاحب العمل عقد عمل محدد المدة، إضافة إلى تسهيل عملية الإثبات بالنسبة لطرفي العلاقة العمالية. فالبيانات المتعلقة بمدة العقد وساعات العمل يجب ذكرها في العقد المبرم^(٣٣).

(٣١) انظر:

F. Gaudu et R. Vatinet, ouvrage préc., n°135, p. 130.

(٣٢) المادة L.1242-12 من قانون العمل، إضافة إلى بعض الشروط الأخرى الخاصة بالتسجيل بالنسبة لعقد التلمذة أو التدريب (L.6224-2).

(٣٣) بمقتضى نص المادة ٢٨ من قانون العمل الجديد " يجب أن يكون عقد العمل ثابتاً بالكتابة ويبين فيه على وجه الخصوص تاريخ إبرام العقد، وتاريخ نفاذه، وقيمة الأجر، ومدة العقد إذا كان محدد المدة، وطبيعة العمل، ويحرر من ثلاث نسخ تعطى واحدة لكل من طرفيه وتودع النسخة الثالثة بالجهة المختصة بالوزارة فإن لم يكن عقد العمل ثابتاً في محرر اعتبر العقد قائماً، ويجوز للعامل في هذه الحالة إثبات حقه بكافة طرق الإثبات ". ويتضح من هذا النص أن المشرع الكويتي - سواء كان عقد العمل محدد المدة أم غير محدد المدة - لم يستلزم شكلاً خاصاً لانعقاد عقد العقد على اعتبار أنه من العقود الرضائية. فالكتابة ليست شرطاً لازماً لانعقاد العقد وإنما كدليل لوجود العلاقة العمالية. فعدم كتابة العقد لا يترتب عليه بطلان العقد وإنما =

شرط الكتابة بالنسبة لعقد العمل محدد المدة يعتبر شرطاً لصحة الاستثناء من حكم القواعد العامة التي تقرر أن عقد العمل هو عقد غير محدد المدة، ومن ثم فعدم كتابة عقد العمل المحدد المدة يعني أن العقد المبرم يعتبر عقد عمل غير محدد المدة *le contrat est réputé conclu pour une durée indéterminée* وفقاً لنص L.1242-12 من قانون العمل الفرنسي. والغرفة العمالية لمحكمة النقض الفرنسية، تطبيقاً لهذا النص، ترى أن صاحب العمل لا يستطيع في حالة عدم كتابة العقد إثبات عكس القرينة القانونية - المتمثلة بكون عقد العمل يعتبر عقداً غير محدد المدة - وذلك من خلال إثبات وجود عقد عمل شفهي محدد المدة. فقرينة كون العقد يعتبر عقد عمل غير محدد المدة قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس *présomption irréfragable*^(٣٤). وتلك القرينة لا تقتصر على حالة عدم كتابة عقد العمل محدد المدة بل تمتد لتسري على حالة عدم ذكر البيانات التي استوجب القانون ذكرها^(٣٥)، كما تسري على جميع صور عقود العمل محددة المدة^(٣٦).

= يكون على طرفي العلاقة العمالية إثبات تلك العلاقة بجميع طرق الإثبات. انظر، الطعن ٢٠٠١/١٦٣ عمالي، جلسة ٢٨/١٠/٢٠٠٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الخامس، أبريل ٢٠٠٩، رقم القاعدة ٣١١. ص ٦٥٥. انظر كذلك، خالد الهندياني، عبد الرسول عبد الرضا، شرح أحكام قانون العمل الكويتي الجديد، الطبعة الأولى - الكويت / ٢٠١٠، ص ١٣٢.

(٣٤) Cass. soc. 12 nov. 1997, Bull. Civ. n°362; Dr. soc. 98. 75, obs. A. Jeammaud; Cass. soc. 24 nov. 98, Liais. Soc., J 611, p. 10.

(٣٥) Cass. soc. 19 nov. 1987, Bull. Civ. n°656; Dr. soc. 89. 367, note G. Poulain.

(٣٦) ويستثنى من ذلك عقد العمل الجزئي *Le contrat de travail à temps partiel*، فالقضاء الفرنسي يسمح لصاحب العمل بإثبات أن العقد المبرم عقد عمل جزئي على الرغم من عدم كتابة ذلك العقد، وذلك من خلال إثبات مدة العقد وساعات العمل وإلا كان عقد العمل عقداً كاملاً *un contrat à plein temps* وليس جزئياً.

Voir, Cass. soc. 25 oct. 1990, CSBP 90. 277, A 62; Cass. soc. 7 nov. 95, Liais. Soc., J 480, p. 1; Cass. soc. 12 nov. 97, Dr. soc. 98. 75, obs. Jeammaud; Cass. soc. 2 févr. 2000, Liais. Soc., J 663, p. 3. Soc., 29 janv. 1997, Bull. Civ. n°39, Dr. soc. 97. 311, obs. Favennec-Hery; Soc., 31 mars 99, Liais. Soc., J 628, p. 4.

وإذا كان المشرع الفرنسي حدد الحالات التي يجوز فيها لصاحب العمل إبرام عقد عمل محدد المدة فإنه في بعض الحالات الأخرى حظر اللجوء إلى إبرام هذا النوع من العقود. وقد يكون هذا الحظر دائماً أو مؤقتاً. ومن حالات الحظر الدائم، عدم جواز إبرام عقد عمل محدد المدة من أجل إحلال عامل محل آخر عندما يكون عقد عمل العامل الأخير موقوفاً نتيجة نزاع عمالي جماعي^(٣٧). وكذلك، عدم جواز إبرام عقود عمل محددة المدة تتعلق بالأعمال الخطرة التي يتم تحديدها بقرار وزاري^(٣٨).

ومن حالات الحظر المؤقت، عدم استطاعة صاحب العمل إبرام عقد عمل جديد محدد المدة من أجل تشغيل عامل محل عامل انتهى عقد عمله محدد المدة. وحتى يستطيع صاحب العمل إبرام عقد عمل جديد محدد المدة يجب أن يمضي على انتهاء عقد العمل السابق فترة تعادل ثلث مدة هذا العقد^(٣٩). فإذا كانت مدة عقد العمل الأول ستة أشهر، فإن صاحب العمل بعد مضي شهرين على انتهاء عقد العمل الأول يستطيع إبرام عقد عمل جديد محدد المدة. وكذلك، يحظر إبرام عقود محددة المدة خلال فترة ستة الأشهر التالية لفصل العامل بسبب اقتصادي من أجل إحلال عامل محل العامل المفصول^(٤٠).

وينبغي التذكير هنا - كما أشرنا سابقاً - بالمادة L.1242-1 من قانون العمل الفرنسي التي تنص بشكل صريح على أن عقد العمل محدد المدة، أيّاً كان سبب إبرامه، لا يمكن أن يتعلق أو يرتب أثراً بالنسبة لعمل مرتبط بالنشاط الطبيعي المستمر للمشروع. بمعنى آخر، فإن عقود العمل محدد المدة لا تكون إلا بالنسبة للأعمال المؤقتة بطبيعتها أو لسبب معين.

(٣٧) نص المادة L.1242-6 من قانون العمل الفرنسي.

(٣٨) نص المادة L.1242-6 من قانون العمل الفرنسي.

(٣٩) V. J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, Droit du travail, précis Dalloz, 26^{éd.}, 2012, n°237, p. 276. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, ouvrage pré., p. 376.

(٤٠) نص المادة L.1242-5 من قانون العمل الفرنسي.

عند تخلف الشروط الموضوعية والشكلية التي استلزمها المشرع الفرنسي بالنسبة لعقد عمل محدد المدة فإن العقد المبرم - وفقاً للمادة L.1245-1 من قانون العمل الفرنسي- يعتبر عقد عمل غير محدد المدة. فإعادة تكييف العقد requalification du contrat من عقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة عبارة عن جزاء- إضافة إلى بعض الجزاءات الجزائية^(٤١)- يطبق على جميع العقود التي لا تتوافر فيها الشروط التي حددها المشرع بخصوص عقود العمل محددة المدة^(٤٢). وحماية العامل ضد مخاطر وقتية العمل هي التي دفعت إلى تقرير مثل هذا الجزاء، فتعتبر مسألة إعادة التكييف من المسائل غير المتعلقة بالنظام العام. ولهذا، لا يجوز التمسك بإعادة تكييف العقد إلا من قبل العامل المقررة له الحماية، فلا يكون لصاحب العمل الحق في إثارة تلك المسألة، كما لا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه إعادة تكييف العقد^(٤٣).

إن عدم تكريس مبدأ استقرار العمل في قانون العمل الكويتي من خلال وجوب تحديد نطاق عقود العمل يترتب عليه في حقيقة الأمر ضعف الحماية القانونية للعامل (الطرف الضعيف) في العلاقة العمالية. فحرية صاحب العمل في اختيار طبيعة عقد العمل المراد إبرامه دون تقييد للإرادة تعني اختيار عقد عمل وفقاً لمصلحته دون اعتبار لمصلحة العامل. لذلك، فإن غياب مبدأ استقرار العمل يعني غياب الحماية للعامل من العديد من المخاطر؛ مما يترتب على ذلك - بطبيعة الحال عزوف - العمالة الوطنية عن الاتجاه للعمل في القطاع الأهلي.

(٤١) وفقاً لنص المادة L.1248-1 من قانون العمل الفرنسي.

(٤٢) المادة L.1245-2 حددت بعض الإجراءات على وجه الاستعجال لكي يستطيع مجلس المحكمة العمالية prud'hommes بشكل سريع الحكم بإعادة تكييف العقد. فالدعوى تكون بشكل مباشر أمام مكتب الحكم الذي يجب الحكم بالموضوع خلال شهر.

(٤٣) Soc. 7 mai 1996, RJS 6/96, n°658; Soc. 30 oct. 2002, Dr. soc. 2003, p. 473, obs. C. Roy Loustaunau.

فهيكلة القوى العاملة الوطنية لن تكون ولن تتحقق وفقاً لمفهوم الهيكلة إلا بتوفير أكبر ضمان للاستقرار الوظيفي. وتحقيق الاستقرار الوظيفي يقتضي في حقيقة الأمر بقاء العامل في العمل مادام قائماً بتنفيذ التزاماته العقدية؛ ما يستوجب تكريس مبدأ عدم وقتية العمل كأصل عام. فالعامل - باعتباره طرفاً ضعيفاً في العلاقة العمالية - لا ينبغي أن يكون تحت وطأة وقتية العمل عند إبرام عقد العمل. لذلك، كان بإمكان المشرع العمالي في قانون العمل الجديد، لتحقيق هيكل القوى العاملة الوطنية، كما نعتقد، تحديد نطاق عقود العمل، وذلك من خلال تحديد الحالات التي يجوز فيها من عدمه إبرام عقد عمل محدد المدة من عدمه.

فالمشرع الكويتي، على سبيل المثال، قد حدد نطاق عقود الإيجار لتحقيق نوع من الحماية من مخاطر وقتية عقد الإيجار. فعقود الإيجار في القانون الكويتي لا تخضع لنظام قانوني واحد بل تختلف باختلاف طبيعة محل العقد. فإن كان محل عقد الإيجار منقولاً فالعقد يخضع لقواعد عقد الإيجار في القانون المدني؛ مما يترتب على ذلك انتهاء العقد بانتهاء مدته. وإذا كان محل عقد الإيجار عقاراً فالعقد يخضع للمرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٧ الخاص بإيجار العقارات؛ مما يترتب على ذلك امتداد عقود الإيجار امتداداً قانونياً.

فحماية المستأجر وضمان بقاءه واستقراره في العين المؤجرة وإعانتته على مواجهة أزمة السكن، دفعت المشرع الكويتي في قانون إيجار العقارات، إلى تقرير ما يسمى بمبدأ امتداد عقود إيجار العقارات الخاضعة للمرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٧ على الرغم من انقضاء مدة الإيجار، حيث حظر على المؤجر المطالبة بإخلاء العين المؤجرة بعد انتهاء مدة عقد الإيجار^(٤٤). فبعد أن قضت المادة ١٩- الفقرة الأولى - من القانون المذكور بما يلي " ينتهي

(٤٤) عبد الرسول عبد الرضا، فكرة الامتداد القانوني في قانون إيجار العقارات رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨. مجلة إدارة الفتوى والتشريع، السنة الثالثة، العدد الثالث، ١٩٨٣، ص. ١٥٢. بدر جاسم اليعقوب، عقد الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار العقارات وفقاً لآخر التعديلات، الطبعة الثانية ٢٠٠٨-٢٠٠٩. ف ٢٠٥، ص ٤٥٩.

الإيجار بانتهاء المدة المعينة في العقد"، جاءت المادة ٢٠ منه لتقضي بالآتي: "استثناء من أحكام المادة ١٩ لا يجوز للمؤجر أن يطلب - ولو عند انتهاء مدة الإيجار- إخلاء العين المؤجرة فيما عدا الأراضي الفضاء - إلا لأحد الأسباب الآتية...". فعقد الإيجار، إذا كان خاضعاً لأحكام قانون إيجار العقارات، لا ينتهي، بحسب الأصل العام، بانقضاء المدة المحددة في العقد كما تنتهي عقود الإيجار الأخرى، ولكن يمتد بحكم القانون بعد انقضاء مدته، إلى أن ينهيه المستأجر بمحض إرادته أو ينهيه المؤجر بسبب من الأسباب المحددة على سبيل الحصر في المادة (٢٠) من القانون المذكور.

وتعليقاً على نص المادة ٢٠ من قانون إيجار العقارات، ذكرت المذكرة الإيضاحية للقانون أن "هذا النص الاستثنائي يضمن للمستأجر البقاء في المكان المؤجر مادام قائماً بالتزاماته ويقيد حق المؤجر في إخراجه بعد انتهاء مدة العقد، وبهذا يعتبر العقد ممتداً تلقائياً بقوة القانون ويستمر هذا الامتداد القانوني إلى أن ينهيه المستأجر بمحض رغبته أو ينهيه المؤجر بسبب من الأسباب المحددة قانوناً. وهذا الامتداد متعلق بالنظام العام من ناحية أنه يشكل ميزة وحماية مهمة لطبقة المستأجرين...".

ويرى الفقه أن تقرير مبدأ الامتداد القانوني في عقود إيجار العقارات يرجع إلى أن الظروف الاجتماعية والاقتصادية قد أدت إلى زيادة الطلب على المساكن من جهة وارتفاع الإيجارات من جهة أخرى، إما بسبب ارتفاع ثمن الأرض ومواد البناء، أو بسبب استغلال الملاك لحاجة الأفراد، فلو ترك الأمر لمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ حرية التعاقد لاستطاع الملاك فرض الإيجارات التي يحدونها، ثم إنهم يستطيعون إخلاء الأماكن المؤجرة بصورة أو بأخرى؛ الأمر الذي يؤدي إلى تشريد كثير من الأسر، وخلق حالة عدم الاستقرار والفوضى، بالإضافة إلى عدم تمكن المستأجرين من تأمين معيشتهم ومعيشة أسرهم؛ نظراً لأن الغالبية العظمى من طبقة المستأجرين هم من ذوي الدخل المحدودة^(٤٥). كما أن امتداد

(٤٥) عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص ١٥٢.

عقود الإيجار هو المظهر القانوني للتعارض بين مصلحتين؛ مصلحة طبقة الملاك وطبقة المستأجرين؛ إذ إن الملاك يسعون دائماً للحصول على أقصى ما يمكن من إيراد من تأجير أملاكهم، في حين أن المستأجرين تحت وطأة الظروف التي جعلتهم في حاجة ملحة إلى السكن الذي يؤمن لهم استقرارهم وأمنهم، ولما كان المستأجرون في مركز ضعيف أمام الملاك، فلا مناص من خضوعهم لشروط العقد التي يفرضها عليهم الملاك، دون أية مناقشة أو تعقيب؛ لأن ذلك ربما يؤدي إلى امتناع المؤجر عن تأجير العين، وكنتيجة حتمية لهذا الوضع اضطر المشرع إلى التدخل لحماية المستأجر، وذلك بإقراره مبدأ امتداد عقود الإيجار^(٤٦).

ومن تلك المبررات التي ساقها الفقه لاستخلاص قصد المشرع من وراء تقرير الامتداد القانوني لعقود إيجار العقارات، يمكن القياس عليها لتبرير تحديد نطاق عقود العمل. ففي الوقت الحالي، لا يجب أن تترك مسألة تحديد نطاق عقود العمل لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، وإلا ترتب على ذلك تحقيق مصلحة صاحب العمل على حساب العامل باعتباره الطرف القوي في العلاقة العمالية، وذلك بإمكانية إبرام عقود عمل محدد المدة؛ مما يولد شعوراً لدى العمالة بعدم الاستقرار الوظيفي وإمكانية الوقوع في البطالة عند انتهاء مدة العقد. كما أن عقود العمل غير المحددة هي المظهر القانوني لتحقيق مصلحة كل من صاحب العمل والعامل؛ إذ إن صاحب العمل يسعى دائماً للحصول على العمل من العامل؛ في حين أن العامل يسعى للحصول على الأجر الذي يؤمن له الاستقرار، لذلك ليس هناك ما يبرر إبرام عقود عمل محددة المدة ما لم يكن ذلك لسبب معين ومشروع. وإذا كانت المصلحة العامة في وقتنا هذا تستوجب بشكل فعلي هيكل القوى العاملة الوطنية من خلال حث العمالة الوطنية على الاتجاه نحو القطاع الأهلي، فلا بد من تقييد سلطة صاحب العمل باختيار طبيعة عقد العمل، ولن يكون ذلك إلا عند تحديد نطاق عقود العمل.

(٤٦) بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ف ٢٠٥، ص ٤٦٠.

المبحث الثاني الأسباب المتعلقة بانتهاء عقد العمل

من ضمن الأسباب التي تحد من توجه العمالة الوطنية للعمل في القطاع الأهلي تلك التي تعود لضعف الحماية القانونية للعامل من خطر انتهاء عقد العمل. فمرحلة انتهاء عقد العمل تعتبر من أخطر المراحل التي يتعرض لها العامل في أثناء فترة عمله لدى صاحب العمل. وحماية العامل باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العمالية تقتضي إحاطة تلك المرحلة بالعديد من الضمانات القانونية اللازمة والضرورية للحد من سلطة صاحب العمل في إنهاء عقد العمل.

المشرع الكويتي في قانون العمال أشار إلى تلك المرحلة من خلال بيان أسباب وكيفية انتهاء عقد العمل. فعقد العمل ينتهي بوفاة العامل أو ثبوت عجزه عن تأدية عمله أو بسبب مرض استنفذ إجازته المرضية (مادة ٤٩)^(٤٧)، وكذلك عند صدور حكم نهائي بإشهار إفلاس صاحب العمل أو إغلاق المنشأة نهائياً (مادة ٥٠). وينتهي عقد العمل بتقديم العامل استقالته من العمل^(٤٨)، فالمادة (٤٤) تجيز لكل من طرفي عقد العمل إنهاءه بعد إخطار الطرف الآخر. والاستقالة démission عبارة عن تصرف بالإرادة المنفردة يظهر من خلالها العامل، بشكل كامل ومدرك ومشروع وبدون غموض إرادته في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة^(٤٩).

(٤٧) انظر حالة انتهاء عقد العمل لبلوغ سن التقاعد، الطعن ٧٧/٢٠٠٠، عمالي جلسة ٨/١/٢٠٠١، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز، القسم الرابع، يونيو ٢٠٠٤، رقم القاعدة ١٦٨، ٥٩٩.

Cass. soc., 12 juill. 2007: JCP S 2007, 1715, note J.Y. Frouin.

(٤٨) لا تخضع استقالة العامل لشكل معين؛ فقد تكون مكتوبة وقد تكون شفهية، كما يمكن استخلاصها من التصرف الضمني للعامل.

Cass. soc., 12 juill. 2007: JCP S 2007, 1715, note J.Y. Frouin.

(٤٩) وهو المفهوم الذي استخلصته محكمة النقض الفرنسية من تفسير نص المادة L.1231-1 من قانون العمل الفرنسي التي تجيز للعامل إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة.

= " La demission doit être définie comme la decision ou l'acte unilatéral par

إلا أن هذه الأسباب تثير بعض التساؤلات التي ينبغي إثارتها بخصوص مدى الحماية القانونية التي يتمتع بها العامل في مواجهة خطر إنهاء عقد عمله. ففي جميع الحالات السابقة، حالة انتهاء عقد العمل تعود لاعتبارات معينة كاستحالة تنفيذ عقد العمل بالنسبة للعامل نتيجة مرضه أو وفاته أو لعدم رغبته في الاستمرار في العمل لدى صاحب العمل. إلا أن خطورة مسألة انتهاء عقد العمل بالنسبة للعامل تظهر عند ممارسة صاحب العمل لحقه في إنهاء عقد العمل؛ لأنه هو الذي يقوم في الغالب بذلك. فقانون العمل الكويتي يقرر لصاحب العمل الحق في إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة (مادة ٤٤) أو من خلال عقوبة الفصل (مادة ٤١).

المطلب الأول

إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة لصاحب العمل

بمقتضى نص المادة ٤٤ من قانون العمل الجديد يجوز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بعد إخطار العامل بذلك في المواعيد القانونية. ولمعرفة مدى الحماية القانونية التي يتمتع بها العامل في مواجهة خطر الإنهاء ينبغي بداية تحديد مفهوم الإنهاء، ومن ثم بيان النطاق القانوني لسلطة صاحب العمل في إنهاء العقد بإرادته المنفردة.

أولاً - مفهوم الإنهاء:

يعتبر إنهاء عقد العمل صورة من صور انتهاء العقد التي أوردها المشرع في قانون العمل. فانتهاء عقد العمل قد يكون بسبب فسخه نتيجة إخلال أحد طرفي العقد بتنفيذ التزاماته العقدية، وقد يكون نتيجة فصل العامل كعقوبة

= le quel le salarié manifeste, de manière integer, consciente, licite, claire et non equivoque, sa volonté de mettre fin au contrat de travail à durée indéterminée qu'il a conclu avec son employeur ". Cass. soc., 19 déc. 2007: Bull. Civ. 2007, V, n°218.

تأديبية، وقد يكون نتيجة الإنهاء بالإرادة المنفردة عند إعلان أحد طرفي العقد عدم الرغبة في الاستمرار بالعلاقة العمالية. ولتحديد مفهوم إنهاء عقد العمل يجب ملاحظة أن المشرع الكويتي في قانون العمل الجديد أحل مصطلح إنهاء عقد العمل محل مصطلح الفسخ المستخدم في قانون العمل السابق. فالمادة ٤٤ من قانون العمل الجديد تنص على أنه " إذا كان عقد العمل غير محدد المدة جاز لكل من طرفيه إنهاؤه بعد إخطار الطرف الآخر..."، ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٣ من قانون العمل السابق على أنه " إذا كان العقد غير محدد المدة جاز لكل من الطرفين فسخه بعد إعلان الطرف الآخر كتابة...". و تنص المادة (٤٧) من قانون العمل الجديد على أنه " إذا كان عقد العمل محدد المدة وقام أحد طرفيه بإنهائه بغير حق التزم بتعويض الطرف الآخر..."، ونصت الفقرة الثالثة من المادة ٥٣ من قانون العمل السابق على أنه " إذا كان العقد محدد المدة وقام أحد الطرفين بفسخه دون أن يكون بشروط العقد ما يعالج ذلك فإن الطرف الذي فسخ العقد يقوم بتعويض الطرف الآخر...". والتساؤل المطروح هنا هل كل إنهاء هو فسخ وهل كل فسخ إنهاء لعقد العمل؟

يمكن القول بداية إنه ليس هناك اختلاف في الأثر المترتب على إنهاء أو فسخ عقد العمل على اعتبار أن كليهما يؤدي إلى انقضاء العلاقة العمالية بين العامل وصاحب العمل^(٥٠)، إلا أن الاختلاف قد يعود إلى سبب انتهاء عقد العمل. فإنيهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة قد يكون لمبرر أو من دون مبرر - مع اختلاف الأثر المترتب على ذلك^(٥١) - أما الفسخ فإنه لا يكون إلا لوجود سبب يتمثل بالإخلال في تنفيذ الالتزام العقدي الذي يفرضه عقد العمل؛ بمعنى آخر إن الفسخ عبارة عن الجزاء المترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدي. فإنيهاء عقد

(٥٠) كما أنه ليس للإنهاء أو الفسخ أي أثر رجعي على اعتبار أن عقد العمل من العقود الزمنية.

(٥١) فالأثر المترتب على إنهاء عقد العمل غير محدد المدة دون مبرر هو اعتبار الإنهاء تعسفياً، ومن ثم تعويض العامل عما لحقه من أضرار مادية وأدبية، كما سنرى لاحقاً ص ٤٥.

العمل بالإرادة المنفردة لصاحب العمل يعود إلى مجرد عدم الرغبة بالاستمرار في العلاقة العمالية دون الارتباط بعدم تنفيذ الالتزامات العقدية من قبل العامل^(٥٢).

والإنهاء ما هو إلا تعبير عن الحالة التي يجيز فيها القانون لأحد طرفي العقد- صاحب العمل أو العامل- الحق في إلغاء العقد بالإرادة المنفردة. فحالة الإنهاء على هذا النحو هي حالة انقضاء للعلاقة العقدية، وهي حالة استثنائية على مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي لا يجيز نقض أو تعديل أحكام العقد بالإرادة المنفردة إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون تطبيقاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" كما هو وارد في نص المادة (١٩٦) من القانون المدني. وبطبيعة الحال تلك الحالة مقصورة فقط على العقود الزمنية التي تستوجب طبيعتها الحق بإنهائها بالإرادة المنفردة، وبصفة خاصة عقد العمل الذي لا يمكن أن يكون مؤبداً. فلا يتصور تطبيق حق المتعاقد في إنهاء العقد بإرادته المنفردة على العقود الفورية التي لا تقوم على فكرة الزمن. فحالة الإنهاء تعود لزوماً للإرادة المنفردة للمتعاقد كما هو الحال بالنسبة لحكم المادة (٤٤) من قانون العمل الجديد التي أجازت لكل من طرفي العقد إنهائه بعد إخطار الطرف الآخر إذا كان عقد العمل غير محدد المدة. فالإنهاء ما هو إلا تعبير عن حالة انقضاء العلاقة العمالية بالإرادة المنفردة دون تحديد لسبب الإنهاء^(٥٣).

فالإنهاء مفهوم مرتبط بحالة عدم الرغبة في الاستمرار في العلاقة العمالية، وهو في الوقت ذاته مفهوم واسع لتعدد أسبابه. فقد يكون الإنهاء راجعاً إلى أسباب مرتبطة بعدم الكفاءة الوظيفية للعامل أو لأسباب اقتصادية. أما الفسخ

(٥٢) حيث إن إخلال العامل بتنفيذ التزاماته العقدية قد يترتب عليه انتهاء عقد عمله نتيجة الفصل التأديبي، كما هو وارد في نص المادة ٤١ من قانون العمل.

(٥٣) انظر في ذلك:

C. Corgas-Bernard, La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, Presses universitaires d'aix-marseille, 2006, n°5, p. 17.

résiliation فهو مفهوم ضيق مقارنة بمفهوم الإنهاء؛ إذ إنه مقصور على حالة الإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية التي يفرضها عقد العمل. وتطبيقاً لذلك، يمكن أن نستخلص من حكم المادة (٤٧) من قانون العمل الجديد- الذي يقرر التعويض كجزء لإنهاء عقد العمل قبل نهاية مدته^(٥٤)- بأن حالة الإنهاء المشار إليها في هذه المادة ما هي إلا حالة فسخ. والإنهاء المشار إليه في المادة (٤٤) من قانون العمل الجديد ما هو إلا إنهاء بمفهوم الإنهاء بالإرادة المنفردة لكل من العامل وصاحب العمل. فإذا كان كل فسخ هو عبارة عن إنهاء لعقد العمل فالعكس غير صحيح.

ثانياً - النطاق القانوني لسلطة صاحب العمل في الإنهاء بإرادته المنفردة:

مدى حق صاحب العمل في إنهاء عقد العمل يختلف باختلاف طبيعة عقد العمل المبرم، فإذا كان العقد المبرم عقد عمل غير محدد المدة فإن إنهاءه يخضع لحكم المادة (٤٤) من قانون العمل الكويتي الجديد، أما إذا كان عقد العمل المبرم عقداً محدد المدة فإن إنهاءه يخضع لحكم المادة (٤٧) منه.

١ - حق صاحب العمل في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة :

تقضي المادة ٤٤ من قانون العمل الجديد على أنه: إذا كان عقد العمل غير محدد المدة جاز لكل من طرفيه إنهاؤه بعد إخطار الطرف الآخر، ويكون الإخطار على الوجه الآتي: أ- قبل إنهاء العقد بثلاثة أشهر على الأقل بالنسبة للعمال المعيّنين بأجر شهري. ب- قبل إنهاء العقد بشهر على الأقل بالنسبة للعمال الآخرين. فإذا لم يراع الطرف الآخر الذي أنهى العقد مدة الإخطار فإنه يلتزم بأن يدفع للطرف الآخر بدل مهلة الإخطار مساوياً لأجر العامل عن نفس المدة.

(٥٤) فالتعويض عن فسخ العقد قصره المشرع على العقود المحددة المدة. انظر، الطعن ٩٩ / ٤٩، عمالي جلسة، ٢٧/٢ / ١٩٩٩، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الرابع، يونيو ٢٠٠٤، رقم القاعدة ٣٧، ص ٥٣٢.

ج- إذا كان الإخطار بالإنتهاء من جانب صاحب العمل، يحق للعامل أن يغيب يوماً كاملاً في الأسبوع أو ثماني ساعات أثناء الأسبوع؛ وذلك للبحث عن عمل آخر مع استحقاقه لأجره عن يوم أو ساعات الغياب. ويكون للعامل تحديد يوم الغياب وساعاته بشرط أن يخطر صاحب العمل بذلك في اليوم السابق للغياب على الأقل. د- لصاحب العمل أن يعفي العامل من العمل أثناء مهلة الإخطار مع احتساب مدة خدمة العامل مستمرة إلى حين انتهاء تلك المهلة، مع ما يترتب على ذلك من آثار خصوصاً استحقاق العامل أجره عن مهلة الإخطار. وهنا يمكن القول إن تكريس حق صاحب العمل (والعامل) في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة- وفقاً للنص المشار إليه - ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بأن العقود المستمرة وغير محددة المدة لا يمكن أن تنشئ التزاماً مؤبداً على عاتق المتعاقدين^(٥٥). وينتهي عقد العمل في هذه الحالة بمجرد إخطار الطرف الآخر مع مراعاة مدة الإخطار، ولا يعلق هذا الانتهاء على قبول الطرف الآخر له؛ لأنه ليس له خيار في قبول الفسخ أو عدم قبوله^(٥٦).

فبالنسبة لعقد العمل غير محدد المدة، استمرار العامل في العمل متوقف على إرادة صاحب العمل الذي يملك الحق في وضع حد لعقد العمل بإرادته المنفردة، إلا أن قانون العمل يستلزم بعض الشروط لبيان كيفية إنهاء عقد العمل غير محدد المدة، وذلك على النحو التالي:

- **الإخطار:** فالمادة ٤٤ تستوجب ممارسة صاحب العمل حقه في إنهاء إخطار العامل خلال فترة زمنية تختلف باختلاف أجر العامل. فالمشرع الكويتي لم يشترط وفقاً للمادة ٤٤ من قانون العمل إلا الإخطار عند رغبة صاحب العمل عدم الاستمرار

(٥٥) منعاً لتأبيد عقد العمل غير محدد المدة أعطي الحق لكل طرف فيه في إنهائه في أي وقت يشاء. انظر، خالد الهندياني، عبد الرسول عبد الرضا، شرح أحكام قانون العمل الكويتي الجديد، الطبعة الأولى- الكويت/ ٢٠١٠، ص ٣٩٤.

(٥٦) محكمة التمييز، الطعن رقم ١٧٩/٢٠٠١ مدني، جلسة ٣٠/٩/٢٠٠٢، مجلة القضاء والقانون، نوفمبر ٢٠٠٥، السنة الثلاثون، الجزء الثاني، ص ٣٩٧.

في العلاقة العمالية وذلك بهدف عدم مباغتة ومفاجأة العمل بإنهاء عقد عمله ومن أجل إعطائه فرصة معقولة لتدبر أموره.

ويجب ملاحظة أن المشرع العمالي لم يجعل من الإخطار قيداً بذاته^(٥٧)، فلا يترتب على عدم التقيد به بطلان التصرف الصادر عن رب العمل والمتمثل بإنهاء عقد العمل. فعدم إخطار العامل أو التأخر في القيام به في المواعيد المحددة لا يترتب عليه البطلان. فالأثر المترتب في هذه الحالة هو ما نصت عليه الفقرة ب من المادة ٤٤ من أن يلتزم من لم يقم بالإخطار بأن يدفع للطرف الآخر بدل مهلة الإخطار مساوياً لأجر العامل عن نفس المدة^(٥٨).

وجود مبرر للإنهاء: يستوجب المشرع كذلك لإنهاء عقد العمل غير محدد المدة ضرورة وجود مبرر للإنهاء. فالمادة ٤٦ من قانون العمل تقضي بعدم جواز إنهاء خدمة العامل من دون مبرر أو بسبب نشاطه النقابي أو بسبب المطالبة أو التمتع بحقوقه المشروعة وفقاً لأحكام القانون، كما لا يجوز إنهاء خدمة العامل بسبب الجنس أو الأصل أو الدين. واشتراط وجود مبرر لإنهاء خدمة العامل كان بقصد حماية العامل من الإنهاء التعسفي لعقود العمل غير محددة المدة. فأهمية نص المادة ٤٦ ترجع إلى أن المشرع أراد ترتيب أثر معين يتمثل بوجوب عدم التعسف في استعمال سلطة إنهاء عقد العمل المقررة بمقتضى نص المادة ٤٤ من قانون العمل. والتعسف في استعمال تلك سلطة

(٥٧) لم يشترط المشرع الكويتي شكلاً معيناً للإخطار يجب إفراغه فيه، فالإخطار واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات. انظر في ذلك، عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام قانون العمل الكويتي، ١٩٩٣، ف ٢٤٣، ص ٤٠٩.

(٥٨) تطبيقاً لنص المادة ٥٣ من قانون العمل السابق المقابل لنص المادة ٤٤ من قانون العمل الجديد، ترى محكمة التمييز أن ما يلتزم به أي طرف من طرفي عقد العمل قبل الآخر في حالة فسخ العقد غير محدد المدة لا يتعدى مهلة الإعلان، وذلك إذا لم يراع قبل الفسخ المهلة المنصوص عليها فيه. الطعن ٢٠٠١/٦٠، عمالي جلسة ٢٥/٣/٢٠٠٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الخامس، أبريل ٢٠٠٩، رقم القاعدة ٣٠٤، ص ٦٥٣.

يعني وجوب تعويض العمل عن الأضرار التي تصيبه نتيجة ذلك التعسف. فإذا كانت المادة ٤٤ تنص على جواز إنهاء العقد بالإرادة المنفردة فذلك يعني انتهاء عقد العمل بمجرد إنتهائه بالإرادة المنفردة لصاحب العمل مع مراعاة عدم التعسف في الإنهاء، وهو ما نصت عليه المادة ٤٦ بعدم جواز إنهاء خدمة العامل من دون مبرر^(٥٩). ومن المؤكد أن تقدير وجود مبرر للإنهاء من عدمه يخضع لرقابة قاضي الموضوع^(٦٠).

٢- إنهاء عقد العمل محدد المدة :

عقد العمل محدد المدة هو العقد الذي يبرم لمدة معينة، سواء تم تحديد المدة بطريقة مباشرة، كما لو تم الاتفاق على مدة زمنية معينة، أو بطريقة غير مباشرة، كما لو تم الاتفاق على تحديد العمل المطلوب إنجازه^(٦١). حيث تقضي

(٥٩) من المبررات التي تجيز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة امتناع العامل عن تنفيذ العمل بعد تعديل بعض عناصر العقد غير الجوهرية، كالتعديل المتعلق بساعات ومكان العمل على اعتبار أن صاحب العمل يستمد حقه في التعديل على أساس سلطته في تنظيم وإدارة المشروع ووفقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. بالمقابل، يكون إنهاء عقد العمل دون مبرر، من حيث الأصل، عند رفض العامل تعديل أحد العناصر الجوهرية في عقد العمل، كالتعديل المتعلق بالأجر والمركز المهني للعامل، لعدم إمكانية تعديل أحد العناصر الجوهرية من حيث المبدأ. انظر في ذلك، أنور الفزيع، سلطة رب العمل في تغيير طبيعة العمل المتفق عليه، مجلة الحقوق، السنة الثانية عشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٨، ص ٨٣.

(٦٠) من الملاحظ أن حق صاحب العمل في إنهاء عقد العمل في قانون العمل الكويتي، وفقاً لنص المادة ٤٤، يتصف بنوع من المرونة ومن ثم يشكل خطراً على الحياة العمالية للعامل. لذلك استبعد المشرع العمالي هذا في بعض الحالات. فالمادة ٤٣ من قانون العمل تنص على أنه "إذا حبس العامل بسبب اتهام صاحب العمل له حبساً احتياطياً أو تنفيذاً لحكم قضائي غير نهائي، اعتبر موقوفاً عن العمل ولا يجوز لصاحب العمل إنهاء عقده إلا إذا أدين بحكم نهائي". أيضاً لا يجوز لصاحب العمل استعمال حق إنهاء العقد المخول له بمقتضى المادة السابقة أثناء تمتع العامل بإجازة من الإجازات المنصوص عليها في هذا القانون (المادة ٤٥).

(٦١) انظر، عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ف، ٢٣٧، ص ٣٩٤. خالد الهندياني، عبدالرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٣٨٩.

المادة ٣٠ من قانون العمل بأنه " إذا كان عقد العمل محدد المدة وجب ألا تزيد مدته على خمس سنوات ولا تقل عن سنة واحدة، ويجوز تجديد العقد عند انتهاء مدته وبموافقة الطرفين". وإذا كان عقد العمل محدد المدة واستمر الطرفان في تنفيذه بعد انقضاء مدته دون تجديد اعتبر مجدداً لمدة مماثلة وبالشروط الواردة فيه ما لم يتفق الطرفان على تجديده وبشروط أخرى وفي كل الأحوال يجب ألا يمس التجديد مستحقات العامل المكتسبة التي نشأت عن العقد السابق^(٦٢).

فانتهاء عقد العمل محدد المدة يحدث تلقائياً بمجرد انقضاء المدة المحددة. فالعقد محدد المدة لا ينتهي إلا بانقضاء المدة كاملة؛ أي أن حق إنهائه لأي من طرفيه لا يكون إلا عند نهاية هذه المدة، وليس حقاً مطلقاً يستعمله في أي وقت^(٦٣). فإنتهاء عقد العمل محدد المدة قبل انتهاء مدته يعتبر إنهاء للعقد بغير حق؛ مما يترتب على ذلك الالتزام بتعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر على ألا يجاوز مبلغ التعويض ما يساوي أجر العامل عن المدة المتبقية من العقد، ويراعى في تحديد الضرر بالنسبة إلى طرفيه العرف الجاري وطبيعة العمل ومدة العقد، وبوجه عام جميع الاعتبارات التي تؤثر في الضرر من حيث وجوده ومداه، ويخصم من قيمة التعويض ما قد يكون مستحقاً للطرف الآخر من ديون^(٦٤).

بمقارنة نص المادة ٤٤ من قانون العمل، المتعلقة بإنهاء عقد العمل غير محدد المدة بالإرادة المنفردة، بنص المادة ٤٧ منه المتعلقة بعقد العمل محدد المدة، يثور التساؤل لمعرفة الأفضل للعامل، من حيث مدى الحماية القانونية

(٦٢) المادة ٣١ من قانون العمل.

(٦٣) الطعن ٢٠٠٢/١٦١، عمالي جلسة ٢٩/١٢/٢٠٠٣، مجموعة القواعد القانونية، القسم الخامس، أبريل ٢٠٠٩، رقم القاعدة ٣١٤، ص ٦٥٦. مجلة القضاء والقانون، ديسمبر ٢٠٠٦، السنة الحادية والثلاثون، الجزء الثالث، ص ٥٣٧.

(٦٤) المادة ٤٧ من قانون العمل.

التي يتمتع بها العامل من خطر الإنهاء، أهو إبرام عقد عمل غير محدد المدة أم محدد المدة؟

للإجابة عن هذا التساؤل نبين بداية أن المشرع العمالي في قانون العمل السابق أجاز لصاحب العمل، وفقاً لنص المادة ٥٣، إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإرادته المنفردة كما هو الحال بالنسبة لقانون العمل الجديد (المادة ٤٤)، دون أن يشترط ضرورة وجود مبرر للإنهاء^(٦٥). لذلك، فمن الأفضل للعامل بطبيعة الحال إبرام عقد عمل محدد المدة، على اعتبار أن الأصل العام في هذا النوع من العقود هو انتهاءها بانقضاء مدتها، فلا يجوز لصاحب العمل ولا يجوز للعامل أن ينهي عقد العمل بإرادته المنفردة حتى ولو قامت أسباب معينة تدعو إلى ذلك^(٦٦). فعلى خلاف عقد العمل محدد المدة يستطيع صاحب العمل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإرادته المنفردة في أي وقت يشاء ولو بعد فترة قصيرة من إبرامه. كما أن انتهاء عقد العمل محدد المدة لا يمنع من قيام عقد عمل جديد بحسب حاجة صاحب العمل للعامل. فعقد العمل قد يتجدد بشكل صريح أو ضمني، وقد يمتد في بعض الحالات الأخرى بحسب الاتفاق المبرم بين صاحب العمل والعامل^(٦٧).

بالمقابل، يجب ملاحظة أن المشرع العمالي في قانون العمل الجديد بعد أن أجاز لصاحب العمل، بمقتضى المادة ٤٤، إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإرادته المنفردة، عاد بمقتضى المادة ٤٦ ومنع إنهاء خدمة العامل دون مبرر أو بسبب المطالبة أو التمتع بحقوقه المشروعة وفقاً لأحكام القانون، كما لا يجوز إنهاء خدمة العامل بسبب الجنس أو الأصل أو الدين. لذلك، يمكن القول إنه في

(٦٥) وهو ما تقضي به المادة ٤٦ من قانون العمل الجديد.

(٦٦) كما لو تبين لصاحب العمل، على سبيل المثال، عدم كفاءة عامله. انظر، عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ١٩٩٣، ف ٢٤١، ص ٤٠٠.

(٦٧) في خصوص تجديد عقد العمل وامتداده. انظر، عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ١٩٩٣، ف ٢٣٨ وما يليها، ص ٣٩٥ وما يليها.

ظل قانون العمل الجديد من الأفضل للعامل إبرام عقد عمل غير محدد المدة على اعتبار أن المشرع العمالي قد قيد إرادة صاحب العمل في الإنهاء، بمعنى وجوب أن يكون الإنهاء مبرراً (مادة ٤٦).

ومع ذلك، نعتقد من جانبنا أن المادة ٤٦ التي تستلزم وجود مبرر لإنهاء خدمة العمل قد تكون عديمة الفائدة في إطار ما يقتضيه المشرع من حماية للعامل من خطر إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لصاحب العمل. من الضروري بطبيعة الحال عدم جواز إنهاء عقد العمل غير محدد المدة إلا لمبرر حماية العامل (الطرف الضعيف) في العلاقة العمالية. ولكن من الناحية العملية، ليس هناك ما يجبر صاحب العمل على إبرام عقد عمل غير محدد المدة من حيث المبدأ للقول بأن إرادته أصبحت مقيدة بعدم جواز الإنهاء إلا لوجود مبرر. فإن كانت مصلحة العامل تقتضي إبرام عقد عمل غير محدد المدة في ظل قانون العمل الجديد لكون إرادة صاحب العمل مقيدة بالإنهاء المبرر، فإن مصلحة صاحب العمل أصبحت تقتضي إبرام عقد عمل محدد المدة. فمادام لصاحب العمل مطلق الحرية في اختيار طبيعة عقد العمل المبرم فمن الطبيعي أن يتهرب في العديد من الحالات وبحسب الظروف من هذا القيد، وذلك من خلال اللجوء إلى إبرام عقود عمل محددة المدة.

بالتأكيد خيار صاحب العمل في إبرام عقود عمل محددة المدة يجعل من الاتجاه للعمل في القطاع الأهلي بالنسبة للعمالة الوطنية خياراً شبه مستحيل. فالاستقرار الوظيفي كعامل من عوامل تشجيع وحث العمالة الوطنية للعمل في القطاع الأهلي يبقى شبه منعدم في إطار عقود العمل محددة المدة وذلك للأسباب التالية:

– **قصر مدة العقد:** إن المشرع العمالي في قانون العمل الجديد جعل الحد الأدنى لعقود العمل محددة المدة سنة واحدة^(٦٨)، وهي مدة قصيرة بالنسبة للعمالة بشكل عام فقد لا يتجدد العقد بعد انتهاء المدة المتفق عليها فيضطر العامل للبحث

(٦٨) انظر، نص المادة ٣٠ من قانون العمل.

عن عمل آخر، وفي بعض الأحيان يصعب على الشخص الحصول على عمل؛ مما يعني الوقوع في مشكلة البطالة التي قد تطول لفترات زمنية خاصة في ظل غياب الغطاء التأميني لها. وقصر تلك المدة هو الذي دفع المشرع الكويتي، في القانون إلى التخصيص^(٦٩)، حمايةً لحقوق العمالة الوطنية التي تعمل في المشروع العام الذي تم تخصيصه وترغب في العمل في الشركة، أن يتم نقلها إليها مع التزامها بمدة عقد لا تقل عن خمس سنوات اعتباراً من تاريخ التخصيص، ما لم يرغب العامل في مدة أقل^(٧٠)، وهو ما نصت عليه المادة ٥ من القانون الخاص رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ في شأن تحويل مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية إلى شركة مساهمة^(٧١).

- إمكانية إنهاء العقد بغير حق: إذا كان صاحب العمل لا يستطيع، من حيث المبدأ، إنهاء عقد العمل محدد المدة قبل انتهاء مدته إلا عند وجود مبرر يدعوه إلى ذلك، فلا شيء يمنع صاحب العمل على الرغم من ذلك من إنهاء العقد بغير حق على اعتبار أن صاحب العمل في نهاية الأمر غير ملزم إعادة العامل للعمل لعدم إمكانية التنفيذ العيني، فحق العامل يقتصر على التعويض نتيجة عدم استمرار صاحب العمل بالعلاقة العمالية إلى نهاية مدة العقد.

- مقدار التعويض: إذا كان للعامل الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إنهاء عقده قبل انتهاء مدته على اعتبار أن صاحب العمل

(٦٩) القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٠ في شأن برامج وعمليات التخصيص. الكويت اليوم، العدد ٩٧٩، السنة السادسة والخمسون - الأحد ١ رجب ١٤٣١، ١٣/٦/٢٠١٠.

(٧٠) تنص المادة ١٨ من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٠ في شأن تنظيم برامج وعمليات التخصيص على ما يأتي: "العاملون في المشروع العام الذين يرغبون في العمل في الشركة المنصوص عليها في المادتين الثانية عشرة والسابعة عشرة من هذا القانون، يتم نقلهم إليها وتلتزم الشركة بضمان المزايا التالية للعامل: ١ - ألا تقل مدة عقد مع الجهة التي آل إليها المشروع عن خمس سنوات اعتباراً من تاريخ التخصيص، ما لم يرغب في مدة أقل". وهو ما نصت عليه المادة ٥ من القانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ في شأن تحويل مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية إلى شركة مساهمة.

(٧١) القانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨. الكويت اليوم، العدد ٨٥٧ - السنة الرابعة والخمسون، الأحد ٣ صفر ١٤٢٩، ١٠/٢/٢٠٠٨.

قد أخل بتنفيذ التزامه العقدي المتمثل في وجوب التقيد بالفترة الزمنية المحددة للعقد، إلا أن المشرع العمالي وضع حداً أقصى لمقدار التعويض المستحق للعامل. فالمادة ٤٧ من قانون العمل الجديد تقضي بأنه " إذا كان عقد العمل محدد المدة وقام أحد طرفيه بإنهائه بغير حق التزم بتعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر على ألا يجاوز مبلغ التعويض ما يساوي أجر العامل عن المدة المتبقية من العقد، ويراعى في تحديد الضرر بالنسبة إلى طرفيه العرف الجاري وطبيعة العمل ومدة العقد وبوجه عام جميع الاعتبارات التي تؤثر في الضرر من حيث وجوده ومداه، ويخصم من قيمة التعويض ما قد يكون مستحقاً للطرف الآخر من ديون". فمقدار التعويض الذي يستحق للعامل عن الأضرار المترتبة على إنهاء عقده لا يتجاوز بأفضل الأحوال ما يساوي الأجر عن المدة المتبقية من العقد.

ومن الملاحظ أن أجر العامل يمثل بصريح نص المادة ٤٧ من قانون العمل الحد الأقصى للتعويض وليس مقدار التعويض ذاته الذي ينبغي الحكم به في كل حالة من حالات إنهاء عقود العمل محددة المدة قبل انتهاء مدتها. فإذا كانت مدة عقد العمل أربع سنوات - على سبيل المثال - وقام صاحب العمل بإنهائه بعد مضي ثلاث سنوات فلا يستحق العامل بالضرورة تعويضاً عن مدة السنة المتبقية من العقد، فالتعويض يتحدد على أساس مدى الضرر الذي أصاب العامل نتيجة إنهاء عقده، فقد يكون مقدار التعويض أجر شهر أو شهرين أو ثلاثة وبحد أقصى سنة. فالقاضي غير ملزم بالحكم بهذا الحد الأقصى ولكنه ملزم بما لا يتجاوزه حتى ولو تبين له أن العامل قد أصابه ضرر أكبر يستحق عليه تعويضاً.

ونتساءل هنا عن المبرر من وضع حد أقصى لمقدار التعويض - عند إنهاء عقد العمل قبل انتهاء مدته - بألا يتعدى بأي حال من الأحوال أجره المدة المتبقية من العقد. طبقاً للقواعد العامة التعويض في مجال المسؤولية العقدية مقصور على الضرر المتوقع دون الأضرار الأخرى. أما عن الضرر غير المتوقع فإن تعويضه مقرر فقط في المسؤولية التقصيرية دون العقدية؛ لأن

هذه المسؤولية الأخيرة، نظراً لما تتميز به من صفة إرادية اتفاقية، يقتصر التعويض بالنسبة لها على ما يتوقعه طرفاها من أضرار، أو يمكنهم توقعه^(٧٢). ومع ذلك فإن المشرع العمالي لم يلتزم بقاعدة عدم تعويض الأضرار غير المتوقعة في المجال التعاقدي بصفة مطلقة. ففي حالة الفصل التعسفي يستحق العامل المفصول مكافأة نهاية الخدمة وتعويضاً عما لحقه من أضرار مادية وأدبية^(٧٣).

لذلك، ليس هناك مبرر للترقية ما بين التعويض عن الإنهاء التعسفي بمقتضى المادة ٤٦ والتعويض عن الإنهاء بغير حق كما هو وارد في نص المادة ٤٧ إذا اعتبرنا أن الإنهاء بغير حق ما هو الا إنهاء تعسفي. فليس من المنطق والعدالة أن يقتصر تعويض العامل المفصول دون مبرر - بحد أقصى - على الفترة الباقية من مدة العقد؛ فقد يكون الفصل في الشهر قبل الأخير لانتهاء العقد فيقتصر التعويض على أجرة الشهر الباقي من العقد بينما يكون الضرر الذي أصاب العامل أكثر من ذلك^(٧٤). فينبغي أن يستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة وتعويضاً عما لحقه من أضرار مادية وأدبية سواء كان الإنهاء لعقد عمل غير محدد المدة أو محدد المدة^(٧٥).

(٧٢) في مدى التعويض، انظر، إبراهيم أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية - دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥، ف ١٣، ص ٢٩.

(٧٣) تنص الفقرة ج من المادة ٤١ من قانون العمل على أن " للعامل المفصول لإحدى الحالات المذكورة في هذه المادة حق الطعن في قرار الفصل أمام الدائرة العمالية المختصة وذلك وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، وإذا ثبت بموجب حكم نهائي أن صاحب العمل قد تعسف في فصله استحق الأخير مكافأة نهاية خدمة وتعويضاً عما لحقه من أضرار مادية وأدبية ".

(٧٤) انظر، عبد الرسول عبد الرضا، الوجيز في قانون العمل الكويتي، دار الكتب، ١٩٩٧، ص ٢٩٤.

(٧٥) انظر، رأفت دسوقي، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، تفسير نصوص القانون، أحكام القضاء، الجزء الأول، منشأة المعارف، ص ١٤٠.

إن تقييد إرادة صاحب العمل بالإنتهاء المبرر بالنسبة لعقود العمل غير محددة المدة يستلزم بالضرورة- من أجل توفير نوع من الحماية الفاعلة للعامل من خطر إنتهاء عقد العمل- تحديد نطاق عقود العمل، كما ذكرنا سابقاً، بحيث تصبح عقود العمل غير محددة المدة الأصل العام؛ بمعنى عدم جواز إبرام عقود عمل محددة المدة إلا في أضيق الحدود، وعلى سبيل الاستثناء.

المطلب الثاني

انتهاء عقد العمل بالفصل

يعتبر فصل العامل عن العمل أحد أسباب انتهاء عقد العمل وأخطرها بالنسبة للعامل من حيث الآثار المترتبة عليه، فقد يحرم العامل المفصول في بعض الحالات من مكافأة نهاية الخدمة. فإلى جانب حق صاحب العمل في إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة، منح المشرع صاحب العمل، وفقاً لمبدأ السلطة التأديبية، الحق في فصل العامل. وفصل العامل قد يكون تأديباً وقد يكون تعسفياً (فصل دون مبرر).

أولاً - الفصل التأديبي :

المشرع الكويتي بمقتضى المادة ٤١ من قانون العمل عدد الحالات التي يحق لصاحب العمل عند توافرها فصل العامل دون أن يبين المقصود بمفهوم الفصل. من دون شك يقصد بالفصل المشار إليه في المادة المذكورة الجزاء التأديبي الذي يوقعه صاحب العمل بنفسه، بمقتضى سلطته التأديبية، على العامل مما يترتب عليه انتهاء عقد العمل^(٧٦). والفصل يعتبر من أشد العقوبات التأديبية لما له من آثار خطيرة ولاسيما حرمان العامل من دخله الرئيسي مع إمكانية حرمانه من مكافأة نهاية الخدمة في بعض الحالات. لذلك، حرص

(٧٦) انظر، عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام قانون العمل الكويتي، ١٩٩٣، ف ٢٥١، ص ٢٤١.

المشرع، على تحديد المخالفات التي تجيز توقيع عقوبة الفصل على العامل، بحيث لا يكون لصاحب العمل عند وضع لائحة الجزاءات أية سلطة في تحديد الأفعال، أو المخالفات المستحقة لعقوبة الفصل^{(٧٧)(٧٨)}.

وحمايةً للعامل من خطورة الفصل كجزاء تأديبي أحاط المشرع - في قانون العمل الجديد - سلطة صاحب العمل في توقيع ذلك الجزاء ببعض قواعد التأديب الواجب على صاحب العمل التقيد بها قبل توقيع جزاء الفصل على العامل. فالمادة ٤١ من قانون العمل تقضي بحق صاحب العمل في فصل العامل تأديبياً مع مراعاة أحكام المادة ٣٧ من ذات القانون. وبالرجوع إلى المادة ٣٧ فإنه لا يجوز توقيع جزاء على العامل إلا بعد إبلاغه كتابة بما هو منسوب إليه وسماع أقواله وتحقيق دفاعه وإثبات ذلك في محضر يودع بملفه الخاص ويجب إبلاغ العامل كتابة بما وقع عليه من جزاءات ونوعها ومقدارها

(٧٧) انظر، عبد الله مبروك النجار، مبادئ تشريع العمل - وفقاً لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والقرارات الوزارية الجديدة المنفذة له - دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤، ص ٣٠٦. رأفت دسوقي، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ - الجزء الأول، منشأة المعارف، من دون سنة طبع، ٢٦٥.

(٧٨) تنص المادة ٤١ من قانون العمل على أنه " مع مراعاة المادة (٣٧) من هذا القانون :
أ- لصاحب العمل أن يفصل العامل دون إخطار أو تعويض أو مكافأة إذا ارتكب العامل أحد الأفعال الآتية : ١- إذا ارتكب العامل خطأ نتج عنه خسارة جسيمة لصاحب العمل. ٢- إذا ثبت أن العامل قد حصل على العمل نتيجة غش أو تدليس. ٣- إذا أفشى العامل الأسرار الخاصة بالمنشأة مما تسبب أو كان من شأنه أن يتسبب بخسارة محققة لها. ب- لصاحب العمل فصل العامل في إحدى الحالات الآتية : ١- إذا حكم عليه نهائياً بجريمة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الأخلاق. ٢- إذا ارتكب عملاً مخالفاً بالأداب العامة في مكان العمل. ٣- إذا وقع منه اعتداء على أحد زملائه أو على صاحب العمل أو من ينوب عنه أثناء العمل أو بسببه. ٤ - إذا أخل أو قصر في أي من الالتزامات المفروضة عليه بنصوص العقد وأحكام هذا القانون. ٥- إذا ثبتت مخالفته المتكررة لتعليمات صاحب العمل. وفي هذه الحالات لا يترتب على قرار الفصل حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة...".

وأَسباب توقيعها والعقوبة التي يتعرض لها في حالة العودة. ومن هذا النص يتضح أن المشرع قد ساوى بين الضمانات القانونية لكل من الموظف العام والعامل عندما يتعلق الأمر بتوقيع عقوبة الفصل^(٧٩). لذلك حظر على صاحب العمل توقيع عقوبة الفصل دون التحقيق مع العامل فيما نسب إليه، وسماع أقواله للدفاع عن نفسه. كما استلزم المشرع بيان أسباب توقيع العقوبة؛ بمعنى بيان الواقعة التي تشكل المخالفة التأديبية ودليل ثبوتها بشكل واضح لا جمل ولا غموض فيه^(٨٠).

من دون أدنى شك، تلك القواعد التأديبية الواجب على صاحب العمل التقيد بها قبل توقيع عقوبة الفصل مهمة بالضرورة لكفالة حسن استعمال السلطة التأديبية والابتعاد بها عن الاعتبارات الشخصية عند توقيعها. إلا أن ذلك لا يمنعنا في حقيقة الأمر من القول بعدم فاعلية تلك القواعد أحياناً في تحقيق

(٧٩) فالمرسوم في شأن نظام الخدمة المدنية نظم بشكل واضح الإجراءات واجبة الاتباع قبل توقيع العقوبات التأديبية بحق الموظف، منها عقوبة إنهاء الخدمة (من ٥٤ إلى ٦٩)، بحيث تبدأ إجراءات التأديب بقرار إحالة الموظف إلى التحقيق لسماع أقواله وتحقيق دفاعه بعد إخطاره بالتهم المنسوبة إليه، كما لا يجوز وفقاً لنظام الخدمة المدنية توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه من جهة محايدة وبقرار مسبب (مادة ٥٥) لتوفير أكبر قدر من الضمانات التأديبية للموظف الحكومي. ونصت المادة ٦٦ من نظام الخدمة المدنية على حق الموظف في الاطلاع على التحقيقات أو الحصول على صور منها في حالة الفصل من الخدمة، كما أعطته الحق في تقديم تظلم للجهات المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار. كما يجوز للموظف الطعن بالإلغاء في القرار الصادر بإنهاء خدمته أمام الدائرة الإدارية التي لها الولاية في الإلغاء والتعويض بالطلبات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم (مادة ٤/١ من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢)، و تنص المادة ٦٩ على عدم جواز معاقبة الموظف على مخالفة مضى على وقوعها خمس سنوات ما لم تنقطع هذه المدة بالتحقيق مع الموظف أو إيقافه عن العمل أو اتخاذ أية إجراءات تأديبية أخرى.

(٨٠) انظر، رأفت دسوقي، مرجع سابق، ٢٨٥.

الحماية المطلوبة للعامل. فإذا كان صاحب العمل ملزماً بإجراء التحقيق مع العامل قبل توقيع الجزاء التأديبي عليه، فإن صاحب العمل في الوقت ذاته هو صاحب الاختصاص في توقيع الجزاء؛ بمعنى أن صاحب العمل هو الخصم والحكم في الوقت نفسه. فصاحب العمل لا يقوم بالتحقيق مع العامل إلا لرغبته بتوقيع جزاء تأديبي معين على العامل محل التحقيق.

فصاحب العمل في قانون العمل الكويتي لا يخضع في حالة الفصل لأي نوع من الرقابة السابقة من الجهات التي منحها القانون بعض الاختصاصات كوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل، التي يقتصر دورها في المنازعات العمالية على محاولة التسوية الودية بين العامل وصاحب العمل، فإذا لم تتم التسوية الودية تعين على إدارة العمل المختصة إحالة النزاع إلى المحكمة الكلية للفصل فيه خلال شهر من تقديم الطلب^(٨١). وهذا يعني أن صاحب العمل غير ملزم بعرض العقوبة التي تقررت على العامل على أية جهة إدارية أو نقابية^(٨٢).

وتوفير العديد من الضمانات لفئة العمال دفعت المشرع المصري، على سبيل المثال، في قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ إلى إيجاد نظام قانوني خاص لعقوبة الفصل التأديبي. فصاحب العمل ليس له الحق في توقيع عقوبة الفصل من الخدمة وإلا كان قراره بفصل العامل باطلاً لصدوره من غير مختص^(٨٣). فالمشرع المصري - حماية للعامل - جعل الاختصاص بتوقيع جزاء

(٨١) انظر نص المادة ١٤٦ من قانون العمل الجديد.

(٨٢) انظر، جمال النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، دار الكتب، ٢٠٠٥/٢٠٠٦، ص ٢٥٨.

(٨٣) بمقتضى المادة ٦٨ من قانون العمل المصري تكون سلطة توقيع الجزاءات موزعة بين ثلاث جهات، فيكون لمدير المنشأة توقيع جزائي الإنذار والخصم من الأجر لمدة لا تتجاوز ثلاثة أيام، ويكون توقيع باقي الجزاءات التأديبية لصاحب العمل أو من يفوضه لذلك، على أن يكون الاختصاص بتوقيع جزاء الفصل من الخدمة للجنة قضائية.

الفصل من الخدمة للجنة ذات اختصاص قضائي^(٨٤). بحيث تفصل تلك اللجنة في طلب فصل العامل خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ أول جلسة ويكون قرارها نهائياً^(٨٥)، فإذا رفضت الطلب ألزمت صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله، وأن يؤدي إليه ما لم يصرف له من مستحقات. فإذا لم يقيم صاحب العمل بتنفيذ قرار اللجنة بإعادة العامل إلى عمله اعتبر ذلك فصلاً تعسفياً يستوجب التعويض طبقاً للمادة ١٢٢. فإذا كان طلب فصل العامل بسبب نشاطه النقابي قضت اللجنة بإعادته إلى عمله إذا طلب ذلك، ما لم يثبت صاحب العمل أن طلب الفصل لم يكن بسبب هذا النشاط.

بالتأكيد إن تقدير قيام المبرر لفصل العامل لأي من الأسباب الواردة في المادة ٤١ من قانون العمل أو عدم قيامه هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع بما له من سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير ما يقدم فيها من الدلائل والمستندات والأخذ بما يطمئن إليه منها وطرح ما عداه...^(٨٦). إلا أن الرقابة القضائية اللاحقة على سلطة صاحب العمل في توقيع عقوبة الفصل لا تغني عن ضرورة وجود ضمانات قانونية سابقة.

(٨٤) تقضي الفقرة الأولى من المادة ٦٨ من قانون العمل المصري بأنه " يكون الاختصاص بتوقيع جزاء الفصل من الخدمة للجنة المشار إليها في المادة ٧١ من هذا القانون". والمادة ٧١ تقضي بأنه "تشكل بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الجهات المعنية لجان ذات اختصاص قضائي من: اثنين من القضاة تكون الرئاسة لأقدمهما وفقاً للقواعد المقررة بقانون السلطة القضائية. مدير مديرية القوى العاملة والهجرة المختص أو من ينيبه. عضو من اتحاد نقابات عمال مصر. عضو من منظمة أصحاب الأعمال المعنية.

(٨٥) وفقاً لنص المادة ٧٢ من قانون العمل المصري يصدر قرار اللجنة بأغلبية الآراء ويكون مسبباً، ويعتبر بمثابة حكم صادر عن المحكمة الابتدائية، وذلك بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه من قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة. ويجوز الطعن في القرار الصادر عن اللجنة أمام المحكمة الاستئنافية المختصة وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(٨٦) الرقابة، محكمة التمييز في خصوص عدم مشروعية قرار الفصل بسبب تغيب العامل. انظر، محكمة التمييز، الطعن ٤٠ / ٢٠٠٥ عمالي، جلسة ١٨ / ٩ / ٢٠٠٦، مجلة

ومن أهم الضمانات التي يجب توافرها للعمال في مواجهة عقوبة الفصل جعل الإجراءات المشروط اتباعها عند تطبيق عقوبة الفصل إجراءات لها أهميتها في تحقيق الغاية المتمثلة في حماية العامل من عقوبة الفصل التي قد تكون تعسفية. فما أهمية تلك الإجراءات الخاصة بعقوبة الفصل المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانون العمل دون أن يترتب على عدم اتباعها أثر معين؟ فإذا كان الجزاء المترتب على عدم اتباع تلك الإجراءات هو اعتبار عقوبة الفصل كأن لم تكن على أساس عدم إمكانية توقيع تلك العقوبة دون اتباع الإجراءات المشروطة، فإن صاحب العمل في نهاية الأمر غير ملزم إعادة العامل للعمل لعدم إمكانية التنفيذ الجبري في مواجهته، لذلك فإن الفصل في هذه الحالة يعتبر فصلاً تعسفياً؛ مما يترتب عليه استحقاق العامل لمكافأة نهاية الخدمة والتعويض عما لحقه من أضرار مادية وأدبية. ولكن يجب ملاحظة أن التعويض ذاته يستحق للعامل حتى في حالة الفصل التعسفي عند اتباع صاحب العمل للإجراءات الخاصة بعقوبة الفصل. فليس هناك اختلاف بطبيعة الحال في مقدار التعويض عن الفصل التعسفي سواء اتبعت الإجراءات الخاصة بعقوبة الفصل أم لم تتبع ما لم يكن هناك ما يجبر صاحب العمل على إعادة العامل المفصول للعمل.

= القضاء والقانون، أبريل ٢٠٠٩، السنة الرابعة والثلاثون، الجزء الثالث، ص ٢٠٧. الطعن رقم ٢٠٥/٢٠٠٤ عمالي، جلسة ٢٣/٥/٢٠٠٥، مجلة القضاء والقانون، أغسطس ٢٠٠٧، السنة الثالثة والثلاثون، الجزء الثاني، ص ٢٧٩. انظر كذلك، محكمة التمييز، الطعن رقم ٣/٢٠٠٢ عمالي، جلسة ١١/١١/٢٠٠٢، مجلة القضاء والقانون، نوفمبر ٢٠٠٥، السنة الثلاثون، الجزء الثاني، ص ٤٩١. الطعن ٩٧/٢٦، عمالي جلسة ٣/١١/١٩٩٧، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الرابع، يونيو ٢٠٠٤، رقم القاعدة ١٧٩، ص ٦٠٦. الطعن ٩٧/٨١، عمالي جلسة ٢٦/١/١٩٩٨، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز، القسم الرابع، يونيو ٢٠٠٤، رقم القاعدة ١٨٠، ص ٦٠٦. الطعن ٦٨/٩٧، عمالي جلسة ٢٧/٤/١٩٩٨، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الرابع، يونيو ٢٠٠٤، رقم القاعدة ١٨١، ص ٦٠٧.

ولهذا السبب قد يعتمد صاحب العمل عدم اتّباع الإجراءات إن أراد فصل العامل فصلاً تعسفياً.

لذلك نعتقد أن الجزاء المترتب على مخالفة نص المادة ٣٧ من قانون العمل الكويتي^(٨٧)، ألا وهو اعتبار عقوبة الفصل كأن لم تكن^(٨٨)، جزاء غير كاف ما دام صاحب العمل غير مجبر بإعادة العامل إلى عمله^(٨٩). فينبغي لتحقيق نوع من الحماية الفعالة للعامل في مواجهة عقوبة الفصل السعي إلى إمكانية إعادة العامل إلى عمله، ولن يكون ذلك إلا من خلال وجوب إعادة العامل إلى عمله تحت وطأة الغرامة التهديدية؛ بحيث يكون مقدار الغرامة المحكوم بها كافياً لحمل صاحب العمل على إعادة العامل إلى عمله. فإن أصر على عدم التنفيذ، حددت المحكمة مقدار التعويض الذي يلزم به المدين عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب العامل والعنت الذي بدأ من صاحب العمل^(٩٠). وبهذا يختلف مقدار التعويض المستحق للعامل بحسب احترام الإجراءات المشروطة لعقوبة الفصل من عدمه^(٩١).

(٨٧) أحمد حسن البرعي، الوسيط في القانون الاجتماعي، شرح عقد العمل الفردي، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٧٠٢ وما يليها. عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ٣٢٧.

(٨٨) المادة ٣٧ لا تجيز توقيع جزاء أي كان إلا بعد إبلاغ العامل والتحقيق معه وإلا اعتبر الجزاء كأن لم يكن على اعتبار النص من النصوص الآمرة.

(٨٩) وذلك لصعوبة اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبري، انظر، خالد الهندياني، عبدالرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

(٩٠) كما نعتقد بأنه إذا كان المشرع الكويتي - على سبيل المثال - قد منح العامل - عند عدم احترام مهلة الإخطار بالنسبة لإنهاء عقود العمل غير محدد المدة - تعويضاً مساوياً لأجر العامل عن مدة الإخطار، فليس هناك ما يمنع من منح العامل - عند عدم احترام الإجراءات المشروطة لاتباعها لتوقيع عقوبة الفصل - تعويضاً مساوياً لأجر العامل عن فترة زمنية معينة عندما يصر صاحب العمل على عدم إعادة العامل للعمل يضاف لاستحقاقه لمكافأة نهاية الخدمة والتعويض عما لحقه من أضرار مادية وأدبية.

(٩١) يجب ملاحظة أن عدم اتّباع الإجراءات المشروطة لتطبيق عقوبة الفصل، وفقاً للمادة ٣٧، يترتب عليه اعتبار العقوبة كأن لم تكن.

ثانياً - الفصل التعسفي :

بداية نبين أن المشرع العمالي سعى في قانون العمل الجديد إلى توفير ضمانات غاية في الأهمية للعامل، تتمثل في حمايته من تعسف صاحب العمل في إنهاء عقد العمل. وتعسف صاحب العمل في إنهاء عقد العمل يرد في حالتين، هما على النحو التالي:

الحالة الأولى - التعسف في استعمال السلطة التأديبية: من الواضح أن القضاء الكويتي في أغلب أحكامه الصادرة، تطبيقاً لنص المادة ٥٥ من قانون العمل السابق تقابلها المادة ٤١ من قانون العمل الحالي، بخصوص عقوبة الفصل لم يتبن نظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في المادة ٣٠ من القانون المدني. فمحكمة التمييز ترى أن أحكام القانون المدني لا تسري على العلاقات الناشئة عن العمل إلا بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع أحكام قانون العمل. فالمشرع قد أفصح في المادة ٥٣ من قانون العمل السابق - بصورة واضحة وبما لا يدع مجالاً للجدل أو المناقشة - عن أن ما يلتزم به أي طرف من طرفي عقد العمل سواء صاحب العمل أو العامل في حالة فسخ العقد غير محدد المدة لا يتعدى بدل الإعلان إذا لم يراع قبل الفسخ المهلة المنصوص عليها فيه، وهي خمسة عشر يوماً - على الأقل - بالنسبة للعمال المعيّنين بأجر شهري. وأما التعويض عن فسخ العقد فقد قصره المشرع على العقود المحددة المدة على النحو الذي ورد بالنص ذاته^(٩٢).

فالقضاء العمالي يرى أن قيام صاحب العمل بإنهاء عقد العمل غير محدد المدة لغير الحالات الواردة في المادة ٥٥ من قانون العمل السابق لا يعني

(٩٢) فالتعويض عن فسخ عقد العمل غير محدد المدة ينحصر في مقابل مهلة الإعلان. انظر، محكمة التمييز، الطعن رقم ٨١/١٩٩٥ عمالي، جلسة ٢٣/١٢/١٩٩٦، مجلة القضاء والقانون، مارس ٢٠٠٠، السنة الرابعة والعشرون، الجزء الثاني، ص ٦٠١. الطعن رقم ٦٠/٢٠٠١، مجلة القضاء والقانون، يوليو ٢٠٠٥، السنة ٣٠، الجزء الأول، ص ٥٤٩.

اقتترافه أي خطأ. فصاحب العمل عندما ينهي عقد عمل العامل يستعمل حقه المقرر بالمادة ٥٣ من قانون العمل في القطاع الأهلي مادام عقد العمل المبرم غير محدد المدة. كما أن تعويض العامل عن إنهاء عقد عمله محدد المدة يتوقف على مقدار الضرر الذي أصابه^(٩٣).

ولهذا منح المشرع العمالي في قانون العمل الجديد الحق للعامل المفصول لإحدى الحالات المذكورة في هذه المادة حق الطعن في قرار الفصل أمام الدائرة العمالية المختصة، وذلك وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون وإذا ثبت بموجب حكم نهائي أن صاحب العمل قد تعسف في فصله للعامل استحق الأخير مكافأة نهاية الخدمة وتعويضاً عما لحقه من أضرار مادية وأدبية^(٩٤).

الحالة الثانية - الإنهاء غير المبرر: إذا كان نص المادة ٤١ من قانون العمل الحالي يعطي صاحب العمل الحق في فصل العامل تأديبياً عندما يرتكب فعلاً من الأفعال المحددة بالنص المذكور، فإن ذلك لا يعني عدم جواز إنهاء عقد العمل، من قبل صاحب العمل، إلا بالفصل التأديبي. فكما ذكرنا سابقاً، فالمادة ٤٤ من قانون العمل الحالي تجيز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة. فالمشرع العمالي في قانون العمل الحالي، كما هو الحال بالنسبة للقانون السابق، منح صاحب العمل الخيار بين فصل العامل تأديبياً وإنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة.

لذلك، فإن الحماية التشريعية الحالية للعامل من تعسف صاحب العمل في إنهاء عقد العمل لا تقتصر فقط على التعسف في استخدام السلطة التأديبية بل تمتد إلى عملية إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة. فالمشرع العمالي بعد أن منح صاحب العمل، بمقتضى المادة ٤٤ من القانون الحالي، سلطة إنهاء عقد العمل

(٩٣) محكمة التمييز، الدائرة العمالية، الطعن رقم ٩٧/٨٤، مجلة القضاء والقانون، مايو ٢٠٠١، السنة ٢٦، الجزء الأول.

(٩٤) انظر، الفقرة ج من المادة ٤١ من قانون العمل الجديد.

بعد إخطار العامل في المواعيد المحددة، عاد بمقتضى المادة ٤٦ من القانون ذاته ومنع صاحب العمل من إنهاء خدمة العامل من دون مبرر أو بسبب نشاطه النقابي أو بسبب المطالبة أو التمتع بحقوقه المشروعة وفقاً لأحكام القانون^(٩٥)، كما لا يجوز إنهاء خدمة العامل بسبب الجنس أو الأصل أو الدين. فسلطة صاحب العمل في إنهاء عقد العمل، باعتباره صاحب السلطة التنظيمية للعمل والرقابة والإشراف على العامل، أصبحت سلطة مقيدة بوجود مبرر للإنهاء^(٩٦).

من الصعب جداً تحديد حالات الفصل التعسفي على اعتبار أن فكرة الفصل التعسفي تقوم على انتفاء الحق في توقيع عقوبة الفصل لعدم وجود مبرر لذلك. وانتفاء المبرر يعني عدم أحقية صاحب العمل في إنهاء عقد العمل لتنافي ذلك مع حسن النية ومقتضيات العدالة^(٩٧).

لذلك، فمن الواضح أن المشرع في قانون العمل الجديد- حماية للعامل من خطورة الإنهاء دون مبرر- لم يفرق بين حالة الفصل التعسفي (المادة ٤١) والإنهاء التعسفي (المادة ٤٦). فعقوبة الفصل تقتضي وجود مبرر لتوقيعها، وقد حددت المادة ٤١ المبررات التي تمنح صاحب العمل الحق في توقيع عقوبة الفصل- وإلا كانت العقوبة تعسفية؛ مما يترتب عليه تعويض العامل عما لحقه من أضرار مادية وأدبية. كما أن الإنهاء غير المبرر يستلزم بالضرورة تعويض العامل عما لحقه من أضرار مادية وأدبية وإلا فما أهمية نص المادة ٤٦ من قانون العمل الجديد التي لا تجيز إنهاء خدمة العامل من دون مبرر؟ فالإنهاء

(٩٥) كما نصت المادة ٤٧ من قانون العمل الحالي.

(٩٦) يجب ملاحظة أن المشرع العمالي لا يحمي العامل من الإنهاء التعسفي عند إنهاء صاحب العمل عقد العمل محدد المدة قبل انتهاء مدته ما دام مبلغ التعويض المستحق للعامل لا يتجاوز ما يساوي أجر العامل عن المدة المتبقية من العقد، وهذا على خلاف الإنهاء التعسفي لعقد العمل غير محدد المدة، فالعامل يستحق تعويضاً عما لحقه من أضرار مادية وأدبية.

(٩٧) عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ف ٢٤٥، ص ٤١٥.

دون مبرر ما هو إلا فصل تعسفي على اعتبار أن عقوبة الفصل التعسفي ليست مرتبطة فقط بعقوبة الفصل التأديبي.

وعلى الرغم من عدم تفرقة المشرع العمالي بين الفصل والإنهاء من حيث ما يشترط من ضرورة وجود مبرر لتطبيق عقوبة الفصل أو إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة لصاحب العمل وكذلك من حيث التعويض المستحق للعامل^(٩٨) كنوع من الحماية القانونية من خطورة انتهاء عقد العمل بالنسبة له، فإنه يجب ملاحظة أن المشرع - كما ذكرنا سابقاً - يشترط لإمكانية توقيع عقوبة الفصل ضرورة اتّباع الإجراءات الخاصة بتلك العقوبة الواردة بنص المادة ٣٧ من قانون العمل دون أن يشترط أي نوع من الإجراءات التي تسبق عملية الإنهاء بالإرادة المنفردة مما يترتب على ذلك إمكانية فصل العامل فصلاً تعسفياً دون اتّباع الإجراءات الخاصة بعقوبة الفصل. وتطبيقاً لذلك، فإن أراد صاحب العمل فصل العامل فصلاً تعسفياً - عند عدم توافر حالة من حالات الفصل المنصوص عليها بالمادة ٤١ من قانون العمل - فما عليه إلا أن يسلك طريق الإنهاء بالإرادة المنفردة دون أن يقيد نفسه بالإجراءات المشروطة لعقوبة الفصل. فإذا كان عدم اتّباع الإجراءات الخاصة بعقوبة الفصل يترتب عليه اعتبار تلك العقوبة ابتداءً عقوبة تعسفية دون البحث بأسباب الفصل؛ أي دون الحاجة للبحث عن وجود مبرر من عدمه ما دام لا يجوز لصاحب العمل توقيع تلك العقوبة دون اتّباع الإجراءات المشروطة لها ولا سيما عند عدم إعادة العامل المفصول للعمل من قبل صاحب العمل. بالمقابل، فإن تكييف إنهاء عقد العمل بالإنهاء التعسفي من قبل صاحب العمل يستوجب بالضرورة عدم وجود مبرر لذلك. فالقاضي يجب عليه بحث الأسباب التي دفعت صاحب العمل لإنهاء عقد العمل وإذا ما كانت تبرر الإنهاء من عدمه. وإذا كان الإنهاء التعسفي ما هو إلا فصل تعسفي، فإن القاضي لا يستطيع أن يحكم بأن الإنهاء كان تعسفياً لمجرد

(٩٨) عند فصل العامل فصلاً تعسفياً أو إنهاء عقده دون مبرر يستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة وتعويضاً عما لحقه من أضرار مادية وأدبية.

عدم اتّباع الإجراءات الخاصة بعقوبة الفصل، كما هو الحال بالنسبة لعقوبة الفصل، على اعتبار أن الإنهاء ليس بعقوبة تستلزم الإجراءات ذاتها. ناهيك عن إمكانية القول بأن فصل العامل دون اتّباع إجراءات عقوبة الفصل المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون العمل لا يعني ارتكاب صاحب العمل خطأً. فقيام صاحب العمل بفصل العامل لغير الحالات الواردة في نص المادة ٤١ من قانون العمل يعني استعمال حقه في الإنهاء المقرر بمقتضى المادة ٤٤ من قانون العمل.

ولتوفير أكبر قدر من الحماية القانونية للعامل من خطورة انتهاء عقد العمل من الضروري فك التداخل والتشابك بين الفصل التعسفي والإنهاء دون مبرر. ولتحقيق ذلك ينبغي إيجاد نظام قانوني خاص لكل من عقوبة الفصل والإنهاء دون مبرر. فإذا كان المشرع قد حدد الحالات التي تبرر توقيع عقوبة الفصل مع ضرورة اتّباع بعض الإجراءات، فإنه ينبغي كذلك تحديد بعض المبررات التي تستوجب إنهاء عقد العمل مع وجوب اتّباع إجراءات معينة وفقاً لطبيعة كل مبرر؛ وذلك من أجل تقييد سلطة صاحب العمل في الإنهاء بالإرادة المنفردة بحيث يكون الإنهاء - وإن كان لوجود مبرر - قائماً على اعتبارات موضوعية وليست تحكمية شخصية تمنح صاحب العمل سلطة إنهاء بعض عقود العمل دون العقود الأخرى على الرغم من تماثل المبررات.

ومع ذلك يجب مراعاة أن إيجاد نظام قانوني خاص لإنهاء عقد العمل غير محدد المدة يكون عديم الجدوى والفائدة من تحقيق الحماية المطلوبة للعامل في حالة عدم تحديد نطاق عقود العمل، كما ذكرنا سابقاً. فما أهمية إيجاد نظام قانوني خاص بإنهاء عقود العمل غير محدد المدة، مادام صاحب العمل يملك الحق في إبرام عقود عمل محددة المدة، بمعنى دون أن يكون إبرام عقود عمل غير محددة المدة هو الأصل العام في قانون العمل الكويتي.

الخاتمة

لا يمكن بأي حال من الأحوال إعادة هيكلة القوى العاملة الوطنية من خلال إعادة توزيعها بين القطاعين العام والخاص دون إيجاد قانون عمل يحقق الهيكلية المطلوبة. فحث العمالة الوطنية للعمل في القطاع الخاص يقتضي - كما رأينا - أن تكون إرادة صاحب العمل - بقدر الإمكان - مقيدة بضوابط معينة لاختيار العمالة التي ترغب في العمل. كما يجب تحديد نطاق عقود العمل لتقليص دور الإرادة في اختيار طبيعة عقد العمل المراد إبرامه حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية. كذلك يجب تقليص حق صاحب العمل في إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة حماية للعامل من خطورة انتهاء عقد العمل.

ويجب التنويه هنا إلى أن الأسباب التي تحد من هيكلة العمالة الوطنية لا تقتصر فقط على الأسباب المتعلقة بتكوين عقد العمل وانتهائه، وإن كانت أهمها في نظرنا. فهناك من الأسباب التي تتعلق بحقوق العامل في أثناء فترة عمله. فيجب ملاحظة التباين الواضح بين المزايا الممنوحة للموظف الحكومي وفقاً لقانون الخدمة المدنية التي تفوق المزايا الممنوحة للعامل وفقاً لقانون العمل خصوصاً تلك المتعلقة بساعات العمل والإجازات والأجور.

كما لا ننسى أهمية توفير أكبر قدر من الضمان الاجتماعي للعاملين في القطاع الأهلي كعامل تشجيع للعمالة الوطنية. فالحقوق التأمينية للموظف الحكومي أفضل في العديد من الحالات من تلك الحقوق التأمينية التي يتمتع بها العامل في القطاع الأهلي. فمن المعلوم - على سبيل المثال - أنه لا يوجد فرق في حالات استحقاق المعاش التقاعدي بين الموظف الحكومي والعامل في القطاع الأهلي إلا في حالة انتهاء الخدمة بسبب عدم اللياقة الصحية أو استنفاد الإجازات المرضية؛ حيث إن ذلك مقصور على العاملين في القطاع الحكومي والشركات المملوكة للدولة بالكامل.

فالموظف الحكومي يستحق مرتباً كاملاً إلى حين استنفاده لإجازاته المرضية المحددة بمدة لا تزيد على سنتين - وفقاً لنص المادة ٥٢ من نظام

الخدمة المدنية - أو ثبوت عدم لياقته للعمل صحياً فيستحق تبعاً لذلك معاشاً تقاعدياً دائماً دون اشتراط مدة خدمة معينة أو سن معين، فالمشرع ربط استحقاق الموظف الحكومي للمعاش التقاعدي بمجرد استنفاد الموظف لإجازاته المرضية المحددة قانوناً. أما عامل القطاع الخاص فإنه لا يستحق دائماً معاشاً تقاعدياً عند استنفاده لإجازاته المرضية - كما هو الحال بالنسبة للموظف الحكومي-؛ فحقه التأميني يكون بين أمرين؛ أولاً، أن يستحق معاشاً تقاعدياً دائماً لاستكمال أثناء مرضه المدة اللازمة لصرف المعاش التقاعدي وفقاً لأحكام البندين (٥) و (٦) من المادة ١٧ من قانون التأمينات الاجتماعية وهو ما قد لا يتحقق بالضرورة. والأمر الثاني، استحقاقه لمعاش مؤقت إلى حين شفائه من المرض، وهو أمر قد يؤدي إلى نتائج خطيرة بالنسبة لمن يعمل في القطاع الخاص. فالعامل الذي يشفى من مرضه، قبل أن يستكمل المدة التي تعطيه الحق في صرف المعاش التقاعدي؛ أي قبل أن تتوافر فيه شروط استحقاق المعاش التقاعدي، يوقف صرف معاشه المؤقت المصروف على أساس استنفاده لإجازاته المرضية وفقاً لنص المادة ١٨ من قانون التأمينات الاجتماعية؛ مما يعني تعرض العامل لمشكلة البطالة بعد شفائه من المرض، فصاحب العمل غير مجبر على إبقاء العامل في العمل بعد استنفاده الإجازات المرضية؛ حيث يتمتع عقد العمل بحماية قانونية فقط طوال فترة العلاج إلى حين استنفاد مدة الإجازة المرضية.

المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية :

- ١ - إبراهيم أبو الليل . تعويض الضرر في المسؤولية المدنية - دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥.
- ٢ - أحمد حسن البرعي . الوسيط في القانون الاجتماعي، شرح عقد العمل الفردي، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٣ - أحمد وجدي. نظام التوظيف المركزي بدولة الكويت، ديوان الخدمة المدنية- المكتب الفني، الطبعة الأولى ٢٠٠٤.
- ٤ - أنور الفزيع . سلطة رب العمل في تغيير طبيعة العمل المتفق عليه، مجلة الحقوق، السنة الثانية عشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٨.
- ٥ - بدر جاسم اليعقوب . عقد الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار العقارات، وفقاً لآخر التعديلات، الطبعة الثانية ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩.
- ٦ - جمال النكاس . قانون العمل الكويتي المقارن، دار الكتب، ٢٠٠٥/٢٠٠٦.
- ٧ - خالد الضفيري . نطاق تطبيق قانون دعم العمالة الوطنية : تعليق على القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠، مجلة الحقوق، العدد ٢، السنة ٣٥، يونيو ٢٠١١.
- ٨ - خالد الهندياني، عبدالرسول عبد الرضا . شرح أحكام قانون العمل الكويتي الجديد، الطبعة الأولى - الكويت ٢٠١٠.
- ٩ - رأفت دسوقي . شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، تفسير نصوص القانون، أحكام القضاء، الجزء الأول، منشأة المعارف.
- ١٠ - عبد الرسول عبد الرضا:
- الوجيز في قانون العمل الكويتي، دار الكتب، ١٩٩٧.
- فكرة الامتداد القانوني في قانون إيجار العقارات رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨.
- مجلة إدارة الفتوى والتشريع، السنة الثالثة، العدد الثالث، ١٩٨٣.

١١- عبد الفتاح عبد الباقي . أحكام قانون العمل الكويتي، ١٩٩٣، ف ٢٤٣، ص ٤٠٩.

١٢- عبدالله مبروك النجار . مبادئ تشريع العمل - وفقاً لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والقرارات الوزارية الجديدة المنفذة له - دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٣ / ٢٠٠٤.

ثانياً - المراجع باللغة الفرنسية :

- 1 - A. Cœuret et E. Fortis .Droit penal du travail, Litec.
- 2 - C. Corgas-Bernard . La résiliation unilatérale du contrat à durée determine, Presses universitaires d'aix- Marseille, 2006.
- 3 - Favennec-Hery . Obs sous Cass. soc. 29 janv. 1997, Bull. Civ. n°39, Dr. soc. 97. 311.
- 4 - J. Y. Frouin . Note sous Cass. soc., 12 juill. 2007: JCP S 2007, 1715.
- 5 - F. Gaudu et R. Vatinet . Les contrats du Travail, LGDJ, 2011.
- 6 - A. Jeammaud. Obs sous Cass. soc. 12 nov.1997, Bull. Civ. n°362; Dr. soc. 98. 75.
- 7 - L. C. LABRUNEE . "Qu'est-ce qu'un chômeur? ". Dr. soc. 1996. 577.
- 8 - V. M.-T. Lanquetin .
 - "La prevue de la discrimination, L'apport du droit communautaire", Dr.soc.1995.
 - « Discrimination à raison du sexe. Sur la directive 97/80 du 15 déc. 97 relative à la charge de la prevue », Dr. soc. 1998.

- 9 - V. G. et A. Lyon-Caen . Droit social européen, Précis Dalloz, 8^{ed}.
- 10 - J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès . Droit du travail, précis Dalloz, 26^{ed}., 2012.
- 11 - J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud . Droit du travail, Précis Dalloz, 22 ed., 2004.
- 12 - G. Poulain . Note sous Cass. soc. 19 nov. 1987, Bull. Civ. n°656 ; Dr. soc. 89. 367. –
- 13 - P. Rodière . Droit social de l'Union européenne, LGDJ, 1998.
- 14 - C. Roy Loustaunau . Obs sous Soc. 7 mai 1996, RJS 6/96, n°658 ; Soc. 30 oct. 2002, Dr. soc. 2003, p. 473.
- 15 - B. Teyssié . Droit européen du travail, Litec, 2000.
- 16 - N. Willmann . L'identité juridique du chômeur, Bibl. De droit privé, t. 32, LGDJ 1998, préf. A. Lyon-Caen.